

د. خالد صفاء هاجر

تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصيّة

مؤلف بيداغوجي

موجه لطلبة السنة الأولى ماستر تخصص قانون خاص



د. خالد صفا هاجر

تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية

مؤلف بيداغوجي

موجه لطلبة السنة الأولى ماستر تخصص قانون خاص



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



الناشر دار المثقف العربي للنشر والتوزيع
الجزائر- (باتنة)
الطبعة الأولى 1447 هـ - 2026م
(ISBN) : 978-9969-08-293-7
إيداع القانوني: 2026/07

عنوان العمل: الدليل تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية
اسم المؤلف: خالد صفاء هاجر
الإخراج الفني: سيف الدين ل.



الناشر/ دار المثقف العربي للنشر الجزائر

صفحة الدار على فيسبوك:

<https://www.facebook.com/elmothakaf>

العنوان: رحي كلانج شارع الكتب القديمة طريق بسكرة-باتنة

هاتف / فاكس: 033 80 47 79

واتساب: 0675 49 73 86



جميع حقوق النشر الورقي والإلكتروني والمرئي والمسموع

محفوظة للمؤلف وغير مسموح بتداول هذا الكتاب بالقص أو النسخ

أو التعديل إلا بإذن منه.



تقديم:

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين... وبعد

في ظلِّ التحوُّلات العميقة التي يشهدها العالم على المستويين الاجتماعي والقانوني، وما نتج عنها من تزايدٍ في العلاقات ذات الطابع العابر للحدود، أصبح من الضروريِّ مُواكبة هذه التغيُّرات من خلال تكييف القواعد القانونية المنظَّمة لمسائل الأحوال الشخصية بما ينسجم مع واقع التَّداخل بين النُّظم القانونية الوطنية والأجنبية. وانطلاقاً من هذه الأهمية، جاء هذا الكتاب البيداغوجي حول "تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية" ليكون مرجعاً علمياً موجَّهًا لطلبة السَّنة الأولى ماستر، تخصُّص قانون خاص، بهدف تقديم رؤية واضحة وشاملة للإطار القانوني الذي يحكم هذا المجال، وما يُثيره من إشكالات عملية ونظرية.

يبدأ الكتاب باستعراض عام لمفهوم تنازع القوانين، مع بيان أسبابه وتطور قواعده، متطرِّقاً إلى الأهمية المتزايدة في ظل ارتفاع معدلات الهجرة، والزواج المختلط، وحركية الأشخاص عبر الحدود. كما يقدِّم تحليلاً للإطار التشريعي الوطني والدولي الذي ينظم مسائل الأحوال الشخصية ذات العنصر الأجنبي، مع التركيز على المبادئ التي اعتمدها المشرع في تحديد القانون الواجب التطبيق.

ويتناول الكتاب بالتفصيل قواعد الإسناد وأدوارها في حل التنازع، مع بيان الأسس التي يستند إليها المشرع عند اختيار القانون الحاكم لمسائل الأهلية والموطن الزواج، والطلاق، والنسب، والحضانة، والولاية، والوصاية، وكذا الميراث وعقود التبرع. ويُبرز خصوصيات هذه القواعد مقارنة بالقواعد الموضوعية، موضِّحاً مدى انسجامها مع متطلَّبات العدالة وحماية النظام العام.

ويؤيِّ المؤلِّفُ اهتمامًا خاصًّا للإشكاليَّاتِ العمليَّةِ التي يثيرها تنازعُ القوانينِ في مسائلِ الأحوالِ الشَّخصيَّةِ لا سيما تلكَ المتعلقةُ بتعددِ الروابطِ القانونيَّةِ بينِ الأطرافِ، أو اختلافِ مفاهيمِ النظامِ العامِ بينِ الدولِ إضافةً إلى إشكالاتِ التكييفِ، والإحالةِ، وتغييرِ الجنسيَّةِ أو الموطنِ. كما يتضمَّنُ الكتابُ تحليلًا لأهمِ الاتجاهاتِ القضائيَّةِ المقارنَّةِ، مع إبرازِ كُيفيَّةِ تعاملِ القضاءِ الوطنيِّ معِ القضاياِ ذاتِ الطابعِ الدوليِّ، واستعراضِ الاجتهاداتِ ذاتِ الصِّلَةِ.

ولا يغفلُ الكتابُ التطرُّقَ إلى الاتِّفاقياتِ الدوليَّةِ المنظَّمةِ للأحوالِ الشَّخصيَّةِ، موضِّحًا دورها في توحيدِ القواعدِ ومعالجةِ صعوباتِ التنازعِ، إلى جانبِ عرضِ لأبرزِ التجاربِ التشريعيَّةِ الأجنبيَّةِ في هذا المجالِ بما يتيحُ للطلبةِ رؤيةَ مقارنةٍ تساعدُهم على بناءِ فهمٍ أعمقٍ لطبيعةِ هذا المقياسِ وتعقيدياته.

ويختتمُ الكتابُ بجملةٍ من التوصياتِ الهادفةِ إلى تطويرِ الإطارِ القانونيِّ الوطنيِّ وتدعيمِ فعاليَّةِ قواعدِ التنازعِ بما يحققُ التوازنَ بينِ احترامِ خصوصيَّاتِ النظامِ القانونيِّ الوطنيِّ من جهةٍ، وضمانِ معالجةٍ عادلةٍ وفعَّالةٍ للقضاياِ المرتبطةِ بالأحوالِ الشَّخصيَّةِ ذاتِ البعدِ الدوليِّ من جهةٍ أخرى.

وبذلكِ يشكِّلُ هذا المؤلِّفُ إضافةً نوعيَّةً للمكتبةِ القانونيَّةِ، ومرجعًا بيداغوجيًّا متكاملًا يساعدُ طلبةَ القانونِ الخاصِ على فهمِ وتحليلِ الإشكاليَّاتِ المعقَّدةِ التي تثيرها مسائلُ الأحوالِ الشَّخصيَّةِ في ظلِّ الطابعِ المتزايدِ لعولمةِ العلاقاتِ القانونيَّةِ.

د. خالدِي صَفَاء هاجِر

مقدمة

مقدمة:

يُعتبر القانون الدولي الخاص أحد الفروع الأساسية التي أملت لها ضرورات الواقع الدولي المعاصر، فهوليس وليد الصدفة، بل نتاج لتزايد حركة الأشخاص والأموال والأفكار عبر الحدود الوطنية، وما ترتب على ذلك من نشوء علاقات قانونية ذات عناصر ترتبط بأكثر من إقليم أو نظام قانوني؛ فحينما يتزوج شخص جزائري من أجنبية، أو يثور نزاع حول نفقة أو حضانة بين زوجين يحملان جنسيتين مختلفتين، أو عندما يُطالب وريث مقيم بالخارج بنصيبه من تركة في الجزائر فإن هذه الوقائع تفرز إشكالات قانونية لا يكفي القانون الوطني وحده لحلّها، بل تستدعي الاستعانة بقواعد القانون الدولي الخاص.

إنّ خصوصية هذا الفرع تكمن في أنّه لا يضع قواعد موضوعية مباشرة لتنظيم العلاقات، كما هو الحال في القانون المدني أو قانون الأسرة، وإنّما يضع قواعد إسناد وظيفتها تحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة أو تعيين المحكمة المختصة بالفصل في النزاع. ولعلّ أبرز تجليات هذا التنافس تظهر في مجال الأحوال الشخصية، الذي يُعدّ أكثر المجالات التصاقاً بحياة الأفراد اليومية وأشدّها حساسية من الناحية الاجتماعية والدينية؛ فمسائل الزواج، والطلاق، والبنوة، والحضانة، والنفقة، والإرث، كثيرٌ ما تتأثر بتعدد الجنسيات وتباين القوانين، ما يؤدي إلى اختلاف في الحلول القانونية باختلاف النظام القانوني المطبق.

لقد ساعدت المرونة التشريعية في قوانين الدول على تكريس هذا الفرع، إذ تسمح غالبية التشريعات الوطنية لقضاءها بتطبيق قوانين أجنبية على إقليمها متى كان لذلك مبرّر قانوني أو ارتباط وثيق بالعلاقة محل النزاع. كما أنّ اختلاف القواعد الموضوعية المنظمة للأحوال الشخصية بين الدول - نتيجة لعوامل ثقافية ودينية واجتماعية - هو السبب المباشر في وجود التنافس، إذ لولا هذا الاختلاف لما كان ثمة مجال للبحث في تحديد القانون الأنسب للتطبيق.

ولا يخفى أنّ موضوعات القانون الدولي الخاص واسعة، فهي تشمل إلى جانب تنازع القوانين، كلاً من تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ومركز الأجانب وما يثيره من حقوق والتزامات، والجنسية والموطن وما يرتبط بهما من آثار، وأيضاً تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية الأجنبية، غير أنّ ما يهّمنا في هذه الدراسة هو تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، لما له من أهمية عمليّة بالغة تتصل اتصالاً مباشراً بالمجتمع، حيثُ تعكس هذه النزاعات أبعاداً إنسانية واجتماعية تتجاوز الطابع القانوني البحت.

إنّ هذا الكتاب البيداغوجي موجّه إلى طلبة السنة أولى ماسترقانون خاص، ويهدف إلى تحقيق جملة من الأهداف، أهمها:

- تمكين الطلبة من فهم الأسس النظرية لموضوع تنازع القوانين.
- إبراز كيفية تطبيق قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية أمام القضاء الوطني.
- الوقوف على التوجهات الفقهية والقضائية المختلفة في معالجة هاته النزاعات، ومقارنة الموقف الجزائري بمواقف بعض التشريعات المقارنة.
- تزويد الطالب بأدوات تحليلية تساعده على إدراك الأبعاد العملية لتنازع القوانين، وخاصة في ضوء التزايد المستمر للزواج المختلط وحركة الهجرة وانتقال الأفراد بين الدول.

ولبلوغ هذه الأهداف، سيتم اعتماد المنهج التحليلي المقارن، من خلال تحليل النصوص القانونية الوطنية ذات الصلة، وعلى رأسها القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون المدني، والنصوص الموضوعية في قانون الأسرة، وقواعد الاختصاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مع الاستئناس بالاتفاقيات الدولية ذات الصلة، كما سيتم الاستعانة باجتهادات القضاء مع استحضار آراء الفقه في هذا المجال، قصد الإحاطة بجميع الجوانب النظرية والعملية للموضوع.

الفصل الأول: المقصود بتنازع القوانين.

الفصل الأول: المقصود بتنازع القوانين.

تتعدد صور تنازع القوانين، غير أن اهتمامنا ينصب على التنازع المكاني، بخلاف التنازع الزماني الذي يثار عند تعاقب القوانين داخل الدولة بشأن واقعة مستمرة، وهو ما يخرج عن نطاق القانون الدولي الخاص¹. أما التنازع المكاني فينشأ متى ارتبطت العلاقة القانونية بعنصر أجنبي، فيقع التعارض بين قوانين دول مختلفة، الأمر الذي يعد من صميم القانون الدولي الخاص. ويُميز في هذا السياق بين التنازع الدولي والتنازع الداخلي:

-التنازع الدولي: يقوم بين قوانين عدة دول حول علاقة ذات عنصر أجنبي، ولا يتحقق إلا بافتراض وجود دولة معترف بها، إذ أن إنكار الدولة يعني استبعاد قوانينها، بخلاف مسألة الاعتراف بالحكومات التي لا تؤثر على تنازع القوانين.

-التنازع الداخلي: يظهر داخل الدولة الواحدة نتيجة التعدد الإقليمي كما في الولايات المتحدة، أو التعدد الشخصي (الطائفي) كما في مصر وسوريا ولبنان. وقد اختلف الفقه بشأن إدخاله ضمن نطاق تنازع القوانين، حيث استبعده "بارتن" بينما اعتبره آخرون محل نظر²، مميزين في ذلك بين التنازع الإقليمي الداخلي والتنازع الشخصي، حيث يرى هذا الاتجاه أنَّ التنازع الإقليمي يعد محلاً لتنازع القوانين بخلاف التنازع الشخصي.

¹ - عرف القانون الدولي الخاص بأنه: مجموع القواعد التي تحكم العلاقات الدولية الخاصة من حيث تحديد أصحاب الحقوق واستعمالها ونفاذها، وبذلك يعد هذا التعريف شاملاً وعاماً دون تقييد من حيث الطبيعة والمصدر، وشاملاً للمواضيع التي تدخل في نطاقه، فالمقصود بأشخاص الحق هي (موضوع الجنسية والموطن ومركز الأجانب)، واستعمال الحق يدرس في (تنازع القوانين)، ونفاذ الحق يدرس في تنازع الاختصاص القضائي، وتنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية). راجع:- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 1993 ص 10.

² - راجع: جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، مصر، 2005، ص 32-22.

- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 41-44.

كما اتَّجه بعض الفقهاء إلى حصر التنازع في المجالات المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، دون الإدارية والمالية لكون الدولة طرف فيها¹.
وعليه، سيتناول هذا الفصل تحديد مفهوم تنازع القوانين وشروطه في (المبحث الأول)، ثم بيان تطوره التاريخي وموقعه في الفقه الإسلامي في (المبحث الثاني).

¹ -راجع: سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص (المضمون الواسع المتعدد الموضوعات)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص 506.
- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 24-25.

المبحث الأول: المقصود بتنافس القوانين وشروط قيامه.

بعد ما عرفنا أن تنافس القوانين يشترط وجود عنصر أجنبي، فإن الأمر يقتضي بيان المقصود بالعنصر الأجنبي من خلال بيان المقصود بتنافس القوانين والشروط الواجب توفرها لقيام هذا التنافس، وعليه ندرس على التوالي المقصود بتنافس القوانين في (المطلب الأول)، ثم شروط قيامه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بتنافس القوانين.

يقوم تنافس القوانين متى عُرضت على القضاء علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، ما يؤدي إلى ارتباطها بأكثر من نظام قانوني. ويتجسد العنصر الأجنبي في:

- الأشخاص: كاختلاف جنسية الأطراف أو موطنهم، مثل عقد يبرم في الجزائر بين جزائري وفرنسي.
- المحل: كأن يكون موضوع العلاقة مالا موجودا في دولة أجنبية.
- السبب: وهو الواقعة المنشئة للالتزام أو مصدره، سواء تمثلت في تصرف قانوني كالعقد، أو واقعة مادية كالفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) والفعل النافع (الإثراء بلا سبب) ¹.

وأمام هذا الارتباط المتعدد تظهر مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق، وهو ما تعالجه قواعد الإسناد. فقد يطلب زوجان فرنسيان التطبيق في الجزائر، فتثور مسألة المفاضلة بين القانون الفرنسي (الجنسية المشتركة) والقانون الجزائري (الموطن المشترك). ومن ثم، لا يتحقق التنافس إلا بتوافر هذه العناصر، لينتاط بالقاضي اختيار القانون الأكثر اتصالا بالعلاقة تحقيقا لاستقرار المعاملات الدولية.

¹ راجع: جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 04.

- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص تنافس القوانين، ط1، دار الثقافة، 2005، ص 14-15.

المطلب الثاني: شروط قيام حالة تنازع القوانين¹.

لكي نكون بصدد حالة تنازع قوانين حقيقية ومنتجة لأثارها، يلزم توافر مجموعة من الشروط الأساسية، نورد أهمها في الآتي:

1- الصفة الدولية للرابطة القانونية (وجود العنصر الأجنبي): ويتحقق ذلك

باشتمال العلاقة القانونية المعروضة على القضاء على عنصر أجنبي واحد على الأقل، وهو ما يخرجها من دائرة العلاقات الوطنية الخالصة لتصبح رابطة دولية خاصة ترتبط بأكثر من نظام قانوني.

2- انتماء العلاقة إلى نطاق القانون الخاص: يجب أن تثور المنازعة حول علاقة

تندرج ضمن فروع القانون الخاص (كالقانون المدني، التجاري، وقانون الأسرة)، وهي المجالات التي تقوم على تكافؤ الأطراف وحماية مراكزهم الشخصية والمالية، بخلاف روابط القانون العام (كالقانون الإداري والجنائي والمالي) التي تظهر فيها الدولة باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة وتطبق فيها قوانينها إلزامياً وبصفة إقليمية مطلقة.

3- وجود تسامح تشريعي (قبول تطبيق القانون الأجنبي): والمقصود به أن تسمح

المنظومة التشريعية للدولة وقضاؤها الوطني بإمكانية استعارة وتطبيق القوانين الأجنبية داخل إقليمها، متى أشارت قواعد الإسناد بذلك؛ إذ إنَّ إعمال مبدأ الإقليمية المطلقة للقوانين بشكل جامد يقضي تماماً على فكرة تنازع القوانين.

4- التباين في الحلول الموضوعية بين القوانين المتنازعة: يلزم لقيام التنازع أن

تختلف القوانين الوطنية للدول المتصلة بالنزاع في طريقة معالجتها والحكم على الموضوع؛ إذ لولا هذا الاختلاف الثقافي والتشريعي في الحلول القانونية (خاصة

¹ -راجع: -أعراب بلقاسم، مرجع سابق ص، 46-47.

- ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 16-20.

- سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 511-507.

في مسائل الأحوال الشخصية كالطلاق والإرث)، لما ظهرت أصلاً مشكلة المفاضلة والبحث عن القانون الأنسب للتطبيق.

5- الاعتراف بالأجنبي وبحقوقه المكتسبة: لا يتصور قيام تنازع للقوانين ما لم يعترف المشرع الوطني للأجنبي بالشخصية القانونية وبأهليته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات؛ فحرمان الأجنبي من الحماية القانونية أو عدم الاعتراف بحقوقه التي نشأت صحيحة في الخارج، يؤدي تلقائياً إلى انعدام أي مجال لتزاحم القوانين أمام القاضي الوطني.

المبحث الثاني: التطور التاريخي لتنازع القوانين وتنازع القوانين في الشرعية الإسلامية.

كسائر القوانين تعد نظرية تنازع القوانين نظرية ضاربة في جذور التاريخ وعرفت محطات تاريخية أسهمت في بلورتها، حتى الوصول إلى الشكل الحالي (المطلب الأول)، وبظهور الإسلام طرح الفقه مدى القول بوجود مسألة تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية (المطلب الثاني).

يرى الفقه أن المجتمعات القديمة وإن احتضنت بعض بذور التنازع، إلا أنها لم تبدأ بصياغة مبادئ قواعده، وأن هذا النظام لم يظهر بشكل واضح إلا في القرن 13 ميلادي وتحديدا في أوروبا.

وأخذت هذه النظرية نصيبها من الدراسة لدى الفقهاء خلال القرنين التاسع عشر والعشرين، وذلك بوضع حلول لمختلف المسائل، ولذلك يمكن القول أن التطور التاريخي لمسائل تنازع القوانين عرف ثلاث محطات تاريخية كالاتي:

- مرحلة ما قبل نشوء نظرية تنازع القوانين (وتتضمن المجتمعات القديمة وأوائل العصور الوسطى).

- مرحلة ظهور نظرية التنازع (أواخر العصور الوسطى).

- مرحلة تبلور نظرية التنازع (القرن (19) العصر الحديث).

الفرع الأول: مرحلة ما قبل نشوء نظرية تنازع القوانين (وتتضمن

المجتمعات القديمة وأوائل العصور الوسطى):

ظهرت بذور فكرة تنازع القوانين في الشرائع القديمة دون أن تتبلور في شكل نظرية، وعرفت معاملة الأجانب في هذه المرحلة تصورا كالاتي:

أولاً/ في مرحلة القانون المدني، (القانون الروماني قبل سقوط الإمبراطورية الرومانية وقانون الشعوب - المجتمعات القديمة-): كان الأجنبي يأخذ حكم الرقيق ويحرم من كل حق، وبالتوسع الذي عرفته روما على حساب الشعوب المجاورة، اتسعت رقعة حكمها وأصبح القانون الروماني يميز بين ثلاث فئات من الناس داخل الإمبراطورية: المواطنين الرومانيين الخاضعين للقانون المدني، واللاتينيين الذين حرّموا بعض الحقوق، ثم

الأجانب الذين خضعوا لقوانينهم الأصلية، وهو ما أفرز ما عُرف بـ "قانون الشعوب" وإنشاء وظيفة قاضي الأجانب، كإشارة أولى لفكرة التنازع. غير أن هذا القانون تحول لاحقًا إلى قانون عام يسري على الجميع، ثم مع استقرار البرابرة اعترف لهم بالخضوع لقوانينهم الخاصة.

ثانيًا/ مرحلة الحكم الجرمانى وظهور نظرية شخصية القوانين وعهد الإقطاع ونظام إقليمية القوانين في (أوائل العصور الوسطى): عندما قامت الممالك الجرمانية على أنقاض الإمبراطورية الرومانية تعاقب على حكم الأقاليم فيها (فرنسا وإيطاليا) نظامان: 1- نظام شخصية القوانين في ظل نظام الممالك الجرمانية حتى القرن العاشر.

2- نظام اقليمية القوانين في ظل نظام الأمراء الإقطاعيين حتى القرن الثاني عشر. ففي ظلل النظام الأول عاش في ظل الممالك الجرمانية مجموعتان من السكان هما: المجموعة المؤلفة من القبائل الحاكمة، والمجموعة الرومانية المغلوبة أو "السكان الأصليين فوق ترابها"، وكانت هاته الأخيرة خاضعة لقوانين الجماعة التي ينتهي إليها بأصله (شخصية القوانين)، وهذا كان مدعاة لقيام تنازع القوانين بين الأعراف والقوانين المختلفة لكن لا دليل على وجوده.

وفي ظل نظام الأمراء الإقطاعيين أدى تفتت الممالك الجرمانية، إلى إمارات مستقلة (إقطاعيات) لكل منها قانون خاص يحكم كل الأشخاص الموجودين عليها دون تميز لأصلهم، وهو ما عرف بنظام، إقليمية القوانين¹.

¹ - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 519-523.

- ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 21-22.

- خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 19-24.

الفرع الثاني: مرحلة ظهور نظرية التنازع أواخر القرون الوسطى.

عرفت هذه المرحلة تعاقباً لمدارس كان لها الفضل في وضع اللبنة الأولى لنظرية تنازع القوانين كالمدرسة الإيطالية للأحوال¹، التي كان لها الفضل في تجميع العلاقات القانونية في فئات مسندة والمدرسة الفرنسية التي أوجدت فكرة التكييف في تنازع القوانين، والمدرسة الهولندية التي كان لها الفضل في بحث أساس تطبيق القانون الأجنبي من قبل القضاء الوطني.

أولاً/ المدرسة الإيطالية للأحوال: بعد استقلال المدن الإيطالية وازدهار تجارتها، أصبح لكل مدينة قانونها الخاص، مما أدى إلى بروز نزاعات بين تجارها. وهنا عمل الفقه الإيطالي على صياغة حلول عامة تتجاوز ثنائية شخصية القوانين وإقليميتها، مستعيناً بالقانون الروماني والمنطق القانوني ومتطلبات التجارة. فقام بتقسيم العلاقات القانونية إلى فئات، وأخضع كل فئة لقانون معين، من أبرزها:

- الإجراءات لقانون القاضي، والموضوع للقانون المختص.

- إخضاع العقد سواء من حيث الشكل أو الموضوع لقانون محل الإبرام حسب الفقيه "كورتوس (Curtius)"، ثم ميز الفقيه "بارتول (Bartolus)" بين آثار العقد المباشرة وآثاره التنفيذية، وجعل هاته الأخيرة تخضع لقانون محل تنفيذ العقد لا قانون محل إبرامه.

- الجرائم لقانون مكان وقوعها.

- الأموال لقانون موقعها.

- الأحوال الشخصية والأهلية لقانون الموطن.

¹ الأحوال (Statuta): تحليل القوانين ليعطي لها بحسب طبيعتها مجالها (فئات): أي: المقصود بها القوانين أو الأعراف المحلية للمدن الإيطالية؛ حيث قام فقه هذه المدرسة بتحليل نصوص هذه القوانين لمعرفة نطاق تطبيقها بحسب طبيعة العلاقة، وقسموها إلى "أحوال عينية" تحكم الأموال وتسري إقليمياً، و"أحوال شخصية" تتبع الفرد وتسري عليه بحسب مدينته أينما حل، و"أحوال مختلطة" تحكم شكل التصرفات.

كما أرسى الفقه الإيطالي فكرة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام، وأسهم في وضع أساس ما عُرف بـ "الفئات المسندة" التي لا تزال القوانين الحديثة تأخذ بها.

ثانياً/ المدرسة الفرنسية: خلال القرن 16 برز الفقيهان "ديمولان"، و"دارجنترية" الذين كان لهما الفضل في مسألة تنازع القوانين.

يُعد "ديمولان" (1500-1566): من أبرز من طوروا نظرية تنازع القوانين، حيث ميّز بين الأحوال الشخصية والعينية، وفضله التاريخي يكمن في ابتكار فكرة "الإرادة الضمنية" كمحدد للقانون الواجب التطبيق على العقد المالي للزوجين (قضية دي غاناي عام 1525م)، والتي تفرعت عنها نظرية "سلطان الإرادة".

أما "دارجونتري" (D'Argentré) (1519 - 1590م)، فقد قسم القواعد إلى ما يتعلّق بالأشخاص (شخصية) وما يتعلّق بالأموال (إقليمية)، وأوجد فكرة الأحوال المختلطة، لكنه تعرض للنقد لقصور نظريته عن معالجة جميع الحالات.

ثالثاً/ المدرسة الهولندية: أشهر فقهاءها paul voet (1619-1677م، و"جان فوت Jean) (Voet)، أولريك هوبير (Ulrich Huber) (1636-1694 م، الذي له الفضل في وضع مصطلح تنازع القوانين لأول مرة.

اعتمدت هذه المدرسة مبدأ إقليمية القوانين، معتبرة أن تطبيق القانون الأجنبي داخل الإقليم يمس بالسيادة الوطنية، وأن السماح به لا يكون التزاماً وإنما يدخل في إطار المجاملة الدولية، وهو دور ينهض به المشرع عند وضع قاعدة الإسناد لا القاضي عند تطبيقها. وقد انتقلت فكرة المجاملة الدولية لاحقاً إلى الفقه الأنجلوسكسوني، كما تبّنى الفقه الهولندي تقسيم "دارجنترية" للأحوال إلى شخصية وعينية ومختلطة، مع إدخال تعديلات عليه بإضافة فئات أغفلها، مثل القواعد المتعلقة بالشكل والموضوع¹.

¹ -راجع: أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 48-55.

- راجع سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 525-532.

- ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 22 - 23.

- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 109 - 116.

الفرع الثالث: المرحلة المعاصرة (مرحلة تبلور نظرية التنازع).

برزت في القرن 19 ومطلع القرن 20 اتجاهات فقهية متعددة لكل منها نظرتها، فإلى غاية صدور التقنين المدني الفرنسي في بداية القرن 19، عرفنا أن مبدأ إقليمية القوانين كان هو السائد، وسار فقهاء المرحلة الأولى على خطى دار "جنتريه"، وتم توحيد التشريع في فرنسا وأصبح التنازع دولياً فقط ولم يجعل المشرع الفرنسي لمسألة تنازع القوانين إلا مادة واحدة وهي المادة الثالثة.

شهد القرن التاسع عشر بروز فقهاء كان لهم أثر بارز في مراجعة مبدأ إقليمية القوانين السائد آنذاك:

أولاً/ مانشيبي: (Mancini) اعتمد مبدأ شخصية القوانين بجعل قانون الجنسية هو الواجب التطبيق ولو خارج الإقليم، مع استثناءات أبرزها تطبيق قوانين النظام العام تطبيقاً إقليمياً، وإعمال سلطان الإرادة في العقود، وإخضاع شكل التصرفات لقانون مكان الإبرام. وقد عاب عليه الفقه إفراطه في الاستثناءات، لكنه ساهم في ترسيخ قانون الجنسية كأساس في مسائل الأحوال الشخصية، وهو التوجه الذي تبنته لاحقاً اتفاقيات لاهاي المبكرة (1902، 1905، 1908).

ثانياً/ سافيني: (Savigny) ابتكر منهجاً تحليلياً يقوم على إسناد كل رابطة قانونية إلى القانون الأكثر اتصالاً بها؛ فالأهلية تخضع لقانون الموطن، والعلاقات المالية لقانون موقع المال، والعقود لقانون مكان التنفيذ، والالتزامات غير التعاقدية لقانون مكان وقوع الفعل. وقد انتقدت فكرته حول "الاشتراك الحضاري" غير أن طريقته التحليلية ما زالت مؤثرة حتى اليوم.

ثالثاً/ بيبه: (Pillet) رأى أن التنازع تعبير عن تصادم السيادات، وأن القوانين تتميز بخاصيتي الدوام والعموم، لكن تطبيقهما معاً يجعل من المستحيل قبول القوانين الأجنبية. فقسم القوانين إلى ممتدة (تضحي بالعموم) وإقليمية (تضحي بالدوام)، غير أن نظريته تعرضت لانتقادات لصعوبة التطبيق.

رابعاً/ بارتين (Bartin) ركّز على تحليل العلاقات القانونية وفق القانون الداخلي لتحديد طبيعتها والنظام القانوني الذي تنتهي إليه، ومن هنا طور مفهومي التكيف والنظام العام في القانون الدولي الخاص.

خامساً/ نيبويه (Nipoyet) انطلاقاً من خصوصية فرنسا كبلد مستقطب للمهاجرين، دعا إلى تبني إقليمية القوانين وتطبيقها على الوطنيين والأجانب على السواء، مع تفضيل قانون الموطن في مسائل الأهلية، وهو ما عُيِب عليه باعتباره تغليباً للمصلحة الوطنية على الاعتبارات الدولية¹.

المطلب الثاني: التنازع في الشريعة الإسلامية.

من المعلوم أن الدين الإسلامي دين يتميز بالشمولية والعموم؛ أي أنه صالح لكل زمان ومكان كما أنه يتميز بالديمومة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، لقوله تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾².

ولقد جاءت العديد من الآيات الكريمة التي تفيد بتطبيق أحكام القرآن الكريم على المسلمين وغيرهم رحمة منه على عباده لقوله تعالى: ﴿سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾³ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ³.

¹- راجع: أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 56-66.

- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 32-40.

- سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 533-544.

- هشام علي صادق، تنازع القوانين: المبادئ العامة والحلول الوضعية في التشريع المصري، دار الفكر

الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص 109-116.

- خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص 41 - 49.

² - سورة الحجر، الآية رقم 9.

³ - سورة المائدة، الآية رقم 42-45.

وقوله تعالى: ﴿فَأَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ۚ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شُرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾¹، وقوله تعالى: ﴿أَفَحُكْمَ الْجَبِلِيَّةِ يَبْغُونَ ۚ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾².

وبموجب أحكام الشريعة الإسلامية كان العالم يقسم إلى دارين داره الإسلام ودار الحرب وإلى جانبيهما دار الصلح.

في البداية لم يكن هناك تنازع للقوانين بالمفهوم الراهن بين الدارين لعدم قيام علاقات تجارية وأسرية بينها كما عرفت دار الإسلام قيام مبدأ إقليمية القوانين ذلك لخاصية الإسلام العالمية التي لا تعرف حدوداً سياسية أو طبيعية أو بشرية عند تطبيقها. أما العلاقات بين المسلمين وغير المسلمين في دار الإسلام عرفت قيام تنازع داخلي بين الشرائع الشخصية المطبقة؛ إذ كان الذميون يتمتعون بموجب عقدهم مع المسلمين بحق البقاء والإقامة في دار الإسلام ويتمتعون ببعض حقوقهم العامة وكافة حقوقهم الخاصة، ويخضعون لشريعتهم ولكن يلتزمون بأحكام الإسلام ودفع الجزية، وعليه عرفت الشريعة الإسلامية مبدأ شخصية القوانين، كاستثناء على مبدأ إقليمية القوانين الذي كان سائداً فيها، لكن إذا عرض نزاع على قاض غير مسلم فإنه يطبق أحكام شريعته في حدود اختصاصه، فإذا ما عرض نزاع على قاض مسلم فإنه يطبق أحكام الشريعة الإسلامية على النزاع أيًا كانت ديانة الخصوم.

وسادت قاعدة لا يحكم القاضي المسلم بغير أحكام الشريعة الإسلامية، وهذه القاعدة كان مؤداها استبعاد وجود فكرة تنازع القوانين³.

والأصل في التعاملات بين المسلمين هي الإرادة الحرة الصحيحة "الناس وشروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، وحرم الربا".

¹ - سورة المائدة، الآية رقم 48.

² - سورة المائدة، الآية رقم 50.

³ راجع:- سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق ص 544-546.

أمّا قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين، فإنَّ القاعدة الشرعية تفضي ما هو حسن للمسلمين يعتبر حسناً لغيرهم، ولا يجوز الخروج من القواعد العامة للزواج والطلاق والإرث والوصايا، لأنها متعلّقة بحق الشارع، فلا يجوز الحكم بما يخالف أمر الله سواء أكان الخصم مسلماً أم غير مسلم؛ لأنها من دعاوى الحسبة¹ المتعلقة بالحلال والحرام.

وكان للتجار المسلمين أثر في نشر الإسلام، خاصةً في جنوب شرق آسيا، لما عُرفوا به من الحق والوفاء بالوعد والتقيّد بالعهد وتنفيذ العقد واجتناب الغش والاحتيال، وهنا لا يمكن تطبيق قانون دار الحرب في دار الإسلام.

المرحلة العثمانية ونظام الامتيازات: شهد التاريخ القانوني للعالم العربي تحولاً جوهرياً إبان قيام الدولة العثمانية، والتي كانت تعتبر نفسها امتداداً للخلافة الإسلامية، حيث اعتمدت التقسيم الثلاثي للأفراد: (المسلم، الذمي، والمستأمن وهو الأجنبي). وفي عام 1515م، منحت الدولة العثمانية للرعايا الأجانب ما عُرف بـ "نظام الامتيازات الأجنبية"، وبموجبه سُمح للقناصل الأجانب بعقد محاكمات لوطنهم المقيمين داخل الأراضي العثمانية، وتطبيق قوانينهم الوطنية الشخصية عليهم في مسائل الأحوال الشخصية والمعاملات المالية دون خضوع للمحاكم العثمانية أو لأحكام الشريعة الإسلامية.

وقد استمر هذا الوضع القانوني المتشعب، ولم تتبلور قواعد تنازع القوانين في الإمبراطورية العثمانية بشكل تنظيمي حديث إلا بعد صدور قانون التبعية العثماني في 19 جانفي 1869م، والذي نظّم رابطة الجنسية. ومع اندلاع الحرب العالمية الأولى عام 1914م ودخول الدولة العثمانية الحرب إلى جانب ألمانيا ضد دول "الحلفاء"، تم إلغاء نظام الامتيازات الأجنبية رسمياً. وفي عام 1915م، صدر قانون حقوق وواجبات الأجانب

¹ - الحسبة: هي احتساب الأجر على الله، وتعنى القيام على الشيء بإصلاحه وتربيته.

في الإمبراطورية العثمانية، كأول تشريع يمزج بين فكرتي القانون الإقليمي والقانون الشخصي، مستخدماً لأول مرة مصطلحي "الأجنبي المسلم" و"الأجنبي غير المسلم".¹

¹ راجع: -ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 26-28.

الفصل الثاني: قواعد الاسناد.

الفصل الثاني: قواعد الإسناد.

نهدف من خلال هذا الفصل إلى تتبع الكيفية التي يقوم بها تنازع القوانين بتنظيم العلاقات القانونية الناشئة في محيط الحياة الدولية الخاصة؛ إذ يُعنى هذا التنظيم بتحديد أكثر القوانين المتزاحمة ملاءمةً لحكم العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي. وتتدخل في عملية التحديد هذه قواعد فنية خاصة، اصطلاح الفقه والتشريع على تسميتها بـ "قواعد تنازع القوانين" أو "قواعد الإسناد"؛ حيث سارعت مختلف التشريعات الحديثة إلى سنّ هذه القواعد كأدوات فنية لحل مشكلة التنازع الدولي، مستهدفةً من وراء ذلك إرشاد القاضي إلى القانون الأنسب والأكثر اتصالاً بالنزاع المعروض عليه.

وتأسيساً على ما تقدّم، وتفكيكاً لهذه الأداة الفنية الهامة، تُقسم دراستنا في هذا الفصل على مبحثين أساسيين:

- المقصود بقواعد الإسناد في (مبحث أول).
- تفسير قواعد الإسناد في (مبحث ثاني).

المبحث الأول: المقصود بقواعد الإسناد.

تُشكّل قواعد الإسناد أداة أساسية في القانون الدولي الخاص، حيث تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ويأتي هذا بسبب ازدياد التداخل بين الأنظمة القانونية وتنامي العلاقات الدولية، وهنا يعرض المبحث تعريف وعناصر قواعد الإسناد في (المطلب الأول)، ثم يتناول خصائصها في (المطلب الثاني)، مبرراً دورها في توجيه القاضي نحو القانون المختص، وطبيعتها المميزة عن غيرها من القواعد القانونية.

المطلب الأول: تعريف قواعد الإسناد وعناصرها.

الفرع الأول: تعريف قواعد الإسناد:

يعرف الفقه قواعد الإسناد بأنها القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي¹. وتعرف أنها: " قاعدة قانونية إلزامية غير مباشرة يضعها المشرع الوطني، تسند كل مجموعة من العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي عن طريق ضوابط الإسناد إلى القانون المسند إليه والذي يكون أكثر ملاءمة لحكمها². وعليه، ومن هذه التعاريف يتضح أنّ قواعد الإسناد هي قواعد قانونية يضعها المشرع الوطني بغية إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، وهو ما قام به المشرع الجزائري، وذلك بوضع قواعد قانونية (قواعد الإسناد) في القانون المدني³، من المادة 9 إلى المادة 24 ق م ج، ومن هنا يتضح أن لقواعد الإسناد جملة من العناصر.

¹ - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 38.

² خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص 115-125.

³ - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 78، سنة 1975.

الفرع الثاني: عناصر قواعد الإسناد.

نظرا لتعدد المسائل القانونية، ونظرا لاستحالة وضع قاعدة إسناد خاصة لكلٍ منها، فقد تكفّل المشرع بإدراج المسائل القانونية المتقاربة والمتشابهة ضمن فئات معينة تسمى فئة الإسناد أو الفكرة المسندة، ثم ربط كل فئة بقانون معين هو القانون المسند إليه (القانون الواجب التطبيق)، عن طريق ضابط خاص يطلق عليه ضابط الإسناد أو الاختيار، وعليه تجد أن قاعدة الإسناد تتركب من ثلاث عناصر: الفكرة المسندة أو موضوع الإسناد، وضابط أو معيار الإسناد، والقانون المسند إليه.

أولاً/ فئة الإسناد:

الفئة أو الفكرة المسندة هي مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة وضع لها المشرع ضابط معين ليسندها به إلى قانون معين، ومثاله: المادة 10 ق م ج، والتي أخضعت الأهلية لقانون الجنسية؛ فتشكل الأهلية الفئة المسندة وتدخل فيها كل المسائل القانونية المتعلقة بها، وفي المادة 18 ق م ج، أخضع المشرع الجزائري الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، فتعد هنا الالتزامات التعاقدية فئة مسندة تتضمن كل أنواع الالتزامات التي تنشأ من العقود (عقد البيع، الإيجار...).

وعليه، فعندما يعرض على القاضي مسألة قانونية ذات عنصر أجنبي، فإنه على القاضي البحث في الفئة المسندة التي تندرج تحتها هاته المسألة ليتسنى له معرفة القانون الواجب التطبيق عليها.¹

ثانياً/ ضابط الإسناد:

1- المقصود بضابط الإسناد: لما قام المشرع بإدراج كل جملة من المسائل القانونية المتشابهة في فئة معينة (فئة الاسناد) قام باسناد كل فئة منها إلى قانون معين عن طريق أداة قانونية هي ضابط الإسناد هاته الأخيرة تعد هي المرشد إلى القانون الواجب التطبيق؛ فلما جعل المشرع حالة الأشخاص وأهليتهم يخضعون لقانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم حسب المادة 10 ق م ج، فمفاد ذلك أن المشرع جعل من الجنسية هي ضابط

¹ أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 68.

الإسناد في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، ولما اخضع العقود من حيث الموضوع للقانون الذي يختاره طرفا العقد حسب المادة 18 ق م ج، فمفاد ذلك أن المشرع جعل الإرادة في ضابط الإسناد في المسائل التعاقدية من حيث الموضوع¹.

2- أنواع ضابط الاسناد: قد تكون قاعدة الإسناد بسيطة أو مركبة وذلك حسب طرق أو ضوابط الإسناد.

أ) قاعدة الإسناد البسيطة: وهي الغالبة في معظم الأحيان، حيث تتضمن قاعدة الإسناد ضابط واحد للإسناد يجعل الاختصاص لقانون واحد يكون هو الواجب التطبيق على كل جوانب النزاع المطروح أمام القاضي²، ومثاله: قاعدة اخضاع الالتزامات غير التعاقدية لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام م 20 ق م ج، فمكان وقوع الفعل الضار يمثل هنا الضابط الوحيد لإسناد المسائل المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية لقانون موقع الفعل الضار.

ب) قاعدة الإسناد المركبة: وهي بذاتها تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول: وتحتوي قاعدة الإسناد هنا على ضابط واحد للاختيار، ولكن يشير هذا الضابط إلى أكثر من قانون بحيث يطبق على كل مسألة أو كل طرف من العلاقة قانون منها؛ ومثاله قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج في المادة 11 ق م ج³، إذ تنص بتطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج. وبموجب هذا النص فعند اختلاف جنسية الزوجين وهو الغالب في الزواج المختلط فهنا يطبق على كل زوج قانونه، وهذا ما يسعى "بالإسناد الموزع، أو التطبيق الموزع"، وهدف المشرع من اخضاع العلاقة لأكثر من قانون في ذات الوقت لأهمية الصلة التي تربط هذه القوانين جميعها بالعلاقة.

¹ - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 54.

² - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 43.

³ - تنص المادة 11 من الأمر رقم 10-05 مؤرخ في 20 يونيو 2005: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

النوع الثاني: وهنا تضم قاعدة الإسناد الواحدة عدة ضوابط للإنسان، وهنا نميز كذلك بين حالتين:

الحالة الأولى: تكون ضوابط الإسناد الموجودة في قاعدة الإسناد الواحدة كلها اختيارية ومثاله المادة 19 ق م ج¹: التي أخضعت التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، أو لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

الحالة الثانية: تكون ضوابط الإسناد الموجودة في قاعدة الإسناد كلها إلزامية، فيكون أحدهما أصلي والآخر احتياطي يؤخذ به في حالة تعذر الأخذ بالضابط الأول؛ ومثاله المادة 18 ق م ج²، فجعلت المادة بالنسبة للالتزامات التعاقدية قانون الإرادة هو الضابط الأصلي، وبتعذره يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وبتعذر ذلك يطبق قانون محل الإبرام³.

كما تقسم من حيث قابليتها للتغيير إلى ضوابط ثابتة لا تتغير كضابط موقع العقار، وضابط موقع وقوع الفعل الضار، وأخرى قابلة لتغيير أو الانتقال والمقصود بهذا الأخير

¹ -المادة 19 من الأمر رقم: 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

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

² -المادة 18 من الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذ كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

³ -راجع: جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 43-45.

- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 69.

- سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 585.

- خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص 134 - 137.

الضابط المتغير أنه قد يطرأ على الضابط تغير بعد نشوء العلاقة فتكون العلاقة حينئذ محكومة بقانونين وهو ما سَمَّاه "بارتان" بالتنازع المتحرك.

ومثاله أن يغير الموصي وصيته بعد الإيصاء ويتوفى على جنسيته الجديدة؛ فيحدث تنازع بين قانون الموصي وقت الإيصاء وقانون الموصى وقت الوفاة، وقد يغير الزوج جنسيته بعد الزواج وتصبح له جنسية جديدة؛ فيحدث تنازع بين جنسية الزوج وقت الزواج وجنسية الزوج وقت الطلاق، وقد ينقل المنقول لبلد آخر فيحدث تنازع بين قانون موقع المال القديم وقانون موقعه الجديد، وهنا نكون أمام التنازع المتغير أو المتحرك أو المتبدل، ويتسم هذا التنازع بأنه:

- تنازع مكاني لأنه يقوم بين قانونين مختلفين.

- تنازع زماني لأنه يقوم بين قانون سابق وقانون لاحق.

وهذا التنازع ينشأ في مرحلة نفاذ العلاقة¹:

وما تجدر الإشارة إليه أن هناك اتجاهين فقهيين في هذا الباب:

- اتجاه يرى الاستبعاد المطلق للقانون الجديد، وكل أثر رجعي له بعد تغير ضابط الإسناد، ويبعد كل أثر له حتى بالنسبة للأثار التي تنشأ مستقبلاً في ظله ومثال هذا الاتجاه pillet وBartin وحجتهم تقوم على فكرة الحق المكتسب وفكرة الاستقرار في المعاملات والمراكز القانونية.

وانتقد هذا الاتجاه بأنه حول التنازع المتحرك إلى تنازع ثابت، أما القول باستقرار المعاملات فلا يؤخذ به في التنازع المتحرك بل خارجه، لأن إرادة الأفراد في السبب في تغير ضابط الإسناد، والذي له أثر على الاختصاص التشريعي.

- اتجاه يرى أنه يطبق على التنازع المتحرك قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان أي يطبق القانون الجديد بأثر مباشر دون أن يكون له أثر رجعي، فيطبق بالنسبة لحق معين كل شروط وجوده والآثار المترتبة عنه في الماضي "القانون القديم"، أما ما يترتب عنه من آثار في ظل القانون الجديد فتخضع لهذا القانون

¹ - راجع: سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 584 - 587.

أما النقد الموجه لهذا الرأي هو أنّ التنافس بين القوانين من حيث الزمان يكون فيه القانونان صادران من نفس المشرع، والثاني يلغي الأول، أما في التنافس المتحرك فالقانونان لا يصدران من نفس المشرع وكلاهما ساري المفعول في إقليم الدولة التي صدر فيها.¹ ولحل مشكلة التنافس المتحرك عمد المشرع إلى تحديد اللحظة التي يجب فيها إعمال هذا الضابط، كإعمال قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء، أو أحياناً وقت الوفاة، وعمل بنفس الحل في باقي الحالات كالقانون المدني الجزائري.

ثالثاً/ القانون المسند إليه: يقصد به القانون الوطني لدولة معينة، والذي تسند إليه قاعدة الإسناد حكم النزاع ذو العنصر الأجنبي، أي أنّه القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد بتطبيق أحكامه على النزاع، وهنا قد يكون القانون الوطني أو القانون الأجنبي. ولكن يجب الإشارة إلى أن القانون المسند إليه يتضمن طائفتين من القواعد، قواعد موضوعية وقواعد إسناد.

- فإن كان المقصود بالقانون المسند إليه الأجنبي قواعده الموضوعية فلا مشكلة وهنا يقوم القاضي بالفصل في النزاع وفقاً لما تقضي به تلك القواعد الموضوعية، وإن كان المقصود بالقانون المسند إليه هو قواعد هذا القانون كلها بما فيها قواعد الإسناد فهنا تظهر المشكلة، إذ على القاضي الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، فإذا عقدت هاته الأخيرة الاختصاص لهذا القانون الأجنبي، طبق القاضي أحكام هذا القانون الأجنبي الموضوعي، أما إذا أشارت قواعد الإسناد بتطبيق قانون أجنبي آخر، فعلى القاضي الرجوع إلى هذا القانون الأخير بما في ذلك قواعده الخاصة بالإسناد وكل هذا يؤدي بنا إلى فكرة الإحالة² وفكرة الأخذ بها من عدمه³.

¹ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 132-136.

² - سنتطرق إلى موضوع الإحالة بالتفصيل في الآتي من هذه الدراسة.

³ - راجع: جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 48-50.

- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 59 - 62.

المطلب الثاني: خصائص قواعد الإسناد.

نظرا للدور الاستثنائي لقواعد الإسناد في العلاقات الدولية ذات العنصر الأجنبي، ونظرا لأنها جاءت تمس نظام خاص - القانون الدولي الخاص - فإن هذا الأمر أعطاها نوعاً من الخصوصية والتميز عن القواعد القانونية المعروفة، وعليه فمن الخصائص التي تتميز بها قواعد الإسناد.

الفرع الأول: قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة.

والمقصود بذلك أن قواعد الإسناد لا تطبق على النزاع مباشرة بل تشير إلى القانون المختص الذي يحكم النزاع من بين القوانين المتزاحمة على حكمه. ومثاله: قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية، لا تبين السن التي يكون فيها الشخص كامل الأهلية للالتزام بل تبين القانون الذي يتولى بنفسه بيان هذا السن، ومثاله كذلك قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج فلا تبين هاته القاعدة الشروط الموضوعية لصحة الزواج، وإنما تبين لنا القانون المختص ببيانها.

الفرع الثاني: قواعد الاسناد قواعد مزدوجة.

والمقصود بذلك بأن قواعد الإسناد هي من حيث أثار تطبيقها هي قواعد مزدوجة الجانب فقد تفضي إلى اختصاص القانون الوطني، وقد تفضي باختصاص القانون الأجنبي؛ فقاعدة الإسناد المتعلقة بالأهلية (م 10 ق م ج)، والتي تفضي بخضوع الأهلية لقانون الجنسية، فقد تشير إلى اختصاص القانون الجزائري وقد تشير إلى اختصاص القانون الأجنبي ويتوقف ذلك على الجنسية التي يحملها المعني.

الفرع الثالث: قواعد الإسناد قواعد مجردة ومحايدة.

يظهر الحياد والموضوعية في قواعد الإسناد في كون قواعد الإسناد تختار أحد القوانين التي تتزاحم لحكم العلاقة محل النزاع المطروح بشكل مجرد من خلال الربط بينه وبين العلاقة محل النزاع وذلك بتقدير أنه الأكثر ملائمة لحكم النزاع، والمفاضلة بين القوانين

يكون بكل حياد وموضوعية، ومجردة من السعي لتلبية مصالح الدول المتصلة قوانينها بالعلاقة أو مصالح أحد أطراف العلاقة محل النزاع.

كما يظهر الحياد عند اعمال قاعدة الإسناد في كون القاضي هنا لا يعلم الحل الذي سيعطيه للنزاع، لأن ذلك متوقف على معرفة مضمون القانون الذي سيطبق على النزاع أما التجريد فيكمن أن قواعد الإسناد تحدد بنفس الطريقة، وإسناداً إلى نفس معيار نطاق تطبيق القانون الأجنبي على قدم المساواة مع نطاق تطبيق القانون الوطني.

فقاعدة الإسناد التي تخضع شكل التصرفات لقانون مكان الإبرام، لا تسمي قانون دولة معينة، لأن ضابط الإسناد هو معيار مجرد، لا يسمح مسبقاً بهذا التعيين، إذ لا يمكن عملياً معرفة هذه الدولة إلا بعد قيام نزاع معين وبعد عرضه على القضاء¹.

الفرع الرابع: قواعد الإسناد قواعد وطنية.

أي أن المشرع الوطني لكل دولة هو الذي يضع قواعد الإسناد، مراعيًا بذلك الحرية والاستقلالية في وضعها وطبيعة النزاع وسيادة الدولة على إقليمها، وحاجة التعامل الدولي والمصلحة المشتركة للدول في وقت واحد كما أن المخاطب بهذه القواعد هو القاضي الوطني.

¹ راجع: -سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 587 - 596.

- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 70-73.

- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 60-52.

- خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص 139 - 159.

المبحث الثاني: تفسير وإعمال قواعد الإسناد.

علمنا أن قاعدة الإسناد تتكون من الفئات المسندة وضابط الإسناد والقانون المسند إليه وتفسير قاعدة الإسناد يعني التعرف إلى الكيفية التي تتم بها تطبيقها على النزاع، أي الوصول إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض على القاضي والمشتمل على العنصر الأجنبي.

وعليه فعندما يعرض على القاضي نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، بات أول ما يقوم به القاضي هو البحث عن الفئة التي تندرج تحتها هاته المسألة من بين فئات الإسناد التي تتضمنها قواعد الإسناد في قانونه، وهاته العملية هي التي تعرف بعملية " التكيف " (المطلب الأول)، وبعد هاته العملية يتبين للقاضي القانون الواجب التطبيق على المسألة المعروضة عليه، من خلال ضابط الإسناد المحدد من المشرع، لكن هذه العملية ما هي إلا مرحلة أولية في سبيل الوصول إلى الحل المنشود، ذلك أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد بإعمال القانون الأجنبي، يطرح هنا التساؤل هل يقوم القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية التي يتضمنها القانون الأجنبي مباشرة ويستبعد قواعد الإسناد فيه، أم أنه يتحتم على القاضي استشارة قواعد الإسناد التي يتضمنها القانون الأجنبي أولاً، وهنا يظهر ما يعرف بمشكل الإحالة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التكيف.

يعتبر التكيف أول عمل يقوم به القاضي عندما تعرض عليه مسألة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي إذ عليه أولاً إدراج المسألة في فئة من فئات الإسناد الموجودة في قواعد الإسناد في قانونه حتى يعرف القانون الواجب التطبيق عليها، وبذلك فمرحلة التكيف تسبق مرحلة الإسناد، كما ظهرت مشكلة معرفة القانون الذي يحكم عملية التكيف وعليه ندرس في هذا المطلب المقصود بالتكيف في (فرع أول) ثم نخرج على مشكلة التكيف في (فرع ثاني).

الفرع الأول: المقصود بالتكيف.

ندرس في هذا الفرع تعريف التكيف، ثم القضايا التي أوجدت هاته المسألة.

أولاً/ تعريف التكييف: يعرف التكييف بأنه تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية التي يسند حكمها إلى قانون معين. فلو عرض على القاضي نزاع معين فعليه أن يميز هل هو نزاع شكلي يدخل في شكل التصرفات فيخضع لقانون الشكل، أم هو نزاع في الموضوع فيدخل في قانون الموضوع. لكن المشكل المطروح في عملية التكييف، هو أن قوانين الدول مختلفة في وضع الأحوال والتصرفات في النظم القانونية؛ أي أن قوانين الدول تعطي بالنسبة لكثير من المسائل تكييفات مختلفة (مشكلة تنازع التكييفات)، مما يجعل الأمر صعباً على القاضي الذي يقوم بعملية التكييف، ومثاله أن بعض الدول تخضع الشكل الخاص بالوصية في نظام الأهلية فيحكمه عندها القانون الذي تخضع له الأحوال الشخصية (قانون الشخص)، لكن البعض الآخر يدخل شكل الوصية في القانون الذي يحكم شكل التصرفات، وعندها يخضع لقانون محل التصرف والأمثلة الثلاث التالية مأخوذة من القضاء الفرنسي توضح أهمية البحث في مسألة التكييف .

ثانياً/ مسائل تبين أهمية البحث في مسألة التكييف¹:

1- ميراث مالطي: تدور أحداث هذه المسألة أنه: تزوج ما لطيان في جزيرة مالطا - موطنهما الأول ثم هاجرا بعدها إلى الجزائر - كانت آنذاك مستعمرة فرنسية - وتملك فيها الزوج بعض العقارات وعند وفاته طالبت الزوجة بحقها فيها، وهو حق معترف به في القانون المالطي، ويعرف فيه باسم "نصيب الزوج المحتاج"، فإذا كيف القاضي طلب الزوجة وفقاً للقانون المالطي اعتبره من نظام الأموال، وأخضعه بالتالي وفقاً لقواعد الإسناد في قانونه للقانون المالطي، وتأخذ الزوجة هنا حقها في عقارات زوجها الهالك، ولو كيفه وفقاً لقانونه اعتبره نصيباً في ميراث الهالك ومن ثم يخضع للقانون الفرنسي وفقاً

¹ راجع - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 41- 42.

-أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 76- 78.

-جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 71.

-هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 209-211.

لقواعد الإسناد الفرنسية ووفقاً لهذا التكييف الأخير لا تأخذ شيئاً لأن القانون الفرنسي، وقتها لا يعترف للزوجة بأي حق في ميراث زوجها المتوفي.

2- **وصية هولندي:** حرر هولندي وصية في فرنسا وفقاً للشكل العرفي الذي يجيزه القانون الفرنسي فثار نزاع فيما بعد بشأن صحتها، ذلك أن القانون الهولندي يمنع على الهولنديين تحرير وصاياهم في غير الشكل الرسمي ولو كان في الخارج، وعليه فإذا تم التكييف وفقاً للقانون الفرنسي اعتبرت الوصية صحيحة لأن تحرير الوصية في شكل معين هي مسألة تدخل في فئة شكل التصرفات، مما يجعلها خاضعة لقانون بلد الإبرام وهو القانون الفرنسي، ولو تم التكييف وفقاً للقانون الهولندي، فإن الوصية تعد باطلة، لأن المنع عندهم أمر يتعلق بالأهلية، والأهلية تخضع لقانون الجنسية وهو القانون الهولندي.

3- **زواج اليوناني الأرثوذكسي:** تزوج يوناني بفرنسية زواجاً مدنياً في فرنسا فثار نزاع أمام القضاء الفرنسي بشأن صحة هذا الزواج، ذلك أن القانون اليوناني يشترط فيه الشكل الديني.

فإذا تم تكييف الشكل الديني وفقاً للقانون اليوناني اعتبرناه من الشروط الموضوعية، ووفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية تخضع لقانون جنسية الزوجين، وهنا يطبق القانون اليوناني، وعليه يعد هذا الزواج باطلاً لأن القانون اليوناني يرتب على تخلف هذا الشرط بطلان الزواج.

وإذا تم تكييف الشكل الديني وفقاً للقانون الفرنسي اعتبرناه شرطياً شكلياً، وهاته الأخيرة يحكمها بلد الإبرام وبما أن هذا الزواج تم وفق الشكل الديني الذي يجيزه قانون بلد الإبرام فرنسا فإنه يعدّ زواجاً صحيحاً. وهنا تظهر مشكلة التكييف، وضرورة تحديد القانون الذي تم وفقه التكييف.

الفرع الثاني: مشكلة التكييف (أي معرفة القانون الذي يتم وفقه التكييف).

اختلف الفقهاء في تحديد القانون الذي يتم وفقه التكييف، بين من يرى ضرورة إخضاع التكييف لقانون القاضي، وبين من يرى إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم

النزاع، وبين من يرى إخضاعه للقانون المقارن ولكل نظرية مناصروها وحججها ومعارضوها، لكن الراجح فيها هو ضرورة إخضاع التكييف لقانون القاضي¹.

لكن ذهب بعض الفقه أنه قد تكون هاته العلاقة غير معروفة في قانون القاضي، مما يصعب عليه إدراجها في إحدى فئات الإسناد المنصوص عليها فيه، فيرى ضرورة التوسع في مفهوم فئات الإسناد الداخلية لتشملها، ومثاله: فرنسا التي تعترف فقط بالزواج الأحادي، فإذا عرض على القاضي نظام زواج مخالف يعترف، مثلاً بتعدد الزوجات، فعليه أن يتوسع في مفهوم الزواج عنده ليشمل هذا النظام الغريب².

أولاً/ التكييف في القانون الدولي الخاص الجزائري.

تطبيقاً للمادة 9 من القانون المدني الجزائري: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق"، وهنا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخضع التكييف لقانون القاضي وهو قانونه متأثراً في ذلك بالفقيه "بارتن".

والمقصود بالتكييف في القانون الجزائري هو التكييف الأولي³، والذي يهدف إلى تحديد طبيعة العلاقة موضوع النزاع لإعمال قاعدة الإسناد ولتعيين القانون الواجب التطبيق،

¹ راجع:- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 71-89.

- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 208-222.

- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 43-44.

- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 86-89.

- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ج 2، ص 121-141

- فؤاد عبد المنعم، رياض سامية راشد، الوسيط في ق د م، ج 2، مرجع سابق، ص 64.

- سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 621.

² - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 90-93.

- محمد سعادي، القانون الدولي الخاص الجزائري وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار

الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 72، 73.

³ - فرق بارتن بين التكييف الأولي أو السابق والتكييف الثانوي أو اللاحق، فالأول غرضه معرفة قاعدة الإسناد التي تدرج تحها المسألة القانونية المطروحة لمعرفة القانون المختص بحكمها، والتكييف اللاحق

وهذا ما جاء به في قوله: "...لمعرفة القانون الواجب التطبيق"، ولا يقصد به هنا التكييف اللاحق، والذي يخضع للقانون المختص بحكم النزاع فلو عرض على القاضي نزاع يدور بين نظام الميراث ونظام الأموال، فدور القانون الجزائري يتوقف على ضم هذا النزاع إلى إحدى الطائفتين "الميراث أو نظام الأموال"¹.

والملاحظ أنه قبل تعديل القانون المدني لم يرد على المادة 9 ق م ج، الاستثناءات التي أوردتها "بارتن" في نظريته، لكن بعد التعديل 10-05² أورد المشرع الجزائري على المادة رقم 9 ق م ج بعض الاستثناءات منها:

- خضوع تكييف المال إن كان عقاراً أو منقولاً إلى قانون موقعه، فجاء في المادة 1/17 (معدلة) يخضع تكييف المال سواء كان عقاراً أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها. - كما استثنى الفعل المرتكب وخضوعه إلى قانون المحل الذي ارتكب فيه فحسب المادة 20 / 1 ق م ج: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه

هو التكييف الذي قد يتطلبه إعمال القانون المشار اختصاصه بموجب قاعدة الإسناد، ويرى بارتن أن التكييف الأول هو وحده الذي يخضع لقانون القاضي، أما التكييفات اللاحقة التي قد تعرض بمناسبة تطبيق القانون المشار إليه بقاعدة الإسناد، فيجب الرجوع بشأنها إلى هذا القانون الأخير.

فإذا عرض نزاع على القاضي وتبين له من التكييف الأولي أن المسألة المعروضة تدخل في فكرة شكل التصرفات مثلاً وأخضعها بالتالي إلى قانون بلد الإبرام وفقاً لقاعدة الإسناد فإنه يجب عليه الرجوع إلى هذا القانون الأخير (قانون بلد الإبرام) لتحديد مضمون فكرة الشكل وما إذا كان يعد من قبيل الشكل الرسمي أو العرفي، ويرى بارتن أن التكييف اللاحق مرتبط بفكرة سيادة الدولة الأجنبية "الأخرى"، والتكييف الأولي مرتبط بفكرة سيادة دولة القاضي، وأن التكييفات التي تجري عقب القيام بالتكييف الأولي لا تؤدي إلى تعديل في الاختصاص التشريعي، وإنما تبين فقط كيفية تطبيق هذا القانون الأجنبي فيما يتعلق بالمسألة التي تثبت له الاختصاص بحكمها. راجع: - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 75-76.

¹ - حواسي يامنة، أحكام الإرث في الزواج المختلط، دراسة مقارنة بين القانون والشرعية، دكتوراه في القانون

الخاص، جامعة يحي فارس المدية، 2019، ص 190.

² - القانون 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم الأمر: 78-75 المتعلق القانون المدني.

الفعل المنشئ للالتزام...؛ أي أنّ التكييف في هذه الحالة يخضع لقانون المحل الذي ارتكب فيه الفعل، ذلك لاختلاف تحديد مشروعية الفعل من عدمه بين البلدين¹.

- كما جاء في المادة 21 ق م ج: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلاّ حين لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر". فمن المادة نجد أن المشرع استثنى من خضوع التكييف لقانون القاضي ما تمليه نصوص معاهدة أو قانون خاص، لكن إذا لم تنص المعاهدة على القانون الذي يحكم التكييف في أحكامها هناك رأيان:

. الرأي الأول: يرى بأن التكييف يتم وفقا لقانون القاضي، باعتبار المعاهدة تندمج

في النظام القانوني الداخلي للقاضي.

. الرأي الثاني: يرى بأن التكييف يتم وفقا لإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة، لأن

الاختلاف في التكييف يؤدي إلى تعطيل المعاهدة والتحلل منها.²

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ برأي الفقه الحديث في إعطاء دور للقانون الأجنبي في عملية التكييف، أي لم يشر إلى إمكانية استعانة القاضي الجزائري بالقانون الأجنبي، لتحليل نظام قانوني أجنبي غريب عن القانون الجزائري لتحديد طبيعته ومن ثم إدراجه في إحدى الفئات المسندة في قانونه، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تشويه الأنظمة القانونية الأجنبية وإعطائها طبيعة مخالفة لتلك التي أرادها المشرع الذي نص عليها في قانونه.³

¹ - عمارة عمارة، محاضرات في مقياس تنازع القوانين في مسائل الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2020-2021، ص 19.

² - عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ط1، دار هومة، الجزائر، 2006، ج1، ص 107-108.

³ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 95.

ثانيًا/ الخطأ في التكييف.

يخضع القاضي في تكييفه للمسائل المعروضة أمامه لرقابة المحكمة العليا، فإذا ما أخطأ القاضي في إدخال مسألة في فئة من الفئات التي تتضمنها قواعد الإسناد الوطنية، تعرض حكمه للنقض وذلك للخطأ في تطبيق القانون.¹

وإعمالاً للمادة 358 فقرات 5-6-7 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري²، نجدها تقضي "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية...

5- مخالفة القانون الداخلي.

6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.

7 - مخالفة الاتفاقيات الدولية. ...".

ومؤدى المادة أن الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي الداخلي يكون وجهاً للطعن، وبناء عليه للمحكمة العليا ولو تلقائياً نقض الحكم أو القرار الذي انطبق عليه هذا الوجه.

وهو الأمر ذاته في عملية التكييف أي تفسير قاعدة الإسناد التي يقوم بها القاضي الوطني، فالخطأ في تكييف مسألة قانونية بإسنادها إلى فئة غير الفئة المناسبة، يعد خطأ في تطبيق قاعدة الإسناد وهو خطأ في تطبيق القانون.

وعليه فإن القاضي يخضع لرقابة المحكمة عند قيامه بالتكييف وفقاً لقانونه حسب المادة 09 ق م ج أما الاستثناءات فجاءت في المادة 1/17 ق م ج، والمادة 1/20، والمادة 21 من نفس القانون، وفي هذا الباب صدر قرار المحكمة العليا تاريخ 1/04/1988 م.³

"...لكن حيث أن العقد المبرم بين الطرفين ليس عقد قرض كما يذكره الطاعن، وكما تشير إليه المادة 18 من القانون المدني، وإنَّما الأمر يتعلق ببيع بيض الدجاج، وهذه المعاملة تحكمها المادة 18 من القانون المدني التي تفيد أنَّ الالتزامات التعاقدية ينظمها

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، الأحوال في التنافس الدولي للقوانين، ص 370.

² - المادة 358 من الأمر رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

³ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 48855، الصادر بتاريخ 10/04/1988 م، م ق، العدد 03، 1992، ص 80.

قانون المكان الذي أبرم فيه العقد"، في هذا القرار أثارت المحكمة العليا تلقائياً مشكلة تكيف المسألة التي يتنازع الأطراف تحديد طبيعتها القانونية أي قرض أم بيع؟ فاستندت المحكمة إلى القانون المدني وكيفته بأنه عقد بيع وليس عقد قرض، وعليه أكد هذا القرار رقابة المحكمة العليا على عملية التكيف استناداً إلى القانون الوطني، وبذلك فالتكيف مسألة قانون يخضع لرقابة المحكمة العليا، والخطأ فيه يعرض الحكم أو القرار للنقض¹.

المطلب الثاني: الإحالة.

عندما يكون القاضي بصدد أعمال قاعدة الإسناد وتشير عليه بتطبيق قانون أجنبي معين، فإن التساؤل الذي يطرح هل يرجع القاضي إلى قواعد الإسناد الموجودة في هذا القانون الأجنبي ويستشيرها، والتي قد تشير إلى الأخرى بإعمال قانون آخر؟ أم أن القاضي لا يستشير قواعد الإسناد في هذا القانون الأجنبي ويتجه مباشرة إلى تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون الأجنبي؟ للإجابة عن هذا السؤال يجب أن نعلم أن قانون كل الدول يتضمن إلى جانب القواعد الموضوعية التي تطبق مباشرة على النزاع، قواعد إسناد مهمتها بيان القانون المختص بحكم العلاقة المشتعلة على عنصر أجنبي، وهنا غالباً ما يحدث نزاع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي، ويكون هذا النزاع إيجابياً أو سلبياً:

1- النزاع الإيجابي: يحدث هذا النزاع عندما تقضي قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع باختصاصها؛ ومثاله قيام جزائري مقيم في إنجلترا بتصرف متعلق بأهليته، فالقانون الجزائري يعقد الاختصاص لأنه ينيط أهلية الأشخاص لقانون جنسيتهم، وفي ذات الوقت يقضي القانون الإنجليزي باختصاصه بحكم هذا التصرف لأنه يخضع أهلية الأشخاص لقانون الموطن، والسؤال المطروح هنا فبأيهما يجب العمل.

¹ - حواسي يامنة، مرجع سابق، ص 193-194.

من المتفق عليه فقها وقضاءً أنه على القاضي أن يطبق قانونه الوطني، احتراماً لمبدأ سيادة القانون على إقليم الدولة، وعليه فالقاضي الذي يعرض عليه النزاع يقوم بتطبيق قانونه، دون مراعاة القانون الأجنبي¹.

كما نلاحظ أنه لا مشكلة إذا اتحدت قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي والدولة الأجنبية؛ ومثاله لو عرض نزاع على القاضي الجزائري يتعلق بأهلية فرنسي، فلا خلاف بين قواعد الإسناد الجزائرية والفرنسية في تطبيق القانون الفرنسي، لأن كلاهما يعقد الاختصاص لقانون الجنسية على الأهلية، وهو القانون الفرنسي هنا².

2- النزاع السليبي : يحدث هذا النزاع عندما تتخلى قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع على حكم المسألة، وتسند الاختصاص إلى قانون أجنبي آخر. ومثاله: لو تعلق الأمر بأهلية انجليزي متوطن في الجزائر، فحسب قواعد الإسناد الجزائرية فإنّ القانون الإنجليزي هو المختص، وحسب قواعد الإسناد الإنجليزية فإن القانون الجزائري هو المختص، فما الحل هنا إزاء هاته المشكلة.

هل يرجع القاضي المعروض عليه النزاع في حالة إشارة قواعد الإسناد في قانونه إلى اختصاص قانون أجنبي معين إلى قواعد الإسناد في هذا الأخير وما تقضي به من اختصاص قانون آخر قد يكون قانون القاضي أو قانون آخر، وهنا يطرح مشكل الإحالة، أم أنه يطبق مباشرة القواعد الموضوعية في هذا القانون الأجنبي دون مراعاة ما تقضي به قواعد الإسناد فيه³.

ومن هنا تظهر أهمية دراسة موضوع الإحالة في هذا المبحث، الذي سنقسم الدراسة فيه إلى نظرية الإحالة وموقف الفقه والقانون منها في (الفرع الأول)، ثم ندرس نطاقها في (الفرع الثاني).

¹ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 46.

- سعيد يوسف، مرجع سابق، ص 637.

² - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 264.

³ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 97.

الفرع الأول: نظرية الإحالة وموقف الفقه والقانون منها.

مسألة الإحالة تكون عندما نكون بصدد التنازع السلبي ففي المثال السابق، وعند رفض الاختصاص في كلا القانونين الجزائري والإنجليزي، هل يمثل القاضي الجزائري لقاعدة الإسناد الإنجليزية من اختصاص قانونه، أم يرجع مباشرة للقواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي، وهذا ما يعرف بمشكلة الإحالة في القانون الدولي الخاص هذا من جهة، ومن جهة ثانية قد تحيل قواعد الإسناد في الدولة الأجنبية الاختصاص إلى قانون القاضي (إحالة من الدرجة الأولى)، وقد تعقد الاختصاص لقانون بلد آخر غير بلد القاضي (الإحالة من الدرجة الثانية)، ومنه تعد الإحالة من أكثر المواضيع إثارة للجدل بين مؤيد ومعارض لها.

أولاً/ أنواع الإحالة وأساسها:

1- أنواع الإحالة: للإحالة نوعان بارزان ونوع أستحدثه القضاء الإنجليزي:

أ) الإحالة من الدرجة الأولى: عندما تنص قواعد الإسناد في قانون القاضي باختصاص القانون الأجنبي وتشير قواعد الإسناد في هذا الأخير بعدم اختصاصها وتشير باختصاص قانون القاضي نفسه، فإن هاته الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي تسمى بالإحالة من الدرجة الأولى.¹

ولقد عرفت مسألة الإحالة في مختلف الأقضية الدولية، وتدل المؤلفات في تاريخ القانون الدولي الخاص على ذلك، فعرفت في القضاء الإنجليزي سنة 1841م والقضاء الألماني في 1861م، لكنها لم تلفت انتباه الفقهاء إلا بمناسبة القضية الشهيرة في فرنسا وهي قضية فورجو.²

¹ - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 264.

² - تدور قضية فورجو حول نزاع على ميراثه في فرنسا، توفي شخص بافاري الجنسية (ابن غير شرعي) في فرنسا، وترك خلفه تركة منقولة معتبرة، ثار النزاع عليها بين حواشيه (أقاربه من جهة الأم) الذين يمنحهم القانون البافاري حق الإرث، وبين الخزينة الفرنسية التي تحرمهم وتعتبر التركة شاغرة، عرض النزاع أمام القضاء الفرنسي، وأشارت قاعدة الإسناد الفرنسية إلى تطبيق قانون جنسية المتوفي وهو القانون البافاري، وعند رجوع محكمة النقض الفرنسية إلى القانون البافاري، لم تطبق قواعده الموضوعية

ب) الإحالة من الدرجة الثانية: نكون أمام هاته الإحالة عندما تحيل قاعدة الاسناد الأجنبية والمختصة وفقاً لقواعد الإسناد في قانون القاضي الاختصاص إلى قانون غير قانون القاضي ومثاله: لو عرض على القاضي الجزائري نزاع متعلق بأهلية إنجليزي متوطن في إيطاليا فقواعد الإسناد الجزائرية تجعل الاختصاص للقانون الإنجليزي (قانون الجنسية، لكن قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي ترفض اختصاصه وتحيل الاختصاص للقانون الإيطالي (قانون الموطن)¹.

وهنا نرى إن كان القانون الجزائري يقبل الإحالة من الدرجة الثانية فإنه سيطبق القانون الإيطالي على شرط قبول قانون هذا الأخير الاختصاص.

ت) الإحالة المزدوجة: أوجد هاته الحالة القضاء الإنجليزي وسماها الإحالة المزدوجة أو نظرية المحكمة الأجنبية وهاته الصورة تختلف عن الصورة السابقة لها. فالقاضي هنا لا يطبق قواعد التنازع في القانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد في قانونه بل على القاضي الإنجليزي الفصل في النزاع المعروض عليه طبقاً للحل الذي يمكن أن ينتهي إليه القاضي الأجنبي الذي تحيل على قانونه قاعدة التنازع الإنجليزية.

مباشرة، بل نظرت إلى قواعد إسناده التي تبين أنها تتخلى عن الاختصاص وتُحيله إلى قانون الموطن الفعلي للمتوفي وهو القانون الفرنسي، قبلت المحكمة الفرنسية هذا التخلي، وطبقت قانونها الداخلي الموضوعي وحرمت الورثة البافاريين، مكرسةً بذلك أولى التطبيقات القضائية لنظرية "الإحالة من الدرجة الأولى"، وإن لم تذكر المصطلح صراحة في حيثيات حكمها. راجع: - ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 60-59.

- حسين الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية، القانون الأردني،

دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة الأردن، 2007، ص72.

-أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 121.

¹ - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 265.

-حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص72.

- عائشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2007، ص

وهاته الإحالة درستها قضية روس "Ross" في القضاء الإنجليزي، وتتعلق هاته القضية بميراث إنجليزية "ross" متوطنة في إيطاليا، وإعمالاً لقواعد الإسناد الإنجليزية تعين تطبيق القانون الإيطالي على أساس أنه آخر موطن للمورثة، ولكن باستشارة قواعد الإسناد الإيطالية من القاضي الإنجليزي، وجدها تجعل الاختصاص للقانون الإنجليزي، (قانون جنسية المورث)، فوضع نفسه مكان القاضي الإيطالي وتبني ما قد يتوصل إليه هذا الاخير لو عرض عليه ذات النزاع، وبما أن القاضي الإيطالي يرفض الإحالة بناء على ما يقرره قانونه فقد طبق القاضي الإنجليزي القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي (القانون الوطني للمورثة)، وهذا تطبيقاً "لنظرية الإحالة المزدوجة" أو "نظرية المحكمة الأجنبية" ¹.

2- أساس الإحالة²: لقد اختلف الفقه في تحديد أساس الإحالة؛ بين من يرى أن الإحالة تفويض، ومن يراها حل احتياطي، وبين من يبرر الإحالة على أساس فكرة الإقليمية، ومن يبررها كاستثناء على فكرة التنسيق بين قواعد الإسناد، وجاء بعض الفقه بنظرية الإحالة الكلية (المحكمة الأجنبية) ³.

ثانياً/ موقف الفقه والقانون من الإحالة.

1- موقف الفقه من الإحالة: تعد الإحالة من أكثر المواضيع إثارة للجدل بين مؤيد لها ومعارض:

أ) الاتجاه المؤيد للإحالة: يرى أن

-الاحذ بنظرية الإحالة يؤدي إلى وحدة تطبيق القانون الأجنبي الذي تقرر تطبيقه وفق قواعد الإسناد في دولة المحكمة التي تنظر في النزاع، ولا يؤدي هذا إلى تشويه.

¹ راجع: حواسي يامنة، مرجع سابق، ص 242.

- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، (قواعد التنازع)، د م ج ج، 1989، ص 198.

- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 710.

- ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 60-61.

² راجع: -أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 110-119.

- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 272-297.

- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 53-54.

³ -سبق التطرق لهذه الفكرة.

- عدم تطبيق الإحالة، وتطبيق القواعد الموضوعية مباشرة في القانون الأجنبي المختص وفق قواعد الإسناد في قانون القاضي يؤدي إلى تطبيق هذا القانون الأجنبي بعكس إرادته لأنه يرفض الاختصاص لنفسه ويفضل تطبيق قانون آخر.

- عدم الأخذ بالإحالة قد يترتب عنه عدم تنفيذ الحكم في الخارج بعد أن تصدره محكمة الموضوع.

- يؤدي الأخذ بالإحالة إلى توحيد الأحكام القضائية بين المحاكم في مختلف الدول، إذ تطبق جميعها القواعد القانونية نفسها على النزاع ذاته، مما يحقق تماثل الأحكام واستقرارها بغض النظر عن الدولة التي رُفعت فيها الدعوى.

(ب) الاتجاه الرافض للإحالة:

- عند ما تشير قواعد الإسناد في قانون القاضي باختصاص قانون دول أجنبية، فالمقصود هي القواعد الموضوعية فيه لا قواعد الإسناد وإعماله لقواعد الاسناد الأجنبية هو انصياع لأوامر المشرع الأجنبي .

- القانون لا يمثل وحدة غير قابلة للتجزئة، فالقواعد الموضوعية لها وظيفة تختلف تمامًا عن وظيفة قواعد الإسناد، فلا مانع من الأخذ بإحداهما دون الأخرى لاستقلالهما عن بعض.

- إذا كانت قاعدة الإسناد في قانون القاضي تفيد باختصاص القانون الأجنبي، وقواعد الإسناد في هذا الأخير تعقد الاختصاص لقانون القاضي، فما الحل وتسمى هاته الصورة "حجة مضرب التنس".

- قد تكون قواعد التنازع في القانون الأجنبي الواجب التطبيق نصوص دستورية كالبرازيل وعند استشارتها تشير بتطبيق قانون معين، فإن القاضي الوطني يكون قد عمل بقواعد دستورية أجنبية في بلده "عمل بسيادة أجنبية"، وإن تم الرد على هذا القول بأن قواعد الإسناد الوطنية هي التي أشارت بتطبيق القانون الأجنبي.

- تطبيق القانون الأجنبي يتم بناء على قواعد الإسناد الوطنية، وعليه لا يجوز ترك هذه الإرادة الوطنية وتنفيذ إرادة المشرع الأجنبي.

- ربط نظرية الإحالة بتوحيد الأحكام مسألة غير متحققة دائما، فمن الاستحالة بما كان أنّ تتفق قوانين العالم كلها بالأخذ بنظرية الإحالة، كما أن قواعد الإسناد ما بين دول العالم ليست دائما متشابهة.¹

2- موقف القانون من الإحالة: لقد رفضت العديد من تشريعات الدول الأخذ بالإحالة؛ مثال: مصر العراق، سوريا لبنان إيطاليا هولندا اليونان ومن الدول التي أخذت بها فرنسا، ألمانيا، إنجلترا، بلجيكا، النمسا، واليابان، قانون المعاملات المدينة الإماراتي لسنة 1986 في المادة 26 أين أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى.² وغيرها

أمّا عن القانون الجزائري: فقبل تعديل القانون المدني 01-05 لم يتطرق المشرع الجزائري لفكرة الإحالة لكن بعد التعديل أوجد نص المادة 23 مكرر 1 والتي تقضي بقبول الإحالة من الدرجة الأولى في فقرتها الثانية، ولكن رفض الأخذ بها في الفقرة الأولى منها. حيث جاء فيها: " إذا تقرر أنّ 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"، وعليه فالملاحظ من المادة هورفضها للأخذ بالإحالة، ذلك أن القاضي سيطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانونه دون استشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي وبالمقابل نجده يقبل الإحالة من الدرجة الأولى حسب الفقرة الثانية.

لكن عاب العديد من الفقهاء موقف المشرع الجزائري من الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لأن ذلك سيؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري (الإسلام) في مسائل الأحوال الشخصية على الأزواج الأجانب وتركاتهم وهذا فيه تعارض مع رغبة الأجانب في تطبيق

¹ -راجع: محمود عبد الكريم، مرجع سابق، ص 61.

-جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 121-122.

-علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 51-52.

² حواسي يامنة، مرجع سابق، ص 244.

قوانينهم الشخصية¹. وما تجدر الإشارة إليه هنا أنّ المشرع الجزائري رفض الإحالة صراحة في الفقرة الأولى من المادة 23 مكررا من القانون 05 – 10، مسائرا بذلك القوانين العربية، وعلى رأسها القانون المصري في المادة 27 ق م مصري.

كما نجد المشرع نظم الإحالة الداخلية في المادة 23 ق م ج².

وعليه ما يمكن قوله من المادة 23 مكرر 1 فقرة أولى نجد أن المشرع الجزائري راعى حالة الأجانب المتوطنين بالجزائر عند رفض الإحالة، لأنّه لو قبل الإحالة سيُطبّق القانون الجزائري على الأجانب المتوطنين، خاصّة الذين يعتمدون قانون الموطن كضابط للإسناد في مسائل الأحوال الشخصية.

ورغم وضوح موقف المشرع الجزائري يرفض الإحالة صراحة في المادة 23 مكرر 1 ق م ج وذلك بإعمال القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي دون استشارة قواعد الإسناد، إلّا أنّ ما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة أحدث خلطاً في موقف المشرع الجزائري، والتي تفيد بقبول الإحالة من قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص (الإحالة من الدرجة الأولى)، هنا كأن الفقرة الثانية جاءت كاستثناء للفقرة الأولى ولكن هذا الاستثناء جاء يناقض الأصل العام وجعل حكم الأصل لاغياً.

وعليه فلو عرض نزاع على القاضي الجزائري فيه تنازع للقوانين وكان فيها إحالة فهل يطبق الفقرة الأولى أو الثانية؟ وهل سيستشير قواعد الإسناد أو يطبق مباشرة القواعد الأجنبية في القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع.

وتفسيرا للفقرة الثانية من هذا النص يظهر فرضان حول من هو المخاطب بهذا النص؟

¹ بلمامي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 2، 2008، ص 356.

² نص المادة 23 ق 05-10: 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 يقر أي تشريع منها يجب تطبيقه إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، ويطبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي.

- فإذا كان المخاطب بها هو القاضي الجزائري، وهو الأصل لأن التشريع لا يخاطب إلا قاضي بلده فهنا يظهر تناقض في الحكمين بين الفقرة الأولى والثانية في نفس المسألة وبأمرها يأخذ القاضي الجزائري.

- وإذا كان المخاطب بالفقرة الثانية القاضي الأجنبي، وكأن المشرع الجزائري يعطي فيها ترخيص للقاضي الأجنبي بتطبيق القانون الجزائري إذا ما تمت الإحالة إليه، أي إذا أحالت قواعد الإسناد في دولة القاضي الأجنبي على تطبيق القانون الجزائري، وما تجدر الإشارة إليه أن هاته الحالة لا تتصور إلا في الإحالة من الدرجة الثانية، أي إذا كان هذا القانون الأجنبي يقبل الإحالة من الدرجة الثانية ومثاله كأن تعرض على القاضي الفرنسي مسألة تتعلق بأهلية انجليزي متوطن في الجزائر، فإذا كان القاضي الفرنسي يقبل الإحالة من الدرجة الثانية، فسوف يكون القانون الجزائري هو المختص في حل هذا النزاع. وحتى ولو سلمنا أن القاضي الأجنبي هو المخاطب بنص الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 فإننا سنصطدم بفكرة السيادة فلا يعقل أن يخاطب المشرع الجزائري قانون قاضيا أجنبيا وهذا يعارض مبادئ السيادة إذ القاضي لا يأتزم إلا بأوامر مشرعه¹.

وعليه كان يجدر بالمشرع الجزائري إلغاء حكم الفقرة الثانية نهائيا.

وخلاصة القول وكأن المشرع الجزائري أراد بهذا الاستثناء الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى دون الثانية لكن الأمر لم يستقم خاصة في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب المتوطنين بالجزائر لأن الأمر ينتهي بهم إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الأجانب المتوطنين بالجزائر والذين لا يدينون بها، وهنا نرى ضرورة التصريح بعدم الأخذ بالإحالة إطلاقا، وإلغاء الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1.

¹ عمارة عمارة، مرجع سابق، ص 31.

الفرع الثاني: نطاق الإحالة (حالات استبعاد الإحالة)¹.

يرى العديد من المؤيدين لإعمال الإحالة استثناء أعمالها في صورتين، ويبرر الفقيه الفرنسي " باتيفول " هذا باستحالة التنسيق بين قواعد الإسناد الفرنسية والأجنبية في هاتين الحالتين، ويرى آخرون أنّ إعمال الإحالة فيها يؤدي إلى تعارض نتيجة الإحالة. أولاً/ استبعاد الأخذ بالإحالة عندما يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون إرادة المتعاقدين:

عندما تشير قواعد الإسناد بإعمال قانون الإرادة مثل م 18 ق م ج، التي تخضع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، فإن الأخذ بقواعد الإسناد في هذا القانون المختار قد يتنافى ويتعارض مع إرادة هؤلاء فيما لو أشارت هذه القواعد إلى قانون آخر، لكن لو أبدى المتعاقدان رغبتهما الصريحة أو الضمنية في الخضوع لما تشير به قواعد الإسناد التي يتضمنها القانون الذي اختاروه لحكم العقد الدولي المبرم بينهما، فإنّه هنا يمكن الأخذ بالإحالة وقبول هاته الأخيرة ما هو إلّا احترام لإرادة المتعاقدين بدءاً ولا يُعدّ تجاوزاً لإرادتهما.

ثانياً/ استبعاد الأخذ بالإحالة بشأن شكل التصرفات القانونية (اخضاع شكل التصرف لقانون الإبرام):

يرى الفقه أنّ إعمال الإحالة بشأن شكل التصرفات يتعارض مع هدف قاعدة الإسناد الرامية إلى ضمان صحة التصرف، بما أنّ إعمال الإحالة فيه تفويت للاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام، وأهمها التيسير على المتعاقدين الذين قد يصعب عليهم الإلمام بأحكام قانون غير قانون الدولة التي أبرم فيها العقد.

الفرع الثالث: مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الاسناد في قانونه، وحالة

استبدال قاعدة الإسناد بأخرى تحل محلها.

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 655-656.

أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 119-121.

عندما يعرض على القاضي الوطني نزاع مشتمل على عنصر أجنبي يطرح تساؤل عن مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد في قانونه: أي هل يطبقها من تلقاء نفسه أم لابد أن يتمسك بها الخصوم (أولاً)؟ وعندما يتم استبدال قاعدة الإسناد بأخرى تحل محلها فأياً يطبق القاضي (ثانياً)؟

أولاً/ مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد في قانونه: للإجابة عن هذا الطرح ظهرت ثلاثة اتجاهات فقهية؟

1- الاتجاه الأول: ساد هذا الاتجاه في إنجلترا ويرى أنه على القاضي الوطني، تطبيق القواعد الموضوعية في كل نزاع يعرض عليه ولو اشتمل على عنصر أجنبي، وعليه يمنع هذا الاتجاه القاضي الإنجليزي من تطبيق قواعد الإسناد في قانونه من تلقاء نفسه ولا يطبق قواعد الإسناد إلا إذا تمسك بها الخصوم (القانون الأجنبي)، ويشترط كذلك أن يثبت الخصوم اختلاف مضمون القانون الأجنبي مع مضمون أحكام القانون الإنجليزي.

2- الاتجاه الثاني: ساد هذا الاتجاه في ألمانيا، ويرى أنه على القاضي تطبيق قاعدة الإسناد في قانونه من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك بها الخصوم.

3- الاتجاه الثالث: ساد هذا الاتجاه في فرنسا، ويرى إعطاء القاضي حرية تطبيق قواعد الإسناد في قانونه من تلقاء نفسه، فجاء في حكم المحكمة النقض الفرنسية في 02/03/1960م، "يسوغ للقضاة الموضوع البحث عن القانون الأجنبي ولو لم يطلب الخصوم تطبيقه"، وتعرض هذا الاتجاه للنقد بالقول أنه يؤدي إلى اختلاف الحل من قانون لآخر ومثاله: فالقاضي الذي يشجع الطلاق قد يعمل قاعدة إسناد تشير إلى اختصاص قانون أجنبي يقبل الطلاق بالإرادة المنفردة، والقاضي المعادي له قد لا يعمل هذه القاعدة.

وقد كان القضاء الفرنسي قبل ذلك لا يعتبر القاضي ملتزماً بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه إلا إذا تمسك الخصوم بها.

ويرى الفقه الحديث أن عدم افتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي لا ينفي التزامه القانوني بالبحث عن مضمون هذا القانون، لأن التزامه في هذا الأمر تمليه القواعد العامة

في قانون الإجراءات والتي تقضي بأن يطبق القاضي قواعد القانون على الدعوى المعروضة دون الحاجة إلى تمسك الخصوم بأحكامه أو الكشف عن مضمونه، كما لا يرى الفقه مانعاً من معاونة الخصوم للقاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي¹.

ثانياً/ استبدال قاعدة الإسناد بأخرى محلها:

عند استبدال المشرع قاعدة إسناد بأخرى محلها يكون عندنا قاعدتان للإسناد الأولى قديمة والثانية جديدة (تنازع زمني)، وقد نلقى هذا الاستبدال في قانون القاضي أو في القانون الأجنبي.

1- استبدال قاعدة الإسناد بأخرى في قانون القاضي: عند ما يقوم المشرع في دولة القاضي باستبدال قاعدة اسناد بأخرى محلها فأيهما يطبق القاضي، ويحدث هذا عندما يعرض نزاع على القاضي بعد التعديل لكن الوقائع تكون في خضم القانون القديم، وإزاء هاته المسألة اختلف الفقه.

أ) الاتجاه الأول: يقول أنه يطبق القانون الجديد وانقسم هذا الاتجاه كذلك إلى رأيين:

أ- (1) الرأي الأول: يطبق القانون الجديد بصفة فورية ودون النظر إلى تاريخ الوقائع محل النزاع.

أ- (2) الرأي الثاني: يرى أصحاب الرأي الثاني وجوب تطبيق القانون الجديد، باستثناء ما يتعلق بتحديد طبيعة محل النزاع وتكييفه، حيث يتم في هذه المسألة تطبيق قاعدة الإسناد القديمة. ويستند هذا الاتجاه إلى أن العلاقة القانونية محل النزاع لا ترتبط بدولة القاضي، وإنما تخضع للقانون المختص بحكمها وفقاً لقاعدة الإسناد التي كانت سارية وقت نشوء تلك العلاقة.

¹ راجع: أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 122-125.

- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 2106.

- سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 708-709.

الاتجاه الثاني: يرى تطبيق القانون الانتقالي الداخلي، ويرى هذا الاتجاه وهو الغالب تطبيق أحكام القانون الانتقالي على التنازع الزمني لقواعد الإسناد، فإذا كان القانون الانتقالي الداخلي يخضع الزواج أو العقد للقانون الساري المفعول في تاريخ معين فلا يوجد ما يمنع من شمول هذا القانون لقواعد التنازع المتعلقة بالزواج أو العقود¹

2- استبدال قاعدة الإسناد بأخرى في القانون الأجنبي: قد يستبدل القانون الأجنبي المختص وفقًا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي بقاعدة إسناد أخرى، فيكون أمام قاعدتان للإسناد فأيهما يطبق القاضي؟ (هذا النزاع لا يثار إلا إذا كانت دولة القاضي، تأخذ الإحالة).

ويرى الفقه هنا أنّ الأمر يتعلق بأهمية الإحالة، فإذا كان ينظر إليها أنّها وسيلة للتنسيق بين مختلف الأنظمة؛ فحل هذا التنازع يجب البحث عليه في أحكام القانون الانتقالي الأجنبي المتعلق بالتنازع من حيث الزمان للقوانين.

أما إذا كان الغرض من الإحالة أنّها مجرد وسيلة لتحقيق نتيجة معينة؛ مثلاً: صحة العقد، فالقانون الانتقالي لا يفرض نفسه بنفس القوة، وللقاضي الخيار بين القاعدتين حسب هدف قاعدة الإسناد في قانونه².

¹ راجع: أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 126-129.

² المرجع نفسه، ص 130.

الفصل الثالث:

القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية.

الفصل الثالث: القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال

الشخصية.

نظرا لتعدد المسائل والعلاقات القانونية، ونظرا لصعوبة جعل قاعدة إسناد خاصة لكل مسألة منها، فقد عمد المشرع إلى جمع كل المسائل القانونية المتقاربة في مجموعة معينة وسماها فئة الإسناد، وربط كل فئة منها بقانون مسند إليه عن طريق ضابط خاص بها هو ضابط الإسناد كما أسلفنا¹.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أنه وضع خمس فئات للإسناد وهي: فئة الأحوال الشخصية، وفئة الأموال، فئة الالتزامات التعاقدية، وفئة الالتزامات غير التعاقدية، وفئة شكل التصرفات القانونية، والتي تعيننا في هذه الدراسة هي فئة الأحوال الشخصية.

¹ -سبق شرح كل هذا بالتفصيل.

المبحث الأول: المقصود بالأحوال الشخصية وضابط الإسناد الذي يحكم

مسائلها.

تشير الأحوال الشخصية إلى مجموعة المسائل القانونية التي تتعلق بشخص الإنسان من لحظة ولادته حتى وفاته، والتي تُعنى بتحديد حالته القانونية وذمته المالية؛ فكل فرد يتمتع بشخصية قانونية تميزه، وتلازمه صفات وأوضاع قانونية ثابتة تُعرف بالأحوال الشخصية.

وقد اختلفت النظم القانونية المقارنة في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية؛ ففي حين أخذت معظم الدول العربية بقاعدة إخضاع هذه المسائل لقانون جنسية الفرد، فإن عددًا من الدول الأوروبية اختارت اعتماد قانون الموطن كمعيار مرجعي، كما ثار خلاف حول تحديد النطاق الدقيق للمسائل التي تُعد من قبيل الأحوال الشخصية.

بناءً عليه، سنتناول في (المطلب الأول) تعريف الأحوال الشخصية وبيان مضمونها، ثم ننتقل في (المطلب الثاني) إلى مناقشة المفاضلة بين ضابط الجنسية وضابط الموطن كمعيارين لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل.

المطلب الأول: المقصود بالأحوال الشخصية.

الفرع الأول: تعريف وموضوعات الأحوال الشخصية.

من المعلوم أن لكل إنسان مجموعة من الصفات والروابط القانونية الملازمة له منذ ميلاده وحتى وفاته، تُعرف بالأحوال الشخصية. وتشمل هذه الأحوال حالته المدنية وأهليته، وما قد يطرأ عليها من عوارض أو موانع، إضافة إلى الروابط الأسرية التي تنشأ عن الزواج وما يترتب عليها من علاقات بين الزوجين والأبناء والأقارب. كما تمتد لتشمل الآثار القانونية المترتبة على الوفاة، كانتقال التركة عن طريق الإرث أو الوصية، فضلاً عن التصرفات التي ترد على الأموال أثناء حياة الشخص، كالهبات والأوقاف.

ويتولى كل من القانون المدني وقانون الأسرة تنظيم هذه المسائل والأحكام، ورغم أن المشرع لم يضع تعريفاً جامعاً مانعاً للأحوال الشخصية، إلا أنه يمكن استنباط مفهومها من خلال الموضوعات التي نظمها قانون الأسرة والأحكام التي تناولها. وعليه، يمكن القول بأن المقصود بالأحوال الشخصية هو: المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم والمتعلقة بتكوين عائلتهم من الخطبة إلى الزواج إلى حقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة، ونظام الأموال بينهما وحتى المتعلقة بالفرقة بينهما من طلاق أو تطليق أو خلع والمتعلقة كذلك بالآثار المترتبة عن هذا الزواج من نسب ونفقة وقراة وميراث، وحتى المتعلقة بعقود التبرع من وصية وهبة ووقف¹.

الفرع الثاني: موضوعات الأحوال الشخصية في القانون الجزائري.

وممّا تجدر الإشارة إليه أن هاته الموضوعات في الدول العربية تكاد تكون متشابهة لأنها مستمدة من الشريعة الإسلامية. وعن المشرع الجزائري فقد تناول مسائل الأحوال الشخصية في قانون الأسرة²، وهو مكون من 224 مادة موزعة على أربعة كتب فتناول في: الكتاب الأول: مسائل الزواج وانحلاله. الكتاب الثاني: النيابة الشرعية. الكتاب الثالث: الميراث. الكتاب الرابع: التبرعات.

¹ - ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 70.

² - قانون رقم 84-11 المؤرخ في رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05، المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ، الموافق ل 27 فيفري 2005 م، الجريدة الرسمية، 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005، والمرافق بالقانون رقم 09-05 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 هـ، الموافق ل 04 ماي 2005، ج ر، 43، المؤرخة في 22 يونيو 2005.

المطلب الثاني: المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن،

والصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية.

الفرع الأول: المفاضلة من قانون الجنسية وقانون الموطن.

لقد اختلفت الدول في تحديد القانون الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية، فبينما ذهبت الدول العربية إلى الاحتكام إلى القانون الوطني للشخص كالجائر، ذهبت العديد من الدول الغربية إلى الاحتكام إلى قانون الموطن، والأمر ذاته بالنسبة إلى الفقه الذي انتصر فيه جزء لقانون الجنسية، وآخر لقانون الموطن ولكل حجته.

أولاً/ مناصري قانون الجنسية: نادى هذا الاتجاه وعلى رأسه الفقيه "ما تشيني" في منتصف القرن 19 م إلى الأخذ بضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص، ونادى هذا الاتجاه بالأخذ بمبدأ شخصية القوانين، أي امتداد قانون الجنسية مع الشخص ليحكم جميع العلاقات القانونية الخاصة به، وحجتهم في ذلك:

1 - أن الدولة تضع قوانينها لمصلحة رعاياها، وعليه يتعين تطبيق قوانينها عليهم حتى ولو وجدوا خارج إقليمها.¹

2 - القانون الشخصي يرافق الإنسان أينما وجد كظل الشيء، وتطبيقه عليه فيه حماية للشخص واستقرار لمعاملاته ومراكزه القانونية، واحترام للحقوق المكتسبة.²

3 - يؤمن القانون الوطني الاستقرار في المعاملات ولا يثير صعوبة في تحديده؛ فإذا كان القانون الشخصي هو القانون الذي يتبع الشخص بصفة مستمرة فإن الجنسية تعتبر الأحسن إسناداً من الموطن ذلك أن الموطن يمكن تغييره بسهولة على خلاف الجنسية، كما أن التغيير المستمر للموطن من شأنه خلق صعوبات في تحديده.

4- الأسرة تهم البلد الذي ينتهي إليه الزوجان بجنسيتيهما أكثر مما تهم البلد الأجنبي الذي تكون الصدفة قد لعبت دورها في إيجادهم فيها.

¹ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 251.

² - ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 72.

5- رغبة الأفراد في اللجوء إلى قانونهم الوطني أكثر من رغبتهم في اللجوء إلى قانون الموطن أو غيره لأنَّ قانون الجنسية يعكس تقاليد وطبع المجتمع ومزاجه وأخلاقه، كما أنَّها رابطة روحية بين الفرد والدولة¹

6- سيادة الدولة هي سيادة إقليمية وشخصية تنصب على الأفراد والتابعين لها، وإخضاعهم لقانون آخر يمثل اعتداء على السيادة التشريعية لدولتهم².

ثانيًا/ مناصري قانون الموطن: يرى أنصار هذا الاتجاه وجوب الأخذ بضابط الموطن في تحديد القانون الواجب التطبيق على حالة الأشخاص، وحجتهم في ذلك.

1- يرون إخضاع الأفراد إلى قانون دولة أخرى غير قانون موطنهم فيه انتهاك لسيادة الدولة الإقليمية التي يجب أن تشمل كامل الإقليم، وكامل الأفراد المقيمين عليه.

2- من اليسر توحيد موطن الأسرة، ولكن من العسير توحيد جنسية جميع من ينتمون إليها.

3- قانون الموطن هو الواجب التطبيق عندما يكون الشخص بلا جنسية³.

4- قانون الموطن فيه مصلحة للفرد إذ يجنبهم الخضوع إلى نظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي يعيشون في ظله، فيرى "باتيفول" من مصلحة الفرد الخضوع إلى قانون المكان الذي يعيش فيه لأنه القانون الذي يعرفه ويتكيف معه غالبًا.

5- يحافظ هذا الضابط على مصلحة الدول التي تشجع الهجرة إليها لتتمكن من إدماج المهاجرين إليها.

6- توافق قانون الموطن مع قانون القاضي، فالشخص غالبًا ما يرفع دعواه في البلد الذي يعيش فيه⁴.

¹ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 203

² - جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 252.

³ - المرجع نفسه، ص 252.

⁴ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 204.

ثالثاً/الرأي الراجح: إن المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن هو أمر يتوقف على ظروف كل دولة فالدول المصدرة للسكان تجد مصلحتها في الأخذ بقانون الجنسية حتى تكفل عدم اندماج أفراد شعبها في مجتمعات الدول التي توطنوا بها، وللمحافظة على الروابط الروحية بينها وبين رعاياها في المهجر، أما الدول المستوردة للسكان فإنها تُحَدِّد الأخذ بقانون الموطن، حتى يسهل عليها تطبيق قانونها على كافة سكان إقليمها كما أن الشيء المؤكد أن الدول التي ترتبط فيها الأحوال الشخصية بالشريعة الإسلامية فإنها لا تستطيع الأخذ بقانون الموطن، فمن غير المعقول أن يطبق على مسلم في الخارج أحكام ديانة أخرى.

الفرع الثاني: الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية.

من الصعوبات التي تعترض قانون الجنسية عند تطبيقه، حالة تعدد الجنسيات أو حالة انعدام الجنسية أو حالة أن يكون للشخص جنسية دولة تتعدد فيها الشرائع تعددا إقليميا أو شخصيا.

أولاً/ حالة تعدد الجنسيات: قد يكون لشخص عدة جنسيات في وقت واحد مما يطرح مشكلة تحديد الجنسية التي يعتد بها القاضي الوطني عند تعيينه القانون الواجب التطبيق وعليه وإعمالاً للمادة 22 ق م ج فإن المشرع الجزائري ميز بين فرضين:

1- حالة تعدد الجنسيات للشخص ولكن كلها أجنبية، فحسب المادة 22/1 ق م ج¹، فإن القاضي يعمل على تطبيق الجنسية الحقيقية، وهي الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، ويستشف ذلك من ظروف الحال؛ كالإقامة في إقليم دولتها، أو اتخاذ إقليمها موطناً لممارسة جميع نشاطاته، أو يمارس فيها وظيفة عامة.

¹ -المادة 22/1 ق م ج: (معدلة) في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية..."

وحجة الفقه في هذا أن مسألة تعدد الجنسيات هي مسألة واقع وليست مسألة قانون، ومن ثم لا يرجح القاضي إحدى الجنسيات على غيرها على أساس قانوني، وإنما على أساس الواقع والاعتبارات العملية.

2- في حالة تعدد الجنسيات للشخص وكان من بينها الجنسية الجزائرية، فحسب المادة 2/22 ق م ج¹، فإنّ القاضي يطبق القانون الجزائري، وهذا الرأي أخذت به أغلب الدول العربية واتفاقية لاهاي لسنة 1930 الخاصة ببعض مسائل تنازع القوانين في المادة 3 منها².

ثانيًا/ حالة انعدام الجنسية: تعددت الآراء حول القانون الواجب التطبيق عندما يكون الشخص عديم الجنسية:

1- فيرى البعض بتطبيق القاضي لقانون الدولة التي كان الشخص يحمل جنسيتها قبل انعدام الجنسية لكن عيب هذا الرأي بالقول من الممكن أن يكون هذا الشخص عديم الجنسية منذ الولادة.

2- يرى آخرون بتطبيق قانون الدولة التي ولد فيها عديم الجنسية، لكن عيب على هذا الرأي أنّه قد تكون ولادة هذا الشخص في هذه الدولة ولادة بصفة عرضية، كما يمكن أن تكون هاته الدولة هي التي حرّمته من جنسيتها.

3- ويرى آخرون تطبيق قانون القاضي الذي ينظر في النزاع³.

4- ويرى آخرون أنّه يطبق على الشخص عديم الجنسية قانون موطنه، وإذا لم يكن له موطن يطبق عليه قانون البلد الذي فيه محل إقامته، وهذا الأخير هو الرأي الراجح والذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 3/22 ق م ج، بالقول: "في حالة انعدام الجنسية

¹ المادة 2/22 ق م ج: "...غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول..".

² أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 200-207.

³ المرجع نفسه، ص 206-208.

يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة" وهو الحل الذي اعتمدته معاهدة نيويورك المنعقدة في 28/09/1954 م، المتعلقة بمركز عديمي الجنسية، والتي صادقت عليها الجزائر في 08/06/1964 م، والتي عقدت الاختصاص لقانون الموطن.

ثالثاً/ حالة كون الشخص يحمل جنسية دولة تتعدد فيها التشريعات تعدد طائفي أو إقليمي: إعمالاً للمادة 23 ق م ج¹، فإنه إذا علم أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه.

لكن إذا لم يوجد في القانون المختص نص يبين التشريع الذي يجب تطبيقه فإنه يطبق التشريع الغالب في حالة التعدد الطائفي، مثل: مصر، سوريا، والعراق، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي، كالولايات المتحدة الأمريكية.

¹ - 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".

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية.

تعتبر كل من الحالة والأهلية من المسائل التي تتعلق بحالة الأشخاص، ولقد أخضعها المشرع الجزائري لقانون الجنسية حسب المادة 1/10 ق م ج، بالقول: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

المطلب الأول: المقصود بالحالة والقانون الواجب التطبيق عليها.

الفرع الأول: المقصود بحالة الشخص الطبيعي.

أولاً/ المقصود بالحالة: يقصد بالحالة مجموعة الصفات التي تلحق الشخص ويتحدد بها المركز القانوني له من حيث الحقوق المقررة له والواجبات المفروضة عليه¹، وتعتبر الحالة من مميزات الشخصية القانونية، وبذلك يكون للشخص حالة سياسية أو عامة وحالة عائلية وحالة دينية².

1- الحالة السياسية (العامة): يقصد بها ارتباط الشخص بالدولة وانتماؤه لها عن طريق حمل الشخص جنسية الدولة، والتي تمنح على أساس رابط الدم أو الإقليم³، وبذلك الحالة العامة ليست مجالاً لتنازع القوانين، إذ أنّ كل دولة تنفرد ببيان من هم وطنيها بموجب قانون الجنسية.

2- الحالة الدينية: الإسلام دين الدولة في الجزائر.

3- الحالة المدنية: هي حالة الشخص الطبيعي، ويقصد بها مجموع الصفات التي تحدد ذاته وتحدد مركزه من أسرته، وتشمل مجموع صفاته الطبيعية ككونه ذكراً أو أنثى راشداً أو قاصراً، أو زوجاً أو أرمل، أباً أو ابناً، سليم القوى العقلية أو مصاب بعاهة⁴. وعليه، فإن الحالة المدنية تنقسم إلى قسمين:

¹ جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 247.

² - فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، ص 68.

³ - راجع: قانون الجنسية الجزائري 70 - 86، المورخ في 1970/12/15.

⁴ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 64.

أ) الحالة المدنية للشخص المتعلقة بتحديد مركزه من أسرته؛ وهاته الحالة خصها المشرع بقواعد إسناد خاصة ضبط فيها قانون الجنسية من حيث الزمان وكذلك من حيث أطراف العلاقة.

ب) الحالة المدنية للشخص المتعلقة بحالته الفردية وهي وحدها خاضعة للحكم العام الوارد في المادة 1/10 ق م ج¹، وتضم الاسم والموطن.

ب-1) الاسم: المعروف أنّ لكل شخص اسم يعرف وينادى به ويتميز به عن غيره، والاسم يكون عادة من شقين، اسم العائلة أو اللقب، والاسم الشخصي أو الضيق²، وحسب المادة 28 ق م ج: "يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر، ولقب الشخص يلحق أولاده.

ويجب أن تكون الاسماء جزائرية، وقد يكون خلاف ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين".

وهناك أنواع أخرى للاسم يحميها القانون إذا استعملت بصفة مستمرة، وحمايتها تكون بقدرة حماية الاسم الوطني، ومن ذلك اسم الشهرة والاسم المستعار والاسم التجاري:

- اسم الشهرة: هو اشتهار الشخص باسم آخريين الناس، وهو من صنع الناس؛ أي الغير هو الذي يطلق على الشخص هذا الاسم.

- الاسم المستعار: ويطلقه الشخص على نفسه بقصد تحقيق غرض معين؛ كإخفاء شخصيته في مناسبة معينة، وقد يكون الغرض سياسياً؛ كتسمية رجال المقاومة بأسماء مستعارة لإخفاء اسمائهم الحقيقية، ويحميه القانون إذا استعمله صاحبه بصفة مستمرة.

¹ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 210.

² - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري، 1999، ص 221.

- الاسم التجاري: هو استخدام التاجر اسما يمارس تحته تجارته ويكون مميزاً لمحلته التجاري، أو عنصرا من عناصره، وهو حق مالي قابل للتصرف فيه وفقا للمادة 78 ق تجاري جزائري¹.

- الاسم العائلي (اللقب): جاء في المادة 48 ق م ج: "لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر ومن انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض، عما يكون قد لحقه من ضرر.

وعليه فالاسم العائلي يعتبر حقا وواجبا للإنسان في نفس الوقت، وعليه يجوز له المطالبة عن طريق القضاء بمنع الاعتداء على ذلك الحق أو المنازعة فيه، أو انتحاله حتى ولو لم يصبه ضرر من جراء ذلك لأنه حق له.

أما من حيث كونه واجبا، فيعني أن الشخص ملزم بحمل اسمه حتى ولو اتخذ لنفسه اسم مستعار ليشتهر به، فاسم الشهرة لا يعفيه من استعمال اسمه الحقيقي في علاقاته الرسمية، كما أن الاسم المستعار لا يعفيه من الاعتراف بالتبليغات والإخطارات القضائية التي تبلغ إليه باسمه الحقيقي، وبذلك فالاسم العائلي هو حق غير مالي أي لا يدخل في الذمة المالية للإنسان وغير قابل للتعامل إلا إذا كان اسما تجاريا في نفس الوقت، فيجوز بذلك التعامل فيه على أساس انسلاخه عن شخصية صاحبه باعتباره عنصرا تجاريا، وما عدا التجارة فلا يجوز بيع الاسم أو التنازل عنه أو الإيضاء به للغير، ولا يجوز التخلي عنه أو التحلل منه .

لكن تجدر الإشارة إلى جواز تغيير الاسم أو تعديله أو تصحيحه طبقا للنصوص والشروط المعمول بها في هذا الصدد، ومما تقدم نجد:

- عدم قابلية اللقب للتعامل لأنه ليس حقا ماليا.
- عدم خضوعه للتقادم.
- عدم خضوعه للتغيير أو التصحيح، إلا في حدود القانون وبإجراءات محددة.

¹ - فريدة محمدي زواوي، نظرية القانون، مرجع سابق، ص 64.

- الاسم الشخصي كاللقب في طبيعته القانونية إلا أنه من طبيعة فردية واللقب من طبيعة عائلية.

- الاسم المستعار ليست له صفة رسمية ولا عائلية، ولكن يجوز استعماله في مجاله¹.
ب- (2) الموطن: اختلف الفقه في تحديد الموطن وإعطاء تعريف له، ولا صعوبة في تحديد الموطن إذا كان المكان واحد بالنسبة لتواجده، لكن تثار الصعوبة في تحديد الموطن إذا تعددت الأماكن التي يتواجد فيها الشخص، إذ قد يقيم في مكان معين وتكون أمواله العقارية في مكان آخر، ويزال مهنته في مكان ثالث².
أما عن القانون الجزائري فقد أوجد للموطن عدة تقسيمات فقسم الموطن إلى موطن عام وموطن خاص:

- الموطن العام: وينقسم بدوره إلى:

* موطن عام اختياري (إرادي): وهو الموطن الذي يختاره الشخص ليقوم فيه، وسعي موطن عام لأن الشخص يباشر فيه جميع تصرفاته المدنية وكل حقوقه.

وحسب المادة 36 ق م ج: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن، ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت؛" وعليه يحدد الموطن الاختياري قانوناً على أساس الإقامة الفعلية التي تتحدد بالمكان الذي يوجد فيه سكن الشخص، وعند عدم وجود سكن يحل محله مكان الإقامة العادي، والمقصود بالإقامة الإقامة المستقرة (الاعتیاد) وليست المستمرة دون انقطاع³.

* موطن عام إلزامي: هو الموطن الذي يحدده القانون بالنسبة لبعض الأشخاص دون اعتبار لإرادتهم كالقاصر والمفقود والغائب والمحجور عليه، وحسب المادة 1/38 ق م ج:

¹ -إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 221-223.

² -فريدة محمدي زواوي، نظرية القانون، مرجع سابق، ص 90.

³ -المرجع نفسه، ص 93.

موطن القاصر والمهجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً...". وهو موطن حكيم وليس فعلي لهم.

إلى جانب الموطن العام للشخص هناك موطن خاص.

- الموطن الخاص: وهو الموطن الذي يخاطب فيه الشخص بخصوص بعض نشاطاته وأعماله وعلاقاته القانونية وهو بدوره ينقسم إلى ثلاث أنواع:

* الموطن التجاري أو الحرفي أو موطن الأعمال: وهو الموطن الذي يمارس فيه الشخص تجارته

أو حرفته، وذلك خاص بالمعاملات المتعلقة بالتجارة أو المهنة، م 37 ق م ج: "يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً خاصاً بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة".

* موطن ناقص الأهلية: المأذون له بمباشرة تصرفات قانونية معينة، فحسب المادة 2/38 ق م ج: "...غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها"، ومثاله مباشرة بعض الأعمال بنفسه كالمعلقة بإدارة أمواله وبعض التصرفات، وفيما عداها ته الأموال المأذون له قانوناً بمباشرتها، فإنه يظل قاصراً (ناقص أهلية) ويكون موطنه العام موطن من ينوب عنه قانوناً (موطن إلزامي).

* الموطن المختار: حسب المادة 39 ق م ج، فإنه: "يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين، يجب اثبات اختيار الموطن كتابة.

الموطن المختار لتنفيذ تصرف قانوني يعد موطناً بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا التصرف بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري، ما لم يشترط صراحة هذا الموطن على تصرفات معينة".

والأصل أن مسألة اختيار الوطن جوازية، لكن في بعض الحالات يلزم الشخص باختيار موطن معين بصدد عمل قانوني معين، ومثاله المادة 2/941 ق م ج: "...اسم الدائن ولقبه ومهنته وموطنه الأصلي والموطن المختار الذي يعينه في البلدة التي يقع فيها مقر

المحكمة..."، وعليه حسب النص فالموطن المختار يجب أن يكون في دائرة اختصاص المحكمة.

ثانيًا/ القانون الواجب التطبيق على الحالة:

1 - القانون الواجب التطبيق على الاسم: بما أن الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية وهو الذي يميز الشخص عن غيره، فإن القانون الواجب التطبيق عليه هو قانونه الوطني 1/10 ق م ج، ويطبق على الاسم فيما يتعلق بنظامه أو بتغييره قانون الجنسية، لكن اكتساب الاسم عن طريق الزواج يطرح مشكل بين القانون الذي يحكم آثار الزواج وبين القانون الشخصي للمعني.

2- القانون الواجب التطبيق على الموطن: بما أن الموطن من العناصر المميزة للشخصية؛ إذ به تتمكن من العثور عليه، فإنه يعد متعلقًا بحالة الشخص، وعليه فتحديده يخضع لقانون الجنسية حسب المادة 10 ق م ج، وهذا يدل على الأهمية التي يوليها المشرع للأحوال الشخصية.

الفرع الثاني: حالة الشخص الاعتباري والقانون الواجب التطبيق عليه.

أولاً/ المقصود بالأشخاص الاعتبارية المتعلقة بقواعد التنازع: تنقسم الأشخاص

الاعتبارية إلى نوعين:

1- أشخاص اعتبارية عامة: وتشمل الأشخاص الوطنية كالدولة وأجهزتها ومؤسساتها العامة، والأشخاص الدولية؛ كالمنظمات الدولية العامة والمتخصصة، وهذا النوع من الأشخاص يخرج من نطاق الدراسة.

2- أشخاص اعتبارية خاصة وتشمل الشركات والجمعيات والمؤسسات، وهي المقصودة بقواعد الإسناد؛ إذ نشاط هذا النوع من الأشخاص لم يعد يقتصر على النطاق الوطني أو الداخلي بل أصبح يمتد عبر الحدود، وهذا النشاط يثير مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على حالتها¹.

¹ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 258، 263.

ثانيًا/ القانون الواجب التطبيق على حالة الأشخاص الاعتبارية: حالة الشخص الاعتباري وكل ما يتعلق بها من تمتع هذا الشخص بالشخصية المعنوية ومن تنظيمه وتكوينه وإرادته وتصرفاته، أي تتمثل في تلك المسائل القانونية التي تتعلق بتأسيسه وكيفية الاعتراف له بالشخصية المعنوية وكيفية انحلاله وغيرها.

ومن المادة 10 / 3 / 4 ق م ج¹، نجد أن المشرع اعتمد معيار الإدارة الرئيسي، أي أنّ القاضي يطبق قانون البلد الذي يوجد فيه المقر الرئيسي للشخص الاعتباري الخاص، وعادة ما يكون المكان الذي يعقد فيه هذا الشخص اجتماعاته ويبرم عقودها.

والملاحظ أنّ النص السابق قبل التعديل قد خلا من هذا الحكم الذي جاء استجابة لما دعت إليه الضرورة خاصة لتشجيع وتطور الاستثمار وكثرة الشركات الأجنبية والتي يكون في الغالب مركزها ببلدانها، وإخضاع حالتها إلى قانون الدولة التي تنتمي إليها فيه تشجيع وتيسير لعملها، وعليه فيُعمل نص المادة سواء الدولة مقرها الرئيسي بدولة القاضي أو دولة أجنبية وهو الرأي الذي أخذت به جل الدول المصدرة للشركات إذ تخضع حالتها لقانون مركز الإدارة لأنه يتوافق ومصالحها.

أما إذا مارست هاته الشركات نشاطا في الجزائر فإنّ القانون الواجب التطبيق عليها هو القانون الجزائري المادة 4/10 ق م ج، وهنا غلب المشرع معيار النشاط على معيار الإدارة الرئيسي².

¹ -المادة 4/3/10 ق م ج: "أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة تي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي.

غير أنه، إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".

² -عمارة عمارة، مرجع سابق، ص 35.

-علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 64-65.

المطلب الثاني: الأهلية والقانون الواجب التطبيق عليها وحماية

عديمي وناقصي الأهلية.

تشير مسألة الأهلية في القانون الدولي الخاص العديد من المشكلات، إذ قد يتمتع شخص بحق في بلده ويوجد نفسه محروما منه في بلد آخر، ومن يتمتع بالأهلية في دولته التي ينتمي إليها بجنسيته أو يتوطن بها قد لا يكون قادرا على مباشرة بعض التصرفات في دولة أخرى، وعليه لابد من معرفة المقصود بالأهلية والقانون الذي يحكمها.

الفرع الأول: المقصود بالأهلية والقانون الواجب التطبيق عليها.

أولاً/ المقصود بالأهلية: تعد الأهلية من الخصائص المميزة للإنسان، حيث يتوقف عليها تحديد مدى ما يمكن أن يتمتع به الشخص من حقوق ومدى ما يمكن أن يلتزم به من واجبات، والأهلية نوعان:

1- أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وتثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته وإلى حين وفاته.

وحتى الجنين تقررت له أهلية وجوب لكنها ناقصة، واكتساب الحقوق عند هذا الأخير؛ مثل: الإرث والوصية والهبة يقبلها عنه وليه، أما الالتزامات فالقاعدة أنه لا يجوز تحمل الجنين أي التزامات، لكن تقرر له استثناءً إذ تجب عليه الالتزامات التي تقتضيها إدارة أمواله.

2- أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه بنفسه والالتزام بنفسه؛ فهي صلاحية الشخص لإعمال إرادته ومباشرة تصرفاته إعمالاً من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي يريده.

ومناطق أهلية الأداء هو التمييز - ببلوغ سن معين - والإدراك وهو سلامة العقل وحرية الإرادة - أي التصرف دون إكراه مادي أو معنوي¹، وتمرأهلية الأداء بعدة مراحل كما أنها تتأثر بحالة الشخص الصحي:

(أ) مرحلة انعدام الأهلية: تبدأ هاته المرحلة من الميلاد وتنتهي ببلوغ سن التمييز (13 سنة) فتكون له هنا أهلية وجوب ولا تكون له أهلية أداء، لانعدام الإدراك والتمييز لديه، وهنا لا يكون أهلاً لمباشرة أي تصرف حتى ولو كان نافعا له نفعاً محضاً، حسب المادة 42 ق م ج : (معدلة) لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

(ب) مرحلة نقص الأهلية: جاء في المادة 43 ق م ج : (معدلة) كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون"، ولناقص الأهلية هنا مباشرة التصرفات النافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية، وبالمقابل يمنع عليه مباشرة التصرفات الضارة له ضرراً محضاً كهبه أمواله، وتقع هاته التصرفات باطلة حتى ولو أجازها الولي. أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر قد تكون قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية.

وحسب المادة 100 ق م ج : "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون الإخلال بحقوق الغير"، وجاء في المادة 101 ق م ج " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية في اليوم الذي يزول فيه هذا السبب.."

¹ - فريدة محمدي، مرجع سابق، ص 75-76.

- اسحاق ابراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري، 1999، ص 227 - 228.

ت) مرحلة كمال الأهلية: جاء في المادة 40 ق م ج: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة." وهنا يعتبر كامل الأهلية وله مباشرة جميع التصرفات القانونية ما لم يوجد عارض¹، أو مانع² يحول دون ذلك. وما تجدر الإشارة إليه هو وجود أهلية أداء عامة وأهلية أداء خاصة: *أهلية الأداء العامة: المقصود بها الأهلية التي مناطها القدرة على التعبير عن الإرادة ومباشرة التصرفات والأعمال القانونية التي تحتاج الإرادة في نشأتها وترتيب آثارها. وتخرج من نطاقها الأعمال المادية لأنها لا تحتاج لا إلى وجود الإرادة مطلقاً، والقانون هو الذي يرتب عليها الآثار القانونية المناسبة لها حتى ولو لم يرد الشخص ترتيب تلك الآثار فمتركب الفعل الضار ملزم بتعويض الضرر بغض النظر عن الإرادة وهل صدر عن عمد أو لا.

*أهلية الأداء الخاصة: فهي ترتبط بأشخاص معينين تدخل القانون بمنعهم من مباشرة بعض التصرفات القانونية رغم تمام رشدهم، ومثاله المادة 402 ق م ج³، التي

¹ عوارض الأهلية: عند ما يكون الشخص بالغ سن الرشد ولكن لا يتمتع بقواه العقلية كالجنون والعتة والسفه والغفلة، وغيرها، ولكل حال حكمها.

² موانع الأهلية: عندما يكون الشخص كامل الأهلية لكن يوجد مانع أو ظرف يحول دون مباشرة تصرفاته القانونية، وقد تكون موانع مادية (الغيبية)، أو موانع قانونية (كالحكم بعقوبة جنائية أو شرفا فلاس)، أو مانع طبيعى (كاجتماع عاهتين في الشخص)، راجع: - المعمرى إيمان، عوارض الأهلية وأثرها في عقود التبرعات على ضوء قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الشهيد حمه لخضر، ولاية الوادي، 2021.

- بشير محمد، عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة، مجلة صوت القانون، المجلد 5، العدد 2، 2018، ص 71-95.

- سلامي ساعد، مراحل الأهلية وأثر عوارضها على صحة التصرفات في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 6، العدد 2، 2021، ص 239-253.

³ - المادة 402 ق م ج: "لا يجوز للقضاة، ولا للمدافعين القضائيين، ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها والا كان البيع باطلاً.

تمنع القضاة والمدافعين الفضائيين والمحامين والموثقين وكتاب الضبط من شراء بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها

وجاء في المادة 408 ق م ج: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقربه باقي الورثة..".

ثانياً/ القانون الواجب التطبيق على الأهلية والاستثناء الوارد على خضوع الأهلية لقانون الجنسية:

1- القانون الواجب التطبيق على الأهلية: جاء في المادة 10 ق م ج: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

عرفنا أنّ الأهلية أنواع متعددة، فما هي الأهلية المقصودة بنص المادة 10 ق م ج؟ المتفق عليه هو أنّ أهلية الأداء العامة فقط هي التي تخضع لقانون جنسية الشخص، ذلك أنّ مناطها التمييز، فيتكفل قانون الجنسية بتحديد تدرج الأهلية حسب السن (عديم أو ناقص أو كامل الأهلية) وهو الذي يحدد لنا حكم التصرفات التي يقوم بها ناقص الأهلية، ويبين لنا عوارض الأهلية¹.

أما أهلية الوجوب، فهي تخرج من نطاق المادة 10 ق م ج، ومن ذلك أنّها تكون دائماً متعلقة بحق معين هل يمكن أن يتمتع به الشخص أم لا، فهي تخضع للقانون المختص بحكم هذا الحق فحق الشخص في الإرث يخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم الميراث، وحق الشخص في الزواج من امرأة ثانية يخضع لقانونه الشخصي.

- أما عن أهلية الأداء الخاصة، فقد أخضعها الفقه للقانون الذي يحكم التصرف القانوني ذاته، ذلك أنّ مناطها ليس التمييز، وإنّما اعتبارات أخرى لحماية مصلحة الغير أو مصلحة اجتماعية، إذ أنّ الغرض منها ليس حماية الشخص نفسه بل حماية شخص

¹ راجع:- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 360 – 361.

آخر غيره وعليه فلا تخضع لقانون الجنسية وإنما تخضع للقانون الذي يحكم التصرف القانوني ذاته¹.

2- الاستثناءات الواردة على خضوع الأهلية لقانون الجنسية:

أ) الاستثناءات وشروط إعمالها: إذا كان الأصل في القانون الجزائري طبقا للمادة 1/10 ق م ج، هو خضوع الأهلية لقانون الجنسية؛ فإنّ هذا النص أوجد استثناء في ذات المادة الفقرة الثانية: "... 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، فإنّ هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة.." وحسب هذا النص فإن الاستثناء هو خضوع الأهلية لقانون القاضي وذلك بتوفر شروط معينة:

- أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي يدخل في نطاق التصرفات المالية، فإذا كان يدخل في نطاق الأحوال الشخصية، فلا يطبق هذا النص الاستثنائي.
- أن يتم هذا التصرف في الجزائر وينتج آثاره فيها أي التصرفين معا في الجزائر.
- أن يكون الأجنبي صاحب التصرف كامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري وإن كان ناقصها طبقا لقانون جنسيته؛ فلو كان ناقص الأهلية في القانون الجزائري أيضا فلا يسري حكم هذا النص.

- أن يكون نقص أهلية الأجنبي طبقا لقانون جنسيته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف المتعاقد معه تبينه، فلو كان سبب نقص الأهلية ظاهرا كما لو كان الأجنبي صغيرا أو مجنون فلا يُعمل بهذا النص.

وقد يعترض على هذا الشرط بقاعدة لا عذر بجهل القانون، لكن يرد على هذا الاعتراض بالقول أنّ هذه القاعدة تقتصر على الجهل بالقانون الوطني، إذ الجهل بالقانون الأجنبي عذر مقبول.

¹ - أعراب بلقاسم مرجع سابق، ص 216- 218.

- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 360 - 363.

ولقد اختلف الفقه حول ما إذا كان هذا الحكم الاستثنائي موضوعاً لحماية الأشخاص الوطنيين فقط أو هو موضوع لحماية المصلحة الوطنية بصرف النظر عن جنسية المتعاقد فالأخذ بالرأي الأول يستلزم إضافة شرط خامس، وهو أن يكون المتعاقد مع الأجنبي جزائرياً وظاهر النص يوحي بذلك عند قوله: "... إذا كان أحد الطرفين أجنبياً.."، فبمفهوم المخالفة أن الطرف الآخر يجب أن يكون وطنياً، وهو ما يؤيده القانون والفقه المصري والفرنسي، ولو تم الأخذ بالفرض الثاني، وهو أن الاستثناء موضوع لحماية المصلحة الوطنية فلا محل لاشتراط الشرط الخامس¹.

(ب) الأصل التاريخي لإعمال هذا الاستثناء: أشهر قضية أثير فيها هذا الاستثناء هي قضية "ليزاردى lizardi" وتتمحور وقائعها في أن شاباً مكسيكياً في الثالثة والعشرين من عمره يسمى "ليزاردى" اشترى بعض المجوهرات من تاجر فرنسي وحرر لقاء ثمنها عدة سندات، ولما حل أجل الوفاء بها امتنع عن الوفاء، فزُفعت دعوى ضده، لكنه دفع ببطلان السندات التي حررها لنقص أهليته وفقاً لقانون جنسيته الذي يحدد سن الرشد بخمس وعشرين سنة، فجاء الحكم لغير صالحه وألزمه بدفع قيمة السندات، وأيدت محكمة النقض هذا الحكم على أساس أن الشخص لا يفترض فيه العلم بكافة قوانين العالم ويكفيه أنه تعاقد بحسن نية.

واختلف الفقه في أساس هذا الاستثناء الذي يقضي باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي: - فبني البعض منه هذا الأساس على المصلحة الوطنية، فمتى كان القانون الأجنبي يضر بمصالح المتعاقد الوطني ينبغي الامتناع عن تطبيقه، لكن عيب هذا التبرير بأنه يفرق بين الوطني والأجنبي، وذلك يتناقض مع حكمة التشريع إذ أن قواعد القانون الدولي الخاص موضوعة لحماية مصالح الوطني والأجنبي دون تمييز، وفي العمل بهذا التبرير مدعاة لتجاهل القانون الأجنبي في كثير من الفروض بدعوى حماية المصلحة الوطنية².

¹ راجع:- علي علي سليمان. مرجع سابق، ص 65-67.

- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 221.

² - المرجع نفسه، ص 219.

- ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 85.

- وبرر البعض هذا الاستثناء بفكرة النظام العام، نقد: فكرة النظام العام تكون فقط في الحالة التي يتعارض فيها القانون الأجنبي مع القيم الجوهرية في دولة القاضي، واختلاف سن الرشد لا يعد من قبيل النظام العام.

- وبني البعض هذا الاستثناء على فكرة الإثراء بلا سبب، فالمتعاقد الأجنبي الذي يتمسك بنقص أهليته لإبطال العقد الذي أبرمه يعتبر قد أثري على حساب الوطني، مما يبرر إخضاع النزاع بينهما لقانون المحل الذي وقع فيه الفعل مصدر الثراء وهو القانون الفرنسي¹.

ما يمكن قوله أنّ العذر يجهل القانون يكفي كأساس لهذا الاستثناء الذي يقضي باستبعاد القانون الأجنبي.

الفرع الثاني: حماية عديمي الأهلية وناقصيها.

يعد نقص الأهلية سبباً لاتخاذ بعض التدابير اللازمة لحمايته، والأكد أن أجدر القوانين لحكم وتنظيم هاته التدابير هو قانون الشخص المراد حمايته، وعليه ندرس في هذا الفرع قاعدة الإسناد التي أخضع لها المشرع الجزائري نظم حماية ناقصي الأهلية (أولاً) ونطاق تطبيق هذا القانون (ثانياً).

أولاً / قاعدة الإسناد الخاصة بنظم حماية عديمي وناقصي الأهلية: إن المراد بعديمي وناقصي الأهلية هنا هو الإنسان منذ ولادته وحتى سن التاسعة عشرة المادة 40 ق م ج، وكذا الإنسان الكامل الأهلية لكن اعتراه عارض أو مانع عاب أهليته، فهؤلاء الأشخاص يحتاجون مساعدة وحماية شخص آخر في أنفسهم ومالهم، كالولي والوصي والقيم والمصقي وغيرهم².

وعليه نجد في مختلف التشريعات أنظمة قانونية خاصة ينط بها حماية هؤلاء ومنها المشرع الجزائري فجاء في المادة 15 ق م ج: " (معدلة) يسري على الشروط الموضوعية

¹ -أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 220.

- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 67-68.

² - ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص 82.

الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديهي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته..".

ولقد تساءل الفقه على نطاق الولاية هل يقصد بها الولاية على المال والنفس أم على المال فقط. يرى الفقه الراجح أن الولاية المقصودة هنا في الولاية على المال دون الولاية على النفس وحجتهم في ذلك:

- أن المشرع عبر عن الولاية في الترجمة الفرنسية لنص المادة 15 ق م ج، من القانون الفرنسي (Administration legales)؛ أي الولاية على المال، ولم يعبر عنها بالاصطلاح العام الذي يشمل الولاية على النفس والمال مع (puissance paternelle).

- ورود مصطلح الولاية في نص واحد مع النظم الخاصة بحماية عديهي الأهلية أو ناقصيها في أموالهم¹.

وهو الرأي الغالب، أي أنّ الولاية المقصودة في المادة هي الولاية على المال لا النفس وتخضع لقانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته سواء كان ناقص أو عديم الأهلية مفضلاً إياه على قانون من يتولى الحماية من ولي أو وصي أو قيم، ويرجع السبب في ذلك إلى أنّ هذه النظم إنّما تقررت لحماية غير كاملي الأهلية وسد عجزهم عن مباشرة التصرفات القانونية.

أما عن الولاية على النفس فلتعلقها بالتنظيم العائلي إذ تشمل التربية والتهديب والرعاية... فهي تخضع لقانون آخر غير القانون الشخصي لعديم أو ناقص الأهلية؛ كأن تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج².

وعليه نخلص إلى أن قانون عديهي أو ناقصي الأهلية هو الذي يحكم الأمور الموضوعية التي تخص الوصاية أو القوامة، فمن غير المعقول أن يكلف شخص بالولاية على مال الغير وتكون الأحكام بصورة مخالفة للقانون الشخصي للقاصر أو المفقود أو الغائب أو المعتوه.. وغيرهم.

¹ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 225.

² - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 386.

ثانيًا/ نطاق تطبيق القانون الذي يحكم نظام حماية عديمي وناقصي الأهلية: إعمالاً للمادة 15 ق م ج، فإنه يخضع لقانون جنسية الشخص الواجب حمايته جميع المسائل الموضوعية الخاصة بالنظم المقررة لحماية عديمي وناقصي الأهلية، فقانون الشخص الواجب حمايته هو الذي يبين لنا طبيعة نظام الحماية أي هل هو نظام الولاية الشرعية أو الوصاية أو القوامة وغيرهم، كما يبين لنا هذا القانون من تثبت له الحماية، وما هي حدود سلطة كل منهم كما يبين لنا هذا القانون حكم التصرفات التي يقوم بها من يقومون بالحماية، ومتى تنقضي الولاية ومهمة الوصي والقيم ويحدد أجورهم.

أما المسائل المتعلقة بالإجراءات والاختصاص الخاصة بحماية عديمي وناقصي الأهلية فهي تخضع لقانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات إعمالاً للمادة 21 مكرر ق م ج: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

وتجدر الإشارة إلى أنّ خضوع المسائل الموضوعية المتعلقة بحماية عديمي الأهلية أو ناقصيها لقانون جنسيتهم ينبغي أن لا يترتب عليه مساس بنطاق تطبيق قانون موقع المال الذي يحكم مسائل الحيازة والحقوق العينية؛ فإذا قرر قانون جنسية القاصر هنا قانونيا للقاصر على أموال الوصي لضمان ما يثبت للقاصر في ذمة الوصي؛ فإنّ هذا الحق لا يسري بالنسبة للأموال التي توجد في مصر أو في أية دولة أخرى لا يعترف قانونها به¹.

وإعمالاً للمادة 15 / 2 ق م ج²، فإن القانون الجزائري هو الذي سيطبق إذا تعلق الأمر بالتدابير المستعجلة وكان القاصر أو عديم الأهلية والغائب موجوداً في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير أو تعلق بأموالهم الموجودة في الجزائر.

¹ - المرجع نفسه، ص 387-389.

- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 226.

² راجع نص المادة 15/2 ق م ج.

الفصل الرابع: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره.

الفصل الرابع: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج

وآثاره.

الزواج نظام إلهي شرعه الله تعالى لتحقيق الخير للإنسانية وخدمة المجتمع البشري، إذ من خلاله يُحفظ النوع الإنساني وتتحقق مقاصد الفطرة السليمة، وقد اقتضت الحكمة الإلهية والإرادة الربانية إلى جانب الطبيعة البشرية أن يجتمع الرجل والمرأة ضمن إطار من الحقوق والواجبات المتبادلة. ولأهمية هذا النظام جاءت الآيات القرآنية موضحة له والأحاديث النبوية مؤكدة مكانته ودوره في بناء المجتمع.

فيقول تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ﴾¹، ويقول: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ﴾²، ويقول تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾³.

وغيرها من الآيات في هذا الباب، ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أربع من سنن المرسلين: الحياء، والتعطر، والسواك، والنيكاح"⁴، ويقول الشيخ محمد أبو زهرة هنا: "الزواج مظهر من مظاهر الرقي الإنساني، وهواحة النفس الفاضلة ومستقرها وأمنها وسكنها، وهو تكاليف اجتماعية فمن أحجم عنه فقد فر من الواجبات الاجتماعية، ونزل إلى أدنى درجات الحيوان"⁵.

¹ -سورة البقرة، الآية رقم 187.

² -سورة النحل، الآية رقم 72.

³ -سورة الروم الآية رقم 21.

⁴ -الترمذي، محمد بن عيسى. سنن الترمذي. تحقيق: بشار عواد معروف، كتاب النكاح، باب ما جاء في فضل التزويج والحث عليه، حديث رقم: 1080، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998م، ج 3، ص 39.

⁵ -أحمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية 1957، ص22.

وجاء في المادة 4 ق م ج: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

لكن ما تجدر الإشارة إليه هو اختلاف مفهوم الزواج باختلاف الدول؛ فبينما يعده البعض رابطة مؤبدة يراه آخرون غير ذلك، ومنها ما يبيح التعدد كالدول الإسلامية ومنها من يمنعه كالدول الغربية.

كما يظهر الاختلاف في طريقة انعقاده؛ فبينما يراه البعض نظاما مدنيا، يراه آخرون نظاما دينيا، ونرى هذا الاختلاف حتى في آثاره، فبينما تُرتَّب بعض الدول عليه آثار شخصية ومالية فإن دول أخرى لا ترتب عليه سوى الآثار الشخصية.

ويظهر الاختلاف حتى في انحلال هذه الرابطة وكيفية؛ هل هي رابطة مؤبدة أو قابلة للانحلال، وهل يتم باتفاق الزوجين، أو بالإرادة المنفردة وغيرها.

كل هاته الأمور وغيرها تجعل الزواج بلا خلاف أهم موضوعات تنازع القوانين، ذلك أنه يتأثر بالاعتبارات الدينية والتاريخية والحضارية والأخلاقية والاقتصادية.

ولأن الزواج من أهم الروابط القانونية التي تحدد مركز الشخص من أسرته، فقد حرص المشرع على تنظيمه بقواعد إسناد خاصة تمس مختلف جوانب العلاقة الزوجية من نشأتها وحتى انتهائها، وعليه جعل لانعقاد الزواج قاعدة إسناد خاصة به ولآثاره أخرى، ولانقضاء الرابطة الزوجية قاعدة أخرى، ولكل ما تقدم نقسم الدراسة هنا إلى:

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على الخطبة وآثارها.

المبحث الثاني: انعقاد الزواج وآثاره والقانون الواجب التطبيق عليهما.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على الخطبة وآثارها.

يعد الزواج المختلط أحد الروابط التي تتلاقى فيها الحضارات وتتصادم، كما أنه يعد مجالاً خصباً لتنازع القوانين أمام حركة الأموال والأشخاص التي يعرفها المجتمع الدولي المعاصر، والمعلوم أن الزواج لا يتم دفعة واحدة بل هناك مرحلة استباقية تعرف بالخطبة يليها الزواج وما يترتب عليه من آثار، وعليه ندرس ذلك تباعاً.

المطلب الأول: الخطبة والقانون الواجب التطبيق عليها.

الفرع الأول: المقصود بالخطبة.

الخطبة بكسر الخاء، هي التماس الزواج من امرأة معينة منها أو من ولها، أو هي طلب الرجل الزواج من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، وذلك بأن يتقدم إليها مباشرة أو إلى أهلها أو عن طريق أجنب ليبيعهم للتفاوض أو التفاهم في أمر العقد والمطالب الخاصة بهذا الشاب، فإذا أجيب طلبه تمت الخطبة بينهما¹.

وجاء في المادة 5 من قانون أسرة جزائري 05-02: الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة..، وجاء في المادة 6 منه: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجاً غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجاً متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون"².

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطب الزواج الطلاق الميراث

الوصية، د م ج ج، بن عكنون الجزائر، 2022، ج 1، ص 44.

² المادة 9 مكرر : (جديدة) يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج،

-الصدّاق،

-الولي،

-شاهدان،

-انعدام الموانع الشرعية للزواج".

ومن النص يتّضح أنّ الخطبة مجرّد وعد بالزواج وليست زواجًا، ولكل من الطرفين حق العدول عنها.

وتظهر أهمية الخطبة في كونها وسيلة للتعارف عن طريق البحث والتحري التي يقوم بها كل واحد منهما إزاء الآخر، تجنباً لعنصر المفاجأة الذي قد يطرأ على العلاقة، إذ بها يعرف كل طرف على الآخر ما يبدو من خلقه وسلوكه ومظهره¹، وغيرها من الأمور التي تجعل كل طرف يرغب في الاقتران بالآخر.

لكن قد يحدث أن تتم الخطبة بين طرفين ينتميان إلى أنظمة قانونية مختلفة مما يدخل العلاقة في بعد القانون الدولي الخاص، وإذا نشأت بينها مشاكل نكون أمام مسألة تنازع قوانين وتطرح فكرة القانون الواجب التطبيق على الخطبة.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الخطبة.

لم يتعرض المشرع الجزائري لبيان القانون الواجب التطبيق على الخطبة، لكن الأكيد عندنا أنها تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، والراجح في الأقوال هو قياس مسائل الخطبة على مسائل الزواج فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها ذلك أنّها تؤوّل في النهاية إلى إبرام الزواج، وللخطبة شروط موضوعية وأخرى شكلية كما أن لها آثار، وتحديد ما يعد من الشروط الشكلية أو الموضوعية للخطبة هو مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي، وعليه، سندرس القانون الواجب التطبيق على المسائل المختلفة للخطبة. أولاً/ القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للخطبة: تخضع الشروط الموضوعية للخطبة؛ كتحديد المحرمات من الخطبة بسبب المصاهرة أو الرضاع، وعدم جواز خطبة مخطوبة الغير أو معتدته ومسألة التراخي في الخطبة، لقانون جنسية طرفي العلاقة (الخطاب والمخطوبة) قياساً على القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية في الزواج.

¹ راجع العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1، د م ج، 2016، ص13-17.

ويطبق قانون الجنسية هنا تطبيقاً موزعاً عدا موانع الزواج فيطبق عليها قانون الجنسية تطبيقاً جامعاً¹.

ثانياً/ القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للخطبة: يقصد بالشروط الشكلية للخطبة، إجراءاتها وصيغتها، فتخضع للقانون الذي يحكم شكل التصرفات بوجه عام إعمالاً للمادة 19 ق م ج: (قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005): "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"، وعليه تكون الخطبة صحيحة شكلاً، إذا تمت في الشكل المقرر في بلد وقوعها أو إذا تمت وفقاً لقانون جنسيتها المشتركة أو وفقاً لقانون الموطن المشترك للخطيبين أو للقانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية للخطبة، كما تخضع مسألة إثبات الخطبة للقانون الذي يخضع له شكل الخطبة المنصوص عليه في المادة 19 ق م ج.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار الخطبة.

المقصود بآثار الخطبة؛ تحديد مدى الالتزام بتمام الزواج ومسألة جواز النظر للمخطوبة والمخالطة بين الخاطبين وغيرها لقانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، قياساً على خضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الزواج².
أما مسألة العدول عن الخطبة والتي تناولها المشرع الجزائري في المادة 5 ق أ ج، بالقول: "يجوز للطرفين العدول من الخطبة.

¹ - Khaldi Safa Hadjer, The Problem of Engagement under the Conflict of Laws Rules in Algerian Law, Contemporary Readings in Law and Social Justice, Vol 17 (1), 2025, p 667-672

- سيأتي ذكر المقصود بالتطبيق الجامع والموزع عند الحديث عن الشروط الموضوعية للزواج.

² سيأتي بيان ذلك بالتفصيل عند الحديث عن آثار الزواج والقانون الواجب التطبيق عليه.

وإذا تترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض...."، وهنا تجب الإشارة أنه إذا كان العدول عن الخطبة لغاية عدم الاكراه على الزواج فلا مسؤولية على الخاطب هنا.

أما إذا تترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، كأن يأمرها الخاطب بترك دراستها أو عدم استكمال عملها أو يطلب منها تحضير جهازها أو يفوت عليها فرص الزواج أو شهرها، أو يطلب منه هو إعداد منزل بتكاليف باهضة وغيرها من الأضرار في هذا الباب¹. فهنا يتحتم التعويض على من وقع منه الفعل الخاطيء، ونكون هنا أمام ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية². وعليه تطبق قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية م 20 ق م ج، والتي تقضي بتطبيق قانون البلد الذي وقع فيه العدول (الفعل الضار)³.

أما عن مسألة الهدايا التي تقدم من أحد الخاطبين للآخر فقد أثارت التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على التزام أحد الخاطبين برد الهدايا للطرف الآخر.

¹ راجع: - العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 55.

- Khaldi Safa Hadjer, p 667-672.

² راجع: -خيال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 272.

-عمارة عمارة، مرجع سابق، ص 39.

راجع: - في أساس التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة...، عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط 1، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 21.

- Khaldi Safa Hadjer, p 667-672.

³ - المادة 20 ق م ج: "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 وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

لقد اختلف الفقه في تحديد القانون الذي يحكم هاته المسألة؛ فبينما يرى البعض إعمال قانون الإرادة وحجتهم في ذلك أن الهدايا في حقيقتها هبة، والهبة عقد يخضع لقانون الإرادة.

ذهب البعض إلى إخضاع مسألة رد الهدايا لقانون جنسية الخاطبين لأنها تدخل في مسألة انعقاد الخطبة، وقال رأي ثالث إلى إخضاع مسألة رد الهدايا لقانون محل تحقق الإثراء فالالتزام برد الهدايا هو تطبيق لفكرة الإثراء بلا سبب.

أما إذا تم إعمال القانون الجزائري فتجده نص في المادة 5/4/5 ق م ج: ".... لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

لكن ما تجدر الإشارة إليه، أنه يمكن استبعاد القانون الواجب التطبيق على الخطبة إذا ما كان مخالف للنظام العام¹ في الجزائر، فإذا كان هذا القانون يفرض تعويضاً لمجرد

¹ - يعد النظام العام في بعد القانون الدولي الخاص بمثابة صمام الأمان الذي يحى المجتمع الوطني من القوانين الأجنبية التي تتعارض أحكامها مع المبادئ الأساسية أو القيم العليا التي يقوم عليها المجتمع، وعليه فهو الأداة التي بها يمنع تطبيق القانون الأجنبي رغم كونه مختص وفق قواعد الإسناد الوطنية متى تبين للقاضي المعروض عليه النزاع أن هذا القانون الأجنبي مخالف للنظام القانوني الوطني، وفيه مساس بالمبادئ العليا أو الأسس التي يقوم عليها مجتمع دولته أو يחדش الشعور العام فيه، ويستوي أن يكون مبنى التعارض قائم على أسس اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية أو دينية، وهنا للقاضي الوطني استبعاده وعدم تطبيقه إعمالاً لفكرة الدفع بالنظام العام، والمشرع الجزائري على غرار جل تشريعات العالم أخذ بفكرة الدفع بالنظام العام في المادة 24 ق م ج: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة، إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر"، راجع: جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 183 - 272.

- خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص 549-552.

- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 168 - 183.

- سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 735 - 761.

العدول أو يفرض شرطا جزائيا عنه، أو إذا كان هذا القانون يلزم الخاطبين بإتمام الزواج وغيرها فيجب استبعاده لمخالفته للنظام العام¹ ذلك أنَّ الخطبة مجرد وعد بالزواج ويحق للخطابين العدول عنها ولا يقيد أي من المتواعدين.

- هشام علي صادق، المطول في ق د خ، مرجع سابق، ص 496 – 523.

¹ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 250-252.

- حنبذولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2010-2011، ص 77.

المبحث الثاني: انعقاد الزواج وآثاره والقانون الواجب التطبيق عليهما.

يُعدّ الزواج من أهم الروابط القانونية التي تنشأ بين الأشخاص لما يربته من آثار عميقة تمس الأسرة والمجتمع على حدّ سواء، وبحكم اتساع حركة الأفراد عبر الحدود وتنوّع الروابط الدولية أصبح انعقاد الزواج وما ينتج عنه من آثار موضوعاً يتداخل فيه أكثر من نظام قانوني، مما يثير إشكالات حول القانون الواجب التطبيق عند اختلاف جنسية أو موطن الزوجين.

ويقوم تحديد القانون المختص بانعقاد الزواج على جملة من القواعد المقررة في تنازع القوانين، والتي تميّز عادة بين الشروط الموضوعية، كالأهلية والرضا، والشروط الشكلية المتعلقة بإجراءات الإبرام؛ ففي حين تخضع الشروط الموضوعية غالباً لقانون جنسية كل من الزوجين، تخضع الشروط الشكلية لقانون مكان إبرام الزواج، أو الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك أو القانون الذي يحكم الموضوع.

أما الآثار المترتبة على الزواج - مثل الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، والنظام المالي للزوجين وآثار الزواج تجاه الأولاد - فتخضع بدورها لقواعد إسناد تختلف من دولة لأخرى، لكنها تستهدف في جوهرها ضمان استقرار العلاقات الأسرية وحماية الطرف الضعيف، مع مراعاة النظام العام للدولة التي يُطلب منها تطبيق القانون الأجنبي.

وبذلك يشكّل موضوع انعقاد الزواج وآثاره أحد أهم تطبيقات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية لما يتطلبه من توازن بين احترام الإرادة الخاصة للأطراف من جهة، والمحافظة على القيم والمبادئ الأساسية للنظام القانوني الوطني من جهة أخرى.

المطلب الأول: انعقاد الزواج والقانون الواجب التطبيق عليه.

الفرع الأول: المقصود بانعقاد الزواج.

يعد عقد الزواج في بعض التشريعات مجرد ارتباط شخصي رضائي بين الطرفين يستهدف إقامة نظام حياة مادية مشتركة لتبادل المساعدة والرعاية، وتشريعات أخرى

جعلته مجرد عقد ضمن مراسيم بدائية، أما المجتمع الإسلامي فيراه عقد ذو أبعاد دينية ودينية؛ إذ يقوم على الاحترام وتبادل الحقوق والواجبات¹.

ويعد الزواج المختلط من أهم مسائل الأحوال الشخصية، وأخصب مجال لتنازع القوانين نظرا لتداخل الاعتبارات الاجتماعية والدينية والأخلاقية في تكوينه ولتدخل القاضي في تكييف مسأله².

وعليه نلاحظ اختلاف التشريعات حول أحكام عقد الزواج وشروط انعقاده وآثاره؛ فبينما تراه بعض التشريعات نظام ديني بحت، تراه غيرها نظام مدني بحت، وتتجلى هاته الاختلافات خاصة بين الأنظمة العربية التي جعلت الشريعة الإسلامية صاحبة الولاية العامة لعقد الزواج، وبين الدول الغربية التي تستمد أحكام عقد الزواج من القواعد العامة للقانون الكنسي والروماني.

ولما كان الزواج يعد تصرفا إراديا فمن الطبيعي أن يتضمن نوعين من الشروط؛ شروط موضوعية وأخرى شكلية.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائرية نجده نص على مجموعة من الشروط حتى ينعقد الزواج صحيحا، لكن لم يفرق بين ما يعد من الشروط الموضوعية أو من الشروط الشكلية، بخلاف قواعد الإسناد التي فرقتهما، وأخضعت كل منها لقانون معين يختلف عن الآخر.

هذا الأمر طرح صعوبة كبيرة أمام القاضي الوطني في تكييف شروط انعقاد الزواج، وأيها يعد من الشروط الشكلية وأيها يعد من الشروط الموضوعية، وعليه ندرس تباعا القانون الواجب التطبيق عليها.

¹ حواسي يامنة، مرجع سابق، ص 23.

² راجع زروقي الطيب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط تعليق على فتوى شرعية المجلس الإسلامي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، ديوان النشر الجامعي، دون عدد، سنة 1993، ص 947.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج.

أولاً/ الشروط الموضوعية للزواج والقانون الواجب التطبيق عليها:

1- المقصود بالشروط الموضوعية للزواج: يقصد بالشروط الموضوعية للزواج تلك الشروط الجوهرية الأساسية لقيام رابطة الزواج، والتي يؤدي تخلف أحدها إلى البطلان¹؛ ومثاله: أهلية الزواج واتحاد الإيجاب والقبول، والرضا وخلوه من عيوبه كالغلط والإكراه والتدليس، وصلاحية المرأة لأن تكون محلاً للزواج، بأن لا تكون من المحرمات على من يريد الزواج بها (حرمة مؤقتة أو مؤبدة)، بالإضافة إلى الصداق والولي والشاهدان في التشريعات التي تشترطها².

وهناك من يقسم الشروط الموضوعية إلى شروط إيجابية وشروط سلبية، فالشروط الإيجابية: كالأهلية، الرضا، وموافقة الولي، والكفاءة وصلاحية الزوجة لأن تكون محلاً لعقد الزواج.

والشروط السلبية: كانعدام موانع الزواج المؤبدة (مصاهرة، رضاعة، نسب)، أو انعدام موانع الزواج المؤقتة: كارتباط الزوجة بزواج قائم لم ينحل، ووجود المرأة في عدة، أو اختلاف الدين³.

أما عن الشروط الموضوعية في قانون الأسرة الجزائري والتي بتوفرها ينعقد الزواج صحيحاً ومنتجاً لجميع آثاره القانونية، فقد جاء ذكرها في المواد (9، 9 مكرر، 24، 26، 27) ق أ ج⁴، وهي الرضا، الأهلية الصداق، الولي، الشهود، وخلو الزوجين من الموانع الشرعية.

¹ - ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 88.

² - راجع: في شروط الزواج، سعد عبد الله العزيز، مرجع سابق، ص 36-67.

- العربي بالحاج، مرجع سابق، ص 60 - 132.

³ - راجع: جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 278 - 279.

⁴ - راجع: - نصوص المواد: 9، 9 مكرر، 24، 26، 27، ق أ ج.

2- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية الزواج: إذا كان الزواج ذو طابع دوليا، فإن الشروط الموضوعية له تثير مسألة القانون الذي على أساسه تحدد تلك الشروط، والذي يكون بذلك واجب التطبيق على انعقاده.

لم تتفق النظام القانونية لمختلف الدول في تحديد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج، نظرا لدخول المسألة في نطاق المسائل المتعلقة بالأشخاص:

- الاتجاه الأول: يرى إخضاع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الشخصي للزوجين، أي قانون جنسية كل من الزوجين وأخذت بهذا الرأي القوانين العربية، والقانون الألماني والبولوني وغيرها.

- الاتجاه الثاني: يرى إخضاع الشروط الموضوعية لعقد الزواج، لقانون محل إبرام العقد؛ كالولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا.

- الاتجاه الثالث: يرى إخضاع الشروط الموضوعية لعقد الزواج، لقانون موطن الزوجية؛ كإنجلترا والدول الإسكندنافية¹.

(أ) القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج في القانون الجزائري: نظرا لكون الزواج يعتبر حادثا مغيرا لحالة الشخص فإن شروطه الموضوعية تخضع لقانون الجنسية طبقا للمادة 10 ق م ج.

أما عن الشروط الموضوعية للزواج فإعمالا للمادة 11 ق م ج (05-10)، فإنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"، نلاحظ من المادة أن المشرع الجزائري أخذ بالرأي الغالب والذي يُخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين. وبهذا التعديل خص المشرع الجزائري الشروط الموضوعية للزواج دون الشكلية لهذا القانون، بعد أن كان قبل التعديل لا يفرق بينهما ويخضعهما كلاهما للقانون الوطني لكل من الزوجين².

¹ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 147-148.

² المادة 11 ق م ج قبل التعديل " الشروط الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين، انظر الأمر 78/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج1، العدد 79، 1975، ص 990.

وجاء في المادة 97 قانون الحالة المدنية¹، أن الزواج الذي ينعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيح شريطة عدم مخالفة الجزائري للشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج.

واستثناءً عن القاعدة العامة في المادة 11 ق م ج، جاءت المادة 13 ق م ج، التي عقدت الاختصاص للقانون الوطني وحده إذا كان أحد الزوجين وطنياً وقت انعقاد الزواج باستثناء الأهلية التي تبقى خاضعة لقانون الجنسية؛ فتنص م 13 ق م ج: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج"، وعليه فإنه استثناء على هذا الاستثناء، فإن شرط الأهلية لانعقاد الزواج المختلط يحكمه قانون الجنسية إعمالاً للمادة 1/10 ق م ج.

(ب) الصعوبات التي تعترض تطبيق القانون الوطني للزوجين على الشروط الموضوعية لعقد الزواج: هناك صعوبات تعترض تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين على الشروط الموضوعية لعقد الزواج من بينها مشكلة تعدد الجنسيات، وانعدام الجنسية، أو أن الشخص يتمتع بجنسية دولة تتعدد فيها الشرائع تعدداً إقليمياً أو طائفيًا².

لكن هناك صعوبة أخرى تتعلق فقط بالشروط الموضوعية للزواج، وبالأخص عند اختلاف جنسية الزوجين- في حالة اتحاد جنسية الزوجين فلا توجد صعوبة وينطبق في هذه الحالة قانون جنسيتهم المشتركة- ونجد القانون الوطني لكل منهما ينص على شروط غير الشروط التي ينص عليها الآخر.

¹ - الأمر رقم 70-2، المؤرخ في: 13 ذي الحجة عام 1389 هـ، الموافق 19 فبراير 1970 م، المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 08-14 مؤرخ في 9 غشت 2014 م.

² - سبق الإشارة إلى الحلول المتخذة عند مصادفة حالة من هاته الحالات عند التطرق إلى موضوع المفاضلة بين ضابطي الجنسية والموطن.

نشير هنا أنّ المشرع الجزائري نص على الحل لما يكون أحد الزوجين جزائرياً؛ فإنّّه في هذه الحالة يكون القانون الجزائري وحده مختص (م 13 ق م ج)، لكن ما الحل إذا كان الزوجان أجنيين؟ فهل يطبق قانون جنسية كل منهما تطبيقاً جامعاً أم تطبيقاً موزعاً¹.
التطبيق الجامع: يقصد به أن تتوفر في كل من طرفي علاقة الزواج كل الشروط التي يستوجها قانون جنسيته وقانون جنسية الطرف الآخر حتى يكون الزواج صحيحاً من الناحية الموضوعية².

ومن أنصار هذا التطبيق الفقيه Verebours – pignnere، وحجته في ذلك أن الهدف من القانون الوطني لكل من الزوجين هو حماية الرابطة الزوجية وليس حماية زوج دون زوج كما أن هذا التطبيق لا يعطي امتياز لأحد القانونين على الآخر. لكن تعرض هذا التطبيق لجملة من الانتقادات منها:

- أنّه عسير التطبيق ويؤدي إلى التضيق من حالات انعقاد الزواج المختلط كما يؤدي في حالات كثيرة إلى عدم انعقاد الزواج أصلاً، كما يؤدي إلى تطبيق القانون الأكثر تشدداً منهما وهذا يتعارض مع مبدأ حياد قاعدة الإسناد ويتنافى أيضاً مع الغاية التي يستهدفها أنصار هذا التطبيق منه وهي احترام قانون الزوجين معاً³.

كل هاته الانتقادات دعت إلى هجره والميل إلى الأخذ بالتطبيق الموزع.

التطبيق الموزع: أخذ به الرأي الغالب من الفقه ومؤداه أنه حتى يكون الزواج صحيحاً يجب أن تتوفر في كل من طرفي العلاقة الشروط الموضوعية التي يستوجها قانون جنسيته فقط دون مراعاة ما يقرره قانون جنسية الطرف الآخر من شروط موضوعية، وهو الرأي الذي أخذت به العديد من التشريعات.

¹ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 23.

² - اسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، د م ج ج، 1989، ص 295.

- عز الدين عبد الله، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين. دار النهضة العربية، مصر 1974، ج 2، ص 68.

³ - زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 150.

لكن استثني من هذا التطبيق "موانع الزواج"، التي يجب أن تطبق تطبيق جامع نظرا لخطورتها لأنها تستهدف حماية مصالح اجتماعية وتمثل استجابة لمبادئ خلقية إنسانية في وقت واحد. فلاحظ الفقه أنّ بعض الشروط يصعب تطبيقها في التطبيق الموزع مما يفرض التطبيق الجامع بشأنها؛ فعمد إلى التمييز بين الشروط التي لها صفة فردية والتي تتعلق بشخص أحد الزوجين فلا يثير بشأنها التطبيق الموزع أي صعوبة؛ كالرضا والأهلية وشرط السن، أمّا الشروط التي لها صفة مزدوجة فلا مناص من تطبيقها تطبيقا جامعاً لصعوبتها؛ كالقربة والموانع الصحية (كالأمراض الجسمانية العديدة والأمراض العقلية)، واختلاف الدين في القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية، أما الموانع الإقليمية والعنصرية فلا يعمل بها وتستبعد لمخالفتها للنظام العام كمنع الزواج بسبب اللون؛ مثل: قوانين بعض الولايات المتحدة الأمريكية، وجنوب إفريقيا سابقاً¹.

موقف المشرع الجزائري من التطبيقين: بالرجوع إلى المادة 11 ق م ج، نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالتطبيق الموزع، وأكد على الأمر من خلال المادة 97 ق ح م ج، التي اعتبرت أن الزواج الذي ينعقد بين جزائريين في بلد أجنبي أو بين جزائري وأجنبية صحيحاً شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج لكن هنا يجب مراعاة التطبيق الجامع فيما يتعلق بالموانع والمادة 221 ق أ ج التي تنص: "يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني".

لكن الملاحظ أن المشرع الجزائري تكلم عن حالة زواج جزائري بأجنبية وسكت عن حالة زواج جزائرية من أجنبي، فهل يدل هذا على عدم صحة هذا الزواج ولو كان الأجنبي

¹ - المرجع نفسه، ص 151.

- اسعاد موحند، مرجع سابق، ص 296.

- ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 89-90.

- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 233 - 235.

- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة في ضوء فقه الشريعة

الإسلامية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص 318.

مسلمًا"¹، المراد من هذا السكوت هو حماية المسلمة الجزائرية وجعل زواجها من أجنبي بشروط معينة ينظمه مرسوم خاص وعلى رأسها إسلامه.

3- فكرة النظام العام والشروط الموضوعية للزواج: إذا كانت من بين الشروط الموضوعية المطلوبة لانعقاد الزواج شروط متعارضة مع النظام العام، فإن الأمر لا يخلو من فرضيتين؛ إما عدم إبرام الزواج الذي يجيزه القانون الأجنبي، أو إبرام زواج لا يجيزه القانون الأجنبي وتعد فكرة إعمال النظام العام في البلاد التي تستمد قانونها من الشريعة الإسلامية أرضاً خصبة لتطبيقه أكثر من الدول الغربية.

ومثاله الجزائر التي يعد فيها قانون الأسرة مستمداً من الشريعة الإسلامية، إذ أنّ للبعد الديني تأثير في النظام الاجتماعي والخلقي، وعليه فإنّه ينبغي استعمال النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يمس حقوق المسلم؛ كالقانون الذي يجيز زواج المسلمة بغير المسلم، أو القانون الذي يمنع التعدد أو يجيز الزواج المثلي... وغيرها.

ثانياً/ الشروط الشكلية للزواج والقانون الواجب التطبيق عليها:

1- المقصود بالشروط الشكلية للزواج: يقصد بالشروط الشكلية للزواج الأوضاع اللازمة لإظهار الإرادة وكذلك الأوضاع اللازمة لإثبات التصرف وعلايته²، وتدخل في الشروط الشكلية للزواج³ كل ما يتعلق بالإجراءات ومسائل الاختصاص والمعاوضات التي تقدم فيه والزواج بالوكالة، وإشهار الزواج، وشهود تحريره وعقده وإثباته⁴.

والملاحظ أن الشروط الشكلية تختلف من نظام لآخر فبعض الدول تشترط الشكل الديني لانعقاد الزواج وبعضها يشترط الشكل المدني، ودول أخرى تشترط وجود الشكّلين معاً لانعقاده، ودول أخرى تكتفي بوجود الرضا لانعقاد الزواج دون ربطه بأي شكلية⁵.

¹ - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط2، دار هومة الجزائر، 1995، ص 276.

² - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 283.

³ راجع:- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 133-156.

⁴ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 70.

- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 68-73.

⁵ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 238.

2- القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج: السائد فقها وقضاء هو خضوع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل الإبرام طبقا لقاعدة "locus"، لكن اختلفت الدول فيما بينها في اعتبار هذه القاعدة اختيارية أو إلزامية، فبينما ذهب بعض الدول إلى القول بالإلزامية هاته القاعدة دون إمكانية إعمال غيرها كالولايات المتحدة الأمريكية واليابان وإنجلترا، ذهب أغلبية التشريعات إلى اعتبار هاته القاعدة اختيارية وأجازت إخضاع شروط الزواج الشكلية لقانون جنسية الزوجين¹ في حالة إبرام الزواج أمام البعثات الدبلوماسية أو القنصلية المعتمدة في الخارج.

أ) خضوع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل الإبرام: ذهب أغلب التشريعات إلى إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل الإبرام، كالقانون المصري التونسي، الكويتي، والعراقي وغينيا والسنغال، وفرنسا وإيطاليا واليونان وغيرها كثير².

أما القانون المدني الجزائري، فجاء خاليا من قاعدة إسناد خاصة بالشروط الشكلية لصحة الزواج لكن يستفاد فحوى هاته القاعدة من نص المادة 97 ق ح م ج: "أنّ الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو 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.."، ومن النص نلاحظ أنّه ينص على الزواج الذي يكون أحد طرفيه جزائريا في بلد أجنبي، وبمفهوم المخالفة فإن الزواج الذي يتم بين أجنبيين في الجزائري يخضع من حيث الشكل للقانون الجزائري.

كما نصت المادة 71 ق ح م ج: "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو الموثق

الذي يقع في

¹ -علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 70.

- راجع: صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، مرجع سابق، ص 101-105.

² -أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 240.

-جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 283 - 287.

نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج.

ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين"، فبمفهوم المخالفة يمكن للأجانب عقد زواجهم في الجزائر أمام الجهات المذكورة في المادة إذا ما كانت لهم إقامة فيها لمدة شهر واحد على الأقل.

ولقد اختلفت الدول في مدى إلزامية أعمال هاته القاعدة (locus) بين من تجعلها اختيارية كمصر والعراق وسوريا، وبين من تجعلها إلزامية بالنسبة للزواج المبرم على إقليمها واختيارية بالنسبة للزواج المبرم في الخارج كالقانون النمساوي والألماني، وبين من تجعلها إلزامية سواء أبرم الزواج في إقليمها أو خارجه كالقانونان البلغاري والمجري¹.

أما موقف المشرع الجزائري، فإعمالاً للمادة 19 ق م ج، بعد التعديل²، فإنه يعتبر هاته القاعدة اختيارية؛ إذ يجوز إخضاع شكل الزواج لقانون محل الإبرام أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك، أو حتى للقانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية لهذا الزواج، وكذلك ما يستخلص من المواد (71، 75، 96، 97 ق م ج)³.

ب) صلاحية الأعوان الدبلوماسيين والقناصل في إبرام زواج رعاياهم:

،أجازت العديد من الدول لرعاياها إبرام زواجهم أمام بعثاتها الدبلوماسية أو القنصلية المعتمدة في الخارج. وقد اعترفت اتفاقيتا فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961 والعلاقات القنصلية لسنة 1963 بإمكانية قيام الممثلين الدبلوماسيين والقناصل ببعض وظائف الأحوال المدنية، ومنها تلقي عقود الزواج في الحدود التي يسمح بها قانون الدولة الموفدة وقانون دولة المقر، كما أكدت بعض الاتفاقيات الدولية اللاحقة، ومنها

¹ -أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص242.

² -قبل التعديل كانت القاعدة إلزامية إلا في الحالة التي يكون فيها للزوجين جنسية مشتركة فيمكهما عقد زواجهما وفقاً لقانون جنسيتهما المشتركة.

³ -راجع قانون الحالة المدنية المواد 71، 75، 96، 97.

اتفاقية لاهاي لسنة 1978 بشأن الاحتفال بالزواج والاعتراف بصحته، هذه الإمكانية، شريطة ألا تعارضها قوانين الدولة التي يمارس فيها هؤلاء مهامهم¹.

ولقد تم تقنين هاته الصلاحية في العديد من الدول بما فيها الجزائر، إذ نصت المادتين 96 و 3/2/97 ق م ج على ذلك؛ فجاء في المادة 96 ق م ج: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحاً إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقاً للقوانين الجزائرية".

وعليه يمكن إبرام عقد زواج جزائريين في الخارج طبقاً للشكل المعتمد في القانون الجزائري ولم يرد في المادة أي شرط حول الاعتراف لهم بهذه الصلاحية في الدول المعتمدين فيها.

وجاء في المادة 3/2/97 ق م ج: "ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقاً للقوانين الجزائرية".

غير أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلد التي ستحدد بموجب مرسوم"، من المادة نجد أنّ الزواج إذا كان بين جزائري وأجنبية تتمتع بجنسية البلد المضيف، فإنّها أعطت للأعوان الدبلوماسيين صلاحية إبرام زواج مختلط، أما إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف؛ فإنّ هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلد الذي يُحدّد بموجب مرسوم.

ولم يشر النص لزواج الجزائرية بأجنبي مما يعني أن هؤلاء الأعوان غير مختصين بعقد هذا الزواج، وما تجدر الإشارة إليه أنّ تكييف شرط الزواج في الشكل الديني أثار صعوبة كبيرة إذ أنّ الدول التي ترى أنّ الزواج نظام ديني فتعتبره من الشروط الموضوعية، أما الدول التي تعتبر الزواج نظاماً علمانياً فتعتبر هذا الشكل الديني من الشروط الشكلية. وفي الجزائر حسب المادة 9 ق م ج: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوبة تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

¹ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 77.

وبما أن القانون الداخلي الجزائري لا يفرق بين الشروط الموضوعية والشكلية، فتكثيف شرط المراسيم الدينية وفقه أمر صعب.

لكن وبما أن الزواج في الشريعة الإسلامية نظام مدني، لا يشترط حضور رجل دين وإتباع طقوس معينة؛ فإنَّ شرط المراسيم الدينية يعتبر من الشروط الشكلية في الجزائر، وهو ما قال به الفقه المصري والقانون الكويتي صراحة¹.

المطلب الثاني: آثار الزواج والقانون الواجب التطبيق عليها.

الفرع الأول: المقصود بآثار الزواج.

إذا تم عقد الزواج بصورة صحيحة مستوفياً لجميع شروطه الموضوعية والشكلية، فإنَّه يترتب عليه جملة من الآثار القانونية، ويُقصد بهذه الآثار النتائج المترتبة على العقد بمجرد انعقاده صحيحاً. والأصل أن تكون هذه الآثار مما رتبته القانون والشرع من التزامات متبادلة بين الزوجين، غير أنَّه يجوز لأحد الطرفين أن يُدرج في العقد شروطاً خاصة، شريطة ألا تتعارض مع طبيعة الزواج أو مع الأحكام الآمرة في قانون الأسرة².

وفي نطاق القانون الدولي الخاص، يسري المبدأ ذاته؛ إذ يُعتد بصحة الزواج المختلط متى كان مستوفياً للشروط الموضوعية وفقاً للقانون الوطني لكل من الزوجين، ومستوفياً كذلك للشروط الشكلية وفقاً للقانون المختص، فينتج حينئذٍ آثاره القانونية³.

وتتنوع هذه الآثار بين ما يخص الزوجين معاً؛ كوجوب حسن المعاشرة والمساكنة والإخلاص وحرمة المصاهرة وإثبات النسب، وبين ما يخص أحدهما دون الآخر؛ كحق الزوجة في المهر والنفقة وواجب الطاعة وغيرها من الحقوق والالتزامات المقررة شرعاً وقانوناً.

¹ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 247.

² - العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 157.

³ - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،

تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة الأردنية، 2011، ص 178.

- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة الأردن، 2003، ص 111.

ولقد قسم الفقه الآثار التي تترتب عن انعقاد الزواج بصفة عامة إلى قسمين:
- آثار شخصية: وتشمل حسن العشرة والمساكنة والإخلاص وحق الطاعة والقوامة والتوجيه، وحق الزوجة في المعاملة الحسنة وعدم الإضرار بها مادياً أو معنوياً...إلخ.
- آثار مالية: وهي التي تتعلق بالذمة المالية والأموال التي يملكها كل من الزوجين قبل الزواج وبعده، ونظامها المالي من حيث ملكيتها وكيفية إدارتها والانتفاع بها أو التصرف فيها¹.

وبطبيعة الحال يخضع تكييف هاته الآثار إلى قانون القاضي نظراً لاختلافها من نظام لآخر.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.

إنّ التفريق بين ما هو من الآثار الشخصية للزواج والآثار المالية له أثر على موقف مختلف التشريعات من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق عليها.
فمن التشريعات من خصت كل نوع من الآثار بقاعدة إسناد خاصة كالقانون النمساوي الذي أخضع الآثار الشخصية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، وأخضع الآثار المالية لقانون إرادتها المشتركة.

ومن التشريعات من أخضعت كل من الآثار الشخصية والمالية لنفس القانون كالمرجع المصري م 13 ق م مصري، والأردني المادة م 14 ق م أردني، والعراقي المادة 2 ق م عراقي وكذلك الحال بالنسبة لجل القوانين العربية².

أما عن المشرع الجزائري فإعمالاً للمادة 1/12 ق م ج (10-05): "يسري قانون الدولة التي ينتهي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج" من النص يتبين أنّ المشرع الجزائري جعل وحدة فيما يتعلق بنطاق هذا القانون، حيث جعل كل من الآثار المالية والشخصية يحكمها قانون واحد، فأقرب وحدة

¹ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 287.

² - ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 96.

القانون المطبق وهو قانون الدولة التي ينتهي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج، والهدف من اتخاذ هذا الحل هو:

- الأخذ بجنسية الزوج وقت إبرام الزواج هو تجنب مشكلة التنازع المتغير إذ قد يغير الزوج جنسيته بعد الزواج.

- تأمين استقرار آثار الزواج، ذلك أن حقوق وواجبات الطرفين تحددت وقت إبرام الزواج وقبلت الزوجة الخضوع لهذا النظام، فمن غير العدل أن تتغير هاته الحقوق والواجبات نتيجة لعمل إرادي من الزوج وحده.

- إنَّ تطبيق قانونين على آثار الزواج يؤدي في غالبية الأحيان إلى تعذر تطبيق أحدهما عند اختلافها وتجنباً لهذا المشكل أخضعت آثار الزواج لقانون واحد، وهو الدافع كذلك إلى اختيار القضاء الفرنسي لقانون معين يحكم آثار الزواج عند اختلاف جنسية الزوجين وهو قانون موطنهما المشترك، أما الدول الإسلامية فإخضاع آثار الزواج فيها لقانون جنسية الزوج عند إبرام الزواج دون قانون الزوجة، مرده إلى مكانة الرجل داخل الأسرة في الإسلام¹.

ولكن يجب الإشارة إلى الاستثناء الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 13 ق م ج والذي مفاده: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، إلاّ فيما يخص أهلية الزواج"، وبذلك فإنّه استثناءً يطبق القانون الجزائري إذا كان أحد الطرفين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، والهدف من الاستثناء هو حماية الزوجة الجزائرية، لأنّ الزوج الجزائري يطبق قانونه عند انعقاد الزواج كأصل عام، كما نلاحظ أن هذا الاستثناء ولو تغيرت جنسية الزوج بعد ذلك.

¹ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 248-249.

- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 289.

لكن يثار التساؤل لو غير كل من الزوجين جنسيته بعد الزواج فكيف يطبق القانون الوطني على آثار الزواج المستقبلية لشخص أصبح أجنبيا وانقطعت صلته بالقانون الوطني¹.

لقد أورد المشرع الجزائري آثار الزواج وأشار إلى مجموعة من الحقوق المتبادلة بين الزوجين من خلال المواد (36-37)، ق أ ج 05-02²، كما أشار إلى نفقة الزوجة والأولاد في المواد (74-80) منه وأشار إلى النسب في المواد (40-46)³ منه، مع الإشارة إلى أن هذا الأخير (النسب) كان محل خلاف في القانون الواجب التطبيق عليه⁴.

الفرع الثالث: مشكلات قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج.

إذا كانت هناك بعض الآثار التي لا تطرح مشكلة في تكييفها؛ إذ تخضع دون خلاف للقانون الذي يحكم آثار الزواج كواجب العدل بين الزوجات عند التعدد والطاعة والاحترام المتبادل، فإنّ هناك آثار أخرى تعرف صعوبة في تكييفها وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها كمسألة أهلية وحالة الزوجة والنفقة الزوجية والموطن.

¹ راجع:- يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، موجهة لطلبة السنة الرابعة حقوق، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان كلية الحقوق، 2006/ 2007، ص 56.

² المادة 36: (معدلة) يجب على الزوجين:

1 - المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة

2 - المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة

3 - التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم،

4 - التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات

5 - حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم

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

7 - زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف"

المادة 37: (معدلة) لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما،

التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منها.

³ راجع مواد قانون الأسرة الجزائري في هذا الباب.

⁴ -سنخسه بالدراسة عند الحديث عن القانون الواجب التطبيق على النسب.

أولاً/ القانون الواجب التطبيق على أهلية المرأة المتزوجة: قد يرتب الزواج المختلط أثراً على أهلية المرأة المتزوجة سواء بإلغائها كاملة أو بصفة جزئية، إذ قد يترتب على هذا الزواج نقص في أهلية المرأة المتزوجة؛ بحيث لا يمكنها مباشرة بعض التصرفات دون إذن زوجها¹.

أمّا القانون الواجب التطبيق على أهلية المرأة المتزوجة فقد ميز فيه الفقه بين فرضين:

- 1- إذا كان تقرير نقص أهلية الزوجة هدفه المحافظة على سلطة الزوج داخل الأسرة باعتباره رئيسها، فإنّ أهلية الزوجة هنا تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج.
- 2- إذا كان تقرير نقص أهلية الزوجة هدفه حماية الزوجة ضد ضعفها بالنظر إلى جنسها فإنّ أهلية الزوجة هنا تخضع للقانون الشخصي لها.
- 3- لكن يرى البعض أنّه إذا كانت الأهلية تعتبر كأصل عام من آثار الزواج، إلّا أنّه إذا كان نقص الأهلية خاصاً ببعض التصرفات القانونية فإنّه لا يخضع للقانون الشخصي للزوجة ولا للقانون الذي يحكم آثار الزواج، وإنّما يخضع للقانون الذي يحكم التصرف ذاته².

أما عن التشريع الجزائري، فالزواج المختلط لا يترتب أثر على أهلية الزوجة، وبالتالي فلا تخضع أهليتها للقانون الذي يحكم آثار الزواج، بل للقانون الذي يحكم الأهلية وهو القانون الشخصي لها م 1/10 ق م ج.

ثانياً/ القانون الواجب التطبيق على نفقة المرأة المتزوجة: تعد النفقة من الآثار الشخصية ذات الطابع المالي، وتشمل الغذاء والكسوة والسكن ومصاريف العلاج وغيرها من الأمور التي يقضي بها العرف، ولا خلاف بين الفقهاء المسلمين في استحقاق الزوجة

¹ - هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، 2003-2004، ص 272.

² - المرجع نفسه، ص 273.

- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 254-255.

للنفقة سواء كانت مسلمة أو غير مسلمة أو كانت غنية أو فقيرة¹، ونظمها المشرع الجزائري في المادة 74 ق أ ج.

ولقد ذهب الفقه الراجح لجعلها أثر من آثار الزواج الشخصية، ولو أنها ذات طابع مالي لكن لا تدخل ضمن الآثار المالية، وحجته في ذلك أنها تعد من قبيل حقوق الزوجة على زوجها كما لا تعد من قبيل النفقة بين الأقارب التي تخضع لقانون المدين بها، فهي من الآثار الشخصية للزواج ذاته².

ولقد جرى القضاء في فرنسا على اعتبار النفقة أثر من آثار الزواج قبل دخول اتفاقية لاهاي المنعقدة في 1973/10/02 م، حيز التنفيذ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النفقة، والتي أصبحت تخضع النفقة في مادتها الرابعة لقانون موطن الدائن بالنفقة، وفي حالة عدمه لقانون الموطن الجديد، ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية في 1963/02/19 م في قضية "شموني" المتعلقة بمسألة النفقة بتطبيق القانون الفرنسي على النفقة باعتبارها من آثار الزواج. - قانون الجنسية المشتركة ولما غير الزوج جنسيته طبقت قانون موطنهما المشترك³.

والأمر ذاته في التشريع الجزائري فهي لا تخضع للمادة 14 ق م ج، التي تنص بتطبيق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها، وتخضع للمادة 12 ق م ج، التي تجعل آثار الزواج خاضعة لجنسية الزوج عند إبرام الزواج، ذلك أن واجب النفقة نشأ بسبب رابطة الزواج.

ثالثاً/ القانون الواجب التطبيق على حالة المرأة المتزوجة: هناك بعض التشريعات التي يؤثر فيها الزواج على حالة المرأة المتزوجة، فيما يتعلق باسمها وموطنها:

1- الاسم: تختلف التشريعات في المسألة بين من تحتفظ فيها المرأة باسمها كالدول الإسلامية أو تحمل اسم زوجها، أو تترك للزوجين حرية اختيار اسم عائلي مشترك يتكون

¹- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص 241.

²- حواصي يامنة، مرجع سابق، ص 81.

³ راجع:- درية أمين، قواعد النار المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2007-2008، ص 36.

من اسمهما معا، وعلى إثر هذا يثار اختلاف بين التشريعات في خضوع اسم المرأة المتزوجة لقانونها الشخصي على اعتباره من عناصر الحالة أم أنه يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج.

لكن الراجح هو خضوع الاسم للقانون الوطني للزوجة على اعتبار أنه عنصر من عناصر الحالة ولا يؤثر الزواج على اسمها في الدول الإسلامية، وهو الذي يتم الرجوع له لمعرفة ما إذا كان الزواج يؤثر على اسمها أو لا.

2- الموطن: نظرا لكون المشرع الجزائري لم يأخذ بالموطن كضابط للإسناد فليس هناك أهمية لتحديد موطن المرأة المتزوجة، لكن المشكل يثار إذا كان قانون القاضي يرتب جزاء على مغادرة المرأة المتزوجة لمسكن الزوجية، فهنا لا بد من تحديد موطن المرأة المتزوجة هل هو موطن زوجها، أم لها موطن مستقل يعتد به؟ بما أن الأحوال الشخصية مستمدة من الشريعة الإسلامية فقد أعطى القانون الحق للزوج في اختيار موطن الزوجية، وعليه يكون للزواج أثر على موطن المرأة المتزوجة ويخضع الموطن هنا للقانون الذي يحكم آثار الزواج وهذا الأخير هو الذي يبين ما إذا كان للزواج آثار على موطن المرأة المتزوجة، وما هي حدود سلطة الزوج في اختيار موطن الزوجية¹.

رابعاً/ القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج: تعرف الآثار المالية للزوجين " بالنظم المالية للزوجين"، ويقصد بهذا الأخير النظام القانوني الذي تخضع له العلاقات المالية بين الزوجين كحقوق وواجبات الزوجين من حيث ملكية الأموال وإدارتها والانتفاع بها أثناء الحياة الزوجية، وكيفية تصفيتها بعد انحلال العلاقة الزوجية وتوزيعها بعد الوفاة².

¹ أعرابا بلقاسم، مرجع سابق، ص 253-254.

² راجع صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعية، مصر (2006)، ص 353.

- سامي بديع منصور عبده جميل عنصوب وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، ط1، مؤسسة مجد، لبنان، 2009، ج1، ص 476.

1- نظام فصل الأموال: ويكون فيه لكل من الزوجين الاحتفاظ بأمواله، وحرية التصرف فيها دون إشراك الزوج الآخر، كما يبقى مسؤولاً على ديونه سواء قبل الزواج أو بعده عدا الديون المترتبة عن تكاليف الحياة الزوجية وتربية الأولاد، إذ يتحمل كل من الزوجين نصيبه فيها طبقاً للإنفاق الحاصل بينهما¹، وتأخذ به القوانين الأنجلوسكسونية.

2- نظام الاشتراك المالي للزوجين: هو مجموعة القواعد التي تنظم المصالح المالية بين الزوجين وتحدد الشروط التي تكفل لهما الحفاظ على الأموال المكتسبة قبل الزواج والأموال المكتسبة بعد الزواج وطريقة التصفية والقسمة بينهما على التساوي²، وبموجب هذا النظام يساهم كلا الزوجين بماله في تكوين الثروة العائلية، وتكون أموالهما مملوكة على الشيوع بينهما بنسبة النصف، وللزوج هنا إدارة الأموال، وبانتهاء الزوجية يقسم المال بينهما أو بين ورثتهما.

3- نظام الدوطة أو البائنة: تقدم فيه الزوجة مهراً لزوجها لإدارته واستغلاله والانتفاع به دون حق التصرف فيه، وتبقى محتفظة بالباقي لها حرية التصرف فيه، لكن تم التخلي عن هذا النظام بفرنسا بقانون 1965³.

أما عن الدول الإسلامية فتعرف فكرة الاستقلال المالي لكل من الزوجين والذمة المالية المستقلة، ولهما الاتفاق على كيفية إدارة أموالهما دون أن يجعل ذلك أموالهما مشتركة على النحو المعروف لدى الغرب.

وهو الأمر ذاته عند المشرع الجزائري، هذا الأخير الذي يعرف استقلال في الذمم المالية بين الزوجين لكن التطور الحاصل في الأسرة الجزائرية ومشاركة الزوجة بمالها نتيجة عملها في تكوين ثروة الأسرة وما ترتب عن ذلك من نزاعات جمّة عرفت المحاكم الجزائرية دفع المشرع الجزائري إلى تعديل المادة 37 ق أ ج من الأمر (05-02) التي تنص: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد

¹ خليفة على العصبي، نظام المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، ط1، دار النقان، الأردن، ص57.

² المرجع نفسه، ص78.

³ -علي علي سليمان، مرجع سابق، ص75.

- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص مقارنة بالأنظمة العربية، مرجع سابق، ص165.

الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"، لكن ما هو القانون الواجب التطبيق على هاته الأموال إبان الزواج المختلط؟.

تعددت الآراء بتعدد التكييفات لهذه الأموال بين من يعتبرها من الأحوال الشخصية فيسري عليها القانون الشخصي وبين من يعتبرها من قبيل الأحوال العينية فيسري عليها قانون موقع المال ولو تعددت مواقعه أو قانون الإرادة، أو لقانون موطن الزوجية. وفي القضاء الفرنسي فإن المعمول به هو خضوع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة، وعند عدم الاتفاق فيخضع لقانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج¹.

أما الفقه الفرنسي الحديث فيميل إلى إعمال القانون الشخصي للزوج على النظام المالي للزوجين، وفي الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا فقد ميزت بين العقارات والمنقولات؛ فيسري على المنقولات القانون الذي يحكم آثار الزواج، وهو قانون موطن الزوجية أما العقارات فتخضع لقانون موقعها².

أما اتفاقية لاهاي المتعلقة بالنظام المالي للزوجين المنعقدة بتاريخ 14/03/1978 م، والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من 01/09/1992 م، تخضع النظام المالي للزوجين فيما يتعلق بالمنقولات لقانون الإرادة وبخلاف هذا الأخير فيخضع لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت إبرام الزواج، وقد يتخلف شرط اتحاد الجنسية، فيطبق قانون الدولة التي فيها للزوجين إقامة معتادة، أو قانون الموطن المشترك للزوجين المستقبلي بعد الزواج، حسب المادة 3 من الفصل الثاني المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين.

أما الحقوق العينية الواردة على العقارات، فيطبق عليها قانون موقعها، أما شكل المشاركة في الزواج المادة 1/6 اتفاقية لاهاي المبرمة في 17/07/1905 م، فتخضع لقانون

¹ - سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 399.

² - زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 165.

مكان إبرام أو للقانون الوطني للزوجين وقت إبرام عقد الزواج، أو للقانون الوطني للزوجين أثناء الزواج¹.

أما الدول العربية فحسّمت الخلاف وحددت القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين واعتباره يتعلق بالأحوال الشخصية؛ فالمرجع القطري أخضع كل من الشروط الموضوعية والمالية للزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وإذا اتحدت جنسية الزوجين بعد الزواج فيطبق قانون جنسيتهما المشتركة أما التونسي فأخضع النظام المالي للزوجين لقانون الجنسية المشتركة إذا اتحدت وقت انعقاد الزواج وباختلافها يطبق قانون أول موطن مشترك لهما إن وجد، وإلا فيطبق قانون مكان إبرام الزواج².

أما المشرع الجزائري فعقد الاختصاص فيما يخص النظام المالي للزوجين لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج حسب المادة 1/12 ق م ج، واستثناء للقانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج (م 13 ق م ج).

لكن هناك قيود ترد على مبدأ عقد الاختصاص لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج تتمثل في:

- الحقوق العينية الأصلية أو التبعية الواردة على العقارات الداخلة في المشاركة الزوجية تكون من اختصاص موقع المال.

- لا يجوز الاحتجاج بتصفية أموال الزوجين وتقسيمها بعد انحلال الزواج في مواجهة الغير إلا إذا روعيت الإجراءات المقررة في قانون موقع المال³.

لكن ما تجدر الإشارة إليه أنّ هاته القيود من شأنها أن تقع حائل أمام تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج المالية لتعارض الأنظمة القانونية فيما يخص الأحكام الواردة في قانون موقع المال.

¹ - نقلاً عن حواسي يامنة، مرجع سابق، ص 93.

² - هشام صادق علي، حفيظة السيد حداد، دروس في القانون الدولي الخاصة، الكتاب الثاني تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، 2003 - 2004، ص 281.

³ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص مقارنة بالأنظمة العربية، مرجع سابق، ص 166.

الفصل الخامس: انحلال الزواج وآثاره والقانون الواجب التطبيق عليهما.

الفصل الخامس: انحلال الزواج وآثاره والقانون الواجب التطبيق

عليهما.

يعدّ الزواج كأي تصرف قانوني أخريتهى وفق طرق معينة طبيعية كالوفاة أو الطلاق ويكون هذا الأخير خارج المحكمة أو أمامها ويترتب عنه آثار، وانحلال الزواج هو الأخير مجالاً لتنازع القوانين.

وعليه ندرس المقصود بانحلال الزواج والقانون الواجب التطبيق عليه في (المبحث الأول)، ثم نخرج على آثار انحلال الزواج والقانون الواجب التطبيق عليه في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: انحلال الزواج والقانون الواجب التطبيق عليه.

يُعدّ انحلال الزواج من أهم موضوعات الأحوال الشخصية التي تثير إشكالات تنازع القوانين، نظراً لارتباطه الوثيق باستقرار الأسرة وما يترتب عليه من آثار تمس الزوجين والأولاد. وفي ظل تنوع الروابط الدولية الناتجة عن اختلاف جنسية أو موطن أطراف العلاقة الزوجية، يبرز التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على أسباب انحلال الزواج وإجراءاته وآثاره وما يطرحه تطبيق القانون الأجنبي من حدود تفرضها اعتبارات النظام العام. ومن ثم يشكل هذا المبحث إطاراً لدراسة الضوابط القانونية التي تحكم إنهاء الرابطة الزوجية ذات العنصر الأجنبي، وتحليل الآثار المترتبة عليها في ضوء التشريعات الوطنية والمقارنة.

المطلب الأول: المقصود بانحلال الزواج فقها وقانوناً.

الفرع الأول: المقصود بانحلال الزواج فقها.

تتعدد صور انحلال الزواج أو الفارقة بين الزوجين، ويراد بها انتهاء عقد الزواج بسبب من الأسباب التي توجب انتهاءه، أو هو ما يرفع به عقد الزواج وتنحل به الرابطة الزوجية وانقطاع ما بين الزوجين من علاقة، والفارقة قد تكون بفسخ أو طلاق. أما الطلاق فهو إنهاء الرابطة الزوجية وقد يكون رجعيًا أو بائنًا بينونة صغرى أو بينونة كبرى¹، أما حالة النشوز في الفقه الإسلامي وحالة الانفصال الجسماني في الفقه الغربي فلا ينتهي بهما الزواج بل إنهما تعطيل أو توقف في استمرار العشرة والمعيشة الزوجية المشتركة بينهما².

وعليه يتبين أن انحلال الرابطة الزوجية يكون بالطلاق؛ أي بالإرادة المنفردة للزوج أو التطليق والخلع الذي يكون يطلب من الزوجة، أو بالتراضي أو البطلان أو الفسخ³، كما

¹ راجع:- في الطلاق، العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 205-216.

- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائرية، ط1، دار الخلدونية الجزائر، 2009، ص 81.

² ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 97.

³ راجع:- نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، ص 118-125.

قد يكون بالانفصال الجسماني، أو ما يعرف بالترقة الجسدية المعمول بها في غير البلاد الإسلامية. وهذا النظام يعد طريقاً حكماً لإنهاء الزواج؛ إذ يجب أن يصدر به حكم قضائي وبالتراضي المصادق عليه من القاضي وتنتهي حالة الانفصال بعد مدة، إما بالعودة إلى الحياة المشتركة أو بتحويل الانفصال إلى تطليق، والهدف من هذا النظام هو تحلل الزوجين من الالتزام بالمعيشة المشتركة مدة معينة مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة¹.

الفرع الثاني: انحلال الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.

تناول المشرع الجزائري انحلال الزواج في الباب الثاني من قانون الأسرة الجزائري بعنوان انحلال الزواج، وتناول مسألة الطلاق في الفصل الأول من هذا الباب، فجاء في المادة 47 ق أ ج: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"، وتحل الرابطة الزوجية بإرادة الزوج المنفردة، أو بالتراضي بين الزوجين أو بطلب من الزوجة (التطليق أو الخلع)، فنصت المادة 48 ق أ ج:

"مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه : يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين وبطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

وجاء في المادة 53 ق أ ج: "يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب التالية"، وجاء في المادة 54 ق أ ج: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي". كما نص المشرع الجزائري على مسألة الصلح في المادة 50 ق أ ج، وتعيين الحكمين للتوفيق بين الزوجين في المادة 56 ق أ ج، ونص على مسألة الضرر الناتج عن التعسف في الطلاق في المادة 52 ق أ ج².

¹ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 307.

² راجع مواد قانون الأسرة الجزائري في هذا الباب.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في الدول

المقارنة.

اختلفت النظم المقارنة في القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية سواء بالتطليق أو التفريق الجسماني؛ ومثاله: القانون اليوناني لسنة 1940م الذي عقد الاختصاص هنا لقانون آخر جنسية مشتركة اكتسبها الزوجين أثناء الزواج وقبل رفع الدعوى، فإن لم تكن لهما جنسية مشتركة فإنه يطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

وفي فرنسا طبق القضاء الفرنسي على الطلاق والانفصال الجسماني قانون جنسية الزوجين، فإن اختلفت جنسيتهما فإنه يعمل قاعدة التطبيق الموزع؛ وبالتالي يحكم بالطلاق للزوج الذي يسمح قانونه بالطلاق في الحالة التي يكون قانون الزوج الآخر يمنعه، وهذا ما طبق في قضية السيد فيراري (Ferrari)، ثم عاد القانون الفرنسي إلى إخضاع التطليق والانفصال الجسماني إلى قانون الموطن المشترك للزوجين، فإن لم يكن لهما موطن مشترك طبق على التطليق قانون القاضي¹.

أما الدول العربية فقد أخضعت انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ومن ذلك مصر (م 2/13 ق م مصري)، سوريا المادة (2/12 ق م سوري)، العراق المادة (3/19 ق م عراقي)، الأردن (المادة 214 ق م أردني)، ليبيا المادة (2/13 ق م ليبي)، السودان (م 2/19 ق م سوداني)².

والسبب في اختيار هذه الدول قانون جنسية الزوج دون الزوجة وذلك لما يتمتع به الزوج من مكانة داخل الأسرة ولما يتمتع به من حكمة وعقل ومنطق تحقيقا للاستقرار وتوفيراً لأسباب الراحة الزوجية، كما أنه من يدفع الصداق ويتولى النفقة ويتحمل التبعات المالية في حالة الطلاق.

¹ عمارة عمارة، مرجع سابق، ص 46.

² -أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 256.

الأمر الذي يجعله أكثر ترويا عند الإقدام على هكذا فعل، خلافا للمرأة التي خلقت على غرائز وطبائع تجعلها أشد تأثرا وأكثر تسرعا الأمر الذي يجعل الأسرة مهددة بالانهيار لآتفه انفعال، لكن طبعا لم يحرمها الإسلام من حقها في طلب الطلاق إن كان هناك ضرر عليها وبذلك فإن نظام الطلاق في الإسلام قد ضمن لكل من طرفي العلاقة مصلحته المشروعة¹.

واختيار قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى لاقى اعتراض من طرف العديد من الفقهاء إذ قد يفاجئ الزوجة باختصاص قانون لم تكن تتوقعه عند انعقاد الزواج، إذا قد يسمح هذا القانون بانحلال الرابطة الزوجية لأسباب لم تكن أبدا في حسابها ولا يخفى الضرر الذي يلحقها؛ ومثاله: لو تزوجت وفق قانون جنسية زوجها الذي لا يجيز الطلاق، ثم يغير هذا الزوج جنسيته إلى جنسية دولة أخرى يجيز قانونها الطلاق، فيرفع الزوج دعوى بطلب الطلاق طبقا لقانون جنسيته الجديدة فيحكم له بذلك وهذا فيه إجحاف في حق الزوجة.

وتجنبنا لهذا الضرر يرى الفقه أن أفضل قانون يحكم انحلال الزواج هو الذي تكون الزوجة على بصيرة به ولا يخل بمبدأ المساواة بين الجنسين، وهو قانون آخر جنسية مشتركة للزوجين كالفانون الكويتي واليوناني واتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق والانفصال في المادة الثامنة منها، فإن لم تكن لهما جنسية مشتركة؛ فإنه يطبق قانون جنسية الزوج عند انعقاد الزواج، والمرجع في ذلك هو علم كل من الزوجين بمقتضاه.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في القانون الجزائري.

جاء في المادة 2/12 ق م ج (10-05): "...ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، من النص نلاحظ

¹ -العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 215.

أن المشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه جل الدول العربية، وهو خضوع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

والمشرع الجزائري استعمل لفظ انحلال الزواج ومؤداه كل الطرق التي تؤدي إلى حل الرابطة الزوجية تخضع لهذا القانون، كما نلاحظ أن المشرع أورد مصطلح الانفصال الجسماني الذي يعد مصطلح غريب عن شريعته وعليه فالمقصود به هم الأجانب فقط. ولقد أورد المشرع الجزائري استثناء على المادة 12 ق م ج، وذلك في المادة 13 ق م ج مفاده: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12، إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

ومن النصوص تجد أن المشرع عقد الاختصاص للقانون الجزائري إذا كانت جنسية أحد الزوجين جزائرية عند انعقاد الزواج، وبذلك حتى ولو غير الزوج الجزائري جنسيته بعد انعقاد الزواج فإن الاختصاص في حل الرابطة الزوجية ينعقد للقانون الجزائري باعتباره قانون جنسية الزوجين أو أحدهما وقت انعقاد الزواج وذلك فيه محاربة لفكرة الغش نحو القانون ولحماية الطرف الوطني المسلم.

الفرع الثالث: نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج.

المقصود بنطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج هو أن قانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى انحلال الزواج والانفصال الجسماني هو الذي يتم الرجوع إليه لمعرفة إذا كان الحق بالطلاق معترف به في دولة هذا القانون أم لا، ومن له حق إيقاعه وما هي القيود التي ترد على استعمال هذا الحق والوكالة فيه ومعرفة الأسباب التي تبرره كما يبين لنا هذا القانون القواعد المتعلقة بالإثبات والأدلة الواجب توفرها.

أما الإجراءات المتعلقة بحل الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني فإنها تخضع لقانون القاضي لتعلقها بالنظام العام إعمالاً للمادة 21 مكرر ق م ج (05-10): "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها

الإجراءات"، ومثالها الإجراءات التحفظية أو الوقتية المتخذة أثناء سير الدعوى للمحافظة على مصالح أفراد الأسرة كالنفقة الوقتية والإذن للزوجة بالإقامة في مسكن الزوجية¹. أما مسألة إجراء الطلاق أمام سلطة دينية، فقد أثارت خلافًا كبيرًا في الفقه والقضاء؛ هل تعد مسألة إجرائية يحكمها قانون القاضي، أم مسألة موضوعية يحكمها القانون الذي يحكم انحلال الزواج؛ يرى القضاء الفرنسي أنها مسألة موضوعية، أما غالبية الفقه الفرنسي والمصري فيراها مسألة إجرائية تخضع لقانون القاضي والقول باعتبارها من المسائل الموضوعية يتنافى مع ما انتهى إليه القضاء الفرنسي من اعتبار شرط الطقوس الدينية الذي تشترطه بعض التشريعات من الشروط الشكلية لا الموضوعية².

¹ -عمارة عمارة، مرجع سابق، ص 45.

² -أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 259.

² -المرجع نفسه، ص 260.

المبحث الثاني: آثار انحلال الزواج والقانون الواجب التطبيق عليها.

المطلب الأول: المقصود بآثار انحلال الزواج.

آثار انحلال الزواج هي النتائج القانونية التي تترتب على انحلال عقد الزواج أو إنهاء الرابطة الزوجية وهاته الآثار نوعان منها:

- آثار تتعلق بعلاقة المطلقة بالمطلق؛ كالنفقة على المطلقة والحضانة والنزاع في متاع البيت وحقها في الحصول على التعويض إذا كان طلاقها من زوجها تعسفياً، وحقها في الاحتفاظ باسم زوجها.

- وآثار تتعلق بكل زوج على حدة؛ كحق الزوج المطلق في الزواج بأخرى والعدة.

الفرع الأول: آثار الطلاق فقها.

تتمثل آثار الطلاق في

أولاً/ العدة: هي مدة مقدرة بحكم الشرع تلزم المرأة مراعاة أحكامها عند وقوع الفرقة بينها وبين زوجها، وبذلك هي أجل ضربه الشارع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج أو شبهته¹.
ثانياً/ الحضانة: تعني إمساك الولد وتربيته منذ أول وجوده سواء كان ذلك للأم أو لغيرها ممن يقوم مكانها فهي أول ضرب من ضروب الولاية على الطفل، وعرفها الفقهاء أيضاً بأنها تربية الولد لمن له حق الحضانة، والحضانة حق للصغير والحاضنة معاً، فإذا اسقطت الأم حقها بقي حقه هو، وذلك لأنه من حق الولد أن يعتني به والده منذ ولادته منها حفظه والقيام بشؤونه وهذا ما يكون واجبا على الأم في الفترة الأولى من حياته لأنها أقدر على هذا من الأب وحق الصغير في الحضانة أقوى من حق الحاضنة نفسها ثم يصبح هذا الحق للأب لضم الصغير بعد تجاوز سن الحضانة، وللحضانة شروط يجب مراعاتها وكلها تتوقف على مصلحة المحضون².

¹ -نبيل صقر، مرجع سابق، ص 260.

² -المرجع نفسه، ص 244.

ثالثاً/ النزاع في متاع البيت: لم يتناول الفقه مسألة النزاع في متاع البيت في موضوع خاص كما هو الحال بالنسبة للمسائل التي ترجع إلى العلاقة بين الزوجين ولعل ذلك يرجع لعدم احتلاله أهمية سابقا كما هو الحال الآن¹.

رابعاً/ النفقة: سبب نفقة الزوجة على زوجها هو عقد الزواج الذي جعلها محتسبة لحق زوجها أي مقصورة عليه، وتجب للزوجة بمجرد العقد الصحيح²، ويراد بها كل ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها حسب المعروف بين الناس³. والنفقة والسكن للمعتدة محل خلاف بين الفقهاء، لكن الأكيد أنّها تجب للمرأة في طلاق رجعي أو إحياء للولد إذا كانت المطلقة حامل⁴.

الفرع الثاني: آثار انحلال الزواج قانوناً.

لقد تناول المشرع الجزائري آثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني، فتتناول العدة في المواد (58-61 ق أ ج)، والحضانة في المواد (62-72 ق أ ج)، كما تناول النزاع في متاع البيت في مادة واحدة (73 ق أ ج)، والنفقة في المواد (74-80 ق أ ج).

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار انحلال الزواج.

تحكم قاعدة الإسناد الخاصة بانحلال الزواج والانفصال الجسماني كل ما يتصل بإنهاء العلاقة التي نشأت بين الزوجين، وعليه تطبيق هاته القاعدة على الآثار التي تتعلق بعلاقة المطلقة بالمطلق فقط، لا على الآثار التي تخص كل زوج على حدى⁵.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النفقة.

يجب الرجوع إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى انحلال الزواج أو الانفصال الجسماني لمعرفة أحوال استحقاق النفقة للمطلقة سواء كانت نفقة عدة أو نفقة متعة

¹ -العربي بختي، مرجع سابق، ص 141.

² -راجع: نبيل صقر، مرجع سابق، ص 270-280.

³ -راجع: طاهري حسين، مرجع سابق، ص 162-171.

⁴ -طاهري حسين، مرجع سابق، ص 147.

⁵ -أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 260.

ومدى هاته النفقة وكيفية تقديرها، ويحدد هذا القانون كذلك إذا ما كان لأحد الزوجين الحق في التعويض وتقديره، وإذا ما كان من حق الزوجة أن تحمل اسم زوجها السابق من عدمه.

كما يحدد هذا القانون المسائل التي تعد من آثار الانفصال الجسماني؛ مثل: ما يسقط من التزامات زوجية نتيجة الحكم بالانفصال، وهل تستحق هاته الزوجة نفقة الزوجة المنفصلة ويحدد مدة الانفصال، والمدة اللازمة لإمكان تحول الانفصال إلى تطليق وشروط هذا التحويل ويحدد قيمة التعويض إن وجد، وهل تحمل الزوجة اسم زوجها أم لا. وكذلك يحدد هذا القانون طريقة انتهاء حالة الانفصال (الطلاق أو الرجوع إلى الحياة الزوجية) المشتركة¹.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على حضانة الأولاد.

تعددت الآراء حول القانون الواجب الإعمال على حضانة الأولاد كأثر مترتب على انحلال الزواج، فبينما ذهب بعض من الفقه للقول بإخضاع الحضانة لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى؛ إذ يجب الرجوع إليه لمعرفة من له الحق في حضانة الأولاد، وشروط هذه الحضانة ومسؤولية الحاضن وحق الزوجة وأجرة الحضانة وانتقالها وانتهائها .. إلخ .

ذهب فريق آخر لإخضاع الحضانة لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ذلك أنها أثر من آثار الزواج.

وذهب آخرون إلى القول بتطبيق القانون الأصلح لحماية الطفل وتأمين رعايته، على أن ينحصر بين القانون الذي يحكم انقضاء الزواج وقانون جنسية الطفل.

وذهب آخرون إلى إخضاع الحضانة لقانون القاضي على أساس فكرة النظام العام، وذهب رأي راجح إلى القول أنها تعتبر ولاية على النفس وتحكمها قانون من تجب حضانته.

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على العدة.

¹ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 317 - 318.

تعد العدة من الآثار التي تخص كل زوج على حدة؛ كحق الزوج في أن يعقد زواجًا جديدًا

لكن وإن اختلف الفقه في القانون الذي يحكمها بين قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أو قانون القاضي لاتصاله بالنظام العام إلا أنّ الراجح هو خضوعها للقانون الشخصي للمطلقة، ذلك أنّها أمر يتصل بالمرأة ويخص حالتها فقط¹.

الفرع الرابع: التدابير المستعجلة (النفقة الوقتية للمطلقة والأولاد).

رعاية لمصالح الأولاد والمطلقة قبل حدوث الفرقة نهائيا يجب اتخاذ بعض التدابير الضرورية والاستعجالية قبل الفصل النهائي في الدعوى كالأمر بنفقة معينة للزوجة أو الأولاد أو حضانة مؤقتة أو إقامة معينة.

هاته الأمور هي الأخرى اختلف الفقه بشأنها بين إخضاعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج لكونها وثيقة الصلة به ومكملة لموضوع دعوى انحلال الزواج أو الانفصال الجسماني وبين خضوع مثل هاته التدابير لقانون القاضي المختص والذي ترفع أمامه الدعوى نشأتها.

الفرع الخامس: القانون الواجب التطبيق على آثار انحلال الزواج في التشريع

الجزائري.

في التشريع الجزائري لا نجد في قواعد الإسناد تفصيلا للقانون الذي يحكم آثار انحلال الزواج، ولكن إعمالاً للفقه الراجح فإن الآثار التي تتعلق بعلاقة المطلق بالمطلقة كحق المطلقة في النفقة وحققها في التعويض متى كان الطلاق تعسفياً، فإنها تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى لاتصالها المباشر بالعلاقة الزوجية.

أما الآثار التي ينفرد بها كل طرف على حدى فتخضع للقانون الشخصي للمطلقين كالعدة وحق الزواج للزوج بأخرى وغيرها.

أما الحضانة فالراجح هو خضوعها للقانون الشخصي للمحضون، أما ما يتعلق بالتدابير الاستعجالية فالأصل فيها خضوعها لقانون القاضي المرفوعة أمامه الدعوى.

¹ - المرجع نفسه، ص 320 - 322.

أما عن قواعد الاختصاص والإجراءات فيسري عليها قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات (م 21 مكرر ق 10-05).

المطلب الثالث: النظام العام والقانون الأجنبي الذي يحكم انحلال

الزواج.

إن الاختلاف في مفهوم الزواج ومدى وحدود استمرار هاته الرابطة بين النظم القانونية يتيح الفرصة لإعمال فكرة النظام العام لاستبعاد تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى لحكم المسألة؛ ومثاله إذا كان هذا الأخير يسمح بالتطليق لأسباب لا يقرها قانون القاضي أو كان أكثر تساهلاً من قانون القاضي في إباحة التطليق وكانت دولة القاضي من الدول التي لا تسمح بانقضاء الرابطة الزوجية إلا في نطاق ضيق.

أو إذا كان القانون الأجنبي يسمح بانقضاء الزواج لأسباب تتعلق بالجنس أو لا يسمح بالطلاق أصلاً فيتعين على القاضي الوطني هنا استبعاده وعدم الحكم بمحتواه، كما يستبعد القانون الأجنبي الذي يقضي بإنهاء الرابطة الزوجية لتغيير الزوج ديانتها إلى الإسلام وتظل الزوجة كتابية -مخالفة هذا الحكم للشريعة الإسلامية التي تبيح زواج المسلم بالكتابية-، والعكس من ذلك كذلك إذ يجب استبعاد القانون الأجنبي الذي يمنع طلاق المسلمة من زوج غير ديانتها إلى غير الإسلام، أو هي غير ديانتها إلى الإسلام وظل هو على غير الإسلام لأن في ذلك مخالفة للشريعة الإسلامية.

لكن تجدر الإشارة إلى الأخذ بفكرة الأثر المخفف بشأن انقضاء الزواج؛ فإذا وقع هذا الانقضاء في الخارج طبقاً للقانون الشخصي للزوجين فإنه يمكن الاعتراف به ويرتب بعض آثاره في بلد القاضي؛ ومثاله القضاء الفرنسي فبعدما كان الطلاق محظوراً في فرنسا فمن حصل على طلاق في خارج فرنسا كان يسمح له أنذاك الزواج في فرنسا باعتباره شخص غير مرتبط بزواج قائم¹.

¹ - راجع: جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 323-326.

- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 261-262.

الفصل السادس:

النسب وما يشاكله من مصطلحات والقانون

الواجب التطبيق عليه

الفصل السادس: النسب وما يشاكلة من مصطلحات والقانون

الواجب التطبيق عليه.

يعد النسب من الموضوعات ذات الأهمية البالغة التي اعتنت بها جل التشريعات، ولا خلاف بينها في أنها من موضوعات الأحوال الشخصية والتي يعنى بها القانون الشخصي، ولوجود ثلاثة أشخاص في تكوين العلاقة فما هو القانون الشخصي المقصود، هل يراد به قانون جنسية الأب أو الأم أو الابن؟

ما تجدر الإشارة إليه أنّ النسب من المسائل التي يثار بشأنها العديد من النزاعات في بعد القانون الدولي الخاص وذلك لاختلاف الفقه بشأنه شرعا وقضاء حول من يميز بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي ومن لا يميز بينهما، كما اختلفوا في نسب من يشاكلة من مصطلحات؛ كالتبني والكفالة، وعليه ندرس تباعا النسب والقانون الواجب التطبيق عليه في (مبحث أول)، ثم ندرس مسألتى التبني والكفالة والقانون الواجب التطبيق عليهما في (مبحث ثاني).

المبحث الأول: النسب والقانون الواجب التطبيق عليه.

هناك البنوة (النسب) الشرعية وغير الشرعية، وعليه ندرس في هذا المبحث النسب ونميز بين النسب الشرعي وغير الشرعي في (المطلب الأول)، ثم نعرض إلى القانون الواجب التطبيق عليها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بالنسب.

الفرع الأول: المقصود بالنسب الشرعي وموقف المشرع الجزائري منه.

أولاً/ المقصود بالنسب الشرعي: النسب هو القرابة وقيل في الآباء خاصة ويقال نسبه إلى أبيه بمعنى عزوته إليه¹، ويقصد بالبنوة الشرعية نسب الولد الذي جاء بالطريق الشرعي أي نتيجة لعقد الزواج إلى أبويه².

وللنسب في الإسلام خصوصية وأهميته تظهر من خلال عناية الإسلام به في الدعوة إلى الزواج ومنع الآباء من إنكار نسب الأولاد، ومنع النساء من نسبة الولد إلى غير أبيه الحقيقي ومنع الأبناء من الانتساب إلى غير آبائهم، وبذلك حرم نظام التبني والزنا وأنواع الرذائل التي تقع على العرض والشرف وأقام الحد على مرتكبيها³.

ولا شك أن أهم الأحكام الاجتماعية وأخطرها على الإطلاق هو حكم النسب الذي يعرف به الإنسان أباه وأمه وقرابته، ولا شك أن نسب الولد لأمه يثبت بمجرد الولادة سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو وطاء بشبهة أو من غير زواج⁴

¹ - محمد بن يعقوب الفيروز أياي مجد الدين، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة، 2008، ص137.

² - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 335.

³ - راجع: محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ط 18، دار الشروق القاهرة، 2001، ص146.

- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص94.

⁴ - راجع: خالد صفاء هاجر، أثر الطرق العلمية الحديثة في النسب، دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الدكتور يعي فارس، المدية، 2002، ص 49 - 76.

- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1985، ج5، ص2110.

أما نسب الولد من أبيه؛ فلا يثبت إلا بإحدى الطرق الشرعية التي هي محل اتفاق بين الفقهاء وهي الفراش¹، وما يدخل في مدلوله من زواج صحيح² وفاسد³، ونكاح شبهة⁴ وإقرار⁵ وبينه⁶، والتي أخذت بها جل تشريعات الدول الإسلامية في قوانينها، وهناك طرق شرعية أخرى لإثبات النسب كانت محل خلاف بين الفقهاء كالقيافة⁷ والقرعة⁸ واليمين⁹.

¹ أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأحكام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص 24.
- محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار في أحاديث سيدة الأخيار، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1921، ج 6، 313-314.

- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية، مصر، 2003، ص 410.

² - محمد كمال الدين، المرجع نفسه، ص 142.

- علاء الدين أبي بكرين مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2003، ج 3، ص 607.

³ - أحمد محمود خليل، الوسيط في تشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير المسلمين، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، 2008، ص 347.

- أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأحكام البديلة، مرجع سابق، ص 69-87.

⁴ - موفق الدين أبي محمد عبد الله، بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ط 3، دار علم الكتاب الرياض، 1997، ص 171.

- طفياني مختارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2003، ص 50-51.

⁵ - شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ج 5 ص 84-89.

⁶ - شمس الدين أبي عبد الله بن محمد أبي بكر ابن قيم الجوزية، السياسة الحكمية في الطرق الشرعية، ط 1، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر 2013، ص 29.

⁷ - أيمن محمد علي محمود حتمل، شهادة أهل الخبرة وأحكامها، ط 1، دار الحافظ للنشر، عمان، الأردن، 2008، ص 156.

⁸ - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 340-342.

⁹ - أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 160.

ويرجع اهتمام الشارع بالنسب إلى منع اختلاط الأنساب وحفظها من الفساد والاضطراب وإرساء قواعد البنوة على أساس سليم، وهذا حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها¹، لقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾²، كما أشار الله عز وجل إلى إبطال الطرق غير المشروعة التي كانت شائعة في الجاهلية من التبني وإلحاق الأولاد عن طريق الفاحشة لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾³ ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾³.

ثانيًا/ موقف المشرع الجزائري من النسب الشرعي: تناول المشرع الجزائري النسب في الفصل الخامس من القسم الثالث (عقد الزواج وإثباته) من الفصل الأول (الخطبة والزواج) من الباب الأول (الزواج)، وذلك في المواد من 40 ق أ ج إلى المادة 46 ق أ ج، وبموجب تعديل قانون الأسرة 02-05 أضاف المشرع الجزائري إلى الطرق الشرعية في إثبات النسب جوازية لجوء القاضي إلى الطرق العلمية لإثبات النسب فجاءت المادة 40 ق أ ج 02-05 بالنص:

" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكلّ زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، وحددت المواد من 41 إلى 45 شروط ثبوت النسب الصحيح.

¹ -العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 188.

² - سورة الفرقان، الآية رقم 54.

³ - سورة الأحزاب، الآيتان رقم 4-5.

الفرع الثاني: المقصود بالبنوة غير الشرعية (الزنا والاعتصاب) وموقف القانون الجزائري منه.

أولاً/ المقصود بالبنوة غير الشرعية (ولد الزنا): المقصود بالزنا هو وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين؛ أي أنه إتيان المرأة من غير عقد شرعي¹، وولد الزنا هو الولد الذي ولد نتيجة علاقة غير شرعية (محرمة) وهنا يعد ولد غير شرعي، وللتطور العلمي الحاصل إذ إنّ الإنجاب أصبح يحدث حتى دون هذا الاتصال الجسدي كالتلقيح الاصطناعي²؛ فإنّ التقاء ماء الرجل والمرأة بأي طريقة كانت ولو عن طريق المساعدة الطبية بغرض الإنجاب بطرق مختلفة، فما كان من هذه الطرق حراماً صحت نسبته إلى الزنا³.

وبذلك فولد الزنا هو الولد الناتج عن علاقة غير شرعية (زنا) سواء عن طريق اتصال جنسي جسدي أو اتصال بمساعدة طبية عن طريق تدخل طرف ثالث أجنبي عن الزوجين متبرع بالنطفة أو المني أو الرحم، وتدخل هذا المتبرع تكون أمام علاقة محرمة تأخذ حكم الزنا⁴.

ولقد اتفق الفقه على ثبوت نسب ابن الزنا لأمه، كما انعقد الإجماع على عدم ثبوت نسب ولد الزنا من الزاني إذا كانت الزانية ذات زوج أو مملوكة إذا استلحقه الزاني، لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁵، أمّا إذا كانت المرأة غير ذات زوج ففي ثبوت نسبه خلاف بين الفقهاء:

¹ - ابن الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمنى، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ط1، دار المناهج، 2000، ج 11، ص 345.

² - راجع: المادة 45 مكرر ق أ ج.

³ - جلول عمامرة، إلحاق نسب ولد الزنا في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2011، ص 98.

⁴ - خالدي صفاء هاجر، مرجع سابق، ص 119.

⁵ - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، رقم الحديث 6749، دار طوق النجاة (الطبعة السلطانية)، ج 8، ص 25.

- المذهب الأول: وهو الغالب، وهو قول الجمهور من المالكية والحنفية والشافعية وبعض الحنابلة والظاهرية والإمام الشوكاني، ويرى هذا الفريق عدم إلحاق الولد بالزاني وإن ادعاه فإذا أقر الزاني أمام القضاء بأنه ولده من الزنا وصدقته المرأة فلا يثبت نسبه منه ولهم في ذلك حججهم¹.

- المذهب الثاني: وهو قول إسحاق بن رهاوية وعروة وسليمان بن يسار وابن تيمية وابن القيم، فيرون أنه إذا استلحق الرجل ولد الزنى ولا فراش فإنه يلحق به وإن أقر أنه من الزنى وهو قول الحسن وابن سيرين وأضافوا إقامة الحد عليه، وذلك عملاً بالظاهر وهو كون الولد منه ولهم حججهم في ذلك².

وما تجدر الإشارة إليه هو وجود بعض القوانين التي تجيز الاعتراف بهذا الولد وجعله شرعياً بزواجهما اللاحق كالقانون الفرنسي، كما يعطى هذا القانون الولد الحق في إقامة دعوى لإثبات الأبوة الطبيعية من شخص معين أو لإثبات الأمومة من أم معينة³.

- مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، رقم الحديث 1457، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 2، ص 1080.

¹ - السرخسي، ج 17، ص 154 - 15.

- ابن قيم الجوزية، روضة المحبين ونزهة المشتاقين، ج 5، ص 442.

- ابن حزم العامري، المحلى في شرح المجلى، مرجع سابق، ج 10، ص 184.

- سعد الدين مسعود هلال، الشحات ابراهيم محمود منصور، نسب الولد الناتج عن التلقيح

الاصطناعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 155 - 156.

- جميل فخري محمد غانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط 1، دار حامد عمان، 2009، ص 61.

² - راجع: ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، ج 5، ص 425.

- ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 130.

- تقي الدين أبي العباس ابن تيمية، جمع عبد الرحمن محمد القاسمي العاصمي النجدي وابنه محمد، مجموع فتاوى

ابن تيمية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1997، ج 2، ص 112.

³ محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية، والقانون الفرنسي

ط 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص 147.

ثانيًا/ نسب ولد الزنا في القانون الجزائري: لم يتطرق المشرع الجزائري إلى نسب ولد الزنا صراحة في نصوصه لكن بالرجوع إلى النصوص المتعلقة بالنسب في المواد من 40 إلى 46 ق أ ج، نجد أن المشرع الجزائري نص على خمس حالات لاعتبار النسب؛ حالات يثبت فيها النسب تلقائيا وهي الزواج الصحيح والفاقد والوطء بشبهة، وحالتان يتم فيهما السعي لإثبات النسب وهي الإقرار والبيئة وهذا قبل تعديل 02-05، ومواكبة للتطورات العلمية الحاصلة أدرج المشرع الجزائري كما أشرنا سابقا في المادة 40 فقرة ثانية مفادها جواز القاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وإعمالا للمادة 41 منه أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفقه بالطرق المشروعة"، وعليه وبمفهوم المخالفة نجد أن المولود خارج إطار العلاقة الشرعية لا نسب له. وبالرجوع إلى المادة 64 ق ح م نجد: "يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال.

اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصحح أية أسماء يعين الطفل بمجموعة من الأسماء تأخذ آخرها كلقب عائلي"، ومن المادة نجد أن المشرع حاول حل مشكلة الوثائق الإدارية لمجهولي النسب بمنحهم لقب عائلي دون أن يدل ذلك على نسب لشخص معين.

الفرع الثالث: إنكار النسب.

أولاً/ المقصود بإنكار (نفي النسب): لم يقل اهتمام الشريعة الإسلامية ومن ثم القانون بنفي النسب عن إثباته، وذلك لما هذا الأخير من أثر على حياة الأسرة لذلك لم يكن القول بنفي النسب على إطلاقه بل كان وفق شروط وضوابط معينة، فمتى رأى الزوج أن الولد ليس منه فله نفيه باللعان.

والمقصود باللعان هو رمي الزوج زوجته بالزنا أو نفي حملها منه بدون وجود شهود فيشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين فيها رماها به، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وتشهد الزوجة أربع شهادات بالله إنه من الكاذبين فيما رماها به،

والخامسة أنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين¹. والملاحظ هنا أنّه تم تعريف اللعان استنادا لما جاء في الآيات من 6 إلى 9 من سورة النور.

بالإضافة إلى حالات أخرى يرى فيها جواز نفي النسب من غير لعان وهي ما تمّ إجمالها في²:

- نفي النسب لعدم القدرة على الإنجاب أو لصغر سن مع الاستعانة بالخبرة الطبية لتأكيد ذلك.

- نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين منذ إنشاء العقد، وفي حالة الطلاق قبل الدخول.

- نفي النسب لعدم مرور أو تجاوز مدة الحمل.

- غياب الزوج لمدة تزيد من مدة أقصى الحمل بسبب سفر أو سجن.

غير أنّ ما طرح العديد من التساؤلات والخلافات العلمية هو وجود تقنية البصمة الوراثية التي أثبتت حجيتها في النفي كدليل علمي ذو حجية قطعية في النفي، ومدى إمكانية اعتمادها في نفي النسب دون اللعان، ومدى إمكانية إلحاق ولد اللعان بالملاعن بناء على نتائجها وتباينت الآراء هنا بين مؤيد لذلك ومعارض³.

ثانياً/ نفي النسب في القانون الجزائري: جاء في المادة 41 ق أ ج: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه الزوج بالطرق المشروعة"، والملاحظ من النص أن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالطرق المشروعة والتي جاءت بصيغة

¹ - أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ط1، دار الرضوان، نواقشط، موريتانيا، 2010، ج 1، ص 522.

- أبو إسحاق برهان الدين، مصلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ج7، ص 41.

- عبد الرحمن الجزائري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار التقوى، ج5، المجلد 4، ص 80-81.

² - ابن شويع رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المعدل، دار الخلدونية، 2008، ص 241.

- شمس الدين بن محمد بن الخطيب الشربيني الشافعي، الإقلاق في حل ألفاظ أبي شجاع، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004، ج2، ص 342.

³ راجع خالدي صفاء هاجر، مرجع سابق، ص 98-111.

التعدد والتي يرى الفقه القانوني أنها كل الطرق الشرعية والقانونية المؤدية لنفي النسب والتي على رأسها اللعان.

وحتى بالتعديل 05-02 لقانون الأسرة، والذي أجاز فيه للقاضي إثبات النسب بالطرق العلمية من خلال المادة 40 / 2 ق أ ج، فإنه سكت عن هذه المسألة في نفي النسب. ولم ينص على اللعان صراحة في نفي النسب رغم النص في المادة 138 ق أ ج، أنه: "يمنع من الإرث اللعان والردة"، وإعمالاً للمادة 222 منه والتي تحيل فيما لم يرد فيه نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنّ الطريق الشرعي لنفي النسب هو اللعان.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على النسب.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النسب فقهاً.

نظراً لأن مسألة النسب يحكمها وجود أطراف ثلاث؛ الأب، الأم، والابن فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على نسب الطفل كان محل خلاف بين الفقهاء إلى ما يلي:

أولاً/ الرأي الأول: يقول بوجوب التمييز بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي (غير الشرعي).

1- النسب الشرعي: يحكمه القانون الذي يحكم أثار الزواج وهو قانون جنسية الأب وقت انعقاد الزواج على اعتبار أن الابن الشرعي يعد وليد علاقة الزواج، كما يؤدي الأمر إلى وحدة القانون الواجب التطبيق حال تعدد الأولاد، كما أنّ إثبات النسب سيؤثر على حالة الأب ويترتب عليه حقوق والتزامات بالنسبة له وهو ما طبقه القضاء الفرنسي قبل القانون الصادر في 3 جانفي 1973.

2- النسب الطبيعي: يطبق عليه قانون جنسية الطفل لعدم وجود أسرة.

ثانياً/ الرأي الثاني: يرى أنه يطبق على النسب بنوعيه قانون جنسية الطفل ذلك أن البنوة هي صفة في الشخص تشكل جزءاً من حالته ولكونه صاحب المصلحة، لكن انتقد هذا الرأي بالقول أنّ النسب يتعلق بحالة الأب من حيث ابوته للابن.

ثالثاً/ الرأي الثالث: يرى اخضاع النسب لقانون جنسية الأم على اعتبار أنها في الغالب هي المحور الأساسي لكل الدعاوى المتعلقة بالنسب، كما أنّها تكون في الغالب

معلومة على خلاف الأب، وهو الرأي الذي أخذ به القانون الفرنسي الصادر في 03/07/1972 م، وإذا كانت الأم مجهولة فيطبق القانون الشخصي للطفل.

رابعاً/ الرأي الرابع: يرى إخضاع البنوة الشرعية للقانون الأصلح للابن سواء كان قانون الأب أو الأم كالقانون الدولي الخاص النمساوي م21 منه.
خامساً/ الرأي الخامس: يرى إخضاع البنوة غير الشرعية لقانون محل الإقامة العادية كالقانون الدولي الخاص السويسري 1987م¹.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على النسب في القانون الجزائري.

الأكد أن مسألة النسب في القانون الجزائري تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية وقد نظم المشرع الجزائري مسائله في قانون الأسرة كما أشرنا سابقاً.
وفي بعد تنافس القوانين وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة به في القانون المدني 05 - 10

مفادها أن جنسية الأب وقت ميلاد الطفل هي التي تطبق على مسألة النسب والاعتراف به وإنكاره، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل فإن قانون جنسية الأب وقت الوفاة هو الذي يطبق، فنصت المادة 13 مكرر قانون 05-10: "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل.

وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة"، والملاحظ أن هذا النص تم استحداثه بعد تعديل القانون المدني 05-10 إذ لم يكن موجوداً من قبل.

¹ -راجع: جمال محمود الكردي، مرجع سابق، من 335-341.

-أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 263 - 265.

المبحث الثاني: التبني والكفالة والقانون الواجب التطبيق عليها.

صحيح أن التبني غير معترف به في الشريعة الإسلامية إلا أن هناك تشريعات أجنبية تأخذ به وتنظم أحكامه؛ كالقانون الفرنسي الذي يعتبره تصرفاً قانونياً يرتب قرابة حقيقية وكاملة بين المتبني والمتبني¹.

ولا يعد التبني من المسائل القانونية الحديثة ولا يكاد يخلو تشريع غربي من تنظيمه، لكنه كان ولا يزال يطرح مشكلات في الدول العربية ذات المرجعية الإسلامية التي لا تقر قوانينها هذا النظام، لكن يطرح في بعد القانون الدولي الخاص مشكلة القانون الواجب التطبيق عليه، سواء في الاعتراف به في الدول التي لا تقره أصلاً، أو الاعتراف بآثاره في هذه الدول.

ومقابل هذا نجد نظام آخر تقره شريعتنا السمحاء وتباركه رعاية للأطفال المحرومين، وهو ما يعرف بنظام الكفالة. وهنا سندرس المقصود بالتبني والقانون الواجب التطبيق عليه في (مطلب أول)، ثم نخرج إلى الكفالة والقانون الواجب التطبيق عليها في (مطلب ثاني).

المطلب الأول: المقصود بالتبني والقانون الواجب التطبيق عليه.

الفرع الأول: المقصود بالتبني وآثاره:

أولاً/ المقصود بالتبني: يعد التبني مسألة معروفة عند القدماء كالإونانيين والرومانيين وغيرهم وحتى عند العرب في الجاهلية، حيث كانوا يجعلون للمتبنّي من الحقوق ما للابن الشرعي كالميراث².

وبقي نظام التبني معترف به إلى وقتنا الحالي عبر مختلف التشريعات الغربية، وبالمقابل حرّمته الدول ذات المرجعية الإسلامية عدا تونس.

¹ - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 148.

² - بليغ حمدي محمود الخياط، النظام القانوني للتبني وأثره في مواجهة النظام العام، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات، جمهورية مصر العربية المجلد 4، العدد 2، 2018، ص 6.

يُعرف بأنه عقد يُنشئ بين شخصين علاقة صورية ومدنية محضة لأبوة وبنوة مفترضة ولذلك يكون فيمن له أبوان معروفان، وهويماثل ما كان عند العرب في الجاهلية وقضى عليه الإسلام¹.

وجاء في المادة 20 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1980 م، في الفقرتين ب وج:

ب- تضمن الدول الأطراف وفقا لقوانينها الوطنية رعاية بديلة لمثل هذا الطفل.

ج - يمكن أن تشمل هذه الرعاية في جملة من الأمور كالحضانة أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي أو التبني أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال... إلخ

وجاء قوله تعالى في التبني: "وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ²، وقوله تعالى: "أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ"³، ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين"⁴.

ثانياً/ المقصود بآثار التبني: باعتبار التبني تصرف قانوني فإنه يرتب جملة من الحقوق والواجبات على عاتق طرفيه أي يرتب آثار معينة؛ فيقع على المتبني كل الواجبات والالتزامات التي تقع على الولي وبالمقابل يكون للمتبني الحق في النسب واللقب وإرث متبنيه، كما يعتبر التبني مانعاً من موانع الزواج المؤبدة والمؤقتة كالمحرمات بسبب القرابة أو المصاهرة أو الرضاع، والمحرمات مؤقتة كالمحصنة والمعتدة والجمع بين الأختين، أو المرأة وعمتها والمرأة وخالتها⁵.

¹ - انس محمد حسن ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات وفي النسب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 207.

² - سورة الأحزاب، الآية رقم 4.

³ - سورة الأحزاب، الآية رقم 5.

⁴ - ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، كتاب الحدود، باب من ادعى إلى غير أبيه، حديث رقم 2599، المكتبة العلمية، بيروت، ج 8، ص 34.

⁵ - راجع سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار الأصالة، الجزائر، 2012، ص 63-67.

- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 29 - 32.

كما يترتب عن التبني الحق في النفقة، وحتى الجنسية، إذ قد يأخذ فيها المتبني جنسية المتبني إذا كان قانون جنسية هذا الأخير يجيز ذلك.

وعليه فإن الإقرار بالتبني ينجر عنه الاعتراف للطفل المتبني بكل حقوق الابن الشرعي ويترب عنه ما يترتب عن البنوة الشرعية من آثار.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على التبني.

من القوانين الداخلية جاء في المادة 46 ق أ ج: "يمنع التبني شرعاً وقانوناً"، وفي بعد القانون الدولي الخاص نجد:

أولاً/ القانون الواجب التطبيق على شكل التبني: لا خلاف بين الفقهاء أن شكل التبني يخضع للقاعدة التي تحكم شكل التصرفات القانونية، ذلك أن التبني كتصرف قانوني ينشأ بين شخصين يلزمه الإشهار والتوثيق حماية لطرفيه والغير، وعليه فإن التبني من الناحية الشكلية يخضع لقانون محل الإبرام أو للقانون الوطني المشترك لطرفي العلاقة، أو قانون موطنها المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية¹.

أما في التشريع الجزائري بما أن المشرع جعل للتبني قاعدة إسناد وهي المادة 13 مكرر 1 كما سيأتي بيانه، فإنه من الناحية الشكلية وباعتباره من التصرفات القانونية فإنه يخضع لحكم المادة 19 ق م ج.

ثانياً/ القانون الواجب التطبيق على صحة التبني: ذهب الفقه في مسألة القانون الواجب التطبيق على صحة التبني بين القول بإعمال قانون الدولة التي تم فيها التبني؛ مثاله (م 1/17) من القانون الدولي الخاص المصري لعام 1981م، وبين من يقول بإخضاع التبني لقانون دولة الراغب في التبني مع مراعاة قانون المراد تبنيه فيما يتعلق برضائه أو موافقته (كالقانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 م، م 1/126 منه).

¹ - سبق التطرق إلى القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات.

- راجع جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 346.

ورأي يرى إخضاعه للقانون الذي يحكم آثار الزواج مع قانون الشخص المراد تبنيه، وذهب فقه آخر إلى القول بتطبيق قانون طرفي علاقة التبني¹.

القانون الجزائري والتبني: جاء في المادة 13 مكرر 1 ق 10-05: "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها... وتطبق نفس الأحكام على التبني".

قياساً على الكفالة قال المشرع بالتطبيق الموزع على صحة التبني وقت إجرائه، ويقصد به قانون جنسية كل من طالب التبني والمطلوب تبنيه؛ فالبنوة بالتبني تتصل بحالة كل من طرفي رابطة التبني، وفي هذا التطبيق حماية للطرفين ورعاية لمصالحهما، لكن هذا لا يمنع من اللجوء إلى التطبيق الجامع عندما يتعلق الأمر بموانع التبني كاختلاف الدين وموانع الزواج².

وبذلك حسب المادة 13 مكرر 1 حتى يكون عقد التبني صحيحاً لا بد على القاضي المعروض عليه النزاع الرجوع إلى قانون جنسية كل من الطرفين وتحري استوفاء الشروط الموضوعية فيهما، وعليه فعندما يعرض نزاع ذا عنصر أجنبي على القاضي الجزائري فإنه يقضي بما يلي:

(أ) إذا كان قانون جنسية طرفي علاقة التبني يرفض التبني، فإن القاضي الجزائري هو الآخر يرفضه عملاً بقانون جنسيتهما.

(ب) إذا كان قانون جنسية أحد طرفي علاقة التبني يقبله والآخر يرفضه؛ فالقاضي الجزائري هنا يرفضه كذلك إعمالاً لقانون جنسية رافض التبني.

¹ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 343-347.

محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 149.

² - خالد صفاء هاجر، التبني بين التحريم الشرعي والقانوني والاعتراف بصحته وإقرار آثاره في قواعد الإسناد، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، المجلد 27، العدد 1، 2023/01/18، ص 310-311.

- فيراس كرم، أسل سالم عبد الكريم، تنازع القوانين في التبني، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 4، 2007، ص 275-276.

ج) إذا كان قانون جنسية طرفي علاقة التبني يقبله فعلى القاضي الجزائري السماح¹ به حسب المادة 13 مكرر 1.

وبذلك فإنه يتعين الرجوع إلى القانون الوطني لطرفي علاقة التبني لمعرفة إن كان طالب التبني يستند إلى سبب مشروع، وإن كانت تترتب عليه مزايا للمطلوب تبنيه أولاً، كأن لا يقل عمر طالب التبني عن سن معينة، وأن يكون الفارق بين عمرهما عدد معين من السنوات وأن لا يكون المطلوب تبنيه ولده الشرعي كما يشترط موافقه الزوج الآخر إذا كان طالب التبني متزوجاً، وأن يوافق أبواه أو أحدهما على التبني إذا كانا على قيد الحياة، ولا يجوز تبني أكثر من شخص واحد إلا إذا كان طالبا التبني زوجين، كما يبين عقد التبني الحقوق والالتزامات المترتبة عليه.²

ثالثاً/ القانون الواجب التطبيق على آثار التبني:

1- فقها: اختلف الفقه في حكم المسألة بين من يخضعها لقانون طالب التبني كونه رب الأسرة كما أنه يحل محل الأب الحقيقي وتقع عليه التزامات اتجاه الولد المتبني، وبين من يقول بتطبيق قانون الابن بالتبني لأنه القانون الأكثر صلة بحالة الابن.³

2- آثار التبني في القانون الجزائري: بما أن التبني تصرف قانوني فإنه يرتب جملة من الحقوق والواجبات على عاتق طرفيه؛ إذ بنجر عن التبني الاعتراف للطفل المتبني بكافة حقوق الابن الشرعي وعليه يترتب عنه ما يترتب عن البنوة الشرعية من آثار (الإرث والنفقة والنسب وغيرها) وجاء في المادة 13 مكرر أنه: "... يسري على آثارها قانون جنسية الكفيل... وتطبق نفس الأحكام على التبني"، وقياساً للتبني على الكفالة فإنه يسري على آثار التبني قانون جنسية المتبني، وذلك بهدف توحيد هذا القانون وتركيزه في رب العائلة على نحو ما هو متبع بشأن آثار الزواج.

¹ - محمودي فاطمة، تعارض المادة 13 مكرر الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري مع النظام العام الوطني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد

2 العدد 6، جوان 2017، ص 192.

² - بليغ حمدي، مرجع سابق، ص 47.

³ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 350.

الفرع الثالث: التبني وفكرة النظام العام في دولة القاضي.

هنا يطرح التساؤل التالي إلى أي مدى يمكن التدخل باسم النظام العام للحيلولة دون نشأة علاقة التبني أو حتى ترتيب آثارها؟ لاسيما إذا علمنا أن المادة 46 ق أ ج حرمت التبني بقولها: "يمنع التبني شرعاً وقانوناً" والمادة 605 ق إ ج م وإ د ج؛ التي تمنع تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري، إذا كانت مخالفة لنظام العام والآداب العامة في الجزائر¹ والمادة 24 ق م ج، التي تقول: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالف للنظام العام والآداب العامة في الجزائر".

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

وعليه وتطبيقاً لهاته المواد هل يمكن الدفع بالنظام العام واعتبار مسألة التبني مسألة جوهرية تمس كيان المجتمع وكذا اعتباره نظام قانوني غير معروف في قانون القاضي. بالرجوع إلى المادة 13 مكرر 1 نلاحظ أنه يصعب إعمال الدفع بالنظام العام في مسألة التبني، وذلك لاعتراف المشرع بإمكانية نشأة هاته العلاقة، ومثل هذا التنظيم يحول دون التدخل باسم النظام العام للحيلولة دون نشأته إذا كان القانون الشخصي لطرفي العلاقة يبيحه، لكن هذا لا يمنع من إعمال فكرة الدفع بالنظام العام إذا تعارض إنشاء هذه العلاقة مع النظام العام بالمعيار الإسلامي، فلو كان أحد أطراف العلاقة مسلماً فإنه لا يجوز للقاضي الإقرار بالتبني حتى ولو كان قانونه الشخصي يسمح بذلك².

¹ - المادة 325 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري (القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008)، حيث تنص على: "لا يمكن أن تؤدي الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية إلى أي تنفيذ في الإقليم الجزائري إذا كانت مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة".
² - يعي زكريا الشامي، التبني في الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ص 381.
-خالدي صفاء هاجر، مرجع سابق، ص 313-114.
- بليغ حمدي، مرجع سابق، ص 98.

ويرى البعض أن إعمال حكم التبني على الأجانب دون الجزائريين أمروضع به المشرع نفسه أمام موقف حرج عند تطبيق حكم التبني الذي يحرمه قانونه الداخلية متأثراً في ذلك بالأنظمة الغربية ومراعاة لمصالح الأجانب نتيجة للنداءات الدولية¹.

إن هذا الوضع الشاذ الذي وضع المشرع فيه نفسه كان الأجدر به إبقاء مسألة التبني من الأمور التي فيها مساس بالنظام العام.

أما عن آثار التبني فإن إقرار المشرع الجزائري بصحة التبني على إقليمه، سيتبعه وبطريقة آلية الاعتراف بآثار هذه العلاقة (م 13 مكررة 1)، لكن هل الإقرار بهذه الآثار يكون على إطلاقه وبالتالي لا مجال للدفع بالنظام العام، أم أن للأمر ضوابط يجب الوقوف عندها؟

يترتب على المادة 13 مكرر 1 ق م ج الإقرار للولد المتبنى بحق الإرث على إقليمه ولا مجال للدفع بفكرة النظام العام هنا، لكن الأمر يجزنا هنا إلى شيوع أمور لا تمت للقيم بصلة على إقليم دولة القاضي المسلم فلو افترضنا أن المتبني التونسي مسلم وحدث نزاع بين ورثته المسلمين والولد المتبنى، فإعمالاً للقانون التونسي المادة 15 منه التي تجعل الابن المتبنى بمنزلة الابن الشرعي فإن له الحق في الإرث، ويكون القاضي الجزائري حسب قانون جنسية المتبني مجبراً على الإقرار بحق الإرث للولد المتبنى وحرمان الورثة الشرعيين حسب قواعد الشريعة الإسلامية، ولا يمكن الدفع باستبعاد القانون التونسي تحت غطاء مخالفة النظام العام لأن المشرع الجزائري أقرب بآثار التبني.

وكذلك فيما يتعلق بموانع الزواج كأثر من آثار التبني في الدول التي تجيزه، فالقاضي الجزائري يجد نفسه ملزم بتحريم الزواج بين المتبني والمتبناة على إقليمه رغم عدم وجود علاقة تحريم بينهما ويجوز زواجهما وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

أما عن النفقة فالقول بفكرة الدفع بالنظام العام إزاء علاقة التبني؛ فنرى الأمر أقل حدة إذ يمكن اعتبارها مسألة ضرورية تتعلق بحياة إنسان في دولة القاضي.

¹ -عمارة عمارة، مرجع سابق، ص 47.

ومما تقدم وأمام الأوضاع الشاذة التي عرفت رواجاً في الأنظمة القانونية الغربية، فإنه يتعين على المشرع الجزائري التدخل والرجوع إلى ما كان الأمر عليه قبل التعديل من جعل مسألة التبني من المسائل التي فيها مساس بالنظام العام، وذلك لحرمته الصريحة من جهة ولسد الباب أمام العديد من الأمور التي تتنافى وقيمنا من الولوج إلى دولنا كالزواج المثلي والإقرار بنسب ولد الزنا، والتحول الجنسي وغيرها من الأنظمة الشاذة التي تقرها الشرائع الغربية، وهنا لابد من تفعيل فكرة الدفع بالنظام العام إزاء كل هاته الممارسات.

المطلب الثاني: الكفالة والقانون الواجب التطبيق عليها.

الفرع الأول: المقصود بالكفالة.

أولاً/ فقهاء الكفالة هي ضم الكفيل والتكفل به، والكفيل أو الكافل هو الذي يعول إنساناً وينفق عليه والكفالة في الشرع في حفظ الولد القاصر وتربيته ورعايته، وبذلك هي ولاية جائزة وتعتد تبرعاً ولا تصح إلا ممن كان أهلاً للتبرع بها¹.

ويشترط في الكفيل التمتع بسلامة العقل والبلوغ وأن يكون مختاراً غير مكره ولا يكون محجوراً عليه، وأن يكون متحداً في الدين مع الولد المكفول².

والمكفول يبقى أجنبي عن الأسرة التي تكفله فلا يحق له إرث، ويبقى له حق الوصية أو التبرع في حدود الثلث من الكفيل، وهو على خلاف التبني الذي يمنح للمتبنى حقوق الابن الشرعي من ميراث وغيره، هذا الأخير الذي يؤدي إلى اختلاط الأنساب والمساس بقدسية الأسرة التي ينتهي إليها.

ثانياً/ الكفالة في القانون الجزائري: لقد أقر المشرع الجزائري بنظام الكفالة لرعاية المكفول من أبويه افتراضياً وهذا ما جاء في الفصل السابع (الكفالة) من الكتاب الثاني (النيابة الشرعية) من قانون الأسرة الجزائري، حيث نصت المادة 116 ق أ ج: "الكفالة إلزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، وقيام الأب بابنه وتتم

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 3، ص 534.

- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3، ص 45.

² - العربي بختي، مرجع سابق، ص 213.

بعقد شرعي"، والولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب كولد الزنا واللقيط أو معلوم النسب حسب المادة 119 ق أ ج، فإذا كان الولد المكفول معلوم النسب وجب أن يحتفظ بنسبه الأصلي، وإذا كان الولد المكفول مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 ق ح م حسب المادة 120 ق أ ج.

ولقد اشترط المشرع الجزائري شروط لتمام الكفالة، وذلك بأن تتم أمام المحكمة أو موثق وبرضا من له أبوان المادة 117 ق أ ج، وأن يكون الكافل مسلماً عاقلاً أهلاً للقيام بشؤون المكفول، وقادراً على رعايته 118 ق أ ج.

وجاء في المادة 122 ق أ ج: "يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول". ويجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة (م 123 ق أ ج).

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الكفالة.

جاء في المادة 13 مكرر 1 ق م ج: "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل".

أولاً/ القانون الواجب التطبيق على شكل الكفالة: بما أنّ الكفالة تتم بعقد شرعي، وبالتالي فإنّها تخضع للقاعدة التي تحكم شكل التصرفات القانونية، وبالتالي تحكمها المادة 19 ق أ ج التي تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

ثانياً/ القانون الواجب التطبيق على صحة الكفالة: جاء في المادة 13 مكرر 1 (05-

10) ق م ج: "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها...."، من المادة نلاحظ أن المشرع أقرب للتطبيق الموزع على صحة الكفالة وقت إجرائها، والذي يقصد به قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول، فالكفالة تتصل بالحالة

الشخصية لكل من طرفي العلاقة، وهذا التطبيق يضمن حماية ورعاية لمصالح طرفي العلاقة.

وهنا على القاضي الوطني الرجوع إلى القانون الوطني لكل من الكفيل والمكفول، وتحري توفر الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه؛ أي يتعين الرجوع إلى القانون الوطني للكفيل لمعرفة إن كانت الشروط التي يجب أن تتوفر في الكفيل متوفرة كالإسلام والعقل والقدرة على رعاية المكفول وتربيته ونفقتة .. وهي التي جاء ذكرها في المواد من 116 ق أ ج إلى المادة 119 ق أ ج.

ثالثاً/ القانون الواجب التطبيق على آثار الكفالة: بانعقاد التصرف القانوني صحيح فإنه يترتب عليه جملة من الآثار، وبالرجوع إلى المادة 13 مكرر 1 ق 10-05: "....ويسرى على آثارها قانون جنسية الكفيل" وجاء ذكر آثار الكفالة في المادة 120 ق أ ج وما بعد؛ من ضرورة احتفاظ المكفول بنسبه إذا كان معلوم والخضوع إلى أحكام المادة (64 ق ح م ج) إذا كان مجهول النسب (م 120 ق أ ج)، والولاية القانونية (م 121 ق أ ج)، وصلاحيات الكفيل لإدارة أموال المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول (م 122 ق أ ج) وجواز وصية وتبرع الكافل للمكفول بماله في حدود الثلث، وإذا ما زادت الوصية أو التبرع عن الثلث بطلت فيما زاد عنه إلا إذا أجازها الورثة (م 123 ق أ ج)، وتسليم المكفول لوالديه (م 124 ق أ ج) والتخلي عن الكفالة (م 125 ق أ ج) ¹.

¹ راجع نصوص قانون الأسرة الجزائري، في هذا الباب، م 120 وما بعدها.

المبحث الثالث: النفقة بين الأقارب والقانون الواجب التطبيق عليها.

تعد النفقة من آثار الزواج والنسب وهي تجب للأولاد على الأصول، وتجب بين الزوجين والأقارب وعليه هي من صميم مسائل الأحوال الشخصية، كما أنّها من المسائل التي تثير مشكلة تنازع القوانين إذا ما تطرق إلى رابطة القرابة عنصراً أجنبياً وعليه، سندرس تبعاً المقصود بالنفقة في (المطلب الأول)، ثم القانون الواجب التطبيق عليها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بالنفقة بين الأقارب.

الفرع الأول: المقصود بالنفقة بين الأقارب في الفقه.

النفقة هي ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن، وكل ما يلزم للمعيشة يحسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج. وهنا تكون النفقة على الزوجة والأولاد على حسب السعة، وفي حالة عجز الأب فإن نفقة الأولاد تجب على الأم إذا كانت قادرة على ذلك، كما تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج، ودرجة القرابة في الإرث¹. ووجوب النفقة يستند إلى سببين إما القرابة أو الزواج؛ والمقصود بالقرابة هي الصلة القائمة بين الأشخاص بناء على دم أو أصل مشترك، وهي تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

- القرابة المباشرة: ويقصد بها الصلة بين الأصول والفروع.
- قرابة الحواشي: وهي التي تقوم على الصلة بين من يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر، كالقرابة بين الأخ وأخيه.
- قرابة المصاهرة: ينشأ هذا النوع من القرابة بالزواج، فهي قرابة تقوم بين الزوج وأقارب الزوج الآخر (م 35 ق م ج)، يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة

¹ - العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 169.

- نبيل صفر، مرجع سابق، ص 271، 274.

بالنسبة إلى الزوج الآخر، لكن يجب الإشارة إلى أن هذه القرابة لا تربط بين أقارب أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر¹.

أما النفقة الزوجية فهي تخرج عن إطار هاته الدراسة لأننا أشرنا سابقا أنّ النفقة الزوجية تعد من آثار الزواج وتخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج (م 12 ق 10-05)، وتخضع للقانون الجزائري إذا كانت جنسية أحد الزوجين جزائرية وقت انعقاد الزواج عدا الأهلية (المادة 13 ق أ ج).

الفرع الثاني: النفقة بين الأقارب في قانون الأسرة الجزائري.

لقد نظّم قانون الأسرة الجزائري أحكام النفقة في الفصل الثالث (النفقة)، من الباب الثاني (انحلال الزواج) فحدد في المادة 75 ق أ ج، سن التوقف عن النفقة بقوله: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فالبنسبة للذكور إلى سن الرشد، و الإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، وأشار المشرع إلى انتقال الأولاد إلى الأم إذا كانت قادرة وثبت عجز الأب عن ذلك (في م 76 ق أ ج)، وأشار إلى شروط وجوب النفقة في حال القرابة المباشرة (الأصول والفروع) وهي القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث (م 77 ق أ ج)، وحدد الشرع مشتملات النفقة من غذاء وكسوة وعلاج وسكن أو بدل الكراء، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة من خلال المادة (م 78 ق أ ج)، وطبعا، فإن مقدار النفقة يتوقف على حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع القاضي تقديره قبل مضي سنة من الحكم (م 79 ق أ ج)، أما استحقاق النفقة فيبدأ من تاريخ رفع تاريخ الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى².

¹ -جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 352.

² -راجع مواد قانون الأسرة الجزائري في هذا الباب.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب،

وإعمال النظام العام فيها.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب.

تختلف التشريعات في تحديد القرابة الموجبة للنفقة وشروط استحقاقها، كما توجد تشريعات لا تجعل النفقة واجبة بين الأقارب أصلاً.

جاء في المادة 14 ق م ج: "يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها"، ويقابل هذه المادة، المادة 15 ق م مصري، والتي يتضح من الأعمال التحضيرية لهذا القانون "أن عبارة بين الأقارب" المذكورة في النص قد أضيفت لإخراج النفقة الزوجية من هذه المادة، والتي تحكمها قاعدة الإسناد التي تحكم آثار الزواج كون النفقة الزوجية هي من آثار الزواج¹، وقياساً عليه فيمكن قول ذلك على المادة 14 ق م ج كذلك²، وجاء في المادة 14 ق م ج أن النفقة بين الأقارب يحكمها القانون الوطني للمدين بها ولتحديد الشخص المدين بها يتعين العودة إلى سبب الالتزام بالنفقة، وعليه فيما يتعلق بالنفقة بين الأقارب (نفقة الأصول على الفروع والعكس) فإنه ينبغي العودة إلى قانون المدين بها، ويقرر هذا الأخير شروط النفقة ومقدارها³.

والملاحظ هنا أنّ المشرع الجزائري وعلى غرار نظيره المصري اعتمد ضابط إسناد غير مألوف ومخالف لما تقضي به التشريعات المقارنة (كالفرنسي مثلاً)، واتفاقية لاهاي المبرمة في 1973/10/02م، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة م 1/4، والتي أخضعت النفقة بين الأقارب لقانون دولة محل الإقامة العادية للدائن بالنفقة، أو القانون الوطني المشترك للدائن والمدين بالنفقة عند استحالة الحصول على النفقة وفقاً لقانون محل إقامة الدائن⁴.

¹ - راجع القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج الموضوعة.

² - أعرب بلقاسم، مرجع سابق، ص 266.

³ - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 150.

⁴ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 354.

ولقد عاب الفقه على المشروع استعمال عبارة " القانون الوطني للمدين بها"، لما ينطوي عليه هذا التعبير من مصادرة على المطلوب إذ تفترض العبارة سلفاً أن الشخص مدين بالنفقة في حين أن قانونه الوطني هو الذي يحدد ما إذا كان مديناً بالنفقة أم لا¹. وكان الأجدر به الأخذ بقانون محل الإقامة العادية للدائن بالنفقة (أي قانون المطالب بها) بوصفه قانون الدولة التي يحيا ويُنفق بها وكذلك كون الدائن هو الطرف الضعيف والأولى بالحماية، وبذلك يتم الرجوع إلى هذا القانون لتحديد من يجب له النفقة والشخص الملزم بأدائها ومدى هذا الالتزام، وشروط استحقاقها كقدرة من يجب عليه والاحتياج ودرجة القرابة واتحاد الدين، ومشتملاتها وكيفية تقديرها ووقت وجوبها وطريقة دفعها ومدتها ومراجعة مقدارها وأحوال سقوطها وغيرها².

وعليه يدخل في إطارها ته النفقة كل أنواع القرابة، ويقصد بها كذلك النفقة العادية لا الوقتية - الاستعجالية بالقضاء، إذ هاته الأخيرة يحكمها قانون القاضي -.

ويخرج من نطاقها النفقة الزوجية والنفقة الناتجة عن الانفصال الجسماني - لا تزال زوجة- لأنهما من آثار الزواج وتخضع لقانون جنسية الزوج عند انعقاد الزواج حسب م 1/12 ق أ ج، ويخرج من نطاقها كذلك نفقة الطلاق إذ يحكمها قانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى الطلاق " م 12 / 2 ق م ج "، وكذلك تخضع النفقة الزوجية ونفقة الطلاق لأحكام المادة "م 13 ق م ج" للقانون الجزائري إذا كانت جنسية أحد الزوجين جزائرية عند إنعقاد الزواج.

الفرع الثاني: النظام العام والقانون الأجنبي الذي يحكم نفقة الأقارب.

يتم استبعاد القانون الأجنبي المتعلق بحكم النفقة بين الأقارب والمختص وفق قواعد الإسناد الوطنية إذا تبين مخالفته للنظام العام الوطني، ومثاله إذا كان لا يفرض نفقة

- محمود وليد المصري، المرجع السابق، ص 151.

¹- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 267.

²- جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 354.

بين الأصول والفروع، أو لا يعترف بالحق في النفقة أصلاً، أو لا يحدد أي شرط لاستحقاقها كالعسر واليسر¹.

¹ المرجع نفسه، ص 357.

الفصل السابع: الميراث والقانون الواجب التطبيق عليه.

الفصل السابع: الميراث والقانون الواجب التطبيق عليه.

تطرح مسألة الميراث إشكالاً كبيراً في إطار تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه، ذلك أن مسألة الميراث تتنازعها ثلاث قواعد للإسناد؛ إذ تتعلق بالأحوال الشخصية وبالتالي تخضع لقانون الجنسية -ذلك أنه القانون الأكثر علاقة بالمتوفى، كما أن توزيع الإرث يخص أفراد العائلة من الأقارب-، وتتعلق بالأموال الأمر الذي يقتضي تدخل قانون موقع المال، كما نجد أن الإرث يخص واقعة قانونية - واقعة الوفاة - مما يستلزم تطبيق قانون مكان حدوث الوفاة¹، هذا الأمر طرح خلاف فقهي وقانوني في تحديد القانون الذي يخضع له، وعليه، سنتطرق في هاته الدراسة إلى المقصود بالميراث، ثم تحديد القانون الواجب التطبيق عليه من بينها هاته القوانين.

¹ -المرجع نفسه، ص340.

المبحث الأول: المقصود بالميراث والقانون الواجب التطبيق عليه.

يعد الميراث من النظم المالية التي عنيت بها الشريعة الإسلامية أيما عناية، فقرر الإسلام ملكية الإنسان للمال ذكراً كان أو أنثى، وبين الكتاب العزيز أحكام الموارث وأحوال كل وارث ومقداره، والقليل من أحكامه ما جاء بالسنة والإجماع، والسبب وراء هاته الأهمية كون الإرث من أهم أسباب تملك الأموال، وهذا الأخير عصب الحياة بالنسبة للأفراد والجماعات وعليه تدور الحياة.

المطلب الأول: المقصود بالإرث.

الفرع الأول: تعريف الإرث والحقوق المتعلقة به وأركانه.

أولاً/ تعريف الإرث: الميراث هو انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء سواء كان المتروك مالاً أو عقاراً أو حقاً من الحقوق الشرعية.

والتركة هي ما يتركه الشخص بعد موته من أموال وحقوق مالية أو غير مالية؛ أي كل ما يتركه الشخص بعد وفاته سواء كان على الميت دين أو لم يكن وسواء كانت ديونه عينية أو شخصية¹.

ثانياً/ الحقوق المتعلقة بالتركة: يقصد بالحقوق المتعلقة بالتركة هي الحقوق التي تخرج من تركة الميت قبل أن يأخذ الورثة أنصبتهم وهي مرتبة حسب الأسبقية كالتالي:

- 1- الحقوق العينية: هي التي تعلقت بعين من أعيان تركة الميت قبل وفاته، كحق الميراث الذي لم يسدده في حياته، وسلعة المفلس الذي لا بد أن يدفعها للغريم قبل الموت فلم يدفعها.

- 2- مؤن التجهيز: هي ما يلزم الميت من وفاته إلى دفنه مثل نفقات الكفن والغسل.

- 3- الديون العادية: إذ لا تقسم التركة بين الورثة حتى تقضى ديون المورث.

- 4- تنفيذ الوصايا: لا تقسم التركة حتى تنفذ الوصايا في حدود الثلث إذا كانت لغير وارث.

¹ - محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 34.

5- الإرث: وهو ما بقي من التركة بعد هذه الأمور إن وجدت، ويقسم الإرث بين الورثة حسب نصيب كل واحد منهم¹.

ثالثاً/ أركان الميراث: للإرث ثلاث أركان وهي:

- 1- المورث: وهو الميت الذي يخلف وراءه تركة وورثة.
- 2- الوارث: وهو الشخص الذي تربطه بالميت علاقة سببية موجبة للإرث من قرابة أو ولاء أو نكاح صحيح.
- 3- الموروث: وهي التركة التي يخلفها المورث بعد وفاته لورثته من أموال عينية ونقدية وحقوق مالية².

الفرع الثاني: شروط الإرث وأسبابه وموانعه.

أولاً/ شروط الإرث: للإرث شروط وهي:

- 1- تحقق موت المورث: وهنا قد يكون الموت:
 - الموت الحقيقي: وهو الموت الثابت بالمشاهدة أو البينة.
 - الموت الحكمي: يكون بحكم قضائي لشخص مفقود لا تُعلم حياته أو وفاته.
 - الموت التقديري: ومثاله الجنين الذي يسقط بضرب فهل يحكم بتقديره حيا حتى تورث عنه غرته (دية جنائية) أم لا - المسألة محل خلاف - المشرع الجزائري لم يأخذ بالموت التقديري والغرة تأخذها الأم لأنها من وقعت عليها الجنائية.
- 2- تحقق حياة الوارث: وتكون إما حقيقة أو حكماً؛ فالحياة الحقيقية تثبت بالمشاهدة أو البينة، أما الحكمية كأنفصال الحمل عن أمه حيا في المدة المقررة شرعا أو المفقود أو الغائب.
- 3- العلم بالدرجة التي اجتمعا فيها³.

¹ - منصور كافي، الموارث في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، ص 34-35.

² - غزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والموارث في التشريع الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط2،

دار هومة، الجزائر، 2010، ص 50.

³ - منصور كافي، المرجع السابق، ص 37.

4- انعدام موانع الإرث.

ثانيًا/ أسباب الإرث: للإرث أسباب وهي:

1- القرابة الحقيقية (رابطة النسب): وهي الوالدان والأولاد والإخوة والأعمام ومن انتسب إليهم.

2- النكاح: وهو عقد الزوجية الصحيح القائم.

3- الولاء: وهي قرابة حكمية وتسمى (ولاء العتق وولاء النعمة)، وهذا إذا لم يكن للعبد العتيق وارث أصلاً.

ثالثًا/ موانع الإرث: يقصد بموانع الإرث الأوصاف التي تقتضي الحرمان من الميراث رغم قيام سببه؛ وهي:

1- الرق: وهو العبد المملوك لا يرث أحدًا من أقاربه، لأنّه إذا ورث شيئاً أخذه سيده.

2- القتل: وهو إزهاق روح إنسان معصوم الدم عن طريق مباشر أو بالتسبب في ذلك واختلف الفقه إن كان المقصود القتل العمدي فقط (كالمالكية)، أو حتى بالخطأ (كالحنفية والشافعية والحنابلة)، أمّا عن المشرع الجزائري في المادة 137 ق أج قد نصّ على أن: "يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض".

3- اختلاف الدين: وهذا إعمالاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم"¹، وهو ما عليه مذهب الأئمة الأربعة، وذهب بعض العلماء كمعاذ بن جبل ومعاوية للقول بأن المسلم يرث الكافر دون العكس وحجتهم في ذلك أنّه إذا كان يجوز نكاح نساؤهم فكذلك يجوز ميراثهم.

4- الردة: وهو الشخص الذي يخرج عن الإسلام بإرادته واختياره، وأجمع العلماء على عدم ميراثه من المسلمين، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 138 ق أج: "يمنع من الإرث اللعان والردة".

¹ - البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر، حديث رقم (6764)، ط3، دار ابن كثير، بيروت، 1407هـ/1987م، ص 1091.

5- عدم الاستهلال: وهو نزول الجنين من بطن أمه ميتا، وذلك لعدم تحقق حياته وقت وفاة مورثه.

6- الشك في الأسبقية: أي الشك في أسبقية الوفاة؛ كالمهدم والغرق والحرق.

7- اللعان: ولد الملاعنة يكون ميراثه من أمه فقط وأقاربها.

8- ولد الزنا: يمنع من الميراث بالنسب ولا يرث إلا أمه وأقاربها¹.

الفرع الثالث: الميراث في قانون الأسرة الجزائري.

جاء في المادة 2 من الدستور الجزائري أن الإسلام دين الدولة²، وبما أن الميراث مأخوذ من الشريعة الإسلامية فنستنتج أنه من النظام العام وأي مخالفة لقواعده هي مخالفة للنظام العام، كما تعرض المشرع الجزائري للميراث في القانون المدني في الفصل الثاني من الكتاب الثالث من خلال بيان طرق اكتساب الملكية، حيث ذكر في القسم الأول الاستيلاء والترك (م 773، 774 ق م ج)، أما في قانون الأسرة الجزائري، فقد جاء بأحكام تفصيلية للميراث في الكتاب الثالث بعنوان "الميراث" واشتمل على 58 مادة موزعة على عشرة فصول.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الميراث.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الميراث فقها.

يعد الميراث من المسائل المثيرة للجدل واختلفت النظم القانونية بين من يعتبره من المسائل الشخصية ويحكمه القانون الشخصي للمورث (كالدول العربية، وإسبانيا وألمانيا واليونان)، وبين من يعتبره من المسائل العينية، وبالتالي يحكمه قانون الموقع (فالعبرة في التركية عندهم بالمال لا صاحبه)، وبين من يعتبره نتيجة لواقعة قانونية هي الوفاة فأخضعته لقانون موطن المتوفى، باعتباره قانون محل الوفاة.

¹ -راجع: منصور كافي، مرجع سابق، ص 44-44.

- محمد علي الصابوني، مرجع سابق، ص 44-42.

² - المرسوم الرئاسي 438-96، المؤرخ في 1996/12/07 م، المتعلق بالتعديل الدستوري، ج ر، العدد

كما تميزهاته النظم بين الميراث في العقار والميراث في المنقول؛ فيخضع ميراث العقار لقانون الموقع وميراث المنقول لقانون موطن المتوفى (كفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا) أو لقانون جنسية المتوفى (كالنمسا والمجر ورومانيا)، والعلة في هذه التفرقة هو ما عرف في العصر الإقطاعي من أنّ العقار وحده هو الذي يمثل الثروة أما المنقولات فهي أموال ضئيلة القيمة تتبع الشخص حيث وجد.

لقد انتقد الفقه الاتجاهات السابقة ودعا إلى ضرورة تطبيق قانون واحد على الميراث بغض النظر عن نوع المال المورث؛ إذا القول بالأزاء السابقة يؤدي إلى أوضاع شاذة، فتجد المنزل خاضع لقانون بينما أثاثه خاضعاً لقانون آخر¹، وكما أسلفنا فقد اختلفوا كذلك في تحديد هذا القانون بين القانون الشخصي أو قانون الموقع أو قانون محل الوفاة باعتباره واقعة قانونية، ولقد اعتبرت اتفاقية لاهاي 1928م، جميع مسائل الميراث من مواد الأحوال الشخصية على اعتبار أنّها مرتبطة بالعائلة².

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الميراث في القانون الجزائري.

جاء في المادة 774 ق م ج أنّه تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة في الفصل المتعلق بطرق اكتساب الملكية وعليه فالإرث في القانون الجزائري يتعلق بنظام الأسرة، فقانون الأسرة هو الذي ينظم انتقال مال المتوفى إلى أقربائه، ويبين أحكام الميراث، وخصص الباب الثالث منه لل (الميراث).

وجاء في المادة 16 ق م ج ق 10-05: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.....".

¹ - راجع جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 391-392.

- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 268-269.

- أشرف وفا محمد، آثار التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 111.

² - محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 150.

ومن المادة يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بتطبيق قانون واحد على الميراث على غرار جل التشريعات العربية ولم يفرق بين الميراث في العقار والميراث في المنقول، وذلك لارتباط الميراث عندنا بالإسلام وبنظام الأسرة والعلاقات العائلية، وأخضعه كله لقانون جنسية الهالك وقت موته.

المبحث الثاني: المسائل التي ينظمها القانون المختص بحكم الميراث والمسائل التي تخرج من نطاقه.

المطلب الأول: المسائل التي ينظمها القانون المختص بحكم

الميراث.

إن القانون الذي يحكم الميراث هو قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة؛ فهو المرجع في معرفة أركان الإرث من مورث ووارث وموروث، وشروط الإرث من تحقق موت المورث وتحقيق حياة الوارث والعلم بدرجة القرابة. وأسباب الإرث من قرابة ونكاح وولاء، وموانع الإرث من رق وقتل واختلاف دين وردة ولعان وعدم استهلال وشك في الأسبقية وولد زنا¹. كما يكون هذا القانون هو المرجع في تحديد الحالات التي يوجد فيها مدير التركة وكيفية والسلطات التي يتمتع بها، وكيفية قسمة التركة، وأنصبة الورثة، وفي معرفة أهلية الوارث وبيان المحجوب والمحروم ومعرفة إذا كان الوارث حراً في قبول الإرث أو التنازل عنه، والقبول دون جرد أو بشرط الجرد - هذا القول عند الغرب ذلك أن انتقال الميراث في الدول الإسلامية إجباري دون الحاجة لموافقة الورثة².

المطلب الثاني: المسائل التي تخرج من نطاق قانون جنسية

المتوفى.

هناك مسائل مستبعدة في الخضوع للقانون الذي يحكم الميراث فمنها ما يطبق عليه قانون موقع المال ومنها ما يطبق عليها القانون الشخصي للورثة، وهناك مسائل تخضع لقانون القاضي.

¹ - لقد سبق الإشارة إليها بالتفصيل.

² - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 153.

الفرع الأول: المسائل المتفق على خروجها من نطاق قانون جنسية

المتوفى.

أولاً/ المسائل التي تخضع لقانون موقع المال: يدخل في نطاق قانون موقع المال

المسائل التالية:

1- تحديد محتوى وشروط ممارسة الحقوق المكتسبة على أموال التركة بالإرث، فيخضع حق الملكية والحيازة والانتفاع المكتسب على أموال التركة لقانون موقعها¹، لكن هذا قد يؤدي إلى تعارض بين المادة 774 ق م ج، التي تجعل أيلولة التركة تندرج ضمن القانون الذي يحكم الميراث وبين قانون موقع المال طبقاً للقواعد العامة.

2- بما أن الإرث من وسائل نقل الملكية، فإن وسائل الشهر والتسجيل والعلانية تتم وفقاً لقانون موقع المال.

3- يختص قانون موقع المال بتنظيم حالة الشيوخ أي بتحديد حق كل شريك في التصرف وكيفية إدارة الأموال الشائعة وتنظيمها، ويعين المالكين على الشيوخ ومدته وكيفية انقضائه².

ثانياً/ المسائل التي يطبق بشأنها القانون الشخصي للورثة: لا يدخل في نطاق قانون الميراث تقرير صحة الزواج لا من حيث الشروط الموضوعية فتحكمها المادة 11 ق م ج و استثناءً م 13 ق م ج إذا كان أحد الطرفين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، ولا الشروط الشكلية التي تخضع للمادة 19 ق م ج³، كما لا يدخل في نطاق القانون المختص بحكم الميراث إثبات صلة البنوة ومدى شرعيتها؛ إذ تحكمها المادة 13 مكرر⁴.

¹ -عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 324.

² -راجع: ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 109.

- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، ص 316.

- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 325.

- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 400-401.

³ -راجع: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج.

⁴ -راجع: القانون الواجب التطبيق على النسب.

ثالثاً/المسائل التي تندرج ضمن قانون القاضي: كل المسائل المتعلقة بالاختصاص وإجراءات التقاضي تخضع لقانون القاضي المعروض عليه النزاع لتعلقها بالنظام العام (م 21 مكرر ق 10-05)، وكذلك المسائل الإجرائية المؤقتة بهدف المحافظة على التركة كتعيين حارس قضائي، وتعيين المصفي وتحديد اختصاصاتهما¹.

الفرع الثاني: المسائل المختلف في القانون الذي ينظمها:

هناك مسائل اختلف في تحديد القانون الذي ينظمها؛ هل هو القانون الذي يحكم الميراث أم قانون آخر.

أولاً/ حقوق دائني التركة: يرى الفقه الغالب عدم إخضاع حقوق دائني التركة لقانون جنسية المتوفى؛ لأن المسألة لا تتعلق بنظام الأشخاص بل بنظام الأموال وسلامة المعاملات وبالتالي فحقوق دائني التركة يحكمها قانون موقع المال.

ويرى فقه آخر بإخضاع حقوق دائني التركة وأثرها على حقوق الورثة لقانون جنسية المورث وحجتهم في ذلك أن إخضاعها لقانون موقع المال يؤدي إلى تعدد القوانين التي تحكم التركة بتعدد الدول التي تتواجد فيها أموال التركة، وهذا يؤدي إلى نتائج غير معقولة. لكن هذا الرأي هو الآخر تعرض للنقد، ذلك أنه لا يتقرر في الشريعة الإسلامية حق لأي وارث على التركة إلا بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا، ولا يتم الرجوع إلى قانون الميراث إلا بعد سداد الديون².

لكن الراجح هو إخضاع حقوق دائني التركة لقانون موقعها إذ "أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون". ولقد أخضع المشرع الجزائري المسائل المتعلقة بسداد الديون للقانون

¹ -راجع غالب علي الداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 421.

- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 184-185.

² -أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 272-273.

-عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 264.

- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 316.

الجزائري إذا كانت أموال التركة موجودة في الجزائر حتى ولو كان المورث أجنبياً، فجاء في المادة 180 ق أ ج: " يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز أو الدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

3- الوصية.

ثانياً/التركة الشاغرة: التركة الشاغرة هي التركة التي بلا وارث أو التركة المتروكة بوجود ورثة ولكن هم في وضع لا يمكنهم من المطالبة بها؛ ومثاله لو توفي أجنبي بالجزائر ولا يوجد له وارث وفقاً لقانونه الشخصي، فتبقى هاته الأموال متروكة دون أن يطالب بها أحد بصفته وارث أو له ورثة ولكنهم في وضع يحول دون مطالبتهم بها، فجاء في المادة 180 ق أ ج: "..فإذا لم يوجد ذو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإذا لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة".

غير أن السؤال الذي يطرح هنا؛ لخزينة أي دولة تؤول التركة الشاغرة هل إلى الدولة التي ينتهي إليها المتوفى بجنسيته أو الدولة التي توجد أموال التركة بإقليمها. تتوقف الإجابة عن هذا السؤال حسب التكييف القانوني لأيلولة التركة الشاغرة فإذا كيف القاضي حق الدولة على التركة الشاغرة على أنها حق إرث باعتبار الدولة وارث لمن لا وارث له فيعتبر انتقال التركة إليها خاضعاً للقانون الذي يحكم الميراث، وهنا تؤول التركة إلى الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته في أي مكان كانت.

أمّا إذا كيّف القاضي التركة الشاغرة على أنها حق مبني على سيادتها، فإنّ التركة الموجودة على إقليمها تؤول إليها باعتبارها مآلاً لا مالك له، وهنا تخضع التركة الشاغرة لقانون موقع المال، والهدف من هذا التكييف هو حماية الثروة الوطنية وهو التكييف الذي أخذت به جلّ التشريعات العربية، والقانون الفرنسي والتركي والإنجليزي، كما تبنت اتفاقية لاهاي 1989م، هذا التكييف حيث جاء في المادة 16 منها حق استيلاء دولة الموقع على الأموال محل الميراث الذي لا وارث له.

وذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أنَّ أخذ الدولة للتركة الشاغرة على أنَّها مال ضائع وليس لاعتباره وراثه¹. وبما أنَّ قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية فيكون أخذ الدولة الجزائرية للتركة الشاغرة باعتبارها مالاً لا مالك له، وذلك بموجب سيادتها وحماية ثروتها الوطنية على إقليمها وهنا جاءت المادة 773 ق م ج: "تعتبر ملكاً من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تهمل تركتهم".

وجاء في المادة 48 قانون 30/90 المتعلق بالأملاك الوطنية: "الأملاك الشاغرة والأملاك التي لا صاحب لها ملك للدولة طبقاً للمادة 773 من القانون المدني"². والمادة 180 ق أ ج: "فإن لم يوجد ذو فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة"، لكن هاته النصوص وإن كان الأكيد أنَّها تنطبق على الأملاك الشاغرة الوطنية لا محالة فهي ليست صريحة في شمول أموال الأجانب الموجودة في الجزائر. ولكن ينبغي أن تشملها أيضاً تطبيقاً لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها وحفاظاً على ثروتها الوطنية.

الفرع الثالث: استبعاد القانون الأجنبي المختص وفق قاعدة الإسناد الوطنية (مخالفة النظام العام).

إذا تبين للقاضي الجزائري أنَّ القانون الواجب التطبيق على الميراث بموجب قاعدة الإسناد الوطنية (م 16 ق 05-10) مخالف للنظام العام يتعين على القاضي استبعاده إعمالاً للمادة 24 ق م ج، ويثار مشكل الدفع بالنظام العام خاصة بين الدول العربية ذات المرجعية الإسلامية والدول الغربية عندما يكون أحد الأطراف مسلماً بغض النظر عن جنسيته.

¹- راجع: أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 271.

- ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 110-111.

- محمد مبروك الافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 154.

²- القانون رقم 30-90 المؤرخ في 1990/12/01، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر، العدد 12، 1990.

يرى الفقه ضرورة استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الميراث إذا تضمن أحكاماً تعسفية كما لو نص على منع الإرث بسبب اختلاف اللون أو الجنس، أو يقرر حرمان الإناث من الحق في الإرث أو يجيز ميراث القاتل للمقتول عمداً، أو يورث ولد التبني أو ولد الزنا، أو إذا أجاز التوارث رغم اختلاف الدين. (بالنسبة للمسلمين).
وأما في الأحوال التي يكون فيها المورث والورثة أجنب غير مسلمين فيرى البعض أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق لا يصطدم في هذه الأحوال بالنظام العام في الدول الإسلامية، وهنا يطبق القانون الأجنبي كما هو، ما دام لا يوجد طرف مسلم أو انتهاك للشريعة¹.

¹ - راجع: ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 112.

- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 402-406.

الفصل الثامن: القانون الواجب التطبيق

على عقود التبرع.

الفصل الثامن: القانون الواجب التطبيق على عقود التبرع.

المقصود بعقود التبرع الوصية والهبة والوقف والتي تعتبر عقود بلا عوض، وعليه ندرس في (المبحث الأول) الوصية والقانون الواجب التطبيق عليهما، ثم الهبة والوقف والقانون الواجب التطبيق عليهما في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الوصية والقانون الواجب التطبيق عليها.

ذهبت جل القوانين العربية إلى اعتبار الوصية من مسائل الأحوال الشخصية. وعليه تدخل ضمن حالات القانون الشخصي.

المطلب الأول: المقصود بالوصية والتصرفات التي تنفذ بعد الموت.

الفرع الأول: المقصود بالوصية.

أولاً/ تعريف الوصية:

1- الوصية في اللغة: مصدر وصى، واسم لما يوصي به الإنسان، ووصى إلى فلان توصية إذ جعله وصياً من بعده؛ أي عهد إليه بأمر تركته، وتطلق على تملك المال تملكاً مضافاً إلى ما بعد الموت¹.

2- الوصية اصطلاحاً: الوصية هي تصرف على وجه التبرع مضاف إلى ما بعد الموت². وجاء الدليل على مشروعيتها في قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾³، ولقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَلَدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁴، وروي عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله: "لأن يتصدق المرء في حياته بدينار خير له من أن يتصدق بمئة درهم عند موته"⁵.

وفي عصر الصحابة الكرام ومن أتى بعدهم حصل إجماع سكوتي على مشروعية الوصية ولم تصدر عن أحد مخالفة بشأنها، ولعل هذا يعود إلى تمكين المكلف من تدارك

¹ -العربي بختي، مرجع سابق، ص 260.

² -نبيل بصر، مرجع سابق، ص 259.

³ -سورة النساء، الآية رقم 12.

⁴ -سورة البقرة، الآية رقم 180.

⁵ - أبو داود، السنن، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، كتاب الوصايا، باب ما جاء في فضل الصدقة عند الصحة، حديث رقم 2866، دار الفكر، بيروت، ج 6، ص 262.

ما فاتته من تقصير أثناء حياته في بعض الواجبات فيسعى إلى جبره عن طريق الوصية والمستحب أن تكون الأولوية عند الإيصاء للأقارب الفقراء غير الوارثين¹.

ثانيًا/ أركان الوصية وشروطها:

1- أركان الوصية: بما أن الوصية تصرف عقدي فإنها لا تتم إلا باتفاق إرادتين هما إرادة الموصي وإرادة الموصى له، وبوجود شيء موصى به وبصيغة ينشأ بها، وعليه فأركان الوصية: هي الموصي والموصى له والموصى به والصيغة التي ينشأ بها².

2- شروط الوصية: يقصد بها الشروط الموضوعية وهي تلك الشروط الجوهرية الأساسية التي يجب توفرها جميعاً، والتي يؤدي تخلف أحدها إلى البطلان³:

- توفر الأهلية عند محرر الوصية وسلامته من عوارض الأهلية الجنون والعتة والسفه.

- سلامة الإرادة من العيوب كالغلط والإكراه والاستغلال.

- أن يكون الموصى به عقاراً أو منقولاً أو حقوق معنوية، وأن يكون مباحاً شرعاً وأن يكون الموصى به قابلاً للتمليك، وأن لا يكون مستغرقاً بدين حفاظاً على حقوق دائنيه وهذا الأخير لا يعد شرط صحة للوصية بل يعتبر شرط لنفاذها، والمعتبر في الدين وقت وفاة الموصي وليس وقت الإيصاء.

- يجب أن يكون الموصى له شخصاً طبيعياً معلوماً وأن يكون غير وارث لقوله رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا وصية لوارث"⁴، إلا إذا أجازها الورثة، وأن لا يكون قاتلاً

¹ -العربي بختي، مرجع سابق، ص 260.

² -راجع: نبيل صقر، مرجع سابق، ص 369-375.

³ -راجع: ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 101.

- العربي بختي، المرجع السابق، ص 262 - 267.

-نبيل صقر، المرجع السابق، ص 368 - 373.

⁴ - الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر، حديث رقم 2120، دار

إحياء التراث العربي، بيروت، 1987م، ج 3، ص 266.

-ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، حديث رقم

2713، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ج 2، ص 904.

للموصي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا وصية لقاتل"¹، كما يشترط أن يكون الموصى له موجوداً، كما تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً، ويمكن أن يوصى لشخص غير طبيعى كالمستشفى أو مسجد أو مدرسة أو دار للأيتام ويجب أن يكون الموصى له أهلاً للتملك فلا تصح الوصية لحيوان عند جمهور الفقهاء.

- شرط إجازة الورثة للوصية التي تزيد عن النسبة المسموح بها "ثلث التركة" ذلك أن الوصية تؤثر على حصص الورثة.

- كما نص العلماء على الحالات التي تبطل فيها الوصية بعد انعقادها وقبل نفاذها ك وفاة الموصى له قبل وفاة الموصي، جنون الموصي، هلاك المال الموصى به قبل وفاة الموصي وذلك لتعذر تسليمه، رد الموصى له الوصية (لدى جمهور الفقهاء)، رجوع الموصي عن وصيته، لأن الوصية عقد غير لازم يجوز للموصي الرجوع عنه.

- كون نفاذ الوصية معلق على شرط، فقد تؤدي هذه الشروط إلى بطلان الوصية أو اعتبار الوصية صحيحة وبطلان الشروط.

الفرع الثاني: المقصود بالتصرفات التي تنفذ بعد الموت.

هي التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وهي نوعان من التصرفات:

أولاً/ التصرفات الصادرة عن المريض مرض الموت ويكون مقصود بها التبرع: المادة 776 ق م ج: " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تبرعاً مضاف إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية، أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابت، فإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت،

¹ - البهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية،

بيروت، 2003م، ج 6، ص 261.

يُعتبر التصرف صادرًا على سبيل التبرع ما لم يُثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه.

ثانيًا/ التصرفات التي تصدر لأحد الورثة ويحتفظ فيها المورث بحياسة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى الحياة: جاء هذا في المادة 777 ق م ج: "يعتبر التصرف وصية وتجرى عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقه ما حياسة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدى حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

وأضاف المشرع للوصية الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة (المادة 204 ق. أ. ج).

الفرع الثالث: الوصية في التشريع الجزائري.

جاء ذكر الوصية في قانون الأسرة الجزائري في الباب الرابع (التبرعات) في الفصل الأول (الوصية) وخصص لها المشرع ثمانية عشر مادة قانونية نظرا لأهمية وخطورة هكذا تصرف. فعرف الوصية في (المادة 184 ق أ ج): "بأنها تملك مضاف على ما بعد الموت بطريق التبرع"، وحدد مقدارها بالثلث وما زاد عن الثلث توقف على إجازة الورثة في (المادة 185 ق أ ج)، ثم تناول الشروط الواجب توافرها في الموصي كسلامة العقل وبلوغ 19 سنة على الأقل (م 186 ق أ ج)، وأجاز الوصية للحمل شرط ميلاده حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس (م 187 ق أ ج)، ثم تكلم عن شروط يجب توافرها في الموصى له؛ بأن لا يكون الموصى له قاتل للموصي عمداً (م 188 ق أ ج)، وأن لا يكون الموصى له وارث للموصي إلا إذا أجازها الورثة (م 189 ق أ ج)، ثم تناول في (المادة 190 ق أ ج) الأموال الموصى بها والتي يجب أن تكون مما يملكه الموصي قبل موته عينا أو منفعة.

أما إثبات الوصية فيتم يعقد أمام الموثق أو بحكم ويؤشربه على هامش أصل الملكية في (المادة 191 ق أ ج)، كما أجاز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا حسب (المادة 199 ق أ ج)، لكن رهن الموصى به لا يعد رجوعاً في الوصية (المادة 193 ق أ ج)، وفي حال تم الإيضاء لشخص ثم أوصى لثاني يكون الموصى به مشتركا بينهما، وأشار إلى أن قبول

الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي (المادة 197 ق أ ج)، وبموت الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد حسب (المادة 192 ق أ ج)، كما أجاز المشرع تعليق الوصية على شرط إذا كان صحيحًا، وإذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط في (المادة 199 ق أ ج)، وفي المادة 200 منه أجاز الوصية مع اختلاف الدين، وأشار إلى حالات بطلان الوصية وهي موت الموصى له قبل الموصي أو ردها. وفي القانون المدني جاء في المادة 775 ق م ج في القسم الثاني (الوصية) من الفصل الثاني (طرق اكتساب الملكية) من الباب الأول من الكتاب الثالث: "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها".

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الوصية.

إنّ ما يعتبر من الوصية مسألة متعلقة بالتكييف وهنا يرجع إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع. وفي القوانين العربية كل تصرف قانوني لشخص في ماله (تركته) وبإرادته المنفردة أثناء حياته على أن تنتقل هذه الملكية إلى الغير بعد وفاته وبدون عوض مالي (تبرع) يعتبر وصية.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية.

اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الوصية؛ فبينما ألحقت بعض التشريعات الوصية بالميراث وأدخلته في نظام الأحوال العينية وميزت بين الوصية في العقار والمنقول؛ فأخضعت المنقولات لقانون موطن الموصي وقت موته والعقارات لقانون موقعها مثل: فرنسا، إنجلترا، والولايات المتحدة الأمريكية، ذهب رأي آخر إلى إعمال قانون الإرادة باعتبار الوصية تصرف إرادي¹.

أما الرأي الغالب فيرى إخضاع الوصية إلى قانون جنسية الموصي وقت وفاته، وهذا الأخير يتم الرجوع إليه في تنظيم حرية الموصي في الوصية والقدر المسموح به، ويبيّن مدى توفر الشروط المطلوبة في أركانها وغيرها.

¹ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 85.

- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 409.

لكن ما أثار تساؤل هنا، هل يحكم قانون جنسية الموصي وقت وفاته كل الشروط الموضوعية بما فيها شرط الأهلية أم أنَّ هذا الأخير يحكمه قانون الموصي وقت الإيصاء؟ يرى بعض الفقهاء خضوع أهلية الموصي لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء على اعتبار أن الوصية تصرف إرادي؛ والأهلية وصحة الإرادة هي تصرفات إرادية تخضع لقانون جنسية من قام بالتصرف وقت إجرائه وبذلك يتوجب أن يكون الموصي كامل الأهلية عند إجراء الوصية.

ويرى البعض الآخر أن جميع الشروط الموضوعية للوصية بما فيها أهلية الموصي تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة، وحجتهم في ذلك أن الوصية وإن كانت تصرف إرادي إلا أنَّها تعد غير ملزمة إلى حين الوفاة - إذ يمكن للموصي الرجوع عنها قبل الوفاة - ومثاله لو أوصى شخص ناقص الأهلية بشيء ثمَّ اكتملت أهليته فيما بعد وأصر على وصيته حتى وفاته فتعد وصية صحيحة¹.

ونرى أن الراجح هو الرأي الثاني وهو الاعتداد بالأهلية كذلك وقت وفاة الموصي والتأكد من كمالها أو نقصها وقتها، فلو كان الموصي ناقص الأهلية وقت الوفاة لا يعتد بالوصية وإن كان كامل الأهلية ومات عليها نفذت الوصية.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للوصية.

المقصود بالشكلية هنا جملة الإجراءات والأوضاع الخارجية للتصرف والشكلية المطلوبة للإثبات، - إذا كانت الشكلية للانعقاد فإن هاته الأخيرة تعامل معاملة الشروط الموضوعية -

والشروط الشكلية عامة هي الأخرى عرفت اختلاف بين التشريعات؛ فبعضها يفرض شروط محددة لشكل الوصية كالتسجيل وأخرى تكتفي بعبارة الوصية، كما تختلف التشريعات في القانون الذي يحكمها؛ فيرى البعض إخضاع الشروط الشكلية إلى قانون محل الإبرام أي قانون البلد الذي تمت فيه الوصية فيرجع إلى هذا القانون لمعرفة إذا

¹ - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 158.

- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 414- 415.

كانت الوصية تتم في سند عادي أو رسمي موثق أو اعلام قضائي، أو مجرد عدد معين من الشهود أو تكفي شفويًا.

ويرى البعض اخضاع هذه الشروط لقانون الموصي وقت الإيصاء وهناك من أخضعها لقانون جنسية الموصي وقت موته.

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الوصية في التشريع الجزائري.

المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري أخضع الوصايا والتصرفات التي تنفذ بعد الموت - تصرفات المريض مرض الموت بالتبرع، والتصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بأي طريقة بحياسة العين التي تصرف فيها، والهبية في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة- إلى نفس قاعدة الإسناد التي يخضع لها الإرث، وهي قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته وذلك حرصًا من المشرع إلى وحدة النظام القانوني الذي يحكم الميراث والوصية والتصرفات التي تنفذ بعد الموت نظرًا للصلة الوثيقة بينهم؛ إذ أنّها كلها طرق من طرق الخلافة بسبب الموت.

والقاضي هو المرجع في تكييف إن كان النزاع المعروض عليه والذي يتعلق بتصرف ما إن كان يعد وصية أو تصرف مضاف إلى ما بعد الموت أو كان تصرف عادي يخضع لقاعدة الإسناد المتعلقة بالتصرفات القانونية عامة.

وعليه فإن قانون جنسية الموصي عند الوفاة هو الذي يحكم الشروط الموضوعية للوصية والتي تنقسم كما أسلفنا إلى شروط تتعلق بالموصي وأخرى بالموصى له وأخرى بالموصى به، وهو ما جاء في المادة 16 قانون 10-05: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته....".

أما الأهلية والرضا والمحل والسبب والجدال المعروض حول دخول الأهلية في قانون جنسية الوصي وقت الإيصاء أو وقت الوفاة، فإنه حسب المادة 16 السالفة جاءت عامة ولم تستثني خضوع أهلية الإيصاء والرضا والمحل والسبب لهذه المادة، وبالتالي فإن هذه المادة تحكم كافة الشروط الموضوعية بما فيها أهلية الموصي، ذلك أن الوصية كتصرف

إرادي لا يترتب عليه حقوق أو التزامات إلا لحظة الوفاة، وهو ما يستلزم إخضاعها للقانون الذي تنشأ هذه الحقوق والالتزامات في ظلّه أي قانون جنسية الموصي وقت الوفاة كما أنّها تصرف غير لازم إذ يجوز الرجوع فيها.

أما عن الشروط الشكلية فنلاحظ أن المشرع الجزائري بعد التعديل لم يخضعها للقاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات (م 19 ق م ج)، وبذلك فالمشرع الجزائري أخرج كل من الوصية والتصرفات القانونية المضافة إلى ما بعد الموت من نطاق أعمال قواعد الإسناد الخاصة بالتصرفات القانونية سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل، وذلك نظراً للطبيعة الخاصة التي تتمتع بها الوصية فهي من جهة وثيقة الصلة بالميراث، ومن جهة أخرى تعد من التصرفات الإرادية.

لكن قبل التعديل كان يخضع شكل الوصية إما لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه وهذا حسب (المادة 16 / 2 ق م ج)، لكن بعد التعديل تمّ حذف هذه الفقرة مما يدل على إدراج الوصية في شقها الموضوعي والشكلي لقانون جنسية الموصي أو من صدر منه التصرف الذي ينفذ بعد الموت وقت موته.

لكن تجدر الإشارة أن قاعدة الإسناد في (المادة 16 / ق م ج)، تنقيد بقاعدة موقع المال شأنها شأن الميراث وذلك عندما تترتب على الوصية أو التصرفات المضافة إلى بعد الموت إنشاء أو تعديل أو إلغاء أحد الحقوق العينية، فإذا كان المال الموصى به عقار موجود في الجزائر فإنه يتعين لنقل الحق العيني أو تعديله أو إلغاؤه شهر الوصية أو سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ويترتب على عدم تسجيل ما سبق ذكره عدم انتقال الملكية سواء بين ذوي الشأن أو بالنسبة للغير وبه يبقى ما أوصى به ملكاً للورثة ولا ينتقل للموصى له.

كما يحكم قانون موقع المال كل ما يتعلق بالمحافظة على حقوق دائني الموصي¹.

¹ - جمال محمد الكردي، مرجع سابق، ص 417.

الفرع الرابع: النظام العام والقانون الذي يحكم الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

إذا أشارت قاعدة الإسناد في دولة القاضي بتطبيق قانون أجنبي مخالف للنظام العام فإنه يتعين استبعاده بهذا الدفع؛ ومثاله لو أجاز القانون المختص وفقاً للقانون الوطني استحقاق الموصى له للوصية ولو كان قاتلاً للموصي أو يجيز الوصية بأموال غير مشروعة أو يمنع الوصية لمجرد اختلاف الجنس أو اللون أو اللون التي تتعلق بشرط باطل؛ ومثاله: من يوصي لزوجته على أن لا تتزوج بعد وفاته فهنا تصح الوصية ويبطل الشرط الذي فيه مخالفة لحقوق الإنسان.

لكن يرى البعض أن اختلاف مقدار الوصية لا يعد من النظام العام إذا كان جميع أطرافها من غير المسلمين¹.

¹ _راجع: محمود جمال الكردي، مرجع سابق، ص 418- 420.

- ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 105-106.

المبحث الثاني: الهبة والوقف والقانون الواجب التطبيق عليهما

تعتبر كل من الهبة والوقف من العقود التبرعية ويدخلان في مسائل الأحوال الشخصية ولقد خصهما المشرع الجزائري بقاعدة إسناد خاصة، وعليه ندرس تباعاً المقصود بالهبة والقانون الواجب التطبيق عليهما في (المطلب الأول)، ثم نتعرف على الوقف والقانون الواجب التطبيق عليه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بالهبة والقانون الواجب التطبيق عليها.

الفرع الأول: المقصود بالهبة.

تعد الهبة من الأمور المستحسنة لأنها عمل خيري تبرعي لقوله تعالى: ﴿... وَءَاتَى أَمْالًا عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ...﴾¹.
أولاً/ تعريف الهبة وشروطها وأحكامها:

1- تعريف الهبة:

(أ) الهبة في اللغة: هي التفضل على الغير ولو بغير مال.
(ب) اصطلاحاً: هي تبرع من شخص راشد بما يملك من مال ويملكه لغيره في الحياة بغير عوض مرضاة له، وهي تشبه الهدية وتختلف عن الصدقة والوقف والعارية²، وبذلك هي تصرف مالي ينتج أثاره فوراً³.

2- شروط الهبة: للهبة شروط يجب توفرها حتى تنعقد صحيحة

(أ) التراضي: تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول

_ الإيجاب: وهو أن يجيب الواهب السائل ويعطيه برضا نفس وتكون إرادته غير معيبة بإكراه أو استغلال أو تدليس أو غلط.

_ القبول: وهو أن يقبل الموهوب له الهبة وهي لا تثبت إلا بالقبض والحيازة.

¹ - سورة البقرة، الآية رقم 177.

² - العربي بختي، مرجع سابق، ص 271.

³ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، ط 1، 2010، ص 21.

ب) الأهلية: نظرًا لهذا التصرف الخطير لأنه تبرعي فيشترط فيه توفر الأهلية وأن تكون خالية من موانع وعوارض الأهلية؛ كالجنون والعتة والسفه وغيرها.

ت) عدم الاستغراق في الدين: أي لا يكون الواهب مدين بدين يستغرق كل ماله، وهنا تتوقف صحة الهبة ونفاذها على إجازة الدائنين.

ث) لا يجوز لمن كان مريض مرض الموت أن يهب أكثر من ثلث ماله؛ فإن وهب أكثر من ذلك تنعقد الهبة ولكن نفاذها يكون موقوف على إذن الورثة.

3- أحكام الهبة: للهبة أحكام كالتالي

أ) إذا وهب والد أحد أبنائه شيئاً فإنه يستحب أن يهب كل ولده بالتساوي.

ب) لا يجوز الرجوع في الهبة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "العائد في هبته كالكلب بقيء ثم يعود في قيئه"¹، وإذا كان الأصل عدم جواز الرجوع في الهبة مهما كان الموهوب له، فإنه استثناءً يجوز ذلك في:

_ إذا كانت الهبة من والد إلى والده.

_ إذا كانت الغاية من الهبة تحقيق هدف؛ فإذا لم يتحقق المراد من الهبة جاز

استردادها.

_ تكون الهبة مكروهة إذا كان الواهب يريد من الموهوب أن يكافئه على هبته بأكثر

مما وهب له².

ثانيًا/ الهبة في القانون الجزائري: جاء ذكر الهبة في قانون الأسرة الجزائري في الفصل

الثاني من الكتاب الرابع (التبرعات)، وضمها في إحدى عشرة مادة؛ فتناول تعريفها بأنها تمليك بلا عوض وأجاز تعليقها بالتزام يقوم به الموهوب له لنفاذها في المادة 202 ق أ ج، ثم تناول الشروط الواجب توافرها في الواهب من سلامة عقل وبلوغ سن (19 سنة) وعدم

¹ - صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقة إلا الوالد فيما يعطي ولده، حديث رقم 2621، ط1، دار طوق النجاة، المدينة المنورة، 1422 هـ، ج 3، ص 178.

² - العربي بختي، مرجع سابق، ص 272.

الحجر عليه في المادة 203 ق أ ج، واعتبر الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة وصية حسب المادة 204 ق أ ج.

ولم يحدد المشرع الجزائري مقدار الهبة ولا نوعها - عيناً، منفعة، ديناً لدى الغير - في (المادة 205 ق أ ج)، وأشار إلى أن الهبة عقد يتطلب الإيجاب والقبول وتتم بالحيازة وعلى ضرورة توثيقها إذا تعلقت بالعقارات ومراعاة الاجراءات الخاصة في المنقولات في (المادة 206 ق أ ج)، واستثنى بالقول أن التوثيق والاجراءات الإدارية تغني عن الحيازة إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو وزوجه أو كان الموهوب مشاعاً في (المادة 208 ق أ ج)، ثم تكلم عن جواز الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً في (المادة 209 ق أ ج)، وأجاز أن ينوب الموهوب له فيها وكيله أو من ينوب عنه قانوناً إذا كان قاصراً ومحجور عليه في (المادة 210 ق أ ج)، ولما كان الأصل عدم الرجوع في الهبة إلا إذا كانت للأولاد؛ فإن المشرع أورد على هذا الاستثناء استثناء آخر وهو عدم جواز رجوع الأبوين عن الهبة للأولاد إلا في ثلاث حالات:

_ إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له؛

_ إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين؛

_ إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو دخل عليه ما

غير طبيعته (المادتين 211-212 ق أ ج).

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الهبة.

هناك من التشريعات من أدرج الهبة في القانون المدني واعتبرها عقداً من العقود الناقلة للملكية كالقانون المصري والليبي وبالتالي أخضعها لقانون العقد¹، وبالمقابل كيف المشرع الجزائري الهبة في مسائل الأحوال الشخصية ونظم أحكامها الموضوعية في قانون الأسرة الجزائري من المواد 209 إلى 212 كما أسلفنا، ولقد أسند أحكامها لقانون جنسية الواهب وقت إجرائها²، وهذا ماجاء في المادة (2/16 ق 10-05) المتعلق بالقانون المدني: "...يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب وقت إجرائها"، ونلاحظ أن

¹ - عمارة عمارة، مرجع سابق، ص 51.

² - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 21.

المشرع الجزائري طبق قانون جنسية الوهاب وقت إجراء الهبة ذلك أنَّها تنفذ في ذلك الوقت وتختلف هنا عن الميراث والوصية اللذان ينفذان بعد الموت وبالتالي يطبق عليهما قانون الجنسية وقت الوفاة، ولم يتناول المشرع الجزائري الهبة بقاعدة إسناد خاصة قبل التعديل.

وإذا تعلق الهبة بعقار فيخضع لقانون موقع العقار فيما ينشؤه من حقوق عينية عقارية¹.

المطلب الثاني: الوقف والقانون الواجب التطبيق عليه.

الفرع الأول: المقصود بالوقف.

أولاً/ تعريف الوقف والحكمة منه:

1- تعريف الوقف ومشروعيته:

أ) الوقف لغة: هو الحبس والمنع.

ب) الوقف اصطلاحاً: هو حبس العين عن التصرف فيها مع التصديق بمنفعتها على مصرف من مصارف الخير أو صرف تلك المنفعة إلى من يحب.

وعليه فالعين الموقوفة لا يصح التصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات - بيع، هبة، ميراث - سواء كان هذا التصرف من الواقف نفسه أو ورثته، والوقف هنا يعد سبباً من أسباب الملكية الناقصة وذلك لعدم اجتماع ملكية الرقبة والمنفعة في يد واحدة².

وذهب جمهور الفقهاء إلى مشروعية الوقف خاصة إذا كان في مصارف الخير، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ﴾³، وفي عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أصاب عمر رضي الله عنه أرض خيبر فقال: "يا رسول الله إني أصبت أرضاً بخير لم أصب مالا قطّ أنفس عندي منه، فما تأمرني به؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدق بها، فتصدق بها عمر على أن

¹ - المرجع نفسه، ص 21.

² - نبيل صقر، مرجع سابق، ص 388.

³ - سورة البقرة، الآية رقم 267.

لاتباع ولا توهب ولا تورث"¹، وروي عن جابر بن عبد الله أنه قال: لما كتب عمر بن الخطاب صدقته في خلافته دعا نفرًا من المهاجرين والأنصار فأحضرهم وأشهدهم عليها، فانتشر خبرها، قال جابر: فما أعلم أحد كان له مال من المهاجرين والأنصار إلا حبس مالا من ماله صدقة مؤبدة، لا تشتري أبدا ولا توهب ولا تورث².

كما اشتهر الصحابة بوقف بعض أموالهم؛ كأبو طلحة الذي أوقف حديقة كانت له من أحب أمواله وأوقف أنس دارا وغيرهم والصور كثيرة في هذا الباب³.

2- الحكمة من الوقف⁴: يعد الوقف باب خير عظيم للفائدة التي تعود على المنتفعين

به من فقراء ومساكين ومؤسسات خيرية وأهم الفوائد المرجوة منه:

_ ضمان مورد دائم للجهات الخيرية والدينية العامة (كالمدارس القرآنية والمساجد والمستشفيات....).

_ ضمان مورد مالي دائم للفقراء والمحتاجين.

_ فيها ثواب وأجر عظيم للواقف لقول رسول الله صلى الله عليه: "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، وعلم يُنتفع به، وولد صالح يدعو له"⁵.

ثانيًا/ أركان الوقف وشروطه وأنواعه:

1- أركان الوقف وشروطه: للوقف أربعة أركان ولكل منها شروط يجب أن تتوفر فيه:

¹ - صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف،

حديث رقم: 2737، ط 1، دار طوق النجاة، المدينة المنورة، 1422 هـ، ج 3، ص 214.

-صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقرين والزوجات والذرية والخدم ونحوهم، حديث رقم: 1632، ط 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ، ج 3، ص 1265.

² - الشوكاني، محمد بن علي. نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، كتاب الزكاة، باب الوقف، ط 2، دار الحديث، القاهرة، 1413 هـ / 1993 م، ج 6، ص 145.

³ - راجع: نبيل صقر، مرجع سابق، ص 392-395.

⁴ - راجع: العربي بختي، مرجع سابق، ص 276-277.

⁵ - مالك بن انس، الموطأ، ج 2، ص 399.

أ) الواقف وشروطه: نظراً لكون الوقف تصرف تبرعي اشترط في الواقف البلوغ وسلامة الإرادة من العيوب كالغلط والإكراه والتدليس والغش وخلوه من موانع وعوارض الأهلية كالجنون والغفلة والفسه والعتة - مع اختلاف في الرأي- كما يجب أن يكون الواقف حرًا.

أما وقف المدين فيجب أن يتميز:

- إذا كان وقف المدين قد تمّ في أثناء صحته ولم يكن الدين مستغرقاً له فوقفه صحيح ونافذ في القدر الزائد عن الدين سواء كان محجوراً عليه أم لا، إذ لا ضرر على الدائنين هنا، أما إذا كان المدين مريض مرض الموت وكان وقفه فيما زاد عما يفي الدين فالوقف هنا يأخذ حكم الوصية، وينفذ بعد موته في ثلث التركة بعد خصم نفقات التجهيز وسداد الديون.

_ إذا كان الدين مستغرقاً لأموال الواقف وكان قد حجر عليه لهذا السبب فإن نفاذ وقفه على إجازة الدائنين سواء كان الواقف أنشأ وقفه أثناء صحته أو مرضه مرض الموت. _ إذا كان الدين مستغرقاً لأموال الواقف ولم يكن قد حجر عليه، وكان الوقف أنشئ في حال مرضه مرض الموت فإنه ينفذ أثناء حياته ويتوقف نفاذه بعد موته على إجازة دائنيه لأن الدين يتعلق بكل ممتلكاته ابتداءً من هذا الوقت.

_ إذا كان الدين مستغرقاً لأموال الواقف ولم يكن قد حجر عليه بسببه، وكان الوقف تمّ أثناء صحته ففي صحة وقفه انقسم الفقه إلى فريقين:

. يرى الأحناف بصحة الوقف ونفاذه لأن حق الدائنين يتعلق بذمة المدين لا بأعيان أموال المدين غير المحجور عليه ولا المريض مرض الموت.

. ويرى المالكية أن أموال المدين ضامنة لوفاء ما عليه من الديون في هذه الحالة أيضاً، وعلى ذلك يقضي بعدم لزوم الوقف رعاية لحق الدائنين¹.

¹ - نبيل صقر، مرجع سابق. ص 398.

ب) الموقوف وشروطه: اشترط الفقهاء أن تكون المنافع والحقوق المجردة أموال يجوز وقفها وتكون متقومة ويجوز الانتفاع بها، وأن تكون أموال معلومة عند الوقف وأن تكون مملوكة للواقف.

ت) الموقوف عليه وشروطه: لم تحدد شروط للموقوف عليه إلا أن يكون الموقوف عليه برًا وقرية في الإسلام كالفقراء والمساكين وطلبة العلم، وعليه لا يجوز الوقف على المعصية¹.

ث) الصيغة: يتم الوقف بمجرد إيجاب الواقف ولا يوقف تمامه على القبول إذا كان الموقوف عليه غير معين كطلبة العلم أو كان الموقوف عليه مما لا يتأتى منه قبول كالمساجد أما إذا كان الموقوف عليه معين وأهلاً لأن يأتي بالقبول فاختلف أمر الفقه في إيجابه، كما يشترط في الصيغة أن تكون منجزة؛ أي غير مضافة إلى المستقبل - ينشأ الوقف في الحال ويرتب أثره في الحال - ولا تكون مقترنة بشرط باطل، وأن لا تقترن على ما يدل على التأقيت².

2- أنواع الوقف: للوقف ثلاثة أنواع

أ) الوقف الخيري: يكون لمستحقين غير معينين، مثاله: الوقف للفقراء والمساكين.

ب) الوقف الأهلي: يكون لمستحقين معينين، بأسمائهم وأوصافهم وعادة يكون للأهل والذرية.

ت) الوقف المشترك: يكون بعضه لأناس معينين وبعضه للأخر لجهات خيرية. ثالثاً/ الإطار التشريعي للوقف بين قانون الأسرة والقانون رقم 91-10: مر النظام القانوني للوقف في الجزائر بمرحلتين تشريعتين حاسمتين؛ حيث استند المشرع في البداية

¹ - راجع: العربي بختي، مرجع سابق، ص 278-279.

² - راجع: نبيل صقر، مرجع سابق، ص 400.

إلى قانون الأسرة (الفصل الثالث من الكتاب الرابع)، والذي خصص له المواد من 213 إلى 220 لبيان أحكامه الأساسية¹.

فقد عرفت المادة 213 من قانون الأسرة الوقف بأنه: "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة". وأجازت المادة 214 للواقف الاحتفاظ بالمنفعة طيلة حياته على أن تؤول العين لجهة معينة بعد وفاته. ومن حيث الأحكام الموضوعية والشكلية، أحالت المادة 215 على شروط الهبة، بينما اشترطت المادة 216 في المال المحبس أن يكون مملوكاً للواقف، معيناً، وخالياً من أي نزاع، ولو كان مشاعاً. أما الإثبات، فقد أخضعت المادة 217 للرسمية أمام الموثق مع إمكانية الإثبات بحكم قضائي عند وجود مانع قاهر. كما نصت المادة 218 على جواز تعليق الوقف على شرط لا يتنافى ومقتضياته الشرعية، واعتبرت المادة 219 ما يحدثه المحبس عليه من بناء أو غرس جزءاً من العين الموقوفة، مؤكدة في المادة 220 على استمرار الحبس مهما تغيرت طبيعته، وحلول التعويض محله.

التحول التشريعي بموجب القانون رقم 91-10²: من الناحية الفقهية والتشريعية الحديثة التفت المشرع الجزائري إلى ضرورة إفراد نص خاص يستوعب أحكام الوقف بدقة وعمق أكبر، مما أدى إلى صدور القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف (المعدل والمتمم).

¹ - راجع مواد قانون الأسرة: الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

² - انظر نص المادة 51 - التي قضت بإلغاء مواد قانون الأسرة المذكورة- من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق لـ 27 أبريل سنة 1991 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، الصادر بتاريخ 8 ماي 1991.

وبموجب المادة 51 من هذا القانون الجديد، تم إلغاء المواد من 213 إلى 219 من قانون الأسرة صراحة، ليصبح القانون رقم 91-10 هو الشريعة العامة والمصدر التشريعي الأساسي للوقف في الجزائر.

وقد جاء هذا القانون بأحكام ومستجدات جوهرية وسّعت من الإطار الذي وضعه قانون الأسرة سابقاً، وتتجلى أهم ملامحه في الآتي:

- مفهوم الوقف وأركانه: حافظ القانون 91-10 على المرجعية الفقهية المستمدة من الشريعة الإسلامية في تعريف الوقف، وفصل في أركانه (الواقف، الموقوف، الموقوف عليه، والصيغة)، مخرجاً الوقف من عباءة الأحوال الشخصية البحتة إلى منظومة تشريعية ذات أبعاد اقتصادية واجتماعية.

- تقسيمات الوقف: تم التمييز بوضوح بين أنواع الأوقاف؛ لاسيما الوقف العام (المخصص لجهات البر والخير والمنفعة العامة) والوقف الخاص أو الذري (الذي يشترط فيه الواقف المنفعة لنفسه أو لعقبه ثم يؤول إلى جهة عامة).

- الشخصية المعنوية وإدارة الأوقاف: منح القانون للأوقاف الشخصية المعنوية، واستحدث آليات إدارية واضحة لحمايتها واستثمارها وتسييرها، متجاوزاً بذلك القصور الإجرائي الذي كان يعيب نصوص قانون الأسرة الملغاة.

- استثمار الأموال الموقوفة وتنميتها: فتح القانون الباب أمام طرق حديثة لاستغلال الأوقاف وتنميتها بما يتوافق مع الشريعة الإسلامية (مثل عقد الإيجار، والمزارعة، والمساقاة، وعقد الاستصناع)، مع تشديد الرقابة على تصرفات النظار لضمان عدم تبديد أموال الوقف أو تصفيتها.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الوقف.

لقد كيف المشرع الجزائري الوقف وجعله من مسائل الأحوال الشخصية ونظم أحكامه الموضوعية في قانون الأسرة الجزائري من م 213 ق أ ج إلى م 220 قبل إلغائها والقانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف - بموجب المادة 51 من هذا القانون الجديد، تم إلغاء المواد من 213 إلى 219 من قانون الأسرة صراحة، ليصبح

القانون رقم 10-91 هو الشريعة العامة والمصدر التشريعي الأساسي للوقف في الجزائر، كما أسلفنا، ولقد أسند أحكامه لقانون جنسية الواقف وقت إجراءه وهذا ما جاء في المادة 2/16 ق 10-05 م ج: "...يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الوهاب أو الواقف وقت إجراءها"، وعليه فالمشعر الجزائري طبق قانون جنسية الواقف وقت إجراءه لأنه ينفذ في ذلك الوقت.

خاتمة:

تتوج هذه الدراسة البحثية بتحليل معمق لآليات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، وهي المسائل التي باتت تكتسي أهمية بالغة في ظل تنامي العلاقات الإنسانية العابرة للحدود الوطنية، وتصاعد وتيرة الهجرة، والزيجات المختلطة. وحصوله لهذا الجهد الأكاديمي، نخلص إلى جملة من النتائج والتوصيات العلمية والعملية على النحو الآتي:

أولاً/ نتائج الدراسة:

1- يُشكل قانون الجنسية ضابط الإسناد الأصيل والجوهري في منظومة القانون الدولي الخاص الجزائري لحكم مسائل الحالة والأهلية والروابط الأسرية، باعتباره التعبير القانوني والسياسي عن الانتماء الثقافي والاجتماعي للفرد، دون أن يحول ذلك دون إعمال القوانين الأجنبية المختصة في الحدود التي لا تصطدم بالسيادة التشريعية الوطنية.

2- يُعد النظام العام التقديري صمام الأمان والآلية الحماائية الممنوحة للقاضي الوطني لاستبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق؛ وهو معيار مرن، متطور، ومتغير بمضمونه، تتحدد ملامحه وفقاً للقيم الجوهرية المستمدة من الشريعة الإسلامية والمبادئ الدستورية الكبرى التي يقوم عليها البنيان الأسري في الجزائر.

3- تبرز إشكاليات التنازع بحدّة وتنوع في المنازعات المتعلقة بإنشاء الروابط الزوجية المختلطة وآثارها، وفك العصمة، والآثار المالية والتبعية لإنهاء العلاقة الزوجية كالنفقة والحضانة والولاية، فضلاً عن مسائل التبرعات والموارث والوصايا.

4- تظل مسألة التثبت من مضمون القانون الأجنبي وتفسيره إحدى أعقد العقبات الإجرائية والعملية أمام القضاء الجزائري، حيث ينعكس عبء إثباته ومضمونه - كواقعة- على عاتق الخصوم، مما قد يدفع المحاكم عند العجز عن إثباته إلى

التحلل منه والرجوع لإعمال القانون الوطني باعتباره الشريعة الاحتياطية العامة، وهو ما يؤثر على نجاعة الإجراءات القضائية.

5- أسهم الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بغرفتها للأحوال الشخصية في تطوير قواعد التنازع، من خلال الموازنة الحذرة بين تضيق مفهوم النظام العام للاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج (مسايرةً للمجتمع الدولي)، وبين توسيعه لحماية الثوابت الوطنية (مثل حظر زواج المسلمة بأجنبي غير مسلم، ورفض الأشكال غير القانونية للطلاق).

6- تخضع آليات الاعتراف بالموثقات والأحكام القضائية الأجنبية وتذييلها بالصيغة التنفيذية لرقابة موضوعية وشكلية صارمة، للتأكد من عدم مساسها بالخصوصية التشريعية للبيئة القانونية الجزائرية.

ثانياً/ توصيات الدراسة:

بناءً على التكييف القانوني والإشكالات العملية التي أثارها الدراسة، نتقدم بالحرمة الإجرائية والتشريعية التالية كتوصيات هادفة:

1- الدعوة إلى تعزيز البرامج التكوينية التخصصية للقضاة والممارسين القانونيين في المعهد العالي للقضاء، وتدريبهم على آليات فض تنازع القوانين، وقواعد الاختصاص القضائي الدولي، ومنهجية التعامل مع النظم القانونية المقارنة.

2- الإسراع في إنشاء قاعدة بيانات إلكترونية وطنية -تحت إشراف وزارة العدل- تضم التشريعات والمدونات القانونية للأحوال الشخصية للدول التي تشهد كثافة في الجالية أو الزيجات المختلطة، لتيسير وصول القاضي إلى مضمون القانون الأجنبي تلقائياً.

- 3- إبرام اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف، وتفعيل القائم منها، لاسيما المتعلقة بتبادل النصوص التشريعية والمعلومات القضائية، لتجاوز عقبات إثبات القانون الأجنبي عبر القنوات الدبلوماسية التقليدية البطيئة.
- 4- حث المشرع على وضع معايير إرشادية أو توجيهات واضحة تضبط مفهوم "النظام العام" في المسائل الأسرية الدولية لمنع التضارب في الأحكام القضائية، وضمان حد أدنى من اليقين القانوني لأطراف النزاع.
- 5- مراجعة وتحسين بعض ضوابط الإسناد التقليدية الواردة في القانون المدني، بما يضمن استيعاب التحولات الاجتماعية المعاصرة للأسرة الجزائرية في المهجر، وبما يتماشى مع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، دون إخلال بالهوية الدينية للمجتمع.
- 6- التنظيم القانوني لآليات الوساطة العائلية الدولية كبديل فضيل ومرن لفض النزاعات الأسرية الدولية قبل اللجوء إلى الخصومة القضائية، وبما يضمن بالدرجة الأولى المصلحة الفضلى للطفل وحماية حقوق المرأة المهاجرة.

فهرس المصادر والمراجع:

المصادر:

- القرآن الكريم

- المرسوم الرئاسي 438-96، المؤرخ في 07/12/1996 م، المتعلق بالتعديل الدستوري، ج ر، العدد 76، ص 8.

- الأمر رقم 70-2، المؤرخ في: 13 ذي الحجة عام 1389 هـ، الموافق 19 فبراير 1970 م، المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 08-14 مؤرخ في 9 غشت 2014 م. - قانون الجنسية الجزائري 70 – 86، المؤرخ في 15/12/1970.

- قانون رقم 84 - 11 المؤرخ في رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ، الموافق ل 27 فيفري 2005 م، الجريدة الرسمية، 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005، والمرافق بالقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 هـ، الموافق ل 04 ماي 2005، ج ر، 43، المؤرخة في 22 يونيو 2005.

- القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01/12/1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر، العدد 12، 1990.

- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق ل 27 أبريل سنة 1991، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، الصادر بتاريخ 8 ماي 1991.

- قانون رقم: 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 78، سنة 1975.

- الأمر رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

-قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 48855، الصادر بتاريخ 10/04/1988م، م ق، العدد 1992، 03.

المراجع:

- أحمد ابوزهرة، الأحوال الشخصية 1957.
- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين.
- أحمد عبد الكريم سلامة، الأحوال في التنازع الدولي للقوانين.
- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، 1997.
- احمد محمود خليل، الوسيط في تشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير المسلمين، المكتب الجامعي الحديث
- أحمد نصرالجندي، النسب في الإسلام والأحكام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
- أشرف وفا محمد، آثار التوارث بين الدول على أعمال قواعد القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2001.
- انس محمد حسن ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات وفي النسب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
- أيمن محمد علي محمود حتمل، شهادة أهل الخبرة وأحكامها، ط1، دار الحافظ للنشر، عمان، الاردن، 2008.

- أبو إسحاق برهان الدين، مصلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ج 7.
- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري، 1999.
- اسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، د م ج ج، 1989، ص 295.
- البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر، حديث رقم (6764)، ط 3، دار ابن كثير، بيروت، 1407هـ/1987م.
- -----، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، رقم الحديث 6749، دار طوق النجاة (الطبعة السلطانية)، ج 8.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطب الزواج الطلاق الميراث الوصية، د م ج ج، بن عكنون الجزائر، 2022، ج 1.
- البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م، ج 6.
- الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر، حديث رقم 2120، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1987م، ج 3.
- ----- تحقيق: بشار عواد معروف، كتاب النكاح، باب ما جاء في فضل التزويج والحث عليه، حديث رقم: 1080، وقال الترمذي: "حديث حسن غريب"، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998م، ج 3.
- تقي الدين أبي العباس ابن تيمية، جمع عبد الرحمن محمد القاسمي العاصمي النجدي وابنه محمد، مجموع فتاوى ابن تيمية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1997، ج 2.
- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، مصر، 2005.

- جميل فخري محمد غانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار حامد عمان، 2009.

- ابن حزم العامري، المحلى في شرح المجلى، مرجع سابق، ج10، ص184.

- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة الأردن، 2003.

- ابن الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمنى، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ط1، دار المناهج، 2000، ج11.

- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج3.

- خليفة على العصبي، نظام المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، ط1، دار النقان، الأردن.

- خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015.

- أبو داود، السنن، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، كتاب الوصايا، باب ما جاء في فضل الصدقة عند الصحة، حديث رقم: 2866، دار الفكر، بيروت، ج6.

- عبد الرحمن الجزائري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار التقوى، ج5، المجلد 4.

- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملاً، ط1، 2010.

- سامي بديع منصور عبده جميل عنصوب وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، ط1، مؤسسة مجد، لبنان، 2009، ج1.

- السرخسي، ج17.

- سعد الدين مسعد هلال، الشحات إبراهيم محمود منصور، نسب الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية

- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص (المضمون الواسع المتعدد الموضوعات)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.

- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار الأصاله، الجزائر، 2012/2011.

- شمس الدين أبي عبد الله بن محمد أبي بكر ابن قيم الجوزية، السياسة الحكمية في الطرق الشرعية، ط1، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر 2013.
- شمس الدين بن محمد بن الخطيب الشربيني الشافعي، الإقلاع في حل ألفاظ أبي شجاع، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004، ج2.
- ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ج5.
- الشوكاني، محمد بن علي. نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، كتاب الزكاة، باب الوقف، ط 2، دار الحديث، القاهرة، 1413 هـ / 1993 م، ج 6.
- ابن شويع رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المعدل، دارالخلدونية، 2008.
- صفياني مختارية، اثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دارالجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر 2003.
- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج.
- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعية، مصر 2006.
- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائرية، ط1، دار الخلدونية الجزائرية، 2009.
- عائشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2007، ص 153.
- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1، د م ج، ج، 2016.
- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ج 2.

-----،تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين. دار النهضة العربية، مصر، 1974، ج2.

- عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط 1، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 21.

-----، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط2، دار هومة الجزائر، 1995.

-علاء الدين ابي يكرين مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2003، ج3.

- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 1993.

-عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ط1، دار هومة، الجزائر، 2006، ج1.

-غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة الأردنية، 2011.

-غزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والموارث في التشريع الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط2،

- فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون. دار هومة، الجزائر، 2010.

- فؤاد عبد المنعم، رياض سامية راشد، الوسيط في ق د م، ج2.

-ابن قدامة، المغني، ج7.

-ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية،

-----روضة المحبين ونزهة المشتاقين، ج5.

-----زاد المعاد في هدي خير العباد، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1985، ج5.

- الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 3.

- ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، حديث رقم 2713، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ج 2.
- كتاب الحدود، باب من ادعى إلى غير أبيه، حديث رقم 2599، المكتبة العلمية، بيروت، ج 8.
- مالك بن انس، الموطأ، ج 2.
- أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ط 1، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، 2010، ج 1.
- محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار في أحاديث سيدة الأخيار، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1921، ج 6.
- محمد بن يعقوب الفيروز أياي مجد الدين، القاموس المحيط، ط 8، مؤسسة الرسالة، 2008.
- محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعية، ط 18، دار الشروق القاهرة، 2001.
- محمد سعادي، القانون الدولي الخاص الجزائري وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
- محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة الفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية، مصر، 2003.
- محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي.
- محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 154.
- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية، والقانون الفرنسي

- مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفرش، رقم الحديث 1457، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 2.
مصر 2014.

----، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزوجات والذرية والخدم ونحوهم، حديث رقم: 1632، ط 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ، ج 3.

- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص تنافس القوانين، ط 1، دار الثقافة، 2005.
- منصور كافي، الموارث في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية.
- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، (قواعد التنافس) د م ج ج، 1989.
- موفق الدين أبي محمد عبد الله، بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ط 3، دار علم الكتاب الرياض، 1997.

- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة الجزائر.
- هشام علي صادق المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنافس القوانين، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،
2008.

- هشام صادق علي، حفيظة السيد حداد، دروس في القانون الدولي الخاصة، الكتاب الثاني تنافس القوانين، دار المطبوعات الجامعية، 2003 – 2004.
- يعي زكريا الشامي، التبنّي في الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر.

رسائل الدكتوراه:

- حواسي يامنة، أحكام الإرث في الزواج المختلط، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة، دكتوراه في القانون الخاص، جامعة يعي فارس المدينة، 2019، ص 190.
- المعمري إيمان، عوارض الأهلية وأثرها في عقود التبرعات على ضوء قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الشهيد حمه لخضر – ولاية الوادي، 2021.

رسائل الماجستير:

- حنبذولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2010-2011.
- جلول عمامرة، إلحاق نسب ولد الزنا في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2011.
- درية أمين، قواعد النار المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2007-2008، ص 36.

المجلات:

- بشير محمد، عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري – دراسة مقارنة، مجلة صوت القانون، المجلد 5، العدد 2، 2018، ص 71-95.
- بلمامي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 2، 2008، ص 356.
- بليغ حمدي محمود الخياط، النظام القانوني للتبني وأثره في مواجهة النظام العام، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات، جمهورية مصر العربية المجلد 4، العدد 2، 2018.
- خالدي صفاء هاجر، التبني بين التحريم الشرعي والقانوني والاعتراف بصحته وإقرار آثاره في قواعد الإسناد، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، المجلد 27، العدد 1، 2023/01/18.
- زروقي الطيب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهم في الزواج المختلط تعليق على فتوى شرعية المجلس الإسلامي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، ديوان النشر الجامعي، دون عدد، سنة 1993.
- سلامي ساعد، مراحل الأهلية وأثر عوارضها على صحة التصرفات في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 6، العدد 2، 2021، ص 239-253.

- فيراس كلرم، أسل سالم عبد الكريم، تنازع القوانين في التبني، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 4، 2007.
- محمودي فاطمة، تعارض المادة 13 مكرر1 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري مع النظام العام الوطني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 2 العدد 6، جوان 2017.
- محاضرات:

-عمارة عمارة، محاضرات في مقياس تنازع القوانين في مسائل الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2020-2021، ص 19.

-يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، موجهة لطلبة السنة الرابعة حقوق، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان كلية الحقوق، 2006/ 2007، ص 56.

- Khaldi Safa Hadjer, The Problem of Engagement under the Conflict of Laws Rules in Algerian Law, Contemporary Readings in Law and Social Justice, Vol 17 (1), 2025.

فهرس الموضوعات

3.....	تقديم:
7.....	مقدمة:
11.....	الفصل الأول: المقصود بتنازع القوانين.
13.....	المبحث الأول: المقصود بتنازع القوانين وشروط قيامه.
13.....	المطلب الأول: المقصود بتنازع القوانين.
14.....	المطلب الثاني: شروط قيام حالة تنازع القوانين.
16.....	المبحث الثاني: التطور التاريخي لتنازع القوانين وتنازع القوانين في الشريعة الإسلامية.
16.....	الفرع الأول: مرحلة ما قبل نشوء نظرية تنازع القوانين (وتضم المجتمعات القديمة وأوائل العصور الوسطى):
18.....	الفرع الثاني: مرحلة ظهور نظرية التنازع أواخر القرون الوسطى.
20.....	الفرع الثالث: المرحلة المعاصرة (مرحلة تبلور نظرية التنازع).
21.....	المطلب الثاني: التنازع في الشريعة الإسلامية.
27.....	الفصل الثاني: قواعد الإسناد.
28.....	المبحث الأول: المقصود بقواعد الإسناد.
28.....	المطلب الأول: تعريف قواعد الإسناد وعناصرها.
28.....	الفرع الأول: تعريف قواعد الإسناد.
29.....	الفرع الثاني: عناصر قواعد الإسناد.
34.....	المطلب الثاني: خصائص قواعد الإسناد.
34.....	الفرع الأول: قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة.
34.....	الفرع الثاني: قواعد الإسناد قواعد مزدوجة.
34.....	الفرع الثالث: قواعد الإسناد قواعد مجردة ومحيدة.
35.....	الفرع الرابع: قواعد الإسناد قواعد وطنية.

- المبحث الثاني: تفسير وإعمال قواعد الإسناد.....36
- المطلب الأول: التكييف.....36
- الفرع الأول: المقصود بالتكييف.....36
- الفرع الثاني: مشكلة التكييف (أي معرفة القانون الذي يتم وفقه التكييف).....38
- المطلب الثاني: الإحالة.....43
- الفرع الأول: نظرية الإحالة وموقف الفقه والقانون منها.....45
- الفرع الثاني: نطاق الإحالة (حالات استبعاد الإحالة).....52
- الفرع الثالث: مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد في قانونه، وحالة استبدال قاعدة الإسناد بأخرى محلها.....52
- الفصل الثالث: القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية.....59
- المبحث الأول: المقصود بالأحوال الشخصية وضابط الإسناد الذي يحكم مسائلها.....60
- المطلب الأول : المقصود بالأحوال الشخصية.....60
- الفرع الأول: تعريف وموضوعات الأحوال الشخصية.....60
- الفرع الثاني: موضوعات الأحوال الشخصية في القانون الجزائري.....61
- المطلب الثاني: المفاضلة بين قانونه الجنسية وقانون الموطن، والصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية.....62
- الفرع الثاني: الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية.....64
- المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية.....67
- المطلب الأول: المقصود بالحالة والقانون الواجب التطبيق عليها.....67
- الفرع الأول: المقصود بحالة الشخص الطبيعي.....67
- الفرع الثاني: حالة الشخص الاعتباري والقانون الواجب التطبيق عليه...72

المطلب الثاني: الأهلية والقانون الواجب التطبيق عليها وحماية عديدي وناقصي الأهلية.....	74
الفرع الأول: المقصود بالأهلية والقانون الواجب التطبيق عليها.....	74
الفرع الثاني: حماية عديدي الأهلية وناقصيها.....	80
الفصل الرابع: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره.....	85
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على الخطبة وآثارها.....	87
المطلب الأول: الخطبة والقانون الواجب التطبيق عليها.....	87
الفرع الأول: المقصود بالخطبة.....	87
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الخطبة.....	88
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار الخطبة.....	89
المبحث الثاني: انعقاد الزواج وآثاره والقانون الواجب التطبيق عليهما.....	93
المطلب الأول: انعقاد الزواج والقانون الواجب التطبيق عليه.....	93
الفرع الأول: المقصود بانعقاد الزواج.....	93
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج.....	95
المطلب الثاني: آثار الزواج والقانون الواجب التطبيق عليها.....	104
الفرع الأول: المقصود بآثار الزواج.....	104
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.....	105
الفرع الثالث: مشكلات قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج.....	107
الفصل الخامس: انحلال الزواج وآثاره والقانون الواجب التطبيق عليهما.....	117
المبحث الأول: انحلال الزواج والقانون الواجب التطبيق عليه.....	118
المطلب الأول: المقصود بانحلال الزواج فقها وقانونا.....	118
الفرع الأول: المقصود بانحلال الزواج فقها.....	118
الفرع الثاني: انحلال الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.....	119
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج.....	120

- الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في الدول المقارنة.
120.....
- الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في القانون
الجزائري.....121
- الفرع الثالث: نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج.....122
- المبحث الثاني: آثار انحلال الزواج والقانون الواجب التطبيق عليها.....124
- المطلب الأول: المقصود بآثار انحلال الزواج.....124
- الفرع الأول: آثار الطلاق فقها.....124
- الفرع الثاني: آثار انحلال الزواج قانونا.....125
- المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار انحلال الزواج.....125
- الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النفقة.....125
- الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على حضانة الأولاد.....126
- الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على العدة.....126
- الفرع الرابع: التدابير المستعجلة (النفقة الوقتية للمطلقة والأولاد).....127
- الفرع الخامس: القانون الواجب التطبيق على آثار انحلال الزواج في التشريع
الجزائري.....127
- المطلب الثالث: النظام العام والقانون الأجنبي الذي يحكم انحلال الزواج.....128
- الفصل السادس: النسب وما يشاكله من مصطلحات والقانون الواجب التطبيق
عليه.....131
- المبحث الأول: النسب والقانون الواجب التطبيق عليه.....132
- المطلب الأول: المقصود بالنسب.....132
- الفرع الأول: المقصود بالنسب الشرعي وموقف المشرع الجزائري منه.....132
- الفرع الثاني: المقصود بالبنوة غير الشرعية (الزنا والاغتصاب) وموقف
القانون الجزائري منه.....135

- الفرع الثالث: إنكار النسب. 137.....
- المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على النسب. 139.....
- الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النسب فقهاً. 139.....
- الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على النسب في القانون الجزائري. 140.....
- المبحث الثاني: التبني والكفالة والقانون الواجب التطبيق عليها. 141.....
- المطلب الأول: المقصود بالتبني والقانون الواجب التطبيق عليه. 141.....
- الفرع الأول: المقصود بالتبني وأثاره: 141.....
- الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على التبني. 143.....
- الفرع الثالث: التبني وفكرة النظام العام في دولة القاضي. 146.....
- المطلب الثاني: الكفالة والقانون الواجب التطبيق عليها. 148.....
- الفرع الأول: المقصود بالكفالة. 148.....
- الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الكفالة. 149.....
- المبحث الثالث: النفقة بين الأقارب والقانون الواجب التطبيق عليها. 151.....
- المطلب الأول: المقصود بالنفقة بين الأقارب. 151.....
- الفرع الأول: المقصود بالنفقة بين الأقارب في الفقه. 151.....
- الفرع الثاني: النفقة بين الأقارب في قانون الأسرة الجزائري. 152.....
- المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب، وإعمال النظام العام فيها. 153.....
- الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب. 153.....
- الفرع الثاني: النظام العام والقانون الأجنبي الذي يحكم نفقة الأقارب. 154.....
- الفصل السابع: الميراث والقانون الواجب التطبيق عليه. 159.....
- المبحث الأول: المقصود بالميراث والقانون الواجب التطبيق عليه. 160.....
- المطلب الأول: المقصود بالإرث. 160.....

- الفرع الأول: تعريف الإرث والحقوق المتعلقة به وأركانه.....160
- الفرع الثاني: شروط الإرث وأسبابه وموانعه.....161
- الفرع الثالث: الميراث في قانون الأسرة الجزائري.....163
- المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الميراث.....163
- الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الميراث فقها.....163
- الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الميراث في القانون الجزائري.....163
-164
- المبحث الثاني: المسائل التي ينظمها القانون المختص بحكم الميراث والمسائل التي تخرج من نطاقه.....166
- المطلب الأول: المسائل التي ينظمها القانون المختص بحكم الميراث.....166
- المطلب الثاني: المسائل التي تخرج من نطاق قانون جنسية المتوفى.....166
- الفرع الأول: المسائل المتفق على خروجها من نطاق قانون جنسية المتوفى.....167
- الفرع الثاني: المسائل المختلف في القانون الذي ينظمها:.....168
- الفرع الثالث: استبعاد القانون الأجنبي المختص وفق قاعدة الإسناد الوطنية (مخالفة النظام العام).....170
- الفصل الثامن: القانون الواجب التطبيق على عقود التبرع.....175
- المبحث الأول: الوصية والقانون الواجب التطبيق عليها.....176
- المطلب الأول: المقصود بالوصية والتصرفات التي تنفذ بعد الموت.....176
- الفرع الأول: المقصود بالوصية.....176
- الفرع الثاني: المقصود بالتصرفات التي تنفذ بعد الموت.....178
- الفرع الثالث: الوصية في التشريع الجزائري.....179
- المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الوصية.....180

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية.	180
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للوصية.	181
الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الوصية في التشريع الجزائري.	182
الفرع الرابع: النظام العام والقانون الذي يحكم الوصية والتصرفات	
المضافة إلى ما بعد الموت.	184
المبحث الثاني: الهبة والوقف والقانون الواجب التطبيق عليهما	185
المطلب الأول: المقصود بالهبة والقانون الواجب التطبيق عليها.	185
الفرع الأول: المقصود بالهبة.	185
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الهبة.	187
المطلب الثاني: الوقف والقانون الواجب التطبيق عليه.	188
الفرع الأول: المقصود بالوقف.	188
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الوقف.	193
خاتمة:	195
فهرس المصادر والمراجع:	198
فهرس الموضوعات	208

