

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان

كلية الحقوق



مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص

دور الجنسية في حل مشاكل تنازع

القانونيين

تحت إشراف الأستاذة:

د. يوسف فتيحة

إعداد:

● موشعال فاطيمة

لجنة أعضاء المناقشة

جامعة تلمسان

رئيسا

أستاذ التعليم العالي

د. شهيدة قادة

جامعة تلمسان

مشرفة ومقررة

أستاذة التعليم العالي

د. يوسف فتيحة

جامعة تلمسان

مناقشا

أستاذ محاضر

د. بن عصمان جمال

جامعة تلمسان

مناقشة

أستاذة محاضرة

تشوار حميدو زكية

السنة الجامعية 2012/2011

# شكر خاص

أشكر الله لأنه وفقني في إنجاز هذا العمل.

كما أتقدم بعظيم التقدير وأسمى آيات الشكر والعرفان، لأستاذتي المشرفة "يوسف فتيحة"، التي قبلت تأطيري في هذه المذكرة، والتي أوارتني بنصائحها.

كما أقدم إحترامي الكبير، والشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة، الذين تكفلوا بقراءة وتقييم هذا البحث.

# إهداء

إن هذا العمل المتواضع، هو نتيجة بحث وتعب مستمر لفتاة تتطلع للأفضل.

وعليه، أتقدم بالشكر إلى منبع الحنان، إلى أعز ما أملك، أمي الغالية، الحبيبة، المناضلة، كما اهديتها إلى أبي، وإلى من أجد معهم الأمان، وغمروني بالحب، والذين كانوا الدافع المساند لي في إنجاز هذه المذكرة أخواتي ملحة، وسومية، كما لا أنسى باقي الإخوة، حفيظة، مليكة، عبد الفتاح، بلقاسم، وابنته الفاتنة الكتكوتة خديجة.

كما اهديتها إلى جميع صديقاتي في الإقامة الجامعية منصور 2 ، وإلى جميع من عرفني وأحب براءتي.

## قائمة المختصرات

باللغة العربية.

ص.....صفحة.

م.....مادة.

ع.....عدد.

غ.أ.ش.....غرفة الأحوال الشخصية.

باللغة الفرنسية.

p.....page.

Op cit.....ouvrage précite.

Art.....article

Cass. Civ.....chambre Civile de la cour de  
Cassation Francaise.

N .....numéro.



إنّ التطور المعاصر، وما شهده من ابتكار وسائل النقل الحديثة، أدّى إلى اختصار المسافات بين الدّول، وتقريب الحدود، وهو ما أدّى بالضرورة إلى أنّ العالم أصبح كالعقريّة الصغيرة، لا تكاد تجد فيها رقعة حكرًا على الوطنيين لوحدهم، دون وجود الأجانب بها. ففي كلّ دولة نجد مجموعة من الأجانب ينتقلون، يبرمون الصّفات التجارية، يبيعون، يشترون، ويتزوّجون، أي أنّ علاقاتهم تتنوّع ما بين العلاقات الماليّة، والرّوابط الشخصية، سواء كانت تجمعهم مع الوطنيين، أو كانت مع الأجانب بعضهم بعض.

ولهذا فقد نشأت منازعات بشأن هذه العلاقات، ونظرًا أنّها خاصّة، فهي تخرج بهذا من النّطاق الإقليمي لتطبيق القانون الوطني، الذي يقضي بتطبيق هذا الأخير، متى تعلّقت المسألة بالقانون العامّ، سواء بالنسبة للوطنيين أو الأجانب. فلو كانت المسألة بالرغم من كونها من علاقات القانون الخاص وطنية بجميع عناصرها، لخضعت للقانون الوطني دون أي إشكال، ولكن هي تأخذ بعدًا آخر لأنّها ترتبط بأكثر من قانون، ممّا يعطي الشرعية لجميع هذه القوانين لإمكانية حكم العلاقة. فلو تزوّج أجنبيّان في الجزائر، أو حدث نزاع بين جزائريين على مال موجود في فرنسا، أو أبرم جزائريان عقد بيع بالمغرب على مال كائن بالجزائر، فسيثور النزاع حول القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات، ومردّد هذا تطرق العنصر الأجنبي إليها، سواء من ناحية أطرافها، كما في المثال الأوّل، أو من ناحية موضوعها أو محلّها، كما في المثال الثاني، أو واقعها المنشئة أو مصدرها كما في المثال الثالث. فارتباط هذه العلاقات بالقانون الوطني من جهة، وبالقانون الأجنبي من جهة أخرى، هو الذي يجعل محاولة تحديد القانون الأفضل و الأصلح لحكمها مسألة صعبة، مادام أنّ تلك القوانين جميعًا تحمل ارتباطًا معينًا بها.

وهكذا يظهر، أنّ جوهر مشكلة تنازع القوانين هو تزام قانونين أو أكثر، لدولتين أو أكثر، بشأن حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي. على أنه يشترط أن تكون تلك القوانين المتزاحمة متعارضة، أي مختلفة في أحكامها، وإلا لا تصبح هناك أية فائدة للمفاضلة بينها، واختيار إحداها، ما دام أنّ تطبيق أي منها، يؤدّي لنفس النتيجة التي سيؤدّي إليها الآخر، كما يجب أن يفسح المشرّع الوطني المجال لتطبيق القانون الأجنبي، فبعدما كانت الدّول في السابق

إعمالاً لقاعدة إقليمية القوانين، لا تسمح بتطبيق القوانين الأجنبية بإقليمها، 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 أي القوانين المتزاحمة أو المتعارضة، أفضل وأجدر بحكم النزاع، فإن هذا فرض أن يكون الحل عن طريق قواعد الإسناد أو قواعد التنازع<sup>1</sup>، وهي تقنية لا تعطي الحل المباشر للنزاع، كما في مختلف فروع القانون الأخرى، وإنما ترشد فقط للقانون الذي يجب تطبيقه من بين القوانين المتنازعة<sup>2</sup>، وذلك عن طريق ما يسمى بضابط الإسناد، والذي تكمن مهمته في تعيين القانون الواجب التطبيق، بصفته أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة، وأكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة.

ونظراً لأهمية ضابط الإسناد في الفصل في مشكلة التنازع، فمن الطبيعي ألا يتم تعيينه بصفة عبثية، وإنما بطريقة مدروسة، بحيث يستمد من العنصر الذي يمثل مركز الثقل، أو عنصر التركيز في العلاقة القانونية. فإذا تمثل هذا الأخير في موضوع العلاقة، أو محلها، كما في الحقوق العينية، فإن ضابط الإسناد المناسب لها هو موقع المال، أما إذا تمثل في مصدر العلاقة أو السبب المنشئ لها، كما في التصرفات القانونية، فإن ضابط إرادة المتعاقدين بالنسبة للعقد، ومحل وقوع الفعل الضار بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، هما المناسبين<sup>3</sup>، وإذا كان عنصر الأطراف، هو الأبرز والأثقل وزناً، كما في مسائل الأحوال الشخصية، فإن ضابط الجنسية أو الموطن<sup>4</sup>، هو الأصلح لحكمها.

إنّ إتباع هذا المنهج في تعيين ضابط الإسناد، يعني أنّ ما يصوغه المشرّع من قواعد إسناد هو نتاج عملية تحليلية مسبقة، و يفسّر التشابه الكبير للعديد منها في القانون المقارن، إلا

<sup>1</sup> - إنّ تقنية قواعد الإسناد هي المنهجية التقليدية، و الأكثر شيوعاً و التي تعطي لفرع القانون الدولي الخاص طابعه المتميز عن باقي فروع القانون الأخرى، ولكن ليست هي الوحيدة، بل تشاركها الحلّ منهج القواعد المادية، منهج القوانين ذات التطبيق الضروري.

<sup>2</sup> - وإن هذه المميزات هي التي دعت جانباً من الفقه الفرنسي، إلى تشبيهها طريفاً بمكتب الاستعلامات في محطة السكك الحديدية، فكما تقتصر مهمة هذا المكتب على الإرشاد إلى رصيف القطار الذي يرغب السائل في استقلاله، فتتخصص وظيفتها في الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع، كما أنه نظراً لطابعها المحايد، فقد شَبَّهها آخرون، بأنها قواعد عمياء تكفي بتحقيق عدالة شكلية، وهي إسناد العلاقة المطروحة بطريقة آلية إلى أكثر القوانين ارتباطاً بها. أنظر هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 07.

<sup>3</sup> - عاكشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 23.

<sup>4</sup> - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، ص 44.

أنه لا يعني أبداً، تحرر التشريعات من الأهداف التي تملئها مصالح دولهم الأساسية، وواقعها الاجتماعي في صياغة هذه الضوابط، ولعل هذا ما يتضح في مسائل الأحوال الشخصية، التي وبالرغم من اتفاق التشريعات على أن ضابط الإسناد فيها، يستوحى من أطراف العلاقة، إلا أنها سرعان ما اختلفت، بشأن ما إذا كانت الرابطة الوثقى التي تربط الفرد بنظام قانوني معين هي الجنسية، أو الموطن، وهذا حسب ما تفرضه مصالحها الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية. فتنحاز بعض الدول لضابط الجنسية<sup>1</sup>، على أساس مجموعة من الاعتبارات، 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، ويجعلهم مرتبطين بوطنهم رغم بعدهم عنه، مما يجعل الجنسية كرابطة روحية بين الفرد و الدولة، أكثر أهمية من رابطة الموطن المادية المؤقتة، كما أن ضرورة استقرار الأحوال الشخصية، وثباتها، يقتضي إسنادها لهذا القانون، لأن الجنسية عنصر دائم و متميز للفرد، وليس من السهل تغييرها، كقانون الموطن، الذي يعتبر علاقة مؤقتة وخاضعة لإرادة الشخص، ثم إن الدولة تضع قوانين الأحوال الشخصية لرعاياها وحدهم دون الأجانب، لذلك يجب أن تتبعهم قوانينها إلى أي مكان ينتقلون إليه، لأن القوانين المتعلقة بحالة الفرد وأهليته هدفها حماية الفرد و العائلة، ولا تتحقق هذه الحماية إلا بامتداد هذه القوانين لتحكم الشخص بالرغم من تواجده بالخارج.

وفي المقابل، تفضل دول أخرى الأخذ بقانون الموطن<sup>2</sup>، استناداً لعدة حجج، منها أن العرف و التقليد التاريخي استقرا على الأخذ به، وهو يؤدي لتوحيد القانون الذي يحكم الأسرة الواحدة، لأنه من اليسير توحيد موطنها، بينما يصعب توحيد جنسيتها، ولأن الفرد الذي يتوطن في إقليم معين، وخاصة المهاجر، غالباً ما يندمج فيه، لذا، يكون من مصلحته أن يطبق عليه قانون موطنه حتى لا يبقى مهمّشاً، وفي هذا تحقيق لمصلحة الغير المتعاملين معه كذلك، لأنه يسهل عليهم التعرف عليه، لارتباطه بواقعة مادية ظاهرة للعيان هي التوطن<sup>3</sup>، ومن محاسن هذا

<sup>1</sup>- يأخذ بهذا الرأي كل من الدول العربية، اللاتينية، واليابان.

<sup>2</sup>- يتبنى هذا الرأي الدول المتأثرة بالأفكار الإقطاعية، كالدول الأنجلوسكسونية، والدول الإسكندنافية.

<sup>3</sup>- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، عمان، الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1997، ص 84.

القانون أيضا، أنه يؤدي لتوحيد الاختصاصين القضائي والتشريعي، لأنه غالبا ما يكون هو نفسه قانون القاضي الناظر في النزاع<sup>1</sup>، وبالتالي فتطبيقه أسهل بالمقارنة مع قانون الجنسية.

هذا، وإنّ المتّبع للتطوّر التاريخي الخاص بتنازع القوانين في الأحوال الشخصية، يدرك أنّ القانون الواجب التطبيق عليها، لم يخرج عن هذين الإطارين، فلقد كان الاتجاه السائد هو تطبيق قانون الموطن، وذلك ما اتّضح في موقف المدرسة الإيطالية القديمة، مع أواخر القرن "12"، وفي موقف "دارجنترية" في القرن "السادس عشر"، واللذان كانا يستهدفان مواجهة التنازع الداخلي، بين المدن الإيطالية في الرّأي الأوّل، وبين المدن الفرنسية في الرّأي الثاني.

وعليه، لم يتصور أن يتحدد القانون الشخصي على أساس ضابط الجنسية، إلا حينما واجه الفقه مشكلة التنازع الدولي للقوانين، بعد أن تأكّدت سيادة الدولة، وتوحدت قوانينها<sup>2</sup>. ومع هذا فقد بقيت النزعة التي تؤمن بتطبيق قانون الموطن، على حالة الأشخاص وأهليتهم هي السائدة، سواء في فقه المدرسة الهولندية في القرن "السابع عشر"<sup>3</sup>، أو في فقه "سافيني" في القرن التاسع عشر<sup>4</sup>، إلى أن ظهر فقه جديد مغاير وأكثر تحرّرا من جميع سابقه، 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<sup>5</sup> لحلّ التنازع، بدلا من إقليميتها، كما فعلت القوانين السابقة، فلا يؤخذ بغير القانون الشخصي إلا في حالات استثنائية. فالقانون بالنسبة له، وضع ليحكم سلوك الأشخاص قبل أن يوضع ليطبّق في حدود الإقليم، و يترتّب على ذلك أن تكون القوانين شخصية من حيث مدى تطبيقها، أي أن تمتدّ خارج الإقليم، لتتبع نفس الأشخاص المخاطبين بأحكامها<sup>6</sup>، وذلك من خلال تطبيق قانون الجنسية، الذي يعتبر أكثر تكيفا مع تقاليد الشعب، و أخلاقه، وحاجاته من ناحية، وأكثر استقرار

<sup>1</sup>-Nouhad Rizkalah,droit international privé ,1<sup>er</sup> éd , Majd,Beyrouth ;1985,p 67.

<sup>2</sup>-هشام علي صادق،المرجع السابق، ص243.

<sup>3</sup>-ولقد تأثر الفقه الإنجليزي بهذا الفقه في القرن الثامن عشر، أي بتطبيق قانون الموطن على حالة الأشخاص وأهليتهم، وهو الحلّ الذي مازال مأخوذا به حتى الآن في إنجلترا ومعظم الدّول التي سارت على نهجها كالولايات المتحدة الأمريكية، كندا، النرويج والدنمارك.

<sup>4</sup>- وهكذا، فإن جميع النظريات التي عالجت مشاكل تنازع القوانين، قبل فقه مانشيني اتفقت على أنّ حالة الأشخاص وأهليتهم لا تخضع لمبدأ الإقليمية، وإمّا هي من الأحوال الممتدّة، التي تتبع الشخص أينما ذهب، والتي تخضع لضابط الموطن.

<sup>5</sup>- علي علي سليمان،مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،2000، ص 33-34.

<sup>6</sup>-محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006، ص378. وأنظر كذلك

وثباتا من قانون الموطن الذي ينقصه الثبات من جهة أخرى<sup>1</sup>، و ينسب إلى "مانشيني" القول أن القوانين هي المرآة التي تعكس أخلاق الرعايا، وتقاليدهم ومشاعرهم، لأنها كتياب فصلت عليهم، ولا يستطيع غيرهم أن يلبسوها".

ولقد لاقت نظرية شخصية القوانين نجاحا كبيرا، فقد تأثر بها الكثير من الفقهاء<sup>2</sup>، ولقيت الراجح في الكثير من الدول، وخصوصا في البلاد اللاتينية، إذ بسببها عمد الكثير من المشرعين، إلى إحلال قانون الجنسية محلّ قانون الموطن في مسائل الأحوال الشخصية<sup>3</sup>، كما كان من آثارها التوسع في فكرة الأحوال الشخصية، التي أصبحت تشمل في الكثير من الدول، فضلا عن الحالة و الأهلية، الميراث، الوصية، النظام المالي بين الزوجين، والهبة.

هذا، ويرى بعض الفقهاء<sup>4</sup> أنه من المغالاة القول بأن مهمة ضوابط الإسناد-بما فيها الجنسية- هي حلّ مشكلة تنازع القوانين، فهو تعبير يتضمّن قدرا كبيرا من التجاوز، لأنه لا يوجد تنازع حقيقي بين أكثر من قانون، يدّعي كل منه أنه صاحب سند شرعي في حكم المنازعة، فلا يعقل أن يكون هذا هو ما قصده الفقيه الهولندي "Huber"، حينما ابتكر تسمية تنازع القوانين، خاصة أن فقه المدرسة الهولندية أقام تطبيق القوانين الأجنبية، على فكرة المجاملة الدولية. هذه الفكرة التي تتنافى في ذاتها مع القول أن هناك تنازعا حقيقيا بين القوانين لحكم العلاقات الخاصة الدولية.

وإذا كنا قد أبرزنا ما يتضمنه مصطلح تنازع القوانين من تجاوز، فإننا مع ذلك حرصنا على استخدامه، كعنوان لبحثنا تماشيا مع اتجاه الفقه الغالب، الذي درج على استخدامه دون أن يقصد ما يتضمنه الاصطلاح، من التسليم بوجود ثمة تنازع حقيقي بين القوانين المتزاحمة لحكم العلاقات الخاصة الدولية.

<sup>1</sup>-حسن الهداوي، المرجع السابق، ص42.

<sup>2</sup>-تذكر منهم "وايس وبييه" و "باتيفول" في فرنسا، والفقيه "ديانا" في إيطاليا، و"لوران" في بلجيكا.

<sup>3</sup>-وهذا ما أتبعه المشرع الإيطالي سنة 1866، المشرع الإسباني سنة 1889، المشرع الألماني سنة 1900، وبعض الاتفاقيات الدولية كتقنين بوستامنت (1928) لدول أمريكا اللاتينية، واتفاقيات لاهاي لسنوات 1896، 1902، 1905، وكذلك تأثرت به القوانين العربية. أنظر زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء 1، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص 67.

<sup>4</sup>- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص5.

إذن يجب أن لا يفهم على عنوان بحثنا أكثر مما يحتمل، لأنه إنما يعبر في معناه، ليس عن وجود مشاكل كبيرة تتدخل الجنسية كعصا سحرية لحلها، وإنما هو يعبر عنها بصفاتها ضابط الإسناد فقط ، أو جزء من قاعدة الإسناد التي يضعها المشرع الوطني، لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملاءمة، لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا، وأكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة من وجهة نظره. فهي إذن الوسطة التي تربط ما بين الفكرة المسندة، وقانون دولة معينة، ويمكن تصنيفها من بين ظروف الإسناد بأنها ضابط إسناد أصلي، مستمر، قابل للتغيير، معنوي، وقانوني، لأن القانون نظمها بأحكام خاصة، و إنما تختلف عن سائر ظروف الإسناد القانونية، في أن التشريعات تتوافق فيما بينها في تحديد معناها. ولذا من الوجهة العملية، لا يترتب على تحديد معنى اصطلاح الجنسية، اثر في تعيين القانون المختص، خلافا لفكرة الموطن وانعقاد العقد، التي تختلف التفسير حولها، مما قد يؤدي إلى ثبوت الاختصاص لقانون دولة دون الآخر.

ونظرا أن القول ليس على إطلاقه، لان الجنسية كضابط إسناد، لن تتناول جميع ميادين تنازع القوانين. لذا، فإن التساؤل يثور عن مجال تطبيق قانون الجنسية فيما يخص تنازع القوانين؟ ولأن هذا المجال يتحدد بالأحوال الشخصية، التي تتميز بكثرتها وتنوعها، من حالة فردية، وعائلية، إلى أهلية إبرام التصرفات القانونية، و بعض العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي، كالميراث، الوصية، فيثور البحث عن نطاق تطبيق قانون الجنسية، في كل مسألة على حدا من مسائل الأحوال الشخصية، والاستثناءات الواردة على هذا المبدأ، والتي قد تقضي بتطبيق قوانين أخرى غير الجنسية، في حدود معينة.

ولكن ليس للجنسية تلك الوظيفة الإيجابية السابقة، في حلّ مشاكل تنازع القوانين فقط، بل هي كالعملة النقدية ذو وجهين، فقد تكون سببا أو تساهم في إثارة مشكلة التنازع، وذلك من خلال الصعوبات التي تثيرها، سواء أثناء البحث عنها، ومحاولة تعيين القانون الواجب التطبيق، كالتنازع الايجابي والسلبى للجنسية، التنازع المتحرك، والإسناد إلى قانون دولة متعدّدة التشريعات، أو أثناء محاولة تطبيقها، كالإحالة، الدفع بالنظام العام، والغش نحو القانون.

لذا، يطرح التساؤل عن الصعوبات التي يثيرها البحث عن قانون الجنسية المختص، وتطبيقه، وما هي الحلول التي وضعت من أجل تخطي تلك العقبات، التي تعرقل في مهمة ضابط الجنسية؟ وخاصة أن هذه الحلول، هي التي كانت كفيلة بإعادة التوازن لضابط الجنسية، بإخراجه من دائرة السلبية بصفته ضابط يزيد من حدّة التنازع تعقيداً، إلى دائرة الإيجابية بصفته أداة لحلّ مشاكل تنازع القوانين.

هذا، وإنه من بين الصعوبات التي واجهتنا في انجاز هذا البحث، بالرغم من كثرة المراجع هو تشابهها جميعاً، وكثرة النظريات الفقهية وتعارضها، في مختلف مسائل تنازع القوانين، كثرة الأفكار والجزئيات وتشعبها، وذلك لأن موضوع الجنسية وعلاقتها بتنازع القوانين واسع، لدرجة تستحق كل علاقة من علاقات الأحوال الشخصية، البحث فيها كموضوع مذكرة واحدة.

وإنّ طبيعة الموضوع ألزمني اعتماد المنهج الوصفي، والتحليلي أساساً، والمقارن أحياناً أخرى، لأن طبيعة القانون الدولي الخاص من التنوع والشمول، الذي يجعل الاقتصار على قانون واحد فقط، دراسة قاصرة، فحاولنا تبيان في كل رأي مختلف الدول التي تشترك في الأخذ بضابط الجنسية، على أنّنا ركّزنا بالإضافة للتشريع الجزائري طبعاً، على التشريعين الرائدتين في هذا المجال، وهما التشريع الفرنسي و المصري.

وترتيباً عليه ولبوغ غايات هذا البحث، تكرّس تقسيمه لفصلين أساسيين هما :

الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية (الفصل الأول).

الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية، وكيفية معالجتها (الفصل الثاني).

## الفصل الأول:

### الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية.

إن نطاق تطبيق قانون الجنسية على مستوى تنازع القوانين، يتحدد بالأحوال الشخصية، والتي تعتبر مصطلحا غريبا عن الفقه الإسلامي. فهي تعريب لعبارة: "Statut personnel" أي القانون الذي يتبع الشخص. ويعتبر القانون المدني الفرنسي، أول من نصّ على إخضاع حالة الأشخاص وأهليتهم إلى قانون الجنسية، بعدما كان سائدا من قبل إسنادها لقانون الموطن في جميع البلاد الأوروبية. ولقد كان مبتغى الفرنسيين من ذلك هو، إحلال قانونهم الموحد محلّ القوانين الإقليمية المتعدّدة، و لم يكونوا يظنون أنّهم يأتون بمذهب جديد سرعان ما انتشر في كافة أوربا، كما تأثرت به القوانين العربية جميعا<sup>1</sup>، ومنها التشريع الجزائري<sup>2</sup>.

إذن إن مجال الأحوال الشخصية يتحدد بالحالة، و لكن ليس بمعناها الواسع، لأن هذه الأخيرة تشمل كل من الحالة العامة أو السياسية، وهي الجنسية، والتي ليست مجالا لتنازع القوانين<sup>3</sup>، و الحالة الخاصة أو المدنية، والتي تعني جميع الصفات التي تميز الشخص عن غيره، ككونه ذكرا، أو أنثى، راشدا أو قاصرا، زوجا، أو أرملا، أو أعزبا، أو ابنا، وفي البلاد التي تعطي أهمية للدين، فهي تختلف فيها باختلاف الأديان كالبلاد الإسلامية. وهذه الحالة، هي محور الأحوال الشخصية، بينما تخرج الجنسية من نطاق الأحوال الشخصية، لتعبر عن ضابط الإسناد الذي يحكم الحالة الخاصة أو المدنية، في كل من الجزائر، ومعظم الدول العربية واللاتينية.

إن هذه الحالة يختلف في نطاقها، فهي تشمل عند بعض التشريعات كل من الميراث، الوصية، النظم المالية التي تصحب الزواج، والهبة، مثل غالبية الدول العربية والقانون الإيطالي، في حين تستبعد تشريعات أخرى من نطاقها تلك المسائل، كالقانون الأمريكي

<sup>1</sup> - موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، المغرب، 1994، ص 223.

<sup>2</sup> - وهذا ما تعبر عنه المادة 10 من القانون المدني الجزائري، الصادر بموجب الأمر 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 58-75 الصادر في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية العدد 44، لسنة 2005، بقولها أنه "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم". ولقد تعرضت هذه المادة لانتقادات كثيرة قبل التعديل، لأنها كانت في شكل قاعدة إسناد منفردة، إذ كانت تنص على أنه "تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص، وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين ببلاد أجنبية"، وقد أحسن المشرع بتعديلها.

<sup>3</sup> - وذلك أن كل دولة تنفرد ببيان من هم وطنيوها، ولهذا ليس هناك مجال لتنازع القوانين فيما يخص هذه الحالة، ولا تضبطها قواعد إسناد، وإنما يوجد تنازع في الجنسيات، والذي يحل بوسائل أخرى سنبينها في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

والفرنسي<sup>1</sup>. وسبب هذا الاختلاف أن هذه المسائل ذات طبيعة مزدوجة، ويصعب تصنيفها في فئة المعاملات المالية، أو المسائل الشخصية، لأنها تحمل كلا المعنيين، ولهذا تسمى بالعلاقات المالية ذات الطابع الشخصي.

وعليه، فإن الحالة في التشريع الجزائري، تتطوي على كل من الحالة الفردية والعائلية، وتلك العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي والأهلية. ولهذا ستكون الدراسة منصبة على دور الجنسية فيما يخص الحالة الفردية والأهلية، ثم إلى دورها فيما يخص الحالة العائلية، والتي يجتمع تحت لوائها كل من الروابط الأسرية، وبعض العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي كالميراث والوصية.

## المبحث الأول :

### دور الجنسية فيما يخص الحالة الفردية والأهلية.

إن الحالة الفردية، تعني مجموع الصفات التي تحدّد ذات الشخص، الخاصة المستقلة عن تكوينه علاقات مع الغير، كاسمه، لقبه، جنسه من حيث كونه ذكرا، أو أنثى، أهليته من حيث كونه راشدا أو قاصرا، وضعيته من حيث كونه مقيما أو غائبا أو مفقودا.... إلخ، وفي هذا تختلف عن الحالة العائلية، التي تعني جميع ما يحدد مركز الشخص من أسرته، وعلاقاته مع الغير كحالات زواجه، طلاقه، علاقته مع أولاده وأقاربه .

ولقد خص المشرع الجزائري هذا الجانب المتعلق بتحديد مركز الشخص من أسرته، وحماية عديمي الأهلية، بقواعد إسناد خاصة ضبط فيها قانون الجنسية من حيث الزمان، ومن حيث أطراف العلاقة، وعليه تبقى الحالة الفردية، والأهلية، بمفهومها المطلق وحدهما، من يخضع للحكم العام الوارد بالمادة 10 قانون مدني<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>-زروتي الطيب، المرجع السابق، ص144.

<sup>2</sup>-أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة العاشرة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص210.

ولهذا ستكون دراستنا لهذا المبحث تحليلية، لجميع ما يمكن أن تتطوي عليه المادة 10 قانون مدني، من عناصر الحالة الفردية إلى جانب الأهلية، راجين من ذلك الوصول إلى دور الجنسية في هاتين المسألتين.

## - المطلب الأول :

### دور الجنسية فيما يخص الحالة الفردية.

إن الحالة الفردية تثبت لكل شخص قانوني، سواء كان طبيعياً أو اعتبارياً، وذلك بعكس الحالة العائلية، التي تقتصر على الشخص الطبيعي فقط، مادام أن الشخص الاعتباري، ونظراً لصفاته الخاصة، لا يمكنه إنشاء علاقات أسرية من زواج، طلاق، أو علاقة مع الأقارب.. الخ. إذ أن حالة الشخص الاعتباري تقتصر على الحالة الفردية فقط، فهي تشمل كل ما يتعلّق بتنظيمه، تكوينه، إرادته، تصرفاته.<sup>1</sup>

ولهذا، فإن معالجة دور الجنسية فيما يخص الحالة الفردية، ستكون من خلال شقين، بالنظر إلى طبيعة أشخاص العلاقة، سواء كانوا طبيعيين أو اعتباريين .

## الفرع الأول:

### دور الجنسية فيما يخص الحالة الفردية للشخص الطبيعي .

يقصد بالحالة الفردية للشخص الطبيعي، مجموعة الصفات المتعلقة بالتعريف بالشخص نفسه، و تحديد هويته، وحالته الذاتية المتصلة به فقط، والمتمثلة في اسمه ولقبه، أو في معرفة حالة وجوده أو غيابه وفقده، أو في صيانة حقوقه الطبيعية الأساسية، كحرمة جسده، وحياته الخاصة. ونظراً أن هاته العناصر من ألق الصفات بشخص الإنسان، فما هو دور الجنسية بخصوصها؟ وهل هي تصلح كأساس لحكمها، أم تحكمها ضوابط إسناد أخرى؟.

<sup>1</sup> - وهذا الذي أدى بنا لدراسة حالة الشخص الاعتباري ضمن هذا المطلب، أما المبحث الثاني فنخصصه للحالة العائلية، والتي لا يتمتع بها إلا الشخص الطبيعي.

## أولاً:-الإسم :

الإسم هو ما يميز الشخص عن الآخر، ويحقق شخصيته، وهو اللفظ الذي يطلق على الشخص، لتعيينه وتمييزه عن سائر أفراد عائلته. أما اللقب فهو اللفظ الذي يفيد انتماء الشخص إلى عائلة معينة . وبالنظر إلى هذه الأهمية فقد كفلت القوانين ليس فقط الحق في الاسم واللقب، بل أيضاً حمايتهما<sup>1</sup>، ومنها المشرع الجزائري، الذي ينص في المادة 28 من القانون المدني، على أنه " يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ، ولقب الشخص يلحق أولاده "، والمادة 29 تنص على أنه " يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية"<sup>2</sup>، وتنص المادة 48 على انه " كل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر ومن انتحل الغير اسمه، أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر "

وبحكم أن الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية، إذ أنه العلامة المميّزة لها، والحد الفاصل، بينها وبين غيرها من الشخصيات التي تزخر بها الحياة الاجتماعية، فإن أنسب القوانين التي ينبغي أن يخضع لها، هو القانون الشخصي، والمتمثل في الجنسية<sup>3</sup>، وذلك لأنه القانون المؤهل لتأمين استمرار تطبيقه، ودوام تمييز الشخص عن غيره. وهو ما نصّت عليه بعض التشريعات صراحة كالقانون الدولي الخاص النمساوي المادة 13 / 1 ، والألماني لعام 1986 (المادة 1/10)، والروماني لعام 1992 (المادة 14) .

كما أنه موقف الرأي الراجح من الفقه والقضاء في لبنان<sup>4</sup> ، مصر<sup>5</sup>، فرنسا<sup>6</sup>، وكذلك في الجزائر، بحيث يمكن استخلاصه من فحوى نص المادة 28 قانون مدني السابق ذكرها، والتي توجب ضرورة تطبيق قانون الجنسية، وذلك بأن تكون الأسماء جزائرية بالنسبة للجزائريين، إلا أنه كاستثناء، فقد تم تغليب ضابط الدين بدل الجنسية، في بعض الفروض، هي متى كان الأطفال مولودين لأبوين غير مسلمين، وذلك بإمكانية أن تكون أسماءهم غير جزائرية، وبأنه

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص - الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية - القاهرة - 2008 ، ص 804.

<sup>2</sup> - عليوش فربوع كمال ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، الجزء 1 ، الطبعة 2 ، دار هومة ، الجزائر، 2007، ص 191 ، 192.

<sup>3</sup> - حسن الهداوي ، تنازع القوانين في موضوع الاسم ، المجلة الكويتية للحقوق والشريعة ، الكويت ، العدد 2 ، 1978 ، ص 69.

<sup>4</sup> - عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق، ص735، وسامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقديم البروفسور فايز الحاج شاهين- الطبعة الأولى- دار العلوم العربية ، لبنان، 1994، ص366.

<sup>5</sup> - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الجزء الثاني ، الطبعة التاسعة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، مصر، 1986، ص209.

<sup>6</sup> - باتيفول ولاغارد ، لوسوران وبوريل ، مايير وغيرهم نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص735.

يترتب على اكتساب الجنسية الجزائرية تغيير لقب الشخص واسمه، نحو الأسماء الجزائرية، سواء كانت وسيلة هذا الاكتساب هي الزواج، كما تقضي به المادة 27 من قانون الجنسية<sup>1</sup>، أو كانت التجنس، حسب المادة 12 من نفس القانون، التي تسمح لضابط الحالة المدنية عند قيامه بتصحيح البيانات الخاصة بالتجنس في سجل الحالة المدنية، بعد تقديم وثيقة التجنس، أن يغيّر اسم ولقب المتجنس بأسماء جزائرية، متى كان ينطوي على لكنة أجنبية، ويعيق اندماجه في المجتمع الجزائري.<sup>2</sup>

ونطاق القانون الشخصي يشمل تحديد الاسم وتعيينه، وحق الشخص في اسم ما، وفي تغييره واسترداده<sup>3</sup>، إلا أن منح الاسم أو نقله نتيجة للزواج، أو البنوة يحكمه القانون الذي يطبق على آثار الزواج أو آثار النسب. ونشير إلى أن القانون الشخصي الأجنبي يتم استبعاده لمخالفته للنظام العام، إذا كان يكرس أحكاما تتناقض مع مفهوم الحق في الاسم في دولة القاضي، كأن يكرس سقوط الحق في الاسم بالتقدم، أو يبيح المساس به أو الاعتداء عليه، كما يستبعد إذا دخل في نطاق قواعد الأمن المدني في الدولة التي يثور فيها خلاف حول الاسم.

وقد اختلف الرأي بالنسبة للقانون الذي يحكم اسم الشهرة، أو الاسم الفني، والأسماء المستعارة، فهناك من يرى إخضاعها لقانون الجنسية<sup>4</sup>، باعتبارها من ملحقات الاسم، إلا أنه نظرا لارتباطها بنشاط معين أدبي أو فني، فيرى الدكتور "عكاشة محمد عبد العال" إخضاعها لقانون الدولة التي يمارس فيها هذا النشاط<sup>5</sup>، لأن تسمية الشخص التي يتصف بها، وشهرته لا تتحدد إلا في ضوء ذلك النشاط، وفي ذلك الوسط.

أما الألقاب الشرفية التي قد تعتبر من لواحق الاسم، وكذلك بمثابة مزايا شرفية لصاحبها، فينبغي أن تخضع إلى قانونين، قانون الدولة المانحة لهذه الألقاب للوقوف على وجود هذا اللقب ونظامه القانوني، من جهة، و من جهة أخرى قانون جنسية الشخص، لأنه قد يقضي

<sup>1</sup> - الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري، 2005 المعدل والمتمم للأمر 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية، وتنص تلك المادة أنه "يمكن أن يتضمن مرسوم اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج، بناء على طلب المعني بالأمر تغيير لقبه واسمه".

<sup>2</sup> - كمال سمية، المساواة بين الزوجين في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، تلمسان، العدد 8، 2009، ص 185، 186.

<sup>3</sup> - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي - الطبعة 1- دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2009، ص 107.

<sup>4</sup> - هو رأي "باتيفول و لاجارد" نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 737، ويعتمده من الفقه اللبناني سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 740.

<sup>5</sup> - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 737.

هذا الأخير، بعدم جواز حمل هذه الألقاب، أو حملها بتصريح خاص، و إلا كان حملها باطلا، أو دون اثر، كما يفعل القانون الفرنسي<sup>1</sup>.

وبالنسبة للاسم التجاري، نميز فيه هو الآخر بين حالتين، إذا كان وثيق الصلة بالحالة المدنية للتاجر، فيجب إلحاقه بقانون جنسيته، أما إذا كان ممثلا بقيمة مالية، ويعبر عن مزاوله نشاط في وسط معين، فيسري عليه القانون الذي يحكم المحل التجاري<sup>2</sup>.

### ثانيا: حالة إقامة الشخص، أو غيابه، وفقده.

يقصد بهذا معرفة وضعية الشخص، من حيث هل هو مقيم بمكان معين ومتوطن به، أم غير موجود بإقليم معين، ولا يعرف له موطن أو مكان إقامة. الحالة الأولى تظهر في فكرة المواطن، والحالة الثانية في فكرة الغياب والفقده.

**أ-المواطن :** إن ما يميز المواطن، هو اختلاف مفهومه، ووظيفته من دولة لأخرى، بل حتى في الدولة الواحدة فإنه يتميز بتعدد حالاته، فقد يكون موطنا اختياريا إذا تحدد بإرادة الشخص، و تعرفه المادة 36 قانون مدني جزائري، بالمحل الذي يوجد فيه السكنى الرئيسي للجزائري، وعند عدم ذلك يتحدد بمكان الإقامة العادي، وقد يكون موطنا إلزاميا، وهو موطن القاصر والمحجور عليه، والمفقود، والغائب، (المادة 38 قانون مدني) ، وقد يكون خاصا يتحدد بالمكان الذي يمارس فيه الشخص بعض أوجه النشاط المحددة قانونا (المادة 37 قانون مدني)، وقد يكون موطنا مختارا بشأن تنفيذ عمل معين ( المادة 39 قانون مدني ). وإن هذا الاختلاف لمفهوم المواطن داخليا، أو على الصعيد الدولي، هو الذي يطرح بشأنه تنازع بين القوانين أكثر.

ولهذا نجد أن المواطن لا يحكمه قانون الجنسية، إلا إذا طرح في النزاع، بصفته من العناصر المميزة لشخصية الإنسان وحالته، على اعتبار أن يتيح لنا العثور على مكانه، وهو كالاسم حالة ذاتية تفصله عن سواه ، فهنا يجب أن يخضع لقانون الجنسية وفقا لما جاء بالمادة

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص738.

<sup>2</sup> - www.shaimaatalla.com/vb/showthread.php.

10 قانون مدني، وهذا ما أخذت به بعض الأحكام القضائية في فرنسا، بإخضاع موطن القاصر والمرأة المتزوجة لقانون جنسيتهم، على أساس أنه يضمن عدم تجزئة حالة الشخص<sup>1</sup>.

أما إذا طرح الموطن في النزاع، بالنظر إلى الوظائف الأخرى التي يؤديها في إطار القانون الدولي الخاص، فينبغي أن يرتبط بالمؤسسة القانونية التي يطبق بصدها، وفق ما خلص إليه الفقه الراجح<sup>2</sup>، وعليه يجب إخضاعه لقانون الدولة التي اتخذته كضابط للإسناد، أو لقانون الدولة، التي عولت عليه كضابط لعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها، أو شرطاً للدخول في جنسيتها أو الخروج منها، أو التي اعتبرته عاملاً من عوامل الترجيح في حالة تعدد الجنسيات، أو انعدامها، سواء كانت قانون القاضي، أو دولة أجنبية أخرى. أما الموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني معين، فيسري عليه القانون الذي يسري على العقود سواء في صحة اختيار الموطن وآثاره<sup>3</sup>.

وعليه، إذا كان الموطن يستعمل لمركزه الشخص، فهناك حالات تتمثل في عدم مركزته، أي استحالة الاتصال به دون التأكد من وفاته، وهي ما يعرف بالغياب والفقْد.

**ب- الغياب والفقْد :** الغائب هو الشخص الذي اختفى في ظروف عادية وانقطعت أخباره، ولم يعد يعرف له مكان إقامة أو موطن، أما المفقود فهو الذي اختفى في ظروف استثنائية يغلب فيها الهلاك، كالحرب أو الكارثة الطبيعية من زلازل وفيضانات. وقد عرفّ المشرع الجزائري الغائب في المادة 110 قانون الأسرة، بأنه من منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه، وتسبب غيابه في ضرر للغير، بينما عرفّ المفقود في المادة 111 من نفس القانون، بأنه الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم.

<sup>1</sup> - Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, droit international privé, 7ème édition, Dalloz, France 2001, p 338

<sup>2</sup> - هو رأي موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع ترجمة، د. فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر، 1989، ص 283، وكذلك عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 763.

<sup>3</sup> - نعوم سيّوفي، الحقوق الدولية الخاصة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب سوريا، 1966، 1967، ص 669.

وإن بعض التشريعات تعد الغائب كالميت، مثل التشريع الألماني<sup>1</sup>، بينما يعتبره المشرع الجزائري مفقودا في المادة 110 من قانون الأسرة ، وتنص المادة 109 من نفس القانون السابق على انه " يعتبر الغائب لمدة ستة أشهر كالمفقود" .

والغياب والفقْد يرتب آثارا على مجمل شخصية الإنسان، سواء كان بالنسبة للأموال، أم لعلاقات الأسرة، وحتى بالنسبة للغير المتعامل معه. فإذا كانت الشخصية تنتهي بالموت، فإنها تتأرجح بين الحياة والموت في الغياب، ولذلك هناك فترة يعتبر خلالها الغائب غير موجود ، وفترة أخرى يعتبر انطلاقا منها بمثابة المتوفى دون التوصل إلى إثبات وفاته ، ويتعلق الأمر في الحالة الأولى، بالمحافظة على أمواله بواسطة تدابير وقائية، تستهدف تنظيم إدارة أمواله، كجرد أمواله، ووضع الأختام عليها، أو تعيين حارس لها، وتخضع للقانون العيني أي قانون موقع المال .

وإن إعلان الغياب وما يتصل به من أمور، يخضع للقانون الشخصي للغائب، لأنه من الأمور التي تتركب منها الحالة<sup>2</sup>، أما آثار هذا الإعلان، فإنها تتماثل مع آثار الوفاة، وتتفق جميع التشريعات على إخضاعها للقانون الشخصي، إذا تعلق بحالة الأشخاص، بينما تختلف الأنظمة بشأن الآثار المتعلقة بالأموال، فبعضها يخضعها لقانون جنسية الغائب ، والبعض الآخر لقانون موقع المال، ودول أخرى للقانون الذي يحكم الميراث<sup>3</sup>. ويبدو أن القانون الجزائري - كغيره من التشريعات العربية- يخضع مجمل القضايا التي تخص الغائبين لقانونهم الوطني، إذ تنص المادة 15 قانون مدني انه " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة، وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر، وعديمي الأهلية، والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته". وبما أن الفقْد يلحق هو الآخر بالغياب، فيخضع لهذا القانون، أي قانون الدولة التي ينتمي إليها المفقود قبل فقده.

<sup>1</sup>-محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص117.

<sup>2</sup>-موحند إسعاد، المرجع السابق، ص284.

<sup>3</sup>-موحند إسعاد، المرجع السابق، ص285، ونعوم سيوفي ، المرجع السابق، ص670.

هذا، وإن إخضاع الغياب و الفقد لقانون جنسية الشخص، هو من المبادئ العامة الشائعة بين عدد كبير من الدول، ليس فقط العربية بل حتى الأجنبية<sup>1</sup>.

وبالرغم من تطبيق قانون الجنسية كمبدأ عام ، إلا أنه يجب تطبيق قانون القاضي، في شأن كافة المسائل التي لها صفة الاستعجال، إذا كان هناك خطر يتهدد مصالح الشخص المفترض فقده أو غيابه، متى كانت هذه المصالح مركزة في إقليم القاضي بطريقة أو بأخرى، كأن يكون هذا الإقليم هو آخر محل إقامة للمفقود أو الغائب ، أو أن تكون له أموال فيه<sup>2</sup>.

وإن حالة الفرد لا تقتصر على ما سبق ذكره من موطن، غياب، وفقد، بل تطال الحفاظ على حقوقه الأساسية، اللصيقة بجسده، كحرمة جسده، وصيانة حياته الخاصة.

### ثالثا: صيانة حقوق الإنسان الطبيعية:

إن حقوق الإنسان الطبيعية هي تلك اللصيقة بشخصه، والتي تثبت له تكريما لإنسانيته، وبدون شروط أخرى، وهي تتمثل في كل من حرمة جسده، وصيانة حياته الخاصة.

أ- **حرمة الجسد** : يعدّ الحق في الحياة، وسلامة الجسم البشري، من أهم حقوق الإنسان، فقد تضمنت جميع التشريعات أحكاما تحمي هذين الحقين، وتوقع عقوبات على منتهكهما، كما حمت كل الأديان سواء كانت سماوية أو وضعية الجسم البشري، فنجد أن الشريعة الإسلامية عُنيت بحماية النفس البشرية، فحرّمت قتلها إلا بالحق، ووعدت مرتكب هذه الجريمة بالإضافة للعقوبة الدنيوية وهي القصاص، بعقوبة شنعاء، هي في قوله تعالى "ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاءه جهنم خالدا فيها، وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما"<sup>3</sup>.

إن نظرة التشريعات إلى حرمة الجسد تختلف باختلاف الدول، فالشريعة الإسلامية تعتبر الحق في الحياة وفي سلامة الجسد، حق مشترك بين العبد وربّه<sup>4</sup>، ولهذا لا تسمح للعبد إتلاف

<sup>1</sup> - نذكر منها القانون الدولي الخاص التركي الجديد (المادة 10 فقرة 1)، والمجري(المادة 16 فقرة 1) ، والقانون الروماني لعام 1992 (المادة 16)،

والإيطالي لعام 1995 (المادة 22 فقرة 1)، والقانون اليوغسلافي (المادة 16)، نقلا عن أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 808.

<sup>2</sup> - عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، ص 769.

<sup>3</sup> -سورة النساء، الآية 93، نقلا عن مامون عبد الكريم ، حق الموافقة على التدخلات الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، العدد 6، 2008، ص 120.

<sup>4</sup> - مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 121.

أعضاء جسمه، نزولا عند قوله تعالى "ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة"<sup>1</sup> ، كما لا يجوز للإنسان قتل نفسه، ولا يجوز قتل المريض الذي يعاني من أمراض ميؤوس منها، لتخليصه من آلامه .

وهذا بخلاف بعض التشريعات المقارنة، وخاصة الأوروبية التي تجيز للمريض حق التصرف في حياته وجسده ، على اعتبار أنه حر في قبول أو رفض العلاج، ولا يجبره أحد على ذلك، ولو قرّر وضع حد لحياته فهو أمر عادي كذلك ، وذلك لان المرضى الميؤوس من شفائهم هم عالة على المجتمع ، فيجوز للغير تخليصهم من العذاب الذي يعيشون فيه بدافع الشفقة، ويسمون هذا "بالموت الرحيم"، وهو ما قضت به بعض المحاكم في أمريكا وبلجيكا<sup>2</sup>، بل الأكثر من هذا، فإن الحرية وصلت مداها عند التشريعات الأوروبية، وذلك بالسماح للشخص بتغيير جنسه، بحيث يصبح الرجال نساء، والنساء رجالا نتيجة التطور البيولوجي والطبي، وهو ما يتنافى مع الطبيعة السوية والفطرة الخلقية للإنسان، ويؤدي لمخاطر كبيرة تمس العنصر البشري ذاته، وتعد خطرا على الفرد والأسرة والمجتمع بأكمله، كما تقضي على الزواج نظرا لآثارها المحددة من حيث الالتزامات الملقاة على طرفيها<sup>3</sup>. ومع هذا فقد اعترفت غالبية التشريعات الغربية بهذا التصرف<sup>4</sup>.

كما إنه يثور في الآونة الأخيرة، الكلام عن مدى الحق في الرضا باستخدام الجسد بعد الوفاة في الأغراض العلمية والطبية، أو التبرع بأحد الأعضاء أو الأجهزة أو قطع الحمل، الإجهاض، والانتحار..... الخ .

وهكذا يظهر، أن كثرة المشكلات المتعلقة بحرمة الجسد، واختلاف التشريعات الكبير والمتسع في النظرة إليها، وفيما يجوز التصرف فيه من جسد الإنسان أو لا ، قد يؤدي إلى تأثير كبير في تفاقم مشكلة تنازع القوانين بشأنها، متى ارتبطت بعنصر أجنبي.

<sup>1</sup> - سورة البقرة، الآية 95.

<sup>2</sup> - ونذكر مثلا قضية الأنسة "كارول" "Carol" البالغة من العمر 21 سنة، والتي زارت سنة 1949، والدها المريض بمرض السرطان في أحد المستشفيات، ولم تجد وسيلة سهلة لكي تخلصه من آلامه إلا بقتله برصاصة من مسدسها ، وبعد خمس ساعات مداولة أخلت المحكمة سبيلها". أ نظر قاشي علال، التصرفات الواردة على جسم الإنسان، ومدى مشروعيتها، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، العدد 6، 2008، ص 83، 84.

<sup>3</sup> - تشوار الجبالي، حق الشخص في التصرف في جسمه، الرثق العذري والتغيير الجنسي نموذجا، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، العدد 06، 2008، ص 71.

<sup>4</sup> - كالقانون السويدي الصادر عام 1972، الهولندي لعام 1985، الألماني لسنة 1980، التماركي لسنة 1989، كما اعترفت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 11 ديسمبر 1992، تحت ضغط من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، نقلا عن تشوار الجبالي، المرجع السابق، ص 69.

وفي هذا نجد، بأن حرمة الجسد من ألق، بل من أهم ما يخص شخصية الفرد وحالته، ولهذا تخضع للقانون الشخصي، أي قانون الجنسية.<sup>1</sup> لكن من جهة أخرى لا ننسى أنها حق من حقوق الإنسان، وتدخل في إطار ما يصنف بالحريات العامة، التي تدعو الدساتير الحديثة إلى صيانتها والحفاظ عليها. ولهذا ذهب بعض الفقه<sup>2</sup>، إلى التفرقة بين وضعين، متى تعلق الأمر بمسألة مرتبطة بالحياة الخاصة للفرد، فيطبق قانون جنسيته، أما في الحالة الثانية، فيتعين تطبيق قانون دولة القاضي، بوصفه من قوانين الأمن والبوليس المدني التي تطبق تطبيقاً مباشراً. في حين يذهب البعض الآخر<sup>3</sup>، إلى أن حرمة الجسد هي في جميع الحالات من قبل القوانين ذات التطبيق الاضرووري، ويطلق عليها قانون القاضي، دون الرجوع لقانون جنسية الشخص أو غيره<sup>4</sup>.

أما في الجزائر، فإن قانون الجنسية الواجب التطبيق للحفاظ على حرمة الجسد، يتم استبعاده إذا اصطدم بمبادئ معينة، منها انه لا يسمح بإجراء عملية جراحية لتغيير جنس الشخص، ولا يطبق القانون الأجنبي الذي يسمح ببيع الأعضاء البشرية، أو المتاجرة بها، أو يسمح بالإستتساخ، أو الذي يجيز التلقيح الإصطناعي فيما بين غير الزوجين، وهذا لمخالفته للنظام العام الدولي الجزائري من جهة، أو تطبيقاً لقواعد الأمن والبوليس المدني في الجزائر من جهة أخرى.

**ب- صيانة الحياة الخاصة :** يعد الحق في صيانة الحياة الخاصة، من أهم موضوعات حقوق الإنسان، لما له من ارتباط قوي بمسألة حرية الفرد، وما يترتب عليها من صون لكرامته ولأدميته، فلا يحق لأحد الاطلاع على خصوصيته، التي يود الاحتفاظ بها لنفسه. فصيانة الحياة الخاصة من الحقوق التي تحفظ للإنسان كيانه ووجوده السوي، ويعبر عنها الفقيه "كاربونييه" "carbonnier"، بأنها القطاع السري الذي يمتلك فيه الفرد القدرة على الابتعاد عن الغير، .....والحق في الحياة الهادئة<sup>5</sup>. ويدخل ضمن هذه الحقوق حق الإنسان بإسمه، وصورته وصوته، وجسده ومراسلاته، ومعاملاته المصرفية.

<sup>1</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص806.

<sup>2</sup>- هو رأي الأستاذ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص774،775.

<sup>3</sup>- هو رأي باتيفول ولاغارد، نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص774.

<sup>4</sup>- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص774،775.

<sup>5</sup>- دليلة مباركي، حرمة الحياة الخاصة كحق من الحقوق الصيقة بالشخصية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، العدد6،2008، ص01.

وإذا كان لكل إنسان الحق في التمتع بحياته الخاصة، وفق منهجه في الحياة، إلا أنه يجب أن يكون ذلك متوافقا مع القوانين، والنظام العام، والآداب العامة السائدة في مجتمعه، لذلك أولت القوانين الداخلية، والمواثيق الدولية<sup>1</sup> حماية خاصة لهذا الحق، ومنها التشريع الجزائري الذي ينص في المادة 32 دستور 1996 على أن: "الحريات الأساسية وحقوق المواطن مضمونة، وتكون تراثا مشتركا بين جميع الجزائريين والجزائريات، واجبه أن ينقلوه من جيل إلى جيل كي يحافظوا على سلامته وعدم انتهاك حرمة". كما تنص المادة 39 على أنه: "لا يجوز انتهاك حرمة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون"<sup>2</sup>.

إذن إن جوهر صيانة الحياة الخاصة، هو حماية الإنسان عن عيون الفضوليين والمشهرين، وصحافة الفضائح، خاصة وأن تقدّم وسائل الاتصال والإعلام، أضحت يهدّد جانب هذه الحياة، نتيجة التطور التقني للآلة، الذي بات يطارد الناس حتى في منازلهم، وأماكنهم الخاصة، مما يهدد سكينتهم، ويعرّض سمعتهم، وخصوصياتهم للخطر.

وعليه يتّضح أن صيانة الحياة الخاصة، هي من ألصق الحقوق بشخص الإنسان، لهذا من البديهي أن تخضع للقانون الشخصي، أي قانون الجنسية بصفة عامة، وذلك فيما يخصّ وجود الحق فيها، نطاقه أو مداه، وشروط قيامه.<sup>3</sup> وقد اخذ القضاء الفرنسي بهذا الحل، وقننته صراحة بعض التشريعات، كالقانون الدولي الخاص الإيطالي الصادر سنة 1995، بنصه أن "حقوق الشخصية في وجودها، ومضمونها يحكمها قانون جنسية الشخص"<sup>4</sup>.

ولكن نظرا أن الاعتداء على الحياة الخاصة، يعد فعلا إجراميا يستوجب مسؤولية المعتدي، فسيحكمه قانون الدولة التي تم فيها الاعتداء بالضرورة. ولما كان من المتصور اختلاف مكان ارتكاب التعدي عن مكان تحقق الضرر، وكان الغالب أن يرتكب هذا السلوك بوسائل غير حدودية كالصحف، ووسائل الإذاعة المسموعة، والمرئية، فيجب الاعتداد بقانون الدولة، التي ترتب فيها الضرر لكفالة حماية المضرور.<sup>5</sup> كما لو نشر مقال في مجلة فرنسية

<sup>1</sup> - فقد نصّت المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: "لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة، أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات". نقلا عن دليلة مباركي، المرجع السابق، ص 02

<sup>2</sup> - إلى غيرها من المواد كالمادة 34، 35، 139 من الدستور الجزائري لسنة 1996

<sup>3</sup> - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 119، وأحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 807.

<sup>4</sup> - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 772.

<sup>5</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 807.

أساءت لسمعة شخص ما، وبيعت هذه المجلة في المملكة الأردنية الهاشمية. هنا تم الاعتداء على الحياة الخاصة عن طريق الصحافة، ويطبق على دعوى التعويض القانون الأردني، بصفته قانون مكان وقوع الضرر<sup>1</sup>.

بعد أن اتضح الدور الذي تلعبه الجنسية فيما يخصّ العناصر، التي تتحدّد بها الحالة الذاتية للشخص الطبيعي، فإن التساؤل يثور حول الدور الذي يمكن أن تلعبه الجنسية فيما يخصّ حالة الشخص الاعتباري، خاصة أن هذا الأخير، يتميز بصفاته الخاصة التي تميزه عن الشخص الطبيعي، مما يعني أن مفهوم الجنسية سيختلف كذلك تبعاً لطبيعة النظام القانوني لهذا الكيان؟

## الفرع الثاني :

### دور الجنسية فيما يخصّ حالة الشخص الاعتباري.

أدى التطور المعاصر للحاجات والظروف الاقتصادية، والاجتماعية، إلى الاعتراف لجماعات من الأشخاص كالجمعيات، أو لجماعات من الأموال، كالشركات والمؤسسات بالشخصية القانونية، أو الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. ونظراً أن نشاط هذه الكيانات لم يعد قاصراً على المجال الوطني، بل امتد عبر الحدود الدولية، ومن إقليم دولة إلى إقليم آخر، فلقد ثار الجدل الفقهي حول مدى تمتعها بالجنسية<sup>2</sup>، وذلك نظراً لمميزاتها التي تختلف عن الشخص الطبيعي، والتي يصعب معها أن نسوّي بينهما في النظام القانوني. ولهذا فما هو مفهوم جنسية الشخص الاعتباري، وكيف كان تطورها التاريخي (أولاً)؟

ولما كان ثبوت الشخصية القانونية للشخص الاعتباري، هو الذي يثبت له حالة ذاتية متميّزة. فحالة يقصد بها كل الصفات التي تميز نظامه القانوني، من حيث تكوينه، إدارته، تمثيله، وتمتعه بالشخصية القانونية، وآثارها، وطريقة حلّه وتصفيته..... إلخ<sup>3</sup>. فما هو موقف التشريع الجزائري من القانون الذي يحكم حالة الشخص الاعتباري(ثانياً)؟

<sup>1</sup>-محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص119.

<sup>2</sup>-صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص170.

<sup>3</sup>-زروتي الطيب، المرجع السابق، ص150.

## أولاً: مفهوم جنسية الشخص الاعتباري، وتطورها التاريخي.

إن جنسية الشخص الاعتباري تعني تحديد تبعيته السياسية، بحيث تكشف عن صفته الوطنية أو الأجنبية، وبالتالي عن مدى تمتعه بالحقوق والتزامه بالواجبات في الدولة، وفي هذا تختلف عن نظامه القانوني، والذي يعني تحديد تبعيته القانونية أي حالته المدنية، وذلك عن طريق تحديد القانون الذي يحكمه من حيث تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي.

وإنه نظراً للفروقات الكائنة بين كل من الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري، فلقد ثار الجدل الفقهي، حول مدى تمتع هذا الأخير بالجنسية، فنجد أن جانباً من الفقه أكد له هذا الحق<sup>1</sup>، بينما أنكره عليه جانب آخر<sup>2</sup>، وإن المؤيدين لتمتع الأشخاص الاعتبارية بالجنسية، لا ينكرون الفروق الكائنة وراء هذه الرابطة عند هذه الأشخاص، عنها عند الشخص الطبيعي<sup>3</sup>. فالجنسية بالنسبة لهذا الأخير حقيقية وتدل على تبعيته للدولة، بينما هي مجازية عند الشخص الاعتباري وتدل على إسنادها لها، وتبقى مستقلة عن جنسية الأشخاص المكونين له.

و لهذا فإذا كانت جنسية الأشخاص الطبيعيين، تقوم على أساس مدى اندماجهم الاجتماعي و العاطفي في مجتمع الدولة، فإن هذه الرابطة تقوم عادة بالنسبة للشخص الاعتباري على أساس فكرة التبعية الاقتصادية، ومدى إسهامه في تدعيم الاقتصاد الوطني، وعليه كان من الطبيعي أن تتمحور المعايير التي عنيت بتحديد جنسيته، حول أن يكون متخذاً من إقليم الدولة مركز إدارته الرئيسي، أو يمارس فيها نشاطه الرئيسي، وهذا ما يعرف بمركز الاستغلال، أو يكون ذلك الإقليم مكان تأسيسه، أو يكون الأفراد الذين يسيطرون على إدارته وتسييره، حاملين لجنسية الدولة التي يوجد بها، أي أن يخضع لإشراف الوطنيين ورقابتهم، وهو ما يعرف بضابط الرقابة<sup>4</sup>.

والملاحظ انه قبل الحرب العالمية الأولى، كانت تتحدد جنسية الشخص الاعتباري بمعيار مركز الإدارة الرئيسي. وفي هذا المجال تعتبر فرنسا من أول الدول في القانون المقارن التي

<sup>1</sup> - من هذا الفقه نذكر Lyon-Caen ، ويؤيده في الفقه المصري فؤاد رياض، وأحمد قسمت الجداوي، ورد بمرجع عكاشة محمد عبد لعال، أحكام الجنسية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، هامش 2، ص 243.

<sup>2</sup> - من هذا الفقه نبوايه، ومحمد كمال فهمي، ورد بمرجع عكاشة محمد عبد لعال، أحكام الجنسية اللبنانية، مرجع سابق، ص 221.

<sup>3</sup> - حفيفة السيد الحداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 293.

<sup>4</sup> - هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، 2004، ص 471، 472.

اعتنقت هذا المعيار، وذلك منذ حكم محكمة النقص الفرنسية في 1870/06/20<sup>1</sup>، و في الأخذ به تغليب للاعتبارات القانونية، أي النظر إلى الشخص الاعتباري كشخصية مستقلة عن الأفراد الذين يكونونه، على الاعتبارات السياسية، التي تقضي التأكيد على تبعية الأفراد المسيطرين على إدارته، لهذه الدولة أو تلك، كما يتجسد في معيار الرقابة.

غير أنه خلال الحرب العالمية الأولى، اتضح في فرنسا وانجلترا، وجود شركات تتمتع بالجنسية الفرنسية والانجليزية، في حين أنها تمثل مصالح الأعداء أو مصالح أجنبية. فذهب الفقه والقضاء إلى قصر معيار مركز الإدارة الرئيسي على حكم النظام القانوني للشخص الاعتباري، بينما تخضع جنسيته لفكرة الرقابة، أو الهيمنة، والتي تعني أن يتحدد وصفه بالأجنبي أو الوطني، بالنظر إلى الأفراد الذين أنشؤوه أو يديرونه، فان كانوا وطنيين عدّ وطنيا وان كانوا أجنبيا<sup>2</sup>، خاصة أن هذا المعيار يتلاءم مع طبيعة تلك المرحلة، وذلك لتبرير القيام ببعض الإجراءات الاستثنائية في مواجهة هذه الشركات التابعة لدول الأعداء .

ولهذا فإن القضاء الفرنسي قصر أعمال هذا المعيار في وقت الحروب، أين يخاف على المصالح الوطنية من الأشخاص الاعتبارية التابعة لدول الأعداء<sup>3</sup> ، فأخذ به في الحرب العالمية الثانية كذلك، ثم تراجع عنه كلية بعد انتهاء هذه الحرب، مفضّلا الإبقاء على معيار مركز الإدارة الرئيسي، كضابط يصلح لتحديد جنسية الشخص الاعتباري، ونظامه القانوني، أي أن جنسيته كافية لحل مشكلة تمتعه بالحقوق واستعماله لها، ويبارك الفقه الفرنسي الغالب هذا النظر<sup>4</sup> .

ومع هذا، فإن معظم الفقه المصري<sup>5</sup>، مازال يأخذ بمعيار الرقابة لتحديد جنسية الشخص الاعتباري، وبمعيار مركز الإدارة الرئيسي لتحديد موطنه، أي أنهم مازالوا يفرقون بين القانون

<sup>1</sup> - أنظر ما جاء في ذلك الحكم، في مرجع هشام خالد، جنسية الشركة دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص160.

<sup>2</sup> - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن، لجزء الأول، الطبعة الحادية عشر، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر 1986، ص من 747 حتى 749.

<sup>3</sup> - ومع هذا يرى بعض الفقه أن القضاء الفرنسي لم يتخلى إطلاقا عن معيار مركز الإدارة، حتى أثناء الحربين العالميتين الأولى والثانية ، كل ما في الأمر أنه استخدم فكرة الرقابة ليتمكن من اتخاذ إجراءات استثنائية كالحراسة ، التصفية ، والمصادرة للشركات التي تخضع لإشراف وتوجيه وسيطرة الأعداء، بالرغم من تمتعها بالجنسية الفرنسية، أي أن جنسية المقيمين على الشركة هي التي فرضت هذه الإجراءات، وليس لأن الشركة تحمل جنسية دولة معادية. أنظر هشام خالد، المرجع السابق، ص156.

<sup>4</sup> - حفيفة السيد حداد، المرجع السابق، ص309.

<sup>5</sup> - حفيفة السيد حداد، المرجع السابق، ص782، 313، وعز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن، مرجع سابق، ص751.

الذي يحكم نظامه القانوني، وجنسيته. وهو نفس مسلك المشرع والقضاء المصري من خلال تفسيره للمادة 11 قانون مدني.

إلا أن التشريع الجزائري، لا يؤيد هذه الوجهة من النظر، بل يأخذ بموقف القانون الفرنسي السابق، إذ يسوّي بين جنسية الشخص الاعتباري وموطنه، ويسندهما معا لقانون مركز الإدارة الرئيسي، حسب الفقه الجزائري الغالب<sup>1</sup>. فان كانت النصوص الجزائرية، لا تفر صراحة بمركز الإدارة الرئيسي كمعيار لتحديد الجنسية، إلا انه يمكن استنتاج ذلك من خلال بعض المواد الموزعة في قوانين داخلية، كالمادة 547 من القانون التجاري التي تقضي بأن "موطن الشركة يكون في مركزها"، والمادة 50 قانون مدني التي تحدّد موطن الشخص الاعتباري بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. وبما أن الموطن لا يلعب أي دور في القانون الجزائري على مستوى الاختصاص التشريعي، ولا يتدخل إلا بالنسبة للاختصاص القضائي، وان كان مفهوم الإقامة يفضل عليه في اغلب الأحيان، وإنّ قانون الإجراءات المدنية يتضمن تقنيا كافيا، فيما يتعلق بالشركات وتنازع الهيئات القضائية. هذا يعني بالنتيجة أن التتويه بمركز الإدارة، في نصوص عامة كالقانون المدني والتجاري، لا يمكن أن يعني سوى تحديد الاختصاص التشريعي للأشخاص الاعتبارية، أي جنسيتها.

ويدعم هذا الرأي الاتفاقيات الدولية المبرمة من قبل الجزائر، منها مثلا الاتفاق القنصلي الجزائري التونسي المؤرخ في 24 افريل 1983، والذي 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 الاتفاقية القضائية الجزائرية، اليوغسلافية، المؤرخة في 31 مارس 1983<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر في ذلك موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية ترجمة فائز انجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص225.

<sup>2</sup> - موحد إسعاد، القواعد المادية، مرجع سابق، ص226

## ثانيا: موقف التشريع الجزائري من القانون الذي يحكم حالة الشخص الاعتباري.

لقد أخضع المشرع الجزائري حالة الشخص الاعتباري، كقاعدة عامة لقانون الدولة التي يوجد فيها مقره الاجتماعي الرئيسي أو الفعلي<sup>1</sup>، إذ ينص في المادة 10 / 3 قانون مدني: " أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي " .

وبما أنه سبق وبيننا أن معيار مركز الإدارة الرئيسي، هو نفسه معيار تحديد جنسية الشخص الاعتباري، فيمكن القول أن التشريع الجزائري، يأخذ بالجنسية كضابط إسناد لحالة الشخص الاعتباري. ولإيضاح هذا الضابط أكثر، لا بد من تبيان مواصفات مركز الإدارة ، ومجال تطبيق قانون مركز الإدارة.

### أ- مواصفات مركز الإدارة:

يجب أن يكون مركز الإدارة رئيسيا، وقد تكفل القضاء والفقهاء الفرنسي بتحديدته على انه المكان الذي يتركز فيه النشاط التوجيهي، وتوجد فيه الأجهزة القانونية، وذلك بأن يجتمع فيه مركز الإدارة ، والجمعية العمومية، وتوجد فيه مكاتب الإدارة. وهذا ما يفيد في الترتيب، عند اتخاذ الشخص الاعتباري لأكثر من مركز إدارة في عدة دول، فيجب تحري مكان الإدارة العليا، وحيث تتخذ القرارات المؤثرة من بين هذه الإدارات، وهي مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع. كما أن هذا يؤدي لوحدة مركز الإدارة، فمهما تعدد نشاط الشخص الاعتباري، وتفرقت بالتالي أجهزته الإدارية، فهناك دائما دولة ما تتركز فيها الإدارة والرقابة العليا<sup>2</sup>.

ولا يكفي أن يكون مركز الإدارة رئيسيا، بل يجب أن يكون أيضا فعليا حقيقيا ، وليس افتراضيا سوريا، إذ ليست العبرة في تحديده، بما هو متفق عليه في النظام الأساسي للشخص الاعتباري ، بل العبرة بحقيقة الحال ، أي بالمركز الفعلي، وهذا يستد على الأفراد باب التحايل

<sup>1</sup>-وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تبنى نفس الاتجاه السائد في القانون الفرنسي والبلجيكي والبرتغالي والإسباني والإيطالي والقوانين العربية . في حين هناك إتجاه ثان يأخذ بنظام مكان التأسيس، والذي تتبناه الدول المصدرة لرؤوس الأموال ، والتي تنتشر شركاتها خارج حدودها مثل إنجلترا ، الولايات المتحدة الأمريكية ، استراليا ، كندا ، سويسرا ، هولندا وغيرهم.أنظر أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 811، 812.

<sup>2</sup>-عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن، مرجع سابق ، ص 745 ، 746

على القانون ، لما يرغبون في التهرب من أحكام قانون دولة المقر الفعلي والتعتميم على القاضي، وتوجيهه نحو قانون دولة المركز النظامي أو الرسمي. و من الأسباب التي تنفي الصورية وتؤكد حقيقة الشخص الاعتباري، هو أن يكون مركز الإدارة جدياً، أي أن يكون معبراً عن اندماج الشركة في اقتصاد الدولة التي يوجد بها ، ويتحقق هذا الاندماج إذا كانت الشركة تباشر نشاطها في الدولة التي بها مركز إدارتها الرئيسي، أو إذا كان المساهمون فيها من مواطني هذه الدولة، أو كانت تطرح أسهمها للتداول في هذه الأخيرة<sup>1</sup>.

ويجوز للقاضي بالرغم من توافر الشروط السابقة، من كون مركز الإدارة فعلياً ورئيسياً، ألاّ يعتدّ به، وذلك متى تبين له أنّ تحديد هذا المكان قد قصد به الغشّ و التحايل على أحكام قانون الدولة، التي يرتبط بها المشروع ارتباطاً فعلياً، ومن صور هذا التحايل، أن يتم تغيير مركز الإدارة الرئيسي، ونقله إلى دولة أخرى، متى لم تكن هناك مصالح جادة ومشروعة تقتضي هذا التغيير، ولكن ينبغي أن تتوفر شروط أعمال نظرية الغشّ نحو القانون، في هذا الفرض، حتى يستطيع القاضي إهدار أثر هذا التحايل، وردّ قصد الخصوم<sup>2</sup>.

### ب: مجال تطبيق قانون مركز الإدارة الرئيسي:

يتحدّد مجال تطبيق قانون مركز الإدارة الرئيسي، من خلال تحديد المسائل التي يحكمها هذا القانون، بصفته معياراً للجنسية، وتحديد المسائل التي تخرج من نطاق تطبيقه.

#### 1- المسائل التي يحكمها قانون مركز الإدارة الرئيسي :

لعل من أهم المسائل التي يحكمها قانون مركز الإدارة الرئيسي، تأسيس الشخص الاعتباري. فهو الذي يحدّد طبيعة الشخص الاعتباري المراد تأسيسه إذا كان شركة، أو جمعية، أو مؤسسة أخرى، ومسائل شهره والإعلان عنه ، وكل ما يتعلق بنظام الحصر والاكنتاب في رأس المال، أو بالشخصية المعنوية لهذا الشخص. فيحدد الوقت الذي تبدأ فيه هذه الشخصية،

<sup>1</sup>- هشام خالد، المرجع السابق، ص181.

<sup>2</sup>- هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق، ص495،496.

واثر تحوّلِهِ إلى شكل آخر، وينظم ذمته المالية، ويحدد أهليته للتمتع بالحقوق، وتحمل الالتزامات، ويسري على اسمه<sup>1</sup>، وعلامته الفارقة، وعنوانه .

كما يحكم هذا القانون نشاط الشخص الاعتباري ، بحيث يحدد 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 يتعلق بانقضائه. فهو الذي يحدد أسباب الانقضاء سواء كانت تلقائية بقوة القانون ، أو إرادية ، أو قائمة على الاعتبار الشخصي أو المالي ، كما يختص بتنظيم عملية التصفية ، والقسمة سواء الاتفاقية أو القضائية ما لم توجد أموال وموجودات الشخص الاعتباري بالخارج<sup>2</sup> .

## 2- الاستثناء من تطبيق قانون مركز الإدارة الرئيسي :

بالرغم مما قررته المادة 10 فقرة 03 من القانون المدني الجزائري، من إمكانية تطبيق القوانين الأجنبية، كلما كان المركز الرئيسي للشخص الاعتباري في الخارج ، إلا أن المشرع عاد وقرر الاختصاص للقانون الجزائري، بنصه في الفقرة الرابعة من نفس المادة على أن الأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها التي تمارس نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري .

ويبدو أن هذا الاستثناء، يهدف بالدرجة الأولى إلى حماية المصالح الاقتصادية الجزائرية من نشاط الشركات والمؤسسات الأجنبية . فهو يخفف من غلواء القاعدة العامة التي يفرضها قانون مركز الإدارة الرئيسي، بوصفها تعبير عن مصالح الشركات الرأسمالية الكبرى التي تمارس نشاطا اقتصاديا واسعا في الدول المتخلفة والنامية كالجزائر. ومن مميّزاته أنه يسد الطريق في وجه احتمالات التحايل على أحكام القانون الوطني، عندما يباشر المشروع نشاطه

<sup>1</sup> - فيالنسبة لاسم الشخص الاعتباري، فإن القانون يقرر له نفس الحماية التي يقرها لاسم الشخص الطبيعي ، إذ يجوز لممثله طلب وقف أي اعتداء عليه، مع التعويض عما يكون قد لحق الشخص الاعتباري من أضرار، كالمنافسة غير المشروعة عن طريق استعمال العلامة أو الاسم التجاري. و إن الاسم التجاري يصح التعامل فيه والنزول عنه ، لأن له قيمة مالية ، كما هو الحال في الشركات التجارية ، أما بالنسبة للجمعيات أو المؤسسات، فلأن حقها على الاسم حق أدبي، فلا يجوز لها التعامل فيه.

<sup>2</sup> - احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص من 815 حتى 817

الرئيسي في الجزائر، فهنا يخضع الشخص المعنوي للقانون الجزائري، بالرغم من وجود مركز إدارته بالخارج، لان الجزائر هي مركز الإستغلال<sup>1</sup> .

والملاحظ أن القانون الجزائري خلافا للقانون المصري، لم ينص على أن يكون النشاط الذي تمارسه الأشخاص الاعتبارية الأجنبية في الجزائر رئيسيا، حتى تخضع هذه الأخيرة للقانون الجزائري، وبهذا يكون قد وسّع من مجال تطبيق القانون الوطني، في كل مرة تكون فيها ممارسة النشاط في الجزائر، بغض النظر عن كونه رئيسيا أو ثانويا، ولكن لا يتمكن القانون الجزائري من إحداث آثار غير إقليمية، أو أن يمتد إلى النشاطات الأخرى، أو إلى المؤسسة الرئيسية (المقر الاجتماعي)، متى كانت هذه العناصر متواجدة بالخارج .

هذا، وبنا أن ملامح الحالة الفردية لا تكتمل، إلا بمعرفة مدى صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق، والالتزام بالواجبات، أو مدى قدرته على إبرام التصرفات القانونية. لذا، من الضروري هنا تبيان دور الجنسية فيما يخص الأهلية.

### المطلب الثاني:

#### دور الجنسية فيما يخص الأهلية.

الأهلية عموما هي صلاحية الشخص سواء كان طبيعيا، واعتباريا، للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات، ولأن يباشر بنفسه الأعمال والتصرفات القانونية المتعلقة بهذه الحقوق، أو تلك الالتزامات.

ونظرا للمشكلات الخاصة التي يمكن أن تثيرها الأهلية، فيما يخص تنازع القوانين، لان من يتمتع بحق في بلده، قد يجد نفسه محروما منه في بلد آخر ، ومن هو كامل الأهلية في بلده قد ينقلب قاصرا في بلد آخر، فقد أخصتها غالبية التشريعات بقاعدة إسناد صريحة. بحيث أن معظم القوانين تعتبرها جزءا من حالة الشخص، وتخضعها بالتالي للقانون الشخصي، وهو موقف التشريع الجزائري، في المادة 10 قانون مدني التي تنص على انه: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" .

<sup>1</sup>-فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة 1974، ص246،245.

إلا أنه نظرا لتنوع حالات الأهلية وتعددها ، فإنّ التساؤل يثور حول نطاق الفكرة المسندة التي تخضع لقانون الجنسية، وهل هي تشمل جميع حالات الأهلية أم تقتصر على إحداها فقط؟ (الفرع الأول)، ثمّ ما هي الاستثناءات التي ترد على قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية (الفرع الثاني)، وما هو دور الجنسية فيما يخص النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية (الفرع الثالث).

## - الفرع الأول:

### نطاق تطبيق قانون الجنسية فيما يخصّ الأهلية:

إنّ نطاق تطبيق قانون الجنسية الوارد بالمادة 10 قانون مدني، لا يشتمل على جميع حالات الأهلية، ذلك أن هذه الأخيرة تتميز بتنوعها، واختلاف وظائفها . فهناك أهلية الوجوب، أو التمتع، والتي تعني قابلية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، فهي إحدى خصائص الشخصية القانونية<sup>1</sup>، ولذلك تثبت لجميع البشر<sup>2</sup>، وحتى للشخص المعنوي، لأنها مجرد صفة تتوافر في الشخص، و تجعله صالحا لان يتعلق به حق معين له أو عليه. ولهذا لا يجوز حرمان الشخص من حقوقه بصفة مطلقة، في حين يجوز حرمانه من بعضها ، ما دام أن هذا لا يتنافى مع الشخصية القانونية، و بالتالي 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. فحق الشخص في أن يرث يخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم الميراث، التي تقضي بتطبيق قانون جنسية المورث، وحقّ الزوج في الزواج من ثانية يخضع لقانون جنسيته، و حق الشخص في أن يملك يخضع للقانون الذي يحكم الملكية، أي قانون موقع المال.<sup>3</sup>

كما يوجد عدم الأهلية الخاصة أو ما يعرف بموانع التصرف، وهي قيود على أهلية الوجوب، خاصة بتصرفات محددة وأشخاص معينين<sup>4</sup>، يمنعهم القانون من القيام ببعض

<sup>1</sup>-Battifol Henri et Paul Lagarde,droit international privé 2vol,5édition,Paris , 1974 et 1976. par487.

<sup>2</sup> - فكل إنسان بعد أن أبطل الرق، شخص قانوني تتوفر فيه هذه الأهلية ، بحيث تثبت له من وقت ميلاده، بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنينا إلى وقت موته ، بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه، أنظر في هذا سامي بديع منصور ، المرجع السابق ، ص348.

<sup>3</sup>- هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص299 .

<sup>4</sup>- عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، مرجع سابق ، ص 785

التصرفات القانونية، مع أنهم راشدون، بالنظر لنشاط معين يمارسوه أو ولوجودهم في مركز خاص ، من أمثلة ذلك منع رجال 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،<sup>1</sup> وعدم صحة بيع المريض مرض الموت لو ارث إلا إذا اقره باقي الورثة<sup>2</sup>، أو كمنع الشخص من الإيحاء للطبيب الذي يعالجه ، أو منع هذا الأخير من تلقي هبة من مرضاه، في مرض الموت في القانون الفرنسي<sup>3</sup>، ومنع الزوجة من كفالة زوجها كفالة شخصية أو عينية في القانون اليوناني .

إن هذه الأهلية لا تعد من عناصر الحالة الشخصية، لأنها لا تهدف إلى حماية الشخص ذاته، و إنما لحماية المصلحة العامة أو رعاية مصلحة الغير.<sup>4</sup> ولهذا فهي تخرج من نطاق تطبيق قانون الجنسية الوارد بالمادة 10 قانون مدني، وبما أنها قيود تحد من أهلية الوجوب، فتخضع للقانون الذي يحكم التصرف القانوني ذاته، فمنع عمال 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 المورث وقت موته، باعتباره القانون الذي يحكم التصرفات المضافة لما بعد الموت، ومنع الزوجة اليونانية من كفالة زوجها تخضع لقانون موقع المال.<sup>5</sup>

إذن يبقى فقط أهلية الأداء العامة، والتي تعني قدرة الشخص على التعبير بنفسه، ولحسابه عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية، فهي الوحيدة التي تدخل في مضمون الفكرة المسندة، وتخضع من ثمة لقانون الجنسية، لأنها تعد عنصراً من عناصر حالة الشخص<sup>6</sup>، نظراً لارتباطها بالتمييز، فهي تدور معه وجوداً ونقصاناً وانعداماً. فإذا كان تمييز الإنسان تاماً كانت أهلية الأداء عنده تامة، وإذا كان ناقصاً كانت أهلية الأداء عنده ناقصة، وتنعدم إذا انعدم

<sup>1</sup> - المادة 402 قانون مدني جزائري.

<sup>2</sup> - المادة 408 قانون مدني جزائري، أنظر أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص 217

<sup>3</sup> - JEAN DERRUPPÉ , droit international privé, 14 ème édition , Dalloz , 2001, op cit.p12.

<sup>4</sup> - احمد عبد الحميد عشوش ، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة ، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية ، مصر 1989 ، ص 109 ، 110.

<sup>5</sup> - هشام علي صادق ، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 300، وعكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، مرجع سابق ، ص 786

<sup>6</sup> - وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، في حكمها الصادر عن الغرف مجتمعة، إذ قالت "أن الأهلية لا تعد عنصراً من عناصر الحالة إلا إذا كان الأمر يتعلق بأهلية عامة ومطلقة للأشخاص، وهي التي يطبق في شأنها دائماً ومباشرة القانون الشخصي".

تمييزه<sup>1</sup>. إذ أنّ الشخص يمرّ بمراحل مختلفة في حياته، فيكون صغيراً غير مميّز، ثمّ بعد ذلك في مرحلة معيّنة من حياته يبدأ تمييزه، إلّا أنّه لا تتوافر له كل أسباب التمييز و الإدراك إلى أن يبلغ سنّ الرشد، فإذا بلغ هذه السنّ، فيكون له أهلية أداء كاملة، ولكن بشرط أن لا يطرأ عليه عارض من عوارضها كالجنون والسّفه، لأنّ من شأن هذه العوارض أن تعدم تمييزه أو تنقص من أهليته، بعدما كانت كاملة<sup>2</sup>، أما إذا بلغ الشخص تلك السن، وهذه العوارض قائمة معه، فيكون ناقص الأهلية منذ البداية.

هذا، وسنّ الرشد تختلف من دولة لأخرى<sup>3</sup>، ويحددها القانون الجزائري ب19 سنة، إذ يكون الشخص حتّى سنّ 13 فاقد التمييز، له أهلية الوجوب فقط، ومن سنّ 13 إلى 19 سنة ناقص الأهلية ولكنّه مميّز، ولا يكون كامل الأهلية إلّا بعد سنّ 19 سنة<sup>4</sup>. وإذا كان يحق لهذا الأخير، القيام بكافة أنواع التصرفات القانونية، سواء منها النافعة له نفعاً محضاً، أو الضارة به ضرراً محضاً، أو الدائرة بين النفع و الضرر، فإنه يمنع على عديم الأهلية مباشرة أي نوع منها، بينما يجوز لناقصها القيام بالتصرفات النافعة له نفعاً محضاً، في حين تمنع عليه الضارة به ضرراً محضاً، وإذا كانت دائرة بين النفع و الضرر، فتتوقّف صحتّها على إذن أو إجازة من له الولاية عليه، أو المحكمة على حسب الأحوال<sup>5</sup>.

إنّ إسناد أهلية الأداء لقانون الجنسية، هو من المبادئ الشائعة بين عدد كبير من الدول<sup>6</sup>، سواء العربية<sup>7</sup> -بما فيها التشريع الجزائري- أو الأجنبية وخاصة منها الأوروبية<sup>8</sup>. بحيث أن

<sup>1</sup>- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، الأردن، 2005، ص151.

<sup>2</sup>- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة الناشر بالإسكندرية، مصر، 2001، ص 169-171.

<sup>3</sup>- فهي محدّدة ب18 سنة في فرنسا -سوريا- العراق، وب19 سنة في القانون الجزائري، و20 سنة في القانون التونسي، و21 سنة في القانون المصري والألماني والإنجليزي، و23 سنة في القانون الهولندي. والإسباني، و25 سنة في الدنمارك والمكسيك. انظر في هذا زروتي الطيّب، المرجع السابق، ص 151.

<sup>4</sup>- تنصّ المادة 40 من القانون المدني على أنّ "كلّ شخص بلغ سنّ الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسنّ الرشد تسعة عشر كاملة (19).

<sup>5</sup>- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 170.

<sup>6</sup>- ويرجع الأصل التاريخي لذلك إلى المادة 3/3 من القانون المدني الفرنسي، فهي أول من أخضع حالة الأشخاص وأهليتهم لقانون جنسيتهم بنصها Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résident en pays étranger.

<sup>7</sup>- نذكر منها القانون المصري، العراقي، السوري، الأردني.

<sup>8</sup>- مثلاً التشريع الألماني، الإسباني، اليوناني، المجري، الإيطالي، وقانون مدغشقر، هولندا، بولندا، البرتغال، رومانيا، تشيكوسلوفاكيا، يوغسلافيا، النمسا، بلجيكا، لوكسمبورغ، ودول أوروبا الشرقية ماعدا الإتحاد السوفياتي، أما من غير الدول الأوروبية نذكر اليابان، وجمهورية الدومنيكان، وقانون إمارة موناكو، انظر في هذا أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص64، 65.

قانون الجنسية في هذه الدول، يحكم جميع المسائل المتعلقة بتحديد سن الرشد وعوارض الأهلية من جنون، عته، سفه، وغفلة، كما يبين متى يكون الشخص فاقد الأهلية، أو ناقصها، أو كاملها، وما هي التصرفات التي يجوز لناقص الأهلية القيام بها وحده، وما لا يستطيع القيام بها إلا عن طريق وليه، وصيه، القيم عليه، مجلس العائلة، أو مجلس قضائي، ويبين متى يعتبر الصبي مأذونا له بإدارة أمواله، والجزاء المترتب على فقد الأهلية ونقصها، وإذا كان هذا الجزاء هو البطلان فيبين نوعه، ومن له حق التمسك به، والمدة التي يجب فيها رفع دعوى البطلان، وما إذا كان يجوز إقرار التصرف الباطل، أو لا، ومدة تقادم دعوى البطلان، وتحديد نظام عدم الأهلية الراجع إلى الأحكام القضائية المدنية والجنائية الوطنية<sup>1</sup>.

ومع هذا، فإن بعض الدول تخضع الأهلية لقانون الموطن<sup>2</sup>، بينما تخضعها تشريعات دول أمريكا اللاتينية لنظام مختلط، فتطبق على رعاياها قانون جنسيتهم، وعلى الأجانب قانون الموطن<sup>3</sup>. وعلى العكس، فإن الدول الإسكندنافية تخضع أهلية رعاياها لقانون موطنهم، وأهلية الأجانب لقانون جنسيتهم<sup>4</sup>.

وإذا كانت جميع الدول السابق ذكرها، تعتبر أهلية الأداء جزء من حالة الشخص، وتسندها من ثمة للقانون الشخصي، على أساس وجوب خضوعها لقانون مستقر وثابت أينما حل الفرد، فإن هذا المبدأ ليس عالميا لأن بعض الدول الأخرى، والمعروفة بدول "common law"، تنتظر لها نظرة مغايرة، بحيث لا تعتبرها جزء من حالة الشخص، لأنها ليست كفاءة أو مقدرة دائمة، بل هي شيء متغير مع العمل القانوني الذي ترتبط به، لأنها عنصر من عناصر التصرف القانوني، ولهذا فالأهلية تخضع للقانون الواجب التطبيق على التصرف القانوني، الذي تعد شرطا لصحته أو عنصرا من عناصره التكوينية. وبالتالي الأهلية للزواج تعد من شروطه الموضوعية، وتخضع للقانون الذي يحكم تلك الشروط، والأهلية للتعاقد تعتبر من الشروط التعاقدية، وتخضع للقانون الذي يحكم العقد ذاته<sup>5</sup>. و يأخذ بهذا الرأي الولايات المتحدة

<sup>1</sup> - زروتي الطيب، المرجع السابق، ص152، واحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص828

<sup>2</sup> - كالأرجنتين، البرازيل، جواتيمالا، بارجواي، أورجواي.

<sup>3</sup> - كالشيلي، كولومبيا، المكسيك، بيرو، السلفادور، وكان الاتحاد السوفياتي بدوره يأخذ بنفس الموقف.

<sup>4</sup> - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص من66.

<sup>5</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص823،824.

الأمريكية، ماعدا ولاية لويزيانا، إلا أن القانون الانجليزي يفقد للوضوح في هذا المجال، لأنه يتردد ما بين القانون الشخصي، والقانون الذي يحكم التصرف القانوني.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني:

### - الاستثناءات من قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية:

بالرغم من القاعدة العامة، التي تخضع أهلية الأداء لقانون الجنسية، إلا انه هناك استثناءات، 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.

#### أولاً:- الاستثناء الخاص بالجهل المغتفر بالقانون الأجنبي :

بعد أن نصّت المادة 10 قانون مدني جزائري، على خضوع الأهلية لقانون الجنسية، عادت وقررت استثناء على القاعدة العامة، في فقرتها الثانية هو " ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان احد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الأخر، فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة".

لقد استقى المشرع الجزائري هذا النص، من مسلك القضاء الفرنسي، وبالضبط حكم قديم لمحكمة النقص الفرنسية بتاريخ 16 جانفي 1861، في قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص تسمى بقضية "ليزاردى" "LIZARDI"، وتتخلص وقائعها في أن شابا مكسيكيا في سن الثالثة والعشرين، اشترى في باريس من تاجر فرنسي بعض المجوهرات، وحرر لقاء ثمنها عدة سندات، ولما حل أجل الوفاء بها امتنع عن ذلك، ولما أقيمت دعوى ضده دفع ببطلان السندات بسبب نقص أهليته، لأن قانونه الشخصي أي المكسيكي يحدد سن الرشد بخمسة وعشرين سنة. فصدر الحكم لغير صالحه، يلزمه بدفع قيمة تلك السندات، وقد أيدته محكمة

<sup>1</sup>- بحيث استقرت الحالة في المادة 147، والتي تتناول الأهلية في التعاقد على أن: "أهلية التعاقد للشخص تكون خاضعة للنظام القانوني، الذي يكون العقد معه أكثر ارتباطا وعلاقة، وكذلك تكون خاضعة إلى قانون الموطن، ومكان السكن المعتاد وفق الترتيب التالي:  
- إذا كانت أهلية الشخص للتعاقد ثابتة بموجب قانون الدولة الذي له أكثر ارتباطا وعلاقة مع العقد فان العقد يكون نافذا بقدر ما يتعلق بشرط الأهلية.  
- أما إذا كانت له أهلية للتعاقد بموجب قانون دولة موطنه ومكان سكنه المعتاد فان العقد يعتبر نافذا بقدر ما يتعلق بالأهلية ذات العلاقة". أنظر ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص (الأردني والمقارن)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر، الأردن 1998، ص80،81.

النقض، على أساس أنه لا يفترض في الشخص العلم بكافة قوانين العالم، ويكفي لصحة العقد أن يكون الفرنسي قد تعاقد بدون خفة ولا رعونة، وأن يكون حسن النية<sup>1</sup>.

لقد أثارت هذه القضية خلافا فقهيًا، أدى بالنتيجة إلى الأخذ بالحكم الوارد بها، بنص تشريعي في معظم التشريعات<sup>2</sup>، كما تبنته بعض الاتفاقيات الدولية<sup>3</sup>. غير أن تطبيق هذا الاستثناء، يتطلب توافر شروطا معينة، كما أن له أساسا يقوم عليه.

#### أ- شروط إعمال الاستثناء :

لتطبيق الاستثناء السالف الذكر، فإن هناك جملة من الشروط، لا بد من توافرها وهي:

#### 1- أن يكون التصرف ماليا :

ينبغي أن يكون التصرف ماليا، فيخرج بذلك من نطاق الاستثناء التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج مثلا، بل حتى في التصرفات المالية، فإن جانبا من الفقه الفرنسي والمصري، يقصرون مجاله، في إطار التصرفات والعقود الجارية أو اليومية، طالما أنها تتصف بالسرعة، فلا تترك للمتعاقد فرصة البحث والتحري عن أهلية الأجنبي، بينما يستبعدون من نطاقه التصرفات ذات الخطر والتي تتصف بأهمية خاصة، كالتي ترد على عقار، لأنها تقتضي قدرا كبيرا من الحيطة والحذر، وتستلزم من العاقد التقصي، والتأكد من جنسية المتعاقد الأجنبي.

غير أن بعض الفقه الآخر<sup>4</sup>، يرى أن إخراج التصرفات ذات الخطر من نطاق الاستثناء، ينطوي على تقييد لا يحتمله النص الذي جاء مطلقا، فمادامت العلة هي أن تلك التصرفات تقتضي قدرا من الحيطة والحذر، فيكفي ما يستلزمه المشرع من أن يكون نقص الأهلية، راجعا

<sup>1</sup> - حكم هذه القضية موجود في غالبية كتب القانون الدولي الخاص نذكر منها : أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ص219، هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص302 ، عليوش قريوع كمال ، المرجع السابق ، ص85 وغيرهم.

<sup>2</sup> - كما في القانون البولندي لسنة 1965(المادة10) ، الألماني المادة 12 مدني، الإسباني لسنة 1974(المادة 8/10)، التركي لسنة1982(المادة2/8)، المجري لسنة 1979 (المادة15) ، والقانون الإيطالي والإنجليزي ، وفي كافة الدول العربية نذكر منها القانون المصري(م 1/11 مدني)، الإماراتي (م1/11 قانون معاملات مدنية)، السوري (م 12مدني) ، الليبي(م11 مدني)، الكويتي (م33 قانون 1961) .

<sup>3</sup> -كإتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالعقود الدولية ، واتفاقيات جنيف سنة 1930 ، 1931 الخاصة بالكمبيالة والسند الإذني والشيك، أنظر عليوش قريوع كمال ، المرجع السابق، ص85.

<sup>4</sup> - يأخذ بهذا الرأي الأستاذ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص796، والعميد عز الدين عبد الله، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص238، وهشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق ص306، وكذلك فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق ص312.

إلى سبب فيه خفاء، لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، إذ أن مدى القدرة على تبين نقص الأهلية بسهولة، مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضي، ولا شك أنه كلما زادت خطورة التصرف، كلما كان القدر المطلوب من الحذر في تقصي أهلية المتعاقد أكبر .

## 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 قرر الاستثناء ، وتنتج آثارها فيه كذلك، فلا بد من تلازم الأمرين معاً. فبالنسبة للجزائر مثلاً، يجب أن يتم التصرف وينتج آثاره فيها، ولا يكفي تحقق أحد الأمرين فقط دون الآخر، ويشمل الإقليم الجزائري ما يتبعه من مياه إقليمية وغيرها . والمقصود من هذا الشرط، هو حماية المعاملات التي تتم في حدود الإقليم الوطني. ولهذا فقد اعتنقه العديد من التشريعات<sup>1</sup>، منها التشريع الجزائري.

في حين ظهر اتجاه آخر له رواج كبير عند بعض الدول<sup>2</sup>، وفي الفقه<sup>3</sup>، والقضاء في القانون المقارن ، يذهب إلى إعمال الاستثناء أياً كان المكان الذي إبرم فيه التصرف، أو رتب آثاره فيه، وغرضهم من هذا هو حماية المعاملات الدولية، دون التفرقة بين ما يدور داخل حدود الدولة، وما يدور خارجها، لأن هذا يعتبر في حد ذاته من أهداف القانون الدولي الخاص.

<sup>1</sup> - كالتشريع السوري ، المصري ، العراقي ، الإماراتي ، الكويتي ، الليبي ، المجري، التركي وغيرهم، أنظر عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص799.

<sup>2</sup> - من ذلك القانون الدولي الخاص السويسري الجديد ( المادة 36 )، والقانون البرتغالي (المادة 3/38) ، والمادة 12 قانون مدني ألماني التي تنص على أنه : " إذا إبرم تصرف بين أشخاص موجودين في دولة واحدة ، فليس للشخص الطبيعي الكامل الأهلية طبقاً لقانون دولة إبرام التصرف، أن يتمسك بعدم أهليته المقرر وفقاً لقانون جنسيته ، إلا إذا كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان من المفروض عليه أن يعلم، لحظة إبرام العقد انه ناقص الأهلية. كما تبنت هذا الحل اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالعقود الدولية.

<sup>3</sup> - كالأستاذ نبوييه، نقلاً عن احمد عبد الحميد عشوش ، المرجع السابق ، ص98، وباتيفول ولاغارد، ومايير، نقلاً عن عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص800، ويأخذ بهذا الرأي مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي كذلك.

### 3- أن يكون المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية وفقا لقانون القاضي، وناقصها وفقا لقانونه الوطني.

إن هذا الشرط بديهي لأنه ليس من المعقول أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية، وفقا للقانون الجزائري، أو قانون القاضي، و يستعمل هذا الاستثناء . ولعل السؤال الذي يتبادر إلى الذهن، هو هل يشترط لتطبيق هذا الاستثناء، أن يكون المتعاقد مع الأجنبي جزائريا ؟

لقد نصّت المادة 10 قانون مدني على انه " إذا كان احد الطرفين أجنبيا " مما يفهم منه بمفهوم المخالفة أن الطرف الآخر يجب أن يكون وطنيا<sup>1</sup>، إلا أن الفقه المصري<sup>2</sup>، يذهب إلى خلاف ذلك، في تفسيره لنفس العبارة السابقة، بحجة أن المفهوم الصحيح للاستثناء، لا يقتصر على حماية الطرف الوطني بالذات، بل حماية المعاملات التي تجري في حدود الإقليم. وعليه، لا يشترط للاستفادة منه أن يكون المتعامل مع الأجنبي من الوطنيين. وهو نفس ما استقرّ عليه القضاء الفرنسي، فلم يتردد في حماية الأجنبي الذي لم يستطع أن يتبين أحكام جنسية الطرف الأجنبي الآخر الذي تعامل معه<sup>3</sup>. ولكن إذا كان كلا المتعاقدين الأجنبيين يحملان نفس الجنسية، فلا وجه لإعمال الاستثناء، لان الأصل أن كل منهما يعلم أحكام قانونه الشخصي، إذ لا عذر بجهل قانونهم الوطني.<sup>4</sup>

### 4- أن يكون نقص أهلية المتعاقد الأجنبي، راجعا إلى سبب فيه خفاء، لايسهل على الطرف الآخر تبيّنه :

إن تقدير هذا الشرط مسألة موضوعية، يقدرها القاضي بالنظر لكل حالة على حدا، وذلك وفقا لمعيار موضوعي هو معيار الرجل العادي<sup>5</sup>، كما يراعى فيه شخص من يتمسك بالاستثناء، وأهمية التصرف الذي أمضاه . فالتصرفات الخطيرة ذات الأهمية كاقتراض مبلغ كبير أو بيع عقار، أو العقود ذات الطابع الشخصي، كما هو الحال في شركات الأشخاص،

<sup>1</sup>- أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص222

<sup>2</sup>- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق ، ص312، وهشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق ،ص306

<sup>3</sup>- هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص307.

<sup>4</sup>- ولكن قد يحدث في فروض نادرة، الجهل حتى بقانون الأجنبيين الوطني، كأن يكون الشخص غير عارف بالنقص الذي يفرضه قانونه الشخصي، خاصة إذا تقرّر بمقتضى حكم قضائي، وكان هو مولودا ومقيما في بلد إبرام التصرف. في مثل هذه الحالات يمكن التمسك بالاستثناء، متى ثبت انه كان معذورا في جهله بنقص أهلية من تعاقد معه ، لأنه كان حسن النية واستعلم بالقدر الكافي. انظر مؤلف عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين المرجع السابق، ص802.

<sup>5</sup>- أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص223

تستلزم درجة عالية من البحث والتحيط، خاصة وان إبرامها يعوزه وقت ، وتسبقه مفاوضات ، ودراسات متأنية ، ولهذا يجب على القاضي أن يتشدد في تقديره لها، وعليه أن يتشدد في تقديره كذلك، في الحالات التي تتعلق بشخص معتاد التعامل، مع الأجانب نظرا لمهنته كالمصارف ، أو إذا كان التعامل مع شخص اعتباري، بل وحتى في الأوضاع التي يتعاقد فيها الشخص بكثرة مع أفراد من جنسية دولة معينة ، فيكون من المفترض فيه العلم بقانون جنسيتهم، لهذا فيمتنع عليه التمسك بجهله وحسن نيته لإبطال تلك التصرفات<sup>1</sup> .

أما التصرفات الجارية والتي تتم بسرعة ، وخصوصا في نطاق المعاملات التجارية، فعلى القاضي أن يتيسر ويتساهل في تقديره لها ، مادام أنها تقوم على السرعة والائتمان ، وإمكانية الغلط في تقدير جنسية، أو أهلية الأجنبي وارده فيها .

ونشير إلى أنه، إذا استعمل ناقص الأهلية الغش، لإفهام الطرف الآخر بأنه أهل للتصرف، بأن موّه عليه، وأخفى حالته ، واتخذ حالة الشخص الكامل الأهلية مظهرًا من مظاهره المعتادة ، في الوقت الذي كان المتعاقد معه غير مقصّر، بان تحرى عن حقيقة حاله، ففي هذه الأحوال يلزم عديم الأهلية بنتائج عمله، أي بالعقد، ويكون هذا بسبب خطئه الذي يستوجب التعويض ، لاعن العقد الذي يعتبر في الأصل غير ملزم له<sup>2</sup> .

#### ب-أساس الاستثناء :

لقد تعددت الآراء حول الأساس القانوني لهذا الاستثناء، فأرجعه بعض الفقه إلى فكرة المصلحة الوطنية، التي تستلزم ألا يتضرر الوطني من تطبيق القوانين الأجنبية، وأرجعه الفقيه " BARTIN " إلى فكرة النظام العام، وبرّره آخرون استنادا لفكرة الإثراء بلا سبب، وجميعها آراء منقّدة<sup>3</sup> . إذ يذهب الفقه الراجح<sup>4</sup> ، إلى أن الجهل بالقانون الأجنبي، أساس صالح لهذا الاستثناء، وهو ما تلمسه في حيثيات حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية "ليزاردي". فقد

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص797، 798

<sup>2</sup> - احمد عبد الحميد عشوش ، المرجع السابق ، ص81، 82

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص303.

<sup>4</sup> - هو رأي معظم الفقهاء الفرنسيين، نذكر منهم العميد "باتيفول" الذي يسمي الاستثناء بالجهل المغتفر بالقانون الأجنبي، أنظر في هذا احمد عبد الحميد عشوش ، المرجع السابق، ص91، ويؤيدهم في هذا من الفقه الجزائري، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص68، وزروتي الطيب، المرجع السابق، ص157.

قررت انه 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.

ومع هذا، فقد وجه بعض الفقه المصري<sup>1</sup> انتقاداته إلى هذا الرأي، على أساس انه لو كان صحيحا انه لا يفترض في الشخص العلم بالقانون الأجنبي، لانقلب الاستثناء المذكور إلى قاعدة عامة في شأن كافة المسائل، ولم يقتصر على الأهلية فقط . ولهذا، يبرر هذا الفقه ذلك الاستثناء تبريرا لا يقل منطقية ولا رجاحة عن الرأي السابق، وذلك بأنه يجد أساسه في فكرة حماية الأوضاع الظاهرة، واستقرار التعامل في الأسواق الوطنية، فما دام أن الأجنبي تعامل مع أشخاص حسني النية، ومعدورين في جهلهم لأحكام جنسيته، فلا يجوز له الاحتجاج بنقص أهليته طبقا لقانون جنسيته.

### ثانيا : وجود نص في قانون خاص، أو في معاهدة :

إذا وجد نص في قانون خاص، أو في معاهدة دولية نافذة في الجزائر، يقضي بعدم خضوع الأهلية لقانون جنسية الشخص، فلا يتم تحديد أهليته بموجب قانونه الوطني. إذ تقضي المادة 21 قانون مدني جزائري، على أن لا تسري أحكام المواد السابقة أي الخاصة بتنازع القوانين، إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر.

وفي هذا، نجد انه لا يوجد نص في القانون الجزائري بهذا الشأن، بعكس القانون الفرنسي، الذي تم المادة الأولى من القانون التجاري، بفقرة ثانية نصها : " تخضع أهلية التاجر فرنسا كان أو أجنبيا لقانون البلد الذي يتخذ فيه مقر نشاطه التجاري"<sup>2</sup>. كما أن المشرع المصري بدوره استثنى أهلية مزاوله التجارة في مصر، من الخضوع لقانون الجنسية، بموجب المادة 11 قانون تجاري، التي تقضي بأنه يكون أهلا لمزاولة التجارة مصريا كان أو أجنبيا، من بلغت سنه إحدى وعشرين سنة كاملة ، ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره قاصرا في هذا السن<sup>3</sup>. ويأخذ التشريع المغربي بنفس الرأي، في الفصل 6 من القانون

<sup>1</sup> - هو رأي هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص305.

<sup>2</sup> يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، السنة الرابعة، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، سنة 2009، ص44.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص309.

التجاري الذي ينص: "أن المرأة المتزوجة لا يجوز لها أن تتخذ في المغرب صفة تاجر بدون رضا زوجها، مهما كانت مقتضيات قانونها للأحوال الشخصية في الموضوع"<sup>1</sup>.

أما بخصوص المعاهدات الدولية، فإن اتفاقية جنيف الخاصة بالسفينة ، والسند لأمر، والشيك لسنة 1930، 1931 ، وإن كانت كأصل عام تخضع أهلية الشخص للالتزام بمقتضى السندات السابقة لأحكام قانونه الوطني، إلا أنها أوردت استثناءين على ذلك، الأول يقضي بضرورة الأخذ بالإحالة متى أشار قانون الجنسية الواجب التطبيق إلى تطبيق قانون آخر، على أن تطبق القواعد الموضوعية لقواعد الدولة المحال إليها دون قواعد التنازع، والثاني، هو أنه إذا كان الملتزم الصرفي ناقص الأهلية وفقا لقانونه الوطني ، أو للقانون الذي تمت الإحالة إليه، وكان كامل الأهلية وفقا لقانون محل نشوء الالتزام الصرفي، فينبغي تطبيق هذا القانون الأخير على أهليته .

إن ما يحمله هذا الاستثناء من تطبيق القانون الأصلح لحماية حامل الورقة التجارية، إذ يكفي بالنسبة له أن يكون الموقع على السند أهلا للالتزام إما وفق قانونه الوطني ، أو وفق قانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام الصرفي، يدعو للقول بأنه ذهب إلى أبعد مما يقرره الإستثناء الوارد في المادة 10 فقرة 2 مدني جزائري، وما يقابلها في التشريعات العربية ، وبالتالي هو يوفر حماية أكبر مما يوفره قضاء " ليزاردي"<sup>2</sup> .

ولقد نصت بعض التشريعات العربية، صراحة على هذا الاستثناء في قوانينها الداخلية، كالقانون الأردني في الفقرة 2 من المادة 130 من قانون التجارة الصادر سنة 1996 بقوله انه: " يرجع في تحديد أهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب إلى قانون بلده ، ومع ذلك إذا التزم شخص بمقتضى سند سحب وتوافرت فيه أهلية الالتزام به، وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام كان التزامه صحيحا، ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقا لقانون بلده"<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - موسى عبود، المرجع السابق، ص230.

<sup>2</sup> - يوسف فتيحة ، محاضرات أقيمت على طلبة ماجستير القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد ، غير مطبوعة، تلمسان، 2009.

<sup>3</sup> - غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص156

## الفرع الثالث :

### دور الجنسية فيما يخصّ النظم الخاصة بحماية غير كامل الأهلية.

لا خلاف في أن الشخص غير كامل الأهلية، سواء بسبب سنّه أو قصوره العقلي، يحتاج إلى حماية خاصة، حتى لا يؤثر هذا على حالته، و وضعه الأسري و الاجتماعي. هذه الحماية التي توفرها القوانين الداخلية لمختلف الدول<sup>1</sup>، و التي تتجلى في عدة نظم قانونية كالولاية، الوصاية، القوامة، و التي تتعدد في الدولة الواحدة، و تختلف في طبيعتها و أشكالها من دولة لأخرى. أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق عليها في العلاقات الخاصة الدولية، فقد أناطها القانون الجزائري، بالمادة 1/15 قانون مدني التي تنص أنه " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر و عديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته"<sup>2</sup>. وهو ما كرسته من قبل اتفاقية لاهاي لسنة 1902، الخاصة بالوصاية، واتفاقية 1905 الخاصة بالحجر<sup>3</sup>. و سبب هذا الإسناد، هو أن هذه النظم مقررة لمصلحة المشمول بالحماية، وللحفاظ على أمواله، فيجب أن تخضع لقانونه، وليس لقانون متولي الحماية.

فالأشخاص المناطق بالحماية، و الذين يشملهم ضابط الجنسية، وفقا للمادة السابقة، هم عديمي الأهلية، والمتمثلين في كل من فاقد التمييز لصغر سنه، أي الذي لم يبلغ 13 سنة، و المجنون و المعتوه<sup>4</sup>، و كذلك ناقصي الأهلية و المتمثلين في القصر، أي الذين بلغوا مرحلة التمييز، و لكنهم لم يبلغوا سن الرشد، و هي الفترة ما بين 13 سنة و 19 سنة، و ما يلحق بهم من السفية و ذا الغفلة.

و عليه، فما هو مجال تطبيق قانون الجنسية الخاص بحماية هؤلاء، من عديمي الأهلية و ناقصيها، والاستثناءات التي ترد على ذلك؟

<sup>1</sup> - منها قانون الأسرة الجزائري 84 - 11 المؤرخ في 09 فيفري 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الذي ينص على أحكام النيابة الشرعية من ولاية، وصاية، تقديم و حجر في المواد من 81 إلى 108.

<sup>2</sup> - تقابلها المواد الآتية : المادة 16 مدني ليبي، المادة 16 مدني مصري، المادة 20 مدني عراقي، المادة 46 قانون كويتي، المادة 31 قانون دولي خاص بولندي، المادة 1/24 قانون دولي خاص ألماني، و المادة 9 قانون تركي، و النمساوي م 1/27.

<sup>3</sup> - زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 157.

<sup>4</sup> - تنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري على أنه " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون"

## أولاً: مجال تطبيق قانون الجنسية الخاص بحماية غير كامل الأهلية:

إن المقصود بالولاية في المادة 15 قانون مدني ، والتي تخضع لقانون جنسية المشمول بالحماية هي الولاية على المال، أما الولاية على النفس فتعد من آثار الزواج أو من آثار النسب، وفي كلا الحالتين تخضع لقانون جنسية الأب. فالمشرع الجزائري فرق بدوره بين الولاية على المال والولاية على النفس شأنه شأن المشرع المصري، في حين هناك بعض النظم كالقانون الفرنسي، وغيره من القوانين اللاتينية ترفض هذا التمييز، وتُخضع الولائتين لقانون واحد، قد يكون قانون العائلة أو قانون فاقد الأهلية. ففي حالة وجود الأبوين أو أحدهما لا بد من المحافظة على النظام العائلي في الأسرة، الذي لا تنفصل عنه مصلحة فاقد الأهلية، وبالتالي تخضع السلطة الأبوية سواء ما تعلق منها بالولاية على النفس، أو الولاية على المال للقانون الذي يحكم الأسرة، أي الذي تخضع له آثار الزواج . أما في حالة زوال دعائم الأسرة بوفاة كلا الأبوين فيجب تطبيق قانون فاقد الأهلية<sup>1</sup>.

هذا وان تدابير الحماية، التي تخضع إلى قانون جنسية فاقد الأهلية على نوعين، منها ما قررت لحمايته من نفسه ، ومنها ما جاءت لحمايته من غيره .

فبالنسبة لتدابير حمايته من نفسه، فالمميز فيها أنها حماية تفرضها الطبيعة البشرية لأنّ الإنسان لا يخلق كامل الأهلية، وإنما يمر بمراحل يتدرج فيها في النمو والتطور، ويكون السن هو المعيار الحاسم في هذا، لأن الإنسان إذا بلغ سناً معينة سيصبح راشداً. ومع هذا يمكن أن يصل إلى هذه السن ويبقى قاصراً، وذلك لإصابة الإمكانات العقلية لديه بما يعرف بحالات الجنون العته والسهف، لهذا ينبغي اتخاذ تدابير حماية ومساعدة له. هذه التدابير قد تكون تلقائية تتصل بمصير العمل الذي يبرمه فاقد الأهلية، كالنص على إبطال العمل أو اعتباره قابلاً للإبطال، وقد تكون تدابير عضوية تنشأ بغرض الإشراف والمساعدة، سواء من أشخاص القانون الخاص كالولي ، القيم أو مجلس العائلة ، أو هيئة قضائية كما في الوصاية، أو قاضي

<sup>1</sup> - Battifol et Lagard , op cit , par 495

الأحداث ، أو هيئة إدارية كالهيات الاجتماعية، التي تنشأ لمساعدة الأطفال أو المراكز المتخصصة لمساعدة الشباب<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لتدابير حماية فاقد الأهلية من غيره، فمعناها حمايته من تصرفات من يمثله، إما بفرض قيود عند التامين على أمواله، وإما بإنشاء تأمين جبري يعقد لضمانة حقوقه، التي قد تترتب نتيجة خطأ الوصي في الإدارة ، أو نتيجة ترتب ديون للقاصر على الوصي بسبب خارج عن الوصاية كالتي تتعلق بالإرث، أو تستحق أثناء الوصاية<sup>2</sup>، أو كسلب الولاية، أو وقفها متى ظهر تعسف في مباشرتها، وكمنع الولي أو الوصي، أو القيم، أو المشرف القضائي من شراء أموال الأشخاص، الذين يمثلونهم أو يشرفون عليهم .

وعى هذا يمكن حصر المسائل الموضوعية، التي تخضع لقانون جنسية الشخص المشمول بالحماية<sup>3</sup>، في معرفة طبيعة نظام الحماية الذي يجب أن يشمل به ، هل هو نظام الولاية الشرعية، أم الوصاية ، أم القوامة، أم غير ذلك من النظم ، وطبيعة الشخص أو الهيئة القضائية والإدارية التي يناط بها الإشراف والمساعدة، من حيث كونها عامة أو خاصة ووظيفتها ، وكيفية فصل الخلافات التي قد تنشأ بينها. كذلك يرجع إلى هذا القانون لبيان من تثبت له الولاية، ومن يصلح أن يكون وصيا أو قيما، أو وكيلًا عن الغائب، ولبيان سلطة هؤلاء النواب في إبرام التصرفات القانونية ، وحكمها إذا تجاوزوا سلطانهم فيها. كما يتكفل هذا القانون ببيان حقوق من يتولى الحماية، وواجباته وما يستحقه من اجر، ويبين أسباب سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها ، وعزل الأوصياء أو الحد من سلطتهم ، ورفع الحماية وإنهائها عند بلوغ القاصر سن الرشد، أو زوال الحجر عن الشخص الذي انتابه احد عوارض الأهلية<sup>4</sup>. وعليه، لو فرضنا أن المشمول بالحماية جزائري الجنسية، فإن قانون الأسرة الجزائري هو الواجب التطبيق على كل تلك الأمور، لأنه يبين أنواع النيابة القانونية، ومن يصلح لممارستها، والتي تتحدد في كل من الولاية، الوصاية، القوامة.

<sup>1</sup>- سامي بديع منصور ، المرجع السابق ، ص308 ، وبيار ماير وفانسان هوزيه ، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للنشر، بيروت، 2008 ، ص484.

<sup>2</sup>- سامي بديع منصور ، المرجع السابق ، ص365

<sup>3</sup> - 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 قانونه الشخصي.

<sup>4</sup>- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق ، ص318.

فالولاية أو الوصاية تكون على القاصر، بينما تكون القوامة على المحجور عليهم، و الغائبين، و يصلح للولاية على القصر، وفقا للمادة 87 قانون الأسرة المعدل سنة 2005، كل من الأب و بعد وفاته تحل الأم ، و في حالة الطلاق، تمنح لمن أسندت له حضانة الأطفال ، و تنتهي ببلوغ القاصر سن 19 سنة.

أما الوصاية، فتقوم عند عدم وجود أم تتولى شؤون القاصر، و إذا كانت عديمة الأهلية ، بحيث يقوم الأب أو الجد بتعيين وصي له، وفقا للمادة 92 قانون الأسرة، و يجب أن يكون الوصي مسلما عاقلا بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف ، و للقاضي عزله إن لم تتوفر فيه هذه الشروط (المادة 93 قانون الأسرة)، و له نفس سلطات الولي.<sup>1</sup>

أما القوامة فيمارسها المقدم ، و هو الشخص الذي تعينه المحكمة، في حالة عدم وجود و لي، أو وصي على كل من فاقد الأهلية أو ناقصها، بناء على طلب أحد أقاربه ، أو من له مصلحة أو النيابة العامة (المادة 99 قانون الأسرة)، و يقوم المقدم مقام الوصي، كما أنه معين لإدارة شؤون الغائب أيضا(المادة 111 قانون الأسرة).

### ثانيا:الإستثناءات من قاعدة خضوع غير كامل الأهلية لقانون الجنسية:

إذا كان الأصل أن حماية غير كامل الأهلية من قصر، سفهاء، مجانين، وغيرهم ممن لا يستطيعون تدبير أمورهم بنفسهم، تخضع لقانون الجنسية، إلا أن هذا المبدأ يرد عليه استثناءات، توجب خضوعهم في بعض المسائل لنطاق تطبيق قوانين أخرى، وذلك متى تعلق الأمر بحالات الاستعجالات . ففي حالة العجلة الماسة التي تتطلب تدبيرا أنيا ومؤقتا، لا ينتظر اتخاذ الفصل في النزاع، يجب إسناد الاختصاص لقانون القاضي ، وهو ما أكدته المادة 9 من اتفاقية لاهي الخاصة بحماية القصر<sup>2</sup> بتاريخ 5 أوت 1961 ، ونص عليه المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة15قانون مدني المعدل سنة 2005، بقوله " غير انه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة، إذا كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير ، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر".

<sup>1</sup> - هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، النظرية العامة للقانون و الحق، الطبعة الثانية ، الدار الجزائرية للمنشورات الجامعية، الجزائر، 2003، ص171.

<sup>2</sup> - سامي بديع منصور ، المرجع السابق ، ص360،364

ويخضع لهذا القانون كذلك، مسائل الإجراءات المتعلقة بحماية عديمي أو ناقصي الأهلية، وهذا ما ورد بالمادة 21 مكرر قانون مدني جزائري<sup>1</sup> رقم 05-10 ، ويدخل في تلك المسائل كل ما يتعلق 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 ومناقشته فيها<sup>2</sup>.

وإنه نظرا لطبيعة الأموال، فإن نطاق القانون الشخصي يقتصر فيها على أعمال الإدارة والتصرف . أما الأثر العيني من نقل الملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى ، وإجراءات التسجيل والشهر فتخضع لقانون موقع المال<sup>3</sup>.

في حين يخضع لقانون الدولة المقيم بها غير كاملي الأهلية، الحالات التي يجب عليها التدخل لحمايتهم ، تحقيقا لمصالحها بغض النظر عن الجنسية التي ينتمون إليها، وذلك لأن حالتهم العقلية لا تشكل عامل خطر عليهم لوحدهم، بل تمس الجماعة ككل. ولذلك فالدولة المعنية بجعلهم خارج القدرة على الإيذاء بحمايتهم، كالنص على تدابير المساعدة التربوية في القانون الفرنسي<sup>4</sup>، كما تتولى رعاية وحماية الأطفال الأجانب، والذين لا عائل لهم كاللقطاء ، ومجهولي الأبوين، والذين هم في وضع خطر يهددهم ، بل أيضا عليها حماية غير كاملي الأهلية المقيمين على إقليمها، وذلك في الأحوال التي لا يكون مستطاعا فيها تحقيق الحماية طبقا لقانونهم الشخصي، كالحالات التي تتطلب تدخل سلطة دينية أو إدارية أجنبية، يجهلها أو غير معروفة في قانون القاضي . فهنا يجب حمايتهم وفقا للمؤسسات القانونية المعروفة في هذا القانون.

كما يستبعد قانون الجنسية في حالة وجود معاهدة دولية تفرض على الدول المتعاهدة تطبيق قانون غير القانون الشخصي، كمعاهدة لاهاي بتاريخ 5 أوت سنة 1961، التي أعطت

<sup>1</sup>-تنص المادة 21 مكرر قانون مدني جزائري على أنه:"يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات، قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

<sup>2</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص832

<sup>3</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص832 وأنظر كذلك

<sup>4</sup>- بيار مايير وفانسان هوزيه، المرجع السابق، ص492

في مادتيها الأولى والثانية<sup>1</sup> الصلاحية المبدئية إلى سلطات الدولة، التي يسكن فيها القاصر بشكل معتاد لاتخاذ تدابير الحماية وفق قانونها .

من خلال ما سبق، يظهر أن الحالة الفردية والأهلية، يعدان من أهم مسائل الأحوال الشخصية، فالأولى تحدد لنا هوية الشخص الذاتية، والثانية تبين مدى قدرة الشخص، وصلاحيته لممارسة الحقوق، أو تحمل الواجبات. إلا أن هذين العنصرين، لا يكفيان لتحديد حالته العامة، لأن هذه الأخيرة تشمل بالإضافة لهما علاقاته مع الغير، والمتمثلة في حالته العائلية. وبعد أن تحدد مجال تطبيق قانون الجنسية، فيما يخص الحالة الفردية والأهلية، فما هو مجال تطبيق قانون الجنسية، أو ما هو دورها فيما يخص العلاقات الأسرية.

<sup>1</sup>– Article 1 du convention concernant la compétences des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs dispose : « les autorités, tant judiciaires qu’administrative, de l’état de la résidence habituelle d’un mineur sont, sous réserve des disposition des articles 3 , 4 et 5 alinéa 3, de la présente convention compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens »

Et l’article 2 dispose que « 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 personnes ou institutions qui ont la charge, qu’à l’égard des tiers.

## المبحث الثاني :

### دور الجنسية فيما يخصّ الحالة العائلية .

إذا كانت الحالة الفردية تخص الإنسان لوحده، فإن الحالة العائلية تشمل روابطه، مع غيره، والتي تتجلى في علاقاته الأسرية البحتة، والمتمثلة في الزواج ، الطلاق ، النسب العلاقة بين الأصول والفروع ، الحضانة وكفالة الأولاد ، أو في علاقاته الأسرية ذات الطابع المالي، ونقصد بها بالأخص الميراث، لأنه خلافة أسرية، ومع هذا سنورد معه الوصية، لأنها وإن كانت لا تجوز أصلا لو ارث، أي لأفراد العائلة، إلا أن هناك تأثير لحالة الفرد العائلية عليها، لأنها لا تجوز بأكثر من الثلث إلا بإقرار الورثة في الدول الإسلامية.

و لأن الزواج يعتبر الجزء الأساسي للأحوال الشخصية، نظرا لكثرة المنازعات التي تطرح بشأنه، ولأنه السرح المفضل لتطبيق القانون الشخصي، فقد ارتأينا أن نخصص له المطلب الأول، بعنوان دور الجنسية فيما يخص الرابطة الزوجية من نشأتها حتى انحلالها (مطلب أول)، لنتناول بعده دور الجنسية فيما يخص علاقات الوالدين بالأولاد، والتركات (مطلب ثان).

### المطلب الأول:

#### دور الجنسية فيما يخص الرابطة الزوجية من نشأتها حتى انحلالها.

يعد الزواج من أفسح العلاقات القانونية مجالا لتنازع القوانين ، لأن النظم القانونية تختلف في نظرتها إليه اختلافا كبيرا ، فبينما تعتبره بعض النظم رابطة دينية محضة ، تعتبره نظم أخرى رابطة مدنية بحتة ، وبينما تبيح الدول الإسلامية تعدد هذه الرابطة وتسمح بانحلالها بإرادة منفردة ، إذ بالدول المسيحية تحرم تعددها وتعتبره جريمة ، وبعضها يعتبره رابطة أبدية غير قابلة للانحلال ، كالزواج في الكنيسة الكاثوليكية والدول التي أخذت بتعاليمها ، بينما البعض

الآخر يبيح انحلاله لكن لأسباب محدّدة، بل إن بعض الدول تعتبره رابطة مؤقتة، يمكن أن تتحلّ بإرادة كلا الزوجين كالإتحاد السوفياتي سابقا.

ولقد أسند التشريع الجزائري، بموجب قاعدة عامة، كل من انعقاد الزواج، آثاره، وانحلاله إلى قانون الجنسية، ولكنه وضع استثناء هاما، مؤداه إخضاع تلك المسائل للقانون الجزائري وحده، متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج. ولهذا، ما هو دور الجنسية فيما يخص انعقاد الرابطة الزوجية، آثارها، وانحلالها؟ وما هي طبيعة الاستثناء الذي يقضي بتطبيق القانون الجزائري، بحكم تلك المسائل؟

### الفرع الأول: دور الجنسية فيما يخص انعقاد الرابطة الزوجية وآثارها.

إن الرابطة الزوجية مثلها مثل أي علاقة قانونية تستلزم توافر مجموعة من الشروط، حتى تتعدّد أو تنشأ صحيحة، وبالتالي ترتب آثارها في الحدود، التي خولها لها القانون. وعليه، ما هو دور الجنسية فيما يخص كل من انعقاد الرابطة الزوجية، وما يترتب عنها من آثار؟

#### أولاً: دور الجنسية فيما يخص انعقاد الزواج.

لانعقاد الزواج لا بد من توافر نوعين من الشروط ، شروط موضوعية وأخرى شكلية، والملاحظ أن الجنسية تلعب دورا بارزا بالنسبة للشروط الموضوعية ، ودورها ثانوي بالنسبة للشروط الشكلية .

#### أ- دور الجنسية بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج :

الشروط الموضوعية للزواج هي تلك الشروط الأساسية لقيام الرابطة الزوجية، والتي إذا تخلف شرط منها، ترتب عن ذلك البطلان، ومن الصعب جدا إحصاءها، لأن المسألة مسألة تكييف تختلف باختلاف الدول، وإن كانت غالبيتها تعتبر من تلك الشروط، الأهلية للزواج، رضا الزوجين، رضا الوالدين بالنسبة للقاصرين، موانع الزواج كالقربة، والنسب<sup>1</sup>. وفي القانون الجزائري، قد نصت عليها المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة، والتي تجملها في توافر الرضا ، الأهلية ، شهود ، ولي ، خلو الزوجين من الموانع الشرعية.

<sup>1</sup> - نعم سيّوفي ، المرجع السابق ، ص 695

وتتفق غالبية الدول<sup>1</sup> في القوانين المقارنة، على إخضاع تلك الشروط إلى قانون جنسية الزوجين<sup>2</sup>، ومنها التشريع الجزائري، الذي ينص في المادة 11 قانون مدني المعدل بموجب الأمر 05-10 أنه " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج ، القانون الوطني لكل من الزوجين"<sup>3</sup>. وهو الحل الذي أخذت به بعض الاتفاقيات الدولية ، كاتفاقية لاهاي المبرمة في 12 يونيو عام 1902 ، المتعلقة بتنازع القوانين في مجال الزواج .

ومن الطبيعي أن الوقت الذي يحكم فيه قانون كلا الزوجين، هو وقت انعقاد الزواج. ويعتبر تطبيق هذا القانون أكثر ملاءمة مع الفكرة المسندة ، لأن عقد الزواج يخلق نظاما قانونيا بين شخصين ينتميان لمجتمعين مختلفين، وقانون دولة كل منهما قد وضع لحماية العائلة الخاصة به ، فلا يمكن أن ينشأ هذا النظام صحيحا ، إذا طبقنا قانون أحد الطرفين وأهملنا الآخر ، وعلى الأقل فهو يحترم مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، الذي أصبح مطلبنا شعبيا في القوانين المعاصرة<sup>4</sup>.

ولا يثير تطبيق قانون جنسية الزوجين ، أي إشكال عند اتحاد جنسيتهما، ولكن الخلاف يظهر عند اختلافها، وفي هذا يذهب اتجاه فقهي، إلى ضرورة التطبيق الجامع لكلا القانونين معا ، ومعنى ذلك أن الزواج لا يكون صحيحا من الناحية الموضوعية، إلا إذا توفر في كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني ، وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون جنسية الطرف الآخر<sup>5</sup>، وحبّتهم هي أن الشروط التي وضعها كلا القانونين خاصة بتنظيم الرابطة الزوجية في ذاتها، وحتى لا يكون لأحدهما امتياز على الآخر. ولكنه رأي عسير التطبيق عمليا، ويؤدي إلى التضيق من حالات انعقاد الزواج المختلط ، إن لم نقل جعلها مستحيلة .

<sup>1</sup> -حسن الهداوي ، المرجع السابق، ص106.

<sup>2</sup> - وهذا ما عمل به القانون الألماني لعام 1986، الإسباني لعام1974، الإيطالي لعام 1995، البولوني لعام 1965، ، المجري لعام 1979 ، التركي

لعام 1982، والقانون السويسري، الفرنسي ، الياباني ، وغيرهم، وسائر الدول العربية ، كالمادة 12 قانون مدني مصري ، والمادة 13 قانون مدني سوري، والمادة 19 قانون مدني لبيبي، والمادة 36 من القانون الدولي الخاص الكويتي، والمادة 11 قانون المعاملات المدنية السوداني، أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص846.

<sup>3</sup> - ولقد كانت هذه المادة في النص القديم معيبة ، وذلك لأنها كانت تتكلم عن شروط الزواج دون أن تبين أي الشروط الموضوعية أو الشكلية ، إذ كانت تنص أن: "الشروط الخاصة بصحة الزواج ، يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين".

<sup>4</sup> -أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص847

<sup>5</sup> -دربة أمين ، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان، 2007، 2008.

لذلك استقر الرأي الراجح فقها وقضاء<sup>1</sup>، على التطبيق الموزع، بمعنى أنه يكفي أن يتوفر في كل زوج الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه فقط، دون الأخذ بالاعتبار ما يقرره قانون الزوج الآخر. فإذا كان قانون كل زوج يحدد أهلية الزواج بسن معينة، فإنه يكفي أن تتوفر فيه السن التي يحددها قانونه، بصرف النظر عن السن في قانون الطرف الآخر، وكذلك الشأن بالنسبة لسائر شروط الزواج الأخرى. ولتوضيح الفرق بين أعمال التطبيق الجامع والموزع نستدل بالمثال التالي :

إذا كان ارتباط الزوج برابطة زوجية سابقة، يعتبر مانعا من موانع الزواج في قانون الزوجة، دون أن يكون كذلك في قانون الزوج، فإن التطبيق الموزع للقانونين يعتبر هذا الزواج صحيحا، في حين أن التطبيق الجامع يعتبره باطلا، فزواج الإسباني من أجنبية مطلقة يعتبر صحيحا، إذا أخذ بالتطبيق الموزع، في حين يعتبر باطلا إذا أخذ بالتطبيق الجامع<sup>2</sup>.

ومع هذا، فإنه يجب أن يكون التطبيق جامعا، بالنسبة لموانع الزواج، لأنها شروط متصلة بجوهر الزواج ذاته، بحيث لا يمكن أن تتحقق بالنسبة لأحد الزوجين دون أن تمس الطرف الآخر، خاصة وأنها تهدف إلى حماية مصالح اجتماعية، أو الاستجابة لمبادئ إنسانية وخلقية، ولهذا هي تشمل الموانع المستمدة من القرابة، والموانع الصحية كالأمراض الجسمانية المعدية والأمراض العقلية، والارتباط بزواج قائم، واختلاف الدين في الدول التي تعتد بالحالة الدينية، كالدول الإسلامية التي تمنع زواج المسلمة بغير المسلم<sup>3</sup>، ولا يدخل ضمنها الموانع الإقليمية والطائفية، التي تستبعد لمخالفتها للنظام العام، كأن يقضي قانون أحد الزوجين بمنع الزواج بسبب اللون، كما هو الحال في قوانين بعض الولايات المتحدة الأمريكية، وقانون التمييز العنصري في جنوب إفريقيا سابقا<sup>4</sup>.

إن القانون الجزائري، بدوره يأخذ بالتطبيق الموزع في نص المادة 11 من القانون المدني السابقة، وأكد على ذلك في نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية<sup>5</sup>، بقوله أنه يشترط

<sup>1</sup> - فقد استقر القضاء الفرنسي على هذا الرأي، وأخذ به المشرع في غالبية الدول كالقانون الإيطالي، السويسري، اليوناني، البرتغالي، النمساوي

وغالبية الدول العربية، انظر في ذلك، زروتي الطيب، المرجع السابق ص 151

<sup>2</sup> - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 108

<sup>3</sup> - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 255.

<sup>4</sup> - زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 162

<sup>5</sup> - الامرقم 70-20، المؤرخ في 19 فيفري 1970، المتعلق بالحالة المدنية.

يشترط أن لا يخالف الطرف الجزائري شروط الأساس، التي يتطلبها القانون الجزائري لإمكان عقد الزواج ، غير أنه إذا تعلق الأمر بالموانع، فيطبق بشأنها دائما التطبيق الجامع<sup>1</sup>.

### ب- دور الجنسية فيما يخصّ الشروط الشكلية للزواج :

إذا كانت الجنسية تلعب دورا رئيسيا بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج، لأنها الضابط الوحيد ، فإنها تلعب دورا ثانويا بالنسبة للشروط الشكلية، مادام أنها ضابط اختياري ينازعه غيره من الضوابط .

وفي هذا نجد، أن بعض الدول خصت شكل الزواج بقاعدة إسناد مستقلة<sup>2</sup>. في حين أن دولا أخرى لم تنص على ذلك، وإنما أخضعتة للقاعدة العامة الخاصة بالعقود كالقانون المصري، السوري ، الليبي، والجزائري، الذي يفهم من خلال المادة 19 من القانون المدني<sup>3</sup>، أنه يخضع شكل الزواج إما لقانون محل إبرامه ، أو للقانون الوطني للزوجين ، أو لقانون موطنها المشترك ، أو للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية، و هو نفسه قانون جنسية الزوجين .

وبهذا قد جعل المشرع الجزائري من قاعدة "لو كيس" "locus" قاعدة اختيارية، شأنه شأن غالبية التشريعات المعاصرة، مادام أنه أخذ بضابط الجنسية كذلك، وسمح لرعاياه بإبرام زواجهم، أمام بعثاته الدبلوماسية والقنصلية في الخارج . هذا الاختصاص الذي أقرته مختلف المعاهدات الدولية<sup>4</sup>، والذي يتضح من خلال المادة 96 من قانون الحالة المدنية لسنة 1970، التي تشبه المادة 48 من التقنين المدني الفرنسي، والتي تعتبر كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي، صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية. كما يفهم من خلال المادة 97 من قانون الحالة المدنية على أنه يعتبر

<sup>1</sup> - زروتي الطيب ، المرجع السابق ، ص 162 .

<sup>2</sup> - كالقانون التونسي، والكويتي لسنة 1961، والمغربي، والأردني، وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة لسنة 1985، الذي يقضي بإسناد الزواج شكلا إلى قانون محل الإبرام ، أو قانون جنسية كل من الزوجين. أنظر زروتي الطيب ، المرجع السابق ، ص 165 .

<sup>3</sup> - الملاحظ أن هذه المادة ، كانت قبل التعديل في 20 جوان 2005 ، لا تنص على ضابطي قانون الموطن المشترك ، والقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

<sup>4</sup> - كمعاهدة فيينا المنعقدة في 24 أبريل 1948 ، والتي صادقت عليها الجزائر في 04 مارس 1964، واتفاقية لاهي لسنة 1978 المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته ، والتي سمحت لهم بذلك شريطة أن لا تمنعهم الدول المعتمدين فيها من ذلك، والاتفاقية الجزائرية الفرنسية بتاريخ 24 ماي 1974، التي تفوض القناصل بعقد الزواج حين يكون الزوجان المقبلان من جنسية دولة الإرسال. أنظر موحد إسعاد ، قواعد التنازع ، مرجع سابق ، ص 303.

صحيحا الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية ، ويتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية، أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية<sup>1</sup>.

إذن أعطى التشريع الجزائري ، الاختيار لرعاياه في الخارج ، إما أن يبرموا زواجهم وفق الشكل المحلي ، أو أمام الأعوان الدبلوماسيين والقناصل الجزائريين، متى كان الزوجان جزائريين ، أما إذا كان الزواج مختلطا فلهم هذا، إذا كان الزوج جزائريا والزوجة أجنبية وتتمتع بجنسية البلد المضيف ، أما إذا كانت من غير جنسية البلد المضيف ، فإن هذا الزواج لا يتم إلا في البلاد التي ستحدد بمرسوم . وبما أن النص السابق لم يتناول زواج الجزائرية بأجنبي، فنستطيع القول أنه ليس من اختصاص الهيئات الدبلوماسية إبرامه.

ولكن الملاحظ أن الزواج المبرم عن طريق الهيآت الدبلوماسية، يثير مشكلة تخص مدى الاحتجاج به في دولة الإبرام ، لأنه يجب أن تكون هذه الأخيرة، تعترف بهذا الاختصاص للسلك الدبلوماسي الأجنبي، خاصة أن بعض الدول لا تسمح به، كالقانون الألماني والسويسري، اللذان يجعلان من " قاعدة لوكيس " قاعدة إجبارية، حتى بالنسبة للأجانب، وكالقانون الفرنسي، الذي، وان كان يسمح للسلك الدبلوماسي الأجنبي بإبرام زواج رعاياهم ، إلا أنه لا يعترف به إذا كان أحد الزوجين أجنبيا أو فرنسيا .

و في هذا المجال، فإن المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي، يأخذ بقاعدة المعاملة بالمثل، بمعنى أنه لا يسمح للرعايا الأجانب، بإبرام زواجهم أمام قنصلياتهم في الإقليم الوطني ، إلا إذا كانت دولهم تسمح للجزائريين بهذا، وبشرط أن يكون الزوجان الأجنبيان من نفس جنسية بلد القنصل ، أما إذا كان أحدهما فقط حاملا لهذه الجنسية ، والآخر أجنبيا، فوفقا للرأي الراجح<sup>2</sup> ، لا يتم انعقاد الزواج صحيحا ، إلا إذا روعيت فيه الأشكال المحلية التي يتطلبها القانون الجزائري، على أساس أن التفسير الصحيح للمادة 19 قانون مدني، لا يجيز زواج الأجانب وفق قانون جنسيتهم ، وأمام هيآتهم الدبلوماسية إلا إذا كانا من جنسية واحدة ، أما إذا كانا من جنسيتين مختلفتين، فإن الشكل المحلي يصبح حينئذ إلزاميا .

<sup>1</sup> - نادية فضيل ، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف ، الطبعة 1 ، دار هومة ، الجزائر ، 2006 ، ص 159

<sup>2</sup> - يذهب إلى هذا الرأي ، زروتي الطيب ، المرجع السابق ، ص 168 . في حين يذهب إلى خلاف ذلك الدكتور موحد إسماعيل ، الذي يرى أنه يكفي أن يكون أحد الزوجين من جنسية بلد القنصل، حتى يعقد الزواج صحيحا أمام القنصلية الأجنبية في الجزائر ، وذلك أخذا بمبدأ المعاملة بالمثل في المادة 97 فقرة 2 من الحالة المدنية.

## ثانيا: دور الجنسية فيما يخص آثار الزواج :

يقصد بآثار الزواج ، مجموعة الحقوق والالتزامات التي قد تترتب عليه ، والتي قد تكون إما آثارا شخصية أو آثارا مالية . ولقد أخضعها المشرع الجزائري شأنه شأن غالبية التشريعات العربية<sup>1</sup>، لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ، وذلك لأن آثار أي رابطة قانونية يتعذر من الناحية الفنية إخضاعها لقانونين معا. ولذا كان من الضروري ترجيح أحدهما، فإما قانون الزوج أو الزوجة ، وكان طبيعيا تفضيل قانون الزوج بوصفه رب الأسرة<sup>2</sup>، ولقد كان القضاء الفرنسي بدوره يأخذ بهذا الرأي، إلا أنه تراجع عنه مراعاة لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وأخضع آثار الزواج ما عدا النظم المالية، بموجب الفقرة 3 من المادة 3 قانون مدني فرنسي، إلى قانون جنسية الزوجين المشتركة ، وفي حالة اختلافهما في الجنسية ، يطبق قانون الموطن المشترك، وإذا لم يكن لهما موطن مشترك يطبق قانون القاضي<sup>3</sup> .

وتظل آثار الزواج خاضعة لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج، وذلك لأنها تحددت وقت نشأة الزواج، وقد قبلت بها الزوجة آنذاك، فليس من العدل أن تتعدّل نتيجة تغيير الزوج لجنسيته، حتى لو اكتسب جنسية زوجته<sup>4</sup>.

وعليه، فما هو مفهوم آثار الزواج الشخصية والمالية؟، وما هو نطاق تطبيق قانون الجنسية بالنسبة إليها؟

### 1- مفهوم آثار الزواج الشخصية والمالية :

الآثار الشخصية للزواج هي الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين ، كحق الزوجة في المهر والنفقة ، وحقها في التسمية باسم زوجها ، والعدل في حالة تعدد الزوجات، وحق الزوج في الطاعة والتأديب ، وواجب الإخلاص المتبادل بينهما، والمسكنة إلى غير ذلك<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 13 قانون مدني مصري والليبي ، المادة 14 مدني سوري وأردني ، المادة 39 قانون كويتي والمادة 25مدني يمني، والمادة 3 قانون دولة الإمارات العربية المتحدة.

<sup>2</sup> - محمد كمال فهمي ، المرجع السابق ، ص 544

<sup>3</sup> - Pierre Mayer , droit international privé, 5ème édition, d'Elta, liban,1996 , p 371.

<sup>4</sup> - وهذه الحالة هي التي دعت بعض الفقه، إلى تفضيل الأخذ بقانون الجنسية المشتركة الجديدة في هذا الفرض، وهو رأي محمد كمال فهمي ، المرجع السابق ، ص 340، وكذلك فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد ، المرجع السابق ، ص 268

<sup>5</sup> - إرجع إلى المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري

أما الآثار المالية ، فهي ما ينشأ نتيجة عقد الزواج من حقوق و التزامات مالية بين الزوجين، كواجب الإنفاق على الزوجة. بحيث أن الدول العربية والإسلامية لا تعرف نظاما ماليا معقدا ، لأن القاعدة العامة هي انفصال الذمم المالية للزوجين، فالزوج هو رب الأسرة ويقع على عاتقه واجب الإنفاق على زوجته من ماله وحده ، والزوجة تتمتع بأهلية كاملة في التصرف في أموالها واستغلالها ، ولها أن تبرم عقودا حتى مع زوجها لإدارة أموالها واستثمارها .

وهذا على خلاف الدول الغربية التي تعرف ما يسمى بالنظام المالي للزوجين، والذي يقصد به مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين ، والتي تقضى ببيان حقوق كل من الزوجين وواجباتهما من حيث ملكية أموالهما، وإيرادات هذه الأموال وإدارتها والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج، وأثناءه، وبعد انحلال عقده، وتسوية حقوق كل من الزوجين<sup>1</sup>. وهو يتوزع ما بين ثلاثة أنظمة مشهورة، هي نظام الاشتراك القانوني، والذي بموجبه يشترك الزوجان في الأموال المخصصة لإشباع حاجات الأسرة ، وفي الديون الناشئة عن هذه الحاجات ، ويتولى الزوج في هذا النظام إدارة الشؤون المالية بشرط موافقة الزوجة على بعض التصرفات الهامة، وعند انتهاء الزوجية تقسم الأموال المشتركة بينهما<sup>2</sup>، و يأخذ ثلاثة صور، إما أن يكون عاما، أو في المنقولات والمكاسب، أو على شكل الاشتراك المخفّض. وبالعكس هذا يوجد نظام الانفصال المالي، والذي بمقتضاه يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف ، والتمتع والإدارة لأمواله الخاصة ، على أن يساهم كل منهما في مصاريف الأسرة<sup>3</sup> و النظام الثالث هو نظام الدوطة أو البائنة ، والذي بمقتضاه كانت الزوجة تقدم بعض أموالها لزوجها في شكل مهر ليتولى إدارتها ، واستغلالها والانتفاع بها في نفقات الأسرة ، ولكن يمنع عليه التصرف فيها ، أما باقي أموال الزوجة دون هذا المهر، فتستقل بها لوحدها من حيث إدارتها والتصرف فيها<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص 194

<sup>2</sup> - المواد 1421 - 1422 قانون مدني فرنسي.

<sup>3</sup> - المادة 1537 قانون مدني فرنسي.

<sup>4</sup> - علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص 74 - 75

## 2- مجال تطبيق قانون الجنسية فيما يخص آثار الزواج :

بما أن نص المادة 11 قانون مدني جزائري الخاصة بآثار الزواج، جاء عاما ومطلقا، فإن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، يحكم جميع تلك الآثار، سواء الشخصية أو المالية. فبالنسبة للآثار المالية، وإن كان المشرع الجزائري، كأصل عام يتبنى مبدأ الاستقلالية وانفصال الذم المالية للزوجين، إلا أن النتائج العملية برهنت عكس ذلك، بحيث ظهر ما يسمى باستقلالية قانونية واتحاد فعلي لدم الزوجين<sup>1</sup>، مما جعل المشرع الجزائري يعدل من نص المادة 37 من قانون الأسرة، والتي أصبحت تجيز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج نفسه، أو في عقد رسمي لاحق، بشأن الأموال المشتركة التي يكتسبونها أثناء الحياة الزوجية، والنسب التي يملكها كل زوج، أي أن المشرع أجاز للزوجين الاتفاق على اختيار النظام المالي الذي يريدانه، كاستثناء من القاعدة العامة، الواردة في الفقرة الأولى من المادة 37 السالفة الذكر، والتي هي لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر .

إلا أن التشريع الجزائري يعتبر نظام الأموال بين الزوجين من الأحوال الشخصية، منتهجا نهج القانون الإيطالي والألماني<sup>2</sup>، وبكيفية بالضبط من آثار الزواج، وذلك على عكس القانون الفرنسي، الذي يخرج الآثار المالية من نطاق تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج، ويلحق تلك النظم المالية بفكرة موضوع العقود، ويخضعها بالتالي لقانون إرادة المتعاقدين، وهي قاعدة تقليدية في فرنسا، ترجع في أصلها إلى فقه "ديمولان"، الذي أفتى في نظام زوجي "GANNEY" سنة 1525، بإخضاع نظامهما المالي لقانون الموطن الذي استقرا فيه بعد الزواج<sup>3</sup>، لأنه يفترض انصراف إرادتهما لاختياره .

ولهذا، فقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وفقا للتشريع الجزائري، هو الذي يحدد مدى حرية الزوجين في عقد مشارطتهما المالية، وفي تعديل تلك المشاركة أثناء الزواج، وفي تحديد النظام القانوني الواجب تطبيقه، إذا أغفل الزوجان الاتفاق على نظام الأموال بينهما، ويرجع إليه كذلك لمعرفة مدى حرية الزوجين في اختيار نظام آخر، أي مدى حريتهما في عقد مشاركة الزواج. كما يحكم هذا القانون جميع آثار الزواج الشخصية، إلا أن بعض المسائل

<sup>1</sup> - كما اخذ بهذا الرأي، اتفاقية لاهاي لسنة 1905

<sup>2</sup> - دربة أمين، المرجع السابق، ص 24

<sup>3</sup> - Pierre Mayer, OP CIT , p503-504.

أختلف في تكييفها، من حيث هل تصنف في آثار الزواج الشخصية أم لا، ومن ثم في مجال أعمال قانون الجنسية بالنسبة إليها، والمتمثلة في النفقة، أهلية المرأة المتزوجة، والإسم.

#### أ- النفقة :

إن النفقة المقصودة هنا هي التي تنشأ مباشرة نتيجة لعقد الزواج ، فهي من آثار الزواج الشخصية، ولا تدخل ضمن الآثار المالية، ولو أنها ذات طابع مالي، كما أنها ليست من النفقة بين الأقارب، التي تخضع لقانون المدين بها، ولهذا يذهب الفقه والرأي الراجح في مصر والجزائر<sup>1</sup>، إلى إخضاعها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، باعتبارها أثرا من آثاره. وقد كان القضاء الفرنسي بدوره يعتبرها كذلك قبل دخول اتفاقية لاهاي المنعقدة في 2 أكتوبر 1973 حيز التطبيق ، والتي بموجبها طبقت محكمة النقض على النفقة في قضية "شموني" الزوجين التونسيين قانون جنسية الزوجين المشتركة، ولما غير الزوج جنسيته طبقت قانون موطنهما المشترك<sup>2</sup>.

أما النفقة الوقتية، التي تطالب بها الزوجة عادة أثناء دعوى التطليق، فيجب خضوعها لقانون القاضي، على اعتبار أنها من مسائل الأمن المدني، أو من الإجراءات الوقتية<sup>3</sup>.

#### **ب- أهلية المرأة المتزوجة :**

يؤثر الزواج في بعض النظم على أهلية المرأة. ولتحديد القانون الذي يحكمها، ميز الفقهاء بين فرعيين، هما، إذا كان تقرير نقص أهلية المرأة المتزوجة، هدفه المحافظة على سلطة الزوج داخل الأسرة باعتباره رئيسها ، فإنه يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج. أما إذا كان الهدف من ذلك ، هو حمايتها ضد ضعفها بالنظر إلى جنسها ، فان قانون الزوجة الشخصي، أي قانون الجنسية هو الذي يكون مختصا حينئذ<sup>4</sup>. ومع هذا يرى بعض الفقهاء، أنه

<sup>1</sup> في الفقه الجزائري أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص252، وفي الفقه المصري جاد عبد الرحمان، نقلا عن زروتي الطيب، المرجع السابق، ص174

<sup>2</sup> - أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص 252

<sup>3</sup> - نعم سيوفي ، المرجع السابق ، ص 714

<sup>4</sup> - Pierre Mayer , op cit , p 371.

إذا كان نقص أهلية المرأة المتزوجة، خاصا ببعض التصرفات القانونية فقط، فيعتبر من حالات عدم الأهلية الخاصة، ويخضع للقانون الذي يحكم التصرف ذاته<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للقوانين العربية والشريعة الإسلامية، فإنها لا تقيد أهلية المرأة بسبب الزواج، لهذا تبقى أهليتها خاضعة لقانونها الشخصي في القانون الجزائري، دون أن تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج.

### ج-الإسم :

توجب بعض التشريعات على المرأة المتزوجة حمل اسم زوجها، ومن ذلك القانون الفرنسي، الذي يأتي بأحكام أكثر تقدما في هذا المجال، بحيث أنه يسمح للزوجة التي تحمل إسم زوجها، بأن تحتفظ به بالرغم من وفاته، أو حدوث طلاق بينهما بسبب انفصال الحياة المشتركة الذي طلبه الزوج ، بينما تفقد هذا الحق في غيرها من الحالات، إلا إذا رخص لها زوجها بحمل اسمه ، أو المحكمة في حالة وجود مصلحة خاصة متعلقة بها أو بأولادها<sup>2</sup>. وهذا على خلاف الدول الإسلامية، التي ليس فيها للزواج أي تأثير على اسم الزوجة، التي تبقى محتفظة به كما كان قبل الزواج . ومع هذا، فقد جرت العادة في الجزائر، إن لم نقل العرف أن تحمل الزوجة أيضا لقب زوجها، تأثرا في هذا بالقوانين والأعراف الفرنسية، ولكنه يبقى حقا لها وليس واجبا عليها<sup>3</sup>. في حين، يوجد دول تترك للزوجين حرية اختيار اسم عائلي مشترك يتكون من اسمهما معا .

أما القانون الذي يحكم اسم المرأة المتزوجة، فتننازعه فكرتان، فهو إما أن يخضع لقانونها الشخصي باعتباره عنصرا من عناصر حالتها، وإما أن يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج ، مادام أن هناك دولا تجعل للزواج تأثيرا عليه.

وفي هذا يذهب الفقه والقضاء الفرنسي الغالب، إلى تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج<sup>4</sup>. غير أن جوابا وزاريا صدر في 1978 ، صرّح بأنه تخضع لقانون جنسية الزوجة

<sup>1</sup> - هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني ، تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1999 ، ص

283 ، وانظر كذلك زروتي الطيب ، المرجع السابق ، ص 173

<sup>2</sup> - تشوار حميدو زكية ، الحق في الاسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، تلمسان، 2008 ، العدد6، ص147،148.

<sup>3</sup> - تشوار حميدو زكية ، المرجع السابق، ص147.

<sup>4</sup> - الفقهاء هم لوسوران وبوريل ونبويايه، أنظر أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص253.

الفرنسية مسألة معرفة ما إذا كان باستطاعتها حمل الاسم المكوّن من اسمها واسم زوجها. وتأخذ ألمانيا بهذا الحل كذلك،<sup>1</sup> والمسألة ليست ذات أهمية في القانون الجزائري، لهذا يفضل الفقه الغالب<sup>2</sup>، تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج عليها .

وفي الأخير، نشير إلى أن قانون الجنسية الخاص بآثار الزواج، لا يطبق في الحالات التي تتعلق بمركز الأموال، ما دامت تخضع لقانون موقعها ، كالتأمين القانوني للزوجة على أموال زوجها، التي تخضع من حيث وجودها لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج ، ومن حيث التنفيذ لقانون موقع المال .

### الفرع الثاني : دور الجنسية فيما يخصّ انحلال الزواج .

ينتهي عقد الزواج عادة بالوفاة، أو بالطلاق، أو بالتفريق، أو بالانفصال الجسماني . فهو ينتهي بوفاة أحد الزوجين، أو بالطلاق إراديا من قبل الزوج ، أو بالتفريق بحكم قضائي لأسباب محددة في القانون، بناء على طلب الزوج أو الزوجة، أو بالانفصال الجسماني، وهو نظام تعرفه القوانين الغربية، ويؤدي إلى المباحة بين الزوجين وانقطاع الحياة المشتركة بينهما ، دون أن يترتب على ذلك انتهاء الرابطة الزوجية في الحال، إلا بعد مضي مدة معينة على الانفصال، وصدور قرار قضائي بذلك<sup>3</sup> .

وإذا كان انتهاء الزواج بالوفاة لا يثير أي تنازعا بين القوانين ، فإن الأسباب الأخرى تثير تنازعا واضحا، وذلك لاختلاف نظرة التشريعات إلى مسألة انحلال الزواج، والأسباب المؤدية إليها ، بحيث ترى الشريعة الإسلامية أن الزواج رابطة قابلة للانحلال، عكس ما هو الحال عند الطوائف المسيحية الكاثوليكية، التي تعتبر هذه الرابطة دائمة لا تنتضي إلا بالوفاة. وهو ما كانت تأخذ به إسبانيا وإيطاليا والأرجنتين وبولونيا سابقا ، ومازالت تأخذ به إيرلندا والبرازيل حاليا<sup>4</sup> . وبينما تسمح الشريعة الإسلامية بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة ، أو بالتطليق أو بالخلع بناء على طلب الزوجة في حالات معينة، ترفض الدول الغربية هذه النظم، وتعتبرها

<sup>1</sup> - Pierre Mayer, op cit p 372, note 27 .

<sup>2</sup> - زروتي الطيب ، المرجع السابق ، ص 174، وأعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص 253

<sup>3</sup> - غالب علي الداوودي ، المرجع السابق، ص 171. ونشير إلى أنه ليس في جميع الحالات يتحول الانفصال الجسماني إلى طلاق، وإنما يمكن أن يعود الزوجان إلى ما كان عليه قبل الانفصال أي الحياة المشتركة.

<sup>4</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 212.

مخالفة للنظام العام ، في حين تجيز التطلاق divorce بحكم القاضي، وللأسباب التي يحددها القانون ، بناء على دعوى ترفع من أحد الزوجين أو كلاهما، وتبيح نظام الانفصال الجسماني كذلك ، وهو نظام مرفوض في الدول الإسلامية، ومخالف للنظام العام فيها .

ونظرا لهذا الاختلاف بين القوانين ، فإن الطلاق بجميع طرقه كان ولا يزال مصدرا لعدة نزاعات بين القوانين، كلما تخلله عنصر أجنبي، سواء أردنا الحصول على حكم بشأنه أو مجرد تنفيذه<sup>1</sup>. فما هو القانون الواجب التطبيق عليه في إطار تنازع القوانين؟ وما هو نطاق تطبيق هذا القانون؟.

### أولا : الجنسية كضابط إسناد بخصوص انحلال الزواج.

إن غالبية التشريعات - خاصة الأوروبية والعربية - تسند الطلاق إلى قانون الجنسية<sup>2</sup>، على اختلاف بينها ، فبعضها يأخذ بقانون آخر جنسية مشتركة، وإلا قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج<sup>3</sup> ، و بعضها يأخذ بقانون الجنسية المشتركة وإلا قانون الموطن المشترك، وإلا قانون القاضي<sup>4</sup>، وآخرون يسندوه إلى القانون المنظم لآثار الزواج عند رفع الدعوى، وإلا قانون جنسية المدعي حينئذ، أو قانون جنسيته عند إبرام الزواج.<sup>5</sup>

وبالنسبة للقانون الفرنسي، قد كان القضاء يخضعه لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، وإن اختلفا في الجنسية يطبق قانونهما تطبيقا موزعا ، فإذا كان قانون أحدهما يبيح الطلاق، والآخر يحظره، يقضى بالطلاق لصالح الزوج الذي يسمح قانونه بذلك ، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية السيدة "فيراري" "Ferrari"<sup>6</sup>، التي كانت متزوجة بإيطالي، وحصل بينها وبين زوجها تفريق جثماني رضائي، فذهبت إلى فرنسا، وطالبت انقلابه إلى طلاق طبقا للقانون الفرنسي، فرفضت محكمة النقض طلبها، لأنّ قانون جنسية الزوجين

<sup>1</sup> - يوسف فتيحة ، المرجع السابق، ص57.

<sup>2</sup> - بينما أسندته القوانين الأنجلوسكسونية والإتحاد السوفياتي إلى قانون القاضي، والذي يكون غالبا هو موطن الزوجين.

<sup>3</sup> - المادة 16 مدني يوناني.

<sup>4</sup> - المادة 18 من القانون البولوني لسنة 1965، والمادة 22 من القانون التشيكوسلوفاكي.

<sup>5</sup> - المادة 17 من القانون الألماني لعام 1986، نقلا عن زروتي الطيب، المرجع السابق، ص179.

<sup>6</sup> - cass.civ, 14Mars1928. voir jean derruppé, op cit, p135.

المشتركة أي الإيطالية يمنع هذا، فاستردت جنسيتها الفرنسية لتطلب الطلاق وفقا لها، فُقضي لها بهذا، وأيدته محكمة النقض الفرنسية في 14/03/1928 ، على أساس التطبيق الموزع .

ولكن عاد القضاء الفرنسي يأخذ بقانون الموطن المشترك للزوجين، وهو ما قرره محكمة النقض الفرنسية في قضية " Rivière"<sup>1</sup>، الزوجان الإسبان المقيمان في فرنسا، بحيث طبقت عليهم القانون الفرنسي بصفته قانون موطنهما المشترك، والذي يسمح بالطلاق واستبعدت قانون جنسيتها المشتركة. إلا أنه إذا لم يشترك الزوجان لا في الموطن ولا الجنسية، فكان يطبق قانون القاضي. ولقد تدخل المشرع الفرنسي بتعديل المادة 310 مدني بتاريخ 11 جويلية 1975، فأصبح مفادها تطبيق القانون الفرنسي فيما يتعلق بالتطليق والانفصال الجسماني ، إذا كان كلا الزوجين يتمتعان بالجنسية الفرنسية ، وإلا فمتى كان لهما موطن مشترك فيها، وفي حالة عدم الإشتراك في الموطن يطبق قانون القاضي، إذا لم يعلن أي قانون أجنبي آخر باختصاصه<sup>2</sup>.

وبالنسبة للقوانين العربية، فقد ميزت معظمها بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني، وأخضعت كل مسألة منهم لقانون جنسية الزوج في وقتين مختلفين ، حيث أسندت الطلاق لقانونه عند النطق به ، أما التطليق والانفصال لقانونه عند رفع الدعوى<sup>3</sup>.

وبالمقابل، سوى المشرع الجزائري بين طرق انحلال الزواج، وأخضعها جميعا لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى . ويرى بعض الفقه<sup>4</sup>، أن المشرع يكون بهذا قد رفض الطلاق الطلاق بالإرادة المنفردة ، كما تقضي به الشريعة الإسلامية ، على أساس انه لا يمكن الاعتداد بالطلاق الصادر بإرادة الزوج المنفردة ، إلا عن طريق حكم صادر من المحكمة .

غير أن الفقه الراجح<sup>5</sup> يرى أنه، وان كان لا يعتد بالطلاق من الناحية القانونية، إلا إذا صدر حكم به، إلا أن هذا الحكم يعتبر كاشفا فقط ، وليس منشئا كما في التطليق، وذلك أن المشرع لم يقيد إرادة الزوج، بأن يشترط توافر أسباب معينة لقبول طلب الطلاق ، كما هو

<sup>1</sup> - cass.civ,1ère section,17/04/1953 ; voir Cutmann Daniel, droit international privé ; dalloz, 3ème édition, 2002 , p149.

<sup>2</sup> - Pierre Mayer, op cit, p 376

<sup>3</sup> - ويأخذ بهذا الرأي القانون المصري السوري ، العراقي ، الليبي ، الأردني ، السوداني ، والإماراتي.

<sup>4</sup> - علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 76

<sup>5</sup> - زرتي الطيب ، المرجع السابق ، ص 181

الشان في التطليق ، بحيث متى ابتغى الزوج الطلاق، فالقاضي ملزم بالحكم له بذلك، ولو كان متعسفا ، إذ يحق له في هذه الحالة، الحكم بالتعويض المناسب للزوج الآخر فقط .

وما يلاحظ على التعديل الجديد للفقرة 2 من المادة 12 قانون مدني، أن المشرع الجزائري، أحسن بالتعرض لمسألة الانفصال الجسماني، وإحاقها بالقانون الذي يحكم انحلال الزواج ، وذلك لأنه من الجائز أن تطرح منازعات بشأن زوجان يقر نظامهما الشخصي هذا النظام ، وفي هذا رفع الحرج عن القاضي الجزائري .

غير انه مع هذا ، فقد وجهت انتقادات كثيرة لهذه المادة ، لأنها بإسنادها الاختصاص لقانون الزوج وقت رفع الدعوى، تجعل الرابطة الزوجية تتحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة ، ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج ، الأمر الذي يضر بحقوقها المكتسبة، خاصة إذا تغيرت جنسية الزوج ما بين وقت انعقاد الزواج، ووقت رفع دعوى 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، فهي بإسنادها الاختصاص لقانون الزوج، تكون قد خالفت مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة. فالزواج رابطة نشأت ابتداء بين شخصين وفقا لقانونهما المشترك ، فالمنطق أن تتحل وفقا لهذا القانون أيضا ، أو على الأقل لقانون يكون كلاهما على بينة منه ، كقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج<sup>1</sup>. وهذا ما أخذت به اتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق والانفصال<sup>2</sup> ، في مادتها الثامنة بنصها أنه إذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة، فيكون قانون آخر جنسية مشتركة لهما هو الواجب التطبيق. وهو نفس ما كرّسته بعض التشريعات<sup>3</sup>.

### ثانيا : نطاق تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى:

إن قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، هو الذي يحدد حالات جواز الطلاق، التطليق، الانفصال، وأسبابهم، وشروط صحة كل منهم ، والوكالة بخصوصهم ، ومن يملك من

<sup>1</sup> - يوسف فتيحة ، المرجع السابق ، ص 59-60 ، ونعوم سيوفي ، المرجع السابق ، ص 261

<sup>2</sup> - إتفاقية لاهاي المبرمة بتاريخ 12 جوان 1902

<sup>3</sup> - كالتشريع الكويتي في المادة 40 التي، أخضعت الطلاق والتطليق والانفصال إلى قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج، وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال ، وفي حالة عدمها يطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ، و أخذ بهذا القانون اليوناني كذلك في المادة 16، كما اتجه القانون التونسي للأخذ بقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت رفع الدعوى، وإلا فقانون آخر موطن مشترك لهما ، وفي حالة انعدام ذلك يطبق قانون القاضي. أنظر أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص 257.

الزوجين المطالبة بهم ، و القيود الواردة عليهم ، والمدة اللازمة لتحويل الانفصال إلى تطليق . كما يرجع إليه لمعرفة ما إذا كان الحق في الطلاق معترفاً به في دولة هذا القانون، ويحكم أيضاً القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات، كتحديد من يقع عليه عبء الإثبات، والأدلة التي تقبل في الدعوى ومدى قوتها.

أما القواعد المتعلقة بإجراءات الإثبات ، وإجراءات المطالبة بالتطليق والانفصال بصفة عامة ، فإنها تخرج من نطاق قانون الجنسية، ويحكمها قانون القاضي ، وتخضع لهذا القانون كذلك الإجراءات التحفظية والوقائية، التي تتخذ أثناء سير دعوى الطلاق أو التطليق، للمحافظة على مصالح كل من الزوجين والأولاد ، كتحديد نفقة وقتية للزوجة والإذن بالإقامة لها في سكن الزوجية<sup>1</sup>.

وتثير مسألة إجراء التطليق أمام سلطة دينية، كشرط من الطقوس الدينية التي تتطلبها بعض التشريعات، خلافاً كبيراً في الفقه والقضاء ، فقد كان القضاء الفرنسي يعتبرها من المسائل الموضوعية التي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج<sup>2</sup> ، إلا أنه عزف عن رأيه، وأصبح يعتبرها من الشروط الشكلية ، وهو رأي غالبية الفقه الفرنسي والمصري<sup>3</sup> ، الذي يعتبرها من المسائل الإجرائية التي تخضع لقانون القاضي .

أما آثار انحلال الزواج ، فإذا كانت خاصة بالعلاقات الشخصية بين المطلق والمطلقة ، كحق المطلقة في النفقة ، وحقها في الاحتفاظ باسم زوجها بعد الطلاق ، وحقها في الحصول على التعويض إذا كان طلاقها من زوجها تعسفياً<sup>4</sup> ، وبالنسبة للانفصال الجسماني تحديد ما يسقط من الإلتزامات الزوجية نتيجة الحكم بالإنفصال ، ومدة الانفصال وكيفية تحويله إلى طلاق ، وتعيين الطريقة التي ينتهي بها الانفصال ، فإنها تخضع للقانون الذي يحكم الطلاق أو التطليق أو الانفصال. أما إذا تعلقت تلك الآثار بالحالة الشخصية للمطلقين كحق الزوجين في عقد زواج جديد ومدة العدة ، وجواز استرداد الزوجة لاسمها السابق على الزواج ، فإنها

<sup>1</sup> - وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي ، انظر أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص 259

<sup>2</sup> - أنظر الأحكام القضائية التي صدرت بهذا الشكل في مرجع أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، التهميش ص 260

<sup>3</sup> - بالنسبة للفقه الفرنسي الدكتور باتيفول ، أما بالنسبة للفقه المصري عز الدين عبد الله ، ومحمد كمال فهمي، نقلاً عن فؤاد عبد المنعم رياض وسامية

راشد ، المرجع السابق ، ص 280

<sup>4</sup> - ومع هذا يرى بعض الفقه الفرنسي أن الخطأ الذي يقوم به الزوج ويوجب التعويض يطبق بشأنه قواعد المسؤولية التقصيرية، أنظر في هذا:

تخضع للقانون الشخصي للزوجين ، لأنها تتجاوز فكرة تنظيم إنهاء الحياة الزوجية ، وتخص كل زوج على حدا<sup>1</sup>.

ويخرج عن مضمون فكرة آثار انحلال الزواج ، أثر التطبيق على النظام المالي للزوجين، فيخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بوصفه من الآثار المالية للزواج<sup>2</sup>، وكذلك الحال بالنسبة لأثر الطلاق أو التطبيق على صفة الزوج بالنسبة للميراث ، فإنه يخضع للقانون الواجب التطبيق عموماً على مسائل الإرث .

### - الفرع الثالث:

#### الاستثناء: انفراد القانون الجزائري بحكم الشروط الموضوعية للزواج وآثاره وانحلاله.

إذا كانت المادة 11 قانون مدني جزائري، قد أخضعت شروط الزواج الموضوعية لقانون جنسية كلا الزوجين ، بينما أخضعت المادة 12 من هذا القانون، آثار الزواج وانحلاله لقانون جنسية الزوج، إما وقت انعقاد الزواج في الحالة الأولى، أو وقت رفع الدعوى في الحالة الثانية، فإن المادة 13 قانون مدني نصت على استثناء على ضوابط الإسناد، التي تضمنتها المادتين السابقتين. إذ يكفي أن يكون أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، حتى يخضع انعقاد الزواج، آثاره، وانحلاله للقانون الجزائري، إلا في ما يخص أهلية الزواج . لكن لماذا شدى المشرع الجزائري-على غرار غيره من التشريعات العربية<sup>3</sup>- عن القاعدة العامة الخاصة بالزواج؟، ومن أين استقى نص المادة 13مدني؟.

لقد استقى المشرع الجزائري، نص المادة 13 من المادة 14 قانون مدني مصري ، وهذا الأخير بدوره، نقلها من المادة 109 من القانون الهنغاري الخاص بالزواج، والصادر عام 1894 ، وقد جاء في تقرير اللجنة المصرية تبريراً لإضافته، أنها نقلته رعاية لقواعد القانون المصري بشأن الزواج ، و خاصة نتيجة تخوفها من تعارض أحكام المادة 12 قانون مدني مصري، والتي تقابل المادة 11 قانون مدني جزائري، مع عقد الزواج الصحيح بالنسبة للزوج

<sup>1</sup>-أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص260،261، وزروكي الطيب، المرجع السابق، ص184

<sup>2</sup>-هشام علي صادق وحفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص294

<sup>3</sup>-معظم التشريعات العربية تنص على هذا الاستثناء منها المادة 15 قانون مدني أردني، المادة 14 قانون مدني ليبي، المادة 14 قانون مدني مصري،

المادة 15 قانون مدني سوري، المادة 19 قانون مدني عراقي.

المسلم، والباطل وفقا لقانون الزوجة<sup>1</sup>. إذ لو تم الزواج بين مصري مسلم وأجنبية غير مسلمة ، فقد يقع العقد صحيحا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، وباطلا وفقا لقانون الزوجة ، كالقانونين اليوناني والإسرائيلي، اللذان يمنعان زواج رعيتهما من غير من ينتمي إلى طائفتها، وهو ما يؤدي في النهاية إلى بطلان الزواج، حتى لو أخذنا بالرأي الراجح بشأن التطبيق الموزع لكلا القانونين. وتقاديا لهذا، يجب تطبيق القانون المصري فقط، فيما يخص الشروط الموضوعية حتى ينعقد الزواج صحيحا لصالح القانون المصري<sup>2</sup>. ونفس الأحكام تطبق لو كان هذا المصري جزائري الجنسية.

وبما أن نص المادة 13 قانون مدني جزائري، جاء عاما ، فهو لا يقتصر على هذه الحالة، وإنما لجميع الحالات التي يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري، وباطلا وفقا للقانون الأجنبي، أو العكس ، من ذلك حالة عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم ، فإذا أرادت جزائرية مسلمة مثلا الزواج من فرنسي مسيحي ، فيخضع الزواج هنا للقانون الجزائري وحده، مما يعني بطلان هذا الزواج. وفي الحقيقة لم يكن المشرع بحاجة لهذا الاستثناء لحماية زواج المسلم بأجنبية غير مسلمة ، أو لإبطال زواج المسلمة بغير المسلم، لأن فكرة النظام العام تكفي في حد ذاتها لتحقيق هذين الغرضين، خاصة وأن هذا النص لا يتم تطبيقه خارج الحدود الإقليمية الوطنية.

وبهذا تبدو أحكام المادة السابقة، كأنها توسيع لنطاق النظام العام، إذ أنها تعتبر جميع الشروط الموضوعية لصحة الزواج، الذي يكون فيه أحد الزوجين جزائريا ، من النظام العام، فيما عدا شرط الأهلية الذي يبقى خاضعا لقانون جنسية الطرفين<sup>3</sup>. ولهذا فقد وجه الفقه المصري، بحق سهام نقده الجارح إلى المادة 14 قانون مدني مصري، والتي تضاهي المادة، 13 قانون مدني جزائري، لأنها تعجز عن حماية مصلحة المصري المسلم، إذا كان اكتسابه لتلك الجنسية جاء لاحقا على الزواج، ولا تحمي في المقابل الأجنبي الذي يدين بالإسلام، وهما الفكرتان اللتان لا يمكن حمايتهما إلا باستخدام فكرة النظام العام . وهذا ما دفع بعض الفقه<sup>4</sup>، إلى القول بعدم جدوى هذه المادة، ما دام يمكن الاستعاضة عنها بفكرة النظام العام، في حين

<sup>1</sup> - عز الدين عبد الله ، الجزء الثاني ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ، مرجع سابق ، ص 267

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص300.

<sup>3</sup> - نعم سيوفي ، المرجع السابق ، ص 700

<sup>4</sup> - هشام علي صادق ، حفيظة السيد حداد ، المرجع السابق ، ص 302 ، وهو رأي كذلك نعم سيوفي ، المرجع السابق ، ص700.

يذهب رأي آخر<sup>1</sup>، إلى أهميتها في حماية العلاقة الزوجية، متى كان احد أطرافها وطنيا، على أساس انه من الأفضل عدم الأخذ بفكرة النظام العام ، كلما كان في الإمكان تحقيق نفس النتيجة، عن طريق قواعد الإسناد ذاتها .

ويسري الاستثناء السابق، متى كان احد الزوجين جزائريا عند إبرام الزواج ، ولو غير جنسيته فيما بعد ، وفي المقابل لا يسري إذا كان الزوجان أجنبيين عند إبرام الزواج، ثم تجنس أحدهما أو كلاهما بالجنسية الجزائرية ، في تاريخ لاحق.

و على غرار الشروط الموضوعية للزواج، فإن الاستثناء السابق، يسري كذلك على آثاره، ولكن لا تظهر جدواه في هذا الإطار، إلا في الأحوال التي تكون فيها الزوجة جزائرية والزوج أجنبي، فيطبق القانون الجزائري وحده، ويستبعد قانون الزوج ، أما لو كان الزوج هو من يتمتع بالجنسية الجزائرية وقت إبرام الزواج ، فلا فائدة من الاستثناء، لأنه إما أن يكون مسلما ولكن أجنبيا ، فيجب تطبيق عليه قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية، ويكون الزواج بهذا صحيحا ، وإما أن يكون أجنبيا لا يدين بالإسلام ، فيقضى في هذه الحالة، ببطان الزواج دون الرجوع إلى المادة 13 ، ولكن باللجوء للمادة 11 مدني، وذلك لأنه لا يجوز أصلا عقد زواج بين مسلمة وغير مسلم، وإذا حدث فيحكم ببطلانه .

كما أنتقد هذا الاستثناء في نطاق آثار الزواج، من حيث أنه يؤدي لنتيجة شاذة، هي تطبيق القانون الجزائري على تلك الآثار، إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند انعقاد الزواج، ولو تغيرت جنسيته بعد ذلك ، بينما لا ينطبق القانون الجزائري ، إذا كان أحد الزوجين أجنبيا واكتسب الجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزواج<sup>2</sup>، ولهذا كان من الأفضل إخضاع آثار الزواج للقانون الجزائري ، إذا اكتسب كلا الزوجين الجنسية الجزائرية، أو تمتعا بها في تاريخ لاحق على انعقاد الزواج، ما دام أن الأسرة أصبحت وطنية في جميع عناصرها .

أما بخصوص أثر هذا الاستثناء فيما يخص انحلال الزواج، فلقد تعرض لعدة انتقادات، وذلك لأنه ليس من المعقول، تطبيق القانون الجزائري على زوجين كان أحدهما وطنيا، والآخر أجنبيا وقت انعقاد الزواج، ثم تجنس الجزائري بالجنسية التي يحملها زوجه، وأصبح الزوجان

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ص 872 ، وهو رأي كذلك فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد ، المرجع السابق، ص 287

<sup>2</sup> - عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق ، ص 237 ، وهشام على صادق وحفيظة السيد حداد ، المرجع السابق ، ص 302

أجنيبان، وقت رفع دعوى الطلاق، بحجة أن احدهما كان جزائريا وقت الزواج . فيما أن  
المشروع اعتد أصلا، في ضابط الإسناد العام الوارد بالمادة 12 فقرة 2 مدني، بجنسية الزوج  
وقت رفع الدعوى، فقد كان المنطق يقتضي أن يرد الاستثناء في حالة ما إذا كان أحد الزوجين  
وطنيا في هذا التاريخ .

وهذا ما دفع بعض الفقه المصري<sup>1</sup>، في تفسيره للمادة 14 التي تضاهي المادة 13 قانون  
مدني جزائري، إلى أنه لا يكفي لاختصاص القانون المصري، أن يكون أحد الزوجين مصريا  
وقت انعقاد الزواج حتى لو غير جنسيته بعد ذلك، وإنما يتعين أن تكون الزوجة مصرية وقت  
الطلاق أو عند رفع الدعوى<sup>2</sup>. ومع هذا فقد التزم القضاء المصري بصريح نص المادة 14،  
فيطبق القانون المصري لمجرد كون أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج، وبدوره يأخذ  
القضاء الجزائري بهذا<sup>3</sup>.

## المطلب الثاني:

### دور الجنسية فيما يخصّ علاقات الوالدين بالأولاد، والتركات.

إن الزواج تلك الرابطة المقدّسة، التي يكون مبتغاها دوما هو إنجاب الأطفال، والمحافظة  
على النسل. هؤلاء الأطفال الذين بمجرد نشوئهم في هذه الحياة ، تبرز رابطتهم وحاجاتهم في  
البقاء، عن طريق ما يوفره لهم آباءهم من حماية ورعاية، التي هي حق لهم طبعاً، ويتدخل  
القانون ليحميها كذلك، وينظّمها في جميع المستويات، فتبدأ من حق الطفل في الانتساب لوالديه،  
إلى حقه في الحضانة، الرعاية ، الرضاعة، والتربية، 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

<sup>1</sup> - هو رأي الدكتور عز الدين عبد الله ، نقلا عن نعم سيوفي ، المرجع السابق ، ص 760

<sup>2</sup> - هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 303

<sup>3</sup> - انظر مثلا قرار المحكمة العليا بتاريخ 17/02/1998، ملف رقم 170082، المجلة القضائية، العدد 1، 2000، ص 167-170

كانت في مضمونها مالية ، إلا أنها متصلة بحالة الشخص ومؤثرة فيها، وهي ما يسمى بالتركات متمثلة في الميراث والوصية، لهذا فهي جزء من الأحوال الشخصية.

وعليه، فما هو دور الجنسية في كل من علاقات الوالدين بالأولاد، والتركات.

### الفرع الأول: دور الجنسية فيما يخصّ علاقات الوالدين بالأولاد.

إن علاقات الوالدين بالأولاد كثيرة ومتنوعة، لذا، سيتمّ الاقتصار على أهمها على الإطلاق ، سواء كانت ثمرة للزواج، كحق الطفل في الانتساب لوالديه، أو في حضانتها له، أو كانت مستقلة عن الزواج، كالكفالة والتبني.

#### أولاً: دور الجنسية فيما يخصّ النسب.

إن البنية جزء من حالة الشخص، ولهذا تخضع كقاعدة عامة للمادة 10 قانون مدني أي لقانون الجنسية، وإذا كانت لا تثور صعوبة في حالة اتحاد جنسية أطراف العلاقة، إلا أن الأمر يبدق إذا اختلفت جنسية الشخص المراد إثبات بنوته، عن جنسية الوالد أي الأب أو الأم المراد الانتساب إليه. بحيث يثور التساؤل عن الشخص الذي يتوجب الاعتراف بجنسيته في هذا الصدد، والوقت الذي يجب الاعتراف به، إذا ما تغيرت جنسية الشخص ما بين وقت الحمل، والميلاد ووقوع النزاع<sup>1</sup>.

والبنوة على نوعان، إما أن تكون شرعية، أي نسبة الولد إلى أبويه نتيجة لعقد زواج، وإثبات النسب في هذه الحالة في حق أحد الزوجين يسري في حق الزوج الآخر، ما دام أن عقد الزواج لا يقبل الانفصال، وإما أن تكون غير شرعية أو طبيعية، وهي التي تكون ثمرة علاقة غير مشروعة بين الوالدين، ولهذا فإن إثبات البنية فيها يقتصر على الانتماء لأحد الوالدين دون الآخر. وإذا كانت الشريعة الإسلامية لا تعترف بهذه البنية، إلا أن القوانين الأجنبية تعترف بها، وترتب عليها بعض الآثار كالنسب والنفقة والإرث .

<sup>1</sup> - فؤاد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق، ص293، و يوسف فتية، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص ، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد رقم03، 2005، ص187.

إن القانون الجزائري شأنه شأن غالبية التشريعات العربية، لم يكن ينص على قاعدة إسناد فيما يخصّ النسب، وقد كان يذهب الفقه الجزائري الغالب<sup>1</sup>، إلى تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج عليه، أي قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، في حين يطبق على البنوة غير الشرعية قانون القاضي، أو قانون الشخص المراد الانتساب إليه<sup>2</sup>، إلا أنه تدارك هذا النقص، ونص على قاعدة صريحة بخصوص النسب، هي المادة 13 مكرّر من القانون المدني المعدل 05-10، التي تقضي بأنه "يسري على النسب، والاعتراف به، وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وفي حالة وفاة الأب قبل الميلاد يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة". وهذا ما يأخذ به القانون الكويتي في المادة 41<sup>3</sup>.

وبهذا فإن المشرّع الجزائري، قد أخضع البنوة بنوعها سواء الشرعية أو الطبيعية، لقانون جنسية الأب، مادام أن النص جاء مطلقاً، إلا أنه لا ننسى أن القانون الجزائري، لا يعترف إلا بالبنوة الشرعية على غرار التشريعات العربية، ولهذا يتم استبعاد القانون الأجنبي إذا كان يجيز إثبات النسب الناتج عن البنوة الطبيعية، لمخالفته للنظام العام، ولعلّ هذا هو السبب في أن النصوص المخصّصة لهذا الموضوع تعطي الأولوية للبنوة الأبوية، والإسناد لقانون الأب يبيّن أنه مازال في الأسرة الجزائرية والعربية عموماً، يتربّع على عرش المنزل العائلي، والبنوة الشرعية تخصّ مصلحة الأسرة التي يراها.

وعليه، فإن قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، أو وقت وفاة الأب، إذا توفي قبل ذلك، هو الذي يحكم كل ما يتصل بثبوت النسب الشرعي، كطرق الإثبات، قيمتها الثبوتية، الأحوال التي تقبل فيها دعوى الإثبات وإنكاره، المواعيد التي يجب أن ترفع فيها، والآثار المترتبة عليها، وآثار النسب كالسلطة الأبوية بكافة مظاهرها من تربية، وتعليم، ومسائل الولاية على نفس الصّغير كتعيين الولي وبيان سلطاته، وكذلك باقي الحقوق والواجبات بين الوالدين

<sup>1</sup> -أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص265

<sup>2</sup> -فتيحة يوسف، بعض قواعد التنازع الدولي في العلاقات الأسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37رقم 02، ص112.

<sup>3</sup> -إن المشرع الجزائري والتونسي والكويتي هم فقط من الدول العربية، من نص على قاعدة إسناد بخصوص النسب، ويخضع القانون التونسي النسب، للقانون الأفضل للطفل من بين القانون الشخصي للمطلوب الانتساب إليه أو قانون مقره، وكذا القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره.

والأولاد، كما يحددها قانون الأسرة، ويحكم هذا القانون كذلك الاعتراف بالبنوة، وكيفية العدول عن هذا الإقرار وآثاره<sup>1</sup>.

وإذا كان المشرّع قد أحسن بالنص على قاعدة إسناد صريحة في موضوع النسب، إلا أن المشكل يبقى قائماً في الحالة التي يرفع فيها صاحب الشأن دعوى لتثبيت حالة ضدّ أبويه أو أحدهما، ويمكن تصوّر ذلك في الحالتين المذكورتين بالمادة 7 المعدلة والمتممة من قانون الجنسية، وهما حالة الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين، وحالة الولد المنسوب في الجزائر لأب مجهول، وأم مسمّاة في شهادة الميلاد دون بيانات أخرى تمكّن من إثبات جنسيتها. وإن كانت حالة اللقيط أو الحالة الأولى هي التي تثير الإشكال بحدّة، لارتباط هذا الأخير بالجنسية<sup>2</sup>، فهنا نجد أنفسنا أمام تنازع بين قانونين، قانون الولد أي القانون الجزائري، وقانون أبويه أو أحدهما. فما هو القانون الأصحّ لحكم المسألة؟

يتّجه الرأي الغالب من الفقه<sup>3</sup>، إلى وجوب إثبات النسب هنا، طبقاً لقانون جنسية من يراد إثبات النسب منه من الأبوين، وما يؤكد صحة هذا الرأي أن تكييف إثبات النسب، يعدّ من مسائل قانون الأسرة، وبالتالي يخضع لقانون جنسية من يدّعي إثبات النسب إليه.

ولكن من جهة أخرى، فإنّ القانون الأجنبي لا يتمتّع بأي أهلية للتطبيق لأنّ البنوة المطالب بها لم تثبت بعد، لهذا يرى بعض الفقه<sup>4</sup>، أنه من الأفضل في هذه الحالة تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لمصلحة الولد، إلا في حالة وجود عائق يعود إلى النظام العام.

وإذا كان هذا هو حال النسب، وما يثيره من إشكالات في القانون الجزائري، فإنّ القانون الواجب التطبيق عليه، يختلف في الكثير من الدول في التشريع المقارن، بحسب ما إذا كانت البنوة شرعية أو طبيعية، وهذا هو حال الدول العربية<sup>5</sup>، التي تخضع البنوة الشرعية لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، باعتبارها أثراً من آثاره. أمّا البنوة غير الشرعية، فقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يخضعها لقانون الولد، غير أنّ هذا النصّ حذف،

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 883

<sup>2</sup> - يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 68

<sup>3</sup> - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 246

<sup>4</sup> - موحد اسعاد، قواعد التنازع، مرجع سابق، ص 314.

<sup>5</sup> - أنظر في القانون السوري، نعم سيوفي، المرجع السابق، ص 734، وفي القانون الأردني، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 146، وفي

القانون الليبي محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، بنغازي ليبيا، 1994، ص 137.

فاتجه الفكر إلى تطبيق قانون جنسية الشخص المطلوب الانتساب إليه، سواء كان الأب أو الأم، وذلك أنّ هذه البنوة سوف تفرض على الوالد المطلوب الانتساب إليه التزامات عديدة كالنفقة ، وهي تخصّ حالته وليس من المقبول إدخال تغيير على حالة الشخص، إذا كان قانونه الشخصي لا يوافق على هذا<sup>1</sup>. و يأخذ بهذا الرأي القانون الأردني كذلك<sup>2</sup>. وبما أنّ أهم جانب في هذه البنوة هو علاقة الولد الطبيعي بالأم، فقد أسندتها بعض الدول لقانون جنسية الأم، كالقانون الألماني (المادة 1/20مدني) ، والقانون الإسباني لكن بصفة احتياطية (المادة 4/9مدني)<sup>3</sup>.

أمّا بخصوص القانون الفرنسي، فقد كان الفقه والقضاء قبل عام 1972، يعتبر البنوة الشرعية أثراً من آثار الزواج، ويطبق عليها القانون الذي يحكم هذه الآثار، بينما يخضع البنوة الطبيعية للقانون الشخصي للولد، إلى أن تم تبني القانون المؤرّخ في 03 جانفي 1972، الذي ساوى بين البنوة الشرعية وغير الشرعية، وأخضعهما لقانون واحد، هو قانون جنسية الأم وقت ولادة الطفل، وإذا كانت الأم غير معروفة، يطبق القانون الشخصي للولد. ولعل تبرير هذا الإسناد هو دور الأم في العلاقة ، فهي تكون عادة محور كل النزاعات المتصلة بالبنوة<sup>4</sup>، فحتى بالنسبة للبنوة الشرعية الظاهرة تختبئ بنوة طبيعية، والإحصاءات في فرنسا تدل أنّ معظم الحالات الخاصة بإثبات البنوة الشرعية، ناتجة عن عدم الاعتراف بالأبوة، والمنازعة في شرعية الولد من حيث كونه ابن زوج الأم أم لا<sup>5</sup>.

إلا أن هذه المادة لا تخلو من الانتقادات، وذلك متى كانت جنسية الأم مختلفة عن جنسية الأب والابن المشتركة، فهل من المنطقي ترجيح جنسية الأم المختلفة على جنسيتين متحدثتين ، ولهذا اعتبر بعض الفقه<sup>6</sup>، أن هذه المادة أكثر واقعية بالنسبة للولد الطبيعي، منها للولد الشرعي، لأن الولد الطبيعي لا تكون له عادة إلا الصلة القانونية أو الواقعية بوالدته.

<sup>1</sup> - صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص401.

<sup>2</sup> - حسن الهداوي ، المرجع السابق، ص117.

<sup>3</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ، ص886.

<sup>4</sup> Françoise Mélin, Droit International privé, Casbah édition, Alger2004 , p15

<sup>5</sup> - بيار ماير وفانسان هوزيه، المرجع السابق، ص560.

<sup>6</sup> - سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص377.

هذا، ويجيز القانون الفرنسي تحويل البنوة غير الشرعية إلى بنوة شرعية، وذلك عن طريق الزواج اللاحق بالأم، أو عن طريق الاعتراف الإرادي بالولد<sup>1</sup>، إما من طرف الأب أو الأم، ويراعى في هذا، القانون الأفضل لصحة الاعتراف سواء كان القانون الشخصي للمعترف أو القانون الشخصي للولد. أمّا في الشريعة الإسلامية فلا يحتاج الأمر إلى زواج جديد لاعتبار الولد شرعياً، لأنّ مجرد الإقرار بالبنوة يعني إقرار بها عن طريقها الشرعي، وهو الزواج وبدون لزوم لإثباته<sup>2</sup>، بعكس الحال في فرنسا، فالإقرار بالبنوة يجعل الطفل ولداً طبيعياً له حقوق معينة، ولا يصبح ولداً شرعياً إلا استناداً إلى زواج جديد يصحّ النسب.

### ثانياً: دور الجنسية فيما يخص الكفالة والتبني.

إن التبني عبارة عن بنوة مصطنعة بين شخصين لا تقوم بينهما رابطة على أساس الدم، بموجبه يصبح الولد المتبني في مرتبة الولد الشرعي، من حيث التمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات. وهو نظام محرّم في الشريعة الإسلامية، ولهذا تمنعه جميع القوانين العربية، ما عدا المشرّع التونسي، الذي أقرّه في قانونه الداخلي، في حين تجيز نظام الكفالة، وهو نظام مواز للتبني، من حيث انه يؤدي إلى تربية ورعاية الولد المكفول والنفقة عليه، إلا أنه لا تترتب عليه آثار البنوة الشرعية، ولا سيما النسب والميراث. والولد المكفول أو المتبني قد يكون إما ولداً شرعياً أو طبيعياً.

هذا، ولم يكن المشرّع الجزائري ينص على قاعدة إسناد بخصوص هذين النظامين، إلا أنه تدارك هذا النقص في القانون المدني الجديد، من خلال إضافة المادة 13 مكرراً<sup>1</sup>، والتي بموجبها أخضع صحة الكفالة وشروطها الموضوعية، إلى قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، وعلى آثارها قانون جنسية الكفيل، وطبق نفس الأحكام على التبني<sup>3</sup>.

ويقصد بالشروط الموضوعية للتبني والكفالة، تلك الشروط المتطلبة حتى تنشأ كلا من هاتين العلاقتين صحيحتين، وبالتالي ترتب آثارهما القانونية، كأن لا يقل عمر المكفول أو المتبني عن سن معينة، وأن يوافق أبويه إذا كان موجودين، أو يعبرا عن رضاهما بتلك

<sup>1</sup> - Voir les articles 311-16 et 311-17 et leur commentaires, François Melin op cit, p155-156.

<sup>2</sup> - ورد بمؤلف القانون الدولي الخاص للأستاذ عبد الحميد أبو هيف، واستشهد به نعموم سيوفي المرجع السابق، ص735

<sup>3</sup> - القانون المصري بدوره يخضع التبني لقانون المتبني والمتبني، وآثاره لقانون جنسية المتبني بالرغم من أنه لا ينص على قاعدة إسناد بهذا، أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص889

العلاقة، وأن يكون المتبني أو الكفيل أهلاً للقيام بشؤونه، وقادراً على رعايته، وإذا كان القائم بالتبني أو الكفالة زوجين مختلفي الجنسية، فيجب أن تتوافر فيهما الشروط المقررة في قانونيهما. ولعل السبب في أن المشرع أسند هذه الشروط، وكل ما يخص صحة التبني والكفالة، لقانون كل من المتبني والمتبني، أو الكفيل والمكفول، هو أن الأمر يتعلّق بخلق علاقة قانونية بين طرفين كالزواج والعقود عموماً، مما يقتضي الرجوع إلى قانون الطرفين، وإلا نشأت علاقة عرجاء، كما أن في هذا ضمان نفاذ التبني والكفالة، و الاعتراف به في دولتي كلا الطرفين.

أما آثار التبني أو الكفالة، فتتمثل في سلطات المتبني أو الكفيل، بوصفه ولياً، وواجباته، وما إذا كان يجوز إسقاط الولاية عنه، أو مدها إلى زوجته، وأقربائه في حالة وفاته، وحقوق الطفل كذلك<sup>1</sup>. والسبب في إسنادها، لقانون المتبني أو الكفيل، هو أن الولد سيعيش معهما، وسيحملان مسؤوليته، لهذا فمن الأجدر تطبيق قانونيهما، كما أنه يضمن وحدة القانون المطبق، إذا تعدّد الأولاد المتبنون أو المكفولون.<sup>2</sup>

ولا يفهم من المادة 13 مكرر 1 مدني، أن المشرع يعترف بنظام التبني، الذي يحرمه بنص المادة 46 من قانون الأسرة<sup>3</sup>، وإنما نصّ عليه لينظم علاقة الأجانب فقط، عندما تثور بشأنه نزاعات أمام القضاء الجزائري، لا سيما أن هذا النظام شائع في الدول الغربية، وتكثر المنازعات بشأنه.

هذا، وما دام أن جل القوانين العربية، تحرمّ هي الأخرى نظام التبني في قوانينها الداخلية، فلم تضع قاعدة إسناد خاصة به في إطار العلاقات الخاصة الدولية، باستثناء القانون التونسي، الذي نص عليه في الفصل 53 من مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998، والقانون الكويتي في المادة 44 من القانون رقم 5 لسنة 1961، بحيث يسنداه لنفس الحكم الوارد في المادة 13 مكرر 1 جزائري. وهو يخضع في بعض القوانين الغربية لقانون جنسية المتبني كالقانون الإيطالي، البولوني، التشيكوسلوفاكي، الألماني، والنمساوي.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>-زروتي الطيب، المرجع السابق، ص193.

<sup>2</sup>-أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص890،891.

<sup>3</sup>-تنص المادة 46 قانون الأسرة: "يمنع التبني شرعاً وقانوناً".

<sup>4</sup>-زروتي الطيب، المرجع لسابق، ص192.

### ثالثاً- دور الجنسية فيما يخصّ الحضانة:

إنّ من أهمّ الآثار التي يخلفها الانفصال بين الزوجين مسألة الحضانة، والتي تعتبر المرحلة الأولى من الولاية على النفس. فهي حق للمحضون وواجب على الحاضن، ونظراً لأهميتها من حيث أنها توفر التكفل والعناية والتربية للطفل، الذي هو في حاجة لازمة لها، مادام انه لا يقدر على إدارة أموره بنفسه، فقد حظيت باهتمام كافة التشريعات الوضعية، التي أسهبت بها بالكثير من المواد القانونية، لتنظيمها في إطار العلاقات الداخلية<sup>1</sup>. أما في إطار العلاقات الخاصة الدولية، فنظراً لأنها علاقة متعددة الأطراف بحيث فيها الأب، الأم، والطفل، ومن الممكن أن تختلف جنسيتهم جميعاً، فقد أثارت مشكلة كبيرة في اختيار القانون الأصلح لحكمها.

وفي هذا، ظهرت عدة آراء فقهية لتحديد هذا القانون، ومردّ هذا كون الحضانة ترتبط بأكثر من نظام قانوني، فهي قد تكون أثراً من آثار الطلاق، إذا أثرت مع مسألة انفصال الزوجين، وقد تكون أثراً من آثار الزواج، كما أنها قد تعتبر من آثار النسب، لأنه لا يتصور تنازع بشأن حضانة غير الأولاد الشرعيين. وبالرغم من اختلاف التكيف هذا، فهناك إجماع على أن الحضانة يحكمها قانون الجنسية، وبالضبط قانون جنسية الأب، وذلك لأنها لا تطرح إلا بالنسبة للبنوة الشرعية الناجمة عن الزواج الصحيح<sup>2</sup>.

إلا أن الاختلاف يبقى فيما يتعلق بضبط الوقت الذي يعتدّ به بالنسبة لهذه الجنسية، والذي هو وقت انعقاد الزواج في حالة اعتبارها من آثار الزواج<sup>3</sup>، أو وقت الطلاق ورفع دعوى الطلاق، في حالة اعتبارها من آثار الطلاق<sup>4</sup>، أو وقت ميلاد الابن متى كيفت على أنها من آثار النسب. غير أنّ هذا الاختلاف يزول إذا علمنا أنّ جميع القوانين العربية، تأخذ بالاستثناء الوارد في المادة 13 مدني جزائري، بحيث يسري القانون العربي وحده، متى كان احد الزوجين عربياً وقت انعقاد الزواج.

<sup>1</sup>- فقد نظمها المشرع الجزائري مثلاً في المواد من 62 إلى 72 قانون الأسرة.

<sup>2</sup>- فتيحة يوسف، بعض قواعد التنازع الدولي في العلاقات الأسرية، مرجع سابق، ص 117

<sup>3</sup>- وقد أخذ بهذا الرأي معظم الفقهاء الفرنسيين، وجانب من الفقه والقضاء المصري، أنظر في هذا صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجنبي-دراسة مقارنة-دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 31

<sup>4</sup>- يأخذ بهذا الرأي بعض الفقه المصري، والقضاء الفرنسي أنظر في هذا

وفي القانون المصري، كان اتجاه من الفقه يكيّفها أنها ولاية على المال، ويرى إخضاعها لقانون الشخص الذي تجب حمايته<sup>1</sup>، بينما يكيّفها آخرون أنها من آثار انحلال الزواج<sup>2</sup>، ويسري عليها القانون الذي يحكم انحلال هذه الرابطة، غير أن غالبية الفقه المصري<sup>3</sup>، يعتبرها من آثار النسب، ومن ثم يخضعها للقانون الذي يحكم النسب.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، لم يخصّ مسألة الحضانة بقاعدة إسناد صريحة تبين القانون الواجب التطبيق عليها، كغيره من أغلب التشريعات العربية<sup>4</sup>، وبما أن تكيّفها يخضع لقانون القاضي طبقاً للمادة 09 من القانون المدني، فهي تعتبر من مسائل قانون الأسرة، وبالضبط من آثار الطلاق، وبهذا تنطبق عليها القاعدة العامة التي تحكم الطلاق، وهي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقاً للمادة 02/12 مدني<sup>5</sup>، كما تخضع للاستثناء الوارد بالمادة 13 قانون مدني، أي تطبيق القانون الجزائري وحده، متى كان أحد الزوجين جزائرياً عند انعقاد الزواج. وهذا ما قرّره المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق جزائرية وإيطالي، بحيث أن المحكمة الابتدائية للمدية، طبقت المادة 2/12، وأسندت الحضانة للقانون الإيطالي باعتباره قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فقدمت الزوجة طعناً لدى المحكمة العليا على أساس أنها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج، ولم يصدر بشأنها مرسوم نزعها 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 جزائرياً وقت انعقاده<sup>6</sup>.

وعليه، إن قانون الأسرة الجزائري، هو الذي يحكم جميع المسائل الموضوعية الخاصة بالحضانة. فهو الذي يحدد لمن تثبت، انقضاءها، سقوطها، واسترجاعها، ومن تجب عليه نفقة

<sup>1</sup> - إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 273

<sup>2</sup> - صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجنبي، مرجع سابق، ص 97.

<sup>3</sup> - غالبية الفقه المصري تأخذ بهذا الرأي كالأستاذ عز الدين عبد الله، وهشام علي صادق، ومحمد كمال فهمي، أنظر صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجنبي، مرجع سابق، ص 99.

<sup>4</sup> - بخلاف القانون الكويتي الذي نصّ على قاعدة إسناد صريحة في هذا الشأن، هي المادة 43 التي تنصّ أنه: "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة"، والقانون التونسي كذلك الذي أخضعها في الفصل 50 للقانون الذي وقع بمقتضاه حلّ الرابطة الزوجية، أو القانون الشخصي للطفل أو مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل.

<sup>5</sup> - يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد،

تلمسان، العدد رقم 03، 2005، ص 193

<sup>6</sup> - المحكمة العليا، ملف رقم 170082، قرار صادر بتاريخ 2/17/1998، المجلة القضائية، العدد 1، 2000، ص 167، 170

المحزون<sup>1</sup>. فالنفقة بالنسبة للأولاد المحضون تعتبر من آثار الطلاق، ولا تحكمها المادة 14 قانون مدني الخاصة بالنفقة بين الأقارب<sup>2</sup>.

وإذا كان الاتجاه السائد في الفقه والقانون المقارن، يذهب لإخضاع الحضانة لقانون الجنسية، فإن هناك اتجاه مغاير جسده اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 5 أكتوبر 1961، المتعلقة بحماية القصر، التي تقضي بإخضاع الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل، وهو ما تأثرت به القوانين الأنجلوسكسونية، كانجلترا التي أخذت بهذا الرأي<sup>3</sup>.

هذا، وان الإسناد السابق غير كاف، كحل نهائي للمشكل الخاص بالحضانة، وذلك لكثرة المنازعات التي تطرح غالباً بشأن حق الزيارة، ونقل الطفل لبلد الطرف الثاني، وضمن إرجاعه، وكذا حق الإنفاق عليه، ومشاكل اختطافه، كما أن الاستثناء الوارد بالمادة 13 مدني، يطرح مشاكل عديدة، مادام انه موجود في تقنينات جل الدول ، الأمر الذي يؤدي بكل قاضي مطروح أمامه النزاع إلى تطبيق قانونه مباشرة ، وهو ما يؤدي لمشاكل على مستوى تنفيذ الحكم الأجنبي ، ومدى مخالفته للنظام العام، إذا كان يسند الحضانة لأشخاص غير معترف لهم بها في قانون دولة التنفيذ . كل هذا جعل الدول تلجأ لإبرام اتفاقيات دولية لتنظيم الصعوبات العملية في ممارسة الحضانة، وتنظيم حق الزيارة المقرر للطرف الآخر، سواء كانت جماعية كمعاهدة لاهاي المنعقدة بتاريخ 5 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، واتفاقية حقوق الطفل 1989، أو ثنائية كالإتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال<sup>4</sup>

<sup>1</sup>- فتيحة يوسف ، بعض قواعد التنازع الدولي في العلاقات الأسرية، مرجع سابق، ص117.  
<sup>2</sup> - النفقة بين الأقارب، هي تلك النفقة التي تجب للأباء على أبنائهم ، وللأبناء على آبائهم، كما تجب لذوي الأرحام أو الحواشي على بعضهم بعض، حسب ما يلزمهم القانون بذلك، وهي تخضع في التشريع الجزائري، حسب المادة 14 قانون مدني، لقانون المدين بها. وهو نفس مسلك معظم القوانين العربية كلقانون السوري (م16)، و المصري (م15)، الليبي (م15)، الأردني (م16)، الكويتي (م45)، السوداني (م11). في حين تخضعها اتفاقية لاهاي الخاصة بالنفقة، الموقعة بتاريخ 1973/10/2، لقانون محل الإقامة الاعتيادي للدائن بها. أنظر في هذا فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد، المرجع السابق، ص302، و محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص557

<sup>3</sup>- درية أمين، المرجع السابق، ص52.

<sup>4</sup> - الموقعة في الجزائر يوم 21 جوان 1988، وقد جاءت بصفة خاصة نتيجة المشاكل التي ثارت بين الآباء الجزائريين والأمهات الفرنسيات. أنظر في تفاصيل ما جاءت به هذه الاتفاقية، في مرجع معوان مصطفى، الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 01، 2000، ص134

## الفرع الثاني: دور الجنسية فيما يخص التركات.

إذا كانت الأحوال الشخصية السابقة، نتيجة لوجود الشخص، وارتباط العلاقات التي تدخل في نطاقها به مباشرة، فإن كل من الإرث و الوصية هما، من آثار انتهاء الحالة الشخصية، وينتج عنهما توزيع التركة، إلا أنهما يختلفان لجهة مصدر كل منهما. فالإرث ينشأ عن القرابة و النسب فهو واقعة قانونية، أما الوصية فمصدرها الأساسي هو الإرادة، وبذلك تشكل عملاً قانونياً.

وإذا كان الميراث هو الأصل في فرنسا، والتشريعات العربية-بما فيها الجزائر- و الوصية ماهي إلا مخالفة له، مسموح بها في حدود قانونية معينة، لا يحق للموصي تجاوزها، فإن بعض التشريعات الأخرى، تعتبر الميراث الإيصائي Succession testamentaire هو الأصل، فلا يلجأ فيها إلى الميراث القانوني Succession ab intestat إلا في حالة عدم وجود وصية، وعلى اعتبار أن قواعد الميراث القانونية ما هي إلا وصية ضمنية، نظمها القانون حسب الإرادة المفترضة للمتوفى، وأصل هذه النظرة هو التشريع الروماني، ويأخذ بها حالياً إيطاليا و البلاد الأنجلو أمريكية<sup>1</sup>.

وما يهمنا في هذا الإطار هو الدور الذي تلعبه الجنسية فيما يخص الميراث والوصية.

## أولاً : دور الجنسية في الميراث.

يعتبر الإرث وسيلة طبيعية لانتقال الأموال، حسب ما ينظمه الشارع أو القانون بعد وفاة الشخص، دون دخل لإرادة الفرد فيها. وإذا كانت جميع الدول تتفق أن سبب الإرث هو القرابة والزوجية، إلا أنها تختلف فيما بينها من حيث درجة القرابة التي تسمح به ، ومن حيث تحديد قيمة الأنصبة المخصصة لكل واحد من الورثة، مما يجعل ضرورة تحديد القانون الأصلح للتطبيق على الإرث في العلاقات الخاصة الدولية، ضرورة حتمية لضمان حقوق الأفراد، خاصة وأنه نظام قائم على الأموال، التي قد توجد بأكثر من دولة. فعلى تصور أن كل دولة ستمسك هنا بتطبيق قانونها الإقليمي، على تلك الأموال فستحدث مشكلة كبيرة ، وهنا تظهر

<sup>1</sup> - أنظر نَعوم سيوفي، المرجع السابق، ص 740 .

أهمية قانون الجنسية عند الدول التي تأخذ به، في المحافظة على حقوق الورثة، وتوحيد القانون الواجب التطبيق عليهم. إذن، ما هو ضابط الإسناد الخاص بحكم الإرث؟ وما هو نطاق تطبيقه، والاستثناءات الواردة عليه؟

### 1: الجنسية كضابط إسناد فيما يخص الإرث.

يعتبر الإرث إحدى حالات الأحوال الشخصية، نزولا للكثير من المقتضيات، فهو يتصل أساسا بواقعة حياة الشخص ووفاته، وهو النتيجة الطبيعية لتلك الوفاة، كما أن الأسباب المؤدية للميراث، هي عناصر مأخوذة من حالة الشخص كروابط النسب، القرابة، واعتبارات المحافظة على أموال المتوفى ضمن نطاق العائلة، وفي إطار درجة القرابة، فكلما ازدادت درجة النسب والقربى، كلما ازدادت الحصة الإرثية. فالمصلحة العائلية وتنظيم الأسرة، وكفالة التضامن بين أفرادها هو الذي يهيمن على أيلولة التركة، أي أن الأمر يتعلق بخلافة أسرية أكثر منها ملكية مجردة للأموال، ولهذا يخضع الميراث للنظام القانوني الذي يخضع له الشخص نفسه، سواء كان قانون الجنسية، أو قانون الموطن<sup>1</sup>.

ولم يأخذ بقانون موطن المتوفى، إلا القانون النرويجي، والدانماركي، والأرجنتيني، والإتحاد السوفياتي سابقا. في حين أن جميع التشريعات التي تعتبر الميراث من الأحوال الشخصية، تسنده لقانون الجنسية<sup>2</sup>، وبالضبط لقانون جنسية المورث لأنه حجر الزاوية في الميراث، إذ لا تركة بدونه، ومنها التشريع الجزائري في المادة 1/16 مدني، كما يتبناه الفصل الأول من إتفاقية لاهاي المؤرخة في 17 يوليو 1907، بشأن تنازع القوانين في قضايا المواريث والوصايا<sup>3</sup>. وعليه فهذا القانون، هو الذي يسري على مجموع التركة دون تفرقة بين منقول و عقار.

<sup>1</sup>-عبد جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2008، ص 283 ، 284.

<sup>2</sup> -نذكر منها القانون الإسباني لعام 1974 ، و الألماني لعام 1986 ، و القانون النمساوي لعام 1979 ، و التركي لعام 1982 ، و المجري لعام 1979 ، كما يأخذ به القانون الدولي الخاص اليوغسلافي لسنة 1983، التشيكوسلوفاكي لسنة 1963، البولندي لعام 1965، البرتغالي لعام 1966، الإيطالي لعام 1995، واليوناني لعام 1946، وجميع قوانين الدول العربية كالقانون الجزائري المادة 1/16 مدني، المصري المادة 1/17 مدني، السوري المادة 1/18 مدني، الليبي المادة 1/ 17، الكويتي المادة 47 من قانون 1961، الأردني المادة 1/ 18 مدني ، وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة لسنة 1985 في مادته 1/17 . نقلا عن أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 903، وزروتي الطيب، المرجع السابق، ص 196.

<sup>3</sup>-موسى عبود، المرجع السابق، 264 .

والسبب وراء إخضاع المشرع الجزائري-على غرار غيره من التشريعات العربية- الميراث إلى قانون جنسية المورث أو الهالك وقت الوفاة، هو مجموعة من الاعتبارات، منها الشريعة الإسلامية التي تدمج المواريث رغم أنها تتعلق بوراثة أموال ضمن فئة الأحوال الشخصية. فكافة العلاقات القانونية التي تخص الإنسان، سواء تعلقت بفئة الأحوال العينية أو الشخصية، تخضع في الشريعة الإسلامية لقانون الشخص، ولأنه حل يتميز بالبساطة بل وحتى بالمنطق، إذ يعتبر الذمة المالية كلا واحدا يخضع لقانون وحيد<sup>1</sup>، فلا تكون الأموال غير المنقولة خاضعة لقانون، والأموال المنقولة لقانون آخر، فيتجنب بذلك تعدد القوانين التي تحكم التركة، إذا ما كانت الأموال موزعة بين عدة دول، أو كان الورثة منتمين إلى عدة جنسيات، وذلك بالأخذ بجنسية المورث دون غيره من القوانين، كقانون موقع الأموال أو قانون جنسية الورثة<sup>2</sup>. على هذا الأساس فالمواريث لا تمثل انتقال سلسلة من الملكيات الخاصة، بل انتقال الذمة المالية دائنة ومدينة.<sup>3</sup>

هذا، وإن الطابع المالي للإرث، جعل بعض الدول تستبعده من نطاق الأحوال الشخصية، وتعتبره من الأحوال العينية<sup>4</sup>، على اعتبار أنه وسيلة من وسائل انتقال الملكية، مثله مثل وسائل الانتقال الأخرى كالبيع أو الإيجار، ولا يهم السبب الداعي لانتقال هذه الأموال والذي هو الوفاة، مادام الموضوع الرئيسي فيها منصبا على المال ذاته، فالعبرة هنا بموضوع أو محل الملكية، وليس بصاحبه، لذا يجب أن يخضع تملك ذلك المال لذات الأنظمة المتعلقة بالملكية عموما، أي أن يخضع الميراث للقانون الذي يخضع له المال نفسه، وهو قانون موقع المال.

غير أن بعض التشريعات تفرق في هذا الشأن بين العقارات و المنقولات ، فتخضع الميراث في العقار لقانون موقع العقار، و الميراث في المنقول لقانون الموطن الأخير للمتوفى<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>-موحد إسعاد، قواعد التنازع، مرجع سابق،ص317

<sup>2</sup>-فتيحة يوسف، بعض قواعد التنازع الدولي في العلاقات الأسرية ، مرجع سابق، ص318.

<sup>3</sup>- كما أن سبب بعض الدول في إسناد الميراث لقانون الجنسية، هو تأثيرها بنظرية الفقيه "مانشيني" خلال القرن 19، التي أوسعت من مجال تطبيق قانون الجنسية، وحتى طبيعة الدولة كأن تكون خاضعة لنظام الإمتيازات الأجنبية، بإخضاع الأجانب إلى قوانينهم الشخصية، أو تشجيع قدوم الأجانب إلى الدولة. أنظر في هذا سامي بديع منصور وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية ،بيروت لبنان، بدون سنة، ص 283، 284.

<sup>4</sup>-إن بعض الفقه المصري وكيف الإرث ويلحق به الوصية، تكييفا آخر على أساس أنها لا ينتميان لا لفئة الأحوال الشخصية ، ولا للأحوال العينية، بل هما يشكلان فئة قانونية مستقلة هي فئة التركات، فهما نتيجة لانتهاة الحالة الشخصية، إذ الحالة وانتهائها واقعتان متناقضتان وتطرحان مسائل مختلفة، وفي المقابل ليسا من الأحوال العينية، لأن موضوعهما تركة المتوفى منظورا إليها كمجموعة شائعة ، وليس المال في التركة منظورا إليه منفردا. وهذا رأي الدكتور سامي بديع منصور وعكاشة محمد عبد العال،المرجع السابق،ص 280 ، وكذلك الدكتور عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 285.

<sup>5</sup>- وقد تبني هذا الحل، فرنسا، إنجلترا، الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، أستراليا، وبلجيكا.

وهذا التمييز بين الحاليتين يرجع للتأثر بالأفكار، التي كانت سائدة خلال القرون الوسطى في أوروبا ، وبالضبط انتقال أفكار المدرسة الإيطالية القديمة ، التي كانت تخضع الميراث لقانون موقع المال إلى الفقه الفرنسي القديم، الذي قرر إخضاع العقار لقانون موقعه، أما المنقول لقانون موطن المتوفى، وذلك تأسيساً على أن أموال الشخص المنقولة، يفترض وجودها حيث يوجد موطنه<sup>1</sup> ، ولأن قيمة المنقول ضئيلة بالمقارنة مع العقار، الذي له مكانة كبيرة احتلها منذ العهود الإقطاعية. ومن دواعي الأخذ بهذا الرأي كذلك، السياسة التشريعية للدولة، خاصة مع ازدياد تملك الأجانب عقارات على إقليمها .

إلا أن هذا الإتجاه منتقد، إذ يؤدي إلى تقسيم التركة الواحدة بين عدة قوانين، مع أنها تمثل ذمة مالية واحدة<sup>2</sup>. فلو توفي ألماني وموطنه في إيطاليا، وترك أموالاً منقولة وأخرى ثابتة في فرنسا، فستخضع الأموال المنقولة للقانون الإيطالي، الذي هو قانون موطن المورث، بينما تخضع العقارات للقانون الفرنسي، أي قانون المكان الذي توجد فيه ، مع مراعاة التغيير الذي يمكن أن يترتب على تطبيق نظرية الإحالة<sup>3</sup>.

## 2: نطاق تطبيق قانون جنسية المورث:

بما أن المشرع الجزائري أخضع الميراث لقانون الجنسية، فسيتم بحث المسائل التي يحكمها هذا القانون ، و المسائل المستثناة من ذلك .

### أ- المسائل التي يحكمها قانون الجنسية :

1- وقت فتح التركة، ومكانه. وفي هذا الصدد، يشير التشريع الجزائري في المادة 127 لقانون الأسرة ، أن الإرث يستحق بموت المورث حقيقة، أو نتيجة حكم قضائي، أي أن المشرع يأخذ بالموت الحكمي كسبب من أسباب استحقاق الميراث، وإجازة فتح التركة. إذ تنص المادة 115 من نفس القانون أنه "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حياً يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها ". والمدة

<sup>1</sup>-Battifol et lagarde , Op cit par 307,336.

<sup>2</sup>-زروتي الطيب المرجع السابق،ص196،وعلي علي سليمان،المرجع السابق،80.

<sup>3</sup>-موسى عبود،المرجع السابق،ص266.

التي ببلوغها يصدر الحكم بموت المفقود، مختلف فيها باختلاف الدول، ويحددها التشريع الجزائري بمضي 4 سنوات بعد التحري.

2- بيان الورثة، والمستحقين للإرث، وترتيبهم ونصيب كل منهم في الميراث. فمن المعروف أن القوانين تختلف بشأن تعيين الورثة، فبالرغم من أنها كلها تجعل القرابة أساس التوارث، إلا أنها تختلف فيما بينها من حيث درجة القرابة التي تسمح بذلك، ومن حيث الاعتراف بذلك الحق لفئات معينة، وعدم الاعتراف به لفئات أخرى، كحالات التوارث بين الزوجين، والتوارث بين الابن الشرعي وأبيه وأقارب أبيه، فمثلا الدول الإسلامية بما فيها الجزائر، لا تعترف بالميراث للابن غير الشرعي إلا من جهة أمه وأقاربها، في حين تعترف له الدول الأوروبية بذلك، حتى بالنسبة لأبيه وأقارب أبيه، وكذلك التوارث في حالة التبني، فهو ممنوع في الدول الإسلامية، ماعدا النظام التونسي والتركي، في حين أنه جائز في الدول الأوروبية.

3- شروط استحقاق الإرث، وهل من الضروري موت المورث حقيقة، أم يمكن أن يعتد بموته حكما، وهل يشترط تحقق حياة الوارث وقت موت المورث حقيقة، أم يكفي تحقق حياته وقت موت المورث حكما؟ و حكم الحمل وهل يستحق الميراث، أم لا، وإذا كان يرث، فما هي شروط ذلك، أي يكفي أن يولد الجنين حيا أو قابلا للحياة، أم يلزم استمرار حياته فترة معينة<sup>1</sup>.

كما يحكم قانون الجنسية كذلك، مسألة حكم موت مجموعة من الأشخاص في حادث واحد، وهل لهم الحق في ميراث بعضهم بعض أم لا، وإذا كان لهم ذلك، فما هي شروطه، وما هي المعايير، التي تعتمد في تعيين من حدثت وفاته قبل الآخرين، و القرائن في ذلك. وبالنسبة لهذه المسألة الأخيرة، فوفقا للرأي الراجح<sup>2</sup>، لا يحكمها قانون الجنسية، إلا إذا كان المتوفون جماعة من جنسية واحدة، أما إذا كانوا من جنسيات مختلفة، وأمام تعذر تطبيق قانون جنسياتهم جميعا، وعدم مشروعية اختيار قانون جنسية واحدة، وتفضيله على القوانين الأخرى، فيجب

<sup>1</sup> - وفي هذا الإطار، ينص المشرع الجزائري في المادة 134 على أنه: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

<sup>2</sup>- سامي بديع منصور وعكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 285.

تطبيق قانون القاضي، ولكن هذا في حدود تحديد أسبقيات الوفاة فقط، في حين يبقى قانون الجنسية مطبقاً على المسائل الأخرى الخاصة بالإرث<sup>1</sup>.

وبالنسبة للشريعة الإسلامية، فهي تمنع التوارث في هذه الحالة نزولاً عند الحديث الشريف، الذي مفاده أن لا توارث في حالة الشك<sup>2</sup>. ويأخذ بهذا الرأي التشريع الجزائري كذلك<sup>3</sup>.

4- تحديد ما إذا كان الوارث حراً في قبول الإرث أو التنازل عنه من عدمه<sup>4</sup>، وبصيغة أخرى تحديد طبيعة الخلافة، هل هي إجبارية أم اختيارية، وذلك لأن التشريعات تختلف في هذا الشأن اختلافاً جوهرياً، كما تختلف في بيان الحقوق و الالتزامات التي تنتقل إلى الورثة، وكيفية هذا الانتقال ووقته. فالإرث في الشريعة الإسلامية إجباري، يثبت للورثة بحكم القانون، ولا يجوز لهم رفضه مادام فيه تحقيق لمصلحتهم، لأنه سينتقل إليهم مجموع الحقوق المالية فقط، دون الالتزامات المالية التي لا تكون محلاً للإرث<sup>5</sup>. ومع هذا، فإنه من الناحية الدينية و الوجدانية على الأقارب، ولا سيما الأبناء، تسديد ديون الأب أو الأم، حتى لا تبقى ذمة أحد الأبوين مشغولة لغريب، وقد جاء في الحديث النبوي الشريف « اذهب أنت ومالك لأبيك»، أي أن كل ما عند الابن يعتبر للأب لأنه سبب وجوده، فليس من اللياقة أن يكون الابن قادراً على وفاء ديون أبيه، ولا يفعل ذلك لأن القانون الوضعي لا يلزمه بذلك<sup>6</sup>.

وبالمقابل، فإن الإرث في بعض الشرائع الأجنبية حق اختياري، يشمل الحقوق و الالتزامات التي كانت في ذمه المورث، بحيث يجوز للوارث رفضه كله، أو قبوله بشرط الجرد، حتى يتحقق من الالتزامات التي قد تكون على التركة، أي أن ديون التركة تنتقل إلى الورثة، وللدائن حق التنفيذ على أموال الوارث الشخصية، حتى ولو لم يكن مصدرها الإرث.

<sup>1</sup>- سامي بديع منصور وعكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 286.

<sup>2</sup>- عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 253.

<sup>3</sup>- إذ تنص المادة 129 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعرف أيهم هلك أولاً، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر، سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا".

<sup>4</sup>- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 414

<sup>5</sup>- يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 72

<sup>6</sup>- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص 107، 108

5- قواعد وطريقة تقسيم التركة. فقانون الجنسية الذي يبيّن قواعد الحجب والحرمان والعول والرّد. فبالنسبة لقواعد الحجب مثلا، فإنه في بعض القوانين، الأبناء يحجبون كل الورثة الآخرين<sup>1</sup>، على خلاف الوضع في قوانين أخرى كالقوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية، التي يأخذ فيها الآباء نصيبا من التركة، بالرغم من وجود الأبناء، لأن نصيبهم فريضة من الله سبحانه وتعالى. كما يعتبر مقدار الحصص التي تناط بكل واحد من الورثة، من أكثر المواضيع اختلافا بين الدول، فمثلا تدرج قوانين الدول الإسلامية على إعطاء للذكر مثل حظ الأنثيين، في حين أن هذا المبدأ مخالف للنظام العام في الدول الأوروبية، التي تأخذ بالمساواة بين الجنسين، ويؤيدهم في هذا تركيا، وتونس من الدول الإسلامية. كما يحكم هذا القانون كيفية إدارة وقسمة التركة، و الحالات التي يعين فيها مدير للتركة، وكيفية، و السلطات التي يتمتع بها.

6- موانع الإرث، كقتل الوارث لمورثه عمدا، وكاختلاف الدين بينهما. وقد تكفل قانون الأسرة الجزائري بتحديد بعض موانع الإرث، بينما لم ينص على البعض الآخر<sup>2</sup>، فحدّد الممنوعين من الإرث، وفقا للمادة 135 من قانون الأسرة، في كل من قاتل المورث عمدا وعدوانا، سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا، وشاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام أو تنفيذه، وكذلك العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية.

وهذه الشروط منصوص عليها كموانع للإرث، عند غالبية التشريعات المقارنة، نظرا أنها تحمل القصد الجنائي الذي يوجب العقوبة. فالعقوبة هنا بالإضافة لكونها جنائية تتمثل في السجن أو الحبس، فهي مدنية تتمثل في تجريد الشخص من حقه في الإرث، وذلك تطبيقا للقاعدة القائلة "بأن من تعجّل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"<sup>3</sup>. ويضيف التشريع الجزائري في المادة 138 قانون الأسرة-شأنه شأن التشريعات التي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية- اللعان والردة كسببان آخران لمنع الإرث.

<sup>1</sup>- موسى عيود، المرجع السابق، ص268.

<sup>2</sup>- فتبقى هذه الأخيرة خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية، وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup>- عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص258.

هذا، وإن الممنوع من الإرث لتلك الأسباب، لايحجب غيره<sup>1</sup>. في حين يجوز للقائل خطأ، أن يرث من المال الموروث، دون الدية أو التعويض<sup>2</sup>.

وفي المقابل، فإن اختلاف الجنسية لا يعدّ مانعا من موانع الإرث، في تشريعات الدول المقارنة، ومنها التي تعتمد على الشريعة الإسلامية في أحكام الموارث، فقد جاء في حيثيات إحدى القرارات الصادرة من المجلس الأعلى: "أن الشريعة الإسلامية لا تشترط الجنسية في باب الميراث، ولكنها تأمر بإثبات التمسك بالدين الإسلامي، ولذلك فإن مغربي الجنسية، مسلم الديانة يرث الجزائري المسلم"<sup>3</sup>. مما يعني بمفهوم المخالفة أن الكافر أو غير المسلم لا يرث المسلم. وهذا ما قرره محكمة استئناف بيروت<sup>4</sup>، بالنسبة لمسيحي اعتنق الديانة الإسلامية، وتزوج ثانية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، فقضت بحرمان العائلة الأولى من الإرث، وذلك لأن القانون الذي يحكم الإرث، هو قانون الطائفة التي كان عليها المورث وقت وفاته، وهي الطائفة الإسلامية، مما يؤدي إلى حرمان العائلة الأولى من الإرث بإرادة الزواج المنفردة، وبمجرد تغيير ديانته.

### ب- المسائل المستثناة من تطبيق قانون الجنسية :

إن خضوع الميراث لقانون جنسية المتوفى، يرد عليه قيد هام ناجم عن طبيعة الميراث، والذي بالإضافة لكونه من الحالة العائلية، فهو سبب من أسباب انتقال الحق العيني، ومن ثمة يجب أن يخضع للقانون الذي يحكم الأموال، كلما اتّصل بها بشكل مباشر. وعلى ذلك فإن قانون موقع المال، هو الذي يحكم جميع المسائل المتعلقة بتحديد مدى تعلق حقوق دائني المتوفى بأموال التركة، وما يترتب على ذلك من أثر في حقوق الورثة<sup>5</sup>. فإذا كانت أموال التركة موجودة في الجزائر، فإن قاعدة « لا تركة إلا بعد سداد الديون » هي التي ستطبق عليها ولو كان المورث أجنبيا. غير أن بعض الفقه<sup>6</sup>، يرفض هذا الاتجاه ويرى بأنه يؤدي إلى تعدد القوانين التي تحكم التركة، بحسب تعدد الدول التي تتواجد فيها الأموال، مما يؤدي لنتائج غير مقبولة

<sup>1</sup>- وفقا المادة 136 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup>- المادة 137 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup>- المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، ع 3، 1989، ص 60، 61، نقلا عن عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 259.

<sup>4</sup>- الغرفة السادسة، القرار رقم 104، 105 حزيران 1974. أنظر في ذلك عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 288

<sup>5</sup>- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 326، وكذلك هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 321.

<sup>6</sup>- هو رأي الأستاذ فؤاد ديب، ورد بمؤلف أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 272

على الصعيد العملي، لذا يجب تطبيق القاعدة العامة أي قانون جنسية المورث وقت الوفاة على هذه المسألة.

كما يحكم ذلك القانون تحديد محتوى وشروط ممارسة الحقوق المكتسبة على أموال التركة بالإرث، فحق الملكية والانتفاع المكتسبة على أموال تركة الأجنبي تخضع لقانون موقع المال، الذي توجد به. فهو الذي يسري على نقل الملكية والتصفية والحيازة، ووضع اليد على المنقولات والعقارات، وإجراءاتهم، ويسري كذلك على إجراءات شهر حق الإرث، وتحديد الآثار المترتبة على هذا الشهر، وجزاء المترتب في حالة عدم القيام به من عدم نفاذ التصرفات الصادرة من الوارث.<sup>1</sup> كما يختص بالإجراءات اللازمة لسلامة المعاملات، وحقوق الآخرين كالمحافظة على حقوق الدائنين، وإدارة أموال التركة، ووضع الأختام عليها والجرد وإقامة حارس أو مدير مؤقت، وجميع الإجراءات التحفظية الأخرى، وتنظيم حالة الشيوخ بين الورثة، وكيفية إدارة أموال التركة الشائعة، وحق كل شريك في التصرف فيها، وإنهائها سواء بالتراضي أو التقاضي.<sup>2</sup>

هذا، 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 انه يجب تطبيق القانون المحلي، حين تعود الأموال الموروثة إلى فئة قانونية مجهولة من قبل القانون الأجنبي، الذي أشار إليه ضابط الجنسية، كالأموال الوقفية المعروفة في القانون الجزائري، والمجهولة في الدول الأوروبية.<sup>3</sup> ولهذا فإنه بالرغم من افتتاح التركة في بلاد أجنبية، فمتى كانت الأموال موجودة بالجزائر مثلا، فيجب افتتاحها فيها 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 للمتوفى فيها، لأنه قد يتعارض تطبيق القاعدة الجزائرية عليها مع قاعدة الدولة التي توجد بها تلك الأموال، فيتعذر في هذه الحالة تنفيذ ما تقرره المحكمة الجزائرية، على ضوء قاعدة الإسناد.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 902.

<sup>2</sup>- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 124

<sup>3</sup>- موحد إسعاد، قواعد التنازع، مرجع سابق، ص 325

<sup>4</sup>- موسى عبّود، المرجع السابق، ص 267.

أما بالنسبة للتركة الشاغرة، وهي تركة الأجنبي التي يتبين وفق قانون جنسيته، أنه لا وارث لها، فهي تؤول بدورها إلى الدولة التي توجد بها، أي قانون موقع المال، وذلك لأن حق الدولة على هذه التركة مستمد من سيادتها على إقليمها، ويأخذ بهذا الرأي كل من فرنسا، إنجلترا، الأرجنتين<sup>1</sup>، ومعظم الدول العربية<sup>2</sup> - من بينها القانون الجزائري - الذي بالرغم من عدم النص عليه بقاعدة إسناد، إلا أن أنه يمكن استنباطه بالرجوع للتكييف الذي أعطاه لهذه المسألة . فهو ينص في المادة 4/184 قانون الأسرة أن " التركة التي لا وارث لها، تؤول إلى الخزانة العامة"، بدلا من عبارة ميراثها لمن لا وارث له، كما أنه يعتبر في المادة 773 قانون مدني ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليست لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث، و الذين تهمل تركتهم.

إلا أن هذا الأمر ليس محل إجماع بين الدول، فهناك من يخضع التركة الشاغرة لقانون الدولة التي ينتمي إليها المورث بجنسيته وقت وفاته، كألمانيا وسويسرا، على اعتبار أن هذا الحق، هو حق ارث باعتبار أن الدولة وارثة لمن لا وارث له ، فتعلق المسألة بالميراث يعني خضوعها للقانون الذي يحكمه، وهو قانون جنسية المورث.

وهكذا يظهر، أن الدور البارز لقانون موقع المال، و الذي يضيّق من نطاق تطبيق قانون الجنسية، بالنسبة للدول التي تأخذ بها كضابط إسناد أساسي في الميراث، هو الذي جعل بعض الفقه المصري<sup>3</sup>، ينادي بضرورة الأخذ بقانون موطن المتوفى، كضابط إسناد أساسي في الميراث بدل الجنسية ، لأنه أقرب إلى تحقيق وحدة النظام القانوني للتركة، فهو في الغالب قانون موقع المال عقارا كان أم منقولا، طالما أن أموال الشخص توجد عادة في الدولة التي يتوطن بها، كما أنه عادة ما يكون موطنا لعائلة المورث، وبهذا ينتفي التعارض بين القوانين التي تحكم مختلف المسائل المتعلقة بالتركة.

<sup>1</sup> - محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 154

<sup>2</sup> - وقد انفرد قانون الإمارات العربية المتحدة بوضع قاعدة إسناد خاصة بأيلولة التركة التي ليس لها وارث للأجنبي بدولة الإمارات العربية المتحدة إلى الدولة، وهي المادة 17 فقرة 2 من قانون رقم 5 لسنة 1985، والملاحظ أن حكم هذه المادة لا يطال تركة الوطني الموجودة خارج الدولة، كما أن المشرع التونسي نص على ذلك في الفصل 54 فقرة 2.

<sup>3</sup> - هو رأي فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 327

## ثانيا: دور الجنسية فيما يخص الوصية.

الوصية تصرف قانوني بإرادة منفردة مضاف إلى ما بعد الموت، بمقتضاه ينقل الموصي إلى الموصى له على وجه التبرع، ملكية كل أو بعض أمواله، أو أي حق آخر من حقوقه المالية. و على خلاف الميراث تبدو الوصية، و كأنها أداة يحدد بها الموصي مصير بعض أو كل أمواله بعد وفاته، على نحو مختلف عما كان سينظمه بها القانون، إذا مات من غير وصية. وكان يمنع عمل وصية نهائيا، في بعض الدول كالاتحاد السوفياتي سابقا، و تجوز الوصية للجنين الذي يكتسبها إذا ولد حيا، في بعض التشريعات كالجائر<sup>1</sup>، أو إذا ولد حيا وكان قابلا للحياة في قوانين أخرى، كفرنسا و إسبانيا، كما تصح الوصية للأشخاص الحكيمة و الجهات الخيرية و المؤسسات ذات النفع العام<sup>2</sup>.

و يعتبر في حكم الوصية التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، و التي تدل القرائن على توفر أركان الوصية بها، و لقد بين القانون المدني نوعين من هذه التصرفات، الأول، خاص بالتصرفات التي تصدر من المريض مرض الموت، ويكون مقصودا منها التبرع (المادة 1/776 قانون مدني)، والثاني، خاص بالتصرفات التي تصدر لوأرث، و يحتفظ فيها المورث بحيازة العين، و بحقه في الانتفاع بها مدى الحياة (المادة 777 قانون مدني)، كما ألحق المشرع الهبة في مرض الموت، أو في الأمراض، و الحالات المخيفة بالوصية من حيث أحكامها (المادة 204 من قانون الأسرة).

هذا، و بما أن الوصية تصرف قانوني، فلا بد لانعقادها وسريانها توافر مجموعة من الشروط الموضوعية، والشكلية. و عليه، ما هو دور الجنسية بخصوص كل من الشروط الموضوعية، والشكلية للوصية.

### أ: الجنسية كضابط إسناد أصلي فيما يخص الشروط الموضوعية للوصية:

الشروط الموضوعية للوصية، تعني تلك الشروط التي تتوقف عليها صحة الوصية، ووجودها القانوني، مثل الأهلية و عوارضها، والحصة المحفوظة للورثة في التركة، والقدر

<sup>1</sup>-المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري المعدل سنة 2005 التي تنص: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا..".

<sup>2</sup>- غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 187

الجائز الإيضاء به عند وجود ورثة، أو عند عدم وجودهم، والأشخاص الذين يجوز الإيضاء لهم، و أهليتهم لقبول الوصية أو رفضها، وشروط إجازة الوصية من الورثة، إذا زادت عن النسبة المسموح بها، لأن الشريعة الإسلامية و معظم القوانين العربية، لا تسمح بالوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة، و تحديد الأسباب المؤدية للحرمان من الوصية، كالقتل أو اختلاف الدين، ووجوب بقاء الموصى له حيا عند تحرير الوصية و عند موت الموصي ، و تحديد الحالات التي يجوز فيها الرجوع عن الوصية<sup>1</sup>.

إن القانون الذي يحكم هذه الشروط الموضوعية، هو قانون جنسية الموصي وقت الوفاة، حسب المادة 16 قانون مدني جزائري. فالوصية تصرف غير لازم، لا يتحقق إلا بوفاة الموصي، و هي تتصل اتصالا وثيقا بالميراث ، لتعلقها بفكرة الخلافة بسبب الموت، و من ثمة و جب إسنادها لنفس قاعدة الإسناد التي تحكم الميراث، وهذا ما أخذت به غالبية الدول العربية، التي أسندتها لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة. بينما اعتبرتها بعض الدول من الأحوال العينية، مثلها مثل الإرث، و عليه أخضعتها متى تعلقت بعقار، لقانون موقع العقار، وإذا تعلقت بمنقول، لقانون الموطن الأخير للمتوفى، كفرنسا، إنجلترا، الولايات المتحدة الأمريكية، كندا.<sup>2</sup> أما اتفاقية لاهاي لسنة 1892 و 1900، فقد أسندتها إلى قانون جنسية الموصي و الموصى له، مع التطبيق الجامع لهما<sup>3</sup>.

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

<sup>1</sup> - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص101، 102، وغالب على الداودي، المرجع السابق، ص 188.  
<sup>2</sup> - إلا انه اتجاه مننقد، لأنه يؤدي إلى تقسيم التركة الواحدة بين عدة قوانين، مع أنها تمثل ذمة مالية واحدة، وهذا ما وقع في قضية حفيدة جورج 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، و القانون الإيطالي بالنسبة للأثاث الموجود بالمنزل. أنظر زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 196، و علي سليمان، المرجع السابق، ص 80

<sup>3</sup> - ونظرا أن التصرفات المضافة لما بعد الموت، تأخذ حكم الوصية، فهي تخضع لقانون جنسية من صدر منه التصرف، وقت موته عند غالبية الدول العربية- بما فيها التشريع الجزائري- و لقانون جنسية المتبرع في مرض الموت و المتبرع له بموجب اتفاقية لاهاي السابقة. أنظر زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 199.

في هذا، ذهب فريق من الفقه<sup>1</sup>، إلى إخضاع جميع الشروط الموضوعية للوصية لقانون الموصي وقت الوفاة، بما فيها أهليته للإيصاء، و أركان الوصية من رضا، محل، سبب، و عيوب الرضا، و ذلك لأنه و إن كانت الوصية عملاً إرادياً، إلا أنها تختلف عن سائر الأعمال الإرادية الأخرى، من حيث أن استيفاء شروطها الموضوعية، تتحدد بصفة نهائية وقت موت الموصي، و ليس وقت صدور الإرادة منه، و لأنها تصرف غير لازم إذ يجوز الرجوع فيها، مما يقتضي أن يعتد بالأهلية في الوقت الذي ينقطع فيه تحرك الإرادة<sup>2</sup>. و يفضل بعض الفقه الجزائري، العمل بهذا الرأي، على أساس أن نص المادة 16 من القانون المدني جاء عاماً، و لو أراد المشرع استثناء أحد الشروط، لنص على ذلك صراحة، كما أنه يؤدي إلى محاسن هي إخضاع كل ما يتعلق بتركة الهالك لقانون واحد، إذ لا تخفى المساوئ الكثيرة الناتجة عن إخضاع شروط الوصية لقوانين متعددة<sup>3</sup>.

بينما يذهب فريق آخر من الفقه<sup>4</sup>، إلى إخراج من نطاق قانون الموصي وقت وفاته، الأهلية و عيوب الرضا، والمحل و السبب ، و إخضاعها لقانون الموصي وقت الإيصاء، على أساس أن هذه المسائل لا علاقة لها بالميراث، علاوة على أن الوصية تصرف إرادي، ينبغي بالتالي الاعتداد بالإرادة وقت صدورها لا وقت الوفاة، إذ يرى الدكتور "عز الدين عبد الله" أنه ليس في هذا ما يتجافى مع حكم المادة 17 فقرة 1 مدني مصري، التي تضاهي المادة 16 قانون مدني جزائري، و تخضع الوصية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته، ما دام أن النص جاء في صيغة غير مقيدة و غير مانعة من ضبط حدود تطبيق حكمه، كما أن هذا النظر يقرب تفسير هذه المادة من الاتجاه التشريعي الحديث، الذي يقضي بخضوع الوصية لقانون الموصي وقت عمل الوصية، كالقانون الدولي الخاص البولوني و التشيكوسلوفاكي.

في حين يرى بعض الفقه الآخر<sup>5</sup>، أنه وإن كانت عيوب الإرادة و التراضي على الوصية، خاضعة لقانون الموصي، أو المتصرف وقت الإيصاء أو التصرف ، لا وقت موته، لأنها أمور تتعلق بمدى سلامة الإرادة، و هو ما ينظر إليه وقت صدورها، فإن الأهلية يكفي

<sup>1</sup> - هو رأي الدكتور محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص158 ، و غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص188

<sup>2</sup> - عز الدين عبد الله ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص362

<sup>3</sup> - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص277

<sup>4</sup> - هو رأي الدكتور عز الدين عبد الله، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص365

<sup>5</sup> - هو رأي الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص908 . في حين يذهب إلى خلاف ذلك الدكتور هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص325

توافرها لدى الموصي، إما وقت إبرام الوصية، أو وقت الوفاة، أي الأخذ بالوقت الأصلح لصحة الوصية، وهذا ما يتناسب على الأقل مع الفقه الإسلامي، الذي يرى أن أساس الوصية هو إتاحة الفرصة للشخص لتدارك ما فاتته من واجبات في حياته، و فعل الخير و تقديم المعونة لمن يراهم في حاجة إليها.

هذا، وإن خضوع المسائل الموضوعية لقانون جنسية الموصي، يجب أن لا يخل باختصاص قانون موقع المال المتصرف فيه، باعتباره قانونا إقليميا ينظم سلامة المعاملات، و يحافظ على حقوق الغير، و من ثم يشترط لانتقال المال المتصرف فيه، و ما يرد عليه من حقوق عينية أصلية أو تبعية، مراعاة ما يقضي به قانون موقع المال، من إجراءات خاصة بالقسمة و التسجيل و الشهر العقاري، سواء في العلاقة بين ذوي الشأن أو في مواجهة الغير<sup>1</sup>.

#### ب: الجنسية كضابط إسناد اختياري فيما يخص الشروط الشكلية للوصية.

تختلف أحكام التشريعات فيما يتعلق بالشكليات التي تشترط في تحرير الوصية، فمثلا تعترف فرنسا بثلاثة أشكال، هي الوصية الرسمية أو العامة، الوصية الخطية أو العرفية، و الوصية السرية. فالوصية العامة أو الرسمية تحرر من طرف موثقين بحضور شاهدين، أو من طرف موثق بحضور أربعة شهود. أما الوصية الخطية فيشترط لصحتها، أن يتم تحريرها بخط الموصي و بتوقيعه عليها و يذكر تاريخها. أما الوصية السرية فيوقع عليها من طرف الموصي و تقدّم مغلقة بحضور ستة شهود على الأقل للموثق الذي يقوم بتسجيلها.

في حين تأخذ سويسرا و ألمانيا، بالوصية الرسمية و الوصية الخطية و الشفوية<sup>2</sup>. أما المشرع الجزائري، و على خلاف الشريعة الإسلامية التي تعترف بالوصية العرفية و الشفوية، فالمرجح أنه لا يعترف إلا بالوصية الرسمية، و ذلك لأنه لم يتكلم عن انعقاد الوصية و إنما تكلم عن إثباتها، و أوجب أن يكون بالعقد الرسمي، و في حالة وجود مانع تثبت بحكم، مما يفهم منه أن هذه الرسمية مشترطة أيضا للانعقاد.

<sup>1</sup>- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 199.

<sup>2</sup>- نادية فضيل، المرجع السابق، ص 200.

إذن، نظرا لاختلاف التشريعات في مجال شكل الوصية، و ما يؤدي إليه من خلق تنازع القوانين، حرصت أغلب القوانين العربية إلى وضع قاعدة إسناد مستقلة، بموجبها أخضعت الوصية من حيث الشكل إلى قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه<sup>1</sup>. وهو نفس موقف التشريع الفرنسي. أما اتفاقية لاهاي المنعقدة في 5 أكتوبر 1961 بخصوص تنازع القوانين في شكل الوصية، فقد قدمت عدة اختيارات فيما يخص القانون واجب التطبيق عليها، إما قانون الجنسية، أو موطن الموصي، أو محل إقامته، أو قانون موقع العقار، إذا تعلقت الوصية بعقار<sup>2</sup>.

وبالنسبة للقانون الجزائري، فقد كان يخضع شكل الوصية، و يلحق بها سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، لقانون الموصي وقت الإيصاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، بموجب قاعدة إسناد خاصة هي المادة 2/16 قانون مدني. غير أن هذه الفقرة ألغيت في القانون المدني المعدل سنة 2005، مما يستخلص منه أن المشرع أراد إخضاعها للقاعدة العامة في شكل التصرفات القانونية، أي المادة 19 قانون مدني. و بهذا تخضع الوصية و سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، إما لقانون محل إبرامها، أو للقانون الوطني المشترك للموصي و الموصى له، أو المتبرع والمتبرع له، و هو قانون جنسيتها إن اتحدا جنسية، وإما لقانون موطنهما المشترك، أو للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية و هو قانون جنسية الموصي أو المتبرع وقت الوفاة . إلا أن هذا القانون الأخير يطرح ثغرة قانونية، لأن فيه عنت للموصي أو المتبرع ، مادام أنه لا يعلم هذا القانون سلفا، فقد يطرأ تغيير على جنسيته بعد عمل الوصية أو التصرف، و قبل الوفاة مما قد يؤدي إلى إبطالها، كما أنه غير منطقي لأنه يتعارض مع المبادئ العامة، التي تحكم شكل التصرف أي القانون الساري المفعول وقت إبرامه<sup>3</sup>.

وهكذا يظهر، أن موقف المشرع الجزائري، قبل التعديل كان أفضل، بنصه على قاعدة إسناد صريحة بخصوص شكل الوصية، إذ كان يجنبنا وجود أي ثغرة قانونية.

<sup>1</sup> - المادة 2/17 قانون مدني مصري، و نفس المادة قانون مدني ليبي، و المادة 2/18 قانون مدني أردني، و نفس المادة قانون مدني سوري.

<sup>2</sup> - Jean Derruppé,op, cit,p 169, 170.

<sup>3</sup> -زروتي الطيب، المرجع السابق، ص202، و أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص911

وبناء على ما تقدّم، فالجزائريين في الخارج أن يحرروا وصاياهم في الشكل المعمول به في محل إبرامها تطبيقاً لقاعدة لو كيس، أو لدى أعوان السلك الدبلوماسي و القنصلي الجزائري المعتمد في الخارج.

و في الأخير فإن التمييز بين ما يعتبر من الشروط الموضوعية للوصية، و شروطها الشكلية هو مسألة تكيف تخضع لقانون القاضي.

ونتهي هذا الفصل، بالقول أنه إذا كان المشرع الجزائري، أسند الحالة والأهلية بصفة عامة لقانون جنسية الشخص، في المادة 10 قانون مدني، فإن هذا لم يكن كافياً، لضبط حدود تطبيق قانون الجنسية، فيما يخص هذه العلاقات، وخاصة فيما يخص العلاقات الأسرية التي تشمل على طرفين، والتي أحسن المشرع، بالنص على قواعد إسناد صريحة بخصوصها، وبذلك عين لنا جنسية أي من الطرفين، يجب التعويل عليها، والوقت الذي يجب الاعتداد فيه بضابط الإسناد، وهذا ما فعله في المواد من 11 حتى 16 قانون مدني.

هذا، ولا يزعم من قيمة أو دور قانون الجنسية، انه يرد عليه بعض الاستثناءات التي توجب تطبيق قانون القاضي، بالأفضلية في حدود معينة، وذلك إذا ما اقتضت المصلحة الوطنية ذلك، كالمادة 2/10 قانون مدني الخاصة بإخضاع أهلية الأجنبي للقانون الجزائري، والاستثناء المقرر في المادة 13 قانون مدني، والذي يقضي بتطبيق القانون الجزائري وحده على انعقاد الزواج، آثاره، وانحلاله، إذا كان احد طرفيه جزائرياً عند انعقاده، أو كالتدابير الاستعجالية والوقائية، التي لا ينتظر اتخاذها الفصل في النزاع.

وعلى كل، فإن الإحاطة بدور الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية، لا ينته هنا، بل يطال طريقة تعيين، وتطبيق قانون الجنسية، وذلك لأنه تثور عدّة صعوبات وعراقيل، سواء أثناء البحث عن قانون الجنسية المختص، أو أثناء إعماله وتطبيقه. وعليه، ما هي هذه الصّعوبات، وكيف كانت مواجهتها؟



## الفصل الثاني:

### الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية، وكيفية معالجتها.

إذا كانت الجنسية هي ضابط الإسناد الأصلي والرئيسي، الذي تنسب إليه جميع الطوائف التي تكيف في فكرة الأحوال الشخصية في الجزائر والدول العربية واللاتينية. فهذا ليس معناه أن لها هذا الدور بصورته الإيجابية فقط على مستوى تنازع القوانين، بل هي قد تلعب دورا سلبيا في هذا الإطار، يتمثل في المشاكل والصعوبات التي قد يثيرها إعمال هذا الضابط .

إن هذه الصعوبات تأتي في مرحلة أولى، عند البحث عن ضابط الجنسية المختص، فتعيق أو تعقد من عملية تحديده، مما ينعكس في صعوبة الوصول للقانون المختص بحكم النزاع، والمميز فيها أنها ناشئة من طبيعة ضابط الجنسية ذاته. فهو رابطة قابلة للتعدد أو الانعدام، مما يثير مشكلة التنازع الإيجابي والسلبى للجنسية، كما أنه رابطة قابلة للتغيير بإرادة الشخص، من وقت نشوء العلاقة القانونية، إلى وقت الفصل فيها، مما يثير مشكلة التنازع المتحرك، بل حتى عندما يشير ضابط الجنسية إلى تطبيق قانون دولة معينة، فيكون ذلك بصفة مجردة، و لا يقدر بذاته على تحديد أي شريعة من بين شرائعها الداخلية المتعددة هي المختصة، على فرض وجود هذا التعدد. وهو ما يطرح مشكلة الإسناد إلى قانون دولة متعددة الشرائع .

وبعد الانتهاء من عملية تحديد ضابط الجنسية المختص، أي بعد الوصول للقانون المسند إليه، تأتي مرحلة تطبيقه، وهنا تثار مشاكل أخرى ناتجة عن إعمال النظرية العامة لتنازع القوانين، هي كل من مشكلة الإحالة، الدفع بالنظام العام، والغش نحو القانون. هذه المشاكل التي وإن كانت تختلف في مضمونها، إلا أنها تؤدي لنتيجة واحدة هي استبعاد قانون الجنسية الواجب التطبيق على النزاع، وتطبيق قانون آخر بدله، أي تغيير في الحل النهائي للنزاع، وذلك إما نتيجة الأخذ بضوابط الإسناد في قانون الجنسية المختص بحكم النزاع، والتي قد تشير بتطبيق قانون آخر في الإحالة، وإما نتيجة مخالفة قانون الجنسية الواجب التطبيق للأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي في حالة الدفع بالنظام العام، وإما بثبوت الاختصاص لقانون الجنسية، نتيجة الغش والتحايل على أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على النزاع، في الغش نحو القانون.

هذا، وما فتئ الفقه من البحث عن أكثر الحلول ملاءمة لتلك الصعوبات، سواء التي تثار أثناء البحث عن قانون الجنسية، أو أثناء تطبيقه، وذلك لتسهيل تعيين ضابط الجنسية المختص وإعماله، والتأكيد على فعاليته كوسيلة لحل مشاكل تنازع القوانين. ولهذا، سيتم التطرق للصعوبات التي يثيرها البحث عن ضابط الجنسية، (مبحث أول)، والصعوبات التي يثيرها تطبيق قانون الجنسية، (مبحث ثان).

## المبحث الأول:

### الصعوبات التي يثيرها البحث عن ضابط الجنسية.

إن البحث عن ضابط الجنسية المختص بحكم النزاع، لا يثير أية صعوبة متى كان للفرد جنسية واحدة، إلا أن الصعوبة تظهر متى كان تعدد في هذه الرابطة، بأن يكون الفرد حاملاً لجنسية دولتين أو أكثر، أو لا يحمل أية جنسية على الإطلاق. فهنا لتعيين قانون الجنسية المختص، بحكم النزاع لا بد من المفاضلة بين الجنسيات المتعددة، واختيار إحداها دون الأخرى، في الفرض الأول، أما في الفرض الثاني، فلا بد من البحث عن حل بديل محل ضابط الجنسية غير الموجود أصلاً.

كما تظهر الصعوبة أيضاً، متى تغيرت جنسية الشخص من وقت نشوء العلاقة القانونية، إلى وقت رفع الدعوى فيها، فيثور البحث عن معيار الترجيح بين قانون جنسيته القديم وقانون جنسيته الحديث، ثم إن البحث عن قانون الجنسية، لا ينتهي عند الإشارة بتطبيق قانون دولة معينة، إلا متى لم تكن هذه الأخيرة متعددة الشرائع سواء إقليمياً أو طائفيًا، لأنه في هذه الحالة لا بد من تحديد أي شريعة من بين هذه الشرائع الداخلية، هي الواجبة التطبيق.

وعليه، سيتم التركيز على طبيعة الحلول التي جاءت لمواجهة تلك الصعوبات، أكثر من تعريفها أو تبيان ماهيتها، وهذا كله من خلال تناول مشكلتي التنازع الإيجابي والسلبي للجنسية، (مطلب أول)، ومشكلتي التنازع المتحرك والإسناد إلى قانون دولة متعددة التشريعات، (مطلب ثان).

## المطلب الأول: التنازع الإيجابي والسلبي للجنسية.

إن الوضع المألوف للجنسية، يتمثل في كونها رابطة واحدة تجمع بين فرد واحد ودولة واحدة، لا أكثر ولا أقل، فإن كثرت أو قلت كنا أمام شذوذ في هيئة تلك الرابطة<sup>1</sup>. فالجنسية رابطة سياسية تقوم على الولاء والانتماء، والتعدد فيها يبعثر هذا الولاء ويشنقه، وبانعدامها يندم ولاء الشخص اتجاه جميع الدول، مما يؤثر على مركزه وتمتعته بالحقوق<sup>2</sup>. ومع هذا، فإن مشكلتي التنازع الإيجابي، والسلبي للجنسية، هما ظاهرتين ملموستين ومنتشرتين في المجتمعات الحديثة، وذلك نتيجة الحرية الكاملة للدولة في مادة الجنسية، والتي تحدد بموجبها رعاياها بما يخدم مصلحتها، وسياستها السكانية، دون أن تعبأ لتشريعات غيرها من الدول، إذ لا يحدها إلا بعض القيود الضئيلة، التي يفرضها القانون الدولي العام، والمفتقرة إلى عنصر الإلزام في معظمها<sup>3</sup>.

هذا، و التنازع الإيجابي للجنسية، معناه أن يتمتع الفرد بأكثر من جنسية في الوقت نفسه، أما التنازع السلبي للجنسية، فهو أن لا يكون للفرد أية جنسية، بأن لا يتبع أي دولة على الإطلاق. وعلى كل، فإن هذين المصطلحين غير دقيقين من الناحية الفنية، لأن الجنسية في كلتا الحالتين، ليست محلاً للتنازع باعتبارها من القانون العام<sup>4</sup>.

إن الآثار السيئة المترتبة عن مشكلتي تعدد الجنسيات وانعدامها، هي التي جعلتهما محل اهتمام الفقه والقضاء الدولي، كاتفاقية لاهاي لسنة 1930 المتعلقة ببعض مسائل تنازع القوانين في شأن الجنسية، التي قررت 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، وأن المثل الأعلى الذي يجب أن تحتذيه البشرية في هذا الشأن، هو القضاء كلية على ظاهرتي تعدد الجنسية وانعدامها"<sup>5</sup>. ومع هذا، فإن تحقيق هدف الاتفاقية بالقضاء على هاتين الظاهرتين،

<sup>1</sup>-حسام الدين فتحي ناصف، مشكلات الجنسية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص7 و8.

<sup>2</sup>-سعید يوسف البستاني، إشكالية وأفاق تطور قانون الجنسية في لبنان والدول العربية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص161.

<sup>3</sup>-هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص375.

<sup>4</sup>-مختاري هوارية حنان، نظرية الجنسية وأحكامها في ظل آخر تعديل للتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، وهران، 2007، 2008، ص84.

<sup>5</sup>-حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص7.

هو شيء مستحيل، ولهذا، سنكتفي بالتطرق لكيفية مواجهتهما، وطريقة تعيين القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسيات وعديمها.

وفي هذا الإطار، فإن مساعي الفقه والتشريعات، انصبت في محورن رئيسيين، فهم إما يأتون بحلول عامة مجردة، لتعين قانون الجنسية الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لمتعدد الجنسية ومنعدمها، وإما أن تكون هذه الحلول وظيفية، لا تسري في كافة الفروض، بل خاصة بكل مسألة على حدا.

### الفرع الأول:

#### الحلول العامة والمجردة لتعيين قانون الجنسية الواجب التطبيق على متعدد الجنسيات وعديمها.

إن تحديد قانون الجنسية، الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لمتعدد الجنسية، ولعديمها، يختلف بحسب طبيعة المسألتين، فتعدد الجنسية يطرح مسألة مفاضلة واختياريين الجنسيات المتراكمة التي يحملها الشخص، بينما يطرح انعدام الجنسية، البحث عن حل بديل لضابط الجنسية المعدوم، وغير الموجود أصلاً.

على أن القاسم المشترك بين هذه الحلول، أنها مطلقة وعامة، تصلح للتطبيق على جميع المشاكل المترتبة عن ظاهرتي تعدد الجنسية وانعدامها، باعتبارهما مشكلتين قائمتين بذاتهما، يرصد لكل منهما حل موحد، يكون بمثابة المبدأ العام الذي يسري في كافة الفروض<sup>1</sup>.

وعليه، ما هي هذه الحلول التي خصصت لكل من مشكلتي تعدد الجنسية وانعدامها.

#### أولاً: الحلول المخصصة لمشكلة تعدد الجنسية.

إن طريقة تعيين قانون الجنسية الواجب التطبيق على متعدد الجنسيات، تتبلور في اتجاهين، اتجاه قديم و شائع، واتجاه حديث ونادر الانتشار. الاتجاه الأول يفرق بين الحالة التي تكون فيها جنسية دولة القاضي إحدى الجنسيات المتنازعة، والاتجاه الثاني يضع حلاً موحداً

<sup>1</sup> - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 207.

لجميع حالات التنازع، دون تفرقة بين ما إذا كانت جنسية دولة القاضي من بين هذه الجنسيات أو لا.

### أ- الاتجاه الذي يفرق بين حالات التنازع التي ضمنها جنسية دولة القاضي، أم لا.

إن الاعتبارات القائمة على فكرة السيادة، وتطبيق القانون الإقليمي للقاضي، جعلت الفقه يواجه مشكلة التنازع، التي تكون فيها دولة القاضي إحدى الجنسيات المتنازعة، بطريقة تختلف عن حل مشكلة التنازع التي ليس من ضمنها هذه الجنسية.

### 1- جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة:

إذا حدث تنازع بين جنسيات ثابتة، من بينها جنسية القاضي المطروح عليه النزاع، فهنا يكاد ينعقد الإجماع فقهاً وقضياً، في غالبية الدول إلى تطبيق قانون هذه الجنسية، و صرف النظر عما سواها، و لو كان الشخص يرتبط بالجنسية الأجنبية التي أستبعد تطبيقها، أكثر من ارتباطه بجنسية القاضي، أو تركزت مصالحه فيها.

ويجد هذا الحكم أساسه في أن القاضي يلزم بتطبيق تشريع بلده، ولو خالف ما يقضي به النظام الدولي، وذلك لأن الدولة هي من حددت قواعد جنسيتها، وعنصر السكان المكوّن لها وفق ما يحقق ظروفها ومصالحها، مما يعني أن السلطات المختصة إدارية كانت، أم قضائية تلزم بالانصياع لأوامر مشرعها، وأن ترجح الجنسية الوطنية، وتتجاهل الجنسيات الأخرى، بل إن بعض الشراح، يذهب إلى حدّ القول بأنه لا يوجد في هذه الصورة تنازع بين قانون جنسية القاضي، وقوانين الجنسية الأخرى، لأن هذه الأخيرة ليست بالنسبة له سوى وقائع. هذا المنطق يؤدي إلى أن تعيين قانون الجنسية، سيختلف تبعاً للمحكمة التي يطرح عليها النزاع<sup>1</sup>.

ولقد أخذت المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي المبرمة في عام 1930 بهذا الحلّ، بنصّها على أن: "كل شخص يتمتع بجنسيتين أو أكثر، يمكن أن تعتبره كل الدول التي له جنسيتها من

<sup>1</sup> صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري والليبياني، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1976، ص 362.

رعاياها". كما اخذ بهذا الرأي جميع القوانين العربية- بما فيها المشرع الجزائري<sup>1</sup> - و كرسته بعض التشريعات الأجنبية صراحة<sup>2</sup>، بينما تواترت أحكام القضاء والفقهاء على الأخذ به فقط، في تشريعات أخرى<sup>3</sup>.

هكذا يظهر أن قاعدة ترجيح قانون القاضي في هذا الشأن، أصبحت قاعدة عالمية من قواعد القانون الدولي، وهي لا تقتصر كحل لمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لمتعدد الجنسية، بل تشمل كذلك مشكلة تحديد مركزه بين الأجانب- أو مدى تمتعه بالحقوق- ومشكلة الاختصاص القضائي الدولي الخاصة به.

ومع هذا يرد عليها بعض الاستثناءات، تجعل الدولة تعامل متعدد الجنسية، الذي تعدّه من مواطنيها باعتباره أجنبياً، و تطبق على بعض أحواله الشخصية القانون الأجنبي، احتراماً لمعاهدة دولية قد تبرم بينها و بين الدولة الأخرى التي يتمتع أيضاً بجنسيتها<sup>4</sup>. أما بخصوص مدى تمتعه بالحقوق، فإنه من المبادئ المسلم بها دولياً، عدم جواز ممارسة دولة معينة حمايتها الدبلوماسية لصالح أحد رعاياها، إزاء دولة أخرى يتبعها هذا الشخص بجنسيته كذلك، (المادة 4 من اتفاقية لاهاي لعام 1930). 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 انتماءه الفعلي لها، ، وذلك نتيجة خشية الدولة على أمنها من رعايا الأعداء، وحتى تستطيع أن تتخذ في مواجهته الإجراءات الاستثنائية، كتصفية نشاطه ووضع أمواله تحت الحراسة<sup>5</sup>.

إن هذا الاتجاه التقليدي الواسع الانتشار، و بالرغم من كثرة أنصاره، إلا أنه وجهت إليه عدة انتقادات قد تتال من مكانته، و تدعو إلى ضرورة تجاوزه و البحث عن معيار آخر أنسب. فهو يقوم على اعتبار سياسي و ليس قانوني، لأن إعلاء الجنسية الوطنية، إنما يراد به تحقيق

<sup>1</sup>-تنص المادة 22 فقرة 2 قانون مدني جزائري أنه: " غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية ، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول." ويقابل هذه المادة في التشريعات العربية(م27مدني سوري)، (م26مدني أردني)، (م25مدني مصري)،ولها نظير في التشريع المغربي والتونسي، وغيرها.

<sup>2</sup> - نذكر القانون الإسباني، البولوني، البرتغالي، الروماني، المكسيكي، الكوري، و القانون الألماني.

<sup>3</sup> - كبلجيكا، إيطاليا، فرنسا، الدنمارك، تركيا، بوروندي، الصين.أنظر عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دراسة تحليلية وتأصيلية في القانون المصري والمقارن، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص 76 - 77.

<sup>4</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 104.

<sup>5</sup>- هشام علي صادق، الجنسية المصرية، مرجع سابق، ص 397.

مصالح دولة القاضي، دونما نظر إلى مصالح الشخص المعني نفسه، أو مصالح الدولة الأخرى التي يحمل الشخص جنسيتها أيضاً<sup>1</sup>، وهو ما يؤدي إلى عدم تطابق الجنسية القانونية مع الجنسية الواقعية، ما دام أن القاضي سيطبق في جميع الأحوال قانون جنسيته، بصرف النظر عن ارتباط متعدد الجنسية بها فعلا، و معيشته على إقليمها، و حمله لمشاعر الولاء لها أم لا. ومن العيوب المأخوذة عليه أيضا، أنه يؤدي لاختلاف الحلول من دولة لأخرى ، ذلك أن كل دولة سيطرح النزاع أمامها، ستعتبر متعدد الجنسية من رعاياها، و تطبق عليه قانونها دون الالتفات للجنسية الأخرى التي يتمتع بها. إذن لا يعدو أن يكون هذا سوى حل ظاهري، و يترتب عليه إعاقة عمل الاتفاقيات الدولية، التي تجعل من الجنسية ضابطا للإسناد في بعض المسائل، كما الشأن بالنسبة لإتفاقية " لاهاي" المنعقدة في 15 أكتوبر 1961، المتعلقة بالاختصاص القضائي و القانون الواجب التطبيق لحماية القصر. هذه الاتفاقية التي تسعى إلى توحيد الحلول، وهو ما لا يمكن تحقيقه، في ظل هذه الوجهة في حل تعدد الجنسيات، لان أحكامها تنطبق على أطفال، أبويهما مختلفي الجنسية، وهم عادة ما يتمتعون بجنسية أبويهما، و لمّا كانت المنازعات المتعلقة بهم، ستطرح أمام المحاكم التي ينتمي إليها كلا الوالدين، و ستطبق كلا المحكمتين قانونهما، فمن شأن هذا أن يؤدي إلى تعارض الحلول بعكس ما هدفت إليه الاتفاقية.

ومن آثار الأخذ بهذا الرأي ، أنه يؤدي إلى تقليل فرصة تنفيذ الحكم الصادر من دولة القاضي، خاصة متى كانت الدولة الأخرى التي يحمل جنسيتها أيضا، هي دولة جنسيته الفعلية، التي يكون متوطنا أو مقيما فيها. فهذه الأخيرة تبرر رأيها في عدم التنفيذ، بأن الاختصاص القضائي لم يكن مبنيا على رابطة فعلية و جدية بين المحكمة و النزاع، و أن الاختصاص التشريعي لم يتحدد تحديدا صحيحا بالنظر لقواعد الإسناد<sup>2</sup>.

## 2- التنازع بين جنسيات أجنبية ليس من بينها جنسية قاضي النزاع:

إذا لم تكن جنسية دولة القاضي ضمن الجنسيات المتنازعة، فقد ثار خلاف كبير، و ظهرت عدة معايير للمفاضلة بين هذه الجنسيات، وابتداء نشير إلى أن القاضي لن يجد هنا

<sup>1</sup>- هشام خالد، المركز القانوني لمعدد الجنسية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 117.

<sup>2</sup>- عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية، مرجع سابق، ص 128.

العون في قانونه، لأنه من ناحية غريب عن العلاقة المعروضة ، كما أن الأصل في قاعدة الإسناد في بلده، والتي أشارت إلى تطبيق قانون الجنسية أنها محايدة . ولهذا، فقد ظهرت عدّة معايير في هذا الشأن، تذهب إلى ضرورة ترجيح جنسية واحدة على الجنسيات المتنازعة الأخرى، سواء كانت الجنسية الأسبق في التاريخ<sup>1</sup> تأسيساً على فكرة الحق المكتسب، أو الجنسية اللاحقة في التاريخ<sup>2</sup> تأسيساً على فكرة حق الشخص في تغيير جنسيته، أو بتحويل صاحب صاحب الشأن اختيار الجنسية التي يريد أن يعامل وفقاً له<sup>3</sup>، على أساس تجاوبها مع شعوره الفردي، ورغبته الحقيقية بالانتماء إلى دولة معينة، بينما يرى آخرون الأخذ بالجنسية الأقرب والمشابهة في أحكامها إلى أحكام جنسية دولة القاضي<sup>4</sup>،

إلا أنها جميعاً معايير منقّدة، لأنها لا تأتي بتبريرات مقنعة، لضرورة اختيار قانون جنسية واحدة وإهمال الأخرى، ما دام أن الشخص اختار التمتع بجمعهم، لذلك بحث الفقه عن معيار آخر أكثر واقعية ، فتوصل إلى تطبيق جنسية الدولة التي اتخذ فيها الشخص موطناً له أو محلاً لإقامته، على أساس انه اختار الخضوع لها من الناحية الفعلية ، غير أنه تبين قصور هذا المعيار، في الحالات التي يكون فيها الشخص مقيماً أو متوطناً في دولة لا يحمل جنسيتها<sup>5</sup>. ولتلافي مساوئ تعدد الجنسيات، والبحث عن ترجيح إحداهما دون الأخرى، فقد رأى جانب آخر من الفقه<sup>6</sup>، أن يؤخذ بالموطن كضابط إسناد احتياطي بدل الجنسية، وهو الرأي السائد عند بعض التشريعات الحديثة، كالقانون الدولي الخاص المجري لسنة 1979 (المادة 3/11)<sup>7</sup>، وقانون الجنسية البرتغالي لسنة 1981 (المادة 28)<sup>8</sup>.

ومهما كان من أمر الخلاف السابق، إلا أن الرأى الراجح في التشريعات المقارنة، يذهب إلى ضرورة الأخذ بالجنسية الفعلية أو المهيمنة، وهي أكثر الجنسيات اتفاقاً مع الواقع، لأن

<sup>1</sup> - من هذا الرأي الفقيه "PILLET"

<sup>2</sup> - من هذا الرأي الأستاذ "VON BAR"

<sup>3</sup> - كتب في هذا الرأي الفقيه « JORDAN »، وله بعض التطبيقات في القضاء اللبناني، انظر عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية، مرجع سابق، هامش 1، ص 163.

<sup>4</sup> - من هذا الرأي الفقيه الفرنسي "WEISS"

<sup>5</sup> - صوفي حسن أبو طالب ، المرجع السابق ص 365.

<sup>6</sup> - الفقيه "نبوييه"، ورد بمرجع عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية، مرجع سابق، ص 169.

<sup>7</sup> - تنص هذه المادة: أن القانون الشخصي لمتعدد الجنسيات، متى لم تكن الجنسية المجرية من بينها، هو قانون الدولة التي يوجد موطن الشخص فيها، 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 توثقاً .

<sup>8</sup> - عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 704.

الشخص يعيش في كنفها فعلا ويرتبط بها، أكثر من غيرها من الجنسيات، بحيث يستدلّ عليها بمجموعة من القرائن، منها أن تكون المكان الذي اتخذته الشخص موطناً له ، وعاش في إقليمه، وتمتّع بحقوق المواطنين فيه، كمباشرة حقّ الإنتخاب والترشيح للنيابة، وأدائه الخدمة العسكرية به، أو التحاقه بالوظائف العامة فيه، وغيرها من العوامل التي يهتدي بها القاضي للتنبّئ من اندماج الشخص بمجتمع ما، كأن يتحدث الشخص بلغة ذلك البلد ، وتتجمّع مصالحه التجارية فيه.

ولقد ترسخ معيار الجنسية الفعلية في القانون المقارن، إذ تأخذ به غالبية التشريعات الأجنبية والعربية<sup>1</sup> - بما فيها القانون الجزائري- الذي ينص في المادة 22 / 1 مدني أنه: " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية". كما تبنته المادة الخامسة من اتفاقية لاهاي لعام 1930، التي قضت بتفضيل جنسية الدولة التي اتخذها الشخص محلاً لإقامته العادية ، أو التي يظهر أنه أكثر ارتباطاً بها من غيرها<sup>2</sup> ، وتواترت أحكام القضاء الدولي على الأخذ به كذلك، كحكم محكمة التحكيم الدولية بلاهاي في 3 ماي 1912 في قضية "كانيفارو" "CANEVARO"، الذي كان يحمل الجنسيتين، الإيطالية بحكم رابطة الدم لأن أبوه إيطالي، والبيروفية بحكم رابطة الإقليم لأنه ولد فيها، حدث وأن طالبتة حكومة البيرو بدفع الضرائب المستحقة عليه، فرفض بحجة انه إيطالي الجنسية، واستجد بالحماية الإيطالية، فعرض النزاع على المحكمة المذكورة ، فرجحت إنتسابه للبيرو باعتباره قانون جنسيته الفعلية ، لأنه عاش في كنفها ومارس بإقليمها حقوق المواطن، حتى أنه رشح نفسه للنيابة فيها<sup>3</sup>.

و حكم محكمة العدل الدولية سنة 1955 في قضية " نوتبوهم" الألماني الجنسية، المتحصل على جنسية إمارة ليشنتشين ، التي أقامت دعوى ضد " جواتيمالا" ، لأنها رفضت تعويض " نوتبوهم" عن أمواله التي استولت عليها، حينما كان متوطناً بها.

<sup>1</sup> - نذكر منها القانون اليوناني ، البولندي ، التركي ، النمساوي ، البرتغالي، المكسيكي، الاسباني، البلجيكي، وقد طبقه القضاء في فرنسا، إيطاليا ، ألمانيا، أما في التشريعات العربية نذكر القانون السوري، الأردني، الليبي، المغربي ، التونسي، المصري، اللبناني، انظر عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص708، 709.

<sup>2</sup> - حسن الهداوي، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني ، الطبعة الأولى، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1993. ص 64.

<sup>3</sup> - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص190.

فدفعت " " جواتيمالا " بأن " نوتبوهم " لم يكتسب جنسية إمارة ليشنتشين اكتسابا صحيحا، إذ لم يندمج في جماعتها الوطنية، و من ثمة لا يحق لها حمايته ، و هو ما أجابتها المحكمة إليه، على أساس أنه لم يرتبط ارتباطا فعليا بجنسيته.<sup>1</sup>

### ب-الاتجاه الذي يضع حلا موحدًا لجميع حالات التنازع.

نظرا للانتقادات الموجهة للرأي الذي يدعو إلى تطبيق قانون القاضي دائما ، متى كان من بين الجنسيات المتنازعة، من حيث أنه يؤدي إلى قلق مستمر في المركز القانوني للشخص، لأن معاملته في إحدى الدول التي يتمتع بجنسيتها، ستختلف عن معاملته أمام القضاء الدولي أو لدى دولة ثالثة، فإن بعض الفقه ينادي بتطبيق معيار الجنسية الفعلية، للتفضيل بين الجنسيات المترابطة على الشخص في جميع الفروض، دون المبالاة إذا كانت جنسية قاضي النزاع بين هذه الجنسيات أو لا.<sup>2</sup> و أساس هذا الاتجاه هو الاعتداد بالتبعية الواقعية، و ليس التبعية السياسية، أي تغليب الجنسية الواقعية على الجنسيات الأخرى، التي يحملها متعدد الجنسية بما فيها جنسية دولة القاضي. وهذا ما يؤدي إلى وحدة الحل و عدم تضاربها.<sup>3</sup>

إن هذا الاتجاه الحديث الذي أيده الفقه الفرنسي و الإيطالي<sup>4</sup>، أبرزته قرارات ملفتة للقضاء في عدة بلدان أوروبية -كألمانيا، إيطاليا، الدنمارك، هولندا ، وسويسرا- فقد طبقت المحكمة الفدرالية السويسرية في 1934/11/04، الجنسية الفعلية بشأن الوصاية على القاصر، على الرغم من أن الجنسية السويسرية كانت من بين الجنسيات التي يحملها الشخص، بحجة أن الجنسية الأجنبية ، هي التي يرتبط بها الشخص فعلا، و يتوطن فيها و يعيش في كنفها.

كما أن المحكمة الإدارية العليا في سوريا، في قضية الطالب "محمد علي الكتاني" الذي يحمل الجنسيتين المغربية و السورية. المغربية الأصلية التي اكتسبها بالتبعية لوالده على أساس حق الدم، و الجنسية الثانية الطارئة التي حصل عليها بالتجنس، بفعل إقامته المستمرة في سوريا، قضت باعتبار الأفضلية للجنسية الأصلية، أي المغربية، و بأنه لا يجوز أصلا منح

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، الجنسية المصرية، مرجع سابق، هامش 1. ص 220.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، الجنسية المصرية ، مرجع سابق ، ص 396.

<sup>3</sup> - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 217.

<sup>4</sup> - الفقه المؤيد لهذا الرأي هو " J.P.LABORDE " و " MAURY " و " ISAY " و " KAHN " وغيرهم، ورد بمرجع عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية، مرجع سابق، هامش 1، ص 129.

الجنسية لشخص يحمل جنسية معينة ، ما لم توافق الدولة التي يتبعها ذلك الشخص على إسقاط جنسيتها عنه.<sup>1</sup>

وعلى العموم، فإن فكرة الجنسية الفعلية بدور ها كانت محل نقد ، فبالرغم من أنها تحقق الأمان القانوني للمتعاملين، عن طريق تطبيق حل واحد على متعدد الجنسية في جميع الفروض، وأيا كانت الدولة التي يطرح النزاع أمامها ، سواء كانت من الدول التي يحمل جنسيتها أو دولة من الغير. إلا أنها ليست بالفكرة القاطعة محددة المضمون ، وذلك لاختلاف الدول حول مفهومها وطبيعة العناصر المكونة لها ، مما قد يولد اختلافا حولها، حسب طبيعة الدولة التي يطرح النزاع أمامها، وهذا ما يؤدي إلى اختلاف الحلول النهائية للمنازعات ، وما يعكسه من أحكام متناقضة قد تؤدي إلى صعوبة تنفيذ الأحكام الأجنبية.

ومن جانب آخر، هناك اعتبارات سياسية من شأنها أن تحول دون الأخذ بفكرة الجنسية الفعلية ، خصوصا في الدول المستقبلية للمهاجرين، أصحاب الثقافات المغايرة لتلك السائدة في الدول المضيفة لهم . ففي فرنسا مثلا، لا يسمح للفرنسي الذي يحمل الجنسية الجزائرية أيضا، أن يتمسك بحقه في إبرام زواج ثان، من غير أن ينحلّ زواجه الأول ، أو بحقه بإيقاع التطلاق بالإرادة المنفردة، متذعرا بأن جنسيته الجزائرية هي الأكثر فعالية من الجنسية الفرنسية . وبالمثل فلن يقبل في الجزائر حرمان الجزائري المسلم، الذي يحمل في نفس الوقت الجنسية الفرنسية من حقه في تعدد زوجاته في الحدود المشروعة، ولو كانت الجنسية الفرنسية هي الأكثر فعالية .

كما أنه من الصعوبة تطبيق هذا المعيار، لأنه يصطدم بحقيقة وضعيّة هي أن معظم الدول، مازالت تأخذ بترجيح جنسية دولة القاضي، متى كانت من بين الجنسيات المتنازعة، فأعراض المشرعين عن الأخذ بالجنسية الفعلية، لدليل على عدم إمكان تطبيقها في تلك الدول.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>- سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق ، ص 219، 220.

<sup>2</sup>- هشام خالد ، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، مرجع سابق ، ص 123، 124.

## ثانيا: الحلول المخصصة لمشكلة انعدام الجنسية:

لقد تم وضع عدّة معايير لتعيين القانون الشخصي لعديم الجنسية ومنها، نجد أن البعض ينادي بوجوب تطبيق قانون القاضي عليه<sup>1</sup>، على أساس عدم وجود تنازع بين القوانين في هذا الفرض، و بالتالي لا وجه لإعمال قاعدة الإسناد. غير أن هذا الرأي معيب، لأن ذلك القانون، قد لا يتلاءم مع طبيعة المسألة المطروحة ، متى لم يكن عديم الجنسية متوطنا في دولة القاضي، و من جهة أخرى فليس ثمة ما يبرر الرجوع إليه أصلا، مادامت توجد حولا بديلة أكثر ملاءمة.<sup>2</sup> و من هذه الحلول، فإن جانبا من الفقه يرى بضرورة تطبيق قانون آخر دولة كان يتمتع الشخص بجنسيتها ، على أساس أنها أقرب جنسية صلة به ، باعتبار أنه قد عاش في كنفها فترة من حياته، و أحكام قانونها معروفة لديه ، و غير مخلة بتوقعاته و استقرار معاملاته. و قد كان يأخذ بهذا الرأي القانون المدني الألماني قبل تعديله سنة 1938، و ما يعاب عليه أنه يبقي على رابطة لم يعد لها وجود، فإذا كانت الصلة بين عديم الجنسية و الدولة التي كان ينتمي إليها قد انقطعت بخروجه من جنسيتها، فكيف يتصور تطبيق أحكام قانونها عليه؟ بل من المتصور أن تنقضي الدولة من الناحية القانونية في الفترة اللاحقة على خروجه من جنسيتها، كما حدث بالنسبة للاتحاد السوفيتي سابقا، و مع النمسا قبل الحرب العالمية الثانية، كما أنه يعجز عن مواجهة الفرض حيث يكون انعدام الجنسية معاصرا للميلاد<sup>3</sup>.

و قد حاول فريق من الفقه ملافاة بعض عيوب الرأي السابق ، فاقترح استثناء عديمي الجنسية، الذين لم تكن لهم أية جنسية سابقة من تطبيق المبدأ المذكور ، و ذلك بإخضاعهم لقانون الدولة التي ولدوا على إقليمها، أو لقانون الدولة المقيمين بها إذا لم يعرف مكان ميلادهم<sup>4</sup>.

و هذا الرأي بدوره لم يسلم من النقد، إذ قد تكون واقعة الميلاد عرضية، لا تعكس أي ارتباط بين الشخص و الدولة ، ولأنه قد يؤدي إلى إعطاء جنسية للشخص، لا تعترف له بها

<sup>1</sup>- قد أخذ بهذا الرأي قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة (م24)

<sup>2</sup>- هشام علي صادق، الجنسية المصرية ، مرجع سابق، ص 458.

<sup>3</sup>- فؤاد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 242.

<sup>4</sup>- فؤاد عبد المنعم رياض، المرجع السابق، نفس الصفحة.

الدولة التي ولد فيها بالتطبيق لأحكامها، و ذلك متى كانت هذه الدولة لا تمنح الحق في كسب جنسيتها إلا عن طريق الدم<sup>1</sup>.

و قد ذهب رأي آخر، إلى تطبيق قانون جنسية الدولة التي جرد منها الشخص بطريقة تعسفية، إلا أنه وجّهت إليه الكثير من الانتقادات كذلك ، فهو يتكلم عن الحلول في مواجهة حالة واحدة من حالات انعدام الجنسية، و المعروف أن حالات الانعدام كثيرة، و لا يمكن بأي حال حصرها في مجال التجريد من الجنسية، فمادّا سيطبّق في حالة الانعدام المعاصر للميلاد، أو في حالة ما إذا تخلّى الشخص عن جنسيته بملء إرادته، و من جهة أخرى أليس في هذا مساس بسيادة الدولة التي أصدرت أمر التجريد، لأنه لا يحق للقاضي أن يقدرّ سلوك الدولة التي كان ينتمي إليها عديم الجنسية ، و يحكم عليه إن كان تعسفا أم لا، فالمرجع في هذا التحديد إلى قانون الجنسية ذاتها، اللهم إلا إذا كان تجريد الشخص من جنسيته الأجنبية، قد تم مخالفا للقانون الدولي<sup>2</sup>.

و عليه يتجه الرأي الغالب فقها و قضاء<sup>3</sup>، في كثير من الدول، إلى تطبيق فكرة شبيهة بفكرة الجنسية الفعلية لتحديد مركز عديم الجنسية، و ذلك باعتباره ينتمي إلى الدولة التي يتصل بها من الناحية العملية أكثر من سواها، و هي تتمثل عادة في وجود موطنه ، أو محل إقامته، أو التي يرتبط بها على نحو أو آخر وفقا للمعايير المختلفة، التي أخذ بها القضاء الدولي لتحديد الجنسية الفعلية. وهذا الحلّ معمول به عند الكثير من التشريعات<sup>4</sup>، منها التشريع الجزائري، في تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005، إذ أعاد صياغة المادة 22 على الشكل التالي: "و في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

و بهذا يكون المشرع الجزائري طبق أحكام اتفاقية نيويورك المبرمة في 28 سبتمبر 1954، المتعلقة بالحماية الدولية لعديمي الجنسية<sup>5</sup>، والتي اهتمت بوضع هؤلاء، وبالقانون

<sup>1</sup>- عكاشة محمد عبد العال، الإتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص192.

<sup>2</sup>- عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية، مرجع سابق، ص 210.

<sup>3</sup>- من الفقهاء الذين يؤيدون الأخذ بهذه الفكرة نذكر Batiffol et lagarde، Makarov ، عز الدين عبد الله، فؤاد عبد المنعم رياض، شمس الدين الوكيل، صوفي حسن أو طالب، وغيرهم. نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 725 ، هامش3.

<sup>4</sup>- كالقانون الإيطالي، القانون الدولي الخاص الإسباني، النمساوي، المجري، التركي، السويسري، الروماني، الفرنسي ، المغربي، والكوري، أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص136.

<sup>5</sup>- لقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بمرسوم 64-173، المؤرخ في 08-06-1964، الجريدة الرسمية، عدد15 لسنة 1964، المؤرخ في 25 جويلية 1963.

الواجب التطبيق عليهم، بحيث تقضي في المادة 12 منها بخضوع أحوالهم الشخصية لقانون بلد موطنهم، أو لقانون محل إقامتهم إذا لم يكن لهم موطن. ولقد اعتمدت هذا الحل من قبل، المادة 12 من اتفاقية جنيف لعام 1951، المتعلقة بالحالة الدولية للأجانب السياسيين.<sup>1</sup>

في حين تركت بعض التشريعات للقاضي أمر تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الجنسية، و يأخذ بهذا الرأي معظم القوانين العربية<sup>2</sup> - كالقانون السوري ، المصري، الليبي، الأردني، الكويتي، اليمني- و منها التشريع الجزائري، قبل تعديل القانون المدني سنة 2005.

هذا، ويرى بعض الفقهاء<sup>3</sup>، أن ترك أمر تعيين القانون الواجب التطبيق للقاضي، يعني وجوب تقيده في ذلك بفكرة الموطن أو محل الإقامة، غير أن الفقه الراجح<sup>4</sup>، يرى بأن ترك للقاضي وضع قاعدة الإسناد الاحتياطية، وعدم تقيده بإتباع حل بعينه، يجعل من باب الإجتهد واسعاً في هذا المجال، فهو يشمل معيار الموطن أو محل الإقامة، كما تدخل فيه معايير أخرى كفكرة الحل الوظيفي.

## الفرع الثاني:

### الحل الوظيفي كأساس لتعيين القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسية

#### وعديمها.

إن الحل الوظيفي *la solution fonctionnelle* كما يظهر من اسمه، هو انه على القاضي ألا ينظر إلى تعدد الجنسيات وانعدامها، بصفتها مسألة مستقلة قائمة بذاتها، لها حل واحد وأوحد في كافة الأحوال ، أي أن عليه التحرر من التقيد بمبدأ عام مسبق، يعمل في كل الفروض كما في النظرية التقليدية، و أن ينظر إلى حالات التعدد والانعدام، على أنها مسألة تابعة أو أولوية تنثور بمناسبة مسألة أو مسائل أصلية، ولذا يجب حلها على ضوء النظر إلى المسألة الأصلية ذاتها، وهذا ما يؤدي لاختلاف الحلول بحسب ما إذا كانت المسألة محل النزاع

<sup>1</sup> - انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب المرسوم المؤرخ في 07 فيفري 1963.

<sup>2</sup> - حسن الهداوي ، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 67.

<sup>3</sup> - حسن الهداوي، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، مرجع سابق، نفس الصفحة.

<sup>4</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات ، مرجع سابق ، ص 196.

هي تحديد مركز الشخص بين الأجنبي، أو المحكمة التي لها الأحقية من الوجة الدولية في النظر في منازعاته ، و مدى إمكانية الاعتراف أو تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة بشأنه، أو تحديد القانون الواجب التطبيق على أحواله الشخصية<sup>1</sup>. إذ أن هذا الأخير يوجب البحث في هدف وغاية قاعدة الإسناد، والحكمة التي ابتغاها المشرع من وضع تلك القاعدة لحكم مسائل معينة دون غيرها، وفي ضوء هذا يتم تحديد قانون الجنسية، وهو أكثر القوانين تحقيقاً لذلك الغرض، وملاءمة لطبيعة المسألة محل النزاع. وعليه، فإن الحلول ستختلف من مسألة لأخرى حسب طبيعتها، وقاعدة الإسناد المناسبة لحكمها.

وهذا ما سيتم تفصيله، من خلال التطرق للحل الوظيفي كأساس لتعيين القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لكل من متعدد الجنسية، وعديمها.

**أولاً: الحل الوظيفي كأساس لتعيين القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لمتعدد الجنسية.**

إن فكرة الحل الوظيفي تقوم في مجال تعدد الجنسيات، على الترتيح والمفاضلة بين الجنسيات المتعددة، التي يحملها الشخص، لكن على أسس مختلفة ومغايرة للأسس التقليدية، القائمة على وضع مبدأ عام مسبق للحل. وعليه، ما هو مفهوم فكرة الحل الوظيفي فيما يخص تعدد الجنسيات، وكيفية تطبيقها؟ وما مدى رواج هذه الفكرة في القضاء المقارن، وعند التشريعات.

**أ- مفهوم فكرة الحل الوظيفي، وكيفية تطبيقها على حالات تعدد الجنسية.**

بما أن فكرة الحل الوظيفي تقوم على اختيار القانون الذي يحقق، ويتلاءم مع الغاية التي ابتغاها المشرع من وضع قاعدة الإسناد، لحكم مسائل قانونية معينة دون غيرها، فإنه لا تأثير لكون جنسية القاضي إحدى الجنسيات المتنازعة، أو لا، على اختيار ذلك القانون. إلا أن هذا ليس معناه إهمال تام لقانون القاضي في هذا المجال، بل يجب الأخذ به متى تبين لنا من خلال أعمال فكرة الحل الوظيفي ، أن هذا القانون هو الأصلح للتطبيق على متعدد الجنسية، دون غيره، وهذا لا يكون إلا في الفروض التي يتبين فيها بعد بتحليل قاعدة الإسناد التي تنطبق على

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الإتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات ، مرجع سابق، ص 86، 87.

النزاع ، واستتباط غايتها، أن مبنى تطبيق قانون الجنسية، وهو سيادة الدولة على رعاياها وتبعيتهم لها ليس محل شك ، إذ هو الغرض الكامل وراء وضع المشرع لتلك القاعدة<sup>1</sup>. فمثلا لا يتصور أن يحرم جزائري مسلم يحمل في نفس الوقت الجنسية الفرنسية، من حقه في طلاق زوجته بالإرادة المنفردة، أو من حقه في تعدد زوجاته، لأن مبنى سيادة الدولة على رعاياها، يقف للحيلولة دون منع هذا الشخص من التمتع بهذين الحقين في التراب الجزائري.

وفي المقابل، متى ظهر بعد تحليل قاعدة الإسناد، واستنتاج الغاية منها، أنها لا تركز على فكرة السيادة والتبعية السياسية لقانون القاضي، بل قانون الجنسية الأجنبية هو الأفضل والأكثر تلاءما مع طبيعتها، فيجب تطبيق هذا الأخير على النزاع<sup>2</sup>. و من ذلك ما تقرره المادة 17/311 مدني فرنسي، من أن الاعتراف بالبنوة الطبيعية يكون صحيحا متى تم طبقا لقانون جنسية المعترف (أي الوالد) ، أو قانون جنسية الطفل. فقاعدة التنازع هذه لها غاية مادية هي حماية الطفل ، والانحياز لقانون الجنسية الذي يقرّ بصحة الاعتراف بالبنوة، ولو كان هذا القانون هو قانون دولة أجنبية للوالد أو الإبن ، حتى ولو كان كل منهما يحمل في نفس الوقت الجنسية الفرنسية<sup>3</sup>.

أما إذا لم تكن جنسية دولة القاضي إحدى الجنسيات المتنازعة، فإن إعمال فكرة الحل الوظيفي لا يعني بالضرورة تطبيق قانون الجنسية الفعلية، فهو قد يؤدي إلى تطبيق هذه الجنسية، كما قد يؤدي إلى هجرها وتفضيل قانون الجنسية الأخرى عليها، وفي بعض الحالات الاستثنائية قد يتم هجر قانون الجنسية بالمرّة، والبحث عن قانون آخر أكثر ملاءمة لحكم المسألة المعروضة ، وهذا كله حسب طبيعة الهدف و الغاية من قاعدة الإسناد. فمثلا فيما يتعلق بالنفقة بين الأقارب فهي تخضع لقانون المدين بها (المادة 14 قانون مدني جزائري)، وإذا حللنا قاعدة الإسناد عرفنا أن الغاية منها، هي حماية القريب المحتاج الذي هو في حاجة للمساعدة، فإذا كان المدين بالنفقة يحمل جنسيتين أجنبيتين، قانون إحداها يوجب النفقة والآخر ينفىها،

<sup>1</sup>- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 682.

<sup>2</sup>- سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 224. و يرى هذا الدكتور أن الاتجاه الحديث الذي يدعو إلى الأخذ بالحل الوظيفي في تنازع الجنسيات يشبه الاتجاهات السائدة حديثا في الفقه و القانون المقارن على مستوى تنازع القوانين، و هذا ما يشبه العودة إلى نفس أفكار المدرسة الإيطالية القديمة.

<sup>3</sup>- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 685.

فكرة الحل الوظيفي توجب على القاضي أن يطبق قانون الجنسية الأول، أي الذي يوجب النفقة لأن فيه تحقيق لمصلحة المحتاج، دون الالتفات إلى هل هي الجنسية الفعلية أم لا<sup>1</sup>.

ولإيضاح فكرة الحل الوظيفي أكثر، يستحسن التطرق للمزيد من الأمثلة، التي تبين كيفية تطبيقها، سواء متى كانت جنسية دولة القاضي إحدى الجنسيات المتنازعة أم لا.

فبالنسبة لدعوى المسؤولية التي قد يرفعها الزوج على زوجته، للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر، نتيجة خطأ تقصيري ارتكبه الزوج الآخر، لكنه منفصل عن الالتزامات التي يفرضها نظام الزواج، فينبغي أن تخضع لقانون مكان وقوع الفعل الضار، وبالنسبة للعقود بين الزوجين فهي تخضع لقانون الإرادة. ونظرا لما تحمله هاتين المسألتين، من انعكاس على الرابطة الزوجية واستقرار الأسرة، فيتعين كذلك استشارة القانون الذي يحكم آثار الزواج، وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، في التشريع الجزائري، ليبين مدى جواز رفع دعوى المسؤولية التقصيرية من عدمه، ولمعرفة ما إذا كان هذا القانون يقر إبرام عقد من هذه العقود أم لا، وما هي القيود التي يفرضها في هذا الصدد. فإذا كان الزوج حينئذ يحمل جنسيتين، من بينهما جنسية قاضي النزاع، وكان قانون الجنسية الأجنبية بعكس قانون جنسية القاضي، لا يسمح للزوجة رفع دعوى المسؤولية التقصيرية، بوصفها مسألة أولية تعطل الحق في مقاضاة الزوجة، في حين يفرض قيودا معينة على عقد البيع بين الزوج وزوجته، حماية للرابطة الزوجية، ففي هذه الأحوال يجب تطبيق هذا القانون الأجنبي، وإهمال قانون القاضي، ما دام أن الأول هو الذي يتلاءم مع الغرض وروح قاعدة الإسناد، التي تسعى لحماية الرابطة الأسرية<sup>2</sup>.

وكذلك الحال بالنسبة للزواج الظني<sup>3</sup>، بحيث يحكمه القانون الذي يحكم آثار الزواج، وهو قانون جنسية الزوج عند انعقاد الزواج. إذا كان للزوج حينها جنسيتان، أحدهما جنسية دولة القاضي، والأخرى أجنبية، وكان قانون الجنسية الأجنبية يعترف للزواج الظني بآثار أكثر

<sup>1</sup> عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص154.

<sup>2</sup> عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق ص من 92 حتى 96. وكذلك سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 280.

<sup>3</sup> الأصل أن الزواج الذي تخلف فيه أحد الشروط الشكلية، أو الموضوعية، يعتبر باطلا وينسحب هذا الأثر للماضي، إلا أن الزواج الظني على خلاف ذلك، بحيث بالرغم من ذلك التخلف لأحد الشروط، إلا أن آثار البطلان لا تنسحب للماضي، بشروط معينة أهمها حسن نية أحد الزوجين، رعاية له وللأولاد، ولذلك يعتبر الزواج قائما من الوجهة الفعلية، من انعقاده إلى أن يتقرر بطلانه، باعتباره كان ظنيا أو وهميا، ويرتب آثاره في تلك الفترة، ومن أهمها ثبوت العدة، ونسب الأولاد، وهذا هو الزواج المسمى في القانون الجزائري، بالإنكاح الفاسد.

اتساعاً، من التي يقررها قانون القاضي. فهنا فكرة الحل الوظيفي تتأسس على أن الزواج الظني يرمي إلى حماية الرابطة الزوجية و الأسرية، و بصفة خاصة إقرار ثبوت النسب الشرعي للأولاد، في الفترة ما بين إبرام الزواج و لحين الحكم ببطلانه، و لما كان قانون الجنسية الأجنبية هو الذي يحقق هذا الغرض فيجب تطبيقه، دون قانون القاضي.

أما بخصوص شكل التصرف القانوني، فيخضع لقانون بلد الإبرام (م 19 قانون مدني جزائري)، كما يجوز أن يخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين، وهذا بصورة اختيارية بهدف التيسير على الطرفين. فإذا افترضنا أن المتعاقدين يتمتعان بجنسية دولة القاضي، التي تبطل التصرف الذي أبرماه، ولهما في نفس الوقت جنسية أخرى، تجيز هذا التصرف. فهنا يجب الأخذ بأحكام هذه الجنسية الأخيرة، مادام أنها هي التي تحقق الغاية من قاعدة الإسناد، و لو لم تكن هي الجنسية الفعلية، و بالرغم من أن جنسية دولة القاضي إحدى الجنسيات المتنازعة.<sup>1</sup>

و في المقابل، إذا لم تكن جنسية دولة القاضي إحدى الجنسيات المتنازعة، وطرحت مسألة لمن تعود له الأحقية بحضانة الطفل، فإن غالبية الدول تجمع على أن قاعدة الإسناد، يجب أن تراعي مصلحة المحضون، وتوفير أعلى درجة حماية له.<sup>2</sup> ونظراً أن الحضانة من آثار انحلال الزواج، و من ثم تخضع في التشريع الجزائري لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. فإذا كان للأب في هذا الوقت جنسيتان أجنبيتان، إحداها تثبت الحضانة للأم التي تصلح لها من وجهة نظر القاضي الجزائري، لأن في هذا تحقيق لمصلحة للمحضون، بينما يسقطها عنها قانون الجنسية الأخرى، فهنا يجب تطبيق قانون الجنسية الأول، لأنه يتلاءم مع روح وغاية قاعدة الإسناد الوطنية، حتى ولو لم تكن هي الجنسية الفعلية.

وإذا طرحت مسألة مدى صحة رابطة التبني في دولة يجيز قانونها إنشاء هذه الرابطة، كتونس التي تعتبر الدولة العربية الوحيدة التي تسمح بذلك، وكان كل من المتبني والمتبني يحملان جنسيتين أجنبيتين مختلفتين، فيجب هنا وفقاً لمقتضيات الحل الوظيفي، تطبيق قانون

<sup>1</sup>-عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 684.

<sup>2</sup>- ومنها التشريع الجزائري الذي نص صراحة على وجوب مراعاة مصلحة المحضون، مثلاً في المواد 65، 66، 69 من قانون الأسرة الجزائري 84-11، المعدل و المتمم بالأمر 05-02. كما صدرت عدة أحكام قضائية نوّهت بهذا المبدأ، انظر مثلاً حكم المحكمة العليا، غ، أش في 19، 1990/02، ملف رقم 59013، المجلة القضائية، 1991، عدد 4، ص 116.

الجنسية الذي من شأنه تحقيق مصلحة الطفل المتبنّي، دون النظر إلى كون هذه الجنسية هي الفعلية أو لا.

هذا، وهناك حالات تستوجب عدم تطبيق قانون الجنسية، وتطبيق قانون آخر بدله أكثر ملاءمة، كالأهلية التي تخضع في غالبية التشريعات كالقانون الجزائري، لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، إلا أنّ هذا القانون غير ملائم لطبيعة الأوراق التجارية، القائمة على السرعة في التداول، لأنه يخلّ بسلامة التعامل والاستقرار فيها، وذلك لصعوبة الوقوف على جنسية الملتزمين بها، خاصة كلما ازداد عدد الموقعين عليها، مما سيؤدي إلى تثاقل تداولها، وإحجام الناس عن التعامل بها<sup>1</sup>، وهو ما يضر بالتجارة الدولية على مستوى العلاقات الخاصة. إذن إن الغاية من قاعدة الإسناد أو الحل الوظيفي، تقوم في هذا المجال على إعادة الثقة في الورقة التجارية، وجعل تواتر التوقيعات عليها مصدر ثقة واطمئنان لأصحابها، ويتلاءم مع السرعة اللازمة فيها، وهذا يكون في مجال الأهلية بإخضاعها إما لقانون الجنسية، أو لقانون محل إبرام التصرف، حسب أيّهما أفضل لصالح الورقة التجارية<sup>2</sup>. ولذا متى كانت قوانين الجنسية لا تقر بصحة الالتزام الصرفي، وتعتبر الشخص ناقص الأهلية، في حين يقر به قانون محل نشوء الالتزام الصرفي، ويعتبر الشخص كامل الأهلية، فيجب تطبيق هذا الأخير، دون قوانين الجنسية، لأنه الأكثر تحقيقاً لغاية قاعدة الإسناد.

### ب- الحل الوظيفي في القضاء و عند بعض التشريعات :

هناك العديد من التطبيقات القضائية للحل الوظيفي في القانون الفرنسي، كقضية المرأة الأورجوانية، التي حصلت على الطلاق من زوجها الفرنسي من محاكم بلدها، وتطبيقاً لأحكام قانون جنسيتها الأورجوانية، وبالمخالفة لأحكام القانون الفرنسي، بالرغم من أنها اكتسبت الجنسية الفرنسية بالزواج. ولأنها تزوجت مرة أخرى على إثر طلاقها، فقد مثلت أمام القضاء الفرنسي بتهمة اقترافها جريمة التعدد Bigamie، على أساس أن عقد زواجها من الزوج الفرنسي، كان ما يزال قائماً من وجهة هذا القضاء، إلا أن محكمة استئناف باريس خلصت إلى أنه لا محل لمتابعتها قضائياً، و بوجوب تبرئة ساحتها على أساس حسن نيتها، الذي ينتفي معه

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص155.

<sup>2</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص155، 156..

الركن المعنوي لديها، مادام أنها بقيت محتفظة بجنسيتها الأرجوانية ، و التي بناء عليها اعتقدت في صحة الطلاق الذي حصلت عليه من محاكم دولتها، و بالتطبيق لأحكام جنسيتها، مما أدى بها للاعتقاد بصحة زواجها الثاني.<sup>1</sup>

وقد تأكدت فكرة الحل الوظيفي، بموجب حكم محكمة النقض الفرنسية في 1987/07/22، في قضية شهيرة تسمى "Dujaque"، و التي تتلخص وقائعها في أن زوجين بولونيين حصلوا على الجنسية الفرنسية، بفعل إقامتهما في فرنسا، دون أن يفقدا جنسيتهما الأصلية، حدث أن انفصل الزوجان فعادت الزوجة للإقامة في بلدها الأصلي بولونيا، مع ابنها الذي بدوره يحمل الجنسيين الفرنسية والبولونية معا، بينما ظل الزوج مقيما في فرنسا، حيث حصل على حكم بالطلاق فيها مقرر له الحق في حضانة الطفل.

بعد فترة قصيرة، صدر حكم آخر من المحاكم البولونية بناء على طلب الزوجة، أعطاهما هي الأخرى الحق في الحضانة، وحصلت على الاعتراف به من المحاكم الفرنسية، و لكن الزوج الذي لم يرضه الحكم أعاد الطعن بالنقض . إلا أن محكمة استئناف باريس، قدرت سلامة الموقف البولوني حينما طبق قانونه ، باعتباره قانون إحدى الجنسيين التي يحملهما الطفل ، على أساس أن القاضي الفرنسي كان سيفعل نفس الشيء، ويطبق قانون جنسيته، لو قدر و ورفع النزاع أمامه من البداية. و هو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية ، بحيث صرحت أن من شأن عدم الاعتداد بالحكم المتقدم في فرنسا، إهدار أحكام الاتفاقية البولندية الفرنسية<sup>2</sup>، كلما تعلق الأمر بشخص مزدوج الجنسية، مع أن الواجب هو تفعيل الاتفاقية السابقة بأقصى درجة ممكنة لتحقيق سبب وجودها<sup>3</sup>.

هذا، وقد تبنت ألمانيا بدورها فكرة الحل الوظيفي في بعض الفروض، استثناء من القاعدة العامة، التي تقضي بوجوب إعلاء الجنسية الألمانية، كلما كانت من بين الجنسيات المتنازعة، ومن ذلك ما قضت به محكمة إستئناف "Hamm" في نزاع تتمثل وقائعه في أن مواطنا أمريكيا تزوج من مواطنة ألمانية، وقد عاشت الأسرة بجميع أفرادها في الولايات

<sup>1</sup>- هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، مرجع سابق ، ص 132

<sup>2</sup>- هذه الإتفاقية متعلقة بالقانون الواجب التطبيق، وقواعد الإختصاص القضائي، وتنفيذ الأحكام في المسائل الخاصة بحقوق الأشخاص والأسرة، ولقد أبرمت في 5 نيسان 1967.

<sup>3</sup>- هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، مرجع سابق ، ص 133، 134.

المتحدة الأمريكية، إلى أن حدث انفصال بين الزوجين، فقررّ القضاء الأمريكي للأب بالأحقية في حضانة ابنه، ولكنّ الأم التي عادت للعيش في ألمانيا لم تدعن لهذا الحكم، بل اعتادت خطف الطفل والعودة به إلى بلدها، ونظرا لتعدد حالات الخطف، فقد طالب الأب الأمريكي، الاعتراف له بالحكم السابق، القاضي بأحقية في حضانة ابنه، وتنفيذه في ألمانيا كذلك. وهو ما أجابته إليه المحكمة السابقة مبررة ذلك، على أساس صدور الحكم من محكمة مختصة، فعلى الرغم من أن الابن ألماني الجنسية، وهو في الأصل اختصاص قاصر على المحكمة الألمانية وحدها، إلا أنه في قضية الحال، قد ثبت الاختصاص الدولي للمحاكم الأمريكية، لأن الطفل كان يحوز الجنسية الأمريكية أيضا، وكانت هي الجنسية الفعلية، فالطفل قد ولد في أمريكا ويعيش في ربوعها، فروابطه بالجنسية الأمريكية أقوى من الجنسية الألمانية<sup>1</sup>.

وفي الأخير، فإن الحل الوظيفي، بدأ يتجسد صراحة في التشريعات الحديثة لبعض الدول، وهذا ما فعله المشرع السويسري في المادة 23 من القانون الدولي الخاص الجديد الصادر في 18 ديسمبر 1987 الذي ينصّ أنه:

"- إذا كان للشخص جنسية أجنبية أو أكثر بالإضافة للجنسية السويسرية، وتعلق الأمر بتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم السويسرية، فإن الجنسية السويسرية وحدها هي التي ينبغي التّحويل عليها كضابط للاختصاص.

- إذا تعلق الأمر بمسألة كان القانون الواجب التطبيق فيها هو قانون الجنسية، فيجب الاعتداد بالجنسية الواقعية أو الفعلية، سواء وقع التزاحم بين جنسيات أجنبية، أم بين الجنسية السويسرية وجنسيات أجنبية أخرى.

- بالنسبة للاعتراف بالأحكام الأجنبية المتعلقة بمزدوجي الجنسية، فإنه يستوي للاعتراف بهذا الحكم أن يكون الاختصاص قد انعقد صحيحا للمحكمة الأجنبية، وفقا لقانون أي من الجنسيات التي يحملها الشخص، إذ الغاية هي العمل على الاعتراف بالحكم الأجنبي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، مرجع سابق، ص 140.

<sup>2</sup>عكاشة محمد عبد العال، الإتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص 122.

## ثانياً: الحل الوظيفي كأساس لتعيين القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لعديم الجنسية.

إن الحل الوظيفي فيما يخص انعدام الجنسية، يقوم على فكرتين أساسيتين. من جهة، يجب على القاضي ألا ينكر دور قانون موطن الشخص، أو محل إقامته، كضابط إسناد أساسي يصلح لحكم الأحوال الشخصية لعديم الجنسية، كقاعدة إسناد احتياطية تحل متى استحال أعمال ضابط الإسناد الأصلي، و الذي هو الجنسية، باعتبار أن الموطن من أكثر القوانين ملاءمة، لان ارتباط الشخص به يدل على درجة من القوة و الفعالية، يوازي فيها مكان الجنسية، وما يؤكد أهميته كذلك، هو أن الكثير من التشريعات تعتبره ضابط الإسناد الأساسي للأحوال الشخصية، دون قانون الجنسية كالدول الأنجلوساكسونية<sup>1</sup>.

ومن جهة أخرى، فإذا تبين بعد تحليل قاعدة الإسناد، ومعرفة الغاية منها، انه توجد قوانين أخرى أكثر ملاءمة من قانون الموطن لحكم المسائل المعروضة، فيجب استبعاد هذا الأخير بالرغم من أهميته السابقة، وتطبيق القانون الأكثر ملاءمة، و هذا ما يظهر بصفة جلية في مجال الأهلية، التي تؤدي مفترضات العمل بالحل الوظيفي فيها، إلى اختلاف ضابط الإسناد الخاص بها من مسألة لأخرى، حسب طبيعة الفكرة المسندة التي تتعلق بها الأهلية، وأكثر القوانين علاقة، وأصلح للتطبيق عليها. فمثلاً طبيعة الورقة التجارية، بصفتها أوراق معدة للتداول، و تعتمد على السرعة و الثقة في انتقالها، يجعل قانون محل نشوء الإلتزام الصرفي، أصلح لحكم أهلية عديم الجنسية بدلا من قانون موطنه، وهذا مايؤدي إلى توحيد القانون الواجب التطبيق على شكل الورقة، و على الأهلية اللازمة لصحتها، وهو ما يأخذ به القانون الانجليزي و الأمريكي و اتفاقيات جنيف 1930، 1931، الخاصة بالأوراق التجارية<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لأهلية التصرف في العقار فيجب أن تخضع لقانون موقعه، و أهلية مباشرة التصرفات الجارية لقانون محلها، و الأهلية اللازمة لإبرام عقد العمل فلا يصلح لحكمها قانون موطن العامل وقت إبرام العقد، لأنه غير ملائم لها، و الأفضل منه قانون دولة تنفيذ العمل، لأنه يؤدي إلى توحيد القانون المطبق، على سائر العاملين في المؤسسة الواحدة، أو لصالح رب عمل

<sup>1</sup>- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص726.

<sup>2</sup>- عكاشة محمد عبد العال، الإتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص200.

واحد، كما أن له الفضل في تطبيق قانون واحد على أكثر من جانب في العقد، بدلا من تشتيته بين أكثر من قانون<sup>1</sup>.

هذا، ونظرا أن فكرة الحل الوظيفي غالبا ما تؤدي بتطبيق قانون الموطن، في حالات انعدام الجنسية، ولأنه رابطة قابلة للتعدد مثله مثل الجنسية، فستظهر صعوبات في تعيينه، ولهذا، سنبين القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية إذا كان له أكثر من موطن، وكيفية الترويج بينها.

في هذا نجد، أن بعض الفقه المصري<sup>2</sup>، يعتبر هذه الوضعية تماثل وضع تعدد الجنسيات، لذا يذهب إلى حلها بالتفرقة بين ما إذا كان عديم الجنسية متوطنا بإقليم القاضي، فيجب تطبيق قانون القاضي عليه، أما إذا لم يكن له موطن في ذلك الإقليم، فيطبق عليه قانون دولة الموطن التي يرتبط بها أكثر من سواها، قياسا على الجنسية الفعلية، وهذا وفقا للحلول التقليدية في حل تعدد الجنسيات.

إلا أن بعض الفقه المصري الآخر<sup>3</sup>، يرى بأن فكرة الحل الوظيفي كافية لترجيح أي موطن من مواطن عديم الجنسية، هو أصلح للتطبيق على أحواله الشخصية، إذ أن أساس التفضيل بين مواطن عديم الجنسية-والتي تحوي بذاتها درجة من الارتباط و الفاعلية ترشحها لحكم النزاع- هو اختيار أنسب القوانين وأكثرها ملاءمة لحكم المسألة المطروحة، بالنظر إلى الهدف أو الغاية من قاعدة الإسناد المخصصة لتلك المسائل. و هذا ما يتجلى في الأمثلة التالية.

1- تخضع الحضانة في القانون الجزائري لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، و بالنسبة لعديم الجنسية يطبق قانون موطنه في ذلك الوقت. فإذا تصورنا أن الأب مسلم، وكان له حينئذ أكثر من موطن، أحدهما بالجزائر و آخر بفرنسا، و كان القانون الفرنسي يسند الحضانة للأمم الفرنسية التي غيرت مكان إقامتها إلى بلد أوروبي آخر. بينما القانون الجزائري يسندها للأب المسلم. إذن فحفاظا على مصلحة المحضون التي يكفلها القانون الجزائري، و ذلك بتربية الولد على دين أبيه و عادات قومه، و عدم منعه من حقه الطبيعي في الزيارة، فيجب تطبيق

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص 198، 199.

<sup>2</sup> - هو رأي أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 138.

<sup>3</sup> - هو رأي عكاشة محمد عبد العال، مدعوماً باجتهادات بعض الفقه الفرنسي كالفقيه "لاغارد"، أنظر مؤلف عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص 201.

قانون الموطن الجزائري عليه ، الذي يسقط الحضانة عن الأم في حالة إقامتها في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب، حتى ولو كان ارتباط الشخص بالموطن الفرنسي أكثر من ارتباطه بالموطن الجزائري. وذلك لأن هذا القانون، هو الذي يحقق الغاية التي هدف إليها المشرع الجزائري من وضع قاعدة الإسناد السابقة.

2- إن الزواج الباطل بطلانا نسبيا، يرتب بعض آثار الزواج الصحيح كثبوت النسب ، النفقة، و العدة. فإذا كان من المسلم أن هذا الزواج يحكمه القانون الذي يحكم آثار الزواج، و بالنسبة لعديم الجنسية يتحدد بقانون موطن الزوج عند انعقاد الزواج، و كان لهذا الشخص أكثر من موطن، أحدهما يقر فكرة الظنية، و الآخر ينكرها ولا يعترف بآثارها، فيكون الأنسب في هذه الحالة، تطبيق القانون الذي يعترف بفكرة الزواج الظني، مادام انه يحقق مصلحة الطفل، و يرمي في أغلب الحالات إلى إقرار ثبوت النسب الشرعي للأولاد.

3- إذا تعلق الأمر بميراث أو وصية لعديم الجنسية، و كان له أكثر من موطن، احدهما بإقليم القاضي المنظور أمامه النزاع، والذي يعتبر نفسه مكان تواجد أموال التركة، وموطن بإقليم آخر. فالمرجح في هذا الحالة تطبيق القانون الأول، باعتباره أكثر القوانين ملاءمة و ارتباطا بالمنازعة،<sup>1</sup> لأنه قانون موقع المال من جهة، كما انه قانون القاضي الناظر في النزاع من جهة أخرى.

4- إذا أراد أحد الأشخاص إثبات نسبه الطبيعي من أبيه أمام المحاكم الفرنسية، فإن القانون الفرنسي يخضع البنوة إلى قانون جنسية الأم، أو موطنها، إذا كانت عديمة الجنسية وقت ولادة الإبن، أو لقانون جنسية الولد أو قانون موطنه، إذا كان عديم الجنسية. لنفترض أن الأم عديمة الجنسية ، ولها موطنان واحد بالجزائر، و الآخر بفرنسا، فمن الأفضل وفقا لغاية قاعدة الإسناد، تطبيق قانون الموطن الذي يحقق مصلحة الولد، و هو هنا القانون الفرنسي، لأنه يسمح بإثبات النسب الطبيعي، في حين يستبعد القانون الجزائري، ولو كان هو الموطن الفعلي، طالما انه لا يسمح إلا بإثبات النسب الشرعي الناتج عن علاقة الزواج فقط، وذلك لأن الغاية هنا من قاعدة الإسناد الفرنسية، هي تمكين الولد من إثبات بنوته الشرعية و تصحيح نسبه.

<sup>1</sup>-عكاشة محمد عبد العال، الإتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق ، ص 202.

وعلى العموم، فإن معالجة فكرة الحل الوظيفي، جعلتنا نستخلص أنها بدورها لا تخلو من العيوب، لأنه في ظل عدم وجود نظرة عالمية شاملة لغاية قاعدة الإسناد، فإن نظرة القضاة إليها ستختلف من نظام قانوني لآخر، حسب الطبيعة الإيديولوجية، الاجتماعية، والأخلاقية للمجتمعات، ومن شأن هذا الاختلاف في الحلول بين الدول، أن يؤدي إلى صعوبة تنفيذ الأحكام من جهة. ومن جهة أخرى فما هو الضامن على أننا من خلال تحقيق الغاية التي ابتغاها المشرع من قاعدة الإسناد، ووظيفتها، نكون قد حققنا فعلا العدالة الواقعية .

ولهذا، فبالرغم من أن هذه الفكرة ، تعبر عما وصل إليه الفقه الحديث من نتائج متقدمة، في إطار حلول تعدد الجنسيات وانعدامها ، فإنها لن تلاقى الرواج الكافي عند التشريعات، لأنه بالإضافة لعيوبها السابقة، فهي تترك الإطار مفتوحا لسيطرة القضاة، مادام أن فكرة المصلحة أو الغاية من قاعدة الإسناد، تعتبر مسألة مرنة ومتغيرة ، وليس من صلاحيات المشرع ضبطها بنصوص واضحة.

## المطلب الثاني:

### **التنازع المتحرك، و الإسناد إلى قانون دولة متعددة التشريعات.**

ليست حالات التنازع السلبي و الإيجابي للجنسية، المشكلتين الوحيدتين اللتين تثيرهما مسألة البحث عن قانون الجنسية المختصّ، ومحاولة تعيينه، بل هناك مشكلتين أخرتين لا يقلان أهمية عنهما، و هما التنازع المتحرك ، والإسناد إلى قانون دولة تتعدّد فيها التشريعات.

فالأولى، تنشأ نتيجة تغيير الشّخص لجنسيته ما بين وقت نشوء العلاقة القانونية، ووقت المنازعة فيها، وهنا يثور التساؤل عن كيفية الترجيح بين هاتين الجنسيّتين المتنازعتين، أي بين قانون الجنسية القديم والحديث. بينما الثانية، تنشأ نتيجة أن ضابط الجنسية عندما يشير بتطبيق قانون دولة معينة، وتكون هذه الأخيرة متعدّدة الشرائع سواء إقليمياً أو طائفيًا، فهو لا يستطيع بذاته تحديد الشريعة الداخلية المختصة من بينها، فكيف يتم تحديد هذه الشريعة؟ وما هي الحلول المقترحة في هذا المجال؟.

هذا ما سيتم معالجته، من خلال التطرق إلى مشكلتي التنازع المتحرك (الفرع الأول)، والإسناد إلى قانون دولة متعدّدة الشرائع (الفرع الثاني).

### **الفرع الأول:**

#### **التنازع المتحرك.**

إن للفرد الحرية الكاملة في تغيير جنسيته، واكتساب جنسية جديدة. فإذا كان في تعدد الجنسيات يحمل جنسيتين مختلفتين، في الوقت الذي يتحدد فيه أعمال ضابط الإسناد، فإنه في التنازع المتحرك، يكون للفرد جنسية معينة عند اكتساب الحق أو وقت نشوئه، إلا أنه يتخلّى عن الجنسية السابقة، ويكتسب جنسية أخرى في وقت المنازعة فيه، مما يثير مشكلة تحديد أي القانونين أصلح لحكم العلاقة ما بين قانون جنسيته القديم ، والحديث؟

ونظراً أن التنازع المتحرك من أعقد مسائل ونظريات تنازع القوانين، فلا بد من تبيان مفهومه، وشروط قيامه، قبل التطرق للحلول التي خصصت لمواجهته.

### أولاً: مفهوم التنازع المتحرك، وشروط قيامه.

ثمة فروض يقترن فيها عنصر الزمان، بعنصر المكان في نفس العلاقة القانونية، و ذلك نتيجة تغيير واقعي في ظرف الإسناد، يؤدي إلى انتقال شخص أو شيء معين، من نطاق تطبيق قانون، إلى نطاق تطبيق قانون آخر، بمقتضى نفس قاعدة الإسناد، و هذا ما يطلق عليه باصطلاح التنازع المتحرك « Conflit Mobile » أو التنازع المتغير. فالتنازع المتحرك ينشأ بين قانونين متعاقبين لحكم موضوع واحد، ومن هذه الناحية يتحقق عنصر الزمان، ولكنه من جهة أخرى، ينشأ بين قانونين صادرين عن مشرعين دولتين مختلفتين، و في هذا يظهر عنصر المكان، و بهذا يتميز عن التنازع الزمني الذي يحدث في حدود سيادة دولة واحدة،<sup>1</sup> و عن التنازع الثابت، في أن التنازع المتحرك يحدث بعد نشوء العلاقة القانونية لتدخل عامل المكان، مما يؤدي إلى تغيير ضابط الإسناد، من وقت نشوءها إلى وقت المنازعة فيها، فتكون العلاقة محكومة بقانونين متعاقبين.

هكذا، يتضح أن صلب التنازع المتحرك، هو تعاقب قانونين مختلفين لدولتين مختلفتين، لحكم موضوع واحد أو علاقة واحدة، مما يستدعي البحث عن أي القانونين هو الأصلح لهذه الوظيفة من غيره. و للتوضيح ، نفترض أن شخصان قد تزوجا في ظل قانون يحضر التطبيق و الطلاق كالقانون الاسباني سابقا، ثم تجنس كلاهما أو أحدهما بجنسية أخرى، يسمح قانونها بفك هذه الرابطة كالقانون الجزائري، فهل يجوز لأحدهما طلب حل الرابطة الزوجية وفقا لقانونه الجديد؟ و هل يجوز للزوج المحفوظ بالجنسية السابقة ، أن يدفع بتطبيق القانون القديم؟<sup>2</sup>

وكذلك، لو تزوج شخص للمرة الثانية، تحت سلطان قانون يجيز له الزواج بأكثر من واحدة، كالقانون الجزائري، فهل يكون له أن يتمسك بهذا الزواج، وبما يترتب عنه من آثار إذا انتقل لبلد آخر، لا يعترف بنظام تعدد الزوجات.

هذا، ويشترط لقيام التنازع المتحرك، أن يكون ضابط الإسناد من الضوابط القابلة للتغيير، والتي تنحصر في ضابط الجنسية، الموطن، موقع المنقول، ولهذا يخرج من نطاقه الضوابط الثابتة بطبيعتها، والغير قابلة للانتقال أو التغيير، سواء كانت وقتية (أي تستغرق فترة

<sup>1</sup> - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 440.

<sup>2</sup> - زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 127، 128.

زمنية محدودة)، كإرادة المتعاقدين، مكان انعقاد العقد، ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع، أو كانت مستمرة (أي التي تتحقق لفترة غير محدودة من الزمان)، كموقع العقار<sup>1</sup>. كما يشترط لقيام هذه النظرية، أن يكون تحرك ضابط الإسناد تحركاً ظرفياً، أي طبيعياً منشؤه الإرادة الطبيعية للفرد، وهو يختلف عن التغيير الإصطناعي، الذي يعني اصطناع ظرف جديد بهدف استبعاد القانون الواجب التطبيق، والذي يقودنا إلى نظرية أخرى هي نظرية الغش نحو القانون<sup>2</sup>.

إلى هذا، فينبغي ألا تكون ضوابط الإسناد-التي تصلح لقيام التنازع المتحرك- مركزة من الوجهة الزمنية، بحيث يتحدد وقت الاعتداد بالقانون المختص، مقدماً على أساس بعض الاعتبارات الفنية، و من ذلك مثلاً القاعدة التي تخضع الميراث لقانون جنسية المورث، فإن هذا الأخير يتحدد بوقت الوفاة بداهة، لأنه الوقت الذي تتحقق فيه فكرة الميراث، و الذي يصدق فيه على الشخص صفة المورث، و قاعدة الإسناد التي تخضع أهلية التعاقد إلى قانون جنسية الشخص، فليس من شك هنا أنها تتحدد بوقت التعاقد، لان الأهلية من شروط صحة العقد، و صحة العقد تقدر من الوجهة الفنية بالنظر إلى وقت التعاقد<sup>3</sup>.

والتساؤل الذي يثور في هذا المجال، يتمحور حول الحلول التي قيلت بشأن مشكلة التنازع المتحرك، وموقف المشرع الجزائري منها.

### ثانياً: الحلول المخصصة لمشكلة التنازع المتحرك:

للولوصول إلى تحديد قانون الجنسية الواجب التطبيق، في حالات التنازع المتحرك، فقد تعددت الحلول، ما بين الحلول التشريعية و الحلول الاجتهادية.

#### 1-الحلول الاجتهادية:

لقد لعب الفقه دوراً كبيراً في معالجة مشكلة التنازع المتحرك، وذلك للوصول إلى أفضل قانون يجب تطبيقه، وإن الحلول التي قيلت في هذا الشأن، تمحورت في مذهبين رئيسيين، الأول ينادي باحترام الحقوق والمراكز القانونية القديمة، أو التي تم تكوينها، والثاني يعتمد على الأثر

<sup>1</sup>-محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص441.

<sup>2</sup>-نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، 2001، ص

<sup>3</sup>-محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 442، 443.

الفوري للقانون الجديد، وعدم رجعيته. كما أن بعض الفقه دعا لتطبيق حل يشبه فكرة الحل الوظيفي على التنازع المتحرك.

أ- النظرية التي تنادي باحترام الحقوق و المراكز القانونية القديمة، أو التي تم تكوينها: إن هذه النظرية تقوم في أساسها حول تطبيق القانون القديم، الذي تكونت في ظل المراكز القانونية، والاستبعاد المطلق للقانون الجديد، ليس فقط بالنسبة للآثار التي نشأت في ظل القانون السابق، وإنما أيضا بالنسبة للآثار التي تنشأ مستقبلا في ظلّه، وان المدافعين عن هذا الاتجاه، يبررون الأخذ به على أسس مختلفة، فهناك من يرى أن أساس ذلك هو الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة، بينما يبرره آخرون بالاعتماد على فكرة استقرار النظم القانونية.

إن الاتجاه الأول يعتمد الفقيه الفرنسي "ببيه"، ويؤيده في هذا "دايسي" في إنجلترا ، و"بيل" في أمريكا ، وطبقا له متى اكتسب حق اكتسابا قانونيا صحيحا طبقا لقانون بلد، وجب أن يحترم في كل البلاد، ولو انتقل إلى بلد لا يعترف قانونه بهذا الحق ، على أساس أنه يجب التفرقة بين نشوء الحق و نفاذه، لأنه كثيرا ما يكون إنشاء الحق في بلد مستحيلا، ولكن نفاذه فيه جائز.<sup>1</sup> ويستند هذا الرأي إلى مبادئ القانون الدولي العام، التي تفرض على الدولة أن تحترم سيادة الدول الأخرى، والتي من مظاهرها، احترام الحقوق المكتسبة الناشئة في سلطان هذه السيادة.

إن موضع الخلل في هذه النظرية ، هو أن "ببيه" يوجب لاحترام الحق المكتسب، أن ينشأ صحيحا وفقا لأحكام القانون المختص، الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي،<sup>2</sup> أي أن يتكوّن الحق، وفقا لقواعد الإسناد في البلد الذي نشأ فيه ، وفي البلد الذي يراد التمسك فيه بنفاذه، مثال ذلك أن يطلّق إسباني متوطن في إنجلترا زوجته، وفقا للقانون الإنجليزي أي قانون الموطن، ويطلب بنفاذ حقه في الطلاق أمام القاضي الفرنسي، فلن يقض له هذا الأخير بهذا، وذلك لأن قاعدة التنازع الفرنسية تخضعه لقانون الجنسية، أي القانون الإسباني الذي يحرم الطلاق (سابقا قبل 1982).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 126.

<sup>2</sup> - إذن فالمسألة لا تعدو أن تكون مسألة تنازع، إلا أنها بعكس التنازع الثابت الذي يعرض بمناسبة إنشاء الحق، تعرض بصفة لاحقة لتكوينه، أنظر محمد كمال فهمي ، المرجع السابق ، ص 450.

<sup>3</sup> - زروتي الطيب ، المرجع السابق ص 129

ونظرا أن هذا الشرط يهدم فكرة الحقوق المكتسبة ، ويتناقض مع معناها الحقيقي، لأن أساسها أن يكون الحق القائم في قانون معين ، محترما ومطبقا في القانون الثاني، بالرغم من أن هذا الأخير لا يعترف به أساسا. فأساس قيام هذه الفكرة، هو اختلاف ضوابط الإسناد بين الدول، وليس العكس. لهذا، فإن الفقيه الفرنسي "نبوييه"، وهو من أنصار نظرية الحقوق المكتسبة، قد عدل قليلا في مضمون هذه النظرية، بما يتجنب به الانتقادات السابقة، فسامها بالنفاذ الدولي للحقوق، ورأى بأنه يجب احترام الحق المكتسب، وفقا لقواعد التنازع في البلد الذي نشأ فيه فقط، متى ثبت بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي ، أنه غير مختص، أما إذا ثبت له الاختصاص، وجب أن ينشأ الحق صحيحا، وفقا لقواعد التنازع فيه، ولا يكفي أن ينشأ صحيحا وفقا لقواعد الإسناد في البلد الذي نشأ فيه.<sup>1</sup> ففي المثال السابق، ولأن القانون الفرنسي غير مختص أصلا بحكم النزاع ، فيجب أن يعترف القاضي الفرنسي بطلاق الاسباني، الذي تم صحيحا، وفقا لقواعد الإسناد في البلد الذي نشأ فيه الحق، و هو 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 الحال، فلن ينفذ أمامه، صحة زواج فرنسي تزوج في الجزائر بزوجة ثانية، لأن القانون الفرنسي مختص أصلا، و هو يحرم التعدد في الزوجات.<sup>2</sup>

وفي المقابل، فإن الاتجاه الثاني، يبرر رأيه في تطبيق القانون القديم، بناء على استقرار النظم القانونية، وهو يتجسد من خلال الفقيه الفرنسي "بارتان"، الذي يأتي بمبادئ مختلفة تماما عن الاتجاه الأول، إذ أنه يرى عدم التقيد بمعايير عامة توضع مسبقا، في حل التنازع المتحرك، بل يجب البحث في كل حالة على حدة عن أنسب القوانين لحكمها، وهذا لا يكون إلا بتحديد القانون المختص في الزمان، كما يتحدد في المكان، وإن تحديد ذلك الوقت في تعيين

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 129.

<sup>2</sup> - زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 131.

ضابط الإسناد، يكون بتحليل الأهداف، و استخلاص الغرض الذي ترمي إليه القواعد القانونية، و تأمين أكبر قدر ممكن من الاستقرار للمعاملات.<sup>1</sup>

فبالنسبة للرابطة الزوجية من حيث انعقادها، آثارها، و انحلالها، يجب أن تكون ثابتة ثبوتاً مطلقاً، وذلك بإسنادها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، و لا تتأثر بأي تغيير يطرأ على جنسية الزوج بعد ذلك، و في خصوص النسب غير الشرعي يختص القانون الذي يوفر أكبر قسط من الاستقرار لمركز الطفل، و هو قانون جنسية الطفل وقت رفع الدعوى، في حين يتحدد النسب الشرعي بقانون جنسية الطفل وقت الميلاد.<sup>2</sup>

بالرغم من أنّ لمذهب بارتان، القائم على عدم وضع مبدأ عامّ مسبق، لحل التنازع المتحرك، و إنما تحديد الطرف الزمني بما يتناسب مع العلاقة ، أثره على معظم التشريعات التي أخذت بهذا، إلا أنه يوجه إليه نفس الانتقادات الموجهة لأنصار نظرية الحقوق المكتسبة، فهما يحولان التنازع المتحرك إلى تنازع ثابت، وذلك بإهمالهما للإسناد الجديد، فتبقى المسألة القانونية خاضعة للقانون الأصلي، أو القديم، بالرغم من التطورات التي تعرضت لها في الزمان.<sup>3</sup>

### ب- النظرية التي تأخذ بالأثر الفوري للقانون الجديد و عدم رجعيته:

ترى أغلبية الفقه، و منهم الأستاذ "باتيفول" أن التنازع المكاني أو المتحرك، يمكن أن تطبق عليه أحكام تنازع القوانين من حيث الزمان، و ذلك لأنه لا يختلف عن التنازع الزمني ، إلا ببعض الفروق التي لا أهمية لها بالنسبة إلى صاحب الحق نفسه، إذ يستوي بالنسبة إلى حقه أن يتعاقب عليه قانونان داخل الدولة الواحدة، أو داخل دولتين مختلفتين، كل ما هنالك من فرق بالنسبة إليه، هو أنه يخضع حقه للقانون الجديد بإرادته، التي كانت سببا في تغيير ضابط الإسناد في التنازع المتحرك، بينما يخضع حقه للقانون الجديد دون إرادته في التنازع الزمني، وبهذا

<sup>1</sup> - سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 294.

<sup>2</sup> - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 453، 454.

<sup>3</sup> - Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, Droit International privé, Masson éditeurs, Paris 1987, p230.

يكون موضوع المسألة التي يثيرها التنازع المتحرك، هو وضع الحدّ الفاصل الذي يبيّن نهاية تطبيق القانون القديم، وبداية تطبيق القانون الجديد<sup>1</sup>.

وعليه، يخضع وجود الحق للقانون السابق، أي قانون الدولة التي نشأ في سلطانها، كما تخضع له أيضا الآثار التي نشأت في ضله، أما مضمون الحق وآثاره المستقبلية، فيسري عليها القانون اللاحق، أي قانون الدولة الثانية التي وضع المركز القانوني تحت سلطانها. وتطبيقا لهذا المبدأ، ففي حالة تغيير القانون الشخصي، يجب أن يخضع للأثر المباشر، والفوري للقانون الجديد آثار الزواج، انحلاله، آثار النسب، والأهلية، وغيرها من الحالات، دون أن يمسّ الوسائل التي اكتسب بها الحق، حتى لا يكون له أثر رجعي مثل الأثر الرجعي في التنازع الزمني. ويبرّر أنصار هذا الرأي مذهبهم، بأنه يفضي إلى الوحدة التشريعية في الدولة التي ينتسب إليها الشخص بجنسيته الجديدة، أو فيما يخص تنظيم المراكز القانونية مستقبلا<sup>2</sup>، كما أنهم يستشهدون بما سبق لمحكمة النقض الفرنسية، أن قضت به في قضية مدام "فيراري"، بأن طبقت عليها أحكام التنازع الزمني.

بالرغم من هذا، لقد وجّهت إلى هذا الرأي الكثير من الانتقادات، وهي أن قياس التنازع المتحرك، على التنازع الزمني قياس مع الفارق، فيما أن التنازع الزمني صادر من نفس الجهة التشريعية، فإن القانونين على قدم المساواة، فتتحصّر المسألة في تعيين نطاق تطبيقهما بناء على معيار عام مجرد. وعلى العكس من ذلك، فإن صدور القانونين في التنازع المتحرك من جهتين تشريعتين مختلفتين، يجعلهما في حالة عدم مساواة، ويدعو للمفاضلة بينهما، مما يفيد أنه لا معنى حينئذٍ للتقيد مقدّمًا، بمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد. كما أن وحدة التشريع التي يستند عليها أنصار هذه النظرية، تجد مجالها في نطاق الحياة الوطنية الداخلية فقط، أما التنازع المتحرك، هو حالة من حالات تنازع القوانين، والذي يقوم على مبدأ قبول تطبيق التشريعات الأجنبية في حدود معينة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 124

<sup>2</sup> - زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 133

<sup>3</sup> - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 452

### ج- إمكانية تطبيق فكرة الحلّ الوظيفي على التنازع المتحرك.

إن الأستاذ "سامي بديع منصور" 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 حدّ كبير فكرة الحلّ الوظيفي، بل هي امتداد لها، وهي تركز على وجوب تليين قواعد القانون، في وضع حلول وضيعة مناسبة، ويعدّ تكيف المسألة من التطبيقات الأساسية لفكرة الملاءمة. فالتكيف هو الوسيلة التي يلجأ إليها، كلما أدى التطبيق الجامد لقواعد النزاع، إلى نتائج مجحفة بحق المتقاضين، كما لو افترضنا أن زوجان كانا إنجليزيان، وقت انعقاد الزواج، ثم غيرا جنسيتها بعد ذلك للفرنسية، أقاما فترة معينة في مصر، حيث توفي الزوج تاركا أموالا منقولة في فرنسا، فطرحت بشأنه مشكلتان، إحداهما تتمثل في تصفية النظام المالي للزوجين، والأخرى هي تصفية التركة .

إن أعمال المبادئ العامة، يؤدّي بالقاضي المصري، الذي يرفض الإحالة، إلى تطبيق القانون الانجليزي، بصفته قانون الزوج وقت انعقاد الزواج، على النظام المالي للزوجين، وعلى الإرث القانون الفرنسي، بصفته قانون جنسية المورث وقت الوفاة. ولكن إن تطبيق القواعد القانونية بهذا الشكل الجامد، يؤدّي واقعا إلى حرمان هذه الأرملة في الحالتين، وذلك لأن القانون الانجليزي، قاس مع الزوجة فيما يخصّ النظام المالي للزوجين، وسخّي معها فيما يخصّ الإرث، بعكس القانون الفرنسي الذي هو قاس معها فيما يخصّ الإرث، وسخّي في النظام المالي للزوجين . ولهذا فنظرية الملاءمة تبحث عن إقامة توازن في العلاقة، بإزالة النتيجة المجحفة الأولى، وذلك يكون بتطبيق قانون واحد متشدد من جهة، وسخّي من جهة أخرى معوّضا، بدلا من تطبيق قانونين متشددين في الحالتين. والوصول إلى هذا القانون يكون إما بتحويل فئة إلى فئة أخرى، أو بتذويب الفئتين في فئة ثالثة<sup>1</sup>.

فتحويل فئة إلى فئة يفرض أن يكون الحلّ، هو تطبيق على النظام المالي للزوجين القانون الفرنسي، بدل الانجليزي، بينما يبقى الإرث خاضعا للقانون الفرنسي كما كان . أو العكس، بإبقاء النظام المالي للزوجين خاضعا للقانون الانجليزي، وهذا الأخير يطبق على

<sup>1</sup>- في هذا المعنى، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص310، 311.

الإرث كذلك، بدل القانون الفرنسي. أما تزويب الفئتين في فئة ثالثة، فيكون في فروض أخرى، حيث نتخلى كلية عن القانونين المتشددتين، ونعوّضهما بقانون أكثر ملاءمة وتساها مع العلاقة.

## 2-الحلول التشريعية .

نظرا أن التنازع المتحرك، من أصعب المسائل التي يتناولها القانون الدولي الخاص، و أن النظريات التي جاءت بحله بالرغم من كثرتها، إلا أنها لم تسلم جميعها من النقد، لهذا فإن أغلب التشريعات لم تحسم أمره بالأخذ بنظرية فقهية محددة، وإنما تأخذ بمعايير مختلفة، فهي من جهة لا تعتمد على مبدأ عام ومسبق للحل ، و إنما تتناول معالجة أوضاع و حالات محددة بالذات، و من جهة أخرى تحل المسألة على أساس فكرة المفاضلة و الملاءمة بين القوانين المتنازعة. و هذا الحل قد تبناه المشرع بالنسبة للتنازع الثابت، حين وضع قواعد إسناد محددة (مثلا تفضيل قانون الجنسية على الموطن أو العكس بالنسبة للأحوال الشخصية)، و في التنازع المتحرك، لجأ المشرع لإجراء المفاضلة بين القانونين المتعاقبين، و ذلك بتحديد العامل الزمني، أو الوقت الذي يجب الاعتداد فيه بظرف الإسناد المكاني.

و هذا ما فعله المشرع الجزائري مثلا، من خلال تفضيل قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بالنسبة لآثاره الشخصية و المالية، وقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، بالنسبة لانحلاله (المادة 12 قانون مدني)، وإخضاع كل من شروط انعقاد الزواج، آثاره، و انحلاله، إلى القانون الجزائري وحده، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاده(المادة 13 مدني)، وتفضيل قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، بخصوص النسب، والاعتراف به، و إنكاره، أو قانون جنسيته وقت الوفاة، إذا توفي قبل ذلك(المادة 13 مكرر)، وإخضاع صحّة الكفالة، ويلحق بها التبني إلى قانون جنسية كل من الكفيل و المكفول وقت إجرائها(المادة 13 مكرر1)، وبما أن الهبة والوقف، يعتبران من التصرفات القانونية، فيتحدد قانون الجنسية بشأنهما، بوقت إجرائهما كذلك (المادة 2/16 قانون مدني). أما بالنسبة للميراث فبالرغم من أن التحديد الزمني لضابط الإسناد ليس مهماً، لأنه يخضع بداهة لقانون جنسية المورث وقت الوفاة، إلا أن المشرع نص على ذلك صراحة ، و ألحق به الوصية و سائر التصرفات التي تنفذ بعد

الموت، إذ يخضعان لقانون جنسية الموصي أو القائم بالتصرف وقت موته (المادة 1/16 قانون مدني).<sup>1</sup>

و بهذا يمكن القول، أن المشرع الجزائري أقدم على حلّ أغلب الفروض، التي يثور فيها التنازع المتحرك، في مجال الأحوال الشخصية، بتحديد الوقت الذي يعتد 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 وفاته،<sup>2</sup> و الإتفاقية الفرنسية اليوغسلافية في 18 أيار 1971، التي نصت أنه في حالة تغيير أحد الزوجين لجنسيته، فإن الجنسية المشتركة للزوجين وقت إقامة الدعوى، هي من يؤخذ بعين الاعتبار في حالات انحلال الزواج.<sup>3</sup>

ولكن إذا لم يجد القاضي حلاً للتنازع المتحرك لاتشريعيًا 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 يتبناها مشرعه، وتختلف الظروف التي يأخذها القاضي بعين الاعتبار، باختلاف الحالات المعروضة عليه، وله في هذا الاستعانة بالنظريات الفقهية السابقة.

<sup>1</sup> - راجع هذه المواد من القانون المدني رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

<sup>2</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 642، 643.

<sup>3</sup> - سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 290.

## الفرع الثاني: الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها التشريعات.

إن البحث عن قانون الجنسية، قد تعترضه صعوبة أخرى يجب الفصل فيها، حتى يتحدد لنا هذا القانون بوضوح. هذه الصعوبة هي إذا كان القانون المختص قانون دولة تتعدد فيها التشريعات، سواء تعددا إقليميا<sup>1</sup>، كما في الولايات المتحدة الأمريكية، أو تعددا شخصيا<sup>2</sup> كما في العديد من دول الشرق الأوسط. فإذا طرح أمام القاضي الجزائري، نزاع يتعلق بتركة أمريكي متوطن في الجزائر، ومتوفي فيها أيضا، فإن قاعدة الإسناد الجزائرية تقضي بتطبيق القانون الأمريكي، بوصفه قانون الجنسية وقت الوفاة، ولكن توجد صعوبة في تحديد هذا القانون، هل هو قانون المواريث في ولاية تكساس، أم في ولاية أوهايو، أم في ولاية كاليفورنيا، وغيرها؟

وكذلك إذا عرض على القاضي الفرنسي، دعوى نفقة مرفوعة من زوجة مصرية مسيحية على زوجها المصري المسلم، فإن قاعدة التنازع الفرنسية تقضي باختصاص القانون المصري، قانون الجنسية المشتركة للزوجين، وهنا تثور الصعوبة في تحديد أحكام هذا القانون؟ هل هو الشريعة الإسلامية؟ أم غيرها من الشرائع الملية الأخرى؟

إذن كيف يستطيع القاضي اختيار شريعة واحدة، وتفضيلها من بين الشرائع المتعددة، التي يتضمنها قانون الدولة المتعددة الشرائع سواء إقليميا أو طائفيا؟ (أولا)، ثم ما هو العمل، والحلول البديلة، إذا استحال إعمال هذا الحل المتوصل إليه (ثانيا).

### أولا: الحل الواجب الإتباع لتحديد الشريعة الداخلية المختصة.

إذا أشار ضابط الجنسية، بتطبيق قانون دولة متعددة الشرائع، ومن أجل تحديد قانون أي شريعة من بين شرائعها الداخلية هي المختصة، ذهب أقلية من الفقه<sup>3</sup>، إلى أنه على القاضي الفصل في النزاع، وفقا لقواعد الإسناد في قانونه، وهذا حتى ولو كان قانون الدولة متعددة الشرائع، يتضمن قواعد كفيلة بفض هذا التنازع الداخلي، ويدعم هذا الرأي بعدة حجج منها، أن

<sup>1</sup> -التعدد الإقليمي موجود في الدول المقسمة إلى عدة أقاليم، بحيث يكون لكل إقليم شريعته الخاصة، واستقلالته المالية والتشريعية عن شريعة الدولة الفدرالية، كما في الولايات المتحدة الأمريكية، سويسرا، بولونيا وكندا.

<sup>2</sup> - التعدد الشخصي، يتحقق عندما تتعدد القوانين داخل الدولة الواحدة، ويكون كل قانون منها نافذا في مواجهة مجموعة معينة من الأشخاص، تجمعهم صفات مشتركة تقوم على انتمائهم إلى دين أو أصل أو جنس معين، بحيث تنطبق على كل طائفة شريعة خاصة بأحوالهم الشخصية، وهو مكرس في بعض الدول العربية كمصر - لبنان - سوريا، حيث توجد أحكام الشريعة الإسلامية والمسيحية واليهودية، وكذلك إيران، باكستان، الهند وغيرها من الدول. أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 653.

<sup>3</sup> -أنظر هذا الرأي معروضا، عند فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 137.

وظيفة قاعدة الإسناد هي، الوصول مباشرة إلى الحل الموضوعي للمنازعات ذات الطابع الدولي، وليس مجرد تحديد الدولة التي يختص قانونها بحكم النزاع، كما أن القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق قواعد صادرة من مشرع دول أجنبية، فضلا عن أن ضوابط الإسناد الداخلية، في الدولة الأجنبية قد تختلف تماما عن ضوابط الإسناد الدولية في قانون القاضي، مما قد يؤدي إلى إهدار قاعدة الإسناد الوطنية من الناحية العملية. وقد تبنى هذا الإتجاه إتفاقية لاهاي المبرمة في 04 ماي، 1971 الخاصة بالقانون واجب التطبيق على حوادث السير<sup>1</sup>.

غير أن هذا الرأي لم يلق الرواج، فالفقه والتشريع السائد، يؤكد على ضرورة رجوع القاضي الوطني لقواعد الإسناد الداخلية، في الدولة الأجنبية الواجب تطبيق قانونها، وهي تحدد أي شريعة من بين شرائعها الداخلية هي المختصة، لأن وظيفة قاعدة الإسناد في قانون القاضي، هي فض النزاع الدولي القائم بين قوانين دول ذات سيادة. فهي عندما تشير بتطبيق قانون دولة معينة، تهدف إلى ربط العلاقة القانونية بها، باعتبارها وحدة إقليمية قائمة بذاتها، وليست مهمتها الفصل في أي القوانين الداخلية، هي المختصة في ذلك القانون، أي أن الأمر يتعلق بإسناد إجمالي، لا شأن لقاعدة النزاع بتفصيلاته، كما أن الرجوع إلى قواعد حل النزاع الداخلي في القانون الواجب التطبيق، فيه كفالة التحديد الدقيق للقواعد أو الشريعة الداخلية المختصة، فهو الأقدر على رسم نطاق تطبيق قواعده الداخلية، وهو ما لا يمكن إدراكه لو طبق القاضي قواعد حل النزاع الدولي في قانونه، لاختلاف ضوابط الإسناد والاعتبارات التي تقوم عليها في كل دولة<sup>2</sup>.

يقول الأستاذ " Niboyet " في تأييده لهذا الحل: "إنه لما تقرر اختصاص القانون الأجنبي، في نظر فرنسا لحكم الأحوال الشخصية للفرد، فهو الذي يملك من ثم سلطة تقرير كيفية توزيع وطنيته على مختلف التشريعات الداخلية، وبإمكان هذا القانون أن يوحد التشريعات الداخلية، وإذا لم يفعل ذلك، وقرر خضوع وطنيته لتشريعات مختلفة حسب الأصل أو المكان، فذلك يرجع إلى سلطته وحده<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 656.

<sup>2</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 257.

<sup>3</sup>- نقلا عن أعراب بلفاسم، المرجع السابق، ص 159.

وعلى العموم، فقد أغنانا المشرع الجزائري عن الخوض في الجدل الفقهي القائم حول هذه المشكلة، إذ نص في المادة 23 قانون مدني على أنه: " متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه". وبذلك فقد حسم هذه المسألة، عن طريق تفويض القانون المختص في تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق من بين شرائعه، ولذا سميت بمسألة التفويض أو الإحالة الداخلية. وهو الحل الذي أخذت به غالبية الدول المعاصرة،<sup>1</sup> والذي يسري حسب الفقه الغالب<sup>2</sup>، على جميع صور التعدد داخل الدولة الأجنبية، سواء الشخصي أو الإقليمي.<sup>3</sup>

إن التفويض على هذا النحو يختلف عن الإحالة<sup>4</sup> اختلافا جوهريا، لأنه في الإحالة يثبت الاختصاص لقانون دولة أجنبية، فتتخلى هذه الأخيرة عنه لقانون دولة أخرى، أما في التفويض، فالقانون المختص لا يتخلى إطلاقا عن اختصاصه، بل يركزه في شريعة معينة من بين الشرائع التي تتنازع في نطاقه، بمقتضى قواعده الداخلية للإسناد، كما وأن مسألة الإحالة لا تعرض إلا إذا ثبت الاختصاص لقانون أجنبي، أما مسألة التفويض فقد تعرض حتى إذا ثبت الاختصاص لقانون القاضي، متى كان متعدد الشرائع<sup>5</sup>. ومن ذلك مثلا أن محكمة القاهرة الابتدائية في 12 فيفري 1954، بعد أن ثبت الاختصاص لقانونها، في قضية تطبيق مرفوعة من زوجة مصرية على زوجها البريطاني، بحثت في كيفية ترجيح أي شريعة من بين شرائعها الشخصية الداخلية هي المختصة، وقضت أنه في حال اختلاف الديانة، أو اتحاد الديانة،

<sup>1</sup> - منها المشرع المصري المادة 26، والسوري المادة 28، والكويتي المادة 71، والليبي المادة 26، والإماراتي المادة 25، ومن الدول الغربية القانون الدولي الخاص الفرنسي لعام 1967 (م 2286)، والنمساوي لعام 1979 (م 3/5)، والإسباني لعام 1974، واليوغسلافي لعام 1983 (م 10)، وقانون البيرو لعام 1984 (م 56 فقرة 2)، والقانون التشيكوسلوفاكي لعام 1963، والبولندي لعام 1965، والإيطالي لعام 1995 (م 18) - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، 658.

<sup>2</sup> - هو رأي محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 433، وكذلك فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 144، وهشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 122. وهو نفس ما ينبغي الأخذ به عند تفسيرنا لنطاق المادة 23 قانون مدني جزائري، خاصة أنها جاءت بصياغة عامة وشاملة كالمادة 26 مدني مصري، دون أن تحدد أي نوع من التعدد تقصد، أنظر أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 161.

<sup>3</sup> - ومع هذا، فإن مجموعة من الفقه الإيطالي، يقصر نطاق التفويض، على صور التعدد الإقليمي فقط، دون التعدد الشخصي، لأن مهمة قاعدة الإسناد حسب رأيهم، هي تعيين شريعة إقليمية، وليس تعيين الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق، فهذه الحالة تتعلق بتفسير القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، ولا شأن لها بتفسير قاعدة الإسناد في قانون القاضي. أنظر في هذا الشأن، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 220.

<sup>4</sup> - الإحالة معناها أن ترفض قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق الاختصاص لنفسها، وتسند له لقانون آخر غيره، أنظر في معناها أكثر ص 164 من بحثنا.

<sup>5</sup> - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 177.

واختلاف المذهب بين الطرفين، تطبق عليهم أحكام الشريعة الإسلامية، بإعتبارها القانون ذو الولاية العامة بالنسبة للمصريين<sup>1</sup>.

هذا، وهناك بعض الفروض التي يستحيل فيها إعمال قاعدة التفويض، ومن ذلك ألا يشتمل النظام القانوني الواجب التطبيق، على أي قواعد إسناد داخلية، لتعيين الشريعة الواجبة التطبيق، أو تعجز هذه القواعد عن حسم النزاع، كما أنها قد تشير إلى تطبيق قانون موطن الشخص، ويكون هو متوطنا في دولة أخرى، أو ليس في إعمال التفويض في هذه الحالة، خروج عن المعنى العام لهذه النظرية، وتطبيق لنظرية أخرى من نظريات تنازع القوانين، هي ما يعرف بالإحالة؟ فما هو الحل الواجب الإلتباع؟

### ثانياً: الحل الواجب الإلتباع عند استحالة إعمال قاعدة التفويض.

إن استحالة إعمال قاعدة التفويض، لا يثير صعوبة في حالات للتعدد الشخصي، لأن سكان الإقليم يكونوا فيه موزعين على حسب ديانتهم أو أصلهم، مما يوجب تطبيق قانون الطائفة التي ينتمون إليها، وإذا لم يهتد إليها، تطبق الشريعة الغالبة، فمثلا في دول الشرق الأوسط الشريعة الغالبة هي الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>. إلا أن الصعوبة تثور بالنسبة لحالات التعدد الإقليمي، وهنا تتعدد آراء الفقهاء وتختلف، فمنهم من يرى وجوب رجوع القاضي للقواعد الموضوعية في قانونه، ومنهم من يرى أنه عليه إعمال قواعد الإسناد في قانونه للتوصل للشريعة المختصة. ولكن من العسير الأخذ بهذين الرأيين، فالرأي الأول، فيه إهدار كامل لقاعدة الإسناد التي تقضي بإخضاع النزاع لنظام قانوني معين، والرأي الثاني، قد يؤدي إلى حل غير ذلك الذي يقضي به فعلا القانون الواجب التطبيق.

ولهذا يرى البعض أنه يجب على القاضي الإلتزام في جميع الحالات، بتطبيق شريعة محددة سلفا في النظام القانوني الأجنبي<sup>3</sup>، كشرعية العاصمة مثلا، أو شريعة الإقليم الذي يتوطن به الشخص، إلا أنه إذا كان متوطنا بالخارج، فلا يجوز تطبيق قانون الموطن عليه، لأن في هذا، قبول الإحالة من القانون الواجب التطبيق، الذي تتعدد فيه الشرائع الداخلية، إلى قانون

<sup>1</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 659.

<sup>2</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 163.

<sup>3</sup>- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 154.

الموطن الجديد، وهو ما لا يجوز التسليم به في النظم القانونية، التي ترفض الأخذ بالإحالة كمصر<sup>1</sup>، بل حتى بالنسبة للنظم القانونية التي تقبل الإحالة من الدرجة الأولى كالجزائر، فلن تقبل بتطبيقه إلا إذا كانت الإحالة إلى قانونها الوطني، بأن يكون الشخص متوطنا بإقليمها. ولقد تعددت الحلول في مواجهة هذا الفرض، إلا أنه يصعب التسليم بصحتها جميعا، لأنها تقوم على إلزام القاضي مسبقا، وفي جميع الحالات بتطبيق شريعة داخلية محددة سلفا، وهذا قد لا يتفق دائما مع روح النظام القانوني الواجب التطبيق على النزاع. فهو تحديد يقوم على الافتراض ويبتعد عن الواقع، كما قد يؤدي إلى تطبيق شريعة، لم يعد لها صلة مباشرة بالمسألة المعروضة.

ولهذا يذهب بعض الفقه المصري<sup>2</sup>، إلى أنه متى لم توجد قواعد إسناد داخلية في القانون المختص بحسم النزاع، أو وجدت لكنها عجزت عن حل المشكلة، كأن تشير بتطبيق قانون الوطن، والشخص متوطن في دولة أخرى، فنكون أمام حالة تعذر فيها الكشف عن الأحكام الواجبة التطبيق، أي أنه تعذر تطبيق قانون الجنسية المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الأصلية في قانون القاضي، مما يوجب تطبيق قاعدة إسناد إحتياطية تقوم على إعمال قانون الوطن، لأنه أقرب القوانين لحكم مسائل الأحوال الشخصية بعد قانون الجنسية، وفي حالة عدم وجوده يتعين تطبيق قانون محل الإقامة، لأن هذه الحالة حسب نظرهم تشبه حالة عديم الجنسية.

بالرغم من أن هذا الرأي، أقرب للصواب مقارنة بالآراء التي سبقته، ومع هذا يعيبه أن إعمال قاعدة إسناد إحتياطية، ينطوي بدوره على إهدار لقاعدة الإسناد الحقيقية، التي يقضي بها المشرع الوطني.

وعليه، فإن الرأي الجدير بالتأييد هنا<sup>3</sup>، هو الذي يقضي أنه يتعين على القاضي البحث عن أكثر الشرائع الداخلية ارتباطا بالنزاع، وتطبيق أحكامها الموضوعية، أي تطبيق أحكام الإقليم الذي تحتفظ معه العلاقة محل النزاع، برابطة جدية وفعلية، وكثيرا ما يتحدد هذا القانون

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 130.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 132، وحفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 230 و 231.

<sup>3</sup> - ومن هذا الرأي أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 660، كما أن فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد يرون بضرورة الأخذ به، ولكن فقط في حال تعذر على القاضي تحديد الشريعة الداخلية المختصة وفقا لقواعد النظام القانوني الواجب التطبيق أصلا، مرجع سابق، ص 155.

بموطن الشخص أو محل إقامته، لأنه المكان الذي تتركز فيه أعماله ونشاطاته ، ويقضي فيه الكثير من وقته. ومع هذا إذا كانت ارتباطات الشخص بإقليم آخر، أكثر من ارتباطاته بقانون موطنه، فيجب تطبيق أحكام ذلك الإقليم عليه. وقد تبنى هذا الرأي العديد من القوانين<sup>1</sup>.

وعلى خلاف ذلك، فإن المشرع الجزائري، يقضي بموجب الفقرة 2 من المادة 23 قانون مدني، والتي تم إضافتها في تعديل 2005، أنه 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 التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي.

إلا أنه وجّه لهذا الموقف الكثير من الانتقادات، فبالنسبة للتعدد الإقليمي، على أي أساس اختار المشرع تشريع العاصمة؟ إن هذا الاختيار هو مجرد تفضيل عبثي قائم على الافتراض، وبعيد عن الواقع، لأنه لا يوجد ما يبرر اختصاص قانون العاصمة دون غيرها<sup>2</sup>. وهذا ما يتضح فيما لو تصورنا أن أميركيا مقيم بالجزائر، وله سكن آخر في نيويورك موطنه الأصلي الذي يرتبط به ويحمل عاداته، وهو دائم الترحال إليه، طرح نزاع يتعلق بأهليته على القاضي الجزائري، ولم يجد هذا الأخير في قانون جنسيته -أي القانون الداخلي الأمريكي- حلا لهذه المشكلة. من خلال الوقائع يظهر أن أنسب القوانين للتطبيق على هذا الرجل، هو قانون ولاية نيويورك، ولكن أعمال قاعدة الإسناد الجزائرية، يؤدي لتطبيق قانون ولاية واشنطن، الذي لا يمت بصلة للموضوع، خاصة وأن أحكام القانونين مختلفة.

بل حتى بالنسبة للتعدد الطائفي، فكان على المشرع ألا يلجأ إلى تطبيق التشريع الغالب في البلد، إلا في حالة عدم معرفة الطائفة أو الجنس الذي ينتمي إليه الشخص. فعلى فرض أن إيراني الجنسية، سني المذهب تزوج من جزائرية وأنجب منها أطفالا، طرحت مسألة إثبات نسبهم أمام القاضي الجزائري، فهنا سيطبق القانون الإيراني، بصفته قانون جنسية الأب وقت

<sup>1</sup> - 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 تطبيق النظام القانوني الجزئي الذي تتوفر معه الرابطة الأكثر قوة ". وإن لهذا النص ما يشبهه في القانون الدولي الخاص اليوغسلافي لعام 1983 (م2/10)، والقانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 (م 4 فقرة3)، والإيطالي لعام 1995 (م 2/18). أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص661.

<sup>2</sup> - dans la même sense, Loussouarn et Bourel .op cit.p158

ميلاد الطفل، ولكن هذا القانون متعدد الشرائع طائفيًا، وعلى فرض أنه لا يوجد حلول لهذه المسألة في القانون الإيراني، فالقاضي سيطبق التشريع الغالب في إيران وهو تشريع الشيعة، أو ليس في هذا ظلم لهذا الرجل السني؟، بل إن المنطق يوجب تطبيق تشريع الملة السنية في إيران عليه.

من خلال النقائص السابقة، نفضل لو أن المشرع طبق تشريع الطائفة أو العرق الذي ينتمي إليه الشخص في حالة التعدد الطائفي، فإن لم يعرفه طبق التشريع الغالب في البلد، أما في حالة التعدد الإقليمي، فنحن لو أن المشرع أسند العلاقة للإقليم الذي يرتبط به الشخص برابطة جدية وفعلية، أو أكثر الشرائع الداخلية ارتباطًا بالنزاع.

وفي الأخير، فإن التساؤل الذي يطرح، لماذا لا توجد نظريات فقهية تؤيد أعمال فكرة الحل الوظيفي، لحل النزاع الداخلي بين الشرائع عند استحالة أعمال قاعدة التفويض، خاصة وأن نظرية تعدد الشرائع من أكثر النظريات في رأينا صلاحية لتطبيق هذه الفكرة، فإذا كان حل النزاع بين قوانين دول مختلفة السيادة، يكون من منظور وظيفة وغاية قاعدة الإسناد، أفلا يصلح حل النزاع بين قوانين دويلات داخلية، أو شرائع تنتمي لنفس السيادة من هذا المنظور.

من جميع ما تقدم، يظهر أن تلك الصعوبات التي تظهر أثناء البحث عن قانون الجنسية المختص، وتعيق من تعيينه وتحديده، قد وجد لها الفقه الحلول اللازمة والمناسبة، وبالتالي أصبحت لا تعدو أن تكون سوى مراحل أولية، تعترض القاضي عند إعماله لضابط الإسناد، فإذا فصل فيها وفقا للحلول التي اختارها مشرعه، فسيصل بسهولة لقانون الدولة المسند إليها. ولكن بالرغم من الوصول إلى هذا القانون الأخير، فيمكن أن تظهر صعوبات أخرى أثناء محاولة تطبيقه. فما هي هذه الصعوبات؟ وكيف كانت معالجتها والتصدي لها؟.

## المبحث الثاني:

### الصعوبات التي يثيرها تطبيق قانون الجنسية:

بعد الانتهاء من عملية البحث عن ضابط الجنسية المختص، أي بعد تعيين قانون الجنسية الواجب التطبيق على النزاع، فإذا ثبت الاختصاص لقانون القاضي، فلا تظهر حينئذ أية إشكالية، لكن إذا ثبت الاختصاص للقانون الأجنبي سوف تثور صعوبات أخرى، هي الإحالة، الدفع بالنظام العام، والغش نحو القانون.

فالإشكال الذي تثيره الإحالة، هو كيفية تطبيق قانون الجنسية، هل يطبق بصفته وحدة قانونية متكاملة، مما يوجب مراعاة جميع قواعده سواء كانت مادية أو إسنادية، أم يجب الإقتصار على تطبيق قواعده الموضوعية فقط. وإن الأخذ بالإحالة، يؤدي لاستبعاد قانون الجنسية الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية، وتطبيق قانون آخر بدله. وهو نفس الأثر الذي يقوم به كل من الدفع بالنظام العام والغش نحو القانون، بصفتهما وسيلتين، أو كموانع من تطبيق قانون الجنسية المختص، عندما يشير بتطبيق قانون أجنبي، وظيفتهما حماية مجموعة من الاعتبارات التي يقوم عليها الكيان القانوني للقاضي.

وعليه، ستكون الإحالة مناط حديثنا في المطلب الأول، لئتم بعدها التطرق إلى الدفع بالنظام العام، والغش نحو القانون.

### -المطلب الأول : الإحالة.

إن سبب مشكلة الإحالة، هو حالات التنازع السلبي، وذلك بأن ترفض قاعدة الإسناد في قانون القاضي الاختصاص لنفسها، و تسنده لقانون أجنبي، غير أن قاعدة الإسناد في هذا القانون الأخير، ترفض بدورها هذا الاختصاص لقواعدها الموضوعية، و تعهد به إلى قانون آخر<sup>1</sup>، فد يكون هو قانون القاضي الناظر في النزاع، أي إحالة من الدرجة الأولى- وتسمى

<sup>1</sup>-عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2009، ص69.

أيضا بالرد أو الرجوع- كما قد يكون قانون دولة ثالثة،<sup>1</sup> وهذا ما يسمى بالإحالة من الدرجة الثانية.

ومن الأمثلة عن الإحالة من الدرجة الأولى، أن تطرح منازعة متعلقة بأهلية انجليزي متوطن بالجزائر، هنا القانون الجزائري يقضي بتطبيق قانون جنسية الشخص، أي القانون الانجليزي، وهذا الأخير يرفض الاختصاص، ويشير بتطبيق قانون الموطن، أي أنه يعيد الاختصاص للقانون الجزائري. بينما تظهر الإحالة من الدرجة الثانية في فروض أخرى، كأن تطرح منازعة متعلقة بميراث منقولات أمريكي مقيم بفرنسا، أمام القاضي الجزائري، فقاعدة الإسناد الجزائرية تشير بتطبيق القانون الأمريكي، بوصفه قانون جنسية المتوفى، ولكن هذا الأخير يرفض الاختصاص، ويسنده لقانون الموطن، أي القانون الفرنسي، وهذا الأخير يعترف لنفسه بالاختصاص، لأنه قانون الموطن الأخير للمتوفى، و لو أن القانون الفرنسي أسند لدولة رابعة، لكانت الإحالة من الدرجة الثالثة.<sup>2</sup>

هذا، وإن موقف الفقه والتشريعات من الإحالة، يتبلور في اتجاهين رئيسيين، اتجاه قديم وسائد، ينظر للإحالة نظرة ثابتة (الفرع الأول)، واتجاه حديث مازال في بداياته، ينظر إليها نظرة وظيفية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الإحالة من منظور الاتجاه التقليدي.

إن هذا الاتجاه، ينظر للإحالة بصفة ثابتة ومجردة، فهي مسألة قائمة بذاتها، ولذلك ينبغي أن يتحدد الموقف منها، بصفة عامة ومطلقة على جميع الحالات، فالحل واحد إما أن يتم قبولها جميعا، وإما أن يتم رفضها جميعا. ولهذا كان من الطبيعي أن يبحث كل من رافضي وأنصار الإحالة عن الحجج التي تبرر رأيهم، حتى تكون له صفة الحجية، وقوة الأثر على موقف التشريعات. فما هي حجج رافضي وأنصار الإحالة؟ وما هو تأثير هذا على موقف التشريعات منها؟

<sup>1</sup> -محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص419.

<sup>2</sup> - بل يمكن أن تستمر سلسلة الإحالة نظريا إلى قانون رابع أو خامس، لكن من الناحية العملية تتوقف سلسلة الإحالة بسرعة لأن ضوابط الإسناد المحتملة معدودة.

### - أولاً: حجج رافضي وأنصار الإحالة:

لقد أبان الفقه الرافض لهذه النظرية، سهام نقده الجارح لها ، على أساس مجموعة من الاعتبارات، منها أنها تؤدي لإهدار المعنى الحقيقي لآلية التنازع، لأن دور قاعدة الإسناد في قانون القاضي، هو الإشارة بتطبيق القواعد المادية في القانون الأجنبي المختص، الذي لم يثبت له الاختصاص اعتبارياً، وإنما لكونه العنصر الذي يمثل مركز الثقل في العلاقة ، فهو أنسب القوانين لحكمها، في حين أن الإحالة تعطل كل هذه التقنية المدروسة، بإسنادها العلاقة قانون آخر. أما القول بأن القانون الأجنبي كل لا يتجزأ فيردّ عليه، بأن قانون القاضي كذلك كل لا يتجزأ ، فعلى أي أساس نأخذ بقاعدة التنازع في القانون الأجنبي، ونهدر قاعدة التنازع في قانون القاضي، ثم أليس في الأخذ بقاعدة الإسناد الأجنبية، انتهاك للسيادة التشريعية للمشرع الوطني ، خاصة وأن وظيفة قواعد التنازع الأساسية ذات طبيعة سياسية، تتمثل في الفصل بين سيادات الدول، المتصلة بالعلاقة موضوع النزاع. وهو الأمر الذي يجب أن تحسمه قاعدة التنازع الوطنية، وليس قواعد التنازع الأجنبية<sup>1</sup>.

كما أن الأخذ بالإحالة، قد يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة، لافكاك منها، سماها بعض الفقهاء بغرفة المرايا العاكسة ، كأن ترفض القوانين المعيّنة كلها الاختصاص ، ومثال ذلك أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع حول ميراث أموال منقولة، توفي عنها انجليزي متوطن بايطاليا ، فتقضي قاعدة الإسناد الجزائرية بإسناد الاختصاص للقانون الانجليزي، الذي يحيل بدوره إلى القانون الايطالي، وهذا الأخير يرفض الإحالة (المادة 30 قانون مدني ايطالي)، ويعيد الاختصاص إلى القانون الانجليزي من جديد<sup>2</sup>. فما هو الحل إذن ؟، كما شبه فقهاء آخرون، الحالات التي تقضي فيها قواعد التنازع في قانون القاضي بتطبيق القانون الأجنبي ، غير أن قواعد الإسناد فيه ، تعيد الاختصاص لقانون القاضي، مرة أخرى، بلعبة التنس، فما دام كلا القانونين يرفضان الاختصاص، فلماذا نجبر قانون القاضي بقبول الاختصاص رغماً عنه. وعليه، لا يخفى المساوئ التي تترتب عن الوقوع في حلقة مفرغة لا مخرج منها، فهي تؤدي

<sup>1</sup>-عبده جميل غصّوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق، ص78.

<sup>2</sup>-زروتي الطيب، المرجع السابق، ص114.

لعدم احترام توقعات الأطراف، وفقدانهم الأمان القانوني، إذ يكون من العسير عليهم، معرفة القانون الذي سيحكم علاقاتهم الشخصية والمالية.

وقد يؤدي الأخذ بالإحالة إلى إجحاف في حقوق الأفراد ، وتطبيق نظم قانونية عليهم ليسوا خاضعين لها في بلادهم أصلاً<sup>1</sup> ، ومن ذلك أن يكون انجليزي مقيماً في الجزائر مع زوجته البريطانية ، ويحصل على الطلاق بالإرادة المنفردة من زوجته، وفقاً للقانون الجزائري الذي يحيل إليه القانون البريطاني ، ففي هذا إجحاف بحق زوجته التي ما كانت تنتظر أن ينحل زواجهما، إلا وفقاً لأحكام أعرافهما وقوانينهما البريطانية .

وفي المقابل، لم تكن تلك الانتقادات السابقة، عزيمة أنصار الإحالة، من التذليل على محاسنها، بذكر العديد من الحجج النظرية والعملية التي تؤيدها، وتفند حجج الرافضين لها، كما بحثوا عن الأسس القانونية السليمة للأخذ بها.

فبالنسبة لحججهم، فهي تتمحور أساساً حول وجوب معاملة القانون الأجنبي، الذي تشير بتطبيقه قواعد الإسناد في قانون القاضي، باعتباره كلا واحداً لا يتجزأ ، أي بصفته نظاماً قانونياً متكاملاً في قواعده المادية وقواعد الإسناد ، ولا مبرر لتجزئته والتمييز بين قواعده. فالأخذ بقواعده المادية فقط متى كانت قواعد الإسناد فيه ترفض الاختصاص الموضوعي، يعني إهدار لإرادة المشرع الأجنبي، إذ أنه من غير اللائق أن يخول القاضي الذي يعرض عليه النزاع أكثر من ملكه، فيرغم القانون الأجنبي على قبول الاختصاص رغم أنه ، فمادام أن هذا الأخير، قد تخلى عن اختصاصه لقانون آخر، سواء كان قانون القاضي أو قانوناً آخر غيره ، فكيف يطبق القاضي قواعده الداخلية على الرغم منه<sup>2</sup> .

كما أن الأخذ بالإحالة فيه تسهيل وتعميم للحلول، وهو ما يؤدي لتيسير تنفيذ الأحكام ، فأعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، من شأنه أن يؤدي إلى أن يفصل القاضي الوطني في النزاع، بذات الطريقة التي كان سيفصل بها القاضي الأجنبي، لو رفعت الدعوى أمامه،

<sup>1</sup>- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 52.

<sup>2</sup>- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 50.

وهو ما يؤدي إلى وحدة الحلول بين الدول المتصلة بالعلاقة ، إذ سيظل الحل واحداً، أياً كانت المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى، سواء أكانت المحكمة الوطنية أم المحكمة الأجنبية<sup>1</sup>.

كما أن الإحالة تغني عن الوقوع في الكثير من المشاكل، لما يتعلق الأمر ببلد تتعدد فيه الشرائع تعدداً إقليمياً أو وظيفياً ، ويكون البلد المحال عليه يتمتع بالوحدة التشريعية والقانونية. فلو فرضنا أن أميركياً مقيم بالجزائر، قام بتصرف يتعلق بحالته الشخصية ، وعرض النزاع على القاضي الجزائري، أو ليس في إحالة القانون الأميركي على القانون الجزائري باعتباره قانون الموطن، ما يغني القاضي مشقة البحث عن الشريعة المختصة، بين الشرائع الداخلية للولايات المتحدة الأمريكية. إنها حقاً مزية تجنب القاضي الإرهاق الشديد وضياح الوقت، ومصالح المتقاضين<sup>2</sup>، ثم إن قبول الإحالة يتماشى مع المبادئ العامة السائدة في إطار القانون الدولي الخاص، والتي تغلب النزعة الوطنية بشأن حل تنازع القوانين، فقبول الإحالة من الدرجة الأولى ، أو الإحالة الدائرية<sup>3</sup>، ليس إلا مجرد تعبير عن هذه النزعة ، حيث يقوم القاضي بإعمال قواعد قانونه، الذي يعرفه أكثر من غيره، ويسهل له بالتالي تطبيقه<sup>4</sup>.

أما بالنسبة للأساس القانوني الذي يبرر تبني الإحالة، فقد تعددت الآراء بخصوصه، وقد انطلق الاجتهاد أصلاً، في محاولته إيجاد تفسير لها من مفهوم الإحالة كتفويض، بحيث أن قاعدة الإسناد الوطنية حينما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي، فإنها تفوض هذا الأخير تفويضاً عاماً في حسم النزاع ، وهذا ما سيؤدي إلى انه يجب تطبيقه ككل لا يتجزأ، بما فيه قواعد الإسناد<sup>5</sup>. إلا أنه وجهت لهذه النظرية عدّة انتقادات، لأن تفويض القانون الأجنبي في ذاته يتعارض مع فكرة السيادة، فوق أن إعمالها يوقع في الحلقة المفرغة، وذلك لما يرفض كل قانون متصل بالنزاع الاختصاص المخول له، ويحيله إلى قانون آخر<sup>6</sup>، وبهذا فهي مجرد تصوّر ذهني، قائم على المجاز، فلا يصح قبوله. ولهذا ما لبث الفقه أن بحث عن حجج، وتبريرات أخرى أكثر قانونية وعقلانية، وهذا ما تجسد في نظرية الفقيه "باتيفول" الذي يرى في الإحالة، وسيلة للتنسيق بين

<sup>1</sup>-حفيظة السيد الحداد،المبادئ العامة في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص154.

<sup>2</sup>-زروتي الطيب، المرجع السابق، ص118.

<sup>3</sup>-الإحالة الدائرية هي إحالة من الدرجة الثانية أو الثالثة فما دواليك، غير أن الاختصاص فيها يعود في النهاية إلى قانون القاضي المعروف عليه النزاع بعد توالي الإحالات.

<sup>4</sup>-حفيظة السيد الحداد،المبادئ العامة في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص154

<sup>5</sup>-موحّد إسعاد، قواعد التنازع، مرجع سابق، ص202.

<sup>6</sup>-Dominique Holleaux, Jacques Foyer,Géraud de Geouffre de la Pradelle,op cit,p266.

قواعد الإسناد ، على أساس أن حل التنازع بشأن العلاقات الخاصة، إنما يكون من حيث المبدأ، عن طريق قاعدة الإسناد الوطنية وحدها، ولكن هذا لا ينفي وجود تنازع فعلي بين السیادات، والذي ينبغي أن يحل بالتنسيق بين قاعدة الإسناد الوطنية والأجنبية، ففي أعمال قواعد الإحالة، لا يوجد أي تنازل عن قاعدة الإسناد الوطنية، لمصلحة قاعدة الإسناد الأجنبية، لأن هذه الأخيرة لم تتدخل في التنازع بطريق الصدفة ، بل عينتها قاعدة الإسناد الوطنية، فثمة إذن تنسيق بين القاعدتين، مثلا إذا طرح التنازع بشأن انجليزي متوطن في فرنسا، هنا قواعد التنازع الفرنسية تقضي بتطبيق القانون الانجليزي، ولكن قواعد الإسناد فيه ترفض الاختصاص، معناه أن القانون الانجليزي غير موجود، لذا يجب الرجوع إلى قانون القاضي وتطبيقه، وهذا الحل هو الذي يحقق التناسق والانسجام بين قواعد الإسناد في القانونين، كما انه متوقع وسهل الاستعمال<sup>1</sup>.

ومع هذا، قد وجهت لهذه النظرية عدة انتقادات، لأنها لا توضح لماذا التوقف عند الإحالة، من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي، وتطبيق قواعده الموضوعية، فإن كان في هذا تنسيق مع قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي أشار بذلك، فليس فيه توافق مع قاعدة الإسناد في قانون القاضي، التي تقضي بغير ذلك<sup>2</sup>.

هذا، وقد حاول بعض الفقه الرافض للإحالة، بالرغم من هذا، إيجاد أساس قانوني، يبرر بعض نتائجها، وهو ما تجلى في موقف كل من الأستاذ "Lerebours – Pigennière"، و "Niboyet". فهما يريان انه لا يجوز أن نرفض على القانون الأجنبي، اختصاصا لا يرضاه لنفسه بمقتضى قواعد الإسناد فيه، لذا فإذا هو رفض الاختصاص المسند إليه، بمقتضى قواعده للتنازع، فعلى القاضي أن يطبق قانونه، بموجب قاعدة إسناد احتياطية فيه تقضي بهذا، وفق رأي الأستاذ "Lerebours – Pigennière"، أو بمقتضى الأصل العام الذي يقضي بإقليمية القوانين، وفق رأي "Niboyet".

<sup>1</sup>-Battifol et Lagarde, traité de droit international privé. tome 1,8eme édition, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris ,p497-499.

<sup>2</sup>-أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص117.

هذا، ويرى " Lerebours – Pigennière"، أنه يجب تطبيق قانون آخر، غير قانون القاضي في بعض الفروض، منها أنه يجب تطبيق قانون الموطن بصفة احتياطية، على أهلية الأشخاص وحالتهم بدلا من قانون الجنسية، فيما لو رفض هذا الأخير الاختصاص المعروض عليه، بمقتضى قاعدة الإسناد الأصلية<sup>1</sup>.

بالرغم من أن هذان الرأيان وفقا نوعا ما، في تفسير موقف القضاء الفرنسي الغالب، في قبول الإحالة من الدرجة الأولى، إلا أنه يعاب عليهما، أن الرأي الأول، يقول بوجود قاعدة إسناد احتياطية بجانب قاعدة الإسناد الأصلية، وهذا من باب التخيل، ولا أساس له من الحقيقة، كما يعاب على الرأي الثاني، أنه يشجع العودة الحتمية إلى قانون القاضي في جميع الحالات، بالرغم من أنه توجد قوانين قد تكون أشد ارتباطا بالعلاقة منه كقانون الموطن<sup>2</sup>.

إن موقف الفقه المتردد ما بين الأخذ بالإحالة أولا، كان له تأثيره الكبير على التشريعات، التي لم تستقر على رأي واحد، بقبول الإحالة أو رفضها، وإنما كانت آراءها متعددة.

## ثانيا :- موقف التشريع الجزائري، و القوانين المقارنة من الإحالة:

إن موقف التشريعات من الإحالة متباين، فهناك من رفضها وناصبها العداء<sup>3</sup>، كغالبية التشريعات العربية<sup>4</sup>، وهناك من استحسّن الأخذ بها. والمستحسنون بدورهم مختلفون بين آخذ بها متى كانت من الدرجة الأولى فقط<sup>5</sup>، وبين مقبل عليها في جميع الحالات، سواء كانت من

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، المبادئ العامة في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص163.

<sup>2</sup> - موحد إسماعيل، قواعد التنازع، مرجع سابق، ص203.

<sup>3</sup> - كالقانون السويسري لسنة 1987، و قانون الكيبك لسنة 1991، و قانون ولاية لويزيانا لسنة 1991، و القانون الإيطالي القديم لسنة 1942، والقانون الهولندي و اليوناني، و قوانين الدول الإسكندنافية، و البرازيل، و يميل القضاء الأمريكي إلى رفضها كذلك. نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص205.

<sup>4</sup> - وهذا ما فعله المشرع المصري المادة (27قانون مدني)، السوري المادة (22 مدني)، الليبي ( المادة 27 مدني)، الأردني ( المادة 22 مدني )، الكويتي ( المادة 72 من القانون المدني لسنة 1941 )، السوداني ( المادة 1/16 قانون مدني لسنة 1984 ). نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص203، 204.

<sup>5</sup> - من ذلك القانون الإسباني لسنة1974(المادة 2/11)، و المجري لعام 1979 (المادة 4)، و الياباني لسنة 1989 (المادة 32)، و قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة في مادته 26 فقرة3. أنظر زرّوتي الطيب، المرجع السابق، ص124.

الدرجة الأولى أو الثانية<sup>1</sup>، وبعض التشريعات لا تأخذ بالإحالة، إلا كاستثناء إذا تقرر ذلك في قانون خاص<sup>2</sup>، في حين إن موقف بعض التشريعات غير واضح منها، إذ لم ينص عليها لا بالرفض ولا بالقبول<sup>3</sup>. وهذا هو مسلك المشرع الجزائري، قبل تعديل القانون المدني في جوان 2005، والذي كان يفسر بأنه رفض للإحالة بنوعيتها، وهو ما دعا بعض الفقه الجزائري<sup>4</sup>، إلى الدعوى والتحيز لو أن المشرع اخذ بها، متى كانت من الدرجة الأولى فقط، خاصة في مجال الأحوال الشخصية، لما في ذلك من توسيع لنطاق تطبيق القانون الجزائري.

وفعلا فقد استجاب المشرع لدعوات الفقه، بموجب التعديل السابق، فنص على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، بإضافته لمادة جديدة خاصة بها، هي المادة 23 مكرر<sup>5</sup>، و التي قضت بضرورة تطبيق القواعد المادية مباشرة، في القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد الإسناد الجزائرية، أي رفضت الإحالة كمبدأ عام، إلا أنه عادت وأقرت استثناء هو، انه متى قضت قواعد الإسناد الأجنبية، بإعادة الاختصاص للقانون الجزائري، فيجب تطبيق القانون الجزائري حتما، دون مراعاة القواعد المادية في القانون الأجنبي المختص، أي قبلت بالإحالة متى كانت من الدرجة الأولى. ومن ذلك أن يطرح مثلا نزاع بشأن ميراث منقول لفرنسي متوطن بالجزائر، ومتوفي فيها أيضا، ففي حين تقضي قاعدة الإسناد الجزائرية، باختصاص القانون الفرنسي بصفته قانون جنسية الهالك، فإن قاعدة الإسناد الفرنسية تردّ الاختصاص للقانون الجزائري بصفته قانون موطنه.

<sup>1</sup> - كالفضاء الفرنسي الذي اخذ بها بنوعيتها من الدرجة الأولى و الثانية، والقضاء اللبناني والانجليزي، و البلجيكي، و نص عليها صراحة القانون الألماني لسنة 1986 (المادة 1/4)، والنمساوي لسنة 1978 (المادة 54)، والبولندي (المادة 4 من قانون 12 نوفمبر لسنة 1965)، والبرتغالي (المواد من 17-19 من القانون المدني لسنة 1966)، و التركي (مادة 3/2 من قانون 20 ماي 1982)، والتشيكوسلوفاكي (المادة 35 من قانون 4 ديسمبر 1963)، والقانون اليوغسلافي (المادة 6 من قانون 15 يوليو 1982)، والقانون البيروفي لسنة 1984، وأخذت بها بعض الإتفاقيات الدولية كذلك، كاتفاقية جنيف لسنة 1930 - 1931 بشأن الأوراق التجارية والشيك، واتفاقية لاهاي لسنة 1902 بشأن الزواج، واتفاقية 1955 الخاصة بتنظيم التنازع بين قانون الجنسية و قانون الموطن، وكذلك تقنين بوسنامنت. نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 205، وزروتي الطيب، المرجع السابق، ص 132.

<sup>2</sup> - كالقانون التونسي، الذي ينص في المادة 35 من مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998 على أنه لا يقبل الردّ سواء أدى إلى العمل بالقانون التونسي، أو إلى العمل بقانون دولة أخرى إلا إذا نصّ القانون على قبوله.

<sup>3</sup> - كالقانون المغربي واليمني.

<sup>4</sup> - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 55.

<sup>5</sup> - تنص هذه المادة: - "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان، غير أنه يطبق القانون الجزائري، إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

وعلى العموم، فإن هذه المادة مستوحاة من المادة 26 من القانون الإماراتي، ويفرض إعمالها على القاضي، أولاً الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، بمقتضى قواعد الإسناد الجزائرية، فإذا قبل هذا الأخير الاختصاص، طبق القاضي قواعده الموضوعية كمرحلة ثانية، أما إذا رفضه، فالأمر لا يخرج عن أحد احتمالين، فهو إما أن يحيل إلى تطبيق قانون القاضي، فيجب حينئذ تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الجزائري، وإما أن يحيل إلى قانون أجنبي آخر، فيجب عدم الأخذ بالإحالة، وتطبيق الأحكام الموضوعية في القانون المسند إليه، دون النظر إلى موقف القوانين المحال عليها الأخرى، سواء كانت ترفض الاختصاص أو تقبله.

هذا، وإن موقف المشرع الجزائري بهذا الشكل الذي ميز فيه بين نوعي الإحالة، فرفض إحداها، وقبل بالأخرى، يبرز مدى الفروقات الكامنة وراء كل نوع منها، والنتائج المختلفة التي يوصلان إليها. فبالنسبة للإحالة من الدرجة الثانية، فتحمل في طياتها الكثير من العيوب، فهي قد تزيد من نظرية تنازع القوانين تعقيداً، فوق التعقيد الذي هي عليه، خاصة وأنه يمكن أن تستمر سلسلة الإحالة نظرياً، إلى قانون ثالث ورابع وخامس، بالإضافة لما في هذا من إهدار للوقت والجهد، وتقلب القاضي ما بين القوانين، وما قد يؤدي به في النهاية إلى الوقوع في حلقة مفرغة. ومثال ذلك أن يعرض على القاضي الجزائري، نزاع يتعلق بالحالة المدنية لأمركي مقيم بمصر، فنجد أن قاعدة الإسناد الجزائرية، تقضي بتطبيق قانون الجنسية، وهو القانون الأمريكي، إلا أن هذا الأخير يسند الاختصاص لقانون الموطن، أي القانون المصري، ولكن هذا الأخير يرفض الاختصاص، كذلك، ويعيده لقانون الجنسية الأمريكي. إذن كيف سيكون الحل، وعلى أي أساس يتم الاختيار بين هذين القانونين<sup>1</sup>.

وبالمقابل فإن الإحالة من الدرجة الأولى، تحوي على الكثير من المزايا، وبالأخص بالنسبة لقانون القاضي الناظر في النزاع، فمن جهة قد تحقق حماية المصالح الوطنية، وتجسد سيادة الدولة على إقليمها، إذ قد تكون سبباً لتحقيق الكثير من المنافع المادية لدولة القاضي، خاصة في حالة الأموال المنقولة، والتي ما توجد فيها من وسيلة لأيلولة المال إلى خزائن الدولة

<sup>1</sup> - زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 119.

إلا عن طريق الإحالة ، وهذا كما حدث في قضية "فورجو" "Forgo"<sup>1</sup> ، فلو أن محكمة النقض الفرنسية رفضت الإحالة لطبقت قواعد القانون البافاري ، التي تعطي الحق في الميراث لصالح الحواشي، غير أن قبولها بالإحالة من الدرجة الأولى، وتطبيق القواعد الفرنسية المتعلقة بالميراث، هي التي جعلتها ترفض ميراث هؤلاء الحواشي، وتعتبر التركة بلا ورثة، مما يسمح لمصلحة الأملاك الفرنسية بالاستيلاء عليها .

ومن جهة أخرى، فإن في قبولها تيسرا ودرءا لبعض الصعوبات التي يعتبر القضاة في غنى عنها ، حيث أن القاضي سيطبق قانونه الذي يعلمه جيدا ويتقنه، والذي يرتاح لإعماله أكثر من ارتياحه لتطبيق القانون الأجنبي، الذي لا يعرفه، بل حتى وان عرفه فسيجد مشقة في الفهم الصحيح لأحكامه، على النحو الذي ابتغاه المشرع الأجنبي، أي أن القاضي سيتجنب بذلك عناء البحث عن مضمون القانون الأجنبي، و المشاكل التي يؤدي إليها تطبيقه ، كأن يكون مخالفا للنظام العام أوفيه غش نحو القانون<sup>2</sup>.

وفي الأخير، فإن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، يعتبر أكثر تحقيقا لأهداف قاعدة الإسناد ولا يتعارض مع وظيفتها، فتطبيق القاضي لقانونه سيكون مقبولا من النظام القانوني الوطني، لأنه يؤدي إلى استقرار الحياة القانونية والمعاملات داخل الإقليم ، والى توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي، سواء كانت العلاقة وطنية بحتة أم ذات طابع دولي . كما أنه لن يكون في هذا أي مساس بالنظام القانوني الأجنبي المتصل بالعلاقة، لأن هذا التطبيق إنما هو نتيجة الأخذ بقاعدة الإسناد الأجنبية، التي أشارت بتطبيق قانون القاضي<sup>3</sup>.

ونختم هذا الفرع، بالقول أن موقف الاتجاه التقليدي السابق من الإحالة، يتميز بالكثير من التحيز والتطرف، لأنه ينظر إليها بصفة مطلقة، فهي في نظر أنصار الإحالة خير كلها ، وفي نظر رافضيتها شرّ كلها، بل حتى القائلين بالأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، ليسوا بمنأى من هذا النقد، فهم يعتمدون على فكرة التحيز القائم على فكرة الإقليمية، والعودة بالعلاقة إلى نطاق السيادة الإقليمية للقانون الوطني، أو الاعتماد على اعتبارات عملية أساسها معرفة القاضي

<sup>1</sup>-لقد طرحت لأول مرة مسألة الإحالة من خلال قضية "فورجو" والذي فصل فيها القضاء الفرنسي، ومن يومها ظهرت فكرة الإحالة. ونحن لانرى جدوى في سرد تفاصيل هذه القضية لأنها موجودة في جميع كتب القانون الدولي الخاص.

<sup>2</sup>-عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 208.

<sup>3</sup>-عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 209.

الوطني بقانونه حق المعرفة ، مع تجنب كافة المشاكل العملية التي يلاقها عند تطبيقه للقانون الأجنبي . ولهذا، يرى بعض الفقه<sup>1</sup>، أن الحقيقة موزعة بين هذين الرأيين، ولا يمكن اكتشافها إلا بتحليل قاعدة الإسناد ، ومعرفة الغاية منها، أي وفق ما يسمى بالحل الوظيفي.

### الفرع الثاني:

#### - الإحالة من منظور وظيفة قاعدة الإسناد، أو الحل الوظيفي:

على عكس العدالة الشكلية، التي تحققها قواعد القانون الدولي الخاص، فإن الباحث يسعى من خلال الحل الوظيفي، إلى تحقيق العدالة المادية، فهو ينطلق من مقدمة أساسية، هي عدم التقيد بحل عام مسبق، كما يفعل أنصار أو خصوم الإحالة ، وإنما يحدد موقفه منها، في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد، والهدف الذي تسعى لتحقيقه<sup>2</sup>، في إطار من التنسيق والتعاون بينها، وبين قاعدة التنازع الأجنبية، أي انه يجب معرفة الغاية، وراء اختيار المشرع قاعدة الإسناد، لحكم مسألة معينة بذاتها، دون غيرها، فان كان في الأخذ بالإحالة تحقيق لتلك الغاية، وجب الأخذ بها، أما إن كان فيه انتهاك لتلك الغاية، وإخلال صارخ لتوقعات الأفراد، وجب رفضها.

وعليه، كيف يتم تطبيق فكرة الحل الوظيفي، وما هي الوظائف التي تؤديها بخصوص الإحالة؟ وهل هي نظرية فقهية بحتة بعيدة عن التطبيق الواقعي، أم وجدت لها صدى للتطبيق عند بعض التشريعات؟.

#### أولاً: كيفية تطبيق فكرة الحل الوظيفي، والوظائف التي تؤديها بخصوص الإحالة.

يؤكد بعض الفقه، أن غاية قاعدة الإسناد، أو وظيفتها، هي تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة ، والوصول إلى أكثر الحلول تلبية لمقتضيات التجارة الدولية ، وذلك دون الإخلال بمصالح الدولة الخاصة، ولكي يتحقق هذا، فإن المشرع يسعى من خلال وضعه قاعدة الإسناد، لأن يكون القانون الواجب التطبيق، من أكثر القوانين قبولاً من الدول المتصلة

<sup>1</sup>- من هذا الرأي الفقيه الفرنسي لاغارد، وعكاشة محمد عبد العال، أنظر في مؤلفه تنازع القوانين، مرجع سابق ، ص249،250.

<sup>2</sup>- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص172.

بالعلاقة ، ومن أكثرها توقعا بالنسبة للأفراد، حتى لا يفاجؤوا بتطبيق قانون لم يمكن من السهل التنبه إلى إمكان خضوع علاقتهم له<sup>1</sup>.

ولهذا، فإن قبول الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية، لا يتأثر بكونها من الدرجة الأولى أو الثانية، وإنما هو مرهون بكون الحل النهائي للنزاع، من شأنه تحقيق الغايات السابقة لقاعدة الإسناد في قانون القاضي، في إطار من التنسيق بينها وبين قاعدة التنازع الأجنبية .

فبالنسبة للإحالة من الدرجة الأولى، فعدم الإخلال بتوقعات الأفراد- والذي بناء عليه يتم قبولها- يتحقق لما يكون الأفراد مرتبطين بدولة القاضي، كأن يكون فيها محل إقامتهم، أو موطنهم، أو مركز أموالهم، أو يرتبط بها موضوع نزاعهم، مما سيؤدي لسهولة إحاطتهم بهذه القواعد، و لارتياحهم بتطبيق هذا القانون، أكثر من ارتياحهم لتطبيق قانون دولة أخرى، قد يتعذر عليهم الوقوف عليه. ومن ذلك مثلا، لو مات فرنسي متوطن في ألمانيا عن أموال عقارية ومنقولة فيها ، وعرض النزاع على القاضي الألماني، فسيسعى لتطبيق قانون جنسية المتوفي وقت الوفاة، أي القانون الفرنسي، لكن هذا الأخير يعقد الاختصاص للقانون الألماني، باعتباره قانون الموطن الأخير للمتوفى ، هنا على القاضي الألماني تطبيق قواعد قانونه أخذا بالإحالة من الدرجة الأولى. إن هذا الحل نموذجي، فهو يحقق التناسق بين قاعدة الإسناد الألمانية والفرنسية، كما أنه مقبول من كلا القانونين، وليس فيه إخلال بتوقعات الأفراد الذين يعلمون مسبقا أن مورثهم متوطن في ألمانيا، كما انه يجنب القاضي المشاكل التي يثيرها تطبيق القانون الأجنبي، من دفع بالنظام العام وصعوبة في الإثبات وغيرها .

وعلى النقيض من ذلك، إذا تبين للقاضي الوطني أن الأخذ بالإحالة إلى قانونه، سيؤدي إلى إخلال صارخ بتوقعات الأفراد، ويتناقض والغاية من قاعدة الإسناد، تعين رفضها، وتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي<sup>2</sup>، ولعل أهم مجال قد يتحقق فيه هذا الإخلال الصارخ هو مجال الأحوال الشخصية، نتيجة لارتباطها بالعقائد الدينية، وتزداد الصعوبة متى كان القانون المحال عليه قانونا طائفيا متعددًا. فإذا أثير مثلا نزاع أمام القاضي المصري، خاص بطلاق بين زوجين انجليزيين مختلفي الملة ومتوطنين في مصر ، فإنه يتعين رفض الإحالة

<sup>1</sup>- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص172.

<sup>2</sup>- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص252،253.

وتطبيق القانون الانجليزي، الذي عينته قاعدة التنازع المصرية، لان في الأخذ بها، تطبيق للشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة، وفي هذا مساس باعتبارات العدالة، كما تصورهما المشرع المصري نفسه، وانتهاك لتوقعات الأفراد وعصفا بالغاية من قاعدة التنازع<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للإحالة من الدرجة الثانية، فإن من بين ما يقيم التناسق والوحدة في الحلول بين الدول المتصلة بالعلاقة، هو أن يكون القانون المطبق واحدا، ولا يختلف سواء رفع النزاع أمام قضاء الدولة الأولى، أم الثانية، أم الثالثة. وهذا ما يتحقق عندما تحيل قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي إلى قانون دولة ثالثة، وتقبل هذه الأخيرة باختصاص قواعدها الداخلية. وهو ما يتضح في المثال، الذي سبق وبينه الفقه الفرنسي وهو، سويسريان خال وابنة أخته، أبرما زواجهما في موسكو وتوطنا بها، حيث يجيز قانونها لهما هذا الزواج . فعلى فرض أنه ثار نزاع بشأن صحته في تاريخ لاحق، أمام المحاكم الألمانية، فإن قاعدة الإسناد الألمانية تعقد الاختصاص للقانون السويسري، بصفته قانون الجنسية المشتركة للزوجين. وهذا الأخير يرفض الاختصاص، ويشير إلى تطبيق القانون الروسي الذي بدوره يقبل الإحالة، ويعتبر هذا الزواج صحيحا<sup>2</sup>. لو رفض القاضي الألماني الإحالة، وطبق القواعد الموضوعية في القانون السويسري، لاعتبر هذا الزواج باطلا، لأن القانون السويسري لا يجيزه.

إذن هذا الحل كان كفيلا بحماية توقعات الزوجين المشروعة، الذين لم يعولوا يوما على القانون الألماني، كما أنه حقق الاتساق القانوني بين الأنظمة المرتبطة بالعلاقة ، أي بين القانون الألماني، السويسري، الروسي، وأدى إلى توحيد الحلول ، إذ هو الحل نفسه الذي كان سيتوصل إليه القضاء السويسري لو طرح النزاع أمامه<sup>3</sup>.

كما أن القضاء الفرنسي، لما عرضت عليه سنة 1924، مسألة صحة زواج سوريين يدينان باليهودية، من الناحية الشكلية، تم بايطاليا أثناء إقامتهما العابرة بها، وفقا للشكل الديني اليهودي الذي يقره قانون جنسيتها المشتركة ، ثم استقرا بعد ذلك في فرنسا، فأسند الاختصاص للقانون الإيطالي، لان قاعدة "لوكيس" كانت أمرة آنذاك في القانون الفرنسي، إلا أن

<sup>1</sup>-فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص173.

<sup>2</sup>-Battifol et Lagarde, op cit ,p500.

<sup>3</sup>-عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص112.

القانون الايطالي رفض الاختصاص، وأسند له لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، أي القانون السوري، الذي يعتبر هذا الزواج صحيحا .

وهكذا، يظهر أن في الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، حماية لتوقعات الأفراد المشروعة، الذين لم يتصوروا، أن تطرح مسألة صحة زواجهما أمام القاضي الفرنسي، ولا بتطبيق قانون آخر عليهم، غير القانون السوري الذي رغبوا في الخضوع له، أما لو أن القضاء الفرنسي رفض الإحالة ، لطبّق القواعد الموضوعية في القانون الإيطالي، التي تبطل هذا الزواج، و هو ما يشكل انتهاكا صارخا لتوقعات الأفراد.<sup>1</sup>

وبخصوص 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 الصرفي، والذي يعتبره كامل الأهلية، فيجب الأخذ بها في مثل هذه الفروض، لان من شأنها الإقرار بصحة الالتزام الصرفي، مما يجعل هذا الحل متوقع من المتعاملين في الورقة ، ويحقق لهم الأمان القانوني.<sup>2</sup>

بعد أن اتضحت معالم قبول أو رفض الإحالة، وفقا لمنظور الحل الوظيفي، والتي كثيرا ما يؤدي الأخذ بها، إلى تحقيق وحدة الحلول على المستوى الدولي وتناسقها-وهو ما استنتجناه من الأمثلة السابقة- فإن للإحالة من منظور الحل الوظيفي، وظائف أخرى أكثر أهمية، إذ قد تكون في بعض الفروض، سببا في تصحيح مسار وعيوب قاعد الإسناد.<sup>3</sup>

وهذا ما يتجسد في المادة 13 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري، التي تسند الطلاق إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، والتي تعرّضت لكثير من الانتقادات، من حيث أنها تؤدي لانتهاك توقعات الأفراد خاصة الزوجة، لأن الزواج رابطة نشأت بين طرفين وفقا لقانونيهما ، فالواجب أن تتحل كذلك وفقا لذلك القانون ، أو على الأقل لقانون يكونان متبصرين به، إن لم يخضعا معا لقانون واحد، كقانون جنسية الزوج عند انعقاد الزواج، وهذا نتيجة أن الزوج كثيرا ما يقدم على تغيير جنسيته، ما بين وقت الزواج ورفع دعوى الطلاق، ولا تدخل

<sup>1</sup>- عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مرجع سابق، ص256،257.

<sup>2</sup> - عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص268.

<sup>3</sup> - عكاشة محمد عبد العال ، نفس المرجع، ص266.

هي في جنسيته، ويكون قانونه في أحد الوقتين يمنع الطلاق، بينما قانونه في الوقت الآخر يجيزه.

ولهذا، إذا أبرم زوجان أجنبيان زواجهما، وفقا لقانون جنسيتهما الذي يحظر الطلاق، ثم اكتسب الزوج جنسية جديدة، يسمح قانونها له بذلك، وعليه، طالب بالطلاق وفقا لها، في حين بقيت الزوجة تحمل جنسيتها القديمة، ولم تحصل على جنسيته، و طرح النزاع أمام القاضي الجزائري، فسيحكم له بالطلاق وفقا للمادة 13 فقرة 2، فإذا افترضنا أن قاعدة الإسناد في قانون جنسية الزوج تعقد الاختصاص لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، وقت إبرام الزواج، أو لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، فلا شك أن في أعمال الإحالة ما من شأنه أن يصحح مسار قاعدة الإسناد الجزائرية، ويجذب القاضي الجزائري الانتقادات الموجهة إلى المادة 13 فقرة 2.

كما أنه إذا كان من أهم الانتقادات، التي وجهت إلى مسألة الإحالة، كونها تؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة، نتيجة لاستمرار الإحالة وتقاذفها من قانون لآخر<sup>1</sup>، فإنه للمنهج التحليلي القائم على بحث الغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها، في إطار من التنسيق بينها، وبين قاعدة الإسناد الأجنبية دور في إغلاق هذه الحلقة. وهذا ما يتضح في أنه كثيرا ما يقبل القانون المحال إليه الاختصاص المناط به، نتيجة التطابق والتماثل بين قاعدة الإسناد في القانونين المحيل والمحال إليه. ومن الأمثلة على ذلك منازعة طرحت أمام القضاء الألماني سنة 1917، متعلقة بميراث بلجيكي مات في روسيا، تاركا وراءه فيها أموالا عقارية ومنقولة، فقضت قاعدة التنازع الألمانية باختصاص القانون البلجيكي، بوصفه قانون جنسية المتوفى، ولكن هذا الأخير يرفض الإختصاص، ويحيل إلى القانون الروسي بوصفه قانون موقع المال، وإن قاعدة الإسناد الروسية تقبل بهذا الاختصاص لذات السبب<sup>2</sup>، وعليه فقد خلص القضاء الألماني إلى تطبيق القانون الروسي.

إن هذا الحل منطقي، لأنه يحقق غاية قاعدة الإسناد التي بدأت التعيين، ويحقق تناسقا نموذجيا بينها، وبين قاعدة الإسناد في القانون المحال عليه الذي تابع هذا التعيين. وبالتالي فإن

<sup>1</sup> - ومع هذا، فإن تعاقب الإحالات دون توقفها عند حد معين مسألة نظرية بحتة، وذلك لأن ضوابط الإسناد الخاصة بمركز قانوني معين عادة ما تكون محدودة لذلك فالأمر منته، ولا بد عند تعاقب الإحالات من وجود قانون يقبل الإختصاص المحال عليه.

<sup>2</sup> - Battifol et Lagarde, op cit, p501.

الإحالة بهذا الشكل، أدت لتطبيق قانون يجسد أكثر الحلول قبولاً من الدول المتصلة بالعلاقة، فلقد اتفق قانونان على إخضاع الميراث للقانون الروسي، بينما لم يشر بتطبيق القانون البلجيكي، إلا قانون واحد فقط .

أما في الفرض الذي يتعاقب فيه تسلسل الإحالات، بحيث يرتد فيها الاختصاص إلى الوراء، أي من أحد القوانين المحال إليها، إلى قانون سبق استشارة قواعد الإسناد فيه، كأن يثور نزاع، متعلق بأهلية انجليزي متوطن في إيطاليا أمام القضاء الفرنسي. فقاعدة الإسناد الفرنسية تعقد الاختصاص لقانون الجنسية أي القانون الانجليزي، بينما هذا الأخير يحيل إلى القانون الإيطالي بصفته قانون الموطن، لكن قاعدة التنازع الإيطالية بدورها تحيل لقانون الجنسية الانجليزي مرة أخرى .

هنا الحل الذي يحقق الغاية من قاعدة الإسناد هو، استبعاد جميع الإحالات، وتطبيق القواعد المادية في القانون الذي أشارت باختصاصه قواعد الإسناد في قانون القاضي بدء، أي تطبيق قواعد القانون الانجليزي الداخلية مباشرة<sup>1</sup>، لأن قبول الإحالة وضع له شروطه فان لم تتحقق، تعين الرجوع إلى الأصل العام، والذي يجد تبريره في أن القواعد المادية في القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي، هي على اتصال وثيق بالعلاقة، لأنها مستمدة من مركز الثقل فيها، فيجب تطبيقها إذن، كما لهذا الحل فضل في تحقيق الإتساق القانوني بين النظم المتصلة بالعلاقة<sup>2</sup>، لأنه يشير بتطبيقه قانونين من بين الدول الثلاث المرتبطة بالعلاقة، هي في المثال المتقدم، كل من القانون الفرنسي والإيطالي، بينما القانون الإيطالي لم يشر بتطبيقه إلا قانون واحد، هو القانون الإنجليزي.

#### - ثانياً: التشريعات التي تبنت فكرة الحل الوظيفي :

إن فكرة الحل الوظيفي بخصوص الإحالة، والتي يؤيدها جانب كبير من الفقه الحديث في فرنسا ومصر<sup>3</sup>، لم تعد فكرة نظرية بحتة، بل أصبحت مكرّسة صراحة في بعض التشريعات الحديثة كالقانون الدولي الخاص التشيكي الصادر سنة 1963، والذي يعتبر في مقدمة

<sup>1</sup>-Battifol et Lagarde, op cit ,p502.

<sup>2</sup> - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص286،287.

<sup>3</sup>-في فرنسا Aduit، Mayer، Loussouarn et Bourel، نقلاً عن عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص294، وفي مصر الدكتور فؤاد رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص172.

التشريعات التي أخذت بها كمعيار لإقرار قبول الإحالة أو رفضها ، حيث تنصّ المادة 35 منه أنه : "إذا عينت 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 ، فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان ذلك القبول يؤدي إلى حل معقول وعادل للعلاقة المعنية " .

كما كرّسه المشرع الألماني بدوره، في القانون الدولي الخاص الجديد الصادر في 25 يوليو 1986، من خلال المادة الرابعة التي تنص انه : " إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية، فإنه يجب أن تطبق أيضا قواعد الإسناد المعنية 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"<sup>1</sup>

وعلى نفس المنوال، سار المشرع الايطالي بمقتضى المادة 13 من القانون رقم 218 الصادر في 31 ماي 1995، والتي وفقا لها تكون الإحالة مقبولة من حيث المبدأ، إذا كان القانون الأجنبي المحال عليه بمقتضى قاعدة الإسناد الايطالية 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 البنية عموما، ومسألة الأولاد الطبيعيين الذين يتم تصحيح نسبهم والاعتراف بهم، فإن الإحالة لا تكون مقبولة إلا إذا كان الأخذ بها يؤدي إلى إثبات هذه البنية<sup>2</sup> .

من خلال ما سبق، يتضح أن الغاية من قاعدة الإسناد تختلف من مشرع لآخر، نظرا لعدم وجود سابق تنسيق بين التشريعات، وهو ما يؤدي في بعض الفروض لخلل في وظيفة قاعدة الإسناد، وإنه من التحليل السابق، يظهر أن الإحالة من منظور الحل الوظيفي، يمكن أن تكون سببا أو من بين أدوات هذا التنسيق بين التشريعات، بحيث يتصور أن نعيد بمقتضاها

<sup>1</sup>-حفيظة السيد الحداد، المبادئ العامة في تنازع القوانين ،المرجع السابق، ص173،174.

<sup>2</sup>-عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مرجع سابق، ص300،299.

لقواعد الإسناد وظيفتها المختلّة<sup>1</sup>. فالإحالة بهذا المعنى ستخرج من النطاق النظري، لتصبح أداة فنية ذات طابع وظيفي، قد يؤدي استعمالها لتحقيق أهداف متنوعة، كتكريس وحدة الحلول على المستوى الدولي وتناسقها، أو تفادي صدور أحكام غير قابلة للاعتراف بها أو تنفيذها، وقد تستخدم وهو الأهم من أجل تصحيح النتائج غير المرغوب فيها، أو النقائص التي يؤدي إليها إعمال قواعد الإسناد الوطنية<sup>2</sup>.

هذا، وإذا كانت الإحالة تشترك مع موانع تطبيق قانون الجنسية، في أن سبب إعمالهما، هو أن تشير قواعد الإسناد الوطنية، إلى تطبيق القانون الأجنبي، فإنها تختلف عنهما، في أن سبب استبعاد قانون الجنسية في الإحالة، ناتج عن تطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون ذاته، بينما يستبعد نتيجة وجود موانع منفصلة عن قواعد الإسناد فيه، فيما يخص الموانع. فما هي هذه الموانع؟.

<sup>1</sup>- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 248.

<sup>2</sup>- حفيفة السيد الحداد، المبادئ العامة في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 173.

## المطلب الثاني:

### **الدفع بالنظام العام، والغش نحو القانون.**

بالرغم من تعيين قانون الجنسية الواجب التطبيق، بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية بصفة نهائية، إلا أن تطبيقه قد يتعطل، متى ثبت الاختصاص للقانون الأجنبي، في حالات كثيرة، أهمها على الإطلاق، تكمن في حالتين، أولهما، أن يتعارض ذلك القانون تعارضا صارخا مع مفاهيم دولة القاضي، وأسس بنائه الجوهرية، سواء كانت إجتماعية، إقتصادية، سياسية، أو متعلقة بالآداب العامة، ولهذا يتعين استبعاده حفاظا على النظام الوطني، وحماية له من كل ما يسيء إليه، ويناقض كيانه القانوني، وثانيهما، أن يثبت الاختصاص لذلك القانون، بصفته الأكثر تحقيقا للمصالح الخاصة للمعني، نتيجة التحايل على ضوابط قواعد الإسناد بوسائل مشروعة، وذلك بتغييرها بصفة إرادية، بقصد التهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق أصلا.

هذا، وتظهر أهمية النظام العام، في أنه يلعب دور صمّام الأمان، الذي يحمي الأسس الجوهرية في المجتمع، مما تحمله القوانين الأجنبية من مفاجآت عند تطبيقها، ولكنه سلاح ذو حدين، لأنه يؤدي إلى تعطيل الأعمال الطبيعي لقواعد الإسناد، لذا يجب الاعتدال في استخدامه، بالألا يتم الالتجاء إليه، إلا في الأحوال التي تقتضيها المصالح العليا للمجتمع، و إلا أطحنا بالهدف من تنظيم التنازع في الدولة<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للغش نحو القانون، فأهميته نابعة من أنه يؤدي لأن لا يكون القانون لعبة بيد الفرد، يسيرها باختياره، وإلا لأصبح القانون وسيلة تطبق فقط على الفقراء، والذين لا يستطيعون التنقل لبلدان أخرى أو تغيير جنسيتهم، ومواطنهم. كما انه منافع للأخلاق، لذا فإن جزاءه يتمثل في إرجاع الاختصاص للقانون الواجب التطبيق أصلا، أو الذي تم التحايل عليه<sup>2</sup>.

ونظرا أن وظيفة هذين الدفعين، في استبعاد قانون الجنسية المختص، تتحدد في إطار الأحوال الشخصية، فمن الضروري هنا تبيان تطبيقاتهما أو مجال إعمالهما فيما يخص هذه الأحوال.

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 196، 197.

<sup>2</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 766.

## الفرع الأول:

### تطبيقات الدفع بالنظام العام في الأحوال الشخصية.

بالرغم من أنه يستحيل وضع قائمة، أو حصر المجالات أو الحالات التي يتدخل فيها النظام العام، و مع هذا يمكن تحديد أوسع مجال لاستخدامه، وهو مجال الأحوال الشخصية، وذلك لأنها مستمدة من مفاهيم اجتماعية، أخلاقية، دينية، مشمولة بتنظيم من القواعد الآمرة. لذا، فإذا كانت فكرة النظام العام نسبية متغيرة، تختلف في الدولة الواحدة، كالطلاق الذي كان ممنوعا في كل من فرنسا، إيطاليا، إسبانيا، ولكن تمت إجازته بعدها في تاريخ لاحق، وتعدّ الزوجات، ومبدأ للذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث، اللذان كانا من دعامة النظام العام التركي، وأصبحا مخالفين له حديثا<sup>1</sup>، فمن الطبيعي إذن أن يبلغ النظام العام مداه، للاختلاف الصارخ بين الدول التي تبني أحوالها الشخصية على فكرة الدين كالبالدان الإسلامية، و غيرها من الدول العلمانية<sup>2</sup>.

ولمّا كانت العلاقات الأسرية، هي أكبر مجال يستخدم فيه الدفع بالنظام العام في إطار الأحوال الشخصية، فسنتصر على تطبيقات هذا الدفع، فيما يخص بعض الجوانب الهامة من هذه العلاقات.

#### أولا: مجال الدفع بالنظام العام فيما يخص الرابطة الزوجية من انعقادها إلى انحلالها:

تتدخل فكرة النظام العام بشدة في رابطة الزوجية، لأنها المجال الواسع لتطبيق القانون الأجنبي من جهة، و لأنها قبل أن تكون رابطة قانونية، فهي رابطة اجتماعية ذات أساس ديني و خلقي من جهة ثانية. ففي فرنسا مثلا تعد الشروط الموضوعية للزواج من المسائل التي تمسّ صميم النظام العام، و في الجزائر و معظم الدول الإسلامية، تقدر فكرة النظام العام تقديرا شرعيا مبنيا على أسس دينية، بحيث أن الحقوق المقررة في الإسلام مكفولة لكل مسلم، بغض النظر عن صفته الوطنية، أو الأجنبية المتمثلة في الجنسية<sup>3</sup>. و لهذا يعدّ مخالفا للنظام العام في هذه الدول، القانون الذي يمنع المسلم من حقه في تعدّد الزوجات. و عليه فإن القضاء المصري،

<sup>1</sup>- غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص236، 237 .

<sup>2</sup>- يوسف فتيحة، النظام العام و العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد رقم 05-2008، ص211 .

<sup>3</sup> بليغوي بلخير، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد رقم 05، 2008، ص221.

في نزاع رفع أمامه، بشأن زوج إيطالي مسلم، قام بالزواج للمرة الثانية، مع مسيحية يونانية، مع احتفاظه بزواجه الأول، قضى بأنه يجب استبعاد القانونين البريطاني و اليوناني، لحظرهما تعدد الزوجات<sup>1</sup>.

كما أنه لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم، لأن الأمر متعلق هنا بموانع الزواج، و التي هي إحدى ركائز النظام العام. بحيث قضت محكمة المدينة في هذا الشأن قائلة: "حيث أنه مع افتراض وجود هذا الزواج، فإن عقده سواء كان عرفياً أو رسمياً، يقع باطلاً غير منعقد عملاً بما هو مقرر شرعاً، من أنه يشترط لصحة الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً، و منها زواج المسلمة بغير المسلم، و بالتالي إذا حدث هذا فإن القاضي ملزم بالتفريق بينهما"<sup>2</sup>.

كما يعد مخالفاً للنظام العام، القانون 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، إلى غيرها من الأمثلة<sup>3</sup>.

و في المقابل، إن الدول الأوروبية التي لا تعطي أي اعتبار للدين في الدفع بالنظام العام، و إنما تبنيه على أسس أخرى، كجهل النظام القانوني الأجنبي، و عدم احترام مبادئ العدالة الدولية، و عدم احترام الحقوق الطبيعية للإنسان<sup>4</sup>، تعترف بزواج المرأة المسلمة بغير المسلم، لأن شرط الدين غير مألوف عندهم، و هو يتنافى و مبادئ الحريات الأساسية. كما أنها لا تسمح بعقد زواج ثاني فيها، و لو كان قانون جنسية الشخص يبيحه، و لا تعترف للأجانب المقيمين فيها بإنشائه. كما أن بعض تلك الدول، كفرنسا و بلجيكا تجيز الزواج بين نفس الجنس، بما يعرف بالميثاق المدني للتضامن *pacte civil de solidarité*، إلا أن هذا مخالف للنظام العام، و لا يعترف به في الدول الإسلامية، و لا بآثاره و لو تم في الخارج، لأنه يتنافى مع المفهوم الحقيقي للزواج، الذي هو عقد بين رجل و امرأة هدفه إنجاب النسل. ولهذا فجميع العلاقات، التي تتم بين الأجانب في الخارج، خارج إطار الزواج كالمعاشرة و الزواج اللوطي و

<sup>1</sup> - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 221.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1982/04/6، نقلاً عن عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 217.

<sup>3</sup> - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 225 و ما بعدها.

<sup>4</sup> - بليغوي بلخير، المرجع السابق، ص 208.

غيرها، تستبعد لمخالفتها للنظام العام، في الجزائر والدول الإسلامية، لأنها تتنافى مع مقتضيات العقد، و المعنى الحقيقي للزواج<sup>1</sup>.

أما بخصوص حلّ الرابطة الزوجية، فإن النظام العام يلعب نفس الدور، وبنفس الشدة، لأن قوانين بعض الدول، تقرّ طرقاً لانحلال تلك الرابطة، قد تنكرها أنظمة أخرى، كالطلاق بالإرادة المنفردة السائد في الدول الإسلامية، والذي تجهله قوانين الدول الأوروبية، وكنظام الانفصال الجسماني، السائد في الدول الغربية، والذي تجهله القوانين الإسلامية، ومن النظم القانونية ما يتوسع في أسباب التطليق، في حين أن منها ما يضيق في هذه الأسباب. فالقانون الفرنسي مثلاً، لا يعترف بطرق فك الرابطة الزوجية، التي ترتبط بأسباب أقل تشدداً من الأسباب الواردة فيه، بحيث يعد مخالفاً للنظام العام الفرنسي، القانون الأجنبي الذي يتوسع في أسباب التطليق، و الذي يعترف للزوجين بالتطليق بالرضا المتبادل، أو الذي يعترف للزوج بالحق في الطلاق بالإرادة المنفردة، وهذا متى كان أحد أطراف العلاقة، أو كلاهما فرنسياً، أما إذا كانوا جميعهم أجانب، فإنه بناء على فكرة الأثر المخفف للنظام العام<sup>2</sup>، يمكن الاحتجاج بطلاقهم الذي يتم في الخارج، بناء على الأسباب السابقة، أو لأسباب أخرى لا يقرها القانون الفرنسي، لكن إيقاعه بفرنسا لذات الأسباب يعد مخالفاً للنظام العام<sup>3</sup>.

وهكذا، فقد اعترفت باسم الأثر المخفف للنظام العام، الكثير من أحكام القضاء الفرنسي، الإنجليزي، الألماني و غيرها، ببعض النظم المعروفة في الشريعة الإسلامية، مثل تعدّد الزوجات، الطلاق بالإرادة المنفردة، بالرغم من عدم إمكانية نشوء هذين الحقين في هذه الدول، وخاصة القضاء الفرنسي فهو حافل بهذه الأمثلة، إذ يعترف للزوجة الثانية بحقها في الإرث<sup>4</sup>، و في التعويض الذي تطالب به على إثر وفاة زوجها<sup>5</sup>، و بحقها في طلب النفقة الزوجية، وهذا ما قررته محكمة النفص الفرنسية، حينما سمحت للزوجة الثانية التونسية، بالمطالبة بحقها في

<sup>1</sup> - سنيبات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية و إنحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2009/2008، ص 96.

<sup>2</sup> - تقوم فكرة الأثر المخفف، على أساس أنه يمكن أن يتعارض إنشاء الحق القانوني مع النظام العام في دولة القاضي، بينما لا تتعارض آثاره مع هذا النظام. فهو فكرة تثبت نسبية النظام العام، و تسعى للتخفيف من قسوته، التي قد تعطل من الأعمال الطبيعي لقواعد الإسناد، و ذلك بقبول الاحتجاج بالآثار التي تمّ إنشاؤها في الخارج في بلد القاضي، مادام أن نشوءها بالرغم من مخالفته للنظام العام إلا أنه نشأ في الخارج. أنظر أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 181.

<sup>3</sup> - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 182.

<sup>4</sup> - Cass. 1<sup>er</sup> Civ. 3 Janvier 1980.

<sup>5</sup> - C.A Liège. 23 avr. 1970. 1<sup>er</sup> esp.

النفقة إتيان زوجها وفقا للقانون التونسي، على أساس أن علاقة التعدد نشأت خارج التراب الفرنسي<sup>1</sup>. كما كان يجوز الاحتجاج في فرنسا، في الفترة السابقة لسنة 1884، بالطلاق الذي يتم في الخارج بين الأجانب، على الرغم من أن إيقاعه في ذلك الوقت، كان مخالفا للنظام العام فيها.

ولكن يشترط للتمسك بنفاذ الحق المكتسب بالخارج، أن يكون الحق وبالرغم من نشوئه مخالفا للنظام العام في بلد القاضي، إلا أنه يترتب آثارا وحقوقا مشروعة وفقا للنظام القانوني في هذا البلد، أما لو تعارض هو الآخر مع النظام العام هناك، فلا مجال للتمسك به، ومن ذلك أن القضاء الفرنسي رفض 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 يقر بتعدد الزوجات، و قد قضت محكمة فانساي في حكم آخر، بأنه يتعارض مع النظام العام الفرنسي، القانون الذي يسمح للزوج بأن يجبر الزوجة الأولى بقبول سكن زوجته الثانية معها في المسكن الزوجي<sup>2</sup>، وقُضي أيضا بأنه يعدّ متعارضا مع النظام العام الفرنسي-حتى في جانبه المخفّف- حكم الطلاق الصادر عن القضاء التونسي، والذي يعطي للزوج الحق في حضانة أولاده، لأنه بني على أسباب لا تراعي المصلحة الفعلية للأطفال<sup>3</sup>.

وفي المقابل، إن فكرة النظام العام القريب من قانون القاضي، *L'ordre public de proximité* والتي تقتضي استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لصالح قانون القاضي، كَمَا وجد عامل ربط بين العلاقة المتنازع فيها وإقليمه، و المتمثلة أساسا في الجنسية، الموطن، أو محل إقامة أحد أطراف العلاقة<sup>4</sup>، كثيرا ما وقفت كحاجز يمنع الاعتراف بالحق المكتسب بالخارج، متى كانت هناك صلة أو رابطة تربط موضوع النزاع بالقانون الفرنسي. وهذا ما كرّسته محكمة النقض الفرنسية في قضية "Baaziz"<sup>5</sup>، الذي أبرم زواجه الثاني صحيحا في الخارج، وطالبت فيه الزوجة الثانية، بحققها في اقتسام الإيراد المستحق للزوجة الباقية على قيد

<sup>1</sup> -CASS. 1<sup>er</sup> Civ .28 Janvier 1958.

<sup>2</sup>-Pierre Mayer .Op cit .p 375.

<sup>3</sup>-CaSS .1<sup>er</sup> Civ .30Janvier.1979.

<sup>4</sup>-يعتبر النظام العام القريب من قانون القاضي، من أحدث الأفكار والمستجدات التي توصل إليها الفقه في مجال الدفع بالنظام العام، ويرجع الفضل في إبرازه إلى الفقه الألماني في نهاية القرن التاسع عشر، وإن عامل الربط عندهم، يمثل ضابط احتياطي، يوجب على القاضي تطبيق القواعد المادية في قانونه، حتى يتم بموجبه تكملة عدم كفاية قواعد الإسناد، ويتمخض عن هذه الفكرة، أن يحكم القانون الأجنبي الحالات البعيدة عن إقليم القاضي، بينما يرفض تطبيقه، في حالات مماثلة قريبة من إقليم القاضي. راجع في هذا، يوسف فتحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 217.

<sup>5</sup>-CASS.1<sup>er</sup> Civ .6 Juill 1988.

الحياة، لما توفي الزوج. فبالرغم من أن الحق هنا لا يخالف النظام العام، ومع ذلك رفضت المحكمة الاعتراف به، لوجود صلة بين هذه المنازعة وقانون القاضي، متأية من أن الزوجة الأولى فرنسية الجنسية .

كما كرست محكمة النقض ذلك أيضا في قرارها، الصادر في 17 فيفري 2004<sup>1</sup>، الذي جاء فيه أنه: "حتى لو كان الحكم الأجنبي صادرا من سلطة مختصة، و وفقا لإجراءات قانونية، و تكريسا لمبدأ الحضور و المواجهة، فإن الحكم الجزائري الذي قرّر الطلاق بالإدارة المنفردة للزوج، بدون ترتيب أي أثر قانوني على معارضة الزوجة، بحيث لم يكن للسلطة القضائية المختصة إلاّ منح التعويضات المالية الناتجة عن فك الرابطة الزوجية، يعتبر مخالفا لمبدأ المساواة بين الزوجين، المقرر في المادة 5 من البروتوكول رقم 7 الصادر في 22 نوفمبر 1984 الإضافي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، أي مخالفا للنظام العام الدولي، المتحفظ عليه في الإتفاقية الثنائية الفرنسية الجزائرية، متى كان الزوجين أو الزوجة مقيمان في فرنسا ."

كما أن القضاء الفرنسي، يستند لتبريرات أخرى لرفض الاعتراف بآثار الطلاق بالإرادة المنفردة، الذي يتم صحيحا في الخارج، باسم النظام العام القريب من قانون القاضي، منها أنه في حالات كثيرة، لما ترفع الزوجة الأجنبية المتوطنة بفرنسا دعوى هناك، تطالب فيها إلزام زوجها بالمشاركة في الأعباء العائلية، يبادر هو حتى يتخلص من هذه المطالبة، بتطليقها بإرادته المنفردة ، في بلده الأصلي المغرب أو الجزائر مثلا. فهنا يرفض القضاء الفرنسي هذا الطلاق، لوجود صلة بالقانون الفرنسي تكمن في توطن الزوجة في فرنسا، ولأن هناك دعوى أمام قضاها، هي التي كانت السبب في اتخاذ الزوج لهذا الإجراء. كما رفض القضاء الفرنسي، الاعتراف بالأثر المخفف في الطلاق بالإرادة المنفردة، عبر منافذ متعددة، كالاستناد إلى فكرة التحايل على الأثر المخفف ذاته، متى سافر الزوج المتوطن بفرنسا إلى بلده الأصلي خصيصا لإيقاع الطلاق، أو بالاستناد لقواعد التنازع المتحرك<sup>2</sup>.

هذا، و إن اعتماد فكرة الأثر المخفف للنظام العام، في الدول التي تعتمد على الشريعة الإسلامية كأساس لأحوالها الشخصية-كالجزائر، مصر، الإمارات، سوريا- جد محدود، وذلك لان تطبيق القاضي للقواعد المستوحاة من الشريعة الإسلامية، هو بالنسبة له واجب يقع على

<sup>1</sup> - سنيبات عبد الله، المرجع السابق، ص128.

<sup>2</sup> - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص629،630.

عائقه، على الأقل متى كان أحد أطراف العلاقة مسلم أجنبي، دون تمييز بين ما إذا تعلق الأمر بمركز قانوني نشأ في الخارج، أو في دولته.<sup>1</sup>

أما فيما يخص نظرة تلك التشريعات، لاعتماد الدفع بالنظام العام بمفهومه المطلق، في مجال حل الرابطة الزوجية، فإنها أقل تقلبا، من التشريعات الأوربية، لأنها تطبق الشريعة الإسلامية، بما تتضمنه من ضوابط أكثر استقرارا، فيما يتعلق بالدفع بالنظام العام، إذ يؤثر في هذه الدول اعتناق الدين الإسلامي أو الارتداد عنه. ولهذا يجوز أن يحكم بالطلاق للمسلم، و لو كان قانونه الشخصي يمنع ذلك. فقد قضى في مصر بترتيب الأثر الكامل للدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي، الذي يحظر الطلاق بالإرادة المنفردة على الأجنبي حتى بعد إسلامه<sup>2</sup>، كما قرّر نفس القضاء السابق، أن إسلام الزوجة الأجنبية يعطيها الحق في رفع دعوى التطلاق من زوجها، بحيث قضى باستبعاد القانون اليوناني، و تطلاق زوجة يونانية من زوجها اليوناني، وفقا للقانون المصري، لإعتناقها الإسلام.<sup>3</sup>

وإلى هذا، فيقع في الجزائر باطلا، الإتفاق على عدم الطلاق، أو التنازل عنه سواء في الروابط الوطنية أو الزواج المختلط، أو القانون الذي يقرّر أسبابا لفك الرابطة الزوجية، قائمة على إعتبرات عنصرية كإختلاف اللون أو الجنس.

### ثانيا: مجال الدفع بالنظام العام فيما يخص علاقات الوالدين بالأولاد:

إنّ النظام العام في مختلف الدول قائم بشأن الحضانة، على مبدأ مراعاة مصلحة المحضون، و لهذا يتم استبعاد القانون الأجنبي، كلّما خالف هذا المبدأ بمفهومه السائد في النظام القانوني للقاضي. ففي الدول الإسلامية، يعتبر القيام بتربية الولد على دين أبيه (أي الدين الإسلامي)، من أهم المبادئ التي يجب مراعاتها لتحقيق مصلحة المحضون، و لهذا يستبعد القانون الواجب التطبيق، كلما كان يسند الحضانة إلى احد الوالدين، بما يخالف المبدأ المنصوص عليه في المادة 69 قانون الأسرة، 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."

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 635 .

<sup>2</sup> - حكم محكمة استئناف القاهرة في 12 يونيو 1952. نقلا عن صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 208. 209 .

<sup>3</sup> - أنظر حكم محكمة استئناف القاهرة في 13 فيفري 1951 ، 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 ، ص 60.

و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2 جانفي 1989 ، الذي اعتبر الحكم الذي منح الأم التي تسكن في بلد أجنبي، حق حضانة الصغار، بعيدا عن رقابة الأب، مخالفا للنظام العام، وجاء في حيثيات القرار انه: " من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه و في حالة وجود أحد الأبوين، في دولة أجنبية غير مسلمة، و تخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بالحضانة، و لو كانت الأم غير مسلمة، و من المقرر قانونا أن الأحكام و القرارات الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية، التي تصطم، و تخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها"<sup>1</sup>.

يفهم من هذا القرار أن اختلاف ديانة الأم متى كانت مسيحية، لا يمنعها من ممارسة حفيها في الحضانة، متى كانت مستوطنة بالجزائر، لان هذا لا يعيق تربية الولد على دين أبيه، و ممارسة حقه في الزيارة.

أما القضاء الفرنسي، فقد استبعد هو الآخر، القانون الواجب التطبيق كلما كان يسند الحضانة لأحد الأبوين، وفقا لمعايير لا تراعي مصلحة القصر. فقد قرر في أحد أحكامه باستبعاد القانون المصري الواجب التطبيق، لمخالفته للنظام العام، لأنه يمنح تلقائيا الحضانة لأحد الوالدين تبعا للسن، أو الجنس<sup>2</sup>. كما جاء في احد أحكامه، بأن القرار الصادر من المحاكم التونسية، يعتبر مخالفا للنظام العام الفرنسي، و ذلك لأنه أسند الحضانة للأب، دون أن يأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطفل، مع أن هذا الأخير يعيش مع أمه في فرنسا<sup>3</sup>.

وبخصوص النسب، فإن أكبر مجال للدفع بالنظام العام فيه، يظهر في حالة البنوة الطبيعية، أو غير الشرعية، و ذلك للاختلاف الجذري في طبيعة النظر إليها، فبينما تعتبر علاقة غير مشروعة أو علاقة زنا، بما لا يثبت معها أي نسب للأب في الشريعة الإسلامية، التي تسعى إلى الحفاظ على الأسرة و منع التسيب في العلاقات الجنسية، فهي علاقة مشروعة في الدول الأوروبية، يجوز معها إثبات النسب للأب. ولم يكن القانون الفرنسي، يتبنى هذا المبدأ إلا مع صدور قانون 3 جانفي 1972، الذي سعى من خلاله إلى المساواة بين الولد الشرعي،

<sup>1</sup> - المجلس الأعلى، غ-أ.ش، 1989/01/2، ملف رقم 52207 المجلة القضائية، 1990، عدد 4 ص74، نقلا عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005، ص566.

<sup>2</sup> - صدر عن محكمة باريس، في 1 جويلية 1974، أنظر يوسف فتيحة، النظام العام و العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص223 .

وغير الشرعي، بل الأكثر من هذا، فقد وسّع مجال إثبات النسب الأبوي خارج إطار الزواج، بصور قانون 8 جانفي 1993، حول البحث عن الحقيقة البيولوجية،<sup>1</sup> بحيث أصبح معيار تدخل النظام العام في القانون الفرنسي، هو مصلحة الطفل. و لهذا فإن القضاء الفرنسي، كثيرا ما استبعد تطبيق قوانين الدول الإسلامية، بالرغم من أنها هي الواجبة التطبيق، لمخالفتها للنظام العام الفرنسي، كونها تمنع إثبات البنوة الطبيعية. و في المقابل إن قضاء الدول الإسلامية كثيرا ما استبعد تطبيق القانون الفرنسي، لأنه يحيز إثبات النسب غير الشرعي. و من الأحكام القضائية التي صدرت في هذا الشأن، الحكم التالي الصادر عن المحكمة العليا، و الذي جاء في حيثياته ما يلي:

"حيث أن القرار المطعون فيه ناقش في إطار السلطة التقديرية المخولة له قانونا واقعة الزواج المزعوم من الزوج قبل ولادة البنين.

هذا الزواج الذي تنكره المطعون ضدها و قد أثبت القرار في حيثياته، أن البنين ولدتا خارج أية علاقة قانونية بين الطرفين و قبل زواجهما، و أن الاعتراف بتثبيت نسبهما للأب في ظل القانون الفرنسي يخالف النظام العام بالجزائر، لأنه لا يتماشى و أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا بالزواج طبقا لأحكامه السمحاء"<sup>2</sup>. وبما أن علاقة الربط تتحدد بالجنسية الفرنسية أو الموطن هناك، فقد رفض القضاء الفرنسي في أحكام حديثة صدرت سنة 2006، طلب الأم الجزائرية بإثبات نسب الابنة، المولودة في الجزائر للأب الطبيعي، لعدم وجود علاقة ربط بين الأم و الابنة، بالقانون الفرنسي، لوجودهما بالجزائر<sup>3</sup>.

وبالنسبة للنفقة كأثر من آثار النسب، فإنه يجب أن يستبعد قانون الجنسية الواجب التطبيق عليها، لمخالفته للنظام العام، إذا لم يكن يقرّ بنفقة، أو كان لا يضمن الحد الأدنى اللازم منها للأولاد القاصرين، و أن يعوّض بالقانون الجزائري في هذا الشأن، لأن القانون الجنائي يلزم الأب و الأم بتحمل الواجبات المعنوية، و المادية الناشئة عن الولاية الأبوية أو الوصاية أو الحضانة، بل إن إهمال الأسرة جريمة يعاقب عليها القانون بعقوبات زجرية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> يوسف فتيحة، النظام العام و العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص 224.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1991/04/23 غير منشور، نقلا عن عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 170.

<sup>3</sup> يوسف فتيحة، النظام العام و العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 225.

<sup>4</sup> موسى عيود، المرجع السابق، ص 263.

### ثالثاً: مجال الدفع بالنظام العام فيما يخص الميراث والوصية :

يتم استبعاد قانون الجنسية الأجنبي الواجب التطبيق، متى تضمن أحكاماً تعسفية كمنع الإرث بسبب اختلاف اللون أو الجنس، و حرمان الإناث من الإرث، أو تمييز الابن الأكبر و إيثاره بالتركة، أو متى كان مخالفاً لنصوص قطعية في الشريعة الإسلامية، التي تعد من النظام العام في الجزائر، والدول الإسلامية، بأن يجيز الميراث للوارث الذي قتل المورث عمداً، أو يورث الابن الطبيعي من أبيه المسلم، أو من أقارب الأب، أما ميراثه من الأم وأقاربها فهو جائز، أو يقر بالميراث على أساس التبني، أو يجيز التوارث بين المسلم و غير المسلم<sup>1</sup>. بحيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بصدد موانع الإرث بأنه:

"من المقرر قانوناً أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية، في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة، و من الثابت شرعاً أن لا يرث الكافر المسلم، و لا المسلم الكافر و لا يتوارث أهل الملتين شيئاً". و لما تبين من قضية الحال أنّ الطاعن لم يعتنق الإسلام مادام لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك، إلاّ بعد وفاة أمه المسلمة، فإنه لا توارث بينهما، مثلما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم، يتعيّن بذلك رفض الطعن<sup>2</sup>.

و بالمقابل، إنّ القانون الفرنسي- على غرار الدول الأوربية- يجيز التوارث بين المسلم و غير المسلم، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها أصدرته سنة 1964، بأن أحكام الشريعة الإسلامية المنظمة للميراث غير مخالفة للنظام العام، إلاّ فيما يخصّ حرمانها لغير المسلم من حقه في الميراث، و عليه لا يستبعد من أحكامها إلاّ هذه الجزئية. أمّا ما يتعلق بعد ذلك من تحديد الأنصبة للورثة، فيتم وفقاً لأحكامها<sup>3</sup>.

أما فيما يخص الوصية، فيشترط لتطبيق قانون الجنسية طبقاً للمادة 16 مدني جزائري ، ألا يكون القانون الأجنبي، يسمح بالوصية لوارث دون إجازة الورثة، أو يسمح لقاتل المورث عمداً بالاستفادة من الوصية، أو يمنعها لاختلاف الجنس أو اللون أو المعتقدات السياسية.

وبالنسبة للقدر الجائز للإيضاء به إذا تعلق الأمر بمسلمين، فوفقاً للرأي الغالب و المرجح، يجب إستبعاد القانون الأجنبي، الذي يحيز الوصية بأكثر من الثلث بينهم، لأن أحكام

<sup>1</sup> -صلاح الدين جمال الدين ، فكرة النّظام العامّ في العلاقات الخاصّة الدوليّة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلاميّة، مرجع سابق، ص 61، 62.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1995/07/23 نفلا عن عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 171.

<sup>3</sup> - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 178، و بلمامي عمار، المرجع السابق، ص 187.

الشريعة مما يتعلق بالنظام العام في هذا الشأن، فتقييد حرية الموصي، إنما يهدف لحماية حقوق الورثة، و مصلحة الأسرة.<sup>1</sup>

بينما لو تعلقت الوصية بأشخاص غير مسلمين، فإن الاختلاف بالقدر الجائز الإيحاء به لا يعتبر متنافيا مع النظام العام، و هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في 26 يوليو سنة 1967، في نزاع خاص بلبنانيين مسيحيين، تجاوزت فيه الوصية ثلث التركة، بحيث أقرت بصحة هذه الوصية، لأن اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن القانون الوطني، في تحديد المقدار الجائز الإيحاء به بين غير المسلمين، لا يخالف النظام العام المصري.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني:

### تطبيقات الغشّ نحو القانون في مجال الأحوال الشخصية.

إن الغش نحو القانون هو، تدبير الفرد لوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة مختص عادة بحكم علاقة قانونية، وإحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج المتوخاة.<sup>3</sup> ولهذا، فإذا كان الغش بهذا المعنى، يطال جميع العلاقات التي تحكمها ضوابط إسناد قابلة للتغيير بإرادة الفرد، والتي تتمثل في تغيير الجنسية، الموطن، مكان وجود المال المنقول، أو تغيير الشخص لدينه و مذهبه<sup>4</sup>، وفي موضوع التصرفات القانونية، باختيار المتعاقدان قانونا لا يمت بصلة لا للعقد أو المتعاقدين، إلا أن أكبر مجال للدفع به، هو مجال الأحوال الشخصية، بل إن نشأة هذه النظرية كانت نتيجة الغش في هذا الميدان، وبالأخص في حالات الطلاق. ولهذا فأيام كان الطلاق محظورا في أغلب دول القارة الأوربية، كاسبانيا، إيطاليا، فرنسا، كان الأفراد يغيرون جنسيتهم إلى أحد الدويلات التي تمنحهم إياه، وبهذا كان هو أوسع ميدان لتطبيق فكرة الغش نحو القانون .

<sup>1</sup>- صلاح الدين جمال الدين ، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق، ص71.

<sup>2</sup> فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد، المرجع السابق، ص338 .

<sup>3</sup> - إن جزاء الغش نحو القانون، هو استبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه، أو عدم الاحتجاج بالتصرف المشوب بالغش، وإعادة الاختصاص للقانون الذي تم التحايل عليه.

<sup>4</sup>- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص206.

وإن كان الغش نحو القانون نظرية فرنسية المنشأ، إلا أنه يستقر على الأخذ بها، وبآثارها أغلب دول القارة الأوروبية<sup>1</sup>، والدول العربية، في حين لا تعتد بها الدول الأنجلوساكسونية، كأمريكا والأرجنتين<sup>2</sup>.

ولهذا، سيتم التطرق إلى تطبيقات الغش نحو القانون في القضاء الفرنسي (أولا)، ثم تطبيقاته في الجزائر والدول العربية (ثانيا).

### أولا: تطبيقات الغش نحو القانون في القضاء الفرنسي.

لقد كان الطلاق ممنوعا في فرنسا منذ سنة 1815، ولم يعد قبله حتى سنة 1884، وفي تلك الفترة لم تتردد المحاكم الفرنسية، في عدم الاعتراف بأي اثر له، إذا حصل عليه الفرنسيون في الخارج، حتى لو غيروا جنسيتهم، خاصة متى عمد الأطراف إلى العودة للإقامة بفرنسا، والخضوع لقانونهم الأصلي بمجرد الحصول عليه. وبناء على ذلك كان القضاء الفرنسي، لا يعترف بالغش نحو القانون الصادر من زوجان فرنسيان، مقيمان بالخارج، إذا تعمدتا بمجرد حصولهما عليه، العودة إلى فرنسا، فهذا قرينة على سوء نيتهما، بالهروب من الخضوع لأحكام قانونهم الوطني، الذي لا يبيح الطلاق.

أما إذا كان أحد الزوجين فقط فرنسي، ولهما موطن مشترك بفرنسا، وطلبا الطلاق في الخارج، فيعتبر طلاقهما هذا عديم الأثر فيها كذلك، لما يحمله من معنى الغش، لان الأصل أن يخضعا لقانون موطنهما المشترك، أي لأحكام القانون الفرنسي، ولقد تهربا عمدا من تطبيقه<sup>3</sup>.

في حين لو كان أجنبيان، مختلفي الجنسية، ولهما موطن مشترك بفرنسا، فمن الممكن جدا أن يرفض القضاء الفرنسي، تنفيذ حكم طلاقهما الصادر ببلد أجنبي، إذا تبين له أنهما انتقلا للخارج للاستفادة من أحكام القانون الأجنبي غير المتشددة، لكن إذا تم الطلاق طبقا لقانون جنسية أحدهما، لاسيما إذا كان قانونيهما الشخصيان، متقاربين في أحكامهما، أكثر من تقاربهما من أحكام القانون الفرنسي، فلا يمكن اتهامهما بالغش، ولا بإبطال تصرفهما<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - كإيطاليا، بلجيكا، سويسرا، إسبانيا، يوغسلافيا، إلا أن الفقه والقضاء الألماني، ما زال مترددا وأكثر تضييقا للأخذ به.

<sup>2</sup> - إن هذين البلدين بنصان على قواعد إسناد صريحة لاستبعاد الدفع بالغش نحو القانون كالمادة 99مدني أرجنتيني، والمادة 129 من المدونة الأمريكية التي تنص أنه: "إذا استوفى الزواج الشروط التي يستلزمها قانون محل إبرامه، كان صحيحا في كل مكان حتى ولو كان الزوجان قد أبرما الزواج في هذا المحل بقصد تجنب الأحكام التي يستلزمها قانون موطنهم".

<sup>3</sup> -نادية فضيل، الغش نحو القانون، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر، الجزائر، 2006، ص129، 130.

<sup>4</sup> -نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، 131، 132.

ومن الأمثلة القضائية التي استخدم فيها القضاء الفرنسي، الدفع بالغش نحو القانون، أيام كان الطلاق ممنوعا في فرنسا، نذكر ما يلي:

### 1- قضية "Place et Choppin" في 16 ديسمبر 1845 :

و تتلخص وقائعها في أن شخصا فرنسيا متزوجا بفرنسية، لمدة عشرين سنة، صدر حكم ضده بالتفريق الجسماني، و لأنه أراد تحويله إلى طلاق ذهب إلى سويسرا، و أقام بها، و حصل على الجنسية السويسرية ليطلق زوجته وفقها، و يتزوج 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 أن هذا الشخص، لم يكن في نيته إلا التحايل على القانون الفرنسي، بقصد الحصول على الطلاق، و الدليل على ذلك أنه كلما حصل عليه عاد إلى فرنسا.<sup>1</sup>

### 2- قضية "Vidal" :

و تتلخص وقائعها في أن زوجين فرنسيين منفصلين جسديا، تجنسا بالجنسية السويسرية عام 1874، و حصلوا على الطلاق وفقا لها، و بعدها تزوجت المرأة المطلقة فورا، إلا أن الزوج الذي بقي في فرنسا، طعن بزواجها متذعرا بالغش، و هو ما أجابته إليه محكمة السين المدنية، معتبرة أن الزوجين حصلوا على الطلاق، نتيجة الغش ضد أحكام القانون الفرنسي لصالح القانون السويسري، و لهذا يبطل هذا الزواج الثاني.<sup>2</sup>

كما قررت محكمة استئناف "Ais en Provence" أن الزواج الثاني المحتفل به في إسرائيل، في وقت لم يبطل الزواج الأول، يشكل تحايلا على القانون الفرنسي، من قبل الزوجين الفرنسيين المقيمين بفرنسا، و اللذان يعلمان تماما أنه لا يمكنهم الزواج ثانية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - محكمة Ais en Provence في 21 جانفي 1982، نقلا عن بيار إميل طوبيا، التحايل على القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009، ص 316.

<sup>2</sup> - نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص 67.

<sup>3</sup> - محكمة السين، في 31 جانفي 1877، و هو الحكم الذي أكدته محكمة باريس في 30 جوان 1877، أنظر مرجع بيار إميل طوبيا، المرجع السابق، ص 315.

### 3- قضية الأميرة "دي بوفرمون": "La princesse de Bauffremont"

إن فكرة الغش نحو القانون ، لم تتبلور كمنظريّة عامة و منظمة ، إلا من خلال معالجة هذه القضية الشهيرة، و التي تتمحور في زواج أميرة بلجيكية من ضابط فرنسي، هو الأمير "دي بوفرمون" ، لتكتسب بهذا الجنسية الفرنسية بالزواج. وفي سنة 1874 حدث بينها وبين زوجها انفصال جثماني، ولأنها أرادت تحويله إلى طلاق، والذي كان يمنعه حينئذ القانون الفرنسي، قامت بالتجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يسمح قانونها بالطلاق، واستطاعت بذلك أن تحصل عليه، لتتزوج بعدها بأمر روماني يدعى "بييسكو"، و التي عادت معه للإقامة في فرنسا، فطالب الزوج الأول ببطان الزواج الثاني، واعتبار التطلاق كأن لم يكن، فأجابته القضاء الفرنسي إلى طلبه ، وقالت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 18 مارس 1878، أن تجنس هذه السيدة بالجنسية الألمانية قد تم غشا نحو القانون الفرنسي ، ولذا فلا يحتج به، ولا بما يترتب عليه من آثار في فرنسا<sup>1</sup>.

هذا، و قد كان القضاء الفرنسي يقصر أعمال الدفع بالغش نحو القانون، لصالح القانون الفرنسي فقط، بينما يرفضه إذا وقع ضد القانون الأجنبي، و من ذلك أنه لم يقبل التمسك بالدفع بالغش، نحو القانون الأجنبي، في نزاع طرح عليه في 05 فيفري 1959، تمسكت فيه الزوجة الإيطالية ، بالغش نحو القانون الإيطالي، من طرف زوجها ، الذي تجنس بالجنسية الفرنسية، حتى يتمكن من تطبيقها، فقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه ليس للمحاكم الفرنسية، التدخل في أمر التجنس لأنه عمل إداري<sup>2</sup> Acte Administrative. لكن مع انتقادات الفقه لهذا الموقف، بدأ القضاء الفرنسي يغير اتجاهه، وهذا ما حدث فعلا في قضية "Massimo-Adams"، هذه المرأة بريطانية الجنسية، التي تزوجت من رجل إيطالي، وحصلت على التفريق الجثماني من محكمة روما ، إلا أنها كانت تريد الطلاق في الوقت الذي كان فيه القانون الإيطالي يمنعه ، فانتقلت إلى فرنسا، وحصلت على البطاقة المؤقتة هناك، بينما بقي زوجها في روما ، ثم رفعت دعوى الطلاق أمام محكمة السين ضد زوجها ، على أساس أنه يجوز للأجنبي المقيم بفرنسا أن يخضع للمحاكم الفرنسية، حتى ولو كان المدعى عليه مقيما بالخارج، لكن هذه المحكمة رفضت

<sup>1</sup>- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 160. وحفيظة السيد الحداد، المبادئ العامة في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 415.

<sup>2</sup>- تادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 86.

طلبها، على أساس أنها اغتتمت فرصة الإقامة المنفردة التي قضت بها محكمة روما ، واتخذت موطناً بفرنسا حتى تتمكن من التهرب من أحكام القانون الايطالي<sup>1</sup> .

والملاحظ أنه بعد إجازة الطلاق في فرنسا، فمما كان يشجع الأجانب على ارتكاب الغش نحو قانونهم المختص أصلاً، هو إسناد القانون الفرنسي الطلاق لقانون الموطن المشترك للزوجين، لذا متى كان قانونهما الوطني، أكثر شدة في أحكامه من القانون الفرنسي، كان يعمدان للإقامة بفرنسا، للهروب من تطبيق أحكام قانونهما المختص أصلاً . لكن لا يتصور وجود الغش إذا كان قانونهما الوطني، أكثر تساهلاً في أحكامه من القانون الفرنسي<sup>2</sup> .

هذا، ومن الضروري، تبيان انه إذا حصل الأفراد على الطلاق من القوانين التي تعطيهم تسهيلات استثنائية، والتي تعرف بتشريعات المجاملة، كتشريع ولاية نفاذا بالولايات المتحدة الأمريكية والتشريع المكسيكي ، إذ يسمحان بالتطليق لأي سبب من الأسباب حتى لو كان قانون جنسية الأفراد، أو موطنهم الأصلي يمنع ذلك، وبغض النظر عن كون طالب التطليق مقيماً بهذه الدولة ، أم ذهب إليها خصيصاً للحصول على التطليق<sup>3</sup>، فإنه يرفض اعتماد هذا الحكم في الدولة المطلوب تنفيذه فيها، ومن ذلك مثلاً أن المحاكم الفرنسية اعتبرت باطلاً، الطلاق الذي سعت إليه السيدة "Weiller" في دولة نيفادا، لأنها لجأت إلى محاكم هذه الدولة، التي تطبق قانونها المحلي، بهدف التهرب من القانون الوطني المختص أساساً، و بغية تطليق زوجها دون حصول محاكمة أو نزاع جدي، ذلك أن هذه المحكمة ارتكزت في إعلان الطلاق، على مجرد التصريح البسيط من قبل الزوجة عن التصرفات القاسية الصادرة عن زوجها<sup>4</sup> .

وعلى كل، فإن مجال تطبيق الغش نحو القانون في الطلاق، قد تضاعف وفقد أهميته، بعد أن أجازته المشرع الفرنسي منذ سنة 1884 ، والتشريع الايطالي سنة 1970، والاسباني سنة 1986 .

أما فيما يخص تطبيقات الدفع بالغش نحو القانون، في مجال إبرام الزواج، فإن القانون المدني الفرنسي يرى في مادته 170، أن الزواج المبرم في الخارج بين فرنسيين، أو بين

<sup>1</sup>-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص134.

<sup>2</sup>-دربة أمين، المرجع السابق، ص114.

<sup>3</sup>-نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص133.

<sup>4</sup>- محكمة النقض الفرنسية في 22 جانفي 1951، نقلاً عن بيار إميل طوبيا، المرجع السابق، ص 320.

فرنسيين وأجانب، وبالرغم من شهره طبقا للشكل المقرر في البلد، الذي أبرم فيه، فلا يكون صحيحا، إلا إذا أعلن عنه في فرنسا طبقا لما تقضي به المادة 63 قانون مدني.

إن الغرض من هذه المادة ليس إبطال الزواج، لمجرد عدم الإعلان عنه، متى لم يوجد أي مانع موضوعي يعوقه، وإنما إبطاله متى تم على أساس الغش، بتحايل الأفراد على القانون الفرنسي، وهروبهم من تطبيق أحكامه. وهذا ما قضت به محكمة السين، في 23 نوفمبر 1910، في قضية رجل عاشر امرأة وأنجب منها خمسة أطفال، اعترف بأبوتهم، ثم تزوج في بريطانيا مع امرأة أخرى، دون الإعلان عن هذا الزواج، وعاد إلى باريس وعاش مع خليلته، وعند وفاته أرادت المرأة البريطانية تسجيل عقد زواجها في فرنسا، غير أن خليلته رفعت دعوى إلى القضاء تعارض فيها هذا الزواج، فاستجاب إليها القضاء الفرنسي، وقضى بان الزواج الذي تم في إنجلترا ليس له أي اثر في فرنسا، لان المدعى عليها، وشريكها، قد تحايلا على القانون الفرنسي، بانتقالهما إلى سان هيلي لإبرام عقد زواج عرفي، وكتمانه عن كل من له مصلحة في معارضته، وبالتالي فهو باطل<sup>1</sup>.

و من الفروض الأخرى، لتطبيقات الغش نحو القانون، التي عالجها القضاء الفرنسي، هي حالات تغيير الجنسية، للتخلص من آثار عدم الأهلية. ففي قضية "Abel" مثلا، أقيمت دعوى تعيين وصي قضائي أمام محكمة السين، بينما كان السفیه يقيم في إنجلترا، لمتابعة دراسته، و بمجرد علمه بالدعوى المقامة ضده، اجتهد في طلب الجنسية من الحكومة البريطانية، و فور حصوله عليها، أدلى أمام المحاكم الفرنسية، بالدفع بعدم الاختصاص، فردت المحكمة السابقة مؤيدة من محكمة استئناف باريس الدفع، مقررة أن هذا التجنس، غير سار تجاه المدعي، لأنه إنما هدف منه للتهرب من الدعوى المقامة ضده.<sup>2</sup>

الحل نفسه قررته محكمة السين، في قضية تتعلق بتغيير الجنسية، من قبل فرنسي تحت الوصاية القضائية، إلى جنسية بلد لا يعرف هذا النظام، فالمفروض أن تنتهي حالة عدم أهليته من يوم تجنسه، إلا أن الأمر على خلاف ذلك، لأنه إنما قصد من تغيير جنسيته هدف وحيد هو التهرب من عدم الأهلية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص118.

<sup>2</sup>-محكمة السين المدنية في 08 مارس 1884، نقلا عن بيار إميل طوبيا، المرجع السابق، ص 323.

<sup>3</sup>-محكمة السين المدنية في 31 ديسمبر 1910 نقلا عن بيار إميل طوبيا، المرجع السابق، ص 323.

هذا، و كثيرا ما يتم تغيير جنسية الشركة ، و ذلك بإنشاء أو نقل مركزها الرئيس للخارج ، هربا من القانون الفرنسي، المعروف بقساوته في المجال الضريبي، إلى بلد مجاور تشريعه أقل قساوة ، و هو ما تصدت له المحاكم الفرنسية تارة باسم الصورية، و تارة أخرى باسم الغش نحو القانون.

و من التطبيقات القضائية للغش في هذا المجال أن محكمة " مونبليه " ، في نزاع طرح عليها، رفضت تنازل شركة سويسرية إلى شركة فرنسية عن دينها، التي تزعمه تجاه شركتين أمريكيتين ، و التي مارست تجاههما إجراءات في الولايات المتحدة الأمريكية ، على أساس الغش المتعمد من الشركة السويسرية، لأنها لم تقصد من هذا التنازل، سوى الاستفادة من صلاحية القضاء الفرنسي، بالنظر للجنسية الفرنسية للشركة التي أحيل إليها الدين ، و ذلك بخلق عنصر اتصال اصطناعي ، يهدف إلى حجب اختصاص القضاء الطبيعي ، وهو القضاء الأمريكي<sup>1</sup>.

و إن آخر ما توصل إليه القضاء الفرنسي، في إثرائه لنظرية الغش نحو القانون، هو إظهار وجه جديد لها ، يختلف عن إطارها التقليدي، المتمثل في تغيير ضابط الإسناد، إلى تغيير في الفكرة المسندة ذاتها، و هذا ما يتضح في قضية شخص كان يملك عقارا في فرنسا، ومع استشعاره قرب نهاية أجله، أراد أن يهرب من أحكام القانون الفرنسي، الواجب التطبيق على الميراث العقاري، وبالضبط الهرب من فكرة النصيب أو الحصة المحجوزة، التي يعرفها القانون الفرنسي لمصلحة أولاده-وهي جزء من التركة لا يجوز فيه التصرف بالهبة أو التبرع- فقدم 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 يتمكن بذلك حرمان أبنائه من الإرث . مع وفاته، أثار أبنائه مسألة الغش نحو القانون الفرنسي، المختص أصلا بحكم الإرث على العقار، فأجابتهم محكمة النقض لطلبهم، واستبعدت أحكام القانون الأمريكي، بوصفه قانون آخر موطن للمتوفى، أريد من تطبيقه الهروب من أحكام الإرث في القانون الفرنسي المختص أصلا ، وذلك بقصد حرمان أبنائه من الإرث<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محكمة Montpellier في 02 ماي 1985، نقلا عن بيار إميل طوبيا، المرجع السابق، ص329.

<sup>2</sup> Cass Civ, 20 Mars 1985, voir Pierre Mayer ,op cit,p181.

وأنظر في هذا الحكم كذلك بيار إميل طوبيا، المرجع السابق، ص330.

## ثانيا: تطبيقات الغش نحو القانون في الجزائر و الدول العربية.

بالرغم من عدم تقنين الغش نحو القانون بنصوص صريحة، في الدول العربية، باستثناء القانون التونسي<sup>1</sup>، والجزائري، فإن القضاء والفقهاء مستقران على الأخذ به. ففي التشريع الجزائري لم يكن القانون المدني ينص عليه صراحة ، بل كان يكتفي بذكر حالة مخالفة النظام العام، على غرار القوانين العربية التي نقلت عن القانون المصري، لكن مع تعديل القانون المدني سنة 2005، تدارك هذا النقص ونص عليه في المادة 24 بقوله : " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة، إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ."

والملاحظ، استنادا لنص المادة 233 فقرة 5 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، بأن القوانين الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية، تعامل كقانون مثلها مثل القانون الوطني، مما يعني أن أعمال نظرية الغش بشأنها، يكون سواء وقع نحو القانون الوطني ، أو نحو القانون الأجنبي. ومع هذا، فإن بعض الفقهاء يرى أن عبارة الغش نحو القانون جاءت واسعة في المادة 24 ، مما يحتمل التأويل وإمكانية أن الغش نحو القانون الأجنبي يؤخذ به في الجزائر ، ولو كان في مسائل غير متعلقة بالأحوال الشخصية<sup>2</sup> .

كما يلاحظ، أن المشرع الجزائري ترك ثغرة، يستطيع الأطراف التحايل بها على أحكامه القانونية ، وذلك لأنه لم يصرح بنص، بأن زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر زواجا باطلا، بالرغم من أنه يعتبر كذلك ، ويطبق القضاء في مثل هذه الحالة نص المادة 24 مدني باعتباره زواجا مخالفا للنظام العام الجزائري . لهذا فمن الممكن جدا أن تقوم المرأة الجزائرية المسلمة بتغيير موطنها، قصد إبرام عقد الزواج في الخارج مع أجنبي غير مسلم، ثم تدّعي أن القانون الجزائري لا يحرم هذه العلاقة . وعليه، فعلى فرض وقوع هذه العلاقة في الخارج، فبمجرد عودتهم إلى الجزائر ، سيبتل هذا الزواج لمخالفته النظام العام الجزائري.

<sup>1</sup>-Art 3/2 du droit international privé tunisienne dispose : " lorsque les conditions de la fraude à la loi sont réunies, il ne sera pas tenu compte du changement de l'élément de rattachement" .

<sup>2</sup>-درية أمين، المرجع السابق، ص114.

لكن الغش نحو القانون الجزائري، يظهر بوضوح متى ادعى الزوج الأجنبي أنه مسلم، لكي يتمتع بامتيازات المسلمين كالزواج من مسلمة أو التطليق بالإرادة المنفردة. وعليه، فهل يتم الاعتراف بإسلامه هذا، أم يرفض نتيجة الغش نحو القانون؟

لم يعالج القضاء الجزائري هذه الإشكالية، لكن بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية بصفتها المصدر الرسمي للقانون، نجد أن الرسول صلى الله عليه وسلم أنبأ شخصا تشكك في صدق عقيدة آخر بقوله: "هل شققت قلبه"، وكذلك الآية الكريمة التي تقول: "ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمنا تبتغون عرض الحياة الدنيا"<sup>1</sup>.

ولهذا يذهب بعض الفقه الجزائري<sup>2</sup>، إلى أن تغيير الديانة في الدول العربية والإسلامية، من غير الإسلام إلى الإسلام، لا يشكل غشا نحو القانون، وذلك لأن الدين الإسلامي في هذه الدول من النظام العام، ولا يجوز للقضاء البحث عما إذا كان هذا عن قناعة، أو نتيجة دوافع أخرى، ولو كان الشخص يرغب في تحقيق مكاسب معينة، وهذا بدوره موقف محكمة النقض المصرية<sup>3</sup>. ومع هذا يوجد بعض الدول العربية التي تعترف بالغش حتى في هذه الحالات، ومن ذلك ما قضت به محكمة سورية سنة 1925 "بأنه لا يحق لأحد المسيحيين أن يرفض دفع نفقة لمطلّقه المسيحية بعد أن أسلم، لأن اعتناقه الدين الإسلامي، كان تحايلا على القانون بقصد التخلص من دفع النفقة لمطلّقه، على اعتبار أن الشرع الإسلامي لا يقر النفقة للمطلّقة. وهو ما قضى به القضاء العراقي في قضية مماثلة بتاريخ 1951/12/31"<sup>4</sup>.

أما بالنسبة للطلاق، فنظرا لأن حالات فك الرابطة الزوجية متعددة في القانون الجزائري، من طلاق بإرادة منفردة للزوج، إلى طلاق بالتراضي، والخلع أو التطليق، فلا يمكن تصور وقوع الغش من الطرف الجزائري سواء كان رجلا أو امرأة، بل على العكس، يمكن تصور هروب الأجانب من قوانينهم الوطنية إذا كانت هذه الأخيرة متشددة، أو كانت تحرم الطلاق، وبالتالي يتحقق الغش نحو القانون الأجنبي إذا ما طلبوا الطلاق بالجزائر<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص147.

<sup>2</sup>-زرتوتي الطيب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في روابط الزواج المختلط، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد4، 2003، ص984، وما بعدها.

<sup>3</sup>-عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، والإختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص567.

<sup>4</sup>-غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص253.

<sup>5</sup>-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص149.

وفي الأخير، يظهر أن الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية، سواء أثناء البحث عنه في مرحلة أولى، أو أثناء تطبيقه وإعماله في مرحلة ثانية، بالرغم من تعددها إلا أنها لن تزعزع الثقة في هذا الضابط، ولا في نجاعته في حل مشاكل تنازع القوانين، وذلك لان الفقه والتشريعات حسما أمرها بإيجاد حلول لازمة وناجعة في التصدي لها، كما أن هذه الصعوبات، وبالرغم من أن الجنسية هي المجال الرئيسي لظهورها، فهذا ليس معناه أنها لن تثور مع غيرها من الضوابط كضابط الموطن، ولو بدرجة أقل.

إلا أن التساؤل الذي يبقى مطروحا، هل إن الحل الوظيفي كوسيلة تسعى إلى تحقيق العدالة المادية، بدلا من العدالة الشكلية التي ما لبثت قواعد التنازع من تقديمها، يمكن أن يكون وسيلة فعالة أكثر ومفضلة في حل تلك الصعوبات؟ وإلى أي مدى ستجد قبولا من التشريعات؟ خاصة في ظل النزعة الحديثة في حل التنازع، القائمة على منهج القواعد المادية، والتي وجدت لها مجالا كبيرا في إطار عقود التجارة الدولية؟.

إن موضوع الجنسية يكتسي أهمية كبيرة، فبالإضافة لكونه أحد فروع القانون الدولي الخاص المستقلة والرئيسية، متى تعلق الأمر برابطة الجنسية، بصفة منفصلة عن غيرها من المواضيع، أي متى تعلق الأمر بتكوينها، اكتسابها، فقدانها، التجريد منها، شروط التمتع بها، وغيرها، فإنها تعرض كمسألة أولية للفصل في أي نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، فهي معيار منح صفة المواطنة، أي من خلالها يتم التمييز بين الأجنبي والوطني، وما يترتب عن هذا من آثار قانونية سواء على المستوى الوطني أو الدولي، فيما يخص مشكلة مركز الأجنبي، كما أنها قد تعد ضابطاً لعقد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، متى كان أحد أطراف العلاقة متمتعاً بالجنسية الوطنية. أما فيما يخص تنازع القوانين، فهي ضابط الإسناد الذي يرشد القاضي، للقانون الواجب التطبيق على العلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً، فيما يخص الأحوال الشخصية، ذلك أن هذه الأحوال ترتبط بالشخص، وتميزه عن غيره من الأفراد المحيطين به، فهي مميزات الخاصة الفردية والعائلية، والجنسية، هي تلك الرابطة السياسية والقانونية التي تربط الفرد بدولة معينة، فتجعله منتماً لمجتمعها روحياً، بل هي جزء من حالته، لهذا من الطبيعي أن تكون كافية في ذاتها لجلب الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي ينتمي إليها فيما يخص هذه الأحوال.

وعليه، إذا كانت الجنسية، هي ضابط الإسناد الخاص بحكم جميع الأحوال الشخصية، إلا أن نطاق تطبيقها يضيق فيما يخص الحالة الفردية للشخص الطبيعي، والتمثلة في اسمه، موطنه، ضمان حرمة جسده، وحياته الخاصة، لأنه من النادر أن تحدث منازعات بشأن بعضها، كاسم الشخص، وموطنه، ولأن المنازعات المتعلقة ببعضها الآخر، كحرمة جسده وصيانة حياته الخاصة، لن تحدث غالباً إلا على شكل اعتداء يستوجب مسؤولية المعتدي، مما يؤدي لأن يحكمها القانون الجزائي، دون قانون الجنسية. ولعل هذا هو السبب، الذي جعل معظم الدول تعزف عن تنظيم هذه المسائل، بضوابط إسناد صريحة ماعدا حالة الفقد والغياب، فقد نظمتها بذلك الضابط، لأنه تكثر المنازعات بشأنها، ولأن هناك شبه إجماع حول أن الضابط الشخصي هو الأصلح لحكمها.

هذا، وإن حالة الشخص الاعتباري، تخضع في التشريع الجزائري لقانون الجنسية، والمعبر عنه بمركز الإدارة الرئيسي، بموجب المادة 3/10 قانون مدني، وهو نفس موقف

بعض التشريعات، كالتشريع الفرنسي، بينما تخضعها تشريعات أخرى، لنفس القانون السابق، لكن بصفته قانون موطنه، وليس قانون جنسيته، التي تحدده بمعيار آخر هو معيار الرقابة، كالتشريع المصري.

أما بالنسبة للوجه الثاني للحالة الفردية، والمتمثل في أهلية الأداء العامة، فهي تخضع لقانون الجنسية كقاعدة عامة، ومع هذا يرد عليها استثناء تقتضيه المصلحة الوطنية، يوجب تطبيق قانون القاضي، متى توافرت شروط ما يسمى بالجهل المغتفر بالقانون الأجنبي، وهي تلك الشروط المنصوص عليها في المادة 10/2 قانون مدني جزائري، و المستتبطة من قضاء "ليزاردى". ولأن الإسناد لقانون الجنسية، لا يكفي فيما يخص النظم الخاصة، بحماية غير كاملي الأهلية، كونها تنطوي على طرفين، هما القائم بالحماية، والمشمول بها، فقد خصص لها المشرع الجزائري، قاعدة إسناد خاصة، هي المادة 15 قانون مدني، بحيث اعتبر قانون جنسية المشمول بالحماية، هو الأولى للتطبيق عليها، لأنه الضعيف في العلاقة، في حين تخضعها اتفاقية لاهاي الخاصة بحماية القصر المبرمة في 5 أوت 1961، لقانون محل الإقامة المعتاد للقاصر، وهو ما تأثر به التشريع الجزائري، فيما يخص التدابير المستعجلة، التي أخضعها بموجب الفقرة 2 من المادة 15 المضافة سنة 2005، للقانون الجزائري، إذا كان عديمو أو ناقصو الأهلية متواجدين بها، أو تعلقت بأموالهم الموجودة فيها، وهذا كاستثناء من تطبيق قانون الجنسية.

وعلى خلاف عناصر الحالة الفردية للشخص الطبيعي، فإنه نظرا لكثرة المنازعات التي تنور بمناسبة الروابط الأسرية، في إطار القانون الدولي الخاص، فقد نظمتها جميع التشريعات المقارنة، بقواعد إسناد صريحة، وهذا ما فعله المشرع الجزائري، في المواد من 11 حتى 16 قانون مدني.

فبالنسبة للمادة 11 قانون مدني، فهي تسند الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج لقانون كلا الزوجين، وهو إسناد موضوعي لأن الزواج يخلق نظاما قانونيا مشتركا بين شخصين مختلفي الجنسية والأعراف، فلا يمكن أن ينشأ صحيحا إلا بمراعاة قانون كلا الطرفين ، مادام

أن قانون كل منهما قد وضع لحماية العائلة الخاصة به، وفيه احترام لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.

أما المادة 12 قانون مدني، فقد أسندت آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاده، وانحلاله لقانون جنسيته وقت رفع الدعوى، وهذا على خلاف الدول العربية الأخرى، التي قصرت هذا القانون الأخير، على حالات التطليق والانفصال الجسماني، بينما أخضعت الطلاق، لقانون جنسية الزوج وقت النطق به.

إن هذا الإسناد يدل على الدور الذي يلعبه الزوج في هذا المجال، فهو مازال يتربع على عرش المنزل العائلي في الدول العربية، بوصفه رب الأسرة، والقائم برعايتها. ومع هذا، يوجه لهاته المادة العديد من الانتقادات، لأنها لا تراعي مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وخاصة الفقرة الخاصة بالطلاق، ففيها هضم لحقوق المرأة أكثر، وانتهاك لتوقعاتها المشروعة، كونها تسنده إلى وقت رفع الدعوى، ومن الممكن أن تتغير جنسية الزوج، ما بين وقت انعقاد الزواج وانحلاله، ويكون قانونه وقت الانعقاد يسمح بحل الرابطة الزوجية، في حين أن قانونه وقت رفع الدعوى يمنع ذلك، أو العكس.

ولكن بما أن غالبية التشريعات، التي كانت تمنع الطلاق، أصبحت تجيزه اليوم كإسبانيا، إيطاليا، فرنسا، فإن الضرر يتحقق للمرأة، عندما يكون قانون الزوج وقت الزواج يوسع من أسباب انحلال الرابطة الزوجية، كالتشريع الجزائري الذي يسمح بالطلاق، التطليق، الخلع، في حين يغير الزوج جنسيته وقت رفع الدعوى، إلى قانون أجنبي يضيق من هذه الأسباب كالقانون الفرنسي الذي لا يسمح به إلا بالرضا المتبادل بين الطرفين، أو بمرور مدة طويلة على الانفصال الجسماني، أو العكس.

ولمحاولة التخفيف من غلواء القاعدة العامة في الانحياز لقانون الزوج، فقد نصت جميع التشريعات العربية على استثناء، مماثل للإستثناء الوارد في المادة 13 مكرر مدني جزائري، والذي من خلاله تم إخضاع انعقاد الزواج، آثاره، وانحلاله للقانون الجزائري وحده، إذا كان احد أطرافه جزائريا وقت انعقاد الزواج، ماعدا ما تعلق بشرط الأهلية .

ولا يخفى أن هذا الاستثناء من تطبيق قانون الجنسية، لصالح قانون القاضي، إنما قرر لحماية مصلحة الزوجة، بتطبيق قانونها في هذه الأحوال متى كان الزوج أجنبياً، أما لو كان الزوج وطنياً فستخضع العلاقة للقانون الجزائري، بموجب الأصل العام الوارد في المادة 11 و12 قانون مدني، و ليس بموجب هذا الاستثناء، ومن مزاياه أيضاً أنه يؤدي لحماية والإقرار بالزواج الصحيح، وفقاً لقانون الزوج المسلم، والباطل وفقاً لقانون الزوجة .

بالرغم من هذا، فلم يسلم هذا الاستثناء بدوره من النقد، لأنه يؤدي لأوضاع شاذة، هي تطبيق القانون الجزائري على زوجان قد يصبح كلاهما أجنبياً، في تاريخ لاحق على الزواج أو وقت رفع الدعوى، خاصة إذا اكتسبا جنسية مشتركة جديدة، بينما لا ينطبق القانون الجزائري على زوجان قد يكونا أجنبياً وقت انعقاد الزواج، ثم يكتسبا الجنسية الجزائرية في تاريخ لاحق أو وقت رفع الدعوى. فما دام أن الأسرة أصبحت وطنية في جميع عناصرها، فكان من المفروض أن تخضع آثار الزواج للقانون الجزائري، إذا اكتسبا كلا الزوجين الجنسية الجزائرية، في تاريخ لاحق على الزواج، وبالنسبة لانحلال الزواج، إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت رفع الدعوى، أو اكتسبا كلاهما هذه الجنسية في هذا الوقت.

أما بالنسبة لعلاقات الوالدين بالأولاد، فلم يكن المشرع الجزائري ينظمها بقاعدة إسناد صريحة، شأنه شأن معظم التشريعات العربية، فيما عدا النفقة بين الأقارب، التي كان يخضعها لقانون المدين بها، إلا أنه تدارك هذا النقص في تعديل القانون المدني سنة 2005، بإضافته لمادتين، إحداها خاصة بالنسب، هي المادة 13 مكرر، والتي أخضعه من خلالها، والاعتراف به، وإنكاره لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وفي حالة وفاة الأب قبل ذلك، يطبق قانون جنسيته وقت الوفاة، والأخرى خاصة بالكفالة والتبني، وهي المادة 13 مكرر 1، والتي تسندهما لقانون جنسية كل من الكفيل والمكفول، والمتبني والمتبني وقت إجرائهما، أما آثارهما فللقانون جنسية الكفيل أو المتبني.

إن هاتيه المادة لا تعني الإقرار بالتبني، الذي يبقى علاقة محرمة في إطار العلاقات الداخلية، وإنما تحل فقط إشكالية لما يكون كلا الطرفين أجنبيين، يحملان جنسية تسمح لهم بإنشاء هذه الرابطة، فلا يكون من العدل أن نفرض عليهم مقتضيات قانوننا الوطني الذي

يحرّمها، ولذات السبب فقد أقرّ المشرع بنظام الانفصال الجسماني، بالرغم من انه نظام مجهول أصلا، وغير صالح للتطبيق على العلاقات التي يكون أحد أطرافها جزائريا، وهذا لتنظيم علاقات الأجانب فيما بعضهم بعض.

وبالرغم من هذا التنظيم المتكامل من المشرع الجزائري، للعلاقات الأسرية، إلا انه لم ينص على مسألة الحضانة، ولعل ذلك يرجع إلى إجماع الفقه الجزائري على اعتبارها من آثار الطلاق، فتخضع لنفس القانون الذي يحكمه بصفة ضمنية، أي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

أما فيما يخص التركات - متمثلة في الميراث، والوصية - فبالرغم من أنهما يختلفان في طبيعتهما، كون الإرث علاقة أسرية، وهو واقعة مادية، بينما الوصية تصرف قانوني. إلا أنهما يتفقان في أنهما مرتبطين بالشخص وحالته من جهة، وهما علاقة مالية من جهة أخرى، ولهذا، هناك اختلاف في طبيعة إسنادهما، فبينما تخضعهما الجزائر، وجميع القوانين العربية، وبعض الدول اللاتينية كالألمانيا، إسبانيا، إيطاليا إلى قانون الجنسية، فإن بعض الدول الأخرى تخرجهما من نطاق الأحوال الشخصية، وتعتبرهما من الأحوال العينية، ولهذا تخضعهما في العقار لقانون موطنه، وفي المنقول لقانون الموطن الأخير للمتوفى، كالقانون الفرنسي .

إن هذا الدور الذي تلعبه الجنسية فيما يخص المواد أو المواضيع المتقدمة، لا يمكن أن يطال، مسائل الإجراءات أو التدابير التحفظية، والوقائية، والاستعجالية، التي تدخل في النطاق الإقليمي لقانون القاضي، أو المسائل المتعلقة بشهر وإجراءات نقل الملكية على العقارات، فتخضع للقانون العيني .

و على كل حال، فإن دور الجنسية كأداة لحل مشاكل تنازع القوانين، لا يمكن أن ينته بتبيان أنها هي ضابط الإسناد الخاص بحكم الأحوال الشخصية، وإنما يطال كيفية تعيين و تطبيق قانون الجنسية، و ذلك نظرا للصعوبات التي تعترضها، و التي تعيق من تعيين قانون الجنسية المختص بحكم النزاع، أو من تطبيقه.

فبالنسبة لصعوبات تحديد قانون الجنسية، فهي تظهر أثناء البحث عنه، و تتمثل في كل من التنازع الإيجابي و السلبي للجنسية، التنازع المتحرك، و الإسناد على قانون دولة

متعددة التشريعات. و لقد تعددت الحلول الفقهية في مواجهة تلك الصعوبات ، على أن الراجح فيها ، و الذي اتبعته غالبية التشريعات- و منها المشرع الجزائري-يذهب إلى أنه في حالة تعدد الجنسيات، يجب تطبيق قانون دولة القاضي متى كانت من بين الجنسيات المتنازعة ، فإذا لم تكن من ضمنها يطبق قانون الجنسية الفعلية. أما في حالة انعدام الجنسية، يطبق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة.

وبالنسبة لحل التنازع المتحرك، فقد استقرت غالبية التشريعات على عدم التقيد بحل نظري بعينه، وإنما تحليل كل قاعدة إسناد لوحدها، وتحديد العنصر الزمني الذي ينبغي فيه الاعتماد بضابط الجنسية ، وهذا ما فعله المشرع الجزائري في المواد 12 الخاصة بآثار الزواج وانحلاله، والمادة 13 الخاصة بالاستثناء الوارد عليهما، والمادة 13 مكرر 1 الخاصة بالكفالة والتبني ، والمادة 16 الخاصة بالميراث ، الوصية، الهبة ، والوقف.

أما مشكلة الإسناد إلى قانون دولة متعددة الشرائع، فقد حسم المشرع أمرها، بموجب المادة 23 قانون مدني، وذلك بتفويض القانون الداخلي لتلك الدولة، لتحديد أي شريعة من بين شرائعه هي المختصة، ولم يكن ينص على الحل عند استحالة أعمال قاعدة التفويض، إلا بموجب تعديل القانون المدني سنة 2005، الذي أشار إلى تطبيق التشريع الغالب في البلد في حال التعدد الطائفي ، أو تشريع العاصمة في حال التعدد الإقليمي.

و بعد الانتهاء من البحث عن قانون الجنسية المختص، أي بعد الفصل في تلك المشاكل السابقة، فإذا ثبت الاختصاص للقانون الأجنبي، فستثور صعوبات أخرى أثناء تطبيقه، هي الإحالة ، و موانع تطبيق قانون الجنسية المتمثلة في الدفع بالانظام العام، و الغش نحو القانون .

هذا، و قد برزت نظرة حديثة متطورة، و أكثر جرأة في معالجة بعض تلك الصعوبات ، كحالات التنازع الإيجابي و السلبي للجنسية، و مدى جواز الأخذ بالإحالة من عدمه. فهي تنتقد الحلول السابقة، بصفتها حلول عامة و مجردة، تكفي بتحقيق عدالة شكلية بإسنادها العلاقة لقانون معين بصفة غير مباشرة، ولهذا يجب التخلي عن هذه النزعة التقليدية، بان تكون الحلول وظيفية، لا تطبق في جميع الفروض، بل تختلف من مسألة لأخرى ، حسب طبيعتها ، و طبيعة

قاعدة الإسناد الخاصة بها، و الغاية و الغرض منها، ووفق ما يحمي توقعات الأفراد المشروعة. هذا ما يعبر عنه بفكرة الحل الوظيفي.

إلا أن هذا المعيار يبقى مجرد تخمينات فقهية، إذ لم يأخذ به إلا عدد ضئيل من الدول في القوانين المقارنة، وفي إطار محدود. كما أنه لا يخلو من الانتقادات، لأنه يقوم على فكرة نسبية ومتغيرة من نظام قانوني لآخر، ويترك المجال مفتوحاً لسيطرة القضاة، بحجة مراعاة الغاية من قاعدة الإسناد. ومع هذا فإن آفاق تطور فكرة الحل الوظيفي تبقى مفتوحة، لأنه يحمل الكثير من المزايا كذلك، خاصة لو تدخل المشرعون بقواعد إسناد صريحة، ووضحوا في كل فكرة مسندة، الحلول التي تلائمها من منظور الغاية من قاعدة الإسناد .

والملاحظ أن تلك الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية، كانت من بين الحجج التي استغلها أنصار قانون الموطن، للمناداة بإخضاع الأحوال الشخصية، لهذا القانون، بدلاً من الجنسية. كما يتنبأ بعض الفقهاء، في الوقت الحاضر بعودة قانون الموطن مرة أخرى، على حساب قانون الجنسية كالفقيه الفرنسي "بنواييه". كما يعتقد البعض أن دول القارة الأوروبية التي كانت تأخذ بقانون الجنسية، مقبلة أيضاً على التخلي عنه، و اعتماد قانون الموطن في سبيل تحقيق السياسة و الاندماج الاقتصادي الأوروبي، نظراً لاختلاف القوميات التي تشكل المجتمع الأوروبي، فيكون اعتماد الموطن هو خير وسيلة للحفاظ على أصالة كل مجتمع، و تقاليده القانونية أو الاجتماعية.

إلا أننا ومن خلال بحثنا المتواضع لا نؤيد هذه الوجهة من النظر، و نشيد بأهمية الجنسية، و التي لا يمكن التخلي عنها بهذه السهولة، لان الجنسية تبقى تلك الرابطة الروحية التي تعبر عن ولاء واندماج الشخص بمجتمع معين، وهي أصلح من أي رابطة أخرى في حكم مسائل الأحوال الشخصية، لأن جميع الأشخاص من مصلحتهم أن تتبعهم قوانينهم الشخصية، وخاصة إذا كان فيها مزايا استثنائية لهم. ومن ذلك مثلاً وبصفة خاصة الدول الإسلامية، فان بناء الأحوال الشخصية فيها على أساس ديني إلهي، يجعل إسنادها لقانون الجنسية، ضرورة لا بد منها، حتى تتبع القوانين الإسلامية الأفراد المخاطبين بها أينما ذهبوا، فلا يتصور أن يمنع المسلم من طلاق زوجته بالإرادة المنفردة، ولا من حقه في تعدد زوجاته. فالجنسية تُبقي على

تلك الرابطة التي تربط الفرد بدولة معينة، مما يبيت في أفرادها الحنين للعودة إليها، خاصة في الدول التي يكثر وجود رعاياها في الخارج، لأنه إن كان الأخذ بقانون الموطن هو في مصلحة الدول الفقيرة السكان، و التي يكثر وجود الأجانب بها ، كالولايات المتحدة الأمريكية ، كندا، أستراليا، إلا أنه ليس في مصلحة دولة كالجائر، أو كالدول العربية ، عدد رعاياها في الخارج أكثر بكثير من المهاجرين إليها. كما أنه من مزايا الجنسية أنها عسيرة التغيير إذا ما قورنت بقانون الموطن.

إلا أنه يجب التأكيد هنا على دور الدول في التقليل من المشاكل التي قد تعترض ضابط الجنسية ، وذلك بمحاربة ظاهرتي تعدد الجنسية وانعدامها ، فيجب على الدول أن تكون عقلانية في منح جنسيتها، وذلك بمنحها للذين تربطهم بها رابطة جدية وفعلية فقط، وأن تضع أسس لفقدان جنسيتها، بالنسبة للأشخاص الذين اكتسبوا جنسية أخرى، وفقدوا أي إتصال روعي أو سياسي أو اجتماعي بها . كما يجب على الدول المقيم بها عديم الجنسية لفترة كافية، أن تمنحه جنسيتها، وعلى الدول المتعددة الشرائع، أن تتكفل بإعطاء الحلول اللازمة لكيفية تحديد الشريعة الداخلية المختصة من بين شرائعها الداخلية.

وبالنسبة للدفع بالنظام العام، فعلى الدول أن تستعمله في إطار معتدل، وحيث تكون مخالفة القيم السائدة في قانون القاضي صارخة فقط، ولذلك ينبغي الاعتراف للأجانب ببعض النظم المعروفة عندهم، حتى ولو كانت مخالفة للنظام العام الداخلي، مادام أن هذا لا يضر بالمصالح الوطنية، كالاقرار لهم بالتبني والانفصال الجسماني في علاقاتهم الأجنبية البحتة. وهو ما فعله التشريع الجزائري، الذي أحسن بالنص على هذين النظامين في تعديل القانون المدني سنة 2005 ، وذلك حتى لا يرفض القاضي الجزائري الفصل فيهما لمخالفة النظام العام.

وفي الأخير، فأتمنى أني وفقت ولو قليلا في انجاز هذا البحث، وحسبي القول بأن لكل عمل إذا ما تم نقصان.



## قائمة المراجع:

### أ- المراجع العامة:

- 1- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997 .
- 2- أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص - الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية - القاهرة - 2008 .
- 3- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة العاشرة، دار هومة، الجزائر، 2008.
- 4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002 ، ص 212.
- 5- بيار ماير وفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للنشر، بيروت، 2008 .
- 6- حسن الهداوي، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، الطبعة الأولى، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1993 .
- 7- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، عمان، الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1997.
- 8- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
- 9- حفيظة السيد الحداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

- 10- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء 1، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008.
- 11- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقديم البروفسور فايز الحاج شاهين- الطبعة 1- دار العلوم العربية، لبنان، 1994.
- 12- سامي بديع منصور وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت لبنان، بدون سنة.
- 13- سعيد يوسف البستاني، إشكالية وآفاق تطور قانون الجنسية، في لبنان والدول العربية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2006.
- 14- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، 2006.
- 15- صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1976.
- 16- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الخامس، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 17- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2008.
- 18- عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2009.
- 19- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986.
- 20- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن، الجزء الأول، الطبعة الحادية عشر، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر 1986.

- 21- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2000.
- 22- عليوش قربوع كمال ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، الجزء 1 - الطبعة 2 - دار هومة - الجزائر ، 2007.
- 23- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان.
- 24- عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 25- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، الأردن، 2005 .
- 26- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة 1974.
- 27- فؤاد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 28- محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة ، بنغازي ، ليبيا، 1994.
- 29- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ، 2006.
- 30- محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي - الطبعة 1- دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن 2009.
- 31- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ، القانون الدولي الخاص (الأردني والمقارن )، الجزء الأول ، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر، الأردن 1998.

- 32- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع ترجمة د . فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر ، 1989.
- 33- موحند إسعاد ، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني ، القواعد المادية ترجمة فائز أنجق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1989.
- 34 موسى عبّود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، المغرب، 1994.
- 35- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون ، نظرية الحق، منشأة الناشر بالإسكندرية، مصر، 2001.
- 36- نعّوم سيّوفي، الحقوق الدولية الخاصّة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب سوريا، 1966، 1967.
- 37- هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2003.
- 38- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2003، 2004.
- 39- هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
- 40- هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 1999
- 41- يوسف فتيحة ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين، السنة الرابعة، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، سنة 2009.
- 42- يوسف فتيحة ، محاضرات ألقيت على طلبة ماجستير القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2009.

ب- المراجع الخاصة:

- 1- احمد عبد الحميد عشوش ، تنازع القوانين في مسائل الأهلية - دراسة مقارنة ، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية ، مصر 1989 .
- 2-حسام الدين فتحي ناصف، مشكلات الجنسية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
- 3-صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجنب-دراسة مقارنة-دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2004.
- 4-صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2004
- 5-عكاشة محمد عبد العال، الإتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دراسة تحليلية وتأصيلية في القانون المصري والمقارن، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية، 1996.
- 6-نادية فضيل ، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، الطبعة 1 ، دار هومة ، الجزائر،2006.
- 7-نادية فضيل ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، دار هومة ، الجزائر 2001 .
- 8-نادية فضيل، الغش نحو القانون، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر، الجزائر، 2006 .
- 9-هشام خالد، جنسية الشركة دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
- 10-هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

ج- المراجع باللغة الفرنسية:

1-Daniel Cutmann, droit international privé ; dalloz, 3ème édition, 2002.

2-Dominique Holleaux, Jacques Foyer ,Géraud de Geouffre de la Pradelle, Droit International privé, Masson éditeurs, Paris 1987 .

3-Françoi Mélin, Droit Internationional privé, Casbah édition, Alger,2004.

4-jean derruppé, DROiT INTERNATIONAL PRIVE ,14 ème édition , Dalloz , 2001,

4-Henri Battifol et Paul Lagarde, droit international privé 2vol, 5 ème édition, Paris.

5--Henri Battifol et Paul Lagarde, traité de droit international privé, tome1, 8ème ,édition, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris. 1993.

6-Nouhad Rizkalah,droit international privé ,1<sup>ère</sup> édition , Majd, Beyrouth,Liban,1985.

7-Pierre Mayer , droit international privé, 5ème édition, d'Elta, liban,1996.

8-Yvon Loussouarn et Pierre Bourel ,droit international privé ,7ème édition, Dalloz, france2001, p 338.

### -المذكّرات:

1-بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص،دراسة مقارنة، ماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر،1986 .

2- دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان،2008،2007.

- 3-حميدو زكيّة، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.
- 4- سنيّات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرّابطة الزوجية و إنحلالها في إطار القانون الدولي الخاص ، ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان ،2008/2009.
- 5-مختاري هوارية حنان، نظرية الجنسية وأحكامها في ظل آخر تعديل للتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران ،2007، 2008.

### -المقالات:

- 1-الفزيع أنور أحمد ، الحماية المدنية للوقف (دراسة في القانون الكويتي )، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة والعشرون، العدد 2، ربيع الأول، يونيو، الكويت، 1999.
- 2-الهداوي حسن، تنازع القوانين في موضوع الاسم، المجلة الكويتية للحقوق والشريعة، العدد2، الكويت ، 1978.
- 3-بليعقوبي بلخير، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، العدد رقم 05 -2008.
- 4--تشوار الجيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه، الرتق العذري والتغيير الجنسي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، العدد06،2008.
- 5-تشوار حميدو زكية، الحق في الاسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، تلمسان، العدد 06 ، 2008.
- 6-زروتي الطيّب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيّتهما في روابط الزواج المختلط، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد4.
- 7-فاشي علال، التصرفات الواردة على جسم الإنسان ومدى مشروعيتها، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، العدد2008،6.

- 8-كمال سمية، المساواة بين الزوجين في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، تلمسان، العدد8،2009.
- 9-مامون عبد الكريم ، حق الموافقة على التدخلات الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان العدد06، 2008.
- 10-مباركي دليلة، حرمة الحياة الخاصة كحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، تلمسان، العدد 06،2008.
- 11-معوان مصطفى، الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام1988 ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، الجزء41، رقم01، 2000.
- 12-يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية ،كلية الحقوق،جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العددرقم2005،03.
- 13-يوسف فتيحة، بعض قواعد التنازع الدولي في العلاقات الأسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37 رقم02-1999.
- 14- يوسف فتيحة ، النظام العام و العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد رقم 05-2008 .

#### -القوانين والأوامر:

- 1-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني .
- 2-الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 الصادر في 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد44 لسنة 2005.
- 3-الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للأمر 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية.

- 4-قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 66 / 154 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 5-الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 90 فيفري 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- 6-الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389، الموافق ل فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

### الاتفاقيات الدولية.

- 1- إتفاقية فيينا الخاصة بالزواج المنعقدة في 24 أبريل التي صادقت عليها الجزائر في 4 مارس 1964.
- 2- إتفاقية لاهاي المبرمة في 12 يونيو 1902، المتعلقة بتنازع القوانين في مجال الزواج.
- 3-اتفاقية لاهاي لسنة 1978 المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته.
- 4-اتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق والانفصال المبرمة في 12 جوان 1902.
- 5-اتفاقية لاهاي الخاصة بحماية القصر في 5 أكتوبر 1961.
- 6-اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.
- 7-الاتفاقية الجزائرية الفرنسية بتاريخ 24 ماي 1974 الخاصة بالزواج.
- 8- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال .
- 9-اتفاقية جنيف الخاصة بالسفينة، السند لأمر، والشيك لسنة 1930، 1932.
- 10-اتفاقية لاهاي المؤرخة في 17 يوليو 1907 بشأن تنازع القوانين في المواريث والوصايا. شكل الوصية.

- 11- اتفاقية لاهاي المنعقدة في 5 أكتوبر 1961 ، بخصوص تنازع القوانين في شكل الوصية.
- 12- اتفاقية لاهاي لسنة 1930 المتعلقة ببعض مسائل تنازع القوانين في شأن الجنسية.
- 13- اتفاقية جنيف للأوراق التجارية السفتجة، الشيك، والسند لأمر لسنة 1931، 1930.
- 14- اتفاقية نيويورك المبرمة في 28 سبتمبر 1954 ، والمتعلقة بالحماية الدولية لعديمي الجنسية.
- 15- اتفاقية جنيف لعام 1951 المتعلقة بالحالة الدولية للاجئين السياسيين.

### مواقع الإنترنت:

-[www.shaimaaatalla.com/vb/showthread.php](http://www.shaimaaatalla.com/vb/showthread.php).

-[www.Jorad.dz](http://www.Jorad.dz)



- 1..... المقدمة:
- 8..... الفصل الأول: الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية.
- 9..... المبحث الأول : دور الجنسية فيما يخص الحالة الفردية والأهلية.
- 10..... المطلب الأول: دور الجنسية فيما يخص الحالة الفردية.
- 10..... الفرع الأول: دور الجنسية فيما يخص الحالة الفردية للشخص الطبيعي.
- 11..... أولا: الإسم:
- 13..... ثانيا: حالة إقامة الشخص، أو غيابه، وفقده:
- 16..... ثالثا: صيانة حقوق الإنسان الطبيعية.
- 20..... الفرع الثاني : دور الجنسية فيما يخص حالة الشخص الاعتباري.
- 21..... أولا: مفهوم جنسية الشخص الاعتباري، وتطورها التاريخي.
- 24..... ثانيا: موقف التشريع الجزائري من القانون الذي يحكم حالة الشخص الإعتباري.
- 27..... المطلب الثاني: دور الجنسية فيما يخص الأهلية.
- 28..... الفرع الأول: نطاق تطبيق قانون الجنسية فيما يخص الأهلية.
- 32..... الفرع الثاني: الاستثناءات من قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية:
- 32..... أولا:- الاستثناء الخاص بالجهل المغتفر بالقانون الأجنبي .
- 37..... ثانيا : وجود نص في قانون خاص، أو في معاهدة.
- 39..... الفرع الثالث : دور الجنسية فيما يخص النظم الخاصة بحماية غير كاملي الأهلية.

- أولاً: مجال تطبيق قانون الجنسية الخاص بحماية غير كاملي الأهلية.....40
- ثانياً: الإستثناءات من قاعدة خضوع غير كاملي الأهلية لقانون الجنسية.....42
- المبحث الثاني : دور الجنسية فيما يخصّ الحالة العائلية .....45
- المطلب الأول: دور الجنسية فيما يخص الرابطة الزوجية من نشأتها حتى انحلالها.....45
- الفرع الأول: دور الجنسية فيما يخص انعقاد الرابطة الزوجية وآثارها.....46
- أولاً: دور الجنسية فيما يخص انعقاد الزواج.....46
- ثانياً: دور الجنسية فيما يخص آثار الزواج.....51
- الفرع الثاني: دور الجنسية فيما يخصّ انحلال الزواج .....56
- أولاً : الجنسية كضابط إسناد بخصوص انحلال الزواج.....57
- ثانياً : نطاق تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.....59
- الفرع الثالث: الاستثناء: انفراد القانون الجزائري بحكم الشروط الموضوعية.....61
- للزواج وآثاره وانحلاله.
- المطلب الثاني: دور الجنسية فيما يخصّ علاقات الوالدين بالأولاد، والتركات.....64
- الفرع الأول: دور الجنسية فيما يخصّ علاقات الوالدين بالأولاد.....65
- أولاً: دور الجنسية فيما يخصّ النسب.....65
- ثانياً: دور الجنسية فيما يخصّ الكفالة والتبني.....69
- ثالثاً- دور الجنسية فيما يخصّ الحضانة.....71
- الفرع الثاني: دور الجنسية فيما يخص التركات.....74
- أولاً : دور الجنسية في الميراث.....74

- 84..... ثانيا: دور الجنسية فيما يخص الوصية.
- 90..... الفصل الثاني: الصّعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية، وكيفية معالجتها.
- 91..... المبحث الأول: الصعوبات التي يثيرها البحث عن ضابط الجنسية.
- 92..... المطلب الأول: التنازع الإيجابي والسلبى للجنسية.
- 93..... الفرع الأول: الحلول العامة والمجردة لتعيين قانون الجنسية الواجب التطبيق على متعدد الجنسيات وعديمها.
- 93..... أولا: الحلول المخصصة لمشكلة تعدد الجنسية.
- 101..... ثانيا:الحلول المخصصة لمشكلة انعدام الجنسية.
- 103..... الفرع الثاني: الحل الوظيفي كأساس لتعيين القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسية وعديمها.
- 104..... أولا: الحل الوظيفي كأساس لتعيين القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لمتعدد الجنسية.
- 111..... ثانيا: الحل الوظيفي كأساس لتعيين القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لعديم الجنسية.
- 115 ..... المطلب الثاني: التنازع المتحرك، و الإسناد إلى قانون دولة متعددة التشريعات.
- 115..... الفرع الأول: التنازع المتحرك.
- 116..... أولا: مفهوم التنازع المتحرك، وشروط قيامه.
- 117..... ثانيا: الحلول المخصصة لمشكلة التنازع المتحرك.
- 125..... الفرع الثاني: الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها التشريعات.

- 125.....أولاً: الحل الواجب الإتباع لتحديد الشريعة الداخلية المختصة.
- 128.....ثانياً: الحل الواجب الإتباع عند استحالة أعمال قاعدة التفويض.
- 132.....المبحث الثاني: الصعوبات التي يثيرها تطبيق قانون الجنسية.
- 132.....-المطلب الأول : الإحالة.
- 133.....الفرع الأول: الإحالة من منظور الاتجاه التقليدي.
- 134.....أولاً: حجج رافضي وأنصار الإحالة.
- 138.....ثانياً : - موقف التشريع الجزائري، و القوانين المقارنة من الإحالة.
- 142.....الفرع الثاني: - الإحالة من منظور وظيفة قاعدة الإسناد، أو الحل الوظيفي.
- 142.....أولاً: كيفية تطبيق فكرة الحل الوظيفي، والوظائف التي تؤديها بخصوص الإحالة.
- 147.....ثانياً: التشريعات التي تبنت فكرة الحل الوظيفي.
- 150.....المطلب الثاني: الدفع بالنظام العام، والغش نحو القانون.
- 151.....الفرع الأول: تطبيقات الدفع بالنظام العام في الأحوال الشخصية.
- 151.....أولاً: مجال الدفع بالنظام العام فيما يخص الرابطة الزوجية من انعقادها إلى انحلالها.
- 156.....ثانياً: مجال الدفع بالنظام العام فيما يخص علاقات الوالدين بالأولاد.
- 159.....ثالثاً: مجال الدفع بالنظام العام فيما يخص الميراث والوصية.
- 160.....الفرع الثاني: تطبيقات الغش نحو القانون في مجال الأحوال الشخصية.
- 161.....أولاً: تطبيقات الغش نحو القانون في القضاء الفرنسي.
- 167.....ثانياً: تطبيقات الغش نحو القانون في الجزائر و الدول العربية.
- 170.....الخاتمة:





### الملخص

إن الجنسية تلك العلاقة التي تربط الفرد بمجتمع دولة معينة، هي الأداة لحل مشاكل تنازع القوانين، لأنها ضابط الإسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، على جميع علاقات الأحوال الشخصية، في الجزائر ومعظم القوانين العربية، واللاتينية. إلا أنه مع هذا، فإنها تثير مجموعة من الصعوبات سواء أثناء محاولة تعيينها، أو أثناء محاولة تطبيقها، وبما أن التشريعات تبنت عدة حلول لمواجهة تلك العقبات ، فهذا دليل على أن تلك الصعوبات لن تزعزع الثقة في ضابط الجنسية، ولا في نجاعته في حل مشاكل تنازع القوانين.

الكلمات المفتاحية: الجنسية- ضابط الإسناد- تنازع القوانين - الأحوال الشخصية- الصعوبات التي تثيرها الجنسية- الحلول.

### Résumé :

La Nationalité... cette relation qui lie, l'individu à la société d'un pays, est l'outil pour régler tous problèmes en conflit avec les lois, car elle est la norme d'attribution qui fixe la loi dont l'application est obligatoire, à toutes les relations du statut personnel, en Algérie et la plupart des lois arabe et latines. Néanmoins, elle provoque un nombre de difficultés, tant lors de sa désignation, ou lors de la tentative de son application. Du moment que les législations ont adopté plusieurs solutions pour faire face à ces obstacles, ceci donc, est la preuve que lesdits obstacles ne peuvent pas saper la confiance dans la norme de la nationalité, ni dans son efficacité dans problèmes conflictuels des lois.

**Mots clés** : nationalité, norme d'attribution, conflits des lois, statut personnel, les difficultés que provoque la nationalité, les solutions.

### Abstract :

The nationality, the relation that tie the individual to a state society, is the tool that allow to settle all problems clashing with laws, it is the attribution norm fixing the law wich application is obligatory, to all the relationships of personal status in Algeria and most of Arabic and Latin laws. Nevertheless, it caused a number of difficulties, in its designation or when attempting to applying. As long as the legislations have adopted many solutions to face those hurdles, this is the proof that any hurdle cannot undermine the trust in the nationality norm, or in its efficiency in treating adversarial problems of laws.

**Keywords** : nationalty, attribution norm, laws clash, personal status, the difficulties caused by nationality, the solutions.