

جامعة لونيبي علي البلدية 2
كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في مقياس :

القانون ال دولي الخاص السداسي الأول-

مقدمة لطلبة السنة الثالثة -حقوق-

أقيت من طرف:
الدكتوراه بشرى زلاسي

السنة الجامعية

2019/2018

مقدمة:

تعد مادة القانون الدولي الخاص كفرع من القانون لها أهميتها البالغة، نظرا لتكفلها بحل وتنظيم العلاقات الخاصة الدولية التي تتنازعها قوانين دولية، تكون طرفا في العلاقة محل النزاع، وهي علاقات يتضمنها عنصرا أجنبيا قد يكون متمثلا في أشخاصها أو موضوعها أو سببها.

والجدير بالذكر أن القانون الدولي الخاص وُجد في الأصل لحل مشكل تنازع القوانين التي تعد سببا في وجوده، ثم مع التطور أصبح يتكفل بحل المشاكل المتعلقة بمواضيع عدّة، تمثلت في كل من الجنسية والموطن وتنفيذ الأحكام الأجنبية ومركز الأجانب وكذلك تنازع الاختصاص القضائي الدولي.

إلا أن الدراسة قد اقتصررت في هذه المحاضرات التي أُلقيت على طلبة السنة الثالثة حقوق، السداسي الأول، على مادة تنازع القوانين وما يحيط بها من آليات لحلها: وهي قواعد الإسناد والتكييف والإحالة، على أن يليها في السداسي الثاني مادة قانون الجنسية ومركز الأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية. والتمتعن في المسار التاريخي للقانون الدولي الخاص، يجد أن نشأته تُعدّ حديثة العهد، كونه لم ينشأ إلا بعد ما نشأت معاملات بين رعايا الدول المختلفة، حيث لم يكن معروفا في ظل الحضارات القديمة، رغم أن بذوره الأولى ترجع لها، كونها منحت للأجنبي بعض الحقوق في إطار مبادئ قانونية عُرفية، وفي ظل غياب لمفهوم تنازع القوانين بمعناه الحالي.

وإن كان الأمر يختلف في ظل أحكام الشريعة الإسلامية التي عرفت القانون الدولي الخاص في إطار القوانين بمفهومها التقليدي، إلا أنه وبفضل تطور وسائل الإعلام والمواصلات أصبحت الشريعة الإسلامية تعرف كنظام قانوني عالمي بعيدا عن النظرة التقليدية التي كان ينظر بها الفقه الغربي لها.

ولكون موضوع تنازع القوانين يشكل المحور الرئيسي في ظهور القانون الدولي الخاص، لهذا اعتنى الفقهاء في أوروبا منذ أواخر القرن الثاني عشر الميلادي، بالدراسة والتحليل لفرض التنازع بين قوانين البلد الواحد ثم بين القوانين الدولية، ولقد كان الفضل في ذلك إلى المدارس الفقهية التقليدية وكذلك الحديثة، التي أثمرت جهودها على وضع الإطار الشامل لنظرية تنازع القوانين التي تمثل اللبنة الأساسية للقانون الدولي الخاص.

ورغم تنوع الأفكار الفقهية حول الحلول المتطلّبة لحل مشكلة تنازع القوانين في إطار القانون الدولي الخاص، إلا أن التطبيق، يعد من أهم الناهج التي يعتمد عليها إلى حدّ يومنا هذا في الأنظمة التشريعية الحديثة، كونها تهدف إلى تحقيق العدالة والملائمة في ظل اختيار القانون الأنسب لحل النزاع المتضمن للعنصر الأجنبي، ضف إلى ذلك القواعد الموضوعية والقواعد ذات التطبيق المباشر ومنهج المدرسة الواقعية الأمريكية، التي تعد بدورها كحلول لحل النزاعات الدولية ذات العنصر الأجنبي.

ويعد المشرع الجزائري من بين المشرعين الذين أخذوا بمنهج الإسناد وحدده في المواد من 09 إلى 24 قانون مدني معدّل، ولقد كان من بين هذه المواد ما هو طريقا لتفسير قواعد الإسناد، منها التكييف الذي يعد إجراء أولي لتحديد طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع، وكذلك الإحالة التي تعد بدورها وليدة التنازع السلبي. ولكون مادة القانون الدولي الخاص يميزها نوعا ما شيء من التعقيد والغموض، لهذا حاولت قدر المستطاع استعمال الأسلوب البسيط المفصل لكل محور من محاور هذه المادة، بغرض إيصال الفكرة إلى أذهان الطلبة في يسر وسهولة، كما اعتمدنا المنهج التحليلي المقارن موضحين من حين لآخر موقف المشرع الجزائري.

ولقد اقتضت منهجية المقياس تقسيم محاضراته إلى فصلين وأردفت ذلك بفهرس المصادر والمراجع.

الفصل الأول سوف ندرس فيه الإطار المفاهيمي للقانون الدولي الخاص، الذي تطرّقنا بصدده إلى مفهوم القانون الدولي الخاص أولا، وهذا بالتعرّض إلى المراحل التاريخية التي عاشها هذا القانون سواء في ظل الحضارات القديمة أو في ظل الشريعة الإسلامية، ثم إلى تعريفه وكذلك طبيعته، ثم تناولنا ثانيا علاقة القانون الدولي الخاص ببعض فروض القوانين الأخرى، وكذا نطاق تطبيقه، مبيّنين المواضيع التي تتدرج في نطاقه وذلك وفقا لرأي الفقه الراجح، كما تعرضنا ثالثا إلى مصادر القانون الدولي الخاص سواء كانت مصادر دولية أو داخلية، نظرا لما يميّز به القانون من طبيعة خاصة في العلاقات التي يحكمها.

أما الفصل الثاني سوف نخصصه للنظرية العامة لتنازع القوانين، والتي سوف نتناول فيها أولا مفهوم تنازع القوانين موضحين من خلاله نطاق تنازع القوانين الذي يحدد لنا متى تكون القوانين محلا للتنازع، ثم تطرّقنا إلى الجانب التاريخي لتنازع القوانين عبر مختلف المدارس الفقهية التقليدية منها والحديثة، والتي لعبت دورا في إرساء نظرية تنازع القوانين، وكذلك تعريف تنازع القوانين وأهم الشروط الواجب توافرها فيها، إضافة إلى ذلك بيّنا المناهج التي يحل بها مشكل تنازع القوانين، مؤكدين على أهمها والمتمثلة في منهج قواعد الإسناد.

وحتى يلحق منهج التنازع دوره في حل مشكل تنازع القوانين، كان لابد من التعرض إلى كيفية تفسيره، لهذا كان أول الطرق التي تناولناها بالدراسة في التفسير هي عملية التكييف الذي يعد إجراء أولي يقوم به القاضي لتحديد الطبيعة القانونية للمسألة محل النزاع ليتضح بعدها القانون الواجب التطبيق، أما ثاني طريقة كانت محل دراستنا هي نظرية الإحالة التي تنثار بسبب التنازع السلبي للقوانين التي تكون طرفا في النزاع وما شكّلتها من مواقف فقهية وتشريعية متباينة حولها.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للقانون الدولي الخاص

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للقانون الدولي الخاص

مرّ القانون الدولي الخاص بمراحل تاريخية مختلفة، ففي ظل المجتمعات القديمة وقوانينها، كالمجتمع اليهودي واليوناني والروماني، كان هناك انعدام كلي لشخصية الأجنبي وحقوقه.

لكن مع تطور الأوضاع داخل تلك المجتمعات، والتقارب بين مدنها واحتكاك الشعوب ببعضها البعض وظهور أنظمة كنظام الضيافة والمعاهدات بين المدن اليونانية والرومانية وكذا قانون الشعوب، بدأ الاهتمام بالأجنبي ومنحه بعض الحقوق، رغم غياب لظاهرة تنازع القوانين وظهور مبدأي شخصية القوانين وإقليمية القوانين، بينما في ظل الشريعة الإسلامية ظهر مفهوم تنازع القوانين بصورة تقليدية وليس بالمفهوم المتعارف عليه حالياً، هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص حول تعريفه، بسبب اختلافهم حول طبيعته ومصادره، كما اختلفوا أيضاً حول طبيعته فيما إذا كان قانوناً داخلياً أم دولياً، أو ما إذا كان قانوناً خاصاً أو عاماً (المبحث الأول). كما أن البحث عن علاقة القانون الدولي الخاص بالفروع الأخرى للقانون، سواء ما تعلق بالقانون الدولي العام أو بفروع القانون الخاص، وكذلك قانون المرافعات والقانون الإداري... الخ، نجد أن هذه العلاقة قد تكون بصورة موسعة، كما قد تكون بصورة ضيقة.

وإن كان، بإجماع الفقه الدولي، أن موضوع تنازع القوانين يمثل المحور الرئيسي في ظهور مادة القانون الدولي الخاص، إلا أن الرأي الراجح يحصر نطاقه في ثلاثة مواضيع وهي أشخاص الحق واستعمال الحق ونفاذ الحق (المبحث الثاني)، وحتى ما تعلق بمصادر القانون الدولي الخاص التي تم الإجماع حولها من طرف الفقهاء، والتي تتمثل في المصادر الدولية والمصادر الداخلية، إلا أن هناك من يفضل أولوية المصادر الدولية عن المصادر الداخلية، أملاً في توحيد القوانين (المبحث الثالث).

المبحث الأول

مفهوم القانون الدولي الخاص

إن المراحل التاريخية التي مرّ بها القانون الدولي الخاص، بيّنت لنا أن الأجنبي، في ظل القوانين التي كانت سائدة في المجتمعات القديمة، لم تكن له شخصيته القانونية ولا يعترف له بحقوقه، إلا أن التطور الذي شهدته هذه المجتمعات أسهم في اعترافها ببعض الحقوق للأجنبي، في ظل غياب لمفهوم تنازع القوانين بمعناه الحالي، وإن كان الأمر مختلفاً في ظل أحكام فقه الشريعة الإسلامية التي منحت للأجنبي شخصيته القانونية، إلا أنها عرّفت تنازع القوانين بمفهومها التقليدي (المطلب الأول)، وحول تعريف القانون الدولي الخاص، نجد أن الفقهاء اختلفوا على ذلك، كما اختلفوا أيضاً حول طبيعته (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تاريخ وجود القانون الدولي الخاص

لم يكن القانون الدولي الخاص معروفاً في ظل قوانين المجتمعات القديمة، رغم منحها لبعض الحقوق للأجنبي وظهور مبدأي إقليمية وشخصية القوانين، وهذا ما سوف تظهره الدراسة في ظل القوانين القديمة، إضافة إلى ذلك أن تنازع القوانين ظهر في ظل أحكام فقه الشريعة الإسلامية، لكن بمفهومها التقليدي، وهذا الجانب التاريخي سوف يتجلى لنا من خلال:

أولاً: تاريخ وجود القانون الدولي الخاص في القوانين القديمة.

لم يكن للأجنبي، في ظل المجتمعات القديمة شخصية قانونية، فلم يكن له أي حق من الحقوق كالحق في الزواج أو في التملك أو حتى في حق التقاضي والإقامة داخل جماعة غير جماعته.

لقد كان اليهود يُحرّمون زواج الأجنبي باليهودية أو يهودي بأجنبية، وكان لهم حق أخذ الرّبا من الأجنبي والاستيلاء على أمواله دون وجه حق، رغم أن شريعتهم الموسوية تنهي وتحرم ذلك. ولقد ساد هذا الموقف اتجاه الأجنبي عند فلاسفة اليونان الأقدمين وعند الهنود الذين كانوا يعتبرون الأجنبي كالحيوان يجوز حتى أكل لحمه،⁽¹⁾ خاصة وأن المجتمع اليوناني القديم كان يسوده إلا قانون واحد مشترك في كل المدينة، ويبرز ذلك في المعاملات التجارية التي ينعدم فيها التنازع بين القوانين.

لكن مع التطور وشدة التقارب والاشتراك بين المدن اليونانية وذلك بفضل ظهور نظام معاهدات المعاملة بالمثل، الذي يعترف للأجنبي ببعض الحقوق مثله مثل الوطنيين، ضف إلى ذلك تواجد بعض المناطق التي تمارس فيها التجارة بين مختلف القوميات والمدن، وهذا ما أكدته بعض الدراسات عن تواجد وثائق لدى البابليين تثبت هذه المبادلات التجارية التي كانت متداولة في المجتمعات القديمة، مثال ذلك السند لحامله (Titre au porteur) والبيع بالائتمان (Vente à crédit)، ضف إلى ذلك أيضا أن قانون حمورابي تضمن أحكاما خاصة بالمعاملات التجارية والزراعية ومراكز الأجانب التي كانت سائدة.⁽²⁾

والجدير بالملاحظة أن في مصر القديمة كان يُطبق قانون "بوخرس" (Boohoris) الصادر في عهد أحد ملوك الأسرة الرابعة والعشرين سنة 740 ق.م بين المصريين والإغريق، وهذا في "العقد البطليموسي" وكذلك الشطر الأول من العهد الروماني، لكن كان يسري على المصريين إلا شريعتهم المعروفة بشريعة الإقليم (Choras Nomoi)، بينما الإغريق تسري على سكان مدنهم القوانين المتضمنة أحكام القانون اليوناني، كما أن الأجانب تطبق عليهم قوانين تتضمن الأساس المشترك لجميع القوانين المختلفة وكذلك العادات المحلية السائدة.

وعموما إن القوانين المصرية بقيت معمولا بها لدى الأهالي المصريين في شكل أعراف وعادات، وإن دل هذا على شيء إنما يدل على اعتماد مبدأ شخصية القوانين سواء ما تعلق بالمصريين أو اليونانيين كل حسب شريعته وقانونه، وهذا ما كشفت عنه وثائق من ورق البُردي، المعثور عليها، حيث دلت على تطبيق مبدأ شخصية القوانين بين المصريين واليونانيين، وكان

(1) د. سليمان علي علي، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، لطلبة الفصلين الدراسيين السابع والثامن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص16.

(2) د. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص10.

ذلك من منطلق العقد المحرر ما إذا كان مؤثقه مصريا أم يونانيا حتى يتحدد بموجبه اختصاص قاضي أحد الطرفين لحل النزاع، إلى جانب تبنيهم مبدأ قانون الإرادة لتحديد القانون المختص وكذا الجهة القضائية الفاصلة في النزاع.⁽¹⁾

أما في روما القديمة فكان الأجنبي أيضا عديم الشخصية القانونية ومتساويا مع الرقيق ويجوز بيعه، كما أنه محروما من المطالبة بأي حق من الحقوق.

ومع تطور الأوضاع واحتكاك اليونان بالشعوب الأخرى، ظهر نظامان هما: نظام الضيافة (l'hospitalité) ونظام المعاهدات، اللذان منحا أهمية للأجنبي وخففا من إهدار حقوقه، ودليل ذلك أن نظام الضيافة منح حق الحماية للأجنبي الذي يكون متواجدا في إقليم غير إقليمه، أما نظام المعاهدات الذي نشأ لأول مرة بين المدن اليونانية بسبب اشتراكها في اللغة والدين*، منح للأجنبي بعض الحقوق التي كانت تتبادل بالمثل بين جماعات المدن، إلى جانب ذلك الاعتراف بطائفة الأجانب الذين يطلق عليهم اسم (Les mètèques)، مع تمكينهم من حق التوطن وممارسة التجارة وتملك المنقولات.

وللإشارة هنا أن كلا النظامين الضيافة والمعاهدات، ظهرا أيضا في روما التي بدورها وضعت للأجانب ما يُسمى بقانون الشعوب (Jus gentium) الذي كان نتيجة فتوحاتها المختلفة، والذي مكّن الأجانب بدورهم من التجارة فيما بينهم ومع غيرهم.⁽²⁾

ولقد كان قانون الشعوب في روما يطبق إلى جانب قانونها المدني (Jus civile) الذي يحكم جميع معاملات الرومانيين فيما بينهم، وهذا القانون الذي استمد أصول أحكامه من قانون "الألواح الإثني عشر" والنصوص المكمل له.⁽³⁾

ويعد قانون الشعوب قانونا موضوعيا مستخلصا من مبادئ العدالة ومبادئ القانون الروماني والمبادئ العامة المقننة في قوانين الشعوب والأمم، ولقد تطور وأصبح يحكم جميع المعاملات وهذا بفضل بساطة إجراءاته ومبادئه التي أدت إلى الاعتراف بمكانته من طرف "جونستينيان" في مدونته واقتباس بعض أحكامه "البريتور" المدني ليتم تطبيقها على الرومان الأصليين فيما بينهم. وعليه تم إنشاء للأجانب أيضا قاضيا خاصا يتولى الفصل في قضاياهم في

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص 10، 11.

(2) د. سليما علي علي، المرجع السابق، ص.ص 16، 17.

(3) د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص 11.

روما، وفق أحكام قانون الشعوب، يسمى بـ "البريتور الأجانب".

والملاحظ أنه رغم وجود هذه الأحكام المتنوعة من القوانين سواء ما تعلق بقانون الشعوب والأحكام الخاصة بقاضي بريتور الأجانب إلا أنه يمكن القول أن القانون الروماني عرّف التنزع إلا الداخلي دون تنزع القوانين بالمعنى الاصطلاحي المتعارف عليه الآن.⁽¹⁾ لكن تم التخفيف من حدة التنزع بين الأقاليم المحلية بصدور قانون "كاركالا" سنة 212 قبل الميلاد، الذي اعترف بحق المواطنة لسكان الأقاليم المفتوحة وكذلك الأجانب المقيمين أيضا في روما، ومكّن وجود نوعا من الوحدة التشريعية في الإمبراطورية الرومانية واستبعاد التمييز العرقي الذي كان بين سكانها.⁽²⁾

أما خلال القرون الوسطى وبسقوط الإمبراطورية الرومانية الغربية في عام 476 ميلادية عن طريق القبائل البربر الجرمانية استبعدت فكرة إقليمية القوانين وحلّت محلّها فكرة شخصية قوانين بسبب استبعاد الجرمان القانون الروماني وتطبيقهم لقوانينهم الشخصية وعلى من ينتمي إليهم فقط،⁽³⁾ الأمر الذي كان سببا في ظهور تنزع بين القانونين الروماني والجرماني، لكنه تنزع سرعان ما اختفى بسبب التقارب الذي كان بين رعايا الرومان والجرمان، خاصة عن طريق الزواج المختلط وتقارب عاداتهم، إلى أن جاء القرن العاشر الميلادي الذي حقق وحدة القانون وهو القانون الروماني الذي أصبح سائدا، وتطبيق القانون الجرمانى بصورة استثنائية على بعض الأقليات في شمال روما.⁽⁴⁾

وعند ظهور نظام الإقطاع عمل على استبعاد مبدأ شخصية القوانين وطبق مكانه مبدأ إقليمية القوانين، نظرا لتمسك الإقطاعيون بتطبيق قوانينهم على المواطنين والأجانب وعلى جميع علاقاتهم القانونية، وهذا ما يعكس الجانب الإيجابي لهذا المبدأ، أما جانبه السلبي فهو كونه لا يتعدى تطبيقه على الوطني خارج البلاد، بل يصبح خاضعا لقانون الإقطاعية الجديد وهكذا، ما انجرّ عنه تخلي الناس عن مبدأ إقليمية القوانين مع اختفاء العلاقات والاتصالات مع أشخاص ليسوا من إقطاعيتهم، خشية ضياع حقوقهم وجهودهم التي حققوها في ظل مقاطعتهم الأولى.⁽⁵⁾

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 11.

(2) نفس المرجع، ص 11.

(3) د. عبد الرحمان جابر جاد، تنزع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 38، 39.

(4) نفس المرجع، ص 40.

(5) نفس المرجع، ص 41.

وحتى يتمكن الناس من القضاء على مبدأ الإقليمية وسلبياته، كان لابد من القضاء على النظام الإقطاعي في حد ذاته، وعلى السادة الإقطاعيين الذين تمسكوا به وبالغوا في تطبيقه، إلا أن الحروب الصليبية التي كانت بين الشعوب الإسلامية والمسيحية في أواخر القرن الحادي عشر حتى أواخر القرن الثالث عشر، كانت فرصة للقضاء على الأمراء الإقطاعيين الذين خاضوا هذه الحروب بأنفسهم وقُتل الكثير منهم، الأمر الذي أضعف ما تبقى من أمرائهم، وبالتالي تكونت جمهوريات صغيرة في إيطاليا تميزت بازدهارها التجاري والعلمي، حيث نهض علماءها نهضة علمية قوية أنشأوا بموجبها الجامعات التي جمعت أبناء البلاد الأوروبية الأخرى، كل ذلك قصد إحياء بالدرجة الأولى القانون الروماني وبعثه من جديد، ونشر الأفكار الخاصة بالأجانب والقوانين الواجبة التطبيق عليهم، خاصة وأنهم وجدوا أنفسهم أمام مبدئين وهما: مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين.

وأمام وجود المبدئين عمل العلماء على الأخذ بهما معا مع تطبيق كل مبدأ في الأحوال التي يكون فيها أنجع، تفاديا للتطبيق المطلق لكل مبدأ أو ما ينجر عن ذلك من سلبيات. ومحافظة منهم على سلطان القوانين المحلية في بلادهم، عملوا على تطبيق مبدأ الإقليمية على الأجنبي مع الاستعانة بمبدأ شخصية القوانين، حتى لا يظلم الأجنبي بأن تطبق عليه قوانين غريبة عنه في مجال أحواله الشخصية وعلاقاته العائلية.

والجدير بالملاحظة هنا أن أفكار هؤلاء الفقهاء كانت بمثابة اللبنة الأولى لقواعد تنازع القوانين التي نجم عنها ظهور نظرية الأحوال الإيطالية⁽¹⁾ بداية القرن الثالث عشر أي بداية الثورة الصناعية،⁽²⁾ ثم انتقلت الفكرة إلى كل من فرنسا وهولندا وإلى الدول الأنجلو سكسونية ثم إلى عصر النهضة، إلى أن تم استقرارها في التقنيين والاجتهاد القضائي الحديثين،⁽³⁾ وهذا ما سوف نتعرض له لاحقا.

ثانيا: تاريخ وجود القانون الدولي الخاص في الشريعة الإسلامية.

إن النظام القانوني في العالم الإسلامي مرتبط على أساس الدين، وعليه تتحدد حقوق الفرد على كونه مسلما أم لا، إضافة إلى تنظيمه للجانب الروحي للفرد وسلوك حياته اليومية. والملاحظ أن الإسلام قسّم العالم إلى دارين: دار الإسلام ودار الحرب والتي تعني حاليا

(1) د. عبد الرحمان جابر جاد، المرجع السابق، ص.ص 42، 43.

(2) د. محمد إسعد، قواعد التنازع، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص. 52.

(3) د. طيب زروتي، المرجع السابق، ص 17.

البلدان الغير إسلامية.⁽¹⁾

وتظم دار الإسلام إلى جانب المسلمين الذّمين المقيمين بعقد ذّمة أبدي مثلهم مثل المواطنين المسلمين، وأيضا المستأمنين القادمين من دار الحرب يقيمون فيها بموجب عقد أمان محدد بمدة معينة يمكن تجديدها، و يتمتعون بكل حقوقهم ويكونون خاضعين كغيرهم من المسلمين والذّمين لأحكام الشريعة الإسلامية،⁽²⁾ وقد يتحول المستأمن إلى ذّمي إذا لم يغادر الإقليم بانتهاء الأجل، لكن بشرط دفعه الضريبة.⁽³⁾

وحول نظرة الفقهاء الغربيين للشريعة الإسلامية نجدها قد كانت نظرة ضيقة، معتبرين الشريعة الإسلامية شريعة دينية لا غير، ولا تعرف ما يُسمى بتنازع القوانين، كما أنها تخاطب الناس كافة ولا تعرف الحدود السياسية كأساس للقانون الدولي الخاص، وباعتبار الإسلام في نظرهم إلا ديناً سماوياً وبالتالي لا يستدعي فيه تنظيم علاقات الأفراد الدولية تنظيمًا قانونياً.⁽⁴⁾ وأمام هذه النظرة العدائية للشريعة الإسلامية، استطاع فقهاء إلى غاية القرن الثالث عشر، من خلال دراساتهم وشرحهم المستفيض لأحكام القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة والإجماع والقياس، أن يثبتوا للغربيين أن الشريعة الإسلامية عرفت تنازع القوانين المشتعلة على العنصر الأجنبي⁽⁵⁾ وأن يصفوا قواعد خاصة بالمعاملات، ودليل ذلك تطبيقها لمبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين.

فكان يمكن لغير المسلمين أن يحتكموا إلى ديانتهم فيما يخص أحوالهم الشخصية وجميع علاقاتهم الخاصة العائلية، أما معاملاتهم المدنية تسري عليها أحكام الشريعة الإسلامية وهذه الأحكام تسري على المسلمين وحتى ولو كانوا خارج ديارهم.

وخلافاً لرأي الفقهي الحديث، فهناك من يرى وجوب تعميم أحكام الشريعة الإسلامية على كل المتواجدين في دار الإسلام، وهناك من أكد أن الشريعة الإسلامية عالجت مواضيع عدة للقانون الدولي الخاص، منها ما هو مستمد من الفقه الإسلامي، ومنها ما هو مقتبس من أنظمة دولية، الأمر الذي أدّى إلى وجود أنظمة مشتركة بين المسلمين والغربيين.⁽⁶⁾

(1) د. محند إسعد، المرجع السابق، ص.ص 48، 52.

(2) د. سليمان علي، المرجع السابق، ص 18.

(3) د. محند إسعد، نفس المرجع، ص 53.

(4) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 12.

(5) د. عبد الرحمان جابر جاد، المرجع السابق، ص 48.

(6) د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص.ص 13، 14.

أما ما تعلق باختصاص القضاء الإسلامي فقد ثار حوله خلافا هو أيضا، فمن بين الآراء من أرجع اختصاصه اختياري فيما تعلق بالتنازع بين غير المسلمين، بينما الإمام أبو حنيفة أرجع اختصاصه إلزامي بسبب وجود عقود الإقامة، أما الجرائم التي تمس النظام العام في دار السلام فتطبق عليها الشريعة الإسلامية،⁽¹⁾ إلى جانب ذلك أن القضاء الإسلامي هو الذي يكون واجب الاختصاص وفقا للرأي الراجح إذا كان أحد طرفي الدعوى مسلما.⁽²⁾

ولقد كان بإمكان فقهاء الشريعة الإسلامية مواصلة اجتهاداتهم ووضع قواعد حديثة خاصة بتنازع القوانين، إلا أن منبع الاجتهاد توقف منذ القرن الثالث عشر، وهذا راجع لأسباب عديدة، منها صعوبة المواصلات والتنقل بين الدارين، كما كان سائدا عند البعض من الفقهاء، مبدأ: "من لم يحكم بما أنزل الله عُدَّ في مقام الكافر".⁽³⁾

ورغم الانتقادات التي وجهت في البداية من طرف الغربيين للشريعة الإسلامية في مجال تنازع القوانين، إلا أنه تم الاعتراف بها وأصبح البعض من أحكامها يطبق لدى المحاكم الغربية بناء على الأثر المخفف للنظام العام، إلى جانب ذلك ظهور المعاهدات الدولية والتسامح الديني ونظام الامتيازات الأجنبية، والأبعد من ذلك أنه تم الاعتراف بأحكام الشريعة الإسلامية كنظام قانوني عالمي.⁽⁴⁾

المطلب الثاني

تعريف القانون الدولي الخاص وطبيعته

رغم اختلاف فقهاء القانون الدولي الخاص حول تعريفه، إلا أنه استطاع البعض منهم وضع تعريفا جامعاً يستجيب للتطورات الحديثة في العلاقات الدولية، إضافة إلى ذلك قد وقع اختلافهم حول طبيعته فيما إذا كان قانونا وطنيا أو دوليا أم قانونا خاصا أو عاما، وجميع هذه الاختلافات سوف تتضح لنا كما يلي:

أولا: تعريف القانون الدولي الخاص.

اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص حول تعريفه، والسبب في ذلك مرده اختلاف نظرهم

(1) د. محند إسعد، المرجع السابق، ص. 56، 57.

(2) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص. 14.

(3) د. عبد الرحمان جابر جاد، المرجع السابق، ص. 50.

(4) د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص. 17.

حول طبيعته ونطاقه وحتى مصادره، فهناك من الفقهاء من يدخل في مجال اختصاصه مسائل الجنسية والموطن وتنفيذ الأحكام الأجنبية، بينما فقهاء آخرون يخرجون من نطاقه إحدى هذه المسائل.⁽¹⁾

ومن الفقهاء الذين عرّفوا القانون الدولي الخاص، الفقيه الفرنسي "نيبوايه" (Niboyet) وعرفه بأنه: "هو ذلك الفرع من القانون العام الفرنسي الذي يحكم توزيع الأفراد توزيعاً دولياً على أساس الجنسية والموطن لبيان ما يتمتعون به من حقوق في العلاقات الدولية وطريقة كسبها أو فقدانها طبقاً للقوانين المختصة بمعاونة السلطات والجهات القضائية المختصة"، أما الفقيه "ليروبور بيجونيير" (Le Rebours-Pigeonnière) عرفه بأنه: "هو فرع قائم بذاته من القانون الداخلي يضم قواعد عن القانون العام وقواعد القانون الخاص بالجنسية ومركز الأجانب وفض تنازع القوانين".⁽²⁾

ولقد عُرِف القانون الدولي الخاص عند رأي الأغلبية من الفقهاء بأنه: "مجموعة القواعد التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية إذا اقترن بها عنصر أجنبي، والتي تعالج مسألة الاختصاص القضائي الدولي، وحالة الأجانب والجنسية والموطن، وتبين كيف يمكن تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية".⁽³⁾

والمتعمّن في التعاريف جميعها للقانون الدولي الخاص، يتضح له أن كل اتجاه فقهي عرّف القانون الدولي من خلال بعض المسائل التي تعد من مواضيع القانون الدولي الخاص وتجاهل البعض الآخر من المسائل ومنهم من تجاهل أهمية المصادر الدولية في القانون الدولي الخاص، كالفقيه "نيبوايه" الذي اعتبر القانون الدولي الخاص قانوناً داخلياً ووطنياً، بينما التعريف الثاني نجده قد اعتبر القانون الدولي الخاص فرعاً قانونياً مستقلاً بذاته عن بقية فروع القانون العام والخاص، ولهذا فإن اختصاصه ينحصر في مسائل الجنسية وحالة الأجانب وتنازع القوانين

أما إذا تمعّن في التعريف الثالث وهو تعريف أغلبية فقهاء القانون الدولي الخاص، نجده قد حصر مجال القانون الدولي الخاص إلا في نطاق القواعد المنظمة لعلاقات أشخاص القانون الخاص في الجماعة الدولية، وهذا خلافاً للاتجاه الفقهي الحديث الذي يعتبر أن القانون الدولي الخاص تمتد قواعده لتحكم حتى العلاقات الدولية مع الأشخاص الخاصة الأجنبية في

(1) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 05.

(2) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 05.

(3) د. سليمان علي علي، نفس المرجع، ص 05.

المعاملات المالية، مثال ذلك اختصاص التحكيم الدولي للمنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها وتنفيذ قراراته، أو ما تعلق بالعقود المتعلقة بالتنمية الوطنية.

وحتى وإن كان التعريف الأخير قد وسّع من نطاق القانون الدولي الخاص وجعله يختص بالموضوعات الستة التي تعتبر مادته، إلا أنه تجاهل بدوره طبيعته القانونية وأهمية مصادره الدولية والداخلية.

إلا أن الجدير بالإشارة هنا أن القانون الدولي الخاص يبقى قانونا خاضعا بقواعده لمستجدات المعاملات الدولية الخاصة الحديثة، وعليه إن التعريف الأنجع له هو تعريف الفقهاء الذين اعتبروه بأنه: "مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات الدولية الخاصة من حيث تحديد أصحاب الحقوق واستعمالها ونفاذها". فهو إذا تعريفا شاملا جامعا ويستجيب للتطورات الحديثة في العلاقات الدولية.⁽¹⁾

والجدير بالملاحظة أيضا أن مصطلح "القانون الدولي الخاص" أو "القانون الخاص الدولي"، سُمي بهذا المصطلح كونه يعالج العلاقة القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا والتي تتعدى إقليم الدولة الواحدة، وقائمة بين شخصين في مجال العلاقات الخاصة وليست الدولة طرفا فيها.

كما أن هناك من الفقهاء من يسميه بـ"تنازع القوانين"، كونها كانت سببا في وجوده، إلى جانب ذلك أن هذا التنازع نجده متواجدا في جميع مواضيع القانون الدولي الخاص.⁽²⁾

ثانيا: طبيعة القانون الدولي الخاص.

نظرا لتعدد المواضيع التي تتدرج في إطار القانون الدولي الخاص، -والتي سوف نتعرض لها فيما تعلق بنطاقه-، وكذلك تعدد قواعدها وانقسامها بين عدة تشريعات، ومثال ذلك الجزائر، لهذا ظهر الاختلاف بين الفقهاء حول طبيعته، فهناك من اعتبره قانونا داخليا وطنيا وليس دوليا، ومنهم من اعتبره عكس ذلك تماما، كما أن من الفقهاء من نفى عنه الصفة الخاصة وأضفى عليه الصفة العامة، وآخرون اعتبروه يتميز بالصفة الخاصة دون العامة.⁽³⁾

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص 05، 06.

(2) عبد الكريم بلعير، محاضرات في القانون الدولي الخاص، أُلقيت على طلبة السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق، بن عكنون، 2005، ص.02.

(3) د. بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الزيتونة للإعلام والنشر، (بدون سنة)، ص.14.

وهذا الاختلاف الفقهي سوف نتعرض له من خلال عرض أنصار الصفة الوطنية وأنصار الصفة الدولية للقانون الدولي الخاص، ثم أنصار اعتبار القانون الدولي الخاص فرعاً من فروع القانون الخاص، وأنصار اعتباره فرعاً من فروع القانون العام وكذلك أنصار اعتبار القانون الدولي الخاص فرعاً قانونياً قائماً بذاته.

1) أنصار الصفة الوطنية الداخلية وأنصار الصفة الدولية للقانون الدولي الخاص:

وهذا سيكون على النحو التالي:

أ- أنصار الصفة الوطنية الداخلية للقانون الدولي الخاص:

أول الفقهاء المناصرين لهذا الاتجاه الفقيه الفرنسي " نيبوييه" (Niboyet)، ولقد اعتبر مناصريه أن القانون الدولي الخاص هو قانوناً داخلياً بناءً على عدة حجج من أهمها أن مصادر القانون الدولي الخاص وقواعده هي داخلية من صنع المشرع الوطني في كل دولة، كما أن القاضي الوطني هو الذي يكون مختصاً في فض النزاعات الناجمة في إطاره، كما أن كل دولة تتفرد بقانونها الدولي الخاص بها، إضافة إلى ذلك أن القانون الدولي الخاص يحكم إلا العلاقات ما بين الأفراد فقط دون العلاقات الدولية، ولهذا لا يمكن أن يكون قانوناً دولياً منظماً للعلاقات بين الدول.

ومن بين حججهم أيضاً أن تنفيذ الأحكام الأجنبية يكون بموجب حصولها على الصيغة التنفيذية من طرف المحاكم الوطنية وهذا ما هو سارياً في القانون الجزائري، مع تأكيدهم أن موضوع الجنسية ومركز الأجانب، قواعدهما منظمة من طرف قانون كل دولة بصورة مستقلة.⁽¹⁾

ب- أنصار الصفة الدولية للقانون الدولي الخاص:

نادى أنصار هذا الاتجاه الفقهي بالصفة الدولية للقانون الدولي الخاص، منتقدين في ذلك أنصار الصفة الوطنية للقانون ومستنديين على عدة حجج، من بينها أن الطبيعة الوطنية لحلول تنازع القوانين والتي نادى بها أنصار الصفة الوطنية للقانون الدولي الخاص، لا يمكنها في أي حال من الأحوال استبعاد احترام الدول الأخرى وهذا ما يتجلى لنا في حالة التنازع السلبي، الذي يطرح ما يسمى بـ"الإحالة" وهي المسألة المتمثلة في رفض القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد لدولة القاضي الفاصل في النزاع، الاختصاص المخول له من طرف هذه القواعد، وعليه لا يمكن إلزام القانون الأجنبي اختصاصاً هو يرفضه هذا من جهة،

(1) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص.ص 15، 16.

ومن جهة أخرى أن تحديد الدولة للقواعد التي تحكم مركز الأجانب لا يعني هذا استبعاد مبدأ المعاملة بالمثل من طرف المشرع، بل إنه مبدء له تأثيره على القواعد الوطنية، كما أن العنصر الدولي نجده حاضرا في مسألة الجنسية وخاصة ما تعلق بمشكل التنازع الإيجابي والسلبي التي تحاول أغلبية الدول القضاء عليها.

ومما سبق ذكره يمكن القول أن تحديد القانون الواجب التطبيق في موضوع تنازع القوانين في مجال القانون الدولي الخاص، يستدعي تحديد سيادة القانون الوطني وكذا القانون الأجنبي، وهي مسألة تتعلق بالضرورة بالنظام الدولي.⁽¹⁾

لكن الاتجاه الأرجح وفقا لرأي المختصين في القانون الدولي الخاص أن طبيعة هذا الأخير تجمع بين الصفة الوطنية والصفة الدولية، وإن وصفه وطنيا كون مصادره والتي تحكم مسأله هي من صنع المشرع الوطني، ووصفه دوليا كون موضوعه ينظم الحياة الخاصة الدولية للأفراد،⁽²⁾ إضافة إلى ذلك أن هذا القانون مازال في تطور تماشيا مع تطور العلاقات الدولية، ولهذا وإن كانت الصفة الوطنية هي الغالبة على طبيعته، لكن يجب إدراج بعض التحفظات على طابعه الوطني، وهذه التحفظات نجدها تتمثل فيما يلي:

- يجب على المشرع الوطني أن يراعي خصوصية العلاقات الدولية الخاصة عند سنّه لقواعد مسائل القانون الدولي الخاص، لأن الواقع أثبت خلافات بين بعض الدول حول هذه الحلول والقواعد، ومثال ذلك اعتراض الولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأوروبية على قوانين الجنسية التي تبنتها بعض دول أمريكا الجنوبية التي تنص على خلع الجنسية بمجرد التوطن.⁽³⁾

- التشابه العالمي الموجود في بعض القواعد الأساسية في القانون الدولي الخاص، كإقامة الجنسية على أساس رابطة الدم أو رابطة الإقليم وإسناد المال لقانون مكان وجوده، وكذلك إسناد الأحوال الشخصية في العديد من القوانين الدولية لقانون الجنسية أو الموطن... الخ.

- توحيد قواعد الإسناد عند بعض الدول عن طريق الاتفاقيات الدولية، كالنماذج التي وضعتها حركة التوحيد في أمريكا اللاتينية واتفاقيات لاهاي واللجنة الأوروبية... الخ، كلها تتمثل في اتفاقيات موضوعية تحل محل قواعد الإسناد التقليدية الفنية.

(1) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص.ص 16، 17.

(2) نفس المرجع، ص.ص 17، 18.

(3) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص. 26.

- إن ما ساعد على نمو وتطور المعاملات الدولية الخاصة هو ذلك التفسير الموحد عالميا لها.

كل هذه التحفظات الواجب مراعاتها من طرف المشرع الوطني، إن دلت على شيء إنما تدل على وجود نوعا من التناسق بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص، الذي ساعد على تطوير طبيعة هذا الأخير، وهذا الاتجاه الدولي هو مسعى الأبحاث، ودليل ذلك ما حققه مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية من تقريب وجهات نظر النظم القانونية بشأن المبادلات وأسسها، وكذلك أعمال لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة إلى غير ذلك من جهود الأمم المتحدة ومنظماتها المتخصصة.⁽¹⁾

(2) أنصار الصفة العامة أو أنصار الصفة الخاصة للقانون الدولي الخاص:

سوف نحاول هنا تحديد طبيعة القانون الدولي الخاص من جانب اعتباره فرعا من فروع القانون العام أو فرعا من فروع القانون الخاص وهذا كما يلي:

أ- أنصار الصفة العامة للقانون الدولي الخاص:

اعتبر فريق من الفقه أن القانون الدولي الخاص يُعد فرعا من فروع القانون العام، لأن الجنسية هي نظام قانوني (Institution) يمثل لنا تلك الرابطة السياسية والقانونية التي تجمع بين الفرد والدولة، وهذه العلاقة هي علاقة قانون عام، وهذا ما أكدته واستقرت عليه محكمة النقض الفرنسية،⁽²⁾ كما أن مركز الأجانب وتحديد الموطن كلاهما يخضعان إلى اعتبارات سياسية واختصاصات وقرارات إدارية، سواء ما تعلق بالحقوق المسموح للأجانب ممارستها أو ما تعلق بمسألة إقامتهم وإبعادهم، بالإضافة أن تنازع القوانين يتوقف على تحديد اختصاص السلطة التشريعية الوطنية أم السلطة التشريعية الأجنبية، وأن موضوع تنازع الاختصاص القضائي يعني لنا تحديد اختصاص القضاء الوطني وطرق تسيير مرفق القضاء، الذي يُعد مرفقا عاما يندرج في مجال القانون العام.⁽³⁾

ب- أنصار الصفة الخاصة للقانون الدولي الخاص:

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص 26، 27.

(2) نسرین شریقی وسعید بوعلی، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 07.

(3) د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص 28.

استند أنصار الاتجاه الفقهي الذي يعتبر القانون الدولي الخاص فرعاً من فروع القانون الخاص على عدة حجج من بينها، أن قواعد القانون الدولي الخاص تنظم علاقات قانونية خاصة، ولولا وجود العنصر الأجنبي المتضمن داخل هذه العلاقات القانونية الخاصة، لكان خاضعاً لقواعد القانون المدني أو التجاري أو للأحوال الشخصية.

فإذا حاولنا في هذا الصدد التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، لوجدنا أن العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها تعد من القانون العام أما إذا كانت العلاقات بين الأفراد تعتبر من القانون الخاص، وبناءً عليه فإن العلاقات التي تكون موضوعاً لتنازع القوانين هي علاقات بين الأفراد وهي من القانون الخاص،⁽¹⁾ ويطبق هذا التنازع من طرف الدولة وليس عليها.

وباستثناء موضوع تنازع القوانين فإن الفقهاء يعتبرون موضوع الجنسية ومركز الأجانب وكذلك الاختصاص القضائي، كلها لها صفة القانون العام وتعد فرعاً من فروعها.⁽²⁾

3) أنصار اعتبار القانون الدولي الخاص فرعاً قانونياً قائماً بذاته:

نادى أنصار هذا الاتجاه باستقلالية القانون الدولي الخاص واعتبروه فرعاً قائماً بذاته، يضم قواعد بعضها من القانون العام وأخرى من القانون الخاص، ومثال ذلك أن قانون الإجراءات المدنية نجده يتكفل بتنظيم مرفق العدالة وتنظيم في آن واحد سير المحاكمة بين الأفراد، وهذه القواعد يراعى فيها اعتبار المصلحة الوطنية وما تفرضه العلاقات الدولية،⁽³⁾ وهذا يوحي بتميز هذا القانون بالمرونة التي منحت له نظراً لضرورات العلاقات الدولية الحديثة، وهذه المرونة يفتقدها كل من القانون العام والقانون الخاص، ولهذا نجد الدولة تقبل أن يسري عليها قانون آخر غير قانونها إذا ما كانت في منازعات مع أشخاص أجنبية، وقد تتولى الفصل في منازعات يكون طرفاً فيها جهات تحكيمية أجنبية.⁽⁴⁾

المبحث الثاني

(1) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 20.

(2) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 28.

(3) د. بلقاسم أعراب، نفس المرجع، ص 21.

(4) د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص. ص 28، 29.

علاقة القانون الدولي الخاص ببعض فروع القانون الأخرى ونطاق تطبيقه

للقانون الدولي الخاص علاقة ببعض فروع القانون منها القانون الدولي العام والقانون الخاص وقانون المرافعات إلى غير ذلك من فروع القانون، وهذه العلاقة تضمنتها نقاطا تشابهه معها وكذلك نقاط اختلافه معها (المطلب الأول)، أما من جانب نطاقه لقد اختلف حولها الفقهاء فمنهم من ضيق من نطاق القانون الدولي الخاص ومنهم من وسّع في مجاله، وفقه آخر فضّل الموقف الوسطي حول نطاقه.

وبصورة عامة يندرج هذا النطاق في كون القانون الدولي الخاص اقتصر دوره إلا على بعض المواضيع ولم يشمل مواضيع عدّة لها علاقة وطيدة به (المطلب الثاني).

المطلب الأول

علاقة القانون الدولي الخاص ببعض فروع القانون الأخرى

إن القانون الدولي الخاص يتصل بفروع القانون الأخرى اتصالا قد يكون موسعا وقد يكون ضيقا وهذا ما سوف نفسره على النحو التالي:

أولا: علاقة القانون الدولي الخاص بالقانون الدولي العام.

إن القانون الدولي الخاص له علاقة بالقانون الدولي العام كون العلاقة القانونية بينهما تتجاوز إقليم الدولة الواحدة، كما نجدتهما يتشابهان في كون المعاهدات الدولية والعرف الدولي والقضاء والفقهاء الدوليين مصدرا لكليهما، إلا أنهما يختلفان في أن قواعد القانون الدولي العام تعمل على مخاطبة الدول باعتبارها أشخاصا له، أما قواعد القانون الدولي الخاص فتخاطب الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، أي أشخاص القانون الخاص التي يعرفها القانون الداخلي، إضافة إلى ذلك أنهما يختلفان من ناحية أن قواعد القانون الدولي العام لا تصدر من طرف سلطة تشريعية وطنية خاصة بدولة ما وغير مقترنة بجزء يوقع على مخالفيها، خلافا لقواعد القانون الدولي الخاص التي تصدر من طرف سلطة تشريعية داخلية لدولة ما، كما أنها قواعد ملزمة مقترنة بجزء يوقع على من يخالفها.⁽¹⁾

ثانيا: علاقة القانون الدولي الخاص بفروع القانون الخاص

إن القانون الدولي الخاص يتشابه مع فروع القانون الخاص الأخرى، كونه ينظم علاقة

(1) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص.ص 04، 05.

قانونية بين الأشخاص ولولا أن هذه العلاقة تشتمل على عنصر أجنبي، لكانت خاضعة لقواعد القانون المدني أو التجاري أو لقانون الأحوال الشخصية.⁽¹⁾

إن تواجد العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية التي يحكمها القانون الدولي الخاص هو ما يميزه عن باقي فروع القانون الخاص التي تُعد فيها العلاقة القانونية خالية من العنصر الأجنبي، بل وطنية بامتياز.⁽²⁾

ثالثا: علاقة القانون الدولي الخاص بقانون المرافعات.

تتشابه قواعد قانون المرافعات بقواعد القانون الدولي الخاص، في أن كلاهما ينظمان تنازع الاختصاص القضائي، إلا أنهما يختلفان من حيث أن قواعد القانون الدولي الخاص تتولى تنازع الاختصاص القضائي الذي يُثار بين المحاكم الوطنية لدولة القاضي المختص بالنزاع وبين المحاكم الأجنبية، أما تنازع الاختصاص في قانون المرافعات يكون إلا فيما تعلق بالمحاكم الوطنية فقط.⁽³⁾

رابعا: علاقة القانون الدولي الخاص بالقانون الإداري.

رغم أن القانون الإداري قائما على مبدأ إقليمية القوانين في كل دولة، إلا أنه له صلة بالقانون الدولي الخاص من زاوية رجوع القاضي المختص بالنزاع إلى القانون الإداري الأجنبي لتحديد مثلا مدى اختصاص الموثق الذي تولى تحرير عقد الزواج في البلد الأجنبي، أو لتحديد مدى اختصاص الممثلين للأشخاص المعنوية الأجنبية كالبلدية أو الولاية، فيما تعلق بالمعاملات المدنية كالقرض،⁽⁴⁾ كما نجد أن هذه العلاقة بين القانونيين متجسدة في نص المادة 97 من الأمر المؤرخ في 19 فيفري 1970،⁽⁵⁾ التي تنص أن الزواج في الخارج يعد صحيحا إذا كان بين الجزائريين أو جزائري وأجنبية ووفقا للإجراءات المعمول بها في ذلك البلد، كما يمكن للقاضي الرجوع للقانون الإداري لذلك البلد للتأكد من اختصاصه في حالة الاحتجاج على اختصاصه.⁽⁶⁾

خامسا: علاقة القانون الدولي الخاص بالقانون الجنائي.

للنانون الدولي الخاص علاقة وصلة بالقانون الجنائي -رغم أن هذا الأخير يعد قانونا

(1) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 05.

(2) عبد الكريم بلعير، المرجع السابق، ص 04.

(3) نفس المرجع، ص.ص 05، 06.

(4) نسرين شريقي وسعيد بو علي، المرجع السابق، ص 10.

(5) الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970، يتعلق بالحالة المدنية.

(6) عبد الكريم بلعير، نفس المرجع، ص 05.

إقليمياً يطبق على جميع الجزائريين وعلى غيرهم الموجودين داخل التراب الوطني - ويتجلى لنا ذلك في أن القانون الجنائي قد يطبق خارج التراب الوطني وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية، وذلك بملاحقة الجزائري الذي ارتكب جنحة وفق منظور المشرعين الأجنبي والجزائري، ولهذا على القاضي المختص بالنزاع التحقق إن كان القانون الأجنبي يَعتبر الفعل المُرْتَكَب جنحة أم لا.⁽¹⁾

سادساً: علاقة القانون الدولي الخاص بقانون المالية العامة.

تتجلى علاقة القانون الدولي الخاص بقانون المالية العامة كون هذا الأخير يطرح مسألة الضريبة التي تحاول بعض الأشخاص المعنوية كالشركات التهرب من دفع الضريبة، مدعية أنها أجنبية ولفض هذه الادعاءات والتحقق منها، يجب التأكد من خلال الاتفاقيات الضريبية وأحكامها، إذا كانت تعفي الأجانب من الضريبة أم لا وبناءاً على تحديد جنسيتها.⁽²⁾

المطلب الثاني

نطاق تطبيق القانون الدولي الخاص

نعني بنطاق القانون الدولي الخاص، الموضوعات التي تندرج في إطاره، وحول هذا النطاق ظهرت ثلاثة (03) اتجاهات فقهية في الفقه المقارن، فهناك فقه مضيق للقانون الدولي الخاص وهناك فقه موسّع لنطاقه وفقه آخر وسطي، وهذه المواقف سوف نوضحها من خلال التعرض لمسائل القانون الدولي الخاص، وهذا كما يلي:

أولاً: تنازع القوانين.

بإجماع الفقه الدولي، يُعد موضوع تنازع القوانين من أوّل المواضيع التي يشملها القانون الدولي الخاص بالدراسة، كونه يمثل محوره الرئيسي في ظهوره، وعلى أساسه عمل الفقه على معالجة استعمال الحقوق في العلاقات المشتعلة على عنصر أجنبي، وهذا منذ بداية القرون الوسطى عن طريق استعمال قواعد إسناد، ولهذا هناك من الفقه من ذهب إلى تضيق نطاق القانون الدولي الخاص إلا في موضوع تنازع القوانين،⁽³⁾ وأنصار هذا الاتجاه موجودون على وجه الخصوص في ألمانيا.

ولقد استند الفقه المضيق لنطاق القانون الدولي الخاص على عدة حجج مستمدة من

(1) عبد الكريم بلعير، المرجع السابق، ص.ص 10، 11.

(2) نسرين شريقي وسعيد بو علي، المرجع السابق، ص. 10.

(3) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص 17، 18.

الخصوصية التي تتمتع بها تنازع القوانين، ومن بين هذه الحجج:

- إن طبيعة قواعد التنازع تجعلها لا تفصل في النزاع مباشرة، بل تشير فقط إلى القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المترجمة المرتبطة بالنزاع، ما جعلها توصف بالقواعد غير المباشرة، ولهذا تستبعد المواضيع الأخرى من مجال القانون الدولي الخاص لأن قواعدها تطبق بصورة مباشرة على النزاع وتسمى بـ "القواعد المادية للقانون الدولي الخاص"، وهذه المواضيع هي الجنسية والاختصاص القضائي الدولي ومركز الأجانب.⁽¹⁾
- ومن خصوصية تنازع القوانين أيضا منهج التكييف (La qualification) المتبع فيها، والمتمثل في إحداث ما يسمى بالأفكار المستندة وإسناد كل منها إلى قانون دولة معينة عن طريق ما يسمى بـ "ضابط الإسناد"، كل ذلك للتوصل إلى حل للنزاع، وهذا المنهج تقتضيه الموضوعات الأخرى سالف الذكر، كون قواعدها تسري مباشرة على حل النزاع.⁽²⁾

ثانيا: تنازع الاختصاص القضائي.

هناك من الفقهاء من يضيفون على نطاق القانون الدولي الخاص موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ويعد هذا الاتجاه أكثر توسعا من المفهوم المضيق الأول،⁽³⁾ لأن موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي له ارتباطا وثيقا بالاختصاص التشريعي - وإن كانت مسألة أولية يجب الفصل فيها قبل تحديد القانون الواجب التطبيق - وهذا الاتجاه نجده سائدا في البلدان الأنجلوساكسونية.

وتجدر الإشارة هنا أن المشرع الوطني هو الذي يحدد اختصاص المحاكم الوطنية بالنسبة للمنازعات الداخلية والمنازعات المشتعلة على عنصر أجنبي، ولهذا فإن القاضي الوطني قبل فصله في النزاع عليه أولا أن يحدد فيما إذا كان مختص في الفصل في النزاع أو غير مختص، وذلك وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية الجزائري، وهذا إذا كان النزاع مطروحا أمام القضاء الجزائري دون التطرق إلى اختصاص المحاكم الأجنبية.⁽⁴⁾

ثالثا: مركز الأجانب.

تدمج أغلبية الفقه موضوع مركز الأجانب ضمن نطاق القانون الدولي الخاص، كونه

(1) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص.ص 10، 11.

(2) نفس المرجع، ص 11.

(3) نفس المرجع، ص 11.

(4) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 19.

مسألة أولية يجب البحث فيها قبل الفصل في تنازع القوانين حوله، ففي حالة ما إذا طالب الأجنبي بحق من الحقوق أمام القضاء الوطني، فيجب على هذا الأخير البحث فيما إذا كان صاحب الحق المطالب به أم لا، لأن الدول لا تتفق كلها على نفس الحقوق التي تمنح للأجنبي مثله مثل مواطنيها. فالدول التي لا ترغب في هجرة الأجانب إليها نجدتها تضيق من الحقوق التي يمكن أن يتمتعوا بها، خلافا للدول التي تكون في حاجة إلى الأجانب تعمل على التوسع في منحهم الحقوق وهكذا.⁽¹⁾

ويسود هذا الاتجاه في إيطاليا وإسبانيا وفي أمريكا اللاتينية، ولا يقصي من نطاق القانون الدولي الخاص إلا موضوع الجنسية.

وما يوضح العلاقة الوطيدة الموجودة بين موضوع تنازع القوانين وموضوع مركز الأجانب، أن العلاقات القانونية التي يقوم بها الأجنبي فوق أراضي الدولة المقيم فيها، ستكون خاضعة ساعة النزاع إلى القانون الذي تعينه قواعد الإسناد فيها، وبالتالي قد يعين القانون الوطني مختصا للأجنبي أو قانونا آخر أو قانون موطنه.⁽²⁾

رابعا: الجنسية.

أضاف أنصار المفهوم الموسع لنطاق القانون الدولي الخاص موضوع الجنسية،⁽³⁾ لأن الجنسية مسألة أولية تميز بين الوطني والأجنبي -على اعتبار أنها رابطة تربط بين الفرد ودولته- ويجب الفصل فيها قبل الفصل في النزاع.

فطبقا لهذا المذهب اللاتيني أن الجنسية لها علاقة وطيدة بموضوع تنازع القوانين، لأن حسب وجهة نظره، يجب قبل الفصل في مسألة تنازع القوانين في نطاق الحالة الشخصية والأهلية، يجب قبل كل شيء الرجوع إلى قانون جنسية الشخص موضوع النزاع، كما أن للجنسية أهميتها لدى الدول الأنجلوساكسونية التي تعتمد على ضابط الموطن في مسألة حالة الشخص وأهليته، حيث تعتمد هذه الدول على الجنسية في تحديد الموطن بين الأجنبي والوطني، والأبعد من ذلك أن الفقهاء اللاتينيين يؤكدون وجهة نظرهم بأن الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي يتحدد بجنسية الخصوم، وهذا ما يؤكد على وجود علاقة بين تنازع

(1) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 08.

(2) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 13.

(3) نفس المرجع، ص 13.

القوانين وتتنازع الاختصاص القضائي الدولي وموضوع الجنسية.

وخلافا لهذا الرأي، هناك من الفقه من يستبعد موضوع الجنسية من نطاق القانون الدولي الخاص، لأن الجنسية مسألة داخلية مرتبطة بسيادة الدولة، يتم وضع قواعدها من طرف المشرع الوطني بصرف النظر عن جميع الاعتبارات والعلاقات الدولية.

وأمام هذه الاختلافات فإن الرأي الأول هو السائد كونه مؤيدا من طرف غالبية الفقهاء.⁽¹⁾

خامسا: تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية.

المقصود بتنفيذ الأحكام الأجنبية هو "قيام الدولة غير الدولة التي أصدرت الحكم بتنفيذ ذلك الحكم في حدود إقليمها متى استوفى الشروط المنصوص عليها وفقا لقانونها."⁽²⁾

والملاحظ أن المفهوم الموسع لنطاق القانون الدولي الخاص قد أدمج أيضا موضوع تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية في نطاقه، لأن الأحكام القضائية تكون منشئة أو كاشفة للحقوق، فالحق الذي نشأ صحيحا طبقا لقانون مختص، يمكن لصاحبه التمسك به في دول أخرى وفقا لفكرة النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة ووفقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية في الجزائر التي تضع كيفية تنفيذ الأحكام الأجنبية عند استنفادها لكافة طرق الطعن العادية، كما يجب أن تكون غير مخالفة للنظام العام لقانون دولة القاضي الأمر بالتنفيذ.⁽³⁾

سادسا: الموطن.

إن الدول الأنجلوساكسونية تعتبر الموطن ضابط إسناد بالنسبة للأحوال الشخصية، خلافا للدول الأخرى التي تأخذ بضابط الجنسية لها، وعليه فإن الموطن مثله مثل الجنسية يدرج في نطاق القانون الدولي الخاص.⁽⁴⁾

وخلاصة القول أن جميع المواضيع السابق التعرض لها متكاملة فيما بينها؛ تهدف كلها إلى تنظيم العلاقات الدولية الخاصة بتنظيم دوليا.

ومهما اختلفت الدول حول نطاق القانون الدولي الخاص، فإن الفقه الراجح يعتبر المسائل

(1) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 09.

(2) نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 05.

(3) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 21.

(4) د. سليمان علي علي، نفس المرجع، ص 10.

المكونة لمادة القانون الدولي الخاص تنحصر عموماً في ثلاثة مواضيع وهي: أشخاص الحق (الجنسية والمواطن ومركز الأجانب)، واستعمال الحق (تنازع القوانين)، ونفاذ الحق (تنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية).⁽⁵⁾

المبحث الثالث

مصادر القانون الدولي الخاص

للقانون الدولي الخاص نوعان من المصادر: منها مصادر دولية وأخرى داخلية، ويرجع هذا التنوع في المصادر، نظراً لما يتميز به القانون الدولي الخاص من طبيعة خاصة للعلاقات التي يحكمها، ورغم الإجماع حول مصادره التي سوف نتعرض لها لاحقاً، إلا أن هناك من الفقهاء من منح الأفضلية للمصادر الدولية عن المصادر الداخلية، لأن في اعتقادهم أن هناك إمكانية توحيد قواعد القانون الدولي الخاص لجميع الدول، وبالتالي توحيد معها الحلول القضائية.

بينما أصحاب النزعة الوطنية يرون استحالة توحيد قواعد القانون الدولي الخاص، لأن القوانين الداخلية للدول غير موحدة، وحتى وإن توحدت سوف فلن تصبح أمام قانون دولي خاص، الذي وجد من أجل التوصل إلى حلول بسبب اختلاف القوانين الداخلية، لهذا لا يمكن تفضيل المصادر الدولية عن المصادر الداخلية لهذا القانون.⁽²⁾

وعموماً سوف نتعرض إلى المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص (المطلب الأول) ثم إلى المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص

تتمثل المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص في المعاهدات الدولية والقضاء الدولي والعرف الدولي إلى جانب ذلك أيضاً الفقه الدولي، جميع هذه المصادر سوف نتناولها بشيء من التفصيل على النحو التالي:

(5) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 10.

(2) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 22.

أولاً: المعاهدات الدولية.

إن المعاهدات في القانون الدولي الخاص تنقسم إلى معاهدة ثنائية ومعاهدة جماعية أي بين ثلاثة دول فأكثر.

ومن أمثلة المعاهدات الثنائية اتفاقيات التعاون القضائي في المواد الجزائية والمدنية والتجارية التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول، ومثال ذلك الاتفاقية الجزائرية التونسية المبرمة بتاريخ 1963/07/28، وكذلك اتفاقيات الإقامة والتشغيل، مثل اتفاق الجزائر الليبي المبرم في 1970/12/22 والاتفاقيات الجزائرية الفرنسية بتاريخ 1968/12/27... الخ.

ومن أمثلة المعاهدات المتعددة الأطراف وهي المعاهدات المعتمدة في مجال القانون الدولي الخاص، كونها تعمل على توحيد القواعد الموضوعية خاصة في مسائل التجارة الدولية، منها اتفاقية نيويورك الخاصة بعديمي الجنسية المبرمة بتاريخ 1954/09/28، والتي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 73/64 بتاريخ 1964/06/08، واتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية المبرمة في 1883/03/20، والتي أدخلت عليها عدة تعديلات وانضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 233/88 بتاريخ 1988/01/05، واتفاقية جنيف الخاصة بحماية حقوق التأليف.

وهذه الاتفاقيات جميعها حاولت توحيد قواعد قانونية موضوعية عند تطبيقها وفق واقع المعاملات الدولية، وهذا التوحيد له صورتين حسب رأي الفقهاء، أما الصورة الأولى تتمثل في الاتفاق على تشريع واحد في مسألة معينة من مجالات القانون، تكون محل التشريع الداخلي وتلتزم بها الدول التي هي طرفا في الاتفاق وتطبق أحكامها على الدول الغير متعاقدة، ومن هنا تكون هذه الدول أمام ما يسمى بـ "القانون الموحد" (Droit uniforme) قد يكون حلاً للقضاء على مشكل تنازع القوانين، ولا يمكن اعتباره مصدراً دولياً لأنه قانون خاص دولي يحتوي على قانون داخلي لكل دولة طرفا في الاتفاقية.⁽¹⁾

أما الصورة الثانية للتوحيد تتمثل في الاتفاق على معاهدة موضوعية وتكون خاصة بالمعاملات ذات العنصر الأجنبي، وهذا النوع من الاتفاق يعتبره بعض الفقهاء مصدراً من مصادر القانون الدولي الخاص.

وفي جميع الحالات إذا لم تفلح هذه الصور من المعاهدات في توحيد أحكام موضوعية

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص 31، 32.

دولية، سوف تسعى الدول دون شك إلى تطبيق قواعد إسناد احتياطية تُبين القانون الواجب التطبيق.

والملاحظ أن هناك جهودا دولية بذلت في إطار توحيد قواعد تنازع القوانين وقواعد الاختصاص القضائي، ودليل ذلك أن مؤتمر "لاهاي" للقانون الدولي قد استطاع إبرام عدة اتفاقيات وهذا منذ سنة 1895، ومن بين هذه الاتفاقيات اتفاقية خاصة بالزواج والطلاق والانفصال الجسماني والوصاية على القصر وهذا سنة 1902، والاتفاقية الخاصة بالجنسية لسنة 1930، والاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية للبضائع سنة 1985...الخ.

أما عن بعض الجهود المسخرة من طرف المنظمات الإقليمية والهيئات العلمية والمهنية في هذا الشأن، نجد أهمها اتفاقية خاصة بالقانون المدني الدولي وأخرى خاصة بتنازع القوانين في القانون التجاري البري والبحري وكذلك اتفاقية "هافانا" سنة 1928 التي تُسمى بـ "تقنين بوستامنت" (Bustamente)...الخ، إضافة إلى جهود دول أوروبا الغربية التي ظهرت بعد إنشاء منظمة السوق الأوروبية المشتركة، منها اتفاق دول البنولوكس (Buneluxe) سنة 1951 حول توحيد قواعد القانون الدولي الخاص والذي تم تعديله سنة 1969 وكذلك اتفاقية متعلقة بتنازع القوانين، وكذا الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها.⁽¹⁾

أما عن جامعة الدول العربية وما سخرت له في هذا الشأن، فكانت عدّة اتفاقيات أبرمتها، متعلقة بتسيير وتنمية التبادل التجاري سنة 1981، وكذلك اتفاقية خاصة بالجنسية سنة 1954 إلى غير ذلك من الاتفاقيات.

كما تجدر الإشارة أن مسعى توحيد القواعد الموضوعية تبنته أيضا بعض المراكز العلمية الدولية، منها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص والمتواجد مقرّه في روما وجمعية القانون الدولي، إضافة إلى ذلك جهود المنظمات الدولية، مثل الأمم المتحدة التي كان لها الفضل في توحيد عدة أحكام قانونية خاصة بالتجارة الدولية.⁽²⁾

وبصورة عامة إن المعاهدة الدولية قد تكون مخالفة لتشريع داخلي سابق أو يصدر قانون لاحق يغيّر أحكامها وفي هذه الأحوال كيف يكون مصير المعاهدة، وكذلك حالة الجهة

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص 33، 34.

(2) نفس المرجع، ص 34.

المختصة بتفسير المعاهدة، وهذا ما سوف نوضحه على المنوال التالي:

1) حالة تعارض المعاهدة مع القانون الداخلي:

اعتبر القضاء الدولي أحكام المعاهدة ملزمة للدول المنضمة إليها، وتغليبها على التشريع الداخلي دون الأخذ بعين الاعتبار ما هو مخالف لها في هذا التشريع، وهذا السمو تبناه الدستور الفرنسي لسنة 1958 في مادته 55، وكذلك تشريع القانون الدولي الخاص والمرافعات التشيكوسلوفاكي لسنة 1963، وكذلك القانون الدولي الخاص البولوني لسنة 1965. ولقد ميز الفقهاء في عملية أولوية تطبيق المعاهدات على التشريع الداخلي بين فرضيتين⁽¹⁾ وهما:

أ- حالة تعارض معاهدة مع تشريع داخلي سابق:

في حالة تعارض معاهدة مع تشريع داخلي سابق، فإنه يتم تطبيق أحكام المعاهدة وهذا وفق رأي فقهاء النزعة العالمية كونها أقوى من التشريع، ونفس الرأي أخذ به أصحاب النزعة الوطنية، لكن من زاوية أن نصوص المعاهدة نسخت ضمناً التشريع الداخلي فيما تعارضت فيه معه، وأصبحت لها قوة نفاذ داخلية.

وتعد المعاهدة من صلاحيات السلطة التنفيذية وليس السلطة التشريعية، على اعتبار أن الدستور هو الذي منح للسلطة التنفيذية حق إبرام المعاهدات ولا يعد ذلك خرقاً بين السلطات، كما أن تصديق السلطة التشريعية على المعاهدات يُفهم ضمناً على إلغائها لأحكام التشريع الداخلي فيما تعارض فيه مع المعاهدة،⁽²⁾ وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي قبل دستور سنة 1946.⁽³⁾

ب- حالة تعارض معاهدة مع تشريع داخلي لاحق:

في حالة تعارض معاهدة مع تشريع داخلي لاحق، نجد أن فقهاء القانون الخاص فرقوا بين فرضيتين وهما:

- عندما يكون التشريع الداخلي متعارضاً تعارضاً غير مقصود مع معاهدة سابقة عليه، يجب اعتبار أحكام المعاهدة حكماً خاصاً، أما أحكام التشريع الداخلي فيتم اعتبارها

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 35.

(2) نفس المرجع، ص 35.

(3) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 32.

حكما عاما، وفي هذا الشأن فإن العام لا يلغي الخاص وهذا الأخير يقيّد العام، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية.

- وعليه فإنه في حالة هذا التعارض تبقى أحكام المعاهدة سارية إلا في المجال المحدد لها.⁽¹⁾

- عندما يكون التشريع الداخلي اللاحق متعارض تعارضا صريحا مع المعاهدة السابقة، على القا ضي تطبيق التشريع اللاحق، ما لم يوجد نص دستوري ينص على خلاف ذلك، وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي.⁽²⁾

أما عن موقف المشرع الجزائري من التعارض، نجد أن موقفه من التعارض بين المعاهدة والتشريع الداخلي سواء كان سابقا أو لاحقا لم يتضح من الدساتير السابقة باستثناء دستور 1989، الذي كان صريحا من خلال نص المادة 123 منه، حيث نجده قد تبني سمو المعاهدة على القانون العادي سواء كان سابقا أو لاحقا.⁽³⁾

أما إذا رجعنا إلى القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾ من خلال المادة 21 منه والتي نصت: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر."، معنى ذلك أن المشرع الجزائري قد حصر تطبيق أحكام التشريع الداخلي السابق (المواد من 9 إلى 20 المتعلقة بتنازع القوانين)، بشرط عدم معارضته لأحكام معاهدة دولية، أما قانون الجنسية الصادر في 15 ديسمبر 1975 والمعدل⁽⁵⁾ لم يرد فيه موقف المشرع الجزائري من هذا التعارض والسمو، وهذا ما هو وارد في نص المادة 01 منه والتي نصت: "تحدد الشروط الضرورية للتمتع بالجنسية الجزائرية بموجب القانون وعند الاقتضاء بواسطة المعاهدات والاتفاقات الدولية التي يصادق عليها ويتم نشرها." وهذا خلافا لقانون الجنسية لسنة 1963 المادة 1 ف2 منه، الذي أخذ بمبدأ أولوية تطبيق المعاهدات الدولية على القانون الداخلي، ولقد أفرد أحكاما خاصة باكتساب الجنسية الجزائرية بموجب اتفاقية إيفيان

(1) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص33

(2) نفس المرجع، ص35.

(3) عبد الكريم بليور، المرجع السابق، ص11.

(4) الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

(5) الأمر رقم 70-86 بتاريخ 15 ديسمبر 1970 قانون الجنسية الجزائرية، معدل ومتمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

المبرمة بين الجزائر وفرنسا.⁽¹⁾

(2) الجهة المختصة بتفسير المعاهدة:

قد يصدر تفسير النصوص الغامضة في المعاهدة من طرف السلطة التنفيذية، طالما أن إبرام المعاهدة من اختصاصها، وذلك بتبادل المراسلات والخطابات بين الهيئات الدبلوماسية ويكون هذا التفسير ملزما لكل الدول طرفا متعاقدا في المعاهدة.⁽²⁾

كما أن تفسير المعاهدة قد يصدر من القضاء الدولي في حالة ما إذا رفع النزاع إليه من الدول المتعاقدة، ويكون ملزما عليها، وهذا الاختصاص أكدت عليه المادة 36 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، كما قد يصدر التفسير من طرف دولة واحدة في المعاهدة إلا أنه لا يكون ملزما للدول الأخرى المتعاقدة، وهذه الطريقة من التفسير نص عليها قانون الجنسية الجزائري في مادته 37 ف4 بالقول: "وعندما يقتضي الأمر تفسير أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالجنسية بمناسبة نزاع، تطلب النيابة العامة هذا التفسير من وزارة الشؤون الخارجية.

وتلتزم المحاكم بهذا التفسير."، وكذلك المادة 17 من المرسوم الرئاسي⁽³⁾ الذي يعطي الحق لوزير الشؤون الخارجية بتفسير المعاهدات والاتفاقيات التي تكون الجزائر طرفا فيها.

ونظرا للإجراءات الطويلة التي يستغرقها التفسير الحكومي خاصة ما إذا كان التفسير دوليا مما قد يضر بمصالح الأفراد ويعطل مهام القضاة، وفي هذا الشأن اختلف موقف محكمة النقض الفرنسية مع موقف مجلس الدولة.

إن موقف محكمة النقض أجاز للمحاكم أن تكون لهم صلاحية تفسير المعاهدات إذا تعلق الأمر بنزاع خاص بمصلحة خاصة دون المصلحة العامة للدول المتعاقدة لأنها تمثل نظاما عاما دوليا وهذا ما أكدته بعض أحكامها الصادرة بتاريخ 1950/04/27، وهذا ما أيده وتبناه القضاء المصري.

أما عن مجلس الدولة فقد أخذ بمبدأ الفصل بين السلطات ورفض تفسير المعاهدات، لأن هذه الأخيرة تعد من الأعمال الحكومية.⁽⁴⁾

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 37.

(2) نسرين شريقي وسعيد بوعليين المرجع السابق، ص 17.

(3) المرسوم الرئاسي رقم 02-403، المؤرخ في 2002/11/26، المحدد لصلاحيات وزارة الخارجية.

(4) د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص.ص 38، 39.

ونظرا لندرة الأحكام القضائية حول صلاحية تفسير المعاهدات، لذا لا يمكننا أن نبين موقف القضاء الجزائري من المسألة، ولهذا يقترح الأستاذ "زروتي الطيب" منح الاختصاص للمحاكم بتفسير المعاهدات الخاصة بالمصالح الخاصة مع التقيد بالتفسير الحكومي في حالات معينة ومراعاة اعتبارات الملائمة، وهذا الرأي دلت عليه المادة 37 ف4، السابق ذكرها من قانون الجنسية.⁽¹⁾

ثانيا: القضاء الدولي.

كقاعدة عامة إن صلاحيات القضاء الدولي هو الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدول، وبصورة استثنائية يتولى الفصل في المنازعات المتعلقة بالأفراد في مجال القانون الدولي الخاص وهي منازعات تتكفل فيها الدول برفع دعاوى متعلقة برعاياها، ولنا نماذج في هذا الشأن عن قضايا فصلت فيها كل من المحكمة الدائمة للعدل الدولي ومحكمة العدل الدولية وإن كانت قليلة- وهذا في قضايا الجنسية، ومثال ذلك قرارها الصادر في قضية تعرف باسم (Nottebohm) الصادر بتاريخ 6 أبريل 1955، والذي منع الدول من ممارسة الحماية الدبلوماسية على فرد إذا كانت تربطها به جنسية غير فعلية (ليس من مواطنيها)، وكذلك قرار المحكمة الدائمة للعدل الدولية رقم (07) حول مركز الأجانب الذي اعتبر نزع الملكية للأجنبي بدون تعويض يُعد خرقاً للقانون الدولي.

ومن قرارات القضاء الدولي أيضا ما تعلق بتنازع القوانين، وهما القرارين رقم (14) و(15) الصادرين بتاريخ 12/07/1979، الخاصين بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص حول العقد، وهي قضية خاصة بشرط الذهب في القروض التي عقدتها الحكومتان الصربية والبرازيلية في فرنسا.⁽²⁾

ثالثا: العرف الدولي.

يعد العرف الدولي مصدرا من مصادر القانون الدولي الخاص -ورغم إنكار بعض المختصين في القانون لهذا المصدر- ودليل ذلك وجود قواعد في القانون مستمدة من العرف الدولي، ومثال ذلك قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل الإبرام (Locus régitactum) وقاعدة خضوع إجراءات المرافعات لقانون القاضي، وكذلك خضوع العقار لقانون موقعه، وهي

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص39.

(2) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص.ص35، 36.

قواعد مازال يعمل بها في إطار نصوص تشريعية في مجال القانون الدولي الخاص،⁽¹⁾ وإن كان من الفقهاء من يعتبر هذه القواعد ليست بالملزمة، إذ يجوز للمشرع الوطني أن يخضع شكل التصرف لقانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك.

والجدير بالملاحظة أن مجال الأعراف الدولية يتسع في تنازع القوانين لارتباطها بعنصر السيادة أو عدم ذلك، ونظرا لتوطين هذه الأعراف الدولية ثم تبناها المشرع والقضاء الوطني، أصبحت مصدرا داخليا بعد أن كانت مصدرا دوليا. ورغم ذلك توجد أعراف دولية وإن كانت قليلة ومازال معمولا بها إلى يومنا هذا وهذا في مجال الجنسية ومركز الأجانب.⁽²⁾

رابعا: الفقه الدولي.

إذا حاولنا تعريف الفقه نقول بأنه: "مجموعة الأفكار والآراء والشروح التي يدلي بها رجال وشراح وفقهاء القانون، خلال مناقشتهم وتحليلهم وتفسيرهم ونقدهم للمبادئ والنصوص والقواعد القانونية وجميع فروع القانون."⁽³⁾

للفقه الدولي فضل كبير في وجود قواعد القانون الدولي الخاص وتنظيمها، وتمثل ذلك في تلك المدارس الفقهية القديمة منها والحديثة وهذا ما سوف نوضحه بالتفصيل عند التعرض لتاريخ تنازع القوانين.⁽⁴⁾

المطلب الثاني

المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص

يعد التشريع بالنسبة للقانون الدولي الخاص مصدرا وطنيا له، باعتباره صادر عن السلطة التشريعية لكل دولة، وتزداد أهميته كلما كانت صلته أكثر بسيادة الدولة، وتقل أهميته كلما كانت صلته أقل بسيادة الدولة واتصاله بها بطريق غير مباشر، لهذا نجد أن موضوع

(1) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 14.

(2) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 42، 43.

(3) عبد الكريم بلعير، المرجع السابق، ص 14.

(4) د. سليمان علي علي، نفس المرجع، ص 15.

الجنسية كونه يتصل اتصالاً وثيقاً بكيان الدولة، كونها الأداة التي تربط الشعب بالدولة، فالتشريع فيها له أهميته ودوره الفعال، الأمر الذي جعل غالبية الدول تخصص للجنسية تشريع خاص بها، ومثال على ذلك قانون الجنسية الجزائرية السالف الذكر.

أما التشريع بالنسبة لموضوع مركز الأجانب فدوره أقل أهمية، باعتبار أن هذا الموضوع تشارك في تنظم أحكامه المعاهدات الدولية.

ففي الجزائر هناك عدة نصوص تشريعية تحكم مركز الأجانب سواء ما تعلق بتشغيلهم والمنظم بقانون 81-10 المؤرخ في 11 يونيو 1981، أو ما تعلق بالمهنة التجارية والصناعية التي يحق لهم ممارستها والتي نظمت بأحكام المرسوم الصادر بتاريخ 26 ديسمبر 1975.

أما إذا رجعنا إلى مسألة تنازع القوانين، نجد أنه لم يخصص لها قانون خاص بها مستقل وهذا عند العديد من الدول ومن بينهم الجزائر التي خص مشرعها لموضوع تنازع القوانين المواد من 9 إلى 24 ضمن أحكام القانون المدني، إلى جانب بعض المواد في قانون الحالة المدنية، لكون هذا الموضوع له علاقة غير مباشرة بسيادة الدولة، إضافة إلى موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي،⁽¹⁾ فهو بدوره خصص له المشرع الجزائري إلا مادتين من قانون الإجراءات المدنية⁽²⁾ وهما: 4 و 42 وما تعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية.

ويبقى القول في الأخير أن هناك من الشراح من يرون أن التشريع رغم كونه مصدراً من مصادر القانون الدولي الخاص إلا أنه لا يوجد انسجام فعلي بينه وبين العلاقات التي يحكمها، كونها ذات طابع دولي.⁽³⁾

(1) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص.ص 23، 24.

(2) الأمر رقم 66-145 المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-

09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية.

(3) د. بلقاسم أعراب، نفس المرجع، ص. 25.

الفصل الثاني النظرية العامة لتنازع القوانين

الفصل الثاني

النظرية العامة لتنازع القوانين

وفقا لرأي غالبية الفقه في مجال القانون الدولي الخاص، حتى نكون أمام تنازع القوانين، لا بد أن تكون العلاقة محل النزاع ذات العنصر الأجنبي من علاقات القانون الخاص، كما يجب تكون القوانين محل النزاع صادر من دول ذات سيادة ومعترف بها في القانون الدولي العام، - وإن كان القضاء الدولي والفقه الحديث يعتبران مسألة عدم الاعتراف بحكومات الدول تعد مسألة سياسية، لا علاقة لها بسيادة الدول- وهذا ما يخص التنازع الدولي، أما ما تعلق بالتنازع الداخلي للدولة الواحدة، فلن يرق إلى مستوى التنازع الدولي.

أما عن الجانب التاريخي لتنازع القوانين، نجدها قد شهدت تطورا على مراحل، وهذا راجع لتلك الجهود الفقهية التي انصببت في البحث عن إيجاد حلول لهذا التنازع القانوني بدءاً بالمدارس الفقهية التقليدية، والتي ظهرت لأول مرة في مدن شمال إيطاليا وتطورت أفكارها، هذه الأخيرة أسهمت في ظهور الحلول الحديثة لتنازع القوانين على يد المدارس الفقهية الحديثة التي جعلت لتنازع القوانين قواعد تشريعية تحكمها داخل الأنظمة الدولية الحديثة.

ورغم اختلاف الفقهاء حول مصطلح تنازع القوانين والانتقادات التي وجهت له، إلا أنه بقي يحتل الصدارة إلى يومنا هذا، هذا من جهة ومن جهة أخرى، يستشف من تعاريف تنازع القوانين ضرورة توافر فيها شروطا حتى نكون أمام قواعد تنازع القوانين قائمة على أساس العدالة في توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول، وفق حلول قائمة على مناهج مختلفة، ومن أهمها منهج قواعد الإسناد (المبحث الأول)، والملاحظ أن قواعد الإسناد لها طرقا لتفسيرها من أهمها التكييف الذي من خلاله يحدد القاضي طبيعة المسألة محل النزاع ثم يصنفها في إحدى طوائف الإسناد (المبحث الثاني)، وكذلك الإحالة، هذه النظرية التي يستدعى فيها رجوع القاضي إلى قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق لتحديد القانون المختص (المبحث الثالث).

المبحث الأول

مفهوم تنازع القوانين

إن البحث عن مفهوم تنازع القوانين يتطلب منا أولاً تحديد نطاقه، أي ذلك المجال الذي يمكننا القول أننا أمام مسألة تنازع القوانين، كما أن معرفة جانب تطورها التاريخي، سيكشف لنا عن أهم الحلول التي أوجدها الفقهاء لتنازع القوانين سواء تعلق الأمر بالمدارس الفقهية التقليدية أو المدارس الفقهية الحديثة من جراء بحوثهم العلمية التي أسهمت في ذلك، وإن كان الفقهاء قد اختلفوا حول تعريف مصطلح تنازع القوانين، إلا أنه ظل هو السائد وقائماً على شروط يجب أن تتوفر فيه (المطلب الأول)، إضافة إلى هذه الشروط، إن تنازع القوانين حتى تحل مشاكلها، يجب أن تكون هناك مناهج لذلك، هذه الأخيرة وإن تعددت من طرف الفقهاء، إلا أن منهج قواعد الإسناد التقليدي رغم عيوبه مازال هو المعتمد عليه أكثر من المناهج الأخرى في حل مشكل تنازع القوانين (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نطاق تنازع القوانين وتطوره التاريخي وتعريفه وشروطه

حتى نكون أمام تنازع القوانين يجب أن تكون العلاقة من علاقات القانون الخاص، وأن تكون القوانين محل النزاع صادرة من دول ذات سيادة، وإذا ما رجعنا إلى الجانب التاريخي لتنازع القوانين، نجد أن الفقهاء قد لعبوا دوراً كبيراً عن طريق بحوثهم العلمية في وضع اللبنة الأساسية لها، وحتى وإن اختلفوا حول مصطلح تنازع القوانين، إلا أنهم اتفقوا حول ضرورة توافر شروطاً خاصة بها حتى نكون أمام ظاهرة تنازع القوانين. وجميع هذه النقاط سوف نعرض في تحليلها على النحو التالي:

أولاً: نطاق تنازع القوانين.

ينحصر نطاق تنازع القوانين فيما يلي:

1) أن تكون العلاقة محل النزاع من علاقات القانون الخاص:

إن معاملات القانون الخاص نجدها تتمحور في المعاملات المالية والتجارية والمدنية والتأمين وكذلك مسائل الأحوال الشخصية إلى غير ذلك من المعاملات، التي تقوم على مبدأ

سلطان الإرادة لأن الأصل فيها الحرية، لهذا السبب نجد أن القوانين الخاصة تطبق عليها بشرط عدم وجود اتفاق بين أطراف العلاقة يخالف ذلك.⁽¹⁾

أما علاقات القانون العام كالتى يحكمها القانون الإداري والقانون المالي لا تطرح مشكلة تنازع القوانين، بل يكون تطبيقها إقليميا وقد يحكم فيها القاضي بعدم الاختصاص دون البحث عن قانون آخر لحل النزاع، خلافا لعلاقات القانون الخاص ذات العنصر الأجنبي التى يَتَوَجَّبُ فيها على القاضي البحث عن قانون آخر مختص من بين القوانين المتنازعة، إذا كان غير مختص.⁽²⁾

إلا أنه توجد هناك حالات قد يرجع فيها القاضي إلى أحكام القانون العام رغم أن النزاع متصلا بالقانون الخاص، مثال ذلك كأن يثار وجود عيب في إجراءات شهر زواج أبرم في دولة أجنبية، وللتأكد من صحة هذا الزواج وجب عليه الرجوع إلى قواعد القانون الإداري، كما قد يثار النزاع حول عدم دستورية القانون الأجنبي الواجب التطبيق،⁽³⁾ وهو يعد رجوعا تبعا متعلقا بعلاقة قانونية خاصة.⁽⁴⁾

2) أن تكون القوانين صادرة من طرف دولة ذات سيادة:

إن القوانين التى تكون محلا للتنازع يجب أن تكون خاصة بدولة مستقلة طبقا لقواعد القانون الدولي العام، لأن التنازع لا يكون بين دولة غير معترف بها من طرف الدولة التى تنكر اعترافاتها بها، كونها وحدة سياسية ليس لها وصف الدولة بالنسبة لهم، حيث لا يتصور وجود نزاع بين القانون الجزائري والإسرائيلي لأن الجزائر لا تعترف بالكيان الصهيوني كدولة.

وحول الاعتراف بالدول هناك من الآراء من تستبعد الفكرة في مجال تنازع القوانين والعلاقات الدولية الخاصة، لأنها مسألة ذات طابع سياسي، وعلى القاضي استبعاد القانون المختص والأكثر اتصالا بالعلاقة إذا ما كان مخالفا للنظام العام لا غير.⁽⁵⁾

(1) د. محمد عبد الكريم ممدوح، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 17.

(2) د. محمد عبد العال عكاشة، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص.ص 27، 28.

(3) د. محمد عبد العال عكاشة، نفس المرجع، ص.ص 29، 30.

(4) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 47.

(5) نفس المرجع، ص.ص 33، 34.

وفي هذا الصدد هناك من القضاء من رفض تطبيق قوانين دولة غير معترف بحكوماتها، ودليل ذلك القوانين الصادرة عن الحكومة السوفيتية بعد ثورة أكتوبر 1917، إلا أن القضاء الدولي وكذلك الفقه الحديث قد غيروا موقفهم حول هذه المسألة معتبرين عدم الاعتراف بحكومة دولة ما، ما هو إلا مسألة سياسية لا غير، فكل ما في الأمر التأكد من أن سلطة الدولة تعمل على تطبيق قوانينها،⁽¹⁾ ومن الأمثلة على ذلك القضاء الألماني والنمساوي وهذا الحل انتهجه كذلك القضاء السويسري والإنجليزي وقضاء الولايات المتحدة الأمريكية والفرنسي، متبينة فكرة أن عدم الاعتراف بحكومة من الحكومات الأجنبية لا يعني ذلك تجاهل القاضي قوانينها السارية المفعول فوق إقليمها، وهذا ما أكدته أيضا الفقه الحديث.⁽²⁾

هذا ما تعلق بالتنازع إذا كان دوليا، أما التنازع إذا كان داخليا أي: "ذلك التنازع الذي يقوم داخل إقليم الدولة الواحدة بسبب تعدد القوانين فيها تعددا إقليميا أو تعددا شخصيا"، ويكون التعدد إقليميا عندما تكون الدولة الواحدة مقسّمة إلى عدة أقاليم ولكل إقليم قانون خاص به، مثال ذلك الولايات المتحدة الأمريكية، ويكون التعدد شخصا إذا كان هناك عدة طوائف وأجناس ولكل منهما قانونه الخاص به، مثال ذلك التعدد الطائفي الموجود في مصر وسوريا ويكون عادة في مجال الأحوال الشخصية.⁽³⁾

وطبقا لرأي الفقه الفرنسي والمصري واللبناني يجب استبعاد هذا التنازع الداخلي من مجال القانون الدولي الخاص، لأن التنازع يجب أن يكون بين قوانين دول معترف بها وذات صفة دولية، بينما اتجاه آخر يقم التنازع الداخلي الإقليمي في الإطار الموضوعي لتنازع القوانين، كما هو الحال في الولايات الأمريكية، وهو اتجاه فقهي غالبا في الولايات المتحدة الأمريكية وفي إنجلترا، مستنديين في ذلك على وحدة إقليمية وفدرالية لها قانونها وقضائها الخاص بها.⁽⁴⁾

ثانيا: التطور التاريخي لتنازع القوانين.

سبق القول أن الجماعات القديمة لم تعرف تنازع القوانين بمعناه الحديث اليوم، رغم ظهور مبدأ شخصية القوانين بعد غزو البربر للإمبراطورية الرومانية، وكذلك مبدأ إقليمية

(1) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص.ص 43، 44، ولمزيد من التفصيل راجع د. محمد عبد العال عكاشة، المرجع السابق، ص 35 وما بعدها.

(2) نفس المرجع، ص.ص 43، 44.

(3) نفس المرجع، ص.ص 44، 45.

(4) د. محمد عبد العال عكاشة، نفس المرجع، ص.ص 37، 38.

القوانين إبان العهد الإقطاعي، كما أن مشكلة تنازع القوانين ظهرت إلا في إطار ضيق في المدن الإيطالية، وكان ذلك مع بداية ازدهار التجارة بين مدنها واتصال الشعوب فيما بينها، عند بداية الثورة الصناعية في أوروبا، كل ذلك كان سببا في تطور البحوث العلمية وظهور مدارس فقهية تطورت أفكارها واستقرت في التقنين والاجتهاد القضائي الحديثين،⁽¹⁾ وأيضا ظهور مدارس فقهية وحديثة نتيجة تطور مفهوم تنازع القوانين. إن هذه المدارس الفقهية سواء كانت تقليدية أم حديثة سوف نحلل أفكارها على المنوال التالي:

1) المدارس الفقهية التقليدية وتنازع القوانين: أ- المدرسة الإيطالية القديمة:

وتتمثل هذه المدارس الفقهية التقليدية فيما يلي:

منذ أواخر القرن الثاني عشر ميلادي وبفضل ما كانت تزخر به مدن شمال إيطاليا من تقدم اقتصادي وتجاري وكذلك استقلالية كل مدينة بقانون خاص بها، ما كان سببا في دفع فقهاء إلى دراسة وصناعة نظرية الأحوال (Les statuts) والتي تتمثل في مجموعة من القواعد الفقهية التي أعدت في بادئ الأمر لحل التنازع الواقع بين قوانين البلد الواحد، وهي قواعد عرفت باسم "الحواشي" وعرف أصحابها باسم "المحشيين" (Les glossateurs)، والتي أضيفت إلى القانون الروماني الذي يعد الشريعة العامة للإمبراطورية الرومانية. والحاشية يقصد بها: "إذا انتقل بولوني من مدينة بولون إلى مدينة مودين لا تسري عليه أحكام مدينة مودين بل تطبق عليه إلا أحوال مدينته."⁽²⁾

وللإشارة هنا أن أقدم حاشية تعود للفقيه (Accuta) لسنة 1228، والتي اعتبرت لدى فقهاء "نظرية الأحوال" منطلقا لدراساتهم وذلك بالرجوع إلى القانون الروماني.⁽³⁾

وبعدها توسعت هذه الأحوال لتشمل تنازع الأحوال بين المدن الإيطالية، ويرجع الفضل في هذا التوسع إلى المحشيين اللاحقين (Les post-glossateurs)، وكان ذلك في أواخر القرن الثالث عشر وعلى رأسهم الفقيه "بارتول" (Bartol) الذي تمكن من وضع لكل مسألة على حدى حلا مناسباً لها.⁽⁴⁾

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص14.

(2) نفس المرجع، ص27.

(3) د. عبد الله عز الدين، القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط9،

الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص19.

(4) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص27.

وعموما قد تميز فقه المدرسة الإيطالية على أنه فقها تحليليا ومتميزا في معالجته لفروض التنازع، أي جعل لكل حالة حلا مناسباً لها دون ربط بعضها ببعض، كما تميز أيضا بالعالمية بمعنى حله في التنازع صالحة فيما بين المدن الإيطالية وفيما بينها وبين القانون العام الروماني وكذا تنازع القوانين الدولية.⁽¹⁾

كما يرجع الفضل لهذه المدرسة في وضعها قواعد الإسناد كحلول يُعمل بها لحل تنازع القوانين إلى يومنا هذا، حيث أسندت القواعد الموضوعية بما فيها موضوع التصرف وشكله للقانون المحلي أي محل إجراء التصرف، أما القواعد الإجرائية أخضعتها لقانون القاضي.⁽²⁾ بالإضافة إلى ذلك أيضا أخضعت شكل العقد لقانون محل إبرامه (Les lois contractus)، أما إثبات العقد فقد أخضعت ما تعلق بقوة دليله لقانون محل الإبرام، أما ما تعلق بإجراءات تقديمه فقد أخضعتها لقانون البلد الذي رفعت فيه الدعوى.⁽³⁾

كما ميزت المدرسة الإيطالية القديمة في نظام الميراث بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية وأخضعتها لقانون موطن الشخص، أما نظام الأموال العامة فقد أسندته لقانون موقع المال، إلا أن الفقيه "بارتول" قد تعرض للنقد حول مسألة تمييزه في الميراث بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية، واعتبر أنه وقع في تناقض وخلط، عند القول بأن الولد الأكبر تؤول له كل التركة ويعد هذا من الأحوال الشخصية، أما النص القائل أن أموال الميت تؤول إلى الولد الأكبر تعد مسألة من الأحوال العينية، فإن النصيين هنا لهما معنى واحد، إضافة إلى ذلك وسّع الفقيه من نطاق قانون موقع المال كالتقادم وحقوق الارتفاق... الخ، واستنتج لمفهوم الأحوال الشخصية بمفهوم المخالفة للأحوال العينية.⁽⁴⁾

إلى جانب ذلك نجد أصحاب هذه المدرسة قد أخضعوا حالة الشخص وأهليته لقانون موطنه، وفي نظرهم أن المواطن قد يكون المدينة التي يتوطن بها الشخص وليس تلك التي ينتمي إليها بأصله.⁽⁵⁾

(1) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص.ص 22، 23.

(2) نفس المرجع، ص 27.

(3) د. عبد الله عز الدين، نفس المرجع، ص.ص 24، 25.

(4) راجع بالتفصيل د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص 53، 54.

(5) د. بالقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 51.

والظاهر أيضا أن فقه هذه المدرسة استطاع أن يميز في مجال الأحوال الشخصية بين الأحوال المستحسنة -مثل تحديد سن الرشد- والأحوال المستهجنة أو البغيضة أو الممقوتة - كعدم أهلية البنت للميراث-، هذه الأحوال المستهجنة التي تعد أول بذرة لمفهوم النظام العام الذي يتم بواسطته استبعاد المحاكم الوطنية للقانون الأجنبي المختص في النزاع، كما أسند هذا الفقه الجرائم سواء كانت جنائية أم مدنية لقانون محل وقوعها.⁽¹⁾

وعموما فإنه رغم جهود هذه المدرسة كونها الأولى التي أسهمت في حل مشكل تنازع القوانين ووضعها لما يسمى بـ "الفئات المسندة" وإخضاع كل فئة منها لقانون معين، والتي مازالت سارية المفعول إلى يومنا هذا،⁽²⁾ إلا أن جهودها تبقى ناقصة طالما لم تتعرض لكل مسائل النزاع، كما أنها لم تتطرق إلى إجراء التكييف الذي يعد إجراء ضروريا لتحديد قواعد الإسناد وطوائف النظم.⁽³⁾

ب- المدرسة الفرنسية القديمة:

ظهرت المدرسة الفرنسية القديمة في القرن السادس عشر بزعامة الفقيهان "ديمولان" و"دارجانتريه"، متأثران بفقه المدرسة الإيطالية التقليدي، ولقد كان لكل منهما فضلا في بناء مسألة تنازع القوانين وهذا كما يلي:

• الفقيه ديمولان (Dumoulin) 1500-1566

برزت أعمال الفقيهين "ديمولان" و"دارجانتريه" في فرنسا إبان القرن السادس عشر، حيث كان الفضل في ظهور إجراء التكييف للفقيه "ديمولان"، أما "دارجانتريه"، فكان له الفضل في ابتكاره حلاً لمشكلة تنازع القوانين.⁽⁴⁾

وللإشارة هنا أن الفقيه "ديمولان" كان أستاذا ومحاميا ببرلمان باريس، ويرجع له الفضل في تأصيل تقسيم الأحوال إلى أحوال شخصية وأخرى عينية، وهي تفرقة في نظره مستمدة من روح القانون، وعليه وحسب نظره أنه إذا اتضح لقاضي النزاع أن القانون الخاص بشخص الإنسان فقط دون ماله، فهو قانون شخصي، أما إذا كان غرض القانون هو تنظيمه للحقوق

(1) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص28، راجع أيضا د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص63، 54.

(2) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص51.

(3) د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص54، وكذلك د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص،

دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص141.

(4) د. بلقاسم أعراب، نفس المرجع، ص51.

المتعلقة بالأعيان، اعتبر ذلك قانون عيني.⁽¹⁾ وكذلك ترسيخ فكرة التكييف سالفه الذكر، والتي عمل بها في قضية عرضت عليه وكانت خاصة بالمشاركات المالية التي تصاحب عقد الزواج.

وما يمكن استخلاصه هنا من أعمال الفقيه، أنه كان متأثراً بالمدرسة الإيطالية القديمة ودليل ذلك أنه فرق بين الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة، وكذلك بلورته لمبدأ سلطات الإرادة، انطلاقاً من اعتناقه لقاعدة إسناد القواعد الموضوعية في العقود إلى قانون محل انعقادها احتراماً لإرادة المتعاقدين،⁽²⁾ لأن حسب رأيه إذا كانت إرادة المتعاقدين الضمنية هي تطبيق قانون محل الإبرام، لما لا نسمح لهما باختيار قانون آخر يسري على العقد المبرم بينهما بدلاً من قانون محل الإبرام، وعليه كان هذا الحل السبب في ظهور مبدأ سلطان الإرادة الذي لقي رواجاً في القرن التاسع عشر،⁽³⁾ إلا أنه استثنى من هذا المبدأ شكل التصرف في العقود الذي يبقى خاضعاً لقانون محل الإبرام.

ورغم تنوع أفكار الفقيه خدمة لتنازع القوانين، إلا أنها تعرضت للنقد من طرف بعض الكتاب المحدثون الذين يرون أن الفقيه "ديمولان" لم يأتي بجديد في مدرسته هذه، بل كل ما في الأمر، ونظراً لتأثره البالغ بنظرية المدرسة الإيطالية القديمة، راح يردد أفكارها بروح من عنده، خاصة ما تعلق بالقانون الذي يحكم شكل التصرفات والأحوال الشخصية، وأيضاً القوانين المستهجنة أو الممقوتة، كما أنه يؤخذ عليه تفرقه بين الأحوال العينية والشخصية على أساس روح القانون وغرضه، لأن هذا القانون لا يمكن الاستناد عليه في معرفة التفرقة بين القوانين التي تحكم أهلية التصرف في الأموال أو المواريث، كونها تجمع بين الأموال والأشخاص في آن واحد، كما أنه وقع في تناقض فيما تعلق بأهلية التصرف على المال بحسب قانون الموطن، وهذا التناقض الذي طبقه على مسألة الوصية. لكن في جميع الأحوال ورغم هذه الهفوات التي وقع فيها الفقيه، فإنه في نظر البعض الآخر من الكتاب المحدثون يعد من الفقهاء الذين يرجع لهم الفضل في ترسيخ الحلول المتعلقة بالعقود ومشاركات الزواج في القوانين الفرنسية والتي مازال يعمل بها في الوقت الراهن، إضافة إلى ذلك أن مبدأ كفاية الإرادة تبنته غالبية التشريعات الحديثة منها المشرع المصري، دون أن ننسى أنه يعد الفقيه الأول الذي أدخل إجراء أو فكرة

(1) د. عبد الرحمن جابر جاد، المرجع السابق، ص 67.

(2) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 29.

(3) د. بلقاسم أعراس، المرجع السابق، ص 53.

التكييف في القانون الفرنسي، التي كانت وراء تحليله للنظام المالي للزوجين والذي أدمجه ضمن قائمة العقود تمهيدا لإسناده للقانون الذي يحكم هذه العقود وهو قانون إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية.⁽¹⁾

• الفقيه دارجنتره (Dargentré) (1519-1590)

ولد الفقيه "دارجنتره" بمدينة "فيتري" بفرنسا، وعمل بمقاطعة "بريتانيا"⁽²⁾ التي انضمت إلى إقليم فرنسا في سنة 1532 وهذا في عهد الملك فرانسوا الأول، ولقد كان الفقيه متأثرا بخصوصيات مقاطعة "بريتانيا"، وهذا كان واضحا من خلال آرائه الواردة في كتابه المسمى "شرح عرف بريتاني".⁽³⁾

ولقد كانت للفقيه "دارجنتره" ميولا سياسية خاصة، فكان من المدافعين عن الحكم الإقطاعي وعن استقلال مقاطعته دون النظر إلى المصلحة العامة لفرنسا، المتمثلة في فكرة الاتحاد الوطني والاقتصادي لجميع المقاطعات، لهذا كانت أفكاره خاصة به ولم تلقى هوى في نفوس العامة مما اضطر به إلى مغادرة بلده دون رجعة.⁽⁴⁾

ولقد تبنى الفقيه مبدأ عينية القوانين وكان هذا بمناسبة تعليقه على المادة 218 من عادات مقاطعة بريتانيا والتي تنص: "يجوز لشخص أن يهب ثروته دون أن يكون للورثة الحق في الطعن في صحة الهبة مادامت لم تعمل بقصد الغش"، فكان تساؤل الفقيه حول مضمون هذه المادة فيما إذا كانت تسري حتى في الخارج، ولقد أجاب على سؤاله من خلال مقال بعنوان: "الأحوال الشخصية والأحوال العينية"، هذه الإجابة كانت تعكس أفكاره الإقطاعية، المتمثلة في أن العادات أو القوانين هي قوانين عينية إقليمية وهذا هو الأصل وغير ذلك هو استثناء.⁽⁵⁾ وفي نظر الفقيه أن القوانين تقسم إلى قسمين: قوانين عينية وقوانين شخصية وأسند كل ما يتعلق بالعقار إلى القانون الإقليمي، لأن العقار في نظره هو مصدر الثروة، أما ما تعلق بالمنقول والأحوال الشخصية تكون خاضعة لقانون الموطن استنادا إلى فكرة العدالة.⁽⁶⁾

(1) د. عبد الرحمن جابر جاد، المرجع السابق، ص 67 وما بعدها.

(2) نفس المرجع، ص 69.

(3) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 56.

(4) د. عبد الرحمن جابر جاد، نفس المرجع، ص 69، 70.

(5) نفس المرجع، ص 70.

(6) د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص 56.

كما أن الفقيه نجده قد قيّد القوانين الشخصية التي يسري أثرها في الخارج بقيدتين: القيد الأول ما تعلق بالقوانين الخاصة بالأشخاص والعقارات -أي القوانين المختلطة- تكون عينية ومن ثمّ إقليمية، أما القيد الثاني فهي القوانين المتعلقة بالحالة العامة للشخص أو بأهليته العامة كالقوانين التي تحدد سن الرشد والقوانين التي تحدد الأهلية...الخ.⁽¹⁾

ورغم ما تتميز به نظرية "دارجانتريه" من بساطة إلى حد بعيد، إلا أنها تعرضت للنقد من عدة جوانب وإن كان فقهاء تأصيليا ومناسبا للنظام الذي كان سائدا في وقته واعتباره مبدأ العينية هو الأصل ومبدأ الشخصية هو الاستثناء -منها أنه بالغ في اعتناقه لمبدأ الإقليمية، معتبرا الموطن الذي تستند إليه الأحوال الشخصية هو الموطن الأصلي والذي يعني به مبدأ الإقليمية، إضافة أنه عمّم على جميع التصرفات القانونية قانون محل التنفيذ، إلى غير ذلك من الانتقادات.⁽²⁾

ج- المدرسة الهولندية القديمة:

عرفت هولندا في نهاية السابع عشر وضعاً مزدهراً من الجانب التجاري والعلمي وعلاقات اقتصادية جد متطورة بين مقاطعاتها ومع غيرها، مثلها مثل وضع مقاطعات إيطاليا، والملاحظ أيضاً أن مقاطعاتها الشمالية نالت استقلالها عن حكم الأسبان وذلك سنة 1579، محتفظة بعبادات السلطة المركزية ومتبنية فقه "دارجانتريه" الفرنسي المتمثل في النزعة الاستقلالية من الجانب السياسي ومن الناحية القانونية سيادة الإقليمية للقانون.⁽³⁾

ولقد ظهرت هذه المدرسة متأثرة بأفكار الفقيه "دارجانتريه"، كما سبق القول، ودليل ذلك أنها قسّمت الأحوال إلى عينية وأخرى إلى شخصية، معتبرة الأحوال العينية هي التي يكون موضوعها المال، أما الأحوال الشخصية هي التي يكون موضوعها الشخص، بينما الأحوال المختلطة تكون متمثلة في الشكل والإجراءات.⁽⁴⁾

(1) د. عبد الرحمن جابر جاد، المرجع السابق، ص72.

(2) راجع بالتفصيل: الانتقادات، د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص57.

(3) نفس المرجع، ص57.

(4) د. عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف، (دراسة تحليلية ونقدية)، دار هومة، الجزائر 2010، ص.ص 29، 30، "تقلا عن" د. عبد الله عز الدين، "أبحاث في القانون الخاص المقارن"، في مجلة القانون والاقتصاد، ع1، يناير، 1961، ص38.

ومن أشهر فقهاء هذه المدرسة الفقهية، الفقيه "برجاندوس (Burgundus) (1649-1956) والفقيه "بول فويت" (Paul Voet) (1649-1777) والفقيه "أولريكس هوبر" (Alricus Hober)، هذا الأخير الذي يرجع له الفضل في وضع تسمية اصطلاح "تنازع القوانين"، وكذلك تفعيله لمبدأ النظام العام، من خلال منحه للقاضي حق استبعاد القانون الأجنبي المختص إذا كان مخالفا لنظام دولته.⁽¹⁾

وبعد تحرير هولندا من الاستعمار الإسباني والنمساوي، ووضعها المتطور التي أصبحت عليه كما أسلفنا القول، ما دفع بفقهاء المدرسة إلى بذل جهود في البحث عن الحلول لتنازع القوانين على مستوى المقاطعات المتحدة الشمالية وكذلك المقاطعات الجنوبية، إضافة إلى ذلك أيضا على المستوى الدولي.⁽²⁾

ومن بين هذه الجهود العلمية تركيز الفقيه "هوبر" على مبدأ إقليمية القوانين، من خلال وضعه لقواعد اعتبرها أساسية تتطلب احترامها في حال تنازع القوانين ومن بين هذه القواعد تلك المتمثلة في قوانين السلطة التي يجب سريانها إلا على رعاياها داخل الإقليم، سواء كانوا مقيمين بها أو عابري سبيل.⁽³⁾

ولقد عرفت هذه المدرسة بمدرسة المجاملة الدولية (La courtoisie internationale)، أي أن يسمح المشرع بتطبيق القانون الأجنبي ليس بناء على وجود التزاما دوليا قانونيا، بل بهدف توطيد العلاقات بما يخدم المصالح الدولية ووفقا لاعتبارات الملائمة، وهذا ما تم تجسيده في قواعد التنازع الدولي.⁽⁴⁾

ورغم تأثر فقه المدرسة الهولندية بفقه "دارجانتريه" إلا أن الفقهين يختلفان في المسائل التالية:

- عملت المدرسة الهولندية على توضيح التفرقة عند تقسيمها للأحوال من حيث موضوعها وبين مجال تطبيقها من حيث المكان، خلافا للفقه "دارجانتريه" الذي لم يوضح هذه التفرقة.

(1) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص30.

(2) د. عمر بلامامي، المرجع السابق، ص29، "نقلا عن" محمد شتا أبو السعد، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالتشريع الإسلامي، ط1، القاهرة، 1987، ص56.

(3) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص58.

(4) نفس المرجع، ص.ص58، 59 وكذلك د. سليمان علي علي، نفس المرجع، ص31.

- جعلت المدرسة الهولندية مبدأ إقليمية الأحوال مبدءاً قائماً على العدالة والمنطق، بينما فقه مدرسة "دارجانتريه" أدخل عليه استثناءاً.
- جعلت المدرسة الهولندية تطبيق القانون الأجنبي على أساس مبدأ المجاملة الدولية القائم على الملائمة التي تخدم المصالح الدولية في مجال العلاقات الخاصة، في حين أن فقه "دارجانتريه" جعل تطبيق القانون الأجنبي قائماً على وجود ضرورة قانونية وليس ضرورة واقعية.
- عالجت المدرسة الهولندية تنازع القوانين في صورتيه الدولية والمحلية، خلافاً لمدرسة "دارجانتريه" التي عالجت التنازع إلا في صورة واحدة ألا وهي التنازع المحلي.⁽¹⁾

ج- المدرسة الأنجلوسكسونية القديمة:

في القرن الثامن عشر عمل القاضي الإنجليزي "جنكيز" على جلب أفكار وفقه المدرسة الهولندية إلى إنجلترا، وكان ذلك عند تواجده بهولندا ودراسته لفقه "هوبر"، إلى جانب ذلك تم جلب أفكار هذا الفقيه من طرف طلاب العلم الإنجليز والاسكتلنديين الذين كانوا يدرسون في جامعات هولندا وبالأخص جامعة "ليدن".

ونظراً لتطور مشكل تنازع القوانين بسبب تطور العلاقات بين إنجلترا وبلاد القارة الأوروبية وبالأخص بلاد الفلاندر، ما دفع برجال الفقه والقضاء في إنجلترا إلى الاهتمام بإيجاد حلول لهذا التنازع من خلال فقه المدرسة الهولندية، والذي أصبح بعد ذلك أساساً للقانون الدولي الخاص في إنجلترا.⁽²⁾ وبعدها انتقل فقه المدرسة الهولندية إلى الولايات المتحدة الأمريكية وكندا.

ويُعد الفقيه الأمريكي "ستوري" (Story) أول من يرجع له الفضل في تسمية "القانون الدولي الخاص" في كتابه الخاص بالقانون الدولي الخاص، الصادر سنة 1834، كونه كان أستاذاً بجامعة هارفارد وقاضياً بالمحكمة الاتحادية العليا،⁽³⁾ إضافة إلى ذلك تأثره بأفكار الفقيه "هوبر" ومن بين هذه الأفكار تطبيقه للقانون الأجنبي على أساس فكرة المجاملة الدولية، وكذلك اعتبار تنازع القوانين جزءاً من القانون الداخلي المحلي، وأيضاً عمله على تحليل ودراسة السوابق القضائية للمحاكم الأمريكية والإنجليزية. ولقد كان كتابه السالف الذكر مرجعاً لكل الأبحاث

(1) د. عبد الله عز الدين، المرجع السابق، ص 39.

(2) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 61.

(3) د. عبد الله عز الدين، نفس المرجع، ص 40.

الحديثة في مادة القانون الدولي الخاص نظرا لما تميز به من العديد من الخصائص، من أهمها أنه مؤلفا عالج مشكلة تنازع القوانين بصورة إجمالية سواء من الناحية النظرية أم من الناحية العملية، كما أن شرحه لنظريته كان شرحا دوليا متجاوزا تنازع القوانين داخل الولايات المتحدة الأمريكية، هدفه من ذلك أن اصطلاح القانون الدولي الخاص قابلا للتطور وإنشاء نظام دولي عام، إضافة إلى أن الفقيه "ستوري" كان رافضا لتقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية، بل تعمق في شرح العديد من مسائل الأحوال الشخصية كل على حدة، كالموطن والزواج والطلاق والمواريث... الخ، كما قرر أن القوانين وإن كانت إقليمية أساسا لكن يمتد أثرها إلى الخارج على أساس المجاملة الدولية، متأثرا في ذلك كما سبق القول بالمدرسة الهولندية، مستندا إلى بعض السوابق القضائية التي أخذت بها المحاكم الإنجليزية والأمريكية في العديد من القضايا الشهيرة التي عرضت في أوائل القرن التاسع عشر، معتبرا في نظره أن المجاملة الدولية قائمة على مفهوم العدالة بين الدول، مع اعتبار أن قواعد تنازع القوانين هي جزء من القانون الداخلي.⁽¹⁾

وعموما يمكن القول هنا أن الفقيه "ستوري" استطاع تقديم حلولاً عملية للقضاة والمحامين في كل مسألة على حدة دون تقيده بمبدأ من المبادئ التي تتميز بالصفة العامة المتطرفة، ومثال ذلك قاعدة خضوع العقد من حيث صحته وشكله لقانون محل التصرف، وقاعدة خضوع العقارات لقانون محلها، وقاعدة خضوع الحالة لقانون الموطن... الخ، وهذا إن دلّ على شيء إنّما يدل على الطريقة الاستقرائية التي اتبعها في نظريته، حتى يتمكن من إحياء مادة القانون الدولي الخاص من جديد.

ورغم الجهود المعتبرة التي ميزت نظرية الفقيه، إلا أنه عيب عليه من طرف الناقدين أنه لم يميز بين قيم النظريات السالفة للفقهاء، أو استغنائه عن بعضها، بل عمل على جمع جميع أفكارهم في كتابه، ما جعل البعض يصف ذلك بـ "الكلمات المرصوفة في داخل القاموس". ورغم هذه الانتقادات، فإن آراء ستوري ومنهجية تحليله للمسائل قد ثبتت من الناحية العملية أمام المحاكم.⁽²⁾

إلا أن آراء الفقيه الأمريكي "ستوري" لم تبق حبيسة بلده، بل انتقلت إلى فرنسا واعتنقها الفقيه الفرنسي فوليكس⁽³⁾ (Foelix)، وكان هذا في كتابه الصادر سنة 1843 الذي يعد أول

(1) د. عبد الرحمن جابر جاد، المرجع السابق، ص.ص 153، 154.

(2) نفس المرجع، ص.ص 154، 155.

(3) د. عمر بلمامي، المرجع السابق، ص. 33.

مؤلف فرنسي في القانون الدولي الخاص، يعتقد فيه الفقيه جميع آراء وأفكار الفقيه الأمريكي "ستوري".⁽¹⁾

(2) المدارس الفقهية الحديثة وتنازع القوانين:

في نهاية القرن التاسع عشر تطور مفهوم تنازع القوانين، وظهرت معه حلولاً جديدة لمشكلة تنازع القوانين، منها من يقوم على فكرة "الاشتراك القانوني"، ومنها ما يقوم على فكرة سياسية، ومنها أيضاً من يستند في حله على النزعة الوطنية التي ترسخت في بداية القرن العشرين، إلا أن البعض من الفقهاء المعاصرين حاولوا التخفيف من حدة هذه النزعة عن طريق الدعوة إلى التوفيق بين مصالح الدول والمعاملات الدولية،⁽²⁾ وتتجلى لنا هذه الحلول من خلال المدارس التالية:

أ- المدرسة الألمانية الحديثة:

يعد الفقيه "فريدريش كارل فول سافيني" (Saviny) زعيم المدرسة الألمانية الحديثة، واتضح ذلك في الجزء الثامن من مؤلفه والصادر عام 1849، شارحاً من خلاله القانون الروماني الذي يعد القانون العام السائد في ألمانيا.⁽³⁾

ويقوم فقه الألمانى "سافيني" على فكرة الاشتراك القانوني بين الدول التي تجمعها عدّة قيم، من بينها المدنية اللاتينية المسيحية،⁽⁴⁾ وكذلك القانون الروماني وهذا ما يساعدها على تطبيق قوانين بعضها البعض داخل أقاليمها، مكونة بذلك ما يسمى بـ "الشعوب الغربية" التي تجمعها حلولاً قانونية، وخلافاً للمدرسة الإيطالية القديمة ذهب اهتمام الفقيه "سافيني" إلى تحليل العلاقات القانونية للأشخاص وتحديد مركزها المكاني، قصد وصوله إلى حلول عالمية، بإسناده تلك العلاقات إلى قانون خاص بها بعيداً عن تقسيم القوانين إلى إقليمية وممتدة.⁽⁵⁾

وانطلاقاً من تحليله هذا توصل الفقيه إلى جملة من النتائج، كان أهمها أن جعل أهلية الشخص وحالته يسري عليهما قانون موطنه المراد الاستقرار فيه، كما أخضع الالتزامات التعاقدية لقانون مكان التنفيذ الذي اختاره المتعاقدون ضمناً كما كان لتركيز الالتزام فيه طالما

(1) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 31.

(2) د. عبد الله عز الدين، المرجع السابق، ص 46، 47.

(3) د. سليمان علي علي، نفس المرجع، ص 32.

(4) د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 42، راجع أيضاً بالتفصيل د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 60.

(5) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 62.

يعد شيئاً غير محسوس، أما الالتزامات الناتجة عن الفعل الضار أخضعها لقانون مكان وقوعها.⁽¹⁾

ومن خلال ما سبق ذكره يتضح لنا أن فقه "سافيني" تميز بالخصائص التالية:

- أنه فقه متخير: بمعنى أن كل علاقة قانونية يحكمها قانون مقرها دون تقيده بمبدأ إقليمية القوانين أو امتدادها.
- أنه فقه تحليلي: يحلل مختلف العلاقات القانونية ليصل إلى القانون الواجب التطبيق عليها.
- أنه فقه عالمي: يسعى إلى تطبيق القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية من بين القوانين المتنازعة التي لها اشتراك قانوني فيما بينها، وفي نظره هو القانون المثالي والعادل لذلك.

والمتمعن لهذه الخصائص يجدها هي نفس خصائص فقه المدرسة الإيطالية القديمة.

ورغم اتجاه فقه "سافيني" ببيان كيفية حل تنازع القوانين والرقي بها إلى العالمية و التحرر، إلا أن اتجاهه هذا تعرض لعدة انتقادات، من بينها فكرة تركيزه للعلاقات القانونية في مقرها التي تعد صعبة التطبيق من الجانب العملي، كما أن طرحه لفكرة السعي وراء التعرف على الخضوع الإرادي هي في الحقيقة التعرف على القانون الواجب التطبيق إلى غير ذلك من الانتقادات.

إن فقه "سافيني" الذي كان يسعى من خلاله إلى إيجاد حلول أخرى لتنازع القوانين ولم يكن لها أثرها البالغ في معالجة تنازع القوانين، إلا أن فكرة الاشتراك القانوني التي دعا إليها قد لعبت دوراً كبيراً في بناء مبدأ النظام العام في القانون الدولي الخاص، إضافة إلى ذلك أن فقهه عرف صدقاً في الفقه والقضاء في ألمانيا وخارجها، ودليل ذلك المكانة التي أصبحت له في ألمانيا مثله مثل مكانة الفقيه "ستوري" وصدور له عدة مؤلفات، وفي فرنسا كان له تأثيراً أيضاً على فقه "سبانييه" و"بارتان"...الخ.⁽²⁾

ب- المدرسة الإيطالية الحديثة:

كان للفقيه "مانشيني" (Manchini) زعيم المدرسة الإيطالية الحديثة، فقهه الخاص به حول تنازع القوانين، وكان هذا في القرن التاسع عشر، وسمي هذا الفقه بـ "فقه مانشيني"، حتى

(1) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 62، وكذلك د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 42.

(2) د. عبد الله عز الدين، المرجع السابق، ص 52، 53.

يتميز به عن فقه المدرسة الإيطالية القديمة.

ولقد انطلق "مانشيني" في فقهه من فكرة سياسية كانت ظاهرة في محاضراته التي ألقاها بجامعة "تورين" سنة 1851 بعنوان: "الجنسية كأساس للقانون الدولي" وكذلك "مبدأ الجنسيات" أو "مبدأ القوميات"، وكان يرمي من خلال ذلك إلى حق كل إقليم في تكوين دولة، ساعيا إلى وحدة إيطاليا هذا من جهة، ومن جهة أخرى مناداته بمبدأ شخصية القوانين وامتدادها، لأن القوانين في نظره توضع للأشخاص وليس للإقليم، وعليه فإن الشخص يجب أن يكون خاضعا لقانون جنسيته أي أمته التي ينتمي إليها،⁽¹⁾ كون القوانين وضعت لأمتها تماشيا وعاداتها وتقاليدها ولغتها، ولهذا فهي الأنسب لشعبها أينما وُجد، كما أن سيادة الدولة على رعاياها أولى من سيادتها على إقليمها، وما مبدأ الإقليمية في نظره إلا على سبيل الاستثناء بدءا بالقوانين الخاصة بالنظام العام والتي تسري على كل رعايا الدولة سواء كانوا وطنيين أم أجانب، وكذلك عملا بمبدأ احترام إرادة الأشخاص، إذ يجب أن تحترم قوانينهم المختارة لتطبيقها على التزاماتهم التعاقدية، كما أن شكل التصرفات القانونية يجب أن يخضع للقانون الذي حصلت في إطاره حتى ولو كان أجنبيا.⁽²⁾

وفعلا وجدت نظرية الفقيه "مانشيني" رواجاً دولياً، لأن نظريته تدعو إلى وسطية دولية، بمعنى وجوب احترام كل جنسية للجنسيات الأخرى.⁽³⁾

وعموماً تميز فقه "مانشيني" بالخصائص التالية:

- أنه فقه غير متحيز: أي تمسكه بمبدأ واحد ألا وهو مبدأ شخصية القوانين، أي امتدادها.
- أنه فقه تأصيلي: أي يرجع المسائل في إطار مبدأ عام وهو شخصية القوانين لمعالجتها مع ورود استثناءات عليها.
- أنه فقه عالمي: يدعو إلى تطبيق قانون الجنسية، وهذا خلافا لبعض المحللين الذين استبعدوا هذه الخاصية في فقه "مانشيني"، بل إن فقهه وطنياً كون مبدأ شخصية القوانين يتماشى وسياسة إيطاليا المصدرة لسكانها.⁽⁴⁾

(1) د. عبد الله عز الدين، المرجع السابق، ص.ص 53، 54.

(2) د. عبد الرحمن جابر جاد، المرجع السابق، ص 99 وما بعدها.

(3) لمزيد من التفاصيل راجع نفس المرجع، ص 102 وما بعدها.

(4) د. عبد الله عز الدين، نفس المرجع، ص.ص 54، 55.

ورغم الحلول التي جاءت بها هذه النظرية والتي أثرت على الفقه والتشريع الدوليين،⁽¹⁾ إلا أنها لم تسلم من النقد، والذي كان منصباً على عالمية مبدأ شخصية القوانين الذي نادى به الفقيه، كونه لا يصلح في كافة دول العالم، كما أن استعماله له سوف يسمح بالتطبيق الواسع للقوانين الأجنبية على حساب القانون الوطني،⁽²⁾ إضافة إلى افتراضه أن كل أمة تكون دولة، فهذا يعد في نظر منتقديه افتراضاً خاطئاً ولا يتماشى وواقع المجموعة الدولية، إلى غير ذلك من الانتقادات.⁽³⁾

وبناء على الانتقادات السابقة، تم التضييق من مجال تطبيق مبدأ شخصية القوانين في ظل الفقه والتشريع الإيطاليين المعاصرين،⁽⁴⁾ ودليل ذلك ما جاء به القانون المدني الإيطالي الجديد لسنة 1942، والذي لم يعد يسند المنقول لقانون الجنسية.⁽⁵⁾

ج- المدرسة الفرنسية الحديثة:

عُرفت المدرسة الفرنسية الحديثة بتطويرها لقواعد التنازع أو تنازع القوانين، ويرجع الفضل في ذلك إلى فقهاء عُرفوا في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن الحالي⁽⁶⁾ وهؤلاء الفقهاء سوف نتعرض لهم على النحو التالي:

• الفقيه "بييه" (Pillet):

كان الفقيه "بييه" (1857-1926) أستاذاً في جامعة باريس، ولقد حاول وضع حلولاً لتنازع القوانين من خلال مقالاته التي تحمل عنوان (Système général de solution des conflits de lois)⁽⁷⁾، وكتابه أيضاً والذي يحمل عنوان: "مبادئ القانون الدولي الخاص" لسنة 1903.⁽⁸⁾

وفي نظر الفقيه أن تنازع القوانين تقوم على تنازع بين سيادة الدول، لهذا يتطلب الأمر

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 65.

(2) د. عبد الرحمن جابر جاد، المرجع السابق، ص 104 وما بعدها.

(3) نفس المرجع، ص 105، راجع أيضاً د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 60.

(4) د. عبد الرحمن جابر جاد، نفس المرجع، ص 110 وما بعدها.

(5) د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص 65.

(6) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 35.

(7) د. عبد الرحمن جابر جاد، نفس المرجع، ص 177 هامش.

(8) د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص 65.

تحديد مدى سيادة الدولة اتجاه علاقات الأفراد الدولية، حتى يمكن السماح بتطبيق القانون الأجنبي.

وحتى يُظهر الفقيه هذه العلاقة بين أن القانون يتميز بخاصيتين هما: الدوام أو الاستمرار (permanence) والعمومية (généralité)، من حيث تطبيقه على الوطنيين وعلى إقليم الدولة. ويقصد بالدوام أي امتداد القانون على كل الأشخاص والأموال داخل الدولة، وهذا من يوم إصداره إلى يوم إلغائه، أما معنى العمومية هي تطبيق القانون على كافة الموجودين داخل إقليم الدولة (أشخاص وأموال) دون تمييز.⁽¹⁾

ويبدو أن هاتين الخاصيتين غير صالحتين لحل العلاقات ذات العنصر الأجنبي، لأن الأمر يبدو مستحيلاً لمواجهة مشكلة تنازع القوانين، إذا ما حرصت كل دولة على سريان قانونها بصفة مستمرة على رعاياها حتى ولو كانوا في الخارج هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن سريان القوانين بصورة عامة حتى على الأجانب الموجودين على إقليمها.⁽²⁾

ولهذا فإن الأصلح للتطبيق هو المفاضلة بين الخاصيتين لإمكانية اختيار أحد القانونين المتنازعين. وحتى تتم التضحية بإحدى الخاصيتين، يجب توزيع القوانين حسب رأي الفقيه "ببيه" إلى مجموعتين:

- أن تحتوي المجموعة الأولى على قوانين يسري أثرها في الخارج، وهي تلك التي يغلب عليها صفة الدوام.
- أما المجموعة الثانية وهي تتمثل في القوانين ذات الطابع الإقليمي والتي تغلب عليها صفة العموم.⁽³⁾

وتتحدد الصفة الغالبة لكل قانون تبعاً لهدفه، سواء في مجال العلاقات الدولية أم في مجال العلاقات الاجتماعية، وما إذا كانت منفعة فردية أم جماعية.⁽⁴⁾

ويبدو أن الفقيه "ببيه" لم يكتف بتحليله هذا في معالجة مشكل تنازع القوانين، بل أضاف فكرة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة، أي أن كل حق اكتسب في ظل دولة ما يجب الاعتراف به في الدول الأخرى، وحتى يمكن الاحتجاج بهذا الحق، يجب أن يكون صحيحاً في ظل الدولة

(1) د. عبد الله عز الدين، المرجع السابق، ص 57.

(2) د. عبد الرحمن جابر جاد، المرجع السابق، ص 179.

(3) د. عبد الرحمن جابر جاد، نفس المرجع، ص 180، 181.

(4) نفس المرجع، ص 181.

التي نشأ فيها، كما يجب أن "يكون قد ولد وفقا للقانون المختص من بين القوانين التي تتنازع حول إنشائه. ويسري على هذا التنازع قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يُراد الاحتجاج فيها وليس قواعد تنازع القوانين في الدولة التي ولد الحق فيها."⁽¹⁾

وحتى يمكن الاحتجاج بالحق المكتسب في دولة ثانية، يجب أن لا يكون هذا الحق مجهولا في هذه الدولة، وأن لا يخالف النظام العام والآداب السائدين فيها،⁽²⁾ باستثناء تدخل مبدأ الأثر المخفف لهذا النظام العام والآداب.⁽³⁾

إن الفقيه "بييه" كغيره من الفقهاء تميز فقهه بخصائص نذكر أهمها:

- يعد فقه "بييه" فقها متخيرا: معنى ذلك أنه يمنح الاختصاص للقانون الذي يوفي بالغرض الاجتماعي فقط دون تحيزه لمبدأ معين من إقليمية القوانين أو امتدادها.
- يعد فقهه تحليليا: وذلك ببحثه في كل حالة على حدة حتى يمكنه التعرف على الغرض الاجتماعي للقانون، الأمر الذي لا يتعذر إدراكه، خلافا للفقيه "سافيني" الذي كان يسعى من خلال تحليله إلى التعرف على مقر العلاقات القانونية وفقا لما تقتضيه طبيعة الأشياء.
- كما أن فقهه يعد فقها عالميا: وذلك تأسيسا على مبادئ القانون الدولي العام، حيث سعى الفقيه إلى محاولة إيجاد حلول عالمية لتنازع القوانين وتكون عامة الإلتباع.⁽⁴⁾
- إلا أن نظرية "بييه" كغيرها من النظريات تعرضت للنقد في العديد من الجوانب، منها أنه انتقد لكونه اعتبر تنازع القوانين هو تنازعا دوليا، إلا أن الفكرة الأساسية موضوع بحثه تدور حول العلاقات الفردية الخاصة، كما أنه عمل على تقسيم القوانين إلى قوانين ممتدة وأخرى إقليمية، بمعنى أن القوانين تكون ممتدة إذا كانت تهدف إلى المصلحة الفردية، وتكون إقليمية إذا كان هدفها هو تحقيق المصلحة العامة. ونظرا لكون جميع القوانين هدفها الأساسي هو مصلحة الجماعة، لهذا لم يكن هناك داعي إلى تقسيمها إلى إقليمية وممتدة.⁽⁵⁾

(1) د. عبد الله عز الدين، المرجع السابق، ص 61.

(2) نفس المرجع، ص 62.

(3) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 67.

(4) د. عبد الله عز الدين، نفس المرجع، ص 59، 60.

(5) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 66.

كما أن الناقدين له لم يستثنوا فكرة أخذه بالحق المكتسب والتي تُعد في نظرهم مصادرة عن المطلوب، كونها حقوقاً تُحدد من طرف قواعد الإسناد، وعليه لا يمكننا القول أنه حق مكتسب إلا إذا تم تقرير القانون الذي اكتسب في إطاره هذا الحق.⁽¹⁾

• الفقيه "بارتن" (Bartin):

لقد تمحور فقه الفقيه الفرنسي "بارتن" في تنازع القوانين، حول المنهج التحليلي الذي أسسه الفقيه الألماني "سافيني"، وكان هذا واضحاً عند تبنيه فكرة السيادة الوطنية التي أسس بها نظريته في استخلاص الحلول لتنازع القوانين.

وفكرة السيادة في نظر الفقيه "بارتن" أن تنازع القوانين ما هي إلا تنازع بين السيادات، معنى ذلك أن على كل دولة أن تلتزم اتجاه الدول الأخرى التزاماً طبيعياً، تفصح من خلاله -في إطار مبدأ الإقليمية- المجال لأن يكون القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق، كونه القانون الذي يوحى به روح النظام القانوني الذي نشأت في ظله العلاقة القانونية موضوع النزاع.⁽²⁾

كما عمل الفقيه "بارتن" على تحليل العلاقات القانونية انطلاقاً من تحديد طبيعة وتقسيم النظم القانونية في القانون الداخلي، حتى يتمكن من تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وهذا ما يسمى بـ "التكييف" (la qualification)، هذا الإجراء الذي يقوم به القاضي انطلاقاً من قانونه حتى يصل إلى تصنيف العلاقة القانونية واستنتاج القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية محل النزاع، إما لاختصاص القانون الوطني المعروض عليه النزاع، أو إسناد الاختصاص للقانون الأجنبي.⁽³⁾

إضافة إلى ذلك عمل الفقيه الفرنسي "بارتن" على تقسيمه لقواعد الإسناد في مجال تحليله للعلاقات القانونية إلى مجموعات، والمتمثلة في الأشخاص والأشياء والتصرفات والوقائع القانونية.⁽⁴⁾ وكغير من الفقهاء انتقد الفقيه "بارتن" من طرف غيره، ولقد كانت أول مسألة تعرض فيها للنقد هي مبالغته في فكرة السيادة مثله مثل الفقيه "بييه"، أي أن الدولة لها حق أن لا تفصح المجال لأن يكون القانون الأجنبي هو واجب التطبيق، وهذا ما لا يتماشى مع مسألة

(1) د. عبد الرحمن جابر جاد، المرجع السابق، ص 175 ولمزيد من التفصيل حول الانتقادات الموجهة لهذه النظرية راجع نفس المرجع، ص 186 وما بعدها.

(2) د. عبد الرحمن جابر جاد، نفس المرجع، ص 191، 192.

(3) د. عبد الله عز الدين، المرجع السابق، ص 62.

(4) نفس المرجع، ص 63.

تتازع القوانين، لأن القاضي بدوره سوف يكتسب سلطة تحكيمية وتقديرية واسعة والتي حاول الأساتذة المختصين الحدّ منها، وفي هذا الصدد صدق الأستاذ "ليفي أولمان" حين قال: "إن هذه النظرية تنتهي بنا في القرن العشرين إلى إعطاء سلطة تقديرية للقاضي ربما كانت أوسع من تلك التي كانت مقررة له في القرن الثالث عشر".⁽¹⁾

وإن كان الفقيه "بييه" قد قسم القوانين إلى قسمين، أي إلى قوانين إقليمية عامة وإلى قوانين شخصية ممتدة، إلا أن الفقيه "بارتن" قد قسم القوانين إلى أربعة أقسام، أي قوانين شخصية وقوانين إقليمية وقوانين محلية وقوانين إرادة المتعاقدين.

إلا أن المتمعّن في هذه التقسيمات للقوانين التي أتى بها الفقيه "بارتن" نجده في نهاية المطاف أنه أتى بنظرية مزج من خلالها بين أفكار الفقيهين "دارجانتريه" و"ديمولان" لتكون في إطار جديد.

ورغم تشابه أفكار "بارتن" مع أفكار سابقه من الفقهاء، إلا أنه يرجع له الفضل في وضع فكرة "التكييف" القائمة على تحليل الأنظمة القانونية لتحديد طبيعتها وإعطائها الوصف القانوني الخاص بها. وفكرة "التكييف" هي فكرة جديدة تُنسب للفقيه، والتي لاقت ترحاباً وتطبيقاً في مجال تنازع القوانين لدى الأنظمة القانونية الحديثة.⁽²⁾

• الفقيه "نيبوييه" (Niboyet):

يعد الفقيه "نيبوييه" تلميذاً للفقيه "بييه"،⁽³⁾ وفي رأيه أنه ينبغي أن تُصاغ قواعد تنازع القوانين عموماً استناداً للاعتبار السياسي، القائم على مصلحة الدولة، ما يجعل هذه القواعد تفيض من فكرة الوطنية التي يعد أساسها مبدأ الإقليمية.

وتعني فكرة الوطنية عند الفقيه "نيبوييه" هو اختيار قواعد تنازع القوانين التي تتماشى ومصالح الدولة، بغض النظر إن كانت صالحة أم لا لحل تنازع القوانين عند الدول الأخرى، وهذا إن دل على شيء، في نظره، إنما يدل على أن حلول تنازع القوانين يجب أن يكون أساها هو الواقع المعاش في إقليم كل دولة و ليس على أساس المثالية التي تدعو إلى العالمية.

(1) د. عبد الرحمن جابر جاد، المرجع السابق، ص 194.

(2) نفس المرجع، ص 195.

(3) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 39.

وطالما الفكر القانوني ليس حكرا على دولة معينة، لهذا قد يكون هناك تشابها في الحلول بين الدول.

أما عن مبدأ الإقليمية لدى الفقيه هو أن أصل القانون مبنيا على مبدأ الإقليمية، فالقوانين تسري داخل إقليم الدولة وليس خارجه، وهذا الرأي والموقف عمل به الفقيه الفرنسي "دي فاري سوميير" -الذي سنتناول موقفه لاحقا- قائلا: "إن مبدأ عينية القوانين، بمعنى إقليمها، هو الأساس الضروري للقانون الدولي الخاص، وهو مبدأ من مبادئ القانون الطبيعي، ولذلك فهو عالمي دائم." لأن القانون الإقليمي هو الأنسب لمقتضيات الجماعة، كما أن أغلب النظم القانونية تحتاج إلى صلة إقليمية.⁽¹⁾

ورغم تمسك الفقيه "نيبواييه" بمبدأ الإقليمية القوانين، إلا أنه لم يجعل من هذا المبدأ قاعدة مطلقة، بل أدخل عليه استثناءات، ومن هذه الأخيرة حالة الأشخاص وأهليتهم والتي يسري عليها قانون الموطن.⁽²⁾

وحسب رأي الفقيه أيضا أن تحقيق المصلحة الوطنية في خضم تنازع القوانين يستدعي على المشرع أن يضع في الحسبان إزاء تقسيمه للقانون إما أن يكون قانونا ممتدا أو قانونا إقليميا، وأن يكون ذلك بطريقة تحليلية أي بحسب الوسيلة الفنية، وليس على أساس الهدف الاجتماعي.⁽³⁾

وحول ما تم عرضه من أفكار ومبادئ نادى بها الفقيه "نيبواييه"، إلا أن هناك من الفقهاء الفرنسيين يرون أن الفقيه قد انحرف عن الاتجاه العالمي الذي نادى به أستاذه الفقيه "بييه"، بل ظل متمسكا بمبدأ الإقليمية التقليدي تماشيا مع ظروف فرنسا آنذاك، أي فيما بين الحربين العالميتين، دون منح اعتبار للمصلحة الدولية.⁽⁴⁾

• الفقيه "دي فاري سوميير" (Devareillers Soummière):

للفقيه "دي فاري سوميير" مؤلفين هامين في مجال القانون الدولي الخاص، أصدر مؤلفه الأول سنة 1897 أما مؤلفه الثاني الذي كان في صوره كتيباً سنة 1902.⁽⁵⁾

(1) د. عبد الله عز الدين، المرجع السابق، ص.ص 64، 65.

(2) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص. 67.

(3) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص. 39، وكذلك د. بلمامي، المرجع السابق، ص. 50.

(4) د. عبد الله عز الدين، نفس المرجع، ص.ص 65، 66.

(5) د. سليمان علي علي، نفس المرجع، ص. 39.

ولقد عمل الفقيه بالاتجاه النظامي، أو ما يعرف بـ "طريقة الاستبطان"، معتبرا في إطار نظرية الأحوال أن مبدأ إقليمية القوانين هو الأساس في التطبيق في تنازع القوانين، لأن في نظره أن قوانين البلد صدرت من طرف مشرعيها لتطبيقها في إقليمها، وبناءا عليه يجب أن تكون سارية على كافة الوقائع والتصرفات القانونية التي حدثت فوق الإقليم الساري فيه.⁽¹⁾

ورغم اعتناق الفقيه لمبدأ إقليمية القوانين والدفاع عنه بشدة، إلا أنه استثنى من مبدئه ما تعلق بالحالة والأهلية، لكونهما لصيقتان بالشخص، لهذا يجب حسب رأيه، أن تكونا خاضعتين للقوانين التي تحكمهما، كما أضاف أيضا ميراث المنقولات وجعله خاضعا لقانون موطن المتوفى طبقا لقاعدة "المنقول يتبع الشخص"، كما نجده استثنى أيضا من مبدأ الإقليمية القانون المتفق عليه احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة أو تطبيق قانون الجهة التي حصل فيها التصرف، كما أن شكل التصرفات يخضع لقانون البلد الذي تمت فيه،⁽²⁾ كما يمكن أيضا أن تكون خاضعة لقانون موطن الشخص.⁽³⁾

وإن كانت نظرية الفقيه لم تلق أي نجاح عند ظهورها، لكن عقب الحرب العالمية الأولى وما سببته من اكتظاظ للأجانب في فرنسا، ما جعل العديد من الكتاب الفرنسيين يميلون لأفكارها -أي فكرة إقليمية القوانين- خاصة في نهاية الثلث الأول من القرن العشرين، ما كان سببا في ظهور مدرسة تسعى إلى تأصيل القانون الدولي الخاص تاريخيا، طالما مبدأ الإقليمية يرجع إلى الفقيه "دارجانتريه" منذ القرن السادس عشر.⁽⁴⁾

ويؤكد في هذا الصدد الشراح الفرنسيين أن الأحكام الخاصة بتنازع القوانين والمنصوص عنها في القانون الفرنسي متصلة بالقواعد القديمة.⁽⁵⁾

ولإشارة هنا فإن هؤلاء الفقهاء الفرنسيين الأربعة كان لهم تأثيرا في الفقه الفرنسي الحديث والذي مازال يسير على أفكارهم.⁽⁶⁾

(1) د. عبد الرحمن جابر جاد، المرجع السابق، ص 173.

(2) نفس المرجع، ص 174.

(3) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 40.

(4) د. عبد الرحمن جابر جاد، نفس المرجع، ص 175.

(5) د. عبد الله عز الدين، المرجع السابق، ص 43.

(6) د. سليمان علي علي، نفس المرجع، ص 40.

هـ - الفقيه لوريبور بيجيونيير (Lerebour pigeonniere):

عرف فقه "لوريبور بيجيونيير" بالفقه التحليل سواء ما تعلق بمبدأ إقليمية القوانين أو مبدأ شخصية القوانين. فما تعلق بمبدأ إقليمية القوانين وحسب رأي الفقيه، هو عدم التقيد به في حل مشكلة تنازع القوانين، لأنه قد يشكل صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق عندما يصعب تركيز العلاقة القانونية التي تتوسع في نطاق أكثر من دائرة إقليمية معينة، إضافة إلى ذلك عدم التقيد أيضا بمبدأ شخصية القوانين، لأن الأخذ به يستدعي وضع استثناءات عليه قد تجعله هو الأصل، وعليه نجده يرفض مسبقا تقسيم القوانين إلى قوانين إقليمية وأخرى ممتدة شخصية، كونه اتجاها تعرض للنقد.

كما أضاف الفقيه أيضا أن قواعد القانون الدولي الخاص تنظم الحياة الدولية لعلاقات الأفراد من خلال تحديد الاختصاص التشريعي لهذه العلاقات، وهذا التحديد يوحي بوجود تنازع بين سيادات الدول، إلا أن الأصل في التنازع هو تنازع بين المصالح الدولية وليس بين سياداتها، يقوم المشرع بحله دون تقيده بمبدأ معين من المبادئ، مع مراعاة طبيعة العلاقات الدولية الخاصة، مع بقاء التسليم بأن قواعد القانون الدولي الخاص هي قواعد وطنية ليس لها سلطة عليا على الدول الأخرى.⁽¹⁾

وعليه إن أفضل الحلول لتنازع القوانين هو ما جاءت به أفكار الكتاب المحدثين الذين ركزوا على الحلول العملية والواقعية لحل تنازع القوانين بهدف تحقيق العدالة والمنفعة الدولية دون أن يصطدم ذلك بالمصالح العليا الأساسية للدولة، كون المشرع الوطني هو الذي يتولى وضع قواعد موضوعية داخلية لحل التنازع حول العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.⁽²⁾

وعموما ما يمكن قوله، أن تنازع القوانين كانت فكرة ظهرت في العصور القديمة في شكل تنازع محلي، ثم تطورت وأصبحت لها قواعد خاصة بحلولها في شكل نصوص تشريعية في الأنظمة الدولية الحديثة.⁽³⁾

وفي الأخير يمكن القول أنه نظرا لتباين واختلاف المنازعات بسبب طبيعتها، فإن المحاولات التي طرحت من طرف الفقهاء لحل مشكل تنازع القوانين قد باءت بالفشل، لأنه

(1) د. عبد الله عز الدين، المرجع السابق، ص.ص 66، 67.

(2) د. عبد الرحمن جابر جاد، المرجع السابق، ص.ص 198، 199.

(3) عبد الكريم بليور، المرجع السابق، ص 26.

يستحيل العمل بمبدأ واحد من المبادئ القانونية سالفة الذكر، ونجعله كحلا لجميع المنازعات والقضايا التي قد تثار في الحياة العملية.

ثالثا: تعريف تنازع القوانين وشروطها.

سوف نتعرض أولا إلى تعريف تنازع القوانين ثم إلى شروط تنازع القوانين ثانيا، وهذا كما يلي:

1) تعريف تنازع القوانين:

اعتبرت أغلب النظم القانونية موضوع تنازع القوانين أو التنازع الدولي بين القوانين من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص، لأنه يعتبر أساس وجود هذا الأخير، ودليل ذلك أن النظم الأنجلوسكسونية والقانون الإيطالي والألماني، اعتبرت نطاق القانون الدولي الخاص شاملا إلا لموضوع واحد ألا وهو تنازع القوانين، بينما الموضوعات الأخرى كالجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب تخرج من نطاقه.

وفي حقيقة الأمر أن اصطلاح تنازع القوانين لا يفهم منه صراع بين القوانين، لأن الفقيه الهولندي "هوبر" عندما وضع مصطلح تنازع القوانين وفكرة المجاملة الدولية، إنما يقصد بها تحديد القانون الأنسب لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي محل النزاع، وليس تنازعا بين قوانين يدعي كل واحد منها أنه القانون الشرعي لحكم النزاع.⁽¹⁾

وقبل التعرض إلى تعريف تنازع القوانين، يجب علينا أولا أن نوضح أنواع التنازع، وهذه الأخيرة نجد أنواعها تتمثل فيما يلي:

- تنازع القوانين من حيث الزمان، هو ذلك التنازع الذي تتعاقبه القوانين الداخلية في الدولة حول واقعة قانونية مستمرة، يجب تحديد لها قانون يحكمها من بين هذه القوانين.
- تنازع القوانين من حيث المكان، هو ذلك التنازع المتمثل في تعاقب قانونان أو أكثر صادران عن دولتين أو أكثر لحكم العلاقة القانونية ذات عنصر أجنبي، وهذا النوع من التنازع هو الذي يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص ومحل دراستنا، وهو تنازع يكون منصبا على القوانين التجارية والمدنية والأحوال الشخصية⁽²⁾ (القوانين الخاصة).
- تنازع بين القوانين الداخلية، وهذا التنازع الداخلي يكون إما داخل الدولة البسيطة مثال

(1) علي عبد الرحمن علي قطيط، تنازع القوانين في الوصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي

الخاص، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011، ص24.

(2) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص24.

ذلك التنازع الذي حصل بين القوانين الفرنسية الداخلية والقوانين المعمول بها في الألزاس واللورين، وكان هذا بعد استردادها من طرف فرنسا من ألمانيا في الحرب العالمية الأولى، أو يكون التنازع بين القوانين الداخلية داخل الدول المركبة، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، وهذا التنازع الداخلي سبق وأن أشرنا إليه أنه ليس له علاقة بالقانون الدولي الخاص إلا في حالة ما إذا أسند المشرع الوطني حكم العلاقة القانونية إلى قانون البلد الذي تتعدد فيه الشرائع.

- التنازع الاستعماري وهو تنازع يحدث بين قوانين الدولة المُستعمَرة مع قوانين الدولة المُستعمَرة وهو تنازعا مازال موجودا.⁽¹⁾

إلا أن هذا التنازع لا دخل للقانون الدولي الخاص فيه، كونه تنازعا داخليا وليس دوليا، لأن الدول المستعمرة قد فقدت سيادتها بسبب استعمارها.⁽²⁾

وانطلاقا من هذه التقسيمات لأنواع تنازع القوانين يمكننا تعريف تنازع القوانين الذي يعالجه القانون الدولي الخاص ويعتبره موضوعا من موضوعاته.

وحول تعريف تنازع القوانين اختلف الفقهاء بصده نظرا لاختلافهم حول أساسه، وإن كان من عرف تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص بأنه: "تزام قانونيين متعارضين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي"،⁽³⁾ وهناك من عرفها بأنها: "المفاضلة بين القوانين لاختيار أفضلها وأكثرها مراعاة لتأمين العدالة ولما تقتضيه المعاملات الدولية وذلك لتطبيقه على المنازعات ذات العنصر الأجنبي".⁽⁴⁾

إلا أن مصطلح تنازع القوانين وجهت له انتقادات، كون تنازع القوانين يجب أن تكون فيه مساواة بين سيادات الدول، إلا أن هذه المساواة في نظرهم لا وجود لها، ولذلك فضلوا بدلا من مصطلح تنازع القوانين مصطلحات أخرى.

وهناك من الفقهاء من اختار مصطلح "تسابق القوانين" لحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، ولقد ظهر هذا المصطلح في القرن التاسع عشر، بينما فقهاء آخرون فضلوا مصطلح "اختيار القوانين" من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق، وكان هذا المصطلح سائدا

(1) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص.ص 24، 25.

(2) عبد الكريم بلعير، المرجع السابق، ص. 20.

(3) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص. 47.

(4) علي عبد الرحمن علي قطيط، المرجع السابق، ص. 25.

في ظل الفقه الإنجليزي،⁽¹⁾ كما ذهب البعض من الشراح في مجال القانون الدولي الخاص إلى استعمال اصطلاح "تناسق القوانين"، وهناك من فضل مصطلح "سلطان القانون" من حيث المكان، كما أن هناك فئة من الفقهاء من استعملت اصطلاح "علم قاعدة التنازع" و"الاختيار بين الشرائع".⁽²⁾

أما بعض من الفقه يرى أن مصطلح تنازع القوانين لا يتطابق بين النظري والواقع، ولهذا أطلقوا بديلا عنه مصطلح "تزام القوانين"، وهناك أيضا من اختار مصطلح "التنازع من حيث المكان" بدلا من مصطلح تنازع القوانين، حتى يتم التمييز بين هذا التنازع والتنازع من حيث الزمان.⁽³⁾

ورغم اختلاف الفقهاء في التسمية وابتعادهم عن مصطلح تنازع القوانين، إلا أن هذا الأخير بقي هو الزائد.⁽⁴⁾

2) شروط تنازع القوانين:

من خلال تعريفنا لتنازع القوانين السالف الذكر، يمكننا استخلاص أهم الشروط الواجب توافرها في تنازع القوانين، وهذه الشروط هي:

أ- وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي:

المقصود بالعلاقة القانونية في تنازع القوانين، هي تلك الرابطة التي تكون بين شخصين أو أكثر ومحكومة بقاعدة قانونية.

أما العنصر الأجنبي، يقصد به إما أن يكون ممثلا في أشخاص العلاقة أي صاحب الحق والملتزم به، أو موضوع العلاقة، ويعني المحل الذي ينصب عليه التصرف أو الواقعة، أو قد يكون العنصر الأجنبي ممثلا في السبب في العلاقة، وهنا قد يكون إما واقعة طبيعية أو قانونية مادية مشروعة أو غير مشروعة، أو تصرفات قانونية كالعقد أو الولاية.⁽⁵⁾

وحتى يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة، لابد من ضبط العناصر سالفة الذكر وتركيزها من حيث الزمان والمكان.

إن كيفية تحديد أشخاص العلاقة القانونية من حيث الزمان والمكان، تكون عن طريق تعيين موطنهم أو جنسيتهم، حتى يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق عليهم، لأنه قد يتوقع أن

(1) عبد الكريم بليور، المرجع السابق، ص 19.

(2) علي عبد الرحمن علي قطيط، المرجع السابق، ص 25، 26.

(3) عبد الرزيم بليور، نفس المرجع، ص 19.

(4) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 41.

(5) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 47.

يغير الشخص موطنه أو حتى جنسيته في الفترة التي تفصل بين مرحلة نشوء العلاقة القانونية ورفع الدعوى، وكذلك الأمر بالنسبة لموضوع العلاقة القانونية أيضا من حيث تركيزه زمانا ومكانا، مثال ذلك إذا تعلق موضوع العلاقة القانونية بنقل مال منقول، فهذا الأخير يجب أن يتحدد مكانه في زمن معين، حتى يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، وكذلك الشأن بالنسبة لسبب العلاقة القانونية حيث يجب أيضا تركيزه من حيث الزمان والمكان، سواء تعلق مثلا سبب العلاقة القانونية بالميراث أو بتصرف قانوني (العقد)، فهذا التركيز يمكّننا من معرفة القانون الواجب التطبيق عليهما سواء كانت المسألة متعلقة بموضوع التصرف أو بشكله.⁽¹⁾

وللإشارة هنا أنه بوجود العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية، يجعل للدول مصلحة في تطبيق قانونها بدلا من خضوعها لقانون دولة أخرى، ومن هذا المنطلق أصبح تتنازع القوانين يعرف باسم "دراسة المشاكل القانونية ذات الأبعاد الدولية"⁽²⁾ (Multi-state problems).

ب- أن يفسح المشرع الوطني المجال لتطبيق القانون الأجنبي:

إن سماح المشرع بتطبيق القانون الأجنبي طبقا لقاعدة إسناده الوطنية يعد استثناءا عن الأصل، المتمثل في تطبيق قاضي النزاع لقانونه الوطني ما لم يوجد نص خاص أو معاهدة دولية نافذة. إن هذا الاستثناء المتمثل في تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد إسناده الوطنية، يعد القانون الأكثر ملائمة للنزاع المطروح،⁽³⁾ كون تتنازع القوانين تعد مفاضلة من طرف المشرع أن يحدد القانون الوطني أو القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، وفي ذلك مراعاة للعلاقات الدولية التي تتطلب توزيع الاختصاص التشريعي بصورة موضوعية بين الدول، ومن هنا يكون المشرع الوطني قد فسح المجال للقانون الأجنبي أن يكون هو الواجب التطبيق.

وبناء عليه يمكننا استنتاج أن التنازع القانوني بين الدول لا يعد تنازعا بين السيادة، إضافة إلى ذلك أن القاضي الوطني لا يمكنه تطبيق قانونه بصورة مطلقة (مبدأ الإقليمية)، لأن في ذلك تأكيدا لوجود تنازع القوانين، ومجالا لتطبيق القانون الأجنبي، وفي آن واحد لا يمكن تطبيق مبدأ شخصية أو امتداد القوانين بصورة مطلقة على حساب القانون الوطني.⁽⁴⁾

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 47.

(2) د. ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص 16.

(3) نفس المرجع، ص 20.

(4) د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص 48.

وعموما يمكن لنا أن نوضع أربعة مبادئ يُعمل بها في مجال القانون الدولي الخاص وهي:

- مبدأ إقليمية القوانين (La personnalité des lois): "أي سريان القوانين المحلية على كل الأشخاص والأشياء والوقائع التي تحدث في إقليم دولة دون أن تمتد أحكامها إلى الخارج."
- مبدأ امتداد القوانين (Extra-territorialité des lois): "أي امتداد تطبيق القانون على كل الأشخاص والأموال والأشياء والوقائع القانونية خارج إقليم الدولة."
- مبدأ شخصية القوانين (La personnalité des lois): "أي أن القانون يسري على الشخص."

- مبدأ عينية القوانين (La réalité des lois): "أي أن القانون يتعلق بالأموال ويتبعها" الواضح هنا أن قضية التمييز بين مبدأ القوانين وامتدادها، يكون من حيث المجال لتحديد مجال تطبيقها، أما مسألة التمييز بين مبدأ شخصية القوانين وعينييتها، يكون عادة على موضوعها فيما إذا كان شخصا أو مالا، فإذا ما كان موضوع العلاقة القانونية مالا يكون تطبيق القانون تطبيقا عينيا، أما إذا كان موضوع العلاقة القانونية شخصا فيطبق القانون الشخصي عليه.

وتجدر الإشارة هنا أنه ليس كل قانون عيني إقليمي وليس كل قانون شخصي ممتد، فقد لا يكون موضوع العلاقة القانونية الأشخاص، رغم ذلك يكون القانون ممتدا، كالقوانين التي تسري على الالتزامات التعاقدية، وكذلك قد نجد أن العلاقة القانونية ليس موضوعها أموالا لكن القانون يسري بصورة إقليمية، مثال ذلك الميراث الذي يخضع لقانون موقع المال إذا ما كان يتعلق بعقار، وهذا ما هو سائد عند بعض الدول.

وطبقا للرأي الراجح في العصر الحديث، هو تطبيق مبدأ الإقليمية النسبي للقانون، أي أن القانون الذي يكون واجب التطبيق على العلاقة القانونية قد يكون وطنيا من جهة وقد يكون أجنبيا بناء على فسخ المشرع له المجال أن يكون واجب التطبيق،⁽¹⁾ لأن استقرار المعاملات في المجال الدولي لن يتحقق بتطبيق القانون الأكثر ملائمة وانسجام مع العلاقة ذات الطابع الدولي، ولهذا كان لابد من المفاضلة بين مختلف القوانين المرتبطة بالعلاقة القانونية.⁽²⁾

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص. 48، 49.

(2) علي عبد الرحمن علي قطيط، المرجع السابق، ص. 24.

ج- تزامم قانونين أو أكثر لحكم العلاقة القانونية:

حتى يمكننا القول أن هناك تنازعا بين القوانين، لابد من وجود اختلاف ما بين قانونين أو أكثر لحكم العلاقة القانونية محل النزاع، وهذا يعد شرطا جوهريا، حتى وإن كان التعارض يؤدي بالقاضي إلى عدم تطبيقه للقانون المختص المذكور في قاعدة الإسناد، إذا ما كان يتعارض والنظام العام والآداب السائدين في بلاده.⁽¹⁾

إن القانون الوطني يطبق شكلا وموضوعا إذا كانت العلاقة الوطنية تتضمن عناصر وطنية، مثال ذلك إذا تم بيع عقار في الجزائر والبائع والمشتري جزائريين، سوف يتم هنا تطبيق القانون الجزائري ولا نكون هنا أمام حالة تنازع قوانين.

بينما إذا كانت العلاقة القانونية محل النزاع تحتوي على عنصر أجنبي، سوف يبحث القاضي المختص في النزاع عن القانون الواجب التطبيق، مثال ذلك زواج جزائري بإيطالية، وتوطنا في إسبانيا وعرض نزاع حول النظام المالي لهما أمام القضاء الإسباني، فأى قانون يكون واجب التطبيق هنا، هل القانون الجزائري أم الإيطالي أم الإسباني. وفي هذا الأمر يجب على القاضي أن يلجأ إلى قواعد إسناده الوطنية ليحدد بها القانون الواجب التطبيق، إضافة إلى جميع هذه الشروط يجب كما سبق القول، أن يكون التنازع بين قوانين دول ذات سيادة وفي هذا الشأن يخرج من نطاق هذا التنازع تنازع قوانين الولايات الداخلية كالولايات المتحدة الأمريكية، وكذلك تنازع النظم الطائفية كلبنان ومصر.

وكون هذا التنازع لا يرقى إلى التنازع الدولي، يعمل القاضي على حل مثل هذا التنازع بتوزيع الاختصاص التشريعي الوطني.

وإن كان التنازع الحاصل بين قوانين الدولة المُستعمِرة وقوانين الدولة المُستعمَرة، لا يُعتدّ بها، إلا أن تنازع القوانين الناتجة عن ضم الإقليم أو جزء منه مع بقاء قوانين الإقليم المضموم سارية يعتد بها، ومثال ذلك أن فرنسا سنة 1918 عملت على بقاء سريان القانون الألماني في كل من إقليم الألزاس واللورين رغم ضمهما إليها.⁽²⁾

إضافة أيضا إلى ضرورة أن يكون التنازع بين قوانين خاصة كما سبق وأن أشرنا إلى ذلك.

(1) د. ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص 20.

(2) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 50، 51.

إن جميع هذه الشروط تعد ضرورية لنكون أمام تنازع القوانين، ويكون فيها توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول قائماً على أساس العدالة والموضوعية، وفق قواعد إسناد تسند الاختصاص بصورة متنوعة، قد يكون إلى قانون الموطن أو الجنسية أو قانون موقع المال أو الفعل الضار أو قانون محل الإبرام...الخ. تلك هي الحلول التي يرجع الفضل في تواجدها إلى اجتهاد الفقهاء.⁽¹⁾

المطلب الثاني مناهج تنازع القوانين

تبين بعد الدراسة لتاريخ وتطور القانون الدولي الخاص أن حلول مسائل تنازع القوانين كانت قائمة على وجود نزعتين فقهيتين هما: النزعة الشخصية والنزعة الإقليمية، وبعد حدوث التطور الفقهي على يد الفقهاء "سافيني" و"مانشيني" و"ببيه"، هذا التطور الذي تمثل في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية تنظيماً عالمياً موضوعياً، إضافة إلى ذلك بروز أنصار النزعة الوطنية ومن هؤلاء الفقهاء "نيبوايه" و"دي فاري سومير" وكذلك فقهاء المدرسة الهولندية الذين ركزوا على اعتبار المصلحة الوطنية في اختيار الحلول المناسبة لحل النزاع من طرف المشرع دون اعتبار للعلاقات الدولية، كما ظهر أيضاً اتجاه توفيقى ينادي بتركيز العلاقات القانونية تركيزاً موضوعياً دون أدنى تقيّد مسبق بمبدأ العالمية أو الوطنية.

ورغم تعدد وجهات النظر الفقهية لحل تنازع القوانين، إلا أنها كانت كلها حلولاً معتمدة على نظام أو منهج الإسناد.

وفي الربع الثاني من القرن العشرين ظهر منهجاً جديداً لحل النزاع، وهذا في ميدان قانون التجارة الدولية، وكان هذا راجعاً إلى عدة عوامل أسهمت في ظهور هذا المنهج، وهذه العوامل نجدها تتمثل فيما يلي:

- المعاملات الدولية لا يمكنها أن تتماشى وفقاً لحلول قواعد التنازع كونها تتصف بالجمود والقصور وعدم مواكبتها للتطور الذي يميز هذه المعاملات، ألا وهو التنظيم الموضوعي الدولي المتطور.⁽²⁾

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 51.

(2) الطيب زروتي، نفس المرجع، ص 72.

- تتكلف هيئات خاصة ومنظمات علمية متخصصة في جمع وتقنين القواعد الموضوعية الدولية.

- يعد جهاز التحكيم الدولي المختص في الفصل في منازعات التجارة الدولية أحد العوامل الأساسية التي ساعدت على العمل بتطبيق القواعد الموضوعية الدولية، كمنهج معتمد عليه في حل هذه المنازعات وبصورة متطورة مكان قواعد الإسناد.

- عدم حساسية المعاملات التجارية الدولية للاعتبارات الوطنية والاجتماعية في مجال القانون الدولي الخاص.

إضافة إلى هذه المناهج قد تم تطبيق، في القانون المعاصر، القوانين ذات التطبيق المباشر أو ما يعرف بـ "قوانين البوليس والأمن" بصورة متسعة، وكذلك ظهور منهجي الواقعية والملائمة في الفقه الأمريكي المعاصر.

وبصورة عامة تتمثل المناهج المختصة في حل تنازع القوانين في قواعد الإسناد كمنهج تقليدي والقواعد الموضوعية، وكذلك القواعد ذات التطبيق المباشر، ومنهج المدرسة الواقعية الأمريكية.⁽¹⁾

وعليه سوف نحاول التعرض إلى كل منهج على حدى وهذا على النحو التالي:

أولاً: قواعد الإسناد كمنهج تقليدي (les règles de rattachement).

يرجع تاريخ ظهور قواعد الإسناد إلى القرون الوسطى كما سبق القول، وهي قواعد ارتبطت بعلم تنازع القوانين، حيث كانت الصلة بينهما وثيقة إلى حد أن استعمل الاصطلاحين كمترادفين، فقد يستعمل بعض الفقه اصطلاح تنازع القوانين للإشارة إلى قواعد الإسناد، هذه القواعد التي درجت التشريعات الدولية الحديثة على استعمالها كحل في تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي، وهي قواعد فنية مهمتها التكفل باختيار القانون الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي عند عرضها على القضاء المختص في الفصل في النزاع،⁽²⁾ ويعد المشرع الجزائري من بين المشرعين الذين أخذوا بهذا المنهج المحدد في المواد من 9 إلى 24 قانون مدني جزائري، وهذه القواعد سوف نتعرض إلى خصائصها ثم إلى عناصرها، وهذا كما يلي:

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص 72، 73.

(2) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج2، جامعة عين شمس، القاهرة، 1980، ص29.

1) خصائص قواعد الإسناد:

تتميز قاعدة الإسناد بعدة خصائص، نذكر أهمها:

أ- أنها قواعد غير مباشرة (Indirect):

تعد قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة كونها لا تعطي الحل النهائي للنزاع بل تشير فقط للقانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي محل النزاع،⁽¹⁾ بمعنى آخر ترشد القاضي إلى القانون المختص بالنزاع، ولا تتكفل بإعطاء الحل النهائي للنزاع،⁽²⁾ لهذا شبهها جانباً من الفقه الفرنسي بـ "مكتب الاستعلامات في محطة السكة الحديدية".

فالقاعدة الخاصة مثلاً بالشروط الموضوعية لصحة الزواج لا تتكفل ببيان هذه الشروط، بل تشير فقط إلى القانون الذي سيحكمها، وعليه فإن الحقوق الدولية الخاصة ما هي إلا مجموعة قواعد إسناد توضح لنا طريق اختيار القانون المنظم للروابط القانونية المشتملة على عنصر أجنبي.⁽³⁾

ب- أنها قواعد مزدوجة الجانب (Bilatéral):

نعني بقواعد الإسناد مزدوجة الجانب، أنها تبين متى يكون القانون الوطني مختصاً ومتى يكون القانون الأجنبي مختصاً، أي ذلك القانون الأكثر ملائمة لحل النزاع.

فالقاضي قد يكون مختصاً في الفصل في النزاع دون وجوب تطبيقه لقانونه الوطني، لأن القانون المختص قد يكون أجنبياً وتتنازع القوانين يُحسم باختيار أحد القوانين المتزاحمة من طرف قاعدة الإسناد، مثال ذلك قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية، فهذه الأخيرة قد تكون مصرية، كما يمكن أن تكون جزائرية،⁽⁴⁾ وكذلك خضوع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية الزوجين، وهذا ما نستشفه من المادة 11 قانون مدني جزائري.

وللإشارة هنا أن غالبية التشريعات الحديثة وضعت قواعد إسناد جُلّها مزدوجة،⁽⁵⁾ إلا أن هناك من الفقهاء من رأى أن دور قاعدة الإسناد يجب أن يقتصر إلا على تحديد الأحوال التي يكون

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، "تأملات في ماهية قاعدة التنازع"، في المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص، ع51، الجمعية المصرية للقانون الدولي الخاص، القاهرة، 1995، ص142.

(2) د. محمد عبد العال عكاشة، المرجع السابق، ص13.

(3) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص45.

(4) د. محمد عبد العال عكاشة، نفس المرجع، ص14.

(5) د. سليمان علي علي، نفس المرجع، ص45.

فيها الاختصاص للقانون الوطني دون القانون الأجنبي، أي قاعدة إسناد فردية (Unilatéral) ودليل ذلك نص المادة 13 قانون مدني جزائري التي منحت الاختصاص إلى القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا فيما تعلق بانعقاد الزواج وآثاره وانحلاله.⁽¹⁾

وحسب هذا الاتجاه الفقهي أن الدول يجب عليها تحديد إلا نطاق اختصاص قانونها دون التكفل بقوانين دول أخرى،⁽²⁾ إلا أن هذا الرأي يبدو مخالفا للدور الحقيقي الذي تؤديه قاعدة الإسناد، وهو البحث عن حل مشكلة تنازع القوانين عن طريق اختيار القانون الملائم لها.⁽³⁾

ورغم عيوب هذا الرأي إلا أن هناك قوانين مازالت تعمل على الخلط بين الخاصية الازدواجية والفردية لقاعدة التنازع، وإن كان هذا سيؤدي حتما إلى وجود عراقيل في تنفيذ الأحكام الصادرة في الخارج ومضاعفة حالات التنازع.⁽⁴⁾

ج- قواعد الإسناد قواعد محايدة:

نعني بقواعد الإسناد أنها قواعد محايدة، أي أن قاعدة الإسناد لها دور تعيينها للقانون الأكثر ملائمة لحل النزاع من بين القوانين المتنازعة، بغض النظر عن مضمون هذا القانون المختار، إلا أن المشرع قد يضع في بعض الحالات قاعدة إسناد ذات صبغة مادية تمييزية بين أكثر من قانون.⁽⁵⁾ إضافة إلى هذه الخصائص الأساسية التي تميز قاعدة الإسناد، فهي أيضا منهجا يتميز بالطابع الوطني في حل مشاكل التنازع الدولي وتعيين ضابط الإسناد، كما يعد منهجا تقليديا غنيا بالحلول الفقهية والقضائية، ولا يطبق وفقه القانون الأجنبي المختص إذا كان مخالفا للنظام العام في قانون القاضي.⁽⁶⁾

ورغم مميزات وخصائص منهج قواعد الإسناد، إلا أنه تعرض للنقد من عدة جوانب، من بينها أنه منهجا يفتقر إلى الأحكام والأمن القانونيين الخاصة بالمعاملات التجارية الدولية،

(1) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 73.

(2) د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون تاريخ النشر)، ص 34.

(3) نفس المرجع، ص 33.

(4) د. محند إسعد، المرجع السابق، ص 130.

(5) د. محمد عبد العال عكاشة، المرجع السابق، ص 14، 15.

(6) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 73، 74.

وإفراطه في بعض الأحيان في تحريك النظام الدولي لحل معاملات يومية بسيطة لا تستدعي ذلك.

كما يعاب عليه أنه نظاما غير متماسكا في حلوله، يهدف إلى عدالة عمياء لا تولي اعتبار لمضمون العلاقات القانونية، كما أنه منهجا عقيما وحلوله المتوصل إليها هي من باب الصدفة، إضافة إلى ذلك أيضا اختلاف فقهاء حول صياغة قواعده وطبيعة القانون الأجنبي المختص،⁽¹⁾ إلى جانب ذلك أيضا أنه منهجا قد يحدث ما يسمى بـ "الإثراء في الدولية" والتي تعني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة إسناد الوطنية، رغم أن قانونه الوطني هو الأصلح للتطبيق خاصة فيما تعلق بمسألة حماية ناقصي الأهلية.⁽²⁾

والملاحظ أنه تبين من هذه الانتقادات أنها ركزت على المعاملات التجارية دون منح اعتبار لطوائف الإسناد الأخرى كالأحوال الشخصية مثلا، والتي لا تقل بدورها أهمية، كما أن منهج الإسناد يعد منهجا توفيقيا بين النزع الوطنية والنزعة العالمية ومجردة من الأنانية.⁽³⁾

2) عناصر قاعدة الإسناد:

تتضمن قاعدة الإسناد العناصر التالية:

أ- الفكرة المسندة:

إن الفكرة المسندة أو الطائفة المسندة، التي تعد أول عنصر مكون لقاعدة الإسناد، يتم تكوينها من طرف المشرع الوطني من المراكز التي تتماثل في أوصافها، ثم يضع لها قاعدة إسناد خاصة بها، مثال ذلك قاعدة الإسناد التي تنص على خضوع الأموال لقانون موقعها. فالأموال هنا تعد مسألة قانونية واحدة أو فكرة مستتدة، كما قد يكون موضوع الإسناد أكثر من مسألة قانونية، مثال ذلك خضوع الحالة والأهلية لقانون جنسية الشخص.

والملاحظ أيضا أن موضوع قاعدة الإسناد قد يكون مسألة قانونية واحدة يخضع كل جانب فيها لقانون معين، ودليل ذلك الزواج الذي نجد شروطه الموضوعية تخضع لقانون يختلف عن القانون الذي يحكم شكله، وهذا الأخير يختلف بدوره عن القانون الذي يحكم آثاره وكذلك انحلاله.⁽⁴⁾

ب- ضابط الإسناد:

(1) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص 74، 75.

(2) نسرين شريقي وسعيد بو علي، المرجع السابق، ص. 27.

(3) الطيب زروتي، نفس المرجع، ص. 75.

(4) د. محمد عبد العال عكاشة، المرجع السابق، ص.ص 18، 19.

يمثل ضابط الإسناد العنصر الثاني الذي تتضمنه قاعدة الإسناد، والمقصود بهذا الضابط أداة وصل تربط بين الموضوع والقانون المسند إليه، مثال ذلك ربط عقد العمل (الموضوع) بمحل التنفيذ (القانون المسند إليه)، معنى ذلك إسناد المسألة القانونية إلى نظام قانوني معين. فالجنسية تعد ضابط إسناد بالنسبة للميراث، ولذلك وجب تطبيق قانون جنسية المورث وقت وفاته، كما قد يكون ضابط الإسناد الموطن أو محل وقوع الفعل... الخ، والذي يستمد من أحد عناصر المسألة القانونية محل الإسناد،⁽¹⁾ إما أطرافها أو موضوعها أو مصدرها أي الذي يمثل مركز الثقل في العلاقة القانونية، مثل ضابط إرادة المتعاقدين بالنسبة للعقود، أو ضابط محل وقوع الفعل بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، كل ذلك ضمانا لإنتاج آثار العلاقة خارج إقليم الدولة، مما يجعل حلول التنازع متشابهة مع الأنظمة القانونية المقارنة، لكن المصالح الوطنية تؤخذ بعين الاعتبار وبالدرجة الأولى لدى التشريعات، وهذا ما نجده لدى التشريعات المصدرة للسكان، تفضل تطبيق ضابط الجنسية على مسائل الأحوال الشخصية على رعاياها الموجودين بالخارج، خلافا للدول المستوردة للسكان، نجدها تعمل بضابط الموطن بهدف إدماج الأجانب بمواطنيها.⁽²⁾

ج- القانون المسند إليه:

نقصد بالقانون المسند إليه كأحد عناصر قاعدة الإسناد، هو ذلك القانون الذي يحكم الفكرة المسندة، ومثال ذلك قانون الجنسية الذي يعد القانون المسند إليه الذي يحكم الحالة والأهلية.⁽³⁾

ثانيا: منهج القواعد الموضوعية (Les règles objectives)

ظهر هذا المنهج أي القواعد الموضوعية، ليحكم أيضا العلاقات الخاصة الدولية، وهي قواعد تنقسم مصادرها إلى نوعين، فقد يكون مصدرها ذو أصل وطني وقد يكون مصدرها ذو أصل دولي، كما أنها قواعد تميزت بعدة خصائص، وهذا ما سوف نسعى لتوضيحه على النحو التالي:

1) مصادر منهج القواعد الموضوعية:

أ- القواعد الموضوعية ذات الأصل الوطني:

(1) د. محمد عبد العال عكاشة، المرجع السابق، ص.ص 19، 20.

(2) نفس المرجع، ص 21، وما بعدها.

(3) نفس المرجع، ص 26.

تنقسم القواعد الموضوعية ذات الأصل الوطني بدورها إلى قسمين وهما:

• القواعد الموضوعية التشريعية الوطنية:

القواعد الموضوعية التشريعية الوطنية، سنّها المشرع الوطني لحكم المعاملات التجارية الدولية في إطار تنظيمه للعلاقات الخاصة الدولية، ولنا في هذا الصدد عدة أمثلة، منها الأحكام التشريعية الخاصة بالتعاون التنموي والصناعي وتحويل التكنولوجيا الواردة في التقنين اليوغسلافي الصادر سنة 1978، وأحكام تقنين العقود الاقتصادية الدولية لجمهورية ألمانيا الديمقراطية سابقا لسنة 1976.

إن أحكام القواعد الموضوعية التشريعية الوطنية تستجيب للمتطلبات الحديثة للتبادل التجاري الدولي، ويثبت الاختصاص فيها عملا بمبدأ قانون الإرادة أو تركيز العقد.⁽¹⁾

• القواعد الموضوعية التي أرساها القضاء الداخلي:

القواعد الموضوعية هذه تتمثل في تلك القواعد التي وضعت بفضل الاجتهاد القضائي، الذي سعى إلى التطبيق المباشر للقواعد، خاصة في مجالات التجارة الدولية، ومن ذلك ما قرره محكمة النقض الفرنسية في قضية الإرساليات البحرية، حيث أجازت فيها محكمة النقض صحة شرط الذهب في العقود الدولية عوض الوفاء بالعملة الورقية، واعتبرت ذلك قاعدة موضوعية دون منح اعتبار للقانون الواجب التطبيق على العقد.⁽²⁾

ب- القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي:

القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي نجدها في ثلاثة أنواع وهي كما يلي:

• القواعد الاتفاقية:

قصد تنظيم مراكز دولية تلجأ الدول إلى توحيد بعض نظمها القانونية، مثال ذلك الاتفاقيات الضريبية وأحكام الأوراق التجارية، ومنها أيضا المعاهدات المتعلقة بالملكية الأدبية والصناعية والفنية إلى غير ذلك من الاتفاقيات، حيث تصبح هذه القواعد والأحكام الاتفاقية منهاجا مستقلا عن نظام الإسناد، بعضها يبقى محتفظا بالطابع الدولي الموضوعي، وقد يفقد

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 76.

(2) نفس المرجع، ص.ص 76، 77.

البعض الآخر هذا الطابع الدولي إذا ما تم تبني التشريع المتفق عليه من الدول ليصبح قانوناً داخلياً يسري على العلاقات الداخلية وكذا الدولية.

إلا أن الاتفاقية الدولية قد تجعل المركز المنظم غير خاضع لأي نظام قانوني، كالشركات ذات الطابع الأوروبي، بل خاضعاً للقانون المنشئ لهذه الشركات، كما قد يخضع المركز المنظم إلى عدة نظم قانونية، مثال ذلك العقد المبرم بين الحكومة الإيرانية وشركة البترول الإيرانية الوطنية مع ثمانية (08) شركات غربية من جهة أخرى، والأبعد من ذلك أن في هذه القواعد الاتفاقية المركز القانوني المنظم قد تسري عليه المبادئ العامة المعروفة لدى الدول المتمدنة.

ويبقى منهج الإسناد يلجأ إليه فيما لم يرد بشأنه نص.⁽¹⁾

• قواعد القانون التلقائي:

هناك من القواعد الموضوعية الخاصة بالقانون التلقائي نجدها من إنشاء المنظمات المهنية، مثل الجمعية الأمريكية لتجارة الحرير لسنة 1873، وهناك ما كانت من إنشاء منظمات إقليمية في مجال التعامل في المنتجات الصناعية والزراعية المعتمدة من طرف اللجنة الاقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة، كما أن هناك من هذه القواعد الموضوعية من أقرتها هيئات علمية دولية وإقليمية، مثال ذلك مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية فيما يتعلق بمشروع اتفاقية السلوك الدولي لتحويل التكنولوجيا، ومنها أيضاً الجمعية البحرية الدولية.

وهذا المسعى المتحرر عن تطبيق القانون الداخلي أيده فقهاء قانون التجارة الدولية، مفضلين الإسناد إلى مبادئ قانونية تحكم معاملات التجارة الدولية، مثل مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي إلى غير ذلك من المبادئ.⁽²⁾

• القواعد التي قررها الاجتهاد القضائي:

يرجع الفضل أيضاً إلى ترسيخ عدة مبادئ قانونية تحكم المعاملات التجارية الدولية إلى هيئات القضاء الدولي النظامي، ولنا مثال على ذلك المبدأ الذي قرره المحكمة الدائمة للعدل الدولي سنة 1929 المتعلق بقضية القروض الصربية والبرازيلية، من أن تحديد القانون المختص بشأن العقد المبرم للدول يكون في إطار القانون الدولي الخاص، إضافة إلى ذلك إقرار قواعد معيارية للتدويل من طرف قضاء التحكيم التجاري الدولي، ومن بين هذه القواعد مبدأ

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص 77، 78.

(2) نفس المرجع، ص 78.

استقلالية شرط التحكيم والتمييز بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي، إلا أن هذه الهيئات كانت ترجع إلى نظام الإسناد رغم إقرارها للعديد من القواعد الخاصة بالتجارة الدولية.⁽³⁾

(2) خصائص منهج القواعد الموضوعية:

تميزت القواعد الموضوعية كمنهج مادي بالخصائص التالية:

- أنها قواعد مباشرة تجعل القاضي أو المحكمة الدولية تلجأ مباشرة إلى القواعد الموضوعية بخصوص مسألة متعلقة بالتجارة الدولية، خلافاً لمنهج التنازع الذي يلجأ فيها القاضي أولاً إلى قواعد الإسناد وبعدها إلى القواعد الموضوعية.
- أنها قواعد موضوعية تتماشى وخصوصية التجارة الدولية، وكون المجتمع الدولي له قواعد قانونية تختلف عن المجتمع الداخلي وخصوصياته، ما دفع بعض الدول إلى سن قواعد موضوعية خاصة بالتجارة الدولية، وأقرب مثال على ذلك القانون التشيكي لعام 1963.

- تتميز القواعد الموضوعية المادية أيضاً بالطائفة من جهة، ومن جهة أخرى بالنوعية.⁽¹⁾ والمقصود بالطائفة، أنها قواعد خاصة إلا بفئة الأفراد الممارسين للتجارة الدولية، أما النوعية فهي تعني قواعد تتضمن حلولاً لأنواع من المشاكل الخاصة بالتجارة الدولية. وهذه الطائفة نجدها تنحصر عادة في الدول المتقدمة المسيطرة على زمام العلاقات الاقتصادية والتجارية العالمية.

- القواعد الموضوعية المادية هي قواعد تلقائية لها شروطها الخاصة ولا تمر بالمرحلة الرسمية التي تمر بها القواعد القانونية الوضعية، كما أنها قواعد لا تحتاج إلى تدخل السلطة قصد تطبيقها بل يطبقها المتعاملين في مجال التجارة الدولية.

إلا أن منهج القواعد الموضوعية تعرض للنقد، فهناك من الفقهاء من رأى أن هذه القواعد ليست نظاماً قانونياً كاملاً، لأن الأصل في القواعد القانونية يجب أن تكون قواعد آمرة وأخرى مكّمة، خلافاً لهذه القواعد تعد قواعد مكّمة فقط، كما أنها أيضاً قواعد تفتقر إلى ذلك النظام القانوني القائم على تنظيم متماسك والمقترن بالجزاء يكفل احترامها.

(3) نفس المرجع، ص.ص 78، 79.

(1) عبد الكريم بلعير، المرجع السابق، ص.ص 31، 32.

إضافة إلى هذه الانتقادات، تعد القواعد الموضوعية في نظر منتقديها قواعد تمنح سلطة تقديرية واسعة للقاضي الوطني أو المحكم الدولي، وهذا ما يجعل حلولها قائمة على القناعة الشخصية، كما أنها تجعل تنفيذ الأحكام الأجنبية في خطر عند تنفيذها في الخارج، ومقتربة بشرط أن هذا الحكم قد صدر وفقا للقانون الواجب التطبيق المنصوص عنه في قواعد إسناد قاضي الحكم.⁽¹⁾

ثالثا: منهج القوانين ذات التطبيق المباشر.

يعد منهج القوانين ذات التطبيق المباشر منهجا مستقلا في تنازع القوانين، وهذا المنهج الحديث أخذ العمل به القانون المدني الفرنسي في المادة 3 الفقرة 3 منها منذ سنة 1804، على تطبيق القوانين الفرنسية مباشرة كونها قوانين البوليس والأمن، وهذا ما عمل به أيضا المشرع الجزائري في نص المادة 5 من القانون المدني، والتي نصت: "يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن".

وهذا المنهج يرجع الفضل في وجوده إلى الفقيه الفرنسي "فرانسيسكا كيس" ولقد عرف هذه القوانين بأنها: "القوانين التي يستوجب احترامها للحفاظ على تنظيم المجتمع وحماية المصالح الوطنية الأساسية، وتطبق بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية داخلية كانت أم تتصف بالأجنبية".

ومن أمثلة هذه القوانين ذات التطبيق المباشر، للقواعد المنظمة لعلاقات العمل وقوانين الصرف والنقد، والقوانين المنظمة للتجارة الخارجية.

وفي هذا الشأن أجازت محكمة العدل الدولية تطبيق قانون محل الإقامة على حماية القصر مكان القانون الشخصي الذي نصت عليه اتفاقية لاهاي لسنة 1902 الخاصة بالولاية على القصر، لأن قانون محل إقامة القصر تتاط فيه الحماية لجهات إدارية وقضائية، ولكون هذا القانون المحلي من القوانين ذات التطبيق المباشر.⁽²⁾

لكن منهج القوانين ذات التطبيق المباشر أو الفوري، وكغيره من المناهج تعرض للنقد من عدة جوانب، من أهمها أن تطبيقها على جميع المتواجدين في إقليم الدولة عملا بمبدأ إقليمية القوانين، لكن العمل بمبدأ الإقليمية في مجال تنازع القوانين بصورة مطلقة سوف يعمل

(1) عبد الكريم بليور، المرجع السابق، ص.ص 32، 33.0..

(2) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص 79، 80.

على نفي وجود التنازع في حدّ ذاته، كما أنها قوانين لا تميّز بين العلاقات الداخلية والعلاقات الأجنبية في تطبيقها، لأنها ترفض أصلاً التنازع فيما تعلق بمضمونها وحتى آثارها، إضافة إلى ذلك أنه عيّب عليها أنها قوانين منفردة وموضوعية وترفض أن تكون صياغتها مزدوجة أو منفردة، كما هو الحال في قواعد التنازع (قواعد الإسناد)، كما أنها قوانين تفتقر إلى الدقة بسبب كثرة تنوعها في القانون الخاص.

وبناء على بعض أهم هذه الانتقادات، لا يمكن أن تكون هذه القواعد ذات التطبيق المباشر منهجا له استقلاليته في مجال تنازع القوانين، لأنها تعرقل فسح المجال للقانون الأجنبي لأن يكون واجب التطبيق.

لكن هناك من الفقه من يؤيد مسعى إلحاق قوانين البوليس والأمن بالقواعد الموضوعية الدولية التي تسري على العقود الدولية، حتى يمكن لهذه القواعد أن تستند على هذه القوانين لتطبيقها بصورة قانونية. لكن المتمسّين في القواعد الموضوعية الدولية، فهي قواعد لا تطبق إلا على عقود التجارة الدولية كبديل عن نظام الإسناد، بينما القواعد ذات التطبيق الفوري والمباشر وضعها المشرع لحكم العلاقات الداخلية بما فيها الروابط الأجنبية، كما أن القواعد الموضوعية الدولية تعد مستقلة عن النظم الوطنية، كونها وُجدت لحاجيات التجارة الدولية عملاً بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي، بينما القواعد ذات التطبيق المباشر هدفها الأول والأخير هو تحقيق المصلحة والحماية الوطنية، ولا يمكن أن تكون منهجا بديلاً عن منهج الإسناد في تنازع القوانين لأن مجالها الذي وجدت من أجله محدد.⁽¹⁾

رابعا: منهج الملائمة الأمريكي.

يرجع الفضل في وجود هذا المنهج أي منهج الملائمة للفقهاء الأمريكيين المعاصرين، "دافيد كيفرز" و"برنار كيري" وسوف نتعرض إلى المنهجين كل على حدا وهذا على النحو التالي:

1) منهج الفقيه "دافيد كيفرز":

اتسم منهج الفقيه "دافيد كيفرز" بالبحث عن مبدأ تطبيق العدالة، واتضح هذا الأخير في مقاله الذي يحمل عنوان: "the choice of low process" وكان هذا سنة 1933،⁽²⁾ وفي

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 80 وما بعدها.

(2) نفس المرجع، ص 82.

نظره أن القانون الأنسب لحل النزاع يجب أن يكون قائما على مبدأ العدالة،⁽³⁾ ولن يتحقق هذا إلا بعد الدراسة المتعمقة للوقائع أولا، ثم القيام بالمقارنة بين الحلول الناتجة عن تطبيق القوانين المتنازعة، ثم استخلاص من القواعد الموضوعية الأهداف السياسية والاجتماعية التي تكون قائمة على العدالة بما يرجع بالنفع على الأفراد.

ولقد اعتبر الفقيه في منهجه هذا أن موضوع تنازع القوانين، يتمثل في تلك الأحكام القضائية الصادرة بشأنها، ما يجعل تنازع القوانين قائمة على التنازع بين المفاهيم المختلفة للعدالة في خضم تلك القوانين المتنازعة.

إلا أن الفقيه بعد تحليله لمنهجه القائم على تطبيق مبدأ العدالة، تبين له أنه منهجا يصعب تطبيقه عمليا، لهذا عمل على اقتراح قواعد استثنائية بدلا عن قواعد التنازع، تسمى بـ "مبادئ التفضيل"، هذه الأخيرة التي يستعين بها القاضي في تحديد القانون المختص للنزاع.

ولقد كان اقتراحه هذا واضحا في مؤلفه الصادر سنة 1965، إلا أن الفقيه عمل مرة أخرى على التراجع بصورة نهائية عن منهجه هذا نظرا لاحتوائه على عدة سلبيات، ومن أهمها أنه منهجا يفتقر إلى اليقين القانوني الذي يعد أساسا في القانون، كما أن نتائجه غير قابلة للتطبيق في مجال العلوم الإنسانية والاجتماعية، إضافة إلى ذلك استبعاده لرقابة محكمة القانون على كيفية تطبيق القانون وتفسيره في ظل مبادئ التفضيل، كما تجعل القاضي المختص يفضل تطبيق قانونه دون غيره هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنه منهجا يؤدي إلى المصادرة عن المطلوب بسبب عدم منحه أهمية لتلك المسائل الجوهرية لحل النزاع والتي تعد أولية، كتصنيف العلاقة القانونية ضمن إحدى طوائف الأحوال، قبل تحديد قواعد القانون الموضوعي.⁽¹⁾

2) منهج الفقيه "برنار كيري":

اعتمد منهج الفقيه الأمريكي "برنار كيري" على فكرة المصلحة في تطبيق القانون، أي مصلحة الدولة في تحقيقها لسياسة معينة في وضعها لقاعدة قانونية معينة وتطبيقها، ما يجعل هذا التنازع قائما على مفهوم تنازع بين المصالح الحكومية، كما أن قاعدة التنازع يجب البحث عنها إذا لم يكشف المشرع عن إرادته، وفي هذا الصدد وضع الفقيه ثلاثة فروض لإمكانية حل التنازع.

(3) نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 29.

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص 83، 84.

ولقد تمثلت هذه الفروض في: أولاً إذا كانت للدولة مصلحة واحدة في تطبيق قانونها، وجب هنا تطبيق إما قانون القاضي أو القانون الأجنبي، أما ثانياً فإذا كانت هناك مصلحة سواء مجتمعة في تطبيق قانون القاضي وقانون آخر أجنبي أو عدة قوانين، وجب هنا تطبيق إلا قانون القاضي، أما ثالثاً إذا كانت إلا للقوانين الأجنبية المصلحة في حل النزاع وجب أيضاً تطبيق إلا قانون القاضي، باستثناء إثبات فكرة أفضل من طرف أحد الخصوم.

إلا أن منهج هذا الفقيه انتقد بدوره من عدة جوانب من أهمها:

- إن فكرة المصلحة الحكومية التي أتى بها الفقيه، تعد فكرة غامضة ولا يمكن الاعتماد عليها كأساس منهج في التنازع.
 - إن ضابط المصلحة المعتمدة عليه كمنهج في التنازع، يكتسي طابعاً سياسياً متطرفاً وقائماً على الأنانية في تطبيق القانون.
 - إن القواعد القاصرة المستترة التي تحل مكان إرادة المشرع الأجنبي في تطبيق القانون الملائم، تعد قواعد ارتجالية.
 - يدمج الفقيه تطبيق قانون القاضي، رغم وجود مصالح في تطبيق أحد القوانين الأجنبية، دون أساس ولا مبرر.
 - إنه منهجاً يرهق القاضي في بحثه عن نية المشرع الأجنبي المستترة إذا ما كانت لديه مصلحة في تطبيق ذلك القانون.⁽¹⁾
- ومن خلال عرضنا للمناهج المختلفة لتنازع القوانين، ورغم الانتقادات التي وجهت لمنهج الإسناد ومحاولة استبداله بمناهج أخرى حديثة، إلا أنه ما زال منهجاً معتمداً عليه، ويحتل الصدارة في حل مشاكل تنازع القوانين.⁽²⁾

المبحث الثاني

التكييف كطريقة أولى لتفسير قواعد الإسناد

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص 84، 85.

(2) نفس المرجع، ص 86.

تتضمن قواعد الإسناد عند جميع الأنظمة القانونية فئات أو طوائف قانونية والمعروفة بفئات الربط والمتمثلة في الأشخاص والأموال والتصرفات والوقائع القانونية.

إلا أن مضمون قاعدة الإسناد يختلف من نظام لآخر، مثلا الشركات لدى الدول الإسلامية تصنف ضمن الأحوال الشخصية خلافا لبعض الدول الغربية ومنها فرنسا التي تصنفها في الأحوال العينية، وهذا ما يعرف بـ "مشكلة التكييف" فالتكييف يتمثل في وجوب تحديد القاضي أولا طبيعة المسألة القانونية موضوع النزاع ثم تصنيفها في إحدى الطوائف القانونية المحددة في قانونه.

ولإمكانية تحليل إجراء التكييف لابد من تعريفه وكذا الرجوع إلى تاريخه (المطلب الأول) ثم الموقف الفقهي من القانون الواجب التطبيق على التكييف (المطلب الثاني) وكذا موقف التشريع من مسألة التكييف (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تعريف التكييف وتاريخه

اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص حول تعريف التكييف، إلا أنهم اتفقوا أن التكييف مسألة أولية تتطلب من القاضي تحديد المسألة محل النزاع وإدراجها ضمن طائفة من طوائف الإسناد، حتى يتمكن من تحديد القانون الواجب التطبيق، إضافة إلى ذلك أن تاريخ التكييف يرجع أساسه إلى الأحكام القضائية وكذلك الحلول الفقهية حول القانون الواجب التطبيق عليه، ولقد قمنا بتفصيل هذين العنصرين على المنوال الآتي:

أولا: تعريف التكييف (La qualification).

سبق القول أن التكييف مسألة أولية لتحديد العلاقة القانونية محل النزاع، ليتمكن القاضي من خلال هذا التكييف معرفة القانون المختص على النزاع.

والجدير بالإشارة هنا أن التشريعات الدولية تختلف فيما بينها حول مضمون الفكرة المسندة، لأنه فيما يعد من الشكل في تشريع دولة ما قد يعد من الموضوع في تشريع دولة أخرى وهكذا... الأمر الذي دفع بالفقيه "كامن" تسمية هذا الاختلاف بـ "التنازع الكامن"⁽¹⁾ (conflit latent).

(1) د. عمر بلمامي، المرجع السابق، ص.ص 147، 148.

وبسبب الاختلاف التشريعي الدولي حول مضمون فكرة الإسناد، الأمر الذي جعل الفقهاء والأساتذة يختلفون حول تعريفه.

لقد عرفه الفقيه "بارتن" (Bartin) بأنه: "مسألة معرفة ما هو القانون الواجب التطبيق على المسألة التي تتنازعها قوانين دولية مختلفة، وعلى إثر ذلك يقوم القاضي المعروض عليه النزاع بتطبيق القانون المختص من بين مختلف النظم القانونية الخاصة التي تتنازع حكم المسألة محل النزاع"، كما عرفه أيضا الفقيه "لويس لوكاس" (Louis Lucas) بأنه: "عملية ذهنية بواسطتها تبدأ ضرورة معالجة كل مشكل قانوني وبواسطتها (عملية التكييف) يمكن إدراك أو فهم طبيعة الوضعية المرفوعة أمام القاضي، وذلك قبل إعطاء الحل النهائي للنزاع".

أما الفقيه "نيبوييه" (Niboyet) عرفه بأنه: "التكييف هو الطبيعة القانونية المعترف بها لأحد النظم". ومن خلال تعريفه هذا يرى الفقيه أن التكييف يعد مسألة سابقة (La qualification devient une question préjudicielle).

كما عُرِفَ التكييف من طرف بعض الأساتذة المختصين في القانون الدولي الخاص، الأستاذ "عز الدين عبد الله"، الذي عرّفه بأنه: "تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد"، أما الأستاذ "ماجد الحلواني" قد عرف التكييف بأنه: "تحديد طبيعة العلاقات القانونية موضوع النزاع بردها إلى مؤسسة قانونية معينة"، أما الأستاذ "علي علي سليمان"، عرفه بأنه: "تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين بوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية لكي يسند حكمها إلى قانون معين"، كما عرفه أيضا الأستاذ "محمد شتا أبو سعد" بأنه: "تحديد الطبيعة القانونية التي تتنازعها القوانين وإدراجها ضمن فكرة مسندة محددة، بغية معرفة القانون الواجب التطبيق".

ومن بين التعريفات أيضا التي عُرِفَ بها إجراء التكييف، هو تعريف الأستاذة "ماريجي" (MERRIGGI) بأنه: "كَيْفَ بمعنى أنشا تعريفا نموذجيا يتفق مع المفاهيم العالمية للظاهرة أو الواقعة أو العلاقة القانونية محل النزاع".⁽¹⁾

ومن خلال التعريفات الخاصة بالتكييف، يتبين لنا أن جميعها تشترك في أن التكييف يتوقف أولا على تحديد الطائفة القانونية قبل عملية تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة

(1) د. عمر بلمامي، المرجع السابق، ص 148 وما بعدها.

القانونية محل النزاع، ومن هنا يمكن استنتاج أن التكييف يقوم على ثلاثة عناصر أساسية والتي تتمثل فيما يلي:

1- تحديد طبيعة المسألة محل تنازع بين القوانين:

حتى يتمكن القاضي من تحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة من خلال إجراء التكييف لحكم طبيعة المسألة محل النزاع، يجب أن تكون هذه المسألة ذات عنصر أجنبي، أي أن يتزاحم حول حكمها أكثر من قانون واحد.

2- أن يتم إدراج المسألة محل النزاع ضمن فكرة مسندة:

بعد تحديد القاضي لطبيعة المسألة محل النزاع، يجب أن يقوم أيضا بإدراجها ضمن فكرة مسندة نظمها المشرع. فإذا كانت المسألة مثلا متعلقة بالوصية يجب على القاضي أن يحدد النزاع فيما إذا كان يتعلق بحقوق الورثة أو بشكل صحة الوصية، حتى يمكنه تحديد القانون الواجب التطبيق.⁽¹⁾

3- معرفة القانون الواجب التطبيق:

إن القانون المسند إليه المسألة محل النزاع يتضح بصورة مباشرة عند تطبيقه لقاعدة الإسناد، وهذا بعد تحديده لطبيعة المسألة ثم إلحاقها ضمن الفكرة المسندة.

وعليه يمكن القول هنا أن قاعدة الإسناد هي التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق، أما القاعدة الموضوعية هي التي تطبق مباشرة من طرف القاضي على النزاع، كما أنه لا يمكن اعتبار التكييف تكييفًا إذا لم تكن تتوفر فيه العناصر سالفة الذكر، ولهذا لا يعد تكييفًا بالمعنى الصحيح للتطبيق المباشر لقانون الجنسية أو قانون الموطن دون تحديد جنسية الشخص في مسألة الأهلية مثلا، لأنه لا يحدد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين وإدراجها ضمن فكرة مسندة معينة بها، كما لا يعتبر تكييفًا تلك المسائل التي تأتي لتوضيح أمرا معينا، لأنها لا تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، مثال ذلك في القانون الفرنسي إن الاعتراف

(1) د. عمر بلمامي، المرجع السابق، ص154.

بالولد الطبيعي يجب أن يكون في مستند رسمي، وعملية تحديد هذا المستند لا تعد من قبيل التكيف، كما أنه لو كان هذا الولد إيطالي فإن القانون الذي يسري عليه هو القانون الإيطالي وهو الذي يحدد شروط الاعتراف بالولد الطبيعي، كما لو كانت أيضا طبقا للقانون الفرنسي.

كما لو أن مسألة عرضت أيضا على القاضي خاصة بالأهلية والتي تخضع لقانون الجنسية، فإن تعريف القصر والحجر والسيفه لا يعد من قبيل التكيف بل هو تطبيق للقواعد الموضوعية الداخلية للقانون الأجنبي المختص، الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي المختص بالنزاع.⁽¹⁾

ثانيا: تاريخ التكيف.

يرجع تاريخ ظهور التكيف إلى الفقيه الألماني "فرانسو كاهن" (François Kahn) في مقاله الذي نشره في ألمانيا سنة 1891.

وإن كانت مسألة التكيف قد عرفت قديما بمفهوم تقليدي سواء في القانون الكنسي والقانونيين الفرنسيين⁽²⁾ القديم والحديث، ثم تطور على يد الفقيه الفرنسي "بارتن" سنة 1897 من خلال دراسته لعدة قضايا عرضت على القضاء الفرنسي.⁽³⁾

وكما سبق القول يعد التكيف إجراء أولي سابق لعملية الإسناد، ويُعد مسألة معقدة، وهذا راجعًا لاختلاف القوانين في تحديد الوصف القانوني للمسألة محل النزاع لإمكانية إدماجها ضمن طائفة من طوائف الإسناد التي تحكمها قاعدة قانونية خاصة بها، الأمر الذي ينجم عنه تنازع بين النظم القانوني في التكيف، لأن المسألة قد توضع ضمن قواعد إسناد مختلفة باختلاف القوانين الدولية.⁽⁴⁾

وبالرجوع إلى القضايا التي طور الفقيه "بارتن" من خلالها نظريته في التكيف نجدها كثيرة، إلا أن الفقيه استند على قضيتين مشهورتين في فقه القانون الدولي الخاص، وهما قضية "ميراث المالطي" وقضية "وصية الهولندي".⁽⁵⁾

(1) د. عمر بلمامي، المرجع السابق، ص. 156، 157.

(2) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص. 90.

(3) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص. 117.

(4) د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص. 91.

(5) د. هشام علي صادق، نفس المرجع، ص. 118.

1) قضية ميراث المالطي:

تتلخص وقائع القضية في أن زوجين من جزيرة مالطا توطنا في الجزائر، وكان ذلك خلال فترة الاستعمار الفرنسي، وبعد وفاة الزوج طالبت الزوجة أمام محكمة الجزائر، وطبقا للقانون المالطي بما يسمى بـ: "نصيب الزوج المحتاج" (la quarte du conjoint pauvre)، هذا النظام الذي يجهله آنذاك القانون الفرنسي، مدعية من خلال هذا النظام بحقها في عقارات زوجها الموجودة بالجزائر.

ومن خلال هذا الادعاء أشار الفقيه "بارتن" أن المحكمة كان عليها أن تأخذ بأحد الحلين، إما أن تكيّف ادعاء الزوجة وتدمجه في النظام المالي للزوجين، أو تعتبر هذا الادعاء داخلا في مضمون فكرة الميراث، لأن الأخذ بأحد التكييفين ينجر عنه الاختلاف في القانون الواجب التطبيق على النزاع. إن تكييف المحكمة ادعاء الزوجة يُعد مسألة من مسائل النظام المالي للزوجين سوف يسمح بأن يكون القانون المالطي هو الواجب التطبيق لأنه قانون موطن الأول للزوجة، وهناك يكون للزوجة الحق في المطالبة به في دعواها، أما إذا كيّفت المحكمة أن ادعاء الزوجة يندرج في فكرة الميراث، فإن القانون الواجب التطبيق هنا هو القانون الفرنسي لأنه قانون موقع العقار الذي يجهل ما تدعي به الزوجة كنظام.⁽¹⁾

لكن المحكمة في الأخير اعتبرت حق المدعي بـ "نصيب الزوج المحتاج" هو جزء من الميراث طبقا للقانون الفرنسي، وعليه رفض الطلب.⁽²⁾

2) قضية وصية الهولندي:

تعد قضية وصية الهولندي مثالا ثانيا استقاه الفقيه "بارتن" من القضاء الفرنسي، وتتلخص وقائع القضية في أن هولنديا مقيما بفرنسا، حرّر وصية في شكل عرفي طبقا للقانون الفرنسي الذي يسمح بذلك، خلافا للقانون الهولندي وطبقا لنص المادة 992 من القانون المدني الهولندي التي تمنع على الهولنديين تحرير وصية عرفية (بخط اليد).

وحتى يمكن اعتبار ادعاءات الورثة ببطلان وصية مورثهم صحيحة يجب الرجوع، وفق ما قرره "بارتن"، إلى نوعية التكييف الذي انحاز إليه قاضي الموضوع، وهذا لن يكون إلا بناء على أحد الفرضيتين. تتمثل الفرضية الأولى في اعتبار الشكل الخطي العرفي في الوصية

(1) د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.ص 118، 119.

(2) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص. 93.

قاعدة من قواعد الشكل المرتبطة بإرادة الموصي دون مضمونها، وعليه إن الجانب الشكلي يكون خاضعا للقانون الفرنسي كونه قانون محل الإبرام الذي يعتد بصحة الوصية التي أجريت بفرنسا.

أما الفرضية الثانية تتمثل في اعتبار المسألة متعلقة بأهلية الموصي والمتطلب حمايته في ما تعلق بالتصرف بأمواله تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وهذا التكييف يجعل القانون الهولندي هو الواجب التطبيق بوصفه قانون جنسية الموصي، والذي يبطل الوصية.

ومن هنا يتبين لنا أن الاختلاف في التكييف يجعل القانون الواجب التطبيق مختلفا بدوره عن الوصية.⁽¹⁾

ومن خلال الفرضيتين سالفتي الذكي، تبين للفقهاء أن المحكمة الفرنسية كيّفت النزاع على أنه يتمحور حول شكل الوصية، والقانون الفرنسي يخضع شكل الوصية للقانون المحلي، وحكمت في النهاية بصحة الوصية.⁽²⁾

أما عن بقية القضايا الأخرى التي فصل فيها القضاء الفرنسي بعد تكييفه لها تتمثل فيما يلي:
أ- قضية "أوجدن":

يمكننا تلخيص وقائع هذه القضية كما يلي: أن فرنسا ذهب إلى إنجلترا، ورغم أنه قاصرا إلا أنه تزوج بإنجليزية، مخالفا بذلك نص المادة 148 قانون مدني فرنسي التي لا تسمح للقصر بالزواج دون الحصول على إذن من الوالدين، إلا أن هذا الزواج تم بطلانه أمام القضاء الفرنسي بطلب من الزوج كونه لم يتحصل على إذن والديه.

تزوجت الزوجة مرة أخرى من إنجليزي، لكن الزوج الأول طالب أمام القضاء الإنجليزي ببطلان زواجها الثاني لتعدد الأزواج، فاستجابت المحكمة الإنجليزية لطلب الزوج وأبطلت الزواج، وأسست ببطلانه على صحة زواج الإنجليزية الأول بالفرنسي.

وهذا الاختلاف في الأحكام القضائية الإنجليزية والفرنسية، ما هو إلا اختلاف في تكييف القضاء المعروض عليه النزاع في مسألة التكييف، حيث نجد أن القضاء الفرنسي يعتبر أن الحصول على إذن الوالدين في زواج القصر من الأمور المكملّة للأهلية والتي تخضع

(1) د. عبد العال محمد عكاشة، المرجع السابق، ص. 85، 86.

(2) د. عبد الله عز الدين، المرجع السابق، ص. 118.

لقانون الجنسية وهو القانون الفرنسي، أما تكييف هذا النوع من الزواج في ظل القانون الإنجليزي يعد من الأشكال الخارجية للانعقاد والتي تخضع لقانون محل الإبرام وهو القانون الإنجليزي.

إلا أن القضاء الفرنسي كيّف في الأخير وجوب حصول القاصر على إذن بالزواج من والديه من المسائل المتعلقة بالأهلية وطبق القانون الفرنسي الذي اعتبره زواجا باطلا.⁽¹⁾

ب- قضية "زواج اليوناني":

تتلخص وقائع القضية في أن يونانيا اسمها "كرالانيس"، عقد زواجا مع فرنسية بفرنسا ووفقا لشكل الزواج المتبع في فرنسا، إلا أن أولياء الزوج قاموا بالطعن في زواجه المدني لأنه لم يتم وفقا للشكل الديني الذي يتطلبه القانون اليوناني، هذا الأخير الذي ينص على أن الزواج في الشكل الديني في القانون اليوناني يعد من الأمور الموضوعية.

أما إذا رجعنا إلى تكييف طبيعة النزاع، نجد أن القضاء الفرنسي كيّف إشهار الزواج في الشكل الديني أمرا شكليا ويطبق عليه قانون محل الإبرام أي قاعدة (locus regitactum) ويعد بالتالي زواجا صحيحا، وهذا كان تماشيا مع ما أكدته المحكمة الفرنسية "حيث أن مسألة تحديد ما إذا كان إشهار الزواج يدخل في قواعد الشكل أو في القواعد الموضوعية يفضل فيها القضاة الفرنسيون، طبقا لمفاهيم القانون الفرنسي الذي يعتبر الطبيعة الدينية أو المدنية للزواج مسألة شكل، وبالتالي الزواج المدني الذي أبرمه الزوجان يعتبر صحيحا وفقا لقاعدة لوكيس".⁽²⁾ نستنتج من القضايا سالفة الذكر، أن القضاء المعروض عليه النزاع، قد كيّف طبيعة المسألة محل النزاع وفقا لقانونه الوطني، هذا ما يجعلنا نبحت مرة أخرى عن الموقف الفقهي وكذا التشريعي من تكييف طبيعة المسائل محل النزاع لاحقا.

المطلب الثاني

الموقف الفقهي من القانون الواجب التطبيق على التكييف

اختلفت المواقف الفقهية حول القانون الواجب التطبيق على التكييف، فهناك من فضل خضوع التكييف لقانون القاضي، هذا ما سوف نتعرض إليه أولا، وهناك من الفقهاء من يرى أن التكييف يجب أن يكون خاضعا للقانون الذي يحكم النزاع، وهذا ما سوف نتناوله ثانيا، بينما

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 93.

(2) نفس المرجع، ص.ص 93، 94.

البعض من الفقهاء من انحازوا إلى خضوع التكييف إلى قانون القاضي والقانون الذي يحكم النزاع وسيكون هذا ثالثا، أما فقهاء آخرون فيرون أن التكييف يجب أن يكون خاضعا للقانون المقارن وهذا ما سنتعرض له رابعا. إلا أن هناك اتجاه فقهي آخر نادى بخضوع التكييف لنظرية علم القانون وهذا ما سيتم شرحه خامسا.

أولا: الاتجاه الذي يخضع التكييف إلى قانون القاضي.

من خلال القضايا التي درسها الفقيه "بارتن" والتي تم عرضها على القضاء الفرنسي، استقر رأيه على مناصرة خضوع التكييف لقانون القاضي، ولقد استند في رأيه هذا على عدة حجج من أهمها، أن فكرة السيادة التشريعية تخضع للقوة الأمرة الإقليمية، سواء كان التنازع في التكييف بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، أو بين قانونيين أجنبيين.⁽¹⁾

وهذا الموقف التشريعي أيده الفقه الحديث لكن بحجج أخرى، من بينها أن التكييف هو تكييفا لقاعدة إسناد وطنية، وأن القاضي حين يكيّف العلاقة يكون من منطلق تكوينه وثقافته القانونية، إضافة إلى ذلك أن التكييف يعد مسألة أولية في تطبيق قاعدة الإسناد.⁽²⁾

وللإشارة هنا أن التكييف الذي يخضع للقضاء الوطني حسب رأي الفقيه والذي يقوم به قاضي النزاع ما هو إلا تكييف ضروري أو ما يسمى بـ "تكييف الاختصاص"، أما التكييف اللاحق يكون من اختصاص القانون المختص بالنزاع، كالتمييز مثلا بين أهلية التصرف وأهلية الإرادة.⁽³⁾

ولقد أورد الفقيه "بارتن" ومناصريه استثناءات على نظريتهم المتمثلة في خضوع التكييف لقانون دولة القاضي، وهذه الاستثناءات نجدها تتمثل فيما يلي:

أ. عملا على استقرار الأوضاع القانونية والمحافظة على الثروة، أخضع تكييف المال ما إذا كان عقارا أو منقولاً وكذا الحقوق التي يمكن أن تترتب عليه لقانون موقعه، وهذا ما نصت عليه المادة 17 من القانون المدني الجزائري: "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

ورغم معارضة الكثير من الفقهاء هذا الاستثناء، إلا أن قانون الإمارات العربية المتحدة أيضا أخذ به، وهذا طبقا لنص المادة 18 من القانون رقم 15 لسنة 1985 التي جعل

(1) د. عبد الله عز الدين، المرجع السابق، ص 120.

(2) د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 123 وما بعدها.

(3) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 97.

تكييف المال ما إذا كان مالا عقارا أو منقولاً من اختصاص قانون الدولة التي يوجد بها.⁽⁴⁾

ب. إن تكييف الفعل وتحديد وصفه هل هو جريمة جنائية أم مدنية، يكون من اختصاص القانون الذي وقع فيه الفعل، إلا أن هذا الاستثناء رفض من طرف الفقيه (Avminjon) الذي اعتبر قانون العقوبات قانوناً إقليمياً، يخضع لقانون القاضي الذي يتولى تصنيف وتحديد الفعل ما إذا كان مشروعاً أو غير مشروع،⁽¹⁾ وهذا ما نصت عليه المادة 20 من القانون المدني الجزائري "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر، وإن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه."

ج. كما أخضع الفقيه "بارتن" أيضاً للالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، احتراماً لحرية الأفراد في اختيار القانون الذي يطبق على عقودهم، كونها قاعدة مادية وتطبق بصورة مباشرة من طرف القاضي، والتي استقر عليها الفقه في القانون الدولي الخاص.⁽²⁾

د. إذا وجد القاضي نفسه أمام حالة الاستحالة المادية، أي نظام قانون يجهله، مثال ذلك نظام الترسرر المقرر في التشريع الإنجليزي، وجب هنا خضوع تكييف هذا النظام للقانون الأجنبي الذي يعرف هذا النظام، وإلا اعتبر الحكم مشوهاً لمضمون طبيعية النزاع.⁽³⁾

هـ. تسري أحكام المعاهدة الدولية النافذة بين دولة أجنبية ودولة قانون القاضي إذا حددت تكييف بعض المسائل لقانون الأجنبي دون قانون القاضي،⁽⁴⁾ وهذا ما نصت عليه المادة 21 من القانون المدني الجزائري: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر."

و. يكون التكييف خاضعاً للقانون الأجنبي الذي أشارت إليها قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي، إذا أحال هذا القانون الاختصاص لقانون القاضي وفصل هذا الأخير في

(4) نفس المرجع، ص 97.

(1) د. عمر بلمامي، المرجع السابق، ص 192 وما بعدها.

(2) نفس المرجع، ص. ص 195، 196.

(3) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 98.

(4) نفس المرجع، ص 98، ولمزيد من التفصيل راجع د. عمر بلمامي، نفس المرجع، ص 201 وما بعدها.

النزاع، ما يفهم ضمناً أن القاضي قد طبق تكييف القانون الأجنبي، ويعد هذا الاستثناء من أسباب رفض بعض الدول الإحالة.⁽⁵⁾

ولإشارة هنا أن هناك من الفقهاء من رفض بعض الاستثناءات التي أتى بها الفقيه "بارتن" على نظريته، وفي نظرهم أن تطبيق قانون القاضي في التكييف يجب أن يكون متضمناً لجميع المسائل، وإلا ترتبت نتائج عملية سيئة، ومثال ذلك أن الأسهم التي يصدرها البنك الفرنسي تعتبر عقاراً قابلة للرهن رهناً تأمينياً، أما كل من المحل التجاري ومكاتب التوثيق تعد منقولات،⁽¹⁾ كما أن مبدأ سلطان الإرادة لا يمكن اعتباره استثناءً عن النظرية، طالما الأفراد منح لهم القانون حق اختيار القانون الذي يسري على تصرفاتهم، وعليه فإن تكييف هذه التصرفات تكون خاضعة للقانون المختار وليس لقانون آخر لم تتجه إليه إرادة المتعاقدين.⁽²⁾

ثانياً: الاتجاه الذي يخضع التكييف إلى القانون الذي يحكم النزاع (La lex cause).

أنصار خضوع التكييف إلى القانون الذي يحكم النزاع هم الفقيه "ديبانييه" (Despagnet) والفقيه "باكسيوني" (Paccioni) والفقيه الألماني "وولف" (Wolf)، أي ذلك القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع في قانون القاضي، لأن كل قانون واجب التطبيق له تكييفاته، والعمل خلاف ذلك سيؤدي حتماً إلى تشويه العلاقة محل النزاع، وبالتالي قد ينتهي النزاع إما بتطبيق قانوناً أجنبياً غير مختص أو يستبعد تطبيقه، ودليل ذلك تكييف القضاء الفرنسي لوصية الهولندي أنها متعلقة بالأهلية و أخضعها لقانونه وقضى بصحتها، ولولا تكييفها هذا لما كان القانون الهولندي هو الواجب التطبيق وهو القانون الذي رسمه المشرع لها.

لكن هذه النظرية تعرضت لعدة انتقادات من طرف الفقه الحديث، فهناك من الفقهاء من اعتبر هذه النظرية مصادرة عن المطلوب، كونها تفترض تطبيق قانون بصورة مسبقة، رغم أن اختصاصه قد يكون إلا احتمالاً في التكييف، وعليه إن هذه نظرية قد تجعل النزاع في حلقة مفرغة، وهناك من انتقدها من ناحية أن قواعد الإسناد هي قواعد ذات طابع وطني، لا تسمح للقانون الأجنبي تحديد كيفيته ومجال تطبيقها.

(5) د. عمر بلمامي، نفس المرجع، ص 212.

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 98.

(2) د. عمر بلمامي، المرجع السابق، ص 197.

فالمشرع الوطني إذا نص في قاعدة الإسناد أن الميراث مثلا يخضع لقانون جنسية المورث، فالميراث هنا مفهومه محدد وفقا للقانون الوطني وليس وفق مفهوم القانون الأجنبي.⁽³⁾

ولقد رأى فقهاء آخرون أن إسناد التكييف إلى القانون الأجنبي المختص وكان قانون القاضي يأخذ بالإحالة ويسند القانون الأجنبي المختص الاختصاص لقانون القاضي، فهذا يُعد إلا مضیعة للوقت، كون النزاع سوف يتكفل به القاضي الوطني من جديد.

إضافة إلى جميع هذه الانتقادات فإنه أيضا في نظر بعض الفقهاء، أنها نظرية قد ينجم عنها عدة مساوئ خاصة إذا توزعت نقاط تركيز العلاقة القانونية بين عدة قوانين، الأمر الذي يتطلب من القاضي تحديد نقاط التركيز الرئيسية والتي لا يكون لها قانون مختص مسبق بتحديد هذه النقاط، ما يستوجب على قانون القاضي تحديدها وهذا يكون إلا عن طريق التكييف.⁽¹⁾

ثالثا: الاتجاه الذي يخضع التكييف إلى قانون القاضي والقانون الذي يحكم النزاع.

يرى أنصار هذا الاتجاه خضوع التكييف لكل من قانوني القاضي الذي يحكم النزاع (المختص)، إلا أنهم اختلفوا حول قواعد التكييف، فمنهم من يرى أن العلاقة القانونية يجب خضوعها لتكييفين متلاحقين، أي لتكييف مبدئي يتم وفق قانون القاضي، ولتكييف ثانوي ويتم وفقا للقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي، أو ما يمثل تلك القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق، إلا أن هذا الاتجاه تم نقده كونه أخضع التكييف للقانون الأجنبي المختص دون افتراض سلفا اختصاص هذا القانون.

أما الاتجاه الثاني أوجب تكييف العلاقة موضوع النزاع طبقا لقانون القاضي تمهيدا لإسنادها لقانون آخر، ثم تكييفها مرة أخرى وفقا لهذا القانون ثم إسنادها وفقا لقواعد إسناد قانون القاضي إلى القانون المختص.

وحسب رأي الأستاذ "جابر جاد عبد الرحمن" فإن هذا الاتجاه قائما على تكييف وإسناد مؤقتان أو ما يسمى بـ "تكييف الاختصاص" وتكييف وإسناد نهائيان أو ما يسمى بـ "التكييف الموضوعي"، هذا الأخير الذي أخذت به محكمة (Reichsgericht) الألمانية في الحكم الصادر في 07 جويلية 1931.

(3) نفس المرجع، ص 95.

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص 95، 96.

ونظرا للنتائج السلبية لهذا الاتجاه وما ينجر عنه من مشاكل قد تسبب للقاضي الدخول في تكييفات متعددة طبقا لقوانين مختلفة، ما يجعله في حلقة مفرغة دون حل للقضية، لهذا تم استبعاده من طرف غالبية الفقه.⁽²⁾

رابعا: الاتجاه الذي يخضع التكيف للقانون المقارن.

صاحب هذه النظرية هو الأستاذ "رابل" (Rabell)، ويرى أن التكيف يكون وفق أفكار عالمية قائمة على دراسة مقارنة للقوانين، وليس إخضاعه لقانون دولة محددة. ولقد استند الأستاذ "رابل" على عدة حجج أراد من خلالها تبرير نظريته وتدعيمها، ومن بين هذه الحجج هو أن يكون الوصف القانوني هو فكرة مجردة تتضمنها الفكرة المسندة ومعمولا به عالميا وليس نظاما قانونيا مقرر في قانون معين.

وإن كان الفقيه "رابل" يسعى من وراء وضعه لنظريته هذه هو القضاء على مشكل تنازع التكييفات الدولية، بإيجاد طريقة مشتركة للتكيف، وهذا بتوحيد المفاهيم القانونية للفئات المسندة، إلا أن نظرية الفقيه تعد بعيدة المنال، كونها تهدف إلى تحقيق مُثل عليا في التكيف، هذه الأخيرة لا يمكن تحقيقها عمليا، لأنها فكرة تستدعي التنازل عن الاعتبارات الوطنية من طرف الأنظمة الدولية، وهذا لا يصلح مع الدراسات الوطنية التي أصبحت تتحلى بها مسائل القانون الدولي الخاص.⁽¹⁾

وبناء عليه لا يمكن حسب بعض الفقهاء تصوّر قضاة اليونان استبعاد التكيف اليوناني للزواج -الذي يعتبر شهر الزواج في الشكل الديني شرطا موضوعيا- واعتبار إجراءات شهره شرطا شكليا، بهدف إحلال التكيف العالمي للزواج، ما يستدعي إبطال أي زواج مدني تمّ في الخارج، كما أن الأنظمة القانونية العربية لا يمكنها بدورها أن تعمل بإجراء التكيف وفقا للقانون المقارن، فيما تعلق بمسائل الأحوال الشخصية التي استمدت من الشريعة الإسلامية⁽²⁾ هذا من جهة، ومن جهة أخرى يرى الأستاذ "باتيفول" (Batiffol) أن تحديد الفكرة المستندة وفقا للمنهج المقارن من الناحية النظرية البحتة يتنافى مع قواعد التفسير، لأنه لا يمكن تفسير القاعدة القانونية تبعا للتشريعات الأجنبية بعيدا عن إرادة المشرع الذي وضعها. إلا أن هذا الموقف تمت

(2) لمزيد من التفصيل راجع د. عمر بلمامي، المرجع السابق، ص 258 وما بعدها.

(1) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص. 99، 100.

(2) د. عمر بلمامي، المرجع السابق، ص 268.

معارضته حيث يمكن الاستئناس بالتشريعات الأجنبية للكشف عن مضمون الفكرة المسندة، وليس كما يرى أنصار المدرسة التقليدية بالالتزام بالنص وتفسيره وفقا لإرادة المشرع.

وحسب رأي الأستاذ "هشام علي صادق" أنه لا يوجد مانعا من إتباع المنهج المقارن عند تفسير الفكرة المستمدة مادام ذلك يتماشى ووظيفة قاعدة الإسناد، ووفقا للمفاهيم السائدة في دولة القاضي.

ورغم الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية إلا أنها تتميز ببعض الإيجابيات، ومن أهمها أنها تسهم في التوسع في مفهوم قانون القاضي بالنسبة للنظم التي يجهلها قانونه، وهذا يكون بإتباع المنهج المقارن، هذا الأخير الذي يجد ترحيبا لدى الفقه الهولندي والتشييكوسلوفاكي، أين ينعدم النص التشريعي الذي يعالج مشكلة التكيف، كما أن العمل بالمنهج المقارن في رأي بعض الفقهاء في مجال التكيف، قد يؤدي إلى اختفاء مشكلة التنازع في التكيف، كونها تسعى إلى الوصول إلى تكييفات موحدة في القانون الدولي الخاص، وإن كان هذا الرأي الأخير تمت معارضته بحجة عدم وجود لغة قانونية موحدة تفرضها سلطة عليا فوق الدول، كما أن تفسير قاعدة الإسناد يسبق عملية التكيف.⁽¹⁾

وبالرغم من سلبيات المنهج المقارن وبعض إيجابياته من الناحية العملية بالخصوص، إلا أن المسعى الدولي نحو اتجاه التعايش في مجال المعاملات الدولية الخاصة، بدأ يدفع بالتفكير نحو إتباع الحلول العالمية (المنهج المقارن)، تبعا للتغيرات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية الحاصلة في العالم المعاصر، خاصة بعد سقوط المعسكر الشرقي للاتحاد السوفيتي، ونجاح الوحدة الأوروبية وكذلك التشابه التشريعي العربي، حيث أصبحت معظم الدول تأخذ بعين الاعتبار المفاهيم القانونية العالمية التي تجهلها، وتتجنب مفاهيمها القانونية الغامضة، كونها تتجه نحو "العولمة" في جميع مجالات الحياة، هذه العولمة التي ظهرت نتيجة التطورات التي شهدتها الاقتصاد العالمي كنظام دولي جديد.⁽²⁾

خامسا: الاتجاه الذي يخضع التكيف لنظرية علم القانون.

يتزعم هذا الاتجاه الأستاذ الإيطالي "رونارد كوادري" (Ronaldo Quadri) الذي يرى أن سبب عدم الوصول إلى رأي يتفق عليه جميع الفقهاء حول التكيف، هو وجود خطأ جوهري

(1) د. عمر بلمامي، المرجع السابق، ص 269 وما بعدها.

(2) نفس المرجع، 172، 173.

يُكمن في التكييف يُعد فكرة وضعية تتنازع حولها القوانين، ولهذا فإن التكييف هو مسألة علمية فقهية ينتقي عندها التنازع بين التكييفات، حيث أُطلق عليه اسم "التصنيف" (Classification) في مجال القانون الدولي الخاص، بينما التكييف في معناه العام، نجده متعلقاً بالظواهر الواقعية حسب رأي الفقيه، كمحل الإقامة والجريمة في مجال القانون الجنائي... الخ.

أما التكييف بمفهوم التصنيف، هو تصنيف القواعد القانونية أو العلاقات القانونية وتصنيفها ضمن فكرة أو طائفة إسناد،⁽¹⁾ وما هذه العملية إلا عملاً علمياً، فالميراث إذا يُعد فكرة ذات مفهوم علمي كالمصطلحات العلمية الأخرى، تعلق القانون الوضعي، وكل خلاف حول تكييف مسألة معينة هو خلاف حول تفسيرها دون المضمون العلمي للفكرة المسندة أي تصنيفها.

وعليه انتقد الفقيه الاتجاهات الأخرى الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على التكييف، واعتبرها نظريات لم تأتي بحلول للتكييف، كونها تتغاضى عن أصل قاعدة التنازع.

وما يمكن استنتاجه أن موقف واتجاه الأستاذ (Quadri) يتفق مع اتجاه المنهج المقارن الذي نادت به نظرية (Rabel)، إلا أن نظريته تُعد بدورها بعيدة من الجانب العملي في مجال العلاقات الدولية، كما أنها نظرية غامضة تقحم مسألة التكييف في ميدان تفسير القوانين دون إيجاد لها حلولاً.

ورغم عيوب هذا الاتجاه، إلا أنه استطاع وضع مشكل التكييف في إطار البحث العلمي وإخراجه من إطار التصورات التقليدية التي لا تتماشى والتطورات الحاصلة في العلاقات الدولية الخاصة، إضافة إلى ذلك أنه اتجاه ينسجم مع التشريعات التي تركت التكييف للاجتهاد الفقهي والقضائي.⁽²⁾

المطلب الثالث

موقف التشريع من مسألة التكييف

(1) د. عمر بلامامي، المرجع السابق، ص.ص 273، 274.

(2) نفس المرجع، ص 273 وما بعدها.

تعد نظرية "بارتن" أي نظرية خضوع التكييف لقانون القاضي من أهم النظريات التي لاقت ترحيباً وتأيداً من طرف العديد من المؤتمرات والمعاهدات الدولية ومن بين هذه المعاهدات، معاهدة "لاهاي" لسنة 1925، وكذلك مجموعة "بوستامنت" (code bustamant) في مادتها 06، والتشريعات الأوروبية والأنجلوسكسونية والعربية، منها المشرع الأمريكي في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص، والمشرع الكويتي في المادة 12 من المرسوم رقم 5 لسنة 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، إضافة إلى المشرع التونسي في المادة 27 الفقرة 1 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، والمادة 10 من القانون المدني المصري.⁽¹⁾ أما عن المشرع الجزائري نجده قد أخذ بدوره بنظرية "بارتن" في التكييف، وهذا من خلال نص المادة 09⁽²⁾ من القانون المدني.

والملاحظ من خلال المادة 09 قانون مدني جزائري، أن المشرع الجزائري يقصد بالتكييف هو التكييف الضروري أو السابق، بينما التكييف اللاحق أو الثانوي يكون من اختصاص القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد لقانون القاضي.⁽³⁾

والتكييف الضروري الذي يكون خاضعاً لقانون القاضي، أي قانون القاضي بجميع تفاصيله الأساسية للعلاقات القانونية سواء ما تعلق بالأحوال الشخصية أو بالعلاقات المالية أو بالالتزامات التعاقدية والغير تعاقدية، إضافة إلى الجانب الشكلي حتى يتسنى للقاضي تصنيف المسألة محل النزاع ضمن إحدى طوائف الإسناد، دون الوقوف عما يقرره قانون الموضوع من مسائل تفصيلية، لأن ذلك يتوقف على تحديد القانون المختص الذي تعينه قاعدة الإسناد المطبقة في قانون القاضي، فإن كان قانون هذا الأخير هو المختص، فإن نصوصه الموضوعية الداخلية هي التي تتولى تحديد ما يجب تطبيقه من مفاهيم، وإن كان القانون الأجنبي هو المختص، فإن قانونه الداخلي هو الذي يحدد ما يجب تطبيقه (التكييف الثانوي).⁽⁴⁾

وحول الاستثناءات التي أوردها "بارتن" على نظريته، نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالعديد منها وهذا خروجاً من القاعدة العامة التي تنص على خضوع التكييف لقانون القاضي،

(1) د. عمر بلمامي، المرجع السابق، ص 216 وما بعدها.

(2) نصت المادة المذكورة أعلاه على ما يلي: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

(3) د. عمر بلمامي، نفس المرجع، ص 282.

(4) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 101.

ومن هذه الاستثناءات ما نصت عليه المادة 17 مكرر الفقرة 1 قانون مدني⁽⁵⁾ المتعلقة بتكليف المال سواء كان عقارا أو منقولاً بما فيها الحقوق العينية وحق الملكية وأسباب كسبه من حيازة وشفعة... الخ، فتكليف هذه الأموال حسب قانون موقع المال.

وحسب رأي بعض الفقهاء أن هذا النوع من التكليف لا يعد استثناء عن نظرية "بارتن" بل هو تكليف لاحق ثانوي لا غير، يكون خاضعا للقانون الواجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد لدولة القاضي.⁽¹⁾ كذلك الاستثناء المتعلق بوصف الفعل ما إذا كان جريمة جنائية أو مدنية فقد نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 20 قانون مدني،⁽²⁾ وكذلك الأمر بالنسبة للالتزامات التعاقدية وهذا ما ورد في نص المادة 18 قانون مدني،⁽³⁾ وفي هذا الشأن يرى الأستاذ "علي علي سليمان" أن المشرع الجزائري خير ما فعل عندما قيد حرية المتعاقدين في اختيار القانون، بشرط توافر صلة بين العقد والمتعاقدين وبين القانون المختار، تجنباً للتحايل واستغلال مبدأ سلطان الإرادة.⁽⁴⁾

كما أخذ المشرع الجزائري أيضا بالاستثناء المتعلق في حالة وجود معاهدة دولية نافذة تنص على خضوع التكليف للقانون الأجنبي، وهذا ما أكدت عليه المادة 21 قانون مدني.⁽⁵⁾

(5) نصت المادة المذكورة أعلاه على ما يلي: "يخضع تكليف المال سواء كان عقارا أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد بها."

(1) د. عمر بلمامي، المرجع السابق، ص 289.

(2) نصت المادة المذكورة أعلاه على ما يلي: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام."

غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه."

(3) نصت المادة المذكورة أعلاه على ما يلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد."

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشتركة أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه."

(4) د. عمر بلمامي، نفس المرجع، ص 291.

(5) نصت المادة المذكورة أعلاه على ما يلي: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو في معاهدة نافذة في الجزائر."

ويسري القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائرياً في عقد الزواج ولنا مثال على ذلك المادة 13 قانون مدني جزائري،⁽⁶⁾ تعد قاعدة خاصة إلا بالمواطنين الجزائريين إذا كانوا طرفاً في العلاقة الزوجية، باستثناء أهلية الزواج، فيسري عليها بالمفهوم المخالف للقانون الوطني لكل من الزوجين.

أما قاعدة التنازع المزدوجة وهي الغالبة على طبيعة قاعدة الإسناد، والتي تبين أن النزاع قد يكون من اختصاص القاضي أو القانون الأجنبي، نجدها تتجلى لنا كمثال في نص المادة 11 قانون مدني جزائري،⁽¹⁾ التي أسندت الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين.

والطبيعة المزدوجة لقاعدة الإسناد تعد كقاعدة عامة أصلية عند جميع التشريعات الحديثة.⁽²⁾ ونظراً لاختلاف ضابط الإسناد بين الأنظمة القانونية بسبب اختلافها في قواعد الإسناد - خاصة في مجال الأحوال الشخصية - ما ينجر عنه تنازع بين القوانين الوطني والأجنبي، وهذا التنازع إما أن يكون تنازعا إيجابيا وإما أن يكون تنازعا سلبيا.⁽³⁾

- **التنازع الإيجابي:** يكون إذا أسند الاختصاص التشريعي لكلا القانونين الوطني والأجنبي من طرف قاعدة الإسناد ومثال ذلك تنازع بين القانون البريطاني والقانون الفرنسي بشأن أهلية فرنسي متوطن في إنجلترا، فيسري القانون البريطاني طبقاً لقاعدة إسناده على الأهلية كونه قانون موطنه، وكذلك يسري القانون الفرنسي على أهليته باعتباره قانون جنسيته.⁽⁴⁾

- **التنازع السلبي:** هو حالة عدم اختصاص كلا القانونين الوطني والأجنبي، طبقاً لما قرره قاعدة الإسناد الوطنية لكلاهما، ومثال ذلك إذا وقع تنازع بشأن أهلية بريطاني متوطن في فرنسا، حيث تقرر قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي بخضوع أهلية البريطاني لقانون جنسيته، بينما قاعدة الإسناد في القانون البريطاني تخضع أهليته

(6) نصت المادة المذكورة أعلاه على ما يلي: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج"

(1) نصت المادة المذكورة أعلاه على ما يلي: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين."

(2) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 45.

(3) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص 120، 121.

(4) د. عبد الله عز الدين، المرجع السابق، ص.ص 141، 142.

لقانون الموطن وهو القانون الفرنسي، كما قد تسند إحدى القاعدتين الاختصاص لقانون آخر، وهذا الأخير تسند قاعدته الاختصاص مرة أخرى لقانون آخر،⁽⁵⁾ ففي هذه الحالة تظهر مشكلة الإحالة، فإذا قررت قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانون أجنبي، لكن وفقا لقاعدة إسناد هذا الأخير رفض الاختصاص وأحاله إما لقانون القاضي أو إلى قانون آخر، نقول في هذا الشأن أن القاضي قد قبل الإحالة إذا طبق القانون الأجنبي مطلعا على قواعد إسناده، والتي قد تحيل له الاختصاص أو إلى قانون آخر، أما إذا طبق القاضي مباشرة القواعد الموضوعية لهذا القانون الأجنبي دون استشارة قواعد إسناده يكون هنا من رافضي الإحالة.⁽¹⁾

ومن خلال هذا الطرح يمكن لنا أن نعرف نظرية الإحالة بأنها: "تلك الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية"، أما ما تعلق بالاستثناء الخاص بالاستحالة المادية أو ذلك النظام القانوني المجهول لدى قانون القاضي فإن المشرع الجزائري لم يتعرض إليه، ما يجعل القاضي يستأنس بالقانون الأجنبي الذي ينص على ذلك،⁽¹⁾ حتى لا تشوّه طبيعة النزاع.⁽²⁾

المبحث الثاني

الإحالة كطريقة ثانية لتفسير قواعد الإسناد

إن نظرية الإحالة كطريقة لتفسير قاعدة الإسناد قد تم تعريفها انطلاقا من صورة التنازع السلبي، ذلك التنازع الذي يتخلى عن اختصاصه كل من قانون القاضي والأجنبي، باعتباره التنازع الذي أوجد الإحالة والتي لها صور متعددة (المطلب الأول)، وإن كان تاريخ ظهور الإحالة بصورة جلية يرجع إلى قضية "فورجو" التي عرضت على القضاء الفرنسي (المطلب الثاني) إلا أن الفقهاء هناك من أيد الإحالة بناء على حجج متعددة، ومنهم من رفضها وفقا لحجج محاولين وضع لها بدائل وكذلك استثناءات ترد عليها (المطلب الثالث)، ورغم الإيجابيات

(5) نفس المرجع، ص.ص 142، 143.

(1) د. عبد الله عز الدين، المرجع السابق، ص 143.

(1) د. عمر بلمامي، المرجع السابق، ص 292.

(2) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 101.

التي تتمتع بها نظرية الإحالة إلا أن القوانين الدولية المقارنة هناك من أخذ بها وهناك من رفضها (المطلب الرابع).

المطلب الأول

تعريف الإحالة وصورها

عرفت نظرية الإحالة بتعريفات مختلفة، وهي إحالة تمثلت في صور مختلفة سواء من الدرجة الأولى أو الثانية....الخ، ما قد يجعل الإحالة من الجانب التطبيقي معرضة للتوقف بسبب محدودية ضوابط الإسناد، وهذا ما سوف نتعرض له بشيء من التفصيلي على النحو التالي:

أولاً: تعريف الإحالة (Le renvoi)

سبق وأن أشرنا أن لكل دولة قواعد إسناد تبين القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية محل النزاع، سواء كان هذا القانون قانون القاضي أو القانون الأجنبي، وإن عملية تحديد القانون المختص لن تتجلى، إلا بعد تكييف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي وتحديد طبيعتها وفقاً لطائفة من طوائف الإسناد.

وللإشارة هنا أن قاعدة الإسناد قد تكون ذات طبيعة فردية، أي تشير فقط إلا بتطبيق القانون الوطني.⁽¹⁾

ولقد عرفت نظرية الإحالة بتعريفات مختلفة، منها أنها: "هي نظرية تقوم بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الأجنبي الواجب التطبيق."⁽²⁾، وهناك من عرفها أيضاً بأنها: "نظرية تقضي بتطبيق قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص طبقاً لقانون القاضي في حالة اختلاف ضابطي الإسناد في القانونين وكان التنازع سلبياً بينهما."⁽³⁾

ثانياً: صور الإحالة.

للإحالة صورتين، هناك إحالة من الدرجة الأولى وهناك إحالة من الدرجة الثانية:

1 الإحالة من الدرجة الأولى:

تسمى الإحالة من الدرجة الأولى بـ "الإحالة البسيطة" أو كما يسميها البعض بـ "الإحالة الحقيقية" أو بـ "إحالة الرجوع"، ونعني بذلك إحالة الاختصاص من طرف قواعد الإسناد للقانون

(1) د. عبد الله عز الدين، المرجع السابق، ص.ص 143، 144.

(2) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 104.

(3) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 104.

الأجنبي المختص مرة ثانية إلى نفس قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع،⁽¹⁾ مثال ذلك قضية ميراث منقول لفرنسي متوطن بالجزائر وعرض النزاع بشأنه على القضاء الجزائري والذي أحال الاختصاص للقانون الفرنسي بناء على قاعدة الإسناد الجزائرية فيما يخص مسألة الميراث، إلا أن القانون الفرنسي طبقا لقواعد إسناده بشأن الميراث أحال الاختصاص مرة أخرى للقانون الجزائري.⁽²⁾

(2) الإحالة من الدرجة الثانية:

تسمى الإحالة من الدرجة الثانية عند بعض الفقهاء بـ"الإحالة المطلقة"، ويقصد بهذا النوع من الإحالة، هو إحالة الاختصاص من طرف القانون الأجنبي المختص إلى قانون آخر غير قانون القاضي، وقد تكون الإحالة إلى قانون ثالث ورابع وهكذا... نظرا لرفض القانون الذي تعينه قاعدة الإسناد لدى القانون الواجب التطبيق الاختصاص، وعليه قد تؤدي عملية تطبيق الإحالة إلى جعل النزاع يدور في حلقة مفرغة في حالة رفض جميع القوانين المعنية بالنزاع الاختصاص، ومثال على ذلك "أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع حول ميراث أموال منقولة توفي عنها إنجليزي متوطن بإيطاليا، فتقضي قاعدة الإسناد الجزائرية بتعيين القانون الإنجليزي بالاختصاص الذي يحيل بدوره الاختصاص إلى القانون الإيطالي، وهذا الأخير يرفض الإحالة (م30 مدني إيطالي) ويسند الاختصاص إلى القانون الإنجليزي من جديد فيما هو الحل؟"

والجدير بالإشارة هنا أن سلسلة الإحالة من قانون لآخر بسبب رفض الاختصاص من الجانب العملي التطبيقي - تتوقف نظرا لمحدودية ضوابط الإسناد.⁽³⁾

المطلب الثاني

تاريخ نظرية الإحالة

يرجع تاريخ ظهور الإحالة منذ عام 1841 في القضاء الإنجليزي في قضية خاصة بوصية إنجليزي متوطن في بلجيكا، وتعرف هذه القضية باسم قضية (Collier U. Rivaz)

(1) د. عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص56.

(2) د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص104.

(3) د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص.ص104، 105.

كما طبق الإحالة في قضية أخرى تعرف باسم (Inre-Johnson).⁽¹⁾
إن القضاء الألماني بدوره عرف الإحالة وذلك عام 1861، إلا أن الإحالة تجلت
بوضوح من خلال قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1878/06/24، والمتعلق
بقضية شهيرة عرفت باسم قضية "فورجو" (Forgo)، والتي كانت سببا في إثارة جدلا فقها
واسعا بين مؤيدين ورافضين لفكرة الإحالة.⁽²⁾

وتتلخص وقائع قضية "فورجو" في كونه ولد طبيعيا ويدعى "فورجو" ومن أصل بافاري
انتقلت به أمه إلى فرنسا في سن الخامسة (05) وأقاما بها إقامة فعلية، دون حصولهما على
تصريح بالتوطن القانوني، وبعده تزوج "فورجو" من فرنسية ثرية ولم ينجب منها أطفالا، ثم
توفيت الزوجة تاركة له ثروة معتبرة، وبعدها توفي بدوره في سن الثامنة والستين (68)، فقامت
مصلحة الأملاك الفرنسية بالاستيلاء على الثروة، لأن "فورجو" لم يكن له ورثة مباشرين من
بعده، كما أن القانون الفرنسي لا يمنح حق ميراث الولد الشرعي إلا لأبويه وإخوته.

قام حواشي "فورجو" من جانب أمه بالمطالبة بحقهم في الميراث استنادا لقانون "بافاريا"
الذي يساوي في الميراث الولد الشرعي والغير شرعي، إلا أن محكمة الاستئناف رفضت طلبهم،
مستندة إلى أن ثروته المنقولة يسري عليها القانون الفرنسي، لكن الورثة قدموا طعنا أمام محكمة
النقض والتي نقضت الحكم بناء على أن "فورجو" لم يحصل على تصريح بالتوطن بصورة
قانونية في فرنسا، وأن موطنه القانوني هو بافاريا والذي يكون هو الساري عليه.

قامت مصلحة الأملاك الفرنسية بالطعن في حكم محكمة الاستئناف التي أحيلت لها
الدعوى من جديد، مستندة أن القانون البافاري يطبق قانون الموطن على الميراث المنقول،
وعليه نقضت محكمة النقض الحكم، كونها لم ترجع إلى قواعد التنازع في القانون البافاري الذي
يحيل الاختصاص إلى قانون الموطن على الميراث وهو القانون الفرنسي، بل عملت إلا على
تطبيق القواعد الداخلية فقط للقانون البافاري.

وبناء عليه صدر حكما من جديد من محكمة الاستئناف يؤيد ما قضت به محكمة
النقض.⁽³⁾

(1) د. ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 58، 59.

(2) د. محند اسعد، المرجع السابق، ص. 196.

(3) د. سليمان علي، المرجع السابق، ص. 48، راجع أيضا هشام خالد، "الاتجاهات الحديثة في نظرية الإحالة"، في
مجلة المحاماة، نقابة المحامين، مصر العربية، العدد 02، فبراير 1992، السنة الثانية والسبعون، ص. 101.

ولقد تبين من خلال حيثيات القضية أن القضاء الفرنسي قبل الإحالة من قواعد إسناد، القانون البافاري إليه، ولقد بقي يعمل بالإحالة، وهذا في قضية (Soulite) سنة 1910. كما أخذ بالإحالة القضاء الإنجليزي والبلجيكي، بينما القضاء الهولندي واليوناني رفضا الأخذ بها.⁽¹⁾

المطلب الثالث

موقف الفقه من الإحالة والاستثناءات الواردة عليها

أولاً: موقف الفقه من الإحالة

سبق القول أن قضية "فورجو" كانت سببا في بلورة مفهوم الإحالة، ما جعلها تشكل جدلا فقهيًا واسعًا وصاخبا بين مؤيدي نظرية الإحالة مستنديين في ذلك لعدة حجج أولا، وبين معارضين لنظرية الإحالة مستنديين بدورهم على مجموعة من الحجج ثانيا.

1) حجج مؤيدي الإحالة:

استند أنصار الإحالة على عدة حجج أيدوا من خلالها موقف القضاء الفرنسي من تطبيقه لها ومن بين أهم هذه الحجج هي:

- إن تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد في قانون القاضي يجب تطبيقه ككل لا يتجزأ، أي لا يتكفي القاضي بالقواعد الموضوعية لهذا القانون، بل يجب عليه الرجوع إلى قواعد إسناده والتي قد ترفض الاختصاص، لهذا لا يمكن للقاضي تطبيق قانون لا يعترف بالاختصاص لنفسه،⁽²⁾ لأن في ذلك مساسا بالسيادة الأجنبية.⁽³⁾

- إن تطبيق الإحالة في نظر أنصار هذا الاتجاه تجعل من الحكم الصادر في دولة القاضي يتمتع بالحجية أمام محاكم الدولة الأجنبية التي طبقت محكمة القاضي قانونها وفقا لقواعد إسنادها، وخلاف ذلك سوف يجرّد الحكم الصادر في الدعوى من قيمته العملية.

(1) د. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 48.

(2) د. علي صادق هشام، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 94.

(3) د. عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص 60.

وهذا الاتجاه يعمل به القضاء الفرنسي، حيث يشترط، حتى يتحصل الحكم على الصيغة التنفيذية في فرنسا، أن يكون قد طبق القضاء القانون المختص الذي أشارت إليه قواعد إسناد القانون الفرنسي، خلافاً لرأي الفقه الحديث الفرنسي الذي يرفض هذا الحل أسوة بالعديد من دول العالم.⁽¹⁾

- إن الإحالة تيسر على القاضي مشقة البحث في القوانين الداخلية إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها القوانين تعدداً إقليمياً أو تعدداً طائفيًا، مثال ذلك الولايات المتحدة الأمريكية ولبنان ومصر... الخ.
- كما أن تطبيق الإحالة، يعني احترام قواعد الإسناد الوطنية لأنها هي التي أسندت الاختصاص للقانون الأجنبي.⁽²⁾

(2) حجج معارضي الإحالة:

- اعترض فقهاء معارضي الإحالة على أنصار الإحالة بعدة حجج نذكر أهمها كما يلي:
- إن المشرع الوطني إذا حدد القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد إسناد بهدف حل مشكلة التنازع الخاص بالعلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، لا يمكن للقاضي الرجوع مرة أخرى إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي إذا كان هو المختص بالنزاع واستشار بها حول القانون الواجب التطبيق الذي سبق وأن حدده المشرع الوطني، وفقاً لاعتبارات الحياة الدولية والسياسة التشريعية.
 - إلى جانب ذلك أن القانون الواجب التطبيق في نظر المشرع الوطني، هو تطبيق قواعده الموضوعية دون قواعد إسناده هذا من جهة، ومن جهة ثانية أن المشرع الوطني لا يسعى إلى تطبيق القانون الأجنبي على أساس المجاملة واحترام أهداف إرادة المشرع الأجنبي، بل تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي الذي تعد في نظره المحققة للعدالة، طالما هي الملائمة لطبيعة النزاع.⁽³⁾
 - إن الأخذ بفكرة وحدة القانون الأجنبي كل لا يتجزأ، يؤدي إلى وقوع النزاع في حلقة مفرغة وإلى ما لانهاية، وتتسع هذه الحلقة خاصة إذا كانت الإحالة من الدرجة الثانية والثالثة، كما أن منطق الأشياء لا يبرر الوقوف بالإحالة إلى الدرجة الأولى فقط.⁽³⁾

(1) د. علي صادق هشام، تنازع القوانين، 2007، المرجع السابق، ص 96.

(2) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 108، 109.

(3) د. علي صادق هشام، تنازع القوانين، 2007، نفس المرجع، ص 93، 94.

(3) د. عبد العال عكاشة محمد، المرجع السابق، ص 161 وما بعدها.

ولهذا دفع البعض إلى تشبيه الإحالة بلعبة تنس الطاولة التي يردّ فيها اللاعب الكرة إلى زميله ثم يعيد هذا الأخير ردها لنفس الزميل أو إلى زميل آخر وهكذا إلى ما لا نهاية.⁽¹⁾

- إن الأخذ بالإحالة لا تؤدي إلى تيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية، لأنه من الجانب العملي يفترض تنفيذ الحكم في دولة القاضي نفسه أو في دولة أخرى تعطي قواعد إسنادها الاختصاص التشريعي للقانون الذي طبقته المحكمة على واقعة الدعوى،⁽²⁾ إضافة إلى ذلك أنه قد يصعب التنبؤ بمكان تنفيذ الحكم.

- كما أن الأخذ بالإحالة فيه إجحاف بحقوق الأفراد، من خلال تطبيق عليهم نظاماً قانونية يجهلون في قوانينهم.⁽³⁾ ونظراً لتلك النتائج المترتبة عن الإحالة والتي تناهض مصالح أطراف العلاقة القانونية، الذين قد يكون بإمكانهم وبشتى الطرق الابتعاد عنها إذا ما كانوا على دراية بها.⁽⁴⁾

ورغم الانتقادات التي وجهت لأنصار نظرية الإحالة، إلا أن الفقه الحديث حاول الدفاع عن الإحالة مستنداً في ذلك على أسس عملية سليمة، خاصة وأن القضاء الفرنسي قد استقر على تطبيقها، وفي غالب الأحيان تطبيقها من الدرجة الأولى أي الإحالة إلى قانون القاضي، تفادياً للحلقة المفرغة التي قد تؤدي إليها.

إلا أن أنصار هذا الاتجاه الحديث قد اختلفوا حول الأساس الفقهي للنتائج التي توصل إليها القضاء وهذا على المنوال التالي:

- من هذه الأسس أو البدائل للإحالة ما ذهب إليه الأستاذ الفرنسي "لوروبور بيجونيير" إلى أن القانون الأجنبي إذا قبل الاختصاص بحكم النزاع بناء على قاعدة إسناده، فإن القاضي يعمل هنا على تطبيق القواعد الموضوعية لهذا القانون، أما في حالة رفضه الاختصاص فلا يمكن بعد ذلك استشارة قواعد إسناده لأي قانون يكون واجب التطبيق، بل يجب على القاضي أمام هذه الحالة تطبيق قانونه الوطني وفقاً لقاعدة الإسناد الاحتياطية التي تقضي في حالة رفض القانون الأجنبي الاختصاص بعد عرضه عليه،

(1) د. علي صادق هشام، تنازع القوانين، 2007، المرجع السابق، ص 94.

(2) نفس المرجع، ص 95.

(3) د. عبد العال عكاشة محمد، المرجع السابق، ص 166.

(4) د. هشام خالد، المرجع السابق، ص 106.

فإن الاختصاص يكون مباشرة من صلاحيات قانون القاضي ليس على إحالة قاعدة الإسناد الأجنبية إلى قانونه، بل على قاعدة الإسناد الاحتياطية.

إلا أن الأستاذ أدخل استثناءات على هذه القاعدة الاحتياطية، منها تطبيق قانون الموطن على أهلية الأشخاص مكان قانون الجنسية، إذا رفض هذا الأخير الاختصاص وفقاً لقاعدة الإسناد الأصلية.

وبناء على ذلك وحسب رأي الأستاذ، حتى يتجنب القاضي وقوع النزاع المطروح أمامه في حلقة مفرغة، وهذا يعد تبريراً لموقف القضاء الفرنسي في تطبيقه للإحالة من الدرجة الأولى.⁽¹⁾

إلا أن هذا الموقف الذي تبناه الأستاذ تعرض للنقد، كون قاعدة الإسناد الاحتياطية لا وجود لها إلى جانب قاعدة الإسناد الأصلية، فما ذلك إلا مسألة وهمية خيالية هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن أي خطأ في تفسير القاعدة الاحتياطية سيكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض، خلاف ما إذا كانت قاعدة الإسناد الأجنبية هي التي أحالت النزاع، فإن محكمة النقض ترفض خضوع تفسيرها في حالة الخطأ لرقابتها.⁽²⁾

• ذهب الأستاذ الفرنسي "نيبواييه" إلى تبرير الأساس الفقهي في تطبيق القضاء الفرنسي الإحالة من الدرجة الأولى، هو تطبيق القاضي لقانونه في حالة رفض القانون الأجنبي الاختصاص بمقتضى قواعد الإسناد، ليس بناء على قاعدة الإسناد الاحتياطية بل على أساس مبدأ إقليمية القوانين، لأنه حسب رأي الأستاذ لا يمكن ترك النزاع بدون حل أو قانون يسري عليه أي "علاقة بدون موطن"، بل تكون خاضعة لقانون القاضي الذي يعتبر صاحب الاختصاص الأصيل لكل نزاع يطرأ على الإقليم.

وهذا الموقف بدوره تم نقده بناء على أن النزاع يصبح بدون حل إلا إذا تخلت عنه كافة التشريعات، وليس بمجرد رفض القانون الأجنبي المختص الاختصاص، وما هذا الطرح إلا تنافياً مع طبيعة العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، لأن المشرع الوطني عندما يستند لقانونه الاختصاص من طرف القانون الأجنبي، يجب أن يعتبر أن أحكام هذا القانون تعد الملائمة لحكم العلاقة المعروضة أمام قاضيه.⁽³⁾

(1) د. علي صادق هشام، تنازع القوانين، 2007، المرجع السابق، ص.ص 97، 98.

(2) نفس المرجع، ص. 99.

(3) نفس المرجع، ص.ص 99، 101.

• أما الأساس الفقهي الذي استند عليه الأستاذ الفرنسي "باتيفول"، كونه يرى أن طبيعة القانون الدولي الخاص مرتبط بأكثر من قانون واحد، ولهذا لا يعقل أن يحل النزاع إلا عن طريق قواعد الإسناد الأجنبية، وفق إرادته بدءا من تحديده للقانون المختص ثم استشارة قواعد الإسناد في قانون هذا الأخير، تماشيا مع ما تفرضه الضرورة، وهي التنسيق مع القوانين المتنازعة حول العلاقة القانونية محل النزاع،⁽¹⁾ ولا يعني ذلك مساسا بالسيادة التشريعية، طالما قاعدة الإسناد الوطنية هي التي قررت الاختصاص.⁽²⁾

ورغم منطق الأستاذ "باتيفول" الذي يدعو إلى التنسيق بين الأنظمة القانونية الدولية في حل النزاع المطروح في مجال القانون الدولي الخاص، إلا أن نظريته أخذ عليها أنها لم توضح السبب الرئيسي الذي جعل القضاء الفرنسي يطبق إلا الإحالة من الدرجة الأولى.⁽³⁾

ثانيا: الاستثناءات الواردة على الإحالة.

لقد اتجه غالبية الفقه المناصر لنظرية الإحالة على إدخال بعض الاستثناءات عليها، وهذه الأخيرة تمثلت فيما يلي:

1. يسري على التصرفات القانونية قانون إرادة المتعاقدين، أي الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي الذي اختاره المتعاقدين لحكم العقد الدولي المبرم بينهم،⁽⁴⁾ دون استشارة القاضي قواعد إسناده، لأن في ذلك احتراماً لضابط الإرادة الذي يمثل معياراً لاختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

أما إذا عبّر المتعاقدين عن رغبتهم بصورة صريحة أو ضمنية الرجوع إلى قواعد إسناد للقانون الذي تم اختياره، ففي هذه الحالة يأخذ القاضي بالإحالة، احتراماً لرغبة المتعاقدين كونها ضابط إسناد في الالتزامات التعاقدية.⁽⁵⁾

(1) د. علي صادق هشام، تنازع القوانين، 2007، المرجع السابق، ص 102.

(2) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 113.

(3) د. علي صادق هشام، تنازع القوانين، 2007، نفس المرجع، ص 103.

(4) د. محند إسعد، المرجع السابق، ص 208.

(5) د. علي صادق هشام، تنازع القوانين، 2007، نفس المرجع، ص 110.

إن تطبيق إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية دون الإحالة، أخذ به القانون الجزائري وهذا في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري.⁽¹⁾

2. استثنى أنصار الإحالة أيضا شكل التصرفات القانونية، كونها تخضع لقاعدة عالمية وهي قانون مكان تحريرها⁽²⁾ (Locus regie actum)، وعليه لا يجوز بطلان التصرف إذا كان لا يتماشى وأحكام القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد للدولة التي تم فيها إبرام التصرف، لأن في ذلك مساسا للاعتبارات قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام، ومسعى المشرع من وراء نصه على هذه القاعدة.⁽³⁾

3. تسري على النظم المالية المصاحبة لعقد الزواج القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي المختص دون استشارة قواعد إسناده.⁽⁴⁾

4. يرد أيضا الاستثناء على العقارات، حيث تخضع لقانون موقعها وهذا ما أكدت عليه المادة 18 الفقرة 4 قانون مدني جزائري.⁽⁵⁾

المطلب الرابع

موقف القانون المقارن من الإحالة

اختلفت التشريعات الدولية من موقفها اتجاه نظرية الإحالة، فهناك منها من لم يحدد موقفه من الإحالة، ومن هذه الدول المملكة العربية السعودية ولبنان وتركيا... الخ،⁽⁶⁾ بينما تشريعات عربية أخرى صرحت من خلال نصوصها القانونية لرفضها لنظرية الإحالة، ومثال ذلك سوريا من خلال نص المادة 20 من القانون المدني والتي نصت: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب تطبيقه، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي

(1) نصت المادة المذكورة أعلاه على ما يلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد."

(2) د. محند إسعد، المرجع السابق، ص 209.

(3) د. علي صادق هشام، تنازع القوانين، 2007، المرجع السابق، ص 111.

(4) د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 114.

(5) نصت المادة المذكورة أعلاه على ما يلي: "غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه."

(6) د. هشام خالد، المرجع السابق، ص 108.

الخاص"، وكذلك القانون المصري من خلال المادة 28 قانون مدني والمادة 24 من القانون المدني الأردني.⁽¹⁾

وهناك أنظمة قانونية أخذت بالإحالة، وذلك إما بالنص عليها في قوانينها أو عن طريق الاجتهاد القضائي، ومن هذه الأنظمة دولة الإمارات العربية في المادة 26 من القانون الاتحادي رقم 05 لسنة 1985، والمادة 4 من القانون البولوني لسنة 1965، والمادة 14 ف2 من القانون السويسري لسنة 1987، والمادة 14 ف1 من القانون الألماني لسنة 1986، والقضاء الفرنسي والبلجيكي وكذلك مجموعة بوستمانت لدول أمريكا اللاتينية واتفاقية جنيف لسنتي 1930 و1931 الخاصة بالأوراق التجارية والشيك، واتفاقية لاهاي لسنة 1902 الخاصة بالزواج،⁽²⁾ بينما إيطاليا وهولندا والدول الإسكندنافية... الخ، تعد من الدول الراضة للإحالة.⁽³⁾

أما عن موقف المشرع الجزائري من الإحالة، نجده قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، وهذا ما نصت عليه المادة 23 مكرر 1 قانون مدني،⁽⁴⁾ وهذا خلافا عن موقفه الأول قبل تعديل القانون المدني، حيث كان رافضا للأخذ بنظرية الإحالة، وإن كان هذا الموقف كان له مؤيديه وكذلك معارضيه. والجدير بالإشارة أن المشرع الجزائري قد وفق في أخذه بالإحالة من الدرجة الأولى لأن في ذلك توسعا في نطاق تطبيق قانونه خاصة في مجال الأحوال الشخصية التي أسندها لقانون الجنسية، كما أن هناك جالية أجنبية في الجزائر يسند قانونها الأحوال الشخصية لقانون الموطن هذا من جهة، ومن جهة أخرى، سوف يجنب القاضي الجزائري مشقة البحث عن القانون المختص، إذا كان يأخذ بالتعدد التشريعي إقليميا أو طائفيا.⁽⁵⁾

إن تبني المشرع الجزائري نظرية الإحالة من الدرجة الأولى، هو ما كان يصبو إليه الأستاذ "علي علي سليمان" قائلا: "فقد تمنين لو أن القانون المدني الجزائري أخذ بالإحالة، لاسيما من الدرجة الأولى".

(1) د. عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص.ص 63، 64.

(2) د. الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 282 هامش.

(3) د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 103.

(4) نصت المادة المذكورة أعلاه على ما يلي: "إذا قرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أخلت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

(5) د. الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، نفس المرجع، ص.ص 281، 282.

ولو كان القانون الجزائري أخذ بالإحالة لحقق للجزائر ميزتين لا يستهان بهما: الأولى هو اتساع نطاق تطبيق القانون الجزائري ليشمل الأجانب المقيمين هنا والوافدين من دول تسند الأحوال الشخصية إلى قانون الموطن، والثانية هو تيسير الحلول على القضاء الجزائري حين تعرض عليه منازعات خاصة بالأحوال الشخصية لهؤلاء الأجانب، فبدلاً من أن يضطر إلى الرجوع إلى التشريع الداخلي الإقليمي أو الطائفي لكل واحد منهم، وفي ذلك ما فيه من عَنَتٍ وإرهاق، فإنه يرجع إلى قاعدة التنازع في الدول المعنية فتحيله على القانون الجزائري باعتباره قانون الموطن فيطبق حكمه في يسر وسهولة لأنه أعلم به أكثر من غيره.⁽¹⁾

هذا ما تعلق بالإحالة الدولية، أما عن الإحالة الداخلية، ما يسمى بـ "إحالة التفويض"، هذه الأخيرة تكون في دولة تعدد فيها القوانين إما تعددا إقليميا أو تعددا طائفيا.

أما التعدد الإقليمي يكون في الأنظمة القانونية المركبة، منها الدول الاتحادية التي تتعدد داخلها القوانين مثال ذلك الولايات المتحدة وكندا، والتي تكون كل ولاية أو مقاطعة منها قانون خاص بها في حالة غياب قانون اتحادي يجمعها.⁽²⁾

أما التعدد الشخصي يكون في حالة وجود لكل طائفة شريعة خاصة بها، ويكون لهذه الطوائف جنسية الدولة التابعين لها، كما هو الحال في لبنان ومصر.⁽³⁾

والتفويض طبقاً لرأي الفقه الراجح هو العودة إلى قواعد الإسناد الداخلية في القانون الواجب التطبيق لتحديد الشريعة الداخلية المختصة بالنزاع، وهذا ما استقر عليه فقه القانون الدولي الخاص.⁽⁴⁾

وتبدو نظرية التفويض مبهمة نوعاً ما لدى الدول العربية، لأنه ينقصها الجانب التطبيقي، كون التفويض يتطلب الرجوع إلى دستور تلك الدولة حتى يمكن معرفة ضوابط التطبيق، إضافة إلى ذلك أن الدول العربية التي تأخذ بهذا التفويض ترغب في تطبيق إلا القواعد الموضوعية الأجنبية.⁽⁵⁾

(1) د. سليمان علي علي، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، في مجلة الشرطة، الصادرة عن المديرية العامة للأمن الوطني، العدد 18، 1982، ص 29.

(2) د. عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص 65.

(3) د. محمد عبد العال عكاشة، المرجع السابق، ص 269.

(4) د. هشام صادق علي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 215، 216.

(5) د. عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص 65 وما بعدها.

ومن بين الدول العربية التي أخذت بهذه النظرية المشرع الجزائري في المادة 23 قانون مدني،⁽⁶⁾ وكذلك المشرع المصري في المادة 26 قانون مدني والمشرع العراقي في المادة 31 الفقرة 2 قانون مدني وأيضا المشرع الأردني في المادة 28 قانون مدني...الخ.⁽⁷⁾

⁽⁶⁾ نصت المادة المذكورة أعلاه على ما يلي: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه.

وإذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي."

⁽⁷⁾ د. عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص 66.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً: المؤلفات

- (1) علي علي (سليمان)، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، لطلبة الفصلين الدراسيين السابع والثامن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1984.
- (2) د. زروتي (الطيب)، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 2000.
- (3) *، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة 2011.
- (4) جابر جاد (عبد الرحمن)، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1989.
- (5) إسعد (محمّد)، قواعد التنازع، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1989.
- (6) بلعور (عبد الكريم)، محاضرات في القانون الدولي الخاص، أُلقيت على طلبة السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق، بن عكنون، سنة 2005.
- (7) أعراب (بلقاسم)، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الزيتونة للإعلام والنشر، (بدون سنة).
- (8) شريفي (نسرين)، وبوعلّي (سعيد)، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، سنة 2013.
- (9) عبد العال (عكاشة محمد)، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2002.
- (10) ممدوح (عبد الكريم)، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2000.
- (11) عز الدين (عبد الله)، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، طبعة 09، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 1986.
- (12) وليد المصري (محمد)، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2009.

- (13) بلمامي (عمر)، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكيف، (دراسة تحليلية ونقدية)، دار هومة، الجزائر، سنة 2010.
- (14) قطيط (عبد الرحمن علي)، تنازع القوانين في الوصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، الطبعة 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، سنة 2011.
- (15) إبراهيم أحمد (إبراهيم)، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء 02، جامعة عين شمس، القاهرة، سنة 1980.
- (16) عبد المنعم رياض (فؤاد)، وراشد (سامية)، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة).
- (17) علي صادق (هشام)، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1974.
- (18) *، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2007.

ثانياً-المقالات:

- (1) سلامة أحمد (عبد الكريم)، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص، ع51، الجمعية المصرية للقانون الدولي الخاص، القاهرة، سنة 1995.
- (2) هشام (خالد)، الاتجاهات الحديثة في نظرية الإحالة، مجلة المحاماة، نقابة المحامين، مصر العربية، ع02، فبراير 1992، السنة 72.
- (3) علي علي (سليمان)، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مجلة الشرطة، الصادرة عن المديرية العامة للأمن الوطني، ع18، سنة 1982.

ثالثاً - النصوص التشريعية والتنفيذية:

1) القوانين:

- القانون المدني رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 79-58 الموافق لـ 26/09/1975 يتضمن القانون المدني.

- قانون الجنسية الجزائرية رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 70-86 الموافق لـ 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية.
- قانون الإجراءات المدنية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-145 المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية.
- القانون المدني رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 79-58 الموافق لـ 26/09/1975 يتضمن القانون المدني.

(2) الأوامر:

- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

(3) المراسيم:

- المرسوم الرئاسي رقم 02-402، المؤرخ في 26/11/2002 المحدد لصلاحيات وزارة الخارجية.

الفهرس

فهرس

الصفحة	العنوان
1	مقدمة
5	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للقانون الخاص
6	المبحث الأول: مفهوم القانون الخاص
6	المطلب الأول: تاريخ وجود القانون الدولي الخاص
6	أولاً: تاريخ وجود القانون الدولي الخاص في القوانين القديمة
10	ثانياً: تاريخ وجود القانون الدولي الخاص في الشريعة الإسلامية
12	المطلب الثاني: تعريف القانون الدولي الخاص وطبيعته
12	أولاً: تعريف القانون الدولي الخاص
14	ثانياً: طبيعة القانون الدولي الخاص
19	المبحث الثاني: علاقة القانون الدولي الخاص ببعض فروع القانون الأخرى ونطاق تطبيقه
19	المطلب الأول: علاقة القانون الدولي الخاص ببعض فروع القانون الأخرى
19	أولاً: علاقة القانون الدولي الخاص بالقانون الدولي العام
20	ثانياً: علاقة القانون الدولي الخاص بفروع القانون الخاص
20	ثالثاً: علاقة القانون الدولي الخاص بقانون المرافعات
20	رابعاً: علاقة القانون الدولي الخاص بالقانون الإداري
21	خامساً: علاقة القانون الدولي الخاص بالقانون الجنائي
21	سادساً: علاقة القانون الدولي الخاص بقانون المالية العامة
21	المطلب الثاني: نطاق تطبيق القانون الدولي الخاص
21	أولاً: تنازع القوانين
22	ثانياً: تنازع الاختصاص القضائي

23		ثالثا: مركز الأجانب
23		رابعا: الجنسية
24		خامسا: تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية
24		سادسا: المواطن
25		المبحث الثالث: مصادر القانون الدولي الخاص
25		المطلب الأول: المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص
26		أولا: المعاهدات الدولية
31		ثانيا: القضاء الدولي
31		ثالثا: العرف الدولي
32		رابعا: الفقه الدولي
32		المطلب الثاني: المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص
35		الفصل الثاني: النظرية العامة لتنازع القوانين
36		المبحث الأول: مفهوم تنازع القوانين
36		المطلب الأول: نطاق تنازع القوانين وتطوره التاريخي وتعريفه وشروطه
36		أولا: نطاق تنازع القوانين
38		ثانيا: التطور التاريخي لتنازع القوانين
59		ثالث: تعريف تنازع القوانين وشروطها
65		المطلب الثاني: مناهج تنازع القوانين
66		أولا: قواعد الإسناد كمنهج تقليدي (Les règles de rattachement)
70		ثانيا: منهج القواعد الموضوعية (Les règles objectives)
74		ثالثا: منهج القوانين ذات التطبيق المباشر
75		رابعا: منهج الملازمة الأمريكي
77		المبحث الثاني: التكيف كطريقة أولى لتفسير قواعد الإسناد
78		المطلب الأول: تعريف التكيف وتاريخه
78		أولا: تعريف التكيف (La qualification)

81	ثانيا: تاريخ التكييف
84	المطلب الثاني: الموقف الفقهي من القانون الواجب التطبيق على التكييف
85	أولا: الاتجاه الذي يخضع التكييف إلى قانون القاضي
87	ثانيا: الاتجاه الذي يخضع التكييف إلى القانون الذي يحكم النزاع (La lex cause)....
88	ثالثا: الاتجاه الذي يخضع التكييف إلى قانون القاضي والقانون الذي يحكم النزاع.....
89	رابعا: الاتجاه الذي يخضع التكييف للقانون المقارن.....
90	خامسا: الاتجاه الذي يخضع التكييف لنظرية علم القانون.....
91	المطلب الثالث: موقف التشريع من مسألة التكييف.....
95	المبحث الثاني: الإحالة كطريقة ثانية لتفسير قواعد الإسناد.....
96	المطلب الأول: تعريف الإحالة وصورها.....
96	أولا: تعريف الإحالة (Le renvoi).....
96	ثانيا: صور الإحالة.....
97	المطلب الثاني: تاريخ نظرية الإحالة.....
99	المطلب الثالث: موقف الفقه من الإحالة والاستثناءات الواردة عليها.....
99	أولا: موقف الفقه من الإحالة.....
103	ثانيا: الاستثناءات الواردة على الإحالة.....
104	المطلب الرابع: موقف القانون المقارن من الإحالة.....
109	قائمة المراجع:.....
113	الفهرس:.....