وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد البشير الابراهيمي
برج بوعريريج
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: القانون خاص

جامعة محمد البشير الإبراهيمي برج بوعريريج
كلية الحقوق والعلوم السياسية
المجلس العلمي للكلية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مطبوعة في مقياس

# القانون الدولي الخاص
# (تنازع القوانين)

موجهة لطلبة سنة ثالثة ليسانس قانون خاص

من إعداد الدكتورة: قيرة سعاد

السنة الجامعية 2024-2025

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التّعليم العالي والبحث العلميّ

جامعة محمد البشير الابراهيمي برج بوعريريج

كلية الحقوق و العلوم السياسية

# مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي للكلية

## المنعقد بتاريخ 27 جانفي 2025

بناء على محضر اجتماع المجلس العلمي للكلية المنعقد بتاريخ: **27 جانفي 2025 في دورته العادية**، وفي محور جدول الاعمال **النقطة الأولى (01)**: المصادقة على تقارير الخبرة الإيجابية لتقييم مطبوعة بيداغوجية واعتمادها.

للدكتورة: قيرة سعاد.

تحت عنوان " **القانون الدولي الخاص تنازع القوانين** " موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس قانون خاص، والمحكمة من طرف الخبراء الذين تم تعيينهم في المجلس العلمي للكلية المنعقد بتاريخ **01 أكتوبر 2024** والآتية أسماؤهم:

| الاسم واللقب | الرتبة | الجامعة |
|---|---|---|
| بلفروم محمد اليمين | أستاذ محاضر قسم أ | محمد البشير الابراهيمي برج بوعريريج |
| بكيس عبد الحفيظ | أستاذ محاضر قسم أ | محمد البشير الابراهيمي برج بوعريريج |
| بوعافية رضا | أستاذ محاضر قسم أ | محمد البشير الابراهيمي برج بوعريريج |

تم اعتماد المطبوعة.

سلمت هذه الشهادة بطلب من المعني لاستعمالها في حدود ما يسمح به القانون

برج بوعريريج في: 2025/02/04

رئيس المجلس العلمي للكلية

رئيس المجلس العلمي للكلية

الاسم واللقب: ميلوب يزيد

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد البشير الابراهيمي
برج بوعريريج
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: القانون خاص

مطبوعة في مقياس

# القانون الدولي الخاص
# (تنازع القوانين)

موجهة لطلبة سنة ثالثة ليسانس قانون خاص

من إعداد الدكتورة: قيرة سعاد

السنة الجامعية 2024-2025

**مقدمـــــة:**

من الثابت أن الأفراد تتوزع على شكل وحدات سياسية قانونية يصطلح عليها بالدول وتعددت الأنظمة القانونية وهذه الأنظمة تتوزع على عوائق قانونية وهي الأنظمة القانونية ضمن الاتجاه الأنكلوسسكوني وكذلك الأنظمة ضمن الاتجاه اللاتيني وهكذا بالنسبة للمجموعة التي تقع ضمن الاتجاه الجرماني والاشتراكي وبأثر ذلك تختلف أنظمة كل مجموعات الأخرى وإذا افترضنا بقاء أفراد كل دولة ضمن محيطها الإقليمي فأن كل دولة ستتأثر بحكم هؤلاء الأفراد عن طريق قوانينها الداخلية دون أن تحتاج إلى قوانين تنظم أوضاع الأجانب، ولكن هذا الافتراض لا يستقيم أمام ضرورات الحياة المعاصرة الذي تقترضه حركة وانتقال الأشخاص والأموال عبر الحدود الدولية مما يطرح اختلاف الحالة القانونية بفعل تغير المكان **(الموطن)** و**(مركز الأجانب)** وظهور علاقات وعقود بين أطراف تابعين لدولة مختلفة أو لدولة واحدة **(الجنسية)** حول علاقة موضوعها أموال تقع في دولة أخرى أو بين أطراف تابعين لدولة واحدة نشأت بينهما علاقة تعاقدية عن موضوع موجود في نفس الدولة ولكن أبرام العقد تم في الخارج **(تنازع القوانين)** أن مثل تلك العلاقات في مختلف الفروض أعلاه لا يمكن أن تعامل بنفس معاملة العلاقات الوطنية وهذا يعني أنها علاقة غير وطنية يصطلح جديثا بالعلاقات ذات الأبعاد الدولية الخاصة، فاختلاف معاملة بين العلاقتين أعلاه يفترض اختلاف القوانين الحاكمة لكل منها واختلاف المحاكم التي تنظر في المنازعات الناشئة عنها**(تنازع الاختصاص القضائي)** فالعلاقات الوطنية التي تحصل بين الأفراد التابعين لدولة واحدة على موضوع كائن فيها وعن سبب نشأ على أراضيها تخضع بدون خلاف للقانون الوطني لتلك الدولة ولكن العلاقات ذات الأبعاد الدولية المتصلة بعنصر أو أكثر من عناصرها بدولة أو أكثر تخضع لقواعد قانون آخر يصطلح عليه بالقانون الدولي الخاص.

يعتبر القانون الدولي الخاص موضوع مستحدث وجديد نسبيا مقارنة مع باقي فروع القانون الأخرى، وهو فرع من فروع القانون الخاص الذي ينظم العلاقات بين الأشخاص فيما يبنهم لكنه يتسم بالدولية وذلك لتوفر العنصر الأجنبي في العلاقة، وهذا المصطلح الأخير يعتبر العنصر الأساسي ومن أطراف العلاقة، أو موضوع العلاقة أو مكان قيام هذه العلاقة.

سوف نعالج الموضوع الأهم في القانون الدولي الخاص وهي تنازع القوانين، الذي عرف اهتمام في القانون المقارن، وإذ يعتبر المجال الخصب لينمي الطالب قدراته على توظيف كثير مما حصل عليه من مفاهيم وأسس وأحكام في سنواته الدراسية السابقة خاصة في القانون الخاص بدراسة قواعد قانونية وطنية متميزة في صياغتها ومضمونها تخرج به عن نطاق القانون الوطني إلى النطاق الدولي ثم تعيده، حيث نجد تحقيق السياسة التشريعية الوطنية.

نسعى في هذه المحاضرات تبسيط آليات تنازع القوانين، في حالة وجود علاقات ذات عنصر أجنبي بحثا عن القانون الواجب التطبيق، مع التعمق في القانون المقارن وآليات عمل نظريات تتنازع القوانين وتطورها مع توضيح مركز لتوجهات المشرع الجزائري ومواكبته للتطورات الحاصلة، بحيث يكتسب الطالب ملكة التكييف القانوني وطرق ملائمة علاقة ذات عنصر أجنبي مع قانون يتطابق ومتتطلبات النزاع، مع الحفاظ على توازن مصالح الأطراف وكذلك المصلحة الوطنية إقتصادية كانت أم إجتماعية.

كما تقتصر دراستنا على أهم المواضيع وهي تلك التي تتضمن المبادئ العامة لتنازع القوانين، وقواعد الإسناد، وكذا التكييف من أجل معرفة القاضي القانون الواجب التطبيق حسب نوع النزاع، ومتى يتم تطبيق نظرية الإحالة وفق قواعد الإسناد للقاضي، وتطبيق القانون الأجنبي، وحالات استبعاده، فلا يمكن حل أي نزاع يخص العلاقة ذات العنصر الأجنبي إلا بفهم المواضيع وتطبيق المبادئ، وتبقى الحلول الوضعية لتنازع القوانين.

# الفصل الأول: ماهية القانون الدولي الخاص

## المحور الأول: مفهوم القانون الدولي الخاص

## المحور الثاني: نطاق تطبيق القانون الدولي الخاص

**المحور الأول: مفهوم القانون الدولي الخاص**

إختلف الفقهاء في وضع تعريف شامل للقانون الدولي الخاص ومرد ذلك هو إختلاف نظريتهم لهذا الفرع من القانون من حيث الطبيعة القانونية ونطاقه ومصادره لهذا سنقوم في هذا المحور دراسة تحديد تعريف للقانون الدولي الخاص وكذا الطبيعة القانونية له كما هو موضح في مايلي:

**أولا: تعريف القانون الدولي الخاص**

اختلف تعريف القانون الدولي الخاص بسبب اختلاف المذاهب الفقهية فمنهم من عرفه بالاعتماد على نطاق مسائل الجنسية والموطن وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ومنهم من خرج على نطاق إحدى هذه المسائل أو أكثر، ولكن أغلب الفقهاء درسوا القانون الخاص من خلال ستة مواضع مهمة وهي تنازع القوانين، تنازع الاختصاص، حالة الأجانب والجنسية والموطن، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، وبالتالي فإن تعريف القانون الدولي الخاص يعتمد على عاملين مؤثرين في تعريفه وضبط دوره، العامل الأول أن القانون الدولي الخاص لا يزال في طور التطور والتأصيل مقارنة بالقانون الدولي العام التقليدي، أما العامل الثاني هو تأثير القانون الدولي الخاص بمفاهيم جديدة العولمة وحقوق الإنسان والحريات[1].

وعلى ضوء ما سبق سنقدم مجموعة من التعاريف للقانون الدولي الخاص باعتباره فرع من فروع القانون الخاص فهو عبارة عن مجموعة من القواعد التي تحكم العلاقات بين الأشخاص، طبيعيين كانوا أو اعتباريين، والتي تدخل في نطاق القانون الخاص وتحتوي على عناصر ترتبط بأكثر من دولة[2].

---

[1] أحمد عبد الحميد عيشوش، القانون الدولي الخاص، جامعة بنها ، مصر، 2006، ص 216.

[2] بشور فتيحة، محاضرات القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، محاضرات لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص القانون الخاص، جامعة أكلى محند أولحاج- البويرة، ا2016-2017، ص 1.

كما يعرف الدكتور علي علي سليمان القانون الدولي الخاص يأنه: "مجموعة القواعد التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية إذ اقترن بها عنصر أجنبي، والتي تعالج مسألة الاختصاص القضائي الدولي، وحالة الأجانب والجنسية والموطن، وتبين كيف يمكن تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية".[1]

وعرف الطيب زيروتي القانون الدولي الخاص على أنه: "مجموعة القواعد الفنية التي تحكم العلاقات الخاصة الدولية من حيث تحديد أصحاب الحقوق واستعمالها ونفاذها"[2].

اما بالنسبة لتعريف القانون الدولي في الفقه الغربي فقد عرفه الفقيه دي بانييه بأنه:"يتضمن القواعد الواجب إتباعها في تنازع القوانين الخاصة بين الحكومات المختلفة".

كما عرفه الفقيه الأمريكي ستوري بأنه:" يتضمن الاحكام الناشئة عن تنازع قوانين الأمم المختلفة عند تطبيقها العلمي على التجارة والمواصلات الحديثة".

اما الفقه الحديث فقد ركز في إبراز دور هذا الفرع من القانون من خلال الفصل في النزاعات ذات العنصر الأجنبي بواسطة قواعد فنية فقد عرف الفقيه نيبوابيه هذا القانون بأنه: "ذلك الفرع من القانون الفرنسي الذي يحكم توزيع الأفراد دوليا على أساس الجنسية والموطن لبيان ما يتمتعون به من حقوق في العلاقات الدولية وطريقة كسبها أو فقدها يبقا للقوانين[3].

ومن خلال التعاريف السالفة الذكر يتضح ان القانون الدولي الخاص تنصب قواعده في مجملها على معالجة التصرفات والعلاقات القانونية الخاصة الدولية ذات العنصر الأجنبي.

---

[1] غالب الداودي وحسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية الموطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي، ج1، دار الكتاب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1994، ص 4

[2] زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري،ج1 تنازع القوانين، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص 10

[3]بابا عمي الحاج أحمد، مطبوعة في مقياس القانون الدولي الخاص تنازع القوانين،موجهة لطلبة سنة ثالثة قانون خاص، جامعة غرداية، 2020-2021، ص 12.

والحقيقة أن هناك عاملان مؤثران في تعريف القانون الدولي الخاص وضبط دوره، أولهما أنه قانون لا يزال في طور التطور والتأصيل مقارنة بالقانون الدولي العام التقليدي الذي ترسخت قواعده، وعلى ذلك يجب ان تستوعب قواعد القانون الدولي الخاص مستجدات العلاقات الخاصة الدولية الحديثة وتجاربها وتتطور بتطورها، والعامل الثاني أن إضفاء الصفة الدولية عليه يتعين حتما أن يتأثر بمفاهيم جديدة سائدة في العلاقات الدولية كالعولمة والنظام القانوني الجديد وحقوق الإنسان وإستعمال التكنولوجيا الحديثة بل وكونه أصبح موضوعا للقانون الدولي العام مباشرة في بعض مجالاته.[1]

**ثانيا: الطبيعة القانونية للقانون الدولي الخاص**

تطرح هذه الطبيعة جملة تساؤلات تتمحور حول

- **هل ان القانون الدولي الخاص قانون بالمعنى الفني للكلمة؟**
- **هل انه قانون دولي ام داخلي؟**
- **هل انه قانون عام ام خاص؟**

فمن ناحية **السؤال الاول** يتمتع هذا القانون بصفة الالزام لأنه يتضمن قواعد عامة مجردة يترتب على مخالفتها جزاء فيأخذ بذلك وصف القانون.

**أما السؤال الثاني** فقد ذهب فيه الفقه في **مذهبين:**

1- **المذهب الأول:** ينكر الصفة الدولية على هذا القانون ويصفه بالقانون الداخلي وذلك لان نطاق تطبيقه ومصادره تختلف عن نطاق تطبيق ومصادر القانون الدولي فالأول يحكم العلاقات التي يكون اطرافها افراد بينما الثاني يحكم العلاقات التي يكون اطرافها دول او اشخاص القانون الدولي العام الاخرى مثل المنظمات كما ان مصادر الاول داخلية ذلك لغياب مشرع دولي في هذا السياق او وجود قواعد تشريعية مشتركة بين الدول بينما

[1] الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 10.

مصادر القانون الدولي قـد تكون في الغالب دولية مثل الاتفاقيات الدولية او الاعراف الدولية.

**2- المذهب الثاني**

فيذهب الى الاعتراف للقانون الدولي الخاص بالصفة الدولية من ناحية القواعد التي يتضمنها وان كانت تستقي من مصادر داخلية مثل التـشريع و الاعراف الداخلية إلا ان نطاق تطبيقها له ابعاد دولية حيث لا تحكـم تلـك القواعـد العلاقات الوطنية انما العلاقات ذات الابعاد الدولية الخاصة فقواعد الجنـسية تحكـم العلاقة ما بين الفرد و الدولة وعلى اساسها يتحدد انتمائه وبفعلها تتدخل الدولة لحماية الفرد دبلوماسيا اذا اصابه ضرر في الخارج ولم يستطيع الحصول على تعويض كما ان الدولة تكون مسؤولة عن افعاله من الناحية الدولية اذا الحق ضرر بدولة اخـرى .بصورة مباشرة او غير مباشرة كما ان قواعد تنازع القوانين وتنـازع الاختـصاص القضائي الدولي وضعت لحكم العلاقات ما بين افراد تابعين لدولة مختلفة وهـذا مـا يجعل هذه القواعد حاكمة لمواضيع متعدية الاثار على أكثر من دولة كما يتأثر مركز الاجانب بالعلاقات الدولية فكلما تحسنت العلاقات الدولية ما بين الدول تحسن وضـع الاجنبي وهذا يعني ان مركز الاجانب يتأثر بقواعد القانون الـدولي وكـذلك الحـال بالنسبة للموطن .

وما بين هذين الموضعين يذهب البعض بالقول ان قواعـد القـانون الـدولي الخاص قواعد داخلية من حيث المصدر ولكن اثارها دولية من حيث نطاق تطبيقها .وإذا كان القانون الدولي الخاص قانون وطني داخلي المصدر ودولي التطبيـق **فهل ان هذا القانون من فصيلة القانون العام ام الخاص؟**

لقد أجاب الفقه عن ذلك في **اتجاهين:**

**الاتجاه الاول:** يذهب الى الحاق القانون الدولي الخاص بالقانون الخاص وذلـك لان موضوعات القانون الدولي الخاص تتعلق بالعلاقات التي يكون الافراد اطرافـا فيهـا فالجنسية وان كانت علاقة ما بين فرد ودولة الا ان اثارها تنعكس علـى العلاقـات الدولية

الخاصة كما انها تبين فضلا عن الحقوق العامة الحقوق الخاصة وكذلك النظام القانوني الواجب التطبيق وهي مسائل من ابحاث القانون الخاص وينسحب هذا الكلام على الموطن وكذلك مركز الاجانب اما تنازع القوانين فهو موضوع ينصرف الى التنازع ما بين القوانين الخاصة في اطار العلاقات التي يكون الافراد طرفا فيها ونفس الوضع بالنسبة لتنازع الاختصاص القضائي الدولي.

**اما الاتجاه الثاني:** فيلحق موضوعات القانون الدولي الخاص بنظم القانون العام فهو ينظر للجنسية بوصفها علاقة ما بين الفرد ودولة ومتعلقة بسيادة الاخيرة وتحدد الحالة السياسية للأفراد فضلا عن حالتهم المدنية وهي مسائل من صميم القانون العام وهو نفس الوضع بالنسبة للموطن اما مركز الاجانب فان قواعده يستأثر المشرع الوطني في كل دولة بتنظيمها وهي مسالة متعلقة بسيادة الدولة فينظم حركة الاجانب عبر حدودها بالدخول والاقامة والخروج ولحماية امنها وسلامتها وهي امور تخص القانون العام .اما بالنسبة لموضوع تنازع القوانين فهو يعنى ببيان نطاق تطبيق القوانين الوطنية والاجنبية أي مدى سلطانها وتطبيقها على العلاقات الدولية الخاصة وهو من ابحاث القانون العام اما تنازع الاختصاص القضائي الدولي فهو يعنى بيان نطاق اختصاص المحاكم الوطنية والاجنبية في العلاقات الدولية الخاصة لذا يلحق بنظم القانون العام فضلا عن ان كل من الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي مظهر من مظاهر سيادة الدولة .وفي الحقيقة يمكن وصف القانون الدولي الخاص بانه مركب من موضوعات بعضها ينتمي للقانون العام مثل الجنسية والموطن ومركز الاجانب وتنازع الاختصاص القضائي الدولي الا ان اثارها تحرك تطبيق قوانين خاصة والبعض الاخر من هذه الموضوعات تنتمي الى القانون الخاص مثل تنازع القوانين الا ان اثارها يمكن ان تحرك تطبيق قوانين عامة.

## المحور الثاني : نطاق القانون الدولي الخاص

إختلف الفقه إختلافا شديد حول تحديد موضوعات أو مباحث القانون الدولي الخاص إذا نجد ثلاث إتجاهات في هذا الصدد، راي موسع لنطاق القانون الدولي الخاص ويؤمن به الفقه الفرنسي،[1] ورأي مضيق لموضوعات القانون الدولي الخاص ويتبناه الفقه الانجلوسكسوني[2] وهناك راي وسيط بينهما.

كما سبق وذكرنا أن القانون الدولي الخاص يعالج مجالات ومواضيع متعددة وحصرها الفقهاء كما هو موضح في المخطط الآتي:

[1] المفهوم الواسع للقانون الدولي الخاص تتبناه المدرسة الفرنسية، أنظر ذلك :
هوللوفواىيه ، دي لابرادىل: القانون الدولي الخاص، طبعة ماسون، 1987 ، ص 10، بىيىر ماىيىر: القانون الدولي الخاص الطبعة 6 مونتشرىتين، 1998 ، ص 8، سامي بديع منصور: القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية، 1997 ص 16.

[2] هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007،هشام خالد، ص ص 37-38.

الشكل رقم 01: نطاق تطبيق القانون الدولي الخاص

**أولا: تنازع القوانين**

يعد موضوع تنازع القوانين من اهم موضوعات القانون الدولي الخاص على اعتبار أن تنازع القوانين يبحث في إشكالية وجود تنازع بين القانون الوطني والأجنبي، والحل الذي يجب إعماله لحل هذا التنازع، وهذا هو المحور الأساسي للقانون الدولي الخاص، الذي أوجد بهدف إيجاد الحل القانوني للعلاقات المشتملة على عنصر أجنبي. ويشترط قيام تنازع القوانين على:

- **أن تتسم العلاقات والتبادل بالصفة الدولية وبعبارة أخرى أن تتضمن العلاقة القانونية عنصرا أجنبيا والعناصر المكونة للعلاقة القانونية هي:**

**العنصر الأول: السبب المنشأ لها** سواء كان هذا السبب تصرفا قانونيا كبيع أو وصية أو واقعة قانونية –عملا ضارا أو عملا نافعا– أو نصا قانونيا كالولاية والوصاية، وقد يكون السبب المنشئ واقعة طبيعة كالولادة والموت.

**العنصر الثاني: أشخاص العلاقة القانونية** سواء أكان هؤلاء الأشخاص دائنين أو مدنيين أو أصحاب حقوق أو ملتزمين متسببين في ضرر ما أو متضررين ..إلخ

**العنصر الثالث محل العلاقة القانونية** وهذا المحل إما أن يكون قياما بعمل شيء أو إمتناعا عن القيام به أو التزاما بإعطاء شيء.[1]

أن يقبل المشرع الوطني في حالات معينة تطبيق قانون غير قانونه، لأن التمسك بمبدأ سيادة القانون الوطني على إطلاقه، وفي جميع الأحوال، وضع يؤدي إلى إنتفاء أي تنازع قانون القاضي وأي قانون أجنبي.

أن يكون هناك اختلاف في التشريع بين الدول، أما إذا كانت قوانين الدول التي تتصل بها عناصر العلاقة القانونية متشابه وموحدة، فإن الحكم سيكون ذاته سواء، ثم منح الاختصاص إلى قانون دولة ما أم لقانون دولة أخرى، وما دام الحكم واحد فليس هناك من جدوى ولا مصلحة من قيام التنازع.[2]

**ثانيا: تنازع الاختصاص القضائي الدولي**

قواعد الاختصاص القضائي الدولي تمثل الجانب الإجرائي لمشكلة تنازع القوانين، فإذا كانت قواعد تنازع القوانين تعني ببيان وتحديد الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر لأجنبي، فإن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تحدد المحكمة المختصة بنظر هذا النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وتلك مسألة هامة باعتبار أن الحقوق التي

---

[1] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص –تنازع القوانين–، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص ص 16–17.

[2] نفس المرجع، ص 18–19.

تثبت للأفراد بمقتضى القانون تظل عديمة الجدوى إذا لم يستطع هؤلاء حمايتها عن طريق القضاء[1].

اثار أغلب الفقهاء إدخال هذا الموضوع ضمن مشتملات القانون الدولي الخاص، ويعني هذا الموضوع بالبحث عن المحكمة المختصة دوليا بالنظر في النزاع، والواقع هو أن هذه المسألة يجب أن تعرض قبل مسألة تنازع القوانين، فلكي يحدد القاضي المعروض عليه النزاع ماهو القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع، يجب عليه أولا أن يبحث عما إذا كان هو نفسه مختصا أو غير مختص في هذا النزاع، فإذا كانت محكمته مختصة بالنظر فيه، وانتقل للبحث عن القانون الواجب التطبيق[2].

إن المشرع الوطني هو الذي يحدد اختصاص المحاكم الوطنية بالنسبة للنزاعات الداخلية والنزاعات المشتملة على عنصر أجنبي فنجد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3] يبين متى تكون المحاكم الجزائرية مختصة وهل يجوز مقاضاة أجنبي في الجزائر، إن القاضي يجد الجواب في ق إ م و إ[4] وكذلك المادة 21 مكرر من القانون المدني[5] التي تنص 'يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات" ولهذا يظهر أن العلاقة وطيدة بين تنازع القوانين

---

[1] رمزي محمد على درار، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية طبعة 01، بيروت، لبنان، ص 32.

[2] أحمد عبد الحميد عيشوش، مرجع سابق، ص 218.

[3] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 بتاريخ 28 فبراير 2008.

[4] راجع في هذا الصدد المادتين 41و المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي بعض الأحيان يلجأ المشرع إلي وضع قراعد إسناد خاصة بتنازع الاختصاص القضاء الدولي

[5] القانون المدني الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 الجريدة الرسمية رقم 44 .

وتنازع الاختصاص القضائي وهذا ما اتجه إليه الرأي الراجح بوجوب إدخال تنازع القوانين ضمن مشتملات القانون الدولي الخاص[1].

**ثالثا: الجنسية والموطن**

هي رابطة قانونية وسياسية وروحية بين الأفراد والدولة ترتبط الجنسية بالقانون الدولي الخاص وبها يتعدد عنصر الشعب، إذ تتكفل الدولة في قانون الجنسية ببيان حالات فرضها وكسبها وفقدانها واستردادها ويترتب على تمتع الفرد بها أم يصبح من وطنييها وأن يتميز عن الأجنبي في الحقوق والواجبات ولذلك تعتبر الجنسية من موضوعات القانون الدولي الخاص لأن الجنسية هي ضابط خلالها نحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع خاصة في الأحوال الشخصية، وقد يتحدد الاختصاص القضائي انطلاقا من جنسية الخصوم، ففي الجزائر ينعقد اختصاص المحاكم الجزائرية إذا كانت جنسية المدعي جزائري[2].

ففي مجال تنازع القوانين وفي سعي المشرع للبحث عن القانون الواجب التطبيق على علاقة ذات عنصر أنجبي، اعتمد المشرع بالجنسية كضابط إسناد يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه، فقد دأبت كثير من التشريعات ومنها المشرع الجزائري على الاعتداد بالجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية[3].

من ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 10 من القانون المدني على أن "يسرى على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" وكذلك ما نص عليه في المادة 16 من نفس القانون "يسري على الميراث والوصية

---

[1] اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1 تنازع القوانين، دار هومة، الجوائر، 2002، ص 10وكذا الطيب زاروتي، مرجع سابق، ص 24.

[2] بابا عمي الحاج أحمد، مرجع سابق، ص 16

[3] رمزي محمد على درار، مرجع سابق، ص 35.

وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية المالك أو الموصي أ, من صدر منه التصرف وقت موته".

فالمشرع الجزائري هنا أخضع الأهلية والحالة المدنية للأشخاص والميراث لقانون الجنسية، وهكذا تبدو أهمية الجنسية في مجال تنازع القوانين تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق في كثير من النزاعات ذات الطابع الدولي.

**رابعا: تنفيذ الأحكام الأجنبية**

إن مسألة الحكم الأجنبي ومدى قابليته للتنفيذ في الدولة من بين أهم المسائل في القانون الدولي الخاص، إذ يتعلق بالبحث في مسألة تنفيذ الحكم الأجنبي في دولة غير الدولة التي أصدرته وتعتبر مسألة تنفيذ الحكم الأجنبي ذات أهمية لأنها تتعلق بالآثار الناتجة عن وجود علاقة أجنبية، ووجود حكم صادر في دولة غير الدولة المراد التنفيذ فيها، وهذا ما يقتضي ضرورة توفر مجموعة من الشروط وإتباع مجموعة من الإجراءات حتي يكون الحكم قابلا للتنفيذ[1]

ولكي يكون الحكم قابلا للتنفيذ في بلد الاستقبال لا بد يتصف بالصفة الأجنبية من جهة وأن يكون صادرا في المنازعات القانون الخاص من جهة أخرى، ويقصد بالحكم الأجنبي بصدد الاعتراف به وتنفيذ القطعي أي الذي يحسم موضوع النزاع كله أو بعضا منه، والعبرة من اشتراط كون الحكم قطعيا هو أن الأحكام القطعية وحدها هي التي تحوز حجية الأمر المقضي به، والمرجع في تحديد كون الحكم الأجنبي متمتعا بهذه الحجية من عدمه هو قانون الجهة القضائية الذي أصدرته، كذلك فإن قرارات المحكمين

[1] شوشو عاشور، الوجيز في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، ملخص محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصص قانون خاص، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، 2020-2021، ص 4.

وعلى الرغم من الفوارق المعروفة بين الحكم القضائي وقرارات التحكيم فإنها تخضع لنفس القواعد الخاص بالحكم الأجنبي[1]

**خامسا: مركز الأجانب أو حالة الأجانب**

يقصد به تحديد المركز القانوني للأجنبي أو حالته، عندما يكون لهذا الأجنبي صلة بدولة لا يحمل جنسيتها، إما بصفته عابرا لإقليميها، أو مقيما على إقليمها، أو متواطئا فيها او لاجئا إليها، فوصف الأجنبي إذن ينصرف إلى كل شخص لا يحمل جنسية تلك الدولة، ولكنه يحمل جنسية دولة أخرى ويرى جانب من الفقه أن عديم الجنسية يدخل تحت وصف الأجنبي، رغم أنه لا يحمل أي جنسية من الجنسيات، لكن في هذه الحالة تأخذ صفة الأجنبي بالنسبة إليه صفة الإطلاق، لأنه لا يحمل صفة الوطني لأي دولة من الدول[2].

تكم التفرقة بين الوطني والأجنبي في تحديد مركز كل ولحد منهما، فالذي يحمل جنسية دولة ما يعتبر وطنيا لها، ويعامل معاملة الوطنيين وفق القوانين التي تضعها الدولة خصيصا لوطنييها، والذي لا يحمل جنسيتها وتكون له صلة بها يعامل معاملة الأجانب وفق القواعد التي تنظم حالة الأجانب في الدولة المعنية.

ولذلك فغن الإشكال يتمركز حول الحقوق والحريات المسموح بها للأجانب، إن الدول تختلف في سياستها في هذا المجال هناك من تحرم الأجنبي من تملك العقارات ومزاولة بعض المهن وممارسة الحقوق السياسية بينما توجد دول أخرى تسمح للأجنبي بالتملك ومزاولة مهن وتسمح بالترشح لمناصب نيابية وسياسية، ورغم الاعتراف للأجنبي بقدر من الحقوق في الدولة الإقامة إلا أن ذلك لا يعني مساواته بالوطني في الحقوق والواجبات بصورة عامة لاعتبارات تفرض التميز بينهما في التمتع بالحقوق وأداء الواجبات العامة في

---

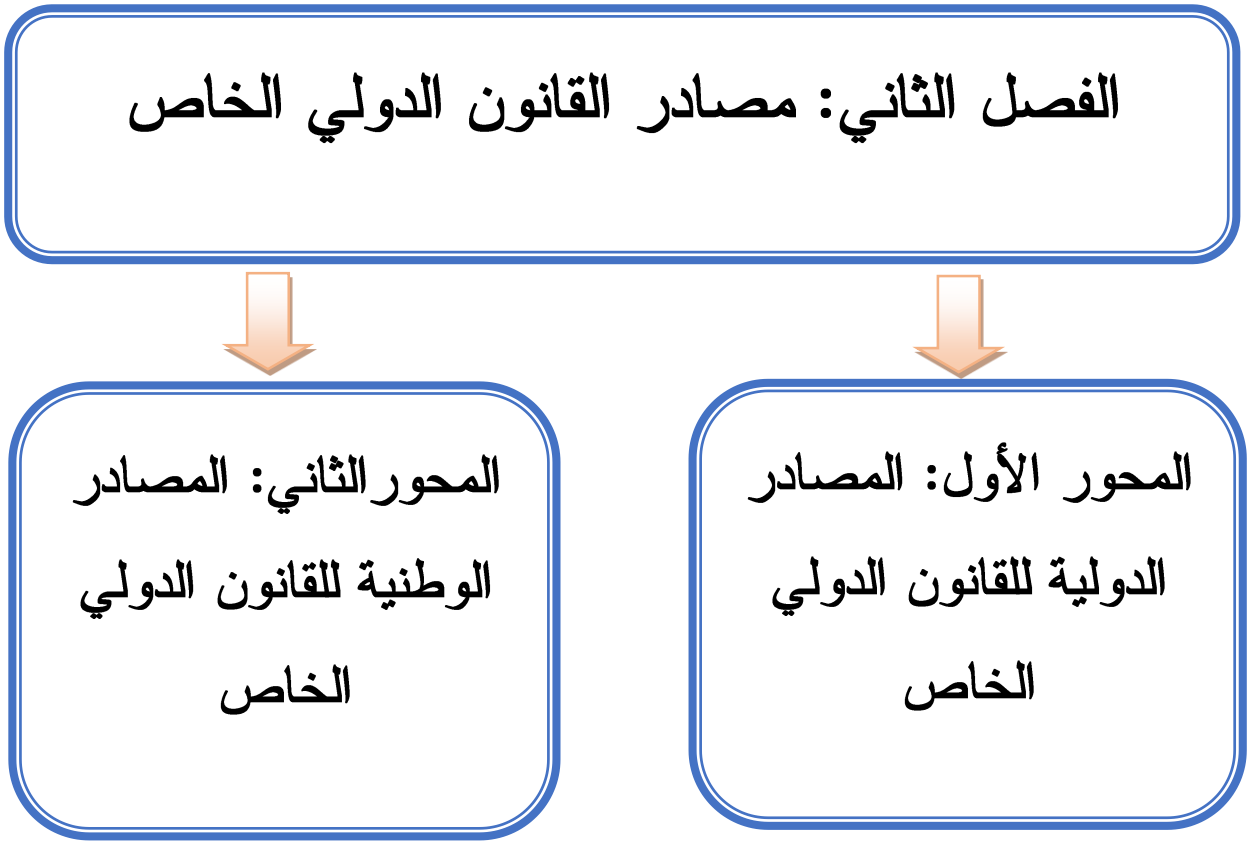
[1] في الاعتراف بالأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها في الجزائر راجع القسم الثالث من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بداية من المواد 1051 إلي غاية المادة 1054.

[2] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، في الجنسية والمواطن ومركز الأجانب الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الحادية عشرة، 1936، ص ص 602-603

الدولة، فمركز الأجنبي في دولة الإقامة تنظمهم قواعد قانونية تحدد الحقوق التي يمكن أن يتمتع بها[1].

والخلاصة فقد اتضح لنا من خلال هذا العرض الموجز لاختلاف الفقهاء حول تحديد موضوعات القانون الدولي الخاص أن الاتجاه الموسع الذي يرى أنصاره اشتمال القانون الدولي الخاص على موضوعات الجنسية مركز الأجانب والموطن وتنازع الاختصاص القضائي واثار الأحكام الأجنبية بالإضافة إلى تنازع القوانين، وإن كانت مستقلة عن بعضها البعض نسبيا فيها تعالجه بصفة خاصة، إلا أنها تتكامل مع بعضها البعض وتلتقي عند هدف واحد وهو تنظيم العلاقات الخاصة الدولية تنظيما دوليا، وكذا الارتباط الوثيق بين هذه الموضوعات واعتبار حلقة متصلة لا غنى عنها لدراسة العلاقات ذات الطابع الدولي، ولذلك تصلح لتكون موضوعات لفرع مستقل من القانون الدولي الخاص.

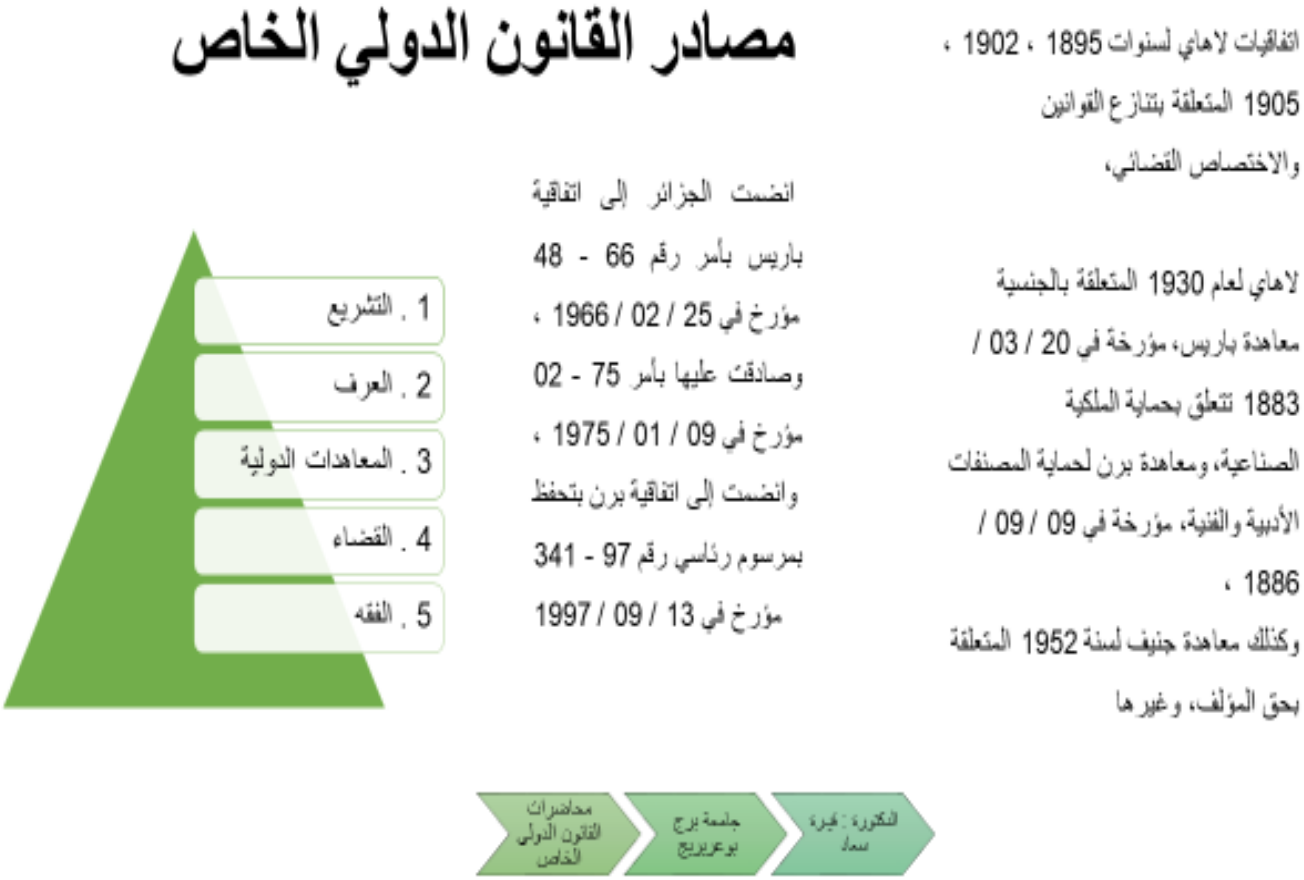
[1] غالب الداودي وحسن محمد الهداوي، مرجع سابق، ص 20.




**الفصل الثاني: مصادر القانون الدولي الخاص**

من خلال تحديد الطبيعة القانونية المزدوجة للقانون الدولي الخاص على أنه قانون دولي وقانون خاص في نفس الوقت ولهذا لا بد أن تكون مصادر قواعده دولية ومصادر داخلية.

فمن خلال تتحدد مصادر القانون حسب المادة الأولى من القانون المدني الجزائري بالتشريع، الشريعة الإسلامية، العرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وهذه المصادر الأصلية ويقابلها المصادر الثانوية المتمثلة في القضاء والفقه، غير أنه إذا ما رجعنا إلى مصادر القانون الدولي الخاص فإننا نجد أن مصادرها تنقسم إلى مصادر دولية وأخرى مصادر داخلية وهذا ما سنشرحها بإيجاز في مايلي:

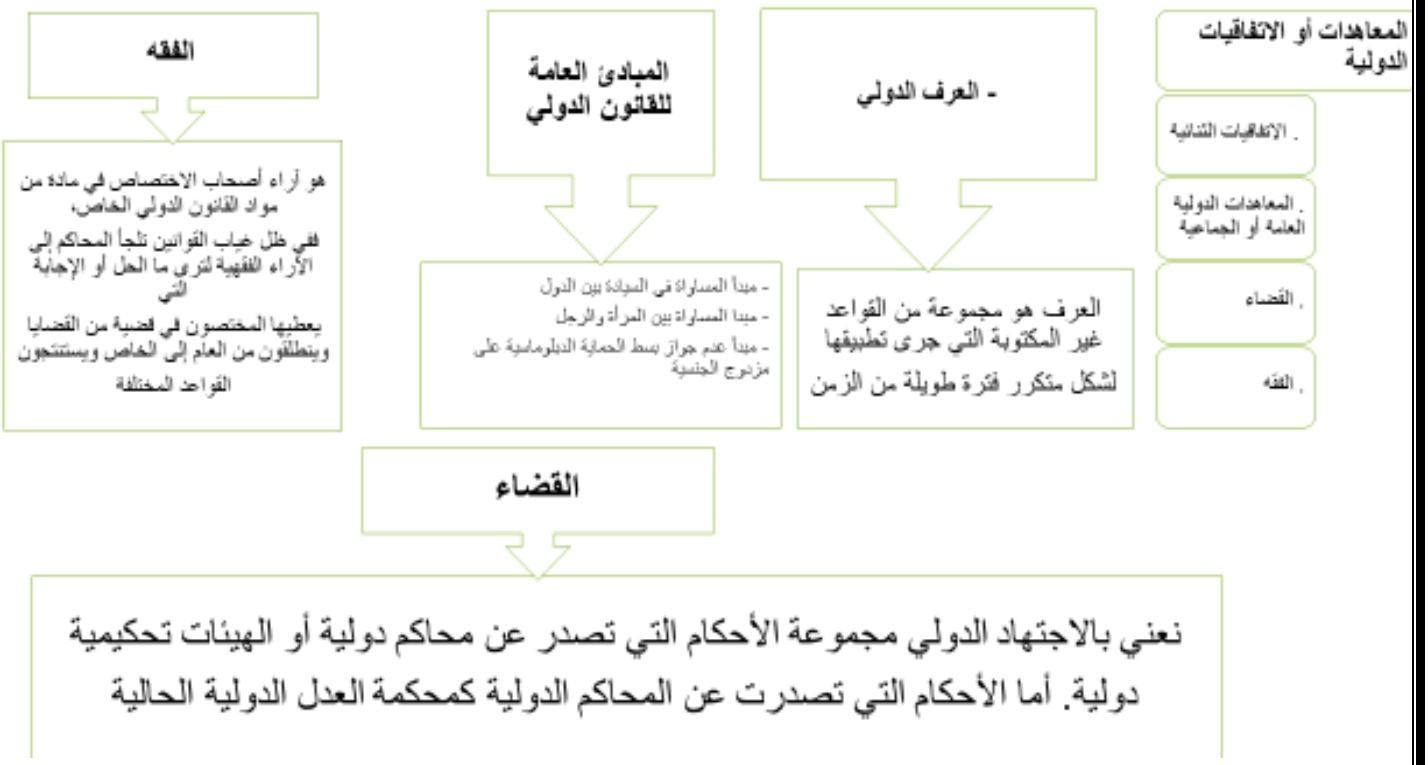



الشكل رقم 02: مصادر القانون الدولي الخاص

## المحور الأول: المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص

تمثلت المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص في المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي وكذا المبادئ العامة للقانون الدولي، الفقه الدولي والقضاء وهذا ما سنبينه في المخطط أسفله:

# المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص




الشكل 03: المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص

**أولا: المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية:** هي نوعان النوع الأول هي الاتفاقيات الثنائية، والنوع الثاني المعاهدات الدولية العامة أو الجماعية:

1. **الاتفاقيات الثنائية:** هي الاتفاقيات عادة ما تبرم بين دوليتين تتميز العلاقات القانونية الدولية الخاصة بين وطنييهما بالكثافة والتنوع والتداخل، يكون الغرض منها تنظيم وحل مسائل القانون الدولي الخاص التي تنشأ بين الأشخاص الخاصة في الدولتين المتعاقدتين، وذلك في ميدان تنازع القوانين دوليا، أو تنازع الاختصاص القضائي الدولي أو تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عن محاكم إحدى الدولتين المتعاهدتين في إقليم الدولة الأخرى والجنسية والموطن ومركز الأجانب.[1]

[1] على الحجامي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، العام الدراسي 2015-2016، ص16

2. **المعاهدات الدولية العامة أو الجماعية:** تبرم بين دوليتين أو أكثر وتأخذ أشكالا مختلفة كما هو موضح فيما يلي:

-**المعاهدات الدولية ذات الطابع العام:** ويقصد بها معاهد جميع دول العالم دون استثناء بغض النظر عن عدد الدول التي توقعها أثناء إبرامها، فهي تبقى مفتوحة لجميع الدول التي لم تشارك في وضع أحكامها في وقتها للانضمام إليها والتصديق عليها لاحقا مثل اتفاقية لاهاي 1930.

- **المعاهدات الدولية ذات الطابع الاتحادي القاري:** وهي المعاهدة التي تجمع بين دول تنتمي إلى قارة واحدة، وتشترك في القيم والحضارية والدينية، ذات المدنية المشتركة مثل إتفاقية مجلس التعاون الأوروبي المبرة 1963.[1]

-**المعاهدات الدولية الجماعية ذات الطابع القاري الجهوي:** قد تأخذ المعاهدة الدولية الجماعية طبعا قاريا جهويا، تشترك الدول التي أبرمتها في القيم الدينية والقانونية والمدنية الواحدة وتهدف إلى تنظيم مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص مثل اتفاقية ريودي جانير المبرمة في 1906.

- **المعاهدات الدولية الجماعية ذات الطابع لقومي:** هي المعاهدات التي تجمع بين دولها عوامل مشتركة، كاللغة والدين والتاريخ المشترك، أبرز مثل يضرب في هذا الشأن الاتفاقيتان المبرمتان في كنف جامعة الدول العربية، إحداهما مبرمة في 23 سبتمبر 1952.[2]

**ثايا: العرف الدولي**

العرف هو مجموعة من القواعد غير المكتوبة التي جرى تطبيقها لشكل متكرر فترة طويلة من الزمن، من قبل الدول في المسائل التي تدخل ضمن القانون الدولي الخاص، أي التي تثير نزاعا قانونيا بين المحاكم أو الدول، وفي أغلب الأحيان يتشكل العرف من مبادئ

[1] راجع إتفاقية مجلس تعاون الأوروبي المبرمة في 1963/05/06 بستراسبورغ.

[2] بوجنانة عبد القادر، مطبوعة القانون الدولي (تنازع القوانين) ، السداسي الخامس، كلية الحقوق ، قسم القانون الخاص، وجامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، 2020-2021، ص 18

عامة، ويأخذ العرف أهميته حين يجري تكريسه في الاتفاقيات المعقودة بين الدول، ورغم ان القواعد العرفية الدولية لا تعلوا على القوانين الداخلية إلا إذا كانت تتعلق بقضايا جزائية، فإن العرف الدولي هو غالبا عرف داخلي أيضا.[1]

وللعرف دور مؤثر في أغلب موضوعات القانون الدولي الخاص وخاصة تنازع القوانين تنازع الاختصاص القضائي الدولي ودور مكمل للتشريع في موضوع الموطن ومركز الاجانب ويذهب البعض ان هناك اعراف دولية تتعلق بالقانون الدولي الخاص ومنها الحد الادنى لحقوق الاجنبي وضرورة وجود علاقة جدية وحقيقية ما بين الفرد و الدولة المانحة للجنسية وحرية الدولة في مسائل الجنسية الا ان البعض الاخر يذهب الى انكار مثل هذه الاعراف ويوصف هذه القواعد بانها عبارة عن مبادئ توجيهية و الحقيقة ان الاعراف الدولية تؤثر في العلاقات الدولية ويمكن ان يكون لها انعكاس على مستوى علاقات القانون الدولي الخاص. وهذا يعني ان هناك اعراف خاصة بالقانون الدولي الخاص لها خصوصية تتناسب مع طبيعة موضوعاته، وقد اكد القضاء المقارن الدور الفعال الذي يقوم به العرف سيما في قواعد الاختصاص القضائي الدولي[2].

**ثالثا: المبادئ العامة للقانون الدولي**

هذه المبادئ مجموعة من القواعد المستقر العمل عليها في محيط علاقات القانون الدولي الخاص والتي اصبحت بفعل ذلك لها شيوع وانتشار عالمي مؤثر على مستوى القوانين الوطنية ونستطيع ان نقول ان هذه المبادئ لها صفة عالمية لأنها تتناسب وتتلاءم مع الخصوصيات الوطنية لأغلب دول العالم. ومن أمثلة عن هذه المبادئ:

---

[1] أحلام بيضون، المختصر في القانون الدولي الخاص، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الفرع الثاني جل الديب، 2012، ص 09.

[2] قرار محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 28/12/1953 الذي قررت فيه(عدم جواز اكراه رجال السلك لدبلوماسي على اداء الشهادة امام المحاكم الوطنية اخذا بقواعد العرف الدولي) منشور في مجموعة احكام محكمة النقض، الدائرة الجنائية، السنة الخامسة، العدد الاول،ص190.

1.**مبدأ المساواة في السيادة بين الدول:** يعد هذا المبدأ أحد أهم المبادئ العامة في القانون الدولي العام، حيث قامت على أساسه ركائز الدولة الحديثة، انبثق عنه مبدأ آخر لا يقل أهمية عنه، هو مبدأ حرية الدولة في سن القواعد القانونية **الخاصة** بمواضيع القانون الدولي الخاص أي الخاصة بموضوعات القانون الدولي الخاص، وقد نجم عن مبدا حرية الدولة بدوره مبدأ الاختصاص الحصري للدولة في تحديد الأشخاص الذين يحملون جنسيتها فيصيرون بحملها وطنيين لها، إذ بهم يتشكل ركن الشعب فيها، الذي لن تقوم للدول قائمة بدونه، فركن الشعب يتعين بالجنسية التي تمنحها الدولة للأفراد الذين تراهم أهلا لحمل الصفة الوطنية في مفهومها الاجتماعي والسياسي والقانوني وما يترتب عليه من آثار قانونية هامة.[1]

2. **مبدا المساواة بين المرأة والرجل:** ظهر هذا المبدأ في نطاق القانون الدولي العام، نصت عليه المواثيق الدولية، فوجد تطبيقاته في القانون الدولي الخاص، بموجبه سوت دول العالم في وقتها الحاضر بين الجنسين في نقل الجنسية الأصلية المبنية على حق الدم إلى ابناء، بموجبه إمكانية اكتساب أحد الزوجين جنسية الزوج الآخر بفعل الزواج.

3. **مبدأ عدم جواز بسط الحماية الدبلوماسية على مزدوج الجنسية:** يقضي هذا المبدأ بأنه لا يمكن لأي دولة من الدوليتين اللتين يحمل الفرد جنسيتيهما في آن واحد، أن تبسط حمايتهما الدبلماسية عليه إذا كان مقيما في إقليم إحداهما، وهناك مبادئ عامة كثيرة نصت عليها المواثيق الدولية.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري نص على المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص وذلك من خلال نص المادة 23 مكرر 2 ق.م.ج التي بوجوب الرجوع القاضي إلىها في حال غياب نص في القانون يحل مسألة التنازع.[2]

---

[1] بوجنانة عبد القادر، مرجع سابق، ص 21.

[2] شور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، طلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016-2017، ص 05

**رابعا: الفقه الدولي**

هو آراء أصحاب الاختصاص في مادة من مواد القانون الدولي الخاص، ففي ظل غياب القوانين تلجأ المحاكم إلى الآراء الفقهية لترى ما الحل أو الإجابة التي يعطيها المختصون في قضية من القضايا وينطلقون من العام إلى الخاص ويستنتجون القواعد المختلفة[1].

وكون الفقه مصدرا احتياطيا غير رسمي، لا يعني التقليل من أهميته في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص، فعمله لا يقتصر على معالجة المسائل الدقيقة وتقديم الحلول التفصيلية لها من خلال المفاهيم القانون الكبرى، بل يتناول أيضا دراسة أحكام القضاء وتحليلها ونقدها وتأصيل القواعد الحقوقية التي بينت عليها.[2]

**خامسا: القضاء الدولي**

نعني بالاجتهاد الدولي مجموعة الأحكام التي تصدر عن محاكم دولية أو الهيئات تحكيمية دولية. أما الأحكام التي تصدرت عن المحاكم الدولية كمحكمة العدل الدولية الحالية أو محكمة العدل الدولية الدائمة التي سبقتها وإن كان أغلبها يتعلق بنزاعات بين الدول ذات طابع دولي عام، إلا أن البعض منها الذي تناول قضايا تدخل ضمن نطاق القانون الدولي الخاص لها أهمية رغم قلتها[3].

كما توجد أيضا أحكام المحاكم الدولية ونعني بذلك أحكام بعض الهيئات القضائية الدولية، كالمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان والمحكمة الدائمة للعدل الدولي ومحكمة العدل الدولية، التي خلفت سابقتها، ومحكمة التحكيم الدولية، ومن جملة المبادئ والآراء التي صدرت عن بعض هذه الهيئات الدولية: مبدأ حرية الدولة في تنظيم جنسيتها دون قيد سوى ما تفرضه

[1] أحلام بيضون، مرجع سابق ص 09.

[2] فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص1، الجامعة الافتراضية السورية، 2018، ص 13

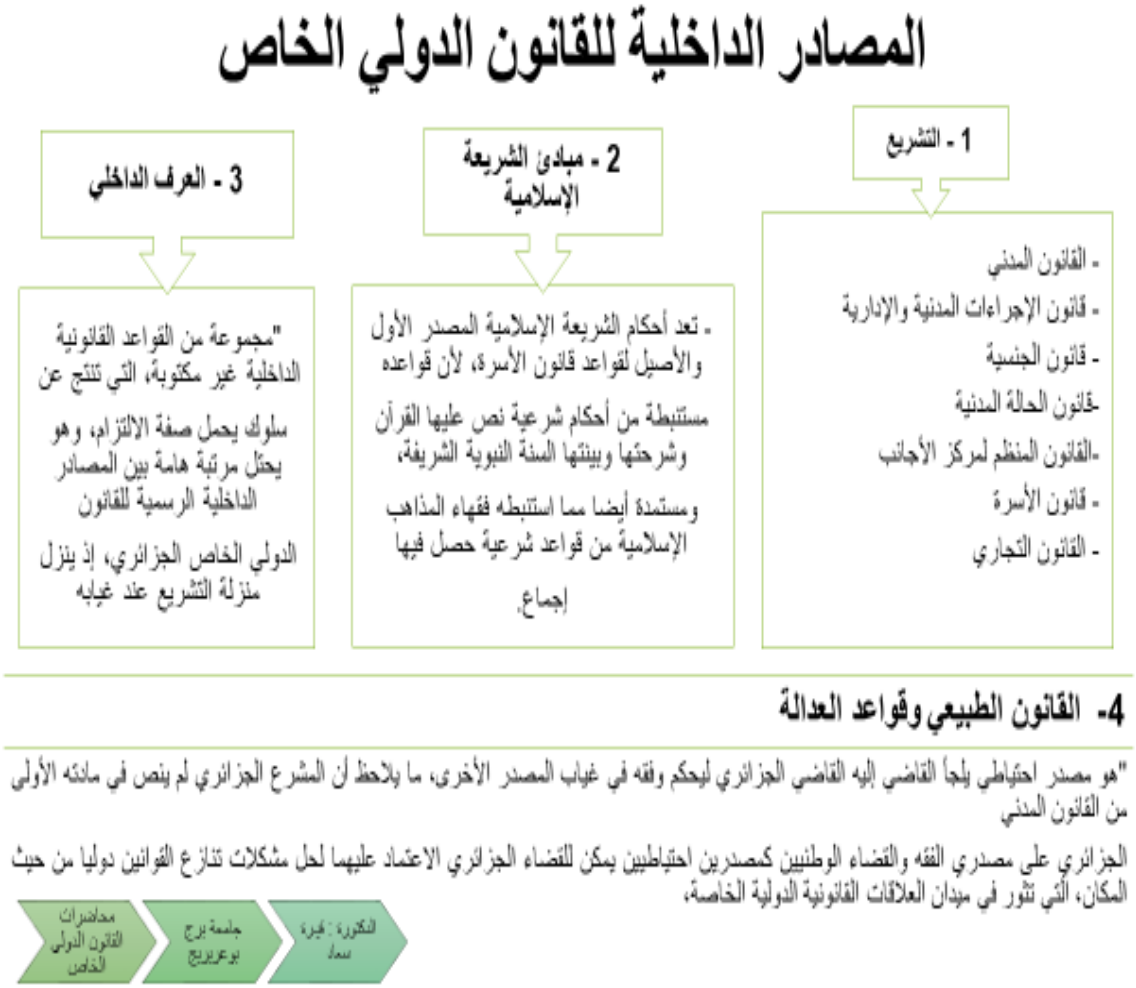
[3] أحلام بيضون، مرجع سابق، ص 10

الاتفاقيات الدولية، ومبدأ الجنسية الفعلية في حال تعدد الجنسيات، والمبدأ القائل بأنه مما يخالف القانون الدولي نزع ملكية الأجنبي دون تعويض عادل.[1]

**ساسا: مبادئ العدل والإنصاف**

تعتبر مبادئ العدالة والإنصاف مصدرا أخيرا للقانون الدولي حصب نص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في بندها الثاني 38-2 حيث جاء فيها: "**لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقا لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك**" فعلق نص النص تطبيق مبادئ العدل والإنصاف على موافقة أطراف المنازعة الدولية.

**المحور الثاني: المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص**




[1] فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص1، الجامعة الافتراضية السورية، 2018، ص 13

**أولا: التشريع**

هو مجموعه القواعد القانونية التي تصدر من السلطة المختصة بالتشريع وكل دوله فيها سلطه تشريعيه وتنفيذيه وقضائية كلما يصدر من هذه السلطة المختصة بالتشريع يسمى تشريع والذي ينظم حقل من حقول الحياة ولكن في القانون الدولي الخاص.

التشريع باعتباره مصدر من مصادر القانون الدولي الخاص لا يوجد تشريع عام لهذا القانون على عكس القانون المدني حيث يوجد تشريع وغيره كقانون العقوبات ولكن ال يوجد تشريع خاص في القانون الدولي الخاص وانما نجد احكام وفروع الدولي الخاص والمقننة تشريعيا نجدها متفرقه بين النصوص القانونية كما في المدني يوجد القانون الدولي الخاص والاستثمار في تنازع القوانين وكذلك يوجد في قوانين التجارة وكذلك قوانين العقوبات وبالتالي القانون الدولي الخاص صحيح ان التشريع مصدره الرئيسي ولكن هذا المصدر مبعثر على القوانين وهذه مسألة صعبه حيث ان من مزايا التشريع سهوله الرجوع اليه لكونه مدون ما افقده التشريع القانون الدولي الخاص حيث يوجد تشريع خاص لقانون الدولي الخاص وانما يعتبر مجموعه النصوص التشريعية.[1]

1. **القانون المدني:**[2] هو مصدر من مصدر القانون الدولي الخاص الجزائري حيث تناول موضوع تنازع القوانين دوليا من حيث المكان في مواده 09 إلى 24 منه، من بينها المواد 10إلى 20 تضمنت قواعد الإسناد وهي التي يستند عليها القاضي لمعرفة القانون الواجب التطبيق على المسائل التي تتنازع القوانين دوليا من حيث المكان في حالة ما إذا رفعت أمامه دعوى تتعلق بمنازعة دولية خاصة.

[1] بوجنانة عبد القادر، مرجع سابق، ص 26

[2] القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20جوان، 2005.

**2. قانون الإجراءات المدنية والإدارية:**[1] كما لقانون الإجراءات المدنية والإدارية صلة بموضوعين من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص في الجزائر وهما موضوع:

أ- **موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي:** بين المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والجزائري متى ينعقد الاختصاص القضاء الدولي للمحكمة الجزائرية، عندما نرفع أمام القاضي الجزائري دعاوي متعلقة بمنازعة دولية خاصة في ميدان الالتزامات التعاقدية بين الجزائريين والأجانب سواء تلك التي أبرمت في الجزائر بين الجزائريين وأجانب، أو تلك التي ابرمت في بلد أجنبي بين جزائريين وأجانب، أو بين الجزائريين أنفسهم، بغض النظر عما إذا كان الطرف الأجنبي مقيما في الجزائر أو الخارج وهذا مانصت عليه المادة 41 فقرة 1و2 والمادة 42 من قانون إ م د ج.

ب- **موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية:** ويقصد بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، تلك الأحكام التي تصدرها محاكم أجنبية، غير أن تنفيذها يكون أمام قضاء دولة أخرى التي أصدرتها محاكمها تلك الأحكام، ولكى يتم تطبيق هذه الأحكام في الجزائر يجب أن تتوفر على مجموعة من الشروط التي نصت عليها المواد 605 إلى 608منه.[2]

ويكون القاضي الجزائري المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي ملزما بمراقبة الأحكام الأجنبية وفحصها من حيث توفر الشروط السابقة، التي اشترطها المشرع الجزائري حتى يتمكن من الأمر بتنفيذ هذه الأحكام، فإذا تخلف أحد تلك الشروط امتنع عن إعطاء الامر بالتنفيذ دون إعادة النظر في الحكم الأجنبي، فيكون اختصاصه بهذه الصفة اختصاصا قضائيا دوليا غير مباشرة.[3]

---

[1] القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد21 بتاريخ 28 فيبراير 2008.

[2] المواد من القانون إجراءات مدنية وإدارية الجزائري.

[3] بوجنانة عبد القادر، مرجع سابق، ص 27

3. **قانون الجنسية**[1]: تعد الجنسية أحد أهم المواضيع التي يتناولها القانون الدولي الخاص، نظم المشرع الجزائري الجنسية بقانون خاص يسمى قانون الجنسية الجزائرية، وأول قانون صدر في 27 مارس 1963 ثم تم إلغاؤه ليحل محله قانون الجنسية الجزائرية المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، هذا الأخير عدل وتمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير2005، أدخلت عليه تعديلات جذرية.

تكمن أهمية الجنسية الجزائرية في أنها تتقاطع مع جميع مواضيع القانون الدولي الخاص الجزائري نذكر ما يهمنا في هذا الأمر أن المشرع الجزائري تبناها في المجالات الآتية:

-**كضابط إسناد أصيل:** يتعين به القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية التي تتنازعها القوانين دوليا من حيث المكان.

- **كضابط إسناد احتياطي:** يتحدد به القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية أي العقود الدولية الخاصة، التي تتنازعها القوانين دوليا من حيث المكان.

- **كضابط شخصي:** يتعين به الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية عندما يتعلق الأمر بالمنازعات التي تنشأ في العقود الخاصة الدولية. [2]

4. **القانون المنظم لمركز الأجانب:** والأحرى أن نقول النصوص القانونية المنظمة لوضعية الأجانب في الجزائر نذكر هنا أنه إذا جرى الحديث عن مركز الأجانب في الجزائر بعد استقلالها سنة 1962 ينبغي أن نميز بين صنفين من الأجانب هما:

الصنف الأول هم فئات من الفرنسيين الذين كان لهم موطن قدم في الجزائر بصفتهم مستوطنين خلال فترة احتلال فرنسا الجزائر. أما الصنف الثاني هو الأجانب بصفة عامة بمن فيهم الفرنسيين الذين لم يدخلوا في فئات المستوطنين الفرنسيين الذين حددت وضعيتهم

---

[1] قانون رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-01 الصادر في فيفري 2005

[2] بوجنانة عبد القادر، مرجع سابق، ص29

اتفاقية إيفيان فقد سنت الدولة الجزائرية بعد الاستقلال نصوصا قانونية تنظم وضعية الأجانب في الجزائر.[1]

5. **قانون الحالة المدنية:**[2] صدر هذا القانون بموجب الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 نص الباب الرابع منه على الحالة المدنية في القانون الدولي في فصل وحيد تحت عنوان "الحالة المدنية للجزائريين والأجانب في الخارج" والحالة تعد من الأحوال الشخصية، التي كثيرا ما تتنازع بشأنها القوانين دوليا من حيث المكان وهذا ما سنتطرق إليه لاحقا.

6. **قانون الأسرة:** ا[3]لقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، وكما نعلم أن قانون الأسرة يستمد قواعده من أحكام الشريعة الإسلامية المنصوص عليها في القرآن الكريم، ومن السنة النبوية الشريفة، التي شرحت وبينت الأحكام، ومن المذاهب التي كانت تطبق في الجزائر، لذا فهو القانون الأصيل الذي ينظم زيحكم الأحوال الشخصية الخاصة بالجزائريين في مفهومها الواسع، والأحوال الشخصية هي المجال الخصب لتنازع القوانين دوليا، ولهذا خصها المشرع بقواعد الإسناد في المواد 10 إلى 16 من القانون الدني الجزائري.[4]

7. **القانون التجاري:**[5] يتدخل هذا القانون لينظم ويحكم العلاقات التجارية الخاصة، التي تنشأ بين الجزائريين وبين الأجانب المقيمين في الجزائر بصفتهم أجانب، إذا ما رخص لهم بممارسة الأنشطة التجارية المختلفة في الجزائر، إذ كثيرا ما تبرم بين الطرفين عقود

---

[1] بوجنانة عبد القادر، مرجع سابق، ص 30

[2] الأمر رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 19 فبراير 1970

[3] قانون رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-01 الصادر في فيفري 2005

[4] بوجنانة عبد القادر، مرجع سابق، ص 31.

[5] الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم .

الشركات الخاصة المختلطة، أو عقود إيجار محلات تجارية، أو عقود محلات ذات الاستعمال التجاري.

كما أن الجزائريين سواء منهم المقيمين في الجزائر أو المقيمين في الخارج قد يدخلون في علاقات قانونية تجارية خاصة مع وطنيي الدول الأجنبية المختلفة في شكل عقود تجارية لها طابعها الدولي لاشتمالها على عنصر أجنبي، فإذا ثار نزاع قضائي بشأنها بين الطرفين تأخذ المنازعة طابعها الدولي لاختلاف جنسية الطرفين، فإذا كان الطرفان قد اتفقا على شرط التحكيم في متن العقد، فإن المنازعة تحل عن طريق التحكيم، أما في حالة العكس، فيتم حلها عن طريق قواعد تنازع القوانين دوليا من حيث المكان.[1]

**ثانيا: مبادئ الشريعة الإسلامية**

تعد أحكام الشريعة الإسلامية المصدر الأول والأصيل لقواعد قانون الأسرة، لأن قواعده مستنبطة من أحكام شرعية نص عليها القرآن وشرحتها وبينتها السنة النبوية الشريفة، ومستمدة أيضا مما استنبطه فقهاء المذاهب الإسلامية من قواعد شرعية حصل فيها إجماع. فقد كانت تطبق على الأحوال الشخصية الخاصة بالجزائريين في عهد الاستعمار الفرنسي ثلاثة مذاهب إسلامية المذهب المالكي بالنسبة لأغلب الجزائريين، والمذهب الحنفي بالنسبة للجزائريين من أصل تركي، والذهب الإباضي بالنسبة للجزائريين في منطقة بني مزاب، بينما كان يطبق على الأحوال الشخصية الخاصة بالمستوطنين الفرنسيين القانون المدني الفرنسين، وكان يطبق أيضا على الأحوال الشخصية لأفراد أقلية جزائرية عملية لفرنسا الاستعمارية، تجنسوا بالجنسية الفرنسية وتخلوا بإرادتهم عن أحوالهم الشخصية الإسلامية، لأن ذلك كان من شروط التجنس.

[1] بوجنانة عبد القادر، مرجع سابق، ص 33.

**ثالثا: العرف الداخلي**

يمكن تعريفه بأنه: "مجموعة من القواعد القانونية الداخلية غير مكتوبة، التي تنتج عن سلوك يحمل صفة الالتزام، وهو يحتل مرتبة هامة بين المصادر الداخلية الرسمية للقانون الدولي الخاص الجزائري، إذ ينزل منزلة التشريع عند غيابه.

كما هو مجموعة من القواعد التي اعتاد عليها الناس بحيث شعروا بانها ملزمه ووان مخالفتها ترتب عليها جزاء حيث عند تحليل العرف نجد به ركنان وحتى يعتبر قاعده قانونيه وهما الركن المادي وهو اطراد القاعدة اي تكرارها حيث يكررها الناس لفتره معينه من الزمن وتوفر الركن المادي وهنا قاعده عرفيه وليس قانونيه ومتى ما شعر الناس بانتراكز هذه القاعدة واجب وملزم واذا لم يطبقها سوف يتعرضون الى الجزاء ومتى ما وصل الشعور الى هذه المرحلة اصبحت قاعده قانونيه مكتملة اي قاعده متكررة وتكرر التعامل بها وشعور باللازم وهو الركن المعنوي فبالركن المادي والمعنوي تستكمل لدينا قاعده عرفيه.[1]

**رابعا: القانون الطبيعي وقواعد العدالة**

هو المصدر احتياطي يلجأ القاضي إليه القاضي الجزائري ليحكم وفقه في غياب المصدر الأخرى، مايلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص في مادته الأولى من القانون المدني الجزائري على مصدري الفقه والقضاء الوطنيين كمصدرين احتياطيين يمكن للقضاء الجزائري الاعتماد عليهما لجل مشكلات تنازع القوانين دوليا من حيث المكان، التي تثور في ميدان العلاقات القانونية الدولية الخاصة، ولعل هذا الموقف السلبي منه يرجع إلى حداثة عهد الجزائر بالقانون الوضعي، حيث كانت الشريعة الإسلامية هي القانون الوحيد المطبق في الجزائر قبل دخول الاستعمار الفرنسي إليها، وبعد الاستقلال تبدت السلطة التي حكمت

[1] على الحجامي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، 2015-2016، ص 14

الجزائر المنظومة القانونية الوضعية الموروثة عن العهد الاستعمار، ولم تعمل على أن تسترجع الشريعة الإسلامية مكانتها التي كانت عليها قبل الاستعمار، ولو فعلت ذلك لما كنا بحاجة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر، لأنها كانت ستغني عن أي مصدر آخر من مصادر القانون الوضعي[1].

# الفصل الثالث: مبادئ نظرية تنازع القوانين

## المحاضرة الأولى:
## مفهوم تنازع القوانين

## المحاضرة الثانية:
## المناهج المعتمدة دوليا لحل مشكلة تنازع القوانين

[1] عبد القادر بوجنانة، مرجع سابق، ص 36.

الشكل 04: تنازع القوانين

## المحور الأول: مفهوم تنازع القوانين

**أولا: تعريف تنازع القوانين:** إن تنازع القوانين "معنى يقوم في ذهن المشرع الوطني مفاده جريان الموازنة ما بين القوانين لاختيار أنسبها لحكم العلاقة"[1].

[1] قد يتبادر إلى الذهن عند سماع مصطلح "تنازع القوانين" وجود صراع أو نضال بين القوانين في ميدان معين، بوصفها تفيض عن سيدات دول مختلفة ويدعي كل قانون امتداد سلطانه بحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، لكن الحقيقة خلاف ذلك، لان الفقيه الهلندي هيبر عندما ابتكر تسمية "تنازع القوانين" لم يكن يقصد أبدا أن هناك تنازعا حقيقيا بين أكثر من قانون يدعى كل واحد منهم أنه صاحب سند شرعي في حكم المنازعة فالأمر لا يعدو أن يكون اختيار من بين هذه القوانين القانون الأنسب والأكثر ملائمة لحكم هذه العلاقة، فسلطان القانون الوطني محدود بحدود سيادة الدولة بحسب الأصل ولا يمكن أن ينفذ سلطان القانون الأجنبي إلى داخل المجال الإقليمي الوطني إلا بإذن ورضا المشرع الوطني.

ويعرف أيضا على أنه: "تزاحم قانونين أو أكثر لحكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، وعليه تكون العلاقة ذات عنصر أجنبي إذا كان الطرفين مختلفي الجنسية، أو كان أو يكون محل العلاقة في بلد أجنبي، أو يكون سببها وقع في بلد أجنبي.

**ثانيا: أنواع تنازع القوانين**

1- **التنازع بين القوانين من حيث الزمان:** وهو التنازع الذي يحدث بين القوانين الداخلية في الدولة الواحدة، وذلك عندما تتعاقب تلك القوانين على وقائع قانونية تبقى ممتدة في الزمان رغم صدور قوانين داخلية جديدة، فيجري البحث عن القانون الداخلي الذي يحكم تلك الوقائع القانونية وآثارها. فيثار التساؤل حول إمكانية رجعية القوانين الجديدة، وإمكانية امتداد تطبيق القوانين القديمة، فهذا التنازع يبقي داخلي وليس له علاقة بتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص.[1]

2- **التنازع الداخلية للقوانين:** وهذا التنازع يكون بين القوانين الداخلية في الدولة الواحدة، سواء كانت تلك الدولة، دولة بسيطة، أو دولة مركبة، فهو تنازع غير دولي، وإنما هو تنازع داخلي.

3- **تنازع القوانين دوليا من حيث المكان:** يعني تنازع القوانين الخاصة الداخلية في دول مختلفة على حكم مسألة ما في نطاق العلاقات القانونية الدولية الخاصة، أي عندما تكون مشتملة على عنصر أجنبي، وهذا النوع من التنازع يكون بين قوانين دولتين مختلفتين، وهدا التنازع هو الذي يدرسه القانون الدولي الخاص.[2]

---

[1] قتال حمزة، مطبوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 3

[2] عبد القادر بوجنانة، المرجع السابق، ص ص37-38.

**ثالثا: شروط وجود تنازع القوانين**

من خلال تعريف تنازع القوانين تستخلص مجموعة من الشروط لقيام التنازع الدولي للقوانين:

**1- وجود علاقة ذات عنصر أجنبيي**

تكون العالقة ذات عنصر أجنبي بوجود عنصر من العناصر إما الموضوع أو السبب. فتكون من حيث الأشخاص إذا كان أطراف العلاقة القانونية من جنسيتين مختلفتين أي يحملون جنسيات دول مختلفة، وتكون من حيث الموضوع إذا كان محل العلاقة في بلد أجنبي مثل تعاقد جزائري و أجنبي أو حتى بين جزائريين على مال موجود في بلد أجنبي، وتكون من حيث السبب إذا كان السبب المنشئ للعلاقة القانونية وقع في بلد أجنبي، كأن يتم إبرام عقد في بلد أجنبي، أو حدوث ووقوع عمل ضار أو فعل نافع من طرف جزائري في بدل أجنبي، ففي لك هاته الحالات العلاقة ذات عنصر أجنبي، وفي هذه الحالة لا يمكن تطبيق القانون الداخلي بصفة مباشرة على العلاقة القانونية، وإنما لابد من الرجوع الى قواعد الإسناد الداخلية لمعرفة القانون الذي يطبق على يطبق على المنازعة.

**2-أن يسمح المشرع الوطني بامتداد القانون الأجنبي**

والمقصود هنا أنه لا يمكن تطبيق القانون الأجنبي على العلاقة القانونية إلا إذا كان المشرع الوطني يسمح بتطبيق القانون الأجنبي على العلاقة القانونية، ويتحقق هذا الشرط من خلال سن المشرع قواعد إسناد تسمع للقاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي على العلاقة القانونية، و عدم التمسك مبدأ الإقليمية المطلق الذي يترتب عليه تطبيق قانون الدولة فقط، والذي أصبح يتعارض مع فكرة الدخول مع المجموعة الدولية، وإقامة علاقات، لأنه لم يعد مقبولا بقاء الدولة الواحدة أو المجتمع الواحد أو المجتمع الواحد منعزلا عن بقية المجتمعات، وخاصة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية وكذلك في مجال التجارة الدولية.

تجدر الإشارة أن معظم الدول في العصر الحالي تخلت عن نظرية الإقليمية القوانين المطلقة، كام ختلت كذلك عن مبدأ الامتداد المطلق بالنسبة إلى شخصية القوانين، وأصبحت تعتنق النسبية لكل منهما، ونتيجة لذلك كله كان شرط السماح بتطبيق القانون الأجنبي فوق إقليم الدولة يعتبر ضرورة حمتيه لقيام التنازع بين القوانين في مجال القانون الدولي الخاص.

### 3- وجود اختلاف بين القانون الوطني والقانون الأجنبي

فمتى كانت قوانين الدول التي تتصل بها عناصر العلاقات القانونية متشابهة وموحدة فإن اختيار أحدها دون غيره لا يؤدي إلا يؤدي إلا إلى منفعة نظرية، أما عملا فإن الحكم سيكون ذاته سواء أعطى الاختصاص إلى قانون دولة ما أم لقانون دولة أخرى، وما دام الحكم واحدا فليس هناك من جدوى ولا مصلحة من قيام التنازع.

وحين يكون اختلاف القوانين عنصرا أساسيا لا بد منه لقيام التنازع بين القوانين، فإن هذا الاختلاف ينبغي أن لا يبلغ حد التعارض في الأسس التي تقوم عليها أنظمة القوانين المتنازعة إلا ترتب على ذلك تنافر بين فهم كل دول للمفاهيم القانونية للدول الأخرى، الأمر الذي يؤدي إلى عدم التسامح والتهاون في قبول تطبيق القانون الأجنبي المتضمن لأفكار تختلف اختلافا جوهريا عن المبادئ والأسس التي تقوم عليها قوانينها.[1]

### 4- أن تكون العلاقة القانونية الخاصة دولية

أي ذات طابع دولي بمعني تكون ممتدة خارج إقليم الدولة الواحدة لتشمل إقليم دولتين أو أكثر، فلا تنحصر جميع عناصرها الثلاثة داخل إقليم دولة واحدة، بل لا بد أن تكون مشتملة على عنصر أجنبي حتى تمتد عبر الحدود، فتكون لها صلة بقانوني دولتين أو أكثر، وإلا لما كان هناك تنازع.[2]

---

[1] حسن الهداوي، تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة- كلية الحقوق، جامعة مؤتة، مكتبة دار الثقافة للنشر، الطبعة 2، سنة 1997، عمان، ص 18

[2] عبد القادر بوجنانة، المرجع السابق، ص40.

## المحور الثاني: المناهج المعتمدة دوليا لحل مشكلة تنازع القوانين

هناك ثلاثة مناهج يجرى تفعيلها لحل مشكلة تنازع القوانين دوليا هي: منهج القواعد ذات التطبيق الفوري أو المباشر، ومنهج القواعد الموضوعية، ومنهج قواعد التنازع، وهو المنهج الذي إعتمدته التشريعات المقارنة لحل مشكلة تنازع القوانين دوليا من حيث المكان، ومنها المشرع الجزائري، لذا نشرح المنهج الأول والثاني بإيجاز، ونركز على دراسة المنهج الثالث والأخير لأنه هو المعتمد في الجزائر بصفة أساسية لحل مشكلة تنازع القوانين دوليا من حيث المكان، وذلك فيما يلي:

### أولا: منهج القواعد ذات التطبيق الفوري أو المباشر

هو المنهج يتضمن قواعد قانونية آمرة

تُعدُّ من صميم النظام العام، تكون واجبة التطبيق على كافة العلاقات القانونية داخل الدولة الواحدة، سواء كانت وطنية أم دولية. هذا المنهج تترجم قواعده سياسة تدخّل الدولة في المجالين الاقتصادي والاجتماعي، الغرض منه حماية الأسس الاقتصادية، والاجتماعية، التي يقوم عليها المجتمع الوطني، وكذا حماية الأمن والسلم الاجتماعيين فيه، لهذا يشمل هذا المنهج قواعد البوليس والأمن، التي يجري تطبيقها داخل إقليم الدولة الواحدة، بغضّ النظر عمّا إذا كانت العلاقات القانونية المتّصلة بها وطنية أم دولية. يمكن ضرب الأمثلة عن منهج القواعد ذات التطبيق الفوري أو المباشر بالقواعد التي تتضمّنها قوانين التأمينات الاجتماعية، والقواعد الخاصة بحوادث العمل، التي تنص عليها قوانين العمل، وقواعد القوانين المنظمة للرقابة على النقد، وقواعد قانون المرور، وقواعد القوانين الخاصة بحماية المستهلك، وغيرها، فكل قاعدة تهدف إلى حماية النظام العام ومصلحة الجماعة الوطنية تكون من القواعد ذات التطبيق الفوري أو المباشر، فهي تجسّد السياسة التشريعية الحمائية للدولة، الهدف منها هو حماية الصالح العام.[1]

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2008، ص 626 وما بعدها.

**ثانيا: منهج القواعد الموضوعية**

هذا المنهج اقتضاه عدم توافق القوانين الوطنية مع الحياة الدولية للأفراد والأشخاص المعنوية، بخاصة في جانبها الاقتصادي والتجاري، فتولدت الحاجة إلى حلول موضوعية، أو مادية تلائم تلك الحياة، وتعمل على تجنب اختلاف القوانين الوطنية في الدول المختلفة، إن التجارة الدولية لا تلائمها القواعد القانونية الوطنية فمثلا العقود الدولية للإنتاج والتوريد وعقود نقل التكنولوجية وعقود المفتاح أو الإنتاج في اليد وعقود التعاون الصناعي وعقود الاستثمار، كل هذه العقود تلائمها القواعد الموضوعية. كما يعتمد المنهج القواعد الموضوعية على عدم مصادر منها:

1. **القواعد الموضوعية** التي يكون مصدرها التشريع الداخلي للدولة، مثل القوانين المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، وقوانين النقد والقرض.

2. **القواعد الموضوعية** التي يكون مصدرها الاتفاقيات الدولية حيث تحل مشكلة تنازع القوانين بناء على القواعد التي نصت عليها الاتفاقية، ومجال هذه القواعد، الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتجارة، وبالاستثمارات الأجنبية، والأحوال الشخصية، وبالجنسية، وبالاختصاص القضائي الدولي.

3. **القواعد الموضوعية ذات المنشأ التلقائي** ظهرت هذه القواعد على يد القضاء الوطني، أو التحكيمي، تقدم حلولا موضوعية تتجاوب مع مقتضيات الحياة التجارية الدولية عبر الحدود، من هذه القواعد قاعدة شرط التحكيم واستقلاله في كافة العقود الخاصة بالتجارة الدولية، وأيضا قاعدة شرط الوفاء بالذهب، أو على أساس قيمته في عقد التجارة الدولية، خلافا لما هو مقرر في القانون الداخلي[1].

[1] المرجع نفسه، ص 631 ومابعدها.

**ثالثا: منهج قواعد التنازع**

هذا المنهج هو المعتمد في حل مشكلة تنازع القوانين دوليا من حيث المكان، ويستند إلى قواعد تسمى قواعد التنازع، تشتمل على قواعد تسمى قواعد الإسناد. والمشرع الجزائري تبنى هذا المنهج بصفة أساسية كآلية قانونية لحل مشكلة تنازع القوانين دوليا، وقد اعتمدته أغلب التشريعات دول العالم لحل تلك المشكلة، إذ يتولى المشرع الوطني في كل دولة وضع قواعد التنازع، التي تشمل على قواعد إسناد صريحة نقصد بقواعد الإسناد الصريحة، قواعد التنازع الخاصة بالإسناد فقد، ويمكن أن نطلق عليها قواعد تنازع إسنادية، تمييزا لها عن قواع التنازع الأخرى، لأنها هي التي تشكل لب حل مشكلة تنازع القوانين ةالتي نص عليها القانون المدني الجزائري في المواد من 10 إلى 20 والتي تسمح بإسناد كل مسألة تكون محل التنازع القوانين إلى القانون الواجب التطبيق عليها.

## الفصل الرابع: إعمال قواعد التنازع

- المحور الأول: تنازع القوانين
- المحور الثاني: تنازع القوانين
- المحور الثالث: تنازع القوانين

## الفصل الرابع: إعمال قواعد التنازع

بعدما تعرفنا على المفاهيم الأساسية لتنازع القوانين وتحديد أنواع تنازع القوانين وكذا شروطه والمناهج المتبعة دوليا لحل المسائل في حالة تنازع القوانين الدولية، سنقوم بالتعرف على الآليات القانونية لمعرفة القانون الواجب التطبيق ويمكن أن نلخص هذه الآليات في القاعدة الآتية: "**إذا كيفت أسندت، وإذا أسندت عرفت القانون الواجب التطبيق**" فالوصول للقانون الواجب التطبيق لا بد للقاضي تطبيق قواعد منظمة قانونا فأولا يجب **تكييف** موضوع العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي بحيث يتوصل القاضي لوضع النزاع في مجال معين كالأحوال الشخصية أو الالتزامات تعاقدية أو فعل ضار أو بعبارة أخرى إعطاء وصف قانوني لمسألة النزاع وهذا ما يعرف بالتكيف. وبعد تكييف المسألة القانونية يتم تعيين القانون الواجب التطبيق ثم يتم إسناد المسألة إلي قواعد الإسناد الوطنية، وهي عبارة عن قواعد ترشد للقانون الواجب التطبيق وقد يكون القانون الوطني أو قانون أجنبيا وإذا كان هذا الأخير هو الواجب التطبيق يجب الحذر ما ذا كان قواعد الإسناد في القانون الأجنبي ترجع النزاع مرة أخرى إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع وهذا ما يسرى بنظرية الإحالة هذه الأخيرة التي أخذت بها تشريعات بعض دول ورفضتها دول ، ودول أخرى أخذت بها استثناء مثل الجزائر. هذه المراحل القانونية والتقنية سنفصلها فيما يلي:

### المحور الأول: قواعد الإسناد

الصعوبة الأساسية في موضوع تنازع القوانين كإحدى موضوعات القانون الدولي الخاص هي كيفية الوصول إلى القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة كون العلاقات القانونية التي تندرج في مجال القانون الدولي الخاص ترتبط بأكثر من دولة وقانون ويحتاج الأمر إلى تحديد قانون من بين هذه القوانيين التي ترتبط بالعلاقة.

والسؤال التقليدي الذي يثأر هو عن كيفية حل هذا التنازع في حالة إذا ما وضعنا فكرة الإقليمية جانبا بتعبير آخر ألا تصر كل دولة على تطبيق قانونيها أنما تعد تطبيق قوانين أجنبية إلى جانب قانونها ويستلزم ولحل هذا النزاع أن نتلمس طبيعة النزاع محل البحث لتحديد القاعدة القانونية التي تطبق على موضوع النزاع وحل مشكلة التنازع ويكون هذا عن طريق ما تسمى بقواعد الإسناد وإذا كانت هذه القواعد هي الطريقة الأساسية للحل فقد ظهر للدولة مصالح أو اعتبارات خاصة تدعوها إلى تطبيق قانونها في مسائل معينة وفي هذه الحالة لا يكون هناك محل للقول بأن التنازع يحل وفقا لقواعد الإسناد لكون القاضي هنا يطبق القواعد المضمونة في قانونه مع ملاحظة أن تطبيق هذه القواعد يأتي على سبيل الاستثناء على الأخذ بقواعد الإسناد لاعتبارات تحدد بالدول إلى رفض قانونها الوطني لوجود مصالح محددة.[1]

لقد نص المشرع الجزائري على قواعد الاستناد في المواد10 إلى 20 في القانون المدني الجزائري، وهذه المواد هي التي تسمح بإسناد كل مسألة من المسائل التي تتنازعها القوانين إلى القانون الواجب التطبيق عليها ولهذا وجب فهم قواعد الإسناد وتحديد عناصره وكذا خصائصه:

**أولا: تعريف قواعد الإسناد**

قاعدة الإسناد هي عبارة عن قاعدة قانونية يتكفل المشرع الوطني بوضعها و تنظيمها بتشريع وقد يتم تنظيمها عن طريق اتفاقيات دولية ويمكن في حالة عدم وجود تشريع أو اتفاق دولي استكمالها بالرجوع إلى المصادر الأخرى وهي العرف والقضاء والفقه، [2]

[1] كريم مزعل شبي الساعدس ، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها ، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، مجلة جامعة كربلاء، المجلد 03، العدد 13، كانون الأول، 2005، البحوث الأنسانية، ص 01.

[2] كريم مزعل شيس، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، مجلة جامعة كربلاء المجلد 3 العدد13 2005، ص 02.

كما تعرف قاعدة الإسناد هي: "قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصفي أكثر القوانين مناسبة وملائمة لتنظيم تلك العلاقات، حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها".[1]

وقد عرفها البعض بأنها: "قاعدة قانونية ترشد القاضي بشأن علاقات قانونية ذات عنصر أجنبي أو أكثر أو بأنها قواعد قانونية تم بمقتضاها تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة".[2]

كما يعرفها الدكتور إبراهيم أحمد هي:" القواعد التي تكون وظيفتها الأساسية هي الإشارة أو الإسناد إلي قانون يتولى حل النزاع في العلاقات ذات الطابع الدولي"[3]

ويكمن الهدف من وراء إنشاء قاعدة الإسناد أو ما يعرف بقاعدة تنازع القوانين في إرشاد القاضي للقانون الواجب التطبيق عن المسالة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي أي أنها تسند العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي إلى قانون ما قد يكون وطنيا أو أجنبيا تتكفل قواعده الموضوعية بحكم العالقة القانونية موضوع النزاع.

فوظيفة قاعدة الإسناد تقتصر على تقرير مبدأ إخضاع العالقات القانونية – بعد التعرف على طبيعتها – لقانون يتم تعيينه بمقتضى ضوابط محددة، فال خذ بقاعدة الإسناد هذه أو تلك يتطلب تحري حقيقة المسالة المعروضة أي معرفة طبيعتها أو لي صنف تنتمي حتى يتسنى إدراجها ضمن الطائفة التي خصها المشرع بقاعدة إلا سناد.

**ثانيا: عناصر قواعد الإسناد**

تتكون قاعدة الإسناد من ثلاثة عناصر هي الفكرة المسندة وضابط الإسناد والقانون المسندة إلبه نقدم شرحا موجزا عن هذه العناصر الثلاثة فيما يلي:

---

[1] قتال حمزة، مرجع يابق، ص 11.

[2] عوض الله شيبه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص–دار النهضة العربية، ط 03، سنة 1997، ص 333.

[3] هشام على صادق، تنازع القوانين الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1972، ص 5.

**1- الفكرة المسندة**

إن المراكز والعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي كثيرة بحيث لا يمكن لأي مشرع حصرها، لذلك يتم جمع المراكز المتقاربة أو المتشابهة في أوصافها ضمن فكرة أو فئة قانونية واحدة ويرصد لها قاعدة إسناد خاصة بها. فالفكرة المسندة إذن هي تجمع لمراكز وعلاقات قانونية من صنف واحد أو نوع واحد، فهي تأخذ فئة من العلاقات الإنسانية يعبر عنها بعبارات قانونية، كالحالة الدنية والأهلية وشكل التصرفات، وقد تقتصر الفكرة المسندة على موضوع واحد مثل ما نصت عليه المادة 19 من قانون المدني وهو **شكل التصرفات القانونية**، ومثل ما نصت المادة 20 وهو "**الالتزامات غير التعاقدية**".

وقد تحوي الفئة المسندة على أكثر من موضوع كفكرة مسندة **الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم**" في المادة 10 سالفة الذكر، والمادة 17 أيضا جمعت بين عدة أوضاع في فئة مسندة واحد وهي **الحيازة والملكية والحقوق العينية**"، والمادة 2/16 جمعت بين موضوعي الهبة والوقف.

وقد تقتصر على جزء من نظام قانوني، أي تخصص لموضوع واحد عدة قواعد إسناد وبالتالي عدة أفكار مسندة كموضوع الزواج مثلا فهو مقسم إلى عدة أفكار مسندة، كفكرة "**الشروط الموضوعية للزواج**" في المادة 11 من قانون المدني وفكرة "**الأثار الشخصية والمالية للزواج**" فكرة "**انحلال الزواج والانفصال الجسماني**" في المادة 12، ولكل منها حكم خاص بها رغم انتمائها لنظام قانوني واحد[1].

2- **ضابط الإسناد:** هو المعيار الذي يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة التي تتنازع عنها القوانين، أي الفكرة المسندة في حالة الحركة التي تأخذ وصف المسألة التي تتنازعها القوانين، ويستخلص ضابط الإسناد من قاعدة الإسناد نفسها.

[1] قتال جمزة، مرجع سابق، ص 15.

قد يتضمن نص قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد، خاص بفكرة مسندة واحدة، أو فكرتين مسندتين، أو بعدة أفكار مسندة، كما قد يتضمن نصها ضابط إسناد أصيل وإلى جانبه توجد ضوابط إسناد أخرى، لكنها احتياطية، يؤخذ بها إذا تعذر استخدام ضابط الإسناد الأصيل، وقد يؤخذ بها على سبيل الاختيار، وتجدر الإشارة إلى أن ضابط الإسناد يكون دائما اسما أو جملة إسمية، ليس فعل ولا كلمة قانون.[1]

3- **القانون المسند إليه:** وهو القانون الذي يتحدد بموجب ضابط الإسناد، ويتولى حكم المادة المسندة بموجب قاعدة الإسناد ونطلق عليه القانون الواجب التطبيق، وهذا القانون قد يكون القاضي الوطني أو قانون دولة لأجنبية فإذا كان العقار في الجزائر كان القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على ملكية هذا العقار، وإذا كان الزوج جزائريا وقت إبرام عقد الزواج مثلا كان القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج.[2]

**ثالثا: خصائص قواعد الإسناد**

تتميز قواعد الإسناد عموما وقواعد الإسناد الجزائرية خصوصا بكونها قواعد عامة ومجردة ووطنية وتنظيمية وغير مباشرة ومزدوجة كما هو موضح كما يلي:

ا- **قاعدة الإسناد قاعدة قانونية خاصة وطنية:** لأن الذي يسن قواعد الإسناد هو من اختصاص المشرع الوطني في كل دولة تبنت منهج قواعد الإسناد كطريقة لحل مشكلة تنازع القوانين دوليا من حيث المكان، فقد سن المشرع الجزائري قواعد إسناد صريحة أسميناها **قواعد تنازع إسنادية** خاصة بالإسناد، هي المواد 10 إلى 20 من القانون المدني الجزائري.[3]

---

[1] عبد القادر بوجنانة، مرجع سابق، ص 45.

[2] فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 25.

[3] عبد القادر بوخنانة، مرجع سابق، ص 43.

2-**قاعدة الإسناد قاعدة تنظيمية وغير مباشرة:** إذ أن دور قاعدة الإسناد ليس حسم النزاع ذو الطابع الدولي والفصل فيه وإعطائه الحل النهائي وإنما ربط العلاقة القانونية بقانون معين لتستمد منه حكمها بحيث أنها ترشد إلى القانون المختص الذي يحسم النزاع بإعطاء الحل النهائي الموضوعي له، وبالتالي قاعدة التنازع دائما هي قاعدة غير مباشرة تقوم بدور الإرشاد والتوجيه تشبه مهمتها وظيفة محول.[1]

-مثال المادة 10 ق مدني تنع يسري عل الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم "فإذا تعاقد جزائري مع فرنسي وحدث إشكال في أهلية أحدهما في المادة عشرة لا تبين لنا سن الرشد وإنما تكتفي فقط ببيان القانون الذي سيتكفل ببيان هذا السن "المادة 40 من ق مدني جزائري سن الرشد 109 سنة كاملة".

إن هذه الخاصية الفنية مهمة في قواعد الإسناد وتفتقر لها قواعد القانون الأخر حيث بهذه الآلية يتم توظيف المركز القانوني الذي تحتويه وتركيزه في دولة معينة فيصبح قانون تلك الدولة هو الملائم في نظر المشرع، ومعيار التركيز نسبي ومبني على اعتبارات الملائمة لتحقيق أهداف سياسية تشريعية معينة حسبما تقتضيه المصلحة الوطنية[2]

3-**قواعد الإسناد قواعد محايدة:** تتميز قواعد الإسناد أيضا بكونها قواعد حيادية فاعتبارها غير مباشرة تتسم بطابع شكلي حيث يقتصر دورها على تحديد القانون الأقرب صلة بالمركز القانوني، من جهة نظر المشرع الوطني بغض النظر عن مضمون هذا القانون أو الآثار المترتبة على تطبيقه.

على اعتبار أن القاضي المعروض عليه النزاع ل يعلم نوع الحل الذي سوف يتوصل إليه والذي سيعطيه للعالقة المطروحة أمامه، كون ذلك متوقف على معرفة مضمون القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد، هذا الأخير قد يكون قانونه الوطني أو قانون أجنبي قد يجهل

---

[1] بابا عمي الحاج أحمد، مرجع سابق، ص 45.

[2] زيروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 285.

أحكامه، ومن ثم عليه البحث عن مضمون القانون الأجنبي من اجل الفصل في المنازعة) وهنا تثار إشكالية تطبيق القانون الأجنبي أمام القاض ي الوطني).

**4-قواعد الإسناد قواعد مزدوجة**

كونها تعقد الاختصاص للقانون الأجنبي او القانون الوطني، وذلك حسب طبيعة العلاقة المطروحة، فهي ل تترك فراغا، فالعنصر المميز لقاعدة الإسناد هو عنصر أو عامل أو معيار ربط موضوعي يربط العالقة القانونية بنظام قانوني محدد قد يكون نظام قاض ي الدعوى أو نظاما قانونيا أجنبيا و من هنا تنبع الصفة المسماة ثنائية أو ازدواجية قاعدة الإسناد إذ أنها تجعل الاختصاص إما للقانون الوطني وإما للقانون الأجنبي وذلك حسب نوع المسألة القانونية ، فقاعدة الإسناد التي جاءت بها المادة 71 من القانون المدني والتي تقض ي بخضوع الأهلية لقانون الجنسية قد تشير باختصاص القانون الأجنبي وذلك حسب الجنسية التي يحملها المعني. وكذلك نص المادة 71 من القانون المدني الجزائري التي تخضع الميراث لقانون جنسية الهالك فالجنسية تمثل عامل الربط الموضوعي والقانون الواجب التطبيق قد يكون القانون الداخلي الجزائري أو قانونا أجنبيا. لكن قد نكون أمام قاعدة إسناد ل تتوفر على عنصر الازدواجية وهي حالة استثنائية نجدها في التشريع الجزائري خاصة المادة 71 التي تنص على اختصاص القانون الجزائري كاستثناء للمادتين 77و71 على التوالي إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، فهذه المادة فقدت روح قاعدة الإسناد باعتبارها قاعدة أحادية، فهي قاعدة حمائية أكثر منها قاعدة إسناد.

**رابعا: أمثلة عن قواعد الإسناد**

| قواعد الإسناد | الفكرة المسندة | ضابط الإسناد | القانون المسند إليه |
|---|---|---|---|
| المادة 14 ق م ج نصت "يطبق القانون الوطني على | - الالتزام بالنفقة بين الأقارب | - جنسية المدين بالنفقة بين الأقارب | - قانون جنسية المدين بالنفقة |

| | | | |
|---|---|---|---|
| الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها" | | | |
| نصت المادة 1/10 من ق م ج على أنه:"يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" | -الحالة المدنية للأشخاص<br>-أهلية الأشخاص | - جنسية الشخص | -قانون جنسية الشخص |
| نصت المادة 16 من ق م ج على أنه: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته<br>ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما". | 8. الميراث<br>9. الوصية<br>10. وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت<br>11. الهبة<br>12. الوقف. | -جنسية الهالك وقت موته بالنسبة للميراث<br>-جنسية الموصي وقت موته، بالنسبة للوصية<br>-جنسية من صدر منه التصرف الذي ينفذ بعد الموت وقت موته بالنسبة التصرفات التي تنفذ بعد الموت. فالعبرة بجنسية كل واحد منهم وقت موته.<br>-جنسية الواهب وقت إجراء الهبة، بالنسبة للهبة<br>-جنسية الواقف وقت إجراء الوقف، بالنسبة للوقف. | -بالنسبة للميراث يكون القانون الواجب التطبيق عليه هو قانون جنسية الهالك وقت وفاته<br>-بالنسبة للوصية يكون القانون الواجب التطبيق عليه هو قانون جنسية الموصي وقت وفاته.<br>-بالنسبة لسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، يكون القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون جنسية من صدر منه التصرفات وقت موته<br>-بالنسبة للهبة يكون القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون جنسية الواهب وقت إجرائها. |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | | -بالنسبة للوقف يكون القانون الواجب التطبيق عليه هو قانون جنسية الواقف وقت إجراء الوقف |
| نص المادة 19 من ق م ج على أنه: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك....." | - التصرفات القانونية في جانبها الشكي | -محل إبرام التصرفات القانونية<br>-الموطن المشترك للتعاقدين<br>-الجنسية المشتركة للمتعاقدين | -يطبق على شكل التصرفات القانونية قانون محل إبرامها.<br>-يطبق على شكل التصرفات القانونية قانون الموطن المشتركة للمتعاقدين<br>- يطبق على شكل التصرفات قانونية قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين |

**المحور الثاني: قواعد التكييف**

يعني بالتكييف تحديد المسألة الأساسية محل النزاع بغية إيجاد حل لها، وهذا بإعطائها الوصف القانوني الملائم من اجل تحديد قاعدة الاسناد التي تحكمها.

وعملا بالحل الراجح في القانون المقارن ان التكييف يخضع مبدئيا لقانون القاضي، أي ان الاوصاف القانونية للنظم تتم حسب المفاهيم المعروفة في قانون القاضي، وهذا لأن:

أ_ التكييف مسألة أولية ضرورية قيل الاسناد.

ب_ القانون المختص لم يتحدد بعد.

ج_ التكييف عبارة عن تفسير مضامين قواعد التنازل الوطنية لتحديد مجال تطبيقها.

د_ يجب توحيد التكييف وطنيا، والا تغير الحل بتغير القانون المختص به.

ومع هذا يستثنى من مبدأ اختصاص قانون القاضي في التكييف، حالة وجود معاهدة تحدد القانون المختص ببيان المفاهيم القانونية الواردة فيها ,وحالة تعلق النزاع بتحديد طبيعة مال معين ما اذا كان عقارا ام منقولا ,فيسند تكييفه لقانون موقعه [1].

## أولا: تعريف نظرية التكييف

يعرف التكييف على أنه: هو تحديد الطبيعة القانونية للمسألة التي تتنازعها القوانين دوليا من حيث المكان بإعطائها الوصف القانوني المناسب لها، حتى يمكن إرجاعها إلى قاعدة الإسناد الخاصة بها، التي تبين القانون الواجب التطبيق عليها[2].

وعلى ذلك يمكن القول أن التكييف هي مهمة يقوم بها القاضي المعروض عليه النزاع تتمثل في تحديد النص القانوني الموضوعي الواجب التطبيق، ومثالها أن قاضي التحقيق يحدد ما إذا كان سلب مال الغير هو من قبيل السرقة أو النصب أو خيانة الأمانة، والقاضي المدني يفصل أولا فيما إذا كان اتفاق الأطراف موضوعه وعد بالبيع أو بيع متوقف على شرط، وهكذا يجب تحديد الطبيعة القانونية لمحل النزاع قبل تطبيق القانون عليه، ويمارس القاضي هذه المهمة بتكييف الوقائع ضمن تفسير أحكام القانون وبالتالي فالتكييف عملية أولية معروفة في القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص.[3]

**أما التكييف في القانون الدولي الخاص فهو وضع المسألة محل النزاع ضمن طائفة من طوائف النظم القانونية المقررة في قانون القاضي تمهيدا لاستنادها إلى القانون المختص الذي تشير به قاعدة الإسناد في قانونه.**

---

[1] طيب زاروتي مرجع سابق، ص ص 10-11

[2] ديدي إبراهيم، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة لتنازع القوانين، ألقيت على طلبة سنة ثالثة ليسانس قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الشهيد حملة لخضر بالوادي، السنة الدراسية 2021-2022، ص 70

[3] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 42 ومابعدها.

ويعتبر التكيف أكثر أهمية في مجال القانون الدولي الخاص بالنظر إلى طبيعة قواعد هذا القانون، لأن القاضي المعروض عليه النزاع في مجال تنازع القوانين لا يستطيع أن يسند العلاقة المتنازع بشأنها وفقا لقواعد الإسناد الوطنية إلى القانون المختص قبل تحديد طبيعتها القانونية بصفة نهائية، لكي يعرف القاضي ما إذا كان النزاع يتعلق النزاع يتعلق بالشكل أو بالموضوع أو يتعلق بحالة الشخص أو أهليته أو أن الأمر يتعلق بالأحوال العينية، لأن ما يعتبره قانون القاضي مثلا يدخل في الشكل قد يعتبره القانون الآخر يدخل ضمن الموضوع إلى غير ذلك من الاختلافات في تحديد طبيعة النزاع من القانون لآخر، وهو ما يجعل التكييف في القانون الدولي الخاص يبلغ درجة من الأهمية القصوى لا يستطيع القاضي أن يتخطاها إلى مرحلة أخرى موالية لها قبل الانتهاء من عملية التكييف.

واختلف فقهاء القانون الدولي الخاص فيما ينصب عليه التكييف في اتجاهين والتالي يرى البعض أن التكييف في اتجاهين وبالتالي يرى البعض أن التكييف يتعلق بالعلاقات القانونية وذهبت فريق للقول أن التكييف يتعلق بالوقائع القانونية، وحسب هذه الأراء يمكن تعريف التكييف بأنه تحديد لطبيعة النظام القانوني، أو تحديد لطبيعة العلاقة القانونية أو تحديد طبيعية القاعدة الموضوعية.[1]

أما الاتجاه الثاني يرى أن التكييف يتعلق بالوقائع وبالتالي فهو إعطاء الواقعة الطابع القانوني الذي يدخلها في طائفة معينة من طوائف النظم القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد. والواقع أن التكييف لا يتقيد بعنصر دون سواه بل يتعمد عليها معا، ومن ثم فإن التكييف ينصب على موضوع النزاع وعليه فهو تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين وإعطائها الوصف القانوني الملائم لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد معينة تمهيدا لإسناد إلى قانون معين.[2]

---

[1] عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، 1974، ص 56.

[2] جابر جاد عبد الرحمان، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الثالث، مجلد1، ص51.

الشكل 08: التكييف وتنازع القوانين

## ثانيا: النشأة القضائية للتكييف

ظهرت مشكلة التكييف على يد الفقيه الألماني kahn سنة 1897، غير أن التكييف كنظرية تمت بلورته من طرف الفقه الفرنسي bartin، وذلك بمناسبة تحليلة لبعض أحكام القضاء الفرنسي، بحيث إستنتج أن القاضي الفرنسي قام بالتكييف قبل إسناد حل النزاع إلى قانون

ما، كما أنه أخضع التكييف للقانون الفرنسي،[1] ويظهر ذلك في قضيتني أساسيتين هما "ميراث المالطي" و "وصية الهولندي" وللتان تتلخص وقائعهما على التوالي فيما يلي:

## 1- قضية ميراث المالطي

تعتبر قضي ميراث المالطي تعتبر من أبرز القضايا التي اعتمد عليها الفقه الفرنسي في تحليله الذي أجراه فقد أكد بارتان على أن التكييف بوصفه عملية أولية لازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق أمر يتم بالرجوع لقانون القاضي وهذا ما توصل إليه القضاء حينما طلبت الزوجة بحقها ما يسمى بنصيب الزوج البائس على عقارات زوجها الموجودة في الجزائر كانت (مستعمرة فرنسية) وفقا للقانون الفرنسي باعتباره موقع العقار حيث أن القانون الفرنسي في ذلك الوقت لا يعطي للزوجة الحق في أن ترث زوجها فقد كان أن رفض الاستجابة لطلبها. [2]

فالمسألة كانت تتمثل في تحديد الوصف القانوني الملائم للحق المطالب به، وهو "**نصيب الزوج المحتاج**"، هل هو حق لها سبب بقائها على قيد الحياة بعد وفاة زوجها ويعد منفعة زوجية فضلا عن المراث، وعلى ذلك يدخل في النظام المالي بين الزوجين، والذي يحكمه القانون المالطي بوصفها قانون موطن الزوجية الأول، حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، أم هو حق في الإرث بوصفها زوجة للمورث، فيحكمه القانون الفرنسي بوصفه قانون موقع العقار، حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، ومن لا تحصل الزوجة على الحق الذي طالبت به، وقد حل القاضي الفرنسي هذا الشكل بأن ألحقه بطائفة الإرث.

---

[1] بوشور فتيحة، محاضرة في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، محاضرة لطلبة سنة ثالثة ليسانس تخصص القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، 2016-2017، ص13.

[2] بن زيادة أم السعد، اختصاص القانون الجزائري في حل تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، في الحقوق، جامعة الجزائر01 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2014-2015، ص 56-57.

## 2- قضية وصية الهولندي

تتلخص وقائع وصية الهولندي تتعلق بوصية حررها هولندي في فرنسا بالشكل العرفي أي أنها كانت مكتوبة ومؤرخة وموقعا عليها بخط يد المتوفى، إلا أنها كانت غير موثقة رسميا كما يشترط القانون الهولندي، طعنوا فيه بعدم صحة هذه الوصية لمخالفتها للمادة 992 من القانون الهولندي التي تمنع الهولنديين ولو في الخارج من إجراء الوصية بكتابها بخط الموصي.[1]

ولما عرض النزاع على القاضي الفرنسي وجد نفسه أمام مشكلة تتعلق بالتكييف، تتعلق بتحديد طبيعة موضوع النزاع وهو حضر الوصايا في الشكل العرفي، هل هو مسألة تتعلق بقاعدة من قواعد الشكل، تتعلق بإظهار الإرادة ولا شأن لها بمضمونها، ومن ثم يحكمها القانون الفرنسي بوصفه قانون نحل الإبرام، حسب قاعدة الإسناد الفرنسي، أم هي مسألة تتعلق بالأهلية الموصي غايتها حماية الموصي، فيحكمها القانون الهولندي بوصفه قانون جنسية الموصي، حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، وقد حل القاضي الفرنسي هذا الإشكال بأن كيفية تبعا للقانون الفرنسي على أنه يتعلق بالشكل، وقضى بصحة الوصية طبقا للقانون الفرنسي، كما أنه استخلص منها أن الاختلاف في التكييف يستتبع باللزوم اختلاف القانون الواجب التطبيق، ومن ثم اختلاف الحل النهائي.

**ثالثا: موقف الفقه من التكييف**

اختلف الفقهاء في القانون الدولي الخاص في القانون الذي يخضع له تكييف المسائل التي تتنازعها القوانين، حيث توجد ثلاث نظريات، أهمها هي نظرية خضوع التكييف لقانون القاضي، وهي التي تبنتها أغلب التشريعات المقارنة، نركز على شرحها، ثم نظرية خضوع التكييف للقانون الأجنبي المختص، وأخيرا نظرية خضوع التكييف للقانون المقارن، نتطرق إليها باختصار:

---

[1] ديدي إبراهيم،مرجع سابق، ص 73.

**1-إخضاع التكييف إلى القانون الذي يحكم النزاع**

نادي بهذا الرأي كل من الفقه ديبانيية في فرنسا وأيده باكسيوني في إيطاليا وولف في ألمانيا، وحجة هذا الفريق في ذلك أنه إذا أشارت قاعدة التنازع في قانون القاضي إلى تطبيق قانون معين على علاقة قانونية وجب تطبيق هذا القانون، لأن لكل قانون تكييفاته الخاصة به وفى حالة عدم الأخذ بوجهة نظره فسوف تشوه العلاقة موضوع النزاع، ويخلع عليها طبيعة تخالف ما هو مقرر لها وتكون النتيجة هي إما تطبيق القانون الأجنبي على علاقة هو غير مختص بحكمها، وإما أن يعطل عن التطبيق حيث كان يجب أن يطبق.[1]

يتمسك أنصار هذه النظرية بأن الرجوع لغير القانون المختص يترتب عليه نتائج غير منطقية وغير مقبولة، إذ قد يترتب عليه عدم تطبيق القانون المختص على الرغم من أن المشرع الوطني منح الاختصاص له وأراد له أن يطبق. كما أن تطبيق هذا القانون فيه تحقيق العدالة أكثر، من حيث أنه يطبق على النزاع القانون الأجنبي المختص كاملا، سواء ما تعلق منه بالتكييف، أو بالقواعد الموضوعية.

إن النقد الموجه لهاته النظرية يمتثل أولا في أن التكييف سابق للإسناد فكيف للقاضي أن يعرف القانون الواجب التطبيق على النزاع إذا لم يقم بعملية تكييف الوقائع، ثم بعد ذلك إسنادها إلى قانون معين.

النقد الثاني الموجه لهاته النظرية فهو أن القاضي في تكييفه للوقائع المعروضة عليه يرجع في ذلك لقانونه الوطني يتقيد بقانون أجنبي آخر، بالنظر إلى أن هذا يتعارض مع مسألة السيادة أولا، وأن القاضي من غير الممكن أن يكون ملما بالقانون الأجنبي، حتى يتم التكييف بناء عليه.[2]

---

[1] ديدي إبراهيم، مرجع سابق، ص 77.

[2] شوشو عاشور، مرجع سابق، ص 25.

**2-نظرية خضوع التكييف للقانون المقارن**

وفق أنصار هذه النظرية فإن القاضي وهو بصدد إجراء عملية التكييف لا يستند على قانون واحد فقط، بل عليه أن يقوم بدراسة مقارنة لمختلف الأنظمة القانون ليستخلص منها النظام القانوني الأنسب والذي على ضوئة يقوم بعملية التكييف، غير أن هذه النظرية تم انتقادها لسببين أساسيين: فمن جهة هي صعبة التطبيق من الناحية العملية، إذ يستحيل على القاضي أن يلم بجميع القوانين الموجودة في العالم حتى يقوم بالمقارنة بينها، ومن جهة أخرى فإنه حتى لو سلمنا بإمكانية قيام القاضي بالمقارنة بين الأنظمة القانون لاستخلاص القانون الأنسب فإن هذا القاضي وبحكم تكوينه سينتهي في النهاية إلي إخضاع التكييف لقانونه الوطني بحجته أنه الأنسب.[1]

**3-نظرية خضوع التكييف إلى قانون القاضي.**

رأى الفقيه بارتن صاحب نظرية التكييف، وجوب خضوع التكييف لقانون القاضي الذي رفع إليه النزاع، حيث يحدد طبيعة هذا الأخير حسب قانونه، ويرجع ذلك إلى سببين أساسين هما[2]:

-أن قواعد التنازع قواعد وطنية، فكل قاضي يطبق قواعد وطنية، وبما أن التكييف من قواعد التنازع فيجب أن يخضع لقانون دولة القاضي.

- ان التكييف سابق على الإسناد إلى قانون الأجنبي، بالتالي لا يمكن خضوع التكييف للقانوني الأجنبي لأننا لا نعرفه بعد، فالأفضل إذن إخضاعه لقانون القاضي.

وقد أخذ بهذا الرأي القضاء الفرنسي والكثير من التشريعات، سيما المشرع الجزائري الذي نص المادة 9 من القانون المادة المدني على أنه: يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيقه".

---

[1] بن عصمان جمال، مقياس القانون الدولي الخاص، السنة الثالثة ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية -تلمسان-، 2014-2015، ص 15

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 377-380.

غير أنه استثناء على قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي فإن تكييف المال من حيث كونه عقارا أو منقولا، يخضع لقانون موقع المال، كما أن تكييف الفعل الضار على أنه مشروع أو لا يخضع لقانون مكان وقوعه، وهو نفسه القانون الواجب التطبيق على النزاع[1].

## رابعا: موقف المشرع الجزائري من التكييف

وقد أخذ المشرع الجزائري بالاستثناء المتعلق بتكييف المال من حيث كونه عقار أو منقول وأخضعه حسب م 17 فقرة 1 ق م ج لقانون موقعه، والاستثناء الخاص بالمعاهدات الدولية، في المادة 21 من نفس القانون، أما تكييف الفعل الضار من حيث كونه مشروعا أم لا، فقد أخضعه حسب م20 فقرة 2 ق.م.ج إلى من القانون الجزائري وقانون مكان وقوع الفعل الضار، فلا يعتبر استثناء من المادة 9 من ق م، بل نجد فيه أن القاضي يقوم بالتكييف طبقا للقانونين معا.

غير أن الانتقادات الموجهة لاستثناءات نظرية بارتان سوف تطبق حتما على ما ورد في نصي المادتين 17 الفقرة 1 و20 الفقرة 2، أما بخصوص المعاهدات النافذة في الجزائر فهي تسمو على القانون، فإذا ما نظمت معاهدة بهذا الشكل تكييف بعض المسائل، فيعتبر القاضي قد اعتمد قانونه في التكييف حسب القاعدة وليس الاستثناء.

أما الاستثناء المتعلق بالأنظمة القانونية غير المعروفة في القانون الوطني، فالبرغم من عدم النص عليه صراحة إلا أنه يفرض نفسه عمليا، فقد يتعرض القاضي الوطني لمسألة مجهولة يتعذر عليه تكييفها ولا يجد لها تقاربا مع الأنظمة القانونية الوطنية، فهنا يستطيع اللجوء إلى المفاهيم القانونية الموجودة في القانون الأجنبي المترشح لتطبيق على النزاع، أو إلى المفاهيم الموجودة فب القانون المقارن فيستعين بها لتقريب المسألة من أحد الأنظمة القانونية الوطنية، ومن ثمة تكييفها، أي إعطاءها الوصف القانوني لمعرفة الفئة القانونية

[1] بشورفتيحة، محاضر في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، محاضرات لطلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة،2016-2017، ص16

المناسبة، وهذا ما يسمى بتوسيع مدارك الفئة المسندة، ومثال هذه (ربع الزوج الفقير) أو ما تسمى ميراث المالطي.[1]

وفي الأخير يتأكد لنا أن التكييف في تنازع كالتكييف في القانون الداخلي، يعد عملية قانونية أو مسألة قانون، وهو في تنازع القوانين يعتبر تفسيرا لقاعدة أسناد، والمتمثل في بيان موضوع الفئة المسندة، فهو عملية ضرورية لإدخال المسألة المعروضة على القاضي في فئة من الفئات التي تتضمنها قواعد الإسناد الوطنية، ويتوقف عليه حسن اختيار وتطبيق القانون الواجب التطبيق على المسألة المعروضة أمام القاضي.

**المحور الثالث: نظرية الإحالة**

بعدما يتم إسناد النزاع ومعرفة القانون الواجب التطبيق أو القانون المسند إليه، يجد القاضي نفسه أمام نوعين من قواعد هذا القانون، قواعده الموضوعية، قواعد الإسناد فهل يفصل في النزاع بتطبيق القواعد الموضوعية، أم أنه يستشير قواعد الإسناد لتشير بدورها باختصاص القانون الذي تراه ملائما لحكم النزاع، فإذا ما أخذ القاضي بالحل الأول فقد رفض الإحالة، أما إذا أخذ بالحل الثاني فقد قبل مبدئيا بفكرة الإحالة، ولأجل أن نوضح ذلك نتناول مفهوم الإحالة ثم تباين المواقف التشريعات والتشريع الجزائري حول الأخذ بالإحالة.

**أولا: تعريف الإحالة**

تعرف الإحالة على أنها "رفض الاختصاص من قبل القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة إسناد القاضي ورده أو تحويله بواسطة قاعدة إسناد هذا القانون الأجنبي إلى قانون دولة أخرى"[2].

---

[1] قتال حمزة، مرجع سابق، ص 30

[2] سامي بديع منصور، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط 3، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009، ص 104.

إن رفض الاختصاص على هذا النحو يعني وجود اختلاف بين ما تشير به قاعدة الإسناد الوطنية وما تشير به قاعدة الإسناد الأجنبية، وهذا يعني أن قيام الإحالة ليس متلازما فقط مع الأخذ بالمفهوم الواسع الكلي للقانون الأجنبي بل وأيضا عندما يتحقق قيام الاختلاف بين قاعدتي الإسناد في دولة القاضي والدولة الأجنبية.[1]

وعليه عندما توجه قاعدة الإسناد القاضي الوطني المعروضة عليه النزاع إلى تطبيق قانون أجنبي معين فإنه يكون عند تطبيقه في إحدى الصورتين:

1- **الصورة الأولى:** رجوع القاضي للقانون الأجنبي المختص يكون بالرجوع إلى قواعد الأسناد الأجنبية ثم القواعد الموضوعية، وبذلك فإنه قد توجد قاعدة إسناد في ذلك القانون ترفض الاختصاص وترجعه مرة أخرى إلى قانون آخر إما قانون بلد ثالث أو قانون بلد القاضي الذي جاء منه الإسناد.

2- **الصورة الثانية:** أن القاضي يمنع عليه الرجوع إلى قواعد الإسناد في البلد المختص بل يطبق القواعد الموضوعية مباشرة تنفيذا للإسناد وفق القانون الوطني، وبالتالي يمنع على القاضي استشارة قواعد الإسناد في مدى اختصاص القانون الأجنبي من عدمه في المسألة المطروحة أمامه، فالإسناد قد تم في بلد القاضي لماذا نترك القضية عرضة للتنقل من إسناد آخر[2].

**ثانيا: نشأة نظرية الإحالة**

ظهرت فكرة الإحالة الأولى مرة في القضاء الإنكليزي 1841 غير أن معالمها لم تتحدد إلا في عام 1874 أثر قرار صدر من المحاكم الفرنسية بصدد قضية **فوركو** التي تتلخص في أن **فوركو** ولد غير شرعي من الجنسية **البافارية**، أقام في فرنسا الخامسة من

[1] بابا عمى الحاج أحمد، مرجع سابق، ص 53.

[2] عكاشة محمد عبد العالي، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، مطبعة الانتصار، الإسكندرية، 2005، ص 90.

عمره حتى وفاته في سن الثامنة والستين تاركا ثروة منقولة طالب بها حواشي المتوفى الطبيعيون وفقا لما يرتبه القانون **البافاري**، كما طالبت بها الحكومة الفرنسية أيضا باعتبارها مالكة للأموال التي وارث لها حسب القانون الفرنسي.

ولدى الرجوع إلى قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي ظهر أنها تخضع الميراث في المنقولات لقانون الموطن القانون القانوني للمتوفى وهو في هذه الحالة القانون **البافاري**، نظرا لان **فوركو** رغم طول إقامته في فرنسا فإنه لم يكتسب فيها موطنا قانونيا وفقا للقانون الفرنسي الذي كان يتطلب حينذاك إذنا رسميا بالتوطن وحيث أن **فوركو** لم يحصل على مثل هذا الإذن، فقد وجب على القاضي الرجوع إلى القانون **البافاري** قانون موطن المتوفي لحكم النزاع القائم حول إيلولة تركة **فوركو**، ولما كانت قواعد الإسناد في القانون **البافاري** تخضع إيلولة التركة لقانون محل إقامة المتوفى المعتاد وهو المعتادة وهو هنا القانون الفرنسي الذي لا يعترف للحواشي الطبيعين بالإرث إلا إذا كانوا من إخوان وأخوات المتوفى، وحيث أنهم من غير هؤلاء فقد رفضت المحكمة طلبهم وحكمت بأيلولة التركة للحكومة الفرنسية باعتبارها وراثة الأموال التي لا وارث لها.

وبهذا يكون القضاء الفرنسي قد أخذ بما أحال به القانون **البافاري** واستعبد القانون الذي أمرت به قواعد إسناده وأعطى الاختصاص لقانون السكن الفعلي حسبما جاء بقواعد إسناد القانون الأجنبي.

وقد تبنت المحاكم الفرنسية هذه النظرية في قضايا أخرى مما ترتب عليه انقسام الفقه إلى فرقين منهم من انتصر لنظرية الإحالة، ومنهم عارضها ولكل من الفرقين أدلته وحججه.[1]

**ثالثا: أنواع الإحالة**

عندما تشير قاعدة الإسناد في دولة القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي معين، ويرجع القاضي إلى قاعدة الإسناد في هذا القانون باعتبارها صاحبة الاختصاص في حل النزاع المعروض

[1] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) ط2، مكتبة دار الثقافة ، عمان، 1997، ص 72.

على القاضي، فإن هذه القاعدة الأخيرة قد ترفض هذا الاختصاص وتحلية على قانون دولة ثالثة أو أربعة أو تعيده إلى قانون دولة القاضي، وهذا يفيد أن الإحالة هي على أنواع متعددة: منها الإحالة العائدة والإحالة المطلقة أو المتعددة وكذا الإحالة الدائرية.

### 1- الإحالة العائدة او الإحالة من الدرجة الأولى

يقصد بالإحالة العائدة إرجاع الاختصاص في حل النزاع إلى دولة القاضي، وتسمى أيضا بالإحالة من الدرجة الأولى، ويتحقق هذا النوع من الإحالة عندما يتضح بأن قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق تقضي بأنها ليست مختصة بحل النزاع المعروض على القاضي، وأن القانون هذا الأخير هو المرشح للتطبيق على هذا النزاع، ففي قضية "**فوركو**" السابقة، تبين لنا بأن قاعدة الإسناد في القانون البافاري الذي أصبح واجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الفرنسية، قضت بأنها ليست هي مختصة، وأن قانون الموطن الفعلي للمتوفى الذي هو القانون الفرنسي، هو المختص بحل النزاع.

ويعد هذا النوع من الإحالة الذي يسمى الإحالة بإعادة الاختصاص الأكثر انتشارا في التشريعات التي تأخذ بها، لأنها تسمح بتطبيق قانون دولة القاضي المعروضة عليه النزاع، وهذا الأصل في منشأ نظرية الإحالة.[1]

ولشرح فكرة الإحالة البسيطة أو من الدرجة الأولى نعطي توضيح في المثال التالي: لو فرضنا طرحنا نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي مقيم في الجزائر أما القضاء الجزائري فإن قاعدة الإسناد الجزائرية وفق نص المادة 10 قانون المدني الجزائري تعطي الاختصاص في هده الحالة إلى القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسية الشخص، ولكن القاضي الجزائري برجوعه إلى القانون الإنجليزي المختص سوف يجد قاعدة إسناد تعيد القضية في قانون القاضي وهو القانون الجزائري باعتباره قانون موطن الشخص، فإذا طبق القاضي

[1] محمد التنعدويني، مرجع سابق، ص ص 299-301.

قانونه الداخلي في قواعده الموضوعية يكون أخذ بالإحالة البسيطة من "**الدرجة الأولى**" حيث تقضي المادة 23 مكرر1 من القانون مدني بأن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق في حالة تخلي القانون الأجنبي عن الإختصاص وهذا ومع العلم أن المشرع الجزائري كأصل عام ورفض الأخذ بالإحالة.

**2-الإحالة المطلقة أو الإحالة المتعددة:**

يكون هذا النوع من الإحالة من الدرجة الثانية أو ما يسمى بالرد إلى قانون دولة ثالثة، عندما تحليل قاعدة الإسناد الأجنبية إلى غير قانون القاضي، وهذا النوع من الإحالة بخلاف الأولى، نتاج متابعة فقهية أمعنت النظر في حيثيات وفقرات الحكم الصادر في نفس قضية فورجو، وهذا مكن القضاء الفرنسي لاحقا من القبول بالإحالة إلى قانون دولة ثالثة.[1]

[1] ديدي إبراهيم، مرجع سابق، ص 84.

وفي هذا الصدد يستخلص من عبارات حكم لمحكمة النقض الفرنسية 1938 ملامح تطوير جديد نحو القبول بالإحالة إلى قانون ثالث أو الإحالة المركبة فقد أكدت هذه المحكمة في حيثياتها ما يلي: "وجوب الأخذ بالإحالة التي يراها قانون جنسية الأجنبي إلى القانون الذي يحكم الميراث في دولة أخرى والذي يمكن أن يكون القانون الفرنسي كما هو الشأن في الحالة محل البحث. [1]

حيث لاحظ الأستاذ باتيفول أنه ورغم أن الحكم يتعلق بالإحالة إلى القانون الفرنسي أي على شكل رد إلا أن عباراته جاء ت مطلقة فهي تتضمن فهي تتضمن معنى التسليم بالإحالة إلى قانون آخر غير القانون الفرنسي أي القبول بالإحالة إلى قانون ثالث وهذا ما توضحه عبارات الحكم المذكور.[2]

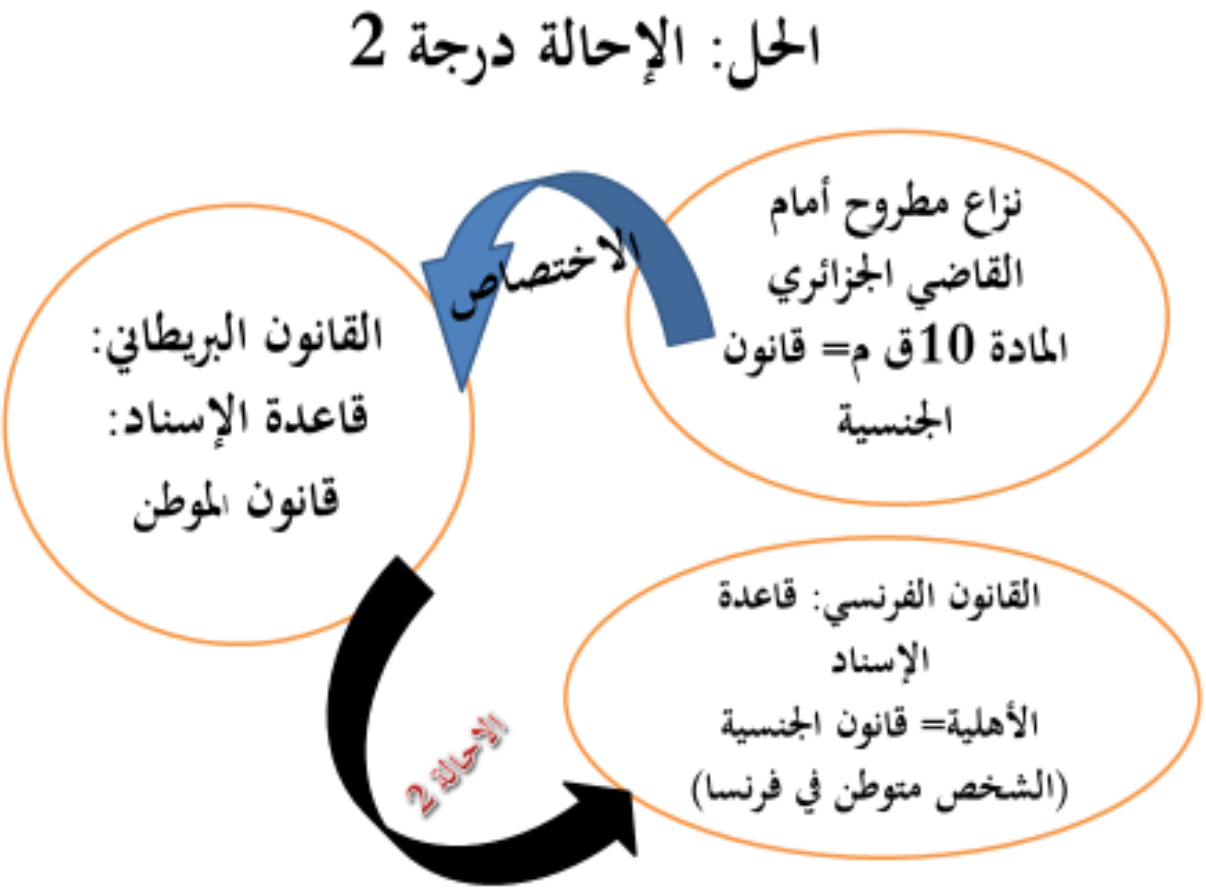
وقد استمدت مختلف التشريعات من الاجتهاد القضائي الفرنسي في قضية فوروجو بحيث اتجهت المحكمة العليا الألمانية في حكم لها صراحة إلى القبول بالإحالة إلى قانون دولة ثالثة، وكان النزاع يتعلق بتركة بلجيكي موجودة في روسيا، فقد رجعت المحكمة إلى القانون البلجيكي أولا باعتباره القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد الألمانية (قانون جنسية المتوفى) فلما تبين أن قواعد التنازل البلجيكية تشير بتطبيق القانون الروسي بوصفه قانون موقع الأموال طبقت المحكمة هذا القانون وأخذت بذلك بإحالة القانون البلجيكي إلى القانون الروسي.[3]

---

[1] بابا عمي الحاج أحمد، مرجع سابق، ص 59.

[2] زاروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 102.

[3] بابا عمي الحاج أحمد، مرجع سابق، ص 59..




### 3-الإحالة الدائرية

إذا رجع القاضي المعروض عليه النزاع إلى قاعدة الإسناد في قانونه، فوجدها تعطي الاختصاص إلى قانون أجنبي ما، ثم يرجع بعد ذلك إلى قاعدة الإسناد في هذا القانون الأجنبي المختص إلي قانون أجنبي ما، ثم رجع بعد ذلك إلي قاعدة الإسناد في هذا القانون الأجنبي المختص، ووجد أنها تحيل الاختصاص إلى قانون دولة ثالثة، يجدها تعطي الاختصاص إما لقانون القاضي نفسه، وإما للقانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد في قانون القاضي ابتداء، أي الذي تعين له الاختصاص أو مرة فمثل هذه الحالة هي التي تسمى بالإحالة الدائرية.[1]

[1] عبد القادر بوجنانة، مرجع سابق، ص 76.

**رابعا: موقف الفقه من الإحالة**

أثارت نظرية الإحالة جدلا فقهيا أحدث انقساما بين الفقهاء، بين مؤيدين لها على إطلاقها و مؤيدين إذا كانت في صورة رجوع لقانون القاضي (إحالة على قانون القاضي) و بين معارضين لها مقترحين بدائل عنها تؤدي إلى نفس نتيجتها و نتطرق لكل ذلك فيما يلي:

**1- أنصار الإحالة**

يذهب الفقه التقليدي المناصر للإحالة إلى القول بأنه إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى قانونا أجنبيا ليحكم النزاع المطروح على القاضي الوطني فإنه يتعين على هذا الأخير أن يبدأ باستشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي ليكشف عما إذا كانت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي تعترف بالاختصاص للقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختار ليطبق على موضوع النزاع، أم أنها ترفض منحه الاختصاص وتشير إلى قانون أجنبي آخر ليحكم المسألة المعروضة على القاضي. [1]

واستند أنصار الإحالة على مجموعة من الحجج أهمها ما يلي:

- قدم الأستاذ باتيفول حجة متميزة للأخذ بالإحالة ونادى بضرورة التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة la coordination des systémes ويرى الأستاذ أن الفقه قد أخطأ باعتقاده أن من واجب القاضي أن يفض تنازع القوانين عن طريق قواعد الإسناد التي يقررها قانونه لا غير، بحيث أن طبيعة الدولية للعلاقات التي ينظمها القانون الدولي الخاص تفترض بداهة ارتباط هذه العلاقات بأكثر من قانون واحد، فالهدف من وضع المشرعين لقواعد الإسناد هو تحقيق الانسجام و التعايش بين النظم القانونية المختلفة.[2]

[1] ديدي إبراهيم، مرجع سابق، ص 86

[2] هشام على صادق، مرجع سابق، ص 293.

- القانون الأجنبي الواجب التطبيق يجب أن يكون وحدة لا تقبل التجزئة و بالتالي تعتمد الإحالة على فكرة الإسناد الإجمالي و مفادها، أن كل دولة حرة في تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال وفي الفروض التي تراها مناسبة ولكنها إذا قضت بتطبيقه فعليها أن تطبقه ككل لا يتجزأ الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى قواعد الإسناد الأجنبية وإتباع إجراءاتها وبالتالي القاضي لا يطبق القواعد الداخلية للقانون الأجنبي إلا إذا قبلت بذلك قواعد الإسناد فيه، إذا لا يمكن تطبيق قانون أجنبي خلافا لإرادة المشرع الذي أصدره.
- الإحالة هي تفويض وهي نتيجة للتطبيق الفوري والضروري لقاعدة النزاع الأجنبية التي تشكل مع القانون المادي الداخلي كلا لا يتجزأ ينشأ عن ذلك تفويض الصلاحية إلى النظام القانوني الأجنبي في حل النزاع.[1]
- في الأخذ بالإحالة تيسير للكثير من المشاكل، في حالة ما إذا كان الأمر متعلقا ببلد تتعدد فيه الشرائع، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، فلو فرضنا أن أمريكيا متوطنا في فرنسا قام بتصرف يتعلق بحالته الشخصية، عرض نزاع بشأنه أمام القضاء الفرنسي، فلو أخذ القاضي الفرنسي بالإحالة فسوف يقبل إحالة القانون الدولي الخاص الأمريكي على قانون الموطن فيطبق القاضي الفرنسي القانون الفرنسي وينتهي الأمر، بينما لو لم يأخذ بالإحالة فهو مضطر لكي يطبق على هذا الأمريكي قانون حالته الشخصية فعليه أن يرجع إلى قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، وهي ثلاث و خمسون ولاية لكل منها قانون أحوال شخصية مستقل.
- من غير المستساغ أن يكون القاضي الذي يعرض عليه النزاع مشرعا فيرغم القانون الأجنبي على قبول الاختصاص رغم أنفه، فإذا كان هذا القانون يتخلى على اختصاصه لقانون آخر فكيف لهذا القاضي أن يطبق قواعد الداخلية لهذا القانون رغما عنه.[2]

---

[1] سامي بديع منصور، أسامة العجوز، مرجع سابق، ص 114.

[2] بابا عمي الحاج أحمد، مرجع سابق، ص 63.

وعلى الرغم من وجاهة ومنطقية هذه الحجج التي تمسك بها أنصار الإحالة فإن الفقه الرافض للإحالة تصدى لها مبينا العديد من أوجه القصور فيها.

### 2- معارضوا الإحالة

ينطلق الفقه الرافض للإحالة من مقدمة أساسية تتمثل في أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي (قاعدة الإسناد الوطنية) إلى تطبيق قانون أجنبي فإن هذه الإشارة تخص القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص وحدها دون الأخذ بعين الاعتبار بقواعد الإسناد في القانون الأجنبي.

وفي سبيل تدعيم موقفه الرافض للإحالة استعان هذا الفريق بمجموعة من الحجج من ناحية وتصدي على الرد على الحجج التي نادى بها أنصار الإحالة والتي أشرنا إليه آنفا من ناحية أخرى [1]حيث تمثلت هذه الحجج في مايلي:

- استند الفقه الرافض للإحالة على أن نظرية الإحالة تؤدي إلى توحيد الحلول نتيجة الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العلاقة موضوع النزاع، بالقول بأن التوصل إلى هذه النتيجة ليس مضمونا في جميع الأحوال، فهي لا تصح إلا إذا افترضنا أن القانون الأجنبي لن بأخذ بالإحالة.

فلو كان القانون الجزائري يأخذ بالإحالة وكان القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الجزائرية يأخذ بها أيضا، فسيؤدي قبول القاضي الجزائري للإحالة الواردة بالقانون الأجنبي وقبول القاضي الأجنبي بالإحالة الواردة في القانون الجزائري إلى عدم الاتفاق على القانون المختص وبالتالي إلى صدور أحكام مختلفة فوحدة الحلول هذه لا تتم إلا بالأخذ بالإحالة من طرف واحد، والقول بوجوب أخذها من طرف واحد يعتبر دليل قاطعا على عدم صلاحيتها إذ كيف ننصح بقبول الإحالة من طرف ثم ننصح الآخر بعدم قبولها.

[1] دريدي إبراهيم، مرجع سابق، ص 87.

- إن الأساس القانوني الذي يستند إليه مؤيدو نظرية الإحالة أساس خاطئ، لأنه عندما تقرر قواعد الإسناد الوطنية تطبيق قانون أجنبي فإنما تعني بذلك القواعد الموضوعية أي المتعلقة بحكم العلاقة موضوعة البحث وهي لا تعني قواعد التنازع لذلك القانون، ثم أن الدعوة إلى التمسك بوحدة أحكام القانون الأجنبي وعدم تجزئته والمطالبة بالأخذ بقواعد الإسناد للقانون الأجنبي المنوه عنه فإن الأخذ بهذه الحجة يلزمنا في الوقت ذاته الأخذ بقواعد القانون الوطني بصورة كاملة ودون تجزئة بتطبيق القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد فيه، وهذا يوقعنا في حلقة مفرغة لا يمكن الخلاص منها ولا يتوصل القاضي إلى القانون الواجب التطبيق، مما يفقد أصحاب العلاقة الاطمئنان إلى خضوع علاقتهم لقانون معين.
- يستمد القاضي سلطته من قانونه الوطني لا من القانون الأجنبي الصادر من مشرع آخر، ولذلك لا يلزم بالأخذ بالإحالة التي تقررها قواعد الإسناد للقانون الأجنبي، وهو أن أفعل بغير ذلك فيكون قد خالف أوامر قانونه وخضع لأوامر القانون الأجنبي، وعلى القاضي أن يعمل بمقتضى القانون الذي اشارت إليه قواعد إسناد قانونه دون أن يقلق على مصير الحكم من حيث قابليته للتنفيذ في الخارج.

وقد أثرت حجج المعارضين في عدم انتشار و شيوع هذه النظرية ولم تأخذ بها كافة الدول، فلم يأخذ بها مثلا القانون الهولندي والإيطالي (القانون المدني سنة 1944 ) والقانون المدني اليوناني لسنة 1946 ولم يؤخذ بها في جمهورية مصر العربية ولا في الجمهورية السورية وكذلك لم يؤخذ بها في الأردن كما سنبين في أدناه.

ومع ذلك فهناك دول اخذت قوانينها بالإحالة كسويسرة وألمانيا والسويد وهنغارية ويوغسلافيا واليابان وبعض دول أمريكا الجنوبية وعملت بها محاكم كل من فرنسا وإنجلترا.

وأكثر الدول التي أخذت بالإحالة انما أخذت بها بدرجة واحدة وقيدت نطاقها في أحوال معينة وبشرط خاصة، هذا بالإضافة إلى أن الأخذ بها لم يكن عن قناعة بصلاحيتها، بل

لما للغيرة الوطنية من دخل كبير في قبولها وما يتسنى في ذلك من فرص أخرى يطبق فيها القانون الوطني بدلا من القانون الأجنبي، كما أن سهولة ومعرفة قواعد القانون الوطني لهما أثرهما في دفع بعض الدول إلى قبول إحالة القانون الأجنبي لقانونها لأن الأخذ بالإحالة لقانونها يجنبها بعض المصاعب التي ترافق تطبيق القانون الأجنبي.[1]

**خامسا: موقف المشرع الجزائري من الإحالة**

للوقوف على موقف التشريع الجزائري من الإحالة فإنه يستوجب علينا دراسته من الإحالة قبل التعديل أي في ظل النصوص القانونية قبل التعديلات، ودراسة القانونية بعد تعديلها الذي وقع بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20جوان 2005.

**1- موقف المشرع الجزائري من الإحالة قبل التعديل**

قواعد الإسناد أو قواعد التنازع بصفة عامة في أي نظام قانوني هي التي يظهر فيها موقف هذا القانون من الإحالة، وجاءت في القانون المدني الجزائري قبل التعديل الذي جاء به قانون 10/05 المؤرخ في 20جوان2005 خالية من أية إشارة إلى الإحالة، فلم تشر إلى الأخذ بها أو رفضها كما فعلت بعض قوانين الدول، بل سكت المشرع عن ذلك مما يؤدي بنا إلى التساؤل عن حكم هذا السكوت هل يعتبر قبولا للأخذ بالإحالة أم رفضا لها؟

الأقرب إلى المنطق أن سكوت القانون الجزائري يعد رفضا للإحالة ولا يعتبر قبولا وذلك لعدة اعتبارات نذكر منها الآتي:

- لن يصدر حتى الآن عن القضاء الجزائري إلا قرارا وحيدا عن المحكمة العليا وهذا الحكم لا يدل على الأخذ بالإحالة، وتفسير عدم وجود أحكام قضائية قبلت الإحالة من القانون الأجنبي المختص بأن ذلك يعتبر رفضا لها.

[1] حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 77.

- عملا بالقواعد العامة في قانون كل دولة ومنها القانون الجزائري فإن الأصل العام هو عدم الأخذ بالإحالة لحداثتها، لذا أنها لم تبرز إلى الوجود إلا في العصر الحديث وكان ذلك بمناسبة قضية (فورجو) لعام 1874 أمام القضاء الفرنسي، وبالتالي فعدم النص على الأخذ بها يعد عدم القبول بها ضمنيا.

- القوانين التي أخذت بنظرية الإحالة السالفة الذكر نصت عليها صراحة، وهذا دليل على أن الأخذ بها لا يكون من خلال الإستنتاج من فحوى ومضمون النصوص القانونية في حالة السكوت عنها كما فعل المشرع الجزائري بل يعتبر ذلك رفضا لها.

- يمكن إعتبار سكوت المشرع الجزائري عن الإحالة رفضا لها وذلك بالرجوع إلى بعض القوانين التي أخذ عنها المشرع الجزائري في معظم قواعده في مجال تنازع القوانين، ومن خلال موقف هذه القوانين من الإحالة نحدد موقف المشرع الجزائري منها، فالقانون المصري أخذ عنه المشرع الجزائري عدة أحكام قانونية، وبما أن القانون المصري رفض الإحالة في المادة (27) صراحة فلا يعقل أن يعتبر سكوت المشرع الجزائري قبولا لها بل المنطق السليم هو أن يفسر سكوته رفضا لها.

- بعض النصوص القانونية كما هو الحال في المادة (15) والمادة (2/20) من القانون المدني الجزائري يستفاد منها تطبيق القانون الأجنبي في قواعده الموضوعية، وليس قواعد إسناد مما يدل على رفض القانون الجزائري لفكرة الإحالة عندما سكت عنها.

- نظم المشرع الجزائري في المادة (23) من القانون المدني الإحالة الداخلية، وهي الإحالة التي تكون نحو الدول المركبة كالولايات المتحدة الأمريكية أو الدول البسيطة التي تتعدد فيها الأنظمة القانونية أو الطوائف الدينية مثل مصر أو لبنان.

ففي هذه الدول إذا عرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأحد رعاياها فإنه وطبقا للمادة (23) من القانون المدني على القاضي أن يرجع القانون العام لتلك الدولة، وهذا

الأخير هو الذي يحدد له القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة داخليا، وهذه هي الإحالة الداخلية التي لا تكون من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى بل تكون من القانون العام لدولة إلى قانون داخلي لنفس الدولة.

ولما كانت الإحالة الداخلية ليست هي الإحالة الدولية على النحو السابق فإن تنظيم المشرع الجزائري للإحالة الداخلية و سكوته عن الأخرى يعد رفضا لها.

**2- موقف المشرع الجزائري من الإحالة بعد التعديل**

فالمشرع الجزائري اخذ بالإحالة من الدرجة الأولى وذلك إذا أحالت علية قواعد الإسناد القانون الأجنبي المختص تطبيقا لقاعدة إسناد القانون الجزائري، هذا الموقف نجد كذلك لدى المشرع الإماراتي في المادة 26 من قانون المعاملات المدنية، وهذه المادة كانت محل نقل حرفي من لجنة تحضير(التي كان الأستاذ زروتي عضوا فيها) تعديل القانون المدني لسنة 2005 إلى نص المادة 23 مكرر1،[1] بالتالي تطبيقا لنفس التوجه مع المشرع الإماراتي نقول أن المشرع الجزائري اخذ بالإحالة من الدرجة الأولى وذلك حسب التفسير الاتي: المبدأ في القانون الجزائري هو رفض الإحالة والاستثناء هو قبولها متى كانت من الدرجة الأولى أي تمت الإحالة على القانون الجزائري، كما أن المشرع الجزائري استبعد العمل بالإحالة في نطتين وهما:

---

[1] المادة 23 مكرر1 = حلل الأستاذ الطيب زروتي في دراسته لأحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05-10، و الذي يؤكد على أن المشرع الجزائري عندما يعرض عليه نزاع مشتمل على عنصر أجنبي فانه يكون أمام حلين أو احتمالين، الأول هو قبول الاختصاص أو رفضه و يكون هنا قد طبق الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 01 من القانون المدني، بمعنى رفض الإحالة على أساس أن القاضي يطبق القانون الأجنبي المعين بواسطة قاعدة التنازع الجزائرية ، أما الاحتمال الثاني، و هو رفض ذلك القانون الاختصاص، و في هذه الحالة يحيله مرة أخرى إلى القانون الجزائري بوصفه قانون القاضي، و هنا يطبق القانون الجزائري عملا بالفقرة الثانية من المادة 23 مكرر01 من القانون المدني ونكون هنا قد طبقنا الإحالة من الدرجة الأولى.

**أ/ استبعاد الإحالة في شكل التصرفات القانونية**

تعتبر هذه الحالة من الحالات المعترفة في مختلف دول العالم على اعتبار أنها ترفض الإحالة في مسألة شكل التصرفات القانونية التي تخضعها لقانون مكان القيام بالتصرف إعمالا لقاعدة locus وهو الموقف الذي كرسه المشرع في المادة 19 من القانون المدني. بالتالي في مجال الأحوال الشخصية كل ما يتعلق بالجانب الشكلي يخضع الى قانون مكان التصرف. (عقد الزواج من حيث شكله، كتابة الوصية....الخ.

**ب/ استبعاد الإحالة في حالة وجود معاهدة نافذة في الجزائر (المعاهدة ترفض الأخذ بالإحالة):** تطبيقا لإحكام المادة 21 من القانون المدني التي تنص على عدم سريان النصوص المتعلقة بتنازع القوانين في حالة وجود معاهدة نافذة في الجزائر، وتطبيقا لنص المادة 132 من الدستور التي تنص على سمو المعاهدة على التشريع الداخلي، استوجب الأخذ بإحكام المعاهدة الرافضة للإحالة ولو نص المشرع على الأخذ بالإحالة. كذلك نجد إن الاتفاقيات الدولية قد تحدد القانون واجب التطبيق، فهو رفض ضمني للإحالة.

# الفصل الخامس: إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص

**المحور الأول:**

**استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام**

**المحور الثاني:**

**استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في حال الغش نحو القانون**

## الفصل الخامس: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي

إن موانع تطبيق الأجنبي المختص متعددة، إذ قد يمتنع تطبيقه نظرا لإستحالة إعمال قاعدة الإسناد الوطنية، من ذلك أن ذلك أن يعتمد بجنسية الشخص إلا أنه تبين أن عديم الجنسية وأن الضابط الإحتياطي الذي وضعه المشرع كالموطن أو محل الإقامة يتعذر إعماله

هو الآخر المادة 22الفقرة 03 ق.م أو أن يتعلق الأمر بقاعدة الإسناد الخاصة بالفعل الضار ولم يتحدد مكان وقوعة، أو يجد القاضي نفسه أو الخصوم أمام وضع يستحيل فيه التعرف أو إثبات مضمون القانون الأجنبي، ففي كل هذه الأحوال يتوجب على القاضي الوطني تطبيق قانونه لما لهذا القانون من إختصاص إحتياطي بحكم علاقات أو مراكز قانونية لا تجد لها قانونا يحكمها المادة 23 مكرر ق.م.

على أن هناك حالتان يتم فيهما إستبعاد القانون الأجنبي من التطبيق رغم التعرف على أحكامه وهذا لتعارضه مع فكرة النظام العام من جهة أو لثبوت تحايل من الحصوم على قواعد الإختصاص التشريعي وهذا ما يعرف بالغش نحو القانون[1]

**المحور الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالف للنظام العام**

إذا أحالت قواعد التنازع في دولة القاضي إلى قانون أجنبي تتعارض أحكامه أو جزء منها مع النظام العام الجزائري فيستبعد القاضي الوطني هذه الأحكام أو القانون الأجنبي ككل وهذا ما يسمى الدفع بالنظام العام[2] وهو دفع موضوعي يثيره القاضي حتى من تلقاء نفسه على أي درجة من درجات التقاضي للدفع بالنظام العام ثلاث آثار وهي:

**أولا: الأثر السلبي للدفع بالنظام العام: يتمثل** استبعاد تطبيق القانون الأجنبي كله أو الأحكام المتعارضة فقط مع النظام العام الجزائري وهو مانصت عليه المادة 1/24 من ق م ج.

يرى جانب من الفقه الفرنسي الإستبعاد القانون الأجنبي بمجرد مخالفة أحكامه للنظام العام في قانون القاضي، يميز الإتجاه الغالب بين حالتين:

[1] دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة في القوانين فة التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2010ص133.

[2] لم يقم المشرع الجزائري بتعريف النظام العام بل إكتفى بالنص في المادة 24 من القانون المدني الجزائري على أنه "لا يجوز تطبيق القانون الإجنبي بموجب النصوص السابقة، إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر..".

-حالة ما إذ كانت بعض أحكام القانون الأجنبي المتعلقة بموضوع النزاع دون أخرى مخالفة للنظام العام.

- وحالة ما إذا كانت الأحكام المتعلقة بموضوع النزاع ككل، مخالفة للنظام العام.[1]

فإذا ما كانت أحكام القانون الأجنبي تتعارض مع النظام العام في قانون القاضي في جزئية معينة فإنه يتم استبعاد القانون اﻷجنبي ككل وتطبيق قانون القاضي بدله، إنما يتم استبعاد الأحكام الجزئية المخالفة للنظام العام فقط، ويتم بدلها تطبيق أحكام أخرى من هذا القانون، كما فعلت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 17-11-1964 حين استبعدت بعض أحكام الشريعة اﻹسالمية المتعلقة بمنع التوارث بسبب االختالف في الدين لمخالفتها للنظام العام في فرنسا، وطبقت اﻷحكام اﻷلخرى المتعلقة بأصناف الورثة وأنصبتهم، وذلك ألنها ليست مخالفة للنظام العام.[2]

وما حكمت به محكمة النقض الفرنسية دليل على أنه إذا كان القانون الأجنبي مخالف للنظام العام في بعض أحكامه دون الأخرى وكان من الممكن تطبيق بعض أحكامه دون البعض الآخر، فإنه لا يتم إستبعاده ككل، وإنما نستبعد فقط الأحكام المخالفة للنظام العام، أما إذا كانت أحكام القانون الأجنبي مرتبطة ببعضها البعض، بحيث لا يمكن تطبيق الجزء المخالف منها للنظام العام في دولة القاضي دون الأجزاء الأخرى، فلا مناص منها غستبعاد القانون الأجنبي ككل.

**ثانيا: الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام**

لقد استقر الفقه والقضاء في هذه الحالة على وجوب تطبيق قانون القاضي عوضا عن القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع، والذي استبعد باسم النظام العام، وهذا الإتجاه هو

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2009، 176

[2] محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2011، ص 266

الأفضل لانه الحل الذي تفرضه طبيعة الأمور، وينسجم مع منطق النظام العام بحد ذاته، ولهذا يمكن القول: أن النظام العام يعمل بإتجاهين الأول هو إستبعاد القانون الأجنبي المختص، والثاني هو تطبيق قانون القاضي، وبناء على ذلك يجب على القاضي تطبيق قانونه الوطني أي القانون الجزائري على موضوع النزاع لسد الفراغ التشريعي الناجم عن إستبعاد القنون الأجنبي المختص أصلا بحكم النزاع[1]،

لكن يؤخذ على هذا الإتجاه أنه قد لا تتوافر في القانون الأجنبي نصوص أخرى تحل النزاع، وحتى لو سلمنا بهذا الحل، فما العمل إذا كان القانون الأجنبي في مجمل أحكامه المتعلقة بموضوع النزاع مخالف للنظام العام؟

لذا يرى الإتجاه الفقهي الغالب، سيما في فرنسا، أنه في حال إستبعاد القانون الأجنبي لمخالفة للنظام العام في دولة القاضي، فإن الإختصاص ينعقد لقانون القاضي، ولعل ما يؤخذ على هذا الإتجاه هو ألا يكون قانون القاضي ملائما لحكم العلاقة الدولية موضوع النزاع.

أي إذا استبعد القانون الأجنبي لأنه مخالف للنظام العام الجزائري فسيكون هناك فراغ تشريعي، وبأن الحل يكمن تلقائيا في إحلال القانون الوطني محل القانون الأجنبي وهو ما نصت عليه المادة 2/24 من ق م ج إذا كان الغرض من تطبيق القانون الأجنبي هو إنشاء الحق في دولة القاضي. هذا إذا كان الغرض من تطبيق الأجنبي هو إنشاء الحق في دولة القاضي.[2]

نشأ حق في دولة أجنبية وفقا لقانون أجنبي، ثم طرحت مسألة نفاذ هذا الحق في دولة القاضي، فإنه في هذه الحالة لا نستبعد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المتعلقة بإنفاذ الحق، أي بآثاره، ولو كانت الأحكام المنشئة للحق مخالفة للنظام العام في دولة القاضي، وهذا ما يسمى بالأثر المخفف أو النسبي للنظام العام، بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج، فالمحاكم

[1] فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 77.

[2] بشور فتيحة، مرجع سابق، ص 91.

الفرنسية تعترف بآثار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الدي وقع في الخارج، وإن كانت تعتبر هذا النوع من الطلاق مخالف للنظام العام، ذلك أن آثاره ليست مخالفة للنظام العام.[1]

**ثالثا: الأثر المخفف للنظام العام**

قد يتعارض إنشاء مركز قانوني في دولة القاضي مع النظام العام، لكن هذا المركز نفسه لا تتعارض آثاره مع النظام العام في دولة القاضي لو تم إنشائه في الخارج، ففكرة النظام العام لا يتم أعمالها في هذا الفرض بنفس الوتيرة أو الشدة، حيث يبدي القاضي الوطني نوعا من التسامح مع هذا القانون في هذا الخصوص، وقد عبر الفقه عنها بالأثر المخفف للنظام العام وتجد هذه القاعدة أساسها في قاعدة الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة، ولقد أخذ القضاء الفرسي بها بصدد زواج الشخص المسلم بأكثر من امرأة في وقت واحد وفقا لقانونه الوطني، والذي يعد مخالفا للنظام الفرنسي، فأجاز لمثل هذا الشخص، الذي تزوج من امرأة ثانية خارج فرنسا، وإنتقل بعدها إلي فرنسا مع زوجته، التمسك بآثار هذا الزواج الثاني عملا بفكرة الأثر المخفف للنظام العام، والعمل بالأثر المخفف للنظام العام لا يعني إستبعاد الدفع بالنظام العام إطلاقا بالنسبة لهذه الآثار، بل يمكن للنظام العام في بلد القاضي أن يتدخل لإستبعاد الآثار المخالفة له، مثل تمسك الزوج بحقه وفق قانونه الوطني بتأديب زوجته.[2]

وطالما توافرت شروط تكوين هذا الحق في الخارج كانت المطالبة بالآثار أمام القضاء الوطني يمكن أن يعتد بها، مع شرط فإن القاضي الوطني لا يمنح لا أكثر ولا أقل من الآثار التي يسمح بها القانون الأجنبي الذي نشأ في ظله هذا الحق.

---

[1] أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 182

[2] فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، ص 79.

فكرة الأثر المخفف للنظام العام فكرة فضفاضة لا يحكمها معيار معين وتبقى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في قبول الأثر من عدمه.

أما في الجزائر فلم نعثر بعد على أحكام قضائية أخذت بفكرة الأثر المخفف، ولا يوجد بتقديرنا ما يحول الأخذ بهما عملا بفكرة الإحترام الدولى للحقوق المكتسبة في الخارج.

**المحور الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في حالة الغش نحو القانون**

يقصد بالغش نحو القانون في ميدان تنازع القوانين بأنه تغيير إرادي في ضابط الإسناد أو في طائفة الإسناد ذاتها، تغيير مقصود يتم بطريقة قانونية للتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة، واحلال قانون آخر بدلا عنه من شأنه أن يحقق الغاية التي كان التغيير بسببها، وهو مبدأ مستقر من مبادئ القانون الدولي الخاص الشائعة بين الدول.

**أولا: شروط الدفع بالغش نحو القانون**

هناك شرطين هما عنصر موضوعي و آخر معنوي كما هو موضح فيما يلي:

1. **تغيير إرادي لضابط الإسناد** (العنصر الموضوعي): إرادي وحقيقي في ضابط أو ظرف الإسناد بشكل قانوني لا مزور أو صوري[1]، أي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد تغييرا ماديا بشكل إرادي عن طريق تغيير الجنسيةن الموطن، أو موقع المنقول.[2]

كما يشترط أن يكون تغيير الضابط قد تم بوسيلة مشروعة، حيث إذا كانت الوسيلة غير مشروعة فيتم إبطالها دون حاجة إلى اللجوء للدفع بالغش نحو القانون، كمن يكتسب الجنسية

[1] محمد وليد المصري، الوجير في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009 ، ص 979

[2] أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 189.

الجزائرية بشكل غير مشروع، وذلك ليطبق على أهليته القانون الجزائري، هربا من القانون الفرنسي، فيكفي أن نثبت إكتسابه غير المشروع للجنسية الجزائرية لتسحب منه، فلا تكون له جنسية جزائرية، بالتالي لا يدفع نحوه بالغش نحو القانون، وذلك لأنه قد أصبحت له جنسية واحدة وهي الجنسية الفرنسية. فلا يتم الدفع بالغش نحو القانون إلا إذا لم تتوافر جزاء آخر يسمح لنا بإبطال النتيجة غير المشروعة المتوصل إليها، من خلال تغيير ضابط الإسناد، وكان التغيير في ضابط الإسناد فعلي ومشروع.[1]

**2.نية الغش (العنصر المعنوي):** يوصف هذا الشرط بأنه شرط ذي طبيعة معنوية حاصلة أن يهدف الشخص من وراء التغيير الإرادي في ضابط الإسناد إلى الهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة، [2] كما حدث في قضية السيد de Beoaffermont حيث رفعت دعوى الطلاق غداة تجنسها، مما جعلها عاجزة عن غيجاد سبب آخر لتجنسها، فاستخلص القاضي من نيتها في الإفلات من القانون الواجب التطبيق عليها.[3]وأهم القرائن التي تفيد حدوث نية التحايل أو الغش هو التلازم الزمني التي قد يحدث بين تغيير ضابط الإسناد ورفع الدعوى القضائية، وهي مسألة متروكة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

**ثانيا: الأساس نظرية الغش نحو القانون**

يرى قسم من الفقهاء في فكرة التحايل على القانون، كإستثناء على القانون الواجب التطبيق، مظهرا خاصا من مظاهر فكرة النظام العام التي تقوم على أساس الدفاع عن مصلحة النظام القانوني الوطني ضد تطبيق القوانين الأجنبية التي تتعارض معه، ويجد بعضهم الآخر في

---

[1] بشور فتيحة، مرجع سابق، ص 93

[2] أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص ص 191-192.

[3] بشور فتيحة، مرجع سابق، ص 94.

فكرة التحايل على القانون مفهوما مستقلا عن النظام العام، ولكنه يقترب منه إلى حد كبير[1]، فهما يتشابهان من حيث النتيجة وهي إستبعاد القانون الواجب تطبيقه، ولكنهما يختلفان:

**من حيث الإعتبارات:** ففي الدفع بالتحايل على القانون يؤخذ بعين الإعتبار حيل وأفعال ذوي المصلحة، أما في النظام العام فيؤخذ بالإعتبار مضمون القانون الأجنبي.

**من حيث الهدف:** فالتحايل على القانون يستهدف المحافظة على مفعول القانون المختص الذي تم إستبعاده والتحايل عليه سواء كان قانونا وطنيا أم أجنبيا، أما النظام العام فيستهدف إستبعاد القانون الواجب تطبيقه المخالف للنظام العام.[2]

والفقه السائد يرى في التحايل على القانون مظهرا من مظاهر تطبيق مفهوم التعسف في إستعمال الحق، ينطوي بشكل أساسي على فكرة الباعث غير المشروع، لأنه إذا كان من حق الشخص تغيير جنسيته أو موطنه فإنه يكون متعسفا في إستخدام هذا الحق إذا كان القصد منه التهرب من أحكام القانون المختص وصولا إلى تحقيق مصلحة أو منفعة شخصية لا يقرها هذا القانون أصلا.

أما المشرع الجزائري فقد إنفرد بين التشريعات العربية في إفراده نصا خاصا في القانون الدولي الخاص الجزائري لتكريس الدفع بالتحايل على القانون كإستثناء على القانون الأجنبي المختص منسجما بذلك مع الإتجاهات المعاصرة في هذا الصدد.

**ثالثا: نطاق الدفع بالغش نحو القانون**

نقصد بنطاق الغش نحو القانون تحديد الحالات التي تطبق فيها نظرية الغش نحو القانون، حيث درج القضاء الفرنسي وأيده الفقه في ذلك على إعمالها إذا كان الغش يستهدف القانون

---

[1] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين، دار االثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 197 ومابعدها ص 200 ومابعدها

[2] فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 81.

الفرنسي، أي أن البداية كانت بإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان الغش نحو قانون القاضي[1]

غير أن هذا الإتجاه غير مؤسس لأن الهدف من هذه النظرية هو محاولة الغش، وتطبيق القانون المختص أصلا، ولهذا فإن الغش قد يكون نحو قانون القاضي، أو أي قانون أجنبي آخر، فلا عدالة في التمييز بين قانون القاضي وغيره.

لذلك إتجه القضاء الفرنسي حديثا إلى تطبيق نظرية الغش نحو القانون حتى بالنسبة للغش نحو القانون الأجنبي، وهذا هو الصواب[2]

## رابعا: أثر التمسك بالدفع بالغش نحو القانون

يرى جانب من الفقه أن ى التمسك بالدفع بالغش نحو القانون متعلق بالنتيجة المتوصل إليها عن طريق التحايل، وقد انقسموا في هذا الصدد إلى قسمين:

قسم يرى أن لثر المترتب عن الغش نحو القانون هو عدم نفاذ النتيجة المتوصل إليها ّ وبطلان الوسيلة المستعلمة، فإذا غير الشخص جنسيته للتهرب من واجبه في النفقة تجاه زوجته فإن عدم إلتزامه بالنفقة بالنظر إلى قانون جنسيته الجديدة يكون غير نافذ حيث سيلزم بالنفقة، ويكون تجنسه بالجنسية الجديدة أيضا غير نافذ، لأن تجنسه كان يهدف إلي التهرب من دفع النفقة، فغذا كان هذا الأثر غير نافذن فلماذا نلزمه ببقية الآثار الناتجة عن تجنسه طالما لم يكن يهدف إليها.

بينما القسم الثاني يرى أن عدم النفاذ يلحق النتيجة فقط دون الوسيلة، وهذا اسوة بما قضت به محكمة النفض الفرنسية في قضية الأميرة **دي بوفرمون**، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن سيدة بلجيكة الأصل تزوجت من ضابط فرنسي، ساءت العلاقات بينهما

---

[1]. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 216.

[2]. هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص .217-218.

ووقع بينها وبين زوجها إنفصال جسماني في سنة 1874 وأرادت أن تحوله إلي طلاق، ولم يكن القانون الفرنسي آنذاك يجيز الطلاق، فانتقلت إلى ألمانيا وإكتسبت جنسية إحدى الإمارات هناك، وحصلت على حكم بالتطليق وفقا لقانون جنسيتها الجديدة، ثم تزوجت بالأمير الروماني **بيبسكو** فطعن الزوج الأول في صحة هذا الزاوج الثاني ورفض الإعتداد بحكم الطلاق السابق، وفعلا قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادرة في 18 مارس 1878 ببطلان هذا الزواج بسبب الغش نحو القانون الفرسي،[1] لأن تغيير السيدة "**بوفرمون**" لجنسيتها قصدت به التحايل على أحكام القانون الفرنسي الذي كان يحظر الطلاق، وعليه قضت المحكمة بعدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني مع بقاء الزوجية الأولى قائمة.[2]

أما إذ حصل الزوجان على الطلاق طبقا لقانون جنسية أحدهما وكان هناك تقارب بين قانوناهما الشخصيان مقارنة مع أحكام القانون الفرنسي، فلا يمكن إتهامهما بالغش أو رفض إعطاء الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان قد إنتقلا إلى الخارج رغبة في الخضوع لأحكام قانون القاضي الأجنبي الأقل تشددا[3].

وقد يكون التحايل بإصطناع قاعدة التنازع وذلك بإختبار عرض طلب الطلاق على قضاء معين، ومن ذلك إقامة لبنانين مارونيين في فرنسا بصورة مصطنعة الغرض منها هو الخضوع للقانون الفرنسي الذي يخضع الطلاق لقانون محل الإقامة من أجل الحصول

---

[1] على على سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعة، الطبعة الثالثة، الجزائر،2005 ص 160.

[2] حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين ) والكتاب الثاني (الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007 ص 315.

[3] نادية فضيل ، الغش نحو القانون، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2006، ص 132.

على الطلاق، والتهرب من تطبيق أحكام قانون الطائفة التي ينتميان إليها والذي يمنع إنحلال زواجهما.[1]

وبالنسبة للدولة الإسلامية فيؤثر إعتناق الديانة الإسلامية أو الإرتداد عنها على إستمرار رابطة الزواج، وتطبيقا لذلك، أجاز القضاء للمسلم أن يطلق زوجته إستنادا إلى فكرة النظام العام حتى ولو كان قانونه الشخصي يمنع الطلاق أو تم الاتفاق على عدم الطلاق، إذ يقع باطلا كل إتفاق يقضى بالاتنازل عن الطلاق.

والحكم ذاته ينطبق على الحضانة بإعتبارها أثرا من آثار الطلاق، فلا يجوز أن يسند الحق في حضانة الأطفال المسلمين للأم الأجنبية إذا لم تكمن مسلمة[2]، كما يستبعد القانون الآجنبي الذي يقتضي بفك الرابطة الزوجية عندما يغير الزوج الأجنبي دينه إلي الإسلام، ذلك أن السماح بتطبيق هذا القانون يتعارض مع حق الزوج المسلم في الزواج من كتابية ويستبعد القانون الأجنبي أيضا إذا كان يرفض الطلاق بسبب دخول زوجته الإسلام وإذا كان زوجها كتابيا، ذلك أن إستمرار قيام الرابطة الزوجية بين المسلمة وغير المسلم يتعارض مع مبدأ أساسي في نظام الزواج في الدول الإسلامية وهو مبدأ عدم زواج المسلمة بغير المسلم.[3]

ويرى الدكتور جعفر الفضلي أنه إذا كان الغرض من تغيير الدين هو التحايل على القانون، فيجب السماح للقاضي بعدم الإعتداد بهذا التغيير حتى لا يحقق هذا الشخص مآربه الخاصة تحت غطاء منه من الإرتداد عن الإسلام.[4]

## 4-موقف المشرع الجزائري

---

[1] سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، الطبعة الأولى، لبنان، 2009، ص 799.

[2] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع سابق، ص 187.

[3] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 2007، ص 259-260.

[4] جعفر الفضلي، إنقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1998، العدد 01، ص ص 244-245.

لقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية الغش نحو القانون في الشطر الثاني من الفقرة الأولى من المادة 24 من ق م ج، إلا أنه لم يحدد ما هو القانون المطبق في حالة اكتشاف حالة الغش نحو القانون، بطبيعة الحال لن ينطبق القانون الجزائري في هذه الحالة بل سيطبق القانون الأول قانون القضية التي يحكها أصلا قبل تغير ضابط الإسناد بنية الغش والتحايل وهو ما ذهب إليه الفقه الدولي والممارسات القضائية المقارنة.

## الخاتمة

إن مقياس القانون الدولي الخاص المتعلق بتنازع القوانين هو مادة واسعة لا يمكن حصره في العشرات من الصفحات من أجل الإحاطة به، نظرا لما تثيره هذه المادة من منازعات على المستوى الأنظمة القانونية والقوانين، وبعد دراستنا هذه تبن لنا أن القانون الدولي الخاص في كل دولة يحتوي على قواعد التنازع الوطنية التي تعين القانون الواجب التطبيق على العلاقات المتنوعة للأشخاص ذات البعد الدولي يعد ضرورة بتطبيق الالقانون الوطني للقانون الأجنبي إلى جانب من إحتوائه على قواعد إنفرادية التي تساهم في ترجيح مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الحاصة الدولية، مقارنة بمركز القانون الأجنبي الذي يطبقه القاضي ذاته.

## قائمة المصادر والمراجع:

### أولا: النصوص القانونية


1. الأمر رقم 70-20 المؤرخ في فيفري 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري
2. قانون رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-01 الصادر في فيفري 2005
3. القانون المدني الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 الجريدة الرسمية رقم 44
4. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 فيفري 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل بالأمر 05-02، المؤرخ في فيفري 2005
5. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 بتاريخ 28 فبراير 2008
6. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975


### ثانيا: الكتب


7. أحلام بيضون، المختصر في القانون الدولي الخاص، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الفرع الثاني جل الديب، 2012.
8. أحمد عبد الحميد عيشوش، القانون الدولي الخاص، جامعة بنها، مصر، 2006.
9. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2008.
10. اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1 تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2009.

11. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) ط2، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997.

12. حسن الهداوي، تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة– كلية الحقوق، جامعة مؤتة، مكتبة دار الثقافة للنشر، الطبعة 2، عمان، 1997،

13. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين ) والكتاب الثاني (الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007 .

14. دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة في القوانين فة التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2010

15. رمزي محمد على درار، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية طبعة 01، بيروت، لبنان.

16. رمزي محمد على درار، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية طبعة 01، بيروت، لبنان.

17. زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري،ج1 تنازع القوانين، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008.

18. سامي بديع منصور، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط 3، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009.

19. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 2007.

20. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، في الجنسية والمواطن ومركز الأجانب الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الحادية عشرة، 1936.

21. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، 1974.

22. عكاشة محمد عبد العالي، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، مطبعة الانتصار، الإسكندرية، 2005.

23. عكاشة محمد عبد العالي، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، مطبعة الانتصار، الإسكندرية، 2005.

24. على على سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعة، الطبعة الثالثة، الجزائر،2005.

25. عوض الله شيبه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص–دار النهضة العربية، ط 03، سنة 1997.

26. غالب الداودي وحسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية الموطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي، ج1، دار الكتاب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1994، ص 4

27. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص1، الجامعة الافتراضية السورية، 2018.

28. محمد وليد المصري، الوجير في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009.

29. نادية فضيل ، الغش نحو القانون، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2006

30. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007

31. هشام على صادق، تنازع القوانين الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1972.

**ثالثا: المقالات**

1. جابر جاد عبد الرحمان، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الثالث، مجلد1.
2. جعفر الفضلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1998، العدد 01.
3. كريم مزعل شبي الساعدس ، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها ، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، مجلة جامعة كربلاء، المجلد 03، العدد 13، كانون الأول، 2005، البحوث الإنسانية.

**رابعا: الرسائل الجامعية**

1. بن زيادة أم السعد، اختصاص القانون الجزائري في حل تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، في الحقوق، جامعة الجزائر01 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2014-2015.

**خامسا: المطبوعات الجامعية**

2. أحمد عبد الحميد عيشوش، القانون الدولي الخاص، جامعة بنها ، مصر، 2006،
3. بابا عمي الحاج أحمد، مطبوعة في مقياس القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، موجهة لطلبة سنة ثالثة قانون خاص، جامعة غرداية، 2020-2021.
4. بشور فتيحة، محاضر في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، محاضرات لطلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة،2016-2017.
5. بن عصمان جمال، مقياس القانون الدولي الخاص، السنة الثالثة ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية –تلمسان–، 2014-2015.
6. بن عصمان جمال، مقياس القانون الدولي الخاص، السنة الثالثة ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية –تلمسان–، 2014-2015

7. بوجنانة عبد القادر، مطبوعة القانون الدولي (تنازع القوانين) ، السداسي الخامس، كلية الحقوق ، قسم القانون الخاص، وجامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، 2020-2021

8. ديدي إبراهيم، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة لتنازع القوانين، ألقيت على طلبة سنة ثالثة ليسانس قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حملة لخضر بالوادي، السنة الدراسية 2021-2022.

9. شوشو عاشور، الوجيز في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، ملخص محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصص قانون خاص، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، 2020-2021.

10. على الحجامي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، 2015-2016.

11. قتال حمزة، مطبوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين.

| الصفحة | العنـــــــــــــــــــــوان |
| --- | --- |
| 2 | مقدمة |
| 4 | الفصل الأول: ماهية القانون الدولي الخاص |
| 5 | المحور الأول: مفهوم القانون الدولي الخاص |
| 5 | أولا: تعريف القانون الدولي الخاص |
| 7 | ثانيا: الطبيعة القانونية للقانون الدولي الخاص |
| 9 | المحور الثاني: نطاق القانون الدولي الخاص |
| 11 | أولا: تنازع القوانين |
| 12 | ثانيا: تنازع الاختصاص القضائي الدولي |
| 13 | ثالثا: الجنسية والموطن |
| 14 | رابعا: تنفيذ الأحكام الأجنبية |
| 15 | خامسا: مركز الأجانب أو حالة الأجانب |
| 17 | الفصل الثاني: مصادر القانون الدولي الخاص |
| 18 | المحور الأول: المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص |
| 19 | أولا: المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية |
| 19 | 1. الاتفاقيات الثنائية |
| 20 | 2. المعاهدات الدولية العامة أو الجماعية |
| 20 | ثانيا: العرف الدولي |
| 21 | ثالثا: المبادئ العامة للقانون الدولي |
| 22 | 1. مبدأ المساواة في السيادة بين الدول |
| 22 | 2. مبدا المساواة بين المرأة والرجل |
| 22 | 3. مبدأ عدم جواز بسط الحماية الدبلوماسية على مزدوج الجنسية |
| 23 | رابعا: الفقه الدولي |
| 23 | خامسا: القضاء الدولي |
| 24 | سادسا: مبادئ العدل والإنصاف |

| | |
|---|---|
| المحور الثاني: المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص | 24 |
| أولا: التشريع | 25 |
| 1. القانون المدني | 25 |
| 2.قانون الإجراءات المدنية والإدارية: | 26 |
| 3.قانون الجنسية | 27 |
| 4.القانون المنظم لمركز الأجانب | 27 |
| 5.قانون الحالة المدنية | 28 |
| 6.قانون الأسرة | 28 |
| 7.القانون التجاري | 28 |
| ثانيا: مبادئ الشريعة الإسلامية | 29 |
| ثالثا: العرف الداخلي | 30 |
| رابعا: القانون الطبيعي وقواعد العدالة | 30 |
| الفصل الثالث: مبادئ نظرية تنازع القوانين | 31 |
| المحور الأول: مفهوم تنازع القوانين | 32 |
| أولا: تعريف تنازع القوانين | 32 |
| ثانيا: أنواع تنازع القوانين | 33 |
| 1. التنازع بين القوانين من حيث الزمان | 33 |
| 2. التنازع الداخلية للقوانين | 33 |
| 3. تنازع القوانين دوليا من حيث المكان | 33 |
| ثالثا: شروط وجود تنازع القوانين | 33 |
| 1. وجود علاقة ذات عنصر أجنبيي | 34 |
| 2. أن يسمح المشرع الوطني بامتداد القانون الأجنبي | 34 |
| 3. وجود اختلاف بين القانون الوطني والقانون الأجنبي | 35 |
| 4. أن تكون العلاقة القانونية الخاصة دولية | 35 |
| المحور الثاني : المناهج المعتمدة دوليا لحل مشكلة تنازع القوانين | 35 |

| | |
|---|---|
| أولا: منهج القواعد ذات التطبيق الفوري أو المباشر | 36 |
| ثانيا: منهج القواعد الموضوعية | 36 |
| ثالثا: منهج قواعد التنازع | 37 |
| الفصل الرابع: إعمال قواعد التنازع | 38 |
| المحور الأول: قواعد الإسناد | 39 |
| أولا: تعريف قواعد الإسناد | 40 |
| ثانيا: عناصر قواعد الإسناد | 41 |
| 1. الفكرة المسندة | 41 |
| 2. ضابط الإسناد | 42 |
| 3. القانون المسند إليه | 42 |
| ثالثا: خصائص قواعد الإسناد | 43 |
| 1. قاعدة الإسناد قاعدة قانونية خاصة وطنية | 43 |
| 2. قاعدة الإسناد قاعدة تنظيمية وغير مباشرة | 43 |
| 3. قواعد الإسناد قواعد محايدة | 44 |
| 4. قواعد الإسناد قواعد مزدوجة | 44 |
| المحور الثاني: نظرية التكييف | 47 |
| أولا: تعريف التكييف | 48 |
| ثانيا: النشأة القضائية للتكييف | 50 |
| 1. قضية ميراث المالطي | 51 |
| 2. قضية وصية الهولندي | 51 |
| ثالثا: موقف الفقه من التكييف | 52 |
| 1. إخضاع التكييف إلى القانون الذي يحكم النزاع | 52 |
| 2. نظرية خضوع التكييف للقانون المقارن | 53 |
| 3. نظرية خضوع التكييف إلى قانون القاضي | 54 |
| رابعا: موقف المشرع الجزائري من التكييف | 55 |

| | |
|---|---|
| المحور الثالث نظرية الإحالة | 56 |
| أولا: تعريف الإحالة | 56 |
| ثانيا: نشأة نظرية الإحالة | 57 |
| ثالثا: أنواع الإحالة | 58 |
| 1. الإحالة العائدة او الإحالة من الدرجة الأولى | 59 |
| 2. الإحالة المطلقة أو الإحالة المتعددة | 60 |
| 3. الإحالة الدائرية | 62 |
| رابعا: موقف الفقه من الإحالة | 63 |
| 1. أنصار الإحالة | 63 |
| 2. معارضوا الإحالة | 65 |
| خامسا: موقف المشرع الجزائري من الإحالة | 67 |
| 1. موقف المشرع الجزائري من الإحالة قبل التعديل | 67 |
| 2. موقف المشرع الجزائري من الإحالة بعد التعديل | 69 |
| الفصل الخامس: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي | 71 |
| المحور الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام | 72 |
| أولا: الأثر السلبي للدفع بالنظام العام | 72 |
| ثانيا: الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام | 73 |
| ثالثا: الأثر المخفف للنظام العام | 75 |
| المحور الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في حال الغش نحو القانون | 76 |
| أولا: شروط الدفع بالغش نحو القانون | 76 |
| ثانيا: الأساس نظرية الغش نحو القانون | 77 |
| ثالثا: نطاق الدفع بالغش نحو القانون | 78 |
| رابعا: أثر التمسك بالدفع بالغش نحو القانون | 79 |
| الخاتمة | 82 |

| | |
|---|---|
| قائمة المصادر والمراجع | 84 |
| الفهرس | 89 |