جـــامعة محمد بوضياف مسيلة
كلية الحقـــوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مقياس القانون الدولي الخاص
السنة الثالثة قانون خاص

2019/2020

الإجابة النموذجية

الإجابة الأولى:

يتضمن قانون كل دولة إلى جانب القواعد الموضوعية التي تطبق مباشرة على النزاع؛ قواعد اسناد مهمتها بيان القانون المختص بحكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، ويثور نتيجة لذلك في غالبية الأحوال تنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي و قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، ويأخذ هذا التنازع إحدى الصورتين التاليتين:

- الصورة الأولى: و فيها قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع تسند الاختصاص إلى قانونها، و يسمى هذا التنازع بالتنازع الإيجابي.

و المثال على ذلك مات ألماني في فرنسا أين يوجد موطنه الأخير تاركا وراءه أموالا منقولة. فإذا كان القضاء الألماني هو الذي عرضت عليه المسألة فإنه سيطبق عليه قانونه الألماني على أساس أن قواعد الإسناد فيه تقضي بخضوع الميراث في المنقولات لقانون جنسية المتوفي، و لكن إذا عرضت على القضاء الفرنسي فإنه سيطبق عليه القانون الفرنسي على أساس أن القانون الفرنسي يخضع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفي.

ولا تثير هذه الصورة أي إشكال فمن المتفق عليه فقها و قضاء أن قاضي كل دولة يطبق قاعدة الإسناد في قانونه.

- الصورة الثانية: وفيها قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع تسند الاختصاص إلى قانون أجنبي غير قانونه، و يسمى هذا النوع من التنازع بالتنازع السلبي.

فإذا تعلق الأمر بأهلية إنجليزي متوطن في الجزائر فوفقا لقواعد الاسناد الجزائرية فإن القانون الإنجليزي هو المختص، ووفقا لقواعد الإسناد في القانون الإنجليزي فإن القانون الجزائري هو المختص.

و تطرح في هذه الصورة من التنازع المشكلة التالية؛ هل يرجع القاضي المعروض عليه النزاع في حالة إشارة قواعد الإسناد في قانونه إلى اختصاص قانون أجنبي معين إلى قواعد الإسناد في هذا الأخير وبما تقضي به من اختصاص قانون آخر، أم أنه يرجع مباشرة إلى القواعد الموضوعية فيه. و تسمى هذه المشكلة في القانون الدولي الخاص بمشكلة الإحالة. و البت فيها أمر جوهري لأنه يتوقف الحل النهائي للنزاع على الموقف المتخذ منها، ففي المثال السابق إذا قبل القاضي الإحالة فإنه يطبق على النزاع قانونه، و إذا رفضها فسيطبق عليه القانون الإنجليزي، فيختلف بذلك الحل تبعا للقانون المطبق، مع العلم أن المشرع الجزائري يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى طبقا لنص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

الإجابة الثانية: تتفق أغلبية الفقه والتشريعات على ادخال مسألة تنازع الاختصاص في نطاق القانون الدولي الخاص، أي البحث عن المحكمة المختصة دوليا بالنظر في النزاع. و الواقع أن مسألة تنازع الاختصاص يجب

أن تعرض قبل مسألة تنازع القوانين؛ فلكي يحدد القاضي المعروض عليه النزاع ما هو القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع يجب عليه أولا أن يبحث إذا كان هو نفسه مختصا أو غير مختص بالنظر في النزاع.

_ ومسألة تحديد اختصاص المحاكم داخل كل دولة مسألة يستأثر المشرع الداخلي وحده بحلها.

_ و مسألة تنازع الاختصاص ترتبط ارتباطا وثيقا بمسألة تنازع القوانين و تؤثر كل منهما في الأخرى؛ إذ أن مسألة تنازع القوانين لا تنشأ إلا إذا رأى القضاء وجوب تطبيق القانون الأجنبي. كما أن القضاء يستطيع استبعاد تطبيق القانون الأجنبي عن طريق الدفع بالنظام العام أو الغش نحو القانون، كما أنه يستطيع بواسطة التكييف أن يدخل الموضوع المعروض عليه في نظام يخضع لقانون بلده أو للقانون الأجنبي- حسب تكييفه- وعليه لكل هذه الإعتبارات يدخل موضوع تنازع الاختصاص في نطاق القانون الدولي الخاص.

وكان موقف المشرع الجزائري واضحا بإدخال موضوع تنازع الاختصاص في نطاق تنازع القوانين؛ بحيث نص صراحة على ذلك في نص المادة 21 مكرر من القانون المدني بأنه يسرى على قواعد الاختصاص و الإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى او تباشر فيها الاجراءات؛ ونتيجة لذلك نص على القواعد التي تحكم الاختصاص خاصة ما تعلق منها بالدعاوى المرفوعة من أو ضد الأجنبي في قانون الاجراءات المدنية والإدارية بموجب المادتين 41 و 42 اضافة إلى الأحكام القضائية في هذا الشأن.

الإجابة الثالثة:

القانون الواجب التطبيق على انجليزي مقيم في فرنسا رفعت بشأنه دعوى حجز للسفه أمام القاضي الإنجليزي؛ ففي هذه الحالة القاضي الإنجليزي يضع نفسه موضع القاضي الفرنسي الذي أشارت إلى تطبيق قانونه قاعدة الاسناد الإنجليزية طبقا لنظرية الإحالة الكلية، و يطبق نفس الحل الذي كان يمكن أن ينتهي إليه القاضي الفرنسي، و طبقا لذلك فإن قاعدة الإسناد الفرنسية تشير إلى تطبيق القانون الإنجليزي باعتباره قانون الجنسية. غير أن القانون الإنجليزي يشير إلى تطبيق قانون الموطن طبقا لقاعدة الإسناد الإنجليزية. ومادام القانون الفرنسي يأخذ بالإحالة فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي و الذي يقضي بالحجز عليه.

أما إذا كان مقيما في مصر فإنه طبقا للإحالة المزدوجة فإن القاضي الإنجليزي يضع نفسه موضع القانون المصري الذي تشير قواعد اسناده إلى تطبيق قانون الجنسية و بالتالي تطبيق قواعد القانون الإنجليزي الموضوعية و بالتالي رفض طلب الحجز لأن هذه القواعد لا تعرف الحجز للسفه، باعتبار أن القانون المصري يرفض الإحالة في المادة 27 من القانون المدني المصري. و بالتالي فإن القاضي الإنجليزي يرفضها أيضا.

الإجابة الرابعة:

_الإشكالات التي يطرحها تطبيق القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية في القانون الجزائري تتمثل في:

- تنص المادة 12 من القانون المدني على إخضاع التطليق و التفريق الجسماني إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، و بالتالي قد تتعرض الزوجة إلى ظلم في الحالة التي تتزوج فيها تحت سلطان قانون جنسية زوجها الذي لا يبيح الطلاق ثم يتجنس الزوج بجنسية دولة يبيح قانونها الطلاق ثم يرفع دعوى طلاق طبقا لقانون جنسيته الجديد فيحكم له بالطلاق، و بالتالي فإن العدالة تقتضي أنه يسري على انحلال الزواج قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

- إذا كان قانون جنسية الزوج هو الواجب التطبيق وقت رفع الدعوى فقد يكون للزوج في نفس الوقت أكثر من جنسية أو لا تكون له جنسية أصلا أو قد يكون قانون جنسيته ينتمي إلى دولة تتعدد فيها التشريعات أو الشرائع أو

التعدد الإقليمي؛ ففي هذه الحالة يطرح إشكال القانون الواجب التطبيق. و قد تكفل المشرع الجزائري بحل هذه الإشكالات بموجب المادتين 22 و 23 من القانون المدني الجزائري.

- فتنص المادة 22 من القانون المدني في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق بالنسبة لمن له أكثر من جنسية ومن بينها الجنسية الجزائرية، و في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة.

- و تنص المادة 23 على أنه يطبق في حالة تعدد التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه. و بالنسبة للتعدد الطائفي و لم يجد نص يبين القانون الواجب التطبيق فإنه يطبق التشريع الغالب في هذا البلد، و في حالة التعدد الإقليمي يطبق قانون عاصمة البلد.

- و قد يطرح اشكال ضابط الاسناد الخاص بفك الرابطة الزوجية مسألة الاختصاص الإقليمي إذا رفعت دعوى طلاق خاصة من طرف جزائري أمام نفس القضاء ولكن ليس له مسكن نهائيا، غير أن حل هذا الإشكال يرجع إلى المبادئ العامة في القانون المدني و الإجراءات المدنية و الإدارية و كذا العمل القضائي الذي يقرر باختصاص القاضي الجزائري في هذه الحالة.

- أما في فرنسا فقد كان يخضع الطلاق و التفريق الجسماني لقانون جنسية الزوجين و بالتالي قد يوجد اشكال في التطبيق إذا كانا مختلفي الجنسية. فهنا يطبق قانون الجنسية تطبيقا موزعا؛ فيقضي بالطلاق لفائدة من طلبه إذا كان قانونه يسمح به.

ولكن عاد القضاء الفرنسي إلى تطبيق قانون الموطن المشترك للزوجين وهذا ما يطرح اشكالا في حالة اختلاف الموطن، ولكن محكمة النقض قررت أن الموطن المشترك هو مكان إقامة الزوجين فعلا في مكان واحد، وإذا كانا مفترقي الموطن فإن قانون القاضي هو الذي يسري على طلب التطليق.

- و الإشكال الأخير هو أنه قد يصطدم القانون الذي يحكم فك الرابطة الزوجية بفكرة النظام العام أو الغش نحو القانون، فيتعطل تطبيقه.

و تبقى مسألة الإجراءات تخضع لقانون القاضي.

الأستاذ: عمارة