الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة أكلي محند اولحاج/ البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية

(قوانين بعض الدول العربية أنموذجا)

تخصص: القانون الخاص

إعداد الطالبة:
حمادي خديجة

تحت إشراف:
أ. د / مخلوف كمال

لجنة المناقشة

- أ. د/ شيهاني سمير. أستاذ. جامعة البويرة. رئيسا
- أ. د/ مخلوف كمال. أستاذ. جامعة البويرة. مشرفا و مقررا
- أ. د / قتال حمزة. أستاذ. جامعة البويرة. ممتحنا
- أ. د / أيت منصور كمال. أستاذ. جامعة بجاية. ممتحنا
- د/ غجاتي فؤاد. جامعة البويرة. ممتحنا
- د/ موكه عبد الكريم. أستاذ محاضر أ. جامعة جيجل. ممتحنا

السنة الجامعية

2023 -2022

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

الشكر لله أولا على توفيقه وعونه في إنجاز هذا العمل
أتوجّه بالشكر والتقدير إلى الأستاذ الدكتور مخلوف كمال على إشرافه على هذه الرسالة، وعلى ما أبداه من نصح وإرشاد
والشكر موصول أيضا لأعضاء لجنة المناقشة كل باسمه على قبولهم مناقشة هذه الرسالة، وإتاحتهم الفرصة لي الاستفادة من علمهم وخبرتهم التي ستثري هذا البحث.
ونتقدم بالشكر أيضا لكل الأساتذة نخص بالذكر الأستاذ الدكتور أيت منصور كمال
والشكر موصول أيضا إلى كلّ من ساعدني في إنجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد

الإهداء

أهدي هذا الجهد العلمي إلى:

والدي الكريمين يحفظهما الله ويطيل في عمرهما

إخواني الأعزاء

كل من كان سندا لي في أحلك الظروف

كل من وسعهم قلبي ولم يذكرهم قلمي

مقدمة

إن ازدياد حركة تنقل الأشخاص والأموال بين الدول أدّى إلى ظهور معاملات وعلاقات يتخلّلها عنصر أجنبي، وذلك راجع لاختلاط الأجانب بالوطنيين ووجود تعاملات بينهم بسبب تعدّد مصالح وعلاقات الأفراد وازدياد ظاهرة الهجرة، الأمر الّذي يستدعي البحث عن قواعد قانونية تتولّى تنظيم هذه العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي بهدف حماية حقوق الأفراد من الضّياع، وخاصّة في مسائل الأحوال الشّخصية، حيث أنّ تطبيق القانون الجزائري على الأجانب يمكن أن يؤدّي إلى خلق مشاكل عدّة وضياع حقوق هؤلاء الأشخاص، وذلك نظرا للمصدر الدّيني للقانون الجزائري، خاصّة وأنّ مواضيع الأحوال الشّخصية مستمدّة من أحكام الشّريعة الإسلامية، ممّا يستوجب سنّ قواعد قانونية تنظّم هذا النّوع من العلاقات، وتسمّى هذه القواعد بقواعد الإسناد، بالتّالي متى كان القاضي الجزائري مختصّا بالنّظر في نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، تعيّن عليه الرّجوع لقواعد الإسناد في قانونه، والّتي تسنده إمّا لتطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي، وهو ما يسمّى بالطّبيعة المزدوجة لقواعد الإسناد.

تعتبر قاعدة الإسناد قاعدة قانونية يضعها المشرّع الوطني بهدف إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التّطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي[1]، وتتركّب من ثلاث عناصر أساسية؛ الفئة المسندة، وهي عبارة عن مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة الّتي وضع لها المشرّع ضابطا خاصا بها ليسندها به إلى قانون معين، أمّا العنصر الثّاني فهو ضابط الإسناد؛ حيث أنّ المشرّع لمّا صنّف المسائل القانونية المشتملة على عنصر أجنبي إلى فئات مسندة، قام بإسناد كلّ فئة منها إلى قانون معين عن طريق ضابط الإسناد، بالتّالي العنصر الثالث هو القانون المسند إليه، فضابط الإسناد هو أداة تربط بين الفئة المسندة والقانون المُسند إليه، فمثلا قاعدة الإسناد الّتي تنص على القانون الواجب التّطبيق على شكل التّصرّفات القانونية جعلت من بلد الإبرام ضابطا للإسناد[2].

تكتسي دراسة قواعد الإسناد المتعلّقة بالأحوال الشّخصية أهميّة قصوى، ذلك أنّ الأحوال الشّخصية هي المجال الخصب لتنازع القوانين، وذلك نظرا لتشعّب مواضيعها وتعلّقها بالنّظام العام الّذي يميّزها عن باقي المجالات، خاصّة وأنّ مصدرها في معظم الدّول يعود إلى الدّين السّائد في

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، ص67.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 68.

ذلك البلد. وفي القانون الجزائري والدّول العربية فإنّ مواضيع الأحوال الشّخصية مستمدّة من أحكام الشّريعة الإسلامية.

وتجدر الإشارة إلى أنّ التّشريعات لم تتّفق حول ما يمكن اعتباره من الأحوال الشّخصية وما يخرج عن نطاقها، وفي الجزائر يعتبر من مواد الأحوال الشّخصية؛ الحالة والأهلية، الزّواج وآثاره، انحلال الزواج والانفصال الجسماني، النسب، النفقة بين الأقارب، حماية القصر، الميراث، الوصية، الهبة والوقف، وقد خصّ المشرّع الجزائري المواد من 10 إلى 16 من القانون المدني للأحوال الشّخصية، وتطوّر الاهتمام بها بموجب تعديل سنة 2005، حيث تمّ إعادة النّظر في بعض الحلول لمشاكل تنازع القوانين، وأدرجت في النّص قواعد إسناد لمواضيع جديدة، ويظهر اهتمام المشرّع الجزائري أكثر بمجال الأحوال الشّخصية؛ من خلال إسناده هذه المواضيع لقانون الجنسية، ذلك على أساس أنّه أفضل قانون يطبّق على الجزائريين حتى ولو كانوا خارج الوطن، حيث انطلق المشرّع من فكرة إحاطة الأحوال الشّخصية بطابع حمائي، إلّا أنّه قد يثير الحلّ المعتمد عدّة إشكاليات تعرقل العلاقات الخاصّة ذات البعد الدّولي.

بناء على المعطيات السّابق الإشارة إليها، يتبيّن أنّ موضوع الأحوال الشّخصية في مجال القانون الدّولي الخاص؛ يعدّ من أكثر المواضيع الّتي هي بحاجة إلى دراسة ومناقشة وتحليل، لارتباطه مباشرة بالأشخاص وديانتهم ومعتقداتهم، وتتجلّى أهمية هذه الدّراسة في توضيح مدى اهتمام المشرّع الجزائري بمجال الأحوال الشّخصية، والّتي أحاطها بطابع حمائي، ويظهر ذلك من خلال إصراره على تطبيق القانون الجزائري كلّما سنحت الفرصة لذلك، اعتقادا منه على أنّه أفضل قانون يطبّق على الجزائريين حتّى وإن كانوا خارج بلدهم، وكذلك توضيح مختلف الإشكالات الّتي قد يثيرها هذا الحلّ المعتمد من قبل المشرّع الجزائري في العلاقات الخاصّة ذات البعد الدّولي، وكذا موقف القوانين العربية في هذا المجال.

وتمّ اختيار هذا الموضوع لأسباب عدّة؛ أوّلها الرّغبة الشّخصية في الخوض في مجال القانون الدّولي الخاص نظرا لطبيعة مواضيعه وأهمّيتها، وكذلك نظرا للأهمّية البالغة للموضوع وارتباطه بمجال الأحوال الشّخصية ومعرفة الحلول المختلفة المعتمدة في القوانين المقارنة وبالخصوص القوانين العربية، وذلك عن طريق تحليل النّصوص القانونية الّتي نص عليها المشرّع الجزائري

والقوانين العربية المتعلّق بقواعد تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشّخصية، وأيضا لقلّة الدّراسات الوافية للموضوع تفصيلا وتعمّقا.

وتهدف الدّراسة إلى:

- إثراء المكتبة الجزائرية بأطروحة جامعية من أجل استفادة الباحثين منها، ممّا يعطيهم فرصة للإضافة واستكمال النّقائص، خاصّة وأنّ القانون سريع الحركة والتّأثّر بالمتغيّرات.
- إبراز موقف المشرّع الجزائري في سعيه لحماية مجال الأحوال الشّخصية والإشكالات الّتي قد تُثار بشأن ذلك.
- البحث عن الحلول المناسبة والملائمة الّتي تحقّق مصلحة الأشخاص وتحافظ على حقوقهم، وذلك من خلال البحث في ثنايا القوانين المقارنة خاصّة العربية منها وكذلك الاجتهادات الفقهية.

ومن الصّعوبات الّتي واجهتنا في إعداد هذا البحث؛ ندرة المراجع المختصّة في موضوع الدّراسة، وحتّى وإن وُجدت فهي تعالج موضوع القانون الدّولي الخاص كأصل عام، وكذلك تعقّد الموضوع وتشعّب المسائل المعالجة فيه، بالإضافة إلى ندرة التّطبيقات القضائية المتعلّقة بهذا الموضوع.

بالنّسبة للدّراسات السّابقة؛ فإنّ موضوع " وضعية الأحوال الشّخصية في تنازع القوانين (قوانين الدول العربية أنموذجا)"، لم يُبحث بحثا كافيا دقيقا متخصّصا يجمع شتات مسائله، وقد أشارت إليه بعض الدّراسات جزئيا، ونجد في هذا المقام:

- مداخلة للأستاذ أيت منصور كمال بعنوان"وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية"، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية.
- مقال للأستاذ أيت منصور كمال بعنوان " إشكالية القانون الواجب التّطبيق على الانفصال الجسماني والتبني".
- موشعال فاطيمة،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص بعنوان"دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين".

- حمادي عبد الفتاح، مقال بعنوان " آلية الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية – التبني والانفصال الجسماني نموذجا–".
- موكه عبد الكريم، مقال بعنوان "دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري".

واستنادا لما سبق؛ يتمحور الموضوع في البحث عن مدى فعالية و ملاءمة قواعد الإسناد المتعلّقة بالأحوال الشّخصية للحفاظ على مصالح الأشخاص والحقوق المكتسبة في إطار العلاقات الخاصّة ذات البعد الدّولي؟

للإجابة عن هذه الإشكالية سيتمّ اتّباع منهجين أساسيين؛ المنهج المقارن، حيث استلزمت الدّراسة إجراء مقارنة بين ما هو وارد ضمن قواعد الإسناد في القانون الجزائري وتلك الّتي في القوانين العربية من أجل توضيح الاختلافات وتباين المواقف، ومنه الوصول إلى أفضل حلّ تمّ اعتماده من بين هذه الدّول، و المنهج التّحليلي الّذي يعتمد أساسا على التّحليل الدّقيق للنّصوص القانونية الّتي تهمّنا في هذا البحث، ويشمل ذلك النّصوص القانونية الوطنية والعربية، مع الاستعانة بالمنهج الوصفي.

وعليه يتمّ تقسيم هذا البحث كما يلي:

الباب الأوّل: إحاطة الأحوال الشّخصية بقواعد إسناد ذات طابع حمائي.

الباب الثّاني: إشكالات الطّابع الحمائي لقواعد الإسناد في مجال الأحوال الشّخصية.

الباب الأول

إحاطة الأحوال الشخصية بقواعد إسناد ذات طابع حمائي

إنّ مجال الأحوال الشّخصية مجال حسّاس لتعلّقه مباشرة بالأشخاص و حالتهم وحياتهم الشّخصية، بالإضافة إلى أنّ مواضيعه مستمدّة من أحكام الشّريعة الإسلامية في الجزائر والدّول العربية، ممّا يجعلها تتعلّق أيضا بالنّظام العام، لذلك أولى لها المشرّع أهمّية بالغة حيث سعى لحماية هذا المجال والطّرف الجزائري حتى وإن كان في الخارج، واعتمد في ذلك على بعض القواعد الخاصّة لحماية الأحوال الشّخصية (الفصل الأوّل)، والمتمثّلة أساسا في إسناد مواضيع الأحوال الشّخصية لقانون الجنسية على أساس أنّه أفضل قانون يطبّق على الجزائريين حتّى وإن كانوا في الخارج (المبحث الأوّل)، كما اعتمد المعيار الزّمني في حلّ مشكلة التّنازع المتغير (المبحث الثاني)، بالإضافة إلى تقرير قاعدة إسناد ذات طابع أحادي (المبحث الثالث)، وهذه هي أهمّ القواعد الخاصّة المقرّرة لحماية مجال الأحوال الشّخصية و الّتي نتطرّق إليها من خلال الفصل الأوّل للباب الأوّل.

إلى جانب الأحكام الخاصة الّتي اعتمدها المشرّع لحماية مجال الأحوال الشّخصية، تستفيد هذه الأخيرة أيضا من تطبيق الأحكام الّتي توصّل إليها فقه وقضاء القانون الدولي الخاص في إطار حماية العلاقات الخاصّة ذات البعد الدولي، وتم تكريسها في مختلف تشريعات تنازع القوانين وفق ما تتطلّبه المصالح الخاصّة، وتتمثّل هذه الأحكام في إعمال الإحالة من الدرجة الأولى، و آلية الدّفع بالنّظام العام، وندرسها في مبحثين في الفصل الثاني للباب الأول.

الفصل الأوّل

أهمّ قواعد الإسناد الخاصّة المُقرَّرة لحماية مواضيع شؤون الأسرة

يعتبر مجال الأحوال الشّخصية مركز اهتمام المشرّع عند وضعه لقواعد الإسناد، حيث خصّ لها المواد من 10 إلى 16 من القانون المدني الجزائري، ذلك أنّها مرتبطة بالنّظام العام والمبادئ الّتي يقوم عليها كل مجتمع، بالإضافة إلى مصدرها الدّيني.

ويظهر اهتمام المشرّع الجزائري أكثر بمجال الأحوال الشّخصية؛من خلال إسناده هذه المواضيع لقانون الجنسية (المبحث الأول)، ذلك على أساس أنّه أفضل قانون يطبّق على الجزائريين حتى ولو كانوا خارج الوطن، وكذلك اعتماده الظرف الزّمني في حل مشكلة التّنازع المتغير (المبحث الثاني)، بالإضافة إلى تقرير قاعدة إسناد ذات طابع أحادي (المبحث الثالث).

المبحث الأوّل

إخضاع الأحوال الشّخصيّة لقانون الجنسيّة

اختلفت التّشريعات في تحديد ضابط الإسنادْ الخاصّ بطائفة الأحوال الشّخصيّة، فبعضها يُسنِدها لقانون الجنسيّة وبعضها يُنيطها بقانون الموطن وكلّ له مُبرِّره، إلّا أنّه يُمكن التَّوفيق بينهما نظرا للمزايا الّتي يتّصف بها كلّ من الضّابطين (مطلب أوّل)، وتعتبر الجنسيّة من أبرز ضوابط الإسناد المعتمد عليها في حلّ إشكاليّة تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشّخصيّة، وبصورة خاصة في التّشريعات العربيّة الّتي يغلب فيها المصدر الدّيني لمسائل الأحوال الشّخصيّة ومن بينها التّشريع الجزائري (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل

المُفاضلة بين ضابط الجنسيّة وضابط الموطن في مجال الأحوال الشّخصيّة وإمكانيّة التّوفيق بينهما.

عدّة حجج قدّمها كلٌّ من أنصار ضابط الجنسيّة (فرع أوّل) وضابط الموطن (فرع ثاني) ليبرّر كلّ منهم أنّ الضّابط الّذي يجسدّه أصلح لحكم الأحوال الشّخصيّة، غير أنّ هذه الحجج لا يمكن أن تكون مطلقة في مواجهة كلّ ضابط، بل لكلّ منهما مزاياه ومن الصّعب تفضيل ضابط على آخر بالتّالي من الأوفق التّوفيق بينهما (فرع ثالث).

الفرع الأوّل

حُجج أنصار ضابط الجنسيّة

لقد أخذ بضابط الجنسيّة القانون المدني الفرنسي القديم، كما أخذ به القانون المدني الجديد، وأخذت به أغلب الدّول الأوروبيّة والبلدان العربيّة، ومن أظهر مؤيّدي قانون الجنسيّة من الفُقهاء مانشيني في إيطاليا بييه وباتيفول في فرنسا[1]، وقد استند أنصار قانون الجنسيّة إلى عدّة حجج لبيان أفضليّة الجنسيّة على الموطن تتمثّل فيما يلي:

إنّ الأخذ بضابط الجنسيّة يَضمن استقرار الأحوال الشّخصيّة وثباتها، خلافا لما عليه الحال بالنّسبة للموطن حيث يسهل للشّخص تغييرُه، بالتّالي يصعب معرفة الدّولة الّتي ينتمي إليها، وعليه مادام أنّ تغيير الشّخص لموطنه أيسر وأكثر من تغييره لجنسيّته، كان ضابط الجنسيّة أفضل من ضابط الموطن بوصفه أكثر استقرارا، كما يُقلِّل من فرص التّغيير الإرادي لضابط الإسناد أي الغشّ نحو القانون[2].

[1] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص58.

[2] محروق كريمة، تنازع القوانين في الأحوال الشخصية وفق القانون والقضاء الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2020، ص 80.

تتمثّل حُجّة المدرسة الإيطالية الحديثة بزعامة مانشيني، في أنّ الدّولة تمنح قوانين الأحوال الشّخصيّة لرعاياها دون سواهم من الأجانب، ويجب أن تتبع هذه القوانين رعاياها أينما انتقلوا، وهي لا تتبعهم خارج الدّولة إلّا إذا ارتبطت بجنسيّتهم، حيث كانت تقول أنّ القوانين على العموم هي المرآة الّتي تعكس أخلاق الرّعايا وتقاليدهم ومشاعرهم[1].

ليس هناك أحسن من الجنسيّة كعامل إسناد للأحوال الشّخصيّة، كون أنّ الغرض من الزّواج هو تكوين أسرة، وهذه الأخيرة تعتبر الخليّة الأولى للمجتمع بالتّالي فهي تهمّ البلد الّذي ينتمي إليه الزّوجان بجنسيّتهما أكثر ممّا تهمّ البلد الأجنبي الّذي تكون الصُدفة قد لعبت دورها في إيجادهم فيه[2].

إنّ الأخذ بقانون الجنسيّة؛ يغرس في نفوس رعايا الدّولة الّتي ينتمون إليها بجنسيّتهم الشّعور بقوميّتهم ويجعلهم يتعلّقون بوطنهم الّذي يحملون قانونه أينما ذهبوا، كما أنّ كلّ دولة تهتمّ براعاياها في الخارج لاسيما حماية حقوقهم بواسطة سفاراتها وقنصليّاتها، فمن حقّ هؤلاء أن يرجعوا في كلّ تصرّفاتهم إلى سفارات دولتهم وقنصليّاتها لتدافع عن حقوقهم وتحميهم، لكن لو انصهروا في قانون موطنهم الجديد لانْقطعت صِلتهم بهذه السّفارات والقنصليّات، والدّليل على ذلك هو أنّ البلدان الّتي تعتنق قانون الموطن؛تعطي مع ذلك لمواطنيها الحقّ في اللّجوء إلى سفاراتها وقنصليّاتها في الخارج للقيام بتصرّفاتهم طبقا لقانون موطنهم، ففي هذه الحالة يكون قانون جنسيّتهم هو الّذي يُطبَّق دون قانون موطنهم[3].

يعتبر قانون الجنسيّة القانون الوطني للشّخص، بالتّالي فهو الأكثر تكيُّفا من غيره مع مزاج من وضع من أجلهم من الرّعايا، ما يجعلهم يفضِّلون اللُّجوء إلى أحكامه أكثر من رغبتهم في اللّجوء إلى قانون الموطن أو إلى قانون آخر[4].

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

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص203.

[3] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 58.

[4] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 203.

إنّ الدّولة تضع قانون جنسيّتها بناءا على القيّم والعقائد والدّيانة والطّوائف المختلفة الّتي تسود في مجتمعها، لذلك يقال أنّ قانون الجنسيّة يأتي انعكاسا للقيّم السّائدة في الدّولة، وعلى هذا الأساس كان من الطّبيعي أن تتبع هذه القوانين مواطني هذا المجتمع أينما ذهبوا كونها الأنسب لحكم أحوالهم الشخصية[1].

الفرع الثّاني

حجج أنصار ضابط الموطن

يرى أنصار قانون الموطن أنّ هذا الأخير هو أفضل من الجنسيّة ويستندون إلى الحجج التّالية:

أنّ الشّخص يتأثّر أكثر بالبيئة الّتي يعيش فيها، فهي المكان الّذي يُباشر فيه حقوقه ونشاطاته ومصالحه، فمن الطّبيعي أن يكون ارتباطه بهذا المكان أقوى من ارتباطه بالدّولة الّتي ينتمي إليها بجنسيّته، خاصّة إذا كان الشّخص لا تصله علاقات بدولته الّتي ينتمي إليها بجنسيّته ولا يعرف حتّى عادات وتقاليد ذلك المجتمع، بل أنّه اندمج أكثر في مجتمعه الجديد، لذلك من الطّبيعي أن يخضع الشّخص في أحواله الشّخصيّة إلى قانون موطنه ولو كان أجنبيًّا، وخير وسيلة حتّى لا يبقوا مُهَمَّشِين ويَضلّون دائما أجانب، هي أن تُطَبّق قوانين دولة الإقامة على أحوالهم الشّخصيّة[2].

أنّ توحيد موطن الأسرة في حالة اختلاف جنسيّة الزّوجين سهلا، إذ أنّ موطن الزّوجة والأولاد القُصَّر هو موطن الأب، في حين أنّ جنسيّته قد لا تكون هي جنسيّتهم، بالتّالي فإنّه من العسير توحيد جنسيّة الأسرة[3].

---

[1] المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص: دراسة مقارنة بالتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط.2، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص 109.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الجزء الأول، ط.2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص 138.

[3] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 58.

أنّ الأُسس الدّيمغرافية تلعب دورا حاسما في تطبيق قانون الموطن، إذ أنّ الدّول الّتي يتوطّنها أفراد من مختلف الجنسيّات؛ من مصلحتها تطبيق قانون الموطن لتحقّق اندماجهم وانسجامهم في المجتمع، حيث أخذ بهذا القانون كلّ من المشرّع الأمريكي والانجليزي والكندي والسويسري، كما أنّ فكرة الموطن الأصلي في القانون الانجليزي هي أقرب للجنسيّة منها من الموطن، حيث يلازم الموطن الأصلي الفرد أينما يذهب حتّى يكتسب موطنا جديدا يعرف بالموطن الاختياري[1].

من الأفضل أن يتعامل المواطنون مع الأجانب المقيمين معهم في إقليمهم على أساس قانون الموطن، حتى لا يتفاجؤوا بقانون لا يعرفون أحكامه في حالة ما إذا كان قانون جنسيّة هؤلاء الأجانب خفّي ويقضي بأحكام غريبة، خاصّة فيما يتعلّق بنقص الأهليّة أو بانعدامها[2].

قانون الموطن أفضل من قانون الجنسيّة من جهة مصلحة القاضي ومصلحة الدّولة، فمن السّهل أن يجري حكم قانونه الّذي يعرفه حقّ المعرفة بدلا من البحث عن القانون الأجنبي الواجب التّطبيق، ويكون الأمر أكثر صعوبة إذا كان الأجانب من دول مختلفة ومتعدّدة أين يجب على القاضي أن يرجع إلى قانون كلّ منهم، وفيما يخصّ مصلحة الدّولة فلو طبّق على كلّ أجنبي قانون جنسيّته في بلد يكثر فيه الأجانب؛ لضاق مجال تطبيق القانون الوطني إلى حدّ كبير، وفي ذلك ضرر لسيادة الدّولة وسيادة قانونها في إقليمها[3].

جرى العرف على تطبيق قانون الموطن منذ القدم، وقد جرّب كثيرا وتبيّن أنّه أكثر تماشيا مع حاجات الأفراد، حيث تمّ تكريسه أيضا في العصور الوسطى، بالإضافة إلى ذلك استقرّ الفِقه والقضاء على اعتماد قانون الموطن بالنّسبة لعديمي الجنسيّة حيث لا يستقيم اعتماد قانون الجنسيّة بالنّسبة لهذه الفِئة، فضلا عن صعوبة تحديد قانون الجنسيّة الواجب التّطبيق في حالة تعدّدها[4].

[1] المصري محمد وليد، المرجع السابق، ص 109.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 58.

[3] علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 59.

[4] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 138.

قد يكون إعمال قانون الجنسيّة سهلا في البلدان الّتي توحّد فيها القانون، غير أنّ تطبيقه يكون عسيرا في الدّول الّتي لم تقنّن قوانينها كإنجلترا، أو تكون قوانينها غير موحّدة كالولايات المتّحدة الأمريكية[1].

لم يسكت أنصار ضابط الجنسيّة عند هذا الحدّ، بل ردّوا على بعض حجج أنصار قانون الموطن بقولهم أنّه إذا كانت هناك أسر تختلف جنسيّتها فهناك أسر يختلف أيضا موطنها، بالتّالي ليس من الضّروري أن ترتبط الأسرة بقانون الموطن حتّى تكون خاضعة كلّها لقانون واحد[2]، وبالنّسبة للمهاجرين إذا كان صحيحا أنّ قانون الموطن أصلح لهم فإنّ ذلك لا يصدق إلّا على المهاجرين الّذين استقرّوا نهائيا في موطنهم الجديد، حيث يمكن أن ينتقل المهاجرون من إقليم إلى آخر دون استقرارهم في أحدها، وفي ذلك من مصلحتهم أن تسري عليهم أحكام قانونهم الوطني كي لا تتغيّر أحوالهم الشّخصيّة كلّما انتقلوا إلى موطن جديد، أمّا بالنّسبة لإمكانيّة تفاجئهم في حالة تطبيق قانون الجنسيّة؛ فإنّ إعمال ضابط الموطن من شأنه أن يُرتّب مفاجآت غير سارّة أكثر من ضابط الجنسيّة، ويستشهدون على ذلك بالأحكام القضائية العديدة[3].

الفرع الثّالث

إمكانية التّوفيق بين ضابط الجنسيّة وضابط الموطن

على أساس الحجج الّتي قدّمها كلّ من أنصار ضابط الجنسيّة و ضابط الموطن من الصّعب تفضيل ضابط على آخر، فهي حجج لا تتمتّع بقيمة مطلقة ولكلّ منها محاسنها ومساوئها سواء من النّاحية النّظرية أو العملية، بالتّالي فإنّ تفضيل قانون الجنسيّة أو قانون الموطن مسألة نسبيّة تتوقّف على الظّروف التّاريخية والاجتماعية والاقتصادية السّائدة في كلّ دولة، ففي الدّول الأوروبيّة خلال العصور الوسطى كان لكلّ مقاطعة أو مدينة قانونها الخاص ونظامها المتميّز، ممّا سهّل تبنّي قانون الموطن لعدم وجود ضابط آخر غيره، غير أنّ مدلول الموطن في ذلك الوقت يقترب من رابطة الجنسيّة في معناه الاجتماعي ووظيفته القانونيّة، حيث كان لا يمنح

[1] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 139.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 59.

[3] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 59.

للأجانب موطن قانوني إلّا بشروط معيّنة، وبعد توحيد إقليم الدّولة سياسيا تحت سلطة الملك ظهرت فكرة الجنسيّة وحلّت محلّ رابطة الموطن[1]، وفضلا عن ذلك بالنّسبة لقوانين الدّول الّتي تأخذ بضابط الموطن حاليا مثل إنجلترا يتمّ التّمييز فيها بين موطن الأجنبي الّذي يأخذ حكم الموطن في القوانين الأخرى، وموطن المواطن الّذي يسمّى الموطن الأصلي ويقترب من مفهوم الجنسيّة ومن الصعب إسقاطه عن المواطن الانجليزي حتّى ولو غيّر محلّ إقامته إلى الخارج[2].

تدخل في تفضيل ضابط الجنسيّة أو ضابط الموطن عدّة اعتبارات، قد تكون اجتماعية، اقتصادية، دينية، تاريخية، سياسية وغيرها، ففي الدّول الّتي تكون فيها الدّيانة هي المصدر الّذي يتمّ الرّجوع إليه في مسائل الأحوال الشّخصيّة لاسيما الزّواج، كالدّول العربيّة فإنّه من المفروض الأخذ بقانون الجنسية، حيث ينبغي أن يخضع الشّخص في مسائل الأحوال الشّخصية إلى قانونه الدّيني أينما كان، وأنّ الدّولة الّتي ينتمي إليها بجنسيّتها يقع عليها واجب حماية اعتقاده بجعل قانونها ذي الصّبغة الدّينية يُطبَّق عليه أينما كان[3].

ويرى الأستاذ علي علي سليمان أنّه إذا كانت الدّولة كثيفة السّكان وتصدر رعاياها إلى الخارج بنسبة أعلى من الأجانب الّذين يهاجرون إليها كألمانيا وإيطاليا، فإنّه يكون من الأفضل لها أن تسند الأحوال الشّخصيّة لقانون الجنسيّة ليضلّ رعاياها مرتبطين بها ارتباطا قانونيا، ويقومون بالدّعاية لها ونشر ثقافتها دون أن يكون هناك خطر على قانون الدّولة الإقليمي إذا طبق على الأجانب ماداموا قلّة ضئيلة، وعلى العكس من ذلك، كلّما كانت الدّولة فقيرة في عدد سكّانها محتاجة إلى استيراد اليد العاملة والعنصر الفنّي من الخارج كالبلدان العربيّة المختلفة، فيكون من مصلحتها أن تسند الأحوال الشّخصيّة لقانون الموطن لاسيما إذا كانت لا تصدر رعاياها إلى الخارج إلّا بنسبة قليلة.[4] غير أنّه يجب التّنويه بأنّ هذه القاعدة لا تصدق دائما، حيث أنّه هناك دول كثيرة السّكان إلّا أنّها أخذت بقانون الموطن لاعتبارات تاريخية، كإنجلترا مثلا متأثّرة في ذلك بما ورثته من تقاليد منذ العهد الإقطاعي، كذلك هناك دول كثيرة السّكان و يتوطّنها الكثير من

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 140.

[2] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 140.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 205.

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

الأجانب ومع ذلك أخذت بقانون الجنسيّة كفرنسا مثلا، وفي المقابل هناك دول مزجت بين القانوني نكبولونيا، حيث يطبّق على رعاياها في الداخل قانون الموطن الداخلي ويطبّق على رعاياها في الخارج قانون الجنسيّة الّذي يفوّض الحكم لقانون الموطن الداخلي[1].

ويرى الفقيه الفرنسي باتيفول –وهو من أنصار قانون الجنسيّة– أنّه يُستحسن التّوفيق بين النّظامين ولا يكون من الأجدر الأخذ بأحدهما دون الآخر، وقد أخذت الدّول الّتي اعتمدت قانون الجنسيّة لربط الأحوال الشّخصيّة، تفسح المجال لتطبيق قانون الموطن بالنّسبة للأسرة المتعدّدة الجنسيّات وكذا عديمي الجنسيّة، كما أنّ بلاد شمال أوروبا تتطلّب لتطبيق قانون الموطن أن يستمرّ التوطن مدّة كافية وإلّا يطبّق قانون الجنسيّة[2]، كما أقرّت اتّفاقيات ثنائيّة بين بريطانيا وسوريا وبين الولايات المتّحدة الأمريكية والعراق تكريس قانون الجنسيّة رغم أنّ كلّ من بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية تأخذان بقانون الموطن فضلا على أنّ القانون الإنجليزي يعرف اصطلاح الموطن الأصلي الّذي يقترب كثيرا من فكرة الجنسيّة ويصعب إسقاطه على الشّخص[3].

وفي رأينا أنّ التّوفيق بين ضابطي الجنسية والموطن أمر ضروري، فلكلّ واحد منهما مزاياه ومساوئه فلا يمكن الاعتماد على واحد منهما بصفة مطلقة وتجاهل الثّاني رغم مزاياه، بالتّالي من الأجدر الاعتماد على ضابط الجنسيّة كأصل نظرا للمصدر الدّيني للأحوال الشّخصية في الجزائر، وفي المقابل الاستعانة بضابط الموطن في حالة تعثّر تطبيق ضابط الجنسيّة.

المطلب الثّاني

مدى تكريس المشرّع الجزائري لضابط الجنسيّة في مجال الأحوال الشّخصيّة

إنّ المصدر الدّيني للأحوال الشّخصيّة وتنوّع مواضيعها وحساسيّتها، جعلها الموضوع الخصب لتنازع القوانين حول القانون الملائم الواجب التّطبيق عليها، وكلّ دولة خصّتها بضابط إسناد وفقا للمعايير الّتي تساير الظّروف الاجتماعية والتاريخية والاقتصادية والدّينية والسّياسية

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 140.

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

[3] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 141.

السّائدة فيها، وبالنّسبة للمشرّع الجزائري على غرار الدّول العربيّة فقد أسندها لضابط الجنسيّة، وقد خصّ قواعد الإسناد الخاصّة بهذا المجال من المادة 10 إلى المادة 16 من القانون المدني.

الفرع الأوّل

القانون الواجب التّطبيق على الحالة المدنية والأهلية.

أوّلا: الحالة المدنيّة الفرديّة

حالة الشّخص الطّبيعي هي جملة الصّفات الّتي تحدّد ذاته ومركزه من أسرته ودولته، وهذه الصّفات تقوم على أسس من الواقع ككونه ذكر أو أنثى أو قاصر أو راشدا، أو على أسس من القانون كالزّواج والجنسيّة[1].

وعلى هذا الأساس فإنّ الحالة تشمل معنيين، فالمعنى الأوّل هو الحالة العامّة يتعلّق ببيان مركزه من دولته والّتي تحدد عن طريق الجنسيّة، وهذه تخرج من مجال تنازع القوانين، لأنّ كلّ دولة تنفرد ببيان وطنيّوها بموجب قانون جنسيّتها[2]، أمّا المعنى الثّاني يُقصد به الحالة الخاصّة أي الحالة المدنية؛ وهي مجموعة الصّفات المتعلّقة به مثل كونه ذكر أو أنثى ، كامل أو ناقص الأهلية أو عديمها، متزوّجا أو عزابا، أبا أو ابنا، وتشمل كذلك الاسم واللّقب، الموطن وغيرها من الصّفات، وفي البلاد الإسلامية والّتي تعطي أهميّة للدّين تختلف الحالة الشّخصيّة فيها باختلاف الأديان إذ تشمل حالة الشّخص صفته الدّينية، فحالة المسلم غير حالة المسيحي أو اليهودي[3].

تخضع الحالة المدنية للشّخص في الدّول الأنجلوسكسونية وبعض دول أمريكا اللاّتينية لقانون الموطن[4]، أمّا بالنّسبة للدّول اللاّتينية وقوانين البلاد العربيّة كمصر مثلا والمغرب تخضع فيها حالة الشّخص الطّبيعي وكلّ ما يتعلّق بها منذ ولادته حتّى وفاته لقانون الجنسيّة، غير أنّه إذا كان

---

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالدول العربية، الجزء الأول: تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 136.

[2] محروق كريمة، المرجع السابق، ص 95.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 136.

[4] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 136.

قانون الجنسيّة في هذه الحالة مخالف للنّظام العام في بلد القاضي فيكون لهذا الأخير حينئذٍ أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي[1].

والمُشرِّع الجزائري على غرار الدّول العربيّة؛ أسند الحالة المدنية الفردية لقانون الجنسيّة، حيث نصّ في المادّة 1/10 من القانون المدني على: " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"[2].

بالتّالي يسري على الحالة المدنيّة الفرديّة للجزائريّين القانون الجزائري حتّى ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبيّة، وفي المقابل إذا تعلّق الأمر بأجنبي فيطبّق عليه قانونه الوطني.

ثانيا: الأهليّة

يُقصد بالأهليّة صلاح الشّخص لكسب الحقوق وتحمّل الالتزامات ومباشرة التّصرّفات القانونيّة، ومن هذا التّعريف، يتبيّن أنّ الأهليّة تنقسم إلى أهليّة وجوب؛ وهي صلاحية الشّخص لكسب الحقوق وتحمّل الالتزامات، وأهليّة الأداء؛ وهي صلاحية الشّخص في أن يباشر بنفسه التّصرّفات القانونيّة الّتي يكون من شأنها أن تكسبه حقّا أو أن تحمِّله التزامات على وجه يعتدّ بها قانونا[3].

يتبيّن من خلال هذا التّعريف أنّ الأهليّة الّتي يقصدها المشرِّع في المادّة 10 من القانون المدني هي أهليّة الأداء، لأنّ أهليّة الوجوب يتمتّع بها الشّخص منذ ولادته، وقد نصّ في هذه المادّة على الأصل والاستثناء.

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 64.

[2] المادة 10 من الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.

[3] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص152.

1. الأصل: إخضاع الأهلية لقانون الجنسية

أخضع المُشرّع الجزائري –على غرار التّشريعات العربيّة– الأهليّة لقانون الجنسيّة، ويستخلص ذلك من المادة 1/10 من القانون المدني[1]، والمقصود بالأهليّة هنا أهليّة الأداء وتعتبر من أهمّ المواد في الأحوال الشّخصيّة، وقد اختلفت النُّظم القانونيّة بشأن عوامل تحديدها لاسيما الاختلاف في تحديد سنّ الرُّشد، فهو محدّد 18 سنة في فرنسا وسوريا والعراق، و 19 سنة في القانون الجزائري، و 20 سنة في القانون التّونسي، و 21 سنة في القانون الألماني والمصري، و23 سنة في القانون الهولندي والإسباني، و 25 سنة في القانون الدانمركي والمكسيكي[2]، بالتّالي فإنّ قانون الجنسيّة الّذي يطبّق على أهليّة الشّخص هو الّذي يحدّد كمال أهليّة الشّخص أو نقصها أو انعدامها، كما يحدد أيضا عوارض الأهليّة كالجنون والسّفه والعته، وكذا التّصرّفات الّتي يمكن لعديم الأهليّة القيام بها بمفرده والّتي لا يجوز له ذلك ومتى يمكن رفع الحجر عليه، كما يحدّد الأشخاص الّذين لهم الحقّ في الطّعن في التّصرّفات الّتي يقوم بها ناقص الأهليّة، بالإضافة إلى الجزاءات الواردة على عدم احترام القواعد المتعلّقة بعديم الأهليّة كالبطلان بأنواعه[3].

وتكمن الغاية من إسناد أهلية الأداء للقانون الوطني للشّخص في حماية هذا الأخير.

2. الاستثناء: إخضاع الأهلية لقانون القاضي

تنصّ المادّة 2/10 من القانون المدني الجزائري:" 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"[4].

---

[1] يقابلها في بعض قوانين الدول العربية: المادة 1/11 قانون مدني مصري، المادة 1/12 قانون مدني أردني، المادة 1/18 من القانون المدني العراقي، المادة 1/24 قانون مدني يمني.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالدول العربية، المرجع السابق، ص 140.

[3] شريقي نسرين و سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 54.

[4] المادة 2/10 من الأمر رقم 75–58 السالف الذكر.

طبقا لهذا النّص المستثنى من الأصل والّذي يقضي بإخضاع الأهليّة لقانون الجنسيّة، فإنّه واستثناءا تخضع لقانون القاضي إذا استوفت بعض الشّروط والمتمثّلة في:

1. أن يكون التّصرّف الّذي قام به الأجنبي يدخل في نطاق التّصرّفات المالية، فتخرج بذلك التّصرّفات المتعلّقة بالأحوال الشّخصيّة من نطاق هذا الاستثناء، كعقد الزّواج مثلا لايطبّق بشأنه قانون القاضي وإنّما تطبّق القاعدة العامّة بدلا منه.
2. أن يبرم التّصرّف في الجزائر وينتج آثاره فيها، بحيث لا يكفي أن يتمّ التّصرّف في الجزائر ثمّ ينتج آثاره خارجها والعكس صحيح، بل لابدّ من تلازم الأمرين معا وحصولهما في الجزائر معا، ولم يشترط نصّ المادّة العاشرة صراحة الجنسيّة الجزائرية للمتعاقد مع الأجنبي، إلّا أنّه يفهم ذلك بمفهوم المخالفة لعبارة " إذا كان أحد الطّرفين أجنبيا"، وفي المقابل فإنّ الفِقه المصري يذهب إلى خلاف ذلك في تفسيره للعبارة نفسها والواردة في المادة 11 من التّقنين المدني المصري، بحيث لا تقطع عنده في الدّلالة على أنّ المراد بالطّرف الآخر هو المتعاقد الوطني[1].
3. أن يكون الأجنبي كامل الأهليّة طبقا لقانون القاضي الجزائري و ناقصها طبقا لقانون جنسيّته، أمّا إذا كان الشّخص ناقص الأهليّة في نظر القانونين معا فلا يُعتدّ بهذا الاستثناء بحيث لا يعذر بجهله لنقص أهليّة الأجنبي وفقا للقانون الجزائري.
4. أن يكون نقص أهليّة الأجنبي طبقا لقانون جنسيّته يرجع إلى سبب فيه خفاء يصعب على الطّرف المتعاقد معه اكتشافه، بمعنى أن يكون المتعاقد الوطني حسن النيّة عند التّعاقد معه[2].

وقد استقى المشرع هذا النّص من مسلك القضاء الفرنسي، حيث كان أوّل حكم في هذا المعنى هو حكم محكمة النقض الفرنسية في 16 يناير 1861 في قصّة شهيرة ألا وهي قضية ليزاردي Lizardi، و تواترت عليه المحاكم الفرنسيّة، وتبعا لذلك فإنّه لا يُعتدّ بنقص الأهليّة المقرّر

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 222.

[2] شريقي نسرين وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 55.

في القانون الأجنبي مادام أنّ المتعاقد الفرنسي حسن النيّة، بحيث لم يكن بإمكانه اكتشاف نقص أهليّة الأجنبي نظرا لجهله أحكام قانون دولة هذا الأخير وكان تصرّفه خاليا من الخفّة والرُّعونة[1].

اختلف الفقه في تفسيره لموقف القضاء الفرنسي لعدم تطبيقه القانون الأجنبي وإحداث هذا الاستثناء، فبنى البعض منه هذا الأساس على المصلحة الوطنيّة والسعي دائما على تحقيقها واستبعاد القانون الأجنبي كلّما كان يضرّ بمصالح المتعاقد الوطني، غير أنّ هذا الرّأي لاقى انتقادا على أساس أنّه يُفرّق بين الوطني والأجنبي، ما يجعله متناقضا مع حكمة التّشريع إذ أنّ قواعد التّنازع تهدف لحماية كلّ المصالح دون تمييز، بالإضافة إلى إمكانيّة تجاهل القانون الأجنبي في كثير من الحالات بدعوى حماية المصلحة الوطنيّة[2].

وقد ربطه البعض الآخر بفكرة النِّظام العام، على أساس أنّ سنّ الرُّشد 21 سنة في القانون الفرنسي مُتعلِّقة بالنِّظام العام، ولذلك تمّ استبعاد القانون المكسيكي لتعارضه مع القانون الفرنسي في هذه المسألة، إلّا أنّه بالرّجوع إلى فكرة النِّظام العام، فإنّه يكون فقط في الحالة الّتي يتعارض فيها القانون الأجنبي مع الأسس الجوهريّة الّتي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، فاختلاف سنّ الرُّشد للقانون الأجنبي مع القانون الوطني لا يصطدم مع فكرة النِّظام العام، كما أنّ القانون الفرنسي قد طبّق مرارا القانون الأجنبي الّذي يُحدِّد سنًّا للرُّشد مخالفا لما عليه الحال في القانون الوطني[3].

أمّا البعض الآخر؛ يرى أنّه متعلّق بفكرة الإثراء بلا سبب، لذلك يجب إخضاع النّزاع لقانون المحل الّذي وقع فيه الفعل مصدر الإثراء، وهو في هذه الحالة تطبيق القانون الفرنسي، ولكن انتقد هذا الموقف على أساس أنّ القضاء الفرنسي لمّا قضى بصحّة التّصرّف الّذي قام به "ليزاردي" لم يأخذ بعين الاعتبار ما إذا كان هناك إثراء بلا سبب أم لا[4].

[1] محروق كريمة، المرجع السابق، ص 102.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 219.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 220.

[4] أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 220.

وأخيرا فإنّ الفِقه الرَّاجح يرى أنّ أساس هذا الاستثناء يكمن في حيثيّات حكم محكمة النّقض الفرنسيّة، كون أنّ الطّرف الفرنسي كان حسن النيّة ولم يعلم بنقص أهليّة المكسيكي وفقا لقانونه، وعلى ذلك يعدّ المتعاقد الوطني معذورا لجهله أحكام القانون الأجنبي، وعلى أساس ذلك فإنّ هذا التّبرير يتماشى مع الرّأي القائل بأنّ القضاء الفرنسي يعامل القانون الأجنبي معاملة وقائع، ومن شأن هذا الرّأي أن يكون الأمر متروكا لتقدير القاضي؛ بحيث يقرّر في مدى إمكانيّة إعذار المتعاقد الوطني بجهله لأحكام القانون الأجنبي ويراعى في ذلك مدى انتباهه وتيقّظه ونوع التّصرّف[1].

الفرع الثّاني

القانون الواجب التّطبيق على الحالة العائلية

على عكس الحالة الفرديّة الّتي تخصّ الشّخص لوحده؛ فإنّ الحالة العائليّة تشمل كلّ روابطه بأسرته، و يختلف القانون الواجب التّطبيق باختلاف نوع الرّابطة.

أوّلا: القانون الواجب التّطبيق على الزّواج

إنّ الزّواج المُبرم بين رجل وامرأة من جنسيّات مختلفة ينتمي كلّ منهما إلى دولة ومجتمع مختلف عن الآخر يسمّى الزّواج المختلط، وهذا الأخير يعتبر مجالا خصبا لتنازع القوانين إذ يثير مشاكل في تحديد القانون الأنسب لحكم هذه الرّابطة القانونيّة، ويرجع السّبب في ذلك لاختلاف الدّول حول أحكام الزّواج لاسيما شروطه، شكلياته، آثاره وانحلاله كونه يقوم على اعتبارات دينية واجتماعية وأخلاقية، بالتّالي فإنّ أحكامه تختلف من دولة لأخرى ممّا يتطلب البحث عن القانون الأنسب والملائم ليطبّق على هذه العلاقة.

1. القانون الواجب التّطبيق على الشّروط الموضوعية للزّواج

يُقصد بالشّروط الموضوعيّة للزّواج تلك الشّروط الأساسيّة لقيام رابطة الزّواج، فهي الأسس الجوهرية الّتي يقوم عليها، ويختلف مفهوم الشّروط الموضوعيّة للزّواج من دولة لأخرى نظرا لاختلاف الأسس والقيم الّتي تقوم عليها كلّ دولة، وكذا اختلاف العادات والتّقاليد

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 221.

والدّيانات، وبالنّسبة للقانون الجزائري فهي تنتمي لفئة الأحوال الشّخصيّة و قد ذكرها المشرّع في المواد 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة[1].

أسند المشرّع الجزائري الشّروط الموضوعية لعقد الزّواج كقاعدة عامة لقانون الجنسيّة – وهو الضّابط الّذي اعتمده المشرّع في مجال الأحوال الشّخصيّة–، ويتبيّن ذلك من خلال المادة 11 من القانون المدني حيث تنص:" يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"[2]، بالتّالي إذا ثار نزاع حول مدى صحّة الشّروط الموضوعيّة للزّواج المختلط فإنّ هذا النّزاع يخضع لقانون جنسيّة كلّ من الطّرفين،فإذا كان الزّوجان الأجنبيّان من جنسية واحدة لا يثور أيّ إشكال في تحديد القانون الواجب التّطبيق على الشّروط الموضوعيّة لصحّة الزّواج، إذْ يطبّق على زواجهما قانون جنسيّتهما الوطني، لكن الإشكال يثور في حالة كون الطّرفين من جنسيّتين مختلفتين، فهل تخضع عبارة " القانون الوطني لكلّ من الزّوجين" المنصوص عليها في المادة 11 من القانون المدني للتّطبيق الجامع أم التّطبيق الموزّع؟

يُقصد بالتّطبيق الجامع؛ أن تخضع الشّروط الموضوعيّة لقانون جنسيّة كلّ من الزّوجين معا، بحيث يجب أن يتوفّر في الزّوج كلّ الشّروط الموضوعيّة الّتي يتطلّبها قانون جنسيّته وكذا الشّروط المقرّرة في قانون جنسيّة الزّوجة، وأن تتوفّر في زوجته أيضا كلّ الشّروط الموضوعيّة الّتي يشترطها قانون جنسيّتها وكذا الشّروط المقرّرة في قانون جنسيّة زوجها[3]، غير أنّ هذا الرّأي عسير التّطبيق عملا، إذْ يُؤدّي في الكثير من الحالات إلى عدم انعقاد الزّواج، لذلك فالرّأي السّائد هو التّطبيق الموزّع[4]، ويعني هذا الأخير أنّه يجب أن تتوافر في الزّوج الشّروط الّتي يستلزمها قانون جنسيّته فقط، وفي الزّوجة الشّروط الّتي يستلزمها قانون جنسيتها فقط[5]، أي اعتبار الشّروط الموضوعيّة صحيحة بالنّسبة لجنسيّة كلّ من الزّوجين على انفراد، غير أنّ التّطبيق الموزّع قد

---

[1] المادتين 9و9 مكرر من القانون رقم 84–11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] المادة 11 من الأمر رقم 75–58 السالف الذكر.

[3] شريقي نسرين وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص59.

[4] عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، الجزء الأول، ط 3، دار هومة،الجزائر، 2011، ص216.

[5] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص231.

يعرف حدودا[1]، إذ صنّف الفقه الشّروط الخاضعة للتّطبيق الموزّع ضمن الشّروط الفردية للزّواج الّتي تهدف لحماية الطّرفين وحدهما فقط، أمّا شروط الزّواج المزدوجة الّتي تخصّ العلاقة الزّوجية في ذاتها وتهدف في نفس الوقت لحماية مصالح اجتماعية وتمثّل استجابة لمبادئ إنسانيّة وخلقيّة يقتضي إجراء التّطبيق الجامع بشأنها[2]، وتُصنّف ضمن موانع الزّواج الموانع المُستمدّة من القرابة والموانع الصّحية كالأمراض المعدية و الأمراض العقليّة، وكذلك اختلاف الدّين في القوانين الّتي تعتدّ بالحالة الدّينية مثلما هو الحال في الشّريعة الإسلامية و القانون الجزائري حيث لا يجوز زواج المسلمة بغير مسلم، أمّا الموانع الإقليميّة والعنصريّة فهي مستبعدة لمخالفتها للنِّظام العام[3].

والّذي سار عليه المشرّع الجزائري حسب المادّة 11 من القانون المدني؛ هو التّطبيق الموزّع، حيث يكفي أن تتوافر في الزّوج الشّروط المقرّرة في قانونه الوطني، وأن تتوافر في الزّوجة الشّروط الّتي يقتضيها قانون جنسيتها، ويتأكّد موقف المشرّع من خلال المادة 97 من قانون الحالة المدنية حيث تنص:" إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية يعتبر صحيحا إذا تمّ حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألّا يخالف الجزائري الشّروط الأساسية الّتي يتطلّبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج"[4].

التّشريعات العربية كالتّشريع الجزائري؛ أخضعت الشّروط الموضوعية للزّواج لقانون جنسية كلّ من الزّوجين تطبيقا موزّعا، ويظهر ذلك من خلال صياغتها لقواعد الإسناد، كالمادة 19 من القانون المدني العراقي، الفصل 45 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 12 من القانون المدني المصري، المادة 13 مدني سوري، المادة 12 مدني ليبي، المادة 1/13 مدني أردني، المادة 36 من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961، في حين أنّ القانون اليمني يأخذ

[1] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 216.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 161-162.

[3] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 162.

[4] المادة 97 من الأمر رقم 20-70، مؤرخ في 19 فبراير 1970، ج.ر عدد 21، صادر بتاريخ 27 فبراير 1970، يتضمن قانون الحالة المدنية، معدل ومتمم.

بقانون القاضي أي القانون اليمني وقت رفع الدّعوى، ويتّضح ذلك من خلال المادّة 25 من القانون المدني رقم 10 لسنة 1979[1].

إذا كانت القاعدة العامّة تقضي بتطبيق قانون جنسيّة كلّ من الطّرفين على الشّروط الموضوعيّة للزّواج وفقا لما ورد في المادّة 11 من القانون المدني، فإنّ هذه القاعدة يرد عليها استثناء وذلك من خلال المادّة 13 من القانون نفسه، حيث تنص:" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج"[2].

وعملا بهذا الاستثناء فإنّ القانون الجزائري وحده هو الّذي يُطبّق بشرط أن يكون أحد الطّرفين جزائريا وقت إبرام عقد الزّواج ولو غيّر جنسيّته بعد ذلك، ماعدا ما يتعلّق بالأهليّة فهي تخضع لقانون الدّولة الّتي ينتمي إليها كلّ من الطّرفين طبقا للمادة 10 من القانون المدني.

وقد تقرّر هذا الحلّ لمواجهة بعض الحالات العمليّة الّتي يكون فيها الزّواج صحيحا عملا بالقانون الجزائري وباطلا بالنّسبة للقانون الأجنبي، كزواج الجزائري المسلم من كتابيّة يمنع قانون وطنها الزّواج من غير من ينتمي إلى طائفتها، مثل ما هو الحال في القانون اليوناني، وكذا عدم صحّة زواج جزائرية مسلمة من غير مسلم[3].

2. القانون الواجب التّطبيق على الشّروط الشّكلية لعقد الزّواج

يُقصد بالشّروط الشّكلية كلّ ما يتعلّق بالإجراءات ومسائل الاختصاص والزّواج بالوكالة وإشهار الزّواج وتحرير العقد وإثباته، بالتّالي فهي كلّ الطّرق اللاّزمة لإظهار الزّواج والإفصاح

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 162.

[2] المادة 13 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 152.

عنه إلى العالم الخارجي[1]، ولتحديد ما يدخل ضِمن الشّروط الشّكلية وما يخرج عنها لابدّ من العودة لقانون القاضي المعروض أمامه النّزاع.

وفيما يتعلّق بالقانون الّذي يحكم هذه الشّروط؛ نصّت عليه المادّة 19 من القانون المدني الجزائري على النّحو التّالي:" تخضع التصرفات في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"[2].

بالتّمعّن في نص المادّة أعلاه؛ يظهر أنّ المُشرّع منح للأطراف حرية اختيار قانون آخر غير قانون محلّ الإبرام، حيث نص في الفقرة الأولى منها على القاعدة العامة المتمثّلة في تطبيق قانون محلّ الإبرام، ثمّ في الفقرة الثّانية استعمل عبارة "ويجوز" الّتي توحي بمنح الحرّية للطّرفين في اختيار قانون آخر كقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون الجنسية المشتركة لهما، أو القانون الّذي يسري على الأحكام الموضوعية للعقد، ويفهم من ذلك أنّ هذه القاعدة اختيارية وليست إلزامية.

لم ينصّ المشرّع الجزائري صراحة على القانون الواجب التّطبيق على الشّروط الشّكلية للزّواج، وإنّما أخضعها للقاعدة العامّة الّتي تحكم جلّ التّصرّفات في جانبها الشّكلي ألا وهو قانون المكان الّذي تمّت فيه، وقد أكّدت اتّفاقية لاهاي المتعلّقة بإبرام الزّواج والاعتراف بصحّته المؤرّخة في 1978/03/14 في المادّة الثّانية منها؛ أنّ الشّروط الشّكلية تخضع لمكان إبرامها وهو ما يسمّى بقاعدة لوكيسLocus [3].

ويعدّ من الشّكل وفقا للقانون الجزائري؛ كلّ الإجراءات المتعلّقة بتسجيل الزّواج والجهات المختصّة بإبرامه، إعلام الغير به وإثباته، حيث يحدد القانون المحلي اختصاصات الأعوان

---

[1] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1997، ص 109.

[2] المادة 19 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[3] دربة أمين، "تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين القارنة"، دفاتر السياسة والقانون، عدد 4، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، الجزائر، 2011، ص240.

المؤهّلين قانونا لتلقّي عقود الزّواج وأشكال تحريره كالصيغ والتوقيعات وطريقة إشهاره، ويخضع كل من إثبات الزواج والزواج بالوكالة لقاعدة قانون محلّ الإبرام، وتجدر الإشارة إلى أنّ الزّواج في الجزائر ذو طابع مدني ينعقد دون طقوس ومراسيم دينية، ويتولّى تحريره ضابط الحالة المدنية أو الموثق، ويثبت بمستخرج من الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله فبحكم قضائي[1].

وطبقا لنص المادّة 97 من قانون الحالة المدنية أيضا؛ يخضع شكل زواج الجزائريين في الخارج لقانون محلّ الإبرام شريطة ألّا يخالف الجزائري الشّروط الأساسية في قانونه، وطبقا للمادة 96 من القانون ذاته؛ يمكن للجزائرية أن تبرم زواجها أمام القنصليات الجزائرية في الخارج، وعملا بالمادة 31 من قانون الأسرة يجب توفّر أحكام خاصّة في زواج الجزائرية بأجنبي، والغرض من ذلك التأكّد من توفّر شرط الإسلام في الزّوج الأجنبي كون أنّه لا يجوز زواج المسلمة بغير مسلم[2].

على خلاف موقف المشرّع الجزائري، خصّت بعض الدّول العربية شكل الزّواج بقاعدة إسناد مستقلّة عن قاعدة الإسناد التي تحكم الشّكل بصفة عامّة، ونذكر على سبيل المثال؛ القانون الأردني، بحيث تنصّ المادّة 2/13 من القانون المدني الأردني لسنة 1976:" أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وأردني صحيحا إذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذي تم فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين"[3]، وكذلك الفصل 1/46 من مجلة القانون الدّولي الخاص التّونسي: " تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج"[4]، وتنص المادة 2/19 من القانون المدني العراقي: "...أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحا الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين"[5]، وبالنسبة للقانون الكويتي كذلك فقد نصت المادّة 37: " يرجع الأوضاع

---

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 168.

[2] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 169.

[3] المادة 2/13 من القانون المدني الأردني رقم 43 لعام 1976، ج ر 2645 صادر بتاريخ 01-08-1976.

[4] الفصل 1/46 من القانون عدد 97 لسنة 1998، مؤرخ في 27 نوفمبر 1998، يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص (1).

[5] المادة 2/19 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، صادر بتاريخ 08-09-1951.

الشكلية للزواج، كالتوثيق والمراسيم الدينية إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو قانون جنسية كل من الزوجين.ويجب احترام نصوص قانون جنسية كل من الزوجين فيما يتعلق بالإعلان أو النشر عن الزواج ولكن لا يترتب على عدم حصول هذا الإعلان والنشر بطلان الزواج في غير البلاد التي خولف قانونها"[1].

3. القانون الواجب التّطبيق على آثار الزّواج

تترتّب على انعقاد الزّواج مجموعة من الآثار الشّخصيّة والماليّة، وتشمل الآثار الشّخصيّة حقوق وواجبات الزّوجين المتبادلة لاسيما العشرة الزّوجية،الطّاعة،التّعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد،حقّ الزّوجة في النّفقة والمهر والعدل في حالة التّعدد، وكذا شرعية البنوّة وعلاقة الأولاد بالوالدين، بالإضافة إلى تأثير الزّواج على جنسيّة الطّرفين ولقب الزّوجة وأهليتها[2]، أمّا الآثار الماليّة تخصّ تنظيم أموالهما وتعرف في التّشريعات الغربيّة بالنُّظم الماليّة للزّواج[3] وهي أنظمة غريبة في الشّريعة الإسلاميّة والدول العربيّة، حيث نجد النِّظام المُقرّر فيها بسيط يتمثّل في استقلال الذّمم المالية للزّوجين، إذ هناك انفصال تامّ بين ذِمَّتي الزّوجين، فالزّوج يقع عليه تدبير الشُّؤون المادّية للأسرة من ماله وحده، والزّوجة لها الحريّة في التّصرف في أموالها واستغلالها، ولها أن تتّفق مع زوجها وتبرم معه عقودا لإدارة أموالها واستثمارها[4].

---

[1] المادة 37 من القانون رقم 05 لسنة 1961 الكويتي، صادر في سنة 1961، يتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

[2] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 173.

[3] تتمثل هذه النّظم في نظام الاشتراك القانوني وبموجبه تكون أموال الزوجين مشتركة بينهما بالنّصف، وتخصّص هذه الأموال لإشباع حاجات الأسرة والوفاء بالدّيون النّاشئة عنها وعند انتهاء الزوجية يقسم هذا المال بينهما أو بين ورثتهما، أما النظام الثاني فهو نظام الانفصال المالي، وبموجبه يستقلّ كل من الزّوجين بأمواله بشرط أن تقسم مصاريف الأسرة وأعباؤها بين الزوجين، أما النظام الأخير فهو نظام الدّوطة أو البائنة الذي تم إلغاؤه في فرنسا، حيث كانت الزّوجة بموجبه تقدّم لزوجها بعض أموالها في شكل مهر لاستغلالها ةالانتفاع بأرباحها في نفقات الأسرة إلّا أنّه لا يجوز له التّصرف فيها أو حجزها، أنظر زروتي الطيب، القانون الدولب الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 175.

[4] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 174.

وبالنّسبة للقانون المختصّ؛اختلف فيها كلّ من الفِقه والقضاء كونُها تتوقّف على تكييف النِّظام نفسه إذا كانت تدخل في نطاق الأحوال الشّخصية أو العينيّة، وطبقا للفقرة الأولى من المادّة 12 من القانون المدني الجزائري، أسند المشرّع الآثار الشّخصية والمالية للزّواج لقانون جنسية الزّوج وقت انعقاد الزّواج كأصل عام[1]، واستثناء يُطبَّق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزّوجين جزائريّا وقت انعقاد الزّواج إلّا فيما يخصّ أهلية الزّواج تخضع لقانون جنسية المعني[2].

وترد على اختصاص قانون جنسية الزّوج وقت الزواج بعض القيود تتمثل فيما يلي:

- فيما يخصّ ما يرد على الأموال العقّارية الدّاخلة في المُشارطة الزّوجية من حقوق عينيّة أصليّة أو تبعية تخضع لقانون موقع المال، كالرّهن القانوني لصالح الزّوجة على أموال زوجها ضمانا لحسن إدارته لهذه الأموال، فلا يجوز الاحتجاج بالقانون المختصّ بالمُشارطة المالية إلّا إذا كان نظام الرّهن القانوني مقرّرا في قانون موقع المال.
- لا يجوز الاحتجاج بتصفيّة أموال الزّوجين وتقسيمها بعد انحلال الزّواج في مواجهة الغير إلّا إذا روعيت الإجراءات المقرّرة في قانون موقع المال.
- وفي الأخير حالة الأخذ بالإحالة، إذ لا يطبّق قانون جنسية الزّوج إذا كان هذا الأخير يسمح للطّرفين باختيار القانون الّذي يسري على مُشارطة الزّواج وانتهى القاضي إلى استخلاص هذا القانون فعلا.[3]

وفي المقابل تنص المادة 1/13 من القانون المدني المصري: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال"[4]، وأخضعت المادة 2/19 من القانون المدني العراقيالآثار التي يرتبها عقد

[1] المادة 1/12 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر التي تنص:" يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج، على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج".

[2] المادة 13 من الامر رقم 75-58 السالف الذكر.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 176.

[4] المادة 1/13 من القانون المدني 131 لسنة 1948، صادر في 9 رمضان 1367 الموافق 16 يوليو 1948، الوقائع المصرية عدد 108 مكرر (أ) صادر في 29 يوليو 1948.

الزّواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال، لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وأوردت المادة 39 من القانون رقم 05 لسنة 1961 الكويتي ما يمكن اعتباره من الآثار الشّخصية للزواج على سبيل المثال، كحل المعاشرة الطاعة والمهر والنّفقة وعدّة الوفاة، وأخضعتها للقانون الوطني للزوج وقت انعقاد الزواج، وهو القانون نفسه الّذي يطبّق على آثار الزّواج المالية طبقا لهذا النّص[1]، أمّا بالنّسبة للقانون اليمني لم ينص على القانون الواجب التّطبيق على آثار الزّواج سواء الشّخصية أو المالية، واكتفى بالنص على خضوع الزّواج بصفة عامة للقانون اليمني وفقا للمادة 25 قانون مدني: " يرجع في الزواج، والطلاق، والفسخ، والنفقات إلى القانون اليمني للأحوال الشخصية عند المرافعة"[2]، ويقابلها كذلك نص المادة 1/13 من القانون المدني اللّيبي، والمادة 14 مدني أردني، أما القانون التونسي –على خلاف القوانين السابقة– أخضعها لقانون الجنسية المشتركة، وإذا لم تكن لهما جنسية مشتركة يطبق قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا فقانون القاضي[3].

4. القانون المختصّ بانحلال الزّواج والانفصال الجسماني

تختلف نظرة الدّول للزّواج؛ فهناك من يعتبره رابطة أبديّة لا تنحلّ إلّا بالوفاة، والبعض الآخر يتقبّل فكرة انحلال الزّواج إلّا أنّها تختلف فيما بينها حول أسبابه وطرقه، وبالنّسبة للقانون الجزائري فإنّه يعترف بانتهاء الرّابطة الزّوجية ويكون ذلك إمّا بالطّلاق، التّطليق، الخلع أو الوفاة، ونظرا لأنّ الزّواج المختلط يتخلّله عنصر أجنبي إذن يثير مشاكل متعددة، ما دفع الدّول لاعتماد ضابط لتحقيق مصالحها وحلّ هذه الصعوبات، وقد اختلفت التّشريعات في إسناد انحلال الزّواج لضابط معين يحدّد القانون الواجب التّطبيق، وبالنّسبة للتّشريعات العربية –بما فيها المشرع الجزائري– اعتمدت ضابط الجنسيّة لحلّ المسائل المتعلّقة بانحلال الزّواج والانفصال الجسماني.

أسند المشرّع الجزائري مسألة انحلال الزّواج والانفصال الجسماني لقانون جنسيّة الزّوج وقت رفع الدّعوى، ويتّضح ذلك من خلال الفقرة الثّانية من المادّة 12 من القانون المدني: " ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع

[1] المادة 39 من القانون رقم 05 لسنة 1961 الكويتي السالف الذكر.

[2] المادة 25 من القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002.

[3] الفصل 47 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

الدعوى"[1]، لكن طبقا للمادّة 13 من القانون نفسه إذا كان أحد الطّرفين جزائريا وقت انعقاد الزّواج يطبّق القانون الجزائري وحده ماعدا الأهليّة الّتي تخضع لقانون جنسية المعني.

يتّضح من خلال المادة 2/12 من القانون المدني أنّ المشرّع الجزائري لم يُفرّق في إسناده مسألة انحلال الزّواج بين الطّلاق والتّطليق والخلع والانفصال الجسماني، على خلاف بعض التّشريعات العربيّة الّتي ميّزت بين هذه المسائل و أخضعت الطّلاق لقانون جنسية الزّوج وقت النّطق بالطّلاق، أمّا التّطليق والانفصال الجسماني أسندته لقانون جنسية الزّوج وقت رفع الدّعوى كما هو الحال في القانون المصري، ويرى البعض في هذا الصّدد أنّ المشرّع بإسناده الطّلاق لقانون جنسية الزّوج وقت رفع الدّعوى يكون قد رفض الطّلاق الصّادر بالإرادة المنفردة، نظرا لأنّ الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج لا يعتدّ به إلّا عن طريق حكم صادر عن المحكمة، ويعتبر حكم المحكمة كاشفا وليس منشئا، في حين يرى الرّأي الرّاجح أنّ حكم المحكمة منشئا وليس كاشفا، وذلك حسب المادّة 49 من قانون الأسرة الجزائري بنصّها:" لا يثبت الطلاق إلا بحكم..."[2].

وتجدر الإشارة إلى أنّ الانفصال الجسماني هو نظام مقرّر في القوانين الغربيّة، ويؤدّي إلى الفصل بين الأجسام وانقطاع المعيشة المشتركة بين الزّوجين فقط وهو ليس طلاقا ولا تطليقا، ونصّ عليه المشرّع الجزائري ليطبّق على الأجانب الّذين يعترف قانونهم الوطني بهذا النِّظام[3].

بالنّسبة للقوانين العربية؛ فإنّ معظمها يميّز بين الطّلاق وبين التّطليق والانفصال الجسماني، حيث أسندت الطّلاق لقانون جنسية الزّوج عند النّطق به، وأسندت التّطليق والانفصال لقانونه وقت رفع الدّعوى، وهذا الحكم مقرّر في كل من مصر والعراق وليبيا والأردن والسّودان والإمارات العربية المتّحدة، في حين أخضع المشرّع الكويتي –وفقا للمادة 40 من القانون رقم 05 لسنة 1961– انحلال الزّواج إلى آخر جنسية مشتركة للزوجين قبل الطّلاق أو قبل رفع دعوى التّطليق أو الانفصال وإلّا فقانون جنسية الزّوج وقت انعقاد الزواج[4]، أمّا القانون التّونسي أخضع انحلال

[1] المادة 12 من الأمر رقم 75–58 السالف الذكر.

[2] دربة أمين، المرجع السابق، ص 244.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 170.

[4] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05–10، المرجع السابق، ص 179.

الزّواج بالطّلاق أو التّفريق الجسدي لقانون الجنسية المشتركة عند رفع الدّعوى، وإذا لم تكن لهم جنسية مشتركة يكون القانون المطبّق هو قانون آخر مقرّ مشترك للزّوجين وإلّا فقانون القاضي[1]، وأسنده المشرّع اليمني لقانون القاضي وفقا للمادة 25 من القانون رقم 10 لسنة 1979، أمّا القانون المغربي أسنده لقانون جنسية كل من الزوجين[2].

ثانيا: القانون الواجب التّطبيق على النّسب

نظّم المُشرّع الجزائري النّسب من المواد 40 إلى 45 من قانون الأسرة، بالتّالي فهو يدخل في مجال الأحوال الشّخصيّة ممّا يجعل القانون الوطني هو الواجب التّطبيق.

وينقسم النّسب إلى نسب شرعي؛ وهو البُنوّة الشّرعية أي نسبة الولد لأبويه عن طريق عقد الزّواج الشّرعي بشرط أن يولد الطّفل في مدّة أقلّها 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر طبقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري[3]، ونسب طبيعي وهو البُنوّة غير الشّرعية، وبموجبها يولد الطّفل خارج إطار العلاقة الزّوجية أي ناتج عن علاقة غير شرعيّة بين الرّجل والمرأة[4].

و بخصوص موضوع القانون الواجب التّطبيق على النّسب؛ اختلف فيه الفقه وظهرت فيه ثلاثة اتّجاهات:

ميّز الاتّجاه الأوّل بين النّسب الشّرعي والنّسب الطّبيعي، حيث أَخضع الأوّل للقانون الذي يحكم آثار الزّواج كون أنّ الطّفل الشّرعي ناتج عن تلك العلاقة الزّوجية الصّحيحة، فهو ينتمي لتلك الأسرة و من الأفضل خضوع الأسرة كاملة لقانون واحد، أمّا الثّاني وهو النّسب الطّبيعي يخضعه لقانون جنسية الطّفل لأنّه لا يوجد ما يسمّى بالأسرة الطّبيعية[5].

---

[1] الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 180.

[3] المادتين 41 و 42 من القانون رقم 84-11 السالف الذكر.

[4] المصري محمد وليد، المرجع السابق، ص 146.

[5] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 263.

ويوجد اتّجاه ثان يقول بتطبيق قانون جنسية الطّفل على النّسب بنوعيه، كون أنّ النّسب يتعلّق بحالة الطّفل الشّخصية. أمّا الاتّجاه الثّالث اعتمد حلاّ مغايرا؛ حيث يقول بإخضاع النّسب لقانون جنسيّة الأمّ على اعتبار أنّها النّقطة المحوريّة لكلّ دعاوى النّسب، كما أنّه من النّادر أن تكون مجهولة بخلاف الأب[1].

إنّ المُشرِّع الجزائري قبل تعديل القانون المدني سنة 2005، لم يبيّن لنا القانون الّذي يخضع له النّسب ممّا فتح المجال للاجتهاد، لكن بعد التّعديل حسم المسألة بإقرار قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطّفل وذلك من خلال المادّة 13 مكرّر الّتي تنص:" يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره، قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل.

وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل، يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة"[2].

يُستفاد من نصّ هذه المادّة أنّ قانون جنسيّة الأب هو الّذي يُطبّق فيما يخصّ النّسب والاعتراف به وإنكاره، واستعمل المُشرِّع المعيار الزّمني " وقت ميلاد الطّفل"، أي يُطبّق قانون جنسيّة الأب وقت ميلاد الطّفل على أساس أنّه في هذا الوقت تتحقّق رابطة النّسب، وفي هذه الحالة إذا تقرّر تطبيق القانون الجزائري فإنّ القاضي يعود للمواد 40 إلى 46 من قانون الأسرة.

وطبقا للفقرة الثّانية من المادّة 13 مكرّر؛ إذا مات الأب قبل أن يولد الطّفل، فإنّ العبرة بقانون جنسيّة الأب وقت الوفاة.

إذا كان إثبات البُنوّة الشّرعيّة لأحد الوالدين هو في ذاته إثبات للبُنوّة للوالد الآخر، فإنّ البُنوّة غير الشّرعيّة قد تكون قاصرة على الانتماء لأحد الوالدين دون الآخر، ومن المعلوم أنّ انتساب الولد لأمّه يثبت في غالب الحالات بمُجرّد الولادة سواء كانت شرعيّة أو طبيعيّة، وطبقا لأحكام الشّريعة الإسلامية لا يترتّب على النّسب الطّبيعي آثار النّسب الشّرعي، على خلاف ما هو سائد في بعض البلدان الأجنبيّة من مبادئ الحريّة في العلاقات بين الجنسين ما جعل النّسب الطّبيعي

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 264.

[2] المادة 13 مكرر من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

يحتلّ مكانة مهمة داخل هذه المجتمعات، إذ تمّ الاعتراف للطّفل غير الشّرعي بنفس حقوق الطّفل الشّرعي، سواء تعلّق الأمر بالنّفقة أو الجنسيّة أو الاسم والإرث[1].

وبالنّسبة لموقف القانون الجزائري، لم يعترف إلّا بنسب الابن الشّرعي النّاتج عن علاقة زواج صحيح، فرغم أنّ المشرّع لم يميّز صراحة في المادة 13 مكرر من القانون المدني بين النّسب الشّرعي و الطّبيعي، إلّا أنّه بالعودة لقانون الأسرة نجده لم يعترف بنسب الطّفل غير الشّرعي متبعا في ذلك أحكام الشّريعة الإسلامية، وبناءا على ذلك لو أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي؛ فلن تطبّق أحكامه الخاصّة بإثبات النّسب الطّبيعي نظرا لمخالفته للنّظام العام الجزائري[2].

وتجدر الملاحظة أنّ جلّ القوانين العربية لم تضع قاعدة إسناد خاصّة بالنّسب أو البنوّة، ماعدا القانون التونسي و القانون الكويتي[3]، بالنّسبة للقانون التّونسي قد خوّل السّلطة التّقديرية للقاضي في اختيار القانون الأصلح للطّفل –دون تمييز بين البنوّة الشّرعية والبنوّة الطّبيعية– من بين القوانين التّالية:

- القانون الشّخصي للمطلوب أو قانون مقرّه.
- القانون الشّخصي للطفل أو قانون مقرّه[4].

أمّا القانون الكويتي؛ نص على هذه المسألة في المادة 41 من القانون رقم 05 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي: " يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بالبنوة وإنكارها.وإذا مات الأب قبل الميلاد، سرى قانون

[1] موكه عبد الكريم، "القانون الواجب التطبيق على النسب في عقود الزواج الدولية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 16، عدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2021، ص ص 89–102، ص 96.

[2] موكه عبد الكريم، المرجع نفسه، ص97.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05–10، المرجع السابق، ص 190.

[4] الفصل 52 من مجلة القانون الدولي الخاص التّونسي السالف الذكر.

جنسيته وقت الوفاة"، وأضافت المادة 42 من القانون ذاته: " في تصحيح النسب بالزواج يسري قانون الأب وقت تصحيح النسب"[1].

إنّ النص على القانون الواجب التّطبيق على النسب بصفة عامة لا يعني أنّ المشرّع يقرّ بالنّسب غير الشّرعي رغم مخالفته لأحكام الشّريعة الإسلامية، وإنّما تمّ تنظيمها لحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي ومعرفة القانون الواجب التّطبيق.

ثالثا: القانون الواجب التّطبيق على الكفالة والتّبنّي

نظّم المشرّع الجزائري الكفالة في المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة، وتتمّ هذه الأخيرة بموجب عقد أو ترخيص من المحكمة، حيث يخوّل الكافل الولاية الشّرعية على القاصر فيلتزم بعنايته عناية الأب أو الأم لأولادهما من نفقة وتربية ورعاية، دون أن يلحق نسب المكفول بالكافل[2].

أمّا التّبنّي؛ فهو نظام تنشأ بمقتضاه رابطة نسب مصطنعة بين شخصين أحدهما قاصر وهما المُتبَنَّى و المُتَبنّي، وبموجبه يكون المُتبنَّى في وضع ومركز يقترب من مركز الابن الشّرعي، وهو نظام معترف به في العديد من الدّول الأجنبيّة، أمّا في القانون الجزائري والقوانين العربيّة[3] فهو مُحرّم شرعا وقانونا، ونصّ المشرّع على القانون المختصّ بالتّبنّي لا يعني الاعتراف به، و إنّما كان إقراره ليُطبّق على المنازعات الّتي تنشأ بين الأجانب[4].

تنصّ المادّة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري:" يسري على صحة الكفالة، قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها. ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل.

---

[1] المادتين 41 و 42 من القانون رقم 05 لسنة 1961 الكويتي السالف الذكر.

[2] شريقي نسرين وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 63.

[3] باستثناء القانون التونسي الذي يقر هذا النظام ويمنح للمتبنى الحقوق نفسها التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من واجبات، وللمتبني اتجاه المتبنى الحقوق نفسها التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرض من الواجبات عليهما، أنظر زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين في ظل القانون رقم 05-10، المرجع السابق، ص 191.

[4] محروق كريمة، المرجع السابق، ص 166-168.

وتطبق نفس الأحكام على التبني".

يُستفاد من نصّ هذه المادّة أنّ القانون الواجب التّطبيق على صحّة الكفالة –أي على الشّروط الموضوعيّة للكفالة– هو قانون جنسية كلّ من الكفيل والمكفول وقت إجراء الكفالة ويكون تطبيقا موزعا، فيجب على كلّ طرف أن يستجيب للشّروط الموضوعيّة المنصوص عليها في قانونه الوطني، أمّا ما يتعلّق بآثار الكفالة؛ يُطبّق بشأنها قانون جنسية الكفيل، وفيما يخصّ الشّروط الشّكلية تخضع لنص المادة 19 من القانون المدني.

وقد أخضعت المادة 13 مكرر 2/1 التّبنّي لنفس الأحكام الّتي تسري على صحّة الكفالة، ويدخل في فكرة صحّة التّبنّي الشّروط الموضوعيّة المتطلّبة لانعقاد التّبنّي، إذن يُطبّق على صحّة التّبنّي قانون جنسية المُتبنِّي والمُتبنَّى وقت إنشائه تطبيقا موزّعا، أمّا ما يتعلّق بآثار التّبنّي يُطبّق قانون جنسية المتبنِّي[1]، ولا يفهم من وضع المشرّع الجزائري لضابط إسناد خاص بالتبنّي أنّه يُقرّ هذا النّظام المحرّم شرعا، وإنّما ليرشد القاضي للقانون الواجب التّطبيق في المنازعات ذات العنصر الأجنبي.

وتجدر الإشارة أنّ جلّ القوانين العربية لا تقرّ نظام التّبنّي، ماعدا القانون التّونسي الّذي نص عليه في الفصل 1/15 من القانون رقم 27 لسنة 1958، ومنح من خلاله للمُتَبنَّى نفس الحقوق المقرّرة للإبن الشّرعي وعليه ما عليه من واجبات، وللمتبنِّي اتّجاه المتبنَّى الحقوق نفسها المقرّرة للأبوين الشّرعيين، وعليه نفس الواجبات[2]، وقد أسند القانون التونسي شروط التبنّي لقانون جنسية كل من الطرفين، أمّا آثاره لقانون جنسية المتبنِّي طبقا للفصل 53 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي[3]، وبالنّسبة للقانون الكويتي فقد نصت المادة 44 من القانون رقم 05 لسنة 1961: " يسري في المسائل المتعلّقة بصحة التّبنّي قانون جنسية كل من المتبني والمتبنى، وفي

[1] المادة 13 مكرر 1 من الأمر رقم 75–58 السالف الذّكر.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05–10، المرجع السابق، ص 191.

[3] الفصل 53 من مجلة القانون الدولي الخاص التّونسي السالف الذكر.

المسائل المتعلقة بآثارها التبني قانون جنسية المتبني"[1]، وفيما عدا ذلك لم تنص باقي الدول العربية على قاعدة إسناد خاصة بالتّبنّي.

رابعا: القانون الواجب التّطبيق على النّفقة بين الأقارب

تختلف أنواع القرابة، فهناك ما يسمّى بالقرابة المباشرة، وهي الصّلة بين الأصول والفروع، وقرابة حواشي، وهي الرّابطة بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرع للآخر، وتوجد أيضا القرابة بالمصاهرة بين الزّوج وأقارب الزّوج الآخر، حيث يعتبر أقارب أحد الزّوجين في نفس القرابة والدّرجة بالنّسبة إلى الزّوج الآخر[2].

واختلفت التّشريعات حول تحديد القرابة الموجبة للنّفقة، كما تختلف أيضا في تحديد شروط استحقاقها وفي المقابل توجد تشريعات لا توجب النّفقة بين الأقارب، وتخرج من نطاق هذه النّفقة، النّفقة الزّوجية بوصفها أثر من آثار الزّواج الشّخصية، بالتّالي تخضع لقانون جنسية الزّوج وقت إبرام الزّواج، وكذلك نفقة الأصول على الفروع أو العكس، حيث يحكمها القانون المختصّ بالبنوّة، بالإضافة إلى النّفقة الوقتية؛ وهي الّتي يحكم بها القاضي كتدبير مؤقّت مستعجل ريثما يفصل في دعوى الموضوع[3].

وقد نصّ المشرّع الجزائري على القانون الّذي يحكم النّفقة بين الأقارب في المادة 14 من القانون المدني:" يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها".

انتقد الفقه استعمال المشرّع لعبارة "المدين بها" في هذه المادّة، إذ من خلالها يفترض مسبقا أنّ الشّخص مدين بالنّفقة، في حين أنّ قانون جنسيّته هو الّذي يحدّد إن كان مدينا بها أم لا، وقد تفادى المشرّع في دولة الإمارات العربيّة هذا العيب في الصّياغة باستعمال لفظ المُكلّف بدل المدين، وعبارة الأقارب الواردة في النّص تنصرف إلى قرابة النّسب وقرابة المصاهرة، بالتّالي فإنّ

[1] المادة 44 من القانون رقم 05 لسنة 1961 الكويتي السالف الذكر.

[2] المادتين 33 و 35 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 181.

قانون المكلّف بالنّفقة هو الّذي يبيّن من يجب له النّفقة من الأقارب وشروط وجوبها و أسباب سقوطها وغيرها من الجوانب الموضوعية[1].

في القوانين العربية؛ منح القانون التّونسي السّلطة التّقديرية للقاضي في اختيار القانون الأفضل للدّائن فيما يتعلّق بالنّفقة، وذلك باختيار قانون جنسية الدّائن أو قانون مقرّه أو القانون الشّخصي للمدين أو قانون مقرّه، أمّا نفقة الزّوجين فتخضع للقانون الّذي وقع بمقتضاه التصريح بحل الرّابطة الزّوجية[2]، أمّا القانون الكويتي نص في المادة 45: " يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب والأصهار قانون المدين بها. أما النفقة الوقتية للأقارب والأصهار فيسري عليها القانون الكويتي"[3]، وتنص المادة 16 من القانون المدني السوري: " يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب، قانون المدين بها"[4]، ويقابلها كذلك نص المادة 15 مدني مصري والمادة 16 مدني أردني.

خامسا: القانون الواجب التّطبيق على الميراث والوصية والتّصرّفات المضافة إلى ما بعد الموت

تنص المادة 1/16 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" يسري على الميراث و الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"[5].

يتّضح من خلال المادّة أعلاه أنّ المشرّع أخضع مسألة الميراث لقانون الجنسية كونها من مسائل الأحوال الشّخصية، بالتّالي يطبّق على الميراث قانون جنسية المورث وقت الوفاة، وعلى

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 181.

[2] الفصل 51 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي السالف الذكر.

[3] المادة 45 من القانون رقم 05 لسنة 1961 الكويتي السالف الذكر.

[4] المادة 16 من القانون المدني السوري ، صادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 بتاريخ 1949/05/18.

[5] المادة 1/16 من الأمر رقم 75-58 السّالف الذّكر، ويقابلها في القوانين العربية المادة 18 مدني سوري، المادة 17 مدني مصري، المادة 17 مدني ليبي، المادة 27 مدني يمني غير أنّها تسند الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت إلى القانون اليمني وحده، المادة 22 مدني عراقي، أما المشرّع التّونسي فصل بين الميراث والوصية وجعل لكل مسألة قاعدة إسناد خاصة بها، فيخضع الميراث لقانون جنسية المتوفى عند وفاته أو لقانون دولة آخر مقرّ له أو لقانون الدّولة الّتي ترك فيها أملاكا وفقا للفصل 54 من مجلة القانون الدولي الخاص، أمّا الوصية تخضع للقانون الشّخصي للموصي زمن وفاته طبقا للفصل 55 من مجلة القانون الدولي الخاص.

هذا الأساس يختصّ قانون الجنسيّة بتحديد الورثة ومراتبهم و أنصبتهم وكذا مدى استحقاقهم للإرث وموانعه وكلّ الجوانب الموضوعيّة في الميراث.

أمّا ما يتعلّق بالجوانب الإجرائية بما في ذلك إجراءات القسمة بين الورثة وإجراءات انتقال الملكيّة إليهم والحيازة والتّسجيل والشّهر العقاري كي تصبح نافذة في حقّ الغير، فمنها ما يرجع إلى اختصاص قانون القاضي، أمّا فيما يتعلق بانتقال الملكية والحيازة ونفاذها في حقّ الغير يختصّ بها قانون موقع المال[1].

وبخصوص مخالفة قانون جنسية المورث للنِّظام العام، خاصّة إذا كان النّزاع بين دولة عربيّة وأخرى غربيّة،علما أنّ أحكام المواريث في الدّول العربيّة تبنى على أسس دينية تستمدّ مباشرة من الشّريعة الإسلامية، بالتّالي إذا خالف القانون الأجنبي أحكام الشّريعة الإسلامية –وذلك متى كان أحد الأطراف مسلما بغضّ النّظر عن جنسيته– يُستبعد تطبيق القانون الأجنبي، فمثلا يُستبعد القانون الأجنبي الّذي يجيز الميراث للوارث الّذي قتل مورثه عمْدا أو يقرّ لولد الزّنا حقّ الإرث، والّذي يجيز التّوارث بين المسلم وغير المسلم[2].

وقد ألحق المشرّع الوصيّة وكافّة التّصرّفات الّتي تنفذ بعد الموت لقانون الجنسيّة وذلك من خلال المادّة 1/16 السّالفة الذّكر، حيث يسري عليها قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التّصرّف وقت موته، ويدخل في نطاق التّصرّفات الّتي تنفذ بعد الموت التّصرّف التبرّعي في مرض الموت وفق المادة 776 من القانون المدني، وكذلك تصرّف شخص لأحد ورثته مع الاحتفاظ بالحيازة مدّة حياته وفق المادة 777 من القانون المدني[3].

ويرى الأستاذ زروتي الطيب أنّه من الأفضل إخضاع شروط صحّة الوصيّة لقانون جنسيّة الموصي وقت إبرام الوصيّة، ومن ذلك شرط الأهليّة وعيوب الرّضا محلّ الوصية كون أنّ هذه المسائل تخصّ صحّة الوصية في ذاتها ولا علاقة لها بنفاذها الّذي يؤثّر في حقوق الورثة، بالتّالي

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05، المرجع السابق، ص 197.

[2] عبد الحكيم بوجاني، "مكانة النظام العام في القانون الواجب التطبيق على منازعات الميراث"، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، المجلد 05، عدد 02، قسم الحقوق معهد العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بوشعيب بلحاج عين تموشنت، 2020، ص ص 170–180، ص178.

[3] أنظر المادتين 776 و 777 من الأمر رقم 75–58 السالف الذكر.

فإنّ اعتماد المعيار الزّمني "وقت الوفاة" قد تنجم عنه مفاجآت تؤثّر في صحّة التّعامل وهو الرّأي الّذي أرجّحه[1].

وتدخل في مضمون الفكرة المسندة وفقا للمادّة 1/16 كلّ الأحكام الموضوعيّة المتعلّقة بالوصيّة وسائر التّصرّفات المضافة إلى ما بعد الموت، مثل تحديد شروط قيام هذه التّصرّفات والآثار المترتّبة عليها، دون أن يخلّ ذلك باختصاص قانون موقع المال المتصرّف فيه حفاظا على سلامة المعاملات الواقعة على المال، ومن ثمّ يطبّق على التّصرّفات المتعلّقة بالمال وما يرد عليه من حقوق عينيّة أصليّة أو تبعيّة قانون موقع المال، كما أنّه يُشترط لتطبيق قانون الجنسيّة وفقا للمادة 1/16 السّابقة؛ ألّا يكون القانون الأجنبي المختصّ مخالفا للنِّظام العام في الجزائر، كأن يجيز هذا القانون الوصيّة لوارث دون إجازة الورثة، أو يسمح لقاتل المورث عمْدا بالاستفادة من الوصيّة[2].

ويخضع شكل الوصيّة للقاعدة العامّة في شكل التّصرّفات القانونية، وهي تطبيق المادّة 19 من القانون المدني.

الفرع الثّالث

القانون الواجب التّطبيق على حماية الأشخاص

تنص المادّة 15 من القانون المدني الجزائري: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته.

غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة، إذا كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير،أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر"[3].

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05، المرجع السابق، ص 200.
[2] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 201.
[3] المادة 15 من الأمر رقم 75-58 السّالف الذّكر.

طبقا للمادّة 15 أعلاه أخضع المشرّع المواضيع الخاصّة بحماية الأشخاص لقانون جنسية الشّخص المراد حمايته، بالتّالي يتمّ الرّجوع لهذا القانون في كلّ ما يتعلّق بالمسائل الموضوعية الخاصّة بالنُّظم المقرّرة لحماية الأشخاص، فهو من يقرّر مثلا من تثبت له الولاية ومن يصلح لأن يكون وصيّا أو وكيلا عن الغائب أو قيِّما،وكذا يحدد السّلطات الّتي يتمتّع بها هؤلاء أثناء ممارستهم للحماية وغيرها من المسائل الموضوعيّة، وقد نص عليها القانون الجزائري في المواد من 81 إلى 108 من قانون الأسرة.

وقد أوردت المادّة 15 استثناء في الفقرة الثّانية، حيث يُستبعد تطبيق قانون جنسية الشّخص المراد حمايته ويُطبّق القانون الجزائري، وذلك في حالة وجود أحد الأشخاص المراد حمايتهم في الإقليم الجزائري واتّخاذ تدابير استعجاليه في شأنهم أو في شأن أموالهم المتواجدة في الجزائر؛ فيطبّق على هذه التّدابير القانون الجزائري[1].

يقابلها في القوانين العربية؛ المادة 16 مدني مصري، 16 مدني ليبي، 17 مدني سوري، 17 مدني أردني، 46 من القانون 5 لسنة 1961 كويتي، 16 من قانون الإمارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985، الفصل 1/41 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، المادة 9/11 من قانون المعاملات السوداني لسنة 1984، أما القانون اليمني أسند النظم الخاصة بحماية المحجورين والغائبين لقانون القاضي طبقا للمادة 26 مدني[2].

الفرع الرابع

القانون الواجب التّطبيق على الهبة والوقف

الهبة عبارة عن عقد يتصرّف بموجبه الواهب في أمواله لفائدة الموهوب له دون عوض، وقد أدرجها المشرّع الجزائري في الكتاب الرّابع من قانون الأسرة تحت عنوان التبرُّعات إلى جانب كلّ من الوصيّة والوقف[3]، بالتّالي فإنّ الهبة في القانون الجزائري تدخل في نطاق الأحوال الشّخصيّة[1]،

[1] المادة 15 من الأمر رقم 75-58 السالف الذّكر.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص التونسي: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 157.

[3] شريقي نسرين وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 67.

وقد خصّص لها المُشرّع قاعدة إسناد حيث أخضعها لقانون جنسية الواهب وقت إجرائه طبقا لما نصّت عليه المادة 2/16من القانون المدني[2]، إذن يختص هذا القانون ببيان الأحكام الموضوعيّة للهبة، فإذا تقرّر تطبيق القانون الجزائري يعود القاضي إلى المواد من 202 إلى 212 من قانون الأسرة، وذلك فيما يتعلّق بتحديد أهليّة الواهب للتّبرُّع مثلا، ومدى جواز الهبة للوارث والمقدار الّذي يجوز فيه الهبة وكذا أحوال الرُّجوع فيها وبطلانها، أمّا من حيث نفاذها في حقّ الورثة؛ يُطبّق عليها قانون جنسيّة الواهب وقت الموت، وفيما يخصّ شكل الهبة فيخضع لقانون محلّ إبرامها كقاعدة عامة، أو لقانون جنسيّة الواهب وقت الهبة قياسا على الحكم الخاصّ بشكل الوصيّة، كما هو الحال في القانون الكويتي في المادة 2/49، مع ملاحظة أنّ هبة العقّار يشترط فيها الرّسمية في الجزائر وهذا لا يخلّ باختصاص قانون موقع العقّار من حيث انتقال المال الموهوب والاحتجاج به اتّجاه الغير[3].

أمّا الوقف هو نظام للانتفاع بالمال، مصدره الشّريعة الإسلامية، بموجبه يرصد الواقف المال الموقوف للجهة المحبس عليها مؤقتا دون أن يكون لها حقّ التّصرّف فيه، أو لجهة عامّة أو خاصّة بصفة مُؤبَّدة[4].

إنّ ضابط الإسناد الّذي يحكم الوقف في القانون الجزائري هو نفسه الّذي يحكم الهبة، وقد نصّ عليه المشرّع في المادة 2/16 من القانون المدني، بالتّالي يطبّق عليه قانون جنسيّة الواقف وقت إجراء الوقف، ويدخل في مضمون الفكرة المسندة شروط وصحّة الوقف، شروط الواقف

---

[1] في الدول العربية، القانون المدني المصري والليبي أخرجت الهبة من نطاق الأحوال الشخصية وأدرجتها في القانون المدني كعقد من العقود الناقلة للملكية بالتالي تخضع لقانون العقد، ولم يضع المشرع العربي في سوريا العراق و الأردن واليمن والإمارات العربية، قاعدة إسناد للهبة، أما في تونس يختص بها قانون جنسية الواهب، وفي الكويت تخضع لقانون جنسية الواهب وقت الهبة فيما يخص انعقادها أما نفاذها في حق الورثة يسري عليها قانون جنسية الواهب وقت الموت، أنظر: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 182.

[2] المادة 2/16 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 183.

[4] شريقي نسرين وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 68.

والموقوف عليه وكذا إثباته واشتراطاته، ويخرج شكل الوقف الّذي يحكمه قانون مكان إبرام التّصرّف[1].

رأينا فيما سبق أنّ المشرع الجزائري على غرار التّشريعات العربية، اعتمد ضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشّخصية، ورغم أنّ هذا الضّابط قد يثير بعض الصعوبات، إلّا أنّ اعتماده في مجال الأحوال الشّخصية يسمح بتطبيق القانون الوطني المستمدّ من أحكام الشّريعة الإسلامية على المواطنين العرب المسلمين المقيمين في الخارج.

المبحث الثّاني

حلّ مشكلة التّنازُع المتغيّر

إنَّ المُشرّع الجزائري كما نعلم، قدْ وضَع لكلِّ فِئة مُسندة ضابط إسنادْ يتمُّ من خلاله إرشاد القاضي للقانون الواجب التّطبيق على النّزاع المُشتَمل على العنصر الأجنبي، غير أنَّه قد يحدث وأن يتغيّر ضابط الإسنادْ بعد نُشوء العلاقة القانونيّة ويتغيّر معه القانون الواجب التّطبيق على النِّزاع فتكون العلاقة حينئذٍ مُتعلِّقة بقانونين متعاقبين، بالتّالي يثور التَّساؤُل حول القانون الواجب التّطبيق في هذه الحالة، وقد أطلق على هذا النّوع من التّنازع "التّنازع المتحرّك"، ولتوضيح الفكرة أكثر سنتطرّق أوّلا لمضمون مشكِلة التّنازع المتغيّر (مطلب أوّل) ثمّ تبيان موقف المُشرِّع الجزائري في حلّ هذه المشكِلة (مطلب ثان).

المطلب الأوّل

مضمون مشكلة التّنازع المتحرّك

إنَّ التّنازُع المُتحرِّك يُثير عِدّة إشكالات، كونه يُحدث التّنازع حول القانون الواجب التّطبيق على العلاقة القانونيّة بين القانون القديم الّذي كان يحكُم العلاقة أثناء إنشائها إلى نطاق القانون الجديد بعد تغيير الأطراف أو أحدهما لضابط الإسنادْ،وفي هذا الصَّدد سنتعرّض أوّلا لمفهوم

[1] محروق كريمة، المرجع السابق، ص 188.

التّنازع المتغيّر (الفرع الأوّل) ثم نبيّن الحلول الّتي اعتمدها الفقه في حلّ الإشكالات الّتي يثيرها هذا التّنازع (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل

مفهوم التّنازع المتغيِّر

نتطرّق من خلال مفهوم التّنازع المتغيّر؛ إلى بيان المقصُود منه وشروط قيامه وكذا تمييزه عن بعض الأنظمة المُشابِهة، ثمّ تبيان نطاقه.

أوّلا: المقصُود بالتّنازع المتغيّر

تَعدَّدت تعريفات التّنازُع المُتغيِّر عند فقه القانون الدَّولي الخاص وكلُّها معاني مُتقاربة، نُورد بعضها فيما يلي:

عرَّفه برتان بأنّه التّنازُع الّذي يحدُث نتيجة تغيِير ظُروف الإسناد –كتغيير الجنسيّة أو الموطن أو موقع المال أو انتقال الأشخاص– مع بقاء قاعدة الإسناد دون تغيير[1].

وقد اعتبره الأستاذ كريم مزعل شبي صورة من صور تنازع القوانين من حيث الزّمان، يلتقي فيه عنصر الزّمان بعنصر المكان نتيجة للتّغيّر الإرادي في ضابط الإسناد ممّا يُؤدِّي إلى خُضوع العلاقة القانونيّة المعروضة لقوانين متعاقبة ومتتابعة، ما يُفضي إلى التّنازع حول القانون الّذي يحكم العلاقة[2].

وقد تمّ تعريفه كذلك على أنّه ذلك التّنازع الّذي ينشأ في ظل قانونين متعاقبين صادرين من مشرّعين مختلفين لحكم موضوع واحد[3].

ويمكن تعريفه أيضا على أنّه "تعاقب قانونين مختلفين لدولتين مختلفتين لحكم موضوع واحد أو علاقة واحدة، مما يستدعي البحث عن أي القانونين هو الأصلح لهذه الوظيفة من غيره"[1].

---

[1] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 226.

[2] كريم مزعل شبي، التنازع المتغير وأثره في القانون الواجب التطبيق، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2017، ص 44.

[3] Nouhad Rizkallah, Droit international privé, entreprise universitaire d'étude et de publication, Liban, 1985, p75.

وهو "التّنازع الّذي ينشأ عن خضوع العلاقة لقانونين متتابعين بفعل انتشار عنصر التغيير في الزمان والمكان"[2].

ويُشترط لقيام التّنازع المتحرّك؛ أن يكون ضابط الإسناد قابل للتّغيير[3]، كضابط الجنسيّة في فِئة الأحوال الشَّخصيّة وكذلك ضابط الموطن وموقع المال المنقول، ويخرج عن نطاقه العناصر الثّابتة غير القابلة للتّغيير كقانون موقع العقّار مثلا فلا ينشأ بذلك التّنازع[4].

وأن يكون هناك فاصل زمني بين نشأة العلاقة القانونية المُتضمِّنة عنصر أجنبي والمنازعة فيها أمام القضاء، أي أن تكون هناك علاقة قانونيّة مُستمِرَّة لمدّة معيّنة بحيث يسمح هذا الاستمرار بتعاقب قانونين في حكم هذه العلاقة[5].

بالإضافة إلى وجوب تغيير ضابط الإسناد بإرادة أحد أطراف العلاقة تغييرا طبيعيّا[6] يسمح بتعاقب القانونين، أي قانون الجنسيّة القديمة وقانون الجنسيّة الجديدة، مِمّا يُؤدّي إلى تضارب الحقوق المُكرَّسة في قانوني كلا الدّولتين[7]، كأن يتزوّج شخصان في ظلّ قانون يمنع الطّلاق وبعدها يغيّر أحد الزّوجين أو كليهما جنسيّته بجنسيّة أخرى يسمح قانونها بِفكّ الرّابطة الزّوجية

---

[1] موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011-2012، ص 116.

[2] جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011، ص 59.

[3] حيث أنه في المقابل توجد قواعد إسناد ثابتة غير قابلة للتغيير، ولا يتصور حدوث التنازع المتحرك بشأنها مثل قانون موقع العقار.

[4] يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2009-2010، ص89.

[5] علي عدنان علي، أثر التغيير في قواعد الإسناد على تحديد القانون واجب التطبيق (دراسة مقارنة)، رسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2020، ص 44.

[6] وهو يختلف عن التغيير الاصطناعي أي اصطناع ظرف جديد بهدف استبعاد القانون الواجب التطبيق الذي يقودنا إلى نظرية الغش نحو القانون، أنظر: يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 89.

[7] جندولي فاطمة زهرة، المرجع نفسه، ص 60.

بالطّلاق أو التّطليق، مِمّا يطرح التّساؤل حول مدى إمكانية حلّ الرّابطة الزّوجية في هذه الحالة، وهل يمكن للطّرف المُحتفظ على الجنسيّة القديمة أن يدفع بتطبيق القانون القديم؟[1]

تبيّن ممّا سبق أنّ المشكلة الأساسية الّتي يُثيرها التّنازع المتحرّك؛ هي عدم استقرار المركز القانوني أو القانون الّذي يحكم العلاقة القانونيّة الّتي يشوبها العنصر الأجنبي، وذلك نتيجة لتغيّر ضابط الإسناد في الفترة المُمتدَّة بين نشوء العلاقة ونشوب النِّزاع دون تغيير قاعدة الإسناد في قانون القاضي، وبذلك يقترب التّنازع المتغيِّر عن بعض النُّظم القانونيّة إلّا أنّه يختلف عنها في عدّة جوانب:

1-التّنازع المتحرّك والغشّ نحو القانون:

يترتّب عن كلاهما تعاقب وتتابع قانونين لحكم نفس المسألة القانونيّة، وذلك نتيجة لتغيير ضابط الإسناد في كلتا الحالتين كتغيير الجنسيّة أو الموطن، إلّا أنّهما يختلفان في نيّة الأطراف عند تغيير ضابط الإسناد، حيث أنّه في التّنازع المتغيّر يتمّ التّغيير في الضّابط بحسن نيّة، أي من غير قصد التّحايُل عن القانون الواجب التّطبيق، على خلاف الغشّ نحو القانون أين يتمّ التّغيير على أساس التّهرُّب من أحكام القانون الواجب التّطبيق[2].

2-التّنازع المتغيّر وتنازع القوانين من حيث الزّمان:

كلاهما يترتّب عن تعاقب قانونين وتتابعهما على حكم نفس المسألة محلّ النِّزاع، غير أنّه في حالة التّنازع المتحرّك؛ يكون التّعاقب بين قانونين مختلفين صادرين عن سيادتين تشريعيّتين مختلفتين، أمَّا تنازع القوانين من حيث الزّمان؛ يحدث ضِمن إطار قانوني واحد صادر عن سلطة تشريعيّة واحدة، كما أنّ سبب تتابع القوانين في التّنازع المتحرّك يتعلّق بإرادة الأطراف ويحصل بين قانونين نافذين في الوقت نفسه، بينما في تنازع القوانين من حيث الزّمان يكون الدّور البارز في التّغيير للسّلطة التّشريعيّة، ويحدث غالبا بين قانونين أحدهما قديم ملغى والآخر جديد ساري

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 116.

[2] صلاح الدين يونس علي، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية والأدبية، دون بلد النشر، 2016، ص224.

المفعول[1]، بالإضافة إلى أنّه في التّنازع الزّمني يستطيع المشرّع أن يجعل للقانون الجديد أثرا رجعيا أو أن يمدّ في حياة القانون القديم، وهذا لا يمكن تصوّره في التّنازع المتحرّك[2].

ثانيا: نطاق التّنازع المتحرّك

يتمثّل نطاق أو مجال التّنازع المتحرّك في تحديد المواقف التي يمكن من خلالها أن ينشأ هذا النّوع من التّنازع، والمُتمثِّلة أساسا في تغيّر ظروف الإسناد؛ بحيث لا يمكن تصوُّر التّنازع المتحرّك إلّا مع ضوابط الإسناد القابلة للتّغيير في قاعدة الإسنادْ، كما هو الحال عندما يكون ضابط الإسنادْ في قاعدة الإسناد مقترن بلحظة زمنية، ويحصر الفِقه نطاق التّنازع المتغيّر في فرضين؛ يتمثّل أوّلُهما في تغيير الجنسيّة أو الموطن (القانون الشّخصي)، أمّا الثّاني يتمثّل في تغيير موقع المنقول من دولة إلى دولة أخرى كونه ضابطا للإسناد في مجال النِّظام العيني للمنقولات المادّية[3].

وتكمُن الصّورة الثّانية للتّنازع المتغيِّر في التّنازع النَّاشِئ عن الضّمّ أو الإلحاق، ويتحقّق هذا النّوع نتيجة لظهور دولة جديدة مثلا بسبب انفصال الأقاليم أو تقسيم الدول أو انتقال إقليم في دولة مستقلّة إلى سيادة دولة أخرى جديدة[4].

الفرع الثّاني

الحلول الفِقهيّة لمشكلة التّنازع المُتغيِّر

لحلّ الإشكالات الّتي يُثيرها التّنازع المتغيّر؛ ظهرت بعض المذاهب الفقهيّة كلّ منها اعتمد معيارا معيّنا على أساسه يتمّ اختيار القانون المُلائِم حسب رأيهم، نذكرها فيما يلي:

أوّلا: أنصار استبعاد تطبيق القانون الجديد

[1] بلاق محمد، "إشكالية التنازع المتحرك في العلاقات الخاصة الدولية"، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، مجلد 4، عدد 3، المركز الجامعي بريكة، 2021، ص ص 100-115، ص 105.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 124.

[3] بلاق محمد، المرجع السابق، ص 105.

[4] بلاق محمد، المرجع السابق، ص 106.

ومن أنصار هذا الرّأي الفُقهاء دايسي في انجلترا، وبيل في أمريكا، وبييه ونبوابيه في فرنسا[1]، ووفقا لهذا الاتّجاه يُستبعد تطبيق القانون الجديد ويحكم العلاقة القانون المختصّ وقت إنشائها، ويستندون في ذلك إلى فكرة الحقّ المُكتَسب، فإذا تمّ اكتساب الحقّ في دولة اكتسابا صحيحا وفقا للقانون المختصّ، وَجب الاعتراف بوجوده وصِحَّته في الدّول الأخرى حيث يعتبر ذلك مبدأ أساسي لتنظيم العلاقات الدّولية واستقرارها لارتباطه بسيادة الدّول، وعليه فإنّ رفض تطبيق القانون الذي نشأ الحقّ في ظلّه على آثاره في المستقبل بحجة تغيير ضابط الإسناد؛ يعتبر إنكارا لسيادة الدّولة الأجنبيّة حسب هذا الرّأي[2]، ويكون بذلك الحقّ المُكتسب مُهدّد بالزّوال بمجرّد تجاوز الحدود السّياسيّة، ويستند هذا الرّأي أيضا إلى مبدأ المجاملة.

بالتّالي طبقا لهذا الاتّجاه ، كُلّما اكتسب الشّخص حقّا وتمّ إنشاؤه صحيحا طبقا لقانون دولته، وجب احترامُه في كلّ الدّول حتّى لو انتقل إلى بلد لا يعترف قانونه بهذا الحقّ، على أساس وجوب التّفرقة بين نشوء الحقّ وبين نفاذه،حيث أنّه في كثير من الحالات يكون إنشاء الحقّ في بلد ما مستحيلا ولكن نفاذه يكون مُمكنا[3]، وقد وُجِّهت انتقادات عديدة لهذا الاتّجاه، على أساس أنّه يتناقض مع المعنى الحقيقي لفكرة الحقوق المُكتسبة، لأنّ أساسها أن يكون الحقّ القائم في قانون معيّن، مُحترما ومُطبقا في القانون الثّاني رغم أنّ هذا الأخير لا يعترف به أساسا، ولذلك جاء الفقيه الفرنسي "نيبوابيه" وعدّل قليلا في مضمون هذه النّظريّة تجنُّبا لهذه الانتقادات فسمّاها بالنّفاذ الدّولي للحقوق، ومن خلالها يتمّ احترام الحقّ المُكتسب وفقا لقواعد التَّنازع في البلد الّذي نشأ فيه فقط، متى ثبت بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي أنّ هذا الأخير غير مختصّ، لأنّ لو ثبت له الاختصاص، وجب أن ينشأ الحقّ صحيحا وفقا لقواعد التّنازع فيه أيضا. ولا يكفي أن ينشأ صحيحا وفقا لقواعد الإسناد في البلد الّذي نشأ فيه فقط[4].

---

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 128.

[2] أعراب بلقاسم،المرجع السابق، ص 133.

[3] بلاق محمد، المرجع السابق، ص 112.

[4] موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 119.

رغم توفيق رأي "نبواييه" في تحديد المقصود بالنَّفاذ الدّولي للحقوق، إلّا أنّه تَعرَّض لانتقادات فيما يخصّ تفسير بعض المراكز القانونيّة المتعلِّقة بمدى سلطان القانون الجديد على الآثار المُترتِّبة على الحقّ، وقد أُثيرت هذه القضيّة بالنّسبة للمراكز القانونيّة المُستمِرّة بعض المسائل:

1-مدى قابليّة الزّواج للانحلال بالتّطليق والطّلاق:

ويتعلّق بمدى إمكانية الطّرفين بالتّمسُّك بالحقوق الّتي اكتسبها في ظلّ القانون القديم، كأن يكون هذا الأخير يحظر انحلال الزّواج، وأنّ القانون الجديد يسمح بذلك.

2-الأهليّة المرتبطة بسنّ الرُّشد:

أي مدى إمكانية الشّخص من التّمسُّك بحقِّه في البلوغ إذا غيَّر جنسيّته من قانون يُحدِّد سنّ الرُّشد ب 19 سنة إلى قانون يُحدِّدها ب 23 سنة وهو لم يبلغ23 سنة بعد.

3-إثبات البُنوّة الطّبيعيّة:

كأن يكون قانون الجنسيّة السّابقة يسمح بإثبات البنوّة الطّبيعيّة عن طريق التّقاضي، وقانون الجنسيّة الجديدة يمنع ذلك، فهل يجوز له أن يتمسّك بحقِّه وفقا للقانون القديم؟[1]

وتجنُّبا لهذه الانتقادات؛ اقترح الفقيه الفرنسي "بارتان" الأخذ في الاعتبار باستقرار النُّظم في مادّة التّنازع عدم التقيّد بالمكان، بل يجب بالإضافة إلى ذلك تحديد التّاريخ الّذي يُعتدّ به لتطبيق هذا القانون، كأن ينصّ المشرّع على تطبيق على آثار الزّواج قانون جنسيّة الزّوج وقت انعقاده، فبذلك تبقى العلاقة القانونيّة محكومة بالقانون الّذي نشأت فيه[2].

[1] أنظر زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 131.

[2] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 131.

ثانيا: أنصار تطبيق قواعد تنازع القوانين من حيث الزّمان على التّنازع المُتحرّك

اتّجه جانب من الفقه المعاصر إلى قياس التّنازع المتغيّر على التّنازع الزّمني، بالتّالي يُطبّق على الأوّل نفس الحلّ المُعتمد في الثّاني نظرا للتّشابه الموجود بينهما[1]، حيث يوجد تعاقب قانونين في كليهما لحكم حقّ مُعيّن، وعلى اعتبار أنّ حلّ مُشكلة التّنازع المتغيّر مسألة متعلّقة بتحديد نطاق تطبيق القوانين من حيث الزّمان، ويُبرّر هذا الرّأي وجهة نظره بأنّها تُفضي إلى وحدة التّشريع في الدّولة، ويتمّ تطبيق القانون الجديد على أساس أنّه أحسن من سابقه[2].

و يرى أنصار هذا الرّأي أن يكون للقانون الجديد أثر فوري لا رجعيّة له إلّا بنصّ، ولا امتدادا للقانون القديم إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد إلّا على سبيل الاستثناء، وذلك بالنّسبة لنظام العقود الّتي يتعيّن أن تخضع بالنّسبة لشروط انعقادها وصِحّتها وآثارها وانقضائها إلى القانون المعمول به وقت إبرامها، حيث قاس هؤلاء الفُقهاء التّنازع المتحرّك على التّنازع الزّمني، كونهم لاحظوا أنّ التّنازع المُتحرِّك هو تنازع من حيث المكان، لأنّه يحصل بين قوانين دول مختلفة وينطوي على تنازع من حيث الزّمان فيما بين قانوني دولتين أو أكثر، كون أنّ كلا من هذه القوانين ثبت له الاختصاص في وقتين مختلفين، أحدهما يحكم المركز القانوني عند إنشائه والآخر يحكمه وقت نفاذه، إذن ما دام قد تعاقب على المركز القانوني الواحد قانونان، يجب البحث على نطاق كلّ منهما مهما كانت الفروق بين التّنازعين مادام جوهر المشكل واحد[3].

بالتّالي فإنّ تطبيق هذا الحلّ على التّنازع المتحرِّك، يؤدّي إلى خضوع الحقّ الّذي تولّد قبل تغيير ضابط الإسناد وكذلك آثاره آنذاك للقانون الّذي نشأ في ظِلّه، أمّا الآثار الّتي تولّدت عنه بعد تغيير ضابط الإسناد فتخضع للقانون الجديد[4].

وقد تعرّض هذا الاتّجاه للنّقد نتيجة لتشبيهه التّنازع المتحرّك بتنازع القوانين من حيث الزّمان رغم الفروق الموجودة بينهما والّتي لا يمكن إنكارها[1]، وكذا لخلطه بين العلاقات القانونيّة الوطنيّة

[1]Loussouarn et Bourel, Droit international privé, 3 ed, Dalloz, Paris, 1988, p 356.

[2] بلاق محمد، المرجع السابق، ص 112.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 132.

[4] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 135.

المُنظَّمة تنظيما داخليا والعلاقات ذات العنصر الأجنبي الّتي تخضع لقواعد التّنازع، وقياس التّنازع المتحرّك على التّنازع الزّمني؛ هو قياس مع فارق لاختلاف طبيعة كلّ منهما[2]، فبما أنّ التّنازُع الزّمني صادر من نفس الجهة التّشريعيّة، فإنّ كلا القانونين على قدم المساواة، ما يجعل تحديد نطاق تطبيقهما مبني على معيار عام مجرّد. وعلى العكس من ذلك، في التّنازع المتحرّك القانونين صادرين من جهتين تشريعيّتين مختلفتين، يجعلهما في حالة عدم مساواة ممّا يدعو للمفاضلة بينهما، فلا معنى حينئذ للتّقيُّد مقدما بمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد. كما أنّ وحدة التّشريع الّتي يستند عليها أنصار هذه النّظرية، تجد مجالها في نطاق الحياة الوطنية الداخلية فقط، أمّا التّنازع المتحرّك يعتبر حالة من حالات تنازع القوانين، والّذي يقوم على مبدأ قبول تطبيق التّشريعات الأجنبيّة في حدود معيّنة[3].

المطلب الثّاني

موقف المُشرِّع الجزائري في حلّ مشكلة التّنازع المتغيّر

أثارت مُشكلة التّنازع المتحرّك خلافات بين فُقهاء القانون الدّولي الخاصّ وتعدّدت الآراء في شأنِها، غير أنّ جميعها لم تسلم من النَّقد، لذلك اختلفت التّشريعات حول المعيار المُعتمد لحلّ هذا الإشكال ولم تحسم الأمر بالأخذ بنظرية محدّدة، وبالنّسبة للمشرِّع الجزائري؛ فقد لجأ لإجراء المفاضلة بين القوانين المتنازعة عن طريق اعتماد المعيار الزّمني الّذي يجب الاعتداد فيه بظرف الإسناد المكاني، وهو ما سنحاول توضيحه ضمن هذا المطلب عن طريق عرض الحالات الّتي عالجها المشرّع محاولا فيها تفادي حدوث التّنازع المتغيّر.

---

[1] أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 134.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 133.

[3] موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 121.

الفرع الأوّل

آثار الزواج وانحلاله

اعتمد المُشرّع الجزائري لحلّ إشكالية التَّنازُع المتحرّك إجراء المفاضلة والملاءمة بين القوانين المتعاقبة المتنازعة، وكان ذلك عن طريق تحديد الوقت الّذي يُعتدّ فيه بضابط الجنسيّة المُعتمد في الأحوال الشّخصيّة، ويتّضِح ذلك من خلال قواعد الإسناد في القانون المدني، من بينها القواعد الّتي تحكم مسألة آثار الزّواج وانحلاله، حيث تنصّ المادّة 12 من القانون المدني: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج **وقت انعقاد الزواج**، على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج.

ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج **وقت رفع الدعوى**"[1].

نلاحظ من خلال المادّة أعلاه أنّ المشرّع الجزائري اعتمد المعيار الزّمني لحلّ إشكالية التّنازع المتغيّر، باعتبار أنّه بإمكان الطّرفين أو أحدهما أن يغيّر جنسيّته، ما يُؤدّي إلى تعاقب القوانين وتولّد التّنازع المتغيّر، لذلك أخضع المشرّع الآثار الشّخصية والمالية المترتّبة عن الزّواج لقانون جنسيّة الزّوج **وقت انعقاد الزواج**، ومنه تبقى آثار الزّواج خاضعة دائما لقانون الجنسيّة الّتي كان يتمتّع بها الزّوج **أثناء انعقاد الزّواج** حتّى وإن غيَّر جنسيّته بعد ذلك، ما يُحقِّق المركز القانوني للزّوجين[2].

---

[1] المادة 12 من الأمر رقم 75-58 السالف الذّكر.

[2] ونفس الحكم في القانون المصري من خلال المادة 13 من القانون المدني، والقانون العراقي من خلال المادة 2/19 قانون مدني، والمادة 1/14 مدني سوري، المادة 1/13 مدني ليبي، المادة 39 من القانون رقم 05 لسنة 1961 الكويتي، فكل هذه القوانين اعتمدت المعيار الزمني "وقت انعقاد الزواج" في القانون الواجب التطبيق عليه، ماعدا القانون التونسي الذي فرق بين الآثار الموضوعية وأخضعها لقانون الجنسية المشتركة للزّوجين، أو قانون آخر مقرّ مشترك لهما، أو قانون القاضي، دون اعتماد المعيار الزّمني وفقا للفصل 47 من مجلة القانون الدولي الخاص، أما الآثار المالية أخضعها للقانون الشخصي المشترك عند انعقاد الزّواج، أو لقانون أول مقرّ مشترك لهما إن وُجِد، أو لقانون القاضي طبقا للفصل 48، وبالنّسبة للقانون اليمني اكتفى بالنّص على القانون الواجب التّطبيق على الزواج بصفة عامة في المادة 25 قانون مدني، أين أخضعه لقانون القاضي دون اعتماد المعيار الزمني.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا الحكم لا يخلو من صعوبات، حيث لو أنّه طرأ تعديلا لاحقا على هذا القانون،وأقرّ حقوقا إضافيّة أو فرض التزامات جديدة أو أنقص ممّا هو وارد في القانون السّابق، فإنّه يجب أن يكون لهذا التّعديل أثر فوري مستقبلا على الرّابطة الزّوجية من تاريخ سريانه، على اعتبار أنّ آثار الزّواج تتوقّف على القانون المُطبَّق وليس على تاريخ الزّواج[1]، كما أنّه لو غيّر الزّوج جنسيّته مثلا، فلابُد حينئذٍ لقانون جنسيّته الجديدة أن يختصّ بآثار الزّواج مستقبلا، كون أنّ قانون جنسيّته السّابقة يصبح لا محلّ له لحكم الآثار المستقبليّة، حيث أنّه في إطار التّنازع المتحرّك الآثار المستقبليّة يحكمها القانون الجديد –وفق ما توصّل إليه الفِقه الرَّاجح– ولا يجوز الاحتجاج بالحقوق المُكتسبة ما دامت تتعارض مع القانون الجديد، وهو ما يميل إليه الفقه والقضاء الفرنسيّين ما دام تغيير الجنسيّة لم يحصل بقصد الغشّ[2].

كما أسند المشرّع الجزائري انحلال الزّواج والانفصال الجسماني طبقا للفقرة الثّانية من المادّة 12 من القانون المدني، لقانون جنسيّة الزّوج **وقت رفع الدّعوى**، حيث اعتمد المشرّع المعيار الزّمني "**وقت رفع الدّعوى**"، بالتّالي فهو يُفضِّل تطبيق القانون الجديد على انحلال الزّواج، وهو قانون الجنسيّة الّتي يتمتّع بها الزّوج وقت رفع الدّعوى[3].

واستثناء للمادّة 12 نصّت المادّة 13 من القانون المدني على: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا **وقت انعقاد الزواج**، إلا فيما يخص أهلية الزواج"، حيث اعتمد المشرّع المعيار الزّمني "**وقت انعقاد الزواج**"، بالتّالي إذا كان أحد الزّوجين يتمتّع بالجنسيّة الجزائريّة وقت انعقاد الزّواج، يُطبّق مباشرة القانون الجزائري فيما يخصّ انعقاد الزّواج وآثاره وانحلاله حتّى وإن غيَّر جنسيّته بعد ذلك، وهذه المادّة

---

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 171.

[2] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 171.

[3] المادة 2/12 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر، وهو ما ذهبت إليه معظم التّشريعات العربية، ماعدا القانون التونسي، ويتّضح ذلك من خلال الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، حيث أنّ الطّلاق والتّطليق يحكمهما قانون الجنسية المشتركة عند رفع الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يخضع لقانون آخر مقر مشترك للزّوجين إن وُجِد، وإلّا قانون القاضي، أمّا القانون اليمني؛ أخضع الطلاق بصفة عامة لقانون القاضي من خلال المادة 25 قانون مدني.

اعتمدها المشرّع كحلّ لمواجهة بعض الحالات العمليّة الّتي يكون فيها الزّواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري وباطلا بالنّسبة للقانون الأجنبي[1].

الفرع الثّاني

النّسب

يتّضِح كذلك موقف المشرّع الجزائري في اعتماده المعيار الزّمني لتفادي مشكلة التّنازع المتغيِّر، من خلال قاعدة الإسناد الّتي تحكم مسألة النّسب[2]، والمتمثّلة في المادّة 13 مكرّر حيث تنصّ: "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره، قانون جنسية الأب **وقت ميلاد الطفل.**

وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل، يطبق قانون جنسية الأب **وقت الوفاة**"[3].

قيَّد المُشرِّع الجزائري القانون الواجب التّطبيق على النّسب والاعتراف به وإنكاره بالمعيار الزّمني "**وقت ميلاد الطّفل**"كحلّ لتفادي مشكلة التّنازع المتغيّر، ويعتبر حلّ منطقي كون أنّ ميلاد الطّفل يعني خروجه للحياة وبداية حياته الفعليّة، إلى جانب حياته القانونيّة، فالقول بجنسيّة الأب لتحديد القانون الواجب التّطبيق، مضبوط بميلاد الطّفل المُراد إثبات نسبه والّذي تتعلّق مسألة النّسب به[4].

ولكن قد يحدث وأن يتوفّى الأب قبل ميلاد الطِّفل، بحيث يستحيل تطبيق الفقرة الأولى من المادّة 13 مكرر، وفي هذه الحالة يعتدّ بقانون جنسيّة الأب **وقت الوفاة**، ويكون ذلك بتطبيق

---

[1] بلاق محمد، المرجع السابق، ص 109.

[2] قبل تعديل القانون المدني، لم تكن هناك قاعدة تنازع تحكم مسألة النسب في القانون الجزائري، لكن بعد التعديل تدارك المشرع ذلك وأضاف نص المادة 13 مكرر لتسد هذا الفراغ، بالنسبة القانون الكويتي نص في المادة 41 من القانون 5 لسنة 1961 على خضوع النسب لقانون جنسية الأب وقت الميلاد، وإذا مات قبل الميلاد يعتدّ بقانون جنسيته وقت الوفاة، وفيما يخص تصحيح النسب بالزواج؛ يسري قانون الأب وقت تصحيح النسب وفقا للمادة 42 منه، أمّا القانون التّونسي؛ منح حرية اختيار القانون الأفضل للطفل للقاضي دون اعتماد المعيار الزمني، وفقا للفصل 52 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

[3] المادة 13 مكرر من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[4] يوبي سعاد، المرجع السابق، ص95.

قانون آخر جنسيّة كان يملكها الأب قبل الوفاة، بالتّالي في حالة تغييره لجنسيّته ووفاته بعد ذلك فالمشرّع لم يترك المجال للمفاضلة بين القوانين وإنّما حسم المسألة بتحديد قانون تاريخ الوفاة[1].

الفرع الثّالث

الكفالة والتّبنِّي

اعتمد المُشرّع الجزائري في نصّ المادّة 13 مكرر1 في فقرتها الأولى من القانون المدني، ضبط القانون الواجب التّطبيق على الكفالة بوقت معين يكمن في "قانون جنسيّة كلّ من الكفيل والمكفول **وقت إجرائها**"، وكان ذلك تفاديا للإشكالات الّتي يثيرها تغيير أحد الطّرفين أو كليهما للجنسيّة، بالتّالي يعتدّ بقانون جنسيّة كلّ من الطّرفين الّتي كانا يتمتَّعان بها **وقت إجراء الكفالة**، بحيث لا يؤثّر تغييرهما للجنسيّة بعد ذلك[2].

كما ألحق المشرّع التّبنّي لنفس أحكام الكفالة من حيث القانون الواجب التّطبيق، وذلك من خلال الفقرة الثّانية من نفس المادّة، بالتّالي يُطبّق عليه قانون جنسيّة المتبنِّي والمتبنَّى وقت إجرائه مهما غيّروا من جنسيّتهم[3].

الفرع الرّابع

الهبة والوقف

نصّت المادّة 2/16 من القانون المدني الجزائري: "ويسري على الهبة والوقف، قانون جنسية الواهب أو الواقف **وقت إجرائهما**".

---

[1] يوبي سعاد، المرجع نفسه، ص 95.

[2] المادة 13 مكرر1/1 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر:" يسري على صحة الكفالة، قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها. ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل".

[3] المادة 13 مكرر1 /2 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر:" وتطبق نفس الأحكام على التبني"، وقد نص على هذه المسألة أيضا كل من المشرّع التونسي والكويتي، غير أنّهما لم يعتمدا على المعيار الزمني كحل لمشكلة التنازع المتغير، ويظهر ذلك من خلال المادة 44 من القانون رقم 5 لسنة 1961 الكويتي، والفصل 53 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

بما أنّ الهِبة والوقف تصرّفان قانونيّان يرتّبان آثارهما بمُجرّد انعقادِهما، أسندهُما المشرّع لقانون جنسيّة الواهب أو الواقف **وقت إجرائهما**، حيث اعتمد المشرّع المعيار الزّمني لضمان استقرار المعاملات في هذا النّوع من التّصرُّفات، وتفادي ما ينتج عن تغيير الجنسيّة من مشاكل، حيث لو غيّر الواهب أو الواقف جنسيّته بعد إجراء التّصرّف فإنّ ذلك لا يُؤثِّر على هذا الأخير من كلّ الجوانب[1].

وتجدُر الإشارة إلى أنّ الميراث والوصيّة والتّصرّفات المُضافة إلى ما بعد الموت، رغم أنّ التّحديد الزّمني لضابط الإسناد بشأنها ليس مهمّا، حيث تخضع بداهة لقانون جنسيّة المورث أو الموصي أو من صدر منه التّصرّف **وقت موته**، إلّا أنّ المشرّع نص على ذلك صراحةً طبقا لنصّ المادّة 1/16 من القانون المدني[2]، والّتي تنصّ: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف **وقت موته**"[3].

وقد ساهمت المعاهدات الدّولية بدورها في طرح هذه الحلول، كاتّفاقية لاهاي المبرمة في 05 أكتوبر 1961 المتعلّقة بتنازع القوانين في شكل الوصيّة، والّتي تعتبرها صحيحة من حيث الشّكل، إذا أبرمت وفق قانون محلّ إبرامها، أو وفق قانون جنسيّة الموصي سواء وقت إبرام الوصيّة أو وقت الوفاة، أو وفق قانون الدّولة الّتي بها موطن أو محلّ الإقامة العادية للموصي، سواء وقت إبرام الوصيّة أو وقت وفاته، وكذا الاتّفاقية الفرنسيّة اليوغسلافية المنعقدة في 18 أيار 1971، والّتي نصّت على أنّه في حالة تغيير أحد الزّوجين لجنسيّته، فإنّ الجنسيّة المشتركة لهما وقت إقامة الدّعوى، هي الّتي يعتدّ بها في حالات انحلال الزّواج[4].

أمّا بالنّسبة للحالات الّتي لا يوجد بشأنها حلاّ لا تشريعيا ولا اتفاقيا، من خلال المعاهدات الّتي يبرمها بلده مع غيره من الدّول، فحينئذٍ تُصبح المُفاضلة بين القوانين مسألة تدخل في نطاق تفسير قاعدة الإسناد، وعلى القاضي حسمها بمقتضى سلطته التّقديريّة في ظلّ السّياسة التشريعيّة

[1] المادة 2/16 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[2] موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص123.

[3] المادة 1/16 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[4] موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 124.

في بلده، وتختلف الظّروف الّتي يأخذها القاضي بعين الاعتبار باختلاف الحالات المعروضة بين يديه، وله في هذا الاستعانة بالنّظريات الفقهيّة السّابقة[1].

وفي الأخير نلاحظ أن المشرّع الجزائري سعى محاولا تفادي الإشكالات الّتي قد يثيرها التّنازع المتغيّر، وذلك عن طريق اعتماد المعيار الزّمني الّذي يكون دائما مُقترن بالقانون الواجب التّطبيق في أغلب الفروض الّتي يثور فيها التّنازع المتحرّك في مجال الأحوال الشّخصيّة، غير أنّ المشرّع لم يكن موفّقا في ذلك في كلّ الحالات، حيث أنّ البعض منها اعتمد فيها معيارا زمنيا غير مناسب إذ يُؤدّي إلى إشكالات عديدة، والّتي سندرسها في الباب الثّاني.

المبحث الثّالث

تقرير قاعدة إسناد ذات طابع أُحادي

يكمن الإشكال الأساسي في موضوع تنازع القوانين؛ في كيفية الوصول إلى القانون الملائم ليُطبّق على العلاقة محل النّزاع، باعتبار أنّها مُرتبطة بعدّة دول نظرًا لاشْتمالها على العنصر الأجنبي، ما يدعو لتحديد قانون دولة من بين هذه الدّول ليحكم العلاقة، ويكون ذلك عن طريق قواعد الإسناد، وهذه الأخيرة تكون في الأصل ذات طابع مُزدوج، بحيث تُشير إمّا لتطبيق القانون الأجنبي أو القانون الوطني (مطلب أول)، غير أنّه اسْتثناءًا قدْ تكون هناك اعتبارات خاصّة تَدعو الدّولة لتقرير قاعدة إسناد ذات طابع أُحادي، أي قاعدة تُشير مباشرةً لتطبيق القانون الوطني دون ترك مجال لإمكانيّة تطبيق القانون الأجنبي (مطلب ثان).

المطلب الأوّل

الأصْلُ في قاعدة الإسْناد الازْدواجية

يُقصد بازْدواجية قاعدة الإسناد؛ كونُها تُشير إمّا لتطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي، وقبل التطرُّق لهذا الموضوع؛ لابدّ من توضيح المقصود بقاعدة الإسنادْ (فرع أول)، ثمّ بَيان خصائصها والّتي من بينها الازْدواجيّة (فرع ثان).

[1] موشعال فاطيمة، المرجع نفسه، ص 124.

الفرع الأوّل

المقصود بقاعدة الإسنادْ

يُمكن تعريف قاعدة الإسنادْ بأنّها: " قواعد قانونية من وضع المشرّع الوطني، الغاية منها إرشاد القاضي المعروض عليه النّزاع إلى القانون الواجب التّطبيق على المسألة القانونيّة المشتملة على عنصر أجنبي"[1].

وعرّفها الأستاذ أعراب بلقاسم:" قاعدةُ الإسنادْ هي عبارة عن قاعدة قانونيّة يضعها المشرّع الوطني وهدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التّطبيق على المسألة القانونيّة المشتملة على عنصر أجنبي"[2].

وهي القواعد القانونيّة الّتي تُرشد القاضي إلى القانون الواجب التّطبيق على المراكز القانونيّة ذات العنصر الأجنبي[3].

وتتركّب قاعدة الإسنادْ من ثلاثة عناصر: الفئة المُسْندة، ضابط الإسنادْ و القانون المُسند إليه.

تَكْمن الفئة المُسندَة في مجموعة المسائل القانونيّة المُتشابهة والمُتقاربة، والّتي جَمَعها المشرّع ضمن فئة واحدة، وجعل لها ضابطًا يختصّ بإسنادها للقانون المختصّ بفضّ النّزاع، بحيثُ يستوجبُ على القاضي المعروض أمامه النّزاع تحديد الفئة المسندة الّتي تَنْدرجُ تحتها تلك المسألة وفقا لقانونه ليعرف القانون الواجب التّطبيق[4]، ومثال ذلك شكل التّصرّفات القانونيّة، والّتي أخْضَعها المشرّع الجزائري لقانون بلد الإبرام، فهو بذلك يُشكّل فئة مُسندة تتضمّن جملة من المسائل القانونيّة، والمُتمثّلة في كلّ التّصرّفات القانونيّة من حيثُ شكلها[5].

---

[1] شريقي نسرين وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 31.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 67.

[3] هشام علي صادق، تنازع القوانين: دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1993، ص 5.

[4] شريقي نسرين وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 31.

[5] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 68.

أمّا ضابط الإسنادْ، يُقصد به "المعيار الّذي يستندُ إليه المشرّع بوصفه مرشدًا إلى القانون الواجب التّطبيق على الفكرة المُسندة. فهو، إذن، أداة الوصل بين موضوع قاعدة التّنازع والقانون الواجب التّطبيق. فقانون الجنسيّة بالنّسبة للحالة والأهلية هو أداة الوصل هذه، الّتي تحدّد القانون الواجب التّطبيق، لذلك تُسمّى: ضابط الإسناد، لأنّها تسند المسألة القانونية المطروحة"[1].

والقانون المسندْ إليه، هو القانون الّذي أُسندت إليه المسألة القانونيّة بموجب ضابط الإسنادْ لفضّ النّزاع، أي القانون الّذي يثبت له الاختصاص بعد عملية الإسناد[2].

الفرع الثّاني

خصائص قاعدة الإسناد

باعتبار أنّ قاعدة الإسنادْ قاعدة قانونيّة كغيرها من القواعد، فإنّها تتّصف بالتّجريد والحياد والإلزام[3]، بحيث تؤدّي وظيفتَها في الاختيار بين القوانين بطريقة مُجرّدة، وهدفُها الوصول للقانون المُلائم ليحكم العلاقة، دون أن تكون هناك مصلحة خاصّة للدّولة أو لأحد أطراف العلاقة[4]، غير أنّ قاعدة الإسنادْ تتميّز ببعض الخصائص الّتي تميّزها عن غيْرها من القواعد القانونيّة، نذكرها فيما يلي:

---

[1] عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 28.

[2] شريقي نسرين وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 32.

[3] اختلفت الأنظمة القانونية ومواقف الفقه حول مدى إلزامية قواعد الإسناد، بحيث هناك اتجاه ينفي صفة الإلزام على قاعدة التنازع مادامت لا تقدم حلا للنزاع سواء بتأكيد الحق المتنازع عليه أو إنكاره، كما أنها غالبا لا تتعلق بالنظام العام، وإنما تعود السلطة التقديرية للقاضي في تطبيقها أو عدم التمسك بها، ولهم في ذلك حجج يستندون إليها، وفي المقابل يرى الاتجاه الثاني –وهو الاتجاه الراجح فقها– أن قاعدة التنازع لا تختلف عن غيرها من القواعد القانونية من حيث صفة الإلزام، وذلك بغض النظر عن مصدرها وغايتها وطريقة صياغتها ومهما كان الهدف منها، سواء سياسيا بوصفها تعبر عن ممارسة أحد مظاهر السيادة، أو كان هدفها اختيار القانون الملائم لحكم علاقة قانونية معينة. للتفصيل أكثر، أنظر: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 92-93.

[4] صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص: الجنسية وتنازع القوانين دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 252.

أوّلا: قاعدةُ الإسنادْ قاعدة إرشادية

يَتمثّل الدّور الأساسي لقاعدة الإسنادْ في اخْتيار القانون المُلائم لحُكم العلاقة، بالتّالي فهي لا تعطي بذاتها حلاً موضوعيًّا للنّزاع، وإنّما تُرشد فقطْ القاضي المعروض أمامه النّزاع للقانون الواجب التّطبيق، وبالعودة إلى هذا الأخير يجد فيه القاضي الحلّ الموضوعي لتلك العلاقة المُشتملة على العنصر الأجنبي[1]، بحيثُ يَنْحصر دورها في تحديد القانون الواجب التّطبيق، في حين أنّ وظيفة القاعدة القانونيّة الموضوعيّة العاديّة، هي إعطاء مركز واقعي معيّن الصّفة القانونيّة، وذلك عن طريق ترتيب آثار قانونيّة عليه، فقاعدة الإسنادْ لا تُرتّب بذاتها أثرًا عليها ولا تعطي الحلّ الموضوعي، وإنّما تُرشد للقانون الّذي يرتّب أو يعترف بترتيب تلك الآثار القانونيّة ويتكفّل بإعطاء الحلّ المناسبْ[2]، فمثلاً، قاعدة الإسنادْ الخاصّة بالأهليّة؛ لا تُبيّن مباشرةً السّن الّذي عند بلوغه يكونُ الشّخص كامل الأهليّة، وإنّما تكتفي فقطْ ببيان القانون الّذي سيتكفّل بتحديد ذلك السّن، ونفس الشّيء بالنّسبة لقاعدة الإسنادْ الخاصّة بالشّروط الموضوعيّة للزّواج؛ فهي لا تُحدّد ماهي تلك الشّروط، بل ترشد للقانون الّذي يحدّدها، وهكذا بالنّسبة لجميع قواعد الإسنادْ[3].

ثانيًا: قاعدة الإسنادْ قاعدة مُحايدة ومُجرّدة

من خصائص قاعدة الإسنادْ؛ الحياد والتّجريد، حيثُ تُؤدّي دورها في تحديد القانون الواجب التّطبيق بالنّظر إلى أنّ كُلّ القوانين تتساوى أمام مشرّع قاعدة الإسنادْ، أي أنّها لا تُفاضل بين قانون أجنبي وآخر، وهدفُها الوحيد الوصول إلى القانون الملائم الأقرب صلة إلى العلاقة[4]، بصرف النّظر عن مضمون هذا القانون، أي النّتيجة الماديّة الّتي تترتّب عن تطبيق هذا القانون، ويستوي أن يكون هذا الأخير قانون القاضي أو قانونا أجنبيًّا، فهذه القاعدة تربط بصفة مجرّدة بين طائفة معيّنة من المراكز أو العلاقات القانونيّة ذات الطّابع الدّولي وأحد القوانين المُرشّحة للتّطبيق كونُه القانون المرتبط بالعنصر الأساسي في المركز أو العلاقة، وينتهي دور هذه القاعدة بمُجرّد

[1] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 253.

[2] صلاح الدين، جمال الدين، المرجع السابق، ص 253.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 70.

[4] محروق كريمة، المرجع السابق، ص 43.

تحديد القانون الواجب التّطبيق دون البحث في مضمون هذا الأخير، أي أنّ دورُها ليس إعطاء حلّ للنّزاع[1].

وأحيانًا قد تهدف قاعدة التّنازع إلى تحقيق هدف مادّي معيّن، كالحالة الّتي يضعُ فيها المُشرّع قاعدة تنازُع تخييريّة، بحيث تتضمّن أكثر من قانون ليحكم العلاقة، بالتّالي تصحُّ هذه الأخيرة إذا صادفت الأوضاع المعمول بها في أيّ من هذه القوانين، ويصف الفقهاء مثل هذه القواعد بقواعد التّنازع ذات الصّيغة المادّية[2].

ثالثًا: قاعدة الإسنادْ قاعدة مُزْدوجة

يُقصد بازْدواجية قاعدة الإسنادْ أنّها قد تُشير إلى تطبيق القانون الوطني، وقد تُشير إلى تطبيق القانون الأجنبي، وذلك حسب نوع المسألة القانونيّة[3]، بهدف الوصول إلى القانون المُلائم لحكم العلاقة، ومن الثّوابت في مادّة تنازع القوانين، عدم التّلازم بين المحكمة المختصّة والقانون الواجب التّطبيق، فمثلاً إذا كان القاضي اللّبناني مختصًّا بالفصل في النّزاع، فذلك لا يعني بالضّرورة أنّه سيُطبّق قانونه الوطني، فإذا كانت قاعدة التّنازع تنصّ مثلاً على أنّ أهليّة الشّخص يحكمها قانون جنسيّته، فيكون القانون الواجب التّطبيق هو القانون اللّبناني إذا كان الشّخص ذو جنسيّة لبنانية، كما يكون القانون الواجب التّطبيق هو القانون الأجنبي إذا كان الشّخص أجنبيًّا[4]، وكذلك القاعدة التي تقضي بخُضوع الأهليّة لقانون الجنسيّة في القانون الجزائري، فقد تُشير باختصاص القانون الجزائري وقد تُؤدّي إلى تطبيق القانون الأجنبي وفقًا للجنسيّة الّتي يحملُها المعني، لذلك تُوصف قاعدة التّنازع بأنّها مُحايدة، كونُها لا تُفاضل بين القوانين.

وفائدةُ هذه الميزة في قاعدة التّنازع، إتاحةُ الفرصة للقانون الأجنبي للتّطبيق إذا قدّر القاضي عدم اختصاص قانُونه، على اعتبار أنّ العلاقة القانونيّة ترتبطُ بنظام قانوني أجنبي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، تفادي وقوع فراغ قانوني في حالة ما إذا كان قانون القاضي غير مختصّ، وذلك

[1] عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 25.

[2] عبده جميل غصوب، المرجع نفسه، ص 26.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 70.

[4] عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 24.

عن طريق قاعدة الإسنادْ المُزدوجة، بحيث يتحدّد القانون الأجنبي المُختص حسب معيار التّركيز الّذي اعتمده المُشرّع[1].

وهناك من الفُقهاء من يميلُ إلى تجريد قاعدة الإسنادْ من هذه الميزة، وجعلها تقتصر فقطْ على بَيان الأحوال الّتي يُطبّق فيها القانون الوطني دون الإشارة إلى الأحوال الّتي يُطبّق فيها القانون الأجنبي، مثل ما نصّت عليه المادّة 3 من القانون المدني الفرنسي الّتي تنص:" القوانين الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم تحكم الفرنسي ولو كان مقيما في بلد أجنبي"[2]، ويَستند هؤُلاء الفُقهاء إلى بعض الحُجج منها، أنّ الدّولة لا يُمكن أن تعطي الاختصاص لقانون دولة أخرى في حالة ما إذا كانت هذه الدّولة تَرفُض الاختصاص المُخوَّل لقانونها، ولتَجنُّب هذه النّتيجة، من الأفضل أن تقتنع كلّ دولة ببَيان سُلطان قانونها فقطْ، وأن تحترم خارج هذه الحدود إرادة الدّول الأخرى فيما يتعلّق باختصاص قوانينها، وموضوع الازدواجية هو من أثار مشكلة الإحالة الّتي وقع فيها كلّ من الفقه والقضاء، لأنّه لو اقتصرت قاعدة التّنازع على بَيان مجال تطبيق القانون الوطني دون القانون الأجنبي لما ثارت هذه المُعضلة[3].

وما يُعَاب على هذا الرّأي؛ أنّه عاجز عن إيجاد حلّ في حالتين: الأولى عندما تُسند كلّ دولة لها علاقة بالنّزاع الاختصاص لقانونها، والثّانية لمّا ترفُض كلّ دولة لها علاقة بالنّزاع جَعْل الاختصاص لقانُونها، وهو ما دفع القضاء الفرنسي إلى اعتبار قاعدة الإسنادْ الواردة في المادّة 3 من القانون المدني أنّها قاعدة مُزدوجة، حيث أنّه إذا كان القانون الفرنسي هو الواجب التّطبيق على الفرنسيّين حتّى ولو كانوا في الخارج، فبمفهوم المُخالفة فإنّ القوانين الشّخصية للأجانب الخاصّة بحالتهم وأهليّتهم، تتبعهم حتّى ولو كانوا في فرنسا[4].

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 95.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 71.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 71.

[4] أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 72.

وعليه اسْتَقرّت التّشريعات المُختلفة والفقه الغالب على ضرورة أن تكون قاعدة الإسنادْ مُزدَوجة، نظرًا لانْسجام ذلك مع طبيعة المسائل ذات العنصر الأجنبي، بالإضافة إلى إتاحة الفرصة لتطبيق القانون الأجنبي[1].

المطلب الثّاني

تقرير قاعدة إسنادْ ذات طابع أحادي في التّشريع الجزائري وبعض التّشريعات العربيّة

رأينا أنّه من خصائص قاعدة الإسنادْ أنّها مُزدوجة، بمَعنى أنّها قد تُشير إلى تطبيق القانون الوطني أو إلى تطبيق القانون الأجنبي، وذلك حسب نوع المسألة القانونيّة المطروحة، غير أنّه وفي بعض الحالات قد تكون ذات طابع انفرادي، تُشير مباشرةً إلى تطبيق القانون الوطني، وهو ما اعتمدته بعض التّشريعات العربيّة في مضمون قوانينها (الفرع الأوّل)، كما جَسّد المُشرّع الجزائري ذلك خاصّة في المادّة 13 من القانون المدني (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل

تقرير قاعدة إسنادْ فرديّة في بعض التّشريعات العربيّة

تَكتفي قاعدة الإسنادْ الأحاديّة بتحديد مجال تطبيق القانون الوطني فقطْ، بحيث تُبيّن مجال اختصاص القانون الوطني دون إتاحة الفرصة لتطبيق القانون الأجنبي[2]، وتُسمّى قاعدة تنازع قاصرة، لكن بمفهوم المُخالفة لها يتحدّد القانون الأجنبي المُختصّ إذا كان قانون القاضي غير مختصّ[3]، وهو ما كرّسته بعض التّشريعات العربيّة في مضمون قواعدها مثل القانون المصري (أوّلا)، القانون الأُردني (ثانيًا)، والقانون العراقي (ثالثا).

---

[1] قتال حمزة، "دور القانون الوطني في حل النزاعات ذات العنصر الأجنبي (حالات استثنائية أم هيمنة وتوسع مستمر)"، **مجلة معارف**، ع.20، جامعة البويرة، 2016، ص ص 173-193، ص 179.

[2] قتال حمزة، المرجع نفسه، ص 180.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 95.

أوّلا: القانون المصري

تنصّ المادّة 14 من القانون المدني المصري: "في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون المصري وحده، فما عدا شرط الأهلية للزواج"[1].

يتبيّن من خلال هذه المادّة؛ أنّ المُشرّع المصري أتى باستثناء يتعلّق بانعقاد الزّواج وآثاره وانقضائه، ويترتّب على الأخذ به في مجال الشّروط الموضوعيّة لانعقاد الزّواج، الخُروج على تطبيق قانون جنسيّة كلّ من الزّوجين وإخضاع هذه الشُّروط مباشرةً للقانون المصري، فيما عدا الأهليّة فتبقى خاضعة للقانون الشَّخصي لكلّ طرف، وفي مجال آثار الزّواج، فإنّ الاستثناء المذكُور ليس من شأنه تغيير القانون الواجب التّطبيق؛ إلّا بالنّسبة للحالة الّتي تكون فيها الزّوجة مصريّة وقت الزّواج، لأنّ لو كان الزّوج هو المصري فيطبّق القانون المصري بموجب الأصل وليس على سبيل الاستثناء[2]، وبالنّسبة لانقضاء الزّواج يتغيّر القانون الواجب التّطبيق بموجب هذا الاستثناء في حالتين: حالة كون الزّوجة مصرية وقت الزّواج، فحينئذ يُطبّق القانون المصري مباشرةً دُون الاعتداد بقانون جنسية الزّوج وقت الطّلاق أو وقت رفع دعوى التّطليق أو الانفصال، والحالة الثّانية هي حالة تمتُّع أحد الزّوجين بالجنسيّة المصرية وقت الزّواج ثمّ زوالها عنه بعد ذلك، فسيخضع كلّ من الطّلاق والتّطليق والانْفصال للقانون المصري دون الاعتداد بالجنسيّة الجديدة الّتي يتمتّع بها الزّوج وقت الطّلاق أو وقت رفع دعوى التّطليق أو الانفصال[3].

وقدْ يكونُ السّبب في هذا الاستِثْناء، تجنُّب ما قد يترتّب على قاعِدة الإسنادْ الّتي تحكُم الشُّروط الموضُوعية للزّواج من اعتبار زواج المِصري المسلم صحيحا وفقًا للقانون المصري وباطلاً وفقًا لقانون جنسيّة الزّوجة الأجنبيّة، وقد وجد أنّه مِن المُلائِم تطبيق نفس القاعدة بالنّسبة لآثار الزّواج وانقضائه تحقيقًا للتّجانس في القانون الّذي يَحكُم نظام الأسرة[4].

---

[1] المادة 14 من القانون المدني المصري السالف الذكر.

[2] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الجزء 2، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة النشر، ص222.

[3] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع نفسه، ص 223.

[4] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع نفسه، ص 223.

ثانيًا: القانون الأُردني

عَمد المُشرِّع الأُردني هو الآخر صياغة قاعدة إسناد ذات طابع أُحادي، يُطبّق من خلالها القانون الأردني وحده دون ترك مجال للقانون الأجنبي للتّطبيق، ويتّضح ذلك جُليًّا في المادّة 15 من قانونه المدني، حيث تنصّ: " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنيا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الأردني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج"[1].

جاءت هذه المادّة استثناء للمادّتين 13 و 14 من نفس القانون، والمتعلّقتين بشروط انعقاد الزّواج في المادّة 13، وآثار الزّواج والطّلاق والتّطليق وكذا الانفصال الجِسماني في المادّة 14[2]، فإذا كان أحد الزّوجين أُردنيًا وقت انعقاد الزّواج في كلّ هذه الحالات، يُطبّق القانون الأُردني مباشرةً دون الأخذ بعين الاعتبار الأصل المنصوص عليه في المادّتين 13 و 14، فيما عدا شرط الأهليّة يبقى دائمًا خاضعا للقانون الوطني لكلّ من الطّرفين.

ثالثا: القانون العراقي

رأيْنا سابقًا أنّ كلّ من المُشرّع المصري والأردني نصّ على قاعدة إسناد فرديّة والّتي جاءت على سبيل الاستثناء وفي قاعدة مستقلّة، أمّا المُشرِّع العراقي فقد نصّ على الأصل والاستثناء في قاعدةٍ واحدة، وجعَلها بذلك قاعدة مُزدوجة وفرديّة في الوقت ذاته، ويتّضح ذلك من خلال المادّة 19 من القانُون المدني العراقي؛ الّتي أخْضعت الشُّروط الموضُوعيّة لقانون جنسيّة كلّ من الزّوجين، والشُّروط الشَّكلية لقانون البلد الّذي تمّ فيه أو إذا رُوعِيت فيه الأشكال الّتي قرَّرها قانون كلّ من الزّوجين، وبالنِّسبة لآثار الزّواج؛ يسري فيها قانون الدَّولة الّتي ينتمي إليها الزَّوج وقت انعقاد الزَّواج، أمّا الطّلاق والتّطليق والانفصال الجِسماني يحكُمها قانون الزَّوج وقت الطّلاق أو وقت رفع الدعوى والمسائل الخاصّة بالبُنُوَّة الشَّرعِيّة والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء و الأولاد يسري عليها قانون الأب[3]، ثمّ جاء بالاستثناء في الفقرة الخامسة من نفس المادّة، مفاده أنّ

[1] المادة 15 من القانون المدني الأردني السالف الذكر.

[2] المادتين 13 و 14 من القانون المدني الأردني السالف الذكر.

[3] المادة 19 من القانون المدني العراقي السالف الذكر.

كلّ الأحوال السَّابقة إذا كان فيها أحد الطّرفين عِراقيا وقت انعقادِ الزَّواج؛ يُطبَّق القانون العراقي وحده دون الأخذ بعين الاعتبار الأصل المَنصُوص عليه في الفقرات السَّابقة[1]، وبهذا الصَّدد نُلاحظ أنَّ المُشرِّع العراقي لم يستثني الأهليّة في الفقرة الخامسة من المادّة 19 كما فعل نظيره المصري والأُردني والجزائري.

الفرع الثّاني

تقرير قاعدة إسناد أحاديّة في القانون الجزائري

حذا المُشرّع الجزائري حَذو المُشرِّع المِصري في تقرير قاعدة إسنادْ أحاديّة، ويتّضِح ذلك خاصّة من خلال المادّة 13 من القانون المدني الجزائري، الّتي تُقابِلها المادّة 14 من القانون المدني المصري.

بِتَفحُّص قواعد التّنازع الواردة في القانون المدني الجزائري، يتّضِح من خلال صياغتها أنّ المُشرِّع اعتمد الطّبيعة المُزدوَجة، باستثناء المادّة 9 الخاصة بالتّكييف، والّتي تنصّ: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه"[2]، وكذلك المادّة 1/10 كانت مُصَاغة في شكل مُنفرد قبل التّعديل، حيث كانت تنصّ: " تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليّتهم على الجزائريّين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبيّة"، بالإضافة لنصّ المادّة 13 من القانون المدني، والّذي يكون موضوع الدِّراسة في هذا الفرع كونُه يتعلّق مباشرة بموضوع الأحوال الشّخصية.

أوّلا: مضمون نصّ المادّة 13 من القانون المدني

تنصّ المادّة 13 من القانون المدني: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج"[3].

---

[1] المادة 5/19 من القانون المدني العراقي السالف الذّكر.

[2] المادة 9 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[3] المادة 13 من الأمر رقم 75-58 السالف الذّكر.

يتبيّن من خلال صياغة هذه المادّة أنّها ذات طابع أُحادي، بحيث تحدِّد مجال اختصاص القانون الوطني فقطْ دون إتاحة الفرصة لتطبيق القانون الأجنبي، فيما عدا الأهليّة فتبقى خاضعة للقانون الوطني لكلّ من الطّرفين، وقد جاءت أحكام هذه المادّة على سبيل الاستثناء، فبالنِّسبة للشُّروط الموضُوعيّة لانعقاد الزَّواج؛ أخضعها المُشرِّع في الأصل لقانون جنسيّة كلّ من الزّوجين تطبيقا مُوَزّعا[1]، لكن استثناء؛ يُطَبّق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطّرفين جزائريًّا وقت انعقاد الزّواج تطبيقا لنصّ المادّة 13 من القانون المدني، وقدْ يُراد من هذا الاستثناء حماية الطّرف الجزائري، أي أنّه كُلّما تعلّق الأمر بالزّواج المختلط وكان أحد أطرافه جزائريّا وقت انعقاد الزّواج، فإنّ الشُّروط الموضُوعيّة لصِحّة الزّواج تخضع للقانون الجزائري، بالتّالي تُطبّق عليها أحكام قانون الأسرة الجزائري، ما يجعل الطّرف الأجنبي يخضعُ لها أيضا سواءً كان مسلمًا أو غيرُ مسلم[2].

وبالنّسبة لآثار الزّواج أيضا، فهي تخضع في الأصل لقانون جنسيّة الزّوج وقت انعقاد الزّواج[3]، بالتّالي يُفهم من الاستثناء الوارد في المادّة 13 بشأن آثار الزّواج، أنّه يقصد فقط الحالة الّتي تكون فيها الزّوجة جزائريّة وذلك حمايةً لها، لأنّه في حالة كون الزّوج هو الجزائري، فإنّ القانون الجزائري سيطبّق بموجب الأصل، بالتّالي لا جدوى من الاستثناء في هذه الحالة[4].

أمّا فيما يخصّ انحلال الرّابطة الزّوجية والانفصال الجِسماني، فالأصل فيه تطبيق قانون جنسيّة الزّوج وقت رفع الدّعوى وفقا لنصّ المادّة 2/12 من القانون المدني[5]، غير أنّه استثناء وحماية

[1] المادة 11 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[2] عسالي عبد الكريم، جدوى الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المنعقد يومي 23 و 24 أفريل 2014، ص 360.

[3] المادة 1/12 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[4] عسالي عبد الكريم، المرجع السابق، ص 360.

[5] المادة 2/12 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

للطرف الجزائري –خاصّة الزوجة الجزائرية–، يُطبَّق القانون الجزائري إذا كان أحد الطّرفين جزائريّا وقت إبرام الزّواج طبقا للمادّة 13 من القانون المدني[1].

يَظهر جُليّا من خلال أحكام المادّة السّالفة الذِّكر، تفضيل المُشرِّع لضابط الجنسيّة الجزائرية وإقرار اختصاص القانون الجزائري، ومنه فإنّ هذه المادّة أَفقدت روح قاعدة الإسنادْ باعتبارها قاعدة أُحادية، فهي قاعدة حِمائية أكثر منها قاعدة إسنادْ، كَونُها تسعى إلى حماية الطّرف الوطني الحامل للجنسيّة الجزائرية خاصّة الزّوجة[2]، فالمشرّع الجزائري في هذه الحالة إنّما حاول حماية الطّرف الجزائري على حساب طبيعة وخصائص قواعد الإسناد[3]، فنظرا لكثرة علاقات الزّواج بالأجانب والإشكالات القانونيّة الّتي تُثيرها أمام المحاكم الوطنيّة، وباعتبار أنّ موضوع الأحوال الشّخصيّة مُرتبط ارتباطا وثيقا بالحالة العائليّة للشّخص، بالإضافة إلى مراعاة عادات وتقاليد الجزائريّين والحفاظ على أحكام الزّواج المُستَمَدّة من الشّريعة الإسلاميّة، هو ما دفع بالمُشرّع إلى الحِرص على تطبيق القانون الجزائري وحده متى كان أحد الطّرفين جزائريّا وقت انعقاد الزّواج، وذلك خاصّة من أجل حماية المرأة الحاملة للجنسيّة الجزائرية وللتَّصدِّي لظاهرة تغيير الجنسية بعد إبرام عقد الزّواج بسوء نيّة أي تهربّا من تطبيق أحكام القانون الجزائري[4].

ثانيا: إيجابيات نصّ المادّة 13 من القانون المدني

حقَّق المُشرِّع من خلال الاستثناء الّذي أورده في المادة 13 من القانون المدني، بعض الإيجابيات من بينها، تكريس تطبيق القانون الجزائري على القانون الأجنبي من طرف القاضي الجزائري، حيث أحال المُشرِّع من خلال المادّة 13 القاضي للفصل في النِّزاع المعروض عليه إلى القانون الجزائري، وفي هذا تفضيل لتطبيق القانون الجزائري على القانون الأجنبي[5]، كما كَرَّس

---

[1] موكه عبد الكريم، "دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري"، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني**، المجلد 14، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2016، ص ص 160–173، ص 168.

[2] موكه عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 163.

[3] موكه عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 165.

[4] موكه عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 164.

[5] عثماني بلال، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 176.

المُشرِّع من خلالها المساواة بين الجنسين، وذلك من خلال تحديد القانون الواجب التّطبيق، بحيث إذا كان أحد الزّوجين جزائريّا وقت انعقاد الزّواج سواء الزّوج أو الزّوجة، على خلاف ما ورد في نصّ المادّة 12 مثلا، الّتي أخضع من خلالها المُشرِّع آثار الزّواج لقانون جنسيّة الزّوج[1]، بالإضافة إلى محاولة حماية خصوصيّة مجال الأحوال الشَّخصيّة في الجزائر لارتباطها الوثيق بالنِّظام العام[2]، خاصّة وأنَّ مصادر قوانين الأحوال الشَّخصيّة تختلف بحسب ما إذا كانت الدّولة تعتمد في تنظيم هذه الأخيرة على الجانب الدِّيني أم تفصل الدِّين عن القانون، بالإضافة إلى اختلاف أعراف الدُّول في مجال الأحوال الشَّخصيّة الّتي تختلفُ من دولة إلى أخرى، ومن منطقة لمنطقة، لذلك فإنّ إخضاع النِّزاع الّذي يكون فيه أحد الزَّوجين جزائريا عند الزّواج، إلى القانون الجزائري، إنَّما هو حماية للمبادِئ الّتي تقوم عليها الأحوال الشَّخصيّة في الجزائِر، سواء فيما يتعلّق بانعقاد الزّواج وشُروطه أو آثاره أو انحلاله[3].

[1] عثماني بلال، المرجع السابق، ص 176.

[2] موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص 165.

[3] عثماني بلال، المرجع السابق، ص 176.

الفصل الثّاني

اعتماد الأحكام العامّة في قواعد الإسناد

إلى جانب الأحكام الخاصّة الّتي اعتمدها المشرّع لحماية مجال الأحوال الشّخصية، تستفيد هذه الأخيرة أيضا من تطبيق الأحكام الّتي توصّل إليها فقه وقضاء القانون الدولي الخاص في إطار حماية العلاقات الخاصّة ذات البعد الدولي، وتم تكريسها في مختلف تشريعات تنازع القوانين وفق ما تتطلّبه المصالح الخاصّة، وتتمثّل هذه الأحكام في إعمال الإحالة من الدرجة الأولى (المبحث الأول)، و آلية الدّفع بالنّظام العام (المبحث الثاني).

المبحث الأوّل

في إعمال الإحالة من الدّرجة الأولى

إنّ اختلاف قواعد الإسناد بين الدّول –لاسيما في موضوع الأحوال الشّخصية الّتي تسندها بعض الدّول لقانون الجنسيّة والبعض الآخر لقانون الموطن– يتولّد عنه إمّا تنازع إيجابي بحيث تسند قواعد الإسناد في كلّ دولة لها علاقة بالنّزاع الاختصاص إلى قانونها، وإمّا تنازع سلبي أين تنفي قواعد التّنازع في كلّ دولة لها علاقة بالنّزاع اختصاص قانونها وتحيله إلى قانون آخر، وقد يكون هذا الأخير إمّا قانون القاضي المعروض أمامه النّزاع وتسمّى الإحالة من الدّرجة الأولى، أو قانون آخر غير قانون القاضي وتسمّى الإحالة من الدّرجة الثّانية، ولتوضيح دور الإحالة من الدّرجة الأولى في الحماية في مجال الأحوال الشّخصية الجزائرية (مطلب ثاني)، لابدّ أوّلا من تبيان مضمون مسألة الإحالة من مفهوم وأنواع وأسسها وكذا موقف الفقه والتّشريع منها (مطلب أوّل).

المطلب الأول

مضمون مسألة الإحالة

يستدعي تحديد مضمون مسألة الإحالة أن نتعرّض إلى مفهومها من خلالها تعريفها، نشأتها وتبيان أنواعها والأسس الّتي تقوم عليها (الفرع الأوّل)، وكذا موقف الفقه والقضاء والتّشريع اتّجاه هذه المسألة (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل

مفهوم الإحالة

نتناول في هذا الفرع تعريف الإحالة (أوّلا)، ثمّ أنواعها (ثانيا)، ثمّ نشأتها (ثالثا)، وأساسها (رابعا).

أوّلا: تعريف الإحالة

يتضمّن قانون كلّ دولة قواعد إسناد ترشد القاضي للقانون الواجب التّطبيق على العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، ممّا يُؤدّي في غالب الأحوال إلى حدوث تنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي وتلك الّتي في القانون الأجنبي، وهذا الأخير قد يكون إيجابيا بحيث تدّعي كلّ دولة لها علاقة بالنّزاع اختصاص قانونها الوطني، وقد يكون تنازعا سلبيا بحيث تنكر كلّ دولة اختصاص قانونها الوطني وتسنده إمّا لقانون القاضي أو لقانون دولة أخرى، وهو ما يُولّد ما يُعرف في القانون الدّولي الخاص بالإحالة، ويمكن تعريفها إذا بأنّها " تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختصّ الّذي أشارت بتطبيقه قاعدة التّنازع"[1].

ومن الفقهاء من يعرّفها بأنّها " رفض الاختصاص من قبل القانون الأجنبي الذي عيّنته قاعدة الإسناد في قانون القاضي وردّه بواسطة قاعدة إسناد هذا القانون الأجنبي إلى قانون دولة أخرى"[2].

---

[1] الدح عبد المالك، " الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة أم حل)"، **مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية**، مجلد 1، عدد 25، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2015، ص ص 148-156، ص 151.

[2] الدح عبد المالك، المرجع نفسه، ص 151.

فالإحالة إذن " هي القول بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبيا"[1].

ويمكن تعريفها كذلك بأنّها " نظرية تقضي بتطبيق قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص طبقا لقانون القاضي في حالة اختلاف ضابطي الإسناد في القانونين وكان التنازع سلبيا بينهما"[2].

يتبيّن من خلال التّعريفات السّابقة أنّ موضوع الإحالة لا يُثار إلّا في حالة التّنازع السّلبي للقوانين.

ثانيا: صور الإحالة

عرف فقه القانون الدّولي الخاص صورتين للإحالة، إحالة من الدّرجة الأولى؛ لمّا تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص لقانون القاضي[3]، ومثال ذلك أن يقوم انجليزي مقيم بفرنسا بتصرّف متعلّق بأهليّته فيشير القانون الفرنسي إلى تطبيق قانون جنسيّته وهو القانون الانجليزي، ولكن قواعد التّنازع في القانون الانجليزي تحيل إلى قانون الموطن وهو القانون الفرنسي، وتسمّى هذه الصّورة أيضا "الرّجوع"[4]، أي أنّ قواعد الإسناد في قانون القاضي تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي، وهذا الأخير بدوره يردّ الاختصاص لقانون القاضي، أي أنّه يشير إلى تطبيق قانون القاضي.

والصّورة الثّانية للإحالة هي الإحالة من الدّرجة الثّانية، ويسمّيها البعض الإحالة المطلقة، وهي أن يحيل القانون المختصّ الاختصاص إلى قانون آخر غير قانون القاضي، وقد تستمرّ سلسلة الإحالة نظريّا إلى قانون رابع وخامس كلّما رفض القانون المعيّن الاختصاص وأحاله لقانون آخر، ولكن عمليّا تتوقّف سلسلة الإحالة بسرعة كون أنّ ضوابط الإسناد المحتملة معدودة[5]، كما

[1] قتال حمزة، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين القواعد العامة، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 162.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 114.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 98.

[4] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 48.

[5] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 114.

لو كان الانجليزي في المثال السّابق متوطّنا في إيطاليا ورفع الأمر إلى القاضي الفرنسي، فهذا الأخير يشير إلى تطبيق قانون الجنسيّة وهو القانون الانجليزي، والقانون الانجليزي بدوره يشير باختصاص قانون الموطن وهو في هذه الحالة القانون الإيطالي وهو قانون ثالث[1]، وفي بعض الأحيان يؤدّي تطبيق نظرية الإحالة إلى الدّوران في حلقة مفرغة لا نهاية لها، كأن ترفض القوانين المعيّنة كلّها الاختصاص، كأن يعرض على القاضي الجزائري نزاع حول ميراث أموال منقولة توفّي عنها انجليزي متوطّن بإيطاليا، فتشير قاعدة الإسناد الجزائرية باختصاص القانون الانجليزي، وهذا الأخير يحيل بدوره الاختصاص إلى القانون الإيطالي الّذي يرفض الإحالة –طبقا للمادة 30 من قانونه المدني– ويسند الاختصاص إلى القانون الانجليزي من جديد فما هو الحل؟[2]

ثالثا: نشأة الإحالة

ثارت الإحالة لأوّل مرّة أمام القضاء الفرنسي في أواخر القرن التّاسع عشر، وذلك من خلال قضية فورجو Forgo الّتي فصلت فيها محكمة النّقض الفرنسية، وتتلخّص وقائع هذه القضية؛ في أنّ الولد غير الشّرعي المدعو فورجو المولود في بافاريا كان قد انتقل إلى فرنسا وهو في سنّ الخامسة، وأقام بها مع والدته لفترة طويلة حتّى تزوّج من فرنسيّة غنيّة، توفّيت هذه الأخيرة وتركت له ثروة طائلة، وبعد فترة توفّي فورجو ذاته عن عمر يناهز 68 تاركا وراءه هذه الثّروة الطّائلة دون أن يكون له زوجة أو أولاد، فثار نزاع على التّركة بين الحكومة الفرنسية وأقاربه الطّبيعيّين من الأخوة والأعمام والعمّات الّذين يعتبرون من الحواشي آنذاك، حيث لم يثبت نسب فورجو لأبيه قانونا[3]، وكان القانون الفرنسي آنذاك لا يعطي الحقّ في ميراث الولد الطّبيعي إلّا لأبويه وأولاده وأخواته فقط، فاستولت مصلحة الأملاك الفرنسية على هذه الثّروة باعتبارها تركة بدون وارث وأموال شاغرة، غير أنّ حواشي فورجو من عائلة أقارب أمّه طالبوا بالميراث على أساس أنّ القانون البافاري يسوّي في الميراث بين الولد الشّرعي والولد الطّبيعي بالنّسبة لمن لهم الحق في ميراثه، فقضت محكمة استئناف PEAU برفض طلبهم على أساس أنّ فورجو متوطّن بفرنسا، بالتّالي

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 48.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 114.

[3] عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، د.ط، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2015، ص 129.

يسري على ميراث أمواله المنقولة القانون الفرنسي والّذي يقضي بحرمانهم من الميراث، ما دفع الحواشي للطّعن في الحكم أمام محكمة النّقض، ونقضت هذه الأخيرة الحكم على أساس أنّ فورجو لم يحصل على التّرخيص بالتّوطّن القانوني في فرنسا، بالتّالي يكون موطنه القانوني هو بافاريا ويطبّق على ميراثه القانون البافاري، وأحالت القضية إلى محكمة استئناف بوردو التي حكمت لصالح الورثة تطبيقا للقواعد الموضوعيّة في القانون البافاري[1]، فطعنت مصلحة الأملاك في هذا الحكم مُدّعية أنّ القانون البافاري يسوّي في الميراث بين الموطن القانوني والموطن الفعلي، فنقضته محكمة النّقض على أساس أنّه طبّق مباشرة القواعد الموضوعيّة في القانون البافاري دون الرّجوع إلى قواعد التّنازع فيه، كون أنّ هذه الأخيرة تُحيل بالنّسبة لميراث المنقول إلى قانون موطن الهالك الفعلي وهو القانون الفرنسي، وأحالت القضيّة مرّة أخرى محكمة استئناف تولوز الّتي قضت بما أشارت إليه محكمة النّقض، فطعن الورثة مرّة أخرى بالنّقض في هذا الحكم غير أنّ محكمة النّقض رفضت الطّعن، ودون أن تصرّح بالإحالة قبلت إحالة القانون البافاري على القانون الفرنسي، وبعد هذا الحكم اضطرّ قضاء محكمة النّقض الفرنسية الأخذ بالإحالة إذا كانت في شكل رجوع لقانون القاضي[2]، ولذلك تُعتبر الإحالة ذات نشأة قضائيّة.

رابعا: أساس الإحالة

ظهرت في الفقه عدّة نظريات حاولت إيجاد أساس قانوني للإحالة وتبرير الأخذ بها، أهمّها نظرية التّفويض، بمقتضاها فإنّ قبول الإحالة يتمّ عن طريق تفويض المشرّع الوطني للمشرّع الأجنبي في قواعد إسناده لتحديد القواعد الموضوعيّة واجبة التّطبيق، ويجب على القاضي احترام النّتيجة سواء كانت اختصاص قانونه أم اختصاص قانون آخر. وقد انتُقدت هذه النّظرية على أساس أنّ وظيفة قاعدة الإسناد؛ هي اختيار القانون المناسب لحكم المسألة وليست تفويض للاختصاص التشريعي[3]، أمّا النّظريّة الثّانية فهي نظريّة تناسق النّظم القانونية، ويتزعّمها الفقيه الفرنسي "باتيفول"، وأساسها أنّ المشرّع الوطني عندما يضع قاعدة الإسناد فهو يشرع لحكم علاقة

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 115.

[2] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 116.

[3] قتال حمزة، المرجع السابق، ص 165.

تتّصل بأكثر من قانون، ولذلك يتصوّر التّنسيق بينها وبين قواعد الإسناد الأجنبية، بالتّالي إعمال الإحالة لا يعدّ تنازلا من قواعد الإسناد الوطنية لصالح قواعد الإسناد الأجنبية، وإنّما لتحقيق التّناسق والتّعاون بينها، ممّا يؤدّي إلى حلّ مشكلة التّنازع بين السّيادات الكامن في ظاهرة تنازع القوانين، وكذا توسيع نطاق القانون الوطني ليشمل النّزاعات الّتي تمسّ المصالح المباشرة لدولة القاضي. ولم تسلم هذه النّظرية من بعض المآخذ، كصعوبة تحقيق التّناسق بين القوانين نظرا لتباين ضوابط الإسناد من دولة لأخرى، كما قد تمسّ بمصالح الأفراد[1]، وتتمثّل النّظريّة الأخيرة في نظريّة الطّابع الوظيفي للإحالة، وبمقتضاها لا يجب أن يقرّر قبول الإحالة أو رفضها بناءا على أحكام عامّة نظريّة، أي على حلّ عام مجرّد ومسبق ينطبق على كافّة الحالات، إنّما يتمّ ذلك استنادا للوظيفة الّتي يمكن للإحالة أن تقوم بها، من خلال ربطها بالغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها والهدف الّذي تسعى إلى تحقيقه، " فالإحالة تعتبر أداة فنية ذات طابع وظيفي، فهي وسيلة من وسائل السّياسة التّشريعية، يلجأ إليها المشرّع أو القاضي إذا وجد من المناسب استخدامها في نطاق معيّن، لتحقيق أهداف متنوّعة"، وقد أخذت بهذه النّظرية بعض التّشريعات الحديثة، كالقانون التشيكي لعام 1963، والقانون الدّولي الخاص الألماني لعام 1986[2].

الفرع الثّاني

الإحالة من منظور الفقه

انقسم الفقه إلى مؤيّد ومعارض للإحالة، ولكلّ حججه ومبرّراته:

أوّلا: أنصار الإحالة

ينطلق هذا الاتّجاه من مهمّة قاعدة التّنازع الّتي تقتصر على إسناد النّزاع إلى القانون الواجب التّطبيق دون أن تهتمّ بطبيعة هذا الإسناد، هل هو إسناد للقواعد القانونية الموضوعيّة الواردة فيه، أم أنّه إسناد للنّظام القانوني بأكمله، فكأنّ قواعد الإسناد الوطنيّة تحيل النّزاع للقانون الواجب التّطبيق ليتولّى بما يتضمّنه من قواعد إسناد وقواعد موضوعية مهمّة البحث عن الحلّ الّذي يناسبه عن طريق إعمال قواعد الإسناد فيه. إنّ إشارة قاعدة الإسناد الوطنيّة إلى قانون ما على أنّه

[1] قتال حمزة، المرجع السابق، ص 165.

[2] قتال حمزة، المرجع نفسه، ص 166.

القانون الواجب التّطبيق لا يعني الإشارة إلى القواعد الموضوعيّة في هذا القانون، وإنّما هو إشارة لكلّ ما يتضمّنه من قواعد، وهو ما يوجب التزام القاضي بعدم الفصل في النّزاع وفقا للأحكام الموضوعيّة الواردة في القانون المشار إليه، وذلك لالتزامه أوّلا بإعمال قواعد الإسناد الواردة فيه[1]،ويستند أنصار الأخذ بنظريّة الإحالة على المبرّرات التّالية:

- إنّ الأخذ بالإحالة فيه احترام لقواعد الإسناد في قانون القاضي، ذلك أنّ هذه الأخيرة قد أشارت باختصاص القانون الأجنبي بالتّالي فإنّ الامتناع عن الرّجوع للقانون الأجنبي فيه إهدار لقواعد الإسناد الوطنية [2]، والقاضي الوطني يطبّقه كلّما رأى أنّه الأنسب لحلّ النّزاع، فينظر للقانون الأجنبي المسند إليه ككلّ لا يتجزّأ ودون التّمييز بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد الّتي يتضمّنها[3]، كما أنّ عدم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واللّجوء مباشرة إلى تطبيق القواعد الموضوعية؛ يعني من جهة تطبيق القانون الأجنبي رغما عنه لأنّه يرفض اختصاصه، ومن جهة أخرى مخالفة قاعدة الإسناد الوطنية كون أنّ القاضي سيطبّق قانونا غير الّذي تقصده هذه القاعدة[4].
- تسهيل مهمّة القاضي في الدّولة المركّبة المتعدّدة الشّرائع، ويتحقق ذلك عندما يكون القانون الأجنبي المختصّ وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي هو قانون بلد تتعدّد فيه الشّرائع تعدّدا إقليميا كما هو الحال في الولايات المتّحدة الأمريكية، أو تتعدّد فيها تعدّدا شخصيّا كما هو الحال في بعض دول الشّرق الأوسط، بالتّالي فإنّ القاضي سيجد صعوبة في الكشف عن القواعد الموضوعية الّتي يتضمّنها، لكن لو أنّ هذا القانون الأجنبي المتعدّد الشّرائع يرفض الاختصاص المخوّل له ويحيله لقانون القاضي ويقبل القاضي بهذه الإحالة فإنّه يتجنّب بذلك تلك الصّعوبة كون أنّ قانونه هو المختصّ حينئذ[5].

[1] عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 131.

[2] محروق كريمة، المرجع السابق، ص 71.

[3] نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 44.

[4] المصري محمد وليد، المرجع السابق، ص 95.

[5] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 104.

- منع التحايل على القانون؛ حيث أنّ قبول الإحالة يؤدّي إلى استقلال حلّ النّزاع عن اختيار المحكمة، إذ يصبح ليس من المؤكّد تطبيق القانون الّذي تشير باختصاصه قواعد الإسناد في قانونها، ممّا يسدّ الطّريق أمام الخصوم للغشّ نحو القانون[1].
- الإحالة وسيلة لتوحيد الحلول وتعميمها واحترام الأحكام القضائية، فيصبح الحكم الصّادر في النّزاع يتمتّع بالحجّيّة حتّى في الدّول الأخرى وليس في البلد الّذي صدر فيه فقط[2].
- قد يحدث أن تسند قاعدة الإسناد حلّ النّزاع للقانون الأجنبي، غير أنّ هذا الأخير يرفض الاختصاص، فمن غير المعقول إجباره على ذلك لما في ذلك من مساس بسيادة الدّولة، فهنا لا يكون أمام القاضي سوى تطبيق قانونه المختصّ بموجب الإحالة المقرّرة في ذلك القانون الأجنبي[3].
- إنّ الأخذ بالإحالة من شأنه تيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية وتحقيق تناسق الحلول، حيث أنّه عند إعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختصّ يقود إلى الفصل في النّزاع بذات الطّريقة الّتي سيفصل بها قاضي الدّولة الأجنبية لو عرض عليه ذلك النّزاع، بالتّالي يحقّق اتّساقا في حلول تنازع القوانين بين الدّول الّتي لها علاقة بالنّزاع، ممّا يؤدّي لتيسير تنفيذ الأحكام الأجنبيّة[4].

ثانيا: الاتّجاه الرّافض للإحالة

عكس ما ذهب إليه أنصار الأخذ بالإحالة، فإنّ رافضي هذه النّظرية يرون أنّ الإحالة للقانون الأجنبي تعني تطبيق القواعد الموضوعيّة الّتي يتضمّنها دون الأخذ بعين الاعتبار قواعد الإسناد الواردة فيه، فإشارة قاعدة الإسناد الوطنيّة إلى تطبيق قانون أجنبي معيّن؛ يعني تطبيق القواعد الموضوعيّة في ذلك القانون دون قواعد الإسناد المقرّرة فيه [5]، ويستند هذا الاتّجاه بدوره إلى بعض الحجج نذكرها كالتّالي:

---

[1] قتال حمزة، المرجع السابق، ص 171.

[2] نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 44.

[3] نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع نفسه، ص 44.

[4] قتال حمزة، المرجع السابق، ص 170.

[5] عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 135.

- يردّ معارضو نظريّة الإحالة على الحجّة القائلة بتوحيد الحلول في حالة الأخذ بالإحالة نتيجة الاتّفاق على القانون الواجب التّطبيق على العلاقة موضوع النّزاع، بأنّ التّوصّل لهذه النّتيجة ليس مضمونا في جميع الأحوال، فهي لا تصحّ إلّا إذا افترضنا أنّ القانون الأجنبي لن يأخذ بالإحالة[1]، فلو كان القانون الأردني يأخذ بالإحالة والقانون الأجنبي المختصّ يأخذ بها أيضا، سيؤدّي قبول القاضي الأردني للإحالة الواردة في القانون الأجنبي وقبول القاضي الأجنبي للإحالة الواردة في القانون الأردني إلى الاختلاف حول القانون المختصّ، بالتّالي صدور أحكام مختلفة، فوحدة الحلول لا تتمّ إلّا بأخذ الإحالة من طرف واحد[2].
- قد تكون قواعد التّنازع في القانون الأجنبي على شكل نصوص دستورية، كما هو الحال في البرازيل، فإذا رجع القاضي إلى هذه القواعد دون الرّجوع للقواعد الموضوعيّة ، وأشارت عليه بتطبيق قانون ما، فإنّه بذلك يكون قد عمل بمقتضى قاعدة دستورية أجنبيّة في بلده، وذلك يتضمّن الخضوع لسيادة أجنبيّة. ردّ مؤيّدو الإحالة على هذه الحجّة بقولهم أنّ القاضي حين يقبل الإحالة الّتي يشير بها القانون الأجنبي؛ إنّما يقبلها على أساس أنّ قاعدة التّنازع في قانونه هي الّتي أشارت لتطبيق القانون الأجنبي، بالتّالي فهو لا يخضع لغير سيادة دولته الّتي وضعت تلك القاعدة[3].
- قبول الإحالة يؤدّي إلى الوقوع في حلقة مفرغة، لذلك الأصحّ إهدارها والرّجوع مباشرة للقواعد الموضوعيّة في القانون الأجنبي[4]، ذلك أنّ حين تقضي قاعدة التّنازع في قانون القاضي بتطبيق القانون الأجنبي ويرجع القاضي إلى قواعد التّنازع في هذا الأخير، قد تحيله هي كذلك لقانونه هو بينما قانونه يحيله للقانون الأجنبي، ويصبح الأمر كما لو كانت هناك لعبة تنس[5].
- أنّ مناط تطبيق قاعدة إسناد في أيّ دولة هو أن ترفع الدّعوى أمام محاكمها، أي يُشترط لتطبيق قاعدة التّنازع لدولة ما اختصاصها القضائي الدّولي وأن ترفع الدّعوى أمام

[1] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 75.

[2] حسن الهداوي، المرجع نفسه، ص 75.

[3] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 51.

[4] فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 117.

[5] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 51.

محاكمها، ويضيف معارضو الإحالة؛ أنّ تطبيق القاضي الوطني للقواعد الموضوعيّة في القانون الأجنبي ليس فيه أيّ إهدار لإرادة المشرّع في قاعدة الإسناد الوطنيّة، كون أنّه لا يوجد شيء يثبت أنّ هذه القاعدة أرادت تطبيق قواعد الإسناد الأجنبيّة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تنصّ أغلب تشريعات العالم صراحة على الأخذ أو عدم الأخذ بها[1]، بالإضافة إلى أنّ تطبيق القواعد الموضوعيّة للقانون الأجنبي لا يتوقّف على قبوله بذلك أو رفضه، فقاعدة الإسناد الوطنيّة هي الّتي تختار القوانين الملائمة لحكم العلاقة بناء على الاعتبارات الخاصّة بسياسة الدّولة التّشريعية دون التّقيّد بإرادة المشرّع الأجنبي[2].

- لا يمكن ضمان الاعتراف بالأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبيّة في النّزاع المشتمل على عنصر أجنبي وتسهيل تنفيذها بالإحالة في كلّ الحالات، لأنّه قد لا يمكن معرفة الدّولة الّتي يجب تنفيذ هذه الأحكام فيها مُسبقا، وحتّى في حالة معرفتها فهناك احتمال رفض تنفيذها بسبب اصطدامها بفكرة السّيادة أو النّظام العام في الدّولة المُراد تنفيذه فيها، بالتّالي فإنّ الادّعاء بأنّ الإحالة تسهّل تنفيذ الأحكام في مختلف الدّول ليس إلّا خيالا محضا[3].
- أنّ الأخذ بالإحالة قد يؤدّي في بعض الحالات للإجحاف في حقوق الأفراد وتطبيق نظم قانونية عليهم غير خاضعين لها وليست مقرّرة في بلادهم[4]، كما أنّ قبولها يتناقض مع إرادة أطراف العلاقة، بحيث لو كانوا يعلمون مسبقا أنّ النّتيجة تكون مخالفة لمصالحهم لحاولوا منع ذلك بطرق ووسائل شتّى[5].

ويرى الأستاذ الداودي غالب علي؛ أنّ الإحالة أصبحت من المبادئ العامّة في القانون الدولي الخاصّ رغم الانتقادات الموجّهة إليها، سواء كانت هذه الأخيرة هي الادّعاء بأنّ قبولها إحياء لفكرة المجاملة أم هي الاتّهام المُوجّه إلى القاضي بخضوعه لسيادة قانون أجنبي، وبحيث بات من

---

[1] المصري محمد وليد، المرجع السابق، ص 95.

[2] المصري محمد وليد، المرجع نفسه، ص 95.

[3] الداودي غالب علي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين: تنازع الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة، ط 1، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص 143.

[4] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 119.

[5] الداودي غالب علي، المرجع السابق، ص 145.

الضّروري الاعتراف بأنّها قد لبست ثوبها العلمي، وأنّ قبولها في القانون الدّولي الخاص أمر لازم لاسيما إذا كان من الدّرجة الأولى، من أجل تأمين وتسهيل تنفيذ الحكم الصّادر في النّزاع المشتمل على عنصر أجنبي[1].

ولعلاج التنازع السّلبي عند معارضي الإحالة اقترحت البدائل التّالية:

1- الأخذ بقاعدة إسناد احتياطية:

صاحب هذا الرّأي هو الفقيه الفرنسي ليروبور بيجونيير، وتقوم فكرته على أساس أنّ قواعد الإسناد في كلّ بلد تتضمّن قواعد احتياطيّة إلى جانب القواعد الأصليّة، حيث أنّه إذا قضت قاعدة الإسناد في قانون القاضي باختصاص قانون أجنبي معيّن لحكم النّزاع، كأنّها تقوم بعرض الاختصاص على هذا القانون، فإذا قَبِلَه بمقتضى قواعد الإسناد في قانون دولته، قام القاضي بتطبيق القواعد الموضوعيّة في هذا القانون، أمّا إذا رَفَضَه؛ فإنّ الاختصاص يرجع مرة أخرى لقانون القاضي بموجب قاعدة الإسناد الاحتياطيّة[2]، وبهذا المعنى يتحدّد القانون المختص، وقد يكون قانون القاضي أو قانون آخر حسب معطيات القضيّة، لذلك يتعيّن متابعة التّطوّر القضائي للتّعرّف على قواعد الإسناد الاحتياطية[3].

وقد انتُقد هذا الرّأي على أساس أنّه غامض وصعب التّطبيق لما يتطلّبه من استمرار في متابعة التطوّر القضائي من غير تحديد أيّة ضوابط موضوعيّة تُرشد لتعيين القاعدة الاحتياطيّة[4]، كما أنّه مجرّد افتراض وهمي لا يقرّه الواقع ولا ينصرف إليه ذهن المشرّع[5].

---

[1] الداودي غالب علي، المرجع نفسه، ص 145.

[2] بلمامي عمر، " إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري"، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية**،كلية الحقوق، جامعة الجزائر، د س ن،ص ص 339- 385، ص 345.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 120.

[4] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 120.

[5] عيشوبة فاطمة، " الإحالة في القانون الدولي الخاص"، **مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية**، عدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، د س ن، ص ص 423- 445، ص 434.

2- مبدأ إقليمية القوانين:

يتزعّم هذا الرّأي الفقيه "نيبوابيه"، حيث يرى أنّ الأصل في القانون الإقليمية، وفي حال منح القانون الوطني الاختصاص للقانون الأجنبي ورفض هذا الأخير الاختصاص المعروض عليه؛ يطبّق القاضي مباشرة قانونه الوطني استنادا لمبدأ إقليمية القوانين، وبموجبه تخضع العلاقة لقانون القاضي بوصفه صاحب الاختصاص الرّئيسي بحكم جميع المنازعات الّتي تثور على الإقليم، ذلك أنّ الأصل في القوانين الإقليمية والأخذ بقانون أجنبي في حالة معيّنة ليس إلّا من باب الاستثناء[1].

انتُقد هذا الرّأي نظرا لانطلاقه من الفكرة الّتي أخذ بها أنصار الإحالة؛ المتمثّلة في عدم فرض الاختصاص على القانون الأجنبي الّذي أشارت لاختصاصه قواعد الإسناد الوطنيّة[2]، وعلى أساس أنّ قرينة الاختصاص القضائي قرينة ضعيفة بالمقارنة مع عوامل إسناد أخرى أكثر أهميّة كالجنسيّة والموطن[3].

3-نظرية الإحالة المزدوجة:

أخذ بهذه النّظرية القضاء الانجليزي، بمقتضاها يفصل القاضي الانجليزي في النّزاع المطروح أمامه؛ بحيث يضع نفسه موضع القاضي الأجنبي[4] وحكمه مماثلا لحكم القاضي الأجنبي المحال على قانونه، فيطبّق القاضي قانونه إذا كان القانون الأجنبي المحال عليه يرفض الإحالة ، ويطبّق القانون المحال عليه إذا كان هذا الأخير يقبل الإحالة، ويؤخذ على هذه النّظرية أنّها تقوم على الافتراض ومتنافية مع الواقع، وعلى أيّ أساس تقوم تبعية الاختصاص التّشريعي للاختصاص القضائي[5].

---

[1] عيشوبة فاطمة، المرجع السابق، ص 435.

[2] عيشوبة فاطمة، المرجع نفسه، ص 435.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 120.

[4] نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 47.

[5] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 121.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الإحالة لا تشمل جلّ مواضيع القانون الدّولي الخاص، وإنّما استثنى الفقه بعض المسائل وبذلك تخرج من نطاق الإحالة نذكرها كالآتي:

- عدم الأخذ بالإحالة فيما يخص التّصرّفات القانونيّة في جانبها الشّكلي؛ ذلك أنّ هذا الأخير يخضع للقاعدة العالمية المقرّرة في غالبيّة قوانين الدّول وهي قاعدة لوكيس، وبموجبها يخضع شكل التّصرّف لقانون محلّ الإبرام، ولا تُطبّق نظرية الإحالة على شكل التّصرّف نظرا للاعتبارات الّتي تقوم عليها، وهو التّيسير على المتعاقدين وافتراض علمهما بهذا القانون أكثر من غيره، بالتّالي تطبيق الإحالة فيه مخاطر وإهدار للاعتبارات الّتي من أجلها وُضِعت قاعدة لوكيس[1].
- استبعاد الإحالة في المسائل المتعلّقة بالتّصرّفات القانونيّة في جانبها الموضوعي؛ كون أنّها تخضع في ذلك لقانون الإرادة، فالأخذ بالإحالة من شأنه الإخلال بمبدأ حرّية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الّذي يحكم عقودهم الدّولية وحلول قانون آخر محلّ القانون المتّفق عليه[2]، ويسري هذا الاستثناء على القانون المختار –وهو الضّابط الأساسي– وكذا على الضّوابط الاستثنائية كقانون محلّ الإبرام والجنسية المشتركة والموطن المشترك ومكان التّنفيذ[3].
- تستثنى أيضا في مجال الأخذ بالإحالة النّظم المالية المصاحبة لعقد الزّواج، فعندما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق القانون الخاص بالأنظمة المالية، فتطبّق قواعده الموضوعيّة مباشرة دون اللّجوء لقواعد التّنازع فيه[4].

[1] الدح عبد المالك، المرجع السابق، ص 152.

[2] شريقي نسرين وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 49.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري : تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 123.

[4] الدح عبد المالك، المرجع السابق، ص 153.

الفرع الثالث

موقف التّشريعات العربية من الإحالة

من خلال العودة للقوانين العربية نلاحظ أنّ معظمها ترفض الأخذ بالإحالة، كما هو الحال في القانون الأردني حيث تنص المادة 28 من قانونه المدني: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"[1]، وبناء عليه رفض المشرّع الأردني الإحالة، وعلى القاضي الأردني إذا ما عرض عليه نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، أن يطبّق مباشرة القواعد الموضوعيّة للقانون الأجنبي الّذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الأردنية، بغضّ النّظر عمّا يراه المشرّع الأجنبي في قواعد إسناده[2]، لكن استثناء يمكن الأخذ بالإحالة وذلك حينما توجد معاهدة تنصّ على ذلك وصادقت عليها المملكة الأردنية، وهذا تطبيقا لنص المادة 33 من الدّستور الأردني الّذي يعطي الأولويّة للمعاهدة على النصّ الدّاخلي في حال التّعارض[3].

وتنص المادة 27 من القانون المدني المصري: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"[4]، وتطبيقا لذلك إذا أشارت قاعدة الإسناد المصرية لتطبيق قانون أجنبي، فإنّ القاضي المصري يطبّق مباشرة الأحكام الموضوعيّة في ذلك القانون الّتي يطبّقها المشرّع الأجنبي في شأن المنازعات الدّاخلية، دون تلك الّتي تتعلّق بالقانون الدّولي الخاص، ذلك أنّ قاعدة الإسناد حين تجعل الاختصاص التّشريعي لقانون معيّن تصدر عن اعتبارات خاصّة، وفي حالة قبول الإحالة أيّا كان نطاقها تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرّر في تلك القاعدة، والمقصود بالأحكام الّتي تتعلّق بالقانون الدّولي الخاص، قواعد الإسناد الواردة في القانون الأجنبي[5].

---

[1] المادة 28 من القانون المدني الأردني رقم 43 لعام 1976 السالف الذكر.

[2] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 77.

[3] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 97.

[4] المادة 27 من القانون المدني المصري السالف الذكر.

[5] عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 142.

ونفس الحكم في أغلب الدّول العربيّة، حيث نصّت صراحة على رفض الإحالة، كالمادة 31 من القانون المدني العراقي، والمادة 29 من القانون المدني السوري، والمادة 72 من القانون المدني الكويتي رقم 5 لسنة 1961، باستثناء قانون دولة الإمارات العربية المتّحدة الّتي أخذت بالإحالة إذا كانت من الدّرجة الأولى، حيث تنص المادة 26 من القانون رقم 5 لسنة 1986: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

على أنه يطبّق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي الخاص المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق"[1].

وبالنّسبة للقانون التّونسي، فقد أخذ بها على سبيل الاستثناء بحيث لا تقبل إلّا بموجب نص خاص، حيث تنص مجلة القانون الدّولي الخاص التّونسية لسنة 1998 في فصلها 35:" لا يقبل الرد سواء أدى إلى العمل بالقانون التونسي أو إلى العمل بقانون دولة أخرى إلا إذا نص القانون على قبوله"[2].

إنّ هذا النص يفيد أنّ المشرّع التّونسي رفض مبدئيّا الإحالة بدرجتيها، غير أنّ العبارة الأخيرة " إلا إذا نص القانون على قبوله"، تحفّظت بشأن وجود حكم مخالف منصوص عليه في قانون خاص، ممّا يفيد قبوله الإحالة في هذا الفرض فقط[3].

أمّا القانون اليمني والمغربي (ظهير 1913) فلم ينصّا على الإحالة رفضا ولا قبولا[4].

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 124.

[2] الفصل 35 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية السالفة الذكر.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 124.

[4] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 124.

الفرع الرّابع

موقف القانون الجزائري من الإحالة

لم يكن هناك نصّ في القانون المدني لسنة 1975 يوضّح قبول المشرّع الجزائري للإحالة أو رفضه لها، لذلك اختلف الفقه حول اعتمادها أو رفضها من طرف المشرّع، غير أنّه مادامت الإحالة استثناء ولا استثناء إلّا بنصّ؛ فيُستنتج أنّ القانون المدني لسنة 1975 قد رفض الأخذ بها[1]، إذ لم يكن هناك نصّ يتعلّق بالإحالة في مجال التّنازع الدّولي للقوانين، غير أنّه يوجد نصّ المادة 23 من القانون المدني الّذي يقبل الإحالة في مجال التّنازع الدّاخلي، حيث جاء فيه:" متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي أي تشريع منها يجب تطبيقه"[2].

يرى الأستاذ إسعد مُستشهدا برأي باتيفول؛ أنّه مادام المشرّع يفرض على القاضي الرّجوع إلى القانون الدّاخلي الأجنبي لتحديد النّظام القانوني الّذي سيطبّقه من بين الأنظمة المتعدّدة فيه، فإنّ الأمر نفسه لمّا يكون نفس القانون الدّاخلي الأجنبي هو الّذي يعيّن نظاما قانونيا أجنبيا[3]، حيث ذكّر أنّ الحكم الوارد في المادة 23 من القانون المدني الجزائري يشبه الأخذ بالإحالة، ولكنّه لا يخصّ الإحالة الدّولية بالمعنى الفنّي، وإنّما المقصود به اعتماد الإسناد الدّاخلي في الدّولة المتعدّدة الشّرائع[4]، وبعد ذلك رفض الأخذ بالإحالة في مجال الأحوال الشّخصية إلّا إذا كان قانونها غير مستمدّ من أحكام الشّريعة الإسلامية، لتفادي خضوع الأجانب لهذه الأحكام غير المعروفة في قوانينهم الشّخصية، مثل موضوع تعدّد الزّوجات[5].

---

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 125.

[2] المادة 23 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 109.

[4] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 125.

[5] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 109.

ويرى الأستاذ الطيب زروتي أنّ هذا الرّأي غير سليم، كون أنّه من جهة الخلاف بين المذاهب الإسلامية في بعض الجزئيّات لا يرتقي إلى مرتبة الخلاف التّشريعي، ما دامت كلّ تلك المذاهب تستقي أحكامها من مصادر الشّريعة الّتي تشكّل في مجموعها نظاما قانونيا واحدا، ومن جهة أخرى فالأفضليّة الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشّخصية لتوسيع مجال تطبيق القانون الجزائري على الأجانب المتوطّنين في الجزائر، خاصّة وأنّ قانون هؤلاء هو الّذي يحيل على القانون الجزائري، ومن جهة ثالثة؛ قبول الإحالة أو رفضها هو موقف وطني محض لا يتوقّف على إرادة الغير ولا على مدى ملاءمة الحلول المتوصّل إليها في القانون الأجنبي، بالتّالي فإنّ الرّأي السّابق غير سليم قانونا ويُنبِئ عن مواقف سياسية مسبقة[1].

أمّا الأستاذ المرحوم علي علي سليمان –على عكس الأستاذ إسعد– فضّل الأخذ بالإحالة من الدّرجة الأولى في مجال الأحوال الشّخصية، بحجّة أنّ الجزائر دولة مستوردة للأجانب وليست مصدّرة لأهلها لما في ذلك من توسيع لمجال تطبيق القانون الجزائري وتسهيل المهام على القضاء[2].

ويرى البعض الآخر –من بينهم الأستاذ أعراب بلقاسم–[3] أنّه لو أخذت الجزائر بالإحالة فينبغي أن تستثني منها مجال الأحوال الشّخصية كون أنّ أحكامها مستمدّة غالبا من ديانة الأشخاص، وأنّ النّاس يميلون دوما لأن تطبّق عليهم أحكام الدّيانة الّتي يعتنقونها[4]. ولا يوافق الأستاذ زروتي الطيب هذا التّعليل، كون أنّ المشكلة القانونيّة المطروحة في الإحالة؛ أنّ القانون المسند إليه يرفض الاختصاص قطعيا وأنّ القانون الواجب التّطبيق في الأحوال الشّخصية ليس

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 125.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 55.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 110.

[4] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 126.

مجالا لاختيار الأطراف، وما دام القانون الأجنبي المختصّ يرفض الاختصاص، فلا ينبغي إقحامه نزولا على إرادة الأطراف[1].

ظلّ موقف القانون الجزائري من الإحالة غامضا إلى غاية تعديله سنة 2005، أين أضاف المشرّع مادة قانونية جديدة خاصّة بالإحالة، وهي المادة 23 مكرر 1 حيث جاء فيها: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري، إذا أحالت قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص"[2].

يظهر من خلال هذه المادّة وبشكل صريح أنّ المشرّع الجزائري يرفض الإحالة مبدئيّا، وهو ما يتّضح من صياغة الفقرة الأولى للمادة أعلاه، حيث نصّت على أنّه لو أشارت قاعدة الإسناد في القانون الوطني لتطبيق قانون أجنبي معيّن، فإنّ القاضي الجزائري يرجع مباشرة للقواعد الموضوعية في هذا القانون للفصل في النّزاع، دون العودة لقواعد التّنازع فيه.

غير أنّه بالعودة للفقرة الثّانية من المادة نفسها نجد أنّ المشرّع نصّ على إمكانية تطبيق القانون الجزائري في حال ما إذا أحالت إليه قواعد التّنازع في القانون الأجنبي المختصّ، ممّا يفهم منه قبول المشرّع الجزائري للإحالة من الدّرجة الأولى دون أيّ قيد أو شرط.

وتطبيقا للمعنى الحرفي للنصّ، فبموجب الفقرة الأولى من المادة 23 على القاضي عندما تشير قاعدة الإسناد في دولته باختصاص قانون أجنبي معيّن، أن يبادر بتطبيق القواعد الموضوعيّة فيه دون استشارة قواعد الإسناد الواردة فيه، غير أنّه وتطبيقا للمعنى اللّفظي للنّص فإنّ عمل الفقرة الثانية يتعطّل ويصبح لا معنى له، ولا يعقل أن يضع المشرّع نصّا عبثي دون هدف، فالهدف من قبول الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي، هو حماية المصلحة الوطنيّة، حيث فضّل المشرّع الجزائري قبول الإحالة إلى قانونه عن تطبيق الأحكام الموضوعيّة

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 126.

[2] المادة 23 مكرر 1 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

في القانون الأجنبي المختصّ[1]، والملاحظ عند قراءة نص المادة 23 مكرر 1 وجود تناقض بين فقرتيه؛ فالأولى تأمر القاضي بالنّظر مباشرة في القواعد الموضوعيّة للقانون الأجنبي المختصّ بموجب قاعدة الإسناد الوطنيّة، وذلك دون استشارة قواعد الإسناد فيه كون أنّ الإسناد فيها موضوعي، والثّانية تأمره أن يستشير قواعد الإسناد تلك، لتحيل الاختصاص للقانون الجزائري فيطبّقه حيث أنّ الإسناد فيها إجمالي، ما يجعل القاضي في حيرة من أمره حول الأخذ بالإحالة من عدمه، ففي كلا الحالتين يفسّر موقفه على أنّه تجاوزا للسّلطة، وحبّذا لو أنّ المشرّع عدّل هذه المادّة وأبقى على الفقرة الثانية فقط بما يفيد أنّه تبنّى الإحالة من الدّرجة الأولى[2].

إنّ التّطبيق الصّحيح لهذا النّص؛ يقتضي أن يبادر القاضي الوطني المعروض عليه النّزاع لاستشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الّذي أشارت إلى تطبيقه قواعد الإسناد الوطنية، والوضع في هذه الحالة وفقا لمضمون النصّ لا يخرج عن فرضين: الفرض الأوّل؛ أن يقبل القانون الأجنبي المختصّ الاختصاص المخوّل إليه، فيطبّق القاضي قواعده الموضوعيّة كمرحلة ثانية، كأن يعرض على القاضي الجزائري نزاع خاص بأهليّة مواطن إنجليزي متوطّن في إنجلترا، فيطبّق القاضي الجزائري في النّهاية القواعد الموضوعيّة في القانون الانجليزي ما دام هذا الأخير يقبل الاختصاص[3].

أمّا الفرض الثّاني؛ أن يرفض القانون المسند إليه الاختصاص، فالأمر لا يخرج عن أحد الأمرين؛ الأوّل أن تحيل قواعد التّنازع في القانون الأجنبي إلى تطبيق القانون الجزائري، ففي المثال السّابق لو كان ذلك الانجليزي متوطّنا في الجزائر، وهنا يتعيّن على القاضي الجزائري أن يطبّق القواعد الموضوعيّة في قانونه الوطني، أي تلك القواعد الّتي تعطي الحلّ المباشر النّهائي للقضيّة محلّ النّزاع، وهذا من شأنه أن يفعل الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 [4]، أمّا الأمر الثّاني؛ أن تحيل قواعد التّنازع في القانون الأجنبي الاختصاص إلى قانون آخر غير قانون القاضي، وهو ما يعبّر عنه في هذه الوضعية بالإحالة من الدّرجة الثّانية، وهنا يتعيّن على

[1] بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 351.

[2] قتال حمزة، المرجع السابق، ص 175.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص126.

[4] بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 351.

القاضي تطبيقا للفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1، أن يطبّق مباشرة القواعد الموضوعيّة في القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية[1] بغضّ النّظر عن موقف القانون المسند إليه مرّة ثانية إذا كان يقبل أو يرفض الاختصاص[2].

إنّ قبول الإحالة من الدّرجة الأولى من قِبل المشرّع الجزائري كان استجابة لاتّجاه فقهي وقضائي له رواج في القانون المقارن يدعو إلى الأخذ بها، ومن أهمّ التبريرات الّتي يستند عليها: تحقيق حماية المصالح الوطنيّة في بعض الفروض، كأن يتعلّق الأمر مثلا بوفاة أجنبي في دولة القاضي، ولم يترك وارثا له، فإذا أسند القاضي الوطني بموجب قواعد التّنازع في دولته إلى القانون الأجنبي المختصّ أصلا بحكم النّزاع، ثمّ أحال هذا القانون الأجنبي الاختصاص للقانون الجزائري وقبِل هذا الأخير الإحالة من القانون الأجنبي، فإنّ هذا المال يؤول إلى خزينة الدّولة الجزائرية في هذا الفرض.[3]كما أنّ الأخذ بالإحالة من الدّرجة الأولى وفقا لهذا الاتّجاه سيكون أكثر تحقيقا لأهداف قواعد الإسناد، وذلك من خلال تطبيق القاضي لقانونه ومنه تحقيق النّظام العام واستقرار المعاملات داخل إقليم دولة القاضي، وتوحيد القواعد الموضوعيّة المطبّقة بواسطة القاضي الوطني، سواء كانت العلاقة وطنيّة أو ذات طابع دولي، كما لا يمسّ ذلك بالنّظام العام للقانون الأجنبي كون أنّ الإحالة صادرة من القانون ذاته، فتطبيق القاضي لقانونه كان نتيجة للأخذ بما تقضي به قاعدة الإسناد الّتي يتضمّنها القانون الأجنبي. وعلاوة على ذلك، فإنّ الأخذ بالإحالة من الدّرجة الأولى يعني إعمال السّيادة الإقليمية لقانون القاضي، وهو إعمال ترتّب على رفض القانون الأجنبي الاختصاص الّذي يقرّره له قانون القاضي[4].

ونحن بدورنا نرى أنّ المشرّع الجزائري أصاب حين أخذ بالإحالة من الدّرجة الأولى، ذلك من شأنه توسيع لمجال تطبيق القانون الجزائري، وتيسير عمل القاضي عند النّظر في المنازعات

[1] بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 351.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 127.

[3] بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 354.

[4] بلمامي عمر، المرجع نفسه، ص 354.

المشتملة على العنصر الأجنبي، بحيث تخفّف عليه مشقّة البحث في القواعد الدّاخلية للقانون الأجنبي.

ويرى الأستاذ قتال حمزة –ونوافقه الرّأي– أنّه رغم المزايا الّتي تتمتّع بها الإحالة من الدّرجة الأولى واعتمادها من قِبل المشرّع الجزائري، إلّا أنّه يعاب على هذا الأخير قبوله للإحالة على القانون الجزائري دون قيد أو شرط، كما أنّه لم يعط للقاضي سلطة تقدير ما إذا كانت الإحالة ستؤدّي إلى حلّ معقول وعادل ولا تتعارض مع غاية ووظيفة قاعدة الإسناد[1]، مثل ما نصّت عليه المادّة 35 من القانون الدولي الخاص التشيكي لسنة 1963: "...فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان القبول يؤدي إلى حل معقول وعادل للعلاقة المعين"، وكذا المادة 04 من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986: " إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية، فإنه يجب أن تطبق أيضا قواعد الإسناد المعينة الموجودة في قانون هذه الدولة، بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الوطنية"[2].

المطلب الثاني

دور الإحالة في الحماية في مجال شؤون الأسرة

(إعمال الإحالة في موضوع الزّواج نموذجا)

سنحاول من خلال هذا المطلب توضيح دور الإحالة في حماية النظام العام عند انعقاد الزواج (الفرع الأوّل)، وكذا آثاره وانحلال الرّابطة الزّوجية (الفرع الثاني)، ثمّ دورها في حماية مصالح الزّوجة الجزائرية (الفرع الثالث).

[1] قتال حمزة، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 177.

[2] قتال حمزة، المرجع نفسه، ص 177.

الفرع الأوّل

دور الإحالة في الحماية عند انعقاد الزّواج

ذكرنا فيما سبق أنّ الزّواج ينعقد صحيحا بتوافر شروط شكليّة وأخرى موضوعيّة، أمّا الشّروط الشّكلية فقد أخضعها المشرّع للقاعدة العامّة الّتي تحكم شكل التّصرّفات طبقا للمادّة 19 من القانون المدني، فهي تخضع لقانون محلّ إبرامها وهو ما تقضي به قاعدة لوكيس الشّهيرة، كما يمكن أن تخضع لقانون الموطن المشترك لهما أو لقانون الجنسية المشتركة للزّوجين أو للقانون الّذي يسري على أحكامها الموضوعية[1]، وبالنّسبة للشّروط الموضوعيّة يطبّق عليها القانون الوطني لكلّ من الزّوجين تطبيقا موزّعا طبقا للمادة 11 من القانون المدني، فكلّ طرف يخضع للشّروط الموضوعية الّتي يمليها قانون جنسيّته، واستثناء إذا كان أحد الطّرفين جزائريّا وقت انعقاد الزّواج طبقا للمادة 13 يطبّق القانون الجزائري وحده، باستثناء الأهليّة الّتي تبقى دائما خاضعة لقانون الجنسية[2].

وعلى هذا الأساس فإنّه عندما لا يوجد طرف جزائري فإنّ الاختصاص حسب المادة 11 يؤول لقانون أجنبي وهو قانون جنسية كلّ من الطّرفين، فإذا رفض هذا القانون الأجنبي الاختصاص المخوّل له، وردّه للقانون الجزائري؛ فيكون بذلك بصدد الإحالة من الدّرجة الأولى، فيطبّق القاضي القانون الجزائري طبقا للفقرة الثّانية من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني، أمّا إذا أشار إلى تطبيق قانون آخر غير القانون الجزائري؛ فيكون بذلك بصدد الإحالة من الدّرجة الثّانية، ويطبّق بذلك مباشرة القواعد الموضوعيّة في القانون الأجنبي المختصّ بموجب قاعدة الإسناد الواردة في المادة 11، وذلك تطبيقا للفقرة الأولى من المادّة 23 مكرر 1، بالتّالي برفض الإحالة من الدّرجة الثّانية يكون المشرّع قد تفادى تطبيق قانون أجنبي آخر من شأنه أن يكون متعارض مع النّظام العام، أمّا إذا كانت الشّروط الموضوعيّة للقانون الأجنبي المختصّ وفقا للمادة 11 مدني جزائري تتعارض مع النّظام العام الجزائري، فيطبّق في هذه الحالة القانون الجزائري نظرا لمخالفته النّظام العام طبقا للمادة 24 من القانون المدني، وبالنّسبة لحالة إعمال الإحالة من الدّرجة

[1] المادة 19 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[2] المادتين 11 و 13 من الامر رقم 75-58 السالف الذكر.

الأولى فإنّ ذلك يؤدّي مباشرة لتطبيق القانون الجزائري، وهي نفس النّتيجة في حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته النّظام العام[1].

الفرع الثاني

دور الإحالة في الحماية بشأن آثار الزّواج، انحلاله والانفصال الجسماني

أخضع المشرّع الجزائري آثار الزّواج لقانون جنسية الزّوج وقت إبرام عقد الزّواج وفقا للفقرة الأولى من المادّة 12 من القانون المدني، أمّا انحلال الزّواج والانفصال الجسماني؛ فيطبّق عليهما القانون الوطني للزّوج وقت رفع الدّعوى طبقا للفقرة الثّانية من المادّة 12 من القانون نفسه[2]، فتلعب الإحالة دور في حماية النّظام العام فيما يتعلّق بالآثار المالية والشّخصية لعقد الزّواج أو بانحلال الرّابطة الزّوجية والانفصال الجسماني، سواء عند قبولها أو عند رفضها.

ففي حالة قبولها؛ إذا كان القانون المختصّ بآثار الزّواج أو انحلاله أو الانفصال الجسماني قانونا أجنبيا، ويجد القاضي أنّ قاعدة الإسناد الأجنبيّة ترفض الاختصاص المخوّل لها وترجعه للقانون الجزائري، فإنّه سيطبّق القانون الجزائري طبقا للفقرة الثانية من المادّة 23 مكرر 1 من القانون المدني، وبهذه الطّريقة يتفادى القاضي الوقوع في مخالفة النّظام العام، خاصّة إذا تعلّق الأمر بحقوق لا يمكن إنشاؤها أمام القضاء الجزائري كالانفصال الجسماني، وبهذا فإنّ قبول الإحالة لعب دور في حماية النّظام العام[3].

أمّا عند رفضها؛ كأن يجد القاضي أنّ القانون الأجنبي المختصّ يرفض الاختصاص المخوّل له ويحيله إلى قانون أجنبي آخر، فإنّ القاضي في هذه الحالة سيطبّق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختصّ وفقا لقاعدة الإسناد الجزائرية، طبقا للفقرة الأولى من المادّة 23 مكرر 1 من القانون المدني الّتي ترفض الإحالة من الدّرجة الثّانية، وبهذه الطّريقة يتفادى القاضي الجزائري مشقّة البحث في قانون أجنبي آخر ربّما يتعارض مع النّظام العام الجزائري، أمّا إذا كانت

---

[1] ناتوري كريم، دور قواعد الإحالة في حماية النّظام العام، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المنعقد يومي 23 و 24 أفريل 2014، ص 315.

[2] المادة 12 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[3] ناتوري كريم، المرجع السابق، ص 316.

القواعد الموضوعيّة في القانون الأجنبي المختصّ تخالف النّظام العام الجزائري، يستبعدها القاضي ويطبّق مكانها القانون الجزائري بموجب المادّة 24 من القانون المدني[1].

إنّ أخذ المشرّع الجزائري للإحالة من الدّرجة الأولى، إنّما هو في حقيقة الأمر من بين الاستثناءات على قواعد الإسناد، كونها ذات طابع أحادي تهدف دائما إلى تطبيق القانون الجزائري، كون أنّ المشرّع حاول قدر الإمكان في قواعد التّنازع حماية الطّرف الجزائري وحماية النّظام العام والآداب العامّة الجزائرية، ويظهر هذا التّوجه خاصّة بعد تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10، غير أنّه يجب التّذكير أنّ استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختصّ وتطبيق القانون الجزائري لأيّ سبب، يجب أن يبقى مجرّد استثناء لتفادي إهدار جوهر تنازع القوانين كون ذلك يشكّل خرقا لمبدأ حياد قاعدة التّنازع[2].

الفرع الثّالث

دور الإحالة في حماية مصالح الزّوجة الجزائرية

إنّ أخذ المشرّع الجزائري للإحالة فتح المجال للنّقاش حول عدالة تطبيق الإحالة على حقوق الزّوجة الجزائرية، حيث أنّ المشرّع لم يضع أيّ استثناء لقبول الإحالة من الدّرجة الأولى رغم الاستثناءات الّتي وضعها الفقه. فلو أنّ ألمانية متوطّنة في الجزائر تزوّجت ببريطاني ثمّ تجنّست بالجنسية الجزائرية، وثار نزاع حول آثار عقد الزّواج أو حلّ الرّابطة الزّوجيّة، ففي هذه الحالة يُطبَّق قانون جنسيّة الزّوج أي القانون البريطاني وليس القانون الجزائري، بالتّالي سيطبّق على الزّوجة القانون البريطاني[3]، لكن بتبنّي المشرّع للإحالة من الدّرجة الأولى يسمح بتطبيق القانون الجزائري في حالة إرجاع القانون البريطاني الاختصاص للقانون الجزائري بوصفه قانون موطن الأشخاص، ممّا يعني أنّ الأخذ بالإحالة في هذه الوضعية يفيد الزّوجة الجزائرية، ويعتبر حلّا للزّوجة الّتي تتجنّس بعد انعقاد الزّواج بالجنسيّة الجزائرية، والّتي لا يشملها الاستثناء الوارد في

[1] ناتوري كريم، المرجع السابق، ص 316.

[2] ناتوري كريم، المرجع نفسه، ص 317.

[3] حسين نوارة، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشّخصية، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المنعقد يومي 23 و 24 أفريل 2014، ص 44.

المادّة 13 من القانون المدني، فبدلا من تطبيق القانون الأجنبي على تلك الجزائرية يمكن الاستفادة من الإحالة لتطبيق القانون الجزائري عليها[1].

المبحث الثّاني

آلية الدّفع بالنّظام العام

رأينا فيما سبق أنّ قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة، بمعنى أنّها قد تشير إلى تطبيق قانون القاضي على العلاقة الدّولية محلّ النّزاع، أو تمنح الاختصاص في ذلك للقانون الأجنبي، غير أنّه قد يتبيّن للقاضي من ظروف الدّعوى، أنّ القانون الأجنبي المختصّ بموجب قاعدة الإسناد الوطنيّة لحلّ النّزاع المعروض عليه مخالفا للنّظام العام في دولته، ممّا يدفعه لاستبعاد ذلك القانون كونه لا يتماشى مع مقتضيات النّظام والآداب العامّة في بلده، لذلك نقسّم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: المطلب الأوّل: مضمون قاعدة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفة النّظام العام.

المطلب الثّاني: موقف المشرّع الجزائري وبعض التّشريعات العربيّة من قاعدة الدّفع بالنّظام العام.

المطلب الثّالث: دور قاعدة الدّفع بالنّظام العام في حماية الأحوال الشّخصية (الطّلاق، الميراث والوصيّة نموذجا).

المطلب الأوّل

مضمون قاعدة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفة النّظام العام

يستدعي بيان مضمون قاعدة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنّظام العام توضيح مفهوم هذا الأخير (الفرع الأوّل)، وشروط الدّفع بالنّظام العام (الفرع الثّاني)، وآثاره (الفرع الثّالث).

[1] حسين نوارة، المرجع السابق، ص44.

الفرع الأوّل

مفهوم النّظام العام

إنّ هدف النّظام العام هو حماية المبادئ والأسس العامّة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الّتي يقوم عليها المجتمع، ففي القانون الدّاخلي بفروعه المختلفة؛ هناك قواعد قانونية آمرة لا يجوز للأفراد الاتّفاق على مخالفتها كونها تتعلّق بالنّظام العام، فالنّظام العام في القانون الدّاخلي يهتمّ أكثر بالقاعدة القانونية الوطنية، أمّا في القانون الدّولي الخاص ونظرية تنازع القوانين؛ يتحقّق هدف النّظام العام عن طريق دفع يعترض به على تطبيق الأحكام الموضوعيّة في القانون الأجنبي المختصّ بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، وذلك حين تتعارض هذه الأحكام مع الأسس الجوهريّة في دولة القاضي[1].

يعود أصل النّظام العام[2] إلى المدرسة الإيطالية القديمة الّتي ميّزت بين الأحوال المستحسنة والأحوال البغيضة، حيث يمتدّ تطبيق الأولى إلى خارج الإقليم ويقيّد الأحوال البغيضة في حدود إقليمها، ومن أمثلة الأحوال المستهجنة تلك الّتي تقضي بحرمان المرأة من الميراث، وتلك الّتي تمنع الزّوجة من الإيصاء لزوجها، ومن هذا التّمييز انطلقت الفكرة الأولى للنّظام العام، غير أنّها لم تلق تطوّرا منشودا نظرا لأنّ التّنازع آنذاك لم يكن دوليّا وإنّما كان تنازعا بين أحوال المدن المختلفة، وهذه الأحوال قريبة من بعضها كونها مستمدّة من القانون الرّوماني الّذي هو الشّريعة العامّة ومن المسيحية[3]، ثمّ استعملها كذلك الفقيه الإيطالي "مانشيني" كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الوطني، واستعملها كذلك بوصفها استثناء لنظريّته، مبرّرا بذلك كون أنّ هذه القوانين لا

---

[1] سلطان عبد الله محمود، " الدفع بالنظام العام وأثره"، **مجلة الرافدين للحقوق**، مجلد 12، عدد 43، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2010، ص ص 85- 109، ص 85.

[2] أنظر في التطوّر التّاريخي لفكرة النّظام العام: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 148.

زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 268.

سلطان عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 88.

فؤاد عبد المنعم رياض، المرجع السابق، ص 132.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 168.

تشكّل جزءا من القوانين الشّخصية، وبكونها ضروريّة لصيانة النّظام العام على الإقليم، كالقوانين المتعلّقة بالملكيّة العقارية مثلا[1].

لم يبرز دور النّظام العام بمفهومه الحالي إلّا في القرن التّاسع عشر على يد الفقيه الألماني "سافيني"، وذلك عند عرضه لفكرته في الاشتراك القانوني، الّتي تقضي أنّ القاضي الوطني لا يمكن أن يطبّق قانونا أجنبيا إلّا إذا كان يوجد بينه وبين القانون الوطني اشتراكا قانونيّا، ويتحقّق ذلك في الدّول المسيحيّة الوارثة للقانون الرّوماني، وفي كلّ حالة لا يتحقّق فيها ذلك الاشتراك يكون هناك تعارضا بين القانون الأجنبي وقانون القاضي يستوجب استبعاد القانون الأجنبي، ذلك أنّ فكرة الاشتراك في ذاتها تقتضي تقارب المبادئ العامّة في القوانين المتزاحمة بحكم العلاقات الخاصّة الدّوليّة[2].

وقد أخذ الفقه الحديث عنه ذلك دون أن يشترط مُسبقا وجود ذلك الاشتراك القانوني، ذلك لأنّ "سافيني" وجّه نظريّته في التّنازع إلى الدّول الأوروبيّة قبل أن تنتشر وتأخذ بها أغلب دول العالم[3]. وبانتشار حركة التّقنين في مختلف دول العالم واتّساع رقعة التّجارة وزيادة حركة الأشخاص بين الدّول، أصبحت فكرة النّظام العام وسيلة في يد قضاة مختلف الدّول لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختصّ الّذي تتعارض قواعده الموضوعية مع المبادئ الأساسيّة السّائدة في دولهم[4].

إنّ مصطلح النّظام العام يصعب تحديد مفهومه تحديدا دقيقا، بحيث لا يتسنّى وضع تعريف جامع يحدّد المقصود به، كون أنّ فكرة النّظام العام فكرة وظيفيّة تهدف لتحقيق غاية معيّنة ومحاولة ضبطها لا يكون إلّا من خلال تحديد هذه الغاية، وتختلف تطبيقاتها تبعا لاختلاف العلاقات الاجتماعيّة بالإضافة إلى مرونتها وتغيّرها بتغيّر الزّمان والمكان، لذلك لا يمكن وضعها في قالب علمي محدّد، بالتّالي يكون النّظام العام محكوما برقابة المحكمة العليا في هذا التّقدير[5].

---

[1] قتال حمزة، القانون الدولي لخاص، المرجع السابق، ص 366.

[2] سلطان عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 89.

[3] قتال حمزة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 367.

[4] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 169.

[5] سلطان عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 92.

فالفقه يسلّم بعدم جدوى تعريف النّظام العام حصريّا أو إحصاء مجالات تدخّله مسبقا، كونه فكرة وطنيّة مرنة آنية تختلف في المكان والزّمان، ومع ذلك يجب ضبطه بأسس موضوعيّة تبعث فيه الخصوبة والمرونة والقابلية للتّطوّر استنادا لمعيار المصلحة العامّة العليا في المجتمع، وبناء عليه تضيق أو تتّسع دائرة النّظام العام حسب مجالات تدخّل الدّولة في الحياة الاقتصاديّة والمذهب الاشتراكي أو اللّيبرالي المعتمد، ويتشكّل النّظام العام والآداب العامّة من الأسس الّتي يقوم عليها النّظام السّياسي والاقتصادي في الدّولة، وكذا الحقوق الطّبيعيّة والحريّات الأساسية المكفولة والمعتقدات الاجتماعية والأخلاقية والدّينية المتأصّلة في المجتمع[1]، من هذا المنطلق يفضل الأستاذ زروتي الطيب تعريفه بأنّه " مجموع الأسس الجوهرية الّتي يقوم عليها نظام مجتمع معيّن سياسيا واجتماعيا واقتصاديا وقانونيا ودينيا"[2].

ويمكن تعريفه بأنّه "مجموعة المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا للدّولة وللجماعة الّتي ترتضيها لنفسها التي يتأسس عليها كيان المجتمع كما يرسمه نظامها القانوني سواء كانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية أم دينية ويعرض الإخلال بها كيان المجتمع إلى التصدع والانهيار"[3].

ويلحق بمفهوم النّظام العام الآداب العامّة الّتي تشكّل الجانب الأخلاقي في النّظام القانوني لأيّ دولة، ويقصد بها " مجموعة قواعد السلوك التي يجد الناس في كل مجتمع من المجتمعات أنفسهم ملزمين بإتباعها، ولا يسمح لهم بالخروج عليها عن طريق الاتّفاق الخاص"[4].

وفي إطار نظريّة تنازع القوانين؛ يعرف دور النّظام العام بأنّه " دفع يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الموضوعي الأجنبي الواجب التّطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان حكمه

---

[1] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، د ط، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 292.

[2] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 93.

[3] سلطان عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 92.

[4] حمادي عبد الفتاح، " آلية الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية –التبني والانفصال الجسماني نموذجا–"، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية**، مجلد 1، عدد 7، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة المسيلة، 2017، ص ص 65–82، ص 67.

يخالف الأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي"[1]، ويجب أن يكون معيار الدّفع بالنّظام العام يقوم على المنطق والضّرورة، وينبغي عند استعماله مراعاة خصوصيات المعاملات الخاصة الدّولية وحاجاتها، ويتعيّن أن يكون القاضي المعني بالفصل في النّزاع متفتّحا على القانون الأجنبي ومتفهّما لدور قاعدة الإسناد الوطنيّة ودور الدّفع بالنّظام العام[2].

ويتميّز النّظام العام بجملة من الخصائص، تتلخّص فيما يلي:

أوّلا: النّظام العام فكرة وطنيّة

ذلك لأنّها ترتبط أساسا بالدّعائم والأركان الأساسية الّتي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي المعني بالفصل في النّزاع، سواء كانت هذه الأسس الجوهريّة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو دينية، وهذه الخاصّية تجعل من النّظام العام فكرة مختلفة المضمون من دولة لأخرى[3].

ثانيا: نسبيّة النّظام العام

ويرجع ذلك لمرونة مفهوم النّظام العام وتغيّره بتغيّر الزّمان والمكان، فما يعتبر مخالفا للنّظام العام في دولة ما قد لا يعدّ كذلك في دولة أخرى، وما يصطدم بالنّظام العام في داخل الدّولة نفسها في فترة معيّنة قد لا يعدّ أمرا منافيا للنّظام العام في وقت آخر[4]. وهذه الخاصّية الّتي يتّسم بها النّظام العام هي الّتي جعلت الرّأي الغالب فقها يؤكّد على أنّ الوقت الّذي يعتدّ به القاضي لتقدير مقتضيات النّظام العام هو وقت الفصل في النّزاع وليس وقت نشوء الحقّ، وفي حالة تغيّر

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 271.

[2] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 271.

[3] شنوف بدر، " الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي"، **مجلة الدراسات الفقهية والقضائية**، مجلد 1، عدد 1، جامعة الوادي، 2015، ص ص 177-208، ص 184.

[4] شريقي نسرين وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 106.

مفهوم النّظام العام بين وقت رفع الدّعوى و وقت النّطق بالحكم، يعتدّ القاضي بالمفهوم الجديد للنّظام العام، كونه الوقت الّذي تمّ فيه تطبيق القانون الأجنبي[1].

ثالثا: النّظام العام ذو طابع قضائي

ذلك لأنّ المشرّع منح القاضي السّلطة التّقديريّة في تحديد ما إن كانت مسألة ما مخالفة للنّظام العام أم لا وقت نظره في النّزاع، فهو الّذي يتولّى تقدير مدى تعارض القانون الأجنبي المختصّ مع النّظام العام في دولته، غير أنّ هذه السّلطة التّقديرية الممنوحة له لا تعني أبدا ترك الأمر للتّقدير الشّخصي للقاضي ولمعتقداته الخاصّة، وإنّما يتعيّن عليه عند إعماله للسّلطة التقديرية الّتي منحها له المشرّع في ذلك أن يكون تقديره موضوعيّا بحتا مستلهما من الشّعور العام للجماعة الوطنيّة، وأن يكون حياديّا متحرّرا عن ميولاته وآرائه الشّخصيّة[2]، وتجدر الإشارة إلى أنّ السّلطة التّقديرية للقاضي في مجال النّظام العام تخضع دائما لرقابة المحكمة العليا، لأنّ الدّفع بالنّظام العام عبارة عن استثناء يُعطّل إعمال قاعدة الإسناد[3].

رابعا: النّظام العام ذو طابع استثنائي

اتّفق الفقه والقضاء وجلّ التّشريعات المعاصرة – ومن بينها الجزائر– على اعتبار الدّفع بالنّظام العام في العلاقات الدّولية الخاصّة هو دفع استثنائي وليس تطبيق لقاعدة عامّة، ذلك لأنّ الأصل هو تطبيق القانون الّذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنيّة، غير أنّه إذا تبيّن للقاضي أنّ هذا الأخير يخالف الأسس الّتي يقوم عليها مجتمعه، يدفع بالنّظام العام الّذي يعتبر كصمام أمان يمنع تسلّل القوانين الأجنبيّة الّتي فيها مساس بتلك الأسس[4].

---

[1] شنوف بدر، المرجع السابق، ص 184.

[2] نصت المذكّرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في هذا الصدد: " ويخلق بالقاضي أن يتحرر من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامح للنظام العام أو الآداب فالواجب يقتضي أن يطبق مذهبا تدين به الجماعة بأسرها لا مذهبا فرديا خاصا"، بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سطيف، 2013-2014، ص 22.

[3] بوخروبة حمزة، المرجع نفسه، ص 22.

[4] شنوف بدر، المرجع السابق، ص 185.

ويترتّب على الطّابع الاستثنائي لفكرة النّظام العام في مجال تنازع القوانين، أنّ القاضي لا يلجأ لاستبعاد القانون الأجنبي في ظلّ هذه الخاصّية كلّما خالف النّظام العام القواعد الآمرة في القانون الدّاخلي في دولة القاضي، كون أنّ ذلك يؤدّي به إلى عدم إعمال قواعد الإسناد الوطنيّة في معظم الأحوال، بالتّالي يجب ألّا يخرج الدّفع بالنّظام العام عن كونه رخصة خاصّة لا يلجأ إليها القاضي إلّا عند الضّرورة[1].

وهذه النّتيجة هي الّتي توضّح الفرق بين النّظام العام في مجال القانون الدّاخلي وذلك الّذي في مجال تنازع القوانين، فبالرّغم من أنّهما يشتركان في هدف حماية المصالح الجوهريّة للمجتمع، لكن فكرة النّظام العام في مجال القانون الدّاخلي تستعمل كوسيلة لتقييد إرادة الأفراد في الاتّفاق على ما يخالف القواعد الآمرة، بينما تستعمل هذه الفكرة في مجال تنازع القوانين كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الّذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنيّة، عندما يؤدّي تطبيقه فقط إلى الاعتداء على الأركان الأساسيّة أو المبادئ الجوهريّة الّتي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي[2].

الفرع الثّاني

شروط الدّفع بالنّظام العام

يتطلّب تفعيل النّظام العام في مواجهة القانون الأجنبي توافر الشّروط التّالية:

أوّلا: اختصاص قانون أجنبي بحكم النّزاع

لإعمال فكرة النّظام العام ينبغي أن تشير قاعدة الإسناد في القانون الوطني إلى تطبيق القانون الأجنبي، وهذا ما يوجب أسبقيّة تطبيق قاعدة الإسناد على إعمال الدّفع بالنّظام العام، ممّا يعني استقلالهما عن بعضهما البعض، أمّا إذا لم يكن القانون الأجنبي مختصّا في حكم النّزاع، أو تمّ استبعاده لسبب آخر، كأن يكون قانون القاضي قد اختاره الأطراف بإرادتهم، أو أن يثبت له

[1] شنوف بدر، المرجع السابق، ص 185.

[2] شنوف بدر، المرجع نفسه، ص 185.

الاختصاص باعتباره من قوانين الأمن والبوليس، أو تمّت الإحالة إليه ليفصل في النّزاع، فلا مجال لإعمال النّظام العام[1].

ثانيا: توافر مقتضى من مقتضيات النّظام العام

أي ينبغي أن تتوافر إحدى مقتضيات النّظام العام في دولة القاضي الّتي تجعل تطبيق القانون الأجنبي غير مقبول، وقد قدّر بعض الفقهاء أنّه يمكن حصر هذه المقتضيات مسبقا وتقسيم القوانين إلى متعلّقة بالنّظام العام وغير متعلّقة به، إلّا أنّهم فشلوا في تحقيق ذلك نظرا لعدم ثبات تلك المقتضيات واختلافها باختلاف المكان والزّمان، فقد يكون الزّواج نظام مدني في دولة ونظام ديني في أخرى، كما قد يكون نظاما دينيّا في دولة ما وفي فترة معيّنة ثمّ يصير نظاما مدنيّا في وقت آخر داخل نفس الدّولة، لذلك ترك الفقه السّائد أمر تحديد هذه الحالات للسّلطة التّقديرية للقاضي، مع تقييد سلطته في ذلك بمعيار موضوعي مجرّد يلتزم به في إعمال الدّفع بالنّظام العام، مع اختلاف في تحديد هذه المعايير[2]. وتتمثّل هذه المعايير في:

- عدم المساس بمبادئ العدالة وقواعد القانون الطّبيعي أو المبادئ العامّة المتعارف عليها في جماعة الأمم المتحضّرة.
- استبعاد القانون الأجنبي إذا كان يحتوي على نظم قانونيّة غير معروفة في قانون القاضي.
- ألّا يتعارض القانون الأجنبي مع السّياسة التّشريعية في دولة القاضي، حتّى ولو كان لا ينطوي على أيّة مخالفة لمبادئ العدالة أو المبادئ المتعارف عليها في الأمم المتحضّرة.
- ألّا يتعارض مع المصالح الحيويّة أو المصلحة العامّة للدّولة.

وبالإجمال فإنّ مختلف هذه المعايير والضّوابط تتقارب حول فكرة أساسيّة؛ تتمثّل في وجوب استبعاد القانون الأجنبي إذا كان يصطدم مع المبادئ والأفكار الأساسيّة السّياسيّة أو الاقتصاديّة أو الاجتماعيّة أو الخلقيّة أو الفكريّة الّتي يقوم عليها كيان مجتمع معيّن في وقت معيّن، وهذه الأسس والمبادئ تختلف باختلاف المكان والزّمان[3]، والقاضي مطالب ببعض التّساهل في تقدير

[1] قتال حمزة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 368.

[2] بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 49.

[3] بوخروبة حمزة، المرجع نفسه، ص 50.

النّظام العام باعتبار فكرة النّظام العام في القانون الدّاخلي أوسع نطاقا ممّا هي عليه في القانون الدّولي الخاص، فعليه الابتعاد عن التّفسير الموسّع لفكرة النّظام العام، لأنّ ذلك يؤدّي إلى إهدار حقوق المتقاضي في بعض الأحيان[1].

ثالثا: أن تكون المخالفة للنّظام العام حالية

يقصد بذلك أنّ العبرة في تحديد ما هو من النّظام العام وما يعدّ مخالفا له بوقت رفع الدّعوى، ولو كان نشوء الحقّ قد تمّ دون أن يكون مخالفا للنّظام العام، وبالتّالي تختلف فكرة النّظام العام عن فكرة الإسناد إلى القانون الأجنبي، حيث أنّ الحكم يسند إلى القانون الأجنبي الواجب التّطبيق عند وقوع الحادث أو عند نشوء الحقّ، أمّا فكرة النّظام العام فتقديرها يكون دائما بوقت النّظر في النّزاع، فقاعدة التّنازع قد تتغيّر بعد وقوع الحادث أو نشوء الحقّ وقبل رفع الدّعوى، غير أنّ القاضي ملزم بتطبيق القاعدة الّتي كانت سارية عند وقوع الحادث أو نشوء الحقّ لا تلك الّتي حلّت محلّها وقت رفع الدّعوى، بينما فكرة النّظام العام لا ينظر إليها إلّا عند رفع الدّعوى[2]، ويترتّب على هذا الشّرط:

- الحقّ الّذي نشأ طبقا لقانون أجنبي مختصّ كان مخالفا للنّظام العام في قانون القاضي عند نشوئه، وبعد ذلك تغيّر القانون في دولة القاضي وأصبح ذلك الحقّ لا يعدّ مخالفا للنّظام العام عند النّظر في النّزاع، فإنّ القاضي لا يعتدّ بالمخالفة السّابقة للنّظام العام عند نشوء الحقّ.
- الرّوابط القانونية القائمة في ظلّ تغيّر مفهوم النّظام العام، تخضع للقانون الجديد ، كأن يصدر قانونا جديدا في دولة القاضي يبيح الطّلاق، وكان القانون السّابق يمنعه، فيسري الحكم الجديد على كلّ الرّوابط القانونية القائمة عند تطبيقه ولو كانت قد نشأت قبل صدوره[3].

---

[1] مقدس أمينة، "استبعاد القانون الأجنبي في القانون الجزائري: دراسة تحليلية على ضوء المادة 24 من القانون المدني"، **مجلة العلوم القانونية والسياسية**، مجلد 10، عدد 1، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2019، ص ص 1580 – 1601، ص 1586.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 153.

[3] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 302.

رابعا: وجود رابطة بين النّزاع المطروح ودولة القاضي

يذهب جانب من الفقه مدعوم بالقضاء في كلّ من ألمانيا وسويسرا إلى ضرورة وجود صلة كافية بين المنازعة المطروحة ودولة القاضي لإعمال الدّفع بالنّظام العام، ولا يمكن للقاضي أن يتمسّك بهذا الدّفع في غياب هذه الرّابطة، كما أنّ القانون الأجنبي لم يتم تعيينه إلّا لوجود صلة قوية بينه وبين النّزاع. غير أنّ أنصار هذا الاتّجاه عجزوا عن تقديم مقصدهم بالضّبط من توافر تلك الرّابطة بين النّزاع المطروح ودولة القاضي، فيما إذا كانت رابطة الجنسيّة أم رابطة الموطن أم موقع المال، وإزّاء تلك الحيرة الّتي وقع فيها هؤلاء، اكتفى البعض منهم بمجرّد طرح النّزاع على الجهات القضائية في هذه الدّولة، فهذا يكفي لقيام تلك الرّابطة[1].

وفي المقابل يرى أغلب الفقه خارج ألمانيا وسويسرا، أنّه لا داعي لاشتراط هذه الصّلة، ويكفي لإعمال الدّفع بالنّظام العام أن يعرض النّزاع أمام القضاء الوطني، فمجرّد اختصاص هذا القضاء كاف لوحده للقول بارتباط النّزاع بإقليم دولة القاضي، وذلك ما يبرّر إثارة هذا الدّفع لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف[2]، وهو ما نصّ عليه المشرّع التّونسي صراحة في الفقرة الثّالثة من الفصل 36 من مجلّة القانون الدّولي الخاص كالآتي: " ولا يخضع الدّفع بالنّظام العام لمدى قوّة ارتباط النّزاع بالنّظام القانوني التّونسي"[3]، في حين التزمت أغلب التّشريعات العربيّة الصّمت إزّاء هذه المسألة، ولم تشترط توافر رابطة بين النّزاع ودولة القاضي لإعمال النّظام العام، وهو ما يظهر من المواد 28 من القانون المدني المصري، 29 من القانون المدني الأردني، 27 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة 24 من القانون المدني الجزائري، ويستنتج من ذلك أنّه يكفي في نظر التّشريعات العربيّة لإثارة الدّفع بالنّظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي اختصاص القضاء الوطني بالنّظر في النّزاع، حيث تعتبر أنّ مجرّد طرح النّزاع أمام جهاتها القضائية يكفي للقول بارتباطه بإقليم دولة القاضي[4].

---

[1] بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 52.

[2] بوخروبة حمزة، المرجع نفسه، ص 53.

[3] الفصل 3/36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي السالف الذكر.

[4] بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 53.

الفرع الثّالث

آثار الدّفع بالنّظام العام

يترتّب على تطبيق القاضي الوطني لفكرة الدّفع بالنّظام العام، بعض الآثار تتمثّل في: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وهو الأثر السّلبي (أوّلا)، وتطبيق القانون الوطني للقاضي محلّ القانون الأجنبي المستبعد وهو الأثر الإيجابي (ثانيا)، والأثر الثالث هو الأثر المخفّف للنّظام العام يتعلّق بالحقوق الّتي تنشأ في الخارج ويراد التّمسّك بها في دولة القاضي (ثالثا)، أمّا الأثر الأخير يتمثل في الأثر الانعكاسي للنظام العام (رابعا).

أوّلا: الأثر السّلبي للنّظام العام

يتمثّل الأثر السّلبي للنّظام العام؛ في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختصّ نظرا لتعارضه مع النّظام العام في دولة القاضي، فالهدف الرّئيسي لإعمال الدّفع بالنّظام العام هو عدم السّماح لقواعد القانون الأجنبي بالاندماج في النّظام القانوني الوطني للتّنافر القائم بينها وبين أسس هذا النّظام القانوني[1]، لكن هل يستبعد القانون الأجنبي برمّته أم يستبعد فقط ذلك الجزء المتعارض مع النّظام العام الوطني؟

يقرّر جانب من الفقه أنّه إذا ما تعارض أيّ حكم من أحكام القانون الأجنبي مع النّظام العام الوطني وجب استبعاد القانون الأجنبي برمّته، حيث أنّ استبعاد جزء فقط منه وإعمال أجزائه الأخرى الغير متعارضة مع النّظام العام يؤدّي –حسب رأيهم– إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرّع الّذي وضعه، بل أنّ هذا التّطبيق ينطوي على مخالفة لقاعدة الإسناد في دولة القاضي كونها تهدف لتطبيق القانون الأجنبي بأكمله ولا تقصد بعض من أحكامه دون الأخرى[2].

غير أنّ جانب آخر من الفقه يرى أنّ تطبيق فكرة النّظام العام لا ينبغي أن يؤدّي إلى استبعاد القانون الأجنبي بأكمله، وإنّما تستبعد فقط القاعدة أو القواعد المخالفة للمبادئ الأساسية للنّظام

[1] فؤاد عبد المنعم رياض، المرجع السابق، ص 144.

[2] فؤاد عبد المنعم رياض، المرجع نفسه، ص 145.

القانوني الوطني للقاضي، ويستند هذا الاتّجاه إلى أنّ الاستبعاد الجزئي للقانون يتّفق مع غاية وطبيعة الدّفع بالنّظام العام، كون أنّ الهدف يكمن في تجنّب الخطر الّذي يهدّد الأسس والقيم العليا للمجتمع الوطني والوسيلة المستخدمة هي وسيلة ذات طبيعة استثنائية تقطع المجرى الطّبيعي لتنظيم العلاقات الخاصّة الدّولية، بالتّالي يجب عدم التّوسّع في تفسيرها ولا في استخدامها احتراما لقاعدة التّنازع الوطنية[1]، فالنّظام العام يهدف إلى استبعاد النّتيجة المخالفة للنّظام العام ومتى أمكن ذلك عن طريق الاستبعاد الجزئي كان ذلك أمرا مقبولا.

ويرد على هذا الحلّ استثناء يتمثّل في حالة ما إذا كان هناك ارتباط بين أجزاء القانون الأجنبي، ارتباط السّبب بالنّتيجة، أو أنّ الجزء المخالف يمثّل السّبب الرّئيسي لوجود القانون الأجنبي، بالتّالي يستحيل استبعاده استقلالا والاحتفاظ بباقي القواعد، ممّا يستدعي في هذه الحالة استبعاده كلّيّة[2]، فلا يمكن مثلا إقصاء القسم من القانون الأجنبي الّذي يمنع الطّلاق القائم على الخطأ، وفي الوقت نفسه الإبقاء على اختصاص هذا القانون بحكم آثار الطّلاق فحسب، فالقانون الأجنبي هنا لا يعترف أصلا بهذا الطّلاق فكيف له أن يحكم آثاره، وهذا ما قرّره القضاء الفرنسي في قضية « Patino » حين استبعدت محكمة النّقض القانون البوليفي لمخالفته النّظام العام الفرنسي كونه يمنع التّفريق الجسماني بين الأشخاص، وطبّقت بدلا عنه القانون الفرنسي ليس فقط فيما يخصّ السّماح للزّوجين بالانفصال، وإنّما ما يتعلّق بمسألة النّظام المالي لهما أيضا[3].

ثانيا: الأثر الإيجابي للنّظام العام

إنّ استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنّظام العام في قانون القاضي يستتبع وجوب الفصل في النّزاع حسب أحكام قانون آخر، ما يثير الإشكال حول القانون البديل الواجب تطبيقه في هذه الحالة، ولحلّ هذا الإشكال هناك عدّة احتمالات:

[1] صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص: الجنسية وتنازع القوانين، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 352.

[2] قتال حمزة، المرجع السابق، ص 371.

[3] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 266.

- إمّا البقاء في دائرة القانون الأجنبي، كونه صاحب الاختصاص الّذي أشارت إليه قاعدة التّنازع، بالتّالي إذا كان يخالف النّظام العام في دولة القاضي وجب على هذا الأخير البحث عن نصّ بديل في نفس القانون، وإذا لم يجد آنذاك نصّا في ذلك القانون يكون متوافقا مع النّظام العام في دولته يمكن في هذه الحالة أن يطبّق قانونه الوطني، وهذا الحلّ الّذي يكرّسه القضاء الألماني، وقد انتقد هذا الرّأي على أساس أنّه يؤدّي إلى تطبيق قاعدة قانونية على نزاع غير الّذي وُضعت لأجله[1].
- إمّا أن تُطبّق على النّزاع القاعدة الأقرب إلى القاعدة الأجنبية المستبعدة، أي يطبّق في هذه الحالة حكم لا يخصّ المسألة القانونية محلّ النّزاع، غير أنّه تثور الصّعوبة في حالة وجود عدّة أحكام محتملة التّطبيق لا تنتمي إلى نفس النّظام القانوني، فيصبح تدخّل النّظام العام يؤدّي إلى استبعاد القانون الأجنبي من جهة والإبقاء عليه من جهة أخرى، كما أنّه ذلك يعتبر تطبيقا غير سليم لقاعدة التّنازع الوطنية الّتي تقضي بتطبيق القانون الأجنبي كما هو معمولا به في بلده[2].
- أمّا الفرض الأخير وهو الرّاجح فقها؛ أن يطبّق قانون القاضي محلّ القانون الأجنبي المستبعد باسم النّظام العام، وقد اختلف الفقه الفرنسي بهذا الشّأن، حيث يرى الفقيه "بيجونيير" أنّ إحلال قانون القاضي ينبغي أن يكون في حدود مستلزمات المحافظة على النّظام العام فقط. أمّا الفقيه "نيبوابيه" ميّز بين حالتين، الأولى إذا كان القانون الأجنبي يجيز أمرا يمنعه النّظام العام في بلد القاضي فيستبعد بذلك القانون الأجنبي في حدود مقتضيات النّظام العام وفيما عدا ذلك يبقى الاختصاص معقودا له، أمّا الحالة الثّانية إذا كان القانون الأجنبي هو الّذي يمنع أمرا يجيزه قانون القاضي فيستبعد بذلك القانون الأجنبي ويحلّ محلّه قانون القاضي ليحكم كامل العلاقة القانونيّة[3].

ويرى الفقيهان "لوسوارن" و"باتيفول"، أنّه من أجل تحقيق وحدة الاختصاص التّشريعي ينبغي أن يحلّ قانون القاضي محلّ القانون الأجنبي المختصّ والمستبعد إحلالا عامّا وشاملا لكلّ العلاقة

[1] محمد وليد المصري، المرجع نفسه، ص 267.

[2] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 306.

[3] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 309.

القانونيّة، ويميل إلى هذا الرّأي الفقيه "لاجارد" والفقيه "محند إسعد" في الجزائر، وبالنّسبة لمحكمة النّقض الفرنسية فقد تدرّج قضاؤها من الإحلال الكامل إلى الإحلال الجزئي[1].

ثالثا: الأثر المخفّف للنّظام العام

وفي هذه الحالة يجب التّمييز بين ما إذا كان الأمر يتعلّق بإنشاء الحقّ في دولة القاضي، أم أنّ هذا الحقّ أُنشِئ في الخارج ويراد الاحتجاج بترتيب آثاره القانونية في دولة القاضي، فقد يتعارض إنشاء مركز قانوني في دولة القاضي مع النّظام العام، لكن نفس هذا المركز قد لا تتعارض آثاره مع النّظام العام في دولة القاضي لو أنّ نشوءه قد تمّ في الخارج، بالتّالي فإنّ إعمال النّظام العام في هذه الحالة لا يكون بنفس الدّرجة، لأنّه لا يسمح بإنشاء مثل هذا المركز القانوني في دولة القاضي، لكن يمكن قبول الاحتجاج به لو أنّ نشوؤه تمّ في الخارج[2]، حيث يكون للنّظام العام أثره كاملا بوجهيه السّلبي والإيجابي إذا ما تعلّق الأمر بإنشاء الحق في دولة القاضي، ويكون له أثر مخفّف في حالة ما إذا نشأ الحق في ظلّ قانون دولة أجنبية مخالف للنّظام العام وتنتج آثارها في دولة القاضي حيث يعترف فقط ببعضها[3]، فالشّعور العام في دولة القاضي لا يتأثّر إزّاء مركز قانوني تمّ نشوؤه في الخارج بنفس القدر الّذي يتأثّر إذا ما أُريد إنشاء نفس المركز داخل دولة القاضي[4]، ومثال ذلك أن يتمسّك مسلم بآثار زواجه بأكثر من واحدة في بلد كفرنسا، ففي هذا المثال يجوز التّمسّك في هذه الدّولة بآثار الحقّ حتّى ولو أنّ الحقّ مخالف للنّظام العام فيها، وفي المقابل قد لا تلائم آثار الحقّ المكتسب في الخارج مقتضيات النّظام العام في هذه الدّولة، وفي هذه الحالة يلعب الدّفع بالنّظام العام دوره كلّه لاستبعاد الحقّ واستبعاد آثاره، كأن يتمسّك شخص في دولة متديّنة بآثار ملكية رقيق[5].

[1] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 309.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 181.

[3] قتال حمزة، القانون الدولي الخص، المرجع السابق، ص 372.

[4] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 181.

[5] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 156.

رابعا: الأثر الانعكاسي للنّظام العام

يتعلّق الأمر في هذه الحالة عندما ينشأ حقّ في دولة أجنبية وفقا لنظامها العام والّذي يستبعد القانون الأجنبي المختصّ في الأصل، بحيث لا يترتّب على هذا الحقّ أيّ أثر في ذلك البلد الأجنبي المستبعد قانونه، فهل يمكن الاحتجاج بهذا الحقّ أمام قضاء دولة ثالثة؟[1]

ومثال على ذلك، الزّواج الّذي تمّ في بلجيكا بين بولنديين رغم اختلافهما في الدّين، فالأصل أنّ القانون الواجب التّطبيق على الشّروط الموضوعية للزّواج هو قانون جنسيتهما المشترك طبقا لقواعد الإسناد البلجيكية، غير أنّ القانون البلجيكي استبعده على أساس مخالفته للنّظام العام كونه لا يسمح بالزّواج بين مختلفي الدّيانة وطبّق القانون البلجيكي كبديل وسمح بالزّواج، فهل يمكن الاحتجاج بهذا الزّواج أمام القضاء الفرنسي؟[2]

يرى جانب من الفقه أنّ فكرة النّظام العام فكرة وطنيّة، بالتّالي فالقانون الأجنبي الّذي يُطبّق كبديل عند استبعاد القانون الأصلي بالدّفع بالنّظام العام لا يتعدّى أثره إلى دولة أخرى حتّى وإن كان مفهوم النّظام العام في كلتيهما متوافق، وعليه لا يمكن –وفقا للمثال السابق– التّمسّك بآثار الزّواج الّذي نشأ في بلجيكا أمام القضاء الفرنسي على الرّغم من اتّحاد مفهوم النّظام العام في كلّ من فرنسا وبلجيكا[3].

أمّا الرّأي الثّاني يفرّق بين حالتين:

ففي الحالة الأولى؛ وهي الّتي يكون فيها النّظام العام للدّولة الأجنبيّة متطابقا مع النّظام العام في دولة القاضي، وهنا يمكن الاحتجاج بآثار الحقّ المكتسب وفقا لمقتضيات النّظام العام في الدّولة الأجنبيّة وخلافا لما يقضي به القانون المختصّ، وعليه يمكن للزّوجين البولونيين في المثال السّابق التّمسّك أمام القضاء الفرنسي بآثار زواجهما الّذي تمّ في بلجيكا وفقا لنظامها العام المتوافق مع النّظام العام في فرنسا.

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 183.

[2] محروق كريمة، المرجع السابق، ص 195.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 183.

أمّا الحالة الثّانية، وهي الّتي تكون فيها مقتضيات النّظام العام للدّولة الأجنبيّة غير متطابقة مع مقتضيات النّظام العام في دولة القاضي، فإنّه يتعيّن استبعاد هذا القانون وإحلال قانون القاضي مكانه[1].

ويبرّر الفقه الحديث موقفه بأنّ توافق مقتضيات النّظام العام في كلّ من دولة القاضي والدّولة الأجنبيّة، يترتّب عليه وصول القاضي الوطني إلى نفس النّتيجة لو كان النّزاع قد طرح عليه ابتداء[2].

ومثال ذلك، لو تزوّجت جزائرية مسلمة بغير مسلم في فرنسا، فإنّ هذا الزّواج لا يمكن الاحتجاج به في الجزائر كونه باطل لوجود مانع الدّين، بينما لو أريد الاحتجاج به في دولة ثالثة، فإنّ الأمر يختلف بحسب ما إذا كانت هذه الدّولة تأخذ بهذا المانع أم تعتبره مخالفا لنظامها العام، فلو أُريد الاحتجاج بهذا الزّواج في ألمانيا أو بلجيكا، سيعترف به كون أنّ مقتضيات النّظام العام بين هذه الدّول تتشابه في هذه المسألة، بينما لو أريد الاحتجاج به في سوريا أو المغرب مثلا، فلن يُعترف به لأنّ هذه الدّول تأخذ بهذا المانع[3].

المطلب الثاني

موقف المشرّع الجزائري وبعض التّشريعات العربيّة

من قاعدة الدّفع بالنّظام العام

تنصّ المادّة 24 من القانون المدني: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النّصوص السّابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 184.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 185.

[3] زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011، ص 76.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة"[1].

طبقا للمادّة 24 أعلاه، إذا أشارت قواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري إلى اختصاص القانون الأجنبي في نزاع معيّن، وتبيّن أنّ هذا الأخير مخالفا للنّظام العام والآداب العامّة في الجزائر على القاضي أن يستبعده ويطبّق محلّه القانون الجزائري، وبالتّالي يمكن اعتبار هذا النّص كاستثناء لقواعد الإسناد، بحيث أنّ الأصل هو تطبيق قاعدة الإسناد وبالتّالي تطبيق القانون الّذي أشارت إليه هذه الأخيرة، غير أنّه إذا تبيّن أنّ ذلك القانون المختصّ بموجب قاعدة الإسناد مخالفا للنّظام العام في الجزائر يستبعد ويطبّق محلّه القانون الجزائري، حيث حدّد المشرّع في الفقرة الثّانية من المادّة 24 اختصاص القانون الجزائري بعد استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنّظام العام.

قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 لم تكن الفقرة الثّانية للمادّة 24 أعلاه موجودة، حيث أغفل المشرّع الجزائري قبل التّعديل على وضع قانون بديل يحلّ محلّ القانون الأجنبي المستبعد، لذلك أضاف الفقرة الثانية بعد تعديل 2005 بحيث نص فيها: " يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة"، وهو بذلك تدارك الفراغ الّذي كان قبل التّعديل بحيث جمع بين الأثرين السلبي (استبعاد القانون الأجنبي) بموجب الفقرة الأولى من المادّة 24، والأثر الإيجابي (حلول القانون الجزائري محلّ القانون الأجنبي المستبعد) بموجب الفقرة الثّانية من نفس المادّة[2].

وقد نصّ المشرّع في الفقرة الأولى من المادّة أعلاه " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النّصوص السابقة..."، ويقصد بالنّصوص السّابقة قواعد الإسناد المنصوص عليها في المواد من 10 إلى 23 مكرر 2 من القانون المدني و الّتي تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي، وتتمثّل الحالات الّتي يثبت فيها الاختصاص للقانون الأجنبي في[3]:

---

[1] المادة 24 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[2] مقدس أمينة، المرجع السابق، ص 1589.

[3] بعلوج أسماء، " إعمال فكرة النظام العام في مجال تنازع قوانين الأحوال الشّخصية"، **مجلة صوت القانون**، عدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014، ص ص 261- 288، ص273.

- أهليّة الشّخص الطّبيعي الأجنبي وفق المادّة 1/10.
- المسائل المتعلّقة بالزّواج؛ إذا لم يكن أحد طرفيه جزائريا وقت انعقاد العقد أو متعدّد الجنسيات والجنسية الجزائرية من بين الجنسيّات الثّابتة له، أو عديم الجنسيّة متوطّن في الجزائر أو مقيم فيها وفق المواد 11، 12، 13، 22 من القانون المدني.
- صحّة الكفالة والتّبنّي إذا لم تكن جنسيّة كلّ من الكفيل والمكفول جزائرية، أو لهما من بين الجنسيّات الثّابتة جنسية جزائرية، أو عديما الجنسيّة متوطّنان في الجزائر أو مقيمان بها وفق المواد 13 مكرر 1/1 و 22.
- آثار الكفالة إذا لم تكن جنسيّة الكفيل جزائرية وفق المواد 13 مكرر 2/1 و 22.
- الالتزام بالنّفقة بين الأقارب إذا لم يكن المدين بها جزائريّا وفق المواد 14 و 22.
- الشّروط الموضوعيّة للنّظم المقرّرة لحماية القصر إذا لم يكن القاصر جزائريّا وفق المواد 1/15 و 22.
- الميراث والوصيّة وسائر التّصرّفات الّتي تنفذ بعد الموت، إذا لم يكن الموصي أو الهالك أو من صدر منه التّصرّف جزائريّا، وفق المواد 1/16 و 22.
- الهبة والوقف إذا لم تكن جنسيّة الواهب أو الواقف جزائريّة وقت إجرائها، وفق المواد 16 و 22.
- التصرّفات القانونية في جانبها الشّكلي إذا اختار أطرافه تطبيق قانون الموطن المشترك أو القانون الوطني المشترك أو القانون المطبّق على الشّروط الموضوعيّة، ولم يكن هذا القانون هو القانون الجزائري، وفق المادّة 19.

إذا وجد القاضي نفسه أمام حالة من هذه الحالات، وأثبت أنّ مضمون هذا القانون الأجنبي مخالفا للنّظام والآداب العامّة في الجزائر؛ فإنّه يثير الدّفع بالنّظام العام ويستبعده ضمن ما يسمّى بالأثر السّلبي للدّفع بالنّظام العام، ويطبّق القانون الجزائري محلّ الجزء المخالف للنّظام العام تطبيقا للمادّة 2/24 من القانون المدني، ضمن ما يسمّى بالأثر الإيجابي للدّفع بالنّظام العام[1].

بالتّالي فإنّ ما نصّت عليه الفقرة الثّانية من المادّة 24، لا يعني أنّ القانون الجزائري يحلّ تلقائيّا في حكم العلاقة القانونيّة برمّتها، وإنّما فيما يخالف النّظام العام فقط، باستثناء ما إذا كان

[1] بعلوج أسماء، المرجع السابق، ص 274.

الحكم القانوني في القانون الأجنبي المستبعد له صلة بنصوص أخرى واجبة التّطبيق أيضا كما تمّ توضيحه مقدّما، ففي هذه الحالة يُستبعد كلّيا ويُطبّق محلّه قانون القاضي على كلّ العلاقة القانونيّة لتعذّر الاستبعاد الجزئي[1]، وبالنّسبة للمشرّع لم يوضّح صراحة إذا كان استبعاد القانون الأجنبي بشكل كلّي أم جزئي، لكن يرى البعض أنّه يستبعد فقط الجزء المخالف للنّظام العام الجزائري، كون أنّ الحكمة الّتي أرادها المشرّع هي استبعاد النّصوص المتعارضة مع النّظام العام أو الآداب وليس استبعاد القانون الأجنبي في حدّ ذاته، إلّا إذا كان هذا القانون يتعارض في مجموعه مع النّظام العام أو كان الجزء المتبقّى منه ليست له أهمّية مقارنة بالجزء المستبعد ، وهذا ما أكّده القضاء الجزائري من خلال عدّة قرارات، من بينها ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصّادر بتاريخ 1984/06/23 الّذي نقض قرار صادر عن مجلس قضاء تيزي وزو في 1982/04/19 بصفة جزئيّة كان قد أيّد حكم الدّرجة الأولى، الّذي منحت بمقتضاه الصّيغة التّنفيذية لحكم فرنسي منح تعويضات للمدّعى عليها، من غير تمييز بين التّعويض المستحقّ عن أصل الحقّ المطالب به طبقا لاتّفاق الطّرفين، ومبلغ الفائدة المُتّفق عليها والّتي تُقدّر ب 12%علما أنّ ذلك متعارض مع نصّ المادّة 454 من القانون المدني الّتي تمنع تقاضي فوائد ربوية بين الأشخاص الطّبيعية، لذلك عمد المجلس الأعلى إلى نقض القرار المطعون فيه جزئيّا فيما يتعلّق بالحقّ المدّعى اكتسابه طبقا للحكم الفرنسي، والمتضمّن مبلغ الفائدة وحده تأسيسا على أنّ الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر بهذا الشّكل مخالف للنّظام العام الجزائري في هذه المسألة، بالتّالي استبعد فقط الجانب المخالف للنّظام العام في الجزائر والمتمثّل في الفوائد الرّبوية، و فيما عدا ذلك وافق المجلس على القرار المطعون فيه[2].

بالنّسبة للشّروط فقد اشترط المشرّع طبقا للفقرة الأولى من المادّة 24 أن تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي، وأن يكون هذا الأخير مخالفا للنّظام العام والآداب العامّة في الجزائر، ولم يتعرّض لشرط وجود رابطة بين النّزاع المطروح ودولة القاضي، على خلاف القضاء الفرنسي الّذي يشترط لإعمال الدّفع بالنّظام العام وجود رابطة بين القضية المطروحة وقانون القاضي خاصة في مسائل الأحوال الشّخصية المتعلّقة بالزّواج والطّلاق والبنوّة، غير أنّ إعمال هذا الشّرط

[1] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 307.

[2] بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 65.

قد يكون عائقا لاستبعاد القانون الأجنبي رغم مخالفته للنّظام العام في دولة القاضي بسبب عدم توفّر ذلك الشّرط، لكن في الجزائر بمجرّد معارضة القانون الأجنبي للنّظام العام والآداب العامّة فيها، يعتبر كاف للدّفع به بالنّظام العام حتّى لو أنّ المسألة المطروحة لا ترتبط بقانون القاضي، فالنّظام العام يتعلّق بالسّيادة الوطنية ويتوجّب الدّفع به حماية للقانون الوطني[1].

وقد اعتنقت الدول العربيّة الدّفع بالنّظام العام، فقد نصّ عليه القانون المدني المصري في المادة 28 منه: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر"[2]، ونص على ذلك القانون المدني العراقي في المادة 32: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق"[3]، ونص عليه أيضا القانون المدني الأردني في المادة 29 كما يلي: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية"[4]، وتنص المادة 30 من القانون المدني السوري: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في سورية"[5]، وفي القانون اليمني نصّت على ذلك المادة 35 من القانون المدني: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعين تطبيقه طبقا للنصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو الآداب العامة في الجمهورية"[6].

فقد نصّت عليه مختلف القوانين العربيّة باختلاف الصّياغة، والملاحظ أنّها لم تنصّ على بديل يُطبّق في حالة استبعاد القانون الأجنبي، ما عدا القانون الجزائري في الفقرة الثّانية من المادّة 24 والّتي أضافها بعد تعديل القانون المدني سنة 2005، وكذا القانون الكويتي حيث نصّ في المادّة 73 من القانون 05 لسنة 1961: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص الواردة في هذا الباب إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في الكويت، ويتعيّن في

[1] مقدس أمينة، المرجع السابق، ص 1587.

[2] المادة 28 من القانون المدني المصري 131 لسنة 1948 السالف الذكر.

[3] المادة 32 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 السالف الذكر.

[4] المادة 29 من القانون المدني الأردني السالف الذكر.

[5] المادة 30 من القانون المدني السوري السالف الذكر.

[6] المادة 35 من القانون المدني اليمني السالف الذكر.

هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي"[1] بحيث نصّت على تطبيق القانون الكويتي كبديل في حالة استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنّظام العام أو الآداب في الكويت، بالإضافة إلى القانون التّونسي الّذي حدّد أيضا القانون البديل عند الدّفع بالنّظام العام، وذلك من خلال الفقرة 5 من الفصل 36 من مجلة القانون الدولي الخاص التّونسي: " ويطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلا عن أحكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها"[2].

ويلاحظ كذلك أنّ القوانين العربيّة لم تحدّد صراحة ما إذا كان القانون الأجنبي يستبعد برمّته أم أنّه يتمّ استبعاد الجزء المخالف للنّظام العام أو الآداب العامّة فقط، ماعدا القانون التّونسي الّذي نصّ على ذلك صراحة من خلال الفقرة 4 من الفصل 36 من مجلّة القانون الدّولي الخاص: " ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي"[3].

المطلب الثالث

دور قاعدة الدّفع بالنّظام العام في حماية الأحوال الشّخصيّة

(الطّلاق، الميراث والوصيّة نموذجا)

يعتبر مجال الأحوال الشّخصية –خاصة بين الدول العربيّة والغربيّة– مجالا خصبا لإثارة الدّفع بالنّظام العام، ويرجع ذلك للمصدر الدّيني لأحكام الأحوال الشّخصيّة في الدّول العربيّة بما فيها الجزائر، والّتي تتعارض في كثير من الحالات مع تلك المقرّرة في الدّول الغربيّة، وكلّما تبيّن أنّ تلك الأحكام متعارضة؛ وجب على القاضي استبعاد ذلك القانون الأجنبي المختصّ أي الدّفع بالنّظام العام، وقد تمّ اختيار ثلاثة مواضيع لتكون نموذجا لتوضيح دور الدّفع بالنّظام العام في حماية مجال الأحوال الشّخصية وهي: الطّلاق (فرع أوّل)، الميراث (فرع ثاني) والوصيّة (فرع ثالث).

---

[1] القانون المدني الكويتي السالف الذكر.

[2] الفصل 5/36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي السالف الذكر.

[3] الفصل 4/36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

الفرع الأوّل

النّظام العام والطّلاق

تختلف طرق فكّ الرّابطة الزّوجية من دولة لأخرى، ففي الدّول العربيّة مثلا هناك ما يسمّى بالطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج أو بالتّراضي بين الزّوجين، وهناك أيضا التّطليق والخلع اللّذان يكونان بطلب من الزّوجة، وفي بعض الدّول الغربيّة قد تنحلّ بالطّلاق أو الانفصال الجسماني.

إنّ هذا الاختلاف غالبا ما يحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختصّ بحكم الطّلاق، كأن يمنع هذا الأخير حلّ الرّابطة الزّوجية مطلقا، أو يجيزه لأسباب عنصريّة كاختلاف اللّون أو العرق، لذلك يتعطّل باسم النّظام العام في الدّول العربيّة تطبيق القانون الأجنبي المخالف للأسس والمثل العليا للنّظام القانوني في دولة القاضي، خاصّة إذا كان في تطبيق القانون الأجنبي مساس بحقوق المسلم، كأن يمنع القانون الأجنبي حلّ العلاقة الزّوجية مطلقا، وهذا ما لا تقبل به التّشريعات العربيّة، إذ أنّ إنهاء الزّواج يعتبر حقّا من حقوق المسلم الّتي لا يجوز حرمانه منها، بالتّالي يستبعد في الدّول العربيّة القانون الأجنبي الّذي يمنع المسلم من الطّلاق بشكل مطلق، أو يمنع الأجنبي الّذي أسلم من حقّه في طلاق زوجته بإرادته المنفردة، كما يقع باطلا كلّ اتّفاق على عدم الطّلاق[1].

وكما نعلم أنّ تغيير الدّيانة بين الزّوجين في التّشريعات العربيّة، قد يؤثّر في العلاقة ويؤدّي بها في بعض الحالات إلى الانحلال، والأمر كذلك في بعض الدّول الغربيّة، بالتّالي إذا كان القانون الأجنبي المختصّ بحكم انحلال الزّواج يقضي بفكّ العلاقة الزّوجية بسبب تغيير الزّوج لدينه واعتناقه للإسلام ، فيتمّ استبعاده لتعارضه مع أحكام الشّريعة الإسلامية الّتي تبيح للمسلم الزّواج بالكتابية، أمّا إذا كانت الزّوجة هي من أسلمت ولم يسلم زوجها فيعرض عليه الإسلام وإذا رفضه وبقي على دينه فلابدّ من إنهاء الزّواج لمنع الشّريعة الإسلاميّة زواج المسلمة من غير المسلم، غير أنّه في بعض الدّول الغربيّة كفرنسا مثلا، هناك ما يعرف بمبدأ حرية المعتقد بحيث يحقّ لكلّ زوج أن يمارس معتقداته الدّينية كما له الحقّ في تغيير ديانته خلال الحياة الزّوجية

[1] زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 113.

بشرط أن يكون ذلك بدون نية الإساءة، بالتّالي لا يعتبر عندهم مجرّد تغيير أحد الزّوجين لديانته سببا لطلب الطّلاق[1].

الفرع الثّاني

النّظام العام والميراث

بما أنّ أحكام الأحوال الشّخصية في الدّول العربيّة بما فيها الجزائر مُستَمدّة من الشّريعة الإسلاميّة، فلا شكّ أنّ أحكام المواريث في هذه الدّول تقوم على أسس مستمدّة من تلك الشّريعة، لذلك نجدها في الكثير من الحالات متعارضة مع أحكام الميراث في الدّول الغربيّة، بالتّالي تتعطّل قاعدة الإسناد الخاصّة بالميراث كلّما خالف القانون الأجنبي المختصّ أحكام الشّريعة الإسلامية وذلك متى كان أحد أطراف العلاقة مسلما بغضّ النّظر عن جنسيّته، ومن ثمّ يستبعد القانون الأجنبي المختصّ كلّما قرّر هذا الأخير أحكاما تتعارض مع القواعد الشّرعية وتمسّ بحقوق الطّرف المسلم، فيتمّ استبعاد القانون الأجنبي الّذي يحرم المسلم من حقّه في الميراث مثلا[2]، أو الّذي يجيز التّوارث بين المسلم وغير المسلم[3]، وهو ما أكّده القضاء الجزائري من خلال الأحكام والقرارات الصّادرة في هذا الشّأن، منها قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 25 جويلية 1995[4] والّذي تمّ بموجبه تأييد الحكم المستأنف و رفض الطّعن بالنّقض في القرار الّذي صدر عن مجلس قضاء عنابة، والّذي صادق على حكم المحكمة الّذي منع المدّعي من الميراث لأنّه كان كافرا وقت وفاة المورّث المسلم، وفي قرار آخر صدر في 2001/06/20[5] أكّدت المحكمة العليا على أن يكون الوارث مسلما وقت وفاة مورّثه المسلم، أمّا إذا اعتنق الإسلام بعد وفاة ذلك المورّث فلا

---

[1] زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 113.

[2] زاير فاطمة الزّهراء، المرجع نفسه، ص 130و131.

[3] لم ينص المشرع الجزائري صراحة على الاختلاف في الدّين كمانع من موانع الإرث في قانون الأسرة، حيث أورد فيه مانعين فقط وهما اللّعان والرّدّة وذلك من خلال المادّة 138 من القانون 84-11 السالف الذكر، غير أنّ القضاء الجزائري كرّس ذلك من خلال عدّة أحكام وقرارات صادرة عنه.

[4] المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1995/07/25، ملف رقم 123051، أنظر زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 131.

[5] ملف رقم: 244899، قرار بتاريخ: 2001/06/20، قضية أ.غ ضد ش.م، أنظر: شنوف بدر، المرجع السابق، ص 199.

ميراث له، حيث جاء في هذا القرار: " أن القضاء الذي منح الزوجة صفة الوارثة بالرغم من أنها لم تسلم إلا بعد وفاة زوجها مخالف للقانون[1].

وهو ما اعتمده القضاء في عدّة دول عربيّة، من بينها القضاء المصري الّذي أكّد ذلك من خلال قرارات عديدة، منها القرار الصادر من محكمة النقض في 1979/06/20[2] في قضية رفعتها أمامه زوجة لبنانية مسيحية الديانة ضدّ ورثة زوجها اللّبناني المسلم إذ قررت: " ولأن مسائل المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تخضع طبقا لنص المادة 17 مدني لقانون المورث وقت موته إلا أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبيا فإن تطبيقه يكون مشروطا بعدم مخالفة أحكام النظام العام في مصر وفقا لما تقضي به المادة 28 من القانون المدني المصري"[3]، وكذلك محكمة النقض السورية في قرارها الصادر في 1978/02/21 والّتي قضت بأنّ: " إعمال قانون جنسية المتوفى الذي يحكم الميراث ليس مطلقا، لأن النظام العام يعطل أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق فيما إذا قضى بالتوريث على أساس اختلاف الدين، خلافا للشريعة الإسلامية المطبقة في البلاد"[4].

ويعدّ مخالفا للنّظام العام في الدّول العربيّة كذلك القانون الأجنبي الّذي يجيز الميراث للوارث الّذي قتل مورّثه عمدا[5]، وكذا الّذي يورّث ابن الزّنا من أبيه المسلم، فابن الزّنا هو ابن غير شرعي يُحرم من الميراث من جهة الأب كونه لا ينتسب له، وميراثه يعدّ مخالفا لأحكام الشّريعة الإسلامية، ومنه فإنّه كلّما ارتبط النّزاع في الدّول العربيّة بطرف مسلم يتدخّل النّظام العام لصدّ القوانين الأجنبية المتعارضة مع أحكام الشّريعة الإسلامية[6].

وفي حالة ما إذا اختلف القانون الأجنبي المختصّ مع القانون الوطني حول أحكام توزيع الأنصبة مثلا، وكان أطراف النّزاع أجانب غير مسلمين فإنّه لا مجال للدّفع بالنّظام العام في

---

[1] شنوف بدر، المرجع السابق، ص 199.

[2] شنوف بدر، المرجع نفسه، ص 198.

[3] بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 178.

[4] أنظر شنوف بدر، المرجع السابق، ص 198.

[5] بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 178.

[6] زاير فاطمة الزّهراء، المرجع السابق، ص 133.

مواجهة هذا القانون الأجنبي المختصّ لاستبعاده، وذلك لأنّ النّظام العام دفع استثنائي لا يجوز للقاضي التوسّع في اللّجوء إليه، وإنّما يقتصر ذلك على حالات المساس الصّارخ بالمبادئ الجوهريّة الّتي يقوم عليها النّظام القانوني في بلده[1].

الفرع الثّالث

النّظام العام والوصيّة

تعدّ الوصيّة في القانون الجزائري والقوانين العربيّة من مسائل الأحوال الشّخصية، بالتّالي فإنّ أحكامها مستوحاة من الشّريعة الإسلامية ما يجعلها تعدّ من النّظام العام وذلك متى تعلّق النّزاع بمسلمين، على خلاف ما هو الحال في بعض الدّول الغربيّة كفرنسا و بريطانيا و الولايات المتحدة الأمريكية الّتي تعتبرها من مسائل الأحوال العينيّة[2].

ويتعارض مع مقتضيات النّظام العام في الدّول العربيّة مثلا، القانون الأجنبي الّذي يسمح باستحقاق الوصيّة للموصى له الّذي قتل الموصي، و كذا ذلك الّذي يمنع الوصيّة لاختلاف اللّون أو الجنس، أمّا فيما يتعلّق بالاختلاف في الدّيانة فإنّ الوضع في مجال الوصيّة يختلف عن ذلك الّذي في الميراث، حيث رأينا فيما سبق أنّ الاختلاف في الدّيانة بين المورّث والوارث يعدّ من موانع الإرث إذ لا يجوز التّوارث بين المسلم وغير المسلم وفقا لأحكام الشّريعة الإسلامية، غير أنّه في الوصيّة لا يوجد مثل هذا المانع إذ لا يؤثّر اختلاف الدّين على صحّة الوصيّة[3].

وفيما يتعلّق بمقدار الوصيّة الجائز به؛ فإنّ الأمر يختلف باختلاف ديانة الأطراف، حيث أنّ اختلاف القانون الأجنبي عن أحكام الشّريعة الإسلامية في تحديد القدر الجائز الإيصاء به لا يتعارض مع النّظام العام في الدّول العربيّة إذا كان أطراف النّزاع غير مسلمين، فمنح القانون الأجنبي لغير المسلم قدرا يختلف عمّا هو محدّد في الشّريعة الإسلاميّة لا يمسّ بالمبادئ الأساسية لهذه الدّول[4]، وهو ما قرّرته محكمة النّقض المصرية في قضيّة بين مسيحيين لبنانيين تجاوزت فيها

[1] شنوف بدر، المرجع السابق، ص 199.

[2] زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 135.

[3] زاير فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 137.

[4] زاير فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 137.

مقدار الوصيّة ثلث التّركة، حيث قرّرت أنّ اختلاف القانون الأجنبي عن القانون المصري في تحديد المقدار الجائز الإيصاء به بالنّسبة لغير المسلمين لا يتعارض مع النّظام العام في مصر[1].

وقد استنتج الفقه بمفهوم المخالفة؛ أنّه لو كان أطراف النّزاع أو أحدهما مسلم فإنّ النّظام العام سيحول دون تطبيق القانون الأجنبي المخالف لأحكام الشّريعة الإسلامية فيما يخصّ القدر الجائز الإيصاء به، وذلك بهدف حماية حقوق الورثة وتقييد حريّة الموصي في الإيصاء[2].

[1] شنوف بدر، المرجع السابق، ص 201.

[2] شنوف بدر، المرجع نفسه، ص 202.

الباب الثاني

إشكاليات الطّابع الحمائي لقواعد الإسناد في مجال الأحوال الشّخصية

أولى المشرّع الجزائري اهتماما واسعا للتّنازع المتعلّق بمجال الأحوال الشّخصية، وذلك لتعلّقها بالنّظام العام الّذي يميّزها عن باقي المجالات، خاصّة وأنّ مصدرها الأساسي يعود للشّريعة الإسلامية في الدّول العربية بما فيها الجزائر، وذلك عن طريق إحاطتها بقواعد إسناد ذات طابع حمائي، إلّا أنّ ذلك يثير عدّة إشكاليات تعرقل العلاقات الخاصّة ذات البعد الدّولي، فبالإضافة للصّعوبات الّتي يثيرها عند الإعمال الفعلي له – حالة تعدّد الجنسيات أو انعدامها أو تغييرها وأيضا في الحالة الّتي ينتمي فيها الشّخص بجنسيّته إلى دولة تتعدّد فيها الشّرائع أو الطّوائف– (المبحث الأوّل)، فإنّه يثير عدّة إشكالات أخرى نذكر منها؛ الإخلال بمبدأ المساواة بين الجنسين (المبحث الثاني)، المساس بمصلحة الزّوجة (المبحث الثالث)، بالإضافة للآثار السلبية لتقرير قاعدة إسناد ذات طابع أحادي (المبحث الرابع)، وكذا صعوبات إعمال ضابط الإسناد في المادّة 13 مكرر من القانون المدني (المبحث الخامس)، غياب العلاقات الخاصّة الدّولية أمام الهيئات الجزائرية (المبحث السادس)، وكل هذه المسائل ندرسها في الفصل الأوّل للباب الثّاني تحت عنوان: الإشكالات العامّة النّاتجة عن إحاطة الأحوال الشّخصية بطابع حمائي.

أمّا الفصل الثّاني نخصّصه لمشكل صعوبة الحفاظ على الحقوق المكتسبة، حيث أنّ الطّابع الحمائي الّذي كرّسه المشرّع في مجال الأحوال الشّخصية قد يمسّ أيضا باستقرار المعاملات والمراكز الخاصّة ذات البعد الدّولي، ويكون الأمر أكثر تعقيدا إذا تعلّق بحقوق مكتسبة كالانفصال الجسماني أو التبنّي، والّتي لا يمكن تصوّر تطبيق القانون الجزائري للاعتراف بها نظرا لتعارض ذلك مع النّظام العام الجزائري.

الفصل الأول

الإشكالات العامّة النّاتجة عن إحاطة الأحوال الشّخصية بطابع حمائي

نظرا للمكانة الهامّة الّتي تحتلّها مواضيع الأحوال الشّخصيّة في مختلف التّشريعات العربية وبالخصوص التّشريع الجزائري، وذلك لتعلّقها بالنّظام العام الّذي يميّزها عن باقي المجالات خاصّة وأنّ مصدرها الأساسي يعود للشّريعة الإسلامية أي أنّ مصدرها ديني، فقد أولى المشرّع الجزائري اهتماما واسعا للتّنازع المتعلّق بها، وذلك عن طريق إحاطتها بقواعد إسناد ذات طابع حمائي، وكان ذلك عن طريق اعتماد عدّة آليات، من بينها إخضاع الأحوال الشّخصية لقانون الجنسية، على أساس أنّه أحسن قانون يوفّر حماية للجزائريين أينما كانوا ويحافظ على النّظام العام الوطني، إلّا أنّ هذا الضّابط وكيفية التّعامل معه؛ يثير عدّة إشكاليات تعرقل العلاقات الخاصّة ذات البعد الدّولي، فبالإضافة للصّعوبات الّتي يثيرها عند الإعمال الفعلي له – حالة تعدّد الجنسيات أو انعدامها أو تغييرها وأيضا في الحالة الّتي ينتمي فيها الشّخص بجنسيّته إلى دولة تتعدّد فيها الشّرائع أو الطّوائف– (المبحث الأوّل)، فإنّه يثير عدّة إشكالات أخرى نذكر منها؛ الإخلال بمبدأ المساواة بين الجنسين (المبحث الثاني)، المساس بمصلحة الزّوجة (المبحث الثالث)، بالإضافة للآثار السلبية لتقرير قاعدة إسناد ذات طابع أحادي (المبحث الرابع)، وكذاصعوبات إعمال ضابط الإسناد في المادّة 13 مكرر من القانون المدني (المبحث الخامس)، غياب العلاقات الخاصّة الدّولية أمام الهيئات الجزائرية (المبحث السادس).

المبحث الأوّل

صعوبات إعمال ضابط الجنسيّة

اعتمدتمعظم التّشريعات العربيّة –بما فيها التّشريع الجزائري– الجنسيّة كضابط إسناد في مجال الأحوال الشّخصية في حالة تنازع القوانين حول القانون الواجب التّطبيق، إلّا أنّ الإعمال الفعلي لهذا الضّابط قد يثير عدّة صعوبات، وذلك في حالة تعدّد الجنسيّات، أو انعدامها، أو تغييرها (المطلب الأوّل)، وأيضا في الحالة الّتي ينتمي فيها الشّخص بجنسيّته إلى دولة تتعدّد فيها الشّرائع أو الطّوائف (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل

حالة تعدّد الجنسياتأوتغييرهاأوانعدامها

ندرس كلّ حالة على حدى، بحيث نبدأ بحالة تعدّد الجنسيات (فرع أوّل)، حالة تغييرها (فرع ثاني)، وأخيرا حالة انعدام الجنسية (فرع ثالث).

الفرع الأوّل

تعدّد الجنسيات

إنّ ظاهرة تعدّد الجنسيّات[1] تثير مشاكل عدّة بالنّسبة للدّولة والفرد على السّواء بصفة عامّة، و في مجال تنازع القوانين تثير إشكاليّة تحديد القانون الواجب التّطبيق وذلك في حالة اعتماد الجنسية كضابط إسناد، ما يجعل القاضي الّذي عرض أمامه النّزاع في حيرة اختيار قانون إحدى هذه

[1]يكون هناك تعدّد الجنسيّات أو ما يدعى بالتّنازع الإيجابي، حين تكون للشّخص الواحد أكثر من جنسية واحدة وتسمّى هذه الظّاهرة ازدواج الجنسية وهي ظاهرة كثيرة الحدوث في الواقع، فقد يولد طفل في إقليم دولة تقيم جنسيتها على أساس حق الإقليم في حين أن دولة أبيه تقيم جنسيتها على حق الدم، فتكون له جنسية الدّولة الّتي ولد بإقليمها وجنسية دولة أبيه، والأمثلة عديدة. أنظر في ذلك: عليعلي سليمان، المرجع السابق، ص188.

الجنسيّات، و تبدو المشكلة في صورة حادّة في حالة ما إذا كان قانون إحدى هذه الجنسيّات يثبت للشّخص حقّا بينما ينفيه عنه قانون جنسية أخرى[1].

ويقصد بتعدّد الجنسية؛ أن يكون لدى الشّخص أكثر من جنسية واحدة، فقد تكون لديه جنسيتين أو ثلاثة أو أكثر تثبت له في وقت واحد، بحيث يعتبر هذا الشّخص قانونا متمتّعا بجنسية هذه الدّول، بغضّ النّظر عن إرادة الفرد في ما إذا كان له دور في كسب هذه الجنسية أو تلك[2].

وقد تعدّدت تعريفات الفقه لمشكلة تعدّد الجنسيّات من بينها؛ " أن يكون للشّخص متعدّد الجنسية إذا ثبت له جنسيتان أو أكثر في وقت واحد، وذلك وفقا لقانون كل دولة من الدول التي يحمل هذا الشخص جنسيتها"، ويعرّفها جانب آخر من الفقه: " حصول الفرد على أكثر من جنسية"، بالتّالي فهو تراكم أكثر من جنسية على الشّخص الواحد بشرط أن يكون اكتساب هذه الجنسيات جميعا قد تمّ بطريقة قانونية وسليمة[3].

إنّ تعدّد الجنسيات يثير إشكالية عند تحديد القانون الواجب التّطبيق على النّزاع المتعلّق بمسائل الأحوال الشّخصية، بحيث أنّ القاضي ملزم باعتماد جنسية واحدة فقط من بين هذه الجنسيات المختلفة لتحديد القانون الواجب التّطبيق، فكيف يتمّ التّمييز بين هذه الجنسيات واختيار الجنسية المناسبة لحكم العلاقة؟

لقد تمّ اقتراح عدّة حلول لمشكلة التّنازع الإيجابي للجنسيات، فقد يكون هناك تنازع إيجابي مع وجود جنسية القاضي النّاظر في النّزاع من بينها، ففي هذه الحالة يجب الاعتماد عليها دون غيرها، بالتّالي يُؤخذ بجنسية دولة القاضي بغضّ النّظر عن قوانين الجنسيات الّتي يتمتّع بها الشّخص، ذلك أنّ القاعدة العامّة في شأن ترجيح جنسية الدّولة الّتي أثير مركز متعدّد الجنسية

---

[1] عكاشة محمد عبد العالي، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1992، ص285.

[2] يوبي سعاد، " الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في القانون الدولي الخاص"، **مجلة البحوث القانونية والسياسية**، عدد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر بسعيدة، 2016، ص ص 349-373، ص 351.

[3] يوبي سعاد، المرجع نفسه، ص 351.

أمام سلطاتها القضائية، إذا كانت من بين الدّول الّتي يحمل جنسيتها، هي استجابة السّلطات في الدّولة إلى تشريعات هذه الأخيرة.(1)

وقد تصدّى المشرّع الجزائري لهذا الحلّ من خلال المادة2/22 من القانون المدني والّتي تنص: " غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، و بالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".(2)

فالشّخص الحامل للجنسية الجزائرية يطبّق عليه القانون الجزائري بالرّغم من تمتّعه بجنسيات أخرى أجنبية.

وقد كرّس القضاء الجزائري هذا النّص في عدّة قرارات له، حيث جاء في أحدها: القانون الجزائري هو الّذي يطبّق، إذا كانت للشّخص في وقت واحد، بالنّسبة إلى الجزائر، الجنسية الجزائرية وبالنّسبة إلى دولة أو عدّة دول أجنبية جنسية تلك الدّول[3].

و نفس الحلّ اعتمده المشرّع التّونسي من خلال الفصل 3/39 من مجلة القانون الدّولي الخاص التّونسي حيث تنص: " و إذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات و منها الجنسية التونسية فالقانون المنطبق هو القانون التونسي".(4)

بالتّالي فكلّ دولة لا تأخذ في الحسبان إلّا جنسيتها، وهذه القاعدة معترف بها أيضا في النّظام الدّولي حيث نصّت المادة الثّالثة من اتفاقية لاهاي 12 أفريل 1930 على: " مع مراعاة مقتضيات هذه الاتفاقية، يمكن أن يعتبر الشخص المتمتع بجنسيتين أو أكثر، من طرف كل الدول التي يتمتع بجنسيتها كأنه من مواطنيها".(5)

أمّا بالنّسبة لحالة غياب جنسية القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة؛ طرحت بشأنه عدّة معايير إلّا أنّ الرّأي الرّاجح استقرّ على الأخذ بمعيار الجنسية الفعليّة للشّخص، باعتبارها الجنسية

---

(1)جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص53.

(2) المادة 22 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[3] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0753902، صادر بتاريخ 14-03-2013، المجلة القضائية عدد 1، 2013.

(4) الفصل 39 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي السالف الذكر.

(5) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الجنسية الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2016، ص75.

الّتي يرتبط بها أكثر من غيرها، و يستنتج ذلك الارتباط من ظروف الحال وملابسات الدّعوى، كإقامة الشّخص المعتادة في إقليم دولة ما، ممارسة نشاطاته بإقليم هذه الدّولة أو ترشّحه لإحدى الهيئات النيابية على إقليمها.[1]

و المشرّع الجزائري بدوره اعتمد معيار الجنسية الفعلية وفقا لما نصّت عليه المادة 1/22 من القانون المدني: " في حالة تعدد الجنسيات، يطبق القاضي قانون الجنسية الحقيقية"، يقابلها الفصل 39 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، حيث تنص الفقرة الثّانية منه على: "و إذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية".

كما كرّست هذا الحلّ اتفاقية لاهاي بموجب مادتها الخامسة، واستقرّ عليه أيضا القضاء الدّولي منذ أواخر القرن التّاسع عشر وبداية القرن العشرين، و برز ذلك بوضوح في قضيتين عرضتا على القضاء الدّولي تتمثلان في قضيتي " كانافيرو " و " نوتبوهم ".[2]

الفرع الثّاني

تغيير الجنسية

و بالنّسبة لحالة تغيير الجنسية من وقت نشوء المركز القانوني إلى وقت المنازعة فيه؛ يثير إشكاليّة تطبيق القانون القديم أم القانون الجديد، وفي هذه الحالة فإنّه يطبّق القانون الجديد بأثر فوري دون رجعية ما لم يرد فيه نص خاص يقرر الرّجعية أو الامتداد للقانون السّابق.[3]

وقد حسم المشرّع الجزائري هذه المسألة كما تعرّضنا إليها سابقا في الباب الأوّل، حيث اعتمد في حلّ هذا الإشكال على تحديد المعيار الزّمني الّذي من خلاله يتحدّد القانون الواجب التّطبيق رغم تغيير الجنسية، حيث أخذ بقانون جنسية الزّوج "وقت إبرام عقد الزواج" بالنّسبة لآثار الزّواج الشّخصية والمالية (المادة 1/12)، وأسند انحلال الزّواج إلى قانون جنسية الزّوج "وقت رفع الدّعوى" طبقا للمادة 2/12، أمّا إذا كان أحد الزّوجين جزائريا "وقت انعقاد الزّواج"؛ فإنّ الشّروط الموضوعية للزّواج وآثاره وانحلاله تخضع للقانون الجزائري وحده باستثناء شرط الأهلية الّذي يبقى

(1)جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص52.

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص79 وما يليها.

([3]) زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 15.

خاضعا لقانون الجنسية (المادة 13 من القانون المدني)، كما أسند الميراث والوصيّة وسائر التّصرّفات المضافة إلى ما بعد الموتلقانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التّصرّف "وقت موته" طبقا للمادة 16 من القانون المدني، وأسند صحّة الكفالة من حيث إجرائها إلى قانون جنسية الكفيل والمكفول "وقت إجرائها" (المادة 13 مكرر)، وعلى النّسب قانون جنسية الأب "وقت ميلاد الطّفل" (المادة 13 مكرر)، كما يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف "وقت إجرائهما" (المادة 2/16)[1].

غير أنّ المشرّع اقتصر على وضع هذا الحلّ في بعض مواضيع الأحوال الشّخصية دون الأخرى، من بينها القانون الواجب التّطبيق على الشّروط الموضوعية للزّواج في المادّة 11 من القانون المدني، إذ يمكن لأحد الزّوجين أو كليهما تغيير الجنسية بعد الزّواج، وكذلك ما يتعلّق بآثار الكفالة والتبنّي والّتي نصّ عليها في المادّة 13 مكرر 1، وكذا القانون الواجب التّطبيق على الالتزام بالنّفقة المنصوص عليه في المادّة 14 من القانون المدني، بالتّالي إذا غيّر المعني جنسيته فأيّ قانون يعتدّ به لحلّ النّزاع المطروح أمام القاضي، كون أنّ المشرّع لم يضبط هذه الحالات بمعيار زمني كما فعل في غيرها؟بحيث قد يكون القانون القديم يقرّ حقوقا ليست موجودة في القانون الجديد وغيرها من الإشكالات الّتي يثيرها تغيير الجنسية كما أشرنا إليه سابقا.

وتجدر الإشارة إلى أنّه رغم وضع المشرّع للمعيار الزّمني لضبط حالات تغيير الجنسية، إلّا أنّ ذلك أيضا لا يخلو من سلبيات، حيث أنّ ذلك المعيار قد لا يكون في صالح الزّوجة في بعض الحالات، كما أنّه رجّح جنسية الزّوج على جنسية الزّوجة في حالات أخرى ممّا يؤدي بالإخلال بمبدأ المساواة بين الجنسين، وسنتعرّض لهذه الإشكالات لاحقا.

الفرع الثّالث

انعدام الجنسية

أمّا حالة انعدام الجنسية، أي أنّ الشّخص في هذه الحالة لا جنسية له، بالتّالي فهو لا ينتمي إلى أي دولة، و هي ظاهرة كثيرة الحدوث، فقد يولد طفل في إقليم دولة تقيم جنسيتها على أساس

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 143.

حق الدّم في حين تأخذ دولة أبيه بحق الإقليم، فلا تكون له لا جنسية الدّولة الّتي ولد في إقليمها و لا جنسية دولة أبيه، و الأمثلة عديدة.[1]

وقد وردت عدّة تعاريف لعديم الجنسية منها: " عديم الجنسية هو كل من لا يتمتع بجنسية دولة معينة"، أو " عديم الجنسية هو الشخص الذي يجد نفسه منذ ميلاده أو في وقت لاحق على ميلاده مجرد من حمل جنسية أي دولة من الدول". ويطلق الفقهاء على هذه الظّاهرة تسمية التّنازع السّلبي، غير أنّها تسمية غير دقيقة فنيا حيث أنّ انعدام الجنسية لا يثير تنازع الجنسيات أصلا كون أنّ قوانين الدّول جميعا تخلّت عنه[2].

إنّ حالة انعدام الجنسية تؤدّي إلى فقدان الحقوق السياسية والوطنية للشّخص عديم الجنسية، كما تثير صعوبات عدّة من بينها حالة تحديد القانون الواجب التّطبيق في المسائل الّتي تعتمد الجنسية كضابط إسناد، فما هو الحلّ في هذه الحالة؟

ثار الجدل بين الفقه و القضاء حول القانون الواجب التّطبيق على عديم الجنسية في التّشريعات الّتي تعتمد الجنسية كضابط للإسناد في مسائل الأحوال الشّخصية، و ظهرت عدّة آراء بهذا الصّدد، بحيث نادى جانب من الفقه بتطبيق قانون جنسية آخر دولة كان ينتمي إليها الفرد قبل أن يصبح عديم الجنسية، وقد تلقّى هذا الرّأي انتقادات بخصوص الحالة الّتي يكون فيها الفرد عديم الجنسية منذ لحظة ميلاده –كمن يولد على إقليم دولة لا تعترف سوى بحق الدّم للحصول على الجنسية–، ولتفادي هذه الانتقادات قال جانب آخر من الفقه بالاعتداد بقانون دولة ميلاد الشّخص، ولم يفلح هذا المعيار كسابقه لاسيما أنّه يقف عاجزا أمام الحالة الّتي تكون فيها الدّولة الّتي ولد فيها لا تمتّ له بأيّ رابط، أو أنّ ولادته لا تخرج عن وصفها واقعة عرضية، كما قد تكون الدّولة الّتي ولد فيها هي ذات الدّولة الّتي كان يحمل جنسيتها[3]، إلّا أنّ الرأي الرّاجح و المستقرّ عليه لدى فقه القانون الدّولي الخاص معاملة عديم الجنسية على أنّه ينتمي إلى الدّولة

(1)عليعلي سليمان، المرجع السابق، ص192.

[2]يوبيسعاد،المرجع السابق، ص 357.

[3]يوبيسعلد، المرجع نفسه، ص 358.

الّتي يتّصل بها من النّاحية العملية أكثر من سواها، فيخضع لقانون موطنه أو محلّ إقامته بإقليم الدّولة[1].

وقد منحت التّشريعات العربيّة من بينها القانون المدني المصري في المادّة 1/25، المادّة 1/25 مدني ليبي، المادة 1/26 مدني سوري، المادة 1/33 مدني عراقي، المادة 26 مدني أردني وغيرها، السّلطة التّقديرية للقاضي في تحديد القانون الواجب التّطبيق في حالة انعدام الجنسية[2]، وكان المشرّع الجزائري قد أخذ بالرّأي نفسه حيث ترك للقضاء السّلطة التّقديرية في تحديد القانون الواجب التّطبيق متجاهلا بذلك أحكام كلّ من اتّفاقية نيويورك المبرمة في 28 أوت 1954 وبالتّحديد المادّة 12 منها، والّتي تقضي بإسناد الأحوال الشّخصية لعديم الجنسية لقانون الموطن، وكذا بخصوص القانون الواجب التّطبيق على الحالة المدنية للّاجئين الّتي نصّت عليها اتفاقية جنيف المؤرّخة في 28 يوليو 1951 (المادّة 12) حيث أخذت أيضا بقانون الموطن، علما أنّ الجزائر انضمّت إلى هذه الاتفاقيتين، وبعد تعديل القانون المدني سنة 2005، أعاد المشرّع صياغة الفقرة 3 من المادّة 22 ونسّق بذلك حكم حالة القانون الواجب التّطبيق على عديم الجنسية مع أحكام الاتفاقيتين[3]، بحيث أصبحت تنصّ: " و في حالة انعدام الجنسية، يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".[4]

ذلك على اعتبار أنّ ضابط الموطن وضابط محلّ الإقامة هما ضابطان مقترحان يجب الاستعانة بهما في كلّ حالة يتعذّر فيها إعمال ضابط الجنسية، أي بتطبيق قانون الدولة التي يقيم بها عديم الجنسية عادة، وإذا ما تعذّر الاستعانة بمعيار الموطن فالعبرة عندئذ بتطبيق قانون محل الإقامة ثمّ قانون القاضي[5].

---

(1) عكاشة محمد عبد العال، الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية، الدار الجامعية، بيروت،1987، ص518-520.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 142.

[3] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 142.

[4] المادة 3/22 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[5] يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 358.

المطلب الثاني

حالة الإسناد لنظام قانوني مركب

ذلك أنّه في بعض الحالات؛ يكون القانون الأجنبي المختصّ بموجب قاعدة الإسناد الوطنية قانون دولة نظامها مركّب، أي تتعدّد فيها الشّرائع تعدّدا إقليميا، وذلك موجود في الدّول المقسّمة إلى عدّة أقاليم، بحيث يكون لكلّ إقليم شريعته الخاصّة، واستقلاليته المالية والتّشريعية، كما في الولايات المتّحدة الأمريكية، سويسرا، بولونيا وكندا، أو تعدّدا شخصيا، ويتحقّق عندما تتعدّد القوانين داخل الدّولة الواحدة، ويختصّ كلّ قانون من هذه القوانين بمجموعة معيّنة من الأشخاص تجمعهم صفات مشتركة تقوم على انتمائهم إلى دين أو أصل أو جنس معيّن، بحيث تنطبق على كلّ طائفة شريعة خاصّة بأحوالهم الشّخصية، وهو مكرّس في بعض الدّول العربيّة كمصر، لبنان سوريا، حيث توجد أحكام الشّريعة الإسلامية والمسيحية واليهودية[1].

الفرع الأول: التعدد التشريعي

فمثلا لو ثار نزاع بشأن أهلية أمريكي أمام القضاء المصري، فإنّ القانون الواجب التّطبيق هو القانون الأمريكي بوصفه قانون الجنسية، غير أنّ القول بتطبيق القانون الأمريكي لا يحسم المسألة، كون أنّه في الولايات المتّحدة لا يوجد قانون واحد خاصّ بجميع الولايات وإنّما توجد عدّة قوانين، وكلّ ولاية من الولايات لها قواعدها الخاصّة بها، ومن ثمّ وجب أن نحدّد ما إذا كان القانون الأمريكي المختصّ بموجب قاعدة الإسناد الوطنية مثلا هو قانون ولاية نيويورك أو قانون ولاية كاليفورنيا أو غيرها[2].بحيث لمّا يعود القاضي لهذا القانون يجده مركّب من عدّة شرائع، ويبقى في حيرة أيّ شريعة يطبّقها على النّزاع المعروض أمامه.

---

[1] موشعال فاطيمة، المرجع السّابق، ص 125.

[2] عكاشة محمّد عبد العال، تنازع القوانين: دراسة مقارنة، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص 269.

وقد تصدّى المشرّع الجزائري لهذه المسألة بموجب المادّة 23 من القانون المدني[1] حيث تنصّ: " متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدّمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه.

إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي"[2].

يظهر من خلال هذه المادّة أنّ المشرّع الجزائري ترك السّلطة في تحديد الشّريعة الواجب تطبيقها في مثل هذه الحالة للدّولة الأجنبية ذاتها، بالتّالي فإنّ القانون الدّاخلي لهذه الدّولة هو الّذي يقرّر أيّ تشريع فيها يجب تطبيقه.

المشرّع الجزائري بهذا الشّكل فوّض أمر تحديد الشّريعة الواجبة التّطبيق للقانون الدّاخلي لتلك الدّولة، إذ أنّ نص المادّة 23 أعلاه يعالج ما يسمّى بالإحالة الدّاخلية أو التّفويض، وبموجبه يتكفّل القانون الأجنبي المختصّ بتوزيع الاختصاص التّشريعي داخليا وتعيين شريعة الإقليم الواجبة التطبيق أو الشّريعة الطّائفية الّتي ينتمي إليها الشّخص[3]، ذلك أنّ وظيفة قاعدة الإسناد في قانون القاضي هي فضّ التّنازع الدّولي القائم بين قوانين دول ذات سيادة، فهي عندما تشير إلى تطبيق قانون دولة معيّنة فإنّ الأمر يتعلّق بإسناد إجمالي لقانون هذه الدّولة باعتبارها وحدة إقليمية قائمة بذاتها وليست مهمّتها الفصل في أيّ القوانين الدّاخلية هي المختصّة في ذلك القانون، كما أنّ الرّجوع إلى القانون الدّاخلي للقانون الأجنبي الواجب التّطبيق؛ يكفل تحديد القواعد أو الشّريعة الدّاخلية المختصّة تحديدا دقيقا، فهو الأقدر على رسم نطاق تطبيق قواعده الدّاخلية، وهو ما لا

[1] وفي القوانين العربية؛ نص المشرع المصري عليه في المادة 26 من التقنين المدني، ونص عليه القانون المدني السوري في المادة 28، والقانون المدني الأردني في المادة 27، والقانون 05 لسنة 1961 الكويتي في المادّة 71، والمادة 26 مدني ليبي، والمادة 2/31 مدني عراقي وغيرها من القوانين العربية.

[2] المادة 23 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 144.

يمكن إدراكه لو طبّق القاضي قواعد الإسناد في قانونه، لاختلاف ضوابط الإسناد والاعتبارات الّتي تقوم عليها في كلّ دولة[1].

والتّفويض بهذا المعنى يختلف عن الإحالة من حيث أنّ هذه الأخيرة ينعقد الاختصاص بموجبها لقانون دولة أجنبية وهذا الأخير يرفض الاختصاص المقرّر لصالحه محيلا إيّاه إمّا لقانون القاضي أو قانون آخر، أمّا في حالة التّفويض فالقانون المختصّ لا يتخلّى عن الاختصاص، وإنّما يعيّن من بين الشّرائع المطبّقة فيها شريعة يجب تطبيقها بمقتضى قاعدة من قواعد تنظيم التّنازع الدّاخلي ما بين القوانين[2].

أمّا إذا لم يجد القاضي عند عودته للقانون الدّاخلي لهذه الدّولة المتعدّدة الشّرائع نصّا يحدّد أيّ شريعة من بين هذه الشّرائع واجبة التّطبيق؛ فإنّه –طبقا للفقرة الثّانية من نص المادّة 23 من القانون المدني والّتي تمّ إضافتها بعد تعديل 2005– يطبّق التّشريع المعمول به في عاصمة ذلك البلد إذا كان تعدّد الشّرائع فيها تعدّدا إقليميا، أمّا إذا كان تعدّدا طائفيا فإنّه يطبّق التّشريع الغالب في البلد[3].

وقد وجّه لموقف المشرّع في هذا الصّدد العديد من الانتقادات، سواء من حيث اختياره لتطبيق قانون عاصمة البلد المتعدّد الشّرائع في حالة التعدّد الإقليمي، أو في اختياره للتّشريع الغالب في البلد في حالة التّعدّد الطّائفي، ففي حالة التّعدّد الإقليمي لا يوجد ما يبرّر اختصاص قانون العاصمة دون غيرها، فلو أنّ أمريكيا مقيم بالجزائر مثلا، وله سكن آخر في نيويورك موطنه الأصلي الّذي يرتبط به ويحمل عاداته، وهو دائم التّرحال إليه، وطرح نزاع يتعلّق بأهليته على القاضي الجزائري، ولم يجد هذا الأخير في قانون جنسيته حلّا لهذه المشكلة. فمن خلال هذه الوقائع يظهر أنّ القانون الملائم للتّطبيق على هذا الأمريكي هو قانون ولاية نيويورك، ولكن تطبيقا

[1] موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 126.

[2] عكاشة محمد عبد العالي، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 270.

[3] المادة 2/23 من الأمر رقم 75–58 السالف الذكر.

لقاعدة الإسناد الجزائرية سيطبّق عليه قانون ولاية واشنطن الّذي لا علاقة له بالموضوع، خاصة وأنّ أحكام القانونين مختلفة[1].

الفرع الثاني: التعدد الطائفي

وبالنّسبة للتّعدّد الطّائفي؛ فلو أنّ الشّخص إيراني الجنسية مثلا، سنّي المذهب تزوّج من جزائرية وأنجب منها أطفالا، طرحت مسألة إثبات نسبهم أمام القاضي الجزائري، بالتّالي سيتمّ تطبيق قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطّفل وهو هنا القانون الإيراني، وكما هو معلوم أنّ هذا الأخير متعدّد الشّرائع طائفيا، وعلى فرض أنّه لا يوجد حلول لهذه المسألة في القانون الإيراني، فالقاضي الجزائري طبقا للفقرة الثّانية من المادة 23 قانون مدني يطبّق التّشريع الغالب في إيران وهو تشريع الشّيعة الّذي لا ينتمي إليه ذلك الشّخص، والمنطق أنّه يطبّق تشريع الملة السنّية في إيران عليه، بحيث هناك من يرى –ونوافقهم الرّأي في ذلك– أنّه كان على المشرّع ألّا يلجأ إلى تطبيق التّشريع الغالب في البلد، إلّا في حالة عدم معرفة الطّائفة أو الجنس الّذي ينتمي إليه الشّخص[2].

فكان من الأجدر لو أخذ المشرّع بتشريع الطّائفة أو العرق الّذي ينتمي إليه الشّخص في حالة التّعدّد الطّائفي، وإن لم يعرفه طبّق التّشريع الغالب في البلد، وقانون الإقليم الّذي ينتمي إليه الشّخص فعلا في حالة التعدّد الإقليمي، بدلا ممّا ذهب إليه في الفقرة الثّانية من المادّة 23 من القانون المدني.

وبالنّسبة للقوانين العربية فإنّ أغلبها لم تشر إلى حلّ لهذا الإشكال – حالة عدم وجود نصّ في القانون الدّاخلي للدّولة المتعدّدة الشّرائع يشير إلى الشّريعة الواجب تطبيقها– حيث اكتفت بالنّص على اختصاص القانون الدّاخلي للدّولة الّتي تعدّدت تشريعاتها في تحديد التّشريع الواجب التّطبيق، مثل القانون المدني المصري، القانون المدني الأردني، القانون المدني العراقي، أمّا القانون التّونسي؛ فبالعودة لنصوص مجلة القانون الدولي الخاص التّونسية لم نجد نصا خاص بإشكالية الإسناد لدولة تتعدّد فيها التّشريعات.

[1] موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 130.

[2] موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 131.

المبحث الثّاني

الإخلال بمبدأ المساواة بين الجنسين

تنص المادة 37 من الدستور الجزائري أنه: " كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولهم الحق في حماية متساوية. ولا يمكن أن يُتذرّع بأيّ تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرّأي، أو أيّ شرط أو ظرف آخر، شخصيّ أو اجتماعيّ"[1]، كما أنّ الجزائر صادقت على اتّفاقية القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة، غير أنّ المشرّع الجزائري من خلال تنظيمه لقواعد الإسناد يبدو وكأنّه لم يلتفت لهذا المبدأ المكرّس دستوريا والمنصوص عليه في الاتّفاقية الّتي صادقت عليها الدّولة الجزائرية والّذي نصت عليه أيضا المواثيق الدولية لحقوق الإنسان[2]،ويظهر ذلك من خلال ترجيحه جنسية الزّوج على جنسية الزّوجة في بعض قواعد الإسناد، مثلما هو الحال في ترجيح جنسية الزّوج على جنسية الزوجة من خلال تحديد القانون الواجب التّطبيق على آثار عقد الزّواج (مطلب أول)، وكذا من خلال تحديد القانون الواجب التّطبيق على انحلال الزّواج والانفصال الجسماني (مطلب ثاني)، ممّا يؤدّي إلى عدم تحقيق العدالة والإنصاف بين الجنسين، حيث كان من المفروض وضع قواعد إسناد تحقّق العدالة والإنصاف بين أطراف العلاقة دون أيّ تمييز وإعطاء القوانين المتنازعة فرص متساوية للتّطبيق.

---

[1] دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة2020، مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج.ر عدد 82.

[2] حيث تنص المادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: " لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أية تفرقة بين الرجال والنساء وفضلا عما تقدم فلن يكون هناك أي تمييز أساسه الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي للبلد أو البقعة التي ينتمي إليها الفرد سواء كان هذا البلد أو تلك البقعة مستقلا أو تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أو كانت سيادته خاضعة لأي قيد من القيود". أنظر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بباريس، بتاريخ 10 ديسمبر 1948.

المطلب الأول

ترجيح جنسية الزّوج على جنسية الزّوجة من خلال تحديد

القانون الواجب التّطبيقعلى آثار عقد الزّواج

إنّ اختيار ضابط جنسية الزّوج كحلّ لتنازع القوانين في مسألة الآثار الشّخصية والمالية الّتي يرتّبها عقد الزّواج؛ يترتّب عليه الإخلال بمبدأ المساواة بين الرّجل والمرأة، وهذا الحلّ اعتمدته عدّة دول عربية من بينها التّشريع الجزائري، ويرجع ذلك للمركز الّذي يتمتّع به الرّجل في الأسرة في الدّول العربية والإسلامية.

تنص المادة 1/12 من القانون المدني الجزائري: " يسري قانون الدّولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج، على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج"[1]، بالتّالي فإنّ اختيار المشرّع الجزائري يعتبر اختيار تعسّفي مادام القانون الوطني للزّوج ليس بقانون محايد، وما دمنا أمام زوجين يتمتّعان بجنسيتين مختلفتين؛ فهو من الصّعب تفسير اختيار قانون على حساب قانون آخر، فاختيار قانون جنسية الزّوج يعتبر إلى حدّ ما متعارضا مع مبدأ المساواة بين الجنسين، وكما هو معلوم هو مبدأ معترف به في النّظام القانوني الجزائري ومكرّس في دستوره[2].

وبالعودة إلى القوانين العربية نجد أنّ أغلبها رجّحت قانون جنسية الزّوج، مثل القانون المصري في المادة 1/13 من القانون المدني حيث تنص: " يسري قانون الدّولة الّتي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال"[3].

---

[1] المادة 1/12 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[2] عليوشقربوع كمال، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المنعقد يومي 23و24 أفريل 2014، ص 144.

[3] المادة 1/13 من القانون رقم 131 لسنة 1948 السالف الذكر.

والقانون القانون السوري في المادة 14 قانون مدني التي تنص: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال"[1].

وكذا القانون المدني اللّيبي في المادة 1/13 التي تنص: " يسري قانون الدّولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال"[2].

والقانون المدني الأردني في المادة 1/14 التي تنص: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال"[3].

وكذلك القانون المدني العراقي في المادة 2/19 التي اتّخذت نفس موقف القوانين السّابقة، أمّا القانون المدني اليمني لم يورد حكما خاصا بهذا الموضوع[4].

ومن بين القوانين الّتي اتّخذت موقفا مخالفا، نجد القانون التّونسي في الفصل 47 من مجلّة القانون الدّولي الخاص لسنة 1998: " تخضع واجبات الزّوجين للقانون الشّخصي المشترك.

وإذا لم يكن الزّوجين من جنسية واحدة يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا قانون المحكمة"[5].

أخضع المشرّع التّونسي آثار الزّواج لقانون الجنسية المشتركة للزّوجين، وإن لم تتوفّر فقانون آخر مقرّ مشترك لهما، وإن لم يوجد فقانون القاضي، ولم يرجّح جنسية أحدهما على الآخر، وتفادى بذلك مسألة التّمييز بين الجنسين، وحقّق المساواة بينهما.

---

[1] المادة 1/14 من القانون المدني السوري السالف الذكر.

[2] المادة 1/13 من القانون لمدني الليبي.

[3] المادة 1/14 من القانون المدني الأردني السالف الذكر.

[4] تنص المادة 25 من القانون المدني اليمني السالف الذكر: " يرجع في الزواج، والطلاق، والفسخ، والنفقات إلى القانون اليمني للأحوال الشخصيةعند المرافعة".

[5] الفصل 47 من مجلة القانون الدّولي الخاص التّونسي السالف الذكر.

وحبّذا لو اعتمد المشرّع الجزائري هو الآخر بالحلّ الّذي اعتمده المشرّع التّونسي بخصوص القانون الواجب التّطبيق على آثار الزّواج، ويكون بذلك قد كرّس مبدأ المساواة بين الرّجل والمرأة وحافظ على مصالح كلا الطّرفين.

المطلب الثاني

تفضيل جنسية الزّوج على جنسية الزّوجة من خلال تحديد القانون الواجب التّطبيقعلىانحلال الزّواج و الانفصال الجسماني

رأينا فيما سبق أنّ مسألتي انحلال الزّواج والانفصال الجسماني أسندهما المشرّع الجزائري لقانون جنسية الزّوج وقت رفع الدّعوى طبقا لنصّ المادّة 2/12 من القانون المدني التي تنص: " ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"[1]، ولم يفرّق المشرّع بين الطّلاق وباقي الطّرق الأخرى لإنهاء الرّابطة الزّوجية من حيث ضابط الإسناد الخاص بها، على خلاف القوانين العربية، ففي مصر مثلا فرّق القانون المصري بين الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج الّتي تخضع لقانون جنسية الزّوج وقت صدور الطّلاق، أمّا باقي الطّرق تخضع لقانون جنسية الزّوج وقت رفع الدّعوى[2].

يظهر كذلك إخلال المشرّع الجزائري بمبدأ المساواة بين الرّجل والمرأة من خلال إسناده انحلال الزّواج والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزّوج وقت رفع الدّعوى، حيث أنّه رجّح جنسية الزّوج على جنسية الزّوجة في اختياره للقانون الوطني الّذي ينتمي إليه الزّوج ليحكم مسألة انحلال الزّواج والانفصال الجسماني، علما أنّ مبدأ المساواة بين الرّجل والمرأة مكرّس دستوريا من خلال المادّة 29 من دستور 1996 المعدل والمتمم[3]، فعلى أيّ أساس اختار المشرّع مباشرة جنسية الزّوج دون الأخذ بعين الاعتبار جنسية الزّوجة، خاصّة في الحالة الّتي يكون فيها الزّوجين

[1] المادة 2/12 من الامر رقم 75-58 السالف الذكر.

[2] موري سفيان، المرجع السابق، ص 22.

[3] موري سفيان، المرجع نفسه، ص 23.

مختلفي الجنسية؟ بحيث لا يوجد هنا ما يبرّر اختيار قانون جنسية الزّوج على قانون جنسية الزّوجة.

لا تختلف أغلب التّشريعات العربية بخصوص القانون الواجب التّطبيق على انحلال الزّواج والانفصال الجسماني، بحيث يقابل نصّ المادّة 2/12 من القانون المدني الجزائري في القوانين العربية؛ المادّة 2/13 من القانون المدني المصري: " أما الطلاق فيسري عليه قانون الدّولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق. ويسري على التّطليق والانفصال قانون الدّولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى"[1]، وقد سبق وأن أشرنا إلى أنّ المشرّع الجزائري لم يفرّق بين طرق انحلال الزّواج من حيث القانون الواجب التّطبيق، وذلك على خلاف بعض القوانين العربية من بينها القانون المصري كما هو واضح في المادة 2/13 من قانونه المدني.

ومن بين القوانين العربية الّتي تقابل المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري أيضا؛ نجد القانون اللّيبي في المادة 2/13 من القانون المدني: " أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى"[2].

والقانون المدني السوري في المادة 2/14: " أما الطلاق، فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى"[3].

والقانون المدني العراقي في المادة 3/19: " ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى"[4].

[1] المادة 2/13 من القانون المدني المصري السالف الذكر.

[2] المادة 2/13 من القانون المدني الليبي السالف الذكر.

[3] المادة 2/14 من القانون المدني السوري السالف الذكر.

[4] المادة 3/19 من القانون المدني العراقي السالف الذكر.

وكذا الفقرة الثانية من المادة 14 من القانون المدني الأردني: " أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق. ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى[1].

أمّا المشرّع الكويتي فقد أسند مسألة انحلال الزّواج والانفصال الجسماني لقانون آخر جنسية مشتركة بين الزّوجين قبل الطّلاق أو قبل رفع الدّعوى، وإن لم توجد فيطبّق قانون الزّوج وقت انعقاد الزّواج[2]، بالتّالي فهو كرّس مبدأ المساواة في حالة توفّر الجنسية المشتركة للزّوجين قبل الطّلاق أو قبل رفع الدّعوى بالتّطليق أو بالانفصال، أمّا في حالة عدم توفّرها فإنّه رجّح جنسية الزّوج وقت انعقاد الزّواج على جنسية الزّوجة وخالف مبدأ المساواة.

وبالنّسبة للقانون التّونسي– وفي رأينا هو الحلّ الأفضل والملائم– فموقفه مخالفا لموقف القوانين السّابقة بخصوص القانون الواجب التّطبيق على انحلال الزّواج، ويسعى دائما لتحقيق المساواة بين الجنسين وتطبيق القانون الملائم، حيث أخضع مسألة الطّلاق والانفصال الجسماني لقانون الجنسية المشتركة وقت رفع الدّعوى، وإن كان الأطراف من جنسيتين مختلفتين يطبّق قانون آخر مقرّ مشترك لهما وإلّا فقانون القاضي[3]، ويقترب الحلّ الّذي اعتمده المشرّع التّونسي ممّا نصّت عليه المادّة الثّامنة من اتّفاقية لاهاي الخاصّة بالتّطليق والانفصال، بحيث تنص: " إذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة، فيكون قانون آخر جنسية مشتركة لهما هو القانون المعتبر بالنسبة لتطبيق المواد الخاصة بالتطليق والانفصال[4].

---

[1] المادة 2/14 من القانون المدني الأردني السالف الذكر.

[2] المادة 40 من القانون رقم 5 لسنة 1961 الكويتي السالف الذكر: " يسري على الطلاق والتطليق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال. فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة، سرى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج".

[3] الفصل 49 من مجلّة القانون الدّولي الخاص التونسي السالف الذكر، والتي تنص: " الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشّخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها".

[4] حمادي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 76.

المبحث الثالث

المساس بمصلحة الزّوجة

أسند المشرّع الجزائري انحلال الزّواج والانفصال الجسماني طبقا للمادّة 2/12 من القانون المدني لقانون جنسية الزّوج وقت رفع الدّعوى، وقد تعرّض المعيار الزّمني "وقت رفع الدّعوى" الّذي اعتمده المشرّع في هذه المادّة للنّقد من قبل العديد من الفقهاء على أساس أنّه قد يمسّ بمصلحة الزّوجة (المطلب الأوّل)، وقد اتّخذت بعض التّشريعات العربية بهذا الصّدد نفس موقف المشرّع الجزائري، بينما وجد البعض الآخر حلّا يتوافق ومصلحة كلا الطّرفين (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل

حول موقف المشرّع الجزائري في المادّة 2/12 من القانون المدني

تعرّض اختيار المشرّع الجزائري للمعيار الزّمني "وقت رفع الدّعوى" في المادّة 2/12 الّتي تنص: " ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، للنّقد من قبل العديد من الفقهاء على أساس أنّه قد يؤدّي إلى مفاجأة الزّوجة باختصاص قانون لم تكن تتوقّعه أثناء انعقاد الزّواج، حيث يمكن للزّوج أن يغيّر جنسيته ما بين وقت الزّواج ووقت رفع الدّعوى ما يؤدّي إلى الإضرار بمصالح الزّوجة، حيث أنّها لم يكن بوسعها التبصّر به وقت انعقاد الزّواج [1]، فقد يكون قانون جنسية الزّوج وقت انعقاد الزّواج لا يعترف بانحلال الزّواج، أو أنّه كان يمنح لها حقوقا لا تتوفّر في قانون الجنسية الّتي يتمتّع بها الزّوج وقت رفع الدّعوى، ممّا قد يرتّب تحقيق مصلحة الزّوج على حساب مصلحة الزّوجة، فالزّواج رابطة بين الزّوجين معا وتنشأ وفقا لقانونيهما، فمن الأوفق أن تنحلّ أيضا وفقا لحكم قانون يجمع كلا الطرفين أو على الأقلّ يكونا على بصيرة به.

كما يؤدّي اعتماد المعيار الزّمني "وقت رفع الدّعوى" في المادة 2/12 المتعلّقة بالقانون الواجب التّطبيق على انحلال الزّواج والانفصال الجسماني، إلى إمكانية وقوع حالة الغشّ نحو

[1] عليوشقربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 233.

القانون، أو الرّفع من حجم هذه الظّاهرة، حيث يتسنّى من خلاله للزّوج أن يلجأ لتغيير جنسيته بغية تغيير القانون الواجب التّطبيق على انحلال الزّواج أو الانفصال الجسماني، خاصّة في الحالة الّتي يكون فيها القانون الجديد يقدّم له ضمانات لم يكرّسها قانون جنسيته عند إبرام عقد الزّواج، بالتّالي في حالة عدم إثبات وجود حالة الغشّ نحو القانون سيطبّق قانون جنسية الزّوج وقت رفع الدّعوى على هذه المسائل، فهذه الأحكام كذلك من شأنها الإضرار بمصلحة الزّوجة والمساس بمركزها القانوني[1].

وبالإضافة لهذه الإشكالات قد يثير أيضا هذا الحل المعتمد في المادة 2/12 بعض الصعوبات والتناقضات، حيث قد يؤدّي إلى التّنازع بين القانون الّذي يحكم آثار الزّواج المالية وبين القانون الّذي يحكم الميراث في حالة تغيير الزّوج لجنسيته مابين وقت رفع الدّعوى ووقت وفاته، كأن يتزوّج فرنسيين ويختاران نظام الاشتراك العام، ثمّ يتجنّس الزّوج بالجنسية الجزائرية وبعد ذلك يرفع دعوى الطّلاق، وقبل أن يصدر الحكم فيها يغيّر جنسيته إلى الجنسية الإيطالية ويتوفّى قبل صدور الحكم، ففي هذا المثال القانون الفرنسي هو الّذي يختص بحكم النّظام المالي للزّوجين، والطّلاق يحكمه القانون الجزائري، أمّا الميراث فيحكمه القانون الإيطالي[2].

وقد يؤدّي الحل المعتمد في المادة 2/12 قانون مدني؛ إلى التّنازع بين القانون الّذي يحكم المسؤولية التّقصيرية والقانون الّذي يحكم الطّلاق في حالة ما إذا كان الطّلاق بالإرادة المنفردة تعسّفيا، وذلك بالنّسبة للتّعويض المستحق للزّوجة، ذلك أنّ التّعسّف في استعمال حق الطّلاق يعدّ حسب الفقه الرّاجح خطأ تقصيريا يستوجب التّعويض طبقا لقواعد المسؤولية عن الفعل الشّخصي وقاعدة الإسناد الّتي تحكمه هي المادة 20 من القانون المدني[3].

---

[1] تواتي نصيرة،إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المنعقد يومي 23 و 24أفريل 2014، ص 165.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 182.

[3] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 182.

المطلب الثّاني

موقف التّشريعات العربية

لقد اتّخذت أغلب القوانين العربية نفس موقف المشرّع الجزائري بخصوص المعيار الزّمني " وقت رفع الدّعوى"، ويتبيّن ذلك من خلال المواد القانونية الّتي تعرّضنا لها سابقا، مثل المادة 2/13 من القانون المدني المصري، المادة 2/13 مدني ليبي، المادة 2/14 مدني سوري، المادة 3/19 مدني عراقي.

غير أنّ القانون الكويتي تفادى الإشكالات الّتي قد يثيرها المعيار الزمني "وقت رفع الدّعوى"

بحيث اعتمد –كما سبق وأشرنا إليه–قانون الجنسية المشتركة للزّوجين قبل الطلاق أو قبل رفع دعوى التطليق أو الانفصال الجسماني وإلّا فقانون جنسية الزّوج وقت انعقاد الزّواج[1]، في حين لم يعتمد القانون اليمني المعيار الزّمني إطلاقا وأخضع هذه المسائل بصفة عامّة لقانون القاضي[2]، وبخصوص القانون التّونسي هو الآخر تفادى هذه الإشكالات من خلال اعتماده قانون الجنسية المشتركة للزّوجين عند إقامة الدّعوى، وإلّا فقانون آخر مقرّ مشترك لهما وإلّا فقانون القاضي[3].

بالتّالي نلاحظ أنّ أغلب التّشريعات العربية وقعت في الإشكال الّذي وقع فيه المشرّع الجزائري بخصوص ترجيح جنسية الزّوج على جنسية الزّوجة، وكذا في اعتماد المعيار الزّمني "وقت رفع الدّعوى" الّذي يثير إشكالات عديدة، ماعدا القانون اليمني الّذي اعتمد قانون القاضي بصفة عامّة، وكذا القانون الكويتي الّذي اعتمد قانون الجنسية المشتركة للزّوجين قبل الطلاق أو قبل رفع دعوى التطليق أو الانفصال الجسماني كأصل، وإلّا فقانون جنسية الزّوج وقت انعقاد الزّواج كحل احتياطي، وأيضا القانون التّونسي الّذي اعتمد حلّا يستجيب لكلا الاعتبارين – تكريس مبدأ المساواة وتفادي الإشكالات الّتي يثيرها المعيار الزّمني وقت رفع الدّعوى– حيث أخذ بقانون الجنسية المشتركة للزّوجين، وإلّا فقانون آخر مقرّ مشترك لهما، وإلّا فقانون القاضي.

---

[1] المادة 40 من القانون لرقم 5 لسنة 1961 السالف الذكر.

[2] المادة 25 من القانون رقم 10 لسنة 1979 اليمني السالف الذكر.

[3] الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي السالف الذكر.

إذا لعلّ أفضل قانون يمكن اختياره هو القانون الّذي تكون الزّوجة على بصيرة به ولا يخلّ بمبدأ المساواة بين الجنسين، ويعتبر قانون آخر جنسية مشتركة للزّوجين هو القانون الّذي يستجيب لهذين الاعتبارين، وإذا لم يكن للزّوجين جنسية مشتركة فقانون الموطن المشترك، وإلّا فقانون القاضي.

ويرى الأستاذ زروتي الطيب أنّ قاعدة الإسناد المعتمدة في الفقرة الثانية من المادة 12 من القانون المدني – قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى– مناسبة كون أنّ الانفصال الجسماني يحصل بحكم قضائي، ويرى أنّ هذا الضّابط أفضل مقارنة بالضّوابط المقرّرة في القوانين العربية الأخرى والغربية، الّتي منها من أخذت بالقانون الوطني للزّوج عند إبرام الزّواج، ومنها من أخذت بقانون الجنسية المشتركة للزّوجين أو آخر جنسية مشتركة بينهما أو بقانون الموطن[1]، كما أنّه لا يؤيّد الرّأي الّذي يدعو لإسناد انحلال الزّواج للقانون الوطني للزّوج عند انعقاد الزّواج بدلا من المعيار الزمني " وقت رفع الدّعوى"، على أساس أنّ الطّلاق من المفروض أن يطبّق عليه القانون السّاري المفعول عند المطالبة به، سواء غيّر الشّخص جنسيته إلى جنسية أخرى يجيز قانونها الطّلاق أو لا يجيزه أو لم يغيّر الشّخص جنسيّته، وقدّم مثالا لو أنّ الزّوج لم يغيّر جنسيته، ولكن صدر قانون جديد يسمح بالطّلاق بعد أن كان محظورا في ظل القانون الّذي أبرم فيه زواجه، فلابدّ أن يكون للقانون الجديد أثر فوري ومباشر، بالتّالي لا يوجد فرق بين هذه الحالة وحالة تغيير الجنسية إلى جنسية يسمح قانونها بالطّلاق، وغاية ما في الأمر أنّ التّنازع في الحالة الأولى هو تنازع زمني، وفي الحالة الثّانية هو تنازع متحرّك، وافترض كذلك لو أنّ قانون الجنسية السّابقة كان يسمح بالطّلاق وقانون الجنسية الجديدة يمنعه، فكيف يطبّق القانون الأوّل مع أنّ الزّوجين أو الزّوج قد انقطعت صلته بالقانون القديم وبالجنسية السّابقة والطّلاق ليس أثر للزّواج[2].

[1] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 265.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 182.

المبحث الرّابع

سلبيات تقرير قاعدة إسناد ذات طابع أحادي

تعرّضنا فيما سبق إلى أنّ الأصل في قاعدة الإسناد الازدواجية، بحيث تُشير إمّا لتطبيق القانون الأجنبي أو القانون الوطني، غير أنّه اسْتثناءًا قدْ تكون هناك اعتبارات خاصّة تَدعو الدّولة لتقرير قاعدة إسناد ذات طابع أُحادي، أي قاعدة تُشير مباشرةً لتطبيق القانون الوطني دون ترك مجال لإمكانيّة تطبيق القانون الأجنبي، وهو ما ذهب إليه المشرّع الجزائري، ويتبيّن ذلك من خلال صياغته لبعض قواعد الإسناد، حيث يتّضِح من خلال صياغته لأغلب هذه القواعد أنّه اعتمد الطّبيعة المُزدوَجة، باستثناء المادّة 9 الخاصة بالتّكييف، والّتي تنصّ: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه"[1]، وكذلك المادّة 1/10 كانت مُصَاغة في شكل مُنفرد قبل التّعديل، حيث كانت تنصّ: " تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليّتهم على الجزائريّين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبيّة"، بالإضافة لنصّ المادّة 13 من القانون المدني، والّذي نركّز عليه في هذا المبحث كونُه يتعلّق مباشرة بموضوع الأحوال الشّخصية، وبالخصوص السّلبيات المترتّبة عن تقرير هذه القاعدة (مطلب أوّل)، ثمّ نبيّن موقف بعض القوانين العربية وكيف تجنّبت مثل هذه الإشكالات (مطلب ثاني).

المطلب الأول

الآثار السّلبية للمادة 13 من القانون المدني الجزائري

جاءت أحكام المادة 13 لوضع استثناء على القانون الواجب التّطبيق على بعض مواضيع الأحوال الشّخصية والمنصوص عليها في المادّتين 11 و 12 من القانون المدني، وقواعد الإسناد كما هو معلوم يضعها المشرّع الوطني لاختيار أكثر القوانين الملائمة لحكم العلاقة المتضمّنة عنصرا أجنبيّا، وأكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة لحكم العلاقة الخاصّة الدّولية[2]، والأساس في قواعد الإسناد

[1] المادة 9 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[2] محروق كريمة، المرجع السابق، ص41.

أنّها تكون مزدوجة كونها تعقد الاختصاص إمّا للقانون الوطني وإمّا للقانون الأجنبي وذلك حسب نوع العلاقة القانونية المطروحة[1]، لكن بالرّجوع إلى مضمون نص المادة 13 من القانون المدني نجد أنّها جعلت الاختصاص للقانون الجزائري وحده بمجرّد وجود طرف جزائري الجنسية وقت انعقاد الزّواج، فهي بذلك تعتبر قاعدة أحادية أفقدت روح قاعدة الإسناد وطبيعتها الحيادية و المزدوجة؛ باعتبارها تسعى لحماية الطّرف الوطني الحامل للجنسيّة الجزائرية، بالتّالي فهي قاعدة تهدف لحماية المصالح الوطنية وتسهيل تطبيق القانون الوطني أكثر منها قاعدة إسناد–كما أشرنا له في الباب الأوّل– مع العلم أنّ قواعد الإسناد قواعد حيادية مجرّدة تبحث عن الرّابطة الجدّية بين العلاقة والقانون دون مصلحة خاصّة للدّولة أو لأحد أطراف العلاقة الّتي تعرّضت للفصل فيها[2].

وقد أيّد أيضا القضاء الجزائري ما نصّت عليه المادة 13 من القانون المدني، ويظهر ذلك من خلال القرارات الصّادرة عنه، منها القرار الصادر بتاريخ 1998/02/17[3] المتعلّق بطلاق بين جزائرية و إيطالي، حيث طبّقت المحكمة المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري، والّتي تؤدي إلى تطبيق القانون الإيطالي الّذي هو قانون الزّوج. قدّمت الزّوجة طعنا مطالبة نقض الحكم الصّادر بتاريخ 1996/07/14 عن محكمة بئر مراد رايس نظرا لمخالفة تطبيق القانون من قبل المحكمة الابتدائية، أثارت المحكمة العليا تلقائيا الوجه المأخوذ من مخالفة المادتين 12 و 13 من القانون المدني[4].

جاء في حيثيات المحكمة العليا ما يأتي:

" حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية ما دام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية.

---

[1] موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص163.

[2] محروق كريمة، المرجع السابق، ص 43.

[3] المحكمة العليا، ملف رقم 170082، قرار صادر بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية، العدد الأول، 2000، ص 167–170. نقلا عن عليوشقربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 238.

[4] عليوشقربوع كمال، المرجع نفسه، ص 239.

حيث أنه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 من القانون المدني عوض القانون الإيطالي، كما هو وارد في الحكم المطعون فيه.

ولما كان ذلك يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه"[1].

وكذا القرار الصّادر بتاريخ 2016/03/09 الّذي يقضي " يسري القانون الجزائري وحده على انحلال الزواج وعلى الآثار المترتبة عنه، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج"، وتتلخّص الوقائع في هذه القضية؛ أنّ زوجة جزائرية الجنسية وقت انعقاد الزّواج رفعت دعوى التّطليق للمعاملة السّيئة والضّرب ضدّ زوجها الفلسطيني، ثمّ بعريضة لاحقة طالبت الخلع مقابل عشرة آلاف دينار وتمكينها من حقوقها، وهي الدّعوى الّتي انتهت بالطّعن بالنّقض، وبموجبه قرّرت المحكمة العليا قبول الطّعن بالنّقض شكلا ورفضه موضوعا، وذلك لأنّ الزّوجة المطعون ضدّها رافعة الدّعوى جزائرية الجنسية وقت انعقاد الزّواج، بالتّالي فإنّ القانون الجزائري وحده الّذي يسري على انحلال الزّواج وعلى الآثار المترتّبة عنه، وأنّ المحكمة بتطبيقها قانون الأسرة الجزائري واستجابتها لطلب الزّوجة في حلّ الرّابطة الزّوجية بالخلع قد طبّقت صحيح القانون[2].

ويترتّب على إعمال نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري بعض الإشكالات نذكر منها: المساس بمصالح الأشخاص (الفرع الأوّل)،تعارض نص المادة 13 مع المبادئ الأساسية للقانون الدولي الخاص المقارن (الفرع الثّاني)،تقييد حرية إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التّطبيق (الفرع الثالث)، استبعاد القانون الأجنبي دون سبب (الفرع الرابع).

الفرع الأوّل

المساس بمصالح الأشخاص

نصّ المشرّع الجزائري على استثناء للضّابط الخاصّ بالشّروط الموضوعية للزّواج في المادة 13 من القانون المدني، يتضمّن تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزّوجين جزائريّا وقت

[1] عليوشقربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 239.

[2] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 1098561، صادر بتاريخ 2016/03/09، مجلة المحكمة العليا عدد 1، 2016.

انعقاد الزّواج دون أن يترك مجالا لتطبيق القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية، بالتّالي فإنّ تطبيق هذا الاستثناء؛ قد يستفيد منه بعض الوطنيين و سهل إذا لم تتغير جنسية الزّوجين بعد انعقاد الزّواج، ولكن يثار الإشكال إذا كان أحد الزّوجين جزائريا عند انعقاد الزّواج ثمّ يغيّر جنسيته بعد ذلك أو يتخلّى عنها نهائيا، فهل تطبيق القانون الجزائري في هذه الحالة يكون ملائما لحكم العلاقة باعتبار أنّه في تنازع القوانين يتمّ اختيار القانون الأصلح لحكم العلاقة؟ حيث هناك من يحمل الجنسية الجزائرية إلّا أنّه لم يعش ويتربّى في الجزائر ولا يعرف عادات وتقاليد الجزائر، وقد يتخلّى عن الجنسية الجزائرية نهائيا كونه لا يشعر بالانتماء إلى هذا المجتمع، بالتّالي على أيّ أساس نطبّق عليه القانون الجزائري؟ فالأخذ بهذا الاستثناء قد يؤدّي إلى تطبيق القانون الجزائري على شخص تخلّى عن الجنسية الجزائرية بعد الزّواج، في حين لا يطبّق على شخص اكتسب الجنسية الجزائرية بعد الزّواج، بالإضافة إلى ذلك فإنّ إعمال الاستثناء في المادة 13 يؤدّي إلى تطبيق القانون الجزائري على الطّرف الأجنبي بمجرّد وجود طرف جزائري أثناء انعقاد الزّواج، دون اعتبار للطّرف الأجنبي وهذا مقصّر في حقّ هذا الأخير.

لعلّ السّبب الرّئيسي في ذلك هو حماية الطّرف الوطني والمصلحة الوطنية، إلّا أنّه في حماية الطّرف الوطني يكفي إعمال فكرة النّظام العام لتحقيق ذلك، كما أنّه لو أراد المشرّع حماية الطّرف الوطني؛ لاستعمل المعيار الزّمني "وقت رفع الدعوى" وليس وقت انعقاد الزّواج، فالرّاجح في رأينا أنّه يطبّق القانون الجزائري على أساس مبدأ السيادة لاسيما أنّ الأحوال الشّخصية تتعلّق بالنّظام العام، بالتّالي هدفه توسيع دائرة النّظام العام وتوسيع دائرة تطبيق القانون الجزائري، لكنّه بذلك خالف طبيعة قواعد الإسناد وهدفها، كونها تبحث عن حلّ قانوني ملائم للعلاقة الخاصّة ذات العنصر الأجنبي وتحقيق العدالة، لا على القانون الّذي يبسط سلطانه ليحكم تلك العلاقة.

الفرع الثاني

تعارض نص المادة 13 مع المبادئ الأساسية

للقانون الدّولي الخاص المقارن

إنّ تطبيق الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني؛ يترتّب عنه تكريس النّزعة الوطنية بما يتعارض مع المبادئ الأساسية الّتي يقوم عليها القانون الدّولي الخاص المقارن ومبادئ العدالة

والمساواة التي كرّستها المواثيق الدّولية، وبالأخصّ ما نصّت عليه المادة الثّانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والّتي من خلالها يتمتّع كلّ إنسان بكافّة الحقوق والحريات الواردة في الإعلان دون تمييز، سواء كان بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أيّ رأي آخر أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو أي وضع آخر، ونفس الشّيء نصّت عليه المادّة الثّانية من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لسنة 1981، فبالرّغم من أنّ المشرّع أراد من ذلك حماية المصلحة الوطنية؛ لكنّه خالف المبادئ الأساسية للقانون الدّولي الخاص ومبادئ العدالة والمساواة الّتي كرّستها المواثيق الدولية، ومن جهة أخرى فإنّ قواعد القانون الدّولي الخاص تحتوي على آلية قانونية استثنائية معترف بها في القوانين المقارنة؛ تقتضي باستبعاد القانون الأجنبي إذا تعارض مع النّظام العام لقانون دولة القاضي[1].

الفرع الثّالث

تقييد حرّية إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التّطبيق

إنّ تقرير المشرّع الجزائري للاستثناء الوارد في المادّة 13 من القانون المدني، والّذي يؤدّي مباشرة لتطبيق القانون الجزائري، لا يفتح مجالا لحرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التّطبيق، مع العلم أنّ القانون الدّولي الخاص في الآونة الأخيرة يترك مجالا أكبر للأطراف لتحديد القانون الواجب التّطبيق ما لم يكن القانون المختار من طرفهم مخلّ بالنّظام العام والآداب، حيث هناك من يرى أنّه إذا اتّفق الأطراف على القانون الواجب التّطبيق على النّزاع المعروض أمام القاضي الجزائري، فلا مانع لتطبيق ذلك القانون الّذي وقع عليه اختيار الأطراف، ما لم يكن مخالفا للنّظام العام والآداب العامّة[2].

[1] مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق(دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2011-2012، ص56.

[2] عثماني بلال، المرجع السابق، ص 177.

الفرع الرابع

استبعاد القانون الأجنبي دون سبب جدّي

تكمن الوظيفة الأساسية لقواعد الإسناد؛ في إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التّطبيق في حالة فصله في نزاع يشمل طرف أجنبي، وهذا القانون قد يكون وطنيا أو أجنبيا، بالتّالي إذا كان القانون الواجب التّطبيق قانونا أجنبيّا يتعلّق بالأحوال الشّخصية ، وجب على القاضي البحث في مضمونه وتطبيق أحكامه من تلقاء نفسه، وإذا أخطأ في تطبيقه عدّ مخطئ في تطبيق قانون أجنبي،ممّا يعرّض حكمه للنّقض أمام المحكمة العليا، ومنه يمكن القول أنّ القانون الأجنبي المتعلّق بالأحوال الشّخصية له نفس منزلة القانون الجزائري، بالتّالي لا يمكن استبعاده إلّا إذا كان مخالفا للنّظام العام والآداب العامّة في الجزائر، أو لثبوت وجود غشّ نحو القانون[1].

إنّ الاستثناء الوارد في المادّة 13 من القانون المدني الجزائري؛ قد يؤدّي إلى استبعاد القانون الأجنبي دون أن يكون مخالفا للنّظام العام أو الآداب العامّة في الجزائر، والأصل أنّه لا يمكن استبعاد تطبيق قانون أجنبي لا يخالف النّظام العام أو الآداب العامّة، كما أنّه يمكن القول أن الاستثناء الوارد في المادة 13 غير منطقي ما دامت المادة 24 من نفس القانون تشكّل الحصن المنيع للنّظام العام والآداب العامّة[2].

المطلب الثّاني

موقف بعض القوانين المقارنة

نصّت معظم تشريعات الدّول العربية على الاستثناء الوارد في المادّة 13 من القانون المدني الجزائري، مثلها مثل المشرّع الجزائري، حيث نجد مثلا القانون المصري نص عليه في المادّة 14 من القانون المدني إذ تنص: " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد

[1] عسالي عبد الكريم، المرجع السابق، ص 361.

[2] عسالي عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 361.

الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون المصري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج"[1].

و في القانون المدني اللّيبي نجد المادة 14 تنص: " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين ليبيا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الليبي وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج"[2].

ونصّت عليه أيضا المادة 15 من القانون السوري كما يلي: " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين سوريا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون السوري وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج"[3].

نلاحظ أنّ كلّ هذه القوانين نصّت على هذا الاستثناء مثلما نص عليه المشرّع الجزائري في المادة 13 من القانون المدني، بالتّالي فيما يخصّ الشّروط الموضوعية لصحّة الزّواج وآثاره وانحلاله – طبقا للمواد السالفة الذكر– إذا كان أحد الزوجين يحمل جنسية بلد من هذه البلدان أثناء انعقاد زواجه؛ فإنّ قانون ذلك البلد وحده الّذي يطبّق على النّزاع، فيما عدا أهلية الزّواج الّتي تخضع للقانون الوطني للشّخص.

وقد نصّ على هذا الاستثناء أيضا القانون العراقي في المادة 5/19 من القانون المدني، مع إسقاط عبارة " فيما عدا شرط الأهلية" الواردة في قوانين الدّول أعلاه، إذ تنصّ: " في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادّة إذا كان أحد الزّوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده"[4].

وفي القانون الكويتي فقد خصّ هذا الاستثناء فقط للشّروط الموضوعية للزّواج دون آثاره وانحلاله، إذ نصّ في المادّة 36 من القانون 05 لسنة 1961: " يرجع في الشّروط الموضوعية لصحة الزواج، كالأهلية وصحة الرضاء وشرط الخلو من موانع الزواج، إلى قانون جنسية الزوجين

[1] المادة 14 من القانون المدني المصري السّالف الذكر.

[2] المادة 14 من القانون المدني الليبي السالف الذكر.

[3] المادة 15 من القانون المدني السوري السالف الذكر.

[4] المادة 5/19 من القانون المدني العراقي السالف الذكر.

إذا اتحدت الجنسية. فإن اختلفت وجب الرجوع، بالنسبة إلى كل زوج، لقانون جنسيته. وإذا كان أحد الزوجين كويتيا وقت انعقاد الزواج، سرى القانون الكويتي وحده فيما عدا شرط الأهلية"[1]. بالتّالي طبقا لهذه المادّة؛ فإنّ هذا الاستثناء يسري فقط فيما يخصّ الشّروط الموضوعية للزّواج، ولا يخصّ آثار الزّواج وانحلاله، بالتّالي يطبّق على الشّروط الموضوعية للزّواج قانون الجنسية المشتركة للزّوجين، وإن اختلفت جنسيتهما يطبّق القانون الوطني لكلّ منهما تطبيقا موزّعا، غير أنّه إذا كان أحد الزّوجين كويتيا أثناء انعقاد الزّواج يطبّق القانون الكويتي وحده، فيما عدا شرط الأهلية الّذي يخضع لقانون جنسية الشّخص.

وبالنّسبة للقانون اليمني؛ فقد أخضع كلّ مسائل الزّواج والطّلاق والفسخ والنّفقات لقانون القاضي مباشرة، ولا وجود لمثل هذا الاستثناء، إذ تنص المادة 25 من القانون المدني اليمني : " يرجع في الزواج، والطلاق، والفسخ، والنفقات إلى القانون اليمني للأحوال الشّخصية عند المرافعة"[2].

أمّا القانون التّونسي على خلاف القوانين السّابقة بما فيها القانون الجزائري؛فقد أخضع الشّروط الموضوعية للزّواج للقانون الشّخصي للزّوجين تطبيقا موزّعا [3]، وأسند الآثار الشّخصية للزّواج لقانون الجنسية المشتركة للزّوجين، وإذا لم يكن لهما جنسية مشتركة يطبّق قانون آخر مقرّ مشترك لهما وإلّا فقانون المحكمة [4]، أمّا الآثار المالية للزّواج فقد أسندها كذلك لقانون الجنسية المشتركة للزّوجين إذا كانت لهما جنسية مشتركة عند انعقاد الزّواج، وإن اختلفت جنسيتهما عند انعقاد الزّواج فإنّها تخضع لقانون أوّل مقرّ مشترك لهما إن وجد وإلّا فقانون مكان إبرام عقد الزواج [5].

والملاحظ أنّ المشرّع التّونسي أبقى هذه المسائل على الأصل، ولم يورد لها استثناء مثلما فعل المشرّع الجزائري في المادّة 13 من القانون المدني وكذا بعض التّشريعات العربية.

---

[1] المادة 36 من القانون رقم 05 لسنة 1961 الكويتي السالف الذكر.

[2] المادة 25 من القانون المدني اليمني السالف الذكر.

[3] الفصل 45 من مجلة القانون الدّولي الخاص التونسي السالف الذكر.

[4] الفصل 47 من مجلة القانون الدّولي الخاص التونسي السالف الذكر.

[5] الفصل 48 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي السالف الذكر.

وفي رأينا أحسن ما فعل المشرّع التّونسي، كون أنّه لا جدوى من وجود مثل هذا الاستثناء خاصّة وأنّه يوجد ما يسمّى بالدّفع بالنّظام العام عند مخالفة القانون الأجنبي للنّظام العام والآداب العامّة في القانون الوطني، إذ أنّ هذا كاف لاستبعاد كلّ ما يخالف النّظام العام والآداب العامة في بلد القاضي وكاف أيضا لحماية الطّرف الوطني، بالتّالي فإنّ هذا الاستثناء بالرّغم من بعض الإيجابيات الّتي يتميّز بها إلّا أنّ سلبياته تطغى عليها، ومن الأفضل الاستغناء عليه.

المبحث الخامس

صعوبات إعمال ضابط الإسناد في المادّة 13 مكرر من القانون المدني

أسند المشرّع الجزائري النّسب والاعتراف به وإنكاره لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وإذا توفي قبل ميلاد الطفل فإنّه يطبّق قانون جنسيّته وقت الوفاة، وهذا عملا بنص المادّة 13 مكرر من القانون المدني، غير أنّ إعمال هذا الضّابط قد تنجرّ عنه بعض الإشكالات وهو ما ندرسه في المطلب الأوّل، أمّا المطلب الثّاني نخصّصه لموقف بعض القوانين العربية.

المطلب الأوّل

صعوبات تطبيق قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطّفل

خصّ المشرّع الجزائري النّسب بقاعدة إسناد منفصلة عن القاعدة الخاصّة بآثار الزّواج، بالرّغم من أنّه ينتمي لهذه الفئة، وذلك لاعتباره علاقة ثلاثية الأطراف تربط الابن والأب والأم، والّتي قد تكون ناتجة عن علاقة زوجية شرعية وصحيحة، وقد تكون ناتجة عن علاقة غير شرعية لا يقرّها الشّرع ولا يعترف بها القانون[1].

تنص المادّة 13 مكرر[2] من القانون المدني الجزائري: " يسري على النّسب والاعتراف به وإنكاره، قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطّفل.

[1] موكه عبد الكريم، القانون الواجب التّطبيق على النّسب في عقود الزّواج الدولية، المرجع السابق، ص95.

[2] قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 لم يكن هناك نص خاص بالنّسب، وقد استحدثت هذه المادّة بعد التّعديل ليحسم فيها المشرّع صراحة موضوع النّسب والضّابط الّذي يحكمه.

وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطّفل، يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة"[1].

طبقا للمادّة 13 مكرر أعلاه؛ فإنّ الدّعاوى الّتي يمكن رفعها فيما يخصّ النّسب هي دعوى إثبات النّسب أو الاعتراف به أو إنكاره، وتختلف دعاوى الإقرار والاعتراف بالنّسب والّتي يعترف فيها أحد الأبوين بالأبوّة الشّرعية للابن عن دعوى إنكار النّسب الّتي ينكر فيها أحد الأبوين –عادة الأب– ادّعاء البنوّة، ففي كلّ هذه الحالات القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الأب وقت الميلاد[2].

نلاحظ من خلال المادّة 13 مكرر من القانون المدني أنّ المشرّع لم يميّز بين النّسب الشّرعي والنّسب غير الشّرعي مثلما فعلت بعض القوانين العربية، ممّا قد يفهم منه أنّ هذه المادّة تشمل كذلك النّسب الطّبيعي، غير أنّ المشرّع الجزائري لم يعترف في قانون الأسرة بنسب الطّفل غير الشّرعي وذلك تطبيقا لأحكام الشّريعة الإسلامية، بالتّالي فإنّ هذه المادّة تختصّ فقط بالنّسب الشّرعي، وإذا أشارت لتطبيق قانون أجنبي وكانت المسألة تتعلّق بالنّسب الطّبيعي فإنّه يستبعد نظرا لأنّ تطبيقه يخالف النّظام العام الوطني.

أسند المشرّع النّسب والاعتراف به وإنكاره لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطّفل، وإذا توفّي قبل ميلاد الطّفل؛ يطبّق قانون جنسيته وقت الوفاة وذلك طبقا للمادّة 13 مكرر أعلاه، بالتّالي متى تبيّن أنّ القانون الجزائري هو الواجب التّطبيق استنادا لهذه المادّة؛ فإنّ المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة الجزائري هي الّتي تنظّم هذه المسألة، ويرجع اختيار المشرّع للمعيار الزّمني " وقت ميلاد الطّفل" لكونه الوقت الّذي تتحقّق فيه رابطة النّسب، أمّا اختياره لقانون جنسية الأب وقت الوفاة إذا توفّي قبل ميلاد الطّفل يرجع لكون الأب هو من أوجد الابن[3].

[1] المادة 13 مكرر من الأمر رقم 75–58 السالف الذكر.

[2] موكه عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على النسب في عقود الزواج الدولية، المرجع السابق، ص 97.

[3] موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص 95.

والإشكالات الّتي قد تثار بصدد تطبيق قاعدة الإسناد في المادّة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري؛ اقتران النّسب بتعدّد الجنسية عند الأب، وفي هذه الحالة يلجأ القاضي لتفعيل نص المادة 22 من القانون المدني[1] والّتي أشرنا إليها سابقا.

وقد تُثار إشكالية أخرى تتمثّل في حالة ما إذا تخلّى الأب عن الجنسية الجزائرية قبل ميلاد الطّفل، ممّا يؤدّي إلى تطبيق القانون الأجنبي الّذي قد يكون يتنافى وحق الطّفل في نسبه إلى أبيه من جهة، ومن جهة أخرى قد يكون القانون الأجنبي يمسّ بالنّظام العام الجزائري[2].

ويُضاف إلى هذه الصّعوبات أيضا؛ أنّ تعديل قانون الجنسية بالأمر 05-1 بتاريخ 27 فبراير 2005 أقرّ أحكاما جديدة للتّمتّع بالجنسية الجزائرية الأصلية لا تنسجم مع قواعد النّسب المرتبطة بالزّواج الشّرعي، حيث أنّ المادة 6 من قانون الجنسية بعد تعديلها بالقانون 05-1 يعتبر جزائريا الولد المولود من أب أو أم جزائرية ولم تذكر النّسب الشّرعي، ومن ثمّ فمن المحتمل أن يكون للولد الطّبيعي الجنسية الجزائرية، ولكن لا يستطيع أن يثبت نسبه لأبيه طبقا للمادة 13 مكرر من القانون المدني، ومع ذلك يرى الأستاذ زروتي الطيب أنّ هذا التّضارب لا يشكل إشكالا كون أنّ المادّة 6 من قانون الجنسية خاصة فقط بمنح الجنسية ولا تشكّل قاعدة إسناد لإثبات النّسب ولو أنّه جزء من حالة الشّخص طبقا للمادة 1/10 من القانون المدني[3].

---

[1] تنص المادة 22 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر: " في حالة تعدد الجنسيات، يطبق القاضي قانون الجنسية الحقيقية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.

وفي حالة انعدام الجنسية، يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

[2] موكه عبد الكريم، القانون الواجب التّطبيق على النّسب في عقود الزواج الدولية، المرجع السابق، ص 96.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 188.

المطلب الثّاني

موقف بعض التّشريعات العربية

أخذت أغلب التّشريعات العربية الحلّ نفسه الّذي اعتمده المشرّع الجزائري في المادة 13 مكرر بخصوص القانون الواجب التّطبيق على النّسب، حيث تنص المادة 41 من القانون رقم 05 لسنة 1961 الكويتي، " يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصّة بالبنوة والاعتراف بالبنوة وإنكارها. وإذا مات الأب قبل الميلاد، سرى قانون جنسيته وقت الوفاة"[1].

وأسند أيضا القانون العراقي المسائل الخاصّة بالبنوّة الشّرعية لقانون جنسية الأب، حيث تنص الفقرة الرّابعة من المادة 19 من القانون رقم 40 لسنة 1951 : " المسائل الخاصة بالبنوة الشّرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب"[2].

أمّا بعض التّشريعات العربية لم تورد نصّا ضمن قواعد الإسناد خاص بالقانون الواجب التّطبيق على النّسب، كالقانون المدني المصري، والقانون المدني اللّيبي، والقانون المدني السوري.

وبالنّسبة للقانون التّونسي؛ فقد نص عليه في الفصل 52 من مجلة القانون الدّولي الخاص التّونسي، وكان موقفه مخالفا لموقف التّشريعات العربية بما فيها القانون الجزائري، إذ منح المشرّع التّونسي السّلطة التّقديرية للقاضي في اختيار القانون الواجب التّطبيق على النّسب للوصول إلى الحلّ الملائم والأصلح للطّفل دون تمييز بين البنوّة الشّرعية والبنوّة الطّبيعية، حيث ينص الفصل 52: " يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين:

- القانون الشّخصي للمطلوب أو قانون مقرّه.
- القانون الشّخصي للطفل أو قانون مقره.

وتخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأت بمقتضاه"[3].

---

[1] المادة 41 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961 السالف الذكر.

[2] المادة 4/19 من القانون رقم 40 لسنة 1951 السالف الذكر.

[3] الفصل 52 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي السالف الذكر.

وفي رأينا يعتبر الحلّ الّذي اعتمده المشرّع التّونسي بخصوص قاعدة الإسناد المتعلّقة بالنّسب أحسن الحلول التي وضعتها التّشريعات العربية بما فيها القانون الجزائري، حيث فتح المجال للقاضي ومنح له السّلطة التّقديرية في اختيار القانون الملائم لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي ومنه الوصول إلى حلّ يراعي مصلحة الطّفل.

المبحث السادس

نقص في العلاقات الخاصّة الدولية أمام الهيئات الجزائرية

اتّضح من خلال قواعد الإسناد الجزائرية المتعلّقة بالأحوال الشّخصية؛ محاولة المشرّع الجزائري تطبيق قانون الدّولة الجزائرية في عدّة مواضيع، خاصة مضمون المادة 13 من القانون المدني ذات الطّابع الأحادي والّتي كانت استثناءا للمواضيع الّتي تتضمّنها المواد 11 و 12 من القانون نفسه، وهذه الأخيرة تخص الحياة الشّخصية والعائلية للأفراد وتتعلّق بالنّظام العام، وتطرح إشكالية مدى قيمة النص إذا كانت أمام القاضي الجزائري إمكانية استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بموجب نص المادة 24 و تطبيق القانون الجزائري، وهو ما يبرّر وجود أهداف أخرى لا ترتكز على حماية النّظام العام، إلى جانب ترجيح الجنسية الجزائرية في حالة تعدّد الجنسيات لدى الشّخص الواحد وفق نص المادة 22 من القانون المدني[1]، وهو ما يثير مدى ملاءمة تطبيق القانون الجزائري سواء على الأجانب وفي أحوالهم الشّخصية، أو إذا كان الشّخص في مسائل معينة يحمل جنسية جزائرية وأثناء النّزاع يكون قد تخلّى عن جنسيته الجزائرية، علما أنّ جوهر قواعد الإسناد هو البحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقات الخاصة الدّولية[2].

تُثير هذه الأوضاع السّابقة إشكالية غياب العلاقات الخاصّة الدّولية أمام الهيئات الجزائرية، بحيث قد تكون هيئات جزائرية مختصّة في إنشاء حقوق ومراكز قانونية مثل إبرام

[1] أيت منصور كمال، وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المنعقد يومي 23 و 24أفريل 2014، ص 12.

[2] أيت منصور كمال،، وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية، المرجع نفسه، ص 12.

عقود الزّواج، أو يكون القضاء مختصّللفصل في النّزاعات ذات العنصر الأجنبي وفق قواعد الاختصاص القضائي الدّولي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلّا أنّ أطراف العلاقة يرفضون اللّجوء إلى هذه الهيئات، ممّا يؤدّي إلى غياب تجارب تطبيق قواعد الإسناد الجزائرية لا سيما أمام القضاء، الأمر الّذي يصعب معه دراسة مدى ملاءمة قواعد الإسناد الجزائرية، إلّا بناءا على الجانب النّظري[1].

[1]أيت منصور كمال، المرجع السابق، ص 12.

الفصل الثاني

صعوبة الحفاظ على الحقوق المكتسبة

رأينا فيما سبق أنّ الطّابع الحمائي الّذي اعتمده المشرّع الجزائري في مجال الأحوال الشّخصية قد يؤدّي إلى إهدار مصلحة المتعاملين في العلاقات الدّولية، فبالإضافة إلى ذلك قد يمسّ أيضا باستقرار المعاملات والمراكز الخاصّة ذات البعد الدّولي، ويكون الأمر أكثر تعقيدا إذا تعلّق بحقوق مكتسبة كالانفصال الجسماني أو التبنّي، والّتي لا يمكن تصوّر تطبيق القانون الجزائري للاعتراف بها نظرا لتعارض ذلك مع النّظام العام الجزائري، وعليه تثار إشكالية مدى اعتبار النص عليها ضمن قواعد الإسناد اعترافا من المشرّع بالانفصال الجسماني والتّبنّي، أو جاءت فقط للحفاظ على الحقوق المكتسبة الّتي نشأت في إطار العلاقات الخاصّة ذات البعد الدّولي؟ والسّؤال الأكثر أهمّية؛ ما مدى إمكانية الحفاظ على الحقوق المكتسبة من خلال تطبيق قواعد الإسناد المتعلّقة بها؟

نحاول الإجابة على هذه الإشكالية من خلال تحليل المادة 2/12 والمادة 13 مكرر 1 من القانون المدني، وذلك بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين؛ المبحث الأوّل ندرس فيه إشكالية الاعتراف بالانفصال الجسماني، أمّا المبحث الثّاني إشكالية الاعتراف بالتّبنّي.

المبحث الأوّل

إشكالية الاعتراف بالانفصال الجسماني

قبل الخوض في موضوع إشكالية الاعتراف بالانفصال الجسماني؛ لابدّ أوّلا من توضيح مفهومه (المطلب الأوّل)، والاعتراف به كحق مكتسب (المطلب الثاني)، وعلاقته بالنّظام العام (المطلب الثالث)، وبعدها نبيّن قاعدة الإسناد الخاصّة به والإشكالات المترتّبة عليها (المطلب الرّابع)، ثمّ نتطرّق لموقف بعض التّشريعات العربية (المطلب الخامس)، وأخيرا الحلول المُقترحة (المطلب السّادس).

المطلب الأوّل

مفهوم الانفصال الجسماني

يُقصد بالانفصال الجسماني في عرف الفقه الفرنسي: " الإعفاء القضائي من الواجب الزّوجي في الحياة الزوجية المشتركة مع بقاء رباط الزواج قائما"[1].

ومضمون هذا النّظام هو المباعدة المادّية والافتراق الجسدي في المساكنة لمدّة معينة، وبعدها إمّا أن تقع المصالحة بين الزّوجين وتستأنف الحياة الزّوجية من جديد، وإمّا أن ترفع العصمة الزّوجية عنهما بالطّلاق، وذلك بعد التّأكّد من فشل هذه العلاقة وعدم جدوى الاستمرار فيها[2].

إنّ الانفصال الجسماني نظام مقرّر في القوانين الغربيّة، ويؤدّي إلى الفصل بين الأجسام وانقطاع المعيشة المشتركة بين الزّوجين فقط وهو ليس طلاقا ولا تطليقا، حيث يتّفق التّفريق الجسدي مع الطّلاق في الأسباب والشّروط والإجراءات، غير أنّهما يختلفان من حيث الآثار النّاتجة عن كلّ منهما، كون أنّ الانفصال الجسماني لا يفصم الرّابطة الزّوجية كما هو الحال في الطّلاق، وإنّما يبقى واجب الأمانة والوفاء قائما بين الزّوجين، ممّا يحول دون صلاحيتهما لإبرام عقد جديد، وإن كان يلغي التزام المساكنة ويفصل الأملاك الزّوجية المشتركة[3]، لذا يعرف الانفصال الجسماني ب " وقف المعيشة بين الزّوجين وتعليق الالتزامات المتبادلة مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة"[4]

إذا يؤدّي هذا النّظام إلى وقف المعيشة المشتركة بين الزّوجين وتعليق الالتزامات المتبادلة مع بقاء العلاقة الزّوجية قائمة إلى حين اتّخاذ الزّوجين للقرار إمّا بالمصالحة أو إنهاء العلاقة الزّوجية، وهذا يتنافى مع أحكام الشّريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

---

[1] حمادي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص76.

[2] حمادي عبد الفتاح، المرجع نفسه، ص 76.

[3] حمادي عبد الفتاح، المرجع نفسه، ص 76.

[4] عثماني بلال، المرجع السابق، ص 174.

المطلب الثّاني

الاعتراف بالانفصال الجسماني كحقّ مكتسب

قبل تعديل القانون المدني سنة 2005؛ اكتفى المشرّع الجزائري بوضع ضابط إسناد لانحلال الزّواج ولم يتعرّض لمسألة الانفصال الجسماني، وهو نظام مقرر في القوانين الغربية ومن الجائز أن تعرض أمام القضاء الجزائري منازعات بشأنه، والأصحّ أن توضع قواعد الإسناد للتّطبيق على الوطنيين والأجانب على حدّ سواء، ويكمن الإشكال عندما تعرض على القاضي الجزائري قضية زوجان يقرّ قانونهما الشّخصي هذا النّظام؛ فعلى أيّ أساس يفصل في الدّعوى في هذه الحالة، فإذا كيّف الانفصال الجسماني بأنّه حلّ للعلاقة الزّوجية فهذا النّظر غير صحيح ومشوّه للطّبيعة القانونية الحقيقية للحالة المتنازع عليها، ذلك لأنّ الانفصال الجسماني يؤدّي إلى الفصل بين الأجسام وانقطاع المعيشة المشتركة بين الزّوجين فقط وهو ليس طلاقا أو تطليقا[1].

وبعد تعديل القانون المدني بالقانون 05-10؛ تلافى المشرّع الجزائري هذا النّقص وقام بإضافة نظام الانفصال الجسماني في الفقرة الثّانية من المادة 12 من القانون المدني، وأصبحت بذلك الفكرة المسندة تشمل كلّ من انحلال الزّواج والانفصال الجسماني، ويطبّق عليهما قانون جنسية الزّوج وقت رفع الدّعوى[2]، لكن السّؤال الّذي يطرح نفسه بهذا الصّدد؛ هل نص المشرّع الجزائري على الانفصال الجسماني ضمن قواعد الإسناد يعدّ اعترافا له لهذا النّظام بالتّالي إمكانية إنشاء هذا الحق في الجزائر؟

إنّ موضوع الانفصال الجسماني من بين المسائل المخالفة للنّظام العام في الدّول الّتي تستمدّ الأحوال الشّخصية من الشّريعة الإسلامية كونه مخالفا لأحكامها، بالتّالي فإنّ نص المشرّع الجزائري على هذا الموضوع ضمن قواعد الإسناد؛ لا يعتبر اعترافا له لهذا النّظام، وإنّما يتعلّق الأمر بالقانون الواجب التّطبيق على نزاع يطرح أمام القاضي الجزائري حول الانفصال الجسماني كحقّ مكتسب ولا يتعلّق بإنشاء هذا الحق أمام القاضي الجزائري، وكمثال على ذلك؛ زوجان تحصّلا على الانفصال الجسماني في فرنسا وفقا لأحكام القانون الفرنسي، وطرح نزاع بينهما حول

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 181.

[22] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 181.

العلاقة الزّوجية أمام القاضي الجزائري، وصرّحت الزّوجة بوجود انفصال جسماني بينهما صدر بشأنه حكم في فرنسا، فهنا لا يمكن للقاضي التمسّك بالنّظام العام لأنّه ليس في مرحلة إنشاء ذلك الحق وإنّما هو بصدد الاعتراف بهذا الحق المكتسب، وهو ما سمّاه الفقه بالنّفاذ الدّولي للحق المكتسب، فالنّظام العام لا يتمّ إعماله بنفس الدّرجة في الحالتين، فحين يراد إنشاء مركز قانوني ابتداء داخل دولة القاضي ينتج النّظام العام كامل آثاره، أمّا إذا أريد التّمسّك في بلد القاضي بآثار حق نشأ في الخارج لا يعتبر نفاذه حتما مخالف للنّظام العام، فيكون أثر الدّفع بالنّظام العام مخفّفا، لأنّ الشّعور العام في بلد القاضي لا يتأثّر إزّاء حق نشأ في الخارج بنفس القدر الّذي يتأثر به إذا أريد إنشاء نفس الحق في دولة القاضي[1]، غير أنّ القاضي ينفّذ فقط الآثار الّتي لا تخالف النّظام العام في الجزائر، وهو ما سمّاه الفقه بالأثر المخفّف للنّظام العام، فالاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني استبعاد الدّفع بالنّظام العام بالنّسبة لأيّ حق اكتسب في الخارج، إذ قد يتعارض نفاذ الحق الّذي اكتسب في الخارج مع النّظام العام في دولة القاضي حتّى على وجهه المخفّف[2].

وعليه تطبّق قاعدة الإسناد الواردة في المادة 2/12 من القانون المدني على نوعين من المواضيع محلّ النّزاع؛ أوّلا إذا تعلّق الأمر بصحّة الحقّ المكتسب، فهو نزاع يتمحور حول سبب الانفصال الجسماني والشّروط الموضوعية لإعماله كالزّنا أو إذا كان أحد الزّوجين يشكّل خطرا جسيما على الزّوج الثاني، وثانيا إذا تعلّق الأمر بآثار الانفصال الجسماني الّتي تنقسم بدورها إلى الآثار المتعلّقة بالعلاقات الشّخصية بين الزّوجين، كنفقة الزّوجة وتحديد مدّة الانفصال، والآثار المتعلّقة بالعلاقات المالية كتصفية النّظام المالي[3].

أمّا فيما يخصّ المسائل الإجرائية المتعلّقة بالانفصال الجسماني؛ فإنّها لا تخضع لأحكام المادة 2/12، إذ قد تقضي المحافظة على المصالح المختلفة للزّوجين والأولاد اتّخاذ بعض

---

[1] كيحل كمال، " الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص"، **مجلة الحقيقة**، عدد 29، جامعة أدرار، ص ص 461- 473، ص 464.

[2] كيحل كمال، المرجع نفسه، ص 468.

[3] أيت منصور كمال، " إشكالية القانون الواجب التّطبيق على الانفصال الجسماني والتبني"، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني**، عدد 02، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2010، ص ص 144-158، ص 147.

التّدابير الضّرورية أو المستعجلة، مثل تحديد محلّ إقامة الزّوجة أو رعاية الأولاد، والمتّفق عليه في التّشريع والفقه والقضاء خضوع المسائل الإجرائية لقانون قاضي رفع الدّعوى[1]، وهو ما كرّسه المشرّع الجزائري سنة 2005 بموجب المادّة 21 مكرر من القانون المدني الّتي تنصّ: " يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات، قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"[2]، أمّا الفقهاء الفرنسيين يرجعون تطبيق القانون الفرنسي على الإجراءات إلى أساس آخر وهو تعلّق المسألة بالأمن المدني الّذي يتعلّق بدوره بالنّظام العام، وقد أكّد المشرّع التّونسي أيضا خضوع الإجراءات التّحفّظية في النّزاع المتعلّق بالانفصال الجسماني إلى أحكام القانون التّونسي[3]، وذلك من خلال الفصل 49 من مجلّة القانون الدّولي الخاص التّونسي الّتي تنص: " الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها.

وينظم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى"[4].

وتكييف المسألة إذا ما كانت من المسائل الموضوعية أو الإجرائية؛ يقع على القاضي الجزائري عملا بنص المادة 9 من القانون المدني الّتي تنص: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه"[5]، بالتّالي إذا كانت من الموضوع تخضع لقانون جنسية الزّوج وقت رفع الدّعوى تطبيقا لأحكام المادة 2/12 من القانون المدني، وإذا كانت من المسائل الإجرائية يطبّق القانون الجزائري وفقا لأحكام المادة 21 مكرر من نفس القانون[6].

المطلب الثالث

[1] أيت منصور كمال، المرجع السابق، ص 147.

[2] المادة 21 مكرر من الامر رقم 75-58 السالف الذكر.

[3] أيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المرجع السابق، ص 147.

[4] الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي السالف الذكر.

[5] المادة 9 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[6] أيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المرجع السابق، ص 147.

الانفصال الجسماني والنّظام العام

لم ينظّم قانون الأسرة الجزائري موضوع الانفصال الجسماني، وذلك لمخالفته أحكام الشّريعة الإسلامية الّتي لا تعرف مثل هذا النّظام، وإنّما تدعو إمّا بالإمساك بالمعروف أو التّسريح بالإحسان، وعليه فإنّ أولى إشكالات التّنازع الدّولي بالنّسبة لقضايا الانفصال الجسماني تظهر مع مبدأ نظر القاضي في مثل هاته الأنظمة من حيث التّكييف؛ إذ كيف يمكن أن يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف علاقة يطلب تحديد نوعها لمعرفة القانون الواجب التّطبيق –وفقا للمادة 9 من القانون المدني– وهو لا يدري لها مضمونا؟ وعلى أي أساس يقيم القاضي عملية التوصيف والتّصنيف لمثل هذا النّظام الغريب؟[1]

لقد أشرنا من قبل إلى أنّ موضوع الانفصال الجسماني من بين المسائل المخالفة للنّظام العام في الدّول الّتي تستمدّ الأحوال الشّخصية من الشّريعة الإسلامية كونه مخالفا لأحكامها، وذكرنا أيضا أنّ نص المشرّع الجزائري على هذا الموضوع ضمن قواعد الإسناد؛ لا يعتبر اعترافا له لهذا النّظام، وإنّما يتعلّق الأمر بالقانون الواجب التّطبيق على نزاع يطرح أمام القاضي الجزائري حول الانفصال الجسماني كحقّ مكتسب ولا يتعلّق بإنشاء هذا الحق أمام القاضي الجزائري، و قلنا أنّ النّظام العام لا يتمّ إعماله بنفس الدّرجة في كلّ الأحوال، فحين يراد إنشاء مركز قانوني ابتداء داخل دولة القاضي – أي المطالبة بإنشاء الانفصال الجسماني– ينتج النّظام العام كامل آثاره، أمّا إذا أريد التّمسّك في بلد القاضي بآثار حق نشأ في الخارج – أي التّمسّك بآثار الانفصال الجسماني الّذي نشأ في الخارج– لا يعتبر نفاذه حتما مخالف للنّظام العام، فيكون أثر الدّفع بالنّظام العام مخفّفا، لأنّ الشّعور العام في بلد القاضي لا يتأثّر إزّاء حق نشأ في الخارج بنفس القدر الّذي يتأثر به إذا أريد إنشاء نفس الحق في دولة القاضي[2]، غير أنّ القاضي ينفّذ فقط الآثار الّتي لا تخالف النّظام العام في الجزائر، وهو ما سمّاه الفقه بالأثر المخفّف للنّظام العام، فالاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني استبعاد الدّفع بالنّظام العام بالنّسبة لأيّ حق اكتسب في الخارج، إذ قد يتعارض نفاذ الحق الّذي اكتسب في الخارج مع النّظام العام في دولة

[1] حمادي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 78.

[2] كيحل كمال، " الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص"، **مجلة الحقيقة**، عدد 29، جامعة أدرار، ص ص 461– 473، ص 464.

القاضي حتّى على وجهه المخفّف[1]. وفي هذا قرّرت المحكمة العليا أنّ الأحكام والقرارات الصّادرة من الجهات القضائية الأجنبية الّتي تصطدم وتخالف النّظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، والقضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقا للقانون[2].

ويقصد بالأثر المخفّف للنّظام العام؛ أن تحترم الحقوق المكتسبة عن المراكز القانونية الّتي نشأت بالفعل في ظلّ قانون أجنبي، الّتي ورغم مخالفتها للنّظام العام في دولة القاضي إلّا أنّه يمكن الاحتجاج بالآثار المترتّبة عنها، طالما لم تثبت مصادمتها للأصول القانونية والثّوابت القيمية للنّظام الوطني؛ فإذا رفعت دعوى نفقة غذائية أمام القاضي البريطاني بناء على زواج ثاني تمّ إبرامه في الجزائر وفق أحكام قانون الأسرة فيه، فرغم تعارض نظام تعدّد الزّوجات مع الأسس الجوهرية الّتي يقوم عليها النّظام الأسري البريطاني، إلّا أنّ القضاء لا يملك في هذه الحالة تحريك الدّفع بالنّظام العام وإبطال الزّواج الثّاني أو إهدار الحق المكتسب عنه، طالما لم يعارض هذا الحق ذات النّظام أو يصادمه[3].

ويستند الفقه في تبرير الأثر المخفف للنّظام العام إلى مجموعة من الحجج:

- إنّ الشّعور العام في دولة القاضي إزاء علاقة أو مركز قانوني نشأ بالخارج يكون أقلّ حساسية وتأثرا منه في الحال الّتي تكون فيها تلك العلاقات أو المراكز يراد إنشاؤها والاعتراف بها في دولة القاضي[4]. فإذا كان مثلا من غير المقبول للقاضي السّماح بالطّلاق بالتّراضي لمخالفته للنّظام العام في دولته، فإنّه يمكن أن يقبل ذات القاضي تنفيذ حكم أجنبي بخصوص أثر مادي لهذا الطّلاق، كون أنّ مجرّد امتداد آثار هذه العلاقة القانونية لن يخدش الشّعور العام بذات القدر[5].

---

[1] كيحل كمال، المرجع نفسه، ص 468.

[2] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 51066، صادر بتاريخ 1998/11/13، المجلة القضائية، عدد 3، 1990.

[3] حمادي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 70.

[4] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط 1، التركى للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، 2006، ص 142.

[5] حمادي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 70-71.

- الأخذ بمبدأ الأثر المخفّف للنّظام العام ضرورة يقتضيها استقرار المعاملات الدّولية واضطرادها، حيث يرى الفقيه بييه أنّ ضرورة استمرارية تمتّع الأشخاص بحقوقهم على المستوى الدّولي؛ تفرض الاعتراف بالحقوق المكتسبة عن المراكز المنشأة بالخارج، مادامت قائمة على أصول وقواعد القانون المختص، وخالية من كلّ غشّ أو تحايل.
- اعتماد مبدأ الأثر المخفّف للنّظام العام – سيما في مجال الأحوال الشخصية – من شأنه أن يسمح باستقرار الحالة المثبتة للشّخص ودوامها، واحترام المراكز والعلاقات القانونية المترتّبة عنها، لأنّ تكريس الأثر الكامل للنّظام العام على مثل هذه العلاقات والأوضاع يؤدّي إلى إهدارها ، ممّا يهدّد حياة المجتمع الدّولي ككلّ على مستوى الأفراد ويصيب علاقاتهم بالشّلل والانقطاع.
- إعمال فكرة الأثر المخفّف للنّظام العام ينسجم مع الطابع النسبي الّذي يتميّز به هذا النّظام. فليس ثمّة مبرر جدّي لتفعيل الدّفع بالنّظام العام بالنّسبة لمراكز قانونية نشأت خارج دولة القاضي، حتّى يتعيّن في حقّه بحث مدى مصادمتها للثّوابت والمبادئ الأساسية للقانون الوطني، فمثل هذه المراكز منبتة الصّلة بالنّظام العام لدولة القاضي، الّذي يتعين عليه بدل ذلك أن يركّز بؤرة تقديره على آثار هذه المراكز والحقوق المكتسبة عنها، فهي وحدها الّتي تمتدّ إلى دولة القاضي[1]، أي أنّ القاضي الوطني لا يعمل الدّفع بالنّظام العام بالنّسبة للمراكز القانونية الّتي تمّ إنشاؤها بالخارج نظرا لأنّ نشأة هذه المراكز لا صلة له بالنّظام القانوني الوطني حتى يتعيّن البحث عن مدى اصطدامه بالنّظام العام في دولة القاضي[2].
- إنّ الاعتراف بالعلاقات القانونية والمراكز القانونية المنشأة بالخارج لا يمثل سوى كلفة زهيدة على المستوى الأدبي والاجتماعي، لقاء استقرار العلاقات وتأمين مناشط الحركة الفردية على المستوى الدولي[3].
- أنّ الأخذ بهذه الفكرة أمر يقتضيه اضطراد المعاملات الدولية.

---

[1] حمادي عبد الفتاح، المرجعنفسه، ص 70-71.

[2] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 142.

[3] حمادي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 70-71.

ذلك أنّ الأخذ بالأثر الكامل للدّفع بمخالفة النّظام العام بشأن العلاقات الّتي تتمّ خارج إقليم الدّولة الّتي يتبعها القاضي؛ من شأنه الحدّ من العلاقات القانونية الّتي تمتدّ عبر حدود الدول بشكل قد يهدّد حياة المجتمع الدّولي للأفراد، ويصيب بالتّجارة الدّولية بأبلغ الأضرار نظرا لحرمانها ممّا تحتاج إليه من تأمين لحقوق الدّائنين في المجال الدّولي[1].

وهناك تطبيقات عديدة استمدّها الفقه من القضاء الفرنسي للتّدليل على تطوّر مبدأ الأثر المخفّف للنّظام العام، منها:

قرار « Bulkey » في 28 فيفري 1860 الّذي جسّد جواز الاحتجاج بالطّلاق في فرنسا، والمطالبة بآثاره أمام القضاء الفرنسي إذا تمّ إيقاعه بين الأجانب في الخارج، رغم حظر القانون الفرنسي له آنذاك وتعلّق ذلك بالنّظام العام، فقد اكتسب هذا القرار الأوضاع المنشئة بالخارج شبه حصانة اتّجاه النّظام العام لدولة القاضي، بسبب ندرة تعارض الآثار الّتي قد تترتّب بحقّ تلك المراكز مع المبادئ الجوهرية للقانون الفرنسي. كالمطالبة بالنّفقة الغذائية، أو الحضانة، أو نصيب في تركة، أو قسمة متاع وغيرها من الآثار الّتي تقرّها أغلب نظم العالم وقوانينها[2].

كما بلور قرار « Riviére » الصّادر في 17 أفريل 1953 مبدأ الأثر المخفّف للنّظام العام، وأعطاه بعدا أكثر اتّساقا وانضباطا، ولطّف من ردّة فعل القضاء اتّجاه الحقوق المكتسبة بالخارج، مادام إنشاؤها مستوفيا لجميع الشّروط الّتي يمليها القانون الّذي أنشئت في ظلّه، وفق قواعد القانون الدّولي الخاص الفرنسي. وتطبيقا لذلك أجاز القرار للأزواج الأجانب اعتراف القضاء الفرنسي بالطّلاق القائم على التّراضي الموقع بالخارج رغم مخالفته للنّظام العام[3].

كما أجازت محكمة النّقض الفرنسية مطالبة الزّوجة الثّانية بحقّها في توابع العصمة المترتّبة عن عقد زواج صحيح مبرم في دولة أجنبية من رجل معدد في الزواج، وتكريسا لذلك نص قرار

[1] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 143.

[2] حمادي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 71.

[3] حمادي عبد الفتاح، المرجعالسابق، ص 71.

النّقض الصادر في 28 جانفي 1958 على أنّه يمكن للزّوجة الثانية أن تطالب زوجها التونسي بحقها في النّفقة الغذائية، باعتبارها زوجة شرعية[1].

وتجدر الإشارة إلى أنّه قد يتعارض نفاذ الحق الّذي اكتسب في الخارج مع النّظام العام في دولة القاضي حتّى على وجهه المخفف، وبهذا الصدد رفض القضاء الفرنسي احترام الحق المكتسب في الخارج إذا كان يتعارض مع النّظام العام لدولة القاضي، ومن القضايا الّتي لم يجز فيها القضاء الفرنسي التمسّك في فرنسا بآثار الحق المكتسب بالخارج ما يلي[2]:

- رفض القضاء الفرنسي الاعتراف للزّوجة الثّانية بأيّ معونة اجتماعية مرتبطة بالزّواج الثّاني.
- رفض القضاء الفرنسي الاعتراف بآثار الزّواج الثّاني إذا كانت الزّوجة الأولى فرنسية أو مقيمة في فرنسا، فينتج الدّفع بالنّظام العام هنا لآثاره كاملة دون تخفيف.
- رفض القضاء الفرنسي الاعتراف بالطّلاق بإرادة منفردة الّذي تم في الخارج إذا كانت الزّوجة المطلّقة فرنسية أو مقيمة في فرنسا. ويبرّر هذا القضاء الأخير بالرّغبة في حماية الفرنسيات أو المقيمات في فرنسا من حالة لجوء أزواجهم إلى بلدانهم ورفع دعوى الطّلاق بإرادة منفردة، ثمّ الرّجوع إلى فرنسا للتّمسك بآثار الطّلاق[3].

وعلى مستوى القضاء الجزائري؛ فقد كان الاجتهاد القضائي مستقرّا على رفض إعمال الأثر المخفّف للنّظام العام إذا كان القانون الأجنبي يهدّد القواعد الأساسية للتّشريع الأسري أو يمسّ بالقيم الاجتماعية، وفي ذلك رفض القضاء الجزائري تنفيذ الأثر المخفّف للنّظام العام في قضية تتعلّق بالحضانة، والّتي طالبت فيها الطّاعنة إعطاء الصّيغة التّنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين اللّذين أسندا حضانة البنتين إليها بصفتها أمّهما، بسبب مصادمة هذا الحق المكتسب للنّظام العام الجزائري، وخطره الفادح على المثل العليا فيه، كون بقاء البنتين بفرنسا يغيّر من اعتقادهما، ويبعدهما عن دينهما وعادات قومها، فضلا عن أنّه يحرم الأب من حقّه في الرّقابة على تربيتهما ومتابعة شؤون حياتهما. غير أنّ منحى الاجتهاد القضائي بهذا الخصوص متّجه نحو عدم

[1] حمادي عبد الفتاح، المرجعنفسه، ص 71.

[2] كيحل كمال، المرجع السابق، ص 468-470.

[3] كيحل كمال، المرجع نفسه، ص 469.

الاعتداد بمثل الوضع كحالة مصادمة للنّظام العام في الوقت الرّاهن، حتى وإن ثبت تخلّي الحاضن عن الأولاد، طالما لم يغير ديانته[1].

إنّ فكرة الحقوق المكتسبة في الخارج لا تعني إهدار كلّ أثر لفكرة النّظام العام باعتباره صمام الأمان اللّازم لحماية الأفكار الأساسية في المجتمع. وليس هناك معيار دقيق يبيّن الحالات الّتي يعمل فيها النّظام العام بأثر مخفّف والحالات الّتي يعمل فيها بآثاره الكاملة فيما يتعلّق بآثار الحقوق المكتسبة في الخارج، بالتّالي تبقى المسألة متروكة للسّلطة التّقديرية للقاضي وتتأثّر بمتانة الحق وخطورة آثاره، وبعاملي الزمان والمكان[2].

وقد تتفرّع عدّة إشكالات فيما يخصّ نطاق اللّجوء إلى الدّفع بالنّظام العام بشأن الانفصال الجسماني، ونوع الأثر المترتّب في حق قضاياه، حيث إذا كان من المتصوّر الدّفع بالنّظام العام في الحال الّذي يكون فيها الزّوج جزائريا وقت رفع الدّعوى وفقا لما تنصّ عليه الفقرة الثّانية من المادّة 12 من القانون المدني الجزائري، أو كون أحد الزّوجين جزائريا وقت إبرام العقد وفقا لما نصّت عليه المادّة 13 من القانون المدني، فإنّ شاكلة هذا التّنظيم للتّنازع الدّولي في مسائل الانفصال الجسماني تنتج اختلالات ونتائج غريبة؛ ليس أقلّها أنّه يمكن تصوّر اعتماد الدّفع بالنّظام العام من طرف القاضي الجزائري في دعاوى انفصال لأنّ أحد طرفيه كان جزائريا وقت انعقاد الزّواج، رغم تخلّيه أو فقده للجنسية الجزائرية، بينما لا يمكن تصوّر إنفاذ هذا الدّفع على الانفصال الجسماني بين زوج أجنبي وزوجة اكتسبت الجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزّواج[3].

المطلب الرّابع

إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية

أسند المشرّع الجزائري مسألة انحلال الزّواج والانفصال الجسماني لقانون جنسيّة الزّوج وقت رفع الدّعوى، ويتّضح ذلك من خلال الفقرة الثّانية من المادّة 12 من القانون المدني: " ويسري على

[1] حمادي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 72.

[2] كيحل كمال، المرجع السابق، ص 470.

[3] حمادي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 78.

انحلال الزواج والانفصال الجسماني، القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"[1]، لكن طبقا للمادّة 13 من القانون نفسه إذا كان أحد الطّرفين جزائريا وقت انعقاد الزّواج يطبّق القانون الجزائري وحده ماعدا الأهليّة الّتي تخضع لقانون جنسية المعني[2].

ومنه فإنّ المشرّع الجزائري أخضع الانفصال الجسماني إلى ذات قواعد الإسناد الّتي تحكم موضوع انحلال الزّواج، والّتي ناط اختصاص نظرها بضابط جنسية الزّوج وقت رفع الدّعوى، وانتقد موقف المشرّع بهذا الصّدد – كما سبق وأن أشرنا إليه في الفصل الأول من هذا الباب– على أساس أنّ هذه المسألة تتعلّق بكلا الزّوجين، بالتّالي ليس من العدل أن تخضع لجنسية الزّوج وحده وإنّما من الأصحّ أن تخضع لقانون يجمع الطّرفين معا، أو يكونا على الأقلّ متبصرين بحكمه ومتوقعين له، وتجنبا للتّنازع المتحرّك، كما أنّه يمكن أن يؤدّي للتّحايل على القانون والغش فيه، حيث يمكن للزّوج أن يغيّر من جنسيته وفق ما يفيده في القضيّة، ممّا يضرّ بمصالح الزّوجة وحقوقها المكتسبة، وهو مايجعل من اختيار ضابط إسناد مشترك الحلّ الّذي يمكن معه تلافي هذه المشاكل، لذلك نصت المادة 8 من اتّفاقية لاهاي: " إذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة، فيكون قانون آخر جنسية مشتركة لهما هو القانون المعتبر بالنسبة لتطبيق المواد الخاصة بالتطليق والانفصال"[3].

ويترتّب على إسناد الانفصال الجسماني لقانون جنسية الزّوج وقت رفع الدّعوى وفقا لما نصّت عليه المادّة 2/12 من القانون المدني الجزائري؛ إمكانية تطبيق القانون الجزائري على النّزاع المتعلّق بالانفصال الجسماني، وذلك في حالة ما إذا كان الزّوج جزائريا وقت رفع الدّعوى (الفرع الأول)، أو أنّ أحد الزّوجين كان جزائريا وقت انعقاد الزّواج (الفرع الثاني).

---

[1] المادة 12 من الأمر رقم 75–58 السالف الذكر.

[2] تنص المادة 13 من الأمر رقم 57–58 السالف الذكر: " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

[3] حمادي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 76.

الفرع الأوّل

حالة كون الزّوج جزائري وقت رفع الدّعوى

في هذه الحالة تطبّق القاعدة الأصلية المنصوص عليها في المادة 2/12 من القانون المدني، و يسري القانون الجزائري حتّى وإن كان الزّوج يحمل جنسية دولة أخرى، ولو كانت هذه الأخيرة جنسية فعلية تطبيقا لأحكام المادة 2/22 من القانون المدني التي تنص: " غير أنّ القانون الجزائري هو الّذي يطبّق إذا كان للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول"[1].

وتتحقّق هذه الحالة إذا نشأ انفصال جسماني في دولة أجنبية، ووفق أحكام القانون الأجنبي، سواء في حالة ما إذا كان الزّوج جزائري وطبّق في تقرير الانفصال الجسماني قانون الموطن المشترك للزّوجين مثل القانون الفرنسي، حيث قرّرت المادة 309 من القانون المدني الفرنسي إمكانية تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الموطن المشترك، أو في حالة ما إذا كان الزّوج أجنبي وبعد الحكم بالانفصال الجسماني اكتسب الجنسية الجزائرية[2].

ويطرح في هاتين الحالتين مشكل إخضاع الانفصال الجسماني لقانون جنسية الزّوج وقت رفع الدّعوى والمتمثّل في القانون الجزائري الّذي لا يعرف تكريسا لهذا النّظام باعتباره يتناقض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري[3].

إلّا أنّه في الافتراض الآخر أين يكتسب الزّوج الجنسية الجزائرية، فيمكن القول أنّه مقبول على أساس أنّ الزّوج راضيا للخضوع لأحكام القانون الجزائري[4].

---

[1] المادة 2/22 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[2] أيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المرجع السابق، ص 149.

[3] تواتي نصيرة، المرجع السابق، ص 166.

[4] تواتي نصيرة، المرجع نفسه، ص 166.

الفرع الثاني

حالة كون أحد الزّوجين جزائريا وقت انعقاد الزّواج

استنادا إلى الأخذ بضابط الجنسية في الأحوال الشّخصية حسب المادة 13 من القانون المدني أين يطبّق القانون الجزائري إذا كان أحد الزّوجين جزائريا وقت انعقاد الزّواج، وبقانون جنسية الزّوج وقت رفع الدّعوى في النّزاع المتعلّق بالانفصال الجسماني حسب المادة 2/12 من القانون المدني، فإنّه يمكن أن يطبّق القانون الجزائري.

إذن يمكن تطبيق القانون الجزائري على النّزاع المتعلّق بالانفصال الجسماني، وهو قانون لا يعرف هذا النّظام، وحتى وإن تقرّرت المادة 13[1] من القانون المدني ذات الطّابع الاستثنائي والأحادي لحماية الطّرف الجزائري، فإنّ ذلك قد يكون مقبولا إذا لم يتخلّى الزّوج أو الزّوجة عن الجنسية الجزائرية، أي أنّه مازال يحمل هذه الجنسية وقت رفع الدّعوى، أمّا في حالة ما إذا تخلّى عن الجنسية الجزائرية بعد عقد الزّواج؛ فلا وجود لما يربطه بالدّولة الجزائرية، وتطرح في هذه الحالة مدى قيمة نص المادة 13 لاسيما عندما تطبّق من طرف القاضي[2].

المطلب الخامس

موقف بعض التّشريعات العربية

لقد اتّخذت أغلب القوانين العربية نفس موقف المشرّع الجزائري بخصوص القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني، ويتبيّن ذلك من خلال المواد القانونية الّتي تعرّضنا لها سابقا بحيث يقابل نصّ المادّة 2/12 من القانون المدني الجزائري في القوانين العربية؛ المادّة 2/13 من القانون المدني المصري: " أما الطلاق فيسري عليه قانون الدّولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق. ويسري على التّطليق والانفصال قانون الدّولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى"[3]،

---

[1] تنص المادة 13 من القانون المدني: " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

[2] تواتي نصيرة، المرجع السابق، ص 167.

[3] المادة 2/13 من القانون المدني المصري السالف الذكر.

ومن بين القوانين العربية الّتي تقابل المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري أيضا؛ نجد القانون اللّيبي في المادة 2/13 من القانون المدني: " أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى"[1].

والقانون المدني السوري في المادة 2/14: " أما الطلاق، فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى"[2].

والقانون المدني العراقي في المادة 3/19: " ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى"[3].

وكذا الفقرة الثّانية من المادة 14 من القانون المدني الأردني: " أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق. ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى[4].

أمّا المشرّع الكويتي فقد أسند مسألة انحلال الزّواج والانفصال الجسماني لقانون آخر جنسية مشتركة بين الزّوجين قبل الطّلاق أو قبل رفع الدّعوى، وإن لم توجد فيطبق قانون الزّوج وقت انعقاد الزواج[5]، حيث تنص المادة 40 من القانون رقم 5 لسنة 1961 الكويتي: " يسري على الطلاق والتطليق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال. فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة، سرى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج".

وبالنّسبة للقانون التّونسي؛ فموقفه مخالفا لموقف القوانين السّابقة بخصوص القانون الواجب التّطبيق على انحلال الزّواج والانفصال الجسماني، ويسعى دائما لتحقيق المساواة بين الجنسين

[1] المادة 2/13 من القانون المدني الليبي السالف الذكر.

[2] المادة 2/14 من القانون المدني السوري السالف الذكر.

[3] المادة 3/19 من القانون المدني العراقي السالف الذكر.

[4] المادة 2/14 من القانون المدني الأردني السالف الذكر.

[5] المادة 40 من القانون رقم 5 لسنة 1961 الكويتي السالف الذكر.

وتطبيق القانون الملائم، حيث أخضع مسألة الطّلاق والانفصال الجسماني لقانون الجنسية المشتركة وقت رفع الدّعوى، وإن كان الأطراف من جنسيتين مختلفتين يطبّق قانون آخر مقرّ مشترك لهما وإلّا فقانون القاضي[1].

ويرى الأستاذ زروتي الطيب أنّ قاعدة الإسناد المعتمدة في الفقرة الثّانية من المادة 12 من القانون المدني الجزائري – قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى– مناسبة كون أنّ الانفصال الجسماني يحصل بحكم قضائي، ويرى أنّ هذا الضّابط أفضل مقارنة بالضّوابط المقرّرة في القوانين العربية الأخرى والغربية، الّتي منها من أخذت بالقانون الوطني للزّوج عند إبرام الزّواج، ومنها من أخذت بقانون الجنسية المشتركة للزّوجين أو آخر جنسية مشتركة بينهما أو بقانون الموطن[2].

المطلب السّادس

الحلول المقترحة

اعتمد المشرّع الجزائري –على غرار بعض التّشريعات– ضابط الجنسية في الأحوال الشّخصية، وكرّسه حتّى خلق العديد من المشاكل، حيث يؤدّي إلى المساس وفي بعض الأحيان إهدار مصلحة المتعاملين في العلاقات الدّولية، وأيضا المساس باستقرار المعاملات والمراكز الخاصّة ذات البعد الدّولي، ويكون الأمر أكثر تعقيدا إذا تعلّق الأمر بحقوق مكتسبة كالانفصال الجسماني، أضف إلى ذلك انتمائه إلى الأحوال الشّخصية الّتي تعدّ موضوع جدّ حسّاس ومتعلّق بالنّظام العام.

وعلى أساس مختلف هذه المشاكل؛ لابدّ من اختيار حلّ ملائم وهو ما تهدف إليه مشكلة تنازع القوانين وصياغة قواعد الإسناد، دون الوقوف على الحلول المقدّمة سابقا سواء من طرف الباحثين في المجال أو من طرف القضاء، إنّما يمكن اقتراح حلّا آخر قد يكون ملائما لحلّ النّزاع المتعلّق بالانفصال الجسماني، ويتمثّل ذلك في[3]:

---

[1] الفصل 49 من مجلّة القانون الدّولي الخاص التونسي السالف الذكر، والتي تنص: " الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشّخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها".

[2] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 265.

[3] أيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المرجع السابق، ص 150.

الفرع الأوّل

إخضاع صحّة الانفصال الجسماني للقانون الّذي أنشأ الحق

لا يمكن تقرير قاعدة إسناد تطبّق على صحّة الانفصال الجسماني في القانون الجزائري بنفس الموقف المعتمد في بعض الدّول مثل فرنسا وانجلترا، حيث جاءت الفقرة الثّانية من المادة 12 من القانون المدني الجزائري لمواجهة النّزاع المتعلّق بحقّ مكتسب، بينما يمكن في الدّول الأخرى السّابقة الذّكر تطبيق النّص حتّى لإنشاء الحقّ، أي يمكن فيها تقرير الانفصال الجسماني من طرف القاضي، بينما يطرح أمام القاضي الجزائري نزاع حول صحّة الانفصال الجسماني كحقّ مكتسب، نشأ في دولة أجنبية ووفقا لأحكام القانون الأجنبي الّذي يعرف هذا النّظام، وبذلك فمن المنطق أن يطبق القاضي أحكام هذا القانون الّذي أنشأ هذا الحقّ، ومثال ذلك؛ إذا طرح أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلّق بصحّة انفصال جسماني نشأ وفق القانون الفرنسي، فيتعيّن على هذا القاضي الرّجوع إلى القانون الفرنسي[1].

الفرع الثاني

تقرير حلول مختلفة لآثار الانفصال الجسماني

حيث من الأفضل عدم معاملة النّزاع المتعلّق بآثار الانفصال الجسماني نفس المعاملة مع النّزاع المتعلّق بصحّة هذا النّظام، ذلك لأنّ الآثار تمتدّ لمدّة طويلة وهي تلك المقرّرة من القاضي أثناء الحكم بالانفصال.

وفي ذلك إمّا أن تخضع للقانون الّذي أنشأ هذا الحقّ، لاسيما إذا لم تبق مدّة طويلة لانتهاء الانفصال الجسماني، وإمّا الاعتماد على الجنسية المشتركة للزّوجين، كحالة ما إذا اكتسبا جنسية دولة ما، أو الموطن المشترك لكليهما، وفي كلتا الحالتين يظهر ارتباط وانتماء الطّرفين إلى الدّولة، وهي حلول ينصّ عليها المشرّع في قاعدة الإسناد الّتي تحكم آثار الانفصال الجسماني، ويقع على

[1] أيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التّطبيق على الانفصال الجسماني والتبني،المرجع السابق، ص 150.

عاتق القاضي اختيار القانون الملائم مراعاة لما يخدم مختلف المصالح بما فيها الحفاظ على الحقوق المكتسبة[1].

وحتّى تتحقّق فعالية الحلول السّابقة سواء في القانون الواجب التّطبيق على صحّة الحقّ أو الّذي يحكم آثاره، لابدّ من عدم تطبيق أحكام المادّة 13 من القانون المدني فيما يتعلّق بالانفصال الجسماني[2].

المبحث الثاني

إشكالية الاعتراف بالتبني

يعتبر موضوع التّبنّي من بين المواضيع الّتي حرمها قانون الأسرة الجزائري، واعتبرها نظاما ممنوعا ولا يمكن إثبات نسب عن طريقه طبقا لنص المادة 46 من قانون الأسرة الّتي تنص: " يمنع التبني شرعا وقانونا"[3].

غير أنّه بالعودة إلى قواعد الإسناد في القانون المدني الجزائري؛ نجد أنّ المشرّع تعامل مع التّبنّي نفس معاملته للكفالة، بحيث أخضع التّبنّي لنفس أحكام الكفالة، ومنه فإنّ كلاهما يخضعان لنفس الأحكام من حيث تنازع القوانين، بالتّالي هل يمكن اعتبار ذلك اعترافا من المشرّع الجزائري بالتّبنّي، أم أنّه أورد ذلك فقط للحفاظ على الحقوق المكتسبة الّتي نشأت في إطار العلاقات الخاصّة ذات البعد الدولي؟ وإذا كان كذلك؛ ما مدى مخالفته للنّظام العام في هذه الحالة؟ والسّؤال الأكثر أهمّية؛ ما مدى إمكانية الحفاظ على الحقوق المكتسبة – بالخصوص تلك المتعلّقة بالتّبنّي– من خلال تطبيق نص المادة 13 مكرر 1 /2؟

وللإجابة على هذه الإشكالية؛ لابدّ أوّلا من توضيح مفهوم التبنّي (مطلب أوّل)، ثمّ تحليل قاعدة الإسناد الخاصّة بالتّبنّي والّتي أوردها المشرع الجزائري في المادّة 13 مكرر 2/1 من القانون المدني (مطلب ثاني)، وبعدها مدى تعارض نص المادة 13 مكرر 2/1 من القانون

[1] أيت منصور كمال، المرجع نفسه، ص 151.

[2] أيت منصور كمال، المرجع نفسه، ص 151.

[3] المادة 46 من القانون 84-11 السالف الذكر.

المدني مع النظام العام الجزائري (مطلب ثالث) والإشكالات الّتي قد تثيرها من جرّاء تطبيقها (مطلب رابع)، وأخيرا موقف بعض الدّول العربية (مطلب خامس).

المطلب الأول

مفهوم التبني

البنوة لغة هي نسبة مولود لمن ولد له عنه، فإن اعتبرت من جانب الأب كانت أبوة وإن اعتبرت من الابن كانت بنوة.

أمّا التبنّي؛ جاء في لسان العرب لابن المنظور: التّبنّي: من بني جمع ابن مضافا إلى النفس، ويقال تبنيته أي ادعيت بنوته. وتبناه: اتخذ ابنا، وقال الزجاج: تبنّى به يريد تبنّاه، وفي حديث أبي حذيفة: أنه تبنى سالما أي اتخذه ابنا[1].

واصطلاحا؛ وُجدت له عدّة تعريفات، نذكر منها:

عرّف الدكتور فضيل إدريس التبنّي كما يلي: " هو عملية إلحاق شخص بآخر معلوم النسب أو مجهول مع علمه يقينا أنه ليس منه وهي علاقة بين طرفين أحدهما وهو الشخص الكبير امرأة أو رجل يسمى المتبني، أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبنى"[2].

وعُرّف أيضا؛ " التبني هو استلحاق شخص معروف النسب إلى أب، أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذ ولدا وليس بولد حقيقي"[3].

---

[1] محمودي فاطمة، " تعارض المادة 13 مكرر 1 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري مع النظام العام الوطني"، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية**، عدد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2017، ص ص 188- 205، ص 191.

[2] محمودي فاطمة، المرجع السابق، ص 191.

[3] صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص: الجنسية وتنازع القوانين، المرجع السابق، ص 434.

فهو " تصرف قانوني منشئ لنسب يختلف في أحكامه عن النسب الحقيقي، إذ لا يثبت بنوة حقيقية كالبنوة التي تترتب على الإقرار بالنسب، إنما يثبت بنوة ثابتة بحكم القانون، تترتب عليها أحكام تختلف عن أحكام البنوة الحقيقية"[1].

كما عرّف جانب من الفقه التّبنّي: " هو أن يعمد رجل إلى ولد معروف النسب إلى أبيه فينسبه إلى نفسه"[2].

وعرّفته الجمعية العامّة للأمم المتّحدة في المادة 13 من الفصل المتعلق بالتّبنّي؛ الغرض الأساسي من التّبنّي هو توفير أسرة دائمة للطّفل الّذي لا يتمكّن والداه الأصليان من توفير الرّعاية له[3].

ويعرف التّبنّي في الاصطلاح القانوني على أنّه " عقد قانوني تنشأ بمقتضاه رابطة مصطنعة بين شخصين ليس بينهما قرابة دم. فهو إلحاق قانوني لنسب صوري، وإثبات للُحمة وهمية تترتّب عنها أحكام البنوّة الشّرعية، من إباحة خُلطة وحرمة مصاهرة واستحقاق ميراث"[4].

وتجدر الإشارة إلى أنّه رغم تعدّد التّعريفات للتّبنّي، إلّا أنّها كلّها تدور حول أنّ التّبنّي رجل يتّخذ ولدا ليس من صلبه وينسبه إليه. وقد يكون ذلك بسبب حبّ الأطفال حال العقم أو اليأس من الإنجاب، وإمّا لاستلطاف الولد أو لاستحسان ولد أو بنت الآخر. فيجعل الولد متبنّى مع العلم أنّه ولد الأب الآخر الحقيقي ، وقد يكون الباعث للتّبنّي هو رعاية ولد لقيط أو مفقود أو مجهول النّسب أو لا عائلة له ولا مربي له، فيقوم بتبنّيه حفاظا عليه[5].

[1] صلاح الدين جمال الدين، المرجع نفسه، ص 434.

[2] محمودي فاطمة، المرجع السابق، ص 191.

[3] محمودي فاطمة، المرجع نفسه، ص 191.

[4] حمادي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 73.

[5] محمودي فاطمة، المرجع السابق، ص 191.

والتّبنّي نظام قانوني روماني قديم، يقوم على هدم سلطة رئيس عائلة عن شخص، ومنحها لشخص آخر على ولد الأوّل. وقد أُعيد إحياؤه وتشريعه مع سن القانون المدني الفرنسي سنة 1804.[1]

وله في التّقنين المدني الفرنسي صورتان:

التّبنّي الكامل « Adoption plénière »: وهو الّذي تتأسّس به قانونا الأبوّة الشّرعيّة للمتبني على المتبنّى ليصبح كولده من صلبه، وتنقطع بالتّالي كل رابطة دموية تربطه بعائلته الأولى.

التّبنّي البسيط «Adoption simple»: وهو مظهر مخفّف للتّبنّي الكامل؛ بحيث يحتفظ المتبنّى برابطته البيولوجية بالأسرة الأصلية. ويمنح بموجبه لقب المتبنّي الّذي يضاف للقبه الأوّل، ويمارس بموجبه المتبنّي النيابة الشّرعية على نفس ومال المتبنّى قاصرا غير مرشد[2].

وتجدر الإشارة إلى أنّ التّبنّي الكامل غير قابل للإلغاء، وبموجبه يحمل الطّفل مباشرة لقب وجنسية المتبنّي، ولا يمنح هذا النّوع من التّبنّي إلّا للأطفال دون خمسة عشر (15) سنة والموجودين في مراكز التّبنّي منذ ستة أشهر (6 أشهر) على الأقلّ[3].

أمّا التّبنّي البسيط؛ يكون قابلا للإلغاء لأسباب خطيرة تتعلّق بالمتبنّي أو المتبنّى، كما لم يشترط المشرّع الفرنسي في هذا النّوع من التّبنّي السن كشرط أساسي ، وفي هذا النّوع من التّبنّي؛ يكون للطّفل المتبنّى نفس الحقوق والواجبات الّتي هي للطّفل البيولوجي من حيث انتقال الميراث، كما تؤول السّلطة الأبوية للوالدين بالتّبنّي، بالمقابل يحتفظ المتبنّى بحقوقه في الميراث من عائلة أصلية. مع إمكانية إضافة لقب المتبنى إلى لقبه الأصلي أو يتمّ استبداله بموجب قرار قضائي. أمّا بخصوص اكتساب الجنسية الفرنسية؛ فلا يستطيع المتبنّي الحصول عليها من خلال التّبنّي البسيط إلّا بعد تقديم طلب إلى السّلطات الفرنسية[4].

---

[1] حمادي عبد الفتاح، المرجعالسابق، ص 73.

[2] حمادي عبد الفتاح، المرجعالسابق، ص 73.

[3] محمودي فاطمة، المرجع السابق، ص 195.

[4] محمودي فاطمة، المرجع نفسه، ص 195.

وفيما يخص الفرق بين الكفالة والتّبنّي؛ تجدر الإشارة إلى أنّ الكفالة التزام تطوّعي يقوم به الشّخص الكافل برعاية المتكفل به وحفظه والسّهر على تربيته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ابنه. والكفالة بهذا المعنى تحمي وتحافظ على الأنساب، إذ أنّ المكفول يبقى أجنبي عن الأسرة المكفولة، وقد أوضحت ذلك المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري، فهي تعمل على حماية الحقوق الميراثية وتمنع التّعدّي على حقوق التّركة، إذ لا يحقّ للمكفول الميراث فيه بالمقابل له الحق في الهبة أو الوصيّة في حدود الثلث، ويبطل عقد الهبة أو الوصية إذا تجاوز هذا الحد إلّا إذا أجازه الورثة الشّرعيين[1].

أمّا التّبنّي؛ يمنح للولد المتبنّى حقّ اكتساب لقب الأب المتبنّي، كما يمنح له الحق أيضا في الميراث مثله مثل الابن الشّرعي، وهذا يعتبر تعدّي على حدّ من حدود والمتمثّل في الميراث، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يؤدّي التّبنّي إلى اختلاط في النّسل الأسري ممّا يؤدّي إلى المساس بقدسية الأسرة الّتي ينتمي إليها[2].

المطلب الثاني

قاعدة الإسناد الخاصّة بالتبني

قبل تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10؛ لم تكن هناك قاعدة إسناد خاصة بالتّبنّي، ونظرا لأنّ قانون الأسرة أحدث نظام الكفالة الّذي يهدف لرعاية وتربية من هو في حاجة للحماية والنّفقة عليه، ورتّب عليه حقوقا والتزامات متبادلة على الطّرفين الكافل والمكفول دون أن يترتّب على ذلك آثار البنوّة الشّرعية لاسيما النّسب والميراث. ونظرا لخلو القانون المدني من حكم خاص بتنازع القوانين بشأن الكفالة لاسيما إذا كان طرفاها مختلفي الجنسية، لذلك طرح المشكل على صعيد الفقه، وبعد تعديل القانون المدني سنة 2005 تكفّل المشرّع بهذه المسألة ونظّمها بقاعدة إسناد. ونظرا لكون نظامي الكفالة والتّبنّي مختلفين عن بعضهما قانونا، لذلك نصت عليهما المادّة 13 مكرر 1 وإن كان حكم الإسناد الخاص بهما واحد من حيث صحتهما أو آثارهما[3].

[1] محمودي فاطمة، المرجع نفسه، ص 192.

[2] محمودي فاطمة، المرجع السابق، ص 192.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 193.

تنصّ المادّة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري:" يسري على صحة الكفالة، قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها. ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل.

وتطبق نفس الأحكام على التبني".

يُستفاد من نصّ هذه المادّة أنّ القانون الواجب التّطبيق على صحّة الكفالة –أي على الشّروط الموضوعيّة للكفالة– هو قانون جنسية كلّ من الكفيل والمكفول وقت إجراء الكفالة ويكون تطبيقا موزعا، فيجب على كلّ طرف أن يستجيب للشّروط الموضوعيّة المنصوص عليها في قانونه الوطني، أمّا ما يتعلّق بآثار الكفالة؛ يُطبّق بشأنها قانون جنسية الكفيل، وفيما يخصّ الشّروط الشّكلية تخضع لنص المادة 19 من القانون المدني.

وقد أخضعت المادة 13 مكرر 2/1 التّبنّي لنفس الأحكام الّتي تسري على صحّة الكفالة، ويدخل في فكرة صحّة التّبنّي الشّروط الموضوعيّة المتطلّبة لانعقاد التّبنّي (مثل اشتراط إسناد طلب التّبنّي إلى سبب مشروع، وأن يترتّب عليه مزايا للمتبنّى، وأن لا يقلّ عمر طالب التّبنّي عن سن معيّن، وأن يكون الفرق بين عمره وعمر المطلوب تبنّيه قدرا معينا من السّنوات، أو أن لا يكون لطالب التّبنّي ذرية شرعية، أن يوافق أبواه أو أحدهما على التّبنّي إذا كان على قيد الحياة، وإجراءات الموافقة وحكم قبول أحدهما ومعارضة الآخر وأثر هذه المعارضة وأن التّوكيل لا يجوز في الموافقة على التّبنّي)[1]، إذن يُطبّق على صحّة التّبنّي قانون جنسية المُتبنِّي والمُتبنَّى وقت إنشائه تطبيقا موزّعا، أمّا ما يتعلّق بآثار التّبنّي يُطبّق قانون جنسية المتبنِّي[2].

وفي تحديد القانون الواجب التّطبيق على صحّة التّبنّي راعى المشرّع الجزائري في المادّة 13 مكرر 2/1 مسألتين:

تتمثّل الحالة الأولى في حالة عرض النّزاع أمام القاضي الجزائري ويتعلّق بصحّة التّبنّي، ففي هذه الحالة يتعيّن عليه تطبيق قانون جنسية كلّ من المتبنّي والمتبنّى تطبيقا موزّعا، ومادام الأمر يتعلّق بإنشاء علاقة قانونية بين الطّرفين والمتمثّلة في عقد التّبنّي وحتّى يكون هذا الأخير صحيحا لابدّ من الرّجوع إلى قانون جنسية كلّ طرف في العقد. ويتمّ استبعاد التّطبيق الجامع بسبب

[1] محروق كريمة، المرجع السابق، ص 167.

[2] المادة 13 مكرر 1 من الأمر رقم 75–58 السالف الذّكر.

اختلاف فحوى كلّ قانون من دولة إلى أخرى، بالتّالي فإنّ عقد التّبنّي المبرم لا يكون صحيحا موضوعيا إلّا إذا استوفى كلّ من المتبنّي والمتبنّى الشّروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون جنسيتهما، ضف إلى ذلك أنّ التبنّي ينتمي إلى الأحوال الشّخصية الّتي تعتبر موضوعا متعلّقا بالنّظام العام[1].

أمّا الحالة الثّانية؛ تكمن في إلزام القاضي الوطني بموجب المادّة 13 مكرر 1 من القانون المدني التقيّد بالمعيار الزّمني " وقت إجراء التّبنّي"، والّذي يتطلّب الرّجوع إلى تطبيق قانون الجنسية الّتي كان يتمتّع بها كلّ طرف وقت إبرام عقد التّبنّي[2].

وعليه فإنّ القاضي الجزائري مقيّد بما يسمح به قانون جنسية الأطراف، فإن كان قانون جنسيتهم لا يسمح بالتّبنّي فإنّ القاضي الوطني الجزائري يرفض طلب التّبنّي، وعليه فإنّ هذه المادّة تطرح عدّة احتمالات أمام القاضي الوطني:

- في حالة ما إذا كان قانون جنسية المتبنّى والمتبنّي لا يسمحان بالتّبنّي؛ فإنّ القاضي الجزائري يرفض طلب التّبنّي على أساس القانون الدّاخلي للأطراف الأجانب.
- في حالة ما إذا كان قانون جنسية المتبنّي يسمح بالتّبنّي، وقانون جنسية المتبنّى لا يسمح بذلك، كأن يكون المتبنّى تونسي الجنسية والمتبنّي قاصر من جنسية جزائرية، فإنّ القاضي يرجع لنصّ المادّة 46 من قانون الأسرة بالتّالي لا يأذن بالتّبنّي.
- حالة ما إذا كان قانون جنسية المتبنّي يسمح بالتّبنّي في حين قانون جنسية طالب التبنّي لا يسمح له بذلك، فإنّ القاضي الجزائري يرفض الإذن بالتبنّي.
- في حالة كلا القانونين – قانون جنسية الأطراف– يسمح بالتّبنّي، فإنّ القاضي الجزائري ملزم بالفصل في صحّة التبنّي والإذن به[3].

وبخصوص آثار التّبنّي؛ فقد أخضعها المشرّع الجزائري لقانون جنسية المتبنّي، وذلك على أساس أنّ الآثار لا تحتمل أن تخضع لكلا القانونين، أي قانون جنسية المتبنّي وقانون جنسية

[1] محمودي فاطمة، المرجع السابق، ص 193.

[2] محمودي فاطمة، المرجع السابق، ص 193.

[3] محمودي فاطمة، المرجع نفسه، ص 191.

المتبنّى، الّذي يتطلّب الأمر التّفضيل بينهما، وقد رجّح المشرّع قانون جنسية المتبنّي على أساس أنّ هذا الشّخص هو من يتحمّل الالتزامات الّتي تنتج عن عقد التّبنّي، وهو الموقف الّذي اعتمدته العديد من الدّول من بينها القانون التّونسي[1].

ويدخل في فكرة آثار التّبنّي؛ مدى بقاء الصّلة بين المتبنّي والمتبنّى وأسرته الأصلية، وكيفية تحديد الاسم وانتمائه العائلي، ممارسة السّلطة الأبوية بوجه عام، مدى التزام طالب التّبني في مواجهة الشّخص الّذي تمّ تبنّيه بالنّسبة للمسائل المتعلّقة برعايته والإشراف على شؤونه وتربيته وتعليمه (الولاية على النّفس)، وكذا مسألة الرّجوع عن التّبنّي وشروط هذا الرّجوع وآثاره[2].

وتخرج من الفكرة إدارة أمواله (الولاية على المال)، والّتي تدخل في فكرة حماية القصر وتخضع لقانون جنسيتهم طبقا للمادة 15 من القانون المدني الجزائري. وكذلك تخرج النّفقة من مجال آثار التّبنّي كونها تدخل في فكرة نفقة الأقارب طبقا للمادة 14 من القانون المدني، وكذلك مسألة ميراث الطّفل المتبنّى وحدود هذا الميراث، فهي تخرج من الفكرة وتدخل في فكرة الميراث ويحكمها قانون المورث وقت وفاته طبقا للمادة 1/16 من القانون المدني[3].

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري لم يراعي مشكلة التنازع المتحرّك حيث أنّه لم يعتمد المعيار الزّمني لتحديد القانون الواجب التّطبيق على آثار التّبنّي، إلّا أنّه يفهم من خلال النّص الأخذ بعين الاعتبار جنسية المتبنّي وقت رفع الدّعوى[4].

المطلب الثالث

مضمون نص المادة 13 مكرر 2/1 من القانون المدني

و النظام العام الجزائري

[1] أيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المرجع السابق، ص 154.

[2] محروق كريمة، المرجع السابق، ص 168.

[3] محروق كريمة، المرجع نفسه، ص 168.

[4] أيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المرجع السابق ، ص 154.

إنّ فكرة النّظام العام المعروفة في القانون الدّاخلي تختلف في هدفها عن تلك المعروفة في القانون الدّولي الخاص، حيث أنّ هدف النّظام العام في القانون الدّاخلي يكمن في استبعاد تطبيق اتّفاق الأطراف على مخالفة النّصوص الآمرة، أمّا في إطار القانون الدّولي الخاص فإنّ هدفه هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختصّ وفقا لقواعد الإسناد الوطنية إذا كان تطبيقه يؤدّي إلى المساس بالأسس وركائز دولة القاضي من النّواحي الاقتصادية والاجتماعية والدّينية والثّقافية...إلخ، فالمشرّع الجزائري حينما أشار إلى تطبيق القانون الأجنبي في قواعد الإسناد، لم يقصد أن يطبّق هذا القانون أيّا كانت النّتيجة المترتّبة على ذلك، وإنّما يتعيّن ألّا يمسّ ذلك التّطبيق بمقتضيات النّظام العام في دولته، والسّلطة التّقديرية للقاضي في تقدير مدى تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النّظام العام الوطني[1].

يعتبر نظام التّبنّي نظام محرّم شرعا ويتعارض مع أحكام الشّريعة الإسلامية، بالتّالي لم ينظّمه قانون الأسرة الجزائري ضمن نصوصه القانونية، والقصد من النصّ عليه ضمن قواعد التّنازع في القانون المدني هو إرشاد القاضي الجزائري إلى القانون الأجنبي المختصّ بالنّسبة للمنازعات ذات العنصر الأجنبي الّتي تطرح عليه، كي يجد سندا تشريعيا للرّجوع للقانون الأجنبي المختصّ فيطبّق أحكامه الموضوعية، لاسيما أنّ نظام التّبنّي شائع في الدّول الغربية وتكثر بشأنه المنازعات[2].

وقد حكم القضاء الجزائري بعدم جواز التّبنّي، ويتبيّن ذلك من خلال الأحكام والقرارات الصّادرة عنه، من بينها قرار المحكمة العليا رقم 246925 الصادر بتاريخ 2000/11/21، أين نقضت المحكمة الحكم المستأنف، كونه لم يبطل حالة تبنّي من طرف زوجين لم ينجبا أبدا وذلك باعتراف من الشّهود، وقد سجلا الطّفل في الحالة المدنية على أنّه ابنهما، فقد وافقت المحكمة العليا على الحكم المستأنف الّذي قضى بعدم صحّة نسبة الولد للمدّعي ووجوب إلغاء الحكم المستأنف وشطب إلحاق الولد للمدّعي في سجلات الحالة المدنية[3].

---

[1] محمودي فاطمة، المرجع السابق، ص 198.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 193.

[3] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 246925، صادر بتاريخ 2000/11/21، المجلة القضائية، عدد 2، 2001.

قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-10 سنة 2005، كان القاضي يطبّق الأثر الكامل للدّفع بالنّظام العام في مسائل التّبنّي، سواء ما تعلّق منها بنزاع أجنبي أو كان أحد أطرافه جزائريا، غير أنّه بعد تعديل القانون المدني وإضافة المادّة 13 مكرر 1 فإنّ ذلك غيّر من هذا التّوجّه ، وأضعف صرامة هذا الدّفع على النّحو التّالي:

- إذا أضحى بوسع الأجانب أن يبحثوا أمام القضاء الجزائري أمر إنشاء التّبنّي، وتقدير صحّته مادام قانون جنسيتهم يجيز ذلك. كما لهم الاحتجاج أمام القاضي الجزائري بكلّ الحقوق والآثار المكتسبة عن التّبنّي المبرم وفق الشّروط القانونية للدّولة الّتي أُنشئ بها.
- الدّفع بالنّظام العام يقتصر فقط على الحالة الّتي يكون فيها أحد أطراف عقد التّبنّي جزائريا، سواء كان ذلك الطّرف متبنّي أو متبنّى، طالما تعلّق الأمر بإنشاء نظام يمسّ بجوهرية نص المادّة 46 من قانون الأسرة الجزائري، الّتي تحرم التّبنّي شرعا وقانونا[1].

فقد تنشأ حقوق مكتسبة من جرّاء عقد التّبنّي في الخارج بمقتضى القانون الأجنبي المختصّ، ويتمّ رفع نزاع أمام القاضي الوطني الجزائري بخصوص الاعتراف بهذه الحقوق المكتسبة الّتي نشأت عن علاقة التّبنّي، فبموجب المادّة 13 مكرر 2/1 من القانون المدني الجزائري على القاضي الوطني الرّجوع إلى قانون جنسية المتبنّي ليطبّق على الآثار النّاجمة عن التّبنّي، ممّا يطرح التّساؤل حول ما إذا كان يمكن استبعاد هذه الحقوق المكتسبة في ظل القانون الأجنبي المختصّ بموجب الدّفع بالنّظام العام؟ [2]

يختلف الأمر في هذه الحالة بحسب ما إذا تعلّقت المسألة بإنشاء مركز قانوني في بلد القاضي أو بالتّمسّك بمركز قانوني نشأ في الخارج ونتج عنه حقوق مكتسبة، ذلك أنّ الشّعور العام في دولة القاضي لا يتأثّر إزّاء مركز أو علاقة تكوّنت في الخارج ويراد الاعتراف ببعض آثارها في هذه الدّولة بنفس القدر الّذي يتأثّر به إذا ما أُريد إنشاء نفس المركز أو العلاقة داخل إقليم دولة القاضي، وقد عبّر الفقه عن أثر النّظام العام بالنّسبة للحقوق المكتسبة في الخارج – كما سبق وأن

[1] حمادي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 74-75.

[2] محمودي فاطمة، المرجع السابق، ص 199.

أشرنا إليه– بالأثر المخفّف للنّظام العام، كون أنّ هذا الأخير لا يسمح بنشوئها في دولة القاضي ولكن يمكن قبول الاحتجاج بها لو أنّ نشوؤها تمّ في الخارج[1].

ولكن رغم ذلك يبقى تطبيق المادّة 13 مكرر 2/1 من القانون المدني يصطدم مع النّظام العام والآداب العامّة في الجزائر الّذي يحرّم تطبيق التّبنّي على المقيمين بالجزائر سواء كانوا أجانب أو جزائريين، تطبيقا لنصّ المادّة 46 من قانون الأسرة[2].

المطلبالرّابع

الإشكالات الّتي قد تثيرها الفقرة الثانية من المادة 13 مكرر 1

من القانون المدني

يثير موقف المشرّع الجزائري حول القانون الواجب التّطبيق على التّبنّي كحقّ مكتسب بعض الإشكالات، نذكرها كما يلي:

الفرع الأوّل: تعارض نصّ المادّة 13 مكرر 2/1 من القانون المدني مع نص المادّة 46 من قانون الأسرة.

الفرع الثّاني: إمكانية إهدار الحقوق المكتسبة المتعلّقة بالتّبنّي.

الفرع الأوّل

تعارض نصّ المادّة 13 مكرر 2/1 من القانون المدني

مع نص المادة 46 من قانون الأسرة

إنّ نطاق تطبيق المادّة 46 من قانون الأسرة الجزائري من حيث الأشخاص يشمل كلّ الجزائريين، بالتّالي لا يمكن لأيّ مواطن جزائري إبرام عقد التّبنّي على إقليم الدّولة الجزائرية، ويمتدّ هذا المنع

[1] محمودي فاطمة، المرجع نفسه، ص 199.

[2] محمودي فاطمة، المرجعالسابق، ص 201.

ليشمل أيضا الأجانب المقيمين في الجزائر والّذين يسمح لهم قانونهم الشّخصي بالتّبنّي، بالتّالي لا يجوز لهم المطالبة أمام القاضي الجزائري أو موثّق إبرام عقد التّبنّي أو الإذن به[1].

إنّ المادّة 46 من قانون الأسرة الجزائري جاءت عامّة لا تقبل الاستثناء، وكلّ قرار بغير ذلك يعدّ مخالفا للنّظام العام الجزائري ويتعرّض لعقوبة جزائية المنصوص عليها في المادّة 1/217 من قانون العقوبات الجزائري : " يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس سنوات (5) وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموظف بتقرير يعلم انه غير مطابق للحقيقة"، وعليه فإنّ المادّة 13 مكرر 2/1 من القانون المدني الجزائري الّتي سمحت إمّا بالاعتراف للقاضي الوطني بإصدار الحكم بالإذن للأجانب المقيمين على إقليم الدّولة الجزائرية بالتّبنّي أو اعتراف بحقّ مكتسب عن عقد تبنّي تمّ إبرامه بالخارج؛ جاء مخالفا تماما لنصّ المادّة 46 من قانون الأسرة الجزائري الّتي تنص: " يمنع التّبني شرعا وقانونا"، ممّا خلق مشكل تعارض أحكام ما بين منظومتين تشريعيتين (القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة الجزائري)[2].

أمّا نطاق حكم المادّة 46 من قانون الأسرة الجزائري من حيث الموضوع يتمثّل في التّبنّي، وهو نظام محرّم في الجزائر بقوّة القانون وبمقتضى حكم الشّريعة الإسلامية باعتبارها دين الدّولة الجزائرية بحكم الدستور الجزائري، بالإضافة إلى اعتبارها المصدر الثّاني الّذي يحكم المسائل المعروضة على القضاء تطبيقا لنصّ المادّة الأولى من القانون المدني الجزائري. بالتّالي فإنّه لا يمكن تطبيق نظام التّبنّي على إقليم الدّولة الجزائرية تحت أيّ غطاء، وهذا عملا بمضمون نص المادّة 46 من قانون الأسرة، والّتي جاءت تؤكّد ما جاء في نص المادّة 41 من نفس القانون على أنّ نسب الولد يلحق لأبيه لا لغيره متى توافرت أركان وشروط الزّواج الشّرعي، فبموجب المادّة 46 من قانون الأسرة عمل المشرّع الجزائري على محاربة فكرة تحريف وتزييف الأنساب، بحيث لا يمكن إلحاق أيّ طفل –سواء كان معلوم الأب أو مجهول النّسب أو كان ابن الزّنا– إلى نسب الغير ولو أبدى رضاه بذلك، إذ يعتبر تعديا على ألقاب الغير. وبما أنّ المادّة 46 من قانون الأسرة تمنع التّبنّي؛ فإنّ هذا المنع من المفروض أن يحترم من طرف القاضي الوطني[3].

[1] محمودي فاطمة، المرجع نفسه، ص 196.

[2] محمودي فاطمة، المرجع السابق، ص 196.

[3] محمودي فاطمة، المرجع نفسه، ص 197.

الفرع الثّاني

إمكانية إهدار الحقوق المكتسبة

يثير موقف المشرّع الجزائري حول القانون الواجب التّطبيق على التّبنّي إمكانية إهدار الحقوق المكتسبة، وذلك في حالتين:

1-كأنّ النّص يتعلّق أيضا بإنشاء التّبنّي:

حيث أخضع المشرّع الجزائري موضوع التّبنّي لنفس الأحكام الّتي تخضع لها الكفالة في قواعد التّنازع، علما أنّ موضوع الكفالة هو نظام مشروع نظّم المشرّع أحكامه في قانون الأسرة، بالتّالي فإنّ قاعدة الإسناد الخاصّة به تتعلّق أيضا بإنشاء الحقوق، وحتى ينشأ الحقّ يتطلّب الأمر الرّجوع إلى قانون أطراف العلاقة، بينما موضوع التّبنّي لم ينظّمه المشرّع ضمن قواعد قانون الأسرة الجزائري، فهو نظام ممنوع شرعا وقانونا، بالتّالي فإنّه لا يمكن البحث على مدى صحّة الشّروط لإنشاء العلاقة، وإنّما يتعلّق الأمر بنزاع يُثار أمام القاضي الجزائري حول صحّة تبنّي نشأ في دولة أجنبية ووفقا لأحكام القانون الأجنبي[1].

ويكون الأمر أكثر تعقيدا إذا نشأ تبنّي في دولة أجنبية وفق قانون لا يأخذ بجنسية الطّرفين أو جنسية أحدهما لإنشاء العلاقة، مثل ما هو الأمر في القانون الفرنسي الّذي يأخذ بجنسية المتبنّي في صحّة وإنشاء التّبنّي، ومنه وفي إطار هذه الحالة؛ إذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري حول هذا الحقّ المكتسب، فيتعيّن عليه تطبيق المادّة 13 مكرر 1 من القانون المدني الّتي ترجعه في صحّة التّبنّي إلى قانون جنسية كلا الطّرفين وقت إنشاء العقد، أي قانون جنسية المتبنّي وقانون جنسية المتبنّى وقت إنشاء عقد التّبنّي، إلّا أنّ جنسية هذا الأخير لم تُؤخذ بعين الاعتبار

[1]أيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المرجع السابق، ص 154.

أثناء إنشاء العقد، وهو أمر غير منطقي، حيث قد يؤدّي ذلك إلى عدم الاعتراف بهذا الحقّ المكتسب وذلك في حالة ما إذا كان قانون المتبنّى لا يعترف أو يرفض هذا النّظام[1].

2-إذا كان أحد الأطراف جزائريا:

يمكن أن ينشأ تبنّي في دولة أجنبية بين شخصين أحدهما جزائري، فتطبيقا لأحكام القانون الفرنسي في الفقرة الأولى من المادّة 370-3 أنّه يخضع التّبنّي لقانون جنسية المتبنّي، فنفترض أنّ هذا الشّخص يحمل جنسية فرنسية وهو قانون يعترف بالتّبنّي كنظام، فيتبنّى ولدا من جنسية جزائرية مولودا في فرنسا أو يعيش فيها، وهذا تطبيقا للاستثناء المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادّة 370-3 الّتي تجيز ذلك رغم معارضة دولة الولد لهذا النّظام، فإذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري بخصوص العلاقة الّتي نشأت ما بين المتبنّى الجزائري والمتبنّي الفرنسي فإنّه يرجع في صحّة التّبنّي إلى قانون جنسية الطرفين طبقا لنصّ المادّة 13 مكرر 2/1 من القانون المدني الجزائري[2]، والمتبنّي في هذه الحالة من جنسية جزائرية، فحتّى وإن تعدّدت جنسياته وكانت الجنسية الفرنسية هي الجنسية الفعلية، يتعيّن على القاضي الجزائري تطبيق القانون الجزائري تماشيا مع نص المادّة 2/22 من القانون المدني الجزائري الّتي تنصّ: " غير أنّ القانون الجزائري هو الّذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول"[3].

والنّتيجة المترتّبة عن تطبيق القانون الجزائري؛ عدم الاعتراف بصحّة التّبنّي على أساس أنّ هذا النّظام مرفوض في القانون الجزائري[4].

وقد لا يُطرح نفس المشكل بالنّسبة لآثار التّبنّي في حالة ما إذا كان المتبنّي وقت الدّعوى جزائريا، إذ من المفروض أن يخضع هذا الشّخص لأحكام القانون الجزائري وفق العادات والقيم الّتي

[1] أيت منصور كمال، المرجع نفسه، ص 154-155.

[2] محمودي فاطمة، المرجع السابق، ص 196.

[3] المادة 2/22 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

[4] محمودي فاطمة، المرجع السابق، ص 196.

يتطلّبها المجتمع. ومن المنطق أن تخضع آثار التّبنّي لقانون جنسية المتبنّي وإذا ما فضّل الجنسية الجزائرية فعليه أن يخضع لأحكام القانون الجزائري، لاسيما أنّ الآثار مستمرّة لمدّة طويلة[1].

إذا ينتج عن تطبيق أحكام المادّة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري فيما يتعلّق بصحّة التّبنّي مشاكل عديدة و الّتي لا تتلاءم مع العلاقات الخاصّة ذات البعد الدّولي. لذا على المشرّع إعادة النّظر في قاعدة الإسناد والّتي تحكم هذا النّظام كحقّ مكتسب، ويتحقّق ذلك بالرّجوع إلى القواعد الّتي أنشأت هذا الحقّ، ووفق ذلك إذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري حول صحّة تبني كحق مكتسب فيبحث عن القانون الّذي بموجبه تمّ إنشاء العقد ويطبّقه[2].

المطلب الخامس

موقف بعض التّشريعات العربية

جلّ القوانين العربية لا تقرّ نظام التّبنّي، ماعدا القانون التّونسي الّذي نص عليه في الفصل 1/15 من القانون رقم 27 لسنة 1958، ومنح من خلاله للمُتَبنَّى نفس الحقوق المقرّرة للابن الشّرعي وعليه ما عليه من واجبات، وللمتبنِّي اتّجاه المتبنَّى الحقوق نفسها المقرّرة للأبوين الشّرعيين، وعليه نفس الواجبات[3]، وقد أسند القانون التونسي شروط التبنّي لقانون جنسية كل من الطرفين، أمّا آثاره لقانون جنسية المتبنِّي طبقا للفصل 53 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي، حيث تنص: " تخضع شروط التبني لقانون المتبنّى والمتبني كل فيما يتعلق به.

تخضع آثار التبني للقانون الشخصي للمتبني.

إذا قام بالتبني زوجان من جنسية مختلفة فإن آثار التبني ينظمها قانون مقرهما المشترك.

وتخضع الكفالة لنفس الأحكام"[4].

---

[1] أيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبنّي، المرجع السابق، ص 155.

[2] أيت منصور كمال، المرجع السابق، ص 156.

[3] زروتي الطيب،القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10، المرجع السابق، ص 191.

[4] الفصل 53 من مجلة القانون الدولي الخاص التّونسي السالف الذكر.

وبالنّسبة للقانون الكويتي فقد نصت المادة 44 من القانون رقم 05 لسنة 1961: " يسري في المسائل المتعلّقة بصحة التّبنّي قانون جنسية كل من المتبني والمتبنى، وفي المسائل المتعلقة بآثارها التبني قانون جنسية المتبني"[1].

وفيما عدا ذلك لم تنص باقي الدّول العربية على قاعدة إسناد خاصة بالتّبنّي.

[1] المادة 44 من القانون رقم 05 لسنة 1961 الكويتي السالف الذكر.

خاتمة

لقد اعتمد المشرّع الجزائري ضابط الجنسية في حلّ المنازعات المتعلّقة بالأحوال الشّخصية، وسعى محاولا تطبيق القانون الجزائري على الجزائريين أينما كانوا، وتبيّن ذلك من خلال صياغته لمختلف قواعد الإسناد الخاصّة بالأحوال الشّخصية، ولعلّ ذلك كان من أجل الحفاظ على علاقة الجزائريين مع دولتهم وقانونهم، و على أساس أنّ القانون الجزائري هو أفضل قانون يطبّق على الجزائريين كونه يلبّي مختلف رغباتهم ويوفّر لهم الحماية اللّازمة، خاصّة وأنّ مجال الأحوال الشّخصية جدّ حسّاس نظرا لأنّ مواضيعه مستمدّة من الشّريعة الإسلامية، إلّا أنّ ذلك أدّى إلى المساس بحقوق المتعاملين على المستوى الدّولي، لاسيما إهدار الحقوق المكتسبة.

وقد توصّلنا من خلال دراستنا لموضوع "وضعية الأحوال الشّخصية في تنازع القوانين (قوانين الدول العربية أنموذجا)"؛ إلى مجموعة من النّتائج والتّوصيات:

أوّلا: النّتائج

1-اختلفت التّشريعات العربية في تحديد ضابط الإسنادْ الخاصّ بطائفة الأحوال الشّخصيّة، فبعضها يُسنِدها لقانون الجنسيّة وبعضها يُنيطها بقانون الموطن وكلّ له مُبرِّره، إلّا أنّه يُمكن التَّوفيق بينهما نظرا للمزايا الّتي يتّصف بها كلّ من الضّابطين.

2-تعتبر الجنسيّة من أبرز ضوابط الإسناد المعتمد عليها في حلّ إشكاليّة تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشّخصيّة، وبصورة خاصة في التّشريعات العربيّة الّتي يغلب فيها المصدر الدّيني في مسائل الأحوال الشّخصيّة ومن بينها التّشريع الجزائري، ويظهر ذلك من خلال سنّه لقواعد الإسناد:

- أسند المشرّع الجزائري الحالة المدنية الفردية لقانون الجنسيّة، طبقا لنصّ المادّة 1/10 من القانون المدني.
- أخضع المُشرّع الجزائري -على غرار التّشريعات العربيّة- الأهليّة لقانون الجنسيّة، ويستخلص ذلك من المادة 1/10 من القانون المدني، واستثناء تخضع لقانون القاضي، طبقا للفقرة الثانية من نفس المادة.
- أسند المشرّع الجزائري الشّروط الموضوعية لعقد الزّواج كقاعدة عامة لقانون الجنسيّة، ويتبيّن ذلك من خلال المادة 11 من القانون المدني حيث تنص:" يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين". وهذه القاعدة يرد

عليها استثناء وذلك من خلال المادّة 13 من القانون نفسه، حيث تنص:" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

والتّشريعات العربية كالتّشريع الجزائري؛ أخضعت الشّروط الموضوعية للزّواج لقانون جنسية كلّ من الزّوجين تطبيقا موزّعا.

- وفيما يتعلّق بالقانون الّذي يحكم الشّروط الشّكلية للزّواج؛ لم ينصّ المشرّع الجزائري صراحة على القانون الواجب التّطبيق عليها، وإنّما أخضعها للقاعدة العامّة الّتي تحكم جلّ التّصرّفات في جانبها الشّكلي، حيث نصّت عليه المادّة 19 من القانون المدني الجزائري على النّحو التّالي:" تخضع التصرفات في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

  وعلى خلاف موقف المشرّع الجزائري، خصّت بعض الدّول العربية شكل الزّواج بقاعدة إسناد مستقلّة عن قاعدة الإسناد التي تحكم الشّكل بصفة عامّة، ونذكر على سبيل المثال؛ المادّة 2/13 من القانون المدني الأردني لسنة 1976، وكذلك الفصل 1/46 من مجلة القانون الدّولي الخاص التّونسي، والمادة 2/19 من القانون المدني العراقي، وكذلك القانون الكويتي.
- طبقا للفقرة الأولى من المادّة 12 من القانون المدني الجزائري، أسند المشرّع الآثار الشّخصية والمالية للزّواج لقانون جنسية الزّوج وقت انعقاد الزّواج كأصل عام، واستثناء يُطبَّق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزّوجين جزائريّا وقت انعقاد الزّواج إلّا فيما يخصّ أهلية الزّواج تخضع لقانون جنسية المعني، عملا بالمادّة 13 من القانون المدني.

أخضعت القوانين العربية آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، كالقانون المصري في المادة 1/13 من القانون المدني، و المادة 2/19 من القانون المدني العراقي، والمادة 39 من القانون رقم 05 لسنة 1961 الكويتي، المادة 1/13 من القانون المدني اللّيبي، والمادة 14 مدني أردني، أمّا بالنّسبة للقانون اليمني لم ينص على القانون الواجب التّطبيق على آثار الزّواج سواء الشّخصية أو المالية، واكتفى بالنص على خضوع الزّواج بصفة عامة للقانون اليمني

وفقا للمادة 25 قانون مدني، وبالنّسبة للقانون التونسي –على خلاف القوانين السابقة– أخضعها لقانون الجنسية المشتركة، وإذا لم تكن لهما جنسية مشتركة يطبق قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا فقانون القاضي.

- أسند المشرّع الجزائري مسألة انحلال الزّواج والانفصال الجسماني لقانون جنسيّة الزّوج وقت رفع الدّعوى، ويتّضح ذلك من خلال الفقرة الثّانية من المادّة 12 من القانون المدني، لكن طبقا للمادّة 13 من القانون نفسه إذا كان أحد الطّرفين جزائريا وقت انعقاد الزّواج يطبّق القانون الجزائري وحده ماعدا الأهليّة الّتي تخضع لقانون جنسية المعني.

بالنّسبة للقوانين العربية؛ فإنّ معظمها يميّز بين الطّلاق وبين التّطليق والانفصال الجسماني، حيث أسندت الطّلاق لقانون جنسية الزّوج عند النّطق به، وأسندت التّطليق والانفصال لقانونه وقت رفع الدّعوى، وهذا الحكم مقرّر في كل من مصر والعراق وليبيا والأردن والسّودان والإمارات العربية المتّحدة، في حين أخضع المشرّع الكويتي –وفقا للمادة 40 من القانون رقم 05 لسنة 1961– انحلال الزّواج إلى آخر جنسية مشتركة للزوجين قبل الطّلاق أو قبل رفع دعوى التّطليق أو الانفصال وإلّا فقانون جنسية الزّوج وقت انعقاد الزواج، أمّا القانون التّونسي أخضع انحلال الزّواج بالطّلاق أو التّفريق الجسدي لقانون الجنسية المشتركة عند رفع الدّعوى، وإذا لم تكن لهم جنسية مشتركة يكون القانون المطبّق هو قانون آخر مقرّ مشترك للزّوجين وإلّا فقانون القاضي، وأسنده المشرّع اليمني لقانون القاضي وفقا للمادة 25 من القانون رقم 10 لسنة 1979، أمّا القانون المغربي أسنده لقانون جنسية كل من الزوجين.

- أسند المشرّع الجزائري النّسب لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطّفل وذلك من خلال المادّة 13 مكرّر الّتي تنص:" يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره، قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل.

وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل، يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة".

وتجدر الملاحظة أنّ جلّ القوانين العربية لم تضع قاعدة إسناد خاصّة بالنّسب أو البنوّة، ماعدا القانون التونسي و القانون الكويتي، بالنّسبة للقانون التّونسي قد خوّل السّلطة التّقديرية للقاضي في اختيار القانون الأصلح للطّفل –دون تمييز بين البنوّة الشّرعية والبنوّة الطّبيعية–

من بين القانون الشّخصي للمطلوب أو قانون مقرّه والقانون الشّخصي للطفل أو قانون مقرّه. أمّا القانون الكويتي؛ نص على هذه المسألة في المادة 41 من القانون رقم 05 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي: " يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بالبنوة وإنكارها. وإذا مات الأب قبل الميلاد، سرى قانون جنسيته وقت الوفاة"، وأضافت المادة 42 من القانون ذاته: " في تصحيح النسب بالزواج يسري قانون الأب وقت تصحيح النسب".

- نصّ المشرّع الجزائري على القانون الّذي يحكم النّفقة بين الأقارب في المادة 14 من القانون المدني:" يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها".

في القوانين العربية؛ منح القانون التّونسي السّلطة التّقديرية للقاضي في اختيار القانون الأفضل للدّائن فيما يتعلّق بالنّفقة، وذلك باختيار قانون جنسية الدّائن أو قانون مقرّه أو القانون الشّخصي للمدين أو قانون مقرّه، أمّا نفقة الزّوجين فتخضع للقانون الّذي وقع بمقتضاه التصريح بحل الرّابطة الزّوجية، أمّا القانون الكويتي نص في المادة 45: " يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب والأصهار قانون المدين بها. أما النفقة الوقتية للأقارب والأصهار فيسري عليها القانون الكويتي"، وتنص المادة 16 من القانون المدني السوري: " يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب، قانون المدين بها"[1]، ويقابلها كذلك نص المادة 15 مدني مصري والمادة 16 مدني أردني.

- أسند القانون المدني الجزائري –طبقا للمادة 1/16– الميراث و الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت لقانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.
- ويخضع شكل الوصيّة للقاعدة العامّة في شكل التّصرّفات القانونية، وهي تطبيق المادّة 19 من القانون المدني.
- طبقا للمادّة 15 من القانون المدني؛ أخضع المشرّع المواضيع الخاصّة بحماية الأشخاص لقانون جنسية الشّخص المراد حمايته، وقد أوردت المادّة 15 استثناء في الفقرة الثّانية، حيث يُستبعد تطبيق قانون جنسية الشّخص المراد حمايته ويُطبّق القانون الجزائري، وذلك

[1] المادة 16 من القانون المدني السوري ، صادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 بتاريخ 1949/05/18.

في حالة وجود أحد الأشخاص المراد حمايتهم في الإقليم الجزائري واتّخاذ تدابير استعجاليه في شأنهم أو في شأن أموالهم المتواجدة في الجزائر؛ فيطبّق على هذه التّدابير القانون الجزائري.

ويقابلها في القوانين العربية؛ المادة 16 مدني مصري، 16 مدني ليبي، 17 مدني سوري، 17 مدني أردني، 46 من القانون 5 لسنة 1961 كويتي، 16 من قانون الإمارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985، الفصل 1/41 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، المادة 9/11 من قانون المعاملات السوداني لسنة 1984، أما القانون اليمني أسند النظم الخاصة بحماية المحجورين والغائبين لقانون القاضي طبقا للمادة 26 مدني.

- إنّ ضابط الإسناد الّذي يحكم الوقف في القانون الجزائري هو نفسه الّذي يحكم الهبة، وقد نصّ عليه المشرّع في المادة 2/16 من القانون المدني، بالتّالي يطبّق عليه قانون جنسيّة الواقف وقت إجراء الوقف.

3-المشرع الجزائري على غرار التّشريعات العربية، اعتمد ضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشّخصية، ورغم أنّ هذا الضّابط قد يثير بعض الصعوبات، إلّا أنّ اعتماده في مجال الأحوال الشّخصية يسمح بتطبيق القانون الوطني المستمدّ من أحكام الشّريعة الإسلامية على المواطنين العرب المسلمين المقيمين في الخارج.

4-إنَّ التّنازُع المُتحرّك يُثير عِدّة إشكالات، كونه يُحدث التّنازع حول القانون الواجب التّطبيق على العلاقة القانونيّة بين القانون القديم الّذي كان يحكُم العلاقة أثناء إنشائها إلى نطاق القانون الجديد بعد تغيير الأطراف أو أحدهما لضابط الإسنادْ، لذلك اعتمد المُشرّع الجزائري لحلّ هذه الإشكالية إجراء المفاضلة والملاءمة بين القوانين المتعاقبة المتنازعة، وكان ذلك عن طريق تحديد الوقت الّذي يُعتدّ فيه بضابط الجنسيّة المُعتمد في الأحوال الشّخصيّة، ويتّضِح ذلك من خلال قواعد الإسناد في القانون المدني، من بينها:

- القواعد الّتي تحكم مسألة آثار الزّواج وانحلاله، حيث اعتمد المعيار الزّمني "وقت انعقاد الزواج" في القانون الواجب التّطبيق على آثار الزّواج، والمعيار الزّمني " وقت رفع الدّعوى" بالنّسبة للقانون الواجب التّطبيق على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، واستثناء في

المادّة 13 من القانون المدني اعتمد المشرّع المعيار الزّمني "**وقت انعقاد الزواج**"، بالتّالي إذا كان أحد الزّوجين يتمتّع بالجنسيّة الجزائريّة وقت انعقاد الزّواج، يُطبّق مباشرة القانون الجزائري فيما يخصّ انعقاد الزّواج وآثاره وانحلاله حتّى وإن غيَّر جنسيّته بعد ذلك.

- قيَّد المُشرِّع الجزائري القانون الواجب التّطبيق على النّسب والاعتراف به وإنكاره بالمعيار الزّمني "**وقت ميلاد الطّفل**" كحلّ لتفادي مشكلة التّنازع المتغيّر، يتوفّى الأب قبل ميلاد الطِّفل، بحيث يستحيل تطبيق الفقرة الأولى من المادّة 13 مكرر، وفي هذه الحالة يعتدّ بقانون جنسيّة الأب **وقت الوفاة**.
- اعتمد المُشرّع الجزائري في نصّ المادّة 13 مكرر1 في فقرتها الأولى من القانون المدني، ضبط القانون الواجب التّطبيق على الكفالة بوقت معين يكمن في "قانون جنسيّة كلّ من الكفيل والمكفول **وقت إجرائها**"، وألحق المشرّع التّبنّي لنفس أحكام الكفالة من حيث القانون الواجب التّطبيق، وذلك من خلال الفقرة الثّانية من نفس المادّة، بالتّالي يُطبّق عليه قانون جنسيّة المتبنِّي والمتبنَّى وقت إجرائه مهما غيّروا من جنسيّتهم.
- الهبة والوقف؛ أسندهُما المشرّع لقانون جنسيّة الواهب أو الواقف **وقت إجرائهما**، حيث اعتمد المشرّع المعيار الزّمني لضمان استقرار المعاملات في هذا النّوع من التّصرُّفات، وتفادي ما ينتج عن تغيير الجنسيّة من مشاكل طبقا للمادة 2/16 من القانون المدني.

5-المشرّع الجزائري سعى محاولا تفادي الإشكالات الّتي قد يثيرها التّنازع المتغيّر، وذلك عن طريق اعتماد المعيار الزّمني الّذي يكون دائما مُقترن بالقانون الواجب التّطبيق في أغلب الفروض الّتي يثور فيها التّنازع المتحرّك في مجال الأحوال الشّخصيّة، غير أنّ المشرِّع لم يكن موفّقا في ذلك في كلّ الحالات، حيث أنّ البعض منها اعتمد فيها معيارا زمنيا غير مناسب إذ يُؤدِّي إلى إشكالات عديدة، والبعض الآخر لم يعتمد فيها المعيار الزمني إطلاقا.

6-يَظهر من خلال أحكام المادّة 13 من القانون المدني، تفضيل المُشرِّع لضابط الجنسيّة الجزائرية وإقرار اختصاص القانون الجزائري، ومنه فإنّ هذه المادّة أَفقدت روح قاعدة الإسنادْ باعتبارها قاعدة أُحادية، فهي قاعدة حِمائية أكثر منها قاعدة إسنادْ، كَونُها تسعى إلى حماية الطّرف الوطني الحامل للجنسيّة الجزائرية خاصّة الزّوجة، فالمشرّع الجزائري في

هذه الحالة إنّما حاول حماية الطّرف الجزائري على حساب طبيعة وخصائص قواعد الإسناد.

7-الإحالة لا تثار إلّا بصدد التّنازع السّلبي للقوانين.

8-للإحالة صورتين: الإحالة من الدّرجة الأولى؛ وهي عندما يحيل القانون الأجنبي المختص الاختصاص لقانون القاضي، والإحالة من الدّرجة الثّانية؛ وتكون عندما يحيل القانون الأجنبي المعين بموجب القانون الوطني الاختصاص لقانون آخر غير قانون القاضي، وتسمّى بالإحالة المطلقة.

9-الإحالة ذات نشأة قضائية، ويعود ذلك لقضية فورجو التي فصلت فيها محكمة النّقض الفرنسية.

10-لتحديد الأساس القانوني للإحالة ظهرت عدّة نظريات أهمّها: نظرية التّفويض، نظرية تناسق النّظم القانونية، ونظرية الطّابع الوظيفي للإحالة.

11-القوانين العربية؛ معظمها ترفض الأخذ بالإحالة، كما هو الحال في القانون الأردني المادة 28 من قانونه المدني، المادة 27 من القانون المدني المصري، المادة 31 من القانون المدني العراقي، والمادة 29 من القانون المدني السوري، والمادة 72 من القانون المدني الكويتي رقم 5 لسنة 1961، باستثناء قانون دولة الإمارات العربية المتّحدة الّتي أخذت بالإحالة إذا كانت من الدّرجة الأولى، طبقا للمادة 26 من القانون رقم 5 لسنة 1986، وبالنّسبة للقانون التّونسي؛ فقد أخذ بها على سبيل الاستثناء، بحيث لا تقبل إلّا بموجب نص خاص، عملا بما ينص عليه الفصل 35 من مجلة القانون الدّولي الخاص التّونسية لسنة 1998.

12-المشرّع الجزائري يرفض الإحالة مبدئيّا، وهو ما يتّضح من صياغة الفقرة الأولى للمادة 23 مكرر1 من القانون المدني، حيث نصّت على أنّه لو أشارت قاعدة الإسناد في القانون الوطني لتطبيق قانون أجنبي معيّن، فإنّ القاضي الجزائري يرجع مباشرة للقواعد الموضوعية في هذا القانون للفصل في النّزاع، دون العودة لقواعد التّنازع فيه. غير أنّه بالعودة للفقرة الثّانية من المادة نفسها نجد أنّ المشرّع نصّ على إمكانية تطبيق القانون

الجزائري في حال ما إذا أحالت إليه قواعد التّنازع في القانون الأجنبي المختصّ، ممّا يفهم منه قبول المشرّع الجزائري للإحالة من الدّرجة الأولى دون أيّ قيد أو شرط.

13-المشرّع الجزائري أصاب حين أخذ بالإحالة من الدّرجة الأولى، ذلك من شأنه توسيع لمجال تطبيق القانون الجزائري، وتيسير عمل القاضي عند النّظر في المنازعات المشتملة على العنصر الأجنبي، بحيث تخفّف عليه مشقّة البحث في القواعد الدّاخلية للقانون الأجنبي، إلّا أنّه يعاب على هذا الأخير قبوله للإحالة على القانون الجزائري دون قيد أو شرط، كما أنّه لم يعط للقاضي سلطة تقدير ما إذا كانت الإحالة ستؤدّي إلى حلّ معقول وعادل ولا تتعارض مع غاية ووظيفة قاعدة الإسناد.

14-اختلفت الصّياغات في تعريف النّظام العام إلّا أنّها تدور كلّها حول الفكرة الجوهرية له والمتمثّلة في حماية المصلحة الوطنية والّتي تقوم على اعتبارات سياسية، اجتماعية، اقتصادية ودينية.

15-يشمل دور القاضي في الدّفع بالنّظام العام بدءا من إثارته بمنع تطبيق القانون الأجنبي المختصّ بموجب قواعد الإسناد الوطنية لمخالفته الأسس الجوهرية في دولته، إلى غاية استبعاده وتطبيق القانون الوطني بدله.

16-النّظام العام ذو طابع استثنائي؛ لا يلجأ إليه القاضي إلّا إذا كان القانون الأجنبي المختصّ بموجب قاعدة الإسناد الوطنية مخالفا للمبادئ الأساسية في دولته ويحول دون تحقيق المصلحة الوطنية، وله السّلطة التّقديرية في ذلك، وهو مطالب بالابتعاد عن التّفسير الموسّع لفكرة النّظام العام، لأنّ ذلك يؤدّي إلى إهدار حقوق المتقاضي في بعض الأحيان.

17-كلّما عرض النّزاع على القاضي العربي ووجد أنّه مرتبط بطرف مسلم وأنّ القانون الأجنبي المختصّ مخالف للنّظام العام وأحكام الشّريعة الإسلامية، وجب عليه استبعاده سواء كلّيا أو جزئيا إذا كان ذلك ممكنا، وتطبيق القانون الوطني.

18-يلعب النّظام العام دورا مهمّا في إطار العلاقات الدّولية الخاصّة المتعلّقة بمجال الأحوال الشّخصية، بحيث يؤدّي إلى تعطيل تطبيق القانون الأجنبي المخالف للقيم الّتي تقوم عليها، خاصّة وأنّ الدّول العربية تستقي أحكام الأحوال الشّخصية من الشّريعة الإسلامية.

19-نصّت مختلف التّشريعات العربيّة على استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته النّظام العام، وأغلبها لم يورد قانونا بديلا يطبّق في حالة استبعاد القانون الأجنبي، ماعدا القانون الجزائري في الفقرة الثّانية من المادّة 24 والّتي أضافها بعد تعديل القانون المدني سنة 2005، حيث يطبّق القانون الجزائري في حالة استبعاد القانون الأجنبي، وكذا القانون الكويتي في المادّة 73 من القانون 05 لسنة 1961 الّتي عيّنت القانون الكويتي بديلا، والقانون التّونسي في الفقرة 5 من الفصل 36 من مجلّة القانون الدّولي الخاص التّونسية ومن خلالها يطبّق القانون التّونسي كبديل.

20-نصّ القانون التّونسي صراحة على أنّه لا يستبعد من القانون الأجنبي سوى أحكامه المخالفة للنّظام العام في القانون التّونسي، على خلاف باقي الدّول العربية بحيث لم تحدّد صراحة إذا كان القانون الأجنبي يستبعد برمّته في حالة مخالفة النّظام العام أم يستبعد فقط ذلك الجزء المخالف.

21-أسند المشرّع الجزائري آثار الزّواج طبقا للمادّة 1/12 من القانون المدني لقانون جنسية الزّوج وقت انعقاد الزّواج، ويكون بذلك قد رجّح جنسية الزّوج على جنسية الزّوجة، وأخلّ بمبدأ المساواة بين الرّجل والمرأة علما أنّ الجزائر من الدّول الّتي صادقت على اتّفاقية القضاء على جميع أشكال التّمييز بين الرّجل والمرأة، بالإضافة إلى أنّ مبدأ المساواة مكرّس في الدّستور الجزائري.

22-أخضع المشرع الجزائري مسألة انحلال الزواج والانفصال الجسماني طبقا للفقرة الثانية من المادة 12 لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدّعوى، فهو بذلك خالف مرّة أخرى مبدأ المساواة بين الجنسين ورجّح جنسية الزّوج على جنسية الزّوجة.

23-اعتمد المشرّع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 12 من القانون المدني المعيار الزمني "وقت رفع الدّعوى" والّذي من شأنه أن يثير عدّة إشكالات، من بينها الإضرار بمصالح الزّوجة وإمكانية حدوث الغش نحو القانون، وهو الحكم الّذي اعتمدته أغلب التّشريعات العربية ماعدا القانون اليمني، القانون الكويتي، والقانون التّونسي.

24-نصت معظم التّشريعات العربية – مثلها مثل المشرّع الجزائري- على الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري، منها القانون المصري، اللّيبي، السوري، العراقي مع إسقاط عبارة " فيما عدا شرط الأهلية"، الكويتي الّذي خصّ هذا الاستثناء فقط

للشّروط الموضوعية للزّواج دون آثاره وانحلاله، فيما عدا القانون اليمني الّذي أخضع هذه المسائل مباشرة لقانون القاضي ومنه لا جدوى لمثل هذا الاستثناء، والقانون التّونسي الّذي استغنى على هذا الاستثناء وسلبياته.

25-إنّ موضوع الانفصال الجسماني من بين المسائل المخالفة للنّظام العام في الدّول الّتي تستمدّ الأحوال الشّخصية من الشّريعة الإسلامية كونه مخالفا لأحكامها، بالتالي فإنّ نص المشرع الجزائري على هذا الموضوع ضمن قواعد الإسناد لا يعتبر اعترافا له لهذا النّظام، وإنّما يتعلّق الأمر بالقانون الواجب التّطبيق على نزاع يطرح أمام القاضي الجزائري حول الانفصال الجسماني كحقّ مكتسب ولا يتعلّق بإنشاء هذا الحق أمام القاضي الجزائري.

26-رغم الاعتراف بالانفصال الجسماني كحق مكتسب إلّا أنّ ذلك لا يعني استبعاد الدفع بالنّظام العام بالنسبة لأي حق اكتسب في الخارج، وإنّما ينفذ القاضي فقط الآثار التي لا تخالف النّظام العام في الجزائر، وهو ما سماه الفقه بالأثر المخفف للنّظام العام.

27-يؤدّي الضّابط الّذي اعتمده المشرّع في موضوع الانفصال الجسماني بالإضافة إلى المشاكل الّتي تثيرها المادّتين 12 و 13 من القانون المدني بصفة عامّة؛ إمكانية تطبيق القانون الجزائري على النّزاع المتعلّق بالانفصال الجسماني، والّذي لا يعرف هذا النّظام أصلا، وذلك في حالة كون الزّوج جزائري وقت رفع الدّعوى طبقا للفقرة الثانية من المادّة 12، أو في حالة كون أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزّواج.

28-أخضعت المادة 13 مكرر 2/1 التّبنّي لنفس الأحكام الّتي تسري على صحّة الكفالة، ويدخل في فكرة صحّة التّبنّي الشّروط الموضوعيّة المتطلّبة لانعقاده، إذن يُطبّق على صحّة التّبنّي قانون جنسية المُتبنِّي والمُتبنَّى وقت إنشائه تطبيقا موزّعا، أمّا ما يتعلّق بآثار التّبنّي يُطبّق قانون جنسية المتبنِّي، ولم يراعي المشرّع مشكلة التنازع المتحرّك حيث أنّه لم يعتمد المعيار الزّمني لتحديد القانون الواجب التّطبيق على آثار التّبنّي.

29-يعتبر نظام التّبنّي نظام محرّما شرعا ويتعارض مع أحكام الشّريعة الإسلامية، بالتّالي لم ينظّمه قانون الأسرة الجزائري ضمن نصوصه القانونية، والقصد من النصّ عليه ضمن قواعد التّنازع في القانون المدني؛ هو إرشاد القاضي الجزائري إلى القانون الأجنبي المختصّ بالنّسبة للمنازعات ذات العنصر الأجنبي الّتي تطرح عليه.

30-يثير موقف المشرّع الجزائري حول القانون الواجب التّطبيق على التّبنّي إمكانية إهدار الحقوق المكتسبة، وذلك في حالتين:

أخضع المشرّع الجزائري موضوع التّبنّي لنفس الأحكام الّتي تخضع لها الكفالة في قواعد التّنازع، علما أنّ موضوع الكفالة هو نظام مشروع نظّم المشرّع أحكامه في قانون الأسرة، بالتّالي فإنّ قاعدة الإسناد الخاصّة به تتعلّق أيضا بإنشاء الحقوق، وقد يؤدّي ذلك إلى عدم الاعتراف بهذا الحقّ المكتسب؛ وذلك في حالة ما إذا كان قانون المتبنّى لا يعترف أو يرفض هذا النّظام.

يمكن أن ينشأ تبنّي في دولة أجنبية بين شخصين أحدهما جزائري، فيرجع في صحّة التّبنّي إلى قانون جنسية الطرفين طبقا لنصّ المادّة 13 مكرر 2/1 من القانون المدني الجزائري، والمتبنّي في هذه الحالة من جنسية جزائرية، والنّتيجة المترتّبة عن تطبيق القانون الجزائري؛ عدم الاعتراف بصحّة التّبنّي على أساس أنّ هذا النّظام مرفوض في القانون الجزائري.

31.إنّ اشتراك الدّول العربية في الدّيانة الإسلامية لا يعني تماثل أحكامها القانونية المتعلّقة بالأحوال الشّخصية.

ثانيا: التّوصيات

1-من الأفضل إخضاع شروط صحّة الوصيّة لقانون جنسيّة الموصي وقت إبرام الوصيّة، ومن ذلك شرط الأهليّة وعيوب الرّضا محلّ الوصية، كون أنّ هذه المسائل تخصّ صحّة الوصية في ذاتها ولا علاقة لها بنفاذها الّذي يؤثّر في حقوق الورثة، بالتّالي فإنّ اعتماد المعيار الزّمني "وقت الوفاة" قد تنجم عنه مفاجآت تؤثّر في صحّة التّعامل.

2-وضع قاعدة إسناد خاصة بشكل الزواج.

3-حبّذا لو يعدّل المشرّع الجزائري نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني، ويبقيها فقط على الفقرة الثانية بما يفيد أنّه يقبل الإحالة من الدّرجة الأولى فقط، ويتجنّب بذلك الصياغة غير الواضحة و التّناقض الموجود بين الفقرتين الأولى والثّانية.

4-من الأوفق عدم إطلاق المجال في الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، ولو أنّ المشرّع الجزائري قيّدها بشرط أن تؤدّي هذه الأخيرة إلى حل معقول وعادل وأن لا تتعارض مع غاية ووظيفة قاعدة الإسناد.

5-في حالة الإسناد لقانون دولة تتعدّد فيها الشّرائع ولم يجد القاضي نصّا في القانون الدّاخلي لهذه الدّولة يحيله إلى الشّريعة الواجب تطبيقها؛ حبّذا لو أنّ المشرّع الجزائري أخذ بتشريع الطّائفة أو العرق الّذي ينتمي إليه الشّخص في حالة التّعدّد الطّائفي، وإن لم يعرفه طبّق التّشريع الغالب في البلد، وقانون الإقليم الّذي ينتمي إليه الشّخص فعلا في حالة التعدّد الإقليمي بدلا ممّا ذهب إليه في الفقرة الثّانية من المادّة 23 من القانون المدني.

6-حبّذا لو أخذ المشرّع الجزائري هو الآخر بما أخذ به القانون التّونسي بخصوص القانون الواجب التّطبيق على آثار الزّواج وعلى انحلاله والانفصال الجسماني، ويكون بذلك قد كرّس مبدأ المساواة بين الرّجل والمرأة وحافظ على مصالح كلا الطّرفين، وهو قانون الجنسية المشتركة للزّوجين، وإلّا قانون آخر مقرّ مشترك لهما، وإلّا فقانون القاضي.

7-الزّواج رابطة بين الزّوجين معا وتنشأ وفقا لقانونيهما، فمن الأوفق أن تنحلّ أيضا وفقا لحكم قانون يجمع كلا الطرفين أو على الأقلّ يكونا على بصيرة به، فمن الأفضل لو اعتمد المشرّع الجزائري في المادة 12 قانون الجنسية المشتركة للزّوجين كحلّ أصلي، وقانون الموطن كحل احتياطي، وإلّا فقانون القاضي.

8-كان من الأولى أن يأخذ المشرّع الجزائري بعين الاعتبار مصلحة الطّفل في القانون الواجب التّطبيق على النّسب، ولا يخضعه مباشرة لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، أو قانون جنسيته عند الوفاة في حالة ما إذا توفي قبل ميلاد الطفل، فمن الأفضل لو منح للقاضي سلطة اختيار القانون الّي يحقق المصلحة الفضلى للطّفل، مثلما فعل المشرّع التونسي في الفصل 52 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

9-من بين الحلول المقترحة لحلّ النّزاع المتعلّق بالانفصال الجسماني لتفادي المشاكل السّابقة؛ إخضاع صحّة الانفصال الجسماني للقانون الّذي أنشأ الحق، وتقرير حلول مختلفة لآثار الانفصال الجسماني، حيث من الأفضل عدم معاملة النّزاع المتعلّق بآثار الانفصال الجسماني نفس المعاملة مع النّزاع المتعلّق بصحّة هذا النّظام، حيث يمكن اعتماد القانون الّذي أنشأ هذا الحق، وإمّا الاعتماد على الجنسية المشتركة للزّوجين، كحالة ما إذا اكتسبا

جنسية دولة ما، أو الموطن المشترك لكليهما، وهي حلول ينصّ عليها المشرّع في قاعدة الإسناد الّتي تحكم آثار الانفصال الجسماني، ويقع على عاتق القاضي اختيار القانون الملائم مراعاة لما يخدم مختلف المصالح بما فيها الحفاظ على الحقوق المكتسبة.

10-ينتج عن تطبيق أحكام المادّة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري فيما يتعلّق بصحّة التّبنّي؛ مشاكل عديدة و الّتي لا تتلاءم مع العلاقات الخاصّة ذات البعد الدّولي. لذا على المشرّع إعادة النّظر في قاعدة الإسناد والّتي تحكم هذا النّظام كحقّ مكتسب، ويتحقّق ذلك بالرّجوع إلى القواعد الّتي أنشأت هذا الحقّ، ووفق ذلك إذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري حول صحّة تبني كحق مكتسب فيبحث عن القانون الّذي بموجبه تمّ إنشاء العقد ويطبّقه.

11-ندعو المشرع الجزائري إلى وضع قاعدة خاصة بآثار انحلال الزواج خاصة ما يتعلق بالحضانة.

12- الاستفادة من الحلول الفقهية والقضائية الحديثة في تنازع القوانين للوصول إلى حلول ملائمة تراعي التّوازن بين مختلف المصالح.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: الكتب

1. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر.
2. الداودي غالب علي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين: تنازع الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، ط 1، دار الثقافة، الأردن، 2011.
3. المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص: دراسة مقارنة بالتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط.2، دار الثقافة، الأردن، 2011.
4. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1997.
5. شريقي نسرين و سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013.
6. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط 1، التركى للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، 2006.
7. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص: الجنسية وتنازع القوانين، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008.
8. صلاح الدين يونس علي، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية والأدبية، دون بلد النشر، 2016.
9. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، د.ط، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2015.
10. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
11. عكاشة محمد عبد العال، الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية، الدار الجامعية، بيروت،1987.
12. عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1992.

13.عكاشة محمّد عبد العال، تنازع القوانين: دراسة مقارنة، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010.

14. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

15. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، 2006.

16. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، الجزء الأول، ط 3، دار هومة،الجزائر، 2011.

17. فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الجزء 2، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة النشر.

18. قتال حمزة، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين القواعد العامة، دار هومة، الجزائر، 2018.

19. مزعل شبي كريم، التنازع المتغير وأثره في القانون الواجب التطبيق، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2017.

20. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الجنسية الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2016.

21. محروق كريمة، تنازع القوانين في الأحوال الشخصية وفق القانون والقضاء الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2020.

22. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2012.

23. هشام علي صادق، تنازع القوانين: دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1993.

24. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالدول العربية: تنازع القوانين، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

25. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الجزء الأول، ط.2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010.

26. زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، د ط، دار هومه، الجزائر، 2011.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

1. بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سطيف، 2013-2014.
2. جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011.
3. زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011.
4. علي عدنان علي، أثر التغيير في قواعد الإسناد على تحديد القانون واجب التطبيق (دراسة مقارنة)، رسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2020.
5. موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011-2012.
6. يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2009-2010.

ثالثا: المقالات

1. أيت منصور كمال، " إشكالية القانون الواجب التّطبيق على الانفصال الجسماني والتبني"، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني**، عدد 02، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2010، ص ص 144-158.

2. الدح عبد المالك، " الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة أم حل)"، **مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية**، مجلد 1، عدد 25، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2015، ص ص 148-156.

3. بعلوج أسماء، " إعمال فكرة النظام العام في مجال تنازع قوانين الأحوال الشّخصية"، **مجلة صوت القانون**، عدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014، ص ص 261- 288.

4. بلاق محمد، "إشكالية التنازع المتحرك في العلاقات الخاصة الدولية"، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، مجلد 4، عدد 3، المركز الجامعي بريكة، 2021، ص ص 100-115.

5. بلمامي عمر، " إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري"، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية**،كلية الحقوق، جامعة الجزائر، د س ن،ص ص 339- 385.

6. حمادي عبد الفتاح، " آلية الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية –التبني والانفصال الجسماني نموذجا-"، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية**، مجلد 1، عدد 7، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة المسيلة، 2017، ص ص 65-82.

7. دربة أمين، "تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، دفاتر السياسة والقانون، عدد 4، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، الجزائر، 2011، ص ص 269-288.

8. سلطان عبد الله محمود، " الدفع بالنظام العام وأثره"، **مجلة الرافدين للحقوق**، مجلد 12، عدد 43، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2010، ص ص 85- 109.

9. شنوف بدر، " الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي"، **مجلة الدراسات الفقهية والقضائية**، مجلد 1، عدد 1، جامعة الوادي، 2015، ص ص 177-208.

10. عبد الحكيم بوجاني، "مكانة النظام العام في القانون الواجب التطبيق على منازعات الميراث"، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، المجلد 05، عدد 02، قسم الحقوق معهد العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بوشعيب بلحاج عين تموشنت، 2020، ص ص 170-180.

11. عيشوبة فاطمة، " الإحالة في القانون الدولي الخاص"، **مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية**، عدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، د س ن، ص ص 423- 445.

12. قتال حمزة، "دور القانون الوطني في حل النزاعات ذات العنصر الأجنبي (حالات استثنائية أم هيمنة وتوسع مستمر)"، **مجلة معارف**، ع.20، جامعة البويرة، 2016، ص ص 173-193.

13. كيحل كمال، " الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص"، **مجلة الحقيقة**، عدد 29، جامعة أدرار، ص ص 461- 473.

14. محمودي فاطمة، " تعارض المادة 13 مكرر 1 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري مع النظام العام الوطني"، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية**، عدد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2017، ص ص 188- 205.

15. مقدس أمينة، "استبعاد القانون الأجنبي في القانون الجزائري: دراسة تحليلية على ضوء المادة 24 من القانون المدني"، **مجلة العلوم القانونية والسياسية**، مجلد 10، عدد 1، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2019، ص ص 1580 – 1601.

16. موكه عبد الكريم، "دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري"، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني**، المجلد 14، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2016، ص ص 160-173.

17. موكه عبد الكريم، "القانون الواجب التطبيق على النسب في عقود الزواج الدولية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 16، عدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2021، ص ص 89-102.

18. يوبي سعاد، " الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في القانون الدولي الخاص"، **مجلة البحوث القانونية والسياسية**، عدد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر بسعيدة، 2016، ص ص 349-373.

رابعا: المداخلات

1. أيت منصور كمال، وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المنعقد يومي 23 و 24 أفريل 2014.

2. تواتي نصيرة،إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المنعقد يومي 23 و 24 أفريل 2014.

3. حسين نوارة، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشّخصية، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المنعقد يومي 23 و 24 أفريل 2014.

4. عثماني بلال، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المنعقد يومي 23 و 24 أفريل 2014.

5. عسالي عبد الكريم، جدوى الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المنعقد يومي 23 و 24 أفريل 2014.

6. عليوش قربوع كمال، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري،ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال

الأحوال الشخصية،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المنعقد يومي 23و24 أفريل 2014.

7. موري سفيان، اشكالية الاختلاف حول ضابط الإسناد في الأحوال الشّخصية وإمكانية تحقيق التّوفيق، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المنعقد يومي 23 و 24 أفريل 2014.
8. ناتوري كريم، دور قواعد الإحالة في حماية النّظام العام، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المنعقد يومي 23 و 24 أفريل 2014.

خامسا: النصوص القانونية

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2020، مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج.ر عدد 82.
2. الأمر رقم 20-70، مؤرخ في 19 فبراير 1970، ج.ر عدد 21، صادر بتاريخ 27 فبراير 1970، يتضمن قانون الحالة المدنية، معدل ومتمم.
3. الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.
4. القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
5. القانون المدني 131 لسنة 1948، صادر في 9 رمضان 1367 الموافق 16 يوليو 1948، الوقائع المصرية عدد 108 مكرر (أ) صادر في 29 يوليو 1948.
6. القانون المدني السوري ، صادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 بتاريخ 1949/05/18.
7. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، صادر بتاريخ 08-09-1951.
8. القانون المدني الليبي، صادر بتاريخ 1953/11/28، معدل ومتمم.
9. القانون رقم 05 لسنة 1961 الكويتي، صادر في سنة 1961، يتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

10. القانون المدني الأردني رقم 43 لعام 1976، ج ر 2645 صادر بتاريخ 01-08-1976.
11. القانون عدد 97 لسنة 1998، مؤرخ في 27 نوفمبر 1998، يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي (1).
12. القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002.

سادسا: القرارات و الأحكام القضائية

المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 51066، صادر بتاريخ 1998/11/13، المجلة القضائية، عدد 3، 1990.

المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث،قرار رقم 170082، صادر بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية، العدد الأول، 2000.

المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 246925، صادر بتاريخ 2000/11/21، المجلة القضائية، عدد 2، 2001.

المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0753902، صادر بتاريخ 14-03-2013، المجلة القضائية عدد 1، 2013.

المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 1098561، صادر بتاريخ 2016/03/09، المجلة القضائية عدد 1، 2016.

المراجع باللغة الفرنسية:

1. Loussouarn et Bourel, Droit international privé, 3 ed, Dalloz, Paris, 1988.
2. Nouhad Rizkallah, Droit international privé, entreprise universitaire d'étude et de publication, Liban, 1985.

الفهرس

مقدمة..... 2

الباب الأول: إحاطة الأحوال الشخصية

بقواعد إسناد ذات طابع حمائي..... 7

الفصل الأوّل: أهمّ القواعد الخاصّة المُقرَّرة لحماية

الأحوال الشّخصيّة 8

المبحث الأوّل: إخضاع الأحوال الشّخصيّة لقانون الجنسيّة..... 8

المطلب الأوّل: المُفاضلة بين ضابط الجنسيّة وضابط الموطن

في مجال الأحوال الشّخصيّة وإمكانيّة التّوفيق بينهما 9

الفرع الأوّل: حُجج أنصار ضابط الجنسيّة..... 9

الفرع الثّاني: حجج أنصار ضابط الموطن..... 11

الفرع الثّالث: إمكانية التّوفيق بين ضابط الجنسيّة وضابط الموطن..... 13

المطلب الثّاني: مدى تكريس المشرّع الجزائري لضابط الجنسيّة

في مجال الأحوال الشّخصيّة..... 15

الفرع الأوّل: القانون الواجب التّطبيق على الحالة المدنية والأهلية..... 16

أوّلا: الحالة المدنيّة الفرديّة 16

ثانيا: الأهليّة 17

الفرع الثّاني: القانون الواجب التّطبيق على الحالة العائلية 21

أوّلا: القانون الواجب التّطبيق على الزّواج..... 21

1. القانون الواجب التّطبيق على الشّروط الموضوعية للزّواج 21
2. القانون الواجب التّطبيق على الشّروط الشّكلية لعقد الزّواج..... 24
3. القانون الواجب التّطبيق على آثار الزّواج..... 27
4. القانون المختصّ بانحلال الزّواج والانفصال الجسماني..... 29

ثانيا: القانون الواجب التّطبيق على النّسب..... 31

ثالثا: القانون الواجب التّطبيق على الكفالة والتّبنّي..... 34

رابعا: القانون الواجب التّطبيق على النّفقة بين الأقارب..... 36

خامسا: القانون الواجب التّطبيق على الميراث والوصية

والتّصرّفات المضافة إلى ما بعد الموت..... 37

الفرع الثّالث: القانون الواجب التّطبيق على حماية الأشخاص..... 39

الفرع الرابع: القانون الواجب التّطبيق على الهبة والوقف..... 41

المبحث الثّاني: حلّ مشكلة التّنازُع المتغيِّر..... 42

المطلب الأوّل: مضمون مشكلة التّنازع المتحرِّك..... 43

الفرع الأوّل: مفهوم التّنازع المتغيِّر 43

أوّلا: المقصُود بالتّنازع المتغيّر..... 43

ثانيا: نطاق التّنازع المتحرّك..... 46

الفرع الثّاني: الحلول الفِقهيّة لمشكلة التّنازع المُتغيِّر 47

أوّلا: أنصار استبعاد تطبيق القانون الجديد..... 47

ثانيا: أنصار تطبيق قواعد تنازع القوانين من حيث الزّمان على التَّنازع المُتحرّك 49

المطلب الثّاني: موقف المُشرِّع الجزائري في حلّ مشكلة التّنازع المتغيّر 51

الفرع الأوّل: آثار الزواج وانحلاله 51

الفرع الثّاني: النّسب..... 53

الفرع الثّالث: الكفالة والتّبنِّي..... 54

الفرع الرّابع: الهبة والوقف..... 55

المبحث الثّالث: تقرير قاعدة إسناد ذات طابع أُحادي 57

المطلب الأوّل: الأصْلُ في قاعدة الإسْناد الازْدواجية..... 57

الفرع الأوّل: المقصود بقاعدة الإسنادْ..... 57

الفرع الثّاني: خصائص قاعدة الإسناد 59

أوّلا: قاعدةُ الإسنادْ قاعدة غير مباشرة 59

ثانيًا: قاعدة الإسنادْ قاعدة مُحايدة ومُجرّدة 60

ثالثًا: قاعدة الإسنادْ قاعدة مُزْدوجة..... 61

المطلب الثّاني: تقرير قاعدة إسنادْ ذات طابع أحادي في التّشريع

الجزائري وبعض التّشريعات العربيّة..... 63

الفرع الأوّل: تقرير قاعدة إسنادْ فرديّة في بعض التّشريعات العربيّة 63

أوّلا: القانون المصري..... 63

ثانيًا: القانون الأُردني..... 64

ثالثا: القانون العراقي..... 65

الفرع الثّاني: تقرير قاعدة إسناد أحاديّة في القانون الجزائري..... 66

أوّلا: مضمون نصّ المادّة 13 من القانون المدني..... 66

ثانيا: إيجابيات نصّ المادّة 13 من القانون المدني..... 68

الفصل الثّاني: الاستفادة من الأحكام العامّة في قواعد الإسناد 70

المبحث الأوّل: في إعمال الإحالة من الدّرجة الأولى..... 70

المطلب الأول: مضمون مسألة الإحالة..... 71

الفرع الأوّل: مفهوم الإحالة..... 71

أوّلا: تعريف الإحالة 71

ثانيا: صور الإحالة..... 72

ثالثا: نشأة الإحالة..... 73

رابعا: أساس الإحالة..... 74

الفرع الثّاني: الإحالة من منظور الفقه..... 75

أوّلا: أنصار الإحالة..... 75

ثانيا: الاتّجاه الرّافض للإحالة 77

الفرع الثالث: موقف التّشريعات العربية من الإحالة..... 83

الفرع الرّابع: موقف القانون الجزائري من الإحالة..... 85

المطلب الثاني: دور الإحالة في الحماية في مجال الأحوال الشّخصية الجزائريّة

(إعمال الإحالة في موضوع الزّواج نموذجا 90

الفرع الأوّل: دور الإحالة في الحماية عند انعقاد الزّواج..... 91

الفرع الثاني: دور الإحالة في الحماية بشأن

آثار الزّواج، انحلاله والانفصال الجسماني..... 92

الفرع الثّالث: دور الإحالة في حماية مصالح الزّوجة الجزائرية..... 93

المبحث الثّاني: آلية الدّفع بالنّظام العام..... 94

المطلب الأوّل: مضمون قاعدة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفة النّظام العام..... 94

الفرع الأوّل: مفهوم النّظام العام..... 95

الفرع الثّاني: شروط الدّفع بالنّظام العام..... 100

أوّلا: اختصاص قانون أجنبي بحكم النّزاع..... 100

ثانيا: توافر مقتضى من مقتضيات النّظام العام..... 101

ثالثا: أن تكون المخالفة للنّظام العام حالية..... 102

رابعا: وجود رابطة بين النّزاع المطروح ودولة القاضي 103

الفرع الثّالث: آثار الدّفع بالنّظام العام..... 104

أوّلا: الأثر السّلبي للنّظام العام 104

ثانيا: الأثر الإيجابي للنّظام العام..... 105

ثالثا: الأثر المخفّف للنّظام العام 107

رابعا: الأثر الانعكاسي للنّظام العام..... 108

المطلب الثاني: موقف المشرّع الجزائري وبعض التّشريعات العربيّة

من قاعدة الدّفع بالنّظام العام..... 109

المطلب الثالث: دور قاعدة الدّفع بالنّظام العام في حماية الأحوال الشّخصيّة

(الطّلاق، الميراث والوصيّة نموذجا..... 114

الفرع الأوّل: النّظام العام والطّلاق..... 115

الفرع الثّاني: النّظام العام والميراث 116

الفرع الثّالث: النّظام العام والوصيّة..... 118

الباب الثاني: إشكاليات الطّابع الحمائي لقواعد الإسناد في مجال الأحوال الشّخصية 120

الفصل الأول: الإشكالات العامّة النّاتجة عن إحاطة

الأحوال الشّخصية بطابع حمائي 122

المبحث الأوّل: صعوبات إعمال ضابط الجنسيّة..... 123

المطلب الأوّل: حالة تعدّد الجنسيات أو تغييرها أو انعدامها..... 123

الفرع الأوّل: تعدّد الجنسيات 123

الفرع الثّاني: تغيير الجنسية..... 126

الفرع الثّالث: انعدام الجنسية 127

المطلب الثاني: حالة الإسناد لنظام قانوني مركب..... 130

المبحث الثّاني: الإخلال بمبدأ المساواة بين الجنسين 133

المطلب الأول: ترجيح جنسية الزّوج على جنسية الزّوجة من خلال تحديد

القانون الواجب التّطبيق على آثار عقد الزّواج..... 134

المطلب الثاني: تفضيل جنسية الزّوج على جنسية الزّوجة من خلال تحديد

القانون الواجب التّطبيق على انحلال الزّواج و الانفصال الجسماني 136

المبحث الثالث: المساس بمصلحة الزّوجة..... 139

المطلب الأوّل: حول موقف المشرّع الجزائري في المادّة 2/12 من القانون المدني 140

المطلب الثّاني: موقف التّشريعات العربية..... 141

المبحث الرّابع: سلبيات تقرير قاعدة إسناد ذات طابع أحادي 143

المطلب الأول: الآثار السّلبية للمادة 13 من القانون المدني الجزائري..... 144

الفرع الأوّل: المساس بمصالح الأشخاص..... 146

الفرع الثاني: تعارض نص المادة 13 مع المبادئ الأساسية

للقانون الدولي الخاص المقارن..... 147

الفرع الثّالث: تقييد حرّية إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التّطبيق 148

الفرع الرابع: استبعاد القانون الأجنبي دون سبب..... 148

المطلب الثّاني: موقف بعض الدّول المقارنة..... 149

المبحث الخامس: صعوبات إعمال ضابط الإسناد في المادّة 13 مكرر

من القانون المدني..... 152

المطلب الأوّل: صعوبات تطبيق قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطّفل 152

المطلب الثّاني: موقف بعض التّشريعات العربية..... 154

المبحث السادس: غياب العلاقات الخاصة الدولية أمام الهيئات الجزائرية..... 156

الفصل الثاني: صعوبة الحفاظ على الحقوق المكتسبة 158

المبحث الأوّل: إشكالية الاعتراف بالانفصال الجسماني..... 158

المطلب الأوّل: مفهوم الانفصال الجسماني..... 159

المطلب الثّاني: الاعتراف بالانفصال الجسماني كحقّ مكتسب..... 160

المطلب الثالث: الانفصال الجسماني والنّظام العام..... 163

المطلب الرّابع: إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية..... 169

الفرع الأوّل: حالة كون الزّوج جزائري وقت رفع الدّعوى..... 170

الفرع الثاني: حالة كون أحد الزّوجين جزائريا وقت انعقاد الزّواج..... 171

المطلب الخامس: موقف بعض التّشريعات العربية..... 172

المطلب السّادس: الحلول المقترحة 174

الفرع الأوّل: إخضاع صحّة الانفصال الجسماني للقانون الّذي أنشأ الحق..... 174

الفرع الثاني: تقرير حلول مختلفة لآثار الانفصال الجسماني..... 175

المبحث الثاني: إشكالية الاعتراف بالتبني 176

المطلب الأول: مفهوم التبني..... 177

المطلب الثاني: قاعدة الإسناد الخاصة بالتبني..... 180

المطلب الثالث: مضمون نص المادة 13 مكرر 2/1 من القانون المدني

و النظام العام الجزائري.....183

المطلب الرّابع: الإشكالات الّتي قد تثيرها الفقرة الثانية من المادة 13 مكرر 1

من القانون المدني..... 186

الفرع الأوّل: تعارض نصّ المادّة 13 مكرر 2/1 من القانون المدني

مع نص المادة 46 من قانون الأسرة..... 186

الفرع الثّاني: إمكانية إهدار الحقوق المكتسبة..... 188

المطلب الخامس: موقف بعض التّشريعات العربية..... 190

خاتمة..... 193

قائمة المراجع..... 207

الفهرس..... 216