الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
ةمعماج بلحاج بوشعيب عين تموشنت
كلية الحقوق

قسم الحقوق

محاضرات في
القانون الدولي الخاص 02

موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس
تخصص قانون خاص

من إعداد:
الاسم واللقب: د. عبد الحكيم بوجاني.
الرتبة العلمية: أستاذ محاضر أ

2022

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بلحاج بوشعيب عين تموشنت

كلية الحقوق

قسم الحقوق

محاضرات في

القانون الدولي الخاص 02

موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس

تخصص قانون خاص

من إعداد:الاسم واللقب: د. عبد الحكيم بوجاني.

الرتبة العلمية: أستاذ محاضر أ

التخصص : القانون الخاص

2022

القانون الدولي الخاص

Droit Privé International

بعض المراجع المعتمدة في الدراسة

1. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء1، ط12، دار هومه، الجزائر، 2011.
2. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، الجزء1، تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 (القانون المدني)، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008.
3. علي علي سليمان، مذكرات القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 2005.
4. نادية فضيل، تطبيق قانون المحّل على شكل التصرف، دار هومه، الجزائر، 2006.
5. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، مصر، 2007.
6. هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، منشأة المعارف، الأسكندرية، مصر، 2005.

مقدمـــة

فصل تمهيدي
مفاهيم عامة حول القانون الدولي الخاص

أولاً: مواضيع القانون الدولي الخاص

1. **تنازع القوانين**
2. **تنازع الإختصاص القضائي**
3. **تنفيذ الأحكام الأجنبية**
4. **مركز الأجانب**
5. **الجنسية**

ثانياً: مصـادر القانـون الدولـي الخـاص

1. **مصـــادر داخليـــة**
   - **أ- التشريـــع**
     - **أ1- في مجال تنازع القوانين**
     - **أ2- في مجال تنازع الإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام القضائية**
     - **أ3- في مجال الجنسيـة**
     - **أ4- في مجال مركز الأجانب**
   - **ب- القضـــاء**
   - **جـ - الفقـــه**
2. **المصـــادر الدوليـة**
   - **أ- المعاهـدات الدوليـــة**
   - **ب- القضـــاء الدولـــي**
   - **جـ - قواعد القانون الدولي الخاص غير المكتوبة**

مقدمـــة

يعتبر القانون الدولي الخاص موضوعاً حديثاً (نسبياً) مقارنةً مع باقي فروع القوانين الأخرى، ويُعرف بأنه: "مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات بين الأفراد والتي يتخللها عنصر أجنبي".

هذا المصطلح الأخير "الأجنبي"، يمتد إلى:

- أطراف العلاقة؛
- موضوع العلاقة؛

- مكان قيام هذه العلاقة.

وعليه:

- فلو تعاقد جزائري مثلاً مع فرنسي، فإننا نكون أمام علاقة ذات عنصر أجنبي، تخص الأطراف؛
- كما قد يتعاقد جزائريان بخصوص عقار متواجد بالتراب الفرنسي، فنكون هنا أيضاً أمام علاقة ذات عنصر أجنبي، تخص موضوع هذه العلاقة وهو العقار المتواجد في فرنسا؛
- وأخيراً قد تنشأ العلاقة في بلد أجنبي فتوصف أيضاً بالعلاقة ذات العنصر الأجنبي، ومثال ذلك: لو صدم جزائري بسيارته جزائرياً آخر في فرنسا.

أولاً: مواضيع القانون الدولي الخاص

تنقسم مواضيع القانون الدولي الخاص في خمسُ (05) محاور هي:

1. تنازع القوانين؛
2. تنازع الإختصاص القضائي؛
3. تنفيذ الأحكام الأجنبية؛
4. مركز الأجانب؛
5. الجنسية.

1- تنـــازع القوانيـــن

ويقصد به الحالة التي ترتبط فيها العلاقة القانونية بقوانين عدة دول.

مثال: زواج جزائري بفرنسية، يطرح التساؤل التالي: أيُ قانون يخضع له عقد الزواج؟ هل هو القانون الجزائري كون الزوج جزائرياً، أم هو القانون الفرنسي لأن الزوجة فرنسية الجنسية؟ وبمعنى آخر، فإن هناك تنازع بين القانونين (الفرنسي ≠ الجزائري)، والسؤال المطروح هو كيف يتم حّل هذا النزاع؟

هناك عدة مناهج في هذا المجال ويبقى أهم منهج هو ما يعرف بقواعد الإسناد[1]. وهي قواعد تنفرد كل دولة بوضعها بكل حرية.

2- تنـــازع الإختصـــاص القضائـــي

الغرض من قواعد الاختصاص القضائي، هو تحديد أيُ المحَاكِم المختصة دولياً، فمثلاً لو رفع زوجان فرنسيان مقيمان في الجزائر دعوى طلاق أمام القضاء الجزائري، فإن التساؤل الذي يُطرح هنا هو: هل سيكون هذا القضاء مختصاً بالنظر في هذه الدعوى؟ أو عليه أن يمتنع عن ذلك بإعتبار أن الأطراف هم أجانب؟ وما على هؤلاء إلا اللجوء إلى القضاء الفرنسي بإعتبارهما فرنسيين.

(1) قواعد الإسناد = قواعد التنازع

3- تنفيـذ الأحكـام الأجنبيـة

قد يحدث أن يصدر حكم في دولة ما ويراد تنفيذه في دولة أخرى، فهنا تثار مسألة كيفية تنفيذ هذا الحكم، إذ من غير المستساغ أن ينفذ الأعوان المكلفون بتنفيذ الأحكام بالجزائر حكماً صادراً عن القضاء الفرنسي مثلاً، إذ لا شك أن في ذلك مساس بسيادة الدولة ومثال ذلك: لو صّدر حكم يتعلق بالتبني، ويبقى السؤال حينها: كيف يمكن تنفيذ حكم أجنبي دون المساس بالسيادة الوطنية.

4- مركـز الأجانـب

هو موضوع أخر يدخل ضمن نطاق القانون الدولي الخاص وهو موضوع ما يسمي بمركز الأجانب، إذ من المعلوم مركز هؤلاء يختلف كثيراً عن مركز الموطن وبالتالي يأتي مركز الأجانب ليبين حقوق هؤلاء وواجباتهم.

5- الجنسيـة

الجنسية من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص، وتعرف الجنسية بصفة عامة هي: "الرابطة السياسية والقانونية التي تربط الفرد بدولته". ومن خلال الجنسية يتحدد من هو المواطن ومن هو الأجنبي، وتحرص كل دولة على وضع قوانين للجنسية بكل حرية مراعيةً في ذلك ظروفها وإن كانت حرياتها مقيدة بما تمليه الإتفاقيات الدولية في هذا الجانب.

ثانياً: مصـادر القانـون الدولـي الخـاص

للقانون الدولي الخاص مصدران هما:

1. مصادر داخلية
2. مصادر دولية

1- المصـادر الداخليـة

أ. التشريـع
ب. القضـاء
ج. الفقـه

أ- التشريـع

نجد في القانون الجزائري الكثير من القواعد التشريعية الخاصة بالقانون الدولي الخاص.

أ1- في مجال تنازع القوانين

نظم المشرع الجزائري هذا الموضوع في القانون المدني تحت عنوان "تنازع القوانين من حيث المكان"، وذلك في المواد من **09** إلى **24** ق.م.ج، ولقد تم إدخال تعديلات على هذه المواد بمقتضى التعديل الذي مسّ القانون المدني سنة 2005، وإذ كان الأصل أن غالبية نصوص القانون المدني الجزائري تجد مصدرها في القانون المدني الفرنسي، فإن ذلك لا يصدق

بخصوص المواد من **09** إلى **24** ق.م.ج، فقواعد الإسناد الجزائرية لا تجد مصدرها في القانون المدني الفرنسي لسبب واحد وهو أن هذا القانون (الفرنسي) لا يحتوي على قواعد إسناد توافق النظام العام الجزائري.

أ2- في مجال تنازع الإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام القضائية

نظم المشرع الجزائري موضوع تنازع الإختصاص القضائي في المادتين **41** و**42** ق.إ.م.إ.ج[2]، وهما مادتان منقولتان عن المادتان **14** و**15** ق.م.فرنسي[3]، بينما نظم المشرع الجزائري موضوع تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية من المواد من **605** إلى **608** ق.إ.م.إ.ج[4].

أ3- في مجال الجنسيــة

تم تنظيم هذا الموضوع في الأمر رقم **63-96**، المؤرخ في **26** مارس **1963** الملغى وحّل محله الأمر رقم **70-86**، المؤرخ في 15 ديسمبر **1970**، المعدل والمتمم، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية.

أ4- في مجال مركز الأجانب

نظمه المشرع الجزائري بتشريعات خاصة، بداية بالأمر رقم **66-212**، المؤرخ في **21** جويلية **1966**، إلى صدور الأمر رقم **08-11**، المؤرخ في **25** جوان **2008**، المتضمن شروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها.

---

(2) **المادة 41:** يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.
كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين.

المادة 42: يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي.

(3) -- **L'article 14 CCF** : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français. »
-- **L'article 15 CCF**: « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger. »

(4) **في السندات التنفيذية الأجنبية**

المادة 605: لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية :

1- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص، 2- حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه، 3- ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه، 4- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.

المادة 606: لا يجوز تنفيذ العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية :

1- توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه،| 2- توفره على صفة السند التنفيذي وقابليته للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه، 3- خلوه مما يخالف القوانين الجزائرية والنظام العام والآداب العامة في الجزائر.

المادة 607: يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية، أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ.

المادة 608: إن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605 و 606 أعلاه، لا يخل بأحكام المعاهدات الدولية والاتفاقيات القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول.

ب- القضـــاء

أمام غياب نصوص قانونية تخص مسائل القانون الدولي الخاص، فإن القضاء يضطر إلى الإجتهاد ووضع الكثير من الأحكام خاصةً في مجال تنازع القوانين، ولهذا أصبح القضاء مصدرا مهماً للقانون الدولي الخاص، ولا ننكر دور القضاء الفرنسي الذي كان سباقاً في هذه المسائل.

جـ - الفقـــه

في مجال القانون الدولي الخاص للفقه دور مزدوج، فهو من جهة يقوم بتوجيه القضاء وإنارته إذ عادةً ما يعلق الفقهاء في مؤلفاتهم وفي المجالات المتخصصة على الأحكام التي تصدرها المحاكم العليا، مما يضطر بهذه الأخيرة إلى تقويم أحكامها وفق ما يراه الفقه الغالب.

ولا ينكر أحّد دور فقهاء المدارس القديمة والحديثة في وضع الكثير من قواعد القانون الدولي الخاص.

في مجال تنازع القوانين: فهناك المدرسة الإيطالية القديمة وهناك المدرسة الهولندية وفقهاء المدرسة الفرنسية وأبرزهم عميد القانون الدولي الخاص الأستاذ Baratin .

2- المصـــادر الدوليـــة

أ. المعاهدات الدولية

ب. القضـــاء الدولـــي

ج. قواعد القانون الدولي الخاص غير المكتوبة

أ- المعاهـــدات الدوليـــة

تعرف المعاهدة بأنها إتفاق بين دولتين أو أكثر من أجل إيجاد حّل لمسألة معينة، وتعتبر المعاهدات أهم مصادر القانون الدولي الخاص، ويظهر دورها في كونها تهدف إلى وضع حّل للصعوبات الناتجة عن إختلاف القوانين بين الدول، وإذا كان للأصل أن تقسم المعاهدات إلى جماعية وثنائية، فإنه يمكن في مجال القانون الدولي الخاص وبالنظر إلى موضوع المعاهدة إيجاد تقسيم آخر هو معاهدات موحدة لقواعد الإسناد (قواعد التنازع)، ومعاهدات موحدة للقواعد الموضوعية.

ففي النوع الأول، الهدف من المعاهدة هو توحيد ضوابط الإسناد بين الدول المتعاهدة، أما في النوع الثاني فلا يقتصر فيه وضع المعاهدة على توحيد ضوابط الإسناد بل اللجوء إلى توحيد القواعد الموضوعية التي تحكم النزاع مباشرةً.

ب- القضـــاء الدولـــي

عندما نتكلم عن القضاء الدولي، فعادة ما نشير إلى أحكام محكمة العدل الدولية في إطار عصبة منظمة الأمم المتحدة، والحقيقة أن أحكام هذه المحكمة والمتعلقة بمواضيع القانون الدولي الخاص هي محدودة وناذرة لسببين:

أولهما: أن محكمة العدل الدولية لا تنظر إلا في القضايا التي تكون بين الدول ولا شأن لها بنزاعات الأفراد؛

ثانيهما: يرجع إلى أن هذه المحكمة لا تنظر إلى النزاعات من تلقاء نفسها وبالتالي لا يتقرر إختصاصها إلا تم رفع النزاع من طرف الدول.

جـ - قواعد القانون الدولي الخاص غير المكتوبة

يقصد بهذا المصدر، تلك القواعد التي صارت الدول على إتباعها والعمل بها، ولقد كان للعرف دور كبير فيما مضى، خاصة في مجال تنازع القوانين، فقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه مستقر عليها منذ وقت طويل، ونفس الشيء بالنسبة لقاعدة الفعل الضار لقانون مكان الذي وقع فيه الفعل. هذا ويلاحظ أنه لما كان للعرف دور كبير في مجال تنازع القوانين، فإنه بالمقابل يتضاءل دوره كثيرا في باقي المواضيع الأخرى كالجنسية ومركز الأجانب لإرتباط هذه المواضيع بسيادة الدولة.

المحور الأول
منهـج تنــازع القوانيـن

الفصل الأول
النظرية العامة لتنازع القوانين

المبحث الأول
عناصر قاعدة الإسناد وخصائصها

المطلب الأول
عناصر قاعدة الإسناد

أولاً: الفئـــة المسنـــدة
ثانياً: ضابـــط الإسنـــاد

المطلب الثاني
خصائـص قاعـدة الإسنـاد

الفرع الأول
صفتي "غير المباشرة"و"الإزدواجية" لقاعدة الإسناد

الفرع الثاني
الصّفة الدولية لقاعدة الإسناد

1- تطبيق قانون دولة غير معترف بها
2- تطبيق قانون دولة تتعدد فيها الأقاليم والطوائف

المحور الأول
منهـج تنـازع القوانيـن

الفصل الأول
النظرية العامة لتنازع القوانين

المستقر عليه هو أن كل تنازع للقوانين يتم حله وفق ما يسمى بـ: "قواعد الإسناد" أو "قواعد التنازع". وتستدعي دراسة القواعد العامة لتنازع القوانين دراسة تفصيلية لقواعد الإسناد

بإعتبارها الوسيلة لحّل كل تنازع للقوانين وهو ما يتم عن طريق دراسة عناصر وخصائص قاعدة الإسناد وتفسيرها (تكييفها) وتطبيق عناصر الإسناد.

مثال$_1$: إسباني وفرنسية علاقتهما متوترة، فكيف القاضي الجزائري هذا التوتر بينهما طبقا لقانونه الجزائري، على أنه طلاق طبقا لقانون الأسرة الجزائري.

- بعد إستماع القاضي الجزائري لطرفي العلاقة، قام بتحديد طبيعة النزاع بينهما، على أساس أنه طلاق، كان بعملية "التكييف" والذي هو: "الفئة المسندة"، معتمداً على المّادة **09** ق.م.ج.
- في مرحلة ثانية يذهب القاضي للبحث على أي من القوانين الواجب التطبيق بخصوص المسألة المطروحة أمامه، في هذه الحالة يأخذ بأحكام المّادة **12/2** ق.م.ج.

الفئة المسندة: يستخرجها القاضي عن طريق التكييف طبقا للمادة **09** ق.م.ج "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه"

ضابط الإسناد: الذي يرشدنا إلى هوية القانون واجب التطبيق إما الأجنبي أو الوطني.

المّادة 12/2 ق.م.ج:

"ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"

فئة مسندة — ضابط إسناد وحيد

النتيجة: ما دام أن جنسية الزوج إسبانية وأن المشرع الجزائري جعل القانون الذي ينتمي إليه هذا الزوج (الإسباني) هو واجب التطبيق، فإن القاضي الجزائري سيطبق أحكام القانون الإسباني

مثال$_2$: رُفعت دعوى أمام القاضي الجزائري بخصوص عقد قران بين فرنسي وفرنسية.

التكييف: هو زواج طبقا للمادة **09** ق.م.ج، وهو الفئة المسندة (تحديد نوع النزاع أو نوع العلاقة).

من خلال التكييف أخذ القاضي بأحكام المّادة **11** ق.م.ج.

المّادة 11 ق.م.ج:

"يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

فئة مسندة — ضابط إسناد وحيد

النتيجة: ما دام أن جنسية الزوجين فرنسية وأن المشرع الجزائري جعل القانون الذي ينتمي إليه هاذين الزوجين هو واجب التطبيق، فإن القاضي الجزائري سيطبق أحكام القانون الفرنسي.

ملاحظة: في حال وجود القاضي لإشكال في تطبيق المّادة **11** ق.م.ج، يذهب إلى المّادة **24** ق.م.ج ليدفع بالنظام العام.

المبحث الأول
عناصر قاعدة الإسناد وخصائصها

الغرض من قاعدة الإسناد هو إيجاد حّل لتنازع القوانين الناشئ عن قيام علاقات دولية خاصة تشمل عنصر أجنبي ولكل قاعدة إسناد عناصر تتكون منها ولديها خصائص تميزها.

المطلب الأول
عناصر قاعدة الإسناد

كل قاعدة إسناد تتكون من عنصرين:

- فئة مسندة؛
- ضابط إسناد.

أولاً: الفئـــة المسنـــدة

فأما الفئة المسندة، فيقصد بها قيام القاضي بجمع الحالات المتشابهة في طائفة مشتركة لإتحادها في العلة والنتيجة، ووضعها في صنف معين من النزاع.

مثال: الطلاق والتطليق والخلع، هي في قانون الأسرة الجزائري كلها تدخل في فئة إنحلال الزواج، فيقوم القاضي بتكييف النزاع في فئة واحدة، يعبر عنها بعبارة "إنحلال الزواج".

ثانياً: ضابـــط الإسنـــاد

أما ضابط الإسناد، فيعرف بأنه المرشد إلى تحديد القانون واجب التطبيق، كما يوصف بأنه أداة ربط بين الفئة المسندة والقانون الواجب التطبيق.

ففي المثال السابق، الخاص بإنحلال الزواج، نجد أن المشرع الجزا ئري قد إعتمد ضابط إسناد معين وهو ما نصّت عليه المّادة **12/2** ق.م.ج[5]، ويترتب على إعمال (تطبيق) ضابط الإسناد إخضاع العلاقة محّل النزاع وإسنادها إلى قانون معين، قد يكون أجنبيا، كما قد يكون وطنياً.

سؤال: ما هي المعايير التي تدخل في تحديد ضابط الإسناد؟

كل مشرع وهو بصدد وضع ضوابط الإسناد، يراعي بما يعرف بعنصر الثقل في العلاقة القانونية، متمثلا في الأطراف كعلاقة الزواج، فقد راعا المشرع هذا العنصر وإعتمد ضابط إسناد يتماشى معه، وهو "ضابط الجنسية".

أما إذا كان عنصر الثقل في العلاقة يميل إلى الأموال (المعاملات)، إعتمد المشرع ضابط إسناد يتوافق مع ذلك فأخذ بقانون موقع تلك الأموال.

سؤال: هل يمكن أن تتضمن قاعدة الإسناد أكثر من ضابط إسناد واحد؟

---

(5) **المادة 12 (معدلة):** يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج. ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

الأصل أن تتضمن قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد، غير أنه قد يعمد المشرع إلى وضع أكثر من ضابط إسناد في مادة واحدة لسببين رئيسيين:

السبب الأول:

هو إعطاء أطراف العلاقة أو النزاع فرصة إختيار أكثر القوانين ملائمة لحكم نزاعهم أو علاقاتهم، هذا الحّل إعتمده المشرع الجزائري في المّادة **19** ق.م.ج، الخاصة بشكل العقود الدولية. حيث تنص المّادة **19** ق.م.ج، على ما يلي: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتقاعدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

"تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع
فئة مسندة — ضابط إسناد ①
لقانون الموطن المشترك للمتقاعدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها
ضابط إسناد ② — ضابط إسناد ③ — ضابط إسناد ④
الموضوعية".

من خلال نص هذه المّادة، يتضح بأن المشرع الجزائري، قد وضع للأطراف، أربعة (04) ضوابط إسناد، أي أربعة (04) قوانين، يمكن للأطراف إختيار أياً منها.

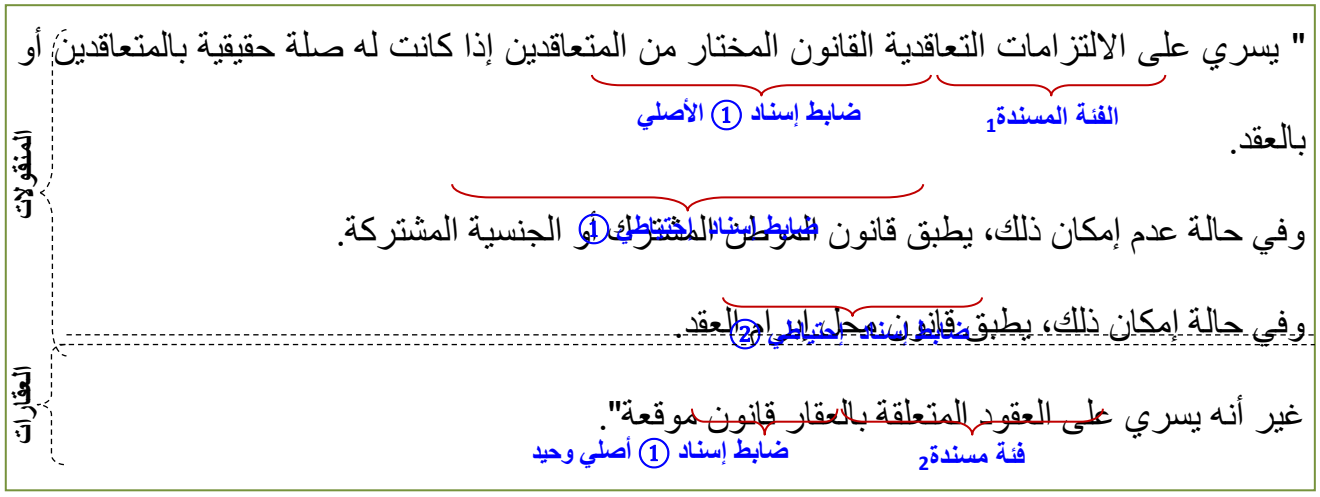
السبب الثاني:

هو الحرص على ألا تبقى العلاقة القانونية (النزاع) دون قانون يحكمها.

هنا وبخلاف الحالة الأولى، حيث الضوابط الإختيارية، نجد أن هناك ضابط إسناد أصلي وآخر إحتياطي، فإذا ما إستحال إعمال ضابط الإسناد الأول (الأصلي)، تم الرجوع إلى ضابط الإسناد الثاني وهو الإحتياطي.

مثال هذا الحّل نجده مقررا في المّادة **18** ق.م.ج، الخاصة بالعقود، حيث تنص على ما يلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار[6] من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".



من خلال النص المذكور أعلاه، فإن الأصل في نزاعات العقود أنها تخضع لقانون الإرادة (أي القانون الذي إختاره أطراف التعاقد) وإن كان ذلك مقيدا بشروط، أي يجب أن يكون القانون المختار ذو صّلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، فإذا لم يتوافر مثل هذا الإتفاق، ولكي لا يبقى العقد دون قانون يحكمه، فإنه يتم تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، غير أنه قد لا تتحد جنسية الأطراف ولا موطنهم ففي هذه الحالة يتم اللجوء إلى قانون مكان إبرام العقد وهو أمر يستحيل تصور عدم توفره. بينما جعل المشرع في نفس المّادة ضابط إسناد حصري للعقود المنصبة على العقارات، حيث أخضعها لضابط إسناد وحيد وهو قانون موقع العقار.

المطلب الثاني
خصائــص قاعـدة الإسنــاد

توصف قاعدة الإسناد بأنها غير مباشرة، مزدوجة ودولية

الفرع الأول
صفتي "غير المباشرة"و"الإزدواجية" لقاعدة الإسناد

(6) القانون المختار: هو قانون الإرادة، أي من إختيار المتعاقدين.

توصف قاعدة الإسناد بأنها غير مباشرة، كونها لا تعطي حّل مباشر للنزاع، ولا تحدد القواعد الموضوعية، بل يقتصر دورها على تبيان القانون واجب التطبيق.
وتوصف قاعدة الإسناد أيضاً بأنها قاعدة مزدوجة على إعتبار أن إعمالها (تطبيقها) قد يؤدي إلى إعطاء الإختصاص إما للقانون الأجنبي أو إما إلى القانون الوطني الجزائري.

إستثناء

غير أنه في بعض الأحيان، قد يضع المشرع الجزائري بعض قواعد الإسناد التي توصف بأنها "أحادية"، ويقصد بقواعد الإسناد الأحادية تلك القواعد التي تقتصر على إعطاء الإختصاص التشريعي للقانون الوطني الجزائري فقط، **مثل**: المّادة **13** ق.م.ج، حيث تقضي هذه الأخيرة بتطبيق القانون الجزائري لوحده متى كان أحّد الزوجين جزائريا وذلك في مجال إنعقاد الزواج وآثاره وكذا إنحلاله.
حيث تنص المّادة **13** ق.م.ج، على ما يلي: " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين[7] 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12
(إنعقاد، إنحلال) — فئة مسندة
إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج
ضابط إسناد

والحقيقة أن المبدأ عند المشرع الجزائري هو صياغة قواعد إسناد مزدوجة، إذ أن أغلب قواعد الإسناد في القانون المدني جاءت مزدوجة، أما القواعد الأحادية فهي نادرة وجاءت على سبيل الإستثناء فقط، مثل: المّادة **13** ق.م.ج، التي تم ذكرها.

الفرع الثاني
الصّفة الدولية لقاعدة الإسناد

توصف قاعدة الإسناد بأنها دولية، كونها تهدف إلى حّل مشكلة التنازع التي تحدث بين قوانين عدة دول، وهذا يعني أنه حتى نكون أمام تنازع حقيقي، يجب أن تكون القوانين صادرة عن دول سواء كانت سيادتها كاملة أو ناقصة.
غير أن الأمر هنا لا يخلو من إشكال، إذ ما الحكم لو أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون دولة غير معترف بها؟ أو أنها أشارت إلى تطبيق قانون دولة تعرف تعدداً إقليميا أو طائفياً؟

(7) **المادة 11(معدلة):** يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين.
المادة 12(معدلة): يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج.
ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

1- تطبيق قانون دولة غير معترف بها

التساؤل المطروح هنا هو: هل يمكن للقاضي الجزائري مثلا أن يطبق قانون دولة أجنبية لا تعترف بها الجزائر؟

يرى غالبية الفقه، أنه لا يمكن للقاضي تطبيق قانون دولة لا تعترف بها الجزائر، ويرجع أساس ذلك إلى كون أنه من المفروض في القاضي هو تطبيق قانون دول لها علاقة مع دولته ومندمجة في المجتمع الدولي، وعليه فإذا طبق القاضي الجزائري قانون دولة لا تعترف بها الجزائر، فإنه في الحقيقة قد وضع نفسه في موقف متناقض مع موقف دولته، إذ سيطبق قانون دولة تتجاهلها الجزائر ولا تعترف بها أصلاً، ومثال ذلك، "عدم إعتراف الجزائر بدولة إسرائيل".

هذا الموقف وجد تأيداً من قبل القضاء الفرنسي في إحدى قضاياه الشهيرة المعروفة بقضية "فيتنام الشمالية"، التي فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 02 نوفمبر 1972، حيث إعتبرت هذه المحكمة أنه لا يكفي الوجود الفعلي للدولة من أجل تطبيق قوانينها، وإنما يجب أن تكون هناك علاقة بين فرنسا والفيتنام آنذاك، وإذا كان هذا هو المستقر عليه بخصوص تطبيق قانون دولة غير معترف بها، فإن التساؤل قد يطرح من جديد بخصوص إمكانية تطبيق قانون دولة هي معترف بها من قبل دولة القاضي، غير أنه ليس هناك إعتراف بالسلطة التي تمارس السيادة بالدولة، هذه الحالة لا تمنع عند الكثير من الفقه تطبيق قانون هذه الدولة على أساس القول أن مسألة الإعتراف بالحكومة لا تؤثر على وجود الدول في إطار المجتمع الدولي، بل تبقى أمرا سياسياً يجب ألا يؤثر في العلاقات الخاصة بين الأفراد.

2- تطبيق قانون دولة تتعدد فيها الأقاليم والطوائف

قد تشير قاعدة الجزائرية إلى تطبيق قانون دولة مركبة، تتكون من عدة دويلات أو مقاطعات، لكل منها قانونها الخاصة بها، كالولايات المتحدة الأمريكية وهذا ما يسمى بـ:"التعدد الإقليمي"، كما قد تشير قاعدة الإسناد الجزائرية إلى تطبيق قانون دولة أجنبية تتعدد فيها الطوائف والملل كمصر ولبنان والعراق، وهذا ما يسمى بـ:"التعدد الطائفي"، وفي كلتا الحالتين سيجد القاضي الجزائري نفسه أمام مشكلة تحديد أي قانون داخلي سيقوم بتطبيقه.

فمثلاً لو أشارت قاعدة الإسناد الجزائرية إلى تطبيق القانون الأمريكي، فإن المشكل الذي يطرح أمام القاضي هو وجوب تحديد قانون أي ولاية أمريكية يجب أن يطبق على إعتبار أن كل ولاية من هذه الولايات لها قانونها الخاص بها، ونفس التساؤل سيطرح لو أشارت قاعدة الإسناد الجزائرية إلى تطبيق القانون اللبناني مثلاً،على اعتبار أن هذه الدولة تعرف تعدد طائفيا يؤدي إلى إخضاع كل طائفة في مجال أحوال شخصية إلى قانون خاص بها، وهو ما يعني وجود أكثر من قانون للأحوال الشخصية.

إن مسألة التعدد الإقليمي والطائفي تعرض لها المشرع في المّادة **23** ق.م.ج، والتي جاء فيها ما يلي: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه.

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

مثال:

ميراث أمريكي من أمريكية: أمريكي من نيويورك، أمريكية من تكساس، الأمريكي رفع نزاعه أمام قاضي جزائري يطلب الميراث من زوجته المتوفاة.

التكييف La Qualification**:** طبقا المّادة **9** ق.م.ج، للقانون الجزائري.

الفئة المسندة: الميراث.

المّادة **16** ق.م.ج: قانون جنسية الهالك (الأمريكية التي هي من تكساس).

هنا يطبق قانون العاصمة السياسية وليس العاصمة الإقتصادية.

سؤال: ما هي النقائص المترتبة على تنظيم المشرع الجزائري لمسألة التكييف في ق د خ؟

وعليه يلاحظ أن المشرع الجزائري قد وضع حلين:

- أحدهما أصلي؛
- والآخر احتياطي

فأما **الأصلي** فيتمثل في وجوب رجوع القاضي الجزائري إلى أحكام القانون الداخلي للقانون الأجنبي واجب التطبيق، فإذا وجد أن نصوص القانون الداخلي تعطي حلاً معيناً، تعين عليه الأخذ بذلك الحل.

أما إذا لم توجد في القانون الأجنبي قاعدة داخلية تبين الحل واجب الإتباع فهنا تقرر المّادة **2/23** ق.م.ج، تطبيق قانون عاصمة الدولة المركبة أي إذا كانت الولايات المتحدة الأمريكية، فيطبق قانون العاصمة وهذا في حالة التعدد الإقليمي، كما يتم تطبيق التشريع الغالب إذا تعلق الأمر بالتعدد الطائفي كلبنان، مصر والعراق، فيطبق التشريع الغالب ألا وهو الإسلام.

قضيــة2

رُفعت دعوى أمام قاضي جزائري من طرف المدعي "بطرس" وهو مسيحي ذو جنسية لبنانية ويقيم في الجزائر، يطالب فيها حقه في الإستفادة من ميراث زوجته اللبنانية المسماة "نانسي"، والتي ثبت قبل وفاتها أنها قد إعتنقت الإسلام بعدما كانت مسيحية.

إلا أن القاضي الجزائري عند تطبيقه للمادة **16** ق.م.ج، التي تنص على أن القانون واجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون جنسية الهالك وقت موته، أي القانون اللبناني،

وجد نفسه (القاضي الجزائري) في مشكل، ذلك أن دولة لبنان تعرف تعددا طائفيا، وأن أحكام القانون الداخلي لهذا البلد لا يوجد فيها نص يعطي حلاً لهذه القضية.

المطلوب

1. في رأيك ما هو الحّل القانوني الذي يتوجب على القاضي الجزائري القيام به للفصل في هذه القضية؟
2. ما علاقة الدفع بالنظام العام في هذه الحالة؟
3. أجب بصحيح أو خطأ مع التعليل في حدود 5 أسطر لكل سؤال:

أ- في حالة التنازع السلبي بين دولتين في حكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي تبقى العلاقة بدون قانون يحكمها؟

ب- نص القانون الجزائري على أن التكييف يخضع دائما للقانون الأجنبي؟

حّــل القضيــة2

1- يجب القاضي الجزائري أن يطبق المّادة **23/2** ق.م.ج، التي تنص على:
"إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي".
وعليه، فإن دولة لبنان إذا ما إعتبرناها في الأصل دولة مسلمة، وأن النصوص القانونية هناك مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تطبق في الغالب، **فإن هذه الأخيرة هي التي ستطبق على هذه القضية المتعلقة بطلب المسمى "بطرس" المسيحي الميراث من زوجته المسلمة "نانسي"**.
وعليه إذا طبق القاضي الجزائري قانون الأحوال الشخصية اللبناني الخاص بالمسلمين بإعتباره كتشريع غالب هناك، **فإنه سيمنع ميراث "بطرس" من زوجته المسلمة، لأن الشريعة الإسلامية تمنع التوارث بين مختلفي الديانة، أي بين المسلمين وغير المسلمين**.
2- لا يتعارض هذا التشريع الغالب لدولة لبنان مع النظام العام الجزائري، وذلك لأن قانون الأسرة الجزائري يستمد أيضا معظم أحكامه من تعاليم الشريعة الإسلامية، وبالتالي فهو يمنع التوارث بين مختلفي الديانة.
إلا أنه لو كان التشريع الغالب في لبنان يسمح بذلك، أي يسمح بالتوارث بين مختلفي الديانات، فإن القاضي الجزائري سيدفع بالنظام العام الجزائري ويستبعد القانون اللبناني، مع أنه هذا الأخير واجب التطبيق، وذلك لتعارضه مع النظام العام الجزائري، وذلك طبقاً لما نصت عليه المّادة **24/1** ق.م.ج:
"لا يجوز لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

وفي هذه الحالة يمكن للقاضي الجزائري أن يطبق القانون الجزائري على قضية "بطرس" المثارة أمامه **محّل** القانون اللبناني، وهذا طبقاً للمادة **24/2** ق.م.ج:
"يطبق القانون الجزائري **محّل** القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

3- الإجابة على الأسئلــة:
أ- "خطأ"، في حالة التنازع السلبي بين دولتين في حكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، **لا تبقى العلاقة (النزاع) بدون قانون يحكمها**، فالتنازع السلبي هو الحالة التي يرفض فيها كلا القانونين حكم العلاقة محل النزاع، وهذا يعتبر **إحالة من الدرجة الأولى**، والمشرع الجزائري أعطى الحل لمثل هذه الحالة وذلك بصريح المّادة **23** مكرر**1/2** ق.م.ج: "غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

ب- **"خطأ"**، المشرع الجزائري **لم يخضع أبداً التكييف للقانون الأجنبي**، فقد نص صراحة في المّادة **09** ق.م.ج، على أنه:
"يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".
إلا أنه يوجد إستثناء في المّادة **17** ق.م.ج، حيث يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.
"يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.
يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار. ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها".

المحور الأول
منهــج تنــازع القوانيــن

الفصل الأول
النظرية العامة لتنازع القوانين

المبحث الثاني
تفسير قاعدة الإسناد

المطلب الأول: التكييـــف

الفرع الأول: النظريات الفقهية حول القانون الذي يخضع له التكييف

النظرية الأولى: أخضعت التكييف لقانون القاضي La Lex Fori
النظرية الثانية: إخضاع التكييف للقانون الأجنبي المختص

الفرع الثاني: موقف القضاء والتشريع من مسألة القانون الذي يخضع له التكييف

المطلب الثاني: الإحالـــــة

الفرع الأول: درجــات الإحالــة

أولاً: تعريــف الإحالــة

1- الإحالة من الدرجة الأولى

أ- الإحالة في التنـــازع السلبـــي

ب- الإحالة في التنـــازع الإيجابـــي

2- الإحالة من الدرجة الثانية

الفرع الثاني: تأصيل نظرية الإحالــة

الفرع الثالث: مجالات إستبعاد الأخذ بالإحالــة

أولاً: إستبعاد الإحالة في المسائل التي تخضع لقانون الإدارة

ثانياً: وجوب إستبعاد الإحالة في مجال شكل التصرفات

الفرع الرابع: الإحالة بين موقف الفقه وموقف المشرع الجزائري

أولاً: موقف الفقه من الإحالة

1- الإتجاه المؤيد للأخذ بالإحالة

2- الإتجاه الرافض للأخذ بالإحالة

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من الإحالة

المبحث الثاني
تفسير قاعدة الإسناد

إن القاضي وهو بصدد تطبيق قواعد الإسناد مضطر إلى المرور في مرحلة أولية تتمثل في تفسير هذه القاعدة والكشف عن موضوعها، وعليه حتى يتمكن هذا القاضي من إيجاد القانون واجب التطبيق، عليه أن **يمر بدايةً بمرحلة تكييف** العلاقة القانونية محّل النزاع، فإذا إنتهى من ذلك وثبت الإختصاص للقانون الأجنبي فقد يجد القاضي نفسه أمام مشكلة أخرى تتمثل في مدى إمكانية رجوع هذا الأخير إلى القواعد الموضوعية الموجودة في القانون الأجنبي فقط، أو يمكنه أن يرجع أيضا إلى قواعد الإسناد الموجودة ضمن هذا القانون الأجنبي، وهذا ما يسمى بـ: "بالإحالة".

المطلب الأول
التكييـــــف

يُعرفُ التكييف بأنه تحديد طبيعة العلاقة التي تتنازعها القوانين من أجل إدراجها ضمن فئة معينة من النظم القانونية (الفئة المسندة) وإسناد حكمها لقانون معين.
ولقد ثار الجدل حول القانون الذي يتم على ضوئه عملية التكييف، ولقد كان لهذا الجدل الفقهي آثاره على التشريعات الوطنية.

الفرع الأول
النظريات الفقهية حول القانون الذي يخضع له التكييف

هناك ثلاث (03) نظريات:

النظرية الأولى: أخضعت التكييف لقانون القاضي[8] La Lex Fori

أي القانون الوطني الذي ينتمي إليه القاضي، صاحب هذه النظرية هو الفقيه Baratin الذي يرى أن التكييف يجب أن يكون وفقا للمبادئ القانونية السائدة في دولة القاضي الذي ينظر إلى النزاع، ويبرر موقفه بثلاث (03) حجج رئيسية وهي:

- **أولها** تقوم على فكرة السيادة، فعند هذا الفقيه تنازع القوانين ما هو في الحقيقة سوى تنازع للسيدات وسماح المشرع الوطني لتطبيق قوانين أجنبية، ما يعني في الحقيقة تنازله عن جزء من سيادته، وبالتالي فيجب الرجوع إلى القانون الوطني لبيان قدر هذا التنازل وحدوده.
- أما الحجة **الثانية**، فقوامها أن التكييف ما هو في الحقيقة سوى تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية، وعليه يكون من المنطق أن يتم هذا التفسير وبالتالي التكييف وفقا لقانون الوطني للقاضي.
- وتبقى الحجة **الثالثة** التي تقضي بأن التكييف يكون في مرحلة سابقة للإسناد، أي قبل إيجاد القانون واجب التطبيق، وهذا يعني أنه في مرحلة التكييف لا تكون سوى أمام قانون واحد هو قانون القاضي والذي ينبغي أن يكون هو المرجع في إجراء عملية التكييف.

النظرية الثانية: إخضاع التكييف للقانون الأجنبي المختص

يرى بعض الفقهاء أن التكييف يجب أن يكون على ضوء القانون الأجنبي الذي قد يحكم النزاع ويبرر مثل هذا الموقف بقول أنه عندما تعطي قاعدة إسناد إختصاص لقانون أجنبي، فإنه يجب تطبيق هذا القانون بشكل كامل، بحيث يشمل ذلك التكييف أو الوصف القانوني الذي يعطيه للعلاقات محّل النزاع.
غير أن هذه النظرية **قوبلت بمعارضة شديدة**، إذ قيل عنها أنها تؤدي إلى الدوران في حلقة مفرغة، فالتكييف يسبق عملية الإسناد وإيجاد القانون واجب التطبيق، في حين أن هذه النظرية تفرض أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق، وهذا غير صحيح، فهذا القانون في الحقيقة هو محتمل التطبيق، وتطبيقه يتوقف في الأصل على التكييف الذي يعطيه القاضي للنزاع، وبالتالي فكيف يمكن القول بإخضاع هذا التكييف لقانون أجنبي وهو قانون لم يتحدد بعد إختصاصه.

النظرية الثالثة: إخضاع التكييف للقانون المقارن

(8) En droit international privé, la **lex fori** (expression latine voulant dire « loi du for ») est un terme juridique utilisé dans le conflit de lois et faisant référence aux lois de la juridiction dans laquelle une action en justice est intentée.

وفق أنصار هذه النظرية، فإن القاضي وهو بصدد عملية التكييف لا يستند على قانون واحد فقط، بل عليه أن يقوم بدراسة مقارنة لمختلف الأنظمة القانونية ليستخلص منها النظام القانوني الأنسب والذي على ضوئه يقوم بعملية التكييف، غير أن هذه النظرية **تم إنتقادها** لسببين أساسيين، فمن جهة هي صعبة التطبيق من الناحية العملية، إذ يستحيل على القاضي أن يلم بجميع القوانين الموجودة في العالم حتى يقوم بالمقارنة بينهما، ومن جهة أخرى فإنه حتى لو سلمنا بإمكانية قيام القاضي بالمقارنة بين الأنظمة القانونية لإستخلاص القانون الأنسب، فإن هذا القاضي وبحكم تكوينه سينتهي في النهاية لإخضاع التكييف لقانونه الوطني بحجة أنه الأنسب.

الفرع الثاني
موقف القضاء والتشريع من مسألة القانون الذي يخضع له التكييف

كان القضاء الفرنسي يكيف دائما النزاعات المعروضة أمامه وفق مبادئ القانون الفرنسي متأثرا في ذلك بنظرية Baratin غير أنه لم يشر إلى ذلك صراحة حتى في قضاياه الشهيرة كقضية ميراث المالطي وقضية وصية الهولندي، وكان يجب إنتظار سنة 1955 لتعلن محكمة النقض صراحة في حيثيات قرار أصدرته أن: " تحديد وتكييف ما إذا كانت الطقوس الدينية في الزواج تدخل ضمن الشروط الموضوعية أو الشكلية للزواج يجب أن تكون وفق المفاهيم والمبادئ السائدة في القانون الفرنسي".

أما في القانون الجزائري، فيظهر جليا في المّادة **09** ق.م.ج، التي تنص على ما يلي: "يكون القانون هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

ويتضح من خلال هذه المّادة أن المشرع الجزائري يخضع التكيف للقانون الجزائري أي لقانون القاضي، وبذلك يكون المشرع قد تأثر أيضا بنظرية Baratin، وهو تأثر جاء كاملا، حيث شمل حتى الاستثناء، إذ بعد أن قررت المّادة **09** ق.م.ج، إخضاع التكييف لقانون القاضي، أدخلت المّادة **17** ق.م.ج[9]، إستثناءا على هذه القاعدة مقررة إخضاع تكييف المال كونه عقارا أو منقولا لا إلى قانون القاضي وإنما لقانون الدولة التي يوجد فيها هذا المال، وتظهر أهمية التفرقة بين المنقول والعقار في القانون الجزائري في مجال العقود حيث تخضع كأصل عام لقانون الإرادة بينما تخضع العقارات لقانون موقعها.

المطلب الثاني
الإحالـــــة

ترجع جذور الإحالة إلى قرارين شهيرين أصدرتهما محكمة النقض الفرنسية في 24 جوان 1878 و22 فبراير 1882 في نفس القضية والتي تعرف بقضية FORGO [10].

---

(9) **المادة 17: (معدلة)** يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.
يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار. ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها.

(10) **Résumé De l'Affaire FORGO**

كل دولة وبمطلق الحرية تنفرد بوضع قواعد إسناد لتنظيم مسألة تنازع القوانين، ولها أيضا مطلق الحرية في الإعتماد أي ضابط إسناد تراه ملائماً لحكم العلاقة (النزاع).

فمثلاً في مجال الأحوال الشخصية من الدول من تسندها إلى قانون الجنسية ومنها يسندها إلى قانون الموطن، هذا الإختلاف يؤدي إلى نشوء نوعين من التنازع.

الفرع الأول
درجـات الإحالــة

أولاً: تعريــف الإحالــة

هي إعطاء الإختصاص من طرف قواعد الإسناد الوطنية إلى القانون الأجنبي. وتنقسم إلى نوعين:

- إحالة من الدرجة الأولى Renvoi du 1er degré؛
- إحالة من الدرجة الثانية Renvoi du 2eme degré.

1- الإحالة من الدرجة الأولى

تكون بين دولتين فقط ونجد فيها:

أ. تنازع إيجابي Conflit Positif؛

ب. تنازع سلبــي Conflit Négatif.

أ- الإحالة في التنــازع السلبــي

تكون بين دولتين فقط، وتكون في الحالة التي يرفض فيها كلا القانونين (الدولتين) حكم العلاقة محّل النزاع، حيث كل دولة تحيله إلى الدولة الأخرى.

ومثال ذلك:

إنجليزي متوطن (مقيم) بالجزائر، رفع دعوى تتعلق بالحالة والأهلية، أمام القاضي الجزائري، حيث قام هذا الأخير (القاضي) بالذهاب إلى قواعد الإسناد الجزائرية المحدد بالمواد **9** إلى **24**

Une succession mobilière est régie par la loi française lorsque les dispositions du droit international privé de la loi étrangère désignée par la règle de conflit française déclinent l'offre de compétence qui leur est faite et renvoient au droit interne français. Autrement dit : le DIP français donne compétence à la loi étrangère, mais la loi étrangère renvoie à la loi française. La CdC admet ce renvoi.

Forgo est un enfant naturel de nationalité bavaroise. Il arrive en France à l'âge de 5 ans et décède à l'âge de 63 ans à Pau, sans jamais y avoir été admis à domicile. Il n'a comme héritier que des collatéraux ordinaires. La succession va se disputer entre ces collatéraux ordinaires bavarois (Les consorts Ditchl) et l'Administration des Domaines français. La solution dépend de la loi successorale applicable.

Selon la loi bavaroise : les collatéraux héritent. Pour la loi française : les biens vont à l'Administration des Domaines, soit l'État français (768 Ccivil).

ق.م.ج، حيث تنص المّادة **10** ق.م.ج[11]، على أن القانون واجب التطبيق على الأهلية هو قانون الجنسية، وما دام أن جنسية الشخص إنجليزية، فإن القانون واجب التطبيق هو القانون الإنجليزي.
إلا أن هذا الشخص الإنجليزي عندما ذهب إلى القضاء الإنجليزي رفض القاضي حكم هذا النزاع، لأن قواعد الإسناد الإنجليزية تنص على أن القانون واجب التطبيق على الأهلية هو قانون الموطن، أي القانون الجزائري. **وهنا يكمن التنازع السلبي.**

أمام هذه الحالة، نصّ المّادة **23** مكرر**1/2** ق.م.ج، على ما يلي: "غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

وهي الحالة الوحيدة التي نص المشرع الجزائري في قواعد الإسناد الجزائرية (المواد 9 إلى 24 ق.م.ج)، بمعنى أن المشرع أعطى الحّل فقط في التنازع السلبي في الإحالة من الدرجة الأولى وسكتَ عن التنازع الإيجابي في نفس الإحالة.

ب- الإحالة في التنـــازع الإيجابـــي
أيضاً تكون بين دولتين فقط، فيكون عندما يقبل كل من القانون الوطني والقانون الأجنبي حكم العلاقة موضوع النزاع، حيث تسند كل دولة قواعد الإسناد الخاصة بها الإختصاص إلى قانونها.

ومثال ذلك:
جزائري متوطن (مقيم) بإنجلترا، يريد إجراء تصرف متعلق بأهليته في إنجلترا، فحكم القاضي الإنجليزي بإختصاص قانونه، لأن قواعد الإسناد الإنجليزية تطبق على الأهلية قانون الموطن.
وما دام أن هذا الجزائري متوطن في إنجلترا، فإن القانون واجب التطبيق هو القانون الإنجليزي (طبقاً لقواعد الإسناد الإنجليزية).
بينما لو رفع هذا الجزائري نزاعه المتعلق بالأهلية أمام القاضي الجزائري، فإن القاضي الجزائري سيطبق قانونه الجزائري (طبقاً لقواعد الإسناد الجزائرية)، لأن المّادة **10** ق.م.ج، تقضي بإخضاع الأشخاص في مجال الحالة والأهلية لقانون جنسيتهم، وما دام أن هذا الشخص جزائري الجنسية، فإن القانون واجب التطبيق هو القانون الجزائري.

المشرع الجزائري لم يتكلم على هذه الحالة، لأنه أعطى الحّل لقانونه أي هو واجب التطبيق.

2- الإحالة من الدرجة الثانية: تكون بين أكثر من دولتين.

ومثال ذلك:
إنجليزي متوطن (مقيم) بالمغرب، رفع دعوى تتعلق بأهليته أمام القضاء الجزائري (التصرف في الجزائر)، فالقاضي الجزائري سيطبق قانون الجنسية طبقاً للمادة **10** ق.م.ج.

---

(11) **المادة 10: (معدلة)** يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.
ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة
أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات و غيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي.
غير أنه، إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري.

وما دام أن هذا الشخص إنجليزي الجنسية، فإن القانون واجب التطبيق هو القانون الإنجليزي.

غير أن هذا الشخص الإنجليزي عندما توجه إلى القضاء الإنجليزي، حكم له بإختصاص قانون الموطن، لأن قواعد الإسناد الإنجليزية تعطي الإختصاص لقانون الموطن في الأهلية.

وعليه فإن القانون الإنجليزي لم يحيل الإختصاص للقانون الجزائري وإنما لقانون آخر هو القانون المغربي.

المشرع لم يتكلم في قواعد الإسناد الجزائرية (المواد 9 إلى 24 ق.م.ج) عن الإحالة من الدرجة الثانية.

الفرع الثاني
تأصيل نظرية الإحالــة

ظهرت نظريات عدة تحاول البحث في أساس سليم لتأصيل نظرية الإحالة، فالبعض قال بنظرية التفويض، والمقصود بذلك أن قاعدة الإسناد الوطنية عندما تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي فهي بذلك تفوض الإختصاص بهذا القانون بأكمله سواءٌ الأحكام الموضوعية أو تلك الخاصة بقواعد الإسناد.

أما البعض الآخر قال بفكرة قاعدة الإسناد الإحتياطية وتقوم هذه الفكرة على إفتراض وجود قاعدة إسناد إحتياطية تقضي بأنه متى أُعطي الإختصاص للقانون الأجنبي ورفض هذا الأخير حكم العلاقة موضوع النزاع كان القاضي ملزماً بتطبيق قانونه الوطني.

غير أن هذه النظرية تم إنتقادها لسببين:

فهي من جهة تقوم على الإفتراض فقط ولا تستند لأي نص قانوني من جهة ومن جهة أخرى هي تعتبر الإحالة من الدرجة الأولى وتبقى عاجزة عن تأصيل الإحالة من الدرجة الثانية.

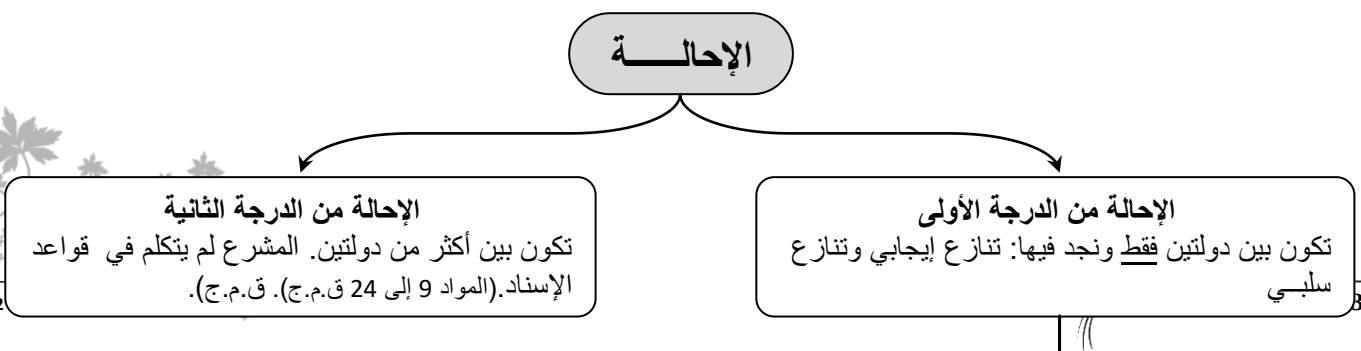
جانب آخر من الفقه أسند إلى فكرة النظام العام كأساس للإحالة، حيث قالوا أنه متى أعطت قاعدة الإسناد الوطنية الإختصاص للقانون الأجنبي ورفض هذا الأخير إختصاصه وأحال إلى القانون الوطني، كان على القاضي قبول هذه الإحالة وتطبيق قانونه، لأنه إن لم يفعل ذلك بقيت العلاقة دون قانون يحكمها، وهو أمر يتعارض مع النظام العام.

والحقيقة أنه لفهم الأساس الذي تقوم عليه نظرية الإحالة، وَجَبَ الرجوع إلى أصلها التاريخي، فالقضاء الفرنسي لم يأخذ فيها في قضية FORGO إلا لإعتبارين أساسيين:

الأول هو المصلحة الوطنية، إذ كان من مصلحة الدولة الفرنسية أن تحصل على تلك الأموال التي تركها، أما الإعتبار الثاني فهو تسهيل عمل القضاة وإتاحة الفرصة لهم لتطبيق قوانينهم الوطنية.

فقبول الإحالة وبالضبط تلك التي تكون من الدرجة الأولى يعني تطبيق القانون الوطني، هو قانون يُفترض فيه علم القاضي به بخلاف القانون الأجنبي الذي يجهله تماماً، مما يعني صعوبة البحث عن مضمونه.

ولا يخفى على أحّد صعوبة ذلك بل إستحالة في بعض الأحيان، وهي أمور كلها يمكن تجاوزها عن طريق قبول الإحالة.



الفرع الثالث
مجالات إستبعاد الأخذ بالإحالــة

أولاً: إستبعاد الإحالة في المسائل التي تخضع لقانون الإدارة

المبدأ المقرر في الكثير من القوانين هو إخضاع العقود لقانون الإرادة، أي ذلك الذي إتفق الأفراد على تطبيقه، وعلى القضاة إحترام هذه الإرادة، وهو ما قد لا يتحقق لو تم الأخذ بالإحالة.

فلو إتفق شخصان على أن يخضع تعاملهما قانوناً للقانون الجزائري، ثم ثار نزاع بينهما أمام القضاء الفرنسي، وجب على هذا الأخير (القضاء الفرنسي) تطبيق أحكام القانون الجزائري، حتى ولو أحالت قواعد الإسناد في هذا القانون (الفرنسي) إلى قانون آخر، إذ يجب هنا إستبعاد الإحالة وتطبيق القانون الجزائري إحتراماً لإرادة الأطراف.

وقد أخذت بعض المعاهدات الدولية بهذا الحّل، فمعاهدة لاهاي **15** جوان **1955** الخاصة بالبيوع الدولية المتعلقة بالمنقولات العادية نصت عليها صراحة في المّادة **2** منها[12]، على إستبعاد الإحالة، وكذلك فعلت معاهدة روما لسنة **1980**، والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، حيث نصت المّادة **5** منها[13]، على إستبعاد الإحالة.

ثانياً: وجوب إستبعاد الإحالة في مجال شكل التصرفات

القاعدة المقررة في الكثير من القوانين هي إخضاع شكل التصرفات القانونية لقانون مكان الإبرام.

---

(12) Article 2

La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes.
Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat.
Les conditions, relatives au consentement des parties quant à la loi déclarée applicable, sont déterminées par cette loi.

(13) Article 5 Contrats conclus par les consommateurs

1. Le présent article s'applique aux contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture.
2. Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle:
- si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat
ou
- si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays
ou
- si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.
3. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, ces contrats sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 du présent article.
4. Le présent article ne s'applique pas:
a) au contrat de transport;
b) au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle.
5. Nonobstant les dispositions du paragraphe 4, le présent article s'applique au contrat offrant pour un prix global des prestations combinées de transport et de logement.

فلو أبرم شخصان عقدا في الجزائر، إتبعا الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون الجزائري، كان عقدهما صحيحاً.
ولنفرض أنه رفعت دعوى بشأن هذا العقد أمام القضاء الفرنسي، فالقاضي الفرنسي ملزم هنا بالرجوع لأحكام القانون الجزائري ليتأكد من مدى إحترام الأطراف الأحكام الواردة في هذا القانون (القانون الجزائري).
وعليه أن يمتنع عن الأخذ بالإحالة لسبب بسيط هو أن القانون الجزائري الذي أبرم العقد تحت سلطانه وكان هذا العقد صحيحاً من الناحية الشكلية، قد يحيل إلى قانون آخر يعتبر ذلك العقد باطلاً، أي أنه من شأن الأخذ بالإحالة أن يؤدي إلى بطلان التصرف وهذا يتنافى مع مبدأ إحترام الحقوق المكتسبة.

الفرع الرابع
الإحالة بين موقف الفقه وموقف المشرع الجزائري

إن القضاء الفرنسي، وإن كان قد إعتمد الإحالة، فإن ذلك لا يعني أن موقفه هذا يلقى التأييد التام من قبل الفقه، وهذا يعني أيضاً أنه ما تزال لحّد الساعة الإختلافات قائمة بين الفقهاء حول قبول الإحالة أو رفضها، وكان ذلك تأثيره على قوانين الدول بين آخذ للإحالة ورافض لها.

أولاً: موقف الفقه من الإحالة

1- الإتجاه المؤيد للأخذ بالإحالة

يستند أنصار هذا الإتجاه على عدة حجج:

- إن الأخذ بالإحالة وبالضبط من الدرجة الأولى، فيه تسهيل لمهمة القاضي، إذ سيقوم بتطبيق قانونه الوطني، وهو قانون تعلمه جيدا بخلاف القانون الأجنبي الذي قد يجهله أو يسيء تفسيره، فيطبقه بشكل خاطئ.
- إن القاضي الوطني عندما يرجع إلى قانون أجنبي، فعليه أن يطبق أحكام هذا القانون برمته ولا يقتصر على تطبيق القواعد الموضوعية دون قواعد الإسناد، وإلا قام بتجزئة هذا القانون دون مبرر.
- إن رفض الإحالة وتطبيق قانون أجنبي، يعني أن القاضي الوطني يطبق قانوناً هو أصلا يرفض إختصاصه ويأبى أن يطبق على النزاع.

2- الإتجاه الرافض للأخذ بالإحالة

وتستند على الحجج التالية:

- من شأن الأخذ بالإحالة خاصة من الدرجة الثانية أن يؤدي إلى الدوران في حلقة مفرغة.
- في الأخذ بالإحالة مساسٌ بسيادة الدولة وذلك في الحالة التي تكون فيها قواعد الإسناد منصوصا عليها في الدستور.
- في الأخذ بالإحالة مساس بتوقعات الأفراد خاصة في مجال الأحوال الشخصية، إذ قد تطبق عليه قوانين لا تتماشى مع ديانتهم أو نظامهم القانوني، مما يؤدي إلى الإجحاف بحقوقهم.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من الإحالة

لم تكن الإحالة محل تنظيم تشريعي ولم تتح للقضاء الجزائري فرصة التعرض لهذه المسألة، وكان الرأي لدى الكثير من الشراح في الجزائري هو وجوب إستبعاد الإحالة، على الأقل في مجال الأحوال الشخصية على إعتبار أن قانون الأسرة الجزائري يجد مصدره في الشريعة الإسلامية، وهو ما يؤدي في حالة الأخذ بالإحالة إلى إعتماد تطبيق الكثير من أحكام الشريعة على غير المسلمين، وفي ذلك مساس بمعتقداتهم وخضوعهم لأحكام غربية تماما عنهم.
ولكن يبدوا أن جميع هذه الإعتبارات لم تأخذ بعين الإعتبار من قبل المشرع الجزائري أثناء تعديله للقانون المدني لسنة **2005**، حين قرر صراحة في المّادة **23** مكرر**1**/**2** ق.م.ج، بتطبيق القانون الجزائري متى أحالت إليه قواعد الإستناد (قواعد التنازع) الأجنبية الإختصاص، وهذا يعني القبول بالإحالة من الدرجة الأولى، كما يفهم أيضا من عبارات الفقرة الأولى من نفس المّادة **23** مكرر**1** ق.م.ج[14]، أنه يتم إستبعاد الإحالة من الدرجة الثانية.

المحور الأول
منهـج تنــازع القوانيـن

الفصل الأول
النظرية العامة لتنازع القوانين

المبحث الثالث
موانع تطبيق القانون الأجنبي

المطلب الأول
الدفــع بالنــظام العــام

أولاً: المقصود بالنظام العام

ثانياً: شروط التمسك بالدفع بالنظام العام

ثالثاً: آثار التمسك بالنظام العام

1- مرحلة إنشاء الحق

أ- أثر التمسك بالنظام العام في مرحلة إنشاء الحق

الأثر السلبي

الأثر الإيجابي

ب- أثر التمسك بالنظام العام في مرحلة نفاذ الحق

المطلب الثاني
الغش نحو القانون

أولاً: المقصود بالغش نحو القانون

(14) **المادة 23 مكرر 1: (جديدة)** إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص.

ثانياً: نشأة موضوع الغش نحو القانون

ثالثاً: شروط الدفع بالغش نحو القانون

1- الشـــرط المـــادي

2- الشـــرط المعنـــوي

المبحث الثالث
موانع تطبيق القانون الأجنبي

إعمالاً لقواعد الإسناد، فإنه قد يعطى الإختصاص لقانون أجنبي ويكون بالتالي هو واجب التطبيق، ومع ذلك قد تتوفر بعض الحالات تؤدي بالقاضي الوطني الجزائري إلى إستبعاد هذا القانون الأجنبي.

فمن جهة قد تكون أحكام القانون الأجنبي مخالفة للمبادئ السائدة في دولة القاضي الجزائري، فيتم هنا إستبعاد هذا القانون ويُمنع على القاضي الجزائري تطبيقه، وهذا ما يسمى بـ:"الدفع بالنظام العام"، كوسيلة لإستبعاد القانون الأجنبي.

ومن جهة أخرى قد يتضح للقاضي الجزائري أن القانون واجب التطبيق لم يكن مختصاً في الحقيقة إلا نتيجة تحايل من قبل الأطراف، وذلك من خلال تحايلهم على ضابط الإسناد، فيمتنع القاضي الجزائري عن تطبيق هذا القانون الأجنبي، وهذا ما يسمى بـ:"الدفع بالغش نحو القانون"، كوسيلة لإستبعاد القانون الأجنبي.

المطلب الأول
الدفـع بالنـظام العـام

أشرنا من قبل أن القاضي الوطني لا يفترض علمه بالقانون الأجنبي، بل قد يجهل تماما أحكامه، ومع ذلك فقد ينتهي إلى تطبيقه متى تعرف على مضمونه، وهذا يعني أنه سيطبق قانونا هو غريب في الأصل عن نظامه القانوني، ومن بين المخاطر التي قد تنجم عن ذلك هو إمكانية إصطدام مضمون القانون الأجنبي بالمبادئ الأساسية في دولة القاضي، فيأتي هذا النظام العام الجزائري ليلعب دوره كصمام أمان من أجل حماية هذه المبادئ والأسس، وتأخذ معظم التشريعات في العالم بفكرة النظام العام لإستبعاد القوانين الأجنبية، وهو ما فعله المشرع الجزائري، حيث تقضي المّادة **24** ق.م.ج، بأنه:

"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

أولاً: المقصود بالنظام العام

بغض النظر عن الإختلافات الفقهية في هذا المجال، يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموع المبادئ الأساسية السائدة في دولة ما، سواء كانت هذه المبادئ سياسية، إجتماعية، خلقية، دينية وإقتصادية وغيرها.
وأهم ما يميز النظام العام هو أنه فكرة نسبية، فمفهوم النظام العام يختلف من دولة لأخرى، وهذا يؤدي إلى نتيجة حتمية هو عدم وجود نظام عام دولي كأصل عام، غير أن ذلك لا يعني عدم إتفاق الدول على مبادئ أساسية، وتسمى في فرنسا بمبادئ العدالة العالمية وإن كانت نادرة جدا، ومثالها: مكافحة الرّق، منع الإتجار بالمخدرات ومحاربة القرصنة، إذ أن الإتفاق على هذه الأمور لا يهدف إلى حماية مصلحة دولة واحدة فقط، بل يحمي الإنسانية جمعاء، ولا يقتصر إختلاف النظام العام من دولة لأخرى، وإنما يختلف في الدولة الواحدة من زمان لآخر، ففي فرنسا كان الطلاق ممنوعاً ومخالفا للنظام العام إلى غاية 1884، ليتغير الوضع بعد هذا التاريخ فيتم إجازة الطلاق ويتحول إلى أمر غير مخالف للنظام العام.
وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان دور النظام العام في إطار القانون الداخلي هو إبطال كل تصرف يتعارض مع هذا النظام، فإن دوره في القانون الدولي الخاص هو إستبعاد القانون الأجنبي المختص.

ثانياً: شروط التمسك بالدفع بالنظام العام

يُشترط من أجل إمكانية إستبعاد القانون الأجنبي، لتعارضه مع النظام العام، شرطان أساسيان:

الشرط الأول

أن يكون القانون الأجنبي هو واجب التطبيق طبقا لقواعد الإسناد الجزائرية، وعليه لا يمكن إثارة هذا الدفع متى كان بالإمكان إستعمال وسيلة أخرى لإستبعاد القانون الأجنبي المختص، ومثال ذلك:
إستبعاد القاضي الوطني القانون الأجنبي الذي إتفق عليه الأطراف في العقد، والسبب في ذلك هو إنعدام الصّلة الحقيقية بين هذا القانون المختار وبين العقد أو المتعاقدين.

الشرط الثاني

وجوب أن يكون هناك تعارض فعلي، بين القانون الأجنبي المختص، والمبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي الجزائري، ونظرا لنسبية النظام العام، فإنه يرجع إلى هذا القاضي سلطة تقدير مدى تعارض الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي مع النظام العام لدولته، غير أنه يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.
فقد إستبعد قضاة الموضوع قانونا أجنبيا بحجة تعارضه مع النظام العام، غير أن المحكمة العليا تقوم بنقض هذا الحكم على أساس أنها لا ترى في الحقيقة وبخلاف ما ذهب إليه هؤلاء القضاة أي تعارض بين القانون الأجنبي والمبادئ الأساسية القائمة في الدولة الجزائرية.

فلقد قضت محكمة النقض الفرنسية على سبيل المثال بنقض حكم قضاة الموضوع الذي إستبعد القانون الألماني رغم كونه مختصا بإعتباره قانون مكان وقوع الفعل الضار بحجة أنه قانون لا تعرف أحكامه التعويض عن الضرر المعنوي، وهذا في رأي قضاة الموضوع مخالف للنظام العام الفرنسي، وهو رأي لم تأيده محكمة النقض الفرنسية التي رأت أنعدم التعويض عن الضرر المعنوي لا يشكل بأي حال مخالفة ومساس بالمبادئ الأساسية للقانون الفرنسي.

ثالثاً: آثار التمسك بالنظام العام

هذه الآثار تظهر في مرحلتين:

1- مرحلة إنشاء الحق

وفيها نتكلم عن الأثر العام للنظام العام، ومرحلة نفاذ الحق وفيها تظهر فكرة الأثر المخفف للنظام العام.

أ- أثر التمسك بالنظام العام في مرحلة إنشاء الحق

أهم أثر هو إستبعاد القانون الأجنبي المختص، وهذا ما يسمى بـ: " الأثر السلبي للنظام العام"، غير أن إستبعاد هذا القانون يعني بالضرورة وجوب البحث عن قانون آخر يحّل محّل القانون الأجنبي المستبعد ويطبق بدله، حتى لا تبقى العلاقة دون قانون يحكمها، وهذا هو: "الأثر الإيجابي للنظام العام"، إذن فالتمسك بالنظام العام ينتج في نفس الوقت أثرين:

الأثر السلبي

ويتمثل في إستبعاد القانون الأجنبي المختص، والذي أسندت له قواعد الإسناد الجزائرية الإختصاص.

الأثر الإيجابي

وجوب البحث عن قانون آخر يحّل محّل القانون الأجنبي المُستبعد، ويطرح التساؤل هنا: ما هو هذا القانون؟

يذهب غالبية الفقه للقول بتطبيق قانون القاضي، وهو موقف يأخذ به قضاء العديد من الدول كالقضاء الفرنسي والمصري.

غير أنه قد يحدث ألا يتعارض القانون الأجنبي كله مع النظام العام، وهذا ما يُعرف بـ: "التعارض الجزئي"، فهل نقوم رغم ذلك بإحلال قانون القاضي محّل القانون الأجنبي المستبعد بصّفة كلية، أم أننا نطبق قانون القاضي فقط في الجزئية التي تتعارض مع النظام العام؟

وتبقى المسائل الأخرى التي لا تمس النظام العام خاضعة للقانون الأجنبي؟ فيتم بالتالي الفصل في النزاع وفق قانونين (قانون القاضي والقانون الأجنبي)؟

ولتوضيح ذلك نضرب المثال التالي، المستوحى من إجتهادات القضاء الفرنسي:

"توفي شخصٌ مسلمٌ في فرنسا مخلفا وراءه تركة وورثة مباشرون، أثناء إفتتاح التركة وتقسيمها، تم حرمان أحّد الورثة من الميراث، بحجة أنه غير مسلم، تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ورفع النزاع أمام القضاء الفرنسي، حيث إعتبر هذا الأخير (القضاء الفرنسي) حرمان الوارث من حقه في الميراث بسبب إختلاف الدين هو مخالف للنظام العام في فرنسا، وبالتالي وجب إستبعاد أحكام الشريعة الإسلامية، وتطبيق أحكام القانون الفرنسي".

غير أنه طرح التساؤل هنا حول نطاق تطبيق هذا القانون (القانون الفرنسي)، هل يطبق فقط بخصوص الجزئية المتعلقة بالميراث فيقرر له الميراث ويقف دور القانون الفرنسي عند هذا الحّد فقط؟ أم أن الأنصبة الواجبة في الميراث فتخضع للشريعة الإسلامية؟ أم أننا نستبعد أحكام الشريعة الإسلامية، ونطبق القانون الفرنسي بصفة كلية على النزاع؟ أي على مسألة إستحقاق الميراث وتحديد الأنصبة؟

ويبدو أن القاضي الفرنسي يميل إلى إمكانية التطبيق الجزئي للقانون الفرنسي في حالة تعارض أحكام القانون الأجنبي جزئيا مع النظام العام في فرنسا، فلقد قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 1964، بأن الشريعة الإسلامية في مجال الميراث لا تصطدم بالنظام العام الفرنسي إلا في المسألة التي تمنع فيها غير المسلمين من الميراث، وعليه وجب إستبعاد أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص هذه المسألة، وإعطاء الوارث الحّق في الميراث تطبيقاً للقانون الفرنسي، أما فيما يخص تحديد نصيب كل وارث فهذه المسألة تبقى خاضعة دائما لأحكام الشريعة الإسلامية، كونها لا تتنافى مع النظام العام في فرنسا، ولقد إنتقد بعض الفقهاء مثل هذا الحّل، إذ أن الأخذ ببعض أحكام القانون الأجنبي وتكملتها بالقانون الوطني يعني إخضاع العلاقة لقانونين مختلفين من حيث الأحكام ومن حيث المصدر، مما يؤدي إلى عدم التجانس في الحّل المعتمد.

وإذا رجعنا إلى القانون الجزائري، فسنجد أن المشرع قرر صراحة في المّادة **24** ق.م.ج[15] ، وجوب إستبعاد القانون الأجنبي عند تعارضه مع النظام العام في الجزائر، كما قرّر صراحة في المّادة **24/2** ق.م.ج، تطبيق القانون الجزائري محّل القانون الأجنبي المستبعد.

وبالمقابل لم يتم التعرض لمسألة التعارض الجزئي وإن كان يبدو من ظاهر نص المّادة **24** ق.م.ج، أن إستبعاد القانون الأجنبي يجب أن يكون كلياً ليحل محله بمقابل القانون الجزائري أيضا بصفة كلية، وهذا ما يفهم من عبارة: "ولا يجوز تطبيق القانون الأجنبي".

ب- أثر التمسك بالنظام العام في مرحلة نفاذ الحق

الفرض في هذه الحالة أن الحق نشأ صحيحاً في دولة ما، غير أن آثار هذا الحق مخالفاً للنظام العام في دولة أخرى.

المثال الأكثر وضوحاً في هذه الحالة هو:

الشخص الذي يتزوج في الجزائر بأكثر من زوجة، ثم ينتقل إلى فرنسا، وتطالب الزوجة الثانية هناك بحقها في النفقة تطبيقاً للقانون الجزائري، فمن المؤكد هنا هو أن ذلك الجزائري لو أقدم على الزواج من الثانية في فرنسا لأعتُبرَ ذلك مخالفاً للنظام العام في فرنسا، وسيقابل طلبه بالرفض رغم أن القانون الجزائري (قانون الجنسية) يسمح بذلك، لكن هل سيتم إستبعاد القانون الجزائري كذلك عندما يتعلق الأمر بطلب الإعتراف بحقوق الزوجة الثانية؟

يتفق العمل القضائي وغالبية الفقه في فرنسا على إمكانية الإعتراض بحقوق نشأت في الخارج (خارج فرنسا) رغم كونها مخالفة للنظام العام في فرنسا وهذا ما يسمي بـ: "الأثر المخفف للنظام العام".

ويجد هذا الموقف أساسه في فكرة الحقوق المكتسبة، فطالما أن الحق نشأ صحيحا في ظل قانون معين، وجب إحترام هذا الحّق وما يرتبه من آثار أينما كان مكان تواجده.

إلا أننا نتسائل عن ما هو الحكم في القانون الجزائري، بمعنى هل يمكن التكلم عن أثر مخفف وبالتالي الاعتراف في الجزائر بأثر حق مخالف للنظام العام؟

---

(15) **المادة 24** : (معدلة) لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.
يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

يبدو أن المحكمة العليا الجزائرية ترفض فكرة الأثر المخفف لأن الأمر يتعلق بمخالفة القانون الأجنبي بنصوص قطعية تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية، حيث نقضت بتاريخ 23 جوان 1984 حكم قضاة الموضوع الذي منح الصيغة التنفيذية لحكم صادر عن القضاء الفرنسي، معتبرة أن هذا الحكم الذي أقر تطبيقاً للقانون الفرنسي القرض بالفائدة بين الأفراد يُعتبر مخالفاً للنظام العام في الجزائر،وعليه فغن القانون الجزائري يستبعد القانون الأجنبي بأثر مشدد وكلي سواء في مرحلة إنشاء الحق أو في مرحلة آثاره، عندما يتعلق الأمر بمخالفة أحكام قطعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، كما هو الحال بالنسبة للأحوال الشخصية.

ولقد أيدت محكمة النقض الفرنسية وجهت النظر هذه، إذ قضت في أحّد قراراتها أن: "أثر تدخل النظام العام يختلف بحسب ما إذا كان يتعلق بإنشاء أو إكتساب حق بفرنسا أو فقط سريان حقوق إكتسبت بدون غش في الخارج وكانت صحيحة في ظل القانون الذي نشأت تحت سلطانه".
وتماشياً مع هذا الموقف، حكمت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 جانفي 1958: "الزوجة الثانية تعتبر زوجة شرعية ولها إنطلاقاً من هذه الصّفة الحق بالمطالبة بكامل حقوقها ومن بينها حقها في النفقة".

على أن الملاحظ أنه إذا كان القضاء الفرنسي قد أخذ بمبدأ الأثر المخفف لم يستبعد تطبيق القوانين الأجنبية عند الإعتراف بحقوق نشأت بالخارج، فإنه بالمقابل لم يطبق هذا المبدأ على إطلاقه، إذ إشترط ألا تكون آثار هذا الحق متعارضة تعارضاً تاماً مع المبادئ الأساسية المتفق عليها عالمياً، وإنطلاقاً من ذلك رفض الإعتراف في فرنسا بآثار التأميم، بخصوص الشركات الفرنسية في الجزائر بحجة أن التأميم ونزع الملكية دون تعويض عادل محدد ومسبق منافي للمبادئ الأساسية المتمثلة في وجوب إحترام الملكية الخاصة.

سؤال: ما هو الحكم في القانون الجزائري؟ هل يمكن التكلم عن الأثر المخفف في نظامه العام؟ وبالتالي الإعتراف في الجزائر بأثر حق مخالف للنظام العام؟

الجواب:

يبدو أن المحكمة العليا الجزائرية ترفض فكرة الأثر المخفف على الأقل عندما يتعلق الأمر بمخالفة القانون الأجنبي لنصوص قطعية تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية، حيث نقضت بتاريخ 23 جوان 1984 حكم قضاة الموضوع الذي منح الصيغة التنفيذية لحكم صادر عن القضاء الفرنسي، معتبرة أن هذا الحكم الذي أقر تطبيقاً للقانون الفرنسي "القرض بالفائدة" بين الأفراد يعتبر مخالفاً للنظام العام في الجزائر، وعليه يبدو في ظل إجتهاد القضاء الجزائري تدخل النظام العام يكون بقوة سواء في مرحلة إنشاء الحق أو عند الإعتراف بآثاره عندما يتعلق الأمر بمخالفة أحكام قطعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، كما هو الحال بالنسبة للأحوال الشخصية.

قضيــة1

"عبد الرحمن" جزائري الجنسية، تزوج في الجزائر من أمينة بعقد رسمي طبقا للقانون الجزائري، وقد أنجبت منه ثلاثة (03) أولاد (إبن وبنتين)، إلا أن عبد الرحمن تزوج عرفيا بزوجة ثانية، تدعى "زوبيدة" دون علم الزوجة الأولى أي أمينة بهذا الزواج.

وبعد مرور فترة معينة، أراد عبد الرحمن أن يسافر إلى فرنسا دون علم الزوجة الأولى والثانية، إلا أن هذه الأخيرة أي "زوبيدة" علمت بهذا الأمر، فسعت إلى إثبات زواجها منه خوفاً على ضياع الحقوق المتعلقة بها وبإبنتها التي أنجبتها منه.

وفعلاً إستطاعت "زوبيدة" أن تثبت زواجها بحكم قضائي صادر عن المحكمة، وتم إثبات نسب هذه البنت لأبيها بأثر رجعي من يوم الزواج، كما أقنعت زوبيدة زوجها "عبد الرحمن" بأخذها معه وابنتها إلى فرنسا وكان لها ذلك، إلا أن عبد الرحمن عندما إنتقل إلى العيش في فرنسا تخلى عن واجباته الزوجية اتجاه إبنته وزوجته "زوبيدة"، الأمر الذي دفع بهذه الأخيرة بأن ترفع دعوى قضائية في فرنسا تطالب فيها حقها في النفقة.

إلا أن القاضي الفرنسي رفض الحكم في القضية من أصلها، لأنه تبين له بأن هذا الأمر يتعلق بالإعتراف بحقوق زوجة ثانية، وتعدد الزوجات أمر مخالف للنظام العام في فرنسا، وعليه فإن هذه القضية تبقى بدون قانون يحكمها.

المطلوب

1. إعطي حلاً مباشراً لهذه القضية في حدود عشرة (10) أسطر؟
2. أجب بصحيح أو خطأ مع التعليل في حدود خمسة (05) أسطر ؟

أ- لا يعترف المشرع الجزائري بالإحالة من الدرجة الثانية؟

ب- عند وجود دولة أجنبية مركبة من عدة دويلات ويكون قانونها هو واجب التطبيق فإن التشريع الجزائري لم يتكلم عن هذه الحالة؟ الأمر الذي يصعب من مهمة القاضي؟

حّــل القضيــة[1]

1- إن القاضي الفرنسي الذي عرض عليه النزاع من طرف المدعوة "زوبيدة"، **قد أخطأ في تطبيق قانونه (الفرنسي)**، لأنه من المعلوم أن الحق الذي أنشأ في بلد أجنبي

(أي خارج التراب الفرنسي) بطريقة صحيحة، أي في ظّل قانون تلك الدولة، فإن النظام العام الفرنسي سيعترف به، وهذا ما يُعرف بـ: "الأثر المخفف للنظام العام".
فطالما أن هذا الحق نشأ صحيحاً في ظّل قانون الجزائري الذي يسمح بالزواج الثاني طبقاً لنص المّادة **08** ق.أ.ج[16] (معدلة)، وجب إحترام هذا الحّق وما يُرتبه من آثار أينما كان.
والدليل على ذلك أن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 جانفي 1958 أكدت في قرارها[17] بأن الزوجة الثانية تعتبر شرعية ولها إنطلاقا من هذه الصّفة الحق بالمطالبة بكامل حقوقها ومن بينها حقها في النفقة.
2- الإجابة على الأسئلة:

أ- "صحيح"، المشرع الجزائري لا يعترف بالإحالة من الدرجة الثانية وهي الحالة التي تشير فيها قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الأجنبي، فتحيل قاعدة الإسناد في هذا القانون لا إلى قانون القاضي بل إلى قانون آخر، وعليه فإن المشرع الجزائري نّص في المّادة **23/2** مكرر**1** ق.م.ج، على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى في التنازع السلبي، حيث يطبق القانون الجزائري إذا أحالت إليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص.

ب- "خطأ"، إن مسألة التعدد الإقليمي، تعرض لها المشرع الجزائري في المّادة **23/2** ق.م.ج، حيث أنه إذا لم توجد في هذه الدولة المركبة المنقسمة إلى عدة أقاليم قاعدة داخلية تبين الحل واجب الإتباع، فهنا تقرر المّادة المذكورة أعلاه على القاضي بتطبيق قانون عاصمة الدولة المركبة (العاصمة السياسية).

المطلب الثاني
الغش نحو القانون
La Fraude à la Loi

رأينا فيما سبق أن القانون الأجنبي قد يكون واجب التطبيق رغم ذلك يتم إستبعاده متى كانت أحكام هذا القانون مخالفة للنظام العام في دولة القاضي الجزائري، غير أن هذه الوسيلة لا تعتبر الوحيدة لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص، إذ يحدث أن يقوم القاضي الجزائري بإستبعاد

[16] المادة **08** ق.أ.ج: **"**يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.
يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.
يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية**"**.

[17] l'arrêt « Chemouni » du 28 janvier 1958

القانون الأجنبي متى ثبت له أن هذا الأخير (القانون واجب لتطبيق) لم يكن مختصا إلا نتيجة تحايل من قبل لأطراف، وهذا ما يسمى بـ: "الغش نحو القانون".

أولاً: المقصود بالغش نحو القانون

هو التحايل على ضابط الإسناد بقصد التهرب من أحكام القانون واجب التطبيق، فمثلا في الوقت الذي كان فيه القانون الإسباني يمنع الطلاق، قام إسباني بتغيير جنسيته والحصول على جنسية فرنسية فقط ليخضع لأحكام هذا قانون ويحصل على الطلاق، ولا شك أنه يعتبر بمثابة تحايل وغش نحو القانون الإسباني وهو القانون الذي كان واجب التطبيق أصلاً لو أن الشخص لم يقم بتغيير جنسيته.

وترجع تطبيقات فكرة الغش نحو القانون إلى القضاء الفرنسي في قضية شهيرة تعرف بـ: "قضية Princesse de Bauffremont"[18]، التي فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية في 18 مارس 1878.

كما أخذ المشرع الجزائري أيضاً بفكرة الغش نحو القانون في المّادة **24** ق.م.ج[19]، بعد جواز تطبيق القانون الأجنبي إذا ثبت له الإختصاص نتيجة غش نحو القانون.

ثانياً: نشأة موضوع الغش نحو القانون

يعود أصل نظرية الغش نحو القانون كما سبق القول إلى قضية La Princesse de Bauffremont والتي طرحت في فرنسا في 18 مارس 1878، حيث تتلخص وقائع هذه القضية فيما يلي:

الأميرة de Bauffremont والتي كانت بلجيكية الأصل قد تزوجت بأمير فرنسي وإستقرت معه في فرنسا وإكتسبت الجنسية الفرنسية من خلال زواجها منه؛

---

(18) Dans cette affaire, datant du XIXième siècle, le Prince et la Princesse de Bauffremont était déjà judiciairement séparés de corps. La Princesse de Bauffremont désira se remarier, mais à l'époque, la loi française qui régissait leur situation ne prévoyait pas de divorce. La séparation de corps lui permettant pourtant de choisir un domicile distinct de celui de son mari, elle s'installa dans le Duché de Saxe-Aldenbourg pour y obtenir la nationalité allemande, déclenchant l'application du droit allemand à sa propre situation, droit allemand dans lequel le divorce était admis. Cela fait, elle épousa le Prince Bibesco, personne avec laquelle elle s'était très temporairement déplacée en Allemagne pour revenir ensuite en France, l'ayant épousé.

Le Prince de Bauffremont saisit les tribunaux pour obtenir l'annulation du mariage.

La Cour de cassation, par son arrêt du 18 mars 1978 estima que « sans autorisation du mari, l'acquisition volontaire de la nationalité étrangère était impropre à libérer la Princesse de l'allégeance française et donc des contraintes de la loi française ».

C'est pourquoi un changement de nationalité ne peut permettre d'échapper à des dispositions d'ordre public de la loi française. Ainsi, l'acte par lequel la Princesse de Bauffremont avait été naturalisée comme étant de nationalité allemande était inopposable au mari, ce qui la maintenait dans ses liens à son égard et conduisait à l'annulation de son second mariage. De cette façon la Cour de cassation conforte les juges du fond qui ont statué « conformément au principe de la loi française sur l'indissolubilité du mariage ».

L'arrêt Princesse de Bauffremont, prononcé en matière de droit international privé, fonde la théorie de la fraude à la loi. En effet, une personne ne peut pas se mettre dans une situation qui appelle l'application licite d'une loi (ici, la loi allemande), à seule fin de produire des effets (ici, le divorce) contraire à un principe posé par la loi qui aurait dû gérer ordinairement sa situation (ici, l'interdiction du divorce posée par la loi française de l'époque).

Comme pour l'abus de droit, posé par l'arrêt plus tard, la fraude se détecte parce que la personne n'a pas d'autre raison que de se mettre dans cette situation ayant pour effet de faire échapper la personne au régime qui la gouverne. En effet, la Princesse de Bauffremont n'avait fait qu'un aller/retour en Allemagne en compagnie même de la personne qu'elle voulait épouser, sans vouloir s'y installer, et donc à seul fin d'échapper au principe d'indissolubilité du mariage.

Comme le disait déjà le droit romain, "la fraude corrompt tout", dans la mesure où est sanctionné par l'annulation, le recours à des procédés juridiques en eux-mêmes parfaitement licites.

Alors même que la personne utilise des procédés licites, le juge par la théorie de la fraude détruit le stratagème en qualifiant le comportement de frauduleux, car l'intention de celui qui a manipulé les règles plus qu'il n'en a usé a été d'obtenir un effet contraire à celui visé par le système juridique.

(19) المادة 24: (معدلة) لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. .

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

إلا أنه على إثر خلاف وقع بينهما، أرادت الأميرة أن تتطلق منه، إلا أن الإشكال الذي كان بالنسبة لها هو أن القانون الفرنسي الذي أصبحت تنتمي إليه بجنسيتها، يمنع آنذاك الطلاق بين الأزواج؛ فتعمدت اللجوء للإنتقال إلى إحدى الدويلات الألمانية وذلك من أجل التجنس بجنسيتها، لأن قانونها كان يسمح بالطلاق، وقد حصلت على الحكم بالطلاق فعلاً من زوجها؛

ثم قامت بعد ذلك بالزواج من أمير روماني وإستقرت معه في فرنسا، إلا أن الزوج الأول (الأمير الفرنسي)، رفع دعوى أمام القضاء الفرنسي يطالب فيها ببطلان الزواج الثاني، بحجة أن الطلاق كان غير صحيح، لأنه تم بعد تغيير الأميرة لجنسيتها بتحايل منها؛

وفعلا قضت محكمة النقض الفرنسية بإبطال الزواج الثاني بعد ثبوت الغش والتحايل على القانون الفرنسي.

ومنذ ذلك التاريخ إستقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالغش نحو القانون كسبب من أسباب إستبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المّادة **24** ق.م.ج.

ومن أمثلة الغش نحو القانون:

- قواعد الإسناد تنص على أنه يسري على الوصية قانون مكان تحريرها، إلا أن مكان التحرير قد يكون بلد يفرض شروط صارمة جدا لتحريرها وتنفيذها، فيقوم الموصي بالإنتقال إلى بلد آخر يحرر فيه الوصية، لأن هذا البلد الذي إنتقل إليه يضع شروط ميسورة وغير صارمة في التحرير والتنفيذ.

- تنص قواعد الإسناد على أن الميراث يسري عليه قانون جنسية الهالك، فإذا كان قانون المتوفي لا يسمح بتوريث أحفاده، فيعتمد إكتساب جنسية بلد آخر يسمح بتوريث أحفاده.

ثالثاً: شروط الدفع بالغش نحو القانون

يوجد شرطان أساسيان:

1. شرط مادي
2. شرط معنوي

1- الشـــرط المـــادي

حتى نكون أمام غش نحو القانون وجب أن يكون هناك تغيير إرادي لضابط الإسناد (إما الجنسية أو تغيير الموطن)، ولا يقصد هنا تغيير ضابط الإسناد أن يقوم الشخص بتغيير قاعدة الإسناد في حّد ذاتها فيغير ضابط الإسناد الذي تتضمنه في هذه المسألة لا يختص بها سوى المشرع وحده، فمتى قضى هذا الأخير بإخضاع الأحوال الشخصية مثلا لقانون الجنسية توجب على الجميع إحترام هذه القاعدة، وإنما المقصود بتغيير ضابط الإسناد هو أن يقوم الشخص إرادياً بالتحايل على هذا الضابط، كأن يقوم بتغيير جنسيته، كأن يكون الشخص إسبانياً فيتحول إلى جنسية فرنسية فقط ليحصل على الطلاق.

ولما كان من الضروري وحتى نكون أمام غش نحو القانون، فهذا يعني أن الغش لا يمكن تصوره في ضوابط إسناد تحكم مسائل ثابتة لا تتغير، وعليه فإذا كان من الممكن التكلم عن غش نحو القانون في مجال الأحوال الشخصية كون هذه الأخيرة تحكمها الجنسية أو الموطن، ومن السهل على كل شخص أن يغير جنسيته وأسهل من ذلك تغيير موطنه، وكذلك في مجال المنقولات حيث يمكن تغيير موقع المنقولات بكل سهولة، فإنه بالمقابل لا يمكن تصور وجود غش نحو القانون بخصوص العقارات فهذه تخضع لقانون موقعها ولا يتصور إطلاقاً تغيير موقع العقار، وأيضاً لا يمكن تصور غش نحو القانون في مجال المسؤولية التقصيرية كون هذه الأخيرة تخضع لقانون مكان موقعها ومتى وقع فعل ضار في مكان معين إستحال تغيير هذا المكان.

2- الشـــرط المعنـــوي

لا يكفي تغيير ضابط الإسناد بل يجب أن يكون هذا التغيير بسوء نية، ويظهر سوء النية هذا في تغيير ضابط الإسناد بغية التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً.

ولقد إنتقد البعض مثل هذا الشرط على إعتبار أن النية مسألة باطنية تدخل في خفايا النفس البشرية، ومحاولة البحث عنها قد يفتح المجال لأهواء القضاة وإستبدادهم.

غير أن الكثير عارضوا مثل هذا الإنتقاد معتبرين أن النية وإن كانت باطنية وخفية فإنه مع ذلك يمكن الوقوف عليها من خلال الظروف والملابسات المحيطة.

ثم إن صعوبة الوقوف على النية الباطنة لا تتعلق فقط بموضوع تنازع القوانين بل تطرح كذلك في جل فروع القانون، ففي القانون الجنائي مثلاً للنية دور كبير جداً في التفرقة بين الفعل العمدي والخطأ.

رابعًا: نطاق الدفع بالغش نحو القانون

سؤال: هل يشرط للدفع بالغش نحو القانون أن يقوم الشخص بالتحايل على ضابط الإسناد من أجل التهرب من أحكام قانون القاضي فقط ؟ أم يمكن إثارة هذا الدفع ولوقوع غش إتجاه القانون الأجنبي؟

فمثل لوقوع نزاع أمام القضاء الفرنسي فهل شرط لإثارة الدفع بالغش نحو القانون أن يكون التحايل قد تم من أجل التهرب من أحكام القانون الفرنسي فقط؟ أم يكفي أن يكون هناك تحايل ولو تم إتجاه قانون أجنبي؟

لقد إستقر القضاء الفرنسي ونفس الشيء بالنية للقضاء الجزائري على وجوب أن يكون التحايل إتجاه أي قانون كان (محليا أو أجنبيا)، فالنية للقانون الجزائري في مادته **24** ق.م.ج، من تقنينه المدني تتكلم عن الغش نحو القانون دون أن تحصره في القانون الوطني(الجزائري)، وهو ما يعني إمكانية التمسك بهذا الدفع سواءا حدث الغش إتجاه القانون الجزائري أو القانون الأجنبي.

خامساً: أثر التمسك بالغش نحو القانون

في إطار القانون المدني وبالضبط في مجال التصرفات القانونية، فإن الدفع بالغش يؤدي إلى بطلان التصرف برمته ويعتبر كأن لم يكن، غير أن هذه النتيجة يصعب تصورها عندما يتعلق الأمر بالغش في نطاق القانون الدولي الخاص، فمن غير المتصور إطلاقا أن يقضي القاضي الجزائري مثلا ببطلان تجنس جزائري بالجنسية الفرنسية، إذ هذه المسألة لا تختص بها سوى السلطات الفرنسية لوحدها، وعليه في مجال الغش نحو القانون لا نتكلم على بطلان التصرف كجزاء وإنما الجزاء هو عدم نفاذ التصرف.

غير أن الملاحظ في كل غش نحو القانون أن هناك عنصران:

- وسيلة يستعملها الشخص؛
- وغاية أو نتيجة يهدف الوصول إليها.

فالإسباني التي تحصل على الجنسية الفرنسية فقط ليحكم لها بالطلاق يكون تصرفها قد إنطوى على عنصرين:

1- عنصر الوسيلة: وهو تغيير الجنسية من الإسبانية إلى الفرنسية.

2- عنصر النتيجة: وهو الحصول على الطلاق.

إذن فهل عدم نفاذ التصرف يشمل النتيجة والوسيلة أم يقتصر فقط على النتيجة ؟

الإجابة: ففي مثالنا السابق لو رفع الزوج دعوى أمام القضاء الإسباني متحججا بوجود غش نحو القانون الإسباني، فهل سيذهب القضاة إلى عدم الإعتراف بآثار الجنسية الجديدة للزوجة وإعتبارها دائما إسبانية في نظرهم لا فرنسية، وأيضا عدم الإعتراف بآثار الطلاق الذي حدث في فرنسا وهذه هي النتيجة.

فإن قضاة إسبانيا لهم صلاحية الحكم بعدم نفاذ التصرف المتعلق بالنتيجة فقط وهي: الطلاق.

والدليل على ذلك أن محكمة النقض الفرنسية بينت موقفها بوضوح في قضية La Princesse de Bauffremont حيث قضت بعدم نفاذ التصرف في النتيجة فقط.

نهاية البرنامج لمقياس القانون الدولي الخاص1 (س5)
بتاريخ 09 ديسمبر 2018
الساعة 17:00

إمتحان السداسي الخامس في مقياس القانون الدولي الخاص لمستوى السنة الثالثة حقوق - قانون خاص-

موسم 2017-2018

******

أجب بصحيح أو خطأ مع التعليل في حدود 5 أسطر عن كل سؤال:

1- لا يعترف المشرع الجزائري بالتعارض الجزئي للقانون الأجنبي الواجب التطبيق مع النظام العام؟.....4ن

2- تعتبر كل قواعد الإسناد في القانون المدني الجزائري ذات طبيعة أحادية؟.....
.....3ن

3- بطلان التصرف يعتبر كنتيجة حتمية تفرض على كل متحايل على القانون؟.....
.....6ن

4- أخذ المشرع الجزائري بالإحالة بكل أنواعها؟.....
.....
.....2ن

5- لا يمكن للقاضي تطبيق الأثر المخفف عندما يتعارض الحق المكتسب في الخارج والذي يراد تنفيذه في الجزائر مع الأحكام القطعية للنظام العام الجزائري؟.....
.....
.....5ن

ملاحظة: كل ما يكتب ما فوق العدد المطلوب للأسطر لا يؤخذ بعين الإعتبار في التصحيح، و أن تكون الإجابة مباشرة بدون تكرار.

بالتوفيق.

أ/ عبد الحكيم بوجاني.

****

الإجابة النموذجية للامتحان

1- **صحيح**، لا يعترف المشرع الجزائري بالتعارض الجزئي للقانون الأجنبي المختص مع النظام العام الجزائري، وهذا ما يبدو جليا في نص المّادة **24** ق.م.ج، والتي تفيد أن يكون التعارض كليا ليحل محله بالمقابل القانون الجزائري وبصفة كلية، وهذا ما يفهم من العبارة الموجودة في المّادة **24** ق.م.ج، المذكورة على أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي وأن القانون الجزائري يحي محل القانون الأجنبي المستبعد.

2- **خطأ**، لا تعتبر كل قواعد الإسناد في القانون المدني الجزائري ذات طبيعة أحادية، لأن المبدأ عند المشرع الجزائري هو صياغة قواعد إسناد مزدوجة، على اعتبار أن إعمالها قد يؤدي الإختصاص إما إلى القانون الأجنبي وإما إلى القانون الوطني، إلا أنه استثناء قد يضع المشرع بعض القواعد التي توصف بأنها أحادية والتي تقتصر على إعطاء الاختصاص التشريعي للقانون الوطني فقط مثل المّادة **13** ق.م.ج، والتي تقضي بتطبيق القانون الجزائري وحده متى كان احد الزوجين جزائريا.

3- **خطأ**، بطلان التصرف غير وارد أصلا في الدفع بالغش نحو القانون في نطاق القانون

الدولي الخاص، وإنما الجزاء في هذا المجال هو عدم نفاذ التصرف إذ من غير المتصور إطلاقا أن يقضي القاضي الجزائري مثلا ببطلان تجنس جزائري بالجنسية الفرنسية، فهذه المسألة لا تختص بها سوى السلطات الفرنسية لوحدها، فالجزاء يقتصر فقط على النتيجة وليس على الوسيلة المتمثلة في تغيير الجنسية.

4- **خطأ**، لم يأخذ المشرع الجزائري بكل أنواع الإحالة، حيث قرر صراحة في المّادة **23 مكرر1/2** ق.م.ج، منها بتطبيق القانون الجزائري متى أحالت إليه قواعد التنازع الأجنبية، وهذا يعني القبول بالإحالة من الدرجة الأولى، كما يفهم أيضا من عبارات الفقرة 1 من نفس المّادة **23 مكرر1** ق.م.ج، أنه يتم استبعاد الإحالة من الدرجة الثانية.

5- **صحيح**، لا يمكن للقاضي تطبيق الأثر المخفف عندما يتعارض الحق المكتسب في الخارج والذي يراد تنفيذه في الجزائر مع الأحكام القطعية للنظام العام الجزائري، وخاصة تلك المتعلقة منها بأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما يؤكده الواقع العملي، حيث أن المحكمة العليا ترفض فكرة الأثر المخفف، حيث نقضت بتاريخ 23 جوان 1984 حكم قضاة الموضوع الذي منح الصيغة التنفيذية لحكم صادر عن القضاء الفرنسي، معتبرة أن هذا الحكم أقر القرض بالفائدة وهو مخالف

للنظام العام الجزائري حتى ولو اكتسب في الخارج.

الأستاذ: عبد الحكيم بوجاني. مع كل الحب والود والتمنيات بالتوفيق.

المركز الجامعي بوشعيب بلحاج -عين تموشنت
قسم الحقوق
امتحان السداسي الخامس موسم 2018 - 2019

المقياس: القانون الدولي الخاص

****

أجب بصحيح أم خطأ مع التعليل في حدود 5 أسطر عن كل سؤال

1- يحكم القاضي الجزائري في النزاعات ذات الطابع الخاص والمتعلقة بالأجانب فقط، في القانون المدني دون سواه ..... 4ن.

2- التكييف في القانون المدني الجزائري يخضع في كل الأحوال إلى قانون القاضي الجزائري ..... 3ن.

3- يخضع الجانب الشكلي للزواج الذي يكون أحد طرفيه جزائريا والآخر أجنبيا إلى ضوابط الإسناد الاختيارية المنظمة في أحكام المّادة 19 من القانون المدني الجزائري. .....5ن.

4- في حالة عدم إسناد الاختصاص للقانون الأجنبي ومخالفة هذا الأخير للنظام العام الجزائري؛ فإن القاضي سيطبق المّادة 24 من قانونه المدني والتي تمنع تطبيق أي قانون يكون مخالفا للنظام العام، ويحل محله القانون الجزائري حتى لا تبقى العلاقة دون قانون يحكمها.....4ن.

5- يمكن الدفع بالنظام العام الجزائري في قضايا فك الرابطة الزوجية ذات البعد الدولي مهما كان نوعها.....4ن.

لكم مني كل الحب والود والاحترام. أ/ عبد الحكيم بوجاني..... بالتوفيق.

الإجابة النموذجية لإمتحان القانون الدولي الخاص
السنة الثالثة حقوق - قانون خاص-
موسم 2018 – 2019

1/ خطأ؛ لا تكون النزاعات بين الأجانب فقط وإنما تشمل الجزائريين مع الأجانب، كما أنّ القاضي الجزائري لا يرجع إلى القانون المدني فقط في مثل هذا النوع من النزاعات، فهو يرجع إلى المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني في مجال تنازع القوانين، ويرجع إلى المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مجال تنازع الاختصاص القضائي، ويرجع إلى المواد من 605 إلى 608 من ق.إ.م.إ.ج في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، ويرجع إلى قانون 15 ديسمبر 1970 في مجال الجنسية المعدل في فيفري 2005.....4ن

2/ خطأ؛ لا يخضع التكييف في كل الأحوال إلى قانون القاضي الجزائري في المّادة 9 من القانون المدني، حيث وضع المشرع استثناء لهذه القاعدة في المّادة 17 من نفس القانون التي تخضع تكييف المال كونه عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المال.....3ن.

3/ خطأ؛ المشرع الجزائري لم يضع نص قانوني صريح يتعلق بالفئة المسندة التي موضوعها الجانب الشكلي للزواج، ومادام أن المشرع كان صريحا في وضعه قاعدة قانونية صريحة للزواج في جانبه الموضوعي طبقا للمادة 11 من القانون المدني، فكان من المستحسن أن يقوم بنفس ذلك في الجانب الشكلي للزواج، أما المّادة 19 من القانون المدني فجاءت خصيصا للتصرفات القانونية في المعاملات العادية ولم تنص صراحة على الجانب الشكلي للزواج.....5ن.

4/ خطأ؛ هنا أصلا لم تعط قواعد الإسناد الجزائرية الاختصاص للقانون الأجنبي، وعليه لا مجال للتكلم عن معارضة أو عدم معارضة القانون الأجنبي للقانون الجزائري، لأنّ السؤال جاء صريحا "في حالة عدم إسناد الاختصاص..."، ومن شروط الدفع بالنظام العام أن يكون القانون الأجنبي مختصا، وهنا في هذه الحالة ليس مختصا أصلا، فلا مجال للدفع بالنظام العام لعدم تحقق أحد شروط الدفع.....4ن.

5/ خطأ؛ لأنّه في مسألة الانفصال الجسماني لن يصل القاضي أبدا إلى مرحلة الدفع بالنظام العام، ذلك أنه في المرحلة الأولية المتعلقة بالتكييف سيضع القاضي هذا النوع من النزاع في فئة مسندة ضمن طائفة انحلال الزواج، وهذا طبقا للقانون الجزائري في المّادة 9 من القانون المدني، وعليه يستحيل استحالة مطلقة أن يفصل في النزاع على أنه انفصال جسماني، وهذا تعارض واضح بين نصي المّادة 9 و 12 الفقرة 2 من القانون المدني.....4ن.

أ/ عبد الحكيم بوجاني.

المحور الثاني
إشكالات تنازع القوانين في مجال إنعقاد وإنحلال الزواج

Les Problématiques de Conflit des Lois
dans le Domaine du Mariage et de Dissolution du Mariage

الفصل الأول
القانون واجب التطبيق على إنعقاد الزواج في القانون الدولي الخاص الجزائري

La loi est applicable au mariage en droit international privé algérien

إن الزواج يتطلب شروطاً عديدة لإنعقاده، سواء كانت موضوعية أو شكلية، وهذه الشروط حتماً ستختلف من دولة إلى أخرى بحكم إختلاف الأنظمة القانونية والعقائد الدينية كما أشرنا سابقاً.

وما دام أن الزواج الذي يشتمل على عنصر أجنبي، فغالباً ما يُثار خلاف بين أطرافه حول هذه الشروط، إذا كان من الضروري البحث عن القانون واجب التطبيق على شروط إنعقاد الزواج في ظّل التنازع الذي يمكن أن يثار حول ذلك.
ومن خلال كل هذه الإختلافات التي تُعَدُ مصدراً لتنازع القوانين في مجال الزواج بصّفة عامة وإنعقاده بصفة خاصة، فما هي أبرز الإشكالات المتعلقة بتنازع القوانين في مجال إنعقاد الزواج؟

وكيف عالج المشرع الجزائري هذا الأمر مقارنة بالقوانين الأخرى؟

وللإجابة على هذه الإشكالية، فأن الأمر يستدعي البحث عن القانون واجب التطبيق عن:
أولاً: الخِطبة، بإعتبارها عملية سابقة للزواج.
ثانياً: الشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج وما تثيره هذه المسألة من إشكالات.
ثالثاً: الشروط الشكلية لعقد الزواج، الذي يشمل العنصر الأجنبي.

1- القانون واجب التطبيق على الخِطبة في العلاقة التي تشمل عنصر أجنبي

يعتبر عقد الزواج أعظم العقود وأخطرها (عقد حساس) ولهذا السبب، جعل الإسلام مقدمات تكشف عن رغبة كل من المتعاقدين في إبرام هذا العقد الذي يستمر مدى الحياة، وهذه المقدمات هي ما يعرف عند فقهاء الشريعة بالخطبة، وقد إختلفت التشريعات في تحديد الطبيعة القانونية للخطبة في إختلاف تكييفها من قانون إلى آخر، وهو ما يؤثر على قواعد الإسناد التي تحكمها.

أ- القانون واجب التطبيق على الخطبة في القانون الجزائري

بالتفحص في قواعد الإسناد الموجودة في القانون المدني الجزائري (**9** إلى **24** ق.م.ج) نلاحظ إنعدام قاعدة تنازع خاصة بالخطبة، الأمر الذي يصعب على القاضي الجزائري معرفة القانون الواجب التطبيق على الخطبة التي تشمل عنصر أجنبي وبالرجوع إلى نص المّادة **9** ق.م.ج، التي تنص على أنه: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".
بمعنى أنه لتحديد الطبيعة القانونية لمسألة الخِطبة، فإنه يجب الرجوع دائما إلى القانون الجزائري، والخطبة في القانون الجزائري هي مجرد وعد بالزواج ولا ترتقي إلى درجة الزواج، أي إلى العقد، وذلك بصريح المّادة **1/5** ق.أ.ج، التي جاء فيها أن: "الخطبة وعد بالزواج"، وبالتالي فإن الخِطبة ليست زواجاً، كما أنها ليست شرطاً من شروط إنعقاد الزواج، وهو الأمر الذي يتأكد من خلال التقسيم الذي جاء به المشرع الجزائري في القانون المدني، حيث وضع في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول منه، عنوان تحت "الخِطبة والزواج"، فهذا دليل على أن الخِطبة ليس زواجاً، إلا أن السؤال يبقى مطروحاً، وهو: كيف يتصرف القاضي الجزائري في حالة ما إذا عُرض عليه نزاع فيه طرف أجنبي موضوعه الخِطبة؟

كأن يكون مضمون النزاع هو عدول أحّد الخطيبين عن تلك الخِطبة، وبعبارة أخرى، ما هي قاعدة الإسناد التي يُطبقها القاضي الجزائري في هذه الحالة؟

إن الإجابة المبدئية على هذا الإشكال تكون بعدم قدرة القاضي الجزائري إعمال قواعد الإسناد على مسألة العدول عن الخطبة، والسبب في ذلك هو أن العدول عن الخطبة لا يُولد أي مسؤولية عقدية بحيث يجوز لكل الطرفين العدول عنها.

وعليه فبما أنها لا تدخل ضمن الشروط اللازمة لإبرام عقد الزواج، فلا يمكن للقاضي أن يطبق عليها قاعدة الإسناد المخصصة لذلك في المّادة **11** ق.م.ج.
"يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

كما لا يجوز له أن يُطبق القانون الذي يحكم الإلتزامات التعاقدية المنصوص عليها في المّادة **18** ق.م.ج، ما دام أنها لا ترتقي إلى مرتبة العقد (الخطبة).
"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.
وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعة".

وهناك من يرى أن المسؤولية التقصيرية تبقى ممكنة التحقق إذا ما توفرت شروطها، بمعنى إذا صاحب فسخ الخطوبة ضّررٌ ترتبت مسؤولية وتحقق بذلك الفعل الضار.
وهنا يمكن مسائلة المتسبب في ذلك مسؤولية تقصيرية، وفي هذه الحالة يمكن للقاضي الجزائري أن يُطبق بشأن ذلك قاعدة الإسناد التي تحكم الإلتزامات غير التعاقدية المنصوص عليها في المّادة **20** ق.م.ج.
"يسري على الإلتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام.
غير أنه فيما يتعلق بالإلتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر و إن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه
على خلاف ذلك، في قانون خاص، أو معاهدة".
وخلاصة القول أن المشرع الجزائري تناسا معالجة مسألة الخِطبة، بحيث أنه لم يضع قاعدة إسناد تحكم التنازع الذي يمكن أن يثار حول الشروط الواجبة لتمام الخِطبة والآثار الناتجة عنها، وعليه يُستحسن بالمشرع الجزائري أن يضع قاعدة إسناد واضحة في هذا الشأن، لكي لا يضع القاضي في موقف حرج، ولكي يوحد العمل القضائي عبر الوطن.

ب- القانون واجب التطبيق في القانون المقارن
إن موقف القوانين المقارنة يتباين حول مسألة طبيعة الخِطبة، بحيث:

القانــون الكويتــي

إعتبرها القانون الكويتي على أنها مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، ووضع لها قاعدة إسناد تحكمها وقيدها بضابط الجنسية، حيث نص في المّادة 35 من القانون رقم 05 المؤرخ في 14 فبراير 1961، المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على أنه:
"تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة إلى كل خاطب, ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ".

📖 القانــون المصــري

أما القانون المصري فقد سلك نفس مسلك المشرع الجزائري، فلم يضع أي قاعدة إسناد خاصة بالخِطبة، غير أن الفقه والقضاء في دولة مصر يميل إلى إتباع ما رسا عليه الفقه والقضاء الراجح في القوانين المقارنة.
فالفقه المصري ينادي بإمكانية قياس الخِطبة على الزواج في هذا الخصوص، رغم أن الخِطبة في التشريع المصري ليست عقداً ملزماً، بمعنى يجب إخضاع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية الخاطب والمخطوبة وقت الخِطبة.

أما آثار الخِطبة فتخضع في نظرهم لقانون جنسية الخاطب وقت الخِطبة، وبالنسبة للفسخ فيُطبق عليه قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ.
وهذه الأحكام تطبق قياساً على المادتين 12 و13 من القانون رقم 131 المؤرخ في 16 جويلية 1948 الذي يتضمن القانون المدني المصري (جريدة الوقائع المصرية عدد 108 مكرر "أ" الصادر بتاريخ 29 جويلية 1948 المعدل والمتمم.

📖 القانــون القطــري

أما بالنسبة للقانون القطري للأحوال الشخصية، فقد تكلم عن الخِطبة ذات العنصر الأجنبي في المّادة 18 من القانون 22-2004 المتضمن القانون المدني القطري، والتي جاء فيها ما يلي:
"تسري على الخِطبة الأحكام المبينة في المواد السابقة في شأن الزواج، شروط الصّحة والشروط الموضوعية تخضع لقانون جنسية الزوجين وقت الإنعقاد أو القانون القطري إذا كان أحدهما قطرياً، أما الأوضاع الشكلية من توثيق ومراسيم دينية فتخضع إلى قانون بلد الزواج أو قانون جنسيتهما أو الموطن المشترط، أما بالنسبة للآثار فتخضع لجنسية الزوج وقت الإنعقاد أو القانون القطري عند إتحاد الجنسية".

📖 القانــون الفرنســي

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فلم ينص إطلاقاً على مسألة الخِطبة وهو ما دفع بالفقه والقضاء الفرنسيين إلى الإستعانة بالحلول التي يقضي بها القانون الداخلي، لذلك إتجه الفقه الفرنسي على تكييفها على أنها مجرد وعد بالزواج، وفي حالة ما إذا حدث هنالك فسخ للخطوبة بإرادة أحّد الخاطبين دون أي سبب مبرر فإن الفسخ في هذه الحالة سيكون مصدرا لقيام المسؤولية التقصيرية متى ثبُتَ الخطأ من الفاسخ وحدث الضرّر.

2- القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج

يعرف الزواج في الشريعة الإسلامية بأنه ميثاق غليظ يفيد إستمتاع كل من الطرفين بالآخر شرعاً ويكون بصيغة مؤبدة، وتكون غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة من خلال تكوين أسرة. ويقع على عاتق الدولة صون هذه الأسرة بإعتبارها الخلية الأساسية لتكوين كل مجتمع.
ولقد نّص المشرع الجزائري على ضرورة التوافر لمجموعة من الشروط والأركان حتى يرتب هذا الزواج آثاره وهو ما نصّ عليه في المادتين **9** و**9** مكرر ق.أ.ج.

1.2- القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج في القانون الجزائري

1.1.2- إختصاص القانون الوطني (قانون الجنسية)

أخضع المشرع الجزائري الشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج لضابط الجنسية لكل من الزوجين وذلك ما نص عليه في المّادة **11** ق.م.ج، على أنه:
" يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصّحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".
وبذلك يكون المشرع الجزائري فد أخذ بأحكام إتفاقية لاهاي لسنة 1902، لا سيما المّادة الأولى[20] منها، كما أكّد المشرع الجزائري هذا الإتجاه عندما نصّ في المّادة **1/97**، من الأمر رقم **70-20**، المؤرّخ في **19** فبراير **1970**، المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم، ج.ر العدد 21، الصادرة في 27 فبراير 1970، على أن:
"إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج".

كما يُعاب على المشرع الجزائري في هذه المّادة هو عدم نصه على القانون الذي سيطبق على الأجنبي الذي يريد الزواج من جزائرية، وبالتالي منح هذه المّادة طابعاً أحادياً فقط، وذلك عندما إكتفى بتبيان القانون الذي سيطبق على الطرف الجزائري الذي يبرم عقد الزوج في بلد أجنبي.
كما أن المشرع الجزائري لم يعالج مسألة زواج الجزائريات مع الأجانب في دول أجنبية.

2.1.2- نطاق إعمال القانون الوطني (قانون الجنسية)

إن المّادة **11** ق.م.ج، تطبق في حالة ما إذا كان الطرفين أجنبيين لأنه في حالة ما إذا كان أحّد أطراف العلاقة جزائرياً، ففي هذه الحالة سيطبق القانون الجزائري دون سواه متى عُرض النزاع على القاضي الجزائري حول صّحة الشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج، وذلك عملاً بأحكام المّادة **13** ق.م.ج، التي تنص على:
"يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

---

(20) CONVENTION DU 12 JUIN 1902 POUR RÉGLER LES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE MARIAGE
Article 1 : Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi.

فرغم أن الوارد في هذه المّادة إستثنائيٌ، إلا أنه يطبق بالأولوية على الشروط الموضوعية المتعلقة بصحّة الزواج ما عدى الشرط المتعلق بأهلية الزواج، كلما توفر شرط التطبيق وهو أن يكون أحّد العاقدين جزائرياً عند إبرام عقد الزواج.
والهدف من تقرير هذا الحكم الإستثنائي في القانون الجزائري هو مواجهة بعض الحالات الخاصة، كأن يكون الزواج صحيحاً طبقاً للقانون الجزائري وباطلاً طبقاً للقانون الأجنبي أو العكس، وحينئذ فالعبرة بما يأخذ به القانون الجزائري.
هذا ويُنتقد المشرع الجزائري في تنظيمه للمّادة **13** ق.م.ج، لكونه قد خرج من أبرز خصائص قواعد الإسناد المتمثلة في خاصية الإزدواجية، فهذه المّادة جاءت بصيغة إنفرادية أحادية ما دام أنها تمنح الإختصاص للقانون الجزائري فقط. وهو ما يؤدي إلى المساس بمبدأ آخر، وهو مبدأ "حياد قاعدة الإسناد".
كما أن هذه المّادة (المّادة **13** ق.م.ج)، تثير إشكالاً آخر يتمثل في مدى ملائمة تطبيق القانون الجزائري على الطرف الأجنبي وهو الأمر الذي لا يؤدي إلى تحقيق الغرض لوجود قواعد الإسناد، والذي يتمثل في البحث عن القانون الملائم لحكم النزاع.
أما فكرة الشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج في القانون الجزائري، فهي نوعان من الشروط:

✷ الشروط الإيجابية
وهي تلك الشروط التي يجب توافرها قانوناً حتى ينعقد الزواج صحيحاً، والمتمثلة في ركن الزواج وشروط صّحته، من صداق وولّي، وشهادة الشهود وإنعدام الموانع الشرعية.

✷ الشروط السلبية
هي تلك الشروط التي يشترط القانون عدم توافرها في الشخص، حتى ينعقد الزواج، فإذا توافرت مثل هذه الشروط أُعتُبر الزواج باطلاً، كتوافر إحدى حالات موانع الزواج.

ونلاحظ أن هذه الشروط هي تلك الواردة في أحكام قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي يجب على القاضي الجزائري أن يستعين بأحكام هذا الأخير حتى تسهل عليه مهمة تحديد نطاق هذه الشروط.

3.1.2- كيفية تطبيق القانون الوطني وإشكالاته
يجب التنويه إلى مسألة مهمة وهي أن إعمال القانون الوطني بالنسبة للعاقدين يكون وقت إنعقاد الزواج، فإذا توفرت مثل هذه الشروط أُعتُبر الزواج باطلاً.
وعليه يجب الأخذ بقانون جنسيتهما يكون وقت إنعقاد الزواج وليس وقت إثارة النزاع.
ورغم أن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك صراحة، إلا أن المنطق يفرض على القاضي الجزائري إعمال قانون جنسية العاقدين وقت إنعقاد الزواج وبذلك لا يتأثر عقد الزواج في حالة ما قام أحّد العاقدين بتغيير جنسيته بعد ذلك.

ويكون الأمر سهلاً إذا كان العاقدان وقت إنعقاد الزواج يحملان نفس الجنسية، إذ يطبق في هذه الحالة قانون جنسيتهما المشتركة، لكن الصعوبة تظهر عندما يكون طرفا العقد مختلفي الجنسية، حينئذٍ كيف سيطبق القاضي الجزائري قانون جنسيتهما؟

قبل التعرض إلى موقف المشرع الجزائري لا بد أن نشير أنه حدث خلافٌ فقهيٌ حول هذه المسألة، حيث ظهر إتجاه ينادي بتطبيق قانون جنسية العاقدين تطبيقاً جامعاً، وهو الإتجاه الذي ظهر في فرنسا، بمعنى أنه حتى ينعقد الزواج صحيحاً، يجب أن تتوفر في كل طرف جميع الشروط الموضوعية المقررة في قانون جنسيته والمقررة كذلك في قانون جنسية الطرف الآخر.

أما الإتجاه الآخر فيدعو إلى تطبيق قانون جنسية العاقدين تطبيقاً موزعاً، أي أنه يكفي أن تتوفر في كل طرف جميع الشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج لقانون جنسيته فقط حتى ينعقد الزواج صحيحاً بإستثناء كل ما يتعلق بموانع الزواج التي يُطبق بشأنها التطبيق الجامع.

وبخصوص موقف المشرع الجزائري، فقد أخذ بالتطبيق الموزع وهو ما يُستنتج من خلال الصياغة التي جاءت بها المّادة **11** ق.م.ج، فإستعمال عبارة "... لكل من الزوجين" دليلٌ على أنه قد تأثر بالإتجاه الثاني الذي ينادي بالتطبيق الموزع، فلو أراد المشرع الجزائري أن يأخذ بالتطبيق الجامع لإستعمل عبارة "... لكلا من الزوجين".

وتبقى مسألة مدى إستثناء موانع الزواج من التطبيق الموزع غير واضحة في القانون الجزائري، فعدم وجود سابقة قضائية في هذه المسألة يفتح الباب لعدة تأويلات، غير أنه ما دام أن المشرع الجزائري لم يستثنيها صراحةً، فيمكن أن نطبق بشأنها قانون جنسية العاقدين تطبيقاً موزعاً، ولكن مع إعمال فكرة النظام العام طبقاً لنّص المّادة **24** ق.م.ج.

فإذا ثبُتَ للقاضي وجود مانع للزواج طبقاً للقانون الأجنبي علماً أنه يُعتبر فعلاً مباحاً وجائزاً طبقاً للقانون الجزائري، فما عليه إلا إستبعاد ذلك القانون الأجنبي بسبب مخالفته لفكرة النظام العام الجزائري وتطبيق القانون الجزائري محّله.

1.2- القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج في القانون المقارن

🕮 موقف القانــون المصــري

حسب المشرع المصري مسألة تنازع القوانين حول الشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج بإخضاعها للقانون الوطني وذلك عندما نصّ صراحة في المّادة 12 ق.م.م، على أنه: "يُرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين".

فإذا عُرض على القاضي المصري نزاع متعلق بالشروط الموضوعية لصّحة الزواج، يجب عليه أن يُطبق قانون جنسية الزوجين وقت إنعقاد الزواج وليس وقت إثارة النزاع، بإعتبار أن إكتمال شروط لصّحة الزواج لا تكون إلا أثناء إنعقاد الزواج.

أما فيما يخص نطاق تطبيق هذه المّادة من حيث الأشخاص، فقد سلك المشرع المصري نفس الطريق الذي سلكه المشرع الجزائري عندما نصّ في المّادة 14 ق.م.م، على أنه: " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحّد الزوجين مصرياً وقت إنعقاد الزواج، يسري القانون المصري وحده فيما عدى شرط الأهلية للزواج".

يُلاحظ إذن أنّ المشرع المصري قد رفضَ مزاحمة القانون الأجنبي للقانون المصري في حكم الشروط الموضوعية لصّحة الزواج فيما عدى شرط أهلية الزواج الذي يبقى يخضع إلى القاعدة العامة والمتمثلة في قانون الجنسية.

أما بالنسبة لمضمون فكرة الشروط الموضوعية، فإن النظرة السائدة في مصر لا تختلف عن تلك الموجودة في القانون الجزائري، حيث أن جميع الشروط تم ذكرها سواءٌ الإيجابية أو السلبية لإنعقاد الزواج تدخل ضمن نطاق المّادة 12 ق.م.م، فيما عدى الشرط المتعلق بالشهادة الذي وقع بشأنه خلاف، حيث يُعتبر حسب الفقه الراجح في مصر شرطاً شكلياً.

وفيما يخص تطبيق قانون جنسية العاقدين على الشروط الموضوعية، فإنه بالعودة إلى مضمون المّادة 12 ق.م.م، يمكن الإستنتاج بأن المشرع المصري قد أخذ بالتطبيق الموزع، غير أنه فيما يتعلق بالشروط التي توضع في صيغة المنع، أي موانع الزواج فيطبق بشأنها التطبيق الجامع نظرا لأن المشرع المصري يقصد من ورائها حماية مصالح إجتماعية.

وسبق لمحكمة النقض المصرية أن كرست هذا الإتجاه عندما قضت في 01 أبريل 1954 بنقض حكم صادر من محكمة الموضوع، لأنه طُبق بخصوص موانع الزواج قانون أحّد الزوجين فقط دون تطبيق قانون الزوج الآخر.

3- القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لإنعقاد الزواج

تتصل الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج بالمظهر الخارجي، الذي تخرج فيه إرادة الزوجين إلى العالم الخارجي، ونقصد بها تلك الأوضاع التي يتطلبها القانون من أجل إظهار الإرادة كمراسيم الإحتفال ...الخ.

وهذه الشروط الشكلية يختلف مفهومها من دولة إلى أخرى، فهناك من الدول من يشترط الشكل الديني لإنعقاد الزواج وأخرى تشترط الشكل المدني لذلك، وبذلك سنتعرف على القانون واجب التطبيق على الشروط الشكلية (القانون الجزائري) ثم بعد ذلك في بعض القوانين المقارنة.

سؤال: ماهي أبرز الإشكالات التي قد يثيرها تغير الإنتماء الديني للشخص في قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية؟

المّادة 11 ق.م.ج والاستثناء المتعلق بها في المّادة 13 من نفس القانون نموذجا.

ملاحظة: الإجابة تكون وفق منهجية، وذلك بتقسيمها إلى:

- مقدمة
- توسيع
- خاتمة

الإجابـــة النموذجيـــة

♦ **مقدمـــة**

تعتبر الأحوال الشخصية المجال الخِصب لتنازع القوانين، ويعود السبّب في ذلك إلى تشعب مواضيعها وتعلقها بالنظام العام، ذلك لأن هذه العلاقات تشمل على عنصر أجنبي، إما بطرف أجنبي وإما في بلد أجنبي عن الأطراف، وأن هذه العلاقات الأسرية ذات الطابع الدولي لها من الحساسية بما كان؛ فهي تتميز عن باقي المجالات، حيث يعد الإنتماء الديني مصدرها لمعظم قوانين الدول في العالم، وعلى أساس هذه المعطيات فإنه قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية تحتل مكانة هامة في مختلف التشريعات الوطنية في العالم.

إلى أن الإشكال يتمثل في وضع هذه الدول لضوابط إسناد تنحصر فقط في الجنسية أو في الموطن دون أن تنتبه لمسألة مهمة تتمثل في إمكانية تغير الأفراد بمعتقداتهم الدينية دون أن يغيروا لا في جنسيتهم ولا في الموطن الذي يعيشون فيه، ومن خلال ذلك نبين أهم الإشكالات المثارة حول هذه المسائل.

♦ **توسيـــع**

لقد أخضع المشرع الجزائري الشروط الخاصة لإنعقاد الزواج (طبقا لما هو منصوص في المّادة 09 و09 مكرر ق.أ.ج) لضابط الجنسية لكل من الزوجين، وذلك عندما نّص في المّادة 11 ق.م.ج، على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"، ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بضابط الجنسية لكل من الزوجين وأن هذه المّادة تطبق في حالة ما إذا كان الطرفين أو العاقدين أجنبيين، لأنه في حالة ما إذا كان أحد الأطراف جزائرياً، ففي هذه الحالة سيطبق القانون الجزائري دون سواه، وذلك عملاً بأحكام المّادة 13 ق.م.ج، التي تنص على أنه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

وبالرجوع إلى المّادة 11 ق.م.ج، المذكورة أعلاه، فإن تطبيقها سيكون سهلاً، إذا كان العاقدان وقت إنعقاد الزواج يحملان نفس الجنسية، إذ يطبق في هذه الحالة قانون جنسيتهما المشتركة ولكن الصعوبة تظهر عندما يكون أحدهما عديم الجنسية أو يكون كل منهما مختلف في الجنسية عن الآخر، إلا أن الحّل قد يكمن في تطبيق المّادة 11 ق.م.ج، تطبيقا موزعا، أي أنه يكفي أن تتوفر في كل طرف جميع الشروط الموضوعية طبقا لقانون جنسيته فقط حتى ينعقد الزواج صحيحا.

ولكن الإشكال يطرح في حالة وجود أجنبيين مختلفي الجنسية ويقيمان في الجزائر، وينتمي كل منها إلى بلد أجنبي غير مسلم إلا أنهما إعتنقا ديانة الإسلام وأصبح كلاهما مسلمين أو أحدهما مسلم ولم يغيروا جنسيتهما ويريدان إبرام عقد الزواج في الجزائر.

المشرع الجزائري لم يتكلم على مثل هذه الحالات في قواعد الإسناد التي وضعها، وعليه فلو أخذنا بمضمون المّادة 11 ق.م.ج، كما هو فإننا سنطبق قانون جنسية كل من الزوجين وهذا قد يؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي غير مسلم على أشخاص مسلمين رغم أنهم ينتمون إليه بالجنسية.

وهل هذا الأمر يتعارض مع النظام العام؟
وبالتالي نطبق نص المّادة 24 ق.م.ج، ونحّل محّله قانون الجزائري.

فإذا كان هذا الحّل منطقيا، فما هو الحّل الذي سنطبقه إذا كان أحّد الأطراف جزائريا ولكن ثبت أنه غير مسلم؟ فهل سنطبق المّادة 13 ق.م.ج، كما هي؟
وبالتالي نطبق القانون الجزائري على طرف جزائري غير مسلم، وبالتالي تطبيق قانون الأسرة المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية على شخص غير مسلم مع أنه ينتمي إلى الجزائر بالجنسية فقط.

- **خاتمـــة**

كان من الأجدر على المشرع الجزائري أن يراعي ضابط الإنتماء الديني وثبوت تغيره عند الأشخاص عند وضعه لقواعد الإسناد المخصصة لشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج، سواء كان كل من الطرفين أجنبيا (المّادة 11 ق.م.ج) أو أحّد الأطراف جزائريا (المّادة 13 ق.م.ج).
فالزواج يعتبر في الشريعة الإسلامية ميثاقا غليظا وله من الحساسية بما كان، لذا كان من الضروري أن تكون قواعد الإسناد موضوعة بطريقة واضحة من شأنها أن تساعد في إعطاء الحّل الحقيقي وبصّفة أدق في كل أنواع المنازعات التي تثور في الأحوال الشخصية عموما، والزواج ذو العنصر الأجنبي على وجه الخصوص.

1.3- القانون الواجب تطبيق على الشروط الشكلية لإنعقاد الزواج في القانون الجزائري

لم يضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة تحكم الشروط الشكلية المتطلبة لإبرام عقد الزواج، كما أنه لا تدخل ضمن نطاق المّادة 11 ق.م.ج، نظرا لأن المشرع الجزائري قد خصصها فقط للشروط الموضوعية وذلك بعد تعديل 2005، بعدما كانت قبل ذلك لا تميز بينهما.
ويرى البعض أن نية المشرع الجزائري قد إتجهت إلى إخضاع الشروط الشكلية للقاعدة العامة التي تحكم التصرفات القانونية من حيث شكلها، بإعتبار أن الزواج يعتد من قيل ذلك.
وبالعودة إلى ق.م.ج، فإنه طبقاً لنص المّادة 19 منه نجد أن القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية يتمثل في :

- قانون المكان الذي تمت فيه؛
- قانون الموطن المشترك للمتعاقدين؛
- قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين؛
- القانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لذلك التصرف.

نلاحظ بأن المشرع الجزائري قد تبنى القاعدة الشهيرة المعروفة بـ Locus التي تتضمن تطبيق قانون محّل إبرام الزواج وهو ما أكدته المّادة 97 ق.ح.م.ج، التي ورّد فيها: "أن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائرى الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج"

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذه القاعدة ولكن ليس على سبيل الإلتزام وإنما على سبيل الإختيار، نظرا لأنه وضع إلى جانبها ضوابط إسناد متعددة، من بينهما قانون جنسية العاقدين إذا كانت مشتركة، ويرى هذا الإتجاه بأنه لا يوجد مانع في أن يكون هناك زواج في الجزائر بين الأجانب طبقا لشكليات مقررة في قانون أجنبي.
وبالنسبة لمسألة تحديد نطاق الشروط الشكلية فيجب دائما تطبيق القانون الجزائري في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه.
ولعلى المشكل الذي يكمن أن يواجهه القاضي الجزائري في هذه المسألة هو صعوبة تكييف شرط المراسيم الدينية، نظرا لعدم وجود تفرقة بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية في قانون الأسرة الجزائري.

2.3- القانون واجب التطبيق على الشروط الشكلية لإنعقاد الزواج في القوانين المقارن

🕮 القانــون المصــري

لا يختلف موقف المشرع **المصري** عن نظيره الجزائري فيما يخص تحديد قانون واجب التطبيق على الشروط الشكلية لإنعقاد الزواج، بحيث لم يضع لها قاعدة إسناد خاصة، وإنما تحكمها المّادة التي تسري على شكل التصرفات القانونية بين الأحياء.

وقد نّص المشرع في المّادة 20 ق.م.م على أن : "العقود بين الأحياء تخضع لشكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما المشترك (قانون رقم 131).

فالمشرع المصري أخذ هو أيضا بقاعدة Locus وذلك على سبيل الإختيار دون الإلتزام.

ويرى بعض الكتاب المصريين أن الإعتماد على قاعدة الإسناد الإختيارية بهذا الصّدد هو حّل يرمي من ورائه إلى تحقيق هدف مادي معين وهو حماية صّحة الزواج في جانبه الشكلي، متى وافق الأوضاع المعمول بها وفق أخذ الضوابط التي جاءت بها المّادة 20 ق.م.م.

🕮 القانــون الكويتــي

أما المشرع **الكويتي** فقد خالف المشرعين المصري والجزائري وذلك لما وضع قاعدة إسناد خاصة تحكم الشروط الشكلية لإنعقاد الزواج، فقد نّص في المّادة 37 من القانون 05 المتعلق بتنظيم العلاقات القائمة ذات العنصر الأجنبي الكويتي على أنه: "يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج كالوثيق والمراسم الدينية إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو إلى قانون جنسية كل من الزوجين...إلخ".

🕮 القانــون الفرنســي

وبخصوص المشرع **الفرنسي** فقد أخضع الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج لقانون محّل إبرامه كذلك؛ كما يعتبر الزواج الذي يبرمه الفرنسيون أمام القنصلية الفرنسية المتواجدة في دولة أجنبية صحيحاً، إذا تم وفق الشكليات التي يقرها القانون الفرنسي وهذا ما نصت عليه الفقرة 1 من المّادة 171 ق.م.ف.

كما يعتبر الزواج الذي يبرمه الفرنسيون أمام القنصلية الفرنسية المتواجدة في دولة أجنبية صحيحاً إذا تم وفق الشكليات التي يقرها القانون الفرنسي.

وخلاصة القول، فإن الزواج المختلط (بين مختلفي الجنسية) تثار حوله إشكالات عديدة، خاصة في قواعد الإسناد، لذا كان من الضروري أن تكون هذه الأخيرة موضوعة بطريقة واضحة تساعد القاضي الوطني في إيجاد الحلول للمنازعات التي تثور أمامه.

وعليه فقواعد الإسناد المخصصة للشروط المتطلبة لإنعقاد الزواج مازالت ناقصة بالرغم من أن المشرع قد أدخل عليها تعديل سنة 2005.

ونقترح بذلك على المشرع أن يعيد النظر في المّادة 111 ق.م.ج.، بحيث أخطأ عندما إستعمل مصطلح "الزوجين" في حين أن طرفي العقد أو المقبلين عليه لم يصبحا بعد زوجين فهما بصدد البحث عن الشروط من أجل إبرام عقد الزواج.

كما أن المشرع أأهمل مسألة الخِطبة ولم يضع لها قاعدة إسناد خاصة، وبالنظر إلى أهمية الخِطبة فمن المستحسن أن يحذو المشرع الجزائري حذوَ المشرع الكويتي، الذي نظم المسائل المتعلقة بالزواج والخِطبة بطريقة أدق وأوضح، حيث خصص للخِطبة والشروط الشكلية قواعد خاصة تجنب القاضي الكويتي الدخول في متاهات الآراء الفقهية وعدم تطبيق قواعد إسناد أخرى ليس لها علاقة بهذا الموضوع

الفصل الثاني

القانون واجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية والإنفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري

La loi applicable à la dissolution de lien conjugale et à la séparation de corps
En droit international privé algérien

وردت مسألة إنحلال الرابطة الزوجية والإنفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري في موطنيين:

- في المّادة **12/2** ق.م.ج المعدلة، التي تنص على أنه:

"ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

- في المّادة **13** ق.م.ج المعدلة، التي تنص على أنه:

" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين[21] 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

ونلاحظ أن المشرع الجزائري أدخل الإنفصال الجسماني الذي يمثل فئة قانونية غريبة غير معروفة في القانون والمجتمع الجزائري المسلم.

كما أنه (المشرع الجزائري) إستعمل عبارة "إنحلال الزواج" التي قد تتضمن الطلاق، التطليق والخلع والوفاة، وأخضعهم بنفس القانون، بينما بعض التشريعات العربية قد ميزت بينهم، حيث أخضعت الطلاق إلى قانون الزوج عند النطق به، وأسندت التطليق إلى القانون الزوج عند رفع الدعوى.

تنص المّادة **47** ق.أ.ج، على أنه: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

---

(21) **المادة 11(معدلة):** يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين.

المادة 12(معدلة): يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج.
ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

إشكالات خضوع الإنفصال الجسماني لضابط الجنسية

يعتبر موضوع الإنفصال الجسماني، من بين المواضيع التي كانت محّل إهتمام من طرف المشرع الجزائري، بحجة أن قبل تعديل القانون المدني قبل سنة 2005، لم نكن نلمس أية إشارة إلى هذا المصطلح الذي كان شائعا ومنتشراً على وجه الخصوص في الدول الغربية. ورغبة من طرف المشرع الجزائري، في ضمان وحماية المصالح الخاصة ذات البعد الدولي إستحدث أحكاما وقواعد جديدة عن طريق تعديل قواعد الإسناد في سنة 2005 من بينها تلك المتعلقة بالإنفصال الجسماني بموجب المّادة **12/2** ق.م.ج المعدلة.

على ضوء هذه التعديلات، لنا أن نتسائل عن مدى نجاعة هذه القواعد في ضمان الحماية الفعلية للعلاقات الخاصة ذات البعد الدولي.

المتعلقة بالإنفصال الجسماني

1- خضوع الإنفصال الجسماني لضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

بالرجوع إلى تعديل القانون المدني في سنة 2005، نجد أن المشرع الجزائري، أخضع كل من إنحلال الزواج والإنفصال الجسماني إلى القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى وهو ما أخذت به جُل الأنظمة القانونية في البلاد العربية والأوروبية.

في البلاد العربية كالقانون الأردني والقانون السوري والقانون المصري.

مضمون الإنفصال الجسماني

إن أسلوب الإنفصال الجسماني، أو كما يسميه المؤرخون "التفريق الجسماني" La séparation de corps عبارة عن نظام لا تعرفه الأنظمة القانونية في معظم الدول العربية المسلمة، ويقصد به مباعدة مادية بين أطراف العلاقة الزوجية تنقطع بسببه المعيشة المشتركة بينهما لأسباب معينة قد تكون جلّية (واضحة) وقد يُترك تقديرها إلى القاضي الذي يُعرض عليه النزاع.

كما يعرف الإنفصال الجسماني على أنه وقف للمعيشة المشتركة بين الزوجين وتعليق الإلتزامات المتبادلة مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة.

2- الإشكالات المترتبة عن الأخذ بضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

يترتب عن إختيار ضابط الجنسية لتحديد القانون واجب التطبيق على الإنفصال الجسماني عدة إشكالات قانونية أهمها:

أ- تأثير ضابط الجنسية على مركز الزوجة

يُعتبر مركز إختيار والميل لضابط الجنسية وبالخصوص جنسية الزوج بمثابة مساس بمركز الزوجة، والأجدر مساس بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة المكرس دولياً في المواثيق الدولية وفي أغلب دساتير دول العالم ومنها الدستور الجزائري، حيث يجب أن يكون هنالك تكريساً وضماناً لنوع من المساواة بين الزوج والزوجة، وكان من المستحسن أن يُرجحَ إختيار ضابط الجنسية المشتركة بين الجنسية أو الموطن المشترك لهما كحّل إحتياطي في حالة غياب الجنسية المشتركة.

ب- تأثير معيار وقت رفع الدعوى على مصلحة الزوجة

يُعتبر عنصر وقت رفع الدعوى معيارا من شأنه ترتيب عدة نتائج أو آثار تأثر على حقوق الزوجة مقارنة بالزوج.

◄ **تحقيق مصلحة الزوج على حساب مصلحة الزوجة**

وهذا مثله مثل ترجيح جنسية الزوج على الضوابط المشتركة الأخرى، إذ قد يؤثر على المعيار الزمني والمتمثل في وقت رفع الدعوى تأثيرا سلبياً على مركز ومصالح الزوجة.

قد يحكم إنحلال الزواج والإنفصال الجسماني طبقا لجنسية الزوج وقت رفع الدعوى قانونا لم تكن تتوقعه هذه الزوجة عند إبرام عقد الزواج، مما قد يرتب ضياع الكثير من حقوقها.

◄ **إمكانية وقوع حالة الغش نحو القانون**

إن ترجيح المعيار الزمني، المتمثل في وقت رفع الدعوى وإستبعاد المعايير الأخرى كوقت لإبرام عقد الزواج مثلا أمر من شأنه خلق ظاهرة الغش نحو القانون والرفع من حجم هذه الظاهرة، حيث تتبلور ظاهرة الغش نحو القانون في لجوء الزوج إلى تغيير جنسيته عمدا وذلك بتغيير القانون واجب التطبيق على إنحلال الزواج والإنفصال الجسماني خاصة إذا كان القانون الجديد يقدم له لضمانات لم يكرسها قانون جنسيته عند إبرام عقد الزواج، وفي حالة صعوبة إثبات وجود حالة الغش نحو القانون، فإن قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى هو القانون واجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية والإنفصال الجسماني.

◄ **إمكانية تطبيق القانون الجزائري**

يترتب على تطبيق قانون الزوج وقت رفع الدعوى إمكانية تطبيق القانون الجزائري، وذلك في حالة ما إذا كان هذا الزوج أثناء رفع الدعوى جزائري الجنسية (المّادة **12/2** ق.م.ج) وإما على أساس أن أحّد الزوجين كان جزائريا وقت عقد الزواج (المّادة **13** ق.م.ج).

✍ **حالة كون الزوج جزائري وقت رفع الدعوى**

في هذه الفرضية نطبق المّادة **12/2** ق.م.ج المعدلة، حيث يسري القانون الجزائري حتى وإن كان الزوج يحمل جنسية دولة أخرى (إزدواجية الجنسية) ولو كانت هذه الأخيرة جنسية فعلية وهذا إعمالاً بمبدأ أحكام المّادة **22/2** ق.م.ج[22].

تتحقق هذه الحالة إذا نشأ إنحلال زواج أو إنفصال جسماني في دولة أجنبية وفقا لأحكام القانون الأجنبي في حالة ما إذا كان الزوج الجزائري، وطبق في تقرير الإنفصال الجسماني الموطن المشترك للزوجين مثل القانون الفرنسي، أو في حالة ما إذا كان الزوج أجنبي وبعد الحكم بالإنفصال الجسماني، إكتسب الجنسية الجزائرية، إذن في هذه الحالات يُطرح مشكل إخضاع الإنفصال الجسماني لقانون الزوج وقت رفع الدعوى والمتمثل في القانون الجزائري الذي يعرف تكريسا لهذا النظام بإعتباره يتناقض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه

---

(22) **المادة 22: (معدلة)** في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت الشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.

وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون المواطن أو قانون محل الإقامة.

في الإفتراض الآخر أين يكتسب الزوج الجنسية الجزائرية ويمكن القول أنه مقبول على أساس أن الزوج قد خضع إلى القانون الجزائري، إلا أنه في كل الأحوال لن يُطبق عليه الإنفصال الجسماني.

- **حالة كون أحّد الزوجين جزائرياً وقت إنعقاد الزواج**

إستنادا إلى الأخذ بضابط الجنسية في الأحوال الشخصية، حسب المّادة **13** ق.م.ج، يمكن تطبيق القانون الجزائري على مسألة تتعلق بإنحلال الزواج حتى وإن أراد الطرف الجزائري تطبيق الإنفصال الجسماني فيرفض القاضي الخضوع بإرادة هذا الطرف الجزائري (رافع الدعوى)، لأنه بكل بساطة لا يوجد عندنا مسألة إسمها الإنفصال الجسماني.

وصفوة القول إلى أن إعتماد ضابط الجنسية في الأحوال الشخصية الذي هو موضوع حساس ومن النظام العام، قد خلق العديد من الإشكالات القانونية والعملية والتي تؤثر سلبا على إستقرار المعاملات والعلاقات الخاصة ذات البعد الدولي (التي تشمل على عنصر أجنبي). لذا تعلق الأمر بالحقوق المكتسبة، وعليه يستحسن بالمشرع الجزائري أن يلغي عبارة الإنفصال الجسماني من نص المّادة **12** ق.م.ج، لأنه لا جدوى من تطبيقها في ظل وجود نص المّادة **09** ق.م.ج.

مدى حماية المشرع الجزائري للطفل في قواعد الإسناد المرتبطة بالحضانة والولاية على المال

تعتبر الحضانة من أهم الآثار المترتبة على إنحلال الزواج، فهي من بين النزاعات العويصة التي تطرح على القاضي في الواقع العملي، وذلك لإثارتها إشكالات متعددة وخاصة في الزواج المختلط.

أما بالنسبة للولاية على المال فتشمل كل ما يتصل بأموال هذا الطفل، فيقوم الولي بالإشراف عليها ورعايتها وإستغلالها، ويتولى الولي مباشرة تلك التصرفات بإسم ولحساب هذا الطفل.

إلا أن الصعوبة الأساسية في موضوع تنازع القوانين والتي تخص الولاية بصفة عامة تكمن في كيفية الوصول إلى القانون واجب التطبيق من بين هذه القوانين المتنازعة ومدى تحقيقها لمصلحة الطفل الذي يشكل المحور الأساسي في العلاقة، مما يتعين على القاضي بأن يكون حريصا على الحكم طبقاً لما يحقق هذه المصلحة ومن ثَمَ الحماية لهذا الطفل.

وعليه هل راعا المشرع الجزائري حماية الطفل عند وضعه لقواعد الإسناد المرتبطة بالحضانة والولاية على المال؟

أولاً: مدى حماية المشرع الجزائري للطفل في قواعد إسناد المرتبطة بالحضانة

إن المشرع الجزائري لم يضع قاعدة إسناد صريحة لمسألة الحضانة في القانون المدني من **09** إلى **24** وبما أن التكييف يخضع دائما للقانون الجزائري في الأحوال الشخصية، فإن مسألة الحضانة قد تناولها المشرع في الفصل الثاني من قانون الأسرة، المتعلق بآثار الطلاق من الباب الثاني منه المتعلق بإنحلال الزواج، وبذلك يمكن أن نطبق على الحضانة أحكام المّادة **12/1** ق.م.ج، أي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

وقد وضع المشرع الجزائري إستثناءا لنص المّادة **12**، نص عليه في المّادة **13** من القانون نفسه، إذ يسري القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج إلى فيما يخص أهلية الزواج.

وعليه يُرجع إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بالحضانة، كتحديد من تُثبت له الحضانة وأسباب إنقضائها وسقوطها، وتحديد نفقة المحضون، إلا أن الأمر لا يبدو أن يكون بهذه البساطة، لذا سنحاول الوقوف عند غالبية المشاكل التي تقف حجر عثرة أمام القاضي المختص سواء بالنسبة للزوجين اللذين يكون أحدهما يريد الإقامة في بلد أجنبي أو بخصوص الزوجين الأجنبيين.

1- بالنسبة للزوجين الوطنيين المنفصلين اللذين يكون أحدهما يريد الإقامة في بلد أجنبي

إن من مسقطات الحضانة الإنتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي وذلك تطبيقا لنص المّادة **69** ق.أ.ج، متى تبين للقاضي بأن هذا الأمر قد يضر بمصلحة المحضون؛ حيث نصت المّادة **69** المذكورة أعلاه، على الآتي:

" إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"

وعليه فإن الحاضنة تكون في هذه الحالة ملزمة بالبقاء مع المحضون داخل بلد أبيه حماية لمصلحته. وتطبيقا لنص المّادة **62** ق.أ.ج، التي تنص على أنه:

"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

وهو ما أكّد عليها المجلس الأعلى "المحكمة العليا" في القرار الذي جاء فيه:

"في حالة وجود أحد الزوجيين في بلد أجنبي (دولة غير مسلمة) وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد منهما بها"أي في الجزائر" يكون أحق بهم (الأطفال) ولو كانت الأم غير المسلمة.

ويتأكد على هذا إذا كان الأبوين مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينهم وبين تنفيذه".

وإستنادا على هذا القرار، رفض المجلس الأعلى (المحكمة العليا) طلب الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي المستدل بمقتضاه حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا، ذلك أن بقاء البنتين في فرنسا يغير من إعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعاداتهما ويمس بقواعد النظام العام.

فضلا على ذلك أن الأب له الحق في الرقابة، وإبعدهما عنه سيحرمه من هذا الحق، وبعبارة أخرى قرر المجلس بأن الحضانة لابد أن تمنح للوالد المتواجد في بلد مسلم ولو كان هو غير مسلم. وقد أكدت على ذلك المحكمة العليا في إحدى قراراتها، إذا قضت أنه:
"...وحيث أن من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقط لأحكام شريعة الإسلامية وقانون الأسرة ويعود إلى أن الأم تقيم بفرنسا والأب مقيم بالجزائر ويتعذر في هذه الحالة على الأب الإشراف على أولاده المقيمين مع أمهم. وكذا حقه في الزيارة لبعد المسافة"

وإنطلاقا من هذه القرارات يتضح بأن المقصود بالإستيطان بالبلد الأجنبي هو الإقامة المستمرة والدائمة بنية الإستقرار، وعليه فإن السفر إلى بلد أجنبي لقضاء عطلة أو لممارسة التجارة لا يخضع لذات الأحكام، كما أن حالة الإستيطان ببلد أجنبي لا تشمل البلدان العربية التي تدين بالإسلام والتي لا يخشى فيها على ديانته وعادات وتقاليد المحضون. وإن كانت هذه المسألة نسبية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يتعين عليه مراعاة مصلحة المحضون.

2- بالنسبة لحضانة الأولاد الناجمين على زواج مختلط

يثير للزواج المختلط بين الجزائريين والأجانب عند انحلاله مشاكل عديدة خاصة في الحضانة، فإذا كانت الحضانة كأصل عام تمنح للأم حسب (المّادة **64** ق.أ.ج) إلا أن الأم الأجنبية غالبا ما تسعى إلى العودة إلى بلدها الأمر الذي قد يؤدي تنشئة الطفل تنشئة غير دينية، مما يستوجب إسقاط الحضانة عنها، لا سيما إذا تأكد عدم توفرها على الشروط الشرعية لممارسة الحضانة وفي مقدمتها الإسلام وما يتعلق بالأمانة والإستقامة.

وقد رفض القضاء في أحد قراراته حضانة الجدة المسيحية لأن الطفل مسلم، كما رفض القضاء طلب الزوجة اليهودية ضم إبنها إليها مخافة أن يألف غير دين الإسلام، وأن يتغذى بالمُحَرَم وأن يدرج على عادات اليهود.

إن الإشكالات التي تثيرها الحضانة في الزواج المختلط أدت بدول إلى تنظيمها عن طريق المعاهدات الدولية ومن أبرز إتفاقيات التي أبرمتها الجزائر هي إتفاقية الزواج المختلط بين فرنسا والجزائر، موقعة في مدينة الجزائر بتاريخ 21 يونيو 1988، بموجب المرسوم الرئاسي **88-144** سنة 1988، وهذه الإتفاقية صادرة في إطار معالجة الآثار السلبية لأطفال الزواج المختلط الذي يكون بين الجزائريين والفرنسيين.
وقد أبرمت هذه الإتفاقية أساسا من أجل حماية الطفل وتحديد ضمانات لممارسة حق الحضانة وزيارة المحضون وحرية تنقله بين البلدين (فرنسا – الجزائر) إذ تسيطر عليها فكرة مصلحة المحضون وحماية الطفل دون إهتمام بشروط الحاضنة التي جاءت بها القوانين الداخلية.
ومن المبادئ التي أقرتها هذه الإتفاقية ما نصت عليه في المّادة **2** منها على أنه يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناءا على طلب السلطة المركزية في دولة أخرى جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي:
" تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية المسموح لأحد رعايا الدولة الأخرى، في ترابها أو إنطلاقاً منه".

كما أكدت **08** من الإتفاقية على أن:

" يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادرة بعد إنتهاء الزيارة فيما بين حدودهما".

ورغم بعض النقائص الموجودة في هذه الإتفاقية إلا أنها وضعت فعلا نظاما بتسهيل حق الزيارة وذلك لتفادي إختطاف الأطفال من قبل آبائهم وأمهاتهم إستجابة لرعايتهم وحمايتهم.

ثانياً: مدى حماية المشرع الجزائري للطفل في قواعد إسناد المرتبطة بالولاية على المال

تنص المّادة **15** ق.م.ج، في فقرتها **الأولى**:

"يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية و القوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته".

ونصت الفقرة **2** من ذات المّادة:

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

ويلاحظ في هذه المّادة إقتران الولاية بالوصاية والقوامة مما يجعلنا نتأكد بأنها تعني الولاية على المال دون الولاية على النفس.

ويسري على التنازع في الأحكام العامة على الولاية وثبوتها وانتهائها لاسيما سلطات الولي والوصي أو القيم وإلتزاماتهم قانون الشخص تجب حمايته، وحماية من المشرع الجزائري لهذا الطفل فإنه في حالة ما إذا كان هذا الأخير متعدد الجنسية، فإنه طبقا لنص المّادة **22** ق.م.ج يطبق عليه قانون جنسيته الحقيقية، أما إذا كان هذا الطفل منعدم الجنسية فقد نصت الفقرة **3** من المّادة **22** على تطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة إلا أن الإشكال يثور في حالة إنعدام موطن أو محل إقامة لهذا الطفل فكيف يعالج القاضي هذه الحالة؟ ويرى بعض الفقهاء تطبيق قانون القاضي كحل أفضل.

أسئلة الإمتحان في المدرج

1. يمكن للمسيحي أن يرفع نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أمام القاضي الجزائري خاصة إذا كان جزائري الجنسية بالإكتساب وليس كأصل.

2. نصت كل قوانين الدول العربية بما فيها الجزائر على تنظيم مسائل إنعقاد الزواج والخطبة بالعلاقات التي تشمل على عنصر أجنبي.

3. يمكن للأجانب أن يختاروا القانون واجب التطبيق في الجزائر فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية.

4. على القاضي أن يتقيد بالجنسية الحقيقية لأطراف النزاع في كل المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية.

المحور الأول
منهـج تنــازع القوانيــن

الفصل الأول
النظرية العامة لتنازع القوانين

المبحث الأول
عناصر قاعدة الإسناد وخصائصها

المطلب الأول
عناصر قاعدة الإسناد

الفرع الأول
فكرة مسندة

الفرع الثاني
ضابط إسناد

المطلب الثاني
خصائص قاعدة الإسناد

الفرع الأول
صفتي "غير المباشرة"و"الإزدواجية" لقاعدة الإسناد

الفرع الثاني
الصّفة الدولية لقاعدة الإسناد

أولاً: تطبيق قانون دولة غير معترف بها
ثانياً: تطبيق قانون دولة تتعدد فيها الأقاليم والطوائف

المبحث الثاني
تفسير قاعدة الإسناد

المطلب الأول
التكييـــف

الفرع الأول
النظريات الفقهية حول القانون الذي يخضع له التكييف

النظرية الأولى: أخضعت التكييف لقانون القاضي La Lex Fori

النظرية الثانية: إخضاع التكييف للقانون الأجنبي المختص
النظرية الثالثة: إخضاع التكييف للقانون المقارن

الفرع الثاني
موقف القضاء والتشريع من مسألة القانون الذي يخضع له التكييف

المطلب الثاني
الإحالـــــة

الفرع الأول
أنواع الإحالــة

أولاً: إحالــة من الدرجة الأولى
ثانياً: إحالــة من الدرجة الثانية

الفرع الثاني
نطاق الأخذ بالإحالــة

أولاً: إستبعاد الإحالة في المسائل التي تخضع لقانون الإدارة
ثانياً: وجوب إستبعاد الإحالة في مجال شكل التصرفات

الفرع الثالث
الإحالة بين التأييد والرفض

أولاً: الإتجاه المؤيد للأخذ بالإحالة
ثانياً: الإتجاه الرافض للأخذ بالإحالة
ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من الإحالة

المبحث الثالث
موانع تطبيق القانون الأجنبي

المطلب الأول
الدفــع بالنــظام العــام

الفرع الأول
المقصود بالنظام العام

الفرع الثاني
شروط التمسك بالدفع بالنظام العام

الفرع الثالث
آثار التمسك بالنظام العام

أولاً: مرحلة إنشاء الحق

1- أثر التمسك بالنظام العام في مرحلة إنشاء الحق

أ- الأثر السلبي

ب- الأثر الإيجابي

2- أثر التمسك بالنظام العام في مرحلة نفاذ الحق

المطلب الثاني
الغش نحو القانون
La **Fraude à la Loi**

الفرع الأول
المقصود بالغش نحو القانون

الفرع الثاني
نشأة موضوع الغش نحو القانون

الفرع الثالث
شروط الدفع بالغش نحو القانون

أولاً: الشـــرط المـــادي

ثانياً: الشـــرط المعنـــوي

الفرع الرابع
نطاق الدفع بالغش نحو القانون

الفرع الخامس
أثر التمسك بالغش نحو القانون

أولاً: عنصر الوسيلة

ثانياً: عنصر النتيجة

المحور الثاني
النزاعات الدولية ذات الطابع الخاص في مجال الأحوال الشخصية

إشكالية الإختلاف حول ضابط الإسناد في العلاقة الأسرية الدولية ومدى إمكانية تحقيق التوفيق

أولاً: المفاضلة بين ضابط الجنسية وضابط الموطن في مجال العلاقات الأسرية

1- مبررات المفاضلة بين ضابط الجنسية وضابط الموطن في مجال الأحول الشخصية

- الديمومة
- العمومية.

أ- مبررات الأخذ بضابط الجنسية في مجال الأحول الشخصية

ب- مبررات الأخذ بضابط الموطن في مجال الأحول الشخصية

موقف المشرع الجزائري

1- حالة تعدد الجنسيات

2- حالة إنعدام الجنسية

ثانياً: نطاق القانون الشخصي (مجال تطبيق الأحوال الشخصية)

1. **الحالة والأهلية**
2. **الزواج وآثاره**
3. **الميراث والوصية**
4. **الهبة والوقف**

1- الحالة والأهليــة

2- الرابطــة الزوجيــة

أ- إنعقــاد الــزواج

أ1- الشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج

إنعقاد الزواج بين أجنبيين

إنعقاد الزواج بين طرفين أحدهما جزائرياً

أ2- الشروط الشكلية لإنعقاد الزواج

- قانون مكان الإبرام؛
- قانون الموطن المشترك؛
- قانون الجنسية المشتركة؛
- القانون الذي يخضع له العقد من حيث الموضوع.

حكم الزواج الدبلوماسي (القنصلي)

ب- آثــار الــزواج (القانون الواجب التطبيق عليها)

النوع الأول: الآثــار الشخصيــة

النوع الثاني: الآثــار الماليــة

ج- إنقضاء الرابطة الزوجية (إنحلاله)

الفرع الثالث
النسب والكفالة والنفقة بين الأقارب

أولاً: النســـب
ثانياً: الكفالـــة والتبنـــي
ثالثاً: النفقــة بيـن الأقـــارب

الفرع الرابع
الميراث، الوصية والتبرعات

المحور الثاني
القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات

المطلب الأول
الإلتزامـــات التعاقديـــة

الفرع الأول
المقصـــود بالعقـــد الأول

المعيـــار القانونـــي

المعيـــار الإقتصـــادي

القانون الذي يحكم شكل العقد الدولي

المحور الثاني
إشكالات تنازع القوانين في مجال إنعقاد وإنحلال الزواج

الفصل الأول
القانون واجب التطبيق على إنعقاد الزواج في القانون الدولي الخاص الجزائري

1- القانون واجب التطبيق على الخِطبة في العلاقة التي تشمل عنصر أجنبي
أ- القانون واجب التطبيق على الخطبة في القانون الجزائري
ب- القانون واجب التطبيق في القانون المقارن

- القانـــون الكويتـــي
- القانـــون المصـــري
- القانـــون القطـــري

- القانـــون الفرنســي

2- القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج

1.2- القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج في القانون الجزائري

1.1.2- إختصاص القانون الوطني (قانون الجنسية)

2.1.2- نطاق إعمال القانون الوطني (قانون الجنسية)

* الشروط الإيجابية
* الشروط السلبية

3.1.2- كيفية تطبيق القانون الوطني وإشكالاته

1.2- القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج في القانون المقارن

موقف القانـــون المصـــري

3- القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لإنعقاد الزواج

1.3- القانون الواجب تطبيق على الشروط الشكلية لإنعقاد الزواج في القانون الجزائري

2.3- القانون واجب التطبيق على الشروط الشكلية لإنعقاد الزواج في القوانين المقارن

- القانـــون المصـــري
- القانـــون الكويتـــي
- القانـــون الفرنســي

خلاصة

الفصل الثاني

القانون واجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية والإنفصال الجسماني

في القانون الدولي الخاص الجزائري

إشكالات خضوع الإنفصال الجسماني لضابط الجنسية

الفصل الثاني تنازع القوانين من حيث المكان

المّادة 9: يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه

المّادة 10: (معدلة) يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.
ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة
أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات و غيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي و الفعلي
غير أنه، إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري.

المّادة 11: (معدلة) يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين.

المّادة 12: (معدلة) يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يزتيها عقد الزواج.
ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى

المّادة 13: يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج

المّادة 13 مكرر: (جديدة) يسري على النسب والإعتراف به و إنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل.
وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الحطفل يطيق قانون جنسية الأب وقت الوفاة.

المّادة 13 مكرر1: (جديدة) يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل
وتطيق تقس الأحكام على التبني.

المّادة 14: يطبق القانون الوطني على الالتزام بالتفقة بين الأقارب للمدين بها.

المّادة 15: (معدلة) يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية و القوامة و غيرها من النظم المقررة لحماية القصر و عديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته
غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر و عديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر.

المّادة 16: (معدلة) يسري على الميرات و الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته
ويسري على الهية و الوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما.

المّادة 17: (معدلة) يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.
يسري على الحيازة والملكية والحقوق الجينية الأخرى قانتون موقع العقار. ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السيب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقها

المادة 17 مكرر: (جديدة) يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها
يعد محل وجود الملكية الأدبية والتقنية مكان النشر الأول للمصنف أو إنجازه ويعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي منحها ويعد محل وجود الرسم والنموذج الصناعيين البلد الذي سجلا أو أودعا فيه. ويعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال. ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري.

المادة 18: (معدلة) يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد
وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعة.

المادة 19: (معدلة) تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكل القانون المكان الذي تمت فيه
ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتقاعدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

المادة 20: يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام
غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر و إن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه
على خلاف ذلك، في قانون خاص، أو معاهدة

المادة 21: لا تسري أحكام المواد السابقة الأحيث لا يوجد نص دولية ناقدة في الجزائر

المادة 21 مكرر: (جديدة) يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات.

المادة 22: (معدلة) في حالة تعدد الجنسيات يطيق القاضي الجنسية الحقيقية
غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت الشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول
وفي حالة انعدام الجنسية يطيق القاضي قانون المواطن أو قانون محل الإقامة.

المادة 23: (معدلة) متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي.

المادة 23 مكرر: (جديدة) يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه.

المادة 23 مكرر 1: (جديدة) إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان
غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص.

المادة 23 مكرر 2: (جديدة) تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين

المادة 24: (معدلة) لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو تبت له الإختصاص بواسطة الغت نحو القانون.
يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة