



جامعة 8 ماي 1945 قالمة



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مطبوعة بيداغوجية بعنوان:

## تنازع القوانين في مسائل الأسرة

محاضرات ألقاها على طلبة ماستر

تخصص: قانون أسرة

إعداد الأستاذ(ة): عيساوي نبيلة

السنة الجامعية: 2025 - 2026

## مقدمة

يُعد الإنسان بطبيعته كائناً اجتماعياً، لا يستطيع العيش بمعزل عن أفراد مجتمعه، مما يؤدي بطبيعة الحال إلى نشوء تصرفات قانونية ومعاملات متعددة بينه وبين الآخرين، وقد تتجاوز هذه التصرفات حدود البيئة المحلية، فيقوم الفرد بإبرام عقود في دول أخرى ومع أشخاص من جنسيات وأعراق مختلفة.

ومن بين هذه التصرفات يبرز عقد الزواج، بوصفه رابطة اجتماعية وأسرية تتأثر بالعادات والتقاليد، وقد أولته مختلف التشريعات أهمية بالغة ونظمته وفقاً لخصوصياتها الثقافية والدينية، مما أدى إلى تباين واضح في أحکامه وشروطه وأثاره.

ولا تطرح إشكالات قانونية تذكر إذا تم الزواج بين أفراد يحملون جنسية الدولة نفسها، إذ يسري على هذا الزواج قانون وطني موحد، غير أن الإشكال يظهر عندما يتم الزواج بين أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة، وهنا يثور التساؤل حول القانون الواجب التطبيق، وهو ما يُعرف في الفقه القانوني بمشكلة "تنازع القوانين".

ويُعد عقد الزواج من أبرز هذه العلاقات، بالنظر إلى ما يثيره من إشكاليات متنوعة، انتلاقاً من شروط انعقاده، مروراً بأثاره، وصولاً إلى انحلاله. فإذا تم مثلاً زواج بين جزائري وتركي في دولة ألمانيا، فإن هذه العلاقة تكون مرتبطة بثلاث دول، وهي: ألمانيا (بلد إبرام العقد)، تركيا (بلد جنسية الزوجة)، والجزائر (بلد جنسية الزوج). وبالتالي تطرح مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة الزوجية، بين القانون الألماني، والقانون التركي، والقانون الجزائري، مما يثير الإشكالية التالية:

**ما هي الحلول التي اتبعها المشرع الجزائري لحل مشكلة تنازع القوانين في مسائل الأسرة؟**

هذه الإشكالية تدفعنا لطرح العديد من التساؤلات الفرعية:

-ما المقصود بتنازع القوانين؟

-ما هو المعيار المعتمد لتحديد القانون الواجب التطبيق في حال قيام تنازع في القوانين؟

-هل حدد القانون الجزائري قانوناً معيناً لتطبيقه على كامل مسائل الأسرة في حال قيام تنازع للقوانين؟

بناء على ما تقدم نسعى من خلال هذه المطبوعة إلى تبسيط كل ما يتعلق بموضوع تنازع القوانين في مسائل الأسرة من خلال احترام المفردات المقررة للمقياس في البرنامج الوزاري المقرر له، معتمدين في ذلك على المنهجين التحليلي لتحليل وتفسير الآراء السائدة في هذا الموضوع، والوصفي لوصف الحالات والواقع وتعيينها وضبطها وتوفير شرح مبسط لها، كما عمدنا إلى تقسيم المطبوعة إلى محاور وهي:

-المحور الأول: ماهية تنازع القوانين.

-المحور الثاني: قواعد الإسناد.

-المحور الثالث: القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه.

-المحور الرابع: القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية.

-المحور الخامس: القانون الواجب التطبيق في مسائل الزواج والطلاق.

-المحور السادس: تنازع القوانين في مسائل التبني والنسب والكفالة.

-المحور السابع: تنازع القوانين في مسائل الميراث والتبرعات.

## المحور الأول: ماهية تنازع القوانين.

اختلف الفقهاء في تعريف تنازع القوانين وأنواعه ومراحل تطوره، لذلك من الضروري أن نستعرض هذه الموضوعات بشكل موسع قبل التطرق إلى كيفية حل هذا التنازع، ومن المهم بدايةً توضيح نقطة جوهريّة، وهي أن المقصود بتنازع القوانين هنا لا يتعلّق بتنازع القوانين في الزمان الذي ينطبق على القوانين الداخلية، بل يتعلّق بتنازع القوانين في نطاق القانون الدولي الخاص.

فتنازع القوانين في الزمان يشير إلى وجود قانونين أحدهما صادر قبل الآخر، بحيث يكون هناك نزاع معروض أمام المحكمة، وقبل أن يُصدر القاضي حكمه يُصدر قانون جديد مرتبط بنفس النزاع، مما يخلق تنازعاً بين القانونين.

في هذه الحالة، يتعين على القاضي أن يختار بين القانونين لحل النزاع، ولكن هذا الاختيار ليس عشوائياً، بل يتم وفقاً لضوابط محددة وضعها المشرع، مثل قاعدة "القانون الأصلح للمتهم". لذا، نحن هنا أمام تنازع قوانين داخلية وطنية، وهو يختلف تماماً عن تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، وهو ما سنسعى إلى التعرّف عليه من خلال هذا المحور.

### أولاً: مفهوم تنازع القوانين.

سنقسم هذا الجزء من الدراسة إلى ثلات نقاط، نتناول تعريف تنازع القوانين (أ)، أنواع تنازع القوانين (ب) ثم شروط قيام تنازع القوانين (ج).

#### أ/ تعريف تنازع القوانين:

تنازع القوانين يعني وجود نزاع قضائي يتضمن عنصراً أجنبياً<sup>1</sup>، مع وجود قوانين متعددة قد تُطبق على هذا النزاع، فتقوم "قواعد الإسناد" بتوجيه القاضي للقانون الواجب التطبيق، لأنها تربط النزاع بقانون محدد يجب أن يُطبق.

كما يمكن تعريف تنازع القوانين بأنه الموازنة والمفاضلة التي يجريها المشرع الوطني بين قوانين دول مختلفة بهدف اختيار القانون الأكثر ملائمة لحكم علاقة قانونية تتضمن عنصراً أجنبياً، قد تؤدي

---

<sup>1</sup> - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، الأردن، 1997، ص 20.

هذه المفاضلة إلى إمكانية تطبيق القانون الأجنبي بدلاً من القانون الوطني. وبالتالي، فإننا نتحدث عن وجود تداخل بين قانونين متعارضين أو أكثر لدول مختلفة بشأن حكم علاقة قانونية تحتوي على عنصر أجنبي.<sup>1</sup>

على سبيل المثال، بعض الدول تسند قضايا اتحاد الزواج إلى قانون الموطن، كما هو الحال في الأنظمة الأنجلوسكسونية<sup>2</sup>، بينما تعتمد دول أخرى على قانون الجنسية، أما بعض الدول العربية، فقد فرقت بين الطلاق بالإرادة المنفردة والتطليق.<sup>3</sup>

تظهر مشكلة تنازع القوانين عندما يكون هناك طرف أجنبي في العلاقة القانونية، فعلى سبيل المثال، إذا عرض على القاضي قضية طلاق بين مصرى وفرنسية يعيشان في ألمانيا، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هو: أي قانون سيطبقه القاضي؟ هل سيطبق القانون المصرى نظراً لجنسية الزوج، أم القانون الفرنسي نظراً لجنسية الزوجة، أم القانون الألماني نظراً لمكان إقامة الزوجين؟

يتم حل مشكلة تنازع القوانين من خلال قواعد الإسناد التي يحددها المشرع في الدولة التي يتولى القاضي فيها النظر في النزاع، فعندما تكون هناك قوانين متداخلة، فإن القاضي يجب أن يختار القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة<sup>4</sup>، وهو القانون الأنسب لحل النزاع، هذا الاختيار لا يتم بناءً على أهواء القاضي، بل استناداً إلى قواعد الإسناد المحددة مسبقاً من قبل المشرع الوطنى<sup>5</sup>.

على سبيل المثال، إذا قام شخص سعودي ببيع عقار لشخص فرنسي في فرنسا وتم إبرام العقد هناك، وعرض النزاع على القاضي السعودي، فإنه لن يكون منطقياً أن يطبق القانون السعودي في هذه الحالة، فإذا تم تطبيق مبدأ إقليمية القوانين، بمعنى أن القاضي يطبق دائماً القانون الوطني، فلن يكون

---

<sup>1</sup>- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص 21.

<sup>2</sup>- أمين درية، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، 2011، ص 244.

<sup>3</sup>- فاطمة بوخاري، حازب ربيعة، القانون الواجب التطبيق على اتحاد الزواج المختلط: دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمقارن، المجلة الجزائرية للدراسات الإنسانية، 2021، ص 139-150.

<sup>4</sup>- عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص في القانون اللبناني والمصري، 1969، ص 14.

<sup>5</sup>- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين -تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2016، ص 07.

هناك داعٍ لوجود القانون الدولي الخاص. وبدلاً من ذلك، على القاضي اختيار القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة.

بالتالي سوف تترتب آثار سلبية كثيرة إذا تم تطبيق القانون الداخلي وتم تجاهل القانون الأجنبي الواجب التطبيق. ولتقادي هذه الآثار السلبية، نشأت مسألة تنازع القوانين في إطار العلاقات القانونية التي تتضمن عناصر أجنبية، خصوصاً في مجال الأحوال الشخصية.

تهدف هذه المسألة إلى تقديم حلول متنوعة تعتمد على قواعد الإسناد أو قواعد التنازع التي وضعها المشرع مسبقاً، وذلك انطلاقاً من القانون الداخلي، حيث يُطبق هذا القانون بشكل استثنائي على العلاقات القانونية الدولية، نظراً لأن تطبيقه يمكن أن يؤثر على مختلف الحقوق.<sup>1</sup>

#### ب/ شروط تنازع القوانين:

يمكن تلخيص شروط قيام تنازع القوانين في العناصر التالية:

##### **1/ وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي.**

يجب أن تكون العلاقة التي يثار حولها النزاع غير وطنية، أي أن تتضمن أحد عناصرها عنصراً أجنبياً، سواء من حيث محلها أو سببها أو أطرافها<sup>2</sup>. على سبيل المثال، علاقة الزواج التي تتم في الجزائر بين جزائريين تعتبر علاقة وطنية ولا يتتوفر فيها هذا الشرط، أما إذا تم الزواج بين أجنبيين فيالجزائر، فإن الشرط يتحقق لأن أطراف العلاقة أجانب.

##### **2/ وجود اختلاف بين القانون الوطني والقانون الأجنبي.**

إن تمايز وتطابق القوانين في كل من دولة القاضي المعروض عليه النزاع والقانون الأجنبي ينفي وجود ظاهرة تنازع القوانين، لذا يجب أن يكون هناك تباين بينهما، حيث إن التنازع مرتبط بوجود اختلاف في القواعد الموضوعية المنظمة للعلاقة القانونية<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>- بلقاسم اعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002، ص38.

<sup>2</sup>- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 5.

<sup>3</sup>- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 50.

### 3/ السماح من قبل المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي فوق إقليمه.

يعني هذا أنه يجب على المشرع الوطني عدم التمسك بمبدأ إقليمية القوانين، وفتح المجال لتطبيق القانون الأجنبي، نظراً لضرورة زيادة التعاون الدولي، فقد أصبح من المستحيل على دولة أو مجتمع واحد أن يظل معزولاً عن باقي المجتمعات الدولية.<sup>1</sup>

### 4/ أن يكون القانون الأجنبي صادر عن دولة تعرف بها دولة القاضي

فتطبيق الشروط السابقة يتتأكد في حالة كون القانون الأجنبي صادراً عن دولة تعرف بها دولة القاضي، لأن الدولة التي لا يُعرف بها وفقاً لقواعد القانون الدولي العام من قبل دولة أخرى لا تعتبر عضواً في المجموعة الدولية، وبالتالي فإنه لا يمكن تصور وجود تنازع بين القوانين.

ورغم ذلك فإن عدم الاعتراف بالحكومة لا ينفي وجود قانون هذه الدولة وفقاً للرأي الفقهي الحديث، ويظل هناك تباين بين دول مختلفة بشأن الاعتراف بالقوانين الصادرة عن حكومة غير معترف بها، وذلك بين الأخذ بها ونطبيقها في دولة القاضي أو عدم الأخذ بها.<sup>2</sup>

## ثانياً: مجال تنازع القوانين وتطوره التاريخي.

لمواصلة دراسة ماهية تنازع القوانين يجدر بنا تحديد مجال هذا التنازع بالضبط حتى يتسعى لنا تمييز النطاق الذي تكون فيه بصدده تنازع في القوانين (أ)، ثم نعرج على التطور التاريخي والمسار الذي سار عليه الفقهاء لتحديد وضبط حدود مجال تنازع القوانين (ب).

### أ/ مجال تنازع القوانين:

عندما نقول "تنازع قوانين" يتبدّل إلى أذهاننا مباشرةً السؤال التالي:

ما طبيعة هذه القوانين التي تتنازع؟ وما الذي دفعها للتنازع؟ هل مثلاً نزاع بين القانون التجاري الجزائري ونظيره المدني؟ أو نزاع بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي؟ أو نزاع القانون الإداري الجزائري والقانون الإداري المصري؟

---

<sup>1</sup>- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة 04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص25.

<sup>2</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص42.

في الواقع عند البحث عن مجال تنازع القوانين، يتجلى أمامنا نطاق واضح ذو حدود، أولاً لا يتصور قيام نزاع بين قانونيين إلا وكان هادئ القانونيين ينتميان لدولتين معترف بهما حسب مبادئ القانون الدولي ،والحد الثاني لا يتصور قيام نزاع بين قانونيين إلا وكانا كلاهما ينتميان إلى فروع القانون الخاص.

## 1/ القوانين الصادرة عن وحدة سياسية تتمتع بوصف دولة وفقاً لمبادئ القانون الدولي العام.

هنا نفصل بين حالتين،الحالة الأولى أن يكون النزاع القائم بين القانونيين كال التالي:القانون الأول يكون صادر عن دولة القاضي،والقانون المتنازع معه يكون صادر عن دولة أخرى،بقولنا -دولة أخرى- المقصود أن الكيان المشرع لهذا القانون المتنازع معه يتمتع بوصف -دولة- وفقاً لما تقره مبادئ القانون الدولي العام.

هذا فعلاً نكون أمام تنازع قوانين،ويتم فض التنازع وفقاً لقواعد الإسناد، فإن نصت قاعدة الإسناد على أن يطبق القانون الصادر عن دولة أخرى بدلاً من قانون القاضي فيما يخص النزاع المعروض أمامه، فهنا تطبق قاعدة الإسناد دون تردد.

أما الحالة الثانية ف تكون كال التالي،القانون الأول يكون صادر عن دولة القاضي،والقانون المتنازع معه يكون صادر عن كيان آخر،وهذا الكيان المشرع لهذا القانون المتنازع معه لا يتمتع بوصف -دولة- وفقاً لما تقره مبادئ القانون الدولي العام،أو أن دولة القاضي لا تعترف بهذا الكيان باعتباره دولة (مثل الكيان الإسرائيلي).

هنا دون نقاش،ودون نظر لما تقوله قاعدة الإسناد،يتم مباشرة تطبيق قانون القاضي على العلاقة ولو كان كل أطرافها يبحتجون بما يقوله القانون الصادر عن الكيان غير المعترف به كدولة.<sup>1</sup>

## 2/ القوانين المنتسبة لفروع القانون الخاص<sup>2</sup>.

يُعد من خصائص تنازع القوانين أن القاضي الذي يعرض عليه نزاع يحتوي على عنصر أجنبى قد يضطر لتطبيق قانون غير قانونه الوطنى.في العلاقات الخاصة فقط يمكن للقاضي أن يطبق قانوناً

---

<sup>1</sup>- دریال عبد الرزاق، الواقي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010، ص 14.

<sup>2</sup>- تعد فروع القانون الخاص مجال خصب لتنازع القوانين خاصة قانون الأسرة أو ما يعرف بقانون الأحوال الشخصية .

أجنبياً عندما تتعلق العلاقة القانونية بعنصر أجنبي، وفي هذه الحالة، يجب عليه أن يبحث عن القانون الأجنبي المختص بحل النزاع، مستنداً إلى قواعد التنازع المنصوص عليها في قانونه الوطني.

أما العلاقات التي تدرج ضمن نطاق القانون العام فلا يتصور أن يطبق عليها القاضي قانوناً أجنبياً<sup>1</sup>، حيث يكتفي بالإشارة إلى أن النزاع لا يخضع لقانونه دون الحاجة للبحث عن قانون أجنبي. وبذلك، فإن العلاقات الخاضعة للقانون الخاص وحدها هي التي تدخل في إطار القانون الدولي الخاص، ومع ذلك قد يجد القاضي نفسه في بعض الحالات الخاصة ملزماً بالرجوع إلى القانون العام الأجنبي بشكل تبعي.

فعلى سبيل المثال، إذا واجه القاضي نزاعاً يتعلق ببطلان زواج تم في دولة أجنبية بسبب خلل في إجراءات التوثيق، فقد يضطر للرجوع إلى قواعد القانون العام الأجنبي لتحديد صلاحيات الموثق، لكن هذا الرجوع يظل تبعياً ومقتصراً على العلاقات القانونية الخاصة، ولا يمكن أن يكون رجوعاً أصلياً<sup>2</sup>.

#### ب/ التطور التاريخي لتنازع القوانين.

كان تنازع القوانين معروفاً عند بعض المجتمعات القديمة، من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق التي تضم طرفاً أجنبياً بناءً على لغة العقد بين أطراف النزاع، فعلى سبيل المثال، إذا كان العقد بين يوناني ومصري، فإن لغة العقد هي التي كانت تحدد القانون المطبق؛ فإذا كانت اللغة يونانية، يُطبق القانون اليوناني، وإذا كانت اللغة مصرية، يُطبق القانون المصري.

أما في المجتمع الروماني، فلم يظهر مفهوم تنازع القوانين إلا في مرحلة لاحقة عندما بدأت الأقاليم البربرية تستقل عن بعضها البعض، فأصبح القانون الروماني يطبق على المواطنين الرومان، في حين يطبق على الأجانب قانونهم الخاص<sup>3</sup>.

إلا أن تنازع القوانين احتفى في عهد النظام الإقطاعي، حيث كان سيد الإقطاعية يفرض نظامه القانوني على مقاطعاته دون منازع، ومع ذلك، كان الوضع مختلفاً في شمال إيطاليا، حيث لم يكن النظام الإقطاعي قائماً، بدلاً من ذلك، ظهرت جمهوريات صغيرة أصبحت مراكز للتجارة، وبات لكل مقاطعة

<sup>1</sup>- دربال عبد الرزاق، المرجع نفسه، ص 16.

<sup>2</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 45.

<sup>3</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 178.

قانونها الخاص،ما أدى إلى دخول التجار من مختلف المقاطعات في علاقات تجارية متبادلة،الأمر الذي أدى إلى ظهور تنازع جديد للقوانين،دفع هذا الوضع الفقهاء إلى البحث عن حلول ملائمة لمسائل التنازع، مما أدى إلى ظهور مدارس فكرية متعددة في هذا المجال<sup>1</sup> نفصلها فيما يلي:

### 1/ المدارس التقليدية:

**1-1 المدرسة الإيطالية<sup>2</sup>:** والمعروفة أيضاً بنظرية الأحوال،نشأت من الأعراف والعادات التي طبقتها المدن الإيطالية المستقلة في علاقاتها التجارية إلى جانب القانون الروماني،هذه الاختلافات بين القوانين أدت إلى ظهور تنازع في القوانين بين المدن، مما دفع الفقهاء إلى البحث عن قواعد لحل هذا التنازع.

برزت هذه المدرسة في القرن الثالث عشر بقيادة فقهاء مثل بارتولوس وبلديس،الذين كانوا يكتبون تعليقاتهم على هواش نصوص القانون الروماني، فاشتهرت مدرستهم بمدرسة الحواشي،من أبرز هذه الحواشي حاشية أكورس،التي طرحت تساؤلات حول القانون الواجب تطبيقه في مسائل مثل تنظيم الوصية، المقترحة إخضاع التصرفات القانونية لقانون المكان الذي أجريت فيه لضمان اليقين القانوني.

كانت حلولهم تعتمد على التحليل الفقهي لكل حالة على حدة، دون الالتزام بمبدأ عام، مما أدى إلى آراء متباعدة حول حل تنازع القوانين. وعلى الرغم من افتقار هذه الآراء للدقة، ساهمت في تطوير الفقه الخاص بتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، مثل اقتراح إخضاع إجراءات الدعوى لقانون القاضي، والعقود لقانون محل إبرامها، والمالي لقانون موافقه.

**1-2 المدرسة الفرنسية:** ترجم الفقيهان Dumoulin D'Argentré المدرسة الفرنسية في حل مسائل تنازع القوانين، حيث قدم كل منها إسهاماته الفقهية الخاصة. اعتمد D'Argentré على مبدأ الإقليمية كأساس عام، مما يعني أن القانون الذي ينطبق على العقارات (الأحوال العينية) هو قانون مكان وجود العقار، بينما تخضع الأمور الشخصية، مثل الأشخاص والمنقولات، لقانون موطن الشخص.<sup>3</sup> هذا التمييز بين الأحوال العينية والشخصية كان حجر الزاوية في فكر D'Argentré، حيث اعتبر مبدأ الإقليمية هو الأصل ومبدأ الشخصية هو الاستثناء.

<sup>1</sup>- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص20، 21.

<sup>2</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص48-50.

<sup>3</sup>- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص35.

في المقابل، كان من أبرز إسهامات Dumoulin تقديمها لفكرة التكيف، وهي نظرية حققت نجاحاً كبيراً في أوروبا لأنها قدمت معياراً عاماً لتحديد القانون الواجب التطبيق، بدلًا من التعامل مع كل نزاع على حدة، اعتمد Dumoulin مبدأ الإقليمية كقاعدة عامة، مع تطبيق مبدأ الشخصية باستثناء، وقسم الأحوال إلى عينية وشخصية بنفس طريقة D'Argentré.

ومع ذلك، واجهت هذه النظرية بعض الصعوبات، حيث ظهرت حالات معقدة تجمع بين الأحوال العينية والشخصية في آن واحد، ولم تتمكن النظرية من إيجاد حلول واضحة لهذه الحالات المختلفة. ورغم ذلك، تظل إسهامات الفقيهين ذات تأثير كبير في تطور الفقه القانوني، حيث ساهمت في تأسيس مبادئ أساسية لفهم تنازع القوانين في أوروبا<sup>1</sup>.

**3-1 المدرسة الهولندية<sup>2</sup>:** ظهرت في القرن السابع عشر مدرسة قانونية بزعامة فقهاء مثل Bourgogne و Bourgundus، حيث نادت بتطبيق القانون الوطني كتعزيز لسيادة الدولة. وفقاً لهذه المدرسة، لا يمكن للقاضي تطبيق القانون الأجنبي إلا بناءً على مبدأ المjalmaة الدولية، وهي فكرة غير ملزمة يعتمد تقديرها إما على القاضي أو على المشرع الوطني. بناءً على ذلك، لم تكن قواعد التنازع التي قد تؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي إلزامية في نظر هذه المدرسة.

قامت المدرسة بتقسيم الأحوال إلى ثلاثة فئات: عينية، شخصية، ومتخلطة، لكنها لم تكن تمثل كثيراً إلى مبدأ شخصية القوانين. ومن الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية أنها اعتمدت بشكل كبير على فكرة المjalmaة الدولية، التي تفتقر إلى ضوابط وحدود واضحة، مما يسمح إما بتوسيعها أو تضييق نطاقها بشكل غير موجه، كما أنها لم تعترف بالإلزامية قواعد التنازع.

## 2/ المدارس الحديثة:

من خلال ما تقدم طرحة حول المدارس التقليدية، نلاحظ أنه باستثناء المدرسة الإيطالية التي جمعت بين مبدئي شخصية القوانين وإقليمية القوانين، فإن معظم المدارس الأخرى اعتمدت مبدأ الإقليمية كقاعدة عامة، مما حد من تفعيل قواعد التنازع ودفع إلى ظهور مدارس فقهية حديثة سعت إلى تجاوز هذه القيود ستتناولها فيما يلي:

<sup>1</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص202-204.

<sup>2</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص54، 55.

**1- المدرسة الألمانية:** والتي قادها الفقيه Savigny، انتقدت فكرة الم Jamalة الدولية، حيث رأى Savigny أن تطبيق القانون الأجنبي في إقليم دولة معينة يجب أن يكون بناءً على التزام دولي وليس مجرد مجاملة، نظراً لوحدة الديانة المسيحية والقانون الروماني بين الدول الأوروبيية، اعتبر Savigny أن هناك تقارباً بين التشريعات الأوروبية، مما يتيح إمكانية إيجاد قواعد مشتركة تساعده على تطبيق قوانين بعضها البعض، وهو ما أطلق عليه "مبدأ الاشتراك القانوني".

كما ركز Savigny على كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين، لجأ إلى فكرة "التركيز المكاني" للعلاقات القانونية، حيث يكون القانون المطبق مرتبطاً بالمكان، فموطن الشخص يحدد قانونه الشخصي، مكان وجود الأموال يحدد القانون الذي ينظمها، مكان تنفيذ الالتزامات التعاقدية يحدد القانون الذي يحكم العقد، ومكان وقوع الأفعال الضارة يحدد القانون الذي ينظم تلك الأفعال، ومع ذلك، وجهت انتقادات لهذه النظرية بسبب اعتمادها الكبير على فكرة التركيز المكاني للعلاقات القانونية، الأمر الذي قد يكون صعب التحديد في بعض الحالات، مما يؤدي إلى تعقيد تطبيقها.<sup>1</sup>

في وقت لاحق ظهر الفقيه بارتن، كان متأثراً بالفقيه Savigny، حيث رأى أن تنازع القوانين هو تنازع بين السيادات، وقد ربط نظام القانون الواجب التطبيق على النزاع المتعلق بعلاقة معينة بالقسم القانوني الذي تنتهي إليه هذه العلاقة. وهذا ما دفعه لوضع نظريته المشهورة في التكيف، والتي تعرف بأنها وضع العلاقة القانونية ضمن نظام معين، فعلى سبيل المثال، يتم تصنيف الطلاق ضمن فئة الأحوال الشخصية<sup>2</sup>.

**2- المدرسة الإيطالية:**<sup>3</sup> شهدت إيطاليا، في فترة ظهورها السياسي الحديث، تطويراً ملحوظاً في أسس تنازع القوانين، حيث ساهم الفقهاء الإيطاليون في تعزيز هذه الأسس، من بين هذه النظريات تبرز نظرية Mancini التي خالف فيها الاتجاه الإيطالي القديم الذي كان يعتمد على مبدأ إقليمية القوانين، حيث ألقى محاضرة في جامعة تورينو عام 1851، دعا فيها إلى ضرورة تطبيق مبدأ شخصية القوانين، مؤكداً أن القوانين يجب أن تُصاغ وفقاً لتقاليد وأحوال الشعب، وأن تطبيقها ينبغي أن يكون شخصياً، بحيث يسري القانون الوطني للدولة على رعاياها أينما كانوا، حتى لو كانوا في إقليم دولة أخرى.

<sup>1</sup>- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص33.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص38.

<sup>3</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص57-60.

وبالتالي،فإن القانون الشخصي هو الذي يتبع المواطن بغض النظر عن مكان وجوده،مما يجعل شخصية القوانين هي المبدأ،بينما تُعتبر إقليمية القوانين استثناءً،وفي حال مغادرة الشخص إقليم الدولة التي يحمل جنسيتها إلى دولة أخرى،تبقي قوانين دولته نافذة في جميع علاقاته،باستثناء ثلاث حالات: القوانين التي تُعتبر من النظام العام،القانون الذي يختاره أطراف العلاقة،وقانون مكان إبرام التصرفات القانونية.<sup>1</sup>.

ومع ذلك،وجهت انتقادات لنظرية مانشيني بسبب استثنائاتها العديدة التي قد تقلل من فعاليتها،وبالرغم من ذلك،لاقت دعماً من فقهاء آخرين واعتمدت في اتفاقيات دولية لحل تنازع القوانين حتى قبل الحرب العالمية الأولى،مثل الاتفاقية التي أعدها مؤتمر لاهاي عام 1893 بشأن قواعد تنازع القوانين.

**2-3/ المدرسة الفرنسية<sup>2</sup>:**استمرت جهود فقهاء القانون في إيجاد قواعد قانونية لحل تنازع القوانين، مما أدى إلى ظهور نظريات جديدة مثل نظرية بيلي في فرنسا.كان بيلي أستاذًا في كلية الحقوق في باريس في أواخر القرن التاسع عشر،حيث صاغ نظرية "طبيعة القوانين الاجتماعية والهدف منها" ونشرها عام 1903.وفقاً لبيلي، عند البحث عن القانون الواجب تطبيقه في حالات تنازع القوانين،يتعين علينا النظر في مدى سيادة القانون على العلاقات الدولية للأفراد،حيث يعتبر القانون ظاهرة اجتماعية تهدف إلى الحفاظ على كيان المجتمع وحقوق الأفراد وتحقيق توافق بين الأهداف الشخصية وال العامة.

حدد بيلي أن لكل قانون غرضاً اجتماعياً يسعى لتحقيقه،ويتميز بخاصيتي الدوام والعمومية في الحياة القانونية.إذا كان القانون يهدف إلى حماية مصالح الفرد، فإن هذه الحماية تُعتبر شخصية ودائمة، مما يجعل سلطاته يمتد على الأفراد والأموال من وقت إصداره إلى حين إلغائه.على سبيل المثال،قوانين الأهلية أو شروط صحة الزواج تُعتبر من القوانين الشخصية التي تحمي الأفراد باستمرار حتى لو كانوا في دول أجنبية.

---

<sup>1</sup>- تستبعد القوانين التي تخاف النظام العام داخل الدولة التي تعتمد ضابط الجنسية كضابط إسناد،كما أن الأموال تخضع لقانون المواطن أو موقع هذه الأموال.

<sup>2</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 239 وما بعدها.

أما إذا كان الهدف من القانون هو حماية المجتمع، فإنه يتصف بالعمومية ويطبق إقليمياً على جميع الأشخاص وال العلاقات في إقليم الدولة، مثل القوانين الجنائية وقوانين اكتساب ملكية العقارات، حيث تغلب صفة العموم على الاستمرارية.

فيُمكن من خلال معرفة الغرض الاجتماعي للقانون تحديد ما إذا كان يجب الاحتفاظ بنطاقه الإقليمي أو توسيع نطاق تطبيقه، وبالتالي يتم تحديد القانون الواجب تطبيقه.

وفيما يتعلق بالزواج، إذا أراد أجنبي الزواج في فرنسا، فيجب تحديد الأهلية المطلوبة وفقاً لقانون دولته أو القانون الفرنسي، فإذا تم تطبيق قانون دولة الأجنبي، فهذا يعني أن خاصية الدوام تغلبت، بينما إذا تم تطبيق القانون الفرنسي، فهذا يعني أن خاصية العمومية هي السائدة.

ومع ذلك، تُنتقد نظرية بيلي بسبب صعوبتها في تحقيق هدفها بسهولة، حيث إن البحث عن دوام أو عمومية القانون قد يعقد معرفة ما إذا كان القانون مستمراً أو عاماً، كما أن النفرقة بين القوانين التي تهدف لحماية مصالح الأفراد وتلك التي تحمي مصالح المجتمع غير صحيحة، لأن جميع القوانين تهدف في النهاية إلى حماية الفرد والمجتمع في آن واحد، كما أنها تستبعد مفهوم الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة من موضوع تنازع القوانين.

**4/ نظرية نبوابيه<sup>1</sup>:** يعتبر من الفقهاء الذين قاموا بتطوير مفهوم تنازع القوانين، حيث اعتمد على مبدأ الإقليمية كمبدأ رئيسي مبرره اعتبارات وطنية. يرى نبوابيه أن الهدف الأساسي هو حماية المصالح الفرنسية، وبالتالي يجب اختيار قواعد تنازع القوانين بما يتوافق مع هذه المصالح، دون النظر إلى مدى قبول هذه القواعد في دول أخرى.

نظراً لأن فرنسا بلد هجرة، فإن مصالحها تتطلب تطبيق القوانين الفرنسية على جميع الأشخاص في إقليمها، مما يسهل عملية اندماج الأجانب في المجتمع الفرنسي، بينما تعتبر شخصية القوانين ذات أهمية ضئيلة في فرنسا، حيث إنها قد تعيق اندماج الأجانب<sup>2</sup>. يسعى نبوابيه إلى البحث عن الحلول الأكثر ملائمة للمصالح الوطنية، مما يفسر اختياره لقانون الوطن في قضايا الأشخاص وأهليتهم، رغم أن القانون الفرنسي يعتمد قانون الجنسية في هذه المسائل.

---

<sup>1</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.66.

<sup>2</sup>- يطبق ضابط المواطن خاصة عندما يتعلق الأمر بالأموال والالتزامات التعاقدية وشكلية التصرفات القانونية وكذلك الالتزامات غير التعاقدية .

## المحور الثاني: قواعد الإسناد.

تعتبر العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي هي العلاقة التي قد تستدعي من القاضي تطبيق القانون الأجنبي، لكن ذلك لا يتم بشكل مباشر، بل يتطلب الاعتماد على قاعدة التنازع الوطني (قاعدة الإسناد) التي توجه القاضي نحو تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة، لذا، من المهم دراسة مفهوم هذه القاعدة (أولاً) والتعرض إلى طريقة تفسيرها (ثانياً) ثم النظر في طريقة تطبيقها (ثالثاً).

### أولاً: مفهوم قاعدة الإسناد.

تعرف هذه القاعدة بـ "قاعدة الإسناد" أو "قاعدة تحديد القانون الواجب التطبيق"، وتهدف إلى توجيه القاضي لتحديد القانون الذي ينبغي تطبيقه على المسألة القانونية التي تتضمن عنصراً أجنبياً. وتعتمد هذه القاعدة على عدة معايير، مثل الجنسية، ومكان إبرام العقد، ومكان وقوع الحادثة، وغيرها من العوامل المرتبطة بالعنصر الأجنبي. وتُستخدم قواعد الإسناد في العديد من الدول، حيث تسهم في تحقيق الأمن القانوني للأفراد في حالات تنازع القوانين التي تتضمن بعدها دولياً. وعليه سنتناول في هذا الجزء من الدراسة تعريف قواعد الإسناد (أ) ثم عناصرها (ب).

#### أ/تعريف قاعدة الإسناد وخصائصها:

تعرف قاعدة الإسناد بأنها قاعدة قانونية فنية تهدف إلى تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بذلك العلاقات، وعلى الرغم من أنها قد تتوافق مع قواعد القانون الأخرى، إلا أنها تحتفظ بخصائصها الفريدة، حيث تعتبر قاعدة عامة ومجردة تهدف إلى تنظيم مراكز قانونية معينة وصادرة عن سلطة عامة<sup>1</sup>.

فالقاضي الوطني يستعين بقاعدة الإسناد الوطنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية التي تحتوي على عنصر أجنبي، هذه القاعدة توضح له القانون الذي يجب تطبيقه، سواء كان من القانون الوطني أو من قانون أجنبي يرتبط بذلك العلاقة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 91.

<sup>2</sup>- منصور مصطفى منصور، مذكرة في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، لبنان، 1957، ص 10.

وقد نظم المشرع الجزائري قواعد الإسناد في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني<sup>1</sup>، و التي تتميز بعدة خصائص، وهي:

**1/ قاعدة الإسناد قاعدة إجرائية:** تعد قاعدة الإسناد قاعدة إجرائية، حيث تقوم بإرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه دون أن تتضمن حلاً موضوعياً للنزاع نفسه. فهي توجه القاضي إلى القانون الذي يجب أن يطبق، دون أن تحدد حكماً يخص النزاع ذاته.<sup>2</sup>.

**2/ قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة:** ويُشار إلى هذا المفهوم أحياناً بالربط الثنائي ويتميز العنصر الأساسي لقاعدة الإسناد بأنه عنصر أو معيار ربط موضوعي، يربط العلاقة القانونية بنظام قانوني معين، والذي قد يكون قانون الدولة التي تنظر في الدعوى (القانون الوطني) أو قانوناً أجنبياً. هذه الازدواجية في قاعدة الإسناد تعني أن القاعدة تحدد أي من النظامين القانونيين (الوطني أو الأجنبي) هو المختص بالتطبيق على النزاع، وذلك استناداً إلى نوع المسألة القانونية المطروحة.<sup>3</sup>.

**3/ قاعدة الإسناد قاعدة غير مباشرة:** لا تفصل قاعدة الإسناد في النزاع مباشرة ولا تفرض عقوبة أو تعويضاً عن ضرر، بل تقوم فقط بتوجيه القاضي نحو القانون المناسب لحل النزاع. بشكل عام، تعمل القاعدة القانونية كمعيار يحدد نتيجة قانونية لوضعية واقعية، بحيث تُبرز الحقوق والواجبات للأطراف المعنية بالعلاقة القانونية.<sup>4</sup>.

**4/ قاعدة الإسناد قاعدة وطنية:** تُصدر قواعد الإسناد من قبل المشرع الوطني، ولا تفرض من أي جهة دولية، إذ لا توجد سلطة فوق الدول تتولى صياغة قواعد إسناد موحدة وملزمة، فكل دولة تضع قواعد الإسناد الخاصة بها وفقاً لما تراه مناسباً لمصالحها، مع مراعاة عادات وتقاليد شعبها.

<sup>1</sup>- الأمر رقم 58-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975، والمعدل والمتمم بالقانون 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، جريدة رسمية العدد 44، 2005.

<sup>2</sup>- محمد ضو فضيل: "قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص"، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة الطائف، المملكة العربية السعودية، العدد 95، يوليو، 2021، ص 500.

<sup>3</sup>- موحد إسحاق، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، ترجمة فائز أنيق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 127.

<sup>4</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 70.

ومن بين الاعتبارات التي أصبحت دولياً متفق عليها، السماح بتطبيق القانون الأجنبي داخل الدولة دون المساس بسيادتها، كما يجب أن تكون هذه القواعد الوطنية متوافقة مع المبادئ الدستورية للدولة<sup>1</sup>.

**5/ قاعدة الإسناد تختص بالقانون الخاص:** تتنظم قاعدة الإسناد المسائل المتعلقة بالقانون الخاص، أي المعاملات المدنية بين الأفراد، ولا علاقة لها بمجال القانون العام وموضوعاته<sup>2</sup>.

#### ب/ عناصر قاعدة الإسناد:

وهي ثلاثة عناصر: الفئة المسندة، ضابط الإسناد، القانون المسند إليه.

#### 1/ الفئة المسندة.

نظراً لاتساع نطاق المسائل القانونية واستحالة حصرها ووضع قاعدة إسناد خاصة لكل منها، لجأ المشرع إلى تجميع بعض المسائل القانونية المشابهة أو المترابطة ضمن فئة أو مجموعة أحوال، بحيث يتم تطبيق قاعدة إسناد محددة تسد المسألة إلى القانون المناسب لحل النزاع.

والأقرب للصواب من حيث النظرية هو القول بأن موضوع قاعدة الإسناد هو مسألة قانونية يثيرها موقف واقعي. ومن أمثلة ذلك في مجال الأحوال الشخصية: الأهلية، الحالة المدنية، الزواج، النفقة، المواريث، وغيرها، بالإضافة إلى التصرفات القانونية مثل العقود وموضوعها وما إلى ذلك<sup>3</sup>.

#### 2/ ضابط الإسناد.

عندما قام المشرع بتصنيف المسائل القانونية التي تحتوي على عنصر أجنبي ضمن فئات محددة، أرسن كل فئة إلى قانون معين عبر وسيلة تعرف بضابط الإسناد. وهو أداة قانونية يستخدمها المشرع لربط الفئة المسندة بالقانون الذي يتبعه تطبيقه عليها.

على سبيل المثال، فيما يخص الشروط الموضوعية للزواج، نصت المادة 11 من القانون المدني الجزائري على أن الجنسية تعد ضابطاً للإسناد، مما يعني أن المشرع ربط المسألة بالقانون المتعلق بجنسية

<sup>1</sup>- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص15.

<sup>2</sup>- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص24.

<sup>3</sup>- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص96.

الأطراف المعنية، وبالتالي ضابط الإسناد يعد وسيلة قانونية تربط موضوع قاعدة الإسناد بالقانون الذي يجب تطبيقه. ومن أمثلة ذلك: الجنسية أو الموطن في مسائل الأحوال الشخصية، وموطن الممتلكات أو تنفيذ العقود في الأحوال العينية، ومكان وقوع الفعل الذي ينشئ الالتزامات في المسائل غير التعاقدية.<sup>1</sup>.

### 3/ القانون المسند إليه:

القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد باعتباره القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية هو القانون الذي يتمتع بالاختصاص بعد إعمال قاعدة الإسناد. ولتطبيق هذا القانون، يجب أن تتوفر الشروط التالية:

- أن يكون القانون صادرًا عن دولة تتمتع بعناصر الدولة القانونية.
- ألا يتعارض القانون مع النظام العام أو الآداب العامة في دولة القاضي، أو أن يكون قد تم استخدامه بطريقة تتطوي على غش نحو القانون.<sup>2</sup>.
- أن تكون الدولة التي أصدرته معترف بها من قبل دولة القاضي.

في بعض الحالات، قد يواجه القاضي صعوبات في تحديد القانون الذي يتم إسناده إلى العلاقة القانونية وفقاً لقاعدة التنازع، في مثل هذه الحالات، يستعين القاضي بالحلول المقررة في القانون الوطني. على سبيل المثال، تعالج المادة 22 من القانون المدني الجزائري مشكلة تحديد القانون الشخصي للشخص متعدد الجنسية أو عديم الجنسية.<sup>3</sup>

كما تقدم المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني حلًا في حالة عدم وجود ربط واضح للمسائل المتعلقة بالأموال<sup>4</sup>، مثلاً إذا كانت الأموال موجودة فيإقليم غير خاضع لسيادة أي دولة، كأعلى البحار،

---

<sup>1</sup>- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء 02، مطبع الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة 11، 1986، ص 169.

<sup>2</sup>- تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري على أنه "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...".

<sup>3</sup>- راجع المادة 22 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

<sup>4</sup>- راجع المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

في هذه الحالة يطبق القاضي القانون الوطني باعتباره يتمتع بالولاية العامة وفقاً لمبدأ إقليمية القوانين أو كحل احتياطي لضمان عدم ترك العلاقة القانونية دون حل<sup>1</sup>.

### ثانياً: تفسير قواعد الإسناد.

لتطبيق قاعدة الإسناد بشكل صحيح، يتبعن على القاضي أولاً فهم وتفسير مضمونها، ولكن تفسير هذه القاعدة يواجه عدة تحديات في الفقه القانوني الدولي الخاص، أبرزها مشكلة التكليف والإحالة.

عندما تُعرض على القاضي مسألة قانونية تحتوي على عنصر أجنبي، فإن أول ما يفعله هو محاولة تحديد الفئة التي تدرج تحتها هذه المسألة من بين الفئات التي تتناولها قواعد الإسناد في قانونه. هذا الإجراء يُعرف بالتكليف، وهو ضروري لتحديد القانون الذي سيتم تطبيقه على المسألة (أ).

وبعد تحديد القانون المختص وفقاً للتكليف، قد يعتقد البعض أن المشكلة قد حلّت، إلا أن هناك إشكالية إضافية تتعلق بما إذا كان يجب على القاضي أن يلتزم بالقانون الأجنبي بكامله، بما في ذلك قواعد الإسناد الخاصة بهذا القانون، أم أن عليه تجاوز هذه القواعد والانتقال مباشرة إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي وتطبيقها على القضية، هذا التساؤل يفتح الباب أمام ما يُعرف بمشكلة الإحالة (ب).

#### أ/ التكليف:

يتمثل التكليف في تحديد الطبيعة القانونية لواقعة أو تصرف قانوني وفقاً للقانون الواجب التطبيق، فالتكليف مظاهر من مظاهر تفسير القانون يقوم به القاضي، فمثلاً من خلال تكييفه للتصرف يحدد إذا كان الأمر يتعلق بوعد باليبي أو بيع معلق على شرط<sup>2</sup>.

عبارة أخرى، التكليف هو عملية تحديد طبيعة المسألة التي يثير حولها تنازع القوانين، ويتم ذلك من خلال توجيه العلاقة القانونية ووضعها ضمن إحدى الفئات القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد، وبناءً على ذلك، يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة.

<sup>1</sup>- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 97.

<sup>2</sup>- موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 179.

والقاعدة العامة أن التكليف لا يتضمن حلاً موضوعياً للمسألة نفسها، فهي تقتصر على إرشاد القاضي إلى القانون المختص بحكم العلاقة، وتقصر وظيفتها عند هذا الحد دون التدخل في تقديم الحل النهائي للنزاع.<sup>2</sup>

فمرحلة التكليف هي الخطوة الأولى التي يواجهها القاضي عندما تُعرض عليه مسألة تتضمن عنصراً أجنبياً في هذه المرحلة، يتعين على القاضي تحديد النظام القانوني الذي تنتهي إليه العلاقة المطروحة عليه، وذلك لكي يعرف أي قانون يجب أن يُسند إليه لحكم المسألة، يعني أن مرحلة التكليف تأتي بالضرورة في مقدمة مرحلة الإسناد، لأنها تساعد القاضي في توجيهه المسألة إلى القانون المناسب.<sup>3</sup>

إذن التكليف هو خطوة أساسية وأولية في حل تنازع القوانين، حيث يعتمد عليه تحديد قاعدة الإسناد التي ترشد إلى القانون الواجب التطبيق.

### ١- موقف الفقه من القانون الذي يخضع إليه التكليف:

اختلاف فقهاء القانون الدولي الخاص حول القانون الذي يجب الرجوع إليه لتكييف العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، وتعددت اتجاهاتهم في هذا الشأن، ويمكن تقسيم هذه الاتجاهات إلى ثلاثة اتجاهات، أحدها يخضع التكليف لقانون القاضي، والثاني يخضعه لقانون المختص بحكم النزاع، والأخير يخضعه لقانون المقارن.

#### ١-١/ التكليف يخضع لقانون القاضي.

إخضاع التكليف لقانون القاضي هو توجه يلقى دعماً كبيراً في الفقه الفرنسي، وخاصة من قبل الفقيه الفرنسي بارتين (Bartin)، حيث توصل بارتين من خلال دراسته لأحكام القضاء الفرنسي إلى أن القضاة يقومون ضمنياً بعملية تكييف أولية، هذه العملية تسمح لهم بربط المسألة القانونية المطروحة أمامهم بإحدى الفئات التي تتضمنها قواعد الإسناد. وقد برزت عدة قضايا في هذا السياق منها نعرضها فيما يلي:

<sup>1</sup>- عمارة عمار، تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، محاضرة التكليف والإسناد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، السنة الجامعية 2020-2021، ص.2.

<sup>2</sup>- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.41.

<sup>3</sup>- كمال عليوش قريوع، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة 03، دار هومة، الجزائر، 2011، ص.93.

- **قضية وصية الهولندي:** في هذه القضية، كان الشخص الهولندي يعيش في فرنسا لفترة طويلة وكان يمتلك عقارات في فرنسا. قبل وفاته، كتب وصية أودعها لدى كاتب عدل فرنسي، حيث أوصى بأن يتم توزيع ممتلكاته على نحو مخالف لقواعد الإرث المعتادة في القانون الهولندي، والذي كان وطنه الأصلي. عند وفاته، تقدم ورثته الشرعيون وفقاً للقانون الهولندي بطلب إلى القضاء الفرنسي يطلبون تطبيق القانون الهولندي على الوصية، بحجة أن مسألة الإرث تتعلق بالأحوال الشخصية، والتي يجب أن تخضع لقانون الجنسية، أي القانون الهولندي.

طرح القضاء الفرنسي إشكالية هل الوصية تتعلق بالأحوال الشخصية (والتي ينبغي أن تخضع للقانون الهولندي باعتباره قانون جنسية المتوفي)، أم أنها تتعلق بالأموال العينية (والتي ينبغي أن تخضع لقانون مكان وجود العقار، أي القانون الفرنسي)؟

في النهاية، قررت المحكمة الفرنسية أن العقارات الموجودة في فرنسا تعتبر جزءاً من الأحوال العينية، والتي يجب أن تخضع لقانون مكان وجود العقار، أي القانون الفرنسي، وفيما يتعلق بالوصية المكتوبة في فرنسا، اعتبرت المحكمة أن القانون الفرنسي هو الذي ينبغي أن يطبق، مما أدى إلى استبعاد تطبيق القانون الهولندي على توزيع الممتلكات.

هذه القضية تعكس أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، وأهمية التكيف الذي يقوم به القاضي في بداية النظر في القضية لتحديد نوع المسألة والقانون الذي يحكمها.<sup>1</sup>

- **قضية ميراث المالطي:** في هذه القضية، كان الزوجان المالطيان قد هاجرا من جزيرة مالطا، موطنهما الأصلي، إلى الجزائر التي كانت في ذلك الوقت مستعمرة فرنسية تخضع للقانون والقضاء الفرنسيين. هناك، قام الزوج بملك بعض العقارات. بعد وفاته طالبت الزوجة بحقها في الميراث وفقاً للقانون المالطي، الذي يمنح الزوجة حقاً خاصاً في الميراث يعرف بـ "حصة الزوجة الفقيرة".

ومع ذلك، رفض بقية الورثة هذا الطلب، مما دفع الزوجة إلى رفع الدعوى أمام القضاء الفرنسي، معتمدة على القانون المالطي<sup>2</sup>. استندت إلى أن نظام الأحوال الشخصية في مالطا يُعد جزءاً من الأحوال

<sup>1</sup> عبد الرزاق دريال، المرجع السابق، ص73.

<sup>2</sup> عمارة عمارة، محاضرة التكيف و الإسناد، المرجع السابق ،ص4.

الشخصية،والتي تخضع لقانون الجنسية،أي القانون المالي في هذه الحالة،غير أن القضاء الفرنسي رفض هذا الطلب،على أساس أن موضوع الميراث يتعلق بالأموال العينية، التي تخضع لقانون مكان وجود العقار،وبالتالي طبق القضاء القانوني الفرنسي الذي لا يعترف بحق الزوجة في "حصة الزوجة الفقيرة" وفقاً للقانون المالي<sup>1</sup>.

**قضية زواج اليوناني:** في قضية زواج اليوناني الأرثوذكسي،تزوج رجل يوناني بامرأة فرنسية في فرنسا،وفقاً للإجراءات المدنية الفرنسية نشأ نزاع حول صحة هذا الزواج، وتمحورت القضية حول تحديد ما إذا كان الزواج باطلًا بسبب عدم توفر الشكل الديني المطلوب وفقاً للقانون اليوناني،أو ما إذا كان صحيحاً لأنه تم وفقاً للقانون المدني الفرنسي،الذي لا يشترط الشكل الديني.

كان على القضاء الفرنسي أن يحدد ما إذا كانت الشروط الدينية تمثل شروطاً موضوعية أو شكلية لعقد الزواج،فإذا تم اعتبارها شروطاً موضوعية،يطبق القانون اليوناني،مما يعني اعتبار الزواج باطلًا،أما إذا اعتبرت شروطاً شكلية يطبق القانون الفرنسي،مما يجعل الزواج صحيحاً.

اختارت المحكمة الفرنسية التكيف الذي يجعل المسألة تتعلق بالشروط الشكلية،وبما أن الشروط الشكلية لعقد الزواج تخضع لقانون مكان الإبرام،تم تطبيق القانون الفرنسي الذي لا يتطلب شكلاً دينياً، لذلك،اعتبرت المحكمة الزواج صحيحاً ومنتجاً لجميع آثاره القانونية<sup>2</sup>.

يعتبر بارتان أن القاضي الفرنسي يقوم دائمًا بتكييف النزاع وفقاً للقانون الفرنسي،أي قانون الدولة التي ينتمي إليها القاضي المعروض عليه النزاع،وبالتالي،فإن عملية التكيف تتم بناءً على القوانين الوطنية للقاضي،مما يؤكد أهمية قانون القاضي في تحديد طبيعة النزاع وحل القضايا ذات العنصر الأجنبي.

## ٢-١/ التكيف يخضع لقانون المختص بحكم النزاع.

وفقاً لهذا الاتجاه،يُمنح الاختصاص في مسألة التكيف لقانون الذي سيحكم النزاع الأساسي، بمعنى أن قواعد التكيف في القانون المختص هي التي تتولى تحديد طبيعة العلاقة القانونية موضوع النزاع. ويبир أنصار هذا الرأي،مثل "ديسبانيه" في فرنسا،و"باكيوني" في إيطاليا،و"ولف" في ألمانيا،

<sup>1</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص377.

<sup>2</sup>- موحد إسعاد، المرجع السابق، ص181.

وجهة نظرهم بالقول إن القانون الذي يُشار إلى تطبيقه على النزاع يجب أن يحكم العلاقة بشكل شامل، بما في ذلك التكييف وتوصيف العلاقة.

ويهدف هذا التوجه إلى تحقيق العدالة، إذ يرون أن تحقيقها يتطلب منح القانون المختص سلطة كاملة تشمل القواعد الموضوعية المتعلقة بالعلاقة، إضافة إلى قواعد التكييف التي تساعدهم في فهم طبيعة النزاع.<sup>1</sup>

أبرز الانتقادات التي توجه لهذا الرأي هو أنه يصطدم بمشكلة عملية؛ فالتكيف يجب أن يتم قبل تحديد القانون المختص، وهذا يعني أن القاضي عند البدء بعملية التكييف، لا يكون على علم مسبق بالقانون الذي سيحكم النزاع، مما يجعل تطبيق هذا المبدأ غير عملي في بعض الحالات.

### 3- التكييف يخضع للقانون المقارن.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التكييف يجب أن يتم وفقاً لمنهج القانون المقارن، مما يعني أن حل النزاع الناجم عن التكييف يجب أن يتم بشكل مستقل عن المفاهيم الداخلية لقوانين الدول، فلا يكون مرتبطاً بقانون دولة معينة، بل يجب على القاضي استخدام المنهج المقارن لاستخلاص مفاهيم مستقلة ذات طابع عالمي.

ووفقاً لرأي الفقيه الألماني "رایل"، لا ينبغي أن يكون القاضي مقيداً بقانون معين أثناء التكييف، بل عليه استبطاط مفاهيم عامة ومجردة تخدم الطبيعة الدولية للعلاقات. يستند هذا التوجه إلى فكرة أن قواعد الإسناد في قانون القاضي وُضعت أساساً لمواجهة العلاقات ذات الطابع الدولي الخاص، ومن ثم ينبغي أن تتوافق هذه القواعد مع طبيعة تلك العلاقات، مما يتطلب اعتماد مفاهيم موحدة ومجردة تتسم بالصيغة العالمية.

لكن، وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي من الناحية النظرية، إلا أن تطبيقه في الواقع العملي يعد صعباً. فمن جهة، يصعب على القاضي الإمام بكلفة الأنظمة القانونية الأجنبية لاستخلاص الوصف القانوني المناسب للمسألة موضوع التكييف، ومن جهة أخرى، تختلف الأنظمة القانونية فيما بينها في

---

<sup>1</sup> - عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر -نظرية التكييف-دراسة تحليلية ونقديّة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، والجزائر، 2008، ص247.

توصيف العديد من المسائل، مما قد يؤدي إلى تضارب في النتائج و يجعل من الصعب على القاضي الوصول إلى حلول متناسقة.<sup>1</sup>

## 2- موقف المشرع الجزائري:

أكّدت المادة 09 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup> أن القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق، حيث اخذ المشرع الجزائري بنظرية بارتان التي تخضع التكييف لقانون القاضي، وعليه فان المرجع في تكييف طبيعة النزاع و العلاقات القانونية ذات عنصر أجنبي هو القانون الجزائري وهو قانون القاضي.

ومع ذلك يرد على هذه القاعدة استثناءات منها ما نصت عليه المادة 21 من القانون المدني الجزائري<sup>3</sup> بأنه لا تسري هذه الأحكام حيث يوجد نص مخالف يتضمنه قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر، حيث يكون القاضي مجرّر على الرجوع إلى ما تضمنه هذا القانون أو هذه المعاهدة لتحديد قانون التكييف .

كذلك حسب المادة 17 من القانون المدني الجزائري (تعديل 10-05)<sup>4</sup>، يخضع تكييف المال سواء كان عقار أو منقول إلى قانون الدولة التي يوجد فيها. كذلك يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، أي أن التكييف في هذه الحالة يخضع لقانون المحل الذي ارتكب فيه الفعل وهو ما أكدته المادة 20 من القانون المدني الجزائري<sup>5</sup>.

### ب/ الإحالة.

قواعد التنازع تنظم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، سواء في الأحوال الشخصية أو العينية أو العقود الدولية، مع تحديد القانون الواجب التطبيق عليها من حيث الجانب الموضوعي أو الشكلي. أحياناً تُحيل قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، مما يثير إشكالاً حول ما إذا كان القاضي

<sup>1</sup>- كمال عليوش قربو، المرجع السابق، ص 94.

<sup>2</sup>- راجع المادة 09 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup>- راجع المادة 21 من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup>- راجع المادة 17 من القانون المدني الجزائري.

<sup>5</sup>- راجع المادة 20 من القانون المدني الجزائري.

يطبق القواعد الموضوعية لذلك القانون مباشرة أو يستشير قواعد التنازع فيه، والتي قد تحيله إلى قانون آخر. فإذا اكتفى بالقواعد الموضوعية فمعنى ذلك أنه رفض الإحالة، أما إذا أخذ بقواعد التنازع الأجنبي فقد قبلها.

التشريعات اختلفت في موقفها من الإحالة، ونظمها المشرع الجزائري في المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني<sup>1</sup>، لكن صياغة النص تسببت في تناقض بين فقرتيه الأولى والثانية، مما خلق صعوبة في تطبيقه قضائياً.

## 1/تعريف الإحالة:

تعرف الإحالة بأنها اصطلاح قانوني يشير إلى الحالة التي يقبل فيها القاضي تطبيق القانون الذي تحيل إليه قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص. بمعنى أن القاضي، عند مواجهته لنزاع يحتوي على عنصر أجنبي، يتبع توجيهات قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي تم اختياره لحل النزاع، ويطبقه على القضية المطروحة أمامه<sup>2</sup>.

عندما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي، يكون أمام القاضي الوطني خياران؛ إما الرجوع إلى القانون الأجنبي المختص ككل، وهذا يشمل الرجوع إلى قواعده الموضوعية وكذلك قواعد إسناده. في هذه الحالة، قد تؤدي استشارة قواعد الإسناد إلى رفض الاختصاص، مما يدفع القاضي إلى تطبيق قانون آخر، قد يكون قانون الدولة التي ينتمي إليها القاضي.

وإما الرجوع إلى القانون الأجنبي المختص فقط في قواعده الموضوعية، فيكون القاضي هنا قد أخذ بالإحالة، فإذا اختار القاضي هذا الخيار، فإنه يطبق القانون الأجنبي مباشرة دون استشارة قواعد الإسناد فيه. وبالتالي يكون نطاق تطبيقه للقانون الأجنبي محصوراً في القواعد الموضوعية فقط، مما يعني عدم الأخذ بالإحالة<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>- تنص المادة 23 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري على أن: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يُطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

<sup>2</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص434.

<sup>3</sup>- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص47.

ظهرت الإحالة كنظرية قانونية محددة المعالم بعد صدور حكم قضائي من القضاء الفرنسي في قضية شهيرة عُرفت باسم "قضية فورجو" عام 1874، تتلخص وقائع هذه القضية في أن "فورجو"، وهو شخص غير شرعي من أصل بافاري، جاء إلى فرنسا مع والدته عندما كان عمره لا يتجاوز خمس سنوات، وأقام فيها دون الحصول على الإذن القانوني المطلوب وفقاً للقانون الفرنسي آنذاك.<sup>1</sup>

بعد أن كبر، تزوج من امرأة فرنسية ثرية، وعندما توفيت، تركت له ثروة كبيرة من الأموال المنقوله. في عمر التامنة والستين، توفي "فورجو" دون أن يترك ورثة مباشرين (أبوين أو إخوة)، فقادت مصلحة أملاك الدولة الفرنسية بالاستيلاء على التركة باعتبارها تركة بلا وارث، حيث كان القانون الفرنسي في ذلك الوقت لا يمنح حق الميراث للولد غير الشرعي إلا لأبويه وإخوته فقط.

طالب أقارب "فورجو" بالميراث بناءً على القانون البافاري الذي لا يميز بين الولد الشرعي وغير الشرعي في الميراث، مستتدلين إلى أن قانون الجنسية هو القانون الواجب التطبيق، إلا أن المحكمة الفرنسية رفضت هذا الطلب بحجة أن "فورجو" كان مقيماً في فرنسا، وبالتالي يطبق عليه القانون الفرنسي.

استأنف الأقارب الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية التي قضت بأن المحكمة كانت مخطئة، حيث أن "فورجو" لم يكن له موطن قانوني في فرنسا. أحيلت القضية إلى محكمة الاستئناف، التي قضت بأن أقارب "فورجو" يحق لهم الميراث بناءً على القانون البافاري الذي هو قانون الجنسية.

طعنت مصلحة أملاك الدولة الفرنسية في هذا الحكم، بحجة أن المحكمة لم تطبق قواعد الإسناد في القانون البافاري، والتي تنص على أن قانون الموطن الفعلي للمتوفى هو القانون الواجب التطبيق، وهو القانون الفرنسي نظراً لعدم حصول "فورجو" على تصريح الإقامة.

قضت المحكمة بقبول طعن مصلحة أملاك الدولة ونقضت الحكم السابق، حيث رأت أنه كان يجب تطبيق قواعد الإسناد في القانون البافاري، وأحيلت القضية مجدداً إلى محكمة الاستئناف، التي حكمت بما قضت به محكمة النقض، أي بقبول الإحالة من القانون البافاري إلى القانون الفرنسي.

---

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص434.

في النهاية،طعن الورثة في هذا الحكم بدعوى أن المحكمة طبقت قواعد الإسناد البابافية دون الالتزام بقواعد الموضوعية،ولكن محكمة النقض رفضت طلبهم،ليتم بذلك تطبيق مبدأ الإحالة في القانون الفرنسي لأول مرة.<sup>1</sup>

## 2/أنواع الإحالة:

الإحالة تقتضي أنه عند إسناد القاضي الاختصاص إلى قانون أجنبي بموجب قواعد الإسناد في قانونه الوطني،لا يقتصر الأمر على تطبيق القواعد الموضوعية لهذا القانون فقط، بل يشمل أيضاً قواعد الإسناد الخاصة به.وعليه،يتبعن على القاضي الذي يواجه نزاعاً يخضع لقانون أجنبي أن يتحقق أولاً من قواعد التنازع في هذا القانون،ليعرف ما إذا كان سيفصله أم سيرفضه.وإذا رفض تطبيق اختصاصه،فإننا تكون أمام حالة إحالة،والتي تظهر في صورتين:

### 2-1/الإحالة من الدرجة الأولى.

تحدث عندما ترفض قواعد التنازع في القانون الأجنبي الموجه إليه النزاع اختصاصها،وتحيل القضية إلى قانون القاضي نفسه.ويتجسد هذا النوع من الإحالة في قضية فورجو،حيث أحال القانون الباباري الاختصاص إلى القانون الفرنسي<sup>2</sup>.

على سبيل المثال،إذا عُرِضَت على القاضي الفرنسي مسألة تتعلق بأهلية شخص كندي مقيم في فرنسا،فوفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية، يتم إسناد مسألة الأهلية إلى قانون جنسية الشخص،وهو في هذه الحالة القانون الكندي،ووند الرجوع إلى قواعد التنازع في القانون الإنجليزي،نجد أنها تحيل مسألة الأهلية إلى قانون الوطن،أي القانون الفرنسي باعتبار أن هذا الشخص متوطن في فرنسا،ونتيجة لذلك، يقوم القاضي الفرنسي في النهاية بتطبيق القانون الفرنسي على هذه المسألة.

### 2-2/الإحالة من الدرجة الثانية.

تحدث عندما ترفض قواعد التنازع في القانون الأجنبي اختصاصها،لكنها لا تحيل النزاع إلى قانون القاضي الوطني بل إلى قانون أجنبي آخر<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص434.

<sup>2</sup>- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص49.

على سبيل المثال، إذا عُرضت مسألة تتعلق بأهلية شخص كندي على القضاء السويسري، وكان هذا الشخص متوطناً في إيطاليا، فإن القاضي السويسري وفقاً لقواعد الإسناد في القانون السويسري، يُسند مسألة الأهلية إلى قانون جنسية الشخص، أي القانون الكندي. لكن عند الرجوع إلى قواعد التنازع في القانون الكندي، نجد أنها تحيل الاختصاص إلى قانون المواطن وهو القانون الإيطالي، في هذه الحالة يقوم القاضي السويسري حينها بالرجوع إلى القانون الإيطالي وتطبيق قواعده الموضوعية.

بهذا يكون القاضي السويسري قد أخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، حيث أحال القانون الكندي النزاع إلى قانون أجنبي آخر (القانون الإيطالي) بدلاً من قانون القاضي. وإذا كانت قواعد التنازع في القانون الإيطالي تحيل المسألة إلى قانون ثالث، فسنكون أمام إحالة من الدرجة الثالثة، وقد يستمر هذا التسلسل إلى إحالات من درجات أعلى.

### 3- موقف الفقه والتشريع من الإحالة:

#### 1-3 / موقف الفقه.

##### -حجج مؤيدي الإحالة (مناصري نظرية الإحالة)<sup>2</sup>.

يرى مؤيدو الإحالة أنه عند إحالة النزاع إلى قانون أجنبي، فإن هذا القانون يجب أن يُطبق بكتمه، بما في ذلك قواعد إسناده، وليس فقط القواعد الموضوعية. فهم يؤكدون أن تجاهل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي قد يؤدي إلى فرض تطبيق قانون لم يمنح المشرع الأجنبي الاختصاص فيه، وهو ما يتعارض مع إرادة المشرع.

كما يعتقدون أن الإحالة تسهل تنسيق الأحكام بين الدول، إذ سيصدر القاضي المحلي حكمًا يتواافق مع ما سيصدره القاضي الأجنبي في نفس النزاع. ويُطلق على هذا الرأي حجة تعميم الحلول، حيث يؤدي تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي إلى تسهيل تنفيذ الأحكام في الدولة المعنية، نظراً لأن الحكم يتواافق مع القانون الأجنبي الذي يشمل قواعد التنازع.

<sup>1</sup> - موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 197.

<sup>2</sup> - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 102-104.

## -حجج معارضي الإحالة.

يرفض المعارضون فكرة الإحالة ويررون أن إسناد الاختصاص إلى قانون أجنبي يعني تطبيق قواعده الموضوعية فقط دون الالتزام بقواعد الإسناد الخاصة به. فهم يرون أن قواعد الإسناد في القانون الوطني هي التي تحدد القانون الأنساب للنزاع، وتطبيق قواعد الإسناد الأجنبية قد يؤدي إلى دوران في حلقة مفرغة، حيث يحيل كل قانون النزاع إلى قانون آخر، دون الوصول إلى حل نهائي.

كما يجادل المعارضون بأن تنسيق الحلول عبر الإحالة يفترض وجود قبول متبادل بين الدول للإحالة، وهذا ليس واقعياً دائماً، حيث توجد دول لا تعترف بها، مثل إيطاليا. إضافة إلى ذلك، فإن تنفيذ الأحكام بناءً على الإحالة يعتمد على قبول الدولة المنفذة لهذه الأحكام، مما يخلق احتمال رفض التنفيذ إذا لم تعرف تلك الدولة بمبدأ الإحالة.<sup>1</sup>

وبناءً على ذلك، يرى معارضو الإحالة أنه لتجنب الدوران في حلقة مفرغة، يجب الاقتصار على تطبيق القواعد الموضوعية فقط في القانون الأجنبي دون قواعد إسناده. ويؤكدون أن القانون الوطني بدوره يعتبر كلاً متكاملاً ولا يجب تجاوز قواعد الإسناد الوطنية لصالح الإحالة، حرصاً على استقرار الأحكام وضمان تنفيذها بشكل صحيح.<sup>2</sup>

## 3-2/ موقف التشريع الجزائري من نظرية الإحالة.

يعتبر موضوع الإحالة في القانون الجزائري من المواضيع المهمة التي ظهرت بشكل واضح بعد تعديل القانون المدني الجزائري<sup>3</sup>، وقد تم تنظيم الإحالة في المادة 23 مكرر 1<sup>4</sup>، والتي جاءت بصياغة تحمل تفسيرات متناظرة تحتاج إلى توضيح دقيق لضمان التطبيق السليم للقانون، حيث تنص الفقرة الأولى على أنه إذا كان القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق، فإن القاضي الجزائري يطبق الأحكام الداخلية

<sup>1</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص444.

<sup>2</sup>- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص110.

<sup>3</sup>- القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعديل والمتم للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 44، سنة 2005.

<sup>4</sup>- جاء في نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري أنه: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً 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".

للقانون الأجنبي، دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين. وهذا يعني أن القاضي الجزائري يرفض الإحالة التي قد تتضمنها قواعد القانون الأجنبي (ترفض الإحالة بشكل واضح)، ومع ذلك، تنص الفقرة الثانية على أنه في حالة ما إذا أحالت قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي إلى القانون الجزائري، فإن القانون الجزائري يصبح الواجب التطبيق (نقبل الإحالة من الدرجة الأولى).

هناك تفسيران محتملان لتحديد المخاطب بالفقرة الثانية، إما أن يكون المقصود هو القاضي الجزائري. وهذا يعكس تناقضاً واضحاً، حيث لا يمكن للقاضي أن يكون ملزمًا بحكمين متناقضين في نفس المادة القانونية، مما يؤدي إلى ضرورة تعديل النص أو إلغاء الفقرة الثانية.

إما أن يكون المقصود بالفقرة الثانية هو القاضي الأجنبي، وذلك يفهم من صياغة الفقرة الثانية التي تشير إلى تطبيق القانون الجزائري إذا أحالت قواعد التنازع في القانون الأجنبي على هذا القانون، وفي هذه الحالة، يمكن للقاضي الأجنبي تطبيق القانون الجزائري بناءً على الإحالة.

ومع ذلك، هذا الطرح غير منطقي من الناحية القانونية لأن المشرع الجزائري لا يملك السلطة لتنظيم قواعد تطبيق القانون الأجنبي، ولا يفترض أن يصدر تشريعًا موجهاً للقضاء الأجانب.

فيبدو أن المشرع الجزائري من خلال صياغة هذه المادة قد قبل الإحالة من الدرجة الأولى (حيث يُعاد النزاع إلى قانون القاضي)، ولكنه رفض الإحالة من الدرجة الثانية (حيث يحيل القانون الأجنبي إلى قانون آخر غير القانون الجزائري).<sup>1</sup>.

### ثالثاً: تطبيق قواعد الإسناد.

من خلال ما تقدم، رأينا أن قاعدة الإسناد هدفها إرشاد القاضي إلى القانون المختص بحكم العلاقة القانونية التي تضم عنصراً أجنبياً، وعادة أحد الخصمين هو من يطلب إعمال قاعدة الإسناد، إلا أنه قد يحدث ألا يثير أي من الخصمين هذه النقطة ولا أحد منهما يطالب بإعمال قاعدة الإسناد عمداً أو جهلاً منهم، فهل يثيرها القاضي من تلقاء نفسه أم لا (أ).

---

<sup>1</sup> - ومع ذلك، تبقى الصياغة غامضة وغير متسقة، مما يجعل النص عرضة للتفسير الخاطئ، مما يوجه المشرع إلى خيارين رئисين: إما إلغاء الفقرة الثانية لتجنب التناقض والإبقاء على حكم رفض الإحالة الذي جاءت به الفقرة الأولى، وإما تعديل الفقرة الثانية لإيجاد صياغة توضح بشكل أدق الحالات التي يمكن فيها قبول الإحالة ما عدا حالات الأحوال الشخصية. لمزيد من التفاصيل راجع د/أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 110.

وفي فرض آخر، لو أن أمم القاضي قاعدة إسناد لنفس الموضوع، أيهما يطبق؟ (ب)، وماذا لو كان القاضي ليس أمم قاعدة إسناد إنما أمم ضابطي إسناد، على أيهما يعتمد القاضي في حكمه (ج)، كلها تساؤلات تدور حول تطبيق قواعد الإسناد سدرسها واحدة تلو الأخرى في هذا الجزء من الدراسة.

### أ/ مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد في قانونه.

مما تقدم عرفنا أن في النزاع ذو العنصر الأجنبي، تأتي قاعدة الإسناد ل تعالج هذا النزاع، ولكن يطرح سؤال حول ما إذا كان القاضي ملزماً بتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه في جميع الحالات، لأن مخالفتها قد تعني انتهاك سيادة الدولة التشريعية، أو أنه غير ملزم بذلك إلا إذا طلب الخصوم إعمالها. فيما يلي سنرى اتجاهها يقول بأن القاضي غير ملزم بإعمالها من تلقاء نفسه، واتجاه ثانٍ يقول إن القاضي ملزم بإعمالها حتى دون إثارتها من طرف الخصوم، كما يجب النظر في موقف المشرع الجزائري من هذه القضية.

#### 1/ القاضي غير ملزم بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه.

هذا الاتجاه يتبعه القضاء الأنجلوسaxon، حيث يتحمل الخصوم عبء التمسك بإعمال قاعدة الإسناد التي تشير إلى اختصاص قانون أجنبي، وعليهم أيضًا إثبات أن مضمون هذا القانون الأجنبي يختلف عن مضمون القانون الوطني في المسألة القانونية المعنية بالنزاع، وإذا عجزوا عن ذلك، يطبق القاضي قانون بلده<sup>1</sup>.

ويستند هذا الرأي إلى حجة قانونية تفيد بأن هناك تطابقاً بين القانون الوطني والقانون الأجنبي المعنى بموجب قاعدة الإسناد، وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات اختلاف مضمونهما، ومع ذلك، تتعرض هذا الاتجاه للنقد لأنه يعتمد على حجة غير واقعية نظراً لاختلاف وتنوع قوانين الدول<sup>2</sup>.

#### 2/ القاضي ملزم بإعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه.

ساد هذا الاتجاه في ألمانيا، حيث استقر القضاء منذ أواخر القرن السادس عشر على أن القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد تلقائياً، ولا يُعفى من ذلك حتى إذا كان القانون الأجنبي المختص يتبنى نفس

<sup>1</sup>- القاضي هنا محيد ويترك المجال للخصوم لإثبات قاعدة الإسناد وإثبات مضمون القانون الأجنبي .

<sup>2</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص122، 123.

الحل للنزاع الذي يتباين المشرع الوطني. وقد أتاح هذا الاتجاه إمكانية التمسك بقاعدة الإسناد أمام محكمة النقض الألمانية، بوصفها مسألة قانونية تخضع لرقابة هذه المحكمة.

ويستند هذا الاتجاه إلى فكرة أن قاعدة الإسناد الوطنية هي قاعدة آمرة، ترتبط بالنظام العام في جميع الحالات، وقد وضعها المشرع الوطني لضمان الاستقرار في المعاملات الدولية المتعلقة باختيار القانون الأنساب الذي يحكم تلك المعاملات، وبالتالي، فإن القاضي ملزم بتطبيقها حتى لو اتفق الخصوم صراحة على استبعادها<sup>1</sup>.

### 3/ موقف المشرع الجزائري:

لم يتضمن القانون المدني الجزائري نصاً صريحاً يوضح مدى التزام القاضي الجزائري بتطبيق قاعدة الإسناد تلقائياً، ومع ذلك، يمكن القول إن القاضي الجزائري يجب أن يطبق قاعدة الإسناد الوطنية بشكل تلقائي عندما تتضمن العلاقة القانونية محل النزاع عنصراً أجنبياً، حيث تعتبر قاعدة الإسناد جزءاً من النظام القانوني للدولة.

وهذا نظراً لصياغة نصوص قواعد الإسناد في القانون الجزائري، والتي لا توحى أبداً بأن تطبيقها يتوقف على إرادة الأطراف، كما أن تطبيقها يسهم في تحقيق القانون الأنساب والأكثر صلة لحكم العلاقة القانونية محل النزاع، سواء كانت هذه القاعدة تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي أو القانون الوطني (أي قانون القاضي)<sup>2</sup>.

وقد تبني الاتجاه الفقهي الحديث هذا الرأي، وقد أخذت به العديد من الدول صراحة في نصوصها التشريعية<sup>3</sup>، مما يجعله من المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص، والتي تلزم القاضي الجزائري بإعمال نص المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup>- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص131.

<sup>2</sup>- موحد إسعاد، المرجع السابق، ص231، 232.

<sup>3</sup>- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص123، 124.

<sup>4</sup>- نصت المادة 23 مكرر 02 من القانون المدني الجزائري على أن: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

## بـ/ استبدال قاعدة الإسناد بأخرى تحل محلها:

إن المقصود باستبدال قاعدة الإسناد بقاعدة أخرى تحل مكانها حالة إصدار المشرع لقاعدة إسناد جديدة تعوض أخرى قديمة، فيجد قاضي النزاع نفسه أمام قاعدتي إسناد، وهنا اختلف بشأنهما الفقه، ففريق يقول إن القانون الجديد هو الذي يطبق، وفريق آخر يقول إن القانون الانتقالي هو الذي يطبق وكل منهما شروطه ومبرراته.

### 1/ الاتجاه القائل بتطبيق القانون الجديد.

يؤيد أصحاب هذا الاتجاه تطبيق القانون الجديد بشكل فوري وعام، دون النظر إلى تاريخ الواقعة التي تسببت في النزاع، ويعتبرون أن قواعد الإسناد تتبع القانون العام، وأنه يجب تطبيقها مباشرة دون مراعاة لأية حقوق سابقة. من ناحية أخرى، يشدد البعض على صعوبة موافقة هذا الرأي، مشيرين إلى أن قواعد الإسناد قد تنتهي إلى القانون العام، ولكن ذلك لا يعني بالضرورة أنها يجب معاملتها بشكل مختلف عن القواعد الخاصة.<sup>1</sup>

### 2/ الاتجاه القائل بتطبيق القانون الانتقالي.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القانون الانتقالي الداخلي<sup>2</sup> هو الذي يجب أن يسود، خاصة إذا كان قد نص على تطبيقه بشكل صريح، يهدف هذا الرأي إلى ضمان استقرار الوضع القانوني وتفادى أي آثار سلبية قد تنتج عن تطبيق القوانين الجديدة بشكل مفاجئ، ومن مبرراته حماية الحقوق المكتسبة التي قد تتأثر بتطبيق القانون الجديد، توفير فترة انتقالية تسمح للأفراد والجهات المعنية بالتكيف مع التغييرات الجديدة، وكذا تقليل النزاعات المحتملة الناجمة عن عدم وضوح القواعد القانونية.<sup>3</sup>

أما المشرع الجزائري فلم ينص على هذا الموضوع، ولم يسبق أن حدث أي إشكال حوله إلى حد الآن.

<sup>1</sup> - أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص128.

<sup>2</sup> - القانون الانتقالي الداخلي يعني وجود نص قانوني صريح ينظم كيفية الانتقال من القاعدة القديمة إلى الجديدة وهذا للتأكيد على عدم الإضرار بحقوق الأفراد.

<sup>3</sup> - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص129.

## المحور الثالث: القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه.

يشمل القانون الأجنبي جميع القواعد القانونية السارية في دولة معينة بمختلف مصادرها، وقد اختلفت الآراء الفقهية حول الأساس القانوني لتطبيقه عند إحالة قاعدة الإسناد إليه، كما تعددت التوجهات بشأن طبيعته القانونية، حيث قدم كل اتجاه حججه وأسانيده.

ويثار التساؤل حول مدى التزام القاضي الوطني بتنفيذ القانون الأجنبي بتقديمه، وتبين التسريعات بين من يرى إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي تلقائياً وإثباته، ومن يعتبر أن هذه المسؤولية تقع على عاتق الخصوم فتنسائل مرة أخرى عن المسؤولية الملقاة على عاتقهم في إثبات مضمونه، كما تبرز مسألة خضوع القاضي عند تطبيقه وتفسيره للرقابة القضائية، ومدى احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية رغم تجاوزه للحدود الإقليمية للدولة التي أصدرته.

لذلك سنقسم هذا المحور إلى ثلاثة نقاط، نتناول أولاً أساس تطبيق القانون الأجنبي، ثم إثبات القانون الأجنبي وتفسيره، وأخيراً حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

### أولاً: أساس تطبيق القانون الأجنبي.

إذا تم تحديد الاختصاص لقانون أجنبي معين وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية، ولم توجد أي عوائق تحول دون تطبيقه، يتوجب على قاضي الدعوى الانتقال إلى تطبيق ذلك القانون على النزاع المعروض أمامه.

ومع ذلك، يواجه هذا التطبيق العديد من الإشكاليات، نظراً لأن القانون الأجنبي قد يكون غير معروف لدى قاضي الدعوى، وهو صادر عن دولة أجنبية لا تمتلك سلطة عليا عليه، وهذا يثير تساؤلاً حول طبيعة القانون الأجنبي وكيفية تعامل القاضي الوطني معه: هل يعتبر من قبيل الواقع (أ)، أم يظل محتفظاً بكيانه القانوني (ب).

#### أ/ تطبيق القانون الأجنبي على أساس أنه واقعة.

يُطبق القانون الأجنبي في العديد من الدول أمام القضاء الوطني باعتباره واقعة من وقائع الدعوى، ويعامل بهذا الوصف، خاصة في الأنظمة القانونية ذات التوجه الأنجلوساكسوني، وينتتج عن هذا التوجه عدد من النتائج الأساسية، أبرزها أنه يتعمّن على الخصوم الإشارة إلى القانون الأجنبي والتمسك به، ولا

يحق للقاضي تطبيقه من تلقاء نفسه، إذ إن مسؤولية جمع وقائع الدعوى تقع على عاتق الخصوم فقط. وكنتيجة لذلك يجب على الخصوم التمسك بالقانون الأجنبي في مرحلة المحاكمة أمام محكمة الدرجة الأولى أو الثانية، ولا يُقبل تقديمها في مرحلة لاحقة، احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين.

ومنه وبالضرورة يقع على عاتق الخصوم إثبات مضمون القانون الأجنبي، إذ لا يتوقع من القاضي معرفته ولا تطبق عليه قاعدة "العلم بالقانون واجب"، فإذا عجز الخصوم عن إثباته، يلجأ القاضي إلى تطبيق القانون الوطني.

من جهة أخرى يمكن للخصوم في هذه الحالة التنازل عن تطبيق القانون الأجنبي، ويلجأ القاضي إلى تطبيق القانون الوطني بدلاً منه، كما يمكنه الاحتياج بجهله لأن الجهل به يعتبر عذرًا مقبولاً، ولا يُطبق مبدأ "لا يُعذر أحد بجهل القانون"، وأيضاً في حال تهرب الخصوم من تطبيق القانون الأجنبي أو تحايلهم عليه، لا يكون هناك مجال للدفع بالعش نحو القانون.<sup>1</sup>

#### ب/ تطبيق القانون الأجنبي على أساس أنه قانون.

يذهب الرأي الغالب حديثاً إلى اعتبار القانون الأجنبي قانوناً وليس مجرد واقعة، ومع ذلك، انقسم الفقهاء الذين يتبنون هذا الاتجاه إلى عدة اتجاهات، منهم من يقول بأن القانون الأجنبي يطبق باعتباره قانوناً على أساس المjalmaة لا غير، اتجاه آخر يقول بأن القانون الأجنبي يطبق باعتباره قانوناً على ما يسمى بنظرية الاندماج أو الاستقبال والاستيعاب، واتجاه ثالث يقول بأن القانون الأجنبي يطبق باعتباره قانوناً على أساس نظرية التقويض.<sup>2</sup>

#### 1/ على أساس نظرية المjalmaة.

تشير هذه الفكرة إلى أن الدولة عند وضع قواعد التنازع في قانونها الوطني، ليست ملزمة بقبول تطبيق القانون الأجنبي، ومع ذلك يمكنها اختيار السماح بتطبيق هذا القانون في نطاق إقليمها كنوع من المjalmaة الدولية أمام المجتمع الدولي.

---

<sup>1</sup> هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 101.

<sup>2</sup> هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 101.

إلا أن هذه النظرية تواجه عدة انتقادات، أبرزها أنها تجعل تطبيق القانون الأجنبي رهيناً بسلطة القاضي الذي ينظر في النزاع، مما يثير تساؤلات حول استقرار الأحكام.

بالإضافة إلى ذلك لا تستند هذه النظرية إلى أساس قانوني واضح في مجال القانون الدولي الخاص يلزم الدولة بتطبيق القانون الأجنبي رغم اعتراضها عليه، كما أن قواعدها تبدو أقرب إلى الأخلاقيات منها إلى القواعد القانونية الصارمة، مما أدى إلى تراجع الاعتماد على هذه النظرية لصالح نظريات أكثر وضوحاً وثباتاً.<sup>1</sup>.

## 2/ على أساس نظرية الاستقبال والاستيعاب.

يرى الفقه الإيطالي أن القانون الأجنبي يندمج بشكل كامل ومادي في المنظومة القانونية الوطنية، فيصبح جزءاً من القانون الداخلي، ويتم بذلك تفريح مضمون القاعدة القانونية الأجنبية داخل قاعدة الإسناد الوطنية، مما يجعل هذه الأخيرة تتحول إلى قاعدة موضوعية تُستخدم مباشرة في حل النزاع<sup>2</sup>، وبناءً على ذلك يصبح القاضي ملزماً بتطبيق هذا القانون الأجنبي والبحث في مضمونه، باعتبار أن لديه علمًا مسبقاً به.<sup>3</sup>

فوفقاً لهذا المبدأ، عندما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي، فإن هذه القاعدة تحترم القانون الأجنبي وتدمجه، رغم اختلاف طبيعة هذا الاندماج.

و يروج بعض الفقهاء لفكرة الاندماج المادي، حيث تتبنى القاعدة القانونية مضموناً يتماشى تماماً مع النظام القانوني الإيطالي، مما يعني أن النظام الإيطالي يقر قاعدة قانونية مشابهة لتلك المحددة في القاعدة الأجنبية، وبالتالي، عندما يطبق القاضي الإيطالي قاعدة قانونية أجنبية، فكأنما يطبق قانونه الخاص. و يُنتقد هذا المفهوم لأنه يؤدي إلى اعتبار القانون الأجنبي قانوناً وطنياً، مما يجعل تفسيره يعتمد على المفاهيم السائدة في بلد القاضي، وهذا يمكن أن يشوه معانيه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص38.

<sup>2</sup>- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص142.

<sup>3</sup>- يُعد هذا الافتراض غير منطقي في ظل التنوع الهائل للقوانين الأجنبية، إذ يصعب عملياً على القاضي الإمام بجميع تلك القوانين.

<sup>4</sup>- اعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص143.

لتتجنب هذه الانتقادات،اتجه الفقه الإيطالي الحديث نحو فكرة الاندماج الشكلي،حيث تبقى القاعدة القانونية محفوظة بمعناها ومقوماتها كما هي في بلدها الأصلي،ومع ذلك، فقد وجهت انتقادات لهذه النظرية، سواء من حيث المفهوم المادي أو الشكلي،لأنها تسلب القانون الأجنبي طبيعته الأجنبية لمجرد أن قاضيا إيطاليا هو من يطبقه.<sup>1</sup>

### 3/ على أساس نظرية التقويض.

تستند هذه النظرية إلى فكرة أن تطبيق القانون الأجنبي يتم بناءً على تقويض صادر من المشرع الأجنبي،وقد قبلت قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي هذا التطبيق. ومع ذلك، فقد تم التخلص من هذه النظرية، لأن التقويض لا يمكن اعتباره مقبولاً من الناحية القانونية إلا في الحالات التي يكون فيها المفهوض محدداً أو معيناً، وهو ما لا يتتوفر في مجال القانون الدولي الخاص.<sup>2</sup>.

#### ثانيا: إثبات القانون الأجنبي وتفسيره.

تنتولى قاعدة الإسناد حسم النزاع،غير أن التساؤل يثير حول مدى التزام القاضي بتطبيقها تلقائياً في جميع الحالات، باعتبار أن مخالفتها قد يشكل مساساً بسيادة دولته التشريعية، أم أن تطبيقها يظل مرهوناً بتمسك الخصوم بضرورة إعمالها.

وفي هذا السياق، يبرز موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة كعامل حاسم في تحديد نطاق إلزامية القاضي بقواعد الإسناد، وفي كل الحالات نجد أن القاضي قد يلجأ إلى تفسير القواعد القانونية عند وجود غموض في صياغتها، أو تعارض بين أحكامها، أو نقص في نصوصها، مستعيناً في ذلك بمختلف مصادر القانون لضمان تطبيقها بشكل سليم وعادل، ذا قمنا هذا الجزء من الدراسة إلى فرعين، نتناول إثبات القانون الأجنبي، ثم تفسيره.

#### أ/ إثبات القانون الأجنبي:

تعدّ مسألة إثبات مضمون القانون الأجنبي والتعرف على أحكامه من أبرز الإشكاليات التي أثارها الفقه والقضاء في مجال القانون الدولي الخاص، سواء باعتبار القانون الأجنبي بمثابة "واقعة"، أو باعتباره

<sup>1</sup>- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص136.

<sup>2</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص144.

قانونا، وفي كلتا الحالتين القاضي يجهل مضمون القانون الأجنبي مما يدفعنا إلى التساؤل حول من يقع عليه عبئ إثبات مضمون القانون الأجنبي، وما هي طرق الإثبات المتتبعة في إثبات ذلك، وماذا يطبق القاضي في حالة استحالة إثبات مضمون القانون الأجنبي.

## 1/ عبء إثبات القانون الأجنبي:

إن تحديد من يقع عليه عبئ إثبات مضمون القانون الأجنبي يخضع لمعايير سهل وواضح، وهو طبيعة القانون الأجنبي بالنسبة لقانون القاضي<sup>1</sup> وسنوضح ذلك فيما يلي:

### 1-1/ عبئ إثبات القانون الأجنبي في حالة اعتباره واقعة.

إذا تم اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة، وبالضرورة يقع عبء تقديمته وإثبات مضمونه حسراً على عاتق الخصوم، وبذلك، يكون دور القاضي مقتضاً على النظر في الواقع التي يطرحها الأطراف، دون المبادرة من جانبه إلى البحث عن القانون الأجنبي أو تطبيقه، انسجاماً مع مبدأ أن مسؤولية جم وقائع الدعوى والإثبات تقع بالكامل على الأطراف.<sup>2</sup>

### 1-2/ عبء إثبات القانون الأجنبي في حالة اعتباره قانون<sup>3</sup>.

في هذه الحالة يختلف توزيع عبء الإثبات بما إذا اعتبر واقعة، فيصبح القاضي ملزماً بتطبيق القانون الأجنبي وفق ما تشير إليه قاعدة الإسناد، ولا يترك ذلك لاختيار الخصوم، وبالتالي، يتحمل القاضي المسؤولية عن التتحقق من مضمون القانون الأجنبي وتطبيقه على النزاع، فيتعين عليه البحث والتحقق من مضمون القانون الأجنبي بنفسه.

ويجب عليه تطبيق أحكام القانون الأجنبي المختص وفق قاعدة الإسناد حتى لو لم يتمسك الخصوم به. كما قد يلجأ إلى خبراء قانونيين أو استشارة جهات مختصة (مثل سفارات أو هيئات دولية) للحصول على النصوص القانونية وتفسيرها.

<sup>1</sup> وهو ما سبق تفصيله في الجزء من الدراسة السابق.

<sup>2</sup> أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 147.

<sup>3</sup> سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص -تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 253.

من جهة أخرى يظل بإمكان الأطراف تقديم النصوص أو الأدلة المتعلقة بمضمون القانون الأجنبي، لكن ذلك لا يُعفي القاضي من واجبه في البحث والتحقق، وفي حالة وجود خلاف حول تفسير أحكام القانون الأجنبي، يعزز الخصوم موقفهم بتقديم أدلة إضافية تدعم تأويتهم.

فالفرق بين اعتبار القانون الأجنبي قانون أو واقعة يمكن في أن لو يُعامل كواقعة، فالخصوم هم من يتحملون عبء تقديم وإثبات مضمونه، أما عند اعتباره قانوناً، فإن القاضي ملزم بتطبيقه والتحقق من صحته، حتى إذا لم يثره الأطراف في النزاع.

إجمالاً، في هذه الحالة، يقع العبء الأكبر على القاضي، الذي يتحمل مسؤولية التأكيد من تطبيق القانون المختص وفقاً لما تتضمنه قاعدة الإسناد، لضمان تحقيق العدالة وفق أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

### 3-1/ موقف المشرع الجزائري:

في النظام الجزائري، ميز المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup> بين القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة والقوانين الأجنبية الأخرى، ووفقاً للمادة 358 مكرر 01<sup>2</sup> يمكن الطعن بالنقض استناداً إلى مخالفة القانون الأجنبي إذا كان متعلقاً بقانون الأسرة.

ويُفهم من ذلك أن القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة يُعامل كقانون واجب التطبيق، مما يلزم القاضي بتطبيقه والبحث عن مضمونه حتى لو لم يتمسك الخصوم بذلك، أما بالنسبة للقوانين الأجنبية الأخرى، فهي تعتبر بمثابة وقائع، ما يعني أن إثارتها وتقديم مضمونها يقع على عاتق الخصوم، ولا يجوز للقاضي تطبيقها تلقائياً.

وبالتالي، يتحمل الأطراف مسؤولية الإشارة إلى هذه القوانين وإثبات مضمونها لإنفاذ القاضي بضرورة تطبيقها في النزاع.

---

<sup>1</sup>- القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 21، مؤرخة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم.

<sup>2</sup>- تتضمن المادة 358 الفقرة 06 على أنه: "لا يبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: ... /6 مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، ..."

## 2/ طرق إثبات القانون الأجنبي.

إن اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة يترتب عليه أن عبء إثبات مضمونه يقع على الخصوم، ويقصد بالإثبات في هذا السياق تقديم الدليل على محتوى القانون الأجنبي وإبراز نصوصه وأحكامه ذات الصلة لإثبات اختلافه عن القانون الوطني، وذلك لضمان تطبيقه في النزاع.<sup>1</sup>

ونشير هنا إلى أنه لا يتعين التقيد بقواعد الإثبات المعروفة، خاصة فيما يتعلق بالإقرار واليمين، فهاتان الوسائلتان مستبعدين في إثبات مضمون القانون الأجنبي، والسبب في ذلك هو الخشية من أن يلجأ الخصوم إلى تحريف مضمون القانون الأجنبي بما يتواافق مع مصالحهم الشخصية<sup>2</sup>.

من جهة أخرى يقر القضاء الفرنسي بإمكانية إثبات القانون الأجنبي من خلال تقديم نصوص هذا القانون نفسها أو ترجماتها، بالإضافة إلى أحكام قضائية صادرة عن القضاء الأجنبي أو مؤلفات فقهية تشير إلى نصوص القانون الأجنبي وشرحها. ويعتبر الفقه الفرنسي الحديث أن الاستعانة بالخبرة الشفوية أو المكتوبة كوسيلة لإثبات مضمون القانون الأجنبي أمر جائز، وللقارضي الحق في تقدير مدى صلاحية الدليل كوسيلة صحيحة للإثبات.<sup>3</sup>

إلا أنه عند اعتبار القانون الأجنبي قانوناً وليس واقعة يجعل القاضي الذي ينظر في النزاع هو المسئول عن إثباته، وله في سبيل ذلك -السعى بوسائله الخاصة أو وسائل حكومته وحتى يمكنه الاستعانة بالخصوص في بعض الأنظمة كالنظام القانوني الألماني الذي يسمح له بذلك.<sup>4</sup>

## 3/ القانون الواجب التطبيق في حالة استحالة إثبات مضمون القانون الأجنبي<sup>5</sup>.

يرى بعض الفقهاء أنه في حال تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي ينبغي على القاضي الامتناع عن الفصل في النزاع، غير أن هذا الرأي غير مقبول، لأنه يؤدي إلى إنكار العدالة، مما يجعله مرفوضاً.

---

<sup>1</sup>- سعيد يوسف البستانى، المرجع السابق، ص250.

<sup>2</sup>- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص164، 165.

<sup>3</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص149.

<sup>4</sup>- المرجع نفسه، ص149.

<sup>5</sup>- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص238، .239

من جهة أخرى، يقترح رأي آخر تطبيق "المبادئ العامة" أو "المبادئ السائدة في الأمم المتقدمة"، وهو توجه اتبع في بعض الأحكام الأمريكية والفرنسية، إلا أن الممارسة أثبتت أن القانون الوطني غالباً ما يُطبق تحت هذا الغطاء، مما يؤدي إلى منح القاضي سلطة غير محدودة في اتخاذ قراره.

اتجه فريق آخر من الفقهاء إلى القول بضرورة تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وذلك فيما يتعلق بالقوانين التي تنتمي إلى نفس المنظومة القانونية، مثل أن يكون كلا القانونين منتميين إلى المدرسة اللاتينية أو الإنجلوسكسونية.

ومع ذلك، يُعبّر على هذا الرأي أنه رغم انتماء القوانين إلى نفس المدرسة، إلا أنها تراعي خصوصيات المجتمع والدولة ومشاكلهما، مما يؤدي حتماً إلى وجود اختلاف في الأحكام. عليه، فإن اعتماد هذا الرأي قد يخلق مشكلات عملية.

غير أن هناك اتجاه فقهي حديث يقترح تطبيق القانون المرتبط بالنزاع، سواء كان قانون القاضي أو قانوناً أجنبياً آخر. على سبيل المثال، إذا أبرم تونسي ومصرية عقد زواجهما في لندن، ورفع نزاع بشأنه أمام القضاء الجزائري، فإن تطبيق القانون التونسي أو المصري قد يكون أولى من القانون الجزائري لارتباطه المباشر بالنزاع.

ورغم أن هذا الرأي يبدو منطقياً، إلا أنه يواجه صعوبات عملية، خاصة إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الآخر، وفي المقابل، من المستبعد أن يتعرّض إثبات القانون الوطني للقاضي، إذ يفترض أن يكون على دراية به، كما أن وسائل إثباته تكون متاحة بسهولة.

أما عن المشرع الجزائري فقد أخذ بما يتجه إليه غالبية الفقه والقضاء في معظم الدول وهو تطبيق قانون القاضي لأسباب عملية، باعتباره حلاً احتياطياً.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>- تنص المادة 23 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه: "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

## ب/ تفسير القانون الأجنبي.

يلجأ القاضي إلى تفسير القواعد القانونية إذا وجد غموضاً في عباراتها، أو تعارضًا بين أحكامها، أو نقصًا في نصوصها، مستعيناً بمختلف مصادر القانون. ويتجه الرأي الغالب إلى إلزام القاضي الوطني بالتقسيم القضائي المعتمد في الدولة التي يطبق فيها القانون.

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا النهج، حتى لو اختلف تفسير قاعدة قانونية معينة في القانون الأجنبي عن تفسيرها وفق قانون القاضي، فعند تطبيق القانون الأجنبي، يتبع على القاضي استبعاد تفسير قضاة دولته والالتزام بالتقسيم الذي يقره القانون الأجنبي.

وفي حال وُجد تضارب في أحكام القضاء الأجنبي بشأن تفسير القانون، يمتلك القاضي حرية في تبني التقسيم الذي يراه مناسباً، لكن الإشكال يبرز عندما يخطئ القاضي في تفسير القانون الأجنبي: هل يمكن للمحكمة العليا نقض قراره؟<sup>1</sup>

يتباين الفقه في فرنسا حول موقف محكمة النقض الفرنسية السابق وقت كانت لا تفرض رقابتها على تقسيم المحاكم الموضوع للقانون الأجنبي، فقد انتقد الفقه التقليدي هذا التوجه معتبراً أن الخطأ في تقسيم القانون الأجنبي يُعد إساءة لتطبيقه، ما يؤدي إلى خرق قواعد الإسناد الوطنية.

إذ يترتب على ذلك تغيير في مضمون الحكم المنصوص عليه في القانون الأجنبي، وويرى هذا الفقه موقفه بأن محكمة النقض تمارس رقابتها على تطبيق قواعد الإسناد، وبالتالي لا ينبغي أن تستثنى رقابة تقسيم القانون الأجنبي.

في المقابل، أيدَّ الفقه الحديث عدم فرض محكمة النقض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، بحجة أن مهمتها تقتصر على توحيد الأحكام المتعلقة بالقانون الوطني، في حين أن توحيد تفسير القانون الأجنبي يعود للمحكمة العليا في الدولة الأجنبية، كما أشار هذا الاتجاه إلى الصعوبات العملية المرتبطة بالبحث عن التفسير الصحيح للقانون الأجنبي.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص180.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص180.

غير أن بعض الفقهاء ردوا على هذه الحجج، مشيرين إلى أن الدراسات الحديثة تتيح تقديم المواد العلمية المتعلقة بالقانون الأجنبي وتفسيره، وأن الصعوبات التي تواجه تفسير القانون الأجنبي مشابهة لتلك المتعلقة بinterpretation of the rules of law، ورغم ذلك تخضع القواعد العرفية لرقابة المحكمة، فلماذا يستثنى القانون الأجنبي من هذه الرقابة؟

وفي تطور لاحق، قررت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها الحديثة فرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، معتبرة أن الخطأ في تفسيره يؤدي إلى تشويه معناه، وقد جاء في حكم صادر عنها بتاريخ 15/11/1961 أنه: "يعتبر قابلاً للنقض كل حكم يتجاهل أو يحرف المعنى الواضح لنص تشريعي أجنبي قدم أثناء نظر الدعوى وكان محل استئناف".<sup>1</sup>

أما في الجزائر، فقد نص المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن المحكمة العليا تراقب تفسير القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية فقط (م 358 ق 1 م 1 ج)، ويبعد أن هذا الاستثناء يعكس أهمية الأحوال الشخصية وتأثيرها المباشر على حياة الأفراد، في حين لا ثمّارس هذه الرقابة على مواضيع أخرى من باب التخفيف من التعقيدات العملية.<sup>2</sup>

### ثالثاً: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

قد يتعارض مضمون القانون الأجنبي الذي تُحيل إليه قواعد الإسناد في قانون القاضي مع المبادئ الأساسية والقيم السائدة والمبادئ القانونية المستقرة في دولة القاضي، وفي هذه الحالة، يتوجب على القاضي الوطني استبعاده استناداً إلى مخالفته للنظام العام والأداب العامة (أ)، كما قد يتم الاستبعاد بسبب الغش نحو القانون، وهو حالة يسعى فيها الأطراف إلى الالتفاف على القانون الوطني لتحقيق أهداف غير مشروعية لا يمكن الوصول إليها وفق النظام القانوني الداخلي (ب).

#### أ/ النظام العام.

يؤكد الفقه على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا تعارض مضمونه مع الأسس الجوهرية للمجتمع. ويعتبر مفهوم النظام العام والأداب العامة مفهوماً مرنًاً ومتغيراً باختلاف

<sup>1</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 155، 156.

<sup>2</sup>- المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، سالف الذكر.

الزمان والمكان،فما يُعد مخالفًا للنظام العام في دولة معينة قد لا يكون كذلك في دولة أخرى،وما قد يُعتبر متعارضاً مع النظام العام في فترة معينة في نفس الدولة قد لا يُعد مخالفًا له في وقت لاحق. وهكذا، يعد مفهوم النظام العام مفهوماً مرتناً ومتطروراً تحيطه درجة من الغموض، مما يجعل تحديده بدقة أمراً صعباً.

ومع ذلك، حاول الفقهاء تحديد المقصود بالنظام العام،حيث اعتبره البعض مرتبطاً بالمصالح العليا للبلاد والأسس الجوهرية للنظام الاجتماعي،والضمانات الدستورية للمواطنين،ومستوى الوجдан والضمير الحي، والقيم الروحية والدينية<sup>1</sup>،وذهب البعض الآخر إلى تعريف النظام العام بأنه مجموعة المصالح الأساسية للمجتمع، أي مجموعة الأسس والدعائم التي يقوم عليها كيان المجتمع بحيث لا يمكن تصور استمرارية هذا الكيان بشكل سليم دون استقراره عليها.<sup>2</sup>.

وفيما يتعلق بالتشريعات المقارنة،تبنى مفاهيم متعددة للنظام العام،فبعض الدول حصرت تطبيقه في الأحوال الشخصية مثل القانون المدني المصري،بينما اعتبر البعض الآخر كل ما يتعلق بالشريعة الإسلامية جزءاً من النظام العام مثل القانون المدني اليمني،كما اعتبر المشرع التونسي أن أي شيء يعارض القيم الأساسية للنظام القانوني التونسي يُعد جزءاً من النظام العام<sup>3</sup>.

أما المشرع الجزائري فلم يحدد ما يعتبر من قبيل النظام العام في القانون الدولي الخاص واكتفى بالنص عليه في المادة 24 من القانون المدني<sup>4</sup> التي أكدت انه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر،أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.و يطبق في هذه الحالة القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

هذا و يعتمد القاضي في تقييم ما يتلاءم مع النظام العام وما يتعارض معه على المفاهيم السائدة في بلده من ناحيتين:من حيث مضمون القانون الأجنبي،ومن حيث الآثار التي تترتب على تطبيق هذا

---

<sup>1</sup>- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين-، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص194.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، 195.

<sup>3</sup>- أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، لبنان، ص20.

<sup>4</sup>- نصت المادة 24 من القانون المدني على ما يلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

القانون على النزاع المعروض عليه، فالقانون الأجنبي قد لا يبدو مخالفًا للنظام العام في ظاهره، ولكن الآثار الناتجة عن تطبيقه قد تكون متعارضة معه.<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التوجه تبنته محكمة النقض الفرنسية في قضية تتعلق بـ"النسب الطبيعيي"، حيث أصدرت قراراً يقضي بأنه إذا لم يتعارض القانون الأجنبي الذي يعترف بالنسب الطبيعي مع النظام العام الفرنسي بشكل مبدئي، فإنه قد يعتبر مخالفًا إذا كان يحرم طفلاً غير شرعي من حقه في النسب، مما يستدعي استبعاد هذا القانون الأجنبي.<sup>2</sup>

### بـ/ الغش نحو القانون.

سنتناول فيما يلي مفهوم الغش نحو القانون (1)، شروط اعتبار التصرف غشا نحو القانون (1)، نطاق الدفع بالغش نحو القانون (3)، وأخيراً سنتطرق إلى أثر الدفع بالغش نحو القانون (4).

#### 1/ مفهوم الغش نحو القانون.

تعتمد قاعدة الإسناد على ضابط معين لتحديد القانون الواجب التطبيق، مثل الجنسية، الموطن، موقع المال المنقول، أو موقع العقار، وغيرها. وقد يكون للفرد دور في تغيير هذا الضابط (أي ضابط الإسناد) لتطبيق قانون آخر.

على سبيل المثال، يمكن أن يغير الفرد جنسيته ليخضع لقانون الدولة التي اكتسب جنسيتها بدلاً من جنسيته الأصلية، بهدف التهرب من تطبيق قانون معين والاستفادة من قانون آخر. يُعرف هذا التصرف بـ"الغش نحو القانون".<sup>3</sup>

ومثال على ذلك: إذا كان قانون جنسية الشخص الأصلي لا يسمح بالطلاق، فقد يلجأ إلى تغيير جنسيته إلى جنسية دولة أخرى تسمح بالطلاق لتحقيق هذا الهدف.

<sup>1</sup>- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص152، 153.

<sup>2</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص177.

<sup>3</sup>- محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص175.

ظهرت مسألة الغش نحو القانون لأول مرة أمام القضاء الفرنسي في قضية شهيرة تُعرف باسم "قضية الأميرة دوبوفريمون"<sup>1</sup>؛ تدور وقائع هذه القضية حول أميرة بلجيكية الأصل تزوجت من الأمير الفرنسي دوبوفريمون، واستقرت معه في فرنسا، حيث اكتسبت الجنسية الفرنسية.

عندما ساءت العلاقة بينهما، حاولت الأميرة الحصول على الطلاق، لكن القانون الفرنسي في ذلك الوقت لم يكن يسمح بالطلاق. ونتيجة لذلك، لجأت إلى تغيير جنسيتها إلى إحدى الدولتين الألمانيتين التي يسمح قانونها بالطلاق. وبالفعل، نجحت في الحصول على الطلاق من زوجها الأول، ثم تزوجت من أمير روماني واستقرت معه مجدداً في فرنسا.

لاحقاً، أقام زوجها الأول دعوى يطالب فيها ببطلان زواجه الثاني، بحجة أن الطلاق لم يكن صحيحاً لأنَّه تم فقط بعد تغيير الأميرة لجسيتها بهدف التحايل على القانون. وقضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها ببطلان الزواج الثاني، استناداً إلى أنَّ الطلاق لم ينفذ إلا بعد تغيير الأميرة لجسيتها، وهو ما اعتبرته المحكمة غشاً نحو القانون.

## 2/ شروط اعتبار التصرف غشاً نحو القانون:

حتى يُعتبر الدفع بالغش نحو القانون صحيحاً، يجب توافر شرطين أساسين: الأول شرط مادي، وهو القيام بتغيير إرادي في ضابط الإسناد، والثاني شرط معنوي وهو وجود نية الغش.

### 2-1/ الشرط المادي (تغيير إرادي لضابط الإسناد).

يتطلب التمسك بالدفع بالغش نحو القانون أن يقوم الشخص الذي يسعى للتحايل بتغيير إرادي في ضابط الإسناد الذي يحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق. ولا يتحقق ذلك إلا في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد من الضوابط التي يمكن تغييرها بإرادة الشخص. ومن بين الضوابط التي يمكن تغييرها بإرادة الفرد هي الجنسية، لا سيما وأنها تُعد ضابط إسناد رئيسي في مسائل الأحوال الشخصية في العديد من الدول، بما في ذلك الجزائر، ومع ذلك، يجب الإشارة إلى أن إمكانية تغيير ضابط الإسناد ليست مطلقة، فهناك ضوابط لا يمكن تغييرها بإرادة الإنسان، مثل موقع العقار.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 188.

<sup>2</sup>- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 129.

## 2- الشرط المعنوي (توفر نية الغش).

يجب أن تكون هناك نية واضحة لدى الشخص الذي يقوم بالغش للهروب من أحكام القانون الذي ينظم العلاقة المطروحة أمام المحكمة. فلا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد بشكل إرادى ليتحقق الغش نحو القانون، بل يجب أن يكون هدفه من هذا التغيير هو التحايل والتهرب من أحكام القانون الذي كان يجب أن يطبق أصلًا على النزاع المعروض أمام القاضي<sup>1</sup>.

ونظرًا لأن الهدف من هذا التغيير هو أمر داخلي، فإنه من الصعب على القاضي اكتشافه بشكل مباشر، حيث أن البحث في النية يفتح المجال أمام القضاة للخوض في أعماق النفس البشرية، مما قد يؤدي إلى الاستبداد والوقوع في الخطأ عند إصدار الأحكام.

ولهذا السبب، اعتبر البعض أنه يجب إنكار نظرية الغش في مجال تنازع القوانين، على أساس أن القاضي لا يمكنه معرفة نوايا الأفراد، غير أن هذا الرأي تعرض للرد بالقول إن القوانين مليئة بالأمثلة التي يطلب فيها من القاضي البحث في نية الشخص، مثل التعسف في استعمال الحق في القانون المدني، والتعسف في استعمال السلطة في القانون الإداري، والعمد وغير العمد في القانون الجنائي، وبالتالي، يمكن للقاضي استنتاج نية الغش من ملابسات القضية المحيطة بها<sup>2</sup>.

## 3/ نطاق الدفع بالغش نحو القانون.

استقر الفقه والقضاء لفترة طويلة على قصر نطاق تطبيق الدفع بالغش نحو القانون على الحالات التي يكون فيها التهرب من قانون القاضي فقط. وقد استند الفقه في ذلك إلى أن وظيفة القاضي هي ضمان تطبيق القانون الوطني ومنع الأفراد من التهرب من أحكامه، وبالتالي لا يدخل في نطاق وظيفته مراقبة التهرب من تطبيق قوانين أجنبية<sup>3</sup>.

لكن الفقه الحديث يميل إلى توسيع تطبيق نظرية الغش نحو القانون، سواء كان القانون الذي يُراد التهرب من أحكامه هو قانون القاضي أو قانوناً أجنبياً. وقد استند هذا الاتجاه إلى مبدأ عام يتمثل في

<sup>1</sup>-نادية فوضبل، المرجع نفسه، ص129.

<sup>2</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص191، 192.

<sup>3</sup>- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص216.

طاردة الغش بجميع أشكاله، بعض النظر عن كون الغش يستهدف التهرب من تطبيق القانون الوطني أو قانون أجنبي آخر. وقد تبني القضاء الفرنسي هذا الاتجاه الحديث في قراراته الأخيرة<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فقد تبني هذا الاتجاه الحديث، وهو ما نستتجه من نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري التي اعتبرت الغش نحو القانون سبباً لاستبعاد تطبيق القانون، وجاء نص المادة عاماً دون أن يحدد ما إذا كان القانون الذي وقع عليه الغش وطنياً أو أجنبياً.

ومنه يفهم أن المشرع الجزائري قد أخذ بما استقر عليه الفقه الحديث، واعتبر أن تطبيق نظرية الغش نحو القانون يكون سواء كان التهرب من قانون القاضي (أي القانون الجزائري) أو من قانون أجنبي<sup>2</sup>.

#### 4/ أثر الدفع بالغش نحو القانون.

يثور التساؤل في هذا السياق حول ما إذا كان أثر الدفع بالغش نحو القانون ينحصر في النتيجة التي سعى الشخص إلى تحقيقها، أم أنه يمتد ليشمل كلاً من النتيجة والوسيلة المستخدمة لتحقيقها. وللإجابة على هذا التساؤل، لا بد من التفرقة بين وضعين:

الأول: يتحقق الغش من خلال تغيير واقعة بسيطة، مثل نقل المال المنقول من دولة إلى أخرى بهدف التهرب من أحكام قانون دولة الموقعة الأولى. في هذه الحالة، يقتصر إعمال نظرية الغش نحو القانون على إبطال النتيجة التي سعى الأطراف لتحقيقها وتطبيق أحكام القانون الواجب أصلاً.<sup>3</sup>.

الثاني: يتحقق الغش من خلال استخدام وسيلة قانونية، مثل اكتساب جنسية دولة معينة بقصد التهرب من تطبيق قانون ما، فإذا ما قام الشخص بتغيير جنسيته بهدف التهرب من قانون معين، يُطرح السؤال: هل يمتد أثر الغش فقط إلى استبعاد تطبيق هذا القانون وتطبيق القانون الواجب أصلاً، أم يمتد أيضاً إلى إلغاء الجنسية الجديدة التي اكتسبها الشخص؟.

<sup>1</sup>- هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 217، 218.

<sup>2</sup>- المادة 24 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

<sup>3</sup>- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 221 وما بعدها.

يرى بعض الفقهاء أن أثر الدفع بالغش نحو القانون يجب أن يشمل النتيجة والوسيلة معاً. ففي المثال السابق، ينبغي استبعاد القانون الذي تم التحايل عليه بالغش وتطبيق القانون الأصلي، وكذلك إلغاء الجنسية الجديدة التي اكتسبها الشخص<sup>1</sup>.

إلا أن هذا الرأي قد تعرض لانتقادات عديدة، من أبرزها أن الوسيلة التي تم بها تغيير القانون (مثل اكتساب جنسية جديدة) قد تمت بطريقة قانونية ومشروعة، وأنه يفترض أن الشروط القانونية لاكتساب هذه الجنسية قد توفرت. وعليه، فإن الرأي الأكثر معقولية في هذه الحالة هو عدم الاعتداد بالتجنس في القضية المطروحة، ولكن دون إلغاء الجنسية الجديدة بشكل كامل<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص205.

<sup>2</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص197.

## المحور الرابع: القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية.

تتيح الدول المعاصرة تطبيق القوانين الأجنبية جنباً إلى جنب مع القوانين الوطنية في مسائل الأحوال الشخصية، وذلك استجابةً لمتطلبات التعاملات الدولية التي تفرضها الضرورة العملية.

فقد أصبحت الدول اليوم تضم إلى جانب مواطنها، أعداداً كبيرة من الأجانب الذين يرتبطون فيها بعلاقات قانونية متعددة، مما أدى إلى تعقيد العلاقات بين مختلف الجنسيات وتنوع القواعد القانونية التي تحكمها. ونظراً لاختلاف النظم القانونية بين المجتمعات، لم يعد من السهل دائمًا الإمام بتلك القواعد.

ولهذا السبب اتجهت معظم التشريعات إلى تبني حلول خاصة لمعالجة تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، ولعل أول ما يجب الإشارة إليه في هذا المجال حالة وأهلية الأشخاص، فهما أول ما يجب أن نحدده أثناء النزاع لنعرف أطرافه ووضعهم، لكن مصطلح "الأهلية" يثير إشكاليات متعددة فيما يتعلق بتحديد مفهومه الدقيق.

ولهذا السبب، يفضل بعض الفقهاء استخدام تعبير "نقص الأهلية أو انعدامها" بدلاً من مصطلح "الأهلية"، باعتبار أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية شخص ما لا تُطرح إلا عندما تكون أهليته محل نزاع أو موضوع شك<sup>1</sup>.

على المستوى الوطني، قرر المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة تتعلق بالحالة المدنية والأهلية، حيث نصت المادة 10 من القانون المدني الجزائري، المعدلة بموجب القانون رقم 06/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، على أنه: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنساتهم". وفيما يلي سندرس القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية كل على حدى.

### أولاً: القانون الواجب التطبيق على الحالة.

إن قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية تتكون من ثلاثة عناصر رئيسية: أولاً، الفئة المسندة، التي تشير إلى العلاقة أو المسألة المتنازع عليها، والتي تحدد طبيعتها من خلال عملية التكيف، حيث يتم تصنيف العلاقات إلى أفكار مسندة مثل الحالة والأهلية. ثانياً، ضابط الإسناد، وهو الوسيلة التي تربط الفكرة

---

<sup>1</sup> - عشوش أحمد عبد الحميد، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1989، ص 02.

المسندة بالقانون الواجب التطبيق، ويستمد ضابط الإسناد وجوده وطبيعته من مركز ثقل العلاقة موضوع التنازع، والذي يتتألف عادة من ثلاثة عناصر: الأشخاص، الموضوع، والسبب، ويُعتبر مركز العلاقة مرتبطاً بأحد هذه العناصر.

ويمـا أـن محـور الـدراـسة هـنا هو الأـشخاص، فـإن ضـابـط الإـسنـاد يـسـتمـد طـبـيـعـتـه مـن الشـخـصـ المـعـنىـ، سـوـاء كان شـخـصـاً طـبـيـعـياً أو مـعـنـيـاً. وبـالـتـالـي، يـعـتـبر ضـابـطـ الجنـسـية هو الضـابـطـ الأسـاسـيـ، وـهـوـ ما اـعـتـمـدـهـ المـشـرـعـ الجـازـئـيـ، وـكـذـلـكـ مـعـظـمـ التـشـريعـاتـ العـرـبـيـةـ وـالـلـاتـينـيـةـ كـقـاعـدـةـ عـامـ.

في حين تبنت التشريعات الأنجلوسكسونية ضابط الموطن في هذا السياق، أما العنصر الثالث فهو القانون المسند إليه، والذي يحدد بناءً على ضابط الإسناد، وفي هذه الحالة يكون القانون الشخصي أي القانون الذي ينتمي إليه الشخص بجنسيته.

بناءً على ما سبق، نستهل الدراسة بشرح مفهوم الحالة (أ)، ثم نتناول القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص الطبيعي (ب)، ثم القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص المعنوي (ج).

أ/ مفهوم الحالة.

هذا سنتطرق لتعريف الحالة ثم خصائصها وأخيراً أنواعها.

تعريف الحالة / 1

تُعد "الحالة" من أكثر المفاهيم القانونية عموماً وتعقيداً، نظراً لأنَّ أغلب التعريفات التي وضعَت لها تسمِّ بالمرونة، مما يفتح المجال لتفصيرها بطرق مختلفة قد تؤدي إلى الخلط بينها وبين مفاهيم قانونية أخرى.<sup>1</sup>

فهذه المرونة تجعل من الصعب وضع تعريف قاطع ومحدد لها، حيث يمكن صرفها إلى معانٍ متعددة وفق السياقات التي تُستخدم فيها.<sup>2</sup>

<sup>١</sup>- تعد الحالة من مميزات الشخص الطبيعي، قد تكون حالة سياسية وهو ما يعرف بالانتماء لدولة ما أو ما يعرف بالجنسية، وهناك الحالة الدينية وهي إتباع تعاليم الدين كالشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى الحالة العائلية وهو الانتماء إلى أسرة معينة واعتباره فرد من أفرادها مع تحديد مركزه داخل هذه الأسرة كأن يكون أصل كالأب أو فرع كالأبن.

<sup>2</sup>- بناتي شوقي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010، ص 275.

ومن أبرز التعريفات المقدمة لمفهوم الحالة أنها تمثل السمات والصفات الطبيعية التي يتميز بها الفرد، سواء داخل إطار دولة معينة أو ضمن أسرة محددة، والتي تحدد مركزه القانوني بين أفراد المجتمع، وتنعكس هذه الصفات على ما يتمتع به الفرد من حقوق وما يقع عليه من واجبات.<sup>1</sup>

وفي بعض الأحيان، يرتب القانون آثاراً قانونية استناداً إلى انتماء الشخص إلى دين معين، مما يجعل من الضروريأخذ هذه الانتاءات بعين الاعتبار عند تحديد حالته القانونية<sup>2</sup>.

وبما أن الحالة تعبر عن مركز قانوني يلازم الفرد طوال حياته، فإن تحديد هذه الحالة يتطلب النظر إلى مجموعة من العناصر الأساسية. ويمكن أن تقوم هذه العناصر إما على أساس واقعية مثل السن، والجنس (ذكورة أو أنوثة)، والحالة الصحية، أو على أساس قانونية مثل الزواج أو الخضوع للحجر<sup>3</sup>.

إن فهم هذه العناصر يشكل خطوة أساسية لتحديد مركز الفرد داخل المجتمع، وذلك لأن الحالة ليست مجرد وصف مؤقت، بل هي وضع قانوني دائم يرتبط بشخصية الفرد طوال حياته، ولا يتغير إلا بتغير الظروف الواقعية أو القانونية التي تقوم عليها.

## 2/ خصائص الحالة<sup>4</sup>:

تتمتع الحالة القانونية بعدة خصائص تجعلها مختلفة عن غيرها من الحقوق أو الأوضاع القانونية، ويمكن تلخيص هذه الخصائص فيما يلي:

### 1-2/ عدم قابلية الحالة للتجزئة:

الحالة القانونية تعكس وحدة شخصية الفرد، سواء من خلال انتمامه إلى دولة أو أسرة معينة، أو ارتباطه بدين معين. وبما أن لكل شخص شخصية قانونية واحدة، فمن الطبيعي أن تكون له حالة واحدة

---

<sup>1</sup>- عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010، ص 43.

<sup>2</sup>- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 151.

<sup>3</sup>- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 378.

<sup>4</sup>- بناسي شوقي، المرجع السابق، ص 277، 278.

فقط.لذلك،لا يمكن أن يكون الشخص متزوجاً وأعزبًا في نفس الوقت، هذا يعني أن حالة الفرد لا يمكن تقسيمها أو ازدواجها، بل يجب أن تكون مستقرة وغير قابلة للتجزئة طوال الوقت.

## 2- عدم خضوع الحالة للتقادم:

الحالة القانونية لا يمكن فقدانها أو اكتسابها بمرور الزمن،على عكس بعض الحقوق التي تسقط بالتقادم.فمثلاً،لا يمكن لشخص أن يفقد حاليه أو يكتسب حالة جديدة فقط لأن خمسة عشر (15) عاماً قد مضت.كما أن امتلاك الشخص لحالة غير قانونية لا يصبح صحيحاً حتى لو استمر لفترة طويلة،خلاف ما يحدث في اكتساب ملكية شيء ما بالتقادم، على سبيل المثال،الدائن يفقد حقه في المطالبة بدينه إذا لم يطالب به خلال 15 سنة، لكن الشخص لا يفقد حاليه أو يكتسب حالة جديدة بهذه الطريقة.

## 3- عدم قابلية التصرف في الحالة:

على الرغم من أن الشخص يستطيع التصرف في أمواله، كبيعها أو وهبها، إلا أن حاليه القانونية لا يمكن التصرف فيها، لأنها ترتبط بشخصيته وتحدد هويته التي تميزه عن غيره، وبالتالي يعتبر باطلًا كل اتفاق يحاول التصرف في حاله الشخص.

ونظراً لأن الحالة القانونية تدرج ضمن الأحوال الشخصية التي تستند معظم أحكامها في الجزائر إلى الشريعة الإسلامية، فإن أي تصرف يخالف الدين أو النظام العام يعتبر باطلاً.على سبيل المثال، لا يجوز للمسلمة الزواج بغير مسلم، لأن ذلك يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ويخالف النظام العام الجزائري.<sup>1</sup>.

## 3/ أنواع الحالة:

### 3-1/الحالة العامة (الحالة السياسية).

الحالة العامة،المعروفة أيضاً بالحالة السياسية،تعلق بالصفات التي تحدد مركز الشخص في دولته، حيث يتم تحديد هذه الصفات بناءً على الجنسية.فكل دولة تحدد من هم مواطنوها وفقاً لقوانينها الخاصة<sup>2</sup> و تُعرف الجنسية بأنها رابطة قانونية وسياسية تربط الدولة بأفرادها، مما يحدد عنصر الشعب

<sup>1</sup>- حبار محمد، القانون الدولي الخاص، دار الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص115.

<sup>2</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص210.

في الدولة، وهي أيضًا رابطة عاطفية أو روحية تربط الفرد بوطنه<sup>1</sup>، وتنظر أهميتها بشكل خاص في مجال القانون الدولي الخاص، حيث تعتبر موضوعاً رئيسياً، وستستخدم كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، مما يساعد في تحديد الاختصاص القضائي والتشريعي<sup>2</sup>.

### 3-2/ الحالة الخاصة (الحالة المدنية).

الحالة الخاصة تعني الحالة المدنية، وهي تتعلق بصفات الشخص الطبيعي، مثل كونه ذكراً أو أنثى، بالغاً أو ناقصاً للأهلية، بالإضافة إلى اسمه ولقبه، وصفته كزوج أو أعزب أو أرمل، والدين الذي يعتنقه<sup>3</sup>.

وتتقسم الحالة المدنية إلى:

#### -الحالة الفردية:

تتعلق بالصفات الخاصة بالشخص نفسه، مثل جنسه (ذكر أو أنثى)، عمره (بالغ أو ناقص الأهلية)، وصحته (سلامته العقلية أو وجود عاهة)، وغيرها من الصفات التي تميزه عن الآخرين. هذه الحالة تشمل أيضاً العناصر التي تحدد هوية الشخص، مثل الاسم واللقب، والمكان الذي يقيم فيه، وحالة غيابه أو فقده، بالإضافة إلى حقوقه الأساسية مثل حرمة جسده<sup>4</sup>.

#### -الحالة العائلية:

وفقاً للقانون المدني الجزائري، يتم تنظيم أحكام الحالة العائلية في المواد من 32 إلى 35 منه<sup>5</sup>، وتأخذ الأسرة هنا دلالة واسعة تشمل الزوج والزوجة والأولاد، بالإضافة إلى جميع الأشخاص الذين تجمعهم روابط القرابة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسنين، الوحيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص185.

<sup>2</sup> - بناسي شوقي، المرجع السابق، ص280.

<sup>3</sup> - نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص52.

<sup>4</sup> - فطيمة موشعال، دور الجنسية في حل تنازع القوانين، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2012، ص11.

<sup>5</sup> - راجع المواد من 32 إلى 35 من قانون المدني الجزائري.

<sup>6</sup> - عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية-النظرية العامة للحق، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص168.

تُحدد الحالة العائلية مركز الفرد بالنسبة لأسرته، التي تُعتبر الخلية الأساسية للمجتمع. ويتحدد مركز الشخص داخل أسرته استناداً إلى مكانته الخاصة، حيث تتتنوع الروابط بين الأفراد إلى قرني الدم والمصاهرة.<sup>1</sup>

- قرنى الدم: تشير إلى العلاقات بين الأفراد الذين يشاركون أصلاً مشتركاً. هذه الروابط يمكن أن تكون مباشرة، مثل العلاقة بين الأجداد والأحفاد، أو عبر الحواشي، مثل العلاقة بين الإخوة والأخوات، الذين لا ينحدرون مباشرة من بعضهم البعض.<sup>2</sup>

- قرنى المصاهرة: تتشكل هذه الروابط من خلال الزواج، مما يعني أن الفرد يمكن أن يكون له صلة بأسرة أخرى عبر زواجه، دون وجود صلة دم مباشرة. تنقسم هذه الروابط أيضاً إلى قرنى مباشرة، التي تشمل علاقة الزوج بأصول زوجته، وقرنى الحواشي، التي تتضمن علاقة الزوج بإخوة زوجته وأخواتها.<sup>3</sup>

#### -الحالة الدينية:

الانتماء إلى دين أو عقيدة معينة هو ارتباط قديم يجمع بين الأفراد والجماعات. فقد لا يعتنق الشخص الدين نفسه الذي تعتنقه أسرته، ولكن هذا لا يؤثر على حياته القانونية، إذ يطبق القانون على الجميع دون تمييز بسبب الدين، وفقاً لمبدأ المساواة. ومع ذلك قد يكون للدين تأثير على الأحوال الشخصية في الدول العربية الإسلامية.<sup>4</sup>

ونلاحظ أن هناك تجانس بين أفراد الشعب الواحد في الجزائر حيث يتبع الأغلبية الساحقة من الجزائريين الدين الإسلامي، بل وينص الدستور على أن الإسلام دين الدولة، كما أن مصدر قانون الأسرة هو الشريعة الإسلامية.

---

<sup>1</sup> - أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية-النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص74، 75.

<sup>2</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص152.

<sup>3</sup> - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص294.

<sup>4</sup> - أحمد سي علي، المرجع نفسه، ص83.

## بـ/ القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص الطبيعي.

بداية تجدر الإشارة إلى أن كل من الحالة العامة،الحالة العائلية،والحالة الدينية تتجاوز نطاق أحكام المادة 10 من القانون المدني الجزائري إذا كان أحد أطراف العلاقة القانونية أجنبياً،حيث حصر المشرع الجزائري التركيز على الحالة الفردية للشخص.<sup>1</sup>

تعتبر الحالة الفردية تجسيداً للصفات التي تعبّر عن هوية الشخص،حيث تميّز الفرد عن الآخرين، بما في ذلك أفراد أسرته، لذا،سيكون التركيز في هذه الدراسة على العناصر التي تشكّل هذه الحالة،مع توضيح القانون الذي ينظم هذه العناصر وفقاً لقواعد التنازع في القانون الدولي الخاص.

بناءً على ذلك، نقسم الدراسة إلى جزئين، نتناول القانون الواجب التطبيق على هوية الشخص، ثم نتناول القانون الواجب التطبيق على موطن الشخص.

### **1/ القانون الواجب التطبيق على هوية الشخص.**

بما أن الاسم يشمل الاسم الشخصي واللقب،فإنه يُعتبر من مميزات الشخصية الطبيعية،ويدخل في نطاق الأحوال الشخصية،مما يجعله خاصاً للقانون الشخصي، أي قانون جنسية الشخص،ويبرر ذلك أن الاسم واللقب لهما تأثير بالغ في تحديد الهوية،ويعكسان الحالة الذاتية للشخص،مما يجعلهما مرتبطين بشخصيته<sup>2</sup>.

وتقتضي القاعدة بتطبيق القانون الشخصي للفرد نفسه بدلاً من القانون الذي يخضع له أفراد أسرته، ذلك لأن الاسم يمثل حالة ذاتية وشخصية تخص الشخص وحده، مما يميّزه عن الآخرين، حتى داخل عائلته.

فمن خلال نص الفقرة الأولى من المادة 28 من القانون المدني الجزائري<sup>3</sup>، أوجب المشرع على كل شخص طبيعي امتلاك اسم ولقباً.يتضح ذلك من بداية نص المادة بعبارة "يجب أن يكون لكل شخص

---

<sup>1</sup>- تنص المادة 10 من القانون المدني على أن: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهلية قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتها"

<sup>2</sup>- نسرين شريقي، سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص.53.

<sup>3</sup>- جاء فيها: "يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ، ولقب الشخص يلحق أولاده...".

لقب و اسم فأكثر...، مما يؤكد أن هذه القاعدة آمرة وملزمة، وبالتالي يجب الالتزام بمضمونها دون أي خيار للأشخاص في ذلك.

بالنظر إلى تركيب المجتمع الذي يتكون من العديد من الأفراد، يصبح من الضروري وجود عالمة تميز كل شخص عن الآخرين، وهي الاسم، ويمكن لعدة أشخاص أن يحملوا نفس الاسم، وبالتالي لا يجوز لمن يحمل اسمًا معينًا أن يمنع الآخرين من التسمية بنفس الاسم.<sup>1</sup>

وهذا الحق لا يقتصر فقط على من لديهم أسر، بل يمتد أيضًا إلى اللقطاء الذين يحق لهم الحصول على اسم، ومع ذلك، وعلى الرغم من أن الاسم كافٍ لتمييز الشخص عن أفراد أسرته، إلا أنه قد لا يكون كافيًّا لتمييزه عن باقي أفراد المجتمع، حيث يمكن أن يتشارك عدة أشخاص في نفس الاسم، لذلك، يجب أن يكون هناك أيضًا لقب يضاف إلى الاسم، ليعزز من القدرة على تمييز الشخص عن غيره في المجتمع.<sup>2</sup>

\*يتكون الاسم من عنصرين رئيسيين:

**1-1/الاسم الشخصي:** هو اللفظ الذي يُطلق على الشخص بهدف تعبينه وتمييزه عن بقية أفراد أسرته. يُعرف أيضًا بالاسم الصغير، حيث يستخدم لتحديد الشخص بين إخوته<sup>3</sup>. وقد تبني المشرع الجزائري نظام الاسم الشخصي الذي يتيح للشخص امتلاك أكثر من اسم، مثل أن يحمل اسمًا مركبًا كـ "محمد أمين"، كما اشترط المشرع أن يكون الاسم الشخصي جزائريًا خالصًا، حرصًا على التمسك بتاريخ وثقافة وحضارة المجتمع الجزائري والحضارة الإسلامية، مع مراعاة حقوق المولودين من أبوين غير مسلمين.<sup>4</sup>

**1-2/الاسم العائلي:** إذا كان الاسم الشخصي يميز الفرد عن أفراد أسرته، فإن اللقب يُميشه عن سائر أفراد المجتمع، يُعرف اللقب أيضًا بالاسم العائلي، وهو الذي يُنسب للشخص عبر الجد للأب. ومع ذلك، يلاحظ أن بعض الأشخاص يستخدمون اللقب دون الإشارة إلى اسم الأب أو الجد.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>- تنص المادة 48 على ما يلي: "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".

<sup>2</sup>- عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 165، 166.

<sup>3</sup>- المادة 29 من القانون المدني: "يسري على اكتساب الألقاب وتبدلها القانون المتعلق بالحالة المدنية".

<sup>4</sup>- أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 60.

<sup>5</sup>- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 155.

إلى جانب العناصر الأساسية للاسم، مثل اللقب والاسم الشخصي، يمكن أن توجد عناصر تبعية مثل اسم الشهرة، الاسم المستعار، والاسم التجاري<sup>1</sup>:

-اسم الشهرة: هو الاسم الذي يُعرف به الشخص بشكل عام، وقد يُهمل الاسم الحقيقي أو يُضاف إليه، وفي حالة شيوخ هذا الاسم، يصبح حقيقةً للشخص، لكنه لا يسقط الاسم الحقيقي عنه.

-الاسم المستعار: يستخدم عادةً في الأوساط الفنية، ويُعتبر حقيقةً مشابهاً لاسم الشهرة.

-الاسم التجاري: يُطلق على المنشأة التجارية لتمييزها عن غيرها، ويمكن أن يؤخذ من اسم صاحب المنشأة أو اسم آخر، ويُخضع لأحكام القانون التجاري.

وعند تغيير الجنسية، لا يتطلب الأمر تغيير الاسم ما لم يشترط قانون الجنسية الجديدة ذلك، يُحكم تغيير الاسم بقانون الجنسية الذي كان سارياً في وقت التغيير.<sup>2</sup>

وفي حالة اكتساب الجنسية الجزائرية، يمكن أن يتغير اسم الشخص ولقبه، سواء من خلال الزواج أو التّجنس، وذلك حسب نصوص قانون الجنسية، ويُشترط أن تُعطى الأسماء الجزائرية للأشخاص الذين اكتسبوا الجنسية، حتى لو كان لديهم لكنة أجنبية.<sup>3</sup>

وإذا كان الشخص غير مسلم، يمكنه أن يحمل اسمًا غير جزائري، لكنه يظل خاضعاً للقانون الجزائري<sup>4</sup>، كما توجد استثناءات تتعلق بتحديد الاسم، مثل الأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين، حيث يمكن أن تُعطى لهم أسماء غير جزائرية.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> عبد القادر الفار، المرجع نفسه، ص 165.

<sup>2</sup> موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 281.

<sup>3</sup> تنص المادة 27 من الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، معدل ومتّم بالأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005: "يمكن بناء على طلبي المعنى الصريح، أن يتضمن مرسوم اكتساب الجنسية الجزائرية المذكور في المادة 09 مكرر من هذا القانون تغيير اسمه ولقبه. يتولى ضابط الحالة المدنية التأشير في سجلات الحالة المدنية بالبيانات المتعلقة باكتساب الجنسية، وعند الاقتضاء، تغيير الاسم ولقب بناء على أمر من النيابة العامة".

<sup>4</sup> كمال سمية: "تطبيق قانون القاضي على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي الياس، سيدى بلعباس، الجزائر، العدد 11، 2015، ص 96.

<sup>5</sup> موشعال فطيمة، المرجع السابق، ص 11.

بالإضافة إلى الاستثناء السابق، يعتبر الأطفال المولودون في الجزائر من أبوين مجهولين استثناء آخر، حيث يثبت لهم الجنسية الجزائرية بناءً على الإقليم. بجانب ذلك، يتم منحهم أسماء جزائرية تخضع للقانون الإقليمي وتدرج ضمن مسائل الأمن المدني<sup>1</sup>.

وفي حالة اختلاف جنسية الزوجة عن جنسية الزوج، يتعين البحث في مدى حقها في حمل اسم زوجها، حيث تختلف التشريعات في هذا الشأن، فالتشريعات الفرنسية تلزم المرأة بحمل اسم زوجها، بينما تتيح التشريعات العربية الاحتفاظ باسمها<sup>2</sup>، وفي هذا يتم تطبيق القانون الشخصي على اسمها باعتباره عنصراً من عناصر حالتها الشخصية.<sup>3</sup>

وفي كل الأحوال يلتزم القاضي بتطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الأجنبي أي قانون جنسيته في حالة وجود نزاع خاص به فيما يخص الحالة المدنية، حيث يسري على الحالة المدنية للأشخاص قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتها. ولا يخضعون لقانون القاضي الذي رفعوا أمامه الدعوى القضائية (م 10 من القانون المدني الجزائري).

## 2/ القانون الواجب التطبيق على موطن الشخص:

يعتبر الموطن من ميزات الشخص الطبيعي، كونه علامة على مكانه القانونية، لذلك، يجب البحث عن القانون الواجب تطبيقه على موطن الشخص عند وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية، يجب تعريف الموطن وتحديد القانون الذي يحكمه أولاً، ثم التطرق لمسألة الغياب والفقد وتحديد الذي يحكمهما، باعتبارهما مرتبطين بالموطن وهما من الصفات التي قد تنتهي شخصية الفرد.

### 2-1/ مفهوم الموطن والقانون الواجب التطبيق عليه.

#### - مفهوم الموطن.

يعتبر الموطن حالة واقعية وفكرة قانونية مهمة في الحياة القانونية، سواء على المستوى الداخلي أو الدولي. محلياً يمثل الموطن الاستقرار المكاني الذي ينظم العلاقات القانونية، حيث يرتبط كل فرد بمكان

<sup>1</sup> سمية كمال، المرجع السابق، ص 96.

<sup>2</sup> زكية تشاوar حميدو: "الحق في الاسم في القانون الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، العدد 6، 2008، ص 147، 148.

<sup>3</sup> عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 303.

معين من خلال عائلته وعمله ومصالحه. أما على المستوى الدولي، فتظهر فكرة المواطن من خلال توزيع الأفراد بين الدول، حيث تربطهم رابطة قانونية وسياسية تُعرف بالجنسية، ونظرًا لأن الأشخاص المرتبطين بدولة معينة قد لا يستقرون جميعًا في إقليمها، فبعضهم ينتقل إلى دول أخرى بشكل عرضي، بينما ينتقل آخرون بغرض الاستقرار.

لذلك، يمكن القول إن سكان الدولة قد يرتبطون بها برابطة الجنسية وبإقليمها معاً، أو برابطة الجنسية فقط، أو بإقليمها فقط. هذه الروابط بين الفرد والإقليم تشكل أساس فكرة المواطن في الحياة القانونية الدولية.<sup>1</sup>

فالموطن هو المكان الذي يستقر فيه الشخص ويتخذ منه مركز مصالحه، وهو حالة واقعية تتماشى مع حاجة قانونية تمثل في ربط الفرد بمكان معين، لذلك يعترف القانون بهذه الحالة ويعتبرها فكرة قانونية تمثل العلاقة القانونية بين الفرد وموقعه.<sup>2</sup> ولقد عرفه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 36 من القانون المدني<sup>3</sup>، حيث يعتبر حقاً محفولاً بموجب الدستور الجزائري<sup>4</sup>.

#### -القانون الواجب التطبيق على المواطن:

يمتاز المواطن بتباين مفهومه ووظيفته من دولة لأخرى، وحتى ضمن الدولة الواحدة، حيث يتعدد أنواعه وحالاته، هذا الاختلاف يثير مشكلات تنازع القوانين. يخضع المواطن لقانون الجنسية عندما يُطرح في نزاع كعنصر مميز لشخصية الإنسان، فهو حالة ذاتية تساعده في تحديد مكان الشخص<sup>5</sup>. لذا، يجب إخضاعه لقانون الجنسية أو القانون الشخصي وفقاً لما نصت عليه المادة 10 من القانون المدني<sup>6</sup>.

فكرة المواطن لا تخضع لقانون القاضي إلا عند تطبيق قاعدة مادية في هذا القانون. يُستخدم المواطن كمعيار لتحديد الاختصاص القضائي الدولي، كشرط لاكتساب أو فقدان الجنسية، أو كعامل ترجيح

---

<sup>1</sup> - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 209.

<sup>2</sup> - بناسي شوقي، المرجع السابق، ص 303.

<sup>3</sup> - حيث جاء في المادة 36 من القانون المدني الجزائري أن : "مواطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام المواطن".

<sup>4</sup> - المادة 49 من التعديل الدستوري 2020 نصت على أنه: "يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية أن يختار حرية مواطن إقامته وأن ينتقل بحرية عبر التراب الوطني".

<sup>5</sup> - فطيمة موشعال، المرجع السابق، ص 13، 14.

<sup>6</sup> - راجع نص المادة 10 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

عند تعدد أو انعدام الجنسيات، كما يُستخدم لتمييز الأجانب المقيمين عن غير المقيمين في الدولة، أو أكثر مرتبط بمؤسسة قانونية معينة.

في هذه الحالات، يرجع إلى قانون القاضي أو قانون الدولة التي تعتمد المواطن كضابط لاختصاص محاكمها أو جنسيتها. وبما أن مسائل الجنسية تدخل ضمن السيادة الحصرية لكل دولة، يعتمد على قانون الدولة المعنية لتحديد شروط الدخول في جنسيتها أو الخروج منها.

فمثلاً عند تحديد القانون الواجب التطبيق على موطن المرأة المتزوجة والقاصر، يطرح تساؤل حول ما إذا كان القانون الشخصي أو قانون القاضي المعروض عليه النزاع هو الذي يُطبق. في هذه الحالات، يُعتد بالقانون الشخصي للمرأة المتزوجة أو القاصر، لكن يمكن أن يكون لقانون قاضي الدعوى دور في مسائل الاختصاص القضائي، كما في حالة تحديد الموطن المشترك لزوجين يحملان جنسيتين مختلفتين<sup>1</sup>.

## 2-2/ مسألة الغياب والفقد والقانون الواجب التطبيق عليهما.

### -مفهوم الغياب والفقد:

**الغياب:** الغياب يشمل كل شخص انقطعت إقامته مع بقاء حياته محققة ومعلومة، مثل المهاجر للدراسة أو العمل، أو السجين لفترة طويلة كعشرين سنة. في هذه الحالات، يُمنح الغائب مركز قانوني خاص، حيث يتم تعينه مقدم بموجب قرار قضائي يتولى إدارة حقوقه والتزاماته طوال فترة غيابه، نظراً لاستمرار شخصيته القانونية<sup>2</sup>. وقد نصت المادة 110 من قانون الأسرة على ذلك<sup>3</sup>.

**الفقد:** المفقود هو الشخص الذي يغادر محل إقامته إلى جهة غير معلومة ويختفي لفترة طويلة تتجاوز أربع سنوات، دون أن تتوفر عنه أي أخبار تقييد بمكان وجوده أو حالته، مع احتمال وفاته في ظروف استثنائية مثل الكوارث أو الحروب. ويختلف عن الغائب الذي يغادر إقامته ويستقر في موطنه أو

---

<sup>1</sup> - موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 284.

<sup>2</sup> - إسحاق إبراهيم منصور، نظيرتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 219.

<sup>3</sup> - جاء في المادة 110 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شأنه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبيب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

بلد أجنبي لأسباب مثل العمل أو الدراسة، لكنه يبقى على قيد الحياة وإن أعاقته ظروف من العودة لفترة تتجاوز السنة<sup>1</sup>، وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري<sup>2</sup>.

### -القانون الواجب التطبيق على مسألتي الغياب والفقد:

يُستخدم المواطن لتحديد مركز الشخص وصلته بمكان معين، في حين يشير الغياب إلى انقطاع الاتصال بالشخص مع عدم التأكد من وفاته. لا يتعلّق الغياب فقط بحالة الشخص بل يمتد إلى أمواله، مما يثير تنازعاً بين القانون الشخصي وقانون موقع المال، إذ يتمتع كلاهما بأهلية الاختصاص.

يظهر اختصاص قانون الدولة التي ينتمي إليها الغائب بجنسيته في إعلان الغياب لأن ذلك يؤثر على حالة الشخص بشكل وثيق. ومع أن إعلان الغياب لا يُنهي الشخصية القانونية، فإنه يؤثر عليها بشكل كبير، لذا يُعدّ القانون الشخصي الأكثر ملائمة.<sup>3</sup>

أما الإجراءات الوقتية كإثبات الغياب وحفظ أموال الغائب، فتخضع لقانون موقع المال وغالباً ما تتولاها محكمة هذا الموقع.

وفيما يتعلق بآثار التصريح بالغياب، كالحكم بالموت، يخضع الأمر للحالة الشخصية وفق القانون الشخصي<sup>4</sup>، أما بالنسبة للأموال، فتطبق قواعد الحماية الوطنية وفق المادة 15 من القانون المدني الجزائري.<sup>5</sup>

من جهة أخرى، يُعدّ الفقد إحدى حالات الغياب، لكن ليس كل غائب مفقود؛ فالغائب حياته معلومة وإن كان مجهول الإقامة، بينما المفقود غير معروف إن كان حياً أو ميتاً، مما قد يستدعي الحكم بموته. يمكن أن يتحول الغائب إلى مفقود في حال اختفت أخباره تماماً. وبهذا، يعتبر الغياب مصطلحاً أشمل من

<sup>1</sup> - أحمد سي علي، المرجع السابق، ص49.

<sup>2</sup> - المادة 109 قانون أسرة الجزائري تنص على أن: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم".

<sup>3</sup> - موحد إسعاد، المرجع السابق، ص184.

<sup>4</sup> - الطيب زروتي، المرجع السابق، ص151.

<sup>5</sup> - تنص المادة 15 من قانون مدني الجزائري على: "'يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقومية وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايته'."

الفقد، إذ يشمل كليهما، مع الأثر القانوني النهائي للفقد في إنهاء الشخصية القانونية. وأخيراً، ما ينطبق على الغياب من حيث القانون الواجب التطبيق يسري كذلك على الفقد.<sup>1</sup>

### ج/ القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص المعنوي.

تخضع حالة الشخص المعنوي وفقاً للقاعدة العامة إلى قانون مركز إدارته الرئيسي الفعلي، والمعروف أيضاً بمقر المشروع، ويقصد به ذلك المكان الذي تدار فيه أنشطة المشروع بشكل فعلي. في هذا المقر، تجتمع الأجهزة القانونية والجمعيات العمومية، ويجري فيه بحث العقود والأسواق المتعلقة بسير المشروع، إلى جانب تحديد السياسات العامة التي توجه عمله.<sup>2</sup>

في السابق، لم يكن هناك ضابط واضح في القانون الجزائري لهذا الأمر، حيث اكتفت المادة 50 من القانون المدني ببيان أن للشخص الاعتباري موطنًا يتحدد بمكان مركز إدارته.<sup>3</sup>

ويستخلص من الفقرة الثالثة لنص المادة 10 من القانون المدني الجزائري<sup>4</sup>، أن الأشخاص المعنوبين يسري على نظامهم القانوني القانون الساري في الدولة التي يقع فيها مقر إدارتهم الرئيسي والفعلي (المقر الاجتماعي)، ويشمل ذلك تنظيم نشأتهم، كيفية إدارتهم، وطبيعة التصرفات القانونية الصادرة عنهم، سواء كان الشخص المعنوي شركة، جمعية، أو مؤسسة<sup>5</sup>. غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطاً في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري.

فيُعامل الشخص المعنوي على غرار الشخص الطبيعي، وفقاً لقانون الدولة التي ينتمي إليها بنظامها القانوني، أي بجنسيتها. وتتحدد جنسيته بجنسية الدولة التي يقع فيها مركز إدارته الرئيسي وال حقيقي (الفعلي). وعلى الرغم من إمكانية وجود مراكز إدارة في عدة دول، إلا أن هناك مركزاً واحداً فقط يتمتع

<sup>1</sup> - عيدة جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص256، 257.

<sup>2</sup> - منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، مصر، 1992، ص110.

<sup>3</sup> - راجع المادة 50 من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup> - تنص الفقرة الثالثة من المادة 10 من القانون المدني الجزائري على: "أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي".

<sup>5</sup> - محمد حجار، المرجع السابق، ص115.

بالأهمية الكبرى ولا يتعدد، وهو مركز الإدارة العليا والرقابة على نشاط الشخص المعنوي، ويُعد هذا المركز المرجع الأساسي في تحديد جنسية الشخص الاعتباري<sup>1</sup>.

إلا أن المشرع الجزائري أورد استثناء على هذه القاعدة في الفقرة الرابعة من نص المادة 10 من القانون المدني<sup>2</sup>، يقضي باختصاص القانون الجزائري في حالة مباشرة الشخص المعنوي لنشاطه داخل الجزائر، كما أكدت الفقرة الرابعة من المادة 50 من القانون المدني الجزائري<sup>3</sup> على نفس الاستثناء، مما يرسخ اختصاص القانون الجزائري في تنظيم أنشطة الأشخاص الاعتبارية الأجنبية داخل إقليم الدولة<sup>4</sup>.

## ثانياً: الأهلية.

الأهلية في اللغة تعني الصلاحية والجدرة والكافية للقيام بأمر معين، فالشخص يكون أهلاً للشيء إذا كان صالحًا له، أما في الاصطلاح القانوني، فالأهلية تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، بالإضافة إلى إمكانية مباشرته للتصرفات القانونية التي قد تؤدي إلى كسبه حقاً أو تحمله التزاماً، وذلك بطريقة يعترف بها القانون<sup>5</sup>. وفي هذه الدراسة سنركز على القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي (أ) وعلى أهلية الشخص المعنوي (ب).

### أ/ القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي.

يتضح من نص الفقرتين 1 و 2 من المادة 10 من القانون المدني الجزائري<sup>6</sup>، أن تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي يقوم على قاعدة عامة تتمثل في خضوع الأهلية للقانون الشخصي، أي قانون الدولة التي يحمل جنسيتها، ومع ذلك، توجد استثناءات تتعلق بالاجنبي ناقص الأهلية،

<sup>1</sup>- عز الدين علي عبد الله، المرجع السابق، ص736.

<sup>2</sup>- تنص الفقرة 04 من المادة 10 من القانون المدني على أنه: "غير أنه، إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطاً في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".

<sup>3</sup>- تنص المادة 50 من القانون المدني الجزائري على أن: "يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملزماً لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقررها القانون".

يكون لها خصوصاً: ...الشركات التي يكون مركّزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركّزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر".

<sup>4</sup>- فطيمة موشعال، المرجع السابق، ص27.

<sup>5</sup>- كمال عليوش قريوع، المرجع السابق، ص199.

<sup>6</sup>- المادة 10 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

عندما يكون نقص أهليته ناتجاً عن سبب خفي يصعب الكشف عنه، وسيتم التطرق إلى تفاصيل كل منها فيما يلي:

### 1/ القاعدة العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي.

تخضع مجموعة المسائل المتعلقة بالأهلية لقانون الجنسيه (أهلية الأداء العامة)، باعتباره القانون الشخصي للشخص، وتشمل هذه المسائل تحديد مدى تأثير أهلية الشخص بعامل السن، أي ما إذا كان الشخص رسيداً، ناقصاً للأهلية، أو فاقداً، ومدى قدرة ناقص الأهلية على إبرام التصرفات، والجزاءات التي قد تترتب على هذه التصرفات في حالة غياب الأهلية.

أيضاً يعني قانون الجنسيه بتحديد عوارض الأهلية، مثل الجنون، العته، السفة، والغفلة، والآثار القانونية المترتبة عليها، كما يشمل موانع الأهلية الناشئة عن العاهة أو الغيبة المقتضي بها حكم قضائي، وبالتالي، فإن القواعد الموضوعية المتعلقة بالأهلية، مثل تحديد سن الرشد، والتصرفات التي يجريها ناقص الأهلية أو فاقدها، وكذلك التصرفات التي لا تصح إلا بإجازة الولي أو الوصي أو القيم، تخضع جميعها لقانون الجنسيه. ويشمل ذلك أيضاً تحديد صحة هذه التصرفات، والجزاءات المترتبة عليها، سواء من حيث البطلان النسبي أو المطلق أو الانعدام، وفقاً لما ينظمه هذا القانون.<sup>1</sup>.

والعبرة بأهلية الشخص بحسب حالته وقت إبرام التصرف، فإذا كان الشخص كامل الأهلية عند إبرام العقد ثم فقدها في وقت لاحق، فإن ذلك لا يؤثر على صحة التصرف الذي أبرم؛ إذ يُعد الشخص كامل الأهلية بالنسبة للتصرف في تلك اللحظة، أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الأهلية، فإن العبرة تكون بقانون الجنسيه الساري على الشخص وقت إبرام التصرف القانوني، حيث يحدد هذا القانون مدى تتمتعه بالأهلية أو نقصها وفقاً للوضع القائم في تلك اللحظة. كمثال على ذلك، إذا أبرم شخص جزائري عقداً ثم حصل على جنسية أخرى لاحقاً، فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق على أهليته فيما يتعلق بذلك العقد<sup>2</sup>.

إلا أن أهلية الوجوب ترجع عند قيام النزاع بخصوصها ليس إلى قانون الجنسيه، بل إلى التصرف المراد إبرامه والحق الناشئ عنه، فعلى سبيل المثال، يخضع حق الشخص في التملك لقانون موقع المال،

<sup>1</sup> - محمود ولد المصري، المرجع السابق، ص 121.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 122.

في حين تخضع أهلية في الميراث لقانون جنسية المورث. وبالتالي، فإن إسناد أهلية الشخص إلى قانون جنسيته لا يشمل أهلية الوجوب، التي تعني صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق، حيث تبقى هذه الصلاحية خاضعة لأحكام القانون الإقليمي<sup>1</sup>. وبناءً على ذلك، فإن القانون الذي ينظم أهلية الوجوب ليس قانوناً واحداً، بل يختلف تبعاً لطبيعة العلاقة.

من جهة أخرى، أهلية الأداء الخاصة هي الأخرى لا تخضع لقانون الجنسية، وغالباً ما تحدد هذه الأهلية دون مراعاة الحالة الشخصية، على عكس الأهلية العامة التي تعتمد على عناصر الحالة الشخصية باعتبار أن التمييز هو جوهرها، وتركتز أهلية الأداء الخاصة على تنظيم بعض التصرفات القانونية بهدف حماية شخص آخر، أو لتحقيق مصلحة جماعية.<sup>2</sup>.

تشير أهلية الأداء الخاصة إلى أهلية بعض الأشخاص الذين يُمنعون من القيام بتصرفات قانونية معينة بسبب صفة تتعلق بموضع التصرف أو بصفة خاصة بالشخص المتصرف، على سبيل المثال، يُمنع القضاة من شراء الأموال المتنازع عليها، وتخضع أهليتهم في هذا السياق لقانون الدولة التي تنظر فيها المحكمة النزاع. كما يُمنع الطبيب من تلقي تبرع من مريضه في حالة مرض الموت، حيث تخضع أهليته في هذه الحالة لقانون المتبوع.

وبذلك، فإن هذه الموانع من التصرف تكون محكومة بالقانون الذي ينظم التصرف ذاته، اعتماداً على طبيعة الحماية التي يهدف إليها كل مانع، ومن ثم، لا تخضع أهلية الأداء الخاصة لقانون الشخصي، بل تتحدد وفقاً للقواعد التي تحكم التصرف المعنوي<sup>3</sup>.

أما بخصوص حماية ناقصي الأهلية فقد أنسنت المادة 15 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى<sup>4</sup> الاختصاص في النزاع بشأنها إلى قانون جنسية الشخص ناقص الأهلية، حيث تُعد حماية ناقصي الأهلية من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، ولذلك تخضع للقانون الشخصي للشخص الذي تتطلب حالته الحماية.

---

<sup>1</sup>- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص223، 224.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص225.

<sup>3</sup>- محمود وليد المصري، المرجع السابق، ص122.

<sup>4</sup>- المادة 15 من القانون المدني الجزائري، سالفه الذكر.

ويرجح تطبيق هذا القانون على قانون الشخص المسؤول عن توفير الحماية، استناداً إلى أن الهدف الأساسي هو مصلحة ناقص الأهلية. وبناءً عليه، يسري القانون الشخصي لذات الشخص على جميع الجوانب الموضوعية المتعلقة بنوع الحماية، مثل تحديد ما إذا كانت الحماية تتم عبر ولاية، أو وصاية، أو قوامة<sup>1</sup>.

## 2/ الاستثناء في تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي.

إذا كان الأصل أن قانون الجنسية هو المرجع الأساسي الذي يحكم الأهلية وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 10 من القانون المدني الجزائري، فإن الفقرة الثانية<sup>2</sup> من هذه المادة تنص على استثناء من هذا الأصل، حيث جاء فيها أن الأهلية تخضع لقانون القاضي في حالة معينة ووفقاً لشروط معينة.

ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتتتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبيينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة.

هذه الحالة هي ما يسمى بالجهل المغتفر بالقانون الأجنبي، وتعلق هذه الحالة بجهل المتعاقد مع الأجنبي بأن هذا الأخير ناقص أهلية وفقاً لقانونه، حيث يكون سبب جهل المتعاقد بنقص أهلية الطرف الأجنبي مرتبطة بخفاء لا يسهل عليه اكتشافه. وفي هذه الحالة، لا تعتبر الأهلية خاضعة لقانون الجنسية، مما يتيح للمتعاقد أن يتصرف دون أن يحمل بنتائج نقص أهلية الطرف الآخر<sup>3</sup>.

إن الأصل التاريخي لهذا الاستثناء يعود إلى قضية شهيرة تُعرف باسم "قضية ليزاردي". تتلخص وقائع هذه القضية في أن شاباً مكسيكيًّا يُدعى ليزاردي، يبلغ من العمر ثلاثة وعشرين عاماً، قام بشراء بعض المجوهرات من تاجر فرنسي، وحرر عدة سندات لقاء ثمنها، وعندما حان موعد سداد هذه السندات، امتنع ليزاردي عن الوفاء بها.

<sup>1</sup>- ماجد الحلواني، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1974، ص386.

<sup>2</sup>- الفقرة 2 المادة 10 من القانون المدني والتي نصت على: "...ومع ذلك في التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتتتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبيينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة..."

<sup>3</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص218.

عند رفع الدعوى ضده، دفع ليزاردي ببطلان السندات التي حررها، مستنداً إلى نقص أهليته وفقاً لقانون جنسيته الذي يحدد سن الرشد بـ 25 سنة، ورغم ذلك، صدر الحكم لصالح التاجر الفرنسي، حيث ألزمت المحكمة ليزاردي بدفع قيمة السندات.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بهذا الحكم استناداً إلى أن المتعاقدين الوطنيين يعتبرون معدوراً في جهلهم بالقانون الأجنبي، وقد نال هذا الأساس تأييداً كبيراً من قبل العديد من الفقهاء الذين يرون أن القانون الأجنبي ينبغي أن يعتبر عنصراً من عناصر الواقع، وليس مجرد قانون يعامل معاملة قانونية.

وبالتالي، يترك تقدير عذر المتعاقدين الوطنيين للقاضي، الذي يقرر ما إذا كان المتعاقدين مع الأجانب يُعذر بجهلهم لأحكام القانون الأجنبي أم لا، مع مراعاة انتباه المتعاقدين الوطنيين ويقطنه نوع التصرف المعنى<sup>1</sup>.

إن تطبيق هذا الاستثناء قائمه على تحقق الشروط التالية:

- يُسمح بإعمال الاستثناء فقط إذا كان التصرف مالياً؛ فلا يطبق إذا كان من التصرفات الشخصية<sup>2</sup>.

- يجب إبرام التصرف في الجزائر وأن ينبع آثاره فيها، فلا يكفي أن يتم التصرف في الجزائر وينتج آثاره خارجها، أو أن ينعقد في الخارج وينتج آثاره في الجزائر<sup>3</sup>.

- يجب أن يكون نقص أهليته المتعاقدين الأجانب ناتجاً عن سبب خفي يصعب معرفته للطرف الآخر.

- يجب أن يكون المتعاقدين الأجانب ناقص الأهلية وفقاً لقانون جنسيته، وكامل الأهلية وفقاً لقانون دولة إبرام التصرف، فإذا كان المتعاقدين الأجانب ناقص الأهلية وفقاً لقانونه الشخصي وقانون دولة الإبرام، فلا يُعتبر المتعاقدين معه معدوراً في جهلهم<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - اعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 219، 220.

<sup>2</sup> - وائل بن دق، قضايا القانون الدولي الخاص، طبعة 05، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2010، ص 39.

<sup>3</sup> - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 66.

<sup>4</sup> - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 236.

- يُستبعد قانون الجنسيّة إذا تعارض مع النّظام العام لقانون الوطّني، مثلّ أن يقضي بانعدام أهلية الأداء لأسباب سياسية أو عنصريّة<sup>1</sup>، أو كأن يمنح الشخص الحق في التّنازل عن أهليّته، ففي حال كان هناك تناقض صارخ مع المبادئ الأساسيّة لقانون<sup>2</sup>، يُستبعد إعماله.

من جهة أخرى، نستخلص من نص الفقرة الثانية للمادة 15 من القانون المدني الجزائري<sup>3</sup> أن المشرع يستثنى التدابير المستعجلة من تطبيق قانون جنسيّ الشخص غير كامل الأهلية، فيطبق بشأنها القانون الجزائري باعتباره قانون القاضي.

كما يطبّق هذا الأخير على أموال ناقص الأهلية الموجودة في الجزائر باعتباره قانون موقع المال<sup>4</sup>، وأيضا تخضع المسائل الإجرائية المتعلقة بالولاية أو الوصاية أو القوامة لقانون القاضي تطبيقاً لقاعدة الإسناد الخاصة بالمسائل الإجرائية. فالمسائل الإجرائية ذات طبيعة سياديّة، لذا لا تقبل دولة تطبيق أحكام دولة أخرى فيما يتعلق بالمسائل الإجرائية على إقليمها<sup>5</sup>.

#### بـ/ القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي:

يظهر من نص المادة 49 من القانون المدني<sup>6</sup> أن الأشخاص المعنوية تنقسم إلى نوعين، الأشخاص المعنوية العامة والأشخاص المعنوية الخاصة، مما يستوجب التطرق إلى مسألة القانون الواجب التطبيق لكل منهما على حدّه.

<sup>1</sup>- صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 54.

<sup>2</sup>- منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 115.

<sup>3</sup>- تنص الفقرة 02 المادة 15 من القانون المدني على ما يلي: "غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير. أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر".

<sup>4</sup>- نسرين شريقي، سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 56.

<sup>5</sup>- صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 395.

<sup>6</sup>- تنص المادة 49 من القانون المدني الجزائري على: "الأشخاص الاعتبارية هي:  
- الدولة، الولاية، البلديّة،  
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،  
- الشركات المدنيّة والتجاريّة،  
- الجمعيات والمؤسسات،

## ١/ القانون الواجب التطبيق على أهلية الأشخاص المعنوية العامة.

الشخص المعنوي العام هو الكيان الذي يمارس نشاطه بصفته صاحب السيادة والسلطة، وكذلك بصفته ممثلاً للمصلحة العامة، ويُخضع في ذلك لأحكام القانون العام، وتتضمن الأشخاص المعنوية العامة كلا من الدولة، الولاية، والبلدية، التي تُعرف بالأشخاص الإقليمية.

وهي الأشخاص المعنوية التي تمارس اختصاصاتها ضمن نطاق جغرافي محدد يحدده لها المشرع، ويعترف لها بالشخصية المعنوية تقليدياً<sup>١</sup>، كما تشمل الأشخاص المرفقية التي تتمتع بالاستقلال المالي والإداري، وهي المراقب التي يمنحها القانون استقلالاً ذاتياً وميزانية خاصة، مما يُمكنها من تحقيق أهدافها بفعالية، ويعترف لها بالشخصية المعنوية بموجب القانون، ومن الأمثلة على ذلك الجامعات والمستشفيات.<sup>٢</sup>

عند الحديث عن القانون الذي يحكم أهلية الشخص المعنوي العام، فإن المقصود هو تحديد القانون الذي ينظم تكوين هذا الشخص وتأسيسه، أي معرفة المصدر الذي يستمد منه هذا الشخص شخصيته المعنوية.

بالنسبة للدولة، تستمد شخصيتها المعنوية من وجهة نظر القانون الدولي على أساس اعتراف الدول الأخرى بها، أما الوحدات الإقليمية المكونة للدولة، مثل الولايات والبلديات، وكذلك المراقب السياسي والإدارية، فإنها تستمد شخصيتها المعنوية من القانون الداخلي للدولة، أي من أحكام الدستور وفروع القانون العام الداخلي.<sup>٣</sup>

بالتالي؛ تخضع الأشخاص الاعتبارية العامة الأجنبية لقانون الدولة التي أنشأتها، سواء تم إنشاؤها وفق ما يقرره دستور تلك الدولة أو بقرارات سلطاتها. ومن ثم، لا يمكن لقاضي دولة أجنبية رفض الاعتراف بهذه الأشخاص المعنوية.<sup>٤</sup>

-الوقف،

-كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية.

<sup>١</sup> - محمد حسين، المرجع السابق، ص165، وما بعدها.

<sup>٢</sup> - إسحاق إبراهيم منصور ، المرجع السابق، ص242.

<sup>٣</sup> - المرجع نفسه، ص240.

<sup>٤</sup> - محمد حجار ، المرجع السابق، ص327.

إلى جانب الأشخاص المعنوية العامة، يوجد ما يُعرف بالمشروع العام الذي قد يأخذ شكل مؤسسة عامة. هذه المؤسسات تعتبر جزءاً من القانون العام، حتى وإن كانت تمارس نشاطاً اقتصادياً باستخدام وسائل القانون الخاص. ويجوز منها صلاحيات السلطة العامة لتحقيق الأهداف التي أنشئت من أجلها، وكذلك لتنفيذ السياسة العامة للدولة، مما يجعل نظامها القانوني خاضعاً لقانون الدولة التي أنشأتها.

من جهة أخرى، هناك المشاريع الدولية التي تنشأ باتفاق دولي وتخضع لأحكام الاتفاق التأسيسي، وغالباً ما تهتم بالنقل والصناعة، إذا شارك فيها شخص معنوي داخلي، تخضع لنظامه القانوني، وتحدد علاقاتها القانونية وفق قواعد الإسناد المعمول بها.<sup>1</sup>

## 2/ القانون الواجب التطبيق على أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة.

الأشخاص المعنوية الخاصة، مثل الشركات والجمعيات والمؤسسات، تخضع لقانون الدولة التي يقع فيها مركز إدارتها الرئيسي والفعلي (المقر الاجتماعي) تطبيقاً للمادة 10 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>. ومع ذلك، إذا مارست هذه الأشخاص نشاطاً في الجزائر، فإنها تخضع لقانون الجزائري وفقاً للفقرة 4 من نفس المادة.<sup>3</sup>.

يعتبر مركز الإدارة الرئيسي المحرك القانوني للشركة، حيث يحدد نظامها القانوني وجنسيتها، ويشترط أن يكون هذا المركز حقيقةً وفعلياً، وإلا يتم استبعاده إذا كان وهمياً أو مرتبطاً بالعش.

بالإضافة إلى ذلك، تنص المادة 547 فقرة 2 من القانون التجاري الجزائري<sup>4</sup> على أن الشركات التجارية التي تمارس نشاطاً في الجزائر تخضع للتشريع الجزائري.

وفي حالات أخرى، يمكن أن يُطبق قانون القاضي المعروض عليه النزاع، أو قانون موقع العقار، أو القانون الذي يحكم الإفلاس، ومع ذلك، إذا تم التصريح بإفلاس فرع يعمل في الجزائر، فيجب تطبيق القانون الجزائري، حتى وإن كان هذا الفرع تابعاً لشركة يقع مركز إدارتها في دولة أخرى.

<sup>1</sup>- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 219 وما بعدها.

<sup>2</sup>- الفقرة الثالثة من المادة 10 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

<sup>3</sup>- الفقرة الرابعة من المادة 10 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

<sup>4</sup>- انظر المادة 547 الفقرة 02 من الأمر 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم .

## المحور الخامس: القانون الواجب التطبيق في مسائل الزواج والطلاق.

يُعد الزواج من أهم الروابط العائلية التي تدرج ضمن الأحوال الشخصية، وهو من المجالات البارزة التي تثير تنازع القوانين، خاصة فيما يتعلق بكيفية انعقاده و اثاره وطرق انحلاله (الطلاق) ، و يعود ذلك إلى تشعب هذه العلاقات وارتباطها بأكثر من نظام قانوني.

فقد يتم الزواج بين أشخاص من دول مختلفة، مما يجعل الزواج ذو طابع دولي، هذا التنويع يفتح المجال لتنازع القوانين، لا سيما أن التكليف القانوني للزواج يختلف من دولة إلى أخرى؛ فهناك دول تعتبر الزواج علاقة أبدية غير قابلة لانحلال بالطلاق، في حين تسمح دول أخرى بإنفاس الزواج إما باتفاق الطرفين أو بإرادة أحدهما منفرداً (الطلاق-التطبيق-الخلع).

ولا شك أن طبيعة هذا العقد وشروطه تخضع لعملية التكليف التي تحدّد وفقاً لقانون القاضي. ومن أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج والطلاق، وكذلك ما يدخل ضمن نطاق فكرة "الركن الأساسي" (ordre public)، قمنا بتقسيم هذا المحور إلى قسمين، نناقش في الجزء الأول القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره، ثم سنتناول ثانياً القانون الذي يحكم انحلال الزواج (الطلاق) وشروطه.

### أولاً: القانون الواجب التطبيق في الزواج وآثاره.

يُعد الزواج رابطة قانونية تبدأ بمقدمات تُعرف بالخطبة، والتي تختلف التشريعات في تحديد طبيعتها القانونية. ولضمان صحة انعقاده وآثاره القانونية، يجب توافر شروط موضوعية وشكلية محددة. وعليه، سنتناول في هذا الجزء من الدراسة القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وشروطه (أ)، ثم نناقش القانون الذي يحكم آثار الزواج سواء كانت شخصية أو مالية في (ب).

#### أ/ الزواج:

الزواج هو عقد شرعي يُبرم بين رجل وامرأة وفقاً للأحكام القانونية، ويهدف إلى تأسيس أسرة وفق الضوابط الشرعية والقانونية المعتمدة<sup>1</sup>، ولا يقوم إلا بتتوافر شروط معينة، فيما يلي سنتناول كلاً منها مع التركيز على القانون الواجب التطبيق عليهما في حالة وجود عنصر أجنبي.

---

<sup>1</sup>- تنص المادة 04 من قانون الأسرة على ما يلي: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"

الخطبة هي إجراء تمهدى وأولى خطوات الزواج، حيث يعبر الخاطبان عن رغبتهما في الارتباط بشخص معين. وتعُد الخطبة بمثابة تمهد أو مقدمة لعقد الزواج، لكنها لا تُنشئ التزاماً قانونياً ملزماً بإبرام العقد، بل تعبّر عن نية الطرفين في الزواج في المستقبل<sup>1</sup>. وقد اعتبر المشرع الجزائري الخطبة مجرد وعد بالزواج وبالتالي فهي ليست تصرفًا عقدياً<sup>2</sup>.

يعتبر التكيف مسألة ذات أهمية كبيرة فيما يتعلق بالخطبة، حيث يختلف تكييفها من قاضٍ إلى آخر، مما يؤثر بشكل مباشر على قواعد التنازع التي تحكمها، وبالتالي يؤدي إلى تباين في القانون الواجب التطبيق عليها، وقد نشأ اتجاهان رئيسيان لتحديد القانون الذي يسري على الخطبة.

الاتجاه الأول يعتبر الخطبة بمثابة عقد ملزم للطرفين، ولا يمكن لأحدهما العدول عنها دون تحمل المسؤولية، وفي حال تراجع أحد الأطراف، فإنه يسأل على أساس المسؤولية العقدية، وقد تبنت بعض الأنظمة القانونية مثل التشريعين الألماني والإنجليزي هذا الرأي، حيث يرون أن العدول عن الخطبة يعد نوعاً من الإخلال بالتنفيذ، مما يتربّط عليه آثار المسؤولية العقدية، أي أن قواعد الإسناد الخاصة بالعقد تتطبق عليها.

كما ذهب جانب من الفقه إلى إخضاع الخطبة لقانون جنسية الخاطب، وذلك بالقياس على قواعد التنازع الخاصة بالزواج، بحيث يسري قانون جنسية كل من الخاطبين وقت فسخ الخطبة، وقد تبني المشرع الكويتي هذا الرأي في المادة 35 من القانون رقم 5 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>- أحمد نصر الجندي، *شرح قانون الأسرة الجزائري*، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009، ص 19، 20.

<sup>2</sup>- تنص المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض. لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهداه له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمتها".

<sup>3</sup>- درية أمين، *المراجع السابق*، ص 238.

غير أننا لا نؤيد هذا الرأي، الذي يسوّي بين قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وتلك المتعلقة بالخطبة، لأنّه يجعل من الخطبة عقداً ملزماً مثل عقد الزواج.

أما الاتجاه الثاني، فيرى أن الخطبة هي مجرد مقدمة للزواج ولا تحمل أي أثر ملزم. ويعتبر هذا الاتجاه الخطبة وعداً بالزواج وليس عقداً، وبالتالي لا تتطوّي على أي قوة إلزامية. وقد اعتبر القضاء الفرنسي الخطبة وعداً غير ملزم، فلا تنتجه عنها أي التزامات قانونية. كما تبني القضاء المصري نفس الرؤية، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن العدول عن الخطبة قد يرتب مسؤولية، ولكن فقط إذا اقترنت بخطأ تقصيري.

وعليه، فإن الخطبة في حد ذاتها ليست التزاماً قانونياً، ولا يتربّط على العدول عنها أي أثر قانوني، إلا إذا كان العدول مصحوباً بأفعال ضارة، ففي هذه الحالة يسأل الشخص عن تلك الأفعال على أساس المسؤولية التقصيرية.<sup>1</sup>

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فلم يضع قاعدة تنازع خاصة بالخطبة، وأخذ في ذلك بما ذهب إليه كل من القانونين الفرنسي والمصري، حيث اعتبر الخطبة مجرد وعد بالزواج وفقاً لنص المادة 5 من قانون الأسرة المعدل.

كما يخضع تكييف الخطبة لقانون القاضي الذي ينظر في النزاع<sup>2</sup>، وعلى هذا الأساس تعتبر الخطبة في النظام القانوني الجزائري وعداً وليس عقداً، ولا تترتب عليها أي آثار قانونية لعقد الزواج. ومع ذلك، يمكن أن يسأل الشخص عن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول عن الخطبة بناءً على المسؤولية التقصيرية، وتطبق في هذه الحالة قاعدة التنازع المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية<sup>3</sup>، حيث يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام (م 20 ف 1 من القانون المدني الجزائري).

<sup>1</sup>- كمال عليوش قربو، المرجع السابق، ص 211، 212.

<sup>2</sup>- تنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

<sup>3</sup>- تنص المادة 20 ف 1 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "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 الواقع التي تحدث في الخارج ون تكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الواقع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه، وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون المدني الجزائري.

## 2/ شروط الزواج.

سنتناول هنا نقطتين رئيسيتين: القانون الذي يسري على الشروط الموضوعية أولاً، والقانون الذي يحكم الشروط الشكلية ثانياً.

### 2-1/ القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية:

الشروط الموضوعية هي تلك الشروط الأساسية لقيام رابطة الزواج، والتي إذا تخلف أي منها يتربّع عن العلاقة بطلان الزواج، يقصد بها أيضاً الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها، وإذا انعدمت، انعدم الزواج.<sup>1</sup>

وفيما يتعلق بالقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لعقد الزواج، ظهرت ثلاثة اتجاهات رئيسية<sup>2</sup>:

**الاتجاه الأول:** يرى بإخضاع هذه الشروط لقانون موطن الزوجين، وقد أخذ بهذا الاتجاه كل من التشريعين الإنجليزي والدول الإسكندنافية.

**الاتجاه الثاني:** يسند هذه الشروط لقانون محل إبرام عقد الزواج، دون التفريق بين الشكل والموضوع، وقد اعتمد هذا الرأي القانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية.

**الاتجاه الثالث:** نادى بإخضاع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، وقد تبنت هذا الرأي الدول العربية والقانون الألماني، كما نصت عليه اتفاقية لاهاي بتاريخ 12 جوان 1902 الخاصة بتنازع القوانين في مسائل الزواج.

<sup>1</sup>- درية أمين، المرجع السابق، ص 239.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، 240.

\***موقف المشرع الجزائري:** أما المشرع الجزائري، فقد نص على إخضاع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين<sup>1</sup>، فإذا كان الزوجان يحملان جنسية واحدة، طبق على زواجهما قانون تلك الجنسية (قانون الوطن)<sup>2</sup>.

إلا أن هناك استثناء هاماً من القاعدة العامة التي نصت عليها المادة 11 من القانون المدني الجزائري، وهو ما يتعلق بزواج جزائري من أجنبية (مثل زواجه من فرنسية)، وفي حال نشوء نزاع حول القانون الواجب التطبيق أمام القاضي الجزائري، تخضع الشروط الموضوعية للزواج في هذه الحالة للقانون الجزائري وحده، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني الجزائري، حيث 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.<sup>3</sup>

وبموجب هذه المادة، أقر المشرع الجزائري اختصاص القانون الجزائري متى كان أحد الزوجين جزائرياً وقت إبرام عقد الزواج. وعليه، فإن القانون الجزائري هو الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج في كل حالة يكون فيها أحد أطراف الزواج يحمل الجنسية الجزائرية<sup>4</sup>.

ويتبين أن تطبيق القانون المختص يكون سهلاً في حال اتحاد الجنسية بين الزوجين، ولكن الإشكال يظهر عند اختلاف جنسية الزوجين. وهنا برمي اتجاهان في الفقه:

#### الاتجاه الأول: التطبيق الجامع.

يقوم هذا الاتجاه على ضرورة أن يكون الزواج صحيحاً من الناحية الموضوعية وفقاً لقانون جنسية كلا الزوجين، مما يعني أنه يجب استيفاء الشروط المنصوص عليها في كلا القانونين. لكن هذا الرأي تعرض للانتقاد لأنه يجعل من الصعب إتمام الزواج إذا تخلف شرط في أحد القانونين.

<sup>1</sup>- تنص المادة 11 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

<sup>2</sup>- نسرين شريقي، السعيد بوعلوي، المرجع السابق، ص 59.

<sup>3</sup>- تنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري على أنه: "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".

<sup>4</sup>- الطيب الزروتي، المرجع السابق، ص 151.

<sup>5</sup>- فتحة يوسف عماري: "قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، المجلد 36، العدد 02، 1999، ص 106.

## الاتجاه الثاني: التطبيق الموزع.

يعني هذا الاتجاه أن كل طرف يجب أن يستوفي جميع الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني. لكن موانع الزواج تستثنى من هذا التطبيق، لأنها تهدف إلى حماية العلاقة الزوجية نفسها وليس لحماية أحد الزوجين فقط. وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الاتجاه في المادة 11 من القانون المدني الجزائري المعده.

كما أكد عليه في المادة 97 من قانون الحالة المدنية<sup>1</sup> التي تنص على ضرورة عدم مخالفه الطرف الجزائري للشروط الأساسية التي يطلبها القانون الجزائري لعقد الزواج، ومع ذلك، يتم تطبيق "التطبيق الجامع" في حالة الموانع.

## 2-2/ القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية.

الشروط الشكلية هي تلك الطرق التي يتم من خلالها إظهار الزواج وإثباته للعالم الخارجي، مثل الإشهار وتحرير العقد وتوثيقه<sup>2</sup>.

أكدت اتفاقية لاهاي المؤرخة في 14 مارس 1978 المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته، في مادتها الثانية، أن الشروط الشكلية تخضع لقانون محل إبرام الزواج، وفق قاعدة "لوكيس" (LOCUS)، وقد دخلت هذه القاعدة حيز التنفيذ في 1 مايو 1991<sup>3</sup>.

فيما يتعلق بالقانون الفرنسي، تخضع الشروط الشكلية لقانون محل الإبرام، وهذا تطبيقاً للمادة 170 فقرة أولى من القانون المدني الفرنسي، التي تنص على أن الزواج المبرم في الخارج بين فرنسيين أو بين فرنسيين وأجانب يكون صحيحاً إذا تم وفقاً لقانون مكان الإبرام<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخ في 28-02-1970 معدل وتمم بالقانون رقم 03/17 المؤرخ في 10 يناير سنة 2017، جريدة رسمية العدد 02، المؤرخ في 01-11-2017.

<sup>2</sup>- درية أمين، المرجع السابق، ص240.

<sup>3</sup>- يوسف مسعودي، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2012، ص98.

<sup>4</sup>- أمين درية، المرجع السابق، ص241.

أما في القانون الجزائري، فقد نصت المادة 19 من القانون المدني الجزائري المعدلة على إخضاع الشروط الشكلية لقانون مكان الإبرام، أو لقانون الوطني للزوجين، أو لقانون موطنهما المشترك، أو لقانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية للزواج<sup>1</sup>.

## بـ/ آثار الزواج.

يتربّ على الزواج الذي استوفى أركانه وشروط انعقاده آثار شخصية وأخرى مالية. وسنكتفي فيما يلي بتوضيح المقصود بهذه الآثار بشكل مبسط دون التعمق في تفاصيل أحكامها، وذلك للتركيز على مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بآثار الزواج.

### **/1 المقصود بـآثار الزواج.**

يتضمّن عقد الزواج آثاراً متعددة يمكن تصنيفها إلى آثار شخصية وأخرى مالية، حيث تحدّد هذه الآثار العلاقة بين الزوجين من حيث الحقوق والواجبات المتبادلة، سواء في الجوانب الشخصية المتعلقة بالمعاشرة أو المالية المتعلقة بإدارة الذمة المالية لكل منهما. وفيما يلي بيان لكل نوع من هذه الآثار.

#### **1-1/ الآثار الشخصية<sup>2</sup>.**

تشمل الآثار الشخصية لعقد الزواج مجموعة من الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين، التي تهدف إلى تنظيم العلاقة الزوجية وضمان تحقيق الانسجام بينهما. وتتنوع هذه الآثار بين حقوق ذات صبغة شخصية بحتة وحقوق ذات طابع مالي.

وفي الشريعة الإسلامية، يتمتع كل من الزوجين بحقوق شخصية تتعلق بحسن المعاشرة، إذ يجب على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف وأن يراعي مشاعرها وفقاً لما تنص عليه مبادئ الشريعة. وتأتي هذه الحقوق على رأس الواجبات الزوجية التي تسعى إلى تحقيق المودة والرحمة بين الطرفين.

---

<sup>1</sup>- جاء في المادة 19 من القانون المدني الجزائري: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه".

ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقددين أو لقانونهما الوطني المشترك أو لقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

<sup>2</sup>- يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص128.

من ناحية أخرى، هناك آثار ذات طابع مالي لكنها تدخل ضمن الحقوق الشخصية، مثل حق الزوجة في النفقة، التي تشكل التزاماً على الزوج يهدف إلى ضمان مستوى معيشى كريم لها. ولا يتوقف هذا الالتزام على توفير الاحتياجات الأساسية فحسب، بل يشمل أيضاً كل ما تحتاج إليه الزوجة في حياتها اليومية بما يتلاءم مع حالتها الاجتماعية.

في التشريعات الغربية،نظم القانون المدني الفرنسي العلاقات الشخصية بين الزوجين في مواده من 212 إلى 226. وعلى سبيل المثال، تنص المادة 213 من القانون المدني الفرنسي على ضرورة تعامل الزوجين في إدارة شؤون الأسرة والعمل معًا لضمان استقرارها ورفاهها. وبالمثل،نظم قانون الأسرة الجزائري الحقوق والواجبات الشخصية بين الزوجين في المادة 36<sup>1</sup>، حيث أكد على الالتزامات المتعلقة بحسن المعاشرة والتعاون بين الطرفين في إدارة الحياة الزوجية بشكل يعزز من استقرار الأسرة.

## ١- الآثار المالية.

تبادر الآثار المالية لعقد الزواج بين ما تنص عليه الشريعة الإسلامية وما تقرره القوانين الغربية. وفي الشريعة الإسلامية، لا يوجد نظام مالي معقد بين الزوجين، حيث يقوم مبدأ انفصال الذم المالية على استقلال كل طرف بأمواله الخاصة. ويعني هذا المبدأ أن لكل من الزوجين الحق في إدارة أمواله والتصرف فيها دون تدخل من الطرف الآخر<sup>2</sup>، إلا في حدود الحقوق المالية التي تنشأ عن عقد الزواج، مثل النفقة. هذا التنظيم يهدف إلى حماية الاستقلال المالي لكل طرف مع ضمان الالتزام بالحقوق المشتركة التي يفرضها الزواج<sup>3</sup>.

أما في الدول الغربية، فيوجد ما يسمى النظام المالي للزوجين، الذي يمكن أن يكون قانونياً أو اتفاقياً. وبموجب هذا النظام، قد ينفق الزوجان على تقاسم بعض الأموال التي يتم اكتسابها خلال فترة الزواج، أو الاحتفاظ بذم مالية منفصلة. هذا النوع من الأنظمة المالية يوفر مرونة قانونية تمكّن الزوجين من تنظيم علاقاتهما المالية وفقاً لرغبتهما<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- راجع المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup>- كمال عليوش قربو، المرجع السابق، ص 288.

<sup>3</sup>- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 175.

<sup>4</sup>- عبدو جميل غصوب، المرجع السابق، ص 267.

وفي القانون الجزائري،الأصل هو اعتماد مبدأ حرية تصرف الزوجة في أموالها وانفصال الضرائب المالية بين الزوجين،بما يضمن لكل طرف استقلالية مالية كاملة؛إلا أن الممارسة العملية أظهرت أن هذا الاستقلال القانوني قد يقابله في الواقع اتحاد فعلي بين ذم الزوجين،حيث تتدخل شؤونهم المالية بشكل يصعب معه الفصل بينها.

ونتيجة لهذه التطورات،قام المشرع الجزائري بتعديل المادة 37 من قانون الأسرة<sup>1</sup>،ليمنح الزوجين الحق في الاتفاق على تنظيم أموالهما المشتركة.

يسمح هذا التعديل للزوجين بأن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق على تحديد الأموال التي يكتسبانها معاً خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسبة التي يمتلكها كل منهما في هذه الأموال. هذا التعديل يعكس توجهاً نحو المرونة في التعامل مع المسائل المالية بين الزوجين، مع الحفاظ على حقوق كل طرف.<sup>2</sup>.

بهذا الشكل، يجمع القانون الجزائري بين مبدأ الاستقلال المالي ومبدأ التعاون في إدارة الأموال المشتركة، مما يحقق توازنًا بين الحقوق الفردية ومتطلبات الحياة الزوجية.

## 2/ القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.

بعد أن استعرضنا مضمون الآثار الشخصية والمالية لعقد الزواج، يأتي الحديث فيما يلي عن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الآثار، سواء فيما يتعلق بالحقوق والواجبات الشخصية أو بالأمور المالية، كما سنوضح موقف المشرع الجزائري في هذا السياق.

#### **١-٢/ القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية.**

<sup>1</sup>-راجع المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري.

2- في القانون الفرنسي، لم يكن هناك نص صريح يحكم الآثار الشخصية لعقد الزواج، مما ترك الأمر للقضاء الفرنسي الذي كان يخضع هذه الآثار لقانون جنسية الزوج، بما في ذلك القضايا المتعلقة بالنسب، إلا أن الفقه والقضاء الفرنسي اتجهاً نحو إخضاع هذه الآثار لقانون الجنسي المشترك للزوجين، استناداً إلى المادة 3/3 من القانون المدني الفرنسي. بعد ذلك، تدخل المشرع الفرنسي وأصدر تعديلاً في المادة 310 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال، ووسع نطاقها ليشمل الآثار الشخصية للزواج، ثم أصبحت هذه المادة 309 بموجب التعديلات الجديدة، بالإضافة إلى ذلك، خصص القانون الفرنسي المادة 311 مكرر 14 لتنظيم مسائل النسب، حيث أُخضع النسب بنوعيه، الطبيعي والشرعي، لقانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل. وفي حال تعدد تحديد جنسية الأم، يتم تطبيق قانون جنسية الطفل.

لا يوجد اتفاق بين التشريعات المختلفة بشأن القانون الذي يحكم الآثار الشخصية للزواج، حيث تبنت كل دولة منهاً مغايراً في هذا الصدد، ففي الولايات المتحدة الأمريكية، يتم إخضاع الآثار الشخصية لقانون الإقامة، أي أن الحقوق والواجبات الشخصية بين الزوجين يتم تنظيمها وفقاً لمحل إقامتهما، في المقابل، تتبع دول أخرى مثل اليونان قانون الجنسية المشتركة للزوجين، مما يعني أن جنسية الزوجين عند انعقاد الزواج هي التي تحدد هذه الآثار<sup>1</sup>.

## 2- القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية.

تبادر التشريعات بين الدول في إخضاع الآثار المالية للزواج لقوانين معينة، حيث تفصل بعض الأنظمة بين الآثار الشخصية والمالية وتخص كلًا منها لقانون مختلف، هذا التباين يعود إلى مسألة تكيف النظام القانوني نفسه، مما أدى إلى اختلاف آراء الفقه والقضاء في هذا الشأن<sup>2</sup>.

في الشريعة الإسلامية، لا توجد قواعد محددة لتنظيم الآثار المالية للزواج، حيث يقوم المبدأ الأساسي على استقلال الذم المالي لكل من الزوجين، أي أن الزواج لا يُرتب أثراً مالياً على الأموال التي يمتلكها كل منهما. وإذا تم اعتبار النظام المالي للزوجين جزءاً من الأحوال العينية (مثل الممتلكات والأموال)، فإنه يخضع لقانون الإرادة، أي يمكن للزوجين الاتفاق على كيفية إدارة أموالهما في عقد الزواج أو لاحقاً<sup>3</sup>.

## 3- موقف المشرع الجزائري.

أما في القانون الجزائري، فقد أقرَّ المشرع إخضاع الآثار المالية والشخصية للزواج لنفس القاعدة لتجنب التشدد في تطبيق القوانين<sup>4</sup>، حيث نصت المادة 12 (الفقرة الأولى) من القانون المدني الجزائري المعدلة، على أن جميع الآثار المترتبة على الزواج، سواء كانت شخصية أو مالية، تخضع لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج<sup>5</sup>. ومع ذلك يسري القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج وهو ما أكدته المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

<sup>1</sup>- يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص143.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص242.

<sup>3</sup>- فتحية يوسف عماري، المرجع السابق، ص110.

<sup>4</sup>- سمية كمال، المرجع السابق، ص99.

<sup>5</sup>- تنص المادة 12 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج".

وفيما يتعلق بالنفقة الزوجية<sup>1</sup>، فقد أثيرت بعض الإشكالات حول تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، والسؤال المطروح هو: هل تعتبر النفقة من الآثار المترتبة على الزواج وتخضع بذلك لنص المادة 12 (فقرة 1) من القانون المدني الجزائري، أم تعتبر من قبيل النفقة بين الأقارب وتخضع لنص المادة 14 التي تخضعها للقانون الوطني للمدين بها؟<sup>2</sup>.

بالعودة إلى نص المادة 12 (فقرة 1) من القانون المدني، نجد أن المشرع الجزائري أخضع النفقة الزوجية لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، باعتبارها من الآثار الشخصية ذات الطابع المالي التي ترتبط مباشرة بالزواج. وهذا هو الرأي الذي تبناه الفقه الجزائري، إذ اعتبر أن النفقة هي أثر مباشر لعقد الزواج وتخضع لقانون جنسية الزوج، ويعود هذا الرأي متسقاً مع الفقه المصري أيضاً، حيث استقر القضاء المصري على أن النفقة الزوجية هي جزء من الآثار المترتبة على الزواج، وبالتالي تخضع للقانون الوطني للزوج وقت انعقاد الزواج<sup>3</sup>.

بذلك، يمكن القول إن المشرع الجزائري تبني توجهاً واضحاً في إخضاع كافة الآثار الناشئة عن الزواج، سواء كانت شخصية أو مالية لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، مما يعكس انسجاماً في تطبيق القوانين ويحقق استقراراً في تنظيم العلاقات الأسرية.

أما فيما يخص النسب كأثر من آثار الزواج، يتجه غالبية الفقه إلى أن إثبات النسب يجب أن يتم وفقاً لقانون جنسية الوالد الذي يُراد إثبات النسب إليه. وتنأكد صحة هذا الرأي إذا علمنا أن مسألة إثبات النسب تُعد من قضايا الأحوال الشخصية، وبالتالي تخضع لقانون جنسية الشخص المدعى النسب إليه.

هذا و أكدت المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه 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.

---

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

<sup>1</sup>- النفقة هي كل ما يلزم الزوجة من احتياجات أساسية تشمل الطعام، الكسوة، والخدمة، بالإضافة إلى غيرها من المتطلبات الضرورية، وذلك وفقاً لقدرة الزوج وما جرى به العرف بين الناس. لمزيد من التفاصيل راجع د/ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 241.

<sup>2</sup>- راجع المادة 14 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup>- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 174.

ومن جهة أخرى، يجب التتبّيه إلى أن القانون الأجنبي لا يكتسب اختصاصاً تشريعياً عند نظر الدعوى، نظراً لعدم ثبوت البنوة بعد، لذلك، يرى بعض الفقه الجزائري أنه من الأنسب في هذه الحالات تطبيق القانون الذي يحقق مصلحة الطفل بشكل أفضل، ما لم يتعارض ذلك مع النظام العام.<sup>1</sup>

### ثانياً: القانون الواجب التطبيق في الطلاق وآثاره.

يُعد الزواج تصرفاً قانونياً ينقضي وفق إجراءات محددة، وتختلف حالاته من تشريع إلى آخر. سنقسم هذا الجزء من الدراسة إلى فرعين، نتناول حالات الطلاق والقانون الذي يحكمها أولاً، وبالنظر إلى طبيعة عقد الزواج، فإن إنهاءه يتربّط عليه آثار قانونية، لذلك، سنقوم بتوضيح هذه الآثار مع بيان قواعد الإسناد التي تتضم آثار الطلاق.

#### أ/ حالات الطلاق:

ترى الشريعة الإسلامية أن الزواج ليس رابطة أبدية، إذ يمكن إنهاؤه عند تحقق أسباب مشروعة كالطلاق أو الفسخ، وقد أخذت بهذا المبدأ القوانين التي استمدت أنظمتها من أحكام الشريعة الإسلامية، حيث وضعت تنظيمات قانونية تتيح إنهاء الزواج في إطار ضوابط تراعي حقوق الزوجين وتحفظ المصلحة العامة، فقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "...يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة"<sup>2</sup>، وفيما يلي سنتناول بالشرح كل واحدة منها.

#### 1/ حالات الطلاق:

**1-1/ الطلاق بإرادة الزوج:** الطلاق بإرادة الزوج هو الطلاق المقرر شرعاً، حيث أُبِح للزوج ممارسته بعد استفاد جميع الوسائل التي تسبق الطلاق، مثل المواعظة الحسنة ومحاولة الصلح بين الزوجين. فإذا لم تفلح هذه الوسائل جميعها، جاز للزوج استعمال حقه في الطلاق.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - فتيبة يوسف عماري، المرجع السابق، ص 113.

<sup>2</sup> - المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> - رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلونية، الجزائر، 2008، ص 175.

ويشترط أن يكون الطلاق موافقاً لأحكام الشرع، وإلا اعتبر الزوج متعرضاً في استعمال حقه. وفي حال ثبت لدى القاضي وجود تعسف من الزوج في الطلاق، فإنه يحكم للمطلقة بتعويض عن الضرر الذي لحق بها، وفقاً لما نصت عليه المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري.<sup>1</sup>

## 2-1/ الطلاق بالتراصي:

يقصد بالطلاق بالتراصي إنهاء الرابطة الزوجية باتفاق مشترك بين الزوجين، استناداً إلى رغبتهما المتبادلة في الانفصال. فقد منح القانون لكلا الزوجين حق إنهاء الزواج بتراسبيهما دون حاجة إلى نشوء خصومة قضائية، سواء تم ذلك بمبادرة مشتركة منهما أو بطلب أحدهما وموافقة الآخر، يتطلب هذا النوع من الطلاق تقديم عريضة مكتوبة من الزوج أو الزوجة إلى كتابة الضبط بالمحكمة، تتضمن معلوماتهما الكاملة وتعبيرأ صريحاً عن اتفاقهما على الطلاق بالتراصي. وفي حال حاولت المحكمة إجراء الصلح بينهما ولم تفلح، فإنها تحكم بالطلاق بناءً على إرادتهما المشتركة وبما يتوافق مع الاتفاق المبرم بينهما، شريطة ألا يتعارض هذا الاتفاق مع النظام العام أو يمس بحقوق الآخرين.<sup>2</sup>

## 2-2/ الطلاق بطلب من الزوجة:

للزوجة في التشريع الجزائري حق طلب حل الرابطة الزوجية بالطلاق، إلا أن هذا الحق مشروط بوجود أحد الأسباب التي نص عليها قانون الأسرة<sup>3</sup>، وهي:

1/ عدم الإنفاق، فإذا امتنع الزوج عن الإنفاق بعد صدور حكم يلزمه بذلك، بشرط ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره عند الزواج، مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، و80 من قانون الأسرة.

2/ العيوب التي تمنع تحقيق الهدف من الزواج كالعجز الجنسي أو الأمراض المستعصية التي تحول دون استقرار الحياة الزوجية.

3/ الهجر في المضجع لأكثر من أربعة أشهر، أي انقطاع الزوج عن العلاقة الزوجية مع زوجته.

4/ إدانة الزوج بجريمة تمس شرف الأسرة بحيث يصبح استمرار الحياة الزوجية مستحيلاً.

<sup>1</sup>- نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

<sup>2</sup>- رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 179.

<sup>3</sup>- راجع المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

5/ غياب الزوج لمدة سنة كاملة دون عذر أو نفقة.

6/ مخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالتعدد غير المشروع أو بشروط الزواج الأخرى.

7/ ارتكاب فاحشة مبينة كالخيانة الزوجية.

8/ الشقاق المستمر بين الزوجين مما يؤدي إلى استحالة استمرار الحياة الزوجية.

9/ مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10/ كل ضرر يعتبر شرعاً كالاعتداء الجسدي أو النفسي على الزوجة.

كما يحق للزوجة طلب الطلاق عن طريق الخلع حيث منحها المشرع الحق في إنهاء الزواج مقابل تعويض مالي للزوج<sup>1</sup>، بالإضافة إلى ذلك، في حالة نشوء أحد الزوجين، يمكن للقاضي أن يحكم بالطلاق مع تعويض الطرف المتضرر<sup>2</sup>.

2/ القانون الواجب التطبيق على الطلاق.

تختلف القوانين والتشريعات في تحديد القانون الذي يحكم حالات انحلال الزواج. ففي بعض الدول، مثل الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي سابقاً، يتم إسناد هذه المسائل إلى قانون القاضي الذي ينظر في الدعوى، وذلك باعتبار أن حل الرابطة الزوجية لا يتعارض مع الآداب العامة والنظام العام.

وفي التشريعات الإنجلوسكسونية، غالباً ما يطبق قانون موطن الزوجة على هذه القضايا، من جهة أخرى، تعتمد بعض الدول على قانون الجنسية المشتركة للزوجين أو على قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج لحكم انحلال الرابطة الزوجية. بينما توجد تشريعات أخرى تضع ترتيباً لمثل هذه الحالات، فتفضي في البداية لقانون الجنسية المشتركة، وإن لم يكن هناك جنسية مشتركة يتم الرجوع إلى قانون الموطن المشترك، وفي حالة عدم توفر ذلك، يطبق قانون القاضي الذي ينظر في الدعوى<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>- راجع المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup>- راجع المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup>- درية أمين، المرجع السابق، ص244.

أما في القوانين الغربية<sup>1</sup>، فقد تم التمييز بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسمني، وأخضعت حالات انحلال الزواج لعدة قوانين. حيث تم إسناد حالات انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج في وقت الزواج. أما الطلاق، فقد خضع إلى قانون الزوج عند النطق به بينما تم إسناد التطليق والانفصال الجسمني إلى قانون الزوج وقت رفع الدعوى.

وقد تبنت هذا الحكم دول مثل مصر وسوريا وغيرها، على العكس من ذلك، أخضعت المشرع الكويتي انحلال عقد الزواج إلى قانون آخر جنسية مشتركة بين الزوجين قبل رفع الدعوى بالتطليق أو الانفصال الجسمني، وإذا لم تكن هناك جنسية مشتركة، يتم تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.<sup>2</sup>.

غير أن إخضاع حالات انحلال الزواج لقانون الزوج وقت رفع الدعوى قد يلحق ضرراً بالزوجة. فإذا تم الزواج وفقاً لقانون الدولة التي كان الزوج يحمل جنسيتها حين إبرام العقد، وكان هذا القانون لا يجوز الطلاق أو التطليق أو الانفصال، ثم قام الزوج لاحقاً بتغيير جنسيته واكتسب جنسية جديدة يُجيز قانونها الطلاق، فقد يتتمكن الزوج من إنهاء الزواج بما يضر بمصلحة الزوجة، عبر استغلال هذا التغيير. ولذلك، يفضل الفقهاء إسناد حالات انحلال الزواج إلى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج بدلاً من قانون الزوج عند رفع الدعوى، بهدف حماية الحقوق المكتسبة للزوجة بموجب القانون المطبق حين إبرام عقد الزواج، وضمان تحقيق العدالة في العلاقة الزوجية.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>- في القانون الفرنسي، كان القضاء في السابق يخضع حالات التطليق والتفريق لقانون جنسية الزوجين. فإذا كان أحد القوانين يسمح بالطلاق بينما يحظره الآخر، يتم الحكم بالطلاق لصالح الزوج الذي يبيح قانونه ذلك. من الأمثلة البارزة على هذا المبدأ قضية السيدة فيتاري، التي انفصلت جسدياً عن زوجها الإيطالي ورفعت دعوى طلاق وفقاً للقانون الفرنسي. إلا أن محكمة النقض الفرنسية رفضت طلبها في 6 يوليو 1992، نظراً لأن الطلاق لم يكن متوافقاً مع قانون زوجها، بعد ذلك، استندت السيدة فيتاري إلى جنسيتها الفرنسية لتقديم طلب جديد للطلاق وفقاً للقانون الفرنسي، الذي حكم لها بالطلاق في النهاية. ولكن لاحقاً، عاد القضاء الفرنسي إلى تطبيق قانون الوطن المشترك للزوجين في مثل هذه الحالات، مما يعكس تحولاً نحو اعتماد قاعدة أكثر شمولية ومنصفة عند النظر في النزاعات الزوجية ذات الطابع الدولي على سليمان، المرجع السابق، ص 76، 77.

<sup>2</sup>- أما بالنسبة للمشرع التونسي، فقد أخضع انحلال الزواج وحالاته إلى القانون الشخصي المشترك بين الزوجين عند رفع الدعوى، وفي حال وجود اختلاف في الجنسية بين الزوجين، يتم تطبيق قانون آخر مقر مشترك بينهما أو قانون القاضي. أما المشرع اليمني فقد اعتمد قانون القاضي كمرجع في هذه الحالات. من جهة أخرى، أخذ المشرع المغربي بتطبيق قانون جنسية كل من الزوجين على حالات انحلال الزواج. لمزيد من التفاصيل راجع أ.د/الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 180.

<sup>3</sup>- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: تنازع القوانين، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 181.

إلا أننا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أرسن مسألة حل الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، دون التفرقة بين الطلاق والطلاق والانفصال الجسماني<sup>1</sup>. وقد اتفق المشرع مع غالبية التشريعات العربية في إخضاع هذه المسألة لقانون جنسية الزوج، وذلك استناداً إلى الدور البارز الذي يتمتع به الزوج داخل الأسرة في المجتمع، فضلاً عن إمكانية إنهاء الزواج بإرادته المنفردة، كما هو مقرر في الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>.

إن إخضاع مسألة حل الزواج لقانون جنسية الزوج عند رفع الدعوى، وفقاً للمادة 12 من القانون المدني لم يسلم من التناقضات. وبعد تعديل هذه المادة، تم إدخال نظام الانفصال الجسماني دون تمييز بينه وبين بقية حالات حل الزواج. كما تم تحديد ضابط الإسناد الذي ينطبق على حالات حل الزواج، مما أدى إلى توحيد المعالجة القانونية لهذه الحالات.

ومن الانتقادات التي وجهها الفقهاء للقانون الجزائري في هذا الصدد أن إخضاع هذه المسألة لقانون جنسية الزوج عند رفع الدعوى يُعتبر ظلماً للزوجة، لأنه قد يضر بمصالحها. وقد اقترح البعض أن تُسند مسألة حل الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، لتجنب هذه الإشكاليات، ومع ذلك، لا يمكن قبول هذا الانتقاد بشكل كامل، لأن الشروط الموضوعية للزواج وحله تأخذ في الاعتبار النظام العام.

كذلك نص المشرع على الانفصال الجسماني نظراً لأن الزواج قد يتم بين جزائري وأجنبي، أو قد يُعرض على القاضي نزاع يتعلق بأجانب، مما يجعل الانفصال الجسماني وسيلة مناسبة لحل الرابطة الزوجية<sup>3</sup>.

هذا ويفؤكد القانون المدني الجزائري في المادة 13 أن القانون الجزائري هو الذي يُطبق على انحلال الزواج إذا كان أحد الطرفين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، بغض النظر عن جنسية الطرف الآخر.

هذا النص يضمن حماية النظام القانوني الوطني ويمنع تطبيق قوانين أجنبية تتعارض مع المبادئ الأساسية لقانون الجزائري. ومع ذلك، يستثنى القانون الجزائري شرط الأهلية، الذي يظل خاضعاً لقانون الجنسية الخاص بكل طرف وفقاً للمادة 10 من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- المادة 12 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري، سالفة الذكر.

<sup>2</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص256.

<sup>3</sup>- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص181، 183.

## ب/ آثار الطلاق:

هنا، سنتناول القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الوقتية، بالإضافة إلى القانون الذي يسري على مسألة الحضانة. لنبدأ بتفصيل كل فرع.

### 1/ الإجراءات المؤقتة.

تعتبر النفقة الوقتية التي يحكم بها القاضي لصالح الزوجة المطلقة ريثما يتم الفصل في الدعوى الأصلية المتعلقة بالطلاق، من الإجراءات المهمة التي تهدف إلى حماية الحقوق المالية للزوجة، هذه النفقة تعتبر إجراءً تحفظياً ينفذ القاضي لضمان الحد الأدنى من متطلبات معيشة الزوجة خلال فترة انتظار الحكم في القضية.<sup>2</sup>

القانون الواجب التطبيق على النفقة الوقتية هو قانون القاضي، وهذا يعود لعدة اعتبارات تتعلق بالأمن العام في دولة القاضي، حيث تعتبر النفقة الوقتية جزءاً من النظام العام في بعض الأنظمة القانونية.

ويُفضل بعض الفقهاء إخضاع الإجراءات الوقتية للقانون الذي يحكم انحلال الزواج، وأبدوا انتقادات للعدالة عندما يخضع القاضي الإجراءات الوقتية بالكامل لقانون القاضي فقط. فوفقاً لهذا الرأي، يجب أن تخضع الإجراءات الوقتية للقانون الساري على انحلال الزواج، مع القبول الاستثنائي بإخضاعها لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع بناءً على اعتبارات النظام العام<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- راجع المادة 10 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، 259، 260.

<sup>3</sup>- قام القضاء الفرنسي بتوسيع نطاق اختصاصه للنظر في المنازعات المتعلقة بالأجانب، معتبراً أن للأجانب حقوقاً يجب حمايتها، وأن عدم حماية هذه الحقوق قد يؤدي إلى عدم الاستقرار ويوثر سلباً على الأمن المدني في البلاد بموجب القرار الشهير الصادر عام 1948 المعروف بقرار "باتينو" (Patino)، حيث تم توسيع تفسير المواد 14 و15 من القانون المدني الفرنسي لتشمل المنازعات المتعلقة بالأجانب، بما في ذلك تلك المتعلقة بالطلاق أو التطبيق. وقد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على ضرورة إخضاع الدعاوى المتعلقة بالطلاق أو التطبيق لقانون القاضي، وذلك باعتبارها تتعلق بسير بسيط مرفق العدالة.

وحتى وقت قريب،لم يكن القانون الجزائري يحدد بشكل صريح القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الوقتية،لكن بعد التعديل الأخير الذي أدخل على القانون المدني،تمت إضافة المادة 21 مكرر<sup>1</sup>،التي تنص على إخضاع الإجراءات الوقتية لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.هذا التعديل يعكس رغبة المشرع في تنظيم هذه المسألة بوضوح لضمان حماية حقوق الأطراف المعنية.

## 2/ الحضانة<sup>2</sup>.

تعتبر مسألة الحضانة من أهم الآثار التي تترتب على انفصال الزوجين،حيث ينظر فيها القاضي أثناء نظر الدعوى المرفوعة أمامه،وتتمثل الحضانة مرحلة من مراحل الولاية على النفس.

هذا وقد تباينت الآراء حول تكييفها القانوني،حيث انقسم الفقهاء إلى رأيين رئيسيين في هذا الشأن:

- الرأي الأول:يعتبر الحضانة كأثر من آثار الزواج،وبالتالي ترتبط بالبنوة،وقد أكد القضاء المصري على هذا الرأي بعده أحكام.
- الرأي الثاني:يُعتبر الحضانة كأثر من آثار الطلاق أو التطليق،حيث لا يثور التنازع حولها إلا بمناسبة انحلال الزواج.

ووفقاً لاتفاقية لاهاي المعقدة في 5 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، يتم إخضاع مسألة الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتمد للطفل،وذلك نظراً لأن هذا الموطن هو المكان الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقاته بالآخرين،وقد تبني القانون الإنجليزي نفس الاتجاه وأخضع الحضانة لقانون موطن الطفل.

أما القانون الجزائري فلم ينص بشكل صريح على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة،ولكن اعتبار الحضانة من آثار انحلال الزواج يعني أنها تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.ووفقاً للمادة 13 من القانون المدني الجزائري،إذا كان أحد الطرفين جزائرياً عند انعقاد الزواج،فإن القانون الجزائري يمكن أن يُطبق بالكامل.

---

<sup>1</sup>- تنص المادة 21 مكرر على ما يلي: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات الوقتية قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

<sup>2</sup>- أمين درية، المرجع السابق، ص246.

## المحور السادس: تنازع القوانين في مسائل التبني والكفالة

أحدث المشرع الجزائري في تعديل القانون المدني لسنة 2005 قاعدة إسناد جديدة خاصة بحكم تنازع القوانين في نظامي التبني والكفالة في حالة وجود طرف يحمل جنسية أجنبية .

وعرف المشرع الجزائري الكفالة في قانون الأسرة الجزائري بأنها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربيه ورعايته قيام الأب بابنه وتنم بعقد شرعي، بينما اعتبر التبني حرم شرعا وقانونا.

وتثير قضية التبني والكفالة الكثير من الإشكاليات القانونية خاصة في وجود شخص أجنبي لا يحمل الجنسية الجزائرية وفي نفس الوقت يلجأ إلى القضاء الجزائري للفصل في منازعاته المتعلقة بهذا الموضوع.

وفيما يلي سندرس القانون الواجب التطبيق على كل منها على حدا، بداية مع مسائل الكفالة (أولا) ثم مع نظام التبني (ثانيا).

### أولا: تنازع القوانين في مسائل الكفالة.

حدد المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بالكفالة في المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة الجزائري، وتهدف هذه الأخيرة إلى رعاية الأطفال وحمايتهم، حيث تتيح لمن يعثر على طفل محروم من الرعاية الأسرية أن يتولى تربيته والإنفاق عليه، مع الحرص على تنشئته تنشئة صالحة، كما أجاز القانون للكافل أن يهب ببعضًا من أمواله أو يوصي له بجزء منها ضمن الحدود المقررة شرعا وقانوناً.

من خلال هذه الدراسة سنتناول مفهوم الكفالة (أ) ثم القانون الواجب التطبيق على مسائل الكفالة في حالة التنازع بين القوانين (ب).

#### أ/ مفهوم الكفالة.

نبدأ بتعريف الكفالة ثم نحدد شروطها .

#### 1/ تعريف الكفالة:

الكفالة مشتقة من الفعل الثلاثي "كَفَّلَ" بفتح الفاء، و"كَفِّلَ" بضمها، و"كَفِلَ" بكسرها، ويأتي مضارعه "يَكْفُلُ". قال: "تَكْفُلُ بِهِ" ، كما وردت الكلمة بصيغ أخرى مثل "كَفْلًا" و"كَفَالَة" ، وجميعها تشير إلى معنى

"الضمان". أما الكافل فهو من يتولى رعاية شخص آخر و يعوله<sup>1</sup>. وقد ورد الفعل "كَفَلَ" في القرآن الكريم بمعنى تحمل المسؤولية عن شخص آخر ورعايته، حيث يدل الكافل على من يقوم برعاية شؤون إنسان آخر ويكتفى بذلك في قوله تعالى: "فَتَقْبَلَهَا رَبُّهَا بِقُبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَثَهَا بَيْنًا حَسَنًا وَ كَفَلَهَا زَكْرِيَّاً" <sup>٣٧</sup><sup>٢</sup>.

وعرفها المشرع الجزائري في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: "الكافالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربيه ورعايته قيام الأب بابنه وتنتم بعقد شرعي"<sup>3</sup>.

#### ٤/ شروط الكفالة:

يتطلب المشرع الجزائري توفر مجموعة من الشروط الخاصة بالكافل، والممثل الشرعي للمكفول (الأبوين أو المؤسسات)، وأيضاً شروط تتعلق بالمكفول نفسه.

#### ١-٢/ الشروط الخاصة بالكافل.

- الإسلام: يجب أن يكون الكافل مسلماً لضمان تنشئة الطفل تربية إسلامية سليمة، ويتحقق القاضي من إسلام الكافل من خلال الشهادات أو الأدلة والشهود عند الحاجة.

- العقل والأهلية: يجب أن يكون الكافل عاقلاً، غير مصاب بأي خلل عقلي، ومتمنعاً بالأهلية القانونية كما تشرط فيه أهلية الوجوب والأداء، أي قدرة الكافل على التصرف وإبرام العقود.

- القدرة المادية والجسدية: يجب أن يتمتع الكافل بقدرة جسدية تمكنه من رعاية الطفل، كما يجب أن يكون الكافل قادرًا مالياً على توفير احتياجات الطفل، مع تقديم وثائق تثبت مصدر الدخل، ككشف راتب أو سجل تجاري، بالإضافة إلى توفر سكن ملائم.

#### ٢-٢/ الشروط الخاصة بالممثل الشرعي للمكفول.

---

<sup>1</sup>- ابن المنظور الأنباري أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي، معجم لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، 1414، ص 31.

<sup>2</sup>- سورة آل عمران، آية 37.

<sup>3</sup>- راجع المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري

<sup>4</sup>- مساعدة أمينة: "الحماية القانونية للطفل في إطار نظام الكفالة"، مجلة دائرة البحث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، جامعة لونيسى على، البليدة، العدد 06، جانفي 2019، ص 80 وما بعدها.

-الأبوين: في حالة وجود الأبوين، يتشرط الحصول على موافقتهما للكفالة، ويتحقق القاضي أو الموثق من رضا الأبوين عند إبرام عقد الكفالة.

-المؤسسات: تُكفل الأطفال الذين لا تتوفر لهم عائلات من قبل مؤسسات رعاية تحت إشراف وزارة التضامن، ويُشترط أن تكون المؤسسة ذات طابع عمومي وإداري، ولديها الموارد المالية والبشرية لرعاية الأطفال.

### 3/ الشروط الخاصة بالمكفول.

-أن يكون قاصراً: الكفالة مخصصة للأطفال الذين لم يبلغوا سن الرشد القانوني (19 سنة)، يتم التأكيد من عمر المكفول من خلال تحقيق يجريه القاضي أو الموثق.

-النسب: يمكن أن يكون المكفول معلوم النسب أو مجهول النسب، ومعلوم النسب هو من يُعرف والداه بالزواج الصحيح أو نكاح الشبهة<sup>1</sup>، أما مجهول النسب فيكون نتيجة علاقة غير شرعية أو ظروف اجتماعية مثل الحروب أو الكوارث، وتنتمي كفالة هؤلاء الأطفال بموافقة دار الرعاية التي كانوا تحت إشرافها.

#### ب/ القانون الواجب التطبيق على مسائل الكفالة:

اختار المشرع الجزائري منذ البداية عند معالجة تنازع القوانين في مسائل الأسرة أن يخضع مسائل الأحوال الشخصية لضابط الجنسية، ونظرًا لأن الكفالة تعتبر من ضمن الأحوال الشخصية، فقد قرر أيضًا أن تخضع لقانون جنسية الكفيل والمكفول. وفيما يلي نتناول القانون الواجب التطبيق على الجانب الإجرائي للكفالة ثم على آثار الكفالة.

#### 1/ القانون الواجب التطبيق على الجانب الإجرائي.

وفقاً لنص المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني<sup>2</sup>، فإن القانون الذي يجب تطبيقه على الكفالة هو قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائهما، أي بشكل موزع فيما يتعلق بإجراءات إنشاء

---

<sup>1</sup> - تنص المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب".

<sup>2</sup> - راجع المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

الكافالة، بينما يظل شكل التصرف خاضعاً لقانون مكان الإبرام، كما هو منصوص عليه في المادة 19 من القانون المدني<sup>1</sup>، أما بالنسبة للأهلية، فإنها تبقى خاضعة لقانون الجنسية وفقاً للمادة 10 من نفس القانون<sup>2</sup>.

## 2/ القانون الواجب التطبيق على آثار الكفالة.

تترتب آثار الكفالة، بما في ذلك الحقوق والالتزامات المتعلقة بطرف العلاقة، مثل تحديد اسم المكفول وانت茂ه العائلي، وحق الميراث، والسلطة الأبوية وفقاً لقانون جنسية الكفيل. وقد فضل المشرع اعتماد قانون جنسية الكفيل نظراً لأن هذا الشخص هو الذي يتحمل الالتزامات الناتجة عن عقد الكفالة، ومع ذلك، لم تحدد المادة بشكل واضح متى يتم الأخذ بقانون جنسية الكفيل، كما فعلت عند تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات الكفالة، ومن المحتمل أن يكون قانون جنسية الكفيل ساري المفعول في وقت رفع الدعوى<sup>3</sup>.

### ثانياً: تنازع القوانين في موضوع التبني.

كان نظام التبني من بين الأنظمة التي تحرص على مصلحة ورعاية الطفل (مثل الحضانة، الكفالة، والنسب)، إلى أن جاءت المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري قاطعة وصريحة في منع التبني<sup>4</sup>، ومع ذلك، فإن هذا لا يعني استحالة عرض نزاع ذي عنصر أجنبي يتعلق بالتبني على المحاكم الجزائرية. لذلك وضع المشرع الجزائري ضابط إسناد له ضمن أحکام القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري. وفيما يلي، سنعرض مفهوم التبني (أ)، ثم القانون الواجب التطبيق على مسائل التبني (ب).

#### أ/ مفهوم التبني.

للاطلاع على مفهوم التبني وجب عرض تعريفه، ثم بيان أوجه التشابه والاختلاف بينه وبين الكفالة.

<sup>1</sup>- المادة 19 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

<sup>2</sup>- سبق التطرق لها في محور سابق.

<sup>3</sup>- المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

<sup>4</sup>- تتضمن المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يعني التبني شرعاً وقانوناً".

## 1/تعريف التبني:

إن مصطلح "التبني" في اللغة العربية مشتق من الفعل "تبني"، حيث يُقال "تبني الصبي" بمعنى ادعى بنوته واتخذه ابناً<sup>1</sup>. أما في المجال القانوني، فلم يقم المشرع الجزائري بتعريف التبني، بل اكتفى بمنعه بموجب المادة 46 من قانون الأسرة سالف الذكر.

عرفه الفقهاء بأنه عملية إلحاقي شخص بشخص آخر بغض النظر عن نسبه، سواء كان معلوماً أو مجهولاً، مع التأكيد على أن الشخص المتبنى ليس من نفس العائلة. تتم هذه العلاقة بين طرفين، أحدهما هو المتبنى الذي قد يكون رجلاً أو امرأة، والآخر هو الطفل المتبنى.

يمكن أن يكون الطفل المتبنى معروفاً بالنسب أو مجهولاً بالنسب، كما أن عملية التبني تختلف عن النسب القانوني أو الشرعي، فهي لا تتضمن إقراراً قانونياً بالنسب بل تهدف إلى إنشاء علاقة قانونية جديدة بين المتبنى والمتبني، حيث أن الإقرار بالنسبة يعتبر مثبتاً لحقيقة وبكشف عنها<sup>2</sup>.

## 2/ الفرق بين نظامي التبني والكافالة:

نبدأ أولاً مع أوجه التشابه ثم أوجه الاختلاف.

### 2-1/ أوجه التشابه بين التبني والكافالة.

يتتشابه نظام التبني والكافالة في عدة نقاط رئيسية، منها:

- كلا النظامين يشيران إلى ضم طفل صغير إلى أسرة ليست أسرته الحقيقة.

- تم ذكر كلا النظامين في القرآن والسنة النبوية، حيث اتفق الفقهاء على أحکامهما.

- يركز كلا النظامين على رعاية وحماية الطفل القاصر والاهتمام بشؤونه، سواء كان معلوماً أو مجهولاً بالنسب.

<sup>1</sup> - إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، المجلد الأول، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، مصر، ص 72.

<sup>2</sup> - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 224.

-يتيح كل من الكافل أو المتبني الولاية على مال ونفس الطفل القاصر، حيث يُعامل معاملة الابن الحقيقي رغم معرفتهم بأنه ليس كذلك.

## 2- أوجه الاختلاف بين التبني والكفالة<sup>1</sup>.

رغم أوجه الشبه بين التبني والكفالة، هناك اختلافات جوهرية تظهر في النقاط التالية:

-الكفالة تعتبر من الأمور المستحبة التي دعا إليها الإسلام، وقد نظمها المشرع الجزائري بموجب نصوص في قانون الأسرة، بالإضافة إلى تنظيم مسألة الألقاب للأطفال للقطاء ومجهولي النسب، في حين أن التبني يعتبر محظياً، حيث نهى عنه الإسلام ومنعه المشرع الجزائري وفقاً للمادة 46 من قانون الأسرة<sup>2</sup>.

-الكفالة تعني تعهد الشخص بتربية الطفل وتولي شؤونه المادية والمعنوية، مع عدم جواز نسب المكفول إلى الكافل، بالمقابل، التبني يتضمن أن يتخذ الشخص ولداً له، مما يمنحه جميع حقوق الابن الشرعي بما في ذلك اللقب والنسب.

-يمكن للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بما لا يتجاوز ثلاثة ممتلكاته، وفقاً للمادة 123 من قانون الأسرة الجزائري<sup>3</sup>، أما التبني فيمنح الطفل الحق في الإرث من متبنيه، مما يجعله وارثاً له.

-حرمة المصادرة تثبت في حالة التبني، بينما لا تثبت بسبب الكفالة.

-يتطلب التبني حكماً قضائياً غير نهائياً قابل للطعن، مما يسمح بتعديله أو الرجوع عنه. بينما الكفالة هي عقد يُصادق عليه بموجب أمر قضائي يعد نهائياً وغير قابل للطعن، لما له من قوة الشيء المضي فيه.

-تنتهي الكفالة لأسباب محددة منصوص عليها في قانون الأسرة<sup>4</sup>. في حين أن التبني ينتهي بنفس الطريقة التي نشأ بها، أي من خلال حكم قضائي، مع مراعاة مصلحة الطفل.

---

<sup>1</sup>- بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 250، 251.

<sup>2</sup>- راجع المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup>- راجع المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>4</sup>- راجع المادتين 124 و 125 من قانون الأسرة الجزائري، سالف الذكر.

## 2/ القانون الواجب التطبيق على مسائل التبني.

وفقاً لما ورد في الفقرة الثانية من المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، فإنها تنص على تطبيق نفس الأحكام على التبني، إلا أن هذه القاعدة لا تهدف إلى إنشاء حق جديد، حيث إن إنشاء الحقوق المتعلقة بالتبني قد يثير مخاوف مرتبطة بمخالفة النظام العام، بل قصد المشرع من خلالها تحديد القانون الواجب تطبيقه على النزاعات المتعلقة بالتبني التي تطرح أمام القاضي الجزائري، وذلك على أساس "الأثر المخفف للنظام العام".<sup>1</sup>

ومع ذلك، يُنتقد نص المادة 13 مكرر 1 لأنها أخصبت التبني لنفس الأحكام القانونية الخاصة بالكافلة، أي أن إجراءات التبني تخضع لقانون جنسية كل من المتبني والمتبني، في حين أن آثار التبني تخضع لقانون جنسية المتبني وحده، وبالتالي، يمكن للقاضي الجزائري إبطال التبني إذا لم يكن قد تم وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية، وهو ما بعد مخالفة لمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة.

كما يبدو أن النص يتحدث أيضاً عن إنشاء التبني عندما يشير إلى أن صحة التبني تتعلق بقانون جنسية المتبني والمتبني وقت إبرام التبني، في حين أن التبني لا يمكن إجراؤه في الجزائر إطلاقاً.<sup>2</sup>

تردد المسألة تعقیداً إذا تم إنشاء التبني في دولة أجنبية بموجب قانون لا يعتمد على جنسية كلا الطرفين لإنشاء العلاقة، أو يعتمد فقط على جنسية أحدهما. وإذا عرض على القاضي الجزائري نزاع متعلق بالتبني الذي تم في هذه الظروف، فإن القاضي ملزم بالرجوع إلى نص المادة 13 مكرر 01 من القانون المدني والتي تحيله إلى قانون جنسية المتبني والمتبني وقت إبرام التبني، وفي حالة عدم الأخذ بجنسية المتبني عند إنشاء التبني، فإن ذلك قد يؤدي إلى عدم الاعتراف بهذا الحق المكتسب نهائياً.<sup>3</sup>

وفي حالة إنشاء التبني في دولة أجنبية مثل فرنسا، وكان المتبني جزائرياً يعيش في فرنسا ويحمل الجنسية الفرنسية، وسمح القانون الفرنسي بتبني طفل يمنع قانون جنسيته التبني، وطرحت القضية أمام

---

<sup>1</sup> - عالم الساجي، إشكالية التبني والكافلة في المجتمع الجزائري مقارنة انثربولوجية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، عدد 04، ص 281.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 282.

<sup>3</sup> - يحيى أحمد زكريا الشامي، التبني في الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 37.

قاضٍ جزائري، فإنه سيجد صعوبة في تطبيق قانون جنسية المتبني بسبب تعارضه مع الأحكام الشرعية والقانونية الجزائرية التي تمنع التبني<sup>1</sup>.

وحتى في حالة كون المتبني مزدوج الجنسية (جزائرية وفرنسية)، سيفعل القاضي أحكام المادة 22 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>، ما قد يؤدي إلى إبطال المركز القانوني الذي أنشأه وفق قانون دولة أجنبية.

بناءً على ذلك، نقترح إعادة النظر في نص المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني، وخاصة فقرتها الثانية، وإخضاع التبني بكل جوانبه للقانون الذي تم إنشاء التبني في ظله لضمان وضوح واستقرار الأحكام المتعلقة به.

---

<sup>1</sup>- عالم الساجي، المرجع السابق، ص 281.

<sup>2</sup>- تنص المادة 22 من القانون المدني على: "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقة. 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 وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون المواطن أو قانون محل الإقامة".

## المحور السابع: تنازع القوانين في الميراث والتبرعات.

ُطرح إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الإرث والتبرعات باعتبارها من أعقد المسائل في مجال تنازع القوانين، وذلك نتيجة التباين الجوهرى بين النظام القانوني الجزائري الذي يستمد أحکامه في هذا المجال من مبادئ الشريعة الإسلامية وبين النظم الغربية ذات الطابع العلماني التي تفصل بين القانون والدين.

وتتعقد هذه الإشكالية أكثر بسبب الطبيعة المزدوجة للميراث وللتصرفات التبرعية، اللذان يتدخل فيهما الجانب الشخصي المتعلق بأطراف العلاقة مع الجانب العيني المرتبط بالمال المتراكك أو المال المترعرع به، مما يؤدي إلى تضارب في تكييف المسألة وإلى صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق بدقة. فيما يلي سندرس تنازع القوانين في مسائل الميراث (أولا) ثم في التصرفات التبرعية (ثانيا).

### أولاً: تنازع القوانين في الميراث.

يعتبر الميراث الناتج عن الزواج المختلط، حيث يختلف الزوجان في الدين أو الجنسية، من أبرز مصادر الخلاف بين التشريعات القانونية. وتتبع هذه الخلافات من اختلاف المراجعات التي تستند إليها تلك التشريعات؛ فبعض الدول تعتمد الدين كمرجع أساسي، كما هو الحال في الدول ذات الطابع الإسلامي، في حين تستند دول أخرى إلى أسس علمانية، حيث لا يُعترف فيها بالمعتقدات أو القيم الدينية.

بناءً على ذلك، تتبني هذه الأنظمة العلمانية مقاربات مادية بحتة في تنظيم الميراث، مما يؤدي إلى ظهور صعوبات قانونية في تكييف مسائل الميراث في حالات الزواج المختلط.

وتبرز من بين هذه الصعوبات مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على التركة، وهو ما قد يثير تعقيدات إضافية عند وجود تعارض بين القوانين الوطنية والدينية.

في هذا الجزء من الدراسة، سنعرض بداية لمفهوم الميراث (أ) ثم القانون الواجب التطبيق على مسائل الميراث (ب).

## أ/ مفهوم الميراث.

الميراث هو انتقال ملكية أموال الميت إلى ورثته الأحياء، سواء تعلق الأمر بمال منقول أو عقار أو أي حق من الحقوق التي يمكن أن تنتقل بالإرث وفقاً للأحكام الشرعية<sup>1</sup>، وهو أيضاً خلافة شخص آخر حكم القانون فيما تركه من ممتلكات أو حقوق بعد وفاته<sup>2</sup>.

كما يعرف الميراث في الاصطلاح الشرعي بأنه ما يستحقه الوارث من تركة مورثه بناءً على سبب من أسباب الإرث، سواء كان المتروك مالاً، أو عقاراً، أو حقاً من الحقوق الشرعية وهو علم يعني بتحديد أنواع المستحقين للتركة الصافية، وتبيين نصيب كل وارث سواء كان واحداً أو متعددين، وبيان كيفية تصفية التركة وتسليمها إلى مستحقيها وفقاً للأحكام الشرعية<sup>3</sup>.

## ب/ القانون الواجب التطبيق على مسائل الميراث.

ظهرت عدة اتجاهات ونظريات لتحليل مسألة التنازع القانوني في الميراث، وتركز هذه النظريات على تحديد القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث، فقد ميّزت بعض الاتجاهات بين الميراث في العقارات والميراث في المنقولات؛ حيث يخضع الميراث في العقار لقانون موقع العقار، بينما يخضع الميراث في المنقول إما لقانون موطن المتوفى، كما هو الحال في فرنسا وبريطانيا، أو لقانون جنسية المتوفى كما في النمسا، وال مجر، ورومانيا.

وفي المقابل، نجد بعض الاتجاهات الأخرى التي تدعو إلى تطبيق قانون واحد على الميراث بغض النظر عن نوع المال الموروث. ورغم أن هذه الاتجاهات تتباين فيما بينها، إلا أن بعضها يؤيد تطبيق قانون موطن المورث وقت وفاته، بينما يأخذ البعض الآخر بقانون جنسية المورث<sup>4</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد اعتبر الميراث مرتبطاً بنظام الأسرة، مما يجعله من الأحوال الشخصية وليس من الأحوال العينية. وبغض النظر عن كون الميراث منقولاً أو عقاراً، فإنه يخضع لقانون واحد وهو

<sup>1</sup>- منصور كافي، علم الفرائض في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، 2005، ص30.

<sup>2</sup>- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص268.

<sup>3</sup>- بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص22.

<sup>4</sup>- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص337، 338.

قانون الأسرة الذي يتولى بيان أحكام الميراث<sup>1</sup>، ووضع قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث من خلال نص الفقرة الأولى للمادة 16 من القانون المدني<sup>2</sup>، والتي اعتبر من خلالها أن القانون الواجب التطبيق على الميراث هو قانون جنسية الهاك وقت وفاته.

ولقد اتبع المشرع الجزائري مبدأ وحدة التركة، حيث لا يفرق بين الميراث في العقار والميراث في المنقول، وهذا يتعارض مع ما استقر عليه القضاء الفرنسي، الذي يميز بين النوعين، إذ يخضع الميراث في العقار لقانون موقع العقار، بينما يخضع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى<sup>3</sup>.

## ثانياً: تنازع القوانين في التبرعات.

تناول المشرع الجزائري التبرعات في قانون الأسرة، وخصص لها الكتاب الرابع منه. في هذا الجزء من الدراسة سنبدأ أولاً بوضع مفهوم واضح للتبرعات (أ) ثم نحدد القانون الواجب التطبيق على كل تصرف من التصرفات التبرعية (ب).

### أ/ مفهوم التبرعات.

لم يورد القانون الجزائري تعريفاً محدداً للتصرف التبرعي، كما هو الحال في غالبية التشريعات. ولكن عند الرجوع إلى القانون المدني، نجد أن المشرع الجزائري عَرَف عقد المعاوضة<sup>4</sup> بأنه العقد الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما. وبناءً على ذلك، يمكننا تعريف عقد التبرع بأنه العقد الذي لا يحصل فيه أحد المتعاقددين على مقابل.

في إطار قانون الأسرة، تناول المشرع الجزائري في الكتاب الرابع تحت عنوان "التبرعات"<sup>5</sup> أهم التصرفات التبرعية وأكثرها شيوعاً وخطورة، والتي تشمل الوصية، والهبة، والوقف.

<sup>1</sup>- راجع المواد من 126 إلى 183 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup>- تنص المادة 16 من القانون المدني على ما يلي: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تتفذ بعد الموت قانون جنسية الهاك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته. ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما".

<sup>3</sup>- حبار محمد، المرجع السابق، ص 141.

<sup>4</sup>- المادة 58 من القانون المدني الجزائري تنص على أن: "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما".

<sup>5</sup>- راجع المواد من 184 إلى 220 من قانون الأسرة الجزائري.

تُعتبر هذه التصرفات جزءاً أساسياً من التصرفات القانونية التي تهدف إلى نقل الملكية أو الحق بدون مقابل، مما يعكس روح العطاء والتكافل في المجتمع. سنتناول فيما يلي تعريف هذه التصرفات التبرعية كل منها على حدٍ.

## 1/ الهبة:

استقر المشرع الجزائري على اعتبار الهبة من الأحوال الشخصية، على الرغم من كونها عقداً ناقلاً للملكية مثلسائر العقود، وقد عرفها المشرع الجزائري بأنها تملك بلا عوض، مع جواز أن يشترط الواهب على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تمامه على إنجاز الشرط<sup>1</sup>.

وعليه، فإن الهبة كتصرف تبرعي مختلف عن الوصية في أن آثارها تترتب أثناء حياة الواهب، على عكس الوصية التي تُبرم في حياة الموصي ولكن لا تترتب آثارها إلا بعد وفاته. هذا الاختلاف يعكس طبيعة كل من التصرفين والغاية منها، حيث تُستخدم الهبة كوسيلة لنقل الملكية بشكل مباشر، بينما تهدف الوصية إلى تحديد توزيع الملكية بعد الموت.

## 2/ الوصية:

تعرف الوصية في اصطلاح الفقهاء بأنها تصرف قانوني يُضاف إلى ما بعد الموت، يُعتبر من أسباب نقل الملكية في الإسلام، وتعطي الحق لصاحب المال في تحديد مصير جزء من تركته، حيث يمكنه أن يوجهها وفقاً لرغبته.

كما تُعتبر الوصية مقدمة على الميراث، ولكن في حدود ثلث التركة فقط، أي أنه لا يجوز أن تتجاوز الوصية هذا المقدار، وذلك لضمان حقوق الورثة الشرعيين<sup>2</sup>، وعرفها المشرع في قانون الأسرة الجزائري بأنها تملك مضاد لما بعد الموت بطريق التبرع<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>-راجع المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري

<sup>2</sup>- قويدر لوعيل، عكاشه راجع: "تنازع القوانين في الميراث والوصية والوقف في التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 08، 2017، ص194.

<sup>3</sup>-راجع المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري.

الوقف هو "حبس المال عن التصرف فيه، مع تخصيصه لانتفاع به في وجوه الخير، بحيث يبقى الأصل محفوظاً و تستغل عوائده". ويعرف الوقف أيضاً بأنه "حبس الأصل وتسبيل الثمرة"، حيث يمنع الواقف التصرف في المال الموقوف، ويُخصص دخله لانتفاع في أهداف معينة، مثل دعم المشروعات الخيرية، ورعاية القراء، أو تعزيز التعليم.<sup>1</sup>

بـ/ القانون الواجب التطبيق على التبرعات (الوصية والهبة والوقف).

أُسند المشرع الجزائري موضوع الوصية إلى قانون جنسية الموصي وقت الوفاة، وهو ما أكدته من خلال المادة 16 من القانون المدني الجزائري.<sup>2</sup>

ومن الجدير بالذكر أن قانون جنسية الموصي وقت الوفاة يسري على مختلف الأحكام الموضوعية المتعلقة بالتصرفات التي تُضاف إلى ما بعد الموت، بما في ذلك تحديد شروط عمل الوصية، والنصيب الجائز بالإصاء به، وأثار الوصية. ومع ذلك، يُستثنى من هذا المجال أهلية الإصاء، التي تظل خاضعة لقانون جنسية الموصي وقت إبرام الوصية.<sup>3</sup>

أما بخصوص الهبة، فقد اتجه المشرع الجزائري، بموجب التعديل، إلى إخضاعها لقانون جنسية الواهب وقت إجرائها، وذلك من خلال إضافة فقرة ثانية للمادة 16 من القانون المدني<sup>4</sup>، ويسري هذا القانون على مختلف الأحكام الموضوعية للهبة، بما في ذلك تحديد أهلية الواهب، ومدى جواز الهبة لوارث، وأحوال الرجوع فيها، وبطليانها، وهو نفس ما يسري على الوقف أيضاً.

تجدر الإشارة إلى أن تطبيق القانون المختص بالوصية والهبة والوقف يبقى مقيداً بعدم تعارضه مع مقتضيات النظام العام لدولة القاض. وفي الأخير نؤكد أنه من الناحية الشكلية جميع هذه التصرفات تخضع لحكم المادة 19 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر والتي تم التطرق إليها سابقاً.

<sup>1</sup> - قويدر لوعيل، عاكاشة راجع، المرجع السابق، ص 198.

<sup>2</sup> - الفقرة 01 من المادة 16 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

<sup>3</sup> - كمال عليوش قريوط، المرجع السابق، ص 269.

<sup>4</sup> - الفقرة 02 من المادة 16 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

## \*الخاتمة.

تُثْرِي العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي في مجال الأسرة العديد من الإشكالات القانونية المعقّدة، لما تتضمنه من عناصر أجنبية تؤدي إلى تداخل الأنظمة القانونية واختلاف الأحكام المطبقة على العلاقة الواحدة.

ومن أبرز هذه الإشكالات، مسألة التكيف القانوني للعلاقة محل النزاع، وهي الخطوة الأولى والأساسية التي تُبْنِي عليها باقي الحلول، إذ من خلالها يتم تصنيف العلاقة القانونية وفق إحدى الفئات القانونية المعتمدة في النظام القانوني الوطني، مما يسمح بتحديد ضابط الإسناد المناسب لها. ثم يلي ذلك تحديد القانون الواجب التطبيق، والذي يقتضي بدوره البحث في مدى توافر أحد ضوابط الإسناد التي تشير إلى القانون الأصلح لحكم العلاقة محل النزاع.

ولا تقف الصعوبات عند هذا الحد، بل تمتد إلى مسائل أخرى مثل تعدد الجنسيات، سواء في حالة ازدواج الجنسية أو تعددها، وما ينجر عن ذلك من تردد بين أكثر من قانون وطني، وكذلك حالات استبعاد القانون الأجنبي عندما يتعارض تطبيقه مع النظام العام للدولة المختصة، وهو ما يستوجب التدخل لضمان احترام المبادئ الأساسية للنظام القانوني الوطني.

ومن خلال دراستنا لموضوع تنازع القوانين في مجال الأسرة، يتضح أنه من بين المواضيع الجوهرية في القانون الدولي الخاص، لما له من ارتباط مباشر بالحياة الشخصية والروابط العائلية للأفراد، وقد نشأت نظرية تنازع القوانين وتطورت في ظل المدارس الفقهية الكبرى، التي قدمت حلولاً قانونية لتجاوز معضلات هذا التنازع، خاصة في ظل غياب قواعد موحدة على المستوى الدولي.

وقد كان للاجتهاد القضائي دور كبير في بلورة هذه الحلول، وعلى وجه الخصوص القضاء الفرنسي الذي أسهم بشكل فعال في تطوير القواعد القضائية في هذا المجال. هذه الحلول لم تبق حبيسة النظريات الفقهية أو السوابق القضائية، بل تم تبنيها في العديد من التشريعات الوطنية، ولا يزال بعضها معمولاً به إلى اليوم.

ويُعَدُ المشرع الجزائري من بين المشرعین الذين استلهما من هذه المدارس الفكرية والتجارب القضائية عند صياغة القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، وهو ما تجسّد من خلال أحكام القانون المدني

الجزائري، خاصة بعد التعديل الذي أدخل عليه بموجب القانون رقم 05-10، والذي جاء ليعدل ويتمم القانون المدني، ويعيد النظر في بعض قواعد الإسناد المرتبطة بالعلاقات القانونية ذات الطابع الدولي.

وفي هذا الإطار، حاولت من خلال هذه المطبوعة البيداغوجية توسيع الأفق النظري والتحليلي من خلال تأصيل الأفكار المطروحة بالرجوع إلى آراء فقهاء القانون، سواء في الفقه الغربي أو العربي، ودعم ذلك بالمقارنة بين التشريع الجزائري ونظيره الأجنبي، فضلاً عن الاعتماد على قرارات المحكمة العليا الجزائرية، وأهم الاجتهادات القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية، لما لها من قيمة مرجعية في ميدان تنازع القوانين في مسائل الأسرة.

ومن خلال التحليل النقدي لقواعد الإسناد الواردة في التشريع الجزائري، يتبيّن أن المشرع لم يول بعض المسائل القانونية الحيوية العناية الكافية، حيث اتسمت بعض النصوص بالغموض أو الارتباك في الصياغة، مما أدى إلى اضطراب في فهم وتطبيق بعض القواعد القانونية. ويتصحّ ذلك على سبيل المثال من خلال نص المادة 12 من القانون المدني، التي أثارت جدلاً حول طبيعة الأحوال الشخصية وقواعد الإسناد المرتبطة بها. كما يلاحظ أن المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري قد أفرزت نظاماً قانونياً خاصاً بالأجانب دون أن يكون له ما يبرره بالنسبة للجزائريين، مما يثير تساؤلات حول انسجام المنظومة القانونية في هذا المجال.

لذلك، يبدو جلياً أن هناك حاجة ماسة إلى تدخل تشريعي لمراجعة بعض النصوص القانونية المتعلقة بقواعد الإسناد في القانون المدني الجزائري،قصد توضيح المقصود منها ورفع كل لبس وغموض قد يترتب على تطبيقها، بما يحقق الأمن القانوني ويوفر إطاراً واضحاً لحل النزاعات ذات الطابع الدولي في ميدان الأسرة.

إن مقياس تنازع القوانين في مسائل الأسرة من أهم المقاييس المبرمجة في السنة الأولى ماستر لطلبة لقانون الأسرة لما له من أهمية علمية وعملية، لذلك ننصح طلبة الحقوق بالتركيز على هذا المقياس لما له لاحقاً من أهمية في حياتهم العملية.

## **\*قائمة المصادر والمراجع:**

\*أولاً: القرآن الكريم.

\*ثانياً: النصوص القانونية.

-الدساتير.

.1 - المرسوم الرئاسي 442/20، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتضمن التعديل الدستوري،  
الجريدة الرسمية، العدد 82، الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

-القوانين.

.2 القانون 09/08، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،  
الجريدة الرسمية، العدد 21، صادرة بتاريخ 23 أفريل 2008، المعديل والمتم بالقانون رقم 13/22  
المؤرخ في 12 يوليو 2022، الجريدة الرسمية، العدد 48، الصادرة في 17 يوليو 2022.

.3 القانون 48-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعديل والمتم بالامر 05-02  
المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية العدد 15، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

-الأوامر.

.1 الأمر 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعديل والمتم بالقانون رقم 06/24 المؤرخ في 28 أفريل 2024، الجريدة الرسمية، عدد 30، الصادرة في 30 أفريل 2024.

.2 الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، صادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعديل والمتم بالقانون رقم 07/05 المؤرخ في 13 ماي 2007، الصادر في الجريدة الرسمية، العدد 31، الصادرة في 13 ماي 2007.

.3 الأمر رقم 59/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 78، صادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعديل والمتم بالقانون رقم 22/09، المؤرخ في 05 ماي 2022، الجريدة الرسمية، العدد 32، الصادرة في 14 ماي 2022.

ثانياً: المراجع:

## ١- الكتب:

- <sup>١</sup>- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، الأردن، 1997.
- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الأولى، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010.
- فاطمة بوخاري، حازب ربيعة، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط: دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمقارن، المجلة الجزائرية للدراسات الإنسانية، 2021.
- عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص في القانون اللبناني والمصري، 1969.
- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين - تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2016.
- بلقاسم اعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002.
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة 04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- <sup>١</sup>- دريد عبد الرزاق، الوفي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، 2010.
- <sup>١</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، مصر ، 2008.
- منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر ، لبنان، 1957.
- <sup>١</sup>- إسعاد موحد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1989.
- <sup>١</sup>- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء 02، مطبع الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة 11، 1986.

- <sup>1</sup>- عليوش قريوع كمال،القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة 03، دار هومة، الجزائر ،2011.
- <sup>1</sup>- عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر -نظيرية التكيف-دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، والجزائر ،2008.
- <sup>1</sup>- فؤاد عبد المنعم رياض،سامية راشد،ال وسيط في القانون الدولي الخاص،تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1975.
- <sup>1</sup>- سعيد يوسف البستاني،القانون الدولي الخاص -تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين ، المعاهدات ، التحكيم التجاري الدولي )، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2004.
- محمد وليد المصري،الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص،دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن ، 2011.
- <sup>1</sup>- ممدوح عبد الكريم،القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين-،الطبعة الأولى،دار الثقافة،الأردن ، 2005.
- <sup>1</sup>- أحمد مسلم،القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان،دار النهضة العربية ، لبنان،دون سنة نشر .
- <sup>1</sup>- نادية فضيل،تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني،دار هومة،الجزائر ، 2001.
- <sup>1</sup>- عشوش أحمد عبد الحميد،تنازع القوانين في مسائل الأهلية ، دراسة مقارنة،مؤسسة شباب الجامعة ، مصر ، 1989.
- <sup>1</sup>- بناسي شوقي،نظيرية الحق في القانون الوضعي الجزائري،دار الخلدونية،الجزائر ،الطبعة الأولى ، 2010.
- <sup>1</sup>- عمار بوضياف،النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، جسور للنشر والتوزيع،الطبعة الأولى ، 2010.

- <sup>١</sup>- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- <sup>١</sup>- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
- <sup>١</sup>- حبار محمد، القانون الدولي الخاص، دار الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- <sup>١</sup>- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
- <sup>١</sup>- نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر الجزائري، 2013.
- <sup>١</sup>- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية-النظرية العامة للحق، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.
- <sup>١</sup>- أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية-النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.
- <sup>١</sup>- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- <sup>١</sup>- عبدة جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
- <sup>١</sup>- منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، مصر، 1992.
- <sup>١</sup>- ماجد الحلواني، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1974.
- <sup>١</sup>- وائل بن دق، قضايا القانون الدولي الخاص، طبعة 05، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2010.
- <sup>١</sup>- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009.
- <sup>١</sup>- فتيبة عماري: "قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، المجلد 36، العدد 02، 1999.

<sup>١</sup>- يوسف مسعودي، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2012.

أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

<sup>١</sup>- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: تنازع القوانين، دار الثقافة، الأردن، 2010.

<sup>١</sup>- ابن المنظور الأنباري أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي، معجم لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، 1414.

عمارة عمار، تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، محاضرة التكيف والإسناد، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة محمد بوضياف ،المسلية ،السنة الجامعية 2020-2021 .

<sup>١</sup>- مساعدية أمينة: "الحماية القانونية للطفل في إطار نظام الكفالة"، مجلة دائرة البحث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، جامعة لونيسى على، البليدة، العدد 06، جانفي 2019.

<sup>١</sup>- إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، المجلد الأول، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، مصر.

<sup>١</sup>- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، الطبعه الأولى، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

<sup>١</sup>- علام الساجي، إشكالية التبني والكفالة في المجتمع الجزائري مقارنة انتروبولوجية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، عدد 04.

<sup>١</sup>- يحيى أحمد زكريا الشامي، التبني في الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

<sup>١</sup>- منصور كافي، علم الفرائض في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، 2005.

<sup>١</sup>- بلحاج العربي، أحكام التراثات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009.

<sup>1</sup>- قويدر لوعيل، عكاشة راجع، "تنازع القوانين في الميراث والوصية والوقف في التشريعات العربية والاجتهداد القضائي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور ، الجلفة، العدد 08، 2017.

أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

<sup>1</sup>- أمين درية، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، 2011.

محمد ضو فضيل: "قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص"، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة الطائف، المملكة العربية السعودية، العدد 95، يوليو، 2021.

فطيمة موشعال، دور الجنسية في حل تنازع القوانين، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2012.

<sup>1</sup>- كمال سمية: "تطبيق قانون القاضي على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سidi بلعباس، الجزائر، العدد 11، 2015.

<sup>1</sup>- زكية تشارب حميدو، "الحق في الاسم في القانون الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، العدد 6، 2008.

## **\*فهرس العناوين**

0 .....	مقدمة.....
4 .....	المحور الأول: ماهية تنازع القوانين.....
4 .....	أولاً: مفهوم تنازع القوانين.....
4 .....	أ/ تعريف تنازع القوانين:.....
6 .....	ب/ شروط تنازع القوانين:.....
6 .....	1/ وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي.....
6 .....	2/ وجود اختلاف بين القانون الوطني والقانون الأجنبي.....
7 .....	3/ السماح من قبل المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي فوق إقليميه.....
7 .....	4/ أن يكون القانون الأجنبي صادر عن دولة تعرف بها دولة القاضي.....
7 .....	ثانياً: مجال تنازع القوانين وتطوره التاريخي.....
7 .....	أ/ مجال تنازع القوانين:.....
1 .....	1/ القوانين الصادرة عن وحدة سياسية تتمتع بوصف دولة وفقاً لمبادئ القانون الدولي.....
8 .....	العام.....
8 .....	2/ القوانين المنتمية لفروع القانون الخاص.....
9 .....	ب/ التطور التاريخي لتنازع القوانين.....
10 .....	1/ المدارس التقليدية:.....
11 .....	2/ المدارس الحديثة:.....
16 .....	المحور الثاني: قواعد الإسناد.....
16 .....	أولاً: مفهوم قاعدة الإسناد.....*
16 .....	أ/تعريف قاعدة الإسناد وخصائصها:.....
18 .....	ب/ عناصر قاعدة الإسناد:.....

18 .....	الفئة المسندة.....1
18 .....	2/ ضابط الإسناد.....
19 .....	3/ القانون المسند إليه:.....
20 .....	ثانياً: تفسير قواعد الإسناد.....
20 .....	أ/ التكييف:.....
25 .....	ب/ الإحالات.....
26 .....	1/تعريف الإحالات:.....
28 .....	2/أنواع الإحالات:.....
29 .....	3/ موقف الفقه والتشريع من الإحالات:.....
31 .....	ثالثاً: تطبيق قواعد الإسناد.....
32 .....	أ/ مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد في قانونه.....
32 .....	1/ القاضي غير ملزم بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه.....
32 .....	2/ القاضي ملزم بإعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه.....
33 .....	3/ موقف المشرع الجزائري:.....
34 .....	ب/ استبدال قاعدة الإسناد بأخرى تحل محلها:.....
34 .....	1/ الاتجاه القائل بتطبيق القانون الجديد.....
34 .....	2/ الاتجاه القائل بتطبيق القانون الانتقالي.....
35 .....	المحور الثالث: القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه.....
35 .....	أولاً: أساس تطبيق القانون الأجنبي.....
35 .....	أ/ تطبيق القانون الأجنبي على أساس أنه واقعة.....
36 .....	ب/ تطبيق القانون الأجنبي على أساس أنه قانون.....
36 .....	1/ على أساس نظرية المجاملة.....

37 .....	2 / على أساس نظرية الاستقبال والاستيعاب.....
38 .....	3 / على أساس نظرية التقويض.....
38 .....	ثانياً: إثبات القانون الأجنبي وتقسيمه.....
38 .....	أ/ إثبات القانون الأجنبي:.....
39 .....	1 / عباء إثبات القانون الأجنبي:.....
41 .....	2 / طرق إثبات القانون الأجنبي.....
41 .....	3 / القانون الواجب التطبيق في حالة استحالة إثبات مضمون القانون الأجنبي. ....
43 .....	ب/ تفسير القانون الأجنبي.....
44 .....	ثالثاً: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.....
44 .....	أ/ النظام العام.....
46 .....	ب/ الغش نحو القانون.....
46 .....	1 / مفهوم العش نحو القانون.....
47 .....	2 / شروط اعتبار التصرف غشا نحو القانون:.....
48 .....	3 / نطاق الدفع بالغش نحو القانون.....
49 .....	4 / أثر الدفع بالغش نحو القانون.....
51 .....	المحور الرابع: القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية.....
51 .....	أولاً: القانون الواجب التطبيق على الحالة.....
52 .....	أ/ مفهوم الحالة.....
52 .....	1 / تعريف الحالة.....
53 .....	2 / خصائص الحالة.....
54 .....	3 / أنواع الحالة.....
57 .....	ب/ القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص الطبيعي.....

1/ القانون الواجب التطبيق على هوية الشخص.....	57
2/ القانون الواجب التطبيق على موطن الشخص.....	60
ج/ القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص المعنوي.....	64
ثانياً: الأهلية.....	65
أ/ القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي.....	65
1/ القاعدة العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي ..	66
2/ الاستثناء في تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي ..	68
ب/ القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي.....	70
1/ القانون الواجب التطبيق على أهلية الأشخاص المعنوية العامة ..	71
2/ القانون الواجب التطبيق على أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة ..	72
المحور الخامس: القانون الواجب التطبيق في مسائل الزواج والطلاق.....	74
أولاً: القانون الواجب التطبيق في الزواج وآثاره.....	74
أ/ الزواج.....	74
1/ الخطبة.....	75
2/ شروط الزواج.....	77
ب/ آثار الزواج.....	80
1/ المقصود بآثار الزواج.....	80
2/ القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.....	82
ثانياً: القانون الواجب التطبيق في الطلاق وآثاره.....	85
أ/ حالات الطلاق.....	85
1/ حالات الطلاق.....	85
2/ القانون الواجب التطبيق على الطلاق.....	87

90 .....	ب/ آثار الطلاق.....
90 .....	/ الإجراءات المؤقتة.....1
91 .....	/ الحضانة.....2
94 .....	المحور السادس: تنازع القوانين في مسائل التبني والكفالة .....
94 .....	أولا: تنازع القوانين في مسائل الكفالة.....
94 .....	/ أ/ مفهوم الكفالة.....
94 .....	/ 1/ تعريف الكفالة.....
95 .....	/ 2/ شروط الكفالة.....
96 .....	ب/ القانون الواجب التطبيق على مسائل الكفالة.....
96 .....	/ 1/ القانون الواجب التطبيق على الجانب الإجرائي .....
97 .....	/ 2/ القانون الواجب التطبيق على آثار الكفالة.....
97 .....	ثانيا: تنازع القوانين في موضوع التبني .....
97 .....	/ أ/ مفهوم التبني .....
98 .....	/ 1/ تعريف التبني .....
98 .....	/ 2/ الفرق بين نظامي التبني والكفالة.....
100.....	/ 2/ القانون الواجب التطبيق على مسائل التبني.....
102.....	المحور السابع: تنازع القوانين في الميراث والتبرعات.....
102.....	أولا: تنازع القوانين في الميراث.....
103.....	/ أ/ مفهوم الميراث.....
103.....	ب/ القانون الواجب التطبيق على مسائل الميراث.....
104.....	ثانيا: تنازع القوانين في التبرعات.....
104.....	/ أ/ مفهوم التبرعات .....

105.....	الهبة /1
105.....	الوصية /2
106.....	الوقف /3
106.....	ب/ القانون الواجب التطبيق على التبرعات (الوصية والهبة والوقف)
110.....	الخاتمة
112.....	قائمة المصادر والمراجع
116.....	فهرس العناوين

