

جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان –
كلية الحقوق و العلوم السياسية

التطبيق الإستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية

تخصص القانون الدولي الخاص / مذكرة لنيل شهادة الماجستير

تحت إشراف:
د. يوسف فتيحة

من إعداد الطالبة:
زيدون بختة

أعضاء لجنة المناقشة :

- | | | | |
|--------------------|-----------------------|--------------|---------------|
| ● د. رايس محمد | أستاذ محاضر قسم – أ- | جامعة تلمسان | رئيسا |
| ● د. يوسف فتيحة | أستاذة التعليم العالي | جامعة تلمسان | مشرفة و مقررة |
| ● د. شهيدة قادة | أستاذ التعليم العالي | جامعة تلمسان | مناقشا |
| ● د. بن عصمان جمال | أستاذ محاضر قسم – ب- | جامعة تلمسان | مناقشا |

السنة الجامعية 2011/2010

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية:

- ج : جزء
- ج.ر : جريدة رسمية
- د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية
- ص : صفحة
- ط : طبعة
- غ.أ.ش : غرفة الأحوال الشخصية
- ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري
- ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- ق.ح.م : قانون الحالة المدنية
- ق.م.ج : قانون مدني جزائري
- م.ق : مجلة قضائية

ثانياً: باللغة الفرنسية:

- AL : Alinéa.
- ART : Article.
- CASS. CIV : Cassation Civil
- éd : édition.
- L.G.D.J : Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- OP.CIT : Ouvrage précité.
- O.P.U : Office des publications universitaires.
- P : Page.
- T : Tome.

منذ أقدم المجتمعات، والإنسان في إتصال دائم مع بني جنسه، فذلك أمر تفرضه طبيعته الإنسانية. إلا أن علاقاته آنذاك بقيت محدودة وضيقة في عالم صعب فيه تخطي الحدود، بسبب كثرة مشقات السفر، وبعد المسافات، وتنافر المجتمعات نتيجة للصراعات الدامية التي كانت قائمة آنذاك.

غير أن اليوم، ومع التطور الهائل الذي عرفته الدول في مختلف مناحي الحياة، خصوصا في مجال الإتصال والمواصلات، بات العالم شبيها بقرية صغيرة، فكثرت المبادلات التجارية وتطورت العلاقات بين الأفراد في شتى أنحاء المعمورة بشكل منقطع النظير، حيث أصبحت كل دولة تحوي إلى جانب مواطنيها عددا لا يستهان به من الأجانب، ويرتبط هؤلاء فيما بينهم أو فيما بينهم وبين أفراد الدولة التي هاجروا إليها بعلاقات متعددة الجوانب، فقد يرمون تصرفات قانونية بيع، إيجار، زواج...

وبمناسبة إجراءهم لهذه التصرفات، كثيرا ما تقع فيما بينهم منازعات تستدعي البحث عن القانون الذي يحكمها. وهذا ما أصطلح على تسميته بمشكل "التنازع في القوانين" والذي يقصد به، تزامم قانونين أو أكثر لحكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي. فكلما تعلق الأمر مثلا، بصحة زواج تم بين إيطاليين متوطنان في الجزائر، فإن مثل هذا النزاع يتصل لا شك بالقانون الإيطالي بوصفه قانون الجنسية المشتركة للزوجين، كما يتصل من جهة أخرى، بالقانون الجزائري بوصفه قانون موطنهما المشترك، ومن هنا كان القول بأن ثمة تنازعا بين كل من القانون الايطالي والقانون الجزائري لحكم المركز القانوني محل النزاع.

هذا، ولا يتطرق العنصر الأجنبي إلى العلاقة القانونية فقط من حيث الأشخاص، وإنما أيضا من حيث الموضوع، إذا ما تعلق النزاع مثلا بين فرنسيين بشأن عقد مبرم بفرنسا، ولكن بشأن مال كائن في الجزائر، كما قد تلحق الصفة الأجنبية أيضا بعنصر الواقعة المنشئة للعلاقة، كما لو طالب جزائري مثلا، بحقه في التعويض أمام القضاء الجزائري عن ضرر لحق به في دولة أجنبية.

الذي يلوح من مطالعة الأمثلة المتقدمة، أن الصفة الأجنبية التي تلحق بالعلاقة محل النزاع، تستقرأ من كون أن أحد أطرافها أو كلاهما أجنبي، أو أن موضوعها كائن بالخارج، أو أن مصدرها - عقدا كان أو واقعة - قد حدث في الخارج .

وقولنا أن العلاقة في الحالات السابقة قد تسربت إليها الصفة الأجنبية له دلالة محددة، أي أنها لم تعد علاقة وطنية خالصة، وأن الصفة الأجنبية التي تسربت إليها قد تؤدي إلى ظهور أكثر من قانون واجب التطبيق عليها.

من أجل تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، وحسم مشكلة التنازع في القوانين، ولتمكين العلاقة ذات العنصر الأجنبي، من أن تشق طريقها في ثقة وإطمئنان مع فواصل الحدود وإختلاف النظم، تصدى المشرع الجزائري-وعلى غرار الدول الأخرى-بوضع قواعد قانونية أصطلح على تسميتها في إجماع وتواتر " بقواعد الإسناد"¹. هذه الأخيرة، يلزم لإعمالها أن يكون الإختصاص القضائي ثابتا فعلا للمحاكم الجزائرية، وذلك بموجب قواعد الإختصاص القضائي الدولي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية². ومتى كان الأمر كذلك، أي متى كان القاضي الجزائري مختصا- فعلا- بالنظر في نزاع ما، مشتمل على عنصر أجنبي، تعين عليه الرجوع إلى قواعد الإسناد المقررة في قانونه، وتطبيق القانون الذي تشير بإختصاصه، والذي قد يكون إما قانونه الوطني أو قانون أجنبي آخر، وهذه هي الطبيعة المزدوجة لقواعد الإسناد، وهي السمة الأساسية التي تميّزها عن غيرها من قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى³، فقاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع آثار عقد الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، تعقد الإختصاص لصالح القانون الجزائري إذا كان الزوج جزائريا، وللقانون

1 - مصطلح قواعد الإسناد هو نفسه مصطلح قواعد التنازع، و هذه القواعد نضمها المشرع الجزائري في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني الجزائري، الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر. العدد 44، سنة 2005.

2- المادة 41-42 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. العدد 21 سنة 2008.

3- فقواعد القانون الدولي الخاص الأخرى، هي قواعد موضوعية، فقواعد الإختصاص القضائي الدولي مثلا، لا تقوم بتعيين المحكمة الأجنبية الواجب رفع النزاع إليها، وإنما تكتفي فقط بتحديد متى تكون المحاكم الوطنية مختصة، وكذلك القواعد المنظمة للجنسية تقتصر على تحديد الشروط اللازمة لإكتساب الجنسية الجزائرية دون غيرها، وإلا أعتبرت منطوية على تجاوز لحدود إختصاص هذا المشرع وماسة بسيادة الدولة الأجنبية التي تملك دون غيرها سلطة تحديد من يعتبر من رعاياها، وكذلك الحال بالنسبة لقواعد مركز الأجانب فهي تقوم بتحديد الحقوق التي يتمتع بها الأجانب في إقليم الدولة، ولا تعني بيان ما يتمتع به الوطنيون من حقوق في إقليم دولة أجنبية، وكذلك القواعد المتعلقة بآثار الأحكام الأجنبية إذ يقتصر المشرع على تحديد آثار الحكم الأجنبي داخل إقليم دولته و لا يتكفل بتحديد الآثار التي يمكن أن ترتبها الأحكام الوطنية خارج هذا الإقليم. أنظر صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط2، 2006، ص38.

الأجنبي إذا كان الزوج أجنبيا. وقاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع الميراث لقانون جنسية المورث وقت الوفاة، تعقد الإختصاص للقانون الجزائري إذا كان المورث جزائريا وقت وفاته، وللقانون الأجنبي إذا كان المورث أجنبيا وقت وفاته... وهكذا، فعلى الرغم من أن الدولة لها سيادتها وأنظمتها الخاصة بها، إلا أنها تتنازل عن سيادتها وتقبل بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها. ولكن هل أن هذا التنازل والسماح بتطبيق القوانين الأجنبية على الإقليم الوطني جاء مطلقا دون قيد أو إستثناء؟

إذا كان الأصل في قواعد الإسناد أنها قواعد مزدوجة، قد تشير إما بتطبيق قانون القاضي نفسه، وإما بتطبيق قانون أجنبي آخر، إلا أنه ومن خلال تفحصنا لقواعد الإسناد الوطنية، والوقوف بين ثناياها نجد أن المشرع الجزائري قد عطل إعمالها بهذه الكيفية في حالات محددة، حيث تخلى عن منهج التنازع، وأقر تطبيق القانون الجزائري وحده بغض النظر عن أي تشريع آخر، وذلك على مسائل محددة وإذا ما توافرت إعتبارات خاصة سيتم بيانها في موضعها.

كما أنه وحتى إذا ما تقرر الأخذ بقاعدة الإسناد الوطنية و أشارت هذه الأخيرة بتطبيق قانون أجنبي معين، فإنّ القاضي، وهو بصدد التطبيق الفعلي لهذا القانون قد تعترض سبيله بعض العقوبات، تؤدي به إلى إستبعاده من ميدان التطبيق و إحلال محله قانونه بصفة إستثنائية، كما لو إتضح له مثلا، أن قواعد الإسناد في ذلك القانون ترفض الإختصاص المخول لها و تحيله إلى قانونه الوطني، أو إذا ما تعذر عليه أصلا إثبات مضمون ذلك القانون، أو حتى إذا ما استطاع الكشف عن مضمونه و إتضح له بالنهاية أنه يتضمن أحكاما تتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولته.

إذن فمن خلال ما سبق يبدو، أن المشرع الجزائري قد أفرد إختصاصا إستثنائيا لصالح قانونه في مرحلة تطبيق قواعد التنازع الوطنية، و أيضا في مرحلة تطبيق القانون الأجنبي المختص، وهذا ما سنتنصب عليه دراستنا في هذا البحث، أي مختلف الحالات التي أقر المشرع الجزائري بموجبها إختصاصا إستثنائيا لصالح قانونه عند تنازع القوانين. ولكن يجب أن ننبه هنا إلى أننا لا ننوي التصدي في دراستنا هذه لمسألة التكييف، رغم أن المشرع الجزائري قد أخضعه هو الآخر بموجب المادة 9 ق.م.ج للقانون

الجزائري¹، لأن ذلك أمر بديهي ونتيجة حتمية لإعتبار أن قواعد الإسناد قواعد وطنية محضة، لذلك يكون القاضي المعروض عليه النزاع مضطرا لأن يكيّف العلاقة على هدي قواعد قانونه الوطني، الذي يحدد طوائف النظم القانونية، ويبيّن أي طائفة تندرج تحتها المسألة المطروحة.

وفضلا عن ذلك، فمسألة التكييف هي مسألة أولية سابقة على مرحلة البحث عن القانون الواجب التطبيق، و الذي يهتما في هذه الدراسة هو الحالات التي أقر المشرع الجزائري بموجبها إختصاصا إستثنائيا لصالح قانونه في مرحلة تنازع القوانين.

كما إستبعدنا أيضا من نطاق هذه الدراسة، الإستثناء الذي أورده المشرع الجزائري بشأن النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية، و القاضي بتطبيق القانون الجزائري على النظام القانوني للشخص الاعتباري في حالة ممارسة هذا الأخير لنشاطاته بالجزائر، وذلك لأن أساس تطبيق القانون الجزائري في هذه الحالة، هو في حقيقة الأمر ليس بإعتباره قانون محل ممارسة النشاط، وإنما يكون ذلك تطبيقا لقاعدة عامة، أي بإعتباره قانون الجنسية، لأن المشرع الجزائري قد أخذ أيضا بمعيار الإستغلال وممارسة النشاط كمعيار لتحديد جنسية الشخص المعنوي كالشركات مثلا، وهذا ما أكدته المادة 50/2 ق.م. ج. التي نصت على أن الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر، يعتبر مركزها في نظر القانون الجزائري هو الجزائر. كما أكدت على ذلك أيضا المادة 2/547 من القانون التجاري الجزائري² التي نصت على أنه: "الشركات التي تمارس نشاطاتها في الجزائر تخضع للتشريع الجزائري". وتطبيقا لذلك، إذا كانت الشركة الأجنبية تنشط في الجزائر تثبت لها الجنسية الجزائرية، فتخضع للقانون الجزائري كقاعدة عامة، ويستتبع ذلك تطبيق أحكام القانون التجاري الجزائري، و غيره من القوانين التي تسيّر الإستثمارات والأعمال في الجزائر.

1 -تنص المادة 9 من ق.م.ج على أن: "القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

2- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-02 ، المؤرخ في 06 فبراير 2005 والمتضمن القانون التجاري الجزائري، ج ر ، العدد 11، سنة 2005.

هكذا إذن، يتحدد مجال دراستنا في بحث مختلف الحالات التي أقر المشرع الجزائري بشأنها إختصاصا إستثنائيا لصالح قانونه في مرحلة تطبيق قواعد النزاع الوطنية، كما هو الشأن لحالة تطبيق القانون الجزائري على المسائل المتعلقة بالأهلية، وحالة تطبيق القانون الجزائري على الرابطة الزوجية متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج، وكذا حالة تطبيق القانون الجزائري على مسائل الأحوال الشخصية لمتعدد الجنسية الوطني.

كما تشمل دراستنا أيضا، تلك الحالات التي أقر المشرع الجزائري بموجبها إختصاصا لصالح قانونه في مرحلة تطبيق القانون الأجنبي المختص وذلك بعد إستبعاده من ميدان التطبيق، سواء بموجب نظرية الإحالة-أي في حالة إحالة قواعد النزاع الأجنبية لإختصاص لصالح القانون الجزائري- أو في حالة تعذر إثبات مضمونه، أو في حالة تعارضه مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي.

ومن هنا، يعتبر موضوع التطبيق الإستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية من المواضيع ذات الأهمية البالغة في مجال القانون الدولي الخاص، وقد كان دافعنا الرئيسي لإختياره غياب الدراسات المتخصصة والبحوث العلمية الجامعية، حيث أنه -وعلى حد علمنا- لم يسبق تناوله كموضوع، لا من قريب و لا من بعيد رغم أهميته العلمية والعملية، إلى جانب ما يعانیه أيضا من ندرة في المراجع خصوصا في التشريع الجزائري. هذا الأمر وإن كان قد صعب عملية البحث فيه من جهة، إلا أنه ومن جهة أخرى شجعنا على إختياره علنا نساهم ولو بقدر ضئيل في فحو التراكم المعرفي، لأن هذه الدراسة تساهم في إزالة الكثير من الغموض واللبس الذي يتخلل قواعد النزاع الوطنية، ويجعلنا نقف عند طبيعتها الحقيقية، كما أن من شأنها نفض الغبار على مسألة في غاية الأهمية، تتعلق أساسا بتطبيق القانون الجزائري، فهذا الأخير وبعد أن كان يطبق في نطاق العلاقات الوطنية البحتة بصفته صاحب إختصاص أصلي -إذ الأصل أن كل محكمة تلتزم بتطبيق قانونها- سحب عنه البلاط وبات يطبق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية كإستثناء، لأن التعامل القائم بين الدول يفرض على كل دولة التنازل والسماح بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها، وهذا الأمر لا يتحقق إلا بإنتهاج المنهج التنازعي الذي تخلى عنه المشرع الجزائري بموجب هذه الإستثناءات.

إضافة إلى ذلك، فالذي لفت إنتباهها ودفعنا إلى إختيار هذا الموضوع، هو رغبتنا في مناقشة التعديل الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري، والذي وسع بموجبه مجال تطبيق قانونه، من خلال محاولة منه لسد بعض الثغرات التي كانت تحيم على موقفه سابقا، ومن ذلك إضافته فقرة جديدة للمادة 15 ق.م.ج التي أقر بموجبها تطبيق القانون الجزائري على التدابير الإستعجالية المتعلقة بعدمي الأهلية ومن في حكمهم، ومن ذلك أيضا إضافته نص جديد خاص بالإحالة، فبعد أن كان المشرع الجزائري ملتزما الصمت إزائها، إذ لم يتعرض لها لا بالقبول ولا بالرفض، إلا أنه و من خلال التعديل الجديد أعرب صراحة عن موقفه منها، فأخذ بها متى كانت من الدرجة الأولى، أي أنه سمح للقاضي بتطبيق قانونه متى أحالت عليه قواعد التنازع الأجنبية الإختصاص، وأيضا في مسألة تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي، فقد أضاف نص صريح يقضي بإحلال القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المتعذر إثباته، و أخيرا إعترافه بالأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام بعد أن كان في ظل القانون السابق لا يقر سوى بالأثر السلبي، بذلك يكون المشرع الجزائري قد سمح للقاضي بتطبيق قانونه محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولته.

وفوق ما تقدم فإن الذي دفع بنا إلى إختيار هذا الموضوع، هو الإشكاليات الحادة التي يثيرها والمتمثلة أساسا فيما يلي:

- ما هو مضمون هذه الإستثناءات التي أقر المشرع الجزائري بموجبها إختصاصا لصالح قانونه؟ وما هي ضوابط و شروط تطبيقها؟ وما هي الحكمة التي إبتغها المشرع من وراء إقراره لهذه الإستثناءات؟ وإذا كان الغرض من ذلك هو حماية العنصر الوطني كما درجت أقلام الفقهاء؟ فما مدى كفايتها في إقرار تلك الحماية؟

إن الإجابة على هذه الإشكاليات يتطلب شرحا مستفيضا، وتحليلا معمقا ولا يتحقق ذلك إلا من خلال المنهج التحليلي، الذي إعتمدناه أساسا في هذه الدراسة، كما إستندنا أيضا على المنهج المقارن لعرض موقف القانون المقارن بهذا الشأن.

إذن، إنطلاقاً من كل ما تقدم وتقيداً بعنوان المذكرة، الذي يفرض التطرق إلى مختلف الحالات التي أقرها المشرع الجزائري بشأنها إختصاصاً إستثنائياً لصالح قانونه، إرتأينا تقسيم هذا البحث إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول الإختصاص التشريعي المقرر للقانون الجزائري عند تطبيق قواعد التنازع الوطنية، ونتعرض في الفصل الثاني إلى الإختصاص التشريعي المقرر للقانون الجزائري عند تطبيق القانون الأجنبي المختص.

لقد حوّل المشرع الجزائري القاضي سلطة الفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي عن طريق قواعد الإسناد المقررة في قانونه، غير أنه وإن كان الأصل في هذه الأخيرة، أنها قواعد مزدوجة، قد تشير إما بتطبيق قانون القاضي نفسه، أو إلى تطبيق قانون أجنبي آخر، إلا أن ذلك لا يحدث دائما، فمن خلال تفحصنا لقواعد الإسناد الوطنية، والوقوف بين ثناياها، نجد أن المشرع الجزائري قد إحتفظ، وفي حالات محددة بالاختصاص لنفسه. حيث ألزم القاضي بتطبيق قانونه بغض النظر عن أي تشريع آخر، وذلك على مسائل محددة، وإذا ما توافرت إعتبرات معينة.

على هذا الأساس، سوف نتولى دراستنا لهذا الفصل، بعرض مختلف هذه المسائل التي أقر المشرع الجزائري بشأنها إختصاصا إستثنائيا لصالح قانونه، وكل ذلك نوردته في ثلاث مباحث رئيسية، نتناول في المبحث الأول، حالة تطبيق القانون الجزائري على المسائل المتعلقة بالأهلية ليكون حديثنا في المبحث الثاني حول حالة تطبيق القانون الجزائري على الرابطة الزوجية، أما المبحث الأخير سنخصصه لحالة تطبيق القانون الجزائري على النزاع الأسري لمتعدد الجنسية الوطني.

المبحث الأول:

تطبيق القانون الجزائري على المسائل المتعلقة بالأهلية.

إذا كانت القاعدة العامة السائدة لدى غالبية التشريعات العربية، هي إعتبار أن المسائل المتعلقة بالأهلية من قبيل مسائل الأحوال الشخصية، وإخضاعها لقانون الجنسية، إلا أنّ المشرع الجزائري - وعلى غرار مشرعي هذه الدول - لم يتقيد بالإختصاص المطلق لهذا القانون لحكم كافة هذه المسائل، بل أنّه قرّر وفي حالات محددة الخروج عن تطبيق هذا القانون، وتقرير الإختصاص لصالح القانون الجزائري وحده، وذلك لإعتبارات معينة.

هذا ما سوف نتعرض له تفصيلا من خلال دراستنا لهذه المسائل، وذلك في مطلبين رئيسيين، نتناول في المطلب الأول: مسألة الأهلية، وفي المطلب الثاني: النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية ومن في حكمهم.

المطلب الأول: الأهلية.

تنص المادة 10 ق. م. ج على أنّه: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا، ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبيينه على الطرف الآخر، فإنّ هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة".

يتبين من النص المتقدم، أنّ المشرع الجزائري قد وضع قاعدة عامة في شأن الأهلية، ثم قرّر إستثناء على هذه القاعدة، قصر بموجبه الإختصاص لصالح القانون الجزائري وحده، وذلك لإعتبارات معينة، سوف نعمل على توضيحها تفصيلا من خلال دراستنا لهذا الاستثناء، ولكن قبل ذلك لا بد من التنويه إلى القاعدة العامة القاضية بتطبيق قانون الجنسية.

الفرع الأول: القاعدة العامة: خضوع الأهلية لقانون الجنسية.

تعتبر الأهلية من أهم مسائل الأحوال الشخصية، لذلك فقد عكف المشرع الجزائري - وعلى غرار غالبية التشريعات العربية واللاتينية- على إخضاعها لقانون الجنسية، وهذا ما تطرقت إليه المادة 1/10 ق.م.ج، بقولها: «يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...»¹

فعلى الرغم من أنّ مصطلح الأهلية ينصرف إلى عدة أنواع من الأهلية، فهناك أهلية الأداء وأهلية الوجوب، وأهلية التقاضي، وأهلية المساءلة عن الفعل الضار، إلا أنّ المراد بالأهلية التي قصدها المشرع الجزائري وخصّها بقاعدة إسناد هي أهلية الأداء العامة، والتي مناطها القدرة على التعبير عن الإرادة، لذلك فإنّ نطاقها يتحدّد بالأعمال القانونية أو التصرفات القانونية التي تحتاج إلى الإرادة في إنشائها، وكذلك في ترتيب آثارها.²

هذا، وقد نصّ المشرع التونسي صراحة على أنّ المقصود بالأهلية التي تخضع للقانون الوطني، هي أهلية الأداء، وذلك من خلال المادة 40 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.³

أما باقي أنواع الأهلية المذكورة سلفاً، فهي تخضع لقوانين أخرى، فأهلية الوجوب، والتي يقصد بها صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق⁴، فهي لا تخضع لقانون واحد، وإنّما يسري في شأنها القانون المختص بحكم الحق المراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع به أم لا، فحق الشخص في أن يرث يخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم الميراث، والتي تقضي بتطبيق قانون الجنسية، وحق

1- يقابل هذا النص في التشريعات العربية، المادة 11 مدني مصري، المادة 11 مدني لبيي، المادة 12 مدني أردني، و يقابلها في التشريعات اللاتينية، المادة 3/3 مدني فرنسي، المادة 1/9 مدني إسباني. أشار إلى ذلك، الدكتور عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2004، ص 778.

2- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط10، ص216-217.

3- قانون رقم 97-98 الصادر في 27 نوفمبر 1998 المتعلق بالمجلة التونسية للقانون الدولي الخاص،

www.droit-Afrique.com / images / textes/ tunisie/tunisie

4 - السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، ج1 نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1989، ص315.

الشخص في أن يتزوج من امرأة ثانية، يخضع لقانون جنسيته، وحق الشخص في أن يملك يخضع للقانون الذي يحكم الملكية، وهو قانون موقع المال¹.

أما أهلية المساءلة عن الفعل الضار، فهي أيضا تخرج من مجال تطبيق قانون الجنسية لتخضع للقانون الذي يحكم الفعل الضار، أي قانون محل وقوع الفعل الضار، وكما تخرج أيضا من نطاق قانون الجنسية، أهلية الشخص للتقاضي تخضع لقانون القاضي، كونها تعتبر من المسائل الإجرائية تطبيقا لنص المادة 21 مكرر ق.م. ج².

أما أهلية الأداء الخاصة، فهي تتعلق بأشخاص معينين يمنعمهم القانون من مباشرة بعض التصرفات القانونية مع أئهم راشدون، ومثالها، ما تقضي به أغلب التشريعات، ومنها التشريع الجزائري من حرمان رجال القضاء من شراء الأموال المتنازع عليها بأسمائهم أو بأسماء مستعارة، إذا كان المال المتنازع عليه يدخل في إختصاص الدائرة القضائية التي يمارسون فيها مهامهم³.

وأيا ما تقضي به بعض التشريعات الغربية، كالتشريع اليوناني من حرمان الزوجة من كفالة زوجها⁴، وكذلك كحرمان الشخص المريض من الإيضاء للطبيب الذي عاجله⁵.

يتضح من خلال ذلك، أنّ الغرض من أهلية الأداء الخاصة، ليس فقط حماية الشخص نفسه، وإنما إعتبارات أخرى، كحماية مصلحة الغير أو مصلحة إجتماعية، وهذا ما جعل الفقه

1- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 216، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، ط2، 2001، ص94.

2 - نص المادة 21 مكرر ق.م. ج: على أنه "يسري على قواعد الإختصاص و الإجراءات، قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

3 - هذا مناصت عليه المادة 402 ق.م. ج بقولها: «لا يجوز للقضاء ولا للمدافعين القضائيين ولا المحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة إسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في دائرة إختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا».

4- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، تنازع القوانين (في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005)، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، ط2، 2008، ص153.

5 - Gutmann daniel, droit international privé, dalloz 3^{ème}éd, 2002, p 126.

يخرج هذا النوع من الأهلية من نطاق قانون الجنسية، وإستقر على إخضاعها للقانون الذي يحكم التصرف القانوني ذاته.¹

هذا، ويخضع تكييف الأهلية لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة في التكييف²، فالقاضي المرفوع أمامه النزاع هو الذي يكيف المسألة، هل هي متعلقة بالأهلية أم لا، وهل هي أهلية عامة أو خاصة.

وعليه، ولما كانت أهلية الأداء العامة - وكما أوضحنا سالفًا - هي وحدها التي تدخل في نطاق تطبيق قانون الجنسية، فإن هذا الأخير هو الذي يحدّد مدى أهلية الشخص، ومتى يبلغ سنّ الرشد، وما هي التصرفات التي يعتبر أهلا للقيام بها، كما يبيّن أيضا، متى يعتبر الصبي مأذونا له بإدارة أمواله، ويبيّن قانون الجنسية أيضا ما يترتب من جزاء على هذه التصرفات، كما يبيّن ما هي عوارض الأهلية، من جنون وعته وسفه وغفلة.

وعليه، إذا ما ثار نزاع حول أهلية أداء لأحد الجزائريين، بخصوص منازعة تتعلق بعقد دولي مثلا، فإنّ القانون الجزائري هو الذي يسري، وبهذا الخصوص تنص المادة 40 ق.م.ج على أنه: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد هو 19 سنة كاملة".

هذا، ويجدر بنا التنويه في الأخير، إلى أنّه على الرغم من أهمية هذا الإسناد المعتمد لحكم أهلية الأشخاص، إلاّ أنّه في بعض الأحيان يكون غير ملائما، خاصة بالنسبة للمعاملات التي تتم بين وطنيين وأجانب، أو بين أجانمن دول مختلفة، لأنّ الإستعلام عن الأهلية فيما بينهم لا يبدو سهلا، الأمر الذي يسبّب إضطرابا في المعاملات، ويزعزع الثقة اللاّزمة لنمو تلك المعاملات.

1- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الإسكندرية، 1986، ص225، أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة و النشر والتوزيع الإسكندرية، 1989، ص 111.

2- المادة 9 ق.م.ج.

فلو إفترضنا مثلا، أنّ وطنيا تعاقد مع أجنبي، يعتقد أنّه كامل الأهلية طبقا لقانونه، ولكنّه في الأصل ناقصها، وبعد إبرام التصرف، أراد هذا الأجنبي التنصل من إلتزاماته، فتمسك ببطلان التصرف على أساس أنّه ناقص الأهلية !

ففي مثل هذه الحالة، لو طبّقنا القاعدة العامة، أي قانون جنسية الشخص، فإنّ ذلك سيترتب عليه -ودون شك- إضرارا بمصلحة المتعاقد الوطني حسن النية.

أمام هذه الصعوبات، ورغبة في حماية المتعاقد الوطني، أورد المشرع الجزائري - وعلى غرار غالبية التشريعات العربية واللاتينية- إستثناء هام على قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية، تضمنته المادة 10 في فقرتها الثانية على نحو ما سنرى.

الفرع الثاني: الإستثناء المقرر لصالح القانون الجزائري بشأن أهلية الأشخاص:

لقد أدخل المشرع الجزائري، إستثناء هام على قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية، تضمنته المادة 2/10 ق.م.ج بقولها: " ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر، وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيًا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإنّ هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة".
وعليه، فإن دراسة هذا الإستثناء تقتضي البحث في أساسه (أولا) وتحديد شروط إعماله (ثانيا).

أولا: أساس الإستثناء.

1- الأصل القضائي للإستثناء:

يرجع أصل هذا الإستثناء إلى القضية الشهيرة التي فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 يناير 1861، تسمى بقضية "ليزاردى" "lizardi"¹. وتتلخص وقائع هذه القضية فيما يلي:

أنّ شابا مكسيكيا يبلغ من العمر 23 سنة، يدعى "ليزاردى"، إشتري من تاجر فرنسي بعض المجوهرات، وحرّر لقاء ثمنها عدة سندات، ولما حل أجل الوفاء إمتنع عن ذلك، ولما أقيمت دعوى ضده، تمسك ببطلان السندات التي حرّرها لنقص أهليته وفقا لقانون جنسيته، الذي يحدّد سن الرشد بـ 25 سنة، فصدر الحكم لغير صالحه، يلزمه بدفع قيمة السندات، فطعن "ليزاردى" في هذا الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية، فأيدت هذه الأخيرة قضاة الموضوع في حكمهم، وبزّرت ذلك، على أساس أنّها يجوز أن يفترض في المتعاقد الفرنسي العلم بكافة قوانين العالم، ويكفيه أن يكون قد تعاقد بدون خفة، ولا رعونة، وأن يكون حسن النية.

يبدو من هذا القضاء، والذي تواترت عليه المحاكم الفرنسية بعد ذلك، أنّه لا يعتد بنقص الأهلية المقرر في القانون الأجنبي، ما دام أنّ المتعاقد الفرنسي حسن النية، ولم يكن مخطئا في جهله بحكم القانون الأجنبي، بأن كان تصرفه حاليا من الخفة والرعونة².

2- الأصل القانوني للإستثناء:³

1- راجع تفاصيل هذه القضية في مرجع،
-Pierre Mayer, vincentHeuzé, droit international privé ,Delta,Beyrouth Liban, 8^{ème} éd, 2005, P 377.

2- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 351 .

3- و يجدر بنا التنويه في هذا الصدد، إلى أنّ هناك من الفقه من رفض البحث عن أي أساس لهذا الاستثناء، كالفقيه الفرنسي "pillet" الذي يرى بأنّ هذا الاستثناء ليس له أساس على الإطلاق، وأنّ الحجج المثارة في سبيل تبريره هي ميزرات واهية، و أيضا الفقيه الفرنسي "vita" الذي يرى بأنّ المشكلة التي يثيرها عدم العلم بالأهلية التعاقدية للأجانب، لا تصلح مبررا على وجه الإطلاق لإعمال أي مبدأ يتعارض مع وحدة الحلول الواجبة في مجال القانون الدولي الخاص، راجع بهذا الخصوص، أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 90.

حاول بعض الفقه أن يرد هذا الاستثناء إلى أصول فقهية عامة. فذهب فريق منهم إلى أن هذا الاستثناء يجد أساسه في فكرة المصلحة الوطنية *L'intérêt national*. ومقتضى هذه الفكرة، الإمتناع عن تطبيق القانون الأجنبي متى كان يضر بمصالح المتعاقد الوطني. وقد أنتقد هذا التبرير على أساس أنه يفرق بين الوطني والأجنبي، وهذا الأمر يتعارض مع حكمة التشريع، فقواعد القانون الدولي الخاص موضوعة لحماية مصالح الوطني والأجنبي دون تمييز، وبالإضافة إلى ذلك فإنّ هذا التبرير يؤدي إلى تجاهل القانون الأجنبي في كثير من الفروض بدعوى حماية المصلحة الوطنية.¹

وإنّجّه جانب آخر من الفقه، إلى تبرير هذا الاستثناء بالإستناد إلى فكرة النظام العام *l'ordre public* ومقتضى هذا الرأي، فإنّه يتعين إستبعاد أحكام القانون الأجنبي بإسم النظام العام، ما دام أنّ تطبيق هذا الأخير يضر بمصالح الوطنيين.

وقد أنتقد هذا الرأي أيضا، على أساس أنّ إستبعاد أحكام القانون الأجنبي بإسم النظام العام يكون فقط في الحالة التي يتعارض فيها القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، وليس هذا هو حال هذا الإستثناء، ذلك أنّ إختلاف سنّ الرشد في القانون الأجنبي عنه في القانون الوطني، لا يصطدم بأي حال من الأحوال مع فكرة النظام العام.²

هذا، و قد ذهب فريق ثالث من الشراح الفرنسيين إلى تبرير هذا الإستثناء، بالإستناد إلى فكرة الإثراء بلا سبب — *enrichissement sans cause* — ذلك أنّ المتعاقد الأجنبي الذي يتمسك بنقص أهليته لإبطال العقد الذي أبرمه، يعتبر قد أثرى على حساب الطرف الوطني، ممّا يبرّر إخضاع النزاع بينهما لقانون الدولة التي حدثت فيها واقعة الإثراء، وهو القانون الفرنسي.

1- راجع، هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003 ص 302.

2- راجع، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 220.

وقد أخذ على هذا الرأي، أنه يعجز عن تفسير أحكام القضاء الفرنسي، التي قضت بصحة التصرف القانوني الذي باشره الأجنبي ناقص الأهلية، دون تفرقة بين ما إذا كان هذا الأجنبي قد أثرى من وراء التصرف الذي أبرمه أم لا¹.

وأخيراً، فقد تلمس الفقه الراجح أساس هذا الإستثناء، من تبرير حكم محكمة النقض الفرنسية لحكمها في قضية "ليزارد"، فقد قرّرت هذه الأخيرة، أنّ المتعاقد الوطني يعد معذورا في جهله بالقانون الأجنبي، ويرجع هذا التبرير في نظر هذا الرأي إلى كون أنّ القضاء الفرنسي يعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع، ومن شأن هذا الرأي أن يكون الأمر متروكا لتقدير القاضي، فهو الذي يقرّر ما إذا كان المتعاقد مع أجنبي يعذر أم لا بجهله لأحكام القانون الأجنبي، و يراعى في ذلك إنتباه العاقد الوطني وتيقظه ونوع التصرف².

ثانيا: شروط إعمال الإستثناء.

يستفاد من نص المادة 10 / 2 ق.م.ج بصفة خاصة، وما إنتهى إليه فقه القانون الدولي الخاص بصفة عامة، أنه يشترط لإعمال الإستثناء المتقدم توافر جملة من الشروط تتمثل فيما يلي:

الشرط الأول: أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي من التصرفات المالية.

وعمقتضى هذا الشرط، فإنه يلزم أن يكون التصرف المبرم والمراد تقرير صحته من التصرفات المالية كالبيع والإيجار، أما إذا تعلق التعامل بمسائل الأحوال الشخصية مثل الزواج، الوصية،... فلا يعمل بهذا الإستثناء، ويرجع ذلك -ودون ريب- لكون أنّ مسائل الأحوال الشخصية ترتبط إرتباطا وثيقا بالفرد، مما يقتضي إسنادها لقانون الجنسية³، كما أنّ مثل هذه التصرفات لا يتم إبرامها

1- راجع، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 303.

2- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 233، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 303-304.

3- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2009، ص 126.

على عجل بل تحتاج إلى قدر كبير من الحيطة، وبالتالي يعذر المرء بجهله لصفة من صفات الطرف الآخر.¹

وقد أنتقد الأستاذ "موحند إسعاد" هذا الشرط، حيث يرى أنّ المسألة يمكنها أن تخص كذلك مجال الأحوال الشخصية، ويضرب مثلا لذلك بقوله: يمكن للأجنبي أن يتزوج في الجزائر وقد يظهر فيما بعد أنه عديم الأهلية لأسباب متعدّدة وفقا لقانون جنسيته، فإذا كانت زوجته ذو نية حسنة وقت الزواج، فمن غير المستحسن أن تقفل في وجهه كل الأبواب لإمكانية تصحيح هذا الزواج.²

كما تجدر الإشارة في هذا الصدد أيضا، إلى أنّ الفقه والقضاء بفرنسا، كذلك ذهبا إلى تعميم هذا الإستثناء ليشمل كافة التصرفات، وإستندوا في ذلك على أنّه يتعين تطبيق القانون الفرنسي كلما كان القانون الأجنبي يضر بمصلحة الطرف الفرنسي.³

غير أنّنا نرى، بأنّه لا يمكن الاعتداد بذلك مادام أنّ نص المادة 10 / 2 جاء واضحا، حيث قصر المشرع الجزائري أعمال هذا الاستثناء على التصرفات المالية فقط، مما يعني إستبعاد مسائل الأحوال الشخصية.

إلا أنّ التساؤل الذي يثار بهذا الشأن هو، هل أنّ كل التصرفات المالية تدخل في نطاق تطبيق هذا الإستثناء؟

ذهب جانب من الفقه⁴، إلى تقييد مجال الإستثناء في إطار التصرفات والعقود الجارية أو اليومية، أي تلك التي تتم بسرعة، ولا تعطي للعائد فرصة التقصّيو الإستعلامعن أهلية المتعاقد الآخر، أما بالنسبة للتصرفات الأكثر أهمية، فهي تفلت من مجال الاستثناء، بحيث لا يصح إعتبار

1- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 795، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 100.

2- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج1، قواعد التنازل، د. م. ج، الجزائر، 1989، ص 161.

3 - loussouarn yvon , bourel pierre, droit international privé,Dalloz 7^{ème} éd, 2001, p 341.

4-Derruppé jean, droit international privé,Dalloz 14^{ème} éd,2001,p128.

المتعاقد معذورا في جهله بأحكام قانون جنسية الطرف الأجنبي في العقد، لأنّ مثل هذه التصرفات تستلزم أن يكون الشخص على قدر كبير من الحيطة و الحذر وأن يتقضى عند التعاقد أحكام قانون جنسية الطرف الآخر.

غير أننا نرى مع فريق آخر من الفقه¹، بأنّه لا مجال لهذا التقييد، فما دام أنّ نص المادة جاء مطلقا فلا يسوغ تقييده بغير مقتضى، ومن ثمّ فإنّ هذا الاستثناء يمكن إعماله على أي تصرف مالي كان.

الشرط الثاني: أن تعقد التصرفات في الجزائر وتنتج آثارها فيها:

ويستخلص من هذا الشرط، أن المشرع الجزائري قد قصد بذلك حماية المعاملات التي تتصل بحياة المجتمع الوطني إتصالا وثيقا، فهو لم يكتف للتحقق من قيام هذه الصلة بكون التصرف قد أبرم في الجزائر، بل تطلب كذلك أن تكون آثار هذا التصرف مرتبطة بالإقليم الجزائري، ومرتبة فيه.²

وعليه، فلا مجال لإعمال هذا الإستثناء، في الحالة التي يتم فيها التصرف في الخارج وينتج أثره في الجزائر، وكذلك لا مجال لإعماله، في الحالة التي يتم فيها التصرف في الجزائر وينتج أثره في الخارج.

غير أن الأستاذ "موحند إسعاد" قد أنتقد هذا الشرط، معتبرا أنّه يمكن أن يتعلق الأمر كذلك بإنتاج آثار في الجزائر بالنسبة لتصرف جرى بالخارج، أو العكس، وقد برر ذلك بقوله، أننا عند إبرام العقد لا يمكننا أن نعرف مسبقا ما إذا كان سينتج آثارا بالجزائر أم لا. وإذا ما طرحت مسألة تتعلق ببطلان العقد، فإنّ القاضي سيقوم بتقدير وجود الخطأ في وقت وفي مكان إبرام العقد³.

1- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 222.

2- يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2009، ص 45.

3- موحند إسعاد، المرجع السابق، ص 162.

وفي ذات السياق، يرى الدكتور "عكاشة محمد عبد العال" أنّ هذا الاستثناء لا يكرس قاعدة من قواعد البوليس ذات التطبيق المباشر، كما لا يعد قاعدة تنازع تقليدية مفردة الجانب، بل يتعلق الأمر بقاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، ترمي إلى حماية المعاملات التجارية الدولية، سواء تمت داخل الدولة أم خارجها، متى كان المتعاقد الذي يتمسك بها حسن النية¹.

ولكن من جهتنا، نظرا لصراحة نص المادة 10 ق.م.ج، لا يمكن قبول الاستثناء إلا إذا تم التصرف في الجزائر وأنتج أثره فيه.

هذآ، و قد تسأل الفقه حول جنسية المتعاقد مع أجنبي، هل يشترط أن تكون جنسيته جزائرية؟

ذهب البعض²، إلى أنّ عبارة النص " إذا كان أحد الطرفين أجنبيا" يفهم منها، وبمفهوم المخالفة أنّ الطرف الآخر يجب أن يكون وطنيا، في حين ذهب جانب آخر من الفقه³ إلى القول، بأنّه ما دام أنّ المشرع الجزائري لم يشترط صراحة أن يكون المتعاقد مع أجنبي جزائريا، فهذا يعني أنّ العلاقة التعاقدية قد تكون بين جزائري وأجنبي، كما قد تكون بين أجنبيا، فالمشرع الجزائري من خلال هذا الإستثناء، لم يقصد فقط حماية المتعاقد الوطني إذا ما تعاقد مع أجنبي ناقص الأهلية وفقا لقانونه لسبب فيه خفاء، بل أنّ هذا الإستثناء يحمي أيضا المتعاقد مع أجنبي آخر، إذا كان هذا الأخير ناقص الأهلية وفقا لقانونه لسبب فيه خفاء.

ونحن نتفق مع هذا الرأي، لأنّ النص جاء مطلقا ومن غير اللأئق تقييده بغير مقتضى⁴.

1- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 801.

2- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، د.م.ج، طبعة سنة 2000، الجزائر، ص 67.

3- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2007، ص 206.

4- و من البديهي أنّه إذا كان كلا المتعاقدين يحملان نفس الجنسية، فلا مبرر للأخذ بالإستثناء المقرر بالمادة 10 / 2 ق.م.ج، لأنّ الأصل أنّ كل منهما يعلم أحكام قانونه الشخصي.

وقد أيّد الفقه المصري¹ أيضا هذا الرأي، عند تفسيره لنفس العبارة، فعبارة "إذا كان أحد الطرفين أجنبيا" الواردة في المادة 11 من التقنين المدني المصري، لا تقطع عنده الدلالة على أنّ المراد بالطرف الآخر هو المتعاقد الوطني.

كما إستقر القضاء الفرنسي أيضا على هذا المعنى، حيث لم يتردد في حماية المتعاقد الأجنبي الذي لم يستطع أن يتبين أحكام قانون جنسية الطرف الأجنبي الآخر الذي تعاقد معه.²

الشرط الثالث: أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبيّنه.

مقتضى هذا الشرط، أن يكون المتعاقد مع أجنبي معذورا في جهله بنقص أهلية الأجنبي الذي تعاقد معه، ولقضاة الموضوع السلطة التقديرية في ذلك، ويكون هذا التقدير وفقا لمعيار موضوعي وهو معيار الرجل العادي³. بمعنى أنه إذا كان بإمكان الرجل العادي الموجود في نفس ظروف المتعاقد مع أجنبي، أن يتبين نقص أهليته، فلا مجال حينئذ للتمسك بهذا الاستثناء، أما إذا كان الأمر على خلاف ذلك، بأن لم يكن بإمكانه إكتشاف نقص أهليته، فيمكن حينئذ التمسك بهذا الاستثناء.

وبناء على ذلك، يبدو لنا مع البعض⁴، أنّ هذا الشرط يتضمن عنصرين: عنصر شخصي، ينظر فيه إلى جهل المتعاقد فعلا بنقص أهلية الأجنبي، وعنصر معنوي، يقدر فيه هذا الجهل وفقا لمسلك الرجل العادي.

1- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة سنة 1974، ص 312، صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ط1، ص 393.

2- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 356.

3- أنظر في تأييد إستخدام المعيار الموضوعي، الدكتور علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 66، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 332، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 314، وفي رأي آخر إستخدام المعيار الشخصي، أنظر، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 102، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 393.

4- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 357.

هذا، وقد أعترض على هذا الشرط بقاعدة "لا عذر بجهل القانون"، إذ كيف يعذر المتعاقد مع أجنبي بجهله لقانون هذا الأجنبي؟ ولكن يرد على هذا الاعتراض بأنّ هذه القاعدة تقتصر على الجهل بالقانون الوطني، الذي يفترض في كل مواطن أن يعرفه متى وصل إلى علمه بطريق النشر في الجريدة الرسمية، بينما الجهل بالقانون الأجنبي، عذر مقبول، لأنّ المفروض أنّ الإنسان لا يستطيع أن يحيط علما بأحكام قوانين العالم كله، حتى ولو كان من المختصين.¹

الشرط الرابع: أن يكون المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري، وناقصها وفقا لقانونه الوطني.

لم يتضمن نص المادة 10 / 2 ق.م.ج صراحة هذا الشرط، ولكنّه شرط بديهي ومنطقي، لأنّه لا يمكن تصوّر أعمال هذا الاستثناء إذا كان الأجنبي ناقص الأهلية أيضا وفقا للقانون الجزائري، ذلك أنّه إذا كان المتعاقد مع أجنبي يعذر في جهله بنقص أهليته وفقا لقانونه الشخصي، فإنّه لا يعذر في جهله بنقص أهليته وفقا للقانون الجزائري.²

وهكذا، فمتى توافرت كافة الشروط السالفة الذكر، فإنّ المتعاقد مع أجنبي يعد معذورا ويحق له حينئذ التمسك بهذا الاستثناء، فيعتبر التصرف الذي أبرمه معه صحيحا ومنتجا لآثاره.

المطلب الثاني: النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية و ناقصيها.

1- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 66.

2- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 223، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 155، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 66.

يحتاج عدم الأهلية أو ناقصها¹، لحماية في شخصه وكذا في أمواله، لذلك نجد في مختلف التشريعات، أنظمة قانونية خاصة تضمن لهم هذه الحماية، وتختلف هذه الأنظمة من دولة إلى أخرى، الأمر الذي يجعل البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها ذو أهمية بالغة. ونظرا لإرتباط هذه الأنظمة كالولاية والوصاية والقوامة، إرتباطا وثيقا بالأهلية العامة، فقد إعتبرها المشرع الجزائري هي الأخرى من قبيل مسائل الأحوال الشخصية، وأسندها لقانون الشخص الذي تجب حمايته كأصل عام، غير أنه إستثنى من الخضوع لهذا القانون، ما يتعلق بالتدابير الإستعجالية المؤقتة الهادفة لحماية عديمي الأهلية وناقصيها، فأخضعها للقانون الجزائري وحده وذلك لإعتبارات خاصة.

وعليه، سوف نخصص هذا المطلب لدراسة القانون الواجب التطبيق على النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية ومن في حكمهم (في الفرع الأول)، وكذلك الاستثناء المقرر إختصاصا لصالح القانون الجزائري بشأن التدابير الاستعجالية، (في الفرع الثاني).

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية ومن في حكمهم:

تنص المادة 1/15 ق.م.ج على ما يلي: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة، وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية، والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته"².

1- عدم الأهلية طبقا لنص المادة 42 ق.م.ج المعدلة، هو من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. وغير المميز هو من لم يبلغ سن 13 سنة، و أما الجنون فهو حالة مرضية تصيب الشخص فتفقده القدرة على تمييز العمل النافع من الضار، و أما العته فهو حالة تعتري عقل الإنسان فتفقده القدرة على التمييز، رغم أنه لا يفقد عقله تماما كالجنون. أما ناقص الأهلية، طبقا لنص المادة 43 ق.م.ج المعدلة، فهو كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد، و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيا أو ذا غفلة. و السفه هو حالة تصيب الشخص تدفع به إلى إنفاق ماله بدون تدبير، و أما الغفلة، فيقصد بها وقوع الشخص بسهولة في غبن، بسبب سلامة نيته و طيبة قلبه بحيث كثيرا ما يخطئ إذا تصرف.

2- يجدر بنا التنويه في هذا الصدد، إلى أنه بموجب تعديل 20 جوان 2005، تم ضبط صياغة هذه الفقرة بشكل أدق مقارنة بما كانت عليه قبل التعديل. و يقابل هذا النص في القوانين العربية، المادة 16 مدني لبيي، المادة 16 مدني مصري، المادة 17 مدني سوري، أما القانون اليمني المادة 26 مدني يمني، فقد أسندت النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية و ناقصيها لقانون القاضي .

الواضح من خلال هذا النص، أنّ المشرع الجزائري- وكغيره من التشريعات العربية الأخرى- قد أسند الاختصاص التشريعي للنظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية ومن في حكمهم لقانون الشخص الذي تجب حمايته، وليس لقانون جنسية القائم بالحماية، وذلك لأنّ هذه النظم إنّما تقررت لمصلحة الشخص الذي تجب حمايته، لا لمصلحة الشخص القائم بالحماية¹.

والواضح أيضا من خلال هذا النص، أنّ المقصود بالولاية هنا الولاية على المال، لا الولاية على النفس، لأنّ الغرض من هذه النظم التي نص المشرع الجزائري على إخضاعها لقانون جنسية عديمي الأهلية أو ناقصيها، هو لسدّ عجزهم عن مباشرة التصرفات القانونية².

أما الولاية على النفس، فنظرا لتعلقها بالتنظيم العائلي، فهي تعد من آثار عقد الزواج أو من آثار النسب، لذلك فقد أخضعها الفقه الراجح لقانون جنسية الأب³.

وقد سلك غالبية الفقه المصري⁴ ذات الإتجاه حيث قصر الولاية، على الولاية على المال دون الولاية على النفس، وذلك عند تفسيرهم لنص المادة 16 مديني مصري، والتي جاءت مطابقة لنص المادة 15 ق.م.ج، وقد إستندوا في ذلك على أمرين، أولهما، وهو أنّ المشرع قد عبّر عن الولاية في الترجمة الفرنسية لنص المادة 16 من القانون المدني بعبارة Administration légale، أي الولاية على المال، ولم يعبر عنها بالإصطلاح العام الذي يشمل الولاية على المالموالنفس معا، وهو إصطلاح Puissance paternelle، و ثانيهما، وهو ورود إصطلاح "الولاية" في نص واحد مع النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية أو ناقصيها في أمواهم.

هذا، ويتبين أيضا من النص المتقدم، أنّ الرجوع إللقانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته، إنّما يكون في حدود القواعد الموضوعية المنظمة لتلك الحماية، فيرجع لقانون جنسية

1- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 78.

2- بلعور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص في ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة 2005، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2008-2009، ص 96.

3- عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 209، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 158.

4- عز الدين عبد الله، المرجع السابق ص 242_243، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 318.

الشخص، لمعرفة طبيعة نظام الحماية الذي يجب أن يشمل به ناقص الأهلية، أي لمعرفة ما إذا كان هذا النظام هو الولاية الشرعية أو الوصاية أو القوامة. وقانون جنسية الشخص، هو الذي يبين كذلك طرق تعيين الأولياء والأوصياء والقيمين، وشروطهم وصلاحياتهم وحدود وظائفهم، وكذلك التصرفات التي يجوز لهم إبرامها، وطرق إنهاء مهامهم ومسؤولياتهم.

و عليه، إذا كان الشخص الواجب حمايته جزائريا، فإن القانون الجزائري هو الذي يسري و يستتبع ذلك سريان أحكام قانون الأسرة الجزائري،¹ و قد بينت المواد من 81 و إلى غاية 108 من هذا القانون الأحكام الموضوعية للولاية على المال و الوصاية و القوامة²، فنصت المادة 81 على أنه "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن، أو لجنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانون ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"، و أضافت المادة 87 المعدلة على أنه "يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل محله الأم قانونا"، أما المادة 88 فقد حددت سلطات الولي في إدارة أموال القاصر فجاء فيها ما يلي: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: بيع العقار و قسمته و رهنه و إجراء المصالحة، بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، إستثمار أموال القاصر بالإقراض أو بالإقتراض أو المساهمة في شركة، إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

أما الأحكام المتعلقة بنظام الوصاية، فقد نظمتها المواد من 92 إلى 96 من ذات القانون فنصت المادة 92 على أنه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر، إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها للقيام بذلك بالطرق القانونية، و إذا تعدد الأوصياء فللقاضي إختيار الأصلح منهم"، هذا، و يشترط في الوصي أن يكون مسلما، عاقلا، بالغا و أمينا و حسن التصرف

1- القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02، المؤرخ في

27 فيفري 2005، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 15 سنة 2005.

2- مع الملاحظ، أن المشرع الجزائري قد أطلق على القيم في قانون الأسرة إسم المقدم.

و للقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه هذه الشروط المنصوص عليها في المادة 93 ق.أ.ج و هي "الإسلام، العقل، البلوغ، القدرة، الأمانة وحسن التصرف فيها"، وتكون للوصي نفس سلطات الولي في إدارة أموال القاصر و التصرف فيها، و تنتهي مهمة الوصي في الأحوال المنصوص عليها في المادة 96 ق.أ.ج، و هي موت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته أو بلوغ القاصر سن الرشد، أو بإنتهاء المهام التي أقيم الوصي لأجلها، أو بقبول عذر الوصي في التخلي عن مهمتها و عزل الوصي. هذا، ويكون الوصي ملزما طبقا لنص المادة 97 ق.أ.ج أن يقدم حسابا بالمستندات إلى من يخلفه، أو إلى القاصر الذي رشده، أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ إنتهاء مهمته، ويكون مسؤولا عما يلحق القاصر من ضرر بسبب تقصيره، وذلك طبقا لنص المادة 98 ق.أ.ج.

أما الأحكام المتعلقة بنظام القوامة، فنضمتها المواد 99، 100 من نفس القانون، فنصت المادة 99 على أنّ "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية، أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة" ونصت المادة 100 على أن: "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام".

الفرع الثاني: الإستثناء المقرر لصالح القانون الجزائري بشأن التدابير الإستعجالية.

لقد أضاف المشرع الجزائري -و بموجب تعديل 20 جوان 2005- فقرة ثانية للمادة 15 ق.م.ج جاء فيها: "... غير أنّه يطبق القانون الجزائري، بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمي الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت إتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر". إنّ المشرع الجزائري من خلال هذه الفقرة المضافة، أجاز للقاضي الجزائري تطبيق قانونه بشأن التدابير المستعجلة الهادفة للحماية المؤقتة للقاصر الموجود بالجزائر، أو لأمواله الموجودة فيها. وقد أخذ القانون التونسي بهذا الإستثناء صراحة بموجب المادة 2/41 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص¹

1-ART 41 AL 2 du code de droit international privé tunisienne qui dispose : «...toute fois, les mesures provisoires ou urgentes sont prises en vertu du droit tunisien si le mineur ou l'interdit se trouve sur le territoire tunisien au moment, ou ces mesures doivent être

وترجع الجذور التاريخية لهذا الإستثناء إلى اتفاقية لاهيا المتعلقة بحماية القصر، والمؤرخة في 5 أكتوبر 1961، والتي دخلت حيز التنفيذ في 04 فيفري 1969¹.

وقد أعطت هذه الإتفاقية في مادتها الأولى والثانية²، الصلاحية المبدئية إلى سلطات الدولة التي يسكن فيها القاصر، وبشكل معتاد، لآخذ تدابير الحماية حسب قانونها الداخلي، أي بالنسبة إلى شخص القاصر أو أمواله، ولكن يبقى القانون الشخصي للقاصر حسب المادة الثالثة، من هذه الاتفاقية معمولاً به في دولة السكن، وذلك وفقاً للقاعدة العامة في الحماية، وخلافاً للقاعدة التي وضعتها هذه الاتفاقية، إذا كان ذلك القانون ينشئ علاقة وسلطة مباشرة، ونافاذة بصورة حكمية، بمعنى أن يكون معمولاً بها دون تدخل من السلطة القضائية أو الإدارية كالسلطة الأبوية، أو سلطة القرابة أو الوصاية التي تستمد مصدرها من القانون مباشرة ولا تتطلب لإنشائها، تدخلاً من السلطات المختصة، إلا في الحالات التي يكون فيها القاصر، مهدداً، جدياً في شخصه وأمواله، وهو ما يفرض تدخل السلطة المحلية وفق ما جاء في أحكام المادة الثامنة من الاتفاقية³.

prises ou, si la mesure de protection se rapporte à un bien mobilier ou immobilier situé en Tunisie.

1- وقد حلت هذه الإتفاقية محل إتفاقية لاهيا سنة 1902، و يرجع السبب لإنعقادها إلى قضية ذائعة الصيت تدعى بقضية " boll " 28-1958. وهي تتعلق بقاصرة من جنسية هولندية و مقيمة بالسويد فطبق بشأنها القانون السويدي باعتباره مكان الإقامة، فقررت بهذا الشأن محكمة العدل الدولية بأنّ السويد لم تخل بالتزاماتها المترتبة على معاهدة لاهيا المبرمة في 1902 و المتعلقة بالوصايا على القصر، و ذلك عند تطبيقها على القاصرة الهولندية المتوطنة على الإقليم السويدي القوانين السويدية المتعلقة بحماية القصر و ذلك على الرغم من أنّ المعاهدة كانت تقضي بتطبيق القانون الشخصي (أي القانون الهولندي) على مسائل الوصايا، و لجأت المحكمة إلى تبرير حكمها- و من بين حجج أخرى- إلى فكرة قواعد القانون العام، و ركزت على الطابع الإداري للهيئات القائمة بتنفيذ القانون السويدي. لمزيد من التفاصيل راجع، أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص34.

2- أنظر، الملحق رقم 1.

3- سامي بديع منصور، الوسيط في شرح القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ص 364-365.

كما وقرت هذه الإتفاقية سلطة فعالة لدولة الإقامة المعتادة عندما قضت في المادة 9 بإختصاص قانون الدولة التي يكون القاصر متواجدا بها، أو المال العائد له موجودا بها باتخاذ كافة التدابير الإستعجالية¹.

كما أتاحت، أيضا في المادة 16 لسلطات دولة القاصر، الإتفاق مع سلطات دولة الإقامة على أن تقوم دولة الإقامة بالبدء في تنفيذ الإجراءات المتخذة.

بالإضافة إلى ما سبق، فإنّ المادة 13، قد حدّدت مجال تطبيق هذه الإتفاقية، فقضت بتطبيق أحكام هذه الإتفاقية على كافة القصر المقيمين بالدول المتعاقدة، حتى ولو كان هؤلاء القصر ينتمون إلى دول غير متعاقدة.

وهكذا، يجدر بنا التنويه في الأخير، إلى أنّ هذه الاتفاقية وما تضمنته في 25 مادة، جاءت بقواعد قانونية، تهدف كلها إلى تقرير حماية فعّالة للقاصر، ولعل أهم مظاهر تلك الحماية، ما تضمنته المادة 9 السالفة الذكر، والتي إستسقى منها المشرع الجزائري الاستثناء الذي نص عليه في المادة 15 / 2 ق.م.ج، حيث خرج عن تطبيق القانون الشخصي للقاصر، وقضى بإختصاص القانون الجزائري بإعتباره قانون محل إقامة القاصر أو مكان موقع أمواله، وذلك باتخاذ كافة التدابير المستعجلة، وهي تلك التدابير التي لا ينتظر لإتخاذها الفصل في النزاع، ومن ثمّ فإنّ تطبيق القانون الشخصي عليها من شأنه الإضرار بمصالح القاصر. ولعل هذا ما يبرز بوضوح أهمية هذا الاستثناء، إلى جانب الاستثناء المتعلق بالأهلية، حيث وسع المشرع الجزائري بموجبهما مجال تطبيق قانونه إقرارا للمصلحة الوطنية، كما أنه لم يقتصر في توسيع مجال تطبيق قانونه على هذه المسائل فقط، بل أقر ذلك أيضا بخصوص مسائل أخرى، نخص منها بالذكر الرابطة الزوجية حيث أفرد المشرع

1 -art 9 de convention concernant la compétence des autorités et la lois applicable en matière de protection des mineurs qui dispose : « dans tous les cas d'urgence, les autorités de chaque état contractant sur le territoire du quel se trouvent le mineur ou des biens lui appartenant, prennent les mesures de protection nécessaires. Les mesures prises en application de l'alinéa précédent cessent, sous réserve de leurs effets définitifs, aussitôt que les autorités compétentes selon la présente convention ont prise les mesures exigées par la situation »

الجزائري بشأنها هي الأخرى، إختصاصا إستثنائيا لصالح قانونه، وذلك كلما أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج، هذا ما سنحرص على توضيحه بشيء من الإفاضة في المبحث الموالي.

المبحث الثاني:

تطبيق القانون الجزائري على الرابطة الزوجية.

يعتبر الزواج من أهم مسائل الأحوال الشخصية قاطبة، ومن أفسح الروابط العائلية مجالا لتنازع القوانين، وذلك لأنّ الفكرة الإجتماعية التي تقوم عليها هذه الرابطة، تختلف من مجتمع

لآخر. إذ بينما تعتبره بعض الدول رابطة مؤبدة غير قابلة للإلحلال، تعتبره دول أخرى رابطة يمكن أن تتعدد، ويمكن أن تنحل بإرادة الزوج وحده.

ولما كان الزواج، من أهم الروابط التي تحدّد مركز الشخص من أسرته، فقد حرص المشرع الجزائري- وعلى غرار غالبية التشريعات العربية الأخرى- على إخضاعه لقانون الجنسية كقاعدة عامة.

غير أنّ إختصاص هذا القانون بحكم كافة المسائل المتعلقة بالزواج، لم يأت بصفة مطلقة بل قيده المشرع الجزائري بنص خاص، قصر بموجبه الإختصاص لصالح القانون الجزائري وحده دون منازعة أو مزاحمة من قبل أي قانون أجنبي آخر.

وعليه، وقبل التعرض لهذا الإستثناء المقرر إختصاصا لصالح القانون الجزائري، يجدر بنا التنويه أولاً إلى القاعدة العامة القاضية بتطبيق قانون الجنسية.

المطلب الأول: قواعد التنازع التي تحكم الرابطة الزوجية كأصل عام.

لقد أسند المشرع الجزائري- وكأصل عام- المسائل المتعلقة بالزواج لقانون الجنسية، وذلك بموجب قواعد إسناد، تشمل مختلف جوانب العلاقة الزوجية، من نشأتها حتى إنقضائها.

الفرع الأول: قواعد التنازع التي تحكم إنعقاد الزواج و آثاره.

سوف نتعرض أولاً إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على إنعقاد الزواج، لتتطرق ثانياً إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على آثاره.

أولاً: تحديد القانون الواجب التطبيق على إنعقاد الزواج:

الزواج- وكغيره من التصرفات القانونية- يلزم أن يتوافر فيه شروط موضوعية، وأخرى شكلية، بينما لم يضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط

الشكلية لعقد الزواج،-مكتفيا بالقواعد العامة بشأن التصرفات القانونية- حرص بالنص صراحة على قاعدة الإسناد التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية. وتحديد ما يعتبر من قبيل الشروط الموضوعية، وما يعتبر من قبيل الشروط الشكلية هو مسألة تكييف تخضع طبقا للقواعد العامة لقانون القاضي.

1- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج:

تعرف الشروط الموضوعية، على أنّها تلك الشروط الأساسية لقيام رابطة الزواج، وإذا تخلف شرط من هذه الشروط ترتب عن هذه العلاقة البطلان¹، أمّا فيما يتعلق بالقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لعقد الزواج، فقد إنجّمت غالبية التشريعات العربية على إخضاعها لقانون الجنسية، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 11 ق. م. ج المعدلة بموجب الأمر رقم 05-10- التي جاء فيها: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج، القانون الوطني لكل من الزوجين"².

والملاحظ من خلال هذا النص، أنّ المشرع الجزائري قد أخضع الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج لقانون جنسية كل من الزوجين، ولكن دون تحديده للوقت الذي يعتد به بقانون كل من الزوجين، وفي هذا الصدد إنجّمت الفقه الغالب إلى الإعتداد بقانون جنسية كل من الزوجين وقت إنعقاد الزواج³.

هذا، و إن كان تطبيق القانون المختص لا يشير أية صعوبة في حالة ما إذا كان الزوجان، متحدي الجنسية، فإنّ الإشكال يطرح في حالة ما إذا كان مختلفي الجنسية. بحيث لم ينص المشرع

1- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، 2005، ص164.

2- لقد تم ضبط صياغة هذه المادة بموجب تعديل 20 جوان 2005، فعندما كانت تنص سابقا على أنّ الشروط الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين، مما يستفاد من هذا النص، أنّه حكم جامع لكل من الشروط الشكلية و الموضوعية، أمّا بعد التعديل المذكور، أصبحت خاصة بالشروط الموضوعية فقط.

3- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 69، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 161.

الجزائري على الحل لما يكون الزوجان أجنبيان، فهل يتعين تطبيق قانون جنسيتهما تطبيقاً جامعاً، أم يكفي تطبيق كل منهما تطبيقاً موزعاً؟

ويقصد بالتطبيق الجامع، أنه يجب أن تتوفر في الزوج كل الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته، وكذلك كل الشروط التي يستلزمها قانون جنسية زوجته، ونفس الشيء بالنسبة للزوجة، يجب أن تتوفر فيها جميع الشروط التي يستلزمها قانونها، وكذلك كل الشروط التي يستلزمها قانون جنسية زوجها. ويقصد بالتطبيق الموزع، أنه يجب أن تتوفر في الزوج كل الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته فقط، وفي الزوجة الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته فقط.¹

وقد إتجه الفقه الراجع²، بهذا الخصوص إلى القول بالتطبيق الموزع، أي أنه يتعين على كل طرف أن يستوفي جميع شروطه الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني، ويستثنى من التطبيق الموزع، موانع الزواج نظراً لخطورتها، لأنها تهدف إلى حماية الرابطة الزوجية في حدّ ذاتها وليس لحماية شخص الزوج أو الزوجة.

وفي هذا الشأن، نجد المشرع التونسي ينص صراحة على التطبيق الموزع، وهذا ما عبّر عنه من خلال الفصل 45 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص.³

أما القانون الجزائري، فالواضح أنه هو الآخر قد أخذ بالتطبيق الموزع، وقد أكد على هذا الحكم في المادة 97 من قانون الحالة المدنية لسنة 1970⁴ بقوله، يشترط أن لا يخالف الجزائري شروط الأساس التي يتطلبها القانون الجزائري لإمكان عقد الزواج.

غير أنه إذا تعلق الأمر بالموانع، فيطبق بشأنها دائماً التطبيق الجامع.⁵

1- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجنبي، مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2006، ص 538.

2- علي علي سليمان المرجع السابق، ص 69، بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 86.

3 - ART 45 du code de droit international privé tunisienne qui dispose : " les conditions de fond du mariage sont régies, séparément par la lois nationale de chacun des deux époux".

4- الأمر رقم 70- 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية.

5- زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 162.

2- القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج:

يقصد بالشروط الشكلية، تلك الشروط اللازمة لإظهار الزواج إلى العالم الخارجي، كتحرير عقده، وإثباته وإشهاره¹.

أما بالنسبة للقانون الذي يحكم هذه الشروط، فباعتبار أنّ الزواج تصرفا إراديا، فقد أخضعه المشرع الجزائري لذات القاعدة التي تحكم التصرفات القانونية من الناحية الشكلية، وهي قاعدة locus الواردة في المادة 19 ق.م.ج، التي تقضي بأنه: "تخضع التصرفات القانونية 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".

كذلك نصت المادة 95 منق.ح.م المتعلقة بإبرام الزواج في شكله المحلي على أنه: "كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين وللأجانب صادر في بلد أجنبي، يعتبر صحيحا إذا حرّر طبقا للأوضاع المألوفة في هذا البلد". ومن هنا يكون المشرع الجزائري قد منح للمواطنين الجزائريين، الحق في الاختيار بين قانونهم الوطني، وقانون المحل لإجراء تصرفاتهم القانونية².

و هكذا يستخلص إذن، أنّ الشروط الشكلية للزواج يحكمها إما قانون محل الإبرام، أو الجنسية المشتركة للأطراف، كما يمكن أن يسري عليها قانون الموطن المشترك للزوجين، إذا إتّحدا في الموطن، كما يمكن أن يحكمها أيضا القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

وقد أخذت غالبية التشريعات العربية، بقاعدة خضوع الشروط الشكلية المتعلقة بالزواج لقانون محل الإبرام³، كما أنه الحل الذي أكدته إتفاقية لاهاي، المتعلقة بإبرام الزواج والإعتراف بصحته، المؤرخة في 14 مارس 1978، في مادتها الثانية⁴.

1- سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 399.

2- نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 1، 2006، ص 170.

3- المادة 20 مدني مصري، المادة 2/19 مدني عراقي، المادة 2/13 مدني أردني.

4 - art. 02 du convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages qui dispose : « les conditions de forme du mariage sont régies par le droit de l'état de la célébration ».

أما فيما يتعلق بإثبات الزواج، فيخضع للقانون الذي يحكم شكل الزواج، فلو تم الزواج في الشكل المحلي، لخضع إثباته للقانون المحلي، ولو تم وفقا للقانون الشخصي للزوجين، لخضع إثباته لقانون الجنسية المشتركة، وإذا تم أمام القناصل، لخضع الإثبات وفقا للقانون الذي أبرم القنصل الزواج وفقا له¹.

وهكذا، فمتى إنعقد الزواج صحيحا، وذلك بتوافر شروطه الموضوعية، وشروطه الشكلية، ترتبت عليه آثار، فما هو القانون الذي يحكم هذه الآثار؟
ثانيا: تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج:

من المسلم به، أنّ عقد الزواج تنجم عنه آثار شخصية، وأخرى مالية، وقد أخضع المشرع الجزائري كلا النوعين لقانون واحد، وهو قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج، وهذا ما عبّرت عنه المادة 12/1 ق.م.ج بقولها: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج، على الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج"².

وبناء على ذلك، إذا ما عرض على القاضي الجزائري نزاع، وتعلق الأمر بأثر من آثار عقد زواج مبرم بين فرنسي وأمريكية مثلا، فإنّ القاضي الجزائري سوف يقوم بتطبيق القانون الفرنسي وحده على آثار هذا الزواج، بإعتباره قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج.

هذا، ويرجع السبب في إختيار قانون جنسية الزوج لحكم هذه الآثار، إلى مرتبته في الأسرة، بإعتباره ربّ الأسرة المكلف بشؤونها المالية، وللإلتزامات التي تقع على عاتقه، وهو دور له أهميته في الدول الإسلامية، وإن كانت القوانين الغربية الحديثة قد قللت من شأنه متأثرة بالأفكار التحررية

1- درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج و إنحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص 19.

2- لقد تم ضبط صياغة هذه المادة بقانون 05-10، بذكر الآثار الشخصية و الآثار المالية للزوج في الفقرة الأولى، لأنّ الصياغة السابقة للنص كانت خاصة بالآثار المالية وحدها. و يقابل هذا النص في القوانين العربية مع إحتلاف في الصياغة المادة 13/1 مدني مصري، المادة 14/1 مدني سوري، المادة 19/2 مدني عراقي، أما القانون التونسي فقد أخذ بالقانون الوطني المشترك، و إلا فقانون الموطن المشترك، و إلا فقانون القاضي (الفصل 47 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية).

الداعية إلى المساواة المطلقة بين الزوجين، فأخذت تبحث عن ضوابط إسناد أكثر ملاءمة لذلك، كقانون الجنسية المشتركة وقانون الموطن بدلا من قانون الجنسية.¹

الفرع الثاني: قواعد التنازع التي تحكم إنحلال الزواج و آثاره:

سوف نتناول أولا، القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج، لنتطرق ثانيا إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على آثاره.

أولا: تحديد القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج:

لقد نصت المادة 2/12 ق.م.ج على أنه: "يسري على إنحلال الزواج والانفصال الجسماني قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى".²

يتضح من خلال هذا النص، أنّ المشرع الجزائري، قد أخضع إنحلال الزواج - كقاعدة عامة- لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، كما أخضع لذات القانون الانفصال الجسماني، والذي تعرض له من خلال التعديل الجديد، نظرا لأهميته، إذ من شأنه تسهيل مهمة القاضي في التكييف، إذا ما عرض عليه نزاع يتعلق بأجانب يميز قانونهما الشخصي هذا النظام.³

1- زروي الطيب، المرجع السابق، ص172.

2- أما القوانين العربية، فقد ميزت معظمها بين الطلاق و بين التطلق و الإنفصال الجسماني و أخضعت كل مسألة لقانون جنسية الزوج في وقتين مختلفين، حيث أسندت الطلاق لقانونه عند النطق به، و أسندت التطلق و الإنفصال الجسماني لقانونه عند رفع الدعوى، المادة 1/13 مدي مصري، المادة 2/13 مدي لبي، المادة 2/14 مدي سوري، أما القانون التونسي، فقد طبق على إنحلال الزواج بالطلاق أو بالإنفصال الجسماني، القانون الشخصي المشترك عند رفع الدعوى، و عند إحتلاف الجنسية فقانون آخر مقرر مشترك للزوجين إن وحد و إلا فقانون القاضي (المادة 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية).

3- يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص59.

وتطبيقا لهذا النص، إذا ما عرض على القاضي الجزائري، مسألة طلاق لزوجين متوطنان بالجزائر، وكان الزوج فرنسيًا والزوجة مصرية مثلًا، فإنّ القاضي سوف يلجأ إلى تطبيق القانون الفرنسي بإعتباره قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

وأما بخصوص إجراءات الطلاق أو التطلق أو الانفصال الجسماني، وكذلك الإجراءات التحفظية الهادفة إلى المحافظة على مصالح الزوجين، فتخضع لقانون القاضي إعمالًا بنص المادة 21 مكرر ق.م. جالتي أضافها المشرع الجزائري بموجب التعديل الجديد والتي تنص على أنه: "يسري على قواعد الإختصاص والإجراءات، قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

وهو نفس الإتجاه الذي سلكه القضاء الفرنسي، حيث نادى بإخضاع الدعاوى المتعلقة بالطلاق أو التطلق لقانون القاضي على أساس أنّها تتعلق بسير مرفق العدالة¹.

أمّا المشرع التونسي، فقد أخضع الإجراءات الوقتية لقانون القاضي أثناء سير الدعوى، وذلك حسب ما هو منصوص عليه في الفصل 2/49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية².

ثانيا: تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار إنحلال الزواج:

بالنسبة للآثار المترتبة على إنحلال الزواج، فمنها ما يخضع للقانون الذي يحكم إنحلال الزواج، ومنها من لا يخضع له.

فبالنسبة للآثار التي تتعلق بالحالة الشخصية للمطلقين، كإمكانية إعادة الزواج ومدة العدة فهي تخرج من نطاقه، ويحكمها القانون الشخصي إعمالًا لنص المادة 10 ق.م. ج³.

أما بالنسبة للآثار التي يخلفها الطلاق، لاسيما في علاقة الوالدين بالأبناء، كالحضانة وما يستتبعها من نفقة غذائية للمحزون، فعلى الرغم من أنّ المشرع الجزائري لم يخصها بقاعدة إسناد

1 - Cass.civ, 04-12-1935, V, lousouarn yvon,bourel pierre, OP.CIT, P 562.

2 -ART, 49 AL 2 du code de droit international privé tunisienne qui dispose : "... les mesures provisoires en cours d'instance sont régies par le droit tunisien . "

3- زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 184، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 261.

توضح القانون الواجب التطبيق، إلا أنه، ولما كان التكييف يخضع لقانون القاضي إعمالاً بنص المادة 9 ق.م.ج، فإنّ الحضانة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، لأنّ المشرع الجزائري تناولها في الفصل الثاني من قانون الأسرة المتعلق بآثار الطلاق¹، وباعتبارها من آثار الطلاق فإنّها تخضع للقاعدة العامة التي تحكم الطلاق، أي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. وقد إستقر على هذا الرأي غالبية الفقه المصري²، كما إستقر على الأخذ به القضاء الفرنسي أيضاً، مع الملاحظ بهذا الشأن، أنّ القضاء الفرنسي بدأ يسير مؤخراً إلى تطبيق القانون الشخصي للطفل بإعتباره القانون الذي يحقق مصلحة المحضون³.

المطلب الثاني: الإستثناء المقرر لصالح القانون الجزائري بشأن نظام الزواج.

لقد أورد المشرع الجزائري إستثناء هاماً على قواعد التنازع السابق ذكرها، والمتعلقة بإنعقاد الزواج وآثاره وإخلاله، وقد نصت على هذا الإستثناء المادة 13 ق.م.ج صراحة بقولها: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت إنعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج"⁴.

يبدو واضحاً من خلال هذا النص، أنّه يكفي أن يكون أحد الزوجين جزائرياً وقت الزواج حتى يخضع الزواج كله للقانون الجزائري، وذلك بإستثناء الأهلية التي تبقى خاضعة لقانون الجنسية، تطبيقاً لنص المادة 10 ق.م.ج.

على الرغم من أهمية هذا الاستثناء، إذ من شأنه حماية الرابطة الزوجية من الخضوع للقوانين الأجنبية، إلا أنه لم يسلم من النقد فقد وجهت إليه إنتقادات عديدة من قبل بعض الفقه.

1- يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والادارية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد 3، 2005، ص 193.

2- صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة لسنة 2004، ص 32-33.

3 - Cass. Civ , 03/ 2/ 1982, V, lousouan yvon, bourel pierre, op. cit, p 406.

4 - و يقابل هذا النص في القوانين العربية، المادة 14 مدي مصري، المادة 14 مدي لبيي، المادة 15 مدي سوري.

وعليه سوف نتولى دراسة هذا الإستثناء تفصيلا، من خلال تحديد مجال تطبيقه (في الفرع الأول) والإنتقادات الموجهة إليه (في الفرع الثاني).

الفرع الأول: مجال تطبيق الإستثناء المقرر بالمادة 13 ق.م.ج

يتسع مجال تطبيق هذا الإستثناء ليشمل الشروط الموضوعية للزواج (أولا) وآثاره (ثانيا) وكذا إنحلاله (ثالثا).

أولا: الشروط الموضوعية للزواج:

مؤدى الإستثناء المقرر في المادة 13 ق.م.ج بالنسبة للشروط الموضوعية لصحة الزواج، أنه لو كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج، فإنّ القانون الجزائري هو الذي يطبق على هذه الشروط بإستثناء الشرط المتعلق بالأهلية، إذ تظل أهلية كل من طرفي العلاقة خاضعة لقانون جنسيته طبقا لنص المادة 10 ق.م.ج.

وبالتالي، فإنّ المادة 13 ق.م.ج تتضمن على هذا النحو إستثناء على القاعدة العامة المقررة في المادة 11 ق.م.ج، والتي تقضي بإخضاع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين، - على نحو ما رأينا سلفا-.

والجدير بالملاحظة أيضا، أنّ نص المادة 13 ق.م.ج صريح في إشتراط أن يكون أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، فإذا كان الزوجان أجنبيان عند الزواج، ثمّ تجنس أحدهما بالجنسية الجزائرية بعد ذلك، فلا وجه لتطبيق القانون الجزائري إعمالا لنص المادة 13 ق.م.ج السالفة الذكر، وعلى العكس من ذلك، فلو كان أحد الزوجين جزائريا عند إنعقاد الزواج تعين تطبيق القانون الجزائري ولو صار الزوجان أجنبيان بعد ذلك¹.

1- عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 236، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 70.

لذا لو تزوج جزائري بفرنسية مثلا، لخضع الزواج للقانون الجزائري وحده من حيث كافة الشروط الموضوعية، إلاّ فيما يخص أهلية الزواج، ويكون الحل نفسه فيما لو تزوجت جزائرية من فرنسي مسلم، فيخضع الزواج للقانون الجزائري إلاّ فيما يتعلق بالأهلية.

وهكذا، فمتى ثبت الإختصاص لصالح القانون الجزائري، بموجب المادة 13 ق.م.ج - وفقا للتحديد الذي رأيناه- فإنّ شروط إنعقاد الزواج تتمثل في كل ما هو منصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري.

وفي هذا الصدد، نجد المادة 9 منه تنص على أنّه "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، فالظاهر من خلال هذا النص، أنّ الرضا يعتبر من بين الشروط الأساسية لإنعقاد الزواج، وقد جاء في مقدمة الشروط، ويقصد به في هذا الإطار، تعبير كل واحد من الزوجين عن إرادته، ورغبته في الإقتران بالطرف الآخر، ويحصل هذا التعبير بتلاقي الإيجاب والقبول بين الطرفين وهذا ما عبرت عنه المادة 10 ق.أ.ج، حيث نصت صراحة على: " أن يكون الرضا بإيجاب من أحد الزوجين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

هذا، وقد أضافت المادة 9 مكرر ق.أ.ج المعدلة شروطا أخرى، فنصت على أنّه "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدين، إنعدام الموانع الشرعية". وعليه سوف نتعرض لتوضيح هذه الشروط تفصيلا، بإستثناء شرط الأهلية، كونها تخرج من نطاق الإستثناء المقرر بالمادة 13 ق.م.ج- على نحو ما رأينا¹

وعليه تتمثل هذه الشروط في ما يلي:

1-الصداق:

1- هذا، و من المتصور تطبيق القانون الجزائري على الأهلية، فقط بالنسبة للطرف الجزائري سواء كان الزوج أو الزوجة، فيتعين بذلك تطبيق أحكام المادة 7 ق.أ.ج المعدلة التي تنص على أنّه: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و إلتزامات".

الصدّاق، وهو المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربونا و رمزا لرغبته في الإقتران بها¹، وقد عرّفته المادة 14 من ق.أ.ج على أنّه "ما يدفع للزوجة من نقود أو غيرها، من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"، هذا، وقد أوجب المشرع الجزائري بموجب نص المادة 15 من ذات القانون، على أن يكون محدّدا في العقد، وذلك سواء معجلا، أو مؤجلا، ويكون الصدّاق معجلا، عندما يدفعه الزوج إلى زوجته مباشرة، أو إلى من ينوبها أو يمثلها، ويكون مؤجلا، عندما تتم تسميته في العقد، وتحدد قيمته، ولكن يتفق الطرفان على تسليمه في وقت لاحق، وفي حالة عدم تحديد قيمته فتستحق الزوجة صدّاق المثل². وصدّاق المثل هو صدّاق من يماثل الزوجة من أسرة أبيها، كأختها أو عمّتها مثلا، مع مراعاة تساوي الزوجين وقت العقد، من حيث السن والجمال والثقافة و الأنوثة...³ هذا، وقد دلّ على مشروعية الصدّاق أو المهر، الكتاب و السنة النبوية الشريفة. فمن الكتاب، يستدل على ذلك من قوله تعالى: "وآتوا النساء صدقاتهن نحلة"⁴، وقوله عزّ وجل أيضا: "فما إستمتعتم به من هن فاتوهن أجورهن فريضة"⁵.

ومن السنة قوله عليه السلام: "من كشف خمار إمراة، ونظر إليها، وجب عليه الصدّاق سواء دخل بها أو لم يدخل".

وهكذا، يتضح مما تقدم، أنّ الصدّاق هو حق من حقوق الزوجة في التشريع الجزائري، والحكمة في تقريره تتجلى في إكرام المرأة، و تمكينها من أن تنهيها للزواج، بما يلزم لها من لباس ونفقات...

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، د.م.ج، الجزائر، ط3، 2004، ص 99.

2- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص 47.

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 103.

4- سورة النساء، الآية 4. و النحلة بمعنى العطية.

5- سورة النساء، الآية 24.

كما أنّه رمز للتعاطف والمودة، يعبر بواسطته الزوج عن إرادته الجدية في بناء الحياة الزوجية المستقبلية، وعن حسن نيته نحو زوجته وإخلاصه لها¹.

2- الولي:

يعتبر الولي في قانون الأسرة الجزائري من بين الشروط الأساسية، ذلك أنّ المرأة لا يجوز لها أن تزوج نفسها بنفسها، وإتّما الذي يزوجها هو وليها بتفويض منها، وبمراعاة إذنها ورضائها²، وهذا ما أكدته المادة 11 ق.أ. ج المعدلة التي جاء فيها على أنّ "المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، وأضافت في فقرتها الثانية على أنّه، ودون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أوليائهم، وهو الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له، وإلى جانب ذلك فقد أعقب المشرع الجزائري هذه الفقرة، بالمادة 13 ق.أ. ج المعدلة التي جاء فيها على أنّه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

هذا، ويجدر بنا الإشارة في هذا الصدد، إلى أنّ المشرع الجزائري لم يحدّد الشروط الواجب توافرها في الولي، مما يتعين الرجوع إلى نص المادة 222 ق.أ. ج، التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وعلى أساسها يمكننا إستخلاص الشروط التالية:

أ- الأهلية الكاملة: يجب أن يكون الولي بالغاً، عاقلاً وحرّاً، لأنّ الولاية تثبت، لمن يقدر على تحقيق مصالح الغير، فلا تصح من شخص صغير السن، ولا من مجنون ولا معتوه، لأنّ هؤلاء لا ولاية لهم على أنفسهم، فمن باب أولى لا ولاية لهم على غيرهم.

ب- الإتحاد في الدين: فلا يجوز أن يزوج الكافر المسلمة، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: "ولن

يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً"³.

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 100.

2- بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 118.

3- سورة النساء، الآية 141.

ج-الذكورة: فالمرأة لا يمكن لها أن تزوج المرأة، فقد نهي النبي عليه السلام عن ذلك، فقال: "لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإنّ الزانية هي التي تزوج نفسها".

3-الشهادة في الزواج:

من المتطلبات التي يتطلبها قانون الأسرة الجزائري أيضا لإبرام عقد الزواج، هو الشهادة، بمعنى أن يتم العقد بحضور شاهدين مستكملين لشروط الشهادة، لأنّ عقد الزواج له خطره ومكانته في الإسلام، فكان من الواجب إعلانه للناس، وإخراجه عن حدود الكتمان، وقد دلّ على ذلك قول الرسول الكريم عليه السلام: "لا نكاح إلاّ بولي وشاهدي عدل".

هذا، والملاحظ بهذا الخصوص، أنّ المشرع الجزائري قد إكتفى بوضع هذا الشرط، دون أي تحديد أو تفصيل منه للشروط الواجب توافرها في هذين الشاهدين، الأمر الذي يحيلنا إلى نص المادة 33 من قانون الحالة المدنية التي تنص على أنّه: "يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين لسن 21 سنة على الأقل، سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم، دون التمييز فيما يخص الجنس ويختارون من قبل الأشخاص المعنويين".

4- إنعدام الموانع الشرعية:

من شروط إنعقاد الزواج، أن لا يكون بين الزوجين مانعا من موانع الزواج، وهذا إستنادا لقوله تعالى: "وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين"¹.

والمحرمات من النساء، من الأحكام التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، لأنّها من الأمور الثابتة التي لا تقبل التغيير ولا التبديل، وليس فيها مجالا للاجتهاد، ولقد تناول المشرع الجزائري، موانع الزواج في ظل قانون الأسرة الجزائري في المواد من 23 إلى غاية 31.

وتنقسم هذه الموانع طبقا للمادة 23 إلى قسمين: موانع مؤبدة، و موانع مؤقتة. وأما الموانع المؤبدة، هي ما كان سبب تحريمها ، قائما ودائما لا يزول¹، وهي تنحصر كما جاء في المادة 24

1- سورة النساء، الآية 24.

ق.أ.ج في ثلاث أسباب رئيسية وهي: القرابة²، المصاهرة³، الرضاع⁴، وأما الموانع المؤقتة، فيقصد بها تلك الموانع التي يكون فيها التحريم غير مؤبد، أي أنّ سبب التحريم فيها مؤقت، فإذا زال السبب زال التحريم ويبقى التحريم ما بقي السبب⁵. وقد نصت عليها المادة 30 ق.أ.ج المعدلة بقولها: "يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا.

كما يحرم مؤقتا:

- الجمع بين الأختين، أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع.

- زواج المسلمة مع غير المسلم".

وبخصوص هذا المانع الأخير، أي زواج المسلمة بغير المسلم، فقد حرص المشرع الجزائري على تنظيم هذه المسألة تنظيما دقيقا، فإشترط بموجب المادة 31 ق.أ.ج المعدلة، على عدم جواز إبرام الزواج إلاّ بعد الحصول على ترخيص تسلمه المصالح الإدارية الخاصة بشؤون الأجانب في الجزائر⁶. وعليه، فمتى توافرت هذه الشروط، إنعقد الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري، وذلك بغض النظر عما إذا كانت الشروط التي يتطلبها قانون جنسية الطرف الأجنبي الآخر متوافرة أم لا،

1- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2008، ص 85.

2- تنص المادة 25 ق.أ.ج على أن: "المحرمات بالقرابة هم: الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات، و بنات الأخ و بنات الأخت"

3- تنص المادة 26 ق.أ.ج على أن: "المحرمات بالمصاهرة هي:

1-أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.

2-فروعها إن حصل الدخول بها.

3-أرامل أو مطلقات أصول الزوج و إن علو.

4- أرامل أو مطلقات فروع الزوج و إن نزلوا.

4- تنص المادة 27 ق.أ.ج على أنه: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب".

5- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 85، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 83.

6- وقد تضمنت تعليمة وزارية مشتركة بين وزير الداخلية و وزير العدل صدرت في 17 يناير 1967، تنظيم هذا الموضوع و تطلبت شرط الإسلام في طالب الزواج الأجنبي، الذي يرغب في الزواج من جزائرية، راجع بهذا الخصوص، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 169، موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 297.

وذلك طبعاً بإستثناء شرط الأهلية، إذ تظل أهلية كل من طرفي العلاقة خاضعة لقانون جنسيته تطبيقاً لنص المادة 10 ق.م.ج.

هذا، وكما يسري هذا الإستثناء المقرر إختصاصاً لصالح القانون الجزائري على الشروط الموضوعية للزواج يسري أيضاً على آثاره.

ثانياً: آثار الزواج:

لم يقصر المشرع الجزائري أعمال الإستثناء المقرر بالمادة 13 ق.م.ج، على الشروط الموضوعية للزواج فحسب، وإنما مدد إعماله ليسري على آثار هذا الزواج أيضاً، وهو أمر منطقي حتى لا يكون هناك فصل بين القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج، وبين القانون الذي يسري على آثار هذا الزواج، فما دام أنّ القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج- فيما لو كانت الزوجة جزائرية وقت الزواج وفقاً للحكم الوارد بالمادة 13 ق.م.ج-، هو القانون الجزائري فيكون من الملائم جداً أن يسري هذا القانون نفسه على آثار هذا الزواج.

هذا، والجدير بالملاحظة بهذا الشأن أنّ تطبيق هذا الإستثناء على آثار الزواج، ليس من شأنه تغيير القانون الواجب التطبيق إلا بالنسبة للحالة التي تكون فيها الزوجة جزائرية وقت الزواج، إذ سيسري القانون الجزائري على آثار الزواج بدلاً من القانون الأجنبي، بوصفه قانون جنسية الزوجة وقت الزواج، أما إذا كان الزوج جزائرياً وقت الزواج، فإنّ هذا الإستثناء لا يغير من القانون الواجب التطبيق إذ سيبقى القانون الجزائري مختصاً طبقاً للأصل العام المقرر في المادة 1/12 ق.م.ج¹

وعليه، فمتى ثبت الإختصاص للقانون الجزائري وفقاً للمادة 13 السالفة الذكر لحكم آثار الزواج، فإنّ هذه الآثار، تتمثل في كل ما هو منصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري، أي تلك الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، والتي ورد ذكرها في المادة 36 ق.أ.ج المعدلة²، وهي

1- يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين... المرجع السابق، ص 56 .

2- تنص المادة 36 ق.أ.ج المعدلة على مايلي: "يجب على الزوجين:

1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

2- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

متمثلة في الآثار الشخصية فقط، أما الآثار المالية فهي غير معروفة عندنا، لأنّ الشريعة الإسلامية لا ترتب على الزواج أي أثر مالي ، بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة، وهذا ما يعرف بنظام فصل الأموال¹. والذي إعتدله المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 37 ق.أ.ج المعدلة التي تقضي بما يلي: "لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر، غير أنّه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"²، وهذا خلافا للتشريعات الغربية، التي تعرف بما يسمى بالنظام المالي للزوجين، والذي يقصد به مجموعة القواعد القانونية والإتفاقيّة التي تبين حقوق وواجبات كل من الزوجين، من حيث ملكية أموالهما، وإيرادات هذه الأموال ، وإدارتها والإنتفاع بها³.

ثالثا: إنحلال الزواج:

يترتب على الأخذ بالإستثناء المقرر في المادة 13 ق.م.ج في مجال إنحلال الزواج، تطبيق القانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، وذلك بصرف النظر عن جنسيته وقت رفع دعوى الطلاق، أو التطليق، أو الإنفصال الجسماني⁴.

3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.

6- المحافظة على روابط القرابة، والتعامل مع الوالدين الأقربين بالحسنى والمعروف.

7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.

1- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 74.

2- و يقابلها نص المادة 49 من المدونة المغربية لقانون الأسرة الصادر بتاريخ 3-2-2004 بقولها: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة، عن ذمة الآخر...".

3- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 275، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 398.

4- و قد أخذ القانون الفرنسي أيضا بهذا الاستثناء و قد وسع من مجال تطبيق القانون الفرنسي، فلم يكتف بالجنسية بل اعتد أيضا بالموطن، وهذا ما أفصحت عنه المادة 310 من القانون المدني الفرنسي:

ART,310 AL 1.2 du C. civ.fr , qui dispose : "le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :

وعليه، فإذا ما تقرر تطبيق القانون الجزائري وفقا لهذا الإستثناء، فإنّ أحكام قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بإخلال الرابطة الزوجية هي التي تسري بهذا الشأن، وقد عكف المشرع الجزائري على تنظيمها تنظيما دقيقا تناولته المواد من 47 إلى غاية المادة 54 ق.أ. ج.

وبرجوعنا إلى نص المادة 48 المعدلة نجدتها تنص على أنّ: "عقد الزواج يجل بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون". يتضح من خلال هذا النص، أنّ طرق فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري تتمثل في الطلاق، التطليق، الخلع.

فالطلاق هو إخلال الرابطة الزوجية، إما بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الطرفين، وأما التطليق وهو فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة بإرادتها المنفردة، وبمحكم من القضاء وذلك إذا ما توافر سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 ق.أ. ج المعدلة التي نصت على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع

مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون.¹

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3- المهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيهما مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة

والحياة الزوجية.

1- Lorsque l'un et l'autre des époux sont de nationalité française.

2- Lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français...".

- V, Nouhad riskallah, droit international privé, M.A.J.D, Beyrouth, 1^{ère} éd, 1985, p82 .

1- تنص المادة 78 على أنه: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة، والعلاج والسكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".
و تنص المادة 79 على أنه: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش، و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".
أما المادة 80 فقد جاء فيها ما يلي: " يستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من هذا القانون.¹

7- إرتكاب فاحشة مبينة

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعا.

أما الخلع، فهو إنهاء العلاقة الزوجية بتراضي من الطرفين أو بطلب من الزوجة بإرادتها، وذلك بمقابل مالي تدفعه لزوجها تعويضا له عما يلحقه من ضرر، وقد نصت على ذلك المادة 54 من ق.أ.ج المعدلة بقولها: "يجوز للزوجة ودون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة الصداق".

وهكذا يتضح من خلال ما سبق بيانه، أنّ المشرع الجزائري لا يعترف سوى بثلاث طرق إرادية لفك الرابطة الزوجية وهي الطلاق، التطليق والخلع، أمّا ما يعرف بنظام الانفصال الجسماني Séparation de corps- والذي يقصده إنقطاع المعيشة المشتركة بين الزوجين² فهو غير معروف في التشريع الجزائري، وأيضا في التشريعات العربية الأخرى، وقد نص عليه المشرع الجزائري بموجب التعديل في المادة 12 / 2 ق.م.ج، فقط حتى يسهل على القاضي تكيفه إذا ما طرح أمامه نزاع يتعلق بأجانب، يميز قانونهما الشخصي هذا النظام.

هذا، ويمكن سريان القانون الجزائري وحده أيضا على آثار الطلاق، إذا ما كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج، وباعتبار أنّ الحضانة تعتبر من أهم الآثار التي يخلفها الطلاق، فإنّه يسري عليها القانون الجزائري وحده، متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج.

1- تنص المادة 8 على أنه: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط ونية العدل، يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة، و المرأة التي يقبل على الزواج بها و أن يقدم طلب ترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية...".

2- زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 181.

وفي هذا السياق، فقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق جزائرية و إيطالي، حيث أنّ المحكمة الابتدائية للمدية، أسندت الحضانة للقانون الإيطالي، على أساس المادة 2/12 ق.م.ج، أي لقانون جنسية الزوج، فطعنت الزوجة في حكم المحكمة لدى المحكمة العليا على أساس أنّها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت إنعقاد الزواج، ولم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية.

فقررت المحكمة العليا على هذا الأساس، نقض هذا الحكم واعتبرت الحضانة من آثار إنحلال الزواج، ومن ثم تخضع هي كذلك للقانون الجزائري، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، وعلى هذا تخضع الحضانة للقانون الجزائري.¹

وقد نظم قانون الأسرة الجزائري كل الجوانب المتعلقة بالحضانة، في المواد من 62 إلى غاية المادة 72 ق.أ.ج، وطبقا للمادة 64 ق.أ.ج المعدلة، فإنّ الحضانة تسند إلى الأم.²

غير أنّ الجدير بالملاحظة في هذا الشأن، فإنّه طالما أنّ الحضانة يجب أن تراعي فيها مصلحة المحضون، والقيام بتربيته على دين أبيه، فإنّ هذا النص قد يستبعد تطبيقه، إذا كان إسناد الحضانة للأم مخالفا للشرع والقانون أي للنظام العام، وهذا ما عاجته المادة 69 ق.أ.ج بقولها: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

وقد صدرت أحكام قضائية عديدة بهذا الشأن، تبين هذه الأحكام أنّ حق الحضانة الذي يرجع إلى الأم مقيد بتربية الولد على دين أبيه وبحق الزيارة.

ومن ذلك قرار المحكمة العليا، والتي أيدت بموجبه قرارا، قضى برفض إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي، قضى بإسناد حضانة بنتين لأمهات المقيمة بفرنسا، وقد علّلت المحكمة العليا قرارها

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 17/2/1998، ملف رقم 82 1700، م.ق، العدد: 1-2000، ص 167-170.
2- تنص المادة 64 من ق.أ.ج المعدلة على أنّ: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الحالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

،على أساس أنّ إسناد الحضانة للأمم في قضية الحال من شأنه أن يغير من معتقدات المحضون، ويبعده عن دينه وعادات قومه، فضلا عن أنّ الأب له حق الرقابة وبعد المحضون عنه في الخارج من شأنه أن يجرمه من هذا الحق¹.

وفي قرار آخر نقضت بموجبه قرارا منح الحضانة لأم تسكن في بلد أجنبي².
والجدير بالملاحظة في هذا الشأن،أنّه إذا كان كلا الأبوين يقيمان في بلد أجنبي، فإنّ ذلك لا يطرح أي إشكال في مسألة الحضانة، إذ تخضع بذلك للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، على نحو ما حدّدناه سالفًا.

وفي هذا السياق، قرر المجلس الأعلى في قرار له، إسناد الحضانة لأم تقيم بفرنسا، لكون أنّ الأب هو الآخر يقيم بفرنسا، الأمر الذي لا يطرح إشكالية بالنسبة للرقابة والزيارة و تربية الأولاد على دين أبيهم³.

وبسبب المشاكل التي تثيرها الحضانة، و التي ترجع بالدرجة الأولى، إلى غياب نص خاص بها، وعدم كفاية الإسناد المذكور سابقا، فقد عمدت غالبية الدول إلى تنظيمها عن طريق المعاهدات الدولية⁴، إلى جانب المعاهدات الثنائية، كالمعاهدة التي أبرمتها الجزائر مع فرنسا، والمتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في الجزائر يوم 21 جوان 1988⁵. فقد جاءت هذه المعاهدة الثنائية، نتيجة للمشاكل التي ثارت بين الآباء الجزائريين والأمهات الأجنبيات، والمتعلقة بحضانة الأولاد وبحق الزيارة للأبوين.

1- أنظر، المجلس الأعلى ملف رقم 52207، قرار صادر بتاريخ 02 يناير 1989، م.ق، العدد 04 سنة 1990، ص 74-76.
2- المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار صادر بتاريخ 19 فبراير 1990، ملف رقم 59013، م.ق، العدد 4، 1991، ص 117-120.
3- المجلس الأعلى، ملف رقم 56597، قرار صادر بتاريخ 25 ديسمبر 1989، المجلة القضائية، العدد 3، 1991، ص 61.
4- كمعاهدة لاهاي المنعقدة بتاريخ 5 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر و التي دخلت حيز التنفيذ، ابتداء من تاريخ 4 فيفري 1969.
5- أنظر، المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 26 جويلية 1988، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال، ج.ر رقم 30 الصادرة بتاريخ 27-7-1988.

وقد أراد واضعي هذه الإتفاقية أساسا، حماية الطفل ذاته، وتحديد ضمانات ممارسة حق الحضانة، وزيارة المحضون، وحرية تنقله بين البلدين، إذ تسيطر عليها فكرة مصلحة المحضون وحماية القاصر بالدرجة الأولى، دون إهتمام بشروط الحاضن خلافا للقوانين الداخلية.¹

ومن المبادئ التي جاءت بها هذه الإتفاقية، أنها وضعت نظاما فعالا لتسهيل حق الزيارة، وذلك لتفادي حالات إختطاف الأطفال من قبل آبائهم، وأمهااتهم استجابة لرعايتهم وحمايتهم، كما حرصت أيضا، على ضرورة تنفيذ الأحكام بمجرد صدورهما، ويعد ذلك بمثابة رخصة لخروج الطفل من التراب الوطني، و أن كل إخلال بذلك يعرض صاحبه للمتابعات الجزائية المقررة في تشريعات كلتا البلدين التي يتعاهدا على إتخاذ جميع الإجراءات و التدابير المناسبة لتحقيق هذا الهدف، بما فيها تسهيل إيجاد حل ودي يضمن ذلك.

الواضح إذن، أنّ هذه الإتفاقية جاءت بقواعد قانونية، تهدف كلها إلى تنظيم حق ممارسة الحضانة، ومراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، ولم تأت بقواعد قانونية تحدّد القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين، ومن ثمة يبقى الإسناد المذكور سابقا هو السائد، أي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى - كقاعدة عامة - وتطبيق القانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج، إعمالا بالإستثناء المقرر بالمادة 13 ق.م.ج.

في الأخير، وبعد توضيحنا الدقيق لتطبيقات هذا الإستثناء، بقي لنا أن نتساءل حول مدى فعاليته؟

الفرع الثاني: المشاكل التي يثيرها إعمال الإستثناء المقرر بالمادة 13 ق.م.ج:

على الرغم من أهمية هذا الإستثناء المقرر إختصاصا لصالح القانون الجزائري، إلا أنّه لم يسلم من النقد، فقد وجهت له إنتقادات جارحة من قبل بعض الفقه، وذلك بسبب المشاكل التي يثيرها عند التطبيق، سواء بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج، أو بالنسبة لآثاره، أو لإخلاله.

1- معوان مصطفى، الحضانة و حماية الطفل في الإتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، الجزء 41 رقم 1، 2000، ص134.

أولاً: الشروط الموضوعية للزواج.

إنّ تطبيق هذا الإستثناء على الشروط الموضوعية للزواج، يختلف باختلاف زواج الجزائريين في الجزائر عنه في الخارج، إذ لو كان لا يثير إشكال في الحالة الأولى، فإنّه يثير مشاكل عديدة في الحالة الثانية، ذلك أنّ إبرام الزواج في بلد أجنبي، يقتضي من القاضي الأجنبي أن يلجأ إلى إجراء التطبيق الموزع، بين جنسية الزوجين، إذا كانت قاعدة الإسناد في قانونه مماثلة للمادة 11ق. م. ج ولا يأخذ بالاستثناء الوارد بالمادة 13 ق. م. ج. فمثلاً طبقاً للقانون الجزائري لا يجوز لمسلمة أن تتزوج بغير مسلم، وهذا شرط موضوعي في القانون الجزائري، ولكن إذا أبرم الزواج في بلد أجنبي غير إسلامي، فلا يعتد بهذا الشرط لمخالفته للنظام العام عنده، على أساس أنّه قرّر تمييزاً يقوم على الحالة الدينية لا مبرّر له، وهنا يثور الإشكال، حول مصير هذا الزواج إذا ما ترتبت عليه آثار بالجزائر...؟

وعلى هذا الأساس، فقد إنتقد الفقه إطلاق الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني، وحده طبقاً لنص المادة 13 ق. م. ج، على أساس أنّه إختصاص تحكيمي، وحيد الطرف هدفه، توسيع دائرة النظام العام واستبعاد القانون الأجنبي المختص.¹

هذا، وبالإضافة إلى ذلك، يؤخذ على هذا الحل بأنّه قليل الفعاليّة، ذلك أنّ إعماله مقيد بالحدود الإقليمية فقط ولا يتعداها، وهذا أمر يتنافى مع الغرض منه، وهو حماية العنصر الوطني، إذ قد تتلاشى هذه الحماية لمجرد عرض الشخص لدعواه أمام قضاء دولة أخرى.

وإلى جانب ذلك، فإنّ هذا الإستثناء ليس خاص بالقانون الجزائري وحده، وإلّا هو معمول به لدى العديد من التشريعات - على نحو ما رأينا - وهذا الأمر يفتح مجالاً واسعاً للتحايل على القانون.

ثانياً: آثار الزواج.

1- زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 163، يوسف فتحيحة، المرجع السابق، ص 52.

بداية تجدر بنا الإشارة، إلى أن هذا الإستثناء لا جدوى من إعماله بالنسبة لآثار الزواج فيما لو كان الزوج جزائريا وقت الزواج، إذ يتقرر في هذه الحالة تطبيق القانون الجزائري لحكم آثار الزواج تطبيقا للأصل العام المقرر في المادة 12 ق.م.ج، ولا نكون بحاجة لإعمال هذا الإستثناء رغم توافر مقتضياته.

وبالإضافة إلى ذلك، فقد تعرض هذا الإستثناء لبعض النقد، ومن ذلك أنه، إذا كان الغرض من هذا الإستثناء هو حماية الزوجة الجزائرية من الخضوع للقوانين الأجنبية، فإن هذه الحماية لا تتحقق في حالات معينة بالنسبة للمنازعات المتعلقة بآثار الزواج، وذلك لكون أن المشرع الجزائري قد ربط تطبيقه بكون أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج، فقد يحدث أن تكون الزوجة أجنبية وقت الزواج وتكتسب فيما بعد الجنسية الجزائرية، فلا يطبق عليها القانون الجزائري لا حسب الأصل العام المقرر بالمادة 12 ق.م.ج، ولا بموجب هذا الإستثناء¹. ولعل هذا ما يشكل في الواقع إجحافا بحقها، خاصة إذا كان الزوج ينتمي إلى منظومة قانونية مختلفة عن القانون الجزائري، فمثلا، لو أن سورية تزوجت من فرنسي في الجزائر ثم تجنست بالجنسية الجزائرية، وثار نزاع حول الآثار الشخصية أو المالية لعقد الزواج، فلن يطبق القانون الجزائري لأن الأصل يقتضي تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الزواج، وهو القانون الفرنسي، وذلك على الرغم من أن الزوجة أصبحت جزائرية فلا يطبق عليها القانون الجزائري، لأن الإستثناء يقتضي أن يكون ذلك وقت إنعقاد الزواج.

ولعل هذا الأمر من شأنه أن يثبت ما يعترى هذا الإستثناء من قصور، ومخافات للواقع العملي، مما دفع بالبعض إلى إنتقاده من زاوية أنه يؤدي إلى نتيجة شاذة، إذ كيف يعقل تطبيق القانون الجزائري على آثار الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج، ولو تغيرت جنسيتها بعد

1- أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، والي جمال، مداخلة بعنوان "عدالة ضابط الجنسية في تحقيق مصلحة الزوجة الجزائرية"، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، أيام 8-9-10 أفريل 2007، ص 19.

ذلك، بينما لا يطبق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين الأجنبيين أو كلاهما قد إكتسب الجنسية الجزائرية بعد الزواج¹.

ثالثا: إنحلال الزواج:

إنّ تطبيق هذا الإستثناء على إنحلال الرابطة الزوجية، قد تعرض لعدة إنتقادات، والتي من بينها، أنّه يؤدي إلى نتائج غريبة، إذ كيف يعقل تطبيق القانون الجزائري على إنحلال الزواج بين أجنبية وجزائري قد زالت عنه الجنسية الجزائرية بعد إنعقاد زواجه، في حين أنّه لا يطبق على إنحلال الزواج بين أجنبيين حتى ولو إكتسبت الزوجة الجنسية الجزائرية بعد الزواج².

هذا، ومن المعلوم أيضا أنّ قانون الجنسية الجزائري لم يميز في الحقوق والواجبات بين من له جنسية أصلية وبين من له جنسية مكتسبة، كما أنّه لم يميز بين من إكتسب الجنسية الجزائرية منذ زمن بعيد، وبين من إكتسبها منذ وقت قصير، إذ بمجرد أن يكتسب الأجنبي الجنسية الجزائرية، تثبت له جميع الحقوق كأبي جزائري له جنسية أصلية، غير أنّنا نجد العكس من ذلك فيما لو طرح النزاع بشأن إنحلال الرابطة الزوجية مثلا، وتعين البحث عن القانون الواجب التطبيق. ولعل هذا الأمر بدوره يشكل تعارضا، فمثلا، لو ثار نزاع حول مدى توفر شرط الضرر، كسبب للمطالبة بالتطليق بين زوج سوري وزوجة لبنانية، ثمّ تحنست الزوجة اللبنانية بالجنسية الجزائرية، وعرض النزاع أمام القاضي الجزائري، فإنّ القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة حسب الأصل العام، هو القانون السوري، باعتباره قانون جنسية الزوج وقت الزواج، ولا يمكن تطبيق الإستثناء، أي تطبيق القانون الجزائري في هذا الفرض، وذلك لعدم توافر مقتضياته، وبالتالي يطبق على الجزائرية قانون قد يكون بعيدا كل البعد عنها، رغم إكتسابها للجنسية الجزائرية وتمتعها بكافة الحقوق المقررة للجزائريين³.

1- زروقي الطيب، المرجع السابق، 172.

2- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 258.

3- أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، والي جمال، المرجع السابق، ص 23.

هذا، وبالإضافة إلى ذلك، فمن بين المشاكل التي تثيرها المادة 13 ق.م.ج أيضا عندما تمنح الإختصاص للقانون الجزائري وحده، إذا كان أحد الزوجين جزائريا، حتى ولو كان يحمل جنسية أخرى لدولة لا تعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة، فحالة متعددي الجنسية الجزائريين الفرنسيين، فتطبق عليهم قواعد الشريعة الإسلامية، حتى ولو كانوا يجهلون الإسلام تماما، وقد يلجأ الزوج الجزائري الفرنسي إلى السلطات القضائية الجزائرية، ويرفع دعوى طلاق بإرادته المنفردة، ويحتج بهذا الحكم في مواجهة زوجته المتواجدة في فرنسا، فهنا يكون الزوج قد إحتال على القانون بحيث أنه رفع دعوى أمام محاكم بلده- التي تعتبر مختصة وفقا لقواعد الإختصاص القضائي المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري-¹ من أجل الحصول على حكم لصالحه، لكن هذا الحكم يعتبر مخالفا للنظام العام في فرنسا، ويتعارض تنفيذه هناك، وهذا الأمر يحدث غالبا من طرف المغاربة بصفة عامة، المتواجدين بفرنسا².

وعلى كل، فبالرغم من هذه الإنتقادات، يبقى هذا الإستثناء ساريا وواجب التطبيق من قبل القاضي الجزائري، كلما عرض أمامه نزاع، وكان أحد طرفيه جزائريا وقت الزواج.

1- تنص المادة 41 منق.إ.ج. إ على أنه: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقدها عليها في الجزائر مع جزائري.

و تنص المادة 42 على أنه: "يجوز أن يكلف بالحضور، كل جزائري، أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي مع جزائرين".

2- كمال سمية، مداخلة بعنوان " دور النظام العام في علاقات الزواج و الطلاق الدوليين" الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، أيام 8-9-10 أفريل 2007، ص 11.

المبحث الثالث :

تطبيق القانون الجزائري على مسائل الأحوال الشخصية لمتعدد الجنسية الوطني

لقد أنط المشرع الجزائري-وكما نعلم-الأحوال الشخصية بقانون الجنسية، غير أن تطبيق هذا القانون قد تعترضه بعض الصعوبات تعرقل تطبيقه، ومن ذلك أن يجد القاضي المعروض أمامه نزاع يتعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، أن ذلك الشخص يحمل أكثر من جنسية، ففي هذه الحالة يبدو العبء ثقيلا عليه، إذ كيف يتخير قانون إحدى هذه الجنسيات؟ ومن غير شك فإن المسألة تأخذ شكلا حادا، لاسيما في الحالة التي يثبت فيها قانون إحدى هذه الجنسيات حقا، بينما ينفيه عنه قانون الجنسية الأخرى، فإذا كان قانون إحدى الجنسيتين مثلا، يبيح للشخص تعدد الزوجات، بينما يحضره عنه قانون جنسية الدولة الأخرى فبأي القانونين يعتد؟

نظرا لهذه المشاكل التي تثيرها ظاهرة التعدد في الجنسيات، تصدى المشرع الجزائري وعلى - غرار غالبية التشريعات الأخرى-لعلاج هذه المشكلة، فميز بين فرضين، أحدهما، عندما تكون كل الجنسيات التي يحملها الشخص أجنبية-ففي هذه الحالة قرر تطبيق قانون الجنسية الحقيقية أي تلك الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها-، والثاني لما تكون الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات التي يحملها الشخص، ففي هذه الحالة قرر تطبيق القانون الجزائري وحده، وغض النظر عما سواه، أي سواء كانت الجنسية الجزائرية هي الفعلية أم لا. وعليه فبموجب هذا الحل يكون المشرع قد أفرد إختصاصا إستثنائيا لصالح القانون الجزائري، وذلك لحكم كافة المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، لما في ذلك الأهلية، والرابطة الزوجية.

على هذا الأساس، سوف نتصدى لدراسة هذا الحل تفصيلا، بتحديد مضمونه ومجالات تطبيقه (في المطلب الأول)، وكذا الانتقادات الموجهة إليه (في المطلب الثاني).

المطلب الأول: قاعدة التنازع التي تحكم مركز متعدد الجنسية الوطني.

متعدد الجنسية الوطني، هو ذلك الشخص الذي ثبت له إلى جانب الجنسية الجزائرية، جنسية دولة أو عدة دول أجنبية ثبوتا قانونيا، و نظرا للمشاكل التي يثيرها الوضع القانوني لمتعدد الجنسية الوطني- لا سيما عند تطبيق قانون الجنسية- عكف المشرع الجزائري وكغيره من مشرعي الدول الأخرى، على تنظيم المركز القانوني لمتعدد الجنسية الوطني، فخصّه بقاعدة إسناد، حدّد بموجبها القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين.

على هذا الأساس، سوف نتولى دراستنا لهذا المطلب، بتحديد مضمون قاعدة التنازع التي تحكم مركز متعدد الجنسية الوطني (الفرع الأول) لتتطرق بعد ذلك إلى توضيح مجال تطبيقها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد قاعدة التنازع التي تحكم مركز متعدد الجنسية الوطني.

تعد مشكلة التعدد في الجنسيات من المشاكل العالمية، ويرجع السبب في نشأتها وبالدرجة الأولى إلى إعتراف القانون الدولي العام بالاختصاص المنفرد، والمانع للدولة في مسائل الجنسية. فإتفاقية لاهاي المبرمة في 12 - 04 - 1930 المتعلقة بحل بعض مشاكل إزدواج الجنسية¹ والتي من المفروض أن تقدم حولا للمشكلة، راحت تعترف صراحة بالإختصاص المانع للدولة والذي يشكل عقبة للقضاء على هذه الظاهرة، فقد نصت في مادتها الأولى على أنه " يعود لكل دولة أن تحدد بموجب تشريعاتها من هم وطنيها".

فهذه القاعدة الدولية، جعلت كل دولة تستقل في تحديد ضوابط جنسيتها كسبا أو فقدا، إنطلاقا من مصالحها الخاصة، وسياستها السكانية، دون الإعتداد بمقتضيات الحياة المشتركة في الجماعة الدولية، ودون إكتراث لما قد ينجم عن هذا التحديد التحكيمي من مشاكل للأفراد، والتي أبرزها ظاهرة التعدد في الجنسيات.

ولعل هذا ما يبدو بوضوح، من خلال تشريع الجنسية الجزائري، فالمشروع فتح مجالاً واسعاً لذيوع هذه الظاهرة، لاسيما من خلال التعديل الجديد الذي مس قانون الجنسية¹ والذي ألغى بموجبه نص المادة 03 من قانون الجنسية القديم التي كانت تشترط لإكتساب الجنسية الجزائرية تقديم تصريح بالتخلي عن الجنسية الأصلية. - وبناءً على ذلك، فإنه يمكن للأجنبي أن يحصل على الجنسية الجزائرية دون تخليه عن جنسيته الأصلية، فيصبح بذلك مزدوج الجنسية.

هذا، وفضلاً عن ذلك، فإن التعدد في الجنسية قد يحصل أيضاً، لاسيما مع إقرار المشروع الجزائري لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية الأصلية، وهذا ما عبرت عنه المادة 06 من قانون الجنسية الجديد²، وعلى ذلك فإن كانت الأم جزائرية مثلاً، وكان الأب فرنسي أو مصري، فإن الطفل سيولد وهو يحمل جنسيتين، جنسية الأم، وجنسية دولة الأب.

وهكذا، يبدو بوضوح أنّ ظاهرة تعدد الجنسية لدى بعض الجزائريين تكون محققة، لذلك فقد عمل المشروع الجزائري على إيجاد حل لها، فكرس قاعدة إسناد فردية مقرراً بموجبها الإعتداد بالجنسية الجزائرية دون غيرها من الجنسيات المتنازعة، وهذا ما عبرت عنه المادة 2/22 بقولها "...غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق عندما تثبت للشخص في وقت واحد الجنسية الجزائرية بالنسبة إلى الجزائر، وجنسية أخرى بالنسبة لدولة أو عدة دول أجنبية".

هذا، ويؤخذ بهذا الحل، سواء كانت الجنسية التي يحملها الشخص هي جنسية أصلية أو مكتسبة، وسواء كانت إقامته داخل الإقليم الجزائري أو خارجه³.

1 - الأمر رقم 05 - 01 مؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 70 - 86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المنشور في ج.ر العدد 15 لسنة 2005.
2 - تنص المادة 06 من قانون الجنسية الجزائري على أنه " يعتبر جزائرياً الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية ".
3 - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2 (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ط2، 2008، ص 166.

ومما هو جدير بالملاحظة في هذا الشأن، أن المشرع الجزائري قد إستوحى هذا الحل من إتفاقية لاهاي المبرمة في 12 أبريل 1930 والتي نصت في مادتها الثانية على أن "كل شخص يتمتع بجنسيتين أو أكثر، يمكن أن تعتبره كل الدول التي له جنسيتها من رعاياها".
هذا، ولمينفرد المشرع الجزائري بهذا الحل، بل تبنته العديد من التشريعات العربية منها واللاتينية¹، كما طبقته أحكام القضاء في العديد من الدول².

ويجد هذا الحل تبريره، في أن قانون الدولة لما يعتبر الشخص من وطنها، فإنه لا يمكن لأية سلطة فيها قضائية كانت أو إدارية، إنكار عليه هذه الصفة، لأنها هي نفسها تستمد سلطاتها من ذات النظام القانوني، الذي أضفى على الشخص الصفة الوطنية³، وهكذا إذا ما قضى قانون الجنسية الجزائري باعتبار الشخص جزائرياً، فليس في وسع السلطات الإدارية أو القضائية في الجزائر أن تعرض عما يقول به مشرعها، فإن تجاهلت تلك الصفة التي أضفاها المشرع على شخص

1-أخذت به التشريعات العربية ، المادة 25 مدي مصري ، و هي مطابقة للمادة 2/22 مدي جزائري ، و قد أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون المصري علة الأخذ بهذا الحكم ، فقالت ، "أن تغليب الجنسية المصرية عند تزامها مع غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها شخص واحد، هو مبدأ عام إستقر في العرف الدولي ، باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة و لا يقبل أن يحتكم في شأنها لغير قانونها " كما أخذ بهذا الحل أيضا القانون السوري المادة 27 مدي سوري ، و القانون الأردني المادة 26 مدي أردني، أما التشريعات الغربية فهي الأخرى أخذت بهذا الحل نذكر منها ، القانون البولوني م 1/20 من القانون الدولي الخاص البولوني لسنة 1986 ، القانون البرتغالي المادة 27 من قانون الجنسية البرتغالية لسنة 1981 ، و القانون الاسباني المادة 2/29 مدي اسباني ، أنظر حول القانون المقارن بالتفصيل، عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية ، دراسة مقارنة مع التشريعات العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، ط1، 2001، ص 171 و 172 ، وأنظر أيضا، زروبي الطيب ، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002، ص 193، هامش رقم 1.

2 - فقد أخذ به القضاء اللبناني في العديد من المناسبات، و من ذلك حكم محكمة التمييز، قررت بموجبه الهيئة العامة أن التفضيل بين الجنسيتين اللتين قد تكونان للزوجة يبقى للزوجة اللبنانية حفاظا على سيادة القانون الوطني . و في حكم آخر لذات المحكمة قضت فيه "بأن التنازع الحادث في المسألة المثارة بين القانون اللبناني و القانون اليوناني تقتضي من القاضي أن يطبق قانونه، أي القانون اللبناني فيما يخص الجنسية المنازع عليها"، كما أخذ بهذا الحل القضاء الفرنسي أيضا، حيث قضت محكمة إستئناف ميولز في 4 - 11 - 1950 بأن المرأة الفرنسية التي تتزوج من شخص يتمتع في وقت واحد بالجنسية الفرنسية و الجنسية السويسرية لا يعد زواجا مبرما مع أجنبي ، و أن تلك الرابطة تعد رابطة وطنية بمجته، و لا محل من ثم بأن تتمسك بالمادة 94 من قانون الجنسية التي تعطي للفرنسية التي تتزوج من أجنبي الحق في التخلي عن الجنسية الفرنسية بقصد الدخول في جنسية زوجها بفعل هذا الزواج. راجع تفاصيل هذه الأحكام القضائية ، المشار إليها في كتاب عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ، ص 175 - 176.

3- أعراب بلقاسم، المرجع السابق ص 166.

معين، فإنها تكون بذلك قد خالفت النظام القانوني الذي تستمد سلطاتها، وتستوحي منه ولايتها، وهذا ما عبر عنه الأستاذ "Batiffol" بقوله: "إن القانون الفرنسي هو الذي يحدد من هو فرنسي، وما على القاضي الفرنسي إلا تطبيق هذا الحكم، حتى وإن وجد قانون آخر منح جنسيته لنفس الشخص الذي إعتبره القانون الفرنسي من الفرنسيين"¹.

هذا، وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا الحل ينسجم مع قاعدة أن كل دولة حرة في تحديد وطنيتها، لأنه من غير المعقول أن تترك الدولة تحديد رعاياها لدولة أخرى².
وأخيراً، وبعد تحديدنا الدقيق والمفصل لمضمون هذا الحل، نتطرق إلى توضيح مجال تطبيقه.

الفرع الثاني: مجال تطبيق قاعدة التنازع التي تحكم مركز متعدد الجنسية الوطني.

باعتبار أنّ المشرع الجزائري، قد إعتد بضابط الجنسية في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، فإن هذا الحل المقرر إختصاصاً لصالح القانون الجزائري بشأن متعدد الجنسية الوطني، يسري إعماله على كافة هذه المسائل. وبناءً على ذلك، سنتعرض، وبالتفصيل لتطبيقات هذا الحل على مختلف مسائل الأحوال الشخصية، ونستثني من دراستنا هذه مسألتين هامتين هما: الأهلية³ والرابطة الزوجية، وذلك لأنه قد سبق لنا التطرق إليهما آنفاً، فلا مجال لإعادتهما تفادياً للتكرار.

1 - رأي الأستاذ "Batiffol" مشار إليه في كتاب محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2006، ص 65.

2- أحمد عبد الكرم سلامة، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2008، ص 103، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 169، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 192.

3 - تجدر بنا الإشارة في هذا الصدد إلى أن الاستثناء المقرر إختصاصاً لصالح القانون الجزائري بشأن الأهلية، و الذي تضمنته م 2/10 ق.م.ج.-، على نحو ما أوضحنه سالفاً-، هو إستثناء قاصر تطبيقه على التصرفات المالية فقط، في حين أن هذا الحل المقرر تطبيق القانون الجزائري على الأهلية بموجب م 2/22 - أي متى كان الشخص يحمل عدة جنسيات من بينها الجنسية الجزائرية - هو استثناء عام يسري إعماله على التصرفات المالية كما يسرى إعماله على التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية، و على هذا الأساس إذا عرض أمام القاضي الجزائري مسألة إبرام عقد زواج لشخصين أحدهما أجنبي و الآخر يحمل عدة جنسيات من بينها الجنسية الجزائرية مثلاً، تعين على القاضي في هذه الحالة، و هو بصدد تحديد مدى أهلية الزوجين لإبرام هذا العقد أن يراعي مدى توافرها في الشخص الأجنبي طبقاً لقانونه و يراعى مدى توافرها في الشخص الذي يحمل الجنسية الجزائرية إلى جانب الجنسيات الأجنبية، طبقاً للقانون الجزائري وحده، و هذا يقتضي منه تطبيق أحكام المادة 7 ق. أ.ح، التي تنص على أنه " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة كاملة، و للقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و إلتزامات".

وعليها تتمثل هذه المسائل في:

أولاً: الحالة المدنية:

الحالة المقصودة بهذا الشأن، هي الحالة الفردية، وتشمل تلك الصفات المتعلقة بالتعريف بالشخص نفسه، كالإسم، اللقب، الموطن¹... وقد أخضعها المشرع الجزائري لقانون الجنسية بموجب نص المادة 10 ق.م.ج التي جاء فيها "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

وعلى هذا الأساس، إذا تقرر تطبيق قانون الجنسية، بهذا الشكل، وكان الشخص يحمل عدة جنسيات من بينها الجنسية الجزائرية، فإنه يتعين تطبيق القانون الجزائري وحده، دون منازعة من قبل أي قانون أجنبي آخر. وعليه، إذا ما ثار نزاع مثلاً، أمام القاضي الجزائري حول إسم أو لقب هذا الشخص فإن ذلك يعني تطبيق أحكام القانون المدني الجزائري، وفي هذا الصدد نجد المادة 28 ق.م.ج تنص على أنه "يجب أن يكون لكل شخص لقب وإسم فأكثر، وأن لقب الشخص يلحق أولاده، وأن تكون الأسماء جزائرية حسب العادات والتقاليد، ما عدا الأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين" وأضافت المادة في فقرتها الثانية، على أن "إكتساب الألقاب وتبديلها يخضع للقانون المتعلق بالحالة المدنية" وفي السياق ذاته أقرت المادة 2/12 من قانون الجنسية الجزائرية على جواز تبديل الألقاب والأسماء بعد التجنس بالجنسية الجزائرية"، أما المادة 48 ق.م.ج، فنصت على أن "لكل من نازعه الغير في إستعمال إسمه دون مبرر، ومن إنتحل الغير إسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء، والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

هذا، ونفس الشيء، ينطبق إذا ما ثار نزاع حول تحديد موطن الشخص، فيتعين سريان أحكام القانون المدني الجزائري أيضاً، حيث نظم هذا الأخير المسألة تنظيمًا دقيقًا، فميز بين عدة أنواع من الموطن، فهناك الموطن العام، والموطن الخاص. والموطن العام هو بدوره ينقسم إلى الموطن

1 - أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج1، تنازع القوانين... ، المرجع السابق ، ص 210.

إختياري وموطن إزامي. فالموطن الإختياري حسب المادة 36 ق.م.ج المعدلة، هو المحل الرئيسي للشخص، وعند عدم وجود مقر للسكن الرئيسي يحل محله مكان الإقامة العادية، والموطن الإلزامي، هو الموطن الذي يحدده القانون بالنسبة لبعض الأشخاص دونما إعتبار لإرادتهم وإختيارهم، وهم، القاصر، العجوز، المفقود، الغائب، فجاء في المادة 38 ق.م.ج على أن "موطن القاصر والمجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا".

أما الموطن الخاص، فهو الموطن الذي يخاطب فيه الشخص بخصوص بعض أوجه النشاط المحددة قانونا. فالمكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة، يشكل موطناً لأعماله بالنسبة للمعاملات المرتبطة بتلك التجارة، أو النشاط المهني (م37 ق.م.ج)، وهناك الموطن المختار بشأن تنفيذ عمل معين (المادة 39 ق.م.ج)، كإعتبار مكتب التوثيق موطناً بالنسبة للتصرف الرسمي الذي أبرمه طرفان لدى الموثق، أو بإعتبار مكتب المحامي موطناً خاصاً فيما يخص الأعمال القانونية ذات الصلة بالدعوى.

ثانياً: الروابط العائلية:

يندرج ضمن الروابط العائلية، علاقات الأسرة التي تتمثل في: الزواج وكذا العلاقات بين الأصول و الفروع، و عليه سنتناول مختلف هذه المسائل فيما يلي بإستثناء الرابطة الزوجية.

1- النسب:

بعد أن كان المشرع الجزائري ملتزماً بالصمت إزاء مسألة النسب، فإنه قد حسم ذلك بموجب التعديل الجديد، الذي مس القانون المدني الجزائري، فخصّه بقاعدة إسناد تضمنتها المادة 13 مكرر بقولها: "يسري على النسب و الإعتراف به و إنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، و في حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة".

الواضح من خلال هذا النص، أن المشرع الجزائري قد إعتد بقانون جنسية الأب لتحديد القانون الواجب التطبيق على النسب و هذا أمر بالغ الأهمية. فقواعد البنوة تتعلق بتحديد أعضاء العائلة، و لا يعقل أن تتعدد بتعدد جنسية الأولاد.¹

غير أن الجدير بالملاحظة في هذا الشأن، أن تطبيق قانون جنسية الأب، يمكن إستبعاده وتطبيق القانون الجزائري وحده على النسب إذا كان الأب يحوز عدة جنسيات من بينها الجنسية الجزائرية، و ذلك إعمالا للحل المنصوص عليه في المادة 2/22 ق.م.ج، و إذا ثبت تطبيق القانون الجزائري بهذا الشكل، تعين على القاضي الرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالنسب. و المشرع الجزائري في ظل هذا القانون، لا يعترف سوى بالبنوة الشرعية، فقد سطر لها أحكاما و قواعد، يحفظ من خلالها هذه الرابطة المقدسة التي تجمع الأبناء بالآباء. إذ حددت المادة 40ق.أ.ج المعدلة، أسباب وضوابط لإلحاق الولد بأبيه، فنصت على أن النسب يثبت بالزواج الصحيح، أو بالإقرار أو بالبينة، أو بنكاح الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول، إما بسبب إشماله على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد (المادة 32 ق.أ.ج المعدلة)، أو لاختلال ركن الرضائية فيه (المادة 33ق.أ.ج المعدلة)، أو إذا ما تم دون شاهدين أو صداق أو ولي (المادة 2/33 المعدلة). وفضلا عن ذلك، فقد أجاز المشرع الجزائري بموجب التعديل، اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب مسائرا في ذلك التطورات العلمية² في هذا المجال. هذا ولم يتوقف المشرع الجزائري عند تحديد طرق إثبات النسب، بل تعداه إلى كيفية الكشف عن وجوده إلى جانب طرق نفيه عند الشك في إنتساب الولد إلى والده، أو عند إنكار البنوة، فنصت المادة 41 على

1 - يويي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2009-2010، ص 61.

2- لقد أصبح إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية أمرا شائعا لدى مختلف الدول في الوقت الراهن، و قد دلت الأبحاث التجريبية على أن نسبة نجاح إثبات الأبوة أو نفيها عن طريق البصمة الوراثية يصل في حالة النفي إلى 100%، أما بالنسبة لحالة الإثبات تصل إلى قريب من القطع بنسبة 99.99% تقريبا، و المشرع الجزائري تأثر بأهمية البصمة الوراثية و خاصيتها في تمييز كل شخص عن الآخر، فأجاز الإستعانة بها في مجال النسب، أنظر، حول البصمة الوراثية و دورها في إثبات النسب، يويي سعاد، المرجع السابق، ص 33 - 34.

أنه: "ينسب الولد لأبيه، متى كان الزواج صحيحا و أمكن الإتصال ولم ينغه بالطرق المشروعة"، و أضافت المادة 42 على أن: "أقل مدة للحمل هي 6 أشهر و أقصاها 10 أشهر" أما المادة 43 فقد جاء فيها على أن: "الولد ينسب لأبيه إذا وضع الحمل في خلال 10 أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة".

2-الكفالة و التبني:

الكفالة والتبني، هما عبارة عن بنوة مصطنعة بين شخصين أحدهما قاصر لا تقوم بينهما رابطة على أساس الدم، وبموجب هذين النظامين، يصبح كل من المكفول والمتبني في مرتبة الولد الشرعي من حيث الحقوق والواجبات¹.

ولم يكن المشرع الجزائري، في ظل القانون السابق يخص هذين النظامين بقاعدة إسناد، تبين لنا القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين، غير أنه تدارك ذلك بموجب التعديل الجديد فخصّهما بقاعدة إسناد تضمنتها المادة 13 مكرر¹ التي جاء فيها على أنه: "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل، ونفس الأحكام تطبق على التبني".

الواضح من خلال هذا النص، أن المشرع الجزائري، قد أخضع نظامي الكفالة والتبني لقانون الجنسية، إلا أن هذا القانون قد يتم إستبعاده وتطبيق القانون الجزائري وحده إعمالا بالحل المنصوص عليه في المادة 2/22 ق. م. ج إذا توافرت مقتضياته.

فبالنسبة للكفالة، يتحقق ذلك إذا كان كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها يحملان عدة جنسيات من بينها الجنسية الجزائرية، فهنا يسري القانون الجزائري وحده، أي تطبيق أحكام قانون الأسرة الجزائري، وقد إعترف المشرع الجزائري بموجب هذا القانون بنظام الكفالة، ونظمه تنظيما دقيقا، تناولته المواد من 116 وإلى غاية 125 ق.أ.ج، حيث نصت المادة 116 ق.أ.ج على أن

1 يوسف فتيحة ، المرجع السابق ، ص 70 ، زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج 1 ، تنازع القوانين... ، المرجع السابق، ص 191.

"الكفالة إلتزام على وجه التبرع ، بالقيام بولد قاصر بنفقتة وتربيته ورعايتهقيام الأب بإبنه وتم بعقد شرعي".

وأما المادة 118 فقد حددت الشروط الواجب توافرها في الكافل، فنصت على أنه "يشترط في الكافل، أن يكون مسلما، عاقلا وأهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته" ونصت المادة 119 "أن الولد المكفول، إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب"،وأضفت المادة 120 على أنه "في حالة ما إذا كان معلوم النسب يحتفظ بنسبه". أما في الحالة التي يكون فيها الولد المكفول مجهول النسب، فيتعين على الكافل في هذه الحالة، أن يتقدم بطلب تغيير لقب هذا الولد لكي يصبح مطابقا لقبه العائلي،وعندما تكون أم الولد القاصر المكفول معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد رسمي بالطلب¹.

هذا، و يمكن تطبيق القانون الجزائري أيضا على آثار الكفالة إذا كان الكفيل وحده يجوز عدة جنسيات من بينها الجنسية الجزائرية. وطبقا لقانون الأسرة الجزائري، فإن الكفالة تخوّل للكافل الولاية القانونية،وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي (121 ق.أ.ج)، كما أنه يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد على الثلث، إلا إذا أجازته الورثة(المادة123ق.أ.ج)

هذا،ونفس الشيء ينطبق على التبني، إذا ما عرض نزاع أمام القاضي الجزائري حول مسألة التبني، وكان كل من المتبني والطفل المتبني يحملان عدة جنسيات من بينها الجنسية الجزائرية، فيسري القانون الجزائري وحده، أي سريان أحكام قانون الأسرة الجزائري.والمشعر الجزائري - وفي إطار هذا القانون - يمنع التبني بنص صريح ، تضمنته المادة 46 ق.أ.ج بقولها "يمنع التبني شرعا وقانونا"،وعلى هذا الأساس سوف يقضي حتما برفض طلبهما، فلا ينعقد التبني في الجزائر.

1 - أنظر المادة 1 من المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 05 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 ج.ر، عدد 5 سنة 1992.

وقد حكم القضاء الجزائري بعدم جواز التبني في عدة مناسبات¹، وهو نفس التوجه سلكته جل التشريعات العربية، بإستثناء المشرع التونسي الذي أجازته². ولعل هذا الأمر يستوقفنا عند نقطة هامة جدا، من شأنها أن تعكس ما يعتري هذا الحل من قصور ولبس، وهي تلك الحالة التي يكون فيها متعدد الجنسية الوطني يحمل جنسية دولة يجيز قانونها الداخلي التبني، وتأخذ بنفس الحل المنصوص عليه في المادة 2/22 ق. م. ج. ففي هذه الحالة، أليس في إمكان هذا الشخص الذي يرفض له طلبه بالتبني من قبل السلطات القضائية الجزائرية، أن يرفع دعواه في بلد آخر، فيحصل بذلك على مراده. و لعل مسلسل الصعوبات التي يثيرها هذا الحل تبدأ من هنا، وبالنتيجة الحصول على أحكام متضاربة، وإشكالية في تنفيذها. وهذا ما يؤكد عدم جدوى وفعالية هذا الحل في مثل هذه الفروض، بل وفي فروض أخرى، دفعت ببعض الفقه إلى القول بحلول أخرى، سوف نعمل على توضيحها لاحقا عند تقديرنا لهذا الحل - فقط إرتأينا أن ننوه على ذلك في هذا الإطار ما دمنا في صدر الموضوع - ؟ .

هذا، وكما يسري هذا الحل على مسائل الأحوال الشخصية البحتة -على نحو ما رأينا- يسري أعماله أيضا على العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي.

ثالثا: العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي:

1 - أنظر، حكم المحكمة العليا ، الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 2000 تحت رقم 246924 منشور في المجلة القضائية 2001 ، ص 297 ، و فيه نقضت المحكمة الحكم المستأنف أساسه ، لأنه لم يبطل حالة التبني لطفل من زوجين كانا قد سجلاه في الحالة المدنية على أنه أبنهما مع أنهما لم ينجبا طول حياتهما بإعتراف شهود، إن المحكمة العليا لم تكتف بالموافقة على الحكم المستأنف الذي قضى بعدم صحة نسب الولد للمدعى إنما قررت أنه يجب على المجلس بعد أن تبين له حقيقة التبني، أن يلغي الحكم المستأنف و أن يأمر بشطب إلحاق نسب الولد المدعي في سجلات الحالة المدنية.

2- نص المشرع التونسي في الفصل 1/15 من القانون رقم 27 لسنة 1958 المعدل بالقانون 96 لسنة 1969 -المؤرخ في 19 جوان 1959 -على أنه ، " للمتبني الحقوق نفسها التي هي للإبن الشرعي و عليه ما عليه من الواجبات و للمتبني إزاء المتبني الحقوق نفسها التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين، و عليه ما يفرض من الواجبات عليهما". نقلا للنص عن، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 192.

تتمثل هذه العلاقات، في الروابط المالية ذات الطابع الشخصي، بحيث تخضع أيضا للقانون الشخصي، وأحكامها في القوانين العربية مستمدة من الشريعة الإسلامية، و هي تتمثل في: الميراث والوصية وغيرهما من التصرفات النافذة لما بعد الموت، وكذلك الهبة والوقف وسنتناولها فيما يلي:

1- الميراث:

الميراث هو خلافة الشخص بحكم القانون، فيما ترك بسبب موته¹، وقد أخضعه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 16 ق. م. ج لقانون جنسية المورث وقت الوفاة²، وعلى هذا الأساس، إذا ما عرض أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق بهذا الشأن، وإتضح له-وهو بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق- أن المورث كان يحمل وقت وفاته عدة جنسيات من بينها الجنسية الجزائرية، فيتعين عليه في هذه الحالة تطبيق القانون الجزائري وحده و غرض النظر عما سواه. هذا، وتطبيق القانون الجزائري بهذا الشأن، يستتبعه تطبيق أحكام قانون الأسرة الجزائري، حيث تكفل هذا الأخير بتنظيم المسألة تنظيمًا دقيقًا، فحدد شروط إستحقاق الإرث وأسبابه بموجب نص المادة 126 ق.أ. ج التي نصت على أن "أسباب الإرث هي القرابة، الزوجية" وقد عرفت المادة 32 من القانون المدني القرابة على النحو التالي "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرابه، ويعتبر من ذوي القربي كل من يجمعهم أصل واحد" ووضحت العلاقة بين الأقارب المواد من 33 - 34 - 35 ق. م. ج.

هذا، وأضافت المادة 127 ق.أ. ج، على أنه "لا يستحق الإرث إلا بموت المورث حقيقة أو بإعتباره ميتا بحكم القاضي"، وأعقبها المادة 128 بقولها "يشترط لإستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا، وقت إفتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث، وعدم وجود مانع من الإرث" هذا، والحمل يشترط أن يولد حيا عملا بأحكام المادة 134 ق.أ. ج التي نصت على أنه "لا يرث

1- أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص 268 .

2- تنص المادة 16 ق.م. ج على أنه: "يسري على الميراث و الوصية و سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية المالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته."

الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا إستهل صارخا وبدت منه علامة ظاهرة بالحياة" وبالإضافة إلى ذلك، فقد تكفل هذا القانون بتحديد موانع الإرث، ولم ينص على البعض الآخر الذي يبقى خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية بناء على نص م 222 ق.أ. ج¹.

وأما الموانع التي نص عليها القانون، فقد تضمنتها المادة 135 ق.أ. ج التي نصت على أنه: "يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

- 1- قاتل المورث عمدا أو عدوانا، سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.
- 2- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام و تنفيذه .
- 3- العالم بالقتل أو تدييره إذا لم يخبر السلطات المعنية.

وجاء في المادة 138 من نفس القانون "يمنع من الإرث اللعان و الردة"، فواضح أن الولد الملتعن أو المرتد لا يرث، لأن نسبه لأبيه غير قائم.

وأما الموانع التي لم ينص عليها هذا القانون، والتي يتعين الرجوع بشأنها لأحكام الشريعة الإسلامية، تتمثل في ميراث المسلم من غير المسلم، حيث منعت الشريعة الإسلامية التوارث بين أهل الملتين إستنادا لقول الرسول (ص): "لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر، ولا يتوارث أهل الملتين".

وإلى جانب ذلك فقد حددت المواد من 139 إلى غاية 143، من هم الورثة، ومراتبهم ونصيب كل واحد منهم من التركة.

وأخيرا، عالجت المادة 180 ق.أ. جسمألة التركة التي لا وراث لها، فنصت في فقرتها الثانية على أن "التركة التي لا وراث لها تؤول إلى الخزينة العامة"، وهو ما ذهبت إليه أيضا المادة 773 ق.م. ج بقولها: "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وراثا والذين تهمل تركتهم".

1 - تنص المادة 222 ق. أ . ج على أنه " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

2- الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت:

لما كانت الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، وثيقة الصلة بنظام الإرث، فقد حرص المشرع الجزائري على إخضاعها من حيث الشروط الموضوعية إلى نفس قاعدة الإسناد التي يخضع لها الميراث،-أي إخضاعها لقانون جنسية الموصى وقت موته-، أما من حيث الشروط الشكلية فقد أخضعها لقاعدة الإسناد التي تحكم شكل التصرفات القانونية بصورة عامة والمنصوص عليها في المادة 19 ق.م.ج، السابق توضيحها.

وبناء على ما تقدم ذكره، فإنه يمكن إنفراد القانون الجزائري وحده بحكم سائر الشروط الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، إعمالا بالحل المنصوص عليه في المادة 2/22 ق.م.ج،-أي متى كان الموصى يحمل عدة جنسيات من بينها الجنسية الجزائرية- وسيستتبع تطبيق القانون الجزائري بهذا الشأن، تطبيق أحكام قانون الأسرة الجزائري، وكذا أحكام القانون المدني الجزائري.

فبالنسبة للتصرفات النافذة بعد الموت، فقد أورد المشرع الجزائري النص عليها في إطار القانون المدني الجزائري، فبيّن نوعين من هذه التصرفات، وذلك في المادتين 1/776 والتي تتعلق بالتصرفات التي تصدر عن المريض مرض الموت، ويكون المقصود منها التبرع، والمادة 777 التي تتعلق بالتصرفات التي تصدر لوأرث، ويحتفظ فيها المورث بحيازة العين، وبحقه في الإنتفاع بها مدى الحياة.

وعلى ذلك، يجدر بالقاضي الجزائري المعروض أمامه النزاع، تكليف هذا التصرف لإنزال الحكم الصحيح عليه.

أما بالنسبة للوصية¹، فقد نظمها المشرع الجزائري في إطار قانون الأسرة الجزائري تنظيما مفصلا، تناولته المواد من المادة 184 إلى غاية 201. فالوصية هي تكليف مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع(م 184 ق.أ.ج)، ويجب أن تكون في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث يتوقف

1- مما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع الجزائري وبموجب المادة 204 ق.أ.ج قد إعتبر الهبة في مرض الموت و الأمراض المخيفة وصية، و من ثم تسري عليها أحكام الوصية.

على إجازة الورثة (م185ق.أ.ج)، ويشترط لصحة الوصية، أن يكون الموصي سليم العقل، بالغ من العمر 19 سنة كاملة على الأقل (م186ق.أ.ج) كما تصح الوصية للحمل، شريطة أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس (م187ق.أ.ج)، كما تصح الوصية حتى مع إختلاف الدين (م200ق.أ.ج) وذلك خلافا للميراث الذي لا يجوز بين أهل الملتين - كما رأينا سابقا-.

3- الهبة و الوقف:

لما كان المشرع الجزائري، قد أحضع -و بموجب التعديل الجديد- كل من الهبة والوقف لقانون جنسية كل من الوهاب أو الواقف وقت إجراءها إعمالا لنص المادة 2/16 ق.م.ج، فإنه، وفي كل الأحوال، يمكن سريان القانون الجزائري وحده إذا كان كل من الوهاب أو الواقف يحملان عدة جنسيات من بينها الجنسية الجزائرية، وذلك إعمالا بالحل المنصوص عليه في المادة 2/22 ق.م.ج، ويترتب على ذلك تطبيق أحكام قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالهبة والوقف.

فبالنسبة للهبة، فقد عكف المشرع الجزائري على تنظيمها في المواد من 202 إلى غاية 212 ق.أ.ج، وإستقر نهائيا على إعتبرها من الأحوال الشخصية على الرغم من أنها عقد ناقل للملكية، فنصت المادة 202 من ق.أ.ج على أن "الهبة عقد تملك بلا عوض"، وحددت المادة 203 الشروط الواجب توافرها في الوهاب بقولها " يشترط في الوهاب أن يكون سليم العقل، بالغا سن 19 سنة كاملة، وغير محجور عليه"، فبناء على ذلك، فإن المجنون والمعتوه والصبي غير المميز، أي الذي لم يبلغ سن 13 سنة، غير مؤهلين لأن يهبوا، و لكن يجوز لهم في المقابل من ذلك حيازة الهبة، إما بأنفسهم أو بواسطة الغير (كالولي أو الوصي أو القيم) وهذا تطبيقا لنص المادة 210 ق.أ.ج، وأما المادة 205، فقد حددت المقدار الذي تجوز به الهبة، فنصت على أنه "يجوز للواهب، أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا، أو منفعة، أو دينا لدى الغير .

وأخيرا عالجت المواد 211 و212، مسألة الرجوع في الهبة، فالمبدأ العام أنه ليس هناك رجوع في الهبة بقصد المنفعة العامة (م212)، أما الهبة بين الأشخاص، فأدخل عليها المشرع

الجزائري، بعض الاستثناءات، أوضحتها المادة 211 و هي: إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له، أو لضمان قرض أو قضاء دين، أو إذا كان الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع منه، أو ضاع منه، أو أدخل عليه ما غير طبيعته.

هذا بالنسبة للشروط الموضوعية للهبة، أما فيما يتعلق بالشروط الشكلية فتبقى خاضعة لحكم المادة 19 ق. م. ج.

أما بالنسبة للوقف فهو الآخر، قد عكف المشرع الجزائري على تنظيمه في إطار قانون الأسرة الجزائري في المواد من 213 وإلى غاية 220 ق.أ.ج.

فعرفت المادة 213 ق.أ.ج الوقف بأنه "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق"، وأما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في كل من الموقوف والواقف، فقد أحالتنا المادة 215 إلى ذات الشروط المتعلقة بالواهب والموهوب في الهبة (فلا داعي لإعادتها تفاديا للتكرار) هذا، وأضافت المادة 216 شرط آخر فيما يتعلق بالمال الموقوف، بنصها على أنه "يتعين أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف، وخاليا من النزاع ولو كان مشاع".

وهكذا، وبعد توضيحنا الدقيق لتطبيقات هذا الحل على مختلف المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية – والتي تعكس بصورة أدق أهميته في توسيع مجال إختصاص القانون الجزائري-بقي لنا أن نتساءل في الأخير:

-إذا كان الغرض الأساسي من هذا الحل هو حماية العنصر الوطني، فهل من مجال لحمايته حتى وإن كان لا يرتبط بالإقليم الجزائري سوى برابطة واهية، في حين أنه يرتبط بإقليم الدولة الأخرى- التي يحمل جنسيتها أيضا- بصورة فعلية حقيقية ويخلص لها بولائه أكثر من غيرها.

- أو ليس في هذا الفرض من مصلحته تطبيق قانون دولته الأخرى لإرتباط مصالحه بها أكثر

من غيرها؟.

لعل هذه التساؤلات تجيبنا عنها الإنتقادات الجارحة التي وجهها الفقه لهذا الحل .

المطلب الثاني : الإنتقادات الموجهة للحل القاضي بترجيح الجنسية الوطنية عن غيرها من الجنسيات المتنازعة:

على الرغم من أهمية هذا الحل المقرر إختصاصا لصالح القانون الجزائري-على نحو ما رأينا سالفا-وعلى الرغم من ذبوعه في مختلف الأنظمة القانونية، إلا أنه لم يسلم من النقد. فهو من ناحية يعطي الهيمنة والغلبة في سائر الفروض للقانون الوطني، بصرف النظر، عما إذا كان هذا الشخص مرتبطا بتلك الدولة ويحمل مشاعر الولاء لها أم لا؟ و من ناحية أخرى، فهو يقرر الإعتراف بالجنسية الوطنية، وتطبيق القانون الوطني، دون البحث عن طبيعة المسألة التي أثرت بمناسبة مسألة تنازع الجنسيات، وتحديد أي قانون من قوانين هذه الجنسيات هو الذي يجب إعماله.

هذه المآخذ المنسوبة لهذا الحل، والتي تؤكد في حقيقتها ما يعتره من قصور ومخافة للواقع العملي والتعامل الدولي، دفعت ببعض الفقه إلى القول بحلول أخرى، يتجلى مضمونها في إجتاهين، أحدهما يقضي بتطبيق قانون الجنسية الواقعية أو الفعلية، والآخر يتجه نحو الأخذ بفكرة الحل الوظيفي.

الفرع الأول: الإعتداد بالجنسية الواقعية أو الفعلية **Nationalité effective**

سوف نتعرض (أولا) إلى تحديد مضمون هذا الحل، لتتطرق بعد ذلك إلى تقديره (ثانيا)

أولا: مضمون الحل القاضي بتطبيق قانون الجنسية الواقعية أو الفعلية:

يذهب أنصار هذا الإجتاه، إلى أنه ينبغي على القاضي المعروض أمامه نزاع، بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق، على مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، لشخص يحمل عدة جنسيات من بينها الجنسية الوطنية، أن لا يرجح تطبيق قانون هذه الجنسية، وبصرف النظر عما

سواه، لأنه قد يحدث وأن يكون ذلك الشخص، غير مرتبط بتلك الدولة بصورة فعلية، وتكون الجنسية الأخرى -والتي لم يطبق قانونها- هي الجنسية الفعلية، التي يرتبط بها ويعيشها فعلاً¹. فلو إفترضنا، مثلاً، أنه عرض أمام القاضي الجزائري نزاعاً متعلق بأهلية جزائري، يحمل في الوقت ذاته الجنسية الفرنسية، وكان هذا الأخير يرتبط بالإقليم الفرنسي بصورة فعلية حقيقية. فعملاً بالتطبيق الحرفي لنص المادة 2/22 ق.م.ج فإنه سيسوغ للقاضي الجزائري، تطبيق قانونه على أهلية هذا الشخص، على الرغم من أنه لا يرتبط بالجنسية الجزائرية سوى برابطة واهية تكاد تكون منعدمة، وعلى النقيض من ذلك بالنسبة للجنسية الفرنسية التي يرتبط بها بصورة فعلية ولم يطبق قانونها.

ولعل هذا الأمر هو الذي جعل بعض الفقه²، لا يتردد في وصف هذا الحل، بأنه حل منفرد ذا طابع سياسي، هادف لتحقيق المصلحة الذاتية للدولة، ولو تعارضت مع مصلحة الشخص متعدد الجنسية ذاته، أو مصالح الدول الأخرى، وراح يدعو إلى ضرورة النظر إلى المسألة من خلال منظور واقعي، أي تغليب الجنسية الواقعية أو الفعلية. وهذه الأخيرة هي تلك الجنسية التي يعيشها الشخص فعلاً، وواقعاً، من بين الجنسيات التي يحملها، ويكون لسلطات الدولة المثار أمامها أمر متعدد الجنسية، أن تميّط اللثام عن هذه الجنسية بالكشف عنها من واقع الحال ومن ظروف كل حالة على حدى. والكشف عن الجنسية الفعلية هي مسألة واقع يقوم بها القاضي مستعيناً في ذلك بعناصر موضوعية، كموطن الشخص، أو محل إقامته، مقارنة بين مدد الإقامة التي يقضيها الشخص في هذه الدولة، أو تلك، وله أن يستعين أيضاً بغير ذلك من الملابس التي يكشف عنها واقع الحال، بالبحث عن مدى إرتباط الشخص بكل دولة يحمل جنسيتها، كأن يكون له، في إحدى هذه الدول، مصالح تجارية، أو توجد بها روابطه العائلية، أو أن يزاول فيها حقوقه السياسية

1- عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دراسة تحليلية وتأصيلية في القانون المصري والقانون المقارن، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1996، ص 79.

2- زروقي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية،... المرجع السابق، ص 193.

أو العامة، أو يلتحق فيها بإحدى الوظائف العامة أو أن يؤدي فيها الخدمة العسكرية، أو كأن تكون لغتها هي لغة تخاطبه¹. ولا حرج أن يستعين كذلك في الكشف عنها، بمعرفة الظروف التي تم إكتسابه للجنسية الثانية أو دخوله فيها².

هذا، وعلاوة على ذلك يمكن له أيضا أن يستهدي للكشف عنها، بالرجوع إلى الحالة الظاهرة³ Possession d'état، والتي اعترف بها المشرع الجزائري في قانون الجنسية الجزائرية، وعبر عنها بحالة الوطني الجزائري Etat du national Algérien وهي تتكون من ثلاث عناصر وهي الاسم، المعاملة والشهرة .

وعليه، فتطبيقا لهذا الحل المكرس ترجيح الجنسية الفعلية أو الواقعية، فإنه يتعين على القاضي، وهو بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسية الوطني، أن لا يتقيد بصورة مطلقة بتطبيق قانونه، وإنما يتعين عليه أن يبحث عن الجنسية الفعلية، التي يعيشها ذلك الشخص، ويكون ذلك بالتركيز على العناصر السابقة، ومدى توافرها. فمتى ترأى له ذلك، يعتد بتلك الجنسية ويصرف النظر عما عداها، أي حتى ولو ألزمه الأمر التضحية بقانون دولته.

هذا، وتجدر بنا الإشارة في هذا الصدد، إلى أن الأخذ بمعيار الجنسية الواقعية أو الفعلية في هذا الفرض، قد إنتصر له جانب كبير من الفقه⁴، وكرسته أحكام القضاء في العديد من الدول⁵.

1 - عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية...، المرجع السابق، ص 223، بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية مركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2005، ص 219، غالب علي الدوودي، المرجع السابق، ص 145 .
2- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ص 224.
3 - محمد طيبة، المرجع السابق، ص 64.
4 - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص 104، محمد طيبة، المرجع السابق، ص 69 .
5 - في سويسرا، فقد طبق القضاء السويسري و منذ زمن بعيد قانون الجنسية الفعلية، فقد قضت المحكمة الفيدرالية في 4 - 11 - 1934، بأنه: "إذا كان من الثابت أن الجنسية الأجنبية التي يحملها الشخص هي التي يرتبط بها فعلا و يتوطن فيها ويعيش في كنفها، فإنه لا يمكن للمحكمة فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق بشأن الوصاية على القاصر إلا أن ترحح تطبيق قانون هذه الجنسية الفعلية" على الرغم من أن الجنسية السويسرية كانت من بين الجنسيات التي يحملها الشخص. و في ألمانيا هناك أحكام قضائية عديدة- قبل صدور القانون الألماني الجديد في 25 - 7 - 1986-، طبقت قانون الجنسية الفعلية، على الرغم من وجود الجنسية الألمانية من بين الجنسيات المتنازعة، وبصفة خاصة في مسائل الإرث و حماية القصر. راجع بهذا الخصوص، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 182.

كما أن هذا الحل قد شق طريقه إلى صلب العديد من التشريعات، ومن ذلك المشرع السويسري الذي أخذ به صراحة في مجال تنازع القوانين، فقرر تطبيق قانون الجنسية الواقعية أو الفعلية، ولو كانت الجنسية السويسرية هي إحدى الجنسيات التي يحملها الشخص، وهذا ما عبرت عنه المادة 2/23 من تقنين القانون الدولي الخاص السويسري الجديد، المؤرخ في 18-06-1987 بقولها ".... إذا تعلق الأمر بمسألة كان القانون الواجب التطبيق فيها هو قانون الجنسية، فإنه يجب الاعتراف بالجنسية الواقعية، أي تلك التي يكون له بها رباط وثيق وذلك ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك"¹.

ومما هو جدير بالملاحظة في هذا الصدد، أن غالبية الدول الأخرى لا تزال بعيدة كل البعد عن سلك مثل هذا الإتجاه، فالتشريعات العربية، لا تزال متمسكة بموقفها الصارم، والقاضي بترجيح الجنسية الوطنية عن غيرها من الجنسيات المتنازعة، على الرغم مما يسببه هذا التطبيق من مصاعب. أما المشرع الجزائري فهو الآخر بقي متمسكا بموقفه المماثل لهذه التشريعات (م2/22)، وعكف على تبني قانون الجنسية الواقعية أو الفعلية فقط، في الحالة التي تكون فيها الجنسيات المتنازعة كلها أجنبية، وهذا ما يستفاد من نص م 1/22 التي جاء فيها على أنه "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".

بينما على النقيض من ذلك، فإن غالبية الدول العربية الأخرى لم تعند بهذا الحل حتى في حالة التنازع بين جنسيات أجنبية، بل أنها تركت للقاضي السلطة التقديرية في تحديد القانون الذي يعتد به في مثل هذه الحالات، وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري بموجب نص المادة 1/25 من القانون المدني التي نصت على أنه "يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد".

1 - نقلا للنص عن، زروقي الطيب ، المرجع السابق ص 197 .

على أن جانب من الفقه المصري¹، رأى عند تفسيره لهذا النص، أن رغبة المشرع، قد تفيد في هذا الفرض تقيّد القاضي بمعيار الجنسية الفعلية، بينما ذهب جانب آخر² إلى أنه وأمام إطلاق هذا النص، فإن القاضي المصري ليس ملزماً بترجيح الجنسية الفعلية كقاعدة عامة في جميع الفروض، وإنما عليه إتباع الحل الوظيفي .

ثانياً: تقدير الحل القاضي بتطبيق قانون الجنسية الفعلية أو الحقيقية:

على الرغم من أن فكرة الجنسية الواقعية أو الفعلية، قد كرسها القضاء في العديد من الدول، وباركها الفقه الحديث في مجموعه-على نحو ما رأينا- على إعتبار أنها وضعت معياراً واضحاً ومنطقياً لفض مشكلة التنازع الايجابي للجنسيات، وبذلك تكون قد تداركت النتائج السيئة المترتبة على ظاهرة تعدد الجنسيات، إلا أنها لم تسلم من النقد. ففكرة الجنسية الواقعية أو الفعلية،-ونظراً للاختلاف الشديد حول مفهومها وعدم وضوح عناصرها- قد تكون مبعثاً لوجود نوع من عدم الأمان القانوني *La sécurité juridique*. فقد تتباين الدول فيما بينها في تقديرها لفكرة الجنسية الواقعية، مما يولد إختلافاً في تقدير الحل، بحسب ما إذا ثار النزاع أمام محاكم هذه الدولة أو تلك، وهو إختلاف مماثل لذلك المترتب على أعمال جنسية الدولة المثارة مسألة تنازع الجنسيات أمام سلطاتها، وقد يترتب على هذا التباين مشاكل فيما يتعلق بإمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية³.

فلو إفتراضنا مثلاً، أن جزائرياً كان يحمل في عين الوقت الجنسية الفرنسية، وقدّر القاضي الجزائري وهو بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية هذا الشخص مثلاً، أن الجنسية الجزائرية هي الجنسية الفعلية، بينما قدّر القاضي الفرنسي أن جنسيته هي الفعلية، فإن هذا التباين

1 - أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 118.

2 - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999، ص 28.

3 - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق، ص 280 ، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 184 .

في النظر سوف يقف عقبة أمام تنفيذ الحكم الصادر عن القضاء الجزائري في فرنسا، والعكس صحيح، لذلك فقد أخذ عليه، أنه معيار يفتقر إلى الموضوعية والتحديد¹.
إزاء هذا القصور، الذي يعتري فكرة الجنسية الواقعية أو الفعلية، إستعاض جانب من الفقه له وزنه، بفكرة الحل الوظيفي.

الفرع الثاني: فكرة الحل الوظيفي La Solution Fonctionnelle

أولاً: مضمون فكرة الحل الوظيفي

مؤدى هذا الحل، أنه إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في دولة القاضي بتطبيق قانون الجنسية، وكان الشخص يحمل عدة جنسيات من بينها الجنسية الوطنية، فإنه يتعين على القاضي أن لا يتقيد بالحل العام المقرر تطبيق القانون الوطني و حده و غض النظر عما سواه- على نحو ما رأينا آنفا- وإنما يجدر به النظر إلى المسألة هذه على أنها مسألة أولية تابعة للمسألة الأصلية - والتي هي في هذا الفرض مسألة تنازع القوانين- فيتم حلها على ضوء هذه الأخيرة، من خلال إجراء تحليل دقيق ومنطقي لقاعدة الإسناد، للوقوف على طبيعتها والغاية منها، والتفتيش على روحها وجوهرها². ويمكننا على ضوء هذا المعنى أن نسوق بعض الأمثلة نوضح من خلالها كيفية إعمال هذا الحل، فيما لو عرض الأمر أمام القضاء الجزائري.

فيما يتعلق بالحضانة، فقد مضت الإشارة إلى أنّها تعتبر كأثر من آثار الطلاق، وتخضع للقاعدة العامة التي تحكمه، أي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، تطبيقاً لنص المادة 12 ق.م.ج، وعليه، إذا ما تقرر أن الزوج وقت رفع الدعوى، كان يحمل جنسيتين إحدهما الجنسية الجزائرية والأخرى أجنبية، وأردنا أن نبحث عن القانون الذي يرجع إليه بشأن الحضانة، لتعين في هذه الحالة إختيار القانون الذي يحقق حماية أفضل للطفل المحضون، حتى ولو كان هذا القانون هو القانون الأجنبي، فتلك الغاية التي ترمي إليها قاعدة الإسناد في هذا الفرض، دون إلتفات إلى

1 – derruppé Jean, op.cit, P 125.

2 - عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، ص 186 .

رابطة التبعية التي تربط الزوج بالجزائر كونه يحمل الجنسية الجزائرية، وذلك بإستثناء الحالة التي يكون فيها هذا القانون يصطدم بالنظام العام ففي هذه الحالة يتعين إستبعاده، حتى ولو كان من شأنه تقرير مصلحة الطفل.

وفيما يتعلق بالنفقة بين الأقارب، فقد خص المشرع الجزائري هذه المسألة بقاعدة إسناد مستقلة، تضمنتها المادة 14 ق.م.ج بقولها "يطبق القانون الوطني على الإلتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها". وعلى هذا الأساس، إذا تصورنا أن المدين بالنفقة كان يحمل جنسيتين، الجنسية الجزائرية والأخرى أجنبية، ففي هذه الحالة يكون من الملائم تطبيق القانون الذي يقر بالنفقة، وصرّف النظر عما سواه، لأن ذلك يتفق وغاية قاعدة الإسناد وهي حماية القريب المحتاج.

وعلى كل يبقى ما سبق توضيحه، مجرد أمثلة توضح كيفية إعمال هذا الحل، ولكنها لا يمكن أن ترقى إلى درجة التجسيد الفعلي، وذلك نظرا لإلزامية التطبيق الحرفي لنص المادة 2/22 أي تطبيق القانون الجزائري وحده، وغض البصر عن ما سواه.

وعليه إذا كان ذلك بالنسبة للتشريع الجزائري، فما مدى الأخذ بهذا الحل في الدول الأخرى؟ فهل وجد آذانا صاغية؟ أم أنه بقي مجرد إفتراض وإقتراح فقهي؟

ثانيا: مدى الأخذ بفكرة الحل الوظيفي.

الحل الوظيفي الذي لا يفرض حكما عاما حتى في الفرض الذي تكون فيه جنسية القاضي من بين الجنسيات التي يحملها الفرد، وإنما ينظر للمسألة، لا على أنها مسألة مستقلة، وإنما مرتبطة بمسألة أخرى أصلية تعرض تبعاً لها مسألة "تنازع الجنسيات"¹. إنتصر له جانب كبير من الفقه الحديث، وأعملته بعض أحكام القضاء في العديد من الدول. ففي فرنسا مثلاً، فقد لاقى هذا الحل

1 - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 193، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 196.

تأييدا كبيرا، من قبل العديد من الفقهاء، حيث توجه البعض إلى القول بأنه، يتعين عدم تطبيق قانون جنسية القاضي على جميع الفروض التي يوجد فيها تراحم في الجنسيات، وإنما يتعين الخروج عن ذلك في حالات إستثنائية، أي كلما كان لذلك مقتضى، وهذا هو رأي الأستاذ "Lagarde"¹ الذي صرح قائلاً، أنّ هناك حالات هي من مسائل الأحوال الشخصية، ضابط الإسناد فيها هو الجنسية، وفي مثل هذه الحالة لا يكون ضابط التعيين مستندا إلى فكرة السيادة والتبعية السياسية، مثال ذلك، ما تقرره المادة 17/311 مدني فرنسي، في مسائل البنوة من أنّ الإعتراف بالبنوة الطبيعية يكون صحيحا، متى تم طبقا لقانون جنسية الأب، أو قانون جنسية الطفل، فقاعدة التنازع هذه لها غاية مادية تتمثل في حماية الطفل، والإنحياز للحل الذي يضيفي الشرعية على الإعتراف ببنوته، فمن الجلي هنا، أنّ روح هذه القاعدة، تركزى تفضيل الحل الذي يقضي بتطبيق قانون الجنسية، الذي يقر بصحة الاعتراف بالبنوة، ولو كان هذا القانون، هو قانون دولة أجنبية للأب، أو الطفل، ولو كان كل منهما يحمل في الوقت ذاته الجنسية الفرنسية.

هذا، وهناك تطبيقات قضائية عديدة لهذا الحل في القانون الفرنسي، حيث إعتد القضاء الفرنسي بالجنسية الأجنبية التي يحملها الشخص دون الجنسية الفرنسية التي كان يحوزها في ذات الوقت وصولا لترتيب بعض آثار يفرضها الواقع في حالات محددة².

ففي قضية تتلخص وقائعها³، في أن امرأة من أرجوان، تزوجت من فرنسي فدخلت على إثر هذا الزواج في الجنسية الفرنسية، ولم يدم هذا الزواج طويلا لأنها عادت إلى مسقط رأسها وحصلت على الطلاق من محاكم أرجوان-أي بموجب تطبيق أحكام القانون الأرجواني وبالمخالفة لأحكام القانون الدولي الخاص الفرنسي - ثم لم يلبث ذلك إلى أن تزوجت هذه المرأة- مزدوجة الجنسية- مرة أخرى على إثر طلاقها، فمثلت أمام القضاء الفرنسي بتهمة إقترافها جريمة Bigamie

1 - رأي الأستاذ "Lagarde" مشار إليه في كتاب عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، ص 195 .

2 - عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، ص 195 .

3 - راجع تفاصيل هذه القضية، الدكتور عكاشة محمد عبد العال ، نفس المرجع ، ص 195-196.

لكونها قد تزوجت من آخر على الرغم من أن عقد زواجها من الزوج الفرنسي كان ما يزال قائما تحت ناظري القانون الفرنسي، فقضت محكمة إستئناف باريس أنذاك بأنه لا محل لمتابعتها قضائيا، وأنه يلزم تبرئة ساحتها، على أساس حسن نيتها بما ينتفي معه الركن المعنوي لديها، وقد أسست المحكمة قضائها على أنه، لما كانت الزوجة قد بقيت في ناظري قانونها الأرجواني محتفظة بجنسيتها، وأنها قد إعتقدت بصحة طلاقها الذي حصلت عليه بمقتضى الحكم الصادر من قضاء دولتها، وبالتطبيق لقانون جنسيتها، كما إعتقدت في صحة زواجها الثاني بعد هذا الطلاق، فإنه لا محل لمتابعتها جنائيا عن الفعل الذي نسب إليها.

هذا، والحل ذاته قد تخلقت ملامحه بوضوح وبروز حديثا في حكم لمحكمة إستئناف باريس بالغ الشهرة، وهو حكم "Dujaque" في 18-07-1985، أيده محكمة النقض في 22-07-1987 في منازعة متعلقة بحضانة طفل بعد طلاق أبويه إعمالا لأحكام الإتفاقية البولونية الفرنسية المبرمة في 1967، والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق وقواعد الإختصاص وتنفيذ الأحكام في المسائل الخاصة بحقوق الأشخاص والأسرة.

وتتلخص وقائع قضية "Dujaque"¹ في أن زوجين بولونيين كانا قد تزوجا في بولونيا ثم نزحا معا إلى فرنسا، حيث أقاما فيها وحصلا على الجنسية الفرنسية من غير أن يفقدا جنسيتها البولونية، ثم حدث وأن انفصلا الزوجان، فعادت الزوجة للإقامة في بولونيا رفقة إبنها، الذي كان بدوره يحمل الجنسيين الفرنسية والبولونية، بينما ظل الزوج مقيما بفرنسا وإستحصل على حكم بالطلاق، من المحاكم الفرنسية، أعطاه الحق في حضانة الطفل وإعترف بهذا الحكم في بولونيا. وبعد ذلك وبفترة وجيزة صدر حكم من المحاكم البولونية بناء على طلب الزوجة خوّلها على خلا ف الحكم الفرنسي -حق حضانة الطفل، فطلبت الزوجة الإعتراف بهذا الحكم الأخير

1- راجع تفاصيل القضية، الدكتور عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص197، وأبضا، زروقي الطيب، حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 01، 2000، ص162.

وتنفيذه في فرنسا، ولما عرض الأمر أمام محكمة إستئناف باريس رأيت الإعتراف بالحكم الأجنبي الصادر من المحاكم البولندية، وبشأن المسألة الخاصة بقانون جنسية الطفل الواجب تطبيقه، قدرت أنه، لما كان الأمر يتعلق بطفل مزدوج الجنسية يحمل الجنسيين الفرنسية والبولونية، فإنه لم يكن في وسع القاضي البولوني، إلا أن يعتد بقانونه على إعتبار أن جنسيته كانت من بين الجنسيين اللتين يحملهما الطفل في نفس الوقت، "وهو ما كان سيفعله القاضي الفرنسي فيما لو رفعت أمامه الدعوى إبتداءاً"، حيث كان سيطبق قانون جنسيته حتى يتمكن القاضي الفرنسي من تطبيق أحكام الإتفاقية المبرمة بين دولته وبولونيا، وهو بصدد إعترافه بالحكم الأجنبي، لم يكن في وسعه سوى أن يمارس على المسألة الخاصة بتطبيق القانون-الذي أعمله القاضي الأجنبي البولوني-، إلا رقابة مخففة، وهو ما يعني في نهاية المطاف أن القاضي البولوني قد إحترم قاعدة التنازع الواجبة التطبيق بمقتضى قانونه الوطني بشأن المسألة المطروحة.

وهكذا فإن هذا الحكم، قد فتح آفاق جديدة بالنسبة لمسألة تنازع الجنسيات، فلم يعد المبدأ القائل-بتطبيق قانون الجنسية الوطنية بصفة مطلقة، كلما كانت من بين الجنسيات المتراكمة التي يحملها الشخص- حكماً عاماً مجرداً.

هذا، وعلاوة على ذلك فقد تأكد هذا الحكم من قبل محكمة النقض الفرنسية في 22-07-1987 حيث ذهب إلى ما إنتهت إليه محكمة إستئناف باريس في هذا الخصوص، الواضح من ذلك، أن القاضي الفرنسي، لم يعتنق الحل التقليدي القاضي بتطبيق القانون الفرنسي عندما تكون الجنسية الفرنسية من بين الجنسيات المتنازعة، فلو طبق هذا الحل لإنتهى إلى رفض الاعتراف بالحكم الأجنبي، لأنه لم يقيم وزناً للجنسية الفرنسية التي يتمتع بها -في نفس الوقت- كل من الأب والأم والطفل.

هذا الحل الوظيفي الذي صاغت لبناته الأولى محكمة التمييز الفرنسية بقي تاركا أثره في مسألة تنازع الجنسيات، ليس فقط من شأن الإتفاقيات الدولية المبرمة بين فرنسا وغيرها من الدول،

عندما يتعلق الأمر فيها بشخص يحمل جنسيتين من بينهما الجنسية الفرنسية، وكذلك بخصوص القواعد العامة في القانون الدولي الخاص الفرنسي¹.

هذا، عن تطبيقات هذا الحل في فرنسا، فلم يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل قد ذاع صيته كذلك في ألمانيا، فقد أولى القضاء الألماني إهتماما بالغا بفكرة الحل الوظيفي. فعلى الرغم من وجود نص المادة 1/5 من القانون الدولي الخاص الألماني الجديد الصادر في 25-07-1986، والذي يوجب الاعتراف بالجنسية الألمانية في حالات التنازع بين الجنسيات، متى كانت من بين الجنسيات التي يحملها الشخص، إلا أن محكمة إستئناف "Hamm" الألمانية قد ذهبت إلى عدم تطبيق قانون الجنسية الألمانية بوصفها جنسية دولة القاضي، وطبقت القانون الأمريكي بوصفه قانون الجنسية التي يحملها الشخص إلى جانب الجنسية الألمانية، وذلك على إثر قضية تتلخص وقائعها¹، في أن طفل، وهو ابن شرعي مولود لأب أمريكي وأم ألمانية، وكان يحمل في وقت واحد الجنسيتين الأمريكية والألمانية وكان أفراد الأسرة جميعا، الأب والأم والإبن يعيشون قبل الانفصال في ولاية "نيوجرسي" بأمريكا، وفي إطار سلسلة النزاعات التي دارت بين الأبوين بشأن حضانة الطفل، صدر حكم من ولاية "نيوجرسي" يقضي بالحضانة للأب. وعلى الرغم من ذلك دأبت الأم على إصطحاب إبنتها معها إلى ألمانيا لأكثر من مرة، وعلى إثر ذلك تقدم الأب إلى المحاكم الألمانية طالبا الإعتراف وتنفيذ الحكم الصادر له من المحكمة العليا في نيوجرسي، والقاضي بإرجاع الإبن إلى كنفه فرأت محكمة "Hamm" الإعتراف بهذا الحكم وتنفيذه في ألمانيا، على الرغم من أنها هي الأخرى المختصة بالفصل في هذا النزاع، كون أن الإبن ألماني الجنسية، ولكنها قررت ذلك نزولا على مقتضيات الحل الوظيفي، إعتبارا من أن الشخص يرتبط بالجنسية الأمريكية أقوى من إرتباطه بالجنسية الألمانية، فهو ولد بأمريكا ولا يزال يعيش في ربوعها، من ثمة يكون القضاء الأمريكي - في هذا الفرض - أقدر على الفصل في المنازعة من القضاء الألماني بحكم مجاورته وإقترابه من معطيات

1 - رأي الأستاذ "Lagarde" المشار إليه في كتاب عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 202.

1 - راجع تفاصيل هذه القضية، الدكتور، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 203.

المنازعة، لذلك يتعين أن يكون حكمه هذا مشمولاً بالإنفاذ والفعالية كونه الأكثر ملاءمة في هذا الفرض بالنسبة للطفل.

و بناءً على ما سبق ذكره آنفاً، نخلص بالقول إلى أنه، على الرغم مما تضمنه الإتجاه المتقدم من مزايا غير خافية، إلا أن المشرع الجزائري-وكغيره من التشريعات العربية- لا يزال بعيداً كل البعد عن سلك مثل هذا الإتجاه، و بقي مكرساً ضرورة التطبيق الحرفي لنص المادة 2/22، أي ترجيح الجنسية الجزائرية دون غيرها من الجنسيات المتنازعة، لما في ذلك من توسيع لمجال تطبيق قانونه. كما تجدر الإشارة في هذا المقام، إلى أن المشرع الجزائري لم يكتف بتوسيع مجال تطبيق قانونه في مرحلة تطبيق قواعد التنازع الوطنية، وإنما تعداه إلى مرحلة تطبيق القانون الأجنبي المختص. هذا ما سنتنصب عليه دراستنا في الفصل الموالي.

إذا لم يتوافر في النزاع أحد الصفات الوطنية، التي تستدعي من القاضي تطبيق قانونه - على نحو ما بيناه سلفاً - تعين الأخذ بقاعدة التنازع الوطنية و تطبيق القانون الذي تشير بإختصاصه، و الذي قد يكون إما القانون الوطني، و إما قانون أجنبي آخر. و إن كان الأمر لا يطرح إشكالا في الحالة الأولى، فإنه بخلاف ذلك في الحالة الثانية، ذلك أن تقرير الإختصاص لصالح القانون الأجنبي بموجب قاعدة التنازع الوطنية، ليس معناه التوقيع على بياض، وإنما تطبيقه يتم وفق ضوابط وشروط محددة، وإذا ما تحققت أمور جديدة بالاهتمام، تعين على القاضي إستبعاده وإحلال محله قانونه الوطني بصفة إستثنائية.

ومن ذلك، كأن يتبين للقاضي، وهو بصدد أعمال وتطبيق ذلك القانون، أن قواعد التنازع فيه ترفض الإختصاص وتحيله إليه، أو حتى إذا ما قبلت قواعد التنازع الأجنبية الإختصاص المخول لها، فقد يجد صعوبة في التوصل إلى معرفة أحكام ذلك القانون والكشف عن مضمونها، كما قد يتوصل إلى الكشف عن مضمونها، ولكن يتضح له بالنهاية أنها تتعارض تعارضا صارخا مع المبادئ والقيم الأساسية التي يقوم عليها كيان مجتمعه الوطني .

من تلك العجالة، يبدو أن هناك ثلاثة أسباب يتقرر بموجبها إختصاصا إستثنائيا لصالح القانون الجزائري في مرحلة تطبيق القانون الأجنبي المختص، وتمثل في الإحالة، صعوبة إثبات مضمون القانون الأجنبي، التعارض مع مقتضيات النظام العام. وسنخصص لكل واحد منها مبحثا مستقلا على الترتيب الزمني للمرحلة التي يمكن أن يطرأ فيها كل سبب.

المبحث الأول:

تطبيق القانون الجزائري بموجب نظرية الإحالة.

إذا أفضى إعمال قاعدة التنازع الوطنية، إلى ثبوت الإختصاص لصالح القانون الوطني، فإن الأمر لا يطرح أي إشكال، ذلك أنه ما على القاضي إلا تطبيق القواعد الموضوعية في قانونه، أما إذا ثبت الإختصاص لصالح قانون أجنبي، فإن الأمر لا يطرح بهذا القدر من السهولة، ذلك أن هذا الأخير يتضمن في هذا الصدد أسوة بالقانون الوطني - إلى جانب القواعد الموضوعية التي تطبق مباشرة على النزاع - قواعد إسناد، هذه الأخيرة قد تقبل الإختصاص المخول لها، فيطبق القاضي القواعد الموضوعية في ذلك القانون وقد ترفض الإختصاص المخول لها وتحيله إلى قانون دولة أخرى، قد يكون هو قانون القاضي نفسه، وقد يكون قانون أجنبي آخر.

وهذا ما يطلق عليه في فقه القانون الدولي الخاص بنظرية الإحالة، ونظرا لأهميتها، فقد تلقفتها العديد من التشريعات، من بينها المشرع الجزائري، الذي سمح للقاضي بتطبيق قانونه بصورة إستثنائية متى أحالت عليه قواعد التنازع الأجنبية الإختصاص. ولدراسة المسألة بشيء من الإفاضة، يقتضي منا الأمر تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين: نتناول في المطلب الأول، مفهوم نظرية الإحالة، وفي المطلب الثاني منه، نتعرض لتطبيقات هذه النظرية في التشريع الجزائري مع بيان موقف الفقه منها.

المطلب الأول: مفهوم نظرية الإحالة.

تشكل الإحالة بأنواعها، إحدى النظريات الهامة التي حظيت بإهتمام بالغ من قبل فقه القانون الدولي الخاص، كما أنها تعتبر من بين الموضوعات، التي أثير بشأنها جدل صاحب بين الفقهاء، و ذلك حول إيجاد أساس سليم لها.

وعليه، سوف نتناول هذا المطلب في فرعين: نتعرض في الفرع الأول منه لتحديد المقصود بنظرية الإحالة، ثم نتناول في الفرع الثاني منه أساس الإحالة.

الفرع الأول: تحديد المقصود بالإحالة.

إن تحديد المقصود بالإحالة، يقتضي التعريف بها (أولا) و تحديد أنواعها (ثانيا) .

أولا: التعريف بالإحالة.

إن خصوصية قواعد الإسناد، كونها تمثل أنظمة وطنية لتنازع القوانين، تؤدي إلى إختلافها من دولة لأخرى، لاسيما في مسائل الأحوال الشخصية، التي تسندها بعض الدول لقانون الجنسية، بينما تسندها دول أخرى لقانون الموطن، وهذا ما يؤدي حتما لحصول تنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي، وبين قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المعين بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي، وهذا التنازع هو الذي تتولد عنه مشكلة الإحالة.

فلو إفترضنا مثلا، أنه عرض أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن بالجزائر، فبينما تقضي قاعدة التنازع الجزائرية بتطبيق القانون الإنجليزي- بإعتباره قانون الجنسية- نجد أن قواعد التنازع في هذا الأخير، تشير إلى العكس، أي بتطبيق القانون الجزائري بوصفه قانون الموطن.

وكذلك، فالإشكال نفسه يطرح، فيما لو عرض أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق بميراث عقار موجود بفرنسا، لإنجليزي متوطن بالجزائر. فبينما تقضي قاعدة الإسناد الجزائرية بتطبيق القانون الإنجليزي- بإعتباره قانون الجنسية-، نجد أن قواعد الإسناد في هذا الأخير، ترفض الإختصاص، وتشير إلى تطبيق القانون الفرنسي، بإعتباره قانون موقع العقار، وهكذا يبدو، أن كلا القانونين يتخلى عن الإختصاص التشريعي، ويسند كل منهما حكم النزاع لصالح القانون الآخر، أو لقانون ثالث.

فهذه، إذن هي مشكلة الإحالة، والبت فيها أمر جوهري، لأن الحل النهائي للنزاع يتوقف على الموقف المتخذ منها. فإذا قلنا بأنه يتعين على القاضي، أن يطبق قاعدة التنازع في القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد في قانونه، كنا من أنصار نظرية الإحالة، وإذا قلنا العكس، أي أن القاضي المعروض عليه النزاع، يجب أن يطبق القواعد الموضوعية في القانون

الأجنبي، الذي أشارت قاعدة التنازع في قانونه بتطبيقه، دون أن يأخذ في الإعتبار بقواعد الإسناد فيه، سواء كانت تقبل أو ترفض الإختصاص، حينئذ نكون من معارضي نظرية الإحالة¹.

فمن الواضح إذن، أن ظهور مشكلة الإحالة، يرد إلى الصفة الوطنية لقواعد الإسناد، أو بعبارة أخرى، ترجع مشكلة الإحالة إلى إختلاف قواعد الإسناد بين التشريعات، فلو أن قواعد الإسناد كانت موحدة بين كافة الدول في ظل نظرية عالمية، لما كان ثمة محل لظهور مشكل الإحالة من أساسه².

وعليه يمكن، تعريف الإحالة بأنها: "النظرية التي تلزم بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، الذي تقرر تطبيقه بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي، وذلك في حالة إختلاف ضابطي الإسناد في القانونين، وكان التنازع سلبيا بينهما".

ثانيا: أنواع الإحالة.

تتخذ الإحالة ثلاث صور تتمثل فيما يلي:

1- الإحالة من الدرجة الأولى³:

وتكون الإحالة من الدرجة الأولى، عندما تحيل قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد لدولة القاضي، الإختصاص إلى قانون هذا الأخير. ومثال ذلك، كأن يعرض أمام القاضي الجزائري نزاع بشأن أهلية إنجليزي متوطن بالجزائر، فبتطبيق قاعدة الإسناد الجزائرية، يثبت الإختصاص للقانون الإنجليزي، بوصفه قانون جنسية الشخص، ولكن القانون الإنجليزي، لا يعترف لنفسه بالإختصاص في هذه الحالة، إذ هو يقضي بتطبيق قانون الموطن، وهو القانون الجزائري، وبهذا يرد الإختصاص إلى قانون القاضي.

1- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 98، زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص 113.

2- محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 419.

3- وقد سماها بعض الفقهاء، كالفقيه "أرمنجون" بالإحالة الحقيقية بينما سماها الفقيه "أبو هيف" بالرجوع، أشار إلى ذلك، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 126.

2- الإحالة من الدرجة الثانية:

تكون الإحالة من الدرجة الثانية، عندما تحيل قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي، الإختصاص لا إلى قانون القاضي، وإنما لقانون أجنبي آخر، ومثال ذلك، كأن يعرض أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق بميراث عقار موجود بالدمرك، لإنجليزي متوطن بالجزائر، فطبقا لقواعد الإسناد الجزائرية، فإن القانون الإنجليزي هو المختص بإعتباره قانون جنسية المورث (م 16 ق. م. ج)، ولكن لو رجعنا لقواعد الإسناد في القانون الإنجليزي، نجدها تحيل الإختصاص للقانون الدنماركي، بإعتباره قانون موقع العقار، وهو القانون الواجب التطبيق على الميراث في العقار في القانون الإنجليزي.

ومن الممكن نظريا، أن تستمر عملية الإحالة، في كل مرة يرفض فيها القانون المعين الإختصاص ويحيله إلى قانون آخر... إلى أن يجد قانونا يقبل تطبيقه، ويمكننا على هذا الأساس أن نحصل على الإحالة من الدرجة الثالثة، والرابعة، والخامسة، وحتى إلى أبعد من ذلك، أو الرجوع إلى الوراء. غير أن العملية تتوقف في واقع الأمر بسرعة، لأن عوامل الربط الممكنة محدودة العدد، ويتمثل أكثرها تقليديا، وأوسعها إنتشارا، في الجنسية والموطن، أما العوامل الأخرى كمكان عقد الزواج مثلا، فهي قليلة الاستعمال¹.

3- نظام الإحالة المزدوجة:

يعود هذا النظام المسمى بالإحالة المزدوجة، إلى القانون الإنجليزي الذي يطلق عليه بنظرية الإحالة الكلية *foreign theory court*، وقد أخذ بها القضاء الإنجليزي الحديث في بعض المسائل المحدودة وهي، ميراث المنقول، الطلاق، وترتيب حقوق عينية على عقارات كائنة بالخارج². وطبقا لهذه النظرية، فإنه يتعين على القاضي الإنجليزي المعروض عليه النزاع، أن يفصل فيه كما يفصل فيه القاضي الأجنبي المختص قانونه وفقا لقواعد الإسناد الإنجليزية، بمعنى أنه يتعين على القاضي الإنجليزي أن يجعل نفسه مكان القاضي الأجنبي، و يقضي بما يقضي به هذا الأخير.

1- موحد إسهاد، المرجع السابق، ص 197.

2- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 54، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 121.

فلو عرض مثلاً، على القاضي الإنجليزي نزاع يتعلق بميراث مال منقول، لإنجليزي متوطن في ألمانيا، فطبقاً لقواعد التنازع الإنجليزية، فإن القانون الألماني هو المختص بإعتباره قانون الموطن الأخير للمتوفى، ومن ثم فإنه يتعين على القاضي الإنجليزي، أن يفصل في هذا النزاع بنفس الكيفية التي يفصل بها القاضي الألماني. فلو عرض النزاع على هذا الأخير، فطبقاً لقواعد الإسناد الألمانية، فإن القانون الإنجليزي هو الواجب التطبيق بإعتباره قانون جنسية المالك، وعليه، ولما كان القانون الألماني يقبل الإحالة من القانون الإنجليزي إلى القانون الألماني، فإن القانون الذي سوف يطبقه القاضي الألماني، هو القانون الألماني.

ولو إفترضنا أيضاً، أنه عرض على القاضي الإنجليزي نزاع يتعلق بميراث أموال منقولة، لإنجليزي متوطن في إيطاليا، فطبقاً لقواعد الإسناد الإنجليزية، فإن القانون الإيطالي هو الواجب التطبيق، بإعتباره قانون موطن المالك، وأما لو عرض النزاع أمام القاضي الإيطالي، فطبقاً لقواعد الإسناد الإيطالية فإن القانون الإنجليزي هو الواجب التطبيق بإعتباره قانون جنسية المالك، ولكن بما أن القانون الإيطالي لا يأخذ بالإحالة، فإنه سيطبق القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي، ومن ثم، فإنه يتعين على القاضي الإنجليزي حسب هذا النظام، أن يأخذ بنفس الحل، ويفصل في النزاع طبقاً للقانون الإنجليزي، الذي كان القانون الإيطالي سيطبقه.

إن هذا النظام، على الرغم من كونه يرمي إلى توحيد الحلول المعطاة لنفس القضية، إلا أن ما يعيبه هو عدم إمكانية تعميمه، فهو لا يصلح إلا إذا أخذ به القاضي المطروح عليه النزاع دون غيره من قضاة الدول الأخرى التي تنازعت قوانينها بحكم العلاقة المطروحة، أما لو أخذ به قضاة كل الدول التي لقوانينها علاقة بالنزاع، فإن ذلك سيؤدي إلى حلقة مفرغة¹.

الفرع الثاني: أساس الإحالة.

1- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 119.

الواقع من الأمر، أن الأساس الحقيقي لنظرية الإحالة، قد أُسْتُشِفَ من جانب القضاء الفرنسي الذي أخذ بها لأول مرة. ومنذ ذلك الحين بدأت عناية الفقه بها، فظهرت بهذا الشأن محاولات فقهية عديدة لتبريرها.

على هذا الأساس، سوف نتناول أولاً، الأصل القضائي لنظرية الإحالة، لتتطرق بعد ذلك إلى عرض مختلف المحاولات الفقهية التي جاءت لتبريرها.

أولاً: الأساس الحقيقي للإحالة في القضاء الفرنسي.

مما لا جدال فيه، أن نظرية الإحالة لم تتبلور وتتوضح كنظرية قانونية، إلا في أواخر القرن التاسع عشر، وذلك على إثر قضية ذائعة الصيت طرحت أمام القضاء الفرنسي، تدعى بقضية فورغو "forgo"¹، وتتلخص وقائعها فيما يلي:

أن "فورغو" وهو ولد غير شرعي، ولد في بافاريا ولما بلغ 05 سنوات من عمره رحلت به أمه إلى فرنسا، فأقام بها حتى وافته المنية، وهو في الثامنة والستين من عمره، تاركا وراءه ثروة منقولة هامة، ودون أن يكون له ورثة مباشرين، كالأب أو الزوجة أو الأولاد، ومع الملاحظة أن إقامته بفرنسا كانت إقامة فعلية لا قانونية، لأن القانون الفرنسي آنذاك، كان يشترط للتوطن القانوني الحصول على ترخيص إداري بالتوطن، وهما لم يحصلوا عليه، لذلك إستولت مصلحة الأملاك الفرنسية على هذه الثروة التي تركها فورغو، بإعتبارها تركة بدون وارث، فثار نزاع بينها وبين حواشي فورغو من عائلة "Ditchel" أقارب أمه، إذ طالبو بحقهم في الميراث، مستندين على قواعد القانون البافاري الداخلية، التي تسوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي، فقضت محكمة إستئناف "pau" في 11 مارس 1874، برفض طلبهم مستندة إلى أن فورغو كان متوطناً في فرنسا، وبالتالي يجب أن يطبق على ميراث ثروته المنقولة القانون الفرنسي، وهو يقضي بحرمانهم من الميراث، فطعن ورثة فورغو في هذا الحكم أمام محكمة النقض، فنقضت هذه الأخيرة هذا الحكم في 18-05-1875 على أساس أن فورغو لم يكن متوطناً في فرنسا، وأن الحكم أخطأ في التقدير

1- راجع وقائع هذه القضية ومناقشتها، الدكتور علي سليمان، المرجع السابق، ص 48.

عندما إعتبر فورقو متوطنا بفرنسا، مع أنه لم يحصل على ترخيص بالتوطن الفعلي فيها، ومن ثم يكون موطنه القانوني هو "بافاريا"، ويطبق على ميراثه القانون البافاري، وأحالت القضية إلى محكمة إستئناف "بورديو"، التي حكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي تورث هؤلاء الحواشي.

لم تستسلم مصلحة أملاك الدولة، فطعنت مرة أخرى في الحكم أمام محكمة النقض، فنقضت هذه الأخيرة هذا الحكم في قرار لها صادر بتاريخ 24 جوان 1878 على أساس أنه طبق قواعد القانون البافاري الداخلية، دون أن يرجع إلى قواعد التنازع فيه، والتي تسند الإختصاص إلى قانون الموطن الفعلي، مما يجعل القانون الفرنسي مختصا أيضا، وأحالت بالتالي القضية إلى محكمة إستئناف "تولوز" التي قضت في 22 ماي 1880 بما أشارت إليه محكمة النقض، فطعن الورثة مرة أخرى بالنقض في هذا الحكم، لأنه طبق قواعد التنازع في القانون البافاري دون قواعده الداخلية، ولكن محكمة النقض رفضت الطعن في 22 فبراير 1882 ودون أن تصرح بالإحالة، قبلت إحالة القانون البافاري على القانون الفرنسي.

وقد شكل هذا الحكم الشهير، أساسا حقيقيا لمجمل نظرية الإحالة، فمنذ ذلك التاريخ توالى أحكام القضاء الفرنسي على قبول الإحالة من الدرجة الأولى، وذلك في مجموعة من القضايا منها: قضية سوليه ¹ soulie، قضية بيرشال ² birchall.

ثانيا: الأسس الفقهية لتبرير الإحالة.

لقد إختلف الفقهاء في إيجاد أساس سليم ومنطقي لنظرية الإحالة، فظهرت في هذا الشأن فكرة الإحالة تفويض (1) والإحالة حل إحتياطي (2) والإحالة وفكرة إقليمية القوانين (3) والإحالة وفكرة التنسيق بين قواعد التنازع (4).

1- الإحالة تفويض:

1 - Cass.civ ,01 Mars 1910, v,derruppé jean.op.cit.p.91.

2 - Cass.civ ,10Mai 1939, v,derruppé jean.op.cit.p.91.

مقتضى هذه النظرية، أنه إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في دولة القاضي باختصاص قانون أجنبي معين، فإنها لا تشير باختصاص القواعد القانونية الموضوعية في هذا القانون، وإنما تفوض المشرع الأجنبي سلطة تعيين القانون الذي سيطبقه على النزاع، والذي قد يكون إما قانونه (في حالة عدم وجود إحالة)، أو قانون أجنبيا آخر (إحالة من الدرجة الثانية)¹.

غير أن هذه النظرية تبدو معيبة، وقد وجهت إليها إنتقادات من عدة زوايا. فهي بقولها بتفويض المشرع الأجنبي لحل النزاع، تتعارض مع فكرة السيادة. فوق أن إعمالها يوقع في حلقة مفرغة، التي أشرنا إليها قبلا، أضف إلى ذلك فإن هذا التفويض فيه معنى المجاز والحيلة فلا يصح قبوله².

2- الإحالة حل إحتياطي:

وهو رأي الفقيه الفرنسي "ليريور بيجونير" "Lerbours Bigeonniere" حيث ذهب هذا الأخير، إلى أن قاعدة الإسناد الوطنية، إذا حولت الإختصاص لقانون أجنبي، إنما تقوم في واقع الأمر بعرض الإختصاص على هذا القانون الأجنبي، فإذا كان ذلك القانون لا يقبل الاختصاص، فإنه لا معنى لأن يفرض عليه هذا الإختصاص فرضا، أو لأن تطبق قاعدة الإسناد المدرجة فيه، بل يترد الإختصاص لقانون القاضي بمقتضى قاعدة إسناد وطنية إحتياطية، توجد إلى جانب قاعدة الإسناد الأصلية التي حولت الإختصاص للقانون الأجنبي³.

وقاعدة الإسناد الإحتياطية هذه، قد تعقد الإختصاص لقانون القاضي، وقد تعقده لقانون آخر، فمثلا، لو أثير نزاع في فرنسا، يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في فرنسا، فإنه طبقا لقواعد الإسناد الفرنسية، فإن القانون الإنجليزي هو المختص بإعتبره قانون جنسية الشخص، ولكن بما أن القانون الإنجليزي يرفض الإختصاص، لكونه يسند الأهلية إلى قانون الموطن، تعين على القاضي الفرنسي

1- أنظر في عرض النظرية، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 111.

2- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص 211.

3- أنظر في عرض هذه النظرية، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 428.

التوقف عند هذا الفرض، والرجوع إلى قانونه من جديد للبحث عن القانون الذي سيطبقه، ولما كان يوجد إلى جانب كل قاعدة إسناد أصلية- التي عينت القانون الإنجليزي-

قاعدة إسناد إحتياطية، تعين الرجوع إليه، وتطبيق القانون الذي ستشير باختصاصه، والذي قد يكون في هذا الفرض، هو القانون الفرنسي، بإعتباره قانون موطن هذا الإنجليزي¹.

غير أن هذه النظرية، هي الأخرى، لم تسلم من النقد، فقد وجهت إليها جملة من الإنتقادات من بينها، أنها نظرية تقوم على الافتراض، وليس لها أي سند من القانون الوضعي. فالموجود وضعاً هو عبارة عن قاعدة إسناد لها صفة الوحدانية، ولم يثبت أن المشرع قد وضع قاعدة إسناد إحتياطية تعقد الإختصاص- على أساس الإحالة- إلى قانون القاضي، في الفرض حيث لا يقبل القانون الأجنبي الإختصاص المعقود له، بمقتضى قاعدة الإسناد الأصلية²، وبالإضافة إلى ذلك، فإن أنصار هذه النظرية، لم يوضحوا لنا كيفية البحث عن هذه القواعد الإحتياطية في قانون القاضي، وهل يتمتع القاضي الوطني بسلطة مطلقة في البحث عن هذه القواعد، بالنظر إلى كل فرض على حدى أم لا، لذلك فقد إتجه البعض³، إلى أنه لا سبيل من أعمال هذه النظرية، إلا إذا نص المشرع صراحة على قواعد إسناد إحتياطية، يرجع إليها إذا رفض القانون الأجنبي الإختصاص الذي منحه إياه قواعد الإسناد الأصلية، غير أن هذه القواعد الإحتياطية، قد تعجز هي الأخرى عن حسم تنازع القوانين، لأن تطبيقها رهين بقبول القانون الأجنبي الإختصاص بحكم العلاقة، فإذا رفض، تعيين البحث مرة ثانية عن قاعدة إسناد أخرى لا وجود لها.

3- الإحالة وفكرة إقليمية القوانين:

هذه النظرية هي للفقهاء الفرنسي " niboyet " وهو يتفق مع "Bigeonniere" في نقطة البداية في التحليل، إذ لا يجوز وفقاً لرأي الأستاذ "نيبوايه" أن نفرض على القانون الأجنبي إختصاصاً لا يرضاه لنفسه بمقتضى قواعده الخاصة بتنازع القوانين. فإذا رفض القانون الأجنبي

1- أنظر في عرض النظرية، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 113.

2- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 213، هشام علي صادق، المرجع السابق ص 99 .

3- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 168.

الإختصاص المعروض عليه بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، فعلى القاضي أن يطبق قانونه. وكل ما في الأمر هو أن تطبيق قانون القاضي لا يستند عند " نيبوايه " إلى قاعدة إسناد إحتياطية مفترضة، كما هو الشأن لدى الأستاذ "الريبور بيجونيير"، وإنما يطبق القاضي قانونه بمقتضى الأصل العام الذي يقضي بإقليمية القوانين¹.

ما يلاحظ على هذه النظرية، أنها تكتفي بتبرير الإحالة من الدرجة الأولى، كونها تجعل العودة دائما إلى قانون القاضي، كلما رفض القانون الأجنبي الإختصاص المعقود له، وذلك بخلاف النظرية السابقة، التي هي للفقهاء "الريبور بيجونيير"، والتي تبرر الإحالة سواء كانت من الدرجة الأولى، أو من الدرجة الثانية. لأن قاعدة الإسناد الإحتياطية التي قال بها هذا الفقيه، قد تعقد الإختصاص لقانون القاضي، كما قد تعقده لقانون دولة أخرى. لذلك فقد أنتقدت هذه النظرية، على أساس مبالغتها لعقد الإختصاص لقانون القاضي، كلما رفض القانون الأجنبي الإختصاص المخول له، على الرغم من أنه قد يكون النزاع المطروح لا يرتبط بقانون القاضي إلا برباط ضعيف، وهو رباط الإختصاص القضائي. فلو تعلق الأمر مثلا، بأهلية إنجليزي متوطن في الدنمارك، فمن غير المقبول أن نطبق عليه القانون الجزائري على أساس أن القانون الإنجليزي صاحب الإختصاص، قد أبدى رفضه له، إذ من المستحسن في هذه الحالة تطبيق القانون الدنماركي، بإعتباره قانون موطنه، وهو أقرب إلى النزاع وأكثر علاقة به من القانون الجزائري².

4- الإحالة وفكرة التنسيق بين قواعد الإسناد:

لقد حاول الأستاذ "batiffol" تبرير الإحالة، إستنادا إلى فكرة التنسيق بين قواعد التنازع الوطنية وقواعد التنازع الأجنبية.

فالعلاقة التي ينظمها القانون الدولي الخاص مرتبطة بقانون دولتين أو أكثر، وهذه الوضعية تفرض على المشرع لما يضع قاعدة التنازع في قانونه، أن يسعى إلى تحقيق التنسيق، بينها وبين قاعدة التنازع الأجنبية، ولا يمكن أن يتم هذا التنسيق، بالإكتفاء بالرجوع فقط إلى قواعد الإسناد في قانون

1- أنظر في عرض النظرية هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 100.

2- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 115.

القاضي، وإنما ينبغي الرجوع كذلك إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، ولا ينبغي إعتبار ذلك تنازلاً عن قاعدة التنازع الوطنية لمصلحة قاعدة التنازع الأجنبية، لأن هذه الأخيرة، لم يتم إعمالها بصفة عفوية، وإنما عينتها قاعدة الإسناد الوطنية، وهو ما يعني أن ثمة تنسيق بين القاعدتين¹.
هذا، وقد أخذ على نظرية الأستاذ "باتيفول" أنها لم تكشف بوضوح عن السبب الداعي إلى التوقف عند حدّ الإحالة من الدرجة الأولى وتطبيق القواعد الموضوعية في قانون القاضي، فإذا كان النزاع المطروح أمام القضاء الفرنسي يتعلق بأهلية شخص إنجليزي متوطن في فرنسا، فإن إعمال قاعدة الإسناد الفرنسية، يؤدي إلى تطبيق القانون الإنجليزي بوصفه قانون الجنسية، في حين أن هذا الأخير يرفض الإختصاص المخول له ويحيله إلى القانون الفرنسي، بإعتباره قانون الموطن، وعليه فإن الأخذ بفكرة التنسيق بين قواعد الإسناد، يؤدي إلى التوقف عند القانون الفرنسي وتطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون، في حين أن قواعد الإسناد في هذا الأخير لا تعترف هي الأخرى بالإختصاص وتشير بتطبيق القانون الإنجليزي².

المطلب الثاني: بلورة نظرية الإحالة في التشريع الجزائري وموقف الفقه منها

رغم أن قضية فورقو السالفة الذكر، قد نبهت الأذهان ولأول مرة بأهمية مسألة الإحالة، إلا أن غالبية التشريعات - ومن بينها المشرع الجزائري - لم تتلقفها إلا مؤخراً (الفرع الأول) هذا، وفي الوقت الذي لا يزال النقاش مستمر حولها بين فقهاء القانون الدولي الخاص (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظرية الإحالة في التشريع الجزائري

1- أنظر في عرض النظرية، هشام على صادق، المرجع السابق، ص 102، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 115، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 217.

2- هشام على صادق، المرجع السابق، ص 103.

لقد إتخذ المشرع الجزائري-و بموجب التعديل الجديد الذي مس القانون المدني الجزائري-موقفا حاسما من نظرية الإحالة، حيث قبل بها متى كانت من الدرجة الأولى (أولا).
غير أن موقفه هذا-وعلى الرغم مما تضمنه من مزايا غير خافية -قد وجهت إليه إنتقادات عديدة لا بد من الإشارة إليها (ثانيا).
أولا: تحديد موقف المشرع الجزائري.

بعد أن كان المشرع الجزائري-وفي إطار القانون المدني الصادر سنة 1975-، ملتزما الصمت إزاء نظرية الإحالة، إذ لم يتعرض لها لا بالقبول ولا بالرفض. إلا أنه قد تدارك ذلك بموجب التعديل الذي مس القانون المدني الجزائري، حيث أعرب صراحة عن موقفه منها، وذلك من خلال إضافته لمادة جديدة خاصة بالإحالة، وهي المادة 23 مكرر 1 التي نصت على أنه:
"إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص"¹.

يتضح من خلال هذا النص، أن المبدأ في القانون الجزائري هو رفض الإحالة، والإستثناء هو قبولها متى كانت من الدرجة الأولى، وعليه فإن التطبيق الصحيح لهذا النص، يقتضي التمييز بين الفروض التالية:

الفرض الأول: يجب على القاضي الجزائري، أن يرجع إلى قواعد التنازع في القانون الأجنبي المسند إليه طبقا للقانون الجزائري، فإذا قبل الإختصاص طبق القاضي قواعده الموضوعية كمرحلة ثانية، ومثال ذلك، أن يعرض على القاضي الجزائري، نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في إنجلترا،

1- وقد جاء هذا النص مشابه لنظيره في القانون الإماراتي، المادة 26 من القانون الاتحادي رقم 05 لسنة 1986 التي تنص: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص، على أنه يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي الخاص المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق". نقلا للنص عن، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 124، هامش رقم 86.

فيطبق القاضي الجزائري في النهاية القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي، مادام هذا الأخير يقبل الإختصاص.

الفرض الثاني: إذا رفض القانون المسند إليه الإختصاص، فالأمر لا يخرج عن أحد الإحتمالين، إما أن تحيل قواعد الإسناد في ذلك القانون الإختصاص على قانون القاضي، ففي المثال السابق، لو أن المواطن الإنجليزي كان متوطنا في الجزائر، فطبقا للفقرة الثانية من المادة 23 مكرر1، فتطبق حينئذ القواعد الموضوعية في القانون الجزائري.

أما الإحتمال الثاني، فهو أن تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، الإختصاص لا إلى قانون القاضي، وإنما إلى قانون أجنبي آخر، كأن يكون المواطن الإنجليزي في المثال السابق متوطنا في ألمانيا، ففي هذه الحالة تطبق الأحكام الداخلية في القانون الإنجليزي، وذلك عملا بالفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1، وهذا بغض النظر عن موقف القانون المسند إليه مرة ثانية، ما إذا كان يقبل الإختصاص أو يرفضه¹.

وعليه يجدر بنا القول في هذا الإطار، أن المشرع الجزائري بإضافة لهذا الحكم الذي كرسته المادة (23 مكرر1 ق. م. ج) وسّع من مجال تطبيق القانون الجزائري، كما أنه وفر على القاضي الصعوبات المتعلقة بإثبات مضمون القانون الأجنبي وتطبيقه، و فضلا عن ذلك، فقد جنب القاضي تعقيدات الإحالة من الدرجة الثانية والثالثة أو الدخول في حلقة مفرغة.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لا يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد، بل على العكس من ذلك سيكون أكثر تحقيقا لأهدافها، إذ لا شك أن تطبيق القاضي لقانونه سيؤدي إلى إستقرار الحياة القانونية والمعاملات داخل إقليم الدولة، وإلى توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي الوطني، سواء كانت العلاقة وطنية بحتة أو ذات طابع دولي، ولن يكون في ذلك أي مساس بالنظام القانوني الأجنبي المتصل بالعلاقة، نظرا لأن هذا التطبيق قد

1- زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 126 - 127.

تم بناء على الإحالة الصادرة من النظام القانوني الأجنبي ذاته، فتطبيق القاضي لقانونه، إنما كان نتيجة للأخذ بما تقضي به قاعدة الإسناد التي يتضمنها القانون الأجنبي¹.

ثانيا: تقدير موقف المشرع الجزائري.

رأينا أن المشرع الجزائري قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، أي أنه سمح بتطبيق القانون الجزائري كلما أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي الإختصاص.

فبالرغم من نجاعة هذا الحل على نحو ما بيننا، إلا أن التطبيقات العملية له تكشف لنا عدم ملائمته في بعض الفروض لحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي. وذلك أن هناك بعض الحالات لا يكون فيها قانون القاضي هو القانون الملائم، وبالرغم من ذلك يطبق، ومثال ذلك في مجال الأحوال الشخصية، فلو عرض نزاع أمام القاضي الجزائري، بشأن طلاق زوجين إنجليزين مختلفي الملة، متوطنين في الجزائر، فوفقا لقواعد الإسناد الجزائرية، فإن القانون الإنجليزي هو المختص بإعتباره قانون الجنسية، في حين أن قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي، تقضي بتطبيق قانون الموطن أي القانون الجزائري، ومن ثم سياترّب على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية على الأجانب.

ولا شك أنه سياترّب على هذا التطبيق، إخلال صارخ بتوقعات الأفراد، لأن هذا القانون (أي القانون الجزائري)، لا يرتبط بالعلاقة القانونية سوى برباط ضعيف، وهو أمر يتعارض مع الغاية من قاعدة الإسناد². ولعل هذا ما دفع البعض³، إلى المناداة بضرورة إستبعاد الإحالة في مجال الأحوال الشخصية، لأن أحكام هذه الأخيرة مستمدة في غالبية الدول من ديانتها، وأن الناس يريدون دوما الخضوع بشأنها إلى ما تمليه عليهم أحكام الديانة التي يعتنقونها.

وإلى جانب ذلك، فقد يتحقق هذا الإخلال أيضا في مسائل أخرى، نخص منها بالذكر الإلتزامات التعاقدية، فقد أخضع المشرع الجزائري- وبموجب المادة 18 ق.م.ج- الإلتزامات

1- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 183.

2- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، ص 174.

3- أعراب بلقاسم المرجع السابق، ص 110.

التعاقدية إلى القانون المختار من قبل المتعاقدين،¹ وعلى ذلك، فإتجاه إرادة المتعاقدين إلى إختيار قانون معين لحكم علاقتهم التعاقدية، ينم في ذات الوقت عن رغبتهم في إخضاع هذه العلاقة للقواعد الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون، ومن ثم، فلا يجوز في مثل هذه الحالة تطبيق قواعد الإسناد التي يتضمنها القانون الذي يختاره المتعاقدين، إذ قد يؤدي تطبيقها إلى إخضاع العلاقة التعاقدية إلى قانون آخر مما قد يخل بتوقعاتهم.² و على هذا الأساس فقد إتجه جانب كبير من الفقه³، إلى القول بضرورة إستبعاد الإحالة من مجال العقود الدولية، و هو الحل الذي تبنته صراحة إتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات لسنة 1955، إذ نصت في مادتها الثانية على أن: "البيع ينبغي أن يخضع للقانون الداخلي الذي اختاره المتعاقدان صراحة أو ضمناً"⁴.

وإلى جانب ذلك، فقد رفض قضاء العديد من الدول الأخذ بالإحالة في مجال العقود، وذلك هو حال كل من بريطانيا، سويسرا، النرويج.⁵

الفرع الثاني: موقف الفقه.

لقد أثارت نظرية الإحالة جدلاً فقهيًا كبيراً بين الفقهاء، الأمر الذي أدى إلى إنقسامهم إلى عدة إتجاهات، إتجاه مناصر للإحالة، وإتجاه رافض لها، وإتجاه آخر يدعو إلى إنتهاج فكرة الحل الوظيفي، أي قبول الإحالة أو رفضها من منظور وظيفة قاعدة الإسناد.

1- تنص المادة 18 ق.م.ج على أنه: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من قبل المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، و في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الوطن المشترك أو الجنسية المشتركة، و في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يطبق على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه."

2- زروبي الطيب، المرجع السابق، ص 123، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 120.

3- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 120، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 174،

4- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 120.

أولاً: الإتجاه المناصر للإحالة:

يرى أنصار الإحالة، أنه إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في دولة القاضي إلى تطبيق قانون دولة أجنبية، فإنه يتوجب على القاضي، أن يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون، وقد إرتكز أصحاب هذا الرأي على مجموعة من الحجج، لتبرير وجهة نظرهم تتمثل فيما يلي:

1- أن قانون كل دولة يتكون من قواعد موضوعية وقواعد إسناد، وتكوّن في مجموعها وحدة متكاملة يلزم العمل بها بصورة كاملة، وإذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية، بتطبيق قانون أجنبي، فإنها تقصد بذلك جميع أحكام ذلك القانون، ولا يصح تجزئة قواعده والإقتصار على الأخذ بقواعده الموضوعية فقط، بل يلزم في الوقت ذاته إتباع قواعد الإسناد في ذلك القانون¹.

2- إن عدم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واللجوء مباشرة إلى تطبيق القواعد الموضوعية فيه، يعني من جهة، إرغام القانون الأجنبي على قبول إختصاص يرفضه ولما في ذلك من مساس بسيادة الدولة الأجنبية، ويعني من جهة أخرى إهدار ومخالفة قاعدة الإسناد الوطنية، لأن القاضي سيطبق قانوناً غير الذي تقصده هذه القاعدة².

3- إن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى توحيد الحلول بين الدول التي تتصل بها العلاقة، فالقاضي بقبول الإحالة، إنما يعطي للنزاع ذات الحل الذي سيعطيه له القاضي الأجنبي لو تم طرح النزاع عليه³ فلو تعلق الأمر مثلاً، بأهلية إنجليزي متوطن في الجزائر، فقواعد الإسناد في القانون الجزائري تقضي بتطبيق القانون الإنجليزي بإعتباره قانون الجنسية، وقواعد الإسناد الإنجليزية تقضي بتطبيق القانون الجزائري بإعتباره قانون الموطن.

وعليه فإذا أخذ القاضي الجزائري بالإحالة، فإنه سيطبق على النزاع القانون الجزائري، ولا يختلف الأمر عنه لو أن النزاع عرض أمام القاضي الإنجليزي، فهو الآخر سيطبق عليه القانون الجزائري بإعتباره قانون الموطن، وعليه ففي حالة الأخذ بالإحالة من قبل القاضي الجزائري، فسواء

1-راجع، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 73-74.

2-راجع، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 95.

3-راجع، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 163-164.

عرض النزاع أمام القاضي الجزائري، أم على القاضي الإنجليزي، فإنه سيلقى نفس الحل وهو إختصاص القانون الجزائري بحكمه.

4- إن الأخذ بالإحالة يسهل تنفيذ الحكم في الدولة المختص قانونها وفقا لقواعد الإسناد في دولة القاضي، لأن هذا الحكم يكون قد طبق في حالة الأخذ بالإحالة، القانون الذي أشارت بإختصاصه قاعدة الإسناد في هذا القانون الأجنبي¹، مثلا: ففي قضية "فورقو"-السالفة الذكر- فإن الحكم الصادر فيها يسهل تنفيذه في "بافاريا"، ما دام أن القاضي الفرنسي قد طبق قاعدة الإسناد في القانون البافاري².

5- إن الإحالة تؤدي إلى تيسير الكثير من المشاكل عن القاضي الذي يفصل في النزاع، مثلا، إذا كان القانون المختص طبقا لقواعد التنازع الوطنية، هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، سواء تعددا إقليميا. - كما هو الحال في الدول الفدرالية- أو تعددا شخصيا - كما هو الحال في بعض دول المشرق العربي³، فلو فرضنا مثلا، أن أميركا متوطنا بالجزائر، قام بتصرف يتعلق بأهليته وعرض النزاع أمام القاضي الجزائري، فلو أخذ هذا الأخير بالإحالة لقبول قاعدة التنازع الأمريكية على القانون الجزائري بإعتباره قانون الموطن وطبق القانون الجزائري، ومن ثم فإن الإحالة في هذه الحالة جنبّت القاضي الجزائري مشقة البحث في القوانين الداخلية الأمريكية، لأن قانونه هو الذي سيصبح مختصا حينئذ، بينما على النقيض من ذلك، فيما لو رفض الأخذ بالإحالة، إذ يتعين عليه في هذه الحالة الرجوع إلى قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، وهي متعددة من أجل البحث عن القانون المختص من ضمنها.

6- وأخيرا، فقد حاول أنصار الإحالة تبريرها أيضا إستنادا إلى فكرة المجاملة الدولية، أي أن إختصاص القانون الأجنبي بموجب قاعدة الإسناد، يتم على سبيل المجاملة⁴.

1-راجع، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 103.

2- راجع وقائع القضية، ص 90-91 من هذه المذكرة.

3-راجع، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 50، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 104.

4 - راجع في عرض هذه الفكرة:

ثانيا: الإتجاه الرافض للأخذ بالإحالة:

يرى معارضي الإحالة، أنه إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في دولة القاضي إلى تطبيق قانون دولة أجنبية، فإنه يتوجب على القاضي حينئذ، أن يطبق قواعد الموضوعية في القانون الأجنبي مباشرة على النزاع، دون تلك المتعلقة بقواعد الإسناد فيه، ويرتكز أصحاب هذا الرأي على مجموعة من الحجج لتبرير موقفهم وتمثل فيما يلي:

1- أن دور قاعدة التنازع في قانون القاضي، هو تحديد القواعد المادية المختصة في القانون الأجنبي الذي إنعقد له الإختصاص، فلا مبرر للرجوع إلى قواعد التنازع فيه لأنه إذا ما رجع القاضي إلى قواعد التنازع في القانون الأجنبي، وطبق ما تقضي به من إختصاص قانون آخر - والذي قد يكون في هذا الفرض، إما قانونه (في حالة الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى)، وإما قانون دولة أخرى (في حالة الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية)-، فإن ذلك يعني أنه إمتثل لأوامر المشرع الأجنبي دون أوامر مشرعه، مما يعد إنتهاكا لسيادة قانونه الوطني¹.

2- إن الإحالة تؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة لا مخرج منها، عندما تتابع الإحالات وتتوالى إلى ما لا نهاية²، على هذا الأساس فقد سماها الفقيه الإيطالي "buzzati" لعبة التنس الدولية³.

3- وردا على الحجة التي ساقها أنصار الإحالة، والتي مفادها، أنه يجب أن ينظر إلى القانون الأجنبي على أنه كلا لا يتجزأ، فقد رد على ذلك معارضي الإحالة بأنه، إذا كان القانون الأجنبي كلاً لا يتجزأ، فإن قانون القاضي أيضا كلاً لا يتجزأ، فعلى أي أساس يؤخذ بقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، دون أن يؤخذ بقاعدة الإسناد في قانونه، وهي تقضي بتطبيق القانون الأجنبي.

1- راجع، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 118.

2- راجع، عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2008، ص92.

3- راجع، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 133.

وهكذا فإن الأخذ بالإحالة يعني تجاهل لآلية التنازع الوطنية، ويؤدي إلى التعارض مع الصفة الوطنية الآمرة لقواعد التنازع، بوصفها تشكل مظهرا من مظاهر سيادة الدولة¹.

4- وردّ معارضي الإحالة أيضا، على القول بأنها تؤدي إلى توحيد الحلول بقولهم، أن ذلك لا يمكن أن يتحقق في جميع الأحوال، فهي لا تصح إلا إذا افترضنا أن القانون الأجنبي لن يأخذ بالإحالة²، ومعنى ذلك أنه، إذا كان المشرع الجزائري مثلا، يأخذ بالإحالة وكان المشرع الأجنبي يأخذ بها أيضا، فلا نصل في هذه الحالة إلى حلول موحدة، مثال ذلك، نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في الجزائر، وعرض على القاضي الجزائري، فإن هذا الأخير سيطبق عليه قانونه، لأن القانون الإنجليزي، هو القانون المختص وفقا لقواعد التنازع في القانون الجزائري سيحيل الإختصاص لهذا الأخير، وأما لو أن النزاع عرض أمام القاضي الإنجليزي، فإنه هو الآخر سيطبق عليه قانونه، لأن القانون الجزائري، وهو المختص وفقا لقواعد الإسناد في القانون الإنجليزي، سيحيل الإختصاص لهذا الأخير.

5- وأما عن ما قاله أنصار الإحالة، من أنّ في الأخذ بالإحالة ضمان لتنفيذ الحكم الأجنبي في الدولة المختص قانونها بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي، فقد ردّ معارضي الإحالة على ذلك بقولهم، أن ذلك غير صحيح، لأن تنفيذ الحكم غالبا ما يتم في نفس البلد الذي صدر فيه أو في بلد آخر غير البلد الذي أحال قانونه³.

ثالثا: الإتجاه القائل بفكرة الحل الوظيفي للإحالة:

1-راجع، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 118.

2-راجع، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 75، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 105.

3-راجع، غالب على الداوودي، المرجع السابق، ص 133.

بين الإتجاه المؤيد لنظرية الإحالة، والإتجاه الرافض لها، برز إتجاه آخر له وزنه، يدعو إلى إنتهاج فكرة الحل الوظيفي.

وفكرة الحل الوظيفي في مسألة الإحالة، تعني ببساطة أن لا نكرس حلاً عاماً مجرداً ينطبق في كافة المجالات وفي جميع الفروض، بقبول الإحالة أو برفضها، وإنما يتعين لقبول الإحالة أو رفضها، الإعتماد على منهج تحليلي، يتركز على تفسير غائي لكل قاعدة من قواعد الإسناد. فالإعتبارات الكامنة وراء إختيار قاعدة الإسناد التي تحكم مسألة معينة، يجب أن يستلهم منها الحل الذي يتعين القول به في خصوص الإحالة قبولاً أو رفضاً¹.

في الجملة، إن إتخاذ موقف معين من فكرة الإحالة، يجب أن لا يبنى على الإعتبارات النظرية التي يتمسك بها أنصار الإحالة أو خصومها، وإنما يجب أن يتحدد في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد، والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه، فإن بدت الإحالة في مسألة بعينها ملائمة وتساعد على أن تحقق قاعدة الإسناد وظيفتها، تعين الأخذ بها. وعلى النقيض من ذلك، إذ يجب هجرها إن ظهر أن الأخذ بها يعصف بالغاية من قاعدة الإسناد، أو كان في إعمالها خروج بالقاعدة عن وظيفتها وإنتهاك صارخ لتوقعات الأفراد².

فلو تعلق الأمر مثلاً، بالإحالة إلى قانون القاضي -أي الإحالة من الدرجة الأولى- فإنه يتعين على القاضي تطبيق قانونه، متى كان ذلك لا يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد، أما إن تبين له العكس، أي أن ذلك يشكل تعارضاً، والغاية من قاعدة الإسناد ولا يحقق مراميها، أو كان ذلك يشكل إخلالاً صارخاً بتوقعات الأفراد، تعين عليه في هذه الحالة رفض الإحالة وتطبيق القواعد المادية في القانون الأجنبي الذي حددته قاعدة التنازع³.

ولعل أهم مجال قد يتحقق فيه مثل هذا الإخلال هو مجال الأحوال الشخصية، فكثيراً ما تتعارض الأسس التي تقوم عليها مسائل الأحوال الشخصية في الدول المختلفة تعارضاً جذرياً،

1- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 172.

2- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 248.

3- عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص 250.

نتيجة لإرتباط هذه المسائل بالعقائد الدينية، ومن ثم يكون من غير المستساغ قبول الإحالة إلى قانون القاضي، إذ لا شك أن في تطبيق القاضي لقواعده الموضوعية في هذه الحالة إخلال صارخ بتوقعات الأفراد¹، فإذا ما أثير مثلاً، نزاع أمام القاضي الجزائري بشأن طلاق زوجين إنجليزين مختلفي الملة ومتوطنين في الجزائر، فإنه يتعين وفقاً لقاعدة الإسناد الجزائرية تطبيق قانون الجنسية، أي القانون الإنجليزي، ومن المعلوم أن قاعدة الإسناد الإنجليزية تقضي بتطبيق قانون الموطن، أي القانون الجزائري، ومن ثم سترتب على الأخذ بالإحالة في هذه الحالة تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية المتعلقة بالأسرة على الأجانب، ولا شك أن في ذلك إخلال صارخ بتوقعات الأفراد.

هذا، والأمر ذاته بالنسبة لكافة المسائل، إذ يتعين على القاضي وفقاً لهذه الفكرة أن يعتمد على دراسة تحليلية، بأن يأخذ بعين الإعتبار طبيعة المسألة المتنازع عليها، والغاية من قاعدة الإسناد، حتى يقرر مدى قبول الإحالة أو رفضها.

وفكرة الحل الوظيفي في نطاق الإحالة، قد أيدها جانب كبير من الفقه الحديث²، كما كرستها بعض التشريعات صراحة في قوانينها، فلم تشأ أن تقبلها أو ترفضها بالنظر إلى إعتبرات محضة نظرية، وإنما الإستناد إلى النتيجة التي تحققها، نذكر من ذلك كل من التشريع التشيكي³ والتشريع الألماني الجديد⁴.

إن المتأمل في الحلول التي كرسها المشرع التشيكي وكذا المشرع الألماني، يرى فيهما تقنين مرناً لفكرة الحل الوظيفي، التي نثق فيها وفي قدرتها على رصد كثير من الحلول العادلة والمعقولة في مادة

1- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 173.

2- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 246، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 172.

3- تنص المادة 35 من القانون الدولي الخاص التشيكي لسنة 1963 على أنه: "إذا ما عينت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي أو أحالت إلى قانون دولة أخرى فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان من شأن ذلك الوصول إلى حل معقول وعادل للعلاقة محل النزاع"، نقلاً للنص عن، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 295.

4- تنص المادة 1/4 من القانون الدولي الخاص الألماني الجديد على أنه: "إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية فإنه يجب أن تطبق أيضاً قواعد الإسناد المعنية الموجودة فيه بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية، ويجب أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني"، نقلاً للنص عن، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 297.

القانون الدولي الخاص، لذلك نأمل لو أن المشرع الجزائري يتدارك ذلك مستقبلا بأن ينتهج نفس المنهاج، بحيث تكون الإحالة مقبولة أو مرفوضة في التشريع الجزائري، بالنظر إلى وظيفة قاعدة التنازع والغاية منها، أضف إلى ذلك فإن من شأن هذا الحل، أن يجنب المشرع الجزائري الانتقادات والمآخذ العديدة التي نسبت إلى موقفه القاضي بقول الإحالة من الدرجة الأولى، على نحو ما أسلفنا الذكر.

وعلى كل، تجدر بنا الإشارة في الأخير، إلى أن المشرع الجزائري بقبوله للإحالة من الدرجة الأولى، أوجد الحل النهائي للنزاع في حالة رفض قواعد التنازع الأجنبية للاختصاص المخول لها، وهي المشكلة التي يواجهها القاضي في مرحلة تطبيق القانون الأجنبي المختص. رغم أنها ليست المشكلة الوحيدة التي يواجهها في هذه المرحلة، فحتى ولو قبلت قواعد التنازع الأجنبية للاختصاص المخول لها، فقد تعترض سبيله عقبات أخرى تستدعي منه بالنهاية، التضحية بالقانون الأجنبي، وتطبيق قانونه بصفة إستثنائية، ومن ذلك كأن يتعذر عليه إثبات مضمون ذلك القانون والكشف عن أحكامه. هذا ما سوف نحرص على توضيحه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني:

تطبيق القانون الجزائري

في حالة تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص

ليس كافيا أن يكون القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد التنازع الوطنية، يقبل بالاختصاص المخول له، فذلك وحده لا يحل المشكلة، وإنما يجب على القاضي تطبيقه على المنازعة المطروحة. وحتى يتسنى له ذلك، يتعين عليه إثبات مضمونه، وهو الأمر الذي يثير صعوبات عملية في بعض الأحيان. إذ قد يحدث وأن يستحيل على القاضي إثبات مضمونه، رغم كل الجهود المبذولة في سبيل ذلك. فيثير هذا الوضع التساؤل حينئذ، عن الحل الواجب الإلتباع في هذه الحالة، فهل يتخلى القاضي عن الفصل فيه نهائيا؟ أم أنه ملزم بالفصل فيه بموجب قانون آخر؟ وإذا كان الأمر كذلك، فأى من القوانين يكون أجدر بالتطبيق في هذا الفرض؟ .

المشعر الجزائري، وأمام الفراغ القانوني الذي كان يجيم على موقفه سابقا، تدارك ذلك بعد التعديل، فسد ذلك النقص بموجب نص صريح، ألزم بموجبه القاضي بتطبيق قانونه لما له من إختصاص إستثنائي في مثل هذا الفرض. وهو ما سنحرص على توضيحه بشيء من التفصيل، فنتعرض بداءة لمسألة إثبات مضمون القانون الأجنبي (في المطلب الأول) ونعقبها بالحديث عن الحل الواجب الإلتباع في حالة تعذر إثبات مضمونه (وذلك في المطلب الثاني).

المطلب الأول: إثبات مضمون القانون الأجنبي

يقصد بالقانون الأجنبي النظام القانوني المعمول به في بلد سريانه، من تشريع وعرف وكذلك السوابق القضائية بالنسبة للدول التي تأخذ بهذا النظام، كإنجلترا¹، وهذا القانون، حتى يتم إعماله لا بد من إثباته. فهل يقع عبء إثباته على عاتق القاضي وحده؟ أم أن الخصوم هم أيضا مكلفون بإثباته إذا ما تمسكوا بتطبيقه؟

ومهما كانت الجهة المكلفة بإثباته، فهل لها أن تعتمد في سبيل ذلك على قواعد الإثبات القضائي التي نظمها المشعر لإثبات الوقائع؟ أم أن هناك طرق إثبات أخرى خاصة به؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه، بالتعرض إلى تحديد عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي (في الفرع الأول) وبيان الطرق المعتمدة لإثباته (في الفرع الثاني).

1- زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 256.

الفرع الأول: عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي

إن مسألة تحديد من يجب عليه إثبات مضمون القانون الأجنبي والعلم به، أمر متوقف براءة على تحديد طبيعة القانون الأجنبي. الأمر الذي يقتضي منا تحديد هذه الطبيعة أولاً.

أولاً: تحديد طبيعة القانون الأجنبي:

القانون الأجنبي-وكما نعلم- صادر عن سلطة أجنبية، وهذه الأخيرة ليس لها أن تصدر الأوامر للقاضي الوطني. فكيف نفسر إذن تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني؟ لقد تعددت المحاولات الفقهية الباحثة في أساس لتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي. بحيث إنَّه البعض إلى اعتبار القانون الأجنبي عنصراً من عناصر الواقع، بينما آمن البعض الآخر باحتفاظه بطبيعته الأصلية أمام القضاء الوطني، وكان لكل جهة أدلتهم التي إستندوا إليها، وهذا ما سنتولى عرضه فيما يلي:

1- تطبيق القانون الأجنبي باعتباره واقعة:

لقد ذهب أنصار هذا الإتجاه، إلى إنكار الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المحدد من قبل قاعدة التنزع الوطنية، وإعتبروا ذلك مجرد عنصر من عناصر الواقع. وقد تزعم هذا الإتجاه في فرنسا الأستاذ "باتيفول" إذ يرى أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين، العنصر العقلي، وهو عبارة عن مضمون أو محتوى القاعدة القانونية كونها قاعدة عامة ومجردة، وعنصر الأمر والإلزام الذي تستمد منه القاعدة قوتها الملزمة. وإذا كانت القاعدة الأجنبية تمتلك هذين العنصرين في بلد المشرع الذي أصدرها، فإنها تفقد العنصر الأخير، في حالة تطبيقها أمام القاضي الوطني لأن عنصر الأمر يتحدد بداهة بالإقليم الذي يزاوُل فيه المشرع سيادته، ولا يبقى لها سوى العنصر المعنوي. ومن ثم تفقد صفتها كقاعدة قانونية¹.

1- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 27.

على هذا الأساس فقد شبه البعض¹ تطبيق القاضي الوطني للقاعدة الأجنبية لتطبيقه للوائح الشركات، بإعتبار أن كلاهما قواعد عامة تطبق على حالات خاصة، ولكنها غير صادرة من المشرع الوطني، وينقصها عنصر الأمر ولا تمتلك بالتالي الصفة القانونية. غير أن هذا الاتجاه أنتقد على أساس أنه إنطلق من فكرة خاطئة. فإذا كان صحيحاً أن إنتقال القاعدة القانونية عبر الحدود يجردها من عنصر الأمر، فإن دور قاعدة الإسناد هو أن ترد لها هذا العنصر الذي فقدته².

2- تطبيق القانون الأجنبي بإعتباره قانون:

ذهب أنصار هذا الإتجاه، إلى أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية أمام القضاء الوطني، ولكنهم إختلفوا حول أساس إحتفاظه بهذه القاعدة القانونية على نحو ما سنرى.

أ- المدرسة الهولندية:

وهي تعد من أقدم المحاولات الفقهية، التي أسست تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي على المجاملة الدولية. وقد بررت ذلك، على أن الدولة غير ملزمة بقبول تطبيق القوانين اللاتينية على إقليمها، وإن قبلت ذلك فإنما يكون منها على أساس المجاملة الدولية.

وقد إكتنفت فكرة المجاملة الدولية التي قال بها فقهاء هذه المدرسة غموض كبير، فرأى بعض الشراح، أن الفكرة تعني، أن تطبيق القانون الأجنبي منوط بتقدير القاضي حسبما تقتضيه المصلحة.

وعلى كل قد ترتب على سوء فهم هذه النظرية التي قال بها فقهاء المدرسة الهولندية أن هجرها الفقه في غالبه³.

ب- نظرية الحقوق المكتسبة:

1- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2004، ص 197.

2- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 145.

3- راجع، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 426، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 136.

حاول بعض الفقهاء الإنجليز والأمريكان إيجاد في نظرية الحقوق المكتسبة التفسير الملائم لتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي. فبالنسبة لهؤلاء فإن القاضي يطبق القانون الأجنبي في إقليم دولته إحتراماً للحق المكتسب. فلا يمكن للقاضي النظر في حق مكتسب في الخارج إلا بالرجوع إلى القانون الأجنبي الذي نشأ هذا الحق تحت سلطانه.

بيد أن هذه النظرية هي الأخرى أنتقدت، على أساس أنها غير شاملة. إذ أنها لا تعطي لنا تفسيراً لتطبيق القانون الأجنبي إلا في مجال واحد، وهو مجال الحقوق المكتسبة، في حين أن تطبيق القانون الأجنبي قد يكون أيضاً في مرحلة نشوء الحق، وهو الفرض الغالب¹.

ج- نظرية التفويض:

يرى بعض الشراح الفرنسيين والأمريكان، أن المشرع الأجنبي يأمر القاضي الوطني ببناء على تفويض من قواعد الإسناد الوطنية. فتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي يتم إذن حسب هذا الاتجاه الفقهي بناء على تفويض تعقده قواعد الإسناد للمشرع الأجنبي².
ومن النقد الموجه لهذه النظرية، أنه من غير المعقول أن يقوم المشرع الوطني بإنابة مشرع أجنبي غير معروف مقدماً، أو أن يقوم المشرع الأجنبي المفوض في التشريع بمقتضى قاعدة الإسناد بأعمال النيابة، دون أن يرتضي ذلك³.

د- نظرية الإستقبال أو الإندماج:

سادت هذه النظرية في الفقه الإيطالي، ويرى أنصارها أن القانون الأجنبي يطبق أمام القضاء الوطني على أساس أنه يندمج في قانونه، غير أن فقهاء هذه النظرية إختلفوا حول طبيعة هذا الإندماج، فمنهم من أخذ في فكرة الإندماج المادي، ومنهم من أخذ بفكرة الإندماج الشكلي.

1- راجع، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 141.

2- راجع، أعراب بلقاسم، نفس المرجع، ص 144.

3- راجع، محمد كمال فهمي، نفس المرجع السابق، ص 427.

فالفقهاء الذين يقولون للإندماج المادي-وعلى رأسهم الفقيه "أنزلوتي" "Anzilloti"¹ - يقصدون به أن القاعدة القانونية الأجنبية تكون محل تأميم حقيقي، بحيث أن مضمونها يندمج في النظام القانوني الإيطالي. الأمر الذي يؤدي إلى القول بأن النظام القانوني الإيطالي، يفرز قاعدة قانونية مماثلة للقاعدة القانونية الأجنبية التي عينتها قاعدة الإسناد. ومن ثم يصبح القانون الأجنبي في ذات مرتبة القانون الوطني.

غير أنه قد عيب على هذا الإتجاه، بأن إندماج القانون الأجنبي في القانون الوطني يؤدي إلى تفسيره كتفسير القانون الوطني، مما يؤدي إلى تشويبه أو مسخ مضمونه الحقيقي. تجنبا لهذا الإنتقاد، إتجه جانب آخر من الفقه الإيطالي الحديث إلى القول، بأن الإندماج المقصود هنا هو الإندماج الشكلي لا الإندماج المادي، وبمقتضاه تظل القاعدة القانونية محتفظة بمعناها وبمقوماتها التي تتمتع بها أصلا في بلادها. غير أن هذا المفهوم الحديث هو الآخر أنتقد، على أساس قانون القاضي لا يستوعب كافة القوانين الأجنبية ولو شكليا².

ثانيا: تحديد من يقع عليه عبئ إثبات مضمون القانون الأجنبي:

رأينا فيما سبق أن هناك إختلافا بينا حول طبيعة القانون الأجنبي، وقد ترتب على هذا الإختلاف، إختلاف في تحديد الجهة التي يقع عليها إثبات مضمونه. فالنظم التي تعتبر أن القانون الأجنبي، بعبوره الحدود وإنطباقه أمام قاضي دولة أخرى غير الشارعة له يفقد صفة الإلزام فيه ويتحول إلى مجرد واقعة، تجعل عبء إثباته واقعا على عاتق

1- راجع، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 117.

2- راجع، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 143.

الخصوم. وهذا ما إستقر عليه القضاء الإنجليزي، حيث جَنَّبَ القضاة مهمة البحث عن مضمون القوانين الأجنبية وألقى عبء ذلك على عاتق الخصوم¹، وقد برّر هذا القضاء مسلكه على أساس قاعدة إحتياطية إفتراضية، تقول بوجود توافق مبدئي بين أحكام القانون الأجنبي وأحكام القانون الوطني، وإذا كان هناك إختلاف في مضمون القانونين، وكان لأحد الخصوم مصلحة في تطبيقه، وجب عليه إثبات هذا الإختلاف، وتقدم مضمون هذا القانون الأجنبي إلى القاضي،² كما برّر موقفه أيضا، بصعوبة أن يكون القاضي ملما بجميع القوانين، ولا يجوز له أن يحكم في النزاع بمعرفته الشخصية لمضمون القانون الأجنبي، لأن علمه الشخصي يأخذ حكم العلم الشخصي بوقائع الدعوى، ومن ثم يخضع لمبدأ عدم جواز الحكم على علم القاضي الشخصي³ وهو ذات الإتجاه الذي سلكه المشرع التركي، حيث إعتبر أن القانون الأجنبي مجرد واقعة مادية يقع عبء إثباتها على عاتق الخصوم، وهو ما أفصحت عنه المادة 76 من أصول المحاكمات المدنية التركي التي نصت على أنه: « يطبق القاضي القانون التركي مباشرة من تلقاء نفسه على كل ما يعرض عليه من نزاع، وإذا تقرر تطبيق قانون أجنبي، فإن إثبات ذلك القانون يقع على عاتق من يتمسك به»⁴.

أما بالنسبة للنظم التي تعامل القانون الأجنبي معاملة القانون، فهي تلقي عبء إثباته على عاتق القاضي، وهذا ما كرسه القانون الألماني، حيث منع المحكمة من التقيد في سبيل تحديد مضمون القانون الأجنبي بما قام الخصوم ببيانه، وسمح لها في المقابل من ذلك من اللجوء إلى كافة وسائل العلم لإدراك تلك الغاية، وهو ما أكدته المادة 293 من قانون المرافعات الألمانية التي نصت على أن: "القواعد العرفية والقواعد التشريعية وكذلك قواعد القانون، ليست بحاجة إلى إثبات، إلا في حدود عدم علم المحكمة بها، ولا تلتزم المحكمة في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد القانونية بما

1 -نادية فضيل، المرجع السابق، ص 35، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 88.

2 -سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 202.

3 -نادية فضيل، المرجع السابق، ص 36.

4 -نقلا للنص، عن ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، تنازع القوانين، الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط1، 1998، ص 219 .

قام الخصوم بإثباته، وإنما لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم، وأن تأمر بما تراه ضروريا لإدراك هذه الغاية¹. وهو نفس التوجه سلكه القضاء الإيطالي أيضا، فقد إستقرت محكمة النقض على إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، أما معاونه الخصوم له فهي مسألة ثانوية.²

أما في فرنسا، فبعد أن كان القضاء الفرنسي يسلم في السابق بعدم إلزام القاضي بإثبات مضمون القانون الأجنبي، وإلقاء عبء ذلك على عاتق الخصم الذي يتمسك به، - وهو ما أكده بموجب قرار لوتور Lautour الصادر بتاريخ 25 ماي 1948³، إلا أنه قد تراجع عن موقفه مؤخرا، فأجاز للقاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي، وهو ما كرسته محكمة النقض الفرنسية في قرار بنك الجزائر بتاريخ 02 مارس 1960.⁴

هنا، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل أن محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت إلى أبعد من ذلك، حيث قضت بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي، بدون تمسك الخصوم بذلك، حسب ما جاء في القرارين، القرار الأول المعروف بقرار Rebouh الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 1988، والثاني المعروف بقرار Shull الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 1988.⁵

بموجب هذين القرارين، فقد عاملت محكمة النقض الفرنسية القانون الأجنبي، كقانون حيث ألزمت قضاة الموضوع بالبحث تلقائيا عن مضمون القانون الأجنبي، حتى ولو لم يتمسك الخصوم بذلك.⁶

أما القضاء المصري، فقد كان في السابق يسلم بأن إثبات مضمون القانون الأجنبي حق للقاضي والتزام على عاتق الخصوم، وبّرر موقفه هذا في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية

1 - نقلا للنص عن، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 262 .

2- نادية فضيل، المرجع السابق، ص 40.

3-Cass.civ, 25 mai 1948, V, Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit,p134.

4 -عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 121.

5 -CASS. CIV, 1^{ère}, 11 Octobre 1988 – CASS, CIV 1^{ère}, 18 Octobre 1988, V. Derruppé Jean, Op Cit, P 101.

6 -عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 138.

بتاريخ 7 جوان 1955¹، إلا أنه تراجع عن موقفه السابق، وإعتنق الإتجاه القائل بأن إثبات مضمون القانون الأجنبي إلتزام على عاتق القاضي، بمساعدة الخصوم، وهذا ما أكدده الحكم الرائد لمحكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 06 فيفري 1984².

وأما المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، فقد سايرت الإجتهدات القضائية التي توصل إليها القضاء الفرنسي، حيث جعلت إثبات مضمون القانون الأجنبي، واقعا على عاتق القاضي في حدود إمكانيات العلم به، وعند الاقتضاء يتدخل الخصوم لمساعدته، وإذا تمسك أحد الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي تعين عليه إقامة الدليل على مضمونه³.

أما موقف المشرع الجزائري، تنوه المادة 6/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن «... أحد أوجه الطعن بالنقض هو مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة...».

الظاهر من خلال هذا النص، أن المشرع الجزائري يعامل القانون الأجنبي المتعلق بمسائل الأحوال الشخصية معاملة القانون، أما إذا تعلق الأمر بغير ذلك من المسائل فهو يعامله معاملة الوقائع.

ويترب على ذلك، أن القاضي يكون ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة، أما إذا إرتبط الأمر بغير ذلك من المسائل، فلا يكون ملزما بالبحث عن مضمونه⁴.

وأخيرا، وبعد رصدنا لمختلف الإتجاهات في مسألة إثبات مضمون القانون الأجنبي، بقي لنا أن نتساءل عن الطرق والوسائل التي يمكن اللجوء إليها للكشف عن ذلك المضمون؟

الفرع الثاني: طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي

1 - حكم لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 7 جوان 1955، جاء في حثياته: «أن التمسك بتشريع أجنبي أمام هذه المحكمة لا يعدو أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها...» نقلا عن، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 156.
2 - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 160.

3 - ART 32, Al 01 du code de droit international privé Tunisienne, qui dispose « le juge peut, dans la limite de sa connaissance et dans un délai raisonnable, rapporter d'office la preuve du contenu de la loi étrangère par la règle de rattachement, et ce avec le concours des parties le cas échéant ».

4 - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 136، أعراب بلقاسم، المرجع السابق ص 157 .

عند حديثنا عن طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي، فإن الذي يتبادر إلى الذهن-ومن الوهلة الأولى- هو التساؤل عما إذا كان هذا القانون يخضع في إثباته لقواعد الإثبات القضائي التي نضمها المشرع لإثبات الوقائع، أم أن هناك طرق إثبات أخرى خاصة به؟ يكاد يجمع فقهاء القانون الدولي الخاص، على أن القانون الأجنبي لا يخضع من حيث إثباته لقواعد الإثبات القضائي التي وضعها المشرع لإثبات الوقائع، ويبررون ذلك، بأنه لو تم تطبيق القواعد العامة في إثبات الوقائع على طرق البحث عن مضمون القانون الأجنبي، لترتب على ذلك خضوع هذا القانون لمبدأ تبادل عبء الإثبات، فيكون على كل خصم أن يثبت من العناصر القانونية المستمدة من القاعدة الأجنبية الواجبة التطبيق، ما يتفق مع مصالحه، وكذلك إذا أثبت أحد الخصوم مضمون قاعدة أجنبية معينة، فيمكن للآخر-وفقا للقواعد العامة- أن يثبت العناصر التي قد تغير أو تعدل من الحق الشخصي الذي تولد عن القاعدة التي أثبتتها خصمه، وسيؤدي التنظيم الفني لتناوب عبء الإثبات على هذا النحو، إلى المساس بالقانون الأجنبي لدرجة قد تؤدي إلى مسخ مضمونه الحقيقي. فمثلا، لا يمكن إثبات مضمون القانون الأجنبي بواسطة القرائن واليمين. وإن كانت أكثر الطرق لإثبات الوقائع¹.

فلا شك إذن، أن طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي لها خصوصية وذاتية، تجعل لها إستقلالها عن الطرق التي حددها المشرع لإثبات الوقائع، دون أن يعني ذلك قطع حبال الوصل بينهما، إذ ليس ثمة ما يمنع القاضي من أن يستهدي بالطرق المتعارفة لإثبات الوقائع، إذا تبين له سلامتها للكشف عن مضمون القانون الأجنبي².

والمشرع الجزائري- وعلى غرار العديد من مشرعي الدول الأخرى- لم ينص في هذا الإطار، عن الوسائل الجائز الإلتجاء إليها للكشف عن مضمون القانون الأجنبي، ومن ثم يحق للقاضي أن يستعمل كافة الطرق التي يراها الأصلح للوصول إلى الحقيقة الموضوعية.

1- هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1968، ص 269.

2- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 385.

وعلى كل، يمكننا تقسيم طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي إلى طرق شفوية، وأخرى مكتوبة، وسنتعرض لكل من هذين النوعين على التوالي:

أولاً: طرق الإثبات الشفوية

1- شهادة الشهود:

بداية -ولرفع اللبس عن المسألة- نقرر بأنه لا يجوز إثبات مضمون القوانين الأجنبية بالشهادة، لأن الشاهد عادة ما يدلي للمحكمة بما رآه أو سمعه من وقائع، في حين أن القانون الأجنبي يحتاج إلى خبرة وإطلاع وبيانات تحريرية.¹

2- الخبرة الشفوية:

تعتبر الشهادة نوع من الخبرة الشفوية،² وهذا ما إستقر عليه القضاء الإنجليزي بشأن إثبات مضمون القوانين الأجنبية، إلا أنه إستبعد القواعد الإجرائية التي تحكم الإثبات بشهادة الشهود في هذه الحالة.

فرغم أن الأصل في القضاء الإنجليزي، أن القاضي دوره حيادي، لا يتدخل في النزاع ولا يحكم بإستبعاد شاهد معين من تلقاء نفسه، ما دام أن الخصوم لم يقدموا على الإعتراض على شهادته. فإن الأمر يجري بخلاف ذلك بالنسبة للقوانين الأجنبية، فقد حكم القضاء الإنجليزي، بحق القاضي في إستبعاد الشاهد على مضمون قانون أجنبي معين، متى رآه غير أهلا لهذه المهمة.

إضافة إلى ذلك، فإن الأصل في الشهادة أمام القضاء الإنجليزي، أنها ترد على ما رآه الشاهد أو سمعه من وقائع فقط، إذ ليس للشاهد بأي حال من الأحوال أن يدلي برأيه الشخصي أو

1- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص 224. هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 273.

2- هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 273 .

تقديره لهذه الوقائع، ومع ذلك فقد جرى القضاء هناك على تخويل الشاهد حق الإدلاء برأيه الشخصي في شأن أحكام القانون الأجنبي محل الشهادة¹.

فهذا الإختلاف الإجرائي في إثبات الوقائع، وإثبات القانون الأجنبي بوسيلة الشهادة يعود إلى أن هذه الأخيرة، تكون أقرب إلى الخبرة في مجال إثبات القوانين الأجنبية، لذلك فقد درج القضاء الإنجليزي و كما أشرنا، على إعتماها في سبيل الكشف عن مضمون القوانين الأجنبية، و قد تشدد في التمسك بها، إلى درجة أنه منع القاضي من الإلتجاء إلى أية وسيلة أخرى من وسائل الكشف عن مضمون القوانين الأجنبية، بما في ذلك الإعتما على علمه الشخصي عند إصدار أحكامه².

أما القضاء الفرنسي والمصري³ فلم يلجأ - كأصل عام - إلى الخبرة كوسيلة من وسائل إثبات القانون الأجنبي.

ومع ذلك فقد إتجهت بعض الأحكام الفرنسية مؤخرا إلى الأخذ بالخبرة، كوسيلة للكشف عن مضمون القوانين الأجنبية، متأثرة في ذلك بالأفكار الإنجليزية، كما أيد الفقه المصري الحديث⁴ هذا الإتجاه أيضا.

هذا، وللخبرة الشفوية، وما تستلزمه من إستدعاء الخبير لمناقشته أمام المحكمة فائدة مزدوجة لكل من المحكمة والخصوم.

فبالنسبة للمحكمة، فإن مثول الخبير أمامها يتيح لها التأكد عن قرب من مدى ثقتها فيه، أما بالنسبة للخصوم، فإن حضور الخبير للجلسة يحقق لهم فرصة مناقشته في التفاصيل التي قد يثيرها تطبيق القانون الأجنبي على الواقعة محل النزاع⁵ وعلى الرغم من ذلك، فإن الخبرة الشفوية لا تخلو من بعض العيوب منها:

1 -نادية فضيل المرجع السابق، ص 63، هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، نفس المرجع السابق، ص 274.

2 - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 64، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 260.

3 - هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 278.

4 - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 165.

5- هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، نفس المرجع السابق، ص 285.

1- قد تتضارب آراء الخبراء أمام المحكمة في حالة تعددهم، مما يقتضي من القاضي تقدير آرائهم، وإختيار ما كان منها الأقرب إلى الصواب، لاسيما إذا كان من ضمن هؤلاء الخبراء من لا يحسن التكلم بلغة القاضي، مما يجعل هذا الأخير يميل إلى الأخذ برأي الخبير الذي يحسن اللغة الوطنية.

2- ويزداد الأمر خطورة، إذا كان الخبير أجنبيا، ولا يحسن التكلم بلغة القاضي، فيضطر إلى الاستعانة بمرجم، قد لا يستطيع نقل المصطلحات القانونية بالدقة المطلوبة، هذا على عكس الخبرة المكتوبة، حيث يمكن ترجمتها عن طريق جهاز ترجمة متمكن ومتخصص، يمتلك الوقت الكافي للتروي ولتحري الدقة.

3- قد يعترض الخبرة الشفوية أيضا، عائق ذي طبيعة عملية، فقد يكون الخبير المستدعي للإدلاء بمعلوماته عن القانون الأجنبي أجنبيا لا يقطن في دولة القاضي، الأمر الذي يستدعي تنقله من الخارج إلى دولة القاضي، وهذه العملية تتطلب تكاليف هامة.¹

وأخيرا، يجدر بنا التنويه إلى أن هذه العيوب، وإن كانت لا تبرر إستبعاد الخبرة الشفوية، كوسيلة لإثبات مضمون القوانين الأجنبية كلية، إلا أنها تقلل من فعاليتها، فلا تحقق الغاية المرجوة منها على أكمل وجه، وهو الأمر الذي دفع بقضاء العديد من الدول، إلى تفضيل اللجوء إلى الخبرة المكتوبة، هذا بإستثناء القضاء الإنجليزي الذي لا يزال متشددا في موقفه إزاءها، على الرغم من المآخذ التي نسبت إليها.

ثانيا: طرق الإثبات المكتوبة

1- الخبرة المكتوبة:

يمكن للقاضي من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب الخصوم، أن يلجأ إلى الخبرة المكتوبة في سبيل الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، وهو ما إستقر عليه العمل في القضاء الفرنسي.²

1- نادية فضيل، المرجع السابق، ص 66.

2- نادية فضيل، نفس المرجع، ص 67.

والخبرة المكتوبة تيسر للقاضي - وإلى حد بعيد- العلم بمضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق، حيث أنه يحدد للخبير الإطار الواقعي للدعوى، والنقاط التي يرى ضرورة التركيز عليها بصفة خاصة، ويلتزم الخبير في مقابل ذلك بأداء مهمته والإدلاء بما توصل إليه من معلومات بموجب تقرير يقدمه إلى المحكمة.

هذا، ويمكن للخصوم -وفقا للقواعد العامة- مناقشة ما إنتهى إليه الخبير وإبداء ملاحظاتهم في شأنه، وذلك تطبيقا للمبدأ العام، الذي يقضي بإحترام حقوق الدفاع، لأنه لا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه على وقائع أو أدلة لم تتح للخصوم فرصة مناقشتها، لا سيما إذا تعلق الأمر بالقوانين الأجنبية، التي قد يشكل تطبيقها - نظرا لجهل الخصوم بأحكامها- مفاجأة لهم تتنافى مع حقوق الدفاع¹، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مناقشة الخصوم لتقرير الخبير حول مضمون القانون الأجنبي، تساعد القاضي على حسن تفهم أحكامه، كما تتيح له فرصة التأكد من صحة المعلومات التي أوردها الخبير، وفي حالة ما إذا رأى أمورا غامضة له أن يستدعي الخبير من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب الخصوم ليلقى منه الإيضاحات والمعلومات الضرورية.

وأخيرا، تجدر بنا الإشارة -وكما نوه البعض²- إلى أن إلتجاء المحكمة إلى الخبرة، بصفة عامة، لا يمكن إعتبره بأي حال من الأحوال تنازلا منها عن أداء مهمتها وإختصاصها الأصيل بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي وتطبيقه من تلقاء نفسها، لأن المبدأ يقضي، بأن للمحكمة أن لا تأخذ بما إنتهى إليه الخبير كله أو بعضه³، وذلك نظرا لإستنادها على أدلة أخرى قد يقدمها لها الخصوم، أو إستنادا إلى علمها الشخصي بأحكام القانون الأجنبي.

2- الشهادات العرفية:

1- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 393 - 394، هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 293، نادية فضيل، المرجع السابق، ص 70.

2- هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 288 - 289.

3 - هذا ما نصت عليه المادة 144 ق.إ.م. إ بقولها: « يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة، القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب إستبعاد نتائج الخبرة».

يجري العمل في مختلف الدول، وبصفة خاصة في فرنسا، على إثبات مضمون القانون الأجنبي، عن طريق ما يسمى بالشهادة العرفية *Certificat de coutume*، وهذه الشهادة هي عبارة عن مستند مكتوب يصدر عن شخصية متخصصة محيطية علما بأحكام القوانين الأجنبية، وغالبا ما تكون هذه الشهادة محررة بلغة دولة القاضي الذي يتم أمامه إثبات مضمون القانون الأجنبي¹.

وقد تصدر الشهادة العرفية عن إحدى الجهات الرسمية كالقنصلية، أو السفارة التابعة للدولة الأجنبية المطلوب إثبات قانونها، أو عن طريق شخصية عادية (محام، خبير قانوني، فقيه أجنبي...) محيطية علما بالقانون الأجنبي².

ومما هو جدير بالذكر أخيرا، أن استخدام الشهادات العرفية كوسيلة لإثبات مضمون القوانين الأجنبية، تبنتها صراحة العديد من التشريعات منها التشريع التونسي³.

3- نصوص القانون الأجنبي:

ليس هناك ما يمنع القاضي من الإستعانة في هذا الشأن، بنصوص القانون الأجنبي نفسها أو بترجمتها⁴، وإن كان من الأفضل أن تستلزم المحكمة أن تكون صورة النصوص الأجنبية المقدمة إليها، صادرة عن هيئة مختصة أو واردة في مؤلف علمي معتمد، إلا أن ذلك لا يعد شرطا لازما لقبول هذا الدليل طالما إقتنعت به، لأن الأصل في إثبات القوانين الأجنبية هو مبدأ حرية الإثبات⁵.

4- المؤلفات الفقهية:

- 1 - عبده جميل غصوب، المرجع السابق ص 146، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 388 - 389.
- 2 - تجدر بنا الإشارة في هذا الصدد، إلى أن الشهادة العرفية الصادرة عن الأشخاص المتخصصين في القانون الأجنبي، لم يؤيدها غالبية الفقه، فباعتبار أنها لا تصدر إلا بناء على طلب أحد الخصوم فهو يخشى أن تكون متأثرة بمصلحة طالبها، وقاصرة على ما يحقق له النفع في النزاع المطروح أمام المحكمة. هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 201.
- 3 - Art 32, al 03 du code du droit international privé Tunisienne qui dispose: «... la preuve est établie par écrit y compris les certificats de coutume».
- 4 - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 394، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 488.
- 5 - هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 298.

يمكن للقاضي أن يستند وهو بصدد بحثه عن مضمون القانون الأجنبي، على ما يقدمه الخصوم في الدعوى من مؤلفات، ومراجع تحتوي على دراسات لهذه القوانين، شرحا وتفسيرا لها¹. وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 26 أبريل 1950²، حيث كانت محكمة الموضوع قد طبقت القانون الفرنسي ورفضت الاستناد على مؤلف فقهي قدمه أحد الخصوم، كدليل وحيد لإثبات مضمون القانون الأمريكي بإعتباره القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزواج في هذه الدعوى. وقد بررت المحكمة ذلك، على أساس أن المدعي لم يقدم أي مستند لإثبات مضمون القانون الأجنبي، وبصفة خاصة فهو لم يقدم نص القانون الأجنبي الذي تمسك به، أو شهادة رسمية صادرة عن سلطة مختصة، أي أنها لم تعتد بالمؤلفات الفقهية كدليل لإثبات مضمون القوانين الأجنبية، فنقضت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم، على أساس أن محكمة الموضوع لم تتعرض في حكمها لبيان قيمة وقوة الدليل الذي قدمه الخصوم.

وهكذا يبدو، أن محكمة النقض الفرنسية ترفض تحديد طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي، وتكرس مبدأ حرية الإثبات، وقبل أي دليل من شأنه أن ييسر للقاضي العلم الأكيد بأحكامه³.

5- الأحكام القضائية:

في السياق ذاته يمكن لقضاة الموضوع، الإستعانة بالأحكام القضائية السابقة الصادرة في منازعات مماثلة لتلك المطروحة أمامهم، وذلك بقصد الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، ويستوي في ذلك أن تكون هذه الأحكام صادرة عن القضاء الوطني تطبيقا لقانون أجنبي معين،

1- عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 150، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ص 394.
2- CASS. CIV, 26 Avril 1950, V. Batiffol Henri, Lagarde Paul, Traité de droit international privé, L.G.D.J, T1, 8^{ème} éd 1993, P 542.

3 - هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 299.

أو عن القضاء الأجنبي في دولة القانون الأجنبي موضوع الإثبات، أو عن قضاء دولة أجنبية أخرى¹.

كأن يستعين مثلا، القاضي الجزائري بحكم صادر عن القاضي الفرنسي، متضمنا إثباتا لمضمون القانون الإنجليزي في خصوص مسألة خاصة بالوصية، الميراث، أو غير ذلك.

6- الإنابة القضائية:

تعرف الإنابة القضائية بصفة عامة، على أنها طلب من السلطة القضائية المنيية إلى السلطة القضائية المستنابة-قضائية كانت أو دبلوماسية- لإتخاذ إجراء معين، بغية الفصل في قضية عالقة أمام القاضي المنيب، الذي ليس في مقدوره أن يقوم بهذه المهمة بنفسه في نطاق إختصاصه². ومما لا شك فيه، أن فتح الطريق أمام القاضي الوطني للجوء إلى الإنابة القضائية الدولية³، يجعل من هذه الأخيرة تشكل إحدى الوسائل الفعالة، التي يمكن للقاضي الإستعانة بها أيضا في سبيل الكشف عن مضمون القانون الأجنبي في الدولة المستنابة.

وفي الأخير، وقبل أن ننهي دراستنا لطرق إثبات مضمون القانون الأجنبي، يجدر بنا التنويه إلى أنه، إلى جانب هذه الوسائل المعتمدة في سبيل الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، ذهب جانب من الفقه له وزنه⁴ إلى إقتراح وسائل أخرى يراها ميسرة للعلم بأحكام القانون الأجنبي، وتنقسم هذه الوسائل إلى قسمين، أولها يخص الجهود التي يجب أن تبذلها الدولة على الصعيد الداخلي، والثانية تخص الجهود التي يتعين عليها أن تقوم بها على الصعيد الدولي.

1 - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 396، هشام علي صادق شمس الدين الوكيل، المرجع السابق ص 300، نادية فضيل المرجع السابق، ص 74.

2- عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 151.

3- نصت على ذلك المادة 112 ق.إ.م.إ. بقولها: «يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من الخصوم، أن يطلب إتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق أو أي إجراء قضائي آخر يراه ضروريا في دولة أجنبية، بإصدار إنابة قضائية إلى السلطة القضائية المختصة للدولة المعنية أو إلى السلطات الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية».

4- هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 202-203، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 401.

أ- الوسائل المقترحة على الصعيد الداخلي:

- يتعين أولاً، إنشاء مركز علمي للقوانين الأجنبية، تشرف عليه وزارة العدل، وتكون مهمته جمع كافة البيانات والمراجع والمستندات المتعلقة بشتى القوانين الأجنبية، ويجب أن يتضمن هذا المركز مجموعة من الخبراء المتخصصين في مختلف القوانين الأجنبية، يختصون بتقديم المعلومات الرسمية عن القانون الأجنبي، بناء على طلب القضاة أو أصحاب المصلحة.

- تخصيص دوائر معينة في المحاكم التي كثيراً ما تعرض عليها المنازعات الدولية، لأنه غالباً ما يتكرر تطبيق قانون أجنبي معين، بالنسبة لنفس المشكل، مما يكسب الدوائر خبرة واسعة مع مرور الزمن كلما تكرر نفس المشكل، وقد إحتضنت بعض الدول أنظمة مشابهاً، مثل العراق التي خصصت دائرة معينة من محاكم الدرجة الأولى للنظر في القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب.

ب- الوسائل المقترحة على الصعيد الدولي:

- إبرام الإتفاقيات الدولية ثنائية كانت أو جماعية، والتي تلتزم فيها كل من الدول الأطراف بتقديم المعلومات اللازمة عن قوانينها، مقابل إلتزام الدول المتعاقدة الأخرى بتلبية أي طلب مماثل¹. ولكن، ماذا لو إستنفذ القاضي كل هذه الوسائل المعتمدة في الإثبات، وتعذر عليه مع ذلك إثبات مضمون القانون الأجنبي، فما هو الحل الذي يجب عليه إتباعه في مثل هذا الفرض؟

المطلب الثاني: القانون المطبق في حالة تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي

مهما كان دور القاضي في إثبات مضمون القانون الأجنبي، فإن مهمته هذه تنتهي إما بتطبيقه على المنازعة، أو بإستحالة هذا التطبيق لأسباب لا دخل له فيها. ولعل فيما رصدناه من

1 - مثال على ذلك، إتفاقية الرياض للتعاون القضائي الموقعة بين الدول العربية في الرياض بتاريخ 04-04-1983 بحيث نصت في مادتها الأولى على "تبادل وزارات العدل لدى الأطراف المتعاقدة بصفة منتظمة نصوص التشريعات النافذة، والمطبوعات والنشرات والبحوث القانونية والقضائية، والمجلات التي تنشر فيها الأحكام القضائية، كما تتبادل المعلومات المتعلقة بالتنظيم القضائي، وتعمل على إتخاذ الإجراءات الرامية إلى التوفيق بين النصوص التشريعية والتنسيق بين الأنظمة القضائية لدى الأطراف المتعاقدة، حسبما تقتضيه الظروف الخاصة بكل منها" أشار إلى ذلك ، غالب على الداودي، المرجع السابق، ص 263.

ومثال على ذلك أيضاً، الإتفاقية الأوروبية المبرمة في 07 جوان 1968 الخاصة بالإعلام عن القانون الأجنبي، والمعمول بها في فرنسا منذ سنة 1972 وقد نصت على ضرورة إنشاء جهاز خاص في كل دولة متعاقدة، مهمته تلقي طلبات الإستعلام عن القوانين في الدول الموقعة على الإتفاقية. أشار إلى ذلك، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 401، هامش رقم 1.

وسائل وطرق للكشف عن مضمون القوانين الأجنبية، ما يقلل من هذه الحالات التي يستحيل فيها التوصل إلى مضمونها، إلا أن الإعتراف بهذه الإستحالة في بعض الصور، هو تقرير بحقيقة لا يمكن تجاهلها، وتقتضي منا هذه الملاحظة، أن نبحث عن الحل الواجب الإتباع عند تعذر الكشف عن أحكام القانون الأجنبي.

لقد تعددت الاتجاهات الفقهية بهذا الشأن، لذلك سوف نتولى دراستها (في الفرع الأول) محددين موقف المشرع الجزائري منها (وذلك في الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف الفقه

لقد اختلف الفقه حول هذه المشكلة إختلافاً بيناً، لا ننوي التعرض له إلا بالقدر الذي يتسع له مقام هذا البحث. وفيما يلي عرض لأهم النظريات التي قيلت بهذا الشأن مع تقديرنا لكل منها.

أولاً: رفض الفصل في النزاع

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يتعين على القاضي الوطني، إذا ما تعذر عليه إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص، أن يتوقف عن الفصل في الدعوى¹. وهذا ما أخذت به المحاكم الأمريكية منذ سنة 1954 في قضية "walton" الشهيرة².

وتتلخص وقائع هذه القضية، في أن إصطداماً كان قد وقع في المملكة العربية السعودية بين سيارة المدعو "Walton" الأمريكي الجنسية، وإحدى عربات النقل التابعة لشركة أمريكية، فرفع "Walton" دعوى أمام المحاكم الفدرالية لولاية نيويورك، ضد الشركة، يطالبها فيها بالتعويض عن الأضرار التي حدثت له من جراء الحادث، ولم يتمسك أي من الطرفين لا المدعي ولا المدعى عليه بتطبيق القانون السعودي، بإعتباره قانون محل وقوع الفعل الضار. فقررت المحكمة تلقائياً ضرورة تطبيق هذا القانون باعتباره القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد الأمريكية، غير أنه ولما

1- راجع، غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 266، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 770.

2- راجع، وقائع القضية، د. هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 319.

كانت المحكمة تجهل مضمون القانون السعودي، طلبت من المدعي إثباته، لكن هذا الأخير عجز عن ذلك، فقررت المحكمة بناء على ذلك برفض طلبات المدعي وتأييد حكمها إستئنافياً. بيد أن هذا الحل، القاضي برفض الفصل في النزاع كلما تعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، لم يؤيده غالبية الفقه، وقد قابله بعاصفة من النقد، وذلك على أساس أن القاضي الذي يرفض الفصل في النزاع مع إختصاصه يعتبر منكراً للعدالة، لاسيما وأن هناك وسائل قانونية أخرى توصله إلى إقرار العملية المطلوبة، كالرجوع إلى المصادر الاحتياطية في القانون في حالة عدم وجود نص تشريعي¹.

ثانياً: تطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتقدمة

يرى جانب من الفقه²، أنه إذا تعذر على القاضي الكشف عن مضمون القانون الأجنبي فعليه أن يطبق المبادئ العامة، أو القواعد العقلانية المستمدة من العقل والمنطق والعدالة، أو المبادئ السائدة في الأمم المتقدمة³.

وقد تبنت بعض الأحكام الأمريكية هذا الحل، مفترضة تطابق أحكام القانون الأجنبي الذي إستحال الكشف عن مضمونه مع بعض المبادئ السائدة في الدول المتقدمة⁴. غير أن هذا الإتجاه، هو الآخر لم يسلم من النقد، فقد أنتقد لعدم تأسيسه لسند قانوني، كما أنه يخول القاضي سلطة تقديرية واسعة، تنتهي به عملياً وفي الأخير، إلى تطبيق قانونه الوطني على أساس أنه المستمد منطقياً من هذه المبادئ⁵.

ثالثاً: تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الذي تعذر إثباته

- 1- زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 258، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 167.
- 2- راجع، محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1994، ص 98.
- 3- هذه المبادئ العامة السائدة في مختلف الدول، يمكن الكشف عنها من خلال الدراسات القانونية المقارنة للقانون المدني أو التجاري، أو قانون العمل، وهي تشمل على سبيل المثال: نظرية التعسف في استعمال الحق - الوفاء بالتزامات، مبدأ حسن النية، راجع بهذا الشأن، ممدوح الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص 228.
- 4- راجع، هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 228.
- 5- راجع، سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 219.

ذهب فريق آخر من الفقه، إلى القول بأنه إذا تعذر على القاضي الكشف عن مضمون قانون أجنبي معين، فعليه أن يقوم بتطبيق القانون الأكثر إقتراباً في أحكامه من القانون الواجب التطبيق أصلاً،¹ وهذا القانون الأقرب **le droit le plus proche**، يقصد به أحد القانونين: إما القانون الذي ينتمي إلى نفس العائلة القانونية كإحلال القانون الإنجليزي محل القانون الأمريكي المتعذر إثباته. وإما القانون الأقرب إتصالاً بالعلاقة بعد القانون الذي تعذر إثباته، مثلاً في مسألة متعلقة بأهلية الشخص، إحلال قانون الموطن محل قانون الجنسية إذا تعذر إثبات مضمون هذا الأخير.²

على الرغم من أن هذا الحل، يتميز بمحاولته قدر المستطاع أن يتماشى مع حكمة التشريع، وذلك بتطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون المختص أصلاً، إلا أنه يؤخذ عليه صعوبة تطبيقه من الناحية العملية بسبب إستحالة التحقق من التشابه بين التشريعات المتعددة، كما أن الظروف التي يمر بها كل مجتمع و التعديلات التي تطرأ على قوانينه، تجعل من الصعب الجزم بتشابه قوانين الدول بصورة مستمرة.³

رابعاً: تطبيق قانون القاضي

لقد كان لأوجه النقد الموجهة إلى الحلول السابقة، أثرها في إتجاه غالبية الفقه إلى القول بتطبيق قانون القاضي، عند تعذر الكشف عن أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق، إلا أن دعاءة هذا الحل قد إختلفوا فيما بينهم حول أساس تطبيقه.

فذهب البعض منهم⁴، إلى أن تطبيق قانون القاضي يقوم على أساس إفتراض التماثل بينه وبين القانون الأجنبي المختص، وعلى من يدعي عكس هذا الإفتراض، أن يقيم الدليل على ذلك. ويأخذ النظام الإنجليزي بهذا الحل.

1-راجع، إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، د.د.ن، د.ب.ن، 1997، ص82، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 433، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 163.

2-عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 163، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 433.

3- هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 332 - 333.

4- هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 336.

وقد إنتقد هذا الأساس، بإعتباره يقوم على مجرد حيلة قانونية بعيدة عن الواقع، لأن قوانين العالم تختلف ظروف نشأتها، وتتطور مبادئها الأيديولوجية من دولة لأخرى، حتى ولو كان القانون الواجب التطبيق ينتمي إلى نفس العائلة القانونية التي ينتمي إليها قانون القاضي¹.

من جهة أخرى، ذهب جانب آخر من الفقه² إلى أن تطبيق قانون القاضي يجد أساسه في كونه صاحب الإختصاص العام لحكم كافة علاقات القانون الخاص، في حالة عجز قاعدة الإسناد عن أداء وظيفتها.

غير أنه قد أعترض على هذا التحليل أيضا، على أساس أن طبيعة العلاقات الدولية، تتنافى مع القول بالولاية العامة للقانون الوطني، لأن الأصل في مجال العلاقات الخاصة الدولية هو تطبيق القانون الذي تشير قواعد التنازع بإختصاصه، سواء كان وطنيا أم أجنبيا³.

أما الرأي الراجح، فقد إتحه إلى القول بتطبيق قانون القاضي لما له من إختصاص إحتياطي في الأحوال التي يتعذر فيها الكشف عن أحكام القانون الأجنبي، صاحب الإختصاص الأصيل لحكم النزاع، طبقا لقواعد التنازع الوطنية. وقد أخذ بهذا الفرض جانب كبير من الفقه الحديث⁴.

وأخيرا، يجدر بنا التنويه إلى أن هذا الإتجاه الفقهي، القاضي بتطبيق قانون القاضي كلما تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص، قد كتب له النجاح مقارنة مع الحلول الأخرى، فإلى جانب إنتصار غالبية الفقه له، فقد أخذ به القضاء الفرنسي في العديد من المناسبات⁵. كما أنه

الحل الذي تبناه المشرع في العديد من الدول⁶.

1 - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 151.

2 - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 479.

3 - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 169-170.

4 - محمد المبروك اللاتي، المرجع السابق، ص 98، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 240، غالب علي الداودي المرجع السابق، ص 267.

5 - CASS. CIV, 02 Février 1988 et 21 Juin 1988, Cass. CIV, 08 janvier, 1991, V. Batiffol Henri, Lagarde Paul, op cit, P 546.

6 - المادة 28 من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 5 لسنة 1985، المادة 4/32 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، المادة 7 من القانون الدولي الخاص البولندي لسنة 1965، المادة 2/16 من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987. أشار إلى ذلك، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 259، هامش رقم 240.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

سوف نتعرض (أولا) إلى تحديد موقف المشرع الجزائري لتتطرق بعد ذلك إلى تقديره (ثانيا).

أولا: تحديد موقف المشرع الجزائري

إعمال قانون القاضي عندما يتعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي، هو الحل الذي أخذ به المشرع الجزائري صراحة في المادة 23 مكرر من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه «يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه».

الظاهر من خلال هذا النص، أن المشرع الجزائري قد أفرد إختصاصا إستثنائيا لصالح القانون الجزائري، وذلك لحكم كافة المسائل، كلما تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي صاحب الإختصاص الأصيل بموجب قواعد التنازع الوطنية.

وعليه، إذا ما تعلققت المسألة المطروحة بعقد دولي مثلا، وتعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص، تعين على القاضي الرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري وتطبيقها، ونفس الشيء، إذا ما تعلق الأمر بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، فعلى القاضي تطبيق أحكام قانون الأسرة الجزائري، كلما ثبت الإختصاص لصالح قانون أجنبي وتعذر الكشف عن أحكامه... وهكذا بالنسبة إلى كافة المسائل.

هذا، ومما هو جدير بالملاحظة في هذا الإطار، أن هذا الحل الإستثنائي لا يلجأ إليه كحل سهل، بل إن كلمة تعذر الواردة بالمادة تفيد ضرورة إستنفاد كافة الطرق والوسائل المعتمدة لإثبات مضمون القوانين الأجنبية - على النحو السابق بيانه -

و يجد هذا الحل الإستثنائي تبريره، في كونه ليس غريب عن النزاع، لأنه قانون المحكمة الناظرة فيه، والمشرع الوطني حين يعقد الإختصاص القضائي الدولي لمحاكمه لنظر المنازعات ذات الطابع

الدولي، ينطلق أساسا من ضرورة وجود صلة بين النزاع وهذه المحكمة، والتي غالبا ما تتحدد هذه الصلة عن طريق الجنسية. و فضلا عن ذلك فإن هذا الحل يحقق الغاية من قواعد الإسناد، والمتمثلة في حكم العلاقة الخاصة الدولية عن طريق أكثر القوانين إرتباطا بها، فإن تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي أمكن لقانون القاضي أن يحكم النزاع. إذ الفرض فيه أنه دائما على إتصال بالعلاقة، كما أن تطبيقه لا يخل بتوقعات الأفراد، فبمجرد لجوءهم إلى محاكم دولة معينة يكشف عن أنه داخل في توقعاتهم إحتمال تطبيق قانونها عند تعذر إثبات القانون الأجنبي صاحب الإختصاص الأصيل، لأن الإختصاص القضائي يؤثر حتما على الإختصاص التشريعي¹.

وفوق ما تقدم، فإن هذا الحل من شأنه أن يجنب الخصوم النتائج السيئة التي تترتب على رد دعواهم، فالقول برفض الطلب في جميع الحالات التي يتعذر فيها إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص أصلا، يشكل إجحافا في حق الأفراد، ولعل تطبيق قانون القاضي في مثل هذا الفرض، من شأنه أن يجنبنا إنكار العدالة، ويحقق التسوية في الخصومة الدولية، شأنها في ذلك شأن الخصومة ذات الطابع الوطني².

ثانيا: تقدير موقف المشرع الجزائري

على الرغم من أهمية هذا الحل المقرر إختصاصا للقانون الجزائري، كلما تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص-على نحو ما رأينا-إلا أن التطبيقات العملية له تكشف لنا عدم ملاءمته في بعض الفروض.

فقد يحدث وأن يكون القانون الوطني، لا يتلاءم مع طبيعة النزاع، فيؤدي تطبيقه إلى نتائج غير معقولة، تتنافى تماما مع قواعد العدالة، مما يصطدم في النهاية بحكمة التشريع³.

ولتوضيح ذلك، نعرض مثلا، كان قد ساقه بعض الفقهاء¹، لتصوير هذا المعنى في حادث تصادم وقع في السويد بين سيارتين مملوكتين لفرنسيين (أ) و(ب)، فإلتجأ الخصوم على إثره إلى

1- عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 164، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 436.

2- عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص 437.

3- هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 342.

المحاكم الفرنسية للفصل في النزاع القائم. فثبت من الأوراق أن (أ) كان يقود سيارته على الجانب الأيمن، وأن خصمه (ب) كان يقود سيارته على الجانب الأيسر، فإحتج هذا الأخير بأن هناك خطأ من جانب (أ) على أساس أن لوائح المرور في السويد تقضي بالسير على يسار الطريق، فمن واجب المحكمة إذن أن تتحقق من مضمون القانون السويدي الواجب التطبيق في هذه الحالة بوصفه قانون محل وقوع الفعل الضار، فإذا تعذر إثبات مضمون القانون السويدي، فإن تطبيق قانون القاضي الفرنسي في هذا الفرض، يؤدي إلى نتائج غير عادلة، إذ تنتهي المحكمة إلى إعتبار (ب) هو المخطئ لقيادة سيارته على يسار الطريق، بينما واقع الحال -أي وفقا للقانون السويدي- أن (أ) هو الذي أخطأ بقيادة سيارته على الجانب الأيمن.

لعل هذا المثال، ينبهنا إلى خطورة تطبيق القانون الوطني في بعض الأحوال، رغم تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد التنازع الوطنية، ولما كان الأمر كذلك، فالأفضل برأينا، أنه كان يجب على المشرع الجزائري أن يجعل القانون الجزائري هو الواجب التطبيق، ليس مباشرة بعد تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي، وإنما بإعتباره الحل الأخير عند تعذر الكشف عن أحكام القانون الأقرب إلى النزاع.

هذا الحل، هو الذي يحقق الغاية من قاعدة الإسناد، إذ تهدف هذه الأخيرة إلى إخضاع العلاقات الدولية إلى أكثر القوانين إرتباطا بها وأقدرهم بهذا الوصف على تحقيق العدالة، فإن تعذر الكشف عن مضمون هذا القانون، فإن الأقرب إلى حكمة التشريع، هو تطبيق أكثر القوانين الأخرى إرتباطا بالنزاع، سواء كان قانونا أجنبيا أو قانون القاضي نفسه².

وعليه، إذا كان هذا القانون الأقرب إلى النزاع هو قانون القاضي نفسه، فما عليه إلا تطبيقه وعض النظر عما سواه، أما إذا كان قانونا أجنبيا آخر، تعين على القاضي في مثل هذه الحالة البحث عن مضمونه حتى يتسنى له تطبيقه، وإن تعذر عليه ذلك فلا مناص في هذه الحالة من تطبيق قانونه الوطني لما له من إختصاص إستثنائي في مثل هذا الفرض.

⁴- هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، نفس المرجع السابق، ص 342، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 441.

2 هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 171.

وعلى ذلك، فإن كنا مثلا، بصدد علاقة تعاقدية أجنبية في جميع عناصرها، وتعذر على القاضي الجزائري الكشف عن أحكام القانون الذي إتفق عليه المتعاقدان، والذي نفترض أنه قانون محل إبرام العقد، كما إستحال عليه العلم بقانون موطنهما المشترك أو قانون جنسيتهما المشتركة، بحيث لم يعد في الإمكان تطبيق أي من القوانين التي أشارت المادة 19 ق. م. ج إلى وجوب تطبيقها. فقد يكون الأقرب إلى حكمة التشريع، إن كان موضوع العلاقة بعيدا كل البعد عن النظام القانوني الوطني، أن يطبق قانون محل تنفيذ هذا العقد، وإن تعذر عليه إثبات هذا القانون فلا مناص من تطبيق قانونه الوطني. أما لو كانت العلاقة محل النزاع لا تتعد تماما عن النظام القانوني الوطني، بأن كان محل تنفيذ العقد هو الجزائر مثلا، فلا شك حينئذ في صحة تطبيق القانون الجزائري في هذا الفرض، تماشيا مع حكمة التشريع.

وبالمثل، إذا كانت المسألة المعروضة تتعلق مثلا بأهلية أجنبي، وتعذر الوصول إلى قانون جنسيته بوصفه القانون المختص بحكم النزاع، فإنه من الأوفق في هذه الحالة تطبيق قانون موطنه، سواء كان أجنبيا أو قانون القاضي¹.

على ضوء ما تقدم، نخلص إلى تحديد الإطار الصحيح الذي يمكن في نطاقه أن نطبق القانون الجزائري بصفته صاحب الإختصاص الإستثنائي، عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص، إذ لا يمكن تطبيقه إلا إذا كان هو القانون الأقرب إلى النزاع أكثر من غيره، كما يمكن تطبيقه أيضا مع وجود قانون أجنبي آخر أقرب إلى النزاع، ولكن يتعذر الكشف عن مضمونه، إذ يعتبر قانون القاضي في هذه الحالة أيضا، هو أقرب القوانين إلى طبيعة النزاع، فهو على الأقل قانون المحكمة التي تنازع الخصوم أمامها.

و في الأخير تجدر بنا الإشارة إلى أنه، حتى ولو تمكن القاضي من الوقوف على مضمون القانون الأجنبي، فإن ذلك لا ينهي المشكلة فقد يصطدم -و هو بصدد التطبيق الفعلي له-

1 - هذا الحل قننته صراحة بعض التشريعات الحديثة، مثل القانون الإيطالي الجديد الصادر في 31 ماي 1995 حيث نصت المادة 2/14 منه على أنه «إذا تعذر على القاضي ولو بعد إستعانتة بالخصوم أن يثبت مضمون القانون الأجنبي المختص، فإن عليه أن يطبق ضوابط الإسناد الأخرى الخاصة بالفرض المماثل، فإن تعذر عليه ذلك طبق القانون الإيطالي» نقلا للنص عن، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 440، هامش، رقم 2.

بعقبات أخرى تؤدي به أيضا، إلى إستبعاده من ميدان التطبيق وإحلال محله قانونه بصفة إستثنائية. و من ذلك كأن يتضح له أنه يتضمن أحكاما تتعارض تعارضا صارخا مع مقتضيات النظام العام في دولته. هذا ما سنتولى دراسته في المبحث الموالي.

المبحث الثالث:

تطبيق القانون الجزائري في حالة الدفع بالنظام العام

إذا تمكن القاضي من التعرف على مضمون القانون الأجنبي، وإستبانت له أحكامه وقواعده فإنه يكون ملزم بتطبيقه وإنزال حكمه على المسألة المطروحة. غير أن هذا لا يحدث دائما، فقد يطرأ مانع في يحول دون ذلك التطبيق. فقد يتبين للقاضي أن أحكام ذلك القانون تتعارض تعارضا صارخا مع المبادئ الجوهرية والأساسية التي يقوم عليها كيان مجتمعه، بحيث يضحى غير صائغ له تطبيقه، وإلا كان حكمه مخالفا للقانون.

هذا ما تجسده فكرة النظام العام، والتي أقر المشرع الجزائري بموجبها إختصاصا إستثنائيا لصالح قانونه، أي كلما إتضح للقاضي أن أحكام القانون الأجنبي تتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولته إستبعد ذلك القانون وطبق قانونه. ولكن لإعمال هذا الوضع، يتعين تحديد ماهية النظام العام (في المطلب الأول)، وتبيان شروط إعماله وآثار التمسك به (في المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية النظام العام

للقوف على حقيقة النظام العام في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، لا بد من إعطاء مفهوم له (في الفرع الأول) وإستكشاف خصائصه (في الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم النظام العام

إن تحديد مفهوم النظام العام، يقتضي التعريف به (أولا)، و تمييزه عن غيره من المفاهيم القريبة منه (ثانيا).

أولا: تعريف النظام العام

تعتبر فكرة النظام العام، من المسائل الهامة المقررة في مختلف النظم القانونية كوسيلة لإستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية، التي تمس المبادئ الأساسية السائدة فيها، فلا تتركها تعبر مجتمعا¹.

1 - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 167.

وقد ظهرت فكرة النظام العام لأول مرة في فقه القانون الدولي الخاص، لدى الفقهاء الإيطاليين، وعلى رأسهم الفقيه بارتول "Bartol"¹، الذي ميز بين نوعين من الأحوال، الأحوال البغيضة، والأحوال المستحسنة، فأما الأحوال المستحسنة فتتبع الشخص أينما ذهب حتى ولو خارج إقليم دولته، أما الأحوال البغيضة، فلا يتصور تطبيقها خارج الإقليم الذي صدرت فيه، إذ تبقى حييسته².

تعتبر هذه التفرقة، النواة الأولى لظهور هذه الفكرة، التي أصبحت في الوقت الراهن مبدأ مسلما به لدى الجميع، كما تدفع به المحاكم في مختلف الدول.

غير أن الإتفاق على هذا المبدأ، لا يخلو من مصاعب جمة، تعترض القاضي عند فحصه القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وذلك لعدم وجود مفهوم موحد متفق عليه للنظام العام، إذ على أي أساس يمكن للقاضي - وهو بصدد تطبيق قانون أجنبي معين - أن يقرر ما إذا كان هذا القانون مخالف للنظام العام في دولته أم لا؟

إزاء خطورة هذا الوضع، والذي قد يجعل من فكرة النظام العام، كأداة لإستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية ومنع عبورها، وتوسيع المجال لتطبيق القوانين الوطنية³، حاول بعض الفقهاء جاهدين لإعطاء مفهوم له.

فقد عرفه الفقيه كايبتان "Capitant"⁴ بأنه «مجموعة النظم والقواعد الوثيقة الصلة بمدينة بلد ما، والتي يتعين على قضائها تطبيقها بالأفضلية على أي قانون أجنبي، ولو كان مختصا وفقا لقواعد الإسناد العادية».

1- Patrick Courbe, droit international privé, dalloz , paris, éd 2000, op. cit. P 102.

2- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 530.

3- بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، ص 117.

4- نادية فضيل، المرجع السابق، ص 112.

وعرفه الدكتور "غالب علي الداوودي"¹، بأنه: «مجموع المصالح الجوهرية والأساسية والمثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها، ويتأسس عليها كيانها كما يرسمه نظامها القانوني، سواء أكانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية، أم إجتماعية، أم إقتصادية، أم خلقية أم دينية، و الإخلال بها يعرض كيان المجتمع للتصدع والإنهيار».

غير أن غالبية الفقهاء يعرفونه عادة بأنه: «تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، وإحلال القانون الوطني محله بسبب إختلافه مع هذا الأخير إختلافا جوهريا، بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة»².

هذا، وقد أعطت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 مارس 1944 تعريفا للنظام العام كالاتي: «النظام العام يرتبط بالمفهوم الموسع للرأي العام الفرنسي في عصر معين»³.

أما القوانين الوضعية، فمنها من قام بتعريفه، ومنها من إلتزم السكوت، وإكتفى بالإشارة إليه فقط، فمثل الأولى، نجد القانون المدني الألماني، فقد عرفه في المادة 30 منه بأنه: «تلك القواعد التي تتصل بأصل أسس النظام الإجماعي أو السياسي أو الإقتصادي للبلد، وبمفهومها في وقت معين، ويكون من طبيعة إنتهاكها تهديد النظام العام»⁴.

ومثل الثانية، القانون المدني الجزائري، الذي إلتزم السكوت عن تعريف النظام العام وإكتفى بالإشارة إليه فقط، وذلك في المادة 24 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: «لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة».

1- غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 236.

2- نادية فضيل، المرجع السابق، ص 112.

3 - La cour de cassation à énonce que « la définition de l'ordre public national dépend dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment en France » CASS .CIV, 22 Mars 1944, Loussouarn Yvon, Bourel Pierre, op. cit. P 315.

4- نقلا للنص عن، نادية فضيل، المرجع السابق، ص 112-113.

يتضح من خلال هذا النص، أن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالنظام العام الذي يستبعد القاضي بموجبه القانون الأجنبي، ويحل محله قانونه الوطني لما له من إختصاص إستثنائي. بذلك يكون المشرع قد ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة من أجل تحديد مقتضيات النظام العام وأسسها حسب مفاهيم نظامه القانوني.

ثانيا: تمييز النظام العام عن غيره من المفاهيم القريبة منه.

1- التفرقة بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والنظام العام في القانون الداخلي:

رغم أن فكرة النظام العام تهدف إلى صيانة المصالح الجوهرية للمجتمع وهو هدف تسعى إلى تحقيقه مختلف التشريعات سواء في مجال القانون الدولي الخاص أو في مجال القانون الداخلي إلا أن ذلك لا يعني تطابق فكرة النظام العام في كل من المجالين. إذ تستخدم هذه الفكرة في مجال القانون الداخلي لتأكيد إحترام الأفراد للقواعد الآمرة، وبطلان كل إتفاق يخرج عليها¹.

بينما تستخدم هذه الفكرة في مجال القانون الدولي الخاص، كوسيلة لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيقه.

ومن هذا المنظور، يبدو الطابع الإستثنائي لهذه الوسيلة، أي وسيلة الدفع بالنظام العام، التي ترمي إلى إستبعاد القانون الأجنبي وتطبيق القانون الوطني بصفة إستثنائية، حيث يعتبر خروجاً عن الأصل العام الذي يقضي بتطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع، سواء كان وطنياً أو أجنبياً².

أما في مجال القانون الداخلي، فإن فكرة النظام العام تفقد هذا الطابع الإستثنائي، إذ تستعمل للحد من سلطان الإرادة، ولكن ليس في ذلك خروج على مبدأ عام، وذلك لأن المبدأ هو أن الإرادة حرة في الحدود التي يسمح بها المشرع³.

1- أنظر، المادة 96 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: «إذا كان محل الإلتزام مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا» وأنظر أيضاً، المادة 97 من نفس القانون التي جاء فيها «إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا».

2 - محمد المبروك اللاتي، المرجع السابق، ص 80، نادية فضيل، المرجع السابق، ص 121.

3 - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 122، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 574.

ومن هنا، يترتب على الطابع الإستثنائي لفكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص نتيجة هامة، تتمثل في أن نطاق إعمال فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، يضيق في مجال تنازع القوانين عنه بالنسبة للقانون الداخلي. فإذا كان القانون الأجنبي مخالفا للقواعد الآمرة في قانون القاضي، فإن ذلك لا يستتبع بالضرورة أن نستبعده في كل الأحوال، بإسم النظام العام، فمثلا القاعدة التي تحدد سن الرشد بـ 19 سنة، تعتبر من النظام العام في القانون الداخلي ولا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها، ولكن إذا كان القانون الأجنبي يحدد سن الرشد بأكثر من هذا السن أو بأقل، فهذا لا يصطدم بالنظام العام في الجزائر¹.

2- التفرقة بين النظام العام في القانون الدولي الخاص و قوانين التطبيق الآني أو المباشر:

هناك مجالات حيوية في فروع القانون الخاص، تتدخل فيها الدولة بنصوص آمرة، لا يمكن للأفراد الإتفاق على مخالفتها، و تطبق هذه القواعد على الوطنيين و الأجانب على حد سواء. وضرورة تدخل الدولة في هذه المجالات وغيرها، يعتبر ضرورة حتمية لحماية بعض المصالح الإقتصادية و الإجتماعية، التي لها أهميتها وحيويتها بالنسبة للجماعة. ففي كل مرة تبدو فيها هذه المسائل الحيوية واجبة الحماية، فإن قانون هذه الدولة وحده هو الذي يكون واجب التطبيق، دون الرجوع لمنهجية التنازع التقليدية. فالدولة لا يمكنها أن تقبل أن يزاحمها في إختصاصها بحكم هذه المسائل أي قانون أجنبي آخر، وبعبارة أخرى، فإن إختصاص قانون الدولة في هذه المسائل يكون إختصاصا قاصرا عليها وحدها². و من مجالات هذه القوانين في فروع القانون الخاص، الأحكام التنظيمية في عقد العمل والشروط الخاصة بالصحة والأمن، ومواعيد العمل وحدود الأجرة و حقوق العامل، وكذلك قوانين الصرف وجوانب من عقود الإيجار و التأمين و الشركات. ولما كان قانون القاضي، وكما أشرنا، هو الواجب التطبيق أصلا على هذه المسائل، فكثيرا ما وقع خلط بينها وبين النظام العام. الأمر الذي يقتضي توضيح دقيق لأهم الفوارق الواردة بينهما:

1 -نادية فضيل، المرجع السابق، ص 122، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 151.

2 - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 536.

1- أن القوانين ذات التطبيق المباشر، تتصف بالكفاية الذاتية، و ليست في حاجة إلى النظام العام، و هي تطبق على العلاقات الوطنية والأجنبية على حد سواء دون تمييز، في حين أن النظام العام، يشكل سدًا للذرائع والنقائص، التي من الممكن أن يغفل عنها المشرع فيتحرك حينئذ النظام العام، كدفع قانوني دون حاجة إلى نصوص تشريعية أمرة.

2- أن القوانين ذات التطبيق الآني أو المباشر، تتم بصورة مباشرة، دون تدخل قواعد التنازع، كلما تبين للقاضي أن المركز القانوني يتصف بقدر من الأهمية الوطنية، وجدير بتطبيق القانون الوطني عليه، ولو كان القانون الوطني غير مختص حسب قواعد الإسناد. أما تدخل النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، فيفترض الإعتداد بمنهج التنازع أولاً، وثبوت الإختصاص التشريعي للقانون الأجنبي ثانياً، ثم تعطيل تطبيقه أخيراً بإسم النظام العام¹.

الفرع الثاني: خصائص النظام العام

رأينا فيما سبق، أنه من الصعوبة بما كان وضع تعريف دقيق جامع ومانع للنظام العام. فهذا الأمر يقتضي البحث في خصائصه. والتي تتجلى في أنه نظام وطني (أولاً) نسبي (ثانياً) ويكشف عنه القضاء (ثالثاً).

أولاً: الصفة الوطنية للنظام العام

فكرة النظام العام هي دائماً فكرة وطنية، وإن كان مصطلح النظام العام الدولي يوحي بوجود نظام عام عالمي مشترك بين الدول، فإن هذا الأمر غير صحيح، فالنظام العام سواء كان داخلياً أو دولياً لا يمكن أن يكون إلا وطنياً²، لأنه يرمي إلى تحقيق هدف واحد، وهو حماية المجتمع الوطني، والأسس الجوهرية التي يقوم عليها³. وإن كانت هناك بعض المبادئ الجوهرية

1 - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 274.

2 - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 175، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 275.

3 - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 586.

والأساسية، تشترك فيها كثير من الدول كمحاربة الرق والقرصنة، والإتجار في المخدرات، فإن هذه القيم تعد في حقيقتها جزء من النظام العام الداخلي لكل دولة على الرغم من صفتها العالمية.¹

ثانيا: نسبية فكرة النظام العام

من المبادئ المسلم بها، أن الدول تختلف عن بعضها البعض من حيث الديانة، والأفكار المهيمنة وفلسفة الحياة، والنظام الإقتصادي، والإجتماعي، والسياسي. فهذا الإختلاف من الطبيعي أن يجعل للنظام العام، مفهوما متغيرا من دولة إلى أخرى. فما يعتبر مخالفا للنظام العام في دولة معينة، قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى². فتعدد الزوجات -مثلا- يعد في الجزائر من النظام العام وكل قانون يحضره يعتبر مخالفا للنظام العام الجزائري. بينما على النقيض من ذلك، فمسألة التعدد في حد ذاتها تخالف النظام العام في فرنسا، وكل قانون يجيزه يعتبر مخالفا للنظام العام الفرنسي. ونفس الشيء بالنسبة لزواج المسلمة بغير المسلم، فبينما يعتبر مخالفا للنظام العام في القانون الجزائري لا يعتبر كذلك في القانون الفرنسي... والأمثلة كثيرة لا يمكن حصرها.

هذا، ونسبية فكرة النظام العام ليست فقط في المكان من دولة إلى أخرى، وإنما أيضا من حيث الزمان داخل الدولة الواحدة. فالقانون الفرنسي مثلا، كان يحضر الطلاق قبل سنة 1884، وعندما أجاز الطلاق إبتداء من هذا التاريخ، أصبح غير متعارض مع النظام العام الفرنسي، كذلك بالنسبة لإثبات النسب غير الشرعي، فبعد أن كان محضورا في فرنسا، أصبح بعد سنة 1912 يسمح به ولا يتعارض مع مقتضات النظام العام الفرنسي³.

هكذا يتضح، أن مفهوم النظام العام مفهوم متغير، يختلف من زمان لآخر، ومن دولة لأخرى. وذلك بخلاف مفهوم النظام العام في الشريعة الإسلامية، إذ يعتبر مفهوما ثابتا غير قابل للتغير، فهو يرتكز على دعامة قوية وهي الدين الإسلامي⁴.

1 - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 276.

2 - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 173.

3 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 149، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 591.

4 - بليعقوي بلخير، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 05 سنة 2008، ص 207.

ثالثا: النظام العام نظام قضائي

يعتبر القاضي، المشرع لهذه المادة المرنة، فهو الذي يقدر ما إذا كان القانون الأجنبي المختص، متعارضا مع النظام العام في دولة أم لا. غير أن ذلك لا يعني ترك الأمر لتقديره الشخصي أو لمعتقداته، وإنما يتعين عليه أن يقدره على أسس موضوعية خاضعا في ذلك لرقابة المحكمة العليا¹.

وقد نبهت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري إلى هذه المسألة، وأشارت إليها بالنص على أنه "يخلق بالقاضي أن يتحرر من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام والآداب، فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهبها عاما تدين به الجماعة لا مذهبها خاصا فرديا"².

المطلب الثاني: شروط الدفع بالنظام العام والآثار المترتبة عليه

إن الطبيعة الإستثنائية للنظام العام، تقتضي توافر شروط معينة يتقيد بها القاضي (الفرع الأول) قبل أن يقرر إستبعاد القانون الأجنبي، وإحلال قانونه لما له من إختصاص إستثنائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الدفع بالنظام العام

يشترط لإعمال الدفع بالنظام العام، أن يكون الإختصاص التشريعي ثابتا لصالح قانون أجنبي (أولا) وأن يكون هذا القانون مخالفا للنظام العام في دولة القاضي (ثانيا) وأن تكون هذه المخالفة للنظام العام حالية (ثالثا).

أولا: ثبوت الإختصاص التشريعي للقانون الأجنبي

1 -نادية فضيل، المرجع السابق، ص 120، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 174، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 594.
2 -زروقي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، ج 2، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1990-1991، ص 327 .

معنى ذلك، أنه يتعين لإعمال الدفع بالنظام العام، أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختصا بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، فإذا لم يكن كذلك فلا داعي للتمسك بالنظام العام لإستبعاده من ميدان التطبيق.

وفي هذا المعنى يقول الفقيه "نيبوايه" «إن الهدف من الدفع بالنظام العام، هو حماية الدولة من أخطار بعض الحالات التي تطبق فيها القوانين الأجنبية، فإذا لم تكن هناك قوانين أجنبية واجبة التطبيق، فالخطر ينعدم تماما ولا تدعو الحاجة إلى اللجوء إلى إستعمال الدفع بالنظام العام»¹.

وتأسيسا على ذلك، فلا يثار الدفع بالنظام العام ضد القانون الأجنبي، إذا كان هذا الأخير يمكن إستبعاده بموجب نصوص خاصة مثلا، تلك الحالات السابق التفصيل فيها مثلا، بالنسبة للرابطة الزوجية، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج، يطبق القانون الجزائري وحده، كذلك إذا تعلق الأمر مثلا، بنزاع أسري لشخص يحمل عدم جنسيات من بينها الجنسية الجزائرية ففي هذه الحالة أيضا يطبق القانون الجزائري... وغيرها من الحالات، فلا نكون بحاجة للدفع بالنظام العام، حتى ولو توافرت مقتضياته، وذلك لوجود أسباب أخرى تحقق ذات النتيجة وهي إستبعاد القانون الأجنبي وتطبيق القانون الجزائري.

كذلك لا مجال لإعمال الدفع بالنظام العام، إذا كان قانون القاضي هو المختص بحكم النزاع - وهذا أمر بديهي - كأن يكون مثلا، قانونا سياسيا أو إقليميا، بصفته قانون الموقع، أو قانون محل وقوع الفعل الضار...

ثانيا: توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام

يتعين لإستبعاد القانون الأجنبي من ميدان التطبيق - بإسم النظام العام - أن يكون حكمه متعارضا مع مقتضى من مقتضيات النظام العام لدولة القاضي، مع العلم أن مفهوم القانون الأجنبي يشمل التصرفات القانونية والأحكام القضائية عند تنفيذها في دولة القاضي².

1- بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 131.

2 - paul lagarde, ordre public, rép, internat, dalloz, 1998, p 03, Supra N°17.

هذا، وقد عبر المشرع التونسي صراحة عن هذا الشرط في الفصل 1/36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي بقوله: «لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام، إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الإختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي».

كما قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأنه «لا يجوز إستبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقا للمادة 28 من القانون المدني، إلا إذا كانت أحكامه تتعارض مع الأسس السياسية أو الإجتماعية أو الإقتصادية أو الخلقية في الدولة»¹.

هذا، ومن المتفق عليه فقها، أن مقتضيات النظام العام، هي تلك الأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمع معين في عصر معين. وهذه الأسس، تختلف باختلاف الزمان والمكان²، فعلى سبيل المثال، يعتبر الزواج لدى بعض الدول نظاما مدنيا، بينما تعتبره دول أخرى نظاما دينيا، ويعتبر تعدد الزوجات مخالفا للنظام العام في الدول المسيحية، بينما هو مباح في الدول الإسلامية... إلى غير ذلك من المسائل التي تمس النظام العام في دولة دون الأخرى.

وكتيجة لذلك، أي أمام عدم ثبات مقتضيات النظام العام، يبقى القاضي هو المنوط به أمر تحديد هذه المقتضيات وتقديرها، معتمدا في ذلك على معيار موضوعي يقوم على وجود تعارض حقيقي بين القانون الأجنبي والمبادئ الأساسية السائدة في مجتمعه³.

هذا، ولا يكتفي جانب من الفقه، بتوافر أحد مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، لكي يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص أصلا، بل يقتضي فضلا عن ذلك، أن يقوم القاضي بفحص القانون الأجنبي قبل إستبعاده بإسم النظام العام، وذلك بتحليله للواقع السياسي والإجتماعي والإقتصادي للمجتمع الذي صدر فيه هذا القانون، وبإجراء موازنة بين قانونه والقانون

1- نقلا عن، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 384

2- بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 138.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 782.

الأجنبي الواجب التطبيق، لمعرفة مدى تشابه نمط الحياة الإجتماعية والإقتصادية... وهذا ما يعبر عنه بتحليل مقتضيات النظام العام. ومن خلال إجراء القاضي لهذا التحليل قد يعدل عن إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أو على الأقل يقلل من فرص إستبعاده¹.

غير أنه من الصعوبة التسليم بهذه الفكرة، نظرا لما تؤدي إليه من مشقة في التطبيق. ذلك أن القاضي الوطني بالنظر إلى وظيفته وحدود إختصاصاته لا يستطيع القيام بذلك. فمسألة بحث المجتمع الأجنبي، وتحليل ظروفه السياسية، والإجتماعية، والإقتصادية، لمعرفة مدى تقارب أفكاره مع الأحكام السائدة في مجتمع دولة القاضي، تعتبر مسألة بالغة التعقيد، يصعب على القاضي التصدي لها، فهو لا يملك معيارا يقيس به مدى مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام، سوى المعيار المستمد من نظامه القانوني، بموجبه يقوم بإستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، كلما إتضح له أنه يتضمن أحكاما تتعارض تعارضا صارخا مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمعه².

ثالثا: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية

أشرنا فيما سبق، إلى أن فكرة النظام العام، فكرة متغيرة في الزمان، فما يعتبر متعلق بالنظام العام في زمن معين، قد لا يعتبر كذلك في زمن آخر، داخل نفس النظام القانوني. ومن هنا يثور التساؤل حول اللحظة التي يجب أن يعتد بها القاضي ليقرر مدى تعارض أو إتفاق القانون، الأجنبي الواجب التطبيق مع مقتضيات النظام العام في دولته؟ ذلك أن هذا القانون قد يكون مخالفا للنظام العام وقت نشوء العلاقة القانونية، ولكنه يصبح غير ذلك وقت رفع النزاع، أو الفصل فيه، على إثر تعديل تشريعي لاحق، فهل يستبعد القاضي تطبيقه رغم ذلك؟

إستقر الرأي على الأخذ بمبدأ آنية أو حالية النظام العام *actualité de l'ordre public* ومضمونه أن العبرة في تقدير مقتضيات النظام العام، بلحظة الفصل في الدعوى، لا وقت نشوء

1- بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 139.

2- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 189.

العلاقة محل النزاع¹، لأنه الوقت الذي يتم فيه تطبيق القانون الأجنبي. فمتى كان ذلك القانون في وقت تطبيقه مخالفا لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي، تعين على القاضي إستبعاده². والواقع أن هذه المسألة -أي مسألة حالية النظام العام- تعتبر في غاية الأهمية. وقد لفتت إنتباه الفقه، والقضاء، في العديد من الدول، نظرا لكونها تضع حدا فاصلا بين المفهوم السابق للنظام العام والمفهوم الجديد له، خاصة وأن مفهوم النظام العام في تغير وتطور مستمر³. فإذا ألقينا نظرة على القانون المقارن، فإنه يتبيّن لنا بوضوح مدى التغير الذي يطرأ على مفهوم النظام العام بإستمرار. ففي فرنسا مثلا، فبعد أن كان الطلاق محضورا قبل سنة 1884، أصبح في خلال هذه السنة مباحا، وكذلك فيما يتعلق بإثبات النسب الطبيعي، فقد كان محضورا قبل سنة 1912، إلا أنه في خلال هذه السنة أصبح يسمح به وغير مخالف للنظام العام⁴. وفي تركيا، فقد كان تعدد الزوجات أمرا مشروعاً في السابق، بينما هو اليوم محضورا ويخالف النظام العام، وهكذا الأمر في العراق، حيث كان تعدد الزوجات مباحا بصورة مطلقة إلى سنة 1959 حيث أصبح ممنوعاً في بعض الحالات ومخالف للنظام العام⁵. وفي إسبانيا، فبعد أن كان متأصلا مبدأ عدد جواز إنحلال الرابطة الزوجية بمقتضى التشريع الجمهوري في مادة الطلاق، إلا أن هذا القانون، قد تغير بعد صدور قانون 7 جويلية 1981، الذي أباح الطلاق فأصبح غير مخالف للنظام العام⁶. وفي بلجيكا أيضا، فقد كان الطلاق محضورا، وعندما صدر قانون 27 جوان 1961 أباحه وأصبح غير مخالف للنظام العام⁷.

1- أحمد عبد الكرم سلامة، المرجع السابق، ص 780، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 187.

2- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 187.

3- بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 142.

4- علي عي سليمان، المرجع السابق، ص 149.

5- غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 237.

6- بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 144.

7- بلمامي عمر، نفس المرجع، ص 144.

وعلى كل، فمهما توالى التشريعات، وتعاقت داخل نفس النظام القانوني، فإن العبرة-وكما أسلفنا الذكر - باللحظة التي يفصل فيها القاضي في النزاع، لا وقت نشوء العلاقة محل النزاع. هذا هو الحل الذي إستقر عليه القضاء في العديد من الدول، ففي فرنسا مثلاً، قبل سنة 1923 كان القانون الفرنسي يشترط لصحة التبنى، أن يكون الزوجان المتبنيان قد بلغا من السن ما يجعلهما يائسين من الإنجاب، ولما صدر في سنة 1923 قانون يبيح التبنى، حتى لمن بلغوا هذه السن، وطعن أمام محكمة باريس في صحة تبني حصل في الخارج قبل صدور هذا القانون بإعتباره مخالفا للنظام العام- لأن المتبنين كانا شابين-قضت المحكمة برفض الطعن بإعتبار أن مثل هذا التبنى قد أصبح غير مخالف للنظام العام.

وقبل سنة 1912 كان القانون الفرنسي، يمنع رفع دعوى إثبات نسب الولد الغير شرعي ويعتبر مثل هذه الدعوى مخالفة للنظام العام، وحين صدر في هذه السنة قانون يبيح رفع هذه الدعوى، تقدم الكثير من الأبناء غير الشرعيين إلى القضاء طالبين إثبات نسبهم. فرغم أن مولدهم كان قد حدث قبل سنة 1912، فإن المحكمة قبلت طلبهم¹.

ونفس الحل أخذ به القضاء الإيطالي، حيث أباح هو الآخر رفع دعوى الطلاق سنة 1974 -وهي السنة التي صدر فيها في إيطاليا قانونا يجيز الطلاق-، ولو حصل الزواج قبل ذلك التاريخ، أي عندما كان الطلاق ممنوعا في إيطاليا².

يتضح مما سبق، أن نظرية حالية النظام العام تعتبر شرطا أساسيا لإستبعاد القانون المختص بسياسة النظام العام. لذلك يتحتم على القاضي عند إعماله لهذا الدفع، أن يقدر مدى مخالفة القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام في دولته وقت فصله في النزاع، لا وقت نشوء العلاقة محل النزاع، وذلك حتى يكون تقديره موضوعيا لا شخصيا³.

1 -علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 153.

2 -زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين... المرجع السابق، ص 280.

3- يوسف فتيحة، النظام العام و العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد 5، سنة 2008، ص 215.

الفرع الثاني: آثار الدفع بالنظام العام

إذا تبين للقاضي بعد فحصه للقانون الأجنبي الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، أنه يتعارض مع الأسس الجوهرية والأساسية التي يقوم عليها كيان مجتمعه، تعين عليه تحريك الدفع بالنظام العام. فما هو الأثر الذي يترتب على ذلك؟ للإجابة على ذلك، يقتضي الأمر التمييز بين أثر الدفع بالنظام العام فيما يخص إنشاء الحقوق، وبين أثره بالنسبة للحقوق المكتسبة.

أولاً: أثر الدفع بالنظام العام فيما يخص إنشاء الحقوق:

تنص المادة 2/24 ق-م.ج على أنه "...يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة."

يتضح من خلال هذا النص، أنه يترتب على أعمال الدفع بالنظام العام، إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وإحلال القانون الجزائري محله لماله من إختصاص إستثنائي في هذا الفرض، وهذا الإحلال قد يتم بطريقة سلبية وقد يتم بطريقة إيجابية¹.

فهو يتم بطريقة سلبية، عندما يقتصر دور القاضي على إستبعاد القانون الأجنبي، والقضاء برفض الطلب، لأن قاعدة النظام العام في قانونه ناهية، مثال ذلك، أن يطالب فرنسي مسيحي بنصيبه من الميراث من قريبه الفرنسي المسلم، أمام القضاء الجزائري، فيرفض القاضي الجزائري طلبه إستناداً إلى قاعدة عدم جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم، وهي قاعدة من النظام العام عندنا، أو كأن يتقدم زوجان أمام قاضي الحالة المدنية قصد إبرام عقد زواجهما، وكانت الزوجة مسلمة والزوج غير المسلم، فيرفض القاضي الجزائري إبرام هذا الزواج لمخالفته للنظام العام تطبيقاً لنص المادة (30 ق.أ.ج المعدلة) التي تمنع زواج المسلمة بغير المسلم.

1 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 154.

ويتم بطريقة إيجابية، عندما تكون قاعدة النظام العام فيه أمرة مثال ذلك، كأن يتقدم زوجان مختلفي اللون أمام القاضي الجزائري لإبرام عقد زواجهما، وكان قانون جنسيتها لا يجيز مثل هذا الزواج، فيستبعد القاضي تطبيق ذلك القانون، ويطبق قانونه الذي يجيز هذا الزواج. هكذا يبدو إذن، أن إستبعاد القانون الأجنبي، يترتب عنه في كلتا الحالتين إحلال قانون القاضي محله، ففي الحالة الأولى طبق القاضي قانونه الذي يمنع إنشاء علاقة يجيزها القانون الأجنبي، وفي الحالة الثانية، طبق القاضي قانونه الذي يسمح بنشوء علاقة لا يسمح بها القانون الأجنبي، وهذا ما أصطلح على تسميته بالأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام. فلا شك إذن، أن تطبيق القانون الجزائري لسد الفراغ التشريعي الذي يترتب على إستبعاد القانون الأجنبي بإسم النظام العام، يعتبر أكثر الحلول الملائمة لإعتبارات عملية. فهو بالدرجة الأولى قانون معلوم لدى القاضي مما يجنبه مشقة البحث عن مضمونه¹، وفضلا على ذلك، فهو يتلاءم مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية². وقد تبنت هذا الحل العديد من الدول، فنصت عليه صراحة في تشريعاتها، كالكويت³، تونس⁴. وفضلا على ذلك، فله تطبيقات قضائية عديدة، فقد أخذ به القضاء الجزائري في العديد من المناسبات خاصة في مجال الأحوال الشخصية الذي يعد المجال الخصب لإثارة الدفع بالنظام العام بإعتبار أن قانون الأسرة مستمدة أحكامه من مبادئ الشريعة الإسلامية.

1- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 620.

2- سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 239.

3- نصت على ذلك المادة 73 من القانون رقم 05 لسنة 1971 بقولها: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص الواردة في هذا الباب، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في الكويت، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي" نقلا للنص عن، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 620.

4 - ART36 al.05 du code de droit international privé tunisienne qui dispose « le juge applique les dispositions de la lois tunisienne au lieu des dispositions de la loi étrangère écartées ».

ففي مسألة تتعلق بإثبات النسب، جاء في إحدى حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا أن "الإعتراف بتثبيت النسب في ظل القانون الفرنسي يخالف النظام العام بالجزائر، لأنه لا يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا بالزواج طبقاً لأحكامه السمحة"¹.
فهنا إستبعد القضاء الجزائري، القانون الفرنسي الواجب تطبيقه لتعارضه مع النظام العام الجزائري، لأن تثبيت النسب لا يكون إلا بالزواج الصحيح، ومن ثم لا ينسب الولد لأبيه بل لأمه.
وفي مسألة تتعلق بموانع الإرث، جاء في إحدى حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا: "إذا كان مبدئياً أن الإبن له الحق في أن يرث أمه، وهذا وفقاً لكل القوانين، فإن الشريعة الإسلامية تمنع التوارث بين المسلم وغير المسلم، وحيث أن الأم مسلمة والإبن غير مسلم"².
بموجب هذا القرار إستبعد القاضي الجزائري القانون الأجنبي الذي يميز التوارث بين المسلم وغير المسلم، وطبق قانونه الذي يمنع هذا التوارث.

وفي فرنسا أيضاً، هناك تطبيقات عديدة لهذا الحل، فقد أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قضية شهيرة، تتلخص وقائعها في أن أميركا يدعى نيلسون موريس "Nilson Morris" كان قد تزوج ممثلة تدعى جان أوبير "Jeanne Aubert"، وكانت قد إحتفظت بجنسيتها الفرنسية عند الزواج طبقاً لقانون الجنسية الفرنسية الصادر سنة 1927، وكان زوجها قد إشتراط عليها عند الزواج أن تترك المسرح، وأن لا تعود إلى التمثيل، إلا أنها خالفت ذلك الشرط وتعاقدت مع أحد أصحاب المسارح بباريس لتقوم بالتمثيل، فرفع الزوج دعوى أمام محكمة السين مطالباً صاحب المسرح، بعدم التعاقد مع زوجته وبالتعويض، فدفع صاحب المسرح، أن قانون جنسية الزوج -وهو القانون الأمريكي الواجب التطبيق طبقاً لقاعدة الإسناد الفرنسية-، يميز للزوجة بالتمثيل بدون إذن زوجها. فرفضت المحكمة دفع صاحب المسرح وإستبعدت تطبيق القانون الأمريكي وذلك

1- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1991/04/23، غير منشور، نقلاً عن عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 164.
2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 25 جويلية 1995، ملف رقم 123051، م.ق، العدد 1، سنة 1996، ص 113-116.

لمخالفته للنظام العام الفرنسي من هذه الناحية، وطبقت القانون الفرنسي في حكمها الصادر بتاريخ 8 أبريل 1930¹.

وفي قضية أخرى تدعى بقضية "Patino"²، قضت محكمة النقض الفرنسية بالقبول بالتفريق الجسماني بين زوجين بوليفيين، على الرغم من أن قانونهما الوطني يمنع ذلك، معتبرة ذلك المنع مخالف للنظام العام الفرنسي.

على ضوء ما تقدم، نخلص بالقول إلى أن تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، يكون مرهونا دائما بعدم تعارضه مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي وإذا كان متعارضا مع مقتضيات النظام العام، تعين على القاضي إستبعاده من ميدان التطبيق والتصدي لسد الفراغ التشريعي الناجم عن ذلك، على هدي قواعد قانونه.

غير أن هناك تساؤل يطرح في هذا المقام، وهو في حالة ما إذا كان ذلك القانون الأجنبي لا يتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، إلا في بعض أحكامه، فهل يقوم القاضي بإستبعاده برمته أم أنه يقتصر على إستبعاد الجزء المخالف للنظام العام فيه فقط؟

يرى جانب من الفقه، أن إستبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية، ينبغي أن يكون كليا، لأن إستبعاد جزء منه فقط دون الأجزاء الأخرى يتنافى مع الحكمة من

1- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 154.

2 - cass . civ, 15-05-1963, v , pierre mayer, vincent Heuzé, OP cit, P155.

قاعدة الإسناد التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملاً، لا بعض أحكامه، كما أن الإستبعاد الجزئي يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه خارج الحدود التي رسمها له مشرعه¹.

غير أن غالبية الفقه، ترى بوجوب إستبعاد الجزء المخالف للنظام العام فقط، دون بقية الأجزاء الأخرى، التي لا تتعارض مع مقتضيات النظام لدولة القاضي، إذ نكون بذلك قد إحتفظنا للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد التي قررت تطبيقه بأكبر قدر من الفعالية². وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الحل في العديد من أحكامها، من ذلك حكمها الصادر في قضية "Fayeulle" في 8 نوفمبر 1943³، حيث إستبعدت طرق إثبات النسب الطبيعي المقررة في القانون الألماني المختص، وأبقت على آثار النسب لكونها غير مخالفة للنظام العام الفرنسي.

كما قنن المشرع التونسي هذا الحل صراحة في المادة 4/36 التي نصت على أنه "...لا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام، سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي".

ونحن من جهتنا، وأمام غياب أي نص تشريعي مماثل، نميل إلى الأخذ بهذا الرأي، فالأجدر أن يستبعد الجزء المخالف للنظام العام فقط، دون بقية الأجزاء الأخرى، حفاظاً على إستقرار المعاملات الدولية وإزدهارها، غير أنه ومع ذلك إذا كان ذلك الجزء المخالف للنظام العام يرتبط إرتباطاً وثيقاً بالأجزاء الأخرى، بحيث يصبح من المتعذر على القاضي أن يكتفي بإستبعاده دون بقية الأجزاء، فلا مناص في هذه الحالة من إستبعاد القانون الأجنبي برمته وإحلال القانون الوطني محله إحتلالاً كاملاً.

ثانياً: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة:

قد ينشأ حق في دولة أجنبية ويكون مخالف للنظام العام الجزائري، فهل يمكن الاحتجاج بآثاره في الجزائر؟.

1- محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 83.

2- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 177، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 199.

3- cass. CIV,08 novembre 1943, V. Patrick courbe, OP CIT, P108.

الواقع من الأمر، أن المسألة تختلف باختلاف مدى تعارض الأثر ذاته مع مقتضيات النظام العام الجزائري، فإذا كانت هذه الآثار هي بدورها تتعارض تعارضا صارخا مع مقتضيات النظام العام، ففي هذه الحالة يلعب النظام دوره كاملا في إستبعاد الحق وإستبعاد آثاره، فمثلا من غير الممكن أن نتصور قبول الإعتراف في الجزائر بآثار زواج تم في الخارج، بين مسلمة وغير مسلم أو بين شخصين من نفس الجنس، لأن ذلك يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي لا تميز في هذه الحالات بين إنشاء الحق وآثاره.

أما إذا كان الأمر بخلاف ذلك، بأن كانت تلك الآثار لا تتعارض مع مقتضيات النظام العام الجزائري، فلا مانع في هذه الحالة من الإعتراف بها، واستبعاد الدفع بالنظام العام بشأنها، وهذا هو الأثر المخفف للنظام العام *Effet atténué de l'ordre public* وله تطبيقات عديدة في القضاء الفرنسي. فقد درج هذا الأخير على الإعتراف بصحة الزواج الديني المبرم في الخارج طبقا للقانون المحلي والإعتداد بكافة آثاره القانونية في فرنسا، شأنه في ذلك شأن الزواج المدني المعمول به في فرنسا، مع انه لو أريد إنشاء زواج ديني في فرنسا بين أجنبي - ولو كان قانونهم الشخصي يسمح بذلك - لما جاز ذلك¹. وبالمثل، فقد إعترف هذا القضاء أيضا للزوجة الثانية بالحق في النفقة الزوجية². على الرغم من أن نظام تعدد الزوجات محظور في فرنسا ولا يسمح بإنشائه، حتى ولو تعلق الأمر بأجنبي تجيزه قوانينهم.

هذا، وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن الحق الناشئ عن طريق إحلال القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد إعمالا للدفع بالنظام العام، يحتج بآثاره في الجزائر، بينما يكون عدم الأثر في البلد المستبعد قانونه. أما الإحتجاج به في دولة ثالثة، فهو يتوقف على مدى موافقة مقتضيات النظام العام في هذه الدولة مع مقتضيات النظام العام في الجزائر، فإذا كانت مقتضيات النظام العام متشابهة في كلا الدولتين، فيمكن الإحتجاج بآثاره في تلك الدولة الأجنبية

1- زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 285.

2 - Mohand issad, droit international privé, T1, les règles de conflits, O. P.U, Alger, éd 1980,p203.

أما إذا كانت مختلفة وغير متوافقة، فلا يجوز الاحتجاج بآثاره فيها، وتعرف هذه المسألة بالأثر

الإنعكاسي للنظام العام *l'effet reflex de l'ordre public*.

مثال ذلك: لو أبرم زوجان يونانيان زواجهما في الجزائر طبقا للشكل المدني، وأرادا الإحتجاج بصحته في إحدى الدول العربية، فلا ريب أن لهما ذلك، لأن مقتضيات النظام السائد بين الدول العربية في هذه المسألة متشابهة، حيث أن الزواج فيها نظام مدني، ولكن هذه العلاقة سوف تكون عديمة الأثر مثلا في بلغاريا قبل قانون 1952 لأن قانونها السابق كان يستلزم لصحة الزواج أن يتم في الشكل الديني¹.

هكذا يبدو ومما سبق بيانه، أن تدخل النظام العام لإستبعاد القانون الأجنبي، يختلف من قضية لأخرى، لذلك يتعين على القاضي عند إعماله لنص المادة 24 ق.م.ج أن يكون حريصا في إستخدامه لهذا الدفع، وأن يأخذ بعين الإعتبار خصوصيات الحياة الخاصة الدولية وحاجاتها. لأن التوسع في تطبيق القانون الوطني على حساب القانون الأجنبي المختص، من شأنه أن يضر بالتعاون القائم بين الدول، ويهدد المراكز القانونية والمعاملات الدولية.

1- زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 287.

إذا كان تطبيق القانون الجزائري في نطاق العلاقات الوطنية البحتة أمر تفرضه السيادة، فإن تطبيقه إستثناء في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، أمر فرضته المصلحة الوطنية. و من خلال ما تم عرضه يبدو لنا جليا، و مما لا يدع مجالا للشك، أن المشرع الجزائري قد تغالى في إقرارها بموجب نصوصه القانونية- لا سيما بعد التعديل الجديد- إلا أنه مع ذلك قد تحلل موقفه هذا بعض الثغرات نأمل أن يتداركها مستقبلا.

كانت نقطة البداية في دراستنا للإستثناء المتعلق بالأهلية، والذي تضمنته المادة 2/10 ق.م.ج، فقد رأينا من خلال دراستنا له أن المشرع الجزائري قد كفل بموجبه حماية فعالة للمتعاقد الوطني حسن النية، لأن الإستعلام عن الأهلية فيما بين المتعاقدين أمر في غاية الصعوبة، لا سيما في تلك المعاملات التي تتم بين الوطنيين و الأجانب، و التي إزداد حجمها و بشكل ملحوظ خصوصا مع إنفتاح الجزائر على التجارة الدولية، و إتساع حركة المعاملات مع الخارج. لذلك لو تركنا العنان لتطبيق القانون الشخصي على الأهلية، فإن ذلك سيلحق ودون شك ضرا بمصلحة المتعاقد الوطني حسن النية في كل مرة يتمسك فيها الأجنبي بنقص أهليته طبقا لقانون جنسيته، وهذا الأمر بحد ذاته يسبب إضطرابا في المعاملات و يزعزع الثقة اللازمة لنمو تلك المعاملات.

هذا، وما يلاحظ أيضا من خلال هذا الإستثناء، أن المشرع الجزائري لم يسع من ورائه إلى حماية المتعاقد الوطني فقط، وإنما سعى بموجبه إلى حماية الاقتصاد الوطني ككل، فهو لم يشترط لإعمال هذا الاستثناء أن يكون أحد الطرفين أجنبيا، بل إشرط فضلا على ذلك، أن تكون هذه التصرفات قد أبرمت في الجزائر و أنتجت آثارها فيها.

و في سياق حديثنا عن الأهلية، فقد رأينا أنّ المشرع الجزائري قد خطا خطوة هامة وفعالة بموجب التعديل الجديد، بإضافته لفقرة جديدة للمادة 15 ق.م.ج ، و التي أقر بموجبها

تطبيق القانون الجزائري على التدابير الإستعجالية المتعلقة بعديمي الأهلية ومن في حكمهم إذا كان هؤلاء موجودين بالجزائر أو تعلقت بأموالهم الموجودة فيها، فهذا أمر بالغ الأهمية، لأن التدابير الاستعجالية لا ينتظر لإتخاذها الفصل في النزاع، و من ثم فان تطبيق القانون الشخصي عليها من شأنه الإضرار بمصالح القاصر.

أما بالنسبة للإستثناء الذي تضمنته المادة 13 ق.م.ج، و القاضي بتطبيق القانون الجزائري على الرابطة الزوجية، فبرأينا حسنا فعل المشرع الجزائري بإقراره لهذا الإستثناء، و الذي حمى بموجبه الرابطة الزوجية من الخضوع للقوانين الأجنبية، لا سيما و أن الرابطة الزوجية تعتبر من أهم مسائل الأحوال الشخصية المستلزمة أحكامها من مبادئ الشريعة الإسلامية ، والأفراد يريدون دوما الخضوع بشأن أحوالهم الشخصية لأحكام و مبادئ الديانة التي يتبعونها، هذا ما حاول المشرع الجزائري تجسيده فعلا من خلال هذا الإستثناء .

غير أنه، و إن كانت أهمية هذا الإستثناء حقيقة لا يمكن إنكارها، فمن خلال دراستنا الدقيقة له، إتضح لنا أنه يعتريه بعض الغموض، و ينطوي على تعارض يقلل من فعاليته، فقانون الجنسية الجزائرية الجديد، لم يميز في الحقوق والواجبات بين من له جنسية جزائرية أصلية و بين من له جنسية جزائرية مكتسبة، كما أنه لم يميز في هذا الصدد، بين من إكتسب الجنسية الجزائرية منذ وقت طويل و بين من إكتسبها منذ وقت قصير، فلمجرد حمل الشخص الجنسية الجزائرية تثبت له جميع الحقوق المقررة للوطنيين، ويقع عليه جميع الإلتزامات الملقاة على عاتقهم، في حين أننا نجد هذا الاستثناء ينطوي على تمييز، فالمشرع الجزائري ميّز بين من إكتسب الجنسية الجزائرية وقت الزواج، و بين من إكتسبها بعد ذلك، فجعل تطبيق قانونه مرهون بثبوت الجنسية الجزائرية لأحد الزوجين وقت الزواج لا بعده، وهذا الأمر يجد ذاته يشكل تعارضا نأمل أن يتداركه المشرع الجزائري مستقبلا.

أما بخصوص حالة تطبيق القانون الجزائري على مسائل الأحوال الشخصية لمتعدد الجنسية الوطني وفقا للحل المقرر بالمادة 2/22 ق.م.ج، و إن كنا لا ننكر أهميته في توسيع مجال تطبيق

القانون الجزائري، لما في ذلك من حماية للعنصر الوطني، كما من شأنه تجنيب القاضي مشقة البحث عن القانون الأجنبي... إلا أنه و من خلال دراستنا الدقيقة له، تبين لنا أن ترجيح الجنسية الجزائرية عن غيرها من الجنسيات المتنازعة، قد لا يكون ملائما في بعض الأحيان. فمثلا، كيف يعقل تطبيق القانون الجزائري وبالأخص أحكام الشريعة الإسلامية، على الأجنبي الذي اكتسب الجنسية الجزائرية و بقي مع ذلك محتفظا بجنسيته الأصلية و مرتبطا بإقليمها برابطة فعلية حقيقية و يخلص لها بولائه أكثر من غيرها، في حين أنه لا يرتبط بالإقليم الجزائري سوى برابطة واهية، لذلك، فالأفضل برأينا أنه كان على المشرع الجزائري الإعتداد بالجنسية الفعلية، حتى في الحالة التي تكون فيها الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات المتنازعة، لأن حماية العنصر الوطني تقتضي برأينا فضلا على حمله الجنسية الجزائرية، أن يكون مرتبطا بالإقليم الجزائري بصورة فعلية حقيقية.

وإلى جانب ذلك، فقد رأينا من خلال دراستنا الملمة للموضوع أن المشرع الجزائري قد وسّع مجال تطبيق قانونه-لا سيما مع التعديل الجديد الذي مس ق.م.ج-، آخذا في ذلك بمذاهب أغلبية الفقهاء، و ما إستقر عليه القضاء الفرنسي في هذا المجال، حيث أقر تطبيق قانونه بصفة إستثنائية في حالة إستبعاد القانون الأجنبي المختص من ميدان التطبيق، سواء بموجب نظرية الإحالة، أو في حالة صعوبة إثبات مضمونه، أو في حالة تعارضه مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي. وهذا الأمر يعتبر خطوة إيجابية و فعّالة، لأن ترك العلاقة دون قانون يحكمها بعد إستبعاد القانون الأجنبي المختص، سيلحق-و دون شك-ضررا بأطراف العلاقة التعاقدية.

ولكن على الرغم من ذلك، فمن خلال التحليل الذي أجريناه على مختلف هذه الحالات التي أقر المشرع الجزائري بموجبها إختصاصا إستثنائيا لصالح قانونه بعد إستبعاد القانون الأجنبي

صاحب الإختصاص الأصيل، خلصنا إلى جملة من النقاط التي لا بد من الإشارة إليها :

فبالنسبة للإحالة، رأينا أن تطبيق القانون الجزائري كلما أحالت عليه قواعد التنازع الأجنبية الإختصاص قد لا يكون ملائما في بعض الحالات، كما هو الشأن مثلا، في مجال الأحوال الشخصية، فمن غير اللائق تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية على أجنبيين متوطنين في الجزائر لمجرد أن قواعد التنازع الأجنبية ترفض الإختصاص، و تحيله إلى القانون الجزائري، فلا شك أن تطبيق القانون الجزائري في هذه الحالة، يشكل إخلالا صارخا بتوقعات الأفراد ، لذلك فالأفضل برأينا أنه كان على المشرع الجزائري إنتهاج فكرة الحل الوظيفي بهذا الخصوص، بحيث لا يقيد القاضي بجل عام مجرد، وإنما يترك له السلطة التقديرية الواسعة ليقرر مدى قبول الإحالة أو رفضها. فإذا تبين له أن الأخذ بالإحالة لا يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد، تعين عليه الأخذ بها وتطبيق قانونه ، أما إذا تبين له العكس، أي أن ذلك يتعارض و الغاية من قاعدة الإسناد ولا يحقق مراميها ،أو كان ذلك يشكل إخلالا صارخا بتوقعات الأفراد، تعين عليه في هذه الحالة رفضها وتطبيق القواعد المادية في القانون الأجنبي الذي حددته قواعد الإسناد الوطنية. تلك هي فكرة الحل الوظيفي، التي نؤيدها ونثق في قدرتها على رصد كثير من الحلول العادلة والمعقولة، لذلك نأمل أن ينتهجها المشرع الجزائري مستقبلا إقتداءا ببعض التشريعات الغربية في هذا المجال كالتشريع التشيكي وكذا الألماني مثلا.

أما بالنسبة للإختصاص الذي أقره المشرع الجزائري لصالح قانونه في حالة صعوبة إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص- و الذي سد بموجبه فراغا تشريعا هاما كان يخيم على موقفه سابقا- فقد فرغنا من خلال دراستنا له، أنه كان الأجدر بالمشرع الجزائري، أن يجعل تطبيق قانونه ليس مباشرة بعد تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص، و إنما يجعل ذلك بعد تعذر إثبات القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي الذي تعذر إثباته، لأن ذلك يحقق الغاية من قاعدة الإسناد، إذ تهدف هذه الأخيرة إلى إخضاع العلاقات الدولية إلى أكثر القوانين إرتباطا بها و أقدرهم بهذا الوصف على تحقيق العدالة.

أما بالنسبة للنظام العام فبرأينا حسنا فعل المشرع الجزائري عندما إعتترف بالأثر الايجابي للنظام العام، وسمح للقاضي بتطبيق قانونه كلما إتضح له أن القانون الأجنبي يتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولته. إلا أنه مع ذلك، فما يعاب على المشرع الجزائري بهذا الخصوص، هو عدم وضعه لنصوص قانونية أخرى، تبيّن بوضوح تطبيق الأحكام الواردة في المادة 24 ق.م.ج و منها ضرورة تبيان مقدار الإستبعاد الواقع على أحكام القانون الأجنبي، هل يكون جزئيا ينحصر فقط في المسألة المخالفة للنظام العام، أم يتعين إستبعاده كلية، والأفضل برأينا أن يكون الاستبعاد جزئيا و في حدود الحاجة، لأن التوسع في إستعمال النظام العام و الإكثار منه يؤدي إلى شلل المبادلات الدولية وتعطيل قواعد الإسناد وإنتفاء الحكمة من إقرارها. فالنظام العام- وكما يقول الأصوليون- هو دواء لداء لذلك يجب أن يستعمل هذا الدواء بقدر الداء.

و على العموم، تجدر بنا الإشارة إلى أن هذه الحالات التي أقر المشرع الجزائري بموجبها إختصاصا إستثنائيا لصالح قانونه منصوص عليها لدى غالبية التشريعات العربية منها و اللاتينية، الأمر الذي يجعل تطبيق القانون الجزائري في نطاق العلاقات الخاصة الدولية تطبيقا جامدا مقيدا بالحدود الإقليمية فقط، و لا يتعدها، لذلك فالحماية المقررة للوطني من جرّاء هذا التطبيق قد تتلاشى لمجرد عرضه لدعواه أمام قضاء دولة أخرى.

كما تجدر بنا الإشارة أيضا، في ختام هذه الدراسة المتواضعة، إلى أنه، وإن كان الأساس الكامن من وراء تطبيق القانون الجزائري في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، هو المصلحة الوطنية -على النحو السالف بيانه- فإنه فضلا على ذلك، يستجيب، وفي حالات معينة إلى الحكمة التي يهدف إليها الشارع من وراء تطبيق قواعد النزاع الوطنية. فهدف الشارع عند سنه لهذه القواعد، هو تطبيق القانون الذي تشير هذه القواعد بإختصاصه، بإعتباره أكثر القوانين إستجابة لطبيعة العلاقة الدولية محل النزاع، وأقدرهم بهذا الوصف على تحقيق العدالة لذلك فإن رفضت قواعد النزاع في ذلك القانون الإختصاص التشريعي المقرر لها، و أحالت الإختصاص للقانون الوطني، أو إذا تعذر على القاضي إثبات مضمون ذلك القانون، أو إتضح له تعارضه مع مقتضيات النظام

العام في دولته، فإن الرجوع إلى قانون القاضي عندئذ، لا يعتبر بعيدا عن حكمة التشريع لأنه ليس غريبا كليا على طبيعة النزاع، فهو على الأقل قانون المحكمة التي تنازع الخصوم أمامها.

إنتهى بعون الله وحمده.

CONVENTION CONCERNANT LA COMPÉTENCE DES AUTORITÉS ET LA LOI APPLICABLE EN MATIÈRE DE PROTECTION DES MINEURS

(Conclue le 5 octobre 1961)

Les Etats signataires de la présente Convention,

Désirant établir des dispositions communes concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et sont convenus des dispositions suivantes :

Article premier

Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat de la résidence habituelle d'un mineur sont, sous réserve des dispositions des articles 3, 4 et 5, alinéa 3, de la présente Convention, compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens.

Article 2

Les autorités compétentes aux termes de l'article premier prennent les mesures prévues par leur loi interne.

Cette loi détermine les conditions d'institution, modification et cessation desdites mesures. Elle régit également leurs effets tant en ce qui concerne les rapports entre le mineur et les personnes ou institutions qui en ont la charge, qu'à l'égard des tiers.

Article 3

Un rapport d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'Etat dont le mineur est ressortissant est reconnu dans tous les Etats contractants.

Article 4

Si les autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant considèrent que l'intérêt du mineur l'exige, elles peuvent, après avoir avisé les autorités de l'Etat de sa résidence habituelle, prendre selon leur loi interne des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens.

Cette loi détermine les conditions d'institution, modification et cessation desdites mesures. Elle régit également leurs effets tant en ce qui concerne les rapports entre le mineur et les personnes ou institutions qui en ont la charge, qu'à l'égard des tiers.

L'application des mesures prises est assurée par les autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant.

Les mesures prises en vertu des alinéas précédents du présent article remplacent les mesures éventuellement prises par les autorités de l'Etat où le mineur a sa résidence habituelle.

Article 5

Au cas de déplacement de la résidence habituelle d'un mineur d'un Etat contractant dans un autre, les mesures prises par les autorités de l'Etat de l'ancienne résidence habituelle restent en vigueur tant que les autorités de la nouvelle résidence habituelle ne les ont pas levées ou remplacées.

Les mesures prises par les autorités de l'Etat de l'ancienne résidence habituelle ne sont levées ou remplacées qu'après avis préalable auxdites autorités.

Au cas de déplacement d'un mineur qui était sous la protection des autorités de l'Etat dont il est ressortissant, les mesures prises par elles suivant leur loi interne restent en vigueur dans l'Etat de la nouvelle résidence habituelle.

Article 6

Les autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant peuvent, d'accord avec celles de l'Etat où il a sa résidence habituelle ou possède des biens, confier à celles-ci la mise en œuvre des mesures prises.

La même faculté appartient aux autorités de l'Etat de la résidence habituelle du mineur à l'égard des autorités de l'Etat où le mineur possède des biens.

Article 7

Les mesures prises par les autorités compétentes en vertu des articles précédents de la présente Convention sont reconnues dans tous les Etats contractants. Si toutefois ces mesures comportent des actes d'exécution dans un Etat autre que celui où elles ont été prises, leur reconnaissance et exécution sont réglées soit par le droit interne de l'Etat où l'exécution est demandée, soit par les conventions internationales.

Article 8

Nonobstant les dispositions des articles 3, 4 et 5, alinéa 3, de la présente Convention, les autorités de l'Etat de la résidence habituelle d'un mineur peuvent prendre des mesures de protection pour autant que le mineur est menacé d'un danger sérieux dans sa personne ou ses biens.

Les autorités des autres Etats contractants ne sont pas tenues de reconnaître ces mesures.

Article 9

Dans tous les cas d'urgence, les autorités de chaque Etat contractant sur le territoire duquel se trouvent le mineur ou des biens lui appartenant, prennent les mesures de protection nécessaires.

Les mesures prises en application de l'alinéa précédent cessent, sous réserve de leurs effets définitifs, aussitôt que les autorités compétentes selon la présente Convention ont pris les mesures exigées par la situation.

Article 10

Autant que possible, afin d'assurer la continuité du régime appliqué au mineur, les autorités d'un Etat contractant ne prennent de mesures à son égard qu'après avoir procédé à un échange de vues avec les autorités des autres Etats contractants dont les décisions sont encore en vigueur.

Article 11

Toutes les autorités qui ont pris des mesures en vertu des dispositions de la présente Convention en informent sans délai les autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant et, le cas échéant, celles de l'Etat de sa résidence habituelle.

Chaque Etat contractant désignera les autorités qui peuvent donner et recevoir directement les informations visées à l'alinéa précédent. Il notifiera cette désignation au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 12

Aux fins de la présente Convention on entend par « mineur » toute personne qui a cette qualité tant selon la loi interne de l'Etat dont elle est ressortissante que selon la loi interne de sa résidence habituelle.

Article 13

La présente Convention s'applique à tous les mineurs qui ont leur résidence habituelle dans un des Etats contractants.

Toutefois, les compétences attribuées par la présente Convention aux autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant sont réservées aux Etats contractants.

Chaque Etat contractant peut se réserver de limiter l'application de la présente Convention aux mineurs qui sont ressortissants d'un des Etats contractants.

Article 14

Aux fins de la présente Convention, si la loi interne de l'Etat dont le mineur est ressortissant consiste en un système non unifié, on entend par « loi interne de l'Etat dont le mineur est ressortissant » et par « autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant » la loi et les autorités déterminées par les règles en vigueur dans ce système et, à défaut de telles règles, par le lien le plus effectif qu'a le mineur avec l'une des législations composant ce système.

Article 15

Chaque Etat contractant peut réserver la compétence de ses autorités appelées à statuer sur une demande en annulation, dissolution ou relâchement du lien conjugal entre les parents d'un mineur, pour prendre des mesures de protection de sa personne ou de ses biens.

Les autorités des autres Etats contractants ne sont pas tenues de reconnaître ces mesures.

Article 16

Les dispositions de la présente Convention ne peuvent être écartées dans les Etats contractants que si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 17

La présente Convention ne s'applique qu'aux mesures prises après son entrée en vigueur.

Les rapports d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'Etat dont le mineur est ressortissant sont reconnus dès l'entrée en vigueur de la Convention.

Article 18

Dans les rapports entre les Etats contractants la présente Convention remplace la Convention pour régler la tutelle des mineurs signée à La Haye le 12 juin 1902.

Elle ne porte pas atteinte aux dispositions d'autres conventions liant au moment de son entrée en vigueur des Etats contractants.

Article 19

La présente Convention est ouverte à la signature des Etats représentés à la Neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.

Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 20

La présente Convention entrera en vigueur le soixantième jour après le dépôt du troisième instrument de ratification prévu par l'article 19, alinéa 2.

La Convention entrera en vigueur, pour chaque Etat signataire ratifiant postérieurement, le soixantième jour après le dépôt de son instrument de ratification.

Article 21

Tout Etat non représenté à la Neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé pourra adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 20, alinéa premier. L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérent et les Etats contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion. L'acceptation sera notifiée au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

La Convention entrera en vigueur, entre l'Etat adhérent et l'Etat ayant déclaré accepter cette adhésion, le soixantième jour après la notification mentionnée à l'alinéa précédent.

Article 22

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, pourra déclarer que la présente Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international, ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration aura effet au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour ledit Etat.

Par la suite, toute extension de cette nature sera notifiée au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Lorsque la déclaration d'extension sera faite par un Etat ayant signé et ratifié la Convention, celle-ci entrera en vigueur pour les territoires visés conformément aux dispositions de l'article 20. Lorsque la déclaration d'extension sera faite par un Etat ayant adhéré à la Convention, celle-ci entrera en vigueur pour les territoires visés conformément aux dispositions de l'article 21.

Article 23

Tout Etat pourra, au plus tard au moment de la ratification ou de l'adhésion, faire les réserves prévues aux articles 13, alinéa 3, et 15, alinéa premier, de la présente Convention. Aucune autre réserve ne sera admise.

Chaque Etat contractant pourra également, en notifiant une extension de la Convention conformément à l'article 22, faire ces réserves avec effet limité aux territoires ou à certains des territoires visés par l'extension.

Chaque Etat contractant pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite. Ce retrait sera notifié au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

L'effet de la réserve cessera le soixantième jour après la notification mentionnée à l'alinéa précédent.

Article 24

La présente Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date de son entrée en vigueur conformément à l'article 20, alinéa premier, même pour les Etats qui l'auront ratifiée ou y auront adhéré postérieurement.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation sera, au moins six mois avant l'expiration du délai de cinq ans, notifiée au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Elle pourra se limiter à certains des territoires auxquels s'applique la Convention.

La dénonciation n'aura d'effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera en vigueur pour les autres Etats contractants.

Article 25

Le Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas notifiera aux Etats visés à l'article 19, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 21 :

- a)* les notifications visées à l'article 11, alinéa 2 ;
- b)* les signatures et ratifications visées à l'article 19 ;
- c)* la date à laquelle la présente Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 20, alinéa premier ;
- d)* les adhésions et acceptations visées à l'article 21 et la date à laquelle elles auront effet ;
- e)* les extensions visées à l'article 22 et la date à laquelle elles auront effet ;
- f)* les réserves et retraits de réserves visés à l'article 23 ;
- g)* les dénonciations visées à l'article 24, alinéa 3.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le 5 octobre 1961, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats représentés à la Neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.

26. CONVENTION SUR LA CÉLÉBRATION ET LA RECONNAISSANCE DE LA VALIDITÉ DES MARIAGES

(Conclue le 14 mars 1978)

Les Etats signataires de la présente Convention,
Désirant faciliter la célébration des mariages et la reconnaissance de la validité des mariages,
Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et sont convenus des dispositions suivantes :

CHAPITRE I – CÉLÉBRATION DU MARIAGE

Article premier

Ce chapitre s'applique aux conditions requises dans un Etat contractant pour la célébration du mariage.

Article 2

Les conditions de forme du mariage sont régies par le droit de l'Etat de la célébration.

Article 3

Le mariage doit être célébré :

1. lorsque les futurs époux répondent aux conditions de fond prévues par la loi interne de l'Etat de la célébration, et que l'un d'eux a la nationalité de cet Etat ou y réside habituellement ; ou
2. lorsque chacun des futurs époux répond aux conditions de fond prévues par la loi interne désignée par les règles de conflit de lois de l'Etat de la célébration.

Article 4

L'Etat de la célébration peut exiger des futurs époux toutes justifications utiles du contenu de toute loi étrangère applicable selon les articles précédents.

Article 5

L'application d'une loi étrangère déclarée compétente par ce chapitre ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat de la célébration.

Article 6

Un Etat contractant pourra se réserver le droit, par dérogation à l'article 3, chiffre 1, de ne pas appliquer sa loi interne aux conditions de fond du mariage à celui des époux qui n'aurait pas la nationalité de cet Etat et n'y aurait pas sa résidence habituelle.

CHAPITRE II – RECONNAISSANCE DE LA VALIDITÉ DU MARIAGE

Article 7

Ce chapitre s'applique à la reconnaissance dans un Etat contractant de la validité d'un mariage conclu dans un autre Etat.

Article 8

Ce chapitre ne s'applique pas :

1. aux mariages célébrés par une autorité militaire ;
2. aux mariages célébrés à bord d'un navire ou d'un aéronef ;
3. aux mariages par procuration ;
4. aux mariages posthumes ;
5. aux mariages informels.

Article 9

Le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'Etat de la célébration, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout Etat contractant sous réserve des dispositions de ce chapitre.

Est également considéré comme valable le mariage célébré par un agent diplomatique ou un fonctionnaire consulaire conformément à son droit, à condition que cette célébration ne soit pas interdite par l'Etat de la célébration.

Article 10

Lorsqu'un certificat de mariage a été délivré par une autorité compétente, le mariage est présumé être valable jusqu'à preuve du contraire.

Article 11

Un Etat contractant ne peut refuser de reconnaître la validité d'un mariage que si, selon le droit de cet Etat, un des époux, au moment de ce mariage :

1. était déjà marié ; ou
 2. était à un degré de parenté en ligne directe avec l'autre époux ou était son frère ou sa sœur, par le sang ou par adoption ; ou
 3. n'avait pas atteint l'âge minimum requis pour se marier et n'avait pas obtenu la dispense nécessaire ; ou
 4. n'était pas mentalement capable de donner son consentement ;
- ou
5. n'avait pas librement consenti au mariage.

Toutefois, la reconnaissance ne peut être refusée dans le cas prévu au chiffre 1 de l'alinéa précédent si le mariage est devenu ultérieurement valable par suite de la dissolution ou de l'annulation du mariage précédent.

Article 12

Les règles de ce chapitre s'appliquent même si la question de la reconnaissance de la validité du mariage doit être tranchée, à titre incident, dans le contexte d'une autre question.

Toutefois, ces règles peuvent ne pas être appliquées lorsque cette autre question est régie, d'après les règles de conflit de lois du for, par le droit d'un Etat non contractant.

Article 13

La présente Convention ne fait pas obstacle dans un Etat contractant à l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance des mariages conclus à l'étranger.

Article 14

Un Etat contractant peut refuser la reconnaissance de la validité d'un mariage si cette reconnaissance est manifestement incompatible avec son ordre public.

Article 15

Ce chapitre est applicable quelle que soit la date à laquelle le mariage a été célébré. Toutefois, un Etat contractant pourra se réserver le droit de ne pas appliquer ce chapitre à un mariage célébré avant la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat.

CHAPITRE III – DISPOSITIONS GENERALES

Article 16

Un Etat contractant pourra se réserver le droit d'exclure l'application du chapitre I.

Article 17

Lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de mariage, toute référence au droit de l'Etat de la célébration est entendue comme visant le droit de l'unité territoriale dans laquelle le mariage est ou a été célébré.

Article 18

Lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de mariage, toute référence au droit de cet Etat en ce qui concerne la reconnaissance de la validité d'un mariage est entendue comme visant le droit de l'unité territoriale dans laquelle la reconnaissance est invoquée.

Article 19

Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de mariage n'est pas tenu d'appliquer la Convention à la reconnaissance, dans une unité territoriale, de la validité d'un mariage conclu dans une autre unité territoriale.

Article 20

Lorsqu'un Etat connaît en matière de mariage deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes, toute référence au droit de cet Etat est entendue comme visant le système de droit désigné par les règles en vigueur dans cet Etat.

Article 21

La Convention ne porte pas atteinte à l'application de toute convention, contenant des dispositions sur la célébration ou la reconnaissance de la validité du mariage, à laquelle un Etat contractant est Partie au moment où la présente Convention entre en vigueur pour lui.

La présente Convention n'affecte pas le droit d'un Etat contractant de devenir Partie à une convention, fondée sur des liens particuliers de caractère régional ou autre, contenant des dispositions sur la célébration ou la reconnaissance de la validité du mariage.

Article 22

La présente Convention remplace, dans les rapports entre les Etats qui y sont Parties, la Convention pour régler les conflits de lois en matière de mariage, conclue à La Haye le 12 juin 1902.

Article 23

Chaque Etat contractant, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, fera connaître au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas les autorités qui sont compétentes selon son droit pour délivrer le certificat de mariage visé à l'article 10, et ultérieurement tous changements concernant ces autorités.

CHAPITRE IV – CLAUSES FINALES

Article 24

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 25

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention.

L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 26

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, pourra déclarer que la Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration aura effet au moment où elle entre en vigueur pour cet Etat.

Cette déclaration, ainsi que toute extension ultérieure, seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 27

Un Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de mariage pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment étendre cette déclaration.

Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas et indiqueront expressément l'unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

Article 28

Tout Etat contractant pourra, au plus tard au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, faire une ou plusieurs des réserves prévues aux articles 6, 15 et 16. Aucune autre réserve ne sera admise.

Tout Etat pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite. Ce retrait sera notifié au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

L'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification mentionnée à l'alinéa précédent.

Article 29

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par les articles 24 et 25.

Ensuite, la Convention entrera en vigueur :

1. pour chaque Etat ratifiant, acceptant, approuvant ou adhérant postérieurement le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ;
2. pour les territoires auxquels la Convention a été étendue conformément à l'article 26, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Article 30

La Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date de son entrée en vigueur conformément à l'article 29, alinéa premier, même pour les Etats qui l'auront postérieurement ratifiée, acceptée ou approuvée ou qui y auront adhéré.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation sera, au moins six mois avant l'expiration du délai de cinq ans, notifiée au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas. Elle pourra se limiter à certains territoires ou unités territoriales auxquels s'applique la Convention.

La dénonciation n'aura d'effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera en vigueur pour les autres Etats contractants.

Article 31

Le Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 25 :

1. les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 24 ;
2. les adhésions visées à l'article 25 ;
3. la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 29 ;
4. les extensions visées à l'article 26 ;
5. les déclarations mentionnées à l'article 27 ;
6. les réserves prévues aux articles 6, 15 et 16, et le retrait des réserves prévu à l'article 28 ;
7. les communications notifiées en application de l'article 23 ;
8. les dénonciations visées à l'article 30.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le 14 mars 1978, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas et dont une

copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.

اتفاقية أطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال

اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال.

إن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية،

رغبة منهما في دعم التعاون القضائي،

وحرصا منهما على تحقيق أحسن حماية لأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، وحرية تنقلهم بين البلدين.

واقترعا منهما بضرورة رعاية مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى.

ووعيا منهما بأن مصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة ومنتظمة مع والديه الذين هما في حالة الانفصال، حيثما توجد إقامتهما.

اتفقتا على ما يلي:

الفصل الأول

أحكام عامة

المادة الأولى: تعين وزارتا العدل سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالتزامات المحددة في هذه الاتفاقية، ولهذا الغرض تتعامل هاتان السلطتان المركزيتان مباشرة، وتكون تدخلاتهما مجانا، كما تتعهدان بترقية تعاون السلطات المختصة في مجال حماية القصر.

المادة 2: يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى، جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي:

(أ) البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.

(ب) تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لا سيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.

(ج) تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة.

(د) تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا.

(هـ) ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم.

(و) اطلاع السلطة المركزية الملتزمة على التدابير المتخذة والنتائج المخصصة لها.

(ز) تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه.

المادة 3: يتمتع الوالدان المنتازعان، بقوة القانون، في تراب كل من الدولتين بالمساعدة القضائية دون مراعاة مواردهما، من أجل تطبيق هذه الاتفاقية.

المادة 4:

تتخذ إجراءات الحماية القضائية أو الإدارية الخاصة بشخص الطفل القاصر من رعايا إحدى الدولتين فقط بعد استشارة القنصلية المختصة لهذه الدولة.

تعلم القنصلية المختصة إقليميا بإجراءات الحماية القضائية أو الإدارية الخاصة بشخص الطفل القاصر المولود من أحد رعايا إحدى الدولتين فقط بمجرد اتخاذها.

الفصل الثاني

المحافظة على علاقات الطفل بالوالدين

المادة 5: يقصد بالجهة القضائية المختصة في هذه الاتفاقية الجهة القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي، باعتباره مكان الحياة العائلية المشتركة.

المادة 6: يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود أحد البلدين وفيما بين حدودهما.

كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التابعة للطرفين المتعاقدين وينص على حضانة طفل، يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة بما في ذلك بين حدود البلدين.

وإذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل.

المادة 7: يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر.

يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسلمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة.

المادة 8: يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما.

إذا لم يرد الطفل الذي أخذ إلى البلد الآخر إلى الوالد الحاضن عند انتهاء فترة الزيارة فيما بين حدود البلدين التي حددتها السلطة القضائية المختصة حسب مفهوم المادة 5، فلا يمكن رفض الاعتراف بالتدابير القضائية القابلة للتنفيذ المتضمنة حق الزيارة فيما بين حدود بلديهما ولا رفض تنفيذها الفوري، وهذا رغم أي حكم صادر أو دعوى مباشرة فيما يخص حضانة الطفل.

تطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة إذا تم تنقل الطفل خارج الفترات التي حددتها السلطة القضائية المختصة.

المادة 9: تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة رخصة للخروج من التراب الوطني.

المادة 10: يصدر الحكم القضائي الذي ينص على الاعتراف بحق الزيارة فيما بين حدود البلدين وتنفيذها في صيغة نفاذ مؤقت رغم ممارسة أي حق في الطعن.

المادة 11: يعرض الوالد الحاضن للطفل المسألة على السلطة المركزية أو مباشرة على وكيل الجمهورية الذي يتبعه المكان الذي تمارس فيه الحضانة عادة، من أجل تطبيق المادة 8.

يلتمس وكيل الجمهورية المختص بدون تأخير استعمال القوة العمومية لتنفيذ إجباري يضمن رجوع الطفل فعلا إلى التراب الذي غادره.

الفصل الثالث

أحكام خاصة

المادة 12: يتعهد الطرفان المتعاقدان بالسعي لدراسة الخلافات القائمة وقت دخول هذه الاتفاقية حيز التطبيق انطلاقا من أحكامها ومراعاة لمصلحة الطفل.

وتحدث لهذا الغرض بمجرد التوقيع على هذه الاتفاقية لجنة متساوية الأعضاء تكلف بتسهيل تسوية الخلافات وتنتهي مهمة هذه اللجنة بعد سنة من تنصيبها.

ويعرض كل من الوالدين المسألة على هذه اللجنة، تخول هذه اللجنة أن تطلب من السلطتين المركزيتين المعنيتين تقوم بها السلطات الإدارية والقضائية المختصة.

وتعطي آراء مسببة في حق الحضانة وحق الزيارة وفي كفاءات تنظيمها.

ويمكن أي والد معني على ضوء هذا الرأي أن يطلب من القاضي الذي حدد حق الزيارة تعديل قراره وفقا لأحكام هذه الاتفاقية التي تكون قد دخلت حيز التطبيق حينئذ.

يتخذ الطرفان المتعاقدان التدابير الملائمة لتسهيل تسوية هذه الخلافات حتى لا تباشر المتابعات الجزائية المتعلقة بهذه الخلافات أو من أجل إيقافها.

يتعهد الطرفان المتعاقدان بالسعي لدراسة الخلافات القائمة وقت دخول هذه الاتفاقية حيز التطبيق انطلاقا من أحكامها ومراعاة لمصلحة الطفل، وتحديث لهذا الغرض بمجرد التوقيع على هذه الاتفاقية لجنة متساوية الأعضاء تكلف بتسهيل تسوية الخلافات وتنتهي مهمة هذه اللجنة بعد سنة من تنصيبها، ويعرض كل من الوالدين المسألة على هذه اللجنة تخول هذه اللجنة ان تطلب من السلطتين المركزيتين المعينتين في المادة الأولى اجراء تحريات في كلتا الدولتين تقوم بها السلطات الإدارية والقضائية المختصة وتعطي آراء مسببة في حق الحضانة وحق الزيارة وفي كفاءات تنظيمها، ويمكن أي والد معني على ضوء هذا الرأي أن يطلب من القاضي الذي حدد حق الزيارة تعديل قراره وفقا لأحكام هذه الاتفاقية التي تكون قد دخلت حيز التطبيق حينئذ.

يتخذ الطرفان المتعاقدان التدابير الملائمة لتسهيل تسوية هذه الخلافات حتى لا تباشر المتابعة الجزائية المتعلقة بهذه الخلافات أو من أجل إيقافها.

الفصل الرابع

أحكام ختامية

المادة 13: تبقى سارية المفعول أحكام اتفاقية 1964/8/27 المتعلقة بتنفيذ الأحكام، وتسليم المجرمين، وأحكام تبادل رسائل 1980/9/18 التي لم ينص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية.

المادة 14:

1. يبلغ كل من الطرفين المتعاقدين الطرف الآخر، إتمام الإجراءات التي يتطلبها دستوره لدخول هذه الاتفاقية حيز التطبيق.

2. تدخل هذه الاتفاقية حيز التطبيق في اليوم الأول من الشهر الموالي لتاريخ تسلم التبليغ الأخير.

3. يمكن كل واحد من الطرفين المتعاقدين إلغاء هذه الاتفاقية في أي وقت بإرسال إشعار بالإلغاء إلى الطرف الآخر عن طريق الدبلوماسي.

4. يسري مفعول الإلغاء بعد سنة واحدة من تاريخ تسلم الإشعار المذكور.

حرر بالجزائر في 7 ذي القعدة عام 1408 الموافق 21 يونيو سنة 1988، في نسختين أصليتين باللغتين العربية والفرنسية، ولكليهما نفس القوة القانونية.

عن حكومة الجمهورية

عن حكومة الجمهورية

الفرنسية

الجزائرية

الديمقراطية الشعبية

الوزير المفوض المكلفة

وزير العمل والشؤون

بالأسرة والتضامن

الاجتماعية

جورجينا ديفوا

محمد نابي

مرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.

إن رئيس الجمهورية

- بناء على الدستور لا سيما المادتان 111 - 17 و 158 منه،

- وبمقتضى القانون رقم 88-22 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 الموافق 12 يوليو سنة 1988 المتضمن الموافقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.

- وبعد الاطلاع على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.

يرسم ما يلي:

المادة الأولى: يصادق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988 وتنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية

المادة 2: ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988.

الشاذلي بن جديد

Ordonnance n° 1999
conférant force exécutoire à la Convention
de La Haye du 12 avril 1930
relative aux conflits de lois sur la nationalité
 (18 juin 1937)

Une convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité ayant été signée à La Haye, le 12 avril 1930, entre les plénipotentiaires du Président du Reich allemand, du Président fédéral de la République d'Autriche, de Sa Majesté le Roi des Belges, de Sa Majesté le Roi de Grande-Bretagne, d'Irlande et des Territoires britanniques au-delà des mers, Empereur des Indes, du Président de la République du Chili, du Président du Gouvernement national de la République chinoise, du Président de la République de Colombie, du Président de la République de Cuba, de Sa Majesté le Roi de Danemark et d'Islande, du Président de la République de Pologne pour la Ville libre de Dantzig, de Sa Majesté le Roi d'Egypte, de Sa Majesté le Roi d'Espagne, du gouvernement de la République d'Esthonie, du Président de la République française, du Président de la République hellénique, de Son Altesse Sérénissime le Régent du Royaume de Hongrie, de Sa Majesté le Roi de Danemark et d'Islande pour l'Islande, de Sa Majesté le Roi d'Italie, de Sa Majesté l'Empereur du Japon, du Président de la République de Lettonie, de Son Altesse Royale la Grande-Duchesse de Luxembourg, du Président des Etats-Unis du Mexique, de Sa Majesté la Reine des Pays-Bas, du Président de la République du Pérou, du Président de la République de Pologne, du Président de la République portugaise, du Président de la République du Salvador, de Sa Majesté le Roi de Suède, du Conseil Fédéral Suisse, du Président de la République tchécoslovaque, du Président de la République de l'Uruguay, de Sa Majesté le Roi de Yougoslavie, ladite convention à laquelle Nous avons adhéré le 27 avril 1931, et dont la teneur est ci-incluse, recevra, conformément aux dispositions de son article 26, sa pleine et entière exécution à dater du 1^{er} juillet 1937.

CONVENTION

Le Président du Reich allemand; le Président Fédéral de la République d'Autriche; Sa Majesté le Roi des Belges; Sa Majesté le Roi de Grande-Bretagne, d'Irlande et des Territoires britanniques au-delà des mers, Empereur des Indes; le Président de la République du Chili; le Président du Gouvernement National de la République chinoise; le Président de la République de Colombie; le Président de la République de Cuba; Sa Majesté le Roi de Danemark et d'Islande; le Président de la République de Pologne pour la Ville libre de Dantzig; Sa Majesté le Roi d'Egypte; Sa Majesté le Roi d'Espagne; le Gouvernement de la République d'Esthonie; le Président de la République française; le Président de la République hellénique; Son Altesse Sérénissime le Régent du Royaume de Hongrie; Sa Majesté le Roi de Danemark et d'Islande, pour l'Islande; Sa Majesté le Roi d'Italie; Sa Majesté l'Empereur du Japon; le Président de la République de Lettonie; Son Altesse Royale la Grande-Duchesse de Luxembourg; le Président des Etats-Unis du Mexique; Sa Majesté la Reine des Pays-Bas; le Président de la République du Pérou; le Président de la République de Pologne; le Président de la République portugaise; le Président de la République du Salvador; Sa Majesté le Roi de Suède; le Conseil Fédéral Suisse; le Président de la République tchécoslovaque; le Président de la République de l'Uruguay; Sa Majesté le Roi de Yougoslavie,

Considérant qu'il importerait de régler par voie d'accord international les questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité;

Convaincus qu'il est de l'intérêt général de la communauté internationale de faire admettre par tous ses membres que tout individu devrait avoir une nationalité et n'en posséder qu'une seule;

Reconnaissant par suite que l'idéal vers lequel l'humanité doit s'orienter dans ce domaine consiste à supprimer tout ensemble les cas d'apatridie et ceux de double nationalité;

Estimant que, dans les conditions économiques et sociales existant actuellement dans les divers pays, il n'est pas possible de procéder dès maintenant à un règlement uniforme de tous les problèmes susindiqués;

Désireux néanmoins de commencer cette grande œuvre par un premier essai de codification progressive, en réglant celles des ques-

tions relatives aux conflits de lois sur la nationalité sur lesquelles une entente internationale est présentement possible,

Ont résolu de conclure une Convention et, à cet effet, ont nommé leurs Plénipotentiaires :

.....
 lesquels, après avoir déposé leurs pleins pouvoirs, trouvés en bonne et due forme, sont convenus des dispositions suivantes :

CHAPITRE I

PRINCIPES GENERAUX

Art. 1. — Il appartient à chaque Etat de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux. Cette législation doit être admise par les autres Etats, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité.

Art. 2. — Toute question relative au point de savoir si un individu possède la nationalité d'un Etat doit être résolue conformément à la législation de cet Etat.

Art. 3. — Sous réserve des dispositions de la présente Convention, un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré, par chacun des Etats dont il a la nationalité, comme son ressortissant.

Art. 4. — Un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un Etat dont celui-ci est aussi le national.

Art. 5. — Dans un Etat tiers, l'individu possédant plusieurs nationalités devra être traité comme s'il n'en avait qu'une. Sans préjudice des règles de droit appliquées dans l'Etat tiers en matière de statut personnel et sous réserve des conventions en vigueur, cet Etat pourra, sur son territoire, reconnaître exclusivement, parmi les nationalités que possède un tel individu, soit la nationalité du pays dans lequel il a sa résidence habituelle et principale, soit la nationalité de celui auquel, d'après les circonstances, il apparaît comme se rattachant le plus en fait.

Art. 6. — Sous réserve du droit pour un Etat d'accorder une plus large faculté de répudier sa nationalité, tout individu possédant deux nationalités acquises sans manifestation de volonté de sa part pourra renoncer à l'une d'elles, avec l'autorisation de l'Etat à la nationalité duquel il entend renoncer.

Cette autorisation ne sera pas refusée à l'individu qui a sa résidence habituelle et principale à l'étranger, pourvu que soient remplies les conditions requises par la loi de l'Etat à la nationalité duquel il entend renoncer.

CHAPITRE II

DU PERMIS D'EXPATRIATION

Art. 7. — Le permis d'expatriation, en tant qu'il est prévu par une législation, n'entraîne la perte de la nationalité de l'Etat qui l'a délivré que si le titulaire du permis possède déjà une seconde nationalité, ou, sinon, qu'à partir du moment où il en acquiert une nouvelle.

Le permis d'expatriation devient caduc si le titulaire n'acquiert pas une nationalité nouvelle dans le délai fixé par l'Etat qui l'a délivré. Cette disposition ne s'applique pas dans le cas d'un individu qui, au moment où il reçoit le permis d'expatriation, possède déjà une autre nationalité que celle de l'Etat qui le lui délivre.

L'Etat dont la nationalité est acquise par un individu titulaire d'un permis d'expatriation notifiera cette acquisition à l'Etat qui a délivré le permis.

CHAPITRE III

DE LA NATIONALITE DE LA FEMME MARIÉE

Art. 8. — Si la loi nationale de la femme lui fait perdre sa nationalité par suite de mariage avec un étranger, cet effet sera subordonné à l'acquisition par elle de la nationalité de son mari.

Art. 9. — Si la loi nationale de la femme lui fait perdre sa nationalité par suite du changement de nationalité de son mari au cours du mariage, cet effet sera subordonné à l'acquisition par elle de la nationalité nouvelle de son mari.

Art. 10. — La naturalisation du mari au cours du mariage n'entraîne le changement de nationalité de sa femme que du consentement de celle-ci.

Art. 11. — La femme qui, d'après la loi de son pays, a perdu sa nationalité par suite de son mariage, ne la recouvre après la dissolution de celui-ci que si elle en fait la demande et conformément à la loi de ce pays. Dans ce cas elle perd la nationalité qu'elle avait acquise par suite de son mariage.

CHAPITRE IV

DE LA NATIONALITÉ DES ENFANTS

Art. 12. — Les dispositions légales relatives à l'attribution de la nationalité d'un Etat en raison de la naissance sur son territoire ne s'appliquent pas de plein droit aux enfants dont les parents jouissent des immunités diplomatiques dans le pays de sa naissance.

La loi de chaque Etat doit permettre que, dans le cas où des enfants de consuls de carrière ou de fonctionnaires d'Etats étrangers chargés de missions officielles par leurs gouvernements possèdent deux nationalités par suite de leur naissance, ils puissent être dérogés, par voie de répudiation ou autrement, de la nationalité du pays où ils sont nés, à condition toutefois qu'ils conservent la nationalité de leurs parents.

Art. 13. — La naturalisation des parents fait acquérir à ceux de leurs enfants, qui sont mineurs d'après la loi de l'Etat qui accorde la naturalisation, la nationalité de cet Etat. La loi dudit Etat peut déterminer les conditions auxquelles est subordonnée dans ce cas l'acquisition de sa nationalité. Dans les cas où la loi d'un Etat n'étend pas les effets de la naturalisation des parents à leurs enfants mineurs, ceux-ci conservent leur nationalité.

Art. 14. — L'enfant dont aucun des parents n'est connu, a la nationalité du pays où il est né. Si la filiation de l'enfant vient à être établie, la nationalité de celui-ci sera déterminée d'après les règles applicables dans les cas où la filiation est connue.

L'enfant trouvé est, jusqu'à preuve du contraire, présumé né sur le territoire de l'Etat où il a été trouvé.

Art. 15. — Lorsque la nationalité d'un Etat n'est pas acquise de plein droit par suite de la naissance sur le territoire de cet Etat, l'enfant qui y est né de parents sans nationalité ou de nationalité inconnue peut obtenir la nationalité dudit Etat. La loi de celui-ci déterminera les conditions auxquelles sera subordonnée dans ce cas l'acquisition de sa nationalité.

Art. 16. — Si la loi d'un Etat admet qu'un enfant naturel possédant la nationalité de cet Etat, peut la perdre par suite d'un changement d'état civil (légitimation, reconnaissance), cette perte sera toutefois subordonnée à l'acquisition de la nationalité d'un autre Etat, d'après la loi de ce dernier relative aux effets du changement d'état civil sur la nationalité.

CHAPITRE V

DE L'ADOPTION

Art. 17. — Si la loi d'un Etat admet la perte de la nationalité par suite d'adoption, cette perte sera toutefois subordonnée à l'acquisition par l'adopté de la nationalité de l'adoptant, conformément à la loi de l'Etat dont celui-ci est ressortissant et relative aux effets de l'adoption sur la nationalité.

CHAPITRE VI

DISPOSITIONS GÉNÉRALES ET FINALES

Art. 18. — Les Hautes Parties Contractantes conviennent d'appliquer, dans leurs relations mutuelles, à partir de la mise en vigueur de la présente Convention, les principes et règles insérés aux articles ci-dessus

L'insertion de ces principes et règles ne préjuge en rien la question de savoir si lesdits principes et règles font ou non partie actuellement du droit international.

Il est en outre entendu qu'en ce qui concerne tout point qui ne fait pas l'objet d'une des dispositions ci-dessus, les principes et règles du droit international demeurent en vigueur.

Art. 19. — Rien dans la présente Convention ne portera atteinte aux dispositions des traités, conventions ou accords en vigueur entre les Hautes Parties Contractantes relatifs à la nationalité ou à des questions s'y rattachant.

Art. 20. — En signant ou ratifiant la présente Convention ou en y adhérant, chacune des Hautes Parties Contractantes pourra exclure de son acceptation telle ou telle des dispositions des articles 1 à 17 et 21 au moyen de réserves expresses.

Les dispositions ainsi exclues ne pourront être opposées à la Partie Contractante ayant formulé de telles réserves ni invoquées par elle contre une autre Partie Contractante.

Art. 21. — S'il s'élève entre les Hautes Parties Contractantes un différend quelconque relatif à l'interprétation ou à l'application de la présente Convention, et si ce différend n'a pu être résolu de façon satisfaisante par voie diplomatique, il sera réglé conformément aux dispositions, en vigueur entre les parties, concernant le règlement des différends internationaux.

Au cas où de telles dispositions n'existeraient pas entre les parties au différend, elles les soumettront à une procédure arbitrale ou judiciaire, en se conformant aux lois constitutionnelles de chacune d'elles. A défaut d'accord sur le choix d'un autre tribunal, elles soumettront le différend à la Cour permanente de Justice internationale, si elles sont toutes Parties au Protocole du 16 décembre 1920, relatif à ladite Cour, et, si elles n'y sont pas toutes Parties, à un tribunal d'arbitrage constitué conformément à la Convention de La Haye du 18 octobre 1907, relative au règlement pacifique des conflits internationaux.

Art. 22. — La présente Convention pourra être signée, jusqu'au 31 décembre 1930, au nom de tout Membre de la Société des Nations ou de tout Etat non Membre, invité à la première Conférence de Codification ou auquel le Conseil de la Société des Nations aura, à cet effet, communiqué un exemplaire de ladite Convention.

Art. 23. — La présente Convention sera ratifiée et les ratifications seront déposées au Secrétariat de la Société des Nations.

Le Secrétaire général donnera connaissance de chaque dépôt aux Membres de la Société des Nations et aux Etats non Membres visés à l'article 22, en indiquant la date à laquelle ce dépôt a été effectué.

Art. 24. — A partir du 1^{er} janvier 1931, tout Membre de la Société des Nations et tout Etat non Membre visé à l'article 22, au nom duquel la Convention n'a pas été signée à cette date, sera admis à y adhérer.

Son adhésion fera l'objet d'un acte déposé au Secrétariat de la Société des Nations. Le Secrétaire général notifiera chaque adhésion à tous les Membres de la Société des Nations et à tous les Etats non Membres visés à l'article 22, en indiquant la date à laquelle l'acte d'adhésion a été déposé.

Art. 25. — Un procès-verbal sera dressé par le Secrétaire général de la Société des Nations dès que des ratifications ou des adhésions auront été déposées au nom de dix Membres de la Société des Nations ou Etats non Membres.

Une copie certifiée conforme de ce procès-verbal sera remise à chacun des Membres de la Société des Nations et à tout Etat non Membre visés à l'article 22, par les soins du Secrétaire général de la Société des Nations.

Art. 26. — La présente Convention entrera en vigueur le 90^e jour après la date du procès-verbal visé à l'article 25 à l'égard des Membres de la Société des Nations et des Etats non Membres au nom desquels des ratifications ou adhésions auront été déposées à la suite de ce procès-verbal.

A l'égard de chacun des Membres ou Etats non Membres au nom desquels des ratifications ou des adhésions seront ultérieurement déposées, la Convention entrera en vigueur le 90^e jour après la date du dépôt de sa ratification ou de son adhésion.

Art. 27. — A partir du 1^{er} janvier 1936, tout Membre de la Société des Nations et tout Etat non Membre à l'égard duquel la

présente Convention est à ce moment en vigueur pourra adresser au Secrétaire général de la Société des Nations une demande tendant à la révision de certaines ou de toutes les dispositions de cette Convention. Si une telle demande, communiquée aux autres Membres ou Etats non Membres à l'égard desquels la Convention est à ce moment en vigueur, est appuyée dans un délai d'un an par au moins neuf d'entre eux, le Conseil de la Société des Nations décidera, après consultation des Membres et des Etats non Membres visés à l'article 22, s'il y a lieu de convoquer une conférence spéciale à cet effet, ou de mettre cette révision à l'ordre du jour d'une prochaine conférence pour la codification du droit international.

Les Hautes Parties Contractantes conviennent qu'en cas de révision de la présente Convention, la Convention nouvelle pourra prévoir que son entrée en vigueur entraînera l'abrogation à l'égard de toutes les Parties à la présente Convention de toutes les dispositions de celle-ci ou de certaines d'entre elles.

Art. 28. — La présente Convention peut être dénoncée.

Cette dénonciation sera notifiée par écrit au Secrétaire général de la Société des Nations, qui en donnera connaissance à tous les Membres de la Société des Nations et aux Etats non Membres visés à l'article 22.

Cette dénonciation ne produira effet qu'à l'égard du Membre ou de l'Etat non Membre qui l'aura notifiée et un an après la date à laquelle cette notification aura été reçue par le Secrétaire général.

Art. 29. — 1. Chacune des Hautes Parties Contractantes peut déclarer, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion que, par son acceptation de la présente Convention, elle n'entend assumer aucune obligation en ce qui concerne l'ensemble ou toute partie de ses colonies, protectorats, territoires d'outre-mer ou territoires placés sous sa suzeraineté ou son mandat, ou encore en ce qui concerne certaines de leurs populations; dans ce cas, la présente Convention ne sera pas applicable aux territoires ou populations faisant l'objet d'une telle déclaration.

2. Chacune des Hautes Parties Contractantes pourra ultérieurement notifier au Secrétaire général de la Société des Nations qu'elle entend rendre la présente Convention applicable à l'ensemble ou à toute partie de ses territoires ou de leurs populations ayant fait l'objet de la déclaration prévue au paragraphe précédent. Dans ce

cas, la Convention s'appliquera aux territoires ou aux populations visés dans la notification six mois après la réception de cette notification par le Secrétaire général de la Société des Nations.

3. De même, chacune des Hautes Parties Contractantes peut, à tout moment, déclarer qu'elle entend voir cesser l'application de la présente Convention à l'ensemble ou à toute partie de ses colonies, protectorats, territoires d'outre-mer ou territoires placés sous sa suzeraineté ou son mandat, ou encore en ce qui concerne certaines de leurs populations; dans ce cas, la Convention cessera d'être applicable aux territoires ou populations faisant l'objet d'une telle déclaration un an après la réception de cette déclaration par le Secrétaire général de la Société des Nations.

4. Chacune des Hautes Parties Contractantes peut faire des réserves conformément à l'article 20 de la présente Convention en ce qui concerne l'ensemble ou toute partie de ses colonies, protectorats, territoires d'outre-mer ou territoires placés sous sa suzeraineté ou son mandat, ou en ce qui concerne certaines de leurs populations, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, ou au moment de la notification prévue au paragraphe 2 du présent article.

5. Le Secrétaire général de la Société des Nations communiquera à tous les Membres de la Société des Nations et aux Etats non Membres, visés à l'article 22, les déclarations et notifications reçues en vertu du présent article.

Art. 30. — La présente Convention sera enregistrée par les soins du Secrétaire général de la Société des Nations, dès sa mise en vigueur.

Art. 31. — Les textes français et anglais de la présente Convention font également foi.

En foi de quoi, les Plénipotentiaires sus-mentionnés ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le douze avril mil neuf cent trente, en un seul exemplaire qui sera déposé dans les archives du Secrétariat de la Société des Nations. Une copie certifiée conforme sera transmise par les soins du Secrétaire général à tous les Membres de la Société des Nations et à tous les Etats non Membres invités à la première Conférence pour la Codification du Droit International.

أولاً: المراجع باللغة العربية:

1- الكتب العامة.

- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، د. د.ن، د. ب.ن، 1997.
- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2009.
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط10، 2008.
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، ط5، 2008.
- السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1989.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2004.
- بلعيور عبدالكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص في ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة 2005، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2008-2009.
- بن شويخ الرشيد، شرح القانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2008.
- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط2، 2001.

- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسييلة، الدويرة، الجزائر، ط2، 2008.
- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، ط1، 1994.
- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2004.
- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2008.
- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط2، 2007.
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2008.
- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الاسكندرية، ط9، 1986.

- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2004.
- عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية، دراسة مقارنة مع التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2001.
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2007.
- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ط4، 2005.
- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
- محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1994.
- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع) مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ط1، 2006.
- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2009.
- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية) مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1989.

- موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج1، قواعد التنازل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الجنسية، مركز الأجنب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1999.

- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2003.

- هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1968.

- يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2009.

2- الكتب المتخصصة:

- أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1989.

- بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجنب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2005.

- زروقي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002.

- صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجنب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة سنة 2004.

- عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في تنازع الجنسيات، دراسة تحليلية وتأصيلية في القانون المصري والقانون المقارن، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1996.

- محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ط2، 2006.

- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

- نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2006.

3- الرسائل والمذكرات الجامعية:

- بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986.

- دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وإحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.

- زروقي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، ج2، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1990-1991.

- يويي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.

4- المقالات:

- بليعقوبي بلخير، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 05 سنة 2008.

- زروقي الطيب، حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 1 سنة 2000.

- معوان مصطفى، الحضانة وحماية الطفل في الإتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الجزء 41، رقم 01 سنة 2000.

- يوسف فتيحة، النظام العام في العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 05 سنة 2008.
- يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 03 سنة 2005.

5- المداخلات:

- أحمد عبد الفتاح أحمد حسان، والي جمال، مداخلات بعنوان "عدالة ضابط الجنسية في تحقيق مصلحة الزوجة الجزائرية" الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، أيام 8-9-10 أفريل 2007.
- كمال سمية، مداخلات بعنوان "دور النظام العام في علاقات الزواج والطلاق الدوليين" الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، أيام 8-9-10 أفريل 2007.

6-النصوص القانونية:

- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر العدد 21 سنة 2008.
- الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر العدد 15 سنة 2005.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر العدد 44 سنة 2005.

- الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر العدد 15 سنة 2005.
- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005، ج.ر، العدد 11 سنة 2005.
- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية.
- المرسوم التنفيذي رقم 92-24، المؤرخ في 13 جانفي 1992، المتعلق بتغيير اللقب، ج.ر، العدد 05 سنة 1992.

7- المجالات القضائية:

- المجلة القضائية، العدد 01-1996.
- المجلة القضائية، العدد 01-2000.
- المجلة القضائية، العدد 04-1990.
- المجلة القضائية، العدد 04-1991.
- المجلة القضائية، العدد 03-1991.

8- الإتفاقيات:

- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين-الفرنسيين في حالة الإنفصال، المؤرخة بتاريخ 21 جوان 1988، المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 26 جوان 1988.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

1- Les ouvrages :

- Batiffol Henri, Lagarde Paul, traité de droit international privé, L.G.D.J,T 1, 8^{ème} éd, 1993.
- Derruppé Jean, droit international privé, Dalloz, 14^{ème} éd, 2001.
- Gutmann Daniel, droit international privé, Dalloz 3^{ème} éd 2002.
- Loussouarn Yvon ,Bourel Pierre, droit international privé Dalloz 7^{ème} èd ,2001.
- Mohand issad, droit international privé, T1,Les règles de conflits, O.P.U, Alger, éd 1980.
- Nouhad Rizkallah, droit international privé,M.A.J.D Beyrouth,1^{ère} éd,1985.
- Patrick Courbe, droit international privé, Dalloz ,Paris, éd 2000.
- Pierre Mayer, Vincent Heuzé,droit international privé , Delta, Beyrouth,Liban,8^{ème} éd, 2005.

2 -Les articles :

- Paul lagarde,ordre public ,rèp,internat, dalloz 1998.

3 -Les conventions :

- Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (Conclue le 5 octobre 1961).
- Convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages (Conclue le 14 mars 1978).

4 -Sites Internet :

- www.droit-afrique.com/images/texts/tunisie/tunisie
- www.hcch.net/index-fr.php ? act = convention.

-www.jurispedia . org.

01	المقدمة
08	الفصل الأول: الإختصاص التشريعي المقرر للقانون الجزائري عند تطبيق قواعد التنازع الوطنية
09	المبحث الأول: تطبيق القانون الجزائري على المسائل المتعلقة بالأهلية
09	المطلب الأول: الأهلية
10	الفرع الأول: القاعدة العامة: خضوع الأهلية لقانون الجنسية
13	الفرع الثاني: الاستثناء المقرر لصالح القانون الجزائري بشأن أهلية الأشخاص
14	أولاً: أساس الاستثناء
16	ثانياً: شروط إعمال الاستثناء
22	المطلب الثاني: النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية و ناقصيها
22	الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية ومن في حكمهم
25	الفرع الثاني: الاستثناء المقرر لصالح القانون الجزائري بشأن التدابير الاستعجالية
29	المبحث الثاني: تطبيق القانون الجزائري على الرابطة الزوجية
29	المطلب الأول: قواعد التنازع التي تحكم الرابطة الزوجية كأصل عام
29	الفرع الأول: قواعد التنازع التي تحكم انعقاد الزواج و آثاره
30	أولاً: تحديد القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج
33	ثانياً: تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج
34	الفرع الثاني: قواعد التنازع التي تحكم انحلال الزواج و آثاره
35	أولاً: تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج
36	ثانياً: تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار انحلال الزواج
37	المطلب الثاني: الإستثناء المقرر لصالح القانون الجزائري بشأن نظام الزواج
38	الفرع الأول: مجال تطبيق الاستثناء المقرر بالمادة 13 ق.م.ج
38	أولاً: الشروط الموضوعية للزواج

- 43..... ثانيا: آثار الزواج
- 45..... ثالثا: إنحلال الزواج
- 50..... الفرع الثاني: المشاكل التي يثيرها إعمال الاستثناء المقرر بالمادة 13 ق.م.ج
- 51..... أولا: الشروط الموضوعية للزواج
- 52..... ثانيا: آثار الزواج
- 53..... ثالثا: إنحلال الزواج
- 55..... المبحث الثالث: تطبيق القانون الجزائري على متعدد الجنسية الوطني
- 56..... المطلب الأول: قاعدة التنازع التي تحكم مركز متعدد الجنسية الوطني
- 56..... الفرع الأول: تحديد قاعدة التنازع التي تحكم مركز متعدد الجنسية الوطني
- 59..... الفرع الثاني: مجال تطبيق قاعدة التنازع التي تحكم مركز متعدد الجنسية الوطني
- 60..... أولا: الحالة المدنية
- 61..... ثانيا: الروابط العائلية
- 66..... ثالثا: العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي
- 71..... المطلب الثاني : الإنتقادات الموجهة للحل القاضي بتغليب الجنسية الوطنية عن غيرها من الجنسيات المتنازعة
- 72..... الفرع الأول: الاعتراف بالجنسية الواقعية أو الفعلية
- 72..... أولا: مضمون هذا الحل
- 75..... ثانيا: تقدير هذا الحل
- 76..... الفرع الثاني: فكرة الحل الوظيفي
- 76..... أولا: مضمون فكرة الحل الوظيفي
- 78..... ثانيا: مدى الأخذ بفكرة الحل الوظيفي
- 84..... الفصل الثاني: الإختصاص التشريعي المقرر للقانون الجزائري عند تطبيق القانون الأجنبي المختص
- 85..... المبحث الأول: تطبيق القانون الجزائري بموجب نظرية الإحالة

- 85المطلب الأول: مفهوم نظرية الإحالة
- 86الفرع الأول: تحديد المقصود بالإحالة
- 86أولا: التعريف بالإحالة
- 87ثانيا: أنواع الإحالة
- 90الفرع الثاني: أساس الإحالة
- 90أولا: الأساس الحقيقي للإحالة في القضاء الفرنسي
- 91ثانيا: الأسس الفقهية لتبرير الإحالة
- 95المطلب الثاني: بلورة نظرية الإحالة في التشريع الجزائري وموقف الفقه من هذه النظرية
- 96الفرع الأول: نظرية الإحالة في التشريع الجزائري
- 96أولا: تحديد موقف المشرع الجزائري
- 98ثانيا: تقدير موقف المشرع الجزائري
- 99الفرع الثاني: موقف الفقه
- 100أولا: الإتجاه المناصر للإحالة
- 102ثانيا: الإتجاه الرافض للأخذ بالإحالة
- 104ثالثا: الإتجاه القائل بفكرة الحل الوظيفي
- 107المبحث الثاني: تطبيق القانون الجزائري في حالة تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص..
- 107المطلب الأول: إثبات مضمون القانون الأجنبي
- 108الفرع الأول: تحديد عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي
- 108أولا: تحديد طبيعة القانون الأجنبي
- 112ثانيا: تحديد من يقع عليه عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي
- 115الفرع الثاني: طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي
- 116أولا: طرق الإثبات الشفوية

119	ثانيا: طرق الإثبات المكتوبة.
124	المطلب الثاني: القانون المطبق في حالة تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي
125	الفرع الأول: موقف الفقه
125	أولا: رفض الفصل في النزاع
126	ثانيا: تطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتقدمة
126	ثالثا: تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الذي تعذر إثباته
127	رابعا: تطبيق قانون القاضي
129	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
129	أولا: تحديد موقف المشرع الجزائري
130	ثانيا: تقدير موقف المشرع الجزائري
134	المبحث الثالث: تطبيق القانون الجزائري في حالة الدفع بالنظام العام
134	المطلب الأول: ماهية النظام العام
134	الفرع الأول: مفهوم النظام العام
135	أولا: تعريف النظام العام
137	ثانيا: تمييز النظام العام عن غيره من المفاهيم القريبة منه
139	الفرع الثاني: خصائص النظام العام
139	أولا: الصفة الوطنية للنظام العام
140	ثانيا: نسبية فكرة النظام العام
141	ثالثا: النظام العام نظام قضائي
141	المطلب الثاني: شروط الدفع بالنظام العام والآثار المترتبة عليه
142	الفرع الأول: شروط الدفع بالنظام العام
142	أولا: ثبوت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي

143 ثانيا: توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام
144 ثالثا: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية
147 الفرع الثاني: آثار الدفع بالنظام العام
147 أولا: أثر الدفع بالنظام العام فيما يخص إنشاء الحقوق
151 ثانيا: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة
154 الخاتمة
160 الملاحق
179 قائمة المراجع
188 الفهرس

الملخص:

قواعد الإسناد هي قواعد قانونية ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي.

غير أنه وإن كان الأصل في هذه القواعد أنها قواعد مزدوجة قد تشير إما إلى تطبيق قانون القاضي نفسه أو إلى تطبيق قانون أجنبي آخر، إلا أن المشرع الجزائري قد خرج عن هذا الأصل العام، بحيث أفرد إختصاصا إستثنائيا لصالح قانونه، وذلك في مرحلة تطبيق قواعد التنازع الوطنية وأيضا في مرحلة تطبيق القانون الأجنبي المختص.

الكلمات المفتاحية:

الإختصاص التشريعي، قواعد الإسناد، الأهلية، الزواج، الجنسية، القانون الأجنبي، النظام العام.

Résumé :

Les règles référentielle sont des règles de droits indiquant au juge quelle loi doit' il se référer ou appliquer dans les contestations contenant un élément étrangé. Ces règles sont dans leur origine des règles double. Elles peuvent en même temps indiquer l'application de la loi du juge elle-même ou l'application d'une autre loi étrangère .Mais le législateur algérien s'éloigné de ce origine générale. Il l'a donné une spécialité exceptionnelle qui sert sa loi. Cela peut être vu dans le stage d'application des règles dans la contestation nationale et aussi dans l'application de la loi étrangère spécialisé.

Mots-clés :

Compétence législatives ,Les règles référentielle,Capacité, le mariage, La Nationalité Loi étrangère ,l'ordre public.

Summary :

Reference's rules are juridical rules indicating to the judge the rightlaw which must be applied into contestations including a foreign element. The origin in these rules is that they are double. They can indicate wither to the application of the judge's law it selef or to the application of an other foreign law, but the Algerian legislater got out this general origin and gave it an exceptional competence to the benefit of his law, and it can be seen in the process of the application of national contestation rules and also in the application of foreign specialized law.

Key words :

Legislative Competence, Reference rules,Capacity, marriage, Nationality, Foreign law, Public Order.