جامعة العربي التبسي-تبسة-الجزائر

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

تخصص: قانون عقاري

بعنوان

المنازعات الواردة على العقار في وجود العنصر الأجنبي

إعداد الطالب:
أحمد صيام

إشراف الأستاذة:
هدى أوذاينية

أعضاء لجنة المناقشة

الإسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
فيصل الوافي	أستاذ محاضر -أ-	رئيسا
هدى أوذاينية	أستاذ مساعد -أ-	مشرفا و مقررا
سعاد نويري	أستاذ محاضر -أ-	ممتحنا

السنة الجامعية: 2021/2020

الكلية لا تتحمل أي مسؤولية على ما يرد في المذكرة من الآراء

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
عَنْ سَعِيدِ بْنِ زَيْدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا:
مَنْ اقْتَطَعَ شِبْرًا مِنْ الْأَرْضِ
ظُلْمًا طَوَّقَهُ اللَّهُ إِيَّاهُ
يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ.
رواه مسلم

بداية نشكر الله تعالى الذي وفقنا لإنجاز هذا العمل.

نشكر كل من قدم لنا يد العون سواء من قريب أو بعيد سواءا بكلمة أو بدعوة. ونخص بالشكر الأستاذة الفاضلة:

هدى أوغاينية

التي تفضلت بالإشراف على هذا البحث فجزاها الله عنا كل الخير.

ولها منا كل الإحترام والتقدير.

كما لا يفوتنا أن نشكر أعضاء لجنة المناقشة الموقرين الذين سيكون لملاحظاتهم النوعية الأثر الإيجابي في إثراء المذكرة وإخراجها على أكمل صورة.

تصميم وإنجاز مكتبة عون للتجليد

الإهداء

إلى من يشتهي اللسان نطقها وترفرف العين من وحشتها "أمي الحبيبة" حفظها الله وأطال بعمرها وعافيتها.

إلى معلمي ورفيقي وسندي بعد الله "والدي العزيز" حفظه الله.

إلى إخوتي محمد ومحمود وأخواتي وأبنائهم حفظهم الله ورعاهم.

إلى شريكة حياتي ورفيقة دربي وحبيبتي "زوجتي الغالية"

إلى جميع الأصدقاء والأحباء فوق أي أرض وتحت أي سماء وتحت التراب.

إلى أساتذتي ومن كان معي خلال فترة دراستي.

مقدمة

أصبحت العلاقات القانونية أكثر تعقيدا كونها تخطت إقليم الدولة الواحدة، فممارسة الأشخاص لنشاطاتهم التجارية والاقتصادية في إطار دولي يترتب عليه آثار قانونية هامة ومختلفة؛ بسبب وجود العنصر الاجنبي، ما قد يجعل تطبيق القانون الاجنبي غير مجد في جميع الاحوال.

ففي المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي نلجأ الى القانون الدولي الخاص لوجود العنصر الأجنبي سواء في الأطراف أو المال، حيث أن نظام الأموال في العلاقات الدولية الخاصة في القانون الذي يحكم الحقوق الواردة على الأموال، سواء العقارات أو المنقولات، المقصود هنا ليس مقصود الحق الذي يكون تصرف قانوني أو واقعة طبيعية او قانونية إنما الحق المالي ذاته في ما يخص الحقوق العينية المترتبة على المال ومضمونها.

فبالنسبة للعقار فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 683 من القانون المدني؛ بأنه كل شي مستقر بحيزه وثابت فيه، ولايمكن نقله بدون تلف.

فتعريف العقار لايثير أي إشكال إنما الإشكال يكمن في القانون الواجب التطبيق على المنازعات الواردة على العقار في وجود عنصر أجنبي خاصة بالنظر للصعوبات والإشكالات التي تعتريها في حالة العقار الموجود على حدود دولتين مختلفتين أو في حالة وجود الطرف الأجنبي في النزاع مما يصعب تحديد القانون الذي يحكم المنازعة.

فيستلزم الأمر الإلمام بجميع جوانب الموضوع وذلك عن طريق تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد

الوطنية، التي هدفها إرشاده الي القانون المختص الذي يطبق على هذه المنازعة الشاملة للعنصر الأجنبي، وهذا يتطلب من القاضي أولا تكييف المنازعة المعروضة أمامه ووضعها ضمن فئة معينة لتحديد أي قاعدة إسناد تتطبق عليها ومن ثم يتوصل للقانون الواجب التطبيق على المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي ومعرفة الجهة القضائية المختصة بالفصل فيها.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى:

_ إبراز موقف الفقه والمشرع الجزائري في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقار في المنازعات الدولية.

_ تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات العقارية الشاملة للعنصر الأجنبي.

_ معرفة القضاء المختص في الفصل في المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في أنها توضح كيفية دراسة القاضي للموضوع من حيث تكييف وإسناد المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي وصولا إلى القانون الواجب التطبيق عليها ، وتحديد الإختصاص القضائي الذي يحكمها.

أسباب الدراسة:

من أهم الأسباب التي دفعتني لإختيار موضوع الدراسة:

_ ميولات ذاتية كوني أجنبي دفعتني للإهتمام بموضوع الدراسة والبحث في هذه العلاقة القانونية ومعرفة القانون الواجب التطبيق على المنازعات الواردة على عقار في وجود عنصر أجنبي .

إشكالية الدراسة:

تؤدي المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي الى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها ومعرفة الجهة المختصة للحكم فيها من خلال دراسة موضوع النزاع وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص .

ومن هنا نجد أنفسنا أمام الإشكال التالي:

ما هي الأليات القانونية التي وضعها المشرع الجزائري لفض المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي ؟

ونجيب على هذه الإشكالية من خلال دراسة القانون الواجب التطبيق على المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي في الفصل الأول، ودراسة الإختصاص القضائي في المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي في الفصل الثاني.

مناهج الدراسة:

إعتمدت في هذه الدراسة المنهج الوصفي في جمع المعلومات اللازمة لمعرفة أبعاد هذا الموضوع، والمنهج التحليلي في معالجة النصوص القانونية التي تناولت الموضوع من القانون المدني الجزائري وأيضا قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الدراسات السابقة:

_كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، إطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بالقايد تلمسان، 2015-2016؛ إذ أن الباحثة قامت بمعالجة موضوع تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة بشكل عام، ففي دراستي تعمقت في الجزء المتعلق بالمنازعات الواردة على عقار، حيث إستفدت من هذه الدراسة في معرفة حالات تطبيق قانون القاضي على المنازعات ذات العنصر الأجنبي.
_راضي نبيه راضي علاونة، القانون الواجب التطبيق على الأموال دراسة مقارنة رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية نابلس – فلسطين، 2015؛ اذ أن الباحث في هذه الدراسة قد اشتمل على معالجة موضوع القانون الواجب التطبيق على الاموال ككل لكن في دراستنا قد خصصناها بما يتعلق بالاموال العقارية، حيث أفادتني هذه الدراسة في كيفية دراسة القاضي لموضوع المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي.

_قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، كلية الحقوق،2010-2011؛ توضح هذه الدراسة حالات تطبيق القانون الأجنبي في المنازعات التي تقع على عقار في وجود عنصر أجنبي.

صعوبات الدراسة:

واجهت الكثير من الصعوبات خلال فترة البحث في موضوع الدراسة منها:

_قلة التطبيقات القضائية التي تناولت هذا النوع من المسائل.

_صعوبة تحديد قالب لضبط خطة الدراسة يتلائم مع الفترة الزمنية الممنوحة للبحث واتساع الموضوع وتشعبه.

_قلة المراجع الفقهية المختصة .

الفصل الأول : القانون الواجب التطبيق على المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي .

المبحث الأول : تكييف المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي.

المطلب الأول: تكييف المال في المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي .

المطلب الثاني: تكييف المنازعة ذات العنصر الأجنبي .

المبحث الثاني : ضوابط الإسناد للمنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي.

المطلب الأول: ضوابط إسناد المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي التابعة للأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: ضوابط إسناد المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي التابعة للأحوال العينية.

ان تحديد القانون واجب التطبيق في المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي يستوجب من القاضي تحليل معطيات المنازعة المعروضة أمامه و تكييفها، و ذلك بادخالها في احدى طوائف الإسناد التي خصص لها المشرع قاعدة تنازع .

اذ أن عملية التكييف مسألة أولية سابقة للإسناد يتم من خلالها دراسة المسألة القانونية المطروحة أمام القاضي لتبيان طبيعتها و خصائصها، واعطائها الوصف القانوني الملائم، و من ثم تبدأ عملية الإسناد التي يتم فيها إدراج موضوع المنازعة في طائفة من الطوائف القانونية التي حددها المشرع تمهيدا لتطبيق قانون معين عليها .

فأي منازعة تحتوي على طرف أجنبي تتطلب من القاضي العمل على مراحل للوصول إلى القانون الذي على أساسه يصدر الحكم بشأن المنازعة، نوضح هذه المراحل في الفصل الأول من الدراسة و ذلك في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: تكييف المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي

المبحث الثاني: ضوابط الإسناد للمنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي

المبحث الأول: تكييف المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي

التكييف مسألة تحتاجها كل الفروع القانونية، ولا يشكل القانون الدولي الخاص استثناءً عنها، إذ يستحيل على القاضي اثناء النظر في المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي أن يحدد قاعدة الإسناد التي على أساسها يتوصل الى القانون الواجب التطبيق الا بعد تصنيف موضوع النزاع وهذا ما يسمى بالتكييف، وهو مسألة أولية يقوم فيها القاضي بإدخال النزاع في احدى طوائف الإسناد[1].

سنتطرق في هذا المبحث الى دراسة موضوع التكييف و من ثم تكييف المال في المنازعات العقارية ذات العنصر الاجنبي وتكييف نوع المنازعة وذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تكييف المال في المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي

إن قاعدة القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية بشقيها العقارية والمنقولة لا يمكن أن تخلو من موضوعات تفصيلية، يمكن أن يتناولها التشريع بالتنظيم أو يترك بعضها لأسباب متعددة. وهذه القاعدة قد احتدم الجدل الفقهي في القانون الدولي الخاص حول الموضوعات التي تدخل ضمنها وكيفية تحديد القانون الحاكم لها.

ولعل من المسائل الهامة في هذا الخصوص هي مسألة التكييف المتضمنة تحديد وصف العقار وهي المرحلة الأولى التي يواجهها القاضي في فض النزاع، قبل تحديد القانون الواجب التطبيق.

وتجدر الإشارة إلى أن مرحلة التكييف هي أول ما يتعرض له القاضي عندما تقدم له مسألة تشتمل على عنصر أجنبي، إذ يجب عليه قبل كل شيء، أن يدخل العلاقة المعروضة عليه في نظام من النظم القانونية، حتى يعرف ما هو القانون الذي يسند إليه

[1].بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، محاضرات لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص قانون خاص، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2016\2017، ص12.

حكمها، أي أن مرحلة التكييف تسبق بالضرورة مرحلة الإسناد" وهكذا يمكن تعريف التكييف في القانون الدولي الخاص بأنه « تحديد طبيعة المسألة التي تنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية لكي يسند حكمها إلى قانون معين" أو يمكن تعريف التكييف بأنه تحديد الطبيعة القانونية الواقعة أو تصرف لتحديد القانون الواجب التطبيق و شروط تطبيقه، و هو يمثل جانب من تفسير القانون لأن القاضي الذي يقوم بتفسير القانون يقوم في حقيقة الأمر بعمليات التكييف.

ولذا ارتبطت مشكلة التكييف بمشكلة تحديد قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق، فإذا عرض على القاضي نزاع بصدد مسألة معينة تحتم عليه أولا تحديد الطبيعة القانونية لهذه المسألة أو تحديد الوصف القانوني لها، هل هي من مسائل الشكل وبالتالي يتعين عليه تطبيق قاعدة الإسناد التي اختص بها المشرع طائفة الإشكال القانونية، أم أن هذه المسألة تعد من مسائل الأهلية وبالتالي يتعين عليه تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بطائفة الأحوال الشخصية[1].

ولدراسة طبيعة تكييف المال يجدر بنا التفرقة ما بين التكييف الأولي والتكييف الثانوي، فالتكييف الأولي هو التكييف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد وتحديد القانون واجب التطبيق، وهذا التكييف يخضع لقانون القاضي وفقا لنظرية "بارتن"، أما التكييف الثانوي فهو التكييف اللاحق الذي يأتي بعدما يتم تحديد القانون الواجب التطبيق، وهو في الأصل يخضع لهذا القانون الذي يحدد بموجب قاعدة الإسناد[2].

---

[1]. علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ديوان المطبوعات الطبعة الرابعة – ساحة المركزية بن عكنون . الجزائر سنة 2006 ، ص 39.

[2]. راضي نبيه راضي علاونة، القانون الواجب التطبيق على الأموال دراسة مقارنة رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية نابلس – فلسطين، 2015 ص 16،17.{ التكيف الاولي: هو التكيف اللازم للإعمال قاعدةالإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق وهو يخضع لقانون القاضي وفقا لنظرية الفقيه بارتن، التكيف الثانوي: هو التكيف المتعلق بوصف المال اي العملية التي يتم من خلالها تحديد إن كان المال عقارا او منقول}.

لكن ما يهمنا هنا في مجال الأموال هو ليس التكييف الأولي فقط بل التكييف الثانوي المتعلق بوصف المال أي العملية التي يتم من خلالها تحديدا ما كان المال عقارا أو منقولا.

الفرع الأول: أصل نظرية التكييف

لقد ارتبط ظهور التكييف بالقضاء الفرنسي، ومن أبرز القضايا التي أكدت نشأته قضية ميراث المالطي حكم استئناف الجزائر في 1889/12/24، وقضية وصية الهولندي حكم محكمة أوليان في 1857/08/04. حيث تتلخص وقائع قضية ميراث المالطي أن زوجين مالطيين تزوجا في "مالطا" واتخذهما موطنهما الأول، ثم هاجرا إلى الجزائر المحتلة حينئذ حيث تملك الزوج عقارات ثم توفي فيها دون أن يوصي بشيء فادعت الزوجة بان لها نصيبا من عقارات زوجها الكائنة بالجزائر طبقا للقانون المالطي الذي يعطي لمن بقي من الزوجين حيا حقا يسمى بنصيب الزوج المحتاج وهو نضام معروف في القانونين تطبيق القانون المالطي أو القانون الفرنسي.

فالمسألة تتمثل في تحديد وصف القانون الملائم للحق المطالب به وهو نصيب الزوج المحتاج هل هو حق لها بوصفه قانون موطن الزوجية الأول حسب قاعدة الإسناد الفرنسية أم هو حق في الإرث فيحكمه القانون الفرنسي بوصفه قانون موقع العقار حسب قاعدة الإسناد الفرنسية ومن ثم لا تحصل الزوجة على الحق الذي طالبت به وقد حل القاضي الفرنسي هذا المشكل بأن ألحقه بطائفة الإرث[1].

[1]. قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2010-2011، ص 54.

بالتالي وما هو ظاهر أن هناك اختلاف بين الأنظمة القانونية حول تكييف إحدى المسائل وهذا الاختلاف قد أدى إلى اختلاف قاعدة الإسناد المطبقة ومن ثم اختلاف في القانون واجب التطبيق[1].

الفرع الثاني: نطاق خضوع التكييف للقانون الوطني

إن موضوع النظرية عند "Bartin" ينحصر فيما أسماه بالتكييف الأولي أو الاختصاصي وقد أورد تحفظا واستثناءات عليه بحيث أعتبر التكييف الذي يخضع له القاصي هو التكييف الأولي اللازم لمعرفة القانون المختص ومتى تم الوقوف عليه كان هو المرجع في تحديد التكييفات اللازمة من بعد ذلك للفصل في المنازعة ومع ذلك فإن تكييف مسألة معينة على أنها من مسائل الأهلية أو من الشكل هي مسألة تكييف أولي يتوقف عليه تحديد قاعدة التنازع ومن ثم القانون الواجب التطبيق ولذلك يخضع لقانون القاضي[2].

أما بخصوص التحفظ الذي أورده "Bartin "مؤداه أن ما يثور من تكييفات لاحقة تطرح بمناسبة إعمال القانون الأجنبي المختص فينفرد بها هذا الأخير، فالتكييفات اللاحقة الخاصة بالتمييز بين أهلية التصرف وأهلية الإدارة وما هو القصر والبلوغ وما هي عوارض الأهلية فيتكفل بتحديدها القانون الشخصي أي قانون الجنسية أو قانون الموطن[3].

[1]. جمال الدين محمود الكردي، تنازع القوانين منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 71-72.

[2]. عبد العال عكاشة محمد، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 119

[3]. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، مطبعة الفسيلة، الجزائر2000، ص108.

أما الاستثناءات التي أوردها فيما يخص تكييف طبيعة المال تتمثل في:

_ تكييف المال وتحديد طبيعته من حيث كونه عقار أو منقول يتحدد بالرجوع إلى قانون موقعه لا إلى قانون القاضي لاعتبارات مستمدة من أهمية المال وارتباطه بالحياة الاقتصادية في كل دولة.

_ تكييف وصف المال وتحديده هل هو مشروع أم لا، وهل هو جريمة جنائية أو مدنية يجب أن يتم وفقا للمكان الذي حدث فيه ولا يجب أن يتوقف وصف هذا المال على محض الصدف.

الفرع الثالث :خضوع تكييف طبيعة المال لقانون موقعه

المشرع الجزائري أخضع تكييف المال المادي ما إذا كان عقارات أو منقولات إلى قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المال، وبالتالي فإن هذا يعتبر استثناء على القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 9 من القانون المدني الجزائري والتي أخضعت التكييف الأولي للعلاقات القانونية محل النزاع لقانون القاضي الجزائري.

تنص المادة 9 من قانون.مدني.جزائري على: يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقها ".

هذا الاستثناء نص عليه المشرع الجزائري بصريح العبارة في المادة 1/17 بقولها: "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها"[1].

هذا حسب نظرية Bartin فقد اقر الفقه استثناءات على اختصاص قانون القاضي بشان التكييف من ضمنها تكييف المال، فقانون المال هو الذي يختص ببيان طبيعة المال.

ما إذا كان عقارا أم منقولا بما يترتب على ذلك من الآثار القانونية، فهو حكم يتفق مع النظام القانوني المقرر للمال كل حسب قانون موقعه، فتعميم هذا الحل في كافة الدول من شأنه توحيد ضابط الإسناد الخاص بالأموال عالميا، رغم أن مضمون هذه

[1]. نسرين شريقي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجنسية، دار بلقيس للنشر، الجزائر ،2013، ص 70.

الفكرة المسندة لم يتحد بعد، ويثور عادة مشكل التكييف القانوني لطبيعة المال في الدول التي تميز في الميراث بين العقار والمنقول كالقانون الفرنسي مثلا، ففي السابق كانت أسهم بنوك فرنسا تعامل على أنها عقارات يجوز رهنها رهنا تأمينيا، في حين أن المحل التجاري يكيف على أنه منقول[1].

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من مسألة التكييف

لقد نص المشرع في المادة 09 من القانون المدني على أن القانون الجزائري المرجع لتحديد التكييف "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه."

وإذا رجعنا إلى تحليل هذه المادة فإننا نلاحظ ما يلي:

- أن المشرع أخضع كل تكييف يثار أمام القضاء الجزائري للقانون الجزائري لوحده، أي أنه أخضعه لنظرية بارتان في التكيف.
- أن التكيف الذي قصده المشرع هو التكيف الأولي دون التكيف الثانوي.
- أن التكييف الأولي للقانون الجزائري لا يمنع القاضي من أن يستند بالقانون الأجنبي غير أن ذلك ليس مسألة وجوبية لأن على القاضي الجزائري أن يكيف دائما حسب القوانين الوطنية.
- أن المشرع حين تعديله لقانون المدني في المادة 17 منه والتي نصت على أنه: « يخضع تكيف المال سواء إن كان عقار أو منقول إلى قانون الدولة التي يوجد فيها» و هو في ذلك قد قنن الإستثناء الثاني والواقع أن المشرع قد أخطأ في تقييمه لهذا الحكم.

و يجب علينا حين وصف المال أن نتطرق إلى حالتين:

[1]. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص207.

الحالة الأولى: إذا لم يكن وصف المال ضروري لتحديد القانون الواجب التطبيق، فهنا لا يهم أن نكيف هذا المال طبقا لقانون القاضي أو القانون موقع المال و مثال ذلك : لو تعلق الأمر بتطبيق الحكم الوارد المادة 17/1 من قانون مدني جزائري التي تنص على أنه: «تخضع الحقوق العينية القانون موقع المال التي ترد عليه» فهنا العبرة ليست بوصف المال و إنما بطبيعة الحق الذي يرد على هذا المال، و بدلك فإن تكيف المال في هذه الحالة سواء تم على ضوء قانون القاضي أو على قانون موقع هذا المال لم يؤثر على تحديد القانون الواجب التطبيق.

الحالة الثانية: و التي يكون فيها وصف المال فيها لتحديد القانون الواجب التطبيق، و مثال ذلك ما نصت عله المادة 18 من قانون.مدني التي فرقت بين نوعين من الالتزامات التعاقدية:

الالتزامات العقدية المتعلقة بالمنقول: فهنا تخضع إما لقانون الإرادة، و إما لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، و إما لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، و إما لقاعدة لوكس[1].

الالتزامات العقدية المتعلقة بالعقار: و هي تخضع لقانون موقع العقار، و نستنتج من ذلك إذ أنه بتطبيق الحكم الوارد في المادة 18 من قانون.مدني، فإن العبرة هي بوصف المال موضوع العقد أي أن وصف المال (عقار أو منقول) هو الذي سيتحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق ، و من ذلك أن وصف المال هنا يعتبر تكييفا أوليا ومن ثم فأنه يخضع للقانون الجزائري باعتباره نخضعه لقانون موقع المال قانون القاضي و لا يمكن أن تخضعه لقانون موقع المال .و من ذلك يظهر خطأ المشرع الجزائري عندما عمم القاعدة التي و ضعها في المادة 1/17 من قانون مدني.

[1]. حبار محمد، محاضرات في المقياس القانون الدولي الخاص ، السنة الرابعة – كلية الحقوق سنة الجامعية 2007 – 2008.

المطلب الثاني: تكييف المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي

تختلف المنازعات الواردة على العقار في وجود طرف أجنبي، حيث يتوجب علينا تحديد نوع المنازعة و ذلك من خلال تكييفها و إدراجها ضمن فئة معينة و تحديدها ان كانت منازعة عقارية مدنية، منازعة عقارية جزائية او منازعة عقارية إدارية.

وتعد المنازعات العقارية عموما والمنازعات العقارية الخاصة خصوصا معقدة، وعدم قدرة القاضي الذي لم يتلقى تكوينا متخصصا على استيعابها، كما نجد قواعد الاختصاص في المواد العقارية ليست مضبوطة بدقة، مما إلى ظهور عدة إشكالات، يتنازع في الكثير منها القضاء العادي حيث يتقاسمها القاضي المدني، والقاضي الجزائي، إلى جانب القاضي التجاري في بعض المسائل التجارية.

الفرع الاول: المنازعات العقارية المدنية

فمنازعات الملكية العقارية الخاصة أمام القضاء المدني يختص القضاء العادي بالفصل فيها، حيث يقوم بالفصل في منازعات إثبات الملكية العقارية الخاصة [1]من عقود عرفية ورسمية، وكذا المنازعات الناتجة عن التصرفات الواردة على العقار : كالهبات والوصايا والبيع، ومنازعات الملكية الشائعة والمشتركة والدعاوى المتعلقة بالإبطال، والفسخ للعقود التي تم شهرها.

كل هذه المنازعات التي تم ذكرها هي على سبيل المثال، حيث أننا لا يمكن أن نحصر منازعات الملكية العقارية الخاصة لأن نطاقها واسع.

الفرع الثاني: المنازعات العقارية الإدارية

تعد المنازعات الإدارية مختلف الإجراءات التي يتطلبها القانون اللجوء إلى القضاء الإداري من اجل الفصل في نزاع مطروح ضد الإدارة، وهذه الإجراءات في الجزائر معظمها منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

---

[1]. سميحة حنان خوادخية، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون خاص، كلية الحقوق جامعة قسنطينة، الجزائر، 2008،ص7.

فالملكية العقارية بمختلف أنواعها لها دورا هام وأساسي، في التنمية الشاملة للدولة في مقابل ذلك هي مصدر لعدة صراعات دولية وداخلية، لذلك اهتمت اغلب تشريعات العالم بتنظيم الملكية العقارية عن طريق وضع قواعد قانونية من بينها، تلك المتعلقة بتسيير وإثبات الملكية العقارية الخاصة التي تشكل عائقا رئيسيا، وإشكالا يواجهه الجهات المشرفة على تنظيم الملكية العقارية ويرجع سبب هذه الصعوبة، والمنازعات إلى المراحل المختلفة التي مرت بها الملكية العقارية والنصوص التي كانت تحكمها.

وقد ظل القضاء الجزائري يتصدى للنزاعات العقارية، بين إلزامية النصوص وحرفيتها ومبدأ تحقيق العدالة، ورغم ذلك لم يعرف القضاء الاستقرار في المعاملات العقارية، بل ازدادت الخلافات في هذا الشأن، فالقاضي الإداري يلعب دور مهم في المنازعات العقارية وهو، مطالب بالتوفيق بين المصلحة الفردية والصالح العام الذي يعد غامض المعالم.[1]

الفرع الثالث: المنازعات العقارية الجزائية

يمثل التجريم إحدى الوسائل التي تساعد على الحد من المنازعات التي تقع على الأملاك العقارية الخاصة نظرا لارتباط الجريمة بالعقوبة، وهو تلازم منطقي يؤدي إلى تحقيق الردع العام الخاص مما يحول دون وقوع الجريمة وإن وقعت يحول دون تكرار الفاعل لسلوكه الغير مشروع.

فالمشرع الجزائري قد أورد عدة نصوص تتضمن تجريم الاعتداء على الملكية العقارية في قانون العقوبات الجزائري، وفي عدة قوانين أخرى كقانون التوجيه العقاري وقانون الغابات، قانون التعمير وغيرها من القوانين، وكان الهدف الأساسي لهذه النصوص هو تجريم الاعتداء على العقار في حد ذاته بغض النظر عن مالكه، والتقليل من النزاعات التي تطرح أمام القضاء الجزائي.

[1]. سليمة صيفاوي، المنازعات العقارية في الجزائر تشريعا و قضاء، اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون عقاري، جامعة باتنة1 الحاج لخضر، الجزائر،2018 ،ص214.

والملكية العقارية الخاصة كما هو معروف حماها الدستور قبل أن يحميها القانون، ونظرا لأهميتها البالغة فقد حماها من كل اعتداء قد يقع عليها.[1]

المبحث الثاني: ضوابط الإسناد للمنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي

بعد تكييف موضوع النزاع يتم إسناد حله إلى قانون معين وذلك وفق ما تنص عليه قواعد الإسناد. وتتمثل أهمية قواعد الإسناد في كونها تشكل الآلية الأساسية التي عن طريقها تحل مشكلة تنازع القوانين، عندما تتزاحم القوانين لحكم علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي. فبواسطتها يحدد القانون الأكثر تحقيقا للعدالة من وجهة نظر المشرع الوطني لحكم هذا النزاع.

غير أن قواعد الإسناد قد تختلف من دولة إلى أخرى لأنها قواعد وطنية من حيث المصدر، فاختلاف مضمونها وارد، فأحكام الميراث مثلا ليست من الأحوال الشخصية في كل دول العالم، وهذا سيؤدي إلى اختلاف في قواعد الإسناد، الأمر الذي سيخلق اختلافا في القانون الواجب التطبيق بالنسبة للقضية الواحدة، حيث يتنازع الموضوع الواحد قانونين كلاهما يقر باختصاصه، وهذا هو التنازع الإيجابي. كما قد يتهرب كل قانون من حل النزاع، فيكون التنازع سلبي، إذ يحيلنا كل قانون إلى آخر لحل النزاع، وهو ما يؤدي بنا إلى الإحالة.

فالإسناد بذلك هو عملية تأتي بعد عملية التكييف، تقتضي البحث عن القانون الواجب التطبيق، وسنتناول فيما يلي تعريف قواعد الإسناد وعناصرها. وتعرف قواعده بأنها تلك القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي[2]، هدفها هو اختيار القانون الأكثر ملائمة وتحقيقا للعدالة، من وجهة نظر المشرع الوطني، من بين القوانين المتزاحمة الحكم العلاقة القانونية.

وتكون قواعد الإسناد فردية أو ازدواجية، فهي فردية إذا اقتصرت على تحديد الحالات التي يكون فيها القانون الوطني مختصا، وهي ازدواجية إذا حددت الحالات التي يكون

[1]. الفاضل خمار، الجرائم الواقعة على العقار، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،2006، ص14،13.

[2]. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006، ص 90.

فيها القانون الأجنبي مختصا، والحالات التي يكون فيها القانون الوطني هو المختص بالنظر في النزاع .

وتتكون عناصر الإسناد من ثلاث عناصر: موضوع الإسناد، ضابط الإسناد، القانون المسند إليه.

فالنسبة لموضوع الإسناد فهو الواقعة القانونية أو المسألة القانونية محل النزاع، والتي يكيفها القاضي على أنها من مواضيع الأحوال الشخصية، الأحوال العينية، الالتزامات التعاقدية، أو الالتزامات غير التعاقدية أو غيرها من مواضيع تنازع القوانين. أما ضابط الإسناد وهو المعيار الذي يتخذه المشرع ليحدد القانون الواجب التطبيق. ويعتبر ضابطا للإسناد:الجنسية، مكان إجراء التصرف، موقع المال...الخ[1].

المطلب الأول: ضوابط إسناد المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي التابعة للأحوال الشخصية

لابد من أن ندرس صلب موضوع التنازع ألا وهو التنظيم الوضعي لقواعد التنازع، أي قواعد الإسناد المتعلقة بكل فئة من فئات الإسناد.

الفرع الأول: ضوابط الإسناد التي تحكم المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي التابعة للأحوال الشخصية

تكتسي دراسة قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية أهمية قصوى، ذلك أن الأحوال الشخصية هي المجال الخصب لتنازع القوانين، لأن القوانين تختلف اختلافا كثيرا في هذا المجال شكلا وموضوعا. وتقتضي دراستها التطرق إلى نقطتين أساسيتين، هما تحديد ضابط الإسناد، وتحديد المواضيع التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية.

[1]. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، دار هومة، الجزائر، الجزائر، ص 67.

أولا: خضوع الأحوال الشخصية لضابط الجنسية:

تتجه الكثير من التشريعات إلى الأخذ بالجنسية كضابط إسناد للأحوال الشخصية معتمدة على حجج كثيرة أهمها[1]:

– وجوب استقرار الأحوال الشخصية والمعيار المحقق لهذا الاستقرار هو معيار الجنسية والتي عادة ما تكون ثابتة، عكس ضابط الموطن الذي لا يحقق الثبات والاستقرار المطلوبين.

– الأخذ بقانون الجنسية يجعل المواطن في الدولة الأجنبية مرتبط بدولته، وإذا كان كذلك، نقل أعرافه وعاداته إلى هذا البلد.

– عندما تسن الدولة تشريعاتها بشأن الأحوال الشخصية تستمد الكثير من القواعد من المبادئ المعمول بها في المجتمع، والمستمدة من شرائع وعادات وتقاليد، فهي تضع هذه القواعد لمواطنيها فقط وليس للأجانب.

ثانيا: خضوع الأحوال الشخصية لضابط الموطن:

تذهب جملة من التشريعات إلى اتخاذ الموطن بدلا من الجنسية كضابط إسناد للأحوال الشخصية محتجين بما يلي[2]:

- عند تعدد الجنسيات في الأسرة الواحدة بحيث يحمل كل من الزوجين والأولاد جنسيات مختلفة عن بعضهم البعض، ففي مثل هذه الحالة من الأحسن الأخذ بضابط الموطن، بالتالي ستخضع الأسرة الواحدة لقانون واحد.
- غير أن هذه الحجة يمكن أن تنعكس بحيث يكون لأفراد الأسرة جنسية واحدة ولكل منهم موطن مختلف عن الآخرين، فيكون الأفضل هو تطبيق ضابط الجنسية.
- قانون الموطن يخدم مصلحة المواطنين لأنهم سيتعاملون مع الأجانب على أساس تطبيق قانون بلدهم الذي يعرفونه.
- لكن ليس كل الأجانب المتعاملين مع المواطنين متوطنين في بلدهم.

---

[1]. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 57–58.

[2]. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 58–59.

- من الأحسن للدول التي تكثر الهجرة إليها، ويقطن فيها عدد كبير من الأجانب من جنسيات مختلفة، أن تأخذ بضابط الموطن لكي يخضع هؤلاء الأجانب لقانونها.
- غير أنه من الأفضل للدول التي تكثر الهجرة منها الأخذ بضابط الجنسية تطبيق قانونها على رعاياها.

الواقع أن تفضيل ضابط على الآخر يعود إلى ظروف كل دولة على حدا، إذ من مصلحة الدول المصدرة للرعايا، أي التي تكثر الهجرة منها إلى الخارج، الأخذ بضابط الجنسية من أجل ربط رعاياها بها، وضمان عدم اندماجهم في المجتمعات الأجنبية، بينما تأخذ بضابط الموطن الدول المستوردة للرعايا، أي التي تكثر الهجرة إليها، حتى تحقق التجانس القانوني بين رعاياها والأجانب.

ويتجه الفقيه Batiffol إلى التوفيق بين الضابطين وعدم الأخذ بأحدهما بصفة مطلقة، وقد أخذت بعض الدول المطبقة لضابط الجنسية بفسح المجال لتطبيق قانون الموطن خاصة بالنسبة لعديمي الجنسية والأسرة المتعددة الجنسيات، كما أن بلاد شمال أوروبا تتطلب لتطبيق قانون الموطن أن يتسم التوطن مدة كافية وإلا طبق قانون الجنسية[1].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري:

لقد أناط المشرع الجزائري الأحوال الشخصية بضابط الجنسية حيث نص في م 1/10 ق.م.ج على أن " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" وهي قاعدة تسري على الجزائريين والأجانب على حد سواء، عكس النص القديم الذي كان خاصا بالجزائريين وحدهم.

ويثير تطبيق ضابط الجنسية إشكاليتين، حالة تعدد الجنسيات وحالة انعدامها. فإذا كنا بصدد تعدد الجنسيات نصت م 22 ق.م. ج على تطبيق قانون الجنسية الفعلية أي أكثرها ارتباطا بالشخص، وإذا كانت الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات التي يحملها الشخص فيطبق القانون الجزائري وحده.

[1]. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 60.

أما إذا كان الشخص محل النزاع عديم الجنسية فلقد اقترح بعض الفقهاء تطبيق قانون دولة الميلاد، لكن ما من مشرع أخذ بهذا الرأي، لذا فالرأي المأخوذ به هو إخضاع عديم الجنسية لقانون موطنه، وإذا لم يكن له موطن، فقانون محل إقامته، وإذا لم يكن له لا موطن ولا محل إقامة عادية، يطبق قانون البلد الذي يوجد فيه، أما المشرع الجزائري فنص في المادة 22 قانون مدني جزائري بعد تعديلها على تطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة[1].

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي التابعة للأحوال الشخصية

أولا: القانون الواجب التطبيق على الأهلية

إن الأهلية المقصودة هنا هي أهلية الأداء، أي صلاحية الشخص لإجراء التصرفات القانونية، وهي نوعان أهلية أداء خاصة وأهلية أداء عامة، فأما أهلية الأداء الخاصة فهي التي يستلزم لتوافرها شروط خاصة، كضرورة حصول الزوجة على إذن زوجها التصرف في مالها، كما هو الحال في بعض الأنظمة الخاصة. وليست هذه هي الأهلية المقصودة بحيث تخضع للقانون الذي يحكم التصرف ذاته[2].

أما أهلية الأداء العامة، وهي التي تعنينا، فهي التي تحدد سن الرشد، سن التمييز، عوارض و موانع الأهلية، والجزاء المترتب على التصرفات التي ترتبط صحتها بأهلية الشخص، ويحكم الأهلية كقاعدة عامة قانون جنسية الشخص (م 1/10 قانون مدني جزائري).

غير أن المشرع أورد استثناء في م 2/10 قانون مدني جزائري التي تنص على ما يلي:

[1]. م 3/22 قانون مدني جزائري:" وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".
[2]. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 65.

" ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة ".

حسب هذه المادة يطبق القانون الجزائري على الأجنبي ناقص الأهلية طبقا لقانون بلده وكامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري إذا كان الذي يتعامل معه جزائري، إذا توافرت الشروط التالية:

- أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي من التصرفات المالية لا الشخصية (كالبيع).
- أن يتم التصرف في الجزائر وينتج آثاره فيها. . أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية طبقا لقانونه وكامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري.
- أن يكون سبب نقص الأهلية خفي لا يسهل تبيينه من الطرف الآخر المتعاقد مع الأجنبي، فإذا سهل تبيينه لا يؤخذ بهذا الاستثناء. . أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية وليس عديمها.

ويرجع هذا الاستثناء إلى قضية Lizardi[1]، وهو شاب مكسيكي يبلغ سن 23 سنة، اشترى مجوهرات من تاجر فرنسي بقيمة 80 ألف فرنك، وقع بها صكوكا للتاجر الفرنسي، وحينما حل أجل هذه الصكوك طالب التاجر الشاب المكسيكي بالدفع، فتمسك هذا الأخير بنقص أهليته لعدم بلوغه سن 25 سنة، التي تعد سن الرشد بالنسبة للقانون المكسيكي بالتالي يعد تصرفه قابل للإبطال.

رفع التاجر الفرنسي دعوى ضده على أساس جهله بالقانون المكسيكي، وأنه كان يعتقد بكمال أهلية الشاب، وذلك بالنظر إلى القانون الفرنسي الذي يحدد سن الرشد ب 21 سنة، فصدر الحكم لصالحه وأيدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 16/01/1961 على أساس أنه يكفي لصحة العقد أن يكون الفرنسي تعامل بحسن نية

[1] . هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 203.

مع الأجنبي، واستقر القضاء والتشريع الفرنسيين على هذا، وحذا حذوهما في ذلك المشرع الجزائري[1].

ويرجع بعض الفقهاء أساس هذا الاستثناء إلى فكرة احترام النظام العام القانون الوطني المتعامل مع الأجنبي، والبعض الآخر إلى فكرة الإثراء بلا سبب. ولعل الأصح أن نرجع أساس هذا الاستثناء إلى قاعدة مفادها أن " الجهل بالقانون أجنبي عذر مقبول " فلا يعقل مطالبة الوطنيين بمعرفة قوانين الأجانب بل تكفي معرفتهم بقانونهم الوطني.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الميراث

تنص المادة 1/16 قانون مدني جزائري على أنه: "يسري على الميراث، والوصية، وسائل التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.".

يختلف القانون الواجب التطبيق على الميراث بحسب ما إذا كانت الدولة تدخله ضمن طائفة الأحوال الشخصية أو طائفة الأحوال العينية.

فبالنسبة للدول التي تجعل الميراث من الأحوال العينية، فهي إما تخضعه لقانون موطن المتوفي، أو أنها تفرق بين العقار والمنقول، فتخضع ميراث العقار القانون موقع العقار، وميراث المنقول لقانون موطن المتوفي، مثلما هو الحال في فرنسا، ويرى Niboyer أنه يستحسن إخضاع الميراث كله لقانون موقع المال وذلك لاعتبارات اقتصادية واجتماعية وسياسية.

أما بالنسبة للدول التي تجعل الميراث من الأحوال الشخصية فتخضعه لقانون جنسية المتوفي، والمشرع الجزائري أخضع الميراث لقانون جنسية المورث وقت الوفاة (م1/16 قانون مدني جزائري)، ويحدد هذا القانون طبيعة الوفاة (حقيقية أو حكمية) مشتملات التركة، الحقوق المتعلقة بها، من هم الورثة، أسباب الإرث، موانع الإرث، تحديد الأنصبة، قواعد الحجب، وحالات الميراث الخاصة[2].

[1].علي علي سليمان، مرجع سابق ، ص68.

[2]. بشور فتيحة، مرجع سابق، ص40،41.

ونشير إلى أنه في حالة اصطدام قواعد الميراث مع النظام العام في الدول التي تأخذ بالشريعة الإسلامية فيتم استبعادها. وكذلك إلى أنه يخضع لقانون موقع المال ما يتعلق بالحقوق الواردة على العقارات الموروثة، القواعد المتعلقة بشهر حق الإرث، تنظيم حالة الشيوع وإدارة الأموال الشائعة، وإجراءات انتقال أموال التركة إلى أصحابها، لأنها مسائل متعلقة بالأحوال العينية.

فإذا لم يكن للمتوفي ورثة آلت التركة إلى خزينة الدولة باعتبارها مالكة لكل الأملاك الشاغرة الموجودة في إقليمها، وهذا حسب نص المادة 180 قانون أسرة جزائري والمادة 773 قانون مدني جزائري، وليس باعتبارها وارثة .

وعلى هذا الأساس لا تخضع التركة التي ليس لها وارث لأحكام المادة 16 قانون مدني جزائري بل تخضع للمادتين 180 قانون أسرة جزائري و 773 قانون مدني جزائري فلا وجود لقاعدة إسناد تخصها[1].

ثالثا: القانون الواجب التطبيق على الوصية

تعرف المادة 184 قانون.أسرة.جزائري الوصية على أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع. وتخضع الشروط الموضوعية المتعلقة بالوصية حسب نص المادة 16 قانون.مدني.جزائري إلى قانون جنسية الموصي وقت وفاته، ذلك أن المشرع الجزائري جعل من الوصية موضوعا من مواضيع الأحوال الشخصية، بينما تخضعها الدول التي تدخلها ضمن الأحوال العينية إلى قانون موقع العقار إذا كان محل الوصية عقارا، وإلى قانون موطن الموصي وقت وفاته إذا كان محل الوصية منقولا.

ويسري قانون جنسية الموصي وقت وفاته على مقدار الوصية، الأشخاص الذين تجوز لهم الوصية، شروط صحة الوصية، والجزاء المترتب على مخالفة أحكام الوصية. أما فيما يخص أهلية الموصي فالرأي الأرجح هو أنها تخضع لقانون جنسية الموصي وقت

[1]. بشور فتيحة، مرجع سابق، ص41،42.

الإيصاء، لأنه الوقت الذي يتم فيه إبرام التصرف بالتالي فهو الوقت الذي يشترط فيه كمال الأهلية وهو الرأي المأخوذ به في فرنسا[1].

ولم يحدد المشرع الجزائري شكلا معينا للوصية فيجوز أن تتم شفاهة، بورقة عرفية، أو في الشكل الرسمي أمام الموثق، إلا أنه نصت المادة 191 قانون.أسرة.جزائري على أن الوصية تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر فتثبت بحكم، ويخضع شكل الوصية إلى أحكام المادة 19 قانون.مدني.جزائري السالفة الذكر.

أما اتفاقية لاهاي ل أكتوبر 1961 فتجيز خضوع شكل الوصية إلى قانون موطن الموصي أو قانون محل إقامته، وإذا وقعت الوصية على عقار يخضع شكلها لقانون موقع العقار، وتخضع الأهلية لقانون جنسية الموصي وقت قبول الوصية[2].

وتطبق الأحكام ذاتها المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية للوصية على التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. وهذه التصرفات طبقا لنص المادتين 776 و777 قانون.مدني.جزائري هي على التوالي :

- كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع.
- كل تصرف قانوني يصدر عن شخص لأحد ورثته مع الاحتفاظ بحق الانتفاع.

رابعا: القانون الواجب التطبيق على الهبة والوقف

عرف المشرع الجزائري الهبة في المادة 202 قانون.أسرة.جزائري بأنها "تمليك بلا عوض" ومن مقوماتها أنها تتم بين الأحياء وهي فورية ومنجزة عكس الوصية. ولقد حدد المشرع الجزائري القانون الواجب التطبيق عليها في المادة 2/16 حيث نص على خضوع الهبة لقانون جنسية الواهب وقت إجرائها. ويحدد هذا القانون شروط الهبة وأركانها وحالات الرجوع عنها.

[1]. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 319-320.

[2]. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 82.

أما الوقف فهو حسب المادة 3 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالاوقاف الجزائرية المؤرخ في 27/04/1991: "حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصرف بالمنفعة على الفقراء أو على وجه البر والخير" وهو أيضا خاضع لقانون جنسية الواقف وقت إجراء الوقف (المادة 16/7) ويحدد لنا هذا القانون أنواع الوقف وأركانه وشروطه.

أما ما تعلق بشكل الهبة والقف فيخضع لأحكام الواردة في م 19 قانون.مدني.جزائري. كذلك تخضع إجراءات تسجيل وشهر وانتقال الملكية في الهبة والوقف إلى قانون مكان وجود المال، حسب ما تنص عليه م 17 قانون.مدني.جزائري لأنها من الأحوال العينية[1].

المطلب الثاني: ضوابط إسناد المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي التابعة للأحوال العينية

تتضمن الأحوال العينية المسائل القانونية المنظمة للمال سواء كان عقارا، منقولا ماديا أو منقول معنوي، والعنصر الأجنبي في هذه الحالة ليس متعلق بأطراف العلاقة القانونية بل بموضوعها، ألا وهو المال.

الفرع الأول: ضوابط الإسناد التي تحكم المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي التابعة للأحوال العينية

ضابط الإسناد الذي يحكم الأحوال العينية هو موقع المال، وهو ضابط تجمع كل التشريعات على الأخذ به، إذ تعتبر قاعدة موقع المال Lex Rei Sitae قاعدة قديمة تعود إلى القرن الثالث عشر، حيث كان أول القائلين بها الفقيه Barttol عندما درس القانون الذي يحكم حق الأجنبي في البناء على العقار الذي يملكه، ثم قال بها الفقيه الفرنسي Dargentrea في القرن السادس عشر دفاعا عن مبدأ إقليمية القوانين، مما يجعل المال خاضع لقانون موقعه، بعد ذلك نادى بها الفقيه Mancini على أساس أنها

[1]. بشور فتيحة، مرجع سابق، ص43.

استثناء عن مبدأ شخصية القوانين القرن 19، كما دافع الفقيه الألماني Savigny عن هذه القاعدة مراعاة المصالح الأشخاص.

وقد أيد القضاء هذه القاعدة، وأخذت بها غالبية التشريعات، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادتين 17 و 17 مكرر قانون.مدني.جزائري، إلا أنه هناك بعض الاختلافات التي سنشير إليها في موضعها.

وتتعدد مبررات الأخذ بهذه القاعدة، نذكر أهمها :

- ضمان استقرار المعاملات، بحيث أن التأكد من وجود الحق العيني على المال لا يكون إلا بالرجوع إلى قانون البلد الذي يكون المال فيه، الأمر الذي يضمن حماية للغير، إذ أن إجراءات التوثيق التسجيل والشهر لا يمكن إلا أن تتم طبقا لقانون البلد الذي يوجد فيه المال.
- بما أن الاختصاص القضائي يثبت للقضاء الذي يقع في دائرة اختصاصه المال فالأولى أن يكون القانون المطبق على هذا المال هو قانون موقعه.
- توفير الحماية الاقتصادية للدولة، لأن العقار هو الثروة الحقيقية لها فالأحرى أن تخضعه لقانونها[1].
- العقار جزء من إقليم الدولة، مما يجعل تطبيق قانون موقع المال متعلق بسيادتها.

أولا: ضابط الإسناد المتعلق بفئة المنقولات المادية

إن ضابط الإسناد في الأحوال العينية يستمد من موضوعها، على أساس أن موضوع العلاقة محل النزاع هو المال، و يقصد بالأموال المنقولة تلك الأموال التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف فيها أو تغيير في هيأتها كالسيارة والمنضدة والكرسي والقلم والكتاب، لكن ثمة منقولات تتحرك بحيث يكون من الصعب تحديد موقعها في دولة معينة كما يتأنى أن توجد في جهات لا تخضع لسيادة ما أو لقانون معين كما لو وجدت في عرض البحر، كالسفن في البحار والبواخر في الأنهار والطائرات، والبضائع المنقولة على

[1]. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2008،ص972-975.

ظهر السفن أو بالسكك الحديدية، كما أن اقتران عنصر الزمان بعنصر المكان بين نشوء العلاقة القانونية والمنازعة فيها، ينتج عن ذلك تنازع في القانون الواجب التطبيق على هذا المنقول وهو ما يعرف بالتنازع المتحرك[1].

1. **المنقولات المادية ذات الطبيعة الخاصة**

- **السفن والطائرات:**

إن السفينة تعد مالا منقولا، لأنه يمكن نقله من مكان إلى آخر دون أي تلف فيها أو تغيير في هيئتها، ولكنها ذات طبيعة خاصة، لأنها معدة للسير في مياه قد تكون تابعة السيادة لدولة أجنبية أو مياها حرة في أعالي البحار غير خاضعة لسيادة أية دولة تنقل الأشخاص والبضائع إلى البلدان المختلفة، وتعمل في أكثر الأوقات خارج إقليم دولة مالكها وبعيدا عن رقابته وإشرافه و سيطرته[2].

- **الطائرة:** فهي من الأموال المادية المنقولة ذات الطبيعة الخاصة، وتتميز كالسفينة عن الأموال المنقولة العادية بتمتعها بما يشبه الشخصية الحكمية وخضوعها لنظام الأموال غير المنقولة من حيث طرق انتقال ملكيتها ورهنها.
- **القطارات وعربات السكك الحديدية:** فهي من وسائل النقل الحديثة والمتطورة، التي يصعب تحديد موقعها إلى سهولة تنقلها من مكان إلى آخر قد يتعدى في بعض الحالات حدود الدولة الواحدة.
- **البضائع:** تعرف البضائع بأنها تلك المصدرة والمشحونة على ظهر واسطة نقل، تركت محل بلد المنشأ متوجهة إلى البلد المرسلة إليه.

2. **التنازع المتحرك:**

إن موضوع التنازع المتحرك موضوع يكتسي أهمية عملية بالغة ويثير إشكالات عديدة وهو حديث النشأة، وتكوينه النظري تنقصه الدقة والوضوح رغم جهود الفقه في إذلال

---

[1]. المرجع نفسه، ص 71.

[2]. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار وائل للنشر والتوزيع، 2005، ص202.

الصعوبات التي تكتنفه، ذلك أن تنظيم العلاقات القانونية يخضع لاعتبارات الزمان والمكان في ذات الوقت مما يقتضي تحديد وقت نشوء العلاقة ومكانها.

تكمن أهمية تحديد عنصر الزمان في تعيين القانون المطبق حسب قواعد القانون الانتقالي، أو تنازع القوانين من حيث الزمان، كما تكمن أهمية عنصر المكان في تعيين القانون المختص حسب قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص.

3. تحديد طائفة الأموال المادية:

كل هذا يحدث عند نشوء العلاقة القانونية، أي حينما يكون التنازع ثابتا ولكن قد يحدث التنازع بعد نشوء العلاقة القانونية لتدخل عامل المكان مما يؤدي إلى تغيير ضابط الإسناد من وقت نشوءها إلى وقت المنازعة فيها.

فالتنازع هنا زمني بين مجال القانون الجديد والقانون القديم ويحل حسب قواعد القانون الانتقالي أو أن يتزوج جزائري بتونسية، فما هو القانون الواجب التطبيق على الزواج، التنازع مكاني ثابت ويحل حسب قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص، وقد يقوم جزائري مقيم بانجلترا بتصرف يخص أهليته فما هو القانون الواجب التطبيق؟ التنازع أيضا ثابت.

لكن عندما يقترن عنصر الزمان بعنصر المكان بين نشوء العلاقة القانونية والمنازعة فيها، ينتج عن ذلك تنازع متحرك، ومثال ذلك تملك شخص منقولا دون تسلمه طبقا لقانون دولة يجيز ذلك ثم انتقل هذا المنقول لدولة أخرى يتطلب قانونها لصحة البيع ضرورة التسليم، فهل يجوز لهذا الشخص أن يتمسك بملكية للمنقول طبقا للقانون القديم؟.

كما تزوج شخصان في ظل قانون يحظر التطليق والطلاق ثم تجنس الزوجات أو احدهما بجنسية أخرى يسمح قانونها بفك الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالتطليق هل يجوز لأحدهما أن يطبق حل رابطة الزوجية بهذه الوسيلة وهل يجوز للزوج المحتفظ بالجنسية السابقة أن يدفع بتطبيق القانون القديم؟.[1]

[1]. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 116.

من هنا تبين أن سبب التنازع نشأ من تغير ضابط الإسناد بين وقت نشوء العلاقة القانونية ووقت المنازعة فيها، ولو أن المشرع أخضعها إلى ظروف إسناد مستقرة نسبيا الجنسية والموطن أو موقع المال المنقول)، إلا أن طريقة إعمال القاعدة مختلف فيها من نظام قانوني لأخر، مما يؤدي حتما إلى نشوء تنازع متحرك وقد أثار حل التنازع المتحرك خلافا شديدا في الفقه والقضاء حيث ظهرت هناك نظريتان[1]:

نظرية الأثر المباشر أو الفوري: حيث يرى فريق من الفقه أنه إذا صدر قانون جديد كان له أثر مباشر على كل ما يحدث تحت سلطانه من وقائع، وما يترتب عنه من أثر رجعي يستند إلى الماضي، ويكون الأمر كذلك أيضا في التنازع المتحرك.

فإذا انتقل المنقول إلى إقليم آخر خضع لقانون موقعه الجديد بصرف النظر عما يكون قد تعلق به تحت سلطان القانون القديم، حيث أن تطبيق القانون الجديد بدلا من القانون القديم يوفر سلامة المعاملات بين المتعاقدين، ولأن المتعاقدين يعرفان قواعد القانون الجديد أكثر من غيره ويحقق لهما أيضا الطمأنينة.

ونظرية نفاذ الحق المكتسب: ويقصد به الاحترام الدولي لنفاذ الحق المكتسب طبقا لهذا الرأي متى أكتسب حق على منقول طبقا لقانون موقعه القديم، فيجب أن يضل هذا الحق محترما تحت سلطان قانون الموقع الجديد، ما لم ينشأ تحت سلطان هذا القانون حق مضاد له، ولكن يشترط أن يكون الحق الذي نشأ تحت سلطان قانون الموقع القديم قد تم تكوينه وفقا الأحكام هذا القانون، وألا يكون مخالفا للنظام العام في دولة قانون الموقع الجديد.

ثانيا: ضابط الإسناد المتعلق بفئة العقارات

يعرف العقار بأنه: كل شيء مستقر بحيز ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار فالعقار مثل الأرض وما يتصل بها من بنايات وجسور وسدود

[1]. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة النشر، ص 447.

وغراس لذلك عندما يكون المال عقارا لا يمكن حصول أي خلاف بخصوص تحديد موقعه لأنه ثابت.[1]

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف العقار في المادة 683 قانون.مدني.جزائري على أن كل شيء مستقر بحيزه و ثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول...."

قد نصت في المادة 684 قانون. مدني.جزائري على: يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار.[2]

و حسب القانون المدني الجزائري هناك نوعان من العقارات العقار بطبيعته وهو الذي عرفه المشرع المدني بأنه: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف وهذا حسب المادة 683 قانون. مدني.جزائري "وتشمل العقارات بطبيعتها الأراضي وما فوقها من بنايات و أبنية متصلة بها وما تحتها من مناجم".

أما النوع الثاني فهو العقار بالتخصيص فقد عرفته المادة 683 قانون مدني جزائري على: المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه راصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص"، فالعقار بالتخصيص هو إذن منقول بطبيعته حوله المشرع على عقار افتراضا بسبب ارتباطه الوثيق بعقار يرصد على خدمته أو استغلاله، وذلك رغبة من المشرع في تقوية هذه الرابطة القائمة بين المنقول والعقار والإبقاء عليها في حالات متعددة.[3]

يشترط لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص شرطين فيه: أولا، يجب اتخاذ العقار والمنقول في الملكية، وشرط رصد المنقول على منفعة العقار فيجب أن يخصص المنقول المنفعة العقار، وقد عبر عن ذلك صراحة المشرع في المادة 683 قانون.مدني.جزائري، فالمنقول الذي يخصصه صاحب العقار لنفسه كالسيارة التي يخصصها صاحب المعمل لتنقلاته

---

[1]. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص101

[2]. حميد بن شنيتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، الجزء2، ديوان المطبوعات الجامعية – بن عكنون الجزائر، 2008، ص 154.

[3]. المرجع نفسه، ص 155.

الخاصة لا يعتبر عقارا بالتخصيص ورصد المنقول على استغلال العقار يشمل جميع أنواع الاستغلال فهو يشمل الاستغلال الزراعي والاستغلال الصناعي والتجاري والمدني.

وتتمثل أهمية تقسيم الأشياء إلى منقول وعقار و خضوع العقار وأي تصرف فيه القانون موقعه في تشريعات معظم الدول الأوروبية والعربية لاعتبارات أساسية عديدة أهمها:

- اعتبار الأرض وما يتصل بها من عقارات جزء لا يتجزأ من التراب الوطني (الإقليم)، الذي هو عنصر أساسي من عناصر الدولة لاتصاله بصميم السيادة.

فالأرض التي يتكون منها إقليم الدولة فيها مستقر لجماعتها على وجه الدوام وتستمد منها عناصر مقوماتها الأساسية، وتمارس سلطاتها على الأشخاص والأموال فيها، فلا يمكن الأكثر من دولة واحدة أن تمارس السيادة على أرض واحدة معينة، لأن ذلك يؤدي إلى إصدار أوامر وقرارات متناقضة إلى الأفراد، والفرد لا يمكن أن يطيع سوى أوامر دولته وعليه لا مجال لتصور قبول أية دولة خضوع جزء من ترابها الوطني لقوانين أجنبية.

- إن خضوع العقار القانون موقعه يوفر الفائدة من حيث الإشهار والعلنية قبل تصرف قانوني متعلق به.

خضوع العقار لقانون موقعه يؤمن استقرار المعاملات وتوحيد وتماثل الحلول والأحكام بين الدول المختلفة، لأنه يؤدي إلى تطبيق قاعدة واحدة عليه في قوانين جميع الدول، كذلك يوفر الجهد والنفقات والوقت لأطراف النزاع عند التقاضي، ويسهل على المحكمة المختصة تحقيق العدالة وسرعة إجراءات وضع اليد والكشف وتقدير القيمة في حسم النزاع بالنظام لقربها من العقار موضوع النزاع وتور كافة المعلومات عنه.

- كذلك خضوع العقار القانون موقعه يؤمن للدولة حماية اقتصادها القومي والمحافظة على ثرواتها الوطنية، لأن العقار يعد منذ أقدم العصور مالا نفيسا وعنصرا هاما من عناصر الثروات القومية والوطنية في الدولة خاصة الأراضي الزراعية، وهذه الحماية لا يحققها إلا قانون موقعه، باعتباره أقدر على تحقيق المصلحة القومية والوطنية وتأمين الاستقرار في اقتصاد الدولة وثباته والمحافظة عليه.[1]

[1]. غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص، 193، 194.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على المال محل المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي التابعة للأحوال العينية

سوف نتطرق إلى القانون الواجب التطبيق على العقار ثم القانون الواجب التطبيق على المنقول.

أولا: القانون الواجب التطبيق على العقار

إن تكييف المال، فيما إذا كان عقار أو منقول يخضع لقانون موقع المال المادة 17/2 قانون.مدني.جزائري وذلك كاستثناء عن القاعدة العامة في التكييف.

يخضع العقار إلى قانون موقعه وذلك حسب نص المادة 17 قانون.مدني.جزائري سواء كان العقار كله في إقليم بلد واحد، أو وقع جزء منه في إقليم بلد والجزء الآخر في الإقليم البلد المجاور، بحيث يطبق على كل جزء قانون البلد الذي يوجد فيه، مما يسهل تطبيق قاعدة قانون الموقع العقار.

ويسري قانون موقع العقار على ما يلي:

- الحقوق العينية الأصلية الواردة على العقار، وهي حق الملكية وما يخوله للمالك من حق تصرف واستعمال واستغلال، حق الانتفاع، الاستعمال، السكن، الارتفاق وكذا ما يتعلق بأسباب الكسب وهي الاستيلاء، الشفعة، العقد، الالتصاق، الحيازة، التقادم المكسب، الميراث الوصية، الهبة.
- أحكام الحيازة من حيث كسبها، انتقالها، زوالها، حمايتها، والآثار القانونية المترتبة عنها.
- الحقوق العينية التبعية وهي الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق التخصيص، حقوق الامتياز الواردة على العقار[1].

[1].بشور فتيحة، مرجع سابق، ص45.

أما إذا كان حق الامتياز غير خاص بالعقار وحده بل وارد على الذمة المالية للمدين ككل، فإنه يخضع في إقراره إلى قانون الموقع والقانون الذي يسري على الدين الذي يقرر عليه هذا الحق وهذا هو الرأي الأرجح.

- شهر التصرفات العقارية من تسجيل وقيد.
- شرط المنع من التصرف الوارد على العقار، من حيث جوازه وآثاره، والقيود التي يرتبها على سلطات المالك، تخضع بالإضافة إلى قانون موقع العقار إلى القانون الذي يحكم التصرف الذي ورد بموجبه، سواء كان عقد أو وصية.
- العقود الواردة على العقار وهذا حسب نص المادة 4/18 قانون.مدني.جزائري إلا ما تعلق منها بالحقوق الشخصية التي ترتبط بالعقد، فهي تخضع لقانون الإدارة، أما أهلية المتقاعدين فتخضع لقانون جنسية كل منها، كما أن شكل العقد الوارد على العقار فيخضع للقواعد الواردة في م 19 قانون.مدني.جزائري.

كما يستثنى من تطبيق قاعدة قانون الموقع الحالة التي يكتسب فيها العقار أو المنقول عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة، بحيث أن هاتين الطريقتين في كسب الملكية لا تخضعان في القانون الجزائري إلى قانون موقع العقار، إنما إلى قانون جنسية المالك كما شرحنا ذلك سابقا، عدا ما يتعلق منها بشهر انتقال الملكية وإجراءات التسجيل فيخضع القانون موقع العقار.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على المنقول

يخضع المنقول إلى قانون موقعه الفعلي كأصل عام، وهذا حسب نص المادة 17 قانون.مدني.جزائري، إلا إذا كان سفينة أو طائرة، فيخضع لقانون العلم الذي تحمله، والمقصود بقانون العلم قانون الدولة الذي سجلت فيها السفينة أو الطائرة، حيث أن كلاهما امتداد للإقليم الذي سجلت فيه، فكأننا نطبق قانون موقع المال.

وتخضع القطارات وعربات السكك الحديدية لقانون الدولة التي تملكها، بينما تخضع السيارة لقانون الدولة التي سجلت فيها[1].

أما البضائع، فاعتبار حركتها السريعة واختلاف الأماكن التي قد تتواجد فيها، والتي قد لا تكون لها أي صلة بالبضائع، بحيث لا يعرف أصحاب البضائع أي شيء عن القانون الساري فيها، فقد اختلفت الآراء الفقهية حول القانون الواجب التطبيق عليها، بين من يأخذ بقانون علم السفينة أو الطائرة التي تحمل البضاعة، ومن يرى بوجوب تطبيق قانون جنسية مالكها، ومن يرى تطبيق قانون البلد الذي تتجه إليه.

ويطبق قانون موقع المنقول على ما يلي:

- الحقوق العينية، من حيث مداها طرق اكتسابها وانتقالها وانقضائها، وآثارها واذا ما كان يجب شهرها، وكيف يتم شهرها.
- الحيازة من حيث كسبها فقدانها، الآثار المترتبة عنها، واستردادها.
- شرط المنع من التصرف.

غير أنه يستثنى من هذه القاعدة حالة انتقال ملكية المنقول عن طريق الميراث أو الوصية، بحيث نطبق قانون جنسية المالك، أي حال كون المنقول غير مفرد إنما يكون جزء من تركة أو من وصية أو هبة. وكذلك ما يتعلق بالأهلية إذ تخضع لقانون الجنسية، والعقد الخاص بالمنقول يخضع من حيث موضوعه لقواعد الواردة في م 18 قانون.مدني. جزائري، ومن حيث شكله للقواعد الواردة في م 19 قانون.مدني.جزائري[2].

[1]. حسن الهداوي، تنازع القوانين دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 133-134.

[2]. بشور فتيحة، مرجع سابق، ص47.

خلاصة الفصل الأول:

ختاما لدراسة هذا الفصل نتوصل الى ان لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي يتوجب على القاضي بداية القيام بعملية التكييف القانوني للمنازعة العقارية المعروضة أمامه، و هذا من خلال تكييف طبيعة المال محل النزاع و ايضا تكييف نوع المنازعة ذات العنصر الأجنبي .

ثم دراسة ضوابط الإسناد للمنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي من خلال التطرق لضوابط الإسناد التي تحكم المنازعة العقارية ذات العنصر الاجنبي التابعة للأحوال الشخصية المتمثلة في ضابطي الجنسية و الموطن التي تؤدي لمعرفة القانون الواجب التطبيق على المنازعة العقارية ذات العنصر الاجنبي التابعة للاحوال الشخصية المتمثلة في الأهلية، الميراث، الوصية، الهبة والوقف.

من بعد ذلك تتم دراسة ضوابط إسناد المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي التابعة للأحوال العينية التي تشمل الضوابط التي تحكمها وهي ضابط الإسناد المتعلقة بفئة العقارات ثم الوصول الي القانون الواجب التطبيق على العقار في وجود العنصر الأجنبي.

الفصل الثاني : الإختصاص القضائي في المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي.

المبحث الأول : إختصاص القضاء الجزائري بالنظر في المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي.

المطلب الأول : إختصاص محكمة موقع العقار .

المطلب الثاني : إختصاص القضاء الجزائري في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي.

المبحث الثاني : إختصاص القضاء الجزائري في تنفيذ الأحكام الأجنبية.

المطلب الأول : تنفيذ أحكام القضاء الأجنبي.

المطلب الثاني : إستبعاد أحكام القضاء الأجنبي.

لا تختلف التشريعات حول تطبيق قانون موقع المال على العقار والمنقول فهذه قاعدة تقليدية يرجع عهدها إلى المدرسة الايطالية القديمة التي وضعت القاعدة، فقانون موقع المال هو الذي يطبق على الأحوال العينية، وتشمل هذه الأحوال كل الحقوق الواقعة على عقار أو منقول، كما تشمل حق الملكية وأسباب كسبه من حيازة وشفعه وغيرها وتطبيق قانون الموقع فيما يتعلق بالعقار لا يثير أية صعوبة، لأن العقار ثابت في مكانه لا ينتقل ولقد برر بعض الفقهاء تطبيقه على العقار بأنه يعتبر جزء من إقليم الدولة الذي تمارس عليه سيادتها وإقليم الدولة هو أهم ركن من أركان قيامها فيجب أن يطبق عليه قانون الدولة نفسها.

لذلك سندرس في هذا الفصل الإختصاص القضائي في المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي وفقا لمبحثين:

المبحث الأول: إختصاص القضاء الجزائري بالنظر في المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي.

المبحث الثاني: إختصاص القضاء الجزائري في تنفيذ الأحكام الأجنبية.

المبحث الأول: اختصاص القضاء الجزائري بالنظر في المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي

لقد استثنى المشرع الجزائري في المادة 18 الفقرة الأخيرة من القانون المدني العقارات وأخضعها لضابط إسناد آخر يختلف عن الضوابط الأربعة المقررة بخصوص المنقولات مقررا ضابط إسناد واحد فقط عندما يتعلق الأمر بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التي يكون محلها عقارا، وهذا الضابط هو قانون موقع هذا العقار، ويذهب جانب من الفقه إلى القول بأن تطبيق قانون موقع العقار لا يكون إلا في حالة العقود التي ترتب حقوقا عينية كعقد البيع مثلا، أما العقود المرتبة حقوقا شخصية كالإيجار فتخضع للحكم المقرر للفقرات الثلاث الواردة في المادة 18 من القانون المدني، على أن غالبية الفقه يرفض هذا القول ويرى إخضاع كل العقود العقارية لقانون واحد هو قانون موقع العقار وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق وحدة الأحكام القانونية المتعلقة بالعقود العقارية[1].

المطلب الأول: اختصاص محكمة موقع العقار

تنص المادة 40/1 قانون إجراءات مدنية وإدارية على أن : " ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية دون سواها، في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال".

[1]. بن عصمان جمال، مقياس القانون الدولي الخاص، محاضرات كلية الحقوق والعلوم السياسية تلمسان 2014-2015، ص56.

ويبرر اختصاص محكمة موقع العقار بأنها المحكمة الأقرب إلى العقار التي قد يتطلب انتقالها إلى مكان العقار لمعاينته أو ندب خبير لمباشرة هذه العملية، وكذلك فيما يتعلق بإيجار العقار حتى و لو كان الإيجار تجاريا أو يتعلق بأشغال عامة[1].

وهذه قاعدة داخلية تطبق في المجال الدولي، وتعتبر قاعدة تقليدية و معقولة، واستثناء من قاعدة اختصاص محكمة المدعى عليه تفرضها طبيعة الأشياء، و الأسباب التي تبررها في المجال الداخلي هي القرب من المحكمة وتسهيل إجراءات التحقيق والخبرة، حيث من الأفضل أن يكون القاضي المختص هو قاضي مكان تواجد العقار من أجل التنقل المباشر لعين المكان، فمحكمة موقع العقار أقدر من غيرها على نظر الدعاوى المرتبطة بالعقار موضوع النزاع.[2]

ويرجع اختصاص محكمة موقع العقار في مجال الاختصاص الدولي بالإضافة إلى الاعتبار السابق اعتبارات أخرى مهمة تتعلق بقدرة محاكم موقع العقار على النظر في الدعوى المتعلقة به وفقا لمبدأ قوة النفاذ، فكفالة آثار الحكم الصادر في مثل هذه المنازعات لا يتأتى إلآ لو كان صادرا عن قضاء دولة تملك القدرة على اتخاذ إجراءات التنفيذ الفعلي على المال المتنازع عليه، ومبدأ قوة النفاذ هو الأساس الأصيل لاختصاص محاكم دولة موقع العقار يرجع إلى سيادة الدولة على إقليمها، ولأن غالبية الدول ترفض تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في شأن المنازعات المتعلقة بعقارات موجودة في إقليمها ولتعلق النزاع بالنظام العام، ومراعاة احترام السيادة الإقليمية لكل دولة ومراعاة أن ضوابط الاختصاص التي تقوم على فكرة الإقليمية أقوى أثرا في مواجهة الضوابط الشخصية[3] .

فالأسباب الخاصة بالمجال الدولي تتعلق بارتباط المسائل العقارية بسيادة الدولة على إقليمها واختصاص القانون المحلي وضرورة تنفيذ القرار المتخذ في الدولة التي يقع فيها العقار، بالإضافة إلى تدخل النظام العقاري للدولة، ويبرر الاختصاص المانع لمحكمة

---

[1]. كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، إطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بالقايد تلمسان، 2015-2016، ص81.

[2]. فريجة حسين: المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 40.

[3]. هشام صادق ، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السد حداد ، مرجع سابق، ص115.

مكان تواجد العقار بالتدخل النظامي لسلطات الدولة لتنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بالعقارات، ومن الصعب اعتبار أن نظر قاضي دولة معينة لنزاع حول عقار موجود في دولة أخرى يشكل اعتداءا على سيادتها لأن الحكم القضائي يتعلق بعلاقات القانون الخاص بدون المساس بإقليم دولة موقع العقار، والاعتداء على سيادة الدولة يكون أقل وضوحا عندما يأمر القاضي باتخاذ تصرف ضغط وإكراه ينفذ على إقليم الدولة الأجنبية، فإذا أعلن قاضي أجنبي باعتباره قاضي موطن المدعى عليه اختصاصه في نزاع حول عقار موجود في دولة ما، ولكنه يطبق قانون موقع العقار فيكون من الواضح أن سيادة دولة مكان وجود العقار تم الاعتداء عليها و يتعين منع الاعتراف بالحكم الأجنبي.[1]

ومن خلال عبارات المادة 41 قانون إجراءات مدنية وإدارية فإن الاختصاص يشمل الدعاوى العقارية المتعلقة بالأشغال التي تقع على العقار أو دعاوى إيجار العقار، ويفهم من هذا أنه يشمل الدعاوى العينية العقارية والدعاوى الشخصية العقارية أي التي يطالب فيها المدعي بحق شخصي وهو الإيجار متعلق بعقار، وكذلك الدعوى المختلطة التي تستند على الحق الشخصي وعلى الحق العيني على العقار كأن يرفع مشتري عقار دعوى على البائع يطالبه بتسجيل عقد بيع العقار، وبالتالي فتطبق المادة 41 بشأن دعاوى الملكية والحيازة ودعوى الرهن العقاري كحق التخصيص، أما الدعاوى الشخصية التي يطالب فيها المدعي بدين (كالإيجار) دون أن ينازع حق ملكية العقار فمن الأفضل أن تختص بها محكمة موطن المدعى عليه لأن موضوع المنازعة لا يتعلق بحق عيني على العقار.

فمن أجل وضع حدود معقولة للاختصاص الدولي للمحاكم يجب قبول اختصاص القاضي الذي يرتبط بروابط أكثر وثوقا مع النزاع فيمنح اختصاص مانع لقاضي مكان وجود العقار في الدعاوى العينية العقارية.

ويدخل مبدأ القرب من المحكمة كأساس لاختصاص محكمة موقع العقار في إطار الاهتمام بضمان حسن سير العدالة، كما تظهر إرادة الربط بين الاختصاص التشريعي

[1]. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص 115.

والاختصاص القضائي كمبرر أساسي للاختصاص المانع لمحكمة موقع العقار في الدعوى العينية العقارية.

ويجمع الفقه على أن المحاكم لا تختص بنظر الدعاوى العينية العقارية والدعاوى الشخصية العقارية إذا كان العقار متواجدا في الخارج، حيث يوجد خلاف فقهي حول مدى شمول الاستثناء للدعاوى المختلطة المتعلقة بعقار"، في حين يرى البعض أن نطاق الاختصاص يشمل كافة أنواع الدعاوى العقارية"، وفي حالة تعدد المدعى عليهم وكانت الدعوى عينية عقارية فلا يجوز رفعها أمام محكمة موطن أحد المدعى عليهم، وإنما يتعين رفعها أمام محكمة موقع العقار، أما الدعاوى التي يرفعها مستأجر العقار على المؤجر بتسليم العقار المؤجر، أو التي يرفعها المؤجر على المستأجر طالبا سداد أجرة العقار أو التي يرفعها بائع العقار على المشتري طالبا سداد الثمن فتعتبر دعوى شخصية منقولة،

لاتختص بنظرها محكمة موقع العقار وإنما محكمة موطن المدعى عليه طبقا للأحكام العامة.[1]

الفرع الأول: أساس تطبيق قانون موقع العقار

يبرر جانب من الفقه قاعدة خضوع المال، وبصفة خاصة خضوع العقار القانون موقعه، على أساس أن سلامة المعاملات تستلزم الأخذ بهذا الحل، فاطمئنان صاحب الحق العيني على وجود الحق لدى سلفه، وكذلك إن اطمئنانه على خلو العقار من الرهون، كل ذلك لا يتأتى له إلا لو كان على علم شامل بحالة العقار وتاريخه ولا يمكن لهذا الاعتبار أن يتحقق إلا بضمان خضوع العقار القانون واحد، ولا تتأتى وحدة القانون الواجب التطبيق على العقار في الحياة الخاصة الدولية إلا بخضوعه لقانون موقعه.

إن تطبيق قانون موقع العقار هو الذي يوفر حماية الغير على أساس أنه القانون الذي يتم بمقتضاه شهر الحقوق العينية العقارية، أضف إلى ذلك أن المحاكم المختصة بحكم النزاع المتعلق بالعقار هي عادة محاكم الدولة التي يوجد في إقليمها العقار، بل إن الغالب أيضا

[1]. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 62..

أن ترفع الدعوى المتعلقة بمنقول أمام محاكم دولة الموقع، وإذا كان اختصاص قانون موقع المال يتفق ومصالح المتعاملين والغير، فإن هذا الاختصاص هو الذي يحميها.

فالعقارات على وجه الخصوص تعد عنصرا هاما من عناصر الثروة ومن ثم فإن دولة الموقع هي أولى الدول بتطبيق قانونها على العقارات الكائنة في إقليمها تقتضي امتداد سريان قانونها على ما يوجد فيه من عقارات، ويؤكد البعض بحق أن أنسب القوانين لحكم العلاقات المتعلقة بالأشياء المادية هو قانون موقعها، ففكرة التركيز المكاني تؤدي بالضرورة إلى إخضاع المال لقانون موقعه[1].

و قد ساد هذا النظر منذ القرون الوسطى وعند الفقهاء المعاصرين من ذوي النزعة الإقليمية، وأسنده فقهاء آخرون إلى فكرة تأمين المعاملات العقارية واستقرارها حفاظا على حقوق الغير، ورأى "Savigny" أن مبناه هو الخضوع الإداري.

في حين استثناه "Mancini" من المبدأ العام عنده وهو شخصية القوانين، تأسيسا على النظام العام، غير أن أغلبية الفقه الحديث برر تطبيق قانون موقع العقار على أساس اعتبارات ملائمة المعاملات.

كذلك مبدأ التركيز الموضوعي للعلاقات القانونية، إذ أن قانون موقع العقار هو أنسب القوانين لحكمه باعتباره ثابتا ومستقرا، وهنالك يركز موضوع العلاقة القانونية وتشهر فيه التصرفات التي تتعلق به حتى يجوز الاحتجاج بها في مواجهة قانون القاضي، ومع ذلك فإن استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يفترض عدم اختصاص مبدئيا[2].

الفرع الثاني: مجال اختصاص قانون موقع العقار

يشمل اختصاص قانون العقار بيان نظام الأموال وتقسيمها إلى عقارات ومنقولات وهذا استثناء من القاعدة العامة في التكييف، حسب نظرية "بارتن" وإذا كان بعض الفقهاء لا

[1]. .هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003-2004، ص468-469.

[2].الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية،ص191.

يسلمون بهذا الاستثناء على أساس أن قانون القاضي هو المختص دائما بالتكييف الأولي الضروري في النظم التي تميز الميراث في المنقول والميراث في العقار.

كذلك يشمل اختصاص قانون موقع العقار بيان أحكام طرق كسب الملكية العقارية من حيازة وشفعة، والتصاق وآثارها وانتقالها وانقضائها، وما يرد على العقار من حقوق عينية أصلية من انتفاع واستعمال وسكن و ارتفاق، كما يبين مضمون هذه الحقوق وآثارها والقيود التي ترد عليها وطبيعتها القانونية.

الفرع الثالث: إشكالات تطبيق قانون موقع العقار

لا يثير تحديد قانون موقع العقار أدنى صعوبة، كل ما في الأمر أن التساؤل قد يثار في حقوق الارتفاق (العقار الخادم)، والعقار الواقع على الحدود الفاصلة بين إقليمي دولتين مختلفتين، فيما يتعلق حقوق الارتفاق (العقار المخدوم)، فقد تناقضت الآراء وبأي قانون يؤخذ هل بقانون دولة العقار الخادم أم بقانون العقار المخدوم[1]، كما يمكن أن يتعلق الأمر بعقار خادم لحدود دولتين أو واد منبعه في دولة ومصبه في دولة أخرى فيسقي أراضيها[2] يميل الرأي الراجح في هذه المسألة إلى الأخذ بقانون موقع العقار الخادم مادام هذا العقار هو المثقل بالارتفاق.[3]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن قانون دولة العقار الخادم هو الذي يعمل به وليس قانون دولة العقار المخدوم، وذلك لأن العقار الخادم هو المثقل بالارتفاق غير أن هذه المسائل تبقى تخضع إلى المفاوضات التي تجريها الدول فيما بينها و يتم حلها عن طريق المعاهدات الدولية، وإذا وجد عقارين على حدود دولتين تثور مسألة تحديد قانون الموقع.

حيث سلم الفقه بضرورة تجزئة العقار وإخضاع كل جزء منه لقانون الإقليم المتواجد فيه، وهو الموقف نفسه الذي أخذ به المشرع الجزائري[4].

---

[1]. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 191.

[2]. كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص 285.

[3]. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 191-192.

[4].نسرين شريقي،وسعيد بوعلي، مرجع سابق ، ص70،71.

المطلب الثاني: اختصاص القضاء الجزائري في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي

تبنى المشرع الجزائري الرأي القائل بتطبيق قانون القاضي في حالة ما إذا تعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، وذلك بموجب تعديل 2005 للقانون المدني إذ تنص المادة 23 مكرر " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

وفي رأينا يعد هذا الموقف تطبيقا للمبادئ الإجرائية الواردة في المادتين 3 و 29 من قانون الإجراءات المدنية، وهي التزام القاضي في منح الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني للمتقاضي، عن طريق الفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية المناسبة (وفي مجالنا هي قواعد الإسناد وما تشير إليه من قانون مختص)، وسواء بعد ذلك رفض الطلب، إذا كان غير مؤسس، أم تم قبوله إذا كان مؤسسا، وإلا عد القاضي ناكرا للعدالة.

وعليه فطبقا للمادة 23 مكرر سالفة الذكر يجب على القاضي في حالة ما إذا تعذر عليه إثبات مضمون القانون الأجنبي، سواء التزم بمفرده بهذا الإثبات أو كان ذلك بمعونة الخصوم، أن يطبق القانون الوطني.

وفي نظرنا أن إقرار المشرع لهذا الرأي له أسبابه، كما أنه يحقق عدة أهداف منها:[1]

- توسيع نطاق تطبيق القانون الوطني، إذ الأصل هو إطلاق الاختصاص التشريعي للقانون في دولته وبين محاكمها، فالأصل هنا هو سلطان القانون من حيث المكان، فبعد تعذر إثبات القانون الأجنبي يطبق باعتباره يسترجع ولايته العامة استنادا لمبدأ الإقليمية.
- إيجاد أساس قانوني لتطبيق القاضي للقانون الوطني عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص، وإعطائه الصفة الاحتياطية في هذه الحالة، وقطع التأويلات المختلفة المستندة إلى الآراء السالفة في تبرير تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة.

[1]. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 13.

- تسهيل مهمة القاضي في فصله للنزاعات الدولية الخاصة، لأنه أعلم بأحكام القانون الوطني وأسهل له في تطبيقه من غيره من القوانين كالقانون الأقرب للقانون الأجنبي المختص مثلا، لكن هذا لا يعني أن يسرع القاضي في تطبيقه للقانون الوطني، إنما لا يجوز له ذلك إلا بعد تتحقق استحالة تطبيق القانون الأجنبي المختص فعلا.
- الاعتراف بالصعوبات العملية التي تواجه القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، ومن ثم جعل له المشرع مخرجا عند تعذر إثبات القانون الأجنبي، بالسماح له بتطبيق القانون الوطني، وهذا يسعفه في الوفاء بالتزامه بأداء العدالة وتحقيق الحماية القضائية المطلوبة، إعمالا للمبادئ الإجرائية سالفة الذكر، كما يجنب الخصوم الآثار السلبية في حالة رفض دعواهم بسبب تعذر إثبات القانون الأجنبي[1].

وبهذا يتأكد لنا أن القانون الأجنبي يعتبر قانونا لكنه يبقى أجنبيا، لذا يعامله قاضي الموضوع معاملة إجرائية خاصة، وذلك أن حاجة القانون الأجنبي إلى إثبات، عند تعذر إلمام القاضي به، لأنه لا يفترض علمه به، أمر لا ينزع عنه صفته القانونية بدلالة اختلافه الجوهري عن الوقائع من عدة وجوه، كما أن استعانة القاضي بالخصوم في إثبات القانون الأجنبي لا يغير من طبيعته وكونه قانونا بمعنى الكلمة، ويشبه هذا الوضع ما هو عليه وضع العرف، إذ يستعين القاضي بالخصوم في إثباته دون أن ينال ذلك من طبيعته القانوني.

[1].حمزة قتال، مرجع سابق، 214-215.

المبحث الثاني: اختصاص القضاء الجزائري في تنفيذ الأحكام الأجنبية

تجدر الإشارة إلى أنه قد تضاربت الآراء الفقهية حول أساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي وفي مسألة الطبيعة القانونية المعطاة له، فظهرت عدة أراء و اتجاهات لكل واحد حججه وأسانيده، كما تختلف التشريعات حول مدى إلزامية تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي من تلقاء نفسه وإثباته، أم أن ذلك يقع على عاتق الخصوم.

وسنتطرق في هذا المبحث إلى تنفيذ أحكام القضاء الأجنبي وحالات استبعاده.

المطلب الأول: تنفيذ أحكام القضاء الأجنبي

من أجل تطبيق أحكام القضاء الاجنبي يتوجب علينا معرفة طبيعة القانون الاجنبي ودور القاضي في إثبات القانون الاجنبي ونوضح ذلك في ما يلي:

الفرع الأول: طبيعة القانون الأجنبي

لاحظ فقهاء القانون أن المحاكم الوطنية تميز في تعاملها بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، فأثاروا التساؤل الآتي: على أي أساس يطبق القاضي قانون غير قانونه، وحاولوا تبرير تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي[1].

1. نظرية المجاملة الدولية كأساس لتطبيق القانون الأجنبي:

رأى فقهاء المدرسة الهولندية أن تطبيق القانون الأجنبي يكون على أساس المجاملة الدولية لا غير، لكن يعاب على هذه النظرية أن القانون الأجنبي يطبق بناء على رغبة القاضي نفسه وهذا خطأ لأن القاضي يقوم بتطبيق القانون الأجنبي لأن قواعد التنازع الوطنية تأمره بذلك[2].

[1].بشور فتيحة، مرجع سابق، ص75.

[2]. علي علي سليمان المرجع السابق، ص 134.

2. **نظرية الحقوق المكتسبة كأساس لتطبيق القانون الأجنبي:**

ساد في البلاد الأنجلوسكسونية الرأي القائل بأن تطبيق القانون الأجنبي راجع إلى كونه قد أكسب الفرد حقا، لذا فيجب احترام هذا الحق في الدول الأخرى، ولا يكون ذلك إلا بتطبيق القانون الأجنبي على المسائل المتعلقة بهذا الحق[1]، لكن ما هو الحل إذا كان النزاع ليس متعلق باحترام حق مكتسب في الخارج، إما بإنشاء حق أمام القاضي الوطني؟

3. **القانون الأجنبي يطبق باعتباره واقعة:**

غير أن جانب من الفقه الفرنسي بزعامة Batiffol يرى بأن القانون الأجنبي يطبق باعتباره عنصر من عناصر الواقع ذلك أنه يرى بأن لكل قاعدة قانونية، عنصران :

- عنصر عقلي، وهو مضمون القاعدة وكونها عامة ومجردة.

- عنصر الالتزام.

فطالما أن القاعدة تطبق في البلد الذي نشأت فيه فهي تحتفظ بعنصريها، أما إذا طبقت في بلد آخر فهي تفقد عنصر الالتزام، فيتعامل معها القاضي الوطني كواقعة لا كقانون، ينتج عن ذلك أن القاضي لا يطبقها من تلقاء نفسه إنما بطلب من الأطراف، الذين عليهم إثباتها، كما لا يخضع القاضي عند تطبيقها لرقابة المحكمة العليا.

لكن يعاب على هذه النظرية أنه لا تطبق على الوقائع واقعة، بل تطبق عليها قواعد قانونية، كما أن القانون الأجنبي وإن سلمنا بأنه بفقد إلزاميته خارج بلده إلا أن قواعد الإسناد تمده بها[2].

الفرع الثاني: دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي

تقتضي مسألة دراسة دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، البحث حول مدى إلزامية تطبيق قاعدة الإسناد من طرف القاضي، إثبات مضمون القانون الأجنبي، ودور القاضي في تفسير هذا القانون الأجنبي.

[1].أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص141-142.

[2]. بشور فتيحة، مرجع سابق، ص 76.

أولا: دور القاضي في إعمال قاعدة الإسناد

إن القول بأن القانون الأجنبي قانون وليس واقعة يثير جدلا حول أساس تطبيقه، فهل يجب أن يتمسك به الخصوم؟ أم على القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه؟ ثم بعد ذلك هل يمكن للخصوم الاتفاق على استبعاده؟

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن تطبيق القانون الأجنبي مرهون بتمسك أطراف الخصومة به، حيث يطالبون بإثباته وتحديد مضمونه، إذ أنه لا يمكن إلزام القاضي بمعرفة القوانين الأجنبية وتطبيقها إلا إذا أراد الخصوم ذلك، وهذا لأن قواعد الإسناد ليس من النظام العام، وهو ما رأته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 12/05/ 1959 في قضية (Bisbal)[1]، والذي قضت فيه بما يلي: "... قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تشير باختصاص القانون الأجنبي، بمعنى أن على الخصوم أن يتمسكوا بتطبيقه، وعلى ذلك فلا ينعي على محكمة الموضوع عدم تطبيقها للقانون الأجنبي من تلقاء نفسها.. "[2].

لكن الفقه الحديث في فرنسا يذهب إلى إلزامية تطبيق قاعدة الإسناد، أي أنه على القاضي الذي يطرح أمامه نزاع يشتمل على عنصر أجنبي أن يطبق قاعدة الإسناد ومن ثم القانون الأجنبي الواجب التطبيق من تلقاء نفسه دون حاجة لأن يتمسك الخصوم به، ذلك لأن قواعد الإسناد في قانون القاضي ملزمة، وهو ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية حديثا حيث غيرت اتجاهها في الحكم الصادر بتاريخ 02/03/1960 قالت بأنه:

[1]. انفصل الزوجين الإسبانيين Bisbal انفصالا جسمانيا، طلب على إثره الزوج من القضاء الفرنسي الحكم له بالطلاق وفقا للقانون الفرنسي، وصدر له الحكم بذلك والذي تم الطعن فيه استنادا إلى أن القانون الإسباني وهو القانون الواجب التطبيق يحرم الطلاق، وأنه كان على القاضي الفرنسي تطبيق قاعدة التنازع وإن لم يتمسك بها الخصوم، لمزيد من التفاصيل راجع: د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 138.

[2]. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 148-149.

" يسوغ لقاضي الموضوع أن يتولى بحث القانون الأجنبي المختص إذا لم يتمسك به الخصوم"[1].

كما قضت في الحكمين الصادرين بتاريخ: 11/10/1989 و 18/10/1988 بنقض ما انتهى إليه قضاه الموضوع على أساس أن عدم تطبيق القانون الأجنبي بسبب عدم تمسك الخصوم به، يعد خرقا لقاعدة الإسناد الوطنية والتي تتصف بالإلزام، خرق أيضا لمادة 1015 من قانون المرافعات الفرنسي التي تلزم القاضي بالفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون الواجب التطبيق.

غير أن القضاء الفرنسي استقر على إلزامية تطبيق قاعدة الإسناد إذا تعلق النزاع بالأحوال الشخصية أو الأحوال العينية، أما إذا تعلق الأمر بالالتزامات التعاقدية أو غير التعاقدية فيحق للخصوم الاتفاق على استبعاد القانون الأجنبي لتطبيق قانون القاضي، وإذا لم يتفقا على استبعاده وجب على القاضي تطبيقه.

و يبدو من العبارات المستعملة في نصوص المواد المتعلقة بتنازع القوانين أن المشرع الجزائري يساير الفقه الحديث في فرنسا، إذ أن عبارات الإلزام المستعملة مثل أيسري" و "يطبق" تفيد أن القاضي الجزائر يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه.

إلا أنه يثور تساؤل حول طبيعة قواعد الإسناد هل هي من النظام العام أم لا؟ فإذا ما قلنا بأنها من النظام العام فإنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على استبعادها، أما إذا قلنا بعكس ذلك فإنه يجوز للخصوم الاتفاق على استبعادها، ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين أن قاعدة الإسناد تكون من النظام العام إذا أسندت حل النزاع إلى قانون القاضي، لأنه لا يجوز في جميع الأحوال الاتفاق على استبعاد تطبيق القانون الوطني. ولا تكون كذلك إذا أسندت حل النزاع إلى القانون الأجنبي.

غير أن هذا الرأي لا يستند إلى أساس معقول إلا التحيز للقانون الوطني، لأن القول بأن القاضي ليس ملزم بتطبيق القانون الأجنبي أمر خاطئ لأن قواعد الإسناد في قانونه هي التي تلزمه بذلك[1].

[1]. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 138.

وهذا الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي يري بأن اعتبار قواعد الإسناد من النظام العام مرجعه طائفة أو موضوع الإسناد، فإذا كان موضوع الإسناد في قانون القاضي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، فإنه لا يجوز للخصوم أن يستبعدوا بشأنها تطبيق القانون الأجنبي الذي أسند إليه حل النزاع. أما إذا لم يكن موضوع الإسناد من المسائل المتعلقة بالنظام العام، فإنه يجوز للخصوم الاتفاق على استبعاد تطبيقها.

بينما يرى الدكتور هشام علي صادق أنه متى كانت قاعدة الإسناد إلزامية فإنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على استبعاد القانون الأجنبي الذي حددته، إنما يمكنهم الاتفاق على مخالفة القواعد المكملة الواردة في القانون الأجنبي دون القواعد الآمرة ، وهو أمر منطقي صحيح.

لم يشر المشرع الجزائري إلى هذه المسألة، بالتالي فإنه عملا بالمادة 23 مكرر 2 من قانون المدني والتي تنص على تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين، ونظرا لعدم جواز الاتفاق على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، إنما يتم الأخذ بما هو معمول به في كل التشريعات من جواز الاتفاق على مخالفة القواعد المكلمة دون الآمرة، فيجوز بالتالي اتفاق الخصوم على استبعاد تطبيق القواعد المكملة في القانون الأجنبي فحسب.

ثانيا: دور القاضي في إثبات وتحديد القانون الأجنبي

لتحديد ذلك يجد التطرق إلى:

1. **عبء إثبات القانون الأجنبي:**

فيما سبق تبين لنا انقسام الفقه حول مسألة إلزامية تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي، وخلصنا إلى أن الاتجاه الحديث يذهب إلى إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، الأمر نفسه نجده هنا، حيث يتجه الفقه التقليدي إلى إلقاء عبء

[1]. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 150-151.

إثبات وتحديد مضمون القانون الأجنبي على عاتق الخصوم، باعتبار أنه يستحيل إلزام القاضي بمعرفة قوانين العالم ككل.[1]

بينما أنه من المبادئ المستقر عليها في الإجراءات أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بما يعلمه عن القوانين الأخرى في وقائع الدعوى، إنما لا بد من إثبات مضمون القانون الذي يحكم بموجبه، وهو الاتجاه الذي كان يسير عليه القضاء الفرنسي كما رأينا في قضية Bisbal، وهو ما أعطى انطباعا لدى الفقه بأن القانون الأجنبي لا يعدوا أن يكون مجرد واقعة.

غير أن الاتجاه الفقهي الحديث الذي يعتبر القانون الأجنبي قانونا لا واقعة، يرى بأن من واجب القاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1988 السابق الذكر، حيث قضت بأن قضاة الموضوع أخطئوا عند عدم تطبيقهم التلقائي للقانون الأجنبي، حيث يقتضي ذلك إثباته وتحديد مضمونه.

غير أن محكمة النقض الفرنسية لم تلزم القضاة بشكل صريح مما جعل بعض الفقهاء يقولون بإمكانية استعانة القاضي بالخصوم ليتمكن من إثباته، فهو ملزم ببذل أقصى جهده للوصول إلى أحكامه، وهو لا يتنصل من ذلك إلا إذا قدم تعليلا مناسبا يفيد عدم قدرته على الحصول على أحكام القانون الأجنبي.

ونشير إلى أن إثبات مضمون القانون الأجنبي أصبح أيسر مع وسائل الاتصال الحديثة سيما شبكة الانترنت، غير أن ما قامت به ألمانيا يعتبر أمرا رائدا في مجال القضاء

حيث أنشأت مركز مخصص لتجميع أحكام القوانين الأجنبية، الأمر الذي أتاح للمشرع الألماني إلزام القاضي بتحديد مضمون القانون الأجنبي[2].

[1]. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص151- 154.

[2].بشور فتيحة، مرجع سابق ،ص81-82.

2. وسائل إثبات القانون الأجنبي:

بما أن القانون الأجنبي لا يصدر في دولة قانون القاضي فمن الطبيعي أن يجب إثبات وجوده ومضمونه، سواء من طرف الخصوم أو القاضي، ونشير هنا إلى أنه لا يلزم التقيد بقواعد الإثبات المعروفة سيما فيما يخص الاعتراف واليمين فهما وسيلتان مستبعدتان لا يجوز إثبات مضمون القانون الأجنبي بهما، لأنه لا يؤمن أن يقدم الخصوم على تحريف القانون الأجنبي ليساير مصلحتهما، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا .

بينما يقر القضاء الفرنسي إثبات القانون الأجنبي عن طريق تقديم نصوص القانون الأجنبي نفسها أو ترجمتها، تقديم أحكام قضائية صادرة عن القضاء الأجنبي والمؤلفات الفقهية التي تشير إلى نصوص القانون الأجنبي وتشرحها، ويرى الفقه الفرنسي الحديث بجواز الاستعانة بالخبرة الشفوية أو المكتوبة كوسيلة لإثبات مضمون القانون الأجنبي. ويكون للقاضي تقدير قابلية الدليل ليكون وسيلة صحيحة للإثبات.[1]

3. القانون الواجب التطبيق عند تعذر إثبات القانون الأجنبي

قد يتعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فما الحل في هذه الحالة؟ يرى جانب من الفقه أنه في هذه الحالة يجب على القاضي عدم البت في النزاع، غير أن هذا الرأي ليس العامة" أو "المبادئ السائدة في الأمم المتمدنة"، وقد عمل بهذا الرأي في بعض الأحكام الأمريكية والفرنسية، ولكن ما لوحظ هو أنه يتم دائما العمل بالقانون الوطني تحت هذا الغطاء، كما أن سلطة القاضي في هذه الحالة تكون بلا حدود.[2]

فاتجه فريق آخر من الفقهاء إلى القول بتطبيق القانون الأكثر اقترابا في أحكامه إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وذلك يكون بالنسبة للقوانين التي تنتمي إلى المنظومة القانونية نفسها، كأن ينمي كلا القانونين إلى المدرسة اللاتينية أو الأنجلوسكسونية، لكن ما يعاب على هذا الرأي أنه وإن كانت القوانين تستمد من مدرسة واحدة إلا أنها تأخذ في

[1]. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق،ص 165-166.

[2]. أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص150.

الاعتبار خصوصيات المجتمع والدولة ومشاكلهما، فلا مناص من وجود اختلاف في الأحكام، فتطبيق هذا الرأي يخلق مشاكل عملية.

لذا يرى الفقه والقضاء في أغلب دول العالم إلى تطبيق قانون القاضي وذلك الاعتبارات عملية، على أساس أنه حل احتياطي، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نص في المادة 23 مكرر ق.م.ج على أنه إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي فإنه يتم تطبيق القانون الجزائري.

غير أنه ظهر اتجاه فقهي حديث يذهب إلى تطبيق القانون الذي له صلة بالنزاع سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر، كأن يبرم تونسي ومصرية عقد زواجها في لندن ويرفعا دعوى بشأنه لدى القضاء الجزائري، فإذا ما تعذر إثبات القانون الإنكليزي فالأفضل هو تطبيق القانون التونسي أو المصري لأنهما على صلة بالنزاع عكس القانون الجزائري الذي لا صلة له بموضوع النزاع، إنما تطبيقه يكون راجع لقاعدة تقليدية مفادها تطبيق قانون القاضي إذا تعر إثبات القانون الأجنبي.

و الواقع أن هذا الرأي وإن كان يبدوا منطقيا إلا أنه ليس عملي، خاصة إذا تعذر إثبات هذا القانون الأجنبي الأخر، بينما لا نتصور تعذر إثبات القانون الوطني للقاضي لأنه الأعلم به ووسائل الإثبات فيه متاحة.[1]

ثالثا: تفسير القاضي للقانون الأجنبي

يلجأ القاضي إلى تفسير القواعد القانونية إذا وجد غموضا في عبارتها أو تناقضا بين أحكامها أو نقص في نصوصها، وهو في ذلك يستعين بمختلف مصادر القانون، لذا يتجه الرأي الغالب إلى وجوب تقيد القاضي الوطني بالتفسير القضائي السائد في الدولة التي يطبق فيها، وهذا هو ما أخذ به القضاء الفرنسي، وهذا حتى لو كان تفسير قاعدة قانونية ما في القانون الأجنبي يختلف عن تفسير القاعدة نفسها في قانون القاضي، حيث يجب على هذا الأخير وهو بصدد تطبيق القانون الأجنبي استبعاد تفسير قضائه الوطني والأخذ بالتفسير الذي وصل إليه القانون الأجنبي.

[1]. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 168.

هذا ويمتلك القاضي حرية في تفسير القانون الأجنبي إذا وجد تضارب بشأنه في أحكام القضاء الأجنبي، غير أن السؤال يطرح في الحالة التي يخطئ فيها القاضي حول تفسير القانون الأجنبي فهل للمحكمة العليا أن تنقض قراره؟

يتباين الفقه في فرنسا حول ما كانت تأخذ به محكمة النقض الفرنسية من عدم فرض رقابتها على تفسير محاكم الموضوع للقانون الأجنبي، حيث عارض الفقه التقليدي اتجاهها هذا على أساس أن الخطأ في تفسير القانون الأجنبي يعني إساءة تطبيقه، وهو أمر يؤدي إلى خرق قواعد الإسناد الوطنية، لأنه سيؤدي إلى تغيير الحكم الوارد في القانون الأجنبي وهو ما سيحدث لا محالة إذا أساء القاضي تفسيره، سيما أن محكمة النقض الفرنسية تمارس رقابتها على تطبيق قواعد الإسناد، فلماذا هذا التمييز في المعاملة؟

أما الفقه الحديث في فرنسا فقد أيد رفض محكمة النقض لرقابة تفسير القانون الأجنبي، وذلك على أساس أن مهمة محكمة النقض تتمثل في توحيد الحلول المتعلقة بالقانون الوطني، أما تلك الحلول المتعلقة بالقانون الأجنبي فتوحدها المحكمة العليا في الدولة الأجنبية، كما إستندوا في ذلك إلى الصعوبات العملية التي قد يثيرها البحث عن التفسير الصحيح للقانون الأجنبي.

غير أن جانب من الفقه رد على هذه الحجج بكون الدراسات الحديثة تكفل تقديم المادة العلمية المتعلقة بالقانون الأجنبي وتفسيره، كما أن الصعوبات التي تواجه البحث عن تفسير القانون الأجنبي هي نفسها التي تواجه البحث عن تفسير القاعدة العرفية فلماذا تفرض الرقابة على هذه دون تلك.[1]

ثم أن توحيد الحلول الصادرة عن المحاكم الوطنية والمتعلقة بالقانون الأجنبي هي بمثابة توحيد الحلول في دولة القاضي، وهي صميم مهمة محكمة النقض، وهذا ما أدى بمحكمة النقض الفرنسية في أحكامها الحديثة إلى فرض رقابتها على الخطأ في تفسير القانون الأجنبي على اعتبار أن هذا الأخير سيؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 21/11/1961 قالت فيه: "يكون محلا للنقض الحكم الذي يتجاهل

[1]. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 180.

ويمسخ المعنى الواضح المحدد في وثيقة تشريعية أجنبية قدمت ثناء نظر الدعوى وقام عليها الاستئناف".

أما في الجزائر فقد نصت المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن المحكمة العليا تمارس رقابتها بشأن تفسير القانون الأجنبي إذا تعلق بالأحوال الشخصية، مما يعني أن المحكمة العليا لا تمارس رقابة بشأن تفسير القانون الأجنبي إذا تعلق بمواضيع أخرى، وقد يكون ذلك راجع لأهمية مواضيع الأحوال الشخصية وتأثيرها في حياة الأفراد[1].

المطلب الثاني: استبعاد أحكام القضاء الأجنبي

يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إما لاعتبارات خاصة، لمخالفة للنظام العام، أو الغش نحو القانون.

وتتمثل مجمل هذه الحالات فيما يلي إذا تعلق الأمر بالاستثناء الوارد في المادة 10/2 قانون.مدني.جزائري المتعلق بأهلية الأجنبي، حيث نطبق القانون الجزائري.

الفرع الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام

تنص م 24 قانون.مدني.جزائري على أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر، بالتالي يمكن للقاضي أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي بالاستناد إلى فكرة النظام العام، وهي فكرة قديمة ظهرت لدى المدرسة الإيطالية القديمة بزعامة Barttol في العصور الوسطى، حيث كانت تميز بين الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة، فتطبق الأحوال المستحسنة لمدينة إيطالية ما في مدينة أخرى، بينما إذا كانت القوانين المراد تطبيقها في مدينة إيطالية تعد من الأحوال المستهجنة فيتم استبعادها على أساس أنها لا تتلاءم مع القواعد القانونية فيها. فكانت تستعمل هذه الفكرة لتحديد ما يجوز تطبيقه من قوانين وما لا يجوز تطبيقه.[2]

[1]. بشور فتيحة، مرجع سابق، ص85.

[2]. حسن الهداوي، المرجع السابق ، ص ص 179-180.

بعد ذلك جاء Mancini ووضع استثناءات على مبدأ شخصية القوانين، حيث أخضع العقد لقانون الإرادة، وشكل التصرفات القانون المحل، وأخضع قواعد القانون العام والأمن المدني والملكية العقارية لمبدأ الإقليمية لأنها متعلقة بالنظام العام. فكان Mancini يعتبر النظام العام فكرة مسندة تتضمن مجموعة من المسائل وذلك لتبرير تطبيق مبدأ الإقليمية على هذه الفئة من المواضيع.

غير أن فكرة النظام العام لم تتضح في صورتها الحالية إلا عندما بدأت حركة التقنين في أوربا خلال القرن التاسع عشر، حيث أنه وإن اشتركت قوانين الدول الأوربية في المبادئ العامة والأصول القانونية، كونها مستمدة من القانون الروماني إلا أنها تشمل بعض الاختلافات.

وقد اعتمد Saviny على هذه الفكرة في صياغة نظريته، حيث قال بوجوب تحليل الرابطة القانونية لإسنادها لأكثر القوانين ملاءمة لها، لكنه خول للقاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا تبين له عدم وجود اشتراك قانوني بين قانونه الوطني والقانون الواجب التطبيق، وهو ما عبر عنه الفقه الحديث من حيث حق القاضي في الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا كانت أحكامه تتعارض، بالنسبة للمسألة موضوع النزاع، مع الأصول العامة في قانونه، ما ينبئ بعدم وجود الاشتراك القانوني الذي قال به Saviny، والذي وعلى الرغم من مخالفته للفقه التقليدي ولفقه Mancini، إلا أنه قبل بتطبيق القانوني الإقليمي على بعض المسائل.[1]

غير أن الفقه الغالب حديثا يرجع إلى تطبيق الدور التقليدي لفكرة النظام العام، والتي مفادها استبعاد القانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي بدله، وذلك في الأحوال التي تدخل في إطار تنازع القوانين.

أولا: مضمون فكرة النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي

تعد فكرة النظام العام مرنة ومتطورة وعامة، و هذا ما يميزها. بحيث أنه ما يعتبر من النظام العام في دولة، ليس كذلك في دولة أخرى، وما يكون من النظام العام اليوم، قد لا

[1]. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 148.

يكون كذلك غدا. ففكرة النظام العام تتطور باستمرار في الزمان والمكان. لذا فإن تقدير مدى مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام يكون وقت نظر الدعوى وليس وقت نشوء المراكز القانونية.

وباعتبار أن الفقه لم يتمكن من تحديد مضمون فكرة النظام العام بدقة، فقد وضع معالم يمكن من خلالها ضبط الفكرة. حيث يتم استبعاد القانون الأجنبي إذا تعارض تطبيقه مع الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وهو في ذلك يختلف عن فكرة النظام العام في القانون الداخلي، حيث أن هذا الأخر يرمي إلى إلزام الأشخاص بتطبيق القواعد الآمرة، فهي تستعمل للحد من مبدأ سلطان الإرادة وهي بذلك لا تعد استثناء.

بينما فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص تستعمل كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، وهذا يعد استثناء عن المبدأ العام القاضي بتطبيقه تبعا لقاعدة التنازع التي أسندت حل النزاع إليه. كما أن فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص غير مرتبطة بالقواعد الآمرة، إذ قد تطبق قانون أجنبيا رغم مخالفته للقواعد الآمرة في دولة القاضي وهذا ما قضت به المحاكم الفرنسية. إذ أن فكرة النظام العام في كل من القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص مختلفة، وذلك على الرغم من أن قواعد القانون الدولي الخاص مصدرها داخلي و ليس دولي، فليس هناك نظام عام دولي[1].

ثانيا: دور القاضي في تحديد نطاق النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي

بما أن فكرة النظام العام مرنة ومتطورة يكون للقاضي سلطة تقديرية في اعتبار مسألة ما من النظام العام، بالتالي يراقب بشأنها مدى تطابق القانون الأجنبي مع القانون الوطني. فإذا ما قدر بأن أحكام القانون الأجنبي تخالف النظام العام في قانونه استبعدها. والقاضي في تحديده لفكرة النظام العام يخضع لرقابة المحكمة العليا، لأنه لا يجوز له في ذلك الاستناد إلى تقديره الشخصي ومعتقداته وقناعاته، إنما يعتمد على المبادئ الجوهرية والمعتقدات السائدة في دولته بشكل موضوعي، لأنه مخول بحماية المصالح العليا للمجتمع، فلا يجوز له الانحراف عن هذا الهدف.[2]

[1]. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 197-200.

[2]. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 195.

ويشترط لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام ما يلي:

- أن يكون القانون الأجنبي، واجب التطبيق، فإذا ما استبعدناه مثلا لعدم صلته بالعقد أو المتعاقدين كما ورد في م 18 ق م ج، فإنه لا مجال للقول بإعمال قاعدة المخالفة للنظام العام.
- أن يكون القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام والآداب العامة في قانون القاضي.
- أن تكون المخالفة للنظام العام متزامنة مع وقت النظر في الدعوى لا قبل ذلك.

وحسب صياغة م 24 ق.م.ج التي تنص: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر"، فإنه يجوز للأطراف التمسك بالدفع بمخالفة النظام العام، كما يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه.

ثالثا: آثار التمسك بالدفع بمخالفة النظام العام

إذا توصل القاضي إلى أن القانون الواجب التطبيق مخالف للنظام العام في بلده فإن ذلك ينتج عنه أثران، أحدهما سلبي، والآخر إيجابي.

1. الأثر سلبي للتمسك بالدفع بمخالفة النظام العام:

يتمثل في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، إما بشكل كلي أو بشكل جزئي. إذ في حين يرى جانب من الفقه الفرنسي استبعاد القانون الأجنبي بمجرد مخالفة أحكامه للنظام العام في قانون القاضي، يميز الاتجاه الغالب بين حالتين، حالة ما إذا كانت بعض أحكام القانون الأجنبي المتعلقة بموضوع النزاع دون أخرى مخالفة للنظام العام، وحالة ما إذا كانت الأحكام المتعلقة بموضوع النزاع ككل، مخالفة للنظام العام[1].

فإذا ما كانت أحكام القانون الأجنبي تتعارض مع النظام العام في قانون القاضي في جزئية معينة، فإنه لا يتم استبعاد القانون الأجنبي ككل وتطبيق قانون القاضي بدله، إنما يتم استبعاد الأحكام الجزئية المخالفة للنظام العام فقط، ويتم بدلها تطبيق أحكام أخرى من هذا القانون، كما فعلت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 17/11/1964 حين استبعدت بعض أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بمنع التوارث

[1].أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص176.

بسبب الاختلاف في الدين لمخالفتها للنظام العام في فرنسا، وطبقت الأحكام الأخرى المتعلقة بأصناف الورثة وأنصبتهم، وذلك لأنها ليست مخالفة للنظام العام.

فما حكمت به محكمة النقض الفرنسية دليل على أنه إذا كان القانون الأجنبي مخالف للنظام العام في بعض أحكامه دون الأخرى وكان من الممكن تطبيق بعض أحكامه دون البعض الآخر، فإنه لا يتم استبعاده ككل، إنما نستبعد فقط الأحكام المخالفة للنظام العام.

أما إذا كانت أحكام القانون الأجنبي مرتبطة ببعضها البعض، بحيث لا يمكن تطبيق الجزء المخالف منها للنظام العام في دولة القاضي دون الأجزاء الأخرى، فلا مناص هنا من استبعاد تطبيق القانون الأجنبي ككل[1].

2. الأثر الإيجابي للتمسك بالدفع بمخالفة النظام العام

يرى بعض الفقهاء أن أثر مخافة القانون الأجنبي للنظام العام في قانون القاضي هو استبعاده فقط، حيث يتم الاكتفاء بالأثر السلبي للنظام العام. حيث تكتفي المحكمة في البلاد الأنجلوسكسونية باستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، وإحالة الأطراف إلى محكمة أخرى لنظر النزاع. لكن هذا سيؤدي حتما إلى النتيجة نفسها.

بينما يرى اتجاه آخر (الفقه الأماني) استبعاد النص المخالف للنظام العام، و تطبيق نص آخر من نصوصه بدلا من الأول، مثلما فعلت المحكمة العليا الألمانية التي استبعدت القانون السويسري الذي يمنع تقادم الدين، لمخالفته للنظام العام، وطبقت على الدين أطول مدة تقادم ينص عليها القانون السويسري.

لكن يؤخذ على هذا الاتجاه أنه قد لا تتوافر في القانون الأجنبي نصوص أخرى تحل النزاع، وحتى لو سلمنا بهذا الحل، فما العمل إذا كان القانون الأجنبي في مجمل أحكامه المتعلقة بموضوع النزاع مخالف للنظام العام؟

لذا يرى الاتجاه الفقهي الغالب، سيما في فرنسا، أنه في حال استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي، فإن الاختصاص ينعقد لقانون القاضي، ولعل ما

[1]. بشور فتيحة، مرجع سابق ، ص90.

يؤخذ على هذا الاتجاه هو ألا يكون قانون القاضي ملائما لحكم العلاقة الدولية موضوع النزاع.[1]

لذا قال البعض بتطبيق القانون الأكثر ملائمة لحل النزاع. كما رأى البعض الآخر أنه إذا كان قانون القاضي غير ملائم فيتم حل النزاع بناء على قواعد القانون الطبيعي، كما قضت به المحاكم المغربية، والتي رأت صعوبة في تطبيق النصوص الوطنية في ما يخص حالة الأشخاص الأجانب. لكن يؤخذ على هذا الرأي الأخير أن فكرة القانون الطبيعي غامضة، فلا يتم اللجوء إليها إلا إذا لم يوجد نص في قانون القاضي. وهذا هو الراجح. وقد نص المشرع الجزائري في م 24 ق.م.ج على أنه في حالة استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في الجزائر يتم تطبيق القانون الجزائري بدلا عنه، هذا إذا كان الغرض من تطبيق القانون الأجنبي هو إنشاء الحق في دولة القاضي.

أما إذا نشأ حق في دولة أجنبية وفقا لقانون أجنبي، ثم طرحت مسألة نفاذ هذا الحق في دولة القاضي، فإنه في هذه الحالة لا نستبعد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المتعلقة بإنفاذ الحق، أي بآثاره، ولو كانت الأحكام المنشئة للحق مخالفة للنظام العام في دولة القاضي. وهذا ما يسمى بالأثر المخفف أو النسبي للنظام العام، بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج. فالمحاكم الفرنسية تعترف بآثار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الذي وقع في الخارج، وإن كانت تعتبر هذا النوع من الطلاق مخالف للنظام العام. ذلك أن آثاره ليست مخالفة للنظام العام.

أما إذا كانت الآثار الناتجة عن الحق مخالفة للنظام العام فلا تنفذ، ويستبعد بشأنها تطبيق القانون الأجنبي المختص. حيث حكم القضاء الفرنسي بعدم الاحتجاج بحق الملكية

على سفن الأسطول الروسي La Ropit الراسي في ميناء مرسيليا، والذي أممته السلطات الروسية، وذلك لأنها لم تدفع عوضا عن نزع الملكية، وهو أمر مخالف للنظام العام في فرنسا، وذلك في حكم محكمة النقض لتاريخ 4 مارس 1923[2].

[1].هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ، ص 203.

[2]. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص156.

الفرع الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون الواجب التطبيق

يعرف الغش نحو القانون، على أنه القيام بأعمال من شأنها تغيير ضابط الإسناد بهدف التهرب من تطبيق قانون ما. و قد عرف الغش نحو القانون منذ القرن الثامن عشر، و لكنه لم يظهر في شكل نظرية إلا في منتصف القرن التاسع عشر، بمناسبة تصدي القضاء الفرنسي لقضية السيدة de Becaffermont البلجيكية، التي تزوجت من أمير فرنسي، فأصبحت فرنسية الجنسية. فلما أرادت الطلاق سنة 1874 م لم يسمح لها القانون الفرنسي بذلك، باعتباره قانون جنسيتها، لأنه يحرم الطلاق[1].

فسافرت إلى ألمانيا وتجنست بجنسية إمارة Saxe–Altonbourg سنة 1875م وحصلت على حكم بالتطليق. ثم تزوجت من الأمير الروماني Bibesco وأقامت معه في فرنسا. فطعن زوجها الأول في صحة الزواج الثاني، على أساس أن الطلاق باطل، لأنه تم الحكم به بناء على واقعة التجنس بالجنسية الألمانية التي تمت غشا نحو القانون، وبالتالي يبقى الزواج الأول قائما. فحكمت محكمة النقض الفرنسية سنة 1878 لصالحه، على أساس أن الهدف من تغيير الجنسية كان التحايل على القانون، فظهرت بالتالي نظرية الغش نحو القانون.[2]

أولا: شروط الدفع بالغش نحو القانون و نطاقه

للدفع بالغش نحو القانون شرطان هما على التوالي:

1. **تغيير ضابط الإسناد:** أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد تغييرا ماديا بشكل إرادي عن طريق تغيير الجنسية، الموطن، أو موقع المنقول. ويشترط أن يكون التغيير فعلي و ليس صوريا، لأنه لو كان كذلك لأمكن الطعن في صورية التغيير مما ينتج عنه الأخذ بالضابط الفعلي، فلا تكون بنا حاجة للدفع بالغش نحو القانون.

[1] . هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 212–213 .

[2]. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 160.

كما يشترط أن يكون تغيير الضابط قد تم بوسيلة مشروعة، حيث إذا كانت الوسيلة غير مشروعة فيتم إبطالها دون حاجة إلى اللجوء للدفع بالغش نحو القانون، كمن يكتسب الجنسية الجزائرية بشكل غير مشروع، وذلك ليطبق على أهليته القانون الجزائري، هربا من القانون الفرنسي، فيكفي أن نثبت اكتسابه غير المشروع للجنسية الجزائرية لتسحب منه، فلا تكون له جنسية جزائرية، بالتالي لا يدفع نحوه بالغش نحو القانون، و ذلك لأنه قد أصبحت له جنسية واحدة و هي الجنسية الفرنسية[1].

فلا يتم الدفع بالغش نحو القانون إلا إذا لم يتوافر جزاء أخر يسمح لنا بإبطال النتيجة غير المشروعة المتوصل إليها، من خلال تغيير ضابط الإسناد، وكان التغيير في ضابط الإسناد فعلي و مشروع.

2. **التحايل على القانون كهدف لتغيير ضابط الإسناد:** أن يكون الهدف من تغيير ضابط الإسناد هو التحايل على القانون، بغرض الإفلات من القانون الواجب التطبيق أصلا. ويستنتج القاضي نية الإفلات من تطبيق القانون، من خلال الوقائع، وهو أمر ليس يسير، لكن تساعده على ذلك ظروف الدعوى كما حدث في قضية السيد de Becaffermont ، حيث رفعت دعوى الطلاق غداة تجنسها، مما جعلها عاجزة عن إيجاد سبب آخر لتجنسها، فاستخلص القاضي من ثم نيتها في الإفلات من القانون الواجب التطبيق عليها.

3. **نطاق الدفع بالغش نحو القانون:**

نقصد بنطاق الغش نحو القانون، تحديد الحالات التي تطبق فيها نظرية الغش نحو القانون، حيث درج القضاء الفرنسي، وأيده الفقه في ذلك، على إعمالها إذا كان الغش يستهدف القانون الفرنسي، أي أن البداية كانت باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان الغش نحو قانون القاضي[2].

[1]. بشور فتيحة، مرجع سابق، ص93.

[2].هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص216.

غير أن هذا الاتجاه غير مؤسس لأن الهدف من هذه النظرية هو محاربة الغش، وتطبيق القانون المختص أصلا، و لهذا فإن الغش قد يكون نحو قانون القاضي، أو أي قانون أجنبي آخر. فلا عدالة في التمييز بين قانون القاضي وغيره.

لذلك اتجه القضاء الفرنسي حديثا إلى تطبيق نظرية الغش نحو القانون حتى بالنسبة للغش نحو القانون الأجنبي، وهذا هو الصواب.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه حاول تبرير نظرية الغش نحو القانون و إيجاد أساس لها فظهرت آراء عدة نذكر أهمها فيما يلي: [1]

1. **الغش نحو القانون قائم على الصورية:** حيث نحاول إظهار قانون ما على أساس أنه هو الواجب التطبيق بدلا من آخر، كما في العقد الصوري.

غير أن الفرق بين الغش نحو القانون والصورية في القانون المدني، تكمن في أن المتعاقدان في العقد الصوري يخفيان وراء العقد الظاهر عقدا مستترا، بحيث يكون وراء إرادتهما الظاهرة إرادة مستترة خفية، فهناك إرادتين، إحداهما صورية والأخرى حقيقية، وهما غير متطابقتان.

بينما في الغش نحو القانون تكون الإرادة الظاهرة حقيقية وليست صورية، ويكون تغيير ضابط الإسناد حقيقيا ومشروعا، لكن يهدف إلى غاية غير مشروعة، فالفرق شاسع بين نظرية الغش نحو القانون و نظرية الصورية.

2. **الغش نحو القانون هو تعسف في استعمال الحق:** حيث أنه في كلتا الحالتين يكون للشخص رخصة لكنه يسيء استعمالها. فإذا كان له الحق في نقل أمواله من موقع إلى آخر، فلا يجوز أن يكون الهدف من وراء ذلك هو التحايل نحو قانون ما. غير أن الفرق بينهما، أن التعسف في استعمال الحق يمس مصلحة فردية، بينما الغش نحو القانون يمس مصلحة جماعية كما أن التعسف في استعمال الحق ينتهي بالحكم بالتعويض، بينهما الغش نحو القانون ينتهي باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتطبيق القانون المختص بدلا عنه.

[1]. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 219-220.

3. **الدفع بالغش نحو القانون من تطبيقات الدفع بمخالفة النظام العام:** يرى جانب من الفقه أن تطبيق القانون الأجنبي المبني على تغيير ضابط الإسناد بسوء نية مخالفة للنظام العام، فلا يعدو أن يكون الغش نحو القانون تطبيقا من تطبيقات النظام العام[1].

غير أن هذا ليس صحيح لسببين، أولهما أن الدفع بالنظام العام يكون عند مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولة القاضي، بينما الغش نحو القانون يستعمل سواء ارتكب الغش تجاه قانون القاضي أو قانون أجنبي. ثانيا أن نتيجة الدفع بالنظام العام هو استبعاد أحكام القانون الأجنبي كليا أو جزئيا وتطبيق قانون القاضي، بينما ينتج عن الدفع بالغش نحو القانون استبعاد القانون الأجنبي كليا و تطبيق القانون المختص بدله، سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر.

فالغش نحو القانون نظرية مستقلة في حد ذاتها، قائمة على أساس أن الغش يفسد كل أمر، وهو رأي الدكتور هشام على صادق، وهو الأرجح.

ثانيا: أثر التمسك بالدفع بالغش نحو القانون

يرى جانب من الفقه أن الجزاء المترتب على التمسك بالدفع بالغش نحو القانون متعلق بالنتيجة المتوصل إليها عن طريق التحايل، وقد انقسموا في هذا الصدد إلى قسمين:

- قسم يرى أن الأثر المترتب عن الغش نحو القانون هو عدم نفاذ النتيجة المتوصل إليها وبطلان الوسيلة المستعلمة، فإذا غير الشخص جنسيته للتهرب من واجبه في النفقة تجاه زوجته، فإن عدم التزامه بالنفقة بالنظر إلى قانون جنسيته الجديد يكون غير نافذ حيث سيلزم بالنفقة، ويكون تجنسه بالجنسية الجديدة أيضا غير نافذ، لأن تجنسه كان يهدف إلى التهرب غير نافذ، فلماذا نلزمه ببقية الآثار الناتجة عن تجنسه من دفع النفقة، فإذا كان هذا الأثر طالما لم يكن يهدف إليها.

بينما يرى قسم أخر من الفقه أن عدم النفاذ يلحق النتيجة فقط دون الوسيلة، وهذا أسوة بما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية السيدة de Becaffermont ، حيث قضت

[1]. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 166.

بعدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني، وبقاء الزواج الأول، ولم تتطرق لتجنسها بالجنسية الألمانية[1].

هذا الرأي الأخير وإن كان صحيحا فهو يفتقد إلى الدقة، بحيث أن الأثر المباشر للدفع بالغش نحو القانون ليس عدم نفاذ النتيجة، ولكن استبعاد تطبيق القانون الذي يراد تطبيقه عن طريق التحايل، وتطبيق القانون المختص أصلا بدله، ثم بعد ذلك سيقرر هذا القانون هل أن النتيجة نافذة أم لا، ولو أن الغالب هو ألا تكون النتيجة نافذة طبقا للقانون الجديد.

فعدم النفاذ لا يمس النتيجة مباشرة، إنما يكون راجع إلى عدم تطبيق القانون الذي رتب هذه النتيجة، بالتالي تبقى الوسيلة التي تم التحايل بها صحيحة و منتجة لبقية آثارها كافة فالجنسية الألمانية للسيدة de Beoaffermont بقيت صحيحة رغم بطلان الطلاق[2].

[1]. حسن الهداوي المرجع السابق، ص 205.

[2]. بشور فتيحة، مرجع سابق، ص97.

خلاصة الفصل الثاني:

تعتمد اغلب التشريعات على مبادئ اساسية ينعقد بموجبها الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم، وان الدولة تملك حرية تحديد إختصاص محاكمها بالمنازعات المتضمنة عنصر أجنبي وفقا للإعتبارات التي تختارها، كون تحديد الإختصاص القضائي في كل دولة يتعلق بالسيادة خاصة في المنازعات العقارية.

وهذا ما يضفي عليها طابعا خاصا يميزها عن قواعد الإختصاص الداخلي، اضافة لكونها قواعد وطنية ساهم المشرع الوطني في صنعها، كما ان حرية الدولة في تحديد القضائي الدولي بالنسبة للمنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي تعتبر غير مطلقة حيث يرد عليها بعض الإستثناءات كون ان العقار يخضع لقانون موقعه وأيضا الإستثناءات التي يفرضها التعايش المشترك بين الدول التي من خلالها يقضى باللجوء الى تنفيذ الأحكام الأجنبية على هذه المنازعات او استبعادها .

خاتمة

ختاما لهذه الدراسة توصلنا الى ان معالجة موضوع المنازعات الواردة على عقار في وجود العنصر الأجنبي تشمل العديد من الإشكالات التي تثير تنازع القوانين ونلجأ لحلها الى قواعد القانون الدولي الخاص، حيث تتطلب المرور بعدة مراحل بالترتيب تتمثل في؛ تحديد طبيعة ومحل المنازعة، وأيضا إختيار القانون المختص ليحكم المنازعة، فقد يكون القانون الوطني أو القانون الأجنبي، كما تتطلب تحديد الجهة القضائية المختصة للفصل في المنازعات موضوع الدراسة .

نوجز هذه المراحل فيما يلي:

1_مرحلة اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات العقارية ذات العنصر الاجنبي فيها يتوجب على القاضي بداية،

_تكييف المسألة المعروضة أمامه: حيث يتم فيها تحديد وصف المال محل المنازعة والتطرق الى قاعدة خضوع تكييف الاموال العقارية بقانون موقعها والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 17 من القانون المدني، لكون ان المال المتنازع عليه عقار.

فيتم إخضاع المال الى قانون موقع العقار، وذلك لإرتباط الأموال وخاصة العقارات بإقليم الدولة، ويستند القاضي لهذه القاعدة حفاظا على استقرار المعاملات وسلامتها.

فمن خلال نص المادة 17 قانون مدني نجد ان القاضي يتوصل الي تكييف المال محل المنازعة المعروضة عليه سواء على ضوء قانون القاضي او على قانون موقع المال دون ان يؤثر ذلك على تحديد القانون الواجب التطبيق.

_ثم من بعد تكييف المنازعات العقارية ذات العنصر الاجنبي يقوم القاضي بعملية الإسناد:

اي البحث عن الفئة التي يدخل في إطارها موضوع النزاع ليتمكن بعد ذلك من معرفة القانون الواجب التطبيق عليها، ومعرفة الحالات التي يكون فيها القانون الوطني هو المختص لحكم النزاع والحالات التي يختص فيها القانون الاجنبي.

ويتم ذلك من خلال لجوء القاضي الى إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالمنازعة ودراسة كل من

ـ ضوابط إسناد المنازعة العقارية ذات العنصر الاجنبي التابعة للاحوال الشخصية فيما يخص ضابطي الجنسية والموطن، ومعرفة القانون الواجب التطبيق على المنازعة العقارية ذات العنصر الاجنبي التابعة للاحوال الشخصية بالنسبة للأهلية وأيضا فيما يخص جميع التصرفات المتعلقة بموضوع النزاع الداخلة ضمن فئة الاحوال الشخصية سواء الميراث ، الوصية، الهبة والوقف.

ـ ودراسة ضوابط إسناد المنازعة العقارية ذات العنصر الاجنبي التابعة للاحوال العينية، فيما يخص فئة العقارات ومعرفة القانون الواجب التطبيق عليها والإستثناءات الواردة على ذلك.

2_مرحلة تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات العقارية ذات العنصر الاجنبي؛ ففي هذه المرحلة قمنا بدراسة

ـ إختصاص القضاء الجزائري بالنظر في المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي من خلال توضيح حالات إختصاص محكمة موقع العقار وإبراز الإشكالات المتعلقة بهذا الإختصاص.

ثم درسنا متي يختص القضاء الجزائري في الفصل في المنازعات العقارية ذات العنصر الاجنبي.

ـ من بعد ذلك بيننا حالات إختصاص القضاء الجزائري في تنفيذ الاحكام الاجنبية من خلال توضيح كيفية تنفيذ أحكام القضاء الاجنبي ودراسة طبيعتها وإبراز دور القاضي الجزائري في إثبات أحكام القضاء الأجنبي، ثم تطرقنا إلى حالات إستبعاد أحكام القضاء الأجنبي بما في ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في أحكام المادة 24 من القانون المدني التي تتعلق بما يخص القواعد التي تمس بالنظام العام، وأيضا الحالات التي يستبعد فيها القانون الأجنبي للغش نحو القانون الواجب التطبيق.

النتائج:

من خلال دراستنا توصلنا الى النتائج التالية:

_ يطبق على العقار قانون موقعه بإعتباره موقع ثابت لا يثير أي تنازع كما ترتب أحكام العقار على المنقولات التي تتبعه وترصد لإستغلاله {العقار بالتخصيص} اي إخضاعها لنظام قانوني واحد وهو النظام الذي يحكم العقار.

_ في حالة وجود عقار بين حدود دولتين فإنه يتم تجزئته وإخضاع كل جزء منه لقانون الدولة التي يوجد بها، إلا في حالة وجود إتفاقية دولية ففي هذه الحالة ستطبق الإتفاقية المتضمنة للموضوع.

_في حالة تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فالقاضي يتبع أحكام المادة 23مكرر من القانون المدني التي تقضي بتطبيق القانون الجزائري اذا تعذر إثبات القانون الأجنبي.

_ القاضي يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بأمر من قاعدة الإسناد الوطنية وأنه يلتزم بالبحث عن مضمونه بكافة وسائل العلم الممكنة.

_هناك حالات يكون فيها القاضي غير ملزم بتطبيق قواعد القانون الأجنبي، وعليه إستبعادها لما تكون متعارضة مع النظام العام، أو أن إختصاص هذا القانون قد إنعقد بواسطة الغش، وهذا ما أكدته المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

التوصيات:

من خلال الصعوبات التي واجهتها في هذه الدراسة أقترح مجموعة من التوصيات أهمها:

–تسليط الضوء و التدقيق في دراسة نظام الاموال العقارية في وجود عنصر أجنبي لكونها أكثر أهمية وتعقيدا من باقي الاموال المادية الآخرى اذ ترتبط العقارات بإقليم الدولة.

_لتذليل الصعوبات أمام القضاة في إثبات مضامين القوانين الأجنبية نرى بضرورة تخصيص أقسام في المحاكم للنظر في المنازعات الدولية الخاصة المتعلقة بالعقار التي يوجد فيها عنصر أجنبي مما يكسب الاقسام خبرة واسعة مع مرور الوقت كلما تكرر النزاع بنفس الشكل.

وفي الأخير نرجو ان تكون هذه الدراسة قد ساهمت ولو باليسير في إثراء المسيرة العلمية، كما نأمل ان نكون قد وفقا في معالجة هذا الموضوع.

قائمة المصادر

والمراجع

أولا: المصادر

1_قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية العدد رقم 21 سنة 2008.

2-الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم للقانون 05_10 المؤرخ ب20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرخة ف26 يونيو 2005.

3-القانون رقم 84-11 المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الاسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 المؤرخة 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05_02 المؤرخ 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة 27 فبراير 2005.

4_القانون رقم 91_10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق ل 27 أبريل سنة 1991، االمتضمن قانون الاوقاف ، الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 شوال 1411 الموافق ل 8 مايو 1991.

ثانيا: الكتب

1_ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008 .

2_نسرين شريقي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجنسية، دار بلقيس للنشر، الجزائر ،2013.

3_ جمال الدين محمود الكردي، تنازع القوانين منشأة المعارف، بدون طبعة، الإسكندرية، 2005.

4_ عبد العال عكاشة محمد، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

5_ حبار محمد، محاضرات في المقياس القانون الدولي الخاص ، السنة الرابعة – كلية الحقوق سنة الجامعية 2007 – 2008.

6_ الفاضل خمار، الجرائم الواقعة على العقار، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،2006.

7_ هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006.

8_ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الاول، دار هومة، الجزائر،2004.

9_احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، بدون طبعة ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2008.

10_ غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر والتوزيع، 2005.

11_محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة النشر.

12_ حميد بن شنيتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، الجزء2، ديوان المطبوعات الجامعية – بن عكنون الجزائر، 2008.

13_ حسن الهداوي، تنازع القوانين دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

14_ علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ديوان المطبوعات الطبعة الرابعة – ساحة المركزية بن عكنون . الجزائر سنة 2006.

15_ بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، محاضرات لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص قانون خاص، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2017\2016.

16_ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية"تنازع القوانين"، الجزء الاول– تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

17_ .هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003–2004.

18_ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، مصر، 1977.

19_ عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، الجزء الاول، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2006.

20_ فريجة حسين: المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

21_ بن عصمان جمال، مقياس القانون الدولي الخاص، محاضرات كلية الحقوق والعلوم السياسية تلمسان 2014–2015،

ثالثا: المذكرات

1_راضي نبيه راضي علاونة، القانون الواجب التطبيق على الأموال دراسة مقارنة رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية نابلس – فلسطين، 2015.

2_قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، كلية الحقوق،2010-2011.

3_سميحة حنان خوادخية، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون خاص، كلية الحقوق جامعة قسنطينة، الجزائر، 2008.

4_سليمة صيفاوي، المنازعات العقارية في الجزائر تشريعا و قضاء، اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون عقاري، جامعة باتنة1 الحاج لخضر، الجزائر،2018.

5_كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، إطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بالقايد تلمسان، 2015-2016.

فهرس المحتويـات

فهرس المحتويات

المحتوى	الصفحة
الشكر	
الإهداء	
مقدمة	01
الفصل الأول: القانون التطبيق على المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي	
المبحث الأول: تكييف المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي	08
المطلب الأول: تكييف المال في المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي	09
الفرع الأول: أصل نظرية التكييف	11
الفرع الثاني: نطاق خضوع التكييف للقانون الوطني	12
الفرع الثالث: خضوع تكييف طبيعة المال لقانون موقعه	13
الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من مسألة التكييف	14
المطلب الثاني: تكييف المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي	16
الفرع الأول: المنازعات العقارية المدنية	16
الفرع الثاني: المنازعات العقارية الادارية	16
الفرع الثالث: المنازعات العقارية الجزائية	17
المبحث الثاني: ضوابط الاسناد للمنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي	18
المطلب الأول: ضوابط اسناد المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي التابعة للأحوال الشخصية	19
الفرع الأول: ضوابط الاسناد التي تحكم المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي التابعة للأحوال الشخصية	19
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي التابعة للأحوال الشخصية	22
المطلب الثاني: ضوابط اسناد المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي التابعة للأحوال العينية	27

الفرع الأول: ضوابط الاسناد التي تحكم المنازعة العقارية ذات العنصر الأجنبي التابعة للأحوال العينية	27
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على المال محل العقارية ذات العنصر الأجنبي التابعة للأحوال العينية	34
خلاصة الفصل الأول	37
الفصل الثاني: الاختصاص القضائي في المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي	
المبحث الأول: اختصاص القضاء الجزائري بالنظر في المنازعات العقارية ذات العنصر الأجنبي	41
المطلب الأول: اختصاص محكمة موقع العقار	41
الفرع الأول: أساس تطبيق قانون موقع العقار	44
الفرع الثاني: مجال اختصاص قانون موقع العقار	45
الفرع الثالث: اشكالات تطبيق قانون موقع العقار	46
المطلب الثاني: اختصاص القضاء الجزائري في حالة تعذر اثبات القانون الأجنبي	47
المبحث الثاني: اختصاص القضاء الجزائري في تنفيذ الأحكام الأجنبية	49
المطلب الأول: تنفيذ أحكام القضاء الأجنبي	49
الفرع الأول: طبيعة القانون الأجنبي	49
الفرع الثاني: دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي	50
المطلب الثاني: استبعاد أحكام القضاء الأجنبي	58
الفرع الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام	58
الفرع الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون الواجب التطبيق	64
خلاصة الفصل الثاني	69
خاتمة	71
قائمة المصادر والمراجع	