معارف
ISSN 1112-7007
EISSN 6804 -2600
المجلد 17/ العدد 2 (ديسمبر 2022): ص.ص: 82-104

المفاضلة التشريعية بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في التنازع المكاني لقوانين الأحوال الشخصية بين مبررات الخصوصيات الوطنية ومراعاة الحياة الدولية الخاصة

Legislative comparison between national law and foreign law in the spatial conflict of personal status laws between justifications for national specificities and taking into account private international life

د. علي معزوز*
جامعة البويرة، الجزائر، a.mazouz@univ-bouira.dz

مخبر: الدولة والإجرام المنظم: مقاربة قانونية وحقوقية بأبعاد اقتصادية واجتماعية

تاريخ الاستلام: 2022/08/09؛ تاريخ القبول: 2022/11/14؛ تاريخ النشر: 2022/12/31

ملخص:

تُعدّ مسائل الأحوال الشخصية المجال الخصب للتنازع المكاني للقوانين؛ لأن القوانين مختلفة بشأنها كثيرا، فهي دائما مُحمّلة بالمعتقدات الدينية والمجتمعية والأخلاقية، وبعدة اعتبارات وخصوصيات وطنية يصعب تجاوزها من قبل المشرع الوطني عند صياغة قواعد التنازع المتعلقة بها.

نتج عن ذلك ظهور مفاضلة تشريعية بشأنها بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، صعّبت من تحقيق الحد الأدنى من التوافق المطلوب بين المصالح والخصوصيات الوطنية من جهة، ومراعاة الحياة الدولية الخاصة من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: مفاضلة تشريعية؛ تنازع القوانين؛ قانون وطني؛ قانون أجنبي؛ خصوصيات وطنية؛ حياة دولية خاصة.

* المؤلف المرسل

Abstract:

Personal status issues are the fertile field for the spatial conflict of laws; Because laws are very different about them, they are always loaded with religious, societal and moral beliefs, and with many national considerations and peculiarities that are difficult to override by the national legislator when formulating the rules of conflict related to them.

This resulted in the emergence of a legislative trade-off between national law and foreign law, which made it difficult to achieve the minimum required compatibility between national interests and peculiarities on the one hand, and take into account private international life on the other.

Key words: Legislative comparison; conflict of laws; national law; foreign law; national peculiarities; private international life.

مقدمة

يجب ألا يفهم من مصطلح تنازع القوانين، تصارعها، في ترجمة حرفية للمصطلح، إن ما يعنيه التنازع هو اختيار القانون الأكثر ملاءمة وتحقيقا للعدالة من وجهة نظر المشرع الوطني واضع هذه القواعد؛ وهي نظرة قد تختلف قليلا أو كثيرا من مشرع إلى آخر، حسب السياسة التشريعية لكل دولة.

ولأن المشرع لا يمكنه التحرر مطلقا من أهداف ومصالح دولته، وبالمحصلة لا يمكنه القفز على مجموع الخصوصيات الوطنية التي تحدد مجتمعه، لاسيما وأن المؤثر فيها غالبا هو المعتقدات الدينة والاخلاقية؛ فإن المفاضلة التشريعية ما بين القانون الوطني والقوانين الأجنبية التي تنازعه لحكم العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي تصبح أمرا يمكن تبريره، حتى وإن كان ذلك على حساب مراعاة الحياة الدولية الخاصة.

يزداد الأمر تعقيدا، ويُسعَف المشرع أكثر في تفضيله لقانونه الوطني، إذا علمنا مسبقا أن القانون الدولي الخاص عامة، وتنازع القوانين خاصة، تجمع قواعدها ما بين

الطابعين الدولي والوطني، حيث بداية المفاضلة تظهر أولا ما بين الصبغة الوطنية لقواعده أو الصبغة الدولية لها.

وفي أحسن الأحوال، يقف المشرع الوطني في هذه المفاضلة عند حد أدنى من التوافق ما بين المصالح والخصوصيات الوطنية من جهة، ومتطلبات الحياة الدولية الخاصة، وضرورة وأهمية التعايش بين مختلف النظم القانونية الدولية المقارنة من جهة أخرى.

وتسعى هذه الدراسة من خلال إشكاليتها -بالدرجة الأولى- إلى **إظهار الرغبة التشريعية الواضحة لكل مشرع وطني تقريبا، في السعي لضمان أكبر قدر ممكن من فرص تطبيق قانونه الوطني على حساب القانون الأجنبي.** مبررا ذلك بالسيادة وبالخصوصيات الوطنية، وأحيانا دون اعتبار لمتطلبات حياة دولية خاصة.

ولأننا سنقصر دراستنا على الأحوال الشخصية دون باقي الطوائف المسندة؛ فذلك لأنها تكون دائمًا محمّلة بالبعد الديني والأخلاقي، والمفاضلة فيها تظهر مبكّرًا جدًّا، عند الصياغة الأولى لقواعد الإسناد، وبالتحديد عند اختيار ضابط الإسناد، الذي يتوقف عليه القانون الواجب التطبيق على النزاع.

وإذا كان تبرير انحياز المشرع لقانون الجنسية على حساب قانون الموطن في إسناد مسائل الأحوال الشخصية على أساس ضمان بقاء الوطنيين أطراف علاقة التنازع محكومين بقوانينهم للأحوال الشخصية في أحوالهم الشخصية، فإن هذه المعاملة التفضيلية للقانون الوطني سوف لن تتوقف عند هذا الحد الأولي، إنما ستستمر، وتزداد حدة مع مجموع قواعد الإسناد التي صاغها المشرع الوطني. قواعد ضمنّها صراحة -وأحيانا ضمنا- مقاربته وفلسفته التشريعية القائمة على تفضيل القانون الوطني، وضمان أكبر مساحة ممكنة لتطبيقه، في كل مراحل حل النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي في مجال تنازع قوانين الأحوال الشخصية، وقد حدث ذلك بطريقة انسيابية قد لا يُنتبه إليها إلا من خلال التدقيق في تلك الحالات الخاصة المعبر عنها في شكل قواعد إسنادية بصيغة مفردة أو عند تتبع القانون الوطني في إعمال آلية التنازع **(المبحث الأول).**

ثم تتوسع هذه السياسة التشريعية التفضيلية للقانون الوطني، لتباغت حتى قواعد الإسناد المزدوجة الطابع، وذلك في شكل رقابة بعدية استدراكية على مضمون القوانين الأجنبية، لسد الفراغ الذي ربما يكون قد أغفله المشرع عند صياغة القواعد، مستندا

على فكرة الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، مع ما تطرحه هذه الفكرة من خصوصية وطنية، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، مما سيوسع لا محالة من فرضيات تطبيق القانون الوطني، ويشوش على آلية التنازع **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: الميول التشريعي للقانون الوطني في صياغة وإعمال قواعد الإسناد: إخلالٌ للتوازن بين المصلحة الوطنية المطلقة والحاجة لتنظيم الحياة الدولية الخاصة

يُعدّ المنهج الإسنادي الآلية الأساسية لحل تنازع القوانين. تُكوّن هذا المنهج قواعد إسناد متميزة عن غيرها من القواعد بطبيعتها المزدوجة ببعدين وطني ودولي، لكنها مع ذلك هي قواعد وطنية يضعها المشرع الوطني، كغيرها من القواعد، على أن تكون محملة بتوجهات دولية؛ لأنها وضعت أساسا لتنظيم المجتمع الدولي الخاص. وفي إهمال هذا المعطى خروج عن وظيفتها وتشويش على آلية الإسناد**(المطلب الأول)**.

غير أن المشرع وهو يضع هذه القواعد يتوسع في الاستثناءات، على حساب القواعد العامة، وكثيرا ما يقع في مأزق تفضيل قانونه الوطني على حساب القوانين الأجنبية المتزاحمة لحكم هذه العلاقة، مما يؤثر على جوهر التنازع في حد ذاته، إلى حد التحييد الفني لتنازع القوانين لمصلحة القانون الوطني، وذلك بمناسبة إعمال قواعد الإسناد **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: الصياغة المفردة لقواعد الإسناد: انتصار للقانون الوطني وتشويش على آلية التنازع

صحيح أن قواعد الإسناد قواعد وطنية يضعها المشرع الوطني، لكنها موجهة لحل نزاعات ذات طابع ثنائي؛ لذلك على المشرع أن يتحلى بنوع من المسؤولية في صياغتها، بمراعاة الحياة الدولية الخاصة، فيقيم التوازن المطلوب ما بين الاستقلالية التشريعية الوطنية ومسؤولية احترام الحياة الدولية الخاصة **(الفرع الأول)**.

ولا يمكن لقاعدة الإسناد أن تؤدي معناها القانوني، ووظيفتها الحقيقة، باعتبارها تسعى إلى إيجاد أنسب الحلول وأكثرها عدلا لنوع خاص من العلاقات، يضم عناصر مختلفة، وطنية وأجنبية، مالم تكن مزدوجة، تعطي أمانا لجميع أطراف العلاقة

القانونية، وبالتالي فالصياغة المفردة لهذه القواعد مهما كان مبررها فيها مساس بجوهر التنازع **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الصياغة المسؤولة لقواعد الإسناد: الموازنة بين البعدين الوطني والدولي

يرى الفقه قديما وحديثا أن التنظيم الأمثل للحياة الدولية الخاصة يكون بإخضاعها لقواعد دولية موحدة تلتزم جميع الدول بتطبيقها، غير أن التشريعات الوطنية اتجهت عكس ذلك، عندما عهد إليها بوضع قواعد إسناد لتنظيم الحياة الدولية الخاصة، فقد استقل كل مشرع بصياغتها وفق ما يستجيب لمصلحته الوطنية[1].

مع الإشارة إلى أن هذه المصلحة في حد ذاتها هي التي اقتضت مراعاة البعد الدولي في تنظيمها على الأقل في حدوده الممكنة.

إن قواعد الإسناد ليست قواعد عالمية ملزمة بل هي قواعد وطنية، يضعها المشرع الوطني ويُضّمنها ما يراه ملائما، وما لا يتعارض مع مصلحته الوطنية، ومصالح رعاياه أطراف العلاقة القانونية؛ لذلك نلحظ هذا الاختلاف والتنوع في قواعد الإسناد ما بين الدول[2].

وهذا الاختلاف ليس مفتوحا على مصراعيه، ففرصه تبقى محصورة ما بين ضوابط الإسناد التي يفضلها هذا المشرع أو ذاك؛ ففي مجال الأحوال الشخصية، تنحصر فرص الاختلاف بين قواعد الإسناد في الجنسية والموطن، وفي حالات نادرة قانون محل الإقامة.

وهناك توجه عام نحو توحيد قواعد التنازع في شكل معاهدات دولية، خاصة وأنها مصدر مهم من مصادر القانون الدولي الخاص[3]؛ معاهدات تسعى الدول من خلالها إلى توحيد قواعد الإسناد ما بين دولتين أو اكثر في مجال معين كالأحوال الشخصية مثلا، وإخضاعها مثلا لقانون الجنسية أو قانون الموطن[4].

---

(1) - سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004. ص127.

(2) - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة، 2005. ص15؛ حمزة قتال القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القواعد العامة، دار هومة، الجزائر، 2018، ص69.

(3) - جاء في المادة 21 من القانون المدني الجزائري: «لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر». الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، ج.ر78، المتضمن لقانون المدني المعدل والمتمم.

(4) - يسعى منذ أكثر من قرن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص إلى جعل القانون الدولي الخاص أكثر "دولية" =

تبقى المعاهدة بهذا المفهوم الذي يوحّد قواعد الإسناد مصدرا مهما من مصادر القانون الدولي الخاص بصفة عامة وتنازع القوانين بصفة خاصة، وكثيرة جدا هي المعاهدات التي أُبرمت بين الدول في هذا الشأن، أما تلك المعاهدات التي ترمي إلى ايجاد حلول موضوعية مباشرة للنزاعات الدولية المشملة على عنصر أجنبي، وهي التي تشكل المنهج الموضوعي لحل تنازع القوانين، فهي في الحقيقة لا تشكل مصدرا من مصادر تنازع القوانين، إنما تقضي على فكرة التنازع أصلا، وهي تشكل ما يعرف بالقانون الخاص الدولي، وليس القانون الدولي الخاص[1].

ويعد القانون الخاص الدولي فرعا وليدا من القانون الدولي الخاص، وقد قيل فيه أنه تمرد على من قدم إليه المأوى بالأمس، أي القانون الدولي الخاص، ساعيا إلى تكوين كيان مستقل وذاتية خاصة به[2].

=

عبر مصدره الدولي، حيث تصرح المادة الأولى من النظام الأساسي للمؤتمر بأن المؤتمر يعمل على التوحيد التدريجي لقواعد القانون الدولي الخاص، والتوحيد يمر عبر اعتماد اتفاقيات دولية تهتم أساسا بمسائل الإسناد. فمنذ 1954 وإلى غاية (2005) اعتمد المؤتمر 35 اتفاقية في مجال القانون الدولي الخاص . يتضح من جدول تصديقات الدول أن نجاح وقوة بعض الاتفاقيات لا ريب فيه، في حين أن بعضها الآخر يحتضر، والبعض الآخر يمكن القول إنه ولد ميتا. عدد هذه الاتفاقيات التي ولدت ميتة لا يمكن تجاهله، فأكثر من ربع النصوص التي اعتمدها المؤتمر لم تدخل أبدا حيز النفاذ، وفيما يخص اتفاقيات تنازع القوانين تم التصديق عليها بمتوسط 8 دول، أما فيما يخص اتفاقيات تنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية فبمتوسط 40 دولة. انظر في ذلك:

-Sylvette Guillemard et Alain Prujiner, La codification internationale du droit international privé: un échec? *Les Cahiers de Droit*, vol. 46, n 1-2, mars-juin 2005, pp175-192.

(1) - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص36. وقد جاءت المادة 21 على إطلاق النص، فهي تخص النوعين معا، فإذا وُجد نص في معاهدة يُخضع الأحوال الشخصية لقانون الموطن، والجزائر تخضعها لقانون الجنسية، فالعبرة بالنص، لسمو المعاهدة على القانون الوطني بموجب نص المادة 21 وكذا المادة 154 من الدستور الجزائري، (مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، ج.ر عدد82). وإذا وجد نص في معاهدة يعطي حلا موضوعيا مباشرا للنزاع فالعبرة بها كذلك وليس بما تقرره قواعد الإسناد، فإن وجدت المعاهدتان معا فالعبرة بالحل المباشر، مدام يعطي حلا موضوعيا مباشرا للنزاع.

(2)- محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2007، ص37؛ قتال حمزة، علي معزوز، تقنين قواعد القانون الدولي الخاص بين ضرورة التجميع وواقع التشتت، دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد13 عدد5، أكتوبر 2021، =

لابد أن نعترف أيضا أن صياغة القواعد القانونية عملية ذهنية، يتأثر فيها المشرع الوطني ابتداء، بكل ما يميز مجتمعه ومعتقداته وثقافته، وبالتالي لا يمكن أن ننتظر منه الخروج المطلق عن كل ذلك، ودليل ذلك أن الصياغة التشريعية لقواعد الإسناد في مجال الأحوال الشخصية نالت حصة الأسد من فرص وحالات الارتكان للقانون الوطني.

حتى القاضي يتأثر حتما بحكم انتمائه وتكوينه القانوني والثقافي بقانونه، وليس بقانون أجنبي، فالمبادئ السائدة في دولة القاضي تُعدّ جزءًا لا ينفصل عن ذكائه المهني كما قال بارتن[1]؛ لذلك ينعقد الاختصاص في العديد من هذه المراحل للقانون الوطني بصفة أولية أصلية أو بصفة ثانوية احتياطية[2].

ويؤدي التوسع في هذه الحالات إلى ترجيح البعد الوطني لقواعد التنازع باعتباره استثناء، وذلك على حساب البعد الدولي لها، والذي يمنحها صفة التنازع الدولي، مما يمكن القول معه أننا نكون حينها في مأزق توجيه تنازع القوانين إلى البعد الوطني، وإخضاعها للقانون الوطني، وهو ما ينزع عنها الصفة الازدواجية والصفة الإرشادية غير المباشرة والبعد التنازعي الدولي.

الفرع الثاني: المبالغة في الصياغة المفردة لقواعد الإسناد: مساسٌ بجوهر التنازع

إن ما يضفي على قاعدة الإسناد ميزة خاصة، ويجعلها مختلفة عن القواعد الأخرى، حتى تلك التي تنتمي لنفس عائلة القانون الدولي الخاص، هو صياغتها المزدوجة. صياغة تجعل الاختصاص قد ينعقد للقانون الوطني، وإن حدث ذلك فإنه من صميم وروح قواعد تنازع القوانين، ولا يمكن أن نعتبر ذلك -بمفهوم هذه الدراسة- ميولا تشريعيا للقانون الوطني، أو تفضيلا له، بل بالعكس يندرج ذلك في صلب الوظيفة

=

ص223- 224. والظاهر أن قواعد القانون الخاص الدولي أتت لتضيّق الخناق على قواعد الإسناد، وتظهر عيوبه، وعدم ملاءمته لحاجات العلاقات الخاصة الدولية، إلا أن مجالها مازال مقتصرا على مجال التجارة الدولية مما يجعلها - حاليا- قاصرة على أن تشكل نظاما قانونيا متكاملا يضم أيضا الأحول الشخصية. قتال حمزة، علي معزوز، المرجع نفسه، ص223-224.

(1) - عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص118.

(2) - انظر: حمزة قتال، دور القانون الوطني في حل النزاعات ذات العنصر الأجنبي، (حالات استثنائية أم هيمنة وتوسع مستمر). مجلة معارف، العدد20، جوان 2016، ص173-193.

الأساسية لقاعدة التنازع، الباحثة عن إيجاد أنسب وأعدل الحلول للنزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وقد يكون القانون الوطني، وقد اتصل بالعلاقة بسبب أو بآخر.

إن ما نعتبره تعدّيا على جوهر التنازع، وتحييدا للبعد الدولي في معادلة التنازع، هو هذه الصياغة المنفردة لقاعدة الإسناد، التي تجعل منها أقرب للقواعد الموضوعية الوطنية منها لقواعد الإسناد. فهي تسند النزاع للقانون الوطني فقط، دون أي اعتبار للقوانين الأجنبية المتزاحمة لحكم ذات العلاقة، ولربما كانت الأكثر ملاءمة للنزاع، وأحيانا حتى بالنسبة إلى العنصر الوطني في هذه العلاقة.

إن صياغة كهذه يمكن تفاديها بالبحث عن وسائل أخرى تحقق نفس الهدف، وسائل من صلب وروح تنازع القوانين، وتكون مقبولة حتى من قبل القاضي الأجنبي، كالاستعانة بفكرة النظام العام أو ضوابط الإسناد الاحتياطية أو المتعددة.

فالمادة 13 مثلا من ق.م.ج، وهي مثال صارخ عن هذه الصياغة الأحادية -وإن عدّها المشرع الجزائري استثناء- ، تظهر وكأنها القاعدة العامة؛ فمتى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج في فروض المادتين 11 و12 المتعلقتين على التوالي بالشروط الموضوعية لانعقاد الزواج وبالآثار الشخصية والمالية لعقد الزواج وبانحلال العلاقة الزوجية والانفصال الجسماني، طُبّق القانون الجزائري وحده إلا فيما يخص الأهلية.

لا يمكن للقاضي الأجنبي الذي يُعرض عليه نزاع يدخل ضمن اختصاص هذه المادة أن يطبقها؛ لأنها بالنسبة إليه ليست بالمرة قاعدة إسناد، مادامت تشير وفقط إلى تطبيق القانون الجزائري وحده، وسيعود هذا القاضي إلى المادتين 11 و12[1].

لا تسعفنا هذه المادة أيضا إذا غيّر أحد الزوجين جنسيته بعد الزواج، فإذا كان هدفها حماية العلاقة الزوجية انعقادا وانحلالا متى كان أحد الزوجين جزائريا، فإن في فكرة النظام العام-المعروفة لدى كل الأنظمة القانونية المقارنة- ما يغنينا عن ذلك، بل هذه الفكرة أعم وأشمل في الحماية، وقد تستغرق كل الحالات الممكنة[2].

(1) - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص163.

(2) - إذا كانت حجة المشرع بهذه المادة هي حماية الطرف الجزائري في زواجه كونه محكوما بخصوصية دينية =

حتى من حيث الصياغة المصطلحية. سيلحظ المهتم ذلك الاصرار من المشرع الجزائري، وذلك الشغف، لإفراد القانون الجزائري بهذه القاعدة، فمصطلح "وحده" فيه من الغلو المصطلحي ما يؤكد استنتاجنا هذا، وبتفاديه كان يمكن تحقيق نفس الغاية التي سعى إليها المشرع وهي تطبيق القانون الجزائري.

يبدو أن المشرع الجزائري بعد تعديل القانون المدني سنة 2005 بموجب القانون 05-10 انحاز أكثر للقانون الوطني الجزائري، وقد كان منتظرا منه عكس ذلك، دليل ذلك مجموع المواد المعدلة والمستحدثة خاصة في مسائل الأحوال الشخصية وفي المجمل لم يسلم من التعديل إلا المواد 9، 13، 14، 20، 21.

المطلب الثاني: التحييد الفني لتنازع القوانين لمصلحة القانون الوطني من خلال إعمال قواعد الإسناد

سيلحظ المتصفح لقواعد الإسناد الوطنية بصفة عامة منذ البدء محاولات المشرع الوطني المستمرة لترجيح قانونه الوطني على حساب القانون الأجنبي، كلما أمكنه ذلك، وهذا تقريبا في كل مراحل حل النزاعات القانونية ذات العنصر الأجنبي المعروضة على القاضي الوطني.

يبدأ ذلك مع تفرده بعملية التكييف، التي قد تغيير مسرى النزاع كليا **(الفرع الأول)**. ويستمر مع تتبع القانون الوطني بعد الإسناد، وفي القانون الأجنبي المختص ذاته، فالأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى يضمن رجوع الاختصاص للقانون الوطني عندما يكون هو قانون القاضي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: تفرد القانون الوطني بالتكييف: إمكانية تغيير مسرى النزاع كليا

يؤدي التكييف وظيفة مفصلية في مسائل تنازع القوانين بصفة عامة، وتنازع قوانين الأحوال الشخصية بصفة خاصة؛ لأن نتيجة الحل النهائي للنزاع مرتبطة ارتباط الفرع بالأصل بهذه العملية الأولية الموجّهة له، وبإمكانها تغيير مسراه بالكامل؛ لذلك فتطابق قانونين مختلفين من حيث قواعد الإسناد، لا يؤدي حتما إلى تطابق حلول تنازع

=

إسلامية تعد من النظام العام في الجزائر، فأي خصوصية عندما يتعلق الأمر بالمادة 3/10 وهي تتعلق بالشخص المعنوي، وبالأجنبي وليس الوطني. فلماذا هذا التوسع المستمر في هذا النوع من القواعد المفردة، التي تعد بالفعل أقرب إلى القواعد الموضوعية منها إلى الإرشادية، وأحيانا في مواضع تجلب الانتباه أكثر مما تنفع.

القوانين، إذا اختلفا في التكييف.

ثم إن المشرع عندما يضع قواعد الإسناد، لا يضع قاعدة لكل نزاع، إنما يضع طوائف وفئات إسناد يضمّنها فروض نزاعات بصفة عامة، ويضع لها قاعدة إسناد تفضي إلى قانون مسند إليه؛ لذلك وجب تكييف وقائع النزاع التي تُعرض على القاضي من أجل ردها إلى طائفة أو فئة من هذه الفئات المسندة، التي يعرفها قانون القاضي، لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها، خاصة وأن الخصوم يحملون إلى القاضي وقائع وأحداث غير منضبطة وغير محددة قانونا[1].

كما أن القوانين مختلفة كثيرا في تكييف العديد من التصرفات والوقائع القانونية، فمثلا الميراث في الجزائر من الأحوال الشخصية ويخضع لقانون جنسية المتوفى. أما في فرنسا، وفي أغلب الدول الغربية اللاتينية فيخضع لقانون موقعه إذا كان عقارا أو إلى قانون آخِرِ موطنٍ للهالك إذا كان منقولا[2].

التكييف إذن هو تحليل المسألة القانونية المطروحة أمام القاضي، وإعطاؤها الوصف القانوني الملائم، لوضعها في طائفة أو فئة من طوائف أو فئات الإسناد التي خصّها المشرع بقاعدة إسناد خاصة، تمهيدا لتطبيق قانون مختص عليها[3].

وقد اختلف الفقهاء في القانون الذي نكيّف على ضوئه، أهو قانون القاضي المعروض عليه النزاع؛ أم القانون الأجنبي المحتمل التطبيق؛ أم القانون المقارن؟ وفي الاختلاف نظريات عدة لا يتسع المجال للتفصيل فيها.

وقد أخذت أغلب التشريعات ومنها المشرع الجزائري بنظرية: "بارتن - Bartin" القائلة بخضوع التكييف لقانون القاضي[4]، وفي ذلك ميول وتفضيل للقانون الوطني

(1) - قريبا من ذلك : عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص92.

(2) - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص130-131؛ الطيب زروتي، المرجع السابق، ص98-101.

(3) - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص41؛ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص94؛ قتال حمزة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص142-145.

(4) - Mayer Pierre et Heuzé Veuzé, Droit international privé, Delta, 8ème édition, 2005.p.115; Loussouarn Yvon et Bourel Pierre, Droit international privé, Dolloz, 4ème édition, 1993.p.234.

وتحييد صريح للقانون الأجنبي.

فقد جاء في المادة 9 من ق.م.ج: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

والقول بأن القانون الجزائري هو المرجع في التكييف، معناه كل قواعد القانون الجزائري أيا كان مصدرها، ولا يفهم من ذلك أنها قواعد الإسناد فقط، إنما هي أساسا القواعد الموضوعية الأخرى حسب الحالة، بما فيها قواعد الإسناد[1] مادام التكييف هو تفسير لقاعدة الإسناد.

نقول ذلك مع العلم أن المشرع الجزائري لم يساير التوجه والنظرية الحديثة في التكييف، والتي يتزعمها الفقيهان باتيفول ولاجارد (Batiffol et Lagarde) التي تعتمد أساسا على إخضاع التكييف لقانون القاضي كأصل عام، مع التوسع في مفهومه ليشمل القانون الأجنبي المحتمل التطبيق، أو حتى القانون المقارن، في الفروض التي يجهل فيها القاضي الوطني نظاما قانونيا معينا، تمّسك به الخصم أمامه، وهذا حتى لا تُشوّه العلاقة القانونية[2].

كان بإمكان المشرع الجزائري مسايرة هذا التوجه الحديث، وضمان الطابع المزدوج ولو نسبيا لقاعدة التكييف، ومراعاة البعد الدولي في تنازع القوانين، وكنّا ننتظر منه ذلك عند تعديل مواد التنازع سنة 2005؛ وكان هذا الأمر سيتحقق بتعديل طفيف في الصياغة، بإضافة كلمة "رئيس" فيقول: "يكون القانون الجزائري هو المرجع الرئيس..." فمصطلح "رئيس" يفتح المجال لإمكانية الاستعانة بمراجع أخرى في التكييف تُعد ثانوية. حيث اللّجوء إليها يضمن عدالة للخصوم، وتكييف صحيح للنزاع، وتحقيق للهدف العام من قواعد الإسناد، الرامية إلى تطبيق القانون الأكثر ملاءمة وتحقيقا للعدالة[3].

(1) - فلو اعتمدنا مثلا على القواعد الموضوعية دون قواعد الإسناد، لشوهنا بعض التكييفات، حيث لا تسعفنا هذه القواعد للتعرف على أنظمة قانونية لا يعرفها القانون الجزائري، وهو المرجع في التكييف، كالانفصال الجسماني، الذي تنص عليه المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري.

(2) - حول هذه النظرية الحديثة في التكييف، انظر: سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص145-147.

(3) - إسقاطا من مقترح هشام صادق على القانون المصري في دراسته: نظرات انتقادية في نصوص تنازع القوانين من حيث المكان، دراسة مقدمة إلى المؤتمر المنعقد في يناير 1998 بوزارة العدل احتفالاً بالعيد 50 للقانون المدني المصري، القاهرة، ص367.

اكتفى المشرع الجزائري بعد تعديل 2005 بإيراده نظام الانفصال الجسماني في المادة 2/12 من ق.م.ج، وإدراج الانفصال الجسماني ضمن قاعدة إسناد، تأكيد أن القاضي قد يصل بتكييفه إلى هذا النظام، من خلال الاستئناس بقوانين أجنبية محتملة التطبيق، ومتنازعة لحكم العلاقة القانونية، وتعرّف هذا النظام، والذي عادة الخصم من يتمسك ويطالب به[1].

الفرع الثاني: البحث عن القانون الوطني في الإحالة من الدرجة الأولى

أخذ المشرع الجزائري بعد تعديل 2005 بالإحالة من الدرجة الأولى التي تضمن ردّا أو رجوعا للقانون الجزائري عندما يكون هو قانون القاضي، وفي ذلك تعامل انتقائي، فمرحبا بالإحالة إن كانت للقانون الوطني ولا مرحبا بها إن كانت لقانون آخر، حتى وإن كان هذا القانون ربما أكثر ملاءمة وتحقيقا للعدالة!

إن الغاية الوحيدة من ذلك هي التفتيش والبحث عن القانون الوطني، حتى وإن كانت القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، أو في قانون ثالث عند الإحالة من الدرجة الثانية هي أنسب وأكثر ملاءمة للنزاع.

يمكن القول ابتداءً أن فكرة النظام العام المعبر عنها في المادة 24 من ق.م.ج بإمكانها أن تؤدي دور الإحالة هذا وتستغرقه[2]، وكان يمكن الاكتفاء بها، خاصة مع هذه الصياغة التي تنقصها الدقة، وهذا الجمع بين النفي والتوكيد في نفس المادة[3].

إن للإحالة علاقة مباشرة بخصوصية قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية،

(1) - قريبا من هذا المعنى: الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص76. حيث تبرر المادة 23مكرر2 هذا الاستئناس وهذه الاستعانة بالقوانين المقارنة، فقد جاء فيها: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين". ووفق الفقه فإن هذه المبادئ هي الحلول الشائعة والمشتركة والثابتة والمتداولة والمتماثلة في القوانين المقارنة لعدة دول. في تفاصيل ذلك انظر: سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص33؛ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص59-71؛ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص47-48.

(2) - لتفاصيل أكثر انظر: ناتوري كريم، دور قواعد الإحالة في حماية النظام العام، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 23-24 أفريل 2014، ص307-320.

(3) - المادة 23 مكرر 1 من ق.م.ج.

واختلافها من دولة إلى أخرى، خاصة في المفاضلة التشريعية ما بين ضابطي قانون الجنسية وقانون الموطن، هو ما يؤدي حتما لحصول تنازع بعدي بين قواعد الإسناد في القانون الوطني، وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المسند إليه، وهو إما تنازع ايجابي لا يطرح أي إشكال يذكر مادام القاضي المعروض عليه النزاع يطبق قاعدة التنازع في قانونه التي تشير بتطبيق قانونه، فالعبرة في هذا النوع من التنازع بقانون القاضي المعروض عليه النزاع[1]. وإما تنازع سلبي، وهو الذي يطرح مشكلة الإحالة، ويحدث عندما يتخلى كلا القانونين الوطني والأجنبي المختص عن اختصاصاهما طبقا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي[2].

يبدو أن الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية، حيث تكثر، ليس هدفها الأسمى حماية الجزائريين، وإن كان الأمر يظهر كذلك للوهلة الأولى، إنما هدفها الأساس هو ضمان تطبيق القانون الوطني، لمجموعة من الاعتبارات، أهمها معرفة القاضي به أكثر من غيره من القوانين المتنازعة لحكم النزاع. ويبدو أيضا أن الخصوصية الدينية للأحوال الشخصية تتناسب وعدم الأخذ بالإحالة مطلقا.

المبحث الثاني: الخصوصية الوطنية الدينية لفكرة النظام العام في تنازع مسائل الأحوال الشخصية والمعاملة التفضيلية المزدوجة للقانون الوطني: القانون الوطني مرجع في الاستبعاد وملجأ في الإحلال

أراد المشرع من وراء فكرة الاستبعاد للنظام العام أن يتأكد من إقامة حاجز نهائي،

(1) - انظر: الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، ص112-114؛ قتال حمزة، القانون الدولي الخاص، ص161-177؛ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص45-56؛ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص153-175؛ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص181-294.

Mayer Pierre et Heuzé Veuzé, op. cit .p.158; Loussouarn Yvon et Bourel Pierre, op. cit. p.252-253.

(2) – باختصار، الإحالة من الدرجة الأولى تضمن للقاضي رجوعا إلى قانونه، عندما يستشير قواعد الإسناد أولا في القانون الأجنبي المختص، أما إن أسندت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص الاختصاص إلى قانون ثالث، ولم ترده إلى قانون القاضي، فتلك إحالة من الدرجة الثانية، وفي هذه الحالة يطبق القاضي الذي لا يأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية(الجزائري مثلا)، القواعد الموضوعية مباشرة في القانون الأجنبي المختص، أي يعود لأصل عدم الأخذ بالإحالة؛ لأنها لا تضمن له رجوعا لقانون القاضي، وسوف لن تتعدد كثيرا درجات الإحالة، حتى وإن تصورنا منطقيا ذلك؛ لأن فرص الاختلاف في ضوابط الإسناد ليست كثيرة جدا، ولأن الأمر في حاجة فعلا إلى أمثلة عملية.

ورقابة وتفتيش أخيرين لمضمون القانون الأجنبي المختص، في إصرار واضح يدّل على هذا الانتصار المستمر والواسع للقانون الوطني، خاصة إذا وُجد ما يبرر له ذلك، على اعتبار أن مسائل الأحوال الشخصية في الدول العربية والإسلامية مجال خصب لفكرة النظام العام.

وبالرغم من أن التوسع في إعمال النظام العام يشكل عنصرا مشوشا لآلية التنازع، قد تصل حد هدم نظام التنازع، إلا أن المشرع وجد ضالته فيه؛ كونه يضمن له استعمالا مزدوجا مضاعفا لقانونه، فالاستبعاد يكون وفقا للقانون الوطني، وبمفهومه لفكرة النظام، حيث النظام العام الداخلي يستغرق النظام العام الدولي**(المطلب الأول)**. والإحلال يكون للقانون الوطني، مع ما يطرح ذلك من إشكالات لفكرة التنازع في حد ذاتها، وبالخصوص في مجال الأحوال الشخصية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: القانون الوطني كمرجع لاستبعاد القانون الأجنبي بمقتضيات النظام العام

يشكل النظام العام سلاحا فعالا بيد المشرع والقاضي الوطنيين على حدٍّ سواء، والطرف الوطني أحيانا أخرى، وذلك ضد الحالات غير المتوقعة والمتعارضة مع المبادئ الأساسية التي يؤمنون بها ويعتقدونها، وقد شكّل مفهومه غير المنضبط والمتطور في الزمان والمكان مصدر عدم استقرار في العديد من جوانب الفكرة، ورغم اختلاف مضمونه ما بين النظامين الداخلي والدولي الخاص إلا أن الاختلاف في النهاية ينكسر أمام إصرار القانون الداخلي على اعتماد معايير وطنية واحدة في تحديده **(الفرع الاول)**.

غير أنه في مسائل الأحوال الشخصية، لاسيما في الدول العربية الإسلامية، تنحصر إلى حد كبير سلطة القاضي التقديرية في استنباط ما هو من النظام العام؛ لأنها مسائل محددة ومعروفة مسبقا، مادامت ثابتة وقطعية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: نظام عام واحد... بمقاربة وطنية

يؤدي النظام العام دور الحارس في حماية شكل معين من أشكال المجتمع، ينزع للسمو بمبادئه الخاصة، التي تختلف قليلا أو كثيرا عن مبادئ مجتمع آخر؛ لذلك فالمعايير الوطنية هي المرجع الرئيس في تحديد دائرة النظام العام[1]. فحتى وإن اختلفت

(1) - قريبا من هذا المعنى، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج 1، قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، =

مقتضيات النظام في القانون الدولي الخاص، عنه في القانون الداخلي، فإن العبرة في المحصلة بمعيار واحد لتحديده هو المعيار الوطني، يترتب على ذلك أن النظام العام الداخلي يستغرق النظام العام الدولي، وعندها يصبح الحديث عن الفروق ما بين النظامين لا طائل منه[1].

وحتى داخل المجتمع الواحد، هو فكرة غير منضبطة ومرنة تتطور في الزمان[2]، وربما في المكان وبطريقة أفقية داخل نفس الدولة ما بين طائفة وأخرى، خاصة وأن مجاله الخصب هو مسائل الأحوال الشخصية.

ورغم صفته الوطنية الصرفة إلا أنه قد ينزع للعالمية أو الإقليمية، عندما يستعمل لاستبعاد قوانين أجنبية تعتبر بالإجماع العالمي أو بالأغلبية الإقليمية غير مقبولة، كقوانين الرّق وتجارة المخدرات، أو قوانين الأبرتيد الإقليمية بمفهومها المادي (إفريقيا وسياسة الأبرتيد سابقا في جنوب افريقيا) أو بمفهومها المعنوي (الدول العربية وسياسة الفصل العنصري الإسرائيلية)[3].

الفرع الثاني: دور الخصوصية الدينية لمسائل الأحوال الشخصية في تقييد سلطة القاضي التقديرية في استنباط مقتضيات النظام العام

تعود صعوبة ضبط فكرة النظام العام إلى اختلاف المعايير المعتمدة في تحديد الفكرة، ففي الدول العربية الإسلامية تؤدي الشريعة الإسلامية دورا بارزا في تحديد فكرة النظام العام، أما في الدول الغربية فمعاييره وضعية، كجهل نظام معين في القانون الأجنبي أو عدم احترام حقوق الإنسان أو غيرها[4].

يميز الفقه الإسلامي بين نوعين من القواعد[5]:

=

د.م.ج، الجزائر، 1989، ص248.

(1) - قريبا من هذا المعنى أيضا: سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص226.

(2) - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص149؛ موحند اسعاد، المرجع نفسه، ص246؛ حمزة قتال، القانون الدولي الخاص، ص367.

(3) - علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 149؛ موحند إسعاد، المرجع نفسه، ص 246. بتصرف وإضافة.

(4) - مريني فاطمة الزهرة، النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2009-2010، ص48.

(5)- عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص563.

- القواعد الأساسية أو الجوهرية، والتي تتصف بالثّبات وعدم التغيير، وقطعية الدلالة والثبوت، بنص قرآني أو سنة أو إجماع، فهي ليست قواعد مرنة تتطور في الزمان والمكان، كما قواعد النظام العام الوضعية.

- أما النوع الثاني فتمثله الأحكام السياسية، وهي على النقيض من الأولى، مرنة وليست جامدة ولا ثابتة، تتغير في الزمان والمكان، ولا تُعدّ من النظام العام.

انطلاقا من ذلك، فإن سلطة القاضي التقديرية في استنباط ما هو من النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية منحصرة جدا؛ ذلك أن ما يُعدّ من النظام في هذه المسائل محدد ومعروف مسبقا، كما أن آنية الدفع بالنظام العام (أثناء رفع الدعوى) لا تنطبق كذلك في مسائل الأحوال الشخصية في هذا النوع من قواعد الشريعة الثابتة والقطعية[1].

إن العقيدة الدينية في الدول الإسلامية، وثيقة الصلة جدّا بالنظام القانوني والاجتماعي المستقر في الضمير الجماعي، حيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد به؛ لذلك كلما كان طرف مسلم في نزاع، ولو كان أجنبيا، يُعمِل القاضي في الدولة الإسلامية فكرة النظام العام، حيث تعمم على كافة مسائل الأحوال الشخصية تقريبا[2].

ومع ذلك، يمكن القول أن معظم التشريعات العربية لم تغالِ كثيرا في تبني مفهوم جامد للنظام العام في مجال الأحوال الشخصية، رغم منطلقه الشرعي الديني، وهو ما يساعد فعلا على التقليل من الدفع به[3].

لذلك على القاضي المعروض عليه النزاع في هذه الدول أن يُلمّ بهذه المقتضيات الشرعية، وألا يتوسع كثيرا في مسألة الدفع بالنظام العام؛ لأنها مسائل محددة مسبقا، وبنصوص قطعية لا تقبل كثيرًا من الاجتهاد.

في الجزائر تشريع الأحوال الشخصية هو قانون الأسرة، وكل أحكامه من النظام العام، وقد فتح هذا القانون الباب لأحكام -ربما يكون قد أغفلها- ليعدّها أيضا من

(1) - قريبا من ذلك: عكاشة عبد العال، المرجع نفسه، ص568.

(2) - عكاشة عبد العال، المرجع نفسه، ص569.

(3) - مريني فاطمة الزهرة، المرجع نفسه، ص79.

النظام العام، إن كانت تستجيب لمعايير النظام العام في أحكام الشريعة الإسلامية[1].

المطلب الثاني: إحلال القانون الوطني مكان القانون الأجنبي المستبعد: الأثر الإيجابي للنظام العام في صورة القانون الوطني

تؤدي المبالغة في التوسع في فكرة النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص إلى تعطيل نظام التنازع برمته، أو على الأقل تشكل مصدر قلق وتشويش له؛ لذلك وجب التعامل معه بحذر، وبما يضمن الموازنة ما بين حماية المبادئ الأساسية للمجتمع، والانتباه لمتطلبات الحياة الدولية الخاصة **(الفرع الأول)**.

أما المشرع الجزائري، فقد كان قبل تعديل 2005 يستبعد القانون الأجنبي المختص لمخالفته النظام العام، محققا بذلك الأثر السلبي فقط للنظام العام، وبعد التعديل استدرك الأمر فنصّ على إحلال القانون الجزائري مكان القانون الأجنبي المستبعد، محققا الأثر الإيجابي أيضا، ومع ذلك بقي الغموض يكتنف موقفه **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: التوسع في الاستبعاد للنظام العام تعطيل لآلية التنازع

النظام العام فكرة آنية مرنة متطورة في الزمان والمكان، يُعملها القاضي أثناء رفع الدعوى؛ لذلك عادة ما يترك للقاضي السلطة التقديرية لتقدير ما يُعدّ من النظام العام ويستوجب استبعادا للقانون الأجنبي وما لا يعد كذلك، ولا مناصّ هنا كما يقول الأستاذ "موحند إسعاد" من الاستسلام لحكمة القاضي في ذلك[2].

إن هذه الآنية وهذه المرونة، ستحمل في المستقبل دائما تحوّلا وتغيّرا في موقف المشرع والقاضي على حد سواء، إما توسيعا أو تضييقا في مقتضيات النظام العام؛ وسلطة القاضي التقديرية ليست مطلقة تماما بل مقيدة بأسس ومعايير محددة، لتحديد أوجه المخالفة. فقد كان الفقيه "سافيني" منذ القرن التاسع عشر، يفترض

(1) - جاء في المادة 221 منه: "يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني.. أما المادة 222 فقد نصت على أن: "كل ما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

(2) - موحند اسعاد، المرجع السابق، ص244 و251؛ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص149؛ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص223.

وجود "اشتراك قانوني" ما بين قانون القاضي والقانون المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، حتى يسمح بتطبيقه داخل إقليم دولة القاضي، فإن انعدم هذا الاشتراك القانوني أُستبعد القانون لمخالفته النظام العام في دولة قانون القاضي[1].

حيث أقام فكرة الاشتراك القانوني على أساس الديانة المسيحية والقانون الروماني، وقد كان بذلك يقصد التنازع داخل الدول الأوربية[2]. واشتراط الديانة المسيحية للقبول أو الاستبعاد دليل قديم متجدد على المكانة الخاصة للأحوال الشخصية في مجال الاستبعاد للنظام العام.

لا بد في الأخير من تأييد ما يقوله الفقهاء، من ضرورة أن يكون استخدام النظام العام مقرونا بالحكمة والاعتدال، لا يُلجأ إليه إلا في الأحوال التي تتطلب تدخلا فعليا ومبررًا، لحماية المبادئ الأساسية العليا في المجتمع ضد القوانين الأجنبية التي قد تنال منها؛ وذلك للحيلولة دون تعطيل قواعد الإسناد دون مبرر مقبول، فالنظام العام ذو حدين، قد يحمي المبادئ وقد يؤدي سوء استخدامه أو التوسع فيه إلى هدم نظام التنازع من أساسه[3].

ومن أجل التخفيف من الصفة المشوشة لهذا التدخل المباغت للنظام العام، وإذا كانت تقع على عاتق النظام العام مهمة القيام بدور الحارس، بغية تأمين حماية المبادئ الأساسية للمجتمع والمصالح الجوهرية للدولة، فإنه من الضروري أيضا تلافي طغيان الانفعال على التعقل، حيث يُعوّل على حكمة القاضي كثيرا في هذا المجال[4].

يمكن القول في نهاية هذه النقطة إن المبالغة والتطرف في إعمال فكرة النظام العام، واستبعاد القانون الأجنبي في كل الفروض، ولأسباب غير مبررة، وغير مقنعة، يهدم بنيان التنازع من الأساس، ويدعو للتساؤل المشروع عن جدوى اعتماد نظام معين بيدنا اليمنى ثم ننزع عنه جوهره بيدنا اليسرى، ثم إن في ذلك انتهاكا لقاعدة الإسناد

(1) - حمزة قتال، القانون الدولي الخاص، ص366-367.
(2) - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص224.
(3) - قريبا من ذلك، سعيد يوسف البستاني، المرجع نفسه، ص226.
(4) - موحند اسعد، المرجع السابق، ص 241 و248.

الوطنية، أو على الأقل عدم احترام لها رغم أنها قاعدة وطنية ملزمة.

الفرع الثاني: إحلال القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد: استدراك متجدد لمصلحة القانون الوطني

كان المشرع الجزائري قبل تعديل 2005 ينص وفقط على استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام؛ دون التطرق إلى القانون الذي سيحل بدلا عنه، أهو قانونه أم قانون آخر، وترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، وكان القضاء الجزائري يُحلّ القانون الجزائري مكان القانون الأجنبي المختص[1]. ثم جاء تعديل 2005 ليستدرك هذا الفراغ التشريعي، وينص صراحة على إحلال القانون الجزائري مكان القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب، وبذلك يكون المشرع قد أخذ بأثر النظام العام السلبي عند استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، والأثر الإيجابي عند إحلال القانون الجزائري مكانه.

ومع ذلك بقي بعض القصور والغموض يكتنف نص المادة، وبالتبعية موقفه التشريعي، إذ لم يشر ما إن كان استبعاد القانون الأجنبي يكون كليا، أم جزئيا يخص فقط الجزء المخالف للنظام العام، وكان من الأحسن أن يفعل؛ حتى لا يترك الباب مفتوحا على مصراعيه للاجتهاد القضائي.

ولم يتطرق أيضا لمسألة الأثر المخفف للنظام العام، عندما تنشأ الحقوق في ظل قانون دولة أجنبية مخافة للنظام العام، وتنتج آثارها في دول القاضي[2]، ولم ينص على الأثر الانعكاسي للنظام العام، عندما تتحد مقتضيات النظام العام في الدولتين، أي لم يُجِب عن التساؤل المشروع: هل يجوز للقاضي أن يَعُدَّ من النظام العام في دولته ما يُعَدُّ من النظام العام في دولة أخرى؟[3].

وقد جاءت المادة 24 من ق.م.ج التي تخص الاستبعاد لفكرة النظام العام لتشمل كل قواعد الإسناد، وما موقعها كآخر هذه القواعد، ومضمونها، إلا دليلان على ذلك،

(1) - الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين...، ص92.

(2) - مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص141.

(3) - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص157. موحند اسعاد، المرجع السابق، ص248.

وهي بشموليتها وسلطة القاضي التقديرية فيها، أخطر بكثير من تللك القواعد المنفردة، التي ينعقد فيها الاختصاص للقانون الوطني وحده، فهذه الحالات الخاصة تكتفي بمسألة معينة دون أن تتعداها، أما المادة 24 فهي قيد على كل قواعد الإسناد.

لذلك فإن الغلو في تفسيرها والتطرف في تطبيقها، سيفرغ آلية التنازع من معناها، وسيعطّل نظام التنازع تدريجيا أو على الأقل يشلّه أو يشوهه[1].

نقول ذلك دون الانتقاص من أهميتها، لاسيما في مسائل الأحوال الشخصية؛ كونها تؤدي دور شرطي أو جمركي الحدود، الذي يحرص على عدم إدخال ما يفسد على المجتمع فلسفته في طريقة الحياة الاجتماعية التي ارتضاها لنفسه.

ومن أجل الموازنة بين مقتضيات النظام العام والمصالح الوطنية من جهة، ومراعاة نظام التنازع من جهة ثانية، لابد من التأكيد باستمرار الطبيعة الاستثنائية لتدخل النظام العام من أجل استبعاد قانون أجنبي، وفي الحدود الدنيا التي يتقبلها الأفراد، ويصبح استبعاده ضروريا بالنسبة لهم؛ لأن الأمر في النهاية يتعلق بحياة دولية خاصة تعنيهم هم بالدرجة الأولى.

خاتمة

صحيح أن قواعد الإسناد يضعها المشرع الوطني، وله في ذلك استقلالية تشريعية، لكنها في وظيفتها موجهة لحل نزاعات عنصر منها على الأقل ليس وطنيا؛ لذلك وجب على المشرع، ضمانا لمشروعية ومقبولية قواعده، أن يقيم نوعا من التوازن ما بين استقلاليته التشريعية والحاجة لتنظيم الحياة الدولية الخاصة، حتى يمنح أمانا لجميع أطراف العلاقة القانونية.

ولتحقيق ذلك ينبغي عليه الحد من اللّجوء وبسهولة إلى القانون الوطني، والتخلي وبسهولة أيضا عن القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصاص بموجب قواعد إسناد وطنية؛ لأن في ذلك مساسا بمصداقية التشريع الوطني أو على الأقل عدم احترام له.

لابد من بذل جهود كافية لتخطي بعض الصعوبات التي يطرحها القانون الأجنبي،

(1) - في معنى ذلك: موحند اسعاد، المرجع السابق، ص242.

خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، لاسيما وأن القاضي الوطني كما المشرع الوطني تحدوهما دائما الرغبة عند إعمال قواعد الإسناد إلى استبعاد القانون الأجنبي، وتطبيق قانونهما بدلا عنه، كل ذلك من أجل الموازنة ما بين الخصوصيات الوطنية والمصلحة الوطنية من جهة، وضرورات الحياة الدولية الخاصة؛ كونها جوهر التنازع من جهة أخرى. وأن يكون هذا الاستبعاد للقانون الأجنبي في الحدود الدنيا التي يتقبلها الأفراد، ويصبح ضروريا بالنسبة لهم؛ لأن الأمر في النهاية يتعلق بحياة دولية خاصة، تعنيهم هم بالدرجة الأولى، في مجتمع دولي للأفراد، بعيدا عن الدول ومصالحها في مجتمع دولي للدول.

من أجل ذلك وجب إعادة النظر في تعديلات مستقبلية لقواعد التنازع، تمس خاصة فلسفة المشرع الجزائري في نظرته أحادية الجانب لقواعد الإسناد؛ فحكم كالذي تقرره المادة 13 مثلا لا طائل منه، مادام حكم المادة 24 يستغرقه ويحقق نتائجه، كما أن المادة 24 في حد ذاتها في حاجة إلى توضيح أكثر، ورفع للغموض عن كيفية استبعاد القانون الأجنبي كليا أو جزئيا، وتبني مقاربة متوازنة في إحلال القانون الجزائري.

ثم إن قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الجزائري، المبعثرة هنا وهناك، وغير الكافية بذاتها، في حاجة ماسة إلى تجميع من قبل المشرع في تقنين واحد بمضمون يحقق معالجة شاملة للموضوع.

المراجع:

الكتب:

- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010.
- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص علما وعملا، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010.
- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
- عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.
- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج 1، قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2007.

الرسائل والمذكرات:

- مريني فاطمة الزهرة، النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بومرداس2009-2010.

المقالات :

- الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر يقانون 10/05، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 01، ص51.
- قتال حمزة، علي معزوز، تقنين قواعد القانون الدولي الخاص بين ضرورة التجميع ووراق التشتت، دراسات وابحاث، المجلة العربية في العلوم الانسانية والاجتماعية، مجلد 13، عدد5، أكتوبر 2021.
- قتال حمزة، دور القانون الوطني في حل النزاعات ذات العنصر الأجنبي، (حالات استثنائية أم هيمنة وتوسع مستمر). مجلة معارف، العدد 20، جوان 2016.
- هشام صادق، نظرات انتقادية في نصوص تنازع القوانين من حيث المكان، دراسة مقدمة إلى المؤتمر المنعقد في يناير 1998 بوزارة العدل احتفالاً بالعيد 50 للقانون المدني المصري، القاهرة.

المداخلات:

- ناتوري كريم، دور قواعد الإحالة في حماية النظام العام، أعمال الملتقى الوطني حول

تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 23-24 أفريل 2014، ص307-320.

القوانين:

- مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، ج.ر عدد 82.

-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، ج.ر 78، المتضمن للقانون المدني المعدل والمتمم.

- قانون رقم84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج.ر عدد 31، صادر في 1984/07/31.

المراجع باللّغة الأجنبية:

1- Sylvette Guillemard et Alain Prujiner, La codification internationale du droit international privé: un échec? Les Cahiers de Droit, vol. 46, n 1-2, mars-juin 2005, pp. 175-192.

2- Loussouarn Yvon et Bourel Pierre, Droit international privé, Dolloz, 4ème édition, 1993.

3- Mayer Pierre et Heuzé Veuzé, Droit international privé, Delta, 8ème édition, 2005.