

إسهامات المدارس الفقهية في تطوير قواعد تنازع القوانين في القانون الجزائري

أ.د. ناتوري كريم

جامعة بجاية/ الجزائر

الملخص:

القانون الدولي الخاص هو نتاج تطور تاريخي طويل، فبسبب عدم وجود نصوص أو نقصها، لعب الفقه دوراً كبيراً في تشكيل أنظمة إيجابية لتنازع القوانين، شيئاً فشيئاً تمّ بناء القانون الدولي الخاص، وهو موضوع ساهم الفقه بشكل بارز في تطويره. خلال هذه الدراسة سنبرز تلك الحلول الفقهية في مجال تنازع القوانين ومدى أخذ المشرع الجزائري بها.

الكلمات المفتاحية: القانون الدولي الخاص، تاريخ المذاهب الفقهية، تكوين نظرية تنازع القوانين، التطور التاريخي، القانون الروماني، العصور القديمة، العصور الوسطى، الفقه المعاصر، قواعد تنازع القوانين في التشريع الجزائري.

Contributions of the jurisprudence schools in the development of the rules of laws conflict in Algerian law

Natouri Karim

Bejaia University/ Algeria

Abstract:

Private international law is the product of a long historical evolution, due to the absence or insufficiency of texts, the doctrine has played a considerable role in the formation of positive systems of conflict. Little by little, private international law has been built up. Jurisprudence has contributed a topic significantly to its development. During this study, we will highlight those doctrinal solutions in the field of conflict of laws and the extent to which the Algerian legislator took them.

Keywords: Private international law, History of jurisprudence, formation of the theory of conflicts of laws, Historical development, Roman law, Ancient ages, Middle Ages, modern jurisprudence, the rules of laws conflict in Algerian legislation.

مقدمة

يُعد القانون الدولي الخاص موضوعاً حديثاً نسبياً مقارنةً مع باقي القوانين الأخرى، ويتميّز بكونه ينظم العلاقات الخاصة بين الأفراد، والمشملة على عنصر أجنبي، هذا العنصر الأجنبي نجده إما في أحد أطراف العلاقة، موضوع العلاقة أو مكان قيام العلاقة القانونية، ويشمل مواضيع مختلفة كتنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مركز الأجانب، الجنسية، التحكيم التجاري الدولي، فهو يتناول العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي، وبالتالي رصد التطور التاريخي لهذه العلاقات يتطلب معرفة الوضع الذي كان عليه الأجنبي قديماً، ثم القوانين التي كان يخضع لها الأشخاص في علاقاتهم المشتملة على عنصر أجنبي، باختلاف جنسياتهم، وكذلك الجهة التي تفصل في النزاعات التي تترتب عن هذه العلاقات، لتحديد نطاق بحثنا.

نطاق البحث: تتعلق هذه الدراسة بدور الفقه في مجال تنازع القوانين، وتُشكل موضوع قانوني مثار بكثرة في الدراسات الأكاديمية، ويمتد الحيز الزمني لهذه الدراسة ليغطي العصور الثلاثة (القديمة، الوسطى، والحديثة)، مع التركيز فقط على العصرين الوسيط والحديث لضرورة مسايرة التحولات القانونية والتحديات التي شهدتها تنازع القوانين في التشريع الجزائري. أما من الناحية المكانية فلا تتطوي هذه الدراسة على مكان محدد لأنها تتناول المدارس الفقهية في مراكز بروزها على اختلاف دولها وأفكارها، لكننا سنسقط تلك الحلول الفقهية على قواعد تنازع القوانين الجزائرية التي تضمّنها القانون المدني الجزائري الصادر في 1975 والتي عرفت تعديلاً جوهرياً سنة 2005.

أهمية البحث: تحوز هذه الدراسة على أهمية بالغة لإبراز التأصيل الفقهي لتنازع القوانين، كبداية لحل مشكلة تنازع القوانين، مع التوقف بشكل خاص على موقف المشرع الجزائري من الحلول التي وضعها الفقه، لنستنتج مدى ملاءمة الحلول الفقهية لحل مشكلة تنازع القوانين ومدى إثرائها لقواعد التنازع الجزائرية.

إشكالية البحث:

إذا سلّمنا أنّ للفقه دور كبير في حل مشكلة تنازع القوانين وتطوير قواعد القانون الدولي الخاص، فكيف تم ذلك وما هي الحلول التي أرساها، والتي نجدها في قواعد التنازع الجزائرية؟

فرضيات البحث:

- وجود مشاكل متعلقة بتنازع القوانين في ظل التطورات والتحولات الدولية في مجال العلاقات الخاصة.
- مدى تقديم الفقه لحلول عملية جسّدتها التشريعات والقضاء لحل مشكلة تنازع القوانين.
- تأثير المدارس الفقهية في حركة تطور قواعد تنازع القوانين الجزائرية، بمعنى تأثر المشرع الجزائري بالحلول الفقهية.

مناهج الدراسة: اعتمدنا في هذه الدراسة على بعض المناهج المتمثلة في:

- **المنهج التاريخي:** بهدف تتبع مختلف التحولات التي عرفها مجال تنازع القوانين لدى الفقه (المدارس الفقهية)، منذ العصور القديمة وبتفصيل أكثر في العصرين الوسيط والحديث.

- **المنهج التحليلي:** لأغراض فحص وتدقيق الحلول القانونية التي وضعتها المدارس الفقهية في مجال تنازع القوانين، وتحليل أهم الآراء الفقهية وكذا قواعد تنازع القوانين في التشريع الجزائري.

تقسيم البحث: نشير مبدئياً إلى أنّ موضوع البحث مفتوح على كثير من الاعتبارات خاصة في العصور القديمة وعهد الاقطاعية، التي لم تعرف تنازع القوانين بالمعنى الدولي الدقيق - بل كانت مجرد تنازعات للقوانين داخلياً - نظراً لطبيعة الأنظمة السياسية السائدة في تلك المرحلة التاريخية، لذلك قمنا بالتركيز على العهد الوسيط حيث برزت مرحلة شخصية وإقليمية القوانين وبدأ التأصيل الفقهي لتنازع القوانين منذ القرن 12 م، كما ركّزنا أيضاً على دور الفقه في مجال تنازع القوانين في العصر الحديث، مع التطرق في كل مرحلة لموقع تلك الحلول في قواعد التنازع الجزائرية، لذلك قسمنا البحث إلى ثلاثة مباحث إسهامات الفقه في العهد القديم **(المبحث الأول)**، في العهد الوسيط **(المبحث الثاني)**، ثم في العهد الحديث حيث تطوّرت مرحلة التأصيل الفقهي **(المبحث الثالث)**.

المبحث الأول

القانون الدولي الخاص في العهد القديم

انعدمت مظاهر تنازع القوانين بشكل عام في العصور القديمة نظراً لطبيعة الأنظمة السياسية السائدة آنذاك، لذلك لن نفصل في دراستها هنا دون ذكر أهم مراحلها، ولمعرفة أيّ قانون يجب الرجوع إلى أصله، بروزه وتاريخه، ولتوضيح ذلك نتناول في هذا العنصر القانون الدولي الخاص في العهد اليوناني، ثم في العهد الروماني.

المطلب الأول

القانون الدولي الخاص في العهد اليوناني

كانت اليونان مقسمة سياسياً إلى مدن وكل مدينة تستقل بقانونها الخاص بها وتشكل دولة بذاتها أو دويلة مثل (كسباركة، آثينا...)، ولم يكن للأجنبي مكانة في المدن اليونانية، فلم يحدث تنازع القوانين بينها لكونها قواعد متشابهة ومستمدة كلها من القانون اليوناني⁽¹⁾، وإذا تمتع الأجنبي ببعض الحقوق فذلك يكون بموجب اتفاقية عقدت بين مدينتين تابعتين لليونان، إحداهما تمنح الحماية للأجنبي أو لأن أحد مواطني مدينة ما أعطى حماية لذلك الأجنبي، وإذا وقع نزاع بشأن حقوق ذلك الأجنبي أو أي علاقة قانونية أخرى يكون طرفاً فيها فإن قضاء تلك المدينة يطبق القانون الخاص بها.

وبعد قيام اليونان بغزو بعض الدول من بينها مصر، برز ازدواج في القضاء وظهر شبه تنازع القوانين بوجود قانونين، لكن لم يكن هناك تنازع القوانين بسبب طبيعة المعاملات بين المصريين واليونانيين التي لم تكن خاصة، كما احتفظ المصريون في علاقاتهم بتطبيق القانون المصري، فإذا كان النزاع بين المصريين فقط يفصل فيه قضاء مصريون وفق القانون المصري، وإذا كان بين اليونانيين يفصل فيه قضاء يونانيون وفق القانون اليوناني، أما إذا كانت العلاقة مختلطة تجمع بين طرف مصري وآخر يوناني خاصة في المعاملات والعقود المالية فإن الحل

(1) هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 396-397.

-أنظر أيضاً:

-دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010، ص 34-35.

يمكن بالنظر إلى لغة العقد ومنه يتحدد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق⁽¹⁾، ولقد بدأ ميلاد الشخصية القانونية للأجنبي في العهد اليوناني حيث أنّ هذا الأجنبي لا يمكنه التمتع بجميع الحقوق التي يضمنها قانون المدينة التي يتواجد فيها وكان يعامل كعبيد، لكن هناك استثناءات قائمة على نظام المحسوبية أو الضيافة الذي يجعل الأجنبي تحت حماية مواطن يوناني على أساس اتفاق بين المدن⁽²⁾.

المطلب الثاني

القانون الدولي الخاص في العهد الروماني

كان لدى الرومان ازدواج في القوانين، بحيث نميّز بين القانون المدني (Jus Civile) الذي يطبق فقط على الرومانيين، وقانون الشعوب (Jus Gentium) الذي يطبق على غير الرومانيين أي الأجانب، وبعد تطوّر المجتمع الروماني واتساع الإمبراطورية الرومانية ظهرت مقاطعات جديدة، وبرزت العديد من المعاملات التجارية التي يصعب الفصل فيها وفقاً للقانون المدني الروماني، ولكن النزاعات بقيت داخلية ولم تصل مستوى تنازع القوانين، على أنّه لاحقاً أصبح قانون

(1) اسعد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول تنازع القوانين، ترجمة فائز أنجق، دار المنشورات الجامعية، المنشورات الجامعية والعلمية، 1989، ص 38-39. أنظر أيضاً:

-MAYER Pierre et HEUZE Vincent, Droit International Privé, 9ème édition, Montchrestien, 2007, p 06-07.

(2) « ...Il existait toutefois des exceptions au principe, grâce au système du patronage ou de l'hospitalité, qui permettait de placer l'étranger sous la protection d'un citoyen, et grâce aux traités conclus entre Cités », voir : -MELIN François, Droit International Privé, Cours intégral et synthétique, Gualino, Lextenso, France, 2019, p 25.

الشعوب يطبق على الرومانيين في علاقاتهم مع غيرهم وفيما بينهم، في عهد حكم الإمبراطور "كراكالا" الذي وحد القانون الذي يطبق على الرومانيين والأجانب⁽¹⁾.

لما قامت روما بفرض سيطرتها على الشعوب المجاورة لها، لم تُسوي بينهم وبين شعبها، فاللاتينيون يتمتعون بكل الحقوق دون الأجانب، لكن هناك تداخل في العلاقات الخاصة التي نجد فيها اختلاط في العلاقات بين الأشخاص، والتي أخضعها الروم لقانون مادي محدد يطبق فقط على العلاقات المختلطة⁽²⁾.

المبحث الثاني

القانون الدولي الخاص في العهد الوسيط

يمكننا تقسيم هذه الفترة إلى مرحلتين وهما مرحلة شخصية وإقليمية القوانين، ثم مرحلة التأصيل الفقهي.

المطلب الأول

مرحلة شخصية وإقليمية القوانين

تميّزت هذه الفترة التي تمتد من القرون الوسطى في أوروبا منذ سقوط الإمبراطورية الرومانية الغربية سنة 476 م إلى اكتشاف أمريكا من طرف العالم "كريستوف كولومبو" في بداية القرن 14، وكان سقوط الإمبراطورية الرومانية على يد البرابرة الجرمان الذين شكلوا ممالك متفرقة في كل أنحاء أوروبا، فبرز نظام شخصية القوانين

(1) **MAYER Pierre et HEUZE Vincent**, op.cit, p 07.

(2) **BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul**, Traité De Droit International Privé, 8ème Edition Tome I, L.G.D.J, Paris, 1993, p 21.

أي كل طائفة تخضع لقانونها الخاص، وعرفت هذه المرحلة أيضاً عهد الإقطاعية أي وجود مقاطعات وكل مقاطعة لديها قانونها الخاص بها، والنظام الإقطاعي يتميز بالتطبيق المطلق للقانون الصادر في المقاطعة ولا يمكن تطبيق القانون الأجنبي في المقاطعة⁽¹⁾.

فلم يظهر تنازع القوانين بشكل واضح في عهد الإقطاعية، ولا في الشريعة الإسلامية بالنسبة للأمة الإسلامية لأنه لم يكن هناك مجال لتنازع القوانين على اعتبار أنّ الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، رغم إقرار الشريعة الإسلامية أحكام خاصة لغير المسلمين في دار الإسلام مثل الذميون الذين يعدون مواطنين سواسية مع المسلمين وليسوا أجانب، إلاّ في بعض الحقوق والواجبات المبنية على أساس العقيدة، أو المُستأمنون الذين هم أجانب دخلوا دار الإسلام بصفة مؤقتة بموجب عقد إقامة لمدة محددة، ويتمتعون بكافة الحقوق المعترف بها في عقد الأمان ويلتزمون بأحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالمعاملات المالية، بوصفها قواعد موضوعية، وتطبق عليهم أحكام قوانينهم الوطنية على الأحوال الشخصية، وضابط الاسناد هو ديانة الأطراف⁽²⁾.

(1) هشام خالد، المرجع السابق، ص ص 15-17. أنظر أيضاً:

-DERRUPPE Jean, Droit International Privé, 13ème édition, DALLOZ, Paris, 1999, p 58-59.

(2) "قد ينقاض الأجنبي غير المسلمين أمام قضاة أو محكمين من دياناتهم، فتسري عليهم أحكام شرائعهم ليس فقط في مجال الأحوال الشخصية، بل في مجال معاملاتهم المالية أيضاً، وذلك خروجاً عن تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية بوصفها قواعد موضوعية"، راجع:

-أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 192-193. أنظر أيضاً:

بدأ يظهر تنازع القوانين في أواخر القرن 12 وبداية القرن 13 حيث كثرت المعاملات التجارية ذات العنصر الأجنبي، وهي المرحلة التي عُرفت بمرحلة التأصيل الفقهي أو مرحلة بروز المدارس الفقهية القديمة في مجال تنازع القوانين⁽¹⁾.

المطلب الثاني

مرحلة التأصيل الفقهي (المدارس الفقهية القديمة أو مدارس الأحوال)

ظهرت في هذه المرحلة مدارس فقهية كلاسيكية قدمت حلولاً لمشكلة تنازع القوانين على أساس مبدأ إقليمية القوانين، ويميّز الفقهاء في هذه الفترة بين المدرسة الإيطالية، المدرسة الفرنسية والمدرسة الهولندية.

الفرع الأول

المدرسة الإيطالية، فقه الأحوال (القرن 12)

كانت إيطاليا مقسّمة إلى مدن تتمتع باستقلالية اتجاه الإمبراطور وكانت لكل مدينة قوانين محلية (statuts)، فحاول فقهاء هذه المدرسة إيجاد حلول لمشكلة تنازع القوانين، مُعتمدين على القانون الروماني دون أيّ تحليل للقانون الروماني ولا أيّ طريقة لدراسته، فتقيدوا بالحرفية في دراسته وشرحه، عن طريق وضع حواشي ومنه جاءت تسمية مدرسة المحشّيين (Glossateurs) في حوالي 1228م، وفي بداية القرن 13 م ظهر فقهاء إيطاليين آخرين عُرفوا بمدرسة الشراح أو المحشّيين

– قتال حمزة، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القواعد العامة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 14-15.

⁽¹⁾ دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 36-37.

اللاحقين (Post-Glossateurs)⁽¹⁾، الذين قاموا بشرح القانون الروماني لكن بحرية دون التقيد الحرفي، فعندما يطرح مشكل يشتمل على عنصر أجنبي فيدرسون المشكلة ويدرسون القانون الروماني على حدى، لكن هذه المدرسة لم تعتمد على أي معايير محددة.

فلم تضع قواعد محددة مسبقاً، إذ عندما يُطرح نزاع متعلق بتنازع القوانين يتم تحليله وإيجاد حل لكل قضية على حدى، لذا تميّزت هذه المدرسة بالواقعية لأنّ الحلول تُستنبط من القضية في حد ذاتها وليس من المبادئ والقواعد الموجودة مسبقاً⁽²⁾، ويرى أنصار هذه المدرسة بزعامة الفقيه "بارطول" ثم بعده الفقيه "بلاد" أنّ الحلول التي يتوصلون إليها ستكون مقبولة من جميع المدن الإيطالية لأنّها مستمدة من القانون الروماني وهو قانون كل المدن (الشرعية العامة)⁽³⁾.

أولاً: أهم الحلول التي توصلت إليها المدرسة الإيطالية القديمة: تتمثل أهم الحلول التي توصلت إليها هذه المدرسة والتي نجد الكثير منها مُجسّدة في التشريعات الوطنية الحديثة:

⁽¹⁾ DERRUPPE Jean, op-cit, p 59. Voir aussi :

-MONEGER Françoise, Droit International Privé, 3ème édition, Lexis Nexis, Litec, Paris, 2005, p 07.

⁽²⁾ ISSAD Mohand, Droit international privé, 1-les règles de conflits, 2ème édition, Office des Publications Universitaires, Alger, 1983, pp 45-47.

⁽³⁾ MELIN François, p 26. Voir aussi :

- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 48.

1- القانون الواجب التطبيق على العقد: التمييز بين موضوع العقد وشكله، فشكل العقد يخضع لقانون مكان إبرامه ومنها استمدت قاعدة «Locus»⁽¹⁾، ولا زالت هذه القاعدة سارية المفعول إلى يومنا (إمكانية إخضاع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون مكان إبرامها وفقاً للمادة 19 من القانون المدني الجزائري لسنة 1975)، التي لحقها تعديل القانون المدني في سنة 2005 بموجب قانون رقم (10-05)⁽²⁾.

حاول المشرع الجزائري فتح المجال أمام إمكانية توحيد القانون الذي يطبق على شكل وموضوع العقد إذا نجد نفس الضوابط المعمول بها في موضوع وشكل العقد وفقاً للمادتين 18 و 19 من القانون المدني مع اختلاف في ترتيب وأولوية الضوابط المعمول بها في المادتين السالفتين، حيث وضع بشأن موضوع العقد (المادة 18) ضابط أصلي وهو القانون المختار من المتعاقدين ثم ضابطين احتيابيين وهما الموطن المشترك للمتعاقدين أو الجنسية المشتركة للذان هما في نفس المرتبة، ثم ضابط احتياطي أخير وهو مكان إبرام العقد، كما وضع استثناء وهو تطبيق قانون موقع العقار على جميع العقود الواردة على العقار، بينما الجانب الشكلي نجد المشرع الجزائري فضل في المادة 19 من القانون المدني قاعدة لوكوس مع حرية للقاضي في أعمال قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، أو القانون الذي طُبّق على الموضوع.

(1) دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 38-39.

(2) راجع المادة 19 من قانون رقم 10-05 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 44، صادرة بتاريخ 26 جوان 2005.

وبالنسبة لآثار العقد فقد فرّق "بارطول" بين الآثار المباشرة التي تخضع لقانون مكان إبرام العقد والآثار غير المباشرة التي تخضع لقانون محل التنفيذ أو لقانون مكان رفع الدعوى، وعلى إثبات العقد يرى "الفقيه "بلاد" أنه يطبق قانون مكان إبرام العقد إذا تعلّق الأمر بقوة الدليل أمّا إذا تعلّق الأمر بتقديم الدليل فيطبق قانون القاضي⁽¹⁾.

2- التمييز بين المسائل الإجرائية والموضوع: إخضاع المسائل الإجرائية لقانون القاضي أي قانون الدولة التي تُرفع أمامها الدعوى أمّا الموضوع فيخضع لقانون آخر⁽²⁾، ولقد جسّد المشرع الجزائري إخضاع المسائل الإجرائية وقواعد الاختصاص لقانون الدولة التي ترفع أمامها الدعوى في المادة 21 مكرر من القانون المدني⁽³⁾.

3- إخضاع الأموال لقانون موقعها: إذ يُطبق على المال قانون موقعه، وهي قاعدة نادى بها الفقيه « Jacques De Revigny » سنة 1292 بمناسبة الميراث في العقار الذي أخضعه لقانون موقع العقار⁽⁴⁾، ونجد المشرع الجزائري أخضع تكييف

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 197-199. أنظر أيضاً:

-BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, op-cit, pp 372-376. Voir aussi :

-DERRUPPE Jean, op-cit, p 59.

(2) MELIN François, op-cit, p 26.

- « ...distinction de la procédure et du fond et soumission de la procédure à la Lex fori », voir :

-DERRUPPE Jean, op-cit, p 59.

(3) المادة 21 من القانون المدني الجزائري. السالف الذكر. أنظر أيضاً:

-العيش فضيل، قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون المدني، وفقاً للقانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25-02-2008، وفقاً لتعديل القانون المدني رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، مطبعة البدر، 2009، ص 151.

(4) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 202-204. أنظر أيضاً:

-MONEGER Françoise, op-cit, p 07.

المال سواء كان عقاراً أو منقولاً لقانون الدولة التي يوجد فيها وفقاً للمادة 17 من القانون المدني، أما العقود المتعلقة بالعقار فيسري عليها قانون موقعه وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة 18 من القانون المدني⁽¹⁾.

4-تطبيق قانون مكان وقوع الجنحة على الشق المتعلق بالتعويض: فالمسؤولية الناشئة عن الفعل الضار في شقها المدني المتعلق بالتعويض تخضع لقانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام⁽²⁾.

5-إخضاع أهلية الشخص وحالته لقانون موطنه: يسري على حالة الشخص وأهليته قانون موطن الشخص، لكن يجب التمييز بين نوعين من الأحوال، تلك المستحسنة تتبع الشخص لتطبق على حالته وأهليته حيثما وجد، وأحوال مستهجنة تطبق فقط في المدينة التي وضعت فيها، وهذا ما يعرف حالياً باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي نظراً لمخالفته للنظام العام⁽³⁾، ونجد أن المشرع الجزائري أخضع أهلية الشخص وحالته لقانون الجنسية كأصل في المادة 10 من ق م، لكنه أخذ بضابط الموطن كاستثناء على ضابط الجنسية في حالة انعدام الجنسية وفقاً للمادة

(1) راجع المادتين 17 و18 فقرة أخيرة، من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر. أنظر أيضاً:
- العيش فوضيل، المرجع السابق، ص 150-151.

(2) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 51.

- أخضع المشرع الجزائري فيما يتعلق بالفعل الضار في المادة 20 من القانون المدني لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام كأصل، مع استبعاد تطبيق هذه القاعدة عندما يكون الفعل غير المشروع المرتكب في دولة أجنبية مشروع في الجزائر. راجع:

- المادة 20 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

(3) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 51-52.

3/22 من القانون المدني، كما أخذ المشرع الجزائري بقاعدة إخضاع الفعل الضار لقانون مكان وقوعه وفقاً للمادة 20 من ق م⁽¹⁾.

ثانياً: **خصائص فقه الأحوال**: تميّزت المدرسة الإيطالية بعدة خصائص أهمها:

1- فقه واقعي: لأنّه يطبق الحل الملائم لطبيعة كل مسألة دون وضع مبادئ عامة مجردة مسبقاً.

2- فقه تحليلي: باعتبار أنّه يقوم على تحليل الأحوال المتنازعة لحكم العلاقة المعروضة، فهو يبحث في كل حالة على حدة عما إذا كان من الواجب تطبيق قانون معيّن تطبيقاً اقليمياً أم هو من القوانين الشخصية التي تتبع الشخص أينما تنقل، وهو يعالج مختلف عناصر التنازع دون محاولة ربطها ببعضها البعض، فهو فقه جزئيات.

3- فقه عالمي: لكونه يصل إلى حلول صالحة لحل مشكلة تنازع القوانين أياً كان مكانها، لأنّها حلول مبنية على المنطق وقواعد العدالة بعيداً عن الاعتبارات السياسية⁽²⁾.

⁽¹⁾ راجع المواد 10، 3/22 و 20 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر. أنظر أيضاً: - العيش فوضيل، المرجع السابق، ص ص 149-151.

⁽²⁾ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب)، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص ص 27-29. أنظر أيضاً:

- قتال حمزة، المرجع السابق، ص 21.

الفرع الثاني

المدرسة الفرنسية

برزت المدرسة الفرنسية منذ بداية القرن 16 م بسبب النظام الإقطاعي الذي كان سائداً في فرنسا، وهي بمثابة امتداد لفقهاء المدرسة الإيطالية نظراً لتأثيرها الكبير بها، من أهم روادها الفقيهين "دومولان" و"دارجونتري"⁽¹⁾، وزيادةً على القواعد التي كانت معروفة في المدرسة الإيطالية كإخضاع الإجراءات وأشكال التصرفات إلى قانون المكان الذي أبرمت فيه، وتحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع استناداً إلى طبيعة القوانين بين أن تكون شخصية أو عينية.

أولاً: أهم الحلول التي توصلت إليها المدرسة الفرنسية: من بين أهم الحلول التي قدمها الفقيه "دومولان" نجد:

1- إخضاع العقد في جانبه الشكلي لقانون مكان إبرامه والموضوع لقانون آخر، فالعقد في جانبه الموضوعي يخضع لقانون آخر حسب هذه المدرسة، عكس ما أخذ به الفقيه "بارطول" في هذه المسألة، التي أخضعها الفقيه "دومولان" لقانون إرادة المتعاقدين على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين، وكان ذلك بمناسبة الاستشارة التي قدمها حول قضية عُرضت عليه بصفته محامي بباريس سنة 1525 تتعلق بالنظام المالي للزوجين⁽²⁾، حيث اعتبر أن الزوجين مقيمين بباريس عند إبرام عقد الزواج، وهما استقرا بعد ذلك في باريس، وهذا تعبير عن إرادتهما للخضوع للقانون

(1) « ...Deux grands noms de la doctrine Française...DUMOULIN Charles (1500-1566) ...D'ARGENTRE Bertrand (1519-1590) ... », voir : -BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, op-cit, p 378-379.

(2) ISSAD Mohand, op-cit, p 48-49.

الذي يطبق على النظام المالي للزوجين في باريس وهو القانون العرفي لهذه المدينة⁽¹⁾.

2- أكد "دومولان" على أنه من الضروري البحث أولاً عن تحديد طبيعة النزاع قبل البحث عن القانون الواجب التطبيق (التصنيف)، وهو ما يُعرف حالياً بالتكييف، لكن لم يسمّيه كذلك ولم يدرسه بدقة، وأول فقيه درس بدقة وتعرض لمشكلة القانون الواجب التطبيق على التكييف هو الفقيه الفرنسي «BARTIN»⁽²⁾، ولقد تناول المشرع الجزائري قانون الإرادة (القانون المختار من المتعاقدين) في المادة 18 من القانون المدني، وأخضع التكييف في المادة 09 لقانون القاضي، أما تكييف المال سواء كان عقار أو منقول لقانون الدولة التي يوجد فيها وفقاً لنص المادة 17 من القانون المدني⁽³⁾.

وسار على التطبيق الإقليمي للقوانين الفقيه "دارجونتري" (1519-1590)⁽⁴⁾، لكنّه قسّم هذه القوانين إلى قوانين عينية أيّ أحوال عينية، وقوانين شخصية أيّ أحوال شخصية، بمعنى أنّه نبّحت هل القوانين المتنازعة هي عينية أو شخصية، فنكون أمام قوانين عينية إذا تعلق النزاع بالعقار تطبق فقط في إقليم العقار، وأمام قوانين شخصية إذا تعلق النزاع بالمنقول، أو بالشخص في حالته

(1) « DUMOULIN (1500-1566) était Avocat au parlement de Paris. Il a attaché son nom à la solution du conflit de lois en matière de régime matrimonial et de contrat. Consulté en 1525 sur le régime matrimonial des époux de Ganey qui avaient des biens dans plusieurs lieux, il se prononça pour l'application d'une seule loi à l'ensemble de leurs biens, en l'occurrence la coutume de Paris... », Voir :

-MONEGER Françoise, op-cit, p 07.

(2) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 51.

(3) راجع المواد 18، 09 و 17 من القانون المدني، السالف الذكر.

(4) BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, op-cit, p 379.

وأهليته، وهي قوانين ممتدة، أما المسائل المختلطة أو الأحوال المختلطة التي تتعلق بال عقار والشخص فتطبق عليها حسب هذا الفقيه قانون العقار لأن الأصل في تطبيق القوانين مبدأ الإقليمية، أما الأحوال الشخصية فهي الاستثناء⁽¹⁾.

على أساس هذا التقسم وضع الفقيه "دارجونتري" قواعد تتنازع لكل نوع من الأحوال كما يلي:

3-خضوع الأموال العقارية لقانون موقعها، لأن القانون الذي ينظمها عينياً، فيطبق مبدأ إقليمية القوانين على كل ما يرد عليها من حقوق أو ما يبرم بشأنها من تصرفات.

4-خضوع الأموال المنقولة لقانون موطن مالكيها، لأن المنقول ينتقل لذا يجب ربطه برابطة مكانية ثابتة نسبياً وهي قانون موطن مالكيه.

5-خضوع حالة الشخص وأهليته لقانون موطنه الأصلي، بهدف تحقيق العدالة والاستقرار، فلا يعقل أن تكون للشخص أهلية في قانون معين، ثم يصبح ناقص الأهلية بمجرد مغادرته لهذا الإقليم وتواجده في إقليم آخر⁽²⁾.

نلاحظ أن المشرع الجزائري أخضع تكييف المال سواء كان عقار أو منقول لقانون الدولة التي يتواجد فيها، وأخضع كل الحقوق والتصرفات الواردة على العقار لقانون موقعه، بينما أخضع المنقول المادي لقانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحياة، أو الملكية، أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها وفقاً لأحكام المادة 17 من القانون المدني، في حين أخضع الأموال المعنوية

⁽¹⁾ ISSAD Mohand, op-cit, p 49-50.

- (D'ARGENTRÉ, 1519-1590 était un magistrat breton et est considéré comme le pur représentant de la théorie territoriale française...), Voir :

-MONEGER Françoise, op-cit, p 08.

⁽²⁾ قتال حمزة، المرجع السابق، ص 28.

لقانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة، أو الملكية، أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها⁽¹⁾.

ثانياً: خصائص المدرسة الفرنسية: أعطى فقه "دارجونتري" خصائص تُميّز المدرسة الفرنسية عن فقه الأحوال الإيطالي، إذ تميّز بكونه:

1- فقه غير متخير: عكس الفقه الإيطالي الذي هو متخير لأنه لم يكن قائم على مبادئ سابقة، يرتكز فقه "دارجونتري" على فكرة عينية الأحوال وهي نقطة البدء لتجميع الحلول حولها.

2- فقه تأصيلي: فلا يعالج مسائل تنازع القوانين بدراسة كل مسألة على حدى دون الربط بينها، بل أقام فقهه على نظرية عامة مبنية بأفكار أساسية تقوم على عينية أي إقليمية القوانين، والاستثناء هو شخصية القوانين في حدود ضيقة.

3- فقه وطني: تميّز أيضاً فقهه بكونه وطني يسعى لتحقيق غايات محلية إقليمية، وذلك على خلاف الفقه الإيطالي ذو النزعة العالمية.

لكن رغم بساطة فقه المدرسة الفرنسية إلا أنّ تقسيمها محدود وقاصر، فلا يمكن استيعاب جميع الأحوال، كالأحوال المتعلقة بالجرائم، وبشكل التصرفات، الالتزامات وتلك المتعلقة بالمرافعات، ثم ليس كل ما لا يدخل في الأحوال العينية يدخل بالضرورة في الأحوال الشخصية⁽²⁾.

⁽¹⁾ راجع المادتين 17 و 17 مكرر من القانون المدني، السالف الذكر.

⁽²⁾ قتال حمزة، المرجع السابق، ص 29-30.

الفرع الثالث

المدرسة الهولندية

ظهرت هذه المدرسة في القرن 17م، حيث كانت هولندا تعيش ظروف مشابهة للظروف التي عاشتها إيطاليا في القرن 13، إذ قُسمت إلى مقاطعات وكل منها تتمتع باستقلال ذاتي، ولكنها تخضع ولو بشكل ضئيل لسلطة سياسية عليا، وسارت هذه المدرسة على درب فقه "دارجونتري"، مدافعةً على مبدأ اقليمية القوانين، وما تطبيق القانون الأجنبي إلا نوع من المجاملة الدولية⁽¹⁾.

من روادها الفقيهين (Paul Voet 1619-1677)، و (Jean Voet 1647-1714)، بحيث عززت أفكار الفقيه "دارجونتري"، بتقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية والتمسك بمبدأ اقليمية القوانين، إلا أن هذا التقسيم يتناول الأحوال من حيث موضوعها، فالأحوال العينية هي تلك التي يكون موضوعها الرئيسي هو المال ولو تناولت الأشخاص، أما الأحوال الشخصية فهي تلك التي يكون موضوعها الرئيسي هو الشخص، بينما الأحوال المختلطة فهي تلك المتعلقة بالشكل والإجراءات.

وعلى الرغم من تبني المدرسة الهولندية مبدأ اقليمية القوانين، إلا أنها سمحت بتطبيق القانون الأجنبي استثناءً على أساس المجاملة الدولية والمعاملة بالمثل حفاظاً على العلاقات الدولية وهو أهم إسهاماتها، خاصةً أن هولندا كانت رائدة التجارة العالمية، مما ساعدها على التأثير على فقه بعض الدول كالفقه البريطاني ثم على أحد كبار الفقهاء الدوليين الأمريكي (Joseph Story 1779-)

(1) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 41.

1845⁽¹⁾، لكن المنطق يفرض أنه في حالة تطبيق القانون الأجنبي يبحث القاضي عن القانون الأنسب والأصح لحكم العلاقة وليس من باب المجاملة، والتسليم بهذه الأخيرة يقضي على جوهر تنازع القوانين.

أولاً: أهم الحلول التي توصل إليها الفقه الهولندي: وضع فقهاء المدرسة الهولندية العديد من القواعد لحل مشاكل تنازع القوانين، أهمها:

1- خضوع الحالة العامة والأهلية لقانون الموطن: يُطبق على الحالة العامة للشخص وأهليته قانون موطنه، لكن استثنى الفقيه (Paul Voet) الأهلية المتعلقة بالتصرفات الواردة على العقار التي أخضعها لقانون موقع العقار، كما استثنى الأهلية الخاصة المتعلقة بمنح الهبة بين الزوجين التي أخضعها لقانون موقع المال.

2- خضوع الأموال لقانون موقعها: وذلك بهدف استقرار المعاملات التي يكون موضوعها الأموال، خاصة وأنّ هولندا عرفت تطوراً وتنوعاً تجارياً هائلاً في القرنين 17 و18م.

3- خضوع شكل التصرف لقانون محل الإبرام: حتى ولو تعلق الأمر بعقار وكان محل إبرام التصرف ليس هو موقع العقار، بمعنى إمكانية إخضاع شكل التصرفات الواردة على العقار لقانون غير قانون موقعه⁽²⁾.

يجب التذكير أنّ المشرع الجزائري تناول القانون الواجب التطبيق على الأهلية والحالة المدنية للشخص وهو قانون الجنسية في المادة 10 من القانون المدني، لكنّه يُطبق كاستثناء قانون الموطن على الأهلية والحالة المدنية للشخص في حالة ما إذا كان الشخص عديم الجنسية، وهذا ما يستفاد من المادة 22 من القانون المدني، بينما أخضع المال إن كان عقاراً لقانون موقعه، ولقانون مكان

⁽¹⁾ MELIN François, op-cit, p 27.

⁽²⁾ قتال حمزة، المرجع السابق، ص 33.

تواجهه عند تحقق سبب نشوء الحق على المنقول إذا كان المال منقولاً وفقاً للمادتين 17 و 17 مكرر من القانون المدني، كما جعل المشرع الجزائري قاعدة محل ابرام التصرف من بين القواعد التي تطبق على شكل التصرفات القانونية بل فضلها على غيرها من القواعد المطبقة على شكل التصرفات وفقاً للمادة 19 من القانون المدني⁽¹⁾.

ثانياً: **خصائص الفقه الهولندي**: تميّز فقه المدرسة الهولندية بنفس خصائص فقه "دارجونتري" كونهما انطلقا من نفس الفكرة المسبقة وهو مبدأ إقليمية القوانين، وفقه تأصيلي ووطني، لكنّه اختلف عن المدرسة الفرنسية بخصائص أخرى مثل:

- المدرسة الهولندية تداركت النقص الذي كان عند "دارجونتري" حيث اعتمدت تقسيم الأحوال نفسه المعتمد في المدرسة الفرنسية، لكنها أدخلت في الأحوال المختلطة كافة الأحوال التي لا تتعلق بالأشخاص ولا بالأموال⁽²⁾.
- المدرسة الهولندية تأخذ بمبدأ إقليمية القوانين على إطلاقه، فهي سمحت بتطبيق القانون الأجنبي من باب المجاملة فقط (ضرورة واقعية)، في حين المدرسة الفرنسية سمحت بتطبيق القانون الأجنبي كاستثناء على أساس العدالة (ضرورة واقعية).
- المدرسة الهولندية عالجت تنازع القوانين في صورته الدولية، زيادة عن صورته المحلية، بينما اكتفى "دارجونتري" بالصورة المحلية للتنازع⁽³⁾.

⁽¹⁾ راجع المواد (10، 17، 17 مكرر، 19 و 22) من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

⁽²⁾ BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, op-cit, pp 382-385.

⁽³⁾ Ibid, pp 29-31.

المبحث الثالث

القانون الدولي الخاص في العصر الحديث

ظهرت في العصر الحديث بعض المدارس الرائدة في مجال تنازع القوانين، تتمثل في المدرسة الألمانية بزعامة الفقيه "سافيني"، المدرسة الإيطالية الحديثة بزعامة "مانشيني"، وكذلك الفقه الفرنسي عن طريق "بيلي"، هذه المدارس تعكس المدارس الفقهية القديمة من حيث التفكير، لأنها ترى أنّ الحل لمشكلة تنازع القوانين هو مبدأ شخصية القوانين وليس إقليمية القوانين، وسنتناول أهم هذه المدارس:

المطلب الأول

المدرسة الألمانية "عالمية سافيني"

يرى الفقيه الألماني "سافيني" أنّه لابد من دراسة أولاً مصدر قوانين الدول الأوروبية، واعتمد على التركيز المكاني للعلاقة محل النزاع، مستبعداً بذلك أي فكرة مسبقة لحل تنازع القوانين لأنّه يرفض تحديد نطاق التطبيق المكاني للقوانين اعتماداً على تحديد طبيعتها، عينية أو شخصية، اقليمية أو ممتدة، كما رفض اعتبار تنازع القوانين تنازراً بين السیادات، لأنّه بحث عن أكثر القوانين ملاءمة واتفاقاً مع طبيعة العلاقة القانونية، وتطبيق القانون الأجنبي في الحقيقة هو وسيلة للوصول إلى الحل المناسب الذي يتفق مع طبيعة العلاقة محل النزاع، وتنازع القوانين ينبغي أن يتم على نحو يؤدي إلى التنسيق الدولي للحلول، وهذا لن يتم إلا بين الدول التي يوجد بينها تقارب واشتراك قانوني أو حضاري، والذي يتوافر لدى الدول الأوروبية بوجود عاملين أساسيين الأول هو القانون الروماني بوصفه الشريعة العامة (وحدة الأصل القانوني) في هذه الدول، والثاني هي الديانة المسيحية بوصفها الديانة العامة (وحدة

الدين والثقافة)، وبالتالي تكون الحلول القانونية متقاربة ومقبول من جميع الدول الأوروبية⁽¹⁾. وعليه يمكننا القول أنّ "سافيني" أتى بفكرتين رئيسيتين:

الفرع الأول: فكرة الاشتراك الحضاري: مفادها أنّ جميع القوانين الأوروبية مستمدة من قانون واحد وهو القانون الروماني وجميع الدول الأوروبية اعتنقت الديانة المسيحية، فينتج عن ذلك تشابه واشتراك حضاري بينها، هذه الرابطة القويّة بين الشعوب الأوروبية تجعل قوانينها متشابهة وليست متماثلة، ثم قام الفقيه "سافيني" بدراسة القانون الروماني سنة 1849 تحت عنوان القانون الروماني⁽²⁾، سُمّي هذا الفقيه بزعيم المدرسة التاريخية، واعتبر أنّ القانون الذي لا يشترك حضارياً مع القوانين الأوروبية لا يتلاءم وبالتالي لا يُطبق لغياب عنصر الاشتراك وهذه الفكرة تُشبه فكرة الفقه الإيطالي استحسان واستهجان القوانين، لأنّ الفقيه "سافيني" يرى أنّ القوانين الأوروبية مشتركة والحلول كذلك، لكن كيفية أو منهج الوصول إلى هذه الحلول هو المنهج التحليلي.

الفرع الثاني: فكرة المنهج التحليلي (التركيز المكاني): يكون بتحليل عناصر القضية وتحديد المركز المكاني لكل عنصر ثم نرى القانون الذي يميل إليه أكثر مركز الثقل ونطبقه⁽³⁾، مثلاً عقد أبرم في فرنسا، البائع إيطالي والمشتري هولندي وموضوع العقد عقار بفرنسا، فإذا طرح نزاع حول حدود العقار وشكل العقد وأهلية البائع فيمكن حلّها عن طريق الحلول الفقهية السابقة والقواعد المتوصل إليها، لكن "سافيني" يدعونا إلى دراسة كل عنصر على حدى أي عدم النظر في القضية بنظرة كلية، وإنما يجب تحديد مكان كل عنصر، وينجّر عن ذلك تطبيق نفس القانون

⁽¹⁾ قتال حمزة، المرجع السابق، ص 36-37.

⁽²⁾ MONEGER Françoise, op-cit, p 09.

⁽³⁾ DERRUPPE Jean, op-cit, p 62.

مهما اختلف القضاء الذي يُعرض عليه النزاع، ولو اختلف القانون الواجب التطبيق فذلك لن يؤثر بالاعتماد على المنهج التحليلي، وهذا ما يجعل من حلول "سافيني" عالمية. ومن أهم قواعد التنازع التي نادى بها "سافيني" لحل مشكلة تنازع القوانين، نذكر:

أولاً: إخضاع حالة الأشخاص وأهليتهم لقانون الموطن الحالي للشخص، بينما الأموال فأخضعها لقانون موقعها: لأنّ العلاقات التي محلها الأموال هي امتداد صناعي للشخص ومظهر لنشاطه، فكما للشخص موطن ومركز مكاني يسري قانونه على حالته وأهليته، للأموال كذلك موطناً ومركزاً مكانياً وهو الموقع الذي توجد فيه هذه الأموال، أما الموارث فتخضع لقانون موطن الشخص المتوفى، لأنّ الأموال محل الميراث هي أكثر اتصالاً بالشخص المورث.

ثانياً: خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه، وموضوعه لقانون محل تنفيذه: فمحل إبرام التصرف هو موطن ميلاد ذلك التصرف، أما موضوع التصرف فيرتبط بمحل تنفيذه أكثر لأنّ مركز الالتزامات الادارية هو مكان انتاج آثارها، وفيه تتجسد خاصة في مجال الالتزامات التعاقدية، ما لم توجد إرادة صريحة أو ضرورة تمليها طبيعة الأشياء تقضي بإخضاعها لقانون آخر غير محل التنفيذ⁽¹⁾.

تميّز فقه هذه المدرسة بكونه متخّير على اعتبار أنّه ترك حكم كل علاقة لقانون مقرها دون النقيّد المسبق بمبدأ معيّن، وهو فقه تحليلي اعتمد على تحليل

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 223-229. لتفاصيل أكثر حول قانون محل التنفيذ عند "سافيني" أنظر أيضاً:

-FETZE Kamdem Innocent, « l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux », Les Cahiers de Droit, Faculté de droit de l'Université Laval, Québec, volume 40, N° 03, 1999, in : www.erudit.org, p 660.

العلاقات القانونية وردّها إلى مقرّها للوصول على القانون الواجب التطبيق عليها، كما أنّه فقّه عالمي سعى إلى البحث عن الحل المثالي العادل بتطبيق القانون الأنسب لحكم العلاقة بين القوانين المتنازعة التي يجمعها الاشتراك القانوني والحضاري⁽¹⁾. ولكن الفقّه المعاصر انتقد فكر "سافيني" لأنّه يُصوّر العالم كله في أوربا دون الأخذ بالدول الأخرى غير الأوروبية، كما أنّه أهمل قانون جنسية الشخص وهو قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص، زيادة على صعوبة التطبيق العملي لفكرة التركيز المكاني لأنّه هناك حالات يستحيل تحديد مركزها المكاني بدقة كالعقود التبادلية، والعلاقات القانونية التي نشأت في نظام قانوني معيّن ثم امتدت إلى أنظمة قانونية أخرى⁽²⁾.

المطلب الثاني

المدرسة الإيطالية الحديثة

مدرسة "مانشيني" الذي يتفق مع "سافيني" من حيث الدفاع على مبدأ شخصية القوانين دون الاتفاق معه في طريقته للتفسير، فيقول أنّ "سافيني" أهمل موضوع مهم وهو قانون الجنسية، وعندما نتكلم على سيادة الدولة ليس فقط سيادة إقليمية بل سيادة شخصية على كلّ من يحمل جنسية الدولة، فهذه المدرسة تركز على قانون الجنسية⁽³⁾، والذي تقع عليه بعض الاستثناءات.

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

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 226-228. أنظر أيضاً: -قتال حمزة، المرجع السابق، ص 41-42.

(3) « MANCINI, Professeur de droit international et homme politique Italien (1817-1898), propose la nationalité comme fondement du droit des gens, titre de sa leçon inaugurale prononcée en 1851 à Turin », Voir : -MONEGER Françoise, op-cit, p 08.

الفرع الأول: قواعد التنازع عند الفقيه "مانشيني": تقوم بدرجة أولى على فكرة الجنسية، إلى جانب الحرية والسيادة، فبمقتضى الحرية ينبغي الاعتراف بحق الأشخاص في اختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم المالية ذات العنصر الأجنبي، ومبدأ الجنسيات يقتضي أن يخضع الشخص لقانون دولته ولو كان في دولة أجنبية، لكن يجب في مقابل ذلك ألاّ يمس بمصالح تلك الدولة الأجنبية أو بسيادتها، ومعنى ذلك أنه يجب التوفيق بين السيادة الشخصية للقوانين الأجنبية، والسيادة الإقليمية للقانون الوطني⁽¹⁾. وعليه نستنتج بعض الحلول التي أتى بها "مانشيني" لحل مشكلة تنازع القوانين:

أولاً: الأصل في حل مشكلة تنازع القوانين هو تطبيق قانون الجنسية: يُوضع القانون لحماية وتنظيم الأشخاص الذين يحملون جنسية الدولة المكونين لركن من أركانها وهو الشعب، لذلك يقول "مانشيني" أنّ أحسن قانون يطبق على الفرد هو قانون جنسيته أي قانون الدولة التي تربطه بها رابطة الجنسية بمعنى القانون الشخصي لذلك سُميت هذه المدرسة بمدرسة شخصية القوانين⁽²⁾، لكن لا يمكن تطبيق قانون الجنسية في كل الأحوال فهناك استثناءات.

ثانياً: الاستثناءات على قانون الجنسية: تتمثل في عدم تطبيق قانون الجنسية في حالة تعارض قانون الجنسية مع النظام العام⁽³⁾، وقد جسّد المشرع الجزائري قانون الجنسية فيما يتعلق بالقانون الذي يطبق على الأهلية والحالة المدنية للشخص في **المادة 10 من القانون المدني**، كما جسّد الدفع بمخالفة النظام العام في **المادة 24**

⁽¹⁾ قتال حمزة، المرجع السابق، ص 43-44.

⁽²⁾ DERRUPPE Jean, op-cit, p 61.

⁽³⁾ دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 43.

منه⁽¹⁾، ويقول "مانشيني" لما يتعلق النزاع بالأموال وكل نظم الملكية فيخضع النزاع لقانون مكان تواجد المال وليس لقانون الجنسية، ولما يتعلق النزاع بشكل العقد نطبق قاعدة "لوكيس" أي مكان إبرام العقد، كذلك إذا كان النزاع يتعلق بموضوع العقد فنطبق نظرية سلطان الإرادة⁽²⁾، ومن هذه الاستثناءات تُستتج قواعد أخرى كخضوع المسؤولية عن الفعل الضار لقانون بلد ارتكابه، وخضوع مسائل الإجراءات والمرافعات لقانون القاضي باعتبارها من النظام العام⁽³⁾، ولقد أخذ المشرع الجزائري بقانون مكان تواجد المال في المادة 17 من ق م، وجعل من قاعدة "لوكيس" أحد الحلول التي أخذ بها في المادة 19 من ق م المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية، أمّا قانون الإرادة فهو الضابط الأصلي الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 18 من ق م، كما جسّد خضوع الالتزامات غير التعاقدية ومنها الفعل الضار لقانون بلد وقوع من القانون المدني، الفعل المنشئ للالتزام في المادة 20، وأخضع في المادة 21 مكرر كل ما يتعلق بقواعد الاختصاص القضائي والاجراءات لقانون القاضي (قانون الدولة) الذي ترفع الدعوى أمامه أو تباشر الاجراءات أمامه⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: خصائص فقه "مانشيني" ونقده: تميّز بكونه فقه غير متخّير لأنّه يخضع لمبدأ مسبق وهو مبدأ شخصية القوانين، وهو فقه تأصيلي كونه لا يعالج المسائل بصفة فردية، كل مسألة على حدة، بل يردّها جميعها لمبدأ معين مسبقاً وهو شخصية القوانين، كما أنّه فقه عالمي يهدف إلى تعميم الحلول طبقاً لمبدأ شخصية

⁽¹⁾ راجع المادتين 10 و24 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

⁽²⁾ MONEGER Françoise, op-cit, p 08-09.

⁽³⁾ قتال حمزة، المرجع السابق، ص 45.

⁽⁴⁾ راجع المواد 17، 18، 19، 20 و21 مكرر من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

القوانين، أي عالمية قانون الجنسية، خاصةً أنّ فقه "مانشيني" عرف نجاحاً كبيراً داخل وخارج إيطاليا، إذ أثّر على العديد من الفقهاء مثل (فيور وديانا بإيطاليا، وايس، أوديني وسورفيل بفرنسا، وبليجيكا نجد الفقيه لوران)، زيادة على تأثيره في مختلف التشريعات فمثلاً القانون المدني الفرنسي جسّد منذ 1865 إخضاع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية، وفي 1867 بمبادرة من "مانشيني" جرت محادثات تمهيداً لعقد معاهدة دولية لحل مشكلة تنازع القوانين، والتي كانت بداية لمسار تُوج بعقد مؤتمر لاهاي المتعلق بالقانون الدولي الخاص عام 1893⁽¹⁾.

لكن يعاب على نظرية "مانشيني" الخلط بين الدولة وبين الجنسية والقومية، لأنّه هناك فرق بين الدولة والأمة، فقد نجد أمة موزعة على عدة دول، وقد نجد دولة تحتوي على عدة أمم، فالأمة تقوم على وحدة الآمال والمشاعر واللغة والتقاليد، بينما الدولة تقوم على إقليم وشعب يسكنه، وسلطة سياسية تتمثل في السلطة التي تمارسها الدولة على إقليمها وعلى شعبها، وبالتالي فمبدأ الإقليمية هو الأصل ومبدأ الشخصية هو الاستثناء، كما أنّه من الصعب تطبيق عملياً هذه النظرية، خاصةً في حالات تعدد الجنسيات، انعدام الجنسية.

المطلب الثالث : الفقه المعاصر في تنازع القوانين (فقه بيلي، بارتان ونيبوي):
ظهرت أولاً في بداية القرن العشرين العديد من الآراء الناقدة لفكرة عالمية الحلول التي أتى بها كل من (سافيني ومانشيني)، أمثال الفقيه الإيطالي "أنزيلوتي"، الألماني "كان"، وفي فرنسا نجد "دو فيرايس-سوميار"، "بارتان" و"نيبوي"⁽²⁾، لكن

(1) BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, op-cit, pp 390-392.

(2) « Il y eut d'abord, au début du XXème siècle, à la fois en Italie (avec ANZILOTTI), en Allemagne (avec KAHN) et en France (avec de VAREILLES-SOUMIERES, BARTIN et NIBOYET une critique dite particulariste aux aspirations universalistes de MANCINI et SAVIGNY », in : -MONEGER Françoise, op-cit, p 09.

بعد ذلك برزت العديد من الآراء والاتجاهات كنظريات لحل مشكلة تنازع القوانين، سوف نتناول ثلاثة منها تابعة للمدرسة الفرنسية المعاصرة، قامت على أسس منطقية جديدة، وتشكل نظاماً شبه متكامل في تنازع القوانين، ويتعلق الأمر بنظرية الفقيه «PILLET»، نظرية الفقيه «BARTIN» ونظرية الفقيه «NIBOYET».

الفرع الأول: نظرية الفقيه "بيلي": يرى الفقيه "بيلي" وهو أستاذ القانون بكلية الحقوق بجامعة باريس أنّ تنازع القوانين هو تنازع بين سيادات دول مختلفة، فهو يربط القانون الدولي الخاص بالقانون الدولي العام، وحل التنازع يكون ببيان الحد الذي يمكن أن تقف عنده سيادة دولة القاضي أمام سيادة الدولة الأجنبية للسماح بتطبيق قوانين هذه الأخيرة⁽¹⁾، وعليه سنبيّن كيفية حل تنازع القوانين عند "بيلي"، ثم النقد الموجه له.

أولاً: كيفية حل تنازع القوانين عند "بيلي": لما كان المبدأ العام في -القانون الدولي العام- هو المساواة بين الدول، وأنّ تنازع القوانين هو في حقيقته تنازع بين سيادات الدول، ووضع قواعد التنازع يحدد مدى امتداد السيادة التشريعية لكل دولة، فإنّ حلول تنازع القوانين يجب أن تحترم قدر الإمكان سيادات تلك الدول، والسبيل إلى ذلك يكون باعتماد مبدأ "أقل الأضرار"، ويرى "بيلي" أنّ كل القوانين تتميز بخاصيتين وهما الديمومة (Permanence) التي تعني استمرار تطبيق القانون على الأشخاص المخاطبين به دون انقطاع وهذا إلى غاية إلغائه، والعمومية (Généralité) أي تطبيق القانون على كافة الأشخاص والأموال الموجودين على إقليم الدولة، لكن مقتضى تطبيق هاتين الخاصيتين في نطاق العلاقات الدولية أن يكون القانون إقليمياً وممتداً في نفس الوقت، يجعل حل تنازع القوانين مستحيلاً، لذا يجب التضحية بإحدى الخاصيتين، فإنّ ضحيّتنا بمبدأ الديمومة فذلك يعني أنّه لا

⁽¹⁾ MAYER Pierre et HEUZE Vincent, op-cit, p 53.

يطبق قانون الدولة خارج إقليمها، أما إذا ضحينا بمبدأ العمومية لفائدة مبدأ الديمومة فمعنى ذلك امتداد تطبيق قانون الدولة على رعاياها خارج حدود إقليمها.

تغليب أحد المبدأين على الآخر يتم حسب -بيلي- وفق الغاية الاجتماعية للقانون التي تسعى الدولة إلى تحقيقها وهي المنفعة العامة والمصلحة العامة، أي أن نعطي الأولوية لقانون الدولة التي لها مصلحة أكبر في أن يتحقق هدف قانونها، فإذا كان قانون الدولة يهدف لحماية مصلحة الفرد غلبنا مبدأ الديمومة (مثل القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية والأهلية)، وهذا ليمتد تطبيقه خارج إقليمها، أما إذا كان هدفه حماية مصلحة الجماعة وجب تغليب مبدأ العمومية لنضمن تطبيقه على كافة المتواجدين على إقليم الدولة مثل (القوانين التي تنظم الملكية)⁽¹⁾، ويضيف الفقيه "بيلي" فكرة أخرى تتمثل في فكرة الحقوق المكتسبة، وبموجبها الحق الذي اكتسب في دولة وجب الاعتراف به واحترامه في الدول الأخرى، وإلاّ تعذر قيام العلاقات الدولية، لكن لا يمكن الاحتجاج بحق مكتسب في دولة لا يعرف قانونها مثل ذلك الحق، ولا يمكن الاحتجاج بحق مكتسب مخالف للنظام العام في الدولة التي يُراد التمسك به فيها، وقد يخفف أحياناً أثر الدفع بالنظام العام في هذه الحالة استناداً لمبدأ الأثر المخفف للنظام العام⁽²⁾.

(1) BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, op-cit, p 394-395.

- « La répartition des lois d'après leur but, les lois ont une double fonction : -Protection individuelle : la permanence est essentielle. - Garantie de l'ordre social : la généralité est primordiale... », in :

-DERRUPPE Jean, op-cit, p 62.

(2) قتال حمزة، المرجع السابق، ص 48-49. راجع أيضاً حول فكرة الحقوق المكتسبة عند

"بيلي":

ثانياً: نقد فقه "بيلي": تقسيم "بيلي" للقوانين إلى قسمين على أساس الغاية الاجتماعية أو الغرض منها أمر غير مقبول، فلا يمكن دائماً تغليب مصلحة فردية على مصلحة جماعية أو تغليب هذه الأخيرة على الأولى، لأنَّ الغرض من القوانين كافة هو حماية المجتمع، حتى ولو كانت جاءت لتحمي الفرد.

كما أنَّ اعتبار تنازع القوانين تنازع بين السيادات ومحاولة حلّها على أساس مبادئ القانون الدولي العام أدّى إلى فقر هذه المبادئ في معالجة تنازع القوانين التي تحتاج إلى قواعد ومبادئ خاصة مختلفة عن مبادئ القانون الدولي العام⁽¹⁾.

الفرع الثاني: نظرية الفقيه "بارتان" (التكييف): اعتمد الفقيه الفرنسي «BARTIN» في معالجته لمشكلة تنازع القوانين على المنهج التحليلي، فهو من أنصار فكر "سافيني"، ويرى أنَّ تنازع القوانين هو تنازع بين السيادات، وعلى كل دولة فسح المجال لتطبيق القوانين الأجنبية في أقاليمها، وأنَّ تحدّد مدى ومضمون هذا المجال بحرية، ويرى "بارتان" أنَّه لتحديد مجال تطبيق القانون من حيث المكان (بيان القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية) يجب أن يتم ذلك وفقاً لروح النظام الذي تدخل فيه هذه العلاقة القانونية، أي تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة، وذلك بتحليل العلاقات القانونية وإسنادها إلى النظم القانونية في القانون الداخلي، ثم تحديد طبيعة هذه النظم لمعرفة القانون الذي يحكم كل منها، وهذا ما يُعرف بالتكييف الذي

-الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص 47-46.

⁽¹⁾ BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, op-cit, p 395-396. Voir aussi :

-الهداوي حسن، المرجع السابق، ص 47.

يجري وفقاً لقانون القاضي، وبذلك يتحدد مجال تطبيق القانون الوطني ومجال تطبيق القانون الأجنبي⁽¹⁾.

يُعتبر "بارتان" أول فقيه درس هذه العملية وذلك بصفة مدققة في مقال له تحت عنوان "استحالة الوصول إلى حل نهائي لتنازع القوانين" نُشر في مجموعة "كلوني" عام 1897، لكن جانب من الفقهاء الألمان يقولون أنّ أول فقيه درس فكرة التكييف هو الفقيه الألماني "كان" عام 1891⁽²⁾.

قام "برتان" بتحليل الأنظمة القانونية وتقسيمها على أساس الهدف الذي تمارس من أجله الدولة سيادتها إلى أربع مجموعات كلّ منها تخضع لقانون، ويُعتبر مؤسس نظرية التكييف وفقاً لقانون القاضي.

أولاً: مجموعات الأنظمة القانونية عند "بارتان": حلّ الأنظمة القانونية على أساس الهدف الذي تسعى الدولة إلى تحقيقه من خلال فرض سيادتها على تلك المجموعة أو النظام، لأنّ نظام تنازع القوانين يختلف من دولة لأخرى فكل منها بخصوصياتها، مما يجعل توحيدها صعب⁽³⁾، ووفقاً لذلك اهتدى إلى تقسيم الأنظمة القانونية إلى أربع مجموعات أو نظم، تخضع كل منها إلى قانون معين:

1- مجموعة الأنظمة القانونية التي تهدف إلى حماية الأفراد التي تخضع للقانون الشخصي.

⁽¹⁾ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 49-50.

⁽²⁾ BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, op-cit, p 474.

⁽³⁾ « BARTIN était ainsi persuadé que le système de conflit de lois était propre à chaque Etat, parce que dans la stricte dépendance du droit interne, et qu'il n'était pas possible d'envisager un système universel », in : -MONEGER Françoise, op-cit, p 09.

2- مجموعة الأنظمة التي تهدف إلى حماية المصالح الاقتصادية والتجارية، وتخضع لقانون المحل.

3- مجموعة الأنظمة التي تهدف إلى سلامة انتقال الحقوق العينية، أو حماية الملكية وتخضع لقانون موقع المال.

4- مجموعة الأنظمة التي تهدف إلى حماية الالتزامات التعاقدية، وتسمح لكافة الموجودين في الدولة من أن يلتزموا تعاقدياً وأن يعبروا عن إرادتهم قانوناً وفقاً لحريتهم⁽¹⁾.

ساند بعض الفقهاء الفرنسيين المعاصرين أمثال (Lerebours-Pigeonniere et Batiffol) فكر "بارتان" القائم على سيادة الدولة النابعة من القومية الوطنية، لكن بعيداً عن التوجه العقائدي، لأن القانون الدولي الخاص ذو مصادر داخلية بدرجة أولى، لكن مع التنسيق أكثر بين مختلف قواعد أو أنظمة التنازع التي يمكن أن تطبق على النزاع لإيجاد التقارب بينها⁽²⁾.

ثانياً: نظرية التكيف وفقاً لقانون القاضي عند "بارتان": أخضع "بارتان" التكيف لقانون القاضي حتى ولو كانت القوانين المتنازعة ليس من بينها قانون القاضي وحدد مرحلتين للتكيف، مرحلة التكيف الأولي ومرحلة التكيف الثانوي، الأولى تتم وفق قانون القاضي ويُسمى أيضاً بالتكيف الاختصاصي أو الابتدائي أو الأصلي أو التكيف السابق وهو تحديد الطبيعة القانونية لموضوع النزاع وفقاً لقانون القاضي، ثم بعد ذلك تحدد قاعدة الإسناد الوطنية الواجبة التطبيق، أي إدراج المسألة المعروضة ضمن موضوع من المواضيع المسندة التي خصها المشرع بقاعدة إسناد. أما مرحلة التكيف اللاحق فتُسمى أيضاً بالتكيف الثانوي أو التكيف الموضوعي

(1) قتال حمزة، المرجع السابق، ص 50.

(2) MAYER Pierre et HEUZE Vincent, op-cit, p 54-55.

يتمثل في التصنيفات التي يضعها القانون المختص بحكم النزاع بمعنى أنه يكون وفق القانون الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية والذي قد يكون قانون وطني أو قانون أجنبي، ويسميه الفقيه "بارتان" بالتعريف⁽¹⁾، ويقول "بارتان" بأنه عندما نطبق القانون الأجنبي على التكييف اللاحق فإنّ هذا ليس باستثناء على قاعدة قانون القاضي في التكييف بل هو مجرد تحفظ فقط، والاستثناء هو تكييف المال⁽²⁾.

مثلاً علاقة قانونية عُرضت على القاضي الجزائري وبعد تكييفها له وفقاً للقانون الجزائري وجد أنّها تتعلق بموضوع عقد، ومن ثم طبق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الواردة في المادة 18 من القانون المدني "قانون الإرادة"، فإلى هذا الحد يكون القاضي قد قام بالتكييف الأولي الذي مكنه من التعرف على قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق، ثم يبقى عليه أن يطبق القانون الواجب التطبيق على النزاع وهو قانون الإرادة، هذا الأخير قد يكون القانون الجزائري أو قانون أجنبي وفي هذه المرحلة لا يهتم التكييف الذي يعطيه القانون الأجنبي للعقد إن كان عقد بيع أو إيجار أو غيره لأنّ هذه تكييفات لاحقة.

ثالثاً: الاستثناءات من قاعدة التكييف وفقاً لقانون القاضي عند "بارتان": حسب الفقيه "بارتان" تتعلق هذه الاستثناءات بالمال سواء كان عقار أو منقول نطبق على تكييفه قانون موقع المال وليس قانون القاضي، وهو الاستثناء الوحيد الذي بيّنه صراحةً "بارتان"، كذلك وصف الفعل إن كان جريمة جنائية أو مدنية يخضع لقانون وقوع ذلك الفعل، لكن توجد استثناءات أخرى لم يتطرق إليها "بارتان" كحالة وجود معاهدة بين دولة القاضي والدولة الأجنبية تنص على أنّ تكييف بعض المسائل

⁽¹⁾ MONEGER Françoise, op-cit, pp 28-30.

⁽²⁾ قتال حمزة، المرجع السابق، ص ص 151-153.

يخضع للاتفاقية أو لقانون آخر غير قانون القاضي، وكذلك عندما يتعلق التكييف بنظام أجنبي غير معروف في قانون القاضي (الاستحالة المادية)، فإنه يخضع للقانون الأجنبي الذي يعرف هذا النظام⁽¹⁾.

رابعاً: موقف المشرع الجزائري من نظرية "بارتان": قبل تعديل القانون المدني بتاريخ 20 جوان 2005 بموجب قانون رقم 05-10 (ج ر ع 44، 26 جوان 2005) كان المشرع الجزائري يأخذ فقط بالأصل في نظرية "بارتان" أي التكييف وفقاً لقانون القاضي وذلك في المادة 09 من القانون المدني التي مفادها أن القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المتنازع فيها أمام القضاء الجزائري، لكن بعد هذا التعديل أصبح المشرع يأخذ بالأصل والاستثناء المتعلق بتكييف المال في نظرية "بارتان" وذلك بالإبقاء على نص المادة 09 كما هي وتعديل المادة 17 من القانون المدني التي أصبحت تنص على أن تكييف المال سواء كان عقار أو منقول يخضع لقانون موقعه.

كما أن المشرع الجزائري جسد الاستثناءات الأخرى التي لا يُطبق فيها قانون القاضي على التكييف كحالة وجود نص خاص أو اتفاقية دولية نافذة في الجزائر (المادة 21 من القانون المدني الجزائري)⁽²⁾.

⁽¹⁾ MONEGER Françoise, op-cit, p 30-31.

-حول استثناءات اخضاع التكييف لقانون القاضي، راجع: الهداوي حسن، المرجع السابق، ص 62-65.

⁽²⁾ راجع المواد 09، 17 و 21 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.
-أخذت الكثير من التشريعات بنظرية "بارتان" في التكييف (وفقاً لقانون القاضي) مثل المشرع المصري والمشرع الأردني"، أنظر:

-الهداوي حسن، المرجع السابق، ص 65-68.

خامساً: حدود أو جمود نظرية "بارتان" والتكييف وفق قوانين أخرى (موقف الفقه المعاصر من نظرية "بارتان"): قد يكون قانون القاضي لا يعرف العلاقة المطروحة أمامه، أو يُعرّفها بمفهوم مخالف للمفهوم الذي تعطيه القوانين الأخرى، كما يمكن أن يكون قانون القاضي غير مناسب إطلاقاً لتكييف علاقة معيّنة، وعليه سنتناول حدود نظرية "بارتان"، ثم التكييف وفق لقوانين أخرى.

1- حدود أو جمود نظرية "بارتان": إنّ التكييف وفقاً لقانون القاضي قد يؤدي بنا إلى الوقوع في الاستحالة المادية أي قد يجد القاضي نفسه أمام مواضيع يعجز قانونه الوطني عن تكييفها فيكون أمام استحالة تكييف تلك الوقائع، لذلك قدم الفقه المعاصر حلول لتجاوز نظرية "بارتان"، وذلك عن طريق:

- التوسيع في مفهوم الفئات المسندة لجعلها تشمل مواضيع عديدة لتفادي حالات الجمود.
- إعطاء دور للقانون الأجنبي في التكييف فعندما يجد القاضي الجزائري نفسه أمام حالات لا يستطيع تكييفها لأنه لا يعرفها مثلاً يستعين بالقانون الفرنسي⁽¹⁾.

يمكن اعتبار هذه الحلول من مبادئ القانون الدولي الخاص التي يمكن للقاضي الجزائري أن يلجأ إليها لأنه وضع نص المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني التي نصت على أنه في الحالات التي لم يرد بشأنها نص في قواعد تنازع القوانين تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص⁽²⁾، يجب التذكير أنّ غالبية الآراء الفقهية والقضائية والتشريعات تؤيد نظرية "بارتان" التكييف وفقاً لقانون القاضي.

⁽¹⁾ DERRUPPE Jean, op-cit, pp 69-72. Voir aussi :

-BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, op-cit, pp 480-490.

⁽²⁾ المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

2-التكييف وفق قوانين أخرى غير قانون القاضي : ظهرت اتجاهات فقهية أخرى حول القانون الواجب التطبيق على التكييف أهمها:

أ-إخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق: دافع عنه الفقيه الإسباني "ديسباني" الذي يقول أنّ التكييف يكون وفقاً للقانون المختص بحكم النزاع فهذا الفقيه يريد تطبيق نفس القانون على التكييف والفصل في النزاع لكن كيف يمكن للقاضي الوصول إلى القانون المختص قبل التكييف.

ب-دور القانون المقارن في التكييف: يتزعمه الفقيه الألماني "رابال" الذي انطلق من فكرة أنّه عندما نكون أمام تنازع القوانين فإنّنا نكون أمام مسألة دولية لذا فالتكييف لا يكون وفقاً للقوانين الداخلية وإنّما يكون وفقاً للقانون المقارن، فالقوانين المختلفة تستمد منها مجموعة من القواعد المشتركة التي يتم اللجوء إليها للفصل في النزاع الدولي⁽¹⁾. لكن لا يمكن أن نضع قواعد موحدة ومشاركة بين كل الدول وإن كان ذلك ممكناً في السابق لكن حالياً فهذا الأمر غير ممكن.

ج-إخضاع التكييف لعلم القانون: يتزعم هذا الرأي الفقيه الإيطالي "كوادري" الذي يقول أنّه عندما يطرح النزاع أمام القاضي فإنّ هذا الأخير عليه بالرجوع إلى الآراء الفقهية أي علم القانون كما يُسمّى ويستعمل عبارة التصنيف وليس التكييف لأنّ التصنيف مسألة علمية وليس قانونية كالتكييف. لكن تم انتقاد هذا الرأي لأنّه من الصعب دراسة الآراء الفقهية وهي ليست دائماً صحيحة وملائمة، كما أنّ القاضي

(1) «...Selon **RABEL** : les catégories du droit internationale privé devraient être exclusivement formée sur l'observation du droit comparé, et constituer une synthèse des différentes législations, indépendante du droit du for et ayant une valeur universelle », in : -**BATIFFOL Henri** et **LAGARDE Paul**, op-cit, p 487.

يميل إلى تطبيق القوانين ولا الآراء الفقهية⁽¹⁾، وعليه فإنّ المرجع هو قاعدة قانون القاضي في التكيف.

الفرع الثالث: نظرية الفقيه «NIBOYET»: يُعتبر هذا الفقيه الفرنسي امتداداً لأنصار مبدأ إقليمية القوانين في مجال تنازع القوانين، الذي يميّز بالنزعة الوطنية القائمة على حماية المصالح الوطنية على أساس تطبيق مبدأ الإقليمية⁽²⁾، إذ اعتبر أنّ الهدف من وضع قواعد الاسناد الفرنسية هو حماية المصالح الوطنية الفرنسية، وكان متأثراً بالظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي سادت في فرنسا بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية، وما خلّفناه من خسائر بشرية ومادية، مما أدى إلى تشجيع الهجرة إلى فرنسا مع ضرورة تطبيق القانون الفرنسي على الأجانب المقيمين في فرنسا لتسهيل اندماجهم في المجتمع الفرنسي⁽³⁾، وعليه سنتناول الحلول التي قدّمها هذه النظرية، ثم نتولى نقدها.

أولاً: الحلول التي أرساها "نيبويي": دعا إلى تطبيق القانون الفرنسي في كل مرة يكون فيها أحد الفرنسيين طرفاً في العلاقة، ولقد دعا إلى تطبيق قانون الموطن بدلاً من قانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب⁽⁴⁾، بمعنى إخضاع الأجانب المقيمين بفرنسا للقانون الفرنسي حتى يسهل اندماجهم في المجتمع الفرنسي.

(1) DERRUPPE Jean, op-cit, pp 70-72.

(2) « NIBOYET a cherché à faire prévaloir les intérêts nationaux, il a proposé des règles de conflit qui favorisent l'application du droit français et son nom est ainsi associé à un certain retour à la tradition territorialiste », in :

- MONEGER Françoise, op-cit, p 09.

(3) قتال حمزة، المرجع السابق، ص 50-51.

(4) DERRUPPE Jean, op-cit, p 63.

فالأصل لحل مشكلة تنازع القوانين هو مبدأ إقليمية القوانين عند "تيبوي"، على أساس أولوية النظام الوطني على النظام الدولي⁽¹⁾، ويرفض هذا الفقيه فكرة استقلالية الإرادة في العقود الدولية، ولا يرى فيها سوى نسخة طبق الأصل لحرية التعاقد الدولية، وما هي إلاّ خلط بمبدأ حرية إبرام المعاهدات الدولية من دعائها، فلا يمكن الحديث عن فكرة استقلالية الإرادة إلاّ لما يتعلق الأمر بتنازع القوانين بين قواعد تكميلية أو قواعد ثانوية، أما إذا تعلق الأمر بتنازع القواعد الآمرة فلا مجال للحديث عن استقلالية الإرادة⁽²⁾.

ثانياً: نقد نظرية "تيبوي": تغليب المصلحة الوطنية على الاعتبارات الدولية في حلول تنازع القوانين من شأنه المساس بجوهر تنازع القوانين لأنّ هذه الأخيرة تتعلق بعلاقات خاصة مشتملة على عنصر أجنبي لا يمكن أن تستجيب فقط للمصلحة الوطنية⁽³⁾، كما أنّها تؤدي إلى تناقض الأفكار، فتفكير الفقيه "تيبوي" منحصر في فرنسا فقط ولا يمكنه الخروج منها فإذا فرضنا أنّ كل الأجانب المتواجدين في فرنسا يخضعون للقانون الفرنسي، فإنّ هذا يعني أنّ كل الفرنسيين المقيمين بالخارج سيخضعون للقوانين الأجنبية على اختلافها حسب موطن كل منهم، لكنّه يطبق قانون الموطن في فرنسا فقط، أما على الفرنسيين فيدعوا إلى تطبيق القانون الفرنسي على كل العلاقات التي يكون فيها طرف فرنسي أينما وجدوا، وهذا تناقض ويفتقد للمنطق.

(1) **MAYER Pierre et HEUZE Vincent**, op-cit, p 55.

(2) **FETZE Kamdem Innocent**, op-cit, p 661.

(3) **قتال حمزة**، المرجع السابق، ص 51.

خاتمة

تعود جذور تنازع القوانين بالمعنى الدقيق إلى أواخر القرن 12 وبداية القرن 13، المعروفة تاريخياً بمرحلة التأصيل الفقهي لتنازع القوانين، عندما ساهمت المدرسة الإيطالية القديمة (مدرسة الأحوال بزعامة بارطول وبلاد) والمدرسة الفرنسية القديمة بزعامة (دومولان ودارجونتري) في إرساء البناء القانوني لتنازع القوانين ووضع حلول لا تزال سارية إلى غاية يومنا في مختلف التشريعات المختلفة للدول، ومنها التشريع الجزائري، وأهم هذه الحلول تتمثل في:

- التمييز بين شكل العقد الذي يخضع لقانون مكان إبرامه ومنها استمدت قاعدة « LOCUS » ، ولقد أخذ المشرع الجزائري بإمكانية إخضاع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون مكان إبرامها وفقاً للمادة 19 من القانون المدني، وبين موضوع العقد الذي يخضع لمبدأ سلطان الإرادة على أساس العقد شريعة المتعاقدين، وهو الأصل المطبق على الالتزامات التعاقدية في قواعد التنازع الجزائرية (المادة 18 من القانون المدني الجزائري).

- إخضاع المسائل الإجرائية لقانون القاضي أي قانون الدولة التي تُرفع أمامها الدعوى، وهو ما جسده المشرع الجزائري في المادة 21 مكرر من القانون المدني.

- إخضاع الأموال لقانون موقعها، إذ يُطبق على المال قانون موقعه، ولقد أخضع المشرع الجزائري تكييف المال سواء كان عقاراً أو منقولاً لقانون الدولة التي يوجد فيها وفقاً للمادة 17 من القانون المدني، أما العقود المتعلقة بالعقار فيسري عليها قانون موقعه وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة 18 من القانون المدني.

- تطبيق قانون مكان وقوع الجثة على الشق المتعلق بالتعويض، فالمسؤولية الناشئة عن الفعل الضار في شقها المدني المتعلق بالتعويض تخضع لقانون مكان

وقوع الفعل المنشئ للالتزام، وهو حل مُجسّد في مختلف التشريعات، مثل التشريع الجزائري الذي أخضع الفعل الضار لقانون مكان وقوعه وفقاً للمادة 20 من ق م. -إخضاع أهلية الشخص وحالته عند الفقه الإيطالي القديم لقانون موطنه، وعند الفقه الإيطالي الحديث لقانون جنسيته، ونجد أنّ المشرع الجزائري أخضع أهلية الشخص وحالته لقانون الجنسية كأصل في المادة 10 من ق م، لكنّه أخذ بضابط الموطن كاستثناء على ضابط الجنسية في حالة انعدام الجنسية وفقاً للمادة 3/22 من القانون المدني.

-استبعاد تطبيق قانون الجنسية عند الفقه الحديث في حالة تعارض قانون الجنسية مع النظام العام، والدفع بمخالفة النظام العام مُجسّد في مختلف التشريعات، مثل التشريع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني.

إذن الفقه في مختلف المراحل التاريخية قدم حلول لمشكلة تنازع القوانين، ورغم تأثر تلك الحلول بالأنظمة السياسية السائدة في دول تركز تلك المدارس الفقهية على اختلافها، إلّا أنّها ساهمت بطريقة أو بأخرى في إثراء قواعد تنازع القوانين، وقد أخذ المشرع الجزائري بالكثير من الحلول الفقهية في قواعد التنازع الجزائرية، خاصة بعد تعديل القانون المدني سنة 2005، مما يبرز مدى تأثر المشرع الجزائري بالحلول التي وضعتها المدارس الفقهية، كما نستنتج أنّ المشرع الجزائري يبحث دائماً على أعمال القانون الجزائري على العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي خاصة في مسائل الأحوال الشخصية نظراً لحساسيتها وارتباطها بمسائل النظام العام الجزائري، لكن هل القانون الجزائري يكون دائماً ملائماً لحكم تلك العلاقات؟

لقد ساهمت مختلف المدارس الفقهية عبر التاريخ في البناء القانوني للمنهج التنازعي الموجود اليوم في معظم قوانين دول العالم، كما ساهمت في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص، وكان تطوره ليس صدفةً، بل نتاج قانوني في شكل نظريات

ونقيضها تم بناؤها عبر أجيال متعاقبة في مختلف الدول والحضارات بفضل جهود الفقهاء إلى جانب اجتهاد القضاء عبر السنين، ولا زالت قواعده في تطوّر مستمر.

قائمة المراجع:

أولاً: باللغة العربية:

-الكتب:

- 1-أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 2-اسعد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول تنازع القوانين، ترجمة فائز أنجق، دار المنشورات الجامعية، المنشورات الجامعية والعلمية، 1989.
- 3-أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2008.
- 4-العيش فضيل، قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون المدني، وفقاً للقانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25-02-2008، وفقاً لتعديل القانون المدني رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007، مطبعة البدر، 2009.
- 5-الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.
- 6-دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010.

7- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: في الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب)، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.

8- قتال حمزة، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القواعد العامة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

9- هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

-النص القانوني:

-قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 44، صادرة بتاريخ 26 جوان 2005.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

I-Ouvrages :

1-BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, Traité De Droit International Privé, 8ème Edition Tome I, L.G.D.J, Paris, 1993.

2-DERRUPPE Jean, Droit International Privé, 13ème édition, DALLOZ, Paris, 1999.

3-MAYER Pierre et HEUZE Vincent, Droit International Privé, 9ème édition, Montchrestien, 2007.

4-MELIN François, Droit International Privé, Cours intégral et synthétique, Gualino, Lextenso, France, 2019.

5-MONEGER Françoise, Droit International Privé, 3ème édition, Lexis Nexis, Litec, Paris, 2005.

6-ISSAD Mohand, Droit international privé, 1-les règles de conflits, 2éme édition, Office des Publications Universitaires, Alger, 1983.

II-Article :

-**FETZE Kamdem Innocent**, «l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux» , **Les Cahiers de Droit**, Faculté de droit de l'Université Laval, Québec, volume 40, N° 03, 1999, in : www.erudit.org, (pp 644-663).

