المحور الأول: تنازع القوانين

نتطرق من خلال هذا المحور إلى الأحكام الخاصة بتنازع القوانين في القانون الجزائري، ونبدأ ذلك بالحديث عن مفهوم تنازع القوانين فآليات إعمال قواعد تنازع القوانين ثم الحالات التطبيقية لتنازع القوانين ثم كيفية تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وكيفية استبعاده.

أولا: مفهوم تنازع القوانين: حتى يتبين لنا مفهوم تنازع القوانين لا بد لنا من تعريفه ثم تحديد شروط تطبيق قواعده.

1- تعريف تنازع القوانين: يقصد بتنازع القوانين- في نطاق القانون الدولي الخاص- تزاحم قانونين أو أكثر أيها يطبق أو يحكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي. وعليه فإن قواعد التنازع هي تلك القواعد التي تحدد للقاضي ما هو القانون واجب التطبيق على النزاع الناشئ عن علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي. وقواعد التنازع تعرف أيضا بتسمية قواعد الإسناد.

2- شروط تطبيق قواعد تنازع القوانين: حتى يطبق القاضي قاعدة التنازع لا بد أن تتوفر في النزاع المعروض عليه الشروط الآتية:

2-1- علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي: العلاقة القانونية هي رابطة بين شخصين أو أكثر تحكمها قاعدة قانونية معينة، والعنصر الأجنبي قد يكون في أشخاص العلاقة أو موضوعها أو سببها. فأشخاص العلاقة هم أطرافها (صاحب الحق والملتزم به/ الدائن والمدين/ القاصر والمحجور عليهم وأولياؤهم)، وأطراف العلاقة قد يتحد موطنهم وجنسيتهم وقد تختلف. وموضوع العلاقة هو محلها الذي انصبت عليه هل هو التزام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء أو تعويض عن فعل ضار وما هو محل الحق هل هو عقار أم منقول وهل هو منقول مادي أو معنوي أو من حقوق الملكية الفكرية. أما سبب العلاقة القانونية فهو المصدر المنشئ لها هل هو تصرف قانوني (عقد أو التزام بإرادة منفردة) أم واقعة قانونية (ولادة أو وفاة أو فعل ضار أو فعل نافع) أو نص القانون. مع ضرورة التأكد من ظرفي الزمان والمكان لكل عنصر من هذه العنصر أي تاريخ النشأة ومكانها وتاريخ المطالبة ومكانها لأهمية ذلك في تحديد القانون واجب التطبيق كما سنراه.

2-2- علاقة قانونية خاصة: سبق القول أن نطاق القانون الدولي الخاص هو العلاقات التي تنشأ بين أشخاص القانون الخاص بشأن علاقة قانونية تخضع للقانون الخاص، فيخرج بذلك النزاعات التي تثور بين الدول والنزاعات التي تثور بسبب تطبيق قواعد القانون العام ولو توفر فيها عنصر أجنبي نظرا لغلبة مبدأ الإقليمية على تطبيق قواعد القانون العام.

2-3- أن يكون التنازع بين قوانين دول مختلفة: حتى نكون أمام تنازع قوانين بالمعنى الفني الاصطلاحي فإنه لا بد أن يثار تنازع بين قانون دولتين أو أكثر على حل النزاع المعروض على القاضي، أي أن يجد

القاضي نفسه بين عدة قوانين يحتمل أن يتم تطبيقها على النزاع المعروض عليه، فزواج الفرنسي بإسبانيّة في ألمانيا ثم أقاما في الجزائر وثار بينهما نزاع حول الشروط الجعلية في عقد الزواج، فالقاضي الجزائر يجد نفسه بين عدة قوانين يحتمل تطبيقها على النزاع المعروض أمامه.

وهذا الشرط يخرج به من نطاق تنازع القوانين مسألتان؛ مسألة القوانين الصادرة داخل دولة فدرالية مثل الولايات المتحدة الأمريكية أو دولة الإمارات العربية المتحدة أين لكل ولاية أو إمارة قوانينها الخاصة إضافة للقانون الإتحادي حيث أن القوانين وإن اختلفت فإنها تبقى في نطاق دولة واحدة، ومثل ذلك الدولة ذات التعدد الطائفي مثل لبنان والعراق أين يكون لكل طائفة قوانينها ولكن ضمن نطاق الدولة الواحدة.

ثانيا: آليات إعمال قواعد تنازع القوانين: إن تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع الناشئ عن علاقة ذات عنصر أجنبي، يتطلب من القاضي تكييف النزاع المعروض عليه ووضعه ضمن فئة معينة لتحديد أي قاعدة إسناد تطبق عليه وتحدد له القانون واجب التطبيق، ويلزم القاضي أن يتأكد من وجود أو عدم وجود إحالة على قانونه فيرى إن كان القانون المسند إليه يرجع الاختصاص لقانون القاضي أم لا. كما يجب على القاضي أن يتحرى ظرفي الزمان والمكان الخاصة بعناصر العلاقة القانونية محل النزاع المعروض عليه لما في ذلك من أثر في تحديد قاعدة الإسناد وهو ما يعرف بالتنازع المتحرك. وعليه نعالج هذه المسائل على الترتيب بدءا بمسألة التكييف فقاعدة الإسناد ثم مسألة الإحالة وأخيرا النزاع المتحرك.

1- التكييف: نحدد أولا مفهوم التكييف بتعريفه وعرض القضايا التي ظهرت فكرة التكييف إثرها ثم نرى القانون واجب التطبيق على التكييف.

1-1- مفهوم التكييف: التكييف في نطاق القانون الدولي الخاص هو تحديد الوصف القانوني للواقعة محل النزاع المعروض على القاضي عن طريق تحليل عناصرها وجزئياتها حتى يتمكن من وضعها ضمن إطار إحدى الفئات أو الزمر القانونية التي خصّها المشرع بقاعدة إسناد تمهيدا لتطبيق قانون ما عليها.

وظهرت فكرة التكييف على يد الفقيه الألماني (كان) Khan سنة 1897 وتبلورت على يد الفقيه الفرنسي (بارتان) Bartin حينما قام بدراسة الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي واستنتج أن القضاة كانوا يحللون النزاع قبل إسناد الحل إلى قانون ما، وأن القضاة كانوا يقومون بهذا العمل استنادا إلى القانون الفرنسي أي أنهم يخضعون التكييف للقانون الفرنسي.

وقد برزت في هذا الخصوص عدة قضايا تم من خلالهما استخدام التكييف لتحديد طبيعة النزاع اعتمادا على القانون الفرنسي أي قانون القاضي، نذكر من بينهما قضيتين هما قضية ميراث المالطي وقضية وصية الهولندي؛

– **قضية ميراث المالطي:** خلاصتها أن زوجين مالطا أبرما عقد زواجهما في مالطا ثم هاجرا إلى الجزائر(المحتلة آنذاك من الاحتلال الفرنسي) وتملكا بعض العقارات، وتوفي الزوج فطالبت أرملته بحقها طبقا للقانون المالطي الذي يمكنها من ربع أموال زوجها (ربع الزوج الفقير) ولكن الورثة الآخرين اعترضوا على ذلك وطالبوا بتطبيق القانون الفرنسي الذي لم يكن يعترف للزوجة إلا باسترجاع أموالها وقسمة الأموال المشتركة، وحين عرض الأمر على القضاء كان بين تكييفين أو وصفين للحق المطالب به؛ هل هو جزء من الميراث فيطبق القانون الفرنسي طبقا لقواعد الإسناد فيه(محل وجود الأموال الموروثة) فيرفض طلب الزوجة أم هو حق نتج لها بسبب بقائها على قيد الحياة بعد زوجها فيعتبر منفعة زوجية تدخل ضمن أحكام النظام المالي للزوجين فتخضع للقانون المالطي، وهنا اختار القاضي (محكمة استئناف الجزائر 1889/12/24) تكييف الحق المطالب به على أنه حق ميراث وبالتالي يخضع للقانون الفرنسي فرفض طلب الزوجة.

– **قضية وصية الهولندي:** خلاصتها أن هولنديا أبرم وصية أثناء إقامته في فرنسا في الشكل العرفي طبقا للقانون الفرنسي الذي يسمح بإبرام الوصايا في الشكل العرفي، وبعد موته نوزع في صحة الوصية من ورثته الذين طالبوا ببطلان الوصية لأن القانون الهولندي يفرض على مواطنيه إبرام وصاياهم في الشكل الرسمي ولو خارج هولندا (شكل الوصية مرتبط بحماية إرادة الموصي فهي مسألة مكملة للأهلية). وهنا وجد القضاء نفسه بين تكييفين؛ إما أن يعتبر الكتابة مسألة متعلقة بشكل التصرف القانوني فيخضع لقانون محل إبرامه وهو القانون الفرنسي فيقضي بصحة الوصية أو أن يعتبره نزاعا متعلقا بالشكل المكمل للأهلية والقانون المتعلق بالأهلية يخضع لقانون جنسية الموصي أي القانون الهولندي فتبطل الوصية؟

وهنا اختار القاضي الفرنسي (محكمة أورليان 1857/08/04) تكييف النزاع وفق القانون الفرنسي وقضى بصحة الوصية.

1–2– القانون واجب التطبيق على التكييف: نقصد بذلك القانون الذي يلجأ إليه القاضي حتى يحدد الوصف القانوني للنزاع المعروض عليه في أي فئة هو، وقد ذهب الرأي الراجح في الفقه القانوني إلى أن القانون المطبق على التكييف هو قانون القاضي وذلك لعدة اعتبارات أهمها أن التكييف عملية أولية قبل الإسناد نحو القانون واجب التطبيق فمن البديهي أن يطبق القاضي قانونه في هذه العملية الأولية لأنه لا يمكن له اللجوء إلى قانون آخر خصوصا وأن قاعدة الإسناد هي قاعدة وطنية وبالتالي فإنه يجب على القاضي أن يكيف النزاع وفق مفهوم قانونه الوطني حتى يتسنى له تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية.

وقد نص القانون المدني الجزائري في المادة 9 منه على أن التكييف يكون وفق قانون القاضي بقوله:(يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه).

2- قاعدة الإسناد: مقتضى الإسناد هو تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع الناشئ عن علاقة ذات عنصر أجنبي، وذلك بمقتضى قاعدة قانونية وطنية ملزمة للقاضي يطبقها من تلقاء نفسه متى تبين له توفر شروط تطبيق قواعد تنازع القوانين، هذه القاعدة القانونية هي قاعدة الإسناد.

وتتصف قاعدة الإسناد إضافة لكونها قاعدة وطنية نص عليها في التشريع الداخلي وأنها قاعدة ملزمة للقاضي، تتصف بأنها توجيهية غير مباشرة لأنها قاعدة لا تحل النزاع المعروض على القاضي وإنما تدله على القانون واجب التطبيق لحل النزاع وفق ضابط الإسناد وهي بذلك تكون قاعدة محايدة لأنها لا تحدد قانون دولة معينة لتطبيقه وإنما تضع ضابطا بموجبه يعرف القاضي قانون الدولة الذي سيتم تطبيقه.

ونتطرق في نقطة أولى إلى صياغة قاعدة الإسناد ثم مكوناتها.

2-1- صياغة قاعدة الإسناد: الأصل في قاعدة الإسناد أن تكون بصيغة مزدوجة، أي تحدد متى يطبق القانون الوطني ومتى يطبق القانون الأجنبي، لأن الضابط الذي تضعه قد ينطبق على القانون الداخلي أو القانون الأجنبي حسب نوع الضابط ووضعية عناصر النزاع منه، فحين يكون ضابط الإسناد في النزاع الخاص بالأهلية مثلا هو جنسية الشخص فإن الشخص قد يكون جزائريا وقد يكون أجنبيا لذلك يقال أنها صياغة مزدوجة. واستثناء قد تكون صياغة قاعدة الإسناد صياغة منفردة تحدد فقط متى يكون القانون الوطني مختصا مثلما جاء في المادة 13 من القانون المدني الجزائري التي بينت أن القانون الجزائري يكون وحده واجب التطبيق على منازعات الزواج وانحلاله حين تكون جنسية أحد الزوجين جزائرية وقت انعقاد الزواج ما عدا ما تعلق بأهلية الزواج.

2-2- مكونات قاعدة الإسناد: تتكون قاعدة الإسناد من ثلاثة عناصر؛ الفكرة أو الفئة المسندة وضابط أو ظرف الإسناد والقانون المسند إليه.

2-2-1- الفكرة أو الفئة المسندة: الفكرة أو الفئة المسندة هي مجموعة من العلاقات القانونية المتصلة ببعضها تجمع ضمن فئة واحدة مثل الأحوال الشخصية والتصرفات القانونية والوقائع القانونية والأموال..الخ، وتختلف قواعد الإسناد في تطرقها للفئات المسندة، فهناك فئات مسندة تعبر عن موضوع واحد وتسند بمقتضى قاعدة إسناد واحدة مثلا(شكل العقود المادة 19 من القانون المدني والالتزامات غير التعاقدية المادة 20 من القانون المدني) وأحيانا يضع المشرع قاعدة إسناد واحدة لفئة مسندة تجمع أكثر من موضوع مثل (حالة

الأشخاص وأهليتهم المادة 10 من القانون المدني)، وأحيانا قد يقسم موضوع واحد على عدة فئات مسندة فيكون لكل منها قاعدة إسناد مثل موضوع الزواج الذي تم تقسيمه إلى مجموعة من الفئات (الشروط الموضوعية للزواج المادة 11 من القانون المدني والآثار الشخصية والمالية للزواج وانحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني المادة 12).

2-2-2- ضابط أو ظرف الإسناد: ضابط الإسناد هو المعيار الذي يرشد القاضي إلى القانون واجب التطبيق على الفئة المسندة. وحين النظر في ضوابط الإسناد المختلفة نجدها تعتمد على مركز الثقل في العلاقات القانونية المختلفة، فالأحوال الشخصية مثلا يكون أطرافها هم مركز الثقل فيكون أطراف العلاقة القانونية أو صاحب الحق هو الأساس حين اختيار المشرع لضابط الإسناد، والتصرفات القانونية أو الوقائع القانونية يكون السبب المنشئ لها هو مركز الثقل في العلاقة القانونية.

كذلك نجد أن قواعد الإسناد تعرف نوعين أو أسلوبين في صياغة ضوابط الإسناد؛ أسلوب الضابط الوحيد حيث تتضمن قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد يحدد قانونا واحدا واجب التطبيق على النزاع، مثل المادة 10 من القانون المدني التي جعلت ضابط الإسناد فيما تعلق بحالة الأشخاص أو أهليتهم هو جنسيتهم.

كما نجد قواعد الإسناد التي تضع عدة ضوابط للإسناد سواء بشكل ترتيبي أي ضابط أصلي وضابط احتياطي حيث إذا تعذر تطبيق الضابط الأصلي يلجأ القاضي للضابط الاحتياطي (المادة 18 بالنسبة للقانون واجب التطبيق على موضوع التصرف القانوني) أو تكون بشكل تخييري (المادة 19 بالنسبة للقانون واجب التطبيق على شكل التصرف القانوني).

2-2-3- القانون المسند إليه: هو القانون الذي يثبت له الاختصاص بناء على ضابط الإسناد الذي نصت عليه قاعدة الإسناد، فإذا كان القاضي بصدد نزاع متعلق بالأحوال الشخصية يكون الضابط عادة هو جنسية الشخص ينظر في جنسية الأطراف ويطبق عليهم قانون جنسياتهم، ويمكن أن يكون الضابط هو قانون الموطن فيبحث عن موطن الأطراف وهكذا... .

وتظهر في هذا الشأن إشكالات تعترض القاضي حول القانون واجب التطبيق ويتم حلهما وفق قانون القاضي؛

المشكلة الأولى هي مشكلة الشخص متعدد الجنسية، وورد النص على حلها في الفقرتين 1و2 المادة 22 من القانون المدني حيث ينظر القاضي في الجنسيات المتعددة للشخص فإذا تبين أن من بينها الجنسية الجزائرية طبق القانون الجزائري، وإذا لم تكن طبق القاضي قانون الجنسية الحقيقية للشخص.

المشكلة الثانية هي مشكلة الشخص عديم الجنسية، ونص المشرع الجزائري على حلها في الفقرة 3 من المادة 22 حيث يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة للشخص عديم الجنسية.

المشكلة الثالثة هي تعذر تركيز العلاقة القانونية ضمن فئة مسندة أو تعذر تحقق ضابط إسناد على العلاقة القانونية المثار بشأنها نزاع كأن يوجد العقار المتنازع عليه في منطقة لا تخضع لسيطرة دولة معينة، في هذه الحالة وأمام تعذر إثبات القانون الأجنبي واجب التطبيق نص المشرع في المادة 23 مكرر من القانون المدني على أن القانون الجزائري هو الذي يطبق على النزاع.