جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

السنة الاولى ماستر

تخصص: المهن القانونية و القضائية

محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص

من إعداد أ/ شيخ أعمر يسمينة

السنة الجامعية 2020-2021

نعالج في هذه المحاضرات أهم مواضيع القانون الدولي الخاص و هو "تنازع القوانين الذي عرف اهتماما كبيرا في القانون المقارن ،بل إن قواعد هذا القانون لم توضع في البداية إلا من أجل معالجة هذا الموضوع. كما نقوم بدراسة مواضيع تنازع القوانين في جانبه التطبيقي،وبالنسبة فقط للمسائل التي يمكن أن تثير منازعات ،وذلك بدراسة الحلول القانونية التي كرسها المشرع في ظل التقنين المدني الجزائري،مع تسليط الضوء على مدى ملائمتها لحماية العلاقات الخاصة على المستوى الدولي،لاسيما تفعيل البعض منها تحت مظلة النظام العام وحماية الجزائريين أينما وجدوا وتطبيق بذلك القانون الجزائري.

الفصل الأول:

النظرية العامة لتنازع القوانين

المحاضرة الأولى:

الكلمات المفتاحية:

تنازع القوانين – العنصر الأجنبي -العلاقة القانونية الخاصة – المنهج التنازعي - القواعد الموضوعية

الهدف من هذه المحاضرة:

توصل الطالب إلى فهم وإدراك المقصود بموضوع تنازع القوانين وتمييزه عن باقي موضوعات القانون الدولي الخاص ،لأن التنازع لا يكون إلا في العلاقات القانونية الخاصة و المشتملة على عنصر أجنبي ،كما أن النزاعات التي قد تشوب بشأن هذه العلاقات ،يتم حلها وفق المنهج التنازعي الذي لا يعطي الحل النهائي للنزاع وإنما يبين القانون المناسب و الملائم الواجب تطبيقه.

المبحث الأول: مفهوم قواعد التنازع:

قد يتبادر الى الذهن عند سماع مصطلح "تنازع القوانين"، أنه هناك صراع بين القوانين في مجال معين ، بوصفها منبثقة عن سيادات دول مختلفة و يدعي كل قانون امتداد سلطانه بحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، لكن الحقيقة خلاف ذلك ،فالأمر لايعدو ان يكون اختيار القانون الأنسب و الملائم لحكم العلاقة.

أولا:تعريف تنازع القوانين:

يقصد بتنازع القوانين ،القيام بالموازنة بين قانونين أو أكثر لدولتين أو أكثر ،لإختيار أنسب القوانين لحكم علاقة قانونية مشتملة على عنصر اجنبي.

كما يعرف كذلك تنازع القوانين ب"تنازع الاختصاص التشريعي " أو " تنازع القوانين من حيث المكان" الذي أخذ بع المشرع الجزائري تمييزا عن " تنازع القوانين من حيث الزمان" والذي يعتبر تنازعا داخليا بين القوانين الحديثة و القديمة.

فتنازع القوانين ،هو تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة قانونية خاصة مشتملة على عنصر أجنبي ، مثال ذلك أن يعقد جزائري زواجه بفرنسية في ايطاليا ، فهذه العلاقة ترتبط بأكثر من دولة : الجزائر بالنظر الى جنسية الزوج فرنسا بالنظر الى جنسية الزوجة و إيطاليا باعتبارها مكان ابرام الزواج. فهنا يطرح تساؤل ،أي قانون من هذه القوانين الثلاثة يكون مناسبا لحكم العلاقة ؟ فتزاحم كل من القانون الجزائري ،الفرنسي و الايطالي لحكم العلاقة هو الذي يطلق عليه " **تنازع القوانين**

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو، هل وجود العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية يكفي لوحده بالقول بتنازع القوانين قطعا الإجابة تكون بالنفي ، فينبغي توافر شروط أخرى.

ثانيا: شروط تنازع القوانين:

1– إشتمال العلاقة القانونية على عنصر أجنبي: لكي نكون أمام تنازع القوانين ، لابد أن تتضمن العلاقة القانونية عنصرا أجنبيا ، يتخللها عن طريق أشخاصها أو محلها أو سببها.

***الأشخاص:** مثل زواج جزائري بفرنسية.
***الموضوع أو المحل** (عقار أو منقول) متواجد في دولة أجنبية، مثل شراء جزائري بالجزائر منقول متواجد بالمغرب.

***الواقعة المنشئة للعلاقة أو السبب** مثل حادث اصطدام مركبة وقع لجزائري في اسبانيا أو ابرام عقد بين جزائريين في تونس.

2-أن يسمح المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي: لكي نكون أمام تنازع القوانين ،يجب أن يأذن المشرع الوطني بنفاذ القانون الأجنبي الى إقليم دولته ، ويفترض في هذه الحالة أن نكون امام شخص من أشخاص القانون الدولي و ليس أمام أشخاص لا يتمتعون بالشخصية القانونية كالمنظمات الدولية أو العشائر و القبائل، كما يفترض أن تكون الدولة المراد تطبيق قانونها معترف بها من قبل دولة القاضي ، فإذا كانت هذه الأخيرة تنكر كل وجود قانوني للدولة الأجنبية فإن قانونها لا وجود له لدولة القاضي ،و هذا هو الرأي الذي يسانده الفقه التقليدي.
أما الفقه الحديث ، فيرى أنه لا تأثير للاعتراف بالدولة الأجنبية على قبول تطبيق قانونها وذلك راجع الى أن الاعتراف يعتبر كاشفا عن الشخصية الدولية و ليس منشئا لها من جهة،و الى كون انحصار دور القاضي في تنازع القوانين على تطبيق قاعدة الإسناد و اختيار القانون المناسب و الملائم لحل النزاع،الذي قد يكون قانون دولة لا تعترف بها دولنه و ذلك لاستقرار المعاملات الخاصة الدولية.

3-اقتصار التنازع على قواعد القانون الخاص: ينحصر نطاق تنازع القوانين في العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي ، اي تلك التي يحكمها القانون الخاص ، كالمتعلقة بالأحوال الشخصية أو بالمعاملات المالية ،اما تلك الخاضعة لأحكام القانون العام فتخرج عن نطاق اختصاص القاضي الوطني.

4-أن يكون التنازع دوليا: ينبغي ان يكون التنازع بين قوانين صادرة عن دولتين او أكثر فيخرج بذلك عن نطاق التنازع ما يعرف با**"التنازع الداخلي** ، الذي هو عبارة عن تنازع داخل إقليم دولة واحدة بسبب تعدد القوانين فيها إما طائفيا،كأن يكون لكل طائفة قانونها الخاص بها (كما هو الحال في مصر و لبنان أين نجد فيها طوائف دينية متعددة)، وإما إقليميا، ولكل اقليم قانونه الخاص به (كما هو الحال بالنسبة للدول الفدرالية كالولايات المتحدة الأمريكية)

5-أن يكون هناك اختلاف بين القانون الوطني و القانن الأجنبي: يجب أن تكون القواعد القانونية الوطنية مختلفة عن القواعد القانونية الأجنبية ، لأن التماثل في الأحكام لا يشكل تنازعا للقوانين ، و مع ذلك ينبغي أن لا يصل الاختلاف الى حد التعارض و الا استبعد القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام.

ثالثا:المناهج المعتمدة في القانون الدولي الخاص:

نميز هنا ، بين المنهج التنازعي و المنهج المادي (الموضوعي).

1/ المنهج التنازعي: يقصد به ،وضع المشرع قواعد قانونية تبين القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي ، سواء كان هذا القانون وطنيا أو أجنبيا.هذه القواعد التي تعرف **"بقواعد الإسناد"** ، فهي لا تعطي الحل المباشر للنزاع ،إنما ترشد فقط القاضي الى القانون المناسب و الملائم ،هذا المنهج الذي يعتبر محور دراستنا .

2/ المنهج المادي(الموضوعي): يقصد به وضع قواعد قانونية تعالج مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص بصفة مباشرة ،أي بإعطاء الحل المباشر على المسألة محل التنازع.

هذا المنهج الذي يجد مصادره ،إما داخليا كالنصوص القانونية التي تنظم

مسألة الجنسية و مركز الأجانب ، فلم يشأ المشرع أن يترك تنظيمه للمنهج التنازعي ،فبالنسبة للجنسية المسألة تتعلق بعنصر السكان ،أي سيادة الدولة على إقليمها مما يستوجب تنظيمها إياها بصورة انفرادية ، الأمر ذاته بالنسبة للأجانب فهي التي تنظم مركزهم القانوني ، سواء تعلق الأمر بشروط دخولهم أو تنقلهم أو إقامتهم ودوليا كالمعاهدات الدولية التي إما أن تبرم لوضع قواعد مادية موحدة لتطبق على الصعيدين الداخلي و الدولي معا(اتفاقية جنيف لعامي 1930-1931 والمتعلقة ببعض الأوراق التجارية)،وإما لوضع قواعد مادية دولية أي تسري على المعاملات الدولية بينما تبقى المعاملات الداخلية تحكمها القواعد الوطنية(معاهدة فينا لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع)،أو قرارات التحكيم الدولي...

المحاضرة الثانية:

الكلمات المفتاحية:

قاعدة الإسناد – الفئة المسندة - ضابط الإسناد – قاعدة مرشدة – قاعدة وطنية

الهدف من هذه المحاضرة :

توصل الطالب الى التمييز بين قاعدة الإسناد المعمول بها في تنازع القوانين والتي لاتعطي الحل النهائي للنزاع المعروض على القاضي ،وبين بقية القواعد القانونية التي تفصل مباشرة في النزاع (القواعد المادية أو الموضوعية).

المبحث الثاني: قاعدة الإسناد

ارتبطت "قواعد الإسناد" بموضوع تنازع القوانين بشكل كبير الى حد استعمال الفقه مصطلح " **قواعد التنازع** " للإشارة الى **"قواعد الإسناد"**، هذه الأخيرة التي تبناها الفقه انطلاقا من وظيفتها الأساسية ،المتمثلة في اسناد العلاقة

محل النزاع الى قانون معين يتولى إيجاد حل لها.

أولا: تعريف قاعدة الإسناد:

لقد أوجد الفقه عدة تعار يف لقواعد الإسناد ، فهناك من يعرفها على أنها***" تلك القواعد التي يضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا وأكثرها تكريسا لمقتضيات العدالة"*** . كما يعرفها أخرون على انها ***" تلك القاعدة التي تحدد بالنظر الى صياغتها المزدوجة حالات تطبيق القانون الوطني و حالات تطبيق القانون الأجنبي"*** ، ولعل التعريف المناسب لقاعد ة الاسناد يتمثل في كونها:

" تلك القاعدة القانونية التي يضعها المشرع الوطني ، تهدف الى إرشاد القاضي للقانون الواجب التطبيق على المسألة المشتملة على عنصر أجنبي"

ثانيا :مميزات قاعدة الإسناد:

تتسم قاعدة الإسناد ببعض الخصائص التي تميزها عن بقية القواعد القانونية .

1/**قاعدة وطنية:** فهي ليست قاعدة موحدة في جميع الدول ، بل هي قاعدة وطنية تنفرد كل دولة بوضعها تبعا لتوجهاتها السياسية،الاقتصادية ،الاجتماعية والأخلاقية التي تسعى الى تحقيقها.

2/قاعدة مزدوجة : فهي لا تبين فقط الحالات التي يطبق فيها القانون الوطني ،بل تتعدى ذلك و تبين كذلك الحالات التي يطبق فيها القانون الأجنبي كمثال على ذلك : **المادة 10 من القانون المدني** التي تنص على:**"يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم..."**.

و الهدف من هذه الازدواجية هو عدم ترك فراغ قانوني في حل في حل مشكلة تنازع القوانين فإما يؤول الاختصاص للقانون الوطني أو للقانون الأجنبي.

و مع ذلك ، فهناك جانب من الفقه يقول بوجوب أن تكون قاعدة الإسناد مفردة ، اي يقتصر دورها فقط في تحديد حالات تطبيق القانون الوطني دون الأجنبي ، و ذلك لعدة أسباب أهمها:

- قد يرفض القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الاختصاص للحكم في المسألة محل النزاع.

-من الأيسر على القاضي تطبيق قانونه الوطني ، فيتجنب بذلك عناء البحث عن القانون الأجنبي.

إلا ان الرأي الغالب من الفقه يقر بوجوب صياغة قاعدة الإسناد بصفة مزدوجة ، وهذا ما سارت عليه أغلب التشريعات ،بما فيها المشرع الجزائري ، حيث نجد أنه صاغ استثنائيا قاعدة اسناد مفردة و ذلك في المادة 13 من القانون المدني و المتعلقة بزواج الجزائريين وشروطه أثاره و انحلاله ، أين يطبق القانون الجزائري لوحده في حالة ما إذا كان احد الزوجين جزائريا.

3/ قاعدة غير مباشرة (مرشدة): إذ هي لا تعطي الحل النهائي للنزاع ذو الطابع الأجنبي ، و إنما تشير أو ترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق.فمثلا قاعدة الإسناد المتعلقة بالأهلية لا تبين سن الرشد القانونية ،إنما تبين للقاضي القانون المناسب الذي يتولى تحديد هذه السن.

وهذا ما يميز قاعدة الإسناد عن غيرها من مسائل القانون الدولي الخاص الأخرى ، التي تعطي الحل المباشر للنزاع مثل قواعد الجنسية التي تبين من هم رعايا الدولة ، و القواعد المنظمة للأجانب تبين مباشرة حقوقهم و إلتزاماتهم.

4/ قاعدة محايدة: يقتصر دور قاعدة الإسناد على تحديد القانون الواجب التطبيق ، فهي لا تختار قانون دولة معينة طبقا لأحكامه و قواعده ،بل تكتفي بالمفاضلة بين القوانين المتصلة بالعلاقة واختيار أنسبها ، و يستوي أن يكون هذا القانون قانون القاضي او قانونا اجنبيا.فالقاضي على هذا النحو لا يعلم مسبقا بالحل ، مما يكرس حياده.

ثالثا:العناصر المكونة لقاعدة الإسناد:

تنقسم الى الفئة المسندة ،ضابط الإسناد و القانون المسند إليه.

1/ الفئة المسندة:

أدت كثرة المسائل القانونية ،الى صعوبة وضع لكل واحدة منها قاعدة إسناد

خاصة بها ، لذلك قام المشرع بتجميع المسائل المتشابهة في فكرة(فئة) واحدة ،ووضع لكل فئة القانون المناسب لها.
عل سبيل المثال:الإلتزمات التعاقدية ،تشكل فئة مسندة تتضمن كل أنواع الالتزامات التي تنشأ عن العقود(عقد بيع،ايجار...)و أخضعها المشرع لأحكام **المادة 18 ق م.**
شكل التصرفات القانونية ،تتضمن كل التصرفات من حيث شكلها (عقد بيع،عقد زواج، وصية ...) و اخضعها لأحكام **المادة 19 ق م.**

2/ ضابط الإسناد:

يعتبر المعيار المختار من قبل المشرع الوطني للربط بين الفكرة المسندة و القانون الواجب التطبيق .

و هو مرتبط بالعناصر الثلاثة لتنازع القوانين (الأشخاص ،المحل و السبب)، فلابد من البحث عن مركز الثقل في العلاقة القانونية :

- فإذا كان عنصر الأشخاص هو الغالب كما في العلاقات الخاصة بالأحوال الشخصية ، فالمعيار المناسب و الملائم هو **ضابط الجنسية أو الموطن** .

- اما إذا كان مركز الثقل في العلاقة هو موضوعها أو محلها، كما هو الشأن في الأحوال العينية ،فالضابط المناسب هو **ضابط موقع المال**

- وإذا كان مركز الثقل هو عنصر السبب كما هو الحال في التصرفات القانونية كالعقود مثلا ،فإن الضابط المتصل بها هو **إرادة المتعاقدين** ،أما إذا كان الأمر يتعلق بالالتزامات غير التعاقدية ،فالضابط المناسب هو **مكان وقوع الفعل**

*أشكال ضابط الإسناد:

- **ضابط إسناد بسيط :** حيث تتضمن فيه قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد مثل ذاك الوارد في **المادة 10 من القانون المدني** ،التي تناولت حالة الشخص و أهليته و

التي أخضعت لقانون الجنسية ، أو **المادة 11 من نفس القانون** التي تضمنت الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج ، و التي أخضعت بدورها لقانون جنسية كلا الزوجين.

- **ضابط إسناد مركب:** حيث تشتمل قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط اسناد ،

يرغب المشرع بهذا التعدد اعطاء أكثر من فرصة لاختيار القانون المناسب و الملائم و يتم ذلك على النحو التالي:

●**بصورة إختيارية:** فهنا لا يؤخذ بضابط الاسناد على سبيل الإلزام ،بل يتولى القضي المطروح عليه النزاع ، اختيار الضابط المناسب و الملائم ،مثل قاعدة الاسناد المنصوص عليها في **المادة 19 ق م** و المتعلقة بشكل التصرفات القانونية ،أين تخضع في جانبها الشكلي إما لقانون مكان ابرامها أو لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانون جنسيتهما المشتركة أو لقانون الذي يطبق على الشروط الموضوعية.

●**على سبيل التدرج:**يتعين على القاضي في هذه الحالة احترام التدرج الذي وضعه المشرع في قاعدة الإسناد ،اي يطبق الضابط المناسب و الملائم عن طريق الإقصاء

فإذا لم يوجد الضابط الرئيسي ينتقل الى تطبيق باقي الضوابط الاحتياطية الأخرى بصورة تدرجية ،مثل ما تضمنته **المادة 18 ق م** و المتعلقة بالالتزامات التعاقدية .

3/ القانون المسند إليه: و هو القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد ، و الذي سوف يفصل بموجبه في النزاع ، فقد يكون قانون القاضي أو قانونا أجنبيا.

المحاضرة الثالثة:

الفصل الثاني :آليات اعمال قاعدة الاسناد

المبحث الأول: التكييف

الكلمات المفتاحية: قاعدة الاسناد – الفئة المسندة –التكييف – قانون القاضي .

الهدف من المحاضرة: توصل الطالب الى فهم المقصود با التكييف في القانون الدولي الخاص،الذي يرمي الى وضع المسألة المعروضة على القاضي في فئة مسندة تمهيدا لإسنادها الى القانون المختص،خلافا لما يهدف اليه التكييف في باقي القوانين الداخلية ،من تحديد النص الموضوعي الذي يفصل في القضية.

أولا:تعريف التكييف:

يقصد بالتكييف "تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في احدى الفئات القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد".

وجل التشريعات حرصت على وضع تقسيمات تعرف با "الفئات المسندة" و خص كل فئة منها بقاعدة اسناد تطبق عليها، فعلى القاضي الذي عرض عليه نزاع بشأن علاقة ذات عنصر أجنبيي،أن يقوم بتحديد الطبيعة القانونية لهذه المسألة،ليتمكن من وضعها في الفئة المسندة التي تناسبها ،تمهيدا لإسنادها الى قانون معين .

ولعل أهمية التكييف في اطار تنازع القوانين ،تبرز في اختلاف قوانين الدول في تكييف نفس المسألة القانونية ،فمثلا بالنسبة للميراث وفق قوانين الدول الإسلامية يدخل ضمن الأحوال الشخصية ، أما بالنسبة للدول الغربية فهي تنظمه وفقا للأحوال العينية.

وفي حقيقة الأمر،هذا الاختلاف في التكييف يثير مسألة أساسية تتمثل في اشكالية **"تحديد القانون الذي يتم بموجبه التكييف ، فوفق أي قانون يتم التكييف ؟ وفقا لقانون القاضي أم وفق قانون أخر؟**

1-إخضاع التكييف لقانون القاضي:

جاء بهذه النظرية الفقيه "بارتان"، حيث تبين له ان القضاء الفرنسي كان يخضع التكييف لقانون القاضي بصورة تلقائية ،حتى جاء هو و جعلها نظرية مبنية على اسس مستمدة من فكرة السيادة، إذ حسب رأيه كل تطبيق للقانون الأجنبي داخل دولة القاضي يعد انتقاصا لسيادتها التشريعية ، وتبعا لذلك ينبغي ان يتم التكييف وفقا لقانون القاضي ،من أجل تجنب التدخل في تحديد السيادة التشريعية لدولة القاضي.

وقد استند بارتان لبناء نظريته على بعض القضايا التي فصل فيها القضاء الفرنسي تلقائيا، منها على سبيل المثال قضيتي ميراث المالطي ووصية الهولندي.

2-اخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق:

يرى أنصار هذا الاتجاه ،أن لكل قانون تكييفا ته الخاصة به،كما أنه ليس من المعقول أن يخضع التكييف لقانون معين وحل النزاع الى قانون أخر ،لذلك يجب أن يكون القانون الواجب التطبيق على النزاع هو الذي يخضع له التكييف.

نقد النظرية: إن اعمال هذه النظرية أمر مستحيل من الناحية الواقعية،لأنه لا يمكننا أن نتعرف مسبقا على القانون الواجب التطبيق الا بعد اسناده ،و الذي لا يتم هو الأخر إلا بعد تكييف المسألة.

3-اخضاع التكييف للقانون المقارن:

يذهب انصار هذا الاتجاه و على رأسهم "ربال"،أنه لا ينبغي على القاضي التقيد بقانون معين عند قيامه بعملية التكييف ،فكون النزاع يتعلق بعلاقات دولية خاصة ،فإنه يستلزم على القاضي الرجوع الى مختلف النظم القانونية السائدة في العالم ويستخلص منها مفاهيم مستقلة عن المفاهيم الداخلية.

نقد النظرية:

اذا كان هذا المنهج مقبول من الناحية النظرية ،فإن تطبيقه من الناحية العملية صعب و عسير ،فمن جهة يتعسر على القاضي الإحاطة أو العلم بكل النظم القانونية المختلفة ،ومن جهة اخرى تختلف هذه الأخيرة في الوصف القانوني الذي تعطيه للمسألة محل النزاع ،مما قد لا يساعد القاضي كثيرا.

4-النظرية الحديثة في التكييف:

يرى انصار هذا الاتجاه ،الذي يتزعمه كل من باتيفول و لاغارد ،أن التكييف يخضع كأصل عام لقانون القاضي ،مع توسيعه ليشمل القانون الأجنبي المختص المفترض التطبيق في الحالات التي يجهل فيها القاضي الوطني النظام القانوني الذي يتمسك به الخصوم.

موقف المشرع الجزائري:

يتجلى لنا موقف المشرع الجزائري من حيث القانون الذي يخضع له التكييف في **المادة 9 من القانون المدني الجزائري** ،التي تنص على:"***يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق***"، وبهذا يخضع المشرع التكييف لقانون القاضي أي للقانون الجزائري مع ادراج بعض الاستثناءات على تطبيق هذه القاعدة:

*تكييف المال هل هو منقول أم عقار (**المادة 1/17ق م ج**).

*تكييف الفعل الضار لكونه مشروعا أم لا (**المادة20 /2ق م ج**).

*حالة وجود نص قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر(**المادة21ق م ج**)

.

ملاحظة:

بالرجوع الى **المادة 23مكرر2 من القانون المدني الجزائري** المستحدثة و التي تنص على "***تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين***"،نستشف أن المشرع الجزائري قد تأثر أخيرا

بالنظرية الحديثة التي تقضي بأن قانون القاضي هو المرجع في التكييف مع توسيع ليشمل القوانين الأجنبية الأخرى في حالة جهل النظام القانوني للمسألة المطروحة على القاضي.

المحاضرة الرابعة:

المبحث الثاني: الإحالة

الكلمات المفتاحية: التنازع الايجابي –التنازع السلبي- احالة من الدرجة الاولى احالة من الدرجة الثانية.

لقد سبق و ان أشارنا آنفا ،الى أن قواعد التنازع (الاسناد)تختلف باختلاف التشريعات ،مما يؤدي الى اختلاف القانون الواجب التطبيق بالنسبة لنفس النزاع ،حيث يتنازع الموضوع الواحد قانونين كلايهما يقر باختصاصه،و هذا ما يعرف با**"التنازع الايجابي"**،كأن يتعلق النزاع **بأهلية جزائري** مقيم **بانجلترا**،فاذا عرض النزاع على القاضي الجزائري ،فإنه سوف يطبق **القانون الجزائري** لماذ؟ لأن **المادة10 من القانون المدني** (قاعدة اسناد)تخضع الاهلية لقانون الجنسية .أما إذا عرض النزاع على القاضي الانجليزي ،فإنه سوف يطبق **القانون الانجليزي** لأن قاعدة الاسناد المتعلقة بالأهلية تقضي بتطبيق **قانون الموطن**.ففي هذه الحالة لا تثار اية اشكالية ،لأنه سوف يفصل في النزاع امام الجهة التي يعرض عليها.

كما قد يرفض كل قانون حل النزاع و يحيلنا الى قانون اخر ، فنكون امام **"التنازع السلبي"**،كأن يتعلق النزاع **بأهلية انجليزي** مقيم **بالجزائر** ، فإذا عرض النزاع على القاضي الجزائري ،فانه يطبق **القانون الإنجليزي** ،لأن قاعدة الاسناد تخضع الاهلية الى **قانون الجنسية** ،أما إذا عرض النزاع على القاضي الإنجليزي ،فإنه سوف يطبق **القانون الجزائري** لأن قاعدة الاسناد تعطي الإختصاص لقانون

الموطن (الجزائر).وفي هذه الحالة **تثار اشكالية** القواعد القانونية التي يرجع اليها القاضي في القانون الاجنبي الواجب التطبيق؟ **فهل يعود الى قواعد الاسناد في هذا القانون؟أم يرجع الى قواعده الموضوعية** ؟ هذا ما يعرف **"بالإحالة ".**

أولا:تعريف الإحالة:

عبارة عن نظرية تقضي بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص(قواعد تنازع القوانين) في القانون الواجب التطبيق.وبذلك نقول:

-إذا رجع القاضي الى **قواعد الاسناد** في **القانون الاجنبي الواجب التطبيق** ،فهو قد **أخذ** بالإحالة.

-إذا رجع القاضي الى **القواعد الموضوعية** في **القانون الاجنبي الواجب التطبيق مباشرة** دون الرجوع الى **قواعد الاسناد فيه**، فيكون بذلك **رافضا** للإحالة.

ثانيا:صور الإحالة: تأتي الإحالة على شكلين:

-**احالة من الدرجة الأولى:** تتمثل في الحالة التي تحيل فيها قواعد الاسناد في القانون الاجنبي المختص ،الاختصاص لقانون القاضي ، فيطبق بالتالي القاضي القواعد الموضوعية في قانونه ، وهذا ما يعرف بالرجوع.

-**احالة من الدرجة الثانية:** وتتعلق بالحالة التي لا تحيل فيها قواعد الاسناد في القانون الاجنبي المختص الاختصاص لقانون القاضي ، بل تحيله لقانون اخر أجنبي وقد تستمر سلسلة الإحالة الى قانون رابع ،خامس...

فيا ترى ما هو موقف المشرع الجزائري من الإحالة؟ **تبناها أم رفضها؟**

ثالثا: الإحالة فى القانون الجزائري:

1-موقف المشرع من الإحالة قبل تعديل القانون المدنى فى 2005:

لم يتطرق القانون المدني قبل تعديله بموجب **القانون رقم 05-10** الصادر في **2005/06/20** بتاتا الى الإحالة ،حيث لا نجد اية اشارة بقبولها أو رفضها ،مما ادى بغالبية الباحثين الى القول برفض المشرع الجزائري للإحالة.

2-موقف المشرع من الإحالة بعد تعديل القانون المدني:

بعد تعديل احكام القانون المدني ،نجد ان المشرع الجزائري قد أفصح أخيرا عن موقفه من الإحالة ،وذلك بموجب **المادة 23مكرر1** التي تنص على أنه: ***" إذا تقرر ان قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق ، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.*** .

غير انه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص."

غير ان الملفت للنظر عند قراءة هذا النص ،وجود تناقض واضح بين كلا من فقرتيه،فالاولى منه ترفض صراحة الإحالة وتلزم القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي وهي نفس الصياغة التي اعتمدتها بعض التشريعات العربية الرافضة للإحالة (المادتين27و28من القانونين المدنيين المصري والأردني) اما في الثانية ،فنلاحظ أن المشرع يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى،إذ يقبل بالإحالة من القانون الأجنبي الى قانونه، أما إذا احال القانون الاجنبي الى قانون أخر ، فإن القاضي يطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي حددته قاعدة الاسناد الجزائرية.هذا ما يجعل من الأحكام التي جاءت بها هذه المادة المستحدثة غامضة ،يستوجب تدخل المشرع لإعادة صياغتها.

المحاضرة الخامسة:

الفصل الثالث:دراسة تطبيقية لأهم منازعات القانون الدولي الخاص

المبحث الاول: منازعات الأحوال الشخصية

الكلمات المفتاحية: ضابط الجنسية - الأحوال الشخصية – النظام العام – البعد الديني – البعد الاجتماعي.

الهدف من المحاضرة: يتعين على الطالب في نهاية المحاضرة التوصل الى فهم المقصود بالأحوال الشخصية ، وأن المشرع الجزائري قد فضل اخضاع المنازعات الناشئة بشأنها لقانون الجنسية.

تعتبر الاحوال الشخصية من أهم مواضيع تنازع القوانين التي تثار بشأنها منازعات ،نظرا لتشعبها المستمد من اقترانها بمفاهيم ذات طابع اجتماعي وأخلاقي و ديني و الذي أدى الى تباين الحلول القانونية المطبقة على تلك المنازعات باختلاف التشريعات و الشرائع.

و إذا كانت قواعد الاسناد الخاصة بالأحوال الشخصية تحتل مكانة لا يستهان بها في مختلف تشريعات الدول ،فإن التشريع الجزائري إعترف لها بنفس المكانة بموجب التقنين المدني لسنة 1975 وبرزت أكثر بموجب تعديل 2005،حيث أعاد المشرع النظر في بعض قواعد الاسناد و إدراج أخرى جديدة في مواضيع لم يتم التطرق اليها سابقا وبعضها غريبة في النظام القانوني الجزائري.

وقد اعتمد المشرع الجزائري على ضابط الجنسية في مجال الاحوال الشخصية لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها،كونه –حسب نظره- القانون الأفضل و المناسب لحماية الجزائريين.**فإلى أي مدى يعد ضابط الجنسية هو القانون الانسب و الملائم لحماية العلاقات الخاصة الدولية؟**

أولا:مفهوم الأحوال الشخصية:

يقصد بالأحوال الشخصية مجمل العلاقات و الأوضاع القانونية المتصلة بذاتية الشخص و بعلاقاته العائلية ،أي كل ما يتعلق بحياة الانسان الشخصية التي لها علاقة بالأسرة ويطبق على هذه الأحوال القانون الشخصي وهو إما قانون الجنسية التي ينتمي اليها الشخص وإما قانون الموطن.

وتختلف الدول في تحديد المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية ،فمنها من تعتبر الميراث و الوصية و النظم المالية للزواج و الهبة من الأحوال الشخصية ،وأخرى تخرجها منها،فمثلا ذهبت محكمة النقض المصرية بموجب القرار الصادر عنها بتاريخ 1934/06/21،إلى تحديد المقصود بالأحوال الشخصية أين اعتبرتها مجموع ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب عليها القانون أثرا قانونيا في حياتها الاجتماعية ككون الانسان ذكرا أو أنثى و كونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية...

وعموما يمكن القول ان المسائل التي تدخل في مجال الأحوال الشخصية هي:

- حالة الشخص و اهليتهم

- نظام الاسرة كالخطبة و الزواج و المهر و الطلاق و التطليق و حقوق الزوجين و البنوة وإقرارها و نظام الاموال بين الزوجين و النسب و التبني و الكفالة و الالتزام بالنفقة بين الاقارب.

- الولاية و الوصاية و القوامة و الحجر و الاذن بالإدارة و الغيبة و اعتبار المفقود ميتا.

- الميراث و الوصية و كل التصرفات المضافة الى ما بعد الموت.

ثانيا: تكريس المشرع لضابط الجنسية في مسائل الاحوال الشخصية:

اختار المشرع الجزائري ضابط الجنسية لحل المنازعات المتعلقة بالأحوال

الشخصية بصفة أصلية و فضله عن ضابط الموطن لعدة اعتبارات:

***ذات طابع ديني:** بالرغم من كون كل من القانونين الفرنسي و المصري قد ساهما بشكل كبير في تكوين القانون المدني الجزائري،الا أنه مع ذلك تعتبر الشريعة الإسلامية من بين الركائز المعتمد عليها لبناء القاعدة القانونية ،لاسيما إذا تعلق الأمر بالأحوال الشخصية ،فنجد ان معظم قواعد الإسناد الجزائرية المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية قد تأثر محتواها بأحكام الشريعة الإسلامية.

***ذات طابع اجتماعي :** حيث يعتبر قانون الجنسية قانون الوسط الاجتماعي للشخص،يعكس أخلاقه و عاداته وثقافته،فهو إذن الأقرب من أي قانون أخر.

***ذات طابع عملي :** يتصف قانون الجنسية بصفة الإستمرار و الثبات ،فهو بذلك قانون متحرك مع الشخص يخضع له بالرغم من اختلاف مكان اقامته و موطنه. ضف الى ذلك تتميز رابطة الجنسية كذلك بالاستقرار نظرا لصعوبة تغييرها ،كونها تحتاج الى اتباع اجراءات طويلة و معقدة في بعض الأحيان.

وتجدر الإشارة الى أن المشرع الجزائري قد كرس بصورة استثنائية ضابط الموطن في مجال الاحوال الشخصية ، وذلك في حالة انعدام الجنسية ،وفقا **للمادة 3/22 من القانون المدني الجزائري** التي

تنص على : "...***وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة "***.

المحاضرة السادسة:

ثالثا : تطبيقات ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية:

1)النزاعات المتعلقة بالآثار المالية للزواج:

الكلمات المفتاحية: النظام المالي للزوجين – قانون جنسية الزوج – نظام الاستقلال المالي –نظام الاشتراك المالي .

الهدف من المحاضرة: يتعين على الطالب في نهاية المحاضرة ، فهم المقصود بالآثار المالية للزواج وتمييزها عن الآثار الشخصية مع التركيز على عدم تفرقة المشرع الجزائري بينهما وبالتالي اخضاعها لنفس القانون الواجب التطبيق عليها خلافا لما ذهبت اليه التشريعات الغربية و بعض التشريعات العربية.

اذا كان عقد الزواج يثير اشكالات عديدة فيما يخص تكوينه و ضرورة البحث عن القانون الواجب التطبيق على شكل العقد وموضوعه ،فإن تلك المنازعات لا تقف فقط عند مرحلة تكوينه بل تشمل كذلك الاثار المترتبة عنه ،الشخصية منها و المالية ،هذه الاخيرة التي سوف نسلط الضوء عليها نتيجة للإشكالات التي تثيرها.

- أ-مفهوم النظام المالي للزوجين:

يقصد بالنظام المالي للزوجين **" *النظام القانوني الذي تخضع له العلاقات المالية للزوجين الناشئة مباشرة عن عقد الزواج إما بقوة القانون أو بإرادة الزوجين ،كالاشتراك أو الانفصال في ملكية الاموال و ادارتها أو الانتفاع بها أثناء قيام العلاقة الزوجية ،و كيفية توزيعها و تصفيتها عند انحلال الرابطة الزوجية*."**

أو :" ***النظام الذي يتحدد بواسطته المركز القانوني لأموال الزوجين و مدى استخدامها في حياتهما المشتركة سواء ما كان منها مملوكا للزوجين قبل الزواج أو ما يمتلكانه بمناسبة الزواج أو ما يكتسبانه أثناء الحياة الزوجية*".**

ويجب التنويه هنا: أنه لا تندرج ضمن فكرة النظام المالي للزوجين العلاقات التعاقدية العادية التي قد تنشأ بين الزوجين ، فهي تخضع للنظام التعاقدي العام.

- ب-مختلف النظم القانونية المتعارف عليها:

تحكم العلاقات المالية بين الزوجين مجموعة من القواعد أو الانظمة بعضها قانونية و أخرى اتفاقية .

***النظام المالى القانونى:**

اذا لم يتفق الزوجان على نظام معين تخضع له الاثار المالية لزواجهما ،فانه يطبق هذا النظام المالي الذي يأتي على عدة اشكال:

1-**نظام الاشتراك المالي** :يشترك الزوجان وفق هذا النظام في الاموال التي يتم انفاقها لإشباع حاجات الاسرة وسداد الديون،كما يقوم الزوج بإدارة كل الاموال بما في ذلك أموال الزوجة الخاصة بها وبانتهاء الحياة الزوجية تقسم تلك الاموال بينهما او بين الورثة عند الوفاة.

وينقسم هذا النظام بدوره في القانون الفرنسي الى ثلاثة صور:

-**نظام الاشتراك العام**:حيث تكون فيه جميع أموال الزوجين مشتركة بينهما.

-**نظام الاشتراك في المنقولات و المكاسب**: حيث تكون فيه اموال الزوجين المكتسبة قبل و بعد الزواج مشتركة بينهما بلستثناء العقارات تبقى خاصة بكل واحد منهما.

-**نظام الاشتراك المخفض**: يحتفظ الزوجان في ظل هذا النظام بأموالهما المملوكة عند الزواج ،أما ما يكتسبانه بعد الزواج يكون مشتركا بينهما.و تجدر الاشارة الى أن هذاالانظام هو المعمول به في القانون الفرنسي اذا لم يختر الزوجان نظاما معينا.

2-**نظام الانفصال المالي:**

يحتفظ وفق هذا النظام كل من الزوجين بأموالهما الخاصة المتحصل عليها قبل او بعد الزواج سواء في التصرف فيها أو ادارتها أو استغلالها شريطة ان يساهم كل واحد منهما في تحمل نفقات الاسرة .وقد أخذت بهذا النظام الدول الانجلوساكسونية .

3-نظام الدوطة أو البائنة:

كانت الزوجة بمقتضى هذا النظام تقدم نسبة من اموالها لزوجها لكي يتولى ادارتها و استغلالها من أجل توفير حاجيات الاسرة ،دون امكانية التصرف فيها أو الحجز عليها في حين تبقى الزوجة محتفظة بباقي اموالها ،تستقل في التصرف فيها أو استغلالها.إلا أن هذا النظام قد تم الغائه في فرنسا سنة 1965.

***النظام المالي الاتفاقي**:

يمكن للزوجين الاتفاق على اختيار نظام مالي معين ،يطبق على أموالهما ويتم اختياره عن طريق "العقد المالي للزواج"، الذي هو عبارة عن هقد رسمي يتم تحريره أمام موظف مؤهل لذلك و يحدد فيه الزوجان المشارطات المالية،و يشترط القانون لصحة هذا العقد استفاء شروط شكلية و اخرى موضوعية.

النظم المالية للزوجين وفق القانون الجزائري:

بالرجوع الى **المادة 37 من قانون الاسرة المعدلة** ،و التي تنص 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 الاموال المشتركة

بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول الى كل واحد منهما"

نستشف بأن المشرع كرس نظامين ماليين لآثار الزواج:

الاصل: وهو نظام الاستقلال المالي

الاستثناء : **نظام الاشتراك المالي**: يمكن للزوجان اللجوء الى هذا النظام الذي استحدثه المشرع نتيجة لتغير المعطيات الاجتماعية و الاقتصادية التي جعلت المرأة العاملة تتحمل جنبا الى جنب مع زوجها تكاليف الاسرة بالرغم من تكريس مبدأ

استقلالية الذمم المالية.وتبعا لذلك يمكن للزوجين ان يتفقا في عقد الزواج نفسه أو في عقد رسمي لاحق بشأن الاموال المشتركة التي يكتسبانها أثناء الحياة الزوجية و النسب التي يملكها كل زوج.

-ج-القانون واجب التطبيق:

تنص **المادة 1/12 من القانون المدني** ،المعدلة على :"***يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج ، وقت انعقاد الزواج على الاثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج".***

وبذلك يكون النص الجديد أكثر وضوحا مما كان عليه قبل تعديله بموجب القانون رقم 05-10،أين كان يتحدث عن الاثار المالية دون الشخصية منها.

كما ان المشرع نجده قد احتفظ بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ليكون القانون واجب التطبيق على الاثار المالية و الشخصية معا، علما انه هناك اختلاف بينهما .

الى جانب ان النص يخاطب طرفين أجنبيين(مختلفين في الجنسية)،لأنه اذا كان احد الزوجين جزائري وقت انعقاد الزواج يعطل العمل بهذا النص ويعمل بأحكام المادة 13 من القانون المدني ،اين يطبق القانون الجزائري وحده إلا فيما يخص أهلية الزواج.

كذلك اراد المشرع باختياره لميعاد "وقت انعقاد الزواج" ايجا د حل لمشكلة التنازع المتحرك التي يمكن ان تثار اذا ما أقدم الزوج على تغيير جنسيته.

-د- مدى نجاعة الحل المعتمد من المشرع في المادة 12/ 1 من القانون المدني:

يهدف المنهج التنازعي عن طريق آلية **"قواعد الاسناد"** الى البحث عن القانون المناسب و الملائم لحكم العلاقة القانونية المشتملة على عنصر اجنبي ،فهل نلمس ذلك في قاعدة الاسناد الجزائرية المتعلقة بالآثار المالية للزواج لاسيما بعد

تعديل سنة 2005 ؟

من المؤكد ان المشرع لا يريد التنازل عن ضابط الجنسية حتى بعد تعديل سنة2005 ،اذ نجده احتفظ بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ،بالرغم من ان هذا الحل قد يؤدي الى الاخلال بمبدأ المساواة بين الرجل و المرأة ،وهو مبدأ مكرس دستوريا الى جانب انضمام الجزائر الى اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة سنة 1996، كما أنه تغاضى عن اضفاء الصبغة التعاقدية على الاثار المالية للزواج مثلما ذهب اليه المشرع التونسي و الفرنسي.

المحاضرة السابعة:

2)النزاعات المتعلقة بالانفصال الجسماني:

الكلمات المفتاحية: الجنسية – الزوج –وقت رفع الدعوى –

الهدف من المحاضرة: توصل الطالب في نهاية المحاضرة الى التعرف على نظام الانفصال الجسماني الغريب على مجتمعنا العربي و الاسلامي ، وكيف كرسه المشرع الجزائري لحماية الحقوق المكتسبة في ظل علاقات خاصة دولية مع احترام اسس النظام العام.

-أ-مفهوم الانفصال الجسماني:La séparation de corps

يقصد بالانفصال الجسماني "*المباعدة بين الزوجين دون انهاء الرابطة الزوجية التي تجمعهما*".

فالزواج يظل قائما من الناحية القانونية في حين تنشأ عنه مباعدة مادية من الناحية الفعلية ،نتيجة إختفاء المساكنة بين الزوجين .

ضف الى ذلك ،تبقى بعض آثار الزواج قائمة كواجب المساعدة بين الزوجين وحق المرأة في حمل لقب زوجها اذا لم يقضي حكم الانفصال بخلاف ذلك،أما فيما يخص

-الاثار المالية فيتم تصفية النظام المالي للزوجين مع الاحتفاظ بحق الارث.

والانفصال الجسماني اجراء وقائي تلجأ اليه بعض التشريعات المقارنة لاسيما الاوروبية منها (المسيحية) للحيلولة دون صدور حكم بالطلاق في انتظار انتهاء العلاقة الزوجية بوفاة أحد الزوجين او بالتطليق او الجوء الى الصلح و الحفاظ على الرابطة الزوجية.

-ب-القانون واجب التطبيق:

كانت **المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري** تتضمن فقط قاعدة اسناد تتعلق بانحلال الزواج ،غير ان المشرع تدارك الفراغ القانوني الذي كان موجودا من قبل ،فأقدم على تعديل نص **المادة 2/12** وأضاف موضوع الانفصال الجسماني على النحو التالي:"...**ويسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى".**

نستشف من نص هذه المادة ،ان المشرع الجزائري قد وحد قاعدة الاسناد التي تحكم كل من التطليق و الانفصال الجسماني بالرغم من تباين كلا النظامين و المتمثلة في **"قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى"** مغفلا بذلك التطرق الى القانون الذي يحكم الطلاق بالإرادة المنفردة .

***لماذا قانون الجنسية؟** ان اعتماد ضابط الجنسية من قبل المشرع ليس بأمر جديد ،اذ موضوع الانفصال الجسماني يدخل ضمن نطاق الاحوال الشخصية ،أين نجد موقف المشرع بارز في تفضيله لضابط الجنسية على ضابط الموطن (المواد 10الى 16من القانون المدني)،و هو نفس الحل المعتمد من قبل تشريعات أغلب الدول العربية كالقانون المصري،السوري و الاردني...

***لماذا قانون جنسية الزوج؟** رجح المشرع جنسية الزوج على جنسية الزوجة لإعتباره ان الزوج هو رب الاسرة ،علما أنه نفس الحل الذي اعتمده في الفقرة الاولى من هذه المادة بالنسبة لآثار الزواج.في حين نجد القانون التونسي يخضع الانفصال الجسماني الى قانون الجنسية المشتركة للزوجين عند اقامة الدعوى ،و ان كانا مختلفين في الجنسية فيطبق قانون اخر مقر مشترك لهما،أما اذا لم تكن للزوجين

لا جنسية مشتركة و لا مقر مشترك يطبق القاضي قانونه.
***لماذا وقت رفع الدعوى؟** لإيجاد حل لمشكلة التنازع المتحرك.
وبهذا يكون المشرع قد تجاهل ضابط الموطن خلاف ما ذهب اليه المشرع التونسي و الفرنسي.

-ج-مجال تطبيق قاعدة الاسناد:

تطبق هذه القاعدة على الجانب الموضوعي الذي يتعلق بصحة الحق المكتسب كشروط الانفصال الجسماني و أسبابه ، و كذا تطبق على آثاره الشخصية كحق الزوجة بالاستمرار بحمل لقب زوجها أم لا، مدة الانفصال ... و المالية ككيفية تصفية النظام المالي للزوجين.

أما الجانب الاجرائي للنزاع المتعلق بالانفصال الجسماني (كاتخاذ تدابير استعجاليه في حق الزوجة و الاولاد) فإنها تخرج عن نطاق **المادة 2/21** ،لأن المشرع وضع لها قاعدة اسناد خاصة بها بموجب **المادة 21 مكرر من القانون المدني** ،أين ارجع الاختصاص فيها الى قانون القاضي الذي رفعت الدعوى أمامه.

***الاستثناء الوارد على تطبيق قانون جنسية الزوج:**

بالرجوع الى **المادة 13 من القانون المدني** ،نجد أنه استثناءا يخضع الانفصال الجسماني الى القانون الجزائري ، متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص الاهلية .

من المعلوم ان هذه المادة وضعها المشرع لحماية الطرف الجزائري ،فإذا كان كل من الزوج و الزوجة لازالا يحملان الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى، فإنه يمكن تقبل تطبيق هذا الاستثناء، أما إذا تخليا أو تخلى احدهما عنها بعد انعقاد الزواج ، فلا مبرر حينها لتطبيق نص المادة 13 على النزاع.علما أن تطبيق هذا الاستثناء مقترن برفع الدعوى أمام القاضي الجزائري.

-د-إشكالات تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى:

مما لا شك فيه ،يعد نص المشرع على قاعدة اسناد في موضوع الانفصال

الجسماني – والذي يعتبر نظاما غريبا على مجتمعنا - ليس إلا محاولة منه لإيجاد حل للنزاعات المثارة بشأن علاقات خاصة ذات بعد دولي إذا ما أثيرت أمام المحاكم الجزائرية.فهل وفق المشرع في تبني الحل المناسب و الملائم ؟

ان تطبيق القاعدة المنصوص عليها في المادة 2/21 من القانون المدني تثير العديد من الاشكالات:

-المساس بمبدأ المساواة بين الرجل و المرأة

- امكانية المساس بمصلحة الزوجة:

1-قد يطبق على الانفصال الجسماني "وقت رفع الدعوى" قانون لم تكن تتوقعه الزوجة عند ابرام عقد الزواج في حالة ما إذا قام الزوج بتغيير جنسيته بعد ابرام عقد الزواج.

2-قد يطبق على الانفصال الجسماني "وقت رفع الدعوى" قانون يجهله الزوج و لا يخدم مصلحته بل قد يهدر حقوقه و يقر حقوقا للزوجة .

-ان انشاء حق يتعلق بالانفصال الجسماني غير ممكن أمام القضاء الجزائري ،وإنما يمكن الاعتراف بحق انشأ في دولة اجنبية وفقا لقانونها و يطلب الاعتراف به في الجزائر ،ومع ذلك تبقى مسألة في يد قاضي النزاع تخضع لسلطته التقديرية الواسعة.

المحاضرة الثامنة:

3)النزاعات المتعلقة بالتبنى:

الكلمات المفتاحية: المتبني –المتبنى – قانون الجنسية – المصلحة الفضلى للطفل

الهدف من المحاضرة: توصل الطالب في نهاية المحاضرة الى التعرف على التبني كتصرف غير معترف به في التشريعات العربية والإسلامية ،ومع ذلك هناك البعض منها من وضع قاعدة اسناد خاصة به ومنها المشرع الجزائري بتطبيق قانون الجنسية وما يثيره من صعوبات و اشكالات في تطبيقه على العلاقات الخاصة الدولية من الناحية العملية .

اكتسى التبني أهمية لا يستهان بها على مستوى التشريعات لاسيما الغربية منها ،و كذا على مستوى الاتفاقيات الدولية من أجل حماية المصلحة الفضلى للطفل امام تزايد عدد الاطفال مجهولي النسب أو الذين حرموا من رعاية الوالدين بسبب الحروب المدمرة،وبذلك أصبحت مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عليه من المسائل القانونية الجد أساسية في مجال تنازع القوانين والتي تزداد صعوبة امام عجز بعض التشريعات عن معالجتها .فما الوضع اذن في التشريع الجزائري و كيف عالج المشرع هذه المسألة؟

-أ- تعريف التبنى:

يقصد بالتبني ***" تصرف قانوني ينشئ بين المتبني و المتبنى علاقة أبوة و بنوة دون أن تقوم بينهما رابطة الدم "*** أو ***" تصرف قانوني ينشئ رابطة مصطنعة بين المتبني و المتبنى"*** .

و هو نظام معروف في قوانين كثير من الدول خاصة الغربية منها كالتشريع الفرنسي ،البولوني و الايطالي و بعض التشريعات الاسلامية كالقانون التونسي و الايراني.

-ب-القانون واجب التطبيق على التبنى:

لم يكرس المشرع الجزائري قاعدة اسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على التبني الا بعد تعديله لأحكام القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10، حيث جاء بالمادة 13 مكرر1 و التي تتعلق بموضوعي الكفالة و التبني اذ تنص على أنه:**"يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل و المكفول وقت إجرائها ، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل.**

و تطبق نفس الاحكام على التبني".

و على اساس هذا النص ، يمكن صياغة المادة 13مكرر1 على هذا النحو:**" يسري على صحة التبني قانون جنسية كل من المتبني و المتبنى وقت إجرائها ، ويسري على آثاره قانون جنسية المتبني".**

وتبعا لذلك ينبغي التمييز بين القانون الواجب التطبيق على نشأة التبني و بين ذاك الذي تخضع له آثاره.

-1-القانون الواجب التطبيق على نشاة التبنى:

ينبغي التمييز بين القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد التبني و بين شروطه الشكلية.

***القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية :**

يقصد بالشروط الموضوعية للتبني تلك الاساسية أو الجوهرية لكي ينعقد صحيحا ،كتحديد سن المتبني و المتبنى ،تحديد فارق السن الذي يجب ان يكون بينهما ان لا يكون للزوج ابناء شرعيين...الخ

بالرجوع الى نص **المادة 13 مكرر 1** نجد ان المشرع اعتمد على الضابط المألوف في الاحوال الشخصية و المفضل لديه و هو " **قانون جنسية كل من المتبنى و المتبنى وقت اجرائه ".**

وهنا يمكن اثارة مسألتين:

1/اذا كان كل من المتبني و المتبنى من جنسيتين مختلفتين ،فكيف نطبق قانونهما ،هل تطبيقا موزعا أم تطبيقا جامعا؟

ان نص **المادة 13 مكرر 1** ليس واضحا في هذا الشأن ،غير ان الرأي الراجح من الفقه يقول بتطبيق القانون تطبيقا موزعا لأن التطبيق الجامع سوف يؤدي الى استحالة انعقاد التبني،لذلك نقول ان المقصود في المادة السالفة الذكر هو التطبيق الموزع،و الذي مع ذلك قد تعتريه بعض الصعوبات كأن يأذن قانون المتبني بالتبني و لا يقر ه قانون المتبنى.

2/ايجاد حل لمشكلة التنازع المتحرك: ان الجنسية التي يعتد بها هي تلك التي كان يحملها كل من **المتبني** و **المتبنى "وقت اجراء التبني"**.

وينبغي ان نشير هنا،الى ان المشرع قد إختار الحل التقليدي المتمثل في تطبيق قانون الجنسية ،في حين تذهب أغلب التشريعات حاليا الى تطبيق **"قانون مصلحة الطفل الفضلى"** ،و هو الحل المتبنى في الاتفاقيات الدولية الخاصة بموضوع الاطفال وحقوقهم مثل اتفاقية لهاي المتعلقة بحماية الاطفال و التعاون في موضوع التبني الدولي،المبرمة في 29ماي 1993.

***القانون واجب التطبيق على الشروط الشكلية :**

تشمل الشروط الشكلية لعقد التبني ،شكل و نوع السند الذي بتم بمقتضاه التبني ،السلكة المخولة قانونا بصلاحية تحريره والاجراءات الواجب اتباعها بشأنه،و هي تخضع للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة19 من القانون المدني والمتعلقة بشكل التصرفات القانونية ،وهي قاعدة اختيارية على القاضي اختيار القانون المناسب و الملائم وهو اما قانون مكان ابرام التبني او قانون الموطن المشترك او

قانون الجنسية المشتركة او القانون الذي يسري على الاحكام الموضوعية لعقد التبني.

في حين نجد مثلا المشرع التونسي أخضع الشروط الشكلية لعقد التبني الى ضابط واحد و المتمثل في "قانون بلد الابرام " في **الفصل 53 من مجلة القانون الخاص التونسي.** و نجد الفقه و القضاء الفرنسيان يرجحان تطبيق القانون المتعلق بالشروط الموضوعية لعقد التبني على الشروط الشكلية و الاجراءات.

-2-القانون واجب التطبيق على آثار التبنى:

تشمل آثار التبني كل من لقب المتبنى و إسمه ، حقوق كل من المتبني و المتبنى إزاء الاخر .

و بالرجوع الى **المادة 13 مكرر 1** ،يمكن ان نستشف ما يلي:

- اعتماد المشرع على **"قانون جنسية المتبني"** ، وهو الحل المعتمد لدى أغلب التشريعات بالنظر الى طبيعة تلك الاثار التي تستدعي أن يحكمها قانون واحد.
- **إغفال المشرع للمعيار الزمني** :اذ لم يحدد الوقت الذي يعتد به بجنسية المتبني هل وقت اجراء التبني أم وقت رفع الدعوى مما يثير مشكلة التنازع المتحرك.

-ج- اشكالات تطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بالتبنى فى القانون الجزائرى:

نفهم من خلال نص المادة 13مكرر1 من القانون المدني،ان المشرع قد أذن بإنشاء تبني في حدود ما تسمح به القوانين الشخصية للأطراف (اي فقط للأجانب)، لكن يبقى ذلك من الناحية النظرية ، أما من الناحية العملية فلا نتصور صدور احكام قضائية تتعلق بإنشاء التبني في الجزائر لعدم تناول المشرع هذه المسألة في قوانين أخرى مكملة للحكم الوارد في قاعدة الاسناد المتعلقة بالتبني.

وعليه يمكن فقط الاحتجاج أمام القاضي الجزائري **بالتبنى كحق مكتسب** في

ظل قانون بلد اجنبي يجيز هذا النظام. ومع ذلك تثير القاعدة المعتمدة في نص **المادة 13 مكرر1** الكثير من المشاكل:

-بالنسبة لتطبيق قانون جنسية المتبنى و المتبنى:

*فقد ينشأ تبني في دولة أجنبية وفق قانون لا يأخذ بجنسية الطرفين لإبرام العقد،أو وفق قانون جنسية أحدهما (مثل القانون الفرنسي الذي يأخذ بقانون جنسية المتبني) ، وعرض النزاع أمام القاضي الجزائري للإقرار بهذا الحق المكتسب ،فيرجع الى نص المادة 13مكرر1 ويطبق قانون جنسية كل من المتبني و المتبنى وقت اجرائه بالرغم من ان القانون الذي انشأ في ظله هذا الحق لم يعتمد على معيار الجنسية لكلا طرفي العقد أو لأحدهما، مما قد يؤدي الى عدم الاعتراف بذلك الحق المكتسب.

*يمكن أن ينشأ تبني في دولة أجنبية بين طرفين و يكون أحدهما جزائري، مثل **المتبني** فرنسي و **المتبنى** ولد جزائري مولود و مقيم في فرنسا ، فإذا طرح النزاع أمام القاضي الجزائري فإنه يرجع في صحة التبني الى قانون جنسية الطرفين (أي كل من المتبني و المتبنى)،وبما أن المتبنى متعدد الجنسية ومن بينها الجنسية الجزائرية أو كانت الجنسية الفرنسية هي الفعلية فإن القاضي لا يعترف له بهذا الحق.

-بالنسبة لتطبيق قانون جنسية المتبنى:

* مثلا انه تم ابرام عقد التبني في فرنسا بين **المتبني (فرنسي)** و **المتبنى (جزائري)**مولود و مقيم في فرنسا ،تم الاحتجاج بآثاره أمام القاضي الجزائري الذي يرجع الى قاعدة الاسناد ،في جد ان القانون المنطبق هو قانون **"جنسية المتبني"** اذن القانون الفرنسي،فهل يطبق القاضي القانون الفرنسي على المتبنى الجزائري ؟ و يضرب عرض الحائط المادة 46 من قانون الاسرة الجزائري التي تخاطب الجزائريين؟ بالتأكيد تدخل فكرة النظام العام هنا و لا نتصور اعتراف القاضي بتلك الاثار؟

ويمكن القول في الاخير ، ان منع التبني شرعا و قانونا في القانون الجزائري ، لا يعد سببا لاعتبار التبني في مجال القانون الدولي الخاص مخالفا للنظام العام الجزائري ،لأنه أصلا يخاطب الأجانب ،فإذا كان قانونهم الشخصي يجيزه اين المشكل إذا طلب انشائه أو الاحتجاج بآثاره امام القاضي الجزائري ؟ بينما يتعين على المشرع تكريس فكرة الاثر المخفف للنظام العام وضرورة اعادة النظر في القاعدة المنصوص عليها في **المادة13 مكرر 1** ان كان فعلا جدي في تكريسه لها وذلك لحماية حقوق اطراف العقد وعدم اهدارها،لأنه اذا بقيت كذلك فإنها ليست إلا قواعد تزيينية أكثر منها عملية.

المحاضرة التاسعة:

الكلمات المفتاحية: العقد الدولي – وحدة القانون واجب التطبيق –تجزئة العقد – ضابط الارادة – قانون الجنسية –قانون الموطن –قانون بلد الابرام

الهدف من المحاضرة: توصل الطالب في نهاية المحاضرة الى معرفة القانون المختار من المشرع الجزائري – و المتمثل في قانون الارادة – لكي يطبق على النزاعات المتعلقة بالعقد الدولي وكيفية اعماله مع معرفة القانون المنطبق في حالة غياب قانون الارادة.

المبحث الثاني:المنازعات المتعلقة بالعقد:(الإلتزمات التعاقدية)

يقصد بالالتزامات التعاقدية في القانون الدولي الخاص ،العقود ذات الطابع المالي المحض و التي يطلق عليها "العقود الدولية"، فتخرج منها العقود ذات الطابع الشخصي كالزواج ،الكفالة و العقود المالية ذات الطابع الشخصي كالهبة و الوصية.

وبهذا،يشتمل العقد الدولي على عقود التجارة الدولية،عقود القروض الدولية ،عقود التنمية الصناعية و الاقتصادية ،عقود التراخيص الصناعية،عقود البيوع الدولية و العقود الالكترونية الدولية...الخ

أولا: خضوع العقد لقانون الارادة :(ضابط الاسناد الاصلي):

تنص **المادة 1/18 من القانون المدني** على أنه:**" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين اذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد..."**

حيث يتضح من هذا النص أن المشرع قد أخضع العقد الدولي الى قانون الارادة ،غير أنه قبل الخوض في شرح كيفية العمل بهذا الضابط لابد من الوقوف عند مفهوم قانون الارادة .

-1- المقصود بقانون الارادة:يقصد به في القانون الدولي الخاص امكانية الاطراف اختيار القانون الذي يحكم العلاقة القانونية القائمة بينهم.

***ظهوره:** بدأت ملامح المبدأ تظهر في فقه الاحوال الايطالي في القرنين الثاني و الثالث عشر ،حيث كانوا يخضعون التصرف القانوني لمكان ابرامه،أخذا بقاعدة خضوع شكل التصرف لمكان ابرامه دون تمييز بين الموضوع و الشكل ،و مبررهم الاساسي في ذلك هو ان ارادة الاطراف قد اتجهت ضمنيا لإخضاع علاقاتهم لقانون محل الابرام.

غير ان الفكرة تطورت في القرن **16 م**،حيث جاء الفقيه ديمولان بفكرة اخضاع العقد لقانون الارادة ،أي القانون الذي انصرفت ارادة الاطراف الى اختياره صراحة أو ضمنا.

وقصر ديمولان قانون الارادة على الجانب الموضوعي للعقد أما الشكلي منه فأبقاه خاضعا لقانون بلد ابرامه.

و هكذا أصبحت هذه القاعدة متأصلة في القانون الدولي الخاص ،يعمل بها القضاء في عدة دول و كرستها معظم التشريعات.

-2- كيفية اعمال قانون الارادة:

وفقا لنص **المادة 1/18** المذكورة أعلاه ،يتمتع أطراف العقد بحرية اختيار القانون الذي سوف يخضع له عقدهم،وهذه الارادة يمكن أن تكون صريحة أو ضمنية (كالاتفاق على على تنفيذ العقد في دولة معينة أو جعل النزاع خاضع لمحاكم دولة معينة...ألخ) .

فبما ذا أخذ المشرع الجزائري ؟ هل يعتد بالإرادة الصريحة لوحدها أم اخذ كذالك بالإرادة الضمنية مثلما ذهبت اليه أغلب التشريعات العربية؟

بالرجوع الى نفس المادة المذكورة سابقا ، نجد ان المشرع لم يبين نوع الارادة المعتد بها ،مما فتح المجال لظهور عدة اراء حول هذه المسألة :

*__رأي أول:__ يرى بضرورة الاعتداد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ويستندون في ذلك الى نص **المادة 60 من القانون المدني** التي تضمنت الأخذ بالإرادة الضمنية الى جانب الارادة الصريحة في اطار النظرية العامة للعقد.

*__رأي ثاني :__ ينادي بوجوب الاخذ بالإرادة الصريحة دون الرجوع الى الإرادة الضمنية ، ويبررون موقفهم بالقول أن الاساس المعتمد من قبل انصار الرأي الاول ليس قانوني،كون **المادة 60** المذكورة سابقا تقتصر فقط على العقود الداخلية دون العقود الدولية.

*__رأي ثالث:__ ترك المسألة للقضاء ،ففي نظر أنصاره يعد القاضي المعروض عليه النزاع هو وحده الذي يمكنه الفصل في هذا الامر ، فإما يختار الاخذ بالإرادة الضمنية أو يتغاضى عن الاعتداد بها.

ونحن نقول بدورنا ،ان المشرع الجزائري لم يأخذ بالإرادة الضمنية في **المادة 18 ق م** ،مخالفا بذلك جل التشريعات العربية (القانون المدني السوري ، المصري و الاردني ...)،التي اعتدت بالإرادة الضمنية الى جانب الارادة الصريحة النصوص المتضمنة قاعدة اسناد خاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية .

غير ان السؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح هنا: هو هل للأطراف حرية مطلقة في اختيار اي قانون أجنبي

يرونه ملائما لحكم علاقاتهما ؟ حتى ولو لم تكن له علاقة بالعقد؟

بالرجوع الى **الفقرة الاولى** من **المادة 18** التي تنص على **: "...إذا كانت له صلة حقيقية بالعقد أو المتعاقدين"** ،نستشف بأنه ليس للأطراف حرية مطلقة في اختيار قانون اي دولة ليحكم عقدهما ، بل يجب ان تكون للقانون صلة بالعقد (قانون مكان ابرام العقد أو قانون مكان تنفيذه) و إما بالمتعاقدين (قانون موطنهما المشترك أو قانون جنسيتهما المشتركة)، كما يحق للقاضي المعروض عليه النزاع استبعاد القانون المختار و استبداله بقانون أخر أشارت إليه قاعدة الاسناد الاحتياطية في حالة غياب الصلة.

غير أنه إذا لم تعبر الاطراف عن ارادتها في اختيار القانون الواجب التطبيق بشكل صريح أو في حالة اختيارهم قانونا ليست له صلة بالعقد ،فمن يحل محلهم في تعيين القانون المنطبق؟

ثانيا: القانون المنطبق في حالة غياب قانون الارادة:

اذا سكت اطراف العقد عن اختيار قانون لعقدهما أو في حالة استبعاد القانون المختار من قبل قاضي النزاع ،يتم الرجوع الى القوانين الاحتياطية التي ذكرها المشرع الجزائري بالترتيب وفق نص **المادة 18 ق م** مكرسا بذلك منهج الاسناد الجامد **(1)** ، خلافا لبعض التشريعات التي تتجه حديثا الى تكريس منهج الاداء المميز(2).

1)تكريس المشرع الجزائري لمنهج الاسناد الجامد:

بالرجوع الى **المادة 2/18و3 من القانون المدني** ، نجد أن المشرع الجزائري لم يشأ ان يترك مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد للسلطة التقديرية الواسعة للقاضي،وذلك لتوليه بنفسه تحديد القوانين المنطبقة والمتمثلة في:

أ - قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة

ب- **قانون بلد الابرام**:اذا اختلف موطن المتعاقدين أو اختلفت جنسيتهما يطبق القاضي قانون محل ابرام العقد ، الذي يؤدي الى توحيد القانون المنطبق على العلاقة التعاقدية من حيث شكل العقد و موضوعه.

غير أن الزام القاضي الرجوع الى هذا الضابط ليس بالحل السليم و ربما قد يتعارض مع توجهات الاطراف ،و قد لا يكون القانون الملائم ،اذ يحتمل ان يكون مثلا قانون محل تنفيذ العقد هو المناسب و الذي يعد في بعض العقود الدولية هو القانون المحقق لمصالح الطرفين و حتى للغير.

إذن: حسب **المادة 18 ق م ج** المشرع هو الذي يعين القانون الواجب التطبيق في حالة عدم اختيار الاطراف لقانون معين أو في حالة استبعاده ، اما القاضي فيتمثل دوره في تطبيق ذاك القانون حسب الترتيب الوارد في المادة المذكورة سابقا.

من هنا : يتضح لنا موقف المشرع الجزائري من حيث المنهج المعتمد و المتمثل في **"منهج الاسناد الجامد"** ،المعتمد لدى معظم التشريعات العربية (المصري،السوري ،الاردني و العراقي...)،حيث و إن كان يمتاز بتوفير الامن القانوني لمعاملات الاطراف من خلال معرفتهم السابقة بقانون العقد ،إلا انه في المقابل يتصف بالجمود لعدم مراعاته لتعدد و تنوع العقود الدولية.**فهل ثمة منهج أخر يمكن تبنيه لإيجاد القانون الأنسب والملائم لتطبيقه على العقد الدولي؟**

2)منهج الاسناد المرن للعلا قة العقدية الدولية:

اذا كان منهج الاسناد الجامد يعتمد على ضوابط اسناد محددة مسبقا في القانون يتولى القاضي المعروض عليه النزاع اختيار الضابط الانسب لحكم العلاقة التعاقدية الدولية في حالة غياب قانون الارادة ،فإن منهج الاسناد المرن يعتمد اساسا على اعمال القاضي لسلطته التقديرية من أجل البحث عن القانون المناسب لتطبيقه على العقد الدولي مع وجود اختلاف بين الفقهاء حول اطلاق سلطة القاضي التقديرية في ايجاد القانون الواجب التطبيق.

-أ- نظرية التركيز الموضوعي للعلاقة التعاقدية:

يعتمد انصار هذا الاتجاه و على رأسهم الفقيه الفرنسي "باتيفول" على الاسناد الذي يقوم على التركيز الموضوعي للرايكة التعاقدية وفقا لملابسات التعاقد و ظروفه ،فالقاضي المعروض عليه النزاع يقوم بالبحث في كل حالة على حدى عن القانون الاكثر ارتباطا بالعقد وفقا ظروف العقد و ملاباسته.

وبالرغم من ان هذه النظرية قد شهدت تطبيقات عديدة من قبل قضاء العديد من الدول في حالة غياب قانون الارادة كالقضاء الإنجليزي الأمريكي و الفرنسي (قبل نفاذ معاهدة روما لسنة 1980 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزمات التعاقدية)،وبالرغم من أنها تراعي خصوصية و تنوع العقد الدولي وتؤدي الى تحقق عنر العدالة ، إلا انها مع ذلك تفتقر الى عنصري اليقين و المعرفة المسبقة بالقانون ،مما قد يؤدي الى الاخلال بتوقعات الاطراف كون المسألة تختلف من عقد الى أخر.

-ب- منهج الآداء المميز:

ينطلق أنصار هذا الاتجاه من فكرة تركيز العقد في نظام قانوني معين من خلال طبيعته الذاتية و الابتعاد عن ظروف و ملابسات العقد.

فالقاضي المعروض عليه النزاع يقوم بتحليل الرابطة التعاقدية و يبحث عن الاداء أو الالتزام الجوهري المميز فيها.

ففكرة الآداء المميز للعلاقة التعاقدية تعتد بالموضوع الرئيسي للعقد أي المحل الجوهري في تلك العلاقة ، مما يجعل الامر يختلف من عقد الى أمخر حسب طبيعة كل عقد.

وتبعا لذلك يتم ربط العقد بالنظام القانوني للدولة التي يؤدي فيها العقد وظيفته الاقتصادية و هو :**"قانون مكان الاقامة المعتادة للمدين بالآداء المميز وقت ابرام العقد"**

و يعتمد أنصار هذا المنهج على معياريين يساعدان على الكشف عن الاداء المميز في العقد:

***على اساس طبيعة العقد:**

يتعين حسب هذا المعيار ان ينطلق البحث و التحليل عن الاداء المميز داخل العقد بحد ذاته ، بتحديد الالتزام الجوهري فيه ، فالالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد متعددة ، لكن لابد من وجود التزام في العقد يميز هذا الاخير عن غيره من العقود.

فحسب رأيهم يوجد طرف واحد يكون دوره فعال و مميز في العقد وهو **"المدين بالاداء المميز"** ،أما الطرف الثاني فدوره عادي .فإذا لا يمكن ان يكون الاداء المميز في العقد هو "الاداء النقدي" لكونه مشتركا في العديد من العقود، وإنما الالتزام المقابل لدفع المبلغ النقدي هو الذي يسمح بتمييز هذا العقد عن غيره ،فمثلا: التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري هو الاداء المميز في العقد ، و بالتالي يطبق قانون موطن المدين بالاداء المميز و هو (البائع).

***على اساس مهنة أطراف العقد:**

ان الاداء المميز حسب هذا المعيار هو ذاك الذي يدخل ضمن النشاط المهني و التجاري لمحترف العمل به.

فيطبق هذا المعيار على جميع العقود التي يبرمها المهنيون أو التجار المحترفون ،فيكون قانون مكان اقامتهم المعتادة هو الواجب التطبيق بوصفهم المدينين بالاداء المميز.

وتجدر الاشارة في الاخير الى ان اتفاقية روما لسنة 1980 المذكورة سابقا ، و التي اصبحت بمثابة القانون الدولي الخاص المطبق على العقود الدولية في معظم الدول الاوروبية قد وضعت بعض المؤشرات-على سبيل المثال- يمكن ان تساعد القاضي على الكشف عن الاداء المميز كا:

-عقد بيع البضائع الخاضع لقانون البلد الذي يقيم فيه البائع بصفة اعتيادية .

-عقد تقديم الخدمات الخاضع لقانون البلد الذي يقيم فيه مقدم الخدمة بصفة معتادة...الخ.

المحاضرة العاشرة:

الكلمات المفتاحية : الأهلية – شكل العقد – قانون موقع العقار –عقود الدولة – عقود العمل

الهدف من المحاضرة: توصل الطالب في نهاية المحاضرة من إدراك نطاق تطبيق قانون الارادة على العقد الدولي والحالات التي تحول دون الاعتداد بذلك القانون.

أولا: نطاق تطبيق قانون العقد:

يقصد بعبارة "الالتزمات التعاقدية " ليس فقط آثار العقد و انما العقد برمته، و عليه قانون الارادة يسري على العقد الدولي من حيث تكوينه آثاره و انحلاله ،بالرغم من وجود الاختلافات الفقهية في بعض المسائل حول اخضاعها أم لا لقانون العقد.

مثلا: - في ركن التراضي ،نجد جانب من الفقه يخضع تحديد مكان و زمان العقد بين غائبين لقانون القاضي بوصفه المرجع في التكييف ، وجانب اخر يخضعه لقانون مكان العلم بالقبول.

- انقضاء الالتزام عن طريق التقادم المسقط ، نجد جانب من الفقه يميل الى اخضاعه لقانون القاضي على اساس ان التقادم يعتبر من مسألة الاجراءات ، و بعض اخر يقول بتطبيق قانون موطن المدين استنادا الى ان الهدف من التقادم المتمثل في حماية المدين نفسه مع وجود اتجاه حديث يميل الى اخضاعه لقانون العقد.

ثانيا: استثناءات تطبيق قانون العقد:

-1- بالنسبة للعقد بحد ذاته:

يسري قانون الارادة على العقد الدولي من حيث تكوينه ،اثاره و انحلاله باستثناء مسألتين:

*أهلية المتعاقدين: و تخضع لقاعدة الاسناد المنصوص عليها في المادة 10 من

القانون المدني و المكرسة "لقانون الجنسية".

*شكل العقد: و الذي اخضعه المشرع للمادة 19 من القانون المدني ، وبالتالي لقانون بلد الابرام او قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية أو القانون الذي يطبق على موضوع العقد.

-2-بالنسبة لبعض العقود :

*العقود المبرمة بشأن العقار:

بالرجوع الى الفقرة الاخيرة من نص المادة 18 من القانون المدني ، نستشف ان المشرع استثنى صراحة من نطاق تطبيق قانون العقد ،العقود المتعلقة بالعقارات وجعل الاختصاص "لقانون موقع العقار".

***بعض عقود الدولة :**

ان العقود التي تبرمها الدولة أو احدى مؤسساتها العامة مع شخص أجنبي تابع للقانون الدولي الخاص ،بإعتبارها شخص من اشخاص القانون العام لاتخضع لقانون الارادة بالرغم من انها تعد من عقود التجارة الدولية مثل عقود الاستثمار ،عقود الاشغال العامة ،عقود النقل التكنولوجي و عقود البحث و التنقيب عن البترول...الخ

***عقود العمل الدولية:**

قد يكتسب العقد صفة الدولية ،مثل ان يجري تنفيذ عقد العمل في دولة غير الدولة التي ابرم فيها العقد،أو اختلاف جنسية العامل عن رب العمل ،فهل يمكن اخضاعه لمبدأ سلطان الارادة؟

رفض غالبية الفقه اعمال مبدأ سلطان الارادة لتحديد القانون الواجب التطبيق بقولهم ان ارادة الاطراف في التفاوض ووضع شروط العقد عي في الواقع غير موجودة ، بل تقترب أكثر الى عقود الاذعان.كما ان جل التشريعات تتدخل لتنظيم علاقة العمل بموجب قوانين آمرة بما يحقق توجهاتها السياسية ،الاجتماعية و الاقتصادية ، وبذلك فإما يطبق قانون الموطن أو الجنسية المشتركة أم قانون مقر مؤسسة المستخدم أم قانون مكان تنفيذ العمل.

-3- حالة استبعاد القاضي للقانون المختار :

اذا كان المبدأ في العقود الدولية هو حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ،فإنه مع ذلك قد يستبعد ذاك القانون استثناءا من قبل القاضي المعروض عليه النزاع و استبداله بقانون اخر اذا تبين له انه مخالف للنظام العام غي دولته،كما لو كان ذاك القانون المختار يتنافى مع النظام الاقتصادي المكرس في دولة القاضي ،ومن اجل حماية الاقتصاد الوطني يتم استبعاده و احلال محله قانون القاضي .مثلا: ادراج بند الدفع بعملة أجنبية في العقد الدولي ويتم اختيار قانون دولة تجيز ذاك الشرط بينما قانون دولة القاضي لا تعترف به سواء في العقود الدولية او الداخلية ،ففي هذه الحالة يمكن استبعاد القانون المختار لمخالفته قواعد النظام العام في دولة القاضي.

كما يمكن استبعاد قانون الارادة اذا تبين ان هذا الاخير كان على اساس الغش نحو القانون ،كأن يقوم الاطراف بالتحايل على شرط الصلة الواجب توافره في القانون المختار بتغيير ضابط الاسناد من أجل ايجاد صلة مصطنعة للتهرب من الصلة الحقيقية كتغيير بلد الابرام أو تغيير جنسية احد المتعاقدين من أجل خلق عنصر اجنبي في العقد ،فيكتسب حينها هذا الاخير صفة الدولية و يخضع لقواعد الاسناد بدلا من قواعد القانون الداخلي.

المحاضرة الحادية عشرة:

الكلمات المفتاحية : قاعدة اسناد اختيارية – قانون محل الابرام

الهدف من المحاضرة : تمكن الطالب في نهاية المحاضرة من فهم المقصود بشكل التصرف القانوني و مدى خضوعه للقاعدة الكلاسيكية "قانون بلد الابرام" « locus » في ظل التوجه نحو توحيد قانون العقد في جانبيه الموضوعي و الشكلي.

المبحث الثالث:المنازعات المتعلقة بشكل التصرفات القانونية

من المعلوم أن الشكلية المقررة لبعض التصرفات القانونية تختلف من تشريع دولة لتشريع دولة أخرى ،فما يعتبر من الشكل في دولة القاضي قد لا يعد كذالك في

دولة اجنبية ،فهذا الاختلاف في الشكل هو الذي يولد مشكلة تنازع القوانين و ضرورة تحديد القانون الذي يحكم الشكل .

أولا : خضوع الشكل لقاعدة اسناد انتقائية:

بالرجوع الى **المادة 19 من القانون المدني** التي تنص على :" **تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.**

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامهما الموضوعية"، نلاحظ أن المشرع الجزائري وضع قاعدة اسناد تتعلق بسائر التصرفات القانونية ومختلف أنواع العقود تتضمن أربعة قوانين محددة يجوز للمتعاقدين افراغ شكل العقد وفق احداها.

-1- قانون محل الابرام:

عملا بأحكام **المادة 1/19 من القانون المدني** ،يعد العقد صحيحا من الناحية الشكلية اذا تم وفقا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه التصرف .

وهذا الحل المعتمد من المشرع الجزائري و جل التشريعات المقارنة تقليدي ، أصله القاعدة اللاتينية« LOCUS REGIT ACTUM » أو "قانون محل الابرام" ، أخذ بها الفقه و القضاء في ايطاليا منذ القرن الثالث عشر وطبقت على الشكل و الموضوع معا الى غاية القرن الخامس عشر اين جا الفقيه الفرنسي ديمولان بفكرة اخضاع العقد لقانون الإرادة ،ليتقلص بذلك قانون بلد الابرام ليقتصر فقط على

الجانب الشكلي للتصرف.فأصبحت هذه القاعدة مكرسة فقها ، قضاء و تشريعا لاعتبارات عدة أهمها التيسير على المتعاقدين في ابرام تصرفات صحيحة من حيث الشكل اينما وجدوا.

وعليه اذا كانت قاعدة قانون محل الابرام بهذا القدر من الاهمية فهل تعد قاعدة الزامية أم يتم الاخذ بها على سبيل الانتقاء؟

بالإطلاع على أحكام **المادة 19** المذكورة أعلاه،نجد ان المشرع اعتبرها قاعدة اختيارية ،لأنه نص على قوانين أخرى يمكن الاخذ بها الى جانب قانون محل الابرام

في الفقرة الثانية من نفس المادة ،الى جانب استعماله لعبارة "ويجوز أيضا".

-2- قانون الموطن المشترك:

يعتبر قانون الموطن المشترك الضابط الثاني الذي أخذ به المشرع الجزائري لما له من أهمية خاصة في مجال المعاملات المالية و لاسيما اذا تعلق الامر بتنفيذ العقود ،غير انه نادرا ما يكون هذا الموطن خارج قانون بلد الابرام.

-3- قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين:(القانون الوطنى المشترك):

لعل السبب الرئيسي لإختيار هذا الضابط هو افتراض علم المتعاقدين بأحكام قانونهما الوطني أكثر من أي قانون أخر.

-4- القانون الذي يحكم موضوع العقد:

أضاف المشرع هذا الضابط بعد تعديل أحكام القانون المدني ،معلنا بذلك عن نيته في التوجه نحو توحيد القانون المنطبق على العقد من حيث الموضوع و الشكل معا.

ثانيا: نطاق تطبيق القانون الذي يحكم الشكل:

يطلق مصطلح "شكل" على على عدة مسائل منها الاشكال الازمة لإنعقاد التصرف و تلك المطلوبة لإثباته أو إعلانه أو شهره و الاشكال المكملة للأهلية و تلك الازمة لإستكمال الاجراءات ، فهل تدخل كلها في نطاق المادة 19 ق م ؟

ليس كل المسائل المذكورة تخضع للمادة أعلاه ،بل هناك مسائل مستثناة و تخضع للقانون الخاص بها.

*الاشكال الجوهرية المطلوبة لإنعقاد التصرف

*الاشكال المكملة للأهلية

*الأشكال الخاصة بالعلانية كشهر عقد بيع العقار أو رهنه.

*الاشكال المتعلقة بإجراءات التقاضي و السير في الدعوى.

المحاضرة الثانية عشرة:

الكلمات المفتاحية: الفعل الضار – الفعل النافع – المسؤولية التقصيرية – القانون المحلي – القانون الاصلح للمتضرر

الهدف من المحاضرة: توصل الطالب في نهاية المحاضرة الى إدراك مضمون **قاعدة القانون المحلي** الكلاسيكية وكيفية تطبيقها على الالتزمات غير التعاقدية و الصعوبات التي تعتري تطبيق هذه القاعدة.

المبحث الرابع:المنازعات المتعلقة بالإلتزمات غير التعاقدية:

(الوقائع القانونية)

يقصد بالالتزامات غير التعاقدية الالتزامات الناجمة عن الوقائع القانونية ،التي إما أن تكون أفعالا ضارة (غير مشروعة) أو أفعالا نافعة (مشروعة).

ويؤدي تعدد عناصر الالتزام غير التعاقدي الى توزعها في اقليم اكثر من دولة و اتصالها بقوانين مختلفة ،إما لاختلاف الجنسية أو لاختلاف مكان وقوع الالتزام أو الضرر ،مما قد يثير مسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق.

وقد وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد تحدد القانون المنطبق على هذا النوع من الالتزامات في **المادة 20 من القانون المدني** التي تنص على :**"يسري على الالتزمات غير التعاقدية ، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام.**

غير أنه فيما يتعلق بالإلتزمات الناشئة عن الفعل الضار ، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج و تكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذ وقعت فيه"

أولا: خضوع الالتزمات غير التعاقدية للقانون المحلي :

بالرجوع الى **المادة 1/20 من القانون المدني** ،نجد ان المشرع قد أخضع الإلتزمات غير التعاقدية لقانون"**محل وقوع الفعل المنشىء لها**".

و الالتزمات غير التعاقدية الخاضعة لقاعدة الاسناد هذه هي الواقعة القانونية المنشئة للمسؤولية

التقصيرية بالنسبة للفعل الضار أو الفضالة ،الاثراء بلا سبب و دفع غير المستحق بالنسبة للفعل النافع.

وعليه تخضع المسؤولية التقصيرية و كل المسائل المتفرعة عنها الى قانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار:

-اركان المسؤولية (الخطأ-الضرر-العلاقة السببية بينهما)

-انواع المسؤولية(مسؤولية عن الفعل الشخصي ،مسؤولية عن فعل الغير...)

-آثار المسؤولية:التعويض (مقداره،كيفية تقديره...)

-دعوى المسؤولية.

أما بالنسبة للفعل النافع فيطبق قانون محل الاثراء بالنسبة للإثراء بلا سبب و قانون مكان دفع غير المستحق و كذا قانون محل آداء الفضالة.

ثانيا: صعوبات تطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشىء للإلتزام:

مما لا شك فيه ان تطبيق قاعدة القانون المحلي قد تعتريه بعض الصعوبات تحول دون امكانية تحديد هذا القانون ،من بينها:

***توزع عناصر الواقعة القانونية في أكثر من دولة** :ـكأن يقدم طعام في الدولة "أ" ، ظهور أعراض تسمم في الدولة "ب" ،حدوث وفاة في الدولة "ج" ،ففي هذه الحالة أي قانون نعتد به قانون مكان وقوع الفعل (الخطأ)ام قانون مكان حصول الضرر؟

هناك اتجاهين الاول ينادي بتطبيق قانون المكان الرئيسي للواقعة المنشئة للإلتزام ،و الثاني يميل الى تطبيق قانون المكان الذي تحققت فيه أخر واقعة قبل حصول النتيجة.

***تحقق الخطأ في دولة و الضرر في دولة أخرى:** كأن تتصاعد مواد ضارة من مصنع دولة و الضرر في دولة أخرى ،فأي قانون يطبق؟ هناك اكثر من اتجاه:

- **تطبيق قانون محل وقوع الفعل (الخطأ)** ،لأنه أساس المسؤولية التقصيرية

- **تطبيق قانون محل تحقق الضرر**،لأن نظام المسؤولية المدنية لا يهدف الى توقيع الجزاء انما الى التعويض عن الضرر الذي لحق المتضرر.

- **تطبيق القانون الاصلح للمتهم**،أي ضرورة اعطاء المتضرر حرية الاختيار بين قانون محل وقوع الفعل (الخطأ) وبين قانون الدولة التي ترتب فيها الضرر،وذلك لتكريس نوع من العدالة و الانصاف للطرف الضعيف و هو المتضرر.وهذا هو الاتجاه الحديث الذي يؤخذ به في فقه القانون الدولي الخاص.

***وقوع الفعل في مكان لا يتبع لدولة معينة**: كحدوث تصادم بين طائرتين في الفضاء الجوي الذي يعلو

وسط البحار ،حيث يميل الاتجاه المعاصر الى تطبيق قانون العلم المشترك للطائرتين المتصادمتين في

حال انتمائهما لدولة واحدة ، وكذا تطبيق قانون القاضي في حالة اختلاف علمهما.

المحاضرة الثالثة عشرة :

الكلمات المفتاحية : الفعل الضار – القانون الجزائري – قانون الجنسية المشتركة – قانون الموطن المشترك – قانون مكان الاقامة المعتادة للمتضرر – قانون مكان حدوث الضرر.

الهدف من المحاضرة : توصل الطالب في نهاية المحاضرة الى التعرف على الإستثناء الذي وضعه المشرع الجزائري على تطبيق القانون المحلي وكذا الوصول الى فهم انه بالرغم من ان قاعدة القانون المحلي قد استقرت فقه ،تشريعا و قضاء ،الا ا،ه مع ذلك تميل التشريعات الحديثة الى تكريس ضوابط اسناد أخرى أكثر ملائمة و تحقيقا للعدالة.

ثالثا: استثناء تطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشىء للإلتزام:

تنص **المادة 2/20 من القانون المدني** على أنه :" **...غير أنه فيما يتعلق بالإلتزمات الناشئة عن الفعل الضار ،لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج و تكون مشروعة في الجزائر و ان كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".**

من خلال هذا النص نجد أن المشرع الجزائري جاء بإستثناء فيما يخص الالتزام الناشئ فقط عن الفعل الضار ،إذا كانت الواقعة المنشئة للإلتزام التي حدثت في الخارج تكيف على أنها مشروعة وفقا للقانون الجزائري ، حتى وان كانت تكيف في البلد الاجنبي الذي وقعت فيه على أنها غير مشروعة.

وهذا الاستثناء يقوم على اعتبارات النظام العام حسب ماجاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري.

رابعا: مدى نجاعة قاعدة القانون المحلي :

بالرغم من كون قانون محل وقوع الفعل المنشئ للإلتزام قاعدة مستقرة فقها و

قضاءا وأخذت بها معظم التشريعات خاصة العربية منها مثل التشريع الجزائري ،بل و اعتبرتها قاعدة الاسناد الوحيدة ،إلا أنه مع ذلك قد يصعب تطبيق هذا القانون في حالات معينة –مثلما ذكرناه أنفا- كما قد لا تكون القانون المناسب و الملائم في حالات عدة ، إذ تؤدي الى هدر مصالح الطرف الضعيف في العلاقة،أو نجد ان أغلب عناصر هذه العلاقة على صلة بقانون دولة غير قانون محل وقوع الفعل المنشئ للإلتزام ، ومن أجل ذلك انتقد الفقه المعاصر هذه القاعدة بشدة ،ونجد أغلب تشريعات القانون الدولي الخاص الحديثة كالتشريع السوسري ،الفرنسي ،الأمريكي و التونسي قد وضعوا ضوابط أخرى تطبق بدلا من القانون المحلي – بالرغم من تكريسهم لهذا القانون كقاعدة عامة - ان كانت هي المناسبة كا:

- قانون الجنسية المشتركة .
- قانون الموطن المشترك.
- قانون بلد تسجيل العربة.
- قانون مكان حدوث الضرر.
- قانون مكان الاقامة المعتادة للمتضرر .