الدّكتور حمزة قتال

القانون الدّولي الخاصّ

تنازع القوانين

القواعد العامّة

السّنة الثالثة حقوق LMD

دار هومه

الفهرس

مقدمة :..... 7
المبحث الأول : مفهوم التنازع..... 9
المطلب الأول : تعريف التنازع..... 10
المطلب الثاني : تمييز تنازع القوانين عما يشابهه..... 11
الفرع الأول : التنازع في القانون العام 11
الفرع الثاني : تنازع القوانين من حيث الزمان..... 12
الفرع الثالث : التنازع الداخلي للقوانين 12
الفرع الرابع : تنازع الاختصاص القضائي الدولي..... 13
المبحث الثاني : التطور التاريخي لتنازع القوانين..... 13
المطلب الأول : تنازع القوانين في الفقه الإسلامي 14
المطلب الثاني : المدارس القديمة..... 16
الفرع الأول : مدرسة الأحوال الإيطالية 16
الفرع الثاني : المدرسة الفرنسية القديمة..... 22
أولا : فقه ديمولان «*Dumoulain*» (1500 - 1566)..... 23
ثانيا : فقه دارجنتريه «*D'argentré*» (1519- 1590) 26
الفرع الثالث : المدرسة الهولاندية..... 30
المطلب الثاني المدارس الحديثة..... 35
الفرع الأول : مذهب سافيني *(Savigny)* 36
الفرع الثاني : مذهب مانشيني « *Mancini*» (1817- 1888)..... 43
الفرع الثالث : الاتجاهات المعاصرة في تنازع القوانين..... 47
أولا : الفقيه "*Pillet*"..... 47
ثانيا : الفقيه "*Bartin*"..... 49
ثالثا : الفقيه"*Niboyet*" 50
المبحث الثالث : شروط قيام التنازع 52
المطلب الأول : العلاقة خاصة ذات عنصر أجنبي..... 52

الفرع الأول : العنصر الأجنبي 52
الفرع الثاني : العلاقة خاصة 53
المطلب الثاني : القوانين المتنازعة صادرة عن دول..... 56
الفرع الأول : الاعتراف بالدولة الأجنبية 56
الفرع الثاني : الاعتراف بحكومة الدولة الأجنبية 60
الباب الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق..... 63
الفصل الأول : قاعدة الإسناد..... 65
المبحث الأول : ماهية قواعد الإسناد 65
المطلب الأول : مفهوم قاعدة الإسناد 66
الفرع الأول : قاعدة الإسناد قاعدة قانونية وضعية نوعية 66
الفرع الثاني : خصائص قاعدة الإسناد 68
أولا : قاعدة وطنية 69
ثانيا : قاعدة ذات صياغة مزدوجة 73
ثالثا : قاعدة مرشدة..... 77
رابعا : قاعدة محايدة..... 79
المطلب الثاني : أركان قاعدة الإسناد 80
الفرع الأول : الأركان العامة..... 80
أولا : ركن الفرض..... 80
ثانيا : ركن الحكم..... 81
الفرع الثاني : الأركان الخاصة..... 83
أولا : الفئة المسندة 83
1-الفئة المسندة تجمع للعلاقات القانونية المتشابهة :..... 83
2-تحديد طبيعة مضمون الفئة المسندة :..... 84
1.2- مضمون الفئةالمسندة علاقة واقعية : 85
2.2- مضمون الفئة المسندة مسائل قانونية تثيرها مراكز واقعية.. 86
ثانيا : ضابط الإسناد 87
1- مصدر ضابط الإسناد..... 88
2- طبيعة ضابط الإسناد :..... 90

1.2- ضابط الإسناد ذو طبيعة مزدوجة..... 91
2.2- ضابط الإسناد فكرة قانونية : 92
3- أساليب الإسناد: 93
1.3- الإسناد البسيط :..... 94
1.1.3- ضابط الإسناد المطلق : 94
2.1.3- ضابط الإسناد المحدد زمنيا : 95
2.3- الإسناد المركب :..... 97
1.2.3- الإسناد الموزع : 97
2.2.3- الإسناد الجامع :..... 98
3.2.3-الإسناد التخييري :..... 98
ثالثا : القانون المسند إليه..... 99
المبحث الثاني : القوة الملزمة لقاعدة الإسناد 101
المطلب الأول : القاضي غير ملزم بتطبيق قواعد الإسناد تلقائيا 102
الفرع الأول : لايجوز تطبيق قواعد الإسناد تلقائيا :..... 102
الفرع الثاني : تطبيق قواعد الإسناد تلقائيا رخصة
وليس التزاما 105
ثانيا : القضاء المقارن الرافض للإلزام..... 108
1- القضاء الفرنسي (قاعدة الإسناد ملزمة في الحقوق غير
قابلة للتصرف..... 109
2- القضاء اللبناني يعتمد الازدواجية في معاملة قواعد الإسناد.....118
المطلب الثاني : القاضي ملزم بإعمال قواعد الإسناد..... 120
الفرع الأول : الفقه الغالب يثبت صفة الإلزام..... 120
الفرع الثاني : الرأي المثبت للإلزام يدعمه القضاء
والقانون المقارن 128
الفرع الثالث : إعمال القاعدة الإسناد تلقائيا لايتعارض مع مبادئ
الإجراءات 128
أولا : تطبيق قاعدة الإسناد ومبدأ حياد القاضي 129
1- موضوع الطلب القضائي..... 130

2- سبب الطلب القضائي 132
ثانيا : تطبيق قاعدة الإسناد وحقوق الدفاع 136
الفصل الثاني الآليات الفنية اللازمة لإعمال قاعدة الإسناد..... 141
المبحث الأول : التكييف..... 141
المطلب الأول : مفهوم التكييف 142
الفرع الأول : تعريف التكييف..... 142
الفرع الثاني : التكييف ذو نشأة قضائية 146
الفرع الثالث : أهمية التكييف 148
المطلب الثاني : المرجع في التكييف هو القانون الوطني..... 150
الفرع الأول : نظرية تطبيق قانون القاضي..... 151
أولا : أساس نظرية "Bartin" 152
ثانيا : نطاق النظرية 153
ثالثا : تأكيد النظرية والاختلاف في الأساس..... 154
الفرع الثاني : المشرع يعتمد نظرية "Bartin" 156
المبحث الثاني : الإحالة..... 161
المطلب الأول : مفهوم الإحالة..... 161
الفرع الأول : تعريف الإحالة..... 161
الفرع الثاني : الإحالة ذات نشأة قضائية 163
الفرع الثالث : أساس الإحالة 164
المطلب الثاني : موقف الفقه من الإحالة 167
الفرع الأول : الاتجاه الرافض للإحالة..... 167
الفرع الثاني : الاتجاه المناصر للإحالة..... 169
المبحث الثالث : المسائل الأولية 178
المطلب الأول : مفهوم المسائل الأولية 179
الفرع الأول : مضمون فكرة المسائل الأولية 179
الفرع الثاني : المسألة الأولية والآليات الفنية المشابهة 183
المطلب الثاني: قواعد الإسناد واجبة التطبيق على
المسائل الأولية..... 187

الفرع الأول : النظريات التقليدية تعتمد مبدأ عاما 188
الفرع الثاني : المنهج العملي التجريبي 197
الفصل الثالث : الرقابة على إعمال قاعدة الإسناد 203
المبحث الأول : الرقابة على المساس بالقوة الملزمة لقاعدة الإسناد..203
المطلب الأول : الرقابة على عدم تطبيق قاعدة الإسناد 204
الفرع الأول : حالة تمسك الخصوم بالعنصر الأجنبي 204
الفرع الثاني : عدم التمسك بالعنصر الأجنبي رغم ظهوره 205
المطلب الثاني : الرقابة على مخالفة المبادئ الإجرائية 206
الفرع الأول : مخالفة مبدأ حياد القاضي..... 207
أولا : تغيير موضوع الطلب القضائي 207
ثانيا : تغيير سبب الطلب القضائي..... 208
الفرع الثاني : مخالفة مبدأ احترام حقوق الدفاع..... 209
المبحث الثاني : الرقابة على الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد..... 210
المطلب الأول : الرقابة تشمل عناصر قاعدة الإسناد..... 211
الفرع الأول : الخطأ في التكييف 211
الفرع الثاني : الرقابة على الإسناد..... 214
أولا : الرقابة على إعمال ضابط الإسناد 215
ثانيا : الرقابة على تطبيق القانون المسند إليه..... 220
1- مخالفة شروط القانون المسند إليه :..... 220
2- الخطأ في تحديد نطاق القانون المسند إليه..... 221
الفرع الثاني : الرقابة تشمل جميع قواعد الإسناد..... 225
أولا : الرقابة تشمل نوعي قواعد الإسناد 225
1- الرقابة على تطبيق القاعدة المزدوجة :..... 225
2- الرقابة على تطبيق القاعدة المفردة :..... 226
ثانيا : الرقابة على قواعد الإسناد باختلاف مضمونها..... 228
الباب الثاني : تطبيق قواعد القانون الأجنبي..... 229
الفصل الأول : طبيعة القانون الأجنبي..... 231
المبحث الأول : الاختلاف حول طبيعة القانون الأجنبي 231

المطلب الأول : القانون الأجنبي واقعة 232
الفرع الأول : النظريات الفقهية 232
أولا : نظرية الحقوق المكتسبة 232
ثانيا : نظرية العنصر الواقعي..... 236
الفرع الثاني : القضاء المساند لتطبيق القانون الأجنبي كواقعة ... 240
أولا : القضاء الانجلوسكسوني (احترام الحقوق المكتسبة) 240
ثانيا : القضاء الفرنسي (القانون الأجنبي ذو طبيعة مزدوجة)..... 240
ثالثا : القضاء المصري (لقانون الأجنبي واقعة بسبب
الصعوبات العملية)..... 243
المطلب الثاني : للقانون الأجنبي صفة القانون..... 245
الفرع الأول : النظريات الفقهية 246
أولا : نظرية المجاملة الدولية 246
ثانيا : تجنيس القانون الأجنبي..... 248
1- نظرية الاندماج..... 248
2- نظرية القانون المحلي 251
ثالثا : نظرية التفويض..... 253
رابعا : طبيعة القانون الأجنبي مستقلة عن معاملته الإجرائية 254
الفرع الثاني : للقانون الأجنبي صفة قانون في القضاء..... 257
المبحث الثاني : موقف المشرع من طبيعة القانون الأجنبي..... 259
المطلب الأول : القانون الأجنب يذوطبيعة مزدوجة..... 260
المطلب الثاني : للقانون الأجنبي صفة القانون..... 262
الفصل الثاني المعاملة الإجرائية لقواعد القانون الأجنبي..... 265
المبحث الأول : إثبات مضمون القانون الأجنبي..... 266
المطلب الأول : عبء إثبات القانون الأجنبي..... 266
الفرع الأول :عبء الإثبات يتحمله الخصوم..... 267
أولا : الإثبات التزام على الخصوم..... 267
ثانيا : تشريعا تتحمل الخصوم عبء الإثبات..... 270
ثالثا : القضاء المساند لتحميل الخصوم عبء الإثبات..... 271

1- سلبية القاضي الأنجلوسكسوني تعفيه من الإثبات 271
2- تردد القضاء الفرنسي في إلزام القاضي بالإثبات 272
3- إعفاء القاضي المصري من الإثبات لاعتبارات عملية..... 277
الفرع الثاني : عبء الإثبات يتحمله القاضي..... 279
أولا : الفقه الغالب يؤكد إلزام القاضي بالإثبات..... 279
ثانيا : تشريعات تلزم القاضي بالإثبات..... 281
المطلب الثاني : وسائل إثبات القانون الأجنبي 287
الفرع الأول : حرية الإثبات واستعمال جميع الوسائل المتاحة..... 288
أولا : وسائل الإثبات الشفوية 289
ثانيا : وسائل الإثبات المكتوبة..... 291
الفرع الثاني : سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات 297
الفرع الثالث : وسائل تسهل للقاضي إثبات القانون الأجنبي 299
أولا : اللجوء إلى الإنابة القضائية..... 299
ثانيا : توفير الدولة للقوانين الأجنبية..... 302
ثالثا : عقد الاتفاقيات الدولية..... 307
المطلب الثالث : القانون المطبق عند استحالة
إثبات القانون الأجنبي 309
الفرع الأول : رفض الفصل في النزاع..... 310
الفرع الثاني : تطبيق قانون غير قانون القاضي..... 312
أولا : تطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتمدنة 312
ثانيا : تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي المختص..... 313
ثالثا : تطبيق القانون الأكثر ارتباطا بالنزاع 315
الفرع الثالث : تطبيق قانون القاضي 316
أولا : الاتفاق على قانون القاضي والاختلاف في تبريره..... 317
ثانيا : حجج الرأي..... 318
ثالثا : تطبيق قانون القاضي يعتبر حلا عادلا 319
رابعا : تشريعات أخذت بتطبيق قانون القاضي..... 319
1- القانون المقارن يأخذ بتطبيق قانون القاضي 319

2- تطبيق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي..... 320
المبحث الثاني : تحديد قواعد القانون الأجنبي المختص..... 323
المطلب الأول : تطبيق القانون الأجنبي كمنظومة قانونية 323
الفرع الأول : القوانين تختلف باختلاف الدول 324
الفرع الثاني : تطبيق القاعدةالقانونية الأجنبية بمصادرها 327
المطلب الثاني : نفاذ القواعد الموضوعية الأجنبية المختصة 330
الفرع الأول : سريان القواعد الموضوعية الأجنبية المختصة..... 330
الفرع الثاني : النطاق الزمني للقواعد الموضوعية الأجنبية..... 332
أولا : شروط قيام التنازع الزمني 333
ثانيا : كيفية حل التنازع الزمني..... 335
الفرع الثاني : دستورية القواعد الموضوعية الأجنبية المختصة 342
أولا : حالة الدولة التي لاتسمح برقابة دستورية القوانين..... 343
ثانيا : حالة الدولةالتي تسمح برقابة دستورية قوانينها..... 343
المبحث الثالث : تفسير قواعد القانون الأجنبي..... 347
المطلب الأول : القانون الواجب الإتباع في التفسير..... 348
الفرع الأول : تفسير القانون الأجنبي وفقا لقانون القاضي..... 348
الفرع الثاني : تفسير القانون الأجنبي وفقا لقانون دولته..... 349
أولا : ضرورة تطبيق قواعد التفسير الأجنبية..... 349
ثانيا : التشريعات المساندة لتطبيق قواعد التفسير الأجنبية 352
ثالثا : القضاء المساند لتطبيق قواعد التفسير الأجنبية..... 353
المطلب الثاني : كيفية تفسير القانون الأجنبي 354
الفرع الأول : حدود سلطة القاضي في تفسير القانون الأجنبي..... 355
أولا : سلطة القاضي في تقدير التفسير..... 355
ثانيا : التقيد بالحلول المستقرة في دولة القانون الأجنبي 355
الفرع الثاني : حالات تفسير القانون الأجنبي 361
أولا : القاعدة الأجنبية نص تشريعي..... 361
ثانيا : للقاعدة الأجنبية تفسير قضائي محدد 362
ثالثا : للقاعدة الأجنبية تفسيرات قضائية متضاربة..... 362

رابعا : عدم وجود نص قانوني أجنبي صريح 363
المبحث الرابع : استبعاد تطبيق قواعد القانون الأجنبي 364
المطلب الأول : مخالفة النظام العام 365
الفرع الأول : النظام العام أداة لاستبعاد القانون الأجنبي 366
الفرع الثاني : شروط الدفع بالنظام العام 368
الفرع الثالث : أثار الدفع بالنظام العام 369
المطلب الثاني : اختصاص القانون الأجنبي بواسطة الغش 374
الفرع الأول : الغش تحويل الإسناد إلى قانون غير مختص 374
أولا : الغش نحو القانون ذو نشأة قضائية 375
ثانيا : شروط الدفع بالغش نحو القانون 376
الفرع الثاني : أثارالدفع بالغش نحو القانون 379
الفصل الثالث : الرقابة على تطبيق قواعد القانون الأجنبي 383
المبحث الأول : اختلاف القانون المقارن في فرض الرقابة 384
المطلب الأول : رفض الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي 384
الفرع الأول : الفقه الرافض للرقابة 385
أولا : الحجج 385
الفرع الثاني : القضاء الرافض للرقابة 389
أولا : القضاء الفرنسي يرفض الرقابة كمبد أعام 389
ثانيا : القضاء الألماني يمنع من الرقابة قانونا 397
ثالثا : الرقابة تفتقر للسند القانوني في القضاء اللبناني 398
المطلب الثاني : فرض الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي 400
الفرع الأول : الفقه الداعم للرقابة 400
أولا : الحجج : 400
الفرع الثاني : القضاء المساند للرقابة 403
أولا : طبيعة القضاء الانجليزي تسمح بالرقابة 403
ثانيا : عموم النص يسمح بالرقابة في قضاء بعض الدول 404
ثالثا : القضاء التونسي يمارس الرقابة بنص القانون 406
المبحث الثاني : الرقابة في القانون الجزائري 407

المطلب الأول : اقتصار الرقابة على مسائل الأسرة 407
المطلب الثاني : الرقابة من خلال احترام المبادئ الإجرائية 412
الفرع الأول : الإخلال بمبدأ مبدأ الوجاهية 413
الفرع الثاني : الإخلال بمبدأ تسبيب الأحكام 414
الفرع الثالث : تشويه القانون الأجنبي 416
الفرع الرابع : الرقابة بعد النقض 418