3- الإحالة: تظهر الإحالة حينما لا يطبق القاضي القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المسند إليه لحل النزاع، وإنما ينظر أولا في قواعد تنازع القوانين لهذا القانون الأجنبي، فإذا كان هناك توافق في ضابطي الإسناد بين قانون القاضي والقانون الأجنبي المسند إليه يتم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المسند إليه لأنه يقبل الاختصاص، أما إذا وجد القانون المسند إليه يطبق ضابط إسناد آخر فإنه يتجه نحو القانون الذي يرشد إليه القانون المسند إليه ويعيد نفس الخطوات مما قد يترتب عنه بقاء النزاع دون قانون مطبق عليه إلا إذا وجد قانونا يأخذ بنفس الضابط أو كان ضابط الإسناد فيه يرجعه إلى قانون القاضي. (مثلا في مسألة الأهلية إذا كان أحد الأطراف تونسيا متوطنا في الجزائر وثار نزاع حول أهليته في المغرب ينظر القاضي المغربي في قواعد تنازع القوانين المغربية فيجدها تأخذ بضابط الجنسية فيذهب إلى قواعد تنازع القوانين في القانون التونسي فإذا وجدها تأخذ بضابط الجنسية أيضا في مسائل الأهلية فمعناها أنها تقبل الاختصاص ويطبق القانون التونسي في حل النزاع أما إذا كان القانون التونسي يأخذ بضابط الموطن فإنه يذهب إلى القانون الجزائري وينظر في قواعد التنازع فيجدها تسند النزاع إلى قانون الجنسية وهو القانون التونسي فيدخل في حلقة مفرغة).

3-1- أنواع الإحالة: من خلال المفهوم السابق للإحالة يظهر لنا أنها على نوعين:

النوع الأول: إحالة من الدرجة الأولى: حيث القانون المسند إليه يحيل في قواعد التنازع لديه على قانون القاضي، وهو ما يسمى بإحالة الرجوع.

النوع الثاني: إحالة من الدرجة الثانية: حيث القانون المسند إليه يحيل على قانون آخر غير قانون القاضي، وهذا القانون المحال عليه قد يحيل على قانون القاضي أو إلى قانون آخر وتسمى بالإحالة المطلقة.

3-2- موقف الفقه من الإحالة: انقسم الفقه القانوني حول الإحالة على اتجاهين:

الاتجاه المؤيد للإحالة: يبني هذا الاتجاه رأيه على اعتبار معاملة القانون المسند إليه باعتباره كلاّ واحدا لا يتجزأ فلا نأخذ القواعد الموضوعية دون قواعد تنازع القوانين لأننا بذلك قد نلزم مشرعا باختصاص لا يرغب فيه. إضافة إلى أن الأخذ بالإحالة سيسهل المهمة على القاضي لا سيما في إحالة الرجوع، كما يضمن قبول الإحالة حسن تنفيذ الأحكام القضائية الفاصلة في النزاع.

الاتجاه المعارض للإحالة: اعترض هذا الاتجاه على الإحالة من حيث أن الأخذ بها يهدر المعنى الحقيقي لآلية التنازع وقواعد الإسناد وإلا فما جدوى أن توجد قاعدة إسناد تسند حل النزاع لقانون أجنبي بناء على ضابط إسناد؟ كما أن القول الإحالة يؤدي إلى الدخول في حلقة مفرغة من تشريع إلى آخر إضافة إلى الإجحاف بحق أطراف العلاقة القانونية بتطبيق قواعد قانونية عليهم ربما لا تعنيهم بتاتا.

3-3- موقف القضاء من الإحالة: القضاء الفرنسي كان يأخذ بالإحالة إذا كانت إحالة رجوع أي حين يحيل القانون المسند إليه الاختصاص لصالح القانون الفرنسي، بينما ذهب القضاء الألماني والإنجليزي إلى الأخذ بالإحالة الكلية، ونعرض هنا لأشهر قضية أثارت مسألة الإحالة وهي قضية فورجو.

*** قضية فورجو FORGO:** فورجو هو ابن طبيعي (غير شرعي) ولد في إقليم بافاريا (ألمانيا) ورحلت به أمه إلى فرنسا وأقاما إقامة فعلية ولم يتخذاها موطنا قانونيا لعدم حصولهما على ترخيص بالتوطن القانوني.

- حين كبر فورجو تزوج من فرنسية وبعد موتها تركت له ثروة طائلة من الأموال المنقولة، وبعد موته لم يترك ورثة مباشرين(أب/ أم/ إخوة) لأن القانون الفرنسي آنذاك كان ينص أن الابن الطبيعي لا يرثه إلا أبواه وإخوته. ونتيجة لذلك استولت مصلحة الأملاك الفرنسية على تلك التركة باعتبارها تركة شاغرة.

- طالب أقارب والدة فورجو بالتركة لأن القانون البافاري لا فرق لديه بين تركة ابن شرعي وابن طبيعي.

- رفضت محكمة استئناف (بو PEAU) طلبهم بتاريخ 1874/03/11 لأن فورجو متوطن بفرنسا ويطبق عليه قانون الموطن بخصوص تركة الأموال المنقولة،

- طعن أقارب فورجو لأن توطن فورجو في فرنسا كان فعليا وليس قانونيا، فقبلت محكمة النقض الطعن (1875/05/05) وأعيدت القضية لمحكمة (بوردو) التي حكمت لصالح الورثة.

- قامت مصلحة الأملاك الفرنسية بالطعن بالنقض مرة أخرى على أساس أن القانون البافاري في قواعد تنازع القوانين فيه يحيل في ميراث المنقولات على قانون الموطن دون تمييز بين الموطن الحقيقي والموطن الفعلي، فقبلت محكمة النقض الفرنسية الطعن (1878/06/24) لأن قاضي محكمة (بوردو) أخطأ حين لم يطبق قواعد التنازع في القانون البافاري واتجه للقانون الداخلي مباشرة، أعيدت القضية لمحكمة (تولوز) التي حكمت لصالح مصلحة الأملاك الفرنسية(1880/05/22).

- طعن أقارب فورجو مرة أخرى ولكن رفض طعنهم (1882/02/22).

حيث استنتج الفقهاء من هذه القضية أن القضاء الفرنسي أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى أي إحالة الرجوع.

3-4- بدائل الإحالة: حاول بعض الفقهاء وضع بدائل للإحالة، حيث إذا وجد القاضي المعروض عليه النزاع أن القانون المسند إليه يحيل في قواعد التنازع إلى قانون آخر، فإن القاضي لا يتبع هذه الإحالة وإنما تكون هناك عدة بدائل:

- الرجوع إلى قانون القاضي بمقتضى مبدأ الإقليمية،
- الأخذ بقاعدة الإسناد الاحتياطية في قانون القاضي،

– الإحالة المزدوجة، وهي من ابتكار القضاء الانجليزي، فبعد أن يحدد القاضي الإنجليزي القانون الميند إليه، فإنه لا يطبقه مباشرة، ولكن يعتبر القاضي الانجليزي نفسه قاضيا في الدولة المسند إلى قانونها وينظر كيف كان سيفصل في النزاع ذي العنصر الأجنبي ويطبق الحل وفق ذلك.(لو عرض على القاضي الانجليزي نزاع حول أهلية مصري مقيم بالجزائر، فإذا كانت قاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي مثلا تحيل فيما يخص الأهلية تسند النزاع لقانون الموطن أي القانون الجزائري، فإن القاضي الانجليزي يضع نفسه محل القاضي الجزائري وينظر في النزاع فنجد أن القاضي الجزائري لو عرض عليه النزاع لأسنده لقانون الجنسية أي القانون المصري والقانون المصري يأخذ بقانون الموطن أي يعيد الاختصاص للقانون الجزائري والقانون الجزائري يقبل الإحالة إذا كانت إليه، فيطبق القاضي الانجليزي هنا القانون الجزائري، ولكن لو كان القانون الجزائري يرفض الإحالة فإن القاضي الانجليزي يطبق القانون المصري لأن القاضي الجزائري كان سيطبقه.

3-5- موقف القانون الجزائري من الإحالة: قبل 2005 لم يكن القانون المدني الجزائري يتضمن نصا ينص على قبول الإحالة أو رفضها وهو ما فسره الفقهاء بأن المشرع يرفض الإحالة، وفي سنة 2005 عدل المشرع الجزائري القانون المدني بالقانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم للقانون المدني حيث أدرج المادة 23 مكرر1 التي نصت على ما يلي:(إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص).

وبذلك يتضح أن المشرع أخذ فقط بالإحالة من الدرجة الأولى، أي حينما يكون القانون المحال عليه هو القانون الجزائري، أما ما عدا ذلك فهو لا يأخذ بالإحالة. وعليه فإن القاضي الجزائري إذا عرض عليه نزاع يتضمن عنصرا أجنبيا فإنه يبحث عن القانون واجب التطبيق في قواعد الإسناد الوطنية ثم يبحث في القانون المسند إليه بدءا بقواعد تنازع القوانين فيه فإذا وجده ينص على ضابط إسناد يؤدي لتطبيق القانون الجزائري فإنه يقبل الإحالة ويطبق القانون الجزائري على النزاع، فإذا لم توجد الإحالة على القانون الجزائري يطبق القاضي القانون المسند إليه في قواعده الموضوعية بغض النظر عن قواعد تنازع القوانين.

3-6- استثناءات الإحالة: يستقني الفقه من نطاق الإحالة الحالات التالية:

– القانون واجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية، لأن ضابط الإسناد فيه (قانون محل إبرام العقد) هو قاعدة عالمية، إلا إذا كان الشكل ركنا في العقد مثل بيع العقار فيخضع لقانون موقع العقار،

– القانون واجب التطبيق على موضوع التصرفات القانونية،

– القانون واجب التطبيق على النظم المالية المصاحبة لعقد الزواج.

4- التنازع المتحرك: يقصد بالتنازع المتحرك اقتران تغير الزمان بتغير المكان في العلاقات القانونية محل النزاع المعروض على القاضي. حيث قد ينشأ النزاع في مكان وحين يثور النزاع بشأنه يكن قد أصبح في مكان آخر، ونفس الشأن بالنسبة لأطراف العلاقة القانونية الذين قد تتغير مواطنهم أو جنسياتهم. فيثار التساؤل عن كيفية تطبيق ضابط الإسناد؟ هل العبرة بتاريخ نشوء الحق أم بتاريخ التنازع عليه؟

ظهرت في هذا الخصوص مجموعة من الآراء، منها من رأى تطبيق قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان الموجود في قانون القاضي وقد انتقد هذا الرأي على اعتبار أن التنازع هنا ليس داخليا وبالتالي لا نكون أمام تنازع قوانين من حيث الزمن بصفة فعلية، ثم ظهر التوجه القائل بفكرة الحقوق المكتسبة الذي يرى أن القانون الذي اكتسب الحق في ظله يبقى ساريا عليه حتى في دولة أخرى أين ينفذ الحق، ولكن رفض هذا الاتجاه بسبب غموض فكرة الحق المكتسب وتصادمها مع إرادة الأفراد ومصالحهم.

وأخيرا ظهر التوجه القائل بالنفاذ الدولي للحق، ومقتضاه أن الحق أو المركز القانوني الذي ينشأ في دولة ينفذ في دولة أخرى ولكن بشروط أهمها أن يتعلق الأمر بنفاذ الحق لا بنشأته أي يكون قد استكمل الحق أركانه وشروط صحته وتجاوز مرحلة تكوينه طبقا لقانون البلد الذي نشأ فيه وأن لا يكون في قانون البلد الذي سينفذ فيه حق مضاد له أو يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في دولة النفاذ أو تم الحصول على الحق في بلد النفاذ عن طريق الغش نحو القانون. ويترتب على ذلك أنه لو اعترف لحق بالنفاذ في دولة أخرى فإن صاحبه سيستفيد من كل الآثار التي أقرت للحق في دولة النشوء ولو لم ينص عليها قانون دولة النفاذ ولكن بالمقابل لا يستفيد من آثار ذلك الحق المنصوص عليها في دولة النفاذ إذا لم يكن منصوصا عليها في قانون دولة النشوء ولو كانت أوسع نطاقا.

ولم يفرد المشرع الجزائري نصا خاصا بالتنازع المتحرك، ولكنه ضمّن بعض قواعد الإسناد حلولا بشأن التنازع المتحرك، مثل الحل الخاص بالقانون واجب التطبيق على المنقول المادي (المادة 17 فقرة 2 من القانون المدني) والحل الخاص بالقانون واجب التطبيق على المنقول المعنوي (المادة 17 مكرر من القانون المدني).

وبهذا ننهي التطرق لآليات إعمال قواعد تنازع القوانين وننتقل فيما يلي إلى الحلول التطبيقية لتنازع القوانين.

ثالثا: الحلول التطبيقية لتنازع القوانين: حين النظر في قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني الجزائري نجدها مقسمة على ثلاث فئات أساسية؛ فئة الأحوال الشخصية (المواد 10 إلى 16) والأموال المنقولة والعقارية (المادتين 17 و17 مكرر) ثم الالتزامات التعاقدية أي التصرفات القانونية(المادتين 18و19) والالتزامات غير التعاقدية (المادة 20).

1- القانون واجب التطبيق على الأحوال الشخصية: يقصد بالأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص الجزائري مجموع المسائل المرتبطة بحالة الشخص وأهليته وزواجه وطلاقه والحضانة والولاية على أبنائه إضافة إلى الميراث والتبرعات.

وضابط الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية في القانون الجزائري من حيث الأصل هو ضابط الجنسية واستثناء ضابط الموطن، حاله حال الدول العربية والدول اللاتينية خلافا للدول الأنجلوساكسونية.

ويطرح ضابط الجنسية مشكلة الشخص متعدد الجنسيات والشخص عديم الجنسية، وهو ما تصدى له المشرع الجزائري من خلال المادة 22 من القانون المدني(كما سبق ذكره عند الحديث عن الإشكالات التي تعترض القاضي وهو يحدد ضابط الاسناد)، حيث:

- بالنسبة للشخص متعدد الجنسيات؛ إذا كانت من بين هذه الجنسيات الجنسية الجزائرية يطبق القانون الجزائري، فإذا لم يكن كذلك، يطبق قانون الجنسية الحقيقية، والتي عبر عنها الفقه بتسمية الجنسية الفعلية ويستدل عليها بعدة قرائن كمكان الإقامة ومقر العمل...الخ.

- بالنسبة للشخص عديم الجنسية؛ يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة.

وسنقوم بالتطرق إلى المسائل المرتبطة بالأحوال الشخصية في إطار تنازع القوانين وفق القانون الجزائري بدءا بالحالة والأهلية، فالزواج وآثاره بما فيها النسب الذي خصه المشرع بضابط إسناد خاص، ثم الطلاق وآثاره، فالنفقة بين الأقارب ثم نظم حماية القصر من كفالة وولاية ووصاية وحجر وأخيرا الميراث والتبرعات.

1-1- القانون واجب التطبيق على الحالة والأهلية: نقصد بالحالة ما يعرف بالحالة المدنية للشخص وهي ما يتصل بشخصه منذ ولادته وحتى وفاته من واقعة الولادة وواقعة الوفاة والذكورة والأنوثة وكونه ذكرا أو أنثى والإسم واللقب والموطن، وفي بعض الدول يضاف لها الطائفة أو الدين. وما يتصل بهذه المسائل بالشخص المعنوي (الاعتباري).

أما الأهلية فالمقصود بها هو أهلية الأداء أي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات وإبرام التصرفات القانونية وتنفيذها.

ونصت المادة 10 من القانون المدني الجزائري على ضابط الإسناد الخاص بالنزاع ذي العنصر الأجنبي في نزاع خاص بالحالة أو الأهلية.

حيث جاء في الفقرة 1 من المادة 10 أنه:(يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم).

وعليه يسري على حالة وأهلية الشخص الطبيعي قانون جنسيته، فقانون جنسية المتنازعين هو من يحدد للقاضي أهلية الأطراف حول الحقوق المتنازع عليها ومن يعتبر قاصرا .

وحماية للجزائري الذي قد يبرم تصرفات مالية مع أجنبي لا يمكن التعرف على نقص أهليته، فيحتج هذا الأخير بنقص أهليته وفق قانون جنسيته ويبطل التصرف، وضعت المادة 10 فقرة 2 استثناء على تطبيق قانون الجنسية ويخضع النزاع للقانون الجزائري ويعتبر التصرف صحيحا وذلك إذا توفرت الشروط التالية:

- أن تكون التصرفات مالية؛
- أن يكون أحد الطرفين جزائريا والثاني أجنبيا؛
- أن تكون هذه التصرفات أبرمت في الجزائر ؛
- أن يكون الأجنبي ناقص أهلية وفقا لقانونه وكامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري؛
- أن يكون نقص أهلية الأجنبية خفيا لسبب لا يمكن تبينه.

فإذا توفت هذه الشروط اعتبر التصرف صحيحا غير قابل للإبطال.

أما بالنسبة للشخص المعنوي أو ما يسميه المشرع الجزائري بالأشخاص الاعتبارية سواء شركات أو جمعيات أو مؤسسات أو غرها، فإن المادة 10 في الفقرة 3 منها بينت أنه يسري على ما يتعلق بشروط تمتع الشخص الاعتباري بالشخصية القانونية، وتنظيمه وتكوينه وإدارته، والآثار المترتبة على ذلك قانون البلد الذي يوجد فيه المركز الاجتماعي الرئيسي والفعلي، أي أن المشرع هنا غلب ضابط الموطن.

وفي الفقرة 4 من المادة 10 من القانون المدني وتطبيقا لمبدأ الإقليمية نص المشرع على أن الأشخاص الاعتبارية الأجنبية إذا مارست نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري وذلك حماية للمصالح الجزائرية.

1-2- القانون واجب التطبيق على الزواج وآثاره: نتطرق في هذه النقطة إلى قواعد الإسناد المتعلقة بالزواج وآثاره ولم يحترم فيها المشرع الجزائري الترتيب الموضوعي المنطقي لإنشاء الزواج وآثاره وإنما وضع مجموعة من المواد تحتوي بعضها على ضابط أو ضابطين لفكرة مسندة واحدة وأحيانا مادة واحدة لعدة أفكار مسندة، وأحيانا يفرد أثرا من آثار الزواج بقاعدة إسناد ولا يكتفي بقاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج بصفة عامة. وسنتطرق لهذه القواعد وفق الترتيب التالي:

1-2-1- القانون واجب التطبيق على الخِطبة: الخِطبة طبقا لقانون الأسرة الجزائري من مقدمات الزواج وتكيف أنها وعد بالزواج، وهي طلب الرجل التزوج من امرأة خالية من الموانع الشرعية.

ولم يضع المشرع الجزائري للخِطبة ضابط إسناد على الرغم من المنازعات الكثيرة التي تثور بصددها خصوصا مع اختلاف الأحكام المتعلقة بها بين الدول المختلفة، لا سيما ما تعلق بآثار العدول عن الخطبة وحق الحصول على تعويض عن الضرر المحتمل.

ويرى شراح القانون الدولي الخاص، أن مسائل انعقاد الخطبة وآثارها تقاس على تكوين عقد الزواج فيطبق عليها ضابط الإسناد المتعلق بالزواج في تكوينها وآثارها، فتخضع بذلك لقانون جنسية الطرفين ما لم يكن أحدهما جزائريا. ونفس الحكم فيما تعلق بالقانون واجب التطبيق على آثار العدول عن الخطبة تقاس على القانون واجب التطبيق على انحلال الزواج. وهو ما سنراه في العناصر المقبلة تفصيلا.

أما ما تعلق بالضرر الذي قد يلحق بأحد الطرفين حين العدول عن الخِطبة، واعتبارا لأن المشرع لم يرتب عن العدول تعويضا باعتباره حقا إلا إذا ارتبط بظروف أخرى وأفعال أدت إلى وقوع ضرر ويكون التعويض على أساس الفعل الضار بغض النظر عن الخِطبة ولأجل ذلك تطبق عليها قاعدة الإسناد الواردة في المادة 20 فقرة 1 من القانون المدني كما سنراه لاحقا.