-كلية الحقوق والعلوم السياسية-

دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص

رسالة دكتوراه

من إعداد الطالبة:

رحاوي آمنة

تحت إشراف الأستاذة الدكتورة:

أ.د يوسف فتيحة

أعضاء لجنة المناقشة:

أ.د.رايس محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د.يوسف فتيحة	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	مقرّرة
د.طيب إبراهيم ويس	أستاذمحاضر -أ-	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا
د.شبة سفيان	أستاذ محاضر -أ-	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا

السنة الجامعية:2016م-2017م

–شكر وعرفان –

يقول الرسول صلى الله عليه وسلم:"من لم يشكر الناس لم يشكر الله." ويقول الحبيب المصطفى أيضا(ص): "....من أدى لكم معروفا فكافؤوه فإن لم تجدوا فادعوا له حتى تروا أن قد كافأتموه...."

الشكر لأستاذتي الفاضلة "أ.د يوسف فتيحة" ، وأدعو الله أن يمتعها بالصحة الفاضلة، والذرية الصالحة، والعمل المتوازن، وأن يحفضها بما حفظ به الذكر المبين.

كما أتقدّم بجزيل الشكر والعرفان إلى كل من "أ.د.رايس محمد"، "د.طيب إبراهيم ويس"، "د.شبة سفيان" أعضاء لجنة المناقشة، وأشكرهم على قبولهم مناقشة رسالتنا، فجزاهم الله عنا كل الخير.

إهداء

إلى والدي العزيز أطال الله عمره ....

إلى والدتي أدام الله بقاءها .....

إلى إخوتي الأعزاء .....

إلى أبنائي الأحبّاء: محمد و إكرام.....

إلى من أعطاني يد المساعدة: زوجي العزيز.....

إلى أستاذتي الكريمة: يوسف فتيحة.....

إلى أساتذتي الأفاضل ... إعترافا مني بفضلهم ...

أهدي ثمرة مجهودي .....

قائمة المختصرات:

1-باللغة العربية:

ص: صفحة.

ف: فقرة.

قا: قانون.

م: مادّة

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق.أ.م.م:قانون أصول المحاكملت المدنية.

ق.ح.م.ج: قانون الحالة المدنية الجزائري.

ق.ج.ج: قانون الجنسية الجزائري.

ق.م: القانون المدني.

ق.م.ج: قانون المدني الجزائري.

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

ق.د.خ: القانون الدولي الخاص.

ق.أ.ش: قسم الأحوال الشخصية.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

2- باللغة الفرنسية:

AL. (al): Alinéa.

ART. (art): Article.

B.I.J.I : Bulletin de L'institut juridique International.

C. : Contre.

C.CIV.Fr: code civil Français.

Cf. : Se conformer.

CI. : Journal de droit international privé

Cass.Civ : Chambre civil de la cour de cassation Française.

Cass.Com: Chambre commercial de la cour de cassation Française.

D. : Dalloz.

D.I.P. : Droit international privé.

D.I.P.T: Droit international privé Tunisienne.

Ed. : Edition.

Fase. : Fascicule(s).

J.O : Journal officiel.

Juris-Class. : Juris –Classeur de Droit International.

J.D.I. : Journal du Droit International (clunet).

L. : Loi

L.G.D.J: Librairie Générale de droit de jurisprudence.

N°: Numéro.

S. : Sirey.

s. : suivant(e).

T: tome.

V: voir.

Vol. : Volume.

O.P.U: Office publications universitaires.

OP.CIT: Ouvrage précité.

P: Page.

P.U.F. : Press Universitaire de France(Paris).

R.C.A.D.I. : Recueil des cours de l'académie de Droit International , la Haye.

Rép. : Répertoire.

R.C.D.I.P. : Revue critique de Droit International privé.

مقدّمة:

إنّ الحاجة لمعالجة موضوع دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، لم تظهر إلاّ بعد تحسّن وضعية الأجنبي في المجتمعات الحديثة، وذلك على عكس ما كان عليه الحال في ظلّ المجتمعات القديمة، التي لم تعترف للأجنبي بالشخصية القانونية، وحرمته من أن يكون طرفا في العلاقات القانونية المالية أو الشخصية، حيث ظلّ الأجنبي زمنا طويلا مجرّدا من أبسط الحقوق الملازمة لوجوده وإنسانيته، كحقّه في الزواج، الإرث، التصرّف، والتملّك، وذلك نتيجة لبدائية هذه المجتمعات،وضآلة إتصالاتها الخارجية، وإنغلاقها على نفسها، واكتفائها الذاتي، وعدم اهتمامها بالتبادل والتعامل الخارجية.

إلاّ أنّ تطوّر الظروف الإقتصادية والإجتماعية، ونشوء حاجات تستدعي تجارة خارجية، أبت أن يستمرّ هذا الوضع الشاذّ طويلا، فأفرزت واقعا جديدا، فرض على المجتمعات فتح أبوابها أمام الأشخاص، والأموال، والأجانب، حتى يتم التكامل والتعايش فيما بينها على أفضل الوجوه الممكنة.[1]

ومن الممكن أن يواكب هذا التطوّر الإقتصادي والإجتماعي، إعتدال ملحوظ في النّظرة إلى الأجنبي، وهو عماد العلاقة الخارجية، فتطوّر مركزه، وتغيّرت النظرة إليه، وبدأ يتحسّن وضعه رويدا رويدا، و أصبح يتمتّع بحقوق متزايدة إلى درجة أن تمّ إعتباره لاحقا من أشخاص القانون في الدولة[2].

[1] محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص،الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمّان، 2009، ص 19.

[2] محمود محمود المغربي، إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2007، ص 39-40.

وعليه، أصبح الأجنبي يتمتّع بكافة الحقوق التي يتمتّع بها الوطني، باستثناء تلك التي حرم منها بنص قانوني خاص.

ويترتّب بداهة على إختلاط المجتمعات، وتعايشها وانفتاحها، نوع جديد من الروابط والعلاقات القانونية المتضمّنة عنصرا أجنبيا. وعليه لم تعد الحياة القانونية مجرّد قواعد تحكم العلاقات الوطنية الداخلية، بل أصبحنا أمام مجتمع دولي، يتميّز بموضوعاته وقواعده القانونية الآخذة بالإزدياد، والتطوّر و التميّز،كما لم تعد الحياة الدولية تقتصر على العلاقات القائمة بين الدول، و إنّما تعدّتها إلى كافة العلاقات الناشئة بين الأفراد التابعين لدول مختلفة، والذين يجرون تصرّفاتهم، وينقلون أموالهم خارج دولهم.

وبذلك، وجد إلى جانب المجتمع الدولي، الذي يضمّ الدول، والذي تحكمه مبادئ القانون الدولي العام، مجتمع دولي آخر، يسمّى بالمجتمع الدولي للأفراد. هذا الأخير هو الذي تحكم علاقاته، ومراكزه القانونية قواعد القانون الدولي الخاص، هذا الأخير الذي يعتبر فرعا من فروع القانون، ويبحث أساسا في النظام القانوني لحياة الأفراد وعلاقاتهم ومراكزهم القانونية، التي يكون فيها بالنسبة لدولة معيّنة عنصر أجنبي أو ظرف خارجي[1] ، أي هو الذي يتولّى تنظيم ما قد تستحدثه الحياة الدولية الخاصة من علاقات ومراكز متزايدة كمّا ونوعا، والتي تعتبر الناتج الطبيعي للتقدّم التكنولوجي والإقتصادي العالمي المتسارع، الذي نشهده في أيامنا الحاضرة، والذي أسهم من دون شكّ في بروز العنصر الأجنبي في شتى المجالات.

[1] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2009، ص 20و28 .

هذا ما كان له إنعكاساته على مجال الأحوال الشخصية للأفراد، حيث ظهر ما يسمّى بالزواج المختلط، الذي تولّد عنه بالضرورة ظهور العنصر الأجنبي في الطلاق، النسب، الحضانة، الميراث، الوصية، وسائر التصرّفات المضافة إلى ما بعد الموت، كما أنّ زيادة حجم المبادلات التجارية و الإقتصادية بين الدول المختلفة، وما تبعه من تقدّم وتطوّر في وسائل النقل والإتّصال، أدّى إلى ازدياد حركة الأفرادعبر الحدود، وانتقالهم من دولة لأخرى. وهو الأمر الذي ساهم من جهة في إمكانية مباشرة الفرد لتصرّفاتهم القانونية خارج إقليم وطنه، ومن جهة أخرى يسمح بتوزيع تموقع الأموال، منقولات كانت أو عقارات على عدة دول[1] .

إنّ مثل هذه العلاقات، المشتملة على عنصر أجنبي، تثير مشاكل في إطار القانون الدولي الخاص، من أبرزها مشكل تنازع القوانين، فهي تخرج من النطاق الإقليمي لتطبيق القانون الوطني، وتأخذ بعدا آخر، لأنّها ترتبط بأكثر من قانون، ممّا يعطي الشرعية لجميع هذه القوانين لإمكانية حكم هذه العلاقة، فلو تزوّج أجنبيان في الجزائر، أو حدث نزاع بين جزائريين على مال موجود في فرنسا، أو أبرم جزائريان عقد بيع بالمغرب على مال كائن بالجزائر، فسيثور النّزاع حول القانون الواجب التطبيق على مثل هذه العلاقات، ومردّ هذا تطرّق العنصر الأجنبي إليها، سواء من ناحية أطرافها كما في المثال الأوّل-، أو من ناحية موضوعها أو محلّها-كما في المثال الثاني-، أو واقعتها المنشئة أو مصدرها- كما في المثال الثالث-، فارتباط هذه العلاقات بالقانون الوطني من جهة، وبالقانون

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، إتفاقية الرياض العربية 1403هـ/1983م، والتعاون القضائي في مسائل الإجراءات القضائية الدولية، مجلة الحقوق،العدد01، السنة 15، الكويت 1991، ص 39.

الأجنبي من جهة أخرى، هو الذي يجعل محاولة تحديد القانون الأفضل والأصلح لحكمها مسألة صعبة، مادام أنّ تلك القوانين جميعا تحمل ارتباطا معيّنا بها.

وهكذا يظهر، أنّ جوهر مشكلة تنازع القوانين هو تزاحم قانونين أو أكثر، لدولتين فأكثر، بشأن حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، على أنّه يشترط أن تكون تلك القوانين المتزاحمة متعارضة، أي مختلفة في أحكامها، وإلاّ لا تصبح هناك أيّة فائدة للمفاضلة بينها، وإختيار إحداها، مادام تطبيق أيّ منها يؤدّي لنفس النتيجة التي سيؤدّي إليها الآخر، كما يجب أن يفسح المشرّع الوطني المجال لتطبيق القانون الأجنبي، فبعدما كانت الدول في السابق لا تسمح بتطبيق القوانين الأجنبية بإقليمها عملا بقاعدة إقليمية القوانين ، وتقتصر على إعمال قواعدها الوطنية، أصبحت نتيجة لضرورات دولية تسمح بذلك على أساس المجاملة الدولية.

وإذا كانت الإشكالية الرئيسية في مشكلة تنازع القوانين، هي البحث عن أيّ من القوانين المتزاحمة أو المتعارضة، أفضل و أجدر لحكم النزاع، فإنّ هذا فرض أن يكون الحل عن طريق قواعد الإسناد أو قواعد التنازع[1] ، وهي تقنية لاتعطي الحل المباشر للنزاع، كما في مختلف فروع القانون الأخرى، وإنّما ترشد فقط للقانون الذي يجب تطبيقه من بين القوانين المتنازعة، وذلك عن طريق ما يسمّى بضابط الإسناد، والذي تكمن مهمّته في تعيين القانون الواجب التطبيق، بصفته أكثر القوانين إتّصالا بالعلاقة، وأكثرها إيفاء لمقتضيات العدالة.

[1] هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2003، ص 07.

ونظرا لأهمية ضابط الإسناد في الفصل في مشكل تنازع القوانين، فمن الطبيعي ألاّ يتمّ تعيينه بصفة عبثية، وإنّما بطريقة مدروسة، بحيث يستمدّ من العنصر الذي يمثّل مركز الثقل في العلاقة. فإذا تمثّل هذا الأخير في موضوع العلاقة أو محلّها- كما في الحقوق العينية-، فإنّ ضابط الإسناد المناسب لها هو "موقع المال"، أمّا إذا تمثّل في مصدر العلاقة أو السبب المنشئ لها- كما في التصرّفات القانونية-، فإنّ "ضابط إرادة المتعاقدين" بالنسبة للعقود، وضابط" محل وقوع الفعل الضار" بالنسبة للمسؤولية التقصيرية هما المناسبين[1] ، وإذا كان عنصر أطراف العلاقة، هو الأبرز و الأثقل وزنا-كما في مسائل الأحوال الشخصية-، فإنّ ضابطي: الجنسية و الموطن هما الأصلح لحكمها[2] .

إنّ إتباع هذا المنهج في تعيين ضابط الإسناد، يعني أنّ ما يصوغه المشرّع من قواعد إسناد هو نتاج عملية تحليلية مسبقة، ويفسّر التشابه الكبير للعديد منها في القانون المقارن، إلاّ أنّه لا يعني أبدا، تحرّر التشريعات من الأهداف التي تمليها مصالح دولهم الأساسية، وواقعها الإجتماعي في صياغة هذه الضوابط، ولعلّ هذا ما يتّضح في مسائل الأحوال الشخصية، التي وبالرغم من إتّفاق التشريعات على أنّ ضابط الإسناد فيها، يستوحى من أطراف العلاقة، إلاّ أنّه سرعان ما اختلفت بشأن ما إذا كانت الرابطة الوثقى التي تربط الفرد بنظام قانوني معيّن هي الجنسية أو الموطن، وهذا حسب ما تفرضه مصالحها الإقتصادية، الإجتماعية والسياسية.

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 23.

[2] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا،ص 44.

ويعتبر الضابط الشخصي- جنسية كان أو موطنا- الأكثر إعتمادا لحلّ مشكلة تنازع القوانين، لاسيما في مسائل الأحوال الشخصية، وذلك رغم اختلاف التشريعات في تحديد طبيعة هذا الضابط، هل هو الجنسية التي يرتبط بها الشخص بدولة معينة، أو الموطن الذي يتواجد به، أو يقيم فيه؟

ويترتّب على إعمال الضابط الشخصي لتحديد القانون الواجب التطبيق وجود صعوبات، قد تعترض القاضي المرفوع أمامه النزاع، وذلك سواء أثناء البحث عنه، ومحاولة تعيين القانون الواجب التطبيق، أو أثناء محاولة تطبيقه. وقد حاولت التشريعات المختلفة إيجاد حلول لهذه الصعوبات، وذلك حفاظا للدور الذي يلعبه الضابط الشخصي في إطار تنازع القوانين.

وإذا كان اشتمال العلاقة القانونية على عنصر أجنبي، يثير كما رأينا مشكلة تنازع القوانين، فإنّه يثير أيضا، مشكلة تنازع الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم ، فاتصال العلاقة القانونية بعدّة دول، يجعل محاكمها مرشّحة لتتمتّع جميعها باختصاص قضائي حياله، ومن هنا قد يكون موضوع التنازع هو مدى اختصاص المحاكم، وفيما إذا كانت محاكم الدولة المرفوع أمامها النزاع ذات إختصاص، أو غير مختصّة.

ويعتبر الضابط الشخصي أحد الضوابط المعتمدة لحلّ تنازع الإختصاص القضائي الدولي، فيتقرّر بموجبه الإختصاص لمحكمة جنسية أحد أطراف الدعوى أو موطنه، في الكثير من المسائل -وليس جميعها-، ممّا يعني أنّ الإختصاص القضائي الشخصي للمحاكم الدولية هو قيد إستثناء.

و إذا كان للضابط الشخصي دورا في تحديد المحكمة المختصّة دوليا، متى تعلّق الأمر بمنازعات معيّنة دون غيرها، إلاّ أنّه قد يثير صعوبات أمام القاضي نتيجة إعماله، قد تتشابه، وقد تختلف عن تلك التي يثيرها في مجال تنازع القوانين.

ورغم هذه الصعوبات التي يرتّبها، فذلك لا يقلّل من أهميته، مادام أنّ التشريعات المقارنة بما فيها المشرّع الجزائري قد أوجدت لها حلولا.

ويلحق مسألة تنازع الإختصاص القضائي الدولي، مسألة آثار الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية، ومدى قوّتها، وإمكانية تنفيذها في دولة أخرى، ذلك لأنّ دراسة الموضوعات الداخلة في نطاق القانون الدولي الخاص، كتنازع القوانين، وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، ستصبح مجرّد نظرية، إذا ما انتهى الأمر إلى صدور حكم في دولة، مجرّدا من كلّ قيمة في الخارج، وخاصّة في الوقت الحاضر، الذي يشهد تطوّرا ملحوظا في تشابك و إزدياد العلاقات بين أفراد الدول المختلفة، ولذلك كان لزوما على كل قاض، أن يقبل تنفيذ الحكم الأجنبي في دولته[1] .

وتبعا لذلك، إذا قبلت المحاكم الدولية النظر في الدعوى نتيجة لإعمال الضابط الشخصي، وتمّ تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوعها، ثم تابعت هذه الدعوى سيرها وإجراءاتها العادية، حتى صدور الحكم، فإنّ مسألة مصير هذا الحكم ستثار عندما يراد تنفيذه في دولة أجنبية. وهنا تبرز الأهمية البالغة لهذا الموضوع، لأن الحكم ثمرة الإجراءات الطويلة و المعقّدة، هو غاية الأفراد النهائية في منازعاتهم.

[1] حسن الهدّاوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1994، ص 07.

وحتى يكون الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي قابلا للتنفيذ في دولة أخرى، رغم تباين الدول في تبنّي الأنظمة السائدة لتنفيذه، لابدّ أن يكون فاصلا في مسائل معيّنة، وأن تتوافر فيه شروطا محدّدة، وذلك حتى يرتّب آثاره القانونية.

ولا يتوقّف دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص هنا، و إنّما يمتدّ ليبرز دوره أيضا في مجال معاملة الأجانب، لاسيما منهم الأشخاص الطبيعية، إذ أنّ للضابط الشخصي دورا في تمييز معاملة الأجانب عن الوطنيين، ذلك أنّ هناك حقوقا يتميّز بها الأجنبي عن الوطني، وأخرى يتميّز بها الوطني عن الأجنبي، هذا إلى جانب إلتزامات قاصرة عن الوطنيين دون الأجانب، كما أنّ هناك إجراءات تتّبع ضد الأجانب بالنظر إلى تجنّسهم أو توطّنهم.

إنّ أهمية الجنسية و الموطن في القانون الدولي الخاص، جعلت لموضوع البحث أهمية، من الناحيتين النظرية و العملية، فمن الناحية النظرية، تتعدّد التوجّهات الفقهية بشأن التعامل مع الضابط الشخصي بوصفه عنصرا مؤثّرا في العلاقات الخاصّة الدولية.أما من الناحية العملية، فقد اعترفت أغلب التشريعات بدور الضابط الشخصي في حل تنازع الإختصاص الدولي، وكذا دوره في تمييز معاملة الأجانب.

ولإبراز الدور الذي يلعبه الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، يتركّز موضوع بحثنا في نطاق العلاقات التي يكون موضوعها الأشخاص، وخاصة تلك المتعلّقة بالحالة الشخصية، لأنّ درجة تأثير الضابط الشخصي فيها تكون قويّة، بوصفه عنصرا حيويا في تلك الحالة، فاختلاف الجنسية بين الأطراف، وتنقّل الأفراد من موطن لآخر، يؤثّر في تدويل تلك العلاقات، وبفعل هذا التلازم بين

الضابط الشخصي وتلك العلاقات يتحدّد نطاق البحث، ويمكن أن يستوعب نطاق الموضوع علاقات أخرى، ولكن بدرجة ثانوية، وبذلك يخرج من هذا النطاق العلاقات المتصلة بالأموال.

وعلى هذا الأساس، سنتناول موضوع البحث، ونحاول مناقشة إشكالية: مدى الدور الذي يلعبه الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص؟، والإجابة على هذه الإشكالية ، تقتضي تحديد إشكاليات فرعية:

-كيف ومتى يكون للضابط الشخصي دورا في حلّ مشاكل تنازع القوانين؟

-إذا كان للضابط الشخصي دورا في إسناد الأحوال الشخصية للقانون الواجب التطبيق، فما هو نطاق تطبيق القانون الشخصي في هذه المسائل؟ ، وماهي المسائل التي تخرج من إختصاصه؟

-ما موقف التشريعات المقارنة من إسناد الأحوال الشخصية للضابط الشخصي لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها؟، وهل يعتدّ المشرّع الجزائري في هذا المجال بضابط الجنسية، أو بضابط الموطن، أو أنّه يأخذ بهما معا؟

-ماهي أهم الصعوبات التي قد تعترض القاضي، وهو بصدد تحديد الضابط الشخصي، أو بصدد تطبيقه للقانون الشخصي الذي يشير إليه ضابط الإسناد الشخصي؟

-ما هي أهم الحلول الفقهية والتشريعية والقضائية، المقرّرة لتفادي مثل هذه الصعوبات؟

-ما علاقة الضابط الشخصي بالإختصاص القضائي الدولي؟ ، وهل يعتبر إختصاص المحاكم الدولية المبني على أساسه، إختصاصا أصليا أو جوازيا؟

– متى ينعقد الإختصاص القضائي الدولي لمحاكم الجنسية أو الموطن؟، وما موقف التشريع من هذا الإختصاص؟

–ماهي أهم الصعوبات التي يثيرها الضابط الشخصي، جنسية كان أو موطنا، في مجال الإختصاص القضائي الدولي؟ ، وماهي الحلول المقرّرة لها فقها وتشريعا وقضاءا؟

–ما مدى إمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عن القضاء الشخصي؟، و إذا كان التنفيذ قاصرا على أنواع معيّنة من الأحكام، فما هي هذه الأحكام؟، وكيف تنفّذ؟، وماهي شروط وآثار تنفيذها؟

– إذا كان للضابط الشخصي دورا في تحديد معاملة الأشخاص الطبيعية الأجنبية، فكيف يساهم في التمييز بين الوطني و الأجنبي ؟، وهل يساهم في خلق معاملة خاصة بالأجانب تختلف عن معاملة الوطنيين؟

كل هذه التساؤلات، سنحاول الإجابة عنها، بالإستناد إلى النصوص التشريعية الوطنية، أو تلك التي تضمّنتها المعاهدات الدولية الثنائية أو المتعدّدة الأطراف، واجتهادات القضاء وآراء الفقه.

وبما أنّ البحث العلمي يتميّز بالتكامل المنهجي لا الأحادية المنهجية[1] ، فإنّ موضوع الدراسة،سيعتمد على منهج تعدّدي، كون عنوان البحث يتضمّن متغيّرات متعدّدة ومختلفة،تتطلّب مناقشتها الإعتماد على معطيات على الصعيد الزمكاني، وإذا كان الإقتصار على منهج واحد قد يخلّ بعناصر البحث، فإنّنا سنستعين في تحليل العناصر المشار إليها أعلاه على تعدّدية منهجية، تجمع بين المنهج التحليلي و المقارن.

[1] إنّ أزمة البحث عن المنهجية الواجب إتباعها لمعالجة أي ظاهرة سياسية أو إجتماعية أو قانونية، أرجعها الفقه إلى عدّة أسباب أهمّها: إنّ كل منهج علمي يعدّ وليد عصر معيّن، إضافة إلى صعوبة إتباع منهج واحد لدراسة الجوانب المختلفة للظاهرة السياسية، الإجتماعية و القانونية.راجع عبد الناصرجندلي، تقنيات ومناهج البحث في العلوم السياسية والإجتماعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005، ص 123و127.

وقد إعتمدنا المنهج التحليلي لأنّ الأمر يتعلّق هنا بأكثر فروع القانون عرضة لإجتهاد الفقه والقضاء، وذلك إمّا لعدم توافر النصوص القانونية الكافية أو نقصها، وهذا الحكم ينطبق على كل ما يتعلّق بالحياة الدولية الخاصة، بما فيها علاقة الضابط الشخصي بالقانون الدولي الخاص. ومن جهة أخرى توسّلنا المنهج المقارن كلّما دعت الضرورة إلى الوقوف على بعض النصوص القانونية والإجتهادات القضائية المقارنة الغربية منها و العربية، مبرزين موقف المشرّع الجزائري.

ودفعتنا لدراسة الموضوع مجموعة دوافع، أهمّها محاولة معالجة الموضوع و الإلمام بجميع جوانبه، ودراسة الأحكام المرتبطة به في إطار القانون الدولي الخاص، دون القصور على بيان دور الضابط الشخصي في مجال واحد من مجالات هذا الفرع من القانون، وبذلك تحقيق نوع من التوسّع في الموضوع، طالما أنّ الدراسات السابقة قد انصبّت على جانب من جوانبه فقط.

كما أنّ كثرة النزاعات المرفوعة أمام القضاء، والتي يكون للضابط الشخصي دورا في حلّها، وكذا رغبتنا في التعرّف على موقف التشريعات المقارنة من الموضوع، للإستفادة منها في محاولة إبراز بعض النقاط التي تناساها المشرّع الجزائري، كانت من بين مبرّرات دراسته.

ومن منطلق أي بحث، تعتريه عوائق، فإنّ الصعوبات التي واجهتنا أثناء إعداد هذه الرسالة فهي عديدة يمكن إختصارها في الآتي: كثرة المراجع وتشابهها جميعا، وكثرة النظريات الفقهية وتعارضها، كثرة الأفكار و الجزئيات و تشعّبها، واختلاف توجّهات القضاء في مختلف الأنظمة القانونية، وتباين التشريعات الوضعية في معالجة ضابط إسناد شخصي.

والأكثر من ذلك، هو عدم تجاوب الهيئات القضائية الجزائرية بتزويدنا بالأحكام و القرارات القضائية غير المنشورة، والتي هي ضرورية لعملية تحيين المواضيع المتناولة في هذه الرسالة.

هذا إضافة إلى أنّ موضوع دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، هو موضوع واسع، لدرجة أن تستحق علاقة الضابط الشخصي بكلّ موضوع من مواضيع القانون الدولي الخاص، البحث فيها كموضوع مذكّرة واحدة.

ولبلوغ غايات هذا البحث، حاولنا اتباع خطّة نهائية، تمّ فيها تقسيم الموضوع إلى بابين، **الباب الأوّل نوضّح فيه: دور الضابط الشخصي في حل تنازع الإختصاص التشريعي، وذلك من خلال فصلين، نعالج في الفصل الأوّل: دور الضابط الشخصي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية، وفي الفصل الثاني: المشاكل المترتّبة على إعمال الضابط الشخصي في حل تنازع الإختصاص التشريعي، أمّا الباب الثاني فنخصّصه لبيان: دور الضابط الشخصي في تحديد الإختصاص القضائي الدولي ومعاملة الأحكام الدولية و الأشخاص الطبيعية الأجنبية، وذلك من خلال فصلين، نتطرّق في الفصل الأوّل لبيان: دور الضابط الشخصي في تحديد الإختصاص القضائي الدولي، أما في الفصل الثاني فنتعرّض إلى: دور الضابط الشخصي في تحديد معاملة الأحكام الدولية والأشخاص الطبيعية الأجنبية.**

إنّ تنازع الإختصاص التشريعي هي المشكلة الأم في القانون الدولي الخاص[1]، ويراد بها عند جمع الفقهاء لهذا القانون، تزاحم قانونين متعارضين أو أكثر لدولتين فأكثر، بشأن حكم علاقة قانونية أجنبية في أحد عناصرها على الأقل[2]، ولكن هذه العلاقة قابلة لإثارة التنازع أو التزاحم بين القوانين، وقد يكون التزاحم بين قانونين لدولتين مختلفتين، أو بين أكثر من قانون، تبعا لتعدّد العناصر الأجنبية في العلاقة القانونية محل النزاع[3]. وهنا يثور التساؤل عن أي من هذه القوانين المتنازعة يختص بحكم النزاع؟

وعلى هذا يكون المقصود بتحديد الإختصاص التشريعي هو المفاضلة بين هذه القوانين، واختيار قانون من بينها يكون أنسبها وأكثرها ملاءمة لحكم العلاقة القانونية محل النزاع[4].

ولإختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية، لابد من الإعتماد على ضابط إسناد يستمد من أطراف العلاقة أو سببها أو موضوعها، ومتى تم تعيين هذا الضابط بالنظر إلى أشخاص العلاقة، يطلق عليه تسمية "الضابط الشخصي"، وهو ينحصر بالضرورة في" الجنسية والموطن"، وسمّي كذلك لأنه يعبر عن روابط الشخص بالدولة.

[1] جورج حزبون، قواعد القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة السادسة والعشرون، سنة 2002، ص 247.

[2] رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2004، ص41.

[3] طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، تنازع الاختصاص، تنازع القوانين، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1417هـ-1418، ص 295.

[4] صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2008، ص229.

إن المتتبّع للتطوّر التاريخي الخاص بتنازع القوانين في الأحوال الشخصية، يدرك أن القانون الواجب التطبيق عليها، لم يخرج عن هذين الضابطين، فقد كان الاتجاه السائد هو تطبيق قانون الموطن، وذلك ما اتضح في موقف المدرسة الإيطالية القديمة مع أواخر القرن 12، وفي موقف "دارجنتريه" في القرن السادس عشر"، واللذان كانا يستهدفان مواجهة التنازع الداخلي بين المدن الإيطالية في الرأي الأول، وبين المدن الفرنسية في الرأي الثاني.

وعليه لم يتصوّر أن يتحدّد القانون الشخصي على أساس ضابط الجنسية، إلاّ حينما واجه الفقه مشكلة التنازع الدولي للقوانين بعد أن تأكدت سيادة الدولة، وتوحدت قوانينها[1]، ومع هذا فقد بقيت النزعة التي تؤمن بتطبيق قانون الموطن على حالة الأشخاص وأهليتهم هي السائدة، سواء في فقه المدرسة الهولندية في القرن 12[2]، أو في فقه سافيني في القرن 19[3]، إلى أن ظهر فقه جديد مغاير وأكثر تحرّرا من سابقيه، هو فقه "مانشيني" زعيم المدرسة الإيطالية الجديدة، الذي رأى بأن قانون الجنسية هو الأصلح لحكم الأحوال الشخصية بدلا من قانون الموطن، وذلك باعتناقه لمبدأ شخصية القوانين لحل التنازع بدلا من إقليميتها[4]، فلا يؤخذ بغير القانون الوطني إلا في حالات إستثنائية.

[1] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص07.

[2] وقد تأثر الفقه الانجليزي بهذا الفقه في القرن الثامن عشر. وهو الحل الذي ما زال مأخوذا به حتى الآن في انجلترا ومعظم الدول التي سارت على نهجها كالولايات المتحدة الأمريكية، كندا ،النرويج، والدنمارك.

[3] وهكذا إن جميع النظريات التي عالجت مشاكل تنازع القوانين قبل فقه"مانشيني"، اتفقت على أن حالة الأشخاص وأهليتهم لا تخضع لمبدأ الإقليمية ،وإنما هي من الأحوال الممتدة التي تتبع الشخص أينما ذهب، والتي تخضع لضابط الموطن.

[4] نذكر منهم "وايس"، "بييه،"" وباتيفول" في فرنسا، و "ديانا" في إيطاليا، و"لوران" في بلجيكا.

ولقد لاقت نظرية شخصية القوانين نجاحا كبيرا، فقد تأثر بها الكثير من الفقهاء، ولقيت الرّواج في الكثير من الدول وخصوصا في البلاد اللاّتينية، إذ بسببها عمد الكثير من المشرّعين إلى إحلال قانون الجنسية محل قانون الموطن في مسائل الأحوال الشخصية، كما كان من آثار التوسع في فكرة الأحوال الشخصية أنها أصبحت تشمل في الكثير من الدول فضلا عن الحالة والأهلية كل من: الميراث، الوصية، الهبة، والنظام المالي للزوجين.

وفضلا عن ذلك، يلاحظ أنه حتى بالنسبة لقوانين الدول التي تأخذ بضابط الموطن حاليا مثل: انجلترا وكندا، يميّز فيها بين موطن الأجنبي الذي يأخذ حكم الموطن في القوانين الأخرى، وموطن المواطن الذي يسمى الموطن الأصلي، ويقترب من مفهوم الجنسية، ومن الصعب إسقاطه على المواطن الإنجليزي ولو غيّر محل إقامته إلى الخارج.[1]

وفي الوقت الحاضر يتنبّأ بعض الفقهاء[2] بعودة قانون الموطن على حساب قانون الجنسية، فالفقيه الفرنسي "نبوابيه" وهو من أنصار قانون الموطن، يقترح أن يطبّق على الفرنسيين المقيمين في الخارج قانون الجنسية، وعلى الأجانب المقيمين في فرنسا باستمرار قانون الموطن، وعلى الأجانب المقيمين في فرنسا بصفة مؤقتة قانون الجنسية. ويرى الفقيه "باتيفول" وهو من أنصار قانون الجنسية، أنه يستحسن التوفيق بين النظامين، ولا يجب الأخذ بأحدهما منفردا، فقد أخذت الدول التي اعتنقت

[1] وهذا ما إتبعه المشرع الإيطالي سنة 1866، المشرع الإسباني سنة 1889، المشرع الألماني سنة 1900، واتفاقيات لاهاي لسنوات 1905،1902،1896، وكذلك تأثرت به القوانين العربية، راجع في ذلك، زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص67.

[2] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 140-141.

قانون الجنسية تفسح المجال لقانون الموطن إذا كانت الأسرة متعدّدة الجنسيات، أو كانت إقامة الأجنبي مستمرّة.

وبالرغم من اختلاف وجهات نظر الفقه والتشريعات المختلفة من الإعتداد بضابط الجنسية والموطن، إلا أن الضابط الشخصي لن يتناول جميع ميادين تنازع القوانين، لذا فإن التساؤل يثور عن مجال تطبيق القانون الشخصي فيما يخص تنازع القوانين؟، ولأنّ هذا المجال يتحدّد بالأحوال الشخصية، التي تتميّز بكثرتها وتنوّعها من حالة فردية وعائلية إلى أهلية إبرام التصرفات القانونية، وبعض العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي كالميراث والوصية، يثور البحث عن نطاق تطبيق القانون الشخصي في كل مسألة على حدة، مع تبيان الإستثناءات الواردة على هذا المبدأ، والتي تقضي بتطبيق قوانين أخرى غير الموطن أو الجنسية، في حدود معينة. وهذا ما سنحاول تفصيله في الفصل الأول من هذا الباب.

ولكن ليس للضابط الشخصي تلك الوظيفة الإيجابية السابقة في حل مشاكل تنازع القوانين، بل قد يكون سببا في إثارة مشكل التنازع، وذلك من خلال الصعوبات التي يثيرها، سواء أثناء عملية البحث عنه ومحاولة تعيين القانون الواجب التطبيق، أو أثناء محاولة تطبيقه، وهنا يثور الإشكال عن أهم المشاكل التي قد تعترض القاضي وهو بصدد إعمال الضابط الشخصي؟، وهو ما سنحاول توضيحه في الفصل الثاني من هذا الباب.

الفصل الأول: دور الضابط الشخصي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية:

نظرا لأهمية ضابط الإسناد في الفصل في مشكلة التنازع، فمن الطبيعي ألاّ يتم تعيينه بصفة عبثية، وإنما بطريقة مدروسة، بحيث يستمد من العنصر الذي يمثل مركز الثقل في العلاقة، وإذا كان عنصر الأطراف هو الأبرز والأثقل وزنا، كما في مسائل الأحوال الشخصية، فإن ضابط الجنسية أو الموطن هو الأصلح لحكمها[1].

وبالرغم من اتفاق التشريعات على أن ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية، يستوحى من أطراف العلاقة، إلا أنها سرعان ما اختلفت بشأن ما إذا كانت الرابطة التي تربط الفرد بنظام قانوني معين هي الجنسية أو الموطن، وهذا حسب ما تفرضه مصالحها الإقتصادية، الإجتماعية والسياسية، فتختار بعض الدول ضابط الجنسية[2]، على أساس مجموعة من الإعتبارات، منها أن مصالحها السابقة تبرر الإبقاء على الرابطة الروحية التي تربطها برعاياها الموجودين بالخارج، لأن الأخذ بهذا الضابط ينمي الشعور القومي في نفوس رعايا الدولة، مما يجعل الجنسية كرابطة روحية بين الفرد والدولة أكثر أهمية من رابطة الموطن المادية المؤقتة، كما أن ضرورة استقرار الأحوال الشخصية يقتضي إسنادها لهذا القانون لأن الجنسية عنصر دائم ومميّز للفرد، وليس من السهل تغييرها كقانون الموطن، الذي يعتبر

[1] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 44.

[2] يأخذ بهذا الرأي كل من الدول العربية، اللاتنية واليابان، وللجنسية مركز أقوى من الموطن في فرنسا.راجع:
Bernard Audit ,Louis D'avout ,Droit Internationale Privé, 7éme édition,Economica,Paris,2013,p.183.

علاقة مؤقتة وخاضعة لإرادة الشخص، كما أن حماية رعايا الدولة لا تتحقق إلاّ بامتداد هذه القوانين لتحكم الشخص بالرغم من تواجده بالخارج[1].

وفي المقابل، تفضّل دول أخرى الأخذ بقانون الموطن[2]، إستنادا لعدة حجج منها أن العرف والتقليد التاريخي إستقرّا على الأخذ به، وهو يؤدي لتوحيد القانون الذي يحكم الأسرة الواحدة لأنه من اليسير توحيد موطنها، بينما يصعب توحيد جنسيتها، كما أن المهاجر الذي يتوطّن في إقليم معين، غالبا ما يندمج فيه، لذا يكون من مصلحته أن يطبّق عليه قانون موطنه حتى لا يبقى مهمّشا، وفي هذا تحقيق لمصلحة الغير المتعاملين معه كذلك[3].

وبين هذا الموقف أو ذاك، فإن غالبية التشريعات العربية بما فيها المشرعين، الجزائري والتونسي، والتشريعات الأوروبية بما فيها المشرع الفرنسي، تأخذ بضابط الجنسية في إسناد الأحوال الشخصية لتحديد القانون الواجب التطبيق، مع الإعتداد بضابط الموطن أحيانا أخرى، لاسيما وأنه ظهرت أفكارا تحررية تعيب على الأخذ بضابط الجنسية في بعض المواقف، وتنادي بالأخذ بضابط الموطن باعتباره أكثر ملاءمة لمبدأ المساواة، ويجنّب مساوئ الجنسية، إلى درجة الأخذ بهذه الحلول في بعض التشريعات بصفة صريحة كما سنرى.

[1] زروتي الطيب، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 138.

[2] يتبنى هذا الرأي الدول المتأثرة بالأفكار الإقطاعية، كالدول الأنجلوسكسونية، والدول الإسكندنافية.

[3] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 84.

إنّ نطاق تطبيق القانون الشخصي على مستوى تنازع القوانين يتحدّد بالأحوال الشخصية، والتي يقتصر مجالها في بعض التشريعات على الحالة والأهلية[1]، في حين تتسع لتشمل في تشريعات أخرى كل من الميراث، الوصية ،الهبة، والنظم المالية المصاحبة لعقد الزواج[2].

وتشمل الحالة في التشريع الجزائري كل من الحالة الفردية والعائلية، والعلاقات المالية ذات الطابع الشخصي، والتي يدخل في نطاقها الميراث والوصية والهبة والنظم المالية للزواج.

وإذا كانت الأحوال الشخصية تشكل حقلا خصبا في تنازع القوانين، فما هو الدور الذي يلعبه الضباط الشخصي في حل هذا التنازع؟، وللإجابة على هذه الإشكالية سنتعرّض في المبحث الأول إلى دور الضابط الشخصي في إسناد الحالة الفردية والأهلية، وفي المبحث الثاني إلى دور الضابط الشخصي في إسناد الروابط العائلية، والتي يجتمع تحت لوائها كل من الروابط الأسرية وبعض العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي.

[1] ومن هذا الإتجاه: القانون الفرنسي والقانون الأمريكي، راجع في ذلك: زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 144.

[2] ومن هذا الإتجاه غالبية الدول العربية والقانون الإيطالي.

المبحث الأول: دور الضابط الشخصي في إسناد الحالة الفردية والأهلية للقانون الواجب التطبيق

إنّ الحالة الفردية تعني مجموع الصفات التي تحدد ذات الشخص الخاصة المستقلة عن تكوينه علاقات مع الغير، كإسمه،لقبه،جنسه،أهليته، وضعيته من حيث كونه مقيما أو غائبا أو مفقودا...إلخ.

وفي هذا تختلف عن الحالة العائلية، التي تحدّد مركز الشخص من أسرته، وعلاقاته مع الغير كحالات زواجه، طلاقه، علاقته مع أولاده وأقاربه[1].

أمّا الأهلية فهي صلاحية الشخص سواء كان طبيعيا، أو اعتباريا للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات، حتى يتمكن من مباشرة الأعمال والتصرفات القانونية المتعلقة بهذه الحقوق، أو تلك الإلتزامات[2].

وكل من الحالة الفردية والأهلية يثير مشكل تنازع القوانين، فقد يتزاحم على تنظيمهما أكثر من قانون واحد، ولتحديد القانون الواجب التطبيق يتم اعتماد الضابط الشخصي، ولاسيما ضابط الجنسية بالنسبة للتشريعات العربية واللاتينية مع بعض الإستثناءات الواردة عليه[3].

ولتبيان دور الضابط الشخصي في حل مشكل تنازع القوانين بالنسبة للحالة الفردية والأهلية، يتعين علينا تقسيم دراستنا إلى مطلبين، فنتعرض أوّلا إلى توضيح دور الضابط الشخصي في إسناد الحالة الفردية، وثانيا إلى دور الضابط الشخصي في إسناد مسألة الأهلية، مبرزين موقف المشرع

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن، ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين، والمرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، سنة 2008، ص801.

[2] موشعال فاطمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، لسنة 2012،2011، ص 27.

[3] مدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2005، ص 72.

الجزائري في كل حالة، مركّزين على معيار الجنسية الذي تأخذ به غالبية التشريعات العربية والأوروبية كمعيار أساسي ترد عليه إستثناءات.

المطلب الأول: دور الضابط الشخصي في إسناد الحالة الفردية للقانون الواجب التطبيق:

إنّ الحالة الفردية تثبت لكل شخص قانوني، طبيعيا كان أو إعتباريا، وذلك بعكس الحالة العائلية التي تقتصر على الشخص الطبيعي فقط، مادام أن الشخص الإعتباري، ونظرا لصفاته الخاصة، لا يمكنه إنشاء علاقات أسرية من زواج، طلاق، أو علاقة مع الأقارب....إلخ.إذ أن حالة الشخص الإعتباري تقتصر على الحالة الفردية فقط، فهي تشمل كل ما يتعلق بتنظيمه، تكوينه، إدارته، تصرفاته[1].

ولهذا فإنّ معالجة دور الضابط الشخصي فيما يخص الحالة الفردية، سيكون من خلال شقّين بالنظر إلى طبيعة أشخاص العلاقة، طبيعيين كانوا أو إعتباريين.

الفرع الأول : دور الضابط الشخصي في إسناد حالة الشخص الطبيعي

تتّفق كافة التشريعات على إخضاع الحالة الفردية للشخص الطبيعي للقانون الشخصي مع اختلاف مواقفها حول الضابط الذي تعتد به، فمن النظم من تأخذ بقانون دولة الموطن[2]، ومنها من

[1] وهذا الذي أدى بنا لدراسة حالة الشخص الإعتباري ضمن هذا المطلب، أما المبحث الثاني فسنخصّصه للحالة العائلية، والتي لا يتمتع بها إلاّ الشخص الطبيعي.

[2] نذكر منها القانون الدولي الخاص البيروئي لعام 1984، والقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، إلى جانب القانون الإنجليزي، والأمريكي، والكندي، والأسترالي، وغالب دول أمريكا اللاتينية، والدول الإسكندنافية، راجع في ذلك، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 803.

تأخذ بقانون الجنسية[1] كقانون شخصي، على أنّ إختصاص القانون الشخصي ليس مطلقا بل تحدّه قيود.

وإذا كانت معظم التشريعات الأوروبية، وغالبية التشريعات العربية، بما فيها المشرع الجزائري[2]، تعتد بضابط الجنسية كمعيار أساسي لإسناد الحالة الفردية للشخص الطبيعي، ففيما يتمثّل دور هذا الضابط؟، وهل تصلح كأساس لحكم الحالة الفردية، أم تحكمها ضوابط إسناد أخرى؟

وللإجابة على هاتين الإشكاليتين، سنحدّد عناصر الحالة الفردية، ونبيّن دور ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها في كل حالة.

البند الأول: الإسم:

الإسم هو اللّفظ الذي يطلق على الشخص لتعيينه وتمييزه عن سائر أفراد أسرته، واللّقب هو الذي يفيد انتماء الشخص إلى عائلة معينة، وبالنظر إلى هذه الأهمية، فقد كفل القانون ليس فقط الحق في الإسم واللقب بل أيضا حمايتها[3].

وبحكم أنّ الإسم من الحقوق اللّصيقة بالشخصية، إذ أنّه العلامة المميّزة لها، والحد الفاصل بينها وبين غيرها من الشخصيات، فإن أنسب القوانين لحكمه هو القانون الشخصي، والمتمثل في

[1] نذكر منها القانون الدولي الخاص الإسباني لعام 1974، القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979، القانون الدولي الخاص المجري لسنة 1979، القانون الدولي التركي 1972، والقانون الروماني لسنة 1992، والإيطالي لسنة 1995، راجع في ذلك، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 803.

[2] تنص الفقرة الأولى من المادة 10 من القانون المدني الجزائري، المعدل بموجب القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005 على أنه:" يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم."، وتقابلها نص المادة 03 فقرة 03 مدني فرنسي.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 804.

الجنسية[1]، وذلك لأنه القانون المؤهّل لتأمين استمرار تطبيقه، ودوام تمييز الشخص عن غيره، وهو ما نصّت عليه بعض التشريعات صراحة[2].

وفي القانون الجزائري، أوجبت المادة 28 من القانون المدني، أن يكون لكل شخص لقب وإسم فأكثر، وأنّ لقب الشخص يلحق أولاده، وأن تكون الأسماء جزائرية حسب العادات والتقاليد، ما عدا الأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين. كما نصّت المادة 29 من القانون نفسه على أنه:"يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلّق بالحالة المدنية".

ويترتّب على إكتساب الجنسية الجزائرية، تغيير لقب الشخص وإسمه نحو الأسماء الجزائرية، سواء كانت وسيلة هذا الإكتساب هي الزواج، كما تقضي به المادة27 من قانون الجنسية[3]، أو كانت بالتجنّس حسب المادة 12 من نفس القانون،التي تسمح لضابط الحالة المدنية بعد تقديم وثيقة التجنّس، أن يغيّر إسم ولقب المتجنّس بأسماء جزائرية، متى كان ينطوي على لكنة أجنبية، ويعيق اندماجه في المجتمع الجزائري[4]. ونصّت المادة 48 من القانون المدني على أنه:"كل من نازعه الغير في استعمال إسمه دون مبرّر، ومن انتحل الغير إسمه، أن يطالب وقف هذا الإعتداء والتعويض لما يكون قد لحقه من ضرر".

[1] حسن الهداوي، تنازع القوانين في موضوع الإسم، المجلة الكويتية للحقوق والشريعة، الكويت، العدد 2، 1978، ص 69.

[2] نذكر منها القانون الدولي الخاص النمساوي (م. 13 ف 01)، والألماني لعام 1986 (م .10 ف01)، والروماني لعام 1992 (المادة 14).

[3] أمر رقم 05-01، المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدّل والمتمّم للأمر 70-86، المؤرّخ في 15 ديسمبر 1970، والمتضمّن قانون الجنسية الجزائرية، تنص المادة 27 منه: "يمكن أن يتضمّن مرسوم اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج بناء على طلب المعني بالأمر تغيير لقبه إسمه".

[4] كمال سمية، المساواة بين الزوجين في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، تلمسان، العدد 08، سنة 2009، ص 185، 186.

هذه الإعتبارات كلها، تبيّن أنّ الإسم وثيق الصلة بالعلاقات العائلية، وعادات وتقاليد المجتمع الذي ينتمي إليه الفرد بجنسيته، مما يفضّل إسناده لقانون الجنسية[1] ،وهو ما يذهب إليه الفقه والقضاء في لبنان[2] ومصر[3] وفرنسا[4].

ونطاق القانون الشخصي، يشمل تحديد الإسم وتعيينه، وحق الشخص في إسم ما، وفي تغييره واسترداده[5]، إلاّ أنّ منح الإسم أو نقله نتيجة للزواج أو البنوّة، يحكمه القانون الذي يطبق على آثار الزواج أو آثار النسب.

إنّ اختصاص القانون الشخصي ليس دائما مطلقا، بل تحدّه قيود وقواعد الأمن الداخلي في الدولة التي يثور فيها خلاف حول مسألة الإسم واللقب، فالقانون الإقليمي لتلك الدولة يختص بأمور لا مجال بشأنها لتطبيق قانون الجنسية[6].

وقد اختلف الرأي بالنسبة للقانون الذي يحكم إسم الشهرة، أو الإسم الفني، والأسماء المستعارة، فهناك من يرى إخضاعها لقانون الجنسية، باعتبارها من ملحقات الإسم، إلاّ أنّه نظرا لإرتباطها بنشاط معين أدبي أو فني، فيرى الدكتور "عكاشة محمد عبد العال" إخضاعها لقانون الدولة

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 148.

[2] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 735، وسامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، لبنان ،سنة 1994، ص 366.

[3] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر ، سنة 1986، ص 209.

[4] وهو ما ذهب إليه كل من :" باتيفول" و"لاجارد"، "لوسران"، وبوريل" وغيرهم، نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 735.

[5] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص207.

[6] ومنها: كيفية القيد بسجلات الحالة المدنية، كيفية تحرير شهادة الميلاد، اللغة التي يحرر بها الإسم، عدد النسخ المستخرجة لتلك الشهادة، تحديد أسماء وألقاب الأطفال اللّقطاء...، راجع في ذلك، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 805-806.

التي يمارس فيها هذا النشاط، لأن تسمية الشخص التي يتّصف بها وشهرته، لا تتحدّد إلا في ضوء ذلك النشاط وذلك الوسط[1].

أمّا الألقاب الشرفية التي قد تعتبر من لواحق الإسم، وكذلك بمثابة مزايا شرفية لصاحبها، فينبغي أن تخضع إلى قانونين، قانون الدولة المانحة لهذه الألقاب للوقوف على وجود هذا اللّقب، ونظامه القانوني، وقانون جنسية الشخص لأنه قد يقضي بعدم جواز حمل هذه الألقاب، أو حملها بتصريح خاص، وإلا كان حملها باطلا أو دون أثر ،كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي[2].

وبالنسبة للإسم التجاري، نميّز فيه بين حالتين: إذا كان وثيق الصلة بالحالة المدنية للتّاجر، فيجب إلحاقه بقانون الجنسية، أما إذا كان ممثّلا بقيمة مالية، ويعبّر عن مزاولة نشاط في سوق معين، فيسري عليه القانون الذي يحكم المحل التجاري[3].

البند الثاني: حالة إقامة الشخص، أو غيابه أو فقده

يقصد بهذا معرفة وضعية الشخص، من حيث هل هو مقيم بمكان معيّن ومتوطّن به، أم غير موجود بإقليم معين، ولا يعرف له موطن أو محل إقامة. الحالة الأولى تظهر في فكرة الموطن، والحالة الثانية في فكرة الغياب والفقد.

[1] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 737.

[2] عكاشة محمد عبد العال،المرجع نفسه، ص 738.

[3] موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 13.

أوّلا: الموطن:

إنّ ما يميّز الموطن هو اختلاف مفهومه، ووظيفته من دولة لأخرى، بل حتى في الدولة الواحدة، فإنه يتميّز بتعدّد حالاته، فقد يكون موطنا إختياريا إذا تحدّد بإرادة الشخص، وتعرّفه المادة 36 من القانون المدني الجزائري[1] بالمحلّ الذي يوجد فيه السّكن الرئيسي للجزائري، وعند عدم ذلك يتحدّد بمكان الإقامة العادي. وقد يكون موطنا إلزاميا، وهو موطن القاصر والمحجوز عليه والمفقود والغائب، وهو ما نصت عليه المادة 38 من القانون المدني[2]. وقد يكون خاصّا يتحدّد بالمكان الذي يمارس فيه الشخص بعض أوجه النشاط المحدّدة قانونا (المادة 37 من القانون المدني)، وقد يكون موطنا مختارا بشأن تنفيذ عمل معيّن (المادة 39 قانون مدني).

وإنّ هذا الإختلاف حول مفهوم الموطن داخليا، أو على الصعيد الدولي، هو الذي يطرح بشأنه نزاع بين القوانين أكثر.

ولهذا نجد أن الموطن لا يحكمه قانون الجنسية، إلاّ إذا طرح في النزاع بصفته من العناصر المميّزة لشخصية الإنسان وحالته، على اعتبار أن يتيح لنا العثور على مكانه، وهو كالإسم حالة ذاتية تفصله عمّن سواه، يخضع لضابط الجنسية لتحديد القانون الذي ينظّمه، وفقا لما جاء في المادة 10 من القانون المدني، وهذا ما أخذت به بعض الأحكام القضائية في فرنسا[3]، وذلك بإخضاع موطن القاصر، والمرأة المتزوّجة لقانون جنسيتهم على أساس أنّه يضمن عدم تجزئة حالة الشخص.

[1] تقابل المادة 36 ق. م. ج المادة 40 ق. م مصري.

[2] تقابل المادة 38 ق. م .ج المادة 46 ف1 مدني مصري .

[3] Yvon Loussouarn et pierre Bourel, Droit International privé, 7éme édition, Dalloz, France, 2001, P.338

أمّا إذا طرح الموطن في النزاع، بالنظر إلى الوظائف الأخرى التي يؤدّيها في إطار القانون الدولي الخاص، فينبغي أن يرتبط بالمؤسسة القانونية التي يطبّق بصددها،وفق ما خلص إليه الفقه الراجح[1]، وعليه يجب إخضاعه لقانون الدولة التي اتّخذته كضابط إسناد، أو لقانون الدولة التي عوّلت عليه كضابط لعقد الإختصاص القضائي الدولي لمحاكمها ،أو شرطا للدخول في جنسيتها أو الخروج منها، أو التي اعتبرته عاملا من عوامل الترجيح في حالة تعدّد الجنسيات أو انعدامها، سواء كان ذلك قانون القاضي أو دولة أجنبية أخرى. أمّا الموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني معيّن فيسري عليه القانون الذي يسري على العقود، ليحكم صحة اختيار الموطن وآثاره[2].

و عليه إذا كان الموطن يستعمل لمركز الشخص، فهناك حالات تتمثّل في عدم مركزته أي استحالة الإتصال به دون التأكد من وفاته، وهي ما يعرف بالغياب والفقد.

ثانيا: الغياب والفقد:

الغيبة "L'absence" هي حالة شخص هجر موطنه، مختارا أو مكرها وانقطعت أخباره، وحالت ظروف قهرية دون إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل[3]. أمّا الفقد la disparition فهو حالة الشخص الذي يختفي في ظروف استثنائية يغلب فيها الهلاك، كالحروب أو الكوارث

[1] هو رأي موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازل، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 283 ، راجع كذلك ،عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 763.

[2] نعوم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سوريا، سنة 1966-1967،ص669.

[3] تنص المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري، الصادر بموجب أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل و المتمم لقانون 84-11 ،المؤرخ في 09 فيفري 1984:"الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه أو بواسطة وكيل مدة ستة أشهر، وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

الطبيعية، ولا يعرف حياته من موته، ولا يعتبر مفقودا إلاّ بحكم[1]. ويأخذ الغائب حكم المفقود إذا تجاوزت غيبته مدة معينة[2]، أو حكم الميّت في بعض التشريعات[3].

إنّ إعلان الغياب وما يتصل به من أمور يخضع للقانون الوطني للغائب لأنه من الأمور الداخلة في تكوين الحالة[4] ، أما آثار هذا الإعلان فإنها تتماثل مع آثار الوفاة، وتتّفق جميع التشريعات العربية على إخضاعها لقانون الجنسية إذا تعلّقت بحالة الشخص، بينما تختلف الأنظمة بشأن الآثار المتعلقة بالأموال، فبعضها يخضعها لقانون جنسية الغائب، والبعض الآخر لقانون موقع المال، أو قانون الموطن الأخير للغائب[5]. ويبدو أن القانون الجزائري كغيره من التشريعات العربية، يخضع مجمل القضايا التي تخص الغائبين لقانونهم الوطني، إذ تنص المادة 15 قانون مدني أنه "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة، وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر، وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته"[6] . وبما أن الفقد يلحق هو الآخر بالغياب فيخضع لهذا القانون.

غير أن قانون موقع المال، لا يعدم إختصاصا بجانب قانون الجنسية، فيختص قانون موقع مال الغائب أو المفقود بحكم المسائل ذات الطابع المالي البحت، خصوصا إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية اللاّزمة لصيانة أموال الغائب أو المفقود، كجردها أو وضع الأختام عليها، أو تعيين حارس

[1] وهو ما نصت عليه المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري.

[2] تنص المادة 109 من نفس القانون السابق على أنه:"يعتبر الغائب لمدة ستة أشهر كالمفقود"، ويحدد القانون المصري هذه المدة بسنة. راجع في ذلك، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 807.

[3] مثل التشريع الألماني، راجع في ذلك محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 117.

[4] محمد وليد المصري، المرجع نفسه، ص 117.

[5] موحند إسعاد، المرجع السابق، ص 184.

[6] وهذا هو الحل السائد في القانون المقارن كالقانون الدولي الخاص التركي الجديد (م.1/10)، والمجري (م.16/ف1)، والقانون الروماني لعام 1992 (المادة 16)، والإيطالي لعام 1995 (المادة 22/ف1)، والقانون اليوغوسلافي (المادة 16)، نقلا عن أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 808.

عليها، وكافة المسائل المتعلّقة بانتقال الملكية والحقوق العينة الأخرى، وأساس اختصاص قانون الموقع هنا هو يتعلّق الأمر بحيازة الأموال والمركز القانوني لها[1].

وبالرغم من تطبيق قانون الجنسية كمبدأ عام، إلاّ أنه يجب تطبيق قانون القاضي في شأن كافة المسائل التي لها صفة الإستعجال، متى كانت مصالح المفقود أو الغائب مركّزة في إقليم القاضي، كأن يكون هذا الإقليم هو آخر محل إقامة المفقود أو الغائب، أو أن تكون له أموال فيها[2].

إنّ تطبيق قانون القاضي على التدابير المستعجلة ما هو في الحقيقة إلا إعتدادا بضابط الموطن كاستثناء وارد على ضابط الجنسية، وذلك متى وجد موطن أو محل إقامة الغائب أو المفقود بدولة القاضي.

إنّ حالة الفرد لا تقتصر على ما سبق ذكره من موطن، غياب، فقد، وإنما تتّسع لتشمل صيانة حقوق الإنسان اللّصيقة بجسده، حرمة جسده، وصيانة حياته الخاصة.

البند الثالث: صيانة حقوق الإنسان الطبيعية:

إنّ حقوق الإنسان الطبيعية هي تلك اللّصيقة بشخصه، والتي تثبت له تكريما لإنسانيته، وهي تتمثّل في حرمة جسده، صيانة حياته الخاصة.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 808.

[2] تنص المادة 15 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري "غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة، إذ كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة بالجزائر". ويقابل هذه المادة الفصل 41 فقرة 2 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998.

أوّلا: حرمة الجسد:

يعترف القانون لكل شخص بحقوق على جسمه أو جسده، ويقرّ له الحق في معصوميته، وعدم المساس بسلامة أعضائه وأجهزته[1].

وتختلف التشريعات في نظرتها إلى حرمة الجسد، فالشريعة الإسلامية تعتبر الحق في الحياة وفي سلامة الجسد، حق مشترك بين العبد وربّه[2]، ولهذا لا تسمح بإتلاف أعضاء جسمه[3].

وهذا بخلاف بعض التشريعات المقارنة[4]، وخاصة الأوروبية التي تجيز للمريض حق التصرف في حياته وجسمه، على اعتباره حرّا في قبول أو رفض العلاج، بل أكثر من ذلك فإن الحرية وصلت مداها ،وذلك بالسماح للشخص بتغيير جنسه.

ويثور في الآونة المعاصرة، الكلام عن مدى الحق في الرضا باستخدام الجسد، بعد الوفاة في الأغراض العلمية والطبّية، أو التبرّع بأحد الأعضاء أو الأجهزة أو قطع الحمل والإجهاض...إلخ[5].

وتلك المشكلات تثير تنازعين القوانين متى ارتبطت بعنصر أجنبي، ولحل هذه المشاكل يتمّ الإستناد إلى القانون الشخصي[6]، والمتمثّل في قانون الجنسية بالنسبة لغالبية التشريعات العربية، بما فيها المشرع الجزائري[7]. لكن من جهة أخرى هناك من يصنّف حق حرمة الجسد ضمن الحريات العامة،

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 806.

[2] مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على التدخلات الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، العدد، سنة 2008، ص 121.

[3] وذلك نزولا عند قوله تعالى:"ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة." سورة البقرة، الآية 95.

[4] كالقانون السويدي الصادر عام 1972، الهولندي لعام 1985، الألماني لسنة 1980، الدنماركي 1989، محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 11 ديسمبر 1992 تحت ضغط المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، نقلا عن تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرّف في جسمه، الرتق العذري، والتغيير الجنسي نموذجا، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، العدد 06، سنة 2008، ص 71.

[5] موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 17.

[6] قانون الجنسية بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بضابط الجنسية، وقانون الموطن بالنسبة للنظم التي تتبنى ضابط الموطن.

[7] موشعال فاطمة، المرجع نفسه، ص 18.

ولهذا ذهب بعض الفقه إلى تطبيق قانون دولة القاضي بوصفه من قوانين الأمن والبوليس المدني التي تطبّق تطبيقا مباشرا، في حين يذهب البعض الآخر إلى إعتبار حرمة الجسد من قبل القوانين ذات التطبيق الضروري، ويطبّق عليها قانون القاضي دون الرّجوع إلى قانون جنسية الشخص أو غيره[1].

ثانيا: صيانة الحياة الخاصة.

يعدّ الحق في صيانة الحياة الخاصة من أهم حقوق الإنسان، فلا يحقّ لأحد الإضطلاع على خصوصية الآخر التي يودّ الإحتفاظ بها لنفسه، ويدخل ضمن هذا الحق، حق الإنسان باسمه، صورته، جسده، مراسلاته ومعاملاته المصرفية[2].

إنّ صيانة الحياة الخاصة هي من ألصق الحقوق بشخص الإنسان، لهذا من البديهي أن تخضع للقانون الشخصي، وذلك فيما يخص وجود الحق، نطاقه، وشروط قيامه، وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الحل ، وأخذت به صراحة بعض التشريعات كالقانون الدولي الخاص الإيطالي لسنة 1995 بنصّه: "حقوق الشخصية في وجودها ومضمونها يحكمها قانون جنسية الشخص"[3].

ولكن يعتبر الإعتداء على الحياة الخاصة، فعلا إجراميا، يستوجب مسؤولية المتعدّي، ويحكمه قانون الدولة التي تم فيها الإعتداء بالضرورة[4].

---

[1] هو رأي الأستاذ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ص775.

[2] هو رأي باتيفول ولاجارد، نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص 774.

[3] تنص المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948 على أنه:"لايعرّض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة، أو أسرته أو سكنه أو مراسلاته، أو لحملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات." ، وتنص المادة 46 ف01 من قانون رقم 16-01، المؤرخ في 26جمادى الأولى عام 1437، الموافق 06 مارس سنة 2016،المتضمّن التعديل الدستوري الجزائري على أنه:"لا يجوز انتهاك حرمة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون."

[4] ولما كان من المتصوّر اختلاف مكان ارتكاب التعدي عن مكان تحقق الضرر، وكان الغالب أن يرتكب هذا السلوك بوسائل غير حدودية كالصحف، ووسائل الإذاعة المسموعة والمرئية، فيجب الإعتداد بقانون الدولة التي ترتب فيها الضرر لحماية المضرور، راجع في ذلك، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص807.

بعد أن اتّضح دور الضابط الشخصي في إسناد حالة الشخص الطبيعي، فإنّ التساؤل يثور حول الدور الذي يلعبه هذا الضابط في إسناد حالة الشخص الإعتباري، لتحديد القانون الواجب التطبيق الذي يخضع له.

الفرع الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد حالة الشخص الإعتباري:

إنّ الشخصية القانونية ليست قاصرة على الإنسان، بل تمتدّ أيضا إلى الأشخاص الإعتبارية، فقد أدّى التطور المعاصر للحاجات والظروف الإقتصادية والإجتماعية إلى الإعتراف لجماعات من الأشخاص، كالجمعيات والشركات أو الجماعات من الأموال كالمؤسّسات بالشخصية القانونية، وذلك تمكينا لها من تحقيق أغراض معينة.

ونظرا أنّ نشاط هذه الكيانات، لم يعد قاصرا على المجال الوطني، بل امتدّ عبر الحدود الدولية، فقد ثار نزاع بين الدول حول القانون الذي يحكمها، نظرا للإختلاف الواضح في القواعد الموضوعية التي تحكمها من دولة إلى أخرى.

ويتمّ إسناد حالة الشخص الإعتباري في غالبية التشريعات لقانون مركز الإدارة الرئيسي كقاعدة عامة، ولقانون القاضي إستثناءا، إعتمادا على ضابط معيّن، وعلى ضوء ذلك ما علاقة الضابط الشخصي بتحديد هذا القانون؟

وللإجابة على هذه الإشكالية، سنتعرض أوّلا إلى مسألة إسناد حالة الشخص الإعتباري لقانون مركز الإدارة الرئيسي (بند أوّل)، وثانيا إلى تطبيق قانون القاضي (بند ثاني)، مبرزين في كل حالة دور الضابط الشخصي في تحديد القانون الواجب التطبيق.

البند الأوّل: اختصاص قانون دولة مركز الإدارة الرئيسي والفعلي

لقد أخضع المشرع الجزائري على غرار غالبية التشريعات[1]، حالة الشخص الإعتباري كقاعدة عامة لقانون الدولة التي يوجد فيها المقرّ الإجتماعي، الرئيسي والفعلي، وذلك بنصّه في المادة 10 ف03 من القانون المدني:"أمّا الأشخاص الإعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة، التي يوجد فيها مقرّها الإجتماعي الرئيسي والفعلي".

وقد تكفّل القضاء والفقه الفرنسي بتحديد مركز الإدارة الرئيسي والفعلي على أنّه المكان الذي يتركّز فيه النشاط التوجيهي، وتوجد فيه الأجهزة القانونية، وذلك بأن يجتمع فيه مركز الإدارة والجمعية العمومية، وتوجد فيه مكاتب الإدارة، وهذا ما يفيد في الترجيح، عند اتخاذ الأشخاص الإعتبارية لأكثر من مركز إدارة في عدة دول، فيجب تحرّي مكان الإدارة العليا، حيث تتّخذ القرارات المؤثّرة من بين هذه الإدارات، وهي مسألة واقع، تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع[2].

ولا يكفي أن يكون مركز الإدارة رئيسيا، بل يجب أن يكون فعليا حقيقيا، وليس افتراضيا صوريا، إذا ليس العبرة في تحديده بما هو متفق عليه في النظام الأساسي للشخص الاعتباري، بل العبرة بالمركز الفعلي الذي يعبر عن اندماج الشركة في اقتصاد الدولة التي توجد بها[3].

[1] وهو نفس الإتجاه السائد في القانون الفرنسي، البلجيكي ،والبرتغالي، والإسباني، والإيطالي، والقوانين العربية، في حين هناك اتجاه ثان يأخذ بنظام مكان التأسيس، والذي تتبناه الدول المصدرة لرؤوس الأموال، والتي تنتشر شركاتها خارج حدودها، مثل انجلترا، الولايات المتحدة الأمريكية، أستراليا، كندا، سويسرا، هولندا وغيرهم، راجع في ذلك، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 811-812، راجع كذلك، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش المرجع السابق، ص 76-77.

[2] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن، الجزء الأول، ط 11، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، سنة 1986، ص 745-744.

[3] هشام خالد، جنسية الشركة، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2000، ص 181.

وقد يتحقّق هذا الإندماج إذا كانت الشركة تباشر نشاطها في الدولة التي بها مركز إدارتها الرئيسي، أو كان المساهمون فيها من مواطني هذه الدولة، أو كانت تطرح أسهمها للتدخّل في هذه الأخيرة[1].

وقد أخذ القضاء الفرنسي، بعد الحرب العالمية الثانية، بمعيار مركز الإدارة الرئيسي، كضابط يصلح لتحديد جنسية الشخص الإعتباري، ونظامه القانوني، أي أنّ جنسيته كافية لحل مشكلة تمتّعه بالحقوق واستعماله لها، ويؤيّد الفقه الفرنسي الغالب هذا النظر[2].

ويؤيّد المشرّع الجزائري هذه الوجهة، ويسوّي بين جنسية الشخص الإعتباري، وموطنه، ويسندهما معا لقانون مركز الإدارة الرئيسي، حسب الفقه الجزائري الغالب[3]، كما يمكن استنتاج ذلك من بعض مواد القانون الداخلي، كالمادتين 547 من القانون التجاري والمادة 50 من القانون المدني[4]، ويدعم هذا الرأي الإتفاقيات الدولية المبرمة من قبل الجزائر[5].

ومع هذا، إنّ معظم الفقه المصري ،يأخذ بمعيار الرقابةلتحديد جنسية الشخص الإعتباري[6]، وبمعيار مركز الإدارة الرئيسي لتحديد موطنه[7].

---

[1] هشام خالد، المرجع نفسه، ص 181.

[2] حفيظة السيد الحداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2003، ص309.

[3] موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1989، ص 225

[4] تنص المادة 547 من القانون التجاري على أن:"موطن الشركة يكون في مركزها"، والمادة 50 من القانون المدني، تحدد موطن الشخص الإعتباري بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارته.

[5] منها الإتفاق القنصلي الجزائري التونسي، المؤرخ في 24 أفريل 1983، الذي ينص على أن تعبير الرعية يمتد أيضا إلى الشخصيات المعنوية التي يقع مقرها ضمن إقليم إحدى الدولتين والمؤسسة وفقا لقوانين هذه الدولة، وذات التعابير موجودة في الإتفاقية القضائية الجزائرية اليوغوسلافية، المؤرخة في 31 مارس 1983، راجع في ذلك، موحند إسعاد، القواعد المادية، المرجع السابق، ص226.

[6] يقصد بمعيار الرقابة، أن تتحدد جنسية الشخص الإعتباري بالنظر إلى الأفراد الذين أنشأوه أو يديروه، فإذا كانوا وطنيين عدّ وطنيا، وإذا كانوا أجنبيين عدّ أجنبيا، راجع في ذلك، عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن، المرجع السابق، ص 747 حتى 749.

[7] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 313 و782 ،كذلك عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 754، وهو نفس مسلك المشرع المصري والقضاء المصري، من خلال تفسيره للمادة 11 من القانون المدني المصري ،المقابلة للمادة 10 ف03 من القانون المدني الجزائري.

من خلال ما سبق، تتّضح علاقة الجنسية والموطن بمركز الإدارة الرئيسي والفعلي، ممّا يعني أن قانون مركز الإدارة الرئيسي والفعلي، هو بالضرورة قانون موطن أو جنسية الشخص المعنوي.

ومن أهم المسائل التي يحكمها القانون الشخصي للشخص المعنوي، والمتمثل في قانون مركز إدارتها الرئيسي، تأسيس الشخص الإعتباري، فهو الذي يحدّد طبيعة الشخص المعنوي المراد تأسيسه، إذا كان شركة أو جمعية أو مؤسسة، ومسائل شهرته، والإعلان عنه، وكل ما يتعلق بنظام الحصر والإكتتاب في رأس المال، كما يحدّد الوقت الذي تبدأ فيه هذه الشخصية، وينظّم ذمّتها المالية، ويحدّد أهليتها للتمتّع بالحقوق وتحمّل الإلتزامات، ويسري على إسمها، وعلاماتها الفارقة وعنوانها. [1]

كما يحكم هذا القانون نشاط الشخص الإعتباري، بحيث يحدّد الأجهزة التي تسيّر أعماله كمجلس الإدارة والجمعية العمومية، وكيفية تعديل النظام الأساسي، وشروطه، والرقابة المالية، والتفتيش، وكيفية ونظام توزيع الأرباح والخسائر، ويحكم كذلك كل ما يتعلّق بانقضائه، فهو الذي يحدّد أسباب الإنقضاء سواء كانت تلقائية بقوّة القانون، أو إرادية، أو قائمة على الإعتبار الشخصي أو المالي، كما يختصّ بتنظيم عملية التصفية والقسمة سواء الإتفاقية أو القضائية، ما لم توجد أموال وموجودات الشخص الإعتباري بالخارج[2].

ولكن رغم الدور الذي يلعبه قانون مركز الإدارة الرئيسي في تنظيم حالة الشخص المعنوي إلاّ أن القاضي قد يبعد اختصاصه في حالات معينة ،كأن يمارس نشاطه في دولة هذا الأخير.

[1] بالنسبة لإسم الشخص الإعتباري، فإن القانون يقرّ له نفس الحماية التي يقرها لإسم الشخص الطبيعي، إذ يجوز لمثله طلب وقف أي اعتداء عليه مع التعويض عما لحقه من أضرار كالمنافسة غير المشروعة، وإن الإسم التجاري يجوز التعامل فيه، والنزول عنه، عكس اسم الجمعيات والمؤسسات، راجع في ذلك، موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 26.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 815-817.

البند الثاني: اختصاص قانون القاضي

رغم ما قرّرته التشريعات في مجال إسناد حالة الشخص الإعتباري لقانون مركز الإدارة الرئيسي كقاعدة عامة، إلاّ أنّه يعترف بتطبيق قانون القاضي إذا كان الشخص المعنوي يمارس نشاطه على إقليمها، وهو ما ورد صراحة في المادة 10 ف4 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أنّ الأشخاص الإعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، التي تمارس نشاط في الجزائر تخضع للقانون الجزائري[1].

ويبدو أن هذا الإستثناء يهدف بالدرجة الأولى إلى حماية المصالح الإقتصادية الجزائرية من نشاط الشركات والجمعيات والمؤسسات الأجنبية، والتي قد تحتجّ بقانونها الأجنبي للتهرّب من قواعد قانون القاضي التي تحمي تلك المصالح.

والملاحظ أن القانون الجزائري خلافا للقانون المصري، لم يشترط لتطبيق القانون الجزائري أن يكون النشاط الذي تمارسه الأشخاص المعنوية الأجنبية في الجزائر رئيسيا[2].

وبهذا يكون قد وسّع من مجال تطبيق القانون الوطني في كل مرة تكون فيها ممارسة النشاط في الجزائر، بغض النظر عن كونه رئيسا أو ثانويا. ولكن لا يمكن للقانون الجزائري إحداث آثار غير إقليمية أو أن يمتدّ إلى النشاطات الأخرى أو إلى المؤسّسة الرئيسية (المقرّ الاجتماعي)، متى كانت هذه العناصر متواجدة بالخارج[3].

[1] يقابل المادة 10 ف4 قانون مدني جزائري، المادة 11 ف2 مدني مصري، والمادة 12 مدني أردني.

[2] تنص المادة11 ف2 مدني مصري "...ومع ذلك فإذا باشرت الأشخاص الإعتبارية الأجنبية نشاطها الرئيسي في مصر، فإن القانون المصري هو الذي يسري".

[3] موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 27.

ويستخلص ممّا سبق أنه في تطبيق قانون القاضي، تطبيق لقانون موطن ممارسة نشاط الشخص المعنوي.

هذا، وبما أن ملامح الحالة الفردية لا تكتمل إلّا بمعرفة مدى صلاحية الشخص للتمتّع بالحقوق والإلتزام بالواجبات، أو مدى قدرته على إبرام التصرفات القانونية، كان من الضروري تبيان دور الضابط الشخصي في إسناد مسألة الأهلية.

المطلب الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد الأهلية للقانون الواجب التّطبيق:

الأهلية عموما هي صلاحية الشخص سواء كان طبيعيا أو معنويا للتمتع بالحقوق أو تحمل الإلتزامات، ولأن يباشر بنفسه الأعمال والتصرّفات القانونية، المتعلّقة بهذه الحقوق أو تلك الإلتزامات[1].

ونظرا للمشاكل التي يمكن أن تثيرها الأهلية فيما يخص تنازع القوانين لأنّ من يتمتّع بحق في بلده، قد يجد نفسه محروما منه في بلد آخر، ومن هو كامل الأهلية في بلده، قد ينقلب قاصرا في بلد آخر، فقد خصّتها غالبية التشريعات بقاعدة إسناد صريحة، حيث تعتبرها جزءا من حالة الشخص وتخضعها للقانون الشخصي.

وإنطلاقا من ذلك، ما علاقة الضابط الشخصي بالقانون الواجب التطبيق على مسألة الأهلية؟(الفرع الأول)، وماهي الإستثناءات الواردة على قاعدة خضوع الأهلية للقانون الشخصي؟

1 عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2006، ص199.

(الفرع الثاني)، وما هو دور الضابط فيما يخص إسناد النظم المقرّرة لحماية القصّر وعديمي الأهلية؟ (الفرع الثالث).

الفرع الأول: علاقة الضابط الشخصي بالقانون الواجب التطبيق على الأهلية

ولتبيان علاقة الضابط الشخصي بالقانون الذي يحكم مسألة الأهلية، سنتعرض أوّلا إلى موقف التشريعات من الأخذ بالضابط الشخصي لتحديد القانون الواجب التطبيق (بند أوّل)، وثانيا إلى نطاق القانون الشخصي الذي يحكم الأهلية (بند ثاني).

البند الأول: موقف التشريعات من الإسناد الشخصي لمسألة الأهلية

تختلف الدول في إسناد مسألة الأهلية لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وتتأرجح بين ضابط الجنسية وضابط الموطن في إسنادها.

ويرجع عقد الإختصاص لقانون الجنسية إلى المادة 03/03 من القانون المدني الفرنسي التي تخضع حالة الشخص وأهليتهم لقانون جنسيتهم[1]، وقد نقل هذا النصّ إلى تشريعات مختلفة[2]، ونصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 10 قانون مدني:"يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم، قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

[1] Article 03 Alinéa 03 de code civil français: «les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français même résident en pays étranger».

[2] المادة 11 من القانون المدني المصري، والمادة17 ق.م عراقي، المادة 12 ق.م سوري، المادة 11 ق.م ليبي، الم .23 ق.م كويتي لسنة 1961، الم. 15 ق. م سوداني، الم. 07 من قانون إصدار التقنين المدني الألماني، الم07 ق.م إسباني، الم.07 ق.م يوناني، الم. 17 ق.م إيطالي، الم 03 من القانون المتضمن للقواعد العامة في تنازع القوانين باليابان، الم. 09 من القانون الدولي الخاص البولندي، الم.08 ق.م روماني، الم. 03 من القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي، الم. 34 قانون مدني نمساوي. راجع في ذلك، أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، سنة 1989، ص 24-25.

ومع هذا فإنّ بعض الدول تستند لضابط الموطن لإسناد الأهلية[1]،.بينما تخضعها دول أمريكا اللاتينية لنظام مختلط، فتطبّق على رعاياها قانون الجنسية، وعلى الأجانب قانون الموطن[2]، وعلى العكس فإنّ الدول الإسكندنافية تخضع أهلية رعاياها لقانون موطنهم، وأهلية الأجانب لقانون جنسيتهم، ولا ريب أن هذا الحلّ يستهدف إقامة نوع من التّناسق والإنسجام الدولي[3].

وإذا كانت جميع الدول السابق ذكرها، تعتبر الأهلية جزء من حالة الشخص[4]، وتسندها للقانون الشخصي على أساس وجوب خضوعها لقانون مستقرّ وثابت أينما حلّ الفرد، فإنّ هذا المبدأ ليس عالميا لأن بعض الدول الأخرى والمعروفة بدول "Common law" تنظر لها نظرة مغايرة، بحيث لا تعتبرها جزء من حالة الشخص لأنها ليست كفاءة أو مقدرة دائما، بل هي عنصر من عناصر التصرّف القانوني، ولهذا فالأهلية تخضع للقانون الواجب التطبيق على التصرّف القانوني الذي تعدّ شرط لصحته، ويأخذ بهذا الرأي الولايات المتحدة الأمريكية، ما عادا ولاية لويزيانا[5].

أمّا القانون الإنجليزي فيفتقد للوضوح في هذا المجال، فهو يتردّد ما بين القانون الشخصي، والقانون الذي يحكم التصرف القانوني[6].

---

[1] وهو ما نصت عليه المادتين 06 و07 من القانون المدني الأرجنتيني، وكذلك المادة 07 من القانون المدني البرازيلي.ويؤيّد القانون الروماني ذلك، راجع:
Bernard Audit,Louis D'Avout,op.cit,p.84.

[2] ومن ذلك نذكر القانون المدني الشيلي(ا.م.17)، القا.ا.م.الكولمبي(م.19)، القا.ا.م.الإكوادوري(م.14)، القا.ا.م.المكسيكي(م.12)، القا.ا.م. لدولة فينزويلا (م.09) ، الق.ا.م.لدولة البيرو(م.04).

[3] نذكر من ذلك: الدنمارك، فلندا، إسلندا، النرويج، السويد، راجع، أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص27.

[4] والمقصود بالأهلية هنا أهلية الآداء، فهي وحدها التي تخضع للقانون الشخصي، كما سنرى.

[5] أحمدعبد الكريم سلامة، المرجع السابق،ص823-824.

[6] حيث نصّت القاعدة 147، والتي تتناول الأهلية في التعاقدعلى أنّ: "أهلية التعاقد للشخص تكون خاضعة للنظام القانوني، الذي يكون العقد معه أكثر ارتباطا وعلاقة، وكذلك تكون خاضعة إلى قانون الموطن، ومكان السّكن المعتاد وفق الترتيب التالي:

– إذا كانت أهلية الشخص للتعاقد ثابتة بموجب قانون الدولة الذي له أكثر ارتباطا وعلاقة مع العقد،فإن العقد يكون نافذا بقدر ما يتعلّق بشرط الأهلية.

–أما إذا كانت له أهلية التعاقد بموجب قانون دولة موطنه ومكان سكنه المعتاد، فإن العقد يعتبر نافذا بقدر ما يتعلق بالأهلية ذات العلاقة."راجع، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق،ص.80-81.

وإذا كانت غالبية التشريعات تسند الأهلية للقانون الشخصي كما رأينا، إلاّ أنّ حالات الأهلية تتعدّد، وهنا يثور التساؤل حول نطاق الفكرة المسندة التي تخضع للضّابط الشخصي .

البند الثاني: نطاق القانون الشخصي الذي يحكم مسألة الأهلية

إنّ نطاق تطبيق القانون الشخصي لا يشمل جميع حالات الأهلية، ذلك أنّ هذه الأخيرة تتميّز بتنوّعها واختلاف وظائفها، فهناك أهلية الوجوب، والتي تعني قابلية الشخص لإكتساب الحقوق وتحمّل الإلتزامات، فهي إحدى خصائص الشخصية القانونية[1] ، ولذلك تثبت لجميع البشر[2]، وحتّى للشّخص المعنوي لأنها مجرّد صفة تجعله صالحا لأن يتعلّق به حق معيّن له أو عليه، ولهذا لا يجوز حرمان الشخص من حقوقه بصفة مطلقة، في حين يجوز حرمانه من بعضها ما دام أنّ هذا لا يتنافى مع الشخصية القانونية، وبالتّالي تكون له أهلية وجوب ناقصة، وهذه الأهلية لا تخضع لقانون واحد، بل تخضع للقانون المختص بحكم الحق الذي يراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع به من عدمه[3].

كما يوجد عدم الأهلية الخاصة، أو ما يعرف بموانع التصرّف، وهي قيود على أهلية الوجوب خاصة بتصرفات محدّدة وأشخاص معيّنين[4] ، يمنعهم القانون من القيام ببعض التصرفات القانونية مع أنهم راشدون بالنظر لنشاط معيّن يمارسونه أو لوجودهم في مركز خاص، ومن أمثله ذلك منع رجال

[1] Battifol Henri et Paul lagarde, Droit International Privé,L.G.D.G.,T.01, 8ème édition, Paris, 1993, P. 487.

[2] سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، لبنان سنة 1994، ص 348.

[3] ومثال ذلك: حق الشخص في أن يرث يخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم الميراث، وحق الزوج في بالزواج من ثانية يخضع لقاعدة الإسناد التي تنظم الزواج، وحق الشخص في أن يمتلك يخضع للقانون الذي يحكم الملكية، أي قانون موقع المال، راجع في ذلك، هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 299.

[4] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 785.

القضاء ومن في حكمهم من شراء الحقوق المتنازع عليها كلها أو بعضها بأسمائهم أو بأسماء مستعارة، متى كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها[1]، أو عدم صحة بيع المريض مرض الموت لوراث إلاّ إذا أقرّه باقي الورثة[2]، أو كمنع الشّخص من الإيصاء للطبيب الذي يعالجه، أو منع هذا الأخير من تلقّي هبة من مرضاه في مرض الموت في القانون الفرنسي[3].

إنّ هذه الأهلية لا تعدّ من عناصر الحالة الشخصية، لأنها لا تهدف إلى حماية الشخص ذاته، وإنما لحماية المصلحة العامة أو رعاية مصلحة الغير[4]،ولهذا فهي تخرج من نطاق تطبيق القانون الشخصي، وتخضع للقانون الذي يحكم التصرف القانوني ذاته، فمنع عمّال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها، يحكمه القانون الذي يحكم الإجراءات، وهو قانون القاضي، ومنع المريض في مرض موته من أن يوصي لطبيبه يحكمه قانون جنسية المورّث وقت موته[5].

إذن يبقى فقط أهلية الأداء العامة، والتي تعني قدرة الشخص على التعبير بنفسه، ولحسابه عن إرادته، تعبيرا منتجا لآثاره القانونية، فهي الوحيدة التي تدخل في مضمون الفكرة المسندة، لأنها تعدّ عنصرا من عناصر حالة الشخص[6] نظرا لإرتباطها بالتمييز، فهي تدور معه وجودا ونقصانا وإنعداما[7]، وإنعداما[7]، إذ أنّ الشخص يمرّ بمراحل مختلفة في حياته، فيكون صغيرا غير مميّز، ثم بعد ذلك في مرحلة مرحلة معينة من حياته يبدأ تمييزه، إلاّ أنّه لا تتوافر له كل أسباب التمييز والإدراك إلى أن يبلغ سن

[1] نصت على ذلك المادة 402 قانون مدني جزائري.

[2] نصت على ذلك المادة 408 قانون مدني جزائري.

[3] Jean Derruppé, Droit International Privé, 12 ème édition, Dalloz, Paris,2001, P.12

[4] أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 109-110.

[5] هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 300، راجع كذلك، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص786.

[6] وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عن الغرف مجتمعة، إذ جاء فيه:" إن الأهلية لا تعد عنصرا من عناصر الحالة،إلا إذا كان الأمر يتعلق بأهلية عامة ومطلقة للأشخاص، وهي التي يطبق في شأنها دائما ومباشرة، القانون الشخصي."، راجع، موشعال فاطمة ، المرجع السابق،ص29.

[7] غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، الأردن، سنة 2005، ص 29.

الرشد، فإذا بلغ هذه السن تكون له أهلية أداء كاملة، ولكن يشترط أن لا يطرأ عليه عارض من عوارضها كالجنون والسّفه، لأن من شأن هذه العوارض أن تعدم تمييزه أو تنقص من أهليته بعدما كانت كاملة[1]، أمّا إذا بلغ الشخص تلك السن وهذه العوارض قائمة معه، فيكون ناقص الأهلية منذ البداية.

ويختلف سنّ الرشد من دولة لأخرى[2]، ويحدّدها القانون الجزائري ب19 سنة، فيكون الشخص حتى السن 13 فاقد التمييز له أهلية الوجوب فقط، ومن سن13 إلى 19 سنة ناقص الأهلية ولكنه مميّز، ولا يكون كامل الأهلية إلاّ بعد 19 سنة[3].

إنّ القانون الذي يعيّنه ضابط الإسناد الشخصي يحكم جميع المسائل المتعلّقة بتحديد سن الرشد، وعوارض الأهلية من جنون، عته، سفه، وغفلة،كما يبيّن متى يكون الشخص فاقد الأهلية، أو ناقصها أو كاملها، وما هي التصرّفات التي يجوز لناقص الأهلية القيام بها وحده، وما لا يستطيع القيام بها إلاّ عن طريق وليّه، وصيّه، أو القيّم عليه، مجلس العائلة أو المجلس القضائي، ويبيّن متى يعتبر الصبي مأذونا له بإدارة أمواله، والجزاء المترتّب على فقد الأهلية ونقصها، إذا كان هذا الجزاء هو البطلان فيبيّن نوعه، ومن له حق التمسك به، والمدّة التي يجب فيها رفع دعوى البطلان، وما إذا كان

[1] نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة الناشر بالإسكندرية، مصر، سنة2001،ص.169 و 171.

[2] وهي محددة ب18 سنة في فرنسا، سوريا، العراق، وب19 سنة في الجزائر، و20 سنة في تونس، و21 سنة في مصر و ألمانيا وانجلترا، و23 سنة في هولندا واسبانيا، و25 سنة في الدنمارك والمكسيك، راجع، زروتي الطيب، المرجع السابق ، ص151.

[3] تنص المادة 40 ق.م.ج: "كل شخص بلغ سن الرشد، متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة(19)."

يجوز إقرار التصرف الباطل أو لا، ومدّة تقادم دعوى البطلان، وتحديد نظام عدم الأهلية الراجع إلى الأحكام القضائية المدنية والجنائية الوطنية[1].

وإذا كانت أهلية الأداء تخضع للقانون الشخصي كقاعدة عامة، إلاّ أنّ هذه القاعدة ليست على إطلاقها، وإنّما ترد عليها إستثناءات.

الفرع الثاني: الإستثناءات الواردة على قاعدة خضوع الأهلية للقانون الشخصي:

تخضع أهلية الأداء للقانون الشخصي، إلاّ أنّ هناك إستثناءات تقضي بتطبيق قوانين أخرى غير هذا القانون، وذلك متى تعلّق الأمر بحالات الجهل المغتفر بالقانون الأجنبي، أو في حالة وجود معاهدة دولية، أو قانون خاص يقضي بغير ذلك.

البند الأول– الإستثناء الخاص بالجهل المغتفر بالقانون الأجنبي:

بعد أن نصّت غالبية التشريعات على خضوع الأهلية للقانون الشخصي، قرّرت إستثناءا على هذه القاعدة، وقد أورده المشرع الجزائري بالتحديد في المادة 10 في فقرتها الثانية بنصّها:" ومع ذلك ففي التصرّفات المالية التي تعقد في الجزائر، وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب في خفاء لا يسهل تبيّنه على الطرف الآخر، فإنّ هذا السبب لا يؤثّر في أهليته وفي صحّة المعاملة"[2].وقد استقى المشرع الجزائري هذا النصّ من القضاء الفرنسي، وبالضّبط من حكم قديم لمحكمة النقض الفرنسية صدر بتاريخ 16 جانفي 1861في قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص تسمى بقضية "Lizardi"، وتتلخّص وقائعها في أنّ

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص152، راجع كذلك، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 828.

[2] يقابل هذه المادة: المادة 11 ف2 مدني مصري، الم. 11ف2 مدني ليبي، الم.28 ف2 مدني عراقي، الم. 12 مدني سوري، الم. 09 مدني يوناني، الم. 17 ف02 من الأحكام التمهيدية للقانون الإيطالي، والم. 09 ف03 من مجموعة القانون الدولي الخاص اليوناني.

شابّا مكسيكيا في سن الثالثة والعشرين، اشترى في باريس من تاجر فرنسي بعض المجوهرات، وحرّر لقاء ثمنها عدّة سندات، ولما حلّ أجل الوفاء بها إمتنع عن ذلك، ولما رفعت دعوى ضده دفع ببطلان السّندات بسبب نقص الأهلية، لأن قانونه الشّخصي المكسيكي، يحدّد سنّ الرشد بخمسة وعشرين سنة، فصدر الحكم بغير صالحه، يلزمه بدفع قيمة تلك السّندات، وقد أيّدته محكمة النقض على أساس أنه لا يفترض في الشخص العلم بكافة قوانين العالم، ويكفي لصحّة العقد أن يكون الفرنسي قد تعاقد بدون خفّة ولا رعونة، وأن يكون حسن النية[1].

غير أن تطبيق هذا الإستثناء يتطلب توافر شروط معينة كما أن له أساس يقوم عليه.

أوّلا: شروط إعمال الإستثناء

لتطبيق الإستثناء السالف الذكر، فإنّ هناك جملة من الشروط لابدّ من توافرها وهي:

1-أن يكون التصرف ماليا:

فيخرج بذلك من نطاق الإستثناء التصرّفات المتعلّقة بالأحوال الشخصية كالزواج مثلا، وحتى في التصرفات المالية فإنّ جانب من الفقه الفرنسي والمصري يقصرون مجاله في إطار التصرّفات والعقود الجارية أو اليومية، طالما أنها تتّصف بالسرعة فلا تترك للمتعاقد فرصة البحث والتحرّي عن أهلية الأجنبي، بينما يستبعدون من نطاقه التصرّفات ذات الخطر، والتي تتصف بأهمية خاصة، كالتي ترد على عقار لأنها تقتضي قدرا كبيرا من الحيطة والحذر، وتستلزم من العاقد التقصّي والتأكّد من جنسية المتعاقد الأجنبي[2].

[1] Jean Derrupé, op. cit., P.127.

[2] موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 33.

غير أنّ بعض الفقه الآخر[1]، يرى أن إخراج التصرفات ذات الخطر من نطاق الإستثناء ينطوي على تقييد لا يحتمّله النص الذي جاء مطلقا، فيكفي ما يستلزمه المشرع من أن يكون نقص الأهلية راجعا إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيّنه، وهي مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضي.

2-أن تعقد هذه التصرفات في حدود الإقليم الوطني للقاضي وتنتج آثارها فيه:

ينبغي أن تعقد هذه التصرفات القانونية في حدود الإقليم الوطني للقاضي الذي قرّر الإستثناء، وتنتج آثار فيه كذلك، فلابدّ من تلازم الأمرين معا[2]. فبالنسبة للجزائر مثلا يجب أن يبرم التصرف في الجزائر وينتج آثاره فيها، والمقصود من هذا الشرط، هو حماية المعاملات التي تتمّ في حدود الإقليم الوطني[3].

3-أن يكون المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية وفقا لقانون القاضي ووفقا لقانونه الشخصي:

إنّ هذا الشرط بديهي لأنه ليس من المعقول أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية وفقا لقانون القاضي، ويستعمل هذا الإستثناء، ولعلّ السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو: هل يشترط لتطبيق هذا الإستثناء أن يكون المتعاقد مع الأجنبي وطنيا؟

[1] يأخذ بهذا الرأي الأستاذ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 796، وعز الدين عبد الله، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي ، المرجع السابق، ص 238، وهشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 306.

[2] هناك بعض الدول تذهب إلى إعمال الاستثناء أيا كان المكان الذي أبرم فيه التصرف، أو رتب آثاره فيه، ومن ذلك نذكر القانون الدولي الخاص السويسري الجديد (م.36)، القانون المدني الألماني (م. 12) التي تنص على أنه: "إذا أبرم تصرف بين أشخاص موجودين في دولة واحدة فليس للشخص الطبيعي كامل الأهلية طبقا لقانون دولة إبرام التصرف أن يتمسك بعدم أهليته المقرر وفقا لقانون جنسيته، إلا إذا كان المتعاقد الآخر يعلم، أو كان من المفروض عليه أن يعلم لحظة إبرام العقد أنه ناقص الأهلية".

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 155

بالرجوع إلى نص المادة 10 ق.م.ج، وإستنادا إلى مفهوم المخالفة، يستنتج أن الطرف الآخر يجب أن يكون أجنبيا[1]، ولكن بعض التشريعات عمّمت الأخذ بالإستثناء في حالة كون العاقدين أجنبيين[2] ،كما عمّم القضاء الفرنسي استبعاد القانون الأجنبي المختصّ بأهلية الأجنبي ولو كان المتعاقد الآخر أجنبيا[3]. ولكن، إذا كان كلا المتعاقدين الأجنبيين يحملان نفس الجنسية، فلا وجه لإعمال الإستثناء لأن الأصل أنّ كلّ منهما يعلم أحكام قانونه الشخصي، إذ لا عذر بجهل قانونهم الوطني[4].

4-أن يكون نقص أهلية المتعاقد الأجنبي راجعا إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الأخر تبيّنه:

إنّ تقدير هذا الشرط مسألة موضوعية، ترجع فيها السلطة التقديرية للقاضي، وذلك وفقا لمعيار موضوعي، ومن ثم يشترط في المتعامل الوطني ألاّ يكون مقصّرا في تبصّره واحتياطه، ويقاس سلوكه بمعيار الرجل العادي[5].

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 222.

[2] نذكر من ذلك: القانون البولوني والإيطالي والألماني، راجع في ذلك، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص155.

[3] هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 307.

[4] ولكن قد يحدث في فروض نادرة، الجهل بالقانون الوطني، فلا يعرف الشخص بالنقص الذي يفرضه قانونه الشخصي، خاصة إذا تقرر بمقتضى حكم قضائي، وكان مولودا أو مقيما في بلد إبرام التصرف، في مثل هذه الحالات يمكن التمسك بالاستثناء متى ثبت أنه كان معذورا في جهله بنقص أهلية من تعاقد معه، لأنه كان حسن النية واستعلم بالقدر الكافي، راجع في ذلك، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 802.

[5] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 802.

ثانيا: أساس الإستثناء:

قد تساءل الفقه حول أساس هذا الإستثناء، فأرجعه بعضهم إلى فكرة الإثراء بلا سبب، ولكن يعترض على ذلك بأن هناك من أرجع سببه للعقد[1]. ومنهم من ردّه إلى المسؤولية التقصيرية تأسيسا على فكرة التعسّف في استعمال الحق[2]. وهناك من رده لفكرة النظام العام[3]. ولكن الرأي الراجح أسّسه على العذر بجهل القانون الأجنبي، ما دامت قاعدة لا عذر بجهل القانون يقصد بها فقط القانون الوطني، وليس القانون الأجنبي الذي يعتبر في نظر الرأي الراجح فقها واقعة، والجهل به عذر مقبول، هذا فضلا عن أنّه لا يتصوّر أن يحيط الإنسان علما بجميع قوانين العالم ولو كان من المختصّين[4] .

البند الثاني: وجود نص في قانون خاص أو في معاهدة:

إذ وجد نص في قانون خاص، أو في معاهدة دولية، يقضي بعدم خضوع الأهلية للقانون الشخصي، فإنّ الأولوية تثبت لهذا النص نظرا لسموّ أحكامه قانونا، فبالرجوع للتشريع الجزائري تنص المادة 21 ق.م على أن لا تسري أحكام المواد السابقة أي الخاصة بتنازع القوانين إلاّ حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر.

[1] هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 303.

[2] زروتي الطيب،المرجع السابق، ص 157.

[3] ومن هذا الإتجاه الفقيه :"BARTIN".

[4] وهو ما نلمسه في حيثيات حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية "ليزاردي"، فقد قررت أنه من غير المقبول أن يفترض في الفرنسي العلم بالقانون الأجنبي، ويرجع ذلك في نظرهم إلى أن القانون الأجنبي لا يعامل أمام القضاء بوصفه قانونا وإنما كواقعة، وقد أيّد الفقه الجزائري هذه الوجهة، راجع في ذلك، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2000، ص 68، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 157.

وفي هذا المجال، لا يوجد نص خاص في القانون الجزائري، عكس القانون الفرنسي الذي تتمّم المادة الأولى من القانون التجاري بفقرة ثانية، نصّ فيها: تخضع أهلية التاجر فرنسيا كان أو أجنبيا لقانون البلد الذي يتّخذ فيه مقرّ نشاطه التجاري[1]. كما أنّ المشرع المصري بدوره استثنى أهلية مزاولة التجارة في مصر من الخضوع لقانون الجنسية بموجب المادة11 قانون تجاري[2].

أما بخصوص المعاهدات الدولية، فإن إتفاقية جنيف الخاصة بالسّفتجة، والسند الأمر، والشيك، لسنة 1930-1931، وإن كانت كأصل عام تخضع أهلية الشخص للإلتزام بمقتضى السندات السابقة لأحكام قانونه الشخصي[3]، إلاّ أنها أوردت إستثناءين على ذلك، الأوّل يقضي بضرورة الأخذ بالإحالة متى أشار القانون الشخصي إلى تطبيق قانون آخر على أن تطبّق القواعد الموضوعية لقواعد الدولة المحال إليها دون قواعد التنازع، والثاني هو أنه إذا كان الملتزم الصرفي ناقص الأهلية وفقا لقانونه الشخصي أو القانون الذي تمّت الإحالة إليه، وكان كامل الأهلية وفقا لقانون محل نشوء الإلتزام الصرفي، فينبغي تطبيق القانون الأصلح لحماية حامل الورقة التجارية، إذ يكفي بالنسبة له أن يكون الموقّع على السند أهلا للإلتزام إمّا وفق قانونه الوطني أو وفق قانون الدولة التي نشأ فيها الإلتزام الصرفي، ممّا يدعو للقول بأنه ذهب إلى أبعد ما يقرّره الإستثناء الوارد في المادة 10

[1] يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، السنة الرابعة حقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2009، ص44.

[2] تقضي هذه المادة بأنه يكون أهلا لمزاولة التجارة مصريا كان أو أجنبيا، من بلغ سنة 21 سنة كاملة، ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره قاصرا في هذا السن.

[3] H.Batiffol, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, R.C.A.D.I, vol II., T.139, 1973, P.113.

ف02 مدني جزائري، وما يقابلها في التشريعات العربية، وبالتالي هو يوفّر حماية أكبر مما يوفّره قضاء ليزاردي[1].

وقد نصّت بعض التشريعات العربية صراحة على هذا الإستثناء في قوانينها الداخلية، كالقانون الأردني في الفقرة 02 من المادة 130 من قانون التجارة الصادر سنة 1996 بنصّه، "يرجع في تحديد أهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب إلى قانون بلده، ومع ذلك إذا إلتزم شخص بمقتضى سند، وتوافرت فيه أهلية الإلتزام به، وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الإلتزام، كان إلتزامه صحيحا، ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقا لقانون بلده"[2].

الفرع الثالث: دور الضابط الشخصي في إسناد النظم الخاصة بحماية ناقصي الأهلية

إنّ الشخص ناقص الأهلية يكون دائما بحاجة إلى حماية نفسه وماله، هذه الحماية توفّرها القوانين الداخلية لمختلف الدول[3]، وتتجلّى في عدّة نظم قانونية كالولاية[4] الوصاية[5]، القوامة[6]، والتي تتعدّد في الدولة الواحدة، وتختلف في طبيعتها وأشكالها من دولة لأخرى.

وكثيرا ما تثير هذه النظم مشكل تنازع القوانين، فيتنازع على حكمها أكثر من قانون واحد، وتستند غالبية التشريعات لحل هذا المشكل بإسناد هذه النظم إلى الضابط الشخصي لتحديد القانون

[1] يوسف فتيحة، محاضرات ألقيت على طلبة ماجستير القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، غير مطبوعة، سنة 2009.

[2] غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص156.

[3] منها قانون الأسرة الجزائري الذي ينص على أحكام النيابة الشرعية من ولاية وصاية، حجر، في المواد من 81 إلى 108.

[4] الولاية تكون على القاصر، ويصلح للولاية على القصر وفقا للمادة 87 ق.أ.ج كل من الأب وبعد وفاته تحل محلّه الأم، وفي حالة الطلاق، تمنح لمن أسندت له حضانة الأطفال وتنتهي ببلوغ القاصر 19 سنة.

[5] الوصاية تقوم عند عدم وجود أم تتولى شؤون القاصر، وإذا كانت عديمة الأهلية يقوم الأب والجد بتعيين وصي له وفقا للمادة 92 ق.أ.ج.

[6] القوامة يمارسها المقدّم، وهو الشخص الذي تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو من له مصلحة أو النيابة العامة (الم.99 ق.أ.ج).

الواجب التطبيق عليها (البند الأول)، مع الأخذ بعين الإعتبار تطبيق قوانين أخرى في حالات معينة (البند الثاني).

البند الأول: إسناد النظم الخاصة بحماية ناقصي وعديمي الأهلية للضابط الشخصي:

إنّ غالبية التشريعات الغربية والعربية[1]، تسند النظم الخاصة بحماية القصر وعديمي الأهلية للضابط الشخصي، المتمثّل في الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق، وقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 15 ف01 قانون مدني، والتي جاء فيها: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقرّرة لحماية القصّر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته"، وهو ما كرّسته من قبل إتفاقية لاهاي لسنة 1902 الخاصة بالوصاية وإتفاقية 1905 الخاصة بالحجر[2].

وسبب هذا الإسناد هو أن هذه النظم مقرّرة لمصلحة المشمول بالحماية وللحفاظ على أمواله، فيجب أن تخضع لقانونه وليس لقانون متولي الحماية.

والمقصود بالولاية في بالمادة 15 ق.م.ج، وما يقابلها في تشريعات الدول العربية ، هي الولاية على المال، أمّا الولاية على النفس فتعدّ من آثار الزواج أو النسب[3]، ولا تسري عليها أحكام المادة المذكورة أعلاه، هذا خلافا للقانون الفرنسي وغيره من القوانين اللاّتينية، التي ترفض هذا التمييز وتخضع الولايتين لقانون واحد، قد يكون قانون العائلة، أو قانون فاقد الأهلية، وفي حالة وجود

[1] نصت على ذلك المادة 16 مدني ليبي، الم. 16 مدني مصري، الم. 20 مدني عراقي، الم. 46 قانون كويتي، الم. 31 ق.د.خ بولندي، الم. 24 ف1 قا.د.خ ألماني ،الم. 09 قانون تركي، الم. 27 ف1 قانون نمساوي، الفصل 41 من مجلة ق.د.خ التونسي. أما القانون اليمني في المادة 26 مدني فقد أسند هذه النظم إلى قانون القاضي.

[2] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 157.

[3] و قد خصت غالبية للتشريعات آثار الزواج والنسب بقاعدة إسناد صريحة تستند إلى الضابط الشخصي، كما سنرى لاحقا في المطلب الثاني من هذا المبحث.

الأبوين أو أحدهما، تخضع الولاية على النفس أو المال للقانون الذي يحكم الأسرة، أمّا في حالة زوال دعائم الأسرة بوفاة كلا الأبوين، فيطبّق قانون جنسية فاقد الأهلية[1].

ويمكن حصر المسائل الموضوعية التي تخضع لقانون جنسية الشخص المشمول بالحماية[2] في معرفة طبيعة نظام الحماية الذي يجب أن يشمل به، هل هو نظام الولاية أو الوصاية أو القوامة، أو غير ذلك من النظم، وطبيعة الشخص أو الهيئة القضائية والإدارية التي يناط بها الإشراف والمساعدة، من حيث كونها عامة أو خاصة، وتحديد وظيفتها، وكيفية فصل الخلافات التي قد تنشأ بينها، كذلك يرجع إلى هذا القانون لبيان من تثبت له الولاية، ومن يصلح أن يكون وصيّا أو قيّما أو وكيلا عن الغائب، ولبيان سلطة هؤلاء النواب في إبرام التصرفات القانونية وحكمها إذا تجاوزوا سلطانهم فيها،كما يتكفّل هذا القانون ببيان حقوق من يتولّى الحماية وواجباته، وما يستحقّه من أجر، ويبيّن أسباب سلب الولاية أو وقفها أو الحدّ منها، وعزل الأوصياء أو الحدّ من سلطتهم، ورفع الحماية وإنهائها عند بلوغ القاصر سن الرشد أو زوال الحجر عن الشخص الذي انتابه أحد عوارض الأهلية[3].

وعليه لو فرضنا أن المشمول بالحماية جزائري الجنسية، فإن قانون الأسرة الجزائري هو الواجب التطبيق على كل تلك الصور[4].

هذا، وإنّ لضابط الموطن دورا لا يقل أهميته عن ضابط الجنسية، حيث يسري قانون الدولة المقيم بها ناقصي الأهلية، في الحالات التي تتدخّل فيها لحمايتهم، فتتولّى رعاية وحماية الأطفال

1 Battiffol et Lagard, OP. cit., P. 495.

[2] في حين تخضع لقانون الولي أو الوصي أو القيم تحديد أسباب امتناعه عن قبول نظام الحماية المناط به لأنه من غير المقبول تحميل هذا الأخير مهمة قد يحظرها عليه قانون قانونه الشخصي.

[3] فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1974، ص 318.

[4] راجع في ذلك المواد من 81 إلى 108 ق.أ.ج، والتي تنظم الأحكام الموضوعية للولاية على المال والوصاية والقوامة.

الأجانب والذين لا عائل لهم كاللّقطاء ومجهولي الأبوين، الذين هم في خطر يهدّدهم، بل أيضا عليها حماية ناقصي الأهلية المقيمين على إقليميها، وذلك في الأحوال التي لا يكون مستطاعا فيها تحقيق الحماية طبقا لقانون الجنسية ،كالحالات التي تتطلّب تدخّل سلطة دينية أو إدارية أجنبية يجهلها قانون القاضي، فهنا يجب حمايتهم وفقا للمؤسسات القانونية المعروفة في هذا القانون[1].

وفي مجال الإعتداد بضابط الموطن لإسناد النظم الخاصة بحماية القصر وعديمي الأهلية، نصّت اتفاقية لاهاي المتعلّقة بحماية القصّر، والمؤرّخة في 05 أوت 1961 في مادّتيها الأولى والثانية[2]، على إعطاء الصلاحية المبدئية إلى سلطات الدولة، التي يسكن فيها القاصر بشكل معتاد، لإتخاذ تدابير الحماية وفق قانونها.

وإذا كان الأصل هو إعمال الضابط الشخصي لإسناد النّظم المقرّرة لحماية القصّر وعديمي الأهلية إلّا أنّ هناك إستثناءات ترد على هذا المبدأ.

[1] بيار مايير فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 492.

[2] Article01 du convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineures dispose : « Les autorités, tant judicaires qu'administrative de l'état de la résidence habituelle d'un mineure sont, sous réserve des disposition des articles 3,4 et 5 alinéa3, de la présente convention compétentes pour prendre des mesures tendent à la protection de sa personne ou de ses biens .»

-Article 02 dispose : « Les autorités compétentes aux termes de l'article 1 prennent les mesures prévues par leur loi interne.

Cette loi déterminé les conditions d'institution, modification et cessation des dites mesures, elle régit également leurs effets tant en ce qui concerne les rapports entre le mineur et les personne sou institution qui ont la charge, qu'à l'égard des tiers. »

البند الثاني: الإستثناءات الواردة على قاعدة خضوع ناقصي وعديمي الأهلية للقانون الشخصي:

إذا كانت القاعدة العامة تقضي بخضوع حماية ناقصي وعديمي الأهلية من قصّر، سفهاء، مجانين وغيرهم، للقانون الشخصي، إلّا أنّ هذا المبدأ ترد عليه استثناءات حيث يتقرّر اختصاص قانون القاضي بصفته له اختصاص فرعي في كل ما لم يتناوله القانون الشخصي وفي اتخاذ التدابير الإستعجالية والوقائية الهادفة إلى حماية أموال القصر وعديمي الأهلية بسرعة، وغالبا ما يكون قانون القاضي في هذه الحالة هو قانون موقع المال[1].

وقد نصت على ذلك المادة 09 من إتفاقية لاهاي الخاصة بحماية القصّر[2]، ونصّ عليه المشرع الجزائري في الفقرة 02 من المادة 15ق.م والتي جاء فيها:"غير أنّه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصّر وعديموا الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلّقت بأموالهم الموجودة في الجزائر".

ويخضع لهذا القانون كذلك مسائل الإجراءات المتعلقة بحماية عديمي أو ناقصي الأهلية، وهذا ما ورد بالمادة21 مكرّر قانون مدني جزائري[3]، ويدخل في تلك المسائل كل ما يتعلّق برسم حدود سلطة القاضي، وكيفية تدخله لتعيين القائمين بالحماية والرقابة على تصرفات متولي الولاية أو الوصاية أو القوامة، وكيفية عزله أو وقفه، وكيفية مراجعة حسابات الولي أو الوصي ومنافسته فيها[4].

[1] سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 492.

[2] نصت الم.09 من اتفاقية لاهاي الخاصة بحماية القصر، المؤرخة في 05 أوت 1961 : " في كافة حالات الاستعجال تتخذ سلطات الدولة المتعاقدة التي يوجد على إقليمها القاصر أو المال العائد له تدابير الحماية الضرورية ".

[3] تنص الم. 21 مكرّر ق. م.ج على أنه:"يسري على قواعد الإختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات ". وهو ما يؤيده الرأي الراجح فقها وتشريعا.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 832.

ونظرا لطبيعة الولاية على المال، فإنّ نطاق القانون الشخصي، يقتصر فيها على أعمال الإدارة والتصرف، أمّا الأثر العيني من نقل الملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى، وإجراءات التسجيل والشهر فتخضع لقانون موقع المال[1].

ومن خلال ما تم عرضه في هذا المطلب، نكون قد بيّنا الدور الذي يلعبه الضابط الشخصي في إسناد الحالة الفردية والأهلية لتحديد القانون الواجب التطبيق، غير أنّ دور الضابط الشخصي في إسناد الأحوال الشخصية للقانون الواجب التطبيق لا ينحصر في هذا النطاق فحسب، وإنما يمتد ليبرز أكثر في مجال العلاقات الأسرية.

المبحث الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد العلاقات الأسرية للقانون الواجب التطبيق

إذا كانت الحالة الفردية تخصّ الإنسان لوحده، فإنّ الحالة العائلية تشمل روابطه مع غيره وتتجلّى في علاقاته الأسرية البحتة والمتمثلة في الزواج، الطلاق،النسب، العلاقة بين الأصول والفروع، الحضانة وكفالة الأولاد، أو العلاقات الأسرية ذات الطابع المالي، والمتمثّلة في الميراث، الوصية لأحد أفراد العائلة، والهبة بينهم.

وكثيرا ما تثير العلاقات الأسرية مشكل تنازع القوانين، ولحل هذه المشاكل تستند التشريعات للضابط الشخصي، فتعتمد الدول اللاتنية على ضابط الجنسية لتحديد الإختصاص التشريعي[2]، وقد

[1] yvon Loussouarn et Pierre Bourel, op. cit, P.344.

[2] سامي بديع منصور، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1995، ص 52-53.

أخذت التشريعات العربية وبعض التشريعات الأجنبية ومنها إيطاليا، فرنسا، ألمانيا[1] بهذا المبدأ، والذي يمثّل الإتجاه التشريعي الغالب في العالم. في حين تذهب الدول الأنجلوسكسونية إلى اعتماد ضابط الموطن[2]، كما اعتمدته بعض الإتفاقيات الدولية نذكر منها: إتفاقية بوستمانتي 1938 الخاصة بدول أمريكا اللاتينية، واتفاقية لاهاي المتعلقة بالنظام المالي للزوجين لسنة 1976 في مادتها (16) والإتفاقية الدولية الأمريكية بشأن موطن الشخص الطبيعي في القانون الدولي الخاص لعام 1979، وإتفاقية لاهاي لسنة 2000 المتعلقة بشأن الحماية الدولية للمراهقين[3].

وما يمكن ملاحظته، هو أن غالبية التشريعات العربية والأوروبية التي اعتدّت بضابط الجنسية كضابط إسناد في العلاقات الأسرية، اعتدّت كذلك بضابط الموطن في مواقف عديدة. وبناء على ذلك ماهو الدور الذي يلعبه الضابط في هذا المجال؟، ولتوضيح ذلك سنتعرض أوّلا إلى: دور الضابط الشخصي في إسناد الرابطة الزوجية (في المطلب الأول)، وثانيا إلى دوره في إسناد الروابط العائلية المالية (في المطلب الثاني).

[1] قد اعتمدت فرنسا معيار الجنسية بدلا من الموطن لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الأسرية منذ صدور القانون المدني 1804، وكذلك فعلت ألمانيا منذ عام 1900، مما خلق هذا التعديل مشكلة التنازع الانتقالي بين قانون الموطن القديم وقانون الجنسية الجديد. راجع في ذلك، هشام خالد، التنازع الإنتقالي في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، سنة 2001، ص31.

[2] قد أخذت بهذا النظام كل من القوانين في الو.م.أ، بريطانيا، الدانمارك، النرويج، راجع في ذلك: حسن الهداوي وغالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مطبعة مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1988، ص 191-193 ، كما اعتمدته البرازيل وأستراليا، راجع في ذلك، ممدوح عبد الكريم حافظ، المرجع السابق، ص 176. كما أشار إليه القانون المدني الفنزويلي راجع في ذلك:
patrick Brchers and Joachim ,International Conflict of Laws for the third Millennium transentional publishers, 2001, P.102

[3] راجع في ذلك، عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، سنة 2010، ص63.

المطلب الأول: دور الضابط الشخصي في إسناد الرابطة الزوجية للقانون الواجب التطبيق

يعتبر الزواج من أفسح العلاقات القانونية مجالا لتنازع القوانين، وهذا نظرا لإعتبارات اجتماعية ودينية وخلقية يقوم عليها، ونظرا لإختلاف نظرة المجتمع إليه[1]، ولتدخّل القاضي عن طريق التكييف وتحكّمه فيما يعتبر زواجا وما هو خارج عنه[2].

وتختلف التشريعات في إسناد الرابطة الزوجية من انعقادها حتى انحلالها، ويلعب الضابط الشخصي دورا بارزا في إسنادها رغم اختلاف وجهات النظر إليه.

وعلى ضوء ذلك، ما هو الدّور الذي يلعبه الضابط الشخصي حتى يساهم في حل مشكل تنازع القوانين متى تعلق الأمر بالزواج وانحلاله والآثار المصاحبة لهما؟، وهل يطبّق القاضي في جميع هذه الحالات القانون الشخصي أم أنه يطبّق قانونه إستثناءا؟، وإذا طبّق قانون القاضي، فهل له علاقة بالضابط الشخصي؟، وللإجابة على ذلك، سنتعرّض إلى دور الضابط الشخصي في إسناد الرابطة الزوجية وآثارها (فرع أول)، وإلى دوره في إسناد إنحلال الزواج وآثاره (فرع ثاني) ،وإلى إسناد الرابطة الزوجية لقانون جنسية أحد الزوجين وقت انعقاد الزواج باعتباره قانون القاضي (فرع الثالث).

الفرع الأول: دور الضابط الشخصي في إسناد انعقاد الزواج وآثاره:

يتطلّب الزواج لإنعقاده مجموعة من الشروط، ومتى انعقد صحيحا ترتّب عنه آثار، وعليه ما هو دور الضابط الشخصي فيما يخصّ كل من إنعقاد الزوجية وما يترتّب عنها من آثار؟

---

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 147،

Béchaux.A, le mariage en droit Français et en droit international, thése pour le doctorat, Université de France, Faculté de droit de Paris, présenteé et soutenue 31-07-1877, p.11.

[2] Robertson H.A., Characterisation in the Conflict of Law, Harvard University press, Chambridge, Masschussetts, 1940, p.92.

البند الأول: دور الضابط الشخصي في تحديد القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج:

لإنعقاد الزواج صحيحا يجب أن تتوافر فيه شروط موضوعية، وأخرى شكلية، وتحديد ما يدخل في نطاق الشروط الموضوعية أو الشكلية موقوف على عملية التكييف التي تخضع لقانون القاضي[1].

قد ميّزت غالبية التشريعات بين القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والقانون المختص بحكم الشروط الشكلية مع إعتدادها في كل حالة بالضابط الشخصي.

أوّلا: إسناد الشروط الموضوعية للضابط الشخصي:

يقصد بالشروط الموضوعية للزواج تلك الشروط التي يتوقّف وجود الزواج على وجودها، وينعدم في حالة انعدامها، فهي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج[2].

وتختلف التشريعات في إسناد الشروط الموضوعية لصحة الزواج، فتوجد في القانون المقارن ثلاث اتجاهات للقانون المختص بحكمها[3]، أوّلهما يسند هذه الشروط لقانون كل من الزوجين، ومن هذا الإتجاه القانون البولوني، والتشيكوسلوفاكي، وإتفاقية لاهاي المؤرخة ب12 جوان 1902،

[1] الرأي الراجح فقها وتشريعا يجري عملية التكييف وفقا لقانون القاضي تطبيقا لنظرية بارتان، راجع:
E.Bartin, De l'inpossibilité à la suppersion définitive des conflits de lois 24 cl, 1897, 24,P.225, 466,720.
وقد أخذ المشرع الجزائر بهذا الرأي، ونص عليه صراحة في الم 09 ق.م.ج، وتقابلها في التشريعات الأخرى المواد:10 مدني مصري، 10 مدني ليبي، 11 مدني سوري،01/17 مدني عراقي، 11 مدني أردني، الم. 23 من القانون اليمني رقم 10 لسنة 1979 ،الم 10 من القانون رقم 05 لسنة 1985 بدولة الإمارات العربية المتحدة، كما أخذ بذلك القضاء الفرنسي في قضية زواج اليوناني الأرثوذكسي راجع في ذلك:
Cass.civ-1er, 22 Juin 1955, R.C.D.I.P, caraslanis, C/dame caraslanis.D, 1956, note chavrier : JCP-1955, 11,8928 : CL. 1955, 682 note Sialelli : Batiffol. H, P.245-256.

[2] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الأول، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 1998،ص 89.
[3] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 179.

الخاصة بتنازع القوانين في مادة الزواج في مادتها الأولى[1]. والإتجاه الثاني يخضع هذه الشروط لموطن الزوجية، ومن ذلك القانون الإنجليزي، والدول الإسكندنافية[2]، ويرى الأستاذ "Arminjon" بأنّ الموطن يتحدّد طبقا لقانون القاضي المعروض عليه النزاع لأن تحديد الموطن يتعلّق بالتكييف، إذ أنّ الموطن فكرة تمس بسيادة الدولة[3]. أمّا الإتجاه الثالث فيسندها إلى قانون محل إبرام الزواج، دون تمييز بين الشكل والموضوع كالقانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاّتينية[4].

أمّا القانون الفرنسي فلم يأت بقاعدة تنازع صريحة تحكم الشروط الموضوعية للزواج، ممّا جعل جانب من الفقه يقترح إخضاعها للقانون الشخصي للزوجين إستنادا لنص المادة 03 ف03 التي نصّت على ما يلي:" القوانين الشخصية التي تحكم حالة الأشخاص وأهليتهم تتبع الفرنسيين ولو أقاموا في الخارج"[5].

[1] Art 01 de convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matière de mariage qui dispose : « Le droit de contracter mariage et régler par la loi nationale de chacun des futur époux, a moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi. »

هذه الإتفاقية موجودة بالموقع التالي: www.hcch.com.

[2] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 149.

[3] Arminjon ,Précis de droit international privé, 3ème édition, Tom 02, paris, 1947, P.24.

[4] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 149.

[5]Gutman Daniel,Droit International Privé, Dalloz , 3ème édition, P.143, Mariel Revillard, Droit International Privé et communautaire,Patrique notariale,Defrénois,Lextenso édition ,Paris,2010,p.54, Béchaux.A,op.cit.,p.138.

وعليه لقد طبّق القضاء الفرنسي قانون الجنسية المشتركة للزوجين في حالة إبرام زواج مدني بفرنسا بين أجانب يحملون نفس الجنسية، وفي حالة إختلاف الزوجين في الجنسية، يطبّق قانون الموطن المشترك مسايرة لمبدأ المساواة[1].

أمّا المشرع الجزائري قد أسند الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون الجنسية، وعبّر عنه بالقانون الوطني، وهذا ما أشار إليه في المادة 11 من القانون المدني الجزائري المعدّلة:"يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

غير أنّ الإشكال يثور في حالة إختلاف الزوجين في الجنسية، فكيف يطبّق القاضي الجزائري قانون جنسية الزوجين في هذه الحالة؟

ولتحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، إشترط الرأي الراجح فقها، أن يستوفي كل زوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني فقط[2]، وقد استقرّ القضاء الفرنسي على هذا الرأي[3]، وأخذ به المشرعون في بعض الدول[4]، وأطلق على هذه العملية بالتطبيق الموزّع، غير أنّه

[1] Art. 03 Al 03 du c.civ.fr (1984-1985) qui dispose : « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résident en pays étrangers ».

[2] ظهر جدل فقهي حول هذه المسألة: اتجاه يدعو إلى تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا جامعا، والمقصود بذلك أن يستوفي كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني، وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون الطرف الآخر، واتجاه يدعو إلى الأخذ بالتطبيق الموزع، فيستوفي كل زوج الشروط المنصوص عليها في قانونه فقط. راجع في ذلك، موحند إسعاد، قواعد التنازل، المرجع السابق، ص 295 .

[3] Jean Marc Bischoff, mariage, répertoire de droit international privé, Dalloz Tom02, paris, 1999, P.26.

[4] من ذلك ما تقضي به الم03 ف1 من القا. الألماني، المؤرخ في 25 يوليو 1986، المتضمن إصلاح القانون الدولي الخاص، الم 116 ق.م إيطالي، الم.07 من القانون السويسري، المؤرخ في 25 جوان 1891، الم. 13 من القا. المدني اليوناني، الم. 49 ق.م برتغالي، الم. 17 ف1 ق. د.خ. نمساوي لسنة 1978 ،الم.44 ف02 ق.د.خ سويسري لسنة 1978، الم. 12 ق.م ليبي، الم. 19 ف01 مدني عراقي، الم. 13 ف1 مدني أردني، المادة 36 ف01 من القانون الكويتي لسنة 1961، الفصل 45 من مجلة القانون الدولي التونسي لسنة 1998 . في حين أخذ القانون اليمني بقانون القاضي عند رفع الدعوى (الم. 25 ق.م رقم 10 لسنة 1979)، راجع في ذلك زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 161.

يستثنى منها موانع الزواج لخطورتها، حيث يطبّق بشأنها التطبيق الجامع[1].

وفي هذا الشأن نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالتطبيق الموزع في نص 11 قانون مدني المعدلة، وأكّد على ذلك في نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية[2]، غير أنّه إذا تعلّق الأمر بالموانع، فيطبّق بشأنها دائما التطبيق الجامع[3].

يظهر ممّا سبق أن الضابط الشخصي، ولاسيما ضابط الجنسية بالنسبة للدول العربية، يلعب دورا أساسيا في إسناد الشروط الموضوعية. لكن ما طبيعة هذا الدور بالنسبة للشروط الشكلية؟

ثانيا: إسناد الشروط الشكلية للزواج للضابط الشخصي

يدخل في الشروط الشكلية للزواج كل ما يتعلّق بالإجراءات ومسائل الإختصاص، والزواج بالوكالة، وإشهار الزواج وتحرير عقده وإثباته[4]، فالشروط الشكلية هي الطرق اللاّزمة لإظهار الزواج والإفصاح عنه إلى العالم الخارجي، كإشهاره وتحرير عقده وإثابته[5].

[1] إذا تم النص في القانون الشخصي لأحد الزوجين على مانع من موانع الزواج كعدم السماح بالزواج المتعدد مثلا، فإن هذا الشرط يسري على كلا الزوجين .

[2] تنص المادة 97 من أمر رقم 70-20 ، المؤرخ في 19 فيفري 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري:"الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين، أو بين جزائري وأجنبية، يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج".

[3] دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، السنة الجامعية 2007-2008، ص14.

[4] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 70، راجع كذلك:

Etienne Croteau, Du mariage dans le droit international privé de la provience de Québec,thése pour le doctorat de l'université, Université de Toulouse,Faculté de droit et de science Economique, présentée et sautenue le 26-06-1964, Paris,p.37-38.

[5] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 109، Béchaux.A ,op.cit.,p.193.

وتعتبر أغلب الدول المسيحية شهر الزواج في شكل ديني شرطا شكليا ،في حين أن بعض البلدان كاليونان وإسبانيا وبلغاريا، تعتبر شهر الزواج في شكل ديني شرطا موضوعيا ،وباختلاف هذا التكييف يختلف القانون الواجب التطبيق[1].

وبالنسبة للدول الإسلامية، بما أن الزواج ليس في الشريعة الإسلامية، نظاما دينيا، وإنما هو نظام مدني، إذ لا يشترط لإنعقاده رجل دين أو احترام طقوس معينة، يمكن القول أن شرط المراسيم الدينية تعتبر من الشروط الشكلية في الجزائر.

وقد قال بهذا التكييف الفقه المصري[2]، وكذلك الشأن بالنسبة للقضاء الفرنسي، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الطابع الديني أو المدني للزواج مسألة شكلية، وكان ذلك في قرارها الصادر في 25 جوان 1955[3].

وقد أسند المشرع الجزائري الشروط الشكلية للزواج لأكثر من ضابط إسناد، ونص على ذلك في المادة 19 ق.م[4] المعدّلة والمتممة، باعتبارها تتناول كافة الأعمال التي تتم بين الأحياء، والتي تخضع شكل الزواج إمّا لقانون محل إبرامه، أو للقانون الوطني للزوجين، أو لقانون موطنهما المشترك، أو القانون الذي يسري على الشروط الموضوعية للزواج، وهو نفسه قانون جنسية الزوجين.

[1] نادية فوضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة، الجزائر، طبعة سنة 2006، ص 293.

[2] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 211.

[3] صدر قرار 12 جوان 1955 في قضية طرحت أمام القضاء الفرنسي وتتلخص وقائعها فيما يلي:"Dimitrti Graslanis" من أصل يوناني. تزوج من "Maria Richard Dumoulin" وهي فرنسية، بتاريخ 12 سبتمبر 1931 أمام ضابط الحالة المدنية بباريس، لكن الزوج ادعى بأن هذا الزواج غير قائم لأن الكنيسة الأرثوذكسية التي يخضع لها، تشترط لانعقاد الزواج أن تتم مراسيمه على يد قسيس، وأن هذا الشرط يتعلق بالناحية الموضوعية للزواج. لكن محكمة النقض الفرنسية، قضت بأن الطابع الديني للزواج مسألة متعلقة بالشكل لا بالموضوع، راجع في ذلك:

Rizkallah Nouhad, Droit International Privé, M.A.J.D, Beyrouth ; édition1985, p.79.

[4] تقابل الم. 519 ق. م. ج المادة 20 ق. م مصري.

وبهذا قد جعل المشرع الجزائري من قاعدة Locus والتي تقضي بخضوع العقود من حيث شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، إختيارية[1]، وأخذ بالضابط الشخصي في إسناد العقود، كضابط إختياري ينازعه غيره من الضوابط، وذلك حسب تفسير المادة 19 ق.م.ج.

غير أنّه وقع جدل حول هذه المادة، بحيث رأى البعض[2] أنها لا تدخل ضمن القواعد المنظّمة للعقود. ومع هذا الجدل، وبوجود نصوص خاصة في قانون الحالة المدنية الجزائري، وإستنادا على وجه الخصوص لنصوص المواد 71-95-96-97، يتّضح أن المشرع الجزائري أخذ بضابطي: محل الإبرام والجنسية المشتركة.

حيث جسّد قاعدة محل الإبرام في المواد 95، 97،71، كما جسّد الأخذ بضابط الجنسية المشتركة بين الزوجين في المادة 96 من قانون الحالة المدنية الجزائري بنصّه:"إنّ كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي، يعتبر صحيحا إذا حرّره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية"، وأخذ بضابط الجنسية والمشتركة بين أحد الزوجين والقنصل في المادة 97 في فقرتها الثانية بنصه:"على أن يجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية، وتمّ أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر، طبقا لقوانين الجزائرية، غير أنّه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإنّ هذا الزواج لا تتمّ مراسيمه إلاّ في البلد الذي سيتحدّد بمرسوم".

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 153.

[2] من هذا الرأي: فؤاد عبد المنعم الرياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص257.

وحسب مفهوم المخالفة نستنتج من نص المادة أعلاه، أنّه يمكن لأجنبيين مختلفي الجنسية إبرام زواجهما أمام قنصل أجنبي، شريطة أن تتّحد جنسية أحدهما مع جنسية القنصل، وذلك أخذا بمبدأ المعاملة بالمثل.

وقد أقرّت باختصاص قانون الجنسية المشتركة للزوجين لحكم الشروط الشكلية للزواج بعض المعاهدات الدولية المتعدّدة الأطراف أو الثنائية، كما سمحت بعض التشريعات[1] للهيئات الدبلوماسية في الخارج، تحرير زواج رعاياها، أو إذا كان أحد رعاياها يتّحد جنسية مع القنصل، شريطة إستيفاء شرط شكلي، وهو الحصول على ترخيص بالزواج مع أجنبي أو أجنبية، يمنح من طرف وزير الخارجية[2].

وإلى جانب ضابط الجنسية المشتركة كبديل عن ضابط محل الإبرام لإسناد الشروط الشكلية للزواج، أجاز المشرع القطري في المادة 14 قانون مدني[3] إسناد هذه الشروط لضابط الموطن المشترك، وذلك خلافا للمشرع الجزائري والتشريعات العربية الأخرى.

وفي جميع الأحوال، متى انعقد الزواج صحيحا وفقا للقانون المختص دوليا، من الناحية الموضوعية والشكلية، فإنه تبعا لذلك تترتب عنه آثار تثير بدورها مشكل تنازع القوانين، ولكن التساؤل الذي يثور هنا: هل للضابط الشخصي دور في حل هذا التنازع؟

---

[1] نذكر من بين هذه التشريعات مصر وفرنسا راجع في ذلك:

Marc Bischoff , op. cit., p.15.

[2] في فرنسا لا يسمح للهيئات الدبلوماسية الفرنسية في الخارج القيام بعقد زواج فرنسي بأجنبية إلا في بعض البلاد المحددة بمرسوم يصدره رئيس الجمهورية، وقد صدر هذا المرسوم في أكتوبر ،1939 راجع في ذلك، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 151.

[3] تنص المادة 14 ق.م قطري:"يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج كالتوثيق، والمراسيم الدينية إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو لقانون جنسية كل من الزوجين أو قانون موطنهما المشترك".

البند الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد آثار الزواج:

يقصد بآثار الزواج الحقوق والإلتزامات التي تترتّب عليه، ومادامت رابطة الزواج رابطة قانونية واجتماعية ،فإنّ آثارها تستند إلى أسس قانونية وأخلاقية ودينية، قوامها الإحترام المتبادل بين الزوجين والإخلاص والمساعدة بقصد تكوين أسرة.

ومن ثم هناك آثار شخصية، يعبّر عنها بحقوق وواجبات الزوجين، وآثار مالية تخصّ تنظيم أموالهما، وتسمّى في التشريعات الغربية بالنظم المالية للزوجين[1].

إن آثار الزواج المختلط سواء كانت شخصية أو مالية، قد لا تخضع لقانون واحد، وهنا تظهر أهمية البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها، ومدى إمكانية الإعتداد بالضابط الشخصي في تحديده.

أوّلا: دور الضابط الشخصي في إسناد الآثار الشخصية للزواج:

إنّ هذه الآثار تتصل بشخص الزوجين، وتتناول علاقاتها الشخصية وما يتّصل بها كواجب المساكنة والطاعة[2]، والتأمينات والضمانات، والموانع المتعلقة بتصرفات الزوجة في بعض التشريعات، والسلطة الأبوية بالنسبة للأبناء، والسلطة الزوجية بالنسبة للزوجة[3].

وإذا كانت بعض المسائل لا تطرح إشكالا في تكييفها، إذ تدخل في نطاق الآثار الشخصية، وتدرج ضمن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، ففي المقابل هناك مسألة بالغة الأهمية تطرح

[1] يصطلح البعض على آثار الزواج بالآثار الإيجابية تمييز لها عن الآثار السلبية، التي هي عبارة عن الجزاءات المترتبة على مخالفة بنود عقد الزواج كالخيانة الزوجية، راجع في ذلك، سامي بديع منصور وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص الجامعية، بيروت، 1995، ص 452.

[2] جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، المطبعة العلمية، سنة 1969، ص 312.

[3] سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 398.

صعوبة في تكييفها، وهي مسألة النفقة، والرأي الراجح[1] يكيّفها على أساس أنها من آثار الزواج الشخصية لأنها تعتبر نظير حق الإحتباس الذي يمارسه الزوج على زوجته.

وتعدّ الآثار الشخصية مجالا خصبا يلعب فيه الضابط الشخصي دورا كبيرا في تحديد الإختصاص، فيكون قانون الجنسية أو الموطن هو صاحب الإختصاص فيها. وقد اختلفت مواقف التشريعات من الضابطين، فبعض الدول أسندتها لقانون الإقامة ومن ذلك قانون الولايات المتحدة الأمريكية، والقانون الإنجليزي، والأرجنتيني، و بعض النظم أخضعتها لقانون موطن الزوجية مثل البرازيل والدنمارك، وبعضها الآخر أناطها بقانون الجنسية المشتركة مثل اليونان، وبولونيا، وتشيكوسلوفاكيا، وفي حالة عدم الإشتراك في الجنسية، اقترح الفقه تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا جامعا، ومن جهة أخرى، نادى اتجاه آخر بإخضاعها لقانون آخر جنسية مشتركة للزوجين[2].

وقد كان القانون الفرنسي سابقا يخضع أثار الزواج الشخصية إلى قانون جنسية الزوج (الم 213 ق.م.ف)، وبعد تعديل هذه المادة في 07 يوليو 1970، أخذ بمبدأ مساواة الزوجين في إدارة وتسيير شؤون الأسرة، وعلى ذلك، فإذا كان الزوجان الأجنبيين من جنسية واحدة فلا إشكال، أمّا

[1] وهذا الرأي أخذ به القضاء الفرنسي في قضية شيموني، فقد طبقت محكمة النقض الفرنسية القانون الفرنسي على النفقة، باعتبارها من آثار الزواج الشخصية بين زوجين تونسيين مستوطنين في فرنسا، أحدهما تجنس بالجنسية الفرنسية، والآخر بقي محتفظا بجنسيته السابقة، راجع في ذلك زروتي الطيب، المرجع السابق، ص163، كما نصت المادة 37 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بصريح العبارة على أن النفقة من الآثار الشخصية للزواج، وما يمكن الإشارة إليه هو أن النفقة الزوجية هي ليست من قبيل النفقة بين الأقارب التي تجب للآباء على أبناءهم ، وللأبناء على أبائهم، كما تجب لذوي الأرحام أو الجوانب على بعضهم البعض، وهي تخضع في التشريع الجزائري لقانون جنسية المدين بها حسب المادة 14 ق.م، وهو نفس مسلك معظم القوانين العربية كالقانون السوري (الم 16 ق.م)، المصري (الم. 15 ق م)، الأردني (الم. 16 ق.م) ، الكويتي (الم. 45 ق .م)، في حين تخضعها اتفاقية لاهاي الخاصة بالنفقة، الموقعة بتاريخ 1973/10/02 لقانون محل الإقامة الإعتيادي للدائن بها، وفي ذلك اعتداد بضابط الموطن، راجع في ذلك فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 302، كذلك محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 557.

[2] رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، سنة2010، 2011، ص 42.

إذا اختلفت جنسيتهما أو كان أحدهما فرنسيا ومستوطنان في فرنسا، فقد عمد إلى تطبيق قانون الموطن[1].

أمّا الدول العربية، بما فيها المشرع الجزائري، وبعض الدول الأوروبية، فقد أسندت الآثار الشخصية للزواج إلى قانون جنسية الزوج، وهو ما تمّ النصّ عليه صراحة في المادة 12 ف01 قانون مدني جزائري:"يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج"[2].

وما تجدر الإشارة إليه، هو أن قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج يسري على الآثار الشخصية للزواج، والمنحصرة بالضرورة في حقوق وواجبات الزوجين[3]، دون أن يمتدّ تطبيقه إلى النسب الشرعي، فقد خصّه غالبية التشريعات بقاعدة إسناد مستقلة كما سنرى لاحقا.

إنّ تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على الحقوق والواجبات الزوجية، قد يثير صعوبات إذا غيّر الزوج جنسيته بعد الزواج، أو إذا غيّر الزوجان جنسيتهما، إذ أنّ القانون الواجب التطبيق يبقى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج، لذا قد يبدو من الغرابة تطبيق قانون أجنبي على الزوجين، وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج[4].

---

[1]Jean Marc Bischoff, OP. cit., P.25, Bernard Audit ,Louis D'Avout,op.cit.,p.654,

وقد طبق القضاء الفرنسي قانون الموطن على القضية السالفة الذكر.

[2]وتقابل هذه المادة في القوانين العربية مع اختلاف في الصياغة: الم. 13 ف1 مدني مصري، الم. 13 ف01 مدني ليبي، الم. 14 ف1 مدني سوري، الم. 19 ف02 مدني عراقي، الم. 14 ف01 مدني أردني.أما المشرع التونسي فتأثر بالتشريع الفرنسي وحاول الأخذ بضوابط أكثر ملاءمة لمبدأ المساواة. فنص في الفصل 47 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي:"تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك. و إذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة، يكون القانون المطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما، وإلا فقانون المحكمة"، والملاحظ هو أن المشرع التونسي يقصد بالقانون الشخصي قانون الجنسية.

[3]نص المشرع الفرنسي على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين من المادة 212 إلى 226 ق.م، ونص المشرع الجزائري عليها في المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري.

[4] موحند إسعاد، قواعد التنازل، المرجع السابق، ص 30.

وتجنّبا لهذه الإنتقادات، يميل الفقه والقضاء الفرنسيين إلى تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بشرط أن يكون تغيير الجنسية لم يحصل بقصد الغش.

ولا يقتصر دور الضابط الشخصي على إسناد الآثار الشخصية للقانون الشخصي، وإنّما يبرز أيضا في مجال إسناد الآثار المالية.

ثانيا: دور الضابط الشخصي في إسناد الآثار المالية للزواج:

في الواقع إنّ الشريعة الإسلامية، لا تعرف نظاما ماليا معقدا فيما يخص آثار الزواج على أموال كل من الزوجين لأن قاعدة العامة هي إنفصال الذمم المالية للزوجين، ففي الدول العربية الإسلامية كل من الزوجين يتصرّف بحرية كاملة في إدارة وتسيير أمواله، ويصطلح على ذلك بنظام إنفصال الأموال، وإنّ مبدأ الإستقلالية تقتضيه الذمة المستقلة للزوجين المقرّرة في الشريعة الإسلامية، فالمرأة طبقا لقواعد الشريعة لها الحق في أن تمتلك الثروة بكل أصنافها وأنواعها لحسابها الخاص[1].

غير أنّ ذلك لا يمنع من أن يتّفق الزوجان على كيفية إدارة أموالها بشرط ألاّ يؤدي ذلك إلى جعل أموالهما المشتركة على النحو المعروف لدى الدول الغربية، وبعبارة أخر لكل طرف أمواله الخاصة التي تكون ذمّته المالية، ولا يحقّ للطرف الآخر أن يتصرّف في أموال الآخر، إلاّ في إطار الحقوق المالية التي يرتّبها عقد الزواج[2].

[1] Kaouahnee Derder Malika , Les effets du mariage dans les rapports entre époux, mémoire de magistère, université d'Alger, P.177.

[2] لاتي محمد، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2001-2002، ص 07.

وقد كان المشرع الجزائري، يقر مبدأ حرية تصرّف الزوجة في مالها ويتبنّى مبدأ الإستقلالية وانفصال الأموال، إلا أن النتائج العملية برهنت عكس ذلك، بحيث ظهر ما يسمى باستقلالية قانونية وإتحاد فعلي لذمم الزوجين[1]، وهو ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 37 من قانون الأسرة[2].

ويقصد بالنظام المالي للزوجين مجموعة القواعد القانونية أو المتّفق عليها بين الزوجين، والتي من مقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما، وإيرادات هذه الأموال، وإدارتها والإنتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وأثناءه، وبعد انحلال عقدته، وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد إنتهاء الزوجية[3].وهذه النظم المالية معروفة في الدول الغربية، ولاسيما الدول الأوروبية، ويطلق عليها تسمية Les régimes matrimoniaux، وهي تظهر بأشكال متعدّدة[4].

وتختلف الأنظمة القانونية في إسناد الآثار المالية للزواج، وذلك حسب تكييفها، فإذا اعتبرت من الأحوال الشخصية تسند لقانون الجنسية، وإذا كيّفت على أنها داخلة في نطاق الأحوال العينية

[1] هجيرة دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 01، سنة 1994، ص 159.

[2] تنص المادة 37 ق.أ.ج المعدلة:" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهم."ا وتقابل هذه المادة نص الم 49 من المدونة المغربية لقانون الأسرة الصادر في 03-02-2004.

[3] هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 275.

[4] يتوزّع هذا النظام بين 03 أنظمة مشهورة: نظام الإشتراك القانوني (يشترك فيه الزوجان في الأموال المخصصة لإشباع حاجات الأسرة، وفي الديون الناشئة عن هذه الحاجات، وعند انتهاء الزوجية تقسم الأموال بينهما)، نظام الانفصال المالي(بمقتضاه يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف على أن يساهم كل منهما في مصاريف الأسرة)، ونظام الدوطة أو البائنة (بمقتضاه كانت الزوجة تقدم لزوجها بعض أموالها في شكل مهر، ليتولى إدارتها، ولكن يمنع عليه التصرف فيها)، راجع في ذلك:
Pierre Spiteri, L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal , librairie général de droit et de jurisprudence, Paris, 1965, P.40.

تسند لقانون موقع المال، ولو أدى ذلك إلى تعدّد القوانين التي تحكم أموال الزوجين بتعدّد مواقعها، وإمّا لقانون الإرادة أو لقانون موطن الزوجية[1].

وقد اهتم مشرّعوا الغرب إهتماما بالغا بتنظيم هذه المسالة، إذ أنّ المشرع الفرنسي خصّص لها أكثر من 190 مادة، فالقانون الفرنسي في بداية الأمر كان متأثّرا برأي الفقيه "Dumoulin"، حينما فصل في القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين "جيني"، الذي بموجبه تكون إرادة الزوجين قد اتجهت إلى إخضاعه لقانون أوّل موطن مشترك لهما بعد الزواج وهو "باريس"[2].

وقد كان القانون الفرنسي يخضع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة الضمنية في حالة عدم وجود نظام مالي اتفاقي، ويطبّق في ذلك قانون أوّل موطن مشترك للزوجين، ولكن الفقه الفرنسي الحديث يميل إلى إسناد النظام المالي للزوجين لقانون جنسية الزوج[3].

وذهبت بعض دول القارة الأوروبية إلى إعتبار النظام المالي للزوجين داخلا ضمن روابط الأسرة، وبالتالي يخضع لقانون الجنسية-كالقانون الألماني مثلا- وفي حال إختلاف الزوجين في الجنسية يطبّق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

وفي الولايات المتحدة وإنجلترا، يسري على آثار الزواج فيما يخص المنقولات قانون موطن الزوجية ،أما العقارات فتخضع لقانون موقعهما[4].

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 176.

[2] Gutman Daniel ,op.cit., P.213.

[3] سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون طبعة، سنة 2004، ص 399،

Thierry Vignal, Droit International Privé, 3éme édition, D'alloz, Paris, 2014 ,290 et.s.

[4] فؤاد عبد المنعم الرياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص266.

أما إتفاقية لاهاي المتعلقة بالنظام المالي للزوجين المنعقدة بتاريخ 14 مارس 1978 ،والتي دخلت حيّز التنفيذ إبتداءا من 01 سبتمبر 1992[1]، تخضع النظام المالي للزوجين فيما يتعلّق بالمنقولات لقانون الإرادة، وفي حالة عدمه لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت إبرام الزواج، وهو ما يتعذّر تصوّره في الزواج المختلط، ولهذا جاءت الإتفاقية بحلول أخرى بنصّها على تطبيق قانون الدولة التي فيها للزوجين إقامة معتادة أو قانون الموطن المشترك للزوجين المستقبلي بعد الزواج، وهو ما نصّت عليه في المادة 03 ف01 من الفصل المتعلّق بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، أمّا المادة 04 ف01 من الإتفاقية، فأسندت النظام المالي للزوجين لقانون الموطن المشترك بعد الزواج[2].

وفيما يخصّ شكل المشارطة في الزواج، فالفقرة 01 من المادة 06 من إتفاقية لاهاي المبرمة في 17 جويلية 1905[3] ،تخضع لقانون مكان الإبرام أو القانون الوطني للزوجين وقت إبرام عقد الزواج، أو للقانون الوطني للزوجين أثناء الزواج.

أمّا المشرّع التونسي فنصّ في الفصل 48 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي على أن النظام المالي للزوجين يخضع لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، وفي حال إختلاف الزوجين في الجنسية

[1]Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (conclu le 14 Mars 1978).

هذه الإتفاقية موجودة بالموقع التالي:

www.hcch.com

[2]Dieter Martiny, les concéquences de la désunion, régime matrimoniaux,obligations alimentaires, responsabilité parental, droit de la famille, les revues jurisclasseur,n°4,avril 2015, Paris,Lexis Nexis,20e Anneé,ISSN,1270-9824,p.57.

[3] Art 06 Al 01 de convention du 17 juillet 1905 concernant les conflits de la relatifs au effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapport personnels et sur les biens des époux qui dispose :

يطبّق قانون أوّل موطن مشترك لهما إذا وجد، وإلاّ يطبّق قانون مكان إبرام عقد الزواج[1].

أمّا المشرع الجزائري على غرار غالبية التشريعات العربية فقد أخضع الآثار المالية للزواج إلى ذات القانون الساري على الآثار الشخصية، وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، طبقا لنص المادة 12 ف01 قانون مدني.

وترد بعض القيود الهامة على إختصاص قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وتتمثّل فيما يلي:

-إختصاص قانون موقع المال فيما يرد على الأموال العقارية الداخلة في المشارطة الزوجية، مثلا في نظام الدّوطة، لا يمكن الإحتجاج به على أموال عقارية موجودة بالخارج، إذا لم تراع إجراءات الشهر المقرّرة في هذا البلد، ولا يمكن الإحتجاج به أيضا فيما يقرّه من عدم قابلية التصرّف والحجز على الأموال التي يتناولها إلّا إذا تم قيده أيضا.

-لا يجوز الإحتجاج بتصفية أموال الزوجين وتقسيمها بعد انحلال الزواج في مواجهة الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات المقرّرة في قانون موقع المال[2].

« Le contrat de mariage est valable quand à la forme, s'il a été conclu soit conformément à la loi du pays ou il a été fait soit conformément à la nationale de chacun des futurs époux au moment de la célébration du mariage, ou encore s'il a été conclu au cours du mariage conformément à la loi nationale de chacun des époux. »

هذه الاتفاقية موجودة بالموقع التالي: www.hcch.com

[1] ينص الفصل 48 من مجلة القا. الد. الخ التونسي: "يخضع النظام المالي للزوجية للقانون الشخص المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة عند انعقاد الزواج، وعند اختلاف الجنسية يخضع النظام المالي للزوجية لقانون أوّل مقر مشترك لهما إن وجد ،وإلا فلقانون مكان إبرام عقد الزواج".

[2] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 166.

ومن خلال ما سبق التعرض له يبرز الدور الذي يلعبه الضابط الشخصي في إسناد انعقاد الزواج وآثاره، لكن رابطة الزواج قد لا تكون أبدية فهي قابلة للانحلال،وإذا كان الأمر كذلك، فهل للضابط الشخصي دور في حل تنازع القوانين الذي قد يثيره انحلال الزواج وآثاره؟

الفرع الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد انحلال الزواج وآثاره:

ينتهي عقد الزواج عادة بوفاة أحد الزوجين، أو بالطلاق إراديا من قبل الزوج، أو بالتفريق بحكم قضائي لأسباب محدّدة قانونا بناء على طلب الزوج أو الزوجة، أو بالإنفصال الجسماني، وهو نظام تعرفه القوانين الغربية، ويؤدي إلى المباعدة بين الزوجين وإنقطاع الحياة المشتركة بينهما، دون أن يترتّب على ذلك إنهاء للرابطة الزوجية، إلاّ بعد مضي مدة معينة من الإنفصال، وصدور قرار قضائي في ذلك[1].

وعليه لابد من معرفة دور الضابط الشخصي في كل منها، نظرا لما يثار بمناسبتها من ظاهرة تنازع الإختصاص التشريعي، ولذلك سنبين أوّلا دور الضابط الشخصي في إسناد أسباب انحلال الزواج (بند أول)، وثانيا نتعرّض إلى دوره في إسناد آثار الإنحلال (بند ثاني).

البند الأول: دور الضابط الشخصي في إسناد أسباب إنحلال الزواج:

إذا كان إنتهاء الزواج بالوفاة لا يثير أي تنازع بين القوانين، فإنّ الأسباب الأخرى تثير تنازعا واضحا، وذلك لإختلاف نظرة التشريعات إلى مسألة انحلال الزواج والأسباب المؤدّية إليه[2].

[1] غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 171، ونشير إلى أنه ليس في جميع الحالات يتحول الإنفصال الجسماني إلى طلاق، وإنما يمكن أن يعود الزوجان إلى ما كانا عليه قبل الإنفصال أي إلى الحياة المشتركة.

[2] حيث ترى الشريعة الإسلامية أن الزواج رابطة قابلة للانحلال، عكس ماهو حال الطوائف المسيحية، الكاثوليكية، التي تعتبر هذه الرابطة دائمة لا تنقضي إلا بالوفاة، وهو ما كانت تأخذ به إسبانيا، إيطاليا، الأرجنتين، وبولونيا، سابقا، ومازالت تأخذ به إيرلندا والبرازيل حاليا، وبينما تسمح الشريعة الإسلامية بالطلاق بإرادة منفردة

ونظرا لهذا الإختلاف، فإنّ الطلاق بجميع طرقه، كان ولا يزال مصدرا لعدة نزاعات بين القوانين كلما تخلّله عنصر أجنبي سواء أردنا الحصول على حكم بشأنه أو مجرّد تنفيذه[1].

ولحلّ هذا التنازع، تسند الدول الأنجلوسكسونية هذه الأسباب لقانون القاضي إستنادا لمعيار توطّن الطرفين أو أحدهما في دولة القاضي، فيكون الإختصاص التشريعي للدولة التي يوجد فيها موطن الطرفين أو أحدهما، كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية[2].

وبالمقابل ينهض دور الجنسية في قوانين أغلب الدول الأوروبية ودول أمريكا اللاتينية، إلاّ أنّ تحديد جنسية الطرف المقصود لتحديد الإختصاص التشريعي بواسطتها في أسباب انتهاء الزوجية (الطلاق والتطليق والإنفصال)، أمرا توزّعت عليه الدول، فبعضها يسند هذه الأسباب إلى قانون آخر جنسية مشتركة وإلاّ قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج[3]، وبعضها يأخذ بقانون الجنسية المشتركة وإلاّ قانون الموطن المشترك، وإلاّ فقانون القاضي[4]، وآخرون يسندونها إلى القانون المنظّم لآثار الزواج عند رفع الدعوى، وإلاّ قانون جنسية المدّعي حينئذ أو قانون جنسيته عند إبرام الزواج[5].

أو بالتطليق أو بالخلع، ترفض الدول الغربية هذه النظم، في حين تجير التطليق بناء على دعوى ترفع من أحد الزوجين أو كلاهما، وتبيح نظام الانفصال الجسماني، وهو نظام مرفوض في الدول الإسلامية، راجع في ذلك، بلحاج العربي، الوجيز شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2002، ص 212، راجع كذلك، يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص 57.

[1] يوسف فتيحة، المرجع نفسه، ص 57.

[2] وقد أخذ بذلك الاتحاد السوفياتي سابقا، والنمسا والدنمارك، وتشيلي، والإكوادور، راجع في ذلك،عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص 190.

[3] وهو ما نصت عليه المادة 16 مدني يوناني لعام 1940: "يسري على التطليق والتفريق بين الأجسام قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل رفع الدعوى، وإذا لم توجد هذه الجنسية طبق قانون جنسية الزوج وقد انعقاد الزواج".

[4] وهو ما نصت عليه المادة 18 ق.د.خ بولوني لسنة 1965:" يطبق على التطليق، القانون الوطني الذي يخضع له الزوجان وقت رفع دعوى التطليق، وإذا لم يكن لهما قانون وطني مشترك، طبق قانون موطنهما، وإذا لم يكن لهما موطن في الدولة ذاتها طبق القانون البولوني".

[5] وهو ما نصت عليه المادة 178 من القانون الألماني لسنة ،1986 نقلا عن زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 179.

وبالنّسبة للقاضي الفرنسي، فقد كان القضاء يخضعه لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، وإن إختلافا جنسية يطبّق قانونها تطبيقا موزّعا[1]، ولكن عاد القضاء الفرنسي ليأخذ بقانون الموطن المشترك للزوجين، وهو ما قرّرته محكمة النقض الفرنسية في قضية« Rivière »[2].إلاّ أنّه إذا لم يشترك الزوجان لا في الموطن ولا في الجنسية، فكان يطبّق قانون القاضي، ولقد تدخّل المشرع الفرنسي بتعديل المادة 310 قانون مدني، والتي أصبحت المادة 309 بمقتضى التعديل الجديد لسنة 2006، والتي تنصّ على تطبيق القانون الفرنسي عل الطلاق والإنفصال الجسماني إذا كان كلا الزوجين يتمتّعان بالجنسية الفرنسية، أو كان لهما موطن مشترك فيها، وفي حالة عدم الإشتراك في الموطن يطبق قانون القاضي متى لم يعلن أي قانون أجنبي آخر إختصاصه[3].

أما التشريعات العربية، بما فيها المشرع الجزائري فقد أخضعت أسباب انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وهو ما تمّ النصّ عليه في المادة 12 ف02 قانون مدني جزائري : "يسري على الطلاق والإنفصال الجسماني قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى"[4]، وقد أحسن المشرع بالتعرّض لمسألة الإنفصال الجسماني وإلحاقها بالقانون الذي يحكم انحلال الزواج، وذلك لأنه

[1]فإذا كان قانون أحدهما يبيح الطلاق والآخر يحظره، قضي بالطلاق لصالح الزوج الذي يسمح قانونه بذلك. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية السيدة "فيراري"، التي كانت متزوجة بايطالي، وحصل بينهما تفريق جسماني رضائي، فطالبت أمام المحاكم الفرنسية، تحوله إلى طلاق، طبقا للقانون الفرنسي، فرفضت محكمة النقض طلبه لأن قانون جنسية الزوجين المشتركة (الايطالية)، يمنع هذا، فاستردت جنسيتها الفرنسية، لتطلب الطلاق وفقا لها، فقضي لها بذلك، وأيدته محكمة النقض الفرنسية في 14-03-1928، على أساس التطبيق الموزّع. راجع،

Cass.Civ, 14-03-1928, Jean Derruppé, op.cit, p.149.

[2]مفاد هذه القضية أن زوجان اسبانيان مقيمان في فرنسا طبق عليهما القانون الفرنسي، بصفته قانون موطنهما المشترك، والذي يسمح بالطلاق، واستبعد قانون جنسيتهما المشتركة، راجع في ذلك،

Cass . Civ ,1ére section, 17-04-1953, Gutman Daniel, op.cit, p.149.

[3] Pierre Mayer, op .cit P.376.

[4]وتقابل هذه المادة: الم. 02/13 مدني مصري، المادة 2/14 مدني أردني، الم. 03/19 مدني عراقي.

من الجائز أن تطرح منازعات بشأن زوجان يقرّ نظامهما الشخصي ذلك، وفي هذا رفع الحرج عن القاضي الجزائري.

غير أنه مع هذا فقد وجّهت انتقادات كثيرة لهذه المادة لأنها تجعل الرابطة الزوجية تنحلّ وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة، ولم يكن بوسعها التبصّر به وقت انعقاد الزواج، الأمر الذي يضرّ بحقوقها المكتسبة، خاصة إذا تغيّرت جنسية الزوج ما بين وقت انعقاد الزواج ووقت رفع الدعوى الطلاق أو التطليق، ولم تدخل هي في جنسيته، وكان قانونه وقت انعقاد الزواج يجيز الطلاق أو التطليق، في حين أن قانونه وقت رفع الدعوى يمنع هذا أو العكس. ومن جهة أخرى نص المادة، يخالف مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة بتفضيله لقانون على حساب قانون آخر، فالمنطق أن تنحلّ الرابطة الزوجية وفقا لقانون الزوجين المشترك، أو على الأقل لقانون يكون كلاهما على بيّنة منه، كقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج[1]، وهذا ما أخذت به اتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق والإنفصال الجسماني في مادتها الثامنة[2]، بنصّها أنه إذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة، فيكون قانون آخر جنسية مشتركة لهما هو الواجب التطبيق، وهو ما كرّسته بعض التشريعات[3].

وإذا كان القانون الواجب التطبيق على أسباب انحلال الزواج لا يخرج عن نطاق القانون الشخصي فهل لهذا القانون اختصاص على آثار هذا الانحلال؟

[1] يوسف فتيحة، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الرابعة حقوق، المرجع السابق، ص 59-60، ونعوم السيوفي، المرجع السابق، ص 261.

[2] تنص المادة 08 من اتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق و الإنفصال، المبرمة بتاريخ 12 جوان 1902:

« Si les époux ont pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra pour l'application des articles précédents, être considéré comme leur loi nationale. »

[3] كالتشريع الكويتي في المادة 40 ق.م التي أخضعت الطلاق والتطليق والانفصال إلى قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق، أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالإنفصال، وفي حالة عدمها يطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. وأخذ بهذا القانون اليوناني كذلك في الم 16 ق. م، كما اتجه القانون الدولي الخاص التونسي للأخذ بقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقد رفع الدعوى، وإلا فقانون آخر موطن مشترك لهما، وفي حالة انعدام ذلك، يطبق قانون القاضي وهو ما تم النص عليه في الفصل49 من مجلة ق.د.خ.

البند الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد آثار انحلال الزواج:

تشمل آثار انحلال الرابطة الزوجية، تلك المترتبة عن علاقة المطلّقة بالمطلّق، ولا يقتصر الأمر عند الآثار المترتبة عن أطراف العلاقة المنحلّة، بل يشمل ثمرة العلاقة الزوجية، وعليه تمتد لتشمل علاقة الوالدين بأبنائهم[1] ، ويدخل في آثار انحلال الزواج: العدّة[2]،إسم الزوجة[3]، الحضانة[4]، النفقة[5]، النظام المالي للزوجين[6].

ويلعب الضابط الشخصي دورا بارز في إسناد آثار انحلال الرابطة الزوجية، وذلك بإسناد إسم الزوجة والنفقة للقانون الشخصي الذي يحكم انحلال الزواج[7]، وإسناد العدّة للقانون الشخصي لكل زوج على حدة، وخلافا لذلك تخضع الفترة التي يتحول فيها الإنفصال إلى طلاق للقانون الذي يحكم

[1] Chen Hongwn , problèmes de droit international privé, concernant les personnes physiques étrangères en chine, L.G.D.J., E.,J.,A., Paris, 1998,P.333.

[2] يمكن تعريفها بأنها الأجل الذي أوجبه الشرع على الزوجة التي انحل عقد زواجها بالطلاق لانقضاء ما بقى من آثار الزواج، راجع في ذلك، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار البعث للطباعة والنشر، سنة 1986، ص 249.

[3] توجب بعض التشريعات كالقانون الفرنسي على المرأة المتزوجة حمل اسم زوجها، راجع في ذلك، تشوار حميدو زكية، الحق في الاسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، رقم 06، سنة 2008،ص 146-148.

[4] وسنتعرض لدور الضابط الشخصي في إسناد الحضانة، عند الحديث عن دور الضابط الشخصي في علاقات الوالدين بالأبناء، نظرا لأهميتها.

[5] النفقة هي مبلغ يؤديه المدين به""الزوج" إلي الدائن به"الزوجة والأولاد"، لذلك فهي تعتبر دينا ماليا يشمل الغذاء، الكسوة، العلاج، وكل ما هو من الضروريات حسب العرف والعادة(المادة 78 ق. أ. ج). ويمكن تقسيم النفقة إلى نفقة مطلقة ونفقة محضون، وتشمل نفقة المطلقة: نفقة العدة ونفقة المتعة، وهي لا تعتبر من النفقات بين الأقارب، الوارد ذكرها في المادة 14 ق. م.ج. راجع في ذلك أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص896، راجع كذلك، لاتي محمد، المرجع السابق، ص70، راجع كذلك، عبد الفتاح ابراهيم بمنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة الإشعاع القانونية، سنة 1998،ص 135.

[6] قد سبق التعرض لهذه الأنظمة باعتبارها من الآثار المالية للزواج.

[7] اتجه الفقه الفرنسي الراجح إلى تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج على اسم الزوجة. وخلافا لذلك لم يعتبر القانون الألماني اسم الزوجة من آثار الطلاق، لوجود لوجود قاعدة إسناد خاصة بالاسم، فحسب الم.10 ق.م. ألماني، يجوز لأي من الزوجين تحديد اسمه بعد الطلاق، إما وفقا لقانون جنسية أحدهما، وإما وفقا للقانون الألماني، إذا كان لأحدهما محل إقامة بألمانيا، راجع في ذلك، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص 133 ، راجع كذلك، أمين رجا رشاد الدواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الشروق للنشر والتوزيع، سنة 2001، ص 109. هذا بالنسبة لاحتفاظ المرأة لاسم زوجها، أما بالنسبة لاسترداد الإسم العائلي، فيخضع لقانون جنسية الزوجة لإعتباره من عناصر حالتها المدنية، راجع في ذلك، أعراب بلقاسم، المرجع السابق،ص 253.

انحلال الزواج لعدم انفصال عرى الزوجية بعد[1]، أما النظام المالي للزوجين يسري عليه قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج[2].

وإذا تم إسناد الرابطة الزوجية وانحلالها كقاعدة عامة للضابط الشخصي، إلا أنه قد تخضع لقانون القاضي إستثناءا، ولكن بالرغم من ذلك إن هذا الأخير قد تكون له علاقة بالضابط الشخصي.

الفرع الثالث: إسناد الرابطة الزوجية لقانون جنسية أحد الزوجين وقت انعقاد الزواج باعتباره قانون القاضي:

إذا كانت القاعدة العامة تخضع الرابطة الزوجية، في قيامها وانتهائها لقانون جنسية الزوجين أحدهما أو كلاهما، بالنسبة للدول التي تأخذ بذلك، إلّا أنّ هذه القاعدة يرد عليها إستثناء يقضي بتطبيق القانون الوطني وحده إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج، باستثناء مسألة الأهلية التي تبقى خاضعة لقانون الجنسية، وهذا ما أكّده المشرع الجزائري في نصّ المادة 13 من القانون المدني[3] بنصها:"يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج".

والملاحظ هو أن الإستثناء مقرّر لصالح القانون الوطني، وقد جاء عاما، بحيث يسري على كل مراحل الزواج باستثناء مسألة الأهلية.

[1] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 256.

[2] جعفر الفضلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، الطبعة الثانية، العدد 01، سنة 1988، ص235.

[3] وقد أخذ المشرع المصري بذلك في الم .14 ق.م، والمشرع الليبي في الم. 14 ق.م، والمشرع السوري في الم .15 ق.م، والمشرع العراقي في الم. 19 ق. م، والملاحظ هو أن بعض التشريعات لم تتعرض لهذا الاستثناء، كما هو الشأن بالنسبة للقانون التونسي والقانون اليمني، علما أن الزواج في القانون اليمني يسري عليه قانون القاضي، طبقا للمادة 26 ق.م.

ففي مجال إبرام الزواج، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، اختصّ القانون الجزائري وحده، على كافة الشروط الموضوعية اللاّزمة لإبرام الزواج[1]، هذا مع ملاحظة أن المادة 13 ق.م قد استثنت شرط الأهلية، حيث يظل خاضعا للقانون الشخصي أي قانون الجنسية بالنسبة للجزائر تطبيقا للمادة 10 ق.م.

وبخصوص آثار الزواج، يسري القانون الجزائري على الآثار الشخصية والمالية التي يرتّبها عقد الزواج إذا كان الزوج أو الزوجة جزائريا وقت انعقاد الزواج[2]. وهنا يفقد الإستثناء قيمته إذا كان الزوج جزائريا، لأنّ القانون الجزائري سيطبّق إعمالا لنص المادة 12 ف01 ق.م ،غير أنّه يكون أكثر فاعلية في الفرض الذي تكون فيه الزوجة جزائرية، فهنا ينقلب المعيار ويعتدّ المشرع بجنسية الزوجة وقت الزواج.

وأخيرا بخصوص إنتهاء الزواج، يسري قانون القاضي على إمكانية وأسباب والشروط الموضوعية والآثار القانونية للطلاق والتطليق والإنفصال إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت إبرام الزواج.ويبدو الإستثناء المذكور أكثر فاعلية في الفرض الذي يكون فيه الزوج أجنبيا وقت رفع الدعوى، وتكون الزوجة وطنية وقت انعقاد الزواج.

[1] إن قانون الأسرة الجزائري هو الذي يحدد هذه الشروط، وقد نصت عليها المواد،09، 09 مكرر، 25،26،27 وهي تتمثل في: الرضا-الأهلية-الصداق-الشهود-الولي-خلو الزوجين من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة.

[2] نص المشرع الجزائري على الآثار الشخصية للزواج في الم 36 ق.أ.ج.

إنّ المادة 13 ق.م.ج وما يقابلها، تعتبر جميع الشروط الموضوعية لصحة الزواج الذي يكون فيه أحد الزوجين وطنيا من النظام العام[1]، فيما عدا شرط الأهلية الذي يبقى خاضعا لقانون جنسية الطرفين، وقد وجّه بعض الفقه نقدا لهذه المادّة لأنها تعجز عن حماية مصلحة الجزائري المسلم، إذا كان اكتسابه لتلك الجنسية جاء لاحقا للزواج، ولا تحمي في المقابل الأجنبي الذي يدين بالإسلام، وهما الفكرتان اللّتان لا يمكن حمايتهما إلا باستخدام فكرة النظام العام، وهذا ما دفع بعض الفقه[2] إلى القول بعدم جدوى هذه المادة، مادام يمكن الإستعاضة عنها بفكرة النظام العام. في حين يذهب رأي آخر[3] إلى أهميتها في حماية العلاقة الزوجية على أساس أنه من الأفضل عدم الأخذ بفكرة النظام العام، كلّما كان بالإمكان تحقيق نفس النتيجة عن طريق قواعد الإسناد ذاتها.

كما انتقد هذا الإستثناء في نطاق آثار الزواج من حيث أنه يؤدي لنتيجة شاذّة هي تطبيق القانون الوطني على تلك الآثار إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج، ولو تغيّرت جنسيته بعد ذلك، بينما لا يطبّق القانون الوطني إذا كان أحد الزوجين أجنبيا واكتسب الجنسية الوطنية بعد انعقاد الزواج[4]، و لهذا كان من الأفضل إخضاع آثار الزواج لقانون القاضي إذا اكتسب كلا الزوجين جنسية القاضي، أو تتمتعا بها في تاريخ لاحق على انعقاد الزواج، مادام أن الأسرة أصبحت وطنية في جميع عناصرها.

[1] إذا أرادت جزائرية مسلمة مثلا، الزواج من فرنسي مسيحي، فالزواج طبقا للمادة 13 ق. م. ج هو باطل، وفي الحقيقة لم يكن المشرع الجزائري بحاجة لهذا الاستثناء لأن فكرة النظام العام وحدها تكفي لإبطال مثل هذا الزواج، خاصة وأن هذا النص لا يتم تطبيقه خارج الحدود الإقليمية الوطنية.

[2] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 302، وهو رأي كذلك نعوم سيوفي، المرجع السابق، ص 700.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 872، كذلك فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 287.

[4] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 237، راجع كذلك، هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص302.

أما في مجال انحلال الزواج، فقد تعرّض الإستثناء لعدة انتقادات، وذلك لأنه ليس من المعقول تطبيق القانون الوطني على زوجين كان أحدهما وطنيا، والآخر أجنبيا، وقت انعقاد الزواج، ثم تجنّس الوطني بالجنسية التي يحملها زوجه، وأصبح كلا الزوجين أجنبيان وقت رفع دعوى الطلاق، لذلك كان على المشرع أن يعتدّ بجنسية أحد الزوجين الوطني وقت رفع دعوى الطلاق أو وقت انعقاد الزواج[1].

ورغم الإنتقادات الموجهة للإستثناء الذي يقضي بتطبيق قانون القاضي إذا كان أحد الزوجين يحمل جنسية القاضي وقت انعقاد الزواج، إلا أنه يستنتج من خلاله أن التشريعات التي تأخذ بذلك بما فيها المشرع الجزائري، تعتد بضابط الجنسية لإعماله، والمتمثّل في الإعتداد بجنسية أحد الزوجين وقت انعقاد الزواج.

ولا يقتصر دور الضابط الشخصي على إسناد الرابطة الزوجية فحسب، وإنما يلعب دورا هاما في إسناد علاقات الوالدين بالأولاد، وكذا إسناد الروابط المالية العائلية.

المطلب الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد علاقات الوالدين بالأولاد وإسناد الروابط العائلية المالية ذات الطابع الشخصي

إنّ الزواج تلك الرابطة المقدسة التي يكون مبتغاها دوما إنجاب الأطفال، والمحافظة على النسل، هؤلاء الأطفال الذين بمجرد نشأتهم في الحياة تبرز رابطتهم وحاجاتهم للبقاء عن طريق ما يوفره لهم آباءهم من حماية ورعاية التي هي حق لهم، ويتدخل القانون لحمايتها وتنظيمها فتبدأ من

[1] وهذا ما دفع بعض الفقه المصري في تفسيره للمادة 14 ق.م.م المقابلة للمادة 13 ق.م.ج إلى أنه لا يكفي لاختصاص القانون المصري أن يكون أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج، وإنما يتعين أن تكون الزوجة مصرية وقت رفع دعوى الطلاق، راجع في ذلك، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 303. ويؤيد القضاء الجزائري ذلك، راجع في ذلك: قرار المحكمة العليا بتاريخ 1998/021/17 ملف رقم 170082 المجلة القضائية العدد 01، سنة 2000، ص 167. -170.

حق الطفل في الإنتساب لوالديه إلى حقه في الحضانة، الرعاية، الرضاعة، التربية، بل قد تكون هذه الحماية واجبا على الآباء، ولو لم يكن سببها القرابة، وإنما علاقات ينتجها القانون نتيجة لرابطة مصطنعة كالتبني والكفالة. وإذا كانت المسائل السابقة ذات طبيعة شخصية بحتة، فإنه توجد بعض العلاقات وإن كانت في مضمونها مالية، إلاّ أنها متصلة بحالة الشخص ومؤثرة فيها[1]، وهي تشمل الميراث والوصية وغيرها من التصرفات المضافة لما بعد الموت، والهبة، والوقف، وكل هذه المسائل تثير مشكل تنازع القوانين متى اشتملت على عنصر أجنبي. وإذا كان للضابط الشخصي دورا في إسنادها لقانون معين، ففيما يتمثل هذا الدور؟، وللإجابة على ذلك سنتعرّض إلى دور الضابط الشخصي في إسناد علاقات الوالدين بالأولاد (فرع أول)، وإلى دوره في إسناد الروابط المالية العائلية ذات الطابع الشخصي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور الضابط الشخصي في إسناد علاقات الوالدين بالأولادللقانون الواجب التطبيق:

إنّ علاقات الوالدين بالأولاد كثيرة ومتنوّعة، لذا سيتم الإقتصار على أهمها سواء كانت ثمرة للزواج، كحق الطفل في الإنتساب لوالديه، أو في حضانتهما له، أو كانت مستقلة عن الزواج، كالكفالة والتبني.

[1] موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 65.

البند الأول: دور الضابط الشخصي في إسناد النسب:

إنّ النسب الشرعي قد خصّته التشريعات المختلفة بقاعدة إسناد صريحة مستقلة عن القاعدة التي تسري على الآثار الشخصية للزواج، بالرغم من أنه أثر شخصي لهذه الرابطة القانونية، فالقانون الفرنسي كان قبل قانون 03 جانفي 1972 يفرّق بين النسب الشرعي وغير الشرعي، حيث يخضع الأول للقانون الذي يحكم الزواج، بينما الثاني كرّس القضاء بموجبه القانون الشخصي للطفل، وبصدور قانون 1972 ،وحّد المشرع الفرنسي قواعد الإسناد سواء تعلق الأمر بالولد الشرعي أو غير الشرعي، حيث أتى بنوعين من القواعد بموجب المادة 311 مكرر 14 من القانون المدني[1].

-القاعدة الأساسية: إعتدّ فيها بقانون جنسية الأم وقت الميلاد، وهذا على أساس أن الأم دائما معروفة.

- القاعدة الإحتياطية: إعتد فيها بالقانون الشخصي للطفل في حالة عدم معرفة الأم[2].

هذا وقد تبنّى القانون الفرنسي قواعد أخرى تتعلق بالإعتراف بالولد الطبيعي، أي القانون الواجب التطبيق على صحة الإقرار،إذ يكفي أن يكون صحيحا وفقا لقانون جنسية الطفل، أو قانون مقرّه، ويستخلص من ذلك أن القانون الفرنسي يبحث عن القانون الأفضل لصحة الإعتراف.

وقد تأثّر التشريع التونسي بما ذهب إليه التشريع الفرنسي من إعمال للضابط الشخصي في إسناد النسب للقانون الواجب التطبيق، فنصّ في الفصل 52 من مجلة القانون الدولي الخاص على

[1] Rubellin Devichi, Droit de la famille, édition Dalloz, Paris, 2001, P.475, Mariel Revillard, op. cit., p.240.

[2] Françoi Mélin, Droit International Privée, casbah, édition, Alger, 2004, P.15.

تطبيق القانون الأفضل لإثبات بنوّة الطفل من القانون الشخصي للطفل، أو قانون مقرّه، أو القانون الشخصي للمطلوب، أو قانون مقرّه[1].

أمّا المشرع الجزائري، فبعد أن كان ملتزما السكوت إزّاء مسألة النسب، فإنّه قد حسم ذلك بنص صريح في المادة 13 مكرّر ق.م التي تقضي بما يلي: "يسري على النسب والإعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل.وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسيةالأب وقت الوفاة"[2] ، غير أن الصعوبة بالنسبة للنسب الشرعي، تثور في تلك الحالة التي يرفع فيها صاحب الشأن دعوى لتثبيت حالته ضد أبويه، حيث يثور التساؤل عن الشخص الذي يوجب الإعتداد بجنسيته في هذا الصدد، ويمكن تصوّر ذلك في التشريع الجزائري في الحالة المنصوص عليها في الم. 07 المعدّلة والمتمّمة من قانون الجنسية في فقرتها الأولى[3]، ففي هذه الحالة، قد يتنازع قانونين أو أكثر، قانون الولد وقانون أبويه.

وفي هذا الشأن إنّ ثبوت النسب يجب أن يتمّ طبقا لقانون جنسية من يريد الإنتساب إليه من الأبوين، وذلك لأن تكييف إثبات النسب يعد من مسائل قانون الأسرة فيدخل ضمن الأحوال الشخصية، وبالتالي يخضع لقانون جنسية من يدّعي إثبات النسب إليه، ومن جهة أخرى لا ننسى أنّ القانون الأجنبي غير مختصّ تشريعيا أثناء نظر الدعوى، وذلك لعدم ثبوت البنوّة المطالب بها بعد،

[1] ينص الفصل 52 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي: "يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين: القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره، القانون الشخصي للطفل، أو قانون مقره، وتخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأت بمقتضاه".

[2] ومتى ظهر أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق استنادا للمادة 13 مكرر، فإن المواد من 40 إلى 45 ق. أ. ج، هي التي تنظم هذه المسألة.

[3] تنص الم 07 المعدلة والمتممة من قانون الجنسية الجزائرية في فقرتها الأولى:" يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر1- الولد المولود من أبوين مجهولين..."

ولهذا يرى موحند إسعاد أنه من الأفضل تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لمصلحة الولد، اللّهم إلاّ إذا اصطدم ذلك بالنظام العام، وذلك أخذا بالحل الوظيفي الذي يجعل مصلحة الطفل فوق كل اعتبار[1].

البند الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد الكفالة والتبني:

إن التبني عبارة عن بنوّة مصطنعة بين شخصين لا تقوم بينهما رابطة على أساس الدم، بموجبه يصبح الولد المتبنّى في مرتبة الولد الشرعي من حيث التمتع بالحقوق والإلتزام بالواجبات، وهو نظام محرّم في الشريعة الإسلامية، ولهذا تمنعه جميع القوانين العربية، ما عدا المشرع التونسي الذي أقرّه في القانون الداخلي، في حين تجيز نظام الكفالة، وهو نظام مواز للتبنّي من حيث أنه يؤدي إلى تربية ورعاية الولد المكفول والنفقة عليه، إلاّ أنه لا تترتب عليه آثار البنوّة الشرعية، ولاسيما النسب والميراث، والولد المكفول أو المتبنى قد يكون إمّا ولدا شرعيا أو طبيعيا[2].

فيما يخص تنازع القوانين لا إشكال في حالة إتحاد جنسية الطرفين، المتبنّي والمتبنّى أو الكفيل والمكفول، حيث يخضع كلاهما لقانون الجنسية المشتركة باعتبارهما من الأحوال الشخصية، أما في حالة الإختلاف في الجنسية، فالرأي الراجح فقها أسندها لقانون جنسية الطرفين معا بالتطبيق الجامع لهما[3].

[1] يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص ملقاة على طلبة السنة الرابعة حقوق، المرجع السابق، ص68.راجع كذلك يوسف فتيحة، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 37، العدد الثاني، 1999، ص 113.

[2] موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 69.

[3] كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد أخذ بهذا الحل، الم 39 من المشروع، ولكن حذفت هذه المادة اكتفاء بالقواعد العامة التي تقر الحل نفسه.

ويخضع التبنّي في بعض القوانين الغربية لقانون جنسية المتبني[1]، في حين أخضعه قانون مقاطعة كيبيك لقانون موطن الطفل المتبنّى من حيث صحته وآثاره[2]، وفي فرنسا أسندته محكمة النقض الفرنسية إلى قانون المتبني، وإذا كان المتبنيان زوجين مختلفي الجنسية، فيخضع للقانون الذي يحكم آثار زواجهما، ولكن شرط رضا المتبنّى وممثليه القانونيين يحكمه قانون جنسيته[3]، وبالنسبة لشكل التبني يجوز التصريح به في فرنسا إذا كان أحد الطرفين مقيما هناك[4]، أو كان أحدهما فرنسيا[5]، ويخضع شكله للقانون الفرنسي إذا كان المتبنيان فرنسيان، أما إذا كانا أجنبيين فيخضع شكل التبني لقانون المتبنى، أما آثار التبني فتخضع لقانون جنسية المتبني، وتسري نفس الأحكام على الكفالة.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، قد أخضع صحة الكفالة وشروطها الموضوعية إلى قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، وعلى آثارها قانون جنسية الكفيل، وطبّق نفس الأحكام عل التبنّي[6].

والملاحظ هو أنه غالبية التشريعات العربية، لم تضع قاعدة إسناد خاصة بالتبني في إطار العلاقات الخاصة الدولية، باستثناء القانون التونسي والقانون الكويتي[7]، بحيث يسنداه لنفس الحكم الوارد في المادة 13 مكرر 01 مدني جزائري.

[1] وهو ما نصت الم20 مدني إيطالي،الم. 22 من القا .الد .خ البولوني لسنة 1965، الم. 26 ق. د.خ تشيكوسلوفاكي سابقا لسنة 1963، الم .22 من القانون الألماني لسنة 1986، المتضمن تعديل قانون إصدار القانون المدني، الم .26 من القا. الد.الخ النمساوي لسنة 1978.

[2] المادة 3092 من القانون المدني لمقاطعة كيبك لسنة 1991.

[3] حكم 12 نوفمبر 1984، المجلة الانتقادية 1985، 500، القسم الأول، نقلا عن زروتي الطيب ،المرجع السابق، ص 192.

[4] تنص على ذلك المادة 1166، إجراءات مدنية فرنسي.

[5] تنص على ذلك المواد: 14 و15 قانون مدني فرنسي.

[6] القانون المصري بدوره يخضع التبني لقانون المتبنى والمتبني، وآثاره لقانون جنسية المتبني، بالرغم من أنه لم ينص على قاعدة إسناد صريحة، راجع في ذلك أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 889.

[7] نص على ذلك المشرع التونسي في الفصل 53 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، والمادة 44 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961.

ويقصد بالشروط الموضوعية للتبني والكفالة، تلك الشروط المتطلبة حتى تنشأ كلا العلاقتين صحيحتين، كأن لا يقل عمر المكفول عن سنّ معينة، وأن يوافق أبويه إذا كان موجودين، وأن يعبّرا عن رضاهما بتلك العلاقة، وأن يكون المتبني أو الكفيل أهلا للقيام بشؤونه، وقادرا على رعايته ،وإذا كان القائمان بالتبني أو الكفالة زوجين مختلفا الجنسية، فيجب أن تتوافر فيهما الشروط المقرّرة في قانونيهما لأن في ذلك ضمان لنفاذ الكفالة والتبني والإعتراف بهما في دولة كلا الطرفين.

أما آثار التبنّي أو الكفالة، فتتمثل في سلطات المتبنّي أو الكفيل بوصفه وليا وواجباته، وكذا حقوق الطفل، وما إذا كان يجوز إسقاط الولاية عنه، أو مدّها إلى زوجته وأقربائه في حالة وفاته[1].

وإنّ إسناد هذه الآثار لقانون المتبني أو الكفيل يضمن وحدة القانون المطبق إذا تعدّد الأولاد المتبنّين أو المكفولين[2].

ولا يفهم من المادة 13 مكرر مدني جزائري، أن المشرع يعترف بنظام التبني الذي يحرمه بنص المادة 46 من قانون الأسرة[3]، وإنما نص عليه لينظّم علاقة الأجانب فقط، عندما تثور بشأنه نزاعات نزاعات أمام القضاء الجزائري، لاسيما أن هذا النظام شائع في الدول الغربية.

وتتّسع علاقة الوالدين بالأبناء، لتشمل مسألة الحضانة[4]، ونظرا للأهمية الكبرى التي تتبوّؤها هذه الأخيرة، سعت الدول جاهدة لتنظيمها بموجب نصوص قانونية داخلية، بل ومن خلال إبرام

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 193.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 890-891.

[3] تنص المادة 46 ق .أ. ج:" يمنع التبني شرعا وقانونا".

[4] يقصد بالحضانة تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره، كإطعامه وإلباسه ونظافته، نظرا لعجزه على القيام بأمور نفسه، وعليه فهي تثبت لمن له حق حضانته، ذلك أن أساسها هو المصلحة التي توجب وضعه عند من هو أقدر على الإهتمام به، والعناية بشؤونه في كل فترة من فترات حياته، راجع في ذلك، بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1999، ص 380.

إتفاقيات دولية لتذليل الصعوبات العملية أثناء ممارستها. ويتم تعيين القانون الواجب التطبيق على الحضانة بناء على الضابط الشخصي، باعتبارها من الأحوال الشخصية، وعليه ما هو الدور الذي يلعبه هذا الأخير في إسنادها؟

ثالثا: دور الضابط الشخصي في إسناد الحضانة

يختلف الفقه والقضاء في تحديد الطبيعة القانونية للحضانة، وعليه فقد برزت عدّة اتجاهات فقهية[1]، وللفصل في ذلك إتجه الرأي الغالب إلى اعتبارها من آثار انحلال الزواج، لأن التنازع حول الحضانة لا يثور إلاّ بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية[2]، وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري إذ أدرج المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تتضمّن أحكام الحضانة في الفصل الثاني المتعلّق بآثار الطلاق، وهي الجزئية التي تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، خاصّة أن المشرع الجزائري لم يخص مسألة الحضانة بقاعدة إسناد صريحة، خلافا لبعض التشريعات العربية[3]، وبعبارة أخرى بموجب عملية التكييف التي تخضع للقانون الجزائري، تعدّ الحضانة من آثار الطلاق[4]، وعلى هذا الأساس يطبق عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، تطبيقا لنص المادة 12 ف02 من القانون المدني، ويطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج،

[1] اتجه معظم الفقهاء الفرنسيين إلى اعتبارها من آثار الزواج كون أنها تتعلق ببنوة الولد الناتج عن العلاقة الزوجية ،غير أن هذا الاتجاه انتقد لعدم إمكانية الحديث عن آثار عقد الزواج بعد انتهائه بالطلاق أو التطليق، راجع في ذلك صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2004، ص32 . بينما أدرجها البعض الآخر ضمن آثار النسب، خاصة أنها التزام يقع على من يثبت نسب المحضون إليه، وانتقد هذا الرأي لكون أن النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الأولاد، ولاعلاقة له برعايتهم، راجع في ذلك، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص 295.

[2] صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، المرجع السابق، ص 33.

[3] ينص الفصل 50 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية :"تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل".

[4] يوسف فتيحة، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 11.

إستنادا للمادة 13 من القانون المدني، وعليه يرجع إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بها[1].

وهذا ما قرّرته المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق جزائرية وإيطالي، حيث أن المحكمة الإبتدائية للمدية، أسندت الحضانة للقانون الإيطالي، باعتباره قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فقدّمت الزوجة طعنا لدى المحكمة العليا على أساس أنها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج، ولم يصدر بشأنها مرسوم تركها بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، فقرّرت المحكمة العليا على هذا الأساس نقض ذلك الحكم، واعتبرت الحضانة من آثار انحلال الزواج، وبالتالي تخضع للقانون الجزائري مادام أحد الزوجين جزائري وقت انعقاده[2].

وإذا كان الإتجاه السائد في الفقه والقانون المقارن، يذهب لإخضاع الحضانة لقانون الجنسية، فإن هناك إتجاه مغاير جسّدته اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر التي تقضي بإخضاع الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل، باعتباره المكان الذي تتركّز فيه حياة الطفل وعلاقته بغيره[3].

[1] راجع في ذلك أحكام المواد من 62 إلى 72 ق. أ. ج.

[2] المحكمة العليا، ملف رقم 170082، قرار صادر بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية، العدد 01،سنة 2000، ص 167-170.

[3] Art. 01 du convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs qui dispose : « les autorités tant judicaires qu'administrative de l'état de la résidence habituelle d'un mineur sont, sous réserve pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou des biens. »

كما نصت على ذلك أيضا الاتفاقية المتعلقة بالاعتراف بالأطفال، وتنفيذ الأحكام الصادرة في مجال الحضانة، الموقعة في "لوكسمبورغ" بتاريخ 20 ماي 1980، وكذا اتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص، المتعلقة بالجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال، الموقع عليها في 25 أكتوبر ،1980 وقد عرفت هذه الاتفاقية نجاحا كبيرا ،إذ بلغ عدد الدول التي صادقت عليها سنة 1989، حوالي 49 دولة، راجع في ذلك، يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد رقم 03، سنة 2005، ص 195.

إنّ الإسناد السابق غير كاف، كحل نهائي للمشكل الخاص بالحضانة، وذلك لكثرة المنازعات التي تطرح غالبا بشأن حق الزيارة، ونقل الطفل لبلد الطرف الثاني، وضمان إرجاعه، وكذا حق الإنفاق عليه، ومشاكل اختطافه، كما أن الإستثناء الوارد بالمادة 13 قانون مدني جزائري يطرح مشاكل عديدة، مادام أنه مقرّر في تقنينات جلّ الدول، الأمر الذي يؤدي بكل قاضي مطروح أمامه النزاع إلى تطبيق قانونه مباشرة، وهو ما يؤدي إلى مشاكل على مستوى تنفيذ الحكم الأجنبي، ومدى مخالفته للنظام العام، إذا كان يسند الحضانة لأشخاص غير معترف لهم بها في قانون دولة التنفيذ[1]، كل هذا جعل الدول تلجأ لإبرام اتفاقيات دولية لتنظيم الصعوبات العملية في ممارسة الحضانة، وتقرير حق الزيارة المقرّر للطرف الآخر، سواء كانت جماعية كمعاهدة لاهاي السالف ذكرها، وإتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، أو ثنائية كالإتفاقية الجزائرية الفرنسية[2]، المتعلّقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الإنفصال.

[1] أكد المجلس الأعلى في القرار المبدئي الذي قضى :" في حالة وجود أحد الزوجين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد منهما بها ،يكون أحق بهم، ولو كانت الأم غير مسلمة، ويتأكد كل هذا إذا كان الأبوان مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ، ويحول بينه وبين تنفيذه"، راجع في ذلك، قرار المجلس الأعلى غ. أ. ش .1989/01/02 ، ملف رقم 52207 م .ق،ع 4، 1990، ص .74، واستنادا لهذا القرار رفض المجلس منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي الذي يسند حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا، فقرر أن الحضانة لابد أن تمنح للوالد المتواجد بالبلد المسلم ولو كان غير مسلم، راجع في ذلك:

Mehieddine Akkacha, la garde de l'enfant à travers la jurisprudence récente en Algérie, R.S.J.E.A, faculté de droit, université Abou Baker Belkaid, Tlemcen, N°03, 2005, P.63.

[2] الموقعة في الجزائر يوم 21 جوان 1988، والتي أكدت على مصلحة الطفل وجعلتها فوق كل اعتبار، راجع في تفاصيل هذه الاتفاقية، معوان مصطفى، الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 01، سنة 2000، ص 134.

الفرع الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي:

تتمثّل هذه العلاقات في الروابط المالية، ولكن ذات طابع شخصي، بحيث تخضع أيضا للقانون الشخصي، وأحكامها في القوانين العربية مستمدّة من الشريعة الإسلامية، وهي تتمثل في الميراث، والوصية وسائر التصرفات المضافة بعد الموت، والهبة، ونتناولها فيما يلي:

البند الأول: الميراث

يعتبر الإرث وسيلة طبيعية لإنتقال الأموال بعد وفاة الشخص، دون دخل لإرادته فيها، وذلك حسب ما ينظّمه الشارع أو القانون[1]. وإذا كانت جميع الدول تتّفق أنّ سبب الإرث هو القرابة والزوجية، إلا أنها تختلف فيما بينها من حيث درجة القرابة التي تسمح به، ومن حيث تحديد قيمة الأنصبة المخصّصة لكل وارث، ممّا يجعل ضرورة تحديد القانون الأصلح للتطبيق على الإرث في العلاقات الخاصة الدولية ضرورة حتمية لضمان حقوق الأفراد، خاصة وأنّه نظام قائم على الأموال التي توجد بأكثر من دولة، ممّا يثير مشكل تنازع القوانين، ليس هذا فحسب، وإنما أيضا اختلاف جنسية أو موطن المتوفّى عن جنسية أو موطن الورثة، قد يثير أيضا مشكل تنازع القوانين، ولحلّ هذا التنازع تستند غالبية التشريعات إلى الضابط الشخصي لتحديد القانون الواجب التطبيق ،وعلى هدي ذلك ما هو الدور الذي يلعبه ضابط الجنسية والموطن في إسناد الميراث؟، وما هو نطاق تطبيق القانون الشخصي؟

[1] بن شويخ رشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2008، ص 74.

أوّلا: دور الضابط الشخصي في إسناد الميراث للقانون الواجب التطبيق:

يعتبر الإتجاه الغالب في القانون المقارن الإرث إحدى حالات الأحوال الشخصية[1]، معتبرا إياه جزءا من روابط القرابة، ومتّصلا بنظام الأسرة ،وهدفا للمحافظة على أموال العائلة ،ومن ثم إسناده للقانون الشخصي[2].

وقد ذهب بعض الفقه، وعلى رأسهم الفقيه "نبواييه" إلى تحديد القانون الشخصي إستنادا إلى ضابط الموطن أو محل الإقامة[3]، معتمدين في ذلك على عدة إعتبارات، أهمّها أنّ الشخص يرتبط بالمحيط الذي يقيم فيه، ويتفاعل معه عمليا حيث يؤسّس مركز مصالحه، ويعيش بصورة إعتيادية، ويوطّد علاقاته الإجتماعية والعائلية، بالإضافة لذلك، إن إخضاع الميراث لقانون الموطن يحقّق وحدة النظام القانوني للشركة من جهة، ومن جهة أخرى لديه ميزة خاصة كونه يكون غالبا موقع المال عقارا كان أو منقولا، ففي الغالب تكون الدولة التي يتوطّن فيها الشخص مركزا لأعماله، ومكان وجود أمواله، وموطنا لعائلته [4].

وقد أيّد مؤتمر لاهاي حول القانون الدولي الخاص، المنعقد في أكتوبر 1988، هذا الإتجاه، حيث تبنّى مشروع إتفاقية حول القانون المطبق على التركات بسبب الموت، واعتبر الموطن رابطا موحّدا للمنقولات والعقارات، وهو عموما المقام المعتمد للمتوفى إن هو بقي فيه على الأقل 05 سنوات قبل وفاته، وإلاّ فقانون جنسيته إن كان المتوفى أكثر ارتباطا بهذه الدولة (المادة 03 من

[1] وبالمقابل ألحقته بعض الدول بمسائل الأحوال العينية، نذكر منها: القانون الفرنسي،البريطاني، الأمريكي، راجع في ذلك، عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص 201.

[2] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 196.

[3] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 313.

[4] هشام علي صادق ، المرجع نفسه، ص319.

المشروع)، ويستطيع المتوفّى قبل وفاته أن يختار أيّا من هذين القانونين، وذلك حماية لقانونه الوطني أو لقانون محل إقامته المعتاد (المادة 05 من المشروع)[1].

وخلافا لما ذهب إليه الإتجاه الأول، رأى بعض الفقهاء مثل"ديمارتنس" وجوب تحديد القانون الشخصي للمورث بقانون جنسيته على أساس أنه القانون الذي يرتبط به الشخص أكثر من غيره، لأنه يعكس تقاليد أمّته وأعرافها، ويضمن إستقرار أحوالها الشخصية[2].

وفي حقيقة الأمر، تنبع هذه القاعدة من التقاليد الإسلامية التي اعتبرت المواريث من الأحوال الشخصية، وأخضعتها للقانون الوطني، ويرجع ذلك إلى أن المبدأ الإسلامي هو مبدأ ذو طابع شخصي، يخضع لقانون جنسية الشخص كافة علاقاته القانونية، سواء تعلق الأمر بعلاقاته الشخصية أو بحقوقه العينية[3].

وبين إعمال قانون الجنسية أو الموطن[4]، اختلفت مواقف التشريعات، فبعضها يسند الميراث لقانون الموطن[5]، وبعضها يفرّق في هذا الشأن بين العقار والمنقول، فيخضع الميراث في العقار لقانون موقعه، والميراث في المنقول لقانون الموطن الأخير للهالك[6]. بينما أسندت بعض الدول المنقول لقانون

[1] بيار مايير فانسان هوزيه، المرجع السابق، ص 34. راجع كذلك:

Jean Derruppé , op.cit., P.167.

[2] إلياس ناصيف، الوصية للمسلمين في القانون الدولي الخاص، الجزء2 ، سنة 2003، ص 446.

[3] Mohand Issad , Droit International privé, 2ème édition, office des publications universitaires, Alger, 1983, P.317.

[4] ذهبت بعض التشريعات إلى إسناد الميراث إلى القانون العيني، باعتبارها أن انتقال الأموال بسبب الوفاة طريقة عادية مثل وسائل الانتقال الأخرى، مادام الموضوع الرئيسي فيه منصبا على المال ذاته، راجع في ذلك، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 196.

[5] من ذلك نذكر: القانون النرويجي، الدنماركي، الأرجنتيني، القانون السوفييتي سابقا.

[6] وهذا التمييز بين الحالتين، يرجع إلى التأثر بالأفكار التي كانت سائدة خلال القرون الوسطى في أوروبا،ا حيث كانت الثروة العقارية مفضلة عن المنقولات، وقد أخذ بهذا الرأي: فرنسا، انجلترا، الو م أ، راجع في ذلك: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية. سنة 1974، ص 110.

جنسية المتوفّ[1]، في حين أسندته غالبية الدول العربية، بما فيها المشرع الجزائري، لقانون جنسية المورث، وهو ما نصّت عليه المادة 16 ق. م: "يسري على الميراث...قانون جنسية الهالك".[2] وفي مقابل ذلك اعتدّ المشرع التونسي بضابطي الموطن وموقع المال إلى جانب ضابط الجنسية، بنصّه في الفصل 54 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي:" يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها عند وفاته، أو لقانون دولة آخر مقر له، أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكا."[3]

وإنّ في الإعتداد بالضابط الشخصي للمورّث، تحقيقا لوحدة القانون المطبّق على التركة، وتجنبا لتعدّد القوانين التي تحكمها، إذا ما كانت الأموال موزّعة في عدة دول، أو كان الورثة منتمين إلى عدّة جنسيات، كما أن القوانين العربية قد ساوت بين المنقول والعقار، ولم تخضع كل منها لقانون، كما فعلت بعض التشريعات[4].

وبالرغم من إيجابيات هذا الإتجاه المنادي بإخضاع الإرث للقانون الشخصي، إلاّ أنه تعرّض لإنتقادات، كونه يتجاهل أحكام قانون موقع المال[5].

وإذا كان الضابط الشخصي يحكم مسائل الميراث في الدول العربية بما فيها الجزائر ،إلاّ أنّ هناك مسائل تخرج من اختصاصه.

---

[1] ومن ذلك، النمسا، المجر، رومانيا.

[2] تقابل هذه المادة: الم. 17 ف1 مدني مصري، الم. 18 ف01 مدني سوري، الم. 17. ف01 مدني ليبي، الم. 22 مدني عراقي مع اختلاف في التفاصيل، الم. 18 ف01 مدني أردني، الم. 47 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة ،1961 أما المادة 27 قانون مدني يمني لسنة 1979 ، فقد أسندته إلى القانون اليمني، باعتباره قانون القاضي، وراجع في القوانين الغربية: المادة 23 قانون مدني إيطالي، والمادة 08 قانون مدني يوناني. راجع في ذلك،

Battifol .H. et Lagarde P., Droit International Privé, 2éme vol, 5éme éd., L.G.D.J., Paris, 1974-1976, p.334.

[3] لا يتّضح من هذا النص، ما إذا كان تطبيق تلك الضوابط بالأولوية حسب التسلسل المذكور في النص، أو يمنح للقاضي سلطة اختيار الضابط المناسب من بينها.

[4] يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ألقيت على طلبة السنة الرابعة حقوق، المرجع السابق ، ص 42.

[5] جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، سنة 1995-1996، ص 329.

ثانيا: نطاق تطبيق القانون الشخصي

إنّ ظاهر النصوص التشريعية العربية تسند الإختصاص في الميراث للضابط الشخصي، إلا أن الواقع يبيّن أن الميراث مكوّن من مسائل يكون بعضها محسوبا على مسائل الأشخاص، والبعض الآخر يكون محسوبا على مسائل الأموال، ومن ثم فإنّ دور الضابط الشخصي يظهر في الأولى دون الثانية.

فالضّابط الشخصي بواسطته يسند القاضي الإختصاص لقانون المورّث وقت وفاته[1] في مسائل تتّصل بشخص المورّث من جهة، وبعلاقته بسبب الزوجية والقرابة من جهة أخرى، كتعيين الورثة وأنصبتهم ،ومراتبهم، ودرجاتهم، وشروط استحقاق الإرث بالنسبة للمورّث، وموانع استحقاقه، وفيما إذا كان الوارث قد قبل التركة بشرط الجرد أم بدونه، وميعاد القبول وشروطه، وكذلك من يتولىّ تنفيذ توزيع التركة[2].

في حين لا دور للضابط الشخصي في غير المسائل أعلاه في تحديد الإختصاص، فالميراث هو سبب من أسباب إنتقال الحق العيني، ومن ثمّة يجب أن يخضع للقانون الذي يحكم موقع المال، كلّما إتّصل بها بشكل مباشر، وبذلك فإنّ هذا القانون هو الذي يحكم جميع المسائل المتعلّقة بتحديد مدى تعلّق حقوق دائني المتوفّى بأموال التركة، وما يترتّب على ذلك من أثر في حقوق الورثة[3]. فإذا كانت أموال التركة موجودة في الجزائر، فإن قاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، هي التي ستطبّق

[1] إذا كان القانون الجزائري هو قانون جنسية المورث وقت الوفاة، يرجع إلى أحكام المواد من 126 إلى 183 ق. أ .ج.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص 203.

[3] فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 326، كذلك هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 32.

عليها، ولو كان المورّث أجنبيا، غير أنّ بعض الفقه[1] يرفض هذا الإتجاه، وينادي بتطبيق القاعدة العامة أي القانون الشخصي للمورّث وقت الوفاة.

كما يحكم قانون موقع المال تحديد محتوى وشروط ممارسة الحقوق المكتسبة على أموال التركة بالإرث، فحق الملكية والإنتفاع المكتسبة على أموال تركة الأجنبي تخضع لقانون موقع المال، الذي توجد به، فهو الذي يسري على نقل الملكية، والتصفية، والحيازة، ووضع اليد على العقارات والمنقولات وإجراءاتهم، ويسري كذاك على إجراءات شهر حق الإرث، وتحديد الآثار المترتبة عنه، والجزاء المترتب على عدم القيام به من عدم نفاذ التصرفات الصادرة من الوارث[2]،كما يختصّ بالإجراءات اللاّزمة لسلامة المعاملات وحقوق الآخرين ،كالمحافظة على حقوق الدائنين، وإدارة أموال التركة، ووضع الأختام عليها، والجرد، وإقامة حارس أو مدير مؤقّت، وجميع الإجراءات التحفظية الأخرى، وتنظيم حالة الشيوع بين الورثة، وكيفية إدارة أموال التركة الشائعة[3].

ويحق للوريث أن يستفيد من كافة الحقوق العينية السائدة في قانون موقع المال حتى ولو كانت مجهولة من قبل قانونه الشخصي، وهذا ما يؤدي بالنتيجة إلى أنه يجب تطبيق القانون المحلي حين تعود الأموال الموروثة إلى فئة قانونية مجهولة من قبل القانون الأجنبي الذي أشار إليه الضابط الشخصي، كالأموال الوقفية المعروفة في القانون الجزائري، والمجهولة في الدول الأوروبية[4]. ولهذا فإنه بالرغم من افتتاح التركة في بلاد أجنبية، فمتى كانت الأموال موجودة بالجزائر مثلا، فيجب افتتاحها

[1] يرى الأستاذ فؤاد ديب، أن تعدد القوانين التي تحكم التركة، بحسب تعدد الدول التي تتواجد فيها الأموال، يؤدي إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد العملي، راجع في ذلك: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 272.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 902.

[3] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 124.

[4] موحند إسعاد، قواعد التنازل، المرجع السابق، ص 325.

كذلك لتوزيع الأموال الموجودة فيها بمقتضى قاعدة الإسناد الجزائرية. غير أنه لا سلطان للمحكمة الجزائرية على الأموال الموجودة في بلاد أجنبية، حتى ولو كان آخر موطن للمتوفّى فيها، لأنه قد يتعارض تطبيق القاعدة الجزائرية عليها مع قاعدة الدولة التي توجد بها تلك الأموال، فيتعذّر في هذه الحالة تنفيذ ما تقرّره المحكمة الجزائرية، على ضوء قاعدة الإسناد[1]. أمّا بالنسبة للتركة الشاغرة، وهي تركة الأجنبي، الذي يتبيّن وفق قانونه الشخصي أنه لا وارث له، فهي تؤول بدورها إلى الدولة التي توجد بها، أي قانون موقع المال[2].

وهكذا يظهر الدور البارز لقانون موقع المال، والذي يضيّق من نطاق تطبيق قانون الجنسية، بالنسبة للدول التي تأخذ بها كضابط إسناد أساسي، وهو ما جعل بعض الفقه[3]، ينادي بضرورة التمسّك بضابط الموطن، كضابط إسناد أساسي بدلا من الجنسية، فقد يكون في الغالب قانون موقع المال، طالما أن أموال الشخص توجد عادة في الدولة التي يتوطّن بها، وبهذا ينهي التعارض بين القوانين التي تحكم مختلف المسائل المتعلقة بالتركة.

وإذا كان للقانون الشخصي عموما سلطان على الميراث، فهل يمتد سلطانه ليحكم الوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الموت؟

[1] موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، المغرب، 1994، ص267.

[2] يأخذ بذلك: فرنسا، انجلترا، الأرجنتين، ومعظم الدول العربية من بينها القانون الجزائري، الذي بالرغم من عدم النص عليها بقاعدة، إلا أنه يمكن استنباط ذلك بالرجوع للتكييف الذي أعطاه لهذه المسألة، فهو ينص في المادة 184/ 4 ق.أ. ج: "التركة التي لا وارث لها، تؤول إلى الخزانة العامة"، كما أنه يعتبر في الم. 773 ق. م ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك. وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث، والذين تهمل تركتهم، كما نص على ذلك صراحة المشرع التونسي في الفصل 54 فقرة 02 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، وفي مقابل ذلك تخضع ألمانيا وسويسرا، التركة الشاغرة لقانون جنسية المورث وقت وفاته.

[3] هو رأي عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 327.

البند الثاني:الوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الموت:

الوصية تصرف قانوني بإرادة منفردة، مضاف إلى ما بعد الموت، بمقتضاه ينقل الموصي إلى الموصى له على وجه التبرّع، ملكية كل أو بعض أمواله أو أيّ حقّ آخر من حقوقه المالية[1].

ويعتبر في حكم الوصية، التصرّفات المضافة إلى ما بعد الموت، والتي تدلّ القرائن على توفّر أركان الوصية به[2]، ولقد بيّن القانون المدني الجزائري نوعين من هذه التصرّفات، الأوّل خاص بالتصرّفات التي تصدر من المريض مرض الموت، ويكون مقصودا منها التبرّع (ا لم. 776/ف1)، والثاني خاص بالتصرفات التي تصدر لوارث، ويحتفظ فيها المورث بحيازة العين، وبحقه في الإنتفاع بها مدى الحياة (ا لم. 777 ق. م)، كما ألحق المشرع الهبة في مرض الموت، أو في الأمراض والحالات المخيفة بالوصية من حيث أحكامها (ا لم .204 ق.أ.ج).

وبما أن الوصية تصرّف قانوني، فلا بد لإنعقادها وسريانها توافر مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية، وعليه ما هو دور الضابط الشخصي بخصوص كل من الشروط الموضوعية والشكلية للوصية، وما يلحق بها حكما؟

أوّلا: دور الضابط الشخصي في إسناد الشروط الموضوعية للوصية

نظرا للصلة الوثيقة بين الوصية والميراث لأن كلا منهما ينتج أثره بالموت[3]، وهو حكم ينسحب إلى باقي التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، فضلا على أن كلا منهما يتضمّن مسائل

[1] موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 87.

[2] عبد الرسول رضا الأسدي، المرجع السابق، ص 210.

[3] يختلف الميراث عن الوصية في كون هذه الأخيرة خلافة اختيارية، يكون مصدرها أو سببها تصرف قانوني أو اتفاقي، في حين يمثل الميراث واقعة قانونية وخلافة جبرية، يكون سببها القانون. راجع في ذلك، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 411.

تتعلّق بالأشخاص، وأخرى بالأموال، كان للضابط الشخصي في مسائل الوصايا وسائر التصرفات النافذة بعد الموت، الدور نفسه نسبيا الذي لعبه في مسائل الميراث[1].

وتتّجه غالبية التشريعات إلى تبنّي ضابط جنسية الموصي وقت الوفاة لإسناد الشروط الموضوعية للوصية[2]، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 16 قانون مدني بنصه:"يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفّذ بعد الموت، قانون جنسية المالك أو الموصي أو من صدر منه التصرّف وقت موته. بينما اعتبرتها بعض الدول من الأحوال العينية مثلها مثل الإرث، وعليه أخضعتها متى تعلّقت بعقار لقانون موقع العقار، وإذا تعلّقت بمنقول لقانون الموطن الأخير للمتوفّ[3]، أما إتفاقيتا لاهاي لسنة 1892 و 1900، فقد أسندتاها إلى قانون جنسية الموصي والموصى له مع التطبيق الجامع لهما[4].

وإذا كان التشابه بين الإرث والوصية، هو الذي فرض أن يحكمها القانون الذي يحكمه، فإنّ كون الوصية تصرف قانوني بإرادة منفردة، هو الذي جعل الفقهاء يختلفون في تحديد مجال إعمال قانون الموصي وقت موته، هل يشمل الشروط الموضوعية للوصية بما فيها الشروط الخاصة بتنظيم الوصية، بوصفها تصرفا إراديا، أم تخرج هذه الأخيرة من نطاق ذلك القانون؟

---

[1] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 352.

[2] يقصد بالشروط الموضوعية للوصية تلك الشروط التي تتوقف عليها صحة الوصية، ووجودها القانوني مثل الأهلية وعوارضها، والحصة المحفوظة للورثة في الشركة، والقدر الجائز الإيصاء به عند وجود ورثة، أو عند عدم وجودهم، والأشخاص الذين يجوز الإيصاء لهم، وأهليتهم لقبول الوصية أو رفضها، وشروط إجازة الوصية من الورثة إذا زادت عن النسبة المسموح بها، وتحديد أسباب الحرمان من الوصية، وتحديد الحالات التي يجوز فيها الرجوع عن الوصية. راجع في ذلك، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص 101-102، وغالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 188.

[3] هذا الموقف أخذت به كل من فرنسا، انجلترا، الو. م .أ، كندا، إلا أنه اتجاه منتقد لأنه يؤدي إلى تقسيم التركة بين عدة قوانين، وهذا ما وقع في قضية حفيذة "جور صائد"، التي أوصت بمنزلها الموجود في فرنسا، وما يوجد به من أثاث إلى الأكاديمية الفرنسية، ولكنها توفيت في إيطاليا، مما أدى إلى خضوع الوصية إلى قانونين: القانون الفرنسي بالنسبة للمنزل، والقانون الإيطالي بالنسبة للأثاث الموجود بالمنزل، راجع في ذلك: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 80.

[4] شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، سنة 2010-2011، ص 36.

في هذا المجال، ذهب فريق من الفقه إلى إخضاع جميع الشروط الموضوعية للوصية لقانون الموصي وقت الوفاة، بما فيها أهليته للإيصاء، وأركان الوصية، من رضا، محل، سبب، عيوب الرضا، وذلك لأنه وإن كانت الوصية عملا إراديا إلاّ أنها تختلف عن سائر الأعمال الإرادية الأخرى، من حيث أن استيفاء شروطها الموضوعية تتحدّد بصفة نهائية وقت موت الموصي، ولأنها تصرّف غير لازم، إذ يجوز الرجوع فيها، ممّا يقتضي أن يعتدّ بالأهلية في الوقت الذي ينقطع فيه تحرّك الإرادة[1].

بينما يذهب الرأي الراجح فقها[2] إلى إخراج الأهلية، وعيوب الرضا، والمحل، والسبب من نطاق قانون الموصي وقت وفاته، وإخضاعها لقانون الموصي وقت الإيصاء، على أساس أن هذه المسائل لا علاقة لها بالميراث، علاوة على أن الوصية تصرف إرادي يعتد بالإرادة فيها وقت صدورها، لا وقت الوفاة، هذا ما أدى ببعض التشريعات إلى إخضاع الوصية لقانون الموصى وقت عمل الوصية[3]. وتأخذ التصرفات النافذة بعد الموت نفس الأحكام السارية على الوصية.

ويشمل مضمون الفكرة المسندة لقانون الموصي وقت الوفاة، أو قانون أو من صدر منه التصرف وقت موته، كل الأحكام الموضوعية الخاصة بسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت مثل تحديد شروط عمل الوصية، طريقة قبولها، وإجازتها، والإعتراض عليها من الورثة، وشروط الرجوع فيها، والنصيب الجائز التصرّف فيه، والآثار المترتّبة عليه[4].

[1] هو رأي الدكتور محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 158

[2] من هذا الاتجاه، الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 365

[3] نص على ذلك القانون الدولي الخاص البولوني والتشيكوسلوفاكي.

[4] شبور نورية، المرجع السابق، ص 61-63. وبالنسبة لأحكام الوصية في التشريع الجزائري، راجع المواد من 184 إلى 201ق.أ.ج.

غير أنّه يلاحظ أن الإعتداد بالقانون الشخصي، لا يخلّ باختصاص قانون موقع المال المتصرّف فيه، باعتباره قانون إقليميا، ينظّم سلامة المعاملات، ويحافظ على حقوق الغير، ومن ثم يشترط لإنتقال المال المتصرّف فيه، وما يرد عليه من حقوق أصلية أو تبعية، مراعاة ما يقضي به قانون موقع المال من إجراءات خاصة بالقسمة والتسجيل، والشهر العقاري، سواء في العلاقة بين ذوي الشأن أو في مواجهة الغير[1].

وإذا كان الضابط الشخصي يلعب دورا أساسيا في إسناد الشروط الموضوعية للوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الموت، إلاّ أنّ هذا الدور قد يكون إختياريا بالنسبة للشروط الشكلية.

ثانيا: دور الضابط الشخصي في إسناد الشروط الشكلية للوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الموت:

تختلف أحكام التشريعات فيما يتعلّق بالشكليات التي تشترط في تحرير الوصية وسائر التصرّفات المضافة لما بعد الموت[2]، مما ترتّب عنه خلق تنازع القوانين، لذلك حرصت غالبية التشريعات العربية على وضع قاعدة إسناد مستقلة، أخضعت بموجبها الشروط الشكلية للوصية[3]،

[1] محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، سنة 2006، ص 599. راجع كذلك، عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2009، ص 295.

[2] مثلا فرنسا تعترف ب3 أشكال هي: الوصية الرسمية (تحرر من طرف موثقين وبحضور شاهدين)، الوصية العرفية (يتم تحريرها بخط الموصي وبتوقيعه عليها، ويذكر تاريخها)، الوصية السرية (يوقع عليها من طرف الموصي، وتقدم مغلقة بحضور ستة شهود على الأقل، للموثق الذي يقوم بتسجيلها). في حين تأخذ سويسرا وألمانيا بالوصية الرسمية والخطية، والشفوية. أما المشرع الجزائري فلا يعترف إلا بالوصية الرسمية، وهو ما يستنتج من نص المادة 191 من قانون الأسرة: "تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك. وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية". ويفهم من ذلك أن الرسمية مشترطة للانعقاد. راجع في ذلك، نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 200، راجع كذلك، يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص،المرجع السابق، ص 75.

[3] الشروط الشكلية، هي إجراءات إظهار الإرادة إلى العالم الخارجي، وقد يستلزم الأمر إفراغ الإرادة في شكل معين كالشكل الرسمي، الذي يتم بمحرر على يد موثق مختص، راجع في ذلك، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 910.

وسائر التصرفات النافذة بعد الموت إلى قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه[1]، وهو نفس موقف التشريع الفرنسي[2]، غير أنّ الفرنسي بالخارج يحرّر وصيته، إما وفقا للشكل المقرّر في القانون الفرنسي، وإمّا وفق الشكل المعتمد في دولة محل الإبرام، أمّا الأجنبي في فرنسا فيستطيع أن يحرّر وصيته وفقا للشكل المقرّر في قانون جنسيته[3].

كما اعتدّت في هذا المجال، اتفاقية لاهاي الخاصة بتنازع القوانين في مادة أشكال الأحكام الإيصائية، الموقعة في 05 أكتوبر 1961، بضابط الموطن أو محل الإقامة إلى جانب ضابط الجنسية، كضابطين إختياريين بعد ضابط موطن محل الإبرام، فاعتبرت الوصية صحيحة إذا كان شكلها موافقا لقانون محل إبرام التصرف، أو لقانون الجنسية التي حاز عليها الموصي، إمّا وقت التحرير أو وقت الوفاة، أو لقانون موطن الموصي، إمّا بتاريخ التصرّف أو وقت الوفاة، أو لقانون محل الإقامة المعتادة للموصي، إمّا عند التصرّف أو وقت الوفاة، أو لقانون موقع العقار إذا كانت الوصية واردة على عقار[4].

[1] وهو ما نصت عليه الم. 17 ف02 مدني مصري، الم. 18 ف02 مدني سوري، الم. 17 ف02 مدني ليبي، الم. 18 مدني أردني، الم. 23 مدني عراقي، الم. 55 ف02 قانون دولي خاص تونسي، الم .16 ق. م جزائري ف02 قبل التعديل، غير أنه ألغيت هذه الفقرة، راجع في ذلك، زروتي الطيب، تنازع القوانين في الوصية، تعليق على قرار المحكمة العليا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، رقم 03، الجزائر، 1994، ص 660.

[2] L'art. 999 dispose qu' « un Français qui se trouvera en pays étranger pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'article 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé » C. F perlpot.net/cod/civil.pdf.

[3] Henri Batiffol, Paul Lagarde, op. cit. , P.419, Bernard Audi, Op. cit., P.727.

[4] Marc Fallo, Jean-Louis Van Boxtael, testament, Rép. Internet, Tome 3, J.C.P., 1999-04, P.7, N° 47-48, Nouhad RizKallah, Op.ci., P.118.

أمّا المشرع الجزائري، فبعد أن كان يخصّ شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة لما بعد الموت بضابط إسناد خاص في الفقرة الثانية من المادة 16 قانون مدني[1] ، إلاّ أنّه بعد تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005، ألغى الإسناد الخاص بشكل هذه التصرفات، الأمر الذي يستخلص منه، أن المشرع الجزائري أراد تفادي التّكرار، على أساس أنّ الوصية كأيّ تصرّف إرادي يتمّ إبرامها أثناء الحياة، لذلك يجب أن تخضع للقاعدة العامة بشأن شكل التصرفات القانونية المنصوص عليها في المادة 19 قانون مدني، وتطبيقا لهذا النصّ يخضع شكل الوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الموت لقانون الموطن المشترك لكل من الموصي أو الموصى له، أو لقانون الجنسية المشتركة بينهما، أو لقانون الموصي أو المتصرّف وقت الوفاة. غير أن إعتداد المشرع الجزائري بالضابط الشخصي في نص المادة 19 ق.م هو إختياري، وجاء بعد ضابط محل الإبرام[2].

ويلحق بحكم الوصية الهبة في مرض الموت[3]، أمّا خارج هذه الحالة، فإنّها تلحق الأحوال الشخصية، دون أن تكون من التصرّفات النافذة بعد الموت، وللضابط الشخصي دور هام في إسنادها للقانون الواجب التطبيق.

---

[1] نصّت المادة 16 ق.م.ج: "غير أنه يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الايصاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت."

[2] يرى الأستاذ زروتي الطيب، أن التسليم بقانون جنسية الموصي أو المتصرف وقت الوفاة، يتعارض مع المبادئ العامة التي تحكم شكل التصرف، والتي تقتضي تطبيق القانون الساري المفعول وقت إبرام التصرف، راجع في ذلك، زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 202.

[3] وبناء عليه للجزائريين في الخارج، أن يحرروا ووصاياهم إما طبقا للشكل المعمول به في محل إبرامها، أو وفقا للشكل المقرر في القانون الجزائري، وإيداع وصاياهم على سبيل الأمانة لدى أعوان السلك الدبلوماسي الجزائريين في الخارج، أما الأجانب في الجزائر فلهم أن يحرروا وصياهم إما وفقا للشكل الذي يقرره القانون الجزائري، أو بإتباع ما يقتضيه قانون جنسيتهم، ولدى بعثاتهم الدبلوماسية، راجع في ذلك، علي سليمان، المرجع السابق، ص 82،كذلك، يوسف فتيحة، محاضرات...، المرجع السابق، ص 75.

البند الثالث: الهبة

الهبة عقد ما بين الأحياء يتصرّف بموجبه الواهب دون عوض[1]، وبغية التبرّع، غير أنه يجوز للواهب، دون أن يتجرّد من نية التبرّع[2]، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام[3]، فيصبح عقد الهبة ملزما للجانبين.

ويختلف تكييف الهبة، فهناك من التشريعات من تكيّفها ضمن الأحوال الشخصية[4]، وهناك من تكيّفها ضمن الأحوال العينية[5]،وفي الحالتين تعدّ الهبة عقد تمليك في الحال، ومع ذلك تختلف عن بقية العقود المدنية، فلا تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، مادامت عقدا غير عادي، وتصرفا بغير عوض، مرتبط بعلاقات الأسرة ونظام الميراث، لذلك تخضع للقانون الذي يحكم الميراث من حيث الأحكام الخاصة بالقدر الذي يجوز التبرّع به[6].

أمّا في بالجزائر، فقد أدرجت فقرة ثانية في المادة 16 ق. م أسندت الهبة إلى قانون جنسية الواهب وقت إجرائها[7]، هذا الحل يتماشى مع تصنيف الهبة ضمن الأحوال الشخصية، باعتبارها تصرفا بدون عوض، كما أنّها عقد فوري الأثر، ولا يتراخ تنفيذها لما بعد الموت، ومن ثم فقانون

[1] تنص المادة 204 ق. أ.ج: " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية."

[2] تنص على ذلك: المادة 202 ق. أ. ج.

[3] تنص على ذلك المادة 202 ف02 ق. أ. ج، وتقابلها المادة 486 ف02 ق. م مصري.

[4] كما هو الحال في إيطاليا.

[5] كما هو الشأن في فرنسا ومصر.

[6] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 204.

[7] إذا كان القانون الجزائري، هو قانون جنسية الواهب وقت إجرائها، فيتم الرجوع لأحكام المواد من 202 إلى 212 ق. أ. ج ، وفيما يخص إسناد الهبة لم يضع المشرع العربي في سوريا، ليبيا، العراق، الأردن، اليمن، دولة الإمارات العربية المتحدة، قاعدة إسناد خاصة بالهبة، أما في تونس فنص الفصل 56 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على إخضاعها لقانون جنسية الواهب وقت إجرائها،وفي الكويت، حسب المادة 90 من القانون رقم 05 لسنة 1961، تخضع الهبة لقانون جنسية الواهب فيما يخص انعقادها، أما نفاذها في حق الورثة فيسري عليها قانون جنسية الواهب وقت الموت،كما نصت الم. 24 ق. م إيطالي على أنه يسري على الهبة قانون جنسية الواهب، وفي مقابل ذلك يخضعها القانون المصري لقانون الإرادة.

جنسية الواهب وقت إجرائها هو المناسب عوض قانون جنسيتة وقت موته، لأن تطبيق هذا الأخير قد ينجرّ عنه إرتباك في المعاملات، وعدم إستقرارها في حالة اختلاف هذا القانون في أحكامه الموضوعية عن قانون جنسية الواهب وقت إجرائها، لاسيما أنّ ملكية وحيازة الشيء الموهوب، قد انتقلت إلى الموهوب له، وربما تصرّف فيه[1].

أما فيما يخص شكل الهبة، فطبقا للمادة 19 ق.م.ج[2]،تخضع لقانون محل إجرائها، أو لقانون جنسية الواهب، أو لقانون الموطن المشترك بين الواهب والموهوب له، أو لقانون الجنسية المشتركة بين المتعاقدين، وتبعا لذلك يعتبر الضابط الشخصي في إسناد الشروط الشكلية إختياريا، ومتى ثبت بموجبه الإختصاص للقانون الشخصي فإنّ ذلك لا يخلّ باختصاص قانون موقع العقار[3]، حيث تجب تجب الرسمية والشهر في هبة العقار[4].

وعليه ننهي هذا الفصل بالقول أنّه للضابط الشخصي دورا بارزا في إسناد الأحوال الشخصية للقانون الواجب التطبيق عليها، سواء كان هذا الدّور أصليا أو إختياريا. هذا ولا يزعزع من قيمته أو دوره، أنه يرد عليه بعض الإستثناءات والقيود كما رأينا سابقا.

ولكن ليس للضابط الشخصي تلك الوظيفة الإيجابية السابقة، في حل مشكل تنازع القوانين، بل قد يكون سببا في إثارة مشكل التنازع، وذلك من خلال الصعوبات التي يثيرها سواء أثناء تعيينه أو أثناء تطبيقه، وهو ما سنتعرّض له في الفصل الثاني.

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 205.

[2] وتقابل المادة 19 ق.م. ج ا.م. 20 ق .م مصري ،غير أن القانون الساري على الأحكام الموضوعية في مصر هو قانون الإرادة لا قانون جنسية الواهب، وبالتالي فهو يتحد موقفا مع المشرع الجزائري في 03 ضوابط فقط.

[3] المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري.

[4] المادة 18 ف03 قانون مدني جزائري.

الفصل الثاني: المشاكل المترتبة على إعمال الضابط الشخصي في حل تنازع الإختصاص التشريعي:

إذا كان الضابط الشخصي يلعب دورا مهمّا وبارزا في إسناد مسائل الأحوال الشخصية، للقانون الواجب التطبيق، وحلّ مشكل تنازع القوانين الذي تثيره، إلاّ أنّ هذا الدور الإيجابي يصاحبه دورا سلبيا، نظرا للمشاكل المترتّبة نتيجة إعماله.

إنّ هذه المشاكل بعضها يظهر أثناء استعمال الضابط الشخصي لإسناد الإختصاص القانوني، فيعيق أو يعقّد من عملية تحديده، ممّا ينعكس على صعوبة الوصول للقانون المختصّ بحكم النزاع. والمميّز فيها، أنها ناشئة من طبيعة الضابط الشخصي، فهو رابطة قابلة للتعدّد، الإنعدام والتغيير، بل حتى عندما يشير الضابط الشخصي إلى تطبيق قانون معيّن فإنه أحيانا قد يترتّب على ذلك تنازل القانون الشخصي عن الإختصاص المسند إليه، وظهور الإحالة أو تركيز الإختصاص من قبل القانون الشخصي وظهور التفويض.والبعض الآخر من المشاكل يظهر بعد الإسناد فتكون بمناسبة ممارسة القاضي وتطبيقه للقانون الشخصي، وهذه المشاكل تظهر نتيجة غياب الإشتراك القانوني بين قانون القاضي والقانون الشخصي، وهو ما يعبّر عنه بالمخالفة للنظام العام، أو تظهر نتيجة التحايل على الضابط الشخصي واصطناع اختصاص القانون الشخصي، وهو ما يعبّر عنه بالغش نحو القانون، مما يترتّب عنه في كلتا الحالتين إستبعاد القانون الشخصي.

إنّ هذه المشاكل كلّها تقتضي الوقوف عليها، للوصول إلى آليات حلّها، ولأجل ذلك بذل الفقه والقضاء مجهودات كبيرة للبحث عن أكثر الحلول ملاءمة لها، سواء أثناء البحث عن القانون

الشخصي، أو أثناء تطبيقه، وذلك لتسهيل تعيين وتحديد الضابط الشخصي المختص وإعماله، والتأكيد على فعاليته كوسيلة لحل مشاكل تنازع القوانين. ولهذا سيتم التعرّض للمشاكل المصاحبة لإعمال الضابط الشخصي قبل الإسناد للقانون الشخصي (مبحث أول)، وإلى موانع تطبيق القاضي للقانون الشخصي الأجنبي (مبحث ثاني).

المبحث الأول: المشاكل المصاحبة لإعمال الضابط الشخصي قبل الإسناد للقانون الشخصي:

بعد أن يحدّد القاضي طبيعة العلاقة موضوع النزاع عبر عملية التكييف، ينتقل إلى اختيار قاعدة الإسناد الملائمة، لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وهنا قد تصادف القاضي مشاكل تسبق حل النزاع يتسبّب فيها الضابط نفسه، أو القانون الشخصي الذي يشير إلى تطبيقه هذا الضابط، أي بعد اعتماد الضابط الشخصي قد لا يستجيب القانون الشخصي للإختصاص المسند عليه بشكل أو بآخر، وعليه فيما تتمثل هذه المشاكل؟، وما هي الحلول المقرّرة لها فقها وتشريعا وقضاء؟، ولبيان هذه المشاكل وما تقتضيه من حلول، سنفصّل ذلك خلال مطلبين، نبيّن في الأول: الصعوبات التي يثيرها الضابط الشخصي، وفي الثاني نتعرّض إلى مشكلتي عدم استجابة القانون الشخصي للإختصاص المسند إليه.

المطلب الأول: الصعوبات التي يثيرها الضابط الشخصي:

يثير الضابط الشخصي، المتمثّل في الجنسية والموطن، والمعوّل عليه من قبل التشريعات المختلفة لإسناد مسائل الأحوال الشخصية للقانون الواجب التطبيق، صعوبات متعدّدة[1]، والمميّز فيها

[1] جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، سنة 2010-2011، ص37،

أنها ناشئة من طبيعة الضابط ذاته، فهو مبني على معيارين، قابلين للتعدّد أو الإنعدام، مما يثير مشكلة التنازع الإيجابي والسلبي، كما أنه رابطة قابلة للتغيير بإرادة الشخص، من وقت نشوء العلاقة القانونية إلى وقت الفصل فيها، مما يثير مشكلة التنازع المتحرك[1].

وعليه متى وكيف تظهر هذه المشاكل؟، وما هي الحلول المقرّرة لها؟، وللإجابة على ذلك نتناول مشكلتي التنازع الإيجابي والسلبي للضابط الشخصي (فرع أول)، ومشكلة التنازع المتحرّك (فرع ثاني).

الفرع الأول: التنازع الإيجابي والسلبي للضابط الشخصي:

تتحقق صعوبة التنازع الإيجابي والسلبي للضابط الشخصي في حالتي تعدّده وانعدامه.

البند الأول: تعدّد الضابط الشخصي:

يقصد بتعدّد الضابط الشخصي، أو ما يصطلح عليه بالتنازع الإيجابي للضابط الشخصي[2]، هو تمتّع الشخص بأكثر من جنسية واحدة[3]، أو أكثر من موطن واحد[4]، ممّا يعرقل على القاضي

C.F Thierry Vignal,op.cit.,p.446.

[1] موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 90.

[2] ويفضّل مصطلح التعدد الشخصي على مصطلح التنازع الايجابي، حيث أن الأخير قد يوحي بأن الأمر يتعلق بتنازع دولي للقوانين في شأن الجنسية أو الموطن، وهو ما لا يمكن قبوله إذا تعلق الأمر بالجنسية، فان كل دولة لها الحق في أن تحدد من هم وطنيوها، وان كل مسألة تتعلق بمعرفة ما إذا كان الشخص يتمتع بجنسية دولة معينة، يجب أن تحل وفقا لتشريع تلك الدولة، وهو ما نصت عليه المادة الأولى والثانية من اتفاقية لاهاي المبرمة في 12-04-1930، المتعلقة ببعض مسائل تنازع القوانين في مسائل الجنسية. أما بالنسبة للموطن، فقد اختلف الفقه في تحديد القانون الذي يحدد مفهومه، نظرا للاعتداد بالمفهوم الواقعي له في بعض النظم القانونية الجرمانية وغالب النظم القانونية اللاتنية، والنظم القانونية في البلاد العربية. ومنها من يرجح الأخذ بالمفهوم الحكمي له، كالنظم القانونية الأنجلو أمريكية، لذلك يتجه بعض الفقه إلى إعمال قانون الإرادة لتحديد مفهومه، في حين يتجه جانب لآخر إلى إعمال القانون الشخصي للشخص المتنازع في موطنه، وينادي اتجاه آخر بتطبيق قانون القاضي، والرأي الراجح فقها ينادي بإعمال القانون الإقليمي لدولة الموطن، فإذا ادعى شخص أن له موطن في دولة معينة، كان قانون تلك الدولة، هو صاحب الاختصاص في تحديد وجود الموطن لذلك الشخص من عدمه. راجع في ذلك، أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص من 491 إلى 497.

[3] أحمد ضاعن السمدان، المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد الأول، رقم 02، سنة 2007، ص17.

[4] وتتحقق حالات تعدد الجنسية نظرا لاختلاف الأسس والمعايير الفنية، التي تتبعها كل دولة في منح الجنسية للأفراد، فقد يكتسب الشخص جنسية بالميلاد على إقليم دولة معينة، وجنسية أخرى بالتجنس، وأخرى بالزواج، أو قد يكتسبها نتيجة اختلاف جنسية أبويه، راجع في ذلك، سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 252.

عملية تحديد القانون الشخصي الواجب التطبيق، نظرا لتعدّد الضوابط الشخصية، ونلمس مثل هذه الصعوبة في الدول اللاّتنية المعتمدة على ضابط الجنسية، أو الدول الأنجلوسكسونية المعتدّة بضابط الموطن، بل والأكثر من ذلك حتى الدول اللاّتنية قد تعتمد على ضابط الموطن، كما رأينا سابقا، مما يعني أن صعوبة التعدّد قد يثيرها هذا الأخير أمام قاضي هذه الدول.

إنّ الآثار السيّئة المترتّبة على مشكلة تعدّد الضابط الشخصي[1]، هي التي جعلتها محلّ إهتمام الفقه والتشريع والقضاء الدولي، وفي هذا الإطار انصبّت مساعيها في محورين رئيسيين، فهم إمّا يأتون بحلول تقليدية، وإمّا بحلول حديثة تكرّس فكرة الحل الوظيفي.

أوّلا: الحلول التقليدية

قبل إسناد الإختصاص التشريعي إلى قانون دولة ما لتطبيقه على النزاع المطروح، إذا اتضح للقاضي أن النزاع متعلّق بشخص له أكثر من جنسية، أو أكثر من موطن، وكان المعتمد في ذلك الإسناد ضابط الجنسية أو الموطن، فالسؤال الذي يطرح هنا، ما هي الجنسية أو الموطن المعتمد قانونا من بين الجنسيات أو المواطن المتعدّدة ليتم عن طريقها إسناد الإختصاص؟

إن تحديد الضابط الشخصي المعتمد قانونا يختلف حسب الجهة المطروح أمامها النزاع، وذلك بين فرضيين، الأول إذا كان النزاع مطروحا أمام جهة قضائية لإحدى الدول التي يحمل ذلك الشخص

[1] تجنبا للمشاكل التي يثيرها ضابط الجنسية في حال تعدده، نصت اتفاقية لاهاي لسنة 1930، في ديباجتها أنه: "من المصلحة العامة للجماعة الدولية، أن تعمل على أن يقر سائر أعضائها وجوب أن تثبت لكل فرد جنسية، وأن لا تكون له إلا جنسية واحدة و أن المثل الأعلى الذي يجب أن تحتذيه البشرية في هذا الشأن، هو القضاء كلية على تعدد الجنسية، وانعدامها."، ومع هذا إن هدف الاتفاقية يبقى مستحيلا. راجع في ذلك، حسام الدين فتحي ناصف، مشكلات الجنسية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر،2007، ص07.

جنسيتها أو ينتمي إلى موطنها، والثاني إذا كان النزاع مطروحا أمام قضاء دولة، لا علاقة لها بالشخص جنسية أو موطنا.

1- إرتباط متعدّد الضابط الشخصي بدولة قاضي النزاع:

إذا كانت الإسناد قاعدة الوطنية تعتمد على ضابط جنسية شخص معيّن لتحديد القانون الواجب التطبيق، غير أنّ الشخص المعني متعدّد الجنسيات، ولكن جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة، فإن الإجماع فقها وقضاء في غالبية الدول، يشير إلى تطبيق قانون جنسية دولة القاضي، بصرف النظر عن سواها، ولو كان الشخص يرتبط بالجنسية الأجنبية التي استبعد تطبيقها أكثر من ارتباطه بجنسية القاضي، ونفس الأحكام تسري على متعدّد المواطن، فإذا كان قاضي النزاع، اعتدّ بضابط الموطن، وكان أحد المواطن المتعدّدة إقليم دولة القاضي المختص، فإنّ قانون هذا الموطن هو الذي يعتدّ به، ويقدّم على غيره[1].

ويجد هذا الحكم أساسه، في كون أن القاضي ملزم بتطبيق تشريع بلده، ولو خالف ما يقضي به النظام الدولي، وذلك لأن الدولة هي من تحدّد قواعد جنسيتها ،وعنصر السكان المكوّن لها، وفق ما يحقّق ظروفها ومصالحها، مما يعني أن السلطات المختصة إدارية كانت أم قضائية، تلتزم بالإنصياع لأوامر مشرّعها، وعليها أن ترجّح الضابط الشخصي الوطني. بل إن بعض الشرّاح يذهب إلى حد القول بأنه لا يوجد في هذه الصورة تنازع بين القانون الشخصي للقاضي والقوانين الشخصية

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 497.

الأخرى، لأن هذه الأخيرة ليست بالنسبة له سوى وقائع، هذا المنطق يؤدي إلى أن تعيين القانون الشخصي، سيختلف تبعا للمحكمة التي يطرح عليها النزاع[1].

وقد سلّم بهذا الحل التشريعات العربية، وأخذ به المشرع الجزائري، حيث نصّت الفقرة 02 من المادة 22 قانون مدني على أنه :" غير أنّ القانون الجزائري هو الذي يطبّق إذا كان للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول"[2]،كما كرّست هذا الحل الكثير من التشريعات الغربية صراحة[3]، بينما تواترت أحكام القضاء[4] والفقه على الأخذ به، واعتمدته أيضا إتفاقية لاهاي لسنة 1930، حيث نصّت المادة الثالثة منها: "كل شخص يتمتّع بجنسيتين أو أكثر، يمكن أن تعتبره كل الدول التي له جنسيتها من رعاياها".

وبهذا يظهر أن قاعدة ترجيح قانون القاضي الناظر في النزاع أصبحت قاعدة عالمية من قواعد القانون الدولي، وهي لا تقتصر على حل مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال

[1] صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1976، ص 362، راجع كذلك، سامي بديع منصور، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 677-878.

[2] وتقابل هذه المادة: الم .25 ف 02 قانون مدني ليبي، الم. 25. ف 02 مدني مصري، الفصل 39 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 24 من تقنين المعاملات المدنية الإماراتية، رقم 05 لعام 1985.

[3] نصت على ذلك الم. 29 قانون مدني إسباني، الم. 20 ف 01 قانون دولي خاص بولوني، الم. 31 قانون مدني برتغالي، المادة 52 من قانون الجنسية المكسيكي، الم. 2 ف01 من القانون الدولي الكوري، الم. 23 ف01 من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 18-12-1987.

[4] حيث قضت محكمة زحلة بلبنان في حكمها الصادر بتاريخ 1979/10/29، بأن المتوفى المطلوب حصر إرثه، سجل في سجلات نفوس المقيمين العائدة لإحصاء 1932 في زحلة، وهو بالتالي يحمل الجنسية اللبنانية، ويحمل أيضا الجنسية البرازيلية، وزوجته أيضا تحمل الجنسيتين، في حين أن أولاده يحملون الجنسية البرازيلية فقط، وأنه يقتضي تطبيق القانون الوطني أي القانون اللبناني على المسألة الإرثية، عملا بمبادئ القانون الدولي الخاص، التي ترعى مسألة الميراث من حيث واجب تفضيل القانون الوطني على القانون الأجنبي، إذا كان قانون المتوفى المطلوب حصر إرثه يحمل جنسيتين إحداهما الجنسية اللبنانية، مقتبس عن إلياس ناصيف، المرجع السابق ص 512.

الشخصية لمتعدّد الجنسية، بل تشمل كذلك مشكلة تحديد مركزه بين الأجانب، أو مدى تمتّعه بالحقوق، ومشكلة تحديد الإختصاص القضائي الدولي الخاص به[1].

وتطبيقا لهذه القاعدة، إذا عرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج بين مصري وزوجة فرنسية جزائرية، فإنه عملا بالمادة 22 ف02 قانون مدني، يرجّح القاضي الجزائري الجنسية الجزائرية بالنسبة للزوجة، فيتبيّن له أن أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، فيشير بالضرورة إلى تطبيق نصّ المادة 13 ق .م، التي تقضي بتطبيق القانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج مع إستثناء مسألة الأهلية.

وإذا فرضنا أنّه ثار نزاع، أمام القاضي الإنجليزي، وتعلّق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وأشارت قاعدة الإسناد في دولته إلى تطبيق قانون الموطن، غير أنّ الشخص المراد الإعتداد بموطنه متعدّد المواطن، لكنّه يتوطّن أيضا في دولة القاضي، الأمر الذي يؤدي بالقاضي إلى تطبيق القانون الإنجليزي وحده باعتباره قانون موطن دولة القاضي.

إنّ هذا الإتجاه التقليدي وبالرغم من كثرة أنصاره، إلا أنه وجّهت له عدّة إنتقادات قد تنال من مكانته، وتدعو إلى ضرورة تجاوزه والبحث على معيار آخر أنسب، فهو يقوم على تحقيق مصالح

[1] ومع هذا يرد على هذه القاعدة استثناءات، تجعل الدولة تعامل متعدد الجنسيات، الذي تعده من مواطنيها، باعتباره أجنبيا، وتطبق على بعض أحواله الشخصية القانون الأجنبي، احتراما لمعاهدة دولية، قد تبرم بينها وبين الدولة الأخرى، التي يتمتع الشخص أيضا بجنسيتها، كما أنه متى حمل متعدد الجنسية، جنسية دولة معادية في زمن الحروب، فقد جرى العمل عند بعض الدول على معاملته بصفته أجنبي، من رعايا الدولة المعادية، إذا ثبت انتماؤه الفعلي لها، وذلك نتيجة خشية الدولة على أمنها مكن رعايا الأعداء، وحتى تستطيع أن تتخذ في مواجهته الإجراءات الاستثنائية، كتصفية نشاطه، ووضع أمواله تحت الحراسة. راجع في ذلك، هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2003، ص397.

دولة القاضي بغضّ النظر عن مصالح الشخص المعني أو مصالح الدولة الأخرى التي يحمل جنسيتها أو ينتمي إلى موطنها[1].

ومن العيوب المأخوذة عليه أيضا، أنّه يؤدّي لاختلاف الحلول من دولة لأخرى، ذلك أن كل دولة سيطرح النزاع أمامها، ستطبّق على متعدّد الضوابط الشخصية قانونها دون الإلتفات للجنسيات أو المواطن الأخرى التي يتمتّع بها. إذن لا يعدو أن يكون هذا سوى حلّ ظاهري يترتّب عليه إعتداد الإتفاقيات الدولية، بالجنسية كضابط للإسناد في بعض المسائل، كما هو الشأن بالنسبة لإتفاقية لاهاي المنعقدة في 15 أكتوبر 1961[2]، التي تسعى إلى توحيد الحلول، وهو ما لا يمكن تحقيقه في ظلّ هذه الوجهة في حال تعدّد الجنسيات لأنّ أحكامها تنطبق على أطفال أبويهما مختلفي الجنسية، وهم عادة ما يتمتّعون بجنسية أبويهما، ولما كانت المنازعات المتعلقة بهم ستطرح أمام المحاكم التي ينتمي إليها كلا الوالدين، وستطبّق كلا المحكمتين قانونهما، فمن شأن هذا أن يؤدّي إلى تعارض الحلول بعكس ما هدفت إليه الإتفاقية.

ونظرا للإنتقادات الموجّهة للرأي الذي يدعو إلى تطبيق قانون القاضي من حيث أنّه يؤدّي إلى قلق مستمرّ في المركز القانوني للشخص لأنّ معاملته في إحدى الدول، ستختلف عن معاملته أمام قضاء دولة أخرى، فإنّ بعض الفقه ينادي بالأخذ بمعيار الضابط الشخصي الفعلي للفصل بين الضوابط الشخصية المتراكمة في جميع الفروض، وأساس هذا الإتجاه هو الإعتداد بالتبعية الواقعية[3].

[1] هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص117.

[2] اتفاقية لاهاي المنعقدة في 15 أكتوبر 1961، المتعلقة بالاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق لحماية القصر.

[3] هشام علي صادق، الجنسية المصرية، مرجع سابق، ص 396.

وتبعا لذلك، إذا كان القاضي يعتدّ بضابط الجنسية فإنه يعتدّ بالجنسية الواقعية أو الفعلية، وهي جنسية دولة الموطن أو الإقامة العادية للشخص متعدّد الجنسية، باعتبارها تجسّد الروابط القائمة و المصالح الإجتماعية والإقتصادية بين الفرد والدولة. أما إذا طرح النزاع أمام قاض يعتدّ بضابط الموطن، غير أنّ الشخص المعني مواطنه متعدّدة، فالعبرة تكون بالموطن الواقعي، وهو ذلك الموطن، الذي يكون فيه للشخص إقامة عادية ولو كان أجنبيا، ودون إشتراط أن يتمتّع هذا الشخص بجنسية دولة الموطن[1].

إنّ هذا الإتجاه الحديث، أيّده الفقه الفرنسي والإيطالي[2]، وأخذت به تشريعات عدّة دول أوروبية[3]، كما طبّق القضاء السويسري في 1934/11/04 الجنسية الفعلية بشأن الوصاية على القاصر، على الرغم من أنّ الجنسية الأجنبية هي جنسية الدولة التي يرتبط بها الشخص فعلا ويتوطّن فيها ويعيش في كنفها[4].

كما أنّ المحكمة الإدارية العليا في سوريا في قضية الطالب "محمد الكتاني"، الذي يحمل جنسيتين، مغربية وسورية، المغربية أصلية، اكتسبها بالتبعية لوالده على أساس حق الدم، والجنسية السورية طارئة، حصل عليها بالتجنّس، قضت بإعطاء الأفضلية للجنسية الأصلية أي المغربية، وبأنّه

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 104.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص486.

[3] الفقه المؤيد لهذا الرأي هو "KAHN"، "ISAY"، "Maury"، وغيرهم، راجع في ذلك، عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 129.

[4] نذكر من ذلك، الم. 09 من الباب التمهيدي للقانون المدني الإسباني، المضاف بالمرسوم الصادر في 31 ماي 1964، حيث نصت على أنه في حالة الشخص متعدد الجنسيات تكون الجنسية المعتبرة من أجل تسوية حالته ووضعه، هي جنسية الدولة التي يوجد بها محل إقامته العادية...

لا يجوز أصلا منح الجنسية لشخص يحمل جنسية معينة، ما لم توافق الدولة التي يتبعها ذلك الشخص على إسقاط جنسيتها عنه[1].

وعلى العموم، إنّ فكرة الضابط الشخصي الفعلي بدوره كان محلّ نقد، فبالرغم من أنّه يحقّق الأمان القانوني للمتعاملين عن طريق تطبيق حلّ واحد على متعدّد الجنسية أو متعدّد المواطن في جميع الفروض، وأيّا كانت الدولة التي يطرح النزاع أمامها، إلا أنها ليست بالفكرة القاطعة محدّدة المضمون، وذلك لإختلاف الدول حول مفهومها وطبيعة العناصر المكوّنة لها، مما قد يولّد اختلاف الحلول النهائية للمنازعات، وما يعكسه من أحكام متناقضة قد تؤدي إلى صعوبة تنفيذ الأحكام الأجنبية.

ومن جانب آخر، هناك إعتبارات سياسية من شأنها أن تحول دون الأخذ بفكرة الجنسية الفعلية، خصوصا في الدول المستقبلة للمهاجرين، أصحاب الثقافات المغايرة لتلك السائدة في الدول المضيفة لهم.ففي فرنسا –مثلا –يسمح للفرنسي الذي يحمل الجنسية الجزائرية أيضا، أن يتمسّك بحقه في إبرام زواج ثان، من غير أن ينحلّ زواجه الأوّل، أو بحقه بإيقاع التطليق بإرادة منفردة، متذرّعا بأنّ الجنسية الجزائرية هي الأكثر فعالية من الجنسية الفرنسية، وبالمثل، لن يقبل في الجزائر حرمان الجزائري المسلم، الذي يحمل في نفس الوقت الجنسية الفرنسية، من حقه في تعدّد زوجاته في الحدود المشروعة، ولو كانت الجنسية الفرنسية هي الأكثر فعالية.

[1] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، 123-124.

كما أنّه من الصعوبة تطبيق هذا المعيار لأنه يصطدم بحقيقة وضعية هي أنّ معظم الدول مازالت تأخذ بترجيح جنسية أو موطن دولة القاضي، فإعراض المشرّعين عن الأخذ بالضابط الشخصي الفعلي لدليل على عدم إمكان تطبيقها في تلك الدول[1].

2-عدم وجود رابطة شخصية بين متعدّد الضابط الشخصي ودولة القاضي:

متى أشارت قاعدة الإسناد في دولة القاضي إلى تطبيق القانون الشخصي، ووجد القاضي أن الشخص المرد الإعتداد بقانونه الشخصي متعدّد الجنسيات أو المواطن، دون أن يحمل جنسية دولة القاضي أو يتوطّن بها، فما هي الجنسية أو الموطن الذي يعتدّ به لتحديد القانون الشخصي الواجب التطبيق؟

إذا لم تجمع متعدّد الضابط الشخصي بدولة القاضي رابطة شخصية، فقد ثار خلاف كبير حول تحديد الضابط الشخصي الواجب الإعتداد به. وفي هذا المجال ظهرت عدة معايير للمفاضلة بين هذه الضوابط الشخصية، وابتداءا نشير إلى أنّ القاضي لن يجد هنا العون في قانونه لأنّه من ناحية غريب عن العلاقة المعروضة، كما أن الأصل في قاعدة الإسناد في بلده، والتي أشارت إلى تطبيق القانون الشخصي محايدة، ولهذا فقد ظهرت عدة إتّجاهات في هذا الشأن تذهب إلى ترجيح ضابط واحد من بين الضوابط الشخصية المتنازعة[2].

الإتجاه الأول يذهب إلى معاملة الشخص متعدّد الضوابط الشخصية أمام قاضي النزاع على أساس أنه يحمل تلك الجنسيات على قدر متساو، ولا يمكن معه ترجيح إحداهما على حساب

[1] هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، المرجع السابق، ص 123-124.
[2] عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية ، المرجع السابق ، ص 351.

أخرى، إستنادا لمبدأ تكافؤ السيادات، ويفرّق أصحاب هذا الإتجاه في المعاملة بين الشخص الذي ينتمي إلى إحدى الدول التي تعيش في حالة حرب مع دولة قاضي النزاع، والشخص الذي ينتمي إلى دولة تعيش حالة سلم مع دولة قاضي النزاع، فيعتمد مبدأ تكافؤ السيادات في الفرض الثاني، أمّا في الفرض الأول، فيعتمد قاضي النزاع جنسية أو موطن الدولة المعادية، وفي ظل مبدأ تكافؤ السيادات يعتمد القاضي على إختيار الشخص للضابط الشخصي الذي يريد الإرتباط به[1].

وقد وجّه النقد لهذا الإتجاه لأنه يمنح إرادة الأفراد دورا كبيرا، هذه الإرادة قد تتمادى وتختار جنسية أو موطن دولة لا ترتبط بها العلاقة إرتباطا فعليا[2]، كما أن هذا الإتجاه يسمح للأفراد بالتحايل على القانون حيث يعمدون إلى اختيار الضابط الشخصي الذي يحقّق مصالحهم[3].

ويذهب اتجاه ثان إلى تفضيل الضابط الشخصي الأقرب بقانونه لأحكام قانون القاضي[4]، وينتقد هذا الإتجاه لأنه يضع قانون قاضي النزاع معيارا يتحدّد به الضابط الشخصي المعتمد قانونا، في حين أن ذلك القانون قد لا يكون له أدنى صلة بالعلاقة موضوع النزاع.

[1] قد عبر القضاء اللبناني عن هذا الاتجاه في بعض المناسبات، نذكر من ذلك، قرار محكمة الاستئناف المدنية في 1947/07/15، أشار إليه عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية ، المرجع نفسه ، ص 351.

[2] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 351.

[3] هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 390.

[4] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص 276، وقد أخذ بهذا الاتجاه قرار المحكمة العليا السويسرية في 1968/07/11، راجع في ذلك، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، هامش رقم 01، ص 353.

أمّا الإتجاه الثالث فيذهب إلى إعتماد الضابط الشخصي الأسبق في التاريخ تأسيسا على فكرة الحق المكتسب[1]، أو الضابط الشخصي اللاّحق في التاريخ تأسيسا على فكرة حق الشخص في تفسير جنسيته أو موطنه[2].

ويؤخذ على هذا الإتجاه، أنّه يهدر حقّ الشخص في تغيير جنسيته أو موطنه، كما أنّه لا يجيب عن حالة الشخص الذي حصل على جنسيتين في وقت واحد، وحالة إذا رفض الشخص الجنسية التي حصل عليها أو لا[3].

وذهب إتجاه آخر إلى إعمال ضابط الموطن بدل ضابط الجنسية في حال تعدّده[4]، إلاّ أنّ الإتجاه يؤخذ عليه لأنه قد يضع قاضي النزاع أمام مشكلة أخرى وهي تعدّد المواطن.

و الإتجاه السائد المعمول به حاليا، يعتمد مبدأ الضابط الشخصي الفعلي، وهو إما تلك الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها بواسطة عدة ظروف ووقائع وعوامل، يكشف من خلالها القاضي عن تلك الجنسية، مثل توطّنه أو إقامته في إحدى الدول التي يحمل جنسيتها، ومدّة

[1] وقد أخذ المشرع التونسي بفكرة الضابط الشخصي الأسبق في التاريخ، ونص عليه في عدة مواد في مجلة القانون الدولي الخاص، نذكر من ذلك الفصل 48 : " يخضع النظام المالي للزوجية للقانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة عند انعقاد الزواج، وعند اختلاف الجنسية يخضع النظام المالي للزوجية لقانون أول مقر مشترك للزوجين." فبنص المشرع التونسي على إعمال قانون أول مقر مشترك للزوجين، فهو يجد بذلك حلا لمشكل تعدد المواطن، فيعتد القاضي تبعا لذلك بضابط الموطن المشترك الأول للزوجين.

[2] أخذ المشرع التونسي أيضا بالضابط الشخصي اللاحق في التاريخ، وذلك إذا تعلق الأمر بإسناد واجبات الزوجين، حيث تخضع لقانون الجنسية المشتركة، وفي حال استحالته تخضع لقانون آخر مقر مشترك لهما، فبإعمال قانون آخر مقر مشترك للزوجين، يكون القاضي قد اعتد بالضابط الشخصي اللاحق في التاريخ.

[3] غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 127. راجع كذلك، ماجد الحلواني، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1973،ص113.

[4] وهو الرأي السائد عند بعض التشريعات الحديثة، كالقانون الدولي الخاص المجري لسنة 1979، وذلك بنصه في المادة 11 ف3: "إن القانون الشخصي لمتعدد الجنسيات، متى لم تكن الجنسية المجرية من بينها، هو قانون الدولة التي يوجد بها موطن الشخص، سواء أكانت هذه الدولة هي دولة أجنبية أم كانت المجر، وإذا كان للشخص في الخارج أكثر من موطن، كان القانون الشخصي، هو قانون الدولة التي يكون للشخص معها الرابطة الأكثر توثقا."، راجع في ذلك، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 704.

إقامته، وممارسة الحقوق المدنية والسياسية فيها، والتحدث بلغتها[1]، أو ذلك الموطن الفعلي الذي يرتبط به الشخص أكثر من غيره، وذلك من خلال التمتّع بجنسيته، وطول مدة الإقامة به، وممارسة عاداته وتقاليده، وكافة الحقوق المرتبطة به، وغيرها من القرائن التي تفيد الإرتباط الفعلي والحقيقي للشخص بموطن معين، ممّا تجعل هذا الأخير في الكفّة الراجحة إذا نازعته مواطن أخرى يقيم فيها هذا الشخص بصفة عرضية[2].

ولقد ترسّخ معيار الضابط الشخصي الفعلي في القانون المقارن، إذ تأخذ به غالبية التشريعات الغربية[3] والعربية، بما فيها المشرع الجزائري الذي ينص في المادة 22 ف 1 من القانون المدني، على فكرة الجنسية الفعلية ووظيفتها كحل لفرضية تعدّد الجنسيات في حال عدم وجود الجنسية الجزائرية من بينها ، وذلك بنصه:" في حالة تعدد الجنسيات يطبّق القاضي الجنسية الحقيقية"[4] .

هذا في حين ذهبت بعض التشريعات العربية الأخرى[5] إلى منح القاضي صلاحية تحديد القانون الواجب تطبيقه في حالة تعدّد الجنسيات الأجنبية، وبالرّغم من أنّها لم تبيّن صراحة الجنسية

[1] ومن خلال هذه القرائن، يتحقق التطابق بين الجنسية القانونية والجنسية الواقعية، وبفعل ذلك تضحى جنسية الدولة التي يعيش فيها الشخص فعلا وقانونا، أفضل من غيرها، وما يلاحظ هنا هو أنه يشترط الأخذ بعين الاعتبار ضابط الموطن إلى جانب ضابط الجنسية، فترجح جنسية الدولة التي يتوطن بها الشخصية، راجع في ذلك أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بيروت ، سنة 1966، ص 58.

[2] حتى نكون بصدد موطن فعلي، لابد أن يتمتع الشخص بجنسية ذلك الموطن.

[3] نذكر من بينها التشريع السويسري لعام 1987، قانون الجنسية البرتغالي، الصادر في 03-10-1981 في المادة 28 منه، القانون الإسباني في المادة 09 من الباب التمهيد للقانون المدني الإسباني لعام 1974،وكذلك القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979، في المادة 11 منه.

[4] ويأخذ بذلك أيضا المشرع التونسي في الفصل 29 من مجلة القانون الدولي الخاص.

[5] من هذه التشريعات: التشريع المصري، حيث نصت المادة 01/25 من القانون المدني على أنه:" يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص...، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد."، وتقابلها المادة 01/25 مدني ليبي، المادة 01/27 مدني سوري، الم. 70 مدني كويتي، الم.26 مدني أردني، راجع في ذلك، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص 73.

التي يتقيّد بها القاضي في هذه الحالة، إلاّ أنّه يجب الإعتداد بالجنسية الدولة لتي اتّخذها الشخص محلاّ لإقامته العادية[1].

وقد تبنّت هذا الإتجاه، إتفاقية لاهاي لسنة 1930 [2]، وتواترت أحكام القضاء الدولي على الأخذ به، كحكم محكمة التحكيم الدولية بلاهاي في 03 ماي 1912 في قضية "كانيفارو"[3] وحكم محكمة العدل الدولية سنة 1955 في قضية "نوتبوهم"[4].

وتطبيقا لمعيار الجنسية الحقيقية أو الفعلية الذي تأخذ به غالبية التشريعات، إذا رفع نزاع أمام القاضي الجزائري، وتعلّق بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لزواج يراد إبرامه بين زوج مصري تونسي وزوجة لبنانية، وكان الزوج يرتبط إرتباطا حقيقيا مع المجتمع المصري، ففي هذه الحالة يعتدّ القاضي بالجنسية المصرية بالنسبة للزوج باعتبارها الجنسية الحقيقة.

وبالرغم ما ينطوي عليه هذا الإتجاه من مزايا للشخص والدولة، وسهولة إعتماده من قبل قاضي النزاع، إلاّ أنّ هناك من يوجّه النّقد إليه من عدّة نواح، أهمّها من ناحية أن الشخص قد يحمل

[1] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص 108.

[2] نصت هذه الإتفاقية في مادتها الخامسة على تفضيل جنسية الدولة التي اتخذها الشخص محلا لإقامته العادية، أو التي يظهر أنه أكثر ارتباطا بها من غيرها. راجع في ذلك، حسن الهداوي، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، الطبعة الأولى، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 1993، ص 64.

[3] "كانيفارو" كان يحمل جنسيتين: الإيطالية بحكم رابطة الدم لأن أبوه إيطالي والبروفية بحكم رابطة الإقليم لأنه ولد فيها، حدث وأن طالبته حكومة البيرو بدفع الضرائب المستحقة عليه، فرفض بحجة أنه إيطالي الجنسية، واستنجد بالحماية الإيطالية، فعرض النزاع على المحكمة المذكورة، فرجحت انتسابه للبيرو، باعتباره قانون الجنسية الفعلية لأنه عاش في كنفها، ومارس على إقليمها حقوق المواطن، حتى أنه رشح نفسه للنيابة فيها، راجع في ذلك، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 190.

[4] "نوتبوهم" ألماني الجنسية، متحصل على جنسية إمارة ليشنتشين، التي أقامت دعوى ضد "جواتيمالا" لأنها رفضت تعويض "نوتبوهم" عن أمواله، التي استولت عليها حينما كان مستوطنا بها، فدفعت "جواتيمالا" بأن "نوتبوهم" لم يكتسب جنسية ليشنتشين اكتسابا صحيحا، إذ لم يندمج في جماعتها الوطنية، ومن ثمة لا يحق لها حمايته، وهو ما أيدته محكمة العدل الدولية، وذلك على أساس أنه لم يرتبط ارتباطا فعليا بجنسيته، راجع في ذلك، هشام علي صادق، الجنسية المصرية، المرجع السابق، هامش 01، ص 220.

عدّة جنسيات قانونية لا يكون من بينها الجنسية الفعلية، وقد يكون له بالمقابل إرتباط فعلي وحقيقي، ويحمل جنسية دولة لا يقيم فيها، فكيف يتم الإعتداد هنا بالموطن الحقيقي؟

ولتجنّب الإنتقادات الموجّهة للإتجاه التقليدي، ظهر إتجاه حديث جاء بفكرة الحل الوظيفي.

ثانيا: الحلول الحديثة:

تقضي هذه الحلول باعتماد القانون الذي يحقق الهدف أو الغاية المقصودة في قاعدة الإسناد، سواء كان هذا القانون هو قانون الضابط الشخصي الفعلي أم لا، وهذا التوجه يصطلح على تسميته بالحل الوظيفي، ومضمونه أن قاضي النزاع لا يعتمد على قواعد تقليدية محددة مسبقا، للفصل في التنازع الإيجابي من أجل إسناد الإختصاص للقانون الشخصي، سواء كان للشخص متعدد الضابط الشخصي رابطة بدولة قاضي النزاع أم لا، وذلك من خلال النظر لمسألة تنازع الضوابط الشخصية على أنها مسألة أوّلية تابعة لمسألة أصلية، وعلى القاضي أن يحدّد الحل في ضوء طبيعة المسألة الأصلية، والهدف والغاية منها[1].

إنّ فكرة الحل الوظيفي تقوم في مجال تعدّد الضوابط الشخصية على الترجيح والمفاضلة بين الضوابط الشخصية المتعدّدة، لكن على أسس مختلفة ومغايرة للأسس التقليدية القائمة على أساس مبدأ عام مسبق للحل. وعليه ما مفهوم فكرة الحل الوظيفي فيما يخصّ تعدد الضوابط الشخصية، وكيف يتم تطبيقها؟، وما مدى رواج هذه الفكرة في القضاء والقانون المقارن؟

[1] سامي بديع منصور، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 681، راجع كذلك، عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية، المرجع السابق، ص 370.

1-مفهوم فكرة الحل الوظيفي وكيفية تطبيقها على حالات تعدد الضابط الشخصي:

بما أنّ فكرة الحل الوظيفي تقوم على إختيار القانون الذي يتلاءم مع الغاية التي ابتغاها المشرع من وضع قاعدة الإسناد لحكم مسألة قانونية معيّنة دون غيرها، فإنّه لا تأثير لكون جنسية أو موطن القاضي إحدى الجنسيات أو المواطن المتنازعة أو لا على اختيار ذلك القانون، إلاّ أنّ هذا ليس معناه إهمال تام لقانون القاضي في هذا المجال، بل يجب الأخذ به متى تبيّن أن هذا القانون هو الأصلح للتطبيق على متعدّد الضوابط الشخصية، دون غيره[1]، وهذا لا يكون إلّا في الفروض التي يتبين فيها من تحليل قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق على النزاع و إستنباط غايتها، أن مبنى تطبيق القانون الشخصي، هو سيادة الدولة على رعاياها وتبعيتهم لها، إذا تعلق الأمر بقانون الجنسية[2]، وهو سيادة الدولة على إقليمها وأموالها، إذا تعلّق بقانون الموطن، فمثلا لا يتصوّر أن يحرم جزائري مسلم يحمل الجنسية الفرنسية، من حقه في طلاق زوجته بالإرادة المنفردة، أو من حقه في تعدّد زوجاته، لأن مبنى سيادة الدولة على رعاياها يقف للحيلولة دون منع هذا الشخص من التمتّع بهذين الحقين في التراب الجزائري، وفي مثال آخر إذا تعلق النزاع بميراث أو وصية لمتعدّد المواطن أحد مواطنه بإقليم القاضي الإنجليزي المنظور أمامه النزاع، وذلك بمكان تواجد أموال التركة، فالمرجّح في هذه الحالة تطبيق القانون الإنجليزي باعتباره أكثر القوانين ملاءمة وارتباطا بالنزاع[3] لأنه قانون موقع المال من جهة ،كما أنه قانون القاضي الناظر في النزاع من جهة أخرى.

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 682.

[2] عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص 682.

[3] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، المرجع السابق، ص 202.

وفي المقابل، متى ظهر بعد تحليل قاعدة الإسناد، واستنتاج الغاية منها، أن القانون الشخصي الأجنبي هو الأفضل والأكثر ملائمة مع طبيعتها، فيجب تطبيق هذا الأخير على النزاع[1]، ومن ذلك ما يقرّره الفصل 52 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، الذي ينص على تطبيق القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين: قانون جنسية الطفل، أو قانون مقرّه، أو قانون جنسية المراد الإنتساب إليه، أو قانون مقرّه، فقاعدة التنازع هذه لها غاية مادية هي حماية الطفل، والإنحياز للقانون الشخصي الذي يقرّ بصحة الإعتراف بالبنوّة ،أو كان هذا القانون هو قانون دولة أجنبية للوالد أو الولد، حتى ولو كان كل منهما يحمل في نفس الوقت الجنسية التونسية.

أما إذا لم تكن للشخص متعدّد الضابط الشخصي، رابطة شخصية بدولة القاضي، فإنّ إعمال فكرة الحل الوظيفي لا تعني بالضرورة تطبيق القانون الشخصي الفعلي، فهو قد يؤدي إلى تطبيق هذا القانون أو هجره، وهذا كله حسب طبيعة الهدف والغاية من قاعدة الإسناد. فمثلا فيما يتعلّق بالنفقة بين الأقارب، فهي تخضع لقانون المدين بها حسب المادة 14 قانون مدني جزائري، وإذا حلّلنا قاعدة الإسناد عرفنا أن الغاية منها هي حماية القريب المحتاج ، فإذا كان المدين بالنفقة يحمل جنسيتين أجنبيتين، قانون إحداهما يوجب النفقة والآخر ينفيها، ففكرة الحل الوظيفي توجب على القاضي أن يطبّق قانون الدولة التي تسمح بالنفقة، تحقيقا لمصلحة المحتاج، وبغض النظر عمّا إذا كانت الجنسية الفعلية أم لا[2].

[1] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 224.

[2] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، المرجع السابق، ص 154.

وكمثال آخر يخضع شكل التصرّف القانوني لقانون بلد الإبرام، كما يجوز أن يخضع للقانون الوطني المشترك أو لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وهذا بصورة إختيارية للتيسير على الطرفين، فإذا إفترضنا أن المتعاقدين يختلفان جنسية، ويتّحدان موطنا، غير أنه تتعدّدت المواطن المشتركة بينهما، لكن أحد المواطن يبطل هذا التصرّف والثاني يجيزه، فهنا يجب الأخذ بأحكام هذا الموطن الأخير، مادام أنها هي التي تحقق الغاية من قاعدة الإسناد، ولو لم تكن أحكام الموطن الفعلي[1].

وإذا طرحت مسألة مدى صحة رابطة التبنيّ في دولة يجيز قانونها إنشاء هذه الرابطة كتونس، التي تعتبر الدولة العربية الوحيدة، التي تسمح بذلك، وكان كل من المتبنيّ والمتبنّ يحملان جنسيتين أجنبيتين مختلفتين، فيجب هنا وفقا لمقتضيات الحل الوظيفي تطبيق قانون الجنسية الذي من شأنه تحقيق مصلحة الطفل المتبنّ، دون النظر إلى كون هذه الجنسية الفعلية أم لا[2].

وهناك حالات تستوجب عدم تطبيق القانون الشخصي وتطبيق قانون آخر بدلا منه، باعتباره أكثر ملاءمة فالأهلية مثلا تخضع للقانون الشخصي، إلاّ أنّ هذا القانون غير ملائم لطبيعة الأوراق التجارية القائمة على السرعة في التداول، وذلك لصعوبة الوقوف على جنسية أو موطن الملتزمين بها، خاصة إذا ازداد عدد الموقّعين عليها، وإذا كانت الغاية من قاعدة الإسناد في هذا المجال إعادة الثقة للورقة التجارية، وجعل تواتر التوقيعات عليها مصدر ثقة واطمئنان لأصحابها، فإنه يسري على الأهلية، إما القانون الشخصي أو قانون محل إبرام التصرف، ولذا متى كان القانون الشخصي لا

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 684.

[2] موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص108.

يقرّ به قانون محل نشأة الإلتزام، ويعتبر الشخص كامل الأهلية، فيجب تطبيق هذا الأخير دون القانون الشخصي لأنه الأكثر تحقيقا لغاية قاعدة الإسناد[1].

2-موقف التشريع والقضاء من فكرة الحل الوظيفي:

إنّ الحل الوظيفي بدأ يتجسّد صراحة في التشريعات الحديثة لبعض الدول، وهو ما أخذ به المشرّع السويسري في المادة 23 من القانون الدولي الخاص الجديد الصادر في 18 ديسمبر 1987، حيث نصّت هذه المادة في فقرتها الثانية:" إذا تعلّق الأمر بمسألة كان القانون الواجب التطبيق فيها هو قانون الجنسية، فيجب الإعتداد بالجنسية الواقعية أو الفعلية، سواء وقع التزاحم بين جنسيات أجنبية أم بين الجنسية السويسرية وجنسيات أجنبية أخرى".

هذا وقد أكّدت فكرة الحل الوظيفي العديد من التطبيقات القضائية في القانون الفرنسي، كقضية المرأة الأرجوانية[2] التي حصلت على الطلاق من زوجها الفرنسي من محاكم بلدها، وتطبيقا لأحكام قانون جنسيتها الأرجوانية، وبالمخالفة لأحكام القانون الفرنسي، بالرغم من أنها اكتسبت الجنسية الفرنسية بالزواج، ولأنها تزوّجت مرة أخرى إثر طلاقها، فقد مثلت أمام القضاء الفرنسي بتهمة اقترافها جريمة التعدد "Bigamie" على أساس أنّ عقد زواجها من الزوج الفرنسي كان ما يزال قائما من وجهة القضاء، إلاّ أنّ محكمة استئناف باريس خلصت إلى أنّه لا محلّ لمتابعتها قضائيا، وبوجوب تبرئتها على أساس حسن نيّتها، الذي ينتفي معه الركن المعنوي لديها، ما دام أنها

[1] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكل تنازع الجنسيات، المرجع السابق، ص 155-156.

[2] هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، المرجع السابق، ص 132.

بقيت محتفظة بجنسيتها الأرجوانية والتي بناء عليها اعتقدت السيدة بصحّة الطلاق الذي حصلت عليه وصحّة زواجها الثاني[1].

كما تبنّت ألمانيا بدورها فكرة الحل الوظيفي في بعض الفروض إستثناء من القاعدة العامة التي تقضي بوجوب إعلاء الجنسية الألمانية، كلّما كانت من بين الجنسيات المتنازعة، ومن ذلك ما قضت به محكمة استئناف "Hamm" في نزاع تتمثّل وقائعه في أنّ مواطنا أمريكيا، تزوّج من ألمانية، وعاشت الأسرة في الولايات المتحدة الأمريكية إلى أن حدث إنفصال بين الزوجين، فقرّر القضاء الأمريكي بأحقّية الأب في حضانة إبنه، ولكن نظرا لتعدّد حالات خطف الإبن من طرف الأم، التي عادت للعيش في ألمانيا، طالب الأب الأمريكي الإعتراف بالحكم السابق وتنفيذه في ألمانيا، وهو ما أجابته إليه المحكمة الألمانية على أساس صدور الحكم من محكمة مختصّة، على الرغم من أن الإبن ألماني الجنسية، غير أنه يحوز الجنسية الأمريكية أيضا، وهي الجنسية الفعلية، فالطّفل قد ولد في أمريكا، ويعيش في ربوعها، فروابطه بالجنسية الأمريكية أقوى من الجنسية الألمانية[2].

وعلى العموم إنّ فكرة الحل الوظيفي بالرّغم من أنها تعبّر عمّا وصل إليه الفقه الحديث من نتائج متقدّمة في إطار حلول تعدّد الضابط الشخصي، إلاّ أنّها لم تلق الرواج الكافي عند التشريعات

[1] هشام خالد المركز القانوني لمتعدد الجنسية، المرجع نفسه، ص 132، ويشير أيضا الدكتور هشام خالد إلى حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1987/07/22 في قضية "Dujaque"، التي تتلخص وقائعها في إسناد حضانة الطفل المزدوج الجنسية إحداها بولندية والثانية فرنسية للأم البولونية من طرف محاكم بولندا، ولكن الزوج الفرنسي طعن بالنقض أمام محكمة استئناف باريس التي أيدت الحكم البولوني، باعتباره قانون إحدى الجنسيتين، وأكدت ذلك محكمة النقض الفرنسية، التي صرحت أن عدم الاعتراف بالحكم البولوني في فرنسا يهدر أحكام الاتفاقية الفرنسة البولونية، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق، وقاعد الإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المسائل الخاصة بحقوق الأشخاص والأسرة ، والتي أبرمت في 05 نيسان 1967، راجع في ذلك، هشام خالد، المرجع نفسه، ص 133-134.

[2] موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 110.

لأنها تترك الإطار مفتوحا لسيطرة القضاء، ما دام أن فكرة المصلحة أو الغاية من قاعدة الإسناد تعتبر مسألة مرنة ومتغيّرة، وليس من صلاحيات المشرعّ ضبطها بنصوص واضحة.

وأخيرا إذا كان الضابط الشخصي يثير مشاكل في حال تعدّده، إلاّ أنّ ذلك لا يعني إنعدام هذه المشاكل في حال إنعدامه.

البند الثاني: إنعدام الضابط الشخصي

تتحقّق مشكلة إنعدام الضابط الشخصي في حالة إنعدام الجنسية، أو إنعدام الموطن، وذلك حسب موقف التشريعات من إسناد الأحوال الشخصية لأحد الضّابطين.

أوّلا: إنعدام الجنسية

يمكن تعريف إنعدام الجنسية، بأنّه وضع قانوني لشخص لا يتمتّع بجنسية أيّة دولة على الإطلاق[1]، حيث يكون الشخص في هذه الحالة أجنبيا من وجهة نظر قوانين الجنسية في جميع الدول[2]، وهذا الإنعدام يكون إمّا معاصرا للحظة الميلاد وإمّا لاحقا له.

ومن بين أهم أسباب إنعدام جنسية الفرد، إختلاف الدول حول الأسس التي تعتمد عليها لتمنح جنسيتها أو تسحبها، بالإضافة إلى الحالات التي يفقد فيها الفرد جنسيته الأولى لأي سبب من أسباب زوال الجنسية، دون أن يتمكّن من إكتساب جنسية دولة أخرى[3].

[1] مختاري هوارية حنان، نظرية الجنسية وأحكامها في ظل تعديل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، وهران، سنة 2008/2007، ص 84.

[2] بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة 2005، ص220.

[3] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الجنسية ومركز الأجانب، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 1999، ص 283-284، راجع كذلك، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 122.

والمشكلة الأساسية لظاهرة إنعدام الجنسية، تظهر عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، وذلك في الدول التي تأخذ بالجنسية كضابط إسناد، فيستحيل عندئذ إعمال هذا الضابط، وبذلك يثور التساؤل حول القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة.

لقد تعدّدت المعايير المقترحة لحلّ هذه الإشكالية، فبينما ذهب جانب من الفقه إلى إعمال قانون آخر جنسية كان يحملها الشخص قبل إنعدام جنسيته[1]، إتجه رأي ثان إلى البحث عن جنسية بديلة، ألا وهي جنسية الدولة التي ولد فيها عديم الجنسية إذا عرف مكان ميلاده، وإلاّ يعتدّ بمحلّ إقامته[2].

ويتّجه الرأي الغالب فقها وقضاءا في كثير من الدول إلى إعتماد معيار الموطن أو محل الإقامة كمعيار بديل، إحتياطي، يمكن إعتماده إذا تعذّر معيار الإسناد الأصلي، باعتبار أن دولة المعيار الإحتياطي هي دولة إرتباط الشخص الفعلي عديم الجنسية، وهو إرتباط يشبّهه البعض بمعيار الجنسية الفعلية، التي يتمّ الكشف عنها عبر جملة عناصر شخصية وموضوعية، تعبّر عن إرتباط الشخص فعليا بدولة ما[3].

[1] ويؤخذ على هذا الإتجاه أنه يعتمد جنسية لم يعد لها وجود لانقطاع الإتصال بين الشخص والدولة بعد فقدانه جنسيته، بل يمكن أن تزول الدولة من الناحية القانونية بعد خروجه من جنسيتها، كما حدث بالنسبة للإتحاد السوفياتي، راجع في ذلك، فؤاد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1996، ص 242.

[2] انتقد هذا الإتجاه لأن واقعة الولادة قد تكون بصفة عرضية في دولة معينة، وبالتالي لا تعكس ارتباط الشخص بها، راجع في ذلك، عكاشة محمد عبد العال، الإتجاهات الحديثة في مشكل تنازع الجنسيات، المرجع السابق، ص 192.

[3] عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية، المرجع السابق، ص 267.

أيّدت هذا الحل الإتفاقيات الدولية كإتفاقيتي جنيف لسنة 1931 و1951 بخصوص الحالة الدولية للاّجئين السياسيين[1]، وإتفاقية نيويورك المبرمة في 1954/09/28، المتعلقة بالحالة الدولية لعديمي الجنسية[2].

كما أخذت بهذا الحلّ بعض التشريعات الغربية[3]، في حين تركت غالبية التشريعات العربية للقاضي أمر تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة إنعدام الجنسية[4]. أمّا المشرع الجزائري خلافا لباقي التشريعات العربية، نصّ صراحة في المادة 22 من القانون المدني في فقرتها الثالثة على تطبيق قانون الموطن أو محل الإقامة[5].

إنّ تطبيق قانون موطن عديم الجنسية أو محلّ إقامته، قد يثير هو الآخر عدة إشكاليات في حالة ما إذا كان لم يكن لعديم الجنسية موطن معروف، أو محلّ إقامة محدّد، وكذا في حالة ما إذا كان لعديم الجنسية أكثر من موطن.

[1] نصت المادة 12 من الإتفاقية الأخيرة على أنه: "الحالة الشخصية لكل لاجئ سياسي يحكمها قانون بلد موطنه، فإذا تخلف الموطن فيكون قانون بلد إقامته." ، راجع ، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 136، انضمت الجزائر للاتفاقية بموجب المرسوم المؤرخ في 1963/02/07.

[2] صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بمرسوم 64-173 المؤرخ في 1964/06/08، الجريدة الرسمية، العدد 15، لسنة 1964، حيث نصّت المادة 01/12 من هذه الاتفاقية على أنه:"الحالة الشخصية للشخص عديم الجنسية يحكمها قانون بلد موطنه، وإذا تخلّف الموطن، فيكون قانون بلد إقامته".

[3] نصت على ذلك، المادة 04 من القانون الدولي الخاص التركي، المادة 24 من القانون الدولي الخاص السويسري، المادة 29 من القانون المدني الإيطالي، راجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 137.

[4] تنص على ذلك المادة 01/25 مدني مصري، المادة 26 مدني أردني، المادة 35 مدني يمني، والمادة 70 من القانون الكويتي. ويرى بعض الفقهاء أن ترك أمر تعيين القانون الواجب التطبيق للقاضي، يعني وجوب تقيده في ذلك، بفكرة الموطن أو محل الإقامة، غير أن الفقه الراجح يوسّع من باب الإجتهاد ليشمل فكرة الحل الوظيفي إلى جانب فكرة الموطن أو محل الإقامة، راجع في ذلك، حسن الهداوي، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، الطبعة الأولى، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1993، ص67. راجع كذلك،عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، المرجع السابق، ص 196..

[5] تنص المادة 03/22 قانون مدني جزائري:"وفي حالة إنعدام الجنسية، يطبّق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

وبالنسبة للفرض الأخير فقد سبق التعرّض لحلول تعدّد المواطن، أما فيما يخص الفرض الأول، فقد إقترح البعض[1]، تطبيق قانون القاضي، باعتباره صاحب الإختصاص الإحتياطي العام في حلّ التنازع الدولي بين القوانين[2].

ثانيا: إنعدام الموطن:

من المتصوّر أن يغيّر الشخص موطنه، ويكتسب موطنا جديدا، ولكن ليس باللّازم أن يقترن فقدان الموطن القديم باكتساب موطن جديد، فالمفهوم الواقعي للموطن الذي يرتكز على الإقامة العادية، يقود إلى إمكان فقدان الشخص لموطنه، دون أن يتحصّل على موطن آخر ،بحيث يصير بلا موطن ،وذلك عندما تتّصف إقامته في هذا المكان أو ذاك بالتأقيت وعدم الثبات[3]، وتعترف بعض الأنظمة القانونية، ومنها القانون المصري، بإمكان إنعدام الموطن، فتقرّر بأنه يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن، كما يجوز ألّا يكون له موطنا ما[4].

على أنّ فكرة إنعدام الموطن إذا كانت مقبولة في مجال القانون الداخلي، إلاّ أنه لا تكون كذلك في مجال القانون الدولي الخاص، لما تثيره من مشاكل.

والمشكلة الأساسية لعديم الموطن، تظهر عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية، وذلك في الدول التي تأخذ بضابط الموطن كضابط إسناد، فيستحيل عندئذ

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 138.

[2] وقد تبنّى هذا الحل صراحة القانون الدولي الخاص التركي لسنة 1982 من خلال مادته الأولى في فقرتها الثالثة، راجع أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 138.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 479.

[4] راجع المادة 02/40 من القانون المدني المصري لسنة 1949.

إعمال هذا الضابط، ولحلّ هذا المشكل يمكن اللّجوء إلى مكان وجود الشخص أو مكان سكنه، وإن استعصى ذلك، يمكن الإستعانة بضابط الجنسية كبديل للموطن[1].

وبالإضافة إلى الإشكاليات المترتّبة عن حالتي تعدّد وانعدام الضابط الشخصي، إلا أن قابلية هذا الضابط للتغيير، تطرح هي الأخرى إشكالية التنازع المتحرّك أو المتغيّر.

الفرع الثاني: التنازع المتحرك:

إنّ الضابط الشخصي الذي تعوّل عليه غالبية التشريعات لإسناد الأحوال الشخصية وتحديد القانون الواجب التطبيق، يثير مشكلة التنازع المتحرّك، ويمكن تعريفها على أنها " ذلك التنازع الذي ينشأ عن خضوع العلاقة لقانونين متتابعين بفعل انتشار عنصر التغيير في الزمان والمكان"[2]، كما يمكن تعريفها على" أنها ذلك التنازع الذي ينشأ بين قانونين متعاقبين، صادرين من مشرّعين مختلفين لحكم موضوع واحد"[3].

ومن خلال هذه التعريفات، يتّضح أنه لقيام التنازع المتحرك لابد من توافر شرطين يتمثلان في وجود فاصل زمني بين نشأة الحالة القانونية المتضمّنة عنصرا أجنبيا والمنازعة فيها أمام القضاء من جهة[4]، ومن جهة أخرى قدرة الإرادة على تغيير ضابط الإسناد تغييرا طبيعيا تسمح بتعاقب القانونين، مما يعني أنه يشترط أن يكون ضابط الإسناد من الضوابط القابلة للتغيير، والتي تشمل

[1] أشار إلى ذلك ، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 498.

[2] يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2009-2010، ص 81.

[3] Nouhad Rizkallah, Droit International Privé, M.A.J.D., entreprise universitaire d'étude et de la publication (S.A.R.L), 1ère éd, Beyrouth, Liban, 1985, P.75.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 639 وما بعدها.

ضابط الجنسية والموطن[1]. ومتى تحقّقت مشكلة التنازع المتحرّك، ترتّب عن ذلك تعاقب قانونين، القانون الشخصي القديم والقانون الشخصي الجديد، ممّا يؤدي إلى تضارب الحقوق المكرّسة في قانون كلا الدولتين.

من هذا المنطلق التساؤل الذي يثور في هذا المجال، يتمحور حول الحلول التي قيلت بشأن مشكلة التنازع المتحرك، وموقف المشرع الجزائري منها.

البند الأول: الحلول الفقهية المخصّصة لمشكلة التنازع المتحرك

لعب الفقه دورا كبيرا في معالجة مشكلة التنازع المتحرّك، وذلك للوصول إلى أفضل قانون يجب تطبيقه، وإنّ الحلول التي قيلت في هذا الشأن تمحورت في مذهبين رئيسيين، الأوّل ينادي باحترام الحقوق والمراكز القانونية القديمة، أو التي تم تكوينها، والثاني يعتمد على الأثر الفوري للقانون الجديد وعدم رجعيته ،كما أن بعض الفقه دعا لتطبيق حلّ يشبه فكرة الحل الوظيفي على التنازع المتحرك.

أوّلا: النظرية التي تنادي باحترام الحقوق والمراكز القانونية القديمة أو التي تم تكوينها:

إنّ هذه النظرية تقوم في أساسها حول تطبيق القانون الشخصي القديم، الذي تكوّنت في ظله المراكز القانونية، والإستبعاد المطلق للقانون الشخصي الجديد، ليس فقط بالنسبة للآثار التي نشأت في ظل القانون السابق، وإنما أيضا بالنسبة للآثار التي تنشأ مستقبلا في ظله، وإنّ المدافعين على هذا

[1] هناك ضوابط أخرى تثير مشكل التنازع المتحرك كضابط موقع المنقول، ويخرج من نطاقه الضوابط الثابتة كضابط محل إبرام العقد، ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع، أو المستمرة كموقع العقار، راجع في ذلك، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 342، 343.

الإتجاه[1] يبرّرون الأخذ به بالنظر لأسس مختلفة، فهناك من يرى أن أساس ذلك هو الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة، بينما يبرّره آخرون بالإعتماد على إستقرار النظم القانونية[2].

وطبقا للإتجاه الأوّل، متى إكتسب الشخص حقّا إكتسابا قانونيا صحيحا طبقا لقانون بلده، وجب أن يحترم في كل البلاد، ولو انتقل إلى بلد لا يعترف قانونه بهذا الحق، على أساس أنه يجب التفرقة بين نشوء الحق ونفاذه، لأنه كثيرا ما يكون إنشاء الحق في بلد مستحيلا، ولكن نفاذه فيه جائزا[3].

إنّ موضع الخلل في هذه النظرية، هو أنه يشترط في الحق المكتسب أن ينشأ صحيحا وفقا لأحكام القانون المختصّ الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في دولة القاضي[4]، أي أن يتكوّن الحق وفقا لقواعد الإسناد في البلاد الذي نشأ فيه، وفي البلد الذي يراد التمسك فيه بنفاذه[5].

ونظرا أنّ هذا الشرط يهدم فكرة الحقوق المكتسبة، ويتناقض مع معناها، لأن أساسها أن يكون الحق القائم في قانون معين، محترما ومطبقا في القانون الثاني، بالرغم من أن هذا الأخير لا يعترف به أساسا، لهذا فإن الفقيه الفرنسي "نبواييه"، قد عدّل قليلا من هذه النظرية، فسمّاها بالنفاذ الدولي للحقوق، ورأى بأنه يجب إحترام الحق المكتسب وفقا لقواعد التنازع في البلد الذي نشأ فيه فقط، متى ثبت بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي أنه غير مختص، أمّا إذا ثبت له الإختصاص

[1] هذا الإتجاه يعتمده الفقيه الفرنسي "بييه"، ويؤيده في هذا "دايس" في انجلترا ،و"بيل" في أمريكا.

[2] يأخذ بهذا الاتجاه الفقيه الفرنسي "بارتان".

[3] علي علي سليمان المرجع السابق، ص 126.

[4] محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 46.

[5] ومثال ذلك، أن يطلّق إسباني متوطن في انجلترا زوجته ،وفقا للقانون الانجليزي أي قانون الموطن، ويطالب بنفاذ حقه في الطلاق أمام القاضي الفرنسي، فلن يقضي له هذا الأخير بهذا، وذلك لأن قاعدة التنازع الفرنسية تخضعه لقانون الجنسية أي القانون الإسباني الذي يحرم الطلاق (قبل 1982)، راجع في ذلك، زروتي الطيب، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص129.

وجب أن ينشأ الحق صحيحا، وفقا لقواعد التنازع فيه، ولا يكفي أن ينشأ صحيحا وفقا لقواعد الإسناد في البلد الذي تنشأ فيه[1].

وفي المقابل، إنّ الإتجاه الثاني يبرّر رأيه في تطبيق القانون القديم، بناء على إستقرار النظم القانونية، وعليه يجب عدم التقيّد بمعايير عامة توضع مسبقا في حل التنازع المتحرك، بل يتمّ البحث في كل حالة على حدة عن أنسب القوانين لحكمها، وهذا لا يكون إلّا بتحديد القانون المختص في الزمان والمكان، ولا يتمّ ذلك إلاّ بتحليل الهدف الذي ترمي إليه القاعدة القانونية، وتأمين أكبر قدر ممكن من الإستقرار للمعاملات[2].

إنّ هذا الإتجاه توجّه إليه نفس الإنتقادات الموجّهة لأنصار نظرية الحقوق المكتسبة، فهما يحوّلان التنازع المتحرك إلى تنازع ثابت، وذلك بإهمالهما للإسناد الجديد، فتبقى المسألة القانونية خاضعة للقانون الأصلي أو القديم، بالرغم من التطورات التي تعرّضت لها في الزمان[3].

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 129، ففي المثال السابق الذي أوردناه في الهامش السابق، إذا كان القانون الفرنسي غير مختص أصلا بحكم النزاع، فيجب أن يعترف القاضي الفرنسي بطلاق الإسباني الذي تم صحيحا، وفقا لقواعد الإسناد في البلد الذي نشأ فيه الحق، وهو هنا القانون الانجليزي الذي يخضع الطلاق لقانون الموطن، أما إذا كان القانون الفرنسي مختص أصلا بحكم النزاع، كأن يتعلق الأمر بزواج فرنسيين متوطنين بانجلترا، تم وفقا لقانون موطنهما الانجليزي، فإنه لن ينفذ في مواجهة القاضي الفرنسي، لأن قاعدة التنازع هناك تسند الشروط الموضوعية للزواج لقانون الجنسية، وكذلك لن ينفذ أمامه صحة زواج فرنسي تزوج في الجزائر بزوجة ثانية، لأن القانون الفرنسي مختص أصلا، وهو يمنع التعدد في الزوجات ، راجع في ذلك، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 131.

[2] سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 294. وحسب هذا الإتجاه إن الرابطة الزوجية من حيث انعقادها وآثارها وانحلالها، تخضع للقانون الشخصي للزوج وقت انعقاد الزواج، ولا تتأثر بأي تغيير يطرأ على الضابط الشخصي، وبالنسبة للنسب غير الشرعي يخضع للقانون الشخصي للطفل وقت رفع الدعوى، أما النسب الشرعي فيسري عليه القانون الشخصي للطفل وقت الميلاد. راجع في ذلك، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 453،454.

[3] Dominique Holleaux, jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la pradelle, Droit International Privé, Masson éditors, Paris, 1987, P.230.

ثانيا: النظرية التي تأخذ بالأثر الفوري للقانون الجديد وعدم رجعيته:

يشير غالبية الفقه، ومنهم الأستاذ "باتيفول" إلى أنّ التنازع المكاني أو المتحرك يمكن أن تطبّق عليه أحكام تنازع القوانين من حيث الزمان، وذلك لأنه لا يختلف عن التنازع الزمني إلاّ ببعض الفروق التي لا أهمية لها بالنسبة صاحب الحق[1].

وعليه يخضع وجود الحق للقانون السابق، أي قانون الدولة التي نشأ في سلطانها ،كما تخضع له أيضا الآثار التي نشأت في ظله، أما مضمون الحق وآثاره المستقبلية فيسري عليها القانون اللاّحق، أي قانون الدولة الثانية التي وضع المركز القانوني تحت سلطانها[2].

ويبرّر أيضا هذا الرأي مذهبهم بأنه يفضي إلى الوحدة التشريعية في الدولة التي ينتسب إليها الشخص بجنسيته الجديدة، أو موطنه الجديد،أو فيما يخص تنظيم المراكز القانونية مستقبلا.

وبالرّغم من هذا، وجّهت لهذا الرأي الكثير من الإنتقادات، وهي أن قياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني، قياس مع الفارق[3]، فبما أنّ التنازع الزمني صادر من نفس الجهة التشريعية، فإنّ القانونين على قدم المساواة، فتنحصر المسألة في تعيين نطاق تطبيقهما بناء على معيار عام مجرّد. وعلى العكس من ذلك، إنّ صدور القانونين في التنازع المتحرك من جهتين تشريعيتين مختلفتين، يجعلهما في حالة عدم المساواة، ويدعو للمفاضلة بينهما، مما يعني أنه لا فائدة من التقيّد مقدّما بمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد، كما أن وحدة التشريع التي يستند عليه أنصار هذه النظرية، تجد مجالها

[1] كل ما هنالك من فرق، هو أنه في التنازع المتحرّك، يخضع حق الشخص للقانون الجديد بإرادته، التي كانت سببا في تغيير ضابط الإسناد، بينما يخضع حقه للقانون الجديد دون إرادته في التنازع الزمني. راجع، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 124.

[2] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 133، وفي حالة تغيير القانون الشخصي، يجب أن يخضع للأثر الفوري للقانون الشخصي الجديد: آثار الزواج، انحلاله، آثار النسب، والأهلية ،وذلك دون المساس بالوسائل التي اكتسب بها الحق.

[3] محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 452.

في نطاق الحياة الوطنية الداخلية فقط، أمّا التنازع المتحرّك، فهو حالة من حالات تنازع القوانين، والذي يقوم على مبدأ قبول تطبيق التشريعات الأجنبية في حدود معينة.

ثانيا: إمكانية تطبيق فكرة الحل الوظيفي على التنازع المتحرك

إنّ الأستاذ "سامي بديع منصور"[1] يأتي بأساس مختلف تماما عن النظريتين السابقتين في كيفية حل التنازع المتحرك، إذ يرى أن ذلك يكون بملاءمة القاعدة مع الواقع، هذه الفكرة التي تشبه إلى حد كبير فكرة الحل الوظيفي، بل هي إمتداد لها، وهي ترتكز على وجوب تليين قواعد القانون، في وضع حول وضعية مناسبة، ويعدّ تكييف المسألة من التطبيقات الأساسية لفكرة الملاءمة، فلو إفترضنا أنّ زوجان كانا إنجليزيين وقت انعقاد الزواج، ثم غيّرا جنسيتهما بعد ذلك للفرنسية، وأقاما فترة معينة في مصر، حيث توفي الزوج تاركا أموالا منقولا في فرنسا، فطرحت بشأنه مشكلتان: إحداهما تتمثّل في تصفية النظام المالي للزوجين، والأخرى هي تصفية التركة، فإنّ إعمال المبادئ العامة يؤدي بالقاضي المصري الذي يرفض الإحالة إلى تطبيق القانون الإنجليزي بصفته قانون الزوج وقت انعقاد الزواج على النظام المالي للزوجين، وعلى الإرث القانون الفرنسي بصفته قانون جنسية المورّث وقت الوفاة.

ولكن، إنّ تطبيق القواعد القانونية بهذا الشكل الجامد، يؤدّي واقعا إلى حرمان هذه الأرملة في الحالتين، وذلك لأن القانون الإنجليزي قاس مع الزوجة فيما يخص النظام المالي للزوجين، وسخيّ معها فيما يخصّ الإرث، في حين القانون الفرنسي قاس معها فيما يخص الإرث، وسخيّ في النظام المالي للزوجين، ولهذا فنظرية الملاءمة تبحث عن إقامة توازن في العلاقة بإزالة النتيجة المجحفة الأولى، وذلك

[1] سامي بديع منصور، المرجع السابق ، ص 311.

يكون بتطبيق قانون واحد متشدّد من جهة، وسخي من جهة أخرى، والوصول إلى هذا القانون يكون إما بتحويل فئة إلى فئة أخرى، أو بتذويب الفئتين في فئة ثالثة. فتحويل فئة إلى فئة يقضي أن يكون الحل هو تطبيق القانون الفرنسي بدل الإنجليزي أو العكس، أّما تذويب الفئتين في الفئة الثالثة فيكون في فروض أخرى، حيث يتمّ التخلّي كلية عن القانونين المتشدّدين، ويعوّضان بقانون أكثر ملاءمة للعلاقة[1].

البند الثاني: موقف المشرع الجزائري من مشكلة التنازع المتحرك:

إنّ التنازع المتحرك، من أصعب المسائل التي يتناولها القانون الدولي الخاص، وإنّ النظريات التي جاءت بحلّه بالرغم من كثرتها إلّا أنّها لم تسلم جميعها من النّقد، لهذا فإنّ غالبية التشريعات لم تحسم أمرها في الأخذ بنظرية فقهية محدّدة، وإنّما تأخذ بمعايير مختلفة، فهي من جهة لا تعتمد على مبدأ عام ومسبق الحل، وإنما تتناول معالجة أوضاع وحالات محدّدة بالذّات، ومن جهة أخرى تحلّ المسألة على فكرة المفاضلة والملاءمة بين القوانين المتنازعة[2].

وقد لجأ المشرع الجزائري لإجراء المفاضلة بين القوانين المتنازعة لحلّ التنازع الثابت، وذلك بتفضيل قانون الجنسية على الموطن في مجال إسناد الأحوال الشخصية، كما حلّ التنازع المتحرّك بتحديد العامل الزمني أو الوقت الذي يجب الإعتداد فيه بظرف الإسناد المكاني، وذلك من خلال تفضيل قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بالنسبة للآثار الشخصية والمالية، وقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بالنسبة لإنحلاله (المادة 12 قانون مدني)، وإخضاع كل من شروط إنعقاد الزواج،

[1] سامي بديع منصور، المرجع نفسه، ص 310-311.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 116، 123.

آثاره، إنحلاله للقانون الجزائري وحده (المادة 13 قانون مدني)، وتفضيل قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل بخصوص النّسب والإعتراف به وإنكاره، أو قانون جنسية الأب وقت الوفاة إذا توفي قبل ذلك (المادة 13 مكرّر)، وإخضاع صحة الكفالة والتبنّي إلى قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول أو المتبنّي والمتبنّى وقت إجرائها (المادة 13 مكرّر مدني) ، وإخضاع الميراث، والوصية، وسائر التصرفات النافذة بعد الموت، لقانون المورّث، أو الموصي، أو من صدر منه التصرف وقت الوفاة (الم 1/16 قانون مدني)، أمّا الهبة فيتحدّد قانون الجنسية بشأنها بوقت إجرائها (المادة 2/16 قانون مدني).

وبهذا يمكن القول أنّ المشرع الجزائري أقدم على حلّ أغلب الفروض التي يثور فيها التنازع المتحرك في مجال الأحوال الشخصية بتحديد الوقت الذي يعتدّ فيه بقانون جنسية الشخص.

كما أن المعاهدات الدولية بدورها قد تطرح مثل هذه الحلول، كإتفاقية لاهاي المبرمة في 05 أكتوبر 1961، الخاصة بتنازع القوانين في شكل الوصية، والتي تعتبرها صحيحة من حيث الشكل، إذا أبرمت وفق قانون محل إبرامها، أو وفق قانون جنسية الموصي، سواء وقت إبرام الوصية أو وقت الوفاة، أو وفق قانون الدولة التي بها موطن أو محل الإقامة العادية للموصي، سواء وقت إبرام الوصية أو وقت الوفاة[1]، والإتفاقية الفرنسية اليوغوسلافية في 18 ماي 1971، نصّت أنه في حالة تغيير أحد الزوجين لجنسيته، فإنّ الجنسية المشتركة للزوجين وقت إقامة الدعوى، هي التي تؤخذ بعين الإعتبار في حالات إنحلال الزواج[2].

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، 642،643.

[2] سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 290.

ولكن إذا لم يجد القاضي حلاّ للتنازع المتحرك، لا تشريعا، ولا إتفاقيا، من خلال المعاهدات التي يبرمها بلده مع غيره من الدول، فحينئذ تصبح المفاضلة والملاءمة بين القوانين، مسألة تقع في نطاق تفسير قاعدة الإسناد، وعليه حسمها بمقتضى سلطته التقديرية في وحي السياسة التشريعية التي يتبنّاها مشرّعه، وتختلف الظروف التي يأخذ بها القاضي باختلاف الحالات المعروضة عليه، وله في هذا الإستعانة بالنظريات الفقهية السابقة[1].

المطلب الثاني: عدم إستجابة القانون الشخصي للإختصاص المسند إليه:

متى قبل القانون الشخصي الإختصاص، يتم تطبيقه وينتهي النزاع في الغالب، ولكن قد لا يتحقّق ذلك في حالة عدم إستجابة ذلك القانون للإختصاص المسند إليه، إمّا بشكل مطلق عن طريق تنازل القانون الشخصي عن الإختصاص المسند إليه لقانون آخر، أو بشكل نسبي، وهو ما يتحقّق بتركيز الإختصاص أو حصره في إحدى الشرائع التي تتضمّنها عدم الإستجابة. في الحالة الأولى تسمى بظاهرة الإحالة، أما في الحالة الثانية فتسمى بظاهرة التفويض، وسنتعرّض لكل منهما في فرع مستقل.

الفرع الأول: الإحالة

تتحقّق آلية الإحالة عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الأجنبي، في حين تشير قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص إمّا إلى تطبيق قانون دولة القاضي، وهنا نكون

[1] موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 124.

بصدد الإحالة من الدرجة الأولى[1]، وإمّا إلى تطبيق قانون دولة أخرى غير دولة القاضي، وهنا نكون أمام إحالة من الدرجة الثانية[2]، ومهما كانت صور الإحالة فإنّها لا تخلو من وجود تباين في طبيعة ضوابط الإسناد، والتي يكون من أبرزها التنازع بين ضابطي الجنسية والموطن[3].

ويعتبر موضوع الإحالة، من بين المواضيع الهامّة في مجال القانون الدولي الخاص، والتي عرفت توجّهات وحلول مختلفة من الناحية الفقهية (البند الأول،) والتشريعة والقضائية (البند الثاني).

البند الأول: موقف الفقه من الإحالة:

إختلفت الإتجاهات الفقهية في مواقفها إتجاه الإحالة، فمنها من أيّدها، ومنها من عارضها، ومنها من حاول ربطها بفكرة الحل الوظيفي.

أوّلا:الحجج الفقهية المؤيّدة للإحالة

إنّ الإتجاه المؤيّد للأخذ بالإحالة في العلاقات الخاصة الدولية، قد طرح عدة أسانيد تعزّز موقفهم، كاحترام إرادة المشرع الأجنبي، إيجاد ضابط إسناد احتياطي، وأخيرا توحيد الحلول وتسهيل تنفيذ الأحكام.

[1]ومثال ذلك، أن يثور نزاع حول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج بين انجليزي وفرنسي متوطنين في الجزائر، أمام القاضي الجزائري، فتشير قاعدة الإسناد في القانون الجزائري إلى تطبيق القانون الوطني للزوجين، ومع الأخذ بالتطبيق الموزع يخضع الزوج الانجليزي للقانون الانجليزي، في حين أن قاعدة الإسناد في القانون الانجليزي تشير إلى تطبيق قانون الموطن، فتحيل الاختصاص إلى القانون الجزائري وهو قانون دولة القاضي.

[2]ومثال ذك: أن يثور نزاع حول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج بين انجليزي وفرنسية، غير أنهما مستوطنان في فرنسا ، وعرض النزاع على القاضي الجزائري، فتشير قاعدة الإسناد في القانون الجزائري إلى تطبيق القانون الانجليزي بالنسبة للزوج، غير أن قاعدة الإسناد في القانون الانجليزي تشير إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الموطن.

[3]Marcel Weigerber, des condition de fond du mariage en droit international privé, thése pour le doctorat, faculté de droit, université Paris, 1908, p.63.

1-الإحالة تضمن إحترام إرادة المشرع الجزائري:

إنّ رفض الإحالة من القانون الأجنبي معناها تطبيق القواعد الموضوعية المنصوص عليها في القانون الأجنبي مباشرة، وعدم إحترام ما تشير إليه قاعدة الإسناد الأجنبية، الأمر الذي يؤدي في الواقع إلى الإخلال بالسيادة التشريعية للدولة الأجنبية، كون أنه من خصائص قاعدة الإسناد أنها مزدوجة تحتمل تطبيق قانون القاضي والقانون الأجنبي، ومفهوم القانون الأجنبي لا ينبغي أن يقتصر على القواعد الموضوعية بل تراعى فيه أيضا قواعد التنازع[1].

2-الإحالة هي الضّامن لتدخّل أو وجود ضابط إسناد احتياطي:

والمقصود بذلك أنّه لو عرضت على القاضي الوطني قضية تتعلّق بزواج أجنبي، وأشارت قاعدة الإسناد في قانونه إلى تطبيق قانون جنسية الشخص، بينما رفض القانون الأجنبي هذا الإختصاص، وأحال إلى تطبيق قانون موطن الزوج، فإنّ قبول الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي، تعتبر أكبر ضمان للفصل في النزاع من خلال تدخّل ضابط إسناد إحتياطي وهو موطن الزوج، مادام أنّ ضابط الإسناد الأصلي غير ممكن التطبيق، نتيجة لرفض قانون الجنسية، الإختصاص الممنوح من قبل قانون القاضي[2].

[1] إن الأحكام الصادرة في مجال الزواج والطلاق، بخصوص الزواج المختلط مثلا، لا يمكن تنفيذها والإحتجاج بها في بلد أجنبي، إلا بعد الحصول على الأمر بالتنفيذ من قبل الدولة الأجنبية ،ولن يصبح ذلك ممكنا إلا إذا احترم القاضي الوطني قاعدة الإسناد الأجنبية في هذا المجال، راجع ميكالي الهواري، أبعاد وانعكاسات ضوابط الإسناد في الزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق ، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، سنة 2010-2011، ص183.

[2] صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2006، ص 202-203.

3-الإحالة تؤدي إلى توحيد الحلول وتسهيل تنفيذ الأحكام:

ومفاد هذا الرأي، أن القاضي الوطني إذا طبّق ما تشير إليه قاعدة الإسناد الأجنبية في قضية تتعلّق بدعوى طلاق رفعها أجنبي، وقبل الإحالة من قانون الجنسية إلى قانون الموطن مثلا، فإن الحكم الذي سيصدره يمكن الإحتجاج به، ويسهل تنفيذه في الدولة الأجنبية بسبب وحدة الحل الذي تم التوصّل إليه[1].

وبمعنى آخر، إن ميكانيزم الإحالة يؤدي في الأخير إلى التّنسيق فيما بين مختلف الأنظمة القانونية المتنازعة بخصوص العلاقة القانونية موضوع النزاع، ولا يتعارض مع توقّعات الأفراد، بل يضمن الإستقرار لمراكزهم القانونية.

وفي مقابل الإتجاه المؤيد للإحالة، وجد اتجاه آخر يعارضها.

ثانيا: حجج الآراء الفقهية المعارضة للإحالة:

إنّ المعارضين للإحالة، إستندوا بدورهم في موقفهم الرافض لتطبيق قواعد التنازع في القانون الأجنبي إلى عدّة حجج، تتمحور حول إنتهاك السيادة الوطنية، عدم الإستقرار في المراكز القانونية، وأخيرا عدم توحيد الحلول بين الهيئات القضائية.

1-الإحالة هي انتهاك للسيادة الوطنية.

وحجّتهم في ذلك أن تطبيق قاعدة التنازع الأجنبية المستندة لضابط الجنسية، قد تشير إلى تطبيق قانون الموطن، الذي قد يكون في دولة القاضي أو في دولة ثالثة، ومن ثمّ فإنّ تطبيق ما تشير

[1] حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2004، ص 154.

إليه قاعدة الإسناد الأجنبية من قبل القاضي الوطني، يشكّل في النهاية خضوع هذا الأخير لأمر صادر من مشرّع أجنبي[1].

2-الإحالة تخلّ باستقرار المراكز القانونية:

إنّ تعدّد وتداخل ضوابط الإسناد من شأنه أن يؤدّي إلى تزاحم عدة قوانين لحل المسألة القانونية موضوع النزاع، الأمر الذي يؤدّي في الأخير إلى حلقة مفرغة، ومن ثمّ عدم إمكانية تنبؤ الأطراف مسبقا بالقانون الذي سيحكم أحوالهم الشخصية مثلا.

3-مدى مساهمة الإحالة في تسهيل تنفيذ الأحكام الأجنبية:

إذا كانت الإحالة تؤدي إلى الإنسجام بين الأحكام القضائية بين فرنسا وإيطاليا أو إنجلترا والأردن، فهذا غير صحيح إذا كان النزاع بخصوص زواج أو طلاق يتعلّق بقانون دولتين تقبلان الإحالة من الدرجة الأولى كفرنسا وألمانيا[2].

والقول بأن الإحالة وسيلة فعّالة تؤدّي إلى إحترام قانون الدولة الأجنبية، وبالتالي تسهيل تنفيذ هذا الحكم على إقليمها هو رأي غير صحيح دائما، لأنّ الحكم قد ينفّذ في دولة ثالثة[3].

وبين إتجاه مؤيّد للإحالة كلّية، وآخر رافض لها نهائيا، يرى بعض الفقه، أن الحقيقة موزّعة بينهما، ولا يمكن إكتشافها إلّا بتحليل قاعدة الإسناد، ومعرفة الغاية منها، أي وفق ما يسمّى بالحل الوظيفي.

[1] صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص196.

[2] ميكالي الهواري، المرجع السابق، ص 85.

[3] صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية...، المرجع نفسه، ص 98-200.

ثالثا: الإحالة وفكرة الحل الوظيفي

يؤكّد بعض الفقه أن غاية قاعدة الإسناد أو وظيفتها هي تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، وذلك دون الإخلال بمصالح الدولة الخاصة، ولكي يتحقّق هذا، فإنّ المشرّع يسعى من خلال وضعه قاعدة الإسناد أن يكون القانون الواجب التطبيق من أكثر القوانين قبولا من الدول المتّصلة بالعلاقة، ومن أكثرها توقّعا بالنسبة للأفراد[1] .

ولهذا، إنّ قبول الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية لا يتأخّر بكونها من الدّرجة الأولى أو الثانية، وإنما هو مرهون بكون الحل النهائي للنزاع من شأنه تحقيق غاية قاعدة الإسناد في قانون القاضي، في إطار من التنسيق بينها وبين قاعدة التنازع الأجنبية.

فبالنّسبة للإحالة من الدرجة الأولى، فعدم الإخلال بتوقّعات الأفراد، يتحقّق لما يكون الأفراد مرتبطين بدولة القاضي، كأن يكون فيها محلّ إقامتهم، أو موطنهم، أو مراكز أموالهم، أو يرتبط بها موضوع النزاع[2]، ممّا سيؤدّي لسهولة إحاطتهم بهذه القواعد، ولإرتياحهم بتطبيق هذا القانون[3].

وعلى النّقيض من ذلك، إذا تبيّن للقاضي أنّ الأخذ بالإحالة لقانونه، سيخلّ بتوقّعات الأفراد، ويتناقض مع غاية قاعدة الإسناد، تعيّن رفضها وتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، ولعلّ أهم مجال قد يتحقّق فيه هذا الإخلال هو مجال الأحوال الشخصية نتيجة لإرتباطها بالعقائد الدينية.

---

[1] فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 172.

[2] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 252.

[3] من ذلك مثلا: لو مات فرنسي متوطن في ألمانيا عن أموال عقارية ومنقولة فيها، وعرض النزاع على القاضي الألماني، فسيسعى لتطبيق قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة، أي القانون الفرنسي، لكن هذا الأخير يعقد الإختصاص للقانون الألماني، باعتباره قانون الموطن الأخير للمتوفى، هنا على القاضي الألماني تطبيق قواعد قانونه، أخذا بالإحالة من الدرجة الأولى، فهذا الحل ليس به إخلال بتوقعات الأفراد الذي يعلمون مسبقا، أن مورثهم متوطن في ألمانيا.

أمّا بالنسبة للإحالة من الدّرجة الثانية، فإنّ من بين ما يقيم التّناسق والوحدة في الحلول بين الدول المتّصلة بالعلاقة، أن يكون القانون المطبّق واحدا، ولا يختلف سواء رفع النزاع أمام قضاء الدولة الأولى أم الثانية أم الثالثة، وهذا ما يتحقّق عندما تحيل قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي إلى قانون دولة ثالثة، وتقبل هذه الأخيرة باختصاص قواعدها الداخلية[1].

لهذا، فحسب الحل الوظيفي لا يأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، إلا إذا كانت الأحكام الموضوعية الداخلية للدولة الثالثة التي يعوّل على تطبيق قانونها، لا تخالف توقّعات الأفراد المشروعة، وكمثال على ذلك: إذا ثار نزاع بشأن أهلية الملتزم الصرفي، فمتى كانت الإحالة من قانون الجنسية، الذي يعتبر الشخص ناقص الأهلية إلى قانون محل إبرام الصك، الذي هو غالبا قانون موطن الملتزم الصّرفي، والذي يعتبره كامل الأهلية، فيجب الأخذ بها في مثل هذه الفروض لأن من شأنها الإقرار بصحة الإلتزام الصرفي، ممّا جعل هذا الحل متوقّع بين المتعاملين في الورقة ويحقّق لهم الأمان القانوني[2].

ويتبيّن من خلال ما سبق التعرّض له تباين في وجهات النظر بين الفقهاء حول ميكانيزم الإحالة، الأمر الذي ساهم في إختلاف مواقف كل من التشريع والقضاء.

[1] إذا أثير مثلا نزاع أمام القضاء المصري، خاص بطلاق بين زوجين انجليزيين مختلفي الملة، ومتوطنين في مصر، فإنه يتعين رفض الإحالة وتطبيق القانون الانجليزي، الذي عينته قاعدة التنازع المصرية لأن في الأخذ بها تطبيق لأحكام الشريعة الإسلامية، وفي هذا مساس باعتبارات العدالة، وانتهاك لتوقعات الأفراد، وعصفا لغاية قاعدة التنازع. راجع، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 353.

[2] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 268.

البند الثاني: موقف التشريع والقضاء من الإحالة:

سنتطرّق في هذا المضمار إلى دراسة ميكانيزم الإحالة من خلال القوانين الوطنية، وموقف الإتفاقيات الدولية (أوّلا)، ثم نبحث بعد ذلك في موقف القضاء في بعض الدول العربية والغربية بخصوص هذا الموضوع (ثانيا).

أوّلا: موقف التشريعات الوضعية من الإحالة

تختلف مواقف التشريعات الوطنية والدولية إتجاه ميكانيزم الإحالة، لذلك سنبيّن موقف القوانين الداخلية، ثم موقف الإتفاقيات الدولية.

1-موقف القوانين الداخلية من الإحالة:

إنّ موقف التشريعات الداخلية من الإحالة متباين، فهناك من رفضها[1]، كغالبية التشريعات العربية[2]، وهناك من إستحسن الأخذ بها، والمستحسنون بدورهم، مختلفون بين أخذ بها متى كانت من الدّرجة الأولى فقط[3]، وبين مقبل عليها في جميع الحالات، سواء كانت من الدّرجة الأولى أو الثانية[4]، وبعض التشريعات لا تأخذ بالإحالة إلاّ إستثناء إذا تقرّر ذلك في قانون خاص[5]، في حين أن موقف

[1] من بين الدول الأوروبية التي تتبنى ضابط الموطن، وترفض الإحالة، نذكر النرويج، والدنمارك، وإيطاليا، وسويسرا، هولندا، اليونان، البرازيل، الدول الإسكندرية، راجع عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 205.

[2] وهذا ما ما فعله المشرع المصري (المادة 27 قانون مدني)، السوري، (المادة 22 مدني)، الليبي (المادة 27 مدني)، الأردني (المادة 22 مدني)، الكويتي(المادة 72 قانون مدني لسنة 1941)، السوداني (المادة 16/ قانون مدني لسنة 1984).

[3] من ذلك القانون الإسباني لسنة 1974 (المادة 2/11)، والمجري لعام 1979 (المادة 04)، والياباني لسنة 1989(المادة 32)، وقانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة (المادة 3/26)، راجع زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 124.

[4] نص عليها صراحة القانون الألماني لسنة 1986 (المادة 14)، والنمساوي لسنة 1978 (المادة 54)، والبولندي المادة 04 من قانون 12 نوفمبر لسنة 1965، والبرتغالي (المواد من 17 الى19 من القانون المدني لسنة 1966)، والتركي (المادة 3/2 من قانون 20 ماي 1982)،والتشيكوسلوفاكي (المادة 32 من قانون 04 ديسمبر 1963)، والقانون اليوغسلافي(المادة 06 من قانون 15 يوليو 1982)، راجع عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 205، وزروتي الطيب، المرجع السابق، ص 132.

[5] كالقانون التونسي الذي ينص في الفصل 32 من مجلة القانون الدولي التونسي لسنة 1998 على أنه:"لا يقبل الرد سواء أدى إلى العمل بالقانون التونسي أو إلى العمل بقانون دولة أخرى إلا إذا نص القانون على قبوله".

بعض التشريعات غير واضح منها، إذ لم ينص عليها لا بالرفض ولا بالقبول[1]، وهذا هو مسلك المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني في جوان 2005، والذي كان يفسّر بأنه رفض للإحالة بنوعيها، وهو ما دعا بعض الفقه الجزائري، إلى المناداة بالأخذ بها متى كانت من الدرجة الأولى فقط، خاصة في مجال الأحوال الشخصية[2].

وفعلا قد إستجاب المشرّع الجزائري، لوجهة الفقه بموجب التعديل السابق، فنصّ على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى بنصّه في المادة 23 مكرّر:" إذا تقرّر أنّ قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبّق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان، غير أنّه يطبّق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختّص."

وتطبيقا لذلك، إذا طرح نزاع بشأن ميراث منقول فرنسي، متوطّن بالجزائر، ومتوفّي فيها أيضا، ففي حين تقضي قاعدة الإسناد الجزائرية باختصاص القانون الفرنسي بصفته قانون جنسية الهالك، فإنّ قاعدة الإسناد الفرنسية تردّ الإختصاص للقانون الجزائري بصفته قانون موطنه، أمّا إذا كان المتوفّى متوطّنا بدولة أخرى غير الجزائر، كإنجلترا مثلا، فهنا القاضي الجزائري لا يطبّق أحكام القانون الإنجليزي لأنه يرفض الإحالة من الدرجة الثانية، ويقتصر تطبيقه على الأحكام الموضوعية الداخلية للقانون الفرنسي.

هذا ونجد أنّ بعض التشريعات كرّست فكرة الحل الوظيفي في أخذها أو رفضها للإحالة، حيث تنصّ المادة 35 من القانون الدولي الخاص التشيكي الصادر سنة 1963 على أنّه:" إذا

[1] كالقانون المغربي واليمني.

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

عيّنت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي قانون دولة ما، وأحالت نصوص هذا القانون الأخير إلى القانون التشيكي أو إلى قانون دولة أخرى في حال الإحالة من الدرجة الثانية، فإنّ تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان ذلك القبول يؤدي إلى حل معقول وعادل للعلاقة المعنية"[1]. كما كرّس فكرة الحل الوظيفي أيضا كل من المشرّع الإيطالي[2]، والألماني[3].

من خلال تبيان موقف التشريعات الداخلية من ميكانيزم الإحالة، يظهر مدى تأثّرها بالآراء الفقهية السابق التعرّض لها. وإذا كان الأمر كذلك، فما مدى تأثير ذلك على الإتفاقيات الدولية؟

ثانيا: موقف الإتفاقيات الدولية من الإحالة:

لقد تبنّت الإتفاقيات الدولية موقفين مختلفين، أحدهما يكرّس ميكانزم الإحالة، والآخر يستعبده.فهناك العديد من الإتفاقيات الدولية التي قبلت بآلية الإحالة في مجال الأحوال الشخصية، نذكر من ذلك إتفاقية لاهاي لتنازع القوانين في مسائل الزواج، الصادرة في 12 جوان 1902، التي تقتضي بتطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين بخصوص إبرام الزواج، مع إمكان تطبيق قانون آخر، إذا أشارت صراحة أحكام قانون جنسية أحد الزوجين إلى قبول الإحالة من ضابط الجنسية باعتباره

[1] حفيظة السيد الحداد، المبادئ العامة في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 173-174.

[2] نصت المادة 13 منة القانون الايطالي رقم 218، الصادر في 31 ماي 1995، على أنه تكون الإحالة مقبولة من حيث المبدأ، إذا كان القانون الأجنبي المحال عليه بمقتضى قاعدة الإسناد الإيطالية يقبل الإحالة، أو إذا كانت من الدرجة الأولى، ومع ذلك تكون الإحالة مرفوضة متى تعلقت بقانون الإرادة، أو بشكل التصرفات، أو بمادة الالتزامات غير التعاقدية، أما بالنسبة لمسائل البنوة عموما،

و مسألة الأولاد الطبيعيين الذين يتم تصحيح نسبهم، والاعتراف بهم، فإن الإحالة لا تكون مقبولة إلا إذا كان الأخذ بها يؤدي إلى إثبات هذه البنوة. راجع، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 299-300.

[3] نصت المادة 04 من القانون الدولي الخاص الجديد الألماني الصادر في 25 يوليو 1986، على أنه:"إذ تم تعيين قانون دولة أجنبية فإنه يجب أن تطبق أيضا قواعد الإسناد المعينة الموجودة في قانون هذه الدولة بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية، ويجب أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني، إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني." راجع، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 173-174.

قانون أحد الزوجين إلى قانون قد يكون قانون الموطن أو قانون ثالث[1]، وهدف الإتفاقية من تكريس الإحالة من الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية هو خلق إطار يمنح عدة فرص لصحة الزواج[2].

كذلك إتفاقية لاهاي لحلّ التنازع بين قانون الجنسية وقانون الموطن المبرمة بتاريخ 15 جوان 1955[3]، التي لم تعتبر ضابط الجنسية ضابط أساسيا، كما أنها عرّفت الموطن في المادة 05 منها، بأنه محل الإقامة المعتادة للشخص[4].وقد أعيب على هذه الإتفاقية، أنها عالجت فقط التنازع السلبي دون التنازع الإيجابي بين القوانين، كما أنها أقرّت في مادّتها الأولى الإحالة بين ضابطي الجنسية والموطن فقط[5]، وأنها لم تعط حلاّ إذا أحال أحد الضابطين مثلا لقانون موقع العقار[6].

وإن أكبر عجز يسجّل على هذه الإتفاقية هو عدم قدرتها على تحقيق الإنسجام بين ضابطي الجنسية والموطن بين مختلف الأنظمة التشريعية، وإن عدم دخولها حيّز النفاذ هو أكبر دليل على صعوبة تحقيق الإنسجام التام[7].

---

[1] C.F P. Lerebous Pigeonnière, observation sur la question du renvoi, C.L. ,1924 , P.897, E.M.Méjers, La question du renvoi, Bulletin de l'institut juridique International, 1938, 38, P.206.

[2] P.M North, Development of rules in private international law in the field of family law, R.C.A.D.I.P., vol. 1, t. 166, 1980, P.98.

[3] Hague convention of 15 june for the regulation of the conflicts between domical and nationality.

[4] L'article 05 indique que:" domicile for the purpose of the present conventions, is the place were a person habitually resides…"

[5] Article 01 de la convention préciteé énonce que :" when the person is domiciled prescribes the application of the law of his nationality, but the state of which sunch person is a citizen prescribes the application of the law of his domicile each contracting states shall apply the provisions of the international law of his domicile."

[6] L.Palsson, Mariage and divorce in comparative conflict of laws, sijthoff, Leiden, 1974, P.107, J.Derruppé, le renvoi dans les conventions internationales, Juris. Class., 1984, Fase. 532-c., P.06

[7] L.Palsson, OP. cit., P.107.

أمّا بالنسبة للإتفاقيات الرافضة للإحالة، نذكر من ذلك الإتفاقية الفرنسية اليوغوسلافية، المتعلّقة بالقانون المطبّق في مجال الأحوال الشخصية، والتي تشير إلى تطبيق القانون الداخلي لهاتين الدولتين مستبعدة ميكانزم الإحالة[1]، نفس الإتجاه تمّ تكريسه في الإتفاقية الفرنسية المغربية، المتعلقة بالحالة الفردية والعائلية للأفراد[2].

أما الإتفاقيات المتعدّدة الأطراف الرافضة للإحالة الناجمة عن التنازع بين ضابط الجنسية والضوابط الأخرى فهي عديدة، نذكر منها إتفاقية روما الخاصة بشرعية النسب بالزواج، المؤرخة في 10 سبتمبر ،197 التي تقرّ النسب الشرعي للطفل إذا كانت القواعد الموضوعية لقانون جنسية الأب أو الأم تعترف بهذا النسب[3].

كما استعبدت الأخذ بالإحالة أيضا إتفاقية لاهاي المؤرّخة في 14 مارس 1978، المتعلّقة بالقانون المطبّق على النظام المالي للزوجين، والتي أشارت في مادّتها الثالثة إلى تطبيق القواعد الداخلية للقانون الذي إختاره الزوجان قبل إبرام عقد الزواج، وفي حالة عدم إختيارهما لهذا القانون فإنه سيتمّ تطبيق القانون الداخلي لمحل إقامتها الأوّل بعد الزواج، وهذا يعني أنّ ضابط الجنسية لا يطبّق في هذه الحالة، ويعوّض بضابط الإرادة وضابط الموطن[4].

وبعد التعرّض لموقف التشريعات من الإحالة، نتعرّض لموقف القضاء المقارن منها.

[1] Signée à Paris le 18 Mai 1971 et publiée par décret , n° 73-492 du 15 Mai 1973 J.O 24 May 1973, P.5640.

[2] Signée à Rabat le 10-08-1981 et publiée en France par décret , n° 83-435 du 27-05-1983.J.O. du 01-07-1983.

[3] L. Mékali, Some reflection en the theory of renvoi, as found in writings, case law, legislation and International conventions, thesis submitted for the degree of master of laws (L.L.M), Glasgow, 1991, p.194.

[4] L. Mékali, op.cit. p.197, M.C.Meyzaud, Garaud, Droit International Privé, collection lexi fac droit, 2éme cycle, éd. Bréal, 2002, p.114.

ثالثا: موقف القضاء المقارن من الإحالة:

لقد طبّق القضاء الفرنسي الإحالة من الدرجة الأولى والثانية في عدّة قضايا، وتعتبر قضية وفاة الولد الطبيعي فورجو (Forgo)[1] بفرنسا، ذي الجنسية البافارية، التي أدّت إلى ظهور تباين جدري في الفقه والتشريع والقضاء بخصوص نظرية الإحالة، حيثيات هذه القضية يمكن تلخيصها في جملة من النقاط تتعلّق بأطراف العلاقة والقانون المطبّق.

بخصوص أطراف العلاقة: الهالك فورغو، حواشي أمه الطبيعيين من الإخوة والأخوات والأعمام والعمات، وأخيرا مصلحة الأملاك الفرنسية، طالبت هذه الأخيرة بأحقيتها في الثورة المنقولة التي تركها "فورجو"، باعتبارها أموالا لا مالك لها، لأنّ هذا الأخير لم يترك ورثة مباشرين، وهذا طبقا للقانون الفرنسي[2]، بينما يتمسّك حواشي "فورجو" من أمه بحقهم في التركه بناء على ما تنصّ عليه القواعد الموضوعية في القانون البافاري.

أمام هذا التنازع بين قانونين لحكم مسألة تركة "فورجو"، فأيّ قانون سيطبّقه القاضي الفرنسي لتحديد مآل تركة المتوفى، القانون البافاري أم القانون الفرنسي؟

بالرجوع إلى قاعدة الإسناد الفرنسية التي كانت تقضي بإخضاع الميراث في المنقول إلى موطن المتوفى، وحسب القاضي الفرنسي فإنّ " فورجو " الذي أقام في فرنسا منذ أن كان عمره خمس سنوات، لم يتحصّل على إذن بالتوطّن في فرنسا، ومن ثم فإن موطنه القانوني هو "بافاريا"، وعليه فإن

[1] Cass.civ, 1er, 24 Juin1878 et Cass. Req, 22 Février 1882, Forgo c./Administration.S.1882.1.393.note Labbé.CF.B.Ancel et Lequette, Les grand arrêts de jurisprudence française de droit international privé, 5 éme éd., D., Paris, 2006, p. 60-69.

[2] L'article 713 modifié par la loi n° 2004-89 du 13 Aout 2004 énonce que « Les biens qui n'ont pas de maitre appartiennement à la commune sur le territoire laquelle ils sont situés. toute fois, la propriété est transférée de plein droit à l'état si la commune renonce à exercer ses droits. »

القاضي الفرنسي عند تطبيقه لقاعدة الإسناد الفرنسية التي أشارت إلى إختصاص ضابط الموطن، فإنّه طبّق في الواقع قواعد التنازع في القانون "البافاري"[1]، هذه الأخيرة تنصّ على أنّ القانون المطبّق بخصوص وضعية " فورجو"هو قانون الموطن الفعلي، أي القانون الفرنسي، مما دفع بالقاضي الفرنسي إلى قبول الإحالة وتطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الفرنسي[2]، والتي بمقتضاها تؤول الأموال المنقولة " لفورجو" إلى مصالح الأملاك الفرنسية، ويحرم بالتالي ورثة " فورجو" من أمه من الميراث.

هذا، وقد أخذ القضاء الفرنسي بالإحالة من الدرجة الثانية في قضية موايتي "Moati"، أطرافها زوجين يهوديين، ذوي جنسية سورية، أبرما عقد زواجهما بإيطاليا في الشكل الديني المعترف به في سوريا، ثم تجنّسا لاحقا بالجنسية الفرنسية، وأثير نزاع بعد ذلك حول صحّة زواجهما أمام القاضي الفرنسي[3].

ومن خلال عملية التكييف لتحديد طبيعة الزواج، هل يدخل ضمن الشكل أو الموضوع، فإنّ القاضي الفرنسي أخضع صحة هذا الزواج لقانون مكان الإبرام، أي القانون الإيطالي، بناء على أحكام قاعدة الإسناد الفرنسية. بينما قواعد التنازع الإيطالية، تخضع الزواج للقانون السوري الذي يعترف بهذا النوع من الزواج، ممّا دفع بالقاضي الفرنسي إلى تطبيق أحكام القانون السوري، والأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية[4].

[1] وهذا الإختلاف بين الأخذ بالإحالة أو رفضها، ففي الحالة الأخيرة يجب على القاضي الوطني الرجوع مباشرة إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي دون قواعد التنازع، الأمر الذي لم يقم به القانون الفرنسي، مما حرم حواشي" فورجو" من أمه من الإستفادة من تركته.

[2] صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية...،المرجع السابق، ص 189-190.

[3] Cass. civ.1ere, 15 juin 1982, R.C.D.I.P., 1983, P300, note Bischoff.

[4] صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية...، المرجع نفسه، ص205.

إلاّ أنّ القضاء الفرنسي يستعبد الأخذ بالإحالة في مجال النظام المالي للزوجين لكونها تتعارض مع إرادتهما[1].

غير أن القضاء في بريطانيا نوّع في الأخذ بصور الإحالة[2]، وإستحدث صورة ثالثة، عرفت بالإحالة المزدوجة، والتي يأخذ فيها بعين الإعتبار عمل المحكمة الأجنبية بخصوص النزاع المعروض عليه، والهدف من هذه الإجراءات الفريدة من نوعها هو الوصول إلى توحيد الحلول القضائية والتنسيق بين أحكام القاضي البريطاني والأجنبي[3].

وفي الأخير، نشير إلى أن إختلاف مواقف التشريعات من طبيعة الضابط الشخصي، أثار مشكل الإحالة الدولية، هذه الأخيرة حاول الفقه والتشريع والقضاء إيجاد حلول لها، لكن قد يشير القانون الشخصي الواجب التطبيق، إلى قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع أو الطوائف.

الفرع الثاني: التفويض

يمكن أن تثار ظاهرة التفويض بمناسبة إسناد الإختصاص التشريعي لقانون شخصي تتوزّع ولايته بين عدّة وحدات إقليمية وبشرية، وذلك في ضوء إحتمالين، الأوّل عندما يتم الإسناد بين دول تأخذ بالإحالة، والثاني عندما يتم الإسناد بين دول لا تأخذ بالإحالة، وفي كلا الإحتمالين يكون القانون الشخصي الذي ينتهي إليه الإختصاص التشريعي قانون تتوزّع ولايته بين عدة قوانين، تتعدّد

[1] راجع قضية "قوثرتز" و "ماري" أشار إليهما، ميكالي هواري، أبعاد وانعكاسات ضوابط الإسناد في الزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص200.

[2] أخذ القضاء البريطاني بالإحالة من الدرجة الثانية في قضية "Regina"، في هذه القضية أشار القاضي الانجليزي إلى تطبيق القانون السويسري، هذا الأخير الذي أشار بدوره إلى تطبيق القانون الإيطالي، راجع ميكالي هواري، المرجع السابق، ص 201.

[3] وكمثال عن الإحالة المزدوجة، إذا توفي انجليزي بالدنمارك تاركا أموالا منقولة بها، وعرض النزاع بشأنها على القاضي البريطاني، فإن هذا الأخير سيحكم بنفس الحكم الذي سيصل إليه القاضي الدنماركي لو عرض عليه النزاع حقيقة، بمعنى يطبق القاضي البريطاني قواعد الإسناد في القانون الدنماركي، هذه الأخيرة تحيله إلى تطبيق القانون الدنماركي، باعتباره قانون موطن الهالك، ومن ثم فإن القاضي البريطاني سيطبق القواعد الموضوعية في القانون الدنماركي، وهو نفس الحكم الذي كان سيصل إليه القاضي الدنماركي لو عرض عليه النزاع أصلا، أي أن الحل سيكون متشابها نتيجة وحدة ضابط الإسناد في كل من التشريعين، البريطاني، والدنماركي، وهو موطن الهالك.

بتعدّد الأقاليم والمقاطعات، كما هو الحال في سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية، أو تتعدّد بتعدّد الطوائف والمذاهب في الدولة، كما هو الحال في مصر ولبنان[1].

ومتى أشار القانون الشخصي إلى تطبيق قانون دولة، تتعدّد فيها الأقاليم أو الطوائف، تعذر على قاضي النزاع الوصول إلى القواعد الموضوعية في القانون الشخصي بشكل مباشر، عبر معياري الجنسية أو الموطن لأنّ هذين المعيارين يسندان الإختصاص إلى القانون الشخصي إجماليا وبشكل مجرد[2]. وما يمكن ملاحظته هو أن قانون الموطن في الغالب لا يثير مشاكل إذا كان قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع.

وعلى هدي ذلك، كيف يستطيع القاضي إختيار شريعة واحدة، وتفضيلها من بين الشرائع المتعدّدة التي يتضمّنها قانون الدولة، المتعدّدة الشرائع سواء إقليميا أو طائفيا؟

ولتبيان ذلك، سنتعرّض لموقف الفقه من هذه المسألة في بند أوّل، وإلى موقف التشريع في بند ثاني.

البند الأول: موقف الفقه من التفويض

إنّ الرأي الراجح فقها، يفترض أن قواعد الإسناد الداخلية في القانون الشخصي المتعدّد الشرائع هي التي تقوم بمهمة تعيين أيا من هذه الشرائع واجبة التطبيق، غير أنّ السؤال الذي يحرّكه الفقه هو: ما الحكم في ظل غياب تلك القواعد أو عجزها عن حسم النزاع؟

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 269.

[2] إن ضابط الجنسية أو الموطن يربطان العلاقة بالدولة برمتها، وليس بإقليم معين داخل الدولة، راجع، فؤاد عبد المنعم وسامية راشد، المرجع السابق، ص252.

في هذا المجال فرّق الفقه بين حالة الإسناد إلى قانون دولة تتعددّ فيها القوانين تعدّدا شخصيا، وبين حالة الإسناد إلى قانون دولة، تتعدّد فيها الشرائع تعدّدا إقليميا، فالحلّ في الحالة الأولى، يكون باعتماد الدين أو الجنس، فقاضي النزاع يركّز الإختصاص مباشرة في القانون الذي ينتمي إليه الشخص بدينه أو جنسه[1]. أمّا الحل في الحالة الثانية فهنا يختلف بين فرضيتين، الأولى إذا كانت الدولة فدرالية، تتكون من ولايات لكل منها رعوية خاصة بها، يعتمد قاضي النزاع تلك الرعوية لتركيز الإختصاص التشريعي المسند بواسطة الجنسية في قانون تلك الرعوية، والثانية إذا كانت الدولة بسيطة، لكل ولاية تشريع خاص بها، دون أن تكون لها رعوية، فالراجح أن يتمّ تركيز الإختصاص في قانون الموطن، أمّا إذا كان موطن الشخص خارج دولة جنسيته، فيعتمد القاضي قانون موطن أقاربه[2]،وفي ظل غياب كل تلك المؤشّرات، يتم إعتماد شريعة عاصمة الدولة التي يحمل جنسيتها[3].

إنّ المبدأ الذي أرساه الفقه في إسناد الإختصاص للقانون الشخصي في دولة تتعدّد فيها الشرائع، وتركيزه للإختصاص بحسب قواعد إسناد القانون الداخلي،كان له إنعكاس واضح على موقف التشريع.

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص292، وسامية راشد، المرجع السابق، ص 38.

[2] إن اعتماد الموطن في الفرض المتقدم لتعيين الشريعة الواجبة التطبيق كبديل عن الجنسية، ينهض في رأي البعض كحل مشابه لحكم حالة عديم الجنسية، حيث يحل قانون موطنه كبديل عن قانون جنسيته لحكم العلاقات التي يكون طرفا فها. راجع في ذلك، عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص 330.

[3] ينتقد البعض الأخذ بقانون عاصمة الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها، لأنه قد لا يعبر عن وجود أدنى صلة بين المنازعة والقانون الذي يحكمها، الأمر الذي يخل بتوقعات الأفراد، مما يوجب البحث عن أقرب قانون للعلاقة، ألا وهو قانون الموطن، وإلا فهو قانون محل الإقامة، واعتماد القانون الأخير لا يعني قبول الإحالة في حالة وجود موطن أو محل إقامة خارج دولة جنسية الشخص، لأن تركيز الاختصاص في هذه الحالة لا يتم وفق قواعد حل التنازع الداخلي، وإنما بموجب قواعد إسناد احتياطية في قانون قاضي النزاع، راجع في ذلك، هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص من 131 الى 133.

البند الثاني: موقف التشريع من التفويض

تأخذ غالبية التشريعات الوطنية بمبدأ تركيز الإختصاص إلاّ أنّ البعض منها، تخلو قوانينها من قواعد حلّ التنازع الداخلي، نذكر منها الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا[1]، في حين تتضمّن قوانين أخرى قواعد لحل التنازع الداخلي الإقليمي دون الشخصي[2]، وقد أخذت هذه الأخيرة بمبدأ مضمونه:"متى اختلفت شرائع قانون الجنسية باختلاف المناطق، طبّقت شريعة المنطقة التي ينتمي إليها الشخص". وفي مقابل ذلك، تتضمّن بعض التشريعات قواعد لحل النزاع الداخلي بنوعيه الإقليمي والشخصي[3]، فمتى تم الإسناد بواسطة الجنسية أو الموطن إلى قانون دولة ما، فإنّ قانون تلك الدولة هو الذي يحدّد الشريعة الإقليمية أو الشخصية الواجبة التطبيق بواسطة قواعد التنازع الداخلي.

أمّا بالنسبة للدول العربية، فتظهر قراءة النصوص الخاصة بهذا الموضوع ،أنها تخلو في الغالب من قواعد التنازع الداخلي، لأنّ أنظمتها القانونية لا تعيش حالة تعدّد إقليمي أو شخصي، باستثناء لبنان، الذي تتعدّد فيه الشرائع تعدّدا شخصيا، أو الإمارات، حيث تتعدّد فيها الشرائع تعدّدا إقليميا.

وعلى العموم، فقد أغنانا المشرّع الجزائري على الخوض في الجدل الفقهي القائم حول هذه المشكلة، إذ نص في المادة 23 قانون مدني[4] على أنه:"متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدّمة

[1] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص392.

[2] نذكر من ذلك: القانون الياباني لعام 1898، والقانون الدولي الصيني لعام 1918، والسويسري لعام 1937، أشار إليها، عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص185.

[3] وقد عبر عن هذا الموقف: القانون الدولي الخاص البولندي لعام 1965، والقانون الدولي الخاص البيروئي لعام 1984، أشار إليها، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص271.

[4] وتقابل هذه المادة: المادة 26 مدني مصري، المادة 28 مدني سوري، المادة 71 من القانون الكويتي، المادة 26 مدني ليبي، المادة 25 من القانون الإماراتي. وفي الدول الغربية: القانون الدولي الخاص الفرنسي لعام 1967(م. 2258)، والنمساوي لعام 1979 (م. 3/5)، والإسباني لعام 1974، واليوغوسلافي لعام 1983 (الم .10)، وقانون البيرو لعام 1984 (الم. 56 ف02)، والقانون التشيكوسلوفاكي لعام 1963 ،والبولندي لعام 1955، والإيطالي لعام 1965 (الم. 18)، راجع في ذلك: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 658، وقد عبر معهد القانون الدولي في عام 1880 عن هذا الموقف بالآتي:"متى تعددت الشرائع

أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرّر أي تشريع منها يجب تطبيقه"، وبذلك قد حسم هذه المسألة، عن طريق تفويض القانون المختص في تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق من بين شرائعه، وهذا هو الحل الذي يسري حسب الفقه الغالب[1]، على جميع صور التعدّد داخل الدولة الأجنبية، سواء الشخصي أو الإقليمي.

وإلى جانب تحديد القانون المختصّ بحكم المنازعة في الدولة المتعدّدة الشرائع، بين المشرّع الجزائري للقاضي الحل لهذه المشكلة بنصّه في المادة 23 فقرة2 من القانون المدني، والتي تمّ إضافتها في تعديل2005، أنّه إذا لم يوجد في القانون المختص نص بشأن تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق، من بين شرائعه الداخلية، فيجب تطبيق التشريع الغالب في البلد في حال التعدّد الطائفي، أو التشريع المطبّق في عاصمة البلد في حال التعدّد الإقليمي[2].

وتبعا لذلك، إذا عرض نزاع على القاضي الجزائري بشأن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لزواج مصريين مثلا، فإنّ القانون الشخصي المصري هو الذي يحدّد القانون الواجب التطبيق، نظرا لوجود تعدّد طائفي في مصر، أمّا إذا لم يوجد نص بشأن ذلك، طبّق القاضي

المدنية في دولة واحدة، يفصل بالمسائل المتعلقة بحالة الأجنبي وأهليته وفقا للقانون الداخلي للدولة التي ينتمي إليه.ا "،وقد كان للمبدأ انعكاس على الاتفاقيات الدولية، ومنها اتفاقية لاهاي لعام 1961 بشأن شكل الوصية، واتفاقية لاهاي لعام1965 بشأن التبني، راجع في ذلك،عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص331.

[1] هو رأي محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 433، وكذلك فوائد عبد المنعم وسامية راشد، المرجع السابق، ص 144، وهشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 122. وهو نفس ما ينبغي الأخذ به عند تفسيرنا لنطاق المادة 23 قانون مدني جزائري، خاصة أنها جاءت بصياغة عامة وكاملة كالمادة 26 مدني مصري دون أن تحدد أي نوع من التعدد، راجع في ذلك، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 161.

[2] تنص المادة 23 ف02 المعدلة والمتممة من القانون المدني الجزائري:" إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد، في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة البلد في حالة التعدد الإقليمي."

الجزائري التشريع الغالب في مصر[1]. كذلك لو تعلّق الأمر بزواج أمريكيين، ولم ينص القانون الشخصي الأمريكي على القانون الواجب التطبيق، يطبّق القاضي الجزائري القانون المطبّق في عاصمة أمريكا[2].

إلاّ أنه وجّهت لهذا الموقف الكثير من الإنتقادات، فبالنسبة للتعدّد الإقليمي على أي أساس اختار المشرع الجزائري تشريع العاصمة؟، إنّ هذا الإختيار هو مجرّد تفضيل عبثي قائم على الإفتراض، وبعيد عن الواقع، لأنه لا يوجد مبرّر لإختصاص قانون العاصمة دون غيرها[3]. وهذا ما يتّضح فيما لو تصوّرنا أن أمريكيا مقيما بالجزائر، وله سكن آخر في نيويورك، موطنه الأصلي الذي يرتبط به، ويحمل عاداته، وهو دائم الترحال إليه، طرح نزاع يتعلّق بأهليته على القاضي الجزائري، ولم يجد هذا الأخير في قانون جنسيته، أي القانون الداخلي الأمريكي حلاّ لهذه المشكلة.من خلال الوقائع، يظهر أن أكثر القوانين ملاءمة للتطبيق، هو قانون ولاية نيويورك، ولكن بإعمال قاعدة الإسناد الجزائرية يطبّق قانون ولاية واشنطن الذي لا يمت بصلة للموضوع.

بل حتى بالنسبة للتعدّد الطائفي، كان على المشرع ألّا يلجأ إلى تطبيق التشريع الغالب في البلد، إلا في حالة عدم معرفة الطائفة أو الجنس الذي ينتمي إليه الشخص. فعلى فرض، إن إيراني الجنسية سنّي المذهب، تزوج من جزائرية وأنجب منها أطفالا، طرحت مسألة إثبات نسبهم أمام القاضي الجزائري، فهنا سيطبّق القانون الإيراني بصفته قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، ولكن هذا القانون متعدّد الشرائع طائفيا ، وعلى فرض أنه لا يوجد حلول لهذه المسألة في القانون الإيراني،

[1] تعتبر الشريعة الإسلامية هي الشريعة الغالبة في مصر، باعتبارها القانون ذو الولاية العامة، بالنسبة للمصريين، راجع ، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 659.

[2] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص24.

[3] Y.Lousouarn et P.Bourel, op.cit, P.158.

فالقاضي سيطبّق التشريع الغالب في إيران، وهو تشريع الشيعة. أو ليس في هذا ظلم لهذا الرجل؟، بل إنّ المنطق يوجب تطبيق تشريع الملّة السنية في إيران عليه[1].

من خلال النقائص السابقة، حبّذا لو أن المشرع طبّق تشريع الطائفة أو العرق الذي ينتمي إليه الشخص في حالة التعدّد الطائفي، وفي حال عدم معرفته، طبّق التشريع الغالب في البلد، أمّا في حالة التعدّد الإقليمي، فحبّذا لو أنّ المشرع أسند العلاقة للإقليم الذي يرتبط به الشخص برابطة جدية وفعلية أو أكثر الشرائع الداخلية إرتباطا بالنزاع[2].

من خلال ما سبق، يتّضح أن المشاكل التي تظهر قبل وأثناء استعمال الضابط الشخصي قد أوجد لها الفقه والتشريع الحول اللازمة والمناسبة، وبالتالي أصبحت لا تعدو سوى أن تكون مراحل أوّلية، تعترض القاضي عند إعماله لضابط الإسناد الشخصي، فإن فصل فيها، وفقا للحلول التي اختارها مشرّعه، فسيصل بسهولة لقانون الدولة المسند إليها.

ولكن بالرغم من تحديد القاضي للقانون الشخصي المختصّ، إلاّ أنّه قد تعترضه مشاكل أخرى، وهو بصدد تطبيقه، وتنحصر أساسا في موانع تطبيقه، وهو ما سنحاول دراسته في المبحث الثاني من هذا الفصل.

[1] موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص130.

[2] وقد تبنى هذا الرأي، العديد من القوانين منها: القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ،1979 الذي نص في مادته الخامسة فقرة 03 على أنه: "إذا كان النظام القانوني الأجنبي يتكون من عدة نظم جزئية، فيجب تطبيق ذلك النظام الذي ترشد إليه قواعد النظام القانوني الأجنبي، وعند انعدام تلك القواعد يكون واجب التطبيق النظام القانوني الجزئي الذي تتوفر معه الرابطة الأكثر قوة." وإن لهذا النص ما يقابله في القانون الدولي الخاص اليوغوسلافي لعام 1983 (م. 02/10)، والقانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 (م. 03/04)، والإيطالي لعام1995 (م. 02/18)، راجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 661.

المبحث الثاني: موانع تطبيق القانون الأجنبي الشخصي:

قد يفاجئ قاضي النزاع بعد عملية الإسناد، أنّ القانون الشخصي المسند إليه الإختصاص لا يمكن تطبيقه لحكم العلاقة موضوع النزاع، ومن ثم يستبعد هذا القانون رغم إختصاصه، وتتعدّد حالات هذا الإستبعاد، فقد تعود للقانون نفسه لما يتضمّنه من أحكام لا يتحقّق فيها الإشتراك القانوني بين القانون الشخصي المسند له الإختصاص وقانون القاضي، فتغيب بذلك حالة التعايش بين القانونين، وقد تتحقق حالات الإستبعاد أيضا بإرادة أطراف العلاقة، عندما يحاولون في بعض الأحيان تهيئة بعض الظروف والعوامل، التي يقصدون من ورائها تشغيل بعض قواعد النزاع التي تسند الإختصاص التشريعي للقانون الشخصي لدولة أكثر تحقيقا لمصالحهم من القانون المختصّ أصلا.

ويمكن أن نخلص ممّا سبق، إلى أن حالات إستبعاد القانون الشخصي، هي موانع لتطبيقه، على قاضي النزاع تجاوزها ومواجهتها، ولا يتمّ ذلك إلا عن طريق تحديد نطاقها، ووضع الحلول اللّازمة لها. ولأجل ذلك، لابد من عرض هذه الموانع في مطلبين: نبيّن في الأوّل: إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي المخالف للنظام العام في دولة القاضي، ونبيّن في الثاني: إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي المنعقد له الإختصاص غشا.

المطلب الأول: استبعاد القانون الأجنبي الشخصي المخالف للنظام العام في دولة القاضي:

إنّ تطبيق القانون الأجنبي الشخصي الذي إنعقد له الإختصاص نتيجة إعمال ضابط الجنسية أو الموطن، قد يخالف المبادئ الرئيسية والأسس العامة التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي،

فيكون هذا القانون الشخصي في حالة عدم توافق مطلق، وهو ما يعبّر عنه بالمخالفة للنظام العام[1].

ومتى ثبت ذلك يستبعد القاضي تطبيق هذا الأخير إعمالا لفكرة الدفع بالنظام العام[2].

وحتى يدفع القاضي بمخالفة القانون الأجنبي الشخصي للنظام العام في دولته، وجب عليه أن يراعي مجموعة من الشروط، وعليه فيما تتمثل هذه الأخيرة؟، ومتى توافرت شروط الدفع بالنظام العام، وحصل إستبعاد القانون الشخصي المختصّ، فما هي الآثار المترتّبة على ذلك؟

وللإجابة على الإشكاليتين المتقدّمتين، سنتعرّض إلى شروط الدفع بالنظام العام لإستبعاد القانون الأجنبي الشخصي في فرع أوّل، وإلى الآثار المترتبة على ذلك في فرع ثاني، مع تخصيص فرع ثالث لإيراد تطبيقات وأمثلة من الواقع والقضاء الأجنبي الشخصي في مجال الأحوال الشخصية ، يثبت فيها إستبعاد القانون الشخصي.

الفرع الأول: شروط إعمال الدفع بالنظام العام لإستبعاد القانون الأجنبي الشخصي:

يشترط لإثارة الدفع بالنظام العام لإستبعاد القانون الأجنبي الشخصي المنعقد له الإختصاص، ثلاثة شروط:

[1]Céline Goussard, la contribution aux charges du mariage en droit international privé, Mémoire D.E.A, Université de Bourgogne, Faculté de droit et science politique,1993-1994,Paris,p.48.

و قد حاول الدكتور "أحمد مسلم" تعريف النظام العام على أنه الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية، ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون، أو احترام أفكار دينية أساسية معينة، أو عقائد مذهبية اقتصادية، كالاشتراكية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية، كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك، راجع، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 184.

[2] يقصد بالدفع بالنظام العام، استخدام هذا الأخير كوسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص المخالف له، فيوصف النظام العام هذا بالبوليس القانوني، الذي يفرض نفسه على المشرع والقاضي معا.

C.F ,J.M Larralde, la constitutionnalisation de l'ordre public, actes du colloque de Caen 11-12 Mai 2000, Droit et justice, éd. Nemesis, Bruxelles, 2001, P.215.

أوّلا– أن يثبت الإختصاص التشريعي للقانون الأجنبي الشخصي بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي[1]:

يقتضي هذا الشرط أن يكون القانون الأجنبي الشخصي مختصّا طبقا لقاعدة الإسناد في دولة القاضي، ومثال ذلك أن يثبت الإختصاص بموجب المادة 11 من القانون المدني الجزائري للقانون الفرنسي لحكم انعقاد زواج فرنسيين في الجزائر.

وحسب مفهوم المخالفة، إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الوطني الشخصي كما هو الحال بالنسبة للمادة 13 ق.م.ج، فلا يمكن إعمال الدفع بالنظام العام، لتخلّف الشرط المذكور.

ثانيا– أن يكون القانون الأجنبي الشخصي متعارضا مع الأسس الجوهرية لدولة القاضي:

يقتضي هذا الشرط أن يكون القانون الأجنبي مختلفا في حكمه الموضوعي مع نظيره في قانون القاضي، إختلافا جذريا بصفة كلية أو جزئية، بل إنّه لا جدوى لإجراء محاولات مسبقة للحدّ من نطاق تدخّل النظام العام عن طريق تقسيم القوانين إلى قوانين من النظام العام، وأخرى ليست منه[2].

ومن المستقرّ عليه فقها، أنّه يعتبر من مقتضيات النظام العام، كل ما يتعلّق بالأسس الجوهرية، التي يقوم عليها كيان المجتمع في عصر معين، ويختلف مفهوم النظام العام، حتى في النظام القانوني الواحد من زمان لآخر، فقد يكون تعدّد الزوجات مخالفا للنظام العام في الدول المسيحية، بينما جائزا في الدول الإسلامية، كما يعتبر زواج المسلمة بغير المسلم، مخالفا للنظام العام الإسلامي[3]، وتثور

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 279.
[2] الطيب زروتي، المرجع نفسه، ص 279.
[3] دربة أمين، المرجع السابق، ص 94.

الصعوبة في تحديد ما إذا كان القانون الأجنبي الشخصي الواجب التطبيق مخالفا للنظام العام في دولة القاضي أم لا، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي المطروح أمامه النزاع[1].

ثالثا– أن تكون مخالفة القانون الأجنبي الشخصي للنظام العام وقت رفع الدعوى:

يشترط أن تكون المخالفة للنظام العام وقت رفع الدعوى، ولو كان نشوء الحق قد تمّ دون أن يكون مخالفا للنظام العام، وهكذا تختلف فكرة النظام العام عن فكرة الإسناد إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند وقوع الحادث أو عند نشوء الحق[2]، فقد تتغيّر قاعدة التنازع بعد وقوع الحادث، أو نشوء الحق وقبل رفع الدعوى، ومع ذلك فالقاضي ملزم بتطبيق القاعدة التي كانت سارية عند وقوع الحادث أو عند نشوء الحق،، لا تلك التي حلّت محلّها وقت رفع الدعوى.

إنّ فكرة النظام العام، كدفع لإستبعاد القانون الأجنبي الشخصي لا ينظر إليها إلاّ وقت رفع الدعوى، فمثلا قبل سنة 1912، كان القانون الفرنسي لا يعترف بنسب الولد غير الشرعي، ويعتبر مثل هذه الدعوى مخالفة للنظام العام، غير أنّه لاحقا صدر قانون يبيح رفع هذه الدعوى، فتقدّم كثير من الأبناء غير الشرعيين إلى القضاء طالبين إثبات نسبهم، في حين أنّ مولدهم قد حدث قبل 1912[3].

و بناء على ذلك، إذا كان الحق عند نشوئه مخالفا للنظام العام في بلد القاضي ثم تغيّر قانون القاضي، فأصبح هذا الحق عند رفع الدعوى غير مخالف للنظام العام في قانونه، فعليه أن يصرف

[1] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص261.

[2] يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد 05 سنة 2008، ص 216.

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

النظر عن مخالفة هذا الحق للنظام العام عند نشوئه[1]. وقد أحسنت محكمة النقض الفرنسية حين قالت في حكم لها:"إن تعريف النظام العام الوطني يتوقّف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل عصر"[2].

ومتى توافرت شروط إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي المخالف للنظام العام في دولة القاضي، ترتّب على ذلك منع تطبيق هذا الأخير، ويصاحب ذلك بعض الآثار التي تلحق العلاقة المراد إنشاؤها أو الحقوق المطالب بها.

الفرع الثاني: آثار استبعاد القانون الأجنبي الشخصي المخالف للنظام العام في دولة القاضي

تختلف هذه الآثار بين فرضين، الأوّل في حالة نشوء الحق أو العلاقة في دولة قاضي النزاع بحسب القانون الشخصي الذي تشير إليه قواعد إسناده، والثاني في حالة نشوء الحق أو العلاقة خارج دولة قاضي النزاع بحسب أحكام القانون المختصّ فيها، وأريد الإحتجاج بهما في دولة قاضي النزاع، ممّا يترتب عليه في الفرض الأول حلول قانون القاضي محل القانون الأجنبي الشخصي المستبعد (بند أوّل)، وفي الفرض الثاني الإعتراف بالحقوق المكتسبة، المترتّبة على القانون الأجنبي الشخصي الواجب إستبعاد تطبيقه لو تعلّق الأمر بإنشاء علاقة في دولة القاضي (البند الثاني).

[1] سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون طبعة، سنة 2004، ص223.

[2] حكم محكمة النقض الفرنسية، الصادر في 22 مارس 1944، نقلا عن علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 154.

البند الأول: حلول قانون القاضي محل القانون الأجنبي الشخصي المستبعد

كنتيجة منطقية لمخالفة القانون الأجنبي الشخصي للنظام العام في دولة القاضي بشأن حقوق يراد إنشاؤها، إستبعاد تطبيق هذا القانون وإحلال قانون القاضي محلّه، غير أن هذا الإحلال قد يتمّ بطريقة سلبية، وقد يتم بطريقة إيجابية[1].

فهو يتم بطريقة سلبية، إذا اقتصر دور القاضي على إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي، لأن قاعدة النظام العام في بلده ناهية، ومثال ذلك أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق قد أجاز أمرا، لا يقرّه النظام العام في بلد القاضي، كأن يجيز القانون الشخصي للزوجين أو أحدهما زواج المسلمة بغير المسلم، وأريد إبرام عقد الزواج أمام القاضي الجزائري، فيستبعد تطبيق هذا القانون لمخالفته للنظام العام في الجزائر، ويرفض الطلب، ويقتصر الأمر على أن يقف قانون القاضي موقفا سلبيا[2].

وهو يقف موقفا إيجابيا، إذا كانت قاعدة النظام العام فيه آمرة[3]، ومثال ذلك، أن يتقدّم أجنبيان من جنسية واحدة، مختلفا اللّون، بطلب عقد زواجهما أمام القاضي الجزائري، وكان قانون جنسيتهما لا يجيز لهما ذلك، فيستبعد تطبيق هذا القانون الشخصي لمخالفة النظام العام في الجزائر، ويعقد زواجهما طبقا للقانون الجزائري.

ومهما يكون من أمر، إنّ إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي الواجب التطبيق يترتّب عنه حلول قانون القاضي محلّ القانون المستبعد، ويعتبر ذلك أكثر الحلول ملاءمة على أساس أنّ قانون

[1] بيار مايير، فانسان هوزيه، المرجع السابق، ص 201.
[2] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 84.
[3] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 154.

القاضي يكون معلوما لدى القاضي المعروض أمامه النزاع، وينقص عليه مشقّة البحث عن مضمونه، ويتماشى أيضا مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية[1].

وقد أخذت غالبية التشريعات بهذا الحل[2]، ونصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 24 ق.م.ج في فقرتها الثانية:"يطبّق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".

وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي[3]، غير أنه يشترط لإعمال قانون القاضي محلّ القانون الأجنبي الشخصي المستبعد، وجود رابطة بين القضية المطروحة وقانون القاضي، خاصّة إذا تعلّق الأمر بالزواج والطّلاق، والبنوّة، والتبنّي، كرابطة الموطن أو الجنسية، فيحمل أحد أطراف العلاقة موضوع النزاع أو كلاهما الجنسية الفرنسية، أو تكون فرنسا موطنا أو محل إقامة لهما أو لأحدهما[4].

البند الثاني: الإعتراف بالحقوق المكتسبة المترتّبة على القانون الأجنبي الشخصي الواجب إستبعاده في دولة القاضي:

قد يعرض على القاضي إنشاء علاقة مخالفة للنظام العام في دولته، فيرفض ذلك، نظرا لتعارض القانون الأجنبي الشخصي الواجب التطبيق عليها مع مضمون النظام العام في دولته، هذا ما يدفع بالبعض إلى اللّجوء لدولة أخرى تسمح بإبرام هذه العلاقة، ويختلف مضمون النظام العام فيها

[1] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 239.

[2] نصت على ذلك المادة 36 ف05 من القانون الدولي الخاص التونسي:"يطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلا عن أحكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها"، كما نصت المادة 73 من القانون الكويتي على ما يلي:"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"، كما نصت على ذلك أيضا المادة 28 من القانون المدني المصري.

[3] . Cass. civ, 30/05/ 1967,.B.Henri, P. la garde, OP.cit, P.59

[4] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 262، 263.

عن دولة القاضي المطروح أمامه النزاع في الحالة الأولى، غير أنّه قد يعود المعني بالأمر ويحتجّ أمام هذا الأخير بآثار هذه العلاقة، رغم أن القانون الذي حكم إنشاءها مستبعد تطبيقه من قبل.

ومتى تحقّقت هذه الحالة، إنّ مقتضيات الحفاظ على مصلحة الفرد و مصلحة المجتمع، دفعت التشريعات إلى الإعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج تطبيقا لقانون أجنبي شخصي يجيزها. وبناء على ذلك لا يمكن للشخص في فرنسا إنشاء علاقة تعدّد الزوجات لأن في ذلك مساس بالنظام العام الفرنسي، بينما يمكن له الإعتراف بالزواج الثاني إذا تم في الخارج، وذلك إحتراما للحق المكتسب في الخارج[1]، وإعمالا للأثر المخفّف للنظام العام[2]، كما لا تتردّد المحاكم الفرنسية في الإعتراف بآثار الطّلاق الصادر في الخارج، ولم تمّ بناء على أسباب لا يعترف بها القانون الفرنسي كالطلاق بالإرادة المنفردة[3].

وقد ساير المشرع التونسي، ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، ونصّ صراحة على الأثر المخفّف للنظام العام ، في المادة 37 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي:"يتم الإعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بالخارج وفق القانون الذي عيّنته قاعدة التنازع التونسية، ما لم تكن هذه الآثار متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فمن خلال إستقراء نصّ المادة 2/24 ق.م.ج، نستنتج أنها جاءت بعبارة النظام العام بصفة مطلقة، دون أن تلحقها أي وصف مطلق أو مخفّف، لكن ذلك لا يمنع القاضي من الأخذ بالأثر المخفف للنظام العام، إحتراما للحق المكتسب الذي نشأ في الخارج.

[1] Y.Lossouarn, P. Bourel , OP.cit, P.321

[2] يقصد بالأثر المخفف للنظام العام: عدم إعمال النظام العام بنفس الدرجة التي يتم إعماله بها بشأن إنشاء علاقة، إذا تعلق الأمر بالحقوق المكتسبة.

[3] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 238.

غير أنّ ما يمكن ملاحظته هو أنّ النظام العام يضمحلّ مفعوله أمام الحقوق المكتسبة في الخارج، ويستعيد دوره في الحالات الخطيرة، بوصفه صمام الأمان اللاّزم لحماية الأسس الجوهرية في المجتمع[1]. وبناء على ذلك، قد يرفض القاضي أحيانا الإعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج المترتّبة على قانون أجنبي شخصي مخالف للنظام العام في دولته، متى كان في ذلك مساسا بالأسس الجوهرية في مجتمعه[2].

وبعد أن اتّضحت لنا الشروط الواجب توافرها حتى يقوم القاضي باستبعاد القانون الأجنبي الشخصي المختص، والآثار المترتبة على هذا الإستبعاد، سنتطرّق إلى أمثلة وتطبيقات من الواقع والقضاء ترتبط بالأحوال الشخصية توضّح أكثر هذه الحالة.

الفرع الثالث: تطبيقات إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي في مجال الأحوال الشخصية.

تعتبر الأحوال الشخصية هي الأوسع مجالا لإستخدام الدفع بالنظام العام، وبالتالي إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي الواجب التطبيق، لذلك سنتعرّض إلى ذكر تطبيقات في مجال العلاقات الأسرية (البند الأول)، وأخرى في مجال الأحوال الشخصية ذات الطابع المالي، ونخصّ بالذكر الميراث والوصية (البند الثاني).

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 258.

[2] وعليه نجد أن القضاء الجزائري، رفض في العديد من أحكامه منح حضانة الأطفال للأم المستوطنة ببلد أجنبي، راجع في ذلك، جندولي فاطمة، المرجع السابق، ص 64، كما رفض القضاء الفرنسي الإعتراف بالحكم الصادر عن القضاء التونسي الذي يمنح للزوج الحق في حضانة أولاده، لأنه بني على أسباب لم تراع المصلحة الفعلية للأطفال، راجع،عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص554.

البند الأول: تطبيقات إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي الواجب التطبيق على العلاقات الأسرية:

سنقتصر في هذا المجال على تطبيقات حول إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي المختص بحكم العلاقات الأسرية من زواج، طلاق، نسب وحضانة.

أوّلا: تطبيقات إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي الواجب التطبيق على الزواج وانحلاله:

تتدخّل فكرة النظام العام بشدّة في رابطة الزوجية، لأنها الأوسع مجالا لتطبيق القانون الأجنبي الشخصي، ولأنها قبل أن تكون رابطة قانونية، فهي رابطة إجتماعية، ذات أساس ديني وخلقي ، ففي فرنسا مثلا، تعدّ الشروط الموضوعية للزواج من المسائل التي تمسّ صميم النظام العام، وفي الجزائر ومعظم الدول الإسلامية، تقدّر فكرة النظام العام، تقديرا شرعيا مبنيا على أسس دينية، حيث أنّ الحقوق المقرّرة في الإسلام مكفولة لكل مسلم بغض النظر عن صفته الوطنية أو الأجنبية المتمثّلة في الجنسية[1]، ولهذا يعدّ مخالفا للنظام العام في هذه الدول القانون الشخصي الذي يمنع المسلم من حقّه في تعدّد الزوجات، وعليه فإنّ القضاء المصري في نزاع رفع أمامه بشأن زواج إيطالي مسلم، قام بالزواج للمرة الثانية مع مسيحية يونانية مع إحتفاظه بزواجه الأوّل، قضى بأنه يجب استبعاد القانونين البريطاني واليوناني، لحظرهما تعدّد الزوجات[2].

[1] بليعقوبي بلخير، تقرير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد 05 سنة 2008، ص221.

[2] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 225 وما بعدها.

كما أنّه يستبعد في الدول الإسلامية القانون الأجنبي الشخصي الذي يجيز زواج المسلمة بغير المسلم، لأنّ الأمر متعلق هنا بموانع الزواج والتي هي إحدى ركائز النظام العام[1]، وإلى جانب ذلك، يعدّ مخالفا للنظام العام القانون الشخصي الذي يجيز زواج المسلم بمن لا تدين بدين إلهي، أو الذي يبيح زواج المحارم، أو الجمع بين الأختين، أو الذي يسمح بالزواج بأكثر من أربعة، أو يبيح زواج المتعة، أو يسمح بالزواج بين نفس الجنس[2] ،و غيرها من الأمثلة[3].

وفي المقابل، إنّ الدول الأوروبية لا تعطي أي إعتبار للدّين لإستبعاد القانون الأجنبي الشخصي، وإنما تبنيه على أسس أخرى، كجهل النظام القانوني الأجنبي، وعدم إحترام مبادئ العدالة الدولية، وعدم إحترام الحقوق الطبيعية للإنسان[4]، فتعترف بالقانون الشخصي الذي يجيز زواج المسلمة بغير المسلم ، ولا تسمح بعقد زواج ثاني فيها، ولو كان القانون الشخصي يبيحه، كما أنّ بعض تلك الدول، كفرنسا وبلجيكا، تجيز الزواج بين نفس الجنس[5].

[1] قضت محكمة المدية بالجزائر في هذا الشأن قائلة:" حيث أنه مع افتراض وجود هذا الزواج، فإن عقده سواء كان عرفيا أو رسميا، يقع باطلا غير منعقد عملا بما هو مقرّر شرعا، من أنه يشترط لصحة الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا، ومنها زواج المسلمة بغير المسلم، وبالتالي إذا حدث هذا فإن القاضي ملزم بالتفريق بينهما"، راجع قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1982/04/06، نقلا عن عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 217.

[2] تسمح فرنسا بالزواج من نفس الجنس، وذلك بموجب قانون رقم2013-404، المؤرخ في 17-05-2013، الذي يسمح بالزواج بين أشخاص من نفس الجنس:
Sara Godechot-Patris ,et Johanna Guillaumé,mariage, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couple des personnes de même sexe, Etudes et commentaires chronique, Recueil Dalloz,18 juillet 2013,n°26,Paris.,cass.1er,28-01-2015,n°13-50059,PB,C.F,Jean,Grégoire Mahinga, mariage entre personne de même séxe et droit international, beaucoup de bruit pour Rein , jurisprudence, droit des personnes, édition quotidienne des journaux judicaires associés :petite affiche, le quotidienne juridique, la loi- archives commercial de France,404anné,20-02-2015, n°37,lextento édition,paris,p.06.

[3] صلاح الدين جمال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص225 وما بعدها.

[4] بليعقوبي بلخير، المرجع السابق، ص 208.

[5] إن مثل هذا الزواج، مخالف للنظام العام الإسلامي، ولا يعترف به ولا بآثاره، ولو تم في الخارج لأنه يتنافى مع المفهوم الحقيقي للزواج، الذي بين رجل وامرأة، هدفه إنجاب النسل، راجع سنينات عبد الله، المرجع السابق، ص 96.

أمّا بخصوص إنحلال الرابطة الزوجية، يستبعد القانون الأجنبي الشخصي الذي يجيز الطلاق بإرادة منفردة في الدول الأوروبية، كما يستبعد إذا كان يعترف بالإنفصال الجسماني في الدول الإسلامية.

وفي فرنسا لإستبعاد القانون الأجنبي الشخصي المخالف للنظام العام فيها، يتمّ التمييز بين نوعين من أسباب التطليق، فإمّا أن تكون أقل تشدّدا من القانون الفرنسي، وإمّا أن تكون أكثر تشدّدا، فلا يعترف بطرق فك الرابطة الزوجية التي ترتبط بأسباب أقل تشدّدا من الأسباب الواردة في القانون الفرنسي، بحيث يستبعد القانون الأجنبي الشخصي الذي يتوسّع في أسباب التطليق، والذي يعترف للزوجين بالتطليق بالرضا المتبادل، أو الذي يعترف للزوج بالحق في الطلاق بإرادة منفردة، وهذا متى كان أحد أطراف العلاقة أو كلاهما فرنسيا، أمّا إذا كان جميعهم أجانب فاحتراما للحق المكتسب، يمكن الإحتجاج بطلاقهم الذي تم في الخارج، بناء على الأسباب السابقة، أو لأسباب أخرى لا يقرّها القانون الفرنسي، لكن إيقاعه في فرنسا لذات الأسباب مخالف للنظام العام فيها[1].

وهكذا قد إعترفت بالحقوق المكتسبة، إعمالا للأثر المخفّف للنظام العام، الكثير من أحكام القضاء الفرنسي، الإنجليزي، الألماني، وغيرها، ببعض النظم المعروفة في الشريعة الإسلامية مثل تعدّد الزوجات، الطلاق بإرادة منفردة، بالرغم من عدم إمكانية نشوء هذين الحقّين في هذه الدول، وخاصة القضاء الفرنسي، فهو يعترف للزوجة الثانية بحقّها في طلب النفقة الزوجية، وهذا ما قرّرته محكمة النقض الفرنسية، حيث سمحت للزوجة الثانية التونسية بالمطالبة بحقّها في النفقة إتجاه زوجها وفقا

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق ص182، راجع كذلك، موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 153.

للقانون التونسي، على أساس أنّ علاقة التعدّد نشأت خارج التراب الفرنسي[1]، كما كان يجوز الإحتجاج في فرنسا، في الفترة السابقة لسنة 1884 بالطلاق الذي يتمّ في الخارج بين الأجانب على الرغم من أن إيقاعه في ذلك الوقت، كان مخالفا للنظام العام فيها[2].

غير أنّه لا يمكن الإعتراف بالحقوق المكتسبة إذا كانت تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، ومن ذلك رفض القضاء الفرنسي على الزوج أن يجبر زوجته الثانية على مساكنته في مقام الزوجية، سواء كان القانون الذي يحكم هذا الأثر الشخصي هو القانون الفرنسي أو قانون آخر يقرّ بتعدد الزوجات[3]، وقد قضت محكمة "فارساي" في حكم آخر بأنه يستبعد القانون الشخصي الذي يسمح للزوج بأن يجبر الزوجة الأولى بقبول سكن زوجته الثانية معها في المسكن الزوجي[4]، وقضى أنه يستبعد القانون الشخصي الذي يقضي بالطلاق الصادر عن القضاء التونسي، والذي يمنح الزوج الحق في حضانة أولاده، لأنه بني على أسباب لا تراعي المصلحة الفعلية للأطفال.

كما أن القضاء الفرنسي، قد يرفض الإعتراف بآثار الطلاق بإرادة منفردة الذي يتمّ صحيحا في الخارج، باسم النظام العام القريب من قانون القاضي، من ذلك : أن ترفع الزوجة الأجنبية المتوطّنة بفرنسا دعوى هناك، تطالب فيها إلزام زوجها بالمشاركة في الأعباء المالية، يبادر هو حتى يتخلّص من هذه المطالبة بتطليقها بإرادته المنفردة في بلده الأصلي، المغرب أو الجزائر مثلا، فهنا يرفض القضاء

[1] Cass. , 1er civ, 28 janvier 195

[2] موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 154.

[3] P.Mayer, op.cit, p.375

[4] Cass , 1er civ, 30janvier, 1979.

الفرنسي هذا الطلاق، لوجود صلة بالقانون الفرنسي، تكمن في توطّن الزوجة في فرنسا، ولأن هناك دعوى أمام قضائها، كانت السبب في إتخاذ الزوج لهذا الإجراء[1].

أمّا بالنسبة للدول الإسلامية، فإنّ إعتماد فكرة الأثر المخفّف للنظام العام فيها جدّ محدود، وذلك لأن تطبيق القاضي للقواعد المستوحاة من الشريعة الإسلامية، واجب يقع على عاتقه، على الأقل متى كان أحد أطراف العلاقة مسلم أجنبي، دون تمييز بين ما إذا تعلّق الأمر بمركز قانوني نشأ في الخارج، أو في دولته[2].

أمّا فيما يخص نظرة تلك التشريعات لإعتماد الدفع بالنظام بمفهومه المطلق لإستبعاد القانون الأجنبي الشخصي الواجب التطبيق على إنحلال الزواج، فإنها أقل تقلّبا من التشريعات الأوروبية، لأنها تطبّق الشريعة الإسلامية بما تتضمّنه من ضوابط أكثر إستقرارا، فيما يتعلّق بالدفع بالنظام العام، ولهذا يجوز أن يحكم بالطّلاق للمسلم، ولو كان قانونه الشخصي يمنع ذلك، فقد قضي في مصر باستبعاد القانون الأجنبي الشخصي الذي يحظر الطلاق بإرادة منفردة على الأجنبي حتى بعد إسلامه[3]، كما قرّر القضاء السابق أنّ إسلام الزوجة الأجنبية يعطيها الحق في رفع دعوى التطليق من زوجها، وإستبعاد القانون الشخصي اليوناني، وتطليق الزوجة اليونانية من زوجها اليوناني، وفقا للقانون المصري لإعتناقها الإسلام[4].

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 629 وما بعدها.

[2] عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص 635.

[3] حكم محكمة استئناف القاهرة في 12 يونيو 1952، نقلا عن صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق،ص 208-209.

4 حكم محكمة استئناف القاهرة في 13 فيفري1951 ، نقلا عن صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص60.

وفي الجزائر، يعتبر باطلا الإتّفاق على عدم الطلاق، أو التنازل عنه، سواء في الروابط الوطنية أو الزواج المختلط، أو القانون الذي يقرّ أسباب لفك الرابطة الزوجية قائمة على إعتبارات عنصرية كإختلاف اللّون أو الجنس.

ثانيا: تطبيقات إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي، الواجب التطبيق على علاقات الوالدين بالأولاد:

قد يستبعد القانون الشخصي الواجب التطبيق على النسب والحضانة، متى كان مخالفا للنظام العام في دولة القاضي المطروح أمامه النزاع.

ففي مجال النسب، قد تعرّض القضاء الجزائري لمسألة الدفع بالنظام العام التي تتعلّق بإثبات النسب، إذ جاء في إحدى حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا:"الإعتراف بتثبيت النسب في ظل القانون الفرنسي، يخالف النظام العام بالجزائر لأنه لا يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقرّ النسب إلّا بالزواج طبقا لأحكامه السمحة"[1].هنا إستبعد القضاء الجزائري القانون الفرنسي، المراد تطبيقه لتعارضه مع النظام العام الجزائري، لأن تثبيت النسب لا يكون إلّا بالزواج الصحيح، وبالتالي لا ينسب الولد لأبيه بل لأمّه.

ويستبعد قضاء الدول الإسلامية القانون الفرنسي مثلا، إذا كان يجيز إثبات النسب خارج الطرق المحدّدة في قوانينه، وهذا ما إتجه إليه القضاء الجزائري[2]، وبالمقابل قد إستبعدت فرنسا تطبيق قوانين الدول الإسلامية حتى ولو كانت هي الواجبة التطبيق، لمخالفتها للنظام العام الفرنسي،

1 قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23، غير منشور، نقلا عن عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص164.

[2] Hervé L'écuyer, Droit International Privé , Marage,droit de la famille, chronique 1et 2, commentaire 1à11, Edition du jurisclasseur ,4éme anneé,n°01,Janvier,1999.

فالقانون الجزائري الذي لا يعترف إلاّ بالبنوّة الشرعية تطبيقا للمادة 41 من قانون الأسرة، وإذا كان هو الواجب التطبيق في فرنسا، يستبعد تطبيقا لمبدأ المساواة بين الولد الشرعي وغير الشرعي، المتبنّى من القانون الفرنسي بموجب قانون 03 جانفي 1972، حتى الناجمين عن الزنا (adultérin)، كما أنّ صدور قانون 08 جانفي 1993، حول البحث عن الحقيقة البيولوجية، قد وسّع من مجال إثبات دعوى النسب الأبوي خارج إطار الزواج، بحيث أصبح معيار تدخّل النظام العام في القانون الفرنسي هو مصلحة الطفل[1]، وقد عبّر القضاء الفرنسي عن تدخّل النظام العام في القانون الدولي في هذا الصّدد بقضية أساسية رأى فيها معيار مزدوج للنظام العام الموضوعي والإجرائي[2].

وهذا نفس التوجّه للقانون التونسي، حيث يطبّق القاضي القانون الأصلح للطفل بإخضاعه النسب لعدّة قواعد إسناد مع منح القانون الأفضل للطفل مجالا للتطبيق.

كما أنّ المفهوم الحديث للنظام العام القريب من قانون القاضي قد استعمل بكثرة في مجال إثبات النسب، فلكي يسمح للطفل المقيم بصورة معتادة في فرنسا، أو الذي له جنسية فرنسية عن طريق أمه، أن يتمكّن من إثبات نسبه إتجاه والده الطبيعي والمنتمي إلى دول المغرب، استبعد القانون العربي الإسلامي الواجب التطبيق، وأحلّ محلّه القانون الفرنسي الذي يجيز هذا الإثبات[3].

[1] يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص189.

[2] نقض مدني فرنسي، الغرفة المدنية الأولى، 03 نوفمبر 1988، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، 495، سنة 1989، حيث جاء فيه:
« Les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraire à la conception Française de l'ordre publique international dont la seule exigence est d'assurer à l'enfant des subsides qui lui sont nécessaires. »

[3] يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية، المرجع السابق، ص 225.

وبالنسبة للنفقة كأثر من آثار النسب، فإنّه يستبعد القانون الشخصي الواجب التطبيق عليها، إذا لم يكن يقرّ بنفقه، أو كان لا يضمن الحد الأدنى اللاّزم منها للأولاد القصّر، و يعوّض بالقانون الجزائري، متى عرض النزاع أمام قاض جزائري، لأنّ سند القانون الجنائي يلزم الأب والأم بتحمّل الواجبات المعنوية والمادية الناشئة عن الولاية الأبوية أو الوصاية أو الحضانة، بل إن إهمال الأسرة جريمة يعاقب عليها القانون بعقوبات زجرية[1].

وبخصوص الحضانة، يتم استبعاد القانون الأجنبي الشخصي، متى كان مخالفا لمبدأ مراعاة مصلحة المحضون السائد في النظام القانوني للقاضي، ففي الدول الإسلامية يعتبر القيام بتربية الولد على دين أبيه، من أهم المبادئ التي يجب مراعاتها لتحقيق مصلحة المحضون، ولهذا يستبعد القانون الواجب التطبيق كلّما كان يسند الحضانة إلى أحد الوالدين ، و خالف المبدأ المنصوص عليه في المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري، التي تنص أنه: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة، أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له، أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"[2].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 02 جانفي 1989[3]، الذي إعتبر الحكم الذي منح الأم التي تسكن في بلد أجنبي، حق حضانة الصغار بعيدا عن رقابة الأب، مخالفا للنظام العام، وجاء في حيثيات القرار أنّه:"من المقرّر قضاءا في مسألة الحضانة أنّه وفي حالة وجود

[1] موسى عبود، المرجع السابق، ص263.

[2] موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص157.

[3] المجلس الأعلى، غ. أ. ش، 1989/01/02، ملف رقم 52207، المجلة القضائية 1990، عدد 04، ص 74، نقلا عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004،2005، ص566.

أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإنّ من يوجد بها يكون أحق بالحضانة ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرّر قانونا أنّ الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها".

يفهم من هذا القرار أنّ إختلاف ديانة الأم متى كانت مسيحية لا يمنعها من ممارسة حقّها في الحضانة، متى كانت مستوطنة بالجزائر، لأنّ هذا لا يعيق تربية الولد على دين أبيه وممارسة حقّه في الزيارة.

إلاّ أنّه من الغرابة في قضيّة عائلة "بن نكروف" ضد الفرنسي السيد "جاك شربوك"، التي ظهرت خباياها على إثر صدور حكم من محكمة وهران في 2005، والتي أخذت أبعادا إجتماعية وسياسية، فإنّ القضاء الجزائري أظهر في هذه القضية إغفاله عن بعض المسائل الهامّة التي تخلّ بأحكام الشريعة الإسلامية، ويتجلى ذلك من خلال تأكيده على أبوّة "جاك شربوك"للبنت"صفية"، ومنحه الحق في الحضانة، علما أن زواج هذا المواطن الفرنسي بأمّ صفية السيدة"خديجة فرح بلحسين" الجزائرية، تمّ في الجزائر دون تقديم السيّد "شربوك"لوثيقة رسمية تثبت إسلامه[1].

أمّا القضاء الفرنسي، فقد إستبعد القانون الواجب التطبيق، كلّما أسند الحضانة لأحد الأبوين، وفقا لمعايير لا تراعي مصلحة القصّر، فقد قرّر في أحد أحكامه إستبعاد القانون المصري الواجب التطبيق، لمخالفته للنظام العام،لأنه يمنح تلقائيا الحضانة لأحد الوالدين،تبعا للسن أو الجنس، كما جاء في أحد أحكامه بأنّ القرار الصادر من المحاكم التونسية، يعتبر مخالفا للنظام العام الفرنسي،

[1] أنظر حكم محكمة وهران، فرع سيد البشير،ق.أ.ش.،2005/06/28 ،قضية رقم1797،غير منشور،لمزيد حول تفاصيل هذه القضية، راجع، ميكالي الهواري، أبعاد وإنعكاسات ضوابط الإسناد...، المرجع السابق، ص من 347 إلى 350.

وذلك لأنه أسند الحضانة للأب، دون أن يأخذ بعين الإعتبار مصلحة الطفل، مع أن هذا الأخير يعيش مع أمه في فرنسا.[1]

البند الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي الشخصي الواجب التطبيق على الميراث والوصية:

قد يتعارض القانون الأجنبي الشخصي الواجب التطبيق على الميراث أو الوصية مع النظام العام لدولة القاضي، مما يستوجب إستبعاده[2].

ويمكن تصوّر تعارض أحكام القانون الأجنبي الشخصي الخاص بالميراث في الدول الإسلامية، إذا كان يجيز الميراث لقاتل، أو يسمح بالتوارث مع إختلاف الدين[3]، كأن يجيز الميراث بين المسلم وغير المسلم، أو كان يورّث الإبن الطبيعي أو غير الشرعي من أبيه المسلم، أو يجيز التصرّف في تركة إنسان على قيد الحياة[4]، كما يستبعد القانون الأجنبي الشخصي المختصّ إذا كان يمنع الإرث بسبب الإختلاف في اللّون أو الجنس، أو كان يحرم الإناث من الميراث، أو يميّز الإبن الأكبر ويؤثره بالتركة

[1] P.Mayer, Op. cit, P.145

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص910.

[3] وبخصوص عدم التوارث بين المسلم وغير المسلم، قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1979/06/20: "إذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون عليها مسيحية الديانة، ومن ثم تختلف دياناتها عن المتوفى، وكان المقرر وفقا لنص المادة السادسة من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943، أن اختلاف الدين مانع من موانع الميراث، وهي بدورها من القواعد الأساسية التي تستند لنصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية، وبالتالي تدخل في نطاق النظام العام، وتمنع معها تطبيق أحكام قانون آخر يأتي بحكم مخالف لها، فإنه لا يكون للمطعون عليها مصلحة في طلب إلغاء إشهاد الوفاة والوارثة موضوع الدعوى، وإذا قضى الحكم رغم ذلك بإلغائه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه"، راجع محكمة النقض المصرية 1979/06/20، مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص416، عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص503. كما انتهت محكمة النقض السورية في قرارها الصادر بتاريخ 1978/02/21 إلى أنه إعمال قانون جنسية المتوفى الذي يحكم الميراث ليس مطلقا لأن النظام العام يعطل أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق فيها، إذا قضى بالتوريث على أساس اختلاف الدين، خلافا للشريعة الإسلامية المطبقة في البلاد، راجع محكمة النقض السورية 1978/02/21، مقتبس عن أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 905.

وجاء أيضا في قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر بتاريخ 1995/07/25:"من المقرر قانونا أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة، ومن الثابت شرعا أن لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر، ولا يتوارث أهل الملتين شتى، ولما يتبن من قضية الحال، أن الطاعن لن يعتنق الإسلام ما دام لم يتلفظ بالشهادة أمام الجهة المؤهلة لذلك، إلا بعد وفاة أمه المسلمة، فإنه لا توارث بينهما، مثلما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم، يتعين بذلك رفض الطعن." راجع عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 171.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص905.

كلّها[1]، ويستبعد أيضا إذا إعتبر من موانع الإرث الإدانة بحكم جنائي، أو كان يقضي بمنع الإرث لأسباب سياسية معينة، أو يمنع الميراث بسبب إختلاف الجنسية بين المسلمين[2]، أو كان يفرض إجراءات معيّنة على إعتناق غير المسلم للإسلام لأنه يكفي لإسلام غير المسلم أن يتلفّظ بالشهادتين دون حاجة لإتخاذ أي إجراء آخر[3].

أمّا بالنسبة للدول الغربية فقد تستبعد أحكام القانون الأجنبي الشخصي المختصّ بحكم مسائل الميراث، إذا كان يمنع التوارث بين المسلم وغير المسلم لأنّها تعتبر ذلك خطرا على الميراث، يقوم على أساس الدّين، أو كان يتبنّى قاعدة للذّكر مثل حظ الأنثيين لأنها تعتبر ذلك مساسا بالحق في الميراث بسبب الجنس[4].فالإجتهاد الفرنسي مثلا، اعتبر مخالفا للنظام العام الفرنسي موانع الإرث التي ينصّ عليها القانون الشخصي إستنادا إلى أسباب عرقية أو دينية (إختلاف الدين مثلا)[5]، أو تحديد الحصة الإرثية بمقدار تافه يقارب الحرمان[6]، أو منع توريث الولد الطبيعي أو إبن الزنا[7].

[1] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص328، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص322، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص320، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص92.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص905.

[3] إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص290، وهذا ما جسدته محكمة النقض المصرية من خلال قرارها المؤرخ في 1979/06/20، حيث جاء فيه: "إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المتوفى لبناني، فإن القانون اللبناني هو المرجع في تحديد ورثته، وذلك في حدود ما لا يتعارض من أحكامه مع النظام العام أو الآداب في مصر، لما كان القانون اللبناني لا يعتد بإسلام غير المسلم، إلا إذا تم وفقا للأوضاع المحددة به، ولذا لم تعتد المحكمة المذكورة بإسلام المتوفى لعدم اتباعه هذه الأوضاع، بينما المقرر شرعا أنه يكفي لإسلام غير المسلم، واعتباره في عداد المسلمين، أن يتلفظ بالشهادتين، دون حاجة لاتخاذ أي إجراء، وهو ما ليس محل خلاف، وهي من القواعد الأصولية في الشريعة الإسلامية التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالنظام القانوني والاجتماعي، الذي استقر في ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الإعتداد بها، وتغليب قانون أجنبي، فإنه لا مجال لتطبيق أحكام القانون اللبناني في هذا الخصوص، راجع محكمة النقض المصرية، 1979/06/20، مقتبس عن عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص503.

[4] إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص295-296.

[5] قرار محكمة النقض الفرنسية، 1964/11/17، نقلا عن عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص293.

[6] حكم محكمة استئناف باريس، 1934/03/13، نقلا عن عبده جميل غصوب، المرجع نفسه، ص293.

[7] عبد جميل غصوب، المرجع، نفسه، ص293.

وبعد أن تعرّفنا على حالات إستبعاد القانون الشخصي الواجب التطبيق على الميراث، يبقى التساؤل مطروحا حول حالات إستبعاد القانون الشخصي الواجب التطبيق على الوصية.

وفي هذا المجال، تستبعد الدول الإسلامية، أحكام القانون الأجنبي الشخصي الخاص بالوصية، إذا كان يجيز مثلا الوصية لقاتل الموصي، أو لشاهد الزّور الذي أدّت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي، ونفّذ فيه الحكم بالاستفادة من الوصية[1]، أو كان يجيز الإيصاء بأموال عامة لا يجوز التعامل بها[2]، أو كان يجيز الوصية لوارث دون إجازة الورثة[3]، أو كان يمنع الوصية لمجرد إختلاف الجنس الجنس أو اللّون أو المعتقدات السياسية[4]، أو كان يمنع الوصية لإختلاف الدين[5].

هذا وتجدر الإشارة إلى أنّ أحكام الوصية، لا تعتبر من النظام العام بالنسبة للأجانب غير المسلمين، ولكن تعتبر من النظام العام بالنسبة للمسلمين، بغضّ النظر عن الجنسيات التي يحملونها[6]، يحملونها[6]، مما يترتّب عنه، إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي الذي يجيز الوصية بأكثر من الثّلث، إذا إذا تعلّق الأمر بمسلمين، بينما لو تعلّق الأمر بغير المسلمين، فإن الإختلاف في القدر الجائز الإيصاء به، لا يعتبر متنافيا مع النظام العام[7].

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص201.

[2] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص 105.

[3] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص200.

[4] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 367، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص105.

[5] نصت المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تصح الوصية مع اختلاف الدين"، ونفس الحكم جاءت به المادة 09 من قانون الوصية المصري، فالوصية فالوصية ليست ميراثا، وأجيزت لتعويض الميراث خاصة في حالة الزواج المختلط الذي تكون فيه الزوجة من أهل الكتاب، وتحرم من الميراث شرعا، راجع بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص28.

[6] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص106.

[7] صلاح الدين جمال الدين، النظام العام...، المرجع السابق، ص71.

وفي إطار القدر الجائز الإيصاء به، تعتبر الدول الغربية منها فرنسا، القانون الشخصي الذي يقيّد من حرية الموصي في الإيصاء بعدم نفاذ الوصية إلاّ في حدود ثلث التركة مستبعد مطلقا[1].

كل هذه التطبيقات والأمثلة التي أوردناها، ما هي في الحقيقة إلا لتجسيد وتوضيح إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي المخالف للنظام العام في دولة القاضي. ولا يقف الأمر هنا، فالقانون الأجنبي الشخصي قد يثبت أنه يتماشى مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي، ولكنه قد يثبت له الإختصاص غشّا أو إصطناعا، ممّا يستوجب إستبعاده أيضا، وهو ما سنتعرّض له في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي الثابت له الإختصاص غشّا

يتحقق الغشّ نحو القانون الشخصي عن طريق قيام أحد الخصوم بتغيير ضابط الإسناد الشخصي بهدف نقل الإختصاص التشريعي الشخصي من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى[2]، بغرض التهرّب من أحكام القانون صاحب الإختصاص الأصلي، والذي يحول دون تحقيق رغبات الخصم[3]، والتوصّل إلى تطبيق القانون الأنفع الذي يحقّق مصلحته الشخصية[4]، كأن يسمح هذا الأخير مثلا بإنشاء علاقة أو مركز قانوني لم يكن يسمح بإنشائه القانون الشخصي الواجب التطبيق

[1] إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص296،295.

[2] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 195، عبده جميل غصوب، محاضرات...،المرجع السابق،ص116.

[3] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص181.

[4] نادية فوضيل، الغش نحو القانون، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2005، ص52، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص754.

أصلا على العلاقة[1]،أو كان هذا الأخير يتطلّب شروطا وإجراءات أكثر شدّة،أو وقتا أطول،أو جهودا كبيرة، أو نفقات أو ضرائب أو رسوم باهضة[2].

وعليه سنتعرّض في هذا المطلب إلى شروط إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي الثّابت له الإختصاص غشّا (فرع أول)، ثم إلى آثار هذا الإستبعاد (فرع ثاني)، وأخيرا نتطرّق إلى تطبيقات حول هذا الإستبعاد في مجال الأحوال الشخصية في القضاء الفرنسي (فرع ثالث).

الفرع الأول: شروط إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي الثابت له الإختصاص غشّا:

يشترط لإمكان الدّفع بالغش نحو القانون وإستبعاد القانون الأجنبي الشخصي شرطان: أحدهما يكتسي طابعا ماديا، والآخر طابعا معنويا.

البند الأول: شرط تغيير ضابط الإسناد الشخصي

يشترط لإستبعاد القانون الشخصي الأجنبي الثّابت له الإختصاص غشّا، أن يقوم أحد أطراف العلاقة بتغيير الضابط الشخصي الذي يتحدّد بموجبه القانون الواجب التطبيق[3].

ويمكن تغيير ضابطي الجنسية والموطن، مما يترتّب عنه بالضرورة، تغيير القانون الواجب التطبيق[4]، فتغيير الجنسية مثلا، يترتّب عنه تغيير القانون الشخصي في الدول التي تسند الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية، فقد يعمد الأفراد إلى إكتساب جنسية جديدة تتلاءم أحكامها مع

[1] فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 216.

[2] غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص250.

[3] محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص524، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص39،راجع كذلك،
Etienne Croteau, Op.cit.,p.51.

[4] عبده جميل غصوب، محاضرات...، المرجع السابق، ص920.

الهدف المراد تحقيقه[1]، كأن يغيّر المورّث أو الموصي جنسيته قبل وفاته للتهرّب من أحكام قانون الجنسية القديمة والإستفادة من أحكام قانون الجنسية الجديدة[2]، وذلك إذا كان هذا الأخير مثلا، بخلاف الأوّل، يجيز له أن يؤثر أحد أبنائه بكلّ التركة، أو يمكّنه من توريث زوجته غير المسلمة، أو يمكّنه من حرمان بناته من الميراث مطلقا، أو يجيز له أن يوصي بكافّة تركته.

كذلك ينتج عن تغيير الموطن، تغيير القانون الشخصي في النظم التي تسند الأحوال الشخصية لقانون الموطن، كالدول الأنجلوأمريكية،فهي تسند انعقاد الزواج لضابط الموطن، لذا قد يعمد أحد الزوجين أو كلاهما إلى تغيير موطنه، إذا كان قانون الموطن الأوّل يشدّد في شروط إبرام عقد الزواج أو يمنع قيامه[3] .

ولما كان تغيير ضابط الجنسية أو الموطن يمثّل الركن المادي للغشّ نحو القانون الشخصي الأجنبي، فلا بد أن يكون التغيير إراديا، أي يتمّ بإرادة الأفراد كاكتساب الفرد الجنسية عن طريق التجنّس، فإذا ما اكتسبها بشكل لا يد له فيه فإنه، لا داعي لإثارة الدّفع بالغش نحو القانون[4]، فاكتساب الزوجة مثلا لجنسية زوجها الأجنبي بالزواج، لا يؤدي ذلك إلى تحقيق فكرة الغش، متى كان ذلك أمرا مفروضا عليها[5]. وإلى جانب ذلك، يجب أن يكون التغيير فعليا، حقيقيا، كأن يكتسب الزوج فعلا جنسية أو موطنا جديدا، أمّا إذا لم يكتمل هذا الإجراء، فلا يعدّ الشخص من رعايا دولة

[1] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص219-220، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص760.

[2] شبورو نورية، المرجع السابق، ص106.

[3] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص96.

[4] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص187.

[5] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص149.

أجنبية، ومن ثمّ لا يمكن الدّفع بالغش نحو القانون، وإنما يتمّ الدفع على أساس الصورية[1]، فإذا ما تمّ تغيير الموطن بشكل صوري، فإنّه لا يمكن التمسّك بالغش، بل يتمّ الدفع بصورية الموطن لتطبيق أحكام الموطن الحقيقي على النزاع[2].

ولا يكفي للتمسّك بالغش نحو القانون ، وإستبعاد القانون الأجنبي الشخصي تغيير الضابط الشخصي، وإنّما ينبغي أن يكون هذا التغيير مقرونا بنيّة الإفلات من أحكام القانون الشخصي المختصّ أصلا بحكم النزاع[3].

البند الثاني: شرط وجود نيّة التحايل أو الغش نحو القانون

يشترط لإعمال الدّفع بالغش نحو القانون، أن يكون تغيير ضابط الجنسية أو الموطن بقصد الهروب من أحكام القانون الشخصي المختّص أصلا، وجلب الإختصاص لصالح قانون آخر.

ولما كانت النية من الأمور الباطنية التي يصعب عل القاضي الكشف عنها، فقد تردّد الفقه في التسليم بفكرة الغش نحو القانون، إذ تساءل الفقيه "Kant" على السبل والوسائل التي تمكّن من الكشف عن النوايا الداخلية للشخص[4]، وذلك كله للإطاحة بنظرية الغش نحو القانون، والتي تعتبر في نظره وسيلة لتحكّم القضاة في إصدار أحكام تخمينية حسب النوايا الخفية.

ونظرا للإنتقادات اللاّذعة لنظرية الغش نحو القانون، أكّد الرأي الرّاجح فقها، أن مسألة الكشف عن النيّة ليست صعبة، بل هي من الأمور اليسيرة التي يمكن للقاضي الوقوف عليها،

[1] تختلف دعوى الصورية عن دعوى الغش في أن الهدف من الدعوى الأخيرة هو إثبات التحايل على القانون، بينما لا يقع على المدعي إثبات الغش في الدعوى الصورية، أضف إلى ذلك أنه لا يمكن رفع دعوى الغش في حال وجود دعوى الصورية، راجع، نادية فوضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص88-92.

[2] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص279.

[3] علي غالب الداودي، المرجع السابق، ص256، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص210.

[4] نادية فوضيل، القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص132.

بالإستناد إلى قرائن وملابسات متعلّقة بكل قضية[1]، كالتّلازم الزمني بين الإجراء المادي المتمثل في تغيير الضابط الشخصي، وبين القيام بالتصرّف المراد إخضاعه للقانون الجديد[2].

ومتى توافرت شروط إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي الثابت له الإختصاص غشا، ترتب على ذلك آثار .

الفرع الثاني: آثار استبعاد القانون الأجنبي الشخصي الثّابت له الإختصاص غشا

متى ثبت للقاضي، أن القانون الشخصي الواجب التطبيق على العلاقة موضوع النزاع، قد انعقد له الإختصاص غشّا، نتيجة التحايل على الضابط الشخصي وتغييره، وجب عليه استبعاده[3]، وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي، منذ حكم محكمة النقض في قضية الأميرة بوفرمون[4]، كما أبطل جميع عقود الزواج التي تمت بقصد التهرّب من أحكام المادة 170 مدني فرنسي التي تنصّ على ما يلي:"الزواج المبرم في الخارج بين فرنسيين أو بين فرنسيين وأجانب، يكون صحيحا، متى تمّ طبقا للشّكل المطلوب في البلد الذي تمّ فيه بشرط أن يكون الإعلان عنه تم طبقا لما تقضي به المادة 63 بالنسبة إلى الأعمال التي تدخل في إطار الحالة المدنية"[5].

[1] صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية...، المرجع السابق، ص150-151.

[2] جندولي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص70، وكمثال على ذلك: قيام مواطني دولة (ي) بإجراء التجنس بجنسية الدولة الأجنبية (ن) ،علما أن قانون جنسيتها الأصلية يمنع الخلع، ثم مباشرة بعد تجنسهما رفعا دعوى قضائية، أمام الهيئة القضائية الأجنبية (ن)، للاستفادة من أحكام الخلع، التي يقرها قانون جنسيتهما الجديد، راجع ميكالي هواري، المرجع السابق، ص215.

[3] Etienne Croteau,op.cit.,p.51.

[4] الأميرة "بوفرمون" كانت تعيش في فرنسا في النصف الثاني من القرن 19م، منفصلة قضائيا عن زوجها الفرنسي، نظرا لعدم سماح القانون الفرنسي بالطّلاق في ذلك الوقت، ولكي تتمكن الأميرة من الزواج بالأمير "بيسيكو"، حصلت على جنسية إحدى الدوقيات الألمانية التي يبيح قانونها الطلاق، وبالفعل طلّقت من زوجها الفرنسي بموجب هذا القانون، وتزوجت مباشرة من الأمير المذكور، فلم تعترف محكمة النقض الفرنسية بهذا الزواج في فرنسا.

[5] Art 170 du code civ. Fr : « le mariage contracté en pays étranger entre français et entre français et étranger sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il été précédé de la publication prescrite par l'article 63 au titre des actes de l'état civil. »

وقد نصّت غالبية التشريعات الغربية[1] على إستبعاد القانون الشخصي الثّابت له الإختصاص غشا، باستثناء القانون الأرجنتيني والقانون الأمريكي[2]، أمّا في الدول العربية، فلم يتم النصّ على ذلك[3]، إلّا في القانون الجزائري في المادة 24 مدني، المعدّلة والمتمّمة بقانون 20 جوان 2005 نصّت على أنّه:"لا يجوز...أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون"[4]، وفي القانون التونسي نصّت المادة 02/30 من مجلة القانون الدولي الخاص:"إذا توافرت شروط التحايل على القانون فلا عبرة بتغيير عنصر الإسناد"[5].

ومتى إستبعد القاضي القانون الأجنبي الشخصي الواجب التطبيق، متمسّكا بالدّفع بالغش نحو القانون، ترتّب على ذلك عدم نفاذ النتيجة المبتغاة من وراء الغش[6]، وذلك عن طريق عدم الإعتداد بالتغيير الذي أجراه الأفراد، وتطبيق القانون الأصلي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد بعد إغفال التغيير الحاصل في الضابط الشخصي، والأخذ بعين الإعتبار الضابط الشخصي الأصلي قبل التغيير، وهو ما نصّ عليه المشرع التونسي في المادة 02/30 أعلاه.

[1] نص على ذلك: القانون السويسري(المادة 15 من القانون الدولي الخاص لسنة 1878)، ومشروع تعديل القانون المدني الفرنسي (الم. 54 منه)، وقانون مقاطعة كبيك (المادة 3082 من القانون المدني لسنة 1991)، والقانون المكسيكي (المادة 01/15 من القانون المدني المعدل لسنة 1987)، والقانون الإسباني (الم. 04/12 من القانون المدني المعدل في 1974)، والقانون الروماني (المادة 19 فقرة ب من مجموعة القانون الدولي الخاص لسنة 1992).

[2] لم يأخذ بالغش نحو القانون: القانون الأرجنتيني (المادة 99 مدني)، والقانون الأمريكي (المادة 129 من المدونة الأمريكية).

[3] بالرغم من عدم النص على الغش نحو القانون في كل القوانين العربية، إلا أن الفقه والقضاء مستقران على استبعاد القانون المختص بواسطة الغش، ولعل الأساس القانوني لذلك هو أحكام القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية، راجع رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص95.

[4] مع ملاحظة أن نص المادة 24 مدني قبل التعديل، لم تنص على الغش نحو القانون، وإنما اكتفت بحالة المخالفة للنظام العام، على غرار القوانين العربية التي أخذت عن القانون المصري.

[5] ذكرت الفقرة الأولى من هذه المادة:"يتكون التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد العناصر الوضعية القانونية الواقعية، بغية تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة".

[6] محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 526.

وحسب القاعدة المأثورة:" إنّ الغشّ يدنّس كل شيء، ولا يمكن للغاش الإستفادة من غشّه أو تدنّسه"، غير أنّ المثير للإهتمام في مجال القانون الدولي الخاص، هو البحث عن نطاق عدم الإستفادة، ومن ذلك برز رأيين، يحتوي أحدهما الآخر ويشمله، ولكن في الوقت ذاته يتعدّاه إلى تقرير نتيجة أوسع منه[1].

فبينما يتّجه الرأي الأول إلى أنّ جزاء التحايل على الضابط الشخصي، يقتصر على الجزء الذي وقع فيه، أي على النتيجة التي أراد الغاش تحقيقها دون الوسيلة[2]، ذلك أن العبرة في التصرّف بغايته، وعليه لا داعي للمبالغة في الجزاء، إذ يكفي أن يرد الغاش عن قصده، فتغيير الزوجة لجنسيتها تهرّبا من الأحكام الموضوعية في القانون المختصّ أصلا لحكم النزاع، والتوصّل إلى إستصدار حكم التطليق وفقا لقانون جنسيتها الجديدة، يفترض أن يكون الجزاء من جنس الفعل المرتكب، وهو ما لن يتأتّى إلا بقصر الأثر على عدم نفاذ النتيجة[3] "التطليق"، دون التطرّق إلى الوسيلة "الجنسية الجديدة"، التي تبقى منتجة لآثارها خارج حدود القضية المطروحة، ويستند أنصار هذا الإتجاه وعلى رأسهم الفقيه "نبوابيه" إلى موقف محكمة النقض الفرنسية في قضية السيدة "دي بوفرمون"، إذ اكتفت محكمة النقض بعدم الإعتداد بالتطليق في فرنسا[4]، ودون التطرّق إلى بطلان الجنسية الألمانية، لأنّ الخوض في ذلك يؤدي إلى خلق مشكل قانوني يتمثل في التعدّي على أحكام القانون الإداري الأجنبي[5]، ولكن هذا الرأي انتقد لمجافاته للمنطق السليم، خاصّة أنّه يؤدي إلى خلق أوضاع قانونية تنتج آثار

[1] نادية فوضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص 123.

[2] موحند إسعاد، المرجع السابق، ص230.

[3] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 230.

[4] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص301.

[5] فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص225.

متناقضة، إذ يبقى الغاش خاضعا للقانون الشخصي الذي تهرّب من أحكامه بالنسبة للنتائج التي أراد تحقيقها بتغييره لضابط الإسناد، وفي الوقت نفسه يخضع للقانون الشخصي الجديد بالنسبة للآثار الأخرى وهو ما يترتّب عليه عدم استقرار المراكز القانونية[1].

هذا ويؤكد الرأي الثاني، أنّ جزاء التحايل على الضابط الشخصي، يشمل الغاية والوسيلة التي لجأ اليها الشخص للتوصّل إلى النتيجة غير المشروعة، فمن غير المتصوّر تجزئة العمل القانوني، والإعتراف ببعض آثاره دون البعض الآخر[2]. وعليه يفنّد أصحاب هذا الرأي توجّه للرّأي السابق بخصوص قضية "دي بوفرمون"، ذلك أن محكمة النقض الفرنسية لم تتطرّق إلى صحّة تجنّسها بالجنسية الألمانية، بل إكتفت بذكر أنّ السيدة "دي بوفرمون" لا تزال تتمتّع بالجنسية الفرنسية.

وهذا هو الإتجاه الصائب في نظرنا، تطبيقا لقاعدة ما بني على باطل فهو باطل، إذ لما كانت فكرة عدم النفاذ وسيلة فنية لحماية مصلحة مشروعة للغير، فإنّ الدفع بالغش نحو القانون يرمي إلى حماية سلطان القانون مجرّدا عن المصالح الخاصة، لذلك فمن الواجب إستخدام هذا الدفع في كل حالة يثبت فيها التهرّب من أحكام القانون الشخصي المختص[3].

وكنتيجة يمكن القول أن تطبيق فكرة ما بني على باطل فهو باطل تقتضي الأخذ بعين الإعتبار حسن نيّة الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، فقد يكون لهذا الأخير أولادا نجموا عن الزواج الثاني، والجزم بعدم نفاذ النتيجة والوسيلة يؤدّي إلى إهدار حقوقهم الشرعية، وهو ما يتعارض

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص198.

[2] محمد كمال فهمي، المرجع السابق، 527.

[3] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص231.

مع المراكز القانونية الجديدة، والقضاء على مبدأ استقرار المعاملات، لذا يتعيّن على القاضي الأخذ بهذه الإلتزامات جملة واحدة، ودون تغليب لبعضها على البعض الآخر[1].

ولما كان المشرع الجزائري، اقتصر على استبعاد القانون الشخصي الثابت له الإختصاص غشا، استنتاجا من نص المادة 24 مدني المعدّلة والمتمّمة، دون تطرّقه إلى آثاره، فإنّنا كما ذكرنا سالفا، نؤيّد تطبيق مبدأ ما بني على باطل فهو باطل، ويكون للقاضي السلطة التقديرية في تطبيقه حفاظا على إستقرار المراكز القانونية، وحماية للغير حسن النيّة.

وبعد التعرّض إلى شروط وآثار إستبعاد القانون الشخصي الثّابت له الإختصاص غشا، نتعرّض في الفرع الموالي إلى مجموعة من التطبيقات توضّح هذا الإستبعاد، وذلك في بعض مسائل الأحوال الشخصية في القضاء الفرنسي.

الفرع الثالث: تطبيقات إستبعاد القانون الشخصي الثابت له الإختصاص غشّا في مجال الأحوال الشخصية في القضاء الفرنسي

إنّ أكبر مجال للدفع بالغش نحو القانون هو مجال الأحوال الشخصية، بل إنّ نشأة هذه النظرية كانت نتيجة الغش في هذا الميدان وبالأخصّ في حالات الطّلاق[2].

وباستقراء بعض أحكام القضاء الفرنسي نجد أنه حافل بالقضايا التي تجسّد الدفع بالغش نحو القانون الشخصي، لهذا سيتم التعرّض إلى بعض منها، في مسائل الطلاق (بند أول)، وفي مسائل الأهلية (بند ثاني)، و في مسائل الميراث (بند ثالث).

[1] نفترض هنا أنه تم إبرام عقد الزواج الثاني نتيجة التحايل على الضابط الشخصي، وكان أحد أطراف العلاقة حسن النية، كأن يكون جاهلا بأن الطرف الثاني قد غير موطنه أو جنسيته حتى يتهرب من القانون الأصلي الذي يمنع هذه العلاقة.

[2] موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص160.

البند الأول: تطبيقات في مسائل الطلاق

من الأمثلة القضائية التي استبعد فيها القضاء الفرنسي القانون الشخصي الواجب التطبيق على الطلاق، والثابت له الإختصاص غشا، نذكر ما يلي:

أوّلا: قضية "Place et choppin" في 16 ديسمبر 1845[1]:

تتلخّص وقائعها في أنّ شخصا فرنسيا، متزوّجا بفرنسية لمدة عشرين سنة، صدر حكم ضده بالتفريق الجسماني، ونظرا لمنع الطلاق في فرنسا خلال الفترة الممتدّة بين 1815م و1884م، ذهب المعني بالأمر إلى سويسرا وأقام بها، وحصل على الجنسية السويسرية ليطلّق زوجته وفقها، ويتزوّج من أخرى، ثم عاد بعدها إلى فرنسا، لكن زوجته الثانية توفيت، فرجع للمرة الثانية لسويسرا لعقد قرانه للمرة الثالثة، ثم عاد إلى فرنسا للإقامة بها بصفة دائمة. كل هذه الوقائع تثبت أنّ هذا الشخص، لم يكن في نيته إلاّ التحايل على القانون الفرنسي، قصد الحصول على الطلاق، والدليل على ذلك أنه كلّما حصل عليه عاد إلى فرنسا.

ثانيا: قضية "Vidal"[2]

تتلخّص وقائعها في أنّ زوجين فرنسيين منفصلين جسديا، تجنّسا بالجنسية السورية عام 1874، وحصلا على الطلاق وفقا لها، وبعدها تزوّجت المرأة المطلّقة فورا، إلّا أنّ الزوج الذي بقي في فرنسا، طعن بعدم صحة زواجها متذرّعا بالغش، وهو ما أجابته عليه محكمة السين المدنية، معتبرة

[1] محكمة Ais en provence في 21 جانفي 1982، نقلا عن بيار إميل طوبيا، التحايل على القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009، ص316، نادية فوضيل، الغش نحو القانون، بحث للحصول على درجة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، جوان 1984، ص47.

[2] نادية فوضيل، الغش نحو القانون،المرجع السابق، ص67.

أن الزوجين حصلا على الطلاق نتيجة الغش ضد أحكام القانون الشخصي الفرنسي، لصالح القانون الشخصي السويسري، ولهذا يبطل هذا الزواج الثاني.

كما قرّرت محكمة إستئناف "Ais en provence" أنّ الزواج الثاني المحتفل به في إسرائيل، في وقت لم يبطل الزواج الأوّل، يشكّل تحايلا على القانون الفرنسي من قبل الزوجين الفرنسيين المقيمين بفرنسا، واللّذان يعلمان تماما أنه لا يمكنهما الزواج ثانية[1].

ثالثا: قضية الأميرة "دي بوفرمون"[2]: "La princesse De Bauffremont"

تتلخص وقائعها في أن الكونتيسه "Carman chimay" بلجيكية الأصل، تزوّجت بضابط فرنسي هو الأمير "De Bauffremont "، فأصبحت فرنسية بالزواج، وفي أوت 1874، حدث بينها وبين زوجها إنفصال جسماني، وأرادت الزوجة الطلاق، غير أنّ القانون الفرنسي كان يحظر الطلاق أنذاك، فلم تجد حلاّ إلّا اللّجوء إلى ألمانيا والتجنّس بجنسية إحدى الدويلات، وهي دوقية "سايكس التمبورغ" "Duché de saxe Altembourg".

وفي 24 أكتوبر 1875، حصلت على حكم التطليق طبقا لقانون جنسيتها الجديدة، ثم رحلت بعد ذلك إلى "برلين"، وتزوّجت بالأمير الروماني بيبسكو "Bibesco"، وعادت بعد فترة للعيش في فرنسا، وبعد أن علم الزوج الأول بذلك، لم يكن أمامه سوى اللّجوء إلى القضاء الفرنسي، مطالبا ببطلان الزواج الثاني، واعتبار التطليق كأن لم يكن، مستعينا بالغش نحو القانون، وقد أخذ القضاء الفرنسي بذلك، وأيّدته محكمة باريس في 17 جويلية 1876، كما أنّ محكمة النقض

[1] محكمة السين في 31 جانفي 1877، وهو الحكم الذي أكدته محكمة باريس في 30 جوان 1877، راجع بيار إميل طوبيا، المرجع السابق، ص315.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص160، سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص185، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص291، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص275، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص205.

الفرنسية سنة 1878، رفضت الطعن بالنقض في القرار مستندة على جملة من الحجج، أهمها أن الزوجين لا يمكنهما تجنّب الخضوع إلى أحكام القانون الفرنسي حتى ولو كان ذلك برضاهما، لأن القانون الفرنسي وحده يقرّر ما إذا كانت رابطة الزواج قابلة للإنحلال أم لا، خاصّة أن المدّعى عليها حصلت على الجنسية الجديدة لا لتخضع لواجباتها ولتتمتع بحقوقها، وإنما فقط للحصول على الطلاق الذي يحظره القانون الشخصي الفرنسي.

وفي جميع الأحوال إنّ تطبيقات إستبعاد القانون الشخصي الثابت له الإختصاص غشا على الطلاق في القضاء الفرنسي، قد تضاءل بعد إجازة الطلاق في التشريع الفرنسي سنة 1884.

البند الثاني: تطبيقات في مسائل الأهلية

من تطبيقات إستبعاد القانون الشخصي الثابت له الإختصاص غشا، التي عالجها القضاء الفرنسي، هي حالات تغيير الجنسية، للتخلّص من آثار عدم الأهلية، ففي قضية "ABEL" مثلا، أقيمت دعوى تعيين وصي قضائي أمام محكمة "السّين"، بينما كان السّفيه يقيم في إنجلترا لمتابعة دراسته، وبمجرّد علمه بالدعوى المقامة ضدّه، اجتهد في طلب الجنسية من الحكومة البريطانية، وفور حصوله عليها، دفع أمام المحاكم الفرنسية بعدم الإختصاص، فردّت المحكمة السابقة مؤيدة من محكمة إستئناف باريس الدّفع، مقرّرة أنّ هذا التجنّس غير سار إتجاه المدّعي، لأن الهدف منه التهرّب من الدعوى المقامة ضدّه[1].

[1] محكمة السين المدنية في 08 مارس 1884، نقلا عن بيار إميل طوبيا، المرجع السابق، ص323.

الحل نفسه قرّرته محكمة السين، في قضية تتعلّق بتغيير الجنسية، من قبل فرنسي تحت الوصاية القضائية إلى جنسية بلد لا يعرف هذا النظام، فالمفروض أن تنتهي حالة عدم أهليته من يوم تجنّسه، إلّا أنّ الأمر على خلاف ذلك لأنه قصد من تغيير جنسيته التهرّب من عدم الأهلية[1].

البند الثالث: تطبيقات في مسائل الميراث

أكّدت محكمة النقض الفرنسية على إستبعاد القانون الشخصي الثابت له الإختصاص غشا على الميراث في قرار "كارون" بتاريخ 20 مارس1985[2]، عندما طبّقت القانون الفرنسي وإستبعدت القانون الشخصي الأمريكي، وهذا ما يتّضح من قضية شخص كان يملك عقارا في فرنسا، ومع استشعاره قرب نهاية أجله، أراد أن يتهرّب من أحكام القانون الفرنسي، الواجب التطبيق على الميراث العقاري، وبالضبط الهروب من فكرة النصيب أو الحصّة المحجوزة، التي يعرفها القانون الفرنسي لمصلحة أولاده- وهي جزء من التركة لا يجوز فيه التصرف بالهبة أو التبرع-، فقدّم عقاره بوصفه حصة عينية في شركة لقاء حصوله على أسهم فيها، قاصدا إخضاع هذا الميراث لقانون موطنه، أي القانون الأمريكي الذي يجهل فكرة النصيب المحجوز ،حتى يتمكّن بذلك من حرمان أبنائه من الإرث مع وفاته، أثار أبناؤه مسألة الغش نحو القانون الفرنسي، المختص أصلا بحكم الإرث على العقار، فأجابتهم محكمة النقض لطلبهم، واستبعدت أحكام القانون الشخصي الأمريكي بوصفه قانون آخر موطن للمتوفى، أريد من تطبيقه الهروب من أحكام الإرث في القانون الفرنسي المختص أصلا باعتباره قانون موقع العقار، وهذا من أجل حرمان الأبناء من الميراث.

[1] محكمة السين المدنية في 31 ديسمبر 1910، نقلا عن بيار إميل طوبيا، المرجع نفسه، ص323.

[2] Cass. civ 20 mars 1985, v., p. mayer, op.cit, p.181.

يتّضح من خلال التطبيقات التي أوردناها أن القانون الشخصي الذي يشير إلى تطبيقه ضابط الجنسية أو الموطن،يستبعد متى إتّضح أنّ اختصاصه قد ثبت غشا، مما يعني أن إعمال الضابط الشخصي قد تصاحبه مشاكل تظهر بعد تحديد القانون الشخصي الواجب التطبيق، غير أنّ التشريع والقضاء قد تصدى لها.

وفي الأخير يظهر لنا أن المشاكل المترتّبة على إعمال الضابط الشخصي، سواء أثناء البحث عنه، أو أثناء تحديد القانون الشخصي الذي يشير إليه، أو أثناء تطبيقه لا تزعزع الثقة في هذا الضابط، ولا في نجاعته في حل مشاكل تنازع القوانين، خاصة في مجال الأحوال الشخصية، طالما أن الفقه والقضاء أوجدا حلولا لازمة وناجعة للتصدي لها.

ولا تنته أهمية الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص هنا، فهذا الدور لا ينحصر في مجال الإختصاص التشريعي فحسب، وإنما يمتدّ ليبرز في مجالات أخرى ،لاسيما في إطار تحديد المحكمة المختصة دوليا بالنظر في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، وكذا دوره في معاملة الأحكام الدولية والأشخاص الطبيعية الأجنبية، وهو ما سيتمّ التعرّض له في الباب الثاني من هذه الرسالة.

لا يقتصر مجال القانون الدولي على موضوع تحديد الإختصاص التشريعي فحسب، وإنما يمتد ليشمل كل من الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ومركز الأجانب.

وكما يبرز دور الضابط الشخصي في تحديد الإختصاص الشريعي، تبرز أهميته أيضا في المواضيع الأخرى التي يهتم بدراستها القانون الدولي الخاص.فتحديد الجهة القضائية المختصة، يعتبر من أكثر المسائل أهمية، ذلك أن الفصل في الدعاوى التي يكون أحد طرفيها أو كليهما أجنبيا، يتطلب رفع النزاع أمام جهة قضائية مختصة للفصل فيه[1]، وعليه تشكل قاعدة الإختصاص المسألة الأولى التي يثيرها وينظر فيها القاضي، بحيث لا يتطرق للبحث عن الشروط الأخرى، ولا يفصل في المسألة الموضوعية إلا بعد توافر قاعدة الإختصاص، والتي تختلف من حيث طبيعتها، فقد يكون القاضي مختصا اختصاصا أصليا وعاما للنظر في النزاع، وهو ما يسمى بالقضاء ذا الولاية العامة ،كما قد يكون مختصا اختصاصا قاصرا، وفي حالات أخرى اختصاصا جوازيا.

ويتحدّد الإختصاص القضائي الدولي بناء على إعمال ضوابط معينة، قد تكون هذه الضوابط شخصية، تستمدّ من أطراف العلاقة، وتضفي على هذا الإختصاص صفة الإختصاص الشخصي للمحاكم، إذ ينظر في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي محاكم جنسية أو موطن أحد أطراف الدعوى، ومتى انعقد الإختصاص القضائي نتيجة لإعمال ضابط الجنسية، يكون الإختصاص جوازيا، أمّا إذا تقرّر وفقا لضابط الموطن، فيكون إختصاصا أصليا.

[1] هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، نشأته، مباحثه، مصادره، طبيعته، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 295.

ونتيجة لما يكرّسه الإختصاص القضائي الشخصي من مبادئ على المستوى الدولي، فقد كان من الأولى تنظيمه بنصوص قانونية، لاسيما أن المجتمع الدولي في الظروف الراهنة يتكوّن من دول تتمتع بالسيادة وتسعى للحفاظ عليها، بعدم تمكين المتقاضين من الإعتداء عليها[1].

والجدير بالذكر، هو أن المشرع الجزائري، على غرار القانون الفرنسي، وخلافا لبعض التشريعات العربية والأوروبية، لم ينظم هذه القواعد في قانون خاص، بل حاول أن يمد ما هو داخلي إلى العلاقات ذات العنصر الأجنبي [2].

ومتى ثبت الإختصاص للمحاكم الشخصية، يبرز دور الضابط الشخصي في تحديد الإختصاص القضائي الدولي، غير أن الإشكال هنا يثور حول طبيعة هذا الإختصاص: هل يعتبر مطلقا أو ترد عليه استثناءات؟، وإذا انعقد الإختصاص بناء عليه، فما هي أهم المشاكل المترتبة على إعماله؟

وقد يحدث أن تفصل المحاكم تطبيقا لقواعد الإختصاص الشخصي، في المنازعات المعروضة عليها، وتصدر حكما فاصلا فيها، غير أنه يراد التمسك والإحتجاج به في الخارج، وهنا يكون للضابط الشخصي الذي صدر على أساسه دور في تحديد معاملته. وبناء على ذلك، إذا وجد القاضي نفسه أمام حكم أجنبي شخصي، فهل يشترط رفع دعوى جديدة أمامه، أم أنه يكتفي فقط بطلب الأمر بالتنفيذ؟، وما هي الشروط التي يراعيها قبل منحه هذا الحكم الصيغة التنفيذية؟، وما هي أهم الآثار المصاحبة للحكم الأجنبي الشخصي؟

[1] خلوفي رشيد، القضاء الإداري، تنظيم واختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2002، ص230-232.

[2] هناك بعض التشريعات التي خصت مواضيع القانون الدولي الخاص بقانون خاص بها كالقانون الدولي الخاص التونسي والقانون السويسري.

هذا ويمتدّ دور الضابط الشخصي ليحدد معاملة الأشخاص الطبيعية الأجنبية، وذلك نظرا لأهميته في تحديد مركز الأجانب، وعليه فيما يتمثل هذا الدور؟، وأين ومتى تبرز أهميته؟

كل هذه الإشكاليات سنحاول الإجابة عليها في هذا الباب، وذلك من خلال التعرض في الفصل الأول إلى دور الضابط الشخصي في تحديد الإختصاص القضائي الدولي، وفي الفصل الثاني إلى دور الضابط الشخصي في تحديد معاملة الأحكام الدولية والأشخاص الطبيعية الأجنبية.

الفصل الأول: دور الضابط الشخصي في تحديد الإختصاص القضائي الدولي:

يعتبر حق الأجانب في الإلتجاء إلى محاكم الدولة أحد الحقوق اللازمة لحياتهم في إقليمها، ويعد هذا الحق ضمن الحقوق التي تشكل الحد الأدنى، وتقرّره المواثيق الدولية لحقوق الإنسان[1] .فحق الإنسان في الحياة، وفي أمنه الشخصي مرتبط بحقه في التقاضي، فلا يمكن حبسه بدون محاكمة، هذه الأخيرة هي التي تمكنه من ممارسة حق الدفاع، سواء في الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، أو يزورها، أو يقيم على إقليمها بصفته أجنبيا[2].

وينظّم اختصاص المحاكم للنظر في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي بموجب قواعد قانونية، تسمى بقواعد تنازع الإختصاص القضائي الدولي، ويراد بهذا الإصطلاح بيان القواعد التي تحدد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تشتمل على عنصر أجنبي إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى، وذلك بالمقابلة لقواعد الإختصاص الداخلي التي تحدد إختصاص كل محكمة من محاكم الدولة إزاء غيرها من محاكم نفس الدولة[3].

وما تجدر الإشارة إليه، إن هذه القواعد تبين الحدود التي تباشر فيها الدول سلطتها القضائية، في مقابل الحدود التي تباشر فيها دول أخرى لهذه السلطة[4]، وهي على الرّغم مما توحي به تسميتها

[1] نصت المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10-12-1948: "لكل شخص يتهم بجريمة معاقب عليها الحق في افتراض براءته، حتى يثبت أنه مدين وفقا للقانون في محاكمة علنية، تكون له فيها كل الضمانات الضرورية لدفاعه."

[2] محمد سعادي، حقوق الإنسان، دار الريحانة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2002، ص 17.

[3] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، سنة 2002، ص05. راجع أيضا:
Despagnet(F), Précies de droit international privé,4éme edition, Paris,1904, P.402, Weis Manuel, Droit international privé ,6éme edition, Paris, 1904,p.640.

[4] سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، طبعة 2002، ص250.

ليست قواعد تنازع، وإنما قواعد مادية تحدد بذاتها الإختصاص القضائي، حيث تعلن المحكمة التابعة لدولة معينة اختصاصها أم لا، تطبيقا لقواعد دولتها حصرا[1].

وغالبا ما تشير هذه القواعد إلى اختصاص محاكم دولة معينة بالنظر إلى الضابط الشخصي باعتباره ضابطا يربط بين الشخص والدولة، إضافة إلى أنه ضابط قانوني، ذلك لأنه قد يكون مبنيا على فكرة قانونية سياسية، كما هو الحال بالنسبة لضابط الجنسية، أو لأنه مبني على فكرة إقليمية، كما هو شأن بالنسبة لضابط الموطن.كما أنه يعتبر ضابطا عاما، لا يقتصر على طائفة معينة من المنازعات[2]، وإن وصف الضابط الشخصي بالعمومية لا يعني أن محاكم الجنسية أو الموطن تنظر في جميع الدعاوى دون إستثناء.

وقد إهتمت غالبية التشريعات في القانون المقارن بوضع أحكام تنظم الإختصاص القضائي الدولي المبني على الضابط الشخصي، كما أوجدت حلولا لأهم الصعوبات والمشاكل التي قد يثيرها هذا الضابط على مستوى الإختصاص القضائي.

ونظرا لهذه الإعتبارات يطرح التساؤل التالي: ما مدى أهمية الضابط الشخصي في مجال الإختصاص القضائي الدولي؟

[1] موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1968، ص09.

[2] حسام الدين فتحي ناصف،، الموطن في العلاقات الدولية للأفراد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد الثاني، سنة 1994، ص51، وما بعدها.

وللإجابة على هذه الإشكالية، نتعرض لتبيان دور الجنسية في تحديد الإختصاص القضائي الدولي في (المبحث الأول)، وإلى دور الموطن في تحديد الإختصاص القضائي الدولي في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: دور الجنسية في تحديد الإختصاص القضائي الدولي:

تعدّ الجنسية أحد المعايير المعتمدة في تحديد اختصاص المحاكم بالمنازعات التي يكون وطنيّوها طرفا فيها ولو نشأ النزاع في الخارج[1]. ووفقا لقواعد الإختصاص القضائي الدولي القائمة على ضابط الجنسية، يتم تقرير اختصاص المحاكم بالنظر إلى المركز القانوني لأحد أطراف الدعوى، وهو إما المدّعي أو المدعي عليه، مما يعني أن هذا الإختصاص هو بمثابة امتياز للمواطن، ومتى ثبت تحقق الإختصاص المشترك، إذ بموجبه ينعقد الإختصاص لأكثر من محكمة، فقد تختص محكمة بالنظر في نزاع معين بناء على جنسية المدعي، وتختص محكمة أخرى بالنظر في النزاع ذاته بناء على جنسية المدعى عليه[2].

ونظرا لأهمية الدور الذي تلعبه الجنسية في تحديد الإختصاص الشخصي للمحاكم الدولية، سنتعرّض في المطلب الأول إلى موقف التشريع والقضاء من الضابط، مبرزين مجال تطبيق الإمتياز، طبيعته، والمحكمة المختصة محليا بالنظر في المنازعات المرفوعة على أساسه.

وفي مقابل الدّور الإيجابي الذي تلعبه الجنسية، فإن لها دورا سلبيا يتجسّد من خلال بعض المشاكل والصعوبات التي قد تثيرها في مجال الإختصاص القضائي الدولي، لذلك سنخصّص المطلب

[1] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، المرجع السابق، ص252.
[2] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص131.

الثاني لدراسة أهم الصعوبات المترتبة على إعمال ضابط الجنسية في مجال الإختصاص القضائي الدولي، مع بيان أهم الحلول المقترحة لذلك.

المطلب الأول: موقف التشريع والقضاء من إختصاص المحاكم المبني على ضابط الجنسية:

لقد إعتدّت التشريعات المقارنة بضابط الجنسية حتى ينعقد الإختصاص لمحاكمها، مع اختلاف في مواقفها، إذ نجد أن بعضها أخذ فقط بجنسية المدّعى عليه في حين أنّ البعض الآخر يعتقد الإختصاص لمحاكمه متى تمتّع المدعي أو المدعى عليه بجنسية دولة المحكمة.

ولتوضيح مدى أخذ التشريعات بجنسية أطراف الدعوى، سنتعرض إلى موقف القضاء الفرنسي (فرع أول)، ثم إلى موقف التشريعات العربية (فرع ثاني)، وأخيرا إلى موقف المشرّع الجزائري (فرع ثالث).

الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي:

إنّ الرّغبة في توفير الحماية للمواطن الفرنسي من جهة، وعدم ثقة القضاء الفرنسي في قضاء الدول الأخرى من جهة أخرى، جعل واضعي القانون المدني الفرنسي يفكرون في وضع آلية قانونية يستطيع من خلالها كل فرنسي، مهما كانت أحواله، أن يلجأ إلى قضاء دولته، أو يمثل أمامه، وهو ما تجسّد من خلال وضع المادتين 14 و15 واللّتان تعتبران بمثابة إمتياز للمواطن الفرنسي[1].

[1] بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2008، 2009، ص343،

Bernard Audit, Louis D'Avout,op.cit.,p.355,François Mélin,Droit international privé,5 éme édition,Gualino,Lextenso édition ,Paris, 2012,p.42.

وتنص المادة 14 ق.م[1] فرنسي على ما يلي :"الأجنبي حتى ولو لم يكن مقيما بفرنسا يجوز أن يكلّف بالحضور أمام المحاكم الفرنسية من أجل إلتزامات تعاقد عليها في فرنسا مع فرنسي، كما يمكن أن يقدّم أمام محاكم فرنسا من أجل إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع فرنسيين"، أمّا نص المادة 15 ق.م فرنسي فهو كالتالي: "يمكن تقديم فرنسي أمام محاكم فرنسية من أجل إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي ولو تمّ ذلك مع أجنبي[2]".

إنّ تحليل المادتين المذكورتين يتطلّب الوقوف على الأصل التاريخي لهما أوّلا، وتقديرهما ثانيا، وتحديد مجال تطبيقها ثالثا، وتحديد طبيعتهما رابعا، وأخيرا تحديد المحكمة الفرنسية المختصّة محليا في الدعاوي المرفوعة على أساس الجنسية.

[1] Ar.14 C.C.F « L'étranger, même non résident en France, pourra être cité devant les tribunaux Français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français, il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français. »

[2] Art 15 C.C.F « un français pourra être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger même avec un français.

مقابل ما أخذ به التشريع الفرنسي، رفضت بعض التشريعات الأجنبية الإعتداد بضابط الجنسية ، ومن ذلك نذكر القانون الانجليزي الذي يعتد بجنسية المدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي في الحالة التي يتوطن فيها المعني على التراب الإنجليزي، راجع في ذلك:

Cheshire's, Private international law by North, 9 th ed., Butterworth, London, 1974, p.77, 79, 80.

كما لا يعتد به أيضا القضاء الأمريكي راجع في ذلك:

Richman willam, Reynolds william, understanding conflict of lows, Mattheur Bender 1995, p.93.

ولا يعتد به كذلك القضاء الكندي، راجع:

Herts Michael, Introduction to conflict of laws, A guide to understanding, the casswel company limited, toromoto, Canada, 1978, p.17.

البند الأول: الأصل التاريخي للمادتين 14 و15 ق.م فرنسي

يتّفق الشراح الفرنسيين في غالبيتهم على القول بأنه ليس هناك الكثير من المعلومات حول الأصول التاريخية لهاتين المادتين، خاصة المادة 14[1]. و لقد ثار التساؤل أمام هذا النقص حول ما إذا كانت هذه المادّة فعلا شيء جديد إبتدعه واضعوا القانون المدني الفرنسي، أم أنها تحتوي على قاعدة ترجع أصولها إلى الماضي القديم.

للإجابة على ذلك، ذهب البعض[2] إلى القول بأن المادة 14 تجد جذورها في أمر صادر في 1349/08/06 من قبل PHILLIPE DE VALOIS، يخصّ التجارة التي تمارس في المعارض والإحتفالات الشعبية، حيث أعطى هذا الأمر لحرّاس هذه المعارض وبمساعدة بعض التجّار البارزين الإختصاص في الفصل في النزاعات التي يكون سببها الصفقات المبرمة في المعارض المقامة في منطقة Champagne et Brie مهما كانت جنسية الأطراف المتخاصمة. ولقد تم تعميم هذا الحل فيما بعد، وذلك في منشور (Edit)، أصدره الملك FRANCOIS في 1553/02/01، ثم في الإعلان الصادر من قبل الملك CHARLE IX في 1565/04/28، ليظهر هذا الحل في صيغته النهائية في الأوامر الملكية لسنة 1673 و1681[3].

[1] CF.H GAUDEMET TALLON, Recherche sur les origines de l'article 14 du code civil, P.U.F, 1964, P.43 et S., J.P NIBOYET, OP. cit. , n°1732 P.294 ; H.BATIFFOL, P. LAGARDE, Op.cit. , N° 670, P.352.

[2] CF CREMIEU, S.J.1948, n° 718 cité par J.P.NIBOYET, op.cit., N°1732, P.295.

[3] CF, J.P. NIBOYET, ibid.

أما بالنسبة للمادة 15 ق.م فرنسي، فيبدو أنها أيضا أتت بقاعدة لها جذورها في الماضي حيث كانت معروفة في ظل القانون القديم، وردّدها الكثير من شراح وفقهاء ذلك الوقت، فلقد كتب RIGAUX يقول: "إنّ نص المادة 15 لم يقم سوى بإعادة الأخذ بتقليد كان متّبعا في القانون القديم، والذي وضع مبدأ أن محاكم فرنسا هم القضاة الطبيعيون للفرنسيين". ولتأكيد ما كتبه يستشهد هذا الأخير ببعض العبارات التي كتبها BRILLON حيث يقول أنه: "لا يمكن لأحد رعايا فرنسا أن يخرج عن سلطة قاضيه الطبيعي ويمثل أمام قضاء أجنبي، حتى ولو ذهب ليقيم خارج المملكة[1]".

ويرى VALIN أن الأصل هو أن يتم مقاضاة الفرنسي أمام المحاكم الفرنسية، ولا يمكن تصوّر الخروج عن هذه القاعدة إلاّ في الحالة التي لا يكون فيها لهذا الفرنسي أموال بفرنسا[2]، وكتب GYUOT يقول: "يجب أن يجد الفرنسي الحماية عند قضاته الطبيعيين، يستوي أن يكون ذلك ضد أحد مواطنيه أو ضد أجانب[3]".

وإذا كانت قاعدة مقاضاة الفرنسي أمام المحاكم الفرنسية، حتى ولو كان هذا الأخير مقيما بالخارج معروفة لدى الفقهاء الفرنسيين القدامى، فإن الكثير يرى أن هذه القاعدة هي مستوحاة من

[1]" Un sujet de France ne peut être distrait de sa juridiction naturelle pour plaider dans une étrangère, nonobstant qu'il soit allé s'habituer hors le royaume » V.BRILLON, Dictionnaire des arrêts, 1927, V. étrangers, T.III, P. 147, cité par J .P NIBOYET, Op. cit., n°1748, P.325.

[2] CF.VALIN, Ar.I, titre2, P.271, cité par J.P NIBOYET, op. cit. n°1748, P.323, note3.

[3] « Un français doit trouver de la protection dans ses juges naturels contre des étrangers aussi bien que contre ses citoyen » GYUOT, v .souveraineté par GARAT, éd. De 1785,p.394,cite par J.P. NIBOYET ,ibid.

نص تشريعي هو الأمر الملكي الصادر في جوان 1778 الذي كان يفرض على الفرنسيين عدم التخلي عن اختصاص محاكمهم الوطنية[1].

وإذا كان الأصل التاريخي للمادتين 14 و15 ق.م فرنسي ما يزال غامضا ومحلا للكثير من الإفتراضات، فإن أسباب وضع المادتين بالمقابل تبقى واضحة ومتعددة، فهي لا شك أنها تهدف بشكل أساسي إلى حماية المواطن الفرنسي، سواء كان في مركز المدعي أو المدعى عليه، حماية ضد ما قد يثيره اللجوء إلى قضاء أجنبي من مساوئ كثيرة، منها ما هو جغرافي يتمثل في بعض الحالات في بعد المسافة، ومنها ما هو ثقافي ولغوي، وهذا كله قد يشكل عائقا للفرنسي، حيث ستكثر التكاليف، كما لا يستوعب ما هو متّبع من إجراءات في الدولة الأجنبية، مما قد يهدّد حقه في محاكمة تضمن له صيانة حقوقه، وهذه كلها أمور لا وجود لها عندما تكون الدعوى مرفوعة أمام المحاكم الفرنسية، وهو ما يجعل من دون شك المادتين 14 و15 تستحق تسمية إمتياز الإختصاص، لكن بالمقابل تستحق أيضا تسمية قواعد الإختصاص غير المألوفة règles exorbitantes de compétence وهو ما جعلها عرضة لبعض الإنتقادات[2].

[1] Y. LOUSSOUARN, P.BOUREL, op.cit. ,N° 461, P.550 ; M.L. NOBOYET, G.G. de Lapradelle, Droit International Privé,L.G.D.J ,2007, p.353.

[2] بن عصمان جمال، المرجع السابق،ص345.

البند الثاني: تقدير المادتين 14 و15 ق.م فرنسي:

يسمي الكثير من الشراح الفرنسيين القواعد التي تحملها هاتين المادتين بالقواعد غير المألوفة، كونها تخرج عما هو مألوف ومقرر في مجال الإختصاص المحلي، إذ القاعدة في القانون الفرنسي والكثير من قوانين دول العالم هي أن يكون الإختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه، في حين أن المادة 14 ق.م فرنسي تعطي الحق في أن يكلف الأجنبي بالحضور أمام المحاكم الفرنسية ، ولو لم يكن هذا الأخير مقيما بفرنسا، كما أن المادة 15 من ذات القانون تقضي بأن يرفع الأجنبي دعوته ضد فرنسي، ولو كان ذلك من أجل إلتزامات تمت خارج فرنسا.

ولمدة طويلة كان يعتبر القضاء الفرنسي هذا المادة ذات طابع إلزامي إذ كان على الأجنبي أن يتقيد بها، ويرفع نزاعه أمام المحاكم الفرنسية إذا كان فعلا يريد أن يحصل على حكم ذو فعالية في فرنسا. ولأن الإلزام يرتبط بالجزاء فإن مخالفة هذه القاعدة كان يعني أن للفرنسي الذي أجبر على المثول أمام قضاء أجنبي، وصدر حكم ضده، أن يعترض لاحقا على الإعتراف بهذا الحكم بحجة أنه تم الحصول عليه عن طريق مخالفة وخرق المادة 15[1]. وبعبارة أوضح، يمكن القول أن القضاء الفرنسي عمل ولفترة طويلة على استخلاص قاعدتين أساسيتين من المادة سالفة الذكر، الأولى يفرضها التفسير الحرفي لهذه المادة، وبمقتضاها يبقى الأمر جوازيا للمدعى عليه في اللّجوء للقضاء الفرنسي من أجل مقاضاة مواطن فرنسي، في حين أن القاعدة الثانية تقوم على تحويل إمكانية اللجوء إلى القضاء الفرنسي من مجرد أمر جوازي إلى إمتياز حقيقي لهذا الفرنسي، وذلك من خلال إعطائه الحق في

[1] CF.M.L.NIBOYET, G.G. DE LAPRADELLE, OP.cit., n° 387, P.290 ; P. DEVAREILLE SOMMIERES,Y. LOUSSOURN, P. BOUREL, 9 éd. ,Dalloz, 2007,n° 463, P.639.

الإعتراض على الإعتراف بالأحكام الصادرة ضده في الخارج، أو تنفيذها متى ثبت عدم تنازله عن الإمتياز المقرر له.

و مهما كانت مبرّرات هذا المسلك القضائي، فإنه لا يمكن إخفاء الطابع القومي الذي يقوم عليه مثل هذا التفسير، والذي تكون نتيجتة من دون شك المساس بالحق في محاكمة عادلة، أضف إلى ذلك أن الأمور تغيرت، حيث صارت الأحكام الأجنبية في ظل القانون المدني قابلة للتنفيذ حتى ولو كانت ضد فرنسي[1]، ممّا يجعل القاعدة الثانية أمرا بدون جدوى، ويبدو أن القضاء الفرنسي إقتنع أخيرا بذلك، فقرّر هجر فكرة الطابع الإلزامي للمادة 15 ق.م، حيث جاء في قرار Prieur الصادر بتاريخ 2006/05/23 أن: "المادة 15 ق.م لا تكرس سوى إختصاصا جوازيا للقضاء الفرنسي، وهو مالا يتلاءم مع استبعاد الإختصاص غير المباشر لمحكمة أجنبية، متى كان النزاع يرتبط بشكل محدد مع الدولة، وعرض أمام قضائها، ولم يتم اختيار هذا القضاء بناء على غش[2]".

ولقد ثار التساؤل لدى الكثير عن جدوى كل من المادتين 14 و15 ،وما إذا كان الإحتفاظ بهما في التشريع الفرنسي أمرا ضروريا أم أن الضروري هو إلغاؤهما لأسباب كثيرة:

[1] في ظل القانون القديم الأحكام الصادرة في الخارج إتجاه الفرنسيين كانت غير قابلة للتنفيذ داخل المملكة ،وكان هذا أحد الأسباب التي ساقها بعض الفقه كتبرير لوضع المادة 15، إذ ما دام أنه من غير الإمكان تنفيذ أحكام صدرت بالخارج ضد فرنسيين، فلا أقلّ من أن يعطي للأجنبي من باب العدالة والإنصاف الحق في أن يقاضي الفرنسي أمام المحاكم الفرنسية، وإلا كانت النتيجة هي إنكار العدالة . راجع:

J.P.NIBOYET, OP.Cit., n° 1748, P.324.

[2] « L'article 15 du code civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exlure la compétence indirecte d'un tribunal étranger dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'état dont la juridiction est saisie que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux » Cass.Civ. 23/05/2006, J.D.I, 2006, P.1377, Note CHALAS.

أولى هذه الأسباب تكريس مسألة الإختصاص، إذ لو وضعت كل دولة أحكاما مماثلة في تشريعاتها لكانت النتيجة هي بدون شك وجود تنازع إيجابي للإختصاص بشكل دائم.

السبب الثاني تفرضه قواعد العدالة، إذ ليس من الغريب أن يكلف فرنسيا أجنبيا قد يكون متواجدا في الجهة الأخرى من العالم للمثول أمام المحاكم الفرنسية، لابد أن في ذلك تكبيد لمصاريف قد تكون باهظة، ليتضح ربما في النهاية أن الأمر كان يتعلق بمجرد دعوى كيدية[1].

ويبقى أهم سبب، وهو ذلك المتعلق بالفائدة التي يمكن أن تحققها المادتان 14 و15، إذ يذهب البعض إلى القول بأن المادة 15 تفقد كل فائدة لها في أحوال كثيرة، فالأمر لا يخلو من ثلاث فرضيات، الأولى أن يكون الفرنسي مقيما بفرنسا، هنا ستغني القواعد العامة، والتي تقضي باختصاص محكمة موطن المدعى عليه عن حكم المادة 15، الفرضية الثانية أن يكون للفرنسي أموال بفرنسا ويصدر حكم ضده من قبل قضاء دولة أجنبية، ففي هذه الحالة من المؤكد أنه لا يمكن تنفيذ هذا الحكم إلا وفقا للشروط والإجراءات المقررة في القانون الفرنسي، وهذا يضمن ويكفل حماية للمواطن الفرنسي، أما الفرضية الثالثة فتخصّ الحالة التي يكون فيها للفرنسي أموال بالخارج، وهنا ستكون المادة 15 عديمة الفائدة، إذ من البديهي أن قضاء الدول التي تتواجد فيها تلك الأموال لن يأخذ إطلاقا بعين الإعتبار الحكم المقرر في المادة 15[2].

[1] C.F. LOUSSOUARN, P.BOUREL, op.cit., n°462, P.552, H.BATIFFOL, P.LAGARDE, OP.cit., N°670, P. 353.

[2] C.F, les travaux du comité français du droit international privé, T. III, 1935, P. 44 et S. avec le rapport de M. MOREL.

وما دام الأمر هو نفسه في كل هذه الفروض، وهو عدم جدوى المادة 15 وعدم وجود فائدة لها، فإن إلغاء هذه المادة أمرا ضروريا، وبما أن المادة 14 تعتبر عند البعض[1] بمثابة انعكاس ضروري للمادة 15، فإنّ هذا يعني أن زوال هذه المادة يؤدي بالضرورة إلى زوال المادة 14.

لكن رغم كل هذه الإنتقادات، فإننا نجد مع ذلك ثلة من الفقه تدعم فكرة الإبقاء على المادتين 14 و15 في التشريع الفرنسي، وبالتالي إبقاء العمل بهما، إذ مهما كانت الأحوال، فإنه يبقى في نهاية الأمر أنهما مادتان تضمنان للفرنسي قضاء عادلا، وبالمقابل حماية ضد قضاء دول أجنبية لم يصل قضاؤها إلى مستوى الحد الذي يوحي بالثقة[2].

ومهما يكن، إنّ الثابت هو أن الحكم المقرر في المادتين 14 و15 ما يزال معتمدا في التشريع الفرنسي، ومطبقا أمام قضاء هذه الدولة، وهذا ما يجرنا إلى دراسة فحوى هاتين المادتين، وما تضمّنته من أحكام، وذلك من خلال بيان مجال تطبيقهما والقواعد الإجرائية الخاصة بذلك.

البند الثالث: مجال تطبيق المادتين 14 و15 ق.م فرنسي:

سبق وأن أشرنا إلى أن المادتين 14 و15 ق.م فرنسي توصفان بامتياز الإختصاص، وذلك لإقتصارهما على الفرنسيين فقط وهؤلاء هم الأشخاص المستفيدون من هاتين المادتين، كما أنه يظهر من نصوص هذه الأخيرة أن هناك أيضا دعاوى محددة يشملها الإمتياز.

[1] C.F.E.BARTIN, Principes de D.I..P, éd. Domat Montchrestien, Paris, 1932, n° 133, P.326.

[2] C.F.J.P. NIBOYET, OP.cit., n°1748, P.324, H. BATIFFOL,P.LAGARDE, OP.cit., n° 668, P.353, DEVAREiLLE SOMMIERES, Y.LOUSSOUARN, p. BOUREL, op.cit., n° 463, p.640.

أوّلا: الأشخاص المستفيدون من المادتين 14 و15:

بما أنّ المعيار هنا هو الجنسية، فإنّه يكفي أن يكون أحد الأطراف فرنسيا سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا حتى يثبت الإختصاص للمحاكم الفرنسية.

بالنسبة للمادة 14 الجنسية الفرنسية هي التي تعطي للمدعي في أن يرفع دعواه أمام المحاكم الفرنسية ليس فقط ضد أجنبي، وإن كان ذلك هو الأصل، بل حتى ضد فرنسي آخر ليس له موطن بفرنسا، أو أن النزاع ليس لديه أي علاقة مع فرنسا، وفق ما تقتضيه قواعد الإختصاص المحلي الداخلية، وهذا حل استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية منذ زمن طويل[1].

أما بالنسبة للمادة 15 فإن المحاكم الفرنسية يثبت لها الإختصاص لأن الجنسية الفرنسية هذه المرة يحملها المدعى عليه، إذن في المادة 14 الفرنسي يكون مدعي بينما في المادة 15 هو مدعى عليه. هذا الترتيب وجد له البعض تبريرا لا يخلو من اللّباقة، فواضعوا هاتين المادتين إهتموا بإنصاف الفرنسي أولا وإعطائه العدالة ثم بعد ذلك إنصاف الأجانب وإعطائهم العدالة ضد الفرنسيين[2].

وإذا كانت الجنسية الفرنسية هي المعيار هنا لإعطاء الإختصاص للمحاكم الفرنسية، فإنه يبقى أن هذه الجنسية يجب أن تتوفر وقت رفع الدعوى، وهذا وحده كافي، ولا يهم بعدها ما إذا

[1] FAbienne Jault,Seseke,droit international privé,étude et commaintaire,panorama,recueil Dalloz,02-06-2013,n°22,p.1511-1512,Bernard Audit,compétence international des tribunaux Française,droit commun,règlement Bruxelle bis et litispendance,conflit de juridiction,Etude et commaintaire,Rcueil Dalloz,10210,n°1,p.59-60.

[2] C.f.H. BATIFFOL, P.LAGARDE, OP.cit., n°0671, P.335,Bernard Audit,Louis D'Avout , op.cit., p.380, Céline Goussard,op.cit.,p.70-71.

كانت هذه الجنسية غير متوفرة عند نشوء العلاقة سبب النزاع[1]. كما لا يؤثر على اختصاص المحاكم الفرنسية تغيير الجنسية الذي يكون لاحقا على رفع الدعوى، ومع كل هذا قد يخضع للمادتين 14 و15 ولإعتبارات خاصة أشخاص لا يحملون الجنسية الفرنسية، وهؤلاء هم فئة اللاجئين السياسيين إذ يتم دمجهم مع الفرنسيين من حيث التمسك بالمادتين المذكورتين[2].

لكن، هل وجود الجنسية الفرنسية هو المعيار الوحيد، أم أنه يجب أن يقترن هذا بشرط آخر وهو وجوب إقامة الفرنسي في فرنسا؟ لا تتردد غالبية الفقه وكذا المحاكم الفرنسية بالإكتفاء بتوفر الجنسية الفرنسية فقط، ولا تعير اهتماما لموطن الفرنسي أو محل إقامته، إذ يستوي أن يكون ذلك داخل فرنسا أو خارجها، وسواء كان ذلك بوصفه مدعي أو مدعى عليه، ويفسّر الفقه هذا بالقول أن ذلك يتماشى والهدف الحقيقي لوضع المادتين 14 و15، وهو إعطاء الإختصاص للمحاكم الفرنسية عندما تكون القواعد العامة في الإختصاص المحلي عاجزة عن الوصول إلى ذلك[3].

ثانيا: الدعاوى التي تشملها المادتان 14 و15 ق.م فرنسي:

التقيّد بالتّفسير الحرفي للمادتين 14 و15 يجعل الإمتياز المقرر للمواطن الفرنسي يقتصر فقط على النزاعات التي يكون موضوعها الإلتزامات التعاقدية، أي أنه حتى تختص المحاكم الفرنسة فإنه يجب على أن يكون أوّلا أحد الأطراف فرنسا، وأن يتعلق النزاع ثانيا بالتزام تعاقدي.

[1] « La compétence internationale des tribunaux Français est fondée, non sur les droits née des faits litigieux, mais sur la nationalité des parties» Civ.21/03/1966, D., 429, note MALAURIE.

[2] Cf.P Mayer, V. HEUZE, Droit International Privé, 8éme edition, Montchrestien, 2004, n°291, P.207.

[3] Cf.H. BATIFFOL, P.LAGARDE, ibid.

مثل هذا التفسير قد يجعل المادتين 14 و15 دون معنى، فهذه وجدت من أجل حماية المواطن الفرنسي، ولا شك أن هذه الحماية ستكون ناقصة إذ اقتصرت على الإلتزامات المالية العقدية دون المسائل الأخرى، ومنه كان منطقيا عدم الإكتفاء بالتفسير الحرفي والتوسيع من مجال الدعوى، وهذا ما عمد إليه القضاء الفرنسي، حيث كان يسمح بالتمسك بالمادتين 14 و15 حتى بخصوص بالإلتزامات غير التعاقدية[1]، بل ولو كان الأمر يتعلق بالتزامات غير مالية[2]، وهو الموقف الذي تبنته محكمة النقض صراحة، وبشكل واضح في قرارها الصادر في 1970/05/27، والذي جاء فيه أن للمادة 14 من القانون المدني مجال عام يشمل كل المسائل باستثناء الدعاوى العينية العقارية، وطلبات القسمة بخصوص عقارات متواجدة بالخارج، وكذا الطلبات الخاصة بطرق التنفيذ الممارسة خارج فرنسا[3].

[1] Pour les actions délictuelles : «Cass.Req.13/12/1842, D.P.,1843, I, 15, S., 1843, I, 14.Cass.Civ 12/8/1872, D., P.,1872, I 323, Cass.Civ 02/10/1967, R.C.D.I.P,1968, 105, Note Foyer pour les actions successorales : Cass.Req., 02/02/1832, S.,1832, I ,133, Cass.Civ 05/05/ et 16/06/1959, D. 1959, 377, note H.HOLLEAUX, en matière de faillites : Cass.Civ.II, 07/06/1962, J.D.I,1963, 106, Note PONSARD, Com.19/03/1979, R.C.D.I.P, 1981,524 note P.LAGARDE, en matière d'assuarance : Cass Civ.21/02/1967, R.C.D.I.P 1967, 748 note, BIGOT et DE GRANDCOURT.

[2] Cass.Civ. 19/07/1848, D.P., 1848,I,129,S.,1848,I,529 ;Cass.Civ. 23/04/1959, D., 1959, 373, note H.HOLLEAUX ; R.C.D.I.P., 1959, 495, note FFRANCESCAKIS ; civ. 11/05/1976, j.d.I, 1977,481, note GAUDEMET-TALLON , R.C.D.I.P.,1977, 352, note D.MAYER.

[3] «L'article 14 du code civil a une portée générale s'étendant à toute matière, a l'exclusion des actions réelles immobilières et des demandes en partages portant sur des immeubles situés à l'étranger, ainsi que des demandes relatives à des voies d'exécutions pratiquées hors de France".Civ.27/05/1970,R.C.D.I. ,P.1971, 113, note H.BATIFFOL.

إذن محكمة النقض الفرنسية قد وضعت المبدأ وكذا الإستثناء، المبدأ هو إمكانية التمسك بالماديتين 14 و15 في جميع المسائل سواء كانت مالية أو غير مالية[1]، الإستثناء يخص النزاعات المتعلقة بنوعين من المسائل، المسائل العقارية وتشمل الدعاوى العينية العقارية المتعلقة بعقار موجود بالخارج، وأيضا الدعاوى الخاصة بتقسيم هذه العقارات، والنوع الثاني يخص الدعاوى المتعلقة بطرق التنفيذ التي تجري بالخارج، ويرجع سبب إستبعاد هذه الدعاوى كونها تتصل بسيادة الدولة الأجنبية بحيث يجعل كل قرار صادر من المحاكم الفرنسية دون حجية،وبالتالي دون أي فعالية بالنسبة للمدعي[2].

البند الرابع: طبيعة المادتين 14 و15 ق.م فرنسي:

يتفق الفقه ويتواتر القضاء في أحكامه على إعتبار المادتين 14 و15 جوازيتان أو إختياريتان، فهما مادّتان تقرّران إمتيازا للفرنسي، وهو إمتياز يمكن لهذا الأخير تقرير عدم الإستفادة منه، وهذا وضع يرتب نتيجتين أساسيتين، الأولى تخص القاضي المرفوع أمامه النزاع، والثانية تتعلق بالأطراف.

[1] رغم أن القرار تكلم عن المادة 14 فقط، فإن المتفق عليه أن ما جاء فيه ينصرف أيضا الى المادة 15. راجع، بن عصمان جمال، المرجع السابق،ص 350.

[2] CF.B. AUDIT, OP. cit, N°361, P.301, Y.LOUSSOUARN, P. BOUREL, OP.cit .,n° 464, P.555,M.L. NIBOYET, G.G DE LAPPRADELE ,OP.cit., n° 393 P.293, D. GUTMANN, OP.cit., n°281, P.234, Bernard Audit,Louis D'Avout,op.cit.,p.378, François Mélin,op.cit.,p.46, Céline Goussard,op.cit.,p.70.

فبالنسبة للقاضي، لا يمكن مؤاخذة قضاة الموضوع عدم تطبيقهم التلقائي للمادتين 14 و15، وبالمقابل ليس لهؤلاء القضاة أن يقضوا تلقائيا باختصاصهم على أساس المادة 14 ما دام أن المدعي قد تأسس، ولو خطأ، على قواعد الإختصاص العادية، وإلا كان حكمهم عرضة للنقض[1].

أما بالنسبة للأطراف، فيلاحظ أنه إذا كان الأمر إختياريا بالنسبة لهؤلاء، فإنه ليس كذلك بالنسبة للقاضي، إذ على المحكمة أن تلتزم بتطبيق المادتين 14 و15 متى تمسك أحد الأطراف بذلك، وعلى هذا الأساس نقضت الغرفة المدنية لمحكمة النقض حكم محكمة إستئناف باريس، الذي قضى برفض اختصاص هذه المحكمة على أساس المادة 14 بحجة أن النزاع هو أكثر ارتباطا مع محكمة أخرى[2].

إنّ إعتبار كل من المادة 14 و15 ق.م فرنسي جوازية يعني بالنسبة للأطراف إمكانية التخلي عنهما، وهو عدول قد يتّخذ مظهرين، المظهر الصريح والمظهر الضمني:

في النّوع الأول التخلي يتقرّر بموجب بند صريح يدرج في العقد، ومن أجل هذا يسمى الفقه الفرنسي هذا النوع بالتخلي عن طريق الإتفاق renonciation par convention. وإذا كان التخلي يأخذ في بعض الحالات شكل التنازل، وذلك بأن ينص صراحة في العقد على أن يتنازل الطرف الفرنسي عن الإمتياز المقرر له طبقا للمادتين 14 و15، فإن الغالب هو أن يكون التخلي

[1] Cass.Civ 21/05/1963, R.C.D.I.P., 1964, P.340, Note Y. LOUSSOUARN, Cass.com 07/06/1968, J.D.I., P.918, note BREDA.

[2] Civ 18/12/1990, R.C.D.I.P., 1991, P .759, note ANCEL.

عن طريق إدراج بند في العقد، يحدد إما محكمة أجنبية، وإما هيئة تحكيمية يتم اللجوء إليها في حال نشوء نزاع، وهذا هو شرط التحكيم.

أمّا التخلّي الضمني، وهو النوع الثاني، فيكون عن طريق اتخاذ موقف يستنتج من خلاله تخلي الطرف الفرنسي عن الإمتياز المقرر له بمقتضى المادتين 14 و15، هذا الموقف يظهر من خلال المثول أمام قضاء دولة أجنبية. ويتخذ صورتين، الأولى يكون فيها الفرنسي هو المدعي، وهذا يعني أنه هو الذي رفع دعواه أمام القضاء الأجنبي، فيستخلص بالتالي تنازله ضمنا عن المادة 14. لكن قرينة التنازل هذه تبقى مجرد قرينة بسيطة يمكن استبعادها، متى ظهر أن المدعى عليه لم يلجأ إلى قضاء دولة أجنبية إلا لإعتقاده أن لخصمه أموالا يمكن التنفيذ عليها هناك، إعتقاد اتضح في النهاية أنه خاطئ[1].

أما الصورة الثانية فهي تلك التي يكون فيها الفرنسي مدّعى عليه، حيث ترفع ضدّه دعوى أمام قضاء أجنبي، فيمتثل أمام هذا القضاء، ويدافع عن نفسه، فيستخلص من ذلك تنازله عن الإمتياز المقرّر له في المادة 15. غير أن الوصول إلى هذه النتيجة يمرّ عند القضاء الفرنسي بشرط مهم، وهو ألاّ يكون الفرنسي قد دفع بعدم اختصاص المحكمة الأجنبية لأنّ قيامه بذلك يعبّر عن رغبته في عدم التنازل عن المادة 15[2]، وهذا يعني بمفهوم المخالفة أن عدم الإعتراض يفيد التنازل، ومع ذلك فيبقى الأمر هو أيضا مجرد قرينة بسيطة، متى تبيّن أن مثول الفرنسي أمام القضاء الأجنبي

[1] ماهر إبراهيم السداوي، جنسية الخصوم الوطنية كضابط للإختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، سنة 1978، ص 346.

[2] CF.D. GUTMAN, OP.cit.,n° 283, P.235, P. MAYER, V. HEUZE, op.cit., n°296, P.21.

وتقديم دفاع في الموضوع، كان ضروريا من أجل تفادي حكم ذو وقع شديد عليه، كما لو كان لذلك الفرنسي أموالا في تلك الدولة الأجنبية المرفوع أمام قضائها النزاع، وخشي من صدور حكم يؤدي إلى التنفيذ على جميعها أو معظمها.

ولفترة من الزمن، إستقر القضاء الفرنسي على إختصاص المحاكم الفرنسية، خاصة ذلك المؤسّس على المادة 15 ق.م إختصاصا مانعا، وهو يجعل المحاكم الأجنبية غير مختصة،وكان لهذا الموقف أثره في مجال التنفيذ، حيث كان للفرنسي الذي يثبت تنازله أن يعترض على تنفيذ الحكم الصادر ضده متى عرض ذلك أمام المحاكم الفرنسية وهو موقف يبدو أن القضاء الفرنسي يسير إلى هجره بعد قرارPrieur .

ويبقى أن نشير في النهاية أنه سواء جاء التخلي بشكل صريح أو كان ضمنيا، فإن من آثاره أن يفقد الطرف الفرنسي الإمتياز المقرر له في المادتين 14 و15 ق.م فرنسي، فتصبح المحاكم الفرنسية غير مختصة، فإذا رفع النزاع أمامها ،كان عليها أن تقضي بعدم اختصاصها، لكن ليس تلقائيا، وإنما عن طريق دفع بعدم الإختصاص، يقدمه أحد الأطراف، ويكون قبل التطرق للموضوع[1].

[1] Cf.H.BATIFOL, P.LAGARDE,op,cit., n° 681, P.371, Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL,op.cit., n° 466 , p.371.

البند الخامس: تحديد المحكمة الفرنسية المختصة محليا في حالة الدعاوى المؤسسة على المادتين 14 و15 م فرنسي:

المادّتان 14 و15 تعطيان الإختصاص للمحاكم الفرنسية بشكل عام، ولا تحدّدان أي محكمة من هذه المحاكم ستكون مختصة داخليا، المشكل لا يطرح عندما يكون للمدعى عليه الفرنسي أو الأجنبي موطن أو محل إقامة بفرنسا، إذ ستطبق القواعد العامة في الإختصاص المحلي الداخلي، أما في غير هذه الحالة، فالحل وفق ما انتهى إليه القضاء الفرنسي سيختلف وفقا للحالات المعروضة، وهي على النحو التالي:

-الحالة الأولى: هي تلك التي يكون فيها للمدعي موطن أو محل إقامة بفرنسا، هنا سيعطي الإختصاص للمحكمة التي يتواجد بها هذا الموطن أو المحل[1].

-الحالة الثانية: صورتها ألا يكون لا للمدعي ولا المدعى عليه موطن أو محل إقامة بفرنسا، هنا يعطى الإختصاص للمحكمة التي من المقرر أن يتم التنفيذ في دائرة اختصاصها[2].

-أما الحالة الثالثة، فتظهر في الصورة التي تنعدم فيها كل الضوابط السابقة، هنا يستقر القضاء الفرنسي على إعطاء المدعي الخيار في رفع دعواه أمام أي محكمة فرنسية شريطة ألا يكون اختياره منطويا على غش[3]. ذا الحل القضائي تعزز بنص تشريعي هو مرسوم 1981/05/12 الذي أضاف فقرة ثالثة للمادة 42 ق.إ.م فرنسي جاء فيها أنه "إذ لم يكن للمدعى عليه لا موطن ولا محل إقامة

[1] Cass.Civ 02/01/1957, bull.civ., I, N°46.

[2] Paris 23/05/1942, R.C.D.I.P., 1946, p.282.

[3] Cass.Civ I .23/04/1959.P.377, note HOLLEAUx : Cass.Civ I05/12/1961,bull.civ,196,I ,n° 459 qui utilise l'expression de "choix non arbitraire du demandeur ".

معروف، جاز للمدعي اللجوء إلى الجهة القضائية الذي يتواجد فيها، أو تلك التي يختارها إذا كان متواجدا بالخارج".

وإذا كان القضاء الفرنسي قد استقر على هذه الحلول بخصوص تحديد المحكمة المختصة داخليا على أساس المادتين 14 و15 ق.م، فإنه قد استقر أيضا بالمقابل منذ سنة 1985 على مبدأ آخر، يتعلق بالمادة 14، وهو عدم إمكانية تمسك الفرنسي بهذه المادة، إذا كان هناك معيار آخر يتحقق في فرنسا ،ويعطي الإختصاص لمحاكمها[1]، وهو ما يجعل قواعد الإختصاص العادية تأتي قبل قواعد الإختصاص الإستثنائية المبنية على الجنسية[2].

هذا هو الحل المتبع في فرنسا بشأن الإختصاص القضائي عندما يكون أحد الأطراف مواطنا والآخر أجنبيا، إذ ستكون المحاكم الفرنسية مختصة في كل مرة يكون فيها أحد الأطراف فرنسيا، يستوي أن يكون مدّعيا أو مدّعا عليه مهما كانت طبيعة النزاع، إختصاص قرّرته بعض نصوص القانون المدني، وساهم القضاء الفرنسي في بيان كيفية تطبيقها في كل النزاعات. ولنا أن نتساءل الآن عن الموقف المتّبع في تشريعات بعض الدول العربية وقضائها، وما إذا كانت مستوحاة من التشريع والقضاء الفرنسي.

الفرع الثاني: الموقف المعتمد في بعض الدول العربية:

أقرّت الكثير من الدول العربية في قوانينها إمتياز الإختصاص الموجود في القانون الفرنسي، لكن ليس بالطريقة ذاتها الموجودة في هذا القانون.

[1] Cass, Civ, I ,19/11/1985, D.,1986,I, P.362.

[2] Cf, B.AUDIT.op.cit.,n° 340, P.285.

ونبدأ بالقانون المصري،حيث لم يكن يتضمن قانون المرافعات القديم نص يعالج مسألة الإختصاص القضائي الدولي، ولم تكن توجد أي أحكام مشابهة لتلك الموجودة في المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي، وهو ما أثار الجدل لدى الفقه المصري، خاصة وأن مشروع القانون التمهيدي لقانون المرافعات القديم، كان يتضمن نصا ورد في المادة 21 كان يقضي بإمكانية مقاضاة أي مصري أمام محاكم البلاد بسبب ما ترتب في ذمته من إلتزامات، حتى ما نشأ منها بالخارج، وهو نص تم حذفه، ولم يظهر عند صدور القانون. وكان التساؤل الذي طرح وقتها هو: هل سكوت المشرع كان يعني رفض الإختصاص على أساس الجنسية المصرية للمدعى عليه؟، أم أنه قام بحذف النص لأنه لم ير مبرّر لتقرير حكم تقتضيه القواعد العامة في الإختصاص الدولي؟

رأى البعض[1] في عدم وجود نص ما يفيد هجر المشرع لمبدأ إمكانية مقاضاة المصري غير المقيم في مصر أمام المحاكم المصرية على أساس أن ذلك يتماشى مع مبدأ قوة النفاذ، فمعيار الجنسية قد يكون دون فائدة كبيرة، متى كان المصري يقيم خارج دولته وليس لديه أي أموال في إقليمها.

غير أنّ فريقا آخر ذهب إلى تبني موقف معاكس[2]، حيث اعتبر أن سكوت المشرع لا يفيد إطلاقا رفضه لضابط جنسية المدعى عليه كمعيار لإختصاص المحاكم المصرية، إذ أن اختصام شخص أمام محاكم دولته هي من الأمور المسلمة، التي تحتاج لنص خاص يقررها، فالمصري يخضع لولاية

[1] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ، ص91.

[2] جابر جاد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص91، ماهر ابراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 372.

القضاء المصري، سواء كان مقيما في مصر أو بالخارج لأن هذه الولاية إقليمية بالنسبة للمصريين والأجانب المقيمين في إقليم الدولة، وهي شخصية بالنسبة للمصريين المقيمين بالخارج[1].

هذا الخلاف والجدل لم يعد له محل بعد صدور قانون الإجراءات المدنية الجديد ،حيث إنحاز المشرّع صراحة، رغم إنتقادات بعض الشرّاح[2]، إلى الإتجاه الأخير، ونصّ في المادة 28 ق إ.م بأنه تختصّ محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج.

وتعتبر هذه المادة الوحيدة في التشريع المصري التي تنظم الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية عند وجود طرف مصري، والذي يكون هنا في مركز المدعى عليه. وطبعا أول ما يثير الإنتباه هو غياب النص على الحالة المعاكسة، أي إختصاص المحاكم المصرية كون المدعي يحمل الجنسية المصرية، وهنا يكمن الإختلاف بين القانونين المصري والفرنسي، إضافة إلى الإختلاف الشكلي، حيث أن مكان المادتين 14 و15 هو القانون المدني، في حين أن المادة 28 موضعها قانون المرافعات.

إذن حتى يتم تطبيق المادة 28، وبالتالي يثبت الإختصاص للمحاكم المصرية، فإنه يجب توافر ثلاث شروط أساسية، الأوّل أن يكون أحد الأطراف ذو جنسية مصرية،سواء كانت أصلية أو

[1] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص674.

[2] من هؤلاء الأستاذ هشام علي صادق الذي يرى أن المشرع المصري قد جانب الصواب، بموقفه هذا كونه يتنافى مع مبدأ قوة النفاذ، إضافة إلى أضراره بمصلحة المصري المتوطن بالخارج، حيث سيضطر للسعي إلى محكمة قد تبعد كثيرا عن موطنه، أنظر، هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 96، ويرى الأستاذ عكاشة عبد العال، أن الرأي الذي ينادي بعدم الأخذ بمعيار الجنسية لوحدها هو الأقرب للصواب، وأنه رأي منطقي له قيمته العلمية في إطار العلاقات الخاصة الدولية ،ورغم كل هذا أخذ المشرع المصري بالحل المعاكس، أنظر عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 430، وانظر أيضا في نفس السياق: صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الدولية ، المرجع السابق، ص 66.

مكتسبة، وأن تثبت هذه الجنسية وقت رفع الدعوى، والشرط الثاني أن يكون المصري في مركز المدعى عليه، أما الشرط الثالث فهو ألا يكون الأمر يخص دعوى عقارية متعلقة بعقار موجود بالخارج. فإذا ما اجتمعت هذه الشروط الثلاث كان ذلك كافي لإنعقاد الإختصاص للقضاء المصري، و يستوي أن يكون النزاع من المسائل المدنية أو التجارية أو يتعلق بالأحوال الشخصية. ولا يهم أيضا ما إذا كان للمصري أموال بمصر يمكن التنفيذ عليها أم لا[1].

وإذا كان موقف المشرع المصري لا يثير أي لبس من حيث إمكانية مقاضاة المصري، ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في مصر بصريح النص، فإن الأمر ليس كذلك في بعض القوانين العربية الأخرى. ففي اليمن تقضي المادة 58 ق.م.ت.م بأن "تختص المحاكم اليمنية بالدعاوى...إذا كان المدعى عليه يمنيا أو أجنبيا له موطن أو محل إقامة باليمن"، هذا النص لا يعطي الإختصاص للمحاكم اليمنية إلا إذا كان اليمني هو المدعى عليه لا المدعي، ويرى البعض[2] أنّ الإختصاص الدولي للمحاكم اليمنية لا ينعقد إلا إذا كان المدعى عليه، إضافة إلى حمله الجنسية اليمنية، له موطن أو محل إقامة باليمن وهو ما لا نوافقه، إذ نعتقد أن هذا الشرط، وإن كان مذكورا في المادة 58، فإنه يخص الأجانب فقط، وإلا لما كان المشرع بحاجة إلى التفرقة بين أجنبي ويمني، واكتفى فقط بعبارة المدعى عليه، كما أن القواعد العامة التي تقضي بإعطاء الإختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه كانت ستغنينا أصلا عن هذا النص.

[1] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 432، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 69.
[2] سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص23.

وفي العراق تنص المادة 14 ق.م على أنه يقاضي العراقي أمام محاكم العراق عما يترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها بالخارج. ونعتقد أن هذا النص يطبق حتى في الحالة التي يكون فيها العراقي بالخارج، وإلا كان نصا دون معنى، ذلك أن هذا العراقي إذ كان له موطن في العراق أو محل إقامة ،فإنه بدون شك ستكون المحاكم العراقية مختصة، تطبيقا لقاعدة محكمة موطن المدعى عليه، دون حاجة لترديد ذلك، وتكون بالتالي المادة 14 مجرد تزيد تشريعي.

إنّ وضع نصوص تقضي صراحة بإعطاء الإختصاص للمحاكم الوطنية على أساس الجنسية، وبالضبط جنسية المدعى عليه، موقف لا تتبعه الكثير من الدول العربية، كالقانون الليبي والأردني والسوري[1]. غير أن الشراح متفقون في هذه الدول على إعطاء الإختصاص للمحاكم الوطنية متى كان المدعى عليه من حاملي جنسيتها، كون ذلك من القواعد العامة المسلم بها والمألوفة في تحديد الإختصاص القضائي الدولي. ويستقرّ القضاء في سوريا مؤيدا من قبل الفقه[2] على قبول اختصاص المحاكم السورية بخصوص الدعاوى التي ترفع على السوريين حتى ولو لم يكن لهم موطن أو محل إقامة بسوريا، ويبرّر الفقه هذا المسلك بالقول بأن المشرع السوري قيد من اختصاص المحاكم السورية، واشترط ضوابط مختلفة في الحالة لا يكون فيها للمدعى عليه الأجنبي موطن أو سكن في سوريا، وهو ما لم يفعله بالنسبة للمدعى عليه السوري غير المتوطن أو المقيم بسوريا، وتكون بالتالي ولاية القضاء السوري في هذه الحالة عامة، وغير مقيدة بنوع النزاع، باستثناء الدعاوى العينية العقارية.

[1] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص218، سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص248، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص252، هشام خالد، الجنسية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، منشأة المعارف الاسكندرية، سنة 2003، ص172.

[2] أنظر بخصوص موقف القضاء السوري والقرارات الصادرة في هذا المجال: نعوم سيوفي المرجع السابق، ص940.

وإذا كانت جنسية المدعى عليه تصلح كمعيار للإختصاص الدولي، سواء وجد نصّ أم لا، فإنّ التّساؤل يبقى مطروحا بالنسبة لجنسية المدعي، هل تصلح هي أيضا كمعيار للإختصاص الدولي؟

وتطبيقا للقواعد العامة في الإختصاص المحلي، الإجابة ستكون بدون شك بالنفي، ومع ذلك فقدخرج المشرع الفرنسي عن هذه القاعدة كما رأينا، ولذلك استحقت المادة14 ق.م فرنسي تسمية القاعدة غير المألوفة، وهي مادة لم نجد لها نظيرا في القوانين العربية المشار إليها أعلاه، حيث لم تعتمد هذه الأخيرة على جنسية المدعي من أجل تقرير الإختصاص لمحاكمها ،كل ما هنالك هو أنها جعلت من موطن المدعي ضابطا إحتياطيا، وذلك في حالة تعذر تطبيق معايير الإختصاص الأخرى، هذا ما تشير إليه مثلا المادة 47ق.أ.م.م.أردني التي تقضي بأنه:"إذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا مسكن في الأردن ولم يتيسّر تعيين المحكمة المختصة بمقتضى الأحكام المتقدمة، يكون الإختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو محل عمله،فإن لم يكن له موطن ولا محل في الأردن كان الإختصاص لمحكمة عمان"[1].وهو الحل الذي أخذ به أيضا المشرع السوري مع إضافة قاعدة أخرى،إذ أنّه طبقا للفقرة هـ من المادة 7ق.أ.م.م.ينعقد الإختصاص العام الدولي للمحاكم السورية بخصوص الدعاوى التي يرفعها السوري على أجنبي متوطن في الخارج في حالتين، الأولى إذا لم يكن للمدعى عليه الأجنبي موطن معروف في خارج، والحالة الثانية إذا كان القانون السوري هو الواجب التطبيق في الدعوى.[2]

[1] إعطاء الإختصاص لمحكمة عمان، يعني إعطاء الإختصاص لمحكمة العاصمة، أنظر ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ، المرجع السابق، ص261.

[2] يمكن تصور ذلك في حالة الزواج، حيث تقضي المادة 15 ق.م سوري بأن يطبق القانون السوري لوحده متى كان أحد الزوجين سوريا وقت انعقاد الزواج، وذلك فيما يخص الشروط الموضوعية لصحة الزواج، والآثار التي يرتبها عقد الزواج مع استثناء حالة الأهلية. وعليه يبدو أن المحاكم السورية ستكون مختصة بالنظر في الدعوى الخاصة بآثار الزواج التي ترفعها مثلا سورية على زوجها الأجنبي، حتى ولو كان هذا الأخير مقيما بالخارج كون القانون المطبق هذا سيكون القانون السوري.

هذا هو إذن الحل المتبع في بعض الدول العربية، وهو إعطاء الإختصاص لمحاكمها متى كان المدعى عليه من مواطنيها، وهو حل يتم اتباعه في القانون المصري، حتى ولو كان المدعى عليه المصري متوطنا أو مقيما خارج مصر. وهو ما يجب أن يكون عليه الأمر في ظل القانون اليمني والعراقي، وهو نفس النهج الذي تسلكه المحاكم السورية رغم عدم وجود نص يقرر ذلك، ونكرّر من جديد القول بأن اختصاص المحاكم على أساس جنسية المدعى عليه في الدول المشار إليها يشمل جميع الدعاوى باستثناء الدعاوى العينية العقارية التي تبقى من اختصاص محكمة العقار.

على أننا نكرّر أيضا القول بأن المعيار يبقى دائما في ظل قوانين هذه الدول واجتهادات قضائها هو جنسية المدعى عليه لا المدعي، وهنا يكمن الإختلاف بين هذه القوانين والقانون الفرنسي وكذا القانون الجزائري.

الفرع الثالث: إختصاص المحاكم الجزائرية القائم على الجنسية:

نص التشريع الجزائري على مادتين، يتناول مضمونها الإختصاص العام الدولي للمحاكم الجزائرية المؤسّس على الجنسية، ويتعلّق الأمر بالمادة 40 والمادة 41 ق.إ.م.ج[1].

وتنص المادّة 41 على ما يلي: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائري، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري. كم يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين."

[1] المادتين 40،41 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق 25 فبراير2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ويقابلها المادتان 10 و11 من قانون الإجراءات المدنية القديم.

أمّا المادّة 42 فتنصّ على أنّه:"يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".

ما هي الأمور التي يمكن استخلاصها من هاتين المادتين؟

-أوّلا: لن يصعب على أحد ملاحظة أن هاتين المادتين ما هما سوى نقل حرفي لمضمون المادتين 14 و15 ق.م فرنسي مع بذل قليل من المجهود وهو تغيير كلمة "فرنسي" بـ "جزائري" و "فرنسا" بـ"الجزائر".

-ثانيا: المشرع الجزائري بنقله الحرفي لم يأخذ إطلاقا بعين الاعتبار ما انتهى إليه القضاء الفرنسي بخصوص تطبيقه للمادتين 14 و15 ،خاصة فيما يخص الدعاوى المشمولة، حيث مازالت تتكلم المادتان 41 و42 عن الإلتزامات التعاقدية، رغم أن القضاء في فرنسا مستقر على أن يشمل الإمتياز كأصل عام جميع الدعاوى. وهذا ما يجب أن يكون عليه الحال أيضا في الجزائر، فسبب إعتماد المشرع الجزائري للمادتين 41 و42 على ما يبدو هو الرغبة في حماية المواطن الجزائري، وذلك أمر لا يكتمل إلا إذا شمل الإمتياز جميع الدعاوى، طبعا مع استبعاد الدعاوى العينية العقارية والدعاوى الخاصة بطرق التنفيذ للأسباب التي سبق بيانها. ويبدو أن القضاء الجزائري يميل بدوره إلى التوسع وعدم الوقوف عند التفسير الحرفي على الأقل عندما يتعلق الأمر بالأحوال الشخصية[1].

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1976/06/07، حكم غير منشور، مشار إليه في مؤلف:
M.ISSAD,T.2 ,OP.CIT. ,P.34 ,note n ° 20.
راجع في ذلك أيضا، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 364.

-ثالثا: بخلاف التشريع الفرنسي حيث موضع المادتين 14 و15 هو القانون المدني، في القانون الجزائري المادتان 41 و42 من المواد الإجرائية حيث نجد موضعها في قانون الإجراءات المدنية في الفصل الخاص بالإختصاص الإقليمي. ويلاحظ أنه وبخلاف ما كان عليه الوضع في قانون الإجراءات المدنية القديم، المشرع في القانون الجديد خصّص للمادتين 41 و42 قسما خاصا، جاء تحت عنوان "في الدعاوى المرفوعة ضد أو من الأجانب"، وهو عنوان يبدو أنه إحترم الترتيب المقرر في هذا القسم، حيث أن المادة 41 تعالج حالة الجزائري المدعي، أي أن الدعوى المرفوعة هي ضد أجنبي، في حين تتناول المادة 42 الحالة التي يكون فيها الجزائري مدعى عليه، أي أن الدعوى مرفوعة من قبل أجنبي.

وبما أن المادتين 41 و42 ما هما إلا نقل حرفي للمادتين 14 و15 ق. م فرنسي، فإن ما قيل عند تحليل هاتين المادتين سيكون نفسه بالنسبة للمواد الجزائرية، فيكفي أن يكون المدعي أو المدعى عليه حاملا للجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى، سواء كانت هذه الجنسية أصلية أو مكتسبة. ونعتقد أنه يجب أن يشمل الإمتياز، إضافة إلى الجزائريين فئة عديمي الجنسية المقيمين بالجزائر، إذ بإقامتهم في هذه الدولة بطريقة قانونية، يكونوا قد ارتضوا ضمنا الخضوع لقوانينها، فتثبت لهم نفس الواجبات المفروضة على المواطنين، وكذا نفس الحقوق في الحدود المقررة قانونا، ومن هذه الحقوق حق الإلتجاء إلى القضاء الجزائري، والإستفادة من مقتضيات المادتين 41 و42. وما قيل بخصوص عديم الجنسية يصدق أيضا بالنسبة للاّجئ السياسي المقيم بالجزائر، صحيح أن لهذا الأخير جنسية، وهي بالتأكيد ليست الجنسية الجزائرية، لكن يجب أن نأخذ بعين الإعتبار صفة هذا الشخص، هذه الصفة

هي التي تجعلنا نمتنع عن إخضاعه لقانونه، وبالمقابل إخضاعه لقانون الدولة التي يقيم بها. فهذا الأخير هو عبارة عن معارض سياسي، يرفض النظام في دولته والقوانين المعمول بها هناك، ويكون بالتالي أمرا منطقيا ألا يخضع لهذه القوانين، وبالمقابل قبوله الإقامة بالجزائر، وطلبه اللّجوء إليها يعني ضمنيا عدم معارضته، بل رغبته في الخضوع للقوانين الجزائرية، وبالتالي معاملته كالمواطنين الجزائريين، وهؤلاء لديهم الحق طبقا للمادة 41 و42 في الإلتجاء إلى القضاء الجزائري .

إنّ توافر شرط الجنسية، يعتبر كافيا لإنعقاد الإختصاص للمحاكم الجزائرية، ولا نعتقد أنه يجب أن يقترن بالموطن أو الإقامة في الجزائر، لأن القول بعكس ذلك سيفقد المادتين 41 و42 كل معنى، فالمعيار فيهما هو شخصي، الغرض منه توفير الحماية للمواطن الجزائري، سواء كان بالخارج أو الداخل، وبما أنّ الأمر كذلك فليس هناك ما يمنع من استعمال هاتين المادتين حتى عندما يكون كل أطراف العلاقة جزائريين، ويكون أحدهما أو كلاهما خارج الجزائر، ويدعّم هذا القول ما جاء في المادة 42 حيث تسمح بتكليف الجزائري الحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية، بشأن إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي ،مما يعني أنه من باب أولى يمكن أن يكون التكليف بالحضور من قبل جزائري بشأن إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائري.

وبما أنّ كلاّ من المادتين 41 و42 تبدأ بعبارة يجوز، فإنه لا شك أن الحق المقرّر للجزائريين باللّجوء إلى المحاكم الجزائرية هو ذو طابع جوازي، يمكن العدول والتنازل عنه وفقا لطرق سبق بيانها.

ولن نطرح هنا التساؤل حول ما إذا كان يجب إلغاء هاتين المادتين أم الإبقاء عليهما في القانون الجزائري لأن ذلك لن يفيد في شيء على إعتبار أن المشرع الجزائري مصرّ كما يبدو على الإبقاء

عليهما، ودليلنا على ذلك الإحتفاظ بمضمونهما في قانون الإجراءات المدنية الجديد، حيث تحوّلتا من المادة 10 و11 إلى المادة 41 و42.

ومتى ثبت للقضاء الجزائري الإختصاص نتيجة لإعمال ضابط الجنسية، يترتب على ذلك بالضرورة تطبيق القانون الجزائري وحده دون سواه على المنازعة المطروحة أمامه، وهنا تتحقق حالة الإختصاص القضائي يجلب الإختصاص التشريعي، وذلك يعد إستثناء عن القاعدة الأصل –عدم التلازم بين الإختصاصيين التشريعي والقضائي–[1]، وكمثال لتوضيح ذلك: إذا ثار نزاع بشأن الشروط الموضوعية للزواج، ورفعت دعوى الطعن بالبطلان في عقد الزواج نظرا لإختلال شروطه، وكان أحد الزوجين متحد الجنسية مع القاضي الجزائري المرفوع أمامه الدعوى، فهنا يثبت الإختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية عملا بإحدى المادتين 40 أو 41 من ق.إ.م.إ، وللفصل في النزاع يرجع القاضي المختص إلى حكم نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، التي تشير إلى تطبيق القانون الجزائري وحده على الشروط الموضوعية للزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، ويستند القاضي لأحكام قانون الأسرة الجزائري، للتأكد من مدى توافر الشروط الموضوعية للزواج[2].

ويجب ألا ننسى ما قد يترتب على مثل هذا الحل من مصاعب للمدعى عليه الذي يتواجد خارج الجزائر، ويكلّف من قبل جزائري بالحضور أمام المحاكم الجزائرية. ولعل مثل الأزواج الجزائريين

[1] ترجع الإستقلالية بين الإختصاصيين، إلى أن الإعتبارات التي ينبني عليها تحديد المحكمة المختصة، ليست هي ذاتها التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق، فإذا كانت اعتبارات الأمن والسلام العام، وهي اعتبارات تطوي لا شك بين جنباتها مصالح خاصة للمتقاضيين، تقتضي العهدة بالاختصاص للمحاكم الوطنية، فإن فكرة اختيار أنسب القوانين وأكثرها اتصالا بالعلاقة محل النزاع، قد تقتضي جعل الإختصاص التشريعي لقانون آخر غير قانون دولة القاضي، راجع في ذلك، عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 2006، ص14.

[2] يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، السنة الرابعة حقوق، غير مطبوعة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2008/2007.

المقيمين بالخارج، والذين يرفعون دعاوى الطلاق أمام القضاء الجزائري أفضل دليل على ذلك، إذ غالبا ما يعمد الزوج الجزائري إلى رفع دعوى الطلاق أمام المحاكم الجزائرية ، بعد أن يوكل محامي جزائري، ويتخذ من مكتبه موطنا مختار له، وذلك لعلمه أنه سيحصل على الطلاق بإجراءات سهلة وتكاليف منخفضة، لكن في مقابل مشقة وصعوبات للزوجة التي قد تجد نفسها أمام قضاء دولة لم تطأها قدماها أبدا، فتكون النتيجة إمّا حكما غيابيا، وإمّا أن يكون في حضور الزوجة مع ما يخلف ذلك من مشقّة ومتاعب، ليكون الحكم دائما وبدون شك هو الطلاق[1].

لكن الأمور ستختلف لو نظرنا من زاوية أخرى، خاصة من خلال مسألة التنفيذ، فالمادة 41 قد تسمح للجزائري المدعي بأن يتجنب إجراءات تنفيذ الحكم الأجنبي في الحالة التي يكون فيها المدعي خارج الجزائر لكن لديه أموال بها. فلو اتبع الجزائري قاعدة موطن المدعى عليه، وخاصم خصمه أمام محاكم موطنه، وصدر حكم، فإنّه تبقى له المرحلة الثانية، وهي الأهم والمتمثلة في تنفيذ ذلك الحكم، وطالما أن الأموال في الجزائر، فإنه سيطلب التنفيذ في هذه الدولة، وبما أن الحكم صادر من قضاء أجنبي، فإن الأمر لن يكون بهذه السهولة، إذ عليه أن يرفع دعوى يطالب فيها مهر الحكم بالصيغة التنفيذية، وهذه كلها تعقيدات يمكن تجنبها لو تم رفع الدعوى مباشرة أمام المحاكم الجزائرية.

وإذا كان ما قلناه الآن يشير إلى مصلحة الجزائري الذي يكون هو المدّعي، فإن المادة 42 قد تعمل لمصلحة المدعى عليه الأجنبي، وذلك في الحالة التي يكون فيها الجزائري متوطّنا في الخارج ولديه أموالا بالجزائر، لاشك أنّه سيكون من مصلحة المدعي الأجنبي اللّجوء إلى المحاكم الجزائرية، كونه

[1] Cf.M.ISSAD, op.cit. P.35.

سيستصدر حكما قابلا للتنفيذ دون أي إجراءات أو شروط. يلاحظ إذن من الأمثلة السابقة أنه إذا كانت المادة 41 ق.م هي في مصلحة الجزائري، فإنّه لا يمكن إنكار أنّ المادة 42 من نفس القانون هي بالمقابل في مصلحة الأجنبي، أضف إلى ذلك أنّه مهما كانت الأحوال تبقى المادة 41 وسيلة تربط دائما الجزائري بدولته، ليلجأ إلى قضائها كلّما تقطّعت به السّبل، وفقد الأمل في قضاء ينصفه، وهذه كلها أسباب كافية للإبقاء على المادتين 41 و42 في التشريع الجزائري[1].

من هنا نجد أنّ التشريعات، قد اختلفت مواقفها في الإعتداد بضابط الجنسية، لكنها في جميع الأحوال، اعترفت به كمعيار يتقرّر بموجبه عقد الإختصاص لمحاكمها، وبهذا فهي تمنح ميزة للوطني مدّعيا كان أو مدّعى عليه. غير أنه في مقابل ذلك، إنّ إعمال هذا الضابط قد يترتب عليه عدة مشاكل على مستوى الإختصاص القضائي الدولي، قد تتعدّى هذه الأخيرة تلك الصّور التي تم التعرّض له على مستوى تنازع القوانين.

المطلب الثاني: المشاكل المترتبة على إعمال ضابط الجنسية في الإختصاص القضائي الدولي:

سبق أن رأينا أنّ اعتماد الجنسية كضابط للإسناد في إطار تنازع الإختصاص التشريعي، يثير عدة صعوبات من الناحية العملية، ولعل من بين أكثر هذه الصعوبات تعقيدا "تنازع الجنسيات"، الذي يأخذ ثلاثة أشكال، فيكون إما تنازعا إيجابيا، سلبيا، أو متحرّكا، ولقد بيّنا سابقا الإشكاليات المطروحة في هذا الصدد، كما وضعنا الحلول المقترحة بشأنها، ويبقى لنا في هذا المقام أن نتساءل عن مدى انعكاس هذه الإشكالات على مجال الإختصاص القضائي الدولي المبني على معيار الجنسية؟

[1] بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 366.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، وإضافة إلى هذه الصورة، نلمس بروز مشكلة جلب الإختصاص لأكثر من محكمة دولية، وإثارة الدفع بالإحالة، ما دام أن هذا الضابط يجعل الإختصاص جوازيا، كما تبرز أيضا منازعات الجنسية التي تظهر متى رفع أحد أطراف الخصومة دعوى مدى تمتعه بجنسية دولة المحكمة، أو متى تمسك أحد أطراف الدعوى بعدم اختصاص محكمة دولة معينة، لعدم تمتّع الطرف المعني بجنسيتها.

كلّ هذه المشاكل، أوجد لها الفقه والتشريع والقضاء حلولا ملائمة لها، وذلك للمحافظة على دور الجنسية، هذا ما سنتطرق له من خلال التعرض في الفرع الأول إلى تنازع الجنسيات، وفي الفرع الثاني إلى مشكلة جلب الإختصاص لأكثر من محكمة، وفي الفرع الثالث إلى منازعات الجنسية، مبرزين الحلول الملائمة لكل حالة على حدة.

الفرع الأول: تنازع الجنسيات

إنّ هذه المشكلة تثور في حالة تعدد الجنسيات أو انعدامها، أو في حال تغييرها.

البند الأول: التنازع الإيجابي (تعدد الجنسيات)

إنّ التساؤل المطروح في هذه الحالة، هو هل يمكن في حالة ما إذا تعددت جنسيات الشخص التي يبنى على أساسها اختصاص المحاكم الوطنية، أن نتصور أننا أمام حالة من حالة تنازع الجنسيات الإيجابي؟

إنّ الإجابة ستكون حتما بالنّفي، لأنه من غير المتصوّر أن تثور مسألة تنازع الجنسيات، وتحديد أي جنسية يعتد بها القاضي الوطني لتقرير ما إذا كان الإختصاص القضائي ينعقد لمحاكمة الوطنية أم

لا. ويرجع ذلك أساسا إلى أن الأصل في قواعد الإختصاص القضائي، وعلى عكس قواعد الإسناد أنها قواعد منفردة، أي أن المشرع الوطني يحدد فقط الحالات التي يكون فيها القضاء الوطني مختصا، ويبين الضوابط المعتمدة في هذا الصدد[1]، فإن اعتمد تشريع الدولة على الجنسية كمعيار لتحديد الإختصاص القضائي الدولي، فمحاكمها الوطنية ستعلن اختصاصها إذا كان الشخص المعني، مدّعيا كان أو مدّعا عليه يحمل جنسية الدولة المعنية، دون البحث عن الجنسيات الأخرى التي يحملها هذا الأخير. أمّا إذا لم ينتم هذا الشخص بجنسيته إلى الدولة المعنية، ولم يتوافر أي ضابط آخر يربط النزاع بإقليم الدولة، فتعلن عندئذ المحاكم الوطنية عن عدم اختصاصها دون أن تعنى بتعيين القضاء المختص دوليا بالفصل في النزاع[2].

ومع ذلك، هناك إتجاه حديث يرى أنه في حالة ما إذا كان انعقد الإختصاص مثلا، للمحاكم الوطنية على أساس انتماء الشخص إليها بجنسيته بمعزل عن أية ضوابط أخرى، وكان هذا الأخير يحمل جنسية دولة أخرى يكون متوطنا أو مقيما فيها، أو له أموال على إقليمها، فعندئذ تكون محاكم هذه الدولة هي الأقدر على الفصل في المنازعة بحكم مكفول النفاذ، نظرا لتوافر ضوابط أخرى بجوار الجنسية تسمح بربط النزاع بإقليمها، الأمر الذي يرجح اختصاصها، ويجعلها الأقدر على إصدار الحكم، لذلك على محاكم الدولة الأولى أن تتخلى عن اختصاصها مباشرة أو عن طريق قبول

[1] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة المرجع السابق، ص 147.

[2] راجع سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 281، 282، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة...المرجع نفسه، ص107،108.

الدفع بالإحالة لقيام المنازعة أمام محكمة أخرى أجنبية مختصة، أو عن طريق الاتفاق بين الطرفين على سلب الإختصاص للمحاكم الوطنية لمصلحة محكمة أجنبية أقدر على الفصل في المنازعة[1].

البند الثاني: التنازع السلبي للجنسيات (انعدام الجنسية)

في مجال الإختصاص القضائي الدولي، وفي حالة انعدام جنسية الشخص لا نكون بصدد تطبيق قاعدة الإختصاص المبنية على الجنسية لأن ضابط القاعدة نفسها، وهو الجنسية، غير متوفر والدليل على ذلك أننا هنا بصدد شخص لا جنسية له على الإطلاق، وفي هذه الحالة، لا مفرّ سوى الإستعانة بالضوابط العامة الأخرى لتحديد الإختصاص للمحاكم الوطنية، كأن يكون عديم الجنسية متوطنا أو مقيما في الدولة المعينة أو أن تكون الأموال المتنازع عليها موجودة على إقليمها[2].

البند الثالث: التنازع المتحرك (تغيير الجنسية)

إنّ الإشكالية التي تطرح في هذا الصدد، تدور حول مدى تأثير تغيير الجنسية على تحديد القضاء المختص دوليا بنظر النزاعات الدولية الخاصة، ولقد عولجت إشكالية تغيير الجنسية في مجال الإختصاص القضائي الدولي بضبط وقت معين يعتد فيه بالجنسية لتحديد الإختصاص القضائي للمحاكم الوطنية، والعبرة تكون بجنسية الخصم وقت رفع الدعوى، ففي هذا الوقت يتحدد توافر الإختصاص من عدمه، فإن غيّر الخصم جنسيته بعد رفع الدعوى، تظل المحكمة مختصة رغم التغيير الطارئ، أما إذا حدث تغيير الجنسية قبل رفع الدعوى، فإن الاختصاص يكون لمحكمة الجنسية

[1] شبورو نورية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير....المرجع السابق، ص171.

[2] أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2006، ص254، راجع كذلك، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة...، المرجع السابق، ص187

الجديدة، ولكن بشرط أن تكون هذه الجنسية ثابتة وغير متنازع عليها، ولا عبرة بجنسية الخصوم وقت نشوء العلاقة محل النزاع[1].

إضافة إلى مشكل تنازع الجنسيات الذي يثيره ضابط الجنسية، يساهم هذا الأخير في جلب الإختصاص لأكثر من محكمة دولية ما دام أن الإختصاص القضائي المبني على أساس هذا المعيار يوصف على أنه جوازي.

الفرع الثاني: جلب الإختصاص لأكثر من محكمة دولية وإثارة الدفع بالإحالة:

قد يحدث من الناحية العملية، أن يقوم المدعي برفع نفس الدعوى، أمام أكثر من محكمة كل منها مختص نتيجة للضابط القضائي المنصوص عليه في القاعدة المنظمة لإختصاصها[2]. فقد ترفع الدعوى مثلا، أمام المحاكم الوطنية بناء على ضابط الجنسية، وقد ترفع مرة ثانية أمام محكمة أجنبية بناء على ضابط الموطن أو ضابط موقع المال، أو في فرض آخر، قد ترفع الدعوى أمام المحكمة الوطنية بالنظر إلى جنسية المدعي، ويعاد رفعها أمام محكمة أجنبية بالنظر إلى جنسية المدعى عليه، ممّا يعني أن هناك محكمتين على الأقل، رفعت أمامهما نفس الدعوى من نفس الأطراف، ولنفس السبب والمحل.

إلّا أنّ تعدد المحاكم المختصة بنظر نزاع معين، لا يعني أن القانون يجيز قيام دعوى واحدة أمام محكمتين، حيث أن طلب الحماية القضائية، وتطبيق القانون في حالة معينة، يجب أن يتم مرة واحدة،

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص255.

[2] حفيظة السيد الحداد ،النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، الطبعة الأولى، سنة 2004، منشورات الحلبي الحقوقية، ص178.

وبذلك، إن رفع الطلب القضائي إلى محكمة ما، ينزع من سائر المحاكم المختصة به اختصاصها بالحكم فيه[1].

ولذلك فقد أجاز القانون الدفع بالإحالة لسبق رفع الدعوى أمام محكمة أخرى، وهذا الدفع شكلي[2]، يجب إبداءه في بدء الخصومة، وإلاّ سقط الحق فيه.

وبناء على ما تقدم ما موقف التشريع من الدفع بالإحالة، وما هي شروط إعماله.

البند الأول: موقف التشريع من الدفع بالإحالة:

إنّ الوضع السائد في التشريعات الداخلية يجيز الدفع بالإحالة لسبق رفع الدعوى أمام محكمة أخرى، إذ تنص المادة 112 من قانون المرافعات المصري على أنه: "إذا رفع النزاع ذاته إلى محكمتين، وجب إبداء الدفع بالإحالة أمام المحكمة التي رفع اليها النزاع للحكم فيه أخيرا ،وتلتزم المحكمة المحال إليها بنظر الدعوى"، هذا وقد أخذ المشرع الفرنسي بالدفع بالإحالة في المادة 100 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، إذ نصّ على الشروط المنطقية لإمكانية إبداء هذا الدفع، فاشترط أن تكون القضيتان بصدد دعوى واحدة، ممّا يقتضي وحدة السبب والموضوع والخصوم فيها، وأن تكون الدعوى قائمة أمام محكمتين مختلقتين، وأن تكون المحكمتان مختصتين بنظر الدعوى، وأن تكون المحكمتان تابعتين لجهة قضائية واحدة.

[1] ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، سنة 1973، ص178.

[2] يقصد بالدفع الشكلي: الوسيلة التي يطعن فيها الخصم في صحة الخصومة أو في الإجراءات المكونة لها، فالخصم لا يقصد من وراء إبداء الدفع الشكلي المنازعة في الحق المدعي به. وقد نص المشرع الجزائري على الدفع الشكلي في المادتين 49 و50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،إذ تنص المادة 49 على أن الدفوع الشكلية هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها، أما المادة 50 توجب إثارة الدفوع الشكلية في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول ،وذلك تحت طائلة البطلان.

كما نصّ المشرع الجزائري على الدفع بالإحالة في المواد: 53،54،57 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك تحت عنوان "الدفع بوحدة الموضوع والإرتباط"، فقد نصت المادة 53:" تقوم وحدة الموضوع عندما يرفع نفس النزاع إلى جهتين قضائيتين مختصتين من نفس الدرجة "،كما أوجبت المادة 54 على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع أن تتخلى لصالح الجهة الأخرى، إذ طلب أحد الخصوم ذلك، وأجازت في فقرتها الثانية للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائيا إذا تبين له وحدة الموضوع، أما المادة 57 فنصت على أن الأحكام الصادرة بالتخلي بسبب وحدة الموضوع ملزمة للجهة القضائية ،أو التشكيلة المحال إليها، وهي غير قابلة لأي طعن.

والعلّة الأساسية الكامنة من وراء تقرير هذا الدفع في إطار القانون القضائي الخاص الداخلي، هو تفادي تعدد الإجراءات من جهة، وصدور أحكام متناقضة من محكمتين مختصتين من جهة أخرى، فضلا عن الإقتصاد في النفقات.

إذا كان هذا هو الوضع السائد في القوانين الداخلية، فهل يجوز مد تلك القواعد إلى نطاق القانون القضائي الخاص الدولي؟

في الواقع لا يثير الدفع بالإحالة في إطار القانون القضائي الدولي أية صعوبة، وذلك في الفروض التالية:

-إذا كانت الدولة الأجنبية التي رفع النزاع أمام محاكمها أولا، والدولة الوطنية التي رفع النزاع أمام محاكمها أخيرا، والتي يراد إبداء الدفع أمام محاكمها، كل منهما مرتبط باتفاق دولي ثنائي أو جماعي ينظم تلك المسألة، فبالرجوع إلى تلك النصوص الإتفاقية سوف يزول كل لبس محتمل[1].

-كذلك لا تثور صعوبة إذا كان التشريع الوطني للدولة التي رفع النزاع أمامها أخيرا، له موقف محدد وواضح من الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية[2].

وإنّما تبدو الصعوبة حقيقة بصدد الأنظمة القانونية الوضعية، التي لم تضع تنظيما قانونيا للمشكلة، ومن أمثلة تلك الأنظمة: النظام القانوني المصري والنظام القانوني الفرنسي،فهذه الأنظمة كما تسمح بتبنّي موقف المدافع لمبدأ قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، لا تعارض اتخاذ الموقف المضاد للموقف الأوّل، ولذلك نجد أن الآراء الفقهية، وكذلك موقف المحكمة العليا في فرنسا، قد تراوح بين هذين الإتجاهين. ففي البداية كان هناك رفض مطلق من جانب الفقه والمحكمة العليا لمبدأ قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية[3]، ثم تطوّر الأمر إلى

[1] وهذا تطبيقا لقاعدة سمو المعاهدة على القانون الداخلي.

[2] من قبيل الأنظمة التي لها موقف محدد وواضح في هذا الصدد، القانون الدولي الخاص السويسري الجديد ،حيث ينص في المادة التاسعة منه:
« L'orsqu' une action ayant le même objet est déjà pendante entre les mêmes parties à l'étranger, le tribunal suisse suspend la cause s'il est à prévoir que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en suisse. »
وهو نفس الإتجاه في ألمانيا، وأيضا في إيطاليا، بعد صدور القانون الدولي الخاص الإيطالي الجديد، راجع في ذلك، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي...المرجع السابق، ص 181 .وقد نصت على قبول الدفع بالإحالة المادة 21 من الاتفاقية المبرمة بين دول السوق الأوروبية المشتركة في 1968/09/27 ،والمتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية.

[3] محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص246.

قبول حالات معينة، تعتبر إستثناءا على المبدأ السابق ذكره[1]، لكن بعد ذلك تم تقرير قبول الدفع بالإحالة كمبدأ ،مع تقيده بشروط معينة لابد من توافرها[2].

وفي مصر أخذ القضاء المختلط بمبدأ الدفع بالإحالة، مقررا أن الأخذ به، أمر تفرضه مقتضيات النظام العام منعا لتضارب الأحكام[3].

أمّا في الجزائر، فاستنادا إلى قاعدة مد قواعد الإختصاص الداخلي لتحكم الإختصاص القضائي الدولي، ووجود قواعد خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نذكر منها بالتحديد نص المادة 605[4]، التي يحدد فيها المشرع شروط تنفيذ الحكم الأجنبي في الجزائر، وبالضبط الفقرة الثالثة منها، التي تشترط عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، فبالإستناد إلى مفهوم المخالفة، نجد أن المشرع الجزائري يعترف بالأحكام الأجنبية المخالفة للأحكام القضائية الجزائرية، وذلك متى سبق صدورها. في هذه الحالة يعني أن القاضي لو أثير أمامه الدفع بالإحالة لرفع ذات النزاع أمام محكمة أجنبية قبل أن ترفع أمامه، فإنه يستقبل حتما بذلك.

[1] يتعلق الإستثناء الأول بأن الدفع بالإحالة يكون مقبولا متى كان ذلك مقررا بمقتضى اتفاقية دولية، أما الاستثناء الثاني، فيقضي أنه إذا رفع الطرف الفرنسي دعواه أمام القضاء الأجنبي متنازلا بذلك عن الميزة المخولة له بمقتضى المادة 14 مدني فرنسي، أو قبل كمدعى عليه الخضوع لولاية القضاء الأجنبي متنازلا بذلك عن الميزة الممنوحة بمقتضى المادة 15 مدني فرنسي، فإنه يمكن التمسك في مواجهته بالدفع بالإحالة إذا ما أريد رفع الدعوى عن ذات النزاع بعد ذلك في فرنسا، راجع في ذلك حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة...،المرجع السابق، ص185.

[2] سنحاول تفصيل هذه الشروط في البند الموالي.

[3] حكم محكمة الإسكندرية المختلطة، الصادر في 09 يناير 1922، منشور في LUNET ، ص1043 ،راجع في ذلك: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص142

[4] ولا يخلو تشريع في الدول العربية من وجود نص مقابل لهذه المادة، وسنتعرض لهذه النصوص القانونية بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب، تحت عنوان دور الضابط الشخصي في تحديد معاملة الأحكام الأجنبية الصادرة عن القضاء الشخصي.

من ذلك نستنتج أنه يمكن مدّ أحكام المواد 53،54،57، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر، لتحكم الدفع بالإحالة على مستوى الإختصاص القضائي الدولي. ومن أهم المبررات التي استند إليها الفقه للتمسك بالدفع بالإحالة:

-إن قبول الدفع بالإحالة يبدو أمرا مبررا في ظل الصياغة القانونية الحالية للقواعد المنظمة للإختصاص القضائي، فيعد قبول الدفع بالإحالة هو التعويض الحقيقي للصياغة مفردة الجانب لتلك القواعد، كما أنه الوسيلة الطبيعية لحل النزاع الإيجابي بين قواعد الإختصاص القضائي الوطنية والأجنبية منعا لتضارب الأحكام[1].

-إن قبول الدفع بالإحالة نوع من المقاومة المشروعة للغش نحو الإختصاص، حيث أن المدعي الذي يرفع دعواه أمام القضاء الأجنبي، سرعان ما يتضح له أن الحكم الصادر من هذا القضاء، لن يكون في صالحه، فقبول الدفع بالإحالة في هذا الفرض، يعد ردعا لهذا المدعي سيء النية.

-إن قبول مبدأ الدفع بالإحالة لوجود النزاع أمام محكمة أجنبية، يعطى للمحاكم الوطنية الفرصة في أن لا تصدر أحكاما عديمة القيمة أو غير مكفولة النفاذ[2].

-إن الإعتبارات التي يقوم عليها قبول الدفع بالإحالة في القانون الداخلي، تتحقق أيضا بصدد العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، فإذا كان قبول الدفع في القانون الداخلي يهدف الى تجنب

[1] في هذا المجال هناك تقرير D.HOLLEAUX أمام اللجنة الفرنسية،مشار إليه في مرجع: حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة....،المرجع السابق، ص 192.
« A partir de l'unilatéralité de règles de compétence directe et du fait surtout que les états ont tendance assez fréquement à étendre assez loin la compétence de leurs tribunaux, on serait tenté de penser que la prise en consideration de la litispendance international s'impose encore plus dans l'ordre international que dans l'ordre interne ».

[2] هشام علي صادق، الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص141 ، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 193.

التعارض بين الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية، وهو أمر نادر الحدوث، حيث أنها تصدر من محاكم تابعة لدولة واحدة وتطبق قانونا واحدا، فإن فرص تعارض الأحكام الصادرة عن محكمة وطنية ومحكمة أجنبية تكون أكبر من الناحية العملية، مما يستتبع قبول الدفع بالاحالة من باب أولى.

-كذلك إن توفير الوقت والنفقات بالنسبة للأفراد، وبالنسبة إلى محاكم الدولة ،إذا كان يعتد به من أجل تقرير الدفع في القانون الداخلي، فإن الأمر لا يستتبع أن تكون المعاملة التي يلقاها الدفع بالإحالة مختلفة إذ ما تعلق الأمر بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي[1].

وبناء على ذلك، فإنه إذ رأت المحكمة الوطنية المختصة بالنزاع نظرا لإعمال ضابط جنسية المدعي، أن المحكمة الأجنبية المنعقد لها الإختصاص بناء على جنسية المدعى عليه،قد سبق رفع الدعوى أمامها، وأنها الأجدر بالفصل في الدعوى، وكفالة الحكم الصادر في شأنها، كما لو كانت أموال دين المدعى عليه كائنة فيها، كان لها أن تتخلى عن نظر تلك الدعوى لأن الحكم الصادر منها سيكون معدوم القيمة من الناحية الفعلية لأن المحكمة الأجنبية ستفرض تنفيذه، ما دام أنه يتعارض مع الحكم الصادر عنها في شأن نفس النزاع[2].

وعلى هذا النحو، إذا كان قبول الدفع بالإحالة، يبدو أمرا حتميا في ظل ما سبق عرضه، فإن قبول هذا الدفع يتوقف على تحقق مجموعة من الشروط.

[1] حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص188.

[2] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية، سنة 1986، ص170 وما بعدها.

البند الثاني: شروط قبول الدفع بالإحالة:

يشترط لقبول الدفع بالإحالة، توافر عدة شروط، أولها وحدة الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الوطنية والمحكمة الأجنبية، وثانيها اختصاص المحكمة الأجنبية بالنظر في الدعوى، وثالثها قابلية الحكم الصادر من المحكمة الأجنبية للتنفيذ. وسنتعرض بإيجاز لهذه الشروط[1].

أوّلا: وحدة الدعوى المرفوعة أمام القضاء الوطني والقضاء الأجنبي

يشترط لقبول الدفع بالإحالة أمام القضاء الوطني ،أن تكون هناك دعوى قد تم رفعها مرتين، مرة أمام المحكمة الوطنية وأخرى أمام المحكمة الأجنبية،ولا تتحقق وحدة الدعوى إلا بوحدة الأطراف[2] والسبب والمحل[3]. ويترتّب على ذلك، أنّه لا محلّ لقبول الدفع بالإحالة إن اختلف موضوع الدعويين، أو أطرافهما، أو سببهما. ويكفي الاختلاف في واحد من العناصر المذكورة، فلو رفع مثلا نزاع أمام المحاكم الجزائرية بالنظر إلى جنسية المدعي، موضوعه طلب الطلاق للضرر الذي لحق الزوجة نتيجة إعتداء زوجها عليها بالضّرب، ثم رفعت دعوى أخرى أمام المحاكم الفرنسية بالنظر إلى جنسية المدعى

[1] محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص377.

[2] في هذا الشأن رفضت محكمة السين الجزئية في حكمها الصادر في 05 مايو 1959 قبول الدفع بالإحالة، وذلك في دعوى المطالبة بالتعويض التي رفعها أحد الأجانب لتعويضه عن الضرر الذي لحق به، نتيجة لعرض أحد الأفلام، فدفعت إحدى الشركات المدعى عليها والمنتجة للفيلم بالإحالة لقيام نفس النزاع أمام محكمة أجنبية، ولكن المحكمة الفرنسية رفضت هذا الدفع، تأسيسا على أنه لا يمكن قبوله طالما كان المدعي الأجنبي الذي قام برفع الدعوى أمام القضاء الأجنبي قد رفعها على أطراف آخرين.

« …Du fait de l'introduction par le même demandeur étranger et devant une juridiction étrangère d'une instance contre d'autre parties ».

[3] رفض القضاء الفرنسي الدفع بالإحالة لأن طلب الطلاق المرفوع في الخارج، والدعوى المرفوعة بتحويل الانفصال الجسماني إلى تطليق المرفوعة أمام المحاكم الفرنسية، تعد دعويين لكل منهما محل وسبب، يختلف عن الآخر تمام الاختلاف، راجع حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة...المرجع السابق، ص196.

عليه، موضوعها طلب التعويض عن الضرر الناتج عن واقعة الضرب، فلا محل للإحالة في هذا الفرض لأن الإختصاص قد انعقد صحيحا لكلتا المحكمتين، وذلك لتباين الموضوع فيهما[1].

ثانيا: اختصاص المحكمة الأجنبية بالنظر في الدعوى:

إنّ التأكد من اختصاص المحكمة الأجنبية المعروض عليها النزاع شرط لازم[2]، ولكنه ليس بكاف، إذ إلى جانب شرط الإختصاص ينبغي أن يتأكد القاضي الوطني المثار أمامه الدفع من أمرين:

-أن ليس هناك غشا نحو الإختصاص القضائي الأجنبي، وهي حالة يقدرها القاضي المثار أمامه الدفع، آخذا بعين الإعتبار مدى الرابطة التي تربط المحكمة بالنزاع، وكشف ما إذا كان هناك شبهة إضرار بالمدعى عليه[3]، كما يجب أن يتأكد القاضي المثار أمامه الدفع من مدى توافر الضمانات اللازمة لسير الخصومة أمام القاضي الأجنبي، وتلك جملة من المسائل تتحدد بالرجوع إلى القانون الأجنبي لا بالرجوع إلى قانون القاضي[4].

-يلزم أن يتأكد القاضي الوطني من أن النزاع المتعلق به الدفع من النزاعات التي لا ترتبط بإقليم دولته ارتباط يسمح بصدور حكم مكفول الفعالية والنفاذ، ومفاد هذا الشرط أنه ينبغي على القاضي الوطني أن يتأكد مما إذا كان اختصاص محكمته بالمنازعة المنظورة أيضا أمام القضاء الأجنبي مقصورا

[1] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 1996، ص567.

[2] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص377.

[3] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص568.

[4] محمد وليد المصري، المرجع نفسه، ص377.

عليه، أم هو اختصاص مشترك بين المحاكم الوطنية والمحاكم الأجنبية[1]، فإن رأى أن المسألة تندرج تحت النوع الأول، رفض الإحالة. بينما يقبلها في الحالة الثانية، إذ في هذه الحالة يمكن تنفيذ الحكم الأجنبي في دولة القاضي، مما يعني أن الدفع بالإحالة يكون مقبولا متى كانت محاكم الدولة الأجنبية أقدر على الفصل في النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر بشأنه.

ثالثا: قابلية الحكم الأجنبي للتنفيذ:

تواترت أحكام القضاء في فرنسا على ضرورة أن يكون الحكم الذي تصدره المحكمة الأجنبية قابلا لأن يعترف به، وأن ينفذ في فرنسا، وقد قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 26 نوفمبر 1974[2]، وأيضا محكمة باريس في حكمها الصادر في 07 جويلية 1976[3]، وبناء على ذلك فإنه يتعين على المحكمة الوطنية أن تراقب الإجراءات التي تمارس في الخارج لمعرفة ما إذا كان الحكم الأجنبي الذي سيصدر عن المحكمة الأجنبية سيكون قابلا للتنفيذ أم لا. وعلى الرغم من صعوبة تلك المهمة، فإن تلك المراقبة تبدو أمرا ضروريا ،لأنه يبدو ومن غير المقبول، ومتعارضا مع حسن أداء العدالة، أن تتخلى المحكمة عن نظر دعوى هي مختصة بها لصالح محكمة أجنبية، وينتهي الأمر بأن يكون الحكم الصادر من تلك الأخيرة غير قابل للتنفيذ.

[1] يجدر بنا الإشارة هنا، إلى أن ضابط الجنسية واعتماده كمعيار ينعقد بموجبه الإختصاص للمحاكم الوطنية، يجعل اختصاص هذه الأخيرة جوازيا (مشتركا)، لا اختصاصا قاصرا ، مما يعني أنه يؤدي الى قبول الدفع بالإحالة.

[2] Cass. Civ.1, 26 nov, 1974, clunet 1975, 108 note Ponsard, Rev. Crit., 1975, 491 note D.Holleaux.

حيث قررت المحكمة بأن الدفع بالاحالة لا يقبل:

« l'orsque la décision à intervenir à l'étranger n'est pas suspectible d'être reconnue en France .»

[3] Trib.gr.inst.Paris, 7 juillet 1976, Rev.crit 1977, P.725 note Ibrahim Fadlallah.

راجع في ذلك، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة، المرجع السابق، ص199.

بهذا نكون قد عرضنا شروط الدّفع بالإحالة التي حدّدها الفقه والقضاء، وما يمكن ملاحظته هو أن شرط سبق رفع الدعوى، الذي تم النص عليه صراحة في التشريعات الداخلية كأساس لتحديد المحكمة المختصة في حالة ما إذا رفع نزاع أمام أكثر من محكمة مختصة على مستوى الإختصاص القضائي المحلي، يعتبر شرطا غير ضروري على مستوى الإختصاص القضائي الدولي.

وفي الأخير نشير إلى أن التعرّف على موقف التشريع من الدفع بالإحالة، وشروط إعمالها، يضع حلا لحالة جلب الإختصاص لأكثر من محكمة دولية، التي يتسبب فيها ضابط الجنسية متى اعتمد كمعيار لانعقاد الإختصاص القضائي الدولي. ولا تتوقف المشاكل التي يثيرها هذا الضابط هنا، فتقتصر على تنازع الجنسيات، أو على جلب الإختصاص لأكثر من محكمة، وإنما تمتد لتشمل منازعات الجنسية، فهذا الضابط في حد ذاته قد يكون محل منازعة.

الفرع الثالث: منازعات الجنسية

قد يتمسّك أحد أطراف الدعوى، بتمتّعه بالجنسية الوطنية حتى يثبت الإختصاص للمحاكم الوطنية، غير أنّ الطرف الآخر، يدفع بعدم اختصاص المحاكم الوطنية، المبني على ضابط الجنسية، بحجّة عدم تمتّع المعني بجنسية دولة المحكمة، وهنا تثور المنازعات المتعلّقة بالجنسية[1]، ويعدّ القضاء الحكم الوحيد المختص بالفصل في منازعاتها[2]، هذه الأخيرة التي تطرح إشكالا فيما يتعلّق بصورها وكذا الفصل فيها.

[1] هي منازعات مدنية ترفع إلى المحاكم العادية وفقا لإجراءات رفع الدعوى المدنية، وتخضع لشروط رفع الدعوى وقبولها، راجع في ذلك، بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2005، ص194.

[2] تعتبر الجنسية من المسائل المتعلقة بالنظام العام، ولا يجوز اللجوء إلى التحكيم في منازعاتها باعتبارها مظهر من مظاهر سيادة الدولة، راجع في ذلك، محمود عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2001، ص442.

البند الأول: صور منازعات الجنسية:

تتّخذ منازعات الجنسية صورتين، صورة دعوى أصلية وصورة دعوى فرعية.

1 – صورة الدعوى الأصلية:

هي تلك الدعوى التي يختصم فيها الفرد الدولة بصفة أصلية، ويطلب فيها الحكم بثبوت الجنسية أو نفيها[1]، وقد أقر تنظيمها في التشريع الجزائري، المادة 38 من قانون الجنسية الجزائرية بنصها:" لكل شخص الحق في إقامة دعوى تكون الغاية الرئيسية والمباشرة منها، استصدار حكم بتمتعه أو عدم تمتعه بالجنسية الجزائرية...."[2]

2- صورة الدعوى الفرعية

قد يحدث أن يثار الدّفع الخاص بالجنسية بمناسبة نزاع أصلي، كالمنازعات الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية، وذلك لتقرير مدى ثبوت الاختصاص للمحاكم الوطنية من عدمه، ويكون الفصل في الدفع المثار الخاص بالجنسية ضروريا قبل الفصل في النزاع الأصلي لأن هذا الأخير يتوقف على البث في الجنسية المتنازع فيها[3]، ومن أمثلة منازعات الجنسية كدعوى فرعية، اختصاص محكمة جنسية المتوفى في نزاع متعلق بقسمة تركة، ودفع أحد الورثة أثناء المرافعة بكون المتوفى أجنبي بالجنسية، فهنا لابد للمحكمة أن تنظر في هذا الدفع، وتثبت في جنسية المورث أولا، قبل إصدار حكم في

[1] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الجنسية ومركز الأجانب، دار الفكر الجامعي، سنة1998-1999، ص250.

[2] ويقابل المادة 38 ق.ج.ج :الفصل 36 من قانون الجنسية المغربية ،والفصلان 51 و52 من قانون الجنسية التونسية: والمادة 129 من قانون الجنسية الفرنسية، المادة 29 مكرر 3 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديل 22 جويلية 1993.

[3] زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر، بدون طبعة، سنة 2002، ص 58.

تقسيم التركة رغم أنها غير مختصة أصلا بالنظر في دعاوى الجنسية فيما لو عرضت عليها بصورة أصلية[1].

وقد نصّ المشرع الجزائري على هذه الصورة في المادة 55 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" تقوم حالة الارتباط عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية، أو أمام جهات قضائية مختلفة، والتي تستلزم لحسن سير العدالة أن ينظر ويفصل فيها معا"[2]. كما نصّت المادة 56 من نفس القانون على أن التخلي عن النزاع بسبب الارتباط بين القضايا، يؤمر به من طرف آخر جهة قضائية، أوآخر تشكيلة طرح عليها النزاع، لصالح جهة قضائية أو تشكيلة أخرى، بموجب حكم مسبب بناء على طلب أحد الخصوم أو تلقائيا. هذا وقد تم النص في المادة 57ق.إ.م. إ ، على أن الأحكام الصادرة بالتخلي بسبب الارتباط ملزمة للجهة القضائية أو التشكيلة المحال إليها، وهي غير قابلة لأي طعن. وطبقا للمادة 58 ق.إ.م.إ تقضي جهة الإحالة بالضم تلقائيا في حالة وجود ارتباط بين خصومات مطروحة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية، أو أمام جهات قضائية مختلفة بعد التخلي لها.

وبتصفّح قانون الجنسية الجزائري، نجد أن المادة 37 ف02 منه تنص:" عندما تثار هذه المنازعات عن طريق الدفع أمام المحاكم الأخرى، تؤجل هذه الأخيرة الفصل فيها حتى يبث من قبل

[1] غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول...،المرجع السابق، ص292،

[2] نص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني في المادة 27 فقرة 03 على أن المحاكم الأردنية تختص بالبث في المسائل الفرعية أو الأولية المرتبطة بدعوى أصلية داخلة في اختصاصها مقامة على أجنبي أمامها، ويقتضي حسن سير العدالة أن تنظر فيها.

المحكمة المختصة محليا، التي يجب أن يرفع إليها الأمر خلال شهر من قرار التأجيل من قبل الشخص الذي ينازع في الجنسية وإلا أهمل الدفع[1]".

البند الثاني: الفصل في منازعات الجنسية:

إن إشكال الفصل في منازعات الجنسية يدفعنا أولا إلى: دراسة نظام إثبات الجنسية، وثانيا إلى: مدى حجية الحكم الصادر والفاصل في منازعاتها.

أوّلا: إثبات الجنسية

إن مبدأ استقلالية كل دولة بتنظيم جنسيتها يقتضي في إثبات الجنسية، الرجوع إلى قانون جنسية الدولة التي يدعى الشخص تمتعه بها أو نفيها عنه، أو عدم الدخول فيها. ويجري الإثبات وفق أحكام هذا القانون[2]. وتقضي القاعدة العامة بأن الإثبات يقع على عاتق المدعي، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 31 ق.ج.ج:" يتحمل الإثبات في قضايا الجنسية كل شخص سواء بواسطة الدعوى أو عن طريق الدفع يدعي هو نفسه أو شخص آخر بأنه يحمل الجنسية الجزائرية"[3].غير أنّ نص المادة 138 ف1 من قانون الجنسية الفرنسية، المعدلة بموجب قانون 1973/01/09 جاء فيها:" عبئ الإثبات في مسألة الجنسية الفرنسية يقع على عاتق من كانت

[1] يقابل هذه المادة: الفصل 37 ف1 من قانون الجنسية المغربية، المادة 50 ف1 من قانون الجنسية التونسية، المادة 124 ف02 من قانون الجنسية الفرنسية لسنة 1945.

[2] مقني بن عمار، إجراءات التقاضي والإثبات في منازعات الجنسية وفقا للقانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، سنة 2009، ص145.

[3] ومن الدول الغربية التي لم تخص إثبات الجنسية بقواعد خاصة، العراق، السعودية، الأردن، لبنان، السودان، قطر، عمان، البحرين، وهناك قلة من الدول العربية كمصر، الكويت، سوريا، اليمن، اكتفت ببيان من يقع عليه عبئ الإثبات(المدعي).

جنسيته محل نزاع[1]"، ويفيد ذلك أن عبئ الإثبات يقع على عاتق من كانت جنسيته محل نزاع مدعيا كان أو مدعا عليه.

وفيها يخصّ طرق إثبات التمتّع أو عدم التمتع بالجنسية الوطنية، يجب التمييز بين إثبات الجنسية الأصلية، وإثبات الجنسية المكتسبة[2]، وإثبات فقدان الجنسية.

1-إثبات الجنسية الأصلية:

إذا ادّعى شخص الجنسية الوطنية كجنسية أصلية، يمكن إثباتها عن طريق النسب بوجود أصلين ذكرين من جهة الأب والأم، كما يمكن إثباتها بكافة الوسائل وخاصة عن طريق حيازة الحالة الظاهرة. وتتكوّن الحالة الظاهرة للشخص من ثلاث عناصر: الإسم، الشهرة، والمعاملة، فمن يحمل إسما يدل على انتمائه إلى دولة معينة، وأشتهر في محيطه الإجتماعي على إنتمائه لتلك الدولة، وعومل من قبل السلطات العمومية لتلك الدولة ومن قبل الأفراد على أنه ينتمي إليها، توافرت لديه عناصر الحالة الظاهرة[3].

2-إثبات الجنسية المكتسبة:

إذا كانت الجنسية الوطنية محل نزاع هي الجنسية المكتسبة، فيتطلب إثباتها تقديم وثائق الحالة المدنية للمعني مرفقة بمرسوم التجنس، وعند الاقتضاء إرفاق نسخة من الجريدة الرسمية التي تتضمن

[1] Art 138 al. 1 du code nationalité français « la charge de la preuve en matière de nationalité incombe à celui dans la nationalité est en cause. »

[2] الجنسية الأصلية هي الجنسية التي يتمتع بها الشخص بمجرد ميلاده، أما الجنسية المكتسبة فيكتسبها الشخص لاحقا، إما عن طريق التجنس أو بواسطة الزواج، راجع: y.Loussarn, P. Bourel,op.cit.,p7 12.

[3] نصت على ذلك المادة 32 ق.ج.ج وتقابلها: المادة 30 مكرر 02 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 21 ف01 من قا. الجنسية الكويتي.

مرسوم تجنسه. كما يثبت إكتساب الجنسية بنظير المرسوم المانح للجنسية، أو بالإدلاء بشهادة الجنسية يسلّمها وزير العدل أو السلطات المؤهلة لذلك، أما إذا كانت الجنسية الوطنية مكتسبة بمقتضى معاهدة يجب أن يتم الإثبات وفقا لهذه المعاهدة[1].

3-إثبات زوال الجنسية الوطنية:

هنا يجب على من ينازع في الصفة الوطنية أن يثبت زوالها عنه، وإثبات الزوال يتحقق بتقديم القرار المرخص بالتخلي عن الجنسية، أو القاضي بالتجريد أو السحب، أو تقديم نسخة من الجريدة الرسمية التي نشر فيها. ولأحد أطراف الدعوى أن يعمد إلى هذه الوسيلة الأخيرة لإثبات زوال الجنسية عن الطرف الآخر[2]، وقد يحدث أن يفقد أحد الأطراف الدعوى جنسيته بسبب زواجه بأجنبي، وهنا يكتفي بإثبات تحقق السبب المؤدي إلى الفقد[3].

ثانيا: حجية الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية:

يتضمن الحكم الصادر عن القضاء بالفصل في نزاع معين، قرينة على أنه يعبر عن الحقيقة وهي قرينة لا تقبل إثبات العكس، أساسها أن ما فصل فيه يعد صحيحا من الناحية الشكلية، ويمثل الحقيقة موضوعا، ولا يجوز إلغاء الحكم أو إبطاله إلا بمراعاة طرق الطعن المقررة قانونا[4].

[1] محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى سنة 2005، ص54. وقد أخذ المشرع الجزائري بذلك في المادة 32 ق.ج.ج المعدلة.

[2] نصت على ذلك المادة 35 ق.ج.ج: ويقابلها الفصل 34 من قانون الجنسية المغربية، والفصل 42 من قانون الجنسية التونسية.

[3] زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص626، وتجدر الملاحظة أنه لا يكفي إثبات التمتع بالجنسية الأجنبية لنفي الصفة الوطنية أو زوالها عن الشخص، فمن المحتمل أن يكون الشخص مزدوج الجنسية، وتتحدد معاملته عندئذ حسب المادة 22 ق.م.ج.

[4] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحديد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص223.

إذا كان الأصل هو الحجية النسبية للأحكام، إلا أن هذا المبدأ يتقرّر عنه أوضاع غير مقبولة تجعل مركز الشخص في الجماعة الوطنية مضطربا، مرة يعتبر وطنيا بموجب حكم، وأخرى غير وطني بموجب حكم آخر، والحال أن هذا المشكل يقتضي أن يفصل فيه على وجه واحد لا يتغير ما دامت الوقائع المؤسس عليها لم تتغير، وهو ما تقتضيه طبيعة الجنسية.ولذلك تتقرر الحجية المطلقة للأحكام الصادرة بصددها[1].

وتبعا لذلك، متى فصلت المحكمة في مسألة مدى تمتع أحد أطراف الدعوى بجنسيتها في الدعوى الفرعية المرفوعة أمامها، أصبح من الجائز النظر في الدعوى الأصلية بناء على ضابط الجنسية.

وعلى العموم، لا ينعقد الإختصاص الشخصي للمحاكم بناء على ضابط الجنسية فقط، وإنما ينعقد هذا الإختصاص أيضا بالنظر إلى ضابط الموطن، الذي يضفي على هذا الأخير صفة الإختصاص الأصلي، على خلاف الجنسية التي تجعله اختصاصا جوازيا. وسنحاول تخصيص المبحث الثاني من هذا الفصل لنوضّح دور الموطن في تحديد الإختصاص القضائي الدولي.

[1] بعوني خالد وبن عياد جليلة، الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، بدون طبعة، سنة 2009، ص163.

المبحث الثاني: دور الموطن في تحديد الإختصاص القضائي الدولي:

لا ينحصر الإختصاص الشخصي لمحكمة دولية معينة بالنظر إلى ضابط الجنسية فحسب، وإنما يتعداه ليتقرر هذا الاختصاص أيضا نتيجة إعمال ضابط الموطن.

وتختلف مواقف التشريعات من مدى الإعتداد بهذا الضابط حتى ينعقد الإختصاص لمحاكمها، فتعتد البعض منها بضابط موطن المدعي، والبعض الآخر بضابط موطن المدعى عليه، في حين تأخذ تشريعات أخرى بضابط موطن كل من المدعي والمدعى عليه.

والملاحظ هو أنّه متى تم الإعتداد بهذا الضابط، وتقرر بموجبه الإختصاص لمحكمة الموطن، فإن ذلك لا يعني أنه جميع الدعاوى ترفع أمام هذه الأخيرة، وإنما ترد إستثناءات على هذه القاعدة.

وقد يواجه القاضي وهو بصدد إعمال ضابط الموطن بعض الصعوبات لتقرير اختصاصه من عدمه، أو قد يلتبس أحد أطراف الدعوى في تحديد المحكمة المختصة دوليا، نتيجة لتعدد أطراف الدعوى، أو تعدد مواطنهم، أو انعدام موطن الشخص المعني، كما قد يصعب أحيانا إثبات الموطن، وأحيانا أخرى تحديد المحكمة المختصة دوليا في حال انعقاد الإختصاص لأكثر من محكمة دولية، نتيجة للإعتداد بضابط الموطن، كل هذه المشاكل دفعت التشريع لإيجاد حلول لها، وذلك نظرا للدور الذي يلعبه الموطن في مجال الإختصاص القضائي الدولي.ويبرز اختصاص محكمة الموطن أكثر في مجال الأحوال الشخصية، لاسيما في دعاوى الزواج والطلاق، والدعاوى المرتبطة بالآثار المصاحبة لهما، ودعاوى الميراث، إذ نصّت غالبية التشريعات صراحة برفع مثل هذه الدعاوى أمام محكمة الموطن وذلك بالنظر إلى نوعها.

ونظرا للإهتمام البالغ الذي توليه التشريعات لضابط الموطن، سنتعرّض في المطلب الأول من هذا المبحث إلى:موقف التشريع من الضابط، مبرزين في هذا المطلب موقف التشريع من مدى الإعتداد بالضابط ونطاق تطبيقه، وأهم المشاكل المصاحبة لإعماله، والحلول التشريعية الملائمة لها، ونتعرّض في المطلب الثاني إلى: إختصاص محكمة الموطن المقيّد بنوع الدعوى، مركّزين على دعاوى الأحوال الشخصية، مبرزين موقف المشرع الجزائري في كل حالة.

المطلب الأول: موقف التشريع من ضابط الموطن

إعتدت غالبية التشريعات المقارنة بضابط الموطن، كضابط شخصي، يتقرّر بموجبه عقد الإختصاص لمحاكم دولتها، مع اختلاف في مواقفها حول مدى الإعتداد به، وهنا تبرز إشكالية: ما موقف التشريع من مدى الإعتداد بالضابط؟، هذه الإشكالية تستلزم للإجابة عنها، التطرّق إلى مختلف المواقف التشريعية من ضابط موطن المدعى عليه، وكذا ضابط موطن المدعي، مع إبراز موقف المشرع الجزائري في كل حالة، دون أن ننسى ذكر الأساس القانوني الذي يبرّر اختصاص محكمة الموطن.

ويتفرّع عن هذا الموضوع أيضا إشكاليتين هامتين، كان للتشريع موقف فيها، تنصبّ الأولى حول مدى إعمال هذا الضابط، هل يشمل جميع الأشخاص والدعاوى ،أم هناك دعاوى تستثنى من نطاق اختصاص محكمة الموطن؟، وتنصبّ الإشكالية الثانية حول المشاكل المترتبة على إعمال ضابط الموطن: ففيما تتمثل هذا المشاكل؟، وما هي الحلول التشريعية المقررة لها؟

وللإجابة على الإشكاليات المتقدّمة، نتعرّض في الفرع الأول إلى موقف التشريع من مدى الإعتداد بضابط الموطن، وفي الفرع الثاني إلى نطاق اختصاص محكمة الموطن، وفي الفرع الثالث إلى أهم المشاكل المترتبة على الإعتداد بضابط الموطن، مع إبراز أهم الحلول التشريعية الملائمة لها.

الفرع الأول: موقف التشريع من مدى الإعتداد بضابط الموطن

قد ينعقد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم إذا كان أحد أطراف الدعوى مدّعيا أو مدّعا عليه، متوطّنا أو مقيما بدولة المحكمة، وفي هذا الصدد نجد أن هناك بعض التشريعات اقتصرت على الأخذ بضابط موطن المدعى عليه، في حين أن هناك تشريعات أخرى اعتدت كذلك بضابط موطن المدعي، لذلك سنتعرّض في البند الأول إلى: موقف التشريع من ضابط موطن المدعى عليه، وفي البند الثاني إلى: موقف التشريع من ضابط موطن المدعي، مع إبراز موقف المشرع الجزائري في كل حالة.

البند الأول: موقف التشريع من ضابط موطن المدعى عليه:

إن القاعدة الأساسية في الإختصاص القضائي هي أن المدّعي يسعى إلى المدّعى عليه في أقرب المحاكم إلى موطنه، وعرفت هذه الأخيرة في القانون الروماني، وكذلك في القانون الكيني، وهي مبنية على أساس المثل الذي يقول بأن الدين مطلوب لا محمول، وعليه يتعين على صاحب الحق أن يقصد من هو مدين له، أو من يقع عليه الإلتزام[1].

[1] الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، طبعة منقحة ومزيدة، الطبعة الثانية، سنة 2000، ص 198، راجع كذلك، فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة، منشورات أمين، سنة 2009، ص123.

إنّ تقرير اختصاص محكمة موطن المدعى عليه يهدف إلى تيسير مهمة الدفاع عن هذا الأخير، بل إنّ هذه القاعدة تتّفق مع مبدأ هام من المبادئ المقررة في الإختصاص القضائي الدولي، وهو "ضمان الفعالية الدولية للأحكام"، فمحكمة موطن المدعى عليه، هي التي يسهل عليها إتخاذ إجراءات تنفيذ الحكم ضد المدعى عليه، إذ هو كائن في دائرة سلطانها، وربما كان يملك أموالا يمكن التنفيذ عليها في تلك الدائرة[1].

من هذا المنطلق، يكون من شأن القاعدة الماثلة دفع الضرر عن المدعى عليه، حتى لا يسوقه المدّعي إلى محكمته بالنحو الذي يلحق به ضررا جسيما دون مقتضى، وعليه يتعيّن على كل من يدّعي حقّا قبل آخر أن يلجأ إليه ويطالبه به أمام المحكمة التي يتواجد بها موطنه[2].

وينعقد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم، إذا كان المدّعى عليه متوطنا أو مقيما في دولة المحكمة، أيا ما كان نوع الدعوى، شريطة عدم تعليق الأمر بدعوى عقارية متعلقة بعقار موجود خارج دولة المحكمة. وقد أخذت بهذا مختلف التشريعات العربية[3] ، ونصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية :"يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار الموطن، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1047.

[2] هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2001، ص58.

[3] نص على ذلك القانون المصري في المادة 29 من قانون المرافعات المصري لسنة 1968 :"تختص محاكم الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية، المتعلقة بعقار واقع في الخارج"، وتقابلها المادة 14 من قانون المرافعات البحريني، والمادة 28 من القانون الأردني رقم 24 لسنة 1988، والفصل الثالث من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي:" تنظر المحاكم التونسية في النزاعات المدنية والتجارية بين جميع الأشخاص مهما كانت جنسيتهم."

التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك." هذا فضلا عن وجود نصوص قانونية أخرى، يستنتج منها اعتداد المشرع الجزائري بضابط موطن المدعى عليه[1].

والقاعدة المنصوص عليها في المادة 37 ق.إ.م. إ تستخدم لتنظيم الإختصاص المحلي للمحاكم الجزائرية ولتحديد الإختصاص القضائي الدولي للقضاء الجزائري بوجه عام، وهذا المسلك غير غريب، وعلى هذا الأساس يجوز مخاصمة الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية، إذا كان له موطن في الجزائر، كذا الحال إذا كان له محل إقامة معروف، أو إذا سبق له التوطّن في الجزائر، فإذا قام أجنبيان بالتزوج في فرنسا على سبيل المثال، فمن حق أي زوج أن يقوم برفع دعوى ضد زوجه الآخر أمام المحاكم الجزائرية، وذلك بطلب الحكم ضده، في دعوى مدى صحة ونفاد عقد الزواج، إذا كان الزوج الأجنبي المعني متوطنا في الجزائر، أو مقيما على ترابها، أو إذا سبق له التوطّن فيها وغادرها قبل رفع الدعوى ضده من قبل زوجه الآخر[2].

وإذا قام مواطن جزائري بالتزوج من أجنبية خارج الجزائر، يحق له رفع دعوى ضد زوجته الأجنبية أمام المحاكم الجزائرية ،إذا كانت الزوجة الأجنبية متوطنة في الجزائر أو مقيمة على ترابها في هذا الوقت، أو سبق لها التوطن في الجزائر قبل رفع الدعوى، فحتى بعد انتهاء الموطن للمدعى عليه في

[1] إضافة إلى نص المادة 37 ق..إ.م.إج نلمس نصوص قانونية أخرى تعقد الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه سواء تقرر ذلك بصفة صريحة، كما هو الحال بالنسبة لنص المادة 40ق.إ.م.إ.ج في فقرتها الرابعة: "في مواد الملكية الفكرية أمام المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي الموجود في دائرة اختصاصه موطن المدعى عليه." والمادة 40 ق.إ.م.إ.ج في فقرتها الثامنة:" في المنازعات التي تقوم بين صاحب العمل والأجير، يؤول الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي تم في دائرة اختصاصها إبرام عقد العمل أو تنفيذه: أو التي يوجد بها موطن المدعى عليه".وقد تقرر بعض النصوص القانونية هدا الإختصاص بصورة ضمنية، كما هو الحال بالنسبة للفقرة 05 من المادة 39 ق.إ.م.إ.ج :"في المواد المتعلقة بالمنازعات الخاصة بالمراسلات....أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المرسل أو موطن المرسل إليه." مما يعني أن المدعى عليه هنا يحتمل أن يكون المرسل أو المرسل إليه.

[2] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص124.

الجزائر، ينعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية على أساس سبق توطنه هناك[1]، والموقف نفسه تؤيده غالبية التشريعات العربية[2].

أما بالنسبة للنظم القانونية الغربية، فينعقد الإختصاص القضائي الدولي لمحاكمها، إذا كان المدعى عليه الأجنبي متواجدا في إقليمها، لحظة رفع الدعوى عليه، مع إستلامه لصحيفتها عند إعلانه بها[3].

هذا، ونجد أنه إلى جانب ضابط موطن المدعى عليه، تعتدّ بعض التشريعات بضابط موطن المدعي.

البند الثاني: موقف التشريع من ضابط موطن المدعي

قد ينعقد الإختصاص للمحاكم في بعض التشريعات إذا كان المدعي وطنيا، أو كان أجنبيا له موطن في دولة المحكمة، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج، أو إذا كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق[4]، وهذا الإتجاه أيدته غالبية التشريعات[5].

[1] هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، دار الفكر الجامعي، سنة 2003، ص128.

[2] نذكر منها: القانون السعودي والقانون السوري، والقانون اليمني، والقانون الليبي، والقانون اللبناني، والقانون السوداني، والقانون الكويتي، راجع في ذلك، بدر الدين شوقي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بين الفقه الدولي والأنظمة السعودية، سلسلة الكتاب الجامعي، الكتاب الثالث، جدة 1393، ص126، راجع كذلك، عدنان الخطيب، الوجيز في أصول المحاكمات، الجزء الأول، النظام القضائي في سورية، قواعد الاختصاص في القضايا المدنية، مطبعة الجامعة السورية، سنة 1958، ص 163.

[3] وهو ما يقره القانون الكندي، والاسترالي، والأمريكي ،والقانون الفرنسي، والإيطالي ،واليوناني، والسويسري، راجع في ذلك، هشام خالد، المرجع السابق، ص139، مع ملاحظة أن الكثير من دول القارة الأوروبية، وغالبية الدول العربية، لا تشترط صحيفة الدعوى.

[4] ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام، الناشر سيدي عبد الله وهبه، سنة 1997، ص169.

[5] أخذ بذلك التشريع المصري في قانون المرافعات في المادة 30ف 05، والتشريع الكويتي في المادة 08 من القانون رقم 05 لسنة 1961، والقانون اللبناني بموجب المادة 79 من قانون المحاكمات اللبناني، والقانون السوداني بموجب المادة 10 من قانون الإجراءات المدنية السوداني، والمادة 07 من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، والمادة 15 من قانون المرافعات البحريني.

وتجدر الإشارة هنا أن بعض الدول العربية لا تجعل من توطّن المدعي في إقليم الدول العربية المعنية ضابطا لإنعقاد الإختصاص القضائي الدولي لمحاكمها، ومن الدول التي لا تأخذ بذلك: ليبيا[1]، الأردن[2]، العراق[3].

أمّا بخصوص موقف المشرع الجزائري من ضابط موطن المدعي، ومدى اعتماده حتى ينعقد الإختصاص للمحاكم الجزائرية إذا كان للمدعي موطن أو محل الإقامة في الجزائر، فيظهر من خلال تتبع أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ومن خلال تفسير بعض نصوصه القانونية أن المشرع اعتد بهذا الضابط إلى جانب ضابط موطن المدعى عليه، ودليلنا في ذلك نصوص المواد 39 فقرة 05، المادة 40 فقرة 02، المادة 40 فقرة 08.

ففي نص المادة 39 فقرة 05 نص على أنه:" في المواد المتعلقة بالمنازعات الخاصة بالمراسلات والأشياء الموصى عليها والإرسال ذي القيمة المصرح بها، وطرود البريد، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المرسل أو موطن المرسل إليه"، ويستنتج من هذا النص أن المشرع يعتدّ بضابط موطن المدعي وضابط موطن المدعى عليه.

كذلك بالإستناد إلى نص المادة 40 فقرة 02 التي نصت:" في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية، والسكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها، موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان

[1] محمد عبد الخالق عمر، القانون الدولي الليبي الخاص، منشورات جامعة قاريونس، سنة 1978، ص183، حيث لا يعرض سيادته للضابط محل الدراسة ،مع ملاحظته لعدم وجود نص تشريعي ليبي يقرره.

[2] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 247، مع عدم وجود نص تشريعي أردني.

[3] ممدوح حافظ عرموش، المرجع السابق، ص381.

وجود السكن"، فبالرغم من تقرير اختصاص المحكمة حسب نوع الدعوى في هذه المادة، إلا أن الملاحظ هو أنها لا تخرج عن موطن المدعي أو المدعى عليه.

وتمّ النص بصراحة على إعتداد المشرع الجزائري بضابط موطن المدعي في المادة 40 فقرة 08: "في المنازعات التي تقوم بين صاحب العمل والأجير، يؤول الإختصاص الإقليمي للمحكمة التي تم في دائرة اختصاصها إبرام عقد العمل أو تنفيذه أو التي يوجد بها موطن المدعى عليه.غير أنّه في حالة إنهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني يؤول الاختصاص للمحكمة التي يوجد بها موطن المدعي." فحسب هذه المادة، المشرع الجزائري يعقد الاختصاص القضائي في منازعات العمل للمحكمة التي تم في دائرة إختصاصها إبرام عقد العمل، أو تنفيده، أو لمحكمة موطن المدعى عليه كقاعدة عامة، غير أنه يعقد الاختصاص استثناء لمحكمة موطن المدعي متى تم إنهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني .وما يمكن ملاحظته من خلال النصوص السابقة، هو أن المشرع اعتد بضابط موطن المدعي في دعاوى مقيدة بنوعها.

وعموما إنّ إعتداد التشريعات المقارنة بضابط الموطن واعتماده كمعيار شخصي، ينعقد بموجبه الاختصاص لمحاكم دولتها، يترتب عنه، أنه من حق كل شخص أن يرفع دعواه أمام هذه الأخيرة، مهما كانت طبيعته، وذلك سواء لأنه متوطن بدولة المحكمة أو لأن المدعى عليه متوطّن بها. غير أنه في مقابل ذلك لا يسري اختصاص محكمة الموطن على جميع الدعاوى مهما كان نوعها، لذلك سنتعرّض في الفرع الثاني من هذا المطلب إلى تحديد نطاق سريان اختصاص محكمة الموطن.

الفرع الثاني: نطاق اختصاص محكمة الموطن

سنحاول في هذا الفرع تحديد نطاق اختصاص محكمة الموطن من حيث الأشخاص أوّلا، ومن حيث الدعاوى ثانيا.

البند الأول: نطاق اختصاص محكمة الموطن من حيث الأشخاص

يحقّ لكل شخص طبيعيا كان أو معنويا،رفع دعواه أمام محكمة الموطن، فالتشريعات المقارنة نصت على اختصاص محكمة موطن المدعي أو المدعى عليه، وجاء ذلك بصفة عامة، مطلقة، فعبارة مدعي أو مدعى عليه تشمل الشخص الطبيعي والمعنوي، وإن قصر نطاق اختصاص محكمة الموطن على الأشخاص الطبيعية دون الأشخاص الإعتبارية، يعد انحرافا على الغاية التي توخاها المشرع. فليس من الصعب تصور وجود موطن أو محل إقامة للشخص المعنوي، بحيث يمكن عقد الإختصاص بشأن الدعاوى التي يرفعها أو ترفع عليه لمحكمة هذا الموطن[1].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الموطن المقصود ليس هو الموطن الفعلي، كما هو الحال بالنسبة للأشخاص الطبيعية، وإنما هو موطن حكمي، وهو المكان الكائن به مركز إدارة الشخص الإعتباري، فوجود هذا الموطن في دولة المحكمة يبرّر عقد الإختصاص لها فيما يرفع على الشخص الإعتباري من دعاوى[2].

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1053.

[2] محمد فهمي، المرجع السابق، ص223.

وحتى يقرّ القاضي اختصاصه من عدمه، متى رفعت إليه دعوى من شخص طبيعي أو معنوي بناء على ضابط الموطن، يستلزم عليه الأمر الرجوع إلى الأحكام الداخلية في قانونه. وباستقراء أحكام التشريعات المقارنة في هذا الشأن نجد أنّه ثمّة عدة أنواع للموطن.

أوّلا: الموطن العام

وهو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وقيام الموطن بهذا المعنى يتطلب توافر عنصرين: عنصر مادي يتمثل في الإقامة على وجه الاستمرار، وآخر معنوي قوامه نية الشخص على البقاء، أي نيته في أن يتخذ مثلا دولة معينة محلا للإقامة، ويوجد بها مقر سكناه على وجه الديمومة، غير أنه لا يقصد بالإستقرار اتصال الإقامة دون انقطاع، وإنما المراد هو استمرارها بما يتحقّق معه شرط الإعتياد، ولو تخلّلتها فترات غيبية[1]، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في جملة من أحكامها في أكثر من مناسبة ،من ذلك حكمها الصادر في 16 ديسمبر 1954، حيث قررت أن المادة 40 من القانون المدني المصري أخذت بالتصوير الواقعي لفكرة الموطن، الذي يرتكز على الإقامة الفعلية على نحو من الإستقرار يبلغ أن يكون عادة مع قيام النية على ذلك، وهو أمر يستقلّ بتقديره قاضي الموضوع[2].

[1] هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص52،

A.Fransword,PH.D. ,LL.M.(Lond.),The residence and domicile of corporation,London,1993 ,p.22.

[2] حكم منشور في مجموعة أحكام النقض، السنة السادسة العدد الأول، ص332، راجع أيضا: نقض مدني 1-6-19777، طعن رقم 32 لسنة 45 قضائية (أحوال الشخصية أجانب)، مجموعة أحكام النقض 1977 لسنة 28، العدد الأول، ص 354، راجع في ذلك: هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص52.

وينبني على هذا التصوير الواقعي أنه قد يكون للشخص أكثر من موطن واحد، أحدهما مثلا في الجزائر[1]، والآخر في الخارج، والذي ينبغي ملاحظته هنا، أنه متى تبين للقاضي الجزائري أن المدعى عليه متوطنا في الجزائر وفقا للتصوير القانوني للموطن، انعقد الإختصاص للمحاكم الجزائرية بصرف النظر عن أي موطن له في الخارج[2].

ثانيا: الموطن القانوني:

إذا كانت الإقامة ونية الإستمرار هما شرط تحقق الموطن العام، فإنّ معنى ذلك أن إرادة الشخص تلعب دورا هاما في التصوير الواقعي، وهكذا يبدو بجلاء، أنّ من خصائص الموطن أنه اختياري، غير أنه لما كان هناك أشخاص قد يكونوا عديمي الأهلية، أو ناقصيها، وتنتهي مكنة الإختيار بأنفسهم، جعل لهم المشرع موطنا قانونيا هو موطن النائب عنهم (ا لم 38 ق.م.ج)[3].

ثالثا: الموطن المختار:

هو المكان الذي يختاره الفرد لتنفيذ عمل قانوني معين[4]، والمنازعات المتعلقة بما إتخذ في هذا

[1] تنص المادة 36 ق.م.ج على أن الموطن العام معناه المحل الذي يوجد فيه السكن الرئيسي للشخص وفي حال عدم وجوده، يحل محله مكان الإقامة العادي، ويتمثل الفرق بين الموطن ومحل الإقامة في أن الأول هو المحل الذي يحتمل فيه إقامة الشخص قانون (الموطن الحكمي)، أما الثاني فهو محل إقامته الفعلية، ونظرا لاحتمال أن يكون الموطن مختلفا وبعيدا عن محل الإقامة فمصلحة المدعى عليه تتطلب رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامته، راجع في ذلك، بوبشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2003، ص287.

[2] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية...، المرجع السابق، ص428.

[3] ويقابل المادة 38 ق.م.ج المادة 46 ف10 مدني مصري

[4] A.Fransword,PH.D. ,LL.M.(Lond.),op.cit.,p.22.

ونصت المادة 39 ق م ج:" يجوز إختيار موطنا خاص لتنفيذ عمل قانوني معين، ويجب إثبات اختيار الموطن كتابة.

الموطن المختار لتنفيذ تصرف قانوني، يعد موطنا بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا التصرف بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري، ما لم يشترط صراحة هذا الموطن على تصرفات معينة."

الموطن من علاقات تختصّ بها محاكم دولة الموطن المختار[1].

ولا يقبل الإختصاص في هذه الحالة، رغم اختيار دولة المحكمة كموطن مختار، إلا إذا كانت ثمّة صلة تربط النزاع بإقليم الدولة بأي وجه من الوجوه، وذلك حتى يكون للحكم الصادر في شأنه قيمة فعلية، وحتى لا يترك الأمر لأهواء الخصوم ورغباتهم غير المشروعة[2].

رابعا: موطن الأعمال:

يقصد به المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة، وهو لا يعتبر موطنا إلّا بالنسبة لإدارة الأعمال المتعلّقة بهذه التجارة أو الحرفة[3].

وقد حدّدت التشريعات موطن الشخص الإعتباري باعتباره المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته[4].غير أن مركز إدارة الشخص الإعتباري، يثير تساؤلين: الأول عندما يوجد هذا المركز في الخارج، ولكن يمارس نشاطا في دولة القاضي، فلا صعوبة في هذا الفرض، إذ وجود نشاط الشركة في دولة القاضي يبرّر إختصاص محاكم هذه الدولة[5].أمّا التساؤل الثاني، فيثور عندما يوجد مركز الإدارة الرئيسي للشخص المعنوي–كشركة مثلا– في الخارج، ولكن ليس لها في دولة القاضي المرفوع أمامه

[1]نصت المادة 30 مرافعات مصري على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي والتي تتصل بعمل قانوني معين، اختار المدعى عليه الأجنبي من مصر موطنا مختارا لهذا العمل، وذلك بصرف النظر عن موطنه أو محل إقامته، ونصت المادة 37 ق.إ.م.إ.ج في فقرتها الأخيرة يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

[2]عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية،....المرجع السابق، ص440.

[3]A.Fransword,PH.D. ,LL.M.(Lond.),op.cit.,p.70.

وقد نصت على هذا الموطن: المادة 41 مدني مصري، المادة 37 ق.م.ج.

[4]نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 50 ق.م.

[5]نصت المادة 53 من القانون المصري:"الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر، يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية".

النزاع، إلّا مجرد وكالة أو فرع، فهل يعتدّ هنا بموطن الشركة الأم الكائن بالخارج، أم بالمكان الذي تمارس فيه هذه الوكالة أو هذا الفرع نشاطه؟

وعلى أيّ حال، فإنّه لا منازعة في اختصاص محاكم دولة القاضي بشأن الدعاوى التي ترفع على الوكالة أو الفرع الكائن بدولته، باعتبار أن لها موطنا حكميا فيها، بخصوص النشاط الذي تمارسه[1].

وإذا كان للشخص الطبيعي أو المعنوي الحقّ في رفع دعواه أمام محكمة الموطن، فهل لهذه الأخيرة صلاحية النظر في جميع الدعاوى دون إستثناء؟، هذا ما سنحاول دراسته في البند الموالي.

البند الثاني: نطاق اختصاص محكمة الموطن من حيث بالدعاوى

إذا كان المبدأ العام في القانون المقارن يقضي باختصاص محكمة الموطن بالنظر في الدعاوى المرفوعة إليها، إلاّ أن هذا المبدأ يرد عليه إستثناءاته.

أوّلا: استثناء الدعاوى العقارية و الدعاوى العينية المنقولة من اختصاص محكمة الموطن:

وسنحاول دراسة هذا الإستثناء من خلال التعرض إلى تحديد نطاقه ومبرّراته .

[1] هذا الحل مأخوذ به في القوانين الغربية، من ذلك القانون الدولي الخاص الروماني لسنة 1996 (م .2/149)، والروسي لعام 1993 (م .01/20 من اتفاقية الدول المستقلة عن الاتحاد السوفييتي السابق)، راجع في ذلك، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1054.

1.نطاق الإستثناء:

إنّ اختصاص محكمة الموطن لا يشمل جميع الدعاوى، فغالبية التشريعات في القانون المقارن، تستثني الدعاوى العقارية من اختصاص محكمة الموطن، وتختص بالنظر فيها محكمة موقع العقار[1].

هذا الإستثناء نصّ عليه المشرع الفرنسي في المادة 44 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[2]، وأخذ به المشرع الجزائري في المادة 40 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصه:"فضلا عمّا ورد في المواد 37و38و46 من هذا القانون ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبيّنة أدناه دون سواها:

1-في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بعقار أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال".

[1] نصت على ذلك المادة 29 من قانون المرافعات المصري :"تختص محاكم الجمهورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج." وتقابلها المادة 03 مرافعات ليبي، والمادة 98 من أصول المحاكمات اللبناني، كما نص الفصل 08 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على اختصاص المحاكم التونسية إذ تعلقت الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية، وهو الأمر الذي أكدته المادة 04 من قانون أصول المحاكمات السوري، والمادة 04 من القانون الكويتي رقم 05 لعام 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، والقاعدة 24 من قواعد الاختصاص القضائي الانجليزي، وأكدت ذلك العديد من الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي المبرمة في 06 أبريل 1983، واتفاقية تنفيذ الأحكام والإنابات القضائية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1995، راجع في ذلك أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة النشر،ص163.

[2] CF.Pierre Mayer, vincent Heuze, droit international privé, 8 édition, montchrestien, Delta, 2005, p.2 02, Henri B, P.L, droit… , OP. cit , P.492.

وقد نصت المادة 03 مدني فرنسي على اختصاص المحاكم الفرنسية بخصوص عقارات واقعة في فرنسا:

« L'ordre juridictionnel Français est compétent lorsque l'émmeuble est situé en France. »

ومن المعلوم أن الدعاوى العقارية ليست نوعا واحد، بل يمكن التفرقة بين الدعاوى العينة العقارية، وهي الدعوى التي تستند إلى حق عيني على عقار، ومثالها الدعوى بطلب تقرير حق ارتفاق أو انتفاع على عقار، ودعوى الحيازة التي يرفعها الحائز لحق عيني عقاري على من ينازعه في حيازته.

كذلك قد تكون الدعاوى العقارية، دعوى شخصية عقارية، وهي تستند إلى حق شخصي متعلق بعقار، ومثلها الدعوى التي يرفعها المشتري بعقد غير مسجل، ويطلب فيها الحكم على البائع بصحة التعاقد، واعتبار الحكم ناقلا للملكية من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى[1].

أمّا النوع الثالث من الدعاوى العقارية، فهي الدعاوى المختلطة المتعلقة بعقار، وهي تسمى كذلك لأنها تستند إلى حقين: أحدهما شخصي والآخر عيني، ومن أمثلتها الدعوى التي يرفعها المشتري بعقد مسجل، يطلب فيها تسليم العقار المباع إليه، ودعوى البائع على المشتري بفسخ عقد البيع ورد العقار إليه[2].

أمّا الدعوى العينية المنقولة، المتعلقة بمنقول كائن في الخارج، فمن خلال الوقوف على ظاهر النصوص القانونية، يتبيّن أنها تخرج من الإستثناء، ذلك لأن المنقولات بحسب الأصل لا ترتبط دائما بمكان معيّن، إذ يمكن نقلها من مكان لآخر، ولذلك فإن إختصاص محاكم الدولة الكائن بها المنقول لا يكون مطلقا، بحيث يكون من المتصوّر قبولها لمشاركة محاكم دول أخرى في الإختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بهذا المنقول[3].

[1] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية....، المرجع السابق، ص448-449.

[2] حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص108

[3] عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص453.

وفي الحقيقة إن العصر الحديث يشهد أهمية بالغة من الناحية الإقتصادية بالنسبة لبعض المنقولات بحيث غدت تضاهي في أهميتها العقارات، والدليل على ذلك الدور الذي تلعبه المنقولات المعنوية كالمحلات التجارية، وبعض المنقولات المادية كالسفن، بحيث نجد أن تشريعات الدول أخضعتها لأحكام تقترب من أحكام العقارات، من حيث رهنها، وشهر التصرفات التي ترد عليها، وحجزها، وحقوق الإمتياز التي تتعلق بها[1]. هذا ما دفع بالفقه إلى توسيع نطاق الإستثناء ليشمل الدعاوى العينية المنقولة[2].

لذلك، إذا كانت القاعدة العامة هي اختصاص محاكم دولة القاضي بسائر الدعاوى، وذلك إما بالنظر إلى ضابط موطن المدعي، أو موطن المدعى عليه، حسب مواقف تشريعات الدول، فإنه يخرج من نطاق هذه القاعدة الدعاوى العقارية بأنواعها الثلاث، والدعاوى العينية المنقولة.

2.مبرّرات الاستثناء:

أجمع الفقه المصري[3] على أن إستثناء الدعاوى العقارية من اختصاص محكمة الموطن، يعدّ إستجابة للإعتبارات العملية التالية:

إن إختصاص محكمة دولة موقع العقار بالدعاوى العقارية، يعد أمرا متّفقا عليه في الأنظمة القانونية الوضعية المعاصرة، لما لتلك المحكمة من سلطة فعلية على العقار الكائن في إقليمها، خاصة

[1] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص110.

[2] يذهب الرأي الراجح فقها إلى استثناء الدعاوى العينية المنقولة المتعلقة بمنقول كائن في الخارج من اختصاص المحاكم المصرية، ولو كان المدعى عليه متوطنا في مصر، أوله محل إقامة فيها، وذلك قياسا على الدعاوى العقارية من هذا الاتجاه، راجع،عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص455.

[3] طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص280، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص409

أن الدعاوى المتعلقة بعقار قد تتطلب القيام بإجراءات معاينة وانتقال، لا يقدر على تنفيذها سوى محكمة موطن العقار.

كما أن من المبادئ المسيطرة على نظرية الإختصاص في القانون القضائي الخاص الدولي، بل وعليه بأكمله "مبدأ القوة والفعالية" الذي ينبغي أن تتّسم به الأحكام الدولية، فلو لم تقرّر التشريعات هذا الإستثناء، لصدر حكما مجردا من كل قيمة وفعالية في مواجهة دولة موقع العقار، التي يراد تنفيذ الحكم فيها، ومن ثم لا يختص القضاء الوطني بنظر دعاوى يعلم مسبقا أن حكمه فيها والعدم سواء[1].

هذا ونلاحظ أن قوة الجدب التي يمارسها موقع العقار بخصوص المحكمة المختصة، تنتج أثرها أيضا بخصوص القانون الواجب التطبيق، فخضوع العقار لقانون موقعه قاعدة ثابتة فقها وقضاءا وتشريعا، وهذا ما يؤدي إلى خلق حالة من التوافق والتلازم في هذه الحالة مراعيا أن تلك المحكمة هي التي تكفل تطبيق قانونها الوطني، التطبيق السليم[2].

وما يمكن الإشارة إليه هو أنّ اختصاص محكمة موقع العقار بالدعاوى العينية العقارية، لا يعدّ اختصاصا مطلقا في الإختصاص المحلّي كما يفسّره البعض[3]، إلاّ أنّه في نطاق الإختصاص الدولي فهو اختصاص مطلق للأسباب التي أوضحناها.

[1] حفيظة السيد الحداد، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون طبعة، بدون سنة، ص 67.
Cf.H.B, P.L, Droit international… , op .cit., P . 492, Y.L , P.B , op.cit, P. 561.

[2] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص329، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص1076، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص253، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص705.

[3] من هذا الرأي هشام علي صادق، ومرد ذلك هو وجود العقار في إقليم نفس الدولة، وهو الأمر الذي يجعل آثار الحكم الصادر من أي محكمة لدولة موقع العقار مكفولة دائما. راجع في ذلك، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، سنة 2002، ص117.

هذا، ويذهب الرأي المؤيد للنطاق الموسع للإستثناء، إلى اعتبار أن عقد الإختصاص بالدعاوى العينية المنقولة المتعلقة بمنقول موجود بالخارج، ما هو إلاّ انعكاس لرابطة فعلية تصل النزاع بهذه المحكمة وتجعلها أقدر على الفصل فيه، وكفالة آثار الحكم الصادر بشأنه ونظرا لأهمية هذه المنقولات من الناحية الاقتصادية، بما يفوق العقارات في بعض الفروض، فإن احتمالات رفض الحكم الصادر من محكمة الموطن تظل قائمة وواردة كأصل عام[1].

وإلى جانب استثناء الدعاوى العقارية والدعاوى العينية المنقولة من اختصاص محكمة الموطن، استثنى المشرع الجزائري دعاوى أخرى من اختصاص محكمة الموطن.

ثانيا: استثناء دعاوى أخرى من اختصاص محكمة الموطن في التشريع الجزائري:

من خلال استقراء أحكام المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، لاسيما منها الفقرات 4،3،2، نجد أن المشرع استثنى الدعاوى المرتبطة بالفعل الضار، ودعاوى المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية أو الصناعية، وكذا الدعاوى المرتبطة بالمواد التجارية، غير الإفلاس والتسوية القضائية من اختصاص محكمة موطن المدعى عليه.

وقد تم النص في المادة 02/39:" في مواد تعويض الضرر عن جناية أوجنحة أومخالفة أو فعل تقصيري، ودعاوى الأضرار الحاصلة بفعل الإدارة أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار"، وتطبيقا لذلك، لا ترفع الدعاوى المرتبطة بالفعل الضار أمام محكمة موطن المدعى عليه، وإنما تختص بالنظر فيها محكمة موقع الفعل الضار، وقد أخذت بعض التشريعات بهذا الحل،

[1] حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص111.

ولكنها تختلف عن المشرع الجزائري في تقريرها لاختصاص المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها الفعل ضار أو محل تحقق الضرر، وهذا أخذ به المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الجديد في المادة 03/46 بنصّها على أنه تختص المحاكم الفرنسية إذا كانت فرنسا هي محل وقوع الفعل الضار أو محل تحقق الضرر[1].

وبالرّجوع إلى نص المادة 39 في فقرتيها الثالثة والرابعة:" في مواد المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية أو الصناعية، يؤول الإختصاص للجهة القضائية التي يقع دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه حتى ولو كان أحد الأطراف غير مقيم في ذلك المكان.

في المواد التجارية غير الإفلاس والتسوية القضائية أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها." وبهذا يسند المشرع الجزائري المنازعات المتعلقة بالإلتزامات العقدية لمكان إبرام العقد أو تنفيذه، ويحصرها في التوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية والصناعية، مع إسناده للمنازعات المرتبطة بالمواد التجارية باستثناء الإفلاس والتسوية القضائية[2] للجهة التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد أو تسليم البضاعة، أو أمام جهة محل الوفاء، وهذا خلافا للمشرع الفرنسي، الذي يخيّر في رفع الدعوى في العقود المدنية والتجارية، ودون تفرقة بينها أمام محكمة موطن المدعى عليه، أو محكمة

[1] نصت على ذلك: المادة 02/30 من قانون المرافعات المصري، المادة 1/53 من القانون الدولي الخاص اليوغوسلافي لعام 1983، المادة 02/2058 من القانون البيروئي لعام 1984، المادة 02/129 من القانون السويسري لعام 1978، المادة 05/149 من القانون الروماني لعام 1992، راجع في ذلك أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1085.

[2] تنص المادة 03/40 ق.إ.م.إ.ج" في مواد الإفلاس والتسوية القضائية للشركات وكذا الدعاوى المتعلقة بمنازعات الشركاء أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو مكان المقر الاجتماعي للشركة "،وما دام المشرع يأخذ بمعيار المقر الاجتماعي للشركة فإنه يأخذ بمعيار موطن الشركة ، وبالتالي فهو لا يستثني دعاوى الإفلاس والتسوية القضائية من اختصاص محكمة الموطن، ويسند المشرع المصري هذه الدعاوى لمحكمة موطن المدعى عليه، وذلك متى كان للأجنبي الذي رفعت عليه الدعوى محل إقامة في الجمهورية، وهو ما يستنتج من نص المادة 02/30 من قانون المرافعات المصري.

التسليم الفعلي للشيء محل التعاقد، أو محكمة محل التنفيذ، وهو ما نصت عليه المادة 46 ف02 من قانون المرافعات[1]، وبهذا فالمشرع الفرنسي لا يستثني الدعاوى المرتبطة بالعقود المدنية والتجارية من اختصاص محكمة موطن المدعى عليه[2].

وبتحديد الدعاوى التي تخرج من نطاق اختصاص محكمة الموطن، فيما عدا ذلك ينعقد الإختصاص لهذه الأخيرة، لكن قد يترتّب على إعمال ضابط الموطن بعض المشاكل التي تستوجب تدخل التشريع لحلها، حفاظا على الدور الذي يلعبه هذا الأخير في مجال الإختصاص القضائي الدولي.

الفرع الثالث: المشاكل المترتبة على الإعتداد بضابط الموطن في مجال الإختصاص القضائي الدولي:

يترتّب على الإعتداد بضابط الموطن في مجال الإختصاص القضائي الدولي، بروز بعض المشاكل التي تواجه القاضي المرفوع أمامه الدعوى، فيصعب عليه تقرير اختصاصه من عدمه. هذه المشاكل قد يكون مصدرها مستمد من طبيعة الضابط ذاته، وذلك في حال تعدّده، إنعدامه أو تغييره. أو قد يتسبّب فيها أطراف الدعوى كحالة تعدّد المدعى عليهم، مما يترتّب عنه تعدّد مواطنهم، أو حالة تمسّك أحد الأطراف الدعوى بالدفع بعدم اختصاص محكمة الموطن لكون الشخص المعني غير متوطّن بدولتها. كما قد يكون مصدر هذه المشاكل قواعد الإختصاص القضائي في دولة القاضي

[1] وهو ما أخذ به المشرع المصري في نص المادة 300 مرافعات في فقرتها الثانية:" تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت الدعوى متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه بالجمهورية."

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1084.

التي قد يترتّب عنها جلب الإختصاص لأكثر من محكمة دولية، مما يؤدي إلى إثارة مسألة الإحالة الدولية.

كل هذه المشاكل حاول التشريع تخطّيها، وذلك من خلال وضع حلول ملائمة لها، حفاظا على الدور البارز الذي يلعبه ضابط الموطن في الإختصاص القضائي الدولي.

البند الأول: تعدّد المواطن أو انعدامها

إنّ التصوّر الواقعي للموطن كما يسمح بتعدّد المواطن، فإنه يسمح بانعدامها. وإذا كان الفرض الأول يتحقّق في حالة ما إذا كان للفرد أكثر من موطن، بحيث يعدّ متوطّنا في عدة دول وفقا لقانون كل منها، ويكون للمدعي في هذه الحالة اختيار المحكمة الأنسب لمصالحه، كأن تكون أقرب إلى بلده. فإنه يطرح في الفرض الثاني مشكلة عدم القدرة على تطبيق أي من المعيارين، وتبرز هذه الحالة بالنسبة لمن كان له موطن ولكنه فقده بحثا عن موطن جديد لم تتحقّق بعد شروط تحديده[1].

ويترتّب على تعدّد الموطن تعدّد المحاكم المختصة بالنظر في المنازعة بناء على إعمال هذا الضابط[2]، وهو أمر يمكن تصوره خاصة وأن كل من ضابط الموطن أو محل الإقامة[3]، يوضعان ضمن خانة الضوابط القابلة للتغيير والإنتقال[4].

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص272.

[2] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص217، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع نفسه، ص273

[3] حتى يتحقق توطن شخص في دولة ما يجب تحقق عنصرين: عنصر مادي يتمثل في الإقامة على وجه الاستمرار، وعنصر معنوي قوامه أن تكون للشخص نية البقاء والاستقرار في الدولة المعنية، وأن يتخذ فيها مستقرا ومسكنا على وجه الديمومة، هذا يكفي لتوافر العنصر المادي لكي نقول أن للشخص محل إقامة في دولة معينة. راجع، عز الدين عبه الله، المرجع السابق، ص682، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1048، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، المرجع السابق، ص 44-48

[4] عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص519.

ومتى ثبت أن للمدعي أو للمدعى عليه أكثر من موطن، فإنه يكفي لكي تختص محاكم دولة القاضي أن يكون أحد تلك المواطن في دولة القاضي، هذا ما صرّح به المشرع الجزائري في المادة 37 من ق.إ.م.إ[1]، التي تؤكد أن الإختصاص وإن كان كمبدأ عام، يؤول للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، فإن لم يكن للمدعى عليه موطن معروف، يعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار الموطن يؤول الإختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها الموطن المختار، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك[2].

وبخصوص الموطن المختار[3]، إن اتخاذ الجزائر كموطن مختار يترتب عنه ثبوت الإختصاص للمحاكم الجزائرية، غير أن تعيين موطن مختار في بلد أجنبي، بقصد منح الإختصاص للمحكمة الأجنبية لا يمكن أن يرّتب عليه سلب اختصاص المحاكم الجزائرية متى تحقق لها أي سبب من أسباب الإختصاص.

إذا كان التأصيل سليما لا غبار عليه، فإن مؤدى ذلك أن الإختصاص لا ينعقد تلقائيا، بصفة عامة للمحاكم الجزائرية، لمجرد أن يتخذ المدعي أو المدعى عليه من الجزائر موطنا مختارا له، فإن

[1] هذه المادة بالرغم من أنها خصت لتنظيم الاختصاص الإقليمي الداخلي، إلا أن حكمها يمتد إلى مجال العلاقات الخاصة الدولية، وهذا ما أكدته الغرفة المدنية التابعة لمحكمة قسنطينة في حكمها رقم 71/94 ، والصادر في 1972/04/20، مقتبس عن موحند إسعاد، ترجمة فائز أنجق، الجزء2، المرجع السابق، ص21.

[2] وتتبنى غالبية التشريعات المقارنة هذا الموقف، إذ نص عليه المشرع المصري في المادة 29 من قانون المرافعات، وأخذ به القانون السوري في المادة 03 مرافعات ، والقانون الليبي في المادة 03 مرافعات مدنية وتجارية ،والفصل 03 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، والمادة 28 من القانون الدولي الخاص التركي، المادة 3/1 من القانون الدولي الخاص الإيطالي، المادة 42/1 من قانون المرافعات الفرنسي لعام 1975 ،والقاعدة 52 من قواعد التنازع الخاصة بالمحاكم الانجليزية، راجع أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص1047-1048 . وما يمكن الإشارة إليه هو أن المادة 37 ق.إ.م.إ.ج نصت على موطن المدعى عليه ،ولكن يمكن الأخذ بأحكام هذه المادة لتطبق على موطن المدعي، إذا كان الاختصاص مبني على أساس ذلك، وذلك بالقياس.

[3] نصت المادة 1/30 مرافعات مصري على أن المحاكم المصرية تختص بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس موطن أو محل إقامة في مصر، إذا كان له في مصر موطن مختار. و يقابلها نص المادة 01/03 من قانون المرافعات المصري القديم ،وتنص المادة 03 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي:" يختص القضاء الليبي بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي...إذا كان له فيها موطن مختار."

كان العمل بظاهر نص المادة 37 ق.إ.م.إ يبيّن ذلك، إلا أن الواقع العملي يؤكد خلاف ذلك، إذ على القاضي أن ينظر في كل قضية على حدة، وألاّ يقبل الإختصاص في بعض الحالات، رغم اختيار الجزائر من قبل المدعي أو المدعى عليه كموطن مختارا، إلاّ إذا اتضح له أن ثمة صلة تربط النزاع بإقليم الدولة بأي وجه من الوجوه، حتى يكون للحكم الصادر قيمة فعلية وفقا لمبدأ قوة النفاذ، وحتى لا يترك الأمر لأهواء الخصوم ورغباتهم غير المشروعة[1].

وعلى العموم، من خلال استقراء أحكام نص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، نجد أن المشرع يعقد الإختصاص للمحاكم الجزائرية متى كان المدعى عليه متوطنا بالجزائر، أو متى اتخذ الجزائر كموطنا مختارا له ،وذلك بصرف النظر عن المواطن الأخرى التي ينتمي إليها المدعى عليه، إذا كان متعدد المواطن.

وإذا كانت غالبية التشريعات المقارنة بما فيها المشرع الجزائري، تعقد الإختصاص لمحاكم دولة القاضي متى كان المدعى عليه متوطّنا بغض النظر عن المواطن الأخرى متى تحقّق وجودها[2]. فما هو الحل الذي تأخذ به، والمعيار الذي تتبنّاه حتى ينعقد الإختصاص لمحاكمها إذا كان الشخص المعني مدعيا كان أو المدعى عليه، عديم الموطن؟

إذا أصبح الفرد عديم الموطن، فإنه يمكن اللّجوء إلى الضابط الإحتياطي أو البديل، وهو محل الإقامة، هذا ما يستنتج من نص المادة 37 ق.إ.م.إ ،ولو كان ذلك بصفة غير صريحة، حيث نص

[1] هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص55.

[2] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 40-41.

المشرع الجزائري:"...وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له." مما يعني أن المقصود من عبارة آخر موطن له –محل إقامته–.

وقد نصّت بعض التشريعات صراحة على انعقاد الإختصاص للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها محل إقامة المدعى عليه في حال انعدام موطنه، نذكر منها المادة 49 مرافعات مصري بنصها: "يكون الإختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فإذا لم يكن للمدعى عليه موطن في الجمهورية، يكون الإختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها محل الإقامة"[1]، كما نصّت المادة 29 من نفس القانون على أنه: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية."

هذا، ونصّت الاتفاقية العربية للتعاون القضائي في مادتها 28:"إن المحكمة تعتبر مختصة إذا كان موطن المدعى عليه أو محل إقامته وقت النظر في الدعوى في إقليم الدولة المصدرة للحكم"[2].

وخلافا لموقف التشريعات التي أخذت بمحل الإقامة كبديل عن ضابط موطن المدعى عليه في حال انعدامه، أخذ المشرع التونسي بضابط موطن المدعي في حال انعدام موطن المدعى عليه، وهو ما تم النص عليه صراحة في الفصل 09 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية:"إذا لم يكن للمطلوب مقر معلوم بالبلاد التونسية ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يوجد بدائرتها مقر الطالب، وإذا كانت المحاكم التونسية مختصة بالنظر في حين أن الطالب والمطلوب لا يقيمان بالبلاد التونسية، فإن الدعوى

[1] ويقابل المادة المذكورة: المادة 54 من قانون المرافعات الفرنسي، ورغم أن نص هذه الأخيرة، قد ورد بشأن الاختصاص المحلي، فإن المسلم به في فرنسا، أن تطبيقه يمتد إلى الإختصاص الدولي، راجع محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 263.

[2] طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص218.

ترفع أمام محكمة تونس العاصمة." من خلال هذا الفصل يتضح أن المشرع التونسي اتخذ ضابط موطن المدعى عليه كمعيار لعقد الإختصاص للمحاكم التونسية، غير أنه إذا لم يكن لهذا الأخير موطن، فإنه يمنح الإختصاص للمحكمة التي يوجد بها موطن المدعي[1]، وفي حالة الإختصاص الحصري[2] يؤول الإختصاص لمحكمة تونس العاصمة.

وفي حال انعدام الضابط البديل الذي يحل محل الموطن في حال انعدامه، لا يكون هناك مجال للأخذ بقاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه، وإنما ترفع الخصومة أمام محكمة مختصة ووفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي الأخرى[3].

وإلى جانب الحلول التشريعية المقررة لمواجهة مشكلتي تعدد المواطن وانعدامها، حاول التشريع إيجاد حلول لمشكلة التنازع المتحرك التي تنجم نتيجة لإعمال هذا الضابط.

البند الثاني: التنازع المتحرك:

يصنّف ضابط المواطن ضمن الضوابط القابلة للتغيير والإنتقال[4]، فيمكن أن يكون المدعي أو المدعى عليه متوطنا أو مقيما في دولة معينة وقت نشوء العلاقة، ويقوم بنقل موطنه إلى دولة أخرى وقت قيام الخصومة أو بعدها[5]. ففي مثل هذا الفرض يثور التساؤل عن الوقت الذي يعتد فيه

[1] هذا موقف المشرع السوري، راجع في ذلك، اجتهادات المحاكم المدنية، مجلة القانون تصدر عن وزارة العدل، العدد 1و2، سنة 1984، ص145.

[2] يقصد بالإختصاص الحصري، الإختصاص القاصر على المحاكم التونسية دون غيرها، كاختصاصها بالنزاعات المتعلقة بعقارات موجودة على إقليمها، فمثل هذه النزاعات تنظر فيها محكمة تونس العاصمة، وذلك بصرف النظر عن محل إقامة المدعي أو المدعى عليه.

[3] محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 262، راجع كذلك، حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص42.

[4] عكاشة محمد عبد العال، أصول....المرجع السابق، ص519.

[5] محمد كمال فهمي، المرجع نفسه، ص653.

بتوافر ضابط الإختصاص،سواء توطّن المدعي أو المدعى عليه حتى ينعقد الإختصاص لمحاكم الدولة المعينة.

ويذهب الرأي الراجح إلى أن العبرة في توافر الضابط الذي ينعقد بمقتضاه الإختصاص لمحاكم الدولة هو بوقت رفع الدعوى[1]، وبالتالي يجب أن يكون المدعي أو المدعى عليه متوطّنا أو مقيما بالدولة صاحبة الشأن وقت افتتاح الدعوى حتى تختص محاكمها دوليا بنظر النزاع[2]، وأي تغيير لاحق في هذا الضابط ليس من شأنه أن يؤثّر على الإختصاص الذي انعقد لمحاكم الدولة عند رفع الدعوى[3].

البند الثالث: تعدّد المدعى عليهم:

وتتحقّق هذه الحالة، إذا ما رفع المدعي دعواه على أكثر من مدعى عليه، وكان لأحدهم موطن في الدولة المعنية، فهل يكفي ذلك لعقد الإختصاص لمحاكمها الوطنية ؟

لقد تصدّت أغلب التشريعات لهذه الفرضية، وتمنح الإختصاص لمحاكمها الوطنية إذا كان لأحد المدّعى عليهم موطن أو محل إقامة على ترابها الوطني[4] ،وقد أخذ المشرع الجزائري صراحة بهذا الحل، حيث نص في المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "في حالة تعدّد

[1]عكاشة محمد عبد العال، أصول...، ص 250، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 653.

[2]أشرف وفا محمد، آثار التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر، ص124

[3]عز الدين عبد الله، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص751.

[4]اعتمد المشرع المصري هذا الحل من خلال المادة 09/30 من قانون المرافعات، حيث جاء فيها :"تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية"، راجع هشام على صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم، الكتاب الثالث، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص57.

المدعى عليهم يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم".

والحكمة من اعتماد هذا الحل تكمن في ضمان حسن سير العدالة بالحفاظ على الخصومة، وحتى لا تصدر في المنازعة الواحدة أحكام متضاربة ومتعارضة من عدة محاكم، الأمر الذي يتعذّر معه تنفيذها في آن واحد[1].

وحتى يقبل اختصاص محكمة موطن أحد المدعى عليهم، يجب مراعاة الشروط التالية:

-أن يكون اختصام المدعى عليه المتوطن بدولة المحكمة بصفة أصلية: يشترط أن يكون المدعى عليه قد تم اختصامه بصفة أصلية، حتى يمكن اختصام غيره من المدعى عليهم أمام نفس المحكمة، لأنه إذا اختصم بصفة احتياطية كما لو كان مجرد ضامن أو كفيل، ففي هذه الحالة لا يجوز اختصام غيره من المدعى عليهم أمام محكمة موطنه[2].

-أن يكون المدعى عليه المتوطن أو المقيم بدولة المحكمة، مختصما اختصاما حقيقيا لا صوريا:يشترط الفقه الراجح في مصر وفرنسا أن يكون المدعى عليه مختصما اختصاما حقيقيا لا صوريا، فالرخصة الممنوحة للمدعي كي يضع أمام القاضي جميع طلباته احتراما لفكرة عدم تجزئة الدعوى، يتعين عدم إساءة استعمالها عن طريق حرمان الخصوم في الدعوى من المثول أمام قاضيهم الطبيعي، وذلك عن طريق الغش والإصطناع، يجعلهم في مركز المدعى عليه مع آخرين[3].

[1] بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية، أحكام الجنسية، الموطن مركز الأجانب، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، جامعة الاسكندرية، سنة 2000، ص372.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1051، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 627.

[3] حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص102.

وبناء على ذلك إذا رفعت دعوى على شخص متوطن أو مقيم في الجزائر، وذلك بأن أرفق إسمه غشا بين المدعى عليهم فقط لمجرد جلب هؤلاء الآخرين، أمام المحاكم الجزائرية، فإن هذه المحاكم لا تختص بالنسبة للمدعى عليهم الآخرين.

ويذهب الفقه الفرنسي إلى أنه يتعيّن سحب هذه الميزة إذا لم يتم توجيه أيّة طلبات حقيقية للمدعى عليه، الذي بناء على توطّنه تم تحديد الإختصاص للمحاكم الفرنسية، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 16 يوليو 1975 إلى أنه لا يعدّ مدّعا عليه حقيقيا، الشخص الذي يقع عليه الإلتزام بمساعدة القضاء إعمالا لنص المادة 10 من القانون المدني الفرنسي[1].

ولم يقف الأمر عند تأكيد محكمة النقض الفرنسية إلى ضرورة أن يكون المدعى عليه المتوطن في فرنسا مختصما بشكل جدي دون اصطناع أو صورية، بل إن محاكم الإستئناف الفرنسية ذهبت في العديد من أحكامها إلى الإشارة إلى ذات الشرط[2].

وإلى جانب الشرطين المتقدّمين يشترط أيضا:

-تحقّق الإرتباط بين الطلبات الموجهة إلى المدعى عليهم: يشترط الفقه في كل من مصر وفرنسا ضرورة أن يكون هناك ارتباط بين الطلبات الموجهة إلى المدعى عليهم، وليس من الضروري القول بتحقق

[1] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص103.

[2] قضت محكمة استئناف ROUEN في حكمها الصادر في 18 مايو 1979 إلى أن نص المادة 46 ف02 من قانون المرافعات لا محل لإعماله، إذا كان المدعى عليه وهميا، لا صلة له مباشرة بالمنازعة.

وذهبت أيضا محكمة استئناف Aix en provence في حكمها الصادر في 22 فبراير 1994 إلى أن اختصام أمين السفينة وهو ليس إلا مجرد وكيل عن مجهز السفينة دون تحقق أدنى مسؤولية ذاتيةعليه، يبدو اختصاصا قائما على الاصطناع، إذ أن هدفه الوحيد هو حرمان مجهز السفينة من المثول أمام قاضيه الطبيعي، كما ذهبت محكمة السين الجزائرية في حكمها الصادر في 13 مارس 1964 إلى اعتبار مديري الشركات المدنية مجرد كفلاء للشركة ،ومن هنا فإنه يتطلب من أجل مخاصمتهم شخصيا، استنفاذ جميع أموال الشركة، راجع، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص104.

هذا الإرتباط أن تستند الطلبات على ذات الحق في مواجهة كل من المدعى عليهم، أو تستند على ذات السبب أو ذات العقد، وإنما يتعين فقط وحدة الطلبات بالنسبة لجميع المدعى عليهم، ومن هنا فإنه يكفي لكي يتحقق الارتباط أن يكون موضوع الطلبات واحد[1].

والمقصود بالإرتباط بين طلبين أن يوجد بينهما صلة من مصلحة العدالة جمعتهما أمام نفس المحكمة، إذا كان الحكم في أحدهما من شأنه التأثير في الحكم الآخر[2].وبهذا يعد اختصاص محكمة موطن أحد المدعى عليهم المتعددين، صورة من صور الإرتباط إذا تحققت وحدة الطلبات في الدعوى المرفوعة على المدعى عليهم المتعددين[3].

-ضرورة أن يكون لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة بدولة المحكمة:يشترط أن تكون المحكمة التي ترفع إليها الدعوى في حالة تعدد المدعى عليهم، هي محكمة موطن أو محل إقامة أحدهم، وهو ما تم النص عليه صراحة في المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وما يقابلها[4].

والملاحظ هنا، هو أنه إذا عقد الإختصاص لمحاكم دولة معينة، بناء على ضابط آخر للإختصاص، فلا يجوز رفع الدعوى على جميع المدعى عليهم أمامها، لأنه لا تعتبر محكمة موطن أو

[1] ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي، تنازع القوانين، الآثار الدولية للأحكام، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2009، ص15، راجع كذلك عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص443.

[2] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص99.

[3] ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 08 فيفري 1973، إلى تأييد محكمة استئناف باريس فيما ذهبت إليه من الاعتراف بالاختصاص القضائي لمحكمة باريس، على اعتبار أن باريس مقر العديد من الشركات المدعى عليها، في شأن الدعوى المرفوعة من المدعية على العديد من شركات الطيران الفرنسية والأجنبية بسبب الضوضاء غير المألوفة التي تحدثها طائرات هذه الشركات، إذ أن الارتباط في الطلبات الموجهة إلى جميع المدعى عليهم بشأن مسؤوليتهم عن إحداث الضرر، تقتضي أن يفصل فيها قاض واحد، راجع حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص99.

[4] يقابل المادة 38 ق.إ.م.إ.ج: المادتين 30 ف9 من قانون المرافعات المصري، والمادة 42 ف02 من قانون المرافعات المصري، والملاحظ هو أنه الشرط الوحيد المنصوص عليه في هذه التشريعات.

محل إقامة أحدهم، وإذا رفعت الدعوى عليهم على خلاف ذلك، كان الدفع بعدم اختصاص هذه المحكمة[1].

ومن خلال استقراء الشروط التي تم التعرض لها، نجد أنه لم يتم النصّ عليها صراحة في التشريعات، كما هو حال المشرع الجزائري، وإنما يستنتج فقط الشرط الأخير من مضمون المادة 38 ق.إ.م.إ، لكن ذلك لا يمنع من الإعتداد بالشروط الأخرى نظرا لأهميتها وعلاقتها بحسن سير العدالة، وهو ما دفع بالفقه والقضاء إلى الوقوف عليها.

وفي الأخير نشير إلى أن اختصاص محكمة موطن أحد المدعى عليهم المتعدّدين، يعتبر حلاّ أقرّته التشريعات لصعوبة تعدّد مواطن المدعى عليهم. ويمكن قياس نفس الأحكام وتطبيقها على حالة تعدّد مواطن المدّعين بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بضابط موطن المدعي حتى تقرّ الإختصاص لمحاكمها.

ولا تتوقف الصعوبات التي يثيرها ضابط الموطن في مجال الإختصاص القضائي الدولي هنا، وإنما تبرر أيضا في حالات أخرى كحالة إدّعاء أحد أطراف الدعوى بعدم اختصاص محكمة الموطن لإنعدام توطّن الطرف المعمول عليه، والذي انعقد الإختصاص بالنظر إلى موطنه لتلك المحكمة، مما يثير صعوبة إثبات الموطن.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1052.

البند الرابع: إثبات الموطن:

يحتاج الفرد أحيانا إلى إثبات وجود موطنه في دولة معينة للتمتع ببعض الحقوق كحقه في التقاضي أمام محكمة موطنه، أو للتخلص من بعض الإلتزامات كتمسكه بإنكار صفة التوطن عن الطرف الآخر في الدعوى، مدعيا كان أو مدعا عليه حتى يدفع بعدم اختصاص محكمة الموطن .

وإثبات الموطن في إطار المنازعات الدولية للأفراد، تحكمه قواعد القانون الإقليمي، أي قانون الدولة التي يدعي الشخص التوطن بها[1]. فهذا هو القانون الذي يرجع إليه في تحديد الموطن، وهو كذلك القانون الذي يجب إثبات الموطن بالرجوع إلى أحكامه، تلك الأحكام التي يمكن بلورتها فيما يلي:

أوّلا: عبء إثبات الموطن:

طبقا لقاعدة "البيّنة على من إدّعى"، فإنّ عبء إثبات الموطن يقع على عاتق المدّعي، سواء كان هذا الأخير يدّعي توطّنه أو توطّن غيره في دولة معينة[2].

ثانيا: أدلة الإثبات:

الموطن فكرة واقعية، يترتب عليه آثار قانونية، وهو بهذه المثابة يعد من قبيل الوقائع التي يمكن إثباتها بكافة الطرق[3].

[1] بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص376.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص470.

[3] حسام الدين فتحي ناصف، الموطن في العلاقات الدولية للأفراد، المرجع السابق، ص661.

بيد أنه لما كان الموطن يتكون من ركنين مادي ومعنوي[1]، فالركن المادي وهو الإقامة المعتادة والفعلية في إقليم الدولة، عبارة عن واقعة مادية، ولذا يجوز إثباته بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن. أما الركن المعنوي المتمثل في نية الشخص في البقاء والاستقرار، فيستخلص من توافر العنصر المادي أي من توافر الإقامة الفعلية[2].وبشكل عام يترك تقدير توافر عنصر الإستقرار ونيّة الإستيطان لمحكمة الموضوع.

هذا وقد يتم إثبات الموطن بالبديل المكتوب في بعض الدول، خاصة تلك التي تتطلّب لإكتساب موطن فيها –إذنا بالتوطّن–، فيتعيّن عندئذ تقديم الدليل الرسمي لإثبات هذا الإذن[3].

وتنطبق هذه الأحكام على إثبات الموطن العام، أمّا الموطن الخاص، فمنه موطن الأعمال، ويتم إثباته بإثبات مباشرة تجارة أو حرفة معينة في إقليم دولة معينة، وموطن القاصر يتم إثباته من خلال إثبات موطن نائبه، أما الموطن المختار فلا يجوز إثباته إلاّ بالكتابة[4].

وفي حالة عدم وجود أدلة لإثبات الموطن، على النحو السالف، فيمكن الإلتجاء إلى القرائن القانونية أوّلا، أو إلى بعض الوقائع المعلومة في الدعوى ثانيا.

1-القرائن المثبتة للموطن:

هناك قرينتين قانونيتين من القرائن البسيطة يمكن الإستدلال بهما على وجود الموطن:

الأولى: إنّ وجود شخص في بلد ما يعتبر قرينة على توطّنه فيه حتى يثبت العكس.

[1] هذين العنصرين وردا في المادة 102 مدني فرنسي.

[2] فؤاد عبد المنعم رياض، المرجع السابق، ص273 وما بعدها.

[3] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص43.

[4] لا يجوز إثبات الموطن المختار في مصر وفي سوريا إلا بالكتابة، (راجع المادة 43 مدني مصري، والمادة 2/45 مدني سوري).

والثانية: إنّ توطّن الشخص في بلد معين يعتبر قرينة على أنه ظل متوطّنا فيه إلى أن يثبت أنّه غيّره[1].

2-وقائع الدعوى المثبتة للموطن:

من الوقائع التي تدل على وجود الموطن في بلد معين:

- دفع الضرائب في هذا البلد، أو إنشاء متجر فيه، أو ممارسة الحقوق السياسية فيه، أو التجنس بجنسيته، أو اتخاذه مركزا للأعمال[2].

-إذا أبدى الشخص إرادته في السكن المستمر لبلد معين، فيمكن باعتبار ذلك دليلا على اتخاذه هذا البلد موطنا له[3].

-مجرّد الإقامة الفعلية في بلد معين قد تكون دليلا مبدئيا على قصد سكناه بصفة نهائية، وبالتالي تعتبر دليلا على وجود موطن للطرف المعني في هذا البلد.

وننوّه إلى أنه لا يجوز إثبات الموطن من خلال إثبات الإقامة إذا كانت الإقامة تتعارض بطبيعتها مع فكرة الموطن، بحيث تنتفي نية الإستقرار أو نية الإقامة النهائية، من ذلك حالة المساجين أو المرضى، فإقامتهم في السجن أو المستشفى إقامة اضطرارية تنتفي فيها الإرادة.

[1] جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص33.

[2] يقرر القضاء الفرنسي أنه إذا توافر السكن العادي، وممارسة التجارة أو الصناعية في نفس المكان، يتوافر الموطن في هذا المكان، وإذا كان للشخص عدة أماكن للتجارة أو الصناعة ذات أهمية متساوية، يعتبر الموطن في المكان الذي يقيم فيه الشخص، فضلا عن مباشرته لتجارته أو صناعتة فيه، راجع في ذلك، جابر جاد عبد *الرحمن*، المرجع نفسه، ص34.

[3] جابر جاد عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص34.

ومتى توافرت أدلة الإثبات من قبل المدعي، يستقل قاضي الموضوع بتقديرها دون أي رقابة عليه من جانب محكمة النقض[1]، غير أنه حينما يشير قانون أجنبي إلى تعريف الموطن، تمارس محكمة النقض على تلك الفكرة الرقابة التي تمارسها بصدد تطبيق قانون أجنبي[2].

وإلى جانب الصعوبات السابق التعرض لها، والتي يثيرها ضابط الموطن في مجال الإختصاص القضائي الدولي، يثير أيضا صعوبة أخرى تبرز في حال ثبوت الإختصاص لأكثر من محكمة دولية.

البند الخامس: ضابط الموطن ومشكل الإحالة:

قد يكون ضابط الموطن سببا في عقد الإختصاص لأكثر من محكمة دولية، وترجع علّة ذلك إما لانعقاد الإختصاص لكلا المحكمتين بناء على ضابط الموطن، وذلك نظرا لإختلاف وجهة نظر التشريعات من الإعتداد بهذا الضابط[3]، فالبعض يعتد بضابط موطن المدعي، والآخر بضابط موطن المدعى عليه.مما يعني انعقاد الإختصاص لمحكمة دولية معينة بناء على ضابط موطن المدعي ومحكمة دولية أخرى بناء على ضابط موطن المدعى عليه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد ينعقد الإختصاص لمحكمة دولية معينة بناء على ضابط الموطن، والأخرى بناء على ضابط الجنسية، وكمثال على ذلك، رفع دعوى طلاق أمام المحاكم الابتدائية الفرنسية بناء على ضابط موطن الزوجية أوّلا، ورفعها ثانية أمام المحاكم الإبتدائية الجزائرية بناء على ضابط الجنسية.

[1] حسام الدين ناصف، المرجع السابق، ص44.

[2] H.Batiffol et P.Lagarde,op.cit,P .335.

[3] قد سبق التعرض لموقف التشريعات من الاعتداد بضابط الموطن.

وبالرّجوع لأحكام الدفع بالإحالة، السابق التعرّض لها[1]، تتخلّى الجهة القضائية الأخيرة عن الإختصاص لصالح الجهة القضائية التي رفع لها النزاع أوّلا، وحسب المثال السابق، يثبت الإختصاص للمحاكم الفرنسية، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 05 ماي 1962 المتعلق بدعوى إطلاق، إذ أكدت في معرض قرارها، رفض الدفع بإحالة النزاع المعروض على القضاء الفرنسي إلى محكمة أجنبية على أساس أن الدعوى رفعت أوّلا أمام المحاكم الفرنسية، كما أنها تدخل في نطاق اختصاصها المطلق[2].

إنّ فحوى هذا القرار دفع بعض الفقه إلى اعتبار أن محكمة النقض الفرنسية، قرّرت مبدأ مفاده قبول الدفع بالإحالة، إذا تم طرح النزاع على محكمة أجنبية أوّلا، وكان مما لا يدخل في الإختصاص المطلق للمحاكم الفرنسية، إلا أنه نظرا لخصوصية نزاعات القانون الدولي الخاص، أصبح القضاء الفرنسي الحديث يستقبل الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع حتى على المستوى الدولي، متى كان ذلك القضاء أقدر على الفصل في النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر بشأنه، فالتوفيق بين اعتبارات السيادة، وبين محاولة تلافي التناقض بين الأحكام، يجب أن يكون قائما على مبدأ قوة النفاذ باعتباره الأساس الفعلي والواقعي لقواعد الإختصاص القضائي للمحاكم الوطنية[3].

[1] تطبق نفس أحكام الدفع بالإحالة التي سبق التعرض لها ،ونحن بصدد دراسة ضابط الجنسية والدفع بالإحالة على صعوبة الإحالة التي يثيرها ضابط الموطن.

[2] Civ, 5mai 1962, D.1962,718, note Holleaux, clunet 1962, 1042, obs. sialleli, Rév.crit 1963,99 note Batiffol.

راجع كذلك، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص186.

[3] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق ، ص403.

وهذا الطرح الأخير هو الذي ينبغي تبنّيه من طرف القضاء الجزائري[1]، خاصّة وأنّ الموقف السابق لا يحقّق على المستوى الدولي أغراض التعاون القضائي الدولي، كما لا يوفّر في بعض الأحيان مصالح الأطراف بالذات[2].

وبعد التعرّض لأهم الصعوبات المترتبة على الأخذ بضابط الموطن في الإختصاص القضائي الدولي، وأهم الحلول المقررة لها تشريعا وقضاءا، نتعرّض في المطلب الثاني من هذا المبحث إلى أهم دعاوى الأحوال الشخصية المقيّدة بنوعها، والمنعقد فيها الإختصاص لمحكمة الموطن.

المطلب الثاني: اختصاص محكمة الموطن المقيّد بنوع الدعوى في مسائل الأحوال الشخصية

تبدو أهمية الموطن كضابط للإختصاص القضائي في أنه ضابط شخصي مبني على الصلة بين الشخص وإقليم الدولة، وهو ضابط عام لأنه لا يقتصر على طائفة معينة من المنازعات ، ولكن يبرز دوره أكثر في مجال الأحوال الشخصية ،باعتبارها أكثر الدعاوى التي تمثل مركز الثقل أمام القضاء نظرا لأهميتها.

ولذلك حاولنا ربط ضابط الموطن بهذه المسائل، لاسيما وأنّه ينعقد الإختصاص لمحكمة الموطن بالنظر لنوع الدعوى في المنازعات المتعلقة بها.

[1] من خلال تفسير نص المادة 40 ف02 من ق.إ.م.إ نجد أن المشرع الجزائري نص على الاختصاص الأصلي للمحاكم المبني على نوع الدعوى، والمنعقد بناء على ضابط الموطن:"في مواد الميراث، دعاوى الطلاق، الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن على التوالي أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن."، هذه المادة لا تثير إشكال في المجال الداخلي، إذا رفعت مثل هذه الدعاوى أمام أكثر من محكمة داخلية، فالاختصاص للمحكمة صاحبة الاختصاص الأصلي، حتى ولو رفعت لها الدعوى لاحقا، وإذا طبقت قاعدة مد الاختصاص الداخلي على المستوى الدولي، فيترتب على ذلك أن المشرع لا يمكنه التنازل عن الاختصاص لصالح محكمة دولية أخرى، حتى لو انعقد له الاختصاص لاحقا، مما قد يترتب عنه تضارب الأحكام الصادرة من المحكمتين، ولذلك على المشرع التراجع على هذا المبدأ الذي يكرسه في المنازعات الداخلية، إذ تعلق الأمر بالمنازعات الدولية وما على القاضي سوى تأييد ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي الحديث.

[2] موحند إسعاد القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص29.

وسنحاول دراسة هذه الدعاوى، مركّزين بالضرورة على دعاوى الزواج وآثاره، دعاوى الطلاق وآثاره، دعاوى الميراث، مبرزين في كل حالة موقف المشرع الجزائري من الإعتداد بضابط الموطن المقيّد بنوع الدعوى في هذه المسائل.

الفرع الأول: اختصاص محكمة الموطن في دعاوى الزواج وآثاره:

إن محكمة الموطن هي المختصة بالنظر في منازعات الزواج وما يثيره من مشاكل أثناء انعقاده أو بعد ذلك، لما تصاحبه من آثار، ويقر القضاء الإختصاص في هذه المنازعات لهذه المحكمة بالنظر إلى نوع الدعوى، وفي الحقيقة هذا الإختصاص لا يخرج عن نطاق اختصاص موطن المدعي أو المدعى عليه.

البند الأول: دعوى المعارضة في عقد الزواج:

إن عقد الزواج إما أن يكون صحيحا أو غير صحيح، فالعقد الصحيح طبقا للقانون الجزائري هو كل عقد استوفى أركانه وشروطه المطلوبة (الولي، الصداق، الشاهدين، واستكمل فيه العاقدين شروط الأهلية، وكان كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية، وتم أمام موثق مؤهل قانونا)[1]، أما عقد الزواج غير الصحيح، فهو إما أن يكون فاسدا أو باطلا، فالعقد الفاسد يكون نتيجة تخلف شرط من الشروط الأساسية كالولي، أو الشهود، أو عدم تسمية الصداق، وجزاؤه الفسخ قبل الدخول

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص151.

والتصحيح بعد الدخول، أما الزواج الباطل فهو كل عقد فقد ركنا من أركانه الأساسية، كفقدان رضا الزوجين، وجزاءه البطلان ولو بعد الدخول[1].

وقد يحدث عند ما يقوم الموثق بتوثيق الزواج أن يعترض على إبرامه من له الحق قانونا في الإعتراض عليه، وينصبّ الإعتراض بطبيعة الحال على الشروط الموضوعية، كما لو كان أحد الطرفين عديم الأهلية، أو لقيام مانع من موانع الزواج، وفي هذه الحالة تختص محكمة دولة الموثق بالنظر في دعوى المعارضة[2]، وهذه الأخيرة هي محكمة موطن أحد الزوجين قبل إبرام عقد الزواج، لأنه عادة ما يتم توثيق عقود الزواج في موطن الزوج أو الزوجة، فلو لم تختص هذه المحكمة بنظر دعوى المعارضة لأدى ذلك إلى تعطيل إبرام العقد، حتى يتم الفصل في المعارضة من محكمة أجنبية، وهي نتيجة لا يمكن قبولها، خاصة وأن العقد ذاته يخضع من الناحية الشكلية لقانون بلد الإبرام أين يتم توثيق عقد الزواج، كما أن الموثق يؤدي تلك الوظيفة وفقا لقانونه، مما يدعو إلى البث في الإعتراض، ويكون ذلك من اختصاص السلطة المختصة في دولته[3].

وفي هذا الصدد بين المشرع الجزائري المحكمة المختصة بالنظر في بالمنازعات المتعلقة ببعض الشروط الموضوعية لعقد الزواج، ولكنه تعرّض سوى لشرطي الصداق والولاية، حيث نصّت المادة 426 ق.م.إ في فقرتها الثامنة: "في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه".وفي

[1] بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص151.

[2] تنص الفقرة 03 من المادة 30 من قانون المرافعات المصري: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في بالجمهورية:. إذا كانت الدعوى معارضة في عقد الزواج، وكان العقد يراد إبرامه لدى الموثق المصري." وتقابل هذه المادة: المادة 58 ف05 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، وبتطبيق مفهوم المخالفة، نستنتج أنه إذا كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة بالجهورية، فإن الدعوى ترفع أمام محكمة موطنه أو محل إقامته.

[3] حفيظة السيد الحداد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص76.

فقرتها التاسعة :"في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية." واستنتاجا من ذلك إذا انصبت دعوى المعارضة على تخلف ركن الصداق، فترفع الدعوى بمكان موطن المدعى عليه، وإذا انصبّت حول تخلّف ركن الولي، ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن ممارسة الولاية.

البند الثاني: دعوى إثبات عقد الزواج:

إذا كان أحد الزوجين أو أحد ورثتهما، ينكر قيام الزواج أو يطعن في شرعيته وصحته، فهناك سؤال يتعيّن طرحه في هذا المقام: ماذا يجب على الزوج أو الوارث فعله لإثبات قيام عقد زواجه بطريقة قانونية وشرعية، إذا لم يكن قد سبق له أن أبرم عقد زواجه أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، واكتفى بإبرامه بشكل عرفي؟

وتظهر مشكلة الزواج العرفي خاصة في حالة النزاع والمطالبة بالحقوق المالية الناتجة عنه من صداق ونفقة وغير ذلك[1]، ويزداد المشكل حدة عندما يمتنع الزوج عن تسجيل الزواج العرفي في حالة الوفاة أو الطلاق، حيث لا تجد المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أو ورثتها في حالة وفاتها، السند القانوني الذي يمكنهم من المطالبة بالحقوق الناتجة عن هذا الزواج. ولهذه الحالة عدة صور، فقد يلجأ الزوج إلى إنكار واقعة الزواج، إذا كان مدينا بالصداق أو بنفقة متجمدة، أو كان متزوجا بامرأة أخرى. وهنا تظهر أهمية دعوى إثبات عقد الزواج، فإذا وقع نزاع حول واقعة الزواج بين الزوجين أو بين من لهم مصلحة شرعية وقانونية، وكان أحدهما يدعي قيام الزواج قانونا وشرعا ،والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه، فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات عقد الزواج

[1] لاتي محمد، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2001-2002، ص100.

بمكان وجود موطن المدعى عليه، وغالبا ما يكون موطن الزوجية[1]. وقد أخذ المشرع الجزائري بذلك في نص المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثانية :"تكون المحكمة مختصة إقليميا....في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه".

إذا تمكن المدعي من إثبات أن الزواج حصل وفقا لقانون الشكل، أصدرت محكمة موطن المدعى عليه حكما نهائيا حائزا لقوة القضية المقضية، ويستخرج المدعي نسخة من هذا الحكم، ويتقدم بها لرئيس المحكمة عن طريق وكيل الجمهورية، طالبا تنفيذ عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية[2].ومن أهم وسائل إثبات الزواج: البينة ولاسيما شهادات الشهود، أو اعترافات الزوجين المدعمة بالأدلة والحجج الشرعية أو القانونية[3].

البند الثالث: دعوى النسب:

تختصّ المحاكم بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في دولة المحكمة، إذا تعلقت الدعوى بشأن نسب صغير مقيم في دولة المحكمة، وذلك مراعاة لمصلحة الصغير المراد إثبات نسبه[4]، وقد نص على ذلك صراحة التشريع التونسي والمصري واللبناني[5].

[1] رحاوي آمنة، المرجع السابق، ص114.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث للطباعة والنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، سنة 1989، ص368 وما بعدها.

[3] نصت المادة 07 من القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، الصادر عن مجلس وزراء العدل العرب، المنعقد بالكويت في أوائل شهر أفريل 1988،:"يثبت الزواج بحجة رسمية ،وأنه يجوز اعتبارا لواقع معين إثبات الزواج بالبينة أو بالتصادق".

[4] عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص149.

[5] نص الفصل السادس من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي:" كما تنظر المحاكم التونسية في الدعاوى المتعلقة بالبنوة أو بإجراء حماية قاصر يكون موجودا بالبلاد التونسية ." ونصت الفقرة 06 من المادة 30 من قانون المرافعات المصري على أنه :"تختص المحاكم المصرية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر، إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير مقيم في الجمهورية..." ،ونص البند الرابع من المادة 78 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني أنه:" تختص المحاكم اللبنانية بالنظر في الدعاوى المقامة ضد أي شخص لبناني أو أجنبي ليس له محل إقامة حقيقي أو مختار أو سكن في لبنان...إذا كانت الدعوى تتعلق بنسب قاصر مقيم في لبنان."

إنّ دعوى إثبات النسب هي في الأساس دعوى مثل غيرها من الدعاوى المدنية، التي ترفع أمام المحاكم المدنية، وهي إما أن تكون دعوى أصلية تهدف أساسا إلى إثبات النسب ذاته، دون أي نزاع أو خصام صريح حول موضوع محدّد، وإما أن تكون دعوى تبعية تهدف إلى إثبات النسب من أجل إثبات حق من الحقوق الشرعية والقانونية، وذلك مثل إقامة دعوى نسب تبعا لدعوى إثبات الزواج المقامة قبلها[1].

وفي مجال بيان المحكمة المختصة بالنظر في دعاوى النسب، نصت بعض التشريعات صراحة على اختصاص محكمة الموطن، نذكر من ذلك المادة 30 من قانون المرافعات المصري ،حيث تنص الفقرة السادسة منها على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التي ترفع على أجنبي ولو لم يكن متوطنا أو مقيما في الجمهورية، وذلك إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير مقيم في الجمهورية أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها[2].

ولكي ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، لابد أن يكون المدعى عليه أجنبيا ليس له موطن إقامة في الجمهورية، وأن يكون الصغير مقيما في مصر، ولا يشترط أن يكون متوطنا فيها، فالإقامة تكفي، وهذا ما يشترط بالنسبة لأطراف الدعوى. أما فيما يتعلق بنوع الدعوى، فلا بد أن تكون

[1] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الكتاب الأول في الزواج وانحلاله، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة، ص157.

[2] تنص المادة 29 مرافعات مصري: "تختص محاكم الجمهورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية."، فبالإستناد إلى هذه المادة نستنتج أنه إذا كان للأجنبي موطن أو محل إقامة في مصر، فإن دعاوى النسب التي ترفع عليه تختص بها المحاكم المصرية على أساس ضابط موطن المدعى عليه، وهو ما يستنتج حسب مفهوم المخالفة من نص المادة 30 من قانون المرافعات المصري، ويلاحظ أن المشرع المصري قد سوى بين موطن ومحل إقامة الأجنبي المدعى عليه، مقررا أن توافر أحدهما يكفي لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، راجع في ذلك، حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص52.

متعلقة بنسب صغير أو بالولاية عليه. والمقصود بدعاوى النسب تلك المقصود من ورائها إثبات نسب الصغير أو إنكاره، أو تكون الدعوى متعلقة بالولاية على نفسه[1].

وتقرير اختصاص المحاكم المصرية في هذه الحالة، وإن كان يعد خروجا على اختصاصها المبني على موطن المدعى عليه وإقامته في مصر، إلا أن هذا الحكم يهدف إلى مراعاة مصلحة الصغير المراد إثبات نسبة، أو النظر في مسألة الولاية عليه.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد أخذ بضابط موطن المدعى عليه، ونص عليه في المادة 490 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" ترفع دعوى الاعتراف بالنسب، بالبنوّة أو بالأبوة أو بالأمومة لشخص مجهول النسب، أو إنكار الأبوة أمام محكمة موطن المدعى عليه."، وبهذا يتقرر الإختصاص للمحاكم الجزائرية إذا وجد بها موطن المدعى عليه[2]، وينظر في هذه الدعاوى في جلسة سرية وبحضورممثل النيابة العامة، وهو ما تنص عليه المادة 491 من نفس القانون[3].

ومتى ثبت الإختصاص للمحكمة الجزائرية باعتبارها محكمة موطن المدعى عليه، ترفع دعوى إثبات النسب، إذا كانت دعوى أصلية بموجب عريضة كتابية على نسختين، يذكر فيها المدعي أسباب ادعائه وعنوانه وهويته، وكذا عنوان وهوية المدعى عليه، وتودع لدى رئيس مكتبة الضبط بالمحكمة، مرفوقة بوصل الرسوم القضائية حتى يتمكن هذا الأخير من إعداد ملف القضية، وتقديمه

[1] حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة، المرجع السابق ،ص 161.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص360.

[3] تنص المادة 491 ق.إ.م.إ.ج:"ينظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سرية."

إلى القاضي المختص بعد إعلامه هو نفسه بتاريخ الجلسة، وبعد إرسال نسخة العريضة إلى المدعى عليه، ليجيب عنها كتابيا أو شفهيا قبل أو أثناء الجلسة[1].

أمّا إذا كانت دعوى إثبات النسب دعوى تبعية، فإنه يكفي أن تقدم في شكل مذكرة على نسختين، تتضمن الأدلة والحجج التي يمكن أن يعتمد عليها مدعي النسب من أجل إثباته حتى يتمكن من الحصول على حق آخر مثل الإرث، وبعض الحقوق السياسية المتعلقة بالجنسية، وذلك متى أقر المدعى عليه ثبوت النسب. وإذا أنكر أتبعت في ذلك طرق الإثبات المقررة[2]، وتنحصر هذه الأخيرة في القانون الجزائري متى كان هو الواجب التطبيق على إثبات النسب في: الكتابة[3]، الإقرار[4]، البينة[5].

وإذا اقتنعت محكمة موطن المدعى عليه بأن الولد الفلاني هو ابن شرعي لفلان الفلاني، فإنها تحكم بإثبات نسبه إليه، وتأمر بتسجيل المولود في سجلات الحالة المدنية على لقب وإسم أبيه، إلى جانب لقب واسم أمه، إذا لم يكن قد وقع تسجيله على دلك النحو قبل ذلك.

[1] رحاوي آمنة، المرجع السابق، ص116.

[2] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص156.

[3] جاء في نص المادة 26 من ق.م.ج :"تثبت الولادة بالسجلات المعدة لذلك."، وطبقا للمادة 63 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 1970/02/19، المتعلق بالحالة المدنية الجزائري:" يبين في عقد الميلاد يوم الولادة والساعة والمكان وجنس الطفل والأسماء التي أعطيت له، وأسماء وألقاب وأعمار ومهنة ومسكن الأب والأم."

[4] تنص المادة 44 ق.أج:" يثبت النسب بالإقرار بالنبوة والأبوة والأمومة بمجهول النسب ولو في مرض الموت، متى صدقه العقل أو العادة."

[5] حسب رأي الغوثي بن ملحة: إذا اختلف الزوجان في إثبات ولادة المولود، بأن ادعت الزوجة الولادة في وقت معين وأنكر الزوج، يكفي إثبات ما ينكره الزوج شهادة القابلة متى كانت الزوجية قائمة، وإن كانت الزوجة معتدة من طلاق أو وفاة ،فإن الولادة لا تثبت إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين ،وذلك لأن آثار الزواج باقية في عدة الطلاق أو الوفاة ،راجع، الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص156.

البند الرابع: دعوى النفقة:

هناك حالات كثيرة في واقع الحياة الزوجية، يحصل فيها أن يتخلى الزوج عن التزاماته اتجاه زوجته وأولاده، فلا يهتم بأحدهم ولاينفق عليهم، وهنا لا يجب على الزوجة أن تصبر كثيرا على الضيم، بل من حقها شرعا وقانونا أن تطالب الزوج بالإنفاق عليها وعلى أولاده معها، فالنفقة الزوجية واجبة على الزوج، ما دامت الزوجة في طاعته، وهذا نظيرا لإحتباسه لها وقصر نفسها عليه بحكم العقد الصحيح، سواء كانت مسلمة أو غير مسلمة[1].

إذا تبيّن أن استحقاق النفقة تعرض إلى امتناع من هو واجب عليه ، ترفع دعوى المطالبة بها قضاءا بموجب عريضة افتتاحية طبقا للأشكال المنصوص عليها في قانون القاضي[2]، ويقدم الطلب المدين بالنفقة إلى محكمة موطن الدائن بالنفقة لأنه محتاج، وليس من المنطق تكبّده مصاريف إضافية بسبب دعواه .

وبناء على ذلك ينعقد الإختصاص الدولي للمحاكم متى وجد موطن الدائن بالنفقة أو محل إقامته بدولة المحكمة، إذ تنص المادة 40 ف02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري:"... النفقة الغذائية...أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة"، كما نصت على ذلك أيضا في المادة 05/426 من نفس القانون، وعليه فإن المحكمة التي ترفع أمامها دعوى النفقة

[1] بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2008، ص147.

[2] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص192.

ليست هي المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن أو مسكن المدعى عليه، المدين بها، وإنما التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن أو مسكن المدعي المطالب بالنفقة[1].

من خلال المواد السالف الإشارة إليها، نجد أن المشرع الجزائري في تحديده للمحكمة المختصة بدعاوى النفقة، راعى الجانب الضعيف في الدعوى[2]، وخرج عن القاعدة العامة التي تمنح الإختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه، وإذا كانت هذه القاعدة الإستثنائية صالحة للتطبيق على المستوى الداخلي، فمن باب أولى يصلح تطبيقها على المستوى الدولي.

وتتبنى غالبية التشريعات الموقف نفسه[3]، وطبقا لذلك، إنّ الإختصاص القضائي الدولي ينعقد لمحكمة الدائن بالنفقة ،أي لمحكمة موطن المدعي بخصوص النفقة، وذلك متى توافرت الشروط الآتية:

1-أن يكون طلب النفقة للأم أو للزوجة أو للصغير.

2-أن يكون المدعي مقيما في دولة المحكمة.

ولا يهمّ أن يكون للمدعى عليه موطن أو محل إقامة بدولة المحكمة، لأن الأساس الذي بني لأجله تقرير الاختصاص لمحكمة موطن المدعي، هو وضع المطالب بالنفقة وحالته المزرية، التي لا تمكّنه من التنقل لرفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه[4].

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص108.

[2] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص302، راجع كذلك، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1067.

[3] المادة 05/30 من قانون المرافعات المصري تقضي باختصاص المحاكم المصرية بالدعوى التي ترفع على الأجنبي ولو لم يكن موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت متعلقة بطلب نفقة للأم أو الزوجة، متى كان لها موطن في الجمهورية أو للصغير المقيم فيها، وتنص المادة 58 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني :" تختص المحاكم اليمنية بالدعاوى التي تتعلق بطلب نفقة للأم أو للزوجة أو للصغير إذا كانوا مقيمين في اليمن."كما نص المشرع التونسي في الفصل السادس من مجلة القانون الدولي الخاص:"كما تنظر المحاكم التونسية في دعاوى النفقة إذا كان الدائن مقيما بالبلاد التونسية."

[4] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية...المرجع السابق، ص479.

وهذا ما قد دأبت عليه المحاكم الفرنسية، إذ منحت الإختصاص لمحكمة موطن الدائن بالنفقة، ذلك أن النفقات من الحقوق الطبيعية التي يترتب على الإخلال بها المساس بالنظام العام، وتعكير الأمن المدني[1].

وما تجدر الإشارة إليه في هذه الحالة، هو تحقق حالة عدم التلازم بين الإختصاصيين التشريعي والقضائي، فمن المسلّم به في فقه القانون الدولي الخاص أن المحكمة الوطنية ولو كانت مختصة بنظر النزاع، فإن ذلك لا يعني أنها تطبق القانون الوطني على كل النزاعات المطروحة أمامها[2]، وهذا ما نلحظه في هذه الحالة، إذ بينما ينعقد الإختصاص التشريعي في دعاوى النفقة لقانون المدين بها[3]، ينعقد الإختصاص القضائي لمحكمة الدائن بالنفقة.

وبعد التعرّض في هذا الفرع إلى أهم الدعاوى المرتبطة بعقد الزواج وآثاره، والتي تعقد الإختصاص لمحكمة الموطن بالنظر إلى نوعها، نتعرض في الفرع الموالي إلى دعاوى الطلاق وآثاره، التي تعقد بدورها الإختصاص للمحكمة الموطن.

الفرع الثالث: اختصاص محكمة الموطن في دعاوى الطلاق وآثاره:

يلعب ضابط الموطن دورا بارزا في تحديد المحكمة المختصة بالنظر في منازعات الطلاق وآثاره، لذلك سنحاول تبيان هذا الدور من خلال التعرض في البند الأول إلى: محكمة الموطن المختصة بالفصل في دعاوى الطلاق، وفي البند الثاني إلى: محكمة الموطن المختصة بالفصل في دعاوى آثار

[1] Cité par, Patrick courbe,op.cit,p .6.

[2] هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص14.

[3] تنص المادة 14 ق.م.ج:" يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها.

الطلاق، مقتصرين فقط على دعاوى الحضانة، ومسكن الزوجية، دون التعرض لدعوى النفقة كأثر من آثار الطلاق، لأنه تسري عليها نفس الأحكام التي تسري على النفقة كأثر من آثار الزواج، ويعقد فيها الاختصاص لمحكمة الدائن بالنفقة دون غيرها[1].

البند الأوّل: محكمة الموطن المختصة بالنظر في دعاوى الطلاق:

تسند بعض التشريعات الإختصاص في دعاوى الطلاق لمحكمة موطن الزوجة، وذلك متى كان المدعى عليه أجنبيا ليس له موطن أو محل إقامة بدولة المحكمة، وهو ما يتبناه المشرع المصري[2] ،في حين تسند تشريعات أخرى الإختصاص لمحكمة موطن الزوجية، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 02/40 بنصها:" في دعاوى الطلاق أو الرجوع...أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها....مسكن الزوجية..."،كما أكد هذا الإختصاص في نص المادة 03/426 بنصها : " في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما".

وبهذا قرر المشرع الجزائري، تيسيرا على الخصوم ورغبة في تحقيق حسن سير العدالة، الخروج عن القواعد العامة في الإختصاص، كلما تعلق الأمر بدعاوى الطلاق، إذ حدّد الإختصاص بمكان وجود المسكن الزوجي، أي أن الإختصاص يؤول للجهة القضائية التي يتواجد بها المكان الذي يعيش

[1] والمقصود بالنفقة هنا "النفقة العادية" وليس النفقة الوقتية التي لها حكم خاص، إذ ينظر فيها القاضي الذي عرض عليه النزاع الأصلي الخاص بالطلاق ،ويطبق عليها القانون الوطني لارتباطها باعتبارات الأمن المدني، راجع في ذلك، جندولي فاطمة زهراء، المرجع السابق، ص105.

[2] تنص الفقرة الرابعة من المادة 30 مرافعات مصري: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية...4- إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال، وكانت مرفوعة من زوجة فقدت جنسية الجمهورية بالزواج، متى كان لها موطن في الجمهورية، أو كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن في الجمهورية على زوجها الذي كان له موطن فيها، متى كان الزوج قد هجر زوجته ،وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الانفصال أو كان قد أبعد عن الجمهورية."

فيه الزوجان، ولكن ما تجدر الإشارة إليه أنه في أغلب الأحيان لا يكون الإيجار مشتركا بين الزوجين، ولا تكون ملكية السكن في الشيوع بينهما، وعليه يكون المسكن الزوجي هو مسكن الزوج، ويتحدّد على ضوئه الاختصاص القضائي، من ثم يتّضح أن الإختصاص للنظر في دعوى الطلاق يؤول للمحكمة التي يتواجد بها موطن الزوج،مدعيا كان أو مدعا عليه، ويرى البعض أن هذا المعيار أقرب إلى الشجاعة، فغالبا ما تنتهي دعوى الطلاق بالصلح بين الزوجين، وعليه فإن اعتماد ضابط الموطن المشترك، والذي هو في الحقيقة موطن الزوج يكون أفضل لإحتواء الأزمة في أضيق حدودها[1].

هذا بالنسبة للطلاق، إلا أنه وفي حالة الطلاق بالتراضي، ينعقد الإختصاص للمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها محل، إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما، وعليه يمكن لزوجين مغربيين يقيم أحدهما في الجزائر، أن يتفقا على منح المحاكم الجزائرية الإختصاص للنظر في دعوى الطلاق بالتراضي بينهما. وخلافا لذلك يؤول الإختصاص للمحاكم الجزائرية بنظر دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة بين مصريين متوطنين بالإقليم الجزائري، تطبيقا لمعيار ضابط مسكن الزوجية، ويتعيّن على القاضي أثناء نظره في دعوى الطلاق الفصل في الآثار المترتبة عنها، بيد أن مسألة الآثار قد تطرح بعد الفصل في دعوى الطلاق، ولكن ذلك لا ينف اختصاص محكمة الموطن بالنظر فيها.

البند الثاني: اختصاص محكمة الموطن بالنظر في آثار الطلاق:

سنحاول بيان اختصاص محكمة الموطن في دعاوى الحضانة أوّلا، ثم في دعاوى مسكن الزوجية ثانيا.

[1] جندولي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص103.

أوّلا: محكمة الموطن المختصة في دعاوى الحضانة

ينعقد الإختصاص فيما يخص دعاوى الحضانة، أو المطالبة بها، أو ممارسة حق الزيارة، أو الرخص الإدارية المسلمة للقاصر بمكان ممارسة الحضانة، تطبيقا لما ورد في المادة 02/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بنصها:" الحضانة...أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة..."، وهو ماكرّسته أيضا المادة 04/426 من نفس القانون بنصها:"... في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة".

وبناء على ذلك، فالنزاع الخاص بممارسة حق الحضانة بين زوجين فرنسيين متوطنين بالجزائر، يجعل الاختصاص كأصل عام يؤول للقضاء الجزائري، غير أنه في حالة ما إذا فصل القاضي في دعوى الطلاق دون الحضانة لسبب من الأسباب، كتحقق واقعة الميلاد بعد النطق بحكم الطلاق، ومغادرة الزوجة الإقليم الجزائري، فإن الإختصاص يؤول للقضاء الفرنسي باعتباره يقع بدائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة[1].

إذا كان المثال السابق لا يثير مشاكل عديدة لتمتع الطرفين بالجنسية الفرنسية دون سواها، وتوطنهما بالإقليم الجزائري، فإن دعاوى حضانة الأطفال الناجمين عن زواج مختلط تثير مشاكل متعددة، وهو ما دفع التشريعات إلى تنظيمها بموجب قواعد القانون الاتفاقي، وفي ذلك لجأ المشرع الجزائري إلى تحديد الجهة المختصة في الإتفاقية الخاصة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين

[1] جندولي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص104.

والفرنسيين[1]، وهي حسب المادة 05 منها، المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المسكن الزوجي باعتباره مكان الحياة الزوجية المشتركة، وبذلك تم توحيد الإختصاص القضائي بالنسبة لدعاوى الطلاق والحضانة لارتباطها، تجنبا لتنازع الإختصاص الذي يؤدي إلى صدور أحكام متعارضة من الجهتين، بيد أن الجدير بالملاحظة هو أن التطبيق العملي لأحكام الاتفاقية يكون في الغالب لصالح الجهة الفرنسية، لاعتبار أن المسكن الزوجي بالمعنى المحدد في الاتفاقية، أي مكان الحياة العائلية المشتركة هو في أغلب الأحيان بالإقليم الفرنسي[2].

ثانيا: المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى السكن:

قرّر المشرع الجزائري في المادة 02/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عقد الإختصاص في المنازعات المتعلقة بالسكن، للمحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مكان وجود السكن، وبهذا فقد أسند دعاوى السكن لضابط الموطن من أجل تحديد المحكمة المختصة للنظر فيها، مع أخذه بعين الإعتبار نوع الدعوى، وغالبا ما يكون مكان وجود السكن هو "موطن الزوج"، الذي قد يكون في دعوى الطلاق مدعيا أو مدعا عليه[3].

[1] الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين –الجزائريين الفرنسيين– بعد الانفصال ،وقد سبق الإشارة إليها ونحن بصدد دراسة دور الضابط الشخصي في إسناد الحضانة.

[2] محمد ابراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2002، ص109.

[3] عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الجزائر، سنة 2009، ص278.

أمّا فيما يتعلق بالنزاع حول متاع البيت، فقد منح الإختصاص حسب المادة 06/426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق، أي للمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي[1].

وعليه، فإن النزاع بين انجليزيين، كانا متوطّنين بالإقليم الجزائري، وتحصلا من قضائه على حكم الطلاق، لا يمنح للقضاء الفرنسي الذي غادر إليه الزوج، ولا للقضاء الإنجليزي الذي تتوطّن على أراضيه المطلقة، الاختصاص بالنظر في دعوى السكن أو متاع البيت، المتواجد بالجزائر، وذلك لأن الإختصاص يؤول حصرا للمحاكم الجزائرية، وذلك لاعتبارها محكمة السّكن الزوجي.[2]

وإلى جانب اختصاص محكمة الموطن في دعاوى الزواج والطلاق والآثار المصاحبة لهما، ينعقد الإختصاص لهذه الأخيرة في دعاوى الميراث باعتبارها محكمة موطن المتوفى كما سنرى.

الفرع الثالث: اختصاص محكمة الموطن في دعاوى الميراث:

يعتبر مكان افتتاح التركة من أكثر الضوابط المعتمدة لتوزيع الإختصاص القضائي الدولي، فيما يخصّ مسائل الإرث والتركة عموما، حيث تختص المحاكم الوطنية بنظر النزاعات الإرثية ذات العنصر الأجنبي متى افتتحت التركة على إقليمها الوطني. والإعتداد بمحل افتتاح التركة مرده أن التركة حسب الوضع العادي للأمور تفتتح في آخر موطن للمتوفّى أو المورّث[3].

[1] تنص المادة 6/426 ق.إ.م.إ.ج:" في موضوع متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن".

[2] وفي هذه الحالة ينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية باعتبارها محكمة المسكن الزوجي من جهة، وباعتبارها محكمة موطن العقار من جهة أخرى، وفي هذه الحالة يتحقق التلازم بين الاختصاصين القضائي و التشريعي، إذ يؤول الاختصاص القضائي لمحكمة موقع العقار، ويؤول الاختصاص التشريعي لقانون موقع العقار.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1073.

وبناء عليه، يمكن أن نعتبر أن التركة قد افتتحت في الدولة إذا كان آخر موطن للمتوفى كائنا فيها، ومن ثم يكون هذا الموطن بمثابة ضابط الإختصاص في هذه الحالة[1]، وتجسيدا لذلك ذهب جمهور الفقه المصري إلى اعتبار أن التركة قد افتتحت في مصر، إذا كان آخر موطن للمتوفى يوجد بها[2]، الأمر الذي أكدته المذكرة الإيضاحية، حيث نصت على أنه:" تقرر المادة 31 من المشروع الإختصاص لمحاكم الجمهورية بمسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالتركة متى كان آخر موطن للمتوفى في الجمهورية...".[3]

وهذا ما ذهبت إليه الهيئة العامة لمحكمة التمييز اللبنانية من خلال قرارها رقم 08 الصادر بتاريخ 1965/05/22، حيث جاء فيه:"بما أنه يتبين من الأوراق أن مورث المستدعية زوجها،من الطائفة العلوية، توفي في بيروت، والمستدعية تقيم مع ولديها في بيروت، وبما أنه بمقتضى المادة 93 من قانون أصول المحاكمات المدنية تنظر الدعاوى الناشئة عن الإرث في محكمة محل افتتاح التركة حتى القسمة، وبما أن المتوفى إنما توفي في بيروت، فتكون محاكم لبنان هي الصالحة لرؤية الدعوى هذه الناشئة على الإرث، بمقتضى المادة 93 المذكورة التي تطبق في الصلاحية الدولية..."[4]

[1] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية في دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة2000، ص82، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص256، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص226.

[2] عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، الدار الجامعية ،دون سنة النشر، ص490.

[3] مفوض عبد التواب، الوسيط في شرح قوانين الجنسية والأجانب والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، مؤسسة سعيد للطباعة، مصر، 1983، ص175.

[4] أنظر قرار محكمة التمييز، رقم 08 الصادر بتاريخ 1965/05/22، مقتبس عن إلياس ناصف، المرجع السابق، ص521.

ويتضح من استقراء هذا القرار أن الإختصاص يؤول إلى المحاكم اللبنانية حتى ولو كان المورّث أجنبيا، متى افتتحت التركة في لبنان، وكان آخر موطن للمتوفى هناك[1].

وخلافا لهذا القول يرى جانب آخر من الفقه[2]، أنه من غير المعقول أن يفهم أن ضابط الإختصاص هو موطن المتوفى، كما لا يمكن التسليم بأن للمتوفى موطنا[3]، لأن رابطتي توزيع الإختصاص القضائي من جنسية أو موطن، إنما ينظر إليهما عند بحث الإختصاص لدى الخصوم في الدعوى من مدعي أو مدعى عليه، والمورث لا يمكن أن يكون خصما في دعوى إرث، ولا حتى في أي دعوى لأنه ميّت[4].

ومع ذلك يرى أغلبية الفقه وجوب الإعتداد بموطن الشخص بعد موته في الإختصاص القضائي الدولي المتعلق بمسائل الإرث، لما في ذلك من اعتبارات عملية، تتمثل خاصة في كون موطن المتوفى هو المكان الذي تتواجد فيه عادة معظم أمواله[5]، كما يمثل عادة مركز مصالح دائنيه ومدينيه أيضا[6]، وبذلك تكون محكمة آخر موطن للمتوفى أقرب المحاكم من أموال المورث، ومدينيه ومصالح دائنيه، ومن ثم تكون هذه الأخيرة أكثر قدرة من غيرها على الفصل في الدعاوى المتعلقة بالتركة الكائنة في دائرتها[7]، كما أن اختصاص محكمة آخر موطن للمتوفى يسهّل عملية تصفية التركة ،كونه

[1] حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص30، إلياس ناصف المرجع السابق، ص520.

[2] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص322، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، المرجع السابق، ص82.

[3] عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني والمقارن، المرجع السابق، ص490.

[4] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع نفسه، ص322.

[5] عكاشة محمد عبد العال، أصول ...المرجع نفسه، ص490.

[6] جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، بدون، دار النشر، 1995-1996، ص468.

[7] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص136، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدينة والتجارية الدولية، المرجع السابق، ص83.

يمثل عادة مركز أموال المتوفى[1]، حيث يستطيع أصحاب الحقوق مواجهة إدعاءاتهم وتقاسم الموجودات، هذا وأضاف الأستاذ عز الدين عبد الله تبريرا آخر لإختصاص آخر موطن للمتوفى، يقوم على أساس أن التركة ينظر إليها باعتبارها مجموعة أموال تتركز في موقع حكمي هو آخر موطن للمتوفى، وبذلك تكون محكمة هذا الموطن في الحقيقة هي محكمة موقع المال[2]، كما أن جمع الدعاوى المتعلقة بالتركة، وإعطاء صلاحية الفصل فيها لمحكمة واحدة، هي محكمة آخر موطن للمتوفى فيه يحقق حسن سير الخصومة[3]، لاسيما في حالة تعدد الورثة واختلافهم عن المورث من حيث الجنسية أو الموطن، أو إذا كانت التركة موزعة على عدة دول، أو كان الورثة من جنسيات أو مواطن مختلفة.

وعملا بفاعلية معيار مكان افتتاح التركة، أوآخر موطن للمتوفى، أضحى هذا الأخير من الضوابط الشخصية والإقليمية، المسلم بها فقها وقضاءا[4].وهو ما أقره مؤتمر القانون الدولي الخاص في دورته المنعقدة في لاهاي عام 1928[5]، كما تبنته العديد من التشريعات الأوروبية كفرنسا[6]، تركيا[7]، سويسرا[8]،إيطاليا[9]، وأخذ بضابط موطن المتوفى صراحة العدد من الدول العربية كمصر[10]، سوريا[11]،

[1] بيار مايير فانسان هوزيه، المرجع السابق، ص729.

[2] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء2، المرجع السابق، ص701،هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص88.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1073، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص323.

[4] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص701

[5] وهو ما نصت عليه المادة 08 من مشروع الاتفاق الذي أقره المؤتمر، راجع عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص701.

[6] وهو ما نصت عليه المادة 45 من قانون المرافعات الصادر في 1975/12/05،راجع:

Cf.Yvon loussouarn, Pierre BOUREL,op.cit,P.560

[7] نصت على ذلك المادة 30 من القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982، راجع أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص327.

[8] نصت على ذلك المادة 01/86 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، راجع أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1073.

[9] نصت على ذلك المادة 04 من قانون المرافعات الإيطالي، راجع، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص701.

[10] نصت المادة 31 من قانون المرافعات المصري على أنه :"تختص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة، متى كانت التركة قد افتتحت بالجمهورية.."، راجع هشام علي صادق ،تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص134.

[11] جاء في المادة 06 من قانون أصول المحاكمات السوري ما يلي:"تختص المحاكم السورية في مسائل الإرث في الأحوال التالية:

الكويت[1]، لبنان[2]، تونس[3]، ليبيا[4].

أما بالنسبة للقانون الجزائري وموقفه من القضاء المختص دوليا بنظر النزاعات الإرثية، وفي ظل غياب القواعد العادية المنوطة بتحديد القضاء المختص بالنزاعات ذات العنصر الأجنبي بصفة عامة، فإن تحديد القضاء الذي تكون له صلاحية الفصل في الدعاوى الإرثية ذات العنصر الأجنبي يستوجب إسقاط قاعدة الإختصاص المحلية الخاصة بالإرث على النزاع ذو الطابع الدولي[5].

وقد كان المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم، يمنح الإختصاص في مسائل الإرث لمحكمة مكان افتتاح التركة، من خلال الفقرة الرابعة من المادة 08 من القانون السالف الذكر[6]. وبذلك كان المشرع الجزائري يعتمد على آخر موطن للمتوفى كمعيار لتوزيع الإختصاص القضائي الدولي فيما يخص مسائل الإرث والتركات، ومن ثم تختص المحاكم الجزائرية بنظر النزاعات الإرثية والإيصائية ذات الطابع الدولي متى افتتحت التركة في الجزائر.

أ. إذا كان آخر موطن للمتوفى في سورية...."، راجع محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص276.

[1]نص القانون الكويتي رقم 05 لعام 1961، المنظم للعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على اختصاص المحاكم الكويتية بمسائل الإرث، إذا كان آخر موطن للمتوفى في الكويت، راجع محمد مبروك اللافي، المرجع نفسه، ص286.

[2]نصت المادة 105 من قانون أصول المحاكمات المدني اللبناني على أنه :" في حال تعدد الورثة وحتى انتهاء القسمة تقام الدعوى المختصة بالإرث فيما بين الورثة، أو بينهم وبين الموصى لهم أو بينهم، وبين دائني التركة، لدى محكمة المحل الذي افتتحت فيه التركة..."،راجع حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة،....،المرجع السابق، ص70.كما نصت المادة 74 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني أن الاختصاص الدولي ينعقد للمحاكمات اللبنانية، إذا كانت التركة قد افتتحت في لبنان، ودون تمييز بين أن يكون المتوفى لبناني أو أجنبي، راجع عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، لبنان سنة 2009، ص150.

[3]نصت الفقرة 03 من الفصل السادس من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه: "كما تنظر المحاكم التونسية إذا تعلقت الدعوى بتركة افتتحت بالبلاء التونسية..."، راجع محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2007، ص105.

[4]نصت الفقرة 02 من المادة 03 من قانون المرافعات المدنية الليبي على اختصاص المحاكم الليبية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي في الأحوال التالية:"2-إذا كانت الدعوى متعلقة بتركة افتتحت بليبيا"، راجع محمد مبروك اللافي، المرجع نفسه، ص257.

[5]موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص18.

[6]نصت المادة 04/08 من قانون الإجراءات المدنية القديم:"في مواد الميراث، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح التركة."

ولكن المشرع الجزائري تخلى عن ضابط محل افتتاح التركة، واعتمد على معيار موطن المتوفى في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بنصه في المادة 02/40"- في مواد الميراث أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن المتوفى"، وهو الأمر الذي يعطي الإختصاص للمحاكم الجزائرية بمسائل الإرث والتركات متى كان للمتوفى موطنا بالجزائر، بغض النظر إذا كان هذا الأخير آخر موطن له أو لا[1].

وما يجدر الإشارة إليه، هو أنه رغم ثبوت الإختصاص لمحكمة موطن المتوفى بالنظر في دعاوى الإرث، إلا أنه يخرج من نطاق اختصاصها دعاوى تصفية التركة[2] وقسمتها[3]، لتدخل في اختصاص محكمة موقع المال[4].

ومن خلال دعاوى الأحوال الشخصية السابق التعرض لها على سبيل المثال لا الحصر، يبرز لنا دور الموطن في تحديد المحكمة المختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة بها بالنظر إلى نوعها.

وعلى العموم إن للضابط الشخصي جنسية كان أو موطنا، مركزا هاما في الإختصاص القضائي الدولي، رغم القيود والمشاكل المترتبة على إعماله، بيد أنه يرجح ضابط الموطن على الجنسية

[1] هذا الحل يأخذ به أيضا القانون الانجليزي من خلال القاعدة 24 من قواعد التنازع الخاصة بالمحاكم الانجليزية التي أعطت الاختصاص للمحاكم الانجليزية، متى كانت الدعوى متعلقة بتركة تخص شخص له موطن في انجلترا، راجع في ذلك ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص285.

[2] إن هذه الدعوى تقتضي إجراءات يتعين اتخاذها بالنسبة للأموال محل التركة ،سواء تعلق الأمر بمنقولات أو عقارات، وتعتبر هذه التصفية من مسائل الأحوال العينية، ويجب أن تخضع لقانون موقع المال لأنها تؤثر على سلامة المعاملات في بلد موقع المال، راجع عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، 708، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص332.

[3] تختص محكمة موقع المال بدعوى قسمة التركة سواء تعلقت بعقارات أو منقولات، ذلك أن دعوى القسمة ليست في الحقيقة سوى إجراءات تتم لدى المحكمة، وأقدر محكمة على توليها هي محكمة موقع المال، راجع هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص143.

[4] يعتبر اختصاص محكمة موقع المال في دعاوى تصفية التركية وتقسيمها تجسيدا لمبدأ اختصاص محاكم الدولة بالمنازعات المتعلقة بمال موجود على إقليمها، وهي القاعدة التي كرستها معظم التشريعات، نذكر منها: المادة 2/30 من قانون المرافعات المصري، المادة 02/28 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، المادة 78 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، المادة 27 من القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982، المادة 17 من القانون الدولي الخاص اليوغوسلافي لعام 1983، راجع في ذلك: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، دون سنة النشر، ص 162، راجع كذلك، عبده جميل غصوب، محاضرات....المرجع السابق،ص 145-164، غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص285.

في هذا الصدد، باعتباره يلقى رواجا في التشريعات المقارنة، بالمقابلة بضابط الجنسية الذي قد تكون الإستعانة به مشوبة بالتردد أو الحذر، ويمكن تفسير هذا الترجيح بأن فكرة الموطن هي أقرب اتصالا بطبيعة الدعوى أو بالمنازعة القضائية، فهذه تبلور في مفهومها البسيط نزاعا حول المصالح أو الحقوق، يفضه الحكم الصادر فيها، وموطن الخصم هو المكان الذي يتجمع فيه عادة نشاطه وتتبلور فيه مصالحه، لذلك تبدو محكمة الموطن ملائمة لفض النزاع في المصالح إذا ما ثار.

ولا يتوقف دور الضابط الشخصي عند تحديد المحكمة المختصة دوليا، وإنما يمتد ليبرز في مواضيع أخرى تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص، إذ يلعب دورا مهمّا في تحديد معاملة الأحكام الدولية والأشخاص الطبيعية الأجنبية كما سنرى.

الفصل الثاني:دور الضابط الشخصي في تحديد معاملة الأحكام الدولية والأشخاص الطبيعية الأجنبية

إذا قبلت المحاكم الدولية النظر في الدّعوى نتيجة لإعمال الضابط الشخصي، وأصدرت حكما فاصلا فيها، فإن مسألة مصير هذا الحكم، ستثار عندما يراد تنفيذه في دولة أجنبية،وهنا تبرز الأهمية البالغة لهذا الموضوع،لأن الحكم ثمرة الإجراءات الطويلة والمعقّدة هو غاية الأفراد في منازعاتهم.ويلعب الضابط الشخصي الذي صدر على أساسه الحكم الأجنبي دور في تحديد معاملته،فلا يرتب آثاره القانونية إلاّ إذا كان فاصلا في مسائل معيّنة،وتوافرت فيه شروط محدّدة،وتمّ طلب تنفيذه وفقا للنظام السائد في دولة قاضي التنفيذ.

وبناء على ذلك، إذا وجد القاضي نفسه أمام حكم أجنبي شخصي،فهل يقصر تنفيذه على أنواع محدّدة من الأحكام؟، وهل يشترط رفع دعوى جديدة أمامه، أم أنه يكتفي فقط بطلب الأمر بالتنفيذ؟، وما هي الشروط التي يراعيها قبل منحه هذا الحكم الصيغة التنفيذية؟، وما هي أهم الآثار المصاحبة لهذاالحكم؟

هذا، ولايقتصر دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص على حلّ مشاكل تنازع الإختصاصين التشريعي والقضائي،وتحديد معاملة الأحكام الأجنبية، وإنّما يمتدّ دوره،ليبرز في تحديده لمعاملة الأشخاص الطبيعية الأجنبية، وذلك نظرا لأهميته في تحديد مركز الأجانب، وعليه فيما يتمثل هذا الدور؟، وأين ومتى تبرز أهميته؟

وللإجابة على الإشكاليات المطروحة، سنتعرّض في المبحث الأوّل إلى دور الضابط الشخصي في تحديد معاملة الأحكام الأجنبية، و في المبحث الثاني نبرز دوره في معاملة الأشخاص الطبيعية الأجنبية.

المبحث الأول:دور الضابط الشخصي في تحديد معاملة الأحكام الأجنبية

إنّ تحديد المقصود بالحكم الأجنبي هو مسألة تفسير تخضع لقانون القاضي ،أي لقانون الدولة التي يراد التمسك فيها بآثار الحكم الأجنبي، و المقصود بالحكم بصفة عامة هو كل قرار صادر عن المحاكم في خصومة أو في غير خصومة و لو لم يكن فاصلا في النزاع[1].

ومعيار التفرقة بين الحكم الوطني و الأجنبي لا يتجسد في المكان الذي صدر فيه الحكم،بل يتجسد بإسم سيادة من أصدر الحكم، فإذا صدر بإسم سيادة أجنبية فهو أجنبي[2]، أما إذا صدر باسم سيادة وطنية فهو وطني، لذا فإن العبرة في تحديد الصفة الأجنبية للحكم من عدمها، تتعلق بالسيادة التي صدر عنها، دون الأخذ بعين الإعتبار المكان الذي صدر فيه.و منه يكون الحكم أجنبيا متى صدر بإسم سيادة دولة أجنبية بغض النظر عن مكان صدوره و عن جنسية القضاة الذين يفصلون فيه.[3]

[1]:عكاشة محمد عبد العال،الإجراءات المدنية و التجارية الدولية، المرجع السابق، ص 169.

[2] Hugues Fulchiron,Cyril Nourissat,Edouard Treppoz,travaux dirigés de droit international privé,4 éme édition,L'exis,N'exis,Paris,2009,p.194.

[3]: ذهب القضاء الفرنسي إلى إعتبار الأحكام التي كانت تصدر من المحاكم القنصلية الفرنسية في البلد الذي تتمتع فيه فرنسا بامتيازات من قبيل الأحكام الأجنبية، لكونها صادرة باسم السيادة الفرنسية.راجع في ذلك، عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه،ص169،رحاوي آ منة،المرجع السابق، ص157، شبور نورية ، المرجع السابق، ص207.

إنّ صدور حكم أجنبي من محاكم دولة معينة إنعقد لها الإختصاص بالنظر إلى ضابط الجنسية أو الموطن، يترتب عنه صدور حكم أجنبي شخصي،هذا الأخير قد يفصل في منازعات معينة، ولكن يبقى تنفيذه متوقفا على أنواع محددة من الأحكام، وعلى إتباع نظام معين، و كذا إحترام شروط محددة.ومتى وافق القاضي على تنفيذه، فإنه يرتب آثارا، بل أكثر من ذلك،حتى قبل منحه للصيغة التنفيذية قد يرتب آثارا.

وبناء على ذلك ما هي أنواع الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذالصادرة من محكمة الجنسية أو الموطن؟،و هل يشترط إتباع نظام معين لطلب تنفيذها؟، و ما هي الشروط التي يراعيها قاضي التنفيذ حتى يمنحها الصيغة التنفيذية؟،و فيما تتمثل الآثار المترتبة عنها؟، لذلك سنتطرق لدراسة هذا الموضوع و نخصص له مبحثا مستقلا، وسنعتمد في دراستنا على المنهج التحليلي و المقارن،مستندين إلى قوانين بعض الدول العربية،بما فيها الجزائر،وبعض الدول الغربية كفرنسا،وإيطاليا، و ألمانيا، وإنجلترا، آخذين بعين الإعتبار موقف الفقه و القضاء في حالة سكوت التشريعات، وكذا موقف الإتفاقيات الدولية،مركزين على أهم النقاط في هذا الموضوع، وذلك من خلال التعرض في المطلب الأول إلى: أنواع الأحكام الأجنبية الشخصية، والأنظمة السائدة لتنفيذها،وفي المطلب الثاني إلى: شروط و آثار تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عن محاكم الجنسية أو الموطن.

المطلب الأول:أنواع الأحكام الأجنبية الشخصية القابلة للتنفيذ و الأنظمة السائدة لتنفيذها:

قد يصدر عن القضاء الشخصي أحكاما تفصل في المنازعات المطروحة أمامه، سواء في مجال الأحوال الشخصية،كالأحكام الفاصلة في دعاوى الزواج،الطلاق، الميراث...و غيرها،أو في الدعاوى

الأخرى كالمنازعات بين الشركاء، أو الدعاوى المرتبطة بالملكية الفكرية،أو تلك التي تقوم بين صاحب العمل والأجير وغيرها من الدعاوى التي يمكن أن ينظر فيها هذا القضاء بناء على إختصاصه الأصلي المبني على ضابط الموطن أو الجوازي القائم على ضابط الجنسية، ويراد التمسك بها خارج الدولة التي أصدرتها.غير أنه ليس كل حكم أجنبي صادر عن محكمة الجنسية أو الموطن هو قابل للتنفيذ،وإنما يبقى هذا الأخير قاصرا على أنواع محدّدة من الأحكام،فما هي هذه الأحكام؟، هذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرع الأول من هذا المطلب.

كما تختلف الدول وحسب الأنظمة التي تسير على وتيرتها في مواقفها إتجاه الدعوى المتعلقة بتنفيذ الحكم الأجنبي الشخصي المرفوع أمام قضائها، وتبعا لذلك، ماهي أهم الأنظمة السائدة لتنفيذ الأحكام الأجنبية الشخصية؟ و هذا ما سنتعرّض له في الفرع الثاني.

الفرع الأول:أنواع الأحكام الأجنبية الشخصية القابلة للتنفيذ:

إنّ الأحكام الأجنبية الصادرة عن القضاء الشخصي و القابلة للتنفيذ، قد تكون أحكاما قضائية مدنية أو أعمالا ولائية.[1]

البند الأول:الأحكام القضائية المدنية:

إنّ الأحكام القضائية الأجنبية الصادرة عن القضاء الشخصي، لا تكون قابلة للتنفيذ إلا إذا تعلقت بمسألة من مسائل القانون الخاص، وبذلك يخرج من نطاق تنفيذ الأحكام الأجنبية: الأحكام الجنائية والإدارية، و لو كانت صادرة من محاكم الجنسية أو الموطن، لأن هذه الأحكام يحكمها مبدأ

[1] J.Déruppé, op.cit., p.117.

الإقليمية. ومن هنا فالمهم هو طبيعة الحكم و ليس طبيعة الهيئة التي أصدرته،فالحكم الذي يفصل في مسألة ذات طبيعة مدنية، يعتبر حكما مدنيا يمكن تنفيذه ولو كان صادرا عن جهة القضاء الإداري باعتباره محكمة الجنسية أو الموطن فرضا[1].

وبناء على ذلك، إن الحكم الشخصي الصادر عن محاكم الجنسية أو الموطن، متى كان حكما مدنيا يقبل تنفيذه في الخارج، ومن أمثلة ذلك: الأحكام المدنية الفاصلة في المنازعات المرتبطة بالزواج،كتقرير صحته، بطلانه، إثباته، أو المنازعات المرتبطة بفك الرابطة الزوجية، وما يترتب عنها من آثارالحكم الأجنبي الشخصي القاضي بالتعويض و لو كان صادرا عن القضاء الإداري.و خلافا لذلك، إن الحكم الذي يقضي بالغرامة لا يمكن تنفيذه و لو كان صادرا عن محكمة مدنية أو تجارية ثبت لها الإختصاص الشخصي، وتكييف المسألة التي فصل فيها القضاء الأجنبي الشخصي، هل هي مسألة مدنية أم لا، يخضع لقانون قاضي التنفيذ، فإن اعتبرها مسألة مدنية يترتب على الحكم أثره بعد الأمر بالتنفيذ، وإذا لم يعتبرها مسالة مدنية، لم يولّد الحكم أثره[2].

وقد نصّت العديد من الإتفاقيات المتعلقة بالتعاون القانوني و القضائي على ضرورة الإعتراف بالأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الشخصي في القضايا المدنية، بما في ذلك الأحكام المتعلقة

[1]:يذهب الرأي الراجح فقها و قضاءا في فرنسا إلى أن الحكم الجنائي و الإداري، وإن كان لا يمكن الإعتداد به و بآثاره باعتباره حكم أجنبي، لكن يمكن الإعتداد به كواقعة أو دليل يقبل إثبات العكس،(مثلا إذا حكمت الزوجة على زوجها، ولها حكم أجنبي يقضي بعقوبة المدعى عليه لإرتكابه جريمة الزنا، هذه الزوجة لا يمكنها تنفيذ الحكم الأجنبي، ولكن تستطيع استخدامه كدليل إثبات أمام القضاء الوطني في رفعها لدعوى التطليق)،راجع، رحاوي آمنة، المرجع السابق، ص158.

[2]:أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، لجنسية، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة ، دار هومة للطباعة، الجزائر، سنة2008، ص54.

بالحقوق المدنية الصادرة عن محاكم جزائية،و القضايا التجارية، والقضايا الإدارية، وقضايا الأحوال الشخصية الحائزة لقوة الأمر المقضي به[1].

ولا تقتصر الأحكام الأجنبية الشخصية القابلة للتنفيذ على الأحكام القضائية المدنية فحسب، وإنما تشمل أيضا الأعمال الولائية .

البند الثاني:الأعمال الولائية:

بالإضافة إلى الأحكام القضائية المدنية التي يصدرها القضاء الشخصي في علاقته مع المتقاضين المتنازعين، قد يصدر قرارات لا تتعلق بأية منازعة،بل يكتفي فيها القاضي بتأكيد أمر أو تغيير حالة،أو تثبيت مركز قانوني معين، و هذه هي الأعمال الولائية .

وباعتبار الأعمال الولائية لا تدخل في نطاق الوظيفة القضائية للقضاء، لم يطرح تنفيذها بنفس الحدة التي طرح بها تنفيذ الأحكام القضائية المدنية الأجنبية، ولكن أمام التطورالهائل الذي عرفته هذه الطائفة من القرارات، نادى الفقه بالإعتراف بها، وعمد القضاء إلى إخضاعها لنفس الشروط والإجراءات التي تخضع لها الأحكام القضائية الأجنبية[2].

إنّ معيار التفرقة بين الأعمال الولائية و الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الشخصي، هو عدم وجود مواجهة في إجراءات العمل الولائي لأنه لا يوجد طرفان بالمعنى الصحيح،كما أن العمل الولائي بعكس الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضي به، ولو صدر بعد تحقيق يجريه القاضي،

[1]:المادة 30 من إتفاقية الرياض للتعاون القضائي،المادة01من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية،المادة37 من إتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول المغرب العربي،المادة16من الإتفاقية الجزائرية المصرية،وسنتعرض لهذه الإتفاقيات فيما بعد.

[2]ولد الشيخ شريفة،تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، لجزائر، بدون طبعة، سنة2004، ص45.

ويجوز رفع دعوى أصلية ببطلان العمل الولائي، الأمر الذي لا يمكن إعماله بالنسبة للأحكام، بالإضافة إلى أنه لا يقبل التدخل في إجراءات العمل الولائي، زد على ذلك، أن الأعمال الولائية لا تخضع لطرق الطعن التي تخضع لها الأعمال القضائية[1].

أمّا بالنسبة لتنفيذها يفرق الفقه بين نوعين من الأعمال الولائية الصادرة عن القضاء الشخصي، تلك التي يكون أثرها التنفيذ الجبري،وحكمها هو نفس حكم تنفيذ الأحكام القضائية المدنية الأجنبية،بمعنى أنها لا تنفذ إلا بمقتضى الأمر بالتنفيذ،كالحكم القاضي ببيع أموال القاصر، وتلك التي لا تتضمن أي تنفيذ على الأشخاص أو الأموال، وتتعلق على الأخص بالحالة والأهلية، ويكون لهذا النوع أثر دون حاجة لأي أمر بالتنفيذ، ومن أمثلة ذلك:الإعتراف بالولد الطبيعي، وتصحيح شهادة الميلاد.

وبالنسبة للتشريع، فلا المشرع الفرنسي، ولا المشرع الجزائري، تكلما عن تنفيذ الأعمال الولائية، مما أدى إلى تذبذب فقهي في هذا المجال، ولكن ما لبث القضاء في تطوره أن اتبع ما سلكه الفقه، فأخضع الأعمال الولائية التي تتضمن تنفيذا جبريا على الأشخاص أو الأموال لنفس حكم الأحكام القضائية الأجنبية،أما الأعمال الولائية التي لا تتضمن تنفيذا جبريا على الأشخاص والأموال، فقد أخضعها لنفس حكم الأحكام الخاصة بالحالة و الأهلية[2]، وهذا ما تبنته بعض التشريعات صراحة،كالتشريع المصري و التونسي[3].

[1] عكاشة محمد عبد العال،القانون الدولي الخاص،لجنسية المصرية...،المرجع السابق،ص573.

[2] ولد الشيخ شريفة،المرجع السابق،ص47.

[3] نص المشرع المصري على الأعمال الولائية في قانون المرافعات من المادة196إلى301،ونص عليها المشرع التونسي في الفصل12 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

ومتى صدر حكم قضائي مدني، أو عمل ولائي من القضاء الشخصي، وأريد تنفيذه خارج حدود الدولة التي أصدرته، يثور الإشكال حول كيفية طلب الأمر بالتنفيذ:هل يتم رفع دعوى جديدة،أو يقتضي الأمر فقط اللجوء إلى القضاء لإستصدار أمر بالتنفيذ؟

الفرع الثاني:الأنظمة السائدة لتنفيذ الأحكام الأجنبية الشخصية:

لا تسير الدول على وتيرة واحدة عند تنفيذها للحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي، وهي تختلف حسب تمسكها بمبدأ السيادة الإقليمية، فبعض النظم القانونية تقتضي ممن صدر الحكم لصالحه في الخارجأن يرفع دعوى جديدة على ذات الحق المتعلق به النزاع، والبعض الآخر يقتضي فقط ممن صدر الحكم لصالحه اللجوء إلى القضاء لاستصدار أمر بالتنفيذ[1].

البند الأول:نظام رفع الدعوى:

هذا ما أخذت به إنجلترا[2]، و حسب هذا النظام يتعين على صاحب المصلحة رفع دعوى جديدة أمام المحكمة الإنجليزية،للمطالبة بالحق الذي ينظمه الحكم الأجنبي الشخصي الصادر لمصلحته،كدليل حاسم في الدعوى على ثبوت الحق المطالب به، ويكون بذلك الحكم الصادر عن المحكمة الإنجليزية هو القابل للتنفيذ، وهذا المعنى يعبر عنه الفقه الإنجليزي بقوله أنه: لا يجوز للمحكوم له أن يرفع دعوى بناء على الحكم الأجنبي.ويلاحظ أن المحاكم الإنجليزية حين تعترف بحجية الحكم الأجنبي الشخصي، إنما تعترف في واقع الحال بالحق الذي تولد عنه الحكم.

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي،النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،سنة2004،ص109.

[2] هشام صادق،عكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص،الإجراءات المدنية و التجارية الدولية،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،سنة2007،ص344.

وقد مرّ القانون الإنجليزي بتطور ملحوظ في هذا الشأن، ففي النصف الأول من القرن 18،كان الحكم الأجنبي يعتبر دليلا على الدعوى الجديدة، بوصفه قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها[1]، و لكن في سنة 1870،أصبح ينظر إلى الحكم الأجنبي بأنه دليل قاطع و حاسم على صحة ما قُضي به في الخارج[2]. وكان الأساس الذي يقوم عليه الإعتراف بالحكم الأجنبي-الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة بالخارج-،ولكن ذلك أصبح مهجورا، ولم يعد ينظر إلى الأجنبي الذي يأتي و بيده حكم يريد تنفيذه في نجلترا على اعتبار أنه يطالب بحق اكتسب في الخارج ، بل أصبح للحق الذي يراد الإعتراف به و تنفيذه في انجلترا أثرا، فيكون الإعتراف للحكم الإنجليزي و ليس للحكم الأجنبي[3]، فحسب القانون الإنجليزي يتعين على المحاكم الإنجليزية الإعتراف بالحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي ،وهذا الإعتراف ينصرف إلى مدى صلاحية الحكم كسبب في الدعوى، وصلاحيته ليتخذ كأساس لدفع تدفع به دعوى مرفوعة لدى المحاكم الإنجليزيةّ، فالإعتراف ينصبّ على الحق الذي ولّده الحكم.

أمّا تنفيذ الحكم الأجنبي الشخصي، فلا يسلّم به القانون الإنجليزي، لأنّ الأمر بالتنفيذ جبرا لا يحدث أثره خارج إقليم الدولة التي أصدرته محاكمها، وذلك بالنظر إلى إقليمية السيادة[4]، لذلك في إنجلترا هناك فرق بين الإعتراف بالحكم و تنفيذ الحكم. و يمكن بلورة دعائم هذا النظام السائد في إنجلترا في أمرين:

[1] هذا ما سجله اللوردBroughamفي سنة1834 في قضيةHauldich.Donegal حين قال:
"A foreign judjement is only primafacie,not conclusive, evidence of dept. "

[2] عكاشة محمد عبد العال،الإجراءات المدنية و التجارية الدولية،المرجع السابق،ص177.

[3] عبد الفتاح بيومي حجازي،النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية،دراسة معمقة في القانون الدولي الخاص،دار الفكر الجامعي،سنة2004،ص32.

[4] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش،المرجع السابق،ص32.

أوّلهما:أنه ينظر إلى الحكم الأجنبي المقدم كدليل في الدعوى، بوصفه دليلا حاسمالا يقبل إثبات العكس حتى و لو كان معيبا بخطأ في الواقع أو القانون، وذلك لأن المحاكم الإنجليزية ليست محاكم إستئنافية بالنسبة للمحاكم الأجنبية التي أصدرت الحكم[1].

ثانيهما:إن القضاء الإنجليزي لا يقبل الحكم الأجنبي باعتباره دليلا حاسما، إلّا إذا توافرت فيه مجموعة من الشروط أهمها:أن يكون صادرا من محكمة مختصة دوليا، ويتحدّد هذا الإختصاص وفقا لقواعد القانون الإنجليزي، وأن تراعى في إصداره العدالة الطبيعية،وأن يكون نهائيا أي حائزا على قوة الأمر المقضي به، وأن لا يكون قد صدر بناء على غش،سواء وقع الغش على المحكمة ذاتها، أو على أحد أطراف الخصومة، وألا ينطوي على مخالفة للنظام العام الإنجليزي[2].

ويشير الفقهاء الإنجليز إلى أنه يجوز لصاحب المصلحة، أن يرفع دعوى أمام القضاء الإنجليزي، يستند فيها إلى حقة الأصلي الذي سبق و أن طالب به في الدعوى التي رفعها في الخارج،وصدر فيها حكم أجنبي، ودون أن يستند بالمرة إلى الحكم الأجنبي، وذلك لأنه في نطاق الإجراءات الخاصة الدولية لا يفنى سبب الدعوى في الحكم على نقيض ما هو مقرّر في القانون الداخلي الإنجليزي[3].

وحسب ما يأخذ به النظام الإنجليزي، إذا صدر حكم من محاكم الجنسية أو الموطن الجزائرية يقضي مثلا ببطلان زواج جزائري من إنجليزية، أو يثبت نسب طفل لأبيه، أو يقضي بدفع نفقة

[1] هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال،الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية،تنازع القوانين...،المرجع السابق،ص325.

[2] عكاشة محمد عبد العال،الإجراءات المدنية و التجارية الدولية،المرجع نفسه،ص179

[3] هشام علي صادق،عكاشة محمد عبد العال،الإجراءات المدنية و التجارية الدولية،المرجع السابق،ص346.

للزوجة المطلقة، وأريد تنفيذ هذا الحكم في إنجلترا لسبب من الأسباب، فالمطلوب هو رفع دعوى من جديد، ولأطراف الدعوى الإستناد إلى حكم الجزائري الشخصي الفاصل في النزاع، باعتباره دليلا حاسما و قاطعا،كما لهم الإستغناء عنه، وذلك لأن المحاكم الإنجليزية ليست محاكم إستئنافية بالنسبة للمحاكم الأجنبية التي أصدرت الحكم.

البند الثاني:نظام الأمر بالتنفيذ:

يسود هذا النظام بصفة خاصة في بلاد القارة الأوربية و البلاد العربية التي تحذو حذوها، كمصر و الجزائر ، وتونس، والمغرب، ولبنان. وحسب هذا النظام يتعين على صاحب المصلحة اللّجوء إلى قضاء الدولة المراد تنفيذ الحكم الشخصي فيها، ليستصدر منه أمر بالتنفيذ، والذي بصدوره يرقى الحكم الأجنبي إلى مصافّ الحكم الوطني.

وتختلف الدول فيما بينها من حيث السلطات التي تخولها لمحاكمها في نظر دعوى الأمربالتنفيذ، والسائد الآن أن بعض الدول تعتنق نظام المراجعة، بينما يعتنق البعض الآخر نظام المراقبة.

أوّلا:نظام المراجعة:

في ظل هذا النظام يتم مراجعة الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي، من حيث التعرض للوقائع و تفسيرها[1]، كأن تعيد تقدير مبلغ التعويض المحكوم به، أو تعيد تقدير مبلغ النفقة

[1]هناك بعض الأنظمة ما تزال تعتنق هذا النظام مثل المادة570 من القانون البلجيكي،وفي لكسمبورغ يتخبط القضاء بين مؤيد لنظام المراجعة و رافض له،وفي القانون الإيطالي لا يجوز اللجوء إلى نظام المراجعة كقاعدة عامة،غير أنه يمكن اللجوء إليه في بعض الحالات الخاصة لحماية حقوق الدفاع (المادة798من قانون المرافعات)،ويحضر القانون الألماني اللجوء إلى نظام المراجعةإلا أن ذلك لا يمنع القاضي من التحقق أن الحكم الأجنبي قد احترم قواعد التنازع الألمانية المتعلقة

مثلا، أو تقوم بتفسير واقعة على نحو مغاير للتفسير الذي أعمله القاضي الشخصي، بل أكثر من ذلك يمكن للمحكمة أن تقبل طلبات جديدة أو تدخل الغير الذي لم يسبق اختصامه في الدعوى الأصلية التي تم الفصل فيها في الخارج.

وعلى هذا الأساس، إنّ الحكم الأجنبي قد يصدر عن قضاء غير نزيه ، بعيدا عن الموضوعية، كما أن هذا الحكم قد يكون مبنيا على الغش و التدليس[1].

وقد تعرّض هذا النظام للنّقد لأنه ينكر على الحكم الأجنبي بما فيه الحكم الشخصي قيمته، كما أنه يضع القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ أمام صعوبات لا يمكن تخطيها، لاسيما عندما يتعرض لتقديره للوقائع للخوض في ظروف بعيدة عنه، فيتعذر عليه التأكد من أدلة و قعت في الخارج.كذلك نظام المراجعة لا يوفّر الحماية الكافية لعلاقات الأفراد الخاصة الدولية ،و يمس بالحقوق المكتسبة بالخارج[2].

وقد استقر القضاء الفرنسي على تطبيق المراجعة على جميع الأحكام ، و مرّ خلال تطوره في تطبيق المراجعة بثلاث مراحل أساسية [3]، سميت المرحلة الأولى بمرحلة المراجعة الواسعة أو الكاملة، وامتدت من سنة1813إلى1933،وكان القاضي الفرنسي يتمتع خلالها بجميع السلطات، وسميت

بالأسرة،شريطة أن يترتب على عدم احترام قواعد التنازع الألمانية الإضرار بالطرف الألماني (المادة29من إتفاقية بروكسل المبرمة في27سبتمبر1978بين دول السوق الأوربية المشتركة،والمتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية ،التي أشارت صراحةإلى الرجوع إلى نظام المراجعة) ،راجع في ذلك,رحاوي آمنة،المرجع السابق،ص166،و راجع:
Jean pierre , puissochet ,les éffets des jugement nationnaux dans les autres étaTs nembres de l'union Européenne,convention de bruxelles ,université Jean MOULIN ,Lyon3,Faculté de droit,2001,p.11 .

[1]عكاشة محمد عبد العال,،لإجراءات المدنية و التجارية الدولية،المرجع السابق،ص170. راجع كذلك:
Yvon.Loussouarn,Pierre bourel,op.,cit.,p.623

[2]عكاشة محمد عبد العال،القانون الدولي الخاص، المرجع السابق,ص581.

[3]نص حكم محكمة إستئناف باريس المؤرخ في 1846/05/05 على مايلي : "يعتبر حكم التنفيد الذي ينطق به القاضي حكما حقيقيا في الموضوع و ليس أمرا بالتنفيد من اختصاص رئيس المحكمة" .كما قضى حكم من محكمة "نيم" NIMES سنة 1829 بمراجعة الأحكام الأجنبية من حيث الشكل أو الموضوع .كما

المرحلة الثانية بمرحلة المراجعة الضيقة أو المحدودة (من سنة1933إلى 1955)، وحدّدت خلالها سلطات قاضي التنفيذ بتنفيذ الحكم الأجنبي الذي لا يمكن إنكاره، أما المرحلة الثالثة فامتدت من سنة1955، وتميّزت بإلغاء نظام المراجعة[1]،واحترام الحكم الأجنبي باعتباره صادرا من دولة ذات سيادة، نظرا لمجهودات الفقه التي رفضت نظام المراجعة، والتي دفعت محكمة النقض إلى اتخاذ موقف ضد نظام المراجعة، واخضاع الأحكام الأجنبية بما فيها الشخصية للمراقبة دون المراجعة[2].

ولم يكن نظام المراقبة في الحقيقة نظاما جديدا، بل كان يعمل به في الوقت الذي كان نظام المراجعة في أوج تطوره، حيث كان القضاء يقصر نظام المراقبة على الأحكام التي لا يجوز مراجعتها، أي أحكام الحالة والأهلية حين لا يقصد منها التنفيذ المادي على الأموال أو الإكراه على الأشخاص،كالأحكام الأجنبية الشخصية القاضية بصحة الزواج، بطلانه، إثباته، أو الفاصلة في مسائل الأهلية.[3]

ثانيا:نظام المراقبة:

يفترض نظام المراقبة أن الأحكام الأجنبية الصادرة عن القضاء الشخصي صحيحة من الوجهة الدولية،وتتمتع بحجية الشيئ المحكوم به،ولا تتأكد صحة الحكم بهذا المعنى، ولا ينفّذ إلاّ بعد تأكّد

أصدرت محكمة النقض الفرنسية ثلاثة أحكام متتالية (1930-1932-1933) وضعت بواسطتها حدودا لنظام المراجعة . راجع ولد الشيخ شريفة ، المرجع السابق، ص 116.

[1]أصدرت محكمة استئناف باريس سنة1955حكما في قضية السيد: weiller ،وجد فيه الفقه بداية لإلغاء نظام المراجعة، راجع
Henri Motulsky,Etudes et notes de droit international privé,Dalloz,paris,1978,p.344.

[2]ولد الشيخ شريفة ،المرجع السابق ،ص116.

[3]ولد الشيخ شريفة ،المرجع نفسه ،ص116 ، رحاوي آمنة،ا لمرجع السابق، ص168.

القاضي المطلوب منه التنفيذ من أن الحكم الأجنبي الشخصي مستوفيا لمجموعة من الشروط[1]، وبمقتضى هذا النظام فإن المحكمة المطلوب منها منح الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي الصادر عن محكمة الجنسية أو الموطن لا تتعرض إلى فحص موضوعه إلا بالقدر اللازم للتحقق من أنه لا يتعارض مع النظام العام، وينحصر دورها فقط في التأكد من توافر شروط معينة فيه لا تمس موضوعه[2].

وقد أخذ القضاء الفرنسي بنظام المراقبة بمناسبة تنفيذ أحكام الحالة و الأهلية في غير أحوال التنفيذ المادي على الأموال أو الإكراه على الأشخاص، وتحدّدت شروط نظام المراقبة تدريجيا إبتداءا من سنة 1860، تاريخ البدء في تنفيذ أحكام الحالة و الأهلية، حتى سنة 1964، تاريخ صدور "حكم منزر" الفاصل نهائيا في أخذ القضاء الفرنسي بنظام المراقبة[3]. ويرجع "حكم منزر" إلى حكمين صادرين عن القضاء الشخصي، صدر الأول منهما في سنة 1926، وصدر الثاني سنة 1958 من محكمتين أمريكيتين لصالح السيدة منزر، فطلبت التنفيذ في فرنسا، باعتبار أن زوجها يقيم فيها، وكان الحكم الأول يقضي بالتفريق الجسماني بين الزوجين على أن يدفع السيد منزر نفقة غذائية للسيدة منزر، أما الحكم الثاني صدر في سنة 1958،وألزم السيد منزر بدفع متأخر النفقة لمطلقته و ذلك منذ1930،فرفع السيد منزر إستئنافا يطالب فيه إعادة النظر في الحكم لأن النفقة المحكوم بها مرتفعة جدا،فأصدرت محكمة إستئناف « AIX »حكما يقضي بتأييد الحكم الأول الخاص بالتفريق الجسماني ،دون النظر في الحكم الثاني الخاص بالنفقة على أساس أنه يجب الحصول على الأمر

[1] مدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص302.

[2] أعراب بلقاسم ، الإختصاص القضائي الدولي...، المرجع السابق ،ص57، راجع كذلك:

Y.loussouarn ,p.bourel ,op.cit.,p.624.

[3] Céline Goussard,op.cit.,p.89.

بالتنفيذ ،فضلا على أنه يخضع لنظام المراجعة ،فرفع الأمر إلى محكمة النقض، هذه الأخيرة أصدرت حكما في1964/01/07[1]، حدّدت بواسطته 05 شروط يجب على القاضي التأكد من توافرها وتتلخّص في: ثبوت الإختصاص الدولي للجهة القضائية الأجنبية المصدرة للحكم، إختصاص القانون الواجب التطبيق على الموضوع، عدم مخالفة الحكم للنظام العام بمعناه الدولي،و إنتفاء حالة الغش نحو القانون،وسلامةالإجراءات.

هذه الشروط خفّضها حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية،وهو الحكم الصادر بتاريخ04 أكتوبر 1967 إلى أربعة شروط[2]، و ذلك بمناسبة طلب تنفيذ حكم أجنبي صادر عن قضاء داكار الشخصي في قضية السيد بشير[3]،حيث تمّ حذف الشرط الخامس و هو" سلامة الإجراءات"، على اعتبار أن هذا الشرط لا يمكن إعتباره شرطا مستقلا، وإنما هو شرط يمكن إدراجه ضمن شرط عدم المخالفة للنظام العام الإجرائي.

[1] جاء في منطوق الحكم الصادر في07-01-1964:"يتعين على القاضي الفرنسي لإعطاء الأمر بالتنفيذ أن يتحقق من توافر الشروط الخمسة...، وإن هذا التحقق هو موضوع الأمر بالتنفيذ،يكفي لحماية النظام القضائي الفرنسي و المصالح الفرنسية، وهو يعبر في كافة المواد عن سلطة الرقابة التي بيد القاضي المنوط به الأمر بتنفيذ حكم أجنبي في فرنسا، دون أن يكون له مراجعة هذا الحكم من ناحية الموضوع."راجع في ذلك:عز الدين عبد الله،القانون الدولي الخاص،الجزء الثاني، المرجع السابق، ص849.

[2] cour de cassation(ch.civ,1ere sect),04 octobre 1967,(Rev. crit.1968.98,note P.lagarde ,clunet 1969.102,note Goldman,D.1968 .95,note mezger,J.c.p.,1968.2.15634,note Sialelli),v. ,B.Ancel,Y.lequette ,op.cit .,p.337.

[3] تتعلق القضية بقرار صادر من مجلس داكار،حكم بالطلاق بين الزوجين،مع إسناد حضانة الطفل للأم، والحكم على الأب بدفع نفقة غذائية،فأرادت السيدة بشير تنفيذ هذا القرار في فرنسا،وبتاريخ30نوفمبر1965، أصدر مجلس إستئنافAix قرارا بالرفض، فرفعت الطالبة طعنا بالنقض،فأصدرت محمكة النقض الفرنسية القرار الصادر في04-10-1964رافضة الطعن، و هكذا انتقل نظام المراقبة من أحكام الحالة و الأهلية إلى الأحكام المتعلقة بالمال، راجع في ذلك:
B.Ancel ,Y.Lequette,op.cit. ,p. 337-338.

وقد حدت الدول العربية[1] حذو المشرع الفرنسي، وأخذت بنظام المراقبة، و نصّت في تشريعاتها على شروط تنفيذ الحكم الأجنبي، في حين التشريع الفرنسي لم ينص عليها، و ترك أمر تحديدها للقضاء، وبذلك اكتفت هذه الدول بمراقبة الأحكام الأجنبية، بما فيها الأحكام الصادرة عن القضاء الشخصي، حيث تخضع هذه الأحكام فيها للتأكد من مدى توافر شروط معينة حتى تكون قابلة للتنفيذ فيها.

المطلب الثاني:شروط و آثار تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء الشخصي الأجنبي:

متى ثبت الإختصاص الشخصي للمحاكم، وأصدرت أحكاما في الدعاوى المرفوعة أمامها، فلا تكون قابلة للتنفيذ خارج حدود الدولة التي أصدرتها، إلا إذا توافرت فيها شروط معينة. فما هي هذه الشروط؟، و مما لا شك فيه أن الحكم الأجنبي الشخصي يرتب آثارا، سواء قبل الأمر بتنفيذه، أو بعد الأمر بتنفيذه، فما هي هذه الآثار؟

وسنبيّن الشروط الواجب توافرها في الحكم الأجنبي الشخصي حتى يكون قابلا للتنفيذ في الفرع الأول، ونتعرّض للآثار التي يرتّبها في الفرع الثاني.

الفرع الأول:شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عن القضاء الشخصي:

إن مقتضيات السيادة و احترام النظام العام في دولة القاضي تجعل الأحكام الفاصلة في الدعاوى الصادرة عن القضاء الشخصي الأجنبي،تعامل معاملة مختلفة عن الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني، فممّا لا شك فيه أن تلك الأحكام تخضع دون قيد لقضاء الدولة التي أصدرتها، إلا

[1] أخذ بذلك كل من تونس،مصر،سوريا،لبنان،الجزائر،المغرب، و سنتعرض لتفصيل الشروط الواجب توافرها في الحكم الأجنبي في هذه التشريعات في المطلب الموالي.

أن نفاذها في دولة أخرى يتطلب توافر شروط قانونية لأن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد تنفيذ، بل يستوجب إمتثال الأعوان المكلفين بالتنفيذ لأوامر دولة أجنبية لا تربطهم بها رابطة غير ذلك الحكم. هذا من جهة، و من جهة أخرى قد يُرتّب الحكم الأجنبي الشخصي آثارا تتعارض مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي .

إن هذه المعطيات، جعلت التشريعات لا تقر بإمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عن القضاء الشخصي مباشرة أمام القضاء الوطني،بل استلزمت ضرورة اللّجوء إلى القضاء الوطني من أجل تقديم طلب تنفيذها[1]، وهذا ما تبنّاه المشرع الجزائري، على غرار غيره من التشريعات، إذ استلزم ضرورة تقديم طلب أمام المحكمة المختصة التي تتأكد بدورها من توافر الشروط المحددة قانونا[2].

وبناء على ما تقدّم، ما هي الشروط التي يجب على القاضي مراعاتها لتنفيذ الحكم الصادر عن القضاء الشخصي الأجنبي؟، هذا ما سنحاول التعرض إليه من خلال بيان الشروط الإجرائية (أولا),و الشروط الموضوعية (ثانيا).

البند الأول:الشروط الإجرائية لتنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي:

حدّدت مختلف التشريعات التي تأخذ بنظام المراقبة الجهة القضائية المختصة لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ، وكذا الوثائق التي يجب توافرها لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ.

[1] يوسف دلاندة،الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد،دار هومة،الجزائر،2009،ص16.
[2] بن عصمان جمال،المرجع السابق،ص384.

أوّلا:الجهة القضائية المختصة:

يرفع طلب أمر تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي إلى الجهة القضائية المختصة لدى الدولة المطلوب إليها التنفيذ[1]، ففي فرنسا مثلا تختص المحاكم المدنية كلية بدعوى الأمر بالتنفيذ، أيا كانت درجة المحكمة الأجنبية التي ثبت لها الإختصاص الشخصي، وأيا كانت طبيعة المسألة التي قضي فيها، والمحكمة المختصة مكانيا، هي محكمة موطن المدعى عليه، فإن لم يكن للمدعى عليه موطن، ولا محل إقامة في فرنسا اختصت بها المحكمة التي يراد التنفيذ في دائرتها[2].

وفي مصر يقدّم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الإبتدائية التي يُراد التنفيذ في دائرتها، وذلك حسب الأوضاع المعتادة لرفع الدعوى[3]، فإذا كان المحكوم به موجودا بعينه في مكان ما، أو كان عملا مقتضيا إجراؤه في مكان معين، رُفعت الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها هذا المكان أو ذاك،أما لو كان المحكوم به مبلغا من النقود كان الإختصاص للمحكمة التي تقع في دائرة إختصاصها أموال المحكوم عليه[4].

وفي تونس طبقا للفصل16من مجلة القانون الدولي الخاص، ترفع الدعاوى المتعلقة بطلب الإذن بالتنفيذ أمام المحكمة الإبتدائية التي بدائرتها مقر الطرف المحتج ضده بالقرار الأجنبي، وعند إنعدام المقرّ بالبلاد التونسية فأمام المحكمة الإبتدائية بتونس العاصمة.

---

[1] حسن الهداوي ،تنازع القوانين ،المرجع السابق ،ص285.

[2] بيومي حجازي،النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية،المرجع السابق،ص22 ،راجع كذلك:

y.loussouarn, p.bourel,op.cit.,p.633.

[3] وهو مانصت عليه المادة297مرافعات مصرية.

[4] عبد الفتاح بيومي حجازي،النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر،دراسة متعمقة في القانون الدولي الخاص،دار الكتب القانونية،مصر،بدون طبعة،سنة2007،ص183.

وقد حدّد المشرع الجزائري المحكمة المختصة بمنح الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي في المادة607 ق.إ.م.إ، فالمحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية التي يوجد في دائرة إختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ هي التي تكون مختصة بمنح الأمر بالتنفيذ، ويبقى القسم المدني للمحكمة هو المختص بمنحه ،أيا كانت درجة الجهة القضائية الأجنبية التي أصدرت الحكم الشخصي[1].

وبناء على ذلك، لا ينفذ الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي بصورة آلية، بل لابد من صدور الأمر بالتنفيذ، إما كليا أو جزئيا[2]،و هو ما لا يتحقق إلا من خلال تقديم طلب الأمر بالتنفيذ، ويستوي في ذلك الحكم، أن يكون صادرا عن محكمة إبتدائية، أو مجلس إستئناف، أو من أعلى هيئة قضائية في البلد الأجنبي، وسواء كان ذلك الحكم تنازعيا أو ولائيا[3].

وهو ما يجد تفسيرا له في ضرورة تأمين إزدواجية درجات التقاضي لأطراف دعوى الصيغة التنفيذية، تخويلهم حق ممارسة كافة طرق المراجعة القضائية الناجمة عن دعوى الصيغة التنفيذية،باعتبارها دعوى تتمتع بالطابع الوجاهي و التنازعي،حيث ترفع إلى المحكمة بموجب إدعاء يتبعه تكليف بالحضور موجه إلى المدعى عليه،وفقا لأحكام المادة14من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[4]، و التي تجد سندا لها في المادة22 من الإتفاقية الجزائرية المغربية التي تقضي أن تتم

[1] أعراب بلقاسم ،تنازع الإختصاص القضائي الدولي،المرجع السابق،ص74.

[2] سليمان بارش،شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري،الجزء الثاني،طرق التنفيذ،دار الهدى،عين مليلة،الجزائر،2006،ص44.

[3] موحند إسعاد،القانون الدولي الخاص،الجزء الثاني،المرجع السابق،ص85.

[4] تنص المادة14ق.إ.م.إ.ج:"ترفع الدعوى أمام محكمة بعريضة مكتوبة،موقعة و مؤرخة،تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله،أو محاميه،بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف."

إجراءات دعوى الأمر بالتنفيذ وفقا لقانون البلد المطلوب فيه التنفيذ، أي وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري[1].

وبناء على ذلك تعد دعوى الصيغة التنفيذية التي يرفعها صاحب المصلحة كأي دعوى[2]،تتميز بصفة حضورية تبادلية، إذ تشمل خصمين،فتوجه ضد الطرف الذي خسر دعواه أمام المحكمة الأجنبية، وفي حالة عدم وجوده، ضد السلطة التي تقوم بوظائف المدعى عليه[3].

ويجب الإشارة إلى أن دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي الشخصي،يمكن أن تكون محل دعوى أصلية، يطلب فيها طالب التنفيذ الإعتراف للحكم الأجنبي بحجية الشيئ المقضي به، ومنحه الصيغة التنفيذية، تفاديا لأي نزاع مستقبلي.كما يمكن أن تتخذ شكل دعوى فرعية، ومثالها تقديم الحكم الأجنبي الصادر من محكمة موطن الزوجية المتعلق بإنحلال الرابطة الزوجية أمام القاضي الجزائري لردّ دعوى الإهمال العائلي، ففي هذه الصورة،يتعين على المحكمة الجنائية وقف الفصل في النزاع إلى غاية الفصل في دعوى الأمر بالتنفيذ، باعتبارها مسألة أولية لازمة يجب الفصل فيها حتى تتمكن المحكمة من الفصل في المسألة الأصلية "الإهمال العائلي".

---

[1] تنص المادة 22 من الإتفاقية الجزائرية المغربية الخاصة بالتعاون المتبادل بين البلدين،الموقع عليها في15مارس1963،المصادق عليها بالأمر رقم68-69 ليوم 02 سبتمبر،ج.ر.،العدد 77 لسنة 1969،المعدلة و المتممة بالبروتوكول الموقع عليه بأفران يوم 15 يناير1969: "تمنح السلطة المختصة،حسب قانون البلد الذي يطلب فيه التنفيذ،أمر التنفيذ بناء على طلب كل طرف له شأن ،أما الإجراءات المتعلقة بطلبه فيسري عليها قانون البلد المطلوب فيه التنفيذ"،و هو ما أكدت عليه المادة 21 من الإتفاقية الجزائرية التونسية الخاصة بالمساعدة المتبادلة و التعاون القانوني و القضائي بين البلدين،الموقع عليها في 26يوليو 1963 ،المصادق عليها بالمرسوم رقم 450/63،المؤرخ في14نوفمبر1963،ج.ر، عدد01 لسنة 1963 ،كما نصت على ذلك المادة 03 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية،المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية و تسليم المجرمين، المصادق عليها بأمر رقم65-194 المؤرخ في29جويلية1965،والتي نصت:

« L'exequature est accordé à la demande de toute partie intéressée par l'autorite compétente d'après la loi de l'état ou il est requis.
La procédure de la demande en éxecatur est régie par la loi de l'état dans lequel l'exécution est demandée. »

[2] قرار صادر عن مجلس قضاء سيدي بلعباس، غ.ش.أ،ملف رقم09/1362صادر بتاريخ29-11-2009،غير منشور،راجع في ذلك،جندولي فاطمة،المرجع السابق،ص144.

[3] وتعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في مسائل الأحوال الشخصية،وهو ما نصت عليهالمادة03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

وفي جميع الأحوال ترفع دعوى الأمر بالتنفيذ في الجزائر على غرار التشريعات الأخرى أمام محكمة موطن المنفذ عليه، مما يعني أن اختصاص المحكمة الجزائرية انعقد على أساس ضابط شخصي، وبهذا يظهر أن دور الضابط الشخصي لا يختفي بمجرد صدور الحكم، وإنما يبرز أيضا في تحديد المحكمة المختصة بالأمر بالتنفيذ.

ويتعيّن على المدعي في دعوى الأمر بالتنفيذ إرفاق الطلب بمجموعة من الوثائق، وهذه الوثائق، وإن لم ينص عليها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إلاّ بصورة ضمنية في المادة605 من خلال بعض الشروط التي استلزمها لتنفيذ الحكم الأجنبي،فإنّ القانون الإتفاقي حدّدها تحديدا دقيقا.

ثانيا:الوثائق الواجب توافرها لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ:

تعتبر الوثائق القضائية الواجب توافرها لرفع دعوى الأمر بتنفيذ حكم أجنبي شخصي من صميم المسائل الإجرائية، ومن ثم يختص قانون قاضي التنفيذ بتنظيمها،باعتبارها من ناحية أوراق شكلية، ومن ناحية أخرى محررات رسمية[1].

والملاحظ هو أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، لم يحدد بصورة صريحة الوثائق الواجب تقديمها من طرف طالب تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي أثناء رفعه لدعوى الأمر بالتنفيذ، إلّا أنه بالرجوع للقانون الإتفاقي[2]، أي الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع عدة دول في نطاق تنفيذ الأحكام الأجنبية تم تحديد تلك الوثائق.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة،نظام الأوراق القضائية في القانون الدولي الخاص الإجرائي،مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية و الإقتصادية،دورية علمية نصف سنوية،كلية الحقوق،جامعة حلوان،مصر،العدد الأول،سنة1999،ص03.

[2] إلى جانب الإتفاقيات السالف الإشارة إليها أبرمت الجزائر في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية عددا من الإتفاقيات،منها الإتفاقية الجزائرية المصرية،الموقع عليها في29-02-1964،المصادق عليها بالأمر رقم 195/65،المؤرخ في29-07-1965،الإتفاقية الجزائرية السورية،المبرمة في27-04-1981،المصادق عليها بمقتضى

وفي هذا المجال نصت المادة25من الإتفاقية الجزائرية المغربية:"يجب على الطرف الذي يستشهد بقوة الشيئ المحكوم به بحجة حكم قضائي، أو الذي يطلب تنفيذ هذا الحكم، أن يقدّم ما يلي:

– صورة رسمية للحكم تتوفر فيها الشروط اللازمة لإثبات صحتها.

–أصل عقد الإعلان للحكم أو كل عقد يحل محل هذا الإعلان(محضر تبليغ الحكم).

–شهادة من كتاب الضبط المختصين تثبت أنه لا يوجد إعتراض على الحكم،ولا إستئناف و لا طعن بالنقض.

–نسخة طبق الأصل من ورقة التكليف بالحضور موجهة إلى الطرف الذي تخلف عن حضور المرافعة."

إنّ النص الوارد في هذه الإتفاقية له ما يقابله في الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع الدول الأخرى، غير أن هناك إختلاف في المستندات المطلوب إرفاقها بالطلب[1]، لذلك سنتطرّق لكل وثيقة على حدة لبيان أوجه التشابه و الإختلاف. إذ يتوجّب على طالب تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي تقديم صورة رسمية للحكم المطلوب تنفيذه، إذا كانت الدولة التي حصل منها على

المرسوم رقم130/83،المؤرخ في1983/02/19،إتفاقية التعاون القضائي بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الجمهورية الموريتانية الإسلامية، المصادق عليها بالأمر رقم70–04،المؤرخ في08ذي القعدة 1389،الموافق 15 يناير1970.

[1] حسن الهداوي،المرجع السابق،ص285.

الحكم هي الدولة التونسية، أوالموريتانية، أو الفرنسية[1]، أو المصرية[2].أمّا إذا كانت الدولة التي حصل منها على الحكم الشخصي هي الدولة السورية، فيتوجّب عليه أن يرفق بطلبه الحكم الشخصي المطلوب تنفيذه، ويجب أن يكون ذلك الحكم معلنا و مصادقا عليه، ومذيّلا بما يفيد أنه صالح للتنفيذ.[3]

وهنا يجب الإشارة إلى أنه كان من الأولى إشتراط تقديم النسخة التنفيذية من الحكم المطلوب تنفيذه، ذلك أن تقديم النسخة الأصلية في الملف أو صورة رسمية طبق الأصل لا يشكل أي أثر على سير الدعوى.[4]

إلى جانب الوثيقة الأولى، يجب على طالب التنفيذ أن يرفق طلبه بأصل عقد الإعلان بالحكم، أو كلّ عقد يحل محل هذا الإعلان ،وهو ما يسمى محضر تبليغ الحكم المطلوب تنفيذه، وتكمن الحكمة من تقديم هذه الوثيقة في إثبات المدعي في دعوى الأمر بالتنفيذ أنه قام بإعلان

[1] Art 06du convention relative a l'exequatur et a l'extradition entre l'algerie et la France ratifieé par ordonnance n °65-194 du 29 juillet 1965 dispose que : « la partie qui invoque l'autorite d'une décision judiciare ou qui en demande l'exécution doit produire :
A)une expédition de la décision réunissant les conditions nécessaires a son authenticité.
b)l'original de l'exploit de signification de la decision ou de tout autre acte qui tient lieude signéfication ,
c)un certaficat des greffiers compétents constatant qu 'il n'existe contre la décision ni oppositions,ni appel,ni pourvoi en casation,
D)une copie authentique de la citation de la partie qui a fait défaut à l'instance,en cas de condamnation par défaut,
e)le cas échéant une traduction compléte des piéces énuméreés ci-dessus certifieés conformes par un traducteur assermenté ou confermément a la réglementation de l'état requérant. »

[2] تنص على ذلك الإتفاقية الجزائرية المصرية (المادة21فقرة أ)،والإتفاقية الجزائرية التونسية (المادة24 فقرة أ)،الإتفاقية الجزائرية الموريتانية(المادة24 فقرة أ)،الإتفاقية الجزائرية الفرنسية(المادة06فقرةأ).

[3] ولد السيخ شريفة,المرجع السابق,ص188.

[4] ولد الشيخ شريفة,المرجع نفسه,ص187.

المدعى عليه إعلانا صحيحا، إذ يتم إعلانه في موطنه[1]، ودون أي إخلال بإجراءات التبليغ، مما يتيح له فرص الطعن في الحكم وفق الطرق المقررة قانونا.

ومن الوثائق التي لابد أن يتضمنها ملف دعوى الأمر بالتنفيذ الشهادة الصادرة عن كتاب الضبط المختصين، والتي تثبت عدم وجود معارضة، أو إستئناف، أو طعن بالنقض ضد الحكم المطلوب تنفيذه[2]، وإن كان هناك اختلاف بالنسبة لهذه الوثيقة، فبينما تستوجب الإتفاقية الجزائرية الفرنسية (المادة6/ج) و الإتفاقية الجزائرية المصرية(المادة21/ج) تقديم شهادة عدم وجود معارضة

أو إستئناف ضد الحكم، وذلك خلافا للإتفاقية الجزائرية السورية، التي تكتفي بكون الحكم أو القرار صالحا للتنفيذ[3]، و يرجع في تحديد قابليته للتنفيذ من عدمها إلى قانون الدولة التي أصدرت الحكم للحفاظ على المراكز القانونية المستحدثة بموجب الحكم الأجنبي.

إلى جانب هذه المستندات، يجب أن تتضمن حافظة الوثائق التي يقدمها المحامي القائم في حق المدعي في دعوى الأمر بتنفيذ حكم أجنبي صادر عن محاكم الجنسية أو الموطن، نسخة طبق الأصل من ورقة التكليف بالحضور التي وجهت للطرف الذي تخلف عن حضور المرافعة، متى كان الحكم غيابيا، وهو ما قضت به المادة(124/د)من الإتفاقية الجزائرية التونسية، والمادة(21/د)من الإتفاقية الجزائرية المصرية ، والمادة (06/د) من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية، والمادة(24/د)من الإتفاقية

[1] أحمد عبد الكريم سلامة،نظام الأوراق القضائية...،المرجع السابق،ص12،و هو يشير إلى موطن إعلان المدعى عليه،فقد يكون بموطنه العام،أو بموطن أعماله،أو بموطنه المختار،أو بموطنه الحكمي.

[2] إن إشتراط هذه الوثيقة يفهم ضمنا من نص المادة605ف02 من ق.إ.م.إ الجزائري:"أن يكون الحكم أو الأمر أو القرار حائزا لقوة الشيئ المقضي فيه."

[3] جندولي فاطمة،المرجع السابق،ص147،ولد الشيخ شريفة،المرجع السابق، ص188.

الجزائرية الموريتانية، خلافا للإتفاقية الجزائرية المغربية التي اشترطت في المادة(25/د)هذه الوثيقة دون تعليقها على الحكم الغيابي.

وتبرز الحكمة في اشتراط هذه الوثيقة في إثبات أن المحكوم ضده قد كلف بالطرق القانونية للحضور و الدفاع عن مصالحه، ورغم ذلك تغيب[1].

إلى جانب هذه الوثائق، استوجبت الإتفاقية الجزائرية الفرنسية، والإتفاقية الجزائرية الموريتانية ترجمة الوثائق الجاري تعدادها، و المصادقة عليها من طرف ترجمان محلف أو مقبول، وفقا لقانون الدولة طالبة التنفيذ حسب الإتفاقية الجزائرية الفرنسية في المادة(06/هـ)، و طبقا لقانون الدولة المطلوب منها التنفيذ في الإتفاقية الجزائرية الموريتانية في المادة(24/هـ)،و هذا بغية تمكن القاضي من فهم محتوى الوثائق و الحكم محل النظر، وهو ما تبناه المشرع الجزائري، وضمّنه لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية.[2]

بعد أن حدّدنا مختلف الوثائق التي يجب تقديمها من طرف المدعي في دعوى الأمر بتنفيذ حكم أجنبي صادر عن القضاء الشخصي، وإلاّ رُفضت دعواه شكلا، وجب التعرّض للشروط الموضوعية التي يتحقق قاضي التنفيذ المختص إقليميا من توافرها لمنح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية.

[1] ولد الشيخ شريفة،المرجع السابق،ص192.

[2] تنص المادة08 ق.إ.م.إ.ج:"يجب أن تتم الإجراءات و العقود القضائية من عرائض و مذكرات باللغة العربية،تحت طائلة عدم القبول.

-يجب أن تقدم الوثائق و المستندات باللغة العربية،أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة،تحت طائلة عدم القبول.

-تتم المناقشات و المرافعات باللغة العربية."

البند الثاني:الشروط الموضوعية الواجب توافرها في الحكم الأجنبي الشخصي:

حتى يكون الحكم الأجنبي الصادر عن محاكم دولة معينة، والمنعقد لها الإختصاص نتيجة لإعمال ضابط الجنسية أو الموطن، قابلا للتنفيذ،لابد أن تتوافر فيه شروط معينة، إهتم بتحديدها القانون الإتفاقي، وجسّدتها بعض التشريعات الداخلية بالنص عليها صراحة، وذلك للتأكيد عليها،كما هو الحال بالنسبة للتشريع الجزائري، إذ ورد النص عليها في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و سنحاول تحليل مختلف الشروط التي ورد ذكرها في القانون الجزائري والقانون الإتفاقي.

أوّلا:الإختصاص الدولي للقضاء الشخصي الذي أصدر الحكم الأجنبي:

كل الدول التي أخذت بنظام الأمر بالتنفيذ،بما فيها الجزائر، تشترط في الحكم الأجنبي، أن يكون صادرا من محكمة مختصة دوليا، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 605 من ق.إ.م.إ : "... 1-ألا تتضمّن ما يخالف قواعد الإختصاص"،و لكن السؤال المطروح : وفقا لأي قانون يتم تحديد هذا الإختصاص؟، هل يتم وفقا لقانون البلد الذي أصدر قضاؤه الشخصي الحكم، أم وفقا لقانون البلد المطلوب فيه تنفيذ هذا الحكم الصادر عن القضاء الشخصي الأجنبي؟

وفي هذا المجال تذهب بعض الدول كسوريا[1] و ليبيا[2]، إلى أن الإختصاص الدولي للقضاء الشخصي، يتحدّد وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه،وقد أخذت بهذا الحل محكمة إستئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 04 فبراير 1964، وقيل في تبريرها لهذا الحل بأنه من غير المعقول مطالبة القاضي الأجنبي بتطبيق قواعد الإختصاص القضائي الدولي المقررة في قانون غير قانونه، فقاضي كل دولة يطبق قواعد الإختصاص في قانونه، وكل ما يطلب منه، هو أن يكون قد طبق هذه القواعد تطبيقا صحيحا[3].

وتذهب دول أخرى إلى أن الإختصاص القضائي الدولي الثابت لمحكمة الجنسية أو الموطن التي أصدرت الحكم الأجنبي، يتم وفقا لقانون القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ، وهذا الحل متّبع في كل من فرنسا[4]،و ألمانيا[5] و إنجلترا[6]. و يقوم هذا الحل على مجموعة من الأسس، منها ما يتسم بالطابع النظري، ومنها ما يغلب عليها الطابع العملي.

[1]نصت المادة308من قانون أصول المحاكمات السوري:"لا يجوز الحكم بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:-أن الحكم صادر عن هيئة قضائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه..."

[2]نصت المادة407 من قانون المرافعات الليبي:"لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:-أن الحكم أو الأمر صادر عن هيئة قضائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه..."

[3]أعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري،الإختصاص القضائي الدولي،المرجع السابق،ص60.

[4]و قد تجسد هذا الشرط في فرنسا منذ صدور قرار"manzer"، راجع،

C.F, Thierry Vignal,op.cit.,p.392.

[5]تنص المادة328 مرافعات ألماني:"لا يعترف بالحكم الصادر من محكمة أجنبية:-1-إذا كانت محاكم الدولة التي تتبعها المحكمة الأجنبية غير مختصة وفقا للقوانين الألمانية..."

[6]لكي يتم الإستناد إلى الحكم الأجنبي كدليل إثبات في الدعوى المرفوعة أمام القضاء الإنجليزي،يتعين أن يتوافر فيه مجموعة من الشروط من بينها:"-أن يصدر الحكم من محكمة مختصة دوليا،ويتحدد هذا الإختصاص حسب قواعد القانون الإنجليزي"،راجع في ذلك،عبد الفتاح بيومي حجازي،النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبي،المرجع السابق،ص33.

***الأسس ذات الطابع النظري:**

يرجع خضوع تحديد إختصاص محكمة الجنسية أو الموطن الأجنبية لقواعد الإختصاص في دولة قاضي التنفيذ، إلى أن القواعد المنظمة للإختصاص القضائي لا تختلف عن القواعد المنظمة لتنازع القوانين، و بما أن الأمر كذلك، فإنه لا يوجد ما يمنع من إضفاء الصفة المزدوجة عليها، وبالتالي فإن دورها لا يقتصر فقط على تحديد الحالات التي تكون فيها المحاكم الوطنية مختصة، بل يشمل أيضا تحديد الحالات التي يعترف فيها بالإختصاص للمحاكم الأجنبية، وذلك عند تنفيذ الأحكام الصادرة عنها.[1]

***الأسس ذات الطابع العملي:**

إنها تستمد من الصعوبة التي سوف يواجهها القاضي الوطني، في حالة لجوئه إلى تحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية وفقا للقواعد السارية في دولة تلك المحكمة، وتكليف القاضي بمعرفة القواعد المنظمة للإختصاص القضائي الدولي للدول المختلفة يبدو أمرا صعبا.[2]

و لكن في حقيقة الأمر، إن النظرة المعمقة لهذه الأسس، تنبئ على أنها لا تقوم على منطق سليم، والواقع أن جانبا من الفقه و القضاء في فرنسا قد أدرك مدى ما يتسم به هذا الشرط من مبالغة،وغير واقعية، فأخضع بدوره مشكلة تحديد الإختصاص للقواعد السائدة في قانونها، بشرط ألا تكون المحكمة الفرنسية مختصة بنظر النزاع، إختصاصا قاصرا.[3]

---

[1] حفيظة السيد الحداد،الموجز في القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص198.

[2] رحاوي آمنة،المرجع السابق،ص173،حسام الدين فتحي ناصف،نظام رقابة القضاء الوطني للحكم الأجنبي،دراسة مقارنة،مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية،كلية الحقوق،عين شمس،العدد02،سنة1997،ص06.

[3] Yvon Loussouarn,Pierre Bourel ,op .cit .,p.628.

ويميّز الفقه و القضاء في فرنسا بين الإختصاص القاصر و الإختصاص الجوازي، و يتحقق الإختصاص القاصر في تلك الحالات التي يثبت فيها الإختصاص للمحاكم الفرنسية دون غيرها، ممّا يترتّب عنه أنه إذا أصدرت محاكم دولة أجنبية حكما فاصلا في منازعة معينة، يؤول فيها الإختصاص للمحاكم الفرنسية دون غيرها، يعتبر هذا الأخير غير قابل للتنفيذ في فرنسا[1]، و من أمثلة ذلك: صدور حكم من القضاء الشخصي الأجنبي، أي من محاكم الجنسية أو الموطن لدولة أجنبية في منازعات متعلقة بعقار موجود بفرنسا مثلا.كما تتحقق حالة الإختصاص القاصر للقضاء الفرنسي أيضا،إذا صدر حكم من محكمة موطن المدعى عليه، غير أنه يتبين للقاضي الفرنسي أن الموطن الحقيقي للمدعى عليه في فرنسا،ففي هذه الحالة أيضا يستبعد تنفيذ مثل هذا الحكم[2]، وهذا ما ثبت عن محكمة السين الفرنسية،التي أقرت أن حكم الطلاق الصادر عن القضاء الشخصي، الثابت بناء على ضابط موطن المدعى عليه، والصادر عن دولة نيفادا ،الفاصل في المنازعة بين إسباني و أمريكية، هو مرفوض و غير قابل للتنفيذ في فرنسا، بحجّة أن الموطن الحقيقي للمدعى عليه هو فرنسا.[3]

وخلافا لذلك تتحقق حالات الإختصاص الجوازي، في تلك القضايا التي يثبت فيها الإختصاص للمحاكم الفرنسية و لمحاكم دولة أجنبية أخرى بناء على ضابط الجنسية، كأن يصدر

هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ1962/05/05حيث قضت:

« Comme émanant d'une juridiction étrangère incompétente au regard du droit international privé francais en raison de la compétence exclusive jugeé appartenir en l'espéce aux seuls tribunaux de France »,cass.1962/05/05 ,cité par Henri Battifol ,Paul Lagarde ,droit…,op .cit.,p.563.

[1] Françoise Monèger,Droit International Privé,6éme édition,Lexis Nexis,Paris,2012,p.214,Olivier Merket,les meseures provisoires en droit international privé,thése de doctorat ,présenteé a la faculté de droit et des science économique,Neuchàtel, 1993,Paris,p.119 et s.

[2] P.H.Fransecakis ,la reconnaissance et l'exécution de jugement étrangers a droit francais,paris,1954,p ,475.

[3] seine ,18 déc .1931,clunet 1932,p.680,note Perroud,cité par P.H.Francescakis,op.cit.,p.475.

مثلا حكما من القضاء الشخصي الجزائري، وبالتحديد من محكمة جنسية المدعي أو المدعى عليه، يقضي بصحة زواج جزائري من فرنسية، فمثل هذا الحكم يكون قابلا للتنفيذ في فرنسا، وذلك لأن إختصاص المحاكم الفرنسية بالمنازعة يعد إختصاصا جوازيا هو أيضا، ولكن متى دار النزاع بين هذين الزوجين حول عقارات مشتركة بينهما موجودة في فرنسا، وأصدر القاضي الجزائري حكما فاصلا في النزاع، فمثل هذا الحكم لا يعتد به,وذلك لأن المحاكم الفرنسية مختصة بنظر النزاع إختصاصا قاصرا.

هذه النظرة المتخذة من القضاء الفرنسي، أيدها المشرع المصري[1]، ونظيره الإماراتي[2]. أما في الجزائر، فلم يحدد المشرع صراحة وفقا لأي قانون يتحدد الإختصاص، وحسب رأي الدكتور أعراب بلقاسم، لا مانع من أن يأخذ القضاء الجزائري بما يأخذ القضاء الفرنسي، فإذا كان الإختصاص جوازيا، يتم الرجوع إلى قواعد الإختصاص القضائي الدولي لقانون البلد الذي أصدرت فيه محكمة الجنسية الحكم. و إذا كان الإختصاص قاصرا على المحاكم الجزائرية دون غيرها، يعتبر الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي صادرا من محكمة غير مختصة دوليا.[3]

وقد أبرمت الجزائر عدة إتفاقيات ثنائية في مجال التعاون القانوني و القضائي[4]، بيّنت من خلالها موقفها من هذا الشرط، واشترطت غالبية هذه الإتفاقيات وجوب صدور الحكم من محكمة

[1] تنص المادة298 فقرة أولى من قانون المرافعات المصري:"لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:1-أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر، و أن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الإختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها."

[2] نصت المادة2/235/أ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي:"و لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:"أ-أن محاكم الدولة غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر,وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الإختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها"،راجع عكاشة محمد عبد العال،دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة،دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر،دون سنة النشر،ص87.

[3] أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص،الإختصاص القضائي الدولي،المرجع السابق،ص62.

[4] إلى جانب الإتفاقات السالف ذكرها،أبرمت الجزائر إتفاقيات ثنائية هي:

-الإتفاقية الجزائرية البلجيكية،الموقع عليها يوم1970/06/12،المصادق عليها بموجب الأمر رقم70/60،و الأمر رقم70/61،المؤرخين يوم1970/10/08،ج.ر،رقم92.

مختصة حسب القوانين المطبقة في الدولة طالبة التنفيذ[1]، إلاّ إذا تنازل المعني عن طلبه بصورة أكيدة.في حين اشترطت في إتفاقيات أخرى، أن يصدر الحكم من محكمة مختصة، وفقا للقواعد الخاصة بتنازع الإختصاص المطبقة في الدولة التي سينفّذ الحكم لديها.[2]

ثانيا:حيازة الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي لقوة الشيئ المقضي به:

وحسب هذا الشرط، يجب أن يكون الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي، والمراد تنفيذه في دولة قاضي التنفيذ نهائيا، ويكون كذلك متى إستنفذت في شأنه طرق الطعن العادية، وإن أمكن الطعن فيه بالطرق غير العادية،كإلتماس إعادة النظر و الطعن و النقض[3]، ويرجع في تحديد تمتع الحكم بقوة الأمر المقضي به إلى قانون محكمة الجنسية أو الموطن التي أصدرته.[4]

-الإتفاقية الجزائرية مع ألمانيا الديمقراطية(سابقا)،الموقع عليها يوم1972/10/02،المصادق عليها بالأمر رقم57/73،المؤرخ في1973/11/21.

-الإتفاقية الجزائرية البلغارية،المبرمة بتاريخ1973/12/20،المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم191/77،المؤرخ في1983/07/27،الجريدة الرسمية رقم31.

-الإتفاقية الجزائرية اليوغسلافية،المبرمة في1981/04/27،المصادق عليها بموجب المرسوم رقم453/83،المؤرخ في1983/07/27،الجريدة الرسمية رقم31.

-الإتفاقية الجزائرية الرومانية،المبرمة يوم1979/06/28،المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم178/84،المؤرخ في1984/07/28،الجريدة الرسمية رقم31.

-الإتفاقية الجزائرية السوفياتية(سابقا)،المبرمة يوم1982/02/23،المصادق عليها بموجب المرسوم رقم423/83،المؤرخ في 1983/07/09،الجريدة الرسمية رقم29.

-الإتفاقية الجزائرية النيجيرية، الموقعة يوم1984/04/12،المصادق عليها بموجب المرسوم رقم77/85،المؤرخ في 1985/04/23،الجريدة الرسمية رقم18.

-المرسوم رقم133/88،المؤرخ في 1988/11/05،المتضمن إنضمام الجزائر إلى إتفاقية الأمم المتحدة،المنعقدة في نيويورك بتاريخ1958/07/10 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها(بتحفظ)،الجريدة الرسمية رقم48.

-إتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول إتحاد المغرب العربي، الموقعة في مدينة راس لانوف(ليبيا)،بتاريخ 09-10مارس1991،المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم181/94،المؤرخ في1994/04/13،الجريدة الرسمية رقم43.

*ملاحظة:هذه الإتفاقيات منشورة بالمرجع التالي:يوسف دلاندة،اتفاقيات التعاون القانوني و القضائي،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،سنة2005.

[1]من هذا الإتجاه نذكر المادة20من الإتفاقية الجزائرية المغربية،الم.19من الإتفاقية الجزائرية التونسية،الم.17من الإتفاقية الجزائرية المصرية،الم.19من الإتفاقية الجزائرية الموريتانية،الم.18ف 1 من الإتفاقية الجزائرية النيجيرية.

[2]نصت على ذلك:المادة1/أ من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية،المادة22/ب من الإتفاقية الجزائرية الرومانية،المادة30/ب من الإتفاقية الجزائرية البلغارية، المادة 30/ب من الإتفاقية الجزائرية الألمانية.

[3]حسام الدين فتحي ناصف،نظام رقابة القضاء الوطني للحكم الأجنبي،المرجع السابق،ص19،عكاشة محمد عبد العال،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص620.

[4]جندولي فاطمة،المرجع السابق،ص158،عز ادين عبد الله،القانون الدولي الخاص،الجزء الثاني،المرجع السابق،ص917.

وقد بيّن المشرع الجزائري هذا الشرط، ونصّ عليه في الفقرة الثانية من المادة605 من ق.إ.م.إ: "...حائزا لقوة الشيئ المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه"، و قد أخذت بذلك غالبية التشريعات[1]، وذلك نظرا لما يكفله هذا الشرط من استقرار للمعاملات من جهة، ومن جهة أخرى يسعى إلى تفادي المفاجآت التي تترتب على إلغاء الأحكام الغير النهائية في البلد الذي صدرت فيه[2]، لاسيما إذا تعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية.

وعليه لا يمنح قاضي الصيغة التنفيذية الأمر بالتنفيذ للأحكام الصادرة عن القضاء الشخصي الأجنبي،إلا إذا كانت تتمتع بالثبات و الإستقرار في الدولة التي صدرت فيها[3]، إذ لا يمكن تنفيذها إذا كانت غير قطعية، أي صادرة قبل الفصل في الموضوع،لأنها لا تحوز حجية الأمر المقضي به.ولكن متى كانت هذه الأحكام متعلقة بسير الدعوى لدى المحكمة، وخاصة بالتحقيق، فإنها تنفّذ بطريق الإنابة القضائية.[4]

كما لا يجوز الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عن القضاء الشخصي، والفاصلة في الدعاوى المستعجلة أو المرتبطة باتخاذ إجراءات وقتية،كالحكم بالنفقة الوقتية للمطلقة ومحضونيها لأنها أحكام بطبيعتها تنطوي على عنصر الإحتمال، وتمنح الحماية القضائية لمواجهة الظروف الوقتية، ومتى تغيّرت أمكن عرض الأمر على القضاء مرة أخرى.

[1]نصت على ذلك المادة 20فقرة ج من الإتفاقية الجزائرية الليبية،ا لم.37ف.ج من إتفاقية التعاون القانوني بين دول المغرب العرب،ا لم.20 ف.ج من الإتفاقية الجزائرية المغربية،ا لم .19 من الإتفاقية الجزائرية التونسية ا لم. 17 من الإتفاقية الجزائرية المصرية،ا لم.01 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية،ونص عليها المشرع المصري في ا لم.298 ف03 مرافعات،والمشرع الإيطالي في المادة797ق. مرافعات،والمشرع الليبي في المادة407ق.مرافعات،والمشرع الألماني في المادة328 ق. مرافعات.

[2]هشام علي صادق،تنازع الإختصاص القضائي الدولي،المرجع السابق،ص281.

[3]هشام علي صادق،عكاشة محمد عبد العال،المرجع السابق،ص422.

[4]عبد الفتاح بيومي حجازي،المرجع السابق،ص135، شبورو نورية،المرجع السابق،ص621-622.

ثالثا:عدم تعارض الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي مع حكم صادر عن الجهات القضائية الوطنية:

أدرج المشرع الجزائري هذا الشرط في الفقرة الثالثة من المادة 605من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصّه:"ألاّ يتعارض الحكم الأجنبي مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية و أثير من المدعى عليه"[1]، و من هذا النص يتّضح أنه لتنفيذ حكم أجنبي صادر عن محكمة الجنسية أو الموطن الأجنبية في الجزائر، يجب ألا يكون متعارضا مع حكم أو أمر آخر سبق صدوره عن المحاكم الجزائرية، ومتى ثبت عكس ذلك، لا ينفذ الحكم الأجنبي، وذلك بحجّة أن قاضي التنفيذ لا يمكنه إهدار حكم وطني صادر عن محاكمه، ومعتبرا في ذاته عنوانا لأداء العدالة في دولته من أجل حكم أجنبي.[2]

ويرى الفقه الغالب في مصر و فرنسا[3]، أن إعمال هذا الشرط ما هو في حقيقة الأمر إلا تطبيقا لفكرة النظام العام، ذلك أن السماح بتنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع حكم سبق صدوره عن القضاء الوطني هو أمر يتعارض مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم الأجنبي فيها[4]، ومن ثم يكون الإعتراف بما يناقض ذلك ماسا بالنظام العام في هذه الدولة الأخيرة، ولهذا يتعين على قاضي التنفيذ في سبيل المحافظة على سيادة دولته على إقليمها، أن ترفض تنفيذ الأحكام الأجنبية

[1]نص على هذا الشرط المشرع التونسي في الم.298 من قا .المرافعات،كما نصت على هذا الشرط جل الإتفاقيات النافذة التي عقدتها الجزائر.

[2]نور حمد مسلم الحجايا،التناقض بين الأحكام القضائية و أثره على التنفيذ في القانون الدولي الخاص الأردني،مجلة الحقوق،مجلس النشر العلمي،كلية الحقوق،جامعة مؤنه،المملكة الأردنية الهاشمية،العدد04،السنة التاسع و العشرون،طبعة2005،ص241.

[3]هشام علي صادق،تنازع الإختصاص ،المرجع السابق،ص282،عكاشة محمد عبد العال،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص624،حسام الدين فتحي ناصف،نظام رقابة القضاء الوطني،المرجع السابق،ص29.

[4]هشام علي صادق،تنازع الإختصاص ...،المرجع السابق،ص282.

الصادرة عن القضاء الشخصي المخالفة لأحكامها الوطنية، وتمنح أولوية التنفيذ للحكم الوطني، وذلك متى تحققت وحدة الموضوع، السبب والخصوم في كلتا الدعوتين.[1]

إذا كانت المادة3/605من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، تنص على عدم تنفيذ الحكم الأجنبي، إذا كان متعارضا مع حكم سبق صدوره عن المحاكم الجزائرية، فهل يسري هذا الحكم لوجود دعوى مرفوعة أمام هذه المحاكم بين نفس الأطراف، وفي ذات الموضوع؟

و كثيرا ما يثور هذا الإشكال إذا إنعقد الإختصاص القضائي للمحاكم الأجنبية نتيجة إعمال الضابط الشخصي، فقد يرفع المدعي مثلا دعوى قضائية أمام المحاكم الفرنسية باعتبارها محاكم جنسية،وترفع الدعوى ثانية أمام المحاكم الجزائرية باعتبارها محاكم جنسية المدعى عليه، أو قد ترفع الدعوى أما القضاء الفرنسي بالنظر إلى ضابط موطن المدعى عليه.

لقد أثار هذا الإشكال جدلا فقهيا واسعا تمخض عنه ظهور آراء فقهية متباينة[2]، حسم المشرع الجزائري موقفه إتجاهها، ولم يترك مجالا للجدل، فالفقرة03 من المادة605 ق.إ.م.إ واضحة الدلالة على أن المطلوب هو عدم تعارض الحكم الأجنبي مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره في الجزائر، ووفقا لما هو مقرر في قواعد الإجراءات المدنية إن مفهوم الحكم أو الأمر أو القرار، لا ينصرف في أية حال إلى مجرد وجود دعوى مرفوعة، أو إجراءات متبعة أمام المحاكم الوطنية دون أن يتم الفصل فيها.

[1] عكاشة محمد عبد العال،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص624،عبد الفتاح بيومي حجازي،،النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر،المرجع السابق،ص138.

[2] راجع في تفاصيل هذه الإتجاهات الفقهية،حفيظة السيد حداد،الكتاب الثاني،المرجع السابق، ص225-228،عكاشة محمد عبد العال،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص625-627.

وبذلك يعتبر المشرع الجزائري أن رفع دعوى أمام المحاكم الوطنية في نفس النزاع ليس سببا كافيا لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي الفاصل فيها من قبل والصادر عن القضاء الشخصي، وبذلك قد غلق باب التحايل أمام الخصوم سيئي النية، إذ أنه لو اعتمد الرأي المعاكس، القائل برفض تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي في حالة وجود دعوى مرفوعة أما القضاء الجزائري في ذات النزاع، فيمكّن بذلك الخصم الذي صدر الحكم ضده من رفع دعواه بسوء نيته أمام القضاء الجزائري، حتى يعرقل سير دعوى التنفيذ في الجزائر[1]،ولا يخفى ما في ذلك من إضرار بمصالح الأفراد الخاصة على مستوى العلاقات الدولية.[2]

إن في هذا الحل الذي يأخذ به المشرع الجزائري مسايرة لما يأخذ به الفقه و القضاء في فرنسا[3]، وقد جسدت بعض التشريعات صراحة هذا الموقف[4]، في حين فضّلت تشريعات أخرى السير صوب الإتجاه المعاكس، بحيث أوجبت أن لا تكون هناك دعوى قائمة أمام دولة القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ في ذات الموضوع و بين نفس الخصوم، واعتبرت ذلك شرطا ضروريا لإمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي، وهو ما تبناه المشرع اللبناني في المادة 1016/ب من قانون أصول المحاكمات

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي،المرجع السابق،ص627،بن عصمان جمال،المرجع السابق،ص400-401.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص1138.

[3] قضت محكمة النقض الفرنسية بأن دعوى التطليق التي ترفعها سيدة أمام القضاء الوطني،لا تحول دون أن يفصل القاضي الفرنسي في دعوى تنفيذ حكم التطليق الأجنبي الذي صدر بناء على دعوى رفعها الزوج في الخارج.

« la demande de divorce formée en France par la femme n'interdit pas au juge français de statuer sur l'éxéquature d'une décision ètrangère prononçant le divorce sur demande du mari »

راجع في ذلك عكاشة محمد عبد العال،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص627.

[4] نصت المادة4/298 من قانون المرافعات المصري:"لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي :-أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية".

المدنية[1]، والتي نص فيها على أن القاضي اللبناني يمتنع عن إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي إذا كانت هناك دعوى مرفوعة أمام المحاكم اللبنانية،وذلك شريطة أن يسبق تاريخ رفعها، تاريخ رفع الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في لبنان.

وشرط الأسبقية هذا، أخذ به المشرع الجزائري، ولكن في مجال الأحكام لا الدعاوى، بحيث إشترط أن يكون الحكم الصادر من قبل القضاء الجزائري سابقا على الحكم المراد تنفيذه في الجزائر[2].

وبناء على ما تقدم، إذا صدر حكم عن القضاء الشخصي الأجنبي، وأريد تنفيذه في الجزائر، ولم يتعارض مع حكم صادر عن القضاء الجزائري، فإنه يقبل التنفيذ في الجزائر،حتى و لو رفعت نفس الدعوى التي فصل فيها القضاء الشخصي الأجنبي أمام القضاء الجزائري، وارتبطت بذات الموضوع، و بنفس الخصوم، فالعبرة بصدور الحكم، و ليس برفع الدعوى.

هذا و يجدر بنا أن نشير إلى أن المشرع الجزائري قد أورد شرطا هاما في مسألة تعارض الحكم الأجنبي مع الحكم الصادر من الجهات القضائية الجزائرية، حيث ترك مسألة إثارة هذا الشرط للمدعى عليه، مما يترتّب عليه أن القاضي الجزائري لن يتحقّق من هذا الشرط من تلقاء نفسه، وبالتالي لا يمكنه رفض تنفيذ حكم أجنبي صادر عن القضاء الشخصي،رغم علمه بتعارضه مع حكم سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، ولم تتم إثارته من طرف المدعى عليه، وهذا الأمر سيسمح بتنفيذ العديد من الأحكام الأجنبية الصادرة عن محاكم الجنسية أو الموطن، والمتعارضة مع الأحكام

[1] نصت المادة4/1016 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية :"على المحاكم اللبنانية أن ترفض الصيغة التنفيذية في الحالات التالية:ب-إذا كانت لا تزال عالقة أمام القضاء اللبناني دعوى بذات النزاع بين ذات الخصوم تقدمت بتاريخ سابق للدعوى التي اقترنت بالحكم الأجنبي"،و قد أخذ بهذا الإتجاه القانون الإيطالي،الذي جسده صراحة في المادة1/64 من قانون المرافعات لعام1995،كما تبنته صراحة المادة30من إتفاقية الرياض للتعاون القضائي.

[2] بن عصمان جمال،المرجع السابق،ص401.

الجزائرية[1]، لذلك يتم الخروج من هذه المشكلة بإعمال فكرة النظام العام، حيث أن رفض تنفيذ حكم أجنبي متعارض مع حكم وطني سبق صدوره، في الواقع ما هو إلا تطبيقا لفكرة النظام العام،كما أن السيادة التي صدر بها الحكم الوطني تستوجب تغليبه و التضحية بالحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي.[2]

وتستوقفنا هنا مسألة هامة يجب الإشارة إليها، وهي الحالة التي يتعارض فيها حكمان أجنبيان صادران عن القضاء الشخصي لدولتين مختلفتين، ومطلوب تنفيذهما في دولة ثالثة، وقد تباينت الحلول بشأن هذه الحالة[3]، واقترحت بعض التشريعات صراحة [4]حل هذه المشكلة عن طريق تفضيل الحكم الأسبق في التاريخ من حيث حيازته لقوة الأمر المقضي به في دولة التنفيذ، ويبدو أن هذا الحل هو الذي يصلح أن يأخذ به المشرع الجزائري بشرط أن يكون الحكم الأسبق في التاريخ استوفى جميع الشروط المتطلبة لمنح الصيغة التنفيذية.

رابعا:عدم تعارض الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي مع النظام العام و الآداب العامة:

لمّا كان فقه القانون الدولي الخاص يشبه النظام العام بصمام الأمان، الذي يمكن بمقتضاه حماية المبادئ و الأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع قاضي النزاع، فإنه يجب الإشارة إلى أن تلك

[1]عبد النور أحمد،إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية،دراسة مقارنة،مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي الخاص،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة تلمسان،سنة2010،ص89.

[2]بن عصمان جمال،المرجع السابق،ص401،شبورو نورية،،لمرجع السابق،ص221،جندولي فاطمة،المرجع السابق،ص160.

[3]راجع في تضارب هذه الحلول الفقهية،عبد النور أحمد،المرجع السابق،ص89-30.

[4]هذا ما نص عليه صراحة قانون المرافعات الألماني في المادة 328 فقرة02،والقانون الدولي الخاص السويسري في المادة27فقرة3،راجع حفيظة السيد الحداد،النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي،المرجع السابق،ص362،عكاشة محمد عبد العال،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص627.

الحماية لا تقتصر فقط على مجال تنازع القوانين، بل تمتد لتشمل الحكم الأجنبي، فإذا كان الدور الذي يلعبه في الحالة الأولى استبعاد القانون الأجنبي الشخصي ،فإنه في الحالة الثانية يهدف إلى رفض تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي، الذي يبدو متعارضا سواء من حيث مضمون ما قضى به، أو من حيث الإجراءات التي أتبعت في إصداره مع المبادئ المتعارف عليها في الدولة المراد تنفيذ الحكم الأجنبي فيها.[1]

وقد اشترط المشرع الجزائري صراحة في الفقرة الرابعة من المادة605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر:"ألا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة"[2]، وهو شرط تكاد تجمع التشريعات المعاصرة عليه[3]، ويتحقق التعارض بين الحكم الأجنبي الشخصي، المطلوب تنفيذه، وفكرة النظام العام في دولة القاضي في صورتين:

1-الصورة الأولى:يكون فيها مصدر التعارض مع النظام العام نابعا من الإجراءات التي أتبعت في إصداره[4]، فهناك بعض المبادى الأساسية في الإجراءات يتعين على القاضي الأجنبي مراعاتها في الحكم

[1] Jean derrupé ,op.cit.,p.276, Thierry Vignal,op.cit.,p.403. Françoise Monèger,op.cit.,p.215, Céline Goussard,op.cit.,p.89.

راجع كذلك:أحمد عبد الكريم،القانون الدولي الخاص ،المرجع السابق،ص1139،عكاشة محمد عبد العال،أصول القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص614،حفيظة السيد الحداد،هشام علي صادق،القانون القضائي...،المرجع السابق،ص 178.

[2] و قد أكدت على ضرورة شرط عدم مخالفة الحكم للنظام العام الجزائري،المحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ1989/01/02،قرار رقم52207،منشور في المجلة القضائية لسنة1990،العدد04،مشار إليه في مؤلف:ولد الشيخ شريفة،المرجع السابق،ص176.

[3] نصت جل الإتفاقيات النافذة في الجزائر على هذا الشرط، كما نص عليه:قانون المرافعات المصري في مادته298فقرة أخيرة،قانون المرافعات الليبي في مادته4/407،قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في مادته1014/هـ،قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني في مادته01/07،قانون الإجراءات المدنية الإماراتي في مادته02/235،كما نصت عليه معظم التشريعات الغربية كالقانون الدولي الخاص السويسري لعام1987(المادة1/27)،القانون الدولي الخاص الإيطالي لعام1995(المادة01/64)،قانون المرافعات الألماني(المادة04/328)،راجع أحمد عبد الكريم سلامة،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص1140.

[4] Francescakis, op.cit., p.477.

الأجنبي الذي أصدره القضاء الشخصي، وإلا أعتبر هذا الحكم مخالفا للنظام العام بمعناه الدولي[1]، ومن أهمها:أن يكون المدعى عليه قد كُلّف بالحضور تكليفا صحيحا، ومكّن من إبداء دفاعه، فالحكم الأجنبي الشخصي الذي لم تتبع بشأنه الإجراءات الصحيحة اللازمة، أو لم تحترم الإجراءات المتبعة في إصداره حقوق الدفاع، يعدّ حكما ماسا بالنظام العام، ومن ثم غير قابل للتنفيذ في دولة القاضي.[2]

وقد أدرج القضاء الفرنسي منذ حكم" Bachir"الشرط المتعلق بمخالفة الإجراءات وإحترام حقوق الدفاع ضمن النظام العام،وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية:"إذا كان من واجب قاضي التنفيذ، أن يتأكد من أن الدعوى المقامة أمام الجهة القضائية الأجنبية تمت بشكل سليم، فإن شرط السلامة ذلك، يجب أن يقدر بالنظر إلى النظام العام الفرنسي فقط، واحترام حقوق الدفاع"[3].

و قد ثبت أن القضاء الفرنسي قد رفض تنفيذ حكم الطلاق الصادر عن القضاء الشخصي الجزائري، الذي لم يأخذ بعين الإعتبار معارضة الزوجة على الطلاق، إذ قضت المحكمة الفرنسية في قرارها المؤرخ 2004/02/17:"حتى و لو كان الحكم الأجنبي صادر من سلطة مختصة، ووفقا لإجراءات قانونية، وتكريسا لمبدأ الحضور و المواجهة،فإن الحكم الجزائري الذي قرر الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، بدون ترتيب أي أثر قانوني على معارضة الزوجة،بحيث لم يكن للسلطة القضائية

[1] حفيظة السيد الحداد،النظرية العامة،المرجع السابق،ص364.

[2] هشام علي صادق،تنازع الإختصاص،المرجع السابق،ص285.

[3] Si le juge de l'éxéquation doit vérifier si le déroulement du procés devant la juridiction étrangère a été régulier,cette condition de régularité doit s'apprécier uniquement par rapport a l'ordre public et au respect des doits de la défence ».cass.04/10/1967,cité par Henri Battifoln, Paul Lagarde,op.cit,p.579 ,Dominique Holleaux,Jaques Foyer,géraud de geouffre de la paradelle,op.cit,p .444.

المختصة إلا منح التعويضات المالية الناتجة عن فك الرابطة الزوجية،يعتبر مخالفا لمبدأ المساواة بين الزوجين، المقرر في المادة05من البروتوكول رقم 07 الصادر في22نوفمبر1984، الإضافي للإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، والتي تلتزم فرنسا بضمانه لكل شخص يلجأ لقضائها، وبالتالي مخالفا للنظام العام الدولي، المتحفظ عليه في الإتفاقية الثنائية الفرنسية الجزائرية، الموقعة في27أوت1964 متى تواجدت إقامة الزوجين أو الزوجة في فرنسا[1].

و خلافا للقضاء الفرنسي الذي أدرج شرط سلامة الإجراءات ضمن شرط النظام العام، فصل المشرع الجزائري هذا الشرط عن شرط النظام العام،وذلك بالرجوع إلى القانون الإتفاقي[2]، وتبعا لذلك قاضي التنفيذ الجزائري يختص بمراقبة الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي داخل الدولة التي صدر فيها، وذلك بالتأكد من صحة الإجراءات المتبعة أمامها.[3]

2-الصورة الثانية: و يكون فيها الحكم الأجنبي الشخصي متعارضا مع النظام العام في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها من حيث مضمون ما قضى به، وفي حقيقة الأمر، إن تعارض الحكم الأجنبي في هذه الحالة، هو ناتج عن تعارض أحكام القانون المطبق على موضوع النزاع مع المبادئ الأساسية الإقتصادية ،الإجتماعية، والروحية لمجتمع دولة القاضي. وهذا أمر بديهي، فمضمون الحكم هو

[1] سنينات عبد الله،دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية و إنحلالها في إطار القانون الدولي الخاص،مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص،فرع قانون الأسرة،كلية الحقوق،جامعة أبي بكر بلقايد،تلمسان,السنة الجامعية2008-2009،ص138،جندولي فاطمة ،المرجع السابق،ص165.

[2] لم ينص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على هذا الشرط،ولكن نصت عليه الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية،نذكر منها:ا لم.20من الإتفاقية الجزائرية المغربية،ا لم.19من الإتفاقية الجزائرية التونسية،ا لم.17 من الإتفاقية الجزائرية المصرية،ا لم.19 من الإتفاقية الجزائرية الموريتانية،ا لم.01 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية،كما نص على هذا الشرط:ا لم.797 مرافعات إيطالي ،الفصل11 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي،ا لم.298 مرافعات مصري ف02،ا لم.308 قانون أصول المحاكمات السوري لسنة1953.

[3] رحاوي آمنة، المرجع السابق،ص176.

تجسيد النصوص القانونية الواجبة التطبيق على موضوع الدعوى التي صدر فيها[1]، وعليه تتدخل فكرة النظام العام لتحول دون تنفيذ الحكم الأجنبي في كل مرة يتعارض فيها الحل الذي يتضمنه مع المبادئ و المثل السائدة في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها.[2]

غير أنه إعمالا للأثر المخفف للنظام العام، يمكن للقاضي الوطني أن يسمح بتنفيذ حكم أجنبي صادر عن محاكم الجنسية أو الموطن، أقر حقا أو مركزا قانونيا نشأ في الخارج وفقا لقانون أجنبي، ولو لم يكن القانون الوطني يسمح بذلك الحق، إذا ما طلب منه إقراره إعمالا للقانون الأجنبي.[3]و الفكرة السابقة جديرة بالإعتبار،ذلك أن ثمة فرق بين حق نشأ بالفعل، و ثبتت له فعاليته بالحكم الشخصي الذي قرره، وبين حق إحتمالي يقدره حكم أجنبي شخصي ، ولم يوجد بعد، فمن البديهي أن القاضي الوطني يكون أكثر تشددا عند التعامل مع حكم أجنبي شخصي يقر حقا مخالفا للنظام العام لديه، عن الحال الذي يتعامل فيه مع حكم أجنبي شخصي قد اعتمد على القانون المعني[4]، وفي ذلك نجد أن القضاء الفرنسي يعترف بالأحكام الأجنبية الصادرة عن القضاء الشخصي الجزائري، متى قضت بالطلاق بالإرادة المنفردة، رغم أن هذا النوع من الطلاق لا يجوز في فرنسا لمخالفته للنظام العام الفرنسي[5]،كما أن القضاء الجزائري لم يعتبر أن الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي، الذي يقضي بنفقة بالعملة الصعبة لحاضنة أولاد في بلد أجنبي، مخالفا للقانون، بل

[1]أحمد عبد الكريم سلامة،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص1140.

[2]حفيظة السيد الحداد،الكتاب الثاني،المرجع السابق،ص234-235.

[3]عبد الفتاح بيومي حجازي،النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية،المرجع السابق،ص142.

[4]هشام خالد،القانون القضائي الخاص الدولي،المرجع السابق،ص490.

[5]جندولي فاطمة،المرجع السابق،ص167،وينطبق الحكم ذاته على حالة الزواج المتعدد فآثاره معترف بها في فرنسا،إعمالا للأثر المخفف للنظام العام،راجع: رحاوي آمنة،المرجع السابق،ص89.

برّرت المحكمة العليا بأن القيام بهذه المهمة من قبل الحاضنة في بلد أجنبي، يستوجب تشجيعها وتمكينها من الإعتناء بمحضونيها.[1]

و رغم الأثر المخفف للنظام العام، إلا أن هناك من المبادئ ما تعد جوهرية، ولا يمكن التنازل عنها، فالقضاء الجزائري رفض منح الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي صادر عن القضاء الشخصي، أسند الحضانة لأم غير مسلمة مستوطنة في بلد أجنبي.[2]

إن العبرة في كون الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي، المطلوب تنفيذه، يتعارض أو لا مع –النظام العام، تكون بوقت التقدم بطلب تنفيذ هذا الحكم، لا بوقت صدوره في الخارج.[3]

و يترتب على إعمال فكرة النظام العام،رفض تنفيذ الحكم الأجنبي الشخصي المخالف للنظام العام في دولة القاضي سواء من حيث الإجراءات المتبعة في إصداره، أو من حيث مضمونه، وهذا الرفض قد يكون كاملا، يؤدي إلى إستبعاد تنفيذ الحكم الأجنبي الشخصي بكامله، كما قد يكون جزئيا يقتصر على جزء منه فقط،وفي هذه الحالة، أجاز الفقه الراجح الأمر بتنفيذ الجزئية التي لا تتعارض مع النظام العام، ورفض تنفيذ العناصر الأخرى التي تتضمن تعارض مع هذا الأخير، وذلك

[1] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش،ملف رقم355718،الصادر بتاريخ2006/04/12،م.م.ع، ع01،سنة2006،ص477-483.

[2] و ذلك ما أكد عليه المجلس الأعلى في القرار الذي قضى:"في حالة وجود أحد الزوجين في دولة أجنبية غير مسلمة،وتخاصما على الأولاد بالجزائر،فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بهم،ولو كانت الأم غير مسلمة،ويتأكد كل هذا إذا كان الأبوان مسلمان،وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية،ويُحال بينه و بين تنفيذه".راجع قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش.1989/01/02،ملف رقم52207م.ق/ع4،1990,ص74،راجع كذلك:
Mehieddine akkacha,op.cit,p.63.

[3] محمود جمال الكردي ،المرجع السابق،ص557،هشام علي صادق،تنازع الإختصاص،المرجع السابق،ص284-285،أحمد عبد الكريم سلامة،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص1143،موحند إسعاد،الجزء الثاني،المرجع السابق،ص76.

بشرط أن يكون ممكنا الفصل بين الجزء المتعارض مع النظام العام،والجزء غير المتعارض معه،وألاّ يترتب على تجزئة الحكم تعديله أو تشويهه[1].

خامسا:إنتفاء حالة الغش في الحكم الصادر عن القضاء الشخصي الأجنبي:

الغش الذي يمكن أن يكون سببا في رفض تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي قد يكون :

1-غشا نحو القانون : وهو ما يتحقق عن طريق قيام الخصوم بالتحايل على ضابط الإسناد الشخصي، في الدولة الصادر عن قضائها الحكم الأجنبي، كالقيام بتغيير الجنسية أو الموطن ، باعتبارهما ضابطين معتمدين لحل التنازع، وذلك من أجل التهرب من أحكام القانون الأجنبي الشخصي المختص ، و منح الإختصاص لقانون تتفق أحكامه و مصالحهم الخاصة ، مما يمكنهم من الحصول على حكم لصالحهم، فهنا إذا تأكد القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ من وجود غش نحو القانون الشخصي، رفض منح الحكم الأجنبي الشخصي الأمر بالتنفيذ .[2]

2-غشا نحو قواعد الإختصاص القضائي الدولي : ويتحقق ذلك، بالتحايل على القضاء الشخصي الذي أصدر الحكم، وذلك باكتساب أحد أطراف الخصومة مثلا، جنسية دولة معينة، حتى ينعقد الإختصاص لمحاكمها، خدمة لمصالحهم. كما يتحقق ذلك، إذا اتخذ أحد أطراف

[1] عكاشة محمد عبد العال،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص643،وهذه الشروط إستلزمتها صراحة المادة1018من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية التي نصت على أنه:"للمحكمة أن تمنح الصيغة التنفيذية للحكم بكامله أو لناحية جزئية منه،متى كانت هذه الناحية قابلة للإنفصال على النواحي الأخرى،وليس لها أن تدخل عليه أي تعديل من شأنه أن يوسع من مداه سواء بالنسبة للموضوع أو بالنسبة للخصوم ."،راجع عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 629.

[2] mohand ISSAD,t.02 ,op .cit.,p.725.

راجع كذلك أعراب بلقاسم، الجزء الثاني،المرجع السابق,ص67-68،محمد وليد المصري،التقاضي و التنفيذ،مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية،كلية الحقوق جامعة عين شمس،سنة199،,ص69.

الخصومة أو كلاهما من دولة المحكمة الشخصية موطنا لهما، حتى ينعقد الإختصاص لها غشا، مما يعني أن هذا الإختصاص مبني على سوء نيته، و الهدف منه التهرب من أحكام القانون المختص أصلا بالنزاع[1] .

كما يتحقق التحايل على الإختصاص الشخصي، بتحايل الخصوم على القواعد الإجرائية المتبعة في الدولة التي أصدرت الحكم،كإستخدام أحد الخصوم وسائل إحتيالية تؤدي إلى حرمان خصمه من حقه في الدفاع مثلا، أو أن يعمد بوسائل غير مشروعة ألا يصل التبليغ للطرف الثاني في الوقت المناسب،ككتمان المدعي لموطن المدعى عليه الفعلي لتلافي تبليغه الدعوى بالحضور.[2]فمتى كنا بصدد إحدى هذه الحالات، فلن يقبل تنفيذ الحكم الصادر عن القضاء الشخصي في مثل هذه الظروف على أساس عدم شرعية أو سلامة الإجراءات المتبعة في إصداره، وهو ما يعدّ بذاته تعارضا مع النظام العام.[3]

وفي حقيقة الأمر، إن شرط إنعدام التحايل، وإن كان يرد أحيانا كشرط مستقل من شروط الأمر بالتنفيذ[4]، إلا أنه يبقى عبارة عن شرط يدخل ضمن شرط عدم التعارض مع النظام العام،

---

[1] بن عصمان جمال،المرجع السابق،ص406،حسام الدين فتحي ناصف،نظام رقابة القضاء الوطني للحكم الأجنبي،المرجع السابق،ص22،
C.F Bernard Audit, compétence international…,op.cit., p.61

[2] محمد وليد المصري،المرجع السابق،ص406.

[3] عكاشة محمد عبد العال،الإجراءات المدنية،المرجع السابق،ص292.

[4] كما هو الحال في القضاء الفرنسي،فقد ورد من خلال قرارManzerشرط غياب الغش نحو القانون كشرط مستقل عن شروط التنفيذ.
Cf.Yvon Loussouarn,Pierre Bourel,op .cit. ,p .632, Thierry Vignal,op.cit., p.406. "،
كما أن القضاء الفرنسي نص على هذا الشرط في قرار simithالصادر في1985/02/06،حيث قضت محكمة النقض الفرنسيةبأنه :"يجب في كل مرة لا تعطي فيها القواعد الفرنسية الخاصة بتنازع الإختصاص القضائي الإختصاص الحصري للمحاكم الفرنسية،الإعتراف باختصاص المحكمة الأجنبية،متى كان النزاع يرتبط بشكل محدد بالبلد الذي رفعت أمام قضائه الدعوى،وما لم يتم اختيار القضاء عن طريق التحايل."
Cass.06/02/1985,cité par Jean Derruppé,op .cit,p.119.
كما نص على هذا الشرط صراحة المادة3/70من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني،راجع محمد وليد المصري،المرجع السابق،ص405.

وخاصة أن أثر الغش في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عن القضاء الشخصي يتمثل في مجرد رفض تنفيذها، وهو أثر يمكن تحقيقه عن طريق إعمال شرط النظام العام[1]، ولما كان الأمر كذلك ، فليس هناك ما يمنع من الأخذ بهذا الشرط في الجزائر بالرغم من عدم النص عليه صراحة.[2]

و من الشروط التي لم ينص عليها المشرع الجزائري أيضا شرط المعاملة بالمثل.

سادسا:مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ أحكام القضاء الشخصي الأجنبي:

هذا الشرط إعتبرته بعض التشريعات العربية[3] كشرط مبدئي أولي يجب على المحكمة التثبت من تحققه قبل أي شرط آخر.[4]

ويقصد بهذا الشرط،أن يعامل القاضي الوطني الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي، والمراد تنفيذه في دولته، ذات المعاملة التي تلقاها الأحكام الوطنية في الدولة الصادر عن قضائها الشخصي الحكم المراد تنفيذه، وبنفس الشروط المقررة في قانون تلك الدولة لتنفيذ الأحكام الوطنية فيها.[5]

[1] هشام علي صادق،تنازع الإختصاص،المرجع السابق،ص286.

[2] بن عصمان جمال،المرجع السابق،ص405.

[3] و منها التشريع المصري،حيث نصت المادة296من قانون المرافعات:"الأحكام و الأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام و الأوامر المصرية فيه."،ونصت على هذا الشرط أيضا المادة2/7 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني،راجع، محمد وليد المصري،المرجع السابق،ص363،المادة235من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي،راجع، عكاشة محمد عبد العال،الإجراءات المدنية،المرجع السابق،ص187،المادة1014/د من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني،راجع عبده جميل غصوب،محاضرات...،المرجع السابق،ص184،الفصل5/11من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

و لم تنفرد الدول العربية بتبني هذا المبدأ بل تبنته أيضا الدول الأنجلوساكسونية حيث أخذت الو.م.أ بشرط المعاملة بالمثل منذ حكم المحكمة العليا الفدرالية سنة1895،وكذلك قرر الأخذ به قانون13أبريل1933 في إنجلترا،كما أخذ به أيضا التشريع الإسباني(المادة952-953من قانون المرافعات المدنية)،و التشريع التركي(المادة38/أ من قانون الدولي الخاص لعام1982)،راجع أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص1112.

[4] محمد مبروك اللافي،المرجع السابق،ص243،محمد كمال فهمي، المرجع السابق،ص672.

[5] أحمد عبد الكريم سلامة،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص1111،عكاشة محمد عبد العال،الإجراءات المدنية،المرجع السابق،ص189.

وبناء على ما تقدّم، إذا كان قانون الدولة الأجنبية التي صدر عن قضائها الشخصي الحكم المراد تنفيذه، ينظر إلى الأحكام الوطنية بوصفها دليلا قابلا لإثبات العكس، ويلزم بذلك المحكوم له برفع دعوى جديدة للمطالبة بحقه الصادر بصدد الحكم، فإن القاضي الوطني، يجب أن يعامل الحكم الأجنبي الشخصي نفس المعاملة، أما إذا كانت الدولة الأجنبية المراد تنفيذ أحكامها تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ في مواجهة الأحكام الوطنية، فقاضي التنفيذ ما عليه سوى أن يعامل الأحكام الأجنبية معاملة مماثلة.[1]

وقد وجّه لهذا الشرط العديد من الإنتقادات،خاصة أنه يؤدي إلى المساس بحقوق الأفراد، وإهدار مبدأ إستقرار الروابط الخاصة الدولية، وكذا فكرة التعاون الدولي، والتعايش المشترك بين مختلف الدول[2]، لذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أصاب حين لم يدرج شرط المعاملة بالمثل ضمن شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية.[3]

هذا ولم ينص المشرع الجزائري أيضا على شرط آخر،هو شرط إحترام القانون الواجب التطبيق.

سابعا:مراقبة مدى إحترام تطبيق القانون المختص في الحكم الصادر عن القضاء الشخصي الأجنبي:

يستلزم القضاء الفرنسي، أن يكون القاضي، الذي أصدر الحكم المراد تنفيذه،قد طبق قواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون الفرنسي[4]، ولكن نظرا للنتائج السلبية لهذا الشرط،حاولت محكمة

[1] سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق ،ص351.

[2] محمد وليد المصري،المرجع السابق،ص384،أحمد عبد الكريم سلامة،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص1112،شبورو نورية،المرجع السابق،ص229.

[3] بن عصمان جمال،المرجع السابق،ص405.

[4] Jean Derrupé,op.cit.,p.119,cass.06/10/1964,cité par Yvon Loussouarn,Pierre Bourel,op.cit. ,p.629.

النقض الفرنسية التخفيف منه، بتطبيق نظرية التوازن،التي نستوجب أن يكون القانون المطبق من قبل القاضي الأجنبي شبيها في أحكامه الموضوعية بالقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الفرنسية[1]، وقد تم التخلي عن هذا الشرط، بعد أن إتّضح أنه يؤدي إلى التضييق من حالات تنفيذ الأحكام الأجنبية بما فيها الصادرة عن القضاء الشخصي.[2]

إذا ما فرغنا من الحديث عن مختلف الشروط التي يتوجب على قاضي الصيغة التنفيذية مراقبة توافرها لمنح الحكم الصادر عن القضاء الشخصي الأمر بالتنفيذ،وجب التعرّض لمختلف الآثار التي يرتّبها هذا الحكم أمام القضاء الوطني.

الفرع الثاني:آثار الأحكام الأجنبية الصادرة عن القضاء الشخصي:

إن توافر الشروط القانونية في الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي، يمنح لقاضي التنفيذ، القدرة على منحه الأمر بالتنفيذ، ليرتب آثاره في الإقليم الوطني، بل و الأكثر من ذلك قد يرتب آثارا قبل منحه الصيغة التنفيذية[3].

البند الأول:آثار الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي قبل منحه الأمر بالتنفيذ:

متى انعقد الإختصاص للقضاء الشخصي نتيجة إعمال ضابط الجنسية أو الموطن، ترتب على ذلك بداهة، صدور أحكام قضائية،هذه الأخيرة ترتب آثارا خارج حدود الدولة التي أصدرتها قبل منحها الصيغة التنفيذية، إذ يمكن الإستناد إليها باعتبارها واقعة، أو باعتبارها سندا، إضافة لذلك،

[1] Jean Derrupé,op.cit.,p.119.

[2] ألغى القضاء الفرنسي بموجب القرار الصادر بتاريخ 2007/02/20 شرط الإختصاص التشريعي ،راجع حكم محكمة النقض الفرنسية2007/02/20،راجع، بن عصمان جمال،المرجع السابق،ص404.

[3] Olivier Markt , op.cit., p.171.

إنها ترتب آثارا من خلال إكتسابها لحجية الشيئ المقضي به. لذلك سنتطرّق إلى الأثر الواقعي للحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي (أوّلا)، وإلى الأثر المستندي لهذا الحكم (ثانيا)، وإلى بيان الحجية التي يتمتع بها هذا الحكم(ثالثا).

أوّلا:الأثر الواقعي للحكم الصادر عن القضاء الشخصي الأجنبي:

يتّجه الفقه و القضاء في فرنسا إلى أنه يمكن النظر إلى الحكم الأجنبي الشخصي مجردا من الأمر بتنفيذه، بوصفه واقعة قانونية، لا بوصفه حكما، ويرجع الفضل في رسم ملامح هذه الفكرة إلى الحكم الصادر عن محكمة إستئناف Nancyفي 08نوفمبر1961، والذي تتلخص وقائعه في أن عاملا بلجيكيا يعمل لدى شركة أجنبية في فرنسا،كان قد أصيب بحادثة عمل تخضع للقانون الفرنسي الصادر في 09أفريل1898 المتعلق بالمسؤولية عن حوادث العمل، رفع المضرور دعوى تعويض على الشركة أمام المحاكم الفرنسية(محكمة موطن الشركة)،غير أنه تبين عند نظر الدعوى، أن هذا العامل سبق له أن رفع دعوى التعويض ضد الشركة المذكورة عن ذات الفعل في بلجيكا(محكمة جنسية المدعي)، وأن القضاء في هذه الدولة قد حكم له بتعويض أقل من ذلك الذي يطالب به أمام القضاء الفرنسي، فما كان من محكمةNancy إلاّ أنها إستنزلت من التعويض الذي قدر أحقية العامل فيه، مبلغ التعويض الذي سبق القضاء في بلجيكا أن قضى له به، وذلك على الرغم من عدم صدور حكم بالأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي البلجيكي في فرنسا.[1]

[1] هشام علي صادق،عكاشة محمد عبد العال،الإجراءات المدنية و التجارية الدولية،المرجع السابق،ص468،رحاوي آمنة،المرجع السابق،ص190.

وتبعا لذلك، يعدّ الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي واقعة قانونية، يتعين الإعتراف بها دون حاجة إلى إستفائه الشروط اللازمة لتمتعه بحجية الأمر المقضي به،كما يصلح ذات الحكم أن يكون سببا لقيام دعوى أخرى،كصلاحية حكم الطلاق الصادر عن القضاء الشخصي لقيام دعوى المطالبة بالحضانة أو ممارسة حق الزيارة أو لإبرام عقد زواج جديد.[1]

وبناء على ذلك، يعتبر صحيحا الزواج الجديد الذي يعقب الحكم الأجنبي الصادر عن قضاء الجنسية أو الموطن، والقاضي بالطلاق، الذي لم يحصل على الصيغة التنفيذية في الجزائر، لاسيما إذا ترتب على الزواج الجديد آثار قانونية جديدة تتمثل في إنجاب الأولاد، فالحفاظ على المراكز القانونية يقتضي الإعتداد بالحكم الأجنبي كواقعة.[2]

وقد أخذ القضاء الجزائري بالأثر الواقعي للحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي، وذلك في قضية طلاق زوجين جزائريين مقيمين بفرنسا، والتي ترتب عليها، صدور حكم عن القضاء الشخصي الفرنسي (محكمة الموطن) يقضي بالطلاق وإسناد حضانة الأولاد للأم، وإلزام الأب بدفع نفقة غذائية شهرية، إلا أنّ الأب تمكّن من استرجاع الأولاد و إدخالهم إلى مدرسة جزائرية، ثم لجأ إلى القضاء الجزائري مطالبا الحكم على الأم باسترجاع مبلغ النفقة الذي سحبته من البنك دون وجه حق، مادام أن الأولاد عنده.غير أن القضاء الجزائري رفض طلبه، وأسّس رفضه بالإستعانة بالحكم

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي،النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية ،المرجع السابق،ص167.

[2] موحند إسعاد،القانون الدولي الخاص،الجزء الثاني،المرجع السابق،ص90.

الأجنبي الفرنسي الذي أسند الحضانة للأم ، واعتبر أنّ مجرد أخذ الأب للأولاد لا يسقط الحضانة عن الأم بصفة قانونية، إذ كان عليه رفع دعوى إسقاط الحضانة [1].

من القضية السالف الإشارة لها، يتّضح أن القاضي الجزائري إعتدّ بالحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي الفرنسي الذي أسند الحضانة للأم كواقعة، عند نظره في دعوى أحقية الأم بمبلغ النفقة، دون أن يتم تنفيذ ذلك الحكم على الإقليم الجزائري.

و إلى جانب اعتبار الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي واقعة قانونية، يمكن اعتباره أيضا دليلا للإثبات.

ثانيا–الأثر المستندي:

يتّفق القضاء الحديث على أن الحكم الأجنبي الشخصي مجردا عن الأمر بتنفيذه في الدولة،يمكن أن يكون دليلا للإثبات[2]، حيث أنه يجوز لقضاء هذه الدولة أن يستخلص من هذا الحكم معلومات أو قرائن يعتمد عليها في نزاع معروض عليه.[3]

و يؤيّد الفقه الراجح [4]هذا الإتجاه على أساس أن الحكم الأجنبي الشخصي، وإن لم يكن سندا واجب التنفيذ، إلّا أنّه يعد مع ذلك محرّرا رسميا تتحدّد قوته في الإثبات وفقا لقانون السلطة التي قامت بتحريره، وعلى ذلك يعدّ الحكم الأجنبي دليلا على ما ورد فيه من وسائل إثبات: كالإقرار،

[1] ولد الشيخ شريفة،المرجع السابق،ص196.

[2] تنص المادة30 من القانون الكويتي رقم05 لسنة1961،المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي:"يعتبر كل من الحكم أو الأمر الصادر في بلد أجنبي،وحكم المحكمين الأجنبي و السند الرسمي الأجنبي،محررا رسميا يتمتع في إثبات الوقائع التي قررها بالقوة التي يعطيها له قانون الدولة التي صدر منها."

[3] عبد الفتاح بيومي حجازي،النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر،المرجع السابق،ص122.

[4] هشام علي صادق،تنازع الإختصاص القضائي الدولي،المرجع السابق،ص310،عز الدين عبد الله،محاضرات في إتفاقية تنفيذ الأحكام ،الطبعة العالمية16و17،معهد البحوث و الدراسات العربية،جامعة الدول العربية،سنة1968،ص75-76.

واليمين، والبينة، والمعاينة، وآداء الخبرة. وكل ما في الأمر هو أن القاضي لا يتقيّد بما إستخلصته المحكمة الأجنبية المنعقد لها الإختصاص بالنظر إلى الضابط الشخصي من هذه الأدلة، وإنما تبقى له حرية تقدير الأدلة الثابتة في الحكم الأجنبي الشخصي.

وبناء على ما تقدّم، يمكن للحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي أن يزوّد القاضي الجزائري بمعلومات في أي قضية مطروحة أمامه، وهكذا يشكّل تنفيذه سندا للإثبات.[1]

وبعد التعرّض للأثر الواقعي و المستندي الذي يرتبه الحكم الأجنبي الشخصي، وجب التعرّض إلى الحجية التي يتمتّع بها خارج قضاء الدولة التي صدر عنها.

ثالثا:حجية الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي:

يقصد بحجية الحكم الأجنبي منع عمال القضاء من إعادة النظر في النزاع الذي فُصل فيه بموجب الحكم القضائي[2]، فهي صفة تلحق الحكم القضائي القطعي الصادر من محكمة مختصة،ويترتب على توافرها، احترام المحاكم للحكم القضائي الصادر، وعدم البحث في نفس الموضوع، والتسليم بما قضى به الحكم بين الخصوم.[3]

وتتباين القوانين المقارنة في شأن الإعتراف بالحجية للحكم الأجنبي بما فيه الصادر عن القضاء الشخصي،قبل منحه الأمر بالتنفيذ،فبينما يتجه القانون الألماني إلى الإعتراف للحكم الأجنبي بحجية الشيئ المقضي فيه بعيدا عن تنفيذه الجبري،يرفض القانون الفرنسي الإعتراف للحكم الأجنبي

[1] ولد الشيخ شريفة،المرجع السابق،ص197.

[2] ولد الشيخ شريفة،المرجع نفسه،ص193.

[3] عبد الحكيم فودة،حجية الأمر المقضي و قوته،منشأة المعارف،الإسكندرية،ص14.

الشخصي بحجية الشيئ المقضي به، طالما لم يشتمل على الأمر بالتنفيذ، وسند هذا الرفض هو أن قوة التنفيذ وحجية الأمر المقضي به هما وجهان لمسألة واحدة هي تنفيذ الحكم،فقوة التنفيذ حين تستعمل،يصل بها صاحب الحق إلى حقه جبرا، والحجيّة حين يتمسّك بها تؤدي إلى إقرار الحق.[1]

لهذا السبب، أكد القضاء الفرنسي أن الحجية لا تثبت للحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي، إلا بعد الأمر بتنفيذه، ولكنه إستثنى من ذلك الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الشخصي، والفاصلة في مسائل الحالة و الأهلية، فلم يستلزم شمولها الأمر بالتنفيذ[2]، إلا إذا تطلبت إجراء عمل تنفيذي،كالتنفيذ على الأموال، أو الإكراه على الأشخاص.[3]

ومن ثمّ، فالأحكام الصادرة عن القضاء الشخصي الأجنبي، والمرتبطة إرتباطا وثيقا بأحكام الحالة و الأهلية البحتة،كالحكم القاضي بصحة الزواج أو بطلانه،أو إثباته، أو القاضي بفك الرابطة الزوجية، أو إثبات النسب، أو الحكم الفاصل في مدى توافر الأهلية من عدمها، يتمتع بحجية الأمر المقضي به قبل صدور الأمر بتنفيذه. وبناء على ذلك، إذا صدر حكم من محكمة موطن الزوجية في الجزائر، يقضي ببطلان زواج جزائرية مع فرنسي، فيمكن للزوج الفرنسي إبرام عقد زواج ثاني في فرنسا، باعتبار أن الحكم الجزائري يتمتع بحجية الأمر المقضي به قبل صدور الأمر بتنفيذه .

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي،النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر،المرجع السابق،ص159.

[2] أعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري،الجزء الثاني،المرجع السابق،ص70.

[3] :L'arrét de la chambre des requétes du 03mars1930 : « les jugement rendus par un tribunal étranger,relativement a l'état à la capacité des personnes produisent leur éfféts en France indépendance de toute déclaration d'éxéquatur sauf les cas ou les jugement doivent donner lieu à des actes d'éxécu tion matérielle par les biens ou des coercition sur les personnes . »

لكن إذا كانت الأحكام الأجنبية الصادرة عن القضاء الشخصي في مواد الحالة والأهلية، تتضمن الإكراه على الأشخاص أو التنفيذ على الأموال،كالحكم بالنفقة الزوجية، أو تقرير نصيب الزوج أو الزوجة في الأموال المشتركة بينهما، أو الحكم بتسليم الصغير المحضون، فإن تنفيذها يتطلب إجراء عمل تنفيذي، ويستلزم الأمر شمولها بالأمر بالتنفيذ.[1]

و في الجزائر أمام عدم وجود نص تشريعي، يتحدث عن هذا الأثر، يرى"أعراب بلقاسم"عدم إقامة التفرقة بين الأحكام القضائية الأجنبية، وجعلها جميعها تتمتع بالحجية، لكن بشرط أن تتوافر فيها جميع الشروط المتطلبة في الحكم الأجنبي لمنحه الأمر بالتنفيذ، والتي سبق دراستها، وإن في ذلك تحقيقا لراحة المتقاضي من شكليات لا مبرر لها، ولكن إذا كان الحكم يتطلب إجراءا تنفيذيا، ففي هذه الحالة لا مناص من إستصدار الأمر بالتنفيذ لأنه في هذه الحالة لا يمكن للسلطات العامة أن تتلقى أمرا من السلطات الأجنبية.[2]

و إلى جانب الآثار التي يرتّبها الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي، قبل منحه الصيغة التنفيذية، يرتب كذلك آثارا بعد منحه الصيغة التنفيذية.

[1] رحاوي آمنة،المرجع السابق،ص188،عز الدين عبد الله،محاضرات في إتفاقية تنفيذ الأحكام،المرجع السابق،ص72.

[2] أعراب بلقاسم،الإختصاص القضائي الدولي،المرجع السابق،ص72.

البند الثاني:آثار الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي بعد منحه الأمر بالتنفيذ:

يترتّب على الحكم الشخصي الذي صدر الأمر بتنفيذه الآثار التالية:

أوّلا:قوة التنفيذ:

و المقصود بها قابلية الحكم للتنفيذ الجبري على الأموال أو على الأشخاص بواسطة الجهة التي يناط بها التنفيذ، وبمعاونة السلطات المختصة، ولو باستعمال القوة عند اللّزوم[1]، وعليه تقتضي قوة التنفيذ صدور كلمة خطاب من السلطة إلى عمال السلطة العامة لتنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي جبرا عند الإقتضاء، فيصبح الحكم الأجنبي كالحكم الوطني بعد مهره بالصيغة التنفيذية.[2]

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الأثر في المادة601من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:"لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون، إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي ممهورة بالصيغة التنفيذية الآتية:الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،باسم الشعب الجزائري...و بناء على ماتقدم فإن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،تدعو و تأمر جميع المحضرين و كذا كل الأعوان الذين طُلب إليهم ذلك،تنفيذ هذا الحكم،القرار...،وعلى النواب العامين و وكلاء

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي ،النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية،المرجع السابق،ص152،هشام علي صادق،عكاشة محمد عبد العال،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص426،

Hugues Fulchiron,Cyril op.cit.,p.195, Céline Goussard,op.cit.,p.88.

[2] رحاوي آمنة،المرجع السابق،ص185،عز الدين عبد الله،محاضرات...،المرجع السابق،ص63.

الجمهورية لدى المحاكم مدّ يد المساعدة اللازمة لتنفيذه، وعلى جميع قادة و ضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الإقتضاء إذا طُلب إليهم ذلك بصفة قانونية".[1]

و تثبت القوة التنفيذية الحكم الصادر عن القضاء الشخصي من وقت صدور الأمر بتنفيذه، لأن آثار هذا الأمر بالنسبة لتلك القوة أثر منشئ، ونشأة هذه القوة هي ذات القوة التي يتمتع بها حكم وطني، وهنا يجب عدم الخلط بين الأثر المنشئ لحكم الأمر بالتنفيذ من حيث القوة التنفيذية، والذي بمقتضاه عدم الإحتجاج بالحكم الأجنبي الشخصي قبل صدور هذا الأمر، وبين تحديد الوقت الذي تقرر فيه حق الخصوم من حيث الموضوع، وعلى ذلك تصح مثلا المطالبة بعد الأمر بالتنفيذ بما إستحق من نفقة عن مدة سابقة على صدور الأمر، ولاحقة على صدور الحكم، ولو لم يحصل الوفاء.[2]

ثانيا:حجية الأمر المقضي به:

رأينا سابقا أنه في فرنسا، تثبت حجية الأمر المقضي به للأحكام الأجنبية الصادرة عن القضاء الشخصي قبل منحه الصيغة التنفيذية، متى إرتبطت بأحكام الحالة و الأهلية البحتة، غير أنه إذا إرتبطت بالتنفيذ على الأموال أو الإكراه على الأشخاص، فلا يترتّب على مثل هذه الأحكام

[1] Art 05du convention relative a l'éxéquatur et a l'éxtradition entre L'algerie et la France,ratifié par ordonance n°65-194 du 29juillet 1965 dispose que : « la décision d'éxécatur a effet entre toutes les parties àl'instance en éxéquatur et sur toute l'étandue des territoires ou les présentes disposition sont applicables.
Elle permet à la décision rendue exécqutoire de produire à partir de la date de l'obtention de l'èxèquature en se qui concerne les mesures d'exécution les même effets que si elle avait été rendue par la juridiction ayant accordé l'éxéquatur a la date de l'obtention de celui-ci .»

[2] هشام علي صادق،عكاشة محمد عبد العال,القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص456.

حجية الأمر المقضي به، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية، مما يعني أنّ منح الأمر بالتنفيذ تترتب عنه ثبوت الحجية لجميع الأحكام الصادرة عن القضاء الشخصي و دون تمييز بينهما[1].

إذا كان المشرع الجزائري، وخلافا لبعض التشريعات[2]،لا يعترف بحجية الأحكام الأجنبية الصادرة عن القضاء الشخصي قبل منحها الأمر بالتنفيذ، إلا أنه يعترف بحجيتها بعد منح الأمر بالتنفيذ.

وعليه إن الأحكام التي تصدر عن محكمة الجنسية أو الموطن الأجنبية، بعد مهرها بالصيغة التنفيذية، يترتب عنها حسم المنازعات، ولا يجوز إثارتها مرة أخرى أمام القضاء[3].

و في الأخير، نشير أن للضابط الشخصي دورا بارزا في معاملة الأحكام الأجنبية، إلى جانب دوره في تحديد كل من الإختصاصين التشريعي، والقضائي، ولا يتوقّف دوره هنا،وإنما يمتدّ ليبرز أيضا في تحديد معاملة الأشخاص الطبيعية الأجنبية.

[1] Olivier Merket,op.cit.,p.117.

[2] تنص المادة29من القانون الكويتي ،المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على أن الحكم الأجنبي يتمتع بحجية الشيئ المقضي به، و ذلك دون حاجة للحصول على الأمر بالتنفيذ.

[3] رحاوي آمنة،المرجع السابق،ص186،ولد الشيخ شريفة،المرجع السابق،ص193.

المبحث الثاني:دور الضابط الشخصي في تحديد معاملة الأشخاص الطبيعية الأجنبية:

رأينا سابقا أن للضابط الشخصي دورا بارزا في تحديد مركز الإدارة الرئيسي للشخص المعنوي[1]، ولا ننكر أن للشخص المعنوي حقوق و إلتزامات يمارسها أو يتمتع بها في إقليم الدولة التي يتواجد بها، ولكنها لا تختلف عن تلك الحقوق و الإلتزامات التي يتمتع بها الأشخاص الإعتبارية الوطنية، وإن كان التمتع ببعض الحقوق مقيّدا بشروط[2]، إلا أنّ ذلك لا ينفي صفة الإعتراف بالحق، ولهذا السبب قصرنا دراستنا على دور الضابط الشخصي في تحديد معاملة الأشخاص الطبيعية الأجنبية، دون المعنوية، ذلك أن الشخص الطبيعي الأجنبي يتمتع بحقوق يتميز بها عن الوطني،وفي مقابل ذلك،يتمتع الوطني بحقوق و إلتزامات، يتميز بها عن الأجنبي.

و الشخص الطبيعي الأجنبي، هو كل من لا ينتمي إلى جنسية الدولة التي يتواجد بها[3]، وهو في نظر الدولة الجزائرية ، الشخص الذي لا يملك الجنسية الجزائرية ،سواء كانت له جنسية أخرى ، أو أنه من الأشخاص البدون جنسية[4]،وقد عرفته المادة الثالثة من قانون11/08،المتعلق بشروط دخول و إقامة وتنقل الأجانب في الجزائر بنصها:"يعتبر أجنبيا كل شخص يحمل جنسية غير الجنسية الجزائرية،أو لا يمتلك أية جنسية".[5]

---

[1] في الفصل الأول من الباب الأول،بينا دور ضابط الشخصي في تحديد مركز الإدارة الرئيسي و الفعلي للشخص المعنوي.

[2] على سبيل المثال حق التملك هو حق مقيد و مشروط،ولكن لا يعني أن الشخص المعنوي الأجنبي محروم منه،راجع ،أبو العلا علي،أبو العلا النمر،تملك الأجانب العقارات و المنقولات في القانونين المصري و المقارن،الطبعة الثانية،دار النهضة العربية للنشر،سنة1997،ص من 58 إلى208.

[3] مصطفى العدوى،مركز الأجانب في القانون المصري و المقارن،الإسكندرية،سنة2009،ص11،محمد كمال فهمي،المرجع السابق،ص309، راجع كذلك:
Pierre Mayer,Vicent Heuse,op.cit,p.656 ,et Yvon Loussouarn,P.Bourel,op.cit,p.715,et Bernard Audit,op.cit,p.819.

[4] :Mohand ISSAD,D.I.P.,les régles matérielles,op .cit,p.170.

[5] قانون11/08الذي ينظّم شروط دخول و إقامة و تنقل الأجانب في الجزائر،المؤرخ في25 جوان2008.

و ممّا لا شك فيه إن إحترام الكيان الإنساني الأجنبي،يقتضي وجوب الإعتراف له بمجموعة من الحقوق،قد تكون هذه الحقوق عامة،تثبت له بصفته إنسانا،كالحق في الحياة و الأمن الشخصي،الحق في الحماية من التدخل التعسفي،الحق في التعليم،الحق في المساواة،الحق في حرية الفكر و الرأي و الضمير و الدين[1]،وقد تكون حقوق خاصة تثبت له في مجال القانون الخاص،تدخل بدورها في مضمون الحد الأدنى للحقوق المقررة للأجانب كالحقوق العائلية[2]، والحقوق المالية[3]،والحق في ممارسة الأنشطة التجارية و الإقتصاية.

و لا شك أن التسليم بكافة هذه الحقوق يستلزم الإعتراف للأجنبي بحق التقاضي حتى يمكن له الدفاع عن الحقوق التي قررها له القانون.[4]

إن كل من الحقوق العامة و الخاصة، يشترك في التمتع بها كل من الوطني و الأجنبي، ومادام الأمر كذلك، لا حاجة لإعتماد ضابطي الجنسية أو الموطن في الإعتراف للأجنبي بمثل هذه الحقوق.ولكن في مقابل ذلك هناك حقوق يتميز بها الأجنبي عن الوطني، وأخرى يتميز بها الوطني عن الأجنبي، هذا إلى جانب إلتزامات قاصرة على الوطنيين دون الأجانب، وهنا يبرز دور الضابط الشخصي في تمييز معاملة الأجانب عن الوطنيين.

[1] نص على هذه الحقوق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة1948،راجع بالتحديد المواد:01-03-05-07و19.

[2] كالحق في الزواج،الطلاق،الكفالة،التبني،الميراث،الوصية،الهبة،وما يثبت تمتع الأجنبي بهذه الحقوق هو قواعد تنازع القوانين التي تنظم العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي.

[3] كالحق في التملك،العقارات،المنقولات، و لكن شريطة أن لا يؤدي ذلك إلى المساس بالأمن القومي للدولة أو بإقتصادها،راجع،بدر الدين عبد المنعم شوقي، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب،دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي،الطبعة الثالثة،بدون دار النشر،سنة2005،ص من 540 إلى 556.

[4] هشام علي صادق،موجز القانون الدولي الخاص،الجزء الأول،تنازع القوانين و مركز الأجانب،الدار الجامعية للطبع و النشر و التوزيع، الإبراهيمية، الإسكندرية، سنة1972، ص276.

وبناء على ذلك، ما هي أهم الحقوق و الإلتزامات التي تبرز دور الضابط الشخصي في تمييز معاملة الأجانب عن الوطنيين؟، وإذا ثبتت للأجانب حقوقا قاصرة عليهم دون غيرهم كحقهم في إكتساب جنسية دولة ما،أو الإقامة على إقليمها، فهل يتّصف هذين الحقين بالديمومة، أم أنهما قابلان للزوال؟، و متى ثبتت صفة الزوال لهذين الحقين، فما هي الإجراءات المتّبعة من الدولة لحرمان الأجنبي بعد أن تمتّع بهما؟

و للإجابة عن الإشكاليات المتقدمة، سنتعرض في المطلب الأول إلى:دور الضابط الشخصي في تمييز معاملة الأجانب عن الوطنيين، وفي المطلب الثاني إلى:الإجراءات المتبعة ضد الأجانب بالنظر إلى حق إكتساب الجنسية و حق التوطن.

المطلب الأول:دور الضابط الشخصي في تمييز معاملة الأجانب عن الوطنيين:

يلعب ضابط الجنسية دورا في تمييز الوطني عن الأجنبي، وتبعا لذلك تمييز معاملة كل واحد منهما عن الآخر، ولا يخفى دور الموطن هنا، إذ يعتمد عليه لتقرير الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي في الدولة التي يقيم بها.

وعليه للضابط الشخصي جنسية كان أو موطنا، دورا بارزا في تمييز معاملة الأجنبي عن الوطني، ولذلك سنتعرض إلى الحقوق التي يتميز بها الأجانب عن الوطنيين في الفرع الأول، وإلى الحقوق و الإلتزامات التي يتميّز بها الوطنيّون عن الأجانب في الفرع الثاني.

الفرع الأول:الحقوق التي يتميز بها الأجانب عن الوطنيين:

و سنركّز في هذا الفرع على حق إكتساب الجنسية(بند أول)، وحق الإقامة على إقليم الدولة المستضيفة(بند ثاني)، ونغض النظر عن الإمتيازات والحصانات الدبلوماسية والقنصلية لأن هذه الأخيرة تثبت بالنظر للوظيفة لا بالنظر للمعيار الشخصي.[1]

البند الأول:حق إكتساب الجنسية:

الجنسية المكتسبة هي التي تثبت للفرد في تاريخ لاحق على الميلاد، وإنّ أهم ما يميّزها هو أنها لا تفرض على الفرد فرضا كما هو الحال بالنسبة للجنسية الأصلية، بل يعلّق المشرع عادة إكتسابها على رغبة الفرد من جهة، وموافقة الدولة من جهة أخرى[2]،حيث أن لهذه الأخيرة سلطة تقديرية لمنح أو عدم منح جنسيتها لمن تشاء، وفق ما تقتضيه مصلحتها[3]، وبالتالي تمنح الدولة جنسيتها، وبتقديرها المطلق للأجنبي الذي يطلبها بعد إستيفاء شروط يتطلبها القانون.

و يحق للأجنبي طلب إكتساب الجنسية الوطنية بالتجنّس أو عن طريق الزواج بوطني.

[1] تتمتع الهيئات القنصلية و الدبلوماسية بحصانات و إمتيازات يتميزون فيها عن غيرهم من الأجانب ،و ذلك لتمكين المبعوث الدبلوماسي من مباشرة وظائفه التمثيلية و مساعدته على القيام بواجباته،إذ أن هذه الحصانات و الإمتيازات مقررة للوظيفة ذاتها و ليس لفائدة المبعوث الدبلوماسي شخصيا،راجع،عدنان طه مهدي الدوري،العلاقات الدولية المعاصرة،منشورات الجامعة المفتوحة،ليبيا,1997،ص من118 إلى122 .

[2] فؤاد عبد المنعم رياض،الجنسية المصرية،دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،سنة1990،ص185،راجع كذلك :

Françoise Monèger,op.cit.,p.232.

[3] غالب الداودي،شروط التجنّس في قوانين دول الخليج،مجلة التوثيق،العدد04 ،سنة1982،ص06.

أوّلا:إكتساب الجنسية بالتجنّس:

ويقصد بالتجنّس،إكتساب الجنسية الوطنية بعد طلبها من المعني، وشريطة إستيفائه لكافة شروط التجنّس القانونيةّ وبعد موافقة السلطة المختصة.[1]

وحتى يتمكن الأجنبي من التجنّس، يجب أن تتوافر فيه شروط معينة،حدّدها قانون الجنسية الجزائري في المادة العاشرة منه،وهي كالتالي:

1-أن يكون مقيما في الجزائر منذ 07سنوات على الأقل،وأن تكون مدّة الإقامة متصلة بدون إنقطاع و بصورة مشروعة:

ويعني ذلك أن يقيم الأجنبي، إقامة فعلية مشروعة على إقليم الدولة، وأن تكون لديه نية الإستقرار فيها، ولا يعيب الإقامة المستمرة فترات الغياب المؤقّت خارج البلاد بقصد السياحة، أو التجارة،أو طلب العلم، وغيرها من الأسباب[2].

وقد حدّد المشرع الجزائري الإقامة بسبع سنوات على الأقل، فيكون بذلك إتخذ موقفا وسطا، فلم يتشدّد بوضع مدة طويلة[3]،كما أنه لم يتساهل بوضع مدة قصيرة.[4]

[1] محمد سعادي،القانون الدولي الخاص و تطبيقاته في النظام القانوني الجزائري،الطبعة الأولى،دار الخلدونية للنشر،سنة2009،ص254.

[2] عكاشة محمد عبد العال،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص186.

[3] فالمشرع المصري مثلا حدّدها ب10سنوات في المادة04 من قانون الجنسية المصري،وحددتها المادة 04من قانون الجنسية الكويتي ب20سنة،وحددتها المادة 08من قانون الجنسية في دولة الإمارات العربية المتحدة ب30 سنة،وقانون الجنسية العمّاني ب15 سنة في المادة2/2،وقانون الجنسية البحرينية حددها بما لا يقل عن25 سنة في المادة06ف01بند أ،راجع، الطيب زروتي،الوسيط في الجنسية الجزائرية،دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي،مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 2002، ص336.

[4] حددت ب05 سنوات في القانون المغربي،التونسي،السوري،اللبناني ،وبسنتين في كل من قانون الجنسية الأرجنتيني(المادة02)،و قانون الجنسية الفنزويلي (المادة04)، راجع سامي بديع منصور،عكاشة محمد عبد العال،القانون الدولي الخاص..،المرجع السابق،ص652.

والملاحظ هو أن المشرع الجزائري لم يخص طالبي الجنسية من الدول العربية بنصوص خاصة، تخفّف من شروط الإقامة التي نصت عليها المادة10من ق.ج.ج، و ذلك خلافا لبعض التشريعات العربية، التي تعامل طالب الجنسية العربي معاملة خاصة، نظرا لإشتراك العرب في التاريخ والثقافة الإسلامية و اللّغة ، مما يجعل العربي الموجود بدولة عربية غير دولته الأصلية، أسرع إندماجا بإخوانه.[1]

2-أن يكون طالب الجنسية مقيما بالجزائر وقت التوقيع على المرسوم المانح للجنسية:

إنّ هذا الشرط يفترض الإقامة في الجزائر من وقت تقديم طلب التجنس إلى غاية التوقيع على المرسوم القاضي بمنح الجنسية الجزائرية لطالبها، وإلاّ يجب أن يُخطر طالب التجنس المغادر مؤقتا بعد إستيفاء مدة الإقامة المطلوبة للتجنس بقبول طلبه مسبقا، ثم يوقّع على مرسوم التجنس لاحقا.[2]

3-أن يكون طالب الجنسية بالغا سن الرشد:

إن طلب التجنّس عمل إرادي، مما يستوجب صدوره عن شخص بالغ، وقد حدد المشرع الجزائري سن الرشد ب18سنة، وهو ما يستنتج من نص المادة 04 من قانون الجنسية المعدّل[3]، وبلوغ سن الرشد شرط يجب توافره وقت تقديم طلب التجنّس.

[1] إن شرط الإقامة في سوريا و الأردن يجوز رفعه كليا بالنسبة لعرب مؤهلين،وتضع كل من مصر و الأردن و سوريا و لبنان شروط خاصة للعربي الذي ليس مقيما في قطر عربي،أو مواطنا لدولة عربية،راجع، شارون ستانتون راسل،الهجرة و التكامل السياسي في الوطن العربي،الأمة و الدولة و الإندماج في الوطن العربي،الجزء الثاني، مركز دراسات الوحدة العربية،بيروت،1989،ص1006.

[2] هذا رأي زروتي الطيب،الوسيط في الجنسية الجزائرية،المرجع السابق،ص337.

[3] تنص المادة04 من ق.ج.ج:"يقصد بسن الرّشد في مفهوم هذا القانون،سن الرشد المدني".و بالرجوع للمادة40 ق.م.ج،تحدد ب19سنة،وحدّدت سن الرشد في مسائل الجنسية في القانون التونسي ب20 سنة (الفصل04 من قانون الجنسية)،و18سنة في القانون الأردني (المادة02 من قانون الجنسية)،و21 سنة في القانون المغربي (الفصل الرابع من قانون الجنسية).

و تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري إشترط أن يكون طالب التجنّس بالغا سن الرشد، دون إشتراطه كمال الأهلية[1]، فمن المحتمل أن يكون الشخص بالغا و مع ذلك ناقص الأهلية أو عديمها، لذلك كان على المشرع الجزائري النص على شرط كمال الأهلية الذي يعني قطعا بلوغ سن الرشد[2].

4-أن تكون سيرته حسنة و لم يسبق الحكم عليه بعقوبة تخل بالشرف[3]:

ليس من المصلحة منح الجنسية لأصحاب الأخلاق السيئة، خاصة الذين إرتكبوا الجرائم المخلة بالشرف[4]، لأن هؤلاء يخلقون المتاعب للدولة و للمجتمع بعد منحهم الجنسية، كما أن حسن السيرة و السلوك من الدلائل المعبرة عن إندماج طالب التجنس في المجتمع الجديد و لياقته للإنضمام إليه[5].

إن حسن السيرة و السلوك، من الوقائع المادية الجائز إثباتها بكافة طرق الإثبات، فيمكن مثلا الإستعانة بعدد الشكاوى الجادة المقدمة ضد الشخص، أو بعدد الدعاوى المرفوعة ضده،أو بشهادة الجيران...للتأكد من سوء الأخلاق[6].

---

[1] و هذا هو الإتجاه السائد في أغلب قوانين الجنسية في الدول العربية،نذكر من ذلك الفصل11ف03من قانون الجنسية المغربي،والفصل23ف01من قانون الجنسية التونسي،والمادة04ف01من قانون الجنسية الكويتي،والمادة04 بند خامس من قانون الجنسية المصري،والمادة05ف01 من قانون الجنسية اليمني.

[2] و قد أخذت بعض القوانين بهذا الإتجاه نذكر من ذلك:المادة40ف01 من قانون الجنسية السورية،المادة06ف01من قانون الجنسية في دولة البحرين، والمادة19ف01 و02 من قانون الجنسية السعودية.

[3] إكتفى قانون الجنسية الفرنسية لسنة1945بشرط حسن الخلق وحده،ولكن تعديل1973 (المادة79 من قانون الجنسية)،وتعديل1993 (المادة21 مكرر27) إشترط عدم إدانة طالب التجنس في جناية أو جنحة تشكل مساسا بالمصالح الأساسية للأمة،أو عمل إرهابي، مهما كانت المخالفة المرتكبة،في حالة العقوبة لمدة تساوي أو تزيد عن ستة أشهر،ما لم تكن مشفوعة بإيقاف التنفيذ،راجع زروتي الطيب،الوسيط...،المرجع السابق،هامش ص340.،

[4] الجرائم المخلة بالشرف،هي التي تدل على وجود خيانة في المجرم مثل السرقة،الإختلاس،خيانة الأمانة،الإحتيال،الرشوة،هتك العرض ،راجع،لحمر أحمد،النظام القانوني للأجانب في الجزائر،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،قانون خاص،جامعة أبي بكر بلقايد،تلمسان،سنة2003،ص71.

[5] غالب الداودي،شروط التجنس،المرجع السابق،ص16-17.

[6] أحمد عبد الحميد عشوش،المرجع السابق،ص259.

أمّا بالنسبة لعدم سبق الحكم عليه بعقوبة تخل بالشرف، فعادة ما يستدل عليه بالرجوع لصحيفة السوابق القضائية.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتعرض لحالة رد الإعتبار لطالب التجنس بعد الإدانة،خلافا لبعض التشريعات العربية التي نصت على أنه في حالة رد الإعتبار، فإن حكم الإدانة يعتبر من العدم[1].

5-أن يثبت الوسائل الكافية للمعيشة[2]:

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط حتى لا يكون المتجنّس عالة على المجتمع الجزائري،فعلى المعني بالأمر إقامة الدليل على توافر وسائل كافية للعيش كالعمل أو المقدرة على العمل،وقد نصت جل القوانين العربية على هذا الشرط.

6-أن يكون سليم الجسد و العقل[3]:

يجب أن يكون طالب التجنس سليما من الأمراض و العاهات العقلية و الجسمية،لأنه ليس من المصلحة أن يدخل المرضى و ذوي العاهات في جنسية الدولة الجزائرية لأنهم سيصبحون مصدر خطر على الصحة العامة و يضرون المجتمع بأسره[4].

[1] نذكر منها:المادة04 من قانون الجنسية المصري،المادة2/4من قانون الجنسية الكويتي،الفصل5/23 من قانون الجنسية التونسي،الفصل5/18 من قانون الجنسية المغربي.

[2] نص على ذلك الفصل11 فقرة7 من قانون الجنسية المغربية،المادة05 من قانون الجنسية الليبي،المادة03ف02من قانون الجنسية القطري،المادة04 بند04 فقرة04من قانون الجنسية المصري،ولم ينص على هذا الشرط المشرع السوداني،راجع زروتي الطيب،المرجع السابق،ص341.

[3] نصت على هذا الشرط غالبية التشريعات العربية مع إختلاف في التعابير،ولم ينص عليه قانون الجنسية في دولة الإمارات العربية المتحدة،وقانون الجنسية الكويتية،ونص عليه المشرع الفرنسي في تعديل1993/07/22 (المادة21 مكرر25من القانون المدني)،راجع زروتي الطيب،المرجع نفسه،ص340-341.

[4] غالب الداودي،شروط التجنس،المرجع السابق،ص18.

7-أن يثبت إندماجه في المجتمع الجزائري:

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط،دون أن يبيّن كيفية إثباته رغم أهميته، و عادة ما يثبت الإندماج في المجتمع بالإعتداد بالأمارات الخارجية،والدلائل الظاهرة[1]،خاصة معرفة اللغة العربية التي تعتبر من أهم مقومات الشخصية الجزائرية،مما كان يستوجب ضرورة نص المشرع الجزائري على شرط إلمام طالب التجنس باللغة العربية،مثلما فعلت معظم التشريعات[2].

هذه هي الشروط العامة التي نص عليها المشرع الجزائري حتى يكتسب الأجنبي الجنسية الجزائرية،ولكن ترد عليها إستثناءات،نصت عليها المادة11من ق.ج.ج:"يمكن للأجنبي الذي قدم خدمات إستثنائية للجزائر،أو المصاب بعاهة أو مرض جراء عمل قام به خدمة للجزائر،أو لفائدتها،أن يتجنس بالجنسية الجزائرية،بغض النظر عن أحكام المادة10من ق.ج.ج.

يمكن للأجنبي الذي يكون في تجنسه فائدة إستثنائية للجزائر أن يتجنس بالجنسية الجزائرية بغض النظر عن الشروط المنصوص عليها في المادة10من ق.ج.ج[3].

إذا توفي أجنبي عن زوجه وأولاده،وكان بإمكانه أثناء حياته أن يدخل في الصنف المذكور في الفقرة الأولى أعلاه، فيمكن لهؤلاء أن يطلبوا تجنّسه بعد الوفاة في نفس الوقت الذي يطلبون فيه تجنسهم[4]."

[1] اللّواء محمد فتحي القاضي،إثبات الجنسية بالحالة الظاهرة،مجلة الأمن العام،العدد37،سنة1967،ص 46.

[2] نصت عليه كل قوانين الجنسية في الدول العربية مع إختلاف فيما بينها في درجة الإلمام المطلوبة، كما نص على هذا الشرط القانون الفرنسي،مشترطا أن تكون لدى طالب التجنس معرفة كافية باللغة الفرنسية بحسب مركزه،راجع زروتي الطيب،المرجع السابق،ص338.

[3] و هذا ما نصت عليه المادة11 المعدلة في فقرتها الأولى.

[4] نص على مثل هذه الإستثناءات:الفصل21ف3من قانون الجنسية التونسي،الفصل12 من قانون الجنسية المغربي،المادة05ف01من قانون الجنسية الكويتي،المادة04ف د من قانون الجنسية اليمني،المادة05من قانون الجنسية المصري،المادة03 من قانون الجنسية القطري.

و يرمي هذا الإعفاء من شروط التجنس إلى مكافأة الأجنبي عما قدّمه للجزائر من خدمات جليلة،أو لكون الجزائر في حاجة ماسة إلى خبرته أو مهارته[1].

و إلى جانب منح الأجنبي الجنسية بطريق التجنّس، يمكن له إكتسابها بالزواج بوطني.

ثانيا:إكتساب الجنسية بالزواج المختلط:

تختلف التشريعات في مواقفها من حق الأجنبي في إكتساب الجنسية بالزواج المختلط،فهناك من تحصر هذا الحق على الزوجة الأجنبية،وتحرم الزوج الأجنبي من الإلتحاق بجنسية زوجته،باعتباره رب العائلة،مما يترتب عليه عدم فرض جنسية زوجته عليه بفعل الزواج وحده[2]،ولكن في مقابل ذلك،نصت تشريعات أخرى على أن للزواج المختلط أثرا غير مباشر على جنسية الزوجين معا،الزوج و الزوجة على قدم المساواة،وذلك تجسيدا لمبدأ إستقلالية الجنسية الذي يتساوى فيه المركز القانوني للزوجين[3].

و ما يجري به العمل في أغلبية الدول[4]،أن أثر الزواج المختلط على جنسية الزوجين محدود الفاعلية، يشكل غالبا مجرد ظرف مخفف لشروط التجنس،لاسيما تخفيف مدة الإقامة اللازمة للتجنّس، وذلك بهدف تحقيق وحدة الجنسية داخل الأسرة،هذه الأخيرة هي الخلية الأساسية في

[1] أعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري،الجزء الثاني،المرجع السابق،ص205.

[2] تنص المادة03ف02من قانون جنسية الإمارات العربية المتحدة المعدلة بالقانون رقم10سنة 1975:"..في جميع الأحوال لا يتبع الزوج جنسية زوجته"،و تنص المادة03 من الإتفاقية المتعلقة بجنسية المرأة المتزوجة،التي عُرضت للتوقيع و التصديق بقرار من الجمعية العامة1040،يوم29 كانون الثاني،01يناير1957،على ما يلي:"توافق كل من الدول المتعاقدة على أن الأجنبية المتزوجة من أحد مواطنيها،إذا طلبت ذلك،أن تكتسب جنسية زوجها من خلال إجراء تجنس،إمتياز خاص،ويجوز إخضاع منح هذه الجنسية للقيود التي تفرضها مصلحة الأمن القومي و النظام العام."هذه الإتفاقية منشورة بالمرجع التالي:العسري عباسية،حقوق المرأة و الطفل في القانون الدولي الإنساني،دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع ،الجزائر،بدون طبعة،سنة2006،ص56 وما بعدها.

[3] Chen Hongwn,probléms...,op.cit,p.84.

[4] حسن الهداوي،إكتساب الأجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية،مجلة الحقوق،العدد الثاني،سنة1977،ص56.

المجتمع، ويتعيّن إقامتها على أسس إجتماعية قوية لتحقيق تماسكها و وحدتها،وفي حالة إختلاف الجنسية بين الزوجين يبقى الهدف منقوصا،نظرا لتوزع الولاء السياسي لدولتين،كما أنه من الناحية القانونية يعتبر توحيد الجنسية في الأسرة وسيلة لتوحيد النظام القانوني لها في مسائل الأحوال الشخصية،التي تسندها غالبية الدول لضابط الجنسية،ومن ناحية أخرى إن توحيد جنسية الزوجين يساهم في وحدة جنسية أبنائهما.[1]

و نظرا لأهمية توحيد الجنسية داخل الأسرة،يقضي قانون الجنسية الفرنسي بتمكين الأجنبي ذكرا أو أنثى،الذي يبرم زواجا مع طرف فرنسي،بعد عامين من إبرام الزواج،من إكتساب الجنسية الفرنسية،شريطة إستمرار قيام الزوجية بتاريخ التصريح بين الزوجين،وإحتفاظ الطرف الفرنسي بجنسيته[2].

كما أن المشرع الجزائري بموجب التعديلات الواردة على قانون الجنسية،الصادرة سنة2005،إستحدث نص المادة09مكرر[3]،وقد نصت هذه المادة على حق الأجنبي في إكتساب الجنسية بالزواج من وطني،حيث ورد فيها ما يلي:"يمكن إكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية،بموجب مرسوم،متى توافرت الشروط الآتية:

[1] Chen Hongwn,op.cit,p.84.

[2] زروتي الطيب،الوسيط في الجنسية الجزائرية...،المرجع السابق،ص172،راجع أيضا:

Olivera Boskovic,Sabine Carne Loup,Fabienne Jault-Seseke,Natalie Joubert,Karine Parrot,études et commentaire,panorama,Dalloz,Paris,07-02-2013,n°05,p.326.

[3] هناك بعض القوانين التي تستغني عن شرط الإقامة اللاّزمة لتجنّس الأجنبي المتزوج بوطنية،كالقانون التونسي(الفصل21ف2)،ولكنه يشترط أن يكون الزوجان مقيمان بتونس عند تقديم طلب التجنس،ويكتفي قانون الجنسية الهولندي لسنة1985(المادة08ف02)باشتراط إستمرار قيام علاقة الزوجية لمدة03سنوات من تاريخ إبرام عقد الزواج،ويكتفي قانون الجنسية الإيطالي لسنة1983بإشتراط إقامة قصيرة في إيطاليا مدتها ستة أشهر،أو إستمرار علاقة الزوجية لمدة ثلاث سنوات من تاريخ إبرام عقد الزواج،في حين يستغني قانون الجنسية التركي لسنة1964،المعدل سنة1981 عن كافة شروط التجنس في المادة07ف ب،راجع زروتي الطيب،،المرجع نفسه،ص172.

-أن يكون الزواج قانونيا و قائما فعليا منذ(03)سنوات على الأقل،عند تقديم طلب التجنس.

-الإقامة المعتادة و المنتظمة بالجزائر مدة(02)عامين على الأقل.

-التمتع بحسن السيرة و السلوك.

-إثبات الوسائل الكافية للمعيشة.

يمكن ألا تؤخذ بعين الإعتبار العقوبة الصادرة في الخارج."

و على العموم، متى إكتسب الأجنبي للجنسية الوطنية،سواء بالتجنس أو بالزواج،يتمتع بجميع الحقوق المتعلّقة بالصفة الوطنية إبتداءا من تاريخ إكتسابها[1]، باستثناء الحق في الترشّح لرئاسة الجمهورية،الذي يعتبر قاصرا على حاملي الجنسية الأصلية.[2]

كما يترتب على تجنس الأجنبي، أن يصبح أولاده القصر مكتسبين لجنسية والدهم بقوة القانون[3]، ودون حاجة لإتخاذ أي إجراء خاص بهم، مع الإعتراف لهم بحرية التنازل عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين من بلوغهم سن الرشد.[4]

و إلى جانب تمتع الأجانب بحق إكتساب الجنسية في دولة الإقامة، يتمتعون أيضا بحق التوطن أو الإقامة في إقليم الدولة المستضيفة.

[1] تنص المادة 15 ق.ج.ج:"يتمتع الشخص الذي يكتسب الجنسبة الجزائرية بجميع الحقوق المتعلقة بالصفة الجزائرية،إبتداءا من تاريخ إكتسابها."،وهذا هو الوضع السائد في فرنسا،راجع: François Mélin,op.cit.,p.235.

[2] هذا ما نصت عليه المادّة87 ف 02 من قانون رقم 16-01 المؤرّخ في 26 جمادى الأولى عام 1437،الموافق 06-03-2016، المتضمّن التعديل الدستوري:"لا يحقّ أن ينتخب لرئاسة الجمهورية إلاّ المترشّح الذي...يتمتّع بالجنسية الجزائرية الأصلية فقط..."".

[3] Françoise Monéger,op.cit.,p.232.

[4] تنص المادة17 من ق.ج.ج المعدلة:"يصبح الأولاد القصر لشخص إكتسب الجنسية الجزائرية بموجب المادة10 من هذا القانون جزائريين في نفس الوقت كوالدهم ، على أن لهم حرية التنازل عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين إبتداءا من بلوغهم سن الرشد".

البند الثاني:حق الإقامة على إقليم الدولة المستضيفة:

يقصد بالإقامة،الرخصة القانونية المخوّلة للأجانب في أن يقيموا في إقليم دولة معيّنة ،ويمارسوا فيها نشاطهم الإقتصادي و الإجتماعي، ويتمتعوا كالوطنيين بالإختصاصات الضرورية لممارسة أوجه النشاط الفردي[1]، وقد يهدف الأجنبي من الدخول المشروع لإقليم الدولة إلى الإقامة المؤقّتة أو الدائمة فيها[2].

أوّلا:الإقامة المؤقتة:

و تتحقّق الإقامة المؤقّتة إذا لم يقصد الأجنبي الإستقرار بصورة دائمة عن إقليم الدولة التي يتواجد بها، بل يرغب في الإقامة لمدة مؤقّتة، وذلك بنصّه على أنها تفوق المدة التي يقيمها الأجنبي غير المقيم، والذي لا تتعدى إقامته أكثر من180يوما[3]،وإشترط المشرع الجزائري في الإقامة المؤقتة حصول الأجنبي على ضمان سفر(المادة04/04من قانون11/08)مع تقديمه لإمكانيات العيش حسب مدة إقامته في الإقليم الجزائري.

و قد يكون الغرض من الإقامة المؤقتة تحقيق هدف محدد، يقتضي مكوث الشخص في الدولة وقتا طويلا نسبيا، كالدراسة، التدريب، القيام بالأعمال المؤقتة، أو ممارسة نشاط مهني لمدة محددة،

[1] عصام الدين القصبي،الجنسية و مركز الأجانب،1985-1986،بدون طبعة و دار النشر،ص303.

[2] حتى يكون دخول الأجنبي مشروعا يجب أن يكون حاملا لجواز سفر قانوني صادر عن حكومة بلده أو وثيقة مشابهة كسند سفر(titre de voyage)،و أن يكون على الجواز تأشيرة دخول تُمنح من السلطات القنصلية و الدبلوماسية التابعة للدولة،المراد الدخول إليها،الموجودة بالخارج،وقد نص المشرع الجزائري على تنظيم دخول الأجانب للإقليم الجزائري في المواد:04-07-08 من قانون08-11 ، المؤرّخ في 25 جوان 2008، المتعلق بحالات دخول و إقامة وتنقل الأجانب في الجزائر، و للإطلاع أكثر على الوثائق و الإجراءات اللازمة لدخول الدولة،راجع محمد الروبي،جابر سالم عبد القادر،خالد عبد الفتاح محمد،أحكام الجنسية و مركز الأجانب،دار النهضة العربية،القاهرة،سنة2000،من ص402إلى409.

[3] الأجنبي غير المقيم هو الشخص الذي يعبر الإقليم الجزائري، أو الذي أقام لمدة لا تزيد على90 يوما،دون أن تكون له النية في تمديد إقامته أو ممارسة نشاط مهني أو عملي(المادة10 من قانون08-11)،غير أنه يمكن للسلطات الإدارية المختصة إقليميا تمديد مدة التأشيرة لمهلة لا تزيد عن 90 يوما إذا طُلب منها ذلك،دون أن تكون له نيّة تحديد إقامته بها(المادة13 من نفس القانون).

وفي هذه الحالة يلتزم الشخص بأن يتقدّم إلى السلطات المختصة،وبحوزته المستندات المطلوبة خلال فترة قصيرة من وصوله إلى الإقليم[1]للحصول على بطاقة إقامة مؤقّتة قابلة للتجديد[2]إلى غاية تحقيق الأجنبي الغرض الذي أتى من أجله، وفي هذا الإطار نصّ المشرع الجزائري في المادة16من قانون08-11،في فقرتيها الثالثة والرابعة: "يتحصل الطالب الأجنبي على بطاقة مقيم لا تتعدى مدة صلاحيتها مدة تمدرسه أو تكوينه المحدّدة قانونا، ويتحصل العامل الأجنبي الأجير على بطاقة مقيم لا تتعدى مدة صلاحيتها صلاحية الوثيقة التي ترخص له العمل".

كما يمنح المشرع الجزائري للطلبة الأجانب و العمال الأجانب الأجراء، الحق في تجديد بطاقة المقيم متى قدّم ما يبرر ذلك (المادة06/16من قانون08-11)، ولا يستفيد العامل الأجنبي الذي يريد الإقامة في الجزائر إلا إذا كان يحمل إحدى الوثائق التالية:رخصة عمل، ترخيص مؤقت للعمل، أو تصريح بتشغيل عامل أجنبي بالنسبة إلى الأجانب غير الخاضعين لرخصة العمل، هذا ما نصت عليه المادة17من قانون08-11.

ثانيا:الإقامة العادية و الدائمة:

قد يكون دخول الشخص إلى إقليم الدولة بنيّة البقاء و الإستقرار فيها فترة غير محدودة، بحيث تكون الدولة مركزا رئيسيا لمباشرة أعماله، ومحورا لأنشطته الإقتصادية و الإجتماعية،كمن يدخل إلى إقليم الدولة بقصد العمل، أو ممارسة نشاط مهني أو تجاري على سبيل الإستمرار داخل

[1] حددت هذه المدة ب15 يوما قبل إنقضاء صلاحية التأشيرة(المادة18 من قانون11/08)في الجزائر.

[2] تنص المادة16ف02من قانون08-11الذي ينظّم دخول،تنقل،و إقامة الأجانب في الجزائر:"تشترط بطاقة المقيم على الأجنبي بمجرد بلوغه ثماني عشرة(18)سنة كاملة،ما لم تنص إتفاقيات المعاملة بالمثل على خلاف ذلك".وفيما يخص شكل بطاقة الإقامة،شروطها و إجراءات الحصول عليها،الأجانب المعفيون من الحصول عليها،راجع محمد سعادي،القانون الدولي الخاص...،المرجع السابق،ص301-303.

الدولة[1]، وينطبق الأمر كذلك على حالة تواجد أحد الزوجين و إقامته بالدولة التي يقيم فيها الزوج الآخر إقامة دائمة.

والملاحظ أن الدول عادة ما تتشدّد في التصريح للأجانب بهذا النوع من الإقامة لاسيما بصدد الإقامة المستمرة بقصد العمل و ممارسة الأنشطة المهنية، إذ يتعلق الأمر في هذه الحالة بالظروف الخاصة بكل دولة، باعتبار أن الأجنبي يحل عليها بقصد الإستقرار لفترة مفتوحة قد تطول، ويمارس فيها نشاطا إقتصاديا أو إجتماعيا قد تضيق به ظروف الدولة[2].

وفي هذا الإطار نص المشرع الجزائري في المادة16ف01من قانون08-11على منح الأجنبي الذي يرغب في تثبيت إقامته الفعلية و المعتادة و الدائمة في الجزائر، والذي رخّص له بذلك،بطاقة مقيم من قبل ولاية مكان إقامته، مدة صلاحيتها سنتان[3]، وهذا النوع من الإجراءات تتخذه الدولة حتى تتمكن من مراقبة الأجنبي و الوقوف على سلوكه داخل الدولة[4].

و لكن متى أقام الأجنبي بالجزائر بصفة مستمرة و قانونية،لمدة لا تقل عن07سنوات،تمنح له بطاقة مقيم تصل إلى 10 سنوات،وتمنح كذلك لأبنائه الذين يعيشون معه،شريطة بلوغهم سن ثماني عشر[5]، وبذلك يتمكن الأجنبي من ممارسة أعماله و أنشطته داخل الدولة،وهو مطمئن لإقامته بها،

[1]تنص المادة20 من قانون08-11،المتعلق بشروط دخول الأجانب، و تنقلهم ،و إقامتهم بالجزائر:"على الأجنبي الذي يرغب في ممارسة نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو مهنة حرة،أن يستوفي الشروط القانونية و التنظيمية المطلوبة لممارسة هذا النشاط."

[2]محمد الروبي،جابر سالم عبد الغفار،خالد عبد الفتاح محمد،المرجع السابق،ص412-413.

[3]تنص المادة16ف01من قانون08-11أعلاه:"يعتبر مقيما الأجنبي الذي يرغب في تثبيت إقامته الفعلية و المعتادة و الدائمة في الجزائر،والذي رخّص له بذلك بتسليمه بطاقة المقيم من قبل ولاية مكان إقامته مدة صلاحيتها سنتان(02)".

[4]محمد الروبي،جابر سالم عبد الغفار،خالد عبد الفتاح محمد،المرجع نفسه،ص413.

[5]تنص المادة 16ف06من أمر08- 11 ،المتعلق بشروط دخول الأجانب للجزائر،و إقامتهم بها وتنقلهم فيها:"يمكن أن تسلّم بطاقة مقيم مدة صلاحيتها 10 سنوات للرعية الأجنبية الذي أقام بالجزائر،بصفة مستمرة و قانونية خلال مدة07 سنوات أو أكثر،وكذا لأبنائه الذين يعيشون معه،وبلغوا سن ثماني عشرة (18)."

وليس مشغول الذهن دائما بتجديد بطاقة إقامته،والحصول على التصاريح و الموافقات الإدارية اللازمة[1]،كما أن الإقامة المستمرة تتيح لصاحبها العديد من الضمانات و المزايا التي لا يتمتع بها غيره من الأجانب الذين يقيمون في الدولة،وفقا لنظام الإقامة المؤقّتة.[2]

ولكي يحصل الأجنبي على بطاقة الإقامة،يتعين عليه أن يقدم الطلب إلى والي الولاية[3]،بإيداعه في قسم الشرطة أو محافظة الشرطة التابع لها محل إقامة الطالب،وفي حالة عدم وجود قسم الشرطة،يودع الطلب في مقر البلدية المقيم بها،وهذه المصالح تحوّل الطلب مرفقا بملاحظاتها إلى الولاية،ويختص الوالي بمنحها.

إن منح الدولة للأجنبي بطاقة مقيم مؤقّتة،أو طويلة المدة،وكذا منحه جنسيتها متى توافرت فيه شروط معينة،يعني الإعتراف له بحقين أساسيين،يخضع فيهما الأجنبي لمعاملة خاصة تختلف عن معاملة الوطنيين، وذلك متى وُجد بدولة غير دولته القانونية، وأساس هذه المعاملة معيارا الجنسية و الموطن.

ويشترط في فرنسا للحصول على بطاقة مقيم،أن يكون الشخص قد أقام بطريقة قانونية لمدة03 سنوات متصلة على الأقل،بعدها يجوز للسلطات الفرنسية أن تمنح الشخص بطاقة مقيم لمدة 10 سنوات قابلة للتجديد،راجع:

-H.Batiffol et P.Lagarde,op.cit,p.260 et s.

[1] محمد الروبي،جابر سالم عبد الغفار،خالد عبد الفتاح محمد،المرجع السابق،ص413.

[2] D.holleux, J.Foyer,op.cit,p.75 ,H.Batiffol et P.Lagarde,op.cit,p.9603.

[3] يجب أن يتضمن الطلب أسباب تمديد الإقامة في الجزائر،وتذكر فيه جميع البيانات الخاصة بحالة الأجنبي المدنية،وبحالة زوجته و أولاده المقيمين معه،ويرفق بشهادة طبية تثبت حالته الصحية،وبصور مماثلة لصورة بطاقة التعريف، لتوضع واحدة بالملف و أخرى ببطاقة الإقامة،كما يتعين على الأجنبي أن يقدّم سندا لطلبه حسب حالة كل أجنبي،والمبرر المعتمد للإقامة في الجزائر،كأن يقدم مثلا رخصة عمل سارية المفعول مسلمة له من وزارة العمل و الشؤون الإجتماعية،أو يثبت وجود موارد متوفرة عنده،أو يثبت أن زواجه قانوني و قائم فعلا من زوج وطني، أو له إقامة دائمة بالدولة المعنية...،راجع،بن عبيدة عبد الحفيظ،الجنسية و مركز الأجانب في الفقه و التشريع الجزائري،الطبعة الثانية،دار هومة،سنة2007،ص278.

ليس هذا فحسب،للضابط الشخصي دورا في تحديد حقوق و واجبات الأجانب،فبالنظر إلى صفتهم الأجنبية،وتواجدهم في غير موطنهم الحقيقي،يُحرمون من ممارسة حقوق معينة،ويُعفون من إلتزامات محددة.

الفرع الثاني:الحقوق و الإلتزامات القاصرة على الوطنيين دون الأجانب:

وسنتعرّض إلى الحقوق التي يحرم منها الأجانب(بند أول)، ثم إلى إعفاء الأجانب من الخدمة الوطنية(بند ثاني).

البند الأول:الحقوق التي يحرم منها الأجانب:

تنحصر هذه الحقوق في الحقوق السياسية،وتولّي الوظائف العامة.

أوّلا:الحقوق السياسية:

يحرم الأجانب من حق الإنتخاب،حق الترشح و تولي المناصب السياسية،وكذا الحق في تكوين أحزاب سياسية أو الإنضمام إليها[1].

1-حق الإنتخاب:

يعتبر حق الإنتخاب من الحقوق القاصرة على الوطنيين دون الأجانب[2]،وتطبيقا لذلك، فإن المادّة03 من القانون العضوي المتعلق بنظام الإنتخابات في الجزائر[3]،نصت على الجنسية الجزائرية

[1]François Mélin, op.cit.,p.249.

[2]تنص المادة21 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:"لكل فرد الحق في الإشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده إما مباشرة و إما بواسطة ممثلين يُختارون إختيارا حرا".

[3]القانون العضوي رقم 12-01، المؤرّخ في 18 صفر عام 1433، الموافق 12 يناير 2012، المتعلق بنظام الإنتخابات الجزائري ،الجريدة الرسمية،العدد01،لسنة2012.

كشرط أساسي لممارسة الحق الإنتخابي،وعليه يُقصى الأجانب من ممارسة هذا الحق على جميع المستويات،سواء كانت إنتخابات محلية،تشريعية أو رئاسية.

و يقيّد في جداول الإنتخابات كل من له مباشرة الحقوق السياسية من الوطنيين،ويسجّل من إكتسب الجنسية الوطنية بطريق التجنس[1]،وعلى الرغم من رسوخ قاعدة حرمان الأجنبي من حق الإنتخاب في القانون المقارن،إلا أن بعض الدول التي يوجد بينها روابط قوية،قد تخرج عليها بمقتضى إتفاقية دولية،بحيث تتفق فيما بينها على منح رعاياها المقيمين على أقاليم بعضها البعض حق التمتع ببعض الحقوق السياسية على سبيل التبادل فيما بينها [2]،ولعل خير مثال على ذلك ما أقرّته دول الإتحاد الأوربي عام1992، بمقتضى المادة01/08من معاهدة ماستريخت،من أن رعايا الدول الأعضاء المقيمين على أقاليم الدول الأخرى أعضاء الإتحاد يتمتعون بحق الإنتخاب في الإنتخابات البلدية التي تجري في الدول التي يقيمون فيها،وكذا الحق في إنتخاب أعضاء البرلمان الأوربي الذين يتم ترشيحهم في هذه الدولة[3].

[1] تنص المادة04 من القانون رقم73 لسنة 1956،المتعلق بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية في مصر،على أنه لا يقيد من إكتسب الجنسية المصرية بطريق التجنس،إلا إذا كانت قد مضت خمس سنوات على الأقل على إكتسابه إياها،راجع،أبو العلا النمر،التنظيم القانوني لدخول و إقامة الأجانب بأراضي جمهورية مصر العربية و الخروج منها،الطبعة الأولى،دار النهضة العربية للنشر،سنة2000،ص240،أما في الجزائر فلا تُشترط مدة معينة طبقا للمادة06 من القانون العضوي للإنتخابات:"التسجيل في القوائم الإنتخابية واجب على كل مواطن و مواطنة..."

[2] محمد الروبي،جابر سالم عبد الغفار،خالد عبد الفتاح محمد،المرجع السابق،ص430.

[3] كان الدستور الفرنسي الصادر عام1958 يقصر حق الإنتخاب و الترشيح على الفرنسيين دون الأجانب،غير أنه تم تعديل المادة3/88من الدستور الفرنسي بما يتلاءم مع ما وافقت عليه فرنسا بمقتضى معاهدة ماستريخت،سمح بناء على ذلك لرعايا الدول الأوربية،أعضاء الإتحاد المقيمين في فرنسا بممارسة الحقوق السياسية في حدود ما هو وارد في المتن،راجع في ذلك،محمد الروبي،جابر سالم عبد الغفار...،المرجع السابق،هامش ص340،راجع كذلك:
P.Mayer, op.cit,p.628.

2-حق الترشح و تولّي المناصب السياسية:

يعتبر القانون المقارن[1]،بما فيه القانون الجزائري[2]،حق الترشّح من الحقوق الخالصة للوطنيين، والعلة في ذلك هي أن هذا الحق يتمكّن من خلاله الشخص في الإشتراك في حكم الدولة، وإدارة شؤونها العامة، ولاشك أن مصلحة الدولة تشترط قدرا عاليا من الولاء لها و الحرص عليها، وهو ما يصعب توافره، إلا في من يحمل جنسيتها و يدين لها بالولاء الروحي و السياسي، مما يجعل التمتع بهذا الحق مرتبط إرتباطا و ثيقا بفكرة المواطنة و الولاء،أو التبعية للدولة، ومن ثم كان منطقيا أن يقتصر التمتع به على أولئك الذين يشكلون عنصر الشعب في الدولة[3].

[1]قاعدة حرمان الأجنبي من حق الترشح،قاعدة معترف بها في التشريعات الداخلية،نذكر من ذلك قانون الإنتخابات العامة السوري (المرسوم التشريعي رقم67، المؤرخ في31تشرين الأول1962)،الذي إشترط في المترشح أن يكون سوريا منذ عشر سنوات على الأقل، و مثل هذا الشرط فرضه أيضا قانون إنتخاب النواب (المؤرخ في26نيسان1960)،أما المرشّح للمجلس البلدي فلم يشترط فيه أي قدم في الجنسية، راجع فؤاد الشباط،دراسات مقارنة في الجنسية و إقامة الأجانب في سورية ولبنان،مطبعة الجبلاوي،دار الكتب،سنة1970،ص44،وإلى جانب سوريا و لبنان تبنى التشريع المصري هذه القاعدة،إذ نصت المادة 05 من قانون مجلس الشعب رقم38لسنة1972،الصادر في23ديسمبر1972،على أنه يشترط بمن يرشح لعضوية مجلس الشعب أن يكون مصري الجنسية،ومن أب مصري،كما يقضي قانون نظام الحكم المحلي رقم 43 لسنة1979 والصادر في20يونيو1979 ،على أنه يشترط فيمن يرشح عضوا بالمجالس الشعبية المحلية أن يكون متمتعا بجنسية جمهورية مصر العربية،كما نصت المادة62 من الدستور المصري على أن حق الترشح قاصر على الوطنيين،وإضافة لذلك،إن النظام القانوني في دولة الإمارات لا يعترف للأجانب بحق الترشح،حيث تشترط المادة70 من الدستور في عضو المجلس الوطني الإتحادي أن يكون من مواطني إحدى إمارات الإتحاد،كما نصت المادة13 من قانون الجنسية الإماراتي على أنه لا يكون لمن كسب جنسية الدولة بالتجنس حق الترشح أو الإنتخاب،أو التعيين في أي هيئة من الهيئات النيابية أو الشعبية أو في المناصب الوزارية،هذا و قد تبنّى هذه القاعدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة21 المقابلة للمادة25 من الإتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق السياسية و المدنية للإنسان لسنة1966،راجع في ذلك، محمد الروبي...،المرجع السابق،ص430،سالم جروان علي أحمد النقبي،إبعاد الأجانب،دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه،كلية الدراسات العليا بمصر،سنة2003،ص21،هشام علي صادق،موجز القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص475،عصام الدين القصبي،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص320.

[2]تنص المادة 78 ف 03 من القانون العضوي المتعلّق بنظام الإنتخابات الجزائري:"يشترط في المترشّح إلى المجلس الشعبي البلدي أو الولائي...أن يكون ذا جنسية جزائرية..."،وتنصّ المادّة 90منه في فقرتها الثالثة:"يشترط في المترشّح إلى المجلس الشعبي الوطني...أن يكون ذا جنسية جزائرية..."

[3]و علة حرمان الأجانب من حق الترشح هي ذاتها علة حرمان الأجانب من حق الإنتخاب،راجع في ذلك محمد الروبي،المرجع السابق،ص429،محمد عبد المنعم رياض،مبادئ القانون الدولي الخاص،الجزء الثاني،مطبعة الغائب،سنة1933،ص12،عصام الدين القصبي،المرجع السابق،ص320،راجع، محمد الصغير بعلي،قانون الإدارة المحلية الجزائرية،دار العلوم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2004،ص45.

3-الحق في تكوين أحزاب سياسية أو الإنضمام إليها:

للوطنيين فقط الحق في تكوين أحزاب سياسية،ولكل وطني الحق في الإنتماء لحزب سياسي،هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية[1]،حيث نصّ في المادة03 منه على:

"الحزب السياسي هو تجمّع مواطنين، يتقاسمون نفس الأفكار، ويجتمعون لغرض وضع مشروع سياسي مشترك..." كما يشترط في المادة 17 في فقرتها الأولى من نفس القانون توافر الجنسية الجزائرية في الأعضاء المؤسّسين لحزب سياسي[2] .والأكثر من ذلك، تشترط المادّة 2/63من دستور 2016،التمتّع بالجنسية الجزائرية دون سواها لتولّي المسؤوليات العليا في الدولة والوظائف السياسية.

ويستخلص من ذلك، أن المشرع الجزائري لا يحرم الأجنبي لوحده من الحق في تكوين أحزاب سياسية أو الإنضمام إليها، بل الأكثر من ذلك يحرم أيضا متعدّد الجنسية، الذي تكون من بين جنسياته الجنسية الجزائرية. وبالتالي يشترط أن يكون الوطني يتمتع بالجنسية الجزائرية وحدها، فلا يشارك هذه الرابطة المقدسة رابطة معها، وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع سكت عن جنسية الأعضاء المناضلين بالحزب، ولكن بالرجوع إلى الممارسة العملية لنشاط الأحزاب، نلاحظ إنعدام العنصر الأجنبي بين مناضليها حفاظا على المصالح العليا للدولة، وهذا ما نلمسه من خلال المادة5/52من

[1] القانون العضوي رقم 12-04، المؤرّخ في 18 صفر عام 1433، الموافق 12 يناير 2012،المتعلّق بالأحزاب السياسية،الجريدة الرسمية، العدد 02،لسنة 2012.

[2] تنص المادة01من القانون رقم 40لسنة1977 الخاص بتنظيم الأحزاب السياسية المصري على أنه للمصريين الحق في تكوين أحزاب سياسية،ولكل مصري الحق في الإنتماء لأي حزب سياسي،ويشترط فيمن ينتمي لعضوية أي حزب سياسي:1-أن يكون مصريا،فإن كان متجنسا وجب أن يكون قد مضت على تجنسه عشر سنوات على الأقل،ومع ذلك يشترط فيمن يشترك في تأسيس الحزب،أو يتولى منصبا قياديا فيه أن يكون من أب مصري.2-أن يكون متمتعا بحقوقه السياسية كاملة.راجع أبو العلا النمر،،لتنظيم القانوني لدخول و إقامة الأجانب بأراضي جمهورية مصر العربية و الخروج منها،الطبعة الأولى،دار النهضة العربية للنشر،سنة2006،ص242.

الدستور الجزائري التي تنص على:"يُحظر على الأحزاب السياسية كل شكل من أشكال التبعية للمصالح أو الجهات الأجنبية".

ثانيا:تولّي الوظائف العامة:

إن شغل الوظائف العامة في الدولة يرتبط عادة بموضوع مدى حق الأجنبي في ممارسة الحقوق السياسية،ومرجع ذلك أنّ من يتقلد وظيفة عامة،يساهم في إدارة و تسيير أجهزة الدولة[1]،ولذلك كان الوضع السائد في القانون المقارن،قصر الوظائف العامة على الوطنيين،والإستثناء هو السماح لغيرهم بذلك بناء على مبررات معينة و في إطار تحقيق مصلحة الدولة[2].

و قد إعتنق المشرع الجزائري الوضع السائد في القانون المقارن،فاشترط في تقلد الوظائف المدنية التمتع بالجنسية الجزائرية في المادة 75 من القانون العام للوظيف العمومي[3]،كما اشترط الجنسية الجزائرية في تقلد الوظائف العسكرية،وذلك وفقا للقانون الأساسي لضباط الجيش الوطني

[1]أبو العلا النمر،المرجع السابق،ص244،سالم جروان علي أحمد النقبي،المرجع السابق،ص22.

[2]نصت المادة 35من دستور دولة الإمارات على أن باب الوظائف العامة مفتوح لجميع المواطنين على أساس المساواة بينهم في الظروف وفقا لأحكام القانون،وقد نص القانون الخاص بتنظيم علاقات العمل في دولة الإمارات لسنة1999 في المادة09 منه على أن:"العمل حق لمواطني دولة الإمارات العربية المتحدة،ولا يجوز لغيرهم ممارسة العمل داخل الدولة إلا بالشروط المنصوص عليها في هذا القانون و القرارات الصادرة تنفيذا له."و مع ذلك أبدى القانون السابق إستثناءا على المبدأ،حيث نص في المادة 10 منه على أنه :"في حالة عدم توافر العمال المواطنين،تكون الأولوية في إستخدام العمال على النحو التالي: 1- العمال العرب الذين ينتمون بجنسيتهم إلى إحدى الدول العربية . 2 – العمال من الجنسيات الأخرى."و في مصر نص القرار الجمهوري المتعلق بالقواعد و النظم الخاصة باستخدام الأجانب في مصر،في مادته الأولى،على أنه:"لا يجوز إسناد وظيفة مدنية إلى أجنبي إلا إذا إقتضت الضرورة ذلك...و مع ذلك يجوز أن يشغل الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية الوظائف التي تتفق مع المؤهلات العلمية التي يلزم توافرها فيمن يرشح بها من المصريين، على أن يكون ذلك على سبيل التدريب،ولمدة محدود،،نظير مكافآت لا تتجاوز ما يتقاضاه نظراؤهم المصريين"،راجع،سالم جروان،المرجع السابق،ص22-23-24،أما في سوريا فيشترط قانون الموظفين السوري في طالب إحدى الوظائف العامة،أن يكون سوريا منذ خمس سنوات على الأقل،ويستثني القانون من هذه القاعدة رعايا الدول العربية،الذين إكتسبوا الجنسية السورية،وكذلك الفلسطينيين العرب،ولو أنهم لم يكتسبوا الجنسية السورية،راجع ،فؤاد الشباط،دراسات مقارنة في الجنسية وإقامة الأجانب في سورية ولبنان،قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية، مطبعة الجبلاوي،دار الكتب، سنة 1970،ص 44.،ص

[3]الأمر رقم03/06،المؤرخ في15جويلية2006،المتضمن القانون العام للوظيف العمومي،الجريدة الرسمية،العدد46،لسنة2006.

الشعبي[1]،واشترط أيضا في الوظائف المتعلقة بأمور سيادة الدولة مثل القضاء،التمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية أو المكتسبة،طبقا للمادة37من القانون الأساسي للقضاء[2].

غير أنه إستثناء من هذا الأصل،قد تدفع الظروف الخاصة للدولة إلى قبول الأجانب في بعض وظائفها،كما حدث في الجزائر غداة الإستقلال،حيث كان هناك نقص في الإطارات و المهارات،كما أن تولي الأجانب للوظائف العامة داخل الدولة،قد يكون راجعا لإرتباط هذه الأخيرة بإتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف في هذا الإطار[3].

وهنا تجدر الإشارة إلى المرسوم رقم86-276،المتضمن شروط تسجيل الأجانب في مرافق الدولة والهيئات المحلية،والمؤسسات العامة في الجزائر[4]،حيث قضت المادة الأولى منه بإمكانية تسجيل الأجانب في الوظائف المذكورة،بشرط أن يتم ذلك في إطار عقود مؤقتة،لا تتجاوز مدتها سنتين مع إمكانية تجديدها عدة مرات،مدة كل واحدة منها،سنة على الأكثر(المادة03من نفس المرسوم)،وبخصوص الأجانب الذين يمكن تسجيلهم في هذا الإطار هم:

-أساتذة المواد العلمية و التقنية في التعليم الأساسي و العالي.

-الأجانب الممارسين لوظائف ذات طابع تقني،أو المكلّفون بالتكوين.

[1] الأمر رقم69-89،المؤرخ في31أكتوبر1969،المتضمن القانون الأساسي لضباط الجيش الوطني الشعبي.

[2] قانون رقم11/04،المؤرخ في06سبتمبر2004،المتضمن القانون الأساسي للقضاة.

[3] محمود حمبلي،المساواة في تولي الوظائف العامة في القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية،دار الأمل،الجزائر2000،ص138

[4] المرسوم رقم86-276،المؤرخ في11-11-1986، المحدد لشروط تسجيل الأجانب في مرافق الدولة،الجماعات المحلية،المؤسسات ،الهيئات و المؤسسات العامة.

وقد نص هذا المرسوم،على حقوق هؤلاء الموظفين الأجانب، وكذا إلتزاماتهم، وطرق إنهاء عقودهم[1].

و في مقابل حرمان الأجانب من التمتع بالحقوق السياسية،وتقلد الوظائف العامة كأصل عام،يعفون من أداء الخدمة العسكرية في الدولة المستضيفة.

البند الثاني:إعفاء الأجانب من الإلتزام بأداء الخدمة العسكرية:

يعتبر أداء الخدمة العسكرية الإلزامية شرفا كبيرا لكل وطني،ويعد الجيش الوطني لكل دولة وسيلتها الأساسية في الدفاع عنها و حماية نظامها السياسي و الإقتصادي و الإجتماعي،وهو ما يتطلب ضرورة توافر الولاء المطلق في الفرد مؤدي هذه الخدمة[2]،وتأسيسا على ذلك إستقرت التشريعات المقارنة[3]على ضرورة إقصاء الأجانب من أداء الخدمة العسكرية،وقصر أدائها على الوطنيين فقط،وفي هذا الإطار تنص المادة 2/76من الدستور الجزائري :"إلتزام المواطن إزاء الوطن وإجبارية المشاركة في الدفاع عنه واجبان مقدّسان دائمان."و هذا ما أكّده فعلا قانون الخدمة الوطنية الجزائري في مادّتيه الأولى والثالثة، إذ قصر أداء هذه الأخيرة على من يحمل الجنسية الجزائرية[4].

[1] لحمر أحمد،المرجع السابق،ص76-77.

[2] عبد المنعم زمزم،مركز الأجانب في القانون الدولي و القانون المصري المقارن،الطبعة الثانية،دار النهضة العربية للنشر،القاهرة،سنة2005،ص204،أبو العلا النمر،المرجع السابق،ص247،راجع كذلك:

J.P.Niboyet , la condition des étrangéres,deux éme édition,tome2,librairie du recueil sirey,p.58 .

[3] تنص المادة43 من دستور الإمارات العربية:"الدفاع عن الإتحاد فرض مقدس على كل مواطن،وأداء الخدمة العسكرية شرف للمواطنين ينظّمه الدستور."،وينص قانون الخدمة العسكرية المصري لسنة1955 في مادته الأولى:"تفرض الخدمة العسكرية أو الوطنية على كل مصري..." ، راجع، سالم جروان أحمد النقبي،، المرجع السابق، ص32،وفي فرنسا:

L'article 1er de la loi de recrutement du 15 juillet1889 pourtant que « tout français doit le service militaire »J.P.Niboyet,op.cit,p.58.

[4]قانون رقم 14-06،المؤرخ في 13شوال 1435، الموافق 09 أوت 2014،المتعلق بالخدمة الوطنية،الجريدة الرسمية، العدد48 لسنة 2014.

إن إلزام الأجنبي بأداء الخدمة العسكرية الإلزامية في الدولة الوطنية، يشكل إعتداء على سيادة الدولة الأجنبية التي ينتمي إليها بجنسيته[1]، وبناء على ذلك تلتزم الدول بعدم إلزام الأجانب المقيمين في الدولة بأداء الخدمة العسكرية، ويمتد هذا الحكم ليشمل عديمي الجنسية، لأن إلزام هؤلاء بالخدمة العسكرية من شأنه أن يجعل هؤلاء عرضة للإلتزام بأدائها في كل دولة يتواجدون بها، أو يقيمون فيها لفترة وجيزة.

وعلى النقيض من عديم الجنسية،إن متعدد الجنسية يمكن تكليفه بأداء الخدمة العسكرية في كل دولة يحمل جنسيتها، إستنادا إلى أنه من الوطنيين في كل منها، وللقضاء على هذه الصعوبة تلجأ الدول إلى إبرام إتفاقيات فيما بينها تنص على أن أداء الشخص للخدمة العسكرية في إحدى الدول يعفيه من أدائها في بقية الدول التي يحمل جنسيتها، أو على إلتزام الشخص بأداء الخدمة العسكرية في دولة الإقامة الفعلية.[2]

إذا كانت التشريعات المقارنة تميّز الأجنبي عن الوطني في ممارسة بعض الحقوق أو التمتع ببعض الإلتزامات، وذلك إستنادا للضابط الشخصي الذي يفرض معاملة خاصة بالأجانب متى وجدوا في دولة غير دولتهم القانونية، فإنّ إعترافها بحقّي: إكتساب الجنسية، والإقامة، وما يتبعهما من حقوق،يبقى مهدّدا بالزوال في حالات معينة، ممّا يدفع بالدول إلى إتباع إجراءات تهدف من ورائها إلى حرمان الأجنبي من هذين الحقين بعد أن تمتّع بهما.

[1] H.Batiffol et P.Lagarde , traité de droit international privé,op.cit,p.306,Y.Loussouarn et P.Bourel ,précis de droit…,op.cit,p732,Mayer et Heusé,droit..,p.642 et s.

[2] محمد الروبي،جابر سالم عبد الغفار،خالد عبد الفتاح محمد,المرجع السابق،ص457.

المطلب الثاني:الإجراءات المتبعة ضد الأجانب بالنظر إلى تجنّسهم و توطّنهم:

قد تمنح الدولة جنسيتها للأجنبي، أو تسمح له بالإقامة على إقليمها،إلاّ أنّ التمتع بهذين الحقين، قد يكون مؤقتا، وذلك لأسباب معينة، مما يترتب عنه،سحب الجنسية ممّن إكتسبها،أو تجريده منها،أو إبعاده عن إقليمها.

و تبعا لذلك، متى تقوم الدولة بهذه الإجراءات؟،وما هي الآثار المترتبة على ذلك؟،و للإجابة على الإشكاليتين المتقدّمتين، سنتعرّض إلى سحب الجنسية المكتسبة و التجريد منها في (فرع أول)، وإلى إبعاد الأجانب في(فرع ثاني).

الفرع الأول:سحب الجنسية المكتسبة و التجريد منها:

وقد اقتصرنا في دراستنا على هذين الإجراءين، باعتبارهما الإجراءين الوحيدين اللّاإراديين، المتبعين لحرمان الأجنبي من الجنسية الوطنية بما أنهما يسريان على الأجانب دون الوطنيين.[1]

البند الأول:سحب الجنسية المكتسبة:

إذا ثبت أن المتجنّس حصل على الجنسية الوطنية بطرق إحتيالية،كتقديم وثائق مزوّرة، أو الإدلاء بتصريحات كاذبة، أو المساهمة في تيسير صدور مرسوم التجنس، ثبت للدولة المعنية حق سحب جنسيتها من المستفيد[2].

[1] إن فقدان الجنسية المكتسبة،قد يتحقق بالسحب،والتجريد،أو باكتساب جنسية أجنبية،أو بالتخلي عن الجنسية المكتسبة ،غير أن حالة فقدان الجنسية المكتسبة الأخير،يكون فيها لإرادة المعني دورا،كما أن فقدان الجنسية بإكتساب جنسية أجنبية،يسري على كل متمتع بالجنسية الوطنية،أصلية كانت أو مكتسبة،راجع،أحمد عبد الكريم سلامة،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص331،راجع كذلك، نص المادة18 من قانون الجنسية الجزائري.

[2] زروتي الطيب،الوسيط في الجنسية الجزائرية...،المرجع السابق،ص488.

هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة13ف01من قانون الجنسية بنصها:"يمكن دائما سحب الجنسية من المستفيد، إذا تبين خلال عامين(02)من نشر مرسوم التجنس في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، بأنه لم تكن تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في القانون، أو أنه استعمل وسائل الغش في الحصول على الجنسية".[1]

و لا يتم سحب الجنسية من المتجنّس إلّا في حالات معينة،ومتى ثبت هذا الإجراء ،صاحبته آثار محدّدة.

أوّلا:حالات سحب الجنسية و إجراءاته:

إن أغلب التشريعات في القانون المقارن، بما فيها المشرع الجزائري،تحدّد حالات معينة، إذا توافرت ثبت للدولة حق سحب الجنسية من الأجنبي الذي إكتسبها، ومن هذه الحالات:

1-عدم الأمانة في من إكتسب جنسية الدولة، إذا ما تبيّن أنه تحصل عليها بطريق الغش أو إخفاء بعض الحقائق، أو إستخدام مستندات مزوّرة.[2]

[1] إن تشريعات الجنسية الحديثة لبعض الدول مثل هولندا(قانون1985)،والبرتغال(قانون1981)،واليابان(قانون1985)-لم تنص على الحرمان من الجنسية بالسحب-،كما أن إتفاقية نيويورك،المبرمة في20-08-1961،الخاصة بالتقليل من حالات إنعدام الجنسية،ولا سيما المادة08ف01تنص على عدم جواز حرمان الشخص من جنسية دولة طرف في الإتفاقية إذا ترتب على ذلك صيرورته بغير جنسية،كما أن هناك من يصنّف السحب ضمن أحوال التجريد(قانون الجنسية العماني في المادة13ف2)،أما القانون السعودي فنص على السحب في المادة 22من قانون الجنسية،ونص عليه قانون الجنسية اليمني في المادة17ف. ج،والقانون المغربي في الفصل 14ف03،وقانون الجنسية الليبي في المادة08ف03من قانون1980،راجع زروتي الطيب،الوسيط في الجنسية الجزائرية،المرجع السابق،هامش الصفحة545.

[2] بن عبيدة عبد الحفيظ،المرجع السابق،ص158،وفي هذا المجال،يقر القانون الفرنسي سحب الجنسية الفرنسية إذا كان قرار التجنّس قد صدر نتيجة الغش والكذب، ويجوز سحب المرسوم القاضي به مدة سنتين من اكتشاف الغش أو الكذب(المادة112 من قانون الجنسية لسنة194،,المعدل في1973)،و ينص الفصل14فقرة02من قانون الجنسية المغربي على أنه: يجوز أن تسحب الجنسية في حالة الإدعاء الكاذب,أو إستعمال وسائل التّدليس دون تحديد المدة التي يتخذ فيها قرار السحب،و حسب المادة15من قانون الجنسية المصري تحدد المدة في هذه الحالة ب10 سنوات التالية لإكتساب الجنسية.

2-الإخلال بالشروط المتطلّبة لمنح الجنسية المكتسبة، وقد سبق بيان هذه الشروط، و نحن بصدد دراسة شروط إكتساب الجنسية، ومن أمثلتها: السحب لأسباب راجعة لسوء الخُلُق [1]،إذ يشترط في المتجنّس الإستمرار على سلوكه المحمود لثبات جنسيته، وكذا السّحب لعدم الإبقاء على روابط الإندماج في الجماعة الوطنية،كإنقطاع إقامته في إقليم الدولة و نقل إقامته إلى إقليم دولته الأصلية،أو دولة أخرى، غير الدولة مانحة الجنسية.

وذكرنا هذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر،لأن كل دولة تضمن تشريع جنسيتها، وطرق سحبها ممن إكتسبها وفقا لمصالحها و أنماط نظمها، والدين السائد فيها. ويكتفي المشرع الجزائري بالحالتين المتقدّمتين،حتى يقرّر سحب الجنسية الجزائرية ، ولكنه يشترط أن يكتشف السبب الذي يبرّر السحب خلال عامين من نشر مرسوم التجنس، وهو ما يستنتج من نص المادة13ف01من قانون الجنسية.

و يجوز سحب الجنسية في بعض التشريعات بموجب قرار مسبّب من مجلس الوزراء[2]، وفي تشريعات أخرى يثبت بموجب حكم قضائي، في حين ينص المشرع الجزائري في المادة13ف2من قانون الجنسية:"يتمّ سحب الجنسية بنفس الأشكال التي تم بها منح التجنس، بعد إعلام المعني بذلك

[1]تشترط بعض التشريعات العربية،صدور حكم بعقوبة جنائية،أو بعقوبة بجريمة مخلة بالشرف،أو بجريمة ماسة بأمن الدولة الداخلي و الخارجي حتى يتقرر السحب،نذكر من ذلك:قانون الجنسية الليبي (م09ف1)،قانون الجنسية المصري(م15ف2)،قانون الجنسية الكويتي(م13ف ج)،قانون الجنسية الأردني(م19ف1)،و تكيف هذه الحالة على أنها تجريد من الجنسية في تونس،والجزائر،والمغرب،راجع،زروتي الطيب،الوسيط في الجنسية الجزائرية،المرجع السابق،ص547،أحمد عبد الكريم سلامة،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص334.

[2]تنص المادة 15من قانون الجنسية المصري لسنة1975:"يجوز بقرار مسبّب من مجلس الوزراء سحب الجنسية المصرية من كل من إكتسبها بطريق الغش،أو بناء على أقوال كاذبة خلال السنوات العشرة التالية لإكتسابه إياها."

قانونا، ومنحه مهلة شهرين لتقديم دفوعه."[1]،وبهذا يتمّ سحب الجنسية بموجب مرسوم رئاسي منشور بالجريدة الرسمية[2].وفي مقابل ذلك يمكن لمن سحبت منه الجنسية الجزائرية إبداء دفوعه، خلال شهرين من إعلامه بالسحب، وبمرور هذه المدّة يفقد هذا الحق.

ومتى إتبعت الدولة إجراء السحب ضدّ مكتسب جنسيتها، ترتّب على ذلك آثار.

ثانيا:آثار سحب الجنسية:

يعتبر الشخص فاقدا لجنسية الدولة التي كان يتبعها من تاريخ سحبها، فيعامل معاملة الأجانب،[3] ولكن لا يعفيه ذلك من الوفاء بالإلتزامات المترتبة في ذمته قبل سحب الجنسية منه، في مقابل منحه حقوقه المالية الثابتة له، بصفته كان وطنيا[4]، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 13 ف 03 من قانون الجنسية :"عندما تكون صحة العقود المبرمة قبل نشر قرار سحب الجنسية متوقّفة على حيازة المعني بالأمر صفة الجزائري، فإنه لا يمكن الطعن في صحة هذه العقود بحجّة أنّ المعني بالأمر لم يكتسب الجنسية الجزائرية"،أمّا بالنسبة لمدّ الأثر الجماعي للسّحب لأسرة المعني بالأمر[5]، فيختلف بحسب الحالة التي تقرّر السحب على أساسها:

[1] ينص قانون الجنسية السوري في المادة 20 منه على أن يحصل السحب بموجب حكم قضائي.

[2] يتم السحب في قانون الجنسية السعودي بمرسوم ملكي مسبب(المادة21) و يصدر بمرسوم من الحاكم في قانون الجنسية القطري(المادة14)و في عمان يتم بمرسوم سلطاني(المادة13 من قانون الجنسية).

[3] محمد كمال فهمي،أصول القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص223،أحمد عبد الكريم سلامة،المرجع السابق،ص242.

[4] زروتي الطيب،الوسيط في الجنسية الجزائرية،المرجع السابق،ص550،أحمد عبد الكريم سلامة،ص343.

[5] الملاحظ هو أن قانونا الجنسية في الأردن و تونس، لم ينصّا على الآثار التبعية للسّحب،ومن ثم يقتصر السحب في هذين القانونين على الشخص المعني وحده.

1-إذا كان سببه راجعا لعدم صحة إكتساب الجنسيةبإستعمال وثائق مزوّرة أو تصريحات كاذبة ،في هذه الحالة يجوز سحب الجنسية ممن إكتسبها بالتبعية، فالغش لا يكون أساسا للحق، وما بُني على باطل فهو باطل[1].

2-إذا كان سبب السحب راجعا لسوء خلق مكتسب الجنسية، فالمفروض ألّا يمتدّ أثر السحب إلى من إكتسب الجنسية بالتبعية له، عملا بمبدأ شخصية العقوبة.[2]

3-كذلك الأمر في حالة ضعف إندماج المكتسب في المجتمع الوطني،كالإقامة في الخارج، فالإنقطاع الفردي عن الإقامة لا يقبل أن تمد أثر السحب بسببه إلى تابعي الشخص من أولاده القصر، وزوجته، إذا كانوا مقيمين بالدولة. وبهذا إن مدّ أثر السحب بقوة القانون في كل الحالات إلى عائلة المعني بالأمر ليس حلا مقبولا قانونا، بل يجب ترك الأمر جوازي للجهة المختصة لتقدير ضرورة مدّ أثر السحب إلى عائلة المعني بالأمر من عدمه ،حسب مختلف الحالات المعروضة.[3]

وعلى العموم تتّبع الدولة إجراء السحب ضد الوطني الدّخيل مكتسب جنسيتها، متى تحقّقت حالاته، وقد تتّبع ضدّه في حالات أخرى إجراء التجريد.

[1] من ذلك ما تقضي به المادة20 من قانون الجنسية السوري،والمادة13ف01من قانون الجنسية العمانية،المادة14 من قانون الجنسية القطري،راجع، أحمد عبد الكريم سلامة،المرجع السابق،ص345.

[2] إستثنت بعض القوانين العربية صراحة مدّ أثر السحب إلى التّابعين في هذه الحالة،راجع زروتي الطيب،المرجع السابق،هامش ص252،كما يأخذ القانون الفرنسي بذلك،راجع:

J.Derruppé, précis de droit international privé,op.cit.,p.32

[3] وهذا الموقف نصّت عليه المادة09فقرة أخيرة من قانون الجنسية الليبية لسنة1980 ،و الفصل21فقرة02 من قانون الجنسية المغربية،ونظرا لواقعية هذا الحل لا مانع من أن يأخذ به المشرع الجزائري صراحة.

الفرع الثاني:التجريد من الجنسية المكتسبة:

إنّ حقّ الدولة في اللّجوء إلى التجريد من جنسيتها يعتبر دفاعا ضد وطنيّيها الذين يمسّون بمصالحها العليا، وأمنها، ونظمها الأساسية لأن من يقوم بذلك يكون قد حوّل ولاءه لها، وأصبح غير جدير بحمل تابعيتها، نتيجة ما إقترفه من أفعال، تعتبر قرائن كافية على عدم صلاحية الإبقاء عليه ضمن جماعتها الوطنية[1].

وتتّجه بعض الدول العربية[2]إلى تعميم التجريد من الجنسية على الأصلاء، والدّخلاء دون تمييز في طبيعة الجنسية، وأساس التمتّع بها وقت الحصول عليها، بينما البعض الآخر، قصرت التجريد على الدّخلاء وحدهم، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري، ونص عليه صراحة في المادة22ف1:"كل شخص إكتسب الجنسية الجزائرية يمكن أن يجرّد منها."

وإذا كانت غالبية الدول بما فيها الجزائر تعتدّ بتجريد الأجنبي من الجنسية الوطنية المكتسبة، فمتى يثبت؟، و كيف يتمّ؟، و ما هي الآثار المترتبة عنه؟

[1]عصام الدين القصبي،الجنسية و مركز الأجانب،مكتبة سيدي وهبة،القاهرة1986،ص163.

[2]من ذلك القانون المصري،والقانون الكويتي،والقانون الأردني،والقانون الليبي،والقانون السوداني،والقانون السوري،كذلك في المملكة العربية السعودية،وقطر و البحرين و الإمارات العربية المتحدة،راجع زروتي الطيب،الوسيط في الجنسية الجزائرية،المرجع السابق،هامش ص554.

أوّلا:حالات التجريد من الجنسية المكتسبة و إجراءاته:

تتنوع حالات التجريد في التشريعات العربية،غير أنها تتّحد في دول المغرب العربي[1]،فأسباب التجريد فيها موحّدة،وهي نفسها أسباب التجريد في قانون الجنسية الجزائري، المحدّدة في المادة22:"كل شخص إكتسب الجنسية الجزائرية يمكن أن يجرّد منها:

1-إذا صدر ضدّه حكم من أجل فعل يعدّ جناية أو جنحة تمس بالمصالح الحيوية للجزائر[2].

2-إذا صدر ضدّه حكم في الجزائر أو في الخارج يقضي بعقوبة لأكثر من خمس(05)سنوات سجنا من أجل جناية.[3]

3-إذا قام لفائدة جهة أجنبية بأعمال تتنافى مع صفته كجزائري،أو مضرّة بمصالح الدولة الجزائرية.[4]"

و مادام التجريد سببه القيام بالعمل الموصوف في ذاته، فإنّ ردّ الإعتبار القانوني أو القضائي، أو صدور عفو شامل لا يحول دون اللّجوء إليه[5].

و جاء في الفقرتين الأخيرتين من المادة22ق.ج.ج:"و لا يترتّب التجريد إلا إذا كانت الأفعال المنسوبة إلى المعني قد وقعت خلال العشر(10)سنوات من تاريخ إكتساب الجنسية الجزائرية.

[1]باستثناء القانون المغربي الذي يضيف سببا آخر خاص بالإدانة في جريمة إعتداء أو إهانة نحو الملك أو أعضاء الأسرة الحاكمة(الفصل22 من قانون الجنسية،الفقرة01،الحالة الأولى).

[2]و قد حدد قانون العقوبات الجزائري،الجرائم الماسة بأمن الدولة في موادّه من61إلى96 منه، و حصرها في جرائم الخيانة،التجسّس،جرائم التعدي على الدفاع الوطني أو الإقتصاد الوطني، الجرائم التي تمس سلطة الدولة و سلامة أرض الوطن،جنايات التقتيل و التخريب و التمرّد،ويُضاف لذلك الجرائم الماسة بأمن الدولة،المقرّرة في قوانين خاصة كجرائم الإرهاب مثلا.

[3]يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف الفعل على أنه جناية.

[4]وتقدير الأعمال المنافية لصفة الشخص الجزائري،وكذلك مدى الإضرار بالمصالح الجزائرية،يخضع للسلطة المختصة في الجزائر،والراجح أن تكون هذه الأعمال مُعاقب عليها جزائيا،راجع زروتي الطيب،الوسيط في الجنسية الجزائرية...،المرجع السابق،ص508،بن عبيدة عبد الحفيظ،المرجع السابق،ص166.

[5]علي علي سليمان،المرجع السابق،ص290.

ولا يمكن إعلان التجريد من الجنسية إلا خلال أجل خمس(05)سنوات، ،إعتبارا من تاريخ إرتكاب تلك الأفعال"[1].

من حكم هاتين الفقرتين، يتّضح أن التجريد مقيّد بمدّتين،المدّة الأولى خاصة بوقت حصول الفعل الذي أُسّس عليه التجريد، وهي ألّا تمضي مدة10 سنوات من يوم إكتساب الجنسية الجزائرية وقت إرتكاب الفعل،وتعدّ هذه المدّة مدّة تجربة لإختبار سلوك الفرد، وبإنقضائها يصبح الدّخيل في مأمن من التجريد، ولو إرتكب لاحقا أحد الأفعال الموجبة له. والمدة الثانية،هي مدة تقادم الفعل، وهي ألاّ تمضي خمس سنوات من تاريخ إرتكاب الفعل و الإعلان عن التجريد، وبمضيّها لا يجوز أن يكون ذلك الفعل سببا للتجريد، هذا يعني أنّ المدّة القصوى في القانون الجزائري هي أقل من15 سنة، بين وقت إكتساب الجنسية و وقت الإعلان عن التجريد[2].

ونظرا لمخاطر التجريد، إشترطت جلّ القوانين العربية أن يكون صادرا من جهة عليا قادرة على صيانة مصالح المجتمع العليا مما يهدّدها من مخاطر، فأوجبت أن يصدر في شكل قرار أو مرسوم من الملك، أو رئيس الجمهورية،أو مجلس الوزراء، بل إنّ بعض التشريعات العربية، لا تجيز إصدار القرار القاضي بالتجريد، إلا بعد إضطلاع المعني بالأمر، وتمكينه من تقديم ملاحظاته، على الإجراء المراد إتخاذه في مواجهته، وهذا هو موقف المشرع الجزائري، إذ نصّ في المادة23ق.ج:"يتمّ التجريد

[1] و يأخذ القانونان التونسي و المغربي بنفس المدة المقررة في القانون الجزائري ،ويرجع سبب ذلك إلى تأثّر هذه القوانين الثلاثة بالقانون الفرنسي، الذي أخذت منه تحديد المدّتين المقررتين،راجع زروتي الطيب،المرجع السابق،هامش الصفحة554.

[2] أعراب بلقاسم،تنازع الإختصاص القضائي الدولي...،المرجع السابق،ص218،بن عبيدة عبد الحفيظ،المرجع السابق،ص168.

من الجنسية بمرسوم بعد تمكين المعني بالأمر من تقديم ملاحظاته، وله أجل شهرين للقيام بذلك"[1].

فالتجريد من الجنسية الجزائرية يتم بموجب مرسوم رئاسي، وذلك بعد أن يبدي المعني بالأمر دفاعه عن نفسه في مهلة شهرين، ولم يذكر النص متى يبدأ حساب مدة الشهرين، والراجح أنّ هذه المدة تبدأ من تاريخ علم المعني بالأمر بأنه معرّض للتجريد من الجنسية.[2]

إنّ مرسوم التجريد ينشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وينتج أثره بالنسبة إلى الغير من تاريخ هذا النشر، وذلك طبقا للمادة29من ق.ج.ج :"تنشر المراسيم المتعلقة بإكتساب الجنسية في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وتحدث أثرها إتجاه الغير إبتداء من تاريخ هذا النشر"[3].

و الملاحظ هو أن المشرع الجزائري لم يذكر متى يحدث التجريد أثره بالنسبة للمعني بالتجريد، ولإعتبار مرسوم التجريد بمثابة قرار إداري ، فإنه يرتّب أثره من يوم صدوره بالنسبة للمعني بالأمر[4].

ومتى صدر مرسوم التجريد، فما هي الآثار المترتبة عنه؟

[1] يقابل هذه المادة:الفصل23ف3من قانون الجنسية المغربية،والفقرة5من المادة10من قانون الجنسية الليبية لسنة1980.

[2] بن عبيدة عبد الحفيظ،المرجع السابق،ص170،أعراب بلقاسم،تنازع الإختصاص القضائي الدولي...،المرجع السابق،ص219.

[3] وتسري أحكام هذه المادة على السحب أيضا.

[4] بن عبيدة عبد الحفيظ،المرجع السابق،ص170،زروتي الطيب،الوسيط في الجنسية الجزائرية،المرجع السابق،ص557.

ثانيا:الآثار المترتبة على التجريد من الجنسية المكتسبة:

من البديهي أن يصبح المجرّد من جنسيته أجنبيا، وتسري عليه الأحكام المقرّرة للأجانب، ولكن لا يترتّب على التجريد إعفاء الشخص من إلتزامات كان يجب عليه القيام بها قبل أن يجرّد من جنسيته[1].

أما بالنسبة لآثار التجريد على أسرة المعني، فهناك تباين في مواقف التشريعات العربية، فهناك من تمدّ أثر التجريد تلقائيا إلى الأبناء القصر[2]، والبعض الآخر من التشريعات نص صراحة على قصر أثر التجريد على الشخص المعني وحده[3]، وسكتت قوانين أخرى، ولم تنص على موقفها من التجريد في هذه الحالة[4]، ويفسّر ذلك على أنه رفض لمدّ أثر التجريد إلى أسرة الشخص لأنها عقوبة تبعية ذات طابع جزائي، والمفروض أن تكون شخصية، في حين أناطت قوانين أخرى سلطة تقدير مدّ أثر التجريد إلى أسرة المعني بالأمر أو إلى جهة الإدارة المختصة[5].

هذا و أجازت قوانين أخرى مدّ أثر التجريد إلى أسرة الشخص، ولكن قيّدته بشروط خاصة[6]، ويأخذ المشرع الجزائري بذلك،إذ تنص المادة24من قانون الجنسية:"لا يمتدّ أثر التجريد من

[1]زروتي الطيب،الوسيط في الجنسية الجزائرية،المرجع السابق،ص558.

[2]تنص المادة13ف02من قانون الجنسية العراقي على فقد أولاد العراقي القصر للجنسية.

[3]تنص على ذلك المادة17ف02من قانون الجنسية المصرية،والمادة14ف أ من قانون الجنسية الكويتية.

[4]من بينها:لبنان،الأردن،ليبيا،الإمارات العربية المتحدة،عمان،راجع زروتي الطيب،الوسيط في الجنسية الجزائرية،المرجع نفسه،ص559.

[5]ومن ذلك ما تقتضي به المادة23من قانون الجنسية السوري:"يترتب على تجريد الشخص من الجنسية سقوطها عنه وحده،ما لم ينص على خلاف ذلك صراحة."و تنص المادة15ف أخيرة من قانون الجنسية القطرية على قصر أثر التجريد على المعني وحده،إلا إذا ثبت أن مصالح الدولة العليا،وضرورات المحافظة على الأمن العام تقتضي غير ذلك.

[6]نص الفصل35من قانون الجنسية التونسي على أنه يمكن أن يشمل التجريد الأولاد المحجورين للصغر،بشرط أن يكونوا قد إحتفظوا بجنسيتهم الأجنبية،ولا يمكن أن يشملهم إذا لم يشمل الزوجة أيضا،وينص الفصل24من قانون الجنسية المغربي في الفقرة الثانية على أنه:"يجوز مد أثر التجريد إلى زوجة الشخص و أولاده القاصرين إذا كانوا من أصل أجنبي و محتفظين بجنسيتهم الأجنبية،غير أنه لا يجوز مدّ أثره إلى الأبناء القصر غير المتزوجين،إذا لم يكن شاملا الأم أيضا".

الجنسية إلى زوجة المعني و أولاده القصر، غير أنه يجوز تمديد التجريد من الجنسية إلى الأولاد إذا كان شاملا لأبويهم."وحكم هذه المادة يتوافق مع تكريس مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة، ومنح الجنسية الأصلية على أساس النسب للولد المولود من أم جزائرية، أو أب جزائري، ودون تمييز بينهما.وإنطلاقا من ذلك، إنّ تجريد أحد الزوجين من الجنسية الجزائرية، لا يمتد إلى الطرف الثاني، ولا إلى أولاده القصر، باعتبار أنّ أحد الزوجين يبقى محتفظا بالجنسية الجزائرية، وبالتبعية يحتفظ الأولاد بجنسيتهم، ولكن إذا شمل التجريد كلا الأبوين، فيمكن أن يمتدّ إلى أولادهما.[1]

و على العموم، من خلال إجراء كل من السحب و التجريد، يتضح أن تمتّع الوطني الدخيل بالجنسية الطارئة، يبقى مهدّدا بالزوال،ليس هذا فحسب، إنّ حق الأجنبي في الإقامة على إقليم الدولة المستضيفة قد يكون عرضة للزوال أيضا.

الفرع الثاني:إبعاد الأجانب:

إنّ للدولة حقا في إبعاد كل أجنبي ترى في بقائه بإقليمها تهديدا لسلامتها رغم عدم إنقضاء مدة الإتفاقية المصرّح له بها،فحق الدولة في إبعاد الأجانب، هو أحد النتائج الضرورية لسيادتها على أراضيها[2]، ولكن متى يثبت لها هذا الحق؟، وما هي الإجراءات المتبعة في إصداره أو تنفيذه؟

و للإجابة عن الإشكاليتين المتقدمتين،سنتعرّض أوّلا إلى توضيح أسباب الإبعاد(بند أول)، وإلى إجراءاته(بند ثاني)، مبرزين موقف المشرع الجزائري في كل حالة.

[1] و حسب رأي بن عبيدة عبد الحفيظ،لا يمتد التجريد إلى الأولاد إذا كانوا بالغين،أو كانوا قصرا لا يعيشون مع والديهم،أو إذا لم تكن لهم جنسية أجنبية أخرى، وذلك حتى لا يصبحوا عديمي الجنسية،راجع بن عبيدة عبد الحفيظ،المرجع السابق،ص173.

[2] مصطفى العدوى،المرجع السابق،ص200،جابر جاد عبد الرحمن،إبعاد الأجانب،رسالة دكتوراه،جامعة القاهرة،سنة1974،ص14، وما بعدها،حسني درويش،إبعاد الأجانب بين سيادة الدولة،وموجبات الأمن،مجلة الفكر الشرطي،الإمارات العربية المتحدة،الشارقة،المجلد الثالث،العدد الأول،يونيو1994،ص237.

البند الأول:أسباب الإبعاد:

يجب أن يستند الإبعاد إلى أسباب جدية،وأن يستجيب لضرورة حقيقية،فلا يكون مشروعا إذا لم تكن له أسباب تبرره.والملاحظ هو أن المحاولات العديدة للتشريعات المختلفة التي طرحت في مجال تحديد أسباب الإبعاد[1]،قد اعتمدت على عبارات مرنة،يمكن القول أنها لا تعدو أن تكون تحديدا صوريا يخفي عدم التحديد لأسباب الإبعاد.[2]

وقد حاول المشرع الجزائري تحديد هذه الأسباب في المادة30من أمر 08-11،المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها و تنقلهم فيها،وذلك بنصه:"علاوة على الأحكام المقررة في المادة22فقرة03 أعلاه،فإنّ إبعاد الأجنبي خارج الإقليم الجزائري،يمكن أن يتّخذ بموجب قرار صادر عن وزير الداخلية في الحالات التالية:

1-إذا تبيّن للسلطات الإدارية أن وجوده في الجزائر يشكل تهديدا للنظام العام و/أو أمن الدولة.

2-إذا صدر في حقه حكم أو قرار قضائي نهائي يتضمّن عقوبة سالبة للحرية بسبب إرتكابه جناية أو جنحة.

3-إذا لم يغادر الإقليم الجزائري في المواعيد المحدّدة له طبقا لأحكام المادة22(الفقرتان1و2)أعلاه،ما لم يثبت أن تأخّره يعود إلى قوة قاهرة".

---

[1] تقضي المادة26من تشريع الإبعاد المصري لقانون رقم79 لسنة1970بأنه:"لا يجوز إبعاد الأجنبي...إلا إذا كان في وجوده ما يهدّد أمن الدولة أو سلامتها في الداخل أو في الخارج أو إقتصادها القومي،أو الصحة العامة،أو الآداب العامة،أو السكينة العامة،أو كان عالة على الدولة..."،و نص التشريع الفرنسي لسنة1981 المتعلق بالإبعاد على سبب واحد و هو: أن يكون في وجود الأجنبي على أرض الدولة تهديدا خطيرا للنظام العام،راجع عصام الدين القصبي،ضمانات الأجنبي...،المرجع السابق،ص95.

[2] عصام الدين القصبي،ضمانات الأجنبي في مواجهة قرار الإبعاد،دراسة مقارنة بين القانونين المصري و الفرنسي،جامعة المنصورة، سنة1975،ص90،عصام الدين القصبي،القانون الدولي الخاص،الجنسية و مركز الأجانب،جامعة المنصورة،سنة1975-1976،ص،314و ما بعدها.

و الملاحظ هو أن نص المادة30 من قانون رقم08-11،تحيل إلى نص المادة22 من نفس القانون،والتي تنص في فقراتها1،2،3 على أنه:"يمكن سحب بطاقة المقيم من حائزها في أية لحظة إذا ثبتةنهائيا أنه لم يعد يستوفي أحد الشروط المطلوبة لتسليمها إياه.

وفي هذه الحالة، يُعذر المعني بالأمر بمغادرة الإقليم الجزائري خلال أجل ثلاثين(30) يوما إبتداءا من تاريخ تبليغه الإجراء، غير أنه و بصفة إستثنائية، يمكنه الإستفادة من أجل إضافي لا يتعدى 15 يوما بناء على طلب مبرّر.

كما يمكن سحب بطاقة المقيم من الأجنبي المقيم الذي ثبت للسلطات المعنية أن نشاطاته منافية للأخلاق والسكينة العامة،أو تمس بالمصالح الوطنية،أو أدّت إلى إدانته عن أفعال ذات صلة بهذه النشاطات.

وفي هذه الحالة تطرد الرعية الأجنبية فورا بمجرد إستكمال الإجراءات الإدارية و القضائية."

و يستنتج من نص المادتين أن المشرع الجزائري حصر أسباب الإبعاد فيما يلي:

-حالة مخالفة الأجنبي المقيم للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر.

-حالة مخالفة الأجنبي الحائز على بطاقة إقامة للشروط المطلوبة لحيازتها،والذي تسحب منه بطاقة المقيم،ولم يغادر الإقليم الجزائري خلال30 يوما من تاريخ تبليغه،أو خلال45 يوما من تاريخ تبليغه إذا كان له مبرّر، وذلك إذا لم يثبت أن تأخّره يرجع لقوة قاهرة.

-حالة الأجنبي الذي تسحب منه بطاقة المقيم نتيجة لإرتكابه نشاطات منافية للأخلاق، والسكينة العامة، أو تمس بمصالح الدولة الجزائرية، أو أدّت إلى إدانته عن أفعال ذات صلة بهذه النشاطات.

-حالة الأجنبي المقيم في الجزائر الذي يرتكب جناية أو جنحة،ويصدر بشأنها حكم قضائي نهائي.

و الملاحظ هو أنّ نص المشرع الجزائري على إبعاد الأجنبي من الجزائر في حالة مخالفته للنظام العام و/أو لأمن الدولة الجزائري[1]، تكفي لشمل كافة الحالات التي نص عليها في المادتين22و30من قانون08-11 . ومتى ثبت للسلطة المختصة أن هناك أجنبيا تتوافر فيه أسباب الإبعاد، فما هي الإجراءات التي تتبعها؟

بند ثاني:إجراءات الإبعاد:

تسند التشريعات في القانون المقارن الإختصاص بإبعاد الأجانب إلى السلطة التنفيذية،حيث يصدر قرارا من وزير الداخلية،وإختصاص السلطة التنفيذية بهذا الإجراء يمليه المنطق، فالإبعاد لا يعدو أن يكون إجراءا بوليسيا تدافع به الدولة عن نفسها ضد الأجنبي الذي صار وجوده على أرضها أمرا غير مرغوب فيه لأسباب تقدرها[2]، وقد أكّد هذا الإجراء المشرع الجزائري في نص المادة 30من قانون08-11:"إن إبعاد الأجنبي خارج الإقليم الجزائري،يمكن أن يتّخذ بموجب قرار صادر عن وزير الداخلية."

ومن مسلّمات القانون العام ،أنّ القرار الإداري لا يكون صحيحا إلّا إذا كان مسبّبا، والتسبيب يعني أن يصدر القرار مبيّنا للرابطة بين الواقع و القانون،أي موضّحا أن الأفعال التي إرتكبها

[1]:يكتفي الفقه الفرنسي بإرجاع سبب الإبعاد إلى شرط المخالفة الخطيرة للنظام العام،ويعني ذلك أن تحديد النظام العام ينبغي أن يصل إلى درجة معينة من الجسامةبحيث يصل حد الخطورة راجع:

Zeibak,Salim,le régime juridique du séjour des étrangers en Francen,thése de université , Robert Schuman , Strasbourg,1997,p .446,Julien laferriere(François) ,droit des étrangers, op. cit., p146 .

[2]:عصام الدين القصبي،القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص313،سالم جروان علي أحمد النقبي،المرجع السابق،ص57.

الشخص تؤدي بالضرورة إلى توافر سبب أو أكثر يبرّر إتخاذ هذا الإجراء[1]، وقد نص المشرع الفرنسي صراحة على ضرورة تسبيب قرارات الإبعاد[2]،وذلك خلافا للمشرّعين الجزائري و المصري[3].

و قد حرص مشرّعوا الدول المختلفة على النص على وجوب أن تمنح الإدارة الأجنبي المبعد مهلة معينة،يتعين عليه مغادرة البلاد خلالها،وقد حدّدت هذه المدة في التشريع الجزائري بين48ساعة و 15 يوما، يسري حسابها من تاريخ التبليغ بقرار الإبعاد[4] ،و ذلك حسب خطورة الأفعال المنسوبة إليه،في حين ترك المشرع الفرنسي للإدارة كامل التّقدير في تحديد هذه المدة،حسب ظروف كل حالة على حدة[5].

وطبقا للقانون الجزائري[6]،يجوز للأجنبي موضوع قرار الإبعاد،أن يرفع دعوى أمام القضاء الإستعجالي المختص في المواد الإدارية،وذلك في أجل أقصاه05 أيام إبتداءا من تاريخ تبليغ هذا القرار، ويمكن تمديد هذا الأجل إلى30 يوما إذا كان الطاعن أجنبيا متزوّجا منذ سنتين على الأقل مع جزائري،شريطة أن يكون الزواج قانونيا و قائما فعليا، أو إذا كان الطاعن أجنبيا أثبت بالوسائل

[1] Auby et Drago,traité de contentieux administratif,Tom .03, paris ,1962 ,p.37.

[2]صدر في 10 يناير1970 منشور دوري يوضّح القرارات الإدارية و اجبة التسبيب، و من بينها قرارات إبعاد الأجانب من الإقليم الفرنسي،راجع الجريدة الرّسمية الصادرة في 14-15يناير1979،ص475،راجع كذلك:

J.Y ,Faberon,la reformel de la motivation des actes administratifs et des actes des organismes de l'aide sociale par la loi du 11 juillet 1979 ,J .C.P,198,p .2980

[3]بالنسبة للتعليق على التشريع المصري،راجع عصام الدين القصبي،ضمانات الأجنبي،المرجع السابق،ص101،أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يرد أي نص في قانون08-11 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر و إقامتهم بها يتضمن تسبيب قرار الإبعاد.

[4]هذا ما نصت عليه المادة31-ف02من قانون08-11،و تنص المادة14ف01من قرار وزير الداخلية المصري لسنة1960 على منح الأجنبي المبعد مهلة 15 يوما من تاريخ التبليغ.

[5]عصام الدين القصبي،المرجع السابق،ص124-125.

[6]راجع المواد31-32من قانون08-11 ،المتعلق بشروط إقامة الأجانب في الجزائر.

الشرعية إقامته المعتادة في الجزائر قبل سن الثامنة عشر مع أبويه الّذين لهما صفة المقيم،أو كان أجنبيا حائزا على لبطاقة مقيم مدة صلاحيتها عشر سنوات.وفي جميع الأحوال،يكون للطعن أثرا موقفا.

وطبقا للمادة32ف03 من قانون08-11،يجوز للقاضي الإستعجالي الجزائري، أن يأمر مؤقتا بوقف تنفيذ قرار الإبعاد في حالة الضرورة القصوى لاسيما عن الحالات الآتية:

1-الأب الأجنبي أو الأم الأجنبية لطفل جزائري قاصر مقيم في الجزائر،إذا أثبت(ت)أنه(ها)يساهم في رعاية و تربية هذا الطفل.

2-الأجنبي القاصر عند إتخاذ قرار الإبعاد.

3-الأجنبي اليتيم القاصر.

4-المرأة الحامل عند صدور قرار الإبعاد.

ومتى صدر قرار إبعاد الأجنبي، وثبتت إستحالة مغادرته التراب الوطني، فيمكن أن يجبر بموجب قرار من وزير الداخلية على الإقامة في مكان معيّن إلى أن تزول هذه الإستحالة.[1]

وبخصوص مخالفة أحكام الإبعاد، فإن كل أجنبي يريد التملّص من تنفيذ قرار الإبعاد، أو يدخل من جديد و بدون رخصة التراب الجزائري بعد إبعاده منه، يتعرض لعقوبة الحبس من سنتين إلى خمسة سنوات، إلا إذا أثبتت أنه لا يستطيع الإلتحاق ببلده الأصلي، ولا التوجّه لبلد آخر، وذلك طبقا لأحكام الإتفاقيات الدولية المتعلقة بنظام اللاّجئين و عديمي الجنسية.

[1] هذا ما نصت عليه المادة32ف4من قانون08-11السابق الذكر.

وعلاوة على ذلك، يمكن أن تصدر المحكمة حكما يقضي بمنعه من الإقامة بالإقليم الجزائري، لمدة لا تتجاوز عشر سنوات ، ويرتب المنع من الإقامة بالإقليم الجزائري بقوة القانون، إبعاد المحكوم عليه إلى الحدود، وعند الإقتضاء بعد نفاذ عقوبة حبسه النافذ.[1]

و يتّضح من خلال الدراسة التي قمنا بها في هذا البحث، أن لضابطي الجنسية والموطن دورا بارزا في القانون الدولي الخاص، يظهر أساسا في حل مشاكل تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، وكذا حل بعض المشاكل التي يثيرها تنازع الإختصاص القضائي الدولي، سواء من حيث تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع، أو من حيث تحديد معاملة الأحكام الأجنبية، هذا إلى جانب دوره في تمييز معاملة الأجانب الطبيعيين عن الوطنيين.

[1] راجع نص المادة 42 من قانون 08-11 أعلاه.

الخاتمة:

يلعب الضابط الشخصي دورا بارزا في حلّ المشاكل التي يثيرها تنازع قانونين فأكثر على حكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، لاسيما إذا تعلّق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية.

ويبرز هذا الدور في الدول الأنجلوسكسونية، التي تسند الأحوال الشخصية لضابط الموطن لتحديد القانون الذي يحكمها، وفضلا عن ذلك حتى بالنسبة لهذه الدول، يميّز فيها بين موطن الأجنبي، وموطن المواطن الذي يقترب من مفهوم الجنسية، وفي مقابل ذلك تسند التشريعات اللاتنية وغالبية التشريعات العربية الأحوال الشخصية لضابط الجنسية لتحديد القانون الذي يسري عليها، لكن ذلك لا يمنع من الإعتداد بضابط الموطن في بعض المواقف، باعتبار ذلك أكثر ملاءمة لمبدأ المساواة، وقد أخذ بذلك بعض التشريعات بصفة صريحة، كما هو حال المشرع التونسي في المادة 47 من مجلة القانون الدولي الخاص، والمشرع الفرنسي في المادة 309 من القانون المدني لسنة 2006، كما يتقرر اختصاص قانون الموطن أحيانا كاستثناء على تطبيق قانون الجنسية.

وبين الإعتداد بضابط الموطن أو ضابط الجنسية، تأخذ دول أمريكا اللاتينية بنظام مختلط فتطبّق على رعاياها قانون الجنسية، وعلى الأجانب قانون الموطن، وعلى عكس ذلك تعتدّ الدول الإسكندنافية بالموطن بالنسبة لرعاياها،وبالجنسية متى تعلّق الأمر بالأجانب، ولا ريب أن هذا الحل يستهدف إقامة نوع من التناسق والإنسجام الدولي.

ونظرا لأهمية الدور الذي يلعبه الضابط الشخصي، نجد أن قاعدة الإسناد في التشريع المدني الجزائري، لا تخرج عن إعمال ضابط الجنسية كقاعدة عامة مع الإستعانة بضابط الموطن أحيانا واستثناءا، حيث أسند المشرع الجزائري مسائل الحالة والأهلية لقانون الجنسية في المادة 10 فقرة أولى من القانون المدني، وقرّر استثناء على هذه القاعدة، يتعلّق بالجهل المغتفر بالقانون الأجنبي في المادة 10 فقرة ثانية، وأسند النظام القانوني للأشخاص الإعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات لقانون الدولة التي يوجد فيها المقرّ الإجتماعي الرئيسي والفعلي في

المادة 10 فقرة ثالثة، وذهب الرأي الراجح فقها إلى ربط قانون المقرّ الإجتماعي الرئيسي والفعلي بقانون جنسية الشركة، ولكن مع ذلك قد يتقرّر تطبيق قانون موطن الشركة باعتباره قانون القاضي، إذا كانت هذه الأشخاص المعنوية تمارس نشاطها في الجزائر، تطبيقا لنص المادة10 فقرة رابعة، وإلى جانب ذلك أسند المشرّع النظم الخاصة بحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين لقانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته، مع اختصاص القانون الجزائري بحكم التدابير المستعجلة، إذا وجد القصّر وعديمي الأهلية والغائبين في الجزائر، وقت اتخاذ هذه التدابير،أو تعلّقت التدابير بأموالهم الموجودة في الجزائر، وهذا ما نصّت عليه المادة 15 في فقرتيها الأولى والثانية.

ويبرز دور ضابط الجنسية أكثر في التشريع الجزائري في إسناد العلاقات الأسرية، إذ يسري على الشروط الموضوعية للزواج القانون الوطني للزوجين (الم.11)،وعلى الطلاق و الإنفصال الجسماني قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى (الم.12 فقرة 02)، وعل الآثار الشخصية والمالية للزواج قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج (الم. 12 فقرة 01).

وينعقد الإختصاص التشريعي إستثناء للقانون الجزائري، إذ كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، ويسري هذا الإستثناء على نص المادتين 11 و12 ،كما يسند المشرّع الجزائري النفقة بين الأقارب لقانون جنسية المدين بالنفقة في المادة 14، ونص في المادة 16 فقرة أولى على أنه يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة قانون جنسية المورّث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت الوفاة، وخصّ الهبة بحكم خاص بها في المادة 16 فقرة ثانية، وذلك بإخضاعها لقانون جنسية الواهب وقت إجرائها.هذا وقد أسند المشرّع الشّروط الشكلية للتصرّفات القانونية لضابط الجنسية المشتركة أو ضابط الموطن المشترك، ولو كان ذلك بصورة اختيارية.

إنّ تنظيم المشرع الجزائري لقواعد التنازع الخاصّة بمسائل الأحوال الشخصية، لا يعني أنّ هذا التنظيم جاء متكاملا و غير ناقص، وإنّما في الحقيقة كان على المشرّع الجزائري أن يتدخّل بقاعدة إسناد صريحة ينصّ فيها

بصريح العبارة على القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج في حالة اختلاف الزوجين في الجنسية، كما فعل المشرّع التونسي في المادة 45 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي، فيأخذ بالتطبيق الموزع صراحة لأن موانع الزواج التي يلزم أن يكون بشأنها التطبيق جامعا تتدخل من خلال فكرة النظام العام.

ضف إلى ذلك أن المادتين 12و 13 ق.م.ج، وجّهت لهما انتقادات مضروبة في الصميم والأساس، ممّا يستلزم الأمر على المشرّع أن يتدخّل بتعديلات في المستقبل، قد يترتّب عنها إلغاء الإستثناء الوارد في نص المادّة 13 ق.م.ج، وتغيير الوقت الذي يعتدّ به في قانون جنسية الزوج، المنصوص عليه في المادّة12 من القانون المدني، فحبّذا لو يسند آثار الزواج لقانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك للزوجين، ويسند انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

كما يؤخذ على موقف المشرّع الجزائري تسويته في إسناد الميراث و الوصية وسائر التصرّفات النافذة بعد الوفاة للقانون الشخصي الواجب التطبيق،مستغفلا بذلك طبيعة هذه التصرّفات التي قد ترد عليها بعض الشروط بصفتها تصرّفات إرادية، بغضّ النظر عن أنّها تصرّفات لا تنفّذ إلاّ بعد الوفاة كالأهلية مثلا،ومن جهة أخرى،إنّ تقرير الإختصاص الحصري للقانون الشخصي بكل ما يتعلّق بالتركة قد يشكّل بذاته تعارضا مع إعتبارات خضوع المال-بنوعيه المنقول والعقار-لقانون موقعه.

ومن الملاحظات الموجّهة أيضا للمشرع الجزائري، هو أنه لم يخصّ شكل الزواج بقاعدة إسناد صريحة ومستقلّة عن نصّ المادة 19 ق.م.ج التي تحكم شكل العقود، فحبّذا لو يتدخّل بنص تشريعي صريح يبيّن فيه قاعدة الإسناد الخاصة بشكل الزواج،كما هو الحال بالنسبة لبعض التشريعات العربية الأخرى كالقانون الكويتي والتونسي.

ورغم الدور الإيجابي الذي يلعبه الضابط الشخصي في إسناد الأحوال الشخصية، إلاّ أنّ له جانب سلبي، يظهر من خلال تلك المشاكل التي قد يواجهها القاضي أثناء البحث عنه، أو أثناء تحديده وتطبيقه، مما يترتّب عنه وجود القاضي أمام صعوبات يثيرها الضابط الشخصي، أو مشاكل تترتب على إعماله .

ومن الصعوبات التي يثيرها الضابط الشخصي، تعدّده، انعدامه، وتغييره. ويذهب الإتجاه الغالب فقها وتشريعا وقضاء إلى الإعتداد بالضابط الشخصي الحقيقي والفعلي في حال تعدّده، ما لم يكن للقاضي رابطة شخصية مع متعدّد الضابط الشخصي، ولقد ترسّخ معيار الضابط الشخصي الفعلي في القانون المقارن، إذ تأخذ به غالبية التشريعات الغربية والعربية، بما فيها المشرع الجزائري، الذي نص على الإعتداد بالجنسية الفعلية، ووظّفها كحل لفرضية تعدّد الجنسيات مع عدم وجود الجنسية الجزائرية بينها، وذلك في نص المادة 22 فقرة أولى من القانون المدني.

أما إذا تعدّد الضابط الشخصي، ووجد بين متعدّد الضابط الشخصي ودولة قاضي النزاع رابطة شخصية، فهنا إذا كانت قاعدة الإسناد الوطنية تعتد بضابط جنسية شخص معين، غير أن الشخص المعني متعدد الجنسيات، ولكن جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة، فإن الإجماع فقها، وتشريعا، وقضاء، في غالبية الدول، يشير إلى تطبيق قانون جنسية دولة القاضي، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 22 فقرة ثانية من القانون المدني، ونفس الأحكام تسري على متعدّد المواطن، فإذا كان قاضي النزاع يعتدّ بضابط الموطن، وكان أحد المواطن المتعددة، إقليم دولة القاضي، فقانون هذا الموطن هو الذي يعتدّ به ويقدّم على غيره.

أما في حالة انعدام الضابط الشخصي، فوفقا للقانون المقارن، يتعين على القاضي الذي يعتدّ بضابط الجنسية، في حال انعدامه، أن يعتدّ بضابط الموطن، وهو ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 22 فقرة ثالثة من القانون المدني، ويتعيّن على القاضي الذي يعتدّ بضابط الموطن، في حال انعدامه أن يعتدّ بضابط الجنسية كبديل عنه.

وتجنّبا لمشكلة التنازع المتحرك، المترتبة عن تغيير ضابط الجنسية أو الموطن، ضبطت مختلف التشريعات الضابط المراد الإعتداد به بوقت معين ،كقانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج، قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، قانون المورّث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت الوفاة، قانون جنسية الواهب وقت إجراء الهبة.

ومن المشاكل التي يواجهها القاضي بعد تحديد الضابط الشخصي، عدم إستجابة القانون الشخصي للإختصاص المسند إليه، وذلك عن طريق التنازل عن الإختصاص الشخصي المسند إليه لقانون آخر، قد يكون قانون دولة القاضي، وقد يكون قانون دولة ثالثة، فنكون في الحالة الأولى بصدد إحالة من الدرجة الأولى، وفي الحالة الثانية بصدد إحالة من الدرجة الثانية، وفي هذا المجال، اختلفت مواقف التشريعات بين معارض ومؤيد للإحالة بصورتيها، أو بأحد صورها، ويأخذ المشرع الجزائري بالإحالة من الدرجة الأولى، ويرفضها إذا كانت من الدرجة الثانية، وهو ما يستنتج من نص المادة 23 مكرّر 01 من القانون المدني.

كما قد يجد القاضي أن القانون الشخصي المراد تطبيقه، هو قانون دولة تعرف تعدّدا تشريعيا أو طائفيا، وفي هذه الحالة قد يبيّن القانون الداخلي لتلك الدولة القانون المطبّق، وفي حالة سكوته يطبّق قانون عاصمة البلد في حال التعدّد الإقليمي، والقانون الغالب في البلد في حال التعدّد الطائفي، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 23 المعدّلة والمتمّمة من القانون المدني.

هذا وقد تواجه القاضي مشاكل أثناء تطبيقه للقانون الشخصي الأجنبي، فقد تخالف أحكام هذا الأخير النظام العام في دولته، أو قد يتبيّن له أن الإختصاص قد انعقد له نتيجة التحايل على الضابط الشخصي، لذلك يتعيّن عليه في الحالتين إستبعاد تطبيق هذا القانون، وحلول قانون القاضي محلّه في الحالة الأولى، وتطبيق القانون الشخصي المختصّ أصلا في الحالة الثانية، وهذا هو الحل المعمول به في القانون المقارن، والمنصوص عليه في المادة 24 قانون مدني جزائري.

وما يمكن الإشارة إليه هو أنّ المشاكل التي يثيرها الضابط الشخصي لا تقلّل من أهميته مادام أن التشريع والفقه والقضاء قد أوجد حلولا لها.

ولا تنته أهمية الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص هنا، فهذا الدور لا ينحصر في مجال الإختصاص التشريعي فحسب، وإنما يمتدّ ليبرز في مجالات أخرى ،لاسيما في إطار تحديد المحكمة المختصة دوليا بالنظر في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، وكذا دوره في معاملة الأحكام والأشخاص الطبيعية الأجنبية الأجنبية.

ويتحدد الإختصاص القضائي الدولي بناء على إعمال ضوابط معينة، قد تكون هذه الضوابط شخصية، تستمدّ من أطراف العلاقة، وتضفي على هذا الإختصاص صفة الإختصاص الشخصي للمحاكم، إذ ينظر في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي محاكم جنسية أو موطن أحد أطراف الدعوى. ومتى انعقد الإختصاص القضائي نتيجة لإعمال ضابط الجنسية، يكون الإختصاص جوازيا، أما إذا تقرّر وفقا لضابط الموطن، فيكون اختصاصا أصليا.

ويثبت الإختصاص القضائي الدولي في القانون المقارن لمحاكم الجنسية في جميع المنازعات المرتبطة بالأحوال الشخصية،ليس هذا فحسب،وإنما يمتدّ نطاق الإختصاص ليشمل أيضا الإلتزامات التعاقدية وغير التعاقدية، هذا ما يأخذ به المشرع الجزائري من خلال التفسير الموسّع للمادتين 41و42 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.و بناء على ذلك، يمكن للمدّعي مباشرة دعواه أمام محكمة جنسيته، أو أمام محكمة جنسية المدعى عليه .

إنّ هذا الإختصاص وإن كان يعتبر إمتيازا يمنح للمدّعي أو المدّعى عليه، إلا أنه يبقى اختصاصا جوازيا مقيّدا، له نطاق محدّد من حيث الدعاوى، فمحكمة الجنسية لاتختص بالنظر في النزاعات المتعلقة بنوعين من المسائل، المسائل العقارية وتشمل الدعاوى العينية العقارية المتعلقة بعقار موجود بالخارج، وأيضا الدعاوى الخاصة بتقسيم هذه العقارات، والنوع الثاني يخص الدعاوى المتعلقة بطرق التنفيذ التي تجري بالخارج، ويرجع سبب إستبعاد

هذه الدعاوى كونها تتصل بسيادة الدولة الأجنبية ، فهذه الأخيرة يرجع فيها الإختصاص لمحكمة موقع المال دون غيرها،وإذا ثبت أن محكمة الجنسية قد فصلت في مثل هذه المسائل فإنّ حكمها و العدم سواء.و بهذا يتضح أن لجنسية أطراف الدعوى دورا في تحديد الإختصاص الجوازي للمحاكم الدولية، ولكن إختصاص هذه الأخيرة يبقى مقيّدا.

ويثير ضابط الجنسية المعوّل عليه لعقد الإختصاص القضائي الدولي لمحكمة جنسية أحد أطراف الدعوى،بعض المشاكل،الناتجة عن تعدّده،إنعدامه،تغييره،أوجلب الإختصاص لأكثر من محكمة دولية، وفي سبيل إيجاد حلول لهذه المشاكل،ترفع الدعوى أمام إحدى محاكم جنسية متعدد الجنسيات،وتكون العبرة بتمتّع المعني بجنسية دولة المحكمة وقت رفع الدعوى ،كما يتقرّر رفع الدعوى أمام محكمة أخرى بإعمال ضوابط أخرى غير ضابط الجنسية في حال إنعدامه، وينعقد الإختصاص بالنظر في الدعوى للمحكمة التي رفع لها النزاع أوّلا،متى رفعت دعوى بين نفس الخصوم، ولنفس السبب،أمام محكمتين مختلفتين، وإذادفع بعدم اختصاص المحاكم الوطنية، المبني على ضابط الجنسية، بحجة عدم تمتع المعني بجنسية دولة المحكمة، وقع عبء الإثبات على المدّعي.

كما قد ينعقد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم في القانون المقارن، إذا كان المدّعى عليه متوطنا أو مقيما في دولة المحكمة، و قد نصّ على ذلك المشرع الجزائري في المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و يتقرّر الإختصاص للمحاكم في بعض التشريعات إذا كان المدّعي وطنيا، أو كان أجنبيا له موطن في دولة المحكمة، وذلك إذا لم يكن للمدّعى عليه موطن معروف في الخارج، أو إذا كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق، وقد إعتدّ المشرع الجزائري بهذا الضابط إلى جانب ضابط موطن المدّعى عليه، ودليلنا في ذلك نصوص المواد 39 فقرة 05، المادة 40 فقرة 02، المادة 40 فقرة 08من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويتقرّر إختصاص محكمة الموطن، أيّا ما كان نوع الدعوى، شريطة عدم تعليق الأمر بدعوى عقارية متعلقة بعقار موجود خارج دولة المحكمة ،هذا الإستثناء نصّ عليه الجزائري في المادة 40 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقياسا على ذلك تستثنى الدعاوى العينية المنقولة نظرا لأهميتها، وخلافا للتشريعات الأخرى إستثنى المشرع الجزائري أيضا من إختصاص محكمة الموطن الدعاوى المرتبطة بالفعل الضار،ودعاوى المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية أو الصناعية، وكذا الدعاوى المرتبطة بالمواد التجارية، غير الإفلاس والتسوية القضائية.

ويترتّب على الإعتداد بضابط الموطن في مجال الإختصاص القضائي الدولي، بروز بعض المشاكل التي تواجه القاضي المرفوع أمامه الدعوى، فيصعب عليه تقرير اختصاصه من عدمه. وذلك في حال تعدّد الموطن، انعدامه أو تغييره. أو في حالة تعدّد المدّعى عليهم، مما يترتّب عنه تعدّد مواطنهم، أو في حالة تمسك أحد أطراف الدعوى بالدفع بعدم اختصاص محكمة الموطن لكون الشخص المعني غير متوطّن بدولتها. كل هذه المشاكل حاول التشريع تخطّيها، وذلك من خلال وضع حلول ملائمة لها، حفاظا على الدور البارز الذي يلعبه ضابط الموطن في الإختصاص القضائي الدولي، وذلك بعقد الإختصاص لمحاكم دولة القاضي متى كان المدعى عليه متوطّنا بغض النظر عن المواطن الأخرى متى تحقق وجودها،وفي حال انعدام موطن المدّعى عليه يتقرّر الإختصاص لمحكمة محلّ إقامتة،و إذا استحال ذلك ينتفي إختصاص محكة موطن المدعى عليه.ومتى ثبت تغيير الموطن فالعبرة بوقت رفع الدعوى في توافر الضابط الذي ينعقد بمقتضاه الإختصاص لمحاكم الدولة ،أمّا إذا حدث وتعدّد المدّعى عليهم، فيتمّ رفع الدعوى أمام محكمة موطن أحدهم،و أخيرا يقع إثبات توطّن الشخص من عدمه على عاتق المدّعي،وتسري نفس الحلول على المشاكل التي يثيرها ضابط موطن المدّعي الذي قد ينعقد بموجبه الإختصاص لمحكمة دولة معينة.

ومتى صدر من محكمة الجنسية أو الموطن الدولية حكما قضائيا،وأريد تنفيذه خارج إقليم الدولة التي أصدرته، يخضع لنظام المراجعة أونظام المراقبة، وذلك حسب الوتيرة التي تسير عليها الدول في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية،وقد إكتفى المشرع الجزائري بنظام المراقبة،إذ نصّ في المادّة 605 على شروط تنفيذ الحكم الأجنبي، قبل أن يمنح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية ،كما حدّد الجهة المختصّة بالنظر في دعوى الأمر بالتنفيذ،وبهذا يكون قد بيّن الشروط الإجرائية والموضوعية الواجب توافرها لإنزال الحكم الأجنبي منزلة الحكم الوطني، مع ملاحظة إغفاله لشرط المعاملة بالمثل،الذي نصت عليه صراحة تشريعات العديد من الدول، ولعلّ في ذلك ميزة للمشرّع الجزائري، إذ يفتح بذلك السلطة التقديرية للقاضي، فإذا كانت الدولة المراد تنفيذ حكمها تأخذ بهذا الشرط فقد يعتدّ به، حتى يعامل أحكامها نفس المعاملة التي تلقاها الأحكام الجزائرية في هذه الدولة. وإلى جانب ذلك أغفل المشرّع بيان طبيعة قواعد الإختصاص التي يجب أن لا تخالفها الأحكام الأجنبية الصادرة، في حين أنّ غالبية التشريعات قد بيّنت طبيعتها، حيث أنّ بعض الدول تأخذ بعين الإعتبار قواعد الإختصاص للدولة المراد تنفيذ حكمها، وبعضها تأخذ بقواعد الإختصاص للدولة المراد فيها التّنفيد، ولعلّ الحكمة من وراء ذلك هو معاملة الأحكام الأجنبية معاملة المثل، ومراعاة الإتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر، والتي تتباين في تحديد طبيعة قواعد الإختصاص، فبعضها تمّ النصّ فيها على عدم مخالفة قواعد الإختصاص للدولة المراد تنفيذ الحكم فيها،كالإتفاقية الجزائرية الفرنسية، وبعضها تمّ النصّ فيها على عدم مخالفة قواعد الإختصاص للدولة طالبة النّفاذ، كالإتفاقية الجزائرية المصرية مثلا. كما أغفل النص على شرط القانون الواجب التطبيق على المنازعات المرفوعة أمام القاضي الأجنبي، ولم تنصّ غالبية التشريعات على هذا الشرط، والمنطق هو أن يطبّق القاضي قواعد الإسناد المنصوص عليها في قانونه، فكيف إذا كان يعترف له باختصاصه، لا يعترف له بتطبيق قانونه؟ .

ويمتد مجال القانون الدولي الخاص ليشمل أيضا موضوع مركز الأجانب،وهنا يبرز دور الضابط الشخصي في تمييز معاملة الأشخاص الطبيعية الأجنبية عن الوطنية،فالتشريعات المقارنة،تميّز الأجنبي عن الوطني في مدى

ممارسة بعض الحقوق أو التمتّع ببعض الإلتزامات،وذلك إستنادا لضابطي الجنسية أو الموطن، الّذان يفرضان معاملة خاصة بالأجانب متى وجدوا في دولة غير دولتهم القانونية، وقد حاول المشرع الجزائري تمييز معاملة الأشخاص الطبيعية الأجنبية عن الوطنية من حيث الحقوق و الواجبات. ونظرا لأهمية الجنسية و الموطن في تحديد مركز الشخص الطبيعي،وما يترتّب عنهما من حقوق مرتبطة بهما، إتّبع المشرّع الجزائري إجراءات معيّنة ضدّ الأجانب بالنظر إلى تجنّسهم أو توطّنهم، تنحصر في: سحب الجنسية، التجريد منها،الطرد و الإبعاد،وذلك وفقا لما تقتضيه مصالح الدولة.

ويتّضح من خلال الدراسة الماثلة، أن للضابط الشخصي دورا بارزا في القانون الدولي الخاص، سواء في مجال تنازع القوانين، أو تنازع الإختصاص القضائي الدولي، أو في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية،وكذا مركز الأجانب،وحفاظا على الدور الذي يؤدّيه، أوجدت التشريعات بمافيها المشرع الجزائري حلولا للمنازعات والمشاكل التي يثيرها من الناحية القانونية والقضائية، و ذلك بالنص على هذه الأحكام إما في قانون خاص مستقلّ يطلق عليه تسمية القانون الدولي الخاص، أو بتوزيع هذه الأحكام ضمن فروع القانون الداخلي الأخرى .

*****الكمال لله، والتوفيق منه، والعالم كله مصداقا لقوله تعالى : " ...وفوق كلّ ذي علم عليم".**
صدق الله العظيم.(سورة يوسف، الآية76).***

*****الحمد لله*****

قائمة المراجع:

-أوّلا: الكتب

-1-باللغة العربية:

***الكتب العامة:**

-أبو العلا علي أبو العلا النّمر ، تملّك الأجانب للعقارات و المنقولات في القانونين المصري والمقارن، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، سنة 1997.

-رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2008.

- رشيد بن شويخ، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2008.

-رشيد خلّوفي، القضاء الإداري، تنظيم وإختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2008.

-سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الجزء الثاني، طرق التنفيذ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2006.

-شارون ستانتون راسل، الهجرة والتكامل السياسي في الوطن العربي، الأمة والدولة و الإندماج في الوطن العربي، الجزء الثاني، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، سنة 1989.

-عباسية العسري، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2006.

-عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2001.

-عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، سنة 2003.

-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار البعث للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 1986.

-عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، فقها وقانونا، مكتبة الإشعاع القانونية، سنة 1988.

- عبد الناصرجندلي، تقنيات ومناهج البحث في العلوم السياسية والإجتماعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005.

-عدنان الخطيب، الوجيز في أصول المحاكمات، الجزء الأوّل، النظام القضائي في سورية، قواعد الإختصاص في القضايا المدنية، مطبعة الجامعة السورية، سنة 1958.

-فوضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، منشورات أمين، الجزائر، سنة 2009.

-محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الأوّل، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2002.

-محمد سعادي، حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، دار الريحانة للنشر والتوزيع، سنة 2002.

-محمد عمر التحيوي، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2001.

-محمود حمبلي، المساواة في تولّي الوظائف العامة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الأمل، الجزائر، سنة 2000.

-يوسف دلاندة، إتفاقيات التعاون القانوني و القضائي، ذار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2005.

-يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، دار هومة، الجزائر، سنة 2009.

-الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، الكتاب الأول في الزواج وإنحلاله، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر.

-الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 2000.

-بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأوّل، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة1999.

-بوبشير موحند أمقران، النظام القضائي الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، سنة 2003.

- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة الناشر بالإسكندرية، مصر، سنة 2001.

***الكتب المتخصّصة:**

-إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الإختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية ولأحكام، الناشر سيدي عبد الله وهبة، بدون طبعة وسنة.

-إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الأوّل، سنة 1973،بدون طبعة ودار نشر.

-أبو العلا النمر، التنظيم القانوني لدخول وإقامة الأجانب بأراضي جمهورية مصر العربية والخروج منها، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2006.

-أحمد عبد الحميد عشوش،تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، سنة 1989.

-أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر.

- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الموطن، معاملة الأجانب، والتنازع الدولي للقوانين،و المرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2008..

-أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بيروت، سنة 1966.

-أشرف عبد العليم الرفاعي، الإختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2006.

- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري،الجزء الأوّل، تنازع القوانين، الطبعة العاشرة، دار هومة للطباعة، الجزائر، سنة 2008

-أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري،الجزء الثاني، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، الجنسية، الطبعة الخامسة، دار هومة للطباعة، الجزائر، سنة 2008.

-الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 2002.

- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأوّل، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، سنة 2008، بدون طبعة.

العربية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة2000، بدون طبعة.

-إلياس ناصيف، الوصية للمسلمين في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، سنة 2003، بدون طبعة ودار نشر.

-أمين رجا رشاد الدوّاس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الشروق للنشر والتوزيع، سنة 2001.

-بدر الدين شوقي، الموجز في القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بين الفقه الدولي والأنظمة السعودية، الكتاب الثالث، سلسلة الكتاب الجامعي، جدّة، 1393هـ.

- بدر الدين شوقي،، الجنسية ، الموطن، مركز الأجانب، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، سنة 2008.

-بيار مايير فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، سنة 2008.

-بيار إميل طوبيا، التحايل على القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2009.

-جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر سنة 1969.

-جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، سنة 1995-1996، بدون دار نشر.

-حسام الدين فتحي ناصف، مشكلات الجنسية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر سنة 2007.

-حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، سنة 1997.

-حسن الهدّاوي، الجنسية و أحكامها في القانون الأردني، الطبعة الأولى، دار مجدلاوي للنشر و التوزيع، عمّان، الأردن، سنة 1993.

-حسن الهدّاوي وغالب علي الدّاوودي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مطبعة مديرية دار الكتب للطباعة و النشر، جامعة الموصل، سنة 1988.

-حفيظة السيد الحداد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون طبعة وسنة.

- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص،الكتاب الأوّل، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2004.

-حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2004.

- حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2002، بدون طبعة.

-رمزي محمد علي درّاز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2004.

-سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية للنشر، لبنان، سنة 1994.

-سامي بديع منصور، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2004.

-سامي بديع منصور وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية الجديدة للنشر، بيروت، لبنان، سنة 1995.

- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2009.

-سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون طبعة، سنة 2004.

-سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، طبعة 2002.

-صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، سنة 2008.

-صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، الطبعة الأولى، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، بدون سنة نشر.

-صلاح الدين جمال الدين ، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، سنة 2006.

-صلاح الدين جمال الدين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، سنة2004.

– صلاح الدين جمال الدين ، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، سنة2004.

–صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص، في القانونين المصري واللبناني، الجزء الأوّل، دار النهضة العربية، للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 1976.

–طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، تنازع الإختصاص، تنازع القوانين، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1417هـ/1418هـ.

–عبد التوّاب مفوّض، الوسيط في شرح قوانين الجنسية و الأجانب، والإختصاص القضائي، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، مؤسّسة سعيد للطباعة، مصر سنة 1983.

–عبد الحفيظ بن عبيدة، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه و التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، سنة 2007.

–عبد الحكم فودة، حجية الأمر المقضي وقوّته، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون طبعة وسنة نشر.

–عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية و العلاقات الدولية، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية للنشر، الطبعة الأولى،سنة 2010.

–عبد الفتّاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دراسة متعمّقة في القانون الدولي الخاص، دار الكتب القانونية،مصر، سنة 2007.

– عبد الفتّاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2004.

–عبد المنعم زمزم، مركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة ، سنة 2005.

-عبده جميل غصّوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2009.

-عدنان طه مهدي الدّوري، العلاقات الدولية المعاصرة، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، سنة 1997.

-عكّاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية في دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2000.

-عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، الدار الجامعية للنشر، لبنان، بدون سنة نشر.

-عكاشة محمد عبد العال تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.

-عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، بدون سنة نشر.

-عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية للنشر، لبنان، سنة 1986.

-عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، لبنان، سنة 1996.

-عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2006.

-عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، سنة 1986.

-عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن، الجزء الأوّل، الطبعة الحادية عشر، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، سنة 1986.

-عز الدين عبد الله، محاضرات في إتفاقية تنفيذ الأحكام، الطبعة العالمية 16و17، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، سنة 1968.

-عصام الدين القصبي، ضمانات الأجنبي في مواجهة قرار الإبعاد، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، جامعة المنصورة، مصر، سنة 1975.

-عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، جامعة المنصورة، مصر، سنة 1975-1976.

-عصام الدين القصبي، الجنسية ومركز الأجانب، مكتبة سيدي وهبة، القاهرة، سنة 1986.

-عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأوّل، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2006.

-علي علي سليمان،مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الحامعية، الجزائر، سنة 2000.

-غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، الأردن، سنة 2005.

-فؤاد الشبّاط، دراسة مقارنة، في الجنسية وإقامة الأجانب في سوريا ولبنان، قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية، مطبعة الجبلاوي، دار الكتب، سنة 1970.

-فؤاد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، الجزء الأوّل، الجنسية ومركز الأجانب،دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1996.

-فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية المصرية، ذراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1994.

-فتيحة يوسف، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ملقاة على طلبة السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، سنة 2007-2008، غير مطبوعة.

-فتيحة يوسف، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ملقاة على طلبة ماجستير القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، سنة 2009، غير مطبوعة.

-فتيحة يوسف، محاضرات في القانون الدولي الخاص،تنازع القوانين، السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، سنة 2009، مطبوعة.

-محمد عبد الخالق عمر، القانون الدولي الليبي الخاص، منشورات جامعة قاريونس، سنة 1978.

-محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مطبعة الغائب، سنة 1933.

-محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، سنة 2009.

-محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدّد الجنسيات، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،سنة2005.

-محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسّسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، سنة 2006.

-محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمّان، الأردن، سنة 2009.

-مصطفى العدوى، مركز الأجانب في القانون المصري و المقارن، الإسكندرية، مصر، سنة 2009.

-محمود محمود المغربي، إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسّسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2007.

-ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني و المقارن، الجزء الأوّل، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة 1998.

-ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2005.

-موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأوّل، قواعد التنازل، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1989.

- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1968.

-موسى عبّود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، المغرب، سنة 1994.

-نادية فوضيل، الغش نحو القانون، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر، سنة 2005.

-نادية فوضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرّف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر، سنة 2006.

-ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الثاني، الإختصاص القضائي الدولي، تنازع القوانين، الآثار الدولية للأحكام، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2009.

- نعوم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سوريا، سنة 1966-1967.

-هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، نشأته، مباحثه، مصادره، طبيعته، دراسة مقارنة، الطبعة الأولي،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2003.

-هشام خالد، التنازع الإنتقالي في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، سنة 2001، بدون طبعة.

-هشام خالد، جنسية الشركة، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2001، بدون طبعة.

-هشام خالد، المركز القانوني لمتعدّد الجنسية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2001، بدون طبعة.

-هشام خالد، دعوى صحّة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي، والمحكمة المختصّة دوليا بنظرها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2003، بدون طبعة.

-هشام علي صادق، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2002، بدون طبعة.

-هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة2002، بدون طبعة.

-هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة2003، بدون طبعة.

-هشام علي صادق، موجز القانون الدولي الخاص، الجزء الأوّل، تنازع القوانين ومركز الأجانب، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الإبراهيمية، الإسكندرية، سنة 1972، بدون طبعة.

-هشام علي صادق، حفيظة السيّد الحدّاد، القانون القضائي الخاص الدولي، التحكيم الدولي، الكتاب الثالث، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 1999، بدون طبعة.

-هشام علي صادق، حفيظة السيّد الحدّاد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل، الجنسية ومركز الأجانب، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 1998-1999، بدون طبعة.

-هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2007.

-ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2004.

2- الكتب باللّغات الأجنبية:

-Les ouvrages :

-Ancel B., lequette.y,Les grands arrêts de jurisprudence française de droit international privé,5éme éd.,D.,Paris,2006.

-Arminjon, Précis de droit international privé, 3éme éd., t.111, Paris, 1947.

-Auby et Drago, Traité de contentieux administratif, t.03, Paris, 1962.

-Audit B., Louis D'avout, Droit international privé, 7éme éd., économica, Paris, 2013.

-Bartin E., Principes de droit international privé, éd.Domat montchrestien, Paris, 1932.

-Batiffol H.et Lagarde P., Droit internationale privé, 8éme éd., Paris,1993 et 1976.

-Berchers P. and Joachim, International conflict of laws for the third mellénnium transational publichers, 2001.

-Chen Hongwn, Problème de droit international privé, concernant les personne physique étrangère en Chine, L.G.D.G., E.J.A., Paris, 1998.

-Cheshire's, Private international law by north (P.M),9th éd., Butterworth,1974.

-Derruppé J., Droit internationale privé, 12éme éd., D., 2001.

-Despagnet F., Précis de droit international privé, 4éme éd., Paris, 1904.

-Devareille P., Sommiers P., loussouarn Y., Droit internationale privé, 9éme éd., D., 2007.

-Dominique H., Foyer J., Droit international privé, Géraud de geoffre de la paradelle, Masson éditors, Paris, 1987.

-Francescakis, la reconnaissance et l'éxécution de jugement étrangers a droit Français, Société de législation comparée, le droit international privé de la famille en France et en Allemagne, Paris, 1954.

-François M., Droit internationale privé, 5éme éd., Gualino, l'éxtenso éd., Paris, 2012.

-Françoi M., Droit International Privée, casbah, édition, Alger, 2004.

- Françoise M., Droit internationale privé, 6éme éd., Lexis nexis, Paris, 2012.

-Fransworth, PH.D., LL.M. (Lond), The residence and domicil of corporation, London, 1939.

-Gaudment T., Le recherche sur les origines de l'article 14 du code civil, P.U.F., 1964.

-Gutman D., Droit internationale privé, 3éme éd., D., Paris, 2002.

-Huges Fulchiron, Cyril N., Treppoz E., Travaux dirigés de Droit internationale privé, Lexis nexis, Paris, 2009.

-Issad M., Droit internationale privé, t.1 et 2, O.P.U., Alger, 1986.

-Lerebous P. , observation sur la question du renvoi, C.L., 1924.

-Mayer P., Heuze V., Droit internationale privé, 8éme éd., montchrestien, Delta, 2005.

-Meyzeau-Garaud M.-C., Droit internationale privé, Lexi fac droit, éd. Bréale, Paris, 2002.

-Michael H., Introduction to conflict of laws, A guide to understanding, the casswel company limited, toromoto, Canada, 1978.

-Motulsky H., Etudes et notes de droit internationale privé, D., Paris, 1978.

-Niboyet J.P., La condition des étrangères, 2éme éd., t.2, librairie du recueil sirey.

-Niboyet M.L., De Lapradelle(G.G.), Droit internationale privé, L.G.D.G., 2007.

-Palsson L., Marriage and divorce in comparative conflict of laws, Sijthoff, Leiden, 1974.

-Puissochet J.P., les effets des jugement nationaux dans les autres états membres de l'union Européenne, convention de Bruxelles, université jean moulin Lyon 3, faculté de droit, 2001.

-Richman W., Reynolds W.,Understanding conflict of laws, Matthew Bender,Understanding conflict of laws, Matthew Bender, 1995.

-Rizkallah N., Droit internationale privé, M.A.J.D., entre prise universitaire d'étude et de publication, S.A.R.L.,1er éd., Beyrouth, Liban, 1995.

-Robertson H.A., Characterization in the conflict of laws, Harvard university press, Canbridge, Masschussetts, 1940.

-Thierry V., Droit internationale privé, 3éme éd., D., Paris, 2014.

-Weiss M., Droit internationale privé, 6éme éd., Paris 1909.

ثانيا–الرسائل والمذكّرات:

1– باللغة العربية:

–أحمد عبد النور، إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، سنة 2010.

–أمين دربة، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، سنة 2007–2008.

–آمنة رحاوي، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، سنة 2011.

–الهواري ميكالي، أبعاد وإنعكاسات ضوابط الإسناد في الزواج وإنحلاله، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس بسيدي بلعباس، سنة 2010–2011.

–بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، ، السنة الجامعية 2008، 2009.

–جابر جاد عبد الرحمان، إبعاد الأجانب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1947.

– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004،2005.

–سالم جروان علي أحمد النقبي، إبعاد الأجانب، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، مصر، سنة 2003.

-عبد الله سنينات، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، ، السنة الجامعية 2008، 2009.

-فاطمة الزهراء جندولي، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، سنة 2011.

-فاطمة موشعال، دور الجنسية في حل مشكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، سنة 2012-2011.

-محمد لاتي، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، سنة2001-2002.

-نادية فوضيل، الغش نحو القانون، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1984.

-نورية شبورو، الميراث و التصرّفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، سنة 2010-2011.

-هوارية حنان مختاري، نظرية الجنسية وأحكامها في ظل آخر تعديل للتشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، وهران، سنة 2007-2008.

-يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2009-2010

-B)-Les thèses :

-Akkacha M., La garde de l'enfant a travers la jurisprudence récente en Algérie, R.S.J.E.A., université Abou bekr blkaid, Tlemcen , n°03 , 2005.

-Béchaux A., Le mariage en droit français et en droit international, thèse pour le doctorat, Faculté de droit, université de France, paris, 1877.

-Croteau E., Du mariage dans le droit international privé de la province de Québec, thèse pour le doctorat, Université de Toulouse, Faculté de droit et de sciences économiques, Paris, 1964.

-Goussard C., La contribution aux charges du mariage en droit internationale privé, Mémoire D.E.A, Université de Borgogne, Faculté de droit et de sciences politiques, Paris 1993-1994.

-Kahouahnee Derder M., Les effets du mariage dans les rapports entre époux, mémoire de magistère, université d'Alger, 1988.

-Mekali L., Some réflexion on the theory of renvoi, as found in writings, case law, legislation and international conventions, thesis submitted for the degree of master of laws (L.L.M.), Glasgow, 1991.

-Merket O., Les mesures provisoires en droit internationale privé, thèse pour le doctorat, Faculté de droit et sciences économiques, Neuchatel, Paris, 1993.

-Weisgerber M., Des conditions de fond du mariage en droit internationale privé, thèse pour le doctorat, Faculté de droit, Université de Paris, 1908.

-Zeibak S., Le régime juridique du séjour des étrangères en France, Thèse, Université Robert Schuman, Strasbourg, 1997.

ثالثا– المقالات:

1–باللغة العربية:

-إجتهادات المحاكم المدنية، مجلة القانون، تصدرها وزارة العدل، العدد 1و2، سنة 1404/1974هـ.

-أحمد عبد الكريم سلامة، تناسق أنظمة التجنّس وضبط الهجرة السكانية الوافدة إلى دول مجلس تعاون دول الخليج العربية، مجلّة التعاون، السعودية، العدد 29، سنة 1993.

-أحمد عبد الكريم سلامة، نظام الأوراق القضائية في القانون الدولي الخاص الإجرائي، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والإقتصادية، دورية علمية نصف سنوية، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، العدد الأوّل، سنة 1999.

- أحمد عبد الكريم سلامة، إتفاقية الرياض العربية 1403هـ/1983م، والتعاون القضائي في مسائل الإجراءات القضائية الدولية، مجلة الحقوق،العدد01، السنة 15، الكويت 1991.

-أحمد ضاعن السّمدان، المبادئ العامة لتعدّد الجنسية في القانون المقارن و القانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد الأوّل، رقم 02، سنة 2007.

-الطيب زروتي، تنازع القوانين في الوصية، تعليق على قرار المحكمة العليا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، رقم 03، الجزائر، سنة 1994.

-بلخير بليعقوبي، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، العدد05، سنة 2008.

-جعفر الفضلي، إنقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، الطبعة الثانية، العدد الأوّل، سنة 1988.

-جورج حزبون حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي، والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة 26، سنة 2002.

-جيلالي تشوار، حق الشّخص في التصرّف في جسمه، الرّتق العذري والتّغيير الجنسي نمودجا، مجلّة العلوم القانونية و الإدارية، تلمسان، العدد السادس، سنة 2008.

-حسام الدين فتحي ناصف، الموطن في العلاقات الدولية للأفراد، مجلّة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني،سنة 1994.

-حسام الدين فتحي ناصف، نظام رقابة القضاء الوطني للحكم الأجنبي، دراسة مقارنة، مجلّة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، سنة 1997.

-حسن الهدّاوي، تنازع القوانين في موضوع الإسم، المجلّة الكويتية للحقوق والشريعة، الكويت، العدد الثاني، سنة 1978.

-حسن الهدّاوي، إكتساب الأجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية، مجلّة الحقوق، العدد الثاني، سنة 1977.

-حسن درويش، إبعاد الأجانب بين سيادة الدولة وموجبات الأمن، مجلّة الفكر الشرطي، الإمارات العربية المتّحدة، الشّارقة، المجلّد الثالث، العدد الأوّل، يونيو 1994.

-زكية حميدو، الحق في الإسم في القانون الجزائري، مجلّة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، رقم 06، سنة 2008.

-سميّة كمال، المساواة بين الزوجين في القانون الدولي الخاص، مجلّة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، العدد الثامن، سنة 2009.

-سيد أحمد محمود، الغشّ في التّقاضي والتّنفيذ، مجلّة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 1999.

-غالب علي الدّاوودي، شروط التجنّس في قوانين دول الخليج، مجلّة التّوثيق، العدد الرّابع، سنة 1982.

-فتيحة يوسف، قواعد التنازع في المسائل الأسرية، المجلّة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية،جامعة الجزائر، الجزء 37، العدد 02،، سنة 1999.

-فتيحة يوسف، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلّة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، العدد الثالث،سنة 2005.

-مامون عبد الكريم، حق الموافقة على التدخّلات الطبية، مجلّة العلوم القانونية و الإدارية،جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، العدد 06، سنة 2008.

-محمد فتحي القاضي، إثبات الجنسية بالحالة الظاهرة، مجلّة الأمن العام، العدد 37، سنة 1967.

-معوان مصطفى، الحضانة وحماية الطفل في الإتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988، المجلّة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 01، سنة2000.

-نور حمد مسلم الحجايا، التناقض بين الأحكام القضائية، و أثره على التنفيذ في القانون الدولي الخاص الأردني، مجلّة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة مؤنة، المملكة الأردنية الهاشمية، العدد الرابع، السنة 29، طبعة 2005.

- هجيرة دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 01، سنة 1994.

-Articles et Chroniques :

-Anne Leborgne, Droit de l'exécution, Etudes et commentaires, mars 2012-mars 2013, Panorama, D., Paris, 18 juillet 2013 n°23.

-Audit B., Compétence international des tribunaux français, droit commun, conflit de juridiction, règlement Bruxel II bis et litispendance, Etudes et commentaires, D., Paris, 2010,n°01.

-Bartin E., De l'inpossibilité à la suppersion définitive des conflits de lois 24 C.l., 1897, 24.

-Batiffol H., Le pluralisme des méthodes en droit internationale privé, R.C.A.D.I., vol. 2, t.139,1973.

-Batiffol H., Principes de droit international privé, recueil des cours, vol. 2, t.97, 1959 ; G.S, Maridakis, Introduction au droit international privé, R.C.A.D.I., vol. 1, t.105, 1962.

-Bischoff J.M, Mariage, répertoire de droit international privé, D.,t.02, Paris,1999.

-Boskovic O., Carne loup S., Sasek F.J., Joubert N., Parrot K., Droit des étrangers et de la nationalité, Etude et commentaire, panorama, D., 07 février 2013, n°5.

-Derruppé J., Le renvoi dans les conventions international, juris-class., 1984, fase, 532-c.

-Dieter Martiny, les concéquences de la désunion, régime matrimoniaux, obligations alimentaires, responsabilité parental, droit de la famille, les revues jurisclasseur, n°4,avril 2015, Paris, Lexis Nexis,20e Anneé,ISSN,1270-9824.

-Faberon J.Y., La reformel de la motivation des actes administratifs et des actes des organismes de l'aide sociale par la loi du 11 -07-1979, J.C.P.,198.

-Fallon M., Jean L., Boxtael V., testament, Rép. internat, t.03, J.C.P., 1999, 04, n°47-48.

-Grégoire Mahinga J., Mariage entre personnes de même sexe et droit international, beaucoup de bruit pour rein, jurisprudence, droit des personne, éd. Quotidienne des journaux judicaires associés : petite affiche, le quotidien juridique, la loi- archives commercial de la France, l'extenso éd., Paris, 404e anneé, 20 février 2015, n°37.

-Godechot S.- Patris et Guillaumé j., Mariage, la loi n °2013-404 du 17-mai 2013 ouvrant le mariage aux couples des personnes de méme séxe, Etudes et commentaires chroniques, recueil D., Paris, 18 juillet 2013, n°26.

-Jault F.-Seseke, Droit international privé, Etude et commentaire, panorama, D., 02 juin 2013-n° 22.

-Larraalde J.M., La constitutionalisation de l'ordre public, acte du colloque de caen 11-12 mai 2000 droit et justice, éd. Nemesis, Bruxel, 2001.

-L'écuyer, Droit international privé, Mariage, droit de la famille, éd. du jurisclasseur, chronique 1 et 2,commentaire 1à11, 4e anneé, n° 1, janvier 1999.

-Meijers E.M., La question du renvoi, bulletin de l'institu juridique international, 1938.

-North P.M., Development of rules in private international law in the filed of family law, R.C.A.D.P., vol 1,t.166,198.

رابعا– النصوص القانونية:

1–الإتفاقيات الدولية:

***باللغة العربية:**

– الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948، أعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د–3)، المؤرخ في 10 كانون الأول / ديسمبر 1948.

–إتفاقية جنيف لسنة 1951،المتعلقة بالحالة الدولية للّاجئين السياسيين،صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم المؤرّخ في 07–02–1963.

–إتفاقية نيويورك، المبرمة في 28–09–1954، صادقت عايها الجزائر بموجب المرسوم رقم 64–173، المؤرّخ في 08–06–1964، الجريدة الرسمية، العدد 15، لسنة 1964.

- إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، الموقعة في الرياض بتاريخ 23 جمادى الثانية، عام 1403هـ/06 أفريل 1983، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-47/ المؤرخ في 17 ذي القعدة 1421 هـ/ الموافق 11-02-2002.

- إتفاقية بروكسل المبرمة في 27 سبتمبر 1978 بين دول السوق الأوربية المشتركة والمتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية.

- إتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، عرضتها الجمعية العامة للتوقيع والتصديق بقرارها (1763 ألف د_17)، المؤرخ في 07 تشرين الثاني/ نوفمبر 1962، تاريخ بدء النفاد: 09 كانون الأول/ ديسمبر 1964 وفقا للمادة 06 منها.

- إتفاقية بشأن جنسية المرأة المتزوجة، عرضت للتوقيع والتصديق بقرار الجمعية العامة 1040 (د_11)، يوم 29 كانون الثاني/ يناير 1957، تاريخ بدء النفاذ: 11 آب/ أغسطس 1958، طبقا للمادة 06 منها.

-إتفاقية جنيف للأوراق التجارية :السفتجة، الشيك ، السند لأمر، لسنة 1930-1931.

-إتفاقية لاهاي لسنة 1930، المتعلقة ببعض مسائل تنازع القوانين بشأن الجنسية.

-الإتفاقية الجزائرية الفرنسية، المتعلّقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الإنفصال، الموقعة في الجزائر سنة 1988.

-إتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق والإنفصال المبرمة في 12 جوان 1902.

-إتفاقية لاهاي المنعقدة في 05 أكتوبر 1961، المتعلقة بتنازع القوانين في شكل الوصية.

- الإتفاقية القضائية بين الجزائر ومصر، الموقع عليها يوم 29-02-1964، المصادق عليها بالأمر رقم 65- 195، المؤرخ في 29-07-1965، الجريدة الرسمية رقم 68.

- الإتفاقية القضائية بين الجزائر والمغرب، الموقع عليها يوم 15-03-1963، المصادق عليها بالأمر رقم 68-69 المؤرخ في 02-09- 1969، المعدلة والمتممة بالبروتوكول الموقع عليه يوم 01/15/ 1969، الجريدة الرسمية رقم 77.

- الإتفاقية القضائية بين الجزائر وتونس، الموقع عليها يوم 07/26/ 1963، المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 450/63، المؤرخ في 11/14/ 1963، الجريدة الرسمية رقم 87 .

- الإتفاقية القضائية بين الجزائر وفرنسا، المصادق عليها بأمر رقم 65-194، المؤرخ في 30 ربيع الأول عام 1385 الموافق 29 يوليو 1965 والمتعلقة بتنفيد الأحكام وتسليم المجرمين.

- الإتفاقية القضائية بين الجزائر وليبيا، الموقعة في مدينة بنغازي يوم 29 محرم عام 1415 الموافق 08 يوليو، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-367 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1416 الموافق 12 نوفمبر سنة 1995.

-إتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي، الموقعة في مدينة رأس لانوف (ليبيا) بتاريخ 09 و10 مارس 1991، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 181/94، المؤرخ في 13-04-1994، الجريدة الرسمية رقم 34.

*** باللغة الفرنسية:**

- Convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de loi en matière de mariage.
- Convention du 17 juillet 1905 concernant les de loi relatifs aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux.
- Convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.
- Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (Conclue le 14 mars 1978*)*
- Convention Franco Marocaine relative au statut individuel et familial, signée à Rabat le 10-08-1981, et publié en France par décret n° 83-435 du 27-05-1983.J.O. du 01-06-1983.
- Convention Franco Yougoslave relative à la loi applicable et à la compétence en matière de droit des personnes et de la famille, signée à Paris le 18-05-1971 et publié par décrit n°73-492 du 15-05-1973.J.O.du24-05-1973.
- Convention de 05-10-1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs.

***باللغة الإنجليزية:**

-Hague convention of 15 june 1955 for the regulation of the conflict between domicil and nationality.

2-التشريعات الوطنية:

أ_القوانين:

-قانون رقم 16-01، المؤرخ في 26جمادى الأولى عام 1437، الموافق 06 مارس سنة 2016،المتضمّن التعديل الدستوري الجزائري.

- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 فيفري 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- قانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، جريدة رسمية رقم 44.
- قانون رقم 08-09، المؤرّخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 21.
- قانون رقم 70-86، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري.
- قانون رقم 08-11، المؤرّخ في 25 جوان 2008 ،المتعلّق بحالات دخول و إقامة وتنقل الأجانب في الجزائر.
- القانون العضوي رقم 12-01، المؤرّخ في 18 صفر عام 1433، الموافق 12 يناير 2012، المتعلق بنظام الإنتخابات الجزائري ،الجريدة الرسمية،العدد01،لسنة2012.
- القانون العضوي رقم 12-04، المؤرّخ في 18 صفر عام 1433، الموافق 12 يناير 2012، المتعلّق بالأحزاب السياسية،الجريدة الرسمية، العدد 02،لسنة 2012.

- قانون رقم11/04،المؤرخ في06سبتمبر2004،المتضمن القانون الأساسي للقضاة.
- قانون رقم 14-06،المؤرخ في 13شوال 1435، الموافق 09 أوت 2014،المتعلق بالخدمة الوطنية،الجريدة الرسمية، العدد48 لسنة 2014.

ج-الأوامر:

- الأمر رقم 70- 20، المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري.
- الأمر رقم 75- 58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري.
- الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدّل والمتمّم لقانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية رقم 15.
- الأمر رقم 05-01، المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدّل والمتمّم لقانون الجنسية الجزائري، جريدة رسمية رقم 43.
- الأمر رقم03/06،المؤرخ في15جويلية2006،المتضمن القانون العام للوظيف العمومي،الجريدة الرسمية،العدد46،لسنة2006.

-الأمر رقم69-89،المؤرخ في31أكتوبر1969،المتضمن القانون الأساسي لضباط الجيش الوطني الشعبي.

ج-المراسيم:

-مرسوم رقم86-276، المؤرخ في11-11-1986، المحدد لشروط تسجيل الأجانب في مرافق الدولة،الجماعات المحلية،المؤسسات ،الهيئات و المؤسسات العامة.

3 –التشريعات الأجنبية:

- القانون المدني السوري.
- القانون المدني العراقي.
- القانون المدني الليبي.
- القانون المدني المصري.
- قانون رقم73 لسنة 1956،المتعلق بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية في مصر.
- القانون المدني اليمني.
- القانون المدني الأردني.
- مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998.
- القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1978.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لسنة 1968.
- قانون أصول المحاكمات المدنية السورية لسنة 1953.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي لسنة 1960.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة 1953.
- قانون الجنسية المغربية.
- قانون الجنسية التونسية.
- القانون الكويتي الخاص بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي لعام 1961.

- قانون جنسية دولة الإمارات العربية لسنة 1975.
- قانون الأحوال الشخصية المصري الصادر سنة 1920، المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 25 لسنة 1929 والقانون رقم 100 لسنة 1985.
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984.
- قانون المرافعات الإيطالي.
- قانون المرافعات الألماني.
- القانون المدني الفرنسي.
- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.
- قانون الجنسية الفرنسي.
- القانون المدني الإسباني.

-مواقع الأنترنيت:

-www.jurispedia.org

-www.jorad .dz

-perlpot.net/cod/civil. pdf

الفهرس

العنوان **الصفحة**

مقدّمة:.....ص01.

الباب الأول: دور الضابط الشخصي في تحديد الإختصاص التشريعي.....ص13.

الفصل الأول: دور الضابط الشخصي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية.....ص17.

المبحث الأول: دور الضابط الشخصي في إسناد الحالة الفردية والأهلية للقانون الواجب التطبيق.....ص20.

المطلب الأول: دور الضابط الشخصي في إسناد الحالة الفرديةللقانون الواجب التطبيق.....ص21.

الفرع الأول : دور الضابط الشخصي في إسناد حالة الشخص الطبيعي.....ص21.

البند الأول: الإسم.....ص22.

البند الثاني: حالة إقامة الشخص، أو غيابه أو فقده.....ص25.

أوّلا: الموطن.....ص26.

ثانيا: الغياب والفقد.....ص27.

البند الثالث: صيانة حقوق الإنسان الطبيعية.....ص29.

أولا: حرمة الجسد.....ص30.

ثانيا: صيانة الحياة الخاصة.....ص31.

الفرع الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد حالة الشخص الإعتباري.....ص32.

البند الأول: اختصاص قانون دولة مركز الإدارة الرئيسي والفعلي .....ص33.

البند الثاني: اختصاص قانون القاضي.....ص36.

المطلب الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد الأهلية للقانون الواجب التطبيق.....ص37.
الفرع الأول: علاقة الضابط الشخصي بالقانون الواجب التطبيق على الأهلية .....ص38.
البند الأول: موقف التشريعات من الإسناد الشخصي لمسألة الأهلية.....ص38.
البند الثاني: نطاق القانون الشخصي الذي يحكم مسألة الأهلية.....ص40.
الفرع الثاني: الإستثناءات الواردة على قاعدة خضوع الأهلية للقانون الشخصي.....ص43.
البند الأول الإستثناء الخاص بالجهل المغتفر بالقانون الأجنبي.....ص43.
أولا: شروط إعمال الإستثناء..... ...ص44.
ثانيا: أساس الإستثناء.....ص47.
البند الثاني: وجود نص في قانون خاص أو في معاهدة.....ص47.
الفرع الثالث: دور الضابط الشخصي في إسناد النظم الخاصة بحماية ناقصي الأهلية.....ص49.
البند الأول: إسناد النظم الخاصة بحماية ناقصي وعديمي الأهلية للضابط الشخصي.....ص50.
البند الثاني: الإستثناءات الواردة على قاعدة خضوع ناقصي وعديمي الأهلية للقانون الشخصي.....ص53.
المبحث الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد العلاقات الأسرية للقانون الواجب التطبيق.....ص54.
المطلب الأول: دور الضابط الشخصي في إسناد الرابطة الزوجيةللقانون الواجب التطبيق.....ص56.
الفرع الأول: دور الضابط الشخصي في إسناد انعقاد الزواج وآثاره.....ص56.
البند الأول: دور الضابط الشخصي في تحديد القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج.....ص57.
أوّلا: إسناد الشروط الموضوعية للضابط الشخصي.....ص57.
ثانيا: إسناد الشروط الشكلية للزواج للضابط الشخصي .....ص60.
البند الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد آثار الزواج.....ص64.

أوّلا: دور الضابط الشخصي في إسناد الآثار الشخصية للزواج.....ص64.

ثانيا: دور الضابط الشخصي في إسناد الآثار المالية للزواج.....ص67.

الفرع الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد انحلال الزواج وآثاره.....ص72.

البند الأول: دور الضابط الشخصي في إسناد أسباب انحلال الزواج.....ص72.

البند الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد آثار انحلال الزواج.....ص76.

الفرع الثالث: إسناد الرابطة الزوجية لقانون جنسية أحد الزوجين وقت انعقاد الزواج باعتباره قانون القاضي.....ص77.

المطلب الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد علاقات الوالدين بالأولاد وإسناد الروابط العائلية المالية ذات الطابع الشخصي للقانون الواجب التطبيق.....ص80.

الفرع الأول: دور الضابط الشخصي في إسناد علاقات الوالدين بالأولادللقانون الواجب التطبيق.....ص81.

البند الأول: دور الضابط الشخصي في إسناد النسب.....ص82.

البند الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد الكفالة والتبني.....ص84.

ثالثا: دور الضابط الشخصي في إسناد الحضانة.....ص87.

الفرع الثاني: دور الضابط الشخصي في إسناد العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي.....ص90.

البند الأول: الميراث.....ص90.

أوّلا: دور الضابط الشخصي في إسناد الميراث للقانون الواجب التطبيق.....ص91.

ثانيا: نطاق تطبيق القانون الشخصي.....ص94.

البند الثاني:الوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الموت.....ص97.

أوّلا: دور الضابط الشخصي في إسناد الشروط الموضوعية للوصية.....ص97.

ثانيا: دور الضابط الشخصي في إسناد الشروط الشكلية للوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الموت...ص100.

البند الثالث: الهبة.....ص103.

الفصل الثاني: المشاكل المترتبة على إعمال الضابط الشخصي في حل تنازع الاختصاص التشريعي....ص105.

المبحث الأول: المشاكل المصاحبة لإعمال الضابط الشخصي قبل الإسناد للقانون الشخصي.....ص106.

المطلب الأول: الصعوبات التي يثيرها الضابط الشخصي.....ص106.

الفرع الأول: التنازع الإيجابي والسلبي للضابط الشخصي.....ص107.

البند الأول: تعدد الضابط الشخصي.....ص107.

أولا: الحلول التقليدية .....ص108.

1- ارتباط متعدّد الضابط الشخصي بدولة قاضي النزاع.....ص109.

2-عدم وجود رابطة شخصية بين متعدّد الضابط الشخصي ودولة القاضي.....ص115.

ثانيا: الحلول الحديثة.....ص120.

1-مفهوم فكرة الحل الوظيفي وكيفية تطبيقها على حالات تعدد الضابط الشخصي.....ص121.

2-موقف التشريع والقضاء من فكرة الحل الوظيفي.....ص124.

البند الثاني: انعدام الضابط الشخصي.....ص126.

أولا: انعدام الجنسية.....ص126.

ثانيا: انعدام الموطن.....ص129.

الفرع الثاني: التنازع المتحرك.....ص130.

البند الأول: الحلول الفقهية المخصصة لمشكلة التنازع المتحرك .....ص131.

أوّلا: النظرية التي تنادي باحترام الحقوق والمراكز القانونية القديمة أو التي تم تكوينها.....ص131.

ثانيا: النظرية التي تأخذ بالأثر الفوري للقانون الجديد وعدم رجعيته.....ص134.

ثانيا: إمكانية تطبيق فكرة الحل الوظيفي على التنازع المتحرك.....ص135.

البند الثاني: موقف المشرع الجزائري من مشكلة التنازع المتحرك.....ص136.

المطلب الثاني: عدم استجابة القانون الشخصي للإختصاص المسند إليه: .....ص138.

الفرع الأول: الإحالة.....ص138.

البند الأول: موقف الفقه من الإحالة.....ص139.

أوّلا:الحجج الفقهية المؤيّدة للإحالة .....ص139.

ثانيا: حجج الآراء الفقهية المعارضة للإحالة.....ص141.

ثالثا: الإحالة وفكرة الحل الوظيفي.....ص143.

البند الثاني: موقف التشريع والقضاء من الإحالة.....ص145.

أوّلا: موقف التشريعات الوضعية من الإحالة .....ص145.

1-موقف القوانين الداخلية من الإحالة.....ص147.

ثانيا: موقف الإتفاقيات الدولية من الإحالة.....ص147.

ثالثا: موقف القضاء المقارن من الإحالة.....ص150.

الفرع الثاني: التفويض.....ص152.

البند الأول: موقف الفقه من التفويض.....ص153.

البند الثاني: موقف التشريع من التفويض.....ص155.

المبحث الثاني: موانع تطبيق القانون الأجنبي الشخصي.....ص159.

المطلب الأول: استبعاد القانون الأجنبي الشخصي المخالف للنظام العام في دولة القاضي.....ص159.

الفرع الأول: شروط إعمال الدفع بالنظام العام لإستبعاد القانون الأجنبي الشخصي.....ص160.

الفرع الثاني: آثار استبعاد القانون الأجنبي الشخصي المخالف للنظام العام في دولة القاضي.....ص163.

البند الأول: حلول قانون القاضي محل القانون الأجنبي الشخصي المستبعد.....ص164.

البند الثاني: الإعتراف بالحقوق المكتسبة المترتّبة على القانون الأجنبي الشخصي الواجب إستبعاده في دولة القاضي.....ص165.

الفرع الثالث: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي الشخصي في مجال الأحوال الشخصية.....ص167.

البند الأول: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي الشخصي الواجب التطبيق على العلاقات الأسرية .....ص168.

أولا: تطبيقات إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي الواجب التطبيق على الزواج وانحلاله.....ص168.

ثانيا: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي الشخصي، الواجب التطبيق على علاقات الوالدين بالأولاد...ص173.

البند الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي الشخصي الواجب التطبيق على الميراث والوصية.....ص177.

المطلب الثاني: إستبعاد القانون الأجنبي الشخصي الثابت له الإختصاص غشا.....ص180.

الفرع الأول: شروط استبعاد القانون الأجنبي الشخصي الثابت له الإختصاص غشا.....ص181.

البند الأول: شرط تغيير ضابط الإسناد الشخصي.....ص181.

البند الثاني: شرط وجود نية التحايل أو الغش نحو القانون.....ص183.

الفرع الثاني: آثار استبعاد القانون الأجنبي الشخصي الثابت له الإختصاص غشا.....ص184.

الفرع الثالث: تطبيقات استبعاد القانون الشخصي الثابت له الإختصاص غشا في مجال الأحوال الشخصية في القضاء الفرنسي.....ص188

البند الأول: تطبيقات في مسائل الطلاق.....ص189.

أوّلا: قضية "Place et choppin" في 16 ديسمبر 1845.....ص189.

ثانيا: قضية "Vidal".....ص189.
ثالثا: قضية الأميرة "دي بوفرمون": "La princesse De Bauffremont".....ص190.
البند الثاني: تطبيقات في مسائل الأهلية.....ص191.
البند الثالث: تطبيقات في مسائل الميراث.....ص192.
الباب الثاني : دور الضابط الشخصي في تحديد الإختصاص القضائي الدولي، ومعاملة الأحكام الدولية.....
والأشخاص الطبيعية دوليا.....ص194.
الفصل الأول: دور الضابط الشخصي في تحديد الإختصاص القضائي الدولي.....ص197.
المبحث الأول: دور الجنسية في تحديد الإختصاص القضائي الدولي.....ص199.
المطلب الأول: موقف التشريع والقضاء من إختصاص المحاكم المبني على ضابط الجنسية.....ص200.
الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي.....ص200.
البند الأول: الأصل التاريخي للمادتين 14 و15 ق.م فرنسي.....ص202.
البند الثاني: تقدير المادتين 14 و15 ق.م فرنسي.....ص205.
البند الثالث: مجال تطبيق المادتين 14 و15 ق.م فرنسي.....ص208.
أولا: الأشخاص المستفيدون من المادتين 14 و15.....ص209.
ثانيا: الدعاوى التي تشملها المادتان 14 و15 ق.م فرنسي.....ص210.
البند الرابع: طبيعة المادتين 14 و15 ق.م فرنسي.....ص212.
البند الخامس: تحديد المحكمة الفرنسية المختصة محليا في حالة الدعاوى المؤسسة على المادتين 14و15م
فرنسي.....ص216.
الفرع الثاني: الموقف المعتمد في بعض الدول العربية.....ص217.
الفرع الثالث: إختصاص المحاكم الجزائرية القائم على الجنسية.....ص223.
المطلب الثاني: المشاكل المترتبة على إعمال ضابط الجنسية في الإختصاص القضائي الدولي.....ص229.

الفرع الأول: تنازع الجنسيات.....ص230.
البند الأول: التنازع الإيجابي (تعدد الجنسيات) .....ص230.
البند الثاني: التنازع السلبي للجنسيات (انعدام الجنسية).....ص232.
البند الثالث: التنازع المتحرك (تغيير الجنسية).....ص232.
الفرع الثاني: جلب الإختصاص لأكثر من محكمة دولية وإثارة الدفع بالإحالة.....ص233.
البند الأول: موقف التشريع من الدفع بالإحالة.....ص234.
البند الثاني: شروط قبول الدفع بالإحالة.....ص240.
أولا: وحدة الدعوى المرفوعة أمام القضاء الوطني والقضاء الأجنبي.....ص240.
ثانيا: اختصاص المحكمة الأجنبية بالنظر في الدعوى.....ص241.
ثالثا: قابلية الحكم الأجنبي للتنفيذ.....ص242.
الفرع الثالث: منازعات الجنسية.....ص243.
البند الأول: صور منازعات الجنسية.....ص244.
1 – صورة الدعوى الأصلية.....ص244.
2- صورة الدعوى الفرعية.....ص244.
البند الثاني: الفصل في منازعات الجنسية.....ص246.
أولا: إثبات الجنسية.....ص246.
1-إثبات الجنسية الأصلية.....ص247.
2-إثبات الجنسية المكتسبة.....ص247.
3-إثبات زوال الجنسية الوطنية.....ص248.
ثانيا: حجية الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية.....ص249.
المبحث الثاني: دور الموطن في تحديد الإختصاص القضائي الدولي.....ص250.
المطلب الأول: موقف التشريع من ضابط الموطن.....ص251.
الفرع الأول: موقف التشريع من مدى الإعتداد بضابط الموطن.....ص252.
البند الأول: موقف التشريع من ضابط موطن المدعى عليه.....ص252.
البند الثاني: موقف التشريع من ضابط موطن المدعي.....ص255.
الفرع الثاني: نطاق اختصاص محكمة الموطن.....ص258.
البند الأول: نطاق اختصاص محكمة الموطن من حيث الأشخاص.....ص258.
أولا: الموطن العام..... .....ص259.

ثانيا: الموطن القانوني.....ص260.
ثالثا: الموطن المختار.....ص261.
رابعا: موطن الأعمال.....ص261.
البند الثاني: نطاق اختصاص محكمة الموطن من حيث بالدعاوى .....ص262.
أولا: استثناء الدعاوى العقارية و الدعاوى العينية المنقولة من اختصاص محكمة الموطن.....ص262.
1.نطاق الاستثناء.....ص263.
2.مبررات الاستثناء.....ص265.
ثانيا: استثناء دعاوى أخرى من اختصاص محكمة الموطن في التشريع الجزائري.....ص267.
الفرع الثالث: المشاكل المترتبة على الإعتداد بضابط الموطن في مجال الإختصاص القضائي الدولي... ..ص269.
البند الأول: تعدد المواطن أو انعدامها.....ص270.
البند الثاني: التنازع المتحرك.....ص274.
البند الثالث: تعدد المدعى عليهم.....ص275.
البند الرابع: إثبات الموطن.....ص280.
ثانيا: أدلة الإثبات.....ص280.
1-القرائن المثبتة للموطن.....ص281.
2-وقائع الدعوى المثبتة للموطن.....ص282.
البند الخامس: ضابط الموطن ومشكل الإحالة.....ص283.
المطلب الثاني: اختصاص محكمة الموطن المقيد بنوع الدعوى في مسائل الأحوال الشخصية.....ص285.
الفرع الأول: اختصاص محكمة الموطن في دعاوى الزواج وآثاره.....ص286.
البند الأول: دعوى المعارضة في عقد الزواج.....ص288.
البند الثالث: دعوى النسب.....ص289.
البند الرابع: دعوى النفقة.....ص293.
الفرع الثالث: اختصاص محكمة الموطن في دعاوى الطلاق وآثاره.....ص295.
البند الأول: محكمة الموطن المختصة بالنظر في دعاوى الطلاق.....ص296.
البند الثاني: اختصاص محكمة الموطن بالنظر في آثار الطلاق.....ص297.
أولا: محكمة الموطن المختصة في دعاوى الحضانة.....ص298.
ثانيا: المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى السكن.....ص299.
الفرع الثالث: اختصاص محكمة الموطن في دعاوى الميراث.....ص 300.

الفصل الثاني: دور الضابط الشخصي في تحديد معاملة الأحكام الدولية و الأشخاص الطبيعية الأجنبية.....ص 307.

المبحث الأول:دور الضابط الشخصي في تحديد معاملة الأحكام الأجنبية.....ص308.

المطلب الأول:أنواع الأحكام الأجنبية الشخصية القابلة للتنفيذ و الأنظمة السائدة لتنفيذها.....ص309.

الفرع الأول:أنواع الأحكام الأجنبية الشخصية القابلة للتنفيذ.....ص310.

البند الأول:الأحكام القضائية المدنية.....ص310.

البند الثاني:الأعمال الولائية.....ص312.

الفرع الثاني:الأنظمة السائدة لتنفيذ الأحكام الأجنبية الشخصية.....ص314.

البند الأول:نظام رفع الدعوى.....ص314.

البند الثاني:نظام الأمر بالتنفيذ.....ص317.

أولا:نظام المراجعة.....ص317.

ثانيا:نظام المراقبة.....ص319.

المطلب الثاني:شروط و آثار تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء الشخصي الأجنبي.....ص322.

الفرع الأول:شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عن القضاء الشخصي.....ص323.

البند الأول:الشروط الإجرائية لتنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي.....ص323.

أولا:الجهة القضائية المختصة.....ص324.

ثانيا:الوثائق الواجب توافرها لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ.....ص327.

البند الثاني:الشروط الموضوعية الواجب توافرها في الحكم الأجنبي الشخصي..... ص332.

أولا:الإختصاص الدولي للقضاء الشخصي الذي أصدر الحكم الأجنبي.....ص332.

*الأسس ذات الطابع النظري.....ص334.

*الأسس ذات الطابع العملي.....ص334.

ثانيا:حيازة الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي لقوة الشيئ المقضي به.....ص337.

ثالثا:عدم تعارض الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي مع حكم صادر عن الجهات القضائية الوطنية.....ص339.

رابعا:عدم تعارض الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي مع النظام العام و الآداب العامة.....ص343.

1-الصورة الأولى.....ص344.

2-الصورة الثانية.....ص346.

خامسا:إنتفاء حالة الغش في الحكم الصادر عن القضاء الشخصي الأجنبي.....ص349.

سادسا:مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ أحكام القضاء الشخصي الأجنبي.....ص351.

سابعا:مراقبة مدى إحترام تطبيق القانون المختص في الحكم الصادر عن القضاء الشخصي الأجنبي.....ص352.

الفرع الثاني:آثار الأحكام الأجنبية الصادرة عن القضاء الشخصي.....ص353.

البند الأول:آثار الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي قبل منحه الأمر بالتنفيذ.....ص354.

أولا:الأثر الواقعي للحكم الصادر عن القضاء الشخصي الأجنبي.....ص354.

ثانيا-الأثر المستندي.....ص356.

ثالثا:حجية الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي.....ص357.

البند الثاني:آثار الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الشخصي بعد منحه الأمر بالتنفيذ.....ص360.

أولا:قوة التنفيذ.....ص360.

ثانيا:حجية الأمر المقضي به.....ص361.

المبحث الثاني:دور الضابط الشخصي في تحديد معاملة الأشخاص الطبيعية الأجنبية.....ص363.

المطلب الأول:دور الضابط الشخصي في تمييز معاملة الأجانب عن الوطنيين.....ص365.

البند الأول:حق إكتساب الجنسية.....ص366.

أولا:إكتساب الجنسية بالتجنّس.....ص367.

ثانيا:إكتساب الجنسية بالزواج المختلط.....ص372.

البند الثاني:حق الإقامة على إقليم الدولة المستضيفة.....ص375.

أولا:الإقامة المؤقتة.....ص375.

ثانيا:الإقامة العادية و الدائمة.....ص376.

الفرع الثاني:الحقوق و الإلتزامات القاصرة على الوطنيين دون الأجانب.....ص379.

البند الأول:الحقوق التي يحرم منها الأجانب.....ص379.

أولا:الحقوق السياسية.....ص379.

1-حق الإنتخاب.....ص379.

2-حق الترشح و تولّي المناصب السياسية.....ص381.

3-الحق في تكوين أحزاب سياسية أو الإنضمام إليها.....ص382.

ثانيا:تولّي الوظائف العامة.....ص383.

البند الثاني:إعفاء الأجانب من الإلتزام بأداء الخدمة العسكرية.....ص385.
المطلب الثاني:الإجراءات المتبعة ضد الأجانب بالنظر إلى تجنّسهم و توطّنهم.....ص387.
الفرع الأول:سحب الجنسية المكتسبة و التجريد منها.....ص387.
البند الأول:سحب الجنسية المكتسبة.....ص387.
أولا:حالات سحب الجنسية و إجراءاته.....ص388.
ثانيا:آثار سحب الجنسية.....ص390.
الفرع الثاني:التجريد من الجنسية المكتسبة.....ص392.
أولا:حالات التجريد من الجنسية المكتسبة و إجراءاته.....ص393.
ثانيا:الآثار المترتبة على التجريد من الجنسية المكتسبة.....ص396.
الفرع الثاني:إبعاد الأجانب.....ص397.
البند الأول:أسباب الإبعاد.....ص398.
البند الثاني:إجراءات الإبعاد.....ص400.
الخاتمة.....ص404.
قائمة المراجع.....ص414.

الملخّص :

يلعب الضابط الشخصي جنسية كان أو موطنا دورا بارزا في إسناد الأحوال الشخصية للقانون الواجب التطبيق وحلّ مشكل تنازع الإختصاص التشريعي،كما يبرّر الإختصاص القضائي الدولي الشخصي في الكثير من المنازعات، وإن كانا هذين الإختصاصين الشخصيين–التشريعي والقضائي– قيد إستثناء، ويثار بصدد إعمالهما بعض المشاكل والصعوبات،غير أنّ ذلك لا يقلّل من أهمية الضابط الشخصي مادام أنّ التشريع أوجد لذلك حلولا.

ولا يتوقّف دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص هنا ،وإنما يظهر أيضا في مجال الأحكام الأجنبية ، حيث ترتّب الأحكام القضائية الصادرة بناء على إعماله آثارها في الخارج، إذا فصلت في مسائل معيّنة، واستوفت شروطا محدّدة،كما يبرز دوره أيضا في موضوع مركز الأجانب،فيعمل على تمييز معاملة الأشخاص الطبيعية الأجنبية عن الوطنية.

الكلمات المفتاحية:

الضابط الشخصي–الجنسية– الموطن– الأحوال الشخصية– القانون الشخصي– الإحالة – القانون الأجنبي الشخصي– قانون القاضي– النظام العام– الغش نحو القانون– القضاء الدولي الشخصي– محكمة الجنسية– محكمة الموطن– الإختصاص الأصلي–الإختصاص الجوازي–تنفيذ الأحكام الأجنبية – معاملةالأجانب.

Le résumé :

Le facteur personnel, que se soit de nationalité ou de domicile, joue un rôle très important dans l'attribution du statut personnel à la loi applicable et à la résolution du problème du litige de la compétence législative, ainsi il justifie la compétence judiciaire internationale dans plusieurs litiges, et même si ces deux compétences personnelles – législative et judiciaire- sont objet d'une exception, se posant lors de leurs application quelques problèmes et difficultés, néanmoins cela ne diminue pas de l'importance de facteur personnel tant que la législation a créer pour cela des solutions.

Le rôle de facteur personnel ne se limite pas dans la loi international privé à cet effet, mais il apparaît également dans le domaine des jugements étrangers, alors que les jugements judiciaires rendus par son application résultent ses effets à l'étrangers, s'ils statuent sur certaines questions, et répondent à des exigences spécifiques, et il met en évidence son rôle également dans le sujet du statut des étrangers, il travaille pour distinguer le traitement des personnes physiques étrangères des personnes nationales.

Mots clés :

Facteur personnel – Nationalité – Domicile – Statut personnel –La loi personnel - Renvoi– Loi personnel étranger –Loi de fori – Ordre public – Fraude à la loi - justice personnelle internationale – Tribunal de nationalité – Tribunal de domicile – Compétence originaire – Compétence de permission – Exécution des jugements étrangers – Traitement des étrangers.

Abstract:

The personal factor, whether of nationality or domicile, plays a very important role in attributing personal status to the applicable law and in resolving the issue of legislative jurisdiction, thus justifying international jurisdiction In several disputes, and even if these two personal competences - legislative and judicial - are subject to an exception, arising during their application some problems and difficulties, nevertheless this does not diminish the importance of the personal factor as long as The legislation to create solutions for this.

The role of the personal factor is not limited to the private international code for this purpose, but it also appears in the field of foreign judgments, whereas the judgments rendered by its application result its effects to foreigners, they decide on certain issues, and meet specific requirements, and it highlights its role also in the subject of the status of foreigners, it works to distinguish the treatment of foreign natural persons from national persons.

Keywords:

Personal factor - Nationality - Domicile - Personal status – Personal law- Renvoi - Foreign law personal - The lex fori – Ordre public – Fraud of law - International personal justice - Court of nationality - Court of domicile - Originating competence - Jurisdiction of permission – L'execuature - Treatment of foreigners.