

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق



مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

تنازع القوانين في مجال النسب

تحت إشراف الأستاذة:

د. يوسف فتيحة

من إعداد :

يوي سعاد

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	أ.د دنوني هجيرة
مقررا	جامعة تلمسان	أستاذة محاضرة	جامعة تلمسان	د يوسف فتيحة
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	د رايس محمد

السنة الجامعية: 2009-2010

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الأهداء

أهدي ثمرة عملي هذا إلى كل من ساعدني في انجاز هذا

العمل .

إلى زوجي العزيز الذي كان سندي ودافعي في انجاز هذا العمل المتواضع .

إلى كل عائلتي وعائلة زوجي كبيرا و صغيرا وأخص بالذكر عبد

الرحيم، أمال سارة، محمد

إلى روح أمي التي تمر سنة على فراقها.

إلى أبي الذي سهر الليالي وعان المأسي لنجاحنا .

إلى كل طفل فقد حنان العائلة .

كلمة شكر وتقدير

اللهم صلي وسلم على سيدنا محمد خاتم الأنبياء وبعد:

أتقدم بشكر خاص إلى جميع الأساتذة الذين ساعدوني من قريب أو من

بعيد على انجاز هذا البحث المتواضع .

وعلى رأسهم : يوسف فتية لقبولها الإشراف على هذه الدراسة

ومساعدتها لي بتوجيهاتها التي أنارت لي درب العمل و البحث .

وكما أتقدم بجزيل الشكر إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا

مناقشة هذا البحث. وأتقدم بشكر خاص إلى كل من شارك في تأطيرنا وكل أفراد

الأسرة العلمية بكلية الحقوق تلمسان بما فيهم القائمين على مكتبة الحقوق

قائمة المختصرات

ج: الجزء

ج.ر: الجريدة الرسمية

د.ب.ط: دون تاريخ الطبع.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة

غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا

غ ا ش م : غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا

ق. ا. س: قانون الأسرة الجزائري

ق. ا. م: قانون الإجراءات المدنية

ق. م. ج: القانون المدني الجزائري

م.ع.ق.ا : مجلة العلوم القانونية والإدارية.

م.ق:مجلة قضائية

Liste des abréviations

CASS : cassation

CIV : civil

Ed : édition

Edit : éditeur

OP.CIT : option citée

o.p.u : office des publications universitaires (ALGER)

p : page

T : tome

المقدمة

الأولاد هم ثمرة الحياة الزوجية، وهم زينة الحياة الدنيا ، والحفاظ على النسل والإنجاب من غايات الزواج، ومما لاشك فيه أن أهم حق يكتسبه هذا النسل الذي يمثل ثمرة هذا الزواج هو "النسب" ، وما يترتب عن هذا الأخير من حقوق للفرد وللمجتمع ككل، ذلك أنه يمثل العمود الفقري الذي يشكل التوازن داخل الأسرة وخارجها اتجاه المجتمع ، بحيث يكون أي خلل يمسه يؤدي لا محال إلى انهيار المجتمع .

و يعرف النسب لغة بأنه مشتق من مصدر الانتساب . وقيل هو في الآباء خاصة

و تنسب أي ادعى أنه نسبيك يقال القريب من تقرب لا من تنسب.(1)

تعريف النسب اصطلاحاً هو: "سلالة الدم أو رابطة سلالة الدم" التي تربط الإنسان

بأصوله و فروعه وحواشيه (2)

والنسب كما هو منصوص عليه في معاجم المصطلحات القانونية موصلة القرابة يوحد

الولد بأبيه أو بأمه، وهذه الصلة هي نعمة من نعم الله على الإنسان لذا يعد النسب أهم حق للأولاد

على أبيهم لأنه ثمرة الزواج المقدس بين أبيهم (3)

ويفرق الفقه بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي، فالأول الذي هو ناتج عن علاقة

شرعية بين الرجل والمرأة، والثاني هو ناتج عن علاقة غير شرعية بين الرجل والمرأة.

وقد نضم المشرع الجزائري قانون الأسرة، ذلك بموجب القانون رقم 11/84، الصادر

(1) أنظر ابن منظور . لسان العرب . ط 4 ، دار صادر، بيروت، 1994، ص 756 / 755
(2) أنظر أحمد حمد . النسب في الشريعة و القانون، طبعة الأولى، دار العلوم الكويت . 1983 ص 73
(3) أنظر عبد الرحمان الصابوني. نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام دار الفكر المعاصر بيروت. 2001، 527.

في 09 جوان 1984 بما في ذلك موضوع الدراسة ، الذي خصه بالمواد من 40 إلى 46 قانون الأسرة التي وضعت ضوابط لإلحاق الولد بأبيه من خلال ما نتج عن الزواج الصحيح اعتمادا على قاعدة " الولد للفراش " ، ويلحق بهذه الأخيرة ما نتج عن الشبهة لتدراً الحد وابتغاء المحافظة على الولد من الضياع.

والأمر لا يتوقف عند تحديد النسب بل يتعداه إلى طرق إثباته أو الكشف عن وجوده، إلى جانب طرق نفيه عند الشك في انتساب الولد إلى الوالد أو عند إنكار البنوة.

ومحاولة من المشرع الجزائري في مساندة التطور العلمي و البيوطبي في إثبات النسب قام هذا الأخير بإدخال بعض التعديلات على قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02 / 05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، مؤكدا في ذلك عزمه على الأخذ بالتطورات العلمية في مجال التأكد من الأبوة ، والاستفادة من وسائل الحمل المعاصرة من أجل كسر طوق العقم.

وان كانت هذه التعديلات فيها من النقائص ، ما يفتح أبواب النقد تجاه قانون الأسرة الجزائري ، فعند تنظيمه لمسألة النسب أغفل مسألة النسب الطبيعي ، ولم يتطرق إليها إلا من خلال مواد متفرقة في قوانين مختلفة ، وان كان هذا السكوت لا يتماشى مع طبيعة الأمور وخاصة أن ظاهرة اللقطاء تزداد يوما بعد يوم ، وان كانت الشريعة الإسلامية قد تناولته وإحاطته بقواعد منظمة ، تكفل من خلالها للطفل البريء الذي لا ذنب له سوى انه ابن زنا حياة هادئة ، وتضمن له من خلالها حقوقا.

وان كانت مسألة النسب تثير كل هذه المشاكل في القوانين الداخلية فان الأمور تتعقد أكثر في مجال تنازع القوانين.

فالمشكلة الأساسية في علم تنازع القوانين هي التوصل إلى القانون الواجب التطبيق إذ أن العلاقة التي تندرج في القانون الدولي الخاص ترتبط بأكثر من دولة ويحتاج الأمر إذا ما ثار النزاع بمثل هذه الصورة إلى اختيار القانون الذي يتعين الرجوع إليه من بين القوانين التي ترتبط بالعلاقة. (1)

وقد وضع المشرع الجزائري أحكام خاصة بتنازع القوانين من المادة 09 إلى المادة 24 من الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني. ولعل أهم حدث حصل في هذا الشأن هو تعديل أحكام تنازع القوانين بموجب القانون 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، و الذي مس تقريبا كل النصوص المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان الواردة في القانون المدني 1975 ، بل وأضاف المشرع إليها أحكاما جديدة جعلت أحكام تنازع القوانين من حيث المكان في الجزائر في مصاف القوانين الحديثة، إذ بموجب ذلك التعديل أصبحت أحكام تنازع القوانين في الجزائر أكثر تفصيلا ووضوحا وشمولا ومن هذه تعديلات ما يتعلق بمسألة النسب.

ولكي يتسنى لنا تحديد القانون الواجب التطبيق، لابد من تحديد الضابط الذي يسند هذه المسألة ، ومشكلة النسب هي من مسائل الأحوال الشخصية ، وقد انحاز المشرع الجزائري وغالبية التشريعات العربية لقانون الجنسية ، بصورة واضحة باعتبارها تشريعات ذات صبغة دينية تميل إلى تطبيق قوانينها على الأحوال الشخصية لرعاياها أينما كانوا وأينما ذهبوا ، كما أن هذه القوانين تترجم القيم السائدة في هذه الدول.

وان كانت مسألة النسب محكومة بقانون الجنسية ، فان الأمر لا يخلو من بعض الصعوبات الفنية التي تعترض القاضي عند تطبيقه للقانون المختص على العلاقة ذات العنصر الأجنبي ، كأن يكون الشخص المراد تطبيق جنسيته متعدد الجنسيات ، أي بمعنى يحوز أكثر من جنسية ويكون هنا على القاضي أن يطبق جنسية واحدة من بين الجنسيات المتنازعة ، مما يتطلب البحث في الحلول الفقهية المتاحة في هذا المجال وما هو موقف المشرع الجزائري منها؟

وعلى خلاف الحالة السابقة قد يكون الشخص المراد تطبيق جنسيته لا يكسب أي جنسية بمعنى منعدم الجنسية والمطلوب هو تطبيق قانون الجنسية وعلى القاضي إيجاد الحل ، وفي هذا المجال عدة آراء فقهية وقانونية قامت بدراسة هذه الوضعية ووضعت لها حول متعددة ومتباينة ومنتسائل عن موقف المشرع الجزائري منها؟

كما يمكن لهذا الشخص وان كان يملك جنسية واحدة إلا انه قد يغيرها من بين نشوء الحق، ووقت رفع الدعوى للمطالبة به مما تثير مشكلة تطبيق قانون وقت إنشاء الحق أم القانون وقت المطالبة به أي وفقا للقانون القديم أم الجديد؟

وآخر صعوبة يمكن أن تعترض تطبيق قانون الجنسية هي الإحالة إلى دولة تتعدد فيها الشرائع سواء تعدد إقليمي أو تعدد شخصي مما يطرح إشكالية هل قانون القاضي هو الذي يطبق الشريعة الواجبة التطبيق أم انه يقف عند حدود هذه الدولة.

وان تصدى القاضي إلى كل هذه الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية فعليه تطبيق القانون المختص ، وتطبيق هذا القانون تختلف من حيث المعاملة بحسب نضرة كل دولة إلى القانون الأجنبي ، فهناك من الدول تنظر إليه كقانون في حين دول أخرى تنظر إليه كواقعة خالي من الإلزامية.

هذا يتطلب منا البحث في أساس تطبيق القانون الأجنبي أهو واقعة أو قانون وموقف المشرع

الجزائري منه؟

كما تختلف آثار الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي عنها في اعتباره واقعة من حيث البحث عن مضمونه من طرف القاضي أو من طرف الخصوم والوسائل المتاحة في هذا المجال ،وان كانت المشكلة المثارة في حالة عدم تمكن القاضي الكشف عن مضمون القانون الأجنبي رغم الوسائل المتاحة له فما القانون الواجب التطبيق؟

وأخيرا وقبل تطبيقه على أطراف النزاع عليه أن يقوم بتفسير هذا القانون ، وقد اختلفت الآراء في هذه الحالة ، إما بتفسيره حسب قانون القاضي أو حسب ما يفسر به وفقا للمبادئ العدالة والاجتهاد في الدولة الواجب تطبيق قانونها، وان اختلفت الاتجاهات الفقهية في هذه الحالة فان مسالة تفسير هذا القانون قد يثير مسالة رقابة المحكمة العليا فهل هذه الأخيرة تتدخل في أي خطأ في تفسير القانون الأجنبي أم لا؟ وبعد كل هذه الصعوبات قد يجد القاضي نفسه أمام قانون مختص وفقا لقواعد الإسناد يتعارض في أحكامه تعارضا صرحا مع المبادئ العامة و الأسس الاجتماعية في دولة القاضي مما يستدعي من القاضي استبعاد هذا القانون وللوقوف على هذه الحالة علينا أن نحدد مفهوم النظام العام ونطاق تطبيقه وفي الأخير الآثار المترتبة على استبعاد القانون الأجنبي .

هذا ما نحاول دراسته.

من خلال الفصلين التاليين:

الفصل الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب.

الفصل الثاني: القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وموانع تطبيقه.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق

على النسب

الفصل الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

من المعلوم أن المشرع الجزائري أحاط مسألة الأحوال الشخصية ومن ضمنها النسب بضابط الجنسية كما فعلت غالبية الدول العربية وهذا لاعتبارات عديدة أهمها الطابع الديني الذي يغلب على هذه المسألة .

وان كان البحث عن القانون الواجب التطبيق على مسألة النسب يقودنا في البداية أن نتساءل عن مفهوم النسب ، وتحديد المقصود بالنسب الطبيعي والنسب الشرعي، ودراسة القواعد التي تحكم كل منهما ، فما هي هذه القواعد الخاصة بالنسب ؟

ثم بعد تذييل المقصود بالنسب الشرعي والطبيعي، علينا تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يتطلب تطبيق جنسية واحدة من جنسيات أطراف العلاقة ذات العنصر الأجنبي: " اما جنسية الأب ، أو جنسية الأم المراد لانتساب اليهما أو جنسية الابن المراد اثبات نسبه "، فما هي الجنسية الواجبة التطبيق وفقا للقانون الفرنسي والقانون الجزائري؟

وان كان اسناد الاحوال الشخصية لضابط الجنسية ومنها النسب ، أمر لا يخلوا من الصعوبات التي تعترض تطبيق القانون المختص ، كتراكم الجنسيات على الشخص الواحد أو انعدامها ، ففي الحالة الأولى قد يحدث أن تكون من الجنسيات المتراكمة على الفرد جنسية القاضي ، وأما أن تكون جميع الجنسيات أجنبية فأى من الجنسيات سيأخذ بها القاضي؟

أما الثانية فالفرد لا يملك أي جنسية مما يطرح على القاضي اشكالية أيجاد البديل، أو أي قانون

سيطبق القاضي على النزاع؟

الى جانب هذا مشكلة تغيير الجنسية أو التنازع المتحرك والذي يطرح اشكالية اي قانون

سيطبق على النزاع القانون القديم أم الجديد؟

وفي الأخير في حالة الاحالة الى دولة تتعدد فيها الطوائف سواء أكان تعددا شخصيا أم

اقليميا ، فهل تحديد الشريعة الواجبة التطبيق هي مهام قانون دولة القاضي أم أن هذا الأخير دوره ينتهي

عند حدود هذه الدولة ؟ الى جانب الاشكالات التي تثيرها المادة 23 من القانون المدني.

هذه الاشكالات سنحاول الاجابة عليها ، من خلال المبحثين التاليين :

مبحث الأول : دور قانون الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب .

مبحث الثاني : الصعوبات التي تعترض تطبيق ضابط الجنسية.

المبحث الأول: دور قانون الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب.

من المعلوم أن النسب من مسائل الاحوال الشخصية ، ونضرا لخصوصية مسائل الأحوال الشخصية لما تتميز به من طابع ديني في الجزائر والدول العربية عموما. احاطها المشرع بضابط الجنسية حتى تكون هي الواجبة التطبيق على الاطراف اين ما كانت محل اقامتهم.

وان كان دور قانون الجنسية هو أن يحدد لنا جميع الأحكام الموضوعية التي تسري على النسب ، فلو كان القانون الواجب التطبيق على النسب القانون الجزائري باعتباره القانون الذي أشارت اليه قاعدة الاسناد، فان الأحكام الموضوعية للنسب الواردة في قانون الاسرة الجزائري هي التي تسري، وهذا هو الذي دفع بنا في بداية هذا الفصل الى التطرق الى مدلول النسب وفقا للتشريع الجزائري.

وسنحاول في هذا المبحث تبيان المقصود بالنسب الشرعي والطبيعي من خلال (المطلب الأول)، وقاعدة التنازع التي تحكم النسب من خلال طرح المشكلة الاساسية التي تثار اثناء تطبيق قانون الجنسية وهي أي جنسية تطبق على النزاع هل جنسية الابن أم جنسية الاب أم جنسية الام؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بالنسب في التشريع الجزائري.

الأولاد هم ثمرة الحياة الزوجية وغايتها، وهم بهجة الدنيا وزينتها، وهم العدة والمستقبل المرجو للأسرة والأمة من أجل ذلك وضع المشرع الجزائري أحكاما ما يكفل لهم حقوقهم ويحفظهم من الانحلال والفساد، ومن هذه الأحكام "النسب".

وقد فرق الفقه بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي، فالأول نضمه المشرع الجزائري ضمن قواعد قانون الأسرة وضبطه بقواعد تتمثل في أسباب شرعية يثبت من خلالها، حتى يكون صحيح خالي من العيوب التي تحول دون تحقيقه، وأخرى وسائل وطرق شرعية يمكن التحقق عن طريقها من شرعيته، أما الثاني وهو النسب الطبيعي فقد أغفله المشرع الجزائري ولم يرد له نص في المواد المنظمة للنسب، وعليه سنحاول الرجوع إلى الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة لتبيان القواعد التي تنظمه.

ومن هنا سنقوم بالبحث عن المقصود من النسب من خلال تبيان القواعد الموضوعية للنسب الشرعي (الفرع الأول)، ثم تبيان القواعد الموضوعية للنسب الطبيعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القواعد الموضوعية الخاصة بالنسب الشرعي.

لقد سطر المشرع الجزائري للنسب قواعد وأحكاما، يحفظ من خلالها هذه الرابطة المقدسة التي تجمع الأبناء بالأباء، وهذه القواعد تتمثل في أسباب شرعية يثبت من خلالها، حتى يكون صحيح خالي من العيوب التي تحول دون تحقيقه (البند الأول)، ووسائل وطرق شرعية يمكن التحقق عن طريقها من شرعيته (البند الثاني).

البند الأول: أسباب النسب.

إذا كانت مسألة النسب ثابتة في حق المرأة بمجرد واقعة الميلاد سواء كان هذا الإنجاب ناتج

عن علاقة شرعية أو غير شرعية، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للرجل إذ لا بد من طرق صحيحة

يثبت من خلالها، ولا يمكن إنكاره إلا بالوسائل الشرعية، وأسباب ثبوته تتمثل في تتمثل فيما

يلي: الفراش وما الحق به.

والفراش يتمثل في الزوجية الصحيحة وما ألحق به، فهو الدخول الحقيقي والمخالطة الجنسية بناء

على زواج فاسد أو وطئ بشبهة

*الزواج الصحيح:

تعد الزوجية الصحيحة السبب الرئيسي لثبوت نسب المولود الذي وضعت المرأة أثناء قيام

الزوجية الصحيحة - دون حاجة إلى اعتراف صريح من الزوج- وذلك لقول الرسول صلى الله عليه

وسلم: " **الولد للفراش وللعاهر الحجر**"، ومعناه أن الولد الذي تأتي به المرأة يلحق نسبه بمن يحل لها

شرعا جماعها وهو الزوج.

وللزواج الصحيح عدة تعاريف تناولها الفقهاء ، ومن هذه التعريفات التي أوردها الفقهاء

للزواج الصحيح ما يلي(1):

"بأنه عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع."

و هو: " عقد يفيد استمتاع كل من الزوجين بالآخر."

أيضا: " عقد يرد على متعة القصد" و قيل " هو عقد يتضمن إباحة الوطء."

وهناك عدة تعريفات أخرى للزوجية الصحيحة وكلها دور في معنى واحد، وان اختلف في

(1) أنصر أحمد نصر الدين الجندي ، النسب في الإسلام والأرحام البديلة ، دار الكتب القانونية ، مصر المحلة الكبرى ، الطبعة الأولى، 2003، ص7.

التعبير وهي تؤدي في جملتها إلى أن موضوع عقد الزواج امتلاك المتعة على الوجه المشروع أي أن الغرض منه في الشرع هو جعل هذه المتعة حلال، والغرض الأسمى هو التناسل وحفظ النوع الإنساني .

أما عن تعريف عقد الزواج بالنسبة للمشرع الجزائري، هو وارد في نص المادة 4 من ق.أ.س : "أنه عقد يتم بين الرجل و المرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة ، والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب، وعندما وقع التعديل على هذه المادة بموجب الأمر رقم 05- 02 لسنة 2005 لم يضاف إلى هذا النص سوى كلمة الرضا بحيث أصبح عقد الزواج بعد التعديل يعرف بأنه عقد رضائي بين الرجل والمرأة.(1)

بهذا فالزواج في نظر المشرع الجزائري هو الذي حصل فيه ركن الرضا المنصوص عليه في المادة 9 ق.أ.س ، كذلك الشروط الواردة في نص المادة 9 مكرر والمادة 23 وما بعدها، وبهذا يكون الرضا وحده هو أساس لقيام الزواج أما غيره فيكون شرطاً.

وقد تناول المشرع الجزائري مسألة إثبات النسب بالزواج الصحيح في نص المادة 40 ق.أ.س : " يثبت النسب بالزواج الشرعي....". ومن هنا فقد اعتبر أن النسب لا يثبت إلا بالزواج الصحيح.

الجدير بالذكر أنه لا يثبت نسب الطفل إلا بعد إثبات زواج أبويه بمستخرج من سجلات الحالة المدنية أو بحكم قضائي إذا كان الزواج عرفياً، حسب ما نصت عليه المادة 22 ق.أ.س: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

(1) أنضر عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق، دار هومة ، بوزريعة الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، ص101.

وان كانت قاعدة الزواج الصحيح ليست مطلقة بل تقيد بشروط لا بد من توفرها حتى

يثبت النسب وهي كما يلي:

➤ إمكانية التلاقي بين الزوجين.

➤ شرط مدة الحمل الأدنى والأقصى

❖ الشرط الأول: إمكانية التلاقي بين الزوجين.

المقصود به هو المخالطة الجنسية بين الزوجين بعد إبرام عقد الزواج الصحيح ذلك أن العقد

وحده لا يكفي إذ لا بد من الدخول الحقيقي والتلاقي بين الزوجين.

وقد جاء موقف المشرع الجزائري من هذا الشرط من نص المادة 41 ق. ا.س التي تنص على

أنه: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال." وفقاً لهذا النص فإن من ضمن ما

اشتراطه المشرع الجزائري لثبوت النسب من جهة الأب في النكاح الصحيح ، وجود الدخول والتلاقي

بين الزوجين ولا يكفي مجرد العقد ، فإن تأكد عدم التلاقي بين الزوجين لا يثبت نسب الولد إلى الزوج

كما لو كان مسجوناً أو غائباً أو في بلد بعيد وامتدت غيبته.

هذا ما يتضح من قرار المحكمة العليا (1)، الذي أخذ بالوسطية وهو رأي مالك والشافعي

في تحديد مفهوم إمكانية الاتصال حيث جاء فيه: " الولد للفراس مادامت العلاقة الزوجية قائمة بين

الزوجين والدليل على ذلك أن الزوج كان يزور من حين لآخر زوجته وهي عند أهلها والمكوث معها في

الخفاء مدة لا ينكرها الزوج."

(1) أنظر المحكمة العليا قرار ، غ.أ. 1984/12/03 ، ملف رقم 35326 ، م ق سنة 1990 ، عدد الأول ص 83.

وإمكانية الاتصال ليست بالشرط الوحيد حتى يكون الزواج صحيح ويلحق به النسب بل لابد من أن يكون المولود في مدة الحمل المقررة شرعا وقانونا كما يلي في الشرط الثاني.

❖ الشرط الثاني: مدة الحمل الأدنى والأقصى.

يحتاج الجنين إلى البقاء في بطن أمه مدة يتكون فيها بناؤه ، و تتم أعضاؤه حتى يخرج إلى الحياة بشرا سويا ، وقد جرت العادة بأن النساء يلدن لتسعة أشهر وقلما ينقص عن ذلك ونادرا يزيد.

✓ أقل مدة الحمل:

لقد انتهج المشرع الجزائري ما اتفق عليه الأئمة الأربعة وغيرهم على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر أو مائة وثمانون يوما (1). استنادهم في ذلك قوله تعالى: " **ووصينا الإنسان بوالديه، حملته أمه حرما ووضعتته حرما، وحمله وفضاله ثلاثون شهرا.**" (2) وقوله تعالى: " **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين.**" (3).

وقد روي أن رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر ،فهم عثمان رضي الله عنه برجمها، فقال له ابن عباس : أما لو خاصمتكم ، بكتاب الله لخاصمتكم ، إذ ذكر الآيتين السابقتين واستنبط بالتوفيق بين الاثنتين أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر ، ومن هنا ذهب الاتجاه أن المرأة إذا ولدت حال قيام الزواج الصحيح ولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد عليها لا يثبت نسب هذا الولد من زوجها لأنها حملت به لم تكن زوجته إلا إذا ادعاه وافر أنه ابنه ولم يقل انه ابنه من الزنا فيثبت نسبه(4)

(1) أنضر محمد احمد سراج، محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، 1999، الطبعة، ص63.
(2) الآية 15 من سورة الاحقاف.
(3) الآية 14 من سورة لقمان
(4) أنضر رمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة والقانون، دار الجامعة للطباعة والنشر، 2001، ص157.

✓ أقصى مدة الحمل:

رغم وقوع الاتفاق بالإجماع على أن أقل مدة الحمل 6 أشهر، إلا أن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة لأقصى مدة الحمل، وهذا لسبب وحيد مرجعه أن أقصى مدة الحمل لا دليل عليه من الكتاب والسنة، فأراء الفقهاء اجتهادية وفق طرق استنباطهم كما سيتم تبيانه:

* **القول الأول:** وذهب أصحاب هذا الرأي أن أقصى مدة الحمل هي تسعة أشهر والقول لداود الظاهري، وابن حزم الظاهري، وقال ابن عبد الحكم سنة قمرية، وهو أقرب إلى المعتاد والحكم يكون بالمعتاد لا بالنادر. (1)

* **القول الثاني:** قول الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد و حاصله أن أكثر مدة الحمل أربع سنين وسندهم في ذلك ما رواه الدار قطني، عن مالك بن أنس أنه كان يقول جارتنا امرأة محمد عجلان، امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة كل بطن في أربع سنين. (2)

* **القول الثالث:** فذهب إلى أن أكثره سنتان واستدلوا بقول السيدة عائشة رضي الله عنها: " ما تزيد المرأة في الحمل عن سنتين قدر ما يتحول ظل المغزل إي مقداراً يسيراً." والواضح أن ما ذكرته السيدة عائشة لا مجال فيه للرأي وما قالته يكون سماعاً عن الرسول « صلى الله عليه وسلم ». (3)

وقد حدد المشرع الجزائري أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر أقصاه هي عشرة أشهر بحسب ما نصت عليه المادة 42 ق.أ.س على أن: "أقل مدة حمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر"

(1) أنضر خليفة علي الكعبي البصمة الوراثية وآثارها على الأحكام الفقهية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 118.

(2) أنضر محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مكتبة العلمية، الطبعة الأولى، لبنان، 1984، ص 384.

(3) أنضر إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية (زواج، والفرقة، وحقوق الأقارب)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 1999، ص 203

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها حيث جاء قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية في 98/05/19 ملف رقم 193825 انه : " من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل و من المقرر قانونا أن اقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر".

وان كانت هذه المادة صريحة بنصها على أن اقل وأقصى مدة الحمل مدة الحمل، و لكنها تثير عدة إشكالات منها هل تحتسب مدة الحمل من تاريخ العقد أم من تاريخ الدخول الحقيقي ؟ أما عن التساؤل الثاني هو: إذا كانت المدة الواردة في هذا النص تحتسب على أساس التقويم الهجري أم على أساس التقويم الميلادي؟

بالنسبة للتساؤل الأول فبالرجوع إلى ما جرى به العمل في محاكمنا ما جاء به القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23 نوفمبر 1993 حيث قضت فيه: " بأنه بالفعل فان قضاة الموضوع قد قضوا بصحة الزواج العرفي الواقع في شهر نوفمبر 1988 لتوفر أركانه، طبقا للمادة 19 ق.ا.س لعدم وجود أي نزاع بشأن الدخول الذي تم يوم 1988/11/16 وتاريخ ولادة الولد يوم 05/جوان 1989 بعد الدخول الحقيقي والبناء بأكثر من ستة أشهر، وأن المادة 42 ق.ا.س تنص بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر.(1)

ومن خلال ما جاء في هذا القرار فان حساب مدة الحمل يكون من تاريخ الدخول الحقيقي وإمكانية الاتصال.

أما عن التساؤل الثاني فقد أجاب عليه القانون المدني في المادة الثالثة منه على أنه: " تحسب الأجل بالتقويم الميلادي ما لم ينص على خلاف ذلك".

(1) أنظر المحكمة العليا ، غ.ا.ش 1991/11/23، ملف رقم 99000، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001 عدد خاص ص 65.

* ثبوت النسب في الزواج الفاسد:

يعتبر النكاح الفاسد كالنكاح الصحيح في ثبوت النسب إذا اتصل به الدخول الحقيقي نتج عنه الولد فإنه يترتب عليه إلحاق النسب احتياطياً لإحياء الولد، ويعرف النكاح الفاسد بأنه: "الذي فقد شرطاً من شروط الصحة مثل ذلك كالعقد بغير شهود أو الزواج المؤقت".

وعرفه ابن رشد بأنه: "ما يفسد بإسقاط شرط من شروط النكاح". (1)

والزواج الفاسد شأنه شأن الزواج الصحيح، إذ يشترط فيه مدة الحمل (2)، إلى جانب الدخول الحقيقي (فلا فراش في الزواج الفاسد إلا بالدخول الحقيقي)، فإذا عقد الرجل على المرأة عقد فاسداً ثم دخل بها دخولاً حقيقياً ثم أتت بولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي بها لا يثبت نسب ولدها هذا من زوجها لأن الحمل سابق على الدخول، وإذا ولدت لتمام ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول الحقيقي بها ثبت نسب ولدها من زوجها.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 40 من قانون الأسرة أنه "يثبت النسب بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون"، فالزواج الفاسد بمفهوم المادة هو كل عقد وجد فيه الإيجاب و القبول ولكنه فقد شرطاً من شروطه الأساسية، الواردة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة كأن يكون العقد من دون ولي في حالة وجوبه أو صداق أو كأن يشتمل على مانع من موانع الزواج الشرعية أو عدم توافر أهلية الزوجين .

(1) أنضر خليفة علي الكعبي، "البصمة الوراثية وأثارها على الأحكام الفقهية"، المرجع السابق، ص.136

(2) أنضر معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية حسب آخر التعديلات، جزء الأول، دار الوفاء المنصورة، الطبعة الخامسة، 1990، ص.473.

***الوطء بالشبهة :**

أعطيت عدة تعريفات للوطء بشبهة كلها تصب في مصب واحد الوطء بشبهه هو : " الاتصال

الجنسي غير الزنا وليس بناء على عقد زواج صحيح"(1)

كما تم تعريفه: " هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص."(2)

وهو أيضا : " الاتصال الجنسي غير الزنا وليس على عقد زواج صحيح أو فاسد ، ومثل ووطء المطلقة أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له أو زفت إليه خطأ".

وما يمكن فهمه من خلال التعريفات السابقة أن الدخول بشبهة يختلف عن الزنا في حسن النية

فحسن النية هي التي تلعب الدور الفاصل ، فالزنا لا يثبت به النسب لأنه آثم ولا يعطي الله نعمته

بمعصية.(3)

(1) أنضر رمضان علي الشرنباصي ، "أحكام الأسرة في القانون" ، المرجع السابق ، ص158.

(2) أنضر بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1996 ، ص196.

(3) والنكاح لشبهة على ثلاثة أنواع: **شبهة الملك**: وتسمى أيضا شبهة الحكم فحاصلها ، أن يشتهبه الدليل الشرعي على الرجل فيفهم الإباحة ، وقاع المرأة في حين أنه غير مباح له وأمثلتها أن يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقا بائنا وهي في عدتها منه ضانا أن وقعها يكون مراجعة لها كما في المطلقة طلاقا رجعيًا ، اعتمادا على قوله صلى الله عليه وسلم : " الكنايات زواج" **شبهة العقد**: فحاصلها أن يعقد الرجل على المرأة ويدخل بها دخول حقيقي وهو يعتقد أنها تحل له ثم يتبين له بعد ذلك أنها لم تكن تحل له ، كما إذا تبين له أنها أخته من الرضاعة. **شبهة الفعل**: فحاصلها أن يواقع لرجل المرأة على أنها زوجته ثم يتبين بعد ذلك أنها ليست زوجته .. أنضر محمد محي الدين عبد المجيد ، "الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية" ، المرجع السابق ص 384.

وقد تطرق المشرع الجزائري لنكاح الشبهة في المادة 40ق.أس بنصها: "يثبت النسب بنكاح

الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد، 32 و33 و34 من هذا القانون."

وثبوت النسب بنكاح الشبهة لا بد فيه من توفر بعض الشروط وهي:

1. الدخول الحقيقي إذ لا بد لثبوت النسب في الوطاء بشبهة من الدخول الحقيقي والمخالطة الجنسية.
2. أن يثبت النسب في أقل مدة الحمل ودون أن يتجاوز أقصى مدة الحمل.
3. أن لا يصرح الرجل بأن الولد من الزنا فلا يثبت به النسب لأن النسب نعمة والزنا جريمة والجريمة لا تكون سبب في ثبوت النسب.

وتطبيقا لهذا المبدأ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 24 فبراير 1986 بما يلي:

"حيث أن الطاعن أثبت خلال مراحل النزاع أن زوجته كانت في عصمة زوج آخر بموجب عقد

مؤرخ في 1981/11/02 ولم تطلق منه وكان جاهلا هذه الحالة حيث اعتمادا على أحكام الشريعة

الإسلامية التي تنص على أن المحصنة تحرم على الزوج الثاني وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول

وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب." (1)

كما قضى المجلس ذاته (2) في قرار صادر في 13 ماي 1986 بأنه: "يعتبر زنا حالة الزوجة

التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاتحة."

(1) أنضر المجلس الأعلى غ.أ.ش. 13/05/1986 ، ملف رقم 271 غير منشور، نقلا عن تشوار الجيلالي نسب

الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتقيحات المستحدثة ، مجلة العلوم القانونية

والإدارية ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2005، عدد 03 ، ص 09.

2) أنضر المجلس الأعلى غ.أش.13/05/1986 ، ملف رقم 271 غير منشور، نقلا عن تشوار الجيلالي " نسب الطفل القوانين المغاربية بين النقص التشريعي والتتحيات المستحدثة"، المرجع السابق ص09.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

هذا عن الأسباب الطبيعية لإثبات النسب إلا أنه يمكن في بعض الحالات أن تكون طرق الطبيعية للإنجاب غير مجدية، مما يكون على الزوجين اللجوء إلى المساعدة الطبيعية للإنجاب، وعلى هذا ما هي هذه الوسائل وما مدى شرعيتها؟

* التلقيح الاصطناعي:

تعد المحافظة على النسل من مقاصد الإسلام الضرورية ، التي استهدفتها أحكام الشريعة الإسلامية ، ولذا شرع الله النكاح حتى يكون هو الوسيلة وحيدة للمحافظة على النسل واستمرارية التناسل، إلا أنه قد يحدث من الموانع ما يجعل إمكانية التناسل شبه مستحيلة، وأمام هذه الوضعية جاء التطور العلمي لحل هذه الإشكالية وأصبح بإمكان العقيمين الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي ، وان كان هذا الأخير قد أحدث تساؤلات و استفسارات عن وضعية الأطفال المولودين بهذه الكيفية بالنظر إلى أحكام النسب المحددة شرعا و قانونا.(1)

وهذا ما يستدعي بنا تبيان موقف المشرع الجزائري حول هذه المسألة.

➤ موقف المشرع الجزائري:

يظهر في قانون الأسرة بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المعدلة والمتممة بموجب الأمر 09-05 المؤرخ في 15 فبراير 2005 الجديد أين أخذ بجوازيه اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، واعتبره وسيلة للإنجاب ينسب بها الولد إلى والديه إلا أنه وضع شروطا وهو ما جاء في نص المادة

(1) التلقيح الداخلي وهو أن تتم عملية الإخصاب داخل رحم المرأة ، إذ يتم إدخال السائل المنوي في المجاري التناسلية للمرأة بواسطة حقن ، فكمية ضئيلة منه تحقن داخل عنق الرحم ، وتحفن الكمية المتبقية من السائل

المنوي في قعر خلف عنق الرحم ، ويشترط لنجاح العملية أن يكون رحم المرأة يستطيع الاحتفاظ بالبويضة الملقحة بعد إجراء العملية. أما عن التلقيح الخارجي وهو اخذ نطفة الزوج وبويضة امرأة وتوضع في أنبوب خاص يحتوي على سائل فسيولوجي مناسب، وتترك حتى يحصل التخصيب ثم بعد ذلك يتم نقلها إلى رحم المرأة.

45 مكرر ق.أ.ج : " يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية :

- (1) أن يكون الزواج شرعيا
- (2) أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما
- (3) أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها
- (4) لا يجوز اللجوء للتلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة

والواضح من نص المادة أن المشرع الجزائري أجاز عملية التلقيح الاصطناعي بناء على شروط

هي على التوالي:

- (1) أن يكون الزواج شرعيا: أي أن يثبت الزواج الصحيح بين الزوجين و وجود عقد زواج يعطي العملية أساسها القانوني وقد سبق التطرق إلى هذه النقطة أي الزواج الشرعي في أسباب النسب.
- (2) أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما : و قد وضع هذا الشرط حتى لا يلجأ الناس إلى استعمال بنوك النطف المجمدة و ما قد ينجر عنها من فساد و اختلاط في الأنساب و تحايل من جهة ، و نظرا لكون العلاقة الزوجية تنقضي بالوفاة من جهة أخرى ، و بالتالي لا يجوز أن تلقح المرأة بنطف زوجها تلقيا اصطناعيا و يلحق به النسب و العلاقة الزوجية تكون قد انتهت أو انتهت كما أنه لا نسب بعد الوفاة أو أقصى مدة الحمل و التي هي عشرة شهور كما سبق تبيانه.
- (3) أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها:أجاز المشرع التلقيح الصناعي بالوسائل

العلمية الحديثة باستعمال ماء الزوجين فقط.

4) لا يجوز استعمال الأم البديلة: رأي المشرع منع استعمال الأم البديلة ، حتى لا تتحول الأمومة إلى

سلعة تؤجر و تستأجر ، لأن الأمومة ليست فقط علاقة بيولوجية بل معنى الأمومة.

الفصل الأول

تعميد القانون الواجب التطبيق على النسب

هذا عن ثبوت النسب أثناء قيام الزوجية، ولكن قد يحدث أن تنتهي الزوجية لسبب ما كان طلاق

أو وفاة فما الحل في هذه الحالة لإثبات النسب؟

* ثبوت نسب الولد بعد الفرقة:

إن ثبوت النسب في حق الزوج أثناء قيام الزوجية أمر مسلم به ما لم ينفه بالطرق المشروعة

استنادا إلى قاعدة الولد للفراش ، إلا انه قد يحدث أن تكون الفرقة بين الزوجين بالطلاق أو الوفاة والسؤال

الذي يمكن طرحه فيما يخص هذا الموضوع هو إذا جاءت الزوجة بولد بعد الطلاق أو وفاة زوجها ، فهل

ينسب إلى زوجها دون قيد أو شرط أم أنه هناك شروط لا بد من توفرها لإمكانية نسب الولد لأبيه؟

لقد حددت المادة 43 من قانون الأسرة حكم المطلقة أو المتوفى عنها زوجها على أنه يثبت نسب

ولدها إذا ولدته خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة .

أولا : نسب المولود بعد طلاق :

كما هو معلوم فالطلاق إما رجعي أو بائن ، إلا أن المشرع الجزائري لم يميز بين المطلقة رجعيا

و المطلقة بائنا مع أن الفقهاء فرقوا بينهما إذ أنه الطلاق الرجعي لا يرفع قيد الزواج إلا بعد انقضاء العدة

و يمكن للزوج مراجعة زوجته و مجامعتها خلال فترة العدة وقد تحمل خلال ذلك وتمضي 10 أشهر

على وقوع الطلاق ، ولم يمضي بعد عشرة أشهر على المراجعة الفعلية بوقوع زوجته ، أما الطلاق البائن

مثل الموت يرفع قيد الزواج على الحال لذلك لا بد من التمييز بين الطلاق الرجعي و البائن.

والجدير بالذكر لا بد من التعرض للغموض الذي تثيره كلمة " الانفصال " الواردة في نص المادة 43 من قانون الأسرة فالمادة 43 نصت على كلمة انفصال و التي يقابلها بالنص الفرنسي Séparation، في حين تنص المادة 60 من نفس القانون على الطلاق الذي تقابله في النص الفرنسي كلمة divorce .

فالقول أن الانفصال هو الطلاق كما هو وارد في نص المادة 60 من قانون الأسرة ، قد يضعنا أمام مشكل في الواقع العملي فالطلاق في ظل القانون الجزائري لا يكون إلا بحكم وفقا للمادة 49 من قانون الأسرة ، لذلك فإننا نبدأ في حساب مدة العشرة أشهر من يوم صدور حكم الطلاق من القاضي ، لكن فهذه الوضعية تضعنا أمام صورة شاذة صورتها أنه يمكن للزوجة المطلقة أن تلد ولدا خلال مدة عشرة أشهر من تاريخ صدور حكم الطلاق وعلى هذا الأساس يثبت النسب للمطلق ويسجل في سجلات الحالة المدنية على اسمه ، إلا أن واقع الأمر أن الطفل قد أنجب خلال مدة أكبر من عشرة أشهر ، و هذا ما يتناقض و المبادئ الأساسية للنسب سواء شرعا أم قانونا لذلك فالمعنى الأصح للانفصال و الذي يتماشى مع أحكام النسب الشرعية هو الانفصال الفعلي بين الزوجين بغض النظر عن الطلاق بحكم القاضي الذي قد يتأخر صدوره عن تاريخ الانفصال الحقيقي للزوجين أي من يوم تلفظ الزوج للطلاق و فراقه لزوجته.

أمام هذا الغموض فقد استقرت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 23/03/2005 ملف رقم 330464 على انه : "إن المبدأ ينسب الولد لأبيه إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا المحسوبة من تاريخ صدور الحكم بالطلاق(1). أي حساب مدة العشر أشهر من تاريخ الحكم بالطلاق".

(1)الطلاق الرجعي:

وكما قلنا سابقا أن المشرع لم يميز بين الطلاقين الرجعي و البائن ،ذلك أن يمكن فيه للزوج مراجعة زوجته خلال فترة العدة فيجامعها لذلك فانه إذا جاء الولد خلال فترة العدة دون إقرار الزوجة بانقضاء مدتها ففي هذه الحالة يثبت النسب من الزوج المطلق هذا سواء أتت به الزوجة

1) www. Jurisprudence.com

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

لأقل مدة الحمل أو لأقصاها أو حتى لأكثر من عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أما إذا جاء الولد بعد انقضاء العدة وهذا بإقرار الزوجة شخصيا بانتهاء المدة ففي هذه الحالة علينا التمييز بين:
- ما إذا أتت الزوجة بالطفل لأكثر من ستة أشهر من إقرارها فبذلك لا ينسب للمطلق لأنه يحتمل أن تلده الزوجة لرجل آخر.

-أما إذا جاءت بالطفل لأقل من ستة أشهر من إقرارها يثبت النسب للأب المطلق على أن المدة بين الطلاق (الفرقة) ووضع الحمل لا تتجاوز أقصى مدة الحمل.

(2) نسب الولد بعد طلاق بائن:

هنا لا يمكن للزوجة أن يمسه أو يطأها أي رجل سواء زوجها أو غيره خلال فترة العدة فيثبت نسب الولد للزوج المطلق يشترط أن يولد في مدة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق (المادة 43 من قانون الأسرة) ،لكن إذا أقرت بانقضاء عدتها في مدة يحتمل تصديقها وجاءت بالطفل لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الإقرار لا يثبت للمطلق.

(3) نسب المولود بعد وفاة الزوج:

هنا أيضا يجب التمييز بين حالة إقرار الزوجة بانقضاء عدتها أين ينسب الطفل للزوج

المتوفى إذا وضعته الزوجة في أقل مدة للحمل أي أقل من ستة أشهر هنا يثبت النسب من الزوج المتوفى لاحتمال أن لا يكون الحمل من غيره لكون أن العدة قد انقضت و يفترض بذلك صحة إقرارها ،أما في حالة عدم إقرار الزوجة بانقضاء عدتها فان نسب المولود يثبت للمتوفى إذا وضعته ما بين تاريخ الوفاة و أقصى مدة الحمل أي عشرة أشهر أما أكثر من ذلك فلا يثبت النسب لأنه من غير المعقول أن تكون قد حملت بعد وفاة الزوج.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

إلا أننا نلاحظ من خلال نص 43 من قانون الأسرة أنها وضعت شرطا واحدا لإمكانية إلحاق الولد بالزواج المطلق أو المتوفى عن زوجته ، وهو ولادة خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ،وعليه فإذا كانت الزوجة المدخول بها الحامل قد جاءت بمولود بعد يوم أو أسبوع أو شهر من وفاة زوجها أو طلاقها منه فان هذا المولود ينسب إلى الزوج دون ريب أو خلاف ،وإذا لم يكن حملها ظاهرا قبل الطلاق أو الوفاة فان هذا الولد يلحق بأبيه إذا وقعت الولادة خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال ،ويسجل في سجل الحالة المدنية على لقب الزوج أو اسمه ، ولكن إذا وقعت ولادته بعد مرور أكثر من 10 أشهر بعد الطلاق أو مرت فلا يثبت نسبه إلى أبيه ، إلا إذا نسبته الزوجة دون علم الزوج المطلق أو المتوفى وأورثته ومن هنا من حق أي شخص له مصلحة أن يطعن في هذا النسب ويرفع دعوى أمام القضاء تتعلق بإسناد نسب المولود إلى الزوج زورا(1) .

البند الثاني: وسائل إثبات النسب ونفيه.

الأصل أنه متى جاءت المرأة بولد فيلحق نسبه بأبيه تبعا لقاعدة الولد للفراش. فالى جانب الأسباب المنشئة للنسب السالفة الذكر في البند الأول، هناك الوسائل الكاشفة للنسب أو طرق إثبات النسب، إلى جانب ذلك وسائل نفي النسب فتتمثل في اللعان.

*وسائل إثبات النسب.

والمتمثلة في الإقرار (أولاً)، البينة (ثانياً)، الوسائل العلمية لإثبات النسب (ثالثاً)

1) أنصر عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، دار البعث ، قسنطينة ، طبعة الثانية ، ص 219.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

أولاً: الإقرار(1).

يعرف الإقرار في الاصطلاح الفقهاء هو إخبار الإنسان عن ثبوت حق عليه لشخص آخر. وهو أيضا اعتراف بالشيء أي أقر به ، وهو إعلان الشخص صراحة أن شخصا معيناً أنه ابنه سواء كان المقر رجل أو امرأة ، وسواء كان المقر له ذكراً أو أنثى (2).

ويعرف كذلك بأنه إظهار الحق أو إخبار بحق(3).

وثبوت النسب بالإقرار تضمنته المادتان 44 و45 من قانون الأسرة الجزائري، فقد نصت الأولى على أن: " يثبت النسب بالإقرار أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى يصدقه العقل والعادة." ونصت الثانية على أنه: " الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على المقر إلا بتصديقه."

وينقسم الإقرار إلى نوعين: إقرار محمول على النفس(أ)، وإقرار محمول على الغير ثانوياً(ب).

أ) إقرار محمول على النفس:

فهو إن يقر الأب بالولد، والابن بالوالد، ويصح هذا الإقرار من الرجل ولو في مرض الموت(4).

و للإقرار بالبنوة شروط لا بد من توفرها وهي على التوالي:

- (1) أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب وهو من لا يعلم له أب في البلد الذي هو فيه، فمن أقر لمجهول النسب انه ولده فهو يعترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقية.
- (2) أن يكون المقر له بالنسب ممن يولد مثله لمثل المقر، كي لا يكون مكذبا في الظاهر فإذا لم

- (1) المعنى اللغوي للإقرار: هو إذعان للحق و الاعتراف به اقر بالحق أي اعترف به وقد قرره عليه وقرر بالحق غيره حتى اقر.
- (2) أنصر حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، " أحكام عقد الزواج بين الآراء الفقهاء وأراء القضاء" ، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع ، 1887 ، طبعة الأولى، ص 292.
- (3) خليفة علي الكعبي ، "البصمة الوراثية وأثارها على الأحكام الفقهية" المرجع السابق ، ص 216.
- (4) أنصر وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء السابع، دار الفكر، دمشق، طبعة الثالثة، 1989 ص 290.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

يكن المقر له كذلك فلا يثبت النسب بالإقرار لأن المقر يكون كاذبا في قراره كما إذا كان المقر له أكبر سنا من المقر.

- (3) أن يكون المقر بالبنوة عاقلا، فلا يقبل الإقرار من مجنون أو معتوه.
- (4) أن يصدق المقر له في الإقرار إذا كان مميزا يعبر عن نفسه لان الإقرار حجة على المقر.
- (5) أن لا يصرح المقر بأن المقر ولده من الزنا ، فان صرح بذلك فانه لا يقبل إقراره لان الزنا لا يكون مسببا في ثبوت النسب.(1)

ب) الإقرار بالنسب المحمول على الغير:

هذا نوع من الإقرار يتم بين شخصين كلاهما ليس أهلا للآخر و لا فرع له إنما قريبه قرابة حواشي ، أي لهما أصل مشترك كالإقرار بالإخوة أو العمومة ، فهذا لا يثبت النسب ممن حمل عليه لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر و ليس حجة على الغير إلا إذا أقره هذا الغير أو أقيمت عليه البينة (2)

أما عن الشروط الواجب توفرها في هذا الإقرار المحمول على الغير فهي نفسها السابق

ذكرها في الإقرار المحمول على النفس و يضاف إليها ما يلي:(3)

- (1) أن يكون الملحق به النسب ميتا لأنه إذا كان حيا لابد من الإقرار بنفسه.
- (2) اتفاق جميع الورثة على الإقرار بالنسب المذكور.
- (3) أن لا يكون الملحق به النسب قد انتفى. من المقر له في حياته باللعان

- (1) أنضر احمد نصر الجندي، محكمة الأسرة واختصاصها، دار الكتب القانونية، 2005، مصر، ص290
- (2) أنضر رمضان سيد الشرنباصي ، المرجع السابق ،ص162

3)www.golf.com

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

وأورد المشرع الجزائري في نص المادة 45 ق.أ.س " التصديق " فأشار ثبوت النسب بالإقرار بالبنوة وبالإخوة والعمومة حالتين:

الحالة الأولى: عندما يقع التصديق من الأب أو الجد تنتج آثاره القانونية من توارث ونفقة....الخ.

الحالة الثانية: عندما لا يقع التصديق من الأب أو الجد في إقراره فالنسب من الأب عند الإخوة ومن الجد عند العمومة لا يلزم من أنكر منهما وكذبه وإنما يلزم فقط من أقره بالإخوة أو العمومة.

ثانيا: البينة.

البينة و هي أحد الوسائل إثبات النسب و المراد منها المحافظة على مصلحة الطفل و روابط الأسرة و قد اعتمدها المشرع الجزائري لإثبات النسب ، فما هو مدلول هذه الوسيلة ؟

(1) مفهوم البينة(1)

البينة هي الدلائل و الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرها من وسائل الإثبات الواردة في قوانين الإجراءات (2).

وكلمة البينة معنيان الأول معني خاص و الثاني معني عام.

المعني العام للبينة:

هو كل دليل يمكن استعماله لإثبات النسب كالكتابة. و اليمين و القوانين

المعنى الخاص للبيئة:

يقصد بها شهادة الشهود دون غيرها من أدلة لأن الشهادة كانت في الماضي تلعب الدليل الغالب

- (1) البيئة في اللغة هي: البيان و الوضوح. فيقال استبان الصبح أي أصبح واضحا كما يقال أنه على بيئة من أمره على وضوح و عدم الخفاء،
- (2) أنصر العربي بلحاج، "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص 199

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

و كانت الأدلة الأخرى لموازاتها نادرة الاستعمال إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة (1)

أما عن تحديد مفهوم البيئة في المادة 40 ق.أ.س يتضح أن المشرع استعمل كلمة LA PREUVE أي دليل فلو كان المشرع يقصد بالبيئة الشهادة لاستعمل كلمة TEMOIGNAGE مما يستخلص منه أن المقصود من البيئة في المادة 40 هي كل دليل يمكن من ورائه إثبات النسب ما عدا الإقرار لأنه سبق النص عليه في المادة مستقلة عن كلمة بيئة وعليه يكون المشرع أخذى بالمعنى العام للبيئة في المادة 40 ق.أ.س.

و إن كان موقف القضاء(2) يتجه إلى اعتماد المعنى الخاص للبيئة و هو الشهادة ، فالمحكمة العليا في هذا القرار رفضت فحص الدم ، من طرف الخبير واعتماده كدليل إثبات للنسب مؤسسة قولها هذا على أن: "إثبات النسب حددت له المادة 40 ق.أ.س قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة".
ومنه لو كان المقصود بالبيئة المعنى العام لما تم في هذا القرار رفض استعمال البيئة العلمية لإثبات النسب.

(1) دور البيئة في إثبات النسب:

البينة هي أقوى من الإقرار من حيث ثبوت النسب، وان كان قد ثبت بالإقرار فهو

غير مؤكد يحتمل البطلان لأنها أقوى منه، فتمتاز البينة على الإقرار بأنها حجة متعددة لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعى عليه وحده، بل قد تثبت في حقه وحق غيره، أما الإقرار فهو حجة

-
- (1) أنضر محمد ولد عال ولد محمياي، "أحكام النسب وطرق إثباته" (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني) ، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007-2008، ص.143
- (2) أنضر المحكمة العليا، غ.أ.ش 15/06/1999، ملف رقم 222674، م ق 2001، ص.88.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره.

إن النصاب القانوني للشهادة يكون عن طريق رجلين عدليين أو رجل وامرأتين ، ومن الملاحظ في هذا المجال أن المشرع الجزائري لم يحدد عدد الشهود ، إلا أن المحكمة العليا في إحدى قراراتها أخذت بما عليه المذهب الحنفي في تحديد النصاب وهو رجلان أو رجل وامرأتان (1)

ثالثا :إثبات النسب بالطرق العلمية :

إن المبدأ الشرعي لإثبات النسب هي قاعدة " الولد للفراش " وان كانت هذه المسألة واضحة المعالم فيما سبق ، إلا أن الأمر لم يعد كذلك في الوقت الحاضر ، فالتطور العلمي والبيولوجي وكذا الأبحاث العلمية المتطورة ، أفسح المجال نحو استحداث وسائل جديدة للكشف عن الأبوة أو الأمومة وهذه المستجدات تتمثل في الطرق العلمية .

وسنحاول تبيان معنى البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب (أ) ، وفي الأخير موقف

المشرع الجزائري منها كوسيلة لإثبات النسب(ب).

(أ) معنى البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب:

إن هذا الاكتشاف العلمي الذي دخل مجال إثبات النسب يدفع بنا إلى البحث عن معاني هذه الوسيلة الجديدة، وعن الدور الذي تلعبه في مجال إثبات النسب.

1) انظر المحكمة العليا ، 1989/12/24 ، ملف رقم 172333 ، م ق 1991 ، عدد 4 ، ص 110.

تحديد القانون الواجب التطبيق على البصمة الوراثية وغير الشرعية

الفصل الأول

1 (معنى البصمة الوراثية(1)

لقد اثبت التطور العلمي أن لكل شخص صفاته الجينية الخاصة به التي تميزه عن غيره . ذلك أن كل خلية من خلايا جسم الإنسان تحمل في نواتها ما يسمى بالحمض النووي (D.N.A). وهو موجود على صبغة واحدة ، في جميع مكونات جسم الإنسان سواء كان في الشعر أو المنى أو الدم ، أو أي عضو من أعضاء جسم الإنسان وتتمثل في بروتين يحمل موروثات أو جينات لها مواصفات تختلف من شخص لآخر ، وتبقى ثابتة مدى الحياة إلى أن تتحلل الجثة بعد الموت (2)

أما عن التعريفات الفقهية التي أطلقت على البصمة الوراثية ما يلي:

"يقصد بالبصمة الوراثية البنية الشخصية نسبة إلى الجينات أو المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه ، وهي وسيلة تمتاز بالدقة حيث أنها لا تكاد تخطأ في التحقق من الأبوة البيولوجية و التحقق من الشخصية " (3)

كما عرفها الفقه الإسلامي في دورته 15 لسنة 2002 أنها: " المادة الموروثة الموجودة في

خلايا جميع الكائنات الحية وهي التي تجعل كل إنسان مختلف عن غيره و هو ما يعرف بالحمض

- (1) تعرف البصمة الوراثية لغة أنها: البصمة مشتقة من البصم وهو فوت ما بين الخنصر إلى طرف البنصر ، وبصم بصما أي ختم بطرف أصبعه ، وبصم بصما أي الختم بالأصبع والبصمة عند الإطلاق ينصرف إلى بصمات الأصابع وهي الأثر الذي تتركها الأصابع عند ملامستها الأشياء. وتكون أكثر وضوحا في الأسطح الناعمة عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم ، البصمة الوراثية واثبات النسب
- (2) أنضر حافظ محمود ، دور البصمة الوراثية في تحديد النسب ، دراسات قانونية ، مارس 2003 عدد 08 دار النشر القبة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ص 68.
- (3) أنضر خليفة علي الكعبي ، "البصمة الوراثية وأثارها على الأحكام الفقهية" ، المرجع السابق ، ص 168.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

النووي" (1). وما يمكن استخلاصه من هذه التعريفات أن البصمة الوراثية ، هي خاصية بكل شخص على حدا، فلا يمكن أن يشترك اثنان في نفس البصمة حتى ولو كان توائم وعلى هذا فهي تلعب دور في إثبات النسب.

(2) دور البصمة الوراثية في إثبات النسب .

أكد علماء الطب الحديث قدرتهم على إثبات الأبوة أو البنوة لشخص ما أو نفيها عنه ، وذلك من خلال إجراء الفحص على جيناته الوراثية ، حيث دلت الأبحاث التجريبية على أن نسبة نجاح إثبات الأبوة أو نفيها عن طريق البصمة الوراثية يصل في حالة النفي إلى 100% أما بالنسبة لحالة الإثبات فيصل إلى قريب من القطع بنسبة 99,99% تقريبا (2)

أما عن طريقة ذلك فنتم بأخذ عينة من أجزاء جسم الإنسان من الدم أو الشعر أو المنى أو العظم أو اللعاب يتم تحليلها وفحص ما تحتوي عليه من - كروموزومات - التي تحمل الصفات الوراثية الجينية ، فبعد معرفة هذه لجينات الخاصة بالولد والوالدين المراد الانتساب إليهما ، يمكن بعد ذلك إجراء المطابقة بين D.N.A الولد و D.N.A الأب والأم وهذه مسالة فنية يقوم بإجرائها أخصائي الطب الشرعي عادة بناء على حكم قضائي من طرف المحكمة المختصة، فإذا تبينت الموافقة حكم بالأبوة الشخص أو الأمومة له ، ويقطع بعدم الأبوة إذا ثبت العكس وكذلك بالنسبة للأمومة ، ذلك أن

أي شخص يحمل "46" من الصبغيات الكروموزومات في خلية الجينية يرث نصفها وهي "23" كروموزوما من أبيه وبواسطة الحيوان المنوي والنصف الآخر وهو "23" كروموزوما آخر يرثها عن

- (1) أنضر الملحق رقم 02
- (2) أنضر تشوار الجيلالي، " الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة الطبية و البيوطبية"، المرجع السابق، ص16

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

أمه بواسطة البويضة ، مما يشكل لديه كروموزونات خاصة به لا تتطابق مع تلك التي عند أبيه ولا مع التي عند أمه

فمن خلال هذه المعطيات يمكن القول بمدى صلاحية البصمة الوراثية وإمكانية استخدامها في مجال إثبات النسب ومن هنا فإن السؤال الذي يطرح نفسه ما هو موقف المشرع الجزائري من هذه التقنية؟

موقف المشرع الجزائري من البصمة الوراثية:

لقد تأثر المشرع الجزائري بأهمية البصمة الوراثية وخاصيتها في تمييز كل شخص عن الآخر وإمكانية الاستعانة بها في مجال إثبات النسب ، هذا بإضافته للفقرة الثانية من المادة 40 السالفة الذكر من الأمر رقم 09/05 المؤرخ في 2005/02/07 والتي تنص : " ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

وان كانت هذه الفقرة التي أضافها المشرع الجزائري استجابة للتطورات العلمية الحديثة إذ تفتح المجال أمام طرق جديدة لإثبات النسب، إلا أنها تثير الكثير من الإشكالات، فقد اكتفت المادة بالإشارة إلى الطرق العلمية دون تحديد المقصود منها أو حصرها ، علما أن البحوث العلمية والتوصيات المقدمة في هذا المجال أثبتت وجود نوعين من الطرق العلمية ، يتصف الأول بكونه

قطعي الإثبات حيث اعتبرت هذه الدراسات العلمية أن كل من البصمة الوراثية A.D.N ونظام H.L.A والذي يتصل بالمناعة طرقا علمية لإثبات النسب بصفة قطعية. أما الثاني لا يرقى إلى ذلك على أساس أنه ظني الثبوت يعطينا مجرد احتمالات بل وأحيانا نتائج مجالها في نفي النسب فقط وهي كالاتي: نظام A.B.O لفحص الدم ، إذ يعتبر من الطرق العلمية الشائع استعمالها في مجال إثبات النسب، وكذلك نظام مجموعة البروتينات ، هذا إلى جانب أكثر من 30 نظام علمي آخر يستعمل

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

في هذا المجال (1).

إلى جانب عدم تحديد صورة واضحة للطرق العلمية أنتقد المشرع الجزائري: على أنه أجاز الطرق العلمية لإثبات النسب فقط، بمعنى انه يستنتج من وراء ذلك وبمفهوم المخالفة بأنه لا يجوز اللجوء إلى هذه الوسيلة إذا كان الأمر يتعلق بنفي النسب ومن ثم يبقى الأمر مقتصرًا على اللجوء للعان فقط. (2)

والمواقع أن إضافة الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب من دون وضع ضوابط لهذه المادة تطرح إشكال كبير في هذا المجال وهو ما يتعلق بإلحاق نسب أبناء الزنا بمعنى هل يمكن استعمال الطرق العلمية في إلحاق نسب ابن الزنا بالشخص المراد الانتساب إليه؟

إن كانت البصمة الوراثية دليل قوي في إثبات النسب إذ هذا يثير صعوبة كبيرة. وخاصة وأن الضوابط الشرعية ومسطرة، فالنسب يثبت بالزوجية الصحيحة أو غير الصحيحة. فاستعمال هذه الوسيلة في إثبات النسب في العلاقات الغير الشرعية يعد تعدي صارخ على القواعد الشرعية، وفي هذا المجال ترى قاضية عن الأحوال الشخصية بمحكمة قامة: "إن القضاء الجزائري يتجه بقوة إلى اعتماد الطرق العلمية لإثبات نسب الأطفال الغير الشرعيين" (3).

كما إن التعديل أجاز استخدام الطرق العلمية لإثبات النسب، وإن كان هذا الإجراء يصطدم حسب

1) www.golf.com.

2) أنضر تشوار الجيلالي، "نسب الطفل في القوانين المغاربية....."، المرجع السابق، ص.09

3) أنضر جريدة النصر، 2007/06/11.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

المتحدثة بالنظام العام والدين والأعراف الجماعية، لكنه خطوة في الاتجاه الصحيح لوضع حد لمعاناة هذه الفئة داعية قضاة الأحوال الشخصية إلى تجسيده.

أما عن اجتهادات المحكمة العليا فقد اتجهت نحو هذا الاتجاه ففي قرارها الصادر بتاريخ 2006/03/05. وألحقت نسب ابن الزنا بابيه بناء على نص المادة 40 ق.أ.ج. موضحة ذات القرار الفرق بين إثبات النسب في الزواج الشرعي بناء على نص المادة 41 ق.أ.ج. وإلحاق النسب في العلاقة الغير الشرعية بناء على نص المادة 40 ق.أ.ج. ، فمن قراءتنا لهذا القرار نجد في الحقيقة أن هذا القرار أقلب الموازين ، فما يثيره هذا القرار هو وإن أخذنا به مثلا فهو يفرق بين آثار إثبات النسب في الزوجية الصحيحة وآثار إثبات النسب في العلاقات الغير شرعية، إلا أن المشرع الجزائري لم ينظم هذه الحالة فما هي الآثار التي يتحدث عنها هذا القرار؟(1)

هذا عن وسائل إثبات النسب ولكن بخلاف ذلك قد يحدث أن ينكر الزوج على زوجته الولد ويتهمها في شرفها، كأن يقول أن هذا الولد ليس ابني ، وضعته من الزنا مع غيري. فما الحل المتبع في هذه الحالة.

***وسائل نفي الولد.**

إن مسألة نفي أو إنكار النسب هي من أهم مواضيع مسألة النسب ، فهي تتعلق بالدرجة الأولى في اتهام الزوج للزوجة بالزنا والخيانة الزوجية، وفي المرتبة الثانية إنكار نسب المولود الذي لا ذنب له في هذه الحالة سوى أنه ابن زنا.

(1) أنصر الفرع الثاني، البنوة الغير الشرعية ص51.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

أولاً: معنى اللعان

إن معنى اللعان لم يرد سوى في أحكام الشريعة الإسلامية التي لم تعرف في طياتها و نصوصها وقواعدها الشرعية سوى طريق واحد لنفي النسب وهو اللعان.(1)

والأصل فيه أنه قد حدث على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم عن ابن مسعود رضي الله عنه : " كنا جلوس في المسجد ليلة الجمعة ، إذ دخل أنصاري فقال يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع زوجته رجلا فان قتله قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت عن غيظ ثم قال اللهم افتح . " فنزلت آية اللعان في قوله تعالى: "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادت إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرا عنها العذاب، أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين والخامسة أن تحبب الله عليهما إن كان من الصادقين." (1) وقبل نزول هذه الآية الحد في القذف لقوله تعالى: "والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلهم شهادة أبدا واولا لأنك هم الفاسقون، ألا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله تخفور رحم." (2)

(1) اللعان في اللغة وهو مأخوذ من اللعن وهو الإبعاد والطرده من الخير. أما شرعا فقد اختلف فقهاء بينهم في تعريف اللعان: فعند الحنفية شهادات مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها ، وعند الشافعية : كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى القذف من لطح فراشه والحق العار به أو نفي الولد ،

أما المالكية : انه حلف الزوج مسلم مكلف على زنا زوجته ونفي حملها ، عرفه الحنابلة : بأنه شهادات مؤكدة بالإيمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب قائمة مقامة حد قذف أو تعذيب أو حد زنا في جانبها ، أنضر خليفة على الكعبي ، المرجع السابق ،ص266.

(2) الآية 6 من سورة النور.

(3) الآية 4، 5 من سورة النور

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

هذا عن معنى اللعان وموقف الشريعة الإسلامية من نفي الولد فما هو موقف المشرع الجزائري؟

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من نفي الولد:

القاعدة أنه متى تم الزواج وأمكن الاتصال بين الزوجين ومضت المدة الكافية التي يتطلبها الشرع والقانون وهي ستة أشهر كأقل مدة وعشر أشهر كأقصى مدة، يثبت نسب المولود من الأبوين معا ولا يجوز للزوج أن ينفيه إلا بالطرق المشروعة.

كما عبر عنه المشرع الجزائري بصراحة في المادة 41 من قانون الأسرة، وان كانت عمومية النص تثير التساؤل عما إذا كانت الطرق متعددة طالما جاءت الصياغة بعبارة الجمع أم أن المقصود هو فقط اللعان لا غير؟

ذهبت بعض الرؤى في الإجابة عن هذا التساؤل أن هذه الطرق وان جاءت بصيغة الجمع فهي تتمثل في اللعن، وهذا الأخير وحده الذي يمكن من خلاله نفي نسب الولد عن الزوج (1).

بينما ذهبت رؤى أخرى إلى أن المقصود منها ليس اللعان فحسب بل ما ارتبط بالاكشافات

البيوطبية وأهمها في مجال نفي النسب هو فحص الدم المقارن للدم.(2)

والملاحظ في هذا المجال إن المشرع الجزائري لم يورد عبارة اللعان صراحة بل وردت

في المادة 138 من نفس القانون: "يمنع من الإرث اللعان و الرد ."

- (1) أنصر المرجع السابق، عبد العزيز سعد، " الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق ، ص210
- (2) انصراحمد داود الرقية ، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية مذكرة ماجستير ،قانون خاص ،جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان، 2002 / 2003 ، ص 46

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

الفصل الأول

وسنحاول استخلاص المقصود من الطرق الشرعية من خلال قرارات المحكمة العليا ، فمن الناحية العملية نجد على أن نفي النسب يجب أن يكون باللعان وقد جاء في قرار للمحكمة أنه : "من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل ورؤيا الزنا . "(1).

وان كان المشرع الجزائري قد استقر على اعتبار اللعان الطريق الوحيد لنفي النسب ، إلا أنه لم يستقر على مدة معينة لنفي نسب الولد ،حيث جاء في قرار المحكمة العليا أنه: " من المقرر شرعا أن دعوى اللعان لا تقبل إذا تأخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا. "(2) وقي قرار آخر لها قضت المحكمة العليا على انه: "يكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البت في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين من كل واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي 12 يوما من علمه بوضع زوجته حملها. "(3)

الفرع الثاني: مضمون مسألة النسب الغير الشرعي.

النسب الغير الشرعي وهو ميلاد الطفل خارج الإطار الشرعي أي خارج الرابطة الزوجية، إذ هو ناتج عن علاقة غير شرعية بين الرجل والمرأة ، إلا أن هذا الطفل الذي لا ذنب له سوى انه ابن زنا له حقوق ثابتة شرعا وقانونا .

من المعلوم أن أحكام اللقيط لها صلة وثيقة بموضوع النسب، إلا أنه من خلال قرأتنا للمواد

- (1) المحكمة العليا غ. ا.م. ش / 1991/10/20 ملف رقم 214820، م.ق، 2001 عدد خاص ص 82.
- (2) انظر، المحكمة العليا، غ.ا.ش.م، 1999/06/15، ملف رقم 674222، م.ق، 2001، ع، خ، ص 82.
- (3) أنظر ، المحكمة العليا، غ.أ.ش.م 1998/10/20، ملف رقم 204821، م.ق. 2001 ، ع.خ ، ص 82.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

الخاصة بالنسب من المادة 40 إلى المادة 45 ق.أ.س يتضح لنا أن المشرع الجزائري يتحدث عن النسب الشرعي دون سواه، فلا وجود لقواعد منضمة لهذه الحالة.

والجدير بالذكر أنه لم يتعرض إلى أحكام اللقيط إلا من باب الإشارة عرضا في مواد متفرقة من مختلف القوانين كقانون الأسرة في باب النسب المادة 44 ، وفي موضوع الكفالة المادة 119 وقانون الحالة المدنية المادة 64 بالإضافة إلى قانون العقوبات، إذ أوجب مساعدة طفل غير قادر على الحركة تسليمه للسلطات العامة في الدولة.

وكان على المشرع أن ينظم أحكام اللقيط بشكل متكامل في قانون الأسرة، لأن ظاهرة الأطفال اللقطاء منتشرة في المجتمع الجزائري بكثرة، وبالتالي لا بد من إعطاء الحماية الكافية لهؤلاء الضعفاء حفاظا عليهم من الضياع.(1)

هذا السكوت على هذه المسألة لا يتماشى مع طبيعة الأمور ولا مع متطلبات العصر وخاصة وأن الفقه الإسلامي له عدة آراء بشأنها(2).

من هنا سنحاول تبيان المقصود باللقيط ونسبه(البند الأول)، حق الجنسية و الحماية القانونية

المتاحة له (البند الثاني).

(1) فحسب إحصائيات اللجنة الوطنية للسكان فإنه يتم تسجيل 1500 أم عزباء في السنة بالجزائر وهو ما يقابله 7000 طفل يولدون في السنة خارج إطار الزواج الشرعي في عدة مناطق من الجزائر، أنضر .CIT

INTERNET.WWW.ALGERIAMEDIA.ORG

(2) أنضر تشوار جيلالي، "نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة...."، المرجع السابق، ص 29.

تحديد القانون الواجب التطبيق على

الفصل الأول

البند الأول: المقصود باللقيط ونسبه.

النسب

***تعريف اللقيط ونسبه.**

ولا شك أن فئة اللقطاء جزء من المجتمع، وجدت في كل المجتمعات عبر التاريخ الطويل وان كان المشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة، فإنه على خلاف ذلك، فإن الإسلام قد أولاه بالعناية الخاصة وقد تناول فقهاء المسلمين هذه الأحكام بالشرح والبيان مما يدفع بنا إلى البحث في هذه المسألة وعليه سنحاول إعطاء تعريف للقيط ، وتبيان إلى من يثبت نسبه من خلال آراء الفقهاء وموقف القضاء الجزائري.

➤ تعريف اللقيط:

اللقيط هو المولود الذي تركه أهله بعد ولادته خوفا من تهمة أو تخلصا من نفقة أو فرار من ظروف قاهرة أجبوا فيها على التخلي عن وليدهم دون ترك ما يدل على هويته أو معرفة ذويه(2)

و للقيط عدة تعريف سواء في اللغة وفي الشرع وهي كالاتي:

في اللغة : هو الأخذ من حيث لا يحس فهو ملقوط و لقطت الشيء لقطا أخذته .

ويطلق على ابن الزنا اللقيط هو الوليد الذي يوجد ملقى على الطريق ونحوه لا يعرف أبواه والجمع لقطاء

في الشرع : للقيط في الشرع عدة تعارف منها(2):

عرفه الحنفية : بأنه اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من (العيلة)الفقر. أو من تهمة الزنا .

عند الملكية: هو الصبي الصغير وان كان مميزا.

عند الشافعية: هو الطفل نبد في الشارع لا يعرف له مدع.

(2) أنصر عبد العزيز مخيمر عبد الهادي ،اتفاقية حقوق الطفل خطوة إلى الأمام أم إلى الوراء،مجلة الحقوق،1993 عدد2، ص140/139.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

عند الحنابلة: هو طفل لا يعرف نسبه نبد أو ظل الطريق من بين ولادته إلى سن التمييز.

هذا عن تعريف اللقيط، والتي يتضح من خلالها أنه، وان اختلفت في الصياغة فإنها تصب في

معنى واحد وهو الطفل الذي نبذه أهله خوفا من العار أو غير ذلك.ولكنه والسؤال الذي يطرح نفسه

بالنسبة لهه الفئة هو إذا أنت المرأة بولد من خلال علاقة غير شرعية، فهذا المولود الذي لا ذنب له في

هذه العلاقة سوى انه ابن زنا إلى من ينسب؟

➤ نسب اللقيط.

سنحاول تبيان نسب من خلال موقف المشرع الجزائري، و موقف الشريعة الإسلامية.

موقف المشرع الجزائري

كما سبق ذكره المشرع الجزائري لم ينظم حالة اللقيط في أية مادة من مواد قانون الأسرة و

لكن إذا رجعنا إلى نص المادة 41 من قانون الأسرة نجدها لا تعترف بثبوت نسب الطفل من أبيه إلا

عن طريق الزواج الشرعي.

وهذا السكوت الذي ساد موقف المشرع الجزائري لنسب الطفل الغير شرعي يقودنا للبحث في منبع الأساسي لقانون الأسرة الجزائري والمتمثل في المبادئ العامة للشريعة الإسلامية بحيث تنص المادة 222ق.أ.ج منه انه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

إلا انه على القاضي البحث والتنقيب على الحل رغم غياب النص التشريعي إذ لا بد عليها أن تقوم بحل الإشكالات التي تطرح عليها في مسألة النسب الغير الشرعي ونرصد بعض الأحكام وهي كما يلي:

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

1) القرار الصادر بتاريخ 08/10/1989 والذي جاء فيه:

"أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا. فان قضاء الاستئناف، بإعطائهم إسهادا للمستأنف اعترافه بالزواج وتصحيحه وإحقاق الولد بأبيه خرقوا بذلك أحكام الشريعة الإسلامية." (1)

2) القرار الصادر في 22 يناير 1990 بأنه(2): "إذا كانت مدة الحمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا فان قضاة المجلس بقضائهم إحقاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون."

3) جاء في قرار المجلس الأعلى (3).حيث يقضى القرار الصادر في 17 ديسمبر 1984 بأن "ابن الزنا لا ينتسب إلى أبيه."

والواضح من خلال هذه القرارات أن القاضي رجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لحل النزاعات المطروحة أمامه، ونحن بدورنا أمام غياب النص القانوني نعود إلى هذه الأحكام لتبيان نسب اللقيط.

موقف الشريعة الإسلامية

اتفق الفقه الإسلامي كما تقدم على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة ينسب إلى زوجها اعتماداً على قوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، بينما نسب الطفل الغير الشرعي أو اللقيط تطرح عدة خلافات حيث انقسم الفقهاء رحمهم الله حول مسألة إلى عدة آراء أهمها:

- (1) أنظر المحكمة العليا غ أش /1989/10/08/ ملف رقم 1357، م ق 990، العدد 4. ص 79.
- (2) أنظر المحكمة العليا: غ أش 22 /1990/01/ ملف رقم 57756. المجلة القضائية. 1992. عدد 2. ص 71
- (3) انظر مجلس الأعلى، غ أش ،17/12/1984، ملف رقم 35087، المجلة القضائية 1990، العدد 1 ص 86.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

(1) القول الأول: عدم إحقاق ابن الزنا بأبيه.

وهو قول الجمهور من الحنابلة والشافعية والملكية والظاهرية بعض الحنابلة والأمام الشوكاني حيث يرى هذا الفريق عدم إحقاق الولد بالزاني وإن ادعاه .

(2) القول الثاني: إحقاق ابن الزنا بابيه.

وهو إسحاق ابن رهاوية ، وعرة و سليمان بن يسار ، وروي هذا عن الحسن ابن سيرين و شيخ الإسلام ابن تيمية و الفقيه الحنبلي ابن القديم ، حيث يرى هذا الفريق أنه إذا استلحق الرجل و لده من الزنا و لا فراش ، فإنه يلحق به.

وان كان الرأي الراجح في مسألة نسب ابن الزنا هو رأي الجمهور و حجتهم ما ورد عن الرسول (ص): "الولد للفراش و للعاهر الحجر" ، و ما أخرجه ابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال: " من عاهر أمة أو حرة ، فولده ولد زنا ، لا يرث و لا يورث" و ما ذكرنا في قول الرسول (ص) ما يكفي ويغني في حكم نسب ابن الزنا. (1)

هذا عن موقف فقهاء الشريعة الإسلامية، والواضح من هذه الأحكام المحكمة العليا في قراراتها

أخذت برأي جمهور العلماء بعدم بانتساب ابن الزنا لأبيه

وان كان موقف المحكمة العليا لم يبقى على ها المنوال في عدم إحقاق ابن الزنا بأبيه، فقد

غيرت المحكمة العليا اتجاهها وذهبت في قرارها رقم 2006/03/05 أنه(1): "المبدأ يمكن طبقا لنص

(1) أنضر عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ،أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية،2006،ص24و25.

(2) أنضر المحكمة العليا : غ.ش.م،2006/03/05 ، ملف القرار 355180 ،مجلة المحكمة العليا ، عدد 02 ، ص53.

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

الفصل الأول

المادة 40 من قانون الأسرة ، إثبات النسب عن طريق (الحمض النووي، A.D.N) ، ولا ينبغ الغلط

بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون) وإحقاق النسب في حالة العلاقة غير

الشرعية"

وهكذا يتضح من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا تفرق بين إحقاق النسب في العلاقة الشرعي

بموجب المادة 41 ق.أ.س وإمكانية إحقاق نسب الطفل الغير الشرعي بموجب نص المادة 40 ق.أ.س.

إن كان المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة النسب الطبيعي ولم يوضح موقفه من إحقاق

نسبه ، إلا انه أورد في نصوص متفرقة أحكام خاصة باللقيط تكفل له الحياة في طمأنينة ومن هنا

سنحاول تبيان هذه الحقوق التي يتمتع بها اللقيط من خلال حقه في الجنسية والحماية القانونية المتاحة

للقيط

البند الثاني: حق الجنسية والحماية القانونية الممنوحة للقيط.

من المعلوم أن ظاهرة اللقطاء ظاهرة منتشرة في جميع المجتمعات وهي نتيجة للفساد الأخلاقي، والابتعاد عن المبادئ الأخلاقية في إحسان النفس، وان كان نتيجة هذا الفساد هو مخلوق برئ، مما يتوجب على الدولة توفير كل وسائل الحماية وحتى يتمكن من الحصول على هذه الحماية لا بد له من الحصول على جنسية فكيف السبيل إلى ذلك؟

هذا ما سنحاول تبيانه من خلال حق الجنسية، و الحماية القانونية المتاحة له

➤ جنسية اللقيط.

من المعلوم أن اللقيط هو المولود الذي نبذه أهله خوفا من العلية أو فرار من تهمة بهذه

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

الوضعية التي عليها اللقيط فلا يعرف له أصل و لا جنسية فهل له أن يكتسب جنسية الدولة المقيم بها، وان حدث أن اكتشف انتساب هذا الطفل للأجنبي فما مصير جنسيته المكتسبة؟

1) اكتساب الجنسية بحق الإقليم.

والمبدأ الساري المفعول في جميع دول العالم هو إعطاء اللقيط جنسية الدولة التي وجد بإقليمها وقد نادى بهذا المبدأ العالمي مختلف الهيئات الدولية المحاربة لانعدام الجنسية، فنادت به مدرسة الحقوق "هاردفرد" في مشروعها الذي قدمته لعصبة الأمم في سنة 1929، وأخذت به اتفاقية لاهاي المنعقدة في سنة 1930 كما نصت عليه اتفاقية الجنسية التي وضعتها جامعة الدول العربية في سنة 1957 (المادة 05) (1)

وذهبت إليه غالبية التشريعات في القانون المقارن، أي إثبات الجنسية بناء على حق الإقليم

لكل من يلتقط أو يعثر على إقليمها (2)

وتقيم هذه التشريعات قرينة مفادها اعتبار مجرد وجود اللقيط على أراضيها دليل على ميلاده فيها، إلى أن يقام الدليل على عكس ذلك، فكان الأمر يتعلق بقرينة لصالح الوليد حتى يمكن اثبات الجنسية له ولكن قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس(3).

(1) أنضر علي علي سليمان، "مذكرات في القانون الدولي الخاص"، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2003.ص)

(2) هذا هو المعمول به في القانون العراقي (م 3/4 من القانون رقم 43 لسنة 1963)، القانون الأردني (م 5/3 من القانون رقم 6 لسنة 1954 ، المعدل بالقانون رقم 7 لسنة 1963 والقانون رقم 1987)، والقانون السوري (المادة 3فقرة ج ،د من المرسوم التشريعي لسنة 1969) واللبناني (رقم 15 لسنة 1925 في المادة 1 فقرة 2- 3) والتونسي (لسنة 1963 الفصل العاشر) ، المغربي (المدة 4 فقرة 2)، وقانون الجنسية الألماني لسنة 1974 (م 2/4) وقانون الجنسية البلجيكي لسنة 1984 وقانون الجنسية الفرنسي لسنة 1973 (م 22).

(3) أنضر عكاشة محمد عبد العال ، أحكام الجنسية اللبنانية ، منشورات حلبي الحقوقية ، 2007 ، ص 364-374.245

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

ولقد تبنى المشرع الجزائري هذا الحل وأقر نقل الجنسية الجزائرية الأصلية بقوة القانون لكل من يولد بمجموع التراب الجزائري ، أو المياه الإقليمية الجزائرية ، أو السفن أو الطائرات الجزائرية وذلك في حالات محدودة واستثنائية من الأصل في التشريع الجزائري الذي اعتمد حق الدم (1).

(1) حالة الولد المنسوب لأمه لعدم معرفة الأب (المادة 2/6 من قانون الجنسية)

(2) حالة الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين المنصوص عنها في المادة 1/7 من قانون الجنسية

وان كان الموقف الذي اتخذته المشرع الجزائري يتماشى مع المبادئ الإنسانية التي تفرض عدم إبقاء الفرد بلا جنسية من جهة وذلك تجنباً لظاهرة انعدام الجنسية وتحقيق الأمن الاجتماعي، والطمأنينة لمجهول الوالدين.

إن كان ثبوت الجنسية للطفل اللقيط بناء على حق الإقليم بناء على غالب الظن بميلاده فوق التراب الجزائري ، قرينة بسيطة تقبل ثبوت العكس ، قد يحدث أن يكتشف انتساب الطفل خلال قصوره إلى أجنبي ، فهل سيبقى محتفظ بجنسيته السابقة أم انه سيفقد هذه الجنسية؟

(2) فقد الجنسية المكتسبة

إذا اكتشف أن الطفل ينتسب إلى أجنبي ، فمن المعلوم أن هناك إجراءات متبعة لفقد الجنسية. هذا ما نصت عليه المادة 1/7 من قانون الجنسية السالفة الذكر على انه "..... غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كان لم يكن جزائريا إذا ثبت خلال قصوره انتسابه إلى أجنبي، وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي وفقا لقانون جنسية هذا الأخير." (2)

(1) المادة السابعة من الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية العدد 15، 2005.

(2) تقابلها المادة 2/7 من قانون الجنسية المغربية و المادة 9 من قانون الجنسية التونسية، والمادة 2/21 من قانون الجنسية الفرنسي.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

ويثبت من هذا النص أن الطفل يفقد جنسيته بشرط ثبوت نسبه إلى أبيه الأجنبي ، أو أمه الأجنبية ويشترط أن يكون أبوه الأجنبي قد ولد في الخارج (حتى لا يأخذ الطفل الجنسية عن طريق الميلاد المضاعف) ، كما يشترط أن يثبت النسب أثناء قصر الطفل وعليه فهو لا يفقد الجنسية إذا ثبت نسبه بعد بلوغه سن الرشد أو إذا ثبت نسبه إلى وطني ، وقد جاءت المادة 5 فقرة 3 من اتفاقية الجنسية الصادر عن الجامعة العربية لسنة 1954 بنفس الحكم بأنه : "...أما إذا اثبت نسبه قانونا إلى أبيه ولم يكن قد أتم الثامنة عشرة بميلاده فيتمتع بجنسية أبيه وتزول عنه حينئذ الجنسية السابقة." (1)

أما عن الفقه المصري في غياب النص ذهب إلى القول بزوال الجنسية المصرية عن الابن متى ثبت نسبه إلى الأب الأجنبي ، وعرف هذا الأب الأجنبي لاحقا ، وأيا كان الوقت الذي يتم فيه ذلك وسواء كان الطفل بالغا سن الرشد أم قاصرا ، أكثر من ذلك فان الجنسية تزول عن الابن الذي يعرف والده قانونا بان ينسب الطفل إليه شرعا ولو كانت دولة هذا الأب لا تدخل هذا الطفل في جنسيتها. (2)

3) اكتساب جنسية من ثبت نسبه منه.

إن تحقق ثبوت نسب الطفل لأجنبي لا يكفي لسحب الجنسية الجزائرية، بل ألزم المشرع الجزائري انتقال جنسية أحد الأبوين الأجنبيين على الأقل إلى الطفل الجزائري المراد سحب جنسيته و هو قاصرا ، فإن كان قانون الأبوين يسمحان بنقل جنسيتهما إلى طفلهما خارج حدود دولتهما زالت الجنسية الجزائرية عن الطفل ، لكن إذا ما ثبت أن اللقيط المعثور عليه ينتمي إلى إقليم معين زالت عنه الجنسية الجزائرية في أي لحظة من حياته لأنها بنيت على الظن الغالب بأن المعثور عليه ولد بالجزائر (2)

- 1) أنضر مخطاط عائشة ، فقد الجنسية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية الدولية ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، سبتمبر 1987. ص113.
- 2) أنضر صديقي أحمد . الجنسية الجزائرية ما بين الاكتساب و الفقد. مذكرة لنيل شهادة الماجستير جامعة أبي بكر بلقايد ، كلية الحقوق تلمسان 2006. ص 100.
- 3) أنضر عكاشة محمد عبد العال ، " أحكام الجنسية اللبنانية " ، المرجع السابق ، ص374.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

وعلى هذا الأساس فان العثور على اللقيط فوق التراب الوطني قرينة ، يكتسب من خلالها الجنسية الجزائرية، وان ثبوت الجنسية الجزائرية لهذا اللقيط يترتب عليه من الرعاية القانونية التي وضعها المشرع الجزائري لهذه الفئة وهي كما سنرى.

***الحماية القانونية للطفل الغير الشرعي:**

أورد المشرع الجزائري في مواد متفرقة أحكام قانونية يسعى من خلالها ضمان الحد الأدنى من الحماية للطفل اللقيط محاولا من خلالها إعطاء ولو جزء بسيط من الطمأنينة وهذا بمنحه بعض الحقوق تساعد في العيش داخل المجتمع.

1) تمكين اللقيط من اللقب

إعطاء الطفل المجهول النسب هوية شخصية كاملة ينسب فيها الطفل إلى والدين وهميين
واعتبارهم متوفين ويعين له محل وتاريخ الولادة وتؤشر حالة اللقيط في سجلات ،ويظهر في
المجتمع بمظهر اليتيم مع كفالة الدولة على الحفاظ على الهوية الشخصية الأصلية بسرية تامة(1) .

وهذا بحسب ما ورد في الفقرة الرابعة من المادة 64 من قانون الحالة المدنية التي تنص
على ما يلي : "يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء و الأطفال المولودين من
أبوين مجهولين و الذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء ، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ
آخرها كلقب عائلي."

كما أكد المنشور الوزاري المشترك بين وزارة الداخلية ووزارة العدل والحماية الاجتماعية
بتاريخ 17/02/1987 الذي جاء فيه ما يلي: " قد تجسد من الناحية العملية في منح الأطفال
المذكورين سلسلة من الأسماء خاصة بالذكر بحيث يتخذ آخر اسم كلقب عائلي بالنسبة لهم

1)WWW.ISLAMTODAY.NET

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

ومنح الأطفال الإناث سلسلة من الأسماء الخاصة بالإناث حيث يتخذ آخر اسم كلقب عائلي بالنسبة
لهن .

2) حق الرعاية البديلة

تلتزم الدولة بحماية هذه الطائفة من خلال توفير لهم رعاية بديلة تتمثل في إيجاد لهم أسر
جديدة تتولى كفالتهم، وإلا تتكفل الدولة برعايتهم بوضعهم في مؤسسات للرعاية.

أما إذا أرادت إحدى الأسر إلحاق طفل مجهول النسب بها فانه يلحق بها، محتفظا باسمه واسم
أبويه الوهميين و لا ينسب إلى العائلة المتبنية. ذلك أن إلحاق مجهول النسب بنسب من تبناه هو ما

حرمه الإسلام بقوله سبحانه وتعالى: "وما جعل أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ قَوْلَكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ. وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ. وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ. أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ أَوْ هَوَالِيكُمْ". (1) (وان اتجه المشرع الجزائري في انتهاج نظام الكفالة الذي أدخل في القانون الجزائري في سنة 1976 بموجب قانون الصحة العمومية. ، وقد عرف هذا النظام تطور على مرتين في سنة 1984 ، نص عليه قانون الأسرة من 116 الى 125 والكفالة هو التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية وقيام الأب بابنه (وتتم بعقد شرعي) المادة (116) ق.أ.س).

وتنص المادة 119 ق.أ.ج: "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب."

وكذا نص المادة 20 ق.أ.ج: "يجب أن يحتفظ المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب، وان كان مجهول انسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية."

(1) سورة الأحزاب آية 4 و5.

تعديد القانون الواجب التطبيق على النسب

الفصل الأول

المطلب الثاني: قاعدة التنازع التي تحكم النسب

بعد أن تفرغنا من الكلام عن مفهوم كل من النسب الشرعي والطبيعي، نتطرق فيما يلي إلى

الحديث عن قاعدة التنازع التي تحكم كل منهما.

كما سبق الإشارة إليه أخضع المشرع الجزائري مسائل الأحوال الشخصية لضابط الجنسية ، وهذا لعدة مبررات منها أنه قانون الوسط الاجتماعي للشخص ، كما أنه قانون البيئة التي ينتمي إليها الفرد الذي يلاءم مزاجه وأخلاقه والمظاهر القانونية لشخصه وعلى الأخص يتعلق بحالته العائلية(1).

والإشكال الذي يطرح نفسه في مجال تنازع القوانين هو تحديد القانون الواجب التطبيق على

المركز القانوني فقد يحدث أن يكون اتحاد بين جنسية أطراف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي

- فهنا ما من مشكل يطرح- وعلى خلاف ذلك ممكن أن يكون اختلاف بين أطراف العلاقة وهنا تكمن الصعوبة فجنسية أي طرف يستوجب تطبيقها على النزاع المطروح سواء تعلق الأمر بالبنوة الشرعية (الفرع الأول) ، أو البنوة الطبيعية (فرع الثاني) وفي الأخير موقف المشرع الجزائري والفرنسي من القانون الواجب التطبيق عليهما(الفرع الثالث)

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي

النسب الشرعي وكما سبق بيانه هو نسبة الولد إلى أبويه نتيجة لعقد زواجهما الشرعي أو هي البنوة الناشئة عن عقد زواج شرعي.

وفي مجال البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة فقد اختلفت الآراء الفقهية

(1) أنضر حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص (تنزاع القوانين) ، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني ، " دراسة مقارنة" ، الطبعة الثانية ، 2001، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ص130.

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

الفصل الأول

والتشريعية حوله وتأرجحت بين قانون جنسية الأب وقانون جنسية الأم وجنسية الابن وفي ما يلي نحاول تبين هذه الآراء.

أولا :تطبيق القانون الشخصي للابن (1).

ذهب هذا الرأي إلى إخضاع البنوة الشرعية للقانون الشخصي للابن ، ويعتبر الفقيه " frances cakis" من المدافعين على هذا الرأي، وحجة هذا الرأي أن البنوة إن كانت من مسائل الحالة ، فهي بالذات من مسائل حالة الابن فتخضع لقانونه الشخصي فهي تتصل بمصلحة الابن أولا لأنه الطرف الضعيف في هذه العلاقة .

إلا أن حجة هذا الرأي هي غير مقنعة لأنها تصح أيضا في جانب القول بتطبيق القانون الشخصي للأب، إذ أبوة الابن هي أيضا من مسائل حالة الأب ، أيضا أن البنية رابطة قانونية بين الولد وأبيه وأمه وتنتج عنها حقوق والتزامات متبادلة ولكل من الطرفين مصلحة فيها لذا لا تصح التضحية بمصلحة شخص لشخص آخر(2).

أما عن التشريعات التي أخذت بهذا الرأي نذكر منها عل سبيل المثال اتجاه تشريعي اخذ في النمو في أوائل النصف الثاني من القرن العشرين كالقانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي الصادر في سنة 1963(المادة 23)، والقانون الدولي الخاص البولوني الصادر سنة 1965(المادة 19) أيضا المادة 18 من قانون إصدار الألماني الصادر في سنة 1965(3).

-
- 1) أنصر بلقاسم أعراب ،القانون الدولي الخاص الجزائري،(تنازع القوانين)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2002،ص132.
 - 2) أنصر محمد مبروك اللافي،تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي(دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي،منشورات الجامعة المفتوحة،1994،ص136.
 - 3) أنصر عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين- جزء الثاني ،الطبعة التاسعة الهيئة المصرية العامة للكتاب نسنة1986،ص323.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

ثانيا: تطبيق جنسية الأم.

ذهب هذا الرأي إلى إخضاع البنية الشرعية لجنسية الأم على اعتبار أنها في غالب الأحيان المحور الأساسي لكل الدعاوى المتعلقة بالنسب، كما أنها من النادر أن تكون مجهولة بخلاف الأب(1). وهذا الرأي الذي أخذ به المشرع الفرنسي بعد تعديل 1972(كما سنبين ذلك).

ثالثا: تطبيق جنسية من يراد الانتساب إليه.

أما عن هذا الاتجاه فقال بوجود خضوع البنية لقانون جنسية من يراد الانتساب إليه من الوالدين سواء أكان الأب أو الأم لأن البنية تتعلق بحالة من يراد الانتساب إليه. وهذا ما أخذ به

المشرع المصري قانون المرافعات الصادر سنة 1949 في المادة 905 منه التي تنص: " ترفع الدعوى بإثبات النسب وفقا للإحكام والشروط وفي المواعيد التي ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه وتتبع في إثباتها القواعد التي يقرها القانون المذكور"، وتورد هذه المادة قاعدة إسناد تقضي بتطبيق قانون جنسية الأب إذا كان المراد إثبات النسب من جهة الأب، وتطبيق جنسية الأم إذا كان المراد هو إثبات النسب من الأم(2).

رابعا : تطبيق جنسية الأب والابن معا.

إلى جانب الآراء المتقدمة ذهب هذا الاتجاه إلى القول بإخضاع البنوة لقانون جنسية الأب وقانون جنسية الابن معا تطبيقا عاما.

وعيب هذا الرأي انه يؤدي في واقع الأمر إلى تطبيق الأحكام المتفقة في القانونين دون تلك المتعارضة مع أن الحرج الذي يتعين الخروج منه هو بالنسبة للمتعارضة(3).

-
- (1) أنضر بلفاسم أعراب ، "القانون الدولي الخاص الجزائري" ، المرجع السابق، ص166.
 - (2) أنضر إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، " تنازع القوانين"، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1997، ص264.
 - (3) أنضر زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية ، جزء الأول ، مطبعة الكاهنة ، الطبعة الأولى، 2000 ، ص176.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

خامسا: تطبيق القانون الأصلح للابن.

بينما رجحت تشريعات أخرى النص على تطبيق القانون الأصلح للابن(1)، ومن التشريعات التي أخذت بهذا الرأي المادة 52 من القانون الدولي الخاص التونسي رقم 98-97 الصادر في 1998/11/27. (2)

سادسا : يطبق عليه القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.

واعتبره هذا الاتجاه أثر من آثار الزواج فيتعين أن يحكمها القانون الذي يحكم آثار الزواج وهو قانون جنسية الزوج الأب وهو رب الأسرة ويبرر بعض الشراح تطبيق قانون الأب بأن القانون الواجب التطبيق على البنوة هو في حقيقة الأمر القانون الواجب التطبيق على "الرابطة" وليس على

الشخص ومادامت الرابطة من روابط الأسرة تعين أن يحكمها القانون الذي يحكم هذه الروابط وهو القانون الذي يحكم آثار الزواج.(3)

سابعا: القانون الشخصي للأب.

وهو الراجح فقها وقضاء وتشريعا وهو القائل بإخضاع البنوة للقانون الشخصي للأب ويستند هذا الرأي إلى أن الأب هو الذي أوجد الابن والى أن إثبات البنوة يهيم الأب أكثر من الابن ومن التشريعات التي أخذت به وبنص صريح القانون الكويتي ، القانون العراقي، القانون القطري ،والقانون الجزائري كما سنرى.(3)

- 1) أنضر صلاح الدين جمال الدين، الجنسية وتنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2008، ص430.
- 2) نص المادة 52 على أن: "يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره، وتخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأ بمقتضاه".
- 3) أنضر عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ج2، المرجع السابق، ص323
- 4) تنص المادة 41 من القانون الكويتي: "يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بالبنوة وإنكارها، وإذا مات قبل الميلاد يسري قانون جنسيته وقت الوفاة." المادة 19 من القانون القطري رقم 2004/22: "يسري قانون الأب وقت ميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بالبنوة وإنكارها، وإذا مات الأب قبل الميلاد يسري قانون جنسيته." و المادة 49 ف4 من القانون المدني العراقي: "المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات مما بين الآباء والأمهات يسري عليها قانون الأب."

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

ومن خلال تقييم الآراء السابقة يقول العميد "عز الدين عبد الله" إذا ما تخيرنا الآراء الفقهية لفضلنا الرأي القائل بإخضاع البنوة لقانون جنسية الأب، يبرر تفضيله أن البنوة الشرعية تتصل بمصلحة الأسرة ليس بمصلحة الولد(1).

وكما سبق تبيانه من اختلاف في وجهات النظر، حول الجنسية الواجب تطبيقها على النسب الشرعي من بين الجنسيات المتزاحمة، فما هو الحل بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على البنوة الغير الشرعية؟

الفرع الثاني: قاعدة التنازع التي تحكم النسب الغير الشرعي.

البنوة الطبيعية والتي تمثل ثمرة علاقة غير شرعية بين الرجل و المرأة، فان هذه الحالة تثير إشكالا كبيرا في تنازع القوانين خاصة إذا علمنا أن عدة دول الإسلامية ومنها الجزائر لا تعترف بهذا النوع من البنوة.

وأمام البحث عن هذا القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة يتنازع القضاء و الفقه المقارن في هذا الصدد إلى عدة اتجاهات ، من منهم من ذهب إلى تطبيق قانون من يراد الانتساب إليه بينما ذهب البعض الآخر إلى قانون الطفل بينما اتجه رأي توفيقى إلى القانون الأصلح للطفل.

الرأي الأول : تطبيق قانون جنسية الولد (2).

ذهب هذا الرأي إلى ترجيح تطبيق قانون جنسية الولد وهذه للاعتبارات التالية:

- أن الأمر يتعلق بحماية الولد و إثبات مدى حقه في النفقة اللازمة لاستمرار حياته.
- أن البنوة الطبيعية تتصل بحالة الولد و القاعدة أن القانون الواجب تطبيق حالة الشخص هو قانون جنسيته.

(1) أنضر عز الدين عبد الله، " تنازع القوانين "، ج 2، المرجع السابق، ص 323.

(2) أنضر صلاح الدين جمال الدين، " الجنسية وتنازع القوانين " ، المرجع السابق، ص 431.

الرأي الثاني : قانون جنسية من يراد الانتساب إليه (1).

ذهب هذا الرأي إلى تطبيق قانون جنسية الشخص المراد الانتساب إليه سواء كان الأب أو الأم ، ذلك أن طبيعة البنوة الغير الشرعية تفترض قصر الانتساب إلى أحد الوالدين دون الآخر من جهة ، و من جهة أخرى أن المقصود بالبنوة الطبيعية أولا و أخيرا هو: " ربط الولد بوالده قانونا "، مما يترتب عدة التزامات على عاتق الوالد أهمها .التزام بالنفقة .

إضافة إلى ذلك أن الأمر من يتعلق بحالة الوالد الذي سيوصف بوصف الأب مع ما يترتب على ذلك من آثار، وهو ما يقتضي تطبيق قانون جنسيته.

الرأي الثالث: تطبيق القانون الأصلح للطفل (2).

ذهب على الجانب من الفقه إلى القول بأنه من الأفضل في هذه الحالة بتطبيق القانون الأكثر ملائمة لمصلحة الولد، إلا في حالة وجود عائق يعود إلى فكرة النظام العام.

حجتهم في هذا الرأي أن تطبيق القانون الجزائري مثلا يمكن أن يؤدي إلى الإضرار بمصلحة الولد باعتباره لا يعترف سوى بالبنوة الشرعية و الواقع أن عددا من التشريعات الأجنبية تفسح مجالا واسعا للبنوة غير الشرعية و هناك تشريعات لم تعد تميز مطلقا بين البنوة الشرعية و غير الشرعية (القانون الفرنسي).

رغم اختلاف الآراء الفقهية وتبيانها بشأن القانون الواجب التطبيق على مسألة البنوة الشرعية و غير الشرعية، إلا أنه يبقى على المشرع الجزائري والفرنسي أن يحددوا موقفا حاسما في هذه المسألة فما هو هذا الموقف؟

(1) أنصر فؤاد عبد المنعم رياض سامية راشد. " الوسيط في القانون الدولي الخاص "، الجزء الثاني، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1974، ص 293.

(2) أنصر موحد اسعد، "قانون الدولي الخاص"، تنازع القوانين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1989. ص 314.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

الفرع الثالث: موقف المشرع الفرنسي و الجزائري من القانون الواجب التطبيق على النسب.

سنحاول في هذا الفرع تبيان موقف كل من المشرع الفرنسي و الجزائري من القانون الواجب التطبيق على كل من البنوة الشرعية والطبيعية.

البند الأول: موقف المشرع الفرنسي

أورد المشرع الفرنسي مجموعة من القواعد المتعلقة بتنازع القوانين لتنظيم مسألة البتة، ويتميز مسار التشريع الفرنسي ، بمرحلتين : - المرحلة الأولى وهي السابقة لقانون 03 جانفي 1972، و ميز فيها بين قاعدة التنازع التي تحكم النسب الشرعي ، وقاعدة التنازع التي تحكم النسب الطبيعي. و - المرحلة اللاحقة لقانون 03 جانفي 1972- التي تميزت بإدراج مواد جديدة في نصوص القانون الدولي الخاص وهي المواد: 14/311 إلى 18/311 وتأسيس مبدأ أساسي في التشريع الفرنسي وهو المساواة بين الطفل الشرعي وغير الشرعي وسنتولى دراسة كل مرحلة على حدة.

المرحلة الأولى: ما قبل 03 جانفي 1972.

ميز الاجتهاد بين البتة الشرعية وغير الشرعية، أسند الأولى منذ قرار صدر عن الغرفة المدنية، في 14 نوفمبر 1958 للقانون الذي يحكم آثار الزواج (1). باعتبار أن الولد الشرعي هو جزء من العائلة المؤسسة بالزواج بين الرجل والمرأة، وبالتالي قانون آثار الزواج هو في الواقع "قانون العائلة" (2).

1)CASS.CIV.04/11/1958.REV.CRIT.DR.INTER.PRIVE. 1959. P303 NOTE.
FRANCES CAKIS. CLUNET. 1959. P788.

(2)أنضر بيار ماير- فنسان هوزيه ، ترجمة علي محمود مقلد ،القانون الدولي الخاص ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر التوزيع، الطبعة الأولى، 2008، بيروت لبنان، ص560.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

بالنسبة للبتة الطبيعية فنظرا لعدم وجود عائلة، أي أسرة طبيعية (خارج الإطار 1925 الشرعي)، فبدت محكمة التمييز متحسسة بهذا فطبقت القانون الوطني للطفل ابتداء من بشأن البحث القضائي عن الأبوة، وابتداء من 1957 بشأن الاعتراف الإرادي بالولد.(1)

المرحلة الثانية : ما بعد 03 جانفي 1972.

أن هذا القانون عدل في الحلول القضائية ، بعدة نصوص صريحة وردت في نص المادة 14/331 وما يليها من القانون المدني الفرنسي، في مادة إثبات النسب ، أوجدت من خلالها قواعد الإسناد المتعلقة بالبنوة الشرعية والطبيعية، حيث أنت بنوعين من القواعد ، قاعدة أساسية وأخرى تكميلية.

قاعدة أساسية: قانون جنسية الأم.

اعتد بقانون جنسية الأم وقت الميلاد ، وهذا على أساس أهمية دور الأم في العلاقات الأسرية، وبخصوص إجراءات دعوى النسب ، فالأم غالبا ما تكون معروفة بخلاف الأب .

ولأسباب أخرى منها ضمان تطبيق القانون الفرنسي في أغلب الحالات المعروضة على القضاء ، ذلك أن الإحصاءات أكدت أن المرأة الأجنبية المتزوجة من فرنسي تكتسب غالبا الجنسية الفرنسية في حين أن الفرنسية المتزوجة من أجنبي تبقى محتفظة بجنسيتها الفرنسية (2).

كما تدل الإحصاءات أن كل الدعاوى المتعلقة بإثبات الشرعية ناتج عن عدم الاعتراف بالأبوة وعن المنازعات في الشرعية ، فوراء البنوة الشرعية الظاهرة تختبأ البنوة الطبيعية ليست ثابتة إلا في ما يخص الأم (3)

1) أنضر بيار ماير- فنسان هوزيه ، ترجمة علي محمود مقلد ، "القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق ،ص.560

2)V. LOUSSARL YVON ET BOUREL PIERRE, DROIT INERNATIONAL PRIVÉ, DALLOZ, 6em EDITION, 1999. P 262.

3) أنضر سامي بديع منصور، تقديم البروفيسور حاج فايز شاهين ، الوسيط في القانون الدولي الخاص دار العلوم العربية،بيروت لبنان، الطبعة الأولى،1994، ص 322.

قاعدة تكميلية: تطبيق قانون الولد.

في حالة غياب الأم أو كونها مجهولة، وضع المشرع الفرنسي حماية قانونية لمصلحة الطفل تتجلى في المادة 14/311 من القانون المدني، تفسح المجال نحو تطبيق قانون الطفل إلى جانب القاعدة الأساسية في الفرض الذي تكون فيه الأم مجهولة.

وان كان الاتجاه الحديث في القضاء الفرنسي ذهب إلى تطبيق القانون الأصلح للطفل في مواجهة قانون الأم ، كما يتبين من خلال قرار محكمة النقض الفرنسية في 18 نوفمبر 1980، اين ذهب هذا القرار إلى تطبيق قانون الطفل (الجنسية الفرنسية) ، في حين أن القانون الواجب التطبيق قانون الأم المعروفة (جنسية جزائرية) ، واستبعاد القانون الجزائري لكون هذا الأخير لا يقر بالبنوة الغير الشرعية.

ومن هنا فان المحكمة اتجهت إلى تطبيق القانون الأصلح للطفل.

تصحيح النسب:

أما عن هذه الحالة وتحويل البنوة شرعية بالزواج اللاحق بين الوالدين فقد نصت المادة 16/311 مدني فرنسي فقرتها الأولى على أن ذلك الزواج يستتبع تصحيح النسب ، ويجعله شرعيا عندما تكون هذه النتيجة بتاريخ حصول الاحتفال بالزواج مرتبة إما بحسب القانون الذي تخضع له آثار الزواج أو القانون الشخصي لأحد الزوجين أو القانون الشخصي للولد، وفي حالة الاعتراف إراديا بالبنوة فقد نصت المادة 17/311 مدني فرنسي على أن: "اعتراف الأب أو الأم إراديا بالولد هو صحيح إذا تم إما وفقا للقانون الشخصي للمعترف وإما وفقا للقانون الشخصي للولد".

1) T.G.I PARIS.18/11/1980, D.1981 .30.NOTE.P.RAYNAUD, JCP1981. 11.19540, note d.Huet-WEILLER ET A.HUET, REV.CRIT, DIP 1981.673, NOTE B.ANHCEL V .
PAULE LAGARDE, LA FILLIATION, REP, INTERNAT, DALLOZ, 1998, P06.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

بند الثاني: موقف المشرع الجزائري.

نميز في دراسة موقف المشرع الجزائري بين مرحلتين مرحلة ما قبل التعديل والتي سادها الصمت إزاء مسألة البنوة ومرحلة ما بعد التعديل بموجب رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 أين خرج المشرع الجزائري عن صمته وحسم المسألة بنص صريح.

المرحلة الأولى: ما قبل التعديل.

في هذه المرحلة ما قبل التعديل لم ينص القانون المدني الجزائري على قواعد التنازع المتعلقة بالنسب مما أفسح المجال في هذا الشأن للاجتهاد بالإدلاء برأيه في هذه المسألة. فمن الرأي من اسند إلى قانون جنسية من يدعي النسب أو ينكره(1)ومن ثم سيختلف القانون المختص باختلاف المدعي في دعوى النسب.

بينما ذهب جانب آخر(2) إلى إخضاعه للقانون الذي يحكم آثار الزواج، على اعتبار أن الطفل يعد في نظر الشريعة الإسلامية- التي هي المصدر الأول لقانون الأسرة – أحد أفراد الأسرة التي تأسست بالزواج، إذ أن الولد للفراش. فمن الأحسن أن تكون العلاقات التي تقوم بين أطرافها محكومة بقانون واحد هو قانون آثار الزواج.

إضافة إلى ذلك بالرجوع إلى نص المادة12فقرة 1 من القانون المدني(1) فإن جميع آثار الزواج تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ، دون النظر إلى التغيير الذي قد يطرأ على

(1) أنضر علي علي سليمان، "مذكرات في القانون الدولي الخاص....."، المرجع السابق، ص82.

(2) أنضر بلقاسم أعراب، " القانون الدولي الخاص الجزائري....."، المرجع السابق، ص265.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

جنسيته ما بين عقد الزواج ولحظة الميلاد الابن، واستثناء على هذا النص يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان احد الزوجين جزائريا كما هو وارد في نص المادة 13 قانون مدني التي تنص:"يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و12 إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص الأهلية"(2).

المرحلة الثانية: ما بعد التعديل (3)

استحدثت المشرع الجزائري بموجب قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المادة 13

مكرر والتي تنص على: " يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت الطفل ميلاد، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة."

فمن خلال قراءتنا لنص هذه المادة تظهر لنا أحكام في غاية الأهمية فهذه المادة حسم المشرع الجزائري موقفه بنص صريح فالنسب الشرعي يهيم حالة الإطراف الولد والوالدين ويخص تحديد أعضاء العائلة ، ولا يعقل أن يتعدد القانون بتعدد جنسية الأطراف-لاسيما في الزواج المختلط – كما أنه ثمرة وأثر للزواج، وبالتالي يخضع لقانون الزوج الأب ولكن وقت ميلاد الطفل لان لحظة الميلاد غير مؤكدة أما لحظة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل فيخضع النسب إلى قانون جنسية الأب وقت وفاته ويشمل مضمون الفكرة المسندة المسائل الموضوعية للنسب وهي قواعد إثباته والإقرار وإنكاره.

- (1) تنص المادة 1/12: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج، بما فيها ما يعود منها إلي المال."
- (2) أنضر يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص – مجلة العلوم القانونية والإدارية رقم 03-2005 ص187.
- (3) أنضر طيب زروتي ، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي الجزائريين بقانون رقم 05-2005- مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2006، ص51.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

المبحث الثاني: الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية:

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على البنية الشرعية وغير الشرعية ، وحسم المشرع الجزائري للمسألة بتعيين قانون جنسية الأب، وقت الميلاد أو عند الوفاة ، هذا لا يعني حل للنزاع وتطبيق القانون المختص ، بل بالعكس قد يحدث أن تعترض قانون الجنسية صعوبات فنية تتمثل في:

- تعدد الجنسيات على الفرد وما تثير مشكلة البحث عن الجنسية الواجبة التطبيق، وان فرق الفقه بين حالة وجود جنسية القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة وكون كل الجنسيات أجنبية، من هنا على القاضي أن يحدد القانون الواجب التطبيق من بين الجنسيات المتزاحمة.

- وبخلاف الحالة الأولى قد يجد القاضي نفسه ملزم تطبيق قانون جنسية فرد لا يملك الجنسية فما هو الحل البديل الموجود أمام القاضي في هذه الحالة؟

- كما يمكن للشخص المختصة جنسيته أن يغيرها من يوم إنشاء الحق إلى يوم المطالبة به مما يطرح إشكالية القانون الواجب التطبيق هل القديم أم الجديد؟

- وفي حالة ما طرح النزاع وكان الفرد المطلوب جنسيته للتطبيق ينتمي إلى دولة تتعدد فيها الشرائع فهل لما يواجهه القاضي هذه المشكلة يقف عند حدود الدولة المتعددة الشرائع ويترك لقانونها مهمة تحديد الشريعة الداخلية المختصة، أم يسترشد بقانونه في تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق؟

هذا ما سنحاول تبيانه من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: تنازع الجنسيات.

المطلب الثاني: الإحالة إلى دولة تتعدد فيها الشرائع.

تكرس كل دولة في مادة الجنسية مبدأ حريتها الكاملة واستقلاليتها بوضع قواعدها الخاصة في هذه المادة، فتجعل وظيفتها قاصرة على تحديد من هم رعاياها، مستندة في ذلك إلى معايير تتماشى مع مصالحها الأساسية، ودون النظر إلى مصالح الدول الأخرى.

فاختلاف هذه المعايير من دولة إلى أخرى من جهة ومبدأ الاستقلالية من جهة ثانية يفتح المجال أمام ظهور حالتين مختلفين " تعدد الجنسية" و"انعدام الجنسية"، وكلتا الحالتين يعدان من الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في مجال تنازع القوانين وبخاصة في الدول التي تأخذ قانون الجنسية كضابط الإسناد في مجال الأحوال الشخصية كمثال الجزائر وغالبية الدول العربية.

إلى جانب هذا فقد يغير الشخص العادي (لا يشكل حالة من الحالتين السابقتين)، جنسيته من يوم نشوء الحق والمطالبة به أو تاريخ المنازعة.

نظرا لأهمية هاتين الحالات سوف نقوم بدراسة كل حالة على حدة مع توضيح معالمها والحلول المنتهجة في حل الإشكالية التي تطرحها كل من تعدد وانعدام الجنسية (الفرع الأول)، وحالة التنازع المتغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعدد وانعدام الجنسيات

إن كل من تعدد الجنسيات وانعدامها يثير العديد من الإشكالات أثناء تطبيق قانون الجنسية، مما يدفع بنا إلى توضيح كل منهما مع تبيان موقف المشرع الجزائري من الحالتين.

كما تم تبيان أنه مبدأ حرية الدولة في مادة الجنسية مبدأ مسلم به فقد تأخذ دولة بحق الدم وأخرى بحق الإقليم وثالثة يهما معا ، فمن هنا تنشأ ظاهرة تراكم الجنسيات على الشخص الواحد.(1)

وتعدد الجنسية واقعة في المجتمع الدولي على الرغم من أن المبادئ العامة في القانون الدولي تحاول التخلص منها فما هي ديباجة اتفاقية لاهاي لعام 1930 المبرمة في 12 ابريل 1930 تنص على أنه: "من مصلحة الجماعة الدولية أن يسلم كافة أعضائها بأن يجب أن يكون لكل فرد جنسية كما يجب أن يكون له جنسية واحدة.(2)

والمشكلة التي يثيرها هذا الفرض هو الالتزام الواقع على عاتق القاضي في تطبيق جنسية من الجنسيات المتزاحمة وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي ، ولكن وقبل تبيان الحلول الفقهية المقترحة في هذا المجال وموقف المشرع الجزائري منها نوضح في البداية مفهوم التعدد وأسباب نشأتها.

أولاً: مفهوم تعدد الجنسيات وأسبابها

إن تعدد الجنسية ويسمى التنازع الايجابي يعني أن يكون لدى الشخص أكثر من جنسية واحدة ، وقد يكون لديه اثنتان أو ثلاثة أو أكثر ، وذلك حين يثبت له في وقت واحد جنسية دولتين أو أكثر بحيث يعتبر هذا الشخص قانوناً متمتعاً بجنسية هذه الدول بغض النظر عن إرادة الفرد إن كان له دور في كسب هذه الجنسية أو تلك.

-
- (1) أنضر عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، (الجنسية والمواطن ومركز الأجانب)، الجزء الأول، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، الطبعة الحادية عشرة، 1986، ص238.
 - (2) أنضر أحمد ضاعن سمدان ، المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي ، مجلة الحقوق العدد الأول ، 2007 ، ص13.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

وهناك عدة تعريفات للفقه لمشكلة تعدد الجنسية نذكر منها:

" أن يكون للشخص متعدد الجنسية إذا ثبت له جنسيتان أو أكثر في وقت واحد، وذلك وفقا لقانون كل دولة من الدول التي يحمل هذا الشخص جنسيتها"(1).

و "مزدوج الجنسية هو من يتمتع بجنسية دولتين، إذ قد تتوفر في شخص أسباب التمتع بأكثر من جنسية واحدة وفقا لأحكام قانون دولتين أو أكثر"(2).

ويعرفها جانب آخر من الفقه: "حصول الفرد على أكثر من جنسية"، أو "الوضع القانوني يكون فيه لنفس الشخص جنسية دولتين أو أكثر، بحيث يعتبر قانونا من رعايا كل دولة يتمتع بجنسيتها."(3)

ويتضح من خلال هذه أن تعدد الجنسية هو تراكم أكثر من جنسية على الشخص الواحد. والشرط اللازم توفره هنا حتى نقول أننا أمام ازدواج أو تعدد أن يكون اكتساب هذه الجنسيات جميعا قد تم بطريقة قانونية سليمة ، وهذا يعني ألا يكون الحصول على إحداها قد تم بناء على غش أو أقوال كاذبة أو أن تكون إحداها مزورة ولم يتم اعتمادها من الدول أو لم تتوفر شروط اكتساب ففي هذه الأحوال الأخيرة لا تكون جنسية حقيقية ومن ثم فلا تعد احدي الجنسيات التي تؤخذ بها في اعتبار التعدد

(1) أنضر حفيظة السيد حداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشورات الحريري الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005، ص.65

(2) أنضر غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص- الكتاب الأول- (في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية) دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة الرابعة، 2005، ص.123.

(3) أنضر محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمعدد الجنسية، دار هومة، بن عكنون، الجزائر ، الطبعة الأولى، 2006، ص.20.

و لظهور المشكلة عدة أسباب ومنها تباين قواعد الجنسية بين الدول واختلاف الأسس التي تتبناها كل دولة لإضفاء جنسيتها على الأفراد (1).

فمن الدول من تعتمد على أساس حق الدم من جهة الأب لتحديد مواطنيها، كما هو حال غالبية الدول العربية ، و دول تعتمد على أساس حق الدم من جهة الأم ومن جهة الأب معا كمعظم الدول الأوروبية ، ومثال ذلك أن يولد طفل لأب تأخذ دولته بحق النسب من جهة الأب على إقليم دولة تعتد بحق الإقليم ، فتكون للطفل جنسيتان أصليتان جنسية دولة الأب عملا بحق النسب، و جنسية المكان الميلاد أخذ بحق الإقليم ونفس الحالة بالنسبة للأم(2).

كما يمكن للمشكلة أن تظهر حتى لو توحدت الأسس الفنية لاكتساب الجنسية مثال ذلك ميلاد طفل في حالة الزواج المختلط وكان قانون كل من والدي الطفل يأخذ بحق الإقليم ، فيكون للولد جنسية دولة الأب و جنسية دولة الأم عملا بحق النسب إليهما وإذا حصل ميلاد هذا الطفل في إقليم دولة تأخذ بحق الإقليم ثبت له جنسية ثالثة.

ومشكلة تعدد الجنسيات إما أن يكون معاصر للميلاد أو في وقت لاحق، أما عن الصورة الأولى (معاصر للميلاد) ، كما سبق تبيانه فالأسس التي تأخذ بها التشريعات سواء توحدت أو اختلفت فهي سبب أساسي في اكتساب تعدد الجنسية المعاصر للميلاد ، أما عن التعدد اللاحق للميلاد، فقد يحدث على اثر تغيير الفرد لجنسيته ، وذلك في كل مرة يحصل فيها الشخص على جنسية دولة جديدة

(1) أنضر صادق علي هشام، دروس في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة، الإسكندرية، طبعة 2003.ص386
(2) أنضر الطيب زروتي ، الوسيط في الجنسية الجزائرية ، مطبعة الكاهنة ،بوزريعة ،الجزائر، 2002 ص180.

دون أن تزول عنه جنسيته السابقة ومثال ذلك حالة ما إذا تجنس شخص بجنسية دولة وبقي محتفظاً بجنسيته الأولى، فكثير من التشريعات لم تعلق دخول الشخص جنسيتها على فقد لجنسيته الأولى(1).

ومهما كانت أسباب نشأة ظاهرة تعدد الجنسيات فالأمر لا يخلو من طرح صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق، فالقاضي ملزم بتطبيق قانون جنسية واحدة من الجنسيات المتزاحمة. فما هو المعيار المعتمد لتحديد القانون الواجب التطبيق؟

ثانياً: القانون الواجب التطبيق عند تعدد الجنسية.

تجري غالبية التشريعات وبتواتر العمل ويستقر الفقه الغالب على ضرورة التفرقة بين فرضين: أولهما عندما تثور المسألة المتعلقة بازواج الجنسية أو تعددها أمام السلطات الإدارية أو قضاء في دولة من الدول التي يتمتع الشخص بجنسيتها وثنانها خاص بالوضع الذي يثور بين جنسيات أجنبية، أي ليست جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة، وسنعالج هاتين الحالتين.

➤ جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة

نرصد في هذا الفرض ثلاث اتجاهات: الأول وهو الغالب ويكمن في تطبيق قانون دولة القاضي متى كانت جنسيته من الجنسيات المتزاحمة و الثاني يتمثل في تطبيق قانون الجنسية الواقعية والثالث يتبلور في عدم التقيد بحل معين سلفاً أو فكرة الحل الوظيفي ، والذي يرى حسم مسألة "تنازع الجنسيات" بوصفها مسألة تابعة لمسألة أصلية متعلقة بتنازع القوانين وهذه الحلول هي كالاتي:

الاتجاه الأول:تطبيق قانون جنسية القاضي

وهو الغالب في القانون المقارن ويرى أنه إذا كانت جنسية القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة على عاتق مزدوج الجنسية (أو متعددها) ، وجب تطبيق جنسية دولة القاضي وصرف النظر عما سواه، ويتم ذلك دون الالتفات إذا كان هذا الشخص مرتبطاً من الناحية الفعلية بإقليم هذه الدولة أم

(1) أنصر عكاشة محمد عبد العال ، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات (دراسة تحليلية و تأصيلية في القانون المصري والقانون المقارن، 1996، دار الجامعة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، ص83.

لا، وما إذا كانت له مصالح على إقليمها أم لم تكن له مصالح أو يعيش هذه الجنسية فعلا وواقعا أم كان بينه وبينها هجر مديد(1).

يجد هذا الحل تبريره في أن قانون الدولة لما يعتبر الشخص من مواطنيها ، فإنه لا يمكن لأية سلطة فيها قضائية كانت أو إدارية إنكار هذه الصفة(2) .

كما أنه ومن دواعي إقرار تفضيل جنسية القاضي من ضمن الجنسيات التي يحملها الشخص هو اعتبار الجنسية من المسائل المتعلقة بالسيادة وداخلة في الاختصاص القاصر لكل دولة لذلك فلا يعقل أن يترك أمر تحديدها لدولة أخرى

وهذا الاتجاه أخذت به اتفاقية لاهاي المبرمة في 12/04/1930، بنصها في المادة الثالثة منها أن: "الشخص المتمتع بجنسيتين أو أكثر يمكن أن تعتبره كل دولة يحمل جنسيتها من رعاياها".

أيضا هذا الحل هو السائد في القانون المقارن (3). وعلى الرغم من التأييد الكبير الذي لقيه هذا الرأي إلا أنه لم يسلم من النقد ، إذ أن جنسية الدولة المطروحة أمام سلطاتها مسألة التنازع قد لا تكون جنسية واقعية ، ولذا يجب عدم تغليب جنسية هذه الدولة والنظر إلى الأمور نظرة واقعية ، تغلب الجنسية الواقعية على الجنسيات الأخرى التي يحملها متعدد الجنسية بما فيها جنسية الدولة.

ومن النقد الموجه أيضا إلى هذا الاتجاه انه عندما تكون الجنسية هي ضابط الإسناد فيؤدي هذا إلى اختلاف الحلول بحسب محكمة الدولة المعروض عليها النزاع ، إذ أن كل دولة يحمل الشخص جنسيتها تطبق

-
- (1) أنصر عكاشة محمد عبد العال ، " أحكام الجنسية اللبنانية... "، المرجع السابق، ص117.
 - (2) أنصر بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، (تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الجنسية) جزء الثاني، دار هومة ، الجزائر ، 2003 ، ص166.
 - (3) من التشريعات العربية أخذت به: القانون المدني مصري (م 2/25)، القانون العراقي (2/23)، القانون المدني السوري المادة 27، والقانون الأردني (م 26 من القانون المدني لسنة 1976)، القانون المدني اليمني(م34 سنة 1976). أنصر طيب زروتي ، " الوسيط في الجنسية الجزائرية ، المرجع السابق ، ص193.

على النزاع قانونها، لأنها لا تعدد إلا بجنسية دولتها دون الجنسيات الأخرى التي يحملها الشخص.

الاتجاه الثاني: تطبيق الجنسية الفعلية.

بعد الانتقادات التي وجهت للاتجاه الأول ، كان لابد من البحث عن قانون آخر فقد يكون الشخص المتعدد الجنسيات غير مرتبط بجنسية دولة القاضي ، وتكون الجنسية الأخرى التي لم يطبق قانونها هي الجنسية الفعلية التي يرتبط بها الشخص ويعيشها فعليا، من هذا المنطق ذهب جانب من الفقه إلى انه يجب تحديد الجنسية التي يجب تطبيق قانونها من خلال منظور واقعي وعلى أساس معيار منضبط يكفل وحدة الحل والجنسية الفعلية أو الواقعية تكفل هذا الحل المنطقي.

يمكن تعريف الجنسية الفعلية بأنها: " هي جنسية الدولة التي اندمج الفرد فعلا في جماعتها، وعاش في كنفها واستعمل فيها الحقوق التابعة لها وتحمل التزاماته. يحددها القاضي وهو يدور في ميدان الواقع وليس في ميدان القانون ويتخذها وسيلة لتفضيل إحدى الجنسيات المتنازعة عن الأخرى." (1)

ولعل أهم ما يميز هذه النظرية هو استجابتها للأساس الاجتماعي للجنسية والذي ينطوي على شعور الفرد بالولاء نحو الدولة التي يرتبط بها فعليا.

وعلى الرغم من أن فكرة الجنسية الواقعية قد كرستها محكمة العدل الدولية في القضية الشهيرة المعروفة بقضية "nottebohn" وبارك الفقه الحديث في مجموعه هذه الفكرة على اعتبار أنها معيارا واضحا ومنطقيا ، إلا أنه هذه الفكرة أيضا لم تسلم من الانتقاد فالجنسية الفعلية يكتنفها الكثير من الغموض والاختلاف الشديد حول مفهومها وعدم وضوح عناصرها فقد تكون مبعث لوجود نوع من عدم الأمان القانوني(2)

ضف إلى ذلك من الصعوبة بما كان أعمال معيار الجنسية الفعلية على فرض تحرره من كل الغموض ، ومرد ذلك إن أعمال الجنسية الفعلية يصطدم بحقيقة وضعية، هناك العديد من التشريعات

(1) أنصر بلقاسم أعراب ، " القانون الدولي الخاص الجزائري " ، جزء الثاني، المرجع السابق ، ص130.

(2) أنصر عز الدين عبد الله ، " القانون الدولي الخاص " ، الجزء الأول، ص250

-كما رأينا- تفرض الحل القائل بترجيح جنسية دولة القاضي المثارة إمامه مسألة تنازع الجنسيات متى كانت جنسيته من بينها..

الاتجاه الثالث: فكرة الحل الوظيفي.

تستند فكرة هذا الاتجاه إلى فرضين أساسيين، **الفرض الأول:** في انه لا يجب النظر إلى المسألة الخاصة بتنازع الجنسيات على أنها مسألة مستقلة قائمة بذاتها ، لها حل ثابت في جميع الفروض ، بل يجب النظر إليها على إنها مسألة أولية تثور بمناسبة مسألة أصلية ، ولذا فمن الأنسب إيجاد حل لها على ضوء النظر إلى المسألة ذاتها ، من حيث طبيعتها والغاية منها سواء تعلق الأمر إجمالاً بمركز هذا الشخص أو بتحديد القانون الواجب التطبيق أو باختصاص المحكمة من الوجهة الدولية ومدى إمكانية الاعتراف أو تنفيذ الأحكام الأجنبية.

الفرض الثاني: أن تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي مرجحاً للجنسية الأجنبية رغم أن الجنسية الوطنية هي من بين الجنسيات المتواجدة، لا يعني إنكاره الجنسية الوطنية للشخص فجلمة الجنسية الوطنية لا تزول إلا وفقاً للأحوال المنصوص عليها في قانون الدولة وليس بقرار قضائي(1).

انطلاقاً من هذين الاعتبارين الجوهريين فإنه إذا افترضنا أن شخصاً مزدوج الجنسية يحمل من بين الجنسيات المتزاحمة الجنسية الوطنية وطرح مسألة تنازع الجنسيات أمام القاضي الوطني ، فإن الإشكال الذي يثار أي قانون من هذه القوانين يكون هو الواجب التطبيق ؟ ومن خلال فكرة الحل الوظيفي، فإن طرح مسألة المفاضلة بين قانون جنسية القاضي و قانون الجنسية الأجنبية ، يتعين أن

(1) أنصر محمد عبد العال عكاشة ، "تنازع القوانين"، منشورات حلي الحقوقية ، لبنان، الطبعة الأولى، 2004، ص676.

يكون الفيصل في الاختيار بينهما هو القانون الذي يحقق حماية الأفضل للطفل، فتلك هي الغاية التي

ترمي إليها، "روح قاعدة التنازع" (1)

ويمكن تصور هذا الحل في ما سطر إليه الأستاذ "لاجارد" ، على أساس ما تقرره المادة 17/311 مدني فرنسي ، في مسائل البنوة من أن الاعتراف بالبنوة الطبيعية يكون متى تم طبقا لجنسية الفاعل (الوالد) ، أو قانون جنسية الطفل فقاعدة التنازع هذه لها غاية مادية ، حماية الطفل والانحياز للحل الذي يضيف الشرعية على الاعتراف ببنوته ، فمن الجلي من روح هذه القاعدة ، تزكي الحل الذي يقضي بتطبيق قانون الجنسية ، الذي يقر بصحة الاعتراف بالبنوة ، ولو كان هذا القانون هو قانون الدولة أجنبية، للوالد أو الابن ، ولو كان كل منهما يحمل في عين الوقت الجنسية الفرنسية.(2)

على هذا الأساس فان تباينت الآراء الفقهية والتشريعية في القانون المقارن في حل مسألة تنازع الجنسيات أمام القاضي الوطني ، فما هو الحل الذي يتخذه القاضي في حالة طرح المسألة مع اعتبار كل الجنسيات أجنبية؟

ثانيا: التنازع بين جنسيات أجنبية

الفرض في هذه الحالة أن النزاع المتعلق بمتعدد الجنسيات يثور أمام القاضي الوطني. في وضع لا تكون فيه الجنسية الوطنية من بين الجنسيات التي يحملها الشخص. مثال ذلك أن تعرض منازعة أمام القاضي الجزائري متعلقة بشخص يحمل جنسيتين مختلفتين أجنبيتين(أمريكية وفرنسية). فالقاضي هنا أمام اختيار صعب حيث يجب عليه أن يختار قانونا واحدا، وكأن الفرد لا يملك إلا جنسية واحدة. فهنا العبء سيكون ثقيلًا على القاضي الناصر في النزاع، فأى قانون جنسية يختار وبخاصة في حالة التي يثبت فيها قانون إحدى الجنسيات حق للفرد بينما ينفيه عنه قانون الجنسية

(1) أنضر محمد عكاشة عبد العال ، "الاتجاهات الحديثة في تنازع الجنسيات " ، المرجع السابق ،ص83.
(2) أنضر عبده جميل غصوب ، "دروس في القانون الدولي الخاص " ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ،2008، بيروت لبنان، ص360

الأخرى ، مثلا أحد القانونين يبيح التعدد في الزواج والآخر يمنعه فبأي قانون يأخذ القاضي و بالأحرى ما هو المعيار الذي بمقتضاه يمكن إجراء المفاضلة بين هذه الجنسيات؟ للإجابة عن هذا التساؤل . تعددت المعايير ولكل وجهة نظر كما سنرى .

➤ المعيار القائم على نظرية تكافؤ السادات .

تنطلق فكرة هذا المعيار في أن متعدد الجنسية تثبت له و بالنظر إلى قانون كل دولة أكثر من جنسية ثبوتا صحيحا، من هنا فانه على الدولة المطروح أمامها النزاع أن تنظر إلى الجنسيات التي يحملها الشخص على أنها متساوية ، وتعترف بها جميعا دون تفضيل لواحدة عن الأخرى . وفي هذه الحالة يكون للشخص وحده التمسك بأي من الجنسيات التي يحملها ويعامل على أساس من هذا الاختيار. (1)

وما يؤخذ على هذا الرأي أنه سيرتب نتيجة خطيرة أبرزها وضع متعدد الجنسية في مركز قانوني مضطرب، حيث سيختلف الحل بشأنه بحسب ما إذا كانت الدولة الثالثة المنظور أمامها النزاع صاحبة مصلحة في هذا الخصوص أم لا .

➤ المعيار تفضيل الجنسية الأقرب إلى أحكام جنسية دولة القاضي .

بعد النقد الموجه إلى الرأي السابق ذهب هذا الرأي إلى ضرورة ترجيح الجنسية التي تتفق في أحكامها مع أحكام قانون جنسية دولة القاضي المعروض أمامه المنازعة، و تبدو أن حجة النظرية تكمن في أن من المفترض أن قانون دولة القاضي ينطوي في ذاته على الأحكام النموذجية إذا قورن بغيره من قوانين الدول الأخرى.

ويأخذ على الرأي أنه يقحم قانون دولة القاضي في المنازعة مع أنه غريب عن هذه المسألة

(1) أنصر عكاشة محمد عبد العال ، " تنازع القوانين..... " ، المرجع السابق، ص 698.

المطروحة أمامه، ثم أن الحل الذي سيؤدي إليه هذا الرأي سيختلف وتباين بحسب الدولة المنظور أمامها النزاع ، مع أن المطلوب هو معيار يكفل وحده الحل المعتمد في هذا الخصوص.

➤ الاعتراف بالجنسية التي حصل عليها الشخص أولاً:

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الاعتراف في الترحيح هو النظر إلى الوقت الذي تم فيه اكتساب الجنسية المتنازعتين، فيكون من الإلزام ترجيح الجنسية الأولى التي اكتسبها الشخص بوصفها حق مكتسباً له (1)

وان كان الأخذ بهذا الرأي بما فيه من تفضيل الجنسية الأولى ينطوي على إهدار الحق الفردي في تغيير جنسيته وهو ما يعني ربطه بفكرة الولاء الدائم لجنسية معينة.

➤ الاعتراف بالجنسية الأحدث اكتساباً.

رأى البعض أنه يجب معاملة مزدوج الجنسية أو متعددها على أساس الجنسية الأحدث فهي الأصدق في التعبير عن رقابته و الأقرب إلى تجسيد إرادته. وهذا حل قد أقرته بعض التشريعات (2)

وان كان تقدير هذا الحل يتمشى منطقياً في حالة اكتساب الجنسية الثانية أو الثالثة في وقت لاحق لأن في ذلك يكون الشخص قد عبر فعلاً و واقعا عن اندماجه في هذه الجنسية الجديدة، أما إذا كان اكتساب الجنسية بفعل الميلاد. فهل يعقل تفضيل الجنسية الأخيرة ؟

➤ الاعتراف بمعيار الموطن .

وأمام صعوبة تطبيق المعايير السابقة ذهب هذا الرأي إلى استبعاد تطبيق قانون الجنسية كضابط للإسناد في مسائل الأحوال الشخصية، و إحلال ضابط الموطن بدلاً منها أو ضابط محل

(1) أنصر عكاشة محمد عبد العال ، "تنازع القوانين" ، المرجع السابق ،ص703.

(2) أنصر عكاشة محمد عبد العال ، "تنازع القوانين....." ، المرجع السابق ،ص703.

الإقامة المعتادة ولقي هذا الاتجاه ترحيباً عندا القضاء في بعض الدول مثل لبنان (1)

واخذ على هذا الرأي أنه قد تجاهل فكرة الجنسية تجاهلاً تاماً في حين أن الفرض أن المشرع الدولة المطروح أمامها مركز متعدد الجنسية قد أخذ بهذه الفكرة كضابط للإسناد في المسائل المتعلقة بالشخصية.

➤ الجنسية الفعلية.

يذهب الاتجاه الغالب في القانون المقارن إلى حسم التنازع بين الجنسيات الأجنبية التي يحملها الشخص متعدد الجنسية بالارتكاز إلى نظرية الجنسية الفعلية أو الواقعية.

وهذا ما تبنته اتفاقية لاهاي لعام 1930 المبرمة في 12 أبريل 1930 في مادتها الخامسة أين رجحت مبدأ الجنسية الفعلية ، فالقاضي يختار قانون الجنسية المعبرة عن حقيقة انتساب الفرد فعلاً لدولة معينة من بين الدول التي يحمل جنسيتها، فعليه للوصول إلى هذه الجنسية أن يستعرض مجموع الشواهد و الأدلة التي تعتبر قرينة ارتباط الشخص بإحدى هذه الجنسيات.

الفرع الثاني انعدام الجنسية.

إذا كانت مشكلة تراكم الجنسيات تثير العديد من المشاكل في مجال تنازع القوانين من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق على الشخص في الدول التي تأخذ بالجنسية كضابط للإسناد في شأن مسائل الأحوال الشخصية كما هو الحال في الجزائر.

(1) القانون الدولي الخاص الكوري (م1/2) والياباني القديم (م 1/27) قبل تعديل 1975 . والقانون الاسباني الذي يعول على قانون محل الإقامة المعتادة للشخص ، وإلا طبق قانون آخر جنسية كانت ثابتة له (م9 من قانون 1974)

فمشكلة انعدام الجنسية لا تقل أهمية عنها ، وتطرح نفس الصعوبات في مجال تنازع القوانين ، إذ يقع على عاتق القاضي المطروح أمامه النزاع التزام بتطبيق قانون الجنسية على شخص هو مجرد من كل جنسية ، زيادة على ذلك فإن عديم الجنسية فوضعيته مزرية لأنه يوجد في رتبة أدنى من الأجنبي ، ومن اللاجئ السياسي.(1)

كما سبق الإشارة إليه في تعدد الجنسيات إن إقرار القانون الدولي العام - لمبدأ استقلالية كل الدول بوضع القواعد الخاصة بجنسيتها يستتبع معه ظهور كل من تعدد الجنسيات وانعدام الجنسية. من خلال ما تقدم سنحاول إعطاء مفهوم لظاهرة انعدام الجنسية نتناول التعريف بالمشكلة مع بيان معناها وأسباب ظهورها (البند الأول) ثم نستتبع بحل الإشكال الذي يثيره انعدام الجنسية حين يستحيل إعمال ضابط الجنسية وهنا يثور البحث عن ضابط بديل أو احتياطي الذي يستعاض به بدل من ضابط الجنسية (البند الثاني).

البند الأول: مفهوم انعدام الجنسية وأسبابها.

يحصل انعدام الجنسية عندما لا تدعي أية دولة السيادة على جنسية شخص معين ولا تعترف باختصاص قانونها الوطني في مسائل الأحوال الشخصية، لوقوعه في حالة اللاجنسية. وقد وردت عدة تعاريف لعديم الجنسية يمكن ذكر منها: " عديم الجنسية هو كل من لا يتمتع بجنسية دولة معينة." (2)

و عرف أيضا: " عديم الجنسية هو الشخص الذي يجد نفسه منذ ميلاده أو في تاريخ لاحق على

(1) هذا ما حدا بالدول إلى عقد اتفاقية خاصة بمعاملة عديم الجنسية وهي اتفاقية نيويورك المبرمة في 1954/07/28، وقد انضمت إليها الجزائر بمرسوم 73/64، المؤرخ في 1964/06/08. ج.ر. رقم 15 لسنة 1964 ، أنصر زروتي الطيب ، حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص ، م . ع . ق. ا. س. العدد 1 لسنة 2000، ص 159.

(2) أنصر غالب علي الداودي ، " القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق ، ص 123.

ميلاده مجردا من حمل جنسية أي دولة من الدول".(1)

وقيل أيضا بأنه:" الوضع القانوني لشخص تعتبره كل الدول من رعاياه."(2)

ويطلق الكثير من الفقهاء على هذه الظاهرة تسمية التنازع السلبي وهي تسمية غير دقيقة فنيا لأن انعدام الجنسية لا يثير تنازع الجنسيات أصلا، لأن الفرض أن الشخص لا يتمتع بأية جنسية أي أن قوانين الدول جميعا تخلت عنه.(3)

أما عن أسباب ظاهرة انعدام الجنسية فهي ترجع لأسباب متنوعة قد يتوافر بعضها في تاريخ معاصر للميلاد، وقد يتحقق البعض الآخر في تاريخ لاحق للميلاد.

و لعل أول أسباب الانعدام المعاصر للميلاد هو اختلاف الأسس التي تأخذ بها الدول في شأن فرض جنسيتها الأصلية ، فقد يتصور إذا ولد الشخص خارج الدولة التي ينتمي إليها أبواه في إقليم دولة لا تأخذ بحق الإقليم وكانت دولة الأبوين لا تمنح جنسيتها بناء على حق الدم، في حالة الميلاد الواقع في الخارج مثلا.

ومن جهة أخرى قد يتحقق الانعدام المعاصر للميلاد رغم اتحاد الدول في الأسس التي تأخذ بها في فرض جنسيتها الأصلية، فإذا أخذت عدة دول بحق الدم المستمد من الأب فقط ، وولد طفل غير شرعي في أي منها فسيعتبر الطفل في هذه الحالة معدوم الجنسية منذ ميلاده ، بل أن الأخذ بحق الدم

-
- (1) أنضر حفيظة السيد حداد، " الموجز في الجنسية ومركز الأجانب..."، المرجع السابق، ص73.
 - (2) أنضر طيب زروتي، " الوسيط في الجنسية"، المرجع السابق، ص201.
 - (3) انضر محمد كمال فهمي ، "أصول القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق ، ص110.

المستمد من الأم في منح الجنسية الأصلية لن يفيد في هذه الحالة فيما لو كانت الأم معدومة الجنسية بدورها.(1)

ويتحقق الانعدام اللاحق على الميلاد بصفة عامة في جميع الفروض التي يفقد فيها الشخص جنسيته دون أن يتمكن من اكتساب جنسية دولة أخرى، على هذا النحو يمكن القول بان جميع أسباب زوال الجنسية قد تكون في نفس الوقت أسباب لانعدامها.

ومن هنا سنحاول تبيان الحلول التي تبناه الفقه والقانون المقارن في حل هذه المسألة حينما تطرح على القاضي الوطني.

البند الثاني:الحلول الفقهية المعتمدة لحل مشكلة انعدام الجنسية.

اختلفت الآراء بشأن وضع حل لهذه المشكلة، وهي كما يلي:

➤ الرأي الأول:قانون آخر جنسية لعديم الجنسية

ذهب هذا الرأي إلى القول أن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون آخر دولة كان عديم الجنسية متمتع بجنسيتها ، بحسب ما أخذ به الفقه والتشريع في ألمانيا (2).

ألا أنه قد أخذ على هذا على الاتجاه أنه أعتد برابطة لم يعد لها وجود من جهة ومن جهة أخرى فان الرأي السابق يقف عاجزا عن تقديم الحل للمشكلة محل البحث في الفروض التي يتحقق فيها انعدام الجنسية في وقت معاصر للميلاد(3).

➤ الرأي الثاني: جنسية الدولة التي ولد بها عديم الجنسية.

ذهب إلى ضرورة البحث في هذه الحالة عن جنسية بديلة يعتد بها، هذه الجنسية هي جنسية الدولة التي ولد فيها عديم الجنسية إذا عرف مكان ميلاده ، و إلا فقانون الدولة التي يقيم فيها(1).

-
- (1) أنضر صادق علي هشام، " دروس في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص449.
 - (2) أنضر غالب علي الداوودي، "القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص145.
 - (3) أنضر هشام علي صادق، " دروس في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص461.
 - (4) أنضر عكاشة محمد عبد العال، " تنازع القوانين ..."، المرجع السابق، ص724.

وهذا الرأي هو بدوره معيب إذ قد تكون واقعة الميلاد عرضية لا تعكس أي ارتباط بين الشخص والدولة.

➤ الرأي الثالث: تطبيق قانون الجنسية المجرّد منها عديم الجنسية.

ذهب هذا الرأي إلى تطبيق قانون جنسية الدولة التي جرد منها بطريقة تعسفية

وهذا الرأي بدوره منتقد إذ أن هذا الرأي يعول على رابطة لم تعد قائمة من وجهة نظر الدولة التي ينتمي إليها، وبمقتضى ذلك كله إن الحل قاصر من ناحية على مواجهة الفرض الذي يكون فيه للشخص جنسية سابقة سحبت منه، ولا يمكن تطبيقه على حالات الانعدام المعاصر للميلاد.

➤ رأي آخر: تطبيق قانون القاضي.

وذهب فريق آخر إلى تطبيق قانون القاضي إذا تبين أن الشخص الذي أثير بشأنه عديم الجنسية وحجة القائلين بهذا الرأي أنه في مثل هذا الفرض لا يكون ثمة تنازع بين القوانين، ولا وجه بالتالي لإعمال قاعدة الإسناد الوطنية. (1)

غير أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به على إطلاقه فهو يعني دائما أبدا تطبيق قانون القاضي في كل مرة يتعذر فيها إعمال القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد أيا كان مرجع هذا التعذر فلا وجه للقول بتطبيق قانون القاضي بالنسبة لعديم الجنسية بدعوى أنه صاحب الاختصاص الاحتياطي لحكم علاقات القانون الخاص ذلك أن تطبيق قانون القاضي مشروط بعدم وجود حل آخر أكثر ملائمة لطبيعة العلاقة المطروحة (2).

➤ الرأي الرابع: تطبيق قانون الموطن

استقر الرأي الرابع فقها وقضاء على اعتماد معيار يؤكد الانتماء الواقعي لعديم الجنسية بتطبيق قانون دولة موطنه أو قانون محل الإقامة، هذا الحل أصبح معتمد في القانون الاتفاقي

(1) أنصر غالب علي الدودي، " القانون الدولي الخاص...."، المرجع السابق، ص120.
 (2) أنصر عكاشة محمد عبد العال، " الاتجاهات الحديثة لتنازع الجنسيات"، المرجع السابق، ص83.

والتشريعات الوطنية (1) فقد نصت عليه المادة 12 الفقرة الأولى من اتفاقية نيويورك المؤرخة في 1954/09/28 بنصها على أن: "حالة عديم الجنسية يحكمها قانون بلد موطنه وإذا تخلف الموطن فيكون بلد إقامته".

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من تعدد و انعدام الجنسية:

بعد أن درسنا كل من مفهوم وأسباب ظاهرتي تعدد وانعدام الجنسية ، بحسب توجه كل من الفقه والقانون المقارن ، يجدر بنا أن نتساءل عن موقف المشرع الجزائري من هاتين الحالتين في حالة طرحهما أمام القاضي الوطني الجزائري.

البند الأول: موقف المشرع الجزائري من تعدد الجنسيات

لقد تصدى المشرع لهذه المشكلة فميز بين فرضين .

الفرض الأول: عندما توجد من بين الجنسيات التي تثبت للشخص الجنسية الجزائرية.

الفرض الثاني: عندما تكون جميع الجنسيات التي تثبت للشخص أجنبية.

بالنسبة للفرض الأول: أوجب المشرع الجزائري تطبيق الجنسية الجزائرية وفقا لنص المادة 22 قانون مدني المعدلة والمتممة بموجب الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

أما بالنسبة للفرض الثاني أي لما تكون جميع الجنسيات أجنبية نصت المادة 22 على تطبيق

الجنسية الفعلية وهو الرأي الراجح في الفقه المقارن

(1) من تلك التشريعات القانون المدني الاسباني المعدل في 1974 المادة 09 منه ، والقانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986 (المادة 2/5 منه)، القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 (المادة 24)، القانون المدني الايطالي لسنة 1942.

البند الثاني: موقف المشرع الجزائري من انعدام الجنسية

بالنسبة للموقف المشرع الجزائري من انعدام الجنسية يظهر من خلال مرحلتين، السابقة واللاحقة للقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني ففيما سبق للتعديل المذكور ، فتوجه إلى نفس اتجاه التشريعات العربية ، التي أوكلت للقضاء مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق فترك بذلك للقضاء سلطة تقديرية في هذه الحالة متجاهلا أحكام اتفاقية نيويورك المبرمة في 28 أوت 1954 (المادة 12) والتي انضمت إليها الجزائر بموجب مرسوم رقم 173/64 المؤرخ في 8 جوان 1964، وهي تقضي بإسناد الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون الموطن .

وعند تعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 تم إعادة صياغة الفقرة من المادة 22 على الشكل التالي: " في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة." وبهذا يكون الحل يتماشى مع الحل اتخذته الاتفاقية.

الفرع الثاني: التنازع المتغير

من الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية هو أن يغير الشخص أو الفرد في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي لهذا الضابط ما بين يوم إنشاء الواقعة القانونية ووقت النزاع ، فيتغير القانون الواجب التطبيق فتكون العلاقة حينئذ محكومة بقانونين متعاقبين فينشأ بالتالي تنازع بينهما.

والواقع أن ظروف الإسناد الجديدة تؤدي إلى تعقيد في الموقف وتجعل اختيار القانون الواجب التطبيق أمرا لا يخلوا من الإشكال مما يستدعي بنا توضيح هذا النوع من التنازع وتبيان الحلول الفقهية المتباينة لحل الإشكال الذي يثيره؟ (البند الأول)، وما موقف المشرع الجزائري والقضاء الفرنسي من التنازع المتغير؟ (البند الثاني).

البند الأول: مفهوم التنازع المتغير والحلول المعتمدة لحله.

إن موضوع التنازع المتغير موضوع يكتسي أهمية علمية بالغة ويثير إشكالات عديدة، وهو حديث النشأة وتكوينه النظري تنقصه الدقة والوضوح رغم جهود الفقه في إذلال الصعوبات التي تكتنفه.(1)

أطلق الفقيه "بارتان" (2)، هذا الاصطلاح على التنازع الذي يحدث نتيجة تغيير ظروف الإسناد، مع بقاء قاعدة الإسناد دون تغيير.

وقد وردت عدة تعريفات للتنازع المتغير منها:

" التنازع المتغير هو التنازع الذي ينشأ عن خضوع العلاقة القانونية متتابعين بفعل انتشار عنصر التغيير في الزمان والمكان." (3)

أو كما يعرفه جانب آخر من الفقه أنه: "التنازع المتحرك ينشأ بين قانونين متعاقبين لحكم موضوع واحد ولكن من ناحية أخرى ينشأ بين قانونين صادرين عن مشرعين مختلفين." (4)

ونقول أن هناك تنازع متغير: "لما تكون الواقعة القانونية محكومة بقانونين مختلفين بفعل تغيير ضابط الإسناد." (5)

(1) أنصر طيب زروتي، " القانون الدولي الخاص الجزائري"، ج 1، المرجع السابق، ص116.

(2) أنصر حسن الهداوي، " القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص226.

(3) أنصر سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص288.

4) V. NOUHAD RIZKALLAH, DROIT INTERNATIONAL PRIVE, M.A.J.D, ENTREPRISE UNIVERSITAIRE, BEYROUTH, 1^{er} EDITION, 1985.P 75.

5) V. LOUSSARL YVON ET BOUREL PIERRE, DROIT INERNATIONAL PRIVE, OP.CIT. P 262.

فمن خلال هذه المفاهيم يتضح أن سبب وجود هذا النوع من التنازع هو ناتج عن تغيير ضابط الإسناد بين وقت نشوء العلاقة القانونية ووقت المنازعة فيها.

وهذا التغيير الذي طرأ على القانون المختص هو ليس بفعل إرادة المشرع أو تغيير قاعدة التنازع، وإنما هي وفقا لإرادة أطراف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي (1).

وحتى نقول أننا بصدد التنازع المتغير لابد من توفر شرطين وهما كما يأتي(2):

الشرط الأول: أن يكون عنصر التعيين، بذاته عنصرا متغيرا، كضابط الجنسية في فئة

الأحوال الشخصية ، فالمشرع استعمل ضابطا يقبل التغيير ويخرج عن نطاقه العناصر المعينة الثابتة أي استعمال ضابط غير قابل للتغيير، فلا ينشأ التنازع.

الشرط الثاني: أن يكون التحرك في التغيير تحركا ظرفيا ، أي تحرك طبيعي فالإرادة

الطبيعية تبقى أساسا للتغيير، وهو يختلف عن التغيير الاصطناعي بمعنى اصطناع ظرف جديد بهدف استبعاد القانون الواجب التطبيق، وهذا يقودنا إلى نظرية الغش نحو القانون(3)

والملاحظة أن هذه الصورة ليست النموذج الوحيد لوجود التنازع المتغير إنما يوجد

نموذج آخر ينتج عن ضم إقليم دولة لدولة أخرى ، إذ يثور التساؤل عن الروابط القانونية وما إذا كان

الاختصاص بشأنها يعطي لقانون الدولة الضامنة أم أنه يبقى في اختصاص الدولة المضمومة

(1) أنصر حسن الهداوي ، "القانون الدولي الخاص.... " ، المرجع السابق، ص226.

(2) أنصر سامي بديع منصور، " الوسيط في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص 288.

(3) الغش نحو القانون هو" التلاعب بأحكام قواعد التنازع بقصد الوصول إلى أغراض شخصية." وفي هذه الحالة يقوم القاضي الوطني باستبعاد القانون الأجنبي لسوء نيتهم وتطبيق المبدأ القائل: "الغش يفسد كل شيء"، أنصر نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة ، الجزائر ، طبعة 2001.

ومن خلال ما تقدم فإن تغيير ظرف الإسناد يثير مشكلة الآثار القانونية لهذا التغيير من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق ومعرفة ما إذا كانت العلاقة القانونية تخضع وبشكل كامل إلى القانون الجديد الذي يتعين بمقتضى ظروف الإسناد الجديدة أم أنها تبقى بحسب الأصل ، خاضعة وبشكل تام إلى القانون السابق الواجب التطبيق قبل ظهور حالة التنازع المتغير أم يترتب على هذا التنازع توزيع الاختصاص القانوني فيما بين القانونين السابق للتغيير واللاحق له؟

البند الثاني:الحلول المعتمدة لحل التنازع المتغير.

أثار حل التنازع المتغير خلافا شديدا في الفقه والقضاء وقد تضاربت الحجج التي تستند إليها مختلف المذاهب الفقهية التي اقترحت في هذا الصدد.

وسنتعرض فيما يلي إلى هذه المذاهب على وجه الإجماع مع بيان ما قد يرد عليها من انتقادات

المذهب الأول: نظرية الحقوق المكتسبة.

اعتمد كل من الفقيه " pillet " و"bartin" نظرية احترام الحق الدولي المكتسب ولكن لكل واحد منهما وجهة نظره الخاصة.

صور الأستاذ "pillet"(1) هذا التنازع في شكل مشكلة قائمة بذاتها غير مشكلة تنازع القوانين

هي: "مشكلة الحقوق المكتسبة" وصاغ لحلها مبدأ سماه " مبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة". ومنطوقه أنه متى اكتسب حق في دولة ما وفقا للقانون المختص وجب الاعتراف بوجوده وصحته في الدول الأخرى.

(1) أنصر عز الدين عبد الله، عز الدين عبد الله، " تنازع القوانين...."، ج 2، المرجع السابق، ص98.

ووفقا لهذا الاتجاه فإنه تبقى كل علاقة قانونية نشأة تحت سلطان قانون ما خاضعة له في كل ما يتعلق بشروطها الشكلية والموضوعية وآثارها الماضية والمستقبلية ولا يتعرف للقانون الجديد بأي اختصاص. (1)

كما يرى أنصار هذا المذهب أنه إذا اكتسب الحق اكتسابا صحيحا طبقا لقانونه المختص ينبغي أن يكون له قوة نفاذ دولية (2).

وينهض هذا الاعتبار على حاجة المعاملات الدولية إلى الاستقرار، وهو يستند إلى مبدأ المجاملة ومبادئ القانون الدولي العام التي تفترض على الدولة أن تحترم سيادة الأخرى. (3)

كذلك يختلف هذا المبدأ عن قاعدة احترام الحقوق المكتسبة التي تطبق على التنازع من حيث الزمان فيما بين قانون قديم وقانون جديد داخل دولة واحدة، إذ أن هذه القاعدة تحمي الحقوق المكتسبة وفقا للقانون القديم من اثر تطبيق القانون الجديد، وهما قانونان صادران عن سيادة واحدة، في حين أن مبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة يحمي الحقوق التي اكتسبت وفقا لقانون صادر من سيادة معينة حتى بعد وقوع تحت سلطان قانون صادر من سيادة أخرى (4).

ثم وضع الأستاذ "pillet" بعض القيود (5)، على تطبيق هذا المبدأ وهي على التوالي:

- أن ينشأ الحق صحيحا طبقا لأحكام القانون المختص الذي تشير قاعدة التنازع في قانون القاضي بتطبيقه.

- أن يكون المطلوب هو نفاذ الحق وليس إنشاءه من جديد بمعنى أن يكون قد نشأ كاملا وليس مجرد أمل فقط.

- ألا ينشأ حق مضاد له في البلد الذي يراد التمسك فيه بنفاذه.

1) انصر حسن الهداوي، " القانون الدولي الخاص....."، المرجع السابق، ص227.

2) أنصر طيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري"، ج 1، المرجع السابق، ص 117.

3) أنصر عز الدين عبد الله، " تنازع القوانين....."، ج 2، المرجع السابق، ص98.

4) أنصر علي علي سليمان، "مذكرات في القانون الدولي الخاص...."، المرجع السابق ص127.

5) أنصر محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، تنازع القوانين) مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006.

- ألا يكون الحق قد اكتسب بطريق الغش نحو القانون.

- ألا يكون الحق المراد التمسك به مخالفا للنظام العام في الدولة التي يراد التمسك بآثاره فيها.

أما الأستاذ "bartin" (1) فقد برر استبعاد تطبيق القانون الجديد استنادا إلى ما تتطلبه المراكز

القانونية من استقرار في العلاقات الدولية، وعليه فإن كان الحق نشأ وفقا لقانون معين فإنه حفاظا

على الاستقرار في المعاملات والمراكز القانونية ينبغي أن يبقى خاضعا لنفس القانون فيما يتعلق

بآثاره.

ويؤخذ على المذهب الأول أن فكرة احترام الحقوق المكتسبة ليست متميزة عن مسألة التنازع

فقد أثرنا من قبل أنه يشترط لاحترام الحق المكتسب أن يكون قد نشأ صحيحا وفقا لأحكام القانون

المختص الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي ومادام الأمر كذلك ، فالمسألة لا تعدو أن

تكون مسألة تنازع وسواء عرض التنازع بمناسبة إنشاء الحق أو بصفة لاحقة لتكوين الحق فإن

القانون المختص في الحالتين واحد غير قابل للتغيير.

هذا فضلا أن فكرة أن فكرة احترام الحقوق المكتسبة لم تتطرق إلى جميع الإشكالات التي

يثيرها التنازع المتغير، فجوهر المسألة التي يثيرها التنازع المتغير هو توزيع الاختصاص بين

القانونيين المتعاقبين على اثر ظرف الإسناد.

ويكون توزيع الاختصاص بينهما بتعيين الحالات التي يجب أن يطبق القانون القديم والحالات

التي يعمل فيها بأحكام القانون الجديد، إذ لا يكفي لحل التنازع المتغير تحديد الآثار

(1) أنضر بلقاسم أعراب، " القانون الدولي الخاص الجزائري"، ج1، المرجع السابق ، ص 133.

من نطاق تطبيق القانون القديم بل يجب بعد ذلك أن نتعرض لمسألة أخرى وهي مدى سلطان القانون الجديد على تلك الآثار لان أحكام هذا القانون الجديد قد تحول دون نفاذها.(1)

وبالنسبة لتبرير الأستاذ "bartin" لهذا الاتجاه فرغم وجاهته إلا أنه ليس بتبرير حاسم، فاستقرار المعاملات هو عامل يؤخذ بعين الاعتبار خارج التنازع المتغير، أما في التنازع المتحرك فان إرادة الأفراد هي السبب في تغيير ضابط الإسناد والذي له أثره على الاختصاص التشريعي(2).

المذهب الثاني: قياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني.

ومقتضى هذا الحل هو أن يكون للقانون الجديد أثر فوري، ولا تقرر له الرجعية إلا بنص كما أن القانون القديم لا يمتد تطبيقه إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد (3).

وعلى هذا النحو موضوع المسألة التي يثيرها التنازع المتحرك هو وضع الحد الفاصل الذي يبين نهاية تطبيق القانون القديم وبداية القانون الجديد (4).

وقد تبنى هذا الرأي الفقيه الفرنسي "باتيفول" ورأى أنه أفضل رأي لحل مشكلة التنازع المتحرك رغم الفروق العديدة الموجودة بين هذا الأخير والتنازع بين القوانين من حيث الزمان ، ويمكن رصد هذه الفروق كما يلي:

-
- (1) أنضر محمد كمال فهمي، " أصول القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص.450
 - (2) أنضر بلقاسم إعراب، " القانون الدولي الخاص الجزائري"، المرجع السابق، ص.134.
 - (3) أنضر محمد كمال فهمي، "أصول القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص.451
 - (4) أنضر طيب زروتي، "القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق ص 133.

- (1) في التنازع الزمني يصدر القانون من مشرع واحد وسيادة واحدة، بينما في التنازع المتحرك يصدر كل من القانونين من سيادة مستقلة.
- (2) في التنازع الزمني القانون الجديد يلغي القانون القديم كمبدأ عام ويحل محله بينما في التنازع المتحرك يظل قانونان ساريا المفعول.
- (3) التنازع الزمني يستطيع المشرع أن يجعل للقانون الجديد أثر رجعي أو يجعل للقانون القديم أثرا ممتدا، في حين لا يتصور ذلك في التنازع المتحرك لاستقلال مصدري القانونين.
- (4) إن حدوث التنازع الزمني لا دخل بإرادة الشخص فيه بينما في التنازع المتحرك يخضع الحق للقانون الجديد بإرادة الشخص.

رغم أوجه الاختلاف بين التنازعين فإن أصحاب هذا الاتجاه يؤسسون رأيهم أن يكون للقانون الجديد اثر فوري ولا تقرر له الرجعية إلا بنص ، كما أن القانون القديم لا يمتد بتطبيقه إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد إلا على سبيل الاستثناء ، بالنسبة للعقود التي يتعين أن تخضع بالنسبة للشروط انعقادها وصحتها وأثارها وانقضائها إلى القانون المعمول به وقت إبرامها مع العقد.

ومن الأمثلة التي يسوقها القائلون بهذا الرأي القضية التي عرضت على محكمة النقض الفرنسية والمعروفة بقضية "مادام فراري" (1).

وقد انتقد هذا المذهب لخلطه بين العلاقات القانونية الوطنية المنظمة تنظيمًا داخليًا والعلاقات ذات العنصر الأجنبي التي تخضع لقواعد التنازع.

(1) تتلخص ظروفها في أن ايطالي يدعى " فراري " تزوج من فرنسية وفي سنة 1913 تم بينهما التفريق ما بين الأجسام ، وعادت السيدة إلى فرنسا واستردت جنسيتها الفرنسية التي كانت قد فقدتها وفقا للقانون الايطالي الذي يحكم زواجه وما يترتب عليه حتى بعد استرداد الزوجة جنسيتها الفرنسية وخضوعها في أحوالها الشخصية للقانون الفرنسي (دفع بأنه له حق مكتسب في عدم انحلال زواجه بالطلاق وفقا للقانون الايطالي) فقضت بتطبيق القانون الفرنسي.

وما يمكن استخلاصه من الآراء السابقة مقارنة بعضها ببعض ، وجدنا أن الغاية التي تستهدفها هي حماية الحقوق التي تتكون في نطاق المعاملات الدولية من أن تهدر في وجودها وفي آثارها لمجرد تغير القانون الذي تخضع تحت سلطانه ، وأنه مهما اختلفت أصحاب هذه الآراء في تعيين الأساس الذي تبنى عليه ، فما هو موقف المشرع الجزائري و الفرنسي ؟

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري و الفرنسي من التنازع المتغير

إن تغيير الجنسية من يوم نشوء الحق ووقت المطالبة به كما في مسألة النسب يطرح التساؤل التالي ما هو موقف المتخذ من طرف المشرع الجزائري والفرنسي في ضمان حماية القانون للحق المكتسب وفقا لقاعدة الإسناد المطبقة على النسب؟

1) موقف المشرع الجزائري:

كما سبق ذكره فإن المشرع الجزائري لم تكن له فيما قبل قاعدة تنازع خاصة بمسألة النسب ، وقد تدارك الأمر بالتعديل وإضافة المادة 13 مكرر ، ومن الصعوبات التي تعترض تطبيق هذه المادة مشكلة التنازع المتغير ، فيكون مطلوب من القاضي الفصل في هذه المسألة .

وحل هذه المسألة أورده المشرع الجزائري في نص المادة ذاته بان حدد القانون الواجب التطبيق بجنسية الأب وقت ميلاد الطفل ، وهذا منطقي لان ميلاد الطفل يعني خروجه إلى الحياة وبداية حياته الفعلية ، إلى جانب حياته القانونية ، فالقول بجنسية الأب لتحديد القانون الواجب التطبيق مضبوط بميلاد الطفل ، المراد إثبات نسبه والذي تتعلق مسألة النسب به.

أما في حالة وفاة الأب فحدد القانون الواجب التطبيق بقانون جنسية الأب وقت الوفاة وهذا بتطبيق قانون آخر جنسية الأب وقت الوفاة ، ففي حالة تغيير الأب لجنسيته ووفاته فالمشرع لم يترك مجال للمفاضلة أو اختيار وإنما حسم المسألة بتحديد قانون تاريخ الوفاة.

(2) موقف المشرع الفرنسي.

عالج مشكلة التنازع المتغير بأن حدد مجموعة من القواعد التطبيق بوقت معين. في أول هذه القواعد: المادة 14/311 من القانون المدني، التي وضعت مبدأ ربط تطبيق قانون جنسية الأم بيوم ميلاد الطفل ويقاس هذا التحديد على تطبيق قانون جنسية الطفل في حالة ما إذا كانت الأم مجهولة.

المطلب الثاني: الإحالة إلى دولة تتعدد فيها الشرائع.

ليس بتراكم الجنسيات أو انعدامها، أو حتى تغييرها ما بين إنشاء الواقعة والمنازعة فيها بالإشكالات الوحيدة التي تعترض مجال تطبيق قانون الجنسية، بل يعترض تطبيقها أيضا صعوبة أخرى تتمثل في الإحالة إلى دولة تتعدد فيها الشرائع.

فمن المعلوم أن الدول تختلف من حيث شكلها أو تركيبها القانوني ، فقد يحدث أن تكون الدولة التي عين قانونها للتطبيق من الدول التي يتكون قانونها من شريعة واحدة تسري في نطاق الإقليم بأسره على جميع المخاطبين بأحكامها دون النظر إلى الأصل أو العقيدة – هنا لا توجد مشكلة – ولكن الصعوبة تكمن في حالة إذا كانت الدولة الواجب تطبيق قانونها تتعدد فيها الشرائع ، وهذا التعدد إما أن يكون إقليميا إذ هذه تكون الدولة المختص قانونها لحكم النزاع مقسمة إلى عدة أقاليم مثل ما هو الحال بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية وإما أن يكون التعدد شخصيا إذ يكون سكان هذه الدولة منقسمين إلى طوائف حسب الديانة أو الأصل ويكون لكل طائفة شريعتها الخاصة مثل ما هو الحال في مصر ولبنان.

وهذه الحالة تثير مشكلة تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق على النزاع، فهل لما يواجه القاضي هذه المشكلة يقف عند حدود الدولة المتعددة الشرائع ويترك لقانونها مهمة تحديد الشريعة الداخلية المختصة، أم يسترشد بقانونه في تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق؟

هذا ما سنحاول تبيانه في هذا المطلب من خلال الآراء المختلفة في هذا المجال وموقف المشرع الجزائري منها (الفرع الأول)، والإشكالات التي تثيرها المادة 23 قانون مدني جزائري؟ (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الحلول المعتمدة لتحديد الشريعة المختصة وموقف المشرع الجزائري منها.

في محاولة من الفقه في تحديد الشريعة الواجبة التطبيق ، يتجه هذا الأخير إلى اعتماد رأيان ، الأول يرى في أن الحل في يد قواعد الإسناد الوطنية في تحديد الشريعة الواجبة التطبيق ، بينما اتجه رأي آخر إلى ترك مسألة تحديد الشريعة المختصة إلى قواعد الإسناد الداخلية الخاصة بالدولة المتعددة الشرائع، وعلى هذا الأساس سوف نحاول تبيان هذه الآراء الفقهية (البند الأول) ، ونحاول تحديد موقف المشرع الجزائري من هذه الآراء(البند الثاني).

البند الأول موقف الفقه من تحديد الشريعة الواجبة التطبيق

نرصد في هذا المجال رأيان وهما على التوالي:

*الرأي الأول: قواعد الإسناد الوطنية تحدد الشريعة الواجبة التطبيق

هذا الرأي جاء به الفقيه "AGO"⁽¹⁾ غير انه لم يلق تأييدا فقهيا كبيرا، فحسب هذا الفقيه

(1) أنضر بلقاسم أعراب، "القانون الدولي الخاص الجزائري"، ج 1 ، المرجع السابق ، الهامش ص159.

على القاضي أن يرجع إلى قواعد الإسناد في قانونه فهي التي تملك سلطة تحديد الشريعة الداخلية التي يتعين عليه تطبيقها ، ذلك أن قواعد الإسناد الوطنية لا تقتصر على تحديد الدولة التي يتوجب تطبيق قانونها بل تتكفل أيضا ببيان الأحكام الموضوعية الداخلية في قانون هذه الدولة التي يجب تطبيقه على موضوع النزاع.

فالفكرة الأساسية لهذا الرأي أن وظيفة قاعدة الإسناد ليست مجرد تحديد الدولة التي يختص قانونها لحكم النزاع بل الوصول مباشرة إلى الحل الموضوعي للمنازعات ذات الطابع الدولي(1). كذلك يرى أنصار هذا الرأي أن القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق قواعد صادرة من مشروع دولة أجنبية ، إذ أن القاضي الوطني لا يؤتمر إلا بأوامر مشرعه هو(2)، هذا فضلا على أن ضوابط الإسناد الداخلية في الدولة الأجنبية قد تختلف تمام الاختلاف عن ضوابط الإسناد الدولية في قانون القاضي مما قد يؤدي إلى إهدار قاعدة الإسناد في قانون القاضي من الناحية العلمية.

*الرأي الثاني: صلاحية تحديد الشريعة الواجبة التطبيق تبقى للدولة المتعددة الشرائع

يكاد ينعقد إجماع رجال الفقه ومعظم التشريعات على جعل أمر تحديد الشريعة الواجبة التطبيق في دولة متعددة الشرائع متروكا لقواعد الإسناد الداخلي في هذه الدولة.

من الفقهاء المؤيدين هذا الرأي الأستاذ "NIBYET"(3) إذ قال أنه لما تقرر الاختصاص

(1) أنضر فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، "الوسيط في القانون الدولي الخاص"، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص137.

(2) أنضر فؤاد عبد المنعم، وسامية راشد، "الوسيط في القانون الدولي الخاص"، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص137.

(3) أنضر بلقاسم إعراب ، " القانون الدولي الخاص الجزائري"، المرجع السابق، الهامش ، ص159.

لقانون أجنبي في نظر فرنسا لحكم الأحوال الشخصية للفرد ، فهو الذي يملك من تم سلطة تقرير كيفية توزيع وطنيه على مختلف التشريعات الداخلية وبإمكان هذا القانون أن يوحد التشريعات الداخلية، وإذا لم يفعل ذلك وقرر خضوع وطنيه لتشريعات مختلفة حسب الأصل والمكان فذلك يرجع إلى سلطته وحده.

وأيده في هذا الرأي أيضا الأستاذ: "ERIC AGOSTINO"⁽¹⁾ فان هذا الحل من شأنه توحيد الحلول على المستوى الدولي، وتكون الشريعة الداخلية المطبقة هي نفسها دائما مهما كانت الجهة القضائية الناظرة في النزاع لأنها تستعمل نفس المعايير.

كما أخذت بهذا الرأي معظم التشريعات وأوردت لها نصوص خاصة بينت من خلالها أن أمر تحديد الشريعة الواجبة التطبيق في الدولة المتعددة الشرائع هو من خصوصية هذه الأخيرة⁽²⁾، ومنها التشريع الجزائري كما سنرى.

أما عن المشرع اللبناني لم يواجه هذه المسألة بنص صريح يحدد أي شريعة أجنبية تكون هي المختصة، ولكن محكمة التمييز تناولت الموضوع ، فجاء قرارها⁽³⁾: " إن من المبادئ العامة المقررة في القانون الدولي الخاص أن المحكمة الوطنية عندما تكون مدعوة إلى تطبيق قانون بلد جنسية شخص فتجد نفسها أمام تعدد القوانين الداخلية في ذلك البلد ناتج عن نظامه السياسي كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية نختار بين هذه القوانين الداخلية، ما تفرضه قواعد التنازع

-
- (1) أنضر بلقاسم إعراب ، " القانون الدولي الخاص الجزائري "، المرجع السابق، ص159.
- (2) بالنسبة للتشريعات العربية، المادة 26مدني مصري والمادة 26 مدني ليبي، المادة 28مدني سوري، المادة 31 فقرة 2 مدني عراقي والمادة 71 من القانون 05 لسنة 1961 الكويتي، والمادة 25 من القانون الاتحادي بدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 05 لسنة 1985 ، ومن التشريعات الغربية التي أخذت بهذا الرأي – معهد القانون الدولي الخاص، في دورته المنعقدة في سنة 1980، كما أن مشرعي بعض الدول أوردوه صراحة في نصوصهم التشريعية مثل القانون الصيني الصادر سنة 1918، والتشريع البولوني الصادر في 12 اوت 1926 (المادة 37) ، وأخذ به من جديد في القانون الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1965، أيضا أخذ به القانون التشيكوسلوفاكي (المادة 33 ف3) والقانون البرتغالي لسنة 1966 (المادة 20)، أنضر عز الدين عبد الله، " القانون الدولي الخاص "، تنازع القوانين ، ج الثاني، ص323.
- (3) أنضر عبده جميل غصوب ، " محاضرات في القانون الدولي الخاص "، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الثانية، لبنان، 2009، ص323.

الداخلية المطبقة هناك بحيث تكون القاعدة المعتمدة من قبل القاضي الوطني لحل تنازع القوانين الداخلية في بلد أجنبي هي المعمول بها في ذلك البلد أي القاعدة الأجنبية⁽¹⁾

البند الثاني: موقف المشرع الجزائري.

لقد جاء موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 23 من القانون المدني التي تنص على: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الأنظمة التشريعية فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه".

وما يتبين من نص المادة 23 ق.م جزائري أن المشرع الجزائري قد أخذ بالرأي الغالب في القانون المقارن، والذي ينادي بتطبيق القواعد الداخلية في قانون الدولة ذات النظام المتعدد الشرائع لتحديد الشريعة الداخلية المختصة من بين الشرائع المتعددة في هذه الدولة، وما يؤخذ على هذا النص الأصح أن يقال فيه " تتعدد فيها الشرائع " لأن النظام التشريعي في الدولة هو نظام واحد، أيضا الأصح " تعيين الشريعة الواجبة التطبيق ". (2)

هذا عن موقف المشرع الجزائري، إلا أن تطبيق نص المادة 23 التي تقابلها المادة 26 قانون مدني مصري، يثير بعض الإشكالات لإطلاق عباراته وقد ثار السؤال عما إذا كان المشرع يقصد بتعبير " دولة تتعدد فيها الشرائع"، الدولة التي تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا، وكذلك الدول التي تعدد فيها الشرائع إقليميا، أم أنه يقصد فقد الدول التي تتعدد فيها الشرائع إقليميا، كذلك يثير تطبيق نص المادة صعوبة أخرى تتمثل في: هل يتعين الرجوع إلى القانون الداخلي في

(1) الغرفة المدنية الأولى، القرار رقم 121، 3 تموز، 1968، نشرة القضائية 1969، ص413، نقلا عن عبده جميل غصوب، "دروس في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص323.

(2) أنضر طيب زروتي، "القانون الدولي الخاص الجزائري"، (في ضوء القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005)، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، جزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الدويرة، سنة 2008، الطبعة الثانية، ص123.

الدولة التي تتعدد فيها الشرائع في جميع الحالات التي تشير فيها قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع أم أن الرجوع إلى القانون الداخلي لهذه الدولة لا يكون إلا في حالات معينة؟

الفرع الثاني: الإشكالات التي تثيرها المادة 23 قانون مدني.

سنحاول الإجابة عن الإشكالات التي تثيرها المادة 23 من القانون لمدني السالفة الذكر كما يلي :
 عن شمولية التعدد داخلي للأنظمة التشريعية لكل من التعدد الإقليمي والشخصي(البند الأول)، نطاق ضابط الإسناد (البند الثاني)، الحل في حالة عدم تضمن القانون الداخلي للدولة الأجنبية قواعد لفض النزاع الداخلي (البند الثالث)

البند الأول: المسألة المتعلقة بالتعدد الإقليمي والشخصي.

يذهب الفقه الراجح في الفقه والقضاء المقارن إلى أن الإحالة إلى دولة تتعدد فيها الشرائع يشمل نوعي التعدد سواء أكان تعددا شخصيا أم إقليميا لا فارق على الإطلاق.
 وهذا الحل منطقي له ما يبرره، فليس ثمة ما يدعو للتفريق بين التعدد الشخصي والتعدد الإقليمي ذلك لأن الشرائع المتعددة في دولة ما تكون في جملتها قانون هذه الدولة سواء أكان التعدد تقليميا أو شخصيا(1) .

وبالرجوع إلى نص المادة 32، قد جاء في صياغة عامة، شاملة تسمح باتساعه لصور التعدد الإقليمي والشخصي على حد السواء، فلم تحدد أي نوع التعدد مما يستدعي تطبيقها على الحالتين.(2)

(1) أنصر عكاشة محمد عبد العال ، "تنازع القوانين " ، المرجع السابق ،ص305.
 (2) أنصر عليوش قربوع كمال ، " القانون الدولي الخاص الجزائري" ، تنازع القوانين ، الجزء الأول، دار هومة الطبعة الثانية، 2006، ص110.

البند الثاني: المسألة المتعلقة بضابط الإسناد.

أما عن هذه الحالة والتي تتعلق ببيان ما إذا كان يتعين الرجوع إلى القانون الداخلي في الدولة المتعددة الشرائع أيا كانت قاعدة الإسناد التي أشارت إلى قانون هذه الدولة أم انه لا يرجع إلى القانون الداخلي لهذه الدولة إلا في حالات معينة فقط، فقد ساد الفقه اتجاهين رئيسيين.

الاتجاه الأول: التمييز بين قواعد الإسناد المكانية وغيرها

يرى اصطحاب هذا الاتجاه أنه لا يجوز الرجوع إلى القانون الداخلي في الدولة المتعددة الشرائع لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق إلا إذا عجزت قواعد الإسناد الوطنية عن تحديد هذه الشريعة(1).

ولإيضاح هذه المسألة عمد أنصار هذا الاتجاه إلى التمييز بين مختلف ضوابط الإسناد ففيما يتعلق بقواعد الإسناد التي تبنى على أساس التقليمية كموقع المال أو محل الإبرام أو محل وقوع الفعل ، هذه القواعد تصلح لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق في الدولة المتعددة الشرائع ، مستنديين في ذلك إلى أن الضوابط المكانية تبنى بطبيعة تكوينها على ما يكون للعلاقة القانونية من صلة بمكان معين ومن ثم يستطيع القاضي الوطني عن طريق الضابط المكاني ربط العلاقة مباشرة بإحدى الشرائع الداخلية في النظام القانوني المركب دون الاستعانة بقانون هذه الدولة (2)

أما إذا كانت قاعدة الإسناد تقوم على ضابط جنسية الشخص، فيرى أصحاب هذا الاتجاه انه لا مفر من تفويض قانون الدولة المتعددة الشرائع ليحدد أي شريعة تكون واجبة التطبيق، و أساس ذلك أن ضابط الجنسية وحده يفتقد إلى القدرة على تعيين القواعد الموضوعية عند تعدد الشرائع في الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته.

(1) أنصر عز الدين عبد الله، "القانون الدولي الخاص" ، تنازع القوانين ، ج الثاني، المرجع السابق، ص135.

(2) أنصر فؤاد عبد المنعم، سامية راشد، "الوسيط في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص144.

الاتجاه الثاني: لا فرق بين ضوابط الإسناد.

يذهب هذا الرأي إلى وجوب تعميم التفويض ليسري في شأن جميع الحالات التي يتعين فيها

تطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع أيا كانت طبيعة الضابط المبنية عليه قاعدة الإسناد مكانيا أم شخصيا.

وعليه يتعين الرجوع إلى قاعدة الإسناد الداخلية في النظام القانوني الواجب التطبيق سواء أكان

الضابط الذي تتضمنه قاعدة الإسناد المعنية من الضوابط المكانية كالوطن أو موقع المال أو محل إبرام

التصرف، أم من الضوابط الشخصية كالجنسية.(1)

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري فان الرأي الأخير يتماشى مع نص المادة 23 من القانون

المدني الجزائري لان هذا نص يوقفنا عند حدود الدولة المتعددة الشرائع و لا يسمح لنا بتجاوزها ،

وبالتالي لا يهم نوع ضابط المعتمد في تعيين اختصاص قانون الدولة الأجنبية المتعددة الشرائع وعليه

فان قواعد الإسناد الداخلية في الدولة الأجنبية المركبة هي وحدها الكفيلة بتعيين شريعتها الداخلية

المختصة (2)

البند الثالث: الحل في حالة عدم تضمن القانون الداخلي للدولة الأجنبية قواعد لفض

التنازع الداخلي.

هذا يفترض أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق للدولة المتعددة الشرائع لا يضم قواعد إسناد

داخلي فما هو الحل؟

بالنسبة للتعدد الشخصي لا يوجد صعوبة، حيث يجب على القاضي إن تعذر عليه الوقوف

(1) أنصر بلقاسم أعراب، "القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص 163.

(2) أنصر عكاشة محمد عبد العال، "تنازع القوانين"، المرجع السابق، ص 313.

على قاعدة التي تحل النزاع أن تطبق الشريعة الغالبة، وهكذا إذا أشارت قاعدة الإسناد مثلا في قانون القاضي اللبناني بتطبيق القانون المصري في شأن مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وجب على القاضي اللبناني أن يطبق الشريعة الإسلامية على أنها الأحكام المقننة في هذا القانون.

أما عن التعدد الإقليمي هنا تطرح المشكلة (1)، نميز في هذه المشكلة حالتين، الحالة الأولى : وقد رأى الفقه الغالب بأنه في هذه حالة إذا كان لكل إقليم قواعد إسناد لحل النزاع الداخلي مثل ما هو الحال مثلا كندا ، واتفقت جميعها على عقد الاختصاص لقانون أحد الأقاليم فان هذا القانون هو الذي يكون مختصا . أما عن الحالة الثانية: قد يحدث العكس بأن لا تتفق جميع الأقاليم على قانون معين، هنا اختلفت الآراء الفقهية، إذ رأى بعض الفقهاء بتطبيق قانون الموطن بدلا من قانون الجنسية.

ورأى آخرون تطبيق قانون القاضي كحل فرعي أو قاعدة احتياطية

بينما ذهب بعض إلى تطبيق الشريعة المعمول بها في عاصمة الدولة.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الحل الأخير بعد تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005 فبعد أن أورد في الفقرة الأولى من المادة 23 الحل المعمول به سابق ، ضاف فقرة ثانية جديدة ينصرف حكمها في حالة عدم النص في القانون الأجنبي المختص عن حل في حالة التعدد الشرائع طائفا أو إقليميا ، أناط الاختصاص للشريعة الغالبة في حالة التعدد الطائفي وللشريعة السائدة في عاصمة الدولة إذا كان التعدد إقليميا.

(1) أنصر زروتي الطيب، " القانون الدولي الخاص الجزائري في ضوء التعديل....." ، المرجع السابق، ص125.

الفصل الثاني

القانون الاجنبي أمام القاضي الوطني

وموانع تطبيقه

الفصل الثاني: القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني وموانع تطبيقه.

تبنى المشرع الجزائري في القانون المدني عدد من قواعد الإسناد التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق في مختلف الحالات التي تضم علاقات قانونية مشوبة بعنصر أجنبي و تشير تلك القواعد إلى القانون الأجنبي بضابط إسناد رآه المشرع ملائماً.

ويختلف هذا الضابط من موضوع القانوني إلى آخر، فالأحوال الشخصية (كما سبق شرحه في الفصل الأول)، اختصها المشرع غالباً بضابط الجنسية، فجنسية أحد أطراف العلاقة مثلا هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع.

ويكون هذا القانون الواجب التطبيق وفق قاعدة الإسناد إما قانون القاضي أو قد يكون قانوناً أجنبياً ، فإذا كان قانون القاضي هو الواجب التطبيق فما من شك في أن القاضي سيقوم بتطبيقه من تلقاء نفسه بل هو ملزم بهذا التطبيق أصلاً ، وعكس ذلك يكون القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق ، وهنا التساؤل يثور فما موقف القاضي الوطني من تطبيق القانون الأجنبي أو كيف يتعامل القاضي مع هذا الأخير، هل يتعامل معه كما يعامل القانون الوطني أم أن المعاملة تكون مغايرة؟ وهذا التساؤل عن كيفية تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني يقودنا إلى التساؤل عن أساس تطبيق هذا القانون ثم كيفية البحث عن مضمونه وفي الأخير كيفية تفسيره ومدى خضوعه لرقابة المحكمة العليا؟

إلا انه رغم تجاوز كل هذه الإشكالات قد يحدث أن يتبين للقاضي الوطني أثناء تطبيقه

للقانون الأجنبي المختص أنه يشكل خطراً على المبادئ العامة والآداب في المجتمع أو بمعنى

يشكل تعارضا مع المفاهيم السائدة في الدولة وهذا يطرح إشكالية الدفع بالنظام العام، فما هي الحلول المتخذة من طرف القاضي الوطني في هذه الحالة؟ ونخص بهذا الطرح موقف المشرع الجزائري منها .

هذا ما سنحاول دراسته في هذا الفصل من خلال:

المبحث الأول: تطبيق القانون الجانبي أمام القاضي الوطني.

المبحث الثاني: استبعاد القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني.

المبحث الأول: تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني.

لقد عني فقهاء القانون الدولي الخاص منذ أمد بعيد بدراسة هذه المشكلة بوصفها إحدى المشاكل الشائكة التي يتعين مواجهتها عند إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، إذ يقول الفقيه "LOUSSOUARN" في تقريره الذي ألقاه في 17 ماي 1963 باللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص ما يلي: "أن هناك في مختلف النظم القانونية، بعض المشاكل التي يشعر الباحث عند تعرضه لها، بأنه يتجه إلى طريق مسدود يفقد معه الأمل في العثور على حل مرضي من جميع الوجوه. ومن بين هذه المشاكل، لاشك مشكلة تطبيق القانون الأجنبي". (1)

ولاشك في أن الفقيه "LOUSSOUARN" ومن خلال رأيه هذا يعتبر مشكلة تطبيق القانون الأجنبي من المشاكل الشائكة في القانون الدولي الخاص ، خاصة إذا علمنا أن قاعدة التنازع مزدوجة الجانب ، قد تشير إلى القانون الوطني وهنا القاضي ملزم بتطبيقها من دون أية صعوبة ، كما قد تشير إلى القانون الأجنبي وهنا تكمن صعوبة تطبيق القانون الأجنبي فعلى القاضي أن يجيب على عدة تساؤلات وهي :أولا كيف يتعامل مع هذا القانون هل كقانون له صفته القانونية الكاملة أم مجرد واقعة لا تحمل أي إلزامية؟ وهذه الوضعية للقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني تقودنا إلى إشكالية أخرى ، وهي هل القاضي ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي بنفسه أم يقع هذا

(1) أنضر هشام علي صادق و الوكيل شمس الدين، المركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني،(دراسة مقرنة)،في تطبيق القانون الأجنبي أمام محكمة الموضوع ورقابة المحكمة العليا عليا على تفسيره ومسخه،منشأة المعارف ، الإسكندرية، بدون طبعة،1968. ص01.

الفصل الثاني

القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وموانع تطبيقه

البحث على عاتق الخصوم ، و ما هي الوسائل المتاحة للقاضي في هذا البحث ؟ وان حدث وتجاوز القاضي جميع هذه الصعوبات يبقى لنا أن نتساءل عن كيفية تفسير القاضي لهذه القانون ، وهل الخطأ في التفسير في هذا التفسير يخضع رقابة المحكمة العليا أم لا؟ كل هذه الإشكالات سنحاول الإجابة عنها من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول:أساس تطبيق القانون أمام القاضي الوطني.

المطلب الثاني: البحث عن مضمون القانون الأجنبي

الفصل الثاني **القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وموانع تطبيقه**

المطلب الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي.

كما نعلم أن القانون الأجنبي صادر عن سلطة أجنبية، وهذه الأخيرة ليس لها أن تصدر الأوامر للقاضي الوطني. وقد وجه الفقه التقليدي عناية شديدة في مستهل هذا القرن بدراسة طبيعة القانون الأجنبي وصفته أمام القضاء الوطني.

اتجه البعض إلى اعتبار القانون الأجنبي عنصرا من عناصر الواقع، بينما آمن البعض الآخر باحتفاظه بطبيعته الأصلية أمام القضاء الوطني، وكان لكل جهة أدلتهم التي يستندوا إليها، وهذا ما سنتولى عرضه في:

الفرع الأول: تطبيق القانون على أساس واقعة.

الفرع الثاني: تطبيق القانون على أساس قانون.

الفرع الأول: القانون الأجنبي كواقعة.

لقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى إنكار الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي، واعتبروه عنصر من عناصر الواقع. إلا أن القائلين بهذا الرأي اختلفوا في الأساس القانوني الذي بنوا عليه نظريتهم.

تزعّم الاتجاه الأول (1) في فرنسا الأستاذ "باتيفول" معتبرين أن القانون الأجنبي المعين

1) V. BATIFOLE HENRI, PAULE LAGARDE, TRAITE DE DROIT INTERNATIONALE PRIVE. L.G.D.J, TOME 1, 8EME, EDITION, 1993, P528.

الفصل الثاني القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وموانع تطبيقه

من طرف قاعدة الإسناد عنصر من عناصر الواقع. وفكرة هذا الاتجاه تنطلق من نقطة محددة، أن القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي بوصفه قانون أمره بتطبيقه المشرع الأجنبي بل راو أن كل قاعدة قانونية تتكون من عنصرين هما على التوالي:

- عنصر عقلي: وهو عبارة عن مضمون أو محتوى القاعدة القانونية كونها عامة ومجردة

- عنصر الإلزام: الذي يضيف على القاعدة القانونية قوتها الملزمة.

وإذا كانت القاعدة الأجنبية تملك هذين العنصرين في بلد المشرع الذي أصدرها، فإنها تفقد العنصر الأخير أثناء تطبيقها أمام القاضي الوطني لأن عنصر الأمر يتحدد بداهة بالإقليم الذي يزاول فيه المشرع سيادته ولا يبقى سوى العنصر المعنوي ، ومن ثم تفقد صفتها كقاعدة قانونية(1).

ويشبه تطبيق القاضي للقاعدة الأجنبية بتطبيقه للوائح الشركات فكلاهما قواعد عامة تطبق في حالات خاصة، ولكنها قواعد غير صادرة عن المشرع الوطني يعوزها عنصر الأمر، ولا تملك بالتالي صفة القانون(2).

إلا انه انتقد هذا الاتجاه على أساس أنه انطلق من فكرة خاطئة ، فإذا كان صحيح أن بانتقال القاعدة القانونية عبر الحدود تجرد من عنصر الإلزام ، فان دور قاعدة الإسناد هو أن ترد لها هذا العنصر الذي فقدته.

(1) أنصر نادية فضيل ، "تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني" ، المرجع السابق ، ص 27.

(2) أنصر سعيد يوسف البستاني ، "القانون الدولي الخاص" ، تطور ونعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2004، ص 197.

القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وموانع تطبيقه

الفصل الثاني

أما الاتجاه الثاني : فذهبت إليه النظرية الانجلوسكسونية (1) ، ولكن بوجهة نظر أخرى احتراماً "لمبدأ الحقوق المكتسبة" وتزعم هذا الاتجاه "دايس" في إنجلترا و"بيل" في أمريكا، إذ أنهم يرون أن القانون الأجنبي يطبق في بلد القاضي احتراماً للحقوق المكتسبة في الخارج ، فالقاضي لا يمكنه النظر في حق مكتسب في الخارج إلا بالرجوع إلى القانون الأجنبي الذي نشأ هذا الحق تحت سلطانه.

بناء على ذلك يظهر القانون الأجنبي كمجرد عنصر في واقعة مجردة من أية قوة في حد ذاتها ولكن تستمد قوتها القانونية من مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في قانون القاضي.

غير أن هذه النظرية انتقدت من حيث عدم الشمول لأن تطبيق القانون الأجنبي لا يقتصر على حالات احترام الحقوق المكتسبة ، بل يتعين تطبيق القانون الأجنبي في حالات إنشاء حقوق لم تكن موجودة من قبل ، كحالات إبرام عقد الزواج ، أو طلب الطلاق في دولة القاضي.

كما عيب على هذه النظرية، انه لمعرفة ما إذا صار الحق مكتسب أم لا يجب الرجوع إلى القانون الذي اكسبه هذه الصفة ويبحث القاضي في وجوده، وهو بالتالي يقترب من معاملته كقانون وليس كواقعة.(2)

أما عن الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة، وليس قانون ما يلي:

(1) أنضر محمد كمال فهمي، "أصول القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص474.

(2) أنضر علي علي سليمان، " مذكرات في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص141

الفصل الثاني القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وموانع تطبيقه

➤ أن القاضي لا يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، ولكن بناء على التمسك به من احد الخصوم ، بمعنى لا تسري على القانون الأجنبي القاعدة التي تفرض في القاضي العلم بالقانون كما هو الشأن بالنسبة للقانون الوطني ، بل أن من يتمسك من الخصوم بتطبيق القانون الأجنبي هو الذي يكلف بإثبات مضمونه.

➤ أن من يتمسك من الخصوم بتطبيق القانون الأجنبي هو الذي يكلف بإثبات مضمونه لأنه يكون بذلك قد أثار واقعة معينة فهو يتحمل عبء إثباتها ، فإذا تعذر إثباتها من طرف أحد الخصوم ، فالقاضي ملزم بالفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون الوطني وإلا اعتبر منكرًا للعدالة.

➤ لا يحق للمحكمة العليا أن تمد رقابتها للتفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع بشأن تطبيقهم للقانون الأجنبي لأنه يعتبر من الوقائع التي تخرج عن اختصاصها ، بحيث أصبح المستقر عليه هو عدم الرقابة عن تطبيق القانون الأجنبي ، على أساس أن هذا الأخير هو واقعة من وقائع الدعوى ، وتتنحصر وظيفة المحكمة العليا في توحيد اجتهادات المحاكم الوطنية فحسب ، ولا تنصرف إلى القانون الأجنبي(1).

أما عن الرأي المخالف لهذا الاتجاه وهو القائل بالإبقاء على الأساس القانوني للقانون الأجنبي كما سنرى.

(1) أنصر فتيحة يوسف ، "محاضرات في القانون الدولي الخاص" ، تنازع القوانين ، غير مطبوعة ، سنة 2009.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي.

اتجه أنصار هذا الرأي إلى أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية أمام القضاء الوطني ولكن اختلفوا في أساس احتفاظه بطبيعته كما سنرى.

➤ المدرسة الهولندية:

وهي أقدم المحاولات التي أسست تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي على المجاملة الدولية ، وترى هذه المدرسة أن الدولة وهي بصدد وضع قواعد التنازع ، فمن قوانينها أنها ليست ملزمة بقبول تطبيق القانون الأجنبي ، وأنها إن قبلت ذلك فإنما يكون منها على أساس المجاملة الدولية.

وقد اكتنف فكرة المجاملة الدولية التي قال بها فقهاء هذه المدرسة غموض كبير ، فقد رأى بعض الشراح أن الفكرة تعني أن تطبيق القانون الأجنبي منوط بتقدير القاضي حسبما تقضيه المصلحة ، وقد يترتب على سوء فهم هذه النظرية التي قال بها فقهاء المدرسة الهولندية إلى هجرانها من طرف الفقه(2).

➤ نظرية التفويض:

يرى كثير من الشراح الفرنسيين والألمان أن القانون الأجنبي لا يندمج في القانون الوطني بل يحتفظ بصفته الأجنبية فهو يسري بقوة إلزامه ، أي بوصفه أمر صادرا من المشرع الأجنبي بناء على " تفويض أو إنابة" ، ففي كل حالة يثبت فيها الاختصاص لقانون أجنبي طبقا لقواعد الإسناد يتخلى المشرع الوطني عن الاختصاص التشريعي للمشرع الأجنبي وينبئه عنه في التشريع بالنسبة للحالة المعروضة بالذات.

(1) أنضر بلفاسم أعراب ، " القانون الدولي الخاص الجزائري" المرجع ، السابق، ص140.

(2) أنضر محمد كمال فهمي، "أصول القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص426.

القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وموانع تطبيقه

الفصل الثاني

ومن النقد الموجه إلى هذه النظرية أنه من غير المعقول أن يقوم المشرع الوطني بإنابة مشرع أجنبي غير معروف مقدما أو أن يقوم المشرع الأجنبي المفوض في التشريع بمقتضى قاعدة الإسناد، بأعمال النيابة دون أن يرتضى ذلك (1).

➤ نظرية الإدماج :

سادت هذه النظرية في الفقه الايطالي بمقتضاه يحتفظ القانون الأجنبي بصفته ، كقانون بل يطبق بوصفه شقا من القانون الوطني ، وهذه هي نظرية إدماج القانون الأجنبي في القانون الوطني ،وقد انقسم أنصار هذه النظرية إلى فريقين.

فريق على رأسهم الفقيه "ANZILLOTTI" (2) وفقا لهذه النظرية أن قاعدة الإسناد إذا أثبتت الاختصاص لقانون أجنبي معين أدى هذا إلى إدماج أحكام القانون الأجنبي ماديا في القانون الوطني ،بعبارة أخرى فان قاعدة الاستناد الوطنية تمتص أحكام القانون الأجنبي لتندمج فيه فتفقد صفته الأجنبية(3).

غير أن هذه النظرية انتقدت لان إدماج القانون الأجنبي يؤدي إلى تفسيره وفقا لمفاهيم قانون قاضي الدعوى أي قانون القاضي المطروح أمامه النزاع ، مما يؤدي إلى تشويبه أو مسخ مضمون القانون الأجنبي.

تجنبنا لهذا الانتقاد اتجه جانب آخر من الفقه الايطالي إلى اعتبار أن " الاستقبال شكلي "و ترأس

-
- (1) أنضر محمد كمال فهمي، " أصول القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص427.
 - (2) أنضر عليوش قربوع كمال، "القانون الدولي الخاص الجزائري"، المرجع السابق، ص117.
 - (3) أنضر سعيد يوسف البستاني، " القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص199.

القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وموانع تطبيقه

الفصل الثاني

هذا الاتجاه "ROBERTO AGO" (1) ، حيث رأى أن تحتفظ القاعدة الأجنبية بطبيعتها الأجنبية بمعنى أن القانون الأجنبي ، وان ادمج في قانون القاضي ، إلا انه يحتفظ مع ذلك بمعناه ومقوماته التي يمنحها إياه النظام القانوني الذي انشأ له ، أي النظام القانوني الأجنبي.

غير أن هذه النظرية هي الأخرى انتقدت لأنها معقدة وبعيدة عن الحقيقة.

ومهما يكن شأن هذه النظريات فإن الفقه المعاصر يرى أن قاعدة الإسناد الوطنية هي التي تأمر

القاضي الوطني بتطبيق هذا القانون وهي التي تحافظ على طبيعته القانونية وصفته الأجنبية وتزوده

بقوة النفاذ في بلد القاضي(2).

واعتبار القانون الأجنبي كقانون يترتب عليه مجموعة من الآثار(3) تتمثل فيما يلي:

➤ يجب على القاضي تطبيق القانون الأجنبي المختص من تلقاء نفسه.

➤ يجب عليه البحث عن مضمونه ولو كان بمساعدة الخصوم.

➤ لا يمكن لإطراف النزاع التنازل عن هذه القوانين المتعلقة بالنظام العام، لأنه

ليس لهم حرية التصرف.

➤ أن يلعب القاضي دوراً هاماً فيما يتعلق بوسائل إثبات هذا القانون بمساعدة

الخصوم.

(1) أنضر عز الدين عبد الله، "القانون الدولي الخاص"، ج الثاني، المرجع السابق، ص117.

(2) أنضر سعيد يوسف البستاني، "القانون الدولي الخاص" المرجع السابق، ص200.

(3) أنضر يوسف فتيحة، "محاضرات في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص117.

القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وموانع تطبيقه

الفصل الثاني

ومهما اختلفت النظريات في أساس تطبيق القانون الأجنبي سواء كان على اعتباره مجرد

واقعة أو اعتباره قانوناً، فإن النتائج المترتبة تختلف بحسب هذا الأساس سواء كان التطبيق تلقائي

أو غير تلقائي، إلا أنه ما هي المعاملة التي يعامل بها كل من القانون الجزائري والفرنسي قاعدة

التنازع المطروحة عليهما؟

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري والقضاء الفرنسي.

قد تطرح على القاضي الجزائري أو الفرنسي مسألة ذات عنصر أجنبي ، والتي يتضح من تطبيقها أن القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي ، أي أن قاعدة التنازع تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي ، وكما هو معلوم أن تطبيق القانون الأجنبي ليس مثل تطبيق القانون الوطني وبالتالي يثير التساؤل التالي ما هي المعاملة المتخذة من طرف القانون الجزائري (أولا) والمعاملة المتخذة من طرف القاضي الفرنسي(ثانيا)؟

أولا: موقف المشرع الجزائري.

أما عن موقف المشرع الجزائري من أساس تطبيق القانون الأجنبي يظهر من خلال نص المادة 358/ف 6 من القانون رقم 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، والمعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية. والتي تنص على أن: "الخطأ في تطبيق القانون الداخلي أو القانون الأجنبي متعلق بالأحوال الشخصية." (المادة 233/ف5 من قانون 1966 الملغى).

والذي يفهم من خلالها أن المشرع الجزائري يعامل القانون الأجنبي المتعلق بالمسائل

القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وموانع تطبيقه

الفصل الثاني

الأسرية معاملة القانون الداخلي أي اعتبار تطبيق القانون الأجنبي الخاص بالأحوال الشخصية على أساس "قانون" مما يترتب عليه جميع آثار معاملة تطبيق القانون الأجنبي كقانون.

وبمفهوم المخالفة في ما عدا مسائل الأحوال الشخصية بقية القوانين تعامل على أساس واقع

مما يترتب على ذلك جميع آثار معاملة تطبيق القانون الأجنبي كواقعة.

ثانيا: موقف المشرع الفرنسي.

أما عن موقف القضاء الفرنسي فنميز بين مرحلتين (1):

في المرحلة الأولى: اعتبر القانون الأجنبي كواقعة أي أن القاضي غير ملزم بتطبيقه تلقائيا أي من تلقاء نفسه، إلا أنه انتقد الفقه الفرنسي القضاء المبني على هذا الأساس ووجهة نحو اعتبار القانون الأجنبي كقانون لا واقعة.

وفي المرحلة الثانية: تحت تأثير الفقه الفرنسي اعتبر القانون الأجنبي كقانون، حيث أصبحت قاعدة تنازع القوانين ملزمة، عينت قانون واجب التطبيق سواء قانون القاضي أو القانون الأجنبي.

مهما اختلفت نظرت الفقه والقانون المقارن إلى أساس تطبيق القانون الأجنبي أكان مسألة واقع أو مسألة قانون، فإن على القاضي البحث عن مضمون هذا القانون ومحاولة إثباته بالوسائل المتاحة أمامه، هذا ما سنحاول تبيانه في المطلب الموالي.

(1) أنضر عليوش قربوع كمال ، "القانون الدولي الخاص الجزائري"، المرجع السابق، ص117.

المطلب الثاني: إثبات مضمون القانون الأجنبي.

ليس كافيا أن تحدد قاعدة التنازع القانون الأجنبي المختص، بل يجب أن يقوم القاضي بتطبيقه على المنازعة، وهذا يفترض معرفة القاضي بمضمون القواعد المادية للقانون الأجنبي ، فمن

البديهي أننا لا نستطيع أن نسوى القانون الأجنبي بالقانون الوطني فنقول افتراض علم القاضي به،
ففي الغالب يجهل القاضي مضمون القانون الأجنبي.

ومشكل الجهل بمضمون القانون الأجنبي يثير التساؤلات التالية:

- مدى دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي؟
- ما هي الوسائل المتاحة لإثبات مضمون القانون الأجنبي؟
- في حالة استحالة التوصل إلى إثبات مضمون القانون الأجنبي ما هو القانون الذي سيطبقه القاضي بدله؟

الفرع الأول: دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي.

تختلف النظم الوضعية في مجال البحث عن مضمون القانون الأجنبي فهناك نظم تمنع القاضي من البحث من تلقاء نفسه عن مضمون القانون الأجنبي ، بينما نظم أخرى تلزم القاضي بالبحث من تلقاء نفسه عن مضمون القانون الأجنبي ، ونظم أخرى تقف موقفا وسطا، فهي تمنح القاضي حق البحث عن مضمون القانون الأجنبي دون أن تلزمه بذلك.

الاتجاه الأول (1): عدم جواز تطبيق القاضي للقانون الأجنبي من تلقاء نفسه

وذهب هذا الاتجاه إلى منع القاضي من تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، ومن الأنظمة القضائية التي تبنته القضاء الانجليزي ، الذي يلزم القاضي من الناحية النظرية بتطبيق قاعدة الإسناد،

إلا انه في آن واحد يفترض أن مضمون القانون الأجنبي الذي تشير إليه القاعدة يشبه مضمون القانون الانجليزي.

ويبرر هذا القضاء مسلكه على أساس قاعدة احتياطية افتراضية تقول بتواجد توافق مبدئي بين أحكام القانون الأجنبي وأحكام القانون الوطني ، فان كان هناك اختلاف في مضمون القانونين وكان لأحد الخصوم مصلحة في تطبيقه وجب عليه إثبات هذا الاختلاف وتقديم مضمون هذا القانون الأجنبي إلى القاضي.

ويرى الأستاذ هشام علي صادق(2):"أن هذا النظام محل نظر لان القرينة لا تقوم إلا على أمر يغلب وقوعه في العمل ، وليس الغالب أن تتشابه أحكام القانون الانجليزي مع القانون الوطني، فالافتراض التي تبناه القضاء الانجليزي هو اقرب إلى المجاز والحيلة إلى القرينة ، وبما أن أساس الحيلة هو الوهم والبعد عن الواقع ، فانه يجب الحد من النتائج المترتبة عليها وقصرها على الغاية التي يبتغيها القانون."

(1) أنصر فؤاد عبد المنعم وسامية راشد، المرجع السابق، ص.80

(2) أنصر هشام علي صادق، "دروس في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص329.

القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وموانع تطبيقه

الفصل الثاني

ضف إلى ذلك أن الحيلة التي لجأ إليها القضاء الانجليزي لا أساس لها من الصحة إذ كيف يتصور القاضي أو المشرع الانجليزي أن القانون الأجنبي يشبه في أحكامه القانون الوطني وهو

القانون الذي طالما امتنع عن تبني أحكام تجمع بين الدول الأوروبية بحجة أن إنجلترا لها عاداتها وخصائصها، فيمكن أن يقبل مماثلة أو مشابهة القانون الأجنبي للقانون الانجليزي، من دول يطلق عليها في عصرنا الحاضر بدول العالم الثالث والتي تختلف كثير في أعرافها وعاداتها وخصائصها ومميزاتها الحضرية، ولو افترضنا عكس ذلك وهو أن القاضي الوطني يتعامل مع القانون الأجنبي بذات الحيلة ، فهل تقبل إنجلترا ذلك؟ (1).

الاتجاه الثاني: التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه.

اعتبر التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، وهو ما نجد له حضورا في القضاء الألماني والقضاء الايطالي فحسب ما هو وارد في نص المادة 293 قانون الإجراءات الألماني فان التزام يقع على عاتق القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، وهو ملزم بتطبيق هذا القانون حتى لو تمسك الخصوم بتطبيق القانون الألماني ، وان يحق للقاضي أن يطلب من الخصوم مساعدته والاهتداء إلى أحكام القانون الأجنبي إذا ما تعذر عليه الكشف عن هذا المضمون ، وان كان لا يعني أن عبء أثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على عاتق الخصوم بل القاضي ملزم بالبحث عن هذا المضمون بجميع الوسائل.

(1) أنضر نادية فضيل ،"تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني "، المرجع السابق ، ص38.

وذهب القضاء الايطالي في نفس السياق الذي ذهب إليه القضاء الألماني ، إذ استقرت محكمة النقض على إلزام القاضي بإثبات القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، أما اللجوء إلى الخصوم لمعاونة القاضي فهي مسألة احتياطية (1).

كما قرره أيضا قانون المرافعات في الاتحاد السوفيتي لعام 1926، وما أشار إليه في الفصل 13 الظهير المؤسس للمجلس الأعلى في المغرب (2).

الاتجاه الثالث: بحث القاضي عن مضمون القانون الأجنبي دون إلزامه بذلك.

ذهب هذا الرأي إلى القاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي دون إلزامه بذلك يؤكد الجانب الغالب من القضاء الفرنسي أن عبء إثبات القانون الأجنبي يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بأحكامه وقد برر جانب من الفقه هذا القضاء على أساس أن تكليف القاضي بتطبيق قوانين العالم اجمع هو تكليف بمستحل، فالاعتبارات العملية وحدها هي التي تبرر إذن اتجاه القاضي الفرنسي نحو تكليف الخصوص بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي. (3)

1) CASS, 16/02/1966, JOURNAL DROIT INTERNATIONAL PRIVE, 1968.P369. V, BATIFOLE HENRI, Lagarde Paule OP, CIT, p552.

(2) كان الظهير المغربي لسنة 1957 المنشئ للمجلس الأعلى قد نص في المادة 13 منه على أن: "المجلس الأعلى يراقب تطبيق القانون الداخلي وكذلك القوانين الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية"، وقد ألغيت هذه المادة بمقتضى المادة 359 من قانون الإجراءات المدنية المغربي لسنة 1974، وأصبح المجلس الأعلى ينظر في الطعن المتعلق بخرق القانون الداخلي فقط.

(3) أنضر هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الكتاب الثاني طبعة 1999، ص 62.

إلا انه انتقد الفقه الحديث موقف القضاء الفرنسي في شان تخويل القاضي حق تطبيق القانون

الأجنبي دون إلزامه بذلك ، إذ أن هذا الوضع يؤدي إلى تحكم القضاء الذي يصح له أن يطبق أو لا

يطبق القانون الأجنبي وفق هواه ، أو على الأقل على حسب مدى معلومات التي لدى كل محكمة عن

هذا القانون أو ذاك ، مما يدفع بالخصوم إلى التحايل على قواعد الاختصاص المحلي واختيار

المحكمة التي يعلمون مسبقا أنها ستحكم وفقا مصالحهم في الدعوى (1).

بعد حديثنا عن دور القاضي في إثبات مضمون القانون الأجنبي إن السؤال الذي يطرح نفسه

ما هي الوسائل المتاحة للقاضي للبحث عن مضمون القانون الأجنبي؟

الفرع الثاني: الوسائل المتاحة للقاضي للبحث عن مضمون القانون الأجنبي.

الأصل في هذا المجال هو حرية القاضي في إثبات مضمون القانون الأجنبي، فيكون له

الالتجاء إلى كافة وسائل العلام به التي تمكنه من الوقوف على مضمونه.(2)

ويبنى على ذلك أنه يمكن للقاضي استخدام طرق إثبات الوقائع التي تمكنه من تحقيق الغرض

بالكشف عن مضمون القانون الأجنبي، كما يكون له أن يستبعد بعضها مما يتنافى مع العلم

الموضوعي بالقانون الأجنبي.

(1) أنصر صادق علي هشام، حفيظة السيد حداد، " القانون الدولي الخاص..... "، المرجع السابق، ص62.

(2) أنصر عكاشة محمد عبد العال ، "تنازع القوانين " ، المرجع السابق، ص370.

الاستثناء من الأصل يذهب الاتجاه المعتمد في الفقه المقارن إلى استبعاد الاعتراف أو الإقرار واليمين من بين الوسائل الممكنة لإثبات مضمون القانون الأجنبي رغم أنها من أكثر الطرق استخداماً لإثبات الوقائع(1). هذا الحل له ما يبرره لأنه لا يجوز للقاضي أن يأخذ باعتراف الخصوم واتفاقاتهم على مضمون معين للقانون الأجنبي، لأن واجبه يتمثل في تطبيق القانون الأجنبي الكائن فعلاً في الخارج ، لا أن يطبق قانوناً وهمياً فرضته إرادة الخصوم أو مصلحتهم عي الدعوى.

انطلاقاً مما تقدم، نحدد أدناه الوسائل المعتمدة للوقوف على مضمون القانون الأجنبي كما يلي(2):

* الخبرة:

للقاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم أن يستعين في هذا الشأن بالخبرة الشفوية، كما هو الحال بالنسبة للنظام الإنجليزي ، فالقضاء الإنجليزي لا يمكن له أن يثبت القانون الأجنبي إلا بواسطة خبير مؤهل ، ولا يكفي تقديم النصوص القانونية أو التقارير أو أحكام القضاء الأجنبي، وإنما تقدم كجزء من الدليل بواسطة الخبير الشاهد لأن المحكمة دون مساعدته لا يمكن مكن لها فهم أو تفسير النصوص الأجنبية(3).

-
- (1) أنضر هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، " القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق ، ص118.
 - (2) أنضر عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص105.
 - (3) أنضر ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2005، ص236.

بالنسبة للقضاء الفرنسي والمصري (1)، فلم يلجا كأصل عام للخبرة كوسيلة أو طريقة من طرق إثبات القانون الأجنبي. أما عن التشريع الجزائري فان رأي الخبير غير ملزمة للقاضي الجزائري بل هو رأي استثنائي بحسب ما تقتضيه نص المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية .

أما الخبرة المكتوبة فيدلي الخبير في كل من فرنسا ومصر والجزائر بمعلوماته عن الوقائع محل الخبرة، وهذا بموجب تقرير يقدمه إلى المحكمة ويتشدد القضاء الفرنسي ويشترط أن تكون الخبرة مكتوبة في جميع الحالات بينما أجاز القانون المصري الأخذ بالخبرة الشفوية (2) ومثله القانون الجزائري(3). والخبرة المكتوبة تمكن القاضي العلم بمضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق من حيث انه يحدد للخبير الإطار الواقعي للدعوى والنقاط التي يرى ضرورة التركيز عليها بصفة خاصة.

*النصوص القانونية وترجمتها :

في إطار المبدأ القائل بحرية القاضي في إثبات مضمون القانون الأجنبي يمكن له أن يستعين بنصوص القانون الأجنبي أو ترجمتها. مع الإشارة إلى انه إذا كانت هذه النصوص أو ترجمتها القانونية صادرة عن هيئة مختصة أو واردة في مؤلف علمي زادت مصداقيتها في الإثبات.

- (1) أنضر نادية فضيل ،" تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني"، المرجع السابق ،ص64
- (2) المادة 245 قانون المرافعات المصري التي تنص : "للمحكمة أن تعين خبيراً لإبداء رأيه شفاهة بالجلسة وبدون تقديم تقرير ويثبت رأيه في محضر."
- (3) تنص المادة 49من: قانون الإجراءات المدنية فقرتها الأولى والرابعة: "يحدد في الحكم القاضي بإجراء الخبرة مهلة للخبير ، يتعين عليه فيها إيداع تقريره الكتابي أو الإدلاء بتقريره الشفوي."

***المؤلفات الفقهية:**

يمكن للقاضي أن يستند في بحثه عن مضمون القانون الأجنبي إلى ما يقدم في الدعوى من مؤلفات ومراجع تحتوي على دراسات لهذه القوانين وشرحها وتفسيرها لها ، مثال ذلك استناد الخصوم في القانون الواجب التطبيق على قضية النظام المالي للزوجين بإثبات مضمون القانون الأمريكي لولاية إنديانا على مؤلف فقه في القانون الأمريكي ، وأيدت ذلك محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر بتاريخ 26 أفريل 1950 (1).

*** الأحكام القضائية:**

كما يجوز للقاضي أن يستعين بالأحكام القضائية سابقة، سواء كانت هذه الأحكام صادرة عن القضاء الوطني تطبيقاً لقانون أجنبي معين أو كانت صادرة عن محاكم أجنبية ذاتها، والتي من شأنها تيسير الكشف عن مضمون أحكام القانون الأجنبي. (2)

***الإنبابة القضائية:**

وتشكل إحدى الطرق الفعالة التي يمكن الاستعانة بها للكشف عن مضمون القانون الأجنبي ، وتعرف الإنبابة القضائية بأنها: " طلب من السلطة القضائية المنبوبة إلى السلطة القضائية المستنابة ، سواء كانت الإنبابة قضائية أم دبلوماسية لاتخاذ إجراء معين للفصل في القضية العالقة أمام القاضي المنبب الذي ليس في مقدوره أن يقوم بنفسه بهذه المهمة في نطاق اختصاصه" (3).

1) Cass.civ.26AVRIL1950.v batifole henri. Paule lagarde.op.cit.p54

(2) أنضر صادق علي هشام، "القانون الدولي الخاص" المرجع السابق، ص305.

(3) أنضر جميل عبده غصوب ، "محاضرات في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص107.

***المعاهدات الدولية:**

أن الظروف المحيطة بتحديد القاضي الوطني لمضمون القانون الأجنبي وإثباته، ونظرا للصعوبات العملية التي يكتنفها، قد تثير حالات غش أو تحايل على القانون كما هو الحال في تغيير ضوابط الإسناد. لأجل هذا انتبهت بعض الدول لأهمية تبادل المعلومات المتعلقة بقوانينها ولجأت إلى عقد اتفاقات ثنائية أو جماعية لهذا الغرض. نذكر اتفاقية التعاون القضائي ما بين مجلس التعاون العربي في 1989/07/23 وكذلك اتفاقية التعاون ما بين جمهورية العراق والجمهورية العربية المتحدة لعام 1964، كذلك اتفاقية لندن 1968 وكذلك اتفاقية الجزائر، فرنسا بتاريخ 2002/01/15 و.الجزائر جمهورية مصر العربية بتاريخ 2002/04/20.(1)

***الشهادات العرفية :**

يجري العمل غالبا على إثبات مضمون القانون الأجنبي عن طريق ما يسمى بالشهادات العرفية، وهذه الشهادات هي عبارة عن مستند مكتوب يصدر عن شخصية متخصصة محيطية علما بأحكام القوانين الأجنبية. وقد اعتمدت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص هذا الحل وأشارت أن يكون إثبات القانون الأجنبي بالشهادات العرفية فجاء نص المادة 32فقرة 3(2).

(1) أنصر الملحق المرفق ، رقم 02، 03.

2)ART.32 AL.03 DU CODE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE TUNSIENNE QUI DISPOSE : "LA PREUVE EST ÉTABLIE PAR ECRIT Y COIMPRIS LES CERTIFICATS DE COUTUME."

وما يمكن قوله في خلاصة الوسائل المعتمدة للإثبات القانون الأجنبي، أن القاضي ليس ملزم بالأخذ بهذه الوسائل في النظم التي يعتبر القانون الأجنبي على أساس واقعة بل له الحق في تقدير مختلف وسائل الإثبات المستخدمة وتقديرها بشكل يسمح له بالأطمئنان والتحقق من جدية هذه الوسائل وسلامتها.

أما النظم التي تعامل القانون الأجنبي كقانون ليس كواقعة فيتوجب على القضاة السعي بوسائلهم الخاصة ووسائل حكومتهم للوصول إلى معرفة مضمون القانون السعي بوسائلهم الخاصة ووسائل حكومتهم للوصول إلى معرفة مضمون القانون الأجنبي ولهم أيضا اللجوء إلى الطريق الدبلوماسي أو القنصلي عن طريق وزارة العدل من أجل الحصول على النصوص القانونية أو القواعد القضائية المطبقة في دولته. (1)

أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، فإثبات القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية يكون من طرف القاضي المعروض عليه النزاع وإذا تعلق الأمر بقانون غير متعلق بالأحوال الشخصية فيكون إثباته من طرف الخصوم بكافة وسائل الإثبات ماعدا الإقرار واليمين وذلك ترتيبا لما استقر عليه القضاء الفرنسي (2).

وعلى الرغم من سعي كل من الخصوم والقضاة في تحديد واثبات مضمون القانون الأجنبي، إلا أنه يتعذر لأسباب عديدة عدم التوصل إلى قواعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، لذا فكيف يمكن التوصل إلى الحل لتحديد القانون المراد تطبيقه؟

(1) أنضر طيب زروتي، "القانون الدولي الخاص الجزائري"، المرجع السابق، ص258.
(2) أنضر دربة أمين، قواعد التنازع التي تحكم الزواج وانحلاله، مذكرة نيل الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ص61

الفرع الثالث: الحل الواجب الإتباع عند استحالة التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي

اشرنا من قبل إلى انه يستحيل عملا على القاضي في بعض الفروض أن يتوصل إلى الكشف عن أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد الوطنية.

ويثير هذا الوضع التساؤل عن الحل الواجب الإتباع في هذه الحالة. هذا ما سنحاول تبيانه من خلال آراء الفقه والتشريع المقارن (أولا)، ثم رأي المشرع الجزائري (ثانيا).

أولا : موقف الفقه والقانون المقارن

وقد اختلف الفقه حول هذه المشكلة اختلافا بينا وسنتعرض فيما يلي لأهم النظريات.

(1) رفض الفصل في النزاع:

مؤدى هذا الرأي أنه مادام قد تعرض تطبيق القاعدة القانونية واقعيا لنقص في القانون الأجنبي وخلوه من الحكم الواجب تطبيقه ، أو عدم إمكان الكشف عنه فلا مناص أمام القاضي إلى الحكم برفض الدعوى(1).

ويرد على هذا الرأي الاعتراض المتصور ضد نظريته وما تؤدبي إليه من إنكار العدالة مقررا أن إنكار العدالة في هذه الحالة خير من مخالفتها بتطبيق قانون آخر غير القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه (2).

ودور القاضي في الدعوى يحتم عليه وفقا للمبادئ العامة أن يفصل في النزاع

(1) أنضر طيب زروتي ، " القانون الدولي الخاص الجزائري " ، المرجع السابق ، ص258.

(2) أنضر صادق علي هشام ، " دروس في القانون الدولي الخاص " ، المرجع السابق، ص174.

المطروح أمامه حتى لو تعذر الكشف عن أحكام القاعدة الواجبة التطبيق أو عند غيابها أصلاً حتى لا يكون منكرًا للعدالة.

(2) تطبيق المبادئ العامة في الأمم المتحدة:

نادى هذا الفريق بتطبيق المبادئ العامة أو القواعد العقلانية المستمدة من العقل والمنطق والعدالة، أو المبادئ السائدة في الأمم المتحدة، في حالة استحالة إثبات القانون الأجنبي ويقوم هذا الفريق على أساس افتراض تطابق القانون الأجنبي الذي استحال الكشف عن مضمونه مع هذه المبادئ المشار إليها.(1)

غير أن هذا الحل لما يتميز به من الغموض يصعب تطبيقه، كما أن القاضي يطبق في الغالب قانونه على أساس أنه مستمد منطقيًا من هذه المبادئ (2)

(3) إعمال القانون الأقرب إلى قانون القاضي إذا استحال تطبيقه:

يتميز هذا الحل عند أصحابه بكونه يوصل إلى حل النزاع قريب من الحل الذي سيؤدي إليه القانون الأجنبي المختص أصلاً لو كان قد عرف مضمونه، وبالتالي القانون الأكثر اقتراباً في أحكامه من القانون الواجب التطبيق أصلاً فإذا أشارت قاعدة التنازع باختصاص القانون الأمريكي فتعذر العلم بأحكامه فعلى القاضي تطبيق القانون الإنجليزي على أساس أنه ينتمي إلى نفس العائلة القانونية.

(1) أنضر سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص206

(2) أنضر بلقاسم إعراب، المرجع السابق، ص150.

وان كان هذا الحل يتميز بمحاولته قدر المستطاع أن يتماشى مع حكمة التشريع بتطبيق القانون الذي يحقق أقرب النتائج إلى تلك التي يهدف إليها المشرع أصلا عند سنه قواعد الإسناد الوطنية(1).

ولكن هذا الحل بدوره منتقد لان الاشتراك القانوني في المصدر أو الانتماء إلى العائلة نفس القانونية لا يعني حتما تطابق أو تماثل الحلول الموضوعية في القوانين ، إذ لكل نظام مقوماته الذاتية والقانون يتغير بتطور المجتمع ، فضلا عن كون المشرع غالبا ما يستوحي قواعده القانونية مختلفة ، كما أنه لا يوجد معيار مضبوط لقياس التقارب أو التشابه في أحكامه.(2)

كما يضيف البعض إلى أنه من المتصور أن يفشل القاضي أيضا في الكشف عن مضمون القانون الأقرب أسوة بما حدث بالنسبة للقانون الواجب التطبيق أصلا ، مما يقضي في النهاية الرجوع إلى قانون القاضي.

4 (تطبيق قانون القاضي:

يرى أنصار هذا الاتجاه العودة إلى تطبيق قانون القاضي في حالة استحالة الكشف عن مضمون القانون الأجنبي ، وهو الاتجاه السائد لدى الفقه والقضاء في معظم الدول ، على الرغم الاتفاق على تطبيق قانون القاضي بحالة استحالة الكشف عن مضمون القانون الأجنبي لكن الآراء تختلف حول تبرير هذه العودة للقانون الأجنبي .

(1) أنصر صادق علي هشام، الوكيل شمس الدين، " المركز القانوني للأجنبي "، المرجع السابق، ص332

(2) أنصر طيب زروتي، " القانون الدولي الخاص الجزائري"، المرجع السابق، ص359.

فالقضاء الانجليزي (1) : يؤسس تطبيقه للقانون الوطني على افتراض مؤداه أن أحكام القانون

الأجنبي تتطابق مع أحكام القانون الوطني ، وعلى من يدعي العكس يقيم الدليل..

وانتقد هذا الرأي على أساس أن افتراض التماثل بين القانون الأجنبي وقانون القاضي مجرد

حيلة قانونية مع أنه بالعكس كل قانون له مقوماته المستقلة.

أما القضاء الفرنسي فيؤسس تطبيقه للقانون الوطني على فكرة الاختصاص العام لقانون

القاضي أي باعتباره صاحب الولاية العامة لحكم جميع علاقات القانون الخاص .

وقد انتقد هذا الرأي بدوره لأنه يقوم على أساس خاطئ ، فليس صحيحا أن القانون الوطني

هو صاحب الاختصاص العام لحكم علاقات القانون الخاص حتى لو تضمنت عنصرا أجنبيا ، ذلك أن

طبيعة العلاقات الخاصة الدولية هو تطبيق القانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه، وطنيا كان

أم أجنبيا.

بينما ذهب جانب من الفقه الفرنسي واللبناني في القول بان تطبيق القانون الوطني يبرر بماله

من اختصاص "احتياطي" في الأحوال التي يتعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي صاحب

الاختصاص الأصيل بموجب قواعد القانون الدولي الخاص.

وقد اعترض على هذا التبرير بان قاعدة الإسناد لما أشارت باختصاص قانون أجنبي معين قد

نفت في ذات الوقت اختصاص قانون آخر، ولا مجال بعد ذلك لافتراض أن قاعدة

(1) أنصر سعيد يوسف البستاني، " القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص219.

الإسناد قد احتفظت لقانون القاضي باختصاص احتياطي (1). ورغم الانتقادات الموجه التي وجهت إلى "تطبيق قانون القاضي" فهو الراجح في القانون المقارن وتبناه المشرع في اغلب التشريعات. (2)

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

إعمال قانون القاضي عندما يتعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي هو الحل الذي أخذ به صراحة المشرع الجزائري في المادة 32 مكرر من القانون المدني التي يجري حكمها على ما يلي: "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق"

إن كان هذا الحل يتفق مع الرأي الراجح في الفقه المقارن والتشريع ، إلا أنه يتعين التذكير أن هذا الحل استثنائي ولا يلجأ إليه كحل سهل ، إن كلمة التعذر الواردة في المادة تفيد ضرورة استنفاد الوسائل المعقولة في التحري وبذل جهد معتبر لإثبات القانون الأجنبي والتعرف على مضمونه من القاضي وكذا الأطراف ، لاسيما من يتمسك بتطبيقه وذلك بمنحه الوقت المقبول لإقامة الدليل على إثباته.

-
- (1) أنصر عبد المنعم رياض وسامية راشد، "الوسيط في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص.103
- (2) من تلك القوانين القانون المجري المادة 5فقرة 3 من مجموعة القانون الدولي الخاص لسنة 1979، القانون التركي المادة 2/2 من القانون الدولي الخاص لسنة 1982، القانون السويسري المادة 2/26 من مجموعة القانون الدولي الخاص لسنة 1972، القانون التونسي الفصل 4/32 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

وان كانت مسألة البحث عن مضمون القانون الأجنبي الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الإسناد تمهيدا لتطبيقه على وقائع النزاع المطروح أمامه يثير العديد من الصعوبات للقاضي أثناء بحثه في مضمون القانون الأجنبي، ألا أن هذا البحث عن مضمون القاعدة القانونية الأجنبية وحده لا يكفي لتطبيقها على وقائع الدعوى وإنما يتعين عليه بداهة، وقبل إجراء هذا التطبيق أن يتصدى لتفسيرها فللقاضي دور في تفسير هذا القانون الوطني والذي يختلف حسب وجهات نظر متباينة، ثم وان حدث وان فسر القاضي الوطني هذا القانون الأجنبي ثم تبين في ما بعد أن هذا التفسير لا يتناسب مع حقيقة القانون الأجنبي فهل هذا يعني خضوعه للطعن بالنقض.

المطلب الثالث: تفسير القانون الأجنبي

يثير تفسير القوانين الأجنبية بصفة عامة التساؤل عما إذا كان للقاضي الوطني أن يستخدم في تفسيره لهذه القوانين طرق التفسير المتبعة في دولته أم أنه يجب عليه القيام بالتفسير وفقا لما هو سائد في النظام القانون الأجنبي وإذا حدث أن تجاوز القاضي التفسير السليم للقانون الأجنبي فهل يجوز لمحكمة النقض أن تفرض رقابتها على تفسير هذا القانون توحيدا للحلول القانونية كما هو الشأن بالنسبة للقانون الوطني أم أن مثل هذه الرقابة تخرج عن مهمتها؟

ومن ما سنحاول دراسته في هذا المطلب و نقسم المطلب إلى:

فرع الأول: دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي .

فرع الثاني : رقابة المحكمة العليا .

الفرع الأول: دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي.

يختلف دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي بحسب كل وجهة نظر في هذا الدور، و نرصد في هذا الفرع اتجاهين أساسيين اتجاه يقول بأن القاضي يخضع في تفسيره للقانون الأجنبي للمبادئ العامة و الاجتهاد القضائي المعمول به دولة القانون الأجنبي أما الاتجاه الثاني فيرى خلاف ذلك فالقاضي يفسر القانون الأجنبي وفقا لمفاهيم السادة في دولة القاضي (1).

(1) أنضر صادق على هشام . حفيظة السيد حداد، "القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص180

الاتجاه الأول: تفسير القانون الأجنبي كما يفسر القانون الوطني.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا يختلف عن دوره في تفسير قانونه فهو يبحث في الحالتين نية المشرع و ما يشهده من وراء القواعد التي صدرت عنه متحريرا في ذلك عن قواعد العدالة وفقا للمفاهيم السائدة في دولة القاضي (1).

فان كان للقاضي أن يستأنس في تفسيره للقوانين الأجنبية. بالأراء السائدة في الفقه و القضاء الأجنبي . إلا أنه غير ملزم بالأخذ بها لأنه عندما يطبق العدل فهو يقوم بذلك باسم الدولة التي ينتمي إليها و تحت مسؤوليتها.

و لا يسلم أنصار هذا الاتجاه بتقيد القاضي بالحلول القضائية السائدة في الخارج إلا في الأحوال التي يعتبر القضاء فيها مصدرا رسميا للقانون في الدولة التي يطبق قانونها . فان كان القانون الواجب التطبيق ، هو القانون الانجليزي فمن الطبيعي أن يرجع القاضي إلى الأحكام الصادرة عن القضاء هناك السوابق القضائية تكاد تكون المصدر الوحيد للقانون الانجليزي(2).

الاتجاه الثاني: التفسير وفق الحلول القضائية السائدة في دولة القانون الأجنبي.

على العكس من الاتجاه السابق ذهب هذا الرأي ، إلى انه يجب أن يفسر القانون الأجنبي على النحو المفسر به في الخارج ، بمعنى أنه يتعين على القاضي دائما أن يأخذ بالحلول القضائية السائدة في الدولة التي يطبق قانونها حتى لو لم يكن القضاء هناك مصدرا رسميا لقواعد القانون.

(1) أنصر صادق علي هشام ، حفيظة السيد حداد ، "القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص150.

(2) أنصر صادق علي هشام ، الوكيل شمس الدين، "المركز القانوني للقانون الأجنبي"، المرجع السابق، ص670.

وبذلك يطبق القاضي القواعد السائدة فعلا في الخارج لا مجرد المبادئ المطلقة التي تتضمنها النصوص الأجنبية. فنحن لا نستطيع أن نفصل النص القانون الواجب التطبيق عن مجموع المبادئ و الحلول السائدة في المجتمع الذي يطبق فيه.

وعليه فإن القاضي الوطني لا يتمتع بحرية كاملة في تفسير القوانين الأجنبية فهو مقيد دائما بالتفسير المتبع في الدولة الأجنبية لمضمون قانونها.

وان رأى البعض أن مثل هذا الاتجاه قد يكون نظريا فقط لأنه من الاستحالة بمكان للمحكمة الوطنية أن تكون لها الوسائل والملكة للوصول إلى هذه النتيجة ، لاسيما هذا يتطلب الإلمام بالدستور والنظام القانوني ككل ، بالإضافة إلى اللغة الأجنبية أو التراجم المتلاحقة والاستعانة بالخبراء المختصين لذلك فإن التمسك الشديد بالأساليب الأجنبية ليس من الممكن تحقيقه إلا نظريا لهذا يجب التأكيد من الجانب العملي لان القانون يتعامل مع الواقع (1).

ورغم هذا النقد فإن هذا الرأي قال به الفقه الغالب في معظم دول العالم ، هذا الحل الذي تمليه اعتبارات العدالة والملائمة بصرف النظر عن نظرتة إلى طبيعة القانون الأجنبي ، ومن هذه الدول الفقه اللبناني والقضاء المصري ، إذ أكد في عدة مناسبات تقيدته بالحلول القضائية السائدة في الدولة التي يطبق قانونها حرصا على عدم مسخ القانون الأجنبي وتحويل تفسير أمام القضاء.

وقد اتجهت محكمة العدل الدولية إلى هذا المعنى فحكمت بأنه : " يتعين على أن يؤخذ بالتفسير القضائي السائد في الدولة التي تطبق المحكمة قانونها على وقائع النزاع الدولي المعروف عليها ذلك أن رجوع المحكمة الدولية إلى القضاء الداخلي للدولة التي تبين من ظروف النزاع ضرورة تطبيق قانونها ، يعينها على تحديد القواعد المطبقة في الواقع في هذه

(1) أنصر ممدوح عبد الكريم، "القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص226.

الدولة ، وإلا فقد تخاطر بتطبيق قانون غير ذلك السائد في هذه الدولة فعلا ، مما يصطدم في النهاية ، مع الهدف المراد ابتغاه من وراء تطبيق القوانين الداخلة في هذه الحالات.(1)

ولكن الإشكال الذي يطرحه هذا الاتجاه هو هل تقيد القاضي بالتفسير السائد في القضاء الأجنبي يضيف على القانون الأجنبي صفة قانون أم صفة واقعة ؟

يرى الأستاذ (Batifole) أن ما استقر عليه غالبية القضاء في فرنسا من ضرورة الأخذ بالتفسير السائد في القضاء الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قواعد التنازع الوطنية يعتبر دلا على الصفة الواقعية لهذا القانون أمام القضاء الوطني ، حيث أن القاضي عندما ينقل الحلول القضائية السائدة في الخارج فهو يقوم بعمل يشبه عمل المراقب الاجتماعي الذي يسجل ما هو كائن دون أن تكون له وظيفة تقرير ما يجب أن يكون (1) .

و من النقد الموجه إلى هذا الرأي أن الأستاذ " باتيفول " قد خلط بين المقصود بالوقائع وفقا للمعنى العام لهذا الاصطلاح وبين مفهوم الوقائع كما تعرفها الصياغة الفنية في العلوم القانونية ، فإذا أخذنا بالمعنى الفني للوقائع و هو ما يعنينا في هذا المجال لتبين لنا أن الحلول القضائية الأجنبية المستقرة في شأن تفسير نص معين تتضمن دائما ما يجب أن يكون . أما لو أخذنا بالمعنى العام لاصطلاح الوقائع لاندرجت تحته قواعد القانون وطنية كانت أم أجنبية.

و من هنا جاء القول بأن القانون وطنيا كان أم أجنبيا. هو تعبير عن الواقع الاجتماعي إذن فالقول بأن القانون الأجنبي في حكم الوقائع بالنسبة للنزاع المطروح أمام القاضي هو

(1) أنصر صادق علي هشام و كيل شمس الدين، المرجع السابق، ص 84

(2) أنصر صادق علي هشام . حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 181

قول الخاطئ . لأن القاضي عندما يأخذ بالحلول القضائية الأجنبية إنما يطبق القانون الأجنبي كما هو سائد في الخارج أي ما يجب أن يكون الدولة التي يطبق قانونها .

ومهما كان التفسير الذي يعطيه القاضي للقانون الأجنبي الواجب التطبيق ، فان التساؤل الذي يطرح نفسه هل الخطأ في تفسير هذا القانون يمكن تداركه من طرف المحكمة العليا؟ أو بمعنى هل الخطأ في تفسير القانون الأجنبي يخضع لرقابة المحكمة العليا.

الفرع الثاني : رقابة المحكمة العليا

تعد رقابة المحكمة العليا من المسائل الشائكة التي يهتم بها فقه القانون الدولي الخاص منذ زمن طويل وطبيعة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، فان نظرنا إلى القانون الأجنبي مجرد عنصر من عناصر الوقائع فان إساءة تفسيره تفلت من رقابة المحكمة العليا، وان احتفظ له –على العكس – بطبيعته الأصلية أمام القضاء الوطني ، فقد يتعين على المحكمة العليا فرفض رقابتها على تطبيقه باعتبارها مسألة قانون تدخل في اختصاصها.

وان استقرت بعض الرؤى على خلاف ذلك انه لا يجوز الربط بين طبيعة القانون الأجنبي وبين رقابة المحكمة العليا في تفسيره ، لأنه يجب الفصل بين الفصل بين طبيعة القانون الأجنبي ومعاملته الإجرائية ، فان كان صحيح يعامل القانون الأجنبي كقانون أمام القضاء الوطني ، إلا انه يبقى أجنبي مما لا يقضي تطابق معاملته الإجرائية مع المعاملة التي يلقاها القانون الوطني.

وانقسمت دول العالم في حل مسألة رقابة المحكمة العليا على القانون الأجنبي بحيث ذهب الكثير إلى رفض التعرض المحكمة العليا إلى لخطأ القاضي في تفسير القانون الأجنبي وتطبيقه ، بينما ذهبت بعض الرأي إلى الأخذ بمبدأ الرقابة.

(1) مبدأ عدم الرقابة .

جرى القضاء و معه جانب من الفقه في معظم بلاد القارة الأوروبية مثل فرنسا وبلجيكا و هولندا و سويسرا و رومانيا و اليونان. على أن الخطأ في تطبيق أحكام القانون الأجنبي لا يخضع لرقابة محكمة النقض لأن القانون الأجنبي يعتبر واقعة (1).

وان أهمية المحكمة العليا هي توحيد الاجتهاد القضائي الوطني ويصعب عليها عمليا التكفل بهذه المهمة بالنسبة لمختلف القوانين الأجنبية.

وان كان ابرز مثال على مبدأ عدم الرقابة القضاء الفرنسي، فقد جرى القضاء الفرنسي على التفرقة بين الرقابة على أعمال قاعدة الإسناد و رقابة على تفسير القانون الأجنبي التي تشير باختصاصه ، فبينما استقر قضاء المحكمة على نقض أحكام الموضوع التي تطبق القانون المختص بموجب قواعد التنازع الوطنية – على الأقل طالما- سبق للخصوم التمسك بهذه القواعد أمام محكمة الموضوع فهي لم تتردد من جهة أخرى في استبعاد رقابتها إذا ما تبين لها أن المحكمة الدنيا قد طبقت القانون وأساءت تفسيره (2).

قد أيد الفقه الفرنسي في مجموعة موقف محكمة العليا بالنسبة لرقابتها على أعمال قواعد التنازع . على أساس أن عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص بشكل خرقا لقاعدة الإسناد التي أمرت بتطبيقه .

أما بالنسبة لموقف المحكمة في رفض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي و قد اختلف الفقه الفرنسي في شأنه .

(1) صادق علي هشام . حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 181

(2) أنصر صادق علي هشام و كيل شمس الدين، المرجع السابق، ص 165.

و إن استقر الاتجاه الغالب في الفقه القديم في الفقه الفرنسي القديم على معارضة و انتقاد مسالك المحكمة العليا الفرنسية في رفض رقابة تفسير القانون الأجنبي و إلى خطأ التفرقة التي إقامتها بين أعمال قواعد الإسناد من ناحية و إساءة تفسير القوانين الأجنبية التي تشير باختصاصها من ناحية أخرى . فان كانت المحكمة قد خولت لنفسها حق الرقابة على أعمال قواعد الإسناد فكان يجب عليها بالمثل أن تتدخل بالرقابة على تفسير القوانين الأجنبية التي أشارت هذه القواعد باختصاصها ، ذلك أنه فرق بين تطبيق القانون الأجنبي و الإساءة في تفسيره .

وعلى خلاف الاتجاه الفقهي القديم تجاوب الفقه الفرنسي الحديث لموقف المحكمة العليا في رفضها للرقابة على تفسير القانون الأجنبي ، لم يستند في موقفه إلى القول بأن القانون الأجنبي يعد عنصرا من عناصر الواقع و إنما ذهب لاعتبارات أخرى تتعلق بالمبادئ التي تحكم تنظيمها وتحدد مهمتها من ناحية و إلى اعتبارات العملية و قد تثير الرقابة من الصعوبات كما سيلي تباينه من الحجج الداعمة لهذا الموقف(1) .

(1) الحجة النظرية : استناد إلى القواعد المنظمة لوظيفة المحكمة العليا فان مهمة محكمة النقض هي المحافظة على وحدة و تطبيق القانون الفرنسي . و تحقيق الانسجام بين أحكامه فالقوانين الأجنبية ذو صفة أجنبية و لا يعود للمحكمة العليا أن توجه النظر في تفسيره ، فتوحيد الاجتهاد مسألة تختص بها المحكمة العليا بالنسبة للقوانين الوطنية .

(2) الحجة العملية : إن تصدي المحكمة لهذه المهمة يعرضها لتحريات واقعية في سبيل البحث

(1) أنصر سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 283 .

عن مضمون القانون الأجنبي و هو ما يخرج عن اختصاصها ، و من جهة أخرى فان التعرض لتفسير القوانين الأجنبية قد يوقع المحكمة العليا في الخطأ و الانحراف هذا المضمون الحقيقي مما يؤثر في سمعتها و كرامتها .

و في نفس الاتجاه ذهبت محكمة التمييز اللبنانية فقد جاء في قرارها : "أن المحكمة العليا في الدولة لا تراقب إلا تفسير القوانين الوطنية و تطبيقها و لا شأن لها في مراقبة و تفسير القوانين الأجنبية " (1).

و ذهب إلى هذا الاتجاه القضاء السويسري و هذه الأخيرة عبرت بصورة كلية في قرارها الصادر بتاريخ 26 أكتوبر 1972 بقولها: " أن التثبيت من القانون الأجنبي و تفسيره و تطبيقه هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع و لا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك ، فليس على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بل يجب على الخصوم أنفسهم التمسك به و يقع عليهم عبء إثباته شأنه في ذلك شأن أية واقعة يدعيها أحد الخصوم أو يذكرها الآخر . " (2)

(2) مبدأ الرقابة .

بالنسبة لحجج أنصار مبدأ الرقابة ، فنتلخص في كون أن محكمة النقض قد أنشئت لضمان وحدة القانون الداخلي هذا طريق وحدة القضاء ، و لكن هذه الوحدة يجب أن تتحقق أيضا

(1) محكمة التمييز اللبنانية.القرار رقم 28. الصادر في 1957/05/09. النشرة القضائية. 1957. نقلا عن

جميل عبد غصوب، "محاضرات في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص 212

(2) أنضر سعيد يوسف البستاني . المرجع السابق، ص 208

بالنسبة للقانون الأجنبي كما هي بالنسبة للقانون الوطني . فالقانون الأجنبي إنما يطبق في بعض القضايا التي تعرض أمام القضاء الوطني لأن القانون الوطني هو الذي أشار بهذا التطبيق في قواعده الخاصة بالإسناد ، فإذا لم تراقب محكمة النقض تفسيره فقد تنقسم المحاكم العليا على نفسها في هذا التفسير أو قد تخل به إخلالا يخرجها من معناه الحقيقي . (1)

كما ذهب الفقه في مصر إلى القول بأن : " القاضي يعتبر أحكام القانون الأجنبي و تطبيقه ، و ذلك استنادا إلى أن هذه الأحكام جزءا من قانونه الوطني و يكون في تطبيقه له كما هو في تطبيقه لقاعدة الإسناد التي أمرته في تطبيق هذه الأحكام خاضعة لرقابة المحكمة العليا و تفسر هذه المحكمة هذا القانون لا طبقا لرأيها الشخصي ، بل وفقا لما تفسره به محاكم البلد الذي ينسب إليه هذا القانون و بخاصة المحكمة العليا منها . (2)

كما أرجع بعض الفقه أن ضرورة الرقابة على تفسير القوانين الأجنبية مرده إلى أن وظيفة المحكمة العليا هي توحيد يد الحلول القضائية في الدولة ، وهو ما ينقضي فرض رقابتها على تفسير القوانين وطنية أم أجنبية (3).

هذا عن الآراء الفقهية أما عن القوانين الوضعية ، فقد أخذت بهذا الاتجاه إيطاليا و لاتحاد السوفيتي ، كما أخذ بها في تقنين "بوستامنت " حيث تقضي المادة 412 منه بأنه: " في كل دولة من الدول المتعاقدة يوجد بها نظام الطعن بالنقض أو أي نظام آخر يتشابهه ، يمكن الطعن

(1) أنضر محمد كمال فهمي ، " أصول القانون الدولي الخاص "، المرجع السابق ص 498

(2) أنضر عز الدين عبد الله ، " القانون الدولي الخاص "، ج 2 المرجع السابق ص 592

(3) أنضر صادق علي وكيل شمس الدين ، " المركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني "، المرجع السابق ص. 498

بسبب مخالفة قانون دولة أخرى متعاقدة أو للخطأ في تفسيره أو تطبيقه . وذلك بنفس الشروط و في ذات الحالات الخاصة بالقانون الوطني." (1)

و يجيز القانون اليوناني الطعن بالنقص لمخالفة القانون الأجنبي (المادة 559 من قانون المراقبات اليوناني الصادر في أول نوفمبر سنة 1971 . (2)

أما في المملكة المغربية فالمجلس الأعلى المغربي يحصر رقابته على القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية إلا أنه أصبح حالياً يعامل كل القوانين الأجنبية على أساس أنها واقعة من وقائع الدعوة ، ولا تخضع لرقابة المجلس الأعلى . (3)

أما عن المشرع التونسي فأجاز لمحكمة التعقيب مراقبة التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع للقانون الأجنبي المراد تطبيقه. (4)

و ما يلاحظ في هذا الصدد أن القضاء الفرنسي استجاب لاتجاه الفقه الحديث الذي نادى

-
- (1) طيب زروتي، "القانون الدولي الخاص" المرجع السابق . ص 266.
 - (2) عز الدين عبد الله، "القانون الدولي الخاص" ج2، المرجع السابق . ص 596.
 - (3) كان الظهير المغربي لسنة 1957 المنشئ للمجلس الأعلى قد نص في المادة 13 منه على أن: المجلس الأعلى يراقب تطبيق القانون الداخلي و كذلك القوانين الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية . و قد ألغيت هذه المادة بمقتضى المادة 359 من قانون إجراءات المدنية المغربي لسنة 1974 و أصبح المجلس الأعلى ينظر في الطعن المتعلق بخرق القانون الداخلي فقط .

4)ART 34 AL 2. DU LOI N° 98-79TUNISIENE OP.CIT, QUI DISPOSE :
:"L'INTERPERTATION DE LOI ETRANGER ET SUMISE AU CONTROLE DE LA
COUR DE CASSATION."

بممارسة الرقابة على القانون الأجنبي وأقرت ذلك في إصدارها لقرارين شهيرين في 11 أكتوبر 1988 و 18 أكتوبر 1988 (قرار ربوح وقرار شيل). (1).

وقضت المحكمة بنقض القرارين اللذان طبقا فيهما قضاة الموضوع القانون الفرنسي بدلا من القانون الجزائري في القرار الأول والقانون الفرنسي بدلا من القانون السويسري في القرار الثاني.

وان كان المتتبع لأحكام القضاء الفرنسي يلاحظ انه غير مستقر في أحكامه، إذ يعامل في

بعض الأحيان القانون الأجنبي معاملة قانون، وإثباته يكون من مهام القاضي، وفي بعض

(1) تتلخص وقائع قرار ربوح الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 1988 ، في طلب إثبات نسب طفل طبيعي من أم جزائرية حيث أشارت قاعدة التنازع إلى تطبيق قانون جنسية الأم على أساس أن إثبات النسب يستند لجنسية الأم وفقا لنص المادة 311-14 من القانون المدني الفرنسي ، فطبق قضاة الموضوع في هذه القضية القانون الفرنسي متجاهلين تطبيق القانون الجزائري باعتباره القانون الشخصي للام ، فنقضت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار على أساس أن قضاة الموضوع تجاهلوا تطبيق المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية الجديد الفرنسي التي تلزم قضاة الموضوع بإعمال القانون الجزائري باعتباره القانون الشخصي للام.

أما عن قضية شيل الصادر قرارها بتاريخ 18 أكتوبر 1988 والتي تتمثل في طلب إبطال هبة مستترة تبرع بها متوفى مقيم بسويسرا ، حيث أشارت قاعدة التنازع الفرنسية إلى تطبيق القانون السويسري على أساس أن قضاة الموضوع قد خرخوا المادة 1/12 من قانون الإجراءات المدنية السالف الذكر التي يلتزم القاضي بالفصل في الدعوى وفقا للقواعد القانونية الواجبة التطبيق والمحددة في القانون السويسري

الأحيان يعامله على أساس واقعة يكون إثباته على عاتق الخصوم.(1)

(3) موقف المشرع الجزائري:

أما عن موقف المشرع الجزائري من الرقابة على الأحكام الأجنبية ، فالمتأمل لنص المادة 6/358 من قانون 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجد صياغتها جاءت كما يلي:

" الطعن بالنقض لا يبنى إلا على الأوجه التالية:

خطأ أو مخالفة في تطبيق القانون الداخلي أو القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية."

ونصت المادة 360 من ذات القانون على انه : " يجوز للمحكمة العليا من تلقاء نفسها أن

تنقض الحكم لأحد الأوجه الواردة في المادة 358."

يفهم من نص المادتين أنه يستبعد الرقابة عن القوانين الأخرى غير المتعلقة بالأسرة، الذي

يتبين من خلاله أن المشرع الجزائري يعامل القانون الأجنبي المتعلق بالمسائل الأسرية معاملة القانون الداخلي.

وعلى هذا فان المحكمة تبسط رقابتها كاملة على تحريفه كما يجوز لها من تلقاء نفسها أن

تنقض مخالفة أو الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة .

ويرى الفقه في تعليقه على هذه التفرقة أن يجعل من القاضي يقوم بدور البهلوان مرة يطبق

القانون الأجنبي كقانون ويخضع في تطبيقه لرقابة المحكمة ومرة أخرى العكس.(2)

(1) أنصر دربة أمين ، المرجع السابق ،ص85.

(2) أنصر موحد اسعد ، "القانون الدولي الخاص "، المرجع السابق ،ص234

المبحث الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " 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.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة." (1)

يعد النص السابق تعبيراً عن مبدأ استقر عليه القضاء في كافة دول العالم.

فان كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمه في بعض الفروض،

فان هذا لا يعني -كما قرر البعض- أنه منح توقيعا على بياض لمشرعي دول العالم جميعا. (2)

فقد يحدث أن يتبين للقاضي الوطني أن القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع

الوطنية يتضمن أحكاما تخالف المفاهيم الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع الدولة التي ينتمي إليها

القاضي ، عند ذلك يرفض القاضي الوطني تطبيق هذا القانون الأجنبي حفاظا على نظامه الوطني

وحماية له من الأحكام التي تتعارض تعارضا صارخا مع مفاهيمه.

وغالبا ما يكون سبب التعارض هو عدم ملائمة أحكام القانون الأجنبي مع شعور مجتمع

القاضي من النواحي الأدبية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية، كما لو كان القانون الأجنبي

يجيز الاعتراف بأولاد الزنا لما ينطوي عليه هذا الحكم من انتهاك للقيم الإنسانية(3).

(1) ويقابل هذا النص المادة 28 من القانون المدني المصري، المادة 36 من القانون الدولي الخاص التونسي،

المادة 38 من القانون القطري، المادة 19 /، القانون رقم 40 / مدني عراقي.

(2) أنصر صادق علي هشام، حفيظة السيد حداد، " القانون الدولي الخاص "، مرجع السابق، ص195.

(3) أنصر حسن الهداوي، المرجع السابق، ص183.

فهنا تبرز فكرة النظام العام فالأصل في هذه الفكرة هو استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته المبادئ العامة والأسس الجوهرية للمجتمع فهو كما سماه الفقه بمثابة "صمام الأمان" (1).

فعلى هذا النحو يمكن أن يعيق حركة عبور القانون الأجنبي إلى داخل دولة القاضي ، وبالتالي فإن تدخله يمكن أن يؤدي التعطيل نظام تنازع القوانين وإلحاق تشويه كبير عليه. (2)

ومن هنا سنحاول إعطاء لمحة حول مفهوم فكرة النظام العام (المطلب الأول) هذا من خلالها نتطرق إلى التطور التاريخي لفكرة النظام العام ، ثم تعريفه وفي الأخير دور السلطة التقديرية للقاضي والمعايير المعتمدة في ذلك ، ثم نتطرق إلى نطاق النظام العام من خلال البحث عن طبيعة النظام العام في القانون الدولي الخاص والشروط الواجب توفرها فيه وأخيرا الفرق بينه وبين النظام العام في القانون الداخلي وما يتميز به من خصائصه (المطلب الثاني)، وفي الأخير آثار الدفع بالنظام العام وتطبيقاته على النسب في كل من القضاء الفرنسي والجزائري. (المطلب الثالث)

المطلب الأول: مفهوم فكرة النظام العام

يؤكد غالبية الفقهاء على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا تعارض مضمون هذا القانون مع الأسس الجوهرية في المجتمع.

وتعتبر فكرة النظام العام على هذا النحو فكرة مرنة ومتطورة يكتنفها الغموض

(1) أنضر صادق علي هشام، "دروس في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص186.
 (2) أنضر سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص222.

وبالتالي يصعب ضبطها فهي ذات مفهوم متغير باختلاف الزمان والمكان.(1)

والأصل أن فكرة النظام العام ليست حديثة العهد في مجال القانون الدولي الخاص بل ظهرت منذ ظهور تنازع القوانين وكان الفقهاء يعبرون عنها بتعبيرات مختلفة، ومن هنا ما هو التطور الذي عرفته فكرة النظام العام؟

الفرع الأول: التطور التاريخي لفكرة النظام العام.

ويعد الفقه الإيطالي أول من استخدم مفهوم النظام العام ولكنه اتخذ أساساً لبناء قاعدة الإسناد ، وليس أساساً لاستبعاد القانون الأجنبي(2)، حيث فرق "BARTOLE" في العصور الوسطى بين الأحوال الملائمة والأحوال البغيضة، فالأولى هي التي تصاحب الشخص أينما ذهب فتطبق عليه حتى ولو غادر الإقليم ، أما الثانية فهي القواعد التي لا تتعدى حدود إقليم البلاد.(3)

على رغم من أن فقه الأحوال القديم لم يشر إلى تعبير النظام العام إلا أنه قد عمل هذه الفكرة حين أراد أن يؤكد التطبيق الإقليمي لما سماه بالأحوال البغيضة التي لا يجوز امتدادها خارج الإقليم.

ويرى الفقه في هذه التفرقة نواة لفكرة النظام العام بالمعنى الحديث، غير أن هذه الفكرة لم

تتطور كون التنازع آن ذاك لم يكن تنازعا دوليا، وإنما هو تنازع بين أحوال

(1) أنصر سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص222.
 (2) أنصر أمين رجا رشيد الدواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، ص230.
 (3) هشام علي صادق، "دروس في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، 188.

المدن المختلفة وهذه الأحوال قريبة من بعضها البعض لكونها تستقى من عنصر واحد هو القانون الروماني.

والجدير بالذكر أن أول من استعمل اصطلاح النظام العام الدولي هو الفقيه الهولندي "HUBER"، وذلك في القرن السابع عشر(1).

وفي القرن التاسع عشر جاء الفقيه "ماشيني"، واستخدم بدوره فكرة النظام العام، فقد تبنى في نظريته الشهيرة في مادة تنازع القوانين " مبدأ شخصية القوانين"، أن القانون جاء ليحكم تصرفات الأشخاص قبل أن يوضع ليطبق في إقليم دولة ما وكان " ماشيني" أول من أبرز فكرة النظام العام المسماة باسمها الحالي، فقد اعترف لفكرة النظام العام بدورها الحديث كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص فيما لو تبين للقاضي أن هذا القانون يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في قانونه فالشخص يجب أن يخضع لقانون الدولة التي يحمل جنسيتها سواء أكان داخل إقليمها أو خارجه، إلا انه لم يؤخذ بهذا المبدأ بشكل صارم فقد أورد عدة استثناءات (2)

لعل ما يعننا بهذا الصدد هو أن قوانين القاضي التي تتعلق بالنظام العام يجب أن يتم تطبيقها تطبيقاً إقليمياً لا شخصياً فكان فكرة النظام العام لدى "ماشيني" استخدمت أساساً كفكرة مسندة، تتضمن المسائل التي يطبق عليها لقانون الإقليمي خروجاً عن الأصل العام في تطبيق القانون الشخصي

(1) أنضر فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد، المرجع السابق، ص175.

(2) أنضر أمين رجا رشيد الدواس، المرجع السابق، ص230.

غير أنه يلاحظ أن اخذ هذا الفريق بفكرة النظام العام كأساس لإقليمية القانون يقوم في الواقع على نوع من الخلط وعدم الدقة في تحديد معنى الإقليمية.

هذا فضلا لما يسود الفكرة من غموض وعدم الثبات بحيث يكون من العسير اتخاذها أساسا لبناء قاعدة من قواعد الإسناد.

فالنظام العام بهذا المفهوم التقليدي قصد منه تمكين القاضي تطبيق قانونه الوطني إذا ما تعلق بالنظام العام في حين إقليمية القوانين تعني تطبيق القانون على تصرفات التي تتم في إقليم معين حتى ولو كان هذا القانون قانون آخر غير قانون القاضي، ومما يمكن قوله أن " ماشيني " اعترف لفكرة النظام العام بدورها الحديث كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص فيما لو تبين للقاضي أن هذا القانون يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في قانونه(1)

ولعل أول من صور فكرة النظام العام على النحو المفهوم لدى الفقه الحديث هو الفقيه الألماني " سافيني " في القرن التاسع عشر من خلال عرضه لفكرته المتمثلة في " الاشتراك القانوني "، حيث فرق سافيني بين دول يضمها الاشتراك القانوني ودول لا يضمها الاشتراك ويترتب على ذلك أن قوانين الطائفة الثانية لا تنطبق في إقليم الطائفة الأولى، ويقوم الاشتراك القانوني بين الدول التي ورثت القانون الروماني وتسود فيها الديانة المسيحية(2).

(1) أنضر أمين رجا رشيد الدواس ، المرجع السابق، 230
 (2) أنضر هشام علي صادق، " دروس في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص189

وتتلخص هذه الفكرة في أن القوانين السائدة في الدول المسيحية الوارثة للقانون الروماني تشترك فيما بينها في الأصول العامة التي ترجع إلى وحدة الأصل التاريخي لهذه القوانين. ويترتب على ذلك أنه في كل حالة تنقطع فيها أواصر ذلك الاشتراك تعين استبعاد القانون الأجنبي.

وقد طور الفقه الحديث من فكرة الاشتراك القانوني التي نادى بها "سافيني" في بناء نظرية النظام العام، غير أن هذه الفكرة لم تعد تحدد بأن مصدرها وحدة الأصول، بل حدد الأستاذ "بارتان" المقصود بفكرة الاشتراك القانوني في الوقت الحاضر هو مجرد التقارب بين الأصول العامة في التشريع بما لا يجعل تطبيق القانون الأجنبي متنافيا مع الأحكام الموضوعية في قانون القاضي وعلى هذا النحو انتهى تطور فكرة النظام العام إلى اعتبار الدفع بالنظام العام دفعا استثنائيا عاما يقيد من حكم قواعد الإسناد حيث يقصد به استبعاد القانون الأجنبي المختص اختصاصا عاديا طبقا لقواعد الإسناد في كل حالة يتخلف فيها الاشتراك القانوني بين ذلك القانون وقانون القاضي .

فبعد هذا التطور الذي عرفه النظام العام ووصوله إلى مرحلة مفهومه الحالي كقاعدة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض في أحكامه مع القواعد والأسس الجوهرية في دولة القاضي، واتساع دائرة التي تأخذ بقانون الجنسية كضابط للإسناد في مسائل الأحوال الشخصية مع اتساع هوة الخلاف بين المبادئ الأساسية التي تقوم عليها نظم المجتمعات في مختلف الدول حين أصبح النظام العام مقوما أساسيا

(1) أنصر أمين رجا رشيد الدواس، المرجع السابق، ص230.

لسياسة الشرعية الوطنية (1)

وأمام هذا التطور الذي عرفه النظام العام لابد من البحث عن تعريف له.

الفرع الثاني: تعريف النظام العام.

بعد النظام العام من أهم الدفوع التي يستخدمها القاضي الوطني لاستبعاد القانون الأجنبي المعين لحل النزاع في العلاقة ذات العنصر الأجنبي ، إذا ما كان تطبيقه يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي.

وفي هذا المجال بذلت عدة محاولات فردية وجماعية في سبيل الوصول إلى تبني تعريف مشترك لفكرة النظام العام إلا أن هذه الجهود التي بذلت بهذا الصدد لم تحقق هدفها المنشود، فقد جاءت تعاريف غامضة لم تحدد بشكل دقيق المقصود من النظام العام(2).

عرفه بعض الكتاب الانجليز: " بأنه المبدأ الذي يستوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي والأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الانجليزي، أو القواعد والآداب العامة المركزية في إنجلترا أو مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها." (3)

وعرفه الفقيه "CAPITANT": "بأنه مجموعة النظم والقواعد الوثيقة الصلة بمدينة بلد ما

(1) أنصر طيب زروتي، " القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص269.

(2) أنصر حسن الهداوي ، المرجع السابق ، ص184

(3) أنصر نادية فضيل ، المرجع السابق، ص112.

والتي يتعين قضائها تطبيقها بالأفضلية على أي قانون أجنبي ولو كان مختصا وفقا لقواعد الإسناد العادية." (1)

وعند الدكتور احمد مسلم : " النظام العام في دولة ما هو إلا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة ، أمام القانون واحترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشرافية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك." (2)

ويمكن تعريفه : "بأنه مجموع المبادئ الأساسية العليا للنظام العام القانوني النافذ في الدولة التي يقوم عليها نظام المجتمع سياسيا واقتصاديا ودينيا وأخلاقيا ويكون للدستور دور حاسم في تكوين النظام العام." (3)

ولكن غالبية الفقه يعرفونه بأنه: " تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب

التطبيق على العلاقة القانونية وإحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جوهريا بحيث يتناقى مع المصلح الحيوية للدولة." (4)

ويرى الفقيه نيبوييه " NIBOYET " : " بان النظام العام لا يمكن أن يكون في كل دولة

على حدة، لان لكل دولة تشريعها ، فالنظام العام في رأيه عبارة عن معاينة يتبين من خلالها

(1) أنضر نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص113
(2) أنضر حسن الهداوي ، المرجع السابق ، ص184.
(3) أنضر ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص196.
(4) أنضر حسن الهداوي ، المرجع السابق ، ص184

سوء التعادل بين النظم المختلفة للدول. (1)"

هذا وقد أعطت محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 22 مارس 1944 تعريفا للنظام العام

كآآآي: " النظام العام يرتبط بمفهوم واسع للرأي العام الفرنسي في عصر معين. (2)"

أما عن القوانين الوضعية فيفضل بعض المشرعين عدم إيراد تعريف جامد بل إيراد جملة

تطبيقات عملية وتاركين مبدأ مرناً لنباهة القاضي وحسب الظروف. (3)

ويذكر النص العراقي والأردني: " ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة

بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف

في الوقف والعقار وقوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية. "

إن مثل هذا النص ليس بمفيد وانه جاء سبيل التمثيل والذكر وليس على سبيل الحصر لأنه

أكد على القانون الخاص بالذات. (3)

أما عن المشرع الكويتي الذي صاغ عبارة " لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي إذا كانت

أحكامه مخالفة للنظام العام والآداب في الكويت ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي. "

1) أنضر بلمامي عمر: " دفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص"، دراسة مقارنة، ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986، ص122.

2) La cour de cassation à annoncé que la définition de l'ordre publique nationale dépend dans large mesure et l'opinion à chaque moment en France. Cass.

civ.22mars1944.v loussouarn yvon. Bourel pierre .op.cit.p315.

3) أنضر ممدوح عبد الكريم حافظ عمروش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الأول، تتنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة 1998، ص197

وقد نص المشرع المصري في المادة 28 من القانون المدني على انه: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر."

وهو ما تكرر في القانون المدني الجزائري بنص المادة 24 المعدلة والمشار إليها سابقا. أما عن المشرع التونسي فالمادة 36 من القانون 98-79 تنص: "لا يمكن للقاضي أن يلجأ إلى الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الاختيارات الأساسية للنظام العام التونسي."

بالنسبة للحالة في لبنان حيث تتعدد الطوائف وتتباين النظم القانونية الخاصة بكل طائفة، يبدو النظام اللبناني شديد التسامح في مواجهة القوانين الأجنبية لاسيما مواضيع الأحوال الشخصية فليس من قانون ديني أو مدني في العالم لا يجد تطبيق له داخل الدولة اللبنانية.(1)

وهذا ما أبرزته محكمة الاستئناف في بيروت في قرارها: " أن فكرة النظام العام في لبنان هي على وجه الخصوص أكثر مرونة مما هي عليه في غيرها من الدول ، نظرا للتعدد الشرائع في مجال الأحوال الشخصية فالنظام اللبناني ، في إطار القانون الدولي الخاص ليس نظاما عاما مسيحيا أو نظاما عاما إسلاميا بل هو نظام عام وطني مستمد من التعدد التشريعي في لبنان." (2)

وفي نفس السياق أكدت محكمة التمييز بان: " الأحكام الوضعية في الأنظمة الطائفية لا

(1) أنصر جميل عبده غصوب ، " محاضرات في القانون الدولي الخاص " المرجع السابق ، ص 129.

(2) قرار رقم 1717 ، الصادر بتاريخ 1993/12/13 ، منشور في مجلة العدل 1994 ، ص 196 وما يليها نقلا

عن جميل غصوب عبده ، المرجع السابق ص 129.

تمثل الحق العام اللبناني ، لأنه إذا خالف قانون أجنبي نظام طائفة أو عدة طوائف لا يمكن اعتباره مخالفا للنظام العام اللبناني إذا كان متوافقا في أحكامه مع أحكام ونظام طائفة أخرى في لبنان ، أما إذا كانت جميع أنظمة الطوائف في لبنان تجمع على مسألة واحدة وتخضعها لقانون واحد فإن القانون الأجنبي الذي يخالف المسألة بوجه صارخ يكون ماسا بإحدى القيم الأساسية التي يقوم عليها المجتمع اللبناني وتلتقي عليها جميع طوائفه ويكون هذا الإجماع بمثابة نظام عام لبناني من شأنه أن يستبعد قانونا أجنبيا إذا كان فيه ما يخالف " (1).

وما يلاحظ من خلال مراجعة هذه النصوص ومثيلاتها أنه على الرغم من عدم التمكن من تحديد تعريف للنظام العام إلا أن المشرع والقضاء أبرز فيها أعمال فكرة النظام العام في ميدان تنازع القوانين لا يكون في مرحلة وضع قواعد الإسناد ، بل انه يأتي في مرحلة أعمال هذه القواعد وتطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي يستند إليه، ويأخذ صورة الدفع لاستبعاد تطبيق هذه الأحكام ثم تطبيق قانون القاضي. (2)

إزاء عجز الفقهاء والمشرعين عن التوصل إلى تعريف واضح ومضمون محدد لفكرة النظام العام كان من الطبيعي أن يتمتع القاضي في هذا المجال بسلطة تقديرية واسعة، غيران تمتع القاضي بسلطة تقديرية لا يعني إمكان تحديده لما يعد من النظام العام في ضوء نظرته الشخصية للأمر ، فهو يفصل في النزاع بوصفه ممثلا لمجتمع الدولة ومن ثم ينحصر دوره في تمثيل الأفكار السائدة في هذا المجتمع والبحث عن مدى اصطدامها بالقانون الأجنبي

(1) محكمة التمييز ، القرار الصادر في 1973/12/27 نقلا عن جميل عبده غصوب ، "محاضرات في القانون

الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص. 131

(2) أنصر عز الدين عبد الله ، " القانون الدولي الخاص"، ج2 المرجع السابق، ص538

الذي تشير إليه قاعدة الإسناد(1).

ونظرا لصعوبة تحديد مفهوم فكرة النظام العام وإعطائها تعريف جامع وترك أمر تحديد

الحالات التي ضمن النظام العام لتقدير القاضي التجأ الفقه إلى تقيد سلطات القاضي بوضع معايير

مختلفة بحسب الدولة التي ينتمي إليها القاضي سواء كانت دولة ذات طابع ديني أو ذات طابع

علماني.

الفرع الثالث : معايير ضبط فكرة النظام العام.

نفرق في مجال البحث عن معايير المتخذة لضبط فكرة النظام العام ، بين الدول ذات

الطابع الديني ، وغيرها ذات الطابع الغير الديني أو العلماني، خاصة وأن فكرة النظام العام في

الشريعة الإسلامية فكرة مطلقة ومنضبطة بخلاف القوانين الوضعية فهي نسبية معيارية تختلف

باختلاف الزمان والمكان.

*معايير الدفع بالنظام العام في الدول ذات الطابع الديني.

إن القضاء في الجزائر ومعظم الدول الإسلامية يقدر فكرة النظام العام في

العلاقات الدولية الخاصة تقديرا شرعيا مبنيا على أساس ديني بحث بحيث أن الحقوق المقررة في

الإسلام ، هي مكفولة لكل مسلم دون مراعاة صفته الوطنية المتمثلة في انتمائه السياسي بواسطة

الجنسية(2).

(1) أنضر فؤاد عبد المنعم رياض، سامية رشاد، "الوسيط في القانون الدولي الخاص" المرجع السابق، ص195.
 (2) أنضر بليعقوبي بلخير، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، العدد 05 لسنة 2008، ص205

فمسألة النسب الطبيعي مثلا تعد أكثر المسائل جدلا في ميدان تنازع القوانين ، لأنها لا تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا بالزواج الشرعي طبقا لإحكامها السّمحاء(1) .

فقانون الأسرة الجزائري أو العربي والدول الإسلامية عموما يحمل في طياته مقاصد الشريعة الإسلامية التي تبحث على حماية صالح المجتمع ومنع التسبب في العلاقات الجنسية والحفاظ على النسيج الاجتماعي للشعوب الإسلامية.

هذه القواعد الدينية هي مطلقة تفرض نفسها في العلاقات الخاصة الدولية، كما في العلاقات الوطنية، ومن ثم يستبعد القانون الأجنبي متى تعارضت أحكامه مع هذا النظام الديني، كما يتصف هذا النظام بكونه اقل غموضا من النظام العام العلماني بسبب قيامه على قواعد دينية واضحة(2)

ما يمكن قوله في النهاية أن معايير النظام العام في العلاقات الخاصة الوطنية أو الدولية في الدول ذات الأنظمة القانونية الدينية هي معايير ثابتة أسسها أصول الدين الإسلامي هي لا تقبل التبدل أو التغيير(3).

(1) تنص المادة 41 قانون الأسرة: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم يفه بالطرق الشرعية."

(2) أنضر سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص231.

(3) أنضر صلاح الدين جمال الدين، "فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص50-52.

* معايير الدفع بالنظام العام في الدول ذات الطابع الغير الديني.

إن تقدير النظام في هذه الدول هو تقدير وضعي باعتبار أن الفكرة في حد ذاتها هي فكرة وطنية بحثه خاصة بكل دولة على حدا، أساسها المصلحة الوطنية بحيث لا يمكن ضبطها إلا من خلال تحديد هذه المصلحة(1)

على خلاف الدول ذات الطابع الديني في الدول العلمانية مفهوم النظام العام ليس مطلق ولا جامد ، بل هو نسبي متغير في الزمان والمكان ، ويتسع مفهومه ويضيق بحسب حجم تدخل الدولة في تنظيم العلاقات في المجتمع بقواعد آمرة أو ناهية بوصفها صاحبة السيادة والسلطة العامة.(2)

من هذا المنطلق ذهب جانب من الفقه إلى وضع معايير يمكن من خلالها تحديد ما إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام في قانون القاضي أم لا، وان كانت هذه المعايير تجمع بينها فكرة أساسية تتمثل في الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية في دولة القاضي ومن بين هذه المعايير المعتمدة ما يلي:

1) جهل النظام القانوني الأجنبي:

وفقا لهذا المعيار يمكن للقاضي المعروض عليه النزاع استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق طبقا لقواعد الإسناد في قانونه الوطني باعتباره مخالفا للنظام العام كونه يشمل على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي. غير أن هذا الرأي يبدو متطرفا وقد يترتب على الأخذ به

(1) أنضر بليعقوبي بلخير ، المرجع السابق ،ص207.

(2) أنضر غالب علي الداودي ، المرجع السابق ،ص123.

زيادة الحالات غير المقبولة التي يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي، هذا فضلا على أن مجرد تطبيق قانون غير معروف في دولة القاضي لا يستتبع به المساس بالقيم الأساسية والمبادئ السائدة في دولة القاضي(1).

1) عدم احترام مبادئ العدالة الدولية :

ويرى هذا الفريق على وجوب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بناء على فكرة النظام العام ، إذا كان ينطوي على المساس بمبادئ العدالة الدولية ومخالف للضمير الإنساني للشعوب والقواعد المقبولة لدى كافة الشعوب مثل القانون الذي يحرم الفرد من بعض الحقوق الأساسية لأسباب عنصرية كالدين أو الانتماء لطائفة معينة.

2) عدم الاعتراف بالحقوق الطبيعية للإنسان:

ويندرج ضمن هذا الإطار حالات عديدة من بينها عدم اعتراف القانون للام بابنها غير الشرعي أي لنسب الطبيعي.

3) الربط بين فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية والأهداف التشريعية للمشرع الوطني في دولة القاضي:

فإذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع إحدى الأهداف الهامة التي يرمي تشريع دولة القاضي لتحقيقها، فإن ذلك يخول القاضي استبعاد هذا القانون الأجنبي، من أمثلة ذلك دعوى إلى القضاء الفرنسي يطلب فيها الاعتراف بالأبوة، واتفق للقاضي أن القانون

(1) أنصر صلاح الدين جمال الدين، " فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة" ، المرجع السابق، ص52.

الفرنسي يشترط لرفع الدعوى خلال مهلة قصيرة بينما يسمح القانون الأجنبي لرفعها مدة أطول ، وان كان طول المدة المقررة في القانون الأجنبي ، لا يشكل مخالفة لمبادئ العدالة أو القانون الطبيعي فإنه قد ينطوي مع ذلك على مخالفة للسياسية التشريعية في دولة القاضي(1).

وخلاصة ما يمكن قوله من هذه المعايير أن من العسير في ضوء هذه المعايير المتعددة والمرنة، التوصل إلى تحديد إطار واضح وجامع لفكرة النظام العام فالمعايير السالفة الذكر تقتصر على بيان الأوجه المختلفة لفكرة النظام العام لأنها في حقيقتها فكرة وظيفية تهدف إلى تحقيق غاية معينة هي حماية النظام القانوني الداخلي ومن ثم كان من غير المجدي محاولة وضع هذه الفكرة في إطار نظري جامد، وان كان مفهوم النظام العام واسع وفضفاض وغامض في ذات الوقت ، هذا ما يستدعي بنا البحث عن نطاق النظام العام .

المطلب الثاني: نطاق النظام العام.

إذا كان النظام العام في القانون الدولي الخاص ذو مفهوم متميز يصعب ضبطه وتحديدده وذلك لكونه مرناً يختلف باختلاف الدول والمجتمعات من زمان الزمان ، فان هذه ليست بالإشكالية الوحيدة ، بل أن نطاق النظام العام في القانون الدولي الخاص يثير عدة أسئلة منها تحديد طبيعته والشروط الواجب توفرها فيه (الفرع الأول) ثم الفرق بينه وبين النظام العام في القانون الداخلي وما يتميز به من خصائص (فرع الثاني).

(1) محكمة النقض الفرنسية الصادر في نوفمبر 1938 منشور في Sirey 1939/01/32 أنضر فؤاد عبد المنعم وسامية راشد، المرجع السابق ص 193.

الفرع الأول : طبيعة النظام العام والشروط الواجب توفرها فيه.

أن البحث عن طبيعة النظام العام في القانون الدولي الخاص يطرح السؤال التالي : هل هو تطبيق لقاعدة عامة مثله مثل قواعد الإسناد المنصوص عليها في المواد من 10 الى 20 من القانون المدني أم هو مجرد استثناء على هذه القواعد ، باعتبارها قواعد عامة؟ ومهما تكن طبيعته أصلية أم استثنائية ما هي الخصائص التي يتميز بها؟

البند الأول: طبيعة النظام العام في القانون الدولي الخاص.

تبرز أهمية البحث عن طبيعة تطبيق النظام العام إذا كان تطبيقاً أصلياً ، أم مجرد استثناء في تحديد نطاقه فالقول بأنه تطبيق لمبدأ أصلي يتيح الفرصة للتوسع في ذلك التحديد أو التفسير أما القول بأنه استثناء فيترتب عليه نتيجة أخرى عكسية هي تفسير النظام العام تفسيراً ضيقاً وعدم التوسع في نطاقه ومدى آثاره(1).

وقد اختلفت وجهات نظر الفقهاء في هذه المسألة ونرصد اتجاهين:

***الاتجاه الأول: النظام العام تطبيق لقاعدة عامة:**

يرى هذا الجانب من الفقه أن مسألة النظام العام تطبيق لقاعدة عامة من قواعد القانون الدولي الخاص ، فقوانين النظام العام تقوم على أساس السيادة الإقليمية، وإقليمية بعض القوانين هي قاعدة كقاعدة شخصية القوانين ، وكلاهما مستمد من احترام السيادة المقررة

(1) أنصر صلاح الدين جمال الدين ، الجنسية وتنازع القوانين (دراسة مقارنة) المرجع السابق ، ص 130.

للدول. وعلى ذلك فقواعد النظام العام قواعد أصلية أساسية لا ينظر إليها كقواعد استثنائية تمنع تطبيق القانون الأجنبي بل ينظر إليها كعنصر أساسي من عناصر الوضع الطبيعي للأشياء.

إلا أنه ما يعاب على هذا الاتجاه انه وقع في خلط بين إقليمية القوانين وما يتعلق بالنظام العام ، مع أنه يجب التفرقة بينهما إذ أن هناك حالات لا تكفي فيها القوانين الإقليمية وحدها لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي ، كان يكون هذا القانون يتضمن نظاما قانونيا مجهولا لقانون القاضي أو كان يتعارض تعارض صارخا مع المصالح العامة ففي مثل هذه الحالة يجب الاستعانة بفكرة النظام العام لاستبعاده(1).

*الاتجاه الثاني: الطبيعة الاستثنائية للنظام العام في القانون الدولي الخاص:

وفقا للمفهوم الحديث للنظام العام في القانون الدولي الخاص انه استثناء على الوظيفة العادية لقواعد الإسناد إذ يتدخل كوسيلة فعالة لاستبعاد القانون الأجنبي المنعقد له الاختصاص أصلا بحكم العلاقة كلما تعارضت تطبيقاته مع الأسس الاجتماعية والخلفية والدينية(2).

وقد ذهب الفقيه الألماني سافيني وشايعه غالبية الفقهاء إلى أن وجود الدولة في المجتمع الدولي يفرض على القاضي الوطني التزاما بالفصل في النزاع المرتبط بأكثر من نظام قانوني وفقا للقانون الأكثر ملاءمة للتطبيق ، وقد ترد على هذا الالتزام استثناءات أولها ما يتعلق بحل المشكلة التي تنجم عن تعارض القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع النظم القانونية

(1) أنصر صلاح الدين جمال الدين، "تنازع القوانين"، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، تركي للكومبيوتر وطباعة الاوفست، طنطا، الطبعة الأولى، 2006، ص112.

ذات الطابع الأمر ، أو الأسس الجوهرية في المجتمع ذلك التعارض يفرض على القاضي استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق ليتعطل بذلك وعلى وجه الاستثناء التطبيق المعتاد لقاعدة الإسناد بهدف تجنب النتائج غير المقبولة التي تنتج عن تطبيق القانون الأجنبي التي أشارت إليه.

وقد وجدت هذه لطبيعة الاستثنائية للنظام العام تأييدا من جانب الفقه، كما أصبح مبدأ مستقر في قضاء كل الدول ومكرس في جل التشريعات، منها التشريع الجزائري وردت هذه القاعدة في قواعد الإسناد متضاحا من خلالها، انه في حالة التعارض بين القواعد السابقة والنظام العام الرجوع لها في الأخير(1).

غير أن هذه الطبيعة الاستثنائية للنظام العام تقتضي توفر شروط معينة يتقيد بها القاضي قبل أن يقرر استبعاد القانون الأجنبي، وهذه الشروط تعتبر بمثابة تحديد لمجال هذا الاستثناء المتمثل في النظام العام.

البند الثاني: الشروط الواجب توفرها في النظام العام.

ينبغي لتطبيق الدفع بالنظام العام توافر شرطين أساسيين غير أن الفقه يضيف لهما شرط ثالث

وفي ما يلي هذه الشروط:

1) أن يكون القانون الواجب التطبيق قانونا أجنبيا:

فإذا ما الشارة قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق القانون الوطني فلا يتصور

(1) أنصر المادة 24 قانونا مدني جزائري وما سيقابلها، المطلب الأول مفهوم النظام العام، الهامش ص

إعمال فكرة النظام العام في هذه الحالة، لصعوبة التعارض بين القانون الوطني الواجب التطبيق والنظام العام في دولة القاضي.

وفي هذا السياق يرى البعض أن الهدف من الدفع بالنظام العام هو حماية الدولة من أخطار بعض الحالات التي تطبق فيها القوانين الأجنبية ، فإذا لم تكن هناك قوانين أجنبية واجبة التطبيق ، فالخطر ينعدم تماما ولا تدعو الحاجة إلى استعمال الدفع بالنظام العام ، بخلاف مسألة التنازع الداخلي للقوانين فإنه لا يتم إعمال الدفع بالنظام العام لأن كل القوانين داخلية صادرة من المشرع الوطني ولا يتصور تصادمها مع النظام العام في دولة القاضي (1).

ويستثنى من ذلك فقط حالة الدولة الفيدرالية ، حيث يكون كل ولاية وحدة تشريعية مستقلة ، في هذه الحالة يمكن تصور اختلاف الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني لكل ولاية عن ولاية أخرى ، وبالتالي إمكان الدفع بالنظام العام(2).

(2) أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختلفا مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي:

مع العلم أن مفهوم القانون الأجنبي يشمل التصرفات القانونية والأحكام القضائية عند تنفيذها في دولة القاضي(3)، فالمشرع الوطني حينما أشار في قاعدة الإسناد إلى

(1) أنضر بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 131.

(2) أنضر أمين رشيد رجا الدواس ، المرجع السابق ، ص 131

3) V. PAULE LAGARDE, L'ORDRE PUBLIC, REP, INTERNAT, DALLOZ, OP, CIT, P3, SUPRA N° 17.

تطبيق قانون أجنبي لم يقصد أن ينطبق هذا القانون أيا كانت النتيجة المترتبة على ذلك وإنما يتعين ألا يمس بالمصالح القومية للدولة(1).

وقد قدر بعض الفقهاء أنه يمكن تحديد المقترضات مقدما وتقسيم القوانين إلى متعلقة بالنظام العام وغير متعلقة به، وكل هذا يفيد في منع تحكم القاضي ولكن الذي قدره لم يلق نجاحا ، كما فشلت في سبيل تحقيق هذه الغاية جهود المؤتمرات لدولية وأخصها مؤتمر القانون الدولي(2).

لهذا رأى فريق من الفقه الحديث أن توافر إحدى مقترضات النظام العام ليس بالشرط الكافي لإمكان الدفع بالنظام العام ، إذ أن المطلوب ليس هو البحث عن مدى ملائمة الحل الذي يقضي به القانون الأجنبي عند النظر إليه في إطار المجتمع الوطني لدولة لقاضي بل أن المطلوب هو معرفة مدى قبول المجتمع لهذا الحل(3).

كما يعترض بعض الفقه على هذه الفكرة لما تؤدي إليه من مشقة في التطبيق، ذلك أن القاضي الوطني لا يملك معيار يقيس به مدى مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام سوى المعيار المستمد من نظامه القانوني، في هذا المجال قضت محكمة النقض المصرية أنه " مؤدى نص المادة 28 من القانون المدني على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، هو نهي القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو

(1) أنصر إبراهيم احمد إبراهيم، " القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص382.
(2) أنصر عزا لدين عبد الله، "القانون الدولي الخاص"، ج2 المرجع السابق، ص544.
(3) أنصر فؤاد عبد المنعم وسامية راشد، المرجع السابق، ص189.

الاقتصادية أو الخلقية في الدولة ، مما يتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع ."(1)

إلى جانب هذين الشرطين يضيف الفقه والقضاء في ألمانيا شرط آخر، فهم يرون انه لا يجوز الاعتراف بتعارض القانون الأجنبي مع النظام العام الوطني إلا إذا كانت هناك صلة كافية بين هذا النزاع وبين دولة القاضي ، فإذا لم تتوافر هذه الصلة كان من غير المستساغ إعمال القاضي لفكرة النظام العام إذ أن النزاع يعني دولة القاضي حينئذ في شيء (2).

ويذهب هذا الاتجاه في تحديده للصلة المطلوبة بين النزاع المعروض وبين دولة القاضي إلى القول بأنه يجب أن لا تكون قائمة على ضابط من ضوابط الإسناد المعروفة والتي تؤدي مباشرة إلى تعيين قانون القاضي بل الصلة المطلوبة هي تلك التي تمس موضوع النزاع المعروض فحسب(3).

ورغم ما يستند إليه هذا الرأي من منطق فان الفقهاء خارج ألمانيا لا يتمسكون بهذا الشرط الثالث لإعمال الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص ، بل أن بعض القوانين الوضعية تنص صراحة على رفض هذا الشرط ، فالمادة 3/36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي مثلا جاء فيها : " ولا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة الارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي."

-
- (1) محكمة النقض المصرية في 20 جوان 1979 في الطعن رقم 10 لسنة 48 قانون الأحوال الشخصية أجنبيا ، أشار إليه صلاح الدين جمال الدين : "تنازع القوانين " المرجع السابق ، ص103
 - (2) أنصر فؤاد عبد المنعم رياض، سامية رشاد، المرجع السابق، ص190
 - (3) أنصر أمين رشيد رجا الدواس ، المرجع السابق ، ص239.

إذا كانت الشروط السابقة واجب توفرها حتى نكون أمام حالة الدفع بالنظام العام فإن هذا يعني وجود فارق بينه وبين النظام العام الداخلي .

الفرع الثالث: الفرق بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والنظام العام في

القانون الداخلي وما يتميز به من خصائص

يختلف دور النظام العام في القانون الداخلي عنه في مجال تنازع القوانين فرغم أن فكرة النظام العام تهدف إلى صيانة المصالح الجوهرية للمجتمع وهو هدف تسعى إلى تحقيقه سواء في مجال تنازع القوانين أو في مجال القانون الداخلي إلا أن ذلك لا يعني بنظر الفقه تطابق هذه الفكرة في المجالين . فما هي الفروق بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والنظام العام في القانون الداخلي وما هي الخصائص التي يتميز بها؟

بند الأول: الفرق بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والنظام العام في القانون الداخلي.

ذهب الرأي السائد لدى الفقه إلى التفرقة بين ما أسموه النظام العام النسبي أو الداخلي "L'ORDRE PUBLIC RELATIF OU INTERNE"، في مقابل مصطلح النظام العام المطلق أو الدولي "PUBLIC L'ORDRE ABSOLU OU INTERNATIONLE" (1).

مؤسسين هذه التفرقة على اختلاف الوظيفة بين الاثنين فوظيفة النظام العام في القوانين الداخلية البحتة هو منع خروج الأفراد عن قواعدها الآمرة أو الناهية وتعطيها

(1) أنصر طيب زروتي ، " القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص110.

باتفاقاتهم الخاصة واعتبار أي اتفاق يخالفها باطلا وله مجال واسع ورحب يشدد سعة وضيق حسب المعايير والمفاهيم الفلسفية، والاقتصادية والقانونية السائدة في المجتمع (1)

في حين أن الغرض من النظام العام في القانون الدولي الخاص بمفهوم المادة 24 م.ج هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص، حسب قواعد التنازع الوطنية لان مضمونه لا يتفق مع أسس النظام القانوني لبلد القاضي أو يعرض في الصميم المصلحة الوطنية للخطر ويكون بذلك وسيلة لحماية النظام القانوني الوطني. ومن هنا فان فكرة النظام العام تأخذ طابع استثنائي في مجال القانون الدولي الخاص لأنها خروجاً على الأصل العام، فهي أداة لاستبعاد القانون الأجنبي وتطبيق القانون الوطني بدلا عنه. وان كانت هذه الطبيعة الاستثنائية تقودنا النتيجة هامة: " فناطق أعمال فكرة النظام العام يضيق في مجال التنازع عنه بالنسبة للقانون الداخلي، وبكلام آخر فناطق تطبيق فكرة النظام العام في القانون الداخلي يعتبر أوسع بكثير مما هو عليه تطبيقها في مجال تنازع القوانين" (2).

والجدير بالذكر أن النظام العام يبقى متميزا بخصيته الوطنية (3)، ويتغير من مجتمع لآخر، وهذه الميزة دفعت ببعض الفقه إلى رفض التفرقة بين القانون الدولي الخاص والقانون الداخلي واعتبارها مصدر لبس، ولان فكرة النظام العام هي واحدة في كل الأحوال، فهدفه في كلا المجالين هو صيانة المصالح الجوهرية للمجتمع، إذ في القوانين الداخلية يتدخل

-
- (1) أنضر ممدوح عبد الكريم، " القانون الدولي الخاص" المرجع السابق، ص 199.
 - (2) أنضر سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق ص 228.
 - (3) أنضر محمد كمال فهمي، المرجع السابق نص 514.

ليؤكد مدى احترام القواعد التي تعتبر من النظام العام طريق إبطال كل تصرف يخالف ذلك، في حين يتدخل في تنازع القوانين عن طريق استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والذي يصطدم مع النظام العام الداخلي.

وان كان دور النظام العام المجال الداخلي هو الحد من مبدأ سلطان الإرادة وإبطال التصرفات إذا كانت مخالفة للقوانين الآمرة أو الناهية، فهذا لا يكون دائما في مجال تنازع القوانين فمخالفة القانون الأجنبي لأحكام القواعد الآمرة في قانون القاضي لا يتطلب في جميع الأحوال استبعاده ، فالقاعدة التي تحدد سن الرشد ب19 سنة في القانون الجزائري تعتبر من النظام العام في العلاقات الخاصة الداخلية ومع ذلك إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق في العلاقات الخاصة الدولية يجعل سن الرشد أكثر أو أقل من 19 سنة فلا يعتبر مخالف للنظام العام الجزائري فكل العلاقات الأسرية المنصوص عليها في قانون الأسرة تعتبر من النظام العام الداخلي ، وعلى الرغم من ذلك قد لا تعتبر بالضرورة مخالفة للنظام العام الجزائري إلا في حالة ما كان القانون الواجب التطبيق بتعلق شخص المسلم.(1)

البند الثاني: خصائص النظام العام.

يتجلى من خلال ما سبق تبيانه أن النظام العام ليس قابل لأي تعريف ولأي تحديد وبالتالي وجب البحث في خصائصه وهي تتمثل فيما يلي:

(1) أنصر فتيحة يوسف ، " محاضرات في القانون الدولي الخاص" المرجع السابق ، ص110

نسبية النظام العام:

يرى البعض في الفقه الحديث وأحكام القضاء أن النظام العام عبارة عن حالة أو وضع للمجتمع الوطني يتكون من مجموعة من المبادئ والمثل العليا والأساسية في مختلف المجالات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والروحية، يتعين من وصف النظام العام بأنه الوضع الطبيعي للمجتمع أن يكون متطورا بتطور المجتمع، ومن ثم يكون نسبيا يختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان، وان هذه النسبية هي التي توجب مراعاة مفهومه وقت رفع الدعوى(1).

النظام العام فكرة وطنية:

إن فكرة النظام العام هي دائما فكرة وطنية، وذلك أن النظام القانوني في كل دولة يتضمن قواعد خاصة تنظم العلاقات الخاصة الدولية، يطلق عليها قواعد النظام العام الذي يختلف مفهومه من دولة إلى أخرى.

النظام العام فكرة وقتية:

وقد استقر الرأي على الأخذ بمبدأ هام هو أنية النظام العام بمعنى أن العبرة في تقدير مقتضيات النظام العام بلحظة الفصل في الدعوى دون النظر إلى ما قبل ذلك فان كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشأة المركز القانوني ثم لم يعد كذلك عند الفصل في النزاع فلا مجال لاستبعاد القانون الأجنبي . (2)

(1) أنضر يوسف فتيحة، "محاضرات في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص 338.
 (2) أنضر صلاح الدين جمال الدين، "تنازع القوانين"، المرجع السابق، ص 338.

المطلب الثالث: آثار الدفع بالنظام العام و تطبيقاته على النسب.

يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثر هام هو استبعاد أحكام القانون الأجنبي المتعارضة مع النظام العام في دولة القاضي، فالهدف الرئيسي من هذا الدفع هو عدم السماح لقواعد القانون الأجنبي بالاندماج في النظام القانوني الوطني ، نظرا للتنافر القائم بينهما.

وعليه سنحاول تبيان هذه الآثار المترتبة عن استبعاد القانون الأجنبي (الفرع الأول) وتطبيقات النظام العام على النسب(الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثار الدفع بالنظام العام.

يفرق الفقهاء في هذا الشأن بين آثار الدفع بالنظام العام في مرحلة إنشاء الحقوق في دولة القاضي وآثاره بشأن الحقوق التي نشأة في الخارج ويراد الاحتجاج بآثارها في دولة القاضي وهذه التفرقة هامة لاختلاف قوة ردة فعل النظام العام في كلا الحالتين.

البند الأول : الدفع بالنظام العام بشأن علاقة نشأة أو يراد إنشاؤها في دولة القاضي:

أن هذا التعارض ما بين القانون الأجنبي والنظام العام في دولة القاضي يمكن تصوره من ناحيتين إما سلبيا وإما إيجابيا ، فالأولى : تتمثل في أن القانون الأجنبي يجيز مسألة لا يقرها النظام العام في بلد القاضي مثال ذلك أن يطلب فرنسي مسيحي نصيبه من الإرث من قريبه الفرنسي أمام القضاء الجزائري فيرفض القاضي الجزائري طلبه لعدم جواز التوارث في هذه الحالة استنادا إلى قاعدة عدم جواز التوارث بين المسلم وغيره وهي قاعدة من النظام العام في التشريع الجزائري، أما الثانية: أن يمنع القانون الأجنبي أمرا ويكون في هذا المنع

مخالفة للنظام العام في بلد القاضي كمنع الزوج المسلم من الطلاق، وهنا إضافة إلى استبعاد القانون الأجنبي إحلال قانون القاضي محله ليحكم العلاقة، وللفقه آراء مختلفة لكل حالة (1).

أولاً: الأثر السلبي للنظام العام.

كما سبق ذكره فالأثر السلبي للنظام العام هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية بالنسبة لمسألة يجيزها القانون الأجنبي و لا يقرها النظام العام في بلد القاضي، إلا أنه قد يحدث وأن يكون القانون الأجنبي برمته غير مخالف للنظام العام ، الأمر الذي يطرح التساؤل التالي : هل القاضي يستبعد من القانون الأجنبي الجزء فقط المخالف للنظام العام أم انه يستبعد القانون الأجنبي بكامله ؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد أن تعرض إلى الآراء الفقهية المختلفة في هذا المجال وهي كما

يلي:

الفريق الأول: استبعاد القانون الأجنبي برمته (الاستبعاد الكلي).

يرى هذا الفريق من الفقه أن يتعين على القاضي أن يستبعد القانون الأجنبي في كافة أحكامه فطالما تعارضت احد هذه الأحكام مع النظام العام الوطني فلا مفر من وجوب استبعاد القانون الأجنبي برمته ، إذ أن القول بغير ذلك من شأنه المساس بوحدة التشريع الأجنبي . (2)

(1) أنضر طيب زروتي ، "القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق ،ص281.

(2) أنضر إبراهيم احمد إبراهيم ، "القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق ، ص285.

الفريق الثاني: عدم استبعاد القانون الأجنبي كلياً (الاستبعاد الجزئي).

بينما يؤكد الفقه الغالب في مختلف الدول (1) أن الأثر السلبي لفكرة النظام العام ليس من شأنه استبعاد أحكام القانون الأجنبي بصورة كلية ، وإنما ينحصر هذا الأثر في استبعاد الجزئية التي تتعارض فيه مع مفهوم فكرة النظام العام في دولة القاضي، ونشير بان محكمة النقض الفرنسية قد أخذت في بعض أحكامها بهذا الحل ، فاستبعدت الجزء المخالف للنظام العام وأبقت على الأجزاء الأخرى غير المخالفة له.

ومن هذه الأحكام حكمها في قضية fayeulle في 08 نوفمبر 1943، فقد استبعدت طرق إثبات النسب الطبيعي المقررة في القانون الألماني المختص، ولكنه لم يستبعد تطبيق هذا القانون فيما يتعلق بآثار هذا النسب لكون الآثار في نظره غير مخالفة للنظام العام الفرنسي(2).

في هذه الحالة مادام القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق أصلاً على النزاع بوصفه أكثر ما يتعارض فعلاً مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، القوانين ملائمة للمسألة المعروضة فإن الأقرب إلى حكمة التشريع هو ألا يستبعد أحكامه إلا ما يتعارض فعلاً مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي.

(1) أنضر بلفاسم أعراب، " القانون الدولي الخاص الجزائري "، ج 1، المرجع السابق، ص177.

(2) أنضر بلمامي عمر، المرجع السابق، ص173.

إلا انه بخلاف ذلك فقد يصعب في بعض الأحوال استبعاد الجزء المخالف للنظام العام لكون هذه الأجزاء مرتبطة ببعضها البعض، فهنا لامناص من استبعاد القانون الأجنبي برمته، لان الاكتفاء باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام يستلزم بالضرورة استبعاد بقية أجزاء القانون الأجنبي المرتبطة به ويمكن تشبيه هذه الحالة بالعقد الذي يتضمن شرطا غير مشروع ، فإذا كان الشرط غير مشروع يمثل الباعث الحافز للعقد بحيث لا يمكن أن تقوم للعقد قائمة بدونه تعين إبطال العقد برمته.(1)

ثانيا : الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام.

إذا ما تم للقاضي استبعاد القانون الأجنبي الذي تتعارض أحكامه مع النظام العام فعليه بعد ذلك أن يتصدى لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد ، فان السؤال الذي يطرح نفسه ، متى وجد القاضي أن القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام فامتنع عن تطبيقه ما القانون الذي يتعين عليه تطبيقه في هذه الحالة ؟

يقول الفقه في الإجابة عن هذا السؤال: " إن الحل المسلم به في العالم والذي لا يقبل الجدل هو تطبيق قانونه الوطني على النزاع." (2) وإذا كانت هذه الحقيقة مسلمة في الفقه التقليدي على هذا النحو فان هذا لا يمنع من وجود اتجاهات أخرى في الإجابة عن السؤال ومن هذه الاتجاهات ما يلي:

(1) أنصر عبد المنعم رياض، سامية رشاد، المرجع السابق، ص.198

(2) أنصر إبراهيم أحمد إبراهيم، " القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص.286.

الرأي الأول: البحث عن البديل في ظل القانون الأجنبي.

هذا الرأي الذي يدعو إلى إيجاد البديل على ضوء القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمعنى أن المسألة تقتضي فقط تطبيق نص من النصوص القانون الأجنبي الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي (1).

ويبرر الفقه الألماني هذا الاتجاه بالرجوع إلى المبدأ القائل بان اثر فكرة النظام العام يجب أن ينحصر في استبعاد النص الأجنبي المخالف لهذه الفكرة ، ولا يصح أن يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي في مجموعه ، و على ذلك يبدوا لهذا الاتجاه أن إحلال القانون الوطني بدلا من النص المخالف للنظام العام يتعارض مع هذا المبدأ وسبق لمحكمة الرايخ الألمانية أن اعتمدت هذا الحل (2)

إلا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد ذلك أن احترام مبدأ الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي الذي يخالف النظام العام في دولة القاضي دون استبعاد القانون الأجنبي في مجموعه، إما عن إحلال نص آخر من القانون الأجنبي محل النص المستبعد باسم النظام العام بدلا من تطبيق قانون القاضي فهذه مسألة لا شأن لها بالمبدأ السابق. ضف إلى ذلك

(1) أنصر صادق علي هشام، "دروس في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق ص 214.
 (2) وتتلخص وقائع القضية في أن الدين يخضع للقانون السويسري الذي يقرر عدم قابليته للتقدم ، واتضح للقاضي الألماني أن هذه الفكرة تتعارض مع النظام العام في ألمانيا ولكن المحكمة قررت أن يتعين قبل تطبيق القانون الألماني محاولة إكمال النقص المترتب على استبعاد فكرة عدم قابلية الدين للتقدم بالإسناد إلى القانون السويسري ذاته فإذا اتضح استحالة ذلك تعين تطبيق قاعدة القانون الألماني الأكثر اتفاقا مع القانون السويسري ويكون ذلك بالاخذ بأطول مدة للتقدم يعرفها القانون الألماني. أنصر بلامامي عمر ، المرجع السابق، ص 174.

فلا مفر من تطبيق قانون القاضي في حالة عدم وجود النص البديل فلا مفر من تطبيق قانون القاضي . (1)

الرأي الثاني: استبعاد القانون الأجنبي بدون تعويض.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول باستبعاد القانون الأجنبي دون تعويضه وان كانت هذه الفكرة بدون مغزى إذ أن استبعاد القانون الأجنبي ، دون أن يحل محله قانون آخر يؤدي إلى فراغ قانون لا بد من سده (2) .

الرأي الثالث : تطبيق المبادئ القانونية العامة.

بينما ذهبت بعض الرؤى انه ينجر عن أعمال أثار الدفع بالنظام العام تطبيق مبادئ قانونية العامة محل تطبيق القانون الأجنبي وصور ذلك أن يكون قانون القاضي غير ملائم للتطبيق ، فتطبق مثلا مبادئ القانون الطبيعي أو الأعراف (3) .

وتبنى هذا الموقف القضاء المغربي وعليه استقر هذا القضاء على انه: " في حالة التعارض القانون الأجنبي المختص مع الشعور العام يتعين على القاضي في هذه الحالة استبعاد هذا الأخير، واللجوء إلى المبادئ العامة وحلول العدالة والقانون الطبيعي محله". (4)

(1) أنضر صادق علي هشام، "دروس في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق ص 214.

(2) أنضر محمد اللافي مبروك، المرجع السابق، ص84.

(3) أنضر الطيب زروتي ، "القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص284.

4) V. ISSAD MOUHAND, DROIT INTERNATIONALE PRIVE, tome1, LES REGLE DE CONFLIS, O.P.U, ALGER, EDITION ; p201.

الرأي الرابع: تطبيق قانون القاضي.

اقترح البعض في حالة استبعاد القانون الأجنبي المختص أصلا في النزاع يحل محله قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وهذا هو موقف القضاء الفرنسي بوجوب إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي الذي استبعدت أحكامه ولإعمال هذا الرأي يستلزم توفر شرطين (1):

الشرط الأول: هو وجود قانون أجنبي واجب التطبيق، بمعنى أن يكون القانون الواجب التطبيق أشارت بتطبيقه قاعدة التنازع الوطنية.

الشرط الثاني: فيتمثل في ضرورة وجود حكم في قانون القاضي المعروض أمامه النزاع يسمح بان يحل محله القانون الأجنبي الذي استبعدت أحكامه باسم النظام العام، ويصلح بالتالي أن يحل محل القانون الأجنبي المستبعد.

وان كان هذا الحل الأخير الأكثر ترجيحاً في القانون المقارن ، إذ كاد ينعقد الإجماع في القانون المقارن على تطبيق قانون القاضي عندما يتم استبعاد القانون الأجنبي ، على اثر الدفع بالنظام العام ويكون قانون القاضي في حالة الاختصاص الاحتياطي . وتبنت معظم التشريعات هذا الحل ونصت على ذلك صراحة عدة دول في قوانينها والقانون

(1) أنضر بلمامي عمر ، المرجع السابق ، ص170.

وتشريعاتها كالقانون الكويتي التونسي (1) وقد قنن المشرع الجزائري هذا الرأي صراحة في المادة 24 فقرة 2 المتممة حيث تقضي بما يلي: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب."

البند الثاني : اثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة.

في هذه الحالة فان النظام العام يتدخل بشأن حق نشأ في دولة ما وينتقل إلى دولة أخرى للاعتراف به أو بمعنى أن النزاع المطروح أمام القاضي يشكل الاحتجاج بحق اكتسب في الخارج. وان نفاذ هذا الحق والاعتراف بآثاره يطلق عليه الأثر المخفف للنظام العام، كما أن هناك ما يسمى بأثر الانعكاسي للنظام العام، و إلى جانب هذه المسميات المسمى الحديث للنظام العام (النظام العام القريب من قانون القاضي).

أولاً: مفهوم الأثر المخفف للنظام العام.

يقصد به عدم إعمال الدفع بالنظام العام إزاء الحقوق التي تنشأ في الخارج بنفس الشدة أو الصرامة التي تطبق على الحقوق التي تنشأ داخل دولة القاضي .

(1) المادة 73 من القانون الكويتي: " لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي عينته النصوص الواردة في هذا الباب إذا كانت الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في الكويت، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي." المادة 36 من القانون الدولي الخاص التونسي 98-79 تنص: " لا يمكن للقاضي أن يلجأ إلى الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الاختيارات الأساسية للنظام العام التونسي."

إن أول من تكلم عن الأثر المخفف للنظام العام هو القضاء الفرنسي، حيث ذهب منذ أواخر القرن الثامن عشر إلى إقامة التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: يراد بها إنشاء مركز قانوني جديد أمام قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، فلا يمكن للقاضي أن يسمح بإنشاء هذا المركز القانوني وقانونه لا يجيز ذلك.

الحالة الثانية: وهو الوضع الذي يتم فيه نشوء الحق المخالف للنظام العام في الخارج نشوءا صحيحا وفقا لقانون الدولة تفره، ثم يراد بعد ذلك الاعتراف بآثار هذا الحق أو الاحتجاج بها في دولة القاضي. (1)

فالأمر في الحالتين ليس على سواء ، إذ قد يكون نشأ الحق في دولة القاضي مخالفا للنظام العام بينما لو نشأ هذا الحق ذاته في الخارج ، وأريد الاحتجاج بآثاره كلها أو بعضها في بد القاضي لامكن الاعتراف بها والتمسك بآثاره إذا لم تكن متعارضة مع مقتضيات النظام العام أي لا يمكن الدفع بالنظام العام إزاء المراكز التي نشأة في الخارج بنفس الدرجة التي يتم بها إعماله تجاه المراكز التي يراد إنشاؤها في دولة القاضي. ومن أمثلة ذلك أن النظام العام الفرنسي يمنع الاحتفال بالزواج المتعدد لأنه مساس بالنظام العام الا انه لا يحول دون الاعتراف ببعض آثاره متى تم صحيحا في الخارج وفقا للقانون المختص .

فمثلا فقد اعترف القانون الفرنسي للزوجة الثانية في طلب النفقة الزوجية وبحقها في

(1) أنصر جميل عبده غصوب، "محاضرات في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص140.

الإرث في هذه الحالة يرى القضاء الفرنسي أن الآثار التي تم التمسك بها في فرنسا ليست هي ذاتها مخالفة للنظام العام الفرنسي رغم أنها آثار لمراكز قانونية (تعدد الزوجات) لا يمكن إنشاؤها في فرنسا. كما هو شأن الزوجة الثانية التونسية التي رفعت دعوى أمام القضاء الفرنسي للمطالبة بحقها في النفقة اتجاه زوجها وفقا للقانون التونسي فسمحت لها محكمة النقض الفرنسية بذلك على أساس أن العلاقة التعدد نشأة في خارج التراب الفرنسي أي تمت علاقة الزواج الشرعي الثاني بتونس(1).

وإذا كان الأثر المخفف للنظام العام يحد كثيرا من صرامة الدفع بالنظام العام ويسمح للقانون الأجنبي بالامتداد إلى بلد القاضي وبالإقرار للحقوق المكتسبة في ظلّه أخذًا بعين الاعتبار استقرار المراكز القانونية والمعاملات الدولية ، إلا أن النظام العام قد يستعيد دوره مجددا في الحالات الخطيرة ويتصدى بصرامة للحقوق المكتسبة في الخارج خصوصا وأنه لا يوجد معيار دقيق ثابت للتمييز بين حالات الأثر المخفف وما عداها من الأحوال الأخرى مما يمنح القضاء سلطة واسعة في تقدير مقتضيات النظام العام على هدى مقتضيات المصلحة العامة العليا للمجتمع في كل زمان ومكان (2) .

وقد سايرت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص فكرة الأثر المخفف للنظام العام ونصت في الفصل 38 على ما يلي: " يتم الاعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بالخارج وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع التونسية ما لم تكن هذه الآثار متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي." .

1)Cass.civ.28 janvier1958, v .mouhand issad.op.cit.p203.

(2)أنضر طيب زروتي ، المرجع السابق ص285

ثانيا: الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام.

يعتبر الفقيه "بيه" من الفقه الذي ابتدع هذا المصطلح (1) ، والذي يثار بالمشكل التالي هل يجوز للقاضي أن يعتبر من النظام العام في دولته ما يعتبر من النظام العام في دولة أخرى (ثالث)؟. لتوضيح ذلك مثلا تزوج بولونيان في بلجيكا وفقا للقانون البلجيكي الذي حل محل قانونهما البولوني المختص والذي استبعد لمخالفته النظام العام ، لأنه لا يسمح بالزواج بين مختلفي الديانة فهل يجوز الاحتجاج والتمسك بهذا الزواج في فرنسا؟

يذهب جانب من الفقه إلى القول بان فكرة النظام العام فكرة وطنية ، وان قانون الدولة الأجنبية الذي يطبق إعمالا لفكرة النظام العام لا يتعدى أثره إلى دولة أخرى حتى ولو كان مفهوم النظام العام في كليهما غير مختلف ، وعليه لا يمكن التمسك في بلد القاضي بآثار الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية وفقا لنظامه العام وخلافا يقتضي به القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي ، ففي المثال السابق لا يمكن للزوجين البولونيين التمسك بآثار زواجهما في فرنسا على الرغم من اتحاد مفهوم النظام العام بين فرنسا وبلجيكا. (2)

غير أن هذه النتيجة تبدوا مجافية لمنطق الأشياء، ذلك أن اتفاق مفهوم النظام العام في كل من دولة القاضي والدولة الأجنبية سيترتب عليه الوصول قاضي الدولة إلى نفس النتيجة التي لو كان النزاع قد طرح عليه. (3)

(1) يوسفي فتيحة ، "النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص"، دراسات قانونية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، العدد 05 ، سنة 2008. المرجع السابق ، ص 106.

(2) بلقاسم أعراب ، "القانون الدولي الخاص الجزائري" ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 183.

(3) فؤاد عبد المنعم ، سامية راشد ، المرجع السابق ، ص 207.

ويذهب الفقه الحديث إلى التفرقة بين الحالة التي يكون فيها النظام العام للدولة الأجنبية متطابقا مع النظام العام في دولة القاضي والحالة التي لا يكون فيها متطابقا معه(1).

الحالة الأولى : يصبح الاحتجاج في دولة القاضي بآثار الحق المكتسب في الدولة الأجنبية وفقا لمقتضيات نظامها العام لتطابقهما، وخلافا لما يقضي به القانون المختص وعليه فانه يمكن في المثال السابق للزوجين البولونيين التمسك في فرنسا بآثار زواجهما الذي تم وفقا لمقتضيات النظام العام البلجيكي والتي هي نفسها في فرنسا.

الحالة الثانية: فانه لا يصح الاحتجاج بآثار الحق المكتسب في دولة أجنبية طبقا لمقتضيات نظامها العام لعدم تطابق هذه المقتضيات مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي.

وهذا الحل الأخير وان كان يتعارض في ظاهره مع مبدأ وطنية النظام العام إلا أنه لا يخل بجوهر المبدأ ذاته ، والقول بغير ذلك من شأنه الإضرار بالمعاملات الدولية دون مبرر ، إذ سيترتب على الأخذ به إبطال العلاقات ذات الطابع الدولي التي نشأة في الخارج بالرغم من أن نشوءها جاء متفقا مع الأفكار القانونية في دولة القاضي ذاتها.(2)

(1) أنضر بلقاسم أعراب ،، "القانون الدولي الخاص الجزائري" ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 184.

(2) أنضر فؤاد عبد المنعم ، سامية راشاد المرجع السابق ، ص 208.

ثالثاً: النظام العام القريب من القانون القاضي (l'ordre public de proximité):

إن هذا المفهوم الجديد للنظام العام يتمثل في أن نسبية النظام العام تقتضي من القاضي أن يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لصالح قانون القاضي كلما وجد عامل الربط بين العلاقة المتنازع فيها و فليمه ، ويرجع الفضل في وجود هذا المفهوم إلى الفقه الألماني ن ويطلق على هذه

الصلة اصطلاحاً « inlandsbeziehung » (1).

فهم يرون أنه لا يجوز الاعتداد بتعارض القانون الأجنبي مع النظام العام الوطني إلا إذا كانت صلة كافية ، بين هذا النزاع وبين دولة القاضي ، فإذا لم تتوافر هذه الصلة كان من غير المستساغ إعمال القاضي لفكرة النظام العام إذ أن النزاع لا يعني دولة القاضي حينئذ في شيء . (2)

(1) أنضر فؤاد عبد المنعم وسامية رشاد ، المرجع السابق نص 208

(2) انظر تطبيقات الدفع بالنظام العام في القضاء الفرنسي ص

الفرع الثاني : تطبيقات الدفع بالنظام العام على النسب .

إن أكبر مجال عرف تطبيق كبير للنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص هو مجال الأحوال الشخصية ، و النسب من المسائل الحساسة في هذا المجال ، فأهمية النظام العام في رابطة النسب تعظم أكثر من المجالات الأخرى لأنها رابطة قبل أن تكون قانونية في رابطة اجتماعية ذات أسس خلقية أو دينية ، و إن الطابع الديني أو العلماني للنسب في قانون ما يشكل وسيلة لاستبعاد القانون المنافي له ، ويوسع من دائرة تدخل قانون القاضي باسم النظام العام. من هذا المنطلق سنحاول دراسة تطبيق فكرة النظام العام على النسب من خلال موقف كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي.

أولاً: القانون الجزائري.

إن تشريع الجزائري كما سبق تباينه في الفصل الأول، لا يعرف سوى النسب الشرعي ويتنكر لغيره من النسب الطبيعي ونظام التبني. فقانون الأسرة مستخلص من مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية التي ترفض جميع العلاقات الخارجة عن الإطار الشرعي ، منعا لاختلاط الأنساب والحفاظ عليه من الفساد . (1)

ومسألة النسب الطبيعي هي التي تثير أكبر الصعوبات للتناقض الموجود بين الدول فالدول ذات الطابع الديني الإسلامي (الجزائر) سوف ترفض لا محال كل طلب يبيح محذور بالاسم النظام العام . ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1991/04/23 (2) الذي قضى: " فان القاضي الجزائري قد قرر بان إثبات النسب للأب وفقا لما قض به القاضي

(1) أنظر الفصل الأول مفهوم النسب الشرعي ومفهوم النسب الطبيعي ، ص
 (2) المحكمة العليا ، قرار صادر بتاريخ 1991/04/23 ، غير منشور ، نقلا عن عليوش كمال قربة ص 83 .

الفرنسي وفقا لقانونه يكون مخالفا للنظام العام الجزائري حيث أن قانون الأسرة الجزائري لا يقر النسب إلا بالزواج الصحيح طبقا لأحكام المادة 41 قانون الأسرة وبالتالي يكون القاضي الجزائري قد استخلف القانون الأجنبي واحل محله القانون الجزائري .

وهكذا فمسألة البتة الغير الشرعية هي التي تشكل المساحة الأكبر للدفع بالنظام العام . فالطابع الديني للتشريع الجزائري يجعل منه أكثر تشددا من غيره من التشريعات العلمانية فماه إذن موقف التشريع الفرنسي من المسألة ؟

ثانيا :القضاء الفرنسي :

إذا كان القضاء الجزائري استبعد تطبيق القانون الفرنسي (لعدم اعترافه بالنسب الطبيعي)، فإنه على العكس من ذلك استبعد القضاء الفرنسي تطبيق القوانين الإسلامية حتى لو كانت هي الواجبة التطبيق لمخالفتها للنظام العام الفرنسي تطبيقا لمبدأ المساواة بين الولد الشرعي والغير الشرعي من القانون الفرنسي بموجب قانون 03 جانفي 1972 وفي هذا المجال جاء قرار محكمة النقض الفرنسية كما يلي : " أن قوانين الدول السلامية يمنع مثلا إثبات النسب خارج الزواج اتجاه الأب عندما يعرف ، ولكي يسمح للطفل المقيم بصورة ومعتادة في فرنسا ، والذي له جنسية الفرنسية عن طريق أمه أن يتمكن من إثبات نسبه اتجاه والده الطبيعي والمنتمي إلى دول المغرب ، فتطبيقا لفكرة النظام العام الفرنسي ، استبعد القانون العربي الإسلامي الواجب التطبيق ، وإحلال محله القانون الفرنسي الذي يجيز هذا الإثبات" (1).

1)CASS.CIV.1ere.10FEVRIER1993.LA TOUZE.

نقلا عن يوسف فتحة ، المرجع السابق ، ص 192.

إلى جانب ذلك صدور قانون 08 جانفي 1993 ،حول البحث عن الحقيقة البيولوجية ، قد وسع من مجال إثبات دعوى النسب الأبوي خارج إطار الزواج ، بحيث أصبح معيار تدخل النظام العام في القانون الفرنسي مصلحة الطفل .

وقد عبر القضاء الفرنسي عن معيار تدخل النظام العام في القانون الدولي في قضية أساسية رأى فيها معيار مزدوج ، موضوعي وإجرائي كالاتي :

"La conception de l'ordre public internationale n'interdit pas la recherche en France de la paternité selon une loi étranger compétente qui ne prévoit pas les cas d'ouverture de l'art, 340c.civ, dès lors que cette loi présente de sérieuse garanties en ce qui concerne de la vérité biologique et permet au père d'assurer efficacement sa défense."(1)

L'ORDRE PUBLIC DE كما أن المفهوم الحديث للنظام العام القريب من القاضي

PROXIMTE وسع من استعمال الدفع بالنظام العام من طرف القضاء الفرنسي فانتهاء عامل الربط دفع بالقضاء الفرنسي برفض الدعوى واستبعادها من الحكم الصادر بتاريخ 2006 والذي تتلخص وقائعه في أن الطفلة " مريم " المولودة بالجزائر والمقيمة بالجزائر وهي طفلة غير شرعية ، رفعت أمها الجزائرية دعوى إثبات نسبها من الأب الطبيعي ، وقامت محكمة الدرجة الأولى باستبعاد تطبيق قانون الأم الجزائري (على

1) cass.civ, 9 oct. 1984, rev.crit, D.I.P, 1985.643, note j. foyer, J.D.I 1985, 905, note m .Simon – Depitre.

الرغم من انه الواجب تطبيق حسب القانون الفرنسي) ،تطبيقا لمبدأ المساواة بين النسب الطبيعي والنسب الشرعي ، إلا أن محكمة النقض الفرنسية رأت نظرة أخرى إلى القضية فالطفلة ليست لها الجنسية الفرنسية وغير مقيمة بفرنسا ، فبانتهاء عامل الربط دفع بمحكمة النقض الفرنسية إلى رفض طلب الأم.(1)

الختام

وأخيرا نستخلص من هذه الدراسة، أن مسألة النسب من المسائل الشائكة، سواء دأكان في ميدان القوانين الداخلية أم في ميدان تنازع القوانين.

وقد نظم المشرع الجزائري مسألة النسب ضمن أحكام قانون الأسرة ، ومن هنا وضع أحكاما لثبوته تتمثل في كونه يثبت بالزواج الصحيح الذي حدد له كما رأينا شروط لا بد من توفرها وهي حصول الاتصال بين الزوجين وشروط مدة الحمل (الأدنى والأقصى) ، كما أن الزواج الصحيح في نضر المشرع الجزائري هو ذلك العقد الرضائي.

والى جانب الزوجية الصحيحة و لدرأ الشبهات ذهب متتبعا لخطوات الشريعة الإسلامية آخذا بالزواج الفاسد والوطء بشبهة ، وجعلهما أسباب لثبوت النسب وطبق عليهما نفس شروط الزوجية الصحيحة، إلى جانب هذا ومواكبة منه للتطورات العلمية أدخل في تعديل قانون الأسرة الوسائل العصرية للحمل ، وان كانت محل خلاف للفقهاء بين معارض ومؤيد لكل حجته ولم يتركها في مهب الأهواء وإنما وضعها لها شروط.

ومن أسباب النسب إلى الوسائل الكاشفة عن وجوده، وهما الإقرار والبينة، واللذان وضعت أحكامهما الشريعة الإسلامية، واخذ بها المشرع الجزائري.

وأخر وسيلة اعتمدها المشرع الجزائري لإثبات النسب وهي الطرق العلمية ، وما يلاحظ أنه لم يحدد أي طريقة علمية يمكن من خلالها إثبات النسب وهذا التعدد في الطرق العلمية ، كما أشرنا أن استعمال الطرق العلمية لإثبات النسب يفتح الأبواب نحو إثبات نسب ابن الزنا الذي يخالف مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.

ومن جهة ثانية أشاد بالطرق المشروعة لنفي النسب دون توضيح لهذه الطرق المشروعة

هل اللعان وحده أم يوجد طرق أخرى ؟ وكانت الإجابة أن المبدأ في الشريعة الإسلامية أن الوسيلة الوحيدة لنفي النسب هو اللعان.

هذا عن النسب الشرعي أما عن النسب الطبيعي أو حكم اللقيط فكما بينا أن المشرع الجزائري لم يضع أحكام خاصة في قانون الأسرة باللقيط مما اضطرنا إلى البحث في أحكام الشريعة الإسلامية لتعريفه والبحث عن نسب اللقيط كما رأينا أن الرأي الراجح استقر على إلحاق نسب اللقيط بأمه.

أما عن القواعد المتفرقة في القوانين الجزائرية منها ما يتعلق بحق الجنسية المبنية على حق الإقليم، وحق اللقب والاسم، إلى جانب حق الرعاية البديلة.

هذا عن القواعد العامة لأحكام النسب الشرعي والطبيعي ، أما عن مجال تنازع القوانين فقد رأينا تباين موقف المشرع الجزائري في مرحلتين مرحلة سادها الصمت مما فتح الباب أمام الآراء الفقهية في شأن القانون الواجب التطبيق ، والمرحلة الثانية حسم المسألة بنص صريح وجعل القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الأب وقت الميلاد ، وفي الوفاة قانون جنسيته وقت الوفاة.

أما عن نظيره الفرنسي فبعد أن كان يفرق بين النسب الشرعي والطبيعي وكانت الأولى يحكمها قانون آثار الزواج ، والثانية قانون جنسية الطفل غير اتجاهه باعتماده مبدأ المساواة بين الطفل الطبيعي والشرعي ووضع لهمل ضابط جنسية الأم وقت الميلاد ، وفي حالة ما إذا كانت الأم مجهولة قانون جنسية الطفل.

وان كانت المسألة لا تتوقف عند تحديد القانون الواجب التطبيق ، وان هذا الضابط تعترضه من

الصعوبات الفنية التي تمنع تطبيق القانون المختص ومنها:

1) التنازع السلبي والايجابي ورأينا أن التنازع السلبي هو انعدام الجنسية وقد اختلفت الآراء الفقهية حول القانون الواجب التطبيق ، وذهب الرأي الراجح في الفقه قانون الموطن ، وقد اخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي من خلال تعديله للقانون المدني في 20 جوان 2005 واعاد صياغة الفقرة 3 من المادة 22 وطبق على عديم الجنسية قانون الموطن أو قانون محل الإقامة.

أما عن التنازع الايجابي فاعتمد بناء على نص المادة 1/22 و2 عل تطبيق قانون القاضي إذا كانت جنسيته من بين الجنسيات المتزاحمة أو الجنسية الفعلية إذا كان كل الجنسيات أجنبية عن القاضي.

2) أما عن الصعوبة الثانية وهي تغيير الجنسية بين وقت نشوء العلاقة القانونية ووقت رفع النزاع بشأنها أمام القضاء، فهل يأخذ بالقانون القديم أم القانون الجديد ؟ فحسم المشرع الجزائري بنصه في المادة 13 مكرر على تحديد القانون بجنسية تاريخ ميلاد الطفل ، أما في حالة وفاة الأب جنسية تاريخ الوفاة، ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الفرنسي تحيد القانون الواجب التطبيق بقانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل وينطبق نفس الحكم على قانون جنسية الطفل في حالة كون الأم مجهولة.

3) أما عن الصعوبة الثالثة فهي الإحالة إلى دولة تتعد فيها الشرائع وقد أخذ المشرع لحل المسألة بالرأي الراجح تاركا للقانون الداخلي للدولة المتعددة الطوائف في تحديد الشريعة الواجبة التطبيق ، وفي حالة عدم وجود حل داخلي أناط الاختصاص للشريعة الغالبة في حالة التعدد الشخصي ولشريعة السائدة في العاصمة في حالة التعدد الإقليمي.

هذا عن قانون الجنسية والإشكالات التي يثرها أثناء تحديد القانون الواجب التطبيق.

فبعد تجاوز كل هذا يأتي دور تطبيق القانون المختص ، وهنا تختلف نظرة كل دولة إلى القانون الأجنبي المختص أصلا في النزاع فمنهم من رأى انه مجرد واقعة تفقد لعنصر الإلزام ، بينما ذهب البعض الآخر إلى اعتباره قانون كالقانون الداخلي وان فقد الالتزام بتجاوزه الحدود فان على قاعدة الإسناد أن تعيد له هذه الإلزامية وطبعا تختلف الآثار المترتبة عن كونه واقعة أو قانون . ، وبيننا أن المشرع الجزائري اعتبر أن الأحكام الخاصة بالأحوال الشخصية قانون فيما سواه اعتبرها مجرد واقعة والى جانب هذا مسألة إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق فمسألة كونه واقع فعلى الخصوم إثبات محتواه بوسائل مختلفة ما عد الإقرار واليمين. أما إذا اعتبر على أساس قانون فعلى القاضي إثباته تلقائيا دون حاجة إلى الخصوم وله طبعا الوسائل المعتمدة من طرف الدولة والتي سبق تبيانها. ورغم كل هذا فقد يحدث رغم كل الوسائل المتاحة للإطراف والقاضي في إثبات مضمون القانون الأجنبي عدم التمكن من إثبات مضمونه، وقد ذهب الرأي الراجح في الفقه والقانون المقارن ومنه المشرع الجزائري إلى تطبيق قانون القاضي.

وأثار تطبيق القانون الأجنبي مسألة تفسير القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا عليه فقد اختلفت المذاهب حول تفسر القانون الأجنبي فمنهم من رأى في تفسيره وفقا لقانون القاضي إلا أن هذا الرأي قد انتقد بينما ذهب اتجاه آخر بتفسيره وفقا لمبادئ العدالة والقضاء في الدولة الأجنبية التي أصدرته فهي التي تملك سلطت تفسيره . وكان هذا الرأي الراجح كما بينا ، وقد يحدث أن هذا التفسير الذي يعطيه القاضي للقانون الأجنبي أن يشوه من القانون الأجنبي فاختلقت الآراء بين مؤيد لمبدأ الرقابة و معارض ، وقد اقبل المشرع الجزائري على إخضاع أحكام الأحوال الشخصية إلى رقابة المحكمة العليا.

وبعد محاولة القاضي تطبيق القانون الأجنبي قد يحدث أن يجد القاضي أثناء تطبيق هذا القانون الأجنبي أنه مخالف للأسس الاجتماعية والنظام العام السائد في الدولة ، وقد حاولنا إعطاء تعريف لهذا النظام العام إلا أنه لا يوجد تعريف جامع لهذه الفكرة ، ووضحنا أنه يمكن الأخذ ببعض المعايير لتحديد مضمونه وهي المعايير الدينية والمعايير العلمانية كل هذا لأجل توضيح مفهوم النظام العام أما عن نطاق تطبيقه فقد أوضحنا الفارق بين النظام العام الدولي والنظام العام في القوانين الداخلي ، وما يتميز به من شوط وخصائص ، وقد أوضحنا الآثار المترتبة عن استبعاد القانون الأجنبي ، ومن خلال تطبيق مسألة النظام العام على النسب بيننا كيف أن مسألة النسب الطبيعي هي التي تثير أكثر المشاكل في تطبيق القانون الأجنبي فالدول التي تعترف بالبنوة الطبيعية كمثل فرنسا ترفض قوانين الدول الإسلامية التي لا تعترف بإلحاق النسب في البنوة الطبيعية والعكس صحيح بالنسبة للدول الإسلامية التي ترفض تطبيق القوانين العلمانية بسبب الدفع بالنظام العام.

الملاحق

الملحق رقم 01

قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة
عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 21-
1422/10/26 هـ الذي يوافق من 5-2002/1/10 م المتعلق
بالبصمة الوراثية.

قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في
المدة من 21 - 26/10/1422هـ الذي يوافق من 5-10/1/2002م المتعلق بالبصمة
الوراثية.

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، أما بعد: فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي
في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 21 - 26/10/1422هـ الذي يوافق من 5-
10/1/2002م، وبعد النظر إلى التعريف الذي سبق للمجمع اعتماده في دورته الخامسة عشرة، ونصه:
(البصمة الوراثية هي البنية الجينية (نسبة إلى الجينات، أي المورثات)، التي تدل على هوية كل إنسان بعينه.
وأفادت البحوث والدراسات العلمية أنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة، لتسهيل مهمة الطب الشرعي،
ويمكن أخذها من أي خلية (بشرية) من الدم، أو اللعاب، أو المنى، أو البول، أو غيره). وبعد الاطلاع على ما
اشتمل عليه تقرير اللجنة التي كلفها المجمع في الدورة الخامسة عشرة بإعداده من خلال إجراء دراسة ميدانية
مستفيضة للبصمة الوراثية، والاطلاع على البحوث التي قدمت في الموضوع من الفقهاء، والأطباء، والخبراء،
والاستماع إلى المناقشات التي دارت حوله، تبين من ذلك كله أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في
إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين، أو نفيهم عنهما، وفي إسناد العينة (من الدم أو المنى أو اللعاب) التي توجد في
مسرح الحادث إلى صاحبها، فهي أقوى بكثير من القيافة العادية (التي هي إثبات النسب بوجود الشبه
الجسماني بين الأصل والفرع)، وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس واردًا من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد
البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك.

وبناء على ما سبق قرر ما يلي- :

أولاً: لا مانع شرعاً من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي، واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم
التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص؛ لخبر: "ادْرؤُوا الحُدُودَ بالشُّبُهَاتِ." وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع،
ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة.

ثانياً: إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطه والسرية، ولذلك لا بد
أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية.

ثالثاً: لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان.

رابعاً: لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة

الأنساب الثابتة شرعاً، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة؛ لأن في ذلك المنع حماية
لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم.

خامساً: يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التالية:

أ- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

ب- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنايب.

ج- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين.

سادساً: لا يجوز بيع الجينوم

البشري لجنس، أو لشعب، أو لفرد، لأي غرض، كما لا تجوز هبتها لأي جهة، لما يترتب على بيعها أو هبتها من مفساد.

سابعاً: يوصي المجمع بما يلي:

أ- أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء؛ وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاوله هذا الفحص، لما يترتب على ذلك من المخاطر الكبرى.

ب- تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة، يشترك فيها المتخصصون الشرعيون، والأطباء، والإداريون، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية، واعتماد نتائجها.

ج- أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش، ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع، وأن يتم التأكد من دقة المختبرات، وأن يكون عدد المورثات (الجينات المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضرورياً دفعاً للشك.

والله أعلم.

الملحق رقم 02
اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989

اتفاقية حقوق الطفل

اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة

للأمم المتحدة ٤٤/٢٥ المؤرخ في ٢٠ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٨٩

تاريخ بدء النفاذ: ٢ أيلول/سبتمبر ١٩٩٠، وفقا للمادة ٤٩

الديباجة

إن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية،

إذ ترى أنه وفقا للمبادئ المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة، يشكل الاعتراف بالكرامة المتأصلة لجميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية وغير القابلة للتصرف، أساس الحرية والعدالة والسلام في العالم،

وإذا تضع في اعتبارها أن شعوب الأمم المتحدة قد أكدت من جديد في الميثاق إيمانها بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره، وعقدت العزم على أن تدفع بالرقى الاجتماعي قدما وترفع مستوى الحياة في جو من الحرية أفسح،

وإذا تدرك أن الأمم المتحدة قد أعلنت، في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان، أن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة في تلك الصكوك، دون أي نوع من أنواع التمييز كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غيره أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر، واتفقت على ذلك،

وإذ تشير إلى أن الأمم المتحدة قد أعلنت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن للطفولة الحق في رعاية ومساعدة خاصتين،

واقترناعا منها بأن الأسرة، باعتبارها الوحدة الأساسية للمجتمع والبيئة الطبيعية لنمو ورفاهية جميع أفرادها وبخاصة الأطفال، ينبغي أن تولى الحماية والمساعدة اللازمين لتمكين من الاضطلاع الكامل بمسؤولياتها داخل المجتمع،

وإذ تقر بأن الطفل، كي تتزرع شخصيته ترعرعا كاملا ومتناسقا، ينبغي أن ينشأ في بيئة عائلية في جو من السعادة والمحبة والتفاهم،

وإذ ترى أنه ينبغي إعداد الطفل إعدادا كاملا ليحيا حياة فردية في المجتمع وتربيته بروح المثل العليا المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة، وخصوصا بروح السلم والكرامة والتسامح والحرية والمساواة والإخاء،

وإذ تضع في اعتبارها أن الحاجة إلى توفير رعاية خاصة للطفل قد ذكرت في إعلان جنيف لحقوق الطفل لعام ١٩٢٤ وفي إعلان حقوق الطفل الذي اعتمده الجمعية العامة في ٢٠ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٥٩ والمعترف به في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (ولاسيما في المادتين ٢٣ و ٢٤) وفي العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (ولا سيما في المادة ١٠) وفي النظم الأساسية والصكوك ذات الصلة للوكالات المتخصصة والمنظمات الدولية المعنية بخير الطفل،

وإذ تضع في اعتبارها "أن الطفل، بسبب عدم نضجه البدني والعقلي، يحتاج إلى إجراءات وقاية ورعاية خاصة، بما في ذلك حماية قانونية مناسبة، قبل الولادة وبعدها" وذلك كما جاء في إعلان حقوق الطفل،

وإذ تشير إلى أحكام الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم، مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي، وإلى قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون قضاء الأحداث (قواعد بكين)، وإلى الإعلان بشأن حماية النساء والأطفال أثناء الطوارئ والمنازعات المسلحة،

وإذ تسلّم بأن ثمة، في جميع بلدان العالم، أطفالا يعيشون في ظروف صعبة للغاية، وبأن هؤلاء الأطفال يحتاجون إلى مراعاة خاصة،

وإذ تأخذ في الاعتبار الواجب أهمية تقاليد كل شعب وقيمه الثقافية لحماية الطفل وترعرعه ترعرعا متناسقا،

وإذا تدرك أهمية التعاون الدولي لتحسين ظروف معيشة الأطفال في كل بلد، ولا سيما في البلدان النامية،

قد اتفقت على ما يلي:

الجزء الأول

المادة ١

وإذ ترى أنه ينبغي إعداد الطفل إعدادا كاملا ليحيا حياة فردية في المجتمع وتربيته بروح المثل العليا المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة، وخصوصا بروح السلم والكرامة والتسامح والحرية والمساواة والإخاء،

وإذ تضع في اعتبارها أن الحاجة إلى توفير رعاية خاصة للطفل قد ذكرت في إعلان جنيف لحقوق الطفل لعام ١٩٢٤ وفي إعلان حقوق الطفل الذي اعتمده الجمعية العامة في ٢٠ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٥٩ والمعترف به في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (ولاسيما في المادتين ٢٣ و ٢٤) وفي العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (ولاسيما في المادة ١٠) وفي النظم الأساسية والصكوك ذات الصلة للوكالات المتخصصة والمنظمات الدولية المعنية بخير الطفل،

وإذ تضع في اعتبارها "أن الطفل، بسبب عدم نضجه البدني والعقلي، يحتاج إلى إجراءات وقاية ورعاية خاصة، بما في ذلك حماية قانونية مناسبة، قبل الولادة وبعدها" وذلك كما جاء في إعلان حقوق الطفل،

وإذ تشير إلى أحكام الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم، مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي، وإلى قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون قضاء الأحداث (قواعد بكين)، وإلى الإعلان بشأن حماية النساء والأطفال أثناء الطوارئ والمنازعات المسلحة،

وإذ تسلّم بأن ثمة، في جميع بلدان العالم، أطفالا يعيشون في ظروف صعبة للغاية، وبأن هؤلاء الأطفال يحتاجون إلى مراعاة خاصة،

وإذ تأخذ في الاعتبار الواجب أهمية تقاليد كل شعب وقيمه الثقافية لحماية الطفل وترعرعه ترعرعا متناسقا،

وإذا تدرك أهمية التعاون الدولي لتحسين ظروف معيشة الأطفال في كل بلد، ولاسيما في البلدان النامية،

قد اتفقت على ما يلي:

الجزء الأول

المادة ١

لأغراض هذه الاتفاقية، يعنى الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه.

المادة ٢

١. تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز، بغض النظر عن عنصر الطفل أو والديه أو الوصي القانوني عليه أو لونهم أو جنسهم أو لغتهم أو دينهم أو رأيهم السياسي أو غيره أو أصلهم القومي أو الإثني أو الاجتماعي، أو ثروتهم، أو عجزهم، أو مولدهم، أو أي وضع آخر.

٢. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل للطفل الحماية من جميع أشكال التمييز أو العقاب القائمة على أساس مركز والدي الطفل أو الأوصياء القانونيين عليه أو أعضاء الأسرة، أو أنشطتهم أو آرائهم المعبر عنها أو معتقداتهم.

المادة ٣

١. في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى.

٢. تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمتين لرفاهه، مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانوناً عنه، وتتخذ، تحقيقاً لهذا الغرض، جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة.

٣. تكفل الدول الأطراف أن تتقيد المؤسسات والإدارات والمرافق المسؤولة عن رعاية أو حماية الأطفال بالمعايير التي وضعتها السلطات المختصة، ولا سيما في مجال السلامة والصحة وفي عدد موظفيها وصلاحياتهم للعمل، وكذلك من ناحية كفاءة الإشراف.

المادة ٤

تتخذ الدول الأطراف كل التدابير التشريعية والإدارية وغيرها من التدابير الملائمة لإعمال الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية. وفيما يتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، تتخذ الدول الأطراف هذه التدابير إلى أقصى حدود مواردها المتاحة، وحيثما يلزم، في إطار التعاون الدولي.

المادة ٥

تحتزم الدول الأطراف مسؤوليات وحقوق وواجبات الوالدين أو، عند الاقتضاء، أعضاء الأسرة الموسعة أو الجماعة حسبما ينص عليه العرف المحلي، أو الأوصياء أو غيرهم من الأشخاص المسؤولين قانوناً عن الطفل، في أن يوفرُوا بطريقة تتفق مع قدرات الطفل المتطورة، التوجيه والإرشاد الملائمين عند ممارسة الطفل الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية.

المادة ٦

١. تعترف الدول الأطراف بأن لكل طفل حقاً أصيلاً في الحياة.
٢. تكفل الدول الأطراف إلى أقصى حد ممكن بقاء الطفل ونموه.

المادة ٧

١. يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر الإمكان، الحق في معرفة والديه وتلقى رعايتهما.
٢. تكفل الدول الأطراف أعمال هذه الحقوق وفقاً لقانونها الوطني والتزاماتها بموجب الصكوك الدولية المتصلة بهذا الميدان، ولاسيما حيثما يعتبر الطفل عديم الجنسية في حال عدم القيام بذلك.

المادة ٨

١. تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته، واسمه، وصلاته العائلية، على النحو الذي يقره القانون، وذلك دون تدخل غير شرعي.
٢. إذا حرم أي طفل بطريقة غير شرعية من بعض أو كل عناصر هويته، تقدم الدول الأطراف المساعدة والحماية المناسبين من أجل الإسراع بإعادة إثبات هويته.

المادة ٩

١. تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، إلا عندما تقرر السلطات المختصة، رهناً بإجراء إعادة نظر قضائية، وفقاً للقوانين والإجراءات المعمول بها، أن هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى. وقد يلزم مثل هذا القرار في حالة معينة مثل حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل أو إهمالهما له، أو عندما يعيش الوالدان منفصلين ويتعين اتخاذ قرار بشأن محل إقامة الطفل.

٢. في أية دعاوى تقام عملاً بالفقرة ١ من هذه المادة، تتاح لجميع الأطراف المعنية الفرصة للاشتراك في الدعوى والإفصاح عن وجهات نظرهما.

٣. تحترم الدول الأطراف حق الطفل المنفصل عن والديه أو عن أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه، إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى.

٤. في الحالات التي ينشأ فيها هذا الفصل عن أي إجراء اتخذته دولة من الدول الأطراف، مثل تعريض أحد الوالدين أو كليهما أو الطفل للاحتجاز أو الحبس أو النفي أو الترحيل أو الوفاة (بما في ذلك الوفاة التي تحدث لأي سبب أثناء احتجاز الدولة الشخص)، تقدم تلك الدولة الطرف عند الطلب، للوالدين أو الطفل، أو عند الاقتضاء، لعضو آخر من الأسرة، المعلومات الأساسية الخاصة بمحل وجود عضو الأسرة الغائب (أو أعضاء الأسرة الغائبين) إلا إذا كان تقديم هذه المعلومات ليس لصالح الطفل. وتضمن الدول الأطراف كذلك أن لا تترتب على تقديم مثل هذا الطلب، في حد ذاته، أي نتائج ضارة للشخص المعنى (أو الأشخاص المعنيين).

المادة ١٠

١. وفقاً للالتزام الواقع على الدول الأطراف بموجب الفقرة ١ من المادة ٩، تنظر الدول الأطراف في الطلبات التي يقدمها الطفل أو والداه لدخول دولة طرف أو مغادرتها بقصد جمع شمل الأسرة، بطريقة إيجابية وإنسانية وسريعة. وتكفل الدول الأطراف كذلك ألا تترتب على تقديم طلب من هذا القبيل نتائج ضارة على مقدمي الطلب وعلى أفراد أسرهم.

٢. للطفل الذي يقيم والداه في دولتين مختلفتين الحق في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه، إلا في ظروف استثنائية. وتحقيقاً لهذه الغاية ووفقاً للالتزام الدول الأطراف بموجب الفقرة ٢ من المادة ٩، تحترم الدول الأطراف حق الطفل ووالديه في مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلدهم هم، وفي دخول بلدهم. ولا يخضع الحق في مغادرة أي بلد إلا للقيود التي ينص عليها القانون والتي تكون ضرورية لحماية الأمن الوطني، أو النظام العام، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحياتهم وتكون متفقة مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذه الاتفاقية.

المادة ١١

١. تتخذ الدول الأطراف تدابير لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة.

٢. وتحقيقاً لهذا الغرض، تشجع الدول الأطراف عقد اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف أو الانضمام إلى اتفاقات قائمة.

المادة ١٢

١. تكفل الدول الأطراف في هذه الاتفاقية للطفل القادر على تكوين آرائه الخاصة حق التعبير عن تلك الآراء بحرية في جميع المسائل التي تمس الطفل، وتولى آراء الطفل الاعتبار الواجب وفقاً لسن الطفل ونضجه.

٢. ولهذا الغرض، تتاح للطفل، بوجه خاص، فرصة الاستماع إليه في أي إجراءات قضائية وإدارية تمس الطفل، إما مباشرة، أو من خلال ممثل أو هيئة ملائمة، بطريقة تتفق مع القواعد الإجرائية للقانون الوطني.

المادة ١٣

١. يكون للطفل الحق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حرية طلب جميع أنواع المعلومات والأفكار وتلقيها وإذاعتها، دون أي اعتبار للحدود، سواء بالقول أو الكتابة أو الطباعة، أو الفن، أو بأية وسيلة أخرى يختارها الطفل.

٢. يجوز إخضاع ممارسة هذا الحق لبعض القيود، بشرط أن ينص القانون عليها وأن تكون لازمة لتأمين ما يلي:

(أ) احترام حقوق الغير أو سمعتهم، أو،

(ب) حماية الأمن الوطني أو النظام العام، أو الصحة العامة أو الآداب العامة.

المادة ١٤

١. تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين.

٢. تحترم الدول الأطراف حقوق وواجبات الوالدين وكذلك، تبعاً للحالة، الأوصياء القانونيين عليه، في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تتسجم مع قدرات الطفل المتطورة.

٣. لا يجوز أن يخضع الإجهار بالدين أو المعتقدات إلا للقيود التي ينص عليها القانون واللازمة لحماية السلامة العامة أو النظام أو الصحة أو الآداب العامة أو الحقوق والحريات الأساسية للآخرين.

المادة ١٥

١. تعترف الدول الأطراف بحقوق الطفل في حرية تكوين الجمعيات وفي حرية الاجتماع السلمي.

٢. لا يجوز تقييد ممارسة هذه الحقوق بأية قيود غير القيود المفروضة طبقاً للقانون والتي تقتضيها الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن الوطني أو السلامة العامة أو النظام العام، أو لحماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو لحماية حقوق الغير وحررياتهم.

المادة ١٦

١. لا يجوز أن يجرى أي تعرض تعسفي أو غير قانوني للطفل في حياته الخاصة أو أسرته أو منزله أو مراسلاته، ولا أي مساس غير قانوني بشرفه أو سمعته.

٢. للطفل حق في أن يحميه القانون من مثل هذا التعرض أو المساس.

المادة ١٧

تعترف الدول الأطراف بالوظيفة الهامة التي تؤديها وسائط الإعلام وتضمن إمكانية حصول الطفل على المعلومات والمواد من شتى المصادر الوطنية والدولية، وبخاصة تلك التي تستهدف تعزيز رفاهيته الاجتماعية والروحية والمعنوية وصحته الجسدية والعقلية، وتحقيقاً لهذه الغاية، تقوم الدول الأطراف بما يلي:

(أ) تشجيع وسائط الإعلام على نشر المعلومات والمواد ذات المنفعة الاجتماعية والثقافية للطفل ووفقاً لروح المادة ٢٩،

(ب) تشجيع التعاون الدولي في إنتاج وتبادل ونشر هذه المعلومات والمواد من شتى المصادر الثقافية والوطنية والدولية،

(ج) تشجيع إنتاج كتب الأطفال ونشرها،

(د) تشجيع وسائط الإعلام على إيلاء عناية خاصة للاحتياجات اللغوية للطفل الذي ينتمي إلى مجموعة من مجموعات الأقليات أو إلى السكان الأصليين،

(هـ) تشجيع وضع مبادئ توجيهية ملائمة لوقاية الطفل من المعلومات والمواد التي تضر بصالحه، مع وضع أحكام المادتين ١٣ و ١٨ في الاعتبار.

المادة ١٨

١. تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل إن كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه. وتقع علي عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين، حسب الحالة، المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموه. وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي.

٢. في سبيل ضمان وتعزيز الحقوق المبينة في هذه الاتفاقية، على الدول الأطراف في هذه الاتفاقية أن تقدم المساعدة الملائمة للوالدين وللأوصياء القانونيين في الاضطلاع بمسؤوليات تربية الطفل وعليها أن تكفل تطوير مؤسسات ومرافق وخدمات رعاية الأطفال.

٣. تتخذ الدول الأطراف كل التدابير الملائمة لتضمن لأطفال الوالدين العاملين حق الانتفاع بخدمات ومرافق رعاية الطفل التي هم مؤهلون لها.

المادة ١٩

١. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو العقلية والإهمال أو المعاملة المنطوية على إهمال، وإساءة المعاملة أو الاستغلال، بما في ذلك الإساءة الجنسية، وهو في رعاية الوالد (الوالدين) أو الوصي القانوني (الأوصياء القانونيين) عليه، أو أي شخص آخر يتعهد الطفل برعايته.

٢. ينبغي أن تشمل هذه التدابير الوقائية، حسب الاقتضاء، إجراءات فعالة لوضع برامج اجتماعية لتوفير الدعم اللازم للطفل ولأولئك الذين يتعهدون الطفل برعايتهم، وكذلك للأشكال الأخرى من الوقاية، ولتحديد حالات إساءة معاملة الطفل المذكورة حتى الآن والإبلاغ عنها والإحالة بشأنها والتحقيق فيها ومعالجتها ومتابعتها وكذلك لتدخل القضاء حسب الاقتضاء.

المادة ٢٠

١. للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له، حفاظا على مصالحه الفضلى، بالبقاء في تلك البيئة، الحق في حماية ومساعدة خاصتين توفرهما الدولة.

٢. تضمن الدول الأطراف، وفقا لقوانينها الوطنية، رعاية بديلة لمثل هذا الطفل.

٣. يمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور، الحضانة، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني، أو، عند الضرورة، الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال. وعند النظر في الحلول، ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل ولخلفية الطفل الإثنية والدينية والثقافية واللغوية.

المادة ٢١

تضمن الدول التي تقر و/أو تجيز نظام التبني إيلاء مصالح الطفل الفضلى الاعتبار الأول والقيام بما يلي:

(أ) تضمن ألا تصرح بتبني الطفل إلا السلطات المختصة التي تحدد، وفقا للقوانين والإجراءات المعمول بها وعلى أساس كل المعلومات ذات الصلة الموثوق بها، أن التبني جائز نظرا لحالة الطفل فيما يتعلق بالوالدين والأقارب والأوصياء القانونيين وأن الأشخاص المعنيين، عند الاقتضاء، قد أعطوا عن علم موافقتهم على التبني على أساس حصولهم على ما قد يلزم من المشورة،

(ب) تعترف بأن التبني في بلد آخر يمكن اعتباره وسيلة بديلة لرعاية الطفل، إذا تعذرت إقامة الطفل لدى أسرة حاضنة أو متبنية، أو إذا تعذرت العناية به بأي طريقة ملائمة في وطنه،

(ج) تضمن، بالنسبة للتبني في بلد آخر، أن يستفيد الطفل من ضمانات ومعايير تعادل تلك القائمة فيما يتعلق بالتبني الوطني،

(د) تتخذ جميع التدابير المناسبة كي تضمن، بالنسبة للتبني في بلد آخر، أن عملية التبني لا تعود على أولئك المشاركين فيها بكسب مالي غير مشروع،

(هـ) تعزز، عند الاقتضاء، أهداف هذه المادة بعقد ترتيبات أو اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف، وتسعى، في هذا الإطار، إلى ضمان أن يكون تبني الطفل في بلد آخر من خلال السلطات أو الهيئات المختصة.

المادة ٢٢

١. تتخذ الدول الأطراف في هذه الاتفاقية التدابير الملائمة لتكفل للطفل الذي يسعى للحصول على مركز لاجئ، أو الذي يعتبر لاجئا وفقا للقوانين والإجراءات الدولية أو المحلية المعمول بها، سواء صحبه أو لم يصحبه والداه أو أي شخص آخر، تلقي الحماية

والمساعدة الإنسانية المناسبتين في التمتع بالحقوق المنطبقة الموضحة في هذه الاتفاقية وفي غيرها من الصكوك الدولية الإنسانية أو المتعلقة بحقوق الإنسان التي تكون الدول المذكورة أطرافاً فيها.

٢. ولهذا الغرض، توفر الدول الأطراف، حسب ما تراه مناسباً، التعاون في أي جهود تبذلها الأمم المتحدة وغيرها من المنظمات الحكومية الدولية المختصة أو المنظمات غير الحكومية المتعاونة مع الأمم المتحدة، لحماية طفل كهذا ومساعدته، وللبحث عن والدي طفل لاجئ لا يصحبه أحد أو عن أي أفراد آخرين من أسرته، من أجل الحصول على المعلومات اللازمة لجمع شمل أسرته، وفي الحالات التي يتعذر فيها العثور على الوالدين أو الأفراد الآخرين لأسرته، يمنح الطفل ذات الحماية الممنوحة لأي طفل آخر محروم بصفة دائمة أو مؤقتة من بيئته العائلية لأي سبب، كما هو موضح في هذه الاتفاقية.

المادة ٢٣

١. تعترف الدول الأطراف بوجود تمتع الطفل المعوق عقلياً أو جسدياً بحياة كاملة وكرامة، في ظروف تكفل له كرامته وتعزز اعتماده على النفس وتيسر مشاركته الفعلية في المجتمع.

٢. تعترف الدول الأطراف بحق الطفل المعوق في التمتع برعاية خاصة وتشجع وتكفل للطفل المؤهل لذلك والمسؤولين عن رعايته، رهناً بتوفر الموارد، تقديم المساعدة التي يقدم عنها طلب، والتي تتلاءم مع حالة الطفل وظروف والديه أو غيرهما ممن يرعونه.

٣. إدراكاً للاحتياجات الخاصة للطفل المعوق، توفر المساعدة المقدمة وفقاً للفقرة ٢ من هذه المادة مجاناً كلما أمكن ذلك، مع مراعاة الموارد المالية للوالدين أو غيرهما ممن يقومون برعاية الطفل، وينبغي أن تهدف إلى ضمان إمكانية حصول الطفل المعوق فعلاً على التعليم والتدريب، وخدمات الرعاية الصحية، وخدمات إعادة التأهيل، والإعداد لممارسة عمل، والفرص الترفيهية وتلقيه ذلك بصورة تؤدي إلى تحقيق الاندماج الاجتماعي للطفل ونموه الفردي، بما في ذلك نموه الثقافي والروحي، على أكمل وجه ممكن.

٤. على الدول الأطراف أن تشجع، بروح التعاون الدولي، تبادل المعلومات المناسبة في ميدان الرعاية الصحية الوقائية والعلاج الطبي والنفسي والوظيفي للأطفال المعوقين، بما في ذلك نشر المعلومات المتعلقة بمناهج إعادة التأهيل والخدمات المهنية وإمكانية الوصول إليها، وذلك بغية تمكين الدول الأطراف من تحسين قدراتها ومهاراتها وتوسيع

خبرتها في هذه المجالات. وتراعى بصفة خاصة، في هذا الصدد، احتياجات البلدان النامية.

المادة ٢٤

١. تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه وبحقه في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحي. وتبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لتضمن ألا يحرم أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية هذه.

٢. تتابع الدول الأطراف أعمال هذا الحق كاملا وتتخذ، بوجه خاص، التدابير المناسبة من أجل:

(أ) خفض وفيات الرضع والأطفال،

(ب) كفالة توفير المساعدة الطبية والرعاية الصحية اللازمتين لجميع الأطفال مع التشديد على تطوير الرعاية الصحية الأولية،

(ج) مكافحة الأمراض وسوء التغذية حتى في إطار الرعاية الصحية الأولية، عن طريق أمور منها تطبيق التكنولوجيا المتاحة بسهولة وعن طريق توفير الأغذية المغذية الكافية ومياه الشرب النقية، أخذاً في اعتبارها أخطار تلوث البيئة ومخاطره،

(د) كفالة الرعاية الصحية المناسبة للأمهات قبل الولادة وبعدها،

(هـ) كفالة تزويد جميع قطاعات المجتمع، ولا سيما الوالدين والطفل، بالمعلومات الأساسية المتعلقة بصحة الطفل وتغذيته، ومزايا الرضاعة الطبيعية، ومبادئ حفظ الصحة والإصحاح البيئي، والوقاية من الحوادث، وحصول هذه القطاعات على تعليم في هذه المجالات ومساعدتها في الاستفادة من هذه المعلومات،

(و) تطوير الرعاية الصحية الوقائية والإرشاد المقدم للوالدين، والتعليم والخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة.

٣. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الفعالة والملائمة بغية إلغاء الممارسات التقليدية التي تضر بصحة الأطفال.

٤. تتعهد الدول الأطراف بتعزيز وتشجيع التعاون الدولي من أجل التوصل بشكل تدريجي إلى الأعمال الكاملة للحق المعترف به في هذه المادة. وتراعى بصفة خاصة احتياجات البلدان النامية في هذا الصدد.

المادة ٢٥

تعترف الدول الأطراف بحق الطفل الذي تودعه السلطات المختصة لأغراض الرعاية أو الحماية أو علاج صحته البدنية أو العقلية في مراجعة دورية للعلاج المقدم للطفل ولجميع الظروف الأخرى ذات الصلة بإيداعه.

المادة ٢٦

١. تعترف الدول الأطراف لكل طفل بالحق في الانتفاع من الضمان الاجتماعي، بما في ذلك التأمين الاجتماعي، وتتخذ التدابير اللازمة لتحقيق الأعمال الكاملة لهذا الحق وفقا لقانونها الوطني.

٢. ينبغي منح الإعانات، عند الاقتضاء، مع مراعاة موارد وظروف الطفل والأشخاص المسؤولين عن إعالة الطفل، فضلا عن أي اعتبار آخر ذي صلة بطلب يقدم من جانب الطفل أو نيابة عنه للحصول على إعانات.

المادة ٢٧

١. تعترف الدول الأطراف بحق كل طفل في مستوى معيشي ملائم لنموه البدني والعقلي والروحي والمعنوي والاجتماعي.

٢. يتحمل الوالدان أو أحدهما أو الأشخاص الآخرون المسؤولون عن الطفل، المسؤولية الأساسية عن القيام، في حدود إمكانياتهم المالية وقدراتهم، بتأمين ظروف المعيشة اللازمة لنمو الطفل.

٣. تتخذ الدول الأطراف، وفقا لظروفها الوطنية وفي حدود إمكانياتها، التدابير الملائمة من أجل مساعدة الوالدين وغيرهما من الأشخاص المسؤولين عن الطفل، على أعمال هذا الحق وتقديم عند الضرورة المساعدة المادية وبرامج الدعم، ولا سيما فيما يتعلق بالتغذية والكساء والإسكان.

٤. تتخذ الدول الأطراف كل التدابير المناسبة لكفالة تحصيل نفقة الطفل من الوالدين أو من الأشخاص الآخرين المسؤولين ماليا عن الطفل، سواء داخل الدولة الطرف أو في الخارج. وبوجه خاص، عندما يعيش الشخص المسؤول ماليا عن الطفل في دولة أخرى

غير الدولة التي يعيش فيها الطفل، تشجع الدول الأطراف الانضمام إلى اتفاقات دولية أو إبرام اتفاقات من هذا القبيل، وكذلك اتخاذ ترتيبات أخرى مناسبة.

المادة ٢٨

١. تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التعليم، وتحقيقاً للإعمال الكامل لهذا الحق تدريجياً وعلى أساس تكافؤ الفرص، تقوم بوجه خاص بما يلي:

(أ) جعل التعليم الابتدائي إلزامياً ومتاحاً مجاناً للجميع،

(ب) تشجيع تطوير شتى أشكال التعليم الثانوي، سواء العام أو المهني، وتوفيرها وإتاحتها لجميع الأطفال، واتخاذ التدابير المناسبة مثل إدخال مجانية التعليم وتقديم المساعدة المالية عند الحاجة إليها،

(ج) جعل التعليم العالي، بشتى الوسائل المناسبة، متاحاً للجميع على أساس القدرات،

(د) جعل المعلومات والمبادئ الإرشادية التربوية والمهنية متوفرة لجميع الأطفال وفي متناولهم،

(هـ) اتخاذ تدابير لتشجيع الحضور المنتظم في المدارس والتقليل من معدلات ترك الدراسة.

٢. تتخذ الدول الأطراف كافة التدابير المناسبة لضمان إدارة النظام في المدارس على نحو يتماشى مع كرامة الطفل الإنسانية ويتوافق مع هذه الاتفاقية.

٣. تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بتعزيز وتشجيع التعاون الدولي في الأمور المتعلقة بالتعليم، وبخاصة بهدف الإسهام في القضاء على الجهل والامية في جميع أنحاء العالم وتيسير الوصول إلى المعرفة العلمية والتقنية وإلى وسائل التعليم الحديثة. وتراعى بصفة خاصة احتياجات البلدان النامية في هذا الصدد.

المادة ٢٩

١. توافق الدول الأطراف على أن يكون تعليم الطفل موجهاً نحو:

(أ) تنمية شخصية الطفل ومواهبه وقدراته العقلية والبدنية إلى أقصى إمكاناتها،

(ب) تنمية احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والمبادئ المكرسة في ميثاق الأمم المتحدة،

(ج) تنمية احترام ذوى الطفل وهويته الثقافية ولغته وقيمة الخاصة، والقيم الوطنية للبلد الذي يعيش فيه الطفل والبلد الذي نشأ فيه في الأصل والحضارات المختلفة عن حضارته،

(د) إعداد الطفل لحياة تستشعر المسؤولية في مجتمع حر، بروح من التفاهم والسلم والتسامح والمساواة بين الجنسين والصداقة بين جميع الشعوب والجماعات الإثنية والوطنية والدينية والأشخاص الذين ينتمون إلى السكان الأصليين،

(هـ) تنمية احترام البيئة الطبيعية.

٢. ليس في نص هذه المادة أو المادة ٢٨ ما يفسر على أنه تدخل في حرية الأفراد والهيئات في إنشاء المؤسسات التعليمية وإدارتها، رهنا على الدوام بمراعاة المبادئ المنصوص عليها في الفقرة ١ من هذه المادة وباشتراط مطابقة التعليم الذي توفره هذه المؤسسات للمعايير الدنيا التي قد تضعها الدولة.

المادة ٣٠

في الدول التي توجد فيها أقليات إثنية أو دينية أو لغوية أو أشخاص من السكان الأصليين، لا يجوز حرمان الطفل المنتمى لتلك الأقليات أو لأولئك السكان من الحق في أن يتمتع، مع بقية أفراد المجموعة، بثقافته، أو الاجتهاد بدينه وممارسة شعائره، أو استعمال لغته.

المادة ٣١

١. تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في الراحة ووقت الفراغ، ومزاولة الألعاب وأنشطة الاستجمام المناسبة لسنه والمشاركة بحرية في الحياة الثقافية وفي الفنون.

٢. تحترم الدول الأطراف وتعزز حق الطفل في المشاركة الكاملة في الحياة الثقافية والفنية وتشجع على توفير فرص ملائمة ومتساوية للنشاط الثقافي والفني والاستجمامي وأنشطة أوقات الفراغ.

المادة ٣٢

١. تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في حمايته من الاستغلال الاقتصادي ومن أداء أي عمل يرجح أن يكون خطيرا أو أن يمثل إعاقة لتعليم الطفل، أو أن يكون ضارا بصحة الطفل أو بنموه البدني، أو العقلي، أو الروحي، أو المعنوي، أو الاجتماعي.

٢. تتخذ الدول الأطراف التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتربوية التي تكفل تنفيذ هذه المادة. ولهذا الغرض، ومع مراعاة أحكام الصكوك الدولية الأخرى ذات الصلة، تقوم الدول الأطراف بوجه خاص بما يلي:

(أ) تحديد عمر أدنى أو أعمار دنيا للالتحاق بعمل،

(ب) وضع نظام مناسب لساعات العمل وظروفه،

(ج) فرض عقوبات أو جزاءات أخرى مناسبة لضمان بغية إنفاذ هذه المادة بفعالية.

المادة ٣٣

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتربوية، لوقاية الأطفال من الاستخدام غير المشروع للمواد المخدرة والمواد المؤثرة على العقل، وحسبما تحددت في المعاهدات الدولية ذات الصلة، ولمنع استخدام الأطفال في إنتاج مثل هذه المواد بطريقة غير مشروعة والاتجار بها

المادة ٣٤

تتعهد الدول الأطراف بحماية الطفل من جميع أشكال الاستغلال الجنسي والانتهاك الجنسي. ولهذه الأغراض تتخذ الدول الأطراف، بوجه خاص، جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الأطراف لمنع:

(أ) حمل أو إكراه الطفل على تعاطي أي نشاط جنسي غير مشروع،

(ب) الاستخدام الاستغلالي للأطفال في الدعارة أو غيرها من الممارسات الجنسية غير المشروعة،

(ج) الاستخدام الاستغلالي للأطفال في العروض والمواد الداعرة.

المادة ٣٥

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الأطراف لمنع اختطاف الأطفال أو بيعهم أو الاتجار بهم لأي غرض من الأغراض أو بأي شكل من الأشكال.

المادة ٣٦

تحمي الدول الأطراف الطفل من سائر أشكال الاستغلال الضارة بأي جانب من جوانب رفاة الطفل.

المادة ٣٧

تكفل الدول الأطراف:

(أ) ألا يعرض أي طفل للتعذيب أو لغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة. ولا تفرض عقوبة الإعدام أو السجن مدى الحياة بسبب جرائم يرتكبها أشخاص تقل أعمارهم عن ثماني عشرة سنة دون وجود إمكانية للإفراج عنهم،

(ب) ألا يحرم أي طفل من حريته بصورة غير قانونية أو تعسفية. ويجب أن يجري اعتقال الطفل أو احتجازه أو سجنه وفقاً للقانون ولا يجوز ممارسته إلا كملجأ أخير ولأقصر فترة زمنية مناسبة،

(ج) يعامل كل طفل محروم من حريته بإنسانية واحترام للكرامة المتأصلة في الإنسان، وبطريقة تراعي احتياجات الأشخاص الذين بلغوا سنه. وبوجه خاص، يفصل كل طفل محروم من حريته عن البالغين، ما لم يعتبر أن مصلحة الطفل تقتضي خلاف ذلك، ويكون له الحق في البقاء على اتصال مع أسرته عن طريق المراسلات والزيارات، إلا في الظروف الاستثنائية،

(د) يكون لكل طفل محروم من حريته الحق في الحصول بسرعة على مساعدة قانونية وغيرها من المساعدة المناسبة، فضلاً عن الحق في الطعن في شرعية حرمانه من الحرية أمام محكمة أو سلطة مختصة مستقلة ومحيدة أخرى، وفي أن يجري البت بسرعة في أي إجراء من هذا القبيل.

المادة ٣٨

١. تتعهد الدول الأطراف بأن تحترم قواعد القانون الإنساني الدولي المنطبقة عليها في المنازعات المسلحة وذات الصلة بالطفل وأن تضمن احترام هذه القواعد.

٢. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الممكنة عملياً لكي تضمن ألا يشترك الأشخاص الذين لم يبلغ سنهم خمس عشرة سنة اشتراكاً مباشراً في الحرب.

٣. تمتنع الدول الأطراف عن تجنيد أي شخص لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة في قواتها المسلحة. وعند التجنيد من بين الأشخاص الذين بلغت سنهم خمس عشرة سنة ولكنها لم

تبلغ ثماني عشرة سنة، يجب على الدول الأطراف أن تسعى لإعطاء الأولوية لمن هم أكبر سناً.

٤. تتخذ الدول الأطراف، وفقاً لالتزاماتها بمقتضى القانون الإنساني الدولي بحماية السكان المدنيين في المنازعات المسلحة، جميع التدابير الممكنة عملياً لكي تضمن حماية ورعاية الأطفال المتأثرين بنزاع مسلح.

المادة ٣٩

تتخذ الدول الأطراف كل التدابير المناسبة لتشجيع التأهيل البدني والنفسي وإعادة الاندماج الاجتماعي للطفل الذي يقع ضحية أي شكل من أشكال الإهمال أو الاستغلال أو الإساءة، أو التعذيب أو أي شكل آخر من أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، أو المنازعات المسلحة. ويجري هذا التأهيل وإعادة الاندماج هذه في بيئة تعزز صحة الطفل، واحترامه لذاته، وكرامته.

المادة ٤٠

١. تعترف الدول الأطراف بحق كل طفل يدعي أنه انتهك قانون العقوبات أو يتهم بذلك أو يثبت عليه ذلك في أن يعامل بطريقة تتفق مع رفع درجة إحساس الطفل بكرامته وقدره، وتعزز احترام الطفل لما للأخرين من حقوق الإنسان والحريات الأساسية وتراعي سن الطفل واستصواب تشجيع إعادة اندماج الطفل وقيامه بدور بناء في المجتمع.

٢. وتحققاً لذلك، ومع مراعاة أحكام الصكوك الدولية ذات الصلة، تكفل الدول الأطراف، بوجه خاص، ما يلي:

(أ) عدم إدعاء انتهاك الطفل لقانون العقوبات أو اتهامه بذلك أو إثبات ذلك عليه بسبب أفعال أو أوجه قصور لم تكن محظورة بموجب القانون الوطني أو الدولي عند ارتكابها،

(ب) يكون لكل طفل يدعي بأنه انتهك قانون العقوبات أو يتهم بذلك الضمانات التالية على الأقل:

"١" افتراض براءته إلى أن تثبت إدانته وفقاً للقانون،

"٢" إخطاره فوراً ومباشرة بالتهمة الموجهة إليه، عن طريق والديه أو الأوصياء القانونيين عليه عند الاقتضاء، والحصول على مساعدة قانونية أو غيرها من المساعدة الملائمة لإعداد وتقديم دفاعه،

"٣" قيام سلطة أو هيئة قضائية مختصة ومستقلة ونزيهة بالفصل في دعواه دون تأخير في محاكمة عادلة وفقا للقانون، بحضور مستشار قانوني أو بمساعدة مناسبة أخرى وبحضور والديه أو الأوصياء القانونيين عليه، ما لم يعتبر أن ذلك في غير مصلحة الطفل الفضلى، ولا سيما إذا أخذ في الحسبان سنه أو حالته،

"٤" عدم إكراهه على الإدلاء بشهادة أو الاعتراف بالذنب، واستجواب أو تأمين استجواب الشهود المناهضين وكفالة اشتراك واستجواب الشهود لصالحه في ظل ظروف من المساواة،

"٥" إذا اعتبر أنه انتهك قانون العقوبات، تأمين قيام سلطة مختصة أو هيئة قضائية مستقلة ونزيهة أعلى وفقا للقانون بإعادة النظر في هذا القرار وفي أية تدابير مفروضة تبعا لذلك،

"٦" الحصول على مساعدة مترجم شفوي مجانا إذا تعذر على الطفل فهم اللغة المستعملة أو النطق بها، "٧" تأمين احترام حياته الخاصة تماما أثناء جميع مراحل الدعوى.

٣. تسعى الدول الأطراف لتعزير إقامة قوانين وإجراءات وسلطات ومؤسسات منطبقة خصيصا على الأطفال الذين يدعى أنهم انتهكوا قانون العقوبات أو يتهمون بذلك أو يثبت عليهم ذلك، وخاصة القيام بما يلي:

(أ) تحديد سن دنيا يفترض دونها أن الأطفال ليس لديهم الأهلية لانتهاك قانون العقوبات،

(ب) استصواب اتخاذ تدابير عند الاقتضاء لمعاملة هؤلاء الأطفال دون اللجوء إلى إجراءات قضائية، شريطة أن تحترم حقوق الإنسان والضمانات القانونية احترام كاملا.

٤. تتاح ترتيبات مختلفة، مثل أوامر الرعاية والإرشاد والإشراف، والمشورة، والاختبار، والحضانة، وبرامج التعليم والتدريب المهني وغيرها من بدائل الرعاية المؤسسية، لضمان معاملة الأطفال بطريقة تلائم رفاههم وتتناسب مع ظروفهم وجرمهم على السواء.

المادة ١٤

ليس في هذه الاتفاقية ما يمس أي أحكام تكون أسرع إفضاء إلى أعمال حقوق الطفل والتي قد ترد في:

(أ) قانون دولة طرف، أو،

(ب) القانون الدولي الساري على تلك الدولة.

الجزء الثاني

المادة ٢٤

تتعهد الدول الأطراف بأن تنشر مبادئ الاتفاقية وأحكامها على نطاق واسع بالوسائل الملائمة والفعالة، بين الكبار والأطفال على السواء.

المادة ٢٣

١. تنشأ لغرض دراسة التقدم الذي أحرزته الدول الأطراف في استيفاء تنفيذ الالتزامات التي تعهدت بها في هذه الاتفاقية لجنة معنية بحقوق الطفل تضطلع بالوظائف المنصوص عليها فيما يلي.

٢. تتألف اللجنة من عشرة خبراء من ذوى المكانة الخلقية الرفيعة والكفاءة المعترف بها في الميدان الذي تغطيه هذه الاتفاقية. وتنتخب الدول الأطراف أعضاء اللجنة من بين رعاياها ويعمل هؤلاء الأعضاء بصفتهم الشخصية، ويولى الاعتبار للتوزيع الجغرافي العادل وكذلك للنظم القانونية الرئيسية.

٣. ينتخب أعضاء اللجنة بالاقتراع السري من قائمة أشخاص ترشحهم الدول الأطراف، ولكل دولة طرف أن ترشح شخصا واحدا من بين رعاياها.

٤. يجرى الانتخاب الأول لعضوية اللجنة بعد ستة أشهر على الأكثر من تاريخ بدء نفاذ هذه الاتفاقية وبعد ذلك مرة كل سنتين. ويوجه الأمين العام للأمم المتحدة قبل أربعة أشهر على الأقل من تاريخ كل انتخاب رسالة إلى الدول الأطراف يدعوها فيها إلى تقديم ترشيحاتها في غضون شهرين. ثم يعد الأمين العام قائمة مرتبة ترتيبا ألفبائيا بجميع الأشخاص المرشحين على هذا النحو مبينا الدول الأطراف التي رشحتهم، ويبلغها إلى الدول الأطراف في هذه الاتفاقية.

٥. تجرى الانتخابات في اجتماعات للدول الأطراف يدعو الأمين العام إلي عقدها في مقر الأمم المتحدة. وفي هذه الاجتماعات، التي يشكل حضور ثلثي الدول الأطراف فيها نصا قانونيا لها، يكون الأشخاص المنتخبون لعضوية اللجنة هم الذين يحصلون على أكبر عدد من الأصوات وعلى الأغلبية المطلقة لأصوات ممثلي الدول الأطراف الحاضرين المصوتين.

٦. ينتخب أعضاء اللجنة لمدة أربع سنوات. ويجوز إعادة انتخابهم إذا جرى ترشيحهم من جديد. غير أن مدة ولاية خمسة من الأعضاء المنتخبين في الانتخاب الأول تنقضي بانقضاء سنتين، وبعد الانتخاب الأول مباشرة يقوم رئيس الاجتماع باختيار أسماء هؤلاء الأعضاء الخمسة بالقرعة.

٧. إذا توفي أحد أعضاء اللجنة أو استقال أو أعلن لأي سبب آخر أنه غير قادر على تأدية مهام اللجنة، تعين الدولة الطرف التي قامت بترشيح العضو خبيراً آخر من بين رعاياها ليكمل المدة المتبقية من الولاية، رهنا بموافقة اللجنة. ٨. تضع اللجنة نظامها الداخلي.

٩. تنتخب اللجنة أعضاء مكتبها لفترة سنتين.

١٠. تعقد اجتماعات اللجنة عادة في مقر الأمم المتحدة أو في أي مكان مناسب آخر تحدده اللجنة. وتجتمع اللجنة عادة مرة في السنة وتحدد مدة اجتماعات اللجنة، ويعاد النظر فيها، إذا اقتضى الأمر، في اجتماع للدول الأطراف في هذه الاتفاقية، رهنا بموافقة الجمعية العامة.

١١. يوفر الأمين العام للأمم المتحدة ما يلزم من موظفين ومرافق لاضطلاع اللجنة بصورة فعالة بوظائفها بموجب هذه الاتفاقية.

١٢. يحصل أعضاء اللجنة المنشأة بموجب هذه الاتفاقية، بموافقة الجمعية العامة، على مكافآت من موارد الأمم المتحدة، وفقاً لما قد تقررته الجمعية العامة من شروط وأحكام.

المادة ٤٤

١. تتعهد الدول الأطراف بأن تقدم إلى اللجنة، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، تقارير عن التدابير التي اعتمدها لإنفاذ الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية وعن التقدم المحرز في التمتع بتلك الحقوق:

(أ) في غضون سنتين من بدء نفاذ هذه الاتفاقية بالنسبة للدولة الطرف المعنية،

(ب) وبعد ذلك مرة كل خمس سنوات.

٢. توضح التقارير المعدة بموجب هذه المادة العوامل والصعاب التي تؤثر على درجة الوفاء بالالتزامات المتعهد بها بموجب هذه الاتفاقية إن وجدت مثل هذه العوامل والصعاب. ويجب أن تشمل التقارير أيضاً على معلومات كافية توفر للجنة فهماً شاملاً لتنفيذ الاتفاقية في البلد المعنى.

٣. لا حاجة بدولة طرف قدمت تقريراً أولياً شاملاً إلى اللجنة أن تكرر، في ما تقدمه من تقارير لاحقة وفقاً للفقرة ١ (ب) من هذه المادة، المعلومات الأساسية التي سبق لها تقديمها.

٤. يجوز للجنة أن تطلب من الدول الأطراف معلومات إضافية ذات صلة بتنفيذ الاتفاقية.

٥. تقدم اللجنة إلى الجمعية العامة كل سنتين، عن طريق المجلس الاقتصادي والاجتماعي، تقارير عن أنشطتها.

٦. تتيح الدول الأطراف تقاريرها على نطاق واسع للجمهور في بلدانها.

المادة ٤٥

لدعم تنفيذ الاتفاقية على نحو فعال وتشجيع التعاون الدولي في الميدان الذي تغطيه الاتفاقية:

(أ) يكون من حق الوكالات المتخصصة ومنظمة الأمم المتحدة للطفولة وغيرها من أجهزة الأمم المتحدة أن تكون ممثلة لدى النظر في تنفيذ ما يدخل في نطاق ولايتها من أحكام هذه الاتفاقية. وللجنة أن تدعو الوكالات المتخصصة ومنظمة الأمم المتحدة للطفولة والهيئات المختصة الأخرى، حسبما تراه ملائماً، لتقديم مشورة خبرائها بشأن تنفيذ الاتفاقية في المجالات التي تدخل في نطاق ولاية كل منها. وللجنة أن تدعو الوكالات المتخصصة ومنظمة الأمم المتحدة للطفولة وغيرها من أجهزة الأمم المتحدة لتقديم تقارير عن تنفيذ الاتفاقية في المجالات التي تدخل في نطاق أنشطتها،

(ب) تحيل اللجنة، حسبما تراه ملائماً، إلى الوكالات المتخصصة ومنظمة الأمم المتحدة للطفولة والهيئات المختصة الأخرى أية تقارير من الدول الأطراف تتضمن طلباً للمشورة أو المساعدة التقنيتين، أو تشير إلى حاجتها لمثل هذه المشورة أو المساعدة، مصحوبة بملاحظات اللجنة واقتراحاتها بصدد هذه الطلبات أو الإشارات، إن وجدت مثل هذه الملاحظات والاقتراحات،

(ج) يجوز للجنة أن توصي بأن تطلب الجمعية العامة إلى الأمين العام إجراء دراسات بالنيابة عنها عن قضايا محددة تتصل بحقوق الطفل،

(د) يجوز للجنة أن تقدم اقتراحات وتوصيات عامة تستند إلى معلومات تلقتها عملاً بالمادتين ٤٤، ٤٥ من هذه الاتفاقية. وتحال مثل هذه الاقتراحات والتوصيات العامة إلى

أية دولة طرف معنية، وتبلغ للجمعية العامة مصحوبة بتعليقات الدول الأطراف. إن وجدت.

الجزء الثالث

المادة ٤٦

يفتح باب التوقيع على هذه الاتفاقية لجميع الدول.

المادة ٤٧

تخضع هذه الاتفاقية للتصديق. وتودع صكوك التصديق لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

المادة ٤٨

يظل باب الانضمام إلى هذه الاتفاقية مفتوحاً لجميع الدول. وتودع صكوك الانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

المادة ٤٩

١. يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم الثلاثين الذي يلي تاريخ إيداع صك التصديق أو الانضمام العشرين لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

٢. الدول التي تصدق على هذه الاتفاقية أو تنضم إليها بعد إيداع صك التصديق أو الانضمام العشرين، يبدأ نفاذ الاتفاقية إزاءها في اليوم الثلاثين الذي يلي تاريخ إيداع هذه الدولة صك تصديقها أو انضمامها.

المادة ٥٠

١. يجوز لأي دولة طرف أن تقترح إدخال تعديل وأن تقدمه إلى الأمين العام للأمم المتحدة. ويقوم الأمين العام عندئذ بإبلاغ الدول الأطراف بالتعديل المقترح مع طلب بإخطاره بما إذا كانت هذه الدول تحبذ عقد مؤتمر للدول الأطراف للنظر في الاقتراحات والتصويت عليها. وفي حالة تأييد ثلث الدول الأطراف على الأقل، في غضون أربعة أشهر من تاريخ هذا التبليغ، عقد هذا المؤتمر، يدعو الأمين العام إلى عقده تحت رعاية الأمم المتحدة. ويقدم أي تعديل تعتمده أغلبية من الدول الأطراف الحاضرة والمصوتة في المؤتمر إلى الجمعية العامة لإقراره.

٢. يبدأ نفاذ أي تعديل يتم اعتماده وفقا للفقرة ١ من هذه المادة عندما تقره الجمعية العامة للأمم المتحدة وتقبله الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بأغلبية الثلثين.

٣. تكون التعديلات، عند بدء نفاذها، ملزمة للدول الأطراف التي قبلتها وتبقى الدول الأطراف الأخرى ملزمة بأحكام هذه الاتفاقية وبأية تعديلات سابقة تكون قد قبلتها.

المادة ٥١

١. يتلقى الأمين للأمم المتحدة نص التحفظات التي تبديها الدول وقت التصديق أو الانضمام، ويقوم بتعميمها على جميع الدول.

٢. لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لهدف هذه الاتفاقية وغرضها.

٣. يجوز سحب التحفظات في أي وقت بتوجيه إشعار بهذا المعنى إلى الأمين العام للأمم المتحدة، الذي يقوم عندئذ بإبلاغ جميع الدول به. ويصبح هذا الإشعار نافذ المفعول اعتبارا من تاريخ تلقيه من قبل الأمين العام.

المادة ٥٢

يجوز لأي دولة طرف أن تنسحب من هذه الاتفاقية بإشعار خطى ترسله إلى الأمين العام للأمم المتحدة. ويصبح الانسحاب نافذا بعد مرور سنة على تاريخ تسلم الأمين العام هذا الإشعار.

المادة ٥٣

يعين الأمين العام للأمم المتحدة وديعا لهذه الاتفاقية.

المادة ٥٤

يودع أصل هذه الاتفاقية التي تتساوى في الحجية نصوصها بالأسبانية والإنجليزية والروسية والصينية والعربية والفرنسية، لدى الأمين العام للأمم المتحدة. وإثباتا لذلك، قام المفوضون الموقعون أدناه، المخولون حسب الأصول من جانب حكوماتهم، بالتوقيع على هذه الاتفاقية.

ملحق رقم 03 :

اتفاقية توأمة بين محكمة النقض الفرنسية

و

المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

اتفاقية توأمة

بين

المحكمة النقض
للجمهورية الفرنسية

و

المحكمة العليا
للجمهورية الجزائرية
الديمقراطية الشعبية

محكمة النقض للجمهورية الفرنسية

و

المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

الممثلتان من طرف

-الرئيس الأول لمحكمة النقض الفرنسية-

-النائب العام لديها-

و

-الرئيس الأول للمحكمة العليا الجزائرية-

-النائب العام لديها-

اعتبارا للإرادة في العمل لصالح العدالة كعنصر أساسي في دولة القانون
و في ترسيخها.
و اعتبارا لتشابه المبادئ العامة التي يتأسس عليها التنظيم القضائي
للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وللجمهورية الفرنسية.
و رغبة منهما في تدعيم علاقات الصداقة بين المحكمتين وفي تيسير
التعاون القانوني و القضائي بين الجزائر و فرنسا الذي تغطيه عدة اتفاقيات ثنائية
في جميع الميادين.

اتفقتا على ما يلي :

9

14

المادة الأولى :

تقرّر المحكمة العليا الجزائرية و محكمة النقض الفرنسية إقامة توأمة بينهما قصد تسيير تعاونهما و ضمان حسن الاضطلاع بمهامهما.

المادة الثانية:

ينصب هذا التعاون على المجالات المتعلقة بالمنازعات الداخلة في اختصاصهما و على مسائل التنظيم و الإجراءات و كذا على تبادل منتظم بين القضاة و الموظفين.

المادة الثالثة :

تجري المحكمتان فيما بينهما تشاورا مشتركا و متصلا حول المؤسسة و مناهج سير العمل و التسيير .
تكلّف لجنة بمتابعة التعاون بين المحكمتين.

المادة الرابعة:

تتشكل لجنة المتابعة من الرئيسين و النائبين العامين للجهتين القضائيتين و من رئيس غرفة و محام عام و من مسؤول مصلحة الوثائق و الدراسات في كلتي المحكمتين.

المادة الخامسة:

تسهر اللجنة بالخصوص على:

- تنظيم و تنسيق التبادل بين قضاة و موظفي المحكمتين.
- تبادل المعلومات بصفة منتظمة في مجال التنظيم القضائي و التشريع و الاجتهاد القضائي.
- تجسيد و ترقية المبادلات بين مصلحتي الوثائق و الدراسات لكلي المحكمتين.

يتم سنويا إعداد برنامج للتبادل و يعرض على تقدير اللجنة.

حرر في باريس بتاريخ 15 جانفي 2002

في نسختين أصليتين باللغتين العربية و الفرنسية و يكون لهذين النصين نفس الحجية القانونية.

الرئيس الأول لمحكمة النقض



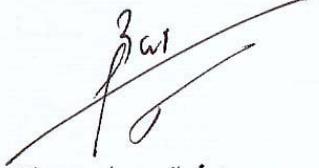
غني كانيقي

الرئيس الأول للمحكمة العليا



محمد زغلول بوتارن

النائب العام لدى محكمة النقض



جون فرانسوا بيرجولان

النائب العام لدى المحكمة العليا



السعيد بن عبد الرحمان



ملحق رقم 04:
اتفاقية توأمة وتعاون بين المحكمة العليا
للجمهورية الديمقراطية الشعبية
و
محكمة النقض
بجمهورية مصر العربية

اتفاقية توأمة وتعاون
بين
المحكمة العليا للجمهورية
الجزائرية الديمقراطية الشعبية
و
محكمة النقض
بجمهورية مصر العربية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إن المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
ويمثلها الرئيس الأول للمحكمة العليا

ومحكمة النقض بجمهورية مصر العربية
و يمثلها رئيس محكمة النقض المصرية

وبحضور النائب العام لدى المحكمة العليا الجزائرية

اعتبارا للإرادة المشتركة لرجال القضاء بجمهورية مصر العربية والجمهورية
الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، في نشر العدالة ركيزة أساسية لسيادة القانون وطريقاً
للرقى والتحضر ، وأملا في وحدة قيم العدالة وتوجهاتها في مجال التنظيم
القضائي بين البلدين وتواصلا مع باقي الاتفاقات القضائية الأخرى للتعاون .

المادة الأولى

قررت المحكمة العليا الجزائرية ومحكمة النقض المصرية توأمتهما تحقيقا لتنظيم التعاون بينهما ، وتوخيا لإنجاز مهامهما المشتركة على الوجه المنشود .

المادة الثانية

يشمل هذا التعاون المواد المندرجة في اختصاص كل من المحكمتين في المسائل المتعلقة بالتنظيم والإجراءات والأحكام والتبادل الدورى للزيارات ، ودورات التدريب لرجال القضاء والموظفين فيما بين المحكمتين .

المادة الثالثة

تجرى المحكمتان فيما بينهما تشاورا مشتركا ومتصلا حول مؤسستيهما ومناهج سير العمل وتيسيره في التوجهات الواحدة لتبادل الاستفادة على أن تشكل لجنة للسهر على متابعة التعاون بين المحكمتين .

المادة الرابعة

تتكون لجنة المتابعة بالنسبة للمحكمة العليا الجزائرية من الرئيس الأول و النائب العام ، ورئيس غرفة ، ومحامى عام ورئيس قسم الوثائق والدراسات .
وبالنسبة لمحكمة النقض المصرية من رئيسها واثنين من نواب الرئيس ، ومدير النيابة العامة لدى محكمة النقض ورئيس المكتب الفنى .

المادة الخامسة

تتولى لجنة المتابعة العمل على :

- إنجاز وتنمية وتبادل الوثائق والأحكام في مجال التنظيم القضائي والتشريع .
- تنظيم وتنسيق تبادل الزيارات ودورات التدريب .
- تنظيم المؤتمرات والندوات المتصلة بمجالات التعاون .

المادة السادسة

حررت هذه الاتفاقية من أصلين باللغة العربية لهما نفس قوة الإثبات

الرئيس الأول للمحكمة العليا رئيس محكمة النقض المصرية
المستشار / محمد زغلول بوتارن المستشار / فتحى عبد القادر خليفة
(.....) (.....)

وبحضور

النائب العام لدى المحكمة العليا الجزائرية
المستشار / سعيد بن عبد الرحمان

(.....)

حررت بالقاهرة بتاريخ السبت ٧ من صفر سنة ١٤٢٣ هـ
الموافق ٢٠ من أبريل سنة ٢٠٠٢ م

الملحق رقم 05:
قرار مؤرخ 23 ماي 2006
عن
محكمة النقض الفرنسية



REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIERE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen qui est recevable, pris en ses deux branches :

Vu l'article 311-14 du Code civil, ensemble l'article 3 du Code civil ;

Attendu que la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; qu'une loi étrangère qui ne permet pas l'établissement d'une filiation naturelle n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international, dès lors qu'elle n'a pas pour effet de priver un enfant de nationalité française ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation ;

Attendu que Mme X..., de nationalité algérienne, a donné naissance, le 3 mai 2001 en Algérie, à une fille prénommée Léana-Myriam ; qu'en sa qualité de représentante légale de sa fille avec laquelle elle réside en Algérie elle a, le 31 juillet 2002, fait assigner M. Y... devant les juridictions françaises en recherche de paternité naturelle ;

Attendu que, pour écarter la loi algérienne qui ne connaît que l'établissement de la filiation légitime, l'arrêt retient que le principe d'égalité entre enfants légitime et naturel rend la loi algérienne contraire à l'ordre international public français ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'enfant n'a pas la nationalité française et ne réside pas en France, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 16 septembre 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et

les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

Condamne Mme X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette la demande de Mme X... ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du dix mai deux mille six.

Décision attaquée : cour d'appel de Versailles (1re chambre, 1re section) 2004-09-16

المراجع

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية

1- المراجع العامة:

- (1) ابن منظور. لسان العرب، الطبعة الرابعة، دار صادر، بيروت، 1994.
- (2) إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، " تنازع القوانين "، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1997.
- (3) إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية(زواج، والفرقة، وحقوق الأقارب)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 1999.
- (4) أحمد حمد . النسب في الشريعة و القانون، طبعة الأولى، دار العلوم، الكويت، 1983.
- (5) أمين رجا رشيد الدواس ،تنازع القوانين في فلسطين،دراسة مقارنة،دار الشروق للنشر والتوزيع،الطبعة الأولى،الأردن،2006.
- (6) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- (7) بلقاسم أعراب ،القانون الدولي الخاص الجزائري،(تنازع القوانين)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2002.
- (8) بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، (تنازع الاختصاص القضائي الدولي ،الجنسية) جزء الثاني،دار هومة ،الجزائر ، 2003.
- (9) بيار ماير- فنسان هوزيه ، ترجمة علي محمود مقلد ،القانون الدولي الخاص ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،الطبعة الأولى ،بيروت لبنان،2008.

- (10) تشوار الجيلالي ، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية ، ديون المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- (11) حسن الهداوي ، " القانون الدولي الخاص " (تنازع القوانين)، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني ، " دراسة مقارنة" ،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،الطبعة الثانية ، 2001.
- (12) حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، " أحكام عقد الزواج بين الآراء الفقهاء وآراء القضاء" ، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع ، طبعة الأولى ، 1887.
- (13) حفيظة السيد حداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشورات الحريري الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005.
- (14) رمضان علي الشرنباصي ،أحكام الأسرة في الشريعة والقانون، دار الجامعة للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2001.
- (15) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية ، جزء الأول ، مطبعة الكاهنة ، الطبعة الأولى، 2000 .
- (16) زروتي طيب ، "القانون الدولي الخاص الجزائري"، (في ضوء القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005)، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي ، جزء الأول ، تنازع القوانين ، مطبعة الفسيلة ، الدويرة، سنة 2008.
- (17) زروتي الطيب ، الوسيط في الجنسية الجزائرية ، مطبعة الكاهنة ،بوزريعة ،الجزائر، 2002.
- (18) سامي بديع منصور، تقديم البروفيسور حاج فايز شاهين ، الوسيط في القانون الدولي الخاص دار العلوم العربية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1994.

- (19) سعيد يوسف البستاني، "القانون الدولي الخاص"، تطور ونعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2004.
- (20) صلاح الدين جمال الدين، الجنسية وتنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008.
- (21) صلاح الدين جمال الدين، "تنازع القوانين"، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، تركي للكمبيوتر وطباعة الاوفست، طنطا، الطبعة الأولى، 2006.
- (22) صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- (23) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، دار البعث، قسنطينة، طبعة الثانية، 1986.
- (24) عبد الرحمان الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2001.
- (25) عبده جميل غصوب، "دروس في القانون الدولي الخاص"، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2008.
- (26) عبده جميل غصوب، "محاضرات في القانون الدولي الخاص"، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان 2009.
- (27) عز الدين عبد الله، "القانون الدولي الخاص" (تنازع القوانين)، جزء الثاني، الطبعة التاسعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 1986.

- (28) عز الدين عبد الله، "القانون الدولي الخاص"، (الجنسية والمواطن ومركز الأجنبي)، الجزء الأول، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، الطبعة الحادية عشرة، 1986.
- (29) عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية، منشورات حلبي الحقوقية، 2007.
- (30) عكاشة محمد عبد العال، "تنازع القوانين"، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2004.
- (31) علي علي سليمان، "مذكرات في القانون الدولي الخاص"، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2003.
- (32) عليوش قريوع كمال، "القانون الدولي الخاص الجزائري"، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة الطبعة الثانية، 2006.
- (33) غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص- الكتاب الأول- (في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية) دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة الرابعة، 2005.
- (34) فتيحة يوسف، "محاضرات في القانون الدولي الخاص"، تنازع القوانين، غير مطبوعة، سنة 2009.
- (35) فؤاد عبد المنعم رياض سامية راشد، "الوسيط في القانون الدولي الخاص"، الجزء الثاني، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1974.
- (36) محمد احمد سراج، محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة 1999.
- (37) محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مكتبة العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 1984.

- (38) محمد مبروك الالافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994.
- (39) محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية، المواطن، مركز الأجانب، تنازع القوانين) مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006.
- (40) معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية حسب آخر التعديلات، جزء الأول، دار الوفاء المنصورة، الطبعة الخامسة، 1990.
- (41) ممدوح عبد الكريم حافظ عمروش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الأول، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة 1998.
- (42) ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2005.
- (43) موحد اسعد، "قانون الدولي الخاص"، تنازع القوانين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1989.
- (44) هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الكتاب الثاني، طبعة 1999.
- (45) هشام علي صادق، "دروس في القانون الدولي الخاص"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2003.
- (46) هشام علي صادق و الوكيل شمس الدين، المركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، (دراسة مقارنة)، في تطبيق القانون الأجنبي أمام محكمة الموضوع ورقابة المحكمة العليا عليا على تفسيره ومسخه، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون طبعة، 1968.

(47) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، دمشق، طبعة الثالثة، 1989

2- المراجع المتخصصة:

(1) أحمد نصر الدين الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر المحلة الكبرى، الطبعة الأولى، 2003.

(2) احمد نصر الجندي، محكمة الأسرة واختصاصها، دار الكتب القانونية، 2005، مصر.

(3) خليفة عي الكعبي، البصمة الوراثية وآثارها على الأحكام الفقهية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004

(4) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق، دار هومة، بوزريعة الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.

(5) عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2006.

(6) عكاشة محمد عبد العال، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات (دراسة تحليلية و تأصيلية في القانون المصري والقانون المقارن، 1996، دار الجامعة للنشر والتوزيع، الإسكندرية.

(7) محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسية، دار هومة، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الأولى، 2006. ص20..

(8) نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، طبعة 2001.

3 - الأطروحات والرسائل:

- (1) احمد داود الرقية ، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية
مذكرة ماجستير ،قانون خاص ،جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان، 2003/2002.
- (2) بلمامي عمر : " دفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص" ، دراسة مقارنة ، ماجستير في
العقود و المسؤولية، معهد الحقوق ، بن عكنون ، جامعة الجزائر، 1986.
- (3) دربة أمين، قواعد التنازع التي تحكم الزواج وانحلاله،مذكرة نيل الماجستير،جامعة ابو بكر
بلقايد، تلمسان2006-2007.
- (4) صديقي أحمد ، الجنسية الجزائرية ما بين الاكتساب و الفقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير جامعة
أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق تلمسان، 2006.
- (5) محمد ولد عال ولد محمياي، "أحكام النسب وطرق إثباته" (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري
والقانون الموريتاني) ، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ،2007-2008
- (6) مخطاط عائشة ، فقد الجنسية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية الدولية ،
جامعة الجزائر ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، سبتمبر 1987.

4- المقالات:

- (1) أحمد ضاعن سمدان ، المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي ، مجلة
الحقوق العدد الأول ، 2007

(2) بليعقوبي بلخير ،تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية،دراسات قانونية،جامعة أبو بكر بلقايد،العدد05 لسنة2008.

قائمة المراجع

تنازع القوانين في مجال النسب

(3) تشوار الجيلالي نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتقيحات المستحدثة ، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2005،عدد03.

(4) حافظ محمود ، دور البصمة الوراثية في تحديد النسب ،دراسات قانونية ، مارس2003 عدد 08 دار النشر القبة للنشر والتوزيع ، الجزائر

(5) زروتي الطيب ،حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص ، م .ع .ق.ا.س العدد 1 لسنة 2000.

(6) زروتي طيب ، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي الجزائريين بقانون رقم 05-2005-مجلة العليا،العدد 2،سنة2006.

(7) عبد العزيز مخيمر عبد الهادي ،اتفاقية حقوق الطفل خطوة إلى الأمام أم إلى الوراء،مجلة الحقوق،1993 عدد2.

(8) يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص – مجلة العلوم القانونية والإدارية رقم 03-2005.

(9) يوسف فتيحة ، "النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص"، دراسات قانونية جامعة أبو بكر بلقايد ،العدد 05،سنة2008.

5- المراجع النصية:

الأوامر والمراسيم

- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 جوان المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم ط 2006/2007.
- الأمر رقم 70 – 86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، السنة 1970.
- الأمر رقم 58 – 75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 77، السنة 1975.
- الأمر رقم 84 – 11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، السنة 1984.
- الأمر رقم 05 – 01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم 70 – 86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 و المتضمن قانون الجنسية الجزائرية الجريدة الرسمية، العدد 15، السنة 2005.
- الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم 84 – 11 المؤرخ في 09 جوان 1984 و المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 43، السنة 2005.
- الأمر رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم 75 – 58 الصادر في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، العدد 44، السنة 2005.

- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- الأمر رقم 70/20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، المتعلق بالحالة المدنية

قائمة المراجع

تنازع القوانين في مجال النسب

الاتفاقيات:

- اتفاقية توأمة بين المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ومحكمة النقض

بجمهورية مصر العربية مؤرخة في 20 أبريل 2002.

- اتفاقية توأمة بين محكمة النقض للجمهورية الفرنسية والمحكمة العليا للجمهورية الجزائرية

الديمقراطية الشعبية مؤرخة في 15 جانفي 2002.

-اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، المعتمدة من قبل الجمعية العامة بتاريخ 20 نوفمبر 1989

6- المجلات والجرائد

1. المجلة القضائية لسنة 1990، عدد الأول.

2. مجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص

3. المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 4

4. المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 4

5. المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 02

6. المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 1

7. مجلة المحكمة العليا، لسنة 2006، عدد 02.

8. جريدة النصر، الصادرة 11/06/2007.

ثانيا :المراجع باللغة الفرنسية

A. OUVRAGE GENERAUX ET SPÉCIAUX :

- 1) NOUHAD RIZKALLAH, DROIT INTERNATIONAL PRIVE, M.A.J.D, ENTREPRISE UNIVERSITAIRE, BEYROUTH, 1^{er} EDITION, 1985.P 75.
- 2) LOUSSARL YVON ET BOUREL PIERRE, DROIT INERNATIONAL PRIVE, DALLOZ, 6em EDITION, 1999. P 262.
- 3) ISSAD MOUHAND, DROIT INTERNATIONALE PRIVE, tome 1, LES REGLE DE CONFLIS, O.P.U, ALGER, EDITION
- 4) BATIFOLE HENRI, PAULE LAGARDE, TRAITE DE DROIT INTERNATIONALE PRIVE. L.G.D.J, TOME 1, 8EME, EDITION, 1993

B. LES ARTICLES

- 1)PAULE LAGARDE, L'ORDRE PUBLIC, REP, INTERNAT, DALLOZ,1998.
- 2) PAULE LAGARDE, LA FILLIATION, REP, INTERNAT, DALLOZ, 1998.

SITE INTERNET :www.golf.com

WWW.ALGERIAMEDIA.ORG

WWW.ALLTALABA.COM

WWW.ISLAMTODAY.NET

www. Jurisprudence.com

الفهرس

العنوان	الصفحة
الاهداءات	
التشكرات	
المقدمة	02.....
الفصل الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب	08.....
المبحث الأول: دور قانون الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب	10.....
المطلب الأول: المقصود بالنسب في التشريع الجزائري	11.....
الفرع الأول: القواعد الموضوعية الخاصة بالنسب الشرعي	11.....
البند الأول: أسباب النسب	11.....
البند الثاني: وسائل إثبات ونفي النسب	26.....
الفرع الثاني: مضمون مسألة النسب الغير الشرع	39.....
البند الأول: المقصود باللقيط ونسبه	41.....
البند الثاني: حق الجنسية والحماية القانونية الممنوحة للقيط	45.....
المطلب الثاني: قاعدة التنازع التي تحكم النسب	51.....
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي	51.....
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على النسب الغير الشرعي	55.....
الفرع الثالث: موقف المشرع الفرنسي والجزائري من القانون الواجب التطبيق على النسب	57.....

بند الأول: موقف المشرع الفرنسي.....57 البند

الثاني: موقف المشرع الجزائري.....60

تنازع القوانين في مجال النسب

الفهرس

المبحث الثاني: الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية.....62

المطلب الأول: تنازع الجنسيات.....63 الفرع

الأول: تعدد وانعدام الجنسيات مفهوم تعدد الجنسيات.....63 البند

الأول: تعدد الجنسية.....64

البند الثاني انعدام الجنسية.....74

البند الثالث: موقف المشرع الجزائري.....79

الفرع الثاني: التنازع المتغير.....80

البند الأول: مفهوم التنازع المتغير.....81

البند الثاني: الحلول المعتمدة لحل التنازع المتغير.....83

البند الثالث: موقف المشرع الجزائري و الفرنسي من التنازع المتغير.....88

المطلب الثاني: الإحالة إلى دولة تتعدد فيها الشرائع.....89

الفرع الأول: الحلول المعتمدة لتحديد الشريعة المختصة وموقف المشرع الجزائري منها.....90

البند الأول: موقف الفقه من تحديد الشريعة الواجبة التطبيق.....90

البند الثاني: موقف المشرع الجزائري.....93

الفرع الثاني: الإشكالات التي تثيرها المادة 23 قانون مدني.....94

البند الأول: المسألة المتعلقة بالتعدد الإقليمي والشخصي.....94

البند الثاني: المسألة المتعلقة بضابط الإسناد.....95

البند الثالث: الحل في حالة عدم تضمن القانون الداخلي للدولة الأجنبية قواعد لفض التنازع الداخلي.....96

الفصل الثاني: القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني موانع تطبيقه.....99

المبحث الأول: تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني.....101

المفهوم

تنازع القوانين في مجال النسب

- المطلب الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي.....103
- الفرع الأول: القانون الأجنبي كواقعة.....103
- الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي.....107
- الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري والقضاء الفرنسي.....110
- المطلب الثاني: إثبات مضمون القانون الأجنبي.....112
- الفرع الأول: دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي.....112
- الفرع الثاني: الوسائل المتاحة للقاضي للبحث عن مضمون القانون الأجنبي.....116
- الفرع الثالث: الحل الواجب الإتباع عند استحالة التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي.....122
- المطلب الثالث: تفسير القانون الأجنبي.....128
- الفرع الأول: دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي.....128
- الفرع الثاني : رقابة المحكمة العليا.....132
- المبحث الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.....140
- المطلب الأول: مفهوم فكرة النظام العام.....141
- الفرع الأول: التطور التاريخي لفكرة النظام العام.....142
- الفرع الثاني: تعريف النظام العام.....146

- 151.....الفرع الثالث: معايير ضبط فكرة النظام العام.
- 155.....المطلب الثاني: نطاق النظام العام.
- 156.....الفرع الأول : طبيعة النظام العام والشروط الواجب توفرها فيه.

تنازع القوانين في مجال النسب

الفهرس

- الفرع الثاني: الفرق بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والنظام العام في القانون الداخلي وما يتميز به من
162.....خصائص
- 162.....بند الأول: الفرق بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والنظام العام في القانون الداخلي.
- 164.....البند الثاني: خصائص النظام العام.
- 166.....المطلب الثالث: آثار الدفع بالنظام العام و تطبيقاته على النسب.
- 166.....الفرع الأول: آثار الدفع بالنظام العام.
- 166.....البند الأول : الدفع بالنظام العام بشأن علاقة نشأة أو يراد إنشاؤها في دولة القاضي
- 173.....البند الثاني : اثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة.....
- 179.....الفرع الثاني : تطبيقات الدفع بالنظام العام على النسب
- 179.....أولاً: القانون الجزائري.....
- 180.....ثانيا : القضاء الفرنسي.....
- 183.....الخاتمة.....

الملاحق

قائمة المراجع

