



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة جيلالي ليايس
كلية الحقوق و العلوم السياسية
19 مارس 1962 سيدي بلعباس

وظيفة الجنسية في العلاقات الخاصة الدولية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

تخصص حقوق فرع قانون دولي خاص

تحت المشرف الأستاذ الدكتور

أ/د . بودالي محمد

إعداد الطالبة:

موشعال فاطيمة

لجنة المناقشة

السيدة: صاري نوال	أستاذة محاضرة -أ-	جامعة سيدي بلعباس	رئيسا
السيد: بودالي محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا ومقررا
السيد: مقني بن عمار	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	عضوا مناقشا
السيدة: مكّي خالدية	أستاذة محاضرة -أ-	جامعة تيارت	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2018/2019 م 1440/1439 هـ.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بسم الله الرحمن الرحيم.

الرحمان (1) علّم القرآن (2) خلق الإنسان (3) علّمه البيان (4) الشمس والقمر
بحسبان (5) والنجم والشجر يسجدان (6) والسماء رفعها ووضع الميزان (7).

صدق الله العظيم.

سورة الرحمن . الآية من 1 حتى 7.

إهداء

أهدي ثمرة مجهودي و عملي إلى جميع أفراد أسرتي.

أمي، وأبي، أطال الله في عمرهما، وجميع الإخوة حفظهم الله.

شكر و تقدير

أشكر الله تبارك و تعالى أن أعانني و وفقني لإنجاز هذا العمل و إتمامه، فالحمد لله رب العالمين.

أوجه خالص شكري و عرفاني و فائق تقديري واحترامي إلى الأستاذ الدكتور الفاضل "بودالي محمد" لقبوله الاشراف على إنجاز هذا العمل، وعلى توجيهاته ونصائحه العلمية القيمة طوال مدة إعداد هذه الرسالة.

كما أتقدم بأسمى آيات الشكر والعرفان للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه الرسالة، و على تحمّلهم مشقة القراءة والسفر .

قائمة المختصرات

باللغة العربية.

ص	صفحة
م	مادة
ع	عدد
غ.أ.ش	غرفة الأحوال الشخصية
ج	جزء
ق	قانون
ق.م	قانون مدني
ق.إ.م.إ.	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ج.ر	جريدة رسمية
و.م.أ.	الولايات المتحدة الامريكية
إلخ.	إلى آخره

باللغة الفرنسية.

p.....	Page
Op cit.....	ouvrage précité
Art.....	Article
Cass. Civ.....	chambre Civile de la cour de Cassation Française
N	Numéro
L. G. D. J.....	Librairie générale de droit et de jurisprudence (Paris)
O. P. U.....	Office des publications universitaires (Alger)
Ed	Edition
T:.....	Tome
Vol :.....	Volume
Par	Paragraphe

مقدمة

يعتبر القانون الدولي الخاص مادة حديثة نسبياً¹ إذا ما قورن ببقية فروع القانون، ذلك ان الروابط التي يحكمها لم توجد إلا منذ عهد قريب نسبياً، وهذا بعد قيام الحدود السياسية بين الدول، والاعتراف للأجانب بمجموعة من الحقوق، وتوفير الضمانات التي تسمح بممارستها. فالعلاقات الدولية بين الأفراد لم تزدهر إلا في العصر الحديث².

ولم تكن هذه العلاقات لتنتشأ في زمن المجتمعات القديمة، التي كانت تعيش مغلقة على نفسها، لا تتصل فيما بينها إلا عن طريق المنازعات والحروب. فقد كانت الشرائع القديمة تنكر على الاجنبي الشخصية القانونية، بل وتنكر عليه الانسانية الكاملة، فلم يكن صاحب حق قديماً، بل كان هو نفسه محلاً للحق كالرقيق³.

فاليونانيون كانوا ينظرون إلى الاجنبي كالحيوان⁴. وكان اليهود يحرمون الزواج معه، ويجيزون اخذ الربا منه، مع ان الشريعة الموسوية تحرم الربا، ويحلون استلاء اليهودي على مال الأجنبي الذي فقده ويحرمون عليه استرداده⁵، بل الاكثر من هذا فوضع الاجنبي شاذ حتى الآن عند اليهود، مادام أنهم يزعمون انهم شعب الله المختار⁶. وطبقا لقانون مانو في الهند كان

¹ هذا لا يمنع أن اول من كتب و ألف في القانون الدولي العام والخاص هو الإمام محمد بن حسن الشيباني صاحب الإمام أبو حنيفة النعمان، كما قرر بذلك علماء الغرب أنفسهم في ألمانيا وهولندا. انظر بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية، أحكام الجنسية الموطن مركز الأجانب، دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي، مطبعة العشري، مصر 2006. ص 4. كما كتب في موضوع العلاقات الخاصة الدولية ابن خلدون، مالك بن نبي، أبو الأعلى المودودي منذ زمن بعيد. انظر ميكالي الهواري، أبعاد وانعكاسات ضوابط الاسناد في الزواج وانحلاله - دراسة مقارنة -رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة جيلالي اليباس-سيدي بلعباس 2010 - 2011. ص 119.

² فؤاد عبد المنعم رياض، و سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 4.

³ علي علي سليمان، مركز الأجنبي في الشريعة الإسلامية وفي أهم الشرائع الأخرى، مقال منشور في كتاب نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994. ص 79.

⁴ يقول " إيزوقراط ان الفرق بين اليوناني والبربري، لا يقل عن الفرق بين الإنسان والحيوان. ويقول "أرسطو" إن القرصنة مشروعة بل مشرفة، إذا استعملت ضد الأجانب.

⁵ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 16.

⁶ لتفاصيل أكبر حول هذه المعاملة انظر علي علي سليمان، مركز الأجنبي في الشريعة الإسلامية وفي أهم الشرائع الأخرى، المرجع السابق، ص 79 و ما بعدها.

الاجنبي كالحیوان ويجوز اكله. أما عند الرومان قديما فلم تكن هناك تفرقة بين الرقيق والاجنبي، بل كان كلاهما شيئاً يقبل التملك ولا يجوز ان يكون صاحب حق.

ولما بدأت الجماعات تتصل ببعضها البعض وتتعامل فيما بينها نشأ نظامان خففا كثيرا من اهدار الشخصية القانونية للأجنبي، هما نظام الضيافة ونظام المعاهدات¹.

وفي تطور لاحق من خلال نوع من التعايش بين الرومان والاجانب، فقد وضع قانون خاص بهم هو قانون الشعوب، لانهم كانوا يرون ان القانون المدني الخاص بالرومان اقدس من ان يطبق على الأجانب. كما انشأوا قاضيا خاصا بالأجانب سمي بريطور الاجانب.

ولكن مع ظهور النظام الإقطاعي فقد زاد وضع الأجنبي سوءا، إذ كان عليه إذا دخل إقطاعية ان يعلن أنه تحت تصرف اميرها، وإلا كان للأمير ان يقبض عليه ويصادر امواله. واعلانه هذا لا يعفيه من دفع الضرائب كالعبيد، أو امكانية طرده من الإقطاعية في أي وقت².

ومع هذا فقد نظمت الشريعة الإسلامية مركز الاجنبي بطريقة سمت بها على الشرائع الاخرى قديمها وحديثها، فلم تعتبره حيوانا ولا رقيقا، ولا حتمت طرده بعد مدة معينة، ولا قيدت معاملته باي قيد، بل فتحت له الباب على مصراعيه لكي يصبح مواطنا إن شاء باعتناق الإسلام، وإن شاء عاد إلى موطنه موفور الكرامة³.

وهكذا فقد تطور مركز الاجنبي وتغيرت النظرة إليه، وتحسن وضعه رويدا رويدا وأصبح يتمتع بحقوق متزايدة، فقد استقرت كافة الدول على الاعتراف له بالشخصية القانونية،

¹ _ ولقد عرف هذان النظامان خاصة عند اليونان. فكان اليوناني يستضيف الأجنبي وإذا قبله ضيفا عنده أصبح تحت ولايته وحمايته بل قد يسمح له بممارسة بعض الحقوق نتيجة هذه الضيافة كتمارسة التجارة، كما عرفت بلاد اليونان نظام المعاهدات . انظر خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين_ دراسة تحليلية مقارنة _ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2015. ص 21.

² _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 16، 17. و كذلك مقاله مركز الأجنبي في الشريعة الإسلامية وفي أهم الشرائع الأخرى، مرجع سابق، ص 84، 85.

³ _ للتفصيل فيما يخص مركز الاجانب في الشريعة الإسلامية انظر علي علي سليمان، مركز الأجنبي في الشريعة الإسلامية وفي أهم الشرائع الأخرى، المرجع السابق، ص 86 وما بعدها.

فهو يتمتع كقاعدة عامة بكافة الحقوق التي يتمتع بها المواطنون فيما عدا الحقوق التي تنص الدولة على حرمانه منها باعتبارها مقصورة على الوطنيين¹.

ومن الثابت ان فكرة القانون ملازمة لوجود المجتمع. فالنظام القانوني هو وليد الحياة الاجتماعية، ولا يمكن تصور مجتمع ما دون نظام قانوني ملازم له، ينظم علاقات الافراد، ويحدد لكل فرد فيه حقوقه وواجباته، ويضمن له ضمن الحدود المشروعة لنشاطه الحماية الضرورية.

والقانون الدولي الخاص كغيره من فروع القانون الأخرى، لم يكن سوى استجابة لضرورات تطور علاقات الأفراد، بما فيها تحسن النظرة إلى الاجنبي. ولقد نشأ هذا المجتمع مع انفتاح المجتمعات البشرية واتصالها مع بعضها البعض، عندما بدأ الافراد في التنقل عبر الحدود، والدخول في معاملات وروابط عائلية، ومالية تتجاوز بعناصرها وآثارها حدود المجتمع والدولة الواحدة لتتصل بأكثر من دولة. وشكلت هذه المعاملات والروابط لحمة مجتمع جديد له خصائص وحاجات ومصالح تختلف عن خصائص المجتمع الوطني وحاجاته ومصالحه من جهة أخرى. مما استدعى بالضرورة إيجاد نظام قانوني جديد ينظم هذه العلاقات².

فتطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية في العصر الحديث ادى إلى نشوء حاجات جديدة لكل مجتمع وطني لا يستطيع أن يفي بها مفرداً، وقد استتبع ذلك قيام معاملات بين أفراد الأقاليم المختلفة. و هكذا فقد أصبحت الحياة الدولية لا تقتصر على العلاقات القائمة بين الدول بوصفها كذلك، وإنما تتضمن أيضاً العلاقات الناشئة بين الأفراد التابعين لهذه الدول.

¹ _ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، مركز الأجنب، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 8.

² _ فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018، ص 2. محمل من موقع أنترنيت

وهكذا وجد بجانب المجتمع الدولي الذي يضم الدول المختلفة، والذي تحكمه مبادئ القانون الدولي العام، مجتمع دولي آخر سماه البعض المجتمع الدولي للأفراد، وهذا المجتمع الأخير هو الذي تحكم علاقاته بحسب الأصل قواعد القانون الدولي الخاص¹.

إلا أنه من جهة أخرى فقد نمت ظهور الدولة وغيرها من الأشخاص العامة على مسرح الحياة الخاصة الدولية، بوصفها مشترية أو بائعة أو مقترضة، أو متلقية للتكنولوجيا، ونتج عن ذلك كله تعدد وتنوع العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي²، ولهذا يمكن أن يشمل القانون الدولي الخاص حتى الأشخاص العامة كالدول متى اتسمت علاقاتها بالطابع الخاص³. وهذا ما يظهر خاصة عند الحديث عن عقود التجارة الإلكترونية.

فالقانون الدولي الخاص هو العلم الذي موضوعه تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، أي علاقات الأفراد التي تخضع للقانون الخاص سواء تعلقت بالأحوال الشخصية أو المعاملات المالية. فهذا القانون دولي لأن العلاقة القانونية التي يتناولها حكمه، لا تنحصر داخل إقليم دولة واحدة، بل يتجاوز أحد عناصرها على الأقل إقليم الدولة إلى دولة أخرى، فيكون احد طرفيها أو سببها أو موضوعها أجنبيا. وهو قانون خاص لأن العلاقات التي يتضمنها تخضع في الأصل لأحكام القانون الخاص، لو لم تشتمل على عنصر أجنبي، أي تخضع إما لقانون الاحوال الشخصية، أو القانون المدني، أو التجاري⁴.

¹ _ فؤاد عبد المنعم رياض، و سامية راشد، المرجع السابق، ص 3، 4. و هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، ج1، تنازع القوانين، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 11.

² _ بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص 2.

³ _ ولهذا يرى البعض أن اعتبار القانون الدولي الخاص قانون أفراد او أشخاص خاصة، لن يفيد لوحده في التمييز بين القانون الدولي الخاص، والدولي العام. وهذا لان التطور كشف عن صور متعددة لاكتساب الأفراد، والأشخاص الخاصة لحقوق مباشرة بوصفهم أطرافا في روابط القانون الدولي العام. ولهذا يفضل الاستناد إلى معيار وظيفي لتمييز القانون الدولي الخاص عن القانون الدولي العام، بحيث يمكن أن يشمل القانون الدولي الخاص حتى الأشخاص العامة متى اتسمت علاقاتها بالطابع الخاص. انظر هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 12.

⁴ _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 4.

وهو بهذا قانون فريد من نوعه لأنه من جهة مختلف عن القانون الوطني (الداخلي) الذي ينظم العلاقات الوطنية. ومن جهة اخرى يختلف عن القانون الدولي العام، كون أحكامه تخاطب أشخاص القانون الخاص، سوء كانوا طبيعيين او اعتباريين، وقواعده قانونية وطنية أو مستمدة من الاتفاقيات الدولية، تصدر عن السلطة التشريعية صاحبة السيادة في الدولة، وتلزم المحاكم الوطنية بتطبيقها. وهي بهذا تختلف عن قواعد القانون الدولي العام من ناحية الأشخاص، لأن هذا الأخير ينظم العلاقات بين الدول وأشخاص القانون الدولي. و من حيث القوة الإلزامية فقواعد القانون الدولي العام عرفية أو تعاقدية، لا تتمتع وبخاصة العرفية منها بالقوة نفسها من الإلزام، والمؤيدات التي تكفل احترام تطبيقها.¹

وفي ضوء ما تقدم يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه مجموعة القواعد الموضوعية والإجرائية التي تنظم العلاقات والمراكز القانونية المنطوية على عنصر اجنبي. وهو في سبيل ذلك يعنى ببيان متى تثبت الصفة الأجنبية للشخص، ومدى قدرته على التمتع بالحقوق داخل إقليم الدولة، والحالات التي ينعقد فيها الاختصاص للقضاء الوطني بنظر المنازعات الخاصة المشتملة على عنصر اجنبي، وبيان القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات.² أو بصيغة أخرى فهو يشمل كل من موضوع الجنسية، ومركز الاجانب، وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، وتنازع القوانين، وفق الإتجاه الغالب في فقه القانون الدولي الخاص، ووفق ما استقر عليه العمل في فرنسا، ومعظم البلدان العربية كمصر، والجزائر.³ وهذه المواضيع جميعها يمكن تصنيفها وفق ثلاث مواضيع رئيسية تأتي في مراحل متعاقبة.

¹ _ إذ ماتزال القوة التي يوفرها ميثاق الأمم المتحدة من أجل فرض احترام هذه القواعد وتطبيقها، على الدول ضعيفة الأثر والفاعلية. انظر فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 4.

² _ هشام علي صادق، وعكاشة محمد عبد العال، وحفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 15، 16.

³ _ ففي ألمانيا يقتصر القانون الدولي الخاص على موضوعه الاساسي وهو تنازع القوانين، وفي الدول الأنجلوسكسونية هو يشمل تنازع الإختصاص القضائي الدولي، وتنازع القوانين، والموطن لما له من أهمية خاصة في تشريعات هذه الدول. وفي إيطاليا يشمل مركز الأجانب، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، وتنازع القوانين. أما فرنسا فهو يشمل جميع المواضيع من

الموضوع الأول وهو القواعد المنظمة للتمتع بالحقوق، وهي أول المراحل التي يتعين مواجهتها، فهي تعالج مدى قدرة الفرد على التمتع بحق معين داخل حدود الدولة، والتي تعتبر مسألة أولية يتعين البت فيها قبل بحث اكتساب الحق، فمتى كان الشخص لا يستطيع التمتع بحق معين وفق قوانين الدولة، فلا يمكن بعد هذا بحث القانون الذي يحكم هذه العلاقة. كما أن هذه المسألة لا تثور إلا بالنسبة للأجانب، أما الوطنيون فلا يوجد أشكال بالنسبة لتمتعهم بالحقوق، إذ تثبت لهم دائماً أهلية الوجوب. ويدخل في هذا الموضوع القواعد المنظمة مركز الاجانب و الجنسية.

فبالنسبة لمركز الاجانب¹، فهي تعني مدى الحقوق التي يتمتع بها الفرد خارج حدود الدولة التي ينتمي إليها. فإذا كان الاجنبي محروماً من التمتع بحق من الحقوق امتنع عليه القيام بالتصرف القانوني المنشئ له، وتحديد ما إذا كان للأجنبي القدرة على التمتع بحق معين أمر يتم وفقاً لتشريع الدولة التي يريد الشخص اكتساب الحق فيها². فقواعد مركز الاجنبي تعالج أساساً مدى الحقوق المدنية أو الخاصة التي يتمتع بها، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، في إقليم الدولة التي يحل بها، كالحق في التملك، والتقاضي، وتبين مدى تمتع الأجانب بالحقوق العامة كالحق في الإقامة داخل إقليم الدولة، والانتفاع من المرافق العمومية بها، ومدى جواز إبعادهم عن الإقليم.

هذا وإن الكشف عن مركز الاجنبي في دولة القاضي يقتضي بدهاء التصدي لتحديد من هو. فالأجنبي هو من لا يتمتع بالصفة الوطنية، أي من لا يحمل جنسية الدولة. وهكذا تبدو

جنسية، موطن، مركز الاجانب، والتنازع بفروعه الثلاث، وهو ما تأخذ به بلجيكا واسبانيا كذلك. انظر محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، مركز الاجانب، مادة التنازع) الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 25.

¹ هناك من الفقه من يستعمل مصطلح "تمتع الأجانب بالحقوق" بدلاً من مركز الأجانب على أساس أن هذا المصطلح يتناول بصفة عامة كافة القواعد الخاصة بعلاقات الأجانب سواء كانت متعلقة بالتمتع بالحقوق أي بمركز الأجانب بالمعنى الاصطلاحي الخاص، أم متعلقة باستعمال الحقوق أي بتنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، على أن الغالبية تعبر بمصطلح مركز الأجانب. انظر بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص 387.

² فؤاد عبد المنعم رياض، و سامية راشد، المرجع السابق، ص 325.

أهمية الجنسية بوصفها هي الأخرى مسألة أولية يتعين مواجهتها لمعرفة مدى تمتع الشخص بالحق.

فالجنسية هي القواعد التي تميز الوطني عن الاجنبي، وتبين من هم رعايا الدولة أي تحدد ركن الشعب فيها¹، فهي المعيار الذي يتوزع به الأفراد بين الدول اعضاء المجتمع الدولي. وتستقل كل دولة بوضع القواعد الخاصة بجنسيتها من حيث احكام كسب هذه الجنسية وفقدائها والتجريد منها... إلخ، دون قيود دولية، باعتبارها متصلة اتصالاً وثيقاً بسيادة الدولة.

وإذا كانت الجنسية نظاماً قانونياً تنفرد الدولة بوضع احكامه، وضبط قواعده، فلا يجب أن ننسى انها أيضا صفة في الفرد تفيد انتسابه إلى تلك الدولة، وتتأثر بها حقوقه و التزاماته وهذا الإعتبار الاخير يقود إلى القول انها صفة إرادية، أي لا تكتسب أو تخلع عن الشخص دون إرادته، وهذا ما يمليه اعتبار الجنسية حق من حقوق الإنسان وهو ما يمكن استخلاصه وتبنيه بصورة جلية من المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948، التي نصت ان: "لكل فرد حق التمتع بجنسية ما، وأنه لا يجوز حرمانه من جنسيته تحكما، أو إنكار حقه في تغيير الجنسية". كما اكدت المادة 3/24 من الميثاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في 16 ديسمبر 1966 أن: "لكل طفل الحق في اكتساب جنسية ما"، وأكد هذا الحق المادة 3 من اتفاقية حقوق الطفل في 20 نوفمبر 1959².

ولا تقتصر أهمية الجنسية على مجال القانون الداخلي فقط، بل تبدو أهميتها أيضا في المجال الدولي، حيث يتمتع الوطني بالحماية الدبلوماسية لدولته إذا ما وجد خارج إقليمها، كما تلتزم الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، بالتزامات معينة في مواجهة الدول الأخرى

¹ _ فؤاد عبد المنعم رياض، و سامية راشد، المرجع السابق، ص 9، 10.

² _ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، (الجنسية، المواطن، معاملة الأجانب، والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية - القاهرة - 2008، ص 75، 76.

أعضاء الجماعة الدولية، مثل الالتزام باستقباله فيما لو أبعدته إحدى الدول الأجنبية من إقليمها.

بالإضافة لهذا فإن دراسة الموطن تعتبر هي الأخرى دراسة أولية لازمة في مرحلة التمتع بالحقوق. ذلك أن المشرع قد يفرق بين الأجانب المتوطنين وغير المتوطنين، فيخص المتوطنين منهم بإقليم الدولة بمعاملة ممتازة من حيث القدرة على التمتع بالحقوق. بل إن المشرع قد يعتد بالموطن بالنسبة لأحكام إنشاء الجنسية وكسبها و فقدها¹.

وعليه يمكن القول أنه إذا كان موضوع الجنسية ذو نزعة لاتينية، فإن الدول الأنجلوسكسونية تعطي للموطن قيمة تضاهي قيمة الجنسية².

وإذا ما ثبت للأجنبي أهلية الجوب، وتبين تمتعه بالحق المدعى به، تنتهي المرحلة الأولية السابقة، ويتعين بعد ذلك مواجهة مرحلة أخرى، هي مرحلة ممارسة الحقوق.

ومرحلة ممارسة الحقوق هي التي تنشأ فيها العلاقة القانونية ويتم فيها اكتساب الحق، و نفاذه، وينبغي هنا معرفة القانون الذي يحكم الحق من لحظة نشوئه إلى حين زواله. فالعلاقة هنا خاصة دولية، أي تتضمن عنصرا أجنبيا أو أكثر، مما يعني انها على اتصال بأكثر من قانون، وأداة الوصل بهذه القوانين، قد تستمد من أطراف العلاقة كأن يتزوج أجنبيان في الجزائر، أو موضوعها أو (محلها) كأن يحدث نزاع بين جزائريين على مال موجود في فرنسا أو السبب المنشئ لها كأن يبرم جزائريان عقد بيع بفرنسا على مال كائن بالجزائر. فسيثور النزاع حول القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات، ومرد هذا تطرق العنصر الأجنبي إليها، فهي ترتبط بالقانون الوطني مثل ارتباطها بالقانون الأجنبي، هو ما يجعل محاولة تحديد

¹ _ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص14، 15.

² _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 9، 10.

القانون الأفضل والأصلح لحكمها مسألة صعبة، مادام أن تلك القوانين جميعا تحمل ارتباطا معيناً بها، مما يعطي الشرعية لها جميعاً لإمكانية حكم العلاقة¹.

ويتم حل مشكلة تنازع القوانين، عادة باستعمال قواعد معينة تسمى قواعد الإسناد أو قواعد التنازع²، وهي قواعد يضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين المتزامنة ملاءمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصراً أجنبياً، وأكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة من وجهة نظره، وهي تقنية لا تعطي الحلّ المباشر للنزاع، كما في مختلف فروع القانون الأخرى، وإنما ترشد فقط للقانون الذي يجب تطبيقه من بين القوانين المتنازعة³، وذلك عن طريق ما يسمى بضابط الإسناد، والذي تكمن مهمته في تعيين القانون الواجب التطبيق، بصفته أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة، وأكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة⁴.

وإذا كانت مشكلة الإختيار هذه يطويها الإصطلاح التقليدي "تنازع القوانين". فقد يبدو للوهلة الأولى أننا أمام منازلة بين عدة قوانين متصلة بالعلاقة، والصحيح من الناحية الفنية انه حين يضع المشرع الوطني قاعدة إسناد معينة لتحديد القانون الواجب التطبيق، فإنه لا يفض عراكاً واقعا بين القوانين التي تكون على اتصال بالعلاقة، ولا يجري مصالحة بينها يرتضيها جميع الأطراف. إنه وحسب يركز جل اهتمامه على اختيار أنسب القوانين وأصلحها

¹ _ هشام علي صادق، وعكاشة محمد عبد العال، وحفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 12.

² - إن تقنية قواعد الإسناد هي المنهجية التقليدية، و الأكثر شيوعاً و التي تعطي لفرع القانون الدولي الخاص طابعه المتميز عن باقي فروع القانون الأخرى، ولكن ليست هي الوحيدة، بل تشاركها الحلّ منهج القواعد المادية، منهج القوانين ذات التطبيق الضروري. و لتفصيل أكثر حول هذه المناهج القائم عليها علم القانون الدولي الخاص، والعلاقات والتكامل بينها. انظر خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق. ص 112 وما بعدها.

³ - تتميز قواعد الإسناد بانها قواعد غير مباشرة لأنها لا تنطبق على النزاع مباشرة، وإنما تشير فقط للقانون الذي سيطبق عليه. وانها قواعد مزدوجة لأنها قد تشير باختصاص القانون الوطني، أو إلى القانون الاجنبي. و قد شبّه الفقه التقليدي الطابع المحايد لقواعد الإسناد، بأنها قواعد عمياء تكتفي بتحقيق عدالة شكلية، وهي إسناد العلاقة المطروحة بطريقة آلية إلى أكثر القوانين ارتباطاً بها. أنظر هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 45، 46، 49.

⁴ - ضابط الإسناد هو الركن الثاني من أركان قاعدة الإسناد بعد الفكرة المسندة، يتم بموجبه تعيين القانون الواجب التطبيق ويستمد من عناصر العلاقة القانونية " الأطراف، المحل، السبب. انظر خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 130.

لاعتبارات موضوعية لحكم العلاقة على نحو يتحقق معه التناسق بين قانون دولته والقوانين الاخرى المتصلة بالعلاقة¹.

والموضوع الثالث هو القواعد المنظمة لحماية الحقوق والمراكز القانونية. فثبوت الحق للشخص عن طريق القانون لا قيمة له من الناحية العملية، إلا إذا استطاع حمايته عن طريق القضاء. ومن هنا تبرز مسألة أو مشكلة تتنازع الإختصاص القضائي الدولي²، أي تحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات المنطوية على عنصر أجنبي، لأنه مادامت العلاقة القانونية ذات صفة اجنبية أو دولية فتوجد عدة محاكم تابعة لدول مختلفة كلها يمكن ان تختص بالنزاع المتصل بهذه العلاقة، وبالتالي فيجب على القاضي المعروض عليه النزاع ان يفصل اولاً وفقاً لقانونه في مدى اختصاصه به. وتعتبر هذه القواعد من الناحية العملية من أهم قواعد القانون الدولي الخاص، لان تحديد الإختصاص الدولي لمحاكم دولة ما يؤثر ومنذ البداية في الحل النهائي للنزاع³.

و ما يميز قواعد الإختصاص القضائي الدولي انها قواعد وطنية خالصة كقواعد الإسناد وليست دولية بالرغم من إطلاق مصطلح الدولية عليها، وإن كانت تختلف عن قواعد الإسناد كونها قواعد مادية أحادية الجانب، إذ تقتصر على تحديد ولاية القضاء الوطني، في العلاقات المشوبة بالصفة الأجنبية، دون أن تحدد قضاء أي من الدول الاخرى هو المختص بالنزاع بينما قواعد الإسناد قواعد الأصل انها ثنائية الجانب، لأن من شأنها تحديد القانون المختص

¹ _ هشام علي صادق، وعكاشة محمد عبد العال، وحفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 13.

² _ يدين القانون الدولي الخاص بوجوده إلى مبدأ الفصل بين الاختصاصين القضائي والتشريعي. أي إلى التمييز أساساً بين مسألتين هما، ثبوت الإختصاص لمحكمة معينة من ناحية، وتحديد القانون الواجب التطبيق من ناحية أخرى. فلو ان الدول كانت تعيش في ظل مبدأ الإقليمية البحتة لوجب على كل قاضي أن يطبق أحكام قانونه، دون غيره ولما ثارت مشكلة تنازع القوانين، أو مشكلة الإختصاص التشريعي، حيث تصبح نتيجة الفصل في أي نزاع ذي عنصر أجنبي متوقفة على طرحه أمام محاكم هذه الدولة أو تلك. انظر محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 606.

³ _ بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص 16. و هشام علي صادق، وعكاشة محمد عبد العال، وحفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 14.

بصفة مجردة سواء كان القانون الوطني، أو قانونا أجنبيا، وهي لا تبين حكم القانون مباشرة في موضوع النزاع، إنما تشير فقط للقانون المطبق عليه من بين القوانين المتزاحمة¹.

ولكن بالرغم من أن قواعد الإختصاص القضائي الدولي تجسد ممارسة فكرة السيادة، إلا أنه يجب أن تكون مبنية على فعالية النفاذ لأن العلاقة القانونية الواحدة ذات ارتباط بأكثر من نظام قانوني، وينبغي أن تفصل فيها محاكم الدولة ذات الصلة الأوثق بها، وإلا كان مصير الحكم الصادر لن يرى النور. إذ يتصل بهذه المسألة كذلك مسألة الاعتراف أو تنفيذ الاحكام الاجنبية. فالمدعي بحق معين قد يحصل على حكم من محاكم دولة اجنبية، ويريد التمسك به وتنفيذه في وطنه. فيجب البحث عن مدى امكانية ذلك، وشروط هذا التنفيذ².

مما سبق يظهر أن هذه المواضيع (التمتع بالحقوق وممارستها، وحمايتها) مستقلة كل واحدة بذاتها، ولكل منها إشكاليات ومجالات تناقشها، بل إن بعضها يحمل طابع القانون الخاص، بينما يحمل الآخر طابع القانون العام.

وإن مناقشتنا لموضوع الجنسية في هذه المذكرة سيكون ليس بصفتها موضوع مستقل وقائم بذاته، يحدد ركن الشعب في الدولة، ولا بصفتها حق من الحقوق الأساسية للإنسان. وإنما كمسألة أولية أو كعنصر مؤثر في كل من موضوعات القانون الدولي الخاص الأخرى. فرؤيتنا إليها كوظيفة يجعلنا نبحث عن مساهماتها، أو تأثيرها في ميدان العلاقات الخاصة الدولية.

و لهذا فإن الإشكالية الأساسية لهذا البحث ستتركز حول ما هي مساهمات أو وظيفة الجنسية في ميدان العلاقات الخاصة الدولية؟، وبصيغة أخرى كيف تؤثر الجنسية في كل من ميدان مركز الاجانب، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وتنازع القوانين؟.

¹ _ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، تنازع الاختصاص القضائي، الجنسية، دار هومه، الجزائر 2005، ص من 9 حتى 11.

² _ بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص 16. و هشام علي صادق، وعكاشة محمد عبد العال، وحفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 14.

إن الإجابة عن هذه الإشكالية الأساسية سيقودنا إلى التساؤل عن ضبط مفهوم الجنسية أو ماهيتها، لأنه لا يتصور التطرق لوظيفة شيء ما دون فهم طبيعة هذا الشيء أصلاً وأخذ لمحة تاريخية عنه. ثم نتساءل عن تأثيرها على مركز الأجنبي وبالضبط فيما يخص تمتعه بالحقوق، وحدود ذلك، وماهي الحقوق التي يسمح له التمتع بها، وماهي التي سيحرم منها؟ وكيف أن في فكرة الجنسية توفير مزايا للأجنبي لأنها كصفة في حالة الشخص قابلة للاكتساب، مما يخوله لان يصبح مواطناً ويتمتع بامتيازات المواطنين.

لننتقل بعدها إلى الإختصاص القضائي الدولي، ونتساءل هل يمكن أن يتحدد الإختصاص القضائي للمحكمة الوطنية بناء على ضابط الجنسية؟ وهل هي كافية بذاتها لتحديد هذا الإختصاص في ظل شيوع فكرة ضابط موطن المدعى عليه لعقد الإختصاص القضائي في المجال الدولي مثل المجال الداخلي؟. وإن ثبت الإختصاص القضائي الدولي بناء على ضابط الجنسية، فما هي المشكلات التي سيطرحها خصوصاً في ميدان تنفيذ الأحكام الأجنبية، هل له قوة كافية في التنفيذ؟.

وعند معالجة تنازع القوانين تثار إشكاليات أكثر أهمها ماهي الوظيفة التي تلعبها الجنسية في هذا الإطار؟ هل يمكن تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقات المشتمة على عنصر اجنبي بالاستناد إلى الجنسية كضابط إسناد ملائم لحل مشكل التنازع؟. وإذا ثبت لها هذا الإختصاص فما هي حدود ذلك؟، وماهي حالات إختصاصها الأصلي، و الجوازي أو الإحتياطي؟. ثم ما هي الصعوبات التي قد تواجه الجنسية في أداء هذه المهمة وكيف تصدت لها التشريعات؟.

إن أهمية موضوع هذه المذكرة تظهر للعيان عظم أهمية الجنسية التي أصبحت من المفردات الملازمة للدولة المعاصرة، وتقترن بفكرة سيادة الدولة، والتي لا يمكن لأي دولة حالية أن تتخلى عن فكرة الجنسية. كما تظهر أهمية الموضوع أنه موضوع متشعب في أكثر من

حقل قانوني، ويجعل الباحث فيه يتطرق بصفة غير مباشرة لمواضيع القانون الدولي الخاص بمعناه الموسع كلها، فيحيط بها ويثري معارفه، بدلا من إحاطته فقط بموضوع الجنسية.

إن الصعوبات التي واجهتنا في إعداد هذا البحث لا تعود بسبب المراجع. فهذه المراجع موجودة ومتنوعة، وهي ما زادت البحث اثراء، خاصة أننا كنا نستند لجميع المراجع الخاصة بالقانون الدولي الخاص لنستشف دور الجنسية فيها. وإن كان موضوع تمتع الاجانب بالحقوق في الجزائر من المواضيع التي فيها ندرة، وأتمنى أن تكون دراسات مستقبلية في هذا الشأن.

إنما الصعوبة التي واجهتنا ناتجة من تميز القانون الدولي الخاص واضطرابه وتعدد مفهومه، وهو ما ينتج عنه تداخل عناصره وعلاقاته. فالجديد في هذا القانون ليس فقط في طبيعة مسائله وعلاقاته، وتنوع وتعدد موضوعاته، بل في المنهجية الجديدة الغير مألوفة لحل نزاعاته. هذا التنوع والتشابك هو الذي يولد الشائك والمعقد والخاص في مفاهيمه ونظرياته، وهو الذي أدى في تضارب قواعد الحلول الصادرة عن تشريعات الدول وقضائها وآراء فقهاءها. فالموضوع في حد ذاته قائم على التنازع، تنازع بين القوانين، تنازع بين النظريات والآراء الفقهية، تنازع في اختصاص المحاكم الدولية، مشاكل في التطبيق وتنفيذ الاحكام الأجنبية. ولهذا أقول ان التنازع في ذاته يعتبر صعوبة¹.

كما أن الموضوع واسع ويصعب التحكم في الأشياء التي تقتصر عليها الدراسة، لأن الكثير من الجزئيات فيه يمكن أن تعالج بصفة أعمق و في مذكرات خاصة. ولهذا حاولنا الاقتصار على الأهم والاولى فيه .

وإن طبيعة الموضوع ألزمني اعتماد المنهج الوصفي، والتحليلي أساسا، والمقارن أحيانا أخرى، لأن طبيعة القانون الدولي الخاص من التنوع والشمول، الذي يجعل الاقتصار على

¹ لدرجة أحيانا أبحث عن حل بسيط لكن أجد نفسي تائهة بين كثرة الحلول، والتعليقات الفقهية، واختلاف التشريعات في حكم مسألة واحدة.

قانون واحد فقط، دراسة قاصرة. فحاولنا تبيان موقف التشريعات المقارنة في اهم المسائل، مع التركيز طبعا على القانون الجزائري، والتشريع الرائد في هذا المجال، وهو التشريع الفرنسي كما لم نهمل القانون المصري .

هذا وقد قسمنا بحثنا وفق تدرج منطقي احترمنا فيه تدرج مواضيع القانون الدولي الخاص. وهذا وفق العناصر الآتية.

أولاً: الوقوف على مسألة الجنسية، وهذا لأنها هي من تفرق بين الوطنيين والاجانب.

ثانياً: إذا ثبتت لهم الصفة الأجنبية، فيجب البحث عما إذا كان لهم الحق في التمتع وممارسة الحق المدعى به أم لا، وهل يسمح لهم بحق التقاضي لحماية هذا الحق من عدمه. وهذا ببيان مسألة تمتع الأجانب بالحقوق أو مركز الاجانب.

ثالثاً: إذا أدى إعمال القواعد المنظمة لمركز الاجانب إلى ثبوت حقهم في اللجوء للقضاء، كان على القاضي الوطني أن يبحث في هل هو مختص بنظر المسألة المعروضة أمامه، وفقاً لواحد من الضوابط التي حددها له مشرعه أم لا. وهذا ببيان مسألة تنازع الإختصاص القضائي الدولي.

رابعاً: متى ثبت للقاضي الوطني اختصاصه بنظر المنازعة تعين عليه أن يحدد القانون الواجب التطبيق عليها، وفقاً لما تشير إليه قواعد الإسناد المدرجة في تشريعه الوطني. وهذا ببيان مسألة تنازع القوانين.

ولهذا كان تقسيم المذكرة وفق الآتي.

الباب الاول: الجنسية ووظيفتها بخصوص التمتع بالحقوق، وتحديد الاختصاص القضائي الدولي.

الفصل الاول: ماهية الجنسية وتأثيرها بخصوص التمتع بالحقوق.

الفصل الثاني: وظيفة الجنسية في تحديد الاختصاص القضائي الدولي.

الباب الثاني: وظيفة الجنسية على مستوى تنازع القوانين¹.

الفصل الأول: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق وحدود ذلك.

الفصل الثاني: مشكلات أعمال ضابط الجنسية في نطاق تنازع القوانين.

¹ لقد تم إفراد الباب الثاني كله لوظيفة الجنسية على مستوى تنازع القوانين. و هذا لان تنازع القوانين هو المبحث الأساسي والأصيل في موضوع القانون الدولي الخاص، بل إن القانون الدولي الخاص كعلم حديث لم يظهر في بداياته إلا ليعالج حالات تنازع القوانين. كما أنه الموضوع الوحيد التي تتفق جميع الدول انه من مواضيع القانون الدولي الخاص. كما أن معالجة تنازع القوانين تكون عن طريق آليات مرتبطة ومتسلسلة كل منها يكمل الآخر. لهذا ارتأيت معالجتها جميعا، حتى يتضح المعنى .

الباب الأول

الجنسية ووظيفتها بخصوص التمتع
بالحقوق وتحديد الاختصاص القضائي
الدولي.

إن الجنسية لم توجد من فراغ، إنما جاءت تحت ضغط الضرورات العملية من كيان وهو الدولة لتحديد هوية الكائنين فوق أراضيها، وهم الأفراد، فيها توزعت الجماعات البشرية على شكل دول وتحقق الارتباط الفني والروحي لأفرادها بتلك الدول، وهكذا تبلورت الرابطة بين الفرد والدولة، بعد تبلور فكرة الدولة وفكرة الجنسية من علاقة بين تابع ومتبوع، إلى رابطة قانونية وسياسية بينهما، وأصبح الفرد بموجبها من رعايا الدولة ويقدم لها الولاء، خاصة أداء الخدمة العسكرية، وممارسة الحقوق السياسية، والتمتع بالحماية الدبلوماسية.

وإذا كان النظام القانوني في الدولة شرع أصلاً لخدمة الأفراد الذين يتمتعون بجنسيتها. إلا أن هذا لم يمنع من إقرار بعض الحقوق للأجانب التي إنما تعبر عن مراعاة حقوق الإنسان وتطور وسماحة الدول الحديثة، وعن حضارات مفتوحة.

وهذا يظهر أن للجنسية وظيفة أو تأثير على مستوى مركز الأجنبي. فهي تضبط وتحدد صفة المواطن بصفة دقيقة وحصرية، وهذا ما تنص عليه تشريعات جميع الدول بتحديد كيفية اكتساب جنسيتها أو صفة المواطن فيها، مما يعني أن جميع من لا يتمتعون بهذه الصفة هم أجانب. وينتج عن التفرقة بين الأجنبي والوطني آثار عديدة فيما يخص التمتع بالحقوق .

ثم إن الاعتراف للأجنبي بحق التقاضي أمام المحاكم الوطنية، يطرح إمكانية تنازع الاختصاص للجهات القضائية، حول منازعات الأجانب التي قد تربطها بهذه المحكمة بعض وسائل الربط، وفقاً لمعايير تحديد الاختصاص القضائي بها، فهل ستكون الجنسية أحد معايير هذا الربط. وما هي حدود ذلك ؟

إن أهمية الجنسية هذه والتي تظهر أنها وسيلة تؤثر في التمتع بالحقوق (أو مركز الأجنبي)، وتحديد الاختصاص القضائي الدولي، توجب تحديد دقيق لمفهوم رابطة الجنسية حتى لا تختلط مع روابط أخرى، وقبلها فمن اللازم معرفة التطور التاريخي لفكرة الجنسية،

وكيف كانت وبماذا كان يعبر عنها قبل ظهور الدولة الحديثة، كيف كان يفرق بين المواطن والأجنبي في الحضارات القديمة.

وهذا لأنه لا يمكن المرور إلى الجنسية كوظيفة بدون فهم معناها ككيان أو نظام مستقل. وعليه سيتم الحديث في الفصل الأول عن ماهية الجنسية وتأثيرها بخصوص التمتع بالحقوق (الفصل الأول)، ثم وظيفة الجنسية في تحديد الاختصاص القضائي الدولي (الفصل الثاني).

الفصل الأول: ماهية الجنسية وتأثيرها بخصوص التمتع بالحقوق.

إن الحديث عن الجنسية بصفتها مصطلح حديث، يفرض التطرق لمفهومها، تطورها عبر التاريخ، هل عرفتها المجتمعات القديمة أو لا، وكيف وصلت إلينا بهذه الصيغة. فإذا كانت الجنسية بهذه الصيغة، دلالة عن رابطة روحانية، سياسية، وقانونية، تربط الشخص بمجتمع دولة معينة، فتجعله من مواطنيها، ومن ثم مكتسبا لمشاعر الولاء اتجاهها، فهي لم تكن معروفة قبل ظهور الدولة بالمفهوم الحديث، المكونة من إقليم، شعب، سلطة، وحدود سياسية تفرقها عن غيرها من الدول.

ثم إن الجنسية هي معيار التمييز أو إجراء التفرقة بين الوطني والأجنبي في العصر الحالي. فإذا كان الوطني هو كل من يتمتع بجنسية الدولة فإن الأجنبي هو كل من لا يتمتع بهذه الجنسية. فقد عرفته المادة 3 من قانون 08-11 الخاص بشروط دخول وإقامة وتنقل الأجانب في الجزائر¹ بأنه يعتبر أجنبيا كل شخص يحمل جنسية غير الجنسية الجزائرية، أو لا يمتلك أية جنسية".

¹ - قانون 08-11 الذي ينظم شروط دخول وإقامة وتنقل الأجانب في الجزائر، المؤرخ في 25 جوان 2008، الجريدة الرسمية 36 مؤرخة في 2008/07/02.

وعليه فالأجنبي في القانون الجزائري هو كل من لا يملك الجنسية الجزائرية سواء كانت له جنسية أخرى، أو كان بدون أو عديم الجنسية.

و لأن احترام الكيان الإنساني الأجنبي يقتضي وجوب الاعتراف له بمجموعة من الحقوق، فإن التساؤل يثور حول طبيعة الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي، في موازاة الحقوق التي لا يتمتع بها وتقتصر على الوطني، وتأثير الجنسية في هذا.

وعليه سيكون المبحث الأول بعنوان ماهية الجنسية، أما المبحث الثاني بعنوان تأثير الجنسية بخصوص التمتع بالحقوق.

المبحث الأول: ماهية الجنسية.

إن الجنسية، هي مصطلح ناتج وتابع لظهور الدولة. ولكن بالمقابل فنظرا أن المعنى الكامن من وراء الجنسية، بصفاتها رابطة إلى مجتمع أو تجمع معين لا يقتصر بالدولة فقط، فهل من الممكن أن تعرف وتتغير بحسب تطور المجتمعات الإنسانية من العائلة، القبيلة، المدينة...إلخ.

ولما كانت الجنسية من المفاهيم الحديثة، فإنه من المهم تعريفها تعريفا جامعاً مانعاً، وتمييزها عن غيرها من المصطلحات القريبة منها، كما يلزم تبيان تطور مفهومها عبر العصور. وهذا من خلال المطالبين التاليين، الأول بعنوان التطور التاريخي لفكرة الجنسية، والثاني بعنوان مفهوم الجنسية .

المطلب الأول: التطور التاريخي لفكرة الجنسية.

إن الجنسية كما نعرفها اليوم باعتبارها انتماء الفرد إلى دولة معينة، فكرة حديثة، لم تتبلور إلا في القرن التاسع عشر، عندما أعلن الفقيه الإيطالي "مانشيني"¹ مذهبه. أما قديماً فلم يكن ارتباط الشخص بجماعة معينة يقوم على أساس الجنسية، بل كان قائماً في بادئ الأمر على فكرة انتماء الفرد إلى أسرة معينة، ثم على فكرة انتمائه إلى قبيلة معينة، ثم ظهرت الأديان السماوية (اليهودية، النصرانية، الإسلام)، فأصبح ارتباط الشخص بجماعة معينة يقوم على فكرة انتمائه لدين هذه الجماعة.

إن بالرغم من أن مصطلح الجنسية حديث في الصياغة الفنية والقانونية، إلا أنه وليد تطور إجتماعي يرجع في أساسه إلى المراحل الأولى حين اتجه الإنسان بفطرته إلى التعايش مع غيره في جماعات مشتركة. فقد ارتبطت الجنسية في القديم بالأسرة والقبيلة، ثم الأمة، فترجمت بذلك انتماء الفرد للجماعة التي كان يعيش فيها². إذن كيف تطور مفهوم الانتماء عبر العصور ليصل إلى ما هو عليه الآن بمفهوم الجنسية.

الفرع الأول: الانتماء في العصور القديمة.

إن الانتماء في العصور القديمة كان حسب الصيغة أو الرابطة السائدة في المجتمع. ولهذا لم يخرج عن الأنماط التالية إما على أساس الجنس، أو الدين، أو بالولاء للحاكم.

¹ _ الفقيه "مانشيني" هو الذي نادى بفكرة أن لكل قومية الحق في إنشاء دولة تحكمها، و المكرس لمبدأ شخصية القوانين في العلاقات الخاصة الدولية، أي أن كل شخص يجب أن يخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها حتى لو وجد خارجها، وبغض النظر عن موضوع العلاقة التي يكون طرفاً فيها. وهو الذي أعطى أهمية لضابط الجنسية في القانون الدولي الخاص فالفضل يعود إليه في إخضاع كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية لقانون الجنسية، بدلاً من قانون الموطن كما كان سائداً من قبل. انظر خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 45. و

Nouhad Rizkalah ,droit international privé ,1^{ère} édition , Majd, Beyrouth,Liban,1985,p27.

² _ هشام صادق، وعكاشة محمد عبد العال، وحفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص42.

أولاً: الانتماء على أساس الجنس.

خلق الإنسان اجتماعياً بطبعه لا يقوى على العيش بمفرده، ولهذا حرص منذ بداية الحياة البشرية على التجمع وسط تجمعات يربطها أسس أو أصول مشتركة كاللغة، والعرق، والدين، والأعراف والتقاليد. وكانت أول صور هذه التجمعات الإنسانية هي الأسرة، والتي تعني ثلثة من الناس مشتركين في وحدة الأصل، اللغة، والدين، والتي تعتبر من أقدم صور التجمعات البشرية التي ظهرت في الحضارات القديمة، كالحضارة الفرعونية التي استمرت على مدار 21 أسرة حكمت وسيرت شؤون هذه الحضارة منذ أكثر من سبعة آلاف سنة¹.

وهكذا كان من أوائل صور الانتماء الاجتماعي إلى مجتمع معين، هو الانتماء على أساس الجنس أو العرق، بدءاً بالخلية الأساسية في المجتمع وهي الأسرة، ثم تجمعت الأسر المنحدرة من أجداد متقاربة، فكانت قبيلة، فأصبح الشخص ينتمي إلى قبيلة معينة، كما كان الحال على الأخص عند العرب، حيث كان الشخص يعتبر نفسه ليس فقط منتبياً إلى القبيلة، بل مندمجاً فيها اندماجاً تذوب فيه شخصيته. وفي هذا يقول الشاعر العربي "وما أنا إلا من غزبه إن غوت غويت، وإن ترشد غزبه أرشد". مما يدل على اندماجه ضمن أفراد القبيلة حتى في سلوكه وأخلاقه².

وساد معيار الجنس أيضاً كأساس للمواطنة عند الرومان واليونان القدامى. فكان على كل من يدعي أنه روماني أن يثبت انتسابه إلى "روميلوس" مؤسس مدينة روما، بحيث كان أساس منح صفة المواطن الروماني هو الميلاد لأبوين رومانيين، أو العتق من الرق، أو التجنس الذي يمنح بقانون، وقد كان يعاقب بالقتل كل من يدعي غشاً أو كيداً، الجنسية الرومانية، في العهد الجمهوري. ولم يتم منح صفة المواطنة الرومانية لجميع السكان القاطنين

¹ _ عامر محمود الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، 2، الجنسية، الموطن، ومركز الأجنبي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص42.

² _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص167

في الإمبراطورية الرومانية، إلا بعد صدور دستور " كركلا"، بعد استثناء الأجانب المستسلمين طبعاً¹. وفي اليونان القديمة كذلك، فقد ظلت وحدة العرق أو السلالة البشرية، معياراً للانتماء لإحدى المدن اليونانية .

وهكذا يمكن القول أن الجنسية إن صح التعبير عن الانتماء بهذا الاصطلاح، في ذلك الزمن الغابر، كان مناطها وحدة الجنس أو العرق. فالانتماء إلى تلك المدينة أو الدولة كان يعد واقعة طبيعية لا يد لإرادة الشخص فيها ، بل إن المتأمل في اصطلاح الجنسية la nationalité ، يدرك أنه مشتق من الأصل اللاتيني natus، ويعني الولادة من أصل مشترك².

وبعد ذلك توارت فكرة الجنس نتيجة كثرة الغزوات والحروب، وهجرة الشعوب واختلاطها، وامتزاج الدماء بين أفرادها، فلم تعد هناك جماعة نقية بجنسها.

وبالرغم من أهمية الجنس من الناحية التاريخية في تحديد الانتماء الإجتماعي، لا سيما في المجتمعات القديمة المغلقة، إلا أنه يجب أن لا يكون له تأثير في القانون المعاصر، لأن إقامة الجنسية على أساس الجنس يجعلها كما يقول الفقيه "نبوييه"، ديناميت دولي أو آلة شيطانية لا تخلف إلا الدمار³. وخير مثال على هذا الدولة الألمانية النازية التي قامت على أساس إحياء الجنس الآري، والقول بسيادته وأفضليته على الأجناس الأخرى، محاولة أن تفرض سطوتها على العالم أجمع⁴، والتي لم يتخلف عنها إلا اضطرابات وحروب عانت منها البشرية أجمع خلال الحرب العالمية الثانية.

¹ _ زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة الجزائر، 2002، ص7

² _ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 19.

³ _ زروتي الطيب، المرجع السابق، ص6.

⁴ _ أحمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، 1977، ص 33.

ثانياً: الانتماء على أساس الدين:

تاريخ الحضارات يكشف أن الدين كان الركيزة الأساسية للمجتمع الإنساني¹، فكما يقول العلامة " فوستيل دي كولانج" أن الديانة البدائية هي التي كونت الأسرة اليونانية والرومانية، وأسست الزواج والسلطة الأبوية، وهي التي حددت درجات القرابة ونظمت حق الملكية والميراث. نفس هذه الديانة بعد أن وسعت الأسرة شكلت مجموعة أكبر هي المدينة، وتحكمت فيها كما تحكمت في الأسرة، ومنها نتجت كل المؤسسات مثل القانون الخاص للقدماء بأكمله².

والديانة القديمة كانت ديانة خادمة، شخصية، ومقفلة، في ظلها كان يعرف المواطن بمقتضى اشتراكه في العقيدة الدينية، بحيث يكون الأجنبي هو الخارج عنها. فكما يقول العلامة المذكور أن التعريف الدقيق للمواطن في هذه الحقبة، هو أنه الشخص الذي يعتنق ديانة المدينة. أما الأجنبي فهو الشخص الذي لا يتمتع بحق الدخول في هذه الديانة، إذ لا تحميه آلهة المدينة ولا يكون له حتى حق التضرع إليها، فهذه الآلهة الوطنية لا ترغب في الصلوات أو القرابين إلا من مواطنيها، لهذا فهي تصد الأجنبي وتحرم عليه دخول معابدها، حيث يؤدي وجوده أثناء المراسم إلى تدنيها.

وهذا الموقف المتشدد القائم على التعصب الديني، كأساس للتفرقة بين الوطني والأجنبي ظل قائماً عبر قرون طويلة في ظل الإمبراطورية الرومانية الوثنية. فالفكرة الدينية ظلت تكبر في ذات الوقت الذي نمت فيه الجماعة الأولية، إذ ما لبثت روما بعد أن كانت مقاطعة قليلة الشأن من مقاطعات إيطاليا أن سيطرت على الكون بأكمله. فقد استطاعت فعلاً مدينة " Romulus"، فرض عبادة آلهتها الخاصة إلى جانب فرض قوانينها على الشعوب التي

¹ _ فقد أدى الدين إلى تنمية الإحساس بالانتماء للجماعة وتحقيق كيانها الذاتي وانسجامها الاجتماعي، بحيث أدى إلى توحيد بلاد ما بين النهرين في دولة بابلية موحدة بظهور عبادة الإله مردوخ، وتوحدت الدولة المصرية القديمة باتحاد الجنوب مع الشمال في عهد الملك مينا. انظر زروتي الطيب، المرجع السابق، ص8.

² _ صفة بشاتن، أثر الزواج المختلط على جنسية المرأة، ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو، 1997، 1998، ص8.

كانت تحتلها. حتى أن الأمم المنهزمة لم تكن تتردد في الاعتراف لروما بالسيادة الدينية والسياسية، هذه المدينة المحمية من طرف قوى عظمى¹.

غير أنه وإن كان الاعتقاد الديني في الإمبراطورية الرومانية الوثنية، سببا في العديد من أوجه التفرقة في المعاملة بين الشعوب المغلوبة، فالمطاردة والتعذيب والاضطهاد كانت مصير من لا يعتقد الديانة الرومانية، إلا أن مبدأ الجنسية الدينية، لم يكن مجسدا بصفة مؤكدة، بل إن بعض المؤلفين استبعدوا وجوده تماما. فقد أدت التطورات السياسية التي حدثت داخل الإمبراطورية بالقادة آنذاك إلى التفرقة بين التأثير الديني على حالة الأشخاص، وتأثيره على صفة المواطنة. ولعل هذا قد يرجع إلى أن الروماني وقت الفتوحات أصبح يجد نفسه أمام شعوب عديدة تحت سيطرته سياسيا، دون أن تشاركه ديانة، مما أدى لإرغامه على التفكير في تكوين الدولة، أكثر من الانشغال بالتعصب الديني.

وهذا مابداً العمل به فعلا إذ بدأت تمنح صفة المواطنة لعدة شعوب لا تعتقد الديانة الرومانية، مثل ما حصل مع اليهود والمسيحيين في الإمبراطورية الوثنية .

بل إن الأوضاع تطورت أكثر من ذلك، أثناء حكم بعض القادة الرومان، فأصبح يعترف رسميا ببعض الديانات الموجودة ببعض المدن الرومانية، ويسمح بممارستها، دون أن يؤثر هذا على صفة المواطنة الرومانية، كالحاكمان قيصر "Qesar" ونيرون "Neron"، اللذان قاما باستصدار مراسيم تسمح لليهود بممارسة شعائهم الدينية، مع الاحتفاظ بصفة المواطنة الرومانية كاملا². كما أن المسيحيين المقيمين في الامبراطورية الرومانية لم تكن حالتهم أحسن من حالة اليهود، فكانوا مستقزين، متابعين، ومطاردين، ولم يتم منحهم صفة المواطنة الرومانية، إلا بفضل القديس " Paul Saint"، الذي دافع عن صفته الرومانية، عند امتثاله شخصيا أمام "Neron" الذي اعترف له بها.

¹ _ أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص62.

² _ صفية بشاتن، المرجع السابق، ص11.

وقد تم الانتقال من الدولة الوثنية إلى المسيحية نهائياً، بمقتضى قانون "ميلانو" لسنة 313 م. هذا الانتقال الذي انتصر به الدين الجديد داخل الإمبراطورية، تميز بحرية العبادات، وحرية إقامة الشعائر، باعتبار أن المسيحية عقيدة تسعى إلى العالمية بضمان نشر تعاليمها إلى كافة الشعوب، كما تميز هذا العصر بانفصال الجنسية على الدين واستقلاله عنها نهائياً، فلم تعد هناك علاقة ولا تأثير للدين على اكتساب المواطنة في الإمبراطورية الرومانية المسيحية¹.

غير أنه بعد تفكك تلك الإمبراطورية، فقد عاد الارتباط بين فكرة الوطنية والديانة إلى الظهور في القانون الأوروبي القديم، بصورة متشددة. فقد كانت الدولة في مملكة فرنسا مثلاً ترتبط كلية بالكنيسة، ويسود فيها الشعور الديني، وقد بدت فرنسا في كثير من الأحيان، بالنسبة إلى الديانة، وآثارها في المجال القانوني، أكثر تشدداً ومغالاة من الإمبراطورية الرومانية. فقد كانت العقيدة الرسمية للدولة الفرنسية هي الكاثوليكية، إلا أن ظهور العقيدة البروتستانتية والترويج لها في نهاية القرن السادس عشر، ثارت معه مشكلة رعية الفرنسيين المعتنقين لها، الذين تم اضطهادهم دينياً والضغط عليهم، مما أدى بعدد كبير منهم للهجرة خارج فرنسا، ولم يسمح لهم بالعودة إليها هم وأبناؤهم المولودين بالخارج، إلا بمقتضى قانون صادر سنة 1698، والمتضمن شرط إثبات أنهم أصبحوا من الكاثوليك، بناء على القسم بهجرانهم للبروتستانتية، أو بتقديم شهادة الكاثوليكية، ودون حاجة لاستصدار قرار بمنحهم الرعية الفرنسية من جديد².

¹ _ صافية بشاتن، المرجع السابق، ص12.

² _ وفي أوائل القرن الثامن عشر، وبالتحديد في الفترة بين آخر عهد لويس الرابع عشر الذي أخذ على عاتقه خطة توحيد العقيدة بفرنسا، وبداية حكم لويس الخامس عشر، تم تسوية وضع البروتستانتين بإقرار قرينة قانونية قاطعة بأنهم يبقائهم في فرنسا، يكونوا قد دخلوا العقيدة الكاثوليكية، بحيث ينتفي الشك في صفتهم كفرنسيين. فالحيلة القانونية التي تم الاعتماد عليها في هذا الشأن، هي أن كل البروتستانتين قد ماتوا أو اعتنقوا الديانة الكاثوليكية. وعلى هذا الأساس لم يتيق في فرنسا إلا العقيدة الكاثوليكية. راجع في هذا، أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص63.

أما المشكل الأكبر والأخطر فكان بالنسبة لليهود، وانتمائهم للدولة الفرنسية، فالنصوص التشريعية في القرنين الثالث عشر والرابع عشر، كانت تشبههم بالعبيد، وكانت مرتبتهم أدنى بكثير من المسيحيين البروتستانتين، إذ يعتبرون أجنب صراحة. وعليه لم يكن لليهودي حق الزواج من المسيحية، ولا اليهودية من المسيحي، وإلا اعتبر ذلك جريمة شنعاء في حق الديانة المسيحية، فمجرد وجودهم بفرنسا كأقلية كان يعتبر عنصر تفرقة داخلية، ويجعلهم خطر على الأغلبية المسيحية. ولكي يدمجوا في المجتمع الفرنسي المسيحي كان عليهم التجنس، وذلك عن طريق تسلم رسائل التجنس المقدمة من قبل الكتابة الملكية¹، والذي من شروطه اعتناق الكاثوليكية.

وظل وضعهم هكذا، حتى قيام الثورة الفرنسية التي جلبت معها تيارا من الفكر التحرري، جرف في أذياله التعصب الديني الذي ارتكز بكل ثقله على المجال القانوني أحقابا طويلة، إذ أقرت الجمعية التأسيسية الفرنسية، في 28 سبتمبر 1791، بعد مناقشات دارت بينها على أن " كل إنسان مهما كان لونه يتمتع بفرنسا بكل حقوق المواطنين، متى ثبتت له هذه الصفة بنص الدستور". وهو ما دفع بأحد النواب إلى القول أن: "حرية العقيدة لم تعد تسمح بإقامة أية تفرقة في تحديد صفة الوطني، تستند إلى المعتقدات الدينية"، وتقدم من ثم باقتراح ووفق عليه في ذات الجلسة، باعتبار يهود فرنسا من المواطنين.

وهكذا وجد المشكل حله النهائي بتراجع وتقهر فكرة الدين، وتغلب الفكرة العلمانية للجنسية عليها، وبذلك قفلت صفحة من تاريخ فرنسا، بإقرار المبدأ الذي يفصل بين رابطة الجنسية و العقيدة الدينية، ولم يلبث تيار هذا المبدأ أن اجتاح سائر القارة الأوروبية، مع تأثير أفكار الثورة الفرنسية، فتوالت تشريعات الجنسية فيها معتمدة على أسس لا ترتبط بالعقيدة².

¹ _ صفية بشاتن، المرجع السابق، ص13.

² _ أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص 64.

وهكذا لم يبق للدين، في العصر الحديث، أي أثر لا في بناء الجنسية، ولا في بناء كيان الدولة السياسي. فبالنسبة للجنسية فسائر التشريعات في المجتمع الدولي الحالي تعتمد في إعطاء جنسيتها على معيارين وحيدين هما البنية (حق الدم)، ومكان الميلاد (حق الإقليم)¹، وبالنسبة للدولة فقد ظهر بعد الحرب العالمية الثانية دول تضم عدة ديانات في ذات الوقت، كما كان الحال في يوغوسلافيا قبل تفككها مؤخرًا، فقد كانت تجمع بين الصرب الأرثوذكس، والكروات الكاثوليك، والبوسنيين، والكوسوفيين المسلمين.

كما لم تمنع وحدة الدين من انفصال أقاليم من نفس الدولة، كما في الإمبراطورية العثمانية التي تفككت إلى عدة دول بموجب معاهدة لوزان سنة 1923، وكانفصال المجر عن النمسا، والنرويج عن السويد، في حين توحدت ألمانيا بالرغم من الفوارق المذهبية بين سكانها.

وهكذا فإن مبدأ علمانية الجنسية يعتبر من القواعد الدولية التي تستند على العرف الدولي، إذ لم يبق في القانون المعاصر أية دولة تبني جنسيتها على الدين، باستثناء إسرائيل التي تشكل حالة شاذة، إذ جعلت الرابطة بين اليهود دينية محضة، ولو اختلفت ألسنتهم وألوانهم، ومواطن إقامتهم فقد نص قانون العودة رقم 57-10 المؤرخ في 07-06-1950 في مادته الأولى أنه من حق كل يهودي المجيء إلى الدولة كمهاجر².

وإن إقامة الجنسية على أساس الدين، من الأفكار الرجعية، والمنتقدة، حيث أنها تمثل العودة لعهد الملكيات القديمة، وتتعارض مع المبادئ المقررة في القانون المعاصر التي تقضي بوجوب توزيع الأفراد بين الدول توزيعاً موضوعياً بحسب أساس الدم أو الإقليم. وهذا المبدأ يخل بالتعايش السلمي للدول، ويشكل تعدي على الدول الأخرى.

¹ _ جمال محمود الكردي، الجنسية في القانون المقارن، ط1، دار النهضة المصرية، القاهرة، مصر، 2005، ص36.

² - زروتي الطيب، المرجع السابق، ص9.

ثالثا: الانتماء بالولاء للحاكم:

يعد هذا الشكل من الانتماء، مرحلة متقدمة من مراحل تطور الانتماء الديني، وذلك على أساس أن الحكام في الدولة، يمثلون إرادة الله في الأرض، ويجب الخضوع لهم وطاعة أوامرهم، بل قد اختلطت السلطة السياسية بالعقيدة الدينية لدرجة أصبح فيها الحاكم هو نفسه الإله، في بعض النظم، كمصر القديمة التي ساد فيها تأليه الفرعون¹.

أما القرون الوسطى فقد شهدت ضعف الإمبراطوريات والدول المركزية، مما أدى إلى استقلال كل إقليم استقلالا ذاتيا في صورة إقطاعية، بحيث لم يبق للملوك كسلطة مركزية إلا الاسم، مادام أن كل إقطاعية شكلت وحدة سياسية واقتصادية واجتماعية مستقلة، مملوكة للأمير أو السيد الإقطاعي، فأصبحت بهذا الرابطة الرئيسية التي تربط بين سكان الإقطاعية هي التبعية والولاء للسيد الإقطاعي، بالإضافة لرابطة الإقليمية بالتواجد على أرض الإقطاعية، ورجحت هاتين الرابطين على ما سواهما كرابطة القرابة، أو وحدة الديانة، أو اللغة². وهكذا أصبح الشخص ينتمي إلى إقطاعية معينة، وكل إقطاعية مغلقة على نفسها لا محل فيها للأجانب³.

ونظرا للحروب والصراعات التي قامت بين الإقطاعيات، والتي طال أمدها ليصل بعضها إلى القرن، فقد وهن النظام الإقطاعي، مما أدى لتقوية شوكة الملوك وتحفيزهم على توحيد الإقطاعيات، في دول مركزية قوية، فقامت الدول في كثير من أنحاء أوروبا، ككل من إنجلترا، فرنسا، اسبانيا، سويسرا، السويد، والدنمارك، وغيرهم⁴.

¹ _ كما كان يحكم الأباطرة الصينيون باسم الإله، وفي الهند القديمة يستمد الحاكم سلطاته من الإله براهما، انظر زروتي الطيب، المرجع السابق، ص11.

² _ محمد الروبي، الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص12.

³ _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 167.

⁴ _ Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, droit international privé, 7ème édition, Dalloz, France, 2001, p553.

تطور الانتماء الديني بظهور الديانة المسيحية، وبعد صراع بين الكنسية والقيصرية، تم تحويل الحق الإلهي المقدس للحكام باعتبارهم يمثلون إرادة الله في الأرض، ويجب الخضوع لهم، وطاعة أوامرهم ومن ثم اختلطت السلطة السياسة بالعقيدة الدينية، حتى أصبح الحاكم هو نفسه الإله .

ومن الغريب أن بعض النظم القانونية المعاصرة لا زالت متأثرة بفكرة الولاء الموروثة عن الولاء المؤدى للحاكم، باشتراط في طالب التجنس بجنسيتها تأدية يمين الولاء، وإن كان ولاء سياسيا نحو الدولة، وليس نحو شخص رئيسها¹.

الفرع الثاني: الانتماء في الشريعة الإسلامية، ومدى معرفتها للجنسية.

إن الحديث عن مدى معرفة الشريعة الإسلامية لنظام الجنسية، بصفتها مصطلح علماني حديث، يقتضي التطرق للآراء الفقهية في هذا المجال (أولاً)، بينما يقتضي الحديث عن الانتماء في الشريعة الإسلامية التطرق لمفهوم الرعية، وتقسيمها إلى دار الإسلام ودار الحرب (ثانياً).

أولاً: مدى معرفة الشريعة الإسلامية للجنسية:

إن محاولة تقدير مدى معرفة الشريعة لنظام الجنسية، يقتضي التطرق إلى الجدل القائم من الفقهاء الإسلاميين حول ذلك، فهناك اتجاه منكر لوجود الجنسية (أ)، في حين هناك اتجاه مؤيد و معترف بذلك (ب).

أ- الاتجاه المنكر لوجود الجنسية في الإسلام.

إن هذا الإتجاه يستدل على رأيه بعدة حجج هي كالتالي.

¹ - يأخذ بهذا قانون الجنسية الإنجليزي والأمريكي، اللذان يشترطان تأدية يمين الولاء قبل منح الجنسية، مع اختلاف وقت تأديتها قبل إصدار قرار التجنس أو بعد ذلك أنظر زروتي الطيب، المرجع السابق، ص12.

1_ تعارض فكرة الجنسية مع مبدأ عالمية الإسلام:

فالدين الإسلامي لم ينزل لأمة بعينها، أو لقوم دون غيرهم، أو للعرب خصوصاً، بل جاء ليخاطب الناس جميعاً، فالقرآن الكريم قاطع الدلالة على أن الدين الإسلامي دين لا يتقيد بحدود، ولا يعترف بحواجز سياسية أو قانونية فلا فرق في تطبيقه بين مكان وآخر، فقد جاء لينتشر بين أرجاء المعمورة¹.

فدعوة بمثل هذا التصور والانتشار لا تتوافق مع القول بوجود جنسية إسلامية، قائمة على أساس الدين، بموجبها يصبح الشخص المسلم فقط هو من مواطني الدولة الإسلامية، في حين لا يصير غير المسلم من أهل الذمة متمتعاً بهذه الجنسية، وهو ما يشكل عائقاً قوياً يحول دون امتداد الإسلام إلى البلاد غير الإسلامية وأهلها.

ففكرة الجنسية غير قائمة في الإسلام، باعتباره ديناً عالمياً لا يقبل مثل هذا الحاجز السياسي أو القانوني المتمثل في الجنسية، التي تعد بمثابة فكرة ضيقة تقوم على تعدد الدول والسيادات².

2_ الجنسية نظام علماني ليس للدين أي دور فيها:

من المستقر عليه أن فكرة الجنسية فكرة معاصرة، من خلق البشر، وبالتحديد أولئك الذين كانوا يريدون التحرر من قيود الكنيسة، فالجنسية منذ نشأتها فكرة علمانية بعيدة عن أي فكر ديني، وإن عدم ارتباط الجنسية بالدين في الوضع الدولي المعاصر يعتبر من القواعد الدولية التي تستند إلى العرف الدولي الذي استقر على أن هناك معيارين أساسيين يتم على هديهما

¹ قال الله سبحانه وتعالى: "وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً ولكن أكثر الناس لا يعلمون" سورة سبأ آية رقم 28. وقوله تعالى كذلك في سورة الفرقان آية رقم 1: "قل يا أيها الناس إني رسول الله إليكم جميعاً." صدق الله العظيم.

² عبد الحميد محمود محمد عليو، اكتساب الجنسية عن طريق الأم في القانونين المصري والمقارن، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 27.

منح الدولة جنسيتها للأشخاص، هما حق الدم والإقليم، بحيث ليس لديانة الشخص، ومعتقداته الدينية أي تأثير على التمتع بالجنسية من عدمه¹.

وهكذا مع ظهور العلمانية ومبدأ القوميات، أصبحت الجنسية رابطة سياسية وقانونية بمنأى عن الدين، وهاته حقيقة قانونية وضعية يؤيدها ما كان عليه الحال في العديد من تشريعات الدول الإسلامية إبان خضوعها للخلافة العثمانية حيث أهملت رابطة الدين كأساس للتمتع بالجنسية الإسلامية تماما، ولعل قانون الجنسية العثماني الصادر سنة 1869 خير دليل على ذلك، إذ لم يخلط بين الدين و الجنسية، وأصبح من الممكن أن يكون الشخص يهوديا أو مسيحيا، ومع ذلك يتمتع بالجنسية العثمانية².

3_ الجنسية تدعو للعصبية والقبلية:

وهو ما حاربه الإسلام ودعا إلى نبذه، فالآيات القرآنية والأحاديث النبوية تدل دلالة واضحة، على نبذ أي فكرة أو دعوة للعصبية أو القبلية، واعتبار هذا إرث جاهلي ودعوى إلى الفرقة والفتنة، وتفريق بين الجماعة الإنسانية العالمية، تحت دعوى وحدة الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل القبلي، وهو ما يؤدي إلى تعميق العصبية، بحيث يتعصب كل جنس أو عرق إلى جنسيته ويعلو بها على من سواه³. لكن الإسلام ألغى جميع التفاوت القائم بين البشر على أساس العصبية لجنس من الأجناس، فلا فرق بين أبيض وأسود، ولا بين عربي وأعجمي إلا بالتقوى.

ويقول الإمام الشيخ "محمد عبده" تأكيدا لذلك : " أما الجنسية فليست معروفة عند المسلمين، ولا لها أحكام تجري عليهم لا في خاصتهم، و لا عاميتهم. إنما الجنسية عند الأمم

¹ _ جمال عاطف عبد الغني رضوان، طرق اكتساب الجنسية في الشريعة الإسلامية وانعكاسها على القوانين الوضعية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013، ص 62، وأحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص60.

² _ عبد الحميد محمود محمد عليو، المرجع السابق، ص30.

³ _ جمال عاطف عبد الغني رضوان، المرجع السابق، ص 59.

الأوربية تشبه ما كان يسمى عند العرب عصبية. جاء الإسلام فألغى تلك العصبية ومحي آثارها وسوى بين الناس في الحقوق فلم يبق للنسب، ولا لما يتصل به أثر في الحقوق ولا في الأحكام . فالجنسية لا أثر لها عند المسلمين قاطبة...." ثم انتهى للقول " هذا ما تقضي به الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبها، لا جنسية في الإسلام، ولا امتياز في الحقوق بين مسلم ومسلم.¹

ب- الاتجاه المؤيد لوجود الجنسية في الإسلام:

يرى غالبية الفقه، أن الإسلام عرف فكرة الجنسية كمعيار للتمييز بين الوطني والأجنبي، ولكن ليس كما هو الحال في التشريعات الحديثة التي تسميها بمصطلح الجنسية، بل عرفت تحت مسميات أخرى في الفقه الإسلامي مثل التبعية، الرعية، و أهل دار الإسلام، الذين كانت لهم جنسية الدولة الإسلامية سواء كانوا مسلمين أم لا.²

وقد فند أنصار هذا الاتجاه حجج الرأي المنكر لوجود الجنسية في الإسلام على أساس أنه ليس هناك تعارض بين الجنسية و مبدأ عالمية الإسلام، لأن الجنسية تقوم على أساس الانتماء إلى دولة من الدول، ويتم اكتسابها بعدة طرق مختلفة، ومن ثم لا يمكن أن تقف حجة أمام مبدأ عالمية الدين الإسلامي، إلا في حالة يكون فيها إسلام الفرد هو الطريق الوحيد لكسب الجنسية، ولكن حقيقة الأمر على خلاف ذلك، لأن جنسية الدولة الإسلامية تتعدد طرق كسبها كما هو الحال بالنسبة لجنسية المسلمين المقيمين في دار الإسلام الذين اكتسبوا جنسية الدولة الإسلامية على أساس العقيدة الإسلامية، والذميين المقيمين بدار الإسلام الذين اكتسبوا الجنسية على أساس الإقامة وليس على أساس العقيدة الإسلامية³. كما أن عالمية الإسلام، لا تستوجب

¹ _ ورد هذا القول بمرجع عبد الحميد محمود محمد عليو، المرجع السابق، ص28. وهذا نقلا عن محمد عبده، الفتاوى الإسلامية، دار الإفتاء المصرية، المجلد الرابع، 1981، الفتوى 684، ص1527.

² _ بلعير عبد الكريم، محاضرات في قانون الجنسية، على ضوء التعديلات الجديدة أمر 05-01 القيت على طلبة السنة رابعة ليسانس، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2010-2012، ص12.

³ _ بلعير عبد الكريم، نفس المرجع، ص14.

جهله بفكرة الجنسية، وبالرغم من كون الإسلام ديناً عالمياً أوحى به الله للعالم أجمع، فإنه مازال هناك العديد من البشر الذين لا يدينون به¹.

كما أنه إن كان الاتجاه المنكر لفكرة الجنسية، يرى أن الإسلام ألغى العصبية والقبلية، والتي تعتبر الجنسية مفهوماً مرادفاً لهما، فإنه لا وجود للشبهة بين الجنسية و العصبية، مادام أن العصبية التي ألغها الدين الإسلامي هي تلك القائمة على الجنس، وشتان بين فكرة الجنسية وفكرة الجنس، إذ لا يمكن على الإطلاق قيام دولة من الدول على عنصر الجنس الواحد بالنظر لاختلاط الأنساب و تداخلها. أما الجنسية بمعنى الانتماء إلى دولة من الدول، فلا يوجد دليل لا في القرآن أو السنة، يشير إلى أنها تشبه العصبية، مما يجعل هذه الحجة تبدو واهية، ولا يصح التعويل عليها لنفي وجود الجنسية في الإسلام².

وحتى بالنسبة لمبدأ علمانية الجنسية، باعتباره يتعارض مع فكرة الجنسية الإسلامية، فإنه مردود عليه مادام أن الدين وإن كان أحد طرق كسب جنسية تلك الدولة، أو الرعاية الإسلامية فإنه ليس طريقها الوحيد، بل حتى أن أولئك الذين ظلوا ينادون بمبدأ علمانية الجنسية قد تخلوا عليه في سبيل وحدتهم، من خلال انضوائهم تحت لواء القومية الدينية " المسيحية الأوروبية"، فيما يسمى بالاتحاد الأوربي، ولو كان هذا غير معلن، وما يثبت هذا رفضهم انضمام أية دولة إسلامية، وإن كانت امتداد جغرافي وحضاري لهذا الاتحاد، مثل دولة تركيا التي لم تستطع حتى الآن دخول هذا النادي، بالرغم مما قدمته من تنازلات، وهذا لأن عقيدة شعبها مازالت إسلامية، وهذا لأن قبولها عضواً في هذا الاتحاد سيهدد قوميتهم الدينية³.

¹ _ عبد الحميد محمود محمد عليو، المرجع السابق، ص32.

² _ يلعبور عبد الكريم، المرجع السابق، ص14.

³ _ ولتوضيح أكثر في حجج المفندين والرايين على الاتجاه المنكر لوجود الجنسية في الإسلام راجع جمال عاطف عبد الغني رضوان، المرجع السابق، ص من 67 حتى 70.

هذا ولم يكتف أنصار هذا الإتجاه بالرد على حجج الرأي المنكر، بل ساقوا العديد من الحجج التي تؤيد وجهة نظرهم منها.

1_ التلازم بين وجود الدولة والجنسية.

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه ثبت تاريخيا أن الإسلام تأسست له دولة تحت إسم ومصطلح دار الإسلام، ولما كانت فكرة الجنسية وفكرة الدولة متلازمتان، لا يمكن أن تتحقق إحداهما دون الأخرى، إذ لا بد من أداة يتحدد بها ركن الشعب في الدولة، لأنه لا يمكن الحديث عن إقليم دون أن يكون هناك شعب يقيم فيه، ولا عن سلطة دون وجود الشعب الذي تمارس عليه سلطتها، ولا يوجد وسيلة تستطيع من خلالها الدولة تحديد مواطنيها إلا من خلال الجنسية.

وعليه فإن عنصر الشعب في الدولة الإسلامية، يتكون من مجموع الأفراد الذين يعتقدون الدين الإسلامي المقيمين في هذه الدار، ومن أهل الذمة، وبالتالي فمادامت جميع أركان الدولة بالمفهوم الحديث، توافرت في الدولة الإسلامية من إقليم وسيادة وشعب، فكان لابد من وجود وسيلة تستطيع بها تمييز شعبها عن بقية الشعوب الأخرى، وهذه الوسيلة هي فكرة الجنسية في الوقت الحالي¹.

2_ الإسلام عرف الجنسية ولم يعرف المصطلح.

إن فكرة الجنسية كانت بالقطع موجودة ومعروفة في الشريعة الإسلامية لكن تحت مسميات أخرى، كالرعوية، المواطنة، التبعية، أهل الدار، وهي اصطلاحات لاشك أنها تقطع بانتماء الشخص، وبغض النظر عن ديانته إلى شعب الدولة².

¹ _ بلعبور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 13، و عبد الحميد محمود محمد عليو، المرجع السابق، ص من 33 حتى 37.

² _ عبد الحميد محمود محمد عليو، المرجع السابق، ص 37.

صحيح أن الفقهاء المسلمين لم يستعملوا اصطلاح الجنسية، للدلالة على الرابطة التي تربط الشخص بالدولة التي ينتمي إليها، إلا أنهم عرفوا النتائج التي تترتب على انتماء الشخص لدار الإسلام، وأسموها " الرعوية "، كما أن هناك اتفاق بين فكرة انتماء الشخص للدولة الإسلامية، وتعريف الجنسية في علم الاجتماع الحديث¹.

وعلى العموم، فبالرغم من اتفاق الرأي الراجح فقها حديثا على معرفة الشريعة الإسلامية، لمفهوم الجنسية بمضمونها إلا أنهم اختلفوا حول أساسها القانوني، فبينما أسسها البعض على العقيدة الإسلامية وحدها، فقد بناها آخرون على الالتزام العام بأحكام الشريعة .

ثانيا: طبيعة الانتماء في الشريعة الإسلامية:

لا نجد في كتب الفقه الإسلامي في العصور الإسلامية الأولى، استخداما لاصطلاح الدولة، وإنما نجد استخداما واسعا لاصطلاح الدار، ليعبر عن نفس معنى الدولة بمفهومها المعروف في القانون الدولي المعاصر².

وعليه فإعمالا لمبدأ وحدة الدولة الإسلامية انتهى الفقهاء المسلمون إلى تقسيم العالم إلى قسمين كبيرين، على أساس من الواقع هما دار الإسلام، ودار الحرب استنادا إلى النطاق المكاني الذي يحيا فيه المعتنقون لدعوة الإسلام. فمتى كان هذا النطاق إسلاميا، وطبقت أحكام الشريعة فيه وكانت السيادة للمسلمين، فالإقليم إسلامي أو دار إسلام³، ولا يهم إن كان السكان

¹ _ صلاح الدين جمال الدين، نظرات في الجنسية المصرية، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 17.

² _ بحيث كان تعبير دار الإسلام يعني الدولة الإسلامية. انظر صلاح الدين جمال الدين، الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي، دراسة في إطار أحكام الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 13.

³ _ ولقد كان سكان دار الإسلام يتنقلون قديما في مختلف بلاد الإسلام دون قيد أو جواز سفر أو تأشيرة دخول، أي ان وطن المسلم كان هو كل بلاد الإسلام، ينتقل بين أرجائها كيفما يشاء، ويقوم ويعمل حيث يشاء. انظر علي سليمان، مركز الأجنبي في الشريعة الإسلامية وفي أهم الشرائع الأخرى، مرجع سابق، ص 87.

مسلمين أولاً، وسواء كانوا أغلبية أو أقلية، ولكن إذا كان الأمر على عكس ذلك بحيث تظهر أحكام الشرك وتكون السيادة لغير المسلمين، فالإقليم حينئذ دار حرب¹.

ولكن هذا التقسيم لا يعني أن الإقامة في الدولة الإسلامية تقتصر على المسلمين فحسب، وإنما يوجد بالدولة الإسلامية كل من:

أ_ المسلمون:

إن الانتماء للإسلام هو أساس الربط الديني والاجتماعي بين المسلم، وأمة المسلمين. والأصل أن الأمة الإسلامية أو المسلمين هم المواطنون الأصليين في دار الإسلام، وهم الذين يتمتعون بكافة الحقوق العامة والخاصة، وكافة التكاليف الإسلامية العامة كذلك، مما دعى بالفقه للقول ان الاسلام دين وجنسية معا، ويلزم بذلك أن يعامل المسلم المقيم في دار الحرب معاملة المسلمين، إذا دخل دار الاسلام².

ب_ الذميين:

وهم غير المسلمين الذين يقيمون إقامة ممتدة في الدولة الإسلامية، ويلتزمون أحكام الاسلام، بناء على العهد والأمان بذمة الله ورسوله، ويكون لهم بذلك ما للمسلمين وما عليهم³. والذمة يراد بها العهد، و عقد الذمة عقد بمقتضاه يصير غير المسلم في ذمة المسلمين، أي في عهدهم وأمانهم على وجه التأييد، وله الإقامة في دار الاسلام على وجه الدوام⁴.

¹ _صلاح الدين جمال الدين، نظرات في الجنسية المصرية، المرجع السابق، ص 9. و للتفصيل أكثر في التفرقة بين دار الاسلام ودار الحرب انظر هاني عبد الله درويش، آثار اكتساب الجنسية، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص من 41 حتى 44.

² _صلاح الدين جمال الدين، نظرات في الجنسية المصرية، المرجع السابق، ص 11

³ _أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع سابق، ص 42 .

⁴ _ هاني عبد الله درويش، المرجع السابق، ص 45.

ومن ثم يمكن تشبيه الذميين بحملة الجنسية الطارئة، أو المكتسبة، أو تسميتهم وفق إصطلاح شراح الفقه الإسلامي بالرعايا مقابل تسمية المسلمين بالمواطنين.

بل حتى في الفقه القانوني المعاصر، فالرعايا ليسوا سواء في التمتع بالحقوق السياسية، إذ يتم التفريق بين الوطنيين والمواطنين، فالمواطن يتمتع بكافة الحقوق السياسية والحقوق العامة التي يقرها دستور الدولة، بينما لا يتمتع الوطنيين بكل ذلك، وهذا قياساً على ما تقيمه تشريعات الجنسية في الكثير من الدول، بالترقية بين صاحب الجنسية الأصلية والمكتسبة بالنسبة لممارسة الحقوق السياسية¹.

وعقد الذمة لازم في حق المسلمين لا يجوز نقضه، إلا إذا لحق الذمي بدار الحرب، أما بالنسبة للذمي فهو غير لازم، إذ يملك نقضه متى شاء. ومتى اعتنق الذمي الإسلام، انقضى عقد الذمة من تلقاء نفسه، وأصبح مواطناً مسلماً².

جـ. المستأمنين:

هم طائفة من الأجانب يقطنون بغير دار الإسلام، ويدخلوها طالبين الأمان، فإذا منح لهم، كان ذلك بمثابة عقد، بمقتضاه يحق لهم الإقامة في دار الإسلام ومزاولة التجارة، أو السياحة أو طلب العلم³.

وطالما ظل المستأمن بهذه الصفة فهو أجنبي فعلاً في معنى القوانين الحديثة، ولكنه يستطيع متى شاء أن يصير ذمياً أي وطنياً. وقد استمد الفقه حكم المستأمن من قوله تعالى في سورة التوبة الآية 6: " وإن احد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه

¹ - محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العامة في قانون الأمم، مصر، 1971، ص40.

² - علي علي سليمان، مركز الأجنبي في الشريعة الإسلامية وفي أهم الشرائع الأخرى، المرجع السابق، ص 88.

³ - الأصل أن مدة العقد سنة قابلة للتجديد، على خلاف في ذلك في الفقه. انظر صلاح الدين جمال الدين، نظرات في

الجنسية المصرية، المرجع السابق، ص17

مأمنه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون. " والحكمة في ذلك هي فتح الباب أمام الاجانب غير المسلمين، لعلهم بمخالطتهم للمسلمين وبسماعهم كلام الله تلين قلوبهم للإسلام¹.

والأمان يكون مؤقتاً محدد المدة، بعكس عقد الذمة فشرطه التأييد، وللمستأمن الحربي أن يدخل دار الاسلام آمناً، ولا يجوز التعرض له بسوء. والامان هنا قد يكون للمستأمن نفسه صراحة منذ دخوله دار الاسلام، وقد يحصل عليه بالتبعية لغيره.

والمستأمن بدخوله دار الاسلام وجب عليه اتباع تعاليم المسلمين والانصياع لهم، وعدم اظهار أمر من امور البغاء أو الفساد في دار الاسلام، وإذا ظهر منه ما يخالف أحكام الله أو الشريعة يكون قد نقض أمانه، مما يقتضي رجوعه إلى داره، ومن هنا لا يجوز رجوعه مرة ثانية إلا بأمان جديد، كذلك ينقضي أمانه إذا كان فيه مفسدة وضرر على الدولة الاسلامية². أما في غير هذه الحالات بأن يحترم المستأمن عقد أمانه، ولا يبدر منه المخالفات السابقة، فلا يجوز نقض عقد الأمان إلا إذا عاد المستأمن إلى دار الحرب نهائياً، دون اعتزام العودة، أما إذا رجع إليها وهو يعتزم العودة إلى دار الإسلام، كما لو كان للتجارة فلا ينقض أمانه، وإذا أسلم المستأمن انتهى عقد الأمان وأصبح مواطناً كغيره من المسلمين³.

و هكذا، نخلص انه و بحق إن كان المسلمين لم يستعملوا اصطلاح الجنسية، للدلالة على الرابطة التي تربط الفرد بمجتمع الدولة التي ينتمي إليها، إلا أنهم عرفوا النتائج التي تترتب عن انتماء الشخص لدار الإسلام، و أسموها الرعوية. بحيث يترتب على انتماء الأشخاص لدار الإسلام أن ينعموا بالعصمة في أنفسهم وأموالهم سواء كانوا مسلمين أو ذميين، وهي نفس آثار رابطة الجنسية بالمفهوم الحديث.

¹ _ علي علي سليمان، مركز الأجنبي في الشريعة الإسلامية وفي أهم الشرائع الأخرى، المرجع السابق، ص 89.

² _ هاني عبد الله درويش، المرجع السابق، ص 47، 48.

³ _ علي علي سليمان، مركز الأجنبي في الشريعة الإسلامية وفي أهم الشرائع الأخرى، المرجع السابق، ص 89.

هذا، وإن الإحاطة بالجنسية في العصر الحديث سيكون من خلال المطلب التالي بعنوان مفهوم الجنسية.

المطلب الثاني: مفهوم الجنسية.

لتحديد مفهوم الجنسية لابد من تبيان تعريفها لغة و اصطلاحا، (الفرع الأول)، عناصرها وأركانها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف الجنسية.

للتوصل لتعريف دقيق للجنسية لابد من تبيان تعريفها اللغوي (أولا)، والاصطلاحي، (ثانيا)، وتبيان الأساس الذي تقوم عليه، وتمييزها عن غيرها من المصطلحات (ثالثا) .

أولا : التعريف اللغوي للجنسية:

من منظور أولي يظهر أن مصطلح الجنسية في اللغة العربية مشتق من كلمة الجنس، هذه الكلمة المتعددة المعاني، فقد تدل أن الفرد من سلالة وعرق أو أصل واحد، كما تعني أيضا النوع كما هو الحال في الأشياء، يقال مثلا قمح صلب للدلالة على نوع من القمح، وتدل كلمة الجنس كذلك على نوع الشخص ذكرا أو أنثى¹.

ولهذا يعتقد الكثير أن الجنسية تعني الانتماء لنفس الجنس "Race"، إلا أن هذا اعتقاد خاطئ، لأنه إذا كان الانتماء لنفس الجنس قد لعب دورا كبيرا عند تكوين الدول، إلا أنه ليس من شروط ثبوت الجنسية للفرد، فقد تسببت الحروب، الهجرات، والمبادلات إلى اختلاط الشعوب، ومن ثمة اختفاء فكرة الانتماء إلى نفس الجنس، وحل محلها الانتماء إلى الدولة، التي قد يكون شعبها منحدرًا من أجناس مختلفة امتزجت دماءهم بمرور الزمن.

¹ _يلعبور عبد الكريم، المرجع السابق، ص6.

وعليه لا يمكن أن يأخذ لفظ الجنسية معناه من الجنس، بل إن الجنسية هي ترجمة لكلمة "Nationalité" في اللغة الفرنسية، وكلمة "Nationality" في اللغة الإنجليزية، هذان المصطلحان الأجنيبان اللذان يجدان أصلهما في اللغة اللاتينية في كلمة " Natus " أو "Natio". وعليه فإن مصطلح الجنسية بمعناه الدقيق، هو كلمة مشتقة من لفظ "Nation"، والتي تعني الأمة، مما يدفع للاعتقاد أن الجنسية تعني الإنتماء إلى الأمة، وهذا بدوره خاطئ، لأن الإنتماء في الجنسية هو الإنتماء للدولة وليس للأمة¹.

ورغم عدم انسجام المعنى اللغوي للجنسية بمعناها الاصطلاحي، القانوني، سواء في اللغة العربية أو الأجنبية، فما زالت الكلمة واردة على النحو السابق في النصوص التشريعية لدول العالم، وما زلت أيضا المدارس الفقهية تستعمل مصطلح الجنسية، على الرغم من عدم دقته من الناحية اللغوية².

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للجنسية:

بالرغم من أن الجنسية أداة التوزيع الجغرافي للأفراد على الكرة الأرضية في دول العالم، ومعيار يتم بمقتضاه تحديد ركن الشعب في الدولة، وتمييز الأعضاء المكونين لها بين الوطنيين والأجانب³، إلا أن الفقهاء اختلفوا كثيرا حول تعريفها، وقد يكون هذا لكونها بمثابة نقطة يلتقي عندها النظام الداخلي للدول بالنظام الدولي، وسنحاول الإشارة لأهم الاتجاهات الفقهية في تعريفها. فهناك من يركز على الإتجاه القومي في تعريف الجنسية، لدرجة أنه يخلط بين الأمة والدولة ويرى أن الدولة هي الشكل السياسي للأمة، كالفقيه "Weiss"، الذي يعرفها بأنها "صلة

¹ _مختاري هوارية حنان، نظرية الجنسية وأحكامها في ظل آخر تعديل للتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 2007، 2008، ص11، وانظر كذلك علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص169.

² _ بلعبور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 7

³ _حسن الهداوي، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، الطبعة الأولى، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1993، ص4.

ترتبط الشخص بأمة معينة"، والفقير عبد الحميد أبو هيف، الذي يعرفها بأنها "صلة قانونية بين دولة أو أمة (دون تمييز بين الكلمتين) وشخص معين، وهي منشئة لحقوق وواجبات معينة¹. كما أن الفقيه "موحد إسعاد²" يرى أن العنصر الرئيسي في مجال الجنسية يتمثل في الانتماء للأمة، لأن الدولة في رأيه ماهي إلا تعبير عن الأمة، وهذا لدور الأمة في تكوين عنصر الشعب في الدولة.

وهناك إتجاه آخر، يرى أن الجنسية هي ضابط الاختصاص الشخصي للدولة على الأفراد، بحيث يذهب الأستاذ "Pierre Mayer" في تعريفه للجنسية: "بأنها صفة يرتب منحها من جانب الدولة، اختصاصا شخصيا لها اتجاه الفرد، يحتج به قبل الدول الأخرى".³ وهذا الفقيه يجعل أساس الجنسية هو الطرف الذي يمنحها، أي الدولة التي لها اختصاص سيادي في تحديد شعبها، فالجنسية تعطي للدولة اختصاصا يمكن الاحتجاج به قبل سائر الدول بخصوص الفرد الذي يتمتع بجنسيتها، كالاختصاص بحمايته دبلوماسيا، فالدولة هي التي تنشئ الجنسية وتصبغها على الفرد. وهكذا فهذا الفقيه يهمل طبيعة الجنسية كعلاقة بين طرفين، ويركز على أثرها في القانون الدولي العام، دون القانون الداخلي⁴.

وعليه يركز الفقه الغالب في تعريفه للجنسية على أطرافها، على أساس أنها الرابطة التي تربط كل فرد بدولة محددة، على اختلاف بينهم، فهناك من يرجح الجانب السياسي، كالفقيه

¹ زروتي الطيب، المرجع السابق، ص20.

² _ يعتبر هذا الفقيه أن الجنسية تعبير قانوني عن حالة اجتماعية وسياسية، إذ الفرد يرتبط بتبعية مزدوجة، تبعية ذات طبيعة اجتماعية تربطه بالأمة، وتبعية ذات طبيعة قانونية تربطه بالدولة التي تمثل تعبيرا عن هذه الأمة. انظر موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية، ترجمة د. فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر، 1989، ص 97، 98.

³ _ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص25.

⁴ _ زروتي الطيب، المرجع السابق، ص25.

"Niboyet" الذي يرى أنها " الرابطة السياسية التي يصير الفرد بمقتضاها جزءا من العناصر التكوينية الدائمة لدولة ما"¹

والرابطة السياسية تعبر عن ولاء الفرد للدولة التي يحمل جنسيتها، وما يترتب عنه من واجبات وحقوق متبادلة بينهما، كواجب الفرد بأداء الخدمة العسكرية للدفاع عنها، وواجب الدولة من جهتها في بسط حمايتها الدبلوماسية عليه. ولهذا فهذا الولاء السياسي هو الذي يوضع محل اعتبار، في سن القواعد الخاصة بكسب الجنسية وفقدانها².

في حين ركز البعض على الجانب القانوني، فعرفها بأنها رابطة قانونية بين الفرد والدولة³، كالفقيه " Batiffol "، الذي يرى "بأنها الانتماء القانوني للشخص إلى الشعب المكون للدولة"⁴ و الجانب القانوني يعني أن القانون هو الذي يحكم نشأتها وزوالها ويحدد مختلف الآثار التي تترتب عليها⁵.

بينما يجمع فريق ثالث بين الجانب السياسي والقانوني في تعريفه للجنسية، حتى يتفادى الانتقادات الموجهة لكلا الفريقين السابقين، فكما تتصل الجنسية بتكوين الدولة وقيامها، فإنها تتصل كذلك بالفرد وبمركزه القانوني، ومعاملته من حيث التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات، فالجانب السياسي والقانوني متلاصقان لا يفترقان⁶. من ذلك الفقيه المصري "عز الدين عبد الله"، الذي يعرفها بأنها رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة⁷.

¹ _ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 23.

² _ عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 26.

³ _ Dominique Holleaux, Jacques Foyer ,Géraud de Geouffre de la Pradelle, Droit International privé, Masson éditeurs, Paris 1987 ,p 24.

⁴ _ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 24.

⁵ _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 169، و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 27.

⁶ _ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 24.

⁷ _ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجنسية والمواطن، الجزء الأول، الطبعة الحادية عشر، مطابع الهيئة المصرية المصرية العامة للكتاب، مصر 1986، ص 135.

وقد يرجع هذا الاختلاف في تحديد طبيعة الجنسية، القانونية أو السياسية، حسب تصنيفها بين قواعد القانون الخاص، أو العام. فمن صنفها من روابط القانون العام، ركز على الجانب السياسي والتنظيمي فيها، كرابطة تصل الفرد بالدولة، هذه الأخيرة التي لها الدور الرئيسي في إنشاء الجنسية وتنظيم أحكامها، بينما من صنفها من القانون الخاص، فيهمل المعنى السياسي للجنسية، ويبرز طبيعتها كصفة قانونية فقط، تلتحق الفرد بشعب الدولة، وتترتب عليها آثارا قانونية على حياته داخليا ودوليا¹.

وجميع التعريفات السابقة منتقدة، لهذا يذهب الاتجاه الراجح في الفقه المعاصر إلى إبراز الصفة النظامية والوظيفية في بناء الجنسية. النظامية تعني أن الجنسية نظام قانوني تضعه الدولة، ويتحدد به ركن الشعب فيها، و الوظيفية تعني أن الجنسية صفة في الفرد تفيد الانتماء للدولة، وتحمله على الولاء لها.

ومن هذه التعاريف نذكر تعريف الفقيهين "Loussouarn et Bourel" بأنها "صفة في الشخص قوامها رابطة سياسية وقانونية تربط بينه وبين دولة هو عنصر من عناصر تكوينها"²، وتعريف الفقيه أحمد عبد الكريم سلامة " بأنها نظام قانوني تضعه الدولة، لتحدد به ركن الشعب فيها، ويكتسب به الفرد صفة تفيد انتسابه إليها."³ ومن جانبه يعرفها الدكتور عكاشة محمد عبد العال، بأنها "صفة ذات طبيعة سياسية وقانونية تلتحق الفرد، و تربطه بدولة معينة، وبمقتضاها يتم التوزيع القانوني للأفراد في المجتمع الدولي"⁴.

¹ _ زروتي الطيب، المرجع السابق، ص23، وعكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 23.

² _ زروتي الطيب، المرجع السابق، ص26.

³ _ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص29.

⁴ _ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 27.

ومهما تعددت التعريفات السابقة¹، فإنها لن تؤثر على المعنى العام للجنسية، التي تبقى صفة أو حالة في الفرد، تحدد مركزه القانوني على الصعيدين الداخلي، والخارجي. الداخلي لأنها تفيد الانتماء للشعب المكون للدولة، وما يلحقه من توافر عنصر الولاء، والخارجي لأنها النظام المعترف به دولياً لتوزيع الأفراد بين الدول، كما أن الجنسية نظام قانوني تستقل الدولة وحدها بوضع ضوابطه وحدوده بموجب سلطتها المعترف بها دولياً.

ثالثاً: الأساس الذي تقوم عليه الجنسية، وتمييزها عن غيرها من المصطلحات:

لا يستقيم المعنى الصحيح للجنسية، ولا يتحدد مفهومها دون تبيان الأساس القانوني الذي تقوم عليه، و التفرقة بينها وبعض الأفكار المشابهة لها.

أ_ الأساس الذي تقوم عليه الجنسية:

للتوصل لتعريف الجنسية، لابد من تبيان الأساس الذي تقوم عليه، حيث هناك نظريتان في هذا الشأن هما:

1_ النظرية الأمريكية الأنجلوساكسونية (علاقة نفعية): هذه النظرية تسيطر عليها دول أمريكا اللاتينية، وسائر الدول الحديثة المركبة دون جذور تاريخية، والمكونة دون أية مشاعر قومية، وهي تركز على علاقة نفعية تبادلية بين الفرد والدولة المنتسب إليها، وتخلق بين الحاكمين والمحكومين مجموعة من الواجبات والمصالح المتبادلة، التي تتبلور في جوهرها، في واجب الدولة بأن تحمي الفرد وواجب الفرد بطاعة الدولة، والشعور الوطني في نظر فقهاء ومشرعين هذه الدول، ما هو إلا شعور بالوحدة السياسية، وبقوة الدولة وسيادتها.

¹ لقد تعددت تعريفات الجنسية، كما رأينا، وركزت حول الأفكار الآتية، الجنسية هي انتماء الشخص قانوناً إلى الشعب المكون للدولة. الجنسية رابطة سياسية تنشأها الدولة فتجعل الفرد رعية لها. الجنسية صلة تربط الدولة بأفراد شعبها. الجنسية رابطة سياسية وقانونية تربط الفرد بالدولة. انظر نسرين شريقي، وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص 118.

هذه النظرة كأساس لقيام التعريف التقليدي السائد للجنسية، بكونها العلاقة السياسية القانونية بين الفرد والدولة، لم تعد كافية لتعبر بصفة دقيقة وحقيقية عن طبيعة هذه الرابطة، في عدة دول نشأت قديماً، وبعض الدول الناشئة حديثاً.

2_ النظرة الأوربية العربية (العلاقة الروحية):

تتأسس هذه النظرة على الشعور القومي والصلة الروحية التي تربط الفرد بالدولة، ويعتبر هذا الأساس ثمرة طبيعية للتطور التاريخي الذي مرت به فكرة الجنسية، ولارتباط الفرد بالجماعة عن طريق الأسرة، القبيلة، الأمة، الدولة. كما أنه ينسجم مع مبدأ القوميات الذي نادى به "مانشيني" في إيطاليا، والذي سرت مفاعيله في أوروبا، وبفضله ظهرت حركات قومية عديدة في هذه القارة. وهو نفس ما نادى به سائر المفكرين العرب الأوائل والمحدثين¹.

إلا أنه، للحصول على مفهوم حقيقي للجنسية، لا بد من الدمج بين الأساسين المادي والنفعي، وهو ما سبق لمحكمة العدل الدولية أن أبرزته في حكمها الشهير في قضية "Nottbohm"، في 06 أبريل 1955، بقولها: "أن الجنسية هي بمثابة علاقة قانونية جوهرها واقعة اجتماعية تربط بين الفرد والدولة قوامها تضامن حقيقي في الوجود ومصالح وعواطف يساندها تبادل في الحقوق والواجبات"².

¹ _ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009، ص91، 92. وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص24، 25.

² _ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص94.

ب_ تمييز الجنسية عن غيرها من المصطلحات:

هناك بعض المصطلحات التي تختلط في معناها مع فكرة الجنسية، كمصطلح الجنس، الأمة أو القومية، الدين، الرعوية. فلا بد من تبيان الفروق الواضحة بينها وبين الجنسية.

1_الجنس و الجنسية: لا يوجد تلازم بين الجنس والجنسية فبالرغم من أهمية الجنس في تكوين الجماعات، إلا أنه لا يمكن التسليم بقيام دولة معينة على أساس جنس خالص، لأن المخالطة بين الشعوب والأجناس أمر محتوم في تاريخ البشرية سواء لأسباب سلمية، أو الحروب، بل إن جميع الدعوات التي تجعل من الجنس أساس تكوين الدولة، ليس لها هدف غير التوسع العدواني، والمغالاة في التحيز لجنسها، على أساس تفوقه على كافة الأجناس الأخرى، وهذا ما حدث مع ألمانيا النازية قبل الحرب العالمية الثانية، فالادعاء بتفوق الجنس الألماني كان بغرض السيطرة على أقاليم دول أخرى تسكنها شعوب من نفس الجنس¹.

ولهذا تعمد الدساتير الحديثة على عدم جواز التمييز بين الوطنيين، على أساس الجنس، الأصل، اللغة، أو الدين.

2_الجنسية و القومية:

إذا كانت الجنسية كما سبق الذكر، صفة في الشخص تعني انتماءه لدولة محددة، فإن القومية تعني الانتماء لأمة معينة، ولا يخفى الاختلاف بين الدولة والأمة. فالدولة لا تقوم إلا بتوافر أركانها، الشعب الإقليم، السلطة، بينما تقوم الأمة دون حاجة لركن السلطة، إذ يكفي لقيامها أن يرتبط جماعة من الأشخاص بوحدة الحضارة أو التاريخ المشترك، ووحدة الأصل أو

¹ _ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، (الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص27.

اللغة أو الدين أو كل هاته العناصر، ولا يشترط أن تندمج هذه الجماعة في وحدة سياسية بشكل الدولة¹.

وهكذا توصف الأمة بأنها ظاهرة طبيعية حضارية، بينما توصف الدولة بأنها ظاهرة صناعية سياسية قانونية، خاصة عندما تقوم على أساس النظرة النفعية التبادلية. ولهذا يعبر الفقيه الفرنسي "Batiffol"، عن القومية "بالجنسية الواقعية" " Nationalité de fait " تأثراً بمعناها الاجتماعي، وعن الجنسية "بجنسية القانون" " Nationalité de droit " .

وإذا كان المعتاد أن يسود بين رعايا الدولة الانسجام المعنوي، المبني على الشبه واتحاد الجنس، اللغة، والدين، إلا أن هذا ليس ضروريا لنشوء واستمرار كافة الدول. فقد تنشأ الدولة رغم اختلاف الجنس كالولايات المتحدة الأمريكية، الاتحاد السوفيتي سابقا، الاتحاد الكندي، أو اختلاف اللغة كالاتحاد السويسري، أو اختلاف الدين كلبنان، سوريا، مصر. كما قد تتوزع الأمة الواحدة بين عدة دول، كالأمة العربية². وكل هذا يثبت عدم التطابق بين الأمة والدولة، والذي ينتج عنه بالضرورة عدم التطابق بين الجنسية والقومية، مادام أن هاتين الرابطتين تنشقان عن الأوليتين.

ولأن الدولة هي من تتكفل بوضع تشريعات الجنسية، فإن لكل جنسية بداية ونهاية، في حين أن القومية لا يوجد تشريع ينظمها أو يحكمها، فليس لها بداية ونهاية، مادامت نزعة اجتماعية تتبع من دوافع نفسية لدى الفرد، وهي بهذا المعنى لا ترتب أي آثار قانونية كالتالي ترتبها الجنسية من حقوق وواجبات بين الفرد والدولة³.

¹ _ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص28.

² _ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 93، 94 .

³ _ هاني عبد الله درويش، المرجع السابق، ص 23. و عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص

3_ الجنسية و الدين:

المتبع للتطور التاريخي يلحظ أن الديانة كانت الأساس الأول للجماعة الإنسانية، فهي أقامت كل من الأسرة اليونانية والرومانية، والتفرقة بين الوطني والأجنبي كانت قائمة على هذا الأساس لعصور، وحتى في الملكيات الأوربية القديمة، ففي فرنسا مثلا كان اعتناق الديانة الكاثوليكية، هو وحده الذي يضيفي الصفة الوطنية على البروتستانت واليهود، إلى أن تغير الأمر بعد قيام الثورة الفرنسية التي نادى بأفكار تحررية علمانية.

وإن كان التاريخ عرف هذا الخلط بين الجنسية والدين، فإن العصر الحديث يؤكد على علمانية الجنسية بصفقتها رابطة سياسية وقانونية، والتي تجعل انتماء الفرد للدولة محدد بناء على أسس ليس للدين أي دور فيها¹. ومع هذا فيعد تشريع الجنسية الإسرائيلي الوحيد الذي خالف هذا المبدأ، بحيث يستند على الدين، فلا تثبت الجنسية الإسرائيلية لغير من ينتمي للديانة اليهودية².

4_ الجنسية و الرعية.

إن بعض الفقه المصري استخدم اصطلاح الرعية ليستعويض به عن اصطلاح الجنسية، وهذا بالرغم من الاختلاف الواضح بين المصطلحين. فاصطلاح الرعية أطلق من الدول الاستعمارية على شعوب المستعمرات التي تحتلها، للتعبير عن العلاقة التي تجمعهم، فكانت تطلق عليهم اصطلاح الرعايا "sujets" أو التابعين "Ressortissants"، تمييزا لهم

¹ أحمد قسمت الجداوي، ص 70، 71 .

² إن الاعتماد على الدين في بسط الجنسية الاسرائيلية على كل يهودي مهما كانت دولته، يعتبر مخالفا للقانون الدولي، وللعلاقات الودية بين الدول، لأن الادعاء بحقوق على أشخاص رعايا لدول أخرى، يمثل قلقا واعتداء على حقوق هذه الدول ازاء اولئك الرعايا، كما يؤدي لازدواج الجنسية . وهو ما لا يابه له التشريع الاسرائيلي. انظر تفصيل هذا في كتاب أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص من 65 حتى 67.

عن مواطنيها الأصليين، وهذا هو المعنى الأول للرعية، والذي تلاشى مع تلاشي نظام الاستعمار، بصفته عملا غير مشروع في القانون الدولي¹.

أما معناها الثاني فيطلق للدلالة على انتماء الشخص لإحدى المقاطعات أو الولايات في الدول المركبة أو الاتحادية، كما هو الحال في الاتحاد السوفياتي سابقا، وفي الولايات المتحدة الأمريكية حاليا. فيقال أن شخصا ما رعية محلية لولاية نيويورك، أو ولاية تكساس. وليست هذه الرعية جنسية بالمعنى الدولي، بل هي رعية داخلية، فجنسية الأمريكي هي الجنسية العامة للاتحاد، بصرف النظر عن رعيته لإحدى الدويلات أو الولايات². ونصادف هذا المصطلح في الدول التي تمنح بعض أقاليمها قدرا من الاستقلال الذاتي، و لا أثر له في القانون الدولي، بل يقتصر تأثيره على الصعيد الداخلي لا غير.

الفرع الثاني: عناصر وأركان الجنسية.

إن للجنسية ثلاثة أركان هي الدولة التي تمنحها، الشخص المتلقي لها، والرابطة في حد ذاتها بين الفرد و الدولة .

أولا: الدولة:

الدولة كلمة لاتينية معناها "وضع" أو "حالة"، فقد اشتقت من اللغات الأوربية من عنصر الثبات والاستقرار. وأول من استعمل اصطلاح الدولة في هذا المعنى " ميكيافيلي " في كتابه الأمير، سنة 1515، حين قال "أن كل أشكال الحكم التي لها أو كان لها سلطة على البشر هي دولة، سواء كانت على شكل جمهوريات أو إمارات.

¹ _محمد الروبي، المرجع السابق، ص32.

² _ لعقون لخضر، التنازع الإيجابي والسلبي للجنسيات، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، بن عكنون الجزائر، 1977، 1978. ص22.

ويتفق الفقه الراجح أن الدولة وحدها دون غيرها من أشخاص القانون الدولي العام، هي التي تنشئ الجنسية وتمنحها، وأساس ذلك أن الجنسية هي الأداة المستخدمة لتوزيع الأفراد من الوجهة الدولية، ولهذا فالدولة هي الجهة الوحيدة الكفيلة بهذا التوزيع وفقا لما هو سائد دوليا، فلا يملك غيرها من الهيئات أو المنظمات الدولية أو الإقليمية مهما علت منزلتها في المجتمع الدولي أن تحدد منتسبها أو رعاياها، ولو كانت تعلوها مرتبة كهيئة الأمم المتحدة.

والدولة لا تعطي إلا جنسيتها، فليس لأي دولة أن تعطي جنسية دولة أخرى، كما لا يجوز لها أن تمنح أكثر من جنسية واحدة، ولو كانت مكونة من دويلات أو أقاليم متعددة، وهذا ما يسمى " وحدانية الجنسية"¹.

ويشترط في الدولة التي تعطي الجنسية أن تكون شخصا معنويا معترفا به بين أشخاص القانون الدولي العام، وأن تكون لها السيادة على إقليمها، ولكن يستوي بعد ذلك أن تكون مستقلة استقلالاً تاماً أو تكون ناقصة السيادة، طالما احتفظت بشخصيتها الدولية، كأن تكون خاضعة لنظام الحماية أو الوصاية الدولية (في عهد الأمم المتحدة)، أو الانتداب (في عهد عصبة الأمم)، لذا نجد أن العراق أصدر أول قانون للجنسية رقم 42 لسنة 1924 أثناء الانتداب البريطاني، وكذلك سوريا أصدرت أول قانون جنسية في عام 1925، أثناء الانتداب الفرنسي .

غير انه إذا وصل نقصان السيادة حداً فقدت معه الدولة شخصيتها القانونية، كليا، كما هو حال الدول المستعمرة أو المضمومة كليا الى دولة أخرى فان الأفراد التابعين لهذه الأقاليم لا تثبت لهم جنسية مستقلة، بل يبقون تابعين للدولة المستعمرة².

¹ _سحر جاسم معن، مشكلة انعدام الجنسية وآثارها في حقوق الإنسان، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2015، ص 59، 60.

² _غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الجنسية دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2011، ص 18.

هذا، وإن تجمع الدول في روابط واتحادات، لا يسمح لها الحق في إنشاء الجنسية، مادام لم ينبثق عن هذا التجمع دولة اتحادية لها شخصية قانونية دولية. فالاتحاد الأوروبي بالرغم من الوحدة بين أعضائه، من وجود البرلمان الأوروبي، المجلس الأوروبي، محكمة العدل الأوروبية، العملة الأوروبية، وغيرها. إلا أنه ليس من حقه إنشاء جنسية أوروبية، طالما لم تنبثق عنه دولة اتحادية يعترف لها المجتمع الدولي بالشخصية القانونية الدولية، وينطبق نفس الأمر على جامعة الدول العربية، رابطة الكومنولث البريطاني، وغيرها من التنظيمات¹.

كما أنه لا يجوز للمنظمات الدولية، المعترف لها بالشخصية القانونية الدولية، أن تمنح جنسية للأفراد، فلا يجوز للأمم المتحدة فرض جنسية عالمية، بالرغم من أنها قد تمنح موظفيها جوازات سفر تخولهم التنقل من دولة لأخرى، وتفيد تبعيتهم لها من أجل الحماية الوظيفية².

ومتى اكتمل للدولة مقوماتها كان لها أن تمنح الجنسية، بصرف النظر عما إذا كانت غنية، أم فقيرة، كبيرة أم صغيرة، فإمارة موناكو بفرنسا والفاتيكان بالرغم من صغر مساحتهما، وقلة عدد سكانهما، إلا أن لهما جنسيتهما الخاصة³، ولا يؤثر كذلك طبيعة وشكل نظام الحكم في الدولة⁴.

أما بالنسبة لمسألة الاعتراف وتأثيرها على إنشاء الجنسية ومنحها، فقد أثارت خلافاً فقهيًا. فيذهب بعض الفقه⁵، إلى أن عدم الاعتراف بالدولة لا يخلع عنها الشخصية الدولية طالما اجتمع لها العناصر الثلاث من إقليم، شعب وسيادة، وبالتالي لا يؤثر في منحها

¹ _ محمد الروبي، المرجع السابق، ص 52، 53، وكذلك هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 44.

² _ سحر جاسم معن، المرجع السابق، ص 61.

³ _ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 14.

⁴ _ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 97.

⁵ _ هو رأي الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 38. وعكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية، مرجع سابق، ص 37.

لجنسيتها، وتحديد ركن الشعب بها، لأن الاعتراف لا ينشئ الشخصية الدولية بل يقتصر أثره على الكشف عنها .

في حين يذهب الفقه الغالب¹ إلى أن الاعتراف منشئ للشخصية الدولية، وليس كاشفاً أو مقرراً لها فقط، أي أن مسألة الاعتراف بالدولة من عدمه يؤثر على إضفاء الجنسية أو لا².

ويذهب بعض الفقه³ إلى التفرقة بين حالتين في هذا الشأن، إذا كان الاعتراف بالدولة من طرف أكثرية الدول، فهنا تكتسب الدولة الشخصية القانونية الدولية، التي تمكنها من إنشاء الجنسية، حتى ولو لم يعترف بها من جانب بعض الدول، كإسرائيل بالرغم من عدم الاعتراف بها من جانب غالبية الدول العربية، وكثير من الدول الإسلامية، إلا أن اعتراف أغلبية الدول أعضاء الأمم المتحدة بها، وقبولها كعضو في هذه الهيئة أكسبها الشخصية القانونية الدولية، التي تمكنها من إنشاء جنسيتها الخاصة.

أما في حالة عدم الاعتراف بالدولة من طرف أكثرية دول العالم، فلا يتوافر لها الشخصية القانونية الدولية، التي تمكنها من إنشاء الجنسية، ومنحها للأفراد. وهناك أمثلة واقعية عديدة لهذا، نذكر منها أنه عندما نالت الكونغو استقلالها عن بلجيكا عام 1960، أعلن إقليم كاتجا الانفصال وقيام دولة مستقلة عليه، وظل هذا الوضع لمدة من الزمن، ولما لم تعترف أية دولة به، عاد مرة أخرى كجزء من الكونغو. و هو نفس ما حدث عند انفصال جزء من إقليم دولة الصومال عنها عام 1991، واستقلاله بقيام دولة سميت جمهورية أرض الصومال، ولأنها لم تحض باعتراف أي دولة بها، فقد ظلت كذلك حتى عدلت عن انفصالها، ورجعت للانضمام لدولة الصومال أواخر 2004.

¹ _أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص 43، وأنظر كذلك

Loussouarn et Bourel ,op cit , p 644.

² _في هذا الإطار رفضت إحدى المحاكم الألمانية في 1986/12/16، الاعتراف بالجنسية الفلسطينية في ألمانيا، على أساس أن الدولة الفلسطينية لم يتم الاعتراف بها هناك. انظر جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 13، هامش 1.

³ _هو رأي الدكتور محمد الروبي، المرجع السابق، ص من 55 حتى 57.

هذا، ولا يؤثر عدم الاعتراف بالحكومة على حق الدولة في إنشاء الجنسية والاختصاص بمنحها للأفراد، مادام لا يؤثر هذا في وجود الدولة، وشخصيتها الدولية، وبالتالي حقها في تحديد ركن الشعب فيها¹. وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 16 ديسمبر 1973، من أن عدم الاعتراف بحكومة أجنبية لا يسمح للقاضي الفرنسي، أن يتجاهل القوانين الخاصة الصادرة عنها بالنسبة للأقاليم التي تمارس سيطرتها عليها بالفعل².

ثانياً: الشخص أو الفرد الذي يتلقى الجنسية.

الجنسية هي أداة تحديد عنصر الشعب الذي لا يتصور قيام الدولة بدونه، والجنسية بدورها لا يتصور وجودها بغير وجود الشخص أو الفرد، الذي يعتبر ركنها الثاني. فالدولة تمنح الجنسية والفرد يتلقاها، فلكل شخص طبيعي جنسية، مادام لكل شخص طبيعي شخصية قانونية، ولا يؤثر في هذا كونه عديم الأهلية أو كاملها، لأن الجنسية مظهر من مظاهر الشخصية القانونية للفرد، التي تثبت لجميع الناس، وهذا طبعاً بعد إلغاء نظام الرق الذي ساد قديماً، والذي كان لا يعترف بالشخصية القانونية للرق على أساس أنهم من موضوعات القانون لا من أشخاصه، وبالتالي لم تكن لتثبت لهم جنسية. لذا فإنه بالرغم من وجود مجموعة من الأشخاص بلا جنسية أو عديميها في عصرنا هذا، إلا أن هذا ليس معناه أنهم غير أهل للتمتع بالجنسية³.

وتعطى الجنسية للشخص بصفته فرداً واحداً، وليس كجماعة من الأشخاص، ومن ثم لا تمنح الجنسية إلى مجموعة أفراد ليس لها شخصية معنوية كالأسرة.

¹ _ محمد الروبي، المرجع السابق، ص 57، وأحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 38.

² _ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 13.

³ _ غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 19، وسعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 99.

و نظرا أن الجنسية تقوم على اعتبارات اجتماعية، تتمثل في اندماج الشخص في جماعة الدولة السياسية، وشعوره بالولاء نحوها، وهذه الاعتبارات قد لا تتوافر في كيانات أخرى كالأشخاص المعنوية والأشياء، فهل يمكن الاعتراف بالجنسية لهذه الكيانات أم لا.

أ_ الشخص المعنوي، ومدى تمتعه بالجنسية:

لقد أثار هذا الركن خلافا واسعا بين الفقهاء في تحديده، أو تعيين أطرافه، هل يقتصر على الشخص الطبيعي بصفته الوحدة التي يتكون منها ركن الشعب في الدولة، أم يمتد ليشمل الشخص المعنوي. فمن يرى أن الجنسية رابطة قانونية وسياسية بين الشخص والدولة، لا يرى فيها بدا من أن تشمل الشخص المعنوي، كما الشخص الطبيعي. أما من يرى أنها فوق كونها، رابطة قانونية وسياسية، فهي تقوم على أسس روحية و نفسية، فهو ينكر الجنسية على الشخص المعنوي¹.

و دون الدخول في تفاصيل هذا الخلاف الفقهي، الذي لا طائل منه، لأنه خلاف نظري أو لفظي فقط، يدور حول استعمال اصطلاح الجنسية للدلالة على العلاقة بين الشخص الاعتباري والدولة التي ينتمي إليها، من عدمه. لأنه حتى بالنسبة للاتجاه الذي ينكر إمكانية تمتع الشخص الاعتباري بالجنسية، فإنه يقر بتبعية الشخص الاعتباري لدولة معينة، وإسناده لها، نظرا لضرورة هذا في تحديد مركزه القانوني، وتحديد ما لهذه الأشخاص من حقوق وما عليها من التزامات، و بهذا فقد وصل الاتجاه المنكر إلى نفس النتائج، التي رتبها المؤيدون، غير أنه بينما يعبر الاتجاه المؤيد لحمل الشخص الاعتباري للجنسية، عن هذه العلاقة بمصطلح "الجنسية"، يعبر عنها الاتجاه المنكر بلفظ "التبعية السياسية"².

¹ _ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 17.

² _ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 243.

وهذا مما يقلل من أهمية هذا الخلاف الفقهي، والذي أصبح يكاد يكون معدوماً في الوقت الراهن، لأن الفقه المنكر لجنسية الشخص الاعتباري¹، فكر قديم لا يجد من يردده في الوقت الحالي، بعد رحيل القائلين به، وضعف الأسانيد التي يرتكنون إليها. فالخلاف السابق لم تبقى له سوى أهمية تاريخية، لأنه لا يجادل أحد في الوقت الحالي في هذه المسألة، إذ يتفق الفقه² على تمتع الأشخاص الاعتبارية بالجنسية³، مع إقرارهم بالفروق الكائنة وراء هذه الرابطة عند هذه الأشخاص، عنها عند الشخص الطبيعي. فالجنسية بالنسبة لهذا الأخير حقيقية وتدل على تبعيته للدولة، بينما هي مجازية عند الشخص الاعتباري وتدل على إسناده لها، وتبقى مستقلة عن جنسية الأشخاص المكوّنين له.⁴

والاعتراف للشخص الاعتباري بالجنسية هو الرأي السائد في غالبية التشريعات، وفي الأحكام القضائية للدول⁵، وأقرته المحكمة الدائمة للعدل الدولي، وأحكام محاكم التحكيم الدولية⁶.

هذا، وإن معيار جنسية الأشخاص الاعتبارية، هو معيار صالح لتحديد تبعيتها السياسية أي تحديد مدى تمتعها بالحقوق، وتبعيتها القانونية، أي الكشف عن القانون الواجب التطبيق بشأن نظامها القانوني معاً. بحيث يتم النظر إلى أن جنسية الشخص الاعتباري، هي نفسها

¹ من هذا الفقه نذكر الفقيه الفرنسي Billet, Niboyet، ورد بمرجع أحمد قسمت الجداوي، سبق ذكره، ص 250، 251. وفي مصر، الأستاذ محمد كمال فهمي، الذي يقول في هذا، أنه إن كان جرى العمل على استخدام اصطلاح الجنسية، بالنسبة للأشخاص المعنوية، فإن هذا لا يخرج عن كونه نوعاً من الحيلة والمجاز، لجأت إليه الضرورة العملية، بقصد معرفة نظامها القانوني، انظر كتابه، المرجع السابق، ص 83.

² غالبية الفقه تقر بجنسية الشخص الاعتباري، نذكر منهم Batiffol et Lagarde, Mayer, Loussouarn et Bourel، ورد بمرجع محمد الروبي، سبق ذكره، هامش 119، ص 77. وفي الفقه العربي نذكر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 52، عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية، مرجع سابق، ص 42، و محمد الروبي، المرجع السابق، ص 82.

³ محمد الروبي، المرجع السابق، ص 82.

⁴ حفيظة السيد الحداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 293.

⁵ أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص 254.

⁶ أبو العلا علي أبو العلا النمر، و أحمد قسمت الجداوي، موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في العلاقات الخاصة الدولية، ط 2، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 160.

موطنه¹. وهكذا اختلطت فكرة الجنسية بالموطن، مما أدى لعدم عناية الفقه بدراسة موطن الشخص الاعتباري². ولكن على أي أساس يتم تحديد هذه التبعية أو جنسية الشخص الاعتباري.

لقد اختلف الفقه بشأن هذه المسألة وتشعبت آراءه، نحو معايير عديدة، ومرد هذا الاختلاف محاولة تحديد جنسية الشركات، والتي تعتبر فكرة مركبة، فهي عقد وشخص معنوي في نفس الوقت. والذين يرجحون فكرة العقد يحددون جنسية الشركة بإرادة المساهمين فيها أو القائمين على إدارتها، ومن يرجح فكرة الشخص المعنوي للشركة، يرجح من المعايير التي تنسم بالطابع الإلزامي أو الأمر، والذي لا دخل للإرادة في تحديده، ومن يرى أن الشخصية الاعتبارية هي حيلة أو مجاز، يرجح المعايير التي تعتمد على شخص المساهمين أو المديرين، باعتبارهم الأصل في قيام الشخص الاعتباري³.

وعلى العموم فإذا كان لكل دولة الحرية في تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية فيها، فحريتها ليست طليقة من كل قيد أسوة بالشخص الطبيعي، فبالإضافة للقيود الاتفاقية التي تحد من حرية الدولة في هذا المجال، بسبب المعاهدات التي تبرمها مع غيرها من الدول، فلا يجوز لها أن تفرض جنسيتها على الأشخاص الاعتبارية، التي لا ترتبط بها ارتباطاً حقيقياً أو فعلياً.

ولهذا فإذا كانت جنسية الأشخاص الطبيعيين، تقوم على أساس مدى اندماجهم الاجتماعي والعاطفي في مجتمع الدولة، فإنّ هذه الرابطة تقوم عادة بالنسبة للشخص الاعتباري على أساس فكرة التبعية الاقتصادية، ومدى إسهامه في تدعيم الاقتصاد الوطني⁴.

¹ _ إلا أن الفقه المنكر لجنسية الشخص الاعتباري يفرق بين تبعيته السياسية وتبعيته القانونية، وبهذا يصبح معيار تبعيته القانونية، هو غالباً معياراً لموطنه، والذي يختلف عن معيار تبعيته السياسية، والذي يحدد صفته الوطنية أو الأجنبية.

² _ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 244، 245.

³ _ أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص 259.

⁴ _ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 250.

ولهذا فقد رفضت بعض الأحكام القضائية في عدة دول الاعتراف بجنسية الشخص الاعتباري الأجنبية، التي دخل فيها عن طريق الغش والتحايل بقصد الهروب من جنسية الدولة التي يرتبط بها فعلا و واقعا¹.

وعليه، فإن المعايير التي تحدد جنسية الأشخاص الاعتبارية، يمكن إجمالها فيما يأتي، تأخذ الدول المصدرة لرأس المال، بمكان التأسيس أو التكوين، وهو ما كان سائدا في إنجلترا منذ أوائل القرن الثامن عشر وتبعتها فيه الولايات المتحدة الأمريكية، وسائر الدول الأنجلو سكسونية بصفة عامة²، والدول الإسكندنافية، بحيث تمنح جنسيتها للشركات التي تتأسس وفقا لقوانينها ويتم تسجيلها بها³.

وهناك من يأخذ بمعيار مركز النشاط أو الاستغلال، لأن هذا المركز تتجمع فيه مصالح الشخص الاعتباري، حتى ولو لم يكن هو مركز إدارته، أو أسس خارج الدولة، وقد أخذت به قوانين بعض الدول، كالنمسا، بلجيكا، بلغاريا، اسبانيا، سويسرا، تركيا، اليونان، ودول أخرى⁴. كما أخذ به القضاء الفرنسي بصفة ضمنية قبل سنة 1870.

وهناك من يأخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيسي، والذي يقصد به المحل الذي توجد به الأجهزة القانونية للشركة، وتتعقد به جمعيتها العمومية، وتوجد به إدارتها الرئيسية، وتعقد به عقود الشركة مع الغير، وهذا بغض النظر عن مكان ممارسة النشاط، لأن هذا الأخير قد يتعدد، بينما مركز الإدارة الرئيسي واحد لا يتعدد⁵.

¹ _ بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص 323.

² _ أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص 260، العقون لخضر، المرجع السابق، ص 26.

³ _ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 155.

⁴ _ غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 316، 317.

⁵ _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 176.

وفي هذا المجال تعتبر فرنسا من أول الدول في القانون المقارن التي اعتنقت هذا المعيار، وذلك منذ حكم محكمة النقض الفرنسية في 1870/06/20¹. و في الأخذ به تغليب للاعتبارات القانونية، أي النظر للشخص الاعتباري كشخصية مستقلة عن الأفراد الذين يكونونه، على الاعتبارات السياسية، التي تقضي التأكيد على تبعية الأفراد المسيطرين على إدارته، لهذه الدولة أو تلك، كما يتجسد في معيار الرقابة.

غير أنه خلال الحرب العالمية الأولى، اتضح في فرنسا وإنجلترا، وجود شركات تتمتع بالجنسية الفرنسية والانجليزية، وفقا لمعيار مركز الإدارة في فرنسا، ومكان التأسيس في إنجلترا، في حين أنها تمثل مصالح الأعداء أو مصالح أجنبية. فهل تظل هذه الشركات بحجة أنها وطنية في منأى عن الإجراءات التي تطبقها الدول بالنسبة لرعايا الأعداء، كوضع أموالهم تحت الحراسة، ومنعهم من إدارتها والتصرف فيها.

ولأن هذا الوضع غير مقبول إذا كان الأشخاص الحقيقيون المسيرون لهذه الشركات ينتمون إلى دول الأعداء²، فقد اتجه القضاء الفرنسي منذ الحرب العالمية الأولى، إلى عدم التقيد بجنسية الأشخاص المعنوية، عند تطبيق الإجراءات الخاصة برعايا الأعداء، بحيث تطبق هذه الإجراءات على أي شركة كانت الهيمنة فيها لرعايا الأعداء على أساس أنها شركات أجنبية، بصرف النظر عن جنسيتها الظاهرة القائمة على مركز الإدارة .

وهكذا ظهرت فكرة الرقابة كمعيار لتحديد جنسية الشخص الاعتباري، بحيث تحدد الصفة الوطنية أو الأجنبية للشخص الاعتباري، بالنظر إلى العناصر الأساسية المهيمنة عليه، سواء تمثلت في الأشخاص المساهمين فيه، أو الذين يتولون إدارته، أو الأموال المستثمرة فيه. وكانت فرنسا في طليعة الدول التي أخذت بفكرة الرقابة، فطبقت نظام الحراسة على كل شركة

¹ - أنظر حيثيات هذا الحكم، عند الأستاذ هشام خالد، جنسية الشركة دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص160.

² - أبو العلا علي أبو العلا النمر، و أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص 242.

كانت خاضعة لإشراف رعايا الأعداء سواء من حيث السيطرة على الإدارة، أو رأس المال¹. وبمعنى آخر فقد ذهب الفقه والقضاء إلى قصر معيار مركز الإدارة الرئيسي على حكم النظام القانوني للشخص الاعتباري، بينما تخضع جنسيته لفكرة الرقابة، أو الهيمنة، والتي تعني أن يتحدد وصفه بالأجنبي أو الوطني، بالنظر إلى الأفراد الذين أنشؤوه أو يديرونه، فان كانوا وطنيين عدّ وطنيا وان كانوا أجنبيا عدّ أجنبيا².

غير أن القضاء الفرنسي عاد يأخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيسي، بعد انتهاء آثار الحرب العالمية الأولى مباشرة، وظل الأمر كذلك حتى نشبت الحرب العالمية الثانية، ليأخذ بمعيار الرقابة من جديد³. ولهذا يمكن القول أنه تم قصر أعمال هذا المعيار في وقت الحروب، أين يخاف على المصالح الوطنية من الأشخاص الاعتبارية التابعة لدول الأعداء⁴، بدليل أن القضاء الفرنسي، تراجع عن معيار الرقابة⁵ كلية بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، مفضلاً الإبقاء على معيار مركز الإدارة الرئيسي، كضابط يصلح لتحديد جنسية الشخص الاعتباري، ونظامه القانوني معاً⁶، على أن المقصود هنا المركز الرئيسي لإدارة الشركة الحقيقي أو الفعلي لا الصوري.

¹ _ أبو العلا علي أبو العلا النمر، و أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص243، وهشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 276، 277.

² _ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص من 747 حتى 749.

³ _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 179.

⁴ _ ومع هذا يرى بعض الفقه أن القضاء الفرنسي لم يتخلى إطلاقاً عن معيار مركز الإدارة، حتى أثناء الحربين العالميتين الأولى والثانية، كل ما في الأمر أنه استخدم فكرة الرقابة ليتمكن من اتخاذ إجراءات استثنائية كالحراسة، التصفية، والمصادرة للشركات التي تخضع لإشراف وتوجيه وسيطرة الأعداء، بالرغم من تمتعها بالجنسية الفرنسية، أي أن جنسية المقيمين على الشركة هي التي فرضت هذه الإجراءات، وليس لأن الشركة تحمل جنسية دولة معادية. أنظر هشام خالد، المرجع السابق، ص156، وعلي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص179.

⁵ _ لم يلق معيار الرقابة التي نادى به البعض لتحديد جنسية الشخص الاعتباري، قبولا من القضاء الدولي ويشهد على هذا ما قضت به المحكمة الدائمة للعدل الدولي، من ان الأخذ بفكرة الرقابة بالنسبة للشركات لا يحول دون الأخذ بالمعايير المتبعة في تحديد جنسية الشخص الاعتباري في العلاقات الدولية. انظر جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 157.

⁶ _ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص309.

ويعتبر هذا هو المعيار الراجح إذ أخذت به بعض الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية لاهاي في أول يونيو 1956، المتعلقة بالاعتراف بالشخصية القانونية للشركات والمؤسسات الأجنبية، والاتفاقية الأوروبية المبرمة في بروكسل في 20 فيفري 1968، الخاصة بالاعتراف المتبادل بالشركات والأشخاص الاعتبارية رعايا الدول الأعضاء، كما تأخذ به تشريعات معظم الدول الأوروبية، ويسود في الفقه اللاتيني¹.

وحتى القانون الجزائري يأخذ بمركز الإدارة الرئيسي أصلاً، إذ يسوّي بين جنسية الشخص الاعتباري وموطنه، ويسندهما معاً لقانون مركز الإدارة الرئيسي، وهذا بالرغم من عدم النص الصريح في قانون الجنسية الجزائري على جنسية الأشخاص الاعتبارية، وإنما يستشف هذا من المادة العاشرة من القانون المدني²، التي تنص في فقرتها الثالثة " أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي والفعلي ...".

كما ينص على هذا مواد مبعثرة في قوانين داخلية، كالمادة 547 من القانون التجاري التي تقضي بأن "موطن الشركة يكون في مركزها"، والمادة 50 قانون مدني التي تحدّد موطن الشخص الاعتباري بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. ويدعم هذا الرأي الاتفاقيات الدولية المبرمة من قبل الجزائر، منها مثلاً الاتفاق القنصلي الجزائري التونسي المؤرخ في 24 افريل 1983، والذي ينص على أن تعبير الرعية يمتد أيضاً إلى الشخصيات المعنوية، التي يقع مقرها ضمن إقليم إحدى الدولتين، والمؤسسة وفقاً لقوانين هذه الدولة، وذات التعابير موجودة في الاتفاقية القضائية الجزائرية، اليوغسلافية، المؤرخة في 31 مارس 1983³.

¹ _ أبو العلا علي أبو العلا النمر، و أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص 238.

² _ إن هذه المادة تتكلم عن حالة الشخص الاعتباري، والتي يتم إسنادها لقانون الجنسية مادامت الجزائر تأخذ بالجنسية كضابط إسناد في هذا الشأن وليس الموطن. وعلى العموم فهي تسنده لمركز الإدارة الرئيسي، لكن بالرغم من عدم وجود مركز الإدارة الرئيسي بالجزائر، فإنها ستخضع للقانون الجزائري متى كانت تمارس نشاطاً بالجزائر.

³ _ موحّد إسعاد، المرجع السابق، ص 225، 226. و زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 106، 107.

لكن إذا كان مركز إدارة الشركات بإقليم دولة أخرى، إلا أنها تمارس نشاطها في الجزائر، فيجب أن تخضع للقانون الجزائري . وهذا وفق المادة العاشرة السابقة الذكر فقرة 4، بقولها : "غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري " .

لكن أرى أن هذا الحكم يسري على النظام القانوني لهذه الشركات فقط، حتى يطبق عليها القانون الجزائري مادام أنها موجودة بالإقليم الجزائري، وليس على جنسيتها، التي تظل أجنبية وفقا لمعيار مركز الإدارة الرئيسي.

وبالإضافة لهذا، فمن الدول من يأخذ بمعيار المقر الرئيسي إلا أنه يدعمه بفكرة الرقابة والإشراف، لتعيين جنسية الأشخاص الاعتبارية، كما في تونس، التي تشترط بالإضافة لأن يكون المقر الرئيسي للشركة بتونس، أن يشتمل رأسمالهم لحد خمسين في المائة على الأقل على أسهم رسمية يمسكها أشخاص ماديون أو معنويون تونسيون¹.

ب_ الأشياء ومدى تمتعها بالجنسية.

يجري العمل على إلحاق وصف الجنسية ببعض الأشياء كالسفن والأقمار الصناعية، والطائرات، وهذا بالرغم من أن الجنسية تقوم على الولاء والانتماء بين الفرد والدولة، والذي لا يتصور معه أن تكون لهذه الأشياء جنسية، فهي لا تعدو محلا للحقوق، ولا تصلح طرفا في رابطة الجنسية، ولا يراد بهذه الجنسية إلا كونها مقيدة في الدولة التي تحمل رايتها، ومن ثم تخضع لسيادتها.² فالجنسية في هذا المجال معناها الإنصواء تحت العلم، وبالتالي ليس لها نفس المعنى الحقيقي الذي ينسحب على جنسية الأفراد.

ولذلك فالتسمية ليست عبارة عن مجاز في الصياغة والتعبير، كما هو الوضع في جنسية الشخص الاعتباري، بل هي تسمية خاطئة في أصلها، لأن الجنسية مرتبطة بفكرة

¹ _غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص319.

² _هشام صادق وعكاشة محمد عبد العال وحفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 42.

الشخصية القانونية، وهذه الشخصية غير موجودة بالنسبة للأشياء، فالمسألة إذن لا تعدو أن تكون مجرد تحديد النظام القانوني الذي تخضع له.¹

وإن كان هذا هو رأي الفقه الغالب في القانون الدولي الخاص، فيرى بعض الفقه الآخر² أنه لا حرج من استخدام كلمة جنسية السفينة أو الطائرة، ما دام حتى ولم تكن رابطة فعلية روحية، فإنها رابطة لها نفس غايات ووظائف تربطها بالدولة التي تنتمي إليها. بحيث أصبح من المؤلف في عالم الفقه والقانون الاعتراف بالجنسية لهذه الكيانات، نظرا لأهميتها الكبيرة في الاقتصاد الوطني للدول، وفي التجارة الخارجية. فبالنسبة للسفينة مثلا فهي معدة للسير في أعالي البحار، وهي مياه لا تخضع لأية سلطة ذات سيادة، مما يستلزم إلحاق كل سفينة بدولة معينة، برابطة الجنسية ضمنا للنظام القانوني على ظهرها.

فتقرير الجنسية للسفينة ضرورة واجبة للروابط الدولية، حتى يكون بالاستطاعة استعمال حرية البحار، دون مواجهة خطر الاشتباه بالقرصنة، فمن المعترف به في قانون الأمم أن كل سفينة يجب أن تكون لها جنسية، وأنها لا تستطيع أن تتمتع بأكثر من جنسية واحدة، والسفن التي لا جنسية لها تعتبر قرصانا بحريا.

فهذه الجنسية هي إحدى الضمانات التي قدمها القانون الدولي لحرية الملاحة، وهي أمر لازم لتطبيق قوانين الحرب البحرية، ولتطبيق المعاهدات الدولية التي تمنح بعض المزايا لأعلام معينة، كمثل الملاحة الساحلية أو الصيد، وكذلك لتعيين القانون الواجب التطبيق في معرض القانون الدولي الخاص، أو الاختصاص القضائي الذي تباشره الدولة على السفينة.³ كما لا تخف أهميتها بالنسبة للقانون الجنائي، لذا يتعين على كل سفينة أن تكون لها جنسية، إذ أنها لو لم تكن تابعة لدولة معينة، فإنها تصبح دولة مستقلة ذات سيادة، بخلاف الشخص الطبيعي

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 104.

² حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 241، وغالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 330.

³ أحمد عبد الهادي، جنسية السفينة التجارية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد 2، 1945، ص 21.

الذي لا جنسية له، الذي يخضع لقانون موطنه، فهي لن تخضع في البحر لأحكام قانون من القوانين المعترف بها، لأنها خارجة عن هذه القوانين.

ويشهد التاريخ البحري عن سفن خارجة عن النظام القانوني كالقرصنة والنورمانديين.¹ ولأن الدول تضافرت في الوقت الحاضر على القضاء على أية عقبة تهدد الملاحة البحرية، فلا توجد سفينة اليوم تخاطر بالسفر في البحر دون أن تكون متمتعة بحماية علم معترف به، فالجنسية تفرض على السفينة فرضاً ولا يمكنها التخلص منها بأية حجة كانت.²

هذا ولا بد للسفينة أن ترفع علم الدولة التي تنتمي إليها،³ ويجب أن تكون علاقة وروابط قوية بينهما، حتى يتم منح الجنسية للسفينة والتي تتأرجح بين أربع قواعد رئيسية في الدول البحرية وهي:

ـ أن تكون السفينة مسجلة في الدولة التي ترفع علمها.

ـ أن يكون جزء معين من السفينة، إن لم يكن الجزء الأكبر، أو كل السفينة مملوكاً لوطنيين من رعايا الدولة التي ستمنح السفينة جنسيتها.

ـ أن يكون الريان، أو نسبة معينة من رجال الطاقم، أو هما معاً من رعايا الدولة التي تنتمي إليها السفينة.

ـ أن تكون السفينة مبنية في نفس الدولة التي تحمل جنسيتها.⁴

¹ _النورمانديين هم جماعة من أهل النرويج والدانمارك احتلت جزء من شرق أوروبا الوسطى، وكانت تشن غارات بحرية على الدول الغربية، وقد استوطنوا أخيراً في نورمانديا بشمال فرنسا.

² _أحمد عبد الهادي، المرجع السابق، ص 73.

³ _العلم لوحده لا يكفي لإثبات جنسية السفينة، فهو يبينها من الناحية الظاهرية فقط، لأنه قد ترفع السفينة علم ليس لها الحق في رفعه، لذا لا بد من الاستناد للوثائق الرسمية للسفينة وسند التملك.

⁴ _أحمد عبد الهادي، المرجع السابق، ص 34.

أما بالنسبة للطائرات، فتتص المادة 27 من اتفاقية الطيران المدني الموقعة بشيكاغو بتاريخ 1944/12/07، على أن الطائرة تتمتع بجنسية الدولة التي تسجل في سجلاتها الخاصة، بوسائل النقل. وتتص المادة 19 منها على أن تحديد شروط التسجيل هاته، أمر متروك للقوانين الداخلية في الدول المختلفة، وتعتبر الطائرة في قوانين أغلب الدول متمتعة بجنسيتها إذا كانت مملوكة تماما لها أو لوطنيتها.

وتظهر أهمية تحديد جنسية الطائرة، من حيث تعيين القانون الواجب التطبيق على الجرائم التي ترتكب بها، والمحكمة المختصة بهذا. ويطبق قانون دولة جنسية الطائرة المدنية على الوقائع والأعمال التي تقع فيها أثناء طيرانها، أينما وجدت إلا إذا كانت مبادئ القانون الدولي الخاص المسلم بها تقضي بغير ذلك، أو إذا اختار الأطراف قانونا آخر واجب التطبيق.¹

كما تظهر أهمية تحديد جنسية الطائرات في القانون الدولي الخاص بالنسبة للولادات، فالطفل المولود في طائرة عسكرية أو مخصصة للخدمات العامة، يتمتع بجنسيتها، في أي فضاء جوي كانت فيه، ونفس الشيء إذا أحدثت الولادة في سفينة حربية. أما إذا حصلت الولادة في طائرة مدنية فنفرق بين حالتين:

- إذا كانت في الفضاء الجوي الحر أو في الفضاء الجوي الإقليمي لدولة الطائرة، فإن الطفل يعتبر مولودا أيضا في إقليم تلك الدولة.
- إن كانت في الفضاء الجوي الإقليمي لدولة أجنبية، فتتنازع قوانين الدولة صاحبة الطائرة مع قوانين الدولة صاحبة الإقليم الجوي على حكم الولادة.²

هذا وإن ما ينطبق على جنسية الطائرات من أسس وقواعد ينطبق أيضا على جنسية الأقمار الصناعية، مع فارق واحد وهو أن الأجواء الفضائية التي تدور فيها الأقمار الصناعية

¹ _غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 342، 343.

² _حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 252.

في الوقت الحاضر حرة وليست إقليمية.¹ فهي خارج نطاق سيادة دولة من الدول، بدليل أن هاته الأقمار الصناعية قد دارت حول العالم وفوق أقاليم مختلف الدول، دون أن تحتج إحداها على ذلك، بالرغم من أن أغراضها هي عسكرية و تجسسية. فهي إذن تتمتع بجنسية الدولة التي تصنعها وتطلقها لحسابها، وتخضع لقانون وقضاء هاته الدولة.²

ثالثا: الرابطة بين الدولة و الشخص.

لقد ساد في الفقه إبان القرن الماضي، رأي يقول بأن الرابطة التي تربط بين الشخص الذي يتلقى الجنسية والدولة التي تمنحه إياها، هي رابطة عقدية أو تعاقدية، أساسها إيجاب وقبول بينهما، وقد دافع عن هذا الرأي الفقيه الفرنسي "Weiss" في كتابه القانون الدولي الخاص الذي صدر سنة 1886، والذي يرى أن الدولة تعلن إرادتها بصفة عامة حين تقوم بوضع شروط خاصة بجنسيتها. أما الفرد فيعلن إرادته في هذا العقد إما صراحة كما في حالة طلب التجنس، وإما ضمنا عندما تخلع عليه الجنسية الأصلية، فلا يتنازل عنها، ولا يغيرها إلى جنسية أخرى بعد بلوغه سن الرشد، أو أن تكون إرادته مفترضة في حالة ما إذا كان عديم الأهلية ويحل وليه محله في قبولها.

والواقع أن فكرة الرابطة التعاقدية كانت مظهرا من مظاهر مبدأ سلطان الإرادة الذي ازدهر وانتشر إبان الثورة الفرنسية في خلال القرن التاسع عشر. ولعلها قد تأثرت كذلك بما كان سائدا في العهد الإقطاعي، وفي عهد الملكيات المطلقة من مبدأ الولاء والخضوع لشخص الأمير أو الملك، إذ كانت تقوم الجنسية على أساس يمين الولاء يؤديها الشخص، ويوافق عليها الأمير أو الملك حتى يعتبر هذا الشخص من رعاياه.³

¹ _ يعكس الطائرات التي تحلق في أجواء فضائية قد تكون إقليمية إما وطنية أو أجنبية كما قد تكون حرة.

² _ غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 346.

³ _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 184.

غير أن فكرة قيام الجنسية على رابطة تعاقدية قد تعرضت للنقد، لأنه إذا صح أن للفرد إرادة ما في طلب التجنس¹، فليس له إرادة مطلقا في جنسيته الأصلية التي تخلع عليه فور ميلاده، كما أن الإرادة المفترضة التي قال بها "Weiss"، والتي تنسب للمولود عديم الإرادة لا وجود لها البتة².

لذا فالرأي الصحيح هو أن الجنسية نظام تستقل الدولة وحدها بوضعه، فالدولة هي وحدها المنوط بها تحديد ركن الشعب فيها تبعا لما يحقق مصالحها السياسية، الاجتماعية، والاقتصادية، وهي لا تعتد بإرادة الفرد الصريحة أو الضمنية، بحيث يقتصر دور الفرد على الخضوع للنظام القانوني الذي تتفرد الدولة ببيان أحكامه، وذلك متى توافرت فيه الشروط المتطلبة. ومتى توافرت شروط هذا النظام في الفرد أصبح في مركز قانوني هو مركز الوطني، دون أن يحق له أن يغير أو يبطل من هذه الشروط، وقد يكون لإرادة الفرد دور إيجابي في جنسيته، ولكن في حدود ضيقة كما هو الحال في التجنس³.

بعد أن تم التعرف في هذا المبحث على مفهوم الجنسية وكيف تطورت عبر العصور، وكيف كان معنى الانتماء يتغير بحسب تغير المجتمعات والتركيبات السكانية، إلى أن وصل لمفهوم الجنسية الحالي، هذه الجنسية التي دائما ما تقترن بمفهوم الأجنبي، فإنه من اللازم الانتقال لمعرفة وضع الأجنبي وتأثير الجنسية عليه في المجتمع الحديث.

¹ لا يمكن التعويل على إرادة الفرد حتى في التجنس، أو الجنسية المكتسبة، للقول بأنها رابطة تعاقدية وذلك لأن الدولة يمكنها أن تجرد الفرد من هذه الجنسية، في حالة ثبوت عدم أهليته لها، دون أن يعد ذلك انتهاكا منها للرابطة العقدية. انظر حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص55.

² سحر جاسم معن، المرجع السابق، ص72.

³ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص56. راجع كذلك علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص185.

المبحث الثاني: تأثير الجنسية على مستوى التمتع بالحقوق.

يتفق الفقه في مجموعه على أن الأجنبي في الدولة هو من لا يتمتع بالصفة الوطنية، أي من لا يحمل جنسية شعب الدولة وفقا لأحكام قانون الجنسية الوطني.

فبتحديد الصفة الأجنبية للشخص يتم بطريقة سلبية. إذ تقتصر تشريعات الجنسية عادة على بيان من هو الوطني دون أن تعنى بتحديد من هو الاجنبي. فالأجنبي إذن هو كل من لا يحمل الجنسية الوطنية، أي من لا يتوافر فيه الشروط المتطلبة للتمتع بجنسية الدولة، ويستوي بعد ذلك أن يكون حاملا لجنسية أخرى، أو لا يحمل أي جنسية على الإطلاق¹، كعدم الجنسية الذي يعد من الأجانب بالنسبة لكافة دول العالم. فإذا كانت صفة الاجنبية نسبية من حيث المكان بالنسبة للأجنبي العادي، فإنها مطلقة بالنسبة لعدم الجنسية².

هذا وإنه من الطبيعي عدم المساواة بين الوطني والاجنبي من حيث التمتع بالحقوق والإلتزام بالواجبات، فهناك حقوق تقصرها الدول على وطنيها فقط دون الاجانب بها كالحقوق السياسية وتولي الوظائف العامة، وكعدم إخراج الوطنيين أو نفيهم خارج الإقليم الوطني. بينما يجوز في هذا الشأن حرمان الاجانب من بعض الحقوق، أو تقييدهم في ممارستها، كتقييد حريتهم في التملك، وفي العمل، و في الدخول والخروج من الدولة بعدة شروط منها الحصول على إذن مسبق (الفيزا)، أو تأشيرة الدخول، ثم تقييدهم في الإقامة بشرط الحصول على إذن لهذه الإقامة ومدتها³، كما أن للدولة إبعاد الأجانب عن إقليمها وفقا لمقتضيات مصلحتها، ويمنع هذا على المواطنين.

¹ _ هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال وحفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 473.

² _ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 21.

³ _ عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 348، 349.

وعليه فإن التساؤل يثور حول مقدار أو مدى الحقوق التي يتمتع بها الاجانب في إقليم الدولة المتواجدين بها، (المطلب الاول)، وعن سلطات الدولة في إسقاط جنسيتها عن الاجنبي المكتسب لها، وحققها في إبعاد الأجانب من إقليمها. (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مدى الحقوق التي يتمتع بها الاجانب في إقليم الدولة المتواجدين بها.

تختص الدولة بتحديد مركز الاجانب بإقليمها، منذ دخولهم هذا الإقليم، وحتى خروجهم منه، فهي التي تبين مدى ما يتمتعون به من حقوق في إقليمها، وقدر ما يتحملون به من تكاليف و التزامات.

كما أن حرية الدولة هنا تبقى مقيدة بمعاهداتها الدولية في هذا الشأن، وبما يقضي به العرف الدولي من أن هناك قدرا من الحقوق لا تستقيم الحياة بدونه، يجب أن يترك للأجانب كحد أدنى، ولا يجوز للدولة أن تحرمهم منه¹، وإلا تعرضت للمسؤولية الدولية. وبهذه المثابة يفلت هذا الحد الأدنى من سلطان المشرع الوطني، ويستمد قوته وإلزامه من المبادئ الوضعية في القانون الدولي العام، وقد اختلف في تحديد هذا الحد الأدنى، إلا أنه يمكن القول أنه يشمل الحقوق الأساسية التي تدخل فيما يسمى بحقوق الإنسان، بصرف النظر عن الصفة الوطنية أو الاجنبية².

وللدولة كامل الحرية في تعيين الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي فيما يجاوز الحد الأدنى، فلها أن تحرم الاجنبي من التمتع بحق معين، ولها أن تبيح له هذا التمتع، ولها أن تقيده بشروط

¹ _ بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 266.

² _ هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال وحفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص من 480 حتى 482.

معينة، وهي تراعي في هذا ظروفها الخاصة، كمقتضيات إقتصادها الوطني، وأمنها العام، واحتياجها أو عدم احتياجها لعنصر السكان، إلى غير ذلك¹.

ولأن صفة الأجنبية نسبية من حيث الزمان، فقد يكون الشخص أجنبياً ثم يكتسب جنسية الدولة فيصبح وطنياً، خاصة وأن كل الدول تسمح باكتساب جنسيتها وفقاً لشروط معينة. ونظراً للدور البارز لوظيفة الجنسية هنا من حيث أن اكتسابها يؤثر في مركز الأجنبي وينقله إلى مركز الوطني، وما يترتب عن هذا من امتيازات له، فقد ارتأيت التركيز على الحق في اكتساب الجنسية وطرقه وآثاره بتخصيص فرع مستقل له، بينما يبقى الحديث بصفة عامة عن الحقوق الأخرى التي يتمتع بها الأجانب ومداهما .

ولأن الكلام عن الحقوق العامة يرتبط بالحد الأدنى المعترف به للأجانب، وهو من الأساسيات في معاملتهم، فسأبدأ الحديث عن مدى تمتع الأجانب بالحقوق العامة في الدولة (الفرع الأول)، ثم عن حق الأجانب باكتساب الجنسية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدى تمتع الأجانب بالحقوق العامة في الدولة.

فيما يتعلق بالحقوق العامة نميز بين طائفتين، طائفة تثبت للفرد بوصفه إنساناً، وهذه لا محل فيها للتفرقة بين المواطن والأجنبي، وهي تسمى بالحريات العامة، كالحرية الشخصية، حرية العقيدة، حرية الرأي، وحرمة المسكن. أما الطائفة الثانية فالأصل أنها تثبت للوطنيين فقط دون الأجانب، وهي الحقوق السياسية والوظائف العامة في الدولة، ومع هذا سنتطرق إليها للوقوف على أسباب قصرها على الوطنيين دون الأجانب، وهل توجد استثناءات على ذلك. والطائفة الثالثة تخص حق الأجنبي بالإنتماع من المرافق العامة للدولة، مادام أن وجوده قانوني بها، ومادام أن المواطنين متساوون في الاستفادة من هذه المرافق فإلى أي مدى ينطبق هذا على الأجنبي.

¹ _محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 277.

وعليه سيتم التطرق إلى تمتع الأجانب بالحريات العامة في الدولة (أولاً)، ثم مدى تمتع الأجانب بالحقوق السياسية والوظائف العمومية (ثانياً)، ومدى انتفاعهم من المرافق العامة للدولة (ثالثاً) ¹.

أولاً: تمتع الأجانب بالحريات العامة :

تعتبر الحريات العامة صفة لصيفة بالشخص الطبيعي، فهي مقررة للإنسان بوصفه إنساناً، دون التفرقة بين ما إذا كان وطنياً أو أجنبياً، ومن ثم يتمتع الأجانب بالحريات العامة شأنهم في ذلك شأن المواطنين داخل إقليم الدولة ². ويعتبر تمتع الأجانب بهذه الحريات بمثابة الحد الأدنى الذي يقرره العرف الدولي لهم في إقليم أي دولة ³. كما أن كفالاته بمثابة التزام يقع على عاتق الدول بموجب القانون الدولي ⁴.

¹ قد اكتفيت في هذه الدراسة على الحقوق العامة التي يتمتع بها الاجانب، دون الحقوق الخاصة كالحق في التملك، أو العمل والقيام بالأعمال التجارية والصناعية... وغيرها. وهذا حتى لا يتم الإطالة خاصة أنه سيتم الكلام عن معظم الحقوق الخاصة التي يتمتع بها الاجانب كالحقوق العائلية من زواج، طلاق، حضانة، نسب، كفالة... إلخ، وحقوق مالية كالميراث الوصية والهبة وغيرها، وهذا في الباب الثاني من هذه الدراسة عند الحديث عن وظيفة الجنسية فيما يخص تنازع القوانين. ومن جهة اخرى فحقوق الأجانب الأخرى مبعثرة بين عدة قوانين خاصة في القانون الجزائري، الذي كان سخياً مع الأجانب ويعترف لهم بعدة حقوق خاصة بقبود معينة.

نذكر من هذه القوانين القانون رقم 81_10 المؤرخ في 11 يوليو 1981، المتعلق بشروط تشغيل العمال الاجانب (ج. ر. 25 مؤرخة في 14_07_1981)، وفيما يخص المعاملات التجارية من خلال المرسوم 83_344 مؤرخ في 21 ماي 1983 (ج. ر. 21 مؤرخة في 24_05_1983) الذي يعدل بعض احكام المرسوم 64_15 المؤرخ في 20 يناير 1964 والمتعلق بحرية المعاملات، والمرسوم 81_293 المؤرخ في 24 أكتوبر 1981، يتضمن تنظيم نشاط المراكز الثقافية والإعلامية الأجنبية (ج. ر. 43 مؤرخة في 27_10_1981)، والمرسوم 82_467 المؤرخ في 18 ديسمبر 1982، يتعلق بالتظاهرات والمباريات التي ينظمها الاجانب (ج. ر. 53 مؤرخة في 18_12_1982)، و القانون رقم 06/12 المؤرخ في 12 يناير 2012، يتعلق بالجمعيات (ج. ر. 02 مؤرخة في 15_01_2012) في الباب الخامس منه الجمعيات الاجنبية المواد من 59 إلى 69.

² ياسين السيد طاهر الياسري، القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، ط1، المطبعة العربية، بيروت، لبنان، 2012، ص 429.

³ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 142.

⁴ - Lagarde et Fabienne jault –seke – « Etranger » in Répertoire de droit international , 2éd , Dalloz 1999,n 61 .

كما أن هذه الحقوق والحريات عادة ما تقررها المواثيق والمعاهدات الدولية أبرزها الاعلان العالمي لحقوق الانسان باعتبارها لصيقة بالإنسان دون نظر لجنسيته،¹ والاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية و السياسية، واتفاقيتها التوأم الخاصة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.² و من أمثلتها الحرية الفردية، الامن الشخصي و حرية العقيدة ، حرية الرأي، حرمة المسكن³، و حرية التنقل...الخ.

و لكن هذا لا يعني عدم خضوع الأجانب في ممارستهم لحياتهم لضوابط معينة تضعها الدولة تنظيمًا لتلك الحرية. فالدولة كفلت حرية الإنسان ولكن بصورة تتفق مع نظامها العام والآداب العامة فيها، وعادات وتقاليد شعبها. و هذه هي القيود التي نصت المادة 04 من اعلان حقوق الانسان للأفراد الذين ليسوا من مواطني الدولة التي يعيشون فيها، على ضرورة التزام الاجانب بها عند ممارسة حرياتهم العامة⁴.

و سنعرض باختصار لأهم هذه الحقوق و الحريات :

¹ _ فؤاد عبد المنعم رياض، و سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971. ص 361.

² _ نتيجة لغياب قوة الإلزام في الاعلان العالمي لحقوق الانسان، فقد بذلت منظمة الأمم المتحدة جهودا في سبيل وضع ميثاق لهذه الحقوق تكون على شكل معاهدة دولية تتعهد بمقتضاها الدول الاعضاء بجعل تشريعاتها الداخلية متسقة معها، وقد تحقق هذا بقرارها رقم 2200 بتاريخ 16 ديسمبر 1966، المتضمن الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية، ولقد أوجبت المادة 2 منها احترام وتأمين الحقوق المقررة لكافة الأفراد ضمن إقليمها والخاضعين لولايتها دون تمييز من أي نوع كان . وتم إصدار بنفس التاريخ وبذات القرار الاتفاقية التوأم الخاصة بالحقوق الاقتصادية، الاجتماعية و الثقافية. وجميع هذه الاتفاقيات وجهت إلى حماية الفرد دون التفرقة بين الوطني أو الأجنبي، وأينما كان دون تمييز في الجنس والجنسية. انظر سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص444، 445.

³ _ أحمد فسمت الجداوي، المرجع السابق، ص 390.

⁴ _ الاعلان المتعلق بحقوق الافراد الذين ليسوا من مواطني البلد الذي يعيشون فيه. اعتمدهت الجمعية العامة بقرارها 144/40 المؤرخ في 13 ديسمبر 1985، و الذي ينص في المادة 4 على ضرورة التزام الاجانب في ممارستهم لحياتهم العامة بالقيود التي ينص عليها القانون، و التي تكون ضرورية لحماية الامن القومي، او السلامة العامة، او النظام العام، او الصحة، او الاخلاق، او حقوق الآخرين و حرياتهم بالدولة التي يقيمون او يتواجدون بها. انظر ياسين السيد طاهر الياسري، المرجع السابق، ص429.

- الحق في الحياة و الأمن الشخصي:

ان مضمون هذا الحق يشمل عدم الاعتداء على جسد الاجنبي، و روحه، و كفالة حياة كريمة له، وألا يتعرض أي أجنبي للاعتقال التعسفي، و ألا يحرم من حريته إلا وفقا للأسباب والاجراءات القانونية. و قد نصت المادة 3 من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان على الحق في الحياة و الحرية و سلامة شخص الاجنبي¹.

أما المشرع الجزائري فقد اصبح الحماية الدستورية لهذا الحق من خلال المواد 40، 41، 1/46، 81 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

إذ نصت المادة 40 أنه " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الانسان.

ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة.

المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة يقمعها القانون " .

والمادة 41 بنصها " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات،

وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية و المعنوية " .

والمادة 1/46 بنصها " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، و حرمة شرفه،

ويحميها القانون " .

والمادة 81 بنصها : " يتمتع كل أجنبي، يكون وجوده فوق التراب الوطني قانونيًا،

بحماية شخصه وأملاكه طبقا للقانون."

¹ _ لمر أحمد، النظام القانوني للأجانب في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2002-2003. ص 78.

- الحق في الحماية من التدخل التعسفي أو غير القانوني في الخصوصيات أو العائلة أو السكن أو المراسلات .

نصت عليها المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان " لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، أو لحملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات"¹

ويقابلها في الدستور الجزائري لسنة 2016 المادة 1/46 المذكورة أعلاه، و فقرتها الثانية التي تنص أن " سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة"

وقد نصت على حرمة المسكن المادة 47 بقولها " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن، فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار احترامه، ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر من السلطة القضائية المختصة " .

- الحق في حرية الفكر، الرأي، العقيدة، و العبادة:

نصت المادة 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على : " لكل شخص الحق في حرية التفكير والضمير والدين ..."، كما تنص المادة 19 منه : " لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير ... "².

وبالنسبة للدستور الجزائري فقد أكد هذا الحق من خلال المادة 42 التي تنص على أنه " لا مساس بحرمة حرية المعتقد، وحرمة الرأي .

حرية ممارسة العبادة مضمونة في ظل احترام القانون " .

¹- لحرر أحمد، المرجع السابق، ص79.

²- لحرر أحمد، نفس المرجع ، ص80.

كما تنص المادة 50 منه أن "حرية الصحافة المكتوبة والسمعية والبصرية، وعلى الشبكات الإعلامية مضمونة، ولا تقيد بأي شكل من أشكال الرقابة القبلية، ولا يمكن استعمال هذه الحرية للمساس بكرامة الغير و حرياتهم و حقوقهم ... الخ "

و على العموم فإن تمتع الأجنبي بهذه الحريات، لا ينفي حق الدولة في تقييده أثناء ممارستها وفق نظامها العام، وما يضمن الاستقرار في المجتمع، فتمتع الأجنبي بالحرية الشخصية يقتضي ألا يخالف قوانين الدولة، وإلا أمكن القبض عليه أو حبسه.¹

و تمتعه بحرية العقيدة ليس معناه بممارسة العبادة أو هذه الشعائر بطريقة علنية، إلا في حدود النظام العام في الدولة، وبما لا يصطدم مع مشاعر المواطنين ومعتقداتهم، كما لا يجوز أن تتحول هذه الممارسة إلى دعاية لمعتقدات مناهضة لمعتقدات الجماعة الوطنية.²

و تمتع الأجنبي بحرية الفكر لا يعني حقه في ممارسة نشاط سياسي من شأنه الإضرار بنظام الدولة، كما أن حرية الأجنبي في التنقل داخل الدولة لا تتعارض مع تحديد الدولة لمناطق محظور على الأجانب دخولها أو حتى تصويرها فقد يتعلق ذلك بأمن الدولة.³

ثانيا: مدى تمتع الأجانب بالحقوق السياسية والوظائف العامة:

سيتم التطرق إلى مدى تمتع الأجانب بالحقوق السياسية (أ)، و مدى تمتعهم بالوظائف العامة (ب).

أ_ مدى تمتع الأجانب بالحقوق السياسية:

الحقوق السياسية هي تلك الحقوق التي يتمتع بها الفرد اتجاه الدولة، ويساهم بواسطتها في إدارة شؤون البلاد أو في حكمها، مثل حق الترشيح والانتخاب للهيئات التشريعية والهيئات

¹ - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص142

² - محمد الروبي، المرجع السابق، ص122

³ - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص142، ومحمد الروبي، المرجع السابق، ص122

المحلية، و الاشتراك في الاستفتاءات العامة¹، وحق تكوين الأحزاب السياسية والمشاركة فيها، وتولي المناصب الأخرى ذات الصبغة السياسية كرئاسة الحكومة، أو الأقاليم، أو ممارسة القضاء... الخ².

وقد استقر العرف الدولي على قصر التمتع بالحقوق السياسية على المواطنين دون الأجانب، باعتبار أن الحياة السياسية من الاشتراك في الحكم، وإدارة الشؤون العامة تحتم اقتضاء قدر عالي من الولاء للدولة والحرص على مصالحها، وهو ما يجعل التمتع بها يرتبط ارتباطا وثيقا بفكرة المواطنة، والولاء والتبعية للدولة، مما يجعله يقتصر على عنصر الشعب فيها³. وعلى هذا تنص دساتير معظم الدول في الوقت الحالي، كما أن القانون الدولي والمواثيق الدولية تقصر التمتع بالحقوق السياسية على الوطنيين دون الأجانب، كالمادة 21 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁴.

ومع هذا فمن الجائز أن تتفق عدة دول عن طريق إبرام معاهدة بينها، على منح هذه الحقوق أو بعضها، لرعايا كل منها في إقليم الأخرى على سبيل التبادل، ومثال ذلك المعاهدات التي عقدت بين بعض دول أمريكا الوسطى والجنوبية في أواخر القرن التاسع عشر⁵، وما أقرت دول الاتحاد الأوروبي عام 1992 بمقتضى المادة 1/8 من معاهدة ماسترخيت⁶.

¹ - بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص 450.

² - محمد الروبي، المرجع السابق، ص 115.

³ - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 282، و عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 629

⁴ - تنص هذه المادة " لكل فرد الحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده، إما مباشرة، و إما بواسطة ممثلين يختارون اختيارا حر ا" انظر محمد الروبي، المرجع السابق، ص 116

⁵ - بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص 450

⁶ - والتي تقضي بأن رعايا الدول الأعضاء المقيمين في أقاليم الدول الأخرى أعضاء الاتحاد، يتمتعون بحق الانتخاب والترشيح في الانتخابات البلدية التي تجرى في الدول التي يقيمون فيها، وكذلك الحق في انتخاب أعضاء البرلمان الأوروبي الذين يتم ترشيحهم في هذه الدولة. انظر محمد الروبي، المرجع السابق، ص 116

ومن ناحية أخرى قد تمنح الدولة هذه الحقوق السياسية لفئات معينة من الأجانب، نظرا للظروف السياسية الخاصة بها . ومن ذلك أنه كان مقرا في الاتحاد السوفياتي منذ عام 1924 حتى عام 1938 الاعتراف للأجانب المقيمين في الاتحاد، بالحق في التمتع بالحقوق السياسية متى كانوا ينتمون إلى طبقة العمال والفلاحين، ويقيمون في الاتحاد السوفياتي بنية العمل¹.

وبالرجوع للقانون الجزائري فقد أخذ بالقاعدة المقررة في القانون المقارن من أنه يمنع على الأجانب التمتع بالحقوق السياسية. إذ بالرجوع للقانون العضوي رقم 10/16 المتعلق بالانتخابات²، نجد يشترط الجنسية الجزائرية لإمكان الترشح في المجالس الشعبية البلدية، الولائية أو الوطنية³، كما يشترطها لممارسة الحق الانتخابي على جميع المستويات سواء كانت انتخابات محلية، تشريعية أو رئاسية⁴.

ويشترط الجنسية الجزائرية كذلك للحق في تكوين أحزاب سياسية، حسب المادة 17 من القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية⁵.

و بالإضافة لهذا فإن المادة 2/63 من التعديل الدستوري لسنة 2016، تشترط التمتع بالجنسية الجزائرية دون سواها لتولي المسؤوليات العليا في الدولة والوظائف السياسية، مما يعني أن بعض الوظائف العليا نظرا لحساسيتها يريدها المشرع للجنس الجزائري النقي أو

¹ - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 629، هامش 1، وكذلك محمد الروبي، المرجع السابق، ص 118.

² - القانون العضوي رقم 10/16 مؤرخ في 22 ذي القعدة 1437، الموافق لـ 25 غشت 2016 يتعلق بنظام الانتخابات.

³ - تنص المادة 79 أنه "يشترط في المترشح إلى المجلس الشعبي البلدي أو الولائي ما يأتي : "...أن يكون ذا جنسية جزائرية ... وتنص المادة 92 أنه "...يشترط في المترشح إلى المجلس الشعبي الوطني ما يأتي :أن يكون ذا جنسية جزائرية ..."

⁴ - تنص المادة 3 من قانون الانتخابات أنه " يعد ناخبا كل جزائري أو جزائرية بلغ من العمر 18 سنة كاملة يوم الاقتراع"

⁵ - تنص المادة 17 من القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية رقم 04/12 المؤرخ في 12 جانفي 2012 الموافق لـ 18 صفر 1433، (ج . ر . ع 2 لسنة 2012) : "يجب أن تتوفر في الأعضاء المؤسسين لحزب سياسي الشروط الآتية : أن يكونوا من جنسية جزائرية"

الصافي، فتمنع حتى على متعدد الجنسيات، نذكر منها منصب الالتحاق برئاسة الجمهورية.¹

ب_ مدى تمتع الأجانب بممارسة الوظائف العامة:

ترتبط الوظيفة العامة عادة بالحقوق السياسية في الدولة، نظرا لأن من يتقلدها يشترك في إدارة وتسيير أجهزة الدولة، وبالتالي في سلطتها العامة .

والقاعدة العامة في القانون المقارن أن الوظيفة العامة مهما كانت طبيعتها عسكرية، مدنية، سياسية، تنفيذية، قضائية، إدارية، خدمانية، وسواء كانت دائمة أو مؤقتة لا تسند إلا للوطنيين.² إلا أنه مع هذا فقد تخرج الدول من هذه القاعدة وتسمح بتولي الأجانب لبعض الوظائف العامة بها، وهي تلك الوظائف التي لا يمثل القيام بها ممارسة للسلطة العامة في الدولة، وبالتالي لا يتضمن اسنادها إلى الأجانب اضرارا بمصالح الدولة أو مساسا بسيادتها.³

وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في القانون الأساسي العام للتوظيف العمومي⁴، من خلال المادة 75 التي تشترط الجنسية الجزائرية لإمكان التوظيف بالجزائر⁵، كما اشترط الجنسية الجزائرية في عدة قوانين خاصة كتقلد الوظائف العسكرية، وفقا للقانون الأساسي لضباط الجيش الوطني الشعبي⁶، وممارسة منصب قاض وفقا للمادة 37 من القانون الأساسي للقضاء¹، وغيرها من القوانين.

¹ - تنص المادة 87 بأنه " لا يحق أن ينتخب لرئاسة الجمهورية إلا المترشح الذي... لم يتجنس بجنسية أجنبية - يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية فقط ..."

² - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص630، ومحمد الروبي، المرجع السابق، ص118 . انظر كذلك محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص283.

³ - Lagarde et Fabienne jault -seseke, op cit , n 47

⁴ - الأمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427، الموافق لـ 15 يوليو 2006 (ج. ر.ع 2006/46) المتعلق بالتوظيف العمومي.

⁵ - تنص المادة 75 أنه : " لا يمكن أن يوظف أي كان في وظيفة عمومية ما لم تتوافر فيه الشروط الآتية : أن يكون جزائري جزائري الجنسية"

⁶ - الأمر رقم 69-89 مؤرخ في 31 أكتوبر 1969، المتضمن القانون الأساسي لضباط الجيش الوطني الشعبي .

فالدول عادة ما تسمح للأجانب بتولي الوظائف العامة بها في المجالات التي لا يتوافر لديها الأيدي العاملة أو الخبرات الفنية الوطنية اللازمة لتسييرها.² كما حدث في الجزائر غداة الإستقلال عندما كان هناك نقص في الإطارات والمهارات فاستعانت باليد العاملة الأجنبية. والأجانب الذين تم تسجيلهم في هذا الإطار هم بالخصوص أساتذة المواد العلمية والتقنية في التعليم الاساسي والعالى، والممارسون لوظائف ذات طابع تقني أو المكلفون بالتكوين، وفقا للمرسوم رقم 86-276 المتضمن شروط تسجيل الأجانب في مرافق الدولة.³

بل الأكثر من هذا هناك من الدول من يسمح للأجانب ذوي الإمكانيات العلمية والفنية بتقلد الوظائف العامة فيها، حتى ولو كانت الدولة ذات إمكانيات علمية وتقنية هائلة ويتوافر لديها مثلهم من الوطنيين، وذلك بغية الاستفادة من هؤلاء العلماء وتدعيما للتقدم العلمي والتقني فيها.⁴

بالإضافة لهذا فقد تسمح الدولة لرعايا بعض الدول الأخرى بتقلد بعض الوظائف العامة فيها، وعادة ما تتحدد على سبيل الحصر إما بمقتضى قانونها الداخلي، أو بمقتضى معاهدة دولية ترتبط بها مع دولهم نظرا للعلاقات بين هذه الدول، أو مراعاة لأبعاد قومية وثقافية معينة. ومثال ذلك ما هو مقرر في دول الإتحاد الأوروبي، والإتفاقية المبرمة بين فرنسا وإمارة موناكو عام 1930 بخصوص معاملة الأجانب من هذه الإمارة فيها، وأيضا رعايا بعض الدول

¹ - قانون رقم 04-11 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاة.

² -lagarde et fabienne jault-seseke ,op,cit ,n 58.

³ - مثلا نجد المرسوم رقم 86-276 المؤرخ في 11/11/1986 المتضمن شروط تسجيل الأجانب في مرافق الدولة، الهيئات المحلية، المؤسسات والهيئات العامة، تقضي المادة الأولى منه بإمكانية تسجيل الأجانب في الوظائف المذكورة أعلاه بشرط أن يتم ذلك في إطار عقود مؤقتة لا يتجاوز مدتها سنتين مع إمكانية تجديدها لعدة مرات، مدة واحدة منها سنة على الأكثر . انظر لحمر أحمد، المرجع السابق، ص 77.

⁴ - وهذا هو السائد في فرنسا حيث سمح منذ عام 1968 للعلماء الأجانب في العمل بمجال التعليم العالى والبحث العلمي، وذلك على الرغم من تشدد فرنسا في تقلد الأجانب للوظائف العامة بها، وتوسعها الكبير في معنى الوظيفة العامة، انظر في هذا

fabienne jault-seseke, op,cit, n 58,59

الإفريقية التي تنتمي إلى منظمة الفرانكفونية كتوجو والجاون.¹ كما أن المشرع المصري عامل رعايا الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية معاملة خاصة، فأجاز شغلهم للوظائف العامة التي تتفق مع المؤهلات العلمية التي يلزم توافرها فيمن يرشح لها من المصريين، بشرط أن يكون ذلك على سبيل التدريب ولمدة محدودة.²

ثالثاً - حق الإنتفاع بالمرافق العامة والخدمات العامة :

من المستقر عليه في الفقه الدولي والتشريعات المقارنة، أن الأجنبي يتمتع بالمرافق العامة التابعة للدولة التي يوجد فيها كالمواصلات، المياه، الكهرباء، الأمن العام، والصحة.... إلخ، فالأصل أن هذه المرافق تستهدف اشباع حاجات ضرورية لدى الفرد بوصفه إنساناً، بحيث يكون حجبها عن الأجنبي أو حرمانه منها، بمثابة إقصاء له عن الحياة الإجتماعية في الدولة كما يتوازي مع نفي شخصيته المدنية، أي أنه تتدرج الإفادة من هذا النوع ضمن الحد الأدنى المعترف به دولياً للأجانب، ومن ثم لا يحق للدولة أن تقيد أو تحظر انتفاع الأجانب من هذه المرافق.³

غير أن الأمر ليس محل إجماع في القانون المقارن بصدد بعض المرافق العامة الأخرى ذات الطابع الإجتماعي كمرفق الضمان الإجتماعي، والإسكان التعاوني أو الإقتصادي، فمن الدول من تسوي بين الوطنيين والأجانب المقيمين على إقليمها بطريقة قانونية في الإنتفاع من هذه المرافق كفرنسا، ومن الدول من تعتبر أن هذه المرافق أنشئت كتعبير عن التضامن الوطني داخل الجماعة الوطنية، ومن ثم تقصر حق الإنتفاع بها على مواطنيها، أو تقيد هذا الإنتفاع

¹ -Lagarde et fabienne , jault-seseke , op cit , n 61 .

² _ انظر قانون توظيف الأجانب المصري رقم 44 لسنة 1936 المعدل بقانون رقم 166 لسنة 1957، وبالقانون رقم 144 لسنة 1968، راجع بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص 452.

³ - أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص 399-400، ومحمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 293، وبدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص 456.

بقيود معينة كشرط التبادل أو الإقامة عدة سنوات في إقليم الدولة، وهذا ما تأخذ به أغلب الدول العربية.¹

هذا وسنركز على مدى الانتفاع من مرفق التعليم (أ)، و الانتفاع من مرفق القضاء(ب).

أ_ مدى انتفاع الأجانب من مرفق التعليم :

يختلف الأمر بصدد مرفق التعليم حيث تذهب بعض الدول إلى أن حق التعلم في المؤسسات التعليمية العامة هو أمر مقصور على الوطنيين²، وبالتالي فعلى الأجانب أن يولوا وجوههم شطر التعليم الخاص، ومن الدول من تسمح لهم الانتفاع من مرفق التعليم مقابل مصروفات مبالغ فيها، ومن الدول من يقصره لهم على التعليم قبل الجامعي كالمملكة العربية السعودية وسلطنة عمان، ومن الدول من تفتح أبواب سائر مؤسساتها التعليمية أمام الأجانب، ولا تقيم أي تفرقة بين الوطني والأجنبي في هذا الصدد بل تجعل التعليم إلزاميا على الأجانب في مراحل الأولى.³

وفي الجزائر نجد أن المرسوم رقم 86-61 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 10-137⁴، الذي يحدد شروط قبول الطلبة والمتدربين الأجانب ودراستهم والتكفل بهم، ينص على إمكانية تسجيل الأجانب في مؤسسات التكوين الوطني بشرط احترام الشروط الواردة بالمرسوم، ويمكن للطلبة الأجانب التسجيل بالجامعات الجزائرية، على أنه يتم التمييز هنا بين نوعين :

¹ - محمد الروبي، المرجع السابق، ص 124-125.

² - هذا ما يؤيده بعض الفقه كالدكتور عز الدين عبد الله الذي يقرر أن حق التعليم بمدارس الدولة قاصر على الوطنيين، إلا إذا وجدت معاهدة تقضي بغير ذلك، انظر مرجعه السابق، ص 628.

³ - محمد الروبي، المرجع السابق، ص 125. هذا وإن الاتجاه الحديث في الدول المختلفة هو فتح دور التعليم فيها للوطنيين والأجانب على حد سواء كل بقدر إمكانياتها وطاقتها، رغبة في نشر الثقافات وتحقيق النهضة العلمية في الجماعة الدولية، انظر أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص 400.

⁴ - مرسوم 86-61 الصادر في 25 مارس 1986 (ج. ر.ع 13 لسنة 1986) معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 10-137 المؤرخ في 13 ماي 2010 (ج. ر.ع 32 لسنة 2010)

_ الطلبة الأجانب الحاصلين على منحة من الحكومة الجزائرية: ويخضع هؤلاء للتعليمية الوزارية رقم 47 الصادرة بتاريخ 1988/05/05 التي تشترط لتسجيلهم للحصول على رخصة مديرية التعاون بوزارة التعليم العالي والبحث العلمي.

_ الطلبة الأحرار وأبناء الأجانب المقيمين بالجزائر : تطبق عليهم نفس شروط تسجيل الطلبة الجزائريين، مع ضرورة تحصيلهم على رخصة مديرية التعاون بوزارة التعليم العالي والبحث العلمي.¹

ب_ حق الأجنبي في التقاضي :

لم تكن الدول تسمح قبل القرن التاسع عشر، للأجانب بالالتجاء إلى مرفق القضاء على الاطلاق، فكانت محاكم كل دولة لا تنتظر إلا في النزاعات المتعلقة برعاياها، ولا تعدّ نفسها مكلفة بنظر المنازعات التي تنشب بين الاجانب المقيمين بها، و ذلك تأسيسا على ان مرفق القضاء لم يوجد إلا لإقامة العدل بين الوطنيين دون غيرهم.

غير أن الدول بدأت تنتبه تدريجيا إلى مضار هذا الوضع، ذلك ان أي نزاع يقوم بإقليم الدولة من شأنه الإخلال بمقتضيات الأمن و النظام العام فيها، سواء كان اطراف النزاع وطنيين او اجانب، لذلك حادت الدول عن هذا المبدأ منذ القرن التاسع عشر، ومن ثم لم يعد القضاء امتيازًا خاصًا بالوطنيين.²

من هنا فقد استقر العرف الدولي على إمكانية التجاء الأجنبي للمحاكم الوطنية، للدفاع عن حقوقه و المطالبة بها، غير أن بعض الدول لم تشأ منحه هذا الحق بصفة عامة مطلقة، وإنما فرضت عليه قيودا معينة، مثل حرمانه من الانتفاع بنظام المساعدة القضائية، أو اشتراط أدائه لكفالة نقدية تسمى " الكفالة القضائية لإمكان قبول دعواه³، إلى غير ذلك من الشروط.

¹ - لحرر أحمد، المرجع السابق، ص 80-81.

² - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 369.

³ - قيل في تبرير شرط الكفالة القضائية أن الغرض منها هو تقادي الدعوى الكيدية التي قد يقيمها أجنبي معسر، وذلك ضمانا لتحصيل المصروفات القضائية، ودفع التعويضات المستحقة على المدعي إذا ما أخفق في دعواه. انظر عبد الواحد محمد

والواقع أن حق الأجنبي في اللجوء إلى القضاء الوطني أصبح من الحقوق الأساسية المعترف بها على المستوى الدولي، بعد أن تم النص عليه في الوثائق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان . فقد نصت المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر سنة 1948 على أن : " لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي منحها له القانون".

كما جاء النص على هذا الحق في المادة الرابعة عشر من الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية و السياسية¹ بقولها : " جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء و لكل فرد الحق عند النظر في أية تهمة جنائية ضده، أو في حقوقه و التزاماته في إحدى القضايا القانونية، في محاكمة عادلة بواسطة محكمة مختصة".

وهكذا أصبح من الواجب على كل دولة أن تقر للأجانب بحق التقاضي أمام محاكمها، وإلا أعتبر غير ذلك إنكاراً منها للعدالة، مما يستوجب المساءلة الدولية، بل ولا تعتبر قد أوفت بهذا الحق بمجرد السماح للأجنبي بالالتجاء إلى قضائها، إنما يتعين عليها بالإضافة لذلك، توفير كافة الضمانات اللازمة لحصوله على حقه، فإذا هي لم تمكنه من الدفاع عن حقوقه، أو كان قضاؤها لا يتمتع بدرجة كافية من النزاهة أو الاستقلال، أو كان الحكم الصادر من قضائها الوطني، قد تعمد الإجحاف بالخصوم بسبب صفتهم الأجنبية، فإنها لا تكون قد أوفت بالتزامها بتوفير الحماية القضائية للأجنبي² .

الفار، الاختصاص القضائي الدولي في النزاعات ذات العنصر الاجنبي، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة أسيوط، العدد الثامن عشر، مصر، يونيو، 1996، ص 15.

¹ _ الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية و السياسية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر سنة 1966، و دخلت مرحلة النفاذ في 23 مارس 1976.

² _ فؤاد رياض، الوسيط في الجنسية ومركز الاجانب، دار النهضة العربية، 1988، ص 381، وكذلك عبد الواحد محمد الفار، المرجع السابق، ص 16.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فقد اعترف للأجانب بحق التقاضي بموجب المادتين 10 و11 من قانون الإجراءات المدنية لعام 1966، و اللتان أصبحتا تحت ترقيم 41، 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لعام 2008¹.

وفي الأخير نشير أن هناك من الالتزامات القاصر على الوطنيين دون الأجانب نذكر منها بالأخص واجب أداء الخدمة العسكرية بالدولة، والذي يعتبر من القواعد الراسخة في القانون الدولي عدم تكليف الأجنبي بها، نظرا لارتباطها بشرف الدفاع عن الوطن، وهو ما يقتضي توافر الولاء المطلق في الفرد، وهو ما لا يمكن توافره في غير المواطنين².

الفرع الثاني : حق الأجانب باكتساب الجنسية.

تظهر أهمية الجنسية المكتسبة أو الطارئة كونها الوسيلة الأساسية لتحويل الأجانب إلى وطنيين في الدول الحديثة . وهي تشكل خروجاً عن المسلمات التي كانت تعتبر الجنسية وسيلة الصفاء في ركن الشعب في الدولة، وأهميتها كونها كرست حرية الفرد في تغيير جنسيته وهجر مبدأ الولاء الدائم للدولة³.

وهي الجنسية التي تثبت للفرد في تاريخ لاحق على الميلاد، وأهم ما يميزها أنها لا تفرض على الفرد فرضاً كما هو الحال بالنسبة للجنسية الأصلية، بل يعلق المشرع عادة اكتسابها على رغبة الفرد من جهة، وموافقة الدولة من جهة أخرى، حيث أن لهذه الأخيرة سلطة

¹ _ سيتم التفصيل في حق الأجانب في التقاضي في التشريع الجزائري سواء كمدعين أو كمدعى عليهم، و الاختصاص القضائي المبني على هاتين المادتين وكيفية تطبيقهما وما يثيرانه من مشاكل، وغيرها في الفصل الثاني من هذا الباب من هذه المنكرة.

² - ومع هذا اتجهت بعض الدول وخاصة فرنسا إلى إلزام عديم الجنسية بأداء الخدمة العسكرية فيها، معتبرة أن هذا لا يخل بواجبها الدولي في عدم تكليف الأجنبي بهذه الخدمة. انظر أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص396.

³ - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 175.

تقديرية في منح أو عدم منح جنسيتها لمن تشاء وفق ما تقتضيه مصلحتها، كما لها أن تؤخر موافقتها على طلب اكتساب الجنسية، دون أن يخضع قرارها للإعتراض عليه.¹

وإن التشريع الجزائري يخول للأجنبي حق اكتساب الجنسية الوطنية² إما عن طريق التجنس (أولاً)، أو بالزواج بوطني (ثانياً)، كما أن اكتساب الجنسية بهاتين الطريقتين يولد مجموعة من الآثار للأجنبي المكتسب للجنسية، (ثالثاً).

أولاً : اكتساب الجنسية الوطنية بالتجنس :

التجنس هو طريق لكسب الجنسية الطارئة بعد فترة ممتدة من الولادة، وكمال أهلية الطالب الأجنبي الذي يخضع لشروط يتطلبها القانون، وبالتقدير المطلق للدولة المانحة.³ وقد نظم المشرع الجزائري هذا الطريق ضمن المادة 10 من قانون الجنسية الجزائري⁴، كما أنه أخذ بعين الاعتبار بعض الحالات الخاصة للدخول في الجنسية الجزائرية ونظمها بموجب المادة 11، وهذا ما يعرف بالتجنس الإستثنائي.⁵

¹ - لحرر أحمد، المرجع السابق، ص 64.

² - إن حالات كسب الجنسية في القانون المقارن متعددة أهميتها اكتساب الجنسية بالتجنس ويفضل القانون، بواسطة الزواج، والآثار الجماعي، وعن طريق ضم الإقليم، انظر زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 313.

³ - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 183.

⁴ - الأمر 70_86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390، الموافق لـ 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

⁵ - بن عياد جلييلة، وبعوني خالد، الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، ط2، دار الأمل للطباعة والنشر، تيزي وزو، 2016، ص 99.

أ_ التجنس العادي :

قد تناولت هذه الحالة المادة 10 من قانون الجنسية الجزائري الصادر في 1970/12/15، ولم تعدل في قانون الجنسية الجديد لسنة 2005.¹ والشروط التي تضمنتها في الأجنبي الذي يرغب اكتساب الجنسية الجزائرية هي :

1- أن يكون مقيما في الجزائر منذ 7 سنوات على الأقل بتاريخ تقديم الطلب :

إن الإقامة المقصودة هنا هي الإقامة الحقيقية الفعلية المعتادة، والتي يتوافر فيها الركن المعنوي، وهو نية الإستقرار بالجزائر، ومن القرائن الدالة على الإستقرار اتخاذ مسكن، مباشرة عمل، أو إقامة مشروع إستثماري، تسجيل الأبناء للتندريس.

ويجب أن تكون هذه الإقامة مستمرة ونظامية²، و لا يؤثر الغياب المؤقت في انقطاع الإقامة إذا كان لأسباب عرضية أو طارئة، طالما بقي للشخص نية الإستقرار بالجزائر، ومع ذلك إذا كانت فترات الغياب طويلة فلا تدخل ضمن مدة الإقامة المحسوبة، بل هناك من القوانين من تحدد مدة الغياب المسموح بها سنويا.³

كما يشترط أن تكون هذه الإقامة شرعية أي قانونية وليست فعلية فقط، حيث يشترط أن يكون قد حصل الشخص على ترخيص بالإقامة بالجزائر باعتباره أجنبي، و هذا الترخيص يمكنه من إثبات مدة الإقامة.⁴

¹ محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، ط4، دار هومة، الجزائر، 2010، ص38.

² زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 336.

³ انقطاع الإقامة يفترق عن التغيب المؤقت عن الإقليم، هذا الأخير الذي لا يتنافى مع الإقامة العادية، كالتغيب لأسباب طارئة كإصابة بعض المصالح أو طلب العلم والسياحة، انظر أحمد عبد الكرم سلامة، المرجع السابق، ص 221-222.

⁴ بن عياد جليلة ويعوني خالد، المرجع السابق، ص 100، وأعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 196-197.

وإن مدة الإقامة المطلوبة في التجنس تختلف من دولة لأخرى، تبعا لسياستها السكانية ومقتضيات مصلحتها، فهناك دول تتطلب مدة طويلة¹، بينما تكون قصيرة في دول أخرى²، ومدة سبع سنوات هي مدة متوسطة و كافية لتأهيل الأجنبي للاندماج في المجتمع الجزائري.

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يخص طالبي الجنسية من الدول العربية، بنصوص خاصة تخفف من شروط الإقامة التي نصت عليها المادة 10 قانون الجنسية الجزائري، وهذا خلافا لبعض التشريعات العربية التي تعامل طالب الجنسية العربي معاملة خاصة³. ولهذا يحدب بعض الفقه الجزائري⁴، لو أن المشرع قصر هذه المدة بالنسبة لطالب التجنس العربي على غرار التشريعات العربية الأخرى. فالعربي هو من نفس جنس الجزائري، ونفس دينه ويتكلم لغته، وبشاركه في التاريخ والثقافة الإسلامية، مما يجعل اندماجه أسهل في المجتمع الوطني.

2- أن يكون مقيما في الجزائر وقت التوقيع على المرسوم الذي يمنح التجنس :

يعتبر هذا الشرط مستقلا عن الشرط الأول، بحيث أن أحد الشرطين لا يغني عن الآخر.⁵ إذ يجب على طالب التجنس أن يكون مقيما بالجزائر وقت التوقيع على المرسوم، حتى

¹ _ فقد حددها قانون الجنسية في دولة الإمارات العربية المتحدة ب 30 سنة، وقانون الجنسية الكويتي ب 20 سنة، وقانون الجنسية البحريني حددها بما لا يقل عن 25 سنة، وقانون الجنسية القطرية ب 20 سنة، و قانون الجنسية العمانية ب 15 سنة، وفي دول عربية أخرى محددة ب 10 سنوات كما هو الحال في المملكة العربية السعودية، ومصر والسودان وليبيا والعراق، انظر زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 336 هامش 2، و ص 337 هامش 1.

² _ حددت ب 5 سنوات في القانون المغربي، والتونسي، والسوري (قانون 1969)، واللبناني، وبسنتين في قانون الجنسية الأرجنتيني، وقانون الجنسية الفنزويلي، انظر عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 189.

³ - انظر تفاصيل هذه المعاملة الخاصة في تخفيف شرط الإقامة بالتفصيل مرجع شارون ستانتون راسل، الهجرة والتكامل السياسي في الوطن العربي، الأمة والدولة والاندماج في الوطن العربي، الجزء الثاني، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان 1989، ص 1006، وما بعدها .

⁴ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 256.

⁵ - أعراب بلقاسم، المرجع سابق، ص 198. وهذا لأنه يمكن أن يكون الشخص قد استوفى مدة 7 سنوات، لما قدم طلب التجنس ثم غادر الجزائر ليقوم بالخارج، فهنا يعتبر الشرط الأول متوفر دون الشرط الثاني .

ولو لم يحدث ذلك إلا منذ فترة قصيرة، مادام أنه قد استوفى من قبل شرط الإقامة لمدة 7 سبع سنين¹.

3- أن يكون طالب الجنسية بالغا سن الرشد :

اشتراط المشرع لهذا الشرط راجع لكون طلب التجنس عمل إرادي، مما يستوجب صدوره عن شخص بالغ، وقد حدد المشرع سن الرشد في قانون الجنسية القديم لسنة 1970، بـ 21 سنة طبقا للمادة الرابعة²، إلا أنه تم تعديل المادة السابقة بموجب الأمر 05-01 لسنة 2005، وأصبح هو نفسه سن الرشد المدني أي 19 سنة³. وإن بلغ سن الرشد شرط يجب توافره وقت تقديم طلب التجنس، لا وقت ابتداء الإقامة أو أثنائها.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري اشترط أن يكون طالب التجنس بالغا سن الرشد دون اشتراط كمال الأهلية، لكنه نص في شرط آخر أنه يجب أن يكون طالب التجنس سليم العقل، مما يجعل طلب الشخص المصاب بالجنون أو العته غير مقبول لتأثير هاذين العارضين على سلامة العقل، ومن باب المخالفة يقبل طلب التجنس من الشخص المصاب بالسفة، أو الغفلة لأن هذين الأخيرين لا يؤثران على سلامة العقل⁴.

4- أن تكون سيرته حسنة ولم يسبق الحكم عليه بعقوبة تخل الشرف:

وهذا يعني ضرورة تمتع طالب الجنسية الجزائرية بالأخلاق الحسنة، والسيرة الطيبة التي تدل على أن هذا الشخص يمكن أن يكون عضوا صالحا في المجتمع الجزائري، ويضاف إلى

¹ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 257.

² - بلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 98.

³ - وقد حذا المشرع في هذا حذو المشرع الفرنسي الذي يسوي بين سن الرشد في قانون الجنسية والقانون المدني. انظر محمد طيبة، المرجع السابق، ص 39.

⁴ - لحرر أحمد، المرجع السابق، ص 70. انظر كذلك اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 198-199، وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 199.

السيرة الحسنة عدم الحكم عليه بعقوبة تخل بالشرف، وبالتالي يمكن استبعاد محترفي الإجرام، ومن سبق ارتكابهم الجرائم والحكم عليهم فيها.¹

والتأكد من أن الشخص لم يحكم عليه بعقوبة مخلة بالشرف يكون بالرجوع إلى صحيفة سوابقه العدلية، أما حسن السيرة فإنه يعود إلى قناعة السلطة التنفيذية بناء على التقارير المقدمة إليها بشأنه، وبالنسبة للمحكمة التي أصدرت الحكم بعقوبة مخلة بالشرف إن كانت أجنبية، فبإمكان الحكومة ألا تأخذ بعين الاعتبار أحكامها.² وغني عن البيان أن الجرائم السياسية لا تعتبر مخلة بالشرف مهما كانت عقوبتها، فهي إذن لا تؤخذ في عين الاعتبار.

ويلاحظ أن نص القانون الجزائري لم يتعرض لحكم رد الاعتبار لطالب التجنس بعد الإدانة، مع أن أغلب التشريعات تنص على هذا الحكم وتعتبر حكم الإدانة كأن لم يكن في هذه الحالة.³

5- أن يثبت الوسائل الكافية لمعيشته :

وهذا الشرط ضروري حتى لا يكون المتجنس عالة على المجتمع الجزائري، ويستوي أن تكون هذه الوسائل مالا كافيا لسداد حاجاته المعيشية، أو مقدرة على العمل المادي أو المعنوي.⁴ وهذا الشرط يعتبر مألوفاً في الأصول العامة للجنسية، إذ تشترطه أغلبية التشريعات،

¹- بلعبور عبد الكريم، المرجع السابق، ص98، ونذكر من الجرائم المخلة بالشرف أو الأمانة كالسرقة، التزوير، التزيف أو الإحتيال، الرشوة، وهناك العرض ... إلخ .

²- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص200. وقد كان ينص على هذا الشرط الفقرة الأولى من المادة 11، التي كانت تقضي بجواز منح الجنسية الجزائرية للأجنبي، ولو كان محكوماً عليه بعقوبة مخلة بالشرف في الخارج. وهو الأمر الذي كان محل جدل وانتفاء من رجال القانون، على أساس أن الدولة لا يجوز أن تغض النظر عن الجرائم التي تمس بالشرف، ولو وقعت بالخارج. ومن ثمة يمكن القول حسناً فعل المشرع عندما حذف هذا الاستثناء في التعديل الجديد. انظر بلعبور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 101.

³- لهذ يرى الأستاذ علي سليمان أنه كان يجب أن يؤخذ بهذا الحكم في القانون الجزائري لأنه حكم عادل، أنظر علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 259.

⁴- علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 259.

حتى لا يدخل في جنسيتها من يشكل عبئا عليها ويزيد في عدد فقرائها.¹ ومع هذا فإن بعض التشريعات التي خصت العربي بمعاملة مميزة في اكتساب الجنسية، حجت عنه هذا الشرط لاكتساب جنسيتها.²

6- أن يكون سليم الجسد والعقل.

يفترض في طالب التجنس أن يكون خاليا من الأمراض السارية والعايات والعلل، لكي لا يكون عالة على المجتمع، ولكي لا يشكل وجوده تهديدا لسلامة السكان الصحية، ويجري التثبت من هذا الشرط بموجب وثائق طبية رسمية.³

7- ان يثبت اندماجه في المجتمع الجزائري :

لم يبين النص كيف يثبت هذا الإندماج مع أنه عنصر أساسي في قبول التجنس أو رفضه،⁴ مما يعني ترك أمر تقديره للسلطة المختصة، فقد يراعى في هذا الشأن مجموعة من الإمارات الخارجية، كعرفة اللغة العربية،⁵ والتقاليد، و المعتقدات الموجودة بالجزائر. ولم

¹- اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 201.

²- نذكر مثلا قانون الجنسية السوري الذي تطلب هذا الشرط في المادة 4، إلا أنه بالنسبة لأبناء البلاد العربية فلم يشترط هذا الشرط لاكتساب الجنسية السورية كما أعفاهم من شرط الإقامة، ومن شرط الإمام باللغة العربية، انظر فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 53.

³- فؤاد ديب، نفس المرجع، ص 50.

⁴- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 260.

⁵- لم ينص المشرع الجزائري على شرط الإمام باللغة العربية، بينما نصت عليه كل قوانين الجنسية في الدول العربية مع اختلاف بينها في درجة الإمام المطلوبة، كما آمن بشرط الإمام باللغة الوطنية الكثير من التشريعات الأجنبية، إذ يشترط القانون الفرنسي معرفة كافة باللغة الفرنسية، ويشترط اللغة الوطنية كذلك التشريع الإنجليزي والأمريكي، انظر تفاصيل أكثر في هذا مرجع زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 338.

يشترط الإسلام في طالب التجنس،¹ في حين أن بعض التشريعات العربية تشترط شرط الإسلام للحصول على التجنس فيها.²

أخيراً، يجب التأكيد على أنه حتى بتوافر كافة الشروط سالفة الذكر في ملف طالب التجنس، فإن السلطة التقديرية تبقى لوزارة العدل في قبول أو رفض الملف لان الامر كله يتعلق في النهاية بمنحة من الدولة.³

ب- التجنس الإستثنائي:

عمد المشرع في الكثير من الدول إلى تخفيف بعض شروط التجنس أو الإعفاء من بعضها أو كلها، لإعتبارات خاصة نابعة من مصلحة الدولة، واعترافاً منها بالخدمات الجليلة التي أسداها لها بعض الأجانب، أو بالنظر لفائدتها من تجنس بعض الأشخاص إذا كانوا ممن يتمتعون بكفاءات وخبرات عالية في المجال العلمي، الإقتصادي، والثقافي، ومن الصعوبة حصر هذه الحالات المختلفة فهي تختلف حسب مصالح كل دولة.⁴

وفي التشريع الجزائري تنص عليها المادة 11 من قانون الجنسية المعدل سنة 2005، أنه " يمكن للأجنبي الذي قدم خدمات استثنائية للجزائر⁵ أو المصاب بعاهة أو مرض جراء

¹ - نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 132.

² - فالمادة 4 من قانون الجنسية الكويتي تشترط في الفقرة 5 منها على طالب التجنس أن يكون مسلماً بالميلاد أصلاً، أو يكون قد اعتنق الدين الإسلامي وأشهر إسلامه، وفقاً للطرق والإجراءات المتبعة ومضت على ذلك 5 سنوات على الأقل قبل منحه الجنسية الكويتية. وتسقط عنه هذه الجنسية بقوة القانون بارتداده عن الإسلام وتسقط بالتبعية لذلك عمن يكون قد كسبها معه بطريق التبعية، انظر يوسف محمد العلي، الأحكام غير المألوفة في قانون الجنسية الكويتي، مجلة الحقوق الكويت، العدد 2، السنة 26، يونيو 2002، ص 29-30.

³ - بوجلال صلاح الدين، محاضرات في مادة الجنسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، السنة الجامعية 2013-2014، ص 18.

⁴ - زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 359-360.

⁵ - في شتى المجالات كالمجال العلمي، الإقتصادي، أو العسكري.

عمل قام به خدمة للجزائر أو لفائدتها¹، ان يتجنس بالجنسية الجزائرية، بغض النظر عن أحكام المادة 10 أعلاه.

ويمكن أيضاً للأجنبي الذي يكون في تجنسه فائدة استثنائية للجزائر² أن يتجنس بالجنسية الجزائرية، بغض النظر عن الشروط المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه.

إذا توفى أجنبي عن زوجه واولاده وكان بإمكانه أثناء حياته أن يدخل في الصنف المذكور في الفقرة الأولى أعلاه، فيمكن هؤلاء أن يطلبوا تجنسه بعد الوفاة في نفس الوقت الذي يطلبون فيه تجنسهم".

ثانياً: اكتساب الجنسية بالزواج .

إن زواج الأجنبي بالوطنية، أو الأجنبية بالوطني يجعلهما في موقع مميز عن الأجانب الآخرين، وهذا نظراً لطبيعة هذه الرابطة التي غالباً ما تجعل أحد الطرفين، وبالخصوص الزوجة، يتأثر بالعادات الاجتماعية، الاخلاقية السائدة في مجتمع الزوج الآخر. ولهذا فمن الطبيعي أن يكون للزواج تأثير في معاملة هذا الزوج، معاملة خاصة من طرف الدولة والسماح له باكتساب جنسيتها الوطنية، وهذا من اجل مصلحة الأسرة والأولاد، لكن يبقى هذا وفق أطر وشروط معينة تختلف من دولة لأخرى.

لهذا نتساءل ما هو موقف التشريعات المقارنة من اكتساب الجنسية بالزواج، (أ)، ثم ما هو موقف التشريع الجزائري من هذه المسألة (ب).

¹ _كالأجنبي الذي ساهم في حرب التحرير الوطنية.

² _كالعلماء والباحثين.

أ_ اكتساب الجنسية بالزواج في القوانين المقارنة.

تختلف التشريعات في حق الأجنبي من اكتساب الجنسية الوطنية بالزواج المختلط، فبينما تنكر الغالبية العظمى من تشريعات الجنسية في الدول العربية¹، على الزوج الأجنبي اكتساب الجنسية نظرا لتزوجه من وطنية²، وهذا مرجعه أساسا مكانة الرجل عموما في الأسرة العربية المسلمة والشرقي، باعتباره رب الأسرة وراعيها، مما يقود إلى جعل قرار تغيير جنسيته متوقفا على إرادته المستقلة لا تبعا لزوجته³، وقد أخذ بهذا الوضع حتى بعض التشريعات الأجنبية⁴.

في حين أن بعض الدول الأخرى جعلت تأثيرا لزوج الأجنبي من وطنية في اكتسابه جنسيته، لكن على اختلاف فيما بينها، فهناك من يكسب الزوج الأجنبي جنسية زوجته الوطنية بمجرد الطلب وكأثر مباشر لهذا الزواج، دون ترك الأمر للسلطة التقديرية للجهة المختصة في الدولة⁵، بينما يعلق البعض قبول الطلب على موافقة الجهة المختصة في دولة الزوجة⁶، في

¹ _ وقد نصت على ذلك صراحة المادة الثالثة الفقرة الثانية، من قانون جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة المعدلة بالقانون رقم 10 لسنة 1975 على أنه: " في جميع الأحوال لا يتبع الزوج جنسية زوجته ". انظر زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 171. ومن الدول العربية التي أقرت كذلك عدم الاستفادة المطلقة المملكة العربية السعودية، البحرين، العراق، سوريا. ونفس الموقف تبناه المشرع المصري في تشريع الجنسية الحالي لسنة 1975. انظر حسام الدين فتحي ناصيف، أثر انعقاد الزواج وانحلاله على جنسية أفراد أسرة الوطنية والأجنبي، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، 1996، مصر، ص 22.

² _ فباب اكتساب جنسية دولة الزوجة عن طريق الزواج موحد تماما أمامه، وليس له إلا أن يسلك سبيل التجنس العادي مثله مثل الآخرين، و الذي يستلزم توافر عدة شروط بشأنه وتقديم طلب للتجنس، وأخيرا موافقة الدولة التي تتبعها الزوجة. انظر حسام الدين فتحي ناصيف، المرجع السابق، ص 22.

³ _ صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1976، ص 206، 207.

⁴ _ من الدول الأجنبية التي اتبعت نفس المنهج نذكر كولومبيا، شيلي، فنزويلا، أوجواي، الهند، إندونيسيا، انظر حسام الدين فتحي ناصيف، المرجع السابق، ص 22.

⁵ _ مثال ذلك المادة 12 فقرة 5 من دستور السلفادور الصادر في سبتمبر 1950.

⁶ _ كالمادة 18 من قانون الجنسية الأيرلندي رقم 13 لسنة 1953. انظر حسام الدين فتحي ناصيف، المرجع السابق، ص

حين طائفة أخرى من الدول تيسر طريق التجنس أمام الأجنبي الذي يتزوج بوطنية، بتخفيف الشروط المتطلبة في التجنس، خاصة شرط الإقامة العادية في دولة الزوجة¹، كما أن بعض الدول تكسب الزوج الأجنبي جنسية الزوجة الوطنية عن طريق التجنس العادي مع حقها في اعفائه من كل الشروط أو بعضها، على أن هذا الاعفاء يخضع للسلطة التقديرية للسلطة المختصة، وليس بقوة القانون².

وبالمقابل، تتفق تشريعات الجنسية في مختلف دول العالم، على أن زواج الأجنبية بوطني يمكن أن يحدث أثره على جنسية الزوجة، فيفتح لها الطريق لاكتساب جنسية زوجها الوطني. فقد كانت تنص بعض التشريعات على دخول الأجنبية في جنسية الدولة بمجرد

¹ _ ويندرج تحت هذه الطائفة قانون الجنسية الياباني لعام 1985 حيث نصت المادة 07 منه على تخفيض مدة الإقامة إلى ثلاثة سنوات، كما قضى قانون الجنسية الانجليزي لعام 1981 (المادة 6 فقرة 02)، بتخفيض مدة الإقامة للأجنبي الذي يتزوج بإنجليزية من خمس سنوات إلى ثلاثة فقط . وذات الحل تبناه قانون الجنسية الصيني لعام 1980 المادة 7 ، وكذلك القانون الايطالي الصادر في 21 أبريل 1968 والمعدل في عامي 1975، 1977، الذي يخفض مدة الإقامة من عشر سنوات إلى خمسة للأجنبي الذي يتزوج بمواطنة إيطالية.

ومن القوانين العربية، نذكر قانون الجنسية العماني (المادة 2/2) الذي يخفض مدة الإقامة المتطلبة للتجنس من عشرين عاما إلى عشرة أعوام ميلادية إذا كان متزوجا بعمانية، والقانون اللبناني 1925، الذي يخفض مدة الإقامة من خمس سنوات إلى سنة واحدة للأجنبي المتزوج بلبنانية . انظر شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، دراسة مقارنة -رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، 2016، 2017 . ص 268، 269.

² _قانون الجنسية السويدي والنرويجي الصادران سنة 1950، والدنماركي لسنة 1953، كما تقرر المادة 8 فقرة 2 من قانون الجنسية الهولندية لعام 1985، اعفاء الاجنبي الذي يتزوج من هولندية منذ 3 سنوات على الأقل من شرط الإقامة الخمسية المطلوبة في حالة التجنس العادي. وكذلك المادة 37 من قانون الجنسية الفرنسي لعام 1973 ، الذي يكتسب بمقتضاه الزوج الأجنبي الجنسية الفرنسية إذا اقترن بفرنسية دون تطلب شرط الإقامة، إذ تنص المادة أن : " الأجنبي او عديم الجنسية الذي يبرم زواجا مع زوج فرنسي الجنسية يستطيع بعد مدة ستة أشهر تحسب من تاريخ الزواج أن يكتسب الجنسية الفرنسية بمجرد الاعلان بشرط الا تكون الحياة المشتركة قد توقفت بين الزوجين، وأن يكون الزوج الفرنسي محتفظا بجنسيته في تاريخ هذا الاعلان . " انظر حسام الدين فتحي ناصيف، المرجع السابق، ص 24، 25. ونفس الحكم أقره قانون الجنسية الفرنسي الصادر في 22 /07/ 1993، بحيث أجاز التجنس بدون شرط الإقامة الخمسية للزوج الأجنبي لفرنسية. انظر شبورو نورية، المرجع السابق، ص 270.

زواجها من وطني¹، وعلى فقد الوطنية لجنسيتها بمجرد الزواج من أجنبي، ويعتبر هذا المبدأ أي وحدة الجنسية في العائلة من أقدم الاتجاهات الفكرية التي ظهرت في مجال بيان تأثير الزواج على جنسية الزوجة، فأصوله البعيدة ترجع إلى عهد القانون الروماني، وعرف هذا المبدأ في الفقه الاسلامي للجنسية .

إلا انه تم التخلي عن النظرية السابقة التي تجعل الزوجة تابعة لجنسية زوجها بصفة آلية، لصالح نظرية استقلال جنسية الزوجين، التي لاقت رواجاً لدى التشريعات المعاصرة، بل إن التشريعات التي كانت تأخذ بنظرية الوحدة والتي أشرنا إلى بعض منها، بدأت تتحول إليها، على تباين هذه التشريعات في كيفية إعمال نظرية الاستقلال بحيث يمكن التمييز بين أربعة اتجاهات:

¹ _ كذلك ما كانت تقضي به المادة العاشرة من قانون الجنسية الايطالي الصادر سنة 1912 من أنه لا يجوز للمرأة أن تتقادم جنسية غير جنسية زوجها، وأن الأجنبية التي تتزوج من إيطالي تكتسب الجنسية الايطالية ولا تفقدها عند ترمها إلا إذا استردت جنسيتها الأصلية .

بالإضافة إلى المادة 22 من القانون المدني الاسباني الصادر سنة 1931 التي قضت بأن على المرأة المتزوجة أن تتبع جنسية زوجها. وأخذ أيضاً بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة وباكتساب الأجنبية جنسية زوجها كأثر مباشر للزواج كذلك التشريع البلجيكي (المادة 04 من قانون الجنسية لسنة 1932)، الفنلندي (المادة 3 من تشريع الجنسية لسنة 1941)، السويسري (المادة 03 من تشريع الجنسية لسنة 1952)، البرتغالي (المادة 6/18 من القانون المدني لسنة 1930)، وقانون الجنسية الفرنسي الصادر سنة 1945.

وبالنسبة للتشريعات العربية التي جسدت نفس المبدأ صراحة قانون الجنسية البحريني لسنة 1963، و قانون الجنسية الأردنية الصادر سنة 1928، و القانون اللبناني رقم 7 لسنة 1963، والقانون الكويتي الصادر سنة 1959، والقانون السعودي الصادر سنة 1957، وتشريع الجنسية المصري الصادر سنة 1929، ونفس الحكم جسده الاتفاقية التي أبرمتها جامعة الدول العربية في 15 أبريل 1954 والخاصة بشأن بعض أحكام الجنسية بين دول الجامعة العربية حيث ذكرت المادة الثانية منها أنه: " تكتسب المرأة العربية بالزواج جنسية زوجها العربي، وتسقط عنها به جنسيتها السابقة ما لم تطلب الزوجة الاحتفاظ بجنسيتها في عقد الزواج أو بإعلان لاحق خلال ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج". انظر شبورو نورية، المرجع السابق، ص من 282 حتى 286.

الاتجاه الأول: لا يكون فيه لزواج الأجنبية بأحد الوطنيين أي أثر على جنسيتها، فلا تثبت لها جنسية دولة الزوج إلا بطريق التجنس¹.

الاتجاه الثاني : و يمكن فيه للمرأة اكتساب جنسية الزوج بطريق التجنس المخفف الشروط، لاسيما بتخفيض مدة الإقامة المطلوبة أو الاعفاء منها².

الاتجاه الثالث : وفيه اكتفت بعض التشريعات باستلزام استمرار الزواج قائماً بين الأجنبية والطرف الوطني فترة معينة قبل إعلان الرغبة في الحصول على جنسية الزوج، أو من تاريخ إعلان الرغبة في اكتساب جنسية دولة الزوج³.

الاتجاه الرابع : وهذا الاتجاه لم يستلزم شيئاً لاكتساب الزوجة لجنسية زوجها سوى إعلان رغبتها في ذلك⁴.

ب_ اكتساب الجنسية بالزواج في القانون الجزائري.

بداية هل يقبل التشريع الجزائري اكتساب الجنسية بالزواج، وإن كان ذلك فما هي الشروط الموضوعية اللازمة، وما هي الضوابط التي تحكم ذلك. هذا ما سيتم التعرض له من

¹ _ قانون الجنسية الصيني لسنة 1980، وقانون الجنسية الكندي لسنة 1977، و قانون الجنسية الفرنسي لعام 1973 . انظر شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 289.

² _ كقانون الجنسية النمساوي الصادر في 3 مارس 1983، وكاليابان في المادة 6 من قانون الجنسية لسنة 1950، التي تعفي الزوجة الأجنبية من شروط التوطن في اليابان وكمال الاهلية، وقدرة انفاق الشخص على نفسه. كما تخفف الولايات المتحدة الأمريكية مدة الإقامة اللازمة لتجنس الزوجة الأجنبية من خمس سنوات إلى ثلاث سنين. (المادة 319 من قانون الجنسية لسنة 1952). انظر حسام الدين فتحي ناصيف، المرجع السابق، ص 08.

³ _ من ذلك نذكر قانون الجنسية الفرنسي لعام 1973 المعدل، نظام الجنسية العربية السعودي لعام 1374، قانون الجنسية البحريني لعام 1963 المعدل عام 1981، قانون الجنسية الكويتي المادة 08 معدلة بالمرسوم رقم 100 لسنة 1980، و قانون الجنسية القطري رقم 38 لسنة 08_ 2005 .

⁴ _ ومن بينها نذكر قانون الجنسية الفرنسي لعام 1927 الذي قضى باحتفاظ المرأة المتزوجة بجنسيتها، وبالتالي لم يرتب أي أثر للزواج المختلط على جنسية الزوجة إلا إذا اختارت هذه الأخيرة _فرنسية كانت أو أجنبية_ بإرادتها الحرة اكتساب جنسية زوجها. و يأخذ بهذا كذلك قانون الجنسية الزائيري الصادر في 29 يونيو 1981، (المادة 19)، و قانون الجنسية البرتغالي لعام 1981 المادة (1/3)، وقانون الجنسية التركي الصادر في 11 فيفري 1964، المعدل في 13/12/ 1981 (المادة 5). انظر شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 292، 293.

خلال التطرق إلى الشروط الموضوعية لاكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج (1)، ثم جزاء الغش من أجل اكتساب هذه الجنسية (2).

1_ الشروط الموضوعية لاكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج.

إن إمكانية اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج، كانت مكرسة وفقا لقانون الجنسية لسنة 1963، ولكن المشرع تخلى عن هذه الطريقة بموجب الأمر 86/70 الخاص بالجنسية، ثم عاد وكرس هذه الإمكانية في التعديل الجديد للجنسية لسنة 2005 باستحداثه لمادة جديدة هي المادة 9 مكرر.

و إن ما يميز هذه المادة عن المادة 12 من قانون 1963، أن هذه الأخيرة حصرت اكتساب الجنسية الجزائرية للمرأة الأجنبية المتزوجة بجزائري، مع إلزامها التصريح برفضها لجنسيتها الأصلية.¹ بينما المادة 9 مكرر تمكّن كل من يتزوج من جزائري أو جزائرية أن يكتسب الجنسية، دون تفريق بين الجنسين، سواء كان المستفيد هو الرجل أو المرأة، كما أنها لا تلزم كذلك التصريح بالتخلي عن الجنسية الأصلية.²

وعلى العموم فقد تضمنت المادة 9 مكرر³، شروط موضوعية محددة لاكتساب الجنسية الجزائرية، نذكرها بالتفصيل.

¹ - تنص المادة 12 من قانون الجنسية الجزائري الصادر في 1963/03/27 أنه : " يمكن للمرأة الأجنبية التي تتزوج جزائريا أن تحصل على الجنسية الجزائرية بمفعول زواجها ويجب التصريح قبل الزواج برفضها لجنسيتها الأصلية ... إلخ " .

² - بوجلال صلاح الدين، المرجع السابق، ص 15.

³ - تنص المادة 9 مكرر أنه: " يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية، بموجب مرسوم متى توفرت الشروط الآتية :

أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث (3) سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس.

_ الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين (2) على الأقل .

_ التمتع بحسن السيرة والسلوك بإثبات الوسائل الكافية للمعيشة.

يمكن ألا تؤخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة في الخارج" .

ـ أن يكون الزواج قانونيا و قائما فعليا منذ ثلاث (03) سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس .

لقد اشترط المشرع أن يكون الزواج صحيحا وفقا للقانون الجزائري، وحتى لا يستغل كوسيلة للغش نحو القانون الجزائري، فقد اشترط أن يكون هذا الزواج قائما فعليا أي حقيقيا وليس صوريا، وأن تكون العلاقة الزوجية قائمة لمدة ثلاث (03) سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس .

ـ الإقامة المعتادة و المنتظمة بالجزائر مدة عامين (02) على الأقل.

و المقصود بالإقامة المعتادة و المنتظمة، هو الإقامة القانونية المستمرة و غير المنقطعة في الجزائر، إلا للعلاج أو للدراسة بالخارج، مدة عامين على الأقل.

ـ التمتع بحسن السيرة و السلوك

إن المشرع الجزائري لا يمنح الجنسية الجزائرية للأفراد الذين لا يتمتعون بحسن السيرة والسلوك، كأن يكونوا من فئة المجرمين أو المطاردين من المجتمع الدولي، فلا بد أن يكون الشخص عضوا صالحا لينظم للمجتمع الجزائري، وتبقى السلطة التقديرية في ذلك للجهات المختصة.

و تشير الفقرة الأخيرة من نص المادة 9 مكرر إلى إمكانية عدم الأخذ بعين الاعتبار في هذا الشأن العقوبة الصادرة في الخارج .

ـ إثبات الوسائل الكافية للمعيشة.

لقد وضع المشرع هذا الشرط حتى لا يكون الزوج أو الزوجة المكتسب للجنسية الجزائرية عالة على المجتمع الجزائري، وإن كان هذا الشرط مقبول بالنسبة للزوج باعتباره رب الأسرة فالأمر يختلف بالنسبة للزوجة ذلك أنه يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية¹.

وأخيرا، فإن توافر هذه الشروط لا يعني حصول الأجنبي على الجنسية الجزائرية تلقائيا و إنما للسلطة المختصة أن تقبل الطلب أو ترفضه.

¹ـ نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 129.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد فتح الباب في التعديل الجديد أمام الزوجة أو الزوج لتوحيد جنسية الأسرة عن طريق الزواج بصفة أكثر وضوحاً، واتساعاً من ذي قبل شريطة أن يكون للإرادة دور في هذا التوحيد، أي أن المشرع جمع بين مبدأ إستقلالية جنسية أفراد الأسرة، من خلال أنه لم يجعل للزواج تأثيراً آلياً على الجنسية، وبين مبدأ الوحدة لأن هناك إمكانية تأثير الزواج على الجنسية، إذا تم هذا بطلب الأطراف وتوفرت الشروط الموضوعية الأخرى.¹

2_جزء الغش في اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج.

إن الدخول في الجنسية الوطنية قد استغل من كثير من المهاجرين السريين، بالتواطؤ مع أطراف أخرى لغرض تسوية إقامتهم وتثبيتها، فيعمدون إلى الزواج السوري²، قصد تقنين وضع الأجنبي وحصوله على الإقامة مقابل دفع مبالغ مالية للطرف الآخر الوطني، بل ويتم اللجوء إلى تسوية الزواج عن طريق حكم قضائي إذا لم يتمكن الزوجان من إبرامه لدى المصالح المختصة.

ورغم التضييق الملاحظ في جعل الزواج احد أسباب تثبيت إقامة الأجنبي، أو حصوله على الجنسية، إلا أن الظاهرة في تزايد مستمر في الدول الأوربية، وقد تفتن لها المشرع الجزائري فجرمها وقرر لها عقوبة صارمة، إذا كان الغرض منها هو حصول أو تسهيل حصول

¹ - بلعبور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 93.

² - أظهر الواقع العملي بعض المشكلات حيث يتم التحايل على الحكمة التي ابتغاها المشرع من منح الإقامة للأجنبي نتيجة زواجه من أحد المواطنين، وذلك عندما يتفق الطرفان على الزواج لا بقصد الزواج في حد ذاته، وإنما لهدف واحد هو الحصول على الإقامة في دولة أحد الزوجين، أو اكتساب جنسيتها. ولمزيد من التفاصيل حول ظاهرة الزواج السوري وواقعها والمشاكل التي يثيرانها في مصر وفرنسا انظر مصطفى العدوي، مركز الاجانب في القانون المصري و المقارن، ط 2، لم يذكر جهة النشر، مصر 2011، ص من 160 حتى 192.

أجنبي على بطاقة مقيم، أو اكتساب الجنسية الجزائرية، وسواء كان المتورط مع الطرف الأجنبي طرفاً وطنياً أم اجنبياً¹.

و هذا ما كرسه المشرع الجزائري حين إصداره للقانون رقم 11/08، من خلال نصه في المادة 48 أنه كل من يقوم بإبرام عقد زواج مختلط فقط بقصد الحصول على بطاقة المقيم بالجزائر، أو جعل الغير يحصل عليها، أو فقط ليتمكن من اكتساب الجنسية الجزائرية، أو جعل الغير يكتسبها، فإنه يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس (5) سنوات و بغرامة مالية من 50.000 إلى 500.000 دينار.

ويتعرض لنفس العقوبة كل أجنبي يقوم بإبرام عقد زواجه بأجنبية مقيمة، للغايات نفسها. فإن تم ارتكاب هذه الجريمة بواسطة جماعة منظمة، فإن العقوبة ترفع حينها لتصل العشر (10) سنوات و بغرامة مالية تتراوح بين 500.000 و 2.000.000 دينار مع مصادرة ممتلكاتهم كلية أو جزئياً.

ويتعرض الأشخاص الطبيعيون الذين تم إدانتهم لارتكابهم إحدى الجرائم السابقة، للعقوبات التكميلية الخاصة بالمنع من الإقامة بالإقليم الجزائري لمدة خمس (5) سنوات على الأكثر، وكذا المنع من ممارسة النشاط المهني أو الاجتماعي الذي تم ارتكاب الجريمة بمناسبةه لمدة خمس (5) سنوات على الأكثر²

¹ _ زروتي الطيب، الوضع الإداري للأجانب في الجزائر في ظل قانون 11/08، مقال منشور في كتاب دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 381.

² _ حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الجزائر، 2013، ص 325.

ثالثا: آثار اكتساب الجنسية الجزائرية.

يترتب على اكتساب الجنسية الجزائرية آثار قانونية البعض منها فردية، وأخرى جماعية.

أ_ الآثار الفردية : إن التجنس يعني تأصيل أحد الأجانب وتطبيعهم بطابع الوطنيين، وضمه لجماعة الدولة. فالأصل أن يصبح المتجنس في مركز الوطني من حيث ممارسته الحقوق، وتحمل الإلتزامات، لأن التجنس يزيل عن الشخص صفة الدونية التي تميز الأجنبي عن الوطني في المعاملة، وهو ما يترتب عنه نتائج هامة منها.

مساواة المتجنس بالوطني في التمتع بكافة حقوق المواطنة، فيكون أهلا لممارسة الحقوق المدنية كحقوق الأسرة والإرث، الحق في العمل، وتولي الوظائف العامة، وتملك العقارات، ممارسة الحقوق السياسية كالترشيح و الإقتراع في الهيئات النيابية الوطنية، والمحلية، وفي الجمعيات المهنية، الثقافية والإجتماعية... إلخ . وفي المقابل يضطلع المتجنس كالوطنيين بالواجبات أو التكاليف العامة، كدفع الضرائب وأداء الخدمة العسكرية.¹

على أن هناك من الدول ما لا تقر تشريعاتها التسوية التامة بين المتجنس والوطني الأصيل، فتحرمه من بعض الحقوق كحق الإلتخاب وحق الترشيح للهيئات النيابية، أو تولي بعض الوظائف العامة لمدة معينة، وإن كان الحرمان ينصب عادة على الحقوق السياسية، لكنه قد يتناول أيضا بعض الحقوق المدنية المقصورة على الوطنيين دون الأجانب.² أي أنه لا يمكن للمتجنس التمتع بكل تلك الحقوق، إلا بعد فترة وهي ما يطلق عليها بفترة الإنتظار أو الإختبار، بحيث لا يستطيع الوطني الطارئ ممارسة هذه الحقوق إلا بعد انتهاء تلك المدة. ولهذا ففترة

¹ - زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص 407-408.

² - بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 68.

الريبة محدودة المدة بنهاية، وهي موضوعة خصيصا للتيقن من ولاء الفرد واندماجه في الجماعة الوطنية، وإلا تم سحب هذه الجنسية الطارئة خلال هذه الفترة.¹

وقد كان التشريع الجزائري يأخذ بهذا في المادة 16 من قانون الجنسية لسنة 1970 التي كانت تقضي بأنه يمنع على الأجنبي المتجنس بالجنسية الجزائرية، أن تسند إليه نيابة انتخابية لمدة خمس سنوات، على أنه يجوز أن يعفى من هذا الشرط بموجب مرسوم التجنس.² إذ كانت تمنع عليه أي نيابة انتخابية³ سواء على المجالس البلدية الشعبية، أو المجالس الولائية، أو على مستوى المجلس الشعبي الوطني. أما بعد التعديل الجديد فقد تخطى المشرع عن المادة 16 السابقة. إذ أصبح يتمتع الشخص المكتسب للجنسية الجزائرية، بجميع الحقوق المتعلقة بالصفة الجزائرية ابتداء من تاريخ اكتسابها (المادة 15 قانون الجنسية)، وتتمثل هذه الحقوق خصوصا في :

¹ - فالحرمان المؤقت من الحقوق قد يطول أو يقصر باختلاف الدول، ومع هذا فقد خرجت بعض التشريعات العربية عن هذه القاعدة، وحرمت المتجنس حرمانا مؤبدا من التمتع بحق الانتخاب أو المشاركة في المجالس النيابية مثل الإمارات العربية المتحدة، وسلطنة عمان انظر هاني عبد الله درويش، المرجع السابق، ص 53-54.

² - يقابل هذه المادة في التشريع الكويتي المادة 6 من قانون 1966، التي تمنع على الأجنبي المكتسب الجنسية حق الانتخاب لأنه هيئة نيابية قبل انقضاء عشرين سنة من تاريخ كسب هذه الجنسية، انظر اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 128. كما تقابلها المادة 9 من قانون الجنسية المصري لسنة 1975 والمعدل سنة 2004، والتي تمنع على الأجنبي الذي اكتسب الجنسية المصرية، حق التمتع بمباشرة الحقوق السياسية قبل انقضاء خمس سنوات، من تاريخ اكتسابه لهذه الجنسية، كما لا يجوز انتخابه أو تعيينه عضوا في أية هيئة نيابية قبل مضي عشر سنوات من هذا التاريخ، ومع ذلك يجوز الإعفاء من أحد القيدين أو كلاهما بموجب قرار من رئيس الجمهورية. انظر هاني عبد الله درويش، المرجع السابق، ص 55.

³ - لقد كان التقييد لا يقتصر على ممارسة النيابة الانتخابية فقط، بل كانت هناك عدة قيود واردة في قوانين خاصة تمنعهم من ممارسة بعض الحقوق السياسية والمدنية، فقد كان القانون رقم 11/89 المتعلق بالجمعيات أو الأحزاب ذات الطابع السياسي، يشترط في العضو المؤسس أو المسير لحزب سياسي أن يكون من جنسية جزائرية أصلية أو مكتسبة، منذ 10 سنوات على الأقل، لكن تم رفع هذا القيد في قانون الأحزاب السياسية الحالي. وكذلك فقد كان القانون رقم 21/89 الخاص بالنظام الأساسي للقضاء يشترط بالتمتع بالجنسية الجزائرية منذ 10 سنوات على الأقل وتم التخلي عن هذا القيد كذلك في القانون الحالي للقضاء، كما كان يشترط لممارسة مهنة المحاماة التمتع بالجنسية الجزائرية منذ 5 سنوات على الأقل، وتم إلغاء هذا ابتداء من صدور قانون تنظيم المحاماة رقم 04/91. انظر زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص 415، 414.

- حق مباشرة جميع الوظائف العمومية وتولي المناصب السياسية .
- حق الإنخراط في الجمعيات والنشاط ضمن المجتمع المدني .
- حق ممارسة النيابة الانتخابية .
- حق الملكية الفلاحية الصناعية والتجارية في نطاق القانون.
- حق تغيير اسمه ولقبه بما هي عليه وضعية الألقاب والأسماء بالجزائر .
- الحق في الرعاية الصحية، التعليم، والرعاية الإجتماعية¹، وكافة الحقوق المدنية الأخرى .

وبهذا فإن المشرع الجزائري كريم ومتسامح مقارنة مع بعض التشريعات الأخرى التي تحرم الوطني الطارئ من ممارسة بعض الحقوق بصفة نهائية، في حين أباح له المشرع ممارسة تولى الوظائف العامة في أجهزة الدولة دون قيود²، بموجب التعديل الجديد لقانون الجنسية، و لم يستثنى من هذا إلا قصر حق الترشح لرئاسة الجمهورية على من يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية³.

ب_ الآثار الجماعية.

إن المشرع يجعل التجنس في حق الوالدين ينتقل إلى الابناء القصر، وهذا ما يعرف بالآثار الجماعية للتجنس، وفي هذا تنص المادة 17 من قانون الجنسية الجزائري 01/05 أنه : " يصبح الاولاد القصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية بموجب المادة 10 من هذا القانون، جزائريين في نفس الوقت كوالدهم، على أن لهم حرية التنازل عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين ابتداء من بلوغهم سن الرشد "⁴.

¹ - محمد طيبة، المرجع السابق، ص43. ونسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 137.

² ويرى الأستاذ بلعبيور عبد الكريم أن في هذا نوع من المبالغة غير مبررة. انظر بلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 104.

³ - هذا ما نصت عليه المادة 2/87 من قانون رقم 16_11 المؤرخ في 06/03/2016، المتضمن التعديل الدستوري بأنه: " لا يحق أن يُنتخب لرئاسة الجمهورية إلا المترشح الذي: يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية فقط."

⁴ - محمد طيبة، المرجع السابق، ص43.

وعليه فإن التجنس أصبحت آثاره تنتقل إلى الأبناء القصر بقوة القانون، وليس استثناء كما كان من قبل، على أن لهم حق التنازل عن الجنسية الجزائرية بعد بلوغهم سن الرشد الذي هو 19 سنة خلال عامين، وليس قبله.¹

والملاحظ على نص المادة 17 أن المشرع الجزائري أغفل حالة اكتساب الأجنبي للجنسية الجزائرية بالزواج، وهذا فيما إذا كانت هذه الجنسية المكتسبة تمتد للأولاد القصر أم لا.

المطلب الثاني: إسقاط الجنسية عن الأجانب المتجنسين، وإبعادهم من الدولة المقيمين فيها.

إن مناط استمرارية حمل الفرد لجنسية دولته يتمثل في بقاء شعور الانتماء والولاء لديه، وبخلاف ذلك يحق للدولة إزالة وصف الوطنية عنه، والتعامل معه كما تتعامل مع أي شخص أجنبي إذا ما قام بما يخل أو يمس مصالح دولته العليا، ولهذا نجد أن الفقه والقضاء الدولي يجمعان على أحقية قيام الدولة بتجريد الشخص جبرا عنه من جنسيتها، وذلك كعقوبة له، إذا ثبت أنه لم يعد يحمل معاني الولاء والانتماء لدولته كما كان في السابق.²

فنزاع الجنسية بصفة عامة يكون جبرا على سبيل الجزاء، وعندئذ تزول الجنسية عن الفرد لا بإرادته، وإنما بمقتضى قرار من الدولة ورغما عنه³، وهذا نوع من أنواع العقاب لسلوك أتاه الفرد أو فعل اقترفه كان ماسا بمصالح الدولة، أو دالا على عدم ولائه لها، أو كاشفا عن عدم أهليته للتمتع بجنسيتها.

¹ - فقد كانت المادة 17 من ق. الجنسية لسنة 1970 تبدأ بصيغة "يمكن" مما يعني جوازية منح الجنسية للأولاد القصر لأجنبي، ولكنها جاءت بعد التعديل بصيغة الوجوب بقولها "يصبح الأولاد القصر...."، كما أن التنازل عن الجنسية الجزائرية يكون خلال عامين من بلوغ سن الرشد، وليس قبله كما كان في القانون القديم محددًا بين 18-21 سنة، وحسنا فعل المشرع لأن التنازل يكون له معنى بعد بلوغ سن الرشد وليس قبله، عند ما يكون الشخص ناقص الأهلية، انظر بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 105.

² - حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 216، وبن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 158

³ - وحتى لا تتسلط الدولة في تجريد الشخص من جنسيتها، فقد نصت العديد من الاتفاقيات الدولية، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان على عدم جواز تجريد الشخص من جنسيته بطريقة تعسفية .

و لقد قصر المشرع الجزائري الحق في نزع الجنسية ضد الأجنبي الذي كان قد اكتسبها فقط، دون الأصيل. ولهذا سنتكلم عن إسقاط الجنسية عن الأجانب المتجنسين في الفرع الأول.

بالإضافة لهذا فمتلما للدولة سلطة على سكانها بتحديدهم ومنح جنسيتها ونزعها عن تشاء وفقا لمقتضيات مصلحتها، فلها أيضا سلطة على أراضيها، وهذا باستقبال من شاء من الأجانب وابقائهم بإقليمها، أو طردهم منه وإخراجهم، وهذا بالرغم من إقامتهم المشروعة بها، متى كان في هذا تحقيق لمصلحتها كذلك، وهذا ما يعرف بالإبعاد، وهو الإجراء الذي سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: إسقاط الجنسية عن الأجانب المتجنسين:

إن زوال الجنسية جبرا عن الشخص يختلف باختلاف نوع الجنسية التي يحملها، فإذا كانت طارئة أو لاحقة فإنها تزول جبرا عن طريق ما يعرف بالسحب، فسحب الجنسية كإجراء عقابي موقع على الشخص لا ينطبق إلا بمواجهة الأشخاص الذين دخلوا في جنسية الدولة بصورة طارئة أو لاحقة من خلال التجنس.

أما إذا كانت الجنسية التي يحملها الشخص أصلية، أو كانت طارئة ولكنه تجاوز فترة الريبة بنجاح، فإنها تزول جبرا عن طريق ما يعرف بالإسقاط. فإسقاط الجنسية إذن هو إجراء عقابي توقعه الدولة بمواجهة كل من الوطنيين الأصليين والطارئين المتجاوزين لفترة الريبة.¹ إلا أن التشريع الجزائري يعبر عنه بمصطلح التجريد في نص المادة 22 من قانون الجنسية، بدل مصطلح الإسقاط السائد في معظم تشريعات الدول العربية *la déchéance*، وإن كان لهما نفس المعنى من حيث أنهما يؤديان لسلب الجنسية من الشخص بدون دخل لإرادته، إلا أن

¹ - عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص216، راجع في نفس المعنى بدر الدين المنعم شوقي، المرجع السابق، ص252، وياسين السيد طاهر الياسري، المرجع السابق، ص173.

معظم التشريعات العربية تجعله يسري على الدخلاء و الأصلاء دون تفرقة، في حين لا ينطبق في التشريع الجزائري إلا على الدخلاء فقط، أي الذين تكون جنسيتهم مكتسبة.

وهكذا يظهر أن أنظمة الدول تختلف فيما بينها في تحديد أسباب السحب أو الإسقاط¹، وفي مدى امتداد كل منهما إلى التابعين من زوجة وأولاد قصر²، مثل اختلافها في تسمياتهم. ولهذا سنقتصر على صورتين نزع الجنسية الجزائرية من الأجنبي المكتسب لها، وفق ما سماه مشرعنا بالتجريد والسحب .

- أولاً : سحب الجنسية في التشريع الجزائري :

سحب الجنسية هو إجراء قانوني تحرم أو تنزع بمقتضاه الدولة الجنسية عن الشخص الذي اكتسبها في تاريخ لاحق على الميلاد، بالتجنس أو الزواج، وذلك خلال مدة معينة من اكتسابه لها إذا اثبت سوء خلقه، أو خطورته على أمن الدولة، أو عدم أمانته في تحمله عليها. إذن يقتصر السحب على الوطنيين حديثي العضوية في شعب الدولة،³ ويتبين أن حصولهم على الجنسية كان بالخطأ، الغش، أو التزوير، وحينذاك تقوم الدولة بالرجوع عن منحها لهم وسحبها منهم .

ولهذا لا بد من التضييق من حالات السحب، فهو عقوبة قاسية تؤدي للوقوع في اللاجنسية، والاضطراب والفوضى في العلاقات الودية بين أعضاء الأسرة الدولية . إلا أن

¹ - التجريد يشمل كل من الأصلاء والدخلاء أو المتجنسين في كل من القانون المصري، الأردني، الليبي، السوري، الكويتي، السوداني، البحريني، السعودي، الإماراتي. بينما يأخذ بالتجريد على الدخلاء فقط دون الأصلاء الجنسية، كل من القانون المغربي والتونسي والجزائري، انظر بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 121 .

² - بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص 252.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة و محمد الروبي، قانون الجنسية المصرية ومراكز الأجانب، مطبعة الإسراء، مصر، 2003،

الحياة العملية تظهر أن الدول لازالت مستمرة على سحب الجنسية كلما توافرت أسبابه لتطهير جماعتها من الغرباء، وردع الذين يريدون الشر بها تحت مظلة الجنسية الممنوحة لهم.¹

ولقد نصت المادة 1/13² من قانون الجنسية الجزائري على حالات سحب الجنسية، وهي تتضمن حالتين هما :

- السبب الأول: عدم توفر الشروط القانونية.

إذا تبين للدولة الجزائرية عدم توفر الشروط المطلوبة للحصول على الجنسية الجزائرية، سواء تعلق الأمر بالمادة 9 الخاصة بالزواج، أو المادة 10 الخاصة بالجنس، فهنا يمكن للسلطة المختصة أن تسحب الجنسية الجزائرية من المستفيد منها،³ كأن لا يقدم الشخص أحد الوثائق الثبوتية الخاصة بملف طلب الجنس دون أن تتبته الإدارة المختصة لذلك، أو يتبين فيما بعد أنه لم يستوفي مدة السبع سنوات المشروطة في الإقامة.⁴

- السبب الثاني: استعمال وسائل الغش من أجل الحصول على الجنسية

إن استعمال المتجنس لوسائل الغش في اكتساب الجنسية الجزائرية كتقديم البيانات الكاذبة، أو استخدام المستندات المزورة كتزوير شهادة الإقامة أو شهادة العمل، أو عقد

¹ - وحجة الفقهاء فيما يبدونه من آراء مناهضة لمبدأ سحب الجنسية من الفرد، هي أن الدولة طالما وافقت على منح المتجنس جنسيتها وفقا لقوانينها، فعليها معاقبته بالعقوبات الجزائية الواردة بقوانينها العقابية، أسوة بالوطني الأصل بدلا من سحب الجنسية منه . انظر غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص.228، ولهذا فإن تشريعات الجنسية الحديثة لبعض الدول مثل القانون الهولندي لسنة 1985، والبرتغالي لسنة 1981، والياباني لسنة 1985، لم تنص على الحرمان من الجنسية بالسحب. كما أن اتفاقية نيويورك المبرمة في 1961/08/20 الخاصة بالتقليل من حالات انعدام الجنسية تنص على عدم جواز حرمان الشخص من جنسية دولة طرف في الاتفاقية إذا ترتب عن ذلك صيرورته بدون جنسية، كما أن القانون الإنجليزي حصر الحرمان في أضيق الحدود. انظر زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص 545.

² - تنص المادة 1/13 المعدلة سنة 2005 أنه " يمكن دائما سحب الجنسية من المستفيد إذا تبين خلال عامين من نشر مرسوم التجنس في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، بأنه لم تكن تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في القانون، أو أنه استعمل وسائل الغش في الحصول على الجنسية "

³ - بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص106

⁴ - بوجلال صلاح الدين، المرجع السابق، ص26

الزواج، أو إخفاء بعض الحقائق التي لو علمت بها الدولة لما تم منحه الجنسية الجزائرية كعدم سلامة الخلق، أو الانقطاع عن الإقامة في الجزائر¹، يكون سببا في استعمال الدولة لحقها في إجراء السحب.

وبالرغم من تحقق أحد السببين السابقين، فإن السحب لا يكون إلزاميا على السلطة، بل لها سلطة تقديرية في ذلك، إن شاءت مارست هذا الإجراء، وإن شاءت امتنعت عن ذلك، وهذا لأن المشرع استعمل تعبير "يمكن" والذي يفيد الجوازية².

هذا وإنه حرصا على استقرار جنسية الأفراد، فإن المشرع قيد حق سحب الجنسية بفترة زمنية معينة³، لا تستطيع الدولة بعد مرورها القيام بهذا الإجراء ولو توفرت شروطه، وهذه المدة هي عامين من نشر مرسوم التجنس في الجريدة الرسمية، وعليه فبعد مرور هذه المدة يسقط حق الدولة في سحب الجنسية⁴.

¹ - بلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 107. و بو جلال صلاح الدين، المرجع السابق، ص 26

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 213. وهناك من ينتقد جوازية سحب الجنسية خاصة في الحالة التي تكتسب عن طريق الغش، على أساس أن القاعدة العامة أن ما بني على باطل فهو باطل، فمن اكتسب الجنسية عن طريق الغش والأقوال الكاذبة يكون قد أوهم الإدارة باستيفاء شروط التجنس، وهو ليس كذلك، فمتى تكشف للإدارة الحقيقة فإن قرار منح هذه الجنسية يكون باطلا، فالمتجنس في حقيقة امره لم يكتسب المركز القانوني، أي لم يكتسب الجنسية قانونيا، وإنما اكتسب مركزا فعليا، مادام أنه لم يستوف الشروط التي يتطلبها القانون، وطالما أن مركزه فعلي لم يكن للإدارة أن تبقيه عليه، بعدما اكتشفت الحقيقة. انظر يوسف محمد العلي، المرجع السابق، ص 61، 62. ويقول الدكتور عكاشة محمد عبد العال في تعليقه على هذه المسألة أننا لسنا بصدد جنسية مكتسبة إذا تخلفت شروط الدخول فيها، من مبدأ الامر ما بين معدومة وموهومة، وإذا يتخلف وجود الجنسية في ذاتها _ههنا_ لتخلف شروط قيامها، فإنه يبدو أن الكلام عن سحب الجنسية وهو الذي يفترض سبق وجودها، فيه مجانية للصواب. انظر عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 366.

³ _ و الملاحظ أن الدول اختلفت في شأن نطاق وشروط سحب الجنسية. فبالنسبة للوقت فإن قوانين بعض الدول أجازت للدولة القيام بالسحب في أي وقت ارتكب فيه المتجنس أحد الأفعال المؤدية للسحب بصرف النظر عن المدة التي مضت على تجنسه كما في العراق، دولة الإمارات العربية المتحدة، وسلطنة عمان . في حين لا تجيز بعض الدول الأخرى سحب الجنسية إلا من خلال مدة معينة بعد تجنسه متى قام بأحد الأفعال المؤدية للسحب كما في السعودية، مصر، اليمن، قطر والجزائر.

انظر غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 228

⁴ - بلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 107

ويتم سحب الجنسية في نفس الأشكال التي تم فيها منح التجنس (م 2/13 قانون الجنسية)¹، أي يصدر في شأنها مرسوم رئاسي،² طبقاً للتعديل الجديد الوارد بالمادة 12، ويبلغ إلى المعني بالأمر الذي يحق له خلال مدة شهرين من إعلامه بالسحب، أن يقوم بتقديم كل ما لديه من معلومات وبيانات ووثائق ومذكرات تنفي ما نسب إليه³ ولا يؤثر السحب في صحة العقود التي أبرمها المعني بالأمر قبل نشر قرار السحب والمتوقعة حيازته صفة الجزائري.⁴

ولم ينص المشرع ما إذا كان للسحب أثر فردي على المعني بالأمر فقط، أو أثراً جماعياً بالنسبة لمن اكتسبها معه بالأثر الجماعي، وبالتالي تبقى جنسية هؤلاء الأخيرين جزائرية متى اكتسبوها بالتبعية.⁵ ويبدو أن المشرع الجزائري يهدف من هذا حماية الأبناء

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 214

² - إن الأمر مختلف في التشريعات العربية، كالتشريع السوري الذي يحصل فيه السحب بموجب حكم قضائي (م 19 ق. الجنسية السوري). انظر فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 89، وتشريع الجنسية المصري الذي يكون فيه السحب بقرار مسبب من مجلس الوزراء. انظر أحمد عبد الكريم سلامة، ومحمد الروبي، المرجع السابق، ص 308، ومع هذا يتم السحب في قانون الجنسية السعودي بمرسوم ملكي مسبب (م 21)، وفي عمان بمرسوم سلطاني (م 13 ق. الجنسية)، ومرسوم من الحاكم في القانون القطري (م 14)، والقانون البحريني (م 8)، والقانون التونسي (فصل 36 و 37). انظر زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص 550، هامش 1

³ - بلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 107، و بوجلال صلاح الدين، المرجع السابق، ص 26.

⁴ - على أساس أن جنسيته الظاهرة حينئذ أمام الغير هي الجنسية الجزائرية، فلا يكون للسحب أثر رجعي بالنسبة لهذه التصرفات محافظة على حقوق الغير، أنظر على علي سليمان، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 268.

⁵ - وهذا بالوقوف على التفسير الضيق لنص المادة 13. انظر زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علماً و عملاً، ط 1، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2010. ص 102، 127.

و يأخذ بموقف التشريع الجزائري من عدم امتداد أثر السحب تلقائياً إلى التابعين، قانون الجنسية الليبي (م 9 لسنة 1980)، وقانون الجنسية المغربية (الفصل 2/21)، بينما يذهب إلى خلاف ذلك بعض القوانين بتمديد أثر السحب للأبناء كالقانون السوري (م 20. ق. الجنسية)، القانون العماني، (المادة 1/13 ق. الجنسية)، انظر زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مرجع سابق، ص 552.

والزوجة من ظاهرة انعدام الجنسية، وذلك في حالات سحب الجنسية الجزائرية من المستفيد دون أن يكون متمتعاً بجنسية دولة أجنبية¹.

ثانياً: التجريد من الجنسية في التشريع الجزائري :

إنه قبل الحديث عن التجريد من الجنسية في التشريع الجزائري من حيث حالاته، آثاره، وإجراءاته لا بد من التحديق على مفهومه العام وكيفية ظهوره دولياً.

أ_ مفهوم التجريد من الجنسية.

قد تزول الجنسية عن الفرد نتيجة لتجريد الدولة له منها بالرغم عنه، وقد بدأت الدول في الالتجاء إلى هذا النظام خلال القرن التاسع عشر، ولكن كان لا يؤخذ به حينئذٍ إلا كعقوبة، بالنسبة لبعض الجرائم، ثم شاع هذا النظام لا كعقوبة لاحقة لبعض الجرائم فحسب بل كوسيلة عامة للتخلص من الوطني الذي يبدر منه ما ينم عن عدم ولائه نحو الدولة، أو ما يتعارض مع مصالحها أو ما يمس كيانها². فالتجريد من الجنسية قرار تتخذه الدولة التي تحرم إما جماعة من الأشخاص أو فرداً أو عدة أفراد من جنسيته. فأحياناً تعمد بالفعل بعض الدول في ظروف معينة، مثل الحرب أو خلافة الدول أو قيام شخص ما بتصرفات معيبة، إلى تجريد الأشخاص المعنيين في تلك الأحوال أو الأشخاص الذين صدرت عنهم التصرفات المعيبة من جنسيتهم.

ويمكن أن يتخذ التجريد من الجنسية أحد الأشكال التالية:

¹ _ وهناك من يرى أنه لا مجال لا بقاء الجنسية ممن يكون قد كسبها مع المسحوبة منه عن طريق التبعية، فهؤلاء جنسيتهم مبنية على جنسية المتجنس، فلما كانت هذه باطلة فهل يمكن أن يكون ما بني عليها صحيحاً، انظر يوسف محمد العلي، المرجع السابق، ص 62. وفي هذا يذهب الأستاذ بلعير عبد الكريم أن المشرع يهدف من وراء عدم انتقال أثر السحب إلى الزوجة والأولاد، حماية الأسرة من ظاهرة انعدام الجنسية، عندما تسحب الجنسية من الشخص ولا يكون متمتعاً هو وأسرته بجنسية أخرى، لهذا فمتى كان لهم جنسية أخرى، فقد كان الأفضل أن يمتد أثر السحب إلى الأبناء والزوجة. الأمر الذي يجعل موقف المشرع غير مفهوم وغير مبرر من هذه المسألة. انظر بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 108.

² _ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية ارشد، المرجع السابق، ص 219.

إما شكل سحب جماعي للجنسية بإصدار قانون يضع قيودا على الجنسية ويسقط جنسية دولة معينة لأسباب عرقية أو لأسباب أخرى عن عدد كبير من المواطنين أو المقيمين بشكل دائم ولمدة طويلة في إقليم تلك الدولة¹.

وإما شكل إسقاط للجنسية يتمثل في سحب دولة ما جنسيتها من أجنبي سبق له أن اكتسبها، وذلك لأسباب أمنية أو لأي أسباب أخرى تنص عليها عادة التشريعات الجنائية الوطنية. ويلاحظ في مثل هذه التشريعات أن الأجنبي الذي اكتسب جنسية الدولة المعنية يمكن أن يجرّد من هذه الصفة، إذا صدر في حقه حكم بسبب ارتكاب فعل يعتبر جناية أو جنحة ضد الأمن الداخلي أو الخارجي للدولة؛ وإذا ارتكب أعمالا تضر بمصالح الدولة².

وإن التجريد يطبق عند غالبية الدول العربية، على الأصلاء والدخلاء³، بينما يقصره القانون الفرنسي والقوانين التي حذت حذوه، على الدخلاء فقط⁴، كالقانون الجزائري الذي يطبقه على المتجنسين وحدهم، أي لا يمتد للأصلاء الذين تثبت لهم الجنسية الجزائرية كجنسية أصلية، وهو ما تؤكد المادة 22 من قانون الجنسية 05-01 بنصها: " كل شخص اكتسب الجنسية الجزائرية يمكن أن يجرّد منها"⁵.

¹ _ ونذكر على العموم في هذا الشأن حالات ألمانيا وإيطاليا وهنغاريا ورومانيا وتشيكوسلوفاكيا خلال الفترة السابقة للحرب العالمية الثانية. ووقعت حالات من هذا النوع خلال الآونة الأخيرة في دول مثل بوتان، وكوت ديفوار، وجمهورية الكونغو الديمقراطية، والجمهورية الدومنيكية، وكينيا، والكويت، وميانمار، وروسيا، وتايلند؛ وزامبيا، وزمبابوي. لتفصيل أكثر حول هذه الحالات انظر موريس كامتو، التقرير الرابع عن طرد الأجانب، المقرر الخاص، لجنة القانون الدولي، الدورة الستون، الجمعية العامة للأمم المتحدة، 24 مارس 2008، ص 26، 27.

² _ موريس كامتو، المرجع السابق، ص 28.

³ _ من ذلك القانون المصري، الكويتي، الأردني، الليبي، السوداني، السوري، وكذلك الحكم في المملكة العربية السعودية، قطر، البحرين، الإمارات العربية المتحدة. انظر زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مرجع سابق، ص 554.

⁴ _ كالقانون المغربي، التونسي، اليمني و الجزائري. انظر زروتي الطيب، نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁵ _ حبار محمد، المرجع السابق، ص 296، و بن عياد جليلة و ويعوني خالد، المرجع السابق، ص 150.

ب_ حالات أو أسباب التجريد من الجنسية في التشريع الجزائري.

نصت المادة 22 من قانون الجنسية على ثلاث حالات يتم بتوافرهم تجريد الشخص من الجنسية الجزائرية، وهذا بالتفصيل الآتي.

- الحالة الأولى: إذا صدر ضده حكم من أجل فعل يعد جنائية أو جنحة تمس بالمصالح الحيوية للجزائر:

فكل شخص يتمتع بالجنسية الجزائرية المكتسبة، إذا صدر ضده حكم من المحاكم الوطنية من أجل فعل يعد جنائية أو جنحة في مفهوم القانون الجزائري، و يمس بالمصالح الحيوية للجزائر،¹ يجرد من الجنسية. ولم يحدد المشرع المقصود من هذه المصالح، إنما ترك السلطة التقديرية في تكييف الفعل وهل يمس بها من عدمه للجهة القضائية المختصة، وهي تشمل جميع المصالح الحيوية للجزائر سواء وجدت في المجال الاقتصادي، أو المجال الاجتماعي أو السياسي أو الأمني.²

- الحالة الثانية: إذا صدر ضده حكم في الجزائر أو في الخارج بعقوبة لأكثر من خمس سنوات سجنا من أجل جنائية:

إن الدخيل الذي يصدر في حقة حكم قضائي، بعقوبة أكثر من خمس سنوات من المحاكم الجزائرية أو الأجنبية، سوف يجرد نهائيا من جنسيته الجزائرية، على أنه يشترط أن يكون العمل المرتكب و المبرر للتجريد هو العمل الذي يعتبر جنائية وفقا لقانون العقوبات الجزائري،³ الذي يرجع إليه في مسألة تكييف الأفعال، لا وفقا لقانون البلد الذي أصدر قضاؤه الحكم، وعليه فالفعل الذي يعد جنائية وفقا لتكييف قانون العقوبات الجزائري يرتب تجريد

¹ _ و ليس بأمن الدولة كما كانت هذه الفقرة في قانون الجنسية القديم، و عليه فإن مضمون التعديل الجديد أفضل لأنها كانت سابقا خاصة بالجانب الأمني فقط .

² _ بلعبور عبد الكريم، المرجع السابق، ص123.

³ _ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 216، 217 .

الشخص من جنسيته، حتى لو كان هذا الفعل يعد جنحة وفقا لقانون البلد الأجنبي الذي وقع فيه، مادامت العقوبة المحكوم بها تزيد عن خمس 5 سنوات سجنا، غير أنه إذا كان الفعل المرتكب يعد جنحة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم، و عقوبته أكثر من خمس سنوات، فإن التجريد في هذه الحالة لا يطبق، لأن النص يشترط أن يكون الفعل المؤدي للتجريد جنائية وفقا للقانون الجزائري، إذ الحكمة هو استبعاد الأشخاص الخطيرين من المجتمع الجزائري لسوء خلقهم.¹

-الحالة الثالثة: القيام بأعمال لصالح دولة أجنبية تتعارض مع صفة الجزائري، وتضر بمصالح الدولة الجزائرية:

إن قيام مكتسب الجنسية الجزائرية بأفعال مهما كان نوعها مادية أو معنوية، في المجال الاقتصادي أو السياسي مؤقتة أو بصفة مستمرة، بأجر أو بغير أجر، في الداخل أو الخارج² لفائدة دولة أجنبية³، تتعارض مع صفته كمواطن من جهة، و تلحق أضرار بمصلحة الدولة الجزائرية من جهة أخرى، يترتب عنه تجريده من الجنسية الجزائرية . وعليه فالعمل هنا سيكون في منهي الخطورة ومن يأتيه قرينة تحول ولاءه عن الجزائر وخيانتها لها، ومثاله إفشاء المعلومات السرية لدولة أجنبية، والقيام بالدعاية المغرضة و الانضمام لمنظمة ممولة من جهات أجنبية، تهدف لتقويض النظام السياسي و الاقتصادي و الاجتماعي في الجزائر.

¹ _ نسرين شريقي و سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 147

² _ نسرين شريقي و سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 147، و زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص 509.

³ - قصر المشرع تقديم الأعمال لصالح دولة أجنبية، في حين يمكن للجزائري الدخيل أن يقوم بأعمال تتنافى وصفته كجزائري لفائدة منظمة دولية أو إقليمية . أنظر بن عياد جليلة و بعوني خالد، المرجع السابق، ص152. وفي هذا يرى الأستاذ بلعبيور عبد الكريم أنه إذا لم تتوافر مواصفات الدولة طبقا للقانون الدولي العام فلا يعمل بهذا الشرط. انظر مرجعه السابق، ص 124. وأنا لا أوافق الرأي فمادام أن العمل فيه خيانة وعدم ولاء فلا يمكن التقيد بالنص حرفيا، مما يعني يمكن اعتبار المنظمات أو غيرها من الكيانات في مفهوم الدولة.

وتقدير الأعمال المنافية لصفة الجزائري، ومدى الإضرار بالمصالح الوطنية يخضع للسلطة المختصة في الجزائر¹، فهي تدخل في نطاق السياسة العليا للدولة، وكذلك اعتبار الدولة الأجنبية صديقة أولاً . وبما أن التجريد عقوبة لها الصفة الجنائية، فيجب أن يقوم الشخص بهذه الأعمال، وهو عالم أنها تتنافى مع صفته كجزائري، وتضر بمصلحة وطنه أي يكون سيئ النية، وحسن النية مفترض حتى يثبت العكس .

ولكن من جهة أخرى فلا يشترط أن تكون الأعمال التي يقوم بها الشخص لفائدة الدولة الأجنبية، من الجرائم التي يعاقب عليها قانون العقوبات الجزائري، وإذا فرض أنها كانت من الأعمال المعاقب عليها في هذا القانون، وصدر فيها حكم بالإدانة، فإن رد الاعتبار، أو صدور عفو شامل عنها، لا يحول دون تطبيق جزاء التجريد، لأن التجريد هنا مقرر عن هذه الأعمال ذاتها بصرف النظر عن الحكم بالإدانة² .

ويلاحظ أن فعل التهرب عن قصد من الخدمة الوطنية الذي كان يترتب عليه التجريد من الجنسية في الأمر 86/70 قد تم إلغاؤه في ظل تعديل 05-01 .

ج- إجراءات التجريد من الجنسية الجزائرية، وآجاله :

بالرغم من توافر الشروط السابقة، فإنه لا بد لإصدار حكم التجريد من الجنسية، المرور بمجموعة من الإجراءات كضمانات شكلية للشخص الذي سيجرد من جنسيته، و مراعاة المدد التي نص عليها القانون لإجراء هذا الإجراء أو لا.

فيتضح من حكم الفقرتين الأخيرتين من نص المادة 22 قانون الجنسية³، أن التجريد مقيد بمدتين، ينبغي للحكومة أن تمارس سلطتها به خلالهما، تتمثل المدة الأولى في وقت

¹ زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مرجع سابق، ص 508.

² علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 289، 290.

³ - تنص المادة 22 قانون الجنسية : " ولا يترتب التجريد إلا إذا كانت الأفعال المنسوبة إلى المعنى قد وقعت خلال العشر (10) سنوات من تاريخ اكتساب الجنسية الجزائرية، ولا يمكن إعلان التجريد من الجنسية إلا خلال أجل خمس (5) سنوات اعتباراً من تاريخ ارتكاب تلك الأفعال ."

حصول الفعل الذي أسس عليه التجريد، وهي ألا تمضي مدة 10 سنوات من يوم اكتساب الجنسية الجزائرية، ووقت ارتكاب هذا الفعل، ولهذا لا يجوز للحكومة أن تقوم بالتجريد بعد انقضاء هذه المدة،¹ وهذا لأن هذه المدة هي فترة الريبة أو التجربة و الاختبار، فلو ارتكب المتجنس الأعمال الموجبة للتجريد خلالها، فهذا يدل أنه غير جدير بكسب الجنسية الجزائرية، لكن بعد مرور هذه الفترة دون أن يرتكب أي فعل من الأفعال الموجبة لهذا الإجراء، فإنه يصبح محصنا ضده.²

أما المدة الثانية فهي مدة تقادم الفعل المؤدي للتجريد والإعلان عنه³، فمتى مضت هذه المدة سقطت عقوبة التجريد من الجنسية الجزائرية، ولكن هذا لا يمنع من معاقبة المتجنس بالعقوبة المحددة قانونا كباقي المواطنين دون التجريد من الجنسية.⁴

و إن المدتان السابقتان متلازمتان و لكن ليس متكاملتان، فإذا انقضت إحدهما امتنع اللجوء إلى التجريد⁵، وهذا يعني أن الأجل الأقصى المتطلب قانونا لإمكان تجريد المتجنس من الجنسية الجزائرية، لا يمكن أن يتجاوز في كل الحالات 15 سنة من تاريخ تجنسه بالجنسية الجزائرية.⁶

¹ - نسرين شريقي و سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص، 148 149. والملاحظ إن المشرع في أخذه بمدة 10 سنوات هذا حذو المشرع الفرنسي، التونسي، المغربي، وغيرهم .

² - في هذه الحالة إذا حدث من فعل من الأفعال الموجبة للتجريد، فإنه لا يتعرض للتجريد من جنسيته لأنه محصن، و يعامل معاملة الأصيل، و يعاقب بالعقوبة المقررة قانونا، دون أن يجرد من جنسيته. انظر بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 168.

³ - نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 149.

⁴ - إن القانون الجزائري في تحديده مدة التقادم هذه أقل قسوة من القانون الفرنسي الذي يطيلها إلى عشر سنين، غير أنه هذا حذو القانون التونسي والمغربي بمدة 5 سنوات. انظر بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 168.

⁵ - نسرين شريقي و سعيد بوعلي، المرجع السابق ص 149.

⁶ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 297.

أما بالنسبة للإجراءات فقد أوضحتها المادة 23 من قانون الجنسية الجزائرية بنصها على ما يلي : " يتم التجريد من الجنسية بموجب مرسوم بعد تمكين المعني بالأمر من تقديم ملاحظاته، و له أجل شهرين للقيام بذلك " .

ويستخلص من نص هذه المادة أن التجريد من الجنسية الجزائرية، وكما هو الحال بالنسبة إلى سحبها، يجب أن يتم وفق الشكل المحدد بمنحها للمتجنس بها أي أنه يتم إجراؤه بمرسوم رئاسي. و قبل إصدار هذا المرسوم، فللمتجنس أجلا أقصاه شهران لتقديم ملاحظاته، أي لا بداء وسائل دفاعه. علما أنه و إن كانت هذه المادة لم توضح لنا تاريخ بداية سريان هذا الأجل بالنسبة له، فإن المنطق يقتضي احتسابها في مواجهته ابتداء من تاريخ إخطاره بعقوبة التجريد التي سيتم توقيعها ضده، فإن لم يتم إخطاره بذلك، فإنه يبقى بإمكانه أن يتقدم بالدفاع عن نفسه بمجرد علمه بالإجراء المقصود اتخاذه ضده بهذا الخصوص .

هذا و يجب نشر مرسوم التجريد في الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية عملا بالمادة 29 من قانون الجنسية، لأنه لن يرتب آثاره في مواجهة الغير إلا من تاريخ هذا النشر. لكن أثره يسري في مواجهة الشخص المجرى من الجنسية الجزائرية، ابتداء من تاريخ إعلانه بالقرار المتخذ في مواجهته¹. ولهذا فإذا تعامل معه الغير خلال الفترة الواقعة بين صدور المرسوم و نشره و التي قد تطول، فتعتبر تصرفاته صحيحة بصفته جزائريا، و تنتج أثرها على هذا الأساس².

¹ _ و إنه مما يدعو لاعتماد مثل هذا التفسير، هو أن المشرع نص في المادة 29 من قانون الجنسية أنه : " وتحدد (مراسيم التجريد من الجنسية الجزائرية) أثرها في مواجهة الغير ابتداء من تاريخ هذا النشر"، وهذا يفيد أنها تسري في مواجهة الشخص المعني بعقوبة التجريد ابتداء من تاريخ إعلانه بهذه العقوبة الصادرة ضده، خاصة و أنه سبق تمكينه من إبداء أوجه دفاعه بشأنها. انظر حبار محمد، المرجع السابق، ص 298، 299. وكذلك بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 170 .

² _ بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 170.

د- آثار التجريد

إن تجريد الشخص من الجنسية الجزائرية، لا يكون له أثر إلا في المستقبل فقط، على عكس ما هو معمول به في مجال سحب الجنسية¹، الذي يكون بأثر رجعي²، و لأن التجريد عقوبة جزائية، فيحكمها مبدأ الشخصية، فلا ينبغي أن يمتد أثرها إلى غير المذنب مرتكب الفعل المجرّم³، و لهذا فالمبدأ العام هنا هو أن للتجريد من الجنسية أثر فردي، أي يشمل المتجنس المعني به وحده، دون زوجه و أولاده القصر، عملا بما تنص عليه المادة 1/ 24 من قانون الجنسية الجزائرية 01/05⁴، إلا أنه يجيز المشرع استثناء في الفقرة 2 من نفس المادة⁵، إمكانية إضفاء أثر جماعي على التجريد من الجنسية، ليشمل أيضا أفراد عائلة المتجنس بكاملها، أي ليشمل كل من زوجه وأولاده القصر⁶، في الحالة التي يكون التجريد شاملا للأب و الأم معا، وبمفهوم المخالفة فإذا كان الأولاد بالغين، فإن أثر التجريد لا يمتد إليهم⁷.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو هل يمس التجريد الأم و الأولاد القصر، حتى لو كانوا جزائريين أصلا، مادام أنه عقوبة تتخذ ضد المكتسب دون الأصل .

ولهذا فمتى كانت جنسية الزوجة جزائرية أصلية على أساس الدم أو الإقليم، فإن هذا يعتبر مانع قانوني يحول دون مد أثر التجريد من الجنسية الجزائرية لعائلة المتجنس⁸.

¹ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 297.

² _ للسحب أثر رجعي كأصل عام، و لكن حماية للغير حسن النية، فقد استثنى المشرع الشخص الذي سحبت منه الجنسية الجزائرية، و تعامل مع الغير على أساس هذه الصفة، فتبقى تصرفاته صحيحة اتجاههم. انظر بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 171.

³ _ بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 171.

⁴ - تنص المادة 1/24 أنه " لا يمتد التجريد من الجنسية إلى زوج المعني و أولاده القصر " .

⁵ - تنص المادة 2/24 أنه: " غير أنه يجوز تمديد التجريد من الجنسية إلى الأولاد إذا كان شاملا لأبويهم."

⁶ _ حبار محمد، المرجع السابق، ص 297، 298.

⁷ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 219 .

⁸ - بن عياد جلييلة و بعوني خالد، المرجع السابق، ص 155، و حبار محمد، المرجع السابق، ص 298، و زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص 512 .

و لعل المشرع هدف من خلال جعل امتداد أثر التجريد إلى الأولاد القصر، لا يكون إلا إذا كان شاملا لأهمهم، إلى توحيد جنسية الأسرة من أب، أم، و أولاد.¹ غير أن هذه المادة تتقصها الدقة والوضوح، لأنه كان ينبغي أن يتوقع المشرع أنه بالإمكان في بعض الحالات أن تصبح الأسرة كلها عديمة الجنسية لا موحدتها، في حالة ما إذا كان الأولاد و الزوجة قد اكتسبوا جنسية المتجنس، و لم يبقوا على جنسيتهم الأجنبية²، ولذلك كانت بعض القوانين الأخرى أكثر توفيقا عندما اشترطت لتمديد التجريد إلى الزوجة و الأولاد القصر، أن يكونوا من أصل أجنبي وأن يبقوا على جنسيتهم الأجنبية .

ولهذا و لتفادي انعدام الجنسية، فإنه يستحسن عدم التوسع في أعمال هذا الاستثناء، باتخاذ الكثير من الحيطة والحذر للتقليل من أعمال الأثر الجماعي للتجريد من الجنسية، وهذا هو ما يتماشى مع اتجاه المشرع الجزائري نفسه عندما جعلها مسألة جوازية، حينما تصدر الفقرة 2 من المادة 24 من قانون الجنسية الجزائري، المتعلقة بالأثر الجماعي للتجريد من الجنسية الجزائرية بعبارة "يجوز"³، و بالتالي حسنا فعل المشرع في التعديل الجديد، لأنه جعل عدم امتداد أثر التجريد إلى الزوجة و الأبناء القصر هو الاصل العام، أما جوازه هو استثناء من الأصل العام فقط⁴.

و في الاخير نشير الى أن كلا من سحب الجنسية والتجريد منها، يشتركان كونهما يخولان الشخص الذي كان يحوز الجنسية الجزائرية، ويتمتع بحقوق المواطنين لأجنبي، وبالتالي

¹ - بن عياد جميلة و بعوني خالد، المرجع السابق، ص 155، حبار محمد، المرجع السابق، ص 298، زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص 512.

² - كالفصل 36 من القانون التونسي، والفصل 24 من القانون المغربي، و قانون الجنسية الفرنسي لسنة 1945، إلا أن تعديل تعديل قانون الجنسية الفرنسي لسنة 1973 ألغى امتداد التجريد إلى الأسرة، وقصر أثره على الفاعل المذنب وحده، انظر بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 172، 173.

³ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 298.

⁴ - لقد كانت المسألة جوازية كذلك في القانون القديم، إذ كانت تنص المادة 24 قبل تعديلها أنه "يمكن تمديد التجريد من الجنسية إلى زوجة المعني بالأمر و أولاده القصر....". و التعديل الجديد افضل و أدق لأنه فصل بعدم امتداده كقاعدة عامة. انظر بلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 126

يحرم من التمتع بالحقوق الخاصة للمواطنين، و يخضع أثناء وجوده للأنظمة الخاصة بوضعية الأجانب، و غالبا ما يكون موضوع قرار الابعاد، و ليس له كذلك الحق في استرداد الجنسية¹. كما أننا نتساءل ما هو حكم الجزائري الأصل الذي يرتكب أعمالا منافية لصفته الوطنية، و لولائه للدولة الجزائرية كالأعمال المذكورة بالمادة 22 من قانون الجنسية، الموجب للتجريد، ألم يكن من الأجدر هنا على المشرع تجريد الشخص من جنسيته حتى و لو كانت أصلية، مادام أنه لم يلتزم بواجباته الوطنية، خاصة مع خطورة هذه الأعمال على المصالح الحيوية، و الأمن العام بالجزائر، و لأنها تحمل طابع الخيانة و تغير الولاء لدولة أخرى . فما الفائدة من ان تبقى الجنسية الجزائرية لفئة كهذه من الاشخاص، و ليس من المعقول أن مجرد كون جنسيته أصلية يشفع له في هذا.

الفرع الثاني: إبعاد الأجانب من الدولة المقيمين فيها.

من البديهي أن تتمتع الدول بالحق في البقاء و المحافظة على كيائها و سلامتها، ولهذا فيمكن لها الحق في ابعاد كل أجنبي ترى في بقاءه بإقليمها تهديدا لسلامتها، بالرغم من عدم انقضاء مدة الإقامة المصرح بها له.

فكما لها أن تمنع أي شخص من دخول إقليمها إذا كان في ذلك ما يهدد أمنها و سلامتها، فلها كذلك أن تخرج من إقليمها أي أجنبي ترى في وجوده خطرا عليها، فإذا سمحت الدولة بدخول الأجنبي إلى أراضيها فذلك لا يعني نشوء حق دائم له للاستقرار في إقليمها لأن

¹ _استرداد الجنسية حق مقصور على الجزائريين الأصلاء، و هذا بحكم المادة 14 من قانون الجنسية التي تنص أنه. " يمكن استرداد الجنسية الجزائرية بموجب مرسوم لكل شخص كان متمتعاً بها كجنسية أصلية و فقدها....". ويتفق هذا مع القانون المغربي (الفصل 15)، و القانون التونسي (الفصل 1/21)، و قانون الجنسية الإماراتي، في جعل الاسترداد قاصرا على الاصلاء وحدهم. بينها تسمح قوانين عربية اخرى بتمديده للمكتسبين أيضا، كالقانون الكويتي، و اليمني، و المصري. انظر زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص 443، و من 447 الى 449.

هذا الحق مقصور على الوطنيين وحدهم¹. كما أن الإبعاد إجراء مقصور على الأجانب دون الوطنيين.

و نظرا لخطورة إجراء الإبعاد فلا بد من تحديد مفهومه بصفة دقيقة وتمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة (أولا)، كما أنه لا بد من تحديد الأشخاص الخاضعين لهذا الإجراء، وحدود ذلك (ثانيا)، ثم تحديد أسباب الإبعاد وإجراءاته في التشريع الجزائري (ثالثا).

أولا: مفهوم إبعاد الأجنبي.

ل للوصول إلى مفهوم إبعاد الأجنبي، لا بد من تعريفه (أ)، ثم تمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة. (ب)

أ- تعريف الإبعاد :

إن حق الدولة في ابعاد الأجانب هو أحد النتائج الضرورية لسيادتها على أراضيها²، كما أنها تستمد هذا الحق من القانون الدولي نفسه، ودون حاجة الى نص صريح في قانونها الداخلي، أو في معاهدة تربطها بالدولة التابع لها المبعد، إذ المقصود من هذا الحق هو محافظة الدولة على بقائها و صيانة نفسها³.

و مهما يكن من امر فإن الفقه يجري على تعريف الإبعاد بأنه " قرار تصدره السلطات العامة في الدولة لأسباب تتعلق بسلامتها، و أمنها الداخلي و الخارجي، و تطلب بمقتضاه من

¹ _ فلا يجوز للدولة إبعاد مواطنيها أو منعهم من الرجوع إليها إلا أنها قد تملك - على سبيل الاستثناء - تحديد إقامة المواطن على إقليمها أو إبعاده عنها كعقوبة جنائية أو سياسية في إطار ما يعرف بالنفي، وتتجه الآراء الحديثة إلى هجر هذا التصرف باعتبار أن مواطني الدولة هم مسؤوليتها الخاصة ولا يجوز لها التخفيف منها بإلزام غيرها من الدول بتحمل تبعات تصرفاتهم. انظر فوزية معافة، سلطات مرفق الأمن الوطني في ابعاد الاجانب في النظام القانوني الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة سوق اهراس، العدد الثاني عشر 12، ص 51.

² _ مصطفى العدوي، المرجع السابق، ص 234

³ _ قد اعترف مجمّع القانون الدولي بالإبعاد كنظام من انظمة القانون الدولي في دورة انعقاد بلوزان في 1988/09/08. انظر جابر جاد عبد الرحمان، ابعاد الأجانب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة فؤاد الاول، مصر 1947، ص 49، 50.

الأجنبي مغادرة اقليمها خلال مدة محددة، و إلا تعرض للجزاء و الاخراج بالقوة¹. أو هو العمل الذي تنذر به الدولة الاجنبي المقيم على ارضيها بالخروج منه، و اجباره على ذلك عند الاقتضاء . او هو القرار الذي تتخذه السلطة الادارية، و تطلب من الأجنبي بموجبه مغادرة اقليم الدولة، لأسباب تتعلق بالنظام العام².

و بالإضافة للإبعاد الاداري، فقد يكون الإبعاد قضائيا و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري، في المادة 13 من قانون العقوبات الجزائري، و سماه المنع من الإقامة³، و الذي يأخذ به التشريع الفرنسي كذلك⁴، و تجيزه بعض القوانين العربية في قوانينها العقابية، بينما لا تفره قوانين اخرى⁵.

ب_ التمييز بين الابعاد و بعض المصطلحات المشابهة:

1- الفرق بين الابعاد و التكاليف بالمغادرة:

التكاليف بالمغادرة هو اجراء تتخذه السلطة الإدارية المختصة برعاية شؤون الاجانب، في مواجهة الاجنبي، في الولاية التي يقيم بها، إذا أصبح لا يستوفي بصفة نهائية شروط منحة

¹ _ جابر جاد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 26، و مصطفى العدوي، ترحيل الأجانب في القانونين المصري و الفرنسي، ط 1 دار النهضة العربية، القاهرة ، 2008، ص 12، 13.

² _ خالد عبد الفتاح محمد خليل، الترخيص بالعمل للأجانب بين الضوابط القانونية و النصوص الجزائية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 111.

³ _ تنص المادة 13 من قانون العقوبات الجزائري المعدلة أنه: " يجوز أن يحكم بالمنع من الإقامة في حالة الإدانة لارتكاب جناية أو جنحة... يترتب عن المنع من الإقامة في التراب الوطني اقتياد المحكوم عليه الاجنبي الى الحدود مباشرة أو عند انقضاء عقوبة الحبس او السجن...."

⁴ _ يطلق التشريع الفرنسي على الابعاد الاداري اسم " l'expulsion « أي الاقصاء او الابعاد ، بينما يسمى الابعاد القضائي « L'interdiction du territoire français » اي المنع من الإقامة في الاراضي الفرنسية . انظر احمد عبد الظاهر، ابعاد الاجانب في التشريعات الجنائية العربية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 38.

⁵ _ تأخذ المادة 121 من ق. العقوبات الاتحادي للإمارات العربية المتحدة المعدل سنة 2005 بالإبعاد القضائي، بينما لا يجيزه كل من قانون العقوبات المصري الحالي، و لا المغربي لسنة 1962، و لا التونسي الصادر سنة 1913. انظر أحمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 67-68.

بطاقة المقيم، فيعذر بمغادرة الاقليم الوطني خلال أجل معين، من وقت تبليغه بالإجراء. فهذا الاجراء يشبه الابعاد في كونه يتخذ ضد الاجنبي المقيم، لكنهما يختلفان من حيث أن التكليف بالمغادرة سببه كون الاجنبي، لم يعد يستوفي شروط صفة المقيم، و تصدره السلطة الادارية المكلفة برعاية شؤون الاجانب، بينما الابعاد سببه ان الاجنبي يشكل تهديدا للأمن و النظام ويصدره وزير الداخلية¹.

2_ الفرق بين الإبعاد و الطرد².

يتماثل الطرد مع الإبعاد في أن الأثر المترتب على كل منهما يوجه إلى شخص الأجنبي المقيم بالدولة والذي ينتهي بخروجه الجبري من أراضيها، أما الاختلاف فيظهر من عدة زوايا. فمن حيث الشكل يتم الإبعاد بقرار من السلطة الإدارية المختصة، في حين يعتبر الطرد إجراء شرطيا بحتا يتخذ دائما شكل الإجراء الأمني العاجل، ويتم عادة من طرف الجهاز الأمني. أما من حيث الموضوع فالإبعاد يستند عادة إلى نص تشريعي خاص، أما الطرد فيعد إجراء امنيا يهدف لحماية المصالح العليا للدولة³.

ومن حيث السبب، فالإبعاد يواجه الأجنبي الذي دخل البلاد بطريق مشروع، واكتسب مركزا قانونيا بالحصول على الترخيص بالإقامة، ولكن طرأت ظروف جديدة بحيث أصبح وجوده يشكل خطرا على النظام العام، بينما يواجه الترحيل الاجنبي المتواجد في البلاد بطريقة غير شرعية⁴.

¹ _ و قد نص على اجراء التكليف بالمغادرة المادة 22 فقرة 2 و 3 من القانون 08- 11 بقولها "يمكن سحب بطاقة المقيم من حائزها في أية لحظة، إذا ثبت نهائيا انه لم يعد يستوفي أحد الشروط المطلوبة لتسليمها إياه".
و في هذه الحالة يعذر المعني بالأمر بمغادرة الاقليم الجزائري خلال 30 يوما ابتداء من تاريخ تبليغه بالإجراء . انظر زروتي الطيب، النظام الاداري للأجانب في القانون الجزائري طبقا للقانون 08-11، كتاب دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2، دار هومة، الجزائر، 2016. ص 148, 149.

² _ ويسمى بترحيل الاجانب، كما يعرف بالافتتاد للحدود في فرنسا " la reconduite à la frontière".

³ _ فوزية معافة، المرجع السابق، ص 53.

⁴ _ مصطفى العدوي، ترحيل الأجانب في القانونين المصري والفرنسي، المرجع السابق، ص 17، 18. انظر كذلك زروتي الطيب، الوضع الإداري للأجانب في الجزائر في ظل قانون 11/08، مرجع سابق، ص 373.

ومن حيث الأثر المترتب عنهما أنه يوجب عدم دخول الأجنبي المبعد مرة أخرى إلى البلاد إلا بإذن من وزير الداخلية، وبالتالي يتم ادراجه على قوائم الممنوعين من الدخول، بينما الأجنبي الذي سبق ترجيله فلا يوجد ما يحول قانونا دون عودته مرة أخرى إذا استوفى الشروط القانونية المحددة للدخول والإقامة في البلاد¹.

والجدير بالملاحظة هنا أن المشرع الجزائري خلط بين الإبعاد و الطرد على حد ما، فقد ورد الفصل السابع من القانون 11_08، بعنوان "الطرد والإبعاد إلى الحدود"، في حين كان يجدر به أن يفصل بينهما²، وينظم كل منهما بقواعده الخاصة، وفي هذا الفصل نجده يشير إلى شروط وإجراءات الطعن في الإبعاد فقط، ولم يشر إلى اجراء الطرد إلا في المادتين 36 و 37 من نفس القانون، كما ورد مصطلح الطرد كذلك بالفقرة الأخيرة من المادة 32، و تم الإشارة إلى الطرد كذلك في الفصل الرابع من نفس القانون، بالمادة 22 إلى أشارت إلى الطرد كجزء على سحب بطاقة المقيم، الذي يطرد فورا بمجرد استكمال الإجراءات القضائية والإدارية ما يعني حرمانه من حق الطعن، خلافا لما هو مقرر بخصوص الإبعاد .

3_ التمييز بين الإبعاد و المنع من الدخول :

المنع من الدخول أو الرد هو إجراء ينفذ بحق الأجنبي مباشرة عند دخوله إقليم الدولة، ويؤدي إلى إخراجها فورا دون أية مهلة، وذلك بناء على أسباب أمنية أو لدخوله غير المشروع، أو عدم استيفائه الوثائق والإجراءات الشكلية المتبعة عند دخول الأجانب، و يختلف الإبعاد عن المنع من الدخول، في أن الأخير لا يسمح للأجنبي بدخول إقليم الدولة لعدم استيفائه الشروط والإجراءات المنصوص عليها قانونا، بينما يتم الإبعاد بعد دخول الأجنبي وإقامته بصورة قانونية

¹ مصطفى العدوي، ترحيل الأجانب في القانونين المصري والفرنسي، المرجع السابق، ص 18، 19.

² كما فعل المشرع الفرنسي الذي ينظم كل من الإبعاد والترحيل في التشريع على حدة، كما أن المشرع المصري أصبح ينظمهما على حدة كذلك في التعديل التشريعي الصادر بموجب القانون 89 لسنة 2005، الخاص بشأن دخول وإقامة الاجانب. انظر مصطفى العدوي، ترحيل الأجانب في القانونين المصري والفرنسي، المرجع السابق، ص 19.

على إقليم الدولة¹، وقد نظم القانون 11_08، بعض الإجراءات الخاصة بالمنع من الدخول في نص المادة 34 منه².

ثانياً: نطاق الإبعاد من حيث الأشخاص.

الأصل في الإبعاد أن يتم بصورة فردية، بمعنى أنه لا يقع إلا على فرد معين أو عدة أفراد معينين، غير أن الدولة قد تلجأ إلى الإبعاد الجماعي للأجانب، وذلك عند نشوب حرب أو حدوث اضطرابات داخل الدولة كالحرب الأهلية، و من أمثلة ذلك ابعاد تركيا لكافة الرعايا اليونانيين سنة 1897، عند نشوب الحرب بينها وبين اليونان، وابعادها لجميع رعايا إيطاليا عام 1913، عند نشوب الحرب بينها و بين إيطاليا. وقد عدلت غالبية الدول خلال الحروب الأخيرة عن الإبعاد الجماعي لرعايا الأعداء، و كتفي الدول في العصر الحديث، باعتقال رعايا الأعداء أو وضعهم تحت المراقبة، أو تحديد إقامتهم³.

كما أن الإبعاد إجراء مقصور على الأجانب فلا يجوز للدولة إبعاد مواطنيها⁴، أو رعاياها، وهذا من العقائد التي تكاد تكون مطلقة⁵، وفق ما تقضي به المواثيق الدولية⁶، وهو

¹ _ مراد بسعيد، الإبعاد و الطرد إلى الحدود في ظل القانون 11-08، تعدد المقاربات و وحدة الهدف، الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة بالجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ط1، ورقلة، الجزائر، سنة 2010، ص 344.

² _ فحوى المادة 34 أنه على انه عندما يرفض دخول الأجنبي عن طريق البر أو البحر فإن الناقل ملزم بإعادته بناء على طلب السلطات المختصة المكلفة بالمراقبة على الحدود إلى المكان الذي استقل فيه وسيلة النقل وعند الاستحالة إلى البلد الذي سلمه وثيقة السفر أو أي مكان يقبل فيه. كما تطبق نفس الأحكام على الأجنبي العابر للإقليم الجزائري، و الذي يرفض دخوله إلى البلد المقصود أو رفض الناقل إلى نقله إلى بلد المقصود.

³ _ مصطفى العدوي، مركز الأجانب في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 238. وفؤاد عبد المنعم رياض، المرجع السابق، ص 411. وفؤاد عبد المنعم رياض، وسامية راشد، المرجع السابق، ص 338.

⁴ _ إبراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 99. ومع ذلك فمن الممكن أن تصل الدولة إلى الإبعاد بطريقة غير مباشرة، وهذا ببديتها بتجريد الشخص من جنسيتها إذا كان قانونها يسمح بذلك، ليصبح أجنبياً، ثم تقوم بعدها بإبعاده. انظر أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص 381.

⁵ _ جابر جاد عبد الرحمان، المرجع السابق، 108.

⁶ _ كالمادة 7 من اعلان حقوق الانسان للأفراد الذين ليسوا من مواطني الدولة التي يعيشون بها، والمادة 13 من الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية للإنسان . انظر ياسين السيد طاهر الياسري، المرجع السابق، ص 414.

ما تبنته دساتير معظم الدول صراحة¹، بينما لم تنص عليه دساتير أخرى إلا أنها حرصت على تقرير حق المواطن في الإقامة ببلده والخروج منها والدخول إليها، كالدستور الجزائري لسنة 1996 في مادته 44². وفي فرنسا يجد حظر ابعاد المواطن سنده في المادة الثالثة من البروتكول الرابع الإضافي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي تنص أنه: "لا يجوز ابعاد أحد من إقليم الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، يستوي في ذلك أن يكون إجراء الإبعاد فردياً أو جماعياً"³.

وقد ذهبت تشريعات معظم الدول إلى إمكانية إبعاد الوطني الطارئ، حديث العهد بجنسية الدولة بطريقة غير مباشرة، عن طريق النص على اجازة تجريده من الجنسية، وهذا تمهيدا لا بعباده عن الدولة، متى تبين انه غير جدير بالانتماء إلى الجماعة الوطنية، وخاصة في وقت الاضطرابات الداخلية، او باعتباره مدانا بعقوبة جنائية، او نتيجة ظروف استثنائية عندما يرتكب جريمة سياسية تستدعي توقيع مثل هذه العقوبة.

والأصل أن الإبعاد إجراء شخصي لا يتجاوز شخص المبعد الذي ثبت خطره على الأمن العام، وبما أن للدولة أن تتخذ من الإبعاد وسيلة لحفظ الأمن لا مجرد عقوبة؛ فلها في سبيل ذلك أن تمدده إلى عائلة الشخص أو من يعيلهم كالزوجة والأبناء القصر، ولا ينسحب أثره على الأبناء الراشدين المستقلين بأعمال وأموال خاصة، كما لا ينسحب على الزوجة في

¹ _المادة 9 من الدستور الأردني لسنة 1952، والفصل 11 من الدستور التونسي لسنة 1959، والمادة 28 من الدستور الكويتي لسنة 1962، والمادة 51 من الدستور المصري لسنة 1971، والمادة 37 من الدستور الإماراتي لسنة 1971، والمادة 33 من الدستور السوري لسنة 1973، والدستور اليمني (م56) الدستور البحريني (م 17) لسنة 2002، والدستور القطري لسنة 2004 (م38)، والعراقي لسنة 2005 (م 42). انظر أحمد عبد الظاهر، ص 102، 103.

² _كانت تنص المادة 44 من الدستور الجزائري لسنة 1996، أنه " يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية، أن يختار بحرية موطن إقامته، وأن ينتقل عبر التراب الوطني. حقّ الدّخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له". ولكن بعد التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016 فقد أضافت فقرة أخرى أرى أنها تقيد فيها هذا الحق نوعا ما للمواطن. وهذا بقولها: "..... لا يمكن الأمر بأي تقييد لهذه الحقوق إلا لمدة محددة، وبموجب قرار مبرر من السلطة القضائية".

³ _ "Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant"

حالة انفصام العلاقة الزوجية، ولا يجوز إبعاد هؤلاء جميعا في هذه الحالة إلا إذا بدر منهم شخصا ما يبرر إبعادهم¹.

و الابعاد الفردي جائز بالنسبة لكل أجنبي يعرض حق الدولة في الصيانة للخطر، و لا قيد على ذلك لا من حيث السن، و لا من حيث الجنس، أو الحرفة، أو الصفة².

و لهذا ذهب بعض الفقه على جواز الابعاد لجميع الأجانب بمن فيهم اعضاء السلك الدبلوماسي او القنصلي على الرغم من تمتعهم بالحصانة الدبلوماسية، و اشترطوا لسلامة هذا الاجراء ان يتم اخطار الدولة التي ينتمي اليها الدبلوماسي، و تسبب قرار الإبعاد. كما يشترط في هذه الحالة ان تكون التصرفات التي اقدم عليها الدبلوماسي على درجة كبيرة من الخطر على النظام في الدولة المضيفة، بحيث تضر بمصالحها ضررا بليغا، و هنا ليس أمام الدولة سوى اتخاذ قرار الإبعاد بحقه حفاظا على أمنها القومي¹.

و مع ذلك ففي بعض الدول يتمتع بالإعفاء من هذا الإجراء فعلا الممثلون السياسيون والموظفون الرسميون في السفارات³، مادام أنهم يتمتعون بالحصانة. وهذا ما تنص عليه المادة 02 من القانون 11 / 08، " مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل، لا تطبق أحكام هذا القانون على أعضاء البعثات الدبلوماسية، والقنصلية المعتمدة بالجزائر، والحائزين الصفة الدبلوماسية"⁴.

¹ فوزية معافة، المرجع السابق، ص 52.

² جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 128

¹ -مراد بسعيد، المرجع السابق، ص 346.

³ جابر جاد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 128.

⁴ إلا انه يلاحظ أن استعمال المشرع عبارة " مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل"، توحي أنه يمكن لو استعملت الدولة الاجنبية الابعاد ضد الممثلين الدبلوماسيين الجزائريين، فسترد عليهم الدولة الجزائرية بالمثل وإمكانية ابعاد ممثلي هذه الدولة الدبلوماسيين في الجزائر.

كما أنه لا يجوز بحسب الرأي السائد، ابعاد رئيس دولة أجنبية لأن ذاته مصونة لا تمس، استنادا إلى العرف الدولي و لاعتبارات المجاملات الدولية¹.

ومن المستقر عليه في التشريعات المقارنة أنه يجوز أيضا ابعاد عديمي الجنسية واللاجئين، باعتبارهم من الأجانب²، وإن كان اتخاذ الابعاد في مواجهتهم قد يثير مشاكل متعددة أخصها احتمال عدم وجود دولة أخرى تقبل دخولهم أراضيها أو اقامتهم بها. ولهذا حاولت بعض الجهود الدولية كمعاهدة جنيف لسنة 1951 بشأن اللاجئين، ومعاهدة نيويورك لسنة 1954، في شأن عديمي الجنسية، تقييد حق الدولة في ابعاد هؤلاء، ولكنها أبتت على هذا الحق طالما يجري اعماله في حدود ما يتطلبه النظام العام لديها³.

وعليه فوضع اللجوء السياسي لا يمنع من ابعاده، إلا أنه يخضع لبعض الضوابط التي يجب على الدولة مراعاتها، وذلك حتى لا ينطوي على تسليمه، أو يفضي في النهاية إلى ذلك فالدولة ملزمة بعدم إعادته إلى دولة الاضطهاد، أو إلى أي دولة قد يتعرض فيها للمحاكمة أو العقاب بسبب الدين، أو العنصر، أو الجنسية، أو الانتماء إلى فئة اجتماعية معينة، أو الرأي السياسي أو ارتكاب جريمة سياسية. ولهذا فعلى دولة الملجأ أن تمنح اللجوء الذي صدر حكم بإبعاده، فرصة البحث والذهاب إلى دولة أخرى غير دولته الأصلية⁴. بحيث حتى إذا أصبح غير مرغوب فيه، ويجب التخلص منه، نتيجة ارتكابه أفعالا مجرمة أو اخلاله بشروط قبوله

¹ ومع ذلك فيثور الخلاف حول هذه القاعدة إذا سافر الرئيس متتكررا أو باسم مستعار. انظر جابر جاد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 128.

² في نفس هذا الاتجاه مثلا ذهب بعض أحكام القضاء الجنائي الفرنسي بتأكيدا على جواز ابعاد اللاجئين السياسيين، وهو ما قضت به في أحد أحكامها، بأن اتفاقية جنيف لسنة 1951، لا تحول دون اصدار المحاكم الجنائية حكما بالمنع من الأراضي الفرنسية، ضد اللجوء السياسي الذي تم ادانته بارتكاب جنائية أو جنحة. وهذا في حكمها عن محكمة النقض الجزائرية الصادر في 26 مارس 1997. انظر أحمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 128.

³ فقد جرى مجلس الدولة المصري على جواز ابعاد عديمي الجنسية، ومع هذا أجاز المشرع المصري في حال تعذر تنفيذ قرار الابعاد، أن تفرض على المبعد الإقامة في جهة معينة، واثبات تواجده دوريا لدى جهات الامن وذلك لحين امكان ابعاده. انظر أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص 381، 382.

⁴ انظر أحمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 128، 129.

فلا يسلم إلى البلد الذي هرب منه أو يطرد على مستوى الحدود، وإنما يمنح مهلة كافية لتدبير دولة أخرى تقبل به، ثم يسلم لها بصفته لاجئاً سياسياً¹.

و قد أوصى بعض الفقهاء² عدم اتخاذ إجراءات الابعاد بالنسبة لعديم الجنسية، في الظروف التي لا توجد فيها دولة أخرى تقبل دخوله في إقليمها، و للدولة أن تلجأ لإجراءات أخرى مثل تحديد إقامته لمنعه من القيام بأي نشاط ضار للدولة. ولهذا نجد أن الدول تختلف فيما بينها، فهناك اتجاه قضائي يقوم على جواز ابعاد عديم الجنسية، بينما يحظر اتجاه قضائي آخر ابعادهم³.

وفيما يتعلق بتنفيذ احكام الابعاد بحق عديمي الجنسية، فإن بعض الاتفاقيات الدولية حاولت الحد من مشكلة البحث عن مأوى لعديم الجنسية، من ذلك ما نصت عليه اتفاقية لاهاي المنعقدة سنة 1930، بشأن الجنسية في المادة الاولى من البروتوكول الخاص بانعدام الجنسية على أنه: "إذا فقد شخص جنسيته بعد دخوله في بلد اجنبي عنه دون ان يحصل على جنسية اخرى، وجب على الدولة التي كان متمتعاً بجنسيتها قبل الفقد أن تقبله، بناء على طلب الدولة التي يقيم فيها، وذلك في الحالتين الآتيتين:

إذا كان هذا الشخص في حالة فقر مستمر بسبب مرض غير قابل للشفاء، أو لأي سبب آخر.

إذا حكم على الشخص في البلد الذي يقيم فيه بعقوبة الحبس مدة شهر على الأقل، سواء أمضى هذه العقوبة، أم حصل على عفو عنها كلها أو بعضها"⁴.

¹ _ زروتى الطيب، قراءة قانونية لمعالجة وضعية المهاجرين للجزائر، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 219.

² _ فؤاد عبد المنعم رياض، وسامية راشد، المرجع السابق، ص 342.

³ _ انظر في الأحكام القضائية لبعض الدول العربية ما بين اقرار جواز ابعاد عديم الجنسية، المحكوم عليه بعقوبات مجرمة في قانون العقوبات، وما بين انكار هذا الابعاد له. مرجع أحمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص من 133 حتى ص 142.

⁴ _ أحمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 145.

أما إذا لم يتحقق الفرض السابق، كأن يولد الشخص عديم الجنسية، أو تكون جنسيته السابقة غير معلومة، فهنا يجب تقرير تدبير بدلي يتم توقيعه على المحكوم عليه، في حال تعذر تنفيذ حكم الإبعاد¹.

و التشريع الجزائري راعى وضعية اللاجئين و عديمي الجنسية , إذ ينص تعديل دستور الجزائر لسنة 2016 في المادة 82 أنه: "لا يُسَلَّم أحد خارج التراب الوطني إلاّ بناء على قانون تسليم المجرمين وتطبيقاً له". إلا أنه استثنى اللاجئ السياسي من إجراء التسليم والطرده مطلقاً، في المادة 83 بقوله: " لا يمكن بأيّ حال من الأحوال أن يُسَلَّم أو يُطرد لاجئ سياسيّ يتمتع قانوناً بحق اللجوء"².

وبالنسبة لقانون الأجانب الجزائري 11/08، فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة 42 منه³، على عقاب الاجنبي الذي يمتنع عن تنفيذ قرار الإبعاد، او قرار الطرد الى الحدود، او الذي تم تنفيذه في مواجهته و دخل من جديد الى الاقليم الجزائري دون رخصة، فقد تم استثناء اللاجئ السياسي و عديم الجنسية، الذي لا يستطيع الالتحاق ببلده الاصلي أو التوجه نحو بلد آخر. و هذا استنادا الى التزامات الجزائر الدولية في اتفاقية جنيف لعام 1951 و اتفاقية نيويورك لعام 1954⁴.

¹ _ و قد أخذ المشرع المصري بهذا الحكم في الحالات التي لا يتسنى فيها تنفيذ قرار الإبعاد الاداري, اذ تنص المادة 30 من قانون رقم 89 لسنة 1960، في شأن دخول و إقامة الاجانب بأراضي جمهورية مصر العربية و الخروج منها، معدلة بموجب قانون رقم 88 لسنة 2005 على أن " لمدير مصلحة الجوازات و الهجرة و الجنسية بقرار منه ان يفرض على الاجنبي الذي صدر قرار بإبعاده، و تعذر تنفيذه، الإقامة في جهة معينة، و التقدم الى مقر الشرطة المختص في المواعيد التي يعينها القرار، و ذلك الى حين إبعاده. أنظر أحمد عبد الظاهر, المرجع السابق ص 145.

² _ كانتا هاتين المادتين تحت ترتيب 68، 69 في الدستور الجزائري لسنة 1996.

³ _ تنص المادة 1/42 من قانون 08-11 الخاص بالأجانب أنه: "كل اجنبي يمتنع عن تنفيذ قرار الإبعاد أو قرار الطرد الى الحدود، او الذي يتم ابعاده او طرده الى الحدود، و دخل من جديد الى الاقليم الجزائري دون رخصة يعاقب بالحبس من سنتين الى 5 خمسة سنوات، إلا إذا أثبت بأنه لا يستطيع الالتحاق ببلده الأصلي، و لا التوجه نحو بلد آخر، و ذلك طبقاً لأحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بنظام اللاجئين و عديمي الجنسية".

⁴ _ زروتي الطيب، الوضع الاداري للأجانب في الجزائر في ظل قانون 08-11، مرجع سابق، ص 376.

هذا و تطرح مسألة طرد الأجانب مشاكل قانونية، خاصة عندما يتعلق الامر بمزدوجي الجنسية أو متعدديها. فهنا الشخص يحمل جنسية الدولة الطاردة، فهل ينطبق عليه مبدأ عدم طرد المواطنين بصفة مطلقة، و من جهة اخرى فهل يمكن اعتباره أجنبيا و هو لم يفقد أيا من جنسياته، فالأصل أن هذا يتنافى مع القانون الدولي، غير أن حالات طرد مزدوجي الجنسية دون قيام الدولة الطاردة بتجريدهم مسبقا من جنسيتها، ليست نادرة على صعيد الممارسة العملية. كما أنه في العديد من الحالات كانت جنسية الشخص المعرض للطرد غير واضحة، و امتثالا للالتزام بعدم طرد الدولة لمواطنيها، تقوم بعض الدول الطاردة بتجريد الشخص المعني من جنسيته، من باب التحوط القانوني، أو ترفض الاعتراف بجنسيته بدعوى عدم ثبوتها، بما فيه الكفاية لصالح المعني بالأمر.

و لهذا خلص المقرر الخاص عن لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة أنه لا ينطبق مبدأ عدم طرد المواطنين على المواطنين مزدوجي الجنسية أو متعدديها، ما عدا إذا كان الطرد سيسفر عن حالات انعدام الجنسية ؛ وأنه ليس من المحبذ في ضوء ممارسة بعض الدول ومصالح الأشخاص المطرودين أنفسهم، سنّ قاعدة تنص على لزوم تجريد الشخص المزدوج الجنسية أو متعدد الجنسية قبل الإقدام على الطرد، خاصة أن هذه المشاكل القانونية تزداد تعقيدا إذا كانت الدولة الطاردة هي دولة الجنسية الغالبة أو الفعلية للشخص المعرض للطرد أم لا¹.

و على العموم، نتيجة لخطورة اجراء الابعاد فيتعين على الدولة عدم الاسراف في اتخاذه، و ان تستند في ذلك لأسباب جادة، تهدف بها الى الحفاظ على أمنها و مصالحها الجوهرية، و لهذا يتعين قيام الإبعاد على مبررات قوية و مشروعة، وفقا للاتجاهات الحديثة في الفقه و التشريع، ولهذا يحق لدولة المبعد التدخل لحمايته عند قيام دولة أجنبية بإبعاده، لأسباب غير مشروعة، او بطريقة تعسفية، او مهينة او ماسة بكرامته، و هذا بالاحتجاج على

¹ _ موريس كامتو، المرجع السابق، ص 5، و7.

هذا التصرف بالطريقة الدبلوماسية، كما لها أن تلجأ للقضاء الدولي لتقرير مسؤولية الدولة التي أصدرت قرار الابعاد أو نفذته بطريقة غير ملائمة¹.

فإذا ترتب على قرار الابعاد مخالفة أحد الحقوق المكفولة طبقاً للقانون الدولي لحقوق الانسان، فإن ذلك يثير مسؤولية الدولة،² خاصة إذا ترتب على هذا القرار أضراراً معينة للمبعد أو تعرض للتعذيب، وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة العدل الدولية، بأن الدولة مسؤولة عن أي تعذيب أو معاملة غير انسانية تحدث للأجنبي، أي أنه يوجد على عاتق الدولة التزام سلبي مفاده عدم طرد الاجنبي الى دولة غير آمنة، و مصدر هذا الالتزام خاصة المادة 1/3 من الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان، وهو ما أكدته لجنة الامم المتحدة لحقوق الانسان فيما يتعلق بإبعاد احد الرعايا الايرانيين من قبل السلطات الكندية³.

ثالثاً: أسباب الإبعاد وإجراءاته في التشريع الجزائري.

سيتم الحديث عن أسباب الإبعاد في التشريع الجزائري (أ)، ثم الإجراءات حتى يتم إصدار قرار الإبعاد (ب)، خاصة أن هاتين النقطتين تعدان في حد ذاتهما ضمانات لحقوق الأجنبي في عدم تعسف السلطات مادام أن قرارها في إطار ما كفله القانون ومقيد بالنصوص القانونية.

¹ إبراهيم احمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 99 حتى 101.

² وهذا ما استقر عليه القضاء الاوروبي لحقوق الانسان، فقد انتهى أنه يعد مخالفاً لنصوص الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان، ابعاد احد الاطفال الى دولته دون ان يرافقه احد يسأل عنه، أو كإبعاده عن والديه. انظر ابراهيم احمد خليفة، سلطة الدولة في ابعاد الاجانب في ظل التطورات الدولية المعاصرة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2005، ص 85.

³ حيث أكدت هذه اللجنة في هذا القرار أنه لا يكفي أن تلتزم الدولة بالامتناع عن التعذيب، بل يجب ان تتخذ جميع التدابير المناسبة و الكافية لعدم تعرض الشخص المبعد لأي نوع من أنواع التعذيب، أو المعاملة القاسية أو غير الانسانية في دولة من الغير. انظر ابراهيم أحمد خليفة، المرجع السابق، ص من 87 حتى 93.

أ_ أسباب الإبعاد في القانون الجزائري.

نقطة الأساس في الإبعاد هي ضرورة قيامه على مبررات مشروعة، والتي تختلف بحسب ظروف كل دولة، ولكنها تدور عادة حول فكرة مصلحتها التي قد تترجم بحماية الأمن والنظام العام أو الآداب، أو بصيانة الصالح العام¹.

ولهذا، فإن ما يتميز به اجراء الإبعاد من خطورة على حريات الأفراد، هو الذي دفع المشرع الجزائري، إلى تحديد أسبابه على سبيل الحصر بموجب المادة 30 من القانون 11/08، وتتمثل هذه الأسباب في:

1/الإبعاد بسبب تهديد الأمن و النظام العام :

تنص الفقرة الأولى من المادة 30 المشار إليها أعلاه أن: " للسلطات الإدارية الجزائرية أن تبعد أي أجنبي إذا تبين لها أن وجوده بالجزائر يشكل تهديدا للنظام العام و/أو أمن الدولة". ويلاحظ من صياغة هذه الفقرة أنها وردت عامة فلم تميز بين الأجنبي المقيم الذي نظمت حالات وشروط ومدة إقامته المواد من 16 إلى 20 من نفس القانون، وبين الأجنبي غير المقيم الذي نظمت مركزه القانوني المواد من 10 إلى 15 من ذات القانون، وهو ما يعني أن السلطة المختصة بالإبعاد لا تتأثر بطول مدة إقامة الأجنبي ولا بمدى انصهاره في الجماعة الوطنية طالما أنه غير حاصل على جنسية الدولة.

والظاهر من النص أن تقدير خطورة الفعل ما إذا كان يشكل تهديدا للنظام أو لأمن الدولة خاضع للسلطة الإدارية، وهذا المعيار من يتسع لتمكين الجهة المختصة سلطة واسعة للإبعاد. وتشكل هذه الحالة الغالبة في اللجوء للإبعاد لكونها تكاد تفلت من الرقابة القضائية، من ناحية التقدير الموضوعي لسبب الإبعاد، إذ النص يكتفي بتحويل السلطة المختصة حق

¹ _أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص 383.

إبعاد الأجنبي، كلما كان وجوده يشكل خطرا على النظام العام، ولكن إقرار هذه السلطة التقديرية قد يتم الإساءة في استعمالها¹.

2 / إبعاد الأجنبي بسبب صدور حكم جزائي نهائي ضده بعقوبة سالبة للحرية في جنابة أو جنحة:

إذا صدر بحق الأجنبي حكم أو قرار قضائي نهائي يتضمن عقوبة سالبة للحرية بسبب ارتكابه جنابة أو جنحة، فذلك يجعله محلا لقرار الإبعاد، ولكن لم يشترط النص أن يكون الحكم أو القرار صادرا من القضاء الجزائري، والمفروض التأكيد على هذه المسألة، لأن الحكم الجزائي الأجنبي ليس له حجية أمام السلطات الجزائرية². كما أن النص لم يميز بين الجنابات والجنح من حيث أثرها في إبعاد الأجنبي من إقليم الدولة، فإذا كانت الإدانة بجنابة تدل على خطورة مرتكبها، فالأمر ليس كذلك بالنسبة للجنح. وهنا يبقى التساؤل هل هذا التوجه مقصود من المشرع كعامل زجر يمنع الأجانب من أبسط خرق لقواعد القانون الساري بالدولة، أم أنه مجرد عدم ضبط في الصياغة³.

3 / إبعاد الأجنبي بسبب عدم مغادرة الإقليم الوطني في المواعيد المحددة بالمادة 22 من القانون 11/08.

ونلاحظ هنا التناقض الوارد في أحكام القانون 11/08، والذي أشرنا إليه سابقا من عدم تمييز المشرع الجزائري بين إجراءي الطرد والإبعاد رغم اختلاف أحكامهما، ففي حين تشير المادة 30 بفقراتها الثلاث إلى الحالات الحصرية للإبعاد، فإن فقرتها الثالثة تحيلنا من جهة ثانية إلى المادة 2/22 التي تتحدث عن حالات تستوجب الطرد الفوري للرعية، بعد سحب بطاقة الإقامة منها، و بمجرد استيفاء الإجراءات الإدارية والقضائية⁴.

¹ _ زروتي الطيب، النظام الإداري للأجانب في القانون الجزائري طبقا للقانون 11/08، مرجع سابق، ص 149.

² _ زروتي الطيب، نفس المرجع، ص 150.

³ _ مراد بسعيد، المرجع السابق، ص 346.

⁴ _ فوزية معافة، المرجع السابق، ص 56.

هذه الحالة في الأصل كانت سببا للتكليف بالمغادرة الطوعية، ولكن إذا رفض الأجنبي المغادرة، أو تماطل في تنفيذها في المواعيد المحددة في الفترتين 2، 3 من المادة 22، فيتحول التكليف بالمغادرة إلى إبعاد ينفذ ضد الأجنبي غصبا عنه. والصحيح ان يتم طرده جبرا عنه بمقرر إداري، وليس بقرار من وزير الداخلية يقضي بإبعاده، ولكن يستثنى من الطرد حالة اثبات الاجنبي أن تأخره يرجع إلى قوة قاهرة، كأن يستحيل عليه التنقل بالطائرة إلى بلده في الفترة المحددة، أو وجود أحداث عامة تشكل مانعا قهريا للمغادرة.

أما الحالة الواردة في المادة 22 فقرتان 3، فهي تنص على امكانية سحب بطاقة المقيم إذا ثبت للسلطات المعنية أن نشاطات الشخص منافية للأخلاق والسكينة العامة، أو تمس المصالح الوطنية، أو أدت لإدانته عن أفعال ذات صلة بهذه النشاطات، وفي هذه الحالة تطرد الرعية الاجنبية فورا بمجرد استكمال الإجراءات الإدارية أو القضائية.

لكن هذه الفقرة لا تختلف عن الحالة الأولى للإبعاد لأن المساس بالمصالح الوطنية، هو تهديد للنظام العام وأمن الدولة، لذلك كان من المفروض الاستغناء عنها¹.

ب- إجراءات الإبعاد في القانون الجزائري.

إن قرار الإبعاد يمس بحقوق الأجنبي، لذلك يجب استيفاء إجراءات قانونية محددة في اتخاذه وتنفيذه، هي :

بعد أن يتأكد لوزير الداخلية توافر أحد الأسباب التي نصت عليها المادة 30 من القانون 11/08، يصدر قرارا إداريا بإبعاد الأجنبي الذي يبلغ بهذا القرار طبقا لمقتضيات المادة 2/31 من نفس القانون، وتمنح له مهلة تتراوح بين 48 ساعة إلى 15 يوما لمغادرة الإقليم حسب خطورة الوقائع المنسوبة إليه يبدأ حسابها من يوم تبليغه بقرار الإبعاد.

وإذا ثبت بعد صدور قرار الإبعاد استحالة مغادرة الأجنبي للإقليم الجزائري فيمكن تحديد إقامته، بموجب قرار ثان صادر عن وزير الداخلية، إلى أن يصبح تنفيذ قرار الإبعاد

¹ - زروتي الطيب، النظام الإداري للأجانب في القانون الجزائري طبقا للقانون 11/08، مرجع سابق، ص 150، 151.

ممكنا(المادة 33)، إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد مجالا زمنيا لتحديد الإقامة؛ بل تركه مرهونا بتنفيذ قرار الإبعاد¹.

هذا ويجوز للأجنبي الصادر في حقه قرار الإبعاد أن يطعن فيه أمام الجهة القضائية المختصة، وهي القضاء الاستعجالي في المواد الإدارية، ضمن أجل 5 أيام من تبليغه القرار و للطعن حينئذ أثر موقوف. وعلى القاضي المعروض عليه الطعن أن يفصل في النزاع ضمن أجل 20 يوما من وقت رفع الدعوى². (المادة 31)

لكن هناك بعض الفئات الذي مدد لها القانون أجل الطعن إلى 30 يوما، بدل خمسة أيام المذكور سابقا، وهي المذكورة بالمادة 32 كالتالي :

_ الأجنبي المتزوج من طرف جزائري منذ سنتين على الأقل إذا أثبت استمرار الحياة الزوجية المشتركة.

_ الأجنبي الذي يثبت إقامته المعتادة في الجزائر قبل بلوغه سن 18 سنة، أي خلال قصره، مع أبويه المقيمين أيضا في الجزائر.

_ الأجنبي الحائز بطاقة المقيم ذات الصلاحية لمدة 10 سنوات.

و للطعن في هذه الحالات أثر موقوف أيضا .

¹ فوزية معافة، المرجع السابق، ص 58، 59. وكذلك بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 283.

² ويرى الدكتور زروتي الطيب أن الطعن في قرار الإبعاد هنا المقصود به الطعن بالبطلان في القرار لأحد الأسباب الموجبة له قانونا، و بالتالي لا يكون من اختصاص القاضي الإداري الإستعجالي و إنما من اختصاص قاضي الموضوع. كما أن مدة 20 يوما غير كافية لتهيئة الدعوى و الفصل فيها ما دام النزاع خاصا بالموضوع، ثم أنه لا يسوغ أن يكون للشخص أجل شهر للطعن في القرار (م 32)، و يجب على القاضي أن يفصل فيه خلال 20 يوما فقط من تاريخ الطعن. انظر زروتي الطيب، النظام الإداري للأجانب في القانون الجزائري طبقا للقانون 11/08، مرجع سابق، ص 151، 152.

ولكن يجوز للسلطة المختصة أن تتخذ في مواجهة الأجنبي المعني بالأمر الإجراءات المناسبة، كوضعه تحت الرقابة، و تحديد مكان إقامته إذا كان من شأن إطلاق سراحه المساس بأمن الدولة، و النظام العام و الآداب، أو أنه متابع جزائيا طبقا للتشريع الخاص بالجريمة المنظمة (م 1/32).

هذا و يجوز للأجنبي موضوع قرار الإبعاد الاتصال بممثليته الدبلوماسية تلقائيا أو القنصلية، كما يجوز عند الاقتضاء تعيين محامي للدفاع عنه و كذا تعيين مترجم له¹.

كما يجوز بنص القانون الأمر بوقف تنفيذ قرار الإبعاد مؤقتا، من قبل القاضي الاستعجالي في حالة الضرورة القصوى، و لا سيما في الحالات الإنسانية، هذه الحالات حسب المادة 32 هي:

_ الأب الأجنبي أو الأم الأجنبية لطفل جزائري قاصر مقيم إذا ثبت أنه يساهم في رعاية و تربية هذا الطفل .

_ الأجنبي القاصر عند اتخاذ قرار الإبعاد.

_ الأجنبي اليتيم القاصر .

_ المرأة الحامل عند صدور قرار الإبعاد.

أما بالنسبة للأجانب المتواجدين بصفة غير قانونية أو غير شرعية في الإقليم الجزائري، فيتم طردهم إلى الحدود²، بموجب قرار صادر من الوالي المختص إقليميا، (المادة 36) .

¹ - زروتي الطيب، النظام الإداري للأجانب في القانون الجزائري طبقا للقانون 11/08، مرجع سابق، ص 152، 153.

² - هنا وقع المشرع في غلط، لأن الاقتياد إلى الحدود يعني توجيه الأجنبي إلى بلده الأصلي أو بلد آخر يقبله، وليس التخلص منه برمييه في الحدود . انظر زروتي الطيب، النظام الإداري للأجانب في القانون الجزائري طبقا للقانون 11/08، مرجع سابق، ص 157.

وقد أحاط المشرع الجزائري إجراء الطرد ببعض الضوابط الإجرائية التي تراعي الوضعية الإنسانية للشخص محل هذا الاجراء، حيث نصت المادة 37 على استحداث مراكز انتظار لإيواء الرعايا الأجانب الموجودين في وضعية غير قانونية في انتظار طردهم إلى الحدود أو ترحيلهم إلى بلدهم الأصلي، ويوضع الأجنبي في هذه المراكز بناء على قرار الوالي المختص إقليميا لمدة أقصاها 30 يوما قابلة للتجديد في انتظار استيفاء إجراءات طرده إلى الحدود أو ترحيله إلى بلده الأصلي.

وقد نصت المادة 42 على توقيع عقوبات جنائية على كل أجنبي يمتنع عن تنفيذ قرار الإبعاد أو الطرد، أو الذي يعاود الدخول إلى الإقليم الجزائري دون رخصة بعد تنفيذ إجراء الإبعاد بحقه، أو الذي يمتنع عن تقديم وثائق السفر التي تسمح بتنفيذ القرار، فيعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات؛ إضافة إلى إمكانية الحكم عليه بالحرمان من الإقامة لمدة لا تتجاوز عشر سنوات مع تنفيذ القرار الأصلي بالإبعاد¹.

وفي الأخير نخلص أنه إن كان يستند قرار إبعاد الأجنبي عن البلاد إلى مبدأ سيادة الدولة وحققها في صيانة أمنها واستقرارها ضد كل تهديد يمكن أن يشكله الأجنبي عليها، فإنه ينبغي على السلطات عدم التعسف في استعماله، وإنما احترام الإجراءات القانونية والأسباب المؤدية إليه، وعدم ابعاد الاجنبي إلى دولة قد يتعرض فيها للتعذيب، وكذا مراعاة وضعية اللاجئين وعديمي الجنسية في هذا من حيث إمكانية عدم وجود دولة قد تقبلهم على أراضيها، أو إمكانية تعرض اللاجئين للاضطهاد إذا تم إرجاعه للدولة التي فر منها. كما أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعد يرى أن قرارات الإبعاد هي من قرارات السيادة التي لا تخضع للطعن القضائي، بل سمح بالطعن القضائي فيها، وإمكانية ان يكون لهذا الطعن أثر موقف. وهذا في حد ذاته من أهم الضمانات التي كفلها المشرع الجزائري.

¹ - فوزية معافة، المرجع السابق، ص 59.

الفصل الثاني: وظيفة الجنسية فيما يخص الاختصاص القضائي الدولي.

يستتبع الاعتراف للفرد بحق معين، أن يسمح له بأن يدافع عنه و يحتج به أمام القضاء، لإلزام غيره باحترام حقه، و تتكفل المحاكم الداخلية لكل دولة بحل كافة المنازعات التي تقوم بين الأفراد، سواء كانت وطنية بحتة أم مشتملة على عنصر أجنبي. فلا توجد حتى الآن هيئة قضائية تتكفل بفض منازعات العلاقات الخاصة الدولية.

فإذا كانت قواعد الاختصاص الداخلي هي التي تحدد اختصاص محاكم الدولة تجاه بعضها البعض، و هو ما يتضمنه قانون المرافعات، فإن قواعد الاختصاص الدولي هي التي تحدد نصيب محاكم الدولة من ولاية القضاء، إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى، و هو ما يطلق عليه الفقه الحديث قواعد المرافعات الدولية.¹

و على هذا فتميز قواعد الاختصاص القضائي الدولي، بأنها قواعد قانونية وطنية موضوعية،² أو مادية مفردة الجانب لأن المشرع الوطني عندما يضع هذه القواعد فإنه يحدد بموجبها اختصاص المحاكم الوطنية فقط، و لا يتعدى دوره إلى بيان حدود اختصاص المحاكم الأجنبية. و تبرير هذا أن قواعد الاختصاص القضائي وثيقة الصلة بالقانون العام، و لأن القضاء مظهر فعال للسيادة، ووظيفة هامة من وظائف الدولة، فلا يمكن أن تتصاع الدولة في رسم حدوده لأمر المشرع الأجنبي، و لهذا فلكل دولة سلطة تنظيم قضائها و تحديد اختصاصاتها دون أية قيود سوى ما تفرضه قواعد القانون الدولي العام.³

هذا و تعتبر قواعد الاختصاص القضائي الدولي من الناحية العملية، من أهم قواعد قانون العلاقات الخاصة الدولية، ذلك أن تعيين المحكمة المختصة له تأثير في تعيين القانون

¹ _ كالأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة، أنظر صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الاختصاص

القضائي الدولي و تنازع القوانين، كلية الشريعة و القانون، جامعة الأزهر، ط 2009، ص 21

² _ و هذا لأنها تحدد مباشرة الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص للمحاكم الوطنية في المنازعات ذات الصفة الأجنبية، و هذا على عكس قواعد تنازع القوانين التي تشير فقط للقانون واجب التطبيق في النزاع أنظر

Yvon Loussouarn et Pierre Bourel , op, cit, p545 .

³ _ عبد الواحد محمد الفار، المرجع السابق، ص 8 و 9

الواجب التطبيق، و بالتالي في تحديد الحل النهائي للنزاع¹. و مع هذا فإذا كان الاختصاص التشريعي يتأثر بتحديد الاختصاص القضائي، فإن هذا لا يعني البتة وجود تلازم بينهما، فتحديد المحكمة المختصة لا يستتبع حتما تطبيق قانونها على النزاع².
و دون خوض أكثر في طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي، لأن الذي يهمننا هو الوقوف على وظيفة الجنسية في هذا النطاق. فهل تعتبر الجنسية ضابط لعقد الاختصاص القضائي الدولي؟، و إذا ثبت هذا فكيف سيتم إعمال ضابط الجنسية في هذا النطاق؟، ثم ما هي الصعوبات و الإشكالات التي يمكن أن يثيرها إعمال الجنسية في نطاق تحديد الاختصاص القضائي الدولي؟.

المبحث الأول: إعمال ضابط الجنسية في نطاق الاختصاص القضائي الدولي.

ينهض الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، نتيجة لارتباط الدعوى بموضوع النزاع عن طريق أشخاصها بواسطة الجنسية، أو الموطن، أو عن طريق موضوعها أو سببها بواسطة موقع المال، أو محل إبرام أو تنفيذ التصرف، أو حدوث الفعل المنشئ للالتزام، و هنا يكون الاختصاص الدولي أصلي³.

و إذا كان صحيحا أن كل دولة تستقل بتحديد الحالات التي تكون فيها محاكمها المختصة، بنظر المنازعات ذات الطبيعة الدولية، إلا أنها و هي بصدد هذا التحديد تنقيد بما للنزاع من طبيعة دولية، أخذة في الحسبان المبدأ المعروف بمبدأ القوة و النفاذ، و الذي وفقا له

¹ _فتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع يتوقف على ما تقضي به قواعد التكييف و قواعد الإسناد في دولة القاضي المطروح عليه النزاع، و هي تختلف من دولة لأخرى، فقد يكيف قاضي دولة معينة مسألة على أنها متعلقة بالشكل، بينما يكيفها قاضي دولة أخرى أنها من مسائل الأهلية، مما يترتب عليه اختلاف قاعدة الإسناد و اختلاف الحكم النهائي للنزاع.

أنظر صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 22

² _فقد تشير قواعد الإسناد لتطبيق قانون القاضي كما قد تشير لتطبيق قانون أجنبي، و هو ما سنقف عليه بالتفصيل في الباب الثاني من هذه المذكرة عند دراسة وظيفة الجنسية في نطاق تنازع القوانين.

³ _ عبد الرسول الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص 220

يلزم أن تكون هناك صلة كافية بين النزاع المطروح و الدولة بما يبرر اختصاصها، و يخول لمحاكمها سلطة فعلية تسمح بكفالة آثار الحكم الصادر عنها.¹

و لهذا فإن التساؤل يثور حول طبيعة ضابط الجنسية في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، و هل المحاكم الوطنية تختص بالفصل في قضايا الأجانب البحتة، إذا لم يتمتع أحد الأطراف بالجنسية الوطنية؟، ثم ما موقف التشريع الفرنسي و الجزائري و بعض القوانين المقارنة من ضابط جنسية الخصوم الوطنية في تحديد الاختصاص القضائي الدولي؟.

المطلب الأول: ضابط الجنسية لعقد الاختصاص القضائي الدولي في التشريع والقضاء الفرنسي.

جاء النص على قواعد الاختصاص القضائي الدولي (أو العام)، للمحاكم الفرنسية في المادتين 14، 15 من القانون المدني. إذ تنص المادة 14 قانون مدني فرنسي على أن : "الأجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما بفرنسا، يجوز أن يكلف بالحضور أمام المحاكم الفرنسية من أجل تنفيذ التزامات تعاقد عليها في فرنسا مع فرنسي . كما يمكن أن يقدم أمام محاكم فرنسا من أجل التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع فرنسيين"²

بينما تنص المادة 15 قانون مدني أنه: " يمكن تقديم فرنسي أمام محكمة فرنسية من

أجل التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو تم ذلك مع أجنبي."³

وتضم هاتان المادتان القاعدة العامة التي ترسو عليها حدود الاختصاص العام، أو الدولي للمحاكم الفرنسية، وهي تقضي بأنه كلما كان أحد الخصوم في الدعوى فرنسيا، سواء

¹ _عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 422 .

² _ Ar. 14 du code civil français « l'étranger, même non résident en France, pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ».

³ _ Ar. 15 du code civil français. « un Français pourra être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger même avec un Français ».

كان مدعي، أو مدعى عليه، ثبت الاختصاص لهذه المحاكم. وتقوم هذه القاعدة إذن على اعتبار شخصي هو جنسية الخصوم¹.

وعليه. هل بمفهوم المخالفة كون عدم توافر الجنسية الفرنسية، في أحد الأطراف، يؤدي لعدم اختصاص المحاكم الفرنسية، (الفرع الأول)، وكيف يتم تبرير الاختصاص القائم على أساس الجنسية (الفرع الثاني)، ثم ما هي طبيعة المادتين، وكيفية تطبيقهما. (الفرع الثالث)، وكيف يتم تقدير تطبيق المادتين. (الفرع الرابع).

الفرع الأول: اختصاص المحاكم الفرنسية بقضاء الأجانب.

بالنسبة للدعاوى التي يكون طرفاها أجنبيين، فقد جرى القضاء الفرنسي أول الأمر خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر تقريبا، على عدم اختصاص المحاكم الفرنسية بها، و ذلك تمسكا بنص المادتين 14 و 15 مدني²، الذي لا يصرح إلا بعقد اختصاص هذه المحاكم بالدعوى التي يكون أحد طرفيها فرنسيا، لأن هذه المحاكم أنشئت لأداء العدالة بالنسبة للفرنسيين³.

فلقد كان التصور السائد في القانون الفرنسي القديم، أن حق الأجنبي في اللجوء إلى القضاء مقيد، و أن العدالة تقام لأعضاء المجموعة الوطنية (للمواطنين فقط)، و قد تردد القضاة و الفقه حول وظيفة قواعد الاختصاص، و سادت نظرية " القاضي الطبيعي " التي تمنح للسيادة امتياز خاص، ليفصل القضاة في المنازعات بين المواطنين، و في المنازعات التي يكونون فيها في مركز المدافع كمدعى عليهم ضد المدعي الأجنبي.

¹ _ عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، يناير 1961، جامعة عين شمس، السنة الثالثة، مصر ص 27.

² _ وهذا عملا بالتفسير الضيق للمادتين، انظر زروتي الطيب، إشكالية تنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الجزائري، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 326.

³ _ عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، مرجع سابق، ص 31.

و تطبيقاً لهذه القاعدة يمكن استدعاء أجنبي ليمثل أمام محكمة فرنسية في مواجهة مدعي فرنسي أمام القاضي الطبيعي لهذا الأخير، فقد جعل فقه القاضي الطبيعي من حق القضاء حقاً مقدساً مستخرجاً من فكرة أن القضاء الفرنسيين يعتبرون بصفة ضرورية قضاء طبيعيين للفرنسيين . و قد كرس القانون الفرنسي هذا التصور في المادتين 14، و 15 من القانون المدني، فاهتمامه بتحقيق العدالة بين الفرنسيين نتج عنه مبدأ عدم اختصاص القضاء الفرنسي بالمنازعات بين الأجانب¹.

لكن نتج عن تكريس مبدأ عدم الاختصاص مشكل، وبدلاً من اعتباره مشكلاً يتعلق، بمسألة تنازع الاختصاص القضائي تم طرح مسألة وضعية الأجانب و حقهم في التمتع بالحقوق، فرفع دعوى أمام محكمة فرنسية يعتبر حقاً مخولاً للفرنسيين و ليس للأجانب، وبالتالي اعتبر الحق في اللجوء للمحاكم الفرنسية حقاً مدنياً لا يستفيد منه الأجانب².

ولهذا فقد تعرض هذا الموقف لنقد شديد من الفقه، نظراً لمجموعة من الاعتبارات، فهو موقف متناقض، لأنه ليس من المعقول أن يتم منح الأجانب حقوقاً بفرنسا، و لكنهم لا يعطون الوسيلة القضائية لحماية هذه الحقوق. كما أنه يتضمن مساساً بقواعد العدالة، لأن لجوء طرفاً النزاع من الأجانب، أمام قضاء أجنبي لفض النزاع الذي قد نشأ بينهما بفرنسا، من شأنه أن يمس بمبدأ الحق في التقاضي المعتمد في فرنسا³.

فمن غير العدل رفض الدعاوى التي يرفعها الأجانب ضد أجانب، أمام المحاكم الفرنسية لأن حق اللجوء إلى القضاء يعتبر حقاً طبيعياً، لا يمكن إنكاره على الأشخاص المقيمين في الإقليم، كما أنه من غير الملائم إجبار الأجانب المتنازعين في فرنسا على الانتقال للبلد الأصلي لأحدهم من أجل حل منازعاتهم، لا شك أن هذا يسبب صعوبة ومشقة لهؤلاء. كما أن

¹ _كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015، 2016، ص 24.

² _Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL، Op .cit، p 554 .

³ _ حبار محمد، المرجع السابق، ص 189

هذا المبدأ هو في أصله منافي لقواعد العدالة¹. وإن عدم النظر بمنازعات الأجانب المتواجدين بالإقليم الفرنسي، قد يؤدي للمساس بالأمن المدني فيها².

وأخيراً، فإن رفض البت في الدعوى بين أجنبيين، يتسبب إن لم يكن بعدم إحقاق الحق، فعلى الأقل في إحراج وذلك بإجبار المدعي باللجوء إلى محكمة أجنبية، وبهذا يخشى من تدابير كردات فعل، تؤخذ ضد الفرنسيين من جانب البلاد الأجنبية³.

إلا أنه ابتداء من النصف الثاني من القرن 19، بدت المحاكم حساسة تجاه " الخوف من الامتناع عن إحقاق الحق"، فقد يحصل أن يتمتع أي بلد أجنبي، في متناول الفرقاء، عن النظر في القضية⁴. فلهذا واستجابة للانتقادات السابقة⁵، فقد أخذ القضاء الفرنسي يقر اختصاص محاكمه بدعاوي الأجانب شيئاً فشيئاً، مبتدئاً بالأكثر قبولاً و الأقوى أساساً، ومتدرجاً نحو المعقول الذي لا يعدم أساساً.

و كان أول ما اقره في هذا السبيل هو اختصاص المحاكم الفرنسية بالدعاوى العينية العقارية المتعلقة بعقارات واقعة في فرنسا، و بنى هذا الاختصاص على ذات الأساس السابق الذي بني عليه عدم اختصاص تلك المحاكم بهذه الدعاوى، و لو كان طرف الدعوى فرنسيا متى كان العقار واقعا في بلد أجنبي.

¹ _Y.LOUSSOUARN، P.BOUREL, Op.cit , p617

² _و صورة ذلك مثلا أن يهمل أب أجنبي أولاده الأجانب المقيمين بفرنسا، فلجوء القضاء الفرنسي للتصريح بعدم اختصاصه القضائي بنظر دعوى النفقة التي قد يرفعها هؤلاء الأبناء ضد والدهم، سيضعهم في وضع اجتماعي غير مقبول، و قد يؤدي بهم لارتكاب أفعال يترتب عليها في نهاية المطاف المساس بالأمن المدني لفرنسا نفسها. انظر حبار محمد، المرجع السابق، ص 189

³ _بيار ماير وفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للنشر، بيروت، 2008، ص 264.

⁴ _فمثلا في أحد القضايا التي طرحت على القضاء الفرنسي، في 29 تموز 1912، ارتضى البت في خلاف بين اثنين من اللاجئين، إن لم يثبت أن محكمة أجنبية تستطيع النظر في الخلاف . انظر بيار ماير وفانسان هوزيه، المرجع السابق، ص 264.

⁵ _عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 246.

ثم اقر اختصاص المحاكم الفرنسية بدعاوى المواد التجارية، متى كان المدعى عليه متوطنا في فرنسا، أو متى كانت هي البلد الذي تم فيه الاتفاق، و تسليم البضاعة، أو الوفاء بالثمن فيها. كذلك أقر اختصاص المحاكم الفرنسية بالدعاوى الناشئة عن الفعل الضار متى كان الفعل واقعا في فرنسا، و لو لم يكن المدعي عليه متوطنا فيها، و ذلك استنادا إلى أن قوانين الاختصاص و المرافعات تعد من قوانين البوليس و السلامة العامة، متى كانت تكفل قواعد موضوعية تنهض على فكرة النظام العام. و أقر اختصاص المحاكم الفرنسية كذلك بالنظر في الطلب العارض الذي يقوم بين أجنبيين في دعوى أصلية قائمة بين أجنبي وفرنسي، و ذلك تطبيقا لقواعد الاختصاص المحلي¹.

على هذا الوجه تحول القضاء من تقرير عدم اختصاصه بالدعاوى فيما بين الأجانب بصفة مطلقة، إلى تقرير اختصاصه بها، متى كان الفعل الضار واقعا في فرنسا أو متى كانت المادة تجارية بالشروط المذكورة، و كذلك في الدعاوى العينية العقارية متى كان العقار واقعا في فرنسا. أما الدعاوى المختلطة فيختص بها متى كان العقار في فرنسا أو متى كان موطن المدعى عليه فيها².

وهكذا، فإن القضاء الفرنسي صار يقبل تقريبا، ولأسباب مختلفة، جميع دعاوى الأجانب باستثناء موضوع واحد ظل حتى منتصف القرن العشرين، يرفض الاختصاص والنظر فيه، وهو موضوع الحالة والأهلية³، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى تأثير الاختصاص التشريعي في هذا المجال، إذ وبما أن موضوع الحالة والأهلية يخضع في فرنسا للقانون الوطني، فإن ذلك كان يعني يقينا عدم تطبيق القانون الفرنسي مما كان يجعل القضاة يرفضون اختصاصهم. على أن هنا أيضا الأمور بدأت تتحرك بشيء من التدريج، حيث قررت محكمة النقض في بعض القرارات إمكانية قبول الاختصاص متى كان للمدعى عليه موطن بفرنسا، لكن

¹ عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، مرجع سابق، ص 31.

² عز الدين عبد الله، نفس المرجع، ص 32.

³ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, op. cit , p 540.

شريطة إثبات أنه ليس هناك محكمة أخرى يمكن لها أن تختص بالنظر في النزاع غير المحكمة الفرنسية. وفي مرحلة أخرى تقرر قبول الاختصاص عندما يكون للمدعي موطن بفرنسا في حين المدعى عليه موطنه بالخارج، وذلك عندما يستحيل على المدعي رفع دعواه أمام محكمة المدعى عليه، أو لا يكون هناك فائدة من ذلك¹.

وأخيرا قررت محكمة النقض في قضية Patino، سنة 1948، قبول اختصاص المحاكم الفرنسية، في مسائل الحالة والأهلية دون قيد أو شرط²، مقررًا للمبدأ التالي: "إن كون طرفي الخصومة معا من الأجانب، لا يعتبر مانعا لاختصاص القضاء الفرنسي"³.

و أمام خلو القانون الفرنسي من قواعد قانونية واضحة تحكم اختصاص القضاء الفرنسي بنظره لمنازعات الأجانب، فقد أضطر القضاء الذي لا يملك أي نص ماعدا الفرضيتين المكرستين في المادتين 14 و 15 مدني على استخراج قواعد الاختصاص القضائي الدولي⁴، عن طريق وضع قاعدة هامة مؤداها أن "قواعد الاختصاص القضائي الدولي ليست سوى تطبيق لقواعد الاختصاص المحلي الداخلي"⁵. أي أن القضاء الفرنسي اقتبس معايير الاختصاص القضائي الدولي من معايير تحديد الاختصاص القضائي الإقليمي، أو المحلي الداخلي. فمتى كان النزاع يرتبط مع فرنسا بإحدى الروابط التي يمكن بموجبها منح الاختصاص لمحكمة فرنسية محددة، فيكون النظام القضائي الفرنسي معني بحله⁶.

¹ بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2008، 2009، ص 372.

² حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 21 جوان 1948، انظر بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 372.

³ حبار محمد، المرجع السابق، ص 191.

⁴ Marie-Laure NIBOYET, Géraud de Geouffre DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ, Paris, 2008, p 298.

⁵ معتمدا على التوسع في تفسير أحكام المادتين 59، و420 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي. انظر زروتي الطيب، إشكالية تنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 330. وكذلك حبار محمد، المرجع السابق، ص 191. كذلك أعراب بلقاسم، ص 22.

⁶ Bernard AUDIT, Droit international privé, 4ème édition, Economica, Paris, 2006, p 286.

وقد اعتمد القضاء الفرنسي هذه القاعدة الإجرائية بحكمين شهيرين هما حكم "بيلاسا" PELLASSA¹ لسنة 1959 الذي صرح لأول مرة بمد قواعد الاختصاص المحلي الداخلي ليتم تطبيقها في مجال الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية، و حكم "شيفيل" SCHEFFEL لسنة 1962²، الذي أكد المبدأين السابقين، وهما " أن كون طرفي النزاع من الأجانب لا يعتبر مانعا لاختصاص جهات القضاء الفرنسي بنظره"، و أنه "يتم استخلاص قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية من قواعد الاختصاص المحلي الفرنسي الداخلية"³.

الفرع الثاني: تبرير الاختصاص القائم على أساس الجنسية.

لتبرير الاختصاص القائم على أساس الجنسية في التشريع الفرنسي، لا بد من الرجوع للأصل التاريخي لإقرار المادتين 14، و15 في القانون المدني الفرنسي. إذ نجد أن أصلهما يعود إلى قاعدة عرفية منذ القرون الوسطى مفادها أن الشخص يجب أن يحاكم من طرف قاضيه الذاتي، بوصفه القضاء الطبيعي للوطنيين لحمايتهم، وهذا بقطع النظر عن جنسية الطرف الآخر وموطن الطرفين، ومكان التعاقد أو التنفيذ، وما إذا كانت العلاقة صلة بنظام قانوني آخر أو لا⁴.

¹ _ الصادر بتاريخ: 19/10/1959 من الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية

² _ حكم "Scheffel" الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 30/10/1962، والذي تتلخص وقائعه في أن زوجين ألمانين انفصلا بعد سنوات من الحياة المشتركة في بلدهما الأصلي. انتقل الزوج إلى فرنسا واستقر فيها وبقيت الزوجة مقيمة في ألمانيا، في سنة 1957 تقدم الزوج بدعوى الصلح بدافع الطلاق أمام محكمة سيدان في فرنسا، فدفعت الزوجة بعدم الاختصاص لكن دفعها رفض، وفي غياب الاستئناف، صدر أمر عن قاضي الصلح وحاز قوة الأمر المقضي فيه، رفع الزوج دعوى الطلاق أمام محكمة ميزيار، فدفعت الزوجة من جديد بعدم اختصاص المحاكم الفرنسية، هذا الدفع رفض على مستوى الدرجة الأولى و الاستئناف بسبب أن الأمر الحائز على قوة الشيء المقضي فيه يحدد بصفة قطعية حسب المادة 238 من القانون المدني اختصاص المحاكم الفرنسية، وجاء في حيثيات القرار أن "الصفة الأجنبية ليست سببا لعدم اختصاص القضاء الفرنسي الذي يتحدد اختصاصه الدولي عن طريق تمديد قواعد الاختصاص الاقليمي الداخلي. انظر كمال سمية، المرجع السابق، ص 27، هامش 2.

³ _ حبار محمد، المرجع السابق، ص 191.

⁴ _ زروتي الطيب، إشكالية تنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 324.

ويقول بعض الفقهاء إن حكم المادة 14 إن هو إلا اقتفاء لأثر عرف فرنسي قديم كان يقضي بأنه ليس للأجنبي ولمجرد هذه الصفة أن يتقاضى أمام قضاة الطبيعيين أي قضاة موطنه، فإذا ما وجد بفرنسا أو كان الطرف الآخر فرنسيا، كان لهذا الأخير الحق في جلبه أمام القضاء الفرنسي، ودون أن يكون للأجنبي أن ينتزع الاختصاص من المحاكم الفرنسية لمحكمة موطنه، كما يحق للأجنبي أن يقاضي الفرنسيين أمام المحاكم الفرنسية¹.

وهكذا يظهر أن الأسباب التاريخية المبنية على سوء الظن بالمحاكم الأجنبية، هي التي اعتمد عليها الفقه الفرنسي لتبرير قاعدة اختصاص المحاكم الفرنسية على أساس الجنسية². فالرغبة في توفير الحماية للمواطن الفرنسي من جهة، وعدم ثقة القضاء الفرنسي في قضاء الدول الأخرى من جهة أخرى، هو من أبرز أسباب إقرار المادتين 14، 15 قانون مدني. فهما تهدفان بشكل أساسي إلى حماية الفرنسي سواء كان مدعي أو مدعى عليه، ضد ما قد يثيره اللجوء إلى قضاء أجنبي من مساوئ، وهي كثيرة منها ما هو جغرافي يتمثل في بعض الحالات في بعد المسافة، ومنها ما هو ثقافي ولغوي، وهذا كله قد يشكل عائقا للفرنسي حيث ستكثر عليه التكاليف، كما قد لا يستوعب ما هو متبع من إجراءات في الدولة الأجنبية، مما قد يهدد حقه في محاكمة تضمن له صيانة حقوقه. وهذه كلها أمور لا وجود لها عندما تكون الدعوى مرفوعة أمام المحاكم الفرنسية وهو ما يجعل من دون شك المادتين 14 و 15 تستحق تسمية " امتياز الاختصاص " لكن بالمقابل تستحق أيضا تسمية " قواعد الاختصاص غير المألوفة"³.

كما يجد الاختصاص القضائي الدولي على أساس الجنسية تبريره، في أنه تكريس لحق المواطنين في اللجوء إلى القضاء، ولحق المساواة بين المتقاضين. فمن المنطقي أن يلجأ

¹ _ عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، مرجع سابق، ص34.

² _ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص674 .

³ _ بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 343، 345.

الشخص لقضاء دولته من أجل المطالبة بحقوقه في مواجهة أجنبي، حيث يشكل ذلك مراعاة للمدعي الوطني لأنه يجنبه، رفع دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه الأجنبية ووضعها المتحيز تجاه مواطنيها، ويعفيه من التنقل. كما أن الوطنيين يطلبون دائما العدالة أمام محاكمهم لأن المحاكم في كل الدول الأجنبية لا تمنح الضمانات الكافية و هذا ما يفترض منح الثقة في المحاكم الوطنية و عدم التشكيك فيها ¹.

هذا، و يظهر من الإطلاع على المادتين 14، و15 من القانون المدني الفرنسي، أن المادة 14 تتصف الطرف الفرنسي، أما المادة 15 فتتصف الأجنبي. فحسب المادة 14 فإن هذه المحاكم مفتوحة أمام الفرنسيين كمدعين، بينما تعتبر المادة 15 ممنوحة للأجانب أطراف النزاع مع فرنسيين، مادام أنهم لا يخضعون للمحاكم الفرنسية إلا كمدعى عليهم وفق المادة 14 السابقة. وعليه، فعندما يكون الطرف الفرنسي هو المدعى عليه تجعله المادة 15 يقاضى أمام محاكمه الوطنية حتى و لو لم يكن له موطن في فرنسا².

ففي حالة المادة 14 الجنسية الفرنسية هي التي تعطي الحق للمدعي في أن يرفع دعواه أمام المحاكم الفرنسية ليس فقط ضد أجنبي، وإن كان ذلك هو الأصل، بل حتى ضد فرنسي آخر ليس له موطن بفرنسا أو أن النزاع ليس لديه أي علاقة مع فرنسا، وفق ما تقتضيه قواعد الاختصاص المحلي الداخلية، وهذا حل استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية منذ زمن طويل³.

أما في حالة المادة 15، فإن المحاكم الفرنسية يثبت لها الاختصاص لأن الجنسية الفرنسية هذه المرة يحملها المدعى عليه. إذن في المادة 14 الفرنسي يكون مدعي، بينما في المادة 15 هو مدعى عليه. هذا الترتيب وجد له البعض تبريرا لا يخلو من اللباقة، فواضعو

¹ _ Bernard AUDIT, Op.cit , p 299 . voir aussi Y.LOUSSOUARN· P.BOUREL : Op.cit, p 570 .

² _ Bernard AUDIT , Op.cit, p 299 . voir aussi Y.LOUSSOUARN· P.BOUREL, Op.cit, p 571

³ _ حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1864/12/19. نقلا عن بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 349

هاتين المادتين اهتموا بإنصاف الفرنسي أولاً وإعطائه العدالة، ثم بعد ذلك إنصاف الأجانب وإعطائهم العدالة ضد الفرنسيين¹.

وبالمقابل، فالمادة 15 تجنب الأجانب طلب تنفيذ حكم أجنبي في فرنسا، و إن كانت عبارات النص توحي بأنها تمنح للمدعي الأجنبي الفرصة في مقاضاة خصمه الفرنسي أمام المحاكم الفرنسية، فهي تعبر عن حق للفرنسي في إنكار سلطة الأحكام الأجنبية، فهذا الامتياز للمدعى عليه الفرنسي يعتبر ضرورة للمدعي الأجنبي، عبارة عن تعويض عن الضرر الذي كان سيلحقه جراء عدم إمكان تنفيذ حكم أجنبي ضد فرنسي في فرنسا، و هذا ما جعل القضاء الفرنسي يحوّل المادة 15 إلى حق للمدعى عليه الفرنسي، في أن يحاكم أمام محكمة فرنسية، فلم يكن اختصاص المحاكم الفرنسية مجرد رخصة للمدعي الأجنبي، و لكن التزام إذا أراد الحصول على حكم فعال "قابل للتنفيذ" في فرنسا، و للمدعى عليه الفرنسي الذي يرفض القيام بإجراءات التقاضي أمام محكمة أجنبية، أن يعارض بصفة لاحقة الاعتراف بالحكم الأجنبي الذي صدر مخالفاً للمادة 15².

الفرع الثالث: طبيعة الاختصاص القائم على أساس الجنسية، وشروط تطبيقه.

تختص المحاكم الفرنسية بالدعوى القائمة على أساس تطبيق المادتين 14، و 15 ق. مدني متى كان المدعي أو المدعى عليه، فرنسيا وقت رفع الدعوى، ولا يؤثر التغيير اللاحق للجنسية على الاختصاص القضائي الدولي الذي انعقد للمحاكم الوطنية ابتداءً³. لذا ذهب

¹ _ Henri Battifol et Paul Lagarde, traité de droit international privé, tome1, 8ème, édition, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris. 1993. p. 355.

انظر كذلك بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 349

² _ كمال سمية، المرجع السابق، ص 69، 70.

³ _ حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 170.

القضاء الفرنسي إلى أن التجنس بالجنسية الفرنسية، بعد رفع الدعوى، لا يجعل المحاكم الفرنسية مختصة في نظر تلك الدعوى¹.

ويعتبر توفر الجنسية شرطا كافيا للاختصاص فلا يشترط أي شرط إضافي كوجود موطن الشخص أو إقامته في فرنسا، إذ لا يهم أن يكون موطن كل من المدعي أو المدعى عليه داخل فرنسا أو خارجها، سواء كان الفرنسي أو الأجنبي². كما أن الحكم يسوي من حيث الاختصاص الأشخاص الطبيعيين كما الأشخاص المعنويين، إذ لا يوجد شك أن التمسك بالامتياز القضائي الذي تقره المادتان، لا يقتصر على الأشخاص الطبيعيين، بل يمتد ليشمل أيضا الأشخاص الاعتبارية الفرنسية، باعتبارها تمثل عنصرا فعلا في حياة الدولة الاقتصادية³. و لقد مدّ القضاء الفرنسي الاستفادة من امتياز اللجوء إلى المحاكم الوطنية حتى إلى عديمي الجنسية و اللاجئين⁴.

أما من حيث نوع الدعوى، فمع أن المادتين 14، 15 تناولتا في حكمهما حالة الاختصاص بالمنازعات في " الالتزامات التعاقدية"، إلا أن القضاء عمم هذا الحكم وجعله في الأصل غير مقيد بنوع الدعوى، فهو يشمل الدعاوى غير المالية أي دعاوى الحالة، كدعوى بطلان الزواج ودعوى التطليق والبنوة، كما يشمل الدعاوى المالية، سواء كانت دعوى شخصية أو عينية منقولة، أو مختلطة.

أما الدعوى العينية العقارية فلا تختص بها المحاكم الفرنسية إلا إذا كان العقار واقعا بفرنسا، فإذا كان واقعا في بلد أجنبي لا يدخل في اختصاصها، ولو كان المدعي أو المدعى

¹ _ و مع هذا فقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن المحاكم الفرنسية تصبح مختصة إذا أصبح المدعي، أو المدعى عليه الأجنبي فرنسيا، أي أن هذا الاتجاه يعول على معيار الجنسية قبل النطق بالحكم، وليس وقت رفع الدعوى. انظر عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 227.

² _ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 39 .

³ _ ماهر إبراهيم السداوي، جنسية الخصوم الوطنية كضابط للاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص المصري والفرنسي، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 1978، ص 132. انظر كذلك بعض الأحكام القضائية الفرنسية بخصوص الاعتراف للأشخاص الاعتبارية الفرنسية بحق التمسك بالامتياز القضائي. ص 133، هامش 1.

⁴ _ كمال سمية، المرجع السابق، ص 72.

عليه فرنسيا. كذلك لا تدخل في اختصاص هذه المحاكم المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ المتخذة في الخارج، كالدعوى ببطلان حجز وقع بفرنسا¹. ويرجع سبب استبعاد هذه الدعوى كونها تتصل بسيادة الدولة الأجنبية بحيث يجعل كل قرار صادر من المحاكم الفرنسية دون حجية وبالتالي دون أي فعالية بالنسبة للمدعي².

وهذا الموقف تبنته صراحة محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 27/05/1970، حيث قضت أن: " للمادة 14 من القانون المدني مجال عام يشمل كل المسائل باستثناء الدعوى العينية العقارية، وطلبات القسمة بخصوص عقارات متواجدة بالخارج، وكذا الطلبات الخاصة بطرق التنفيذ الممارسة خارج فرنسا " ³. بعد أن تحدّد الاختصاص النوعي للمحاكم الفرنسية، بناء على الحالات التي تشملها المادتان 14 و 15 من القانون المدني، فإنه يستلزم تبيان اختصاصها المحلي في هذا النوع من الدعاوي.

ابتداء، فإن المشكل لا يطرح عندما يكون للمدعى عليه الفرنسي أو الأجنبي موطن أو محل إقامة بفرنسا، إذ ستطبق هنا القواعد العامة في الاختصاص المحلي الداخلي، لكن في غير هذه الحالة فالحل الذي انتهى إليه القضاء الفرنسي يختلف وفقا لما يلي:
-إذا كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة بفرنسا، هنا سيعطى الاختصاص للمحكمة التي يتواجد بها هذا الموطن أو المحل.

إذا لم يكن لا للمدعي، ولا المدعى عليه، موطن أو محل إقامة بفرنسا، هنا يعطى الاختصاص للمحكمة التي من المقرر أن يتم التنفيذ في دائرة اختصاصها .

¹ _ عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، مرجع سابق، ص29.

² _B . AUDIT, op. cit., p. 301 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, op. cit., p. 555

انظر كذلك حبار محمد المرجع السابق، ص201

³ _« L'article 14 du code civil a une portée générale s'étendant à toute matière à l'exclusion des actions réelles immobilières et des demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger ainsi que des demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France ». Cass, 27/05/1970, cité par, Pierre MAYER, Vincent Heuse ., Droit international Privé, 8° édition, Montchrestien, Delta, paris , 2005 , p.208.

في الحالة التي تنعدم فيها كل الضوابط السابقة¹، فيجب إعطاء المدعي الخيار في رفع دعواه أمام أي محكمة فرنسية شريطة ألا يكون اختياره منطويًا على غش، أو حصل بصفة تعسفية، وهو ما يتحقق إذا كان القصد من اختياره لهذه المحكمة الإضرار بالمدعى عليه في الدعوى .

هذه الحلول تعززت بنص تشريعي هو مرسوم 1981/05/12، الذي أضاف فقرة ثالثة للمادة 42 قانون إجراءات مدنية فرنسي، جاء فيها أنه " إذا لم يكن للمدعى عليه لا موطن ولا محل إقامة معروف، جاز للمدعي اللجوء إلى الجهة القضائية للمكان الذي يتواجد فيه، أو تلك التي يختارها إذا كان متواجدًا بالخارج"² .

كما أوضحت محكمة النقض الفرنسية في اجتهادها المتواتر، أنه يجب ألا يكون من شأن اختيار المدعي لهذه المحكمة الداخلية بفرنسا، المساس بحسن سير العدالة³ . وفي حال افتقار الخلاف إلى أي صلة مع فرنسا، قد تؤدي فكرة حسن سير العدالة إلى تمسك إحدى محاكم باريس باختصاصها، بسبب موقعها الجغرافي المركزي، والقرب من الحدود قد تكون عنصرًا حاسمًا في هذا⁴ .

أما بالنسبة لطبيعة المادتين 14، و 15 من حيث الإلزام، فيتفق الفقه ويتواتر القضاء في أحكامه على اعتبارهما جوازيتان أو اختياريّتان⁵، فهما مادتان تقرران امتيازًا للفرنسي، وهو امتياز يمكن لهذا الأخير تقرير عدم الاستفادة منه وهذا وضع يرتب نتيجتين أساسيتين⁶ .

¹ _ بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 353.

² _ بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 354.

³ _ المساس بحسن سير العدالة معناها أن تكون المحكمة الفرنسية التي اختارها المدعي لعرض دعواه أمامها مؤهلة أكثر من غيرها للفصل في هذه الدعوى. انظر حبار محمد، المرجع السابق، ص 203.

⁴ _ بيار ماير وفانسان هوزيه، المرجع السابق، ص 276.

⁵ _ ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 312.

⁶ _ بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 351.

-**النتيجة الأولى:** أنه يجوز التنازل عن هاتين المادتين من الطرف الذي قرر الامتياز لفائدته، بصفة صريحة، أو ضمنية. فيكون صريحاً إذا تم التنازل، ببند صريح في العقد المبرم بين الطرف الفرنسي و المتعاقد الآخر.¹

و يكون ضمناً، عن طريق اتخاذ موقف يستتج من خلاله تخلي الطرف الفرنسي عن الامتياز المقرر له، و هذا الموقف يظهر من خلال المثل أمام قضاء دولة أجنبية. فعندما يكون هو المدعي بأن يرفع دعواه أمام القضاء الأجنبي.² وعندما يكون هو المدعى عليه، بأن يتم رفع دعوى قضائية ضده أمام جهة قضائية أجنبية، فيحضر أمام هذا القضاء و يدافع عن نفسه، فيستخلص من هذا تنازله عن الامتياز المقرر له، لكن يشترط هنا ألا يكون قد دفع بعدم اختصاص المحكمة الأجنبية، لأن قيامه بذلك يعبر عن رغبته في عدم التنازل عن الامتياز الوارد بالمادة 15، و بالمقابل فعدم اعتراضه يفيد تنازله عن الاختصاص.³

غير أنه من المقرر هنا هو أنه مثل هذا الموقف الصادر من الطرف الفرنسي في مثل هاتين الحالتين، يقوم قرينه على تنازله عن الامتياز المقرر له بنص المادتين 14 و 15 قانون مدني، لكن نبقى هنا بصدد قرينة بسيطة أي قابلة لإثبات عكسها.⁴ و يترتب على ذلك أنه يمكن للفرنسي كمدعي، أن يثبت أن لجوءه أمام القضاء الأجنبي يرجع لاعتقاده أن لخصمه أموالاً يمكن التنفيذ عليها في الدولة الأجنبية، اعتقاد يتضح في النهاية أنه خاطئ.⁵

-**النتيجة الثانية:** أن القاضي لا يمكنه إثارة تطبيق هاتين المادتين من تلقاء نفسه.

و سبب ذلك هو أن الأمر يبقى متوقفاً هنا على إرادة الطرف الذي تم تقرير هذا الامتياز له، فهو الذي يبقى بإمكانه أن يتمسك به، و هو الذي يبقى بإمكانه قانوناً التنازل عنه، مادام

¹ _ حبار محمد، المرجع السابق، ص 203

² _ بن عصمان جمال، المرجع السابق ص 352

³ _ M-L.NIBOYET، G.DE LA PRADELLE، op cit، P 295

⁴ _ حبار محمد، المرجع السابق، ص 204.

⁵ _ بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 352 .

أنه تقرر لحمايته و رعايته¹، فإذا لم يقر الطرف الذي قرر هذا الامتياز له بالتمسك به قانوناً، فإنه لا يكون حينها ما يستدعي اعماله.²

هذا، و إنه من آثار التخلي سواء الصريح أو الضمني، عن الامتياز المقرر للطرف الفرنسي بمقتضى المواد 14 و 15 قانون مدني، أن تصبح المحاكم الفرنسية غير مختصة، مما يقتضي أنه إذا رفع النزاع أمامها فيجب أن تقضي بعدم اختصاصها، لكن هذا ليس بصفة تلقائية، وإنما عن طريق دفع بعدم الاختصاص يقدمه أحد الأطراف، و يكون قبل التطرق للموضوع.³

كما أنه إذا كان التنازل عن الاختصاص بإرادة المدعي وحده كافياً في المادة 14، لأن هذا الاختصاص امتياز مقرر له، فيصح له التنازل عنه، فإن التنازل عن الاختصاص المقرر في المادة 15 لا يتم إلا باتفاق المدعى عليه الفرنسي، والمدعي (الأجنبي أو الفرنسي)، لأن هذا الاختصاص مقرر لصالح الاتنين، فلا تكفي في شأن التنازل عنه إرادة الواحد منهما⁴. هذا وليس للمحكمة خيارات فيما يخص المادتان 14، و15، عندما يتذرع أحد الأطراف الفرنسيين بهما. ولهذا نجد أن محكمة النقض قد نقضت حكم محكمة الاستئناف الذي رفض الاعتراف لنفسها بالصلاحية على أساس المادة 14، بحجة أن الخلاف مرتبط بصلات أوثق مع محكمة أجنبية⁵.

الفرع الرابع: تقدير المادتين 14 و 15 قانون مدني فرنسي:

يسمي الكثير من الشراح الفرنسيين القواعد التي تحملها هاتين المادتين بالقواعد غير المألوفة، كونها تخرج عما هو مألوف ومقرر في مجال الاختصاص المحلي، إذ القاعدة في القانون الفرنسي والكثير من قوانين دول العالم هي أن يكون الاختصاص لمحكمة موطن

¹ _ ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق ص 342.

² _ حبار محمد، المرجع السابق ص 204.

³ _ بن عصمان جمال، المرجع السابق ص 353 انظر كذلك

Y. IOUSSOUARN ET P. BOUREL , op cit, p 371

⁴ _ عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، مرجع سابق، ص 30.

⁵ _ حكم الغرفة المدنية في 18 ديسمبر 1990، انظر بيار ماير وفانسان هوزيه، المرجع السابق، ص 276.

المدعى عليه، في حين أن المادة 14 ق. م. فرنسي تعطي الحق للفرنسي في أن يكلف الأجنبي بالحضور أمام المحاكم الفرنسية، حتى ولو لم يكن هذا الأخير مقيماً بفرنسا. كما أن المادة 15 من ذات القانون تقضي بأن يرفع الأجنبي دعواه ضد فرنسي ولو كان ذلك من أجل التزامات تمت خارج فرنسا¹.

فالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية، المؤسس على المادتين 14 و 15 له طابع احتياطي مقارنة مع القواعد العادية للاختصاص الدولي، حيث قررت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض في قرار لها صادر بتاريخ 19 نوفمبر 1985 أن: "المادة 14 التي تمنح الاختصاص للمحاكم الفرنسية بسبب الجنسية الفرنسية للمدعي لا تطبق إلا إذا لم يتحقق أي معيار اختصاص إقليمي في فرنسا". فبمجرد ما يتوفر ضابط معيار الاختصاص لقاعدة عادية للاختصاص الدولي من المستحيل أن يتم الاستناد إلى المادتين 14 و 15، فقد وضع هذا القرار حدًا لخلاف فقهي حول ما إذا كان من الضروري التمسك بالمادتين 14 و 15 عندما يتحقق الاختصاص الدولي عن طريق أعمال قاعدة عادية للاختصاص، وبالتالي يتم استبعاد تطبيق هاتين المادتين عندما تمنح قاعدة عادية للاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية وعلى العكس إذا لم تكن هناك أية محكمة مختصة، وفقاً لقواعد الاختصاص العادية فيتم إعمال المادتين 14 و 15 من أجل تأسيس الاختصاص².

و بصيغة أخرى فإن مفاعيل المادتين 14، و 15 ق. مدني أنهما تعطيان الصلاحية للسلك القضائي الفرنسي، في حالات لا يكون له فيها صلاحية، إذا طبقت القواعد العادية للصلاحية الدولية، و كان من غير المنطقي الاستعانة بنصوص خصوصية، من حيث أنها تؤسس لامتياز في حين أن القواعد العامة، تكفي لتبرير النتيجة المبتغاة³.

¹ _ بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 346.

² _ كمال سمية، المرجع السابق، ص 74، 75.

³ _ بيار ماير وفانسان هوزيه، المرجع السابق، ص 274، 275.

وعليه فإن الفقه والقضاء الفرنسي، يميزان بين نوعين من قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية من حيث طبيعتها.

أولها قواعد الاختصاص القضائي الدولي العادية، وهي ليست إلا قواعد الاختصاص الداخلي منقولة إلى مجال الاختصاص الدولي، وهذه قواعد إجبارية وبالتالي يجوز فيها للقاضي أن يقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسه، كما يتمتع عن الخصم التنازل عن الاختصاص المقرر بمقتضى هذه القواعد.

ثانيها قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالمعنى الصحيح، وهي القواعد المقررة في المادتين 14، 15 مدني، وتعتبر قواعد اختيارية، فلا يجوز للقاضي أن يقضي بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه، كما يجوز التنازل عنها بإرادة الخصوم.

وإذا كانت المادتين 14 و 15 ثانويتين أو احتياطيتين بالنسبة للأطراف، لكن بالنسبة للمحكمة فلا تعتبر كذلك عندما يتمسك بها الطرف المقررة لمصلحته، فهي تمنح للمدعي أو المدعى عليه الفرنسي امتيازاً يمكن عدم استعماله إذا ما رغب في التقاضي في الخارج، وينتج عن ذلك عدم قابلية تطبيق المادتين بصفة تلقائية من طرف القاضي، بالإضافة إلى أن المدعي قد يرغب في تأسيس الاختصاص على معيار آخر، من أجل تجنب التردد الذي تثيره المحاكم الأجنبية عند طلب تنفيذ الحكم الصادر من المحاكم الفرنسية، والمؤسس على المادة 14 فلا يجب أن يعيق التطبيق التلقائي من طرف القاضي هذه الرغبة.

و بالنسبة للاختصاص غير المباشر، عدم التطبيق التلقائي يقود القاضي الفرنسي المختص بالتنفيذ إلى عدم رفض منح القرارات الأجنبية الصادرة بدون مراعاة المادة 15 عندما يكون المدعى عليه الفرنسي قد أغفل عن إثارة الدفع بعدم اختصاص المحكمة الأجنبية أمام قاضي التنفيذ الفرنسي¹.

¹ _ كمال سمية، المرجع السابق، ص 76.

والاختصاص المبني على أساس الجنسية منتقد، ولقد واجه أول الأمر موجة عارمة من السخط¹، خاصة في حالة جنسية المدعي الذي يمكنه اللجوء إلى محاكم دولته في غياب كل ارتباط للمنازعة معها، فبالرغم من اعتبار هذا حقا طبيعيا، لكنه يعتبر في مواجهة القاعدة العامة والعالمية لاختصاص محكمة موطن المدعى عليه، لهذا فإن هذا الاختصاص غير عادل، لأنه لا يأخذ بعين الاعتبار مصلحة المدعى عليه وإنما يراعي مصلحة المدعي، ليس بسبب أنه طرف ضعيف في العلاقة وإنما بسبب انتمائه السياسي لدولة القاضي، وهذا ما يعتبر تحيز من جانب القضاء لحماية الوطنيين ضد الأجانب بدون أي اعتبار للعدالة.

بل حتى إذا كان الاختصاص مبني على أساس جنسية المدعى عليه، قد لا يحقق مصلحته وإنما قد يضر بها بسبب اضطرابه التثقل لمحكمة دولته التي تبعد عن محكمة موطنه الموجود في الخارج، بالإضافة إلى أن فرضية تقرير الاختصاص لمحكمة دولة المدعى عليه، يوفر للمدعي أجنبيا كان أو وطنيا محكمة يقاضي أمامها المدعى عليه الوطني الذي لا يكون متوطنا في دولته في دعوى قد لا تختص بها أية محكمة أجنبية، تعتبر فرضية نظرية بحتة لا تتحقق إلا في الحالة التي لا يكون للمدعى عليه موطن ولا محل إقامة في أي دولة، وإلا يمنح الاختصاص لمحكمة موطنه أو محل إقامته².

لهذا يذهب البعض إلى القول بأن المادة 15 تفقد كل فائدة لها في أحوال كثيرة، فالأمر لا يخلو من ثلاث فرضيات. الأولى أن يكون الفرنسي مقيما بفرنسا، هنا ستغني القواعد العامة، والتي تقضي باختصاص محكمة موطن المدعى عليه، عن حكم المادة 15. الفرضية الثانية أن يكون للفرنسي أموال بفرنسا ويصدر حكم ضده من قبل قضاء دولة أجنبية، في هذه الحالة من المؤكد أنه لا يمكن تنفيذ هذا الحكم إلا وفقا للشروط والإجراءات المقررة في القانون الفرنسي، وهذا يضمن ويكفل حماية للمواطن الفرنسي .

¹ _ عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، مرجع سابق، ص 36.

² _ كمال سمية، المرجع السابق، ص 78، 79.

أما الفرضية الثالثة فتخص الحالة التي يكون فيها للفرنسي أموال بالخارج، وهنا ستكون المادة 15 عديمة الفائدة إذ من البديهي أن قضاء الدول التي تتواجد فيها تلك الأموال لن يأخذ إطلاقاً بعين الاعتبار الحكم المقرر في المادة 15¹.

ثم إن المشرع الفرنسي وهو يعتمد على الجنسية الفرنسية² وحدها، يكون قد حابي الفرنسيين إزاء الأجانب، وكان من شأن المادة 14 في التشريع الفرنسي، أن اوجد مشرعوا بعض الدول الأجنبية نصاً لرد العدوان المقرر فيها، مثل المشرع الإيطالي الذي أورد مادة في قانون المرافعات القديم، تقضي بأنه تختص المحاكم الإيطالية إذا كانت محاكم دولة الأجنبي تختص في الحالة المماثلة بالدعوى ضد إيطالي.

كذلك فإنه يصعب تنفيذ الأحكام التي تصدرها المحاكم الفرنسية في الخارج بناء على المادتين³. لأنها تتعارض مع مبدأ أساسي في الاختصاص الدولي هو مبدأ القوة و النفاذ، خاصة إذا لم تتعزز جنسية الشخص برابطة مادية أخرى تمثل صلة كافية بين النزاع المطروح و الدولة بما يبرر اختصاصها، و يخول لمحاكمها سلطة فعلية تسمح بكفالة آثار الحكم الصادر عنها، كوجود موطن الشخص بها، أو تكون له أموال فيها.⁴

وعلى العموم فإن موجة السخط على المادتين 14، 15 ق. مدني التي سادت مدة طويلة⁵، قد تحولت إلى موجة رضاء، يدفعها إلى الأمام الفقهاء الفرنسيون المعاصرون⁶، كما

¹ _انظر بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 348.

² _من عيوب امتياز الجنسية في الاختصاص القضائي أنه معيار شخصي وغير مبني على طبيعة المنازعة ونوعها. انظر زروتي الطيب، إشكالية تنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 327.

³ _عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، مرجع سابق، ص 36.

⁴ _عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 422. و هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص 17، 18.

⁵ _لقد كانت محل انتقاد العديد من الفقهاء نذكر منهم "Ripert"، الذي يشبه الفرنسيين وهم يتمسكون بالمادة 14، بالشعب غير المتمدن، وكذلك " Rigaud " الذي يقول في مقاله أن حكم المادتين 14، و15 بمثابة المهزلة القانونية scandale juridique، ولقد أشار إلى هذا عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، مرجع سابق، ص 36. كما انتقده كذلك " B.AUDIT " انظر مرجعه السابق، ص 300.

⁶ _Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, op. cit , p. 640. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, op. cit., p. 353 .

أن بعضا من الذين أشبعوها نقدا عادوا فأيدوا حكمها¹، وهذا لمجموعة من الاعتبارات نذكر منها أن تحديد الاختصاص القضائي الدولي لا يتوقف على الاعتبارات القانونية وحدها، وإنما يتأثر بالعوامل السياسية ويخضع لمبدأ الملاءمة، و مادام النظام الدولي لا يكفل للأفراد أداء العدالة بواسطة محاكم أخرى غير محاكم بلدانهم، فيكون لزاما على الدولة كفالة حماية وطنيها بواسطة محاكمها²، حتى يلجؤون إليها إذا أعوزهم القضاء الذي يلجؤون إليه خارج بلادهم³.

المطلب الثاني: ضابط الجنسية لعقد الاختصاص القضائي الدولي في التشريعات المقارنة، و التشريع الجزائري.

لقد كان الحديث طويلا عن ضابط جنسية الخصوم الوطنية لعقد الاختصاص القضائي الدولي في التشريع الفرنسي، وهذا ليس بالمستغرب لأن فهم أي نظرية قانونية يوجب الرجوع إلى أصلها، وإن القضاء الفرنسي كان أصل هذه النظرية.

وعليه سنتطرق إلى موقف التشريع الجزائري، لنرى مدى تأثرنا بالتشريع الفرنسي، وهل كانت للجزائر خصوصيات بالنسبة لهذا الضابط وإعماله، كما سنذهب للتشريع المصري لنرى هل أضاف فقهه شيئا ما لهذه النظرية، ونقف على موقف بعض التشريعات المقارنة التي أيدت الأخذ بهذا الضابط، وهذا من خلال ثلاثة فروع متتالية. الفرع الأول لموقف التشريع الجزائري، و الثاني لموقف التشريع المصري، والثالث للتشريعات المقارنة الأخرى.

الفرع الأول: ضابط الجنسية لعقد الاختصاص القضائي الدولي في التشريع الجزائري.

لقد نظم المشرع الجزائري الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية، من خلال المادتين 10 و 11 من قانون الإجراءات المدنية لعام 1966، واحتفظ بالمادتين بمضمونهما

¹ _ عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، مرجع سابق، ص 37.

² _ زروتي الطيب، إشكالية تنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 327.

³ _ عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، مرجع سابق، ص 37.

وبنفس الصياغة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد لسنة 2008¹، وبترقيم جديد هو 41، 42².

فالمادتان فحواهما جلب الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية، إذا كان أحد أطراف الدعوى سواء المدعي أو المدعى عليه جزائريا، وهذا بشأن الالتزامات التعاقدية. وهنا نتساءل هل معنى هذا أن القضاء الجزائري لا يفصل في منازعات الأجانب البحتة التي لا يكون من بين أطرافها أحد جزائري (أولا)، ثم ما هي طبيعة هذا الاختصاص القضائي القائم على الجنسية الوطنية، وكيف يتم إعماله (ثانيا)، وكيف يتم تقدير المادتين من حيث إيجابياتهما وسلبياتهما (ثالثا).

أولا: موقف التشريع الجزائري من الاختصاص القضائي بمنازعات الأجانب.

إن المشرع الجزائري سكت كلية عن بيان القواعد العامة التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية، في قانون الإجراءات المدنية القديم لسنة 1966، واكتفى بوضع أحكام محدودة لتحديد ذات الاختصاص، بإيراد المادتين 10 و 11، وهو للأسف نفس ما اتبعه في القانون الجديد للإجراءات المدنية والإدارية لعام 2008، بتكراره للمادتين السابقتين في المادتين 41 و 42 فقط.

وهذا المسلك منتقد وفق بعض الفقه³، لأنه إذا كان القانون السابق قد وضع في ظروف انتقالية اقتضت إصداره، فإنه كان أمام المشرع الوقت الكافي ليتولى تنظيم قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، في القانون الجديد، خاصة بدخول الجزائر زمن العولمة،

¹ _ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 66/154 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² _ بخلاف الوضع في قانون الإجراءات المدنية القديم لسنة 1966، فإن المشرع في القانون الجديد خصص للمادتين 41 و 42 قسما خاصا جاء تحت عنوان " في الدعاوى المرفوعة ضد أو من الأجانب " وهو عنوان يحترم الترتيب المقرر في هذا القسم حيث أن المادة 41 تعالج حالة الجزائري المدعي، أي أن الدعوى المرفوعة هي ضد أجنبي، في حين تتناول المادة 42 الحالة التي يكون فيها الجزائري مدعى عليه، أي أن الدعوى مرفوعة من قبل أجنبي.

³ _ حبار محمد، المرجع السابق، ص 187.

واتساع نطاق المعاملات مع الأجانب في الجزائر، خاصة في الميدان الاقتصادي، والاستثمار¹.

ونظرا لخلو التشريع الجزائري من أحكام قانونية تتعلق بالاختصاص القضائي الدولي بشأن المنازعات بين الأجانب، فإننا سنبحث عن الحل الذي اتبعه القضاء في هذا الشأن. وفي هذا نجد حكيمين قضائيين شهيرين.

الحكم الأول لمحكمة استئناف الجزائر العاصمة بتاريخ 19/01/1966، الذي قرر أن " إمكانية رفع دعوى أمام القضاء الجزائري تعتبر مسألة لصيقة بقانون الشعوب (أي القانون الدولي العام) وأنها لا تعتبر حقا مدنيا مقصورا على الجزائريين وحدهم"². وليرتب على ذلك أنه " لا يوجد بالقانون الجزائري، أي نص قانوني يمنع الأجانب من عرض دعواهم أمام القضاء الجزائري، إما بصفتهم مدعين فيها، أو بصفتهم مدعى عليهم، وأن كون طرفي الدعوى معا من الأجانب لا يعتبر سببا لعدم الاختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية".

و يلاحظ من حيثيات هذا الحكم أن ما كان سببا في رفض الاختصاص أمام القضاء الفرنسي، يكاد يكون هو نفسه السبب الذي جعل القضاء الجزائري يقبل الاختصاص في دعاوى الأجانب، فلقد تم التذرع في فرنسا بغياب النصوص ليتم تقرير عدم الاختصاص بمفهوم المخالفة .

في حين كان موقف القضاء الجزائري مختلفا تماما، حيث اعتبر أن الأصل هو حق الأجانب في الالتجاء إلى القضاء، فإذا أراد المشرع أن يخالف هذا الأصل ويمنعه فما عليه إلا أن يضع نصا يقضي بالمنع. وبعبارة أدق، فإنه مادام ليس هناك نص في القانون الجزائري يمنع الأجانب من اللجوء إلى القضاء فإن المبدأ يبقى هو اختصاص المحاكم الجزائرية في نظر دعاوى الأجانب .

¹ _ حبار محمد، المرجع السابق، ص 187، 188.

² _ محند إسعاد، المرجع السابق، ص 21. انظر كذلك

ولقد كان أيضا من تبريرات الموقف القديم للقضاء الفرنسي اعتبار اللجوء إلى القضاء أحد الحقوق المدنية التي تثبت للمواطنين فقط، وهو التبرير التي رأت محكمة استئناف العاصمة عكسه تماما، حيث قرنت حق اللجوء إلى القضاء بقانون الشعوب، وهي بدون شك كانت تقصد بهذه العبارة الحقوق التي تثبت لكل إنسان مهما كانت جنسيته، مستبعدة في نفس الوقت، وبعبارة صريحة، أن يكون حق اللجوء إلى القضاء من الحقوق المدنية¹.

أما الحكم الثاني فقد صدر من محكمة قسنطينة بتاريخ 1972/04/20، الذي أكد بدوره على أن: "جهات القضاء الجزائري (تبقى) مختصة بالفصل في الدعاوى المعروضة أمامها ضد الأجانب متى كان للمدعى عليه (الأجنبي) موطن أو محل إقامة بالجزائر". ورتب على ذلك أنه "مادام الثابت من عناصر الملف أن للمدعى عليه (الأجنبي) موطن بالجزائر باعتباره يمارس فيها وظيفة طبيب لمدة تزيد عن ثلاث سنوات سابقة على تاريخ قيد الدعوى ضده (من طرف مدعي أجنبي)، فإن ذلك يعتبر عنصرا إقليميا كافيا يسمح للمحكمة التي تم عرض الدعوى أمامها بالتصريح باختصاصها القضائي (الدولي) بالفصل في هذا النزاع المعروض أمامها".

غير أنه أمام خلو القانون الجزائري من كل حكم ينظم هذه المسألة، فالقضاء الجزائري كان يسد هذا النقص التشريعي باللجوء لاستخلاص هذه الأحكام القانونية من القواعد الإجرائية الواردة بالمادة 8 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، وحاليا يعمل بتمديد أحكام المادة 37 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008².

¹ _ بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 379.

² _ حبار محمد، المرجع السابق، ص 192.

ثانيا : طبيعة الاختصاص القضائي القائم على الجنسية الوطنية، وكيف يتم إعماله.

بالرجوع للمادتين 41، 42، من ق.إ.م.إ، نجد أن المادة 41 تنص على ما يلي " : يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقدها عليها في الجزائر مع جزائري. كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".

أما المادة 42 فتتضمن على أنه " يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".

ما يلاحظ أن هاتين المادتين ما هما سوى نقل حرفي لمضمون المادتين 14 و 15

قانون مدني فرنسي، مع تغيير كلمة " فرنسي " بـ " جزائري " و " فرنسا " بـ " الجزائر ". أن المادتين قديمتين في التشريع الفرنسي، إلا أن المشرع الجزائري وبالرغم من حداثة تعديله لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فلم يراع الأحكام الجديدة والتطبيقات القضائية التي انتهى إليها القضاء الفرنسي بخصوص تفسيره للمادتين و خاصة فيما يخص الدعاوى المشمولة، حيث ما زال يقصر الامتياز الوارد بالمادتين 41 و 42 على الالتزامات التعاقدية، رغم أنه يشمل في فرنسا كأصل عام جميع الدعاوى، باستثناء الدعاوى العينية العقارية . بخلاف التشريع الفرنسي حيث موضع المادتين 14 و 15 هو القانون المدني، ففي القانون الجزائري المادتان 41 و 42 هي من المواد الإجرائية حيث نجد موضعها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في الفصل الخاص بالاختصاص الإقليمي .

ويلاحظ أنه وبخلاف ما كان عليه الوضع في قانون الإجراءات المدنية القديم، فالمشرع في القانون الجديد خصص للمادتين 41 و 42 قسما خاصا جاء تحت عنوان " في الدعاوى المرفوعة ضد أو من الأجانب " وهو عنوان يبدو أنه احترم الترتيب المقرر في هذا القسم حيث

أن المادة 41 تعالج حالة الجزائري المدعي، أي أن الدعوى المرفوعة هي ضد أجنبي، في حين تتناول المادة 42 الحالة التي يكون فيها الجزائري مدعى عليه، أي أن الدعوى مرفوعة من قبل أجنبي¹.

إن هذين المادتين تمنحان المتقاضى الجزائري، سواء كان مدعيا أو مدعى عليه، امتياز رفع قضيته أمام محكمة جزائرية، أو تكليفه بالحضور أمامها مهما كان المكان الذي تم فيه التعاقد على الالتزام، ومهما كان الربط الذي يمكن أن يقود إليه تطبيق القواعد العادية، وفيما عدا بعض حالات الاختصاص الانفرادي، كما هي الحال في المواد العقارية، وطرق التنفيذ². فالمادتان تتصان على إعطاء الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية للفصل في الدعوى القضائية التي يكون أحد طرفيها سواء المدعي أو المدعى عليه يحمل الجنسية الجزائرية، بغض النظر عن موطنه أو محل إقامته، و بغض النظر عما إذا كان لهذا النزاع صلة بالجزائر من عدمه، ولا يهم كذلك إذا كان لخصمه في الدعوى موطن أو محل إقامة بالجزائر، ومن باب أولى حتى في حالة ما إذا كان الطرفان جزائريين وليس لهما موطن في الجزائر، فيبقى القضاء الجزائري مختصا خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، وهذا لكفالة تطبيق قانون الأسرة الجزائري³.

¹ بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 363، 364.

² موحند إسعاد، المرجع السابق، ص 31.

³ فقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن القضاء الجزائري يبقى مختصا بالفصل في مثل هذا النزاع، متى كان طرفا الدعوى يحملان الجنسية الجزائرية، وحتى ولو لم يكن لهما معا أو لم يكن لأي منهما لا موطن ولا محل إقامة بالجزائر، شريطة توافر الجنسية الجزائرية فيهما وقت رفع الدعوى. انظر حبار محمد، المرجع السابق، ص 196، 197. ولقد صدرت أحكام قضائية في هذا الشأن نذكر منها القرار الصادر عن المحكمة العليا غ. أ. ش، ملف رقم 91144 بتاريخ 23 / 06 / 1993. و تتلخص وقائعه في أن الزوجين مهاجرين في فرنسا، إلا أن الزوج رفع دعواه أمام القضاء الجزائري محكمة عنابة، ودفعت الزوجة بعدم اختصاصها استنادا للمادة 8 من ق. إ. م لسنة 1966، السائد آنذاك، والمادة 36 مدني على اعتبار أن موطن الزوجية موجود في الخارج، كما تمسك الزوج باختصاص القضاء الجزائري عملا بالمادتين 11، التي تقابل المادة 41، من ق. إ. م والمادة 10 مدني. أصدرت محكمة الدرجة الأولى حكمها في 21/03/1989 رافضة الدفع الخاص بعدم الاختصاص وفصلت في الموضوع، وهو ما أيدته المحكمة العليا بقولها: " ولما كان من الثابت في قضية الحال أن طرفي النزاع يقيمان في بلد أجنبي، فإنه لا يمكن التخلي والامتناع على الفصل في النزاع القائم بين جزائريين لصالح قضاء أجنبي، وأن بإجابة قضاء الموضوع على الدفع المتعلق بعدم الاختصاص القضاء الجزائري، يكونوا قد أعطوا تعليلا كافيا

وبما أن المادتين 41 و 42 ما هما إلا نقل حرفي للمادتين 14 و 15 ق م فرنسي، فإن ما قيل عند تحليل هاتين المادتين سينطبق على المواد الجزائرية. ولهذا فيكفي توافر الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى حتى تختص المحاكم الجزائرية، حتى ولو كان الخصم أجنبيا وقت نشوء الحق المتنازع فيه . كما لا يؤثر على اختصاص النظام القضائي الجزائري تغيير الجنسية اللاحق على رفع الدعوى¹. هذا ويستوي أن يكون الطرف الجزائري في الدعوى، شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا²، على أساس أن الاختصاص عام من حيث الأشخاص، وذلك لأن نص المادتين 41 و 42 ورد صريحا وواضحا دون اشتراط أي شرط أو أي قيد، وعند إيراد مصطلح "الجزائري" فإن نية المشرع انصرفت إلى الجزائري بصفة عامة باعتباره مخاطبا بأحكام القانون والذي يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا³.

هذا وإنه في الحالة التي تعقد فيها القواعد العادية الاختصاص للمحاكم الجزائرية، فإن الطرف الجزائري لا يمكنه الاستناد على نص المادتين 41 و 42 ق م إ، اللتان تقرران امتيازاه، ذلك انه من غير المنطقي اللجوء إلى نصوص خاصة، بينما النصوص العامة كافية للوصول إلى نفس النتيجة⁴. فهاتين المادتين لهما دور احتياطي فقط بالمقارنة مع قواعد الاختصاص العادية وهي قواعد الاختصاص المحلي التي تم تمديدها إلى المجال الدولي التي هي الأصل.

و إن التفسير الحرفي للمادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري يحصر مجال تطبيقهما على الالتزامات التعاقدية . وهو الأمر الذي يعطل الفائدة

لقرارهم. مما يستوجب رفض الطعن. انظر زروتي الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، مرجع سابق، ص من 85 حتى 91.

¹ _ISSAD Mohanad, op.cit., tome2, p. 33.

انظر كذلك أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 39.

² _ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 39. و موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 34.

³ _ كمال سمية، المرجع السابق، ص 71، 72.

⁴ _ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 34.

المرجوة منهما، فإن هما وجدا أساسا من أجل حماية المواطن فلا شك أن هذه الحماية ستكون ناقصة إذا اقتصر على الالتزامات المالية العقدية دون المسائل الأخرى، كما وأن الاختصاص المقرر في هذه المواد مبني على الجنسية، وليس على طبيعة النزاع فقصره بالتالي على الالتزامات العقدية دون غيرها ليس له ما يبرره¹.

ولهذا فإن القضاء الجزائري يميل بدوره إلى التوسع وعدم الوقوف عند التفسير الحرفي، وخاصة في مواد الأحوال الشخصية². وهذا لأن التصريح بعدم الاختصاص الوطني يعني صرف الجزائريين المهاجرين للتقاضي أمام محاكم أجنبية سوف تطبق قوانينها المحلية عليهم في مسائل الأسرة وهي قوانين غالبا غير إسلامية ومخالفة للقوانين الجزائرية³. ولا يستثنى من هذا التطبيق إلا الدعوى العينية العقارية المتعلقة بعقارات تقع في الخارج، والدعاوى المتعلقة بطرق التنفيذ الممارسة في البلدان الأجنبية، بسبب ارتباط موضوعهما بسيادة الدولة و لأن الحكم الصادر في موضوعهما لن يجد قابلية للتنفيذ بالخارج⁴.

وعليه سيثمل الامتياز الوارد بالمادتين، على جميع الدعاوى التي يكون المدعي أو المدعى عليه الجزائري طرفا فيها، سواء كانت دعاوى أحوال شخصية أو أحوال عينية . في مواد الأحوال الشخصية كدعوى بطلان الزواج أو التطليق أو نفقة زوجية أو نفقة مطلقة أو ثبوت النسب. وفي دعاوى الأحوال العينية مدنية أو تجارية سواء كانت الدعوى شخصية أو عينية أو مختلطة حتى ولو كان مصدر الالتزام أو محل تنفيذه أو موقع المال خارج الجزائر. ومنها الدعوى التي يرفعها مستأجر العقار على المؤجر بتسليم العقار المؤجر، و الدعوى التي

¹ _شبوور نورية، المرجع السابق، ص 175، 176.

² _ISSAD Mohanad, op.cit , tome2, p 34

انظر كذلك أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 39.

³ _ زروتي الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، مرجع سابق، ص 71.

⁴ __ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 41. و موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 36.

يرفعها المؤجر على المستأجر طالبا سداد أجرة العقار، و الدعوى التي يرفعها بائع العقار طالبا سداد الثمن لأنها تعتبر دعوى شخصية منقولة¹.

هذا وقد اقترنت المادتين 41 و 42 ق إ م إ بعبارة " يجوز ". وهو ما يترتب عليه اعتبارهما جوازيتين، و غير متعلقتين بالنظام العام حيث يجوز الاتفاق على مخالفتها بسبب أنهما تمنحان للطرف الجزائري امتيازاً إن شاء استعمله وإن شاء تنازل عنه²، وتكون طريقة التنازل وشروطه بنفس الطريقة التي بينها في موقف القضاء الفرنسي من هذه المسألة. و هكذا يظهر أن ضابط جنسية الخصوم الوطنية لم يثر أي لخبطة فقهية أو قضائية في الجزائر، مثلما فعل مع نظيره في فرنسا، وهذا يعود لأن الفقه والقضاء الجزائري أخذ بالرأي الغالب حول طبيعة هذا الامتياز وشروط تطبيقه في فرنسا، ولهذا كانت نظرتنا موجزة حول موقف التشريع الجزائري.

ويقول بعض الفقه الجزائري إن فكرة الامتياز بالذات تثير الاستغراب، في مجال يرتكز فيه عادة توزيع الاختصاصات على مجرد الملاءمة العملية، وهو الاعتبار الذي أدى إلى اعتماد موطن المدعى عليه بمثابة القانون المشترك المقبول في كل مكان³.

ولن نطرح هنا التساؤل حول ما إذا كان يجب إلغاء هاتين المادتين أم الإبقاء عليهما في القانون الجزائري لأن ذلك لن يفيد في شيء على اعتبار أن المشرع الجزائري مصرّ كما يبدو على الإبقاء عليهما، يشهد على ذلك الاحتفاظ بهما في قانون الإجراءات المدنية الجديد. لكن ما نطرحه من تساؤل هو عن جدوى وجود هاتين المادتين وهل فعلا هي في صالح المواطن الجزائري؟

¹ _ كمال سمية، المرجع السابق، ص 71، 72.

² _ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 37. و كمال سمية، المرجع السابق، ص 74، و حبار محمد، المرجع السابق، ص 203.

³ _ موحند إسعاد، المرجع السابق، ص 33.

ثالثا : تقدير الاختصاص القضائي المبني على الجنسية في التشريع الجزائري.

الحقيقة أن وجود مواد تقرر اختصاص المحاكم الجزائرية لمجرد أن أحد الأطراف جزائري قد لا يفيد في بعض الأحوال، وقد يفيد في أحوال أخرى . فهو غير مفيد في الحالة التي لا يمكن فيها تنفيذ الحكم الصادر من المحاكم الجزائرية لعدم تواجد الأجنبي في الجزائر، وعدم وجود أي أموال بها يمكن التنفيذ عليها، و غير مفيد في الحالة التي يراد فيها تنفيذ حكم في الخارج صدر من محكمة جزائرية ثبت اختصاصها على أساس المادة 41 أو 42 ، إذ حظوظ قبول تنفيذ هذا الحكم ستكون ضئيلة جدا، خاصة إذا كان قضاء الدولة المراد تنفيذ الحكم بها مختصا هو أيضا في نظر النزاع .

ثم إنه يجب ألا ننسى ما قد يترتب مثل هذا الحل من مصاعب للمدعى عليه الذي يتواجد خارج الجزائر ويكلف من قبل جزائري بالحضور أمام المحاكم الجزائرية¹ . إذ أن هذا الامتياز قد يساعد كثيرا على التحايل في هذا الشأن، وهو ما يطرح نفسه بشدة أمام المحاكم الجزائرية، دون أن تلفت هيئات القضاء. فالواقع أن عددا من المتزوجين القاطنين بالخارج، يفضلون رفع دعواهم أمام القضاء الجزائري، في حالة الطلاق على وجه الخصوص. إذ غالبا ما يعتمد الزوج الجزائري إلى رفع دعوى الطلاق أمام المحاكم الجزائرية بعد أن يوكل محامي جزائري ويتخذ من مكتبه موطنا مختارا له، وذلك لعلمه أنه سيحصل على الطلاق بإجراءات سهلة وتكاليف منخفضة، (سفرة سريعة بالطائرة)، لكن في مقابل مشقة وصعوبات للزوجة التي قد تجد نفسها أمام قضاء دولة لم تطأها قدماها أبدا، فتكون النتيجة إما حكم غيابي، وإما أن يكون في حضور الزوجة مع ما يخلف ذلك من مشقة ومتاعب ليكون الحكم دائما وبدون شك هو الطلاق² .

¹ _ بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 365.

² _ ويفضل الأستاذ موحد إسعاد في هذه الحالة الخاصة ان يكلف المدعي المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة التي تنطوي على أقل قسط من المزعجات بالنسبة لهذا الاخير، كبلده الأصلي، ولهذا يجب ممارسة رقابة شديدة على اختصاص المحكمة لتلافي هذه الاختيارات التعسفية. انظر موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 37 . و كذلك مرجعه بالفرنسية.

لكن الأمور ستختلف لو نظرنا من زاوية أخرى خاصة من خلال مسألة التنفيذ، فالمادة 41 قد تسمح للجزائري المدعي بأن يتجنب إجراءات تنفيذ الحكم الأجنبي في الفرضية التي يكون فيها المدعي خارج الجزائر لكن لديه أموال بها . فلو اتبع الجزائري قاعدة موطن المدعي عليه وخاصم خصمه أمام محاكم موطنه وصدر حكم، فإنه تبقى له المرحلة الثانية وهي الأهم والمتمثلة في تنفيذ ذلك الحكم، وطالما أن الأموال في الجزائر فإنه سيطلب التنفيذ فيها، وبما أن الحكم صادر من قضاء أجنبي فإن الأمر لن يكون بهذه السهولة إذ عليه أن يرفع براءة دعوى يطالب فيها مهر الحكم بالصيغة التنفيذية، وهذه كلها تعقيدات يمكن تلافيها وتجنبها لو تم رفع الدعوى مباشرة أمام المحاكم الجزائرية.

وإذا كان ما سبق يشير إلى مصلحة الجزائري الذي يكون هو المدعي، فإن المادة 42 قد تعمل لمصلحة المدعي الأجنبي، وذلك في الحالة التي يكون فيها الجزائري متوطنا في الخارج ولديه أموال بالجزائر، لا شك أنه سيكون من مصلحة المدعي الأجنبي اللجوء إلى المحاكم الجزائرية كونه سيصدر حكما قابلا للتنفيذ دون أي إجراءات أو شروط . يلاحظ إذن من الأمثلة السابقة أنه إذا كانت المادة 41 ق. مدني هي في مصلحة الجزائري، فإنه لا يمكن إنكار أن المادة 42 من نفس القانون قد تحقق في المقابل مصلحة الأجنبي¹.

كما أنه في حالة كون الطرفين جزائريان ومهاجران في الخارج، ولهما موطن فيه، خاصة إذا كانت إقامتهما به مؤقتة، وطرحت منازعات في أحوالهما الشخصية، فمن الأجدر هنا تطبيق المادتين 41، و42، وإقرار اختصاص القاضي الجزائري، وهذا من أجل كفاءة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عليهم، بدلا من أن تطبق عليهم قوانين مسيحية مثلا . وعليه لا يجوز الحكم بعدم اختصاص القضاء الجزائري في منازعة أطرافها جزائريون، خصوصا إذا كان محل تنفيذ الحكم هو الجزائر، وهذا استنادا على المادتين 41، و42، على أساس امتياز

¹ _ بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 366.

الجنسية الجزائرية، باعتبار أن اختصاص القضاء الوطني في مسائل الأسرة يشكل امتيازاً للجزائريين ولو كانوا مقيمين بالخارج.

ونستشهد مثلاً بالقرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 27/10/1992، حيث كان المتخصصان جزائري وجزائرية، يقيمان بالخارج، ففضى قضاة مجلس الحروش بعدم الاختصاص المحلي، معتبرين بأن موطن الطرفين يوجد بفرنسا، فقضت المحكمة العليا: " بأنه لما ثبت في قضية الحال أن المتخصصان جزائري وجزائرية، يقيمان مؤقتاً ببلد أجنبي، وطلباً التقاضي أمام محكمة جزائرية، فإن قضاة الموضوع عندما قضاوا بعدم الاختصاص المحلي، فإنهم بذلك قد دفعوا الطرفين للتقاضي أمام القضاء الأجنبي وأن المسألة تتعلق بسيادة القانون الوطني، مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المطعون فيه¹.

وهكذا نخلص أنه بالرغم من الانتقادات الشديدة الموجهة للمادتين، إلا أنه في أحوال عديدة تكونا مفيدتين للطرف الجزائري، وخاصة من الاطلاع على بعض الأحكام في الأحوال الشخصية، والتي كان معيار امتياز الجنسية هو سبب الربط الوحيد بالإقليم الجزائري، والذي أدى باختصاص المحاكم الجزائرية، ومن ثمة جلب الاختصاص القضائي للاختصاص التشريعي وبالتالي تطبيق قانون الأسرة الجزائري، المستمد من الشريعة الإسلامية، وفي هذا ضمان ان تبقى القيم الجزائرية المستمدة من الهوية الإسلامية تتبع الجزائريين ولو في الخارج، (خاصة أن المهاجرين الجزائريين لا تنقطع صلتهم بالجزائر فكثيراً ما يعودون إليها من أجل الاستقرار النهائي).

فانا أرى هنا أن استمرار الجنسية الجزائرية هو استمرار للهوية الجزائرية، وهذا ما يكفله هذا الامتياز، ولهذا أؤيد موقف المشرع الجزائري الذي أبقى على معيار الجنسية في الاختصاص القضائي الدولي، خاصة أنه يمكن التخفيف من عيوبه عن طريق عدم اللجوء إليه

¹ _ القرار الصادر عن المحكمة العليا غ. أ. ش، ملف رقم 86305 بتاريخ 27/10/1992، انظر التعليق على هذا القرار وتفصيلاته زروتي الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقاً عليه، مرجع سابق، ص من 67 حتى 73.

إلا كوسيلة استثنائية عندما تنعدم وسائل الربط لاختصاص المحاكم الجزائرية المستمدة من الأسس الإقليمية، وهي قواعد الاختصاص المحلي الداخلية التي تم تعميمها على المجال الدولي، كما إن إمكانية التنازل عن الامتياز من الأطراف المقرر لمصلحتهم من شأنه إعادة التوازن لهذا المعيار كذلك.

الفرع الثاني: ضابط الجنسية لعقد الاختصاص القضائي الدولي في التشريع المصري.

تنص المادة 28 من قانون المرافعات المصري الحالي لعام 1968 على أنه: " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج . وعليه فهل اكتفى المشرع المصري بضابط جنسية المدعى عليه لوحدها لجلب الاختصاص القضائي للمحاكم المصرية، أم اعتد كذلك بجنسية المدعي، وما هي طبيعة هذا الاختصاص، وكيف يتم تطبيق وإعمال المادة 28 السابقة، وماهي الانتقادات الموجهة لها.

أولاً: موقف التشريع المصري من ضابط الجنسية لعقد الاختصاص القضائي الدولي.

الواقع أن هذا النص ليس بالجديد في القانون المصري، فقد كانت المادة 13 من القانون المدني المختلط، تنص أنه " يجوز إقامة الدعوى على كل من كان من رعايا الحكومة المحلية (أي الحكومة المصرية) أمام محاكم البلد بسبب الالتزامات التي عقدها ولو في الخارج." وقد نقل حكم المادة 13 إلى المادة 21 من مشروع القانون المدني بعد تعديل صياغتها على النحو التالي: " أي مصري تجوز مقاضاته أمام محاكم البلاد بسبب ما ترتب في ذمته من التزامات حتى ما نشأ منها في الخارج". إلا أنه مع هذا فقد جاء القانون المدني

المصري، وكذلك قانون المرافعات القديم لسنة 1949، خالياً من النص على هذا الاختصاص المبني على ضابط جنسية المدعى عليه¹.

وقد أثار هذا الصمت التشريعي حينها باب الاختلاف بين الفقهاء، فذهب فريق أول إلى عقد الاختصاص للمحاكم المصرية متى كان المدعى عليه مصري الجنسية²، وسندهم في هذا أن المادة 13 من القانون المدني المختلط كانت تأخذ بهذا، ومن جهة أخرى فعدم النص على هذا الاختصاص، لا يعني هجر المشرع له أو عدم التعويل عليه، غاية ما في الأمر أن المشرع رأى أن جواز اختصاص الشخص أمام محاكم دولته من الأمور المسلمة التي لا يحتاج تقريرها إلى نص خاص³.

وعلى النقيض من هذا، ذهب فريق ثانٍ⁴ هو إلى الصواب أقرب، إلى أن عدم النص على هذا الضابط، إنما يقطع بهجر المشرع له، إذ قدر رابطاً في ذلك بين قواعد الاختصاص وكفالة آثار الحكم الصادر من المحاكم المصرية، أن ضابط الجنسية وحده لا يصلح بذاته لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، متى لم تتوافر بجواره رابطة مادية تربط الفرد بإقليم الدولة، مثل محل إقامته أو وجود أمواله بها⁵.

وهكذا فإنه خلافاً لما قرره المادة 14 من القانون المدني الفرنسي، من أنه يجوز للفرنسي اختصاص الأجنبي أمام المحاكم الفرنسية، في الحالات السابقة، فإن الجنسية المصرية

¹ _ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، (الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 36، و هشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 21.

² _ هو رأي عز الدين عبد الله، وجابر جاد عبد الرحمان، نقلاً عن عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 431، هامش 1. انظر كذلك في تأييد هذا الرأي، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 636. وأحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1042.

³ _ سامي بديع منصور، وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت لبنان، بدون سنة. ص 449. و انظر كذلك عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 430، 431.

⁴ _ هو رأي فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، ويؤيده عكاشة محمد عبد العال، انظر كتابه في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 431.

⁵ _ فؤاد عبد المنعم رياض، و سامية راشد، المرجع السابق، ص 473.

للمدعي لا تعتبر مبررا لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، إلا في حالات استثنائية، ولكنها لا تكفي بذاتها مبررا لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية¹.

ولعل المشرع المصري استفاد في هذا الشأن من النقد الموجه للتشريع الفرنسي، وأراد أن يجاري النزعة السائدة في الفقه الحديث²، حملا على أن الأصل هو واجب الدولة أداء العدالة على إقليمها، للمحافظة على السلامة العامة فيه، وليس أداء العدالة لوطنيتها، ولهذا لا تختص المحاكم المصرية بالدعوى التي يرفعها وطني على أجنبي ليس له موطن أو سكن في مصر، بشأن أموال موجودة بالخارج، أو التزام مصدره عقد أبرم أو اشترط تنفيذه بالخارج، لان الدعوى في هذه الحالة ليس لها علاقة بالدولة أو بإقليمها، ماعدا صلة المدعي بالدولة المتمثلة في الجنسية، ومتى كان المدعى عليه أولى بالرعاية من المدعي، الأمر الذي تقتضيه اعتبارات العدالة، وحاجة المعاملات الدولية، كانت هذه الصلة الأخيرة غير جديرة بالاعتبار، وغير صالحة بذاتها لأن تكون أساسا ينعقد عليه الاختصاص القضائي³.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى تأييد بناء الاختصاص على ضابط جنسية المدعى عليه، باعتبار أنه يحقق مصلحة المدعى عليه المصري، تأسيسا على أن الوضع الغالب هو توطن المصريين في بلدهم، وأنه يوفر للمدعي محكمة يقاضي لديها المدعى عليه المصري، الغير

¹ _ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 638.

² _ لعل السبب وراء استبعاد جنسية المدعي المصري كمعيار عام لتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية، يرجع إلى إيمان المشرع بما ذهب إليه قسم كبير من فقهاء القانون الدولي الخاص الذين اعتبروا أن معيار جنسية المدعي لا يصلح وحده لأن يكون أساسا لعقد الاختصاص القضائي الدولي. انظر محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي - الطبعة 1- دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن 2009، ص 306.

³ _ عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، مرجع سابق، ص 62. خاصة وأن الأخذ بجنسية المدعي لوحدها يتعارض مع قاعدة عامة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي، والتي استقرت عليها أغلبية تشريعات العالم ألا وهي أن على المدعي أن يسعى إلى محكمة المدعى عليه لا العكس لأن الأصل في المدعى عليه براءة الذمة. انظر في هذا عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، المرجع السابق، ص 622.

متوطن في مصر، بدعوى قد لا يتوافر الاختصاص بها لأية محكمة أجنبية. كما أنه يتفق مع قاعدة عامة من قواعد الاختصاص القضائي، وهي أن المدعي يتبع المدعى عليه¹.

ومع هذا فقد لجأ المشرع المصري، لاعتماد ضابط جنسية المدعي، تلافياً لفكرة إنكار العدالة، في الحالة التي لا يوجد فيها للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر، أو موطن معلوم في الخارج، أو كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق، وكانت الدعوى في كل هذه الأوضاع متعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، وهذا في المادة (7/30) من قانون المرافعات التي تنص: " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وكان المدعي وطنياً أو كان أجنبياً له موطن في الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج، أو كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى".

وهذا يعني أنه إذا تحقق للمدعى عليه موطن أو إقامة معروفة في مصر أو في الخارج فلا يصار إلى اعتماد جنسية المدعي، إذ لا يتحقق هنا الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية اكتفاءً بالجنسية المصرية للمدعي². وبالمقابل فإن مجرد عدم وجود موطن أو محل إقامة للمدعى عليه في مصر، يبرر عقد الاختصاص للمحاكم المصرية، طالما أن القانون المصري هو الواجب التطبيق في الدعوى³. بحيث أن المشرع المصري لم يشترط في هذه الحالة على عكس الحالة السابقة أن يكون المدعى عليه غير معروف الموطن في الخارج.

والذي يلاحظ هنا هو أن المشرع قد قرر حكماً استثنائياً، بمقتضاه يجلب الاختصاص التشريعي الاختصاص القضائي، ويبدو أن الذي دفع المشرع إلى هذا الحل، اعتقاده بأن المحاكم المصرية هي الأقدر على كفاءة تطبيق قانونها في مسائل الأحوال الشخصية، خاصة وأن المادة 14 ق. مدني مصري تعقد الاختصاص التشريعي للقانون المصري، في مسائل

¹ صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص، و كذلك حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 38.

² حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص 118.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1078.

الزواج، الطلاق، والتطليق، والانفصال، إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، وذلك فيما عدا شرط الأهلية للزواج¹.

ولهذا نجد أن الكثير من الأحكام القضائية المصرية في موضوع الطلاق، والنفقة وغيرها من مسائل الأحوال الشخصية تركز على الجنسية المصرية لأحد الأطراف وتكتفي بحضورها لثبوت الاختصاص القضائي الدولي، وبهذا فإن تنازع الاختصاص التشريعي سيستغرق تنازع الاختصاص القضائي، وإن حضور الجنسية المصرية سيحسم الاختصاصين لحساب النظام القانوني المصري².

بالإضافة لهذا فإن التشريع المصري يعتمد معيار جنسية المورث، ضمن معايير ثبوت الاختصاص القضائي لحساب المحاكم المصرية، إذ ينص في المادة 31 مرافعات: "تختص المحاكم المصرية بمسائل الإرث، والدعوى المتعلقة بالتركة متى كانت التركة افتتحت في الجمهورية، أو كان المورث مصرياً أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الجمهورية. وعليه بينما يقبل المعيارين الإقليميين موقع التركة، ومكان افتتاحها، لضبط الاختصاص القضائي للمحاكم المصرية، في مسائل الإرث، فإن اعتماد المعيار الشخصي والذي هو جنسية المورث موقف منتقد ويجانب الصواب، لاحتمال أن يكون المورث مصرياً بينما تقع أموال تركته في الخارج، ولأن الصلة الحقيقية والقوية هنا ستكون مع محكمة موقع أموال التركة، بينما صلتها بدولة جنسية المورث ضعيفة، فهذا ما سيعيق تنفيذ الحكم الصادر عن المحاكم المصرية بدعوى الإرث³.

¹ _ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 475. و أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1078، 1079.

² _ عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 233.

³ _ لذا ذهب اتجاه من الفقه المصري إلى أنه من أجل كفاءة الحكم الصادر عن المحاكم المصرية في دعوى الإرث، يجب عدم الاكتفاء بجنسية المورث، وإنما أن يعزز هذا المعيار أيضاً بوجود أموال التركة بمصر، أما إذا وجدت بالخارج فلا ينعقد الاختصاص للقضاء المصري. انظر عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص من 253 حتى 255، انظر كذلك هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص 139، 143.

ثانياً: كيفية إعمال ضابط الجنسية لعقد الاختصاص القضائي في التشريع المصري.

وفقاً للمادة 28 مرافعات السابقة فقد اتخذ المشرع المصري من الجنسية ضابطاً عاماً مجرداً ليعقد الاختصاص أمام المحاكم المصرية، بناءً على جنسية المدعى عليه وحدها، دون أن يتقيد بنوع الدعوى، ولا قيمتها، وبصرف النظر عن موطنه أو محل إقامته، معتمداً في ذلك على أن ولاية القضاء وإن كانت إقليمية في الأصل بالنسبة للوطنيين والأجانب، إلا أنها شخصية بالنسبة للأوليين، فتشملهم ولو كانوا متوطنين أو مقيمين خارج إقليم دولتهم¹.

وقد استثنى المشرع في هذا النص الدعاوى العقارية، المتعلقة بعقار واقع في الخارج، لما تتطلبه هذه الدعاوى من إجراءات ومعايينات تكون محكمة الدولة الكائن بها العقار أقدر على الفصل فيها². ولأن هذا يتعلق باحترام السيادة الإقليمية لكل دولة، ومراعاة لفكرة أن ضوابط الاختصاص التي تقوم على فكرة الإقليمية، أقوى أثراً في مواجهة الضوابط الشخصية. ولأن الاعتراف باختصاص محكمة موقع العقار من شأنه إتاحة الفرصة لتنفيذ الحكم الصادر في خصوص هذا العقار³.

إذن حتى يتم تطبيق المادة 28 السابقة، وبالتالي يثبت الاختصاص للمحاكم المصرية، فإنه يجب توفر ثلاث شروط أساسية. الأول أن يكون أحد الأطراف وقت رفع الدعوى، ذو جنسية مصرية سواء كانت أصلية أو مكتسبة، والثاني أن يكون المصري في مركز المدعى عليه، والثالث ألا يخص الأمر دعوى عقارية متعلقة بعقار موجود بالخارج .

فإذا ما اجتمعت هذه الشروط الثلاث كان ذلك كافياً لانعقاد الاختصاص للقضاء المصري يستوي بعدها، وبصريح عبارات المادة، أن يكون لهذا المصري موطن أو محل إقامة

¹ _ صلاح الدين جمال الدين، الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 27.

² _ فؤاد عبد المنعم رياض، و سامية راشد، المرجع السابق، ص 474.

³ _ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1046.

بمصر أم لا . كما يستوي أن يكون النزاع من المسائل المدنية أو التجارية أو يتعلق بالأحوال الشخصية . ولا يهم أيضا ما إذا كان للمصري أموال بمصر يمكن التنفيذ عليها أو لا¹ . ومن ناحية أخرى، فإن المدعي في الدعاوى المعنية قد يكون مصريا، وقد يكون أجنبيا كما قد يكون مقيما أو متوطنا في مصر أو في الخارج، فالنص المتقدم قد جاء مطلقا، من أي قيد وخاليا من أية أوصاف² .

وقد ثارت مشكلة هل بناء الاختصاص القضائي الدولي على ضابط جنسية المدعى عليه، له علاقة بالنظام العام أولا، في الفقه المصري، خاصة وأن المادة 28 قانون مرافعات، لم تأتي بصيغة الجوازية كالمادة 15 ق. م. فرنسي. بمعنى هل الإختصاص الذي تقرره هذه المادة هو اختصاص إلزامي، بحيث لا يجوز اختصام من يتمتع بالجنسية المصرية إلا أمام القضاء المصري، و أي حكم يصدر من محكمة أجنبية على خلاف تلك القاعدة، يعتبر صادرا من محكمة غير مختصة، ولا يمكن شموله بأمر التنفيذ في مصر إذا كان واجب التنفيذ فيها ؟
يوحي نص المادة 28 مرافعات بأن الإختصاص المعقود للمحاكم المصرية هو من قبيل الإختصاص الإلزامي. فهو يقضى بأن " تختص " محاكم الجمهورية، وهذا يعنى اتجاه نية المشرع إلى جعل اختصاصها إلزاميا و قاصرا على القضاء المصري. فهو لم يقل مثلا " يجوز رفع الدعوى أمام المحاكم المصرية " في حالة كون المدعى عليه مصري الجنسية . كما أن فكرة سيادة الدولة الشخصية، على رعاياها يمكن أن يسند هذا القول . فسيادة الدولة ومد سلطتها القضائية إلى رعاياها لا يمكن أن يحدها قيد من إرادة أطراف الدعوى بعقد الإختصاص لمحاكم دولة أجنبية . وهذا يعني جعل قواعد الإختصاص القضائي من النظام العام التي لا يجوز الخروج عليها³ .

¹ _ بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 360. انظر كذلك هشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، ص31. و عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص432.

² _ هشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، ص31.

³ _ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1045.

و الواقع أن بعض الفقه¹ يذهب إلى عكس ذلك، فحكمة النص تقود إلى تقرير الطبيعة الاختيارية للاختصاص، مبررين ذلك بقولهم " إن أداء العدالة بوصفه مصلحة عامة هو الذي يجعل محاكم الدولة مختصة بالمنازعات التي تراها تدخل في اختصاصها، وهو ما يتحقق عندما يكون ضابط الاختصاص إقليمياً، سواء أكان شخصياً وهو ضابط الموطن أم كان موضوعياً كموقع المال، و محل إبرام العقد ومحل تنفيذه. أما إذا كان ضابط الاختصاص شخصياً غير إقليمياً، وهو ضابط الجنسية المصرية، بأن كان المدعى عليه متمتعاً بهذه الجنسية غير متوطن أو غير مقيم في مصر²، و ليس له مال فيها، كان من الصعب في هذه الصورة القول بأن تحقق المصلحة العامة بأداء العدالة في إقليم الدولة يستلزم رفع الدعوى أمام المحاكم المصرية، وكان من السهل قبول الخروج من اختصاص هذه المحاكم، خاصة وأن ضابط الجنسية وحده ضابط ضعيف في ميدان الاختصاص القضائي³.

و إذا كان تقرير الاختصاص للمحاكم المصرية فيه امتياز للمدعى عليه، فلاشك أن هذا الإمتياز يجوز التنازل عنه، بإرادة من قرر لصالحه⁴، ويجوز حينئذ أن يقبل اختصاص محكمة أجنبية . وبناء عليه يكون الحكم الصادر من هذه الأخيرة قابلاً للتنفيذ في مصر، هذا ما لم يكن الحكم قد صدر في دعوى تدخل في الاختصاص القاصر، أو الإلزامي للمحاكم المصرية⁵.

¹ وهما أحمد عبد الكريم سلامة، وهذا ما بينه في المرجع السابق، ص1045. ويؤيده في هذا صلاح الدين جمال الدين، وهذا ما بينه في مرجعه السابق، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ص 72. ويأخذ به كذلك محمد كمال فهمي، في مرجعه السابق، ص 637.

² أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1045.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1046.

⁴ وقبوله المثل أمام محكمة أجنبية، يعد بمثابة تنازل ضمنى عن هذا الامتياز، انظر حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 44.

⁵ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 637. و أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1046.

هذا ويمكن أن يكون المدعى عليه المصري شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، وفق غالبية الفقه المصري¹. فالجنسية نظام قانوني تترتب عليه نتائج قانونية لازمة تنصرف للشخص الطبيعي والمعنوي على حد سواء².

في حين يذهب بعض الفقه الآخر³، إلى قصر الحكم على الحالة التي يكون فيها المدعى عليه شخصا طبيعيا، دون الشخص الاعتباري، الذي لا يعد عضوا في شعب الدولة حتى يوصف بأنه من الوطنيين بالنسبة إليها، لأنه لا يتمتع بأي جنسية بالمعنى الفني لهذا الاصطلاح، وبالتالي فإن الدولة لا يمكن أن تباشر عليه أي سيادة شخصية، بل إن سيادتها عليه لا يمكن أن تكون إلا سيادة إقليمية⁴.

ثالثا: الانتقادات الموجهة لضابط جنسية المدعى عليه المصرية لعقد الاختصاص القضائي الدولي.

يذهب بعض الفقه⁵ إلى أن بناء الإختصاص الدولي للمحاكم المصرية على جنسية المدعى عليه المصرية، لا يستجيب للأساس الحقيقي الذي يقوم عليه توزيع الاختصاص القضائي بين الدول، كما أنه ليس من شأنه تحقيق مصلحة المدعى عليه و تيسير الأمور بالنسبة له. ذلك أن المشرع قد أخذ بهذا الضابط بشكل مطلق دون أن يدعمه بأية رابطة مادية بين المدعى عليه المصري و إقليم الدولة، كاشتراط محل إقامته أو وجود أموال له بمصر⁶.

¹ _ عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، مرجع سابق، ص 28، وكذلك في مرجعه السابق القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص 676. و عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 432، 433. و حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 85، 86. كذلك أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1044

² _ عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 233.

³ _ هو رأي الدكتور محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص، 637، 638.

⁴ _ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 432.

⁵ _ فؤاد رياض، وصلاح الدين جمال الدين، انظر صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 66.

⁶ _ صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 66، 67.

كما أنه يواجه صعوبة عملية تتمثل في عدم إمكانية كفالة آثار الحكم التي تصدره الدولة، وذلك في حالة انعدام أي صلة حقيقية بين المدعى عليه الوطني ودولته التي أصدرت الحكم¹.

و أنه لا ينبغي الإستناد في هذا الصدد، إلى قاعدة المدعي يتبع المدعى عليه المعروفة في قواعد الإختصاص الداخلي لأن تطبيقها في القانون الداخلي، يعنى الأخذ بموطن المدعى عليه باعتبارها من القواعد الأساسية في مجال الإختصاص القضائي الدولي أيضاً². وإذا كانت الحكمة من هذه القاعدة سواء في الإختصاصين الداخلي، أو الدولي هي التيسير على المدعى عليه، و عدم تكليفه مشقة الإنتقال إلى محكمة أخرى غير محكمة المكان الذي يوجد به، فهذه الحكمة منتفية بالنسبة للاختصاص المبني على جنسية المدعى عليه . بل في الأخذ بها إرهاب له لا مبرر له، و ذلك إذا كان مقيماً في الخارج، إذ سيضطر الإنتقال إلى مصر للمثول أمام قضائها في كل دعوى يختصم فيها، و هي قد تبعد كثيراً عن موطنه . و القول بأن غالبية المصريين متوطنين في مصر، لا يبرر الأخذ بهذه القاعدة بل يجعلها في الواقع عديمة الجدوى، نظراً لأن اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المرفوعة على المصريين المتوطنين في مصر، أو المقيمين بها مكفول دائماً على أساس ضابط الموطن أو الإقامة الذي سبق بيانه.

وفضلاً عن ذلك فإن القول بأن محاكم الدولة هي الأقدر على توفير العدالة لرعاياها³، كان يوجب على تقرير الإختصاص الدولي للمحاكم المصرية كلما كان المدعي نفسه مصري الجنسية، و ليس عندما يكون المدعى عليه هو المصري فحسب، و من ثم يتأكد خطأ الأخذ

¹ _ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 15 .

² _ صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 66، 67. وحفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، 40، 41.

³ _ و يبدو أن المشرع المصري قد استهدف من وراء الأخذ بهذه القاعدة، توفير العدالة للمصريين أينما كانوا، وهي فكرة ترتكز على اعتبار مرفق القضاء مرفقاً خاصاً بالوطنيين كما أنها تقوم على عدم الثقة في قضاء الدول الأجنبية و عدم الإطمئنان إلى عدالتها، وهما فكرتان ثبت عدم ملائمتها للعلاقات ذات الطابع الدولي في المجتمع الدولي الحديث. انظر صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 68.

بمبدأ الجنسية كأساس للاختصاص القضائي الدولي . و الواقع أن المشرع المصري لم يأخذ بجنسية المدعي كأساس لإختصاص المحاكم المصرية، مما يؤكد عدوله و لو بشكل غير كامل عن فكرة اعتبار القضاء الوطني، مرفقا خاصا بالوطنيين، و هي الفكرة التي أخذ بها غيره من المشرعين كالمشرع الفرنسي.

ولقد أدت الانتقادات التي وجهت لهذا الضابط، إلى سعي القضاء في بعض الدول التي تتبنى ضابط جنسية المدعى عليه لعقد الاختصاص لمحاكمها، إلى التخفيف من أثره، عن طريق تأكيد الطبيعة العادية لهذا الضابط وعدم النظر إليه على انه ضابط متعلق بالنظام العام¹.

الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة من ضابط جنسية الخصوم الوطنية.

لقد اعتمد معيار جنسية المدعى عليه الوطنية كضابط لعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه كل من المشرع اليوناني والسويسري²، كما يأخذ به قانون المرافعات الإيطالي. هذا الأخير الذي أجاز اختصام الإيطاليين أمام المحاكم الإيطالية، إذا كانوا مقيمين أو متوطنين في إيطاليا أو في الخارج، وسمح للمقيمين بالخارج التنازل عن اختصاص القضاء الإيطالي لحساب القضاء الأجنبي بشرط أن يتم هذا التنازل كتابة³. ويجيز القانون الأسترالي اختصام المواطن الأسترالي أمام المحاكم الأسترالية بخصوص انحلال الزواج.

لكن بالمقابل، فإن تشريعات البلدان الأنجلوساكسونية لا تعتد برابطة الجنسية الوطنية كضابط لعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها، وإنما تشترط أن تجتمع مع معيار جنسية المدعى عليه معايير أخرى كالموطن أو محل الإقامة. وهذا ما نراه عند كل من القانون

¹ _ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 15 .

² _ عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 242.

³ _ وهذا ما عبرت عنه المادة 2 من قانون المرافعات الإيطالي. انظر هشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، ص 12، هامش 9، وكذلك عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 247.

الإنجليزي، والقضاء الأمريكي، والكندي¹. ومع هذا يجيز القانون الأمريكي مقاضاة الأمريكيين أحياناً أمام القضاء الأمريكي، حتى ولو كانوا متوطنين في الخارج. فالمحاكم الأمريكية تتمتع بسلطة تقديرية في ذلك، وخاصة في إثبات صحة عقد الزواج².

وقد اعتمدت اتفاقية لاهاي لعام 1902، الخاصة بالطلاق في المادة 5 معيار جنسية الزوجين لعقد الاختصاص القضائي الدولي في دعوى التطلق أو التفريق، أي إذا ارتبطت الدعوى بدولة المحكمة بواسطة جنسية أحد الزوجين، انعقد اختصاصها القضائي الدولي³.

كما اعتمد معيار جنسية المدعي مؤتمر القانون الدولي الخاص، في دورة انعقاده في لاهاي سنة 1928، حيث أكدت على أن تختص في الميراث محاكم الدولة التي يتبعها المتوفي وقت موته، إذا اتفق الخصوم على اختصاصها أو إذا كان الورثة تابعين لهذه الدولة، وهذا يعني أنه متى ما تحققت الصفة الوطنية في المدعين الورثة، نهض الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، كمعيار من المعايير المطروحة في حال الميراث.

كما اعتمد هذا المعيار اتفاقية لاهاي لعام 1971، بخصوص الاعتراف بتنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية، حيث أكدت على أن أحد معايير تحديد الاختصاص القضائي للدولة حتى يمكن تنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكمها هو معيار جنسية المدعي⁴.

¹ _ انظر هشام خالد، الجنسية العربية للمدعي عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، ص 13، هامش رقم 9 . كما أنه لا يمكن إسناد الاختصاص لمحكمة دولة الجنسية، في مجال المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت، لضعف الصلة بين المحكمة المختصة وفقاً لهذا الأساس والعلاقة محل النزاع. انظر صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 63.

² _ عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 242.

³ _ وفي هذا يرى الدكتور عبد الرسول الأسدي، أن المحكمة التي يجتمع فيها إضافة إلى معيار جنسية أحد الزوجين، أحد المعايير الإقليمية الأخرى، هي التي تكون صاحبة الصلة الأقوى بالدعوى، وتكون أحكامها الأكثر ضماناً في النفاذ عبر الحدود. انظر مرجعه السابق، ص 248.

⁴ _ عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 248.

أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد اكتفت أغلبها بمعيار جنسية المدعى عليه الوطني، لعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها الوطنية، دون الأخذ بجنسية المدعي، كالتشريع السعودي، والكويتي، والبحريني¹.

أما التشريع اللبناني فقد أخذ بهذا كضابط إحتياطي فقط من أجل تلافي إنكار العدالة، مستلهما في ذلك التجربة الفرنسية، من خلال المادة 76 من قانون أصول المحاكمات اللبناني رقم 5 لسنة 1987، التي تنص انه: "تختص المحاكم اللبنانية بالنظر في أية قضية تتعلق بأحد اللبنانيين، أو بمصالح كائنة بلبنان، إذا لم تكن هناك محاكم أخرى مختصة"².

وقد علق التشريع السوداني الأخذ بهذا المعيار على شرط قبول المحكمة الاختصاص بنظر الدعوى، أي جعله مراعاة لاعتبار درجة صلة الدعوى بدولة المحكمة. إذ تنص المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية الإسلامي السوداني على انه: "يجوز بموافقة المحكمة إقامة الدعوى على السوداني أمام المحاكم السودانية، ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في السودان، ما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار يقع في الخارج"³.

¹ _ هشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، ص من 36 حتى 39.

² _ سامي بديع منصور وعكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 508، 509.

³ _ هشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، مرجع سابق، ص 53،

أما القانون اليمني، فقد حسم الخلاف حول أخذه بقاعدة جنسية المدعى عليه أو لا لبناء الاختصاص القضائي لمحاكمه¹، من خلال النص صراحة في قانون المرافعات والتنفيذ المدني الجديد رقم 40 لسنة 2002²، في المادة رقم 78، بأنه " تختص المحاكم اليمنية بالدعاوى المرفوعة على اليمني، ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في اليمن فيما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج"³.

وفي العراق تنص المادة 14 قانون مدني على أنه " يقاضى العراقي أمام محاكم العراق عمّا يترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها بالخارج." وإن اختصاص المحاكم العراقية هذا يعتبر من النظام العام بموجب المادة 77 من قانون المرافعات المدنية، لكن لا يجوز نظر الدعوى العراقية إذا كان المدعى عليه عراقياً بخصوص عقارات موجودة بالخارج⁴.

في حين لم تنظم بعض التشريعات قواعد الاختصاص القضائي الدولي بشكل عام، ومنها القواعد المبنية على أساس الجنسية، كالتشريع المغربي، مما جعل الفقه المغربي يوظف قواعد الاختصاص القضائي المحلي أو الداخلي في حل تنازع الاختصاص القضائي الدولي⁵. وكذلك التشريع القطري، الذي ذهب الرأي الغالب إلى أن عدم النص على هذا المعيار، لا يمنع من مقاضاة القطريين أمام المحاكم القطرية، في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، اعتماداً

¹ _ فقد كانت تقضي المادة 58 قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم 28 لسنة 1992، بأن "..... تختص المحاكم اليمنية بالدعاوى...إذا كان المدعى عليه يمينياً، أو أجنبياً له موطن أو محل إقامة باليمن 2 . وقد فسر بعض الفقه كالدكتور سهيل حسين الفتلاوي، هذه المادة بأن الاختصاص الدولي للمحاكم اليمنية لا ينعقد إلا إذا كان المدعى عليه، إضافة إلى حملة الجنسية اليمنية، له موطن أو محل إقامة باليمن، وهو مالا يوافق بعض الفقه الآخر، الذي يرى أن هذا الشرط وإن كان مذكوراً في المادة 58 فإنه يخص الأجانب فقط وإلا لما كان المشرع بحاجة إلى التفرقة بين أجنبي ويمني، ولاكتفى فقط بعبارة المدعى عليه، كما أن القواعد العامة التي تقضي بإعطاء الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه كانت ستغنينا أصلاً عن هذا النص. انظر في هذين الرأيين سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، مصر، 2002، ص 223، وبين عصمان جمال، المرجع السابق، ص 360.

² _ المعدل بالقرار الجمهوري رقم 2 لسنة 2010، انظر التعديل الجديد بموقع الانترنت www.bahrainlaw.net

³ _ www.bahrainlaw.net

⁴ _ هشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، ص 51، 52.

⁵ _ موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، المغرب، 1994، ص

على مبدأ السيادة الشخصية، الذي يكفل لها ممارسة اختصاصها القضائي بالنسبة لرعاياها، وواجبها في تحقيق العدالة بينهم¹. كما ينسحب هذا التبرير في انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة استناداً لهذا المعيار بالنسبة لكل التشريعات التي لم تنص صراحة على الاختصاص الدولي لمحاكمها الوطنية على أساس الجنسية²، وبالضبط جنسية المدعى عليه، كالقانون الليبي والسوري. وهذا لأن الشراح في هذه الدول متفقون على إعطاء الاختصاص للمحاكم الوطنية متى كان المدعى عليه من حاملي جنسيتها كون ذلك من القواعد العامة المسلم بها والمألوفة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي³.

أما بالنسبة للتشريع الأردني فلم يعتمد معيار جنسية المدعى عليه، في قانون أصول المحاكمات الأردني⁴، ورغم ذلك يذهب الفقه الراجح هناك إلى القول بانعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية، إذا كان المدعى عليه أردني الجنسية، وهذا استناداً لمجموعة من الحجج⁵، يستدل منها الدكتور هشام خالد إلى تقرير الاختصاص استناداً لهذا المعيار بحكم المادة 1/27 من قانون أصول المحاكمات رقم 24 لسنة 1988، التي تقرر الاختصاص للمحاكم الأردنية على جميع الأشخاص في المواد المدنية ما لم يرد نص خاص يستثني الأردني من ولاية القضاء الأردني يبقى هذا الاختصاص معقوداً له، كما أن هذا

¹ _ عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 239. وانظر في الأحكام القضائية العديدة الصادرة من القضاء القطري، والتي اعتمدت فيها جنسية المدعى عليه في حل تنازع الاختصاص القضائي الدولي، هشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، ص 166 وغيرها.

² _ عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 239.

³ _ محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، بنغازي، ليبيا، 1994، ص 218، و سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص 248.

⁴ _ على أساس أنه معيار منتقد ويثير الكثير من المشاكل في حال كون جنسيات الأطراف مختلفة، انظر غالب علي الداوودي، وحسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، لم تذكر السنة ولا جهة النشر، محمل من موقع إنترنت. 4shared ص 178.

⁵ _ حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 248، 249.

الاختصاص يستند على مبررات منها سيادة الدولة على رعاياها وكفالة تحقيق مصالحهم¹. ومع هذا يرى اتجاه في الفقه الأردني² أن القانون الأردني لا يعتمد ضابط جنسية المدعى عليه، لعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية، شأنه شأن القانون الإنجليزي، ولا يمكن تطبيق عكس ذلك.

المبحث الثاني: صعوبات وإشكالات أعمال الجنسية في نطاق تحديد الاختصاص القضائي الدولي.

إن معيار الجنسية كضابط للاختصاص القضائي الدولي قد تثار معه بعض المشاكل. هذه المشاكل تظهر أولاً على مستوى تنفيذ الأحكام الأجنبية، الصادرة بناء على ضابط الجنسية. هل ستنفذ هذه الأحكام مثلها مثل الأحكام القضائية الأخرى الصادرة بناء على ضوابط موضوعية، أو إقليمية، أم ستجد صعوبة في التنفيذ، متى رأت الدولة الواجب تنفيذ الحكم فيها انها هي الأولى والأقدر على الفصل في النزاع، وأن الرابطة المبنية على جنسية الخصوم الوطنية ضئيلة ولا تؤهلها لتصلح كحكم قابل للتنفيذ في هذا البلد.

إن معالجة هذه المشكلة تتطلب التطرق لمسألة كيف تعالج أو تقدر الدول مسألة الاختصاص كركن واجب من بين أركان أو شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية، وما هي رؤيتها لهذا الركن هذا من جهة. ومن جهة أخرى بحث إمكانية التعاون القضائي بين الدول، ومدى قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع امام محكمة اجنبية، ولعل الذي أدى بنا إلى محاولة معالجة موضوع الإحالة هو الطابع الجوازي لضابط جنسية الخصوم الوطنية، مما يعني إمكانية كبيرة معه لقبول الدفع بالإحالة على المستوى الدولي. كما سنتطرق لمشاكل تعدد جنسية الفرد،

¹ _عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 243. وهشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، مرجع سابق، ص43.

² _كالدكتور ممدوح عرموش، الذي ينتقد هذا الرأي انظر هشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، مرجع سابق، ص44.

انعدامها، وتغييرها. وهل يمكن لهذا أن يؤثر على ضابط الجنسية في نطاق للاختصاص القضائي الدولي، وكيف ذلك؟.

المطلب الأول: ركن الإختصاص وتأثير هذا في تنفيذ الحكم الاجنبي الصادر بناء على جنسية الخصوم الوطنية.

لقد سعت مختلف التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري إلى التوفيق بين اعتبارين متناقضين في إطار معاملتها للأحكام الأجنبية، الاعتبار الأول هو مصالح الأطراف في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي؛ أما الثاني فهو سيادة الدولة التي يراد تنفيذ الحكم على إقليمها . لذلك هي لم تهدر الحكم الأجنبي كلية باسم السيادة، ولم تعامله معاملة الحكم الوطني من جميع الجوانب اعتمادا على حاجات المعاملات الدولية واستقرارها، بل وضعت له شروطا وقيودا ليكون متمتعاً فيها بالقوة التنفيذية ويصلح للتطبيق بأراضيها¹.

وتختلف هذه القيود والشروط من دولة إلى أخرى، وفي هذا يوجد نظامين على المستوى الدولي. الأول، هو نظام الدعوى الجديدة، وهو السائد في الدول الأنجلوسكسونية والأنظمة المتأثرة به²، و الثاني هو نظام الأمر بالتنفيذ السائد في فرنسا والدول التي حذت حذوها كمصر³، والجزائر⁴، و هذا النظام بدوره ينقسم إلى قسمين نظام المراجعة⁵، ونظام

¹ _شورو نورية، ص 222.

² _ويقضي هذا النظام أن يقوم صاحب المصلحة برفع دعوى جديدة أمام القضاء الوطني للمطالبة بالحق الذي يتضمنه الحكم الأجنبي، ثم يقوم بتقديم الحكم الأجنبي الصادر لمصلحته بوصفه دليلاً حاسماً في الدعوى على ثبوت الحق المطالب به، ويكون الحكم الصادر في تلك الدعوى المرفوعة أمام المحاكم الوطنية وحده متمتعاً بقوة التنفيذ. في كل حالة لا ينفذ فيها بموجب معاهدة. انظر صالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص 192، 193. وعبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دراسة متعمقة في القانون الدولي الخاص، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 109.

³ _ صالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص 194.

⁴ _ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 55.

⁵ _ بمقتضاه لا تقف المحكمة عند حد التأكد من مجرد توافر الشروط اللازمة في الحكم الأجنبي، بل تذهب إلى حد مراقبة موضوع الحكم نفسه للتأكد من أن القاضي الأجنبي الذي أصدره قد فصل في النزاع على وجه سليم قانوناً . وقد اعتنقت هذا النظام محكمة النقض الفرنسية منذ قرارها الصادر في 1819/04/19. إلا أنها عدلت عنه وتبنت نظام المراقبة من خلال

المراقبة¹.

وقد أخذ التشريع الجزائري بنظام المراقبة وفق آخر ما توصل إليه القضاء الفرنسي، حسب المادة 605 من ق.إ.م.إ. الجزائري²، التي تنص على الشروط التي يتوجب على قاضي التنفيذ التأكد من توافرها من أجل منح الصيغة التنفيذية، وهي ألا يتضمن الحكم الأجنبي المراد تنفيذه ما يخالف قواعد الاختصاص، وأن يكون حائزا لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه، وألا يكون متعارضاً مع حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه، وأخيراً ألا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.

وبما أن الغرض من هذه الدراسة هو تبيان طبيعة ضابط جنسية الخصوم الوطنية، وكيفية معاملته أثناء تنفيذ الأحكام الأجنبية. لهذا سنتطرق إلى ركن الاختصاص كشرط من الشروط التي تتطلبها معظم التشريعات لتنفيذ الحكم الأجنبي بصفة عامة ومفصلة، محاولين قدر الإمكان تبيان تأثير هذا في معاملة ضابط الجنسية لبناء الاختصاص القضائي الدولي³.

قرارها الشهير في قضية MANZER، الصادر بتاريخ 1964/01/07. انظر شبرو نورية، ص 223، تهميش 2. وكذلك أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 56.

¹ _ وفي ظل هذا النظام تقوم المحكمة المطلوب إليها إصدار الأمر بالتنفيذ بنوع من الرقابة الخارجية للحكم، للتأكد من أنه قد استوفى الشروط الشكلية أو الخارجية التي وضعها مشرعه الوطني، لتنفيذ الأحكام الأجنبية، دون أن تراجع الحكم من ناحية الموضوع. انظر صالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص 196. وقد كرست محكمة النقض الفرنسية الشروط الخمسة لمنح الأمر بالتنفيذ وفق هذا النظام، كاختصاص الجهة القضائية مصدرة الحكم وعدم تعارضه مع النظام العام. انظر أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 57.

² _ لم يكن ينص المشرع في قانون الإجراءات المدنية القديم لسنة 1966، الشروط التي يجب أن تتوافر في الحكم الأجنبي من أجل تنفيذه، لكن الوضع قد تغير بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008، الذي نص صراحة على هذا في المادة 605 منه.

³ _ ولا يهمننا بعده التطرق لكافة شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الأخرى مادام أن ضابط جنسية الخصوم الوطنية لا يظهر تأثيره عليها، بل يعامل مثله مثل ضوابط الاختصاص القضائي الدولي الأخرى فيها.

وهذا بتبيان صدور الحكم من محكمة مختصة في التشريعات المقارنة (الفرع الأول)، ثم موقف التشريع الفرنسي من اختصاص المحكمة الأجنبية المصدرة للحكم (الفرع الثاني)، ثم موقف التشريع الجزائري (الفرع الثالث)، والتشريع المصري (الفرع الرابع) من هذا الشرط.

الفرع الأول: صدور الحكم من محكمة مختصة في التشريعات المقارنة.

لقد اشترطت جل التشريعات المقارنة، صدور الحكم الأجنبي من محكمة مختصة، حتى يتم تنفيذه على أراضيها. إلا أن المشكلة الرئيسية التي تثار هنا، تتعلق ببيان القانون الذي يتعين على القاضي المطلوب منه إصدار الأمر بالتنفيذ، أن يرجع إليه لتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية، هل يتم ذلك وفقا لقواعد الاختصاص المقررة في قانون البلد المراد تنفيذ الحكم الأجنبي فيه، أم وفقا لقواعد الاختصاص المقررة في قانون الدولة الأجنبية التي أصدرت الحكم¹؟

هذا ما أثار خلافا واسعا في التشريعات، ففي الوقت الذي تخضع فيه بعضها لتحديد اختصاص المحكمة الأجنبية، التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه، إلى قواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانون تلك المحكمة²، كالقانون الليبي³، اللبناني، والسوري⁴، فإنه

¹ _ ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 429.

² _ عبد النور أحمد، إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص 91.

³ _ حيث نصت المادة 407 فقرة أولى من قانون المرافعات الليبي على أنه: "لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقيق مما يأتي أن الحكم أو الأمر صادر من هيئة قضائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه...". محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص 244

⁴ _ المادة 308 من قانون أصول المحاكمات السوري تنص أنه: "لا يجوز الحكم بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي - أن الحكم صادر عن هيئة قضائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه...". انظر محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 278.

على النقيض من ذلك نجد دولاً أخرى، كفرنسا¹، إيطاليا²، ألمانيا³، إنجلترا، تخضع مسألة تحديد اختصاص المحكمة الأجنبية إلى قواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانون القاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي⁴.

هذا وإن بعض التشريعات على الرغم من أنها أخذت حيزاً من هذين الرأيين، إلا أنه مع هذا يجب التفصيل في رؤيتها هذه كالتشريع اللبناني والانجليزي.

فالمشرع اللبناني مثلاً بالرغم من أنه يبني قواعد الاختصاص بناء على ما هو مقرر في الدولة التي صدر فيها الحكم الأجنبي، إلا أنه يستثني عندما يكون اختصاصها مقرراً بالنظر إلى جنسية المدعي فقط. أي أنه لا يعطي أي قيمة للحكم القضائي الأجنبي الصادر بناء على جنسية المدعي دون أي رابطة أخرى تؤيده من حيث التنفيذ القضائي.

فعليه فإذا كان الحكم الأجنبي صادراً عن محكمة مختصة بحسب قانون البلد الذي صدر فيه يعطى الصيغة التنفيذية في لبنان، ولو كان الاختصاص يعود أيضاً في الوقت نفسه، لمحكمة أجنبية أخرى أو حتى لمحكمة لبنانية، لأن نص القانون جاء عاماً غير مشتمل على تمييز⁵.

¹ وقد كان القضاء الفرنسي يعمل بهذا لمدة من الزمن إلا أنه عدل عن هذا الرأي، وأصبح يراعي قواعد الاختصاص في الدولة الأجنبية مصدرة القرار، متى لم تكن المحاكم الفرنسية مختصة، ولمزيد من التفاصيل حول موقف التشريع الفرنسي ارجع للفرع الموالي.

² يشترط لنفاذ الأحكام الأجنبية في إيطاليا اتخاذ إجراء معين هو الدعوى، وشروط معينة نذكر منها أن يكون الحكم صادراً من محكمة مختصة وفقاً لمبادئ الاختصاص المقررة في القانون الإيطالي. انظر عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 27.

³ تنص المادة 328 مرافعات ألماني، أنه: "لا يعترف بالحكم الصادر من محكمة أجنبية 1_ إذا كانت محاكم الدولة التي تتبعها المحكمة الأجنبية غير مختصة وفقاً للقوانين الألمانية. انظر عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 30.

⁴ ISSAD Mohanad, op cit . P66.

⁵ قضت المادة 1014 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني بأنه: "تمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي إذا توافرت فيه الشروط التالية أ- أن يكون صادر عن قضاة مختصين بحسب قانون البلد الذي صدر فيه شرط ألا يكون اختصاصهم مقرر بالنظر إلى جنسية المدعي فقط، وفي حال صدور حكمين أجنيين باسم سيادتين مختلفتين في موضوع واحد وبين ذات الخصوم، تمن الصيغة التنفيذية للحكم الذي يتفق وقواعد القانون اللبناني للاختصاص الدولي." انظر عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2009، ص. 181

ولا يرد عن ذلك إلا إذا كان الأمر يتعلق باختصاص إلزامي¹، وهذا باستثناء اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم مقررا بالنظر لجنسية المدعي فقط.

أما بالنسبة للقانون الإنجليزي الذي لا يعرف نظام الأمر بالتنفيذ، كما القانون الفرنسي والجزائري، وإنما للشخص أن يرفع دعوى جديدة يستند فيها للحكم الأجنبي، وحتى يتم الاستناد للحكم الأجنبي كدليل إثبات يتعين توافر مجموعة من الشروط، منها أن يتحدد الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية وفق قواعد القانون الإنجليزي². وفي قواعد الاختصاص الانجليزية نجد أنه يفرق بين حالتين إما أن يثبت الاختصاص القضائي للمحكمة الأجنبية في حالات خمسة حددها هذا القانون، من بينها أن يكون المدين بالدعوى هو المدعي الأصلي بها... إلخ، وإما أن لا يعترف القانون الإنجليزي، باختصاص المحكمة الأجنبية في حالات نذكر منها كون المدعى عليه يحمل جنسية دولة المحكمة التي نظرت في الدعوى... إلخ³.

وهكذا يظهر أن القانون الإنجليزي هو الآخر لا يعترف بالاختصاص القضائي القائم على الجنسية لوحدها دون الارتباط بروابط مادية بإقليم المحكمة الفاصلة في النزاع. وعلى العموم فكلا الرأيين لم يسلموا من النقد، سواء الذي يراعي قواعد اختصاص الدولة الأجنبية التي أصدرت الحكم، أو الذي يراعي قواعد اختصاص البلد المراد تنفيذ الحكم الأجنبي فيه.

فبالنسبة للرأي الأول، الذي يرى ضرورة خضوع تحديد اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه إلى قانونها نفسه، فيردّ عليه أن القاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم

¹ _ سامي بديع منصور، وعكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 594.

² _ تنفيذ الحكم الأجنبي لم يسلم به في إنجلترا، وذلك لأن الأمر بالتنفيذ جبرا لا يحدث أثره خارج إقليم الدولة التي أصدرته محاكمها بالنظر لإقليمية السيادة. انظر عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 32، 33.

³ _ انظر هذه الحالات بالتفصيل ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص (الأردني والمقارن)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر، الأردن 1998، ص 364، 365.

الأجنبي، سيجد صعوبة في تحديد قواعد الاختصاص لهذه المحكمة¹، كما يطرح مسألة مدى فعالية هذا الحل، في الحالات التي يلجأ فيها أطراف الخصومة إلى إحدى محاكم الدول قصد تحقيق مصالحهم، التي لا يمكن أن يوفرها لهم القضاء الوطني، فقد كان بعض الأطراف الذين لم تكن تسمح محاكمهم الوطنية بالطلاق، يلجؤون إلى محاكم دول أخرى تسمح لهم بذلك، خاصة الدول التي تعقد الاختصاص لمحاكمها بمجرد المرور العابر للأجنبي على إقليمها، حيث أنه سيسمح بتنفيذ حكم أجنبي مبني على غش نحو الاختصاص، بينما كان من الواجب رفض تنفيذ هذا الحكم كجزاء للخصوم سيئي النية².

بالإضافة لهذا هناك صعوبات عملية تحول دون تنفيذ هذا الرأي، فتكليف القاضي الوطني الإلمام بكافة القوانين المنظمة للاختصاص القضائي الدولي، في البلاد المختلفة، هو ضرب مستحيل فهو يجهل هذه القوانين، ولا يمكن تكليف الخصوم بمعاونته، لأنهم يلجؤون في غالب الأحيان إلى إخفاء ما يملكونه من معلومات بشأن قواعد الاختصاص القضائي، إذا كانت لهم مصلحة في ذلك³، ولهذا يذهب بعض الفقه إلى أن هذا الرأي يتناقض مع قواعد الاختصاص العام المباشر⁴.

ومن جهة أخرى، فقد انتقد الرأي الذي يراعي قواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانون القاضي مطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي، لما فيه من منافاة المنطق ومن الصعوبة في التطبيق كذلك . فهل سنطلب من القاضي الذي أصدر الحكم الأجنبي أن يحدد اختصاصه وفقا

¹ _ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص 1116 . ولقد تم الرد على هذه الحجة أنه قد تم إثارتها مسبقا، عند بحث مسألة مدى التزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، واستقر الرأي على أنه يجب على القاضي البحث في مضمون القانون الأجنبي، من تلقاء نفسه بمساعدة الخصوم، وهو نفس الحل الذي يجب الأخذ به عند بحث القاضي عن قاعدة الاختصاص . أنظر عبده جميل غضوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2008، ص 453.

² _ عبد النور أحمد، المرجع سابق، ص 93 . 94 . وهشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق ص 136، 137.

³ _ أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق، ص 1116

⁴ _ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 675.

لقانون الدولة التي سينفذ فيها، فالقاضي لا يمكنه أن يأتمر إلا بأوامر مشرع دولته، كما أنه عندما يفصل في النزاع فلا يمكنه أن يحدد مقدما المكان الذي سيتم فيه تنفيذ الحكم الصادر عنه¹، كما أنه عدم الإختلاف بين القواعد المنظمة لتنازع القوانين عن القواعد المنظمة للإختصاص القضائي الدولي²، لا يستتبعه بالضرورة إسباغ صفات أحدهما على الآخر (الصفة الإزدواجية)، فالمنطق يقضي بأن قواعد الإختصاص القضائي هي قواعد مفردة حيث يقتصر دورها على تحديد متى يكون القضاء الوطني مختصا فقط، ولا يهم حينئذ تحديد متى تكون المحاكم الأجنبية مختصة، وبالتالي لا مجال لجعلها قواعد مزدوجة عند تنفيذ الأحكام الأجنبية، و أنه ليس من المنطق إشتقاق القواعد المنظمة للإختصاص العام غير المباشر، من قواعد الإختصاص العام المباشر لإختلاف دورهما³.

وهكذا يظهر أن كلا الحلين السابقين فيهما بعض المساوي، ولهذا فنحن نتساءل هل توصلت بعض التشريعات المقارنة إلى حلول أكثر تقدما، فيما يخص مراقبة إختصاص الدولة مصدرة الحكم . وقبل الوصول لموقف التشريع الجزائري، لا بد أن نطل بالتفصيل على موقف التشريع الفرنسي، لأن مشرعنا دائما يخطو خطوات هذا الأخير.

¹ _ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 497، 498. انظر كذلك عصام الدين القصي، القانون الدولي الخاص المصري، بدون ناشر، بدون ذكر البلد، ص 944.

² _ عبد النور أحمد، المرجع سابق، ص 93 . وهشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق ص 136، 137.

³ _ وهذا ردا على هذه الحجة التي كانت من بين الأسس التي يعتمد عليها أنصار الرأي الذي ينادي بتطبيق قانون دولة تنفيذ الحكم الأجنبي على قواعد الإختصاص، فهم يرون أن القواعد المنظمة للإختصاص القضائي لا تختلف عن قواعد المنظمة لتنازع القوانين، وبالتالي ليس هناك ما يمنع إسباغ صفة الإزدواجية عليها، مما يجعل دورها لا يقتصر على تحديد متى تكون المحاكم الوطنية مختصة، بل و أيضا متى تكون المحاكم الأجنبية مختصة . أنظر حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 198، وهشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص 143.

الفرع الثاني: موقف التشريع الفرنسي من اختصاص المحكمة الأجنبية المصدرة للحكم.

لفترة من الزمن كان المبدأ السائد عند القضاء الفرنسي هو التأكد من اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم، على ضوء قواعد الاختصاص المقررة في القانون الفرنسي أي بلد تنفيذه . وهو موقف كان يعتبره الفقه صارما إذ كان يجب، من أجل إمكانية الأمر بالتنفيذ، أن تتطابق قواعد الاختصاص الفرنسية مع القواعد المقررة في الدولة الأجنبية التي أصدرت الحكم، وهذا أمر يلعب فيه الحظ دورا كبيرا¹. وعليه فمتى كانت المحاكم الفرنسية مختصة طبقا لقانونها، فإن المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم تصبح غير مختصة بالنزاع، ويتعين بالتالي الامتناع عن إصدار الأمر بتنفيذ هذا الحكم. و بالعكس لو تبين عدم اختصاص المحاكم الفرنسية به، فإن المحكمة الأجنبية تكون مختصة، ويجوز عندئذ إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الصادر منها.

وتطبيقا لذلك إذا كان الحكم الأجنبي قد صدر في نزاع يتعلق بفرنسي، مدع كان أم مدعا عليه، فإن هذا الحكم لا يجوز الأمر بتنفيذه في فرنسا، لأنه يدخل في اختصاص المحاكم الفرنسية طبقا للمادتين 14 و 15، ومن ثم لا تختص به المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم، لأن اختصاص الأولى به يستبعد اختصاص أية محكمة أجنبية أخرى².

ويتضح من ذلك حسب تعبير الفقيه الفرنسي "Bartın" أن قواعد الإختصاص القضائي الدولي المقررة في القانون الفرنسي تتولى أولا تحديد اختصاص المحاكم الفرنسية بصفة مباشرة وتسمى لذلك قواعد الإختصاص العام المباشر، إذا كانت الدعوى قد رفعت إليها ابتداء. وهي تقوم أيضا، في حالة ما إذا كانت الدعوى قد رفعت ابتداء أمام محاكم أجنبية معينة، ثم طلب من صدر لصالحه حكم منها الأمر بتنفيذه في فرنسا، بتحديد ما تختص به هذه المحكمة

¹ _Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, op. cit, p. 592.

² _ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 432.

بطريقة غير مباشرة بما رفع إليها من منازعات، وتسمى بهذه الصفة قواعد الاختصاص العام غير المباشرة.¹

ومع ذلك اتجه الفقه الفرنسي إلى التخفيف من حدة الرأي المتقدم بالقول أنه يتعين على القاضي أن يأمر بالتنفيذ، بعد أن يتحقق من أن المحاكم الفرنسية لا تختص بالنزاع الذي صدر فيه الحكم الأجنبي، طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في القانون الفرنسي، وأن المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه في فرنسا مختصة طبقاً لقواعد الإختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها، ولا يلجأ إلى قواعد الإختصاص القضائي الدولي المقررة في قانون هذه الأخيرة إلا بصفة إحتياطية إذا ما ثبت أن المحاكم الفرنسية غير مختصة طبقاً لقانونها بالنزاع.

ولما كان الأخذ بهذا الرأي على إطلاقه من شأنه أن يؤدي إلى ضرورة استبعاد الإختصاص الثابت للمحكمة الأجنبية طبقاً لقانونها، في جميع الحالات التي يثبت فيها الإختصاص للمحاكم الفرنسية طبقاً لقانونها، وبالتالي الإمتناع عن إصدار الأمر بالتنفيذ، فقد لجأ أصحاب هذا الإتجاه إلى التفرقة بين الحالات التي يكون إختصاص المحاكم الفرنسية بالمنازعة مطلقاً "exclusive" والحالات التي يكون اختصاصها بها مشتركاً "concurrente". فإذا كانت قواعد الإختصاص الدولي تقصر الإختصاص بنظر النزاع على المحاكم الفرنسية، تعين على القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ أن يمتنع عن إصداره، أما إذا كانت هذه القواعد لا تقصر الإختصاص بنظر النزاع على المحاكم الفرنسية، بل تجعله مشتركاً بينها وبين محكمة أجنبية أخرى، فيجوز للقاضي أن يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي الصادر من هذه الأخيرة. أي أن الأمر يتوقف على كون اختصاص المحاكم الفرنسية مطلقاً، أو مشتركاً، فيمتنع على القاضي الفرنسي إصدار الأمر بالتنفيذ في الحالة الأولى، بينما يجيبه في الحالة الثانية.²

¹ _Bartin(etienne), principes de droit international privé, 3vol, Domat Montchrestien, paris(1932).p 550.

² _ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 434. 436.

وبالرغم من هذا فإن المسألة لا تزال في تطور مستمر، حيث وفي تطور حديث للقضاء الفرنسي، قررت محكمة النقض الفرنسية في قرار شهير صادر في 26/ فيفري/ 1985، يعرف بقرار "Simitch"¹، أيدت فيه حكم محكمة الاستئناف، التي رفضت إصدار الأمر بتنفيذ الحكم، الصادر عن قضاء محاكم "هايتي" استنادا إلى أن المنازعة التي صدر بشأنها الحكم المطلوب تنفيذه لم تكن تتصل بتلك الدولة إلا بطريقة عرضية، أنه: "يجب في كل مرة لا تعطي فيها القواعد الفرنسية الخاصة بتنازع الاختصاص القضائي الاختصاص الحصري للمحاكم الفرنسية، الاعتراف باختصاص المحكمة الأجنبية متى كان النزاع يرتبط بشكل محدد بالبلد الذي رفعت أمام قضائه الدعوى، وما لم يتم اختيار هذا القضاء عن طريق التحايل²." ونستخلص من هذا أنه يخضع الاختصاص للقضاء الأجنبي كلما لم يكن القضاء الفرنسي مختصا اختصاصا قاصرا، إذا توافر شرطين:

كون النزاع الذي صدر بشأنه الحكم مرتبط ارتباطا مادي وموضوعي بالدولة التي أصدرت الحكم الأجنبي.

ألا يكون قد تم اختيار هذه الدولة عن طريق الاحتيال أو الغش³.

ولقد اشترط القضاء الفرنسي الراجح مراقبة الغش نحو الاختصاص، خصوصا بعد حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية "Munzer"، الصادر في 7/ جانفي / 1964، والذي قرر بأنه: "لكي يمنح الأمر بالتنفيذ يجب على القاضي أن يتأكد من انعدام أي غش نحو القانون". كما قضت محكمة استئناف باريس في حكم لها صادر في 10 نوفمبر 1971، بأنه

¹ _ عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص 96.

² _ toute les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux française, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dans le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux. » cité par, Roula el-Husseini Begdache, le droit international privé français et la répudiation islamique, L.G.D.J, paris, 2002. p.165.

انظر كذلك هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص 138.

³ _ وبمفهوم المخالفة، فإنه وفقا لهذا القرار، يكون لقاضي الصيغة التنفيذية أن يرفض تنفيذ الحكم الأجنبي، حتى ولو كانت المحكمة الأجنبية التي أصدرته مختصة بالمنازعة، إذا تبين له من ظروف الحال أن المنازعة لم تكن على ارتباط مادي وموضوعي بدولة القاضي الذي أصدر الحكم. أو إذا تقرر اختصاصها بناء على غش من جانب الخصوم، اللذين جلبوا لها الاختصاص بطريقة تدليسية. انظر هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، ص 137.

يلزم للأمر بالتنفيذ " أن يكون النزاع متصلا بطريقة كافية بالبلد الذي ينتمي إليه القاضي المختص، بمعنى أن اختيار الأطراف للقضاء لا يكون تحكيميا، أو مصطنعا أو منطويا على غش"¹.

وعلى العموم فإن تحديد الاختصاص القاصر، و الاختصاص الجوازي، أو الطبيعة المطلقة أو المشتركة، يتوقف على استعمال رخصة التنازل عن الإختصاص الإختياري أو عدم استعماله، فإذا استعمل الخصوم رخصة التنازل عن اختصاص المحاكم الفرنسية انتفى عندئذ مثل هذا الإختصاص وثبت للمحكمة الأجنبية التي قبل الخصوم إختصاصها، ومن ثم يجوز إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الصادر منها في فرنسا . أما إذا هم لم يتنازلوا عن الإختصاص، فإن اختصاص المحاكم الفرنسية يصبح على الرغم من طبيعته الإختياري، إختصاصا مطلقا أي قاصرا عليها في ميدان تنفيذ الأحكام الأجنبية بحيث يتمتع على القاضي إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الأجنبية لأنها تعتبر في نظر القانون الفرنسي غير مختصة إطلاقا .

وبناء على ما تقدم يمكن القول أن ضابط جنسية الخصوم الفرنسية المنصوص عليه في المادتين 14 و 15 مدني، وطبقا لما يراه الفقه والقضاء الفرنسي، يتمتع بطبيعة مزدوجة بحسب الميدان الذي يعمل فيه، فهو ضابط اختياري يجوز الخروج عن الإختصاص الذي ينتمي إليه بإرادة الخصوم وذلك في ميدان الإختصاص المباشر، أي عندما تكون الدعوى قد رفعت ابتداء أمام المحاكم الفرنسية، أما في ميدان الإختصاص غير المباشر أي عندما تكون الدعوى قد رفعت أمام محكمة أجنبية أصدرت فيها حكما ثم طلب الأمر بتنفيذه في فرنسا، فإن هذا الضابط يعد ضابطا مطلقا يؤدي إلى ضرورة الإمتناع عن إصدار الأمر بالتنفيذ لأن

¹ _ ويأخذ بشرط انعدام الغش نحو الاختصاص، القانون الدولي الخاص الروماني لعام 1992، ويتجه القانون الانجليزي رغم فكرته الخاصة عن الاعتراف بالأحكام الأجنبية، إلى رقابة انعدام الغش نحو الاختصاص القضائي. انظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1126.

اختصاص المحاكم الفرنسية المبني عليه هو إختصاص قاصر عليها وحدها، بشرط ألا يثبت أن الخصوم قد تنازلوا بإرادتهم عن التمسك بهذا الإختصاص أمام المحكمة الأجنبية¹ .

و قد ساد هذا الاعتقاد لمدة طويلة فقد كان للفرنسي الذي أجبر على المثل أمام قضاء أجنبي وصدر حكم ضده أن يعترض لاحقا على الاعتراف بهذا الحكم بحجة مخالفة وخرق أحكام المادتين السابقتين، إذا لم يثبت تنازله عن الاختصاص المقرر له².

و يبدو أن القضاء الفرنسي اقتنع أخيرا بهجر فكرة الطابع الإلزامي أو المانع للمادة 15 ق . مدني وهذ ما جسده في قرار " Prieur " ، الصادر بتاريخ 23/05/2006 ، الذي جاء فيه أن " المادة 15 قانون مدني لا تكرر سوى اختصاصا جوازيا للقضاء الفرنسي وهو مالا يتلاءم مع استبعاد الاختصاص غير المباشر لمحكمة أجنبية، متى كان النزاع يرتبط بشكل محدد مع الدولة حيث النزاع معروض أمام قضائها، ولم يكن اختيار هذا القضاء منطويا على غش"³ .

وهكذا فقد تم العدول عن الاختصاص المطلق أو المانع للامتياز المقرر في المادتين 14 و15 ، إذا لم يتنازل عنه الخصوم، الذي ساد لمدة طويلة، وتقرير أن هذا الاختصاص هو جوازي فقط، أي اختصاص مشترك مما يجوز معه تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في الخارج، إذا كانت الدولة التي أصدرته على علاقة بالنزاع، ولم يكن هناك غش.

¹ _ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، مستخلص من ص 437، حتى ص 466.

² _M. L. NIBOYET, G. G. DE LAPRADELLE, op. cit, p. 290 .

انظر كذلك بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 346،347

³ _ Suite à un jugement suisse rendu le 16 avril 1996 par le tribunal de grande instance de Genève ayant annulé un mariage pour vice du consentement, l'épouse a sollicité l'exequatur de la décision en France. La Cour d'appel de Poitiers a déclaré le 10 décembre 2002 ce jugement exécutoire sur le territoire français. Le mari décide de se pourvoir au cassation selon le moyen que la Cour a violé l'art 15 du c.civ en refusant de retenir la compétence exclusive des tribunaux français alors même qu'il n'avait pas renoncé à son privilège de juridiction ,mais attendu que l'art 15du code .civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger, dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'Etat dont la juridiction est saisine et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux ; qu'ayant retenu que les parties, toutes deux nées en Suisse, s'étaient mariées dans ce pays en convenant d'un contrat de mariage régi par le droit suisse et y avaient établi leur résidence, la Cour d'appel a exactement décidé qu'en l'absence de fraude dans la saisine du tribunal étranger, celui-ci était compétent ; par ces motifs, la Cour de cassation rejette le pourvoi », site d'internet de la Cour de cassation . Voir Pierre .MAYER, Vincent .HEUZE , op cit, , p 217 .

ومع هذا ففي رأبي فإن الحكم السابق لوحده لا يكفي للقول أن القضاء الفرنسي هجر كلية الاختصاص المانع أو المطلق للمادتين 14، 15 ق.م. مادام لم نجد أحكام أخرى تؤكد ذلك، فيجب تواتر القضاء على هذا الحكم الجديد، حتى ننفي فكرة الاختصاص المانع أو المطلق للمحاكم الفرنسية بناء على المادتين 14، 15 ق.م. مادام لم يتنازل عنها الخصوم بإرادتهم.

الفرع الثالث: موقف التشريع الجزائري من اختصاص المحكمة الأجنبية المصدرة للحكم .

عندما حددت المادة 605 من قانون إ. م إ. الجزائري السابقة شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية بالجزائر، فقد اشترطت في الحكم ألا يتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص . إلا أن هذا الشرط جاء بصياغة عامة ومبهمة¹، لهذا فقد تساءل البعض عن الحكمة من وراء سكوت المشرع، وعدم تحديده لموقف واضح بخصوص وفق أي قانون يتم تحديد الاختصاص الدولي للدولة مصدرة الحكم الواجب التنفيذ في الجزائر، هل وفق قانونها أم وفق القانون الجزائري مانح الصيغة التنفيذية².

بالنسبة للاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر، فلا نجد مشكل مادام أن غالبيتها قد تحدد وفق قانون أي دولة يتحدد الاختصاص القضائي، ورغم ذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري في كل مرة كان يتبنى اتجاها مغايرا للآخر، فبينما ذهبت الاتفاقيات الثنائية التي تربط الجزائر

¹ زروتى الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مرجع سابق، ص 248.

² حيث يرى البعض أن سكوت المشرع في هذه المسألة يعطي القاضي الجزائري قدرا من المرونة، تتمثل في سلطة تقرير الاختصاص حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل منازعة مما يتيح له تحقيق أكبر قدر من العدالة. انظر عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص 96.

ببعض الدول العربية كالمغرب¹، تونس²، و مصر³، إلى ضرورة صدور الحكم من محكمة مختصة حسب القوانين المطبقة من طرف الدولة طالبة التنفيذ، أو مصدره الحكم⁴. فإن الاتفاقية الجزائرية الفرنسية⁵، والاتفاقية الجزائرية المجرية⁶، قررتا اعتماد قواعد الدولة مانحة الصيغة التنفيذية من أجل تحديد ما إذا كانت المحكمة الأجنبية مختصة أم لا. وهو الاتجاه الذي سارت نحوه اتفاقية الرياض للتعاون القضائي و التي صادقت عليها الجزائر بتاريخ 20 / 05 / 2001، بحيث اشترطت في مادتها 25 / بأن تكون المحكمة التي أصدرت الحكم مختصة وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة لدى الدولة المطلوب منها الاعتراف أو التنفيذ، أو وفقا لقواعد الاختصاص المقررة في المعاهدة، أي القواعد الواردة في المواد 26 إلى 28 من هذه الاتفاقية⁷.

¹ _الاتفاقية الجزائرية المغربية الموقع عليها في 15-03-1963 المصادق عليها بالأمر رقم 68-69 المؤرخ في 02/09/1969 المعدلة والمتممة 3 بالبروتوكول الموقع عليه بإقرار يوم 15/01/1969 الجريدة الرسمية رقم 77 .

² _الاتفاقية الجزائرية التونسية الموقع عليه يوم 26-07-1963 المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 63-450 المؤرخ في 14/11/1963 الجريدة الرسمية رقم 87.

³ _الاتفاقية الجزائرية المصرية الموقع عليها يوم 29-02-1964 المصادق عليها بمقتضى الأمر رقم 65-195 المؤرخ في 29/07/1965

⁴ _ حيث نصت المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية المغربية على أنه: " أن يصدر الحكم من محكمة مختصة حسب القوانين المطبقة من طرف الدولة طالبة، إلا إذا تنازل المعنى بالأمر عن طلبه بصورة أكيدة". ويقابل هذه المادة المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية التونسية، المادة 17 من الاتفاقية الجزائرية المصرية، المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية، والمادة 18 فقرة 10 من الاتفاقية الجزائرية النيجرية. انظر في هذا شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 225.

⁵ _الموقع عليها يوم 27-08-1965، المصادق عليها بالأمر رقم 65-194 المؤرخ في 29-07-1965 الجريدة الرسمية رقم 68 .

⁶ _ اتفاقية التعاون القضائي والعدلي بين الجزائر والمجر، المرسوم رقم 84-25 الصادر بتاريخ 11/02/1984 المتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القضائي والعدلي في المواد المدنية والتجارية بين الجمهورية الجزائرية و المجرية الموقعة في 07/02/1976 بمدينة الجزائر . حيث نصت المادة 29 من هذه الاتفاقية على أنه: " وتقاديا لإنكار العدالة إن كانت الهيئة القضائية التابعة للطرف المتعاقد الذي صدر في إقليمه القرار مختصة في ذلك حسب قوانين الطرف الذي وقع طلب التنفيذ في إقليمه".

⁷ _مرسوم رئاسي رقم 01 - 47 مؤرخ في 11 فيفري 2011 يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 5، 6 أبريل 1983 وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر 1997م من

و إن عدم نص المشرع الجزائري على حكم هذه المسألة، إنما كان بغرض تركها لاجتهادات الفقه والقضاء، وهو نفس الحل الذي قصده المشرع المصري من وراء عدم تقرير نص في هذا.

وبالرجوع لآراء الفقه الجزائري فهم لا يمانعون بان يأخذ القضاء الجزائري، بما يأخذ به القضاء الفرنسي، من التمييز بين الاختصاص القاصر و الإختصاص الجوازي، ولهذا فإنه في النزاعات التي يكون الاختصاص وجوبي للمحاكم الجزائرية، يعتبر الحكم الأجنبي الصادر فيها بأنه حكم صادر عن محكمة غير مختصة دولياً، وبالتالي يرفض منحه الأمر بالتنفيذ، وفي النزاعات التي يكون اختصاصها جوازيًا يرجع إلى قواعد إختصاص القضائي الدولي لقانون البلد الذي أصدر قضاؤه الحكم فإن قضت هذه القواعد باختصاصه، منح لهذا الحكم الأمر بالتنفيذ¹.

ويرى الأستاذ موحد إسعاد أن قبول هذا الحل يكون شريطة عدم اللجوء إلى توسيع مفهوم هذا الاختصاص الانفرادي أو المانع بصورة غير معقولة، وأن يركز إما على شرط محدد للاختصاص، أو على طبيعة النزاع كما هي الحال في القانون الداخلي. ولهد ينتقد هذا الفقيه الموقف الفرنسي الذي يعتبر من حالات الاختصاص الانفرادي، الامتياز الوارد بالمادتين 14، 15 قانون مدني في حال عدم تنازل المستفيد الفرنسي عنه صراحة. في حين يجب أن يبقى وفقاً له هذا الامتياز القائم على أساس جنسية الخصوم الوطنية كاختصاص منافس أو

طرف مجلس وزراء العرب في دور انعقاده العادي الثالث عشر. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية، عدد 11 الصادرة بتاريخ 12 فيفري 2001م. انظر في هذه الاتفاقيات شبورو نورية، المرجع السابق، ص 226.

¹ يأخذ بهذا كل من أعراب بلقاسم، حبار محمد . ويعبر كل من زروتي الطيب، وموحد إسعاد عن الاختصاص القاصر بتعبير الاختصاص الانفرادي، وعن الاختصاص الجوازي بالاختصاص المنافس. نظر أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 62،63. حبار محمد، المرجع السابق، ص 241. و زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 248. و موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 72.

جوازي فقط في القانون الجزائري¹. وهو ما يؤيده فيه الأستاذ زروتي الطيب على أساس أن المادتين 41، 42 من قانون إ.م. إ. جزائري، لا يقران اختصاصا انفراديا كاملا للقضاء الجزائري، وإنما اختصاصا منافسا في حال التمسك به².

و في هذا السياق المشرع الجزائري لم يبين بشكل صريح ما هي القواعد الإلزامية التي لا يجب الخروج عنها، مع ذلك فيبدو أنه عندما نص على قواعد الاختصاص الإقليمي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في المواد 37، 38، 39، 40، من ق.إ.م.إ.ج، فقد عد اختصاصات مانعة، لا يجوز للأطراف الخروج عنها وفقا للمعيار اللفظي في نص المادة 40 بنصها على أنه: "فضلا عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة دون سواها". هذه الاختصاصات لا يمكن مخالفتها لأنها اختصاصات إلزامية أو حصرية، وفي كل الأحوال كلما نص القانون على اختصاص إقليمي معين دون سواه فالقاضي ملزم بأن يقضي بعدم اختصاصه تلقائيا . و من جهة أخرى هناك اختصاصات جوازية والتي لا تتعلق بالنظام العام فيجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها عن طريق تقرير الاختصاص لمحكمة أجنبية³.

ومن الاختصاصات المانعة في القانون الجزائري، نذكر المواد العقارية وما تعلق بها من أشغال أو دعاوى الإيجارات والمتعلقة بالأشغال العمومية، متى كان العقار بالإقليم الجزائري، أو كان به مكان تنفيذ الأشغال. و في مواد الإفلاس أو التسوية القضائية للشركات وكذا

¹ _ موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 72. وإني أرى أن الأستاذ محق في رأيه هذا، والدليل على هذا موقف المشرع الفرنسي الذي عدل عن كون المادتين 14، و15 من الاختصاص القاصر إذا لم يتنازل عنهما الأطراف، وأقر بأنهما جوازيتان فقط منذ حكم Prieur، لسنة 2006.

² _ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مرجع سابق، ص 248.

³ _ عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون لخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015، 2016، ص 80.

الدعاوى المتعلقة بمنازعات الشركاء، إذا كان مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو مكان المقر الاجتماعي للشركة بالجزائر¹.

ومن الاختصاصات الجوازية نذكر الاختصاص المبني على جنسية المدعي أو المدعى عليه، وفق الطرح الذي يؤيده غالبية الفقه الجزائري².

وبالنسبة للقضاء الجزائري، فلم نجد أحكاماً قضائية تتكلم بصفة صريحة عن موقفها من هذا الشرط، ومع هذا يمكن الرجوع لحكمين قضائيين في هذا الشأن. الأول أخضع اختصاص الحكم الأجنبي إلى القانون الجزائري. حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2008/03/12، أنه:

" حيث ثبت من الإطلاع على وثائق ملف قضية الحال ومستنداته، أن المطعون ضدها كانت قد نشرت دعوى إستعجالية (بفرنسا) ضد الطاعن حيث يقيم، طالبت بواسطتها منحها نفقة لها ولولديها، وقد قضت هذه المحكمة على الطاعن بأن يسلم نفقة شهرية للطفلين المشار إليه أعلاه.

وحيث ثبت أن الطاعن والمطعون ضدها يقيمان خارج التراب الوطني، لذلك فإن القضاء الوطني (بالجزائر) غير مختص بالفصل لنفقة الإهمال، والنفقة المعيشية، والمتاع، وبدل الإيجار لأن هذه العناصر ملازمة لإقامة الأطراف و مكان تواجدهم، وذلك عملاً بأحكام المادة الثامنة فقرتها الخامسة والسادسة من قانون الإجراءات المدنية. ولما قضى قضاة

¹ انظر بالتفصيل التفرة بين حالات الاختصاص الجوازية والمانعة في التشريع الجزائري وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، مرجع سابق، ص 81، 82.

² _ موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 72، و زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 248.

الموضوع لمجلس قضاء تيزي وزو بخلاف ذلك، فإن قضاءهم جاء مخالفا للقانون وللمادة الثامنة فقرتها الخامسة والسادسة من قانون الإجراءات المدنية¹.

أما الحكم الثاني فلم يبين هل رفضه تنفيذ الحكم الأجنبي، هو لكون النزاع يدخل في الاختصاص القاصر للمحاكم الجزائرية، أو لا. لكن يستشف منه أن ارتباط النزاع ارتباطا فعليا بالإقليم الجزائري، هو سبب عدم التنفيذ، تكريسا لمبدأ النفاذ الدولي للأحكام الأجنبية. وذلك ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 02 جوان 1992² إذ قضت " من المقرر قانونا أنه يجب إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بحق زيارة المحضون خارج الحدود، بشرط أن يكون صادرا عن الجهة القضائية المختصة محليا " لتنتهي فيما بعد : " لما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجين انتقلا للعيش إلى الجزائر وثبتت إقامتهما بها وأصبح لهما مقر للزوجية، فإن قضاة الموضوع الذين رفضوا طلبات الطاعنة المتمثلة في منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لمخالفته لمقتضيات القانون في الحضانة وبحق الزيارة طبقوا صحيح القانون."

إن المخالفة التي يقضي بها هذا القرار تتمثل في صدور الحكم الأجنبي الذي منح حق الزيارة عن المحكمة الفرنسية، رغم أنها غير مختصة وفقا للاتفاقية الجزائرية الفرنسية المؤرخة في 21 جوان 1988 والمتعلقة بأطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، فقد

¹ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 402333 الصادر بتاريخ 2008/03/12، المجلة القضائية العدد 01، 2008، ص 257 وما بعدها، ورد بمرجع عبد النور أحمد، إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 97.

² _ قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 84513 الصادر بتاريخ 02 / 06 / 1992 مجلة قضائية عدد 03، سنة 1993، ص 90، 97. ورد بمرجع جندولي فاطمة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة تلمسان، 2010، 2011، ص 177

كان من المفروض أن يصدر الحكم عن القضاء الجزائري عوض القضاء الفرنسي، لارتباط النزاع بالإقليم الجزائري "مسكن الزوجية"¹.

الفرع الرابع: موقف التشريع المصري من اختصاص المحكمة الأجنبية المصدرة للحكم.

بالنسبة للقانون المصري فإنه يشترط وفقا لنص المادة 1/298 لتنفيذ الحكم أو الأمر في مصر أن يكون صادرا عن هيئة قضائية مختصة، طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها، شريطة ألا تكون المحاكم المصرية مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر. وإن هذا الاتجاه يؤيده الكثير من الفقه² على أساس أنه مسلك تقدمي من قبل المشرع المصري في نطاق الإجراءات المدنية والتجارية الدولية.

إلا أنه من جهة أخرى، فإن الشق الثاني للمادة قد يجعل الشطر الأول منها بدون معنى، لأنه كلما كانت المنازعة داخلة في نطاق اختصاص القاضي المصري، سيمتنع عن إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي. وبالتالي عندما لا تكون المنازعة داخلة في اختصاصه، هنا فقط يصدر الأمر بالتنفيذ، متى توافرت جميع شروط التنفيذ وعلى رأسها كون المحكمة التي أصدرته مختصة من الوجهة الدولية³.

إلا أن هذا الرأي سيؤدي إلى قلة تنفيذ الأحكام الأجنبية وانكماشها، ولهذا فإن الفقه المصري انقسم حول كيفية تطبيق هذه المادة حول ثلاثة آراء.

¹ جندولي فاطمة، المرجع السابق، ص 177، 178. ولمزيد من التفصيل حول هذه القضية تحليلها، والتعليق عليها راجع زروتي الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2014. ص من 55 حتى 66.

² ككل من الأستاذ سامي بديع منصور، وعكاشة محمد عبد العال، انظر مرجعهم في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 572، 573.

³ سامي بديع منصور، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 578. وعبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 118.

الرأي الأول يفرق بين حالات الاختصاص الأصلي أو الوجوبي، وحالات الاختصاص الجوازي، وهي نفس التفرقة التي اتبعها الفقه الفرنسي وفق ما بيناه سابقاً، وهذا الرأي الذي يؤيده العديد من الفقه المصري¹، يقم فكرة النظام العام مقدراً أن حالات الاختصاص المتعلق بالنظام العام، هي بعينها الحالات التي يكون فيها الاختصاص أصلياً، وفيما دونها يكون الاختصاص جوازياً². ومن أمثلة النوع الأول تبني اختصاص المحاكم المصرية على موطن أو محل إقامة المدعى عليه، ومسائل الإرث والتركات، والإجراءات التحفظية والوقائية... إلخ. ومن أمثلة النوع الثاني الاختصاص القائم على ضابط جنسية المدعى عليه، والاختصاص المبني على الخضوع الاختياري³... إلخ.

ومع هذا فإن معيار التفرقة بين الاختصاص الوجوبي، والاختصاص الجوازي، لا يمكن أن ترقى إلى مستوى المعيار المنضبط الذي يحدد لنا بدقة ووضوح ما يدخل تحت كل نوع منهما، وليس أدل على ذلك من أنه وفقاً لهذا الرأي يدخل اختصاص المحاكم المصرية القائم على موطن أو محل إقامة المدعى عليه، ضمن حالات الاختصاص القاصر، بينما رأت محكمة النقض المصرية في حكم اعتمدت فيه هذا التمييز، عكس ذلك تماماً مقدرة أن الاختصاص المنعقد بناء على توطن المدعى عليه في مصر، لا يحول دون تنفيذ حكم صادر

¹ _ هنا الفقه يتفق حول المضمون، لكنه يختلف في التسميات، فبينما يستعمل الدكتوران محمد كمال فهمي، وجابر جاد عبد الرحمان، تعبير الاختصاص الوجوبي، والاختصاص الجوازي، يستخدم الدكتوران فؤاد رياض وسامية راشد اصطلاح الاختصاص المانع أو الاختصاص المشترك. والبعض الآخر يمزج بين عدة أمور في أكثر من موقع، فيتكلم عن قواعد متعلقة بالنظام العام، وأخرى غير متعلقة به، فيكون مقابلاً للأولى حالات الاختصاص القاصر، و مقابلاً للثانية حالات الاختصاص المشترك. كالدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، انظر عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 605 هامش 1، 3، 2.

² _ يأخذ بفكرة النظام العام القضائي أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1125. بينما يرى الدكتور محمد كمال فهمي أن حالات الاختصاص الأصلي هي التي لا يجوز الخروج عنها بالاتفاق وهي تحول دون تنفيذ الحكم الأجنبي، أما الاختصاص الجوازي، فليس من شأنها أن ترتب هذين الأثرين. انظر محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 677.

³ _ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، ص 149، 150.

من محكمة أجنبية، متى كان اختصاصها يقوم أصلا على أساس المحل الذي أبرم فيه العقد وكان مشروطا بتنفيذه فيه¹.

ويترتب عن هذه التفرقة بين الاختصاص الوجوبي، والاختصاص الجوازي أن يكون اختصاص مطلق للمحاكم المصرية (الاختصاص المتعلق بالنظام العام)، واختصاص مشترك بينها وبين محاكم الدول الأخرى. وهو ما يستتبع أن يتمتع القاضي المصري عن إصدار الأمر بالتنفيذ في الحالة الأولى، بينما يكون جائزا في الحالة الثانية، لأن المحكمة الأجنبية تشارك المحاكم المصرية الاختصاص بنظر النزاع².

وعلى ما يبدو فإن القضاء المصري، يأخذ بهذا الحل الذي تأثر فيه إلى حد كبير بالرأي السائد في فرنسا والذي يجري هذه التفرقة في غياب النص التشريعي³، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بحكم 28 نوفمبر 1990، بخصوص الأمر بتنفيذ حكم صادر من محكمة لواء صنعاء الابتدائية بدولة اليمن، في منازعة تتعلق بعقد بيع طائرة بين طرف مصري، والمؤسسة العامة للطيران المدني اليمني، حيث قضت المحكمة أن: "المقصود بشرط عدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر المنازعة، بجواز الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي هو الاختصاص المانع أو الاختصاص الانفرادي..... أما إذا كانت المحاكم الأجنبية مختصة بنظر النزاع طبقا لقواعد الاختصاص الدولي المقررة في قانونها، إلى جانب المحاكم الوطنية، وهو ما يعرف بالاختصاص المشترك، فلا يحول دون الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي طالما لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم الوطنية⁴.

¹ وحسنا فعل المشرع المصري عندما عبر عن رغبته في صرف النظر عن التفرقة بين الاختصاص الوجوبي، و الجوازي، مقدرا ترك هذه المسألة لاجتهاد الفقه والقضاء يواجهون بها تطور المعاملات الدولية الخاصة. وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية تعليقا على نص المادة 1/298. انظر سامي بديع منصور، وعكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 582.

² _ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 604.

³ _ وقد أخذ بهذا الحل القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982، واليوغسلافي لعام 1983، والمجري لعام 1979، والروسي لعام 1993، انظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1123.

⁴ _ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1123. وصالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص 213.

ولقد ذهب بعض الفقه المصري في معرض تقديره للرأي السابق، إلى أن التفرقة المقترحة توجد اللبس وتوقع الخلط لأنه لا يوجد في الحقيقة، اختصاص قاصر على محاكم الدولة، و إختصاص مشترك بين هذه المحاكم ومحاكم دولة أخرى. فمحاكم الدولة إما أن تكون مختصة و إما أن تكون غير مختصة، وذلك سواء كنا بصدد تعيين الإختصاص الدولي بصدد نزاع يراد رفعه، أم كنا بصدد تعيين هذا الإختصاص بمناسبة حكم أجنبي يراد تنفيذه في إقليم الدولة¹.

أما الرأي الثاني² فهو يرى أن الأصل عدم تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في منازعة داخلية في إختصاص المحاكم المصرية، إلا أنه يمكن تنفيذه إستثناء بناء على إعتبرات الملاءمة . وبما أن الأمر متعلق بمجال الملاءمة المبنية على العدالة، وحاجة المعاملات الدولية، فإنه يكون من المتعذر وضع أسس علمية صرفة يتحدد فيها هذا المجال. وتطبيقا للقاعدة العامة التي يقترحها هذا الفقه، فإن الحكم الأجنبي لا يمكن تنفيذه في مصر إذا كان النزاع داخلا في إختصاص المحاكم المصرية، على أسس متعلقة بمال منقول أو عقار في مصر، أو إذا كانت الدعاوى متعلقة بإفلاس أشهر في مصر، أو تعلقت بمسائل الأحوال الشخصية للمصريين. ومع ذلك فيجوز تنفيذ الحكم الأجنبي إستثناء، إذا تعلق الأمر بمسائل العقود والأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب متى كانت لا تتعلق بمال موجود في مصر³.

¹ _ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، المرجع السابق، ص 904.

² _ هو رأي الدكتور عز الدين عبد الله، انظر مرجعه السابق في القانون الدولي الخاص، ج2، ص من 904 حتى 908.

³ _ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، ص607. وإن الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة يؤيد هذا الحل، على أساس أنه يقترب من الحقيقة، وإن لم يقصد لبها، ولكن يضع أساس التفرقة هو النظام العام القضائي. انظر المزيد من التفاصيل حول رأيه، مرجعه السابق، ص 1125.

إن هذا الرأي هو الآخر لا يخلو من إنتقاد، فهو يلجأ لمعيار غير منضبط، وتحديد تحكمي من أجل تحديد الحالات التي يعترف فيها للقاضي المصري بتنفيذ الحكم الأجنبي، إذا تعلق بنزاع داخل في إختصاص المحاكم المصرية¹.

ولهذا يذهب رأي ثالث مرجح من طرف غالبية الفقه المصري²، إلى انه يجب تحديد المحكمة المختصة بناء على ارتباط النزاع ارتباطا وثيقا بولاية المحكمة التي أصدرت الحكم. ويعلل هذا الاتجاه رأيه بأنه من الأجدى وخاصة ونحن بصد الاعتراف بالآثار الدولية للأحكام الأجنبية، أن تتم معالجة هذا بالتركيز على مسألة النفاذ الدولي لتلك الأحكام، وهو ما يقتضي أن يتم تحديد المحكمة المختصة بناء على معيار النفاذ، أي بناء على ارتباط النزاع ارتباطا وثيقا بولاية المحاكم المصرية، فمتى كان النزاع يتصل برابطة فعلية بولاية هذه الأخيرة، فإنها تصبح وحدها مختصة بنظر النزاع، ويتعين الامتناع عن إصدار الأمر بالتنفيذ، ولم يعد من الجائز بعد ذلك القول بأن اختصاصها في هذا الشأن اختصاص قاصر، أو اختصاص مشترك، أو القول باختصاص محكمة أجنبية أخرى بناء على اعتبارات الملاءمة، لان جميع هذه التسميات توقع في اللبس.

وعلى النقيض من ذلك إذا لم يتحقق هذا الضابط، بان كان النزاع يرتبط بالمحكمة الأجنبية أكثر من ارتباطه بالمحكمة المصرية، فلم يعد ثمة معنى لإنكار الاعتراف بالحكم الأجنبي في مصر³.

¹ _ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص 143. وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 608.

² _ من أنصار هذا الرأي عكاشة محمد عبد العال، وسامي بديع منصور، انظر مرجعهم السابق، ص 585. وهشام علي صادق، انظر مرجعه السابق في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، ص 152. وماهر إبراهيم السداوي، انظر مرجعه السابق، ص 503.

³ _ هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص 152. و عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 611.

ولا يعترض على هذا الحل بمقولة أن المنازعة قد تكون مرتبطة ارتباطا وثيقا بالمحاكم الأجنبية، في نفس وقت ارتباطها ارتباطا جديا بالمحاكم المصرية، على أساس انه لا يمكن إعمال المعيار المقترح في هذا الفرض.

و الواقع أن النسبية التي يتسم بها هذا الحل تعطي للقاضي المصري السلطة في أن يقدر أي الاختصاصين يبدو أكثر فاعلية من الآخر، وفقا للظروف والملابسات الخاصة بكل منازعة، فإذا كانت المنازعة ترتبط بالدولة الأجنبية المصدرة للحكم برباط مادي فعلي أقوى من ذلك الذي يربطها بالدولة المصرية، كان على القاضي أن يصدر الأمر بالتنفيذ. أما إذا كان ارتباط المنازعة بالإقليم المصري أكثر من ارتباطها بالدولة الأجنبية، كان يجب رفض الأمر بالتنفيذ¹.

ومن ذلك مثلا انه يمكن أن يكون توطن المدعى عليه في مصر، كاف بذاته على ربط النزاع بالمحكمة المصرية، وعندئذ يكون له أن يتمتع عن تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر مثلا بناء على إقامة المدعى عليه في الخارج، لكن هذا لا يمنع بالمقابل من تنفيذ الحكم الأجنبي السابق متى كانت المحكمة الأجنبية ترتبط ارتباطا وثيقا بالمنازعة، أكثر من ارتباطها بالمحاكم المصرية، كأن يجتمع فيها أكثر من ضابط للاختصاص بأن كانت محل إبرام العقد والمحل المشروط تنفيذه فيه مثلا².

وإذا كان هذا المعيار يوجب توافر رابطة فعلية بين النزاع وولاية المحكمة المختصة. فهذا يدعونا إلى التساؤل هل هذه الرابطة تتوافر بصفة كافية على مستوى ضابط جنسية الخصوم الوطنية، أي هل يجوز تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة بناء على الضابط الشخصي، وفقا لهذا المعيار.

¹ _ هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص 153.

² _ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 610. و عكاشة محمد عبد العال، وسامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 586.

إن هذا يستدعي أن يتمتع القاضي المصري عن تنفيذ الحكم الأجنبي في مصر، التي أصدرته محكمة مختصة طبقاً لقانونها، على أساس ضابط جنسية الخصوم الوطنية، متى كانت المحاكم المصرية تختص بهذا النزاع بناء على ضابط إقليمي يربطه فعلاً بولايتها. وتطبيقاً لذلك فالحكم الصادر من المحاكم الفرنسية المختصة بناء على المادتين 14، 15 مدني فرنسي، لا يجوز تنفيذه، متى كان النزاع يدخل في اختصاص المحاكم المصرية بناء على ضابط إقليمي يربطه فعلاً بولايتها، كتوطن المدعى عليه في مصر. وبالعكس لا يكون لدخول النزاع في اختصاص المحاكم المصرية، أي اثر في إمكانية صدور الأمر بتنفيذ حكم صادر من محكمة أجنبية مختصة، بناء على ضابط من الضوابط الإقليمية، نظراً لكون النزاع يرتبط فعلاً بولاية هذه الأخيرة¹.

وعلى العموم فإذا كان الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية، يخضع تحديده لقانون تلك المحكمة، فإن اعتبارات الأمان القانوني والتعاون الدولي في محاربة الغش نحو الاختصاص القضائي، توجب على القاضي المصري أن يراقب جدياً مناط الاختصاص للمحكمة الأجنبية، فيجب أن تتوافر رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه، فهناك من ضوابط الاختصاص ما يدع مجالاً أمام الخصوم للتحايل، بأن يتجه هؤلاء إلى اختيار المحكمة التي يعلمون أنها أقدر على تلبية رغباتهم، ولا سيما في الفرض الذي يتحقق فيه التلازم بين الاختصاص القضائي، و الاختصاص التشريعي².

¹ _ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 503، 504.

² _ويرى الأستاذ احمد عبد الكريم سلامة، أنه لو حبذا لو أن القاضي المصري يرفض الأمر بالتنفيذ كعقاب للغش نحو الاختصاص، ليس فقط في الفرض الذي يتحقق فيه الغش نحو اختصاص المحاكم الوطنية، بل أيضاً إذا كان الغش نحو اختصاص المحاكم الأجنبية. انظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1126، 1127. و هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص 153.

المطلب الثاني: إشكالات وصعوبات متفرقة أخرى يطرحها ضابط جنسية الخصوم الوطنية.

قد سبق ورأينا أن الاختصاص القضائي المبني على جنسية الخصوم الوطنية هو اختصاص جوازي، بمعنى يجوز للأطراف التنازل عنه بإرادتهم، وقبول اختصاص محكمة أخرى . مما يعني إمكانية ان يطرح النزاع على أكثر من محكمة على المستوى الدولي تارة بناء على ضابط الجنسية، وتارة بناء على ضابط آخر قد يكون موضوعي أو إقليمي، وحتى لا يحصل التنازع الإيجابي للأحكام القضائية بين الدول، فهل هناك إمكانية لقبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، وهل هذا يتنافى مع سيادة الدولة الداخلية، خاصة أمام حرية كل دولة في تنظيم قواعد اختصاصها القضائي الدولي.

كما أنه من بين الإشكالات التي توجب البحث عن كيفية تعيين ضابط الجنسية على مستوى الاختصاص القضائي الدولي، أن يكون الشخص متعدد الجنسيات، أي يحمل جنسية دولتين أو أكثر، أو ألا يكون له أي جنسية بمعنى عديم الجنسية¹، أو أن يتم تغيير جنسيته². ولهذا سنتطرق إلى الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية بصفة عامة، محاولين أن نستشف هل كون ضابط جنسية الخصوم الوطنية، من بين الأدوات التي تسمح بتطبيق الإحالة القضائية، أم لا (الفرع الأول)، ثم نذهب لمشكلة تعدد الجنسيات (الفرع الثاني)، وانعدام الجنسية (الفرع الثالث)، وتغيير الجنسية (الفرع الرابع).

¹ _مشكلة تعدد الجنسيات وانعدامها تسمى بالتنازع الإيجابي والسليبي بين الجنسيات، وسنوسع في تبيان مفهومهما، وفي تفاصيل كثيرة حول هاتين الظاهرتين، لما نتطرق إليهما على مستوى تنازع القوانين.

² _ هناك من يسمي تغيير الجنسية بالتنازع المتحرك، إلا أنني لا أوافق هذا الرأي لأنه على مستوى الاختصاص القضائي الدولي لا يمكن أن تثور هذه الفكرة، وإنما يثور التنازع المتحرك على مستوى تنازع القوانين فقط من الناحية القانونية الصحيحة. لهذا اقتصرنا على تسمية تغيير الجنسية ولم أشر للتنازع المتحرك في هذا الإطار. وعلى العموم فسأعالج مسألة التنازع المتحرك على مستوى تنازع القوانين، في المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه المذكرة.

الفرع الأول: الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية.

قد يحدث أن تختص أكثر من محكمة في القانون الداخلي بنظر دعوى واحدة، كما إذا تعدد المدعى عليهم، أو إذا رفع شخص دعوى شخصية عقارية، واحدة أمام محكمة موطن المدعى عليه، وأخرى أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار. ونظرا لأن القانون لا يجيز قيام دعوى واحدة أمام محكمتين، فقد أجاز الدفع بالإحالة لسبق رفع الدعوى أمام محكمة أخرى. وفي هذا تنص المادة 112 من قانون المرافعات المصري على أنه: "إذا رفع النزاع ذاته إلى محكمتين وجب إبداء الدفع بالإحالة أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع للحكم فيه أخيرا.... وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها"¹. ولقد نص على هذا الدفع كذلك المادة 100 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد. والعلّة الأساسية الكامنة وراء تقريره، هو تفادي تعدد الإجراءات من جهة، وصدور أحكام متناقضة من جهة أخرى، فضلا عن الاقتصاد في النفقات من جهة أخرى.

ويلزم لقبول هذا الدفع أن تكون القضيتان بصدد دعوى واحدة، مما يقتضي وحدة السبب الموضوع والخصوم فيها، وأن تكون الدعوى أمام محكمتين مختلفتين، وأن تكونا هاتين الأخيرتين مختصتين بنظر الدعوى، وتابعتين لجهة قضائية واحدة².

ويثور التساؤل عن مدى قبول هذا الوضع السائد في نطاق القانون الداخلي على مستوى العلاقات الخاصة الدولية، و هل يجوز قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، في نطاق الاختصاص القضائي الدولي.

هذا ما سنتناوله من خلال موقف التشريع الفرنسي أولا، ثم التشريع الجزائري والتشريعات

المقارنة ثانيا.

¹ _ سامي بديع منصور و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 524.

² _ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص 101.

أولاً: الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية في التشريع الفرنسي.

إن الطبيعة الخاصة للمنازعات الدولية، وعدم تماثلها مع المنازعات الداخلية، فالنزاع المرفوع أمام محكمتين يتبعان سيادة دولة واحدة، ليس كالقضاء الذي ينتمي لدولتين أو سيادتين مختلفتين، هي التي دفعت القضاء الفرنسي ولمدة طويلة إلى الإعراب عن كرهه الشديد ورفضه القاطع لقبول الإحالة بسبب رفع الدعوى أمام محكمة أجنبية¹. إذ من غير المقبول أن تجبر الدولة على إخراج نزاع ما من اختصاص محاكمها، لمجرد وجود دعوى أخرى في شأن نفس النزاع، أمام محاكم دولة أجنبية، ما لم تلتزم بذلك بمقتضى المعاهدات الدولية². وهو حل كان مستقراً عليه القضاء الفرنسي منذ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 17/09/1809³.

إلا أن القضاء الفرنسي بدأ يحدد عن هذا الوضع غير المنطقي الذي يؤدي إلى تناقض الأحكام الصادرة في شأن نزاع واحد. كما أنه لم يعد من المقبول الآن مع تطور العلاقات الدولية، القول بأن الدفع بالإحالة يؤدي إلى إجبار المدعي على اللجوء إلى قضاء أجنبي لا يحقق له الرعاية الواجبة، ولأن سوء المظنة بالقضاء الأجنبي لم تعد متمشية مع اعتبارات العدالة وحاجة المعاملات الدولية في العصر الحديث. ومن ثم يبدو أنه من الأنسب الاعتراف بمبدأ عدم جواز قيام الدعوى أمام أكثر من محكمة في نطاق الاختصاص الدولي.

وقد جاء حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 5 ماي 1962 كنقطة بدأ في التطور نحو هذا الاتجاه. حيث قضت فيه بأنه لا يجوز للمحكمة قبول الدفع بقيام نفس النزاع أمام محكمة أجنبية، إذا كان القضاء الفرنسي هو الذي رفعت إليه الدعوى أولاً. وقد عللت محكمة

¹ _ سامي بديع منصور و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 525.

² _ ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 184.

³ _ شبورو نورية، المرجع السابق، ص 214.

النقض حكمها بكون الدعوى قد رفعت ابتداء إلى المحاكم الفرنسية، وكون هذه الأخيرة مختصة بهذا النزاع اختصاصا قاصرا أو مطلقا¹.

فإذا كان الحكم لم يقل صراحة أنه يقبل الإحالة في شأن العلاقات الدولية، إلا أن الفقه قد استشف ذلك بمفهوم المخالفة من معرض بيان المحكمة أنها ما كانت لترفض الدفع بالإحالة، لو أن الدعوى كانت قد رفعت أولا إلى محكمة أجنبية، ودون أن تكون المحاكم الفرنسية صاحبة اختصاص قاصر².

وإذا كان الحكم السابق لم يقر بصورة حاسمة، قبول الدفع بالإحالة في إطار الإجراءات الدولية³، إلا أنه وضع اللبنة الأولى في صرح الاعتراف به، فلم تمض فترة طوية من الزمن وإذ بمحكمة النقض الفرنسية ذاتها تحسم الوضع بصورة قاطعة في حكم لها صدر في 26 نوفمبر سنة 1974، أقرت فيه أنه يجوز قبول الدفع بالإحالة أمام القضاء الفرنسي طبقا لقواعد القانون الداخلي بوصفه الشريعة العامة في القانون الفرنسي⁴. وهذا إذا كانت الدعوى قد رفعت ابتداء أمام محكمة أجنبية مختصة، إلا إذا كان الحكم الصادر من هذه الأخيرة غير قابل للتنفيذ في فرنسا. وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر لها صادر بتاريخ 06/17/1986⁵، وآخر صادر في 1987/12/20⁶.

¹ _ ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 184، 185.

² _ سامي بديع منصور و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 531.

³ _ ومع هذا فقد أصدرت محكمة النقض حكما في أول ديسمبر سنة 1969 يناقض هذا الاتجاه ويمثل عدولا من جانبها عن هذا المبدأ، إلا أنها عادت من جديد إلى تأكيد هذا المبدأ، مكتملة بذلك خطوات التطور نحو الاعتراف الشامل بمبدأ قبول الدفع بالإحالة في نطاق الاختصاص الدولي، وهذا ما حدث في حكم حديث لها صدر في 26 نوفمبر سنة 1974 . انظر ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 185.

⁴ _ سامي بديع منصور و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 531.

⁵ _ شبورو نورية، المرجع السابق، ص 215.

⁶ _ وقد جاء في هذا الحكم على أنه "يمكن للمحاكم الفرنسية الاستجابة للدفع بتنازل محكمة فرنسية عن نظر الدعوى المعروضة أمامها لصالح جهة قضائية أجنبية بشرط أن تكون هذه الدعوى قد تم عرضها فعلا أمام كلا الجهتين القضائيتين التابعين لدولتين مختلفتين (أي القضاء الفرنسي وقضاء الدولة الأخرى) وأنت تكون الدعويان مرتبطتين فيما بينهما أو أن

وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد استجاب إلى الاتجاهات المعاصرة في القانون الدولي الخاص التي تؤكد على وجوب تخويل القاضي سلطة قبول الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص الدولي، نزولا على اعتبارات الملاءمة والتعاون القضائي الدولي، وتجسيدها لمبدأ قوة وفعالية الأحكام الدولية¹.

هذا وإن محكمة النقض الفرنسية تشترط لإمكان قبول الدفع بالإحالة توافر الشروط التالية:

ـ الشرط الأول : وجود دعوى مرفوعة أمام القضاء الأجنبي.

يشترط لقبول الدفع بالإحالة أمام القضاء الوطني أن تكون دعوى أخرى مرفوعة أمام القضاء الأجنبي وما زالت قائمة أمامه². ولهذا يذهب بعض الفقه الفرنسي إلا أنه لا يجوز التخلي لصالح جهة قضاء أجنبية إلا إذا تبين أن الدعوى القضائية عرضت أمام القضاء الفرنسي لاحقا للدعوى القضائية المعروضة أمام القضاء الأجنبي، فإن تحقق العكس، فإن مثل هذا الطلب يصبح غير مقبولا شكلا³. وكذلك يتخلف هذا الشرط إذا كانت الدعوى عند بدء تحريكها أمام المحاكم الفرنسية، قد انتهت أمام القضاء الأجنبي إما لشطبها مثلا أو لتتركها أو لصدور حكم نهائي فيها⁴.

يكون هناك تخوف من حصول تناقض بين الحكمين المرتقب إصدارهما من هذين القضاءين بشأن هذه الدعوى". انظر حبار محمد، المرجع السابق، ص 212.

¹ ـ شورو نورية، المرجع السابق، ص 215.

² ـ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص 107. وحفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 154.

³ ـ حبار محمد، المرجع السابق، ص 215.

⁴ ـ إلا أن بعض الفقه المصري يرى أنه لا مانع من ابداء الدفع بالإحالة حتى ولو رفعت الدعوى بداية أمام القضاء الوطني، وهذا متى اتضح للقاضي الوطني ان فاعلية الحكم الصادر منه في حالة عدم قبوله للدفع لسبق نظره للدعوى ستكون هي والعدم سواء. انظر في هذا هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص 108.

الشرط الثاني : أن تكون الدعوى واحدة من حيث الأطراف و الموضوع و السبب.

لقد تواتر القضاء بفرنسا على ضرورة توافر مثل هذا الشرط . ومن ذلك مثلا ما يقرره البعض منهم من أنه تنتفي حالة الارتباط مثلا اذا كانت الدعوى المعروضة أمام قضاء أجنبي تتعلق بطلب الطلاق لوجود انفصال فعلي بين الزوجين، في حين أن موضوع الدعوى التي يتم عرضها أمام القضاء الفرنسي تتعلق بطلب الطلاق لارتكاب أحد الزوجين خطأ من شأنه المساس بحسن استمرار العلاقة الزوجية، فهنا على الرغم من أن الدعويين تستهدفان معا وضع حد للعلاقة الزوجية، إلا أنهما دعويان مختلفتان عن بعضهما تمام الاختلاف لأن لكل منهما محل وسبب مغاير¹.

الشرط الثالث : أن تكون الجهتان القضائيتان مختصتين معا بالفصل فيهما طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي².

لقد أكدت محكمة النقض الفرنسية بصفة قاطعة وفي مناسبات عديدة على توافر هذا الشرط، لكن المشكل الذي يظهر هنا هو ما هو المرجع في تحديد ما إذا كانت المحكمة الأجنبية مختصة او غير مختصة، هل يرجع إلى قواعد الاختصاص المعمول بها في الدولة الأجنبية، أم إلى قواعد الاختصاص في دولة القاضي الذي أبدى الدفع أمامه.

¹ _ حبار محمد، المرجع السابق، ص 215، 216. انظر كذلك حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 155، 156.

² _ وفي هذا يذهب بعض الفقه المصري كالأستاذ هشام علي صادق، وعكاشة محمد عبد العال، ومن الفقه اللبناني سامي بديع منصور أن التأكد من اختصاص المحكمة الأجنبية المعروض عليها النزاع شرط لازم، ويترتب عنه التأكد من أنه لا يوجد غش نحو الاختصاص القضائي الاجنبي، أخذا في عين الاعتبار مدى الرابطة التي تربط المحكمة بالنزاع، وهذا بالرجوع للقانون الأجنبي لا قانون القاضي. كما أنه ينبغي ألا يكون في الاختصاص المنعقد للمحاكم الأجنبية، افتتات على الاختصاص المنعقد للمحاكم الوطنية بحيث إذا كان هناك رباط جدي بحيث يكون للحكم الصادر من القضاء الوطني القوة والفاعلية فحينها لا محل لقبول الدفع بالإحالة. فالدفع بالإحالة يكون مقبولا إذا كانت محاكم الدولة الأجنبية أقدر على الفصل في النزاع، وكفالة آثار الحكم الصادر بشأنه. انظر سامي بديع منصور و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 535، 536. و هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص 110، 111

والواقع أن الفقه انقسم هنا مثل انقسامه بالشروط الواجب توافرها عند تنفيذ الأحكام الأجنبية¹، وهو ما يعني الإحالة إلى ما سبق وقلناه في مجال الاختصاص².

الشرط الرابع : أن يتأكد القاضي الفرنسي من أن الحكم القضائي المرتقب إصداره من القاضي الأجنبي في هذه الدعوى سيكون قابلاً لتنفيذه بفرنسا .

يرى بعض الفقه الجزائري انه من الواضح أن هذا الشرط يبقى شرطاً غير منطقي لأنه لا يمكن التأكد مسبقاً مما اذا كان الحكم القضائي المرتقب إصداره من القضاء الأجنبي سيصبح قابلاً لتنفيذه بفرنسا من عدمه³. لكن بالموازاة فإن بعض الفقه الآخر يرى أنه على الرغم من صعوبة هذه المهمة، إلا أن هذه المراقبة تبدو أمراً ضرورياً فليس من المقبول، كما أنه يتعارض مع حسن اداء العدالة أن تتخلى المحكمة عن نظر دعوى هي مختصة بها لصالح محكمة أجنبية، وينتهي الأمر بأن يكون الحكم الصادر من تلك الأخيرة غير قابل للتنفيذ فيها⁴. خاصة أن تحديد مدى قابلية الحكم الأجنبي للتنفيذ في فرنسا تقتضي التفرقة بين حالات الإختصاص القاصر للمحاكم الفرنسية، و الإختصاص الجوازي أو المشترك، فيرفض القاضي الأمر بالتنفيذ في الحالة الأولى، ويجيبه في الحالة الثانية⁵.

فإذا طبقنا القواعد المتقدمة على الفرض الذي تكون فيه الدعوى قد رفعت ابتداء من المدعي الأجنبي إلى المحكمة الأجنبية المختصة بها، ثم اكتسب هذا المدعي الجنسية الفرنسية أثناء نظر هاته المحكمة في الدعوى، فعلى الرغم من هذا يجوز له ان يرفع دعوى مماثلة أمام القضاء الفرنسي طبقاً للمادة 14 مدني، ولا يجوز التمسك أمام المحكمة الفرنسية

¹ _ حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 157.

² _ ارجع للمطلب الأول من هذا المبحث والذي تناولناه بعنوان ركن الإختصاص وتأثير هذا في تنفيذ الحكم الاجنبي الصادر بناء على جنسية الخصوم الوطنية.

³ _ هو رأي الأستاذ حبار محمد، المرجع السابق، ص 216.

⁴ _ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص 111.

⁵ _ ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 186، وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص

بالدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية لعدم توافر شروط التمسك به، ذلك أنه على الرغم من اختصاص المحكمة الأجنبية، إلا أن الحكم الصادر منها سيكون غير قابل للتنفيذ في فرنسا، نظرا لاختصاص المحاكم الفرنسية بهذه الدعوى اختصاصا قاصرا عليها.

إذ أن إجازة تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في دعوى تختص بها المحاكم الفرنسية وفقا للمادة 14 مدني يتوقف على ثبوت تنازل المدعي الفرنسي عن اختصاص المحاكم الفرنسية، ومثل هذا الافتراض لا وجود له الآن لأن المدعي كان وقت رفع الدعوى أمام القاضي الأجنبي متمتعا بالجنسية الأجنبية، ومن ثم لا يتصور إفتراض تنازله مسبقا عن الإمتياز القضائي الذي تقرره المادة 14 مدني لصالح المدعي الفرنسي، لأنه لم يكن وقت رفع الدعوى أمام المحكمة الأجنبية قد اكتسب بعد الجنسية الفرنسية¹.

وفي الأخير نشير أن التنازل لتوافر الارتباط يبقى أمرا جوازيا بالنسبة للقضاء الفرنسي حتى مع توافر الشروط المحددة أعلاه².

ثانيا: الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية في التشريع الجزائري، والتشريعات المقارنة.

لقد قررت بعض التشريعات صراحة عدم قبول الدفع بالإحالة، من ذلك ما تقضي به المادة 3 من قانون المرافعات الإيطالي لسنة 1942، التي تنص على انه: " لا تنتفي ولاية القضاء الإيطالي لمجرد قيام ذات الخصومة او خصومة أخرى مرتبطة بها أمام قضاء دولة أجنبية". و نفس الحكم مقرر في القانون البولوني (المادة 1146 ق.م)، والقانون البلغاري (المادة 307 ق.م)³.

¹ _ ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 186، 187.

² _ حبار محمد، المرجع السابق، ص 217.

³ _ انظر سامي بديع منصور و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 526. و هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص 103.

وفي المقابل تأخذ بالدفع بالإحالة بعض التشريعات الأخرى كالتشريع الألماني، الأسترالي، السويسري، الهنغاري، والمادة 394 من تقنين بوستامنت، غير أنها تشترط جميعا ان يكون الحكم الأجنبي ممكنا تنفيذه في دولة القاضي المثار أمامه الدفع. أما القانون السويسري فإنه يتطلب لإمكانية قبول الدفع بالإحالة، أن يكون الحكم الأجنبي قابلا للتنفيذ في سويسرا، او ان يقر قانون المحكمة الأجنبية مبدأ المعاملة بالمثل .

وفي التشريعين الانجليزي والأمريكي يقبل الدفع بالإحالة متى كان رفع الدعوى امام المحاكم الانجليزية أو الأمريكية منطويا على إساءة استعمال الحق. كما تأخذ بالدفع بالإحالة أيضا المادة 21 من الاتفاقية المبرمة بين دول السوق الأوروبية في 27 سبتمبر 1968، والمتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية.

وفي مصر فبالرغم من عدم وجود نص صريح بالإحالة، إلا أنه سبق وأخذ بها القضاء المختلط¹. كما أن غالبية الفقه الحديث المصري يؤيدون الأخذ بها². كما يؤكدون أن أساس إجازة تخطي المحاكم المصرية عن إختصاصها الثابت لها هو متى تبين لها أن محاكم الدولة الأجنبية، التي رفعت أمامها ذات الدعوى، هي الأقدر على الفصل فيها وكفالة آثار الحكم الصادر في شأنها على نحو يؤدي إلى حسن سير العدالة، اي أن المبدأ مقيد بكون الحكم

¹ _ مقررًا أن الأخذ بالإحالة أمر تفرضه مقتضيات النظام العام منعا لتضارب الأحكام. وهذا في حكم محكمة الإسكندرية المختلطة الصادر في 9 يناير 1922، انظر حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 155، 156. وكذلك سامي بديع منصور و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 532. و عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 524.

² _ كالأستاذ سامي بديع منصور و عكاشة محمد عبد العال، انظر مرجعهم السابق، ص 532. وماهر إبراهيم السداوي، انظر مرجعه السابق، ص 426. و هشام علي صادق، انظر مرجعه السابق، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص 105، 106 .

مكفول الفعالية والنفاد، فلهذا متى كان هناك رباط جدي بأن يكون للحكم الصادر من القضاء الوطني القوة والفاعلية فعندئذ لا محل لقبول الدفع بالإحالة¹.

ولهذا يرى بعض الفقه أنه ليس ثمة شك أن المحاكم المصرية لن تلجأ إلى استعمال رخصة التخلي في الحالات المتقدمة، كلما كان الاختصاص معقودا لها بناء على ضابط إقليمي، أي بناء على ضابط يربط النزاع فعلا بولايتها، كضابط الموطن أو محل الإقامة أو موقع المال أو محل مصدر الالتزام أو محل تنفيذه. أما الحالات التي يمكن أن تتخلى فيها المحاكم المصرية عن الإختصاص الثابت لها، فهي التي لا تتوافر فيها رابطة فعلية بين النزاع وولاية القضاء، وهي الحالات التي تتعلق بإختصاصها المبني على جنسية الخصوم المصرية، أو المبني على إرادة الخصوم، أو المبني على إجازة قبول الدفع بالإحالة أمامها².

وبالرجوع للتشريع الجزائري، وبالضبط لنص المادتين 53 و 54/1 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، فهي تتكلم عن الإحالة في اطار القانون الداخلي. اذ تنص المادة 53 على ما يلي: " تقوم وحدة الموضوع عندما يرفع نفس النزاع الى جهتين قضائيتين مختصتين ومن نفس الدرجة"، وتنص الفقرة الأولى من المادة 54 على أنه: " يجب على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع أن تتخلى لصالح الجهة الأخرى، إذا طلب أحد الخصوم ذلك. ويجوز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائيا إذا تبين له وحدة الموضوع."³

وإذا قمنا بمد هذا الحكم الوارد بالمادتين 53 و 54 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الى نطاق الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية، فإننا نستخلص منهما أنه يبقى بإمكان القضاء الجزائري، كما هي الحال بالنسبة للقضاء الفرنسي، ان يتنازل عن الفصل في الدعوى المعروضة أمامه لصالح جهة القضاء الأجنبية التي يتم عرض النزاع أمامها في نفس

¹ _ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 528. و ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 186.

² _ هو رأي ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 186.

³ _ www.joradp.dz

الوقت التي يتم فيه عرضه أمام القضاء الجزائري، على أن هذا التنازل يبقى مقيدا بالشروط التالية :

_ أن يكون كلا القضاة الجزائري والأجنبي مختصين قضائيا بالفصل في الدعوى .

_ ان تكون الدعوى موضوع طلب التنازل لصالح جهة قضاء أجنبية قد سبق رفعها امام القضاء الأجنبي.

_ أن يقوم صاحب المصلحة بتقديم طلب التنازل للقضاء الجزائري عن الفصل في هذه الدعوى لفائدة جهة القضاء الأجنبي، لكن يجب أن يتم ذلك قبل كل دفاع في الموضوع تماشيا مع هو مقرر قانونا بالمادة 50 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تنص على أنه "يجب اثاره الدفع الشكلية قبل اي دفاع في الموضوع.... تحت طائلة عدم القبول."

ولكن هذا لا يمنع القاضي المعروض أمامه النزاع التخلي من تلقاء نفسه عن الفصل في القضية المعروضة أمامه، متى تبين له أن هناك وحدة في الموضوع بين الدعويين، وهذا في حالة قيامنا بمد نص المادة 2/54 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، الى مجال الاختصاص القضائي الدولي.¹

لكن القضاء الجزائري قد سار في الاتجاه المعاكس، حيث لم يسلم بالدفع بالإحالة لوحدة الموضوع على المستوى الدولي، متأثرا في ذلك بالقضاء الفرنسي الذي رفض بداية الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي. وإن هذا الموقف منتقد لذات الأسباب التي حملت الاجتهاد الفرنسي على تغيير موقفه. فهو لا يخدم على المستوى العملي أغراض التعاون القضائي الدولي، ولا مصالح الاطراف بالذات، فالنزاع المرفوع فيه عدة دعاوى أمام محاكم بلدان مختلفة يضر بتماسك الحلول، كما سيؤدي لصدور أحكام غير مكفولة النفاذ، فلا شك

¹ _حبار محمد، المرجع السابق، ص 214،213.

أن الدولة الأجنبية المرفوع أمامها نفس النزاع ستفرض الاعتراف وتنفيذا الحكم الصادر من القضاء الوطني ما دام أنه يتعارض مع الحكم الصادر عنها¹.

الفرع الثاني: كيفية تحديد الاختصاص القضائي المبني على الجنسية في حال تعدد الجنسيات :

ابتداء فإنه من القواعد المتعارف عليها في هذا الصدد أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد وطنية قاصرة على تحديد ولاية القضاء الوطني في العلاقات المشوبة بصفة الأجنبية، وليست قواعد إسناد لتحديد قضاء الدولة المختصة². ولهذا فإن تشريع الدولة نفسها هو الذي يعين الحالات التي تكون محاكمها مختصة، في نظر تلك النزاعات، فإذا كانت هذه القواعد لا تسند الاختصاص لمحاكمها، فإنه ليس بوسعها أن تحدد الدولة التي يعود إلى محاكمها الاختصاص لأنه ليس لها أية سلطة لتعيين اختصاص محاكم دولة أخرى³.

وعليه، الدولة التي تعتمد على الجنسية كميّار لتحديد الاختصاص القضائي الدولي، فإن محاكمها الوطنية ستعلن اختصاصها إذا كان الشخص مدعيا كان أو مدعى عليه يحمل جنسية الدولة المعنية دون البحث عن الجنسيات الأخرى التي يحملها هذا الأخير⁴. أما إذا لم ينتم هذا الشخص بجنسيته إلى الدولة المعنية، ولم يتوافر أي ضابط آخر يربط النزاع بإقليم

¹ _محمّد إسعاد، المرجع السابق، ص 29.

² _زروتى الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، المرجع السابق، ص 29.

³ _وهذا يعود إلى كون الاختصاص القضائي يتعلق بتسيير مصلحة عامة هي مصلحة القضاء، التي تباشر مهامها داخل الدائرة الإقليمية التي تشملها سيادة تلك الدولة، ولا يمكنها أن تتجاوزها لتلزم محاكم دولة أخرى على البت في القضية. انظر موسى عبود، المرجع السابق، ص 325.

⁴ _ إذ أن ازدواج الجنسية أو تعددها لا يحول دون اختصاص مزدوج أو متعدد الجنسيات أمام محاكم أي دولة من الدول التي يحمل جنسيتها، ما دام تشريع هذه الدولة متضمن ضابط قانوني يسمح بعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية بناء على جنسية الأطراف. انظر عصام الدين القسبي، المرجع السابق، ص 204.

الدولة، فتعلن عندئذ المحاكم الوطنية عن عدم اختصاصها دون أن تعنى بتعيين القضاء المختص دولياً بالفصل في النزاع¹.

على أن عرض الاختصاص للمحاكم الوطنية بناء على كون أحد الأطراف وطنياً، دون تدعيم هذا الرابط برابطة مادية تربط الشخص بإقليم الدولة، قد لا يوفر لهذا الحكم أي قيمة حقيقية، مما يجعل فرصة تنفيذه محدودة².

ولهذا، ذهب اتجاه حديث أنه في حالة ما انعقد الاختصاص مثلاً للمحاكم الوطنية على أساس انتماء الشخص إليها بجنسيته بمعزل عن أية ضوابط أخرى، وكان هذا الأخير يحمل جنسية دولة أخرى يكون متوطناً أو مقيماً فيها أو له أموال على إقليمها، فعندئذ تكون محاكم هذه الدولة هي الأقدر على الفصل في المنازعة بحكم مكفول النفاذ، نظراً لتوافر ضوابط أخرى بجوار الجنسية تسمح بربط النزاع بإقليمه، الأمر الذي يرجح اختصاصها ويجعلها الأقدر على إصدار الحكم. لذلك على محاكم الدولة الأولى أن تتخلى عن اختصاصها مباشرة أو عن طريق قبول الدفع بالإحالة لقيام المنازعة أمام محكمة أخرى أجنبية مختصة، أو عن طريق الاتفاق بين الطرفين على سلب الاختصاص للمحاكم الوطنية لمصلحة محكمة أجنبية أخرى أقدر على الفصل في المنازعة³.

الفرع الثالث: كيفية تحديد الاختصاص القضائي المبني على الجنسية في حال انعدام الجنسية.

في حالة انعدام جنسية الشخص، لا نستطيع تطبيق قاعدة الاختصاص المبنية على الجنسية، لأن ضابط القاعدة نفسها وهو الجنسية غير متوفر. فالشخص لا جنسية له على

¹ _ شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 184.

² _ عصام الدين القسبي، المرجع السابق، ص 204.

³ _ عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دراسة تحليلية و تأصيلية في القانون المصري والمقارن، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996. ص 107، 108.

الإطلاق، وهنا يمكن الاستعانة بالضوابط العادية، أو العامة الأخرى لتحديد الاختصاص للمحاكم الوطنية،

والتي أصلها ضوابط الاختصاص المحلي الداخلي والتي تم تعميمها على المجال الدولي، كأن يكون عديم الجنسية متوطنا أو مقيما في الدولة المعنية، وأن تكون الأموال المتنازع عليها موجودة على إقليمها¹.

وهناك من يحبذ الأخذ خاصة بضابط اختصاص محكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته، أخذا بفكرة الجنسية الفعلية، لأن توطن الشخص في دولة معينة أو اتخاذه محل إقامته بأرضها، يعد تعبيرا عن تركيز مصالحه في هذه الدولة، وعن الرابطة الحقيقية والتي تصلح أن تشكل ضابطا للاختصاص يحل محل ضابط الجنسية في تحديد القضاء المختص².

وبالرغم من هذا فإن القضاء الفرنسي مد الاستفادة من امتياز اللجوء إلى المحاكم الوطنية، بناء على معيار الجنسية، حتى إلى عديمي الجنسية واللاجئين³. وهو الحل الذي تمنى بعض الفقه⁴ أن يأخذ به القضاء الجزائري، لأنه من غير المعقول أن تقبل الجزائر عديمي الجنسية واللاجئين على إقليمها وتحرمهم من بعض الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون، بما فيها الحق في التقاضي.

وأنا أرى انه لا توجد ضرورة لتمديد امتياز الجنسية على عديمي الجنسية واللاجئين، مادام ان ضابط موطن المدعى عليه هو كاف بذاته لجلب الاختصاص للمحاكم الوطنية، وهذه الفئة ستكون في الأغلب مقيمة بالجزائر، خاصة أن امتياز الجنسية يبقى مجرد ضابط احتياطي مع ضوابط الاختصاص المحلي الداخلي.

¹ _ عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في تنازع الجنسيات، ص 187.

² _ ويتماشى هذا الحل مع المبادئ المقررة في الاتفاقيات الدولية. انظر صالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص 61، 62.

³ _ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 40.

⁴ _ موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 35.

الفرع الرابع: كيفية تحديد الاختصاص القضائي المبني على الجنسية في حال تغييرها.

ما هو الوقت الذي يعتد فيه بتوافر ضابط الجنسية، خاصة أنه يمكن للشخص تغيير جنسيته من وقت نشوء الالتزام إلى وقت رفع الدعوى.

في هذا يذهب الفقه الراجح في مصر وفرنسا إلى أن العبرة في توافر الضابط الذي يعقد بمقتضاه الاختصاص لمحاكم الدولة، بوقت رفع الدعوى¹، أي يجب توافر الصفة الوطنية لدى المدعي أو المدعى عليه بوقت رفع الدعوى، فإذا كان أحدهما وطنيا في هذا الوقت يثبت الاختصاص للمحاكم الوطنية دون الاعتداد عن جنسية الشخص وقت نشوء العلاقة القانونية، ولو كان أجنبيا حينها، ولا يهم نوع الجنسية سواء كانت أصلية أو طارئة.

وبالنسبة للفقه الفرنسي فقد ثار السؤال حول الحالة التي يكتسب فيها المدعي الذي كان أجنبيا، وقت رفع الدعوى الجنسية الفرنسية أثناء نظرها. و الحالة التي يفقد المدعي أو المدعى عليه جنسيته الفرنسية عقب نشوء الالتزام ويصبح أجنبيا وقت رفع الدعوى. فهل يؤثر هذا التغيير في اختصاص المحاكم الفرنسية؟

بالنسبة للمدعي الذي كان أجنبيا، وقت رفع الدعوى، واكتسب الجنسية الفرنسية أثناء نظرها، فقد إتجه فريق من الفقه الفرنسي إلى انه في هذه الحالة، لا يكون لهذا التجنس أي تأثير على اختصاص المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى ابتداء، لأن المدعى عليه يكتسب حقا في ضرورة مقاضاته أمام هذه المحكمة².

¹ _ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 510. و حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص 170.

² _ ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 182، 183. ومع ذلك اتجه فريق آخر من الفقه الفرنسي إلى التمييز بين فرضين: أن تكون الدعوى قد رفعت ابتداء أمام المحاكم الفرنسية بناء على ضابط آخر غير ضابط جنسية المدعي المنصوص عليها في المادة 14 مدني، ثم تجنس المدعي الأجنبي بالجنسية الفرنسية أثناء نظر الدعوى، فهنا لا يكون لهذا التجنس أي تأثير على الاختصاص الذي يثبت للمحاكم الفرنسية ابتداء، لأنه لا جدوى حينئذ من تمسك المدعي بالمادة 14، مادام أن الاختصاص قد ثبت بناء على ضابط آخر.

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي، فلا يكون لتجنس المدعي بالجنسية الفرنسية اللاحق على رفع الدعوى، أي أثر على اختصاص المحكمة التي رفعت إليها ابتداءً.

أما إذا فقد المدعي جنسيته الفرنسية عقب نشوء الالتزام وأصبح أجنبياً وقت رفع الدعوى، فلا يجوز له التمسك بالمادة 14، لان العبرة هي بوقت رفع الدعوى، وإذا كان المدعي فرنسي الجنسية عند نشوء الالتزام، ثم فقد هذه الجنسية وأصبح أجنبياً عقب ذلك، إلا أنه استرد جنسيته الفرنسية وقت رفع الدعوى، جاز له التمسك بالمادة 14¹.

أما بالنسبة للمدعى عليه، فالإتجاه الذي يعتنقه غالبية الفقه والقضاء الفرنسي، لا يعتد بأي تغيير في جنسيته، متى وقع بعد رفع الدعوى، سواء كان باكتساب المدعى عليه الأجنبي الجنسية الفرنسية، أو بفقده لهذه الجنسية واكتسابه لجنسية أجنبية².

أن تكون الدعوى قد رفعت ابتداءً أمام محكمة أجنبية، وفي هذه الحالة لا يوجد هناك ما يمنع المدعي الذي تجنس بالجنسية الفرنسية أثناء نظر الدعوى، أمام هذه المحكمة الأجنبية، من أن يرفع دعوى جديدة أمام المحاكم الفرنسية على أساس المادة 14 مدني، دون أن يكون للمدعى عليه الأجنبي أن يدفع أمام المحاكم الفرنسية بإحالة الدعوى إلى المحكمة الأجنبية لقيام ذات النزاع أمامها، لان مثل هذا الدفع لا يعمل به في ميدان الاختصاص القضائي الدولي. وهذا هو رأي الفقيه "نبوايه" انظر

NIBOYET, Traité de droit international privé, tom6, p 297 .

¹ _ ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 188.

² _ Weiss , traité théorique de droit international privé , 20 édition, 1921 , p243 .

ومع ذلك يذهب بعض الفقه الفرنسي منهم الأستاذ "نبوايه" إلى التفرقة بين فرضين في هذا الصدد.

الفرض الأول، هو إذا فقد المدعى عليه الجنسية الفرنسية أثناء نظر الدعوى، و اكتسب جنسية أجنبية، فإن هذا التغيير يؤثر في اختصاص المحاكم الفرنسية. فمتى أصبح المدعى عليه أجنبياً أثناء نظر النزاع المرفوع أمام المحاكم الفرنسية طبقاً للمادة 15 مدني، فإنه يجوز له أن يدفع بعدم الاختصاص، ولكن يشترط ألا يكون تغيير الجنسية من جانب المدعى عليه حصل بطريق العش، بقصد سلب الاختصاص الذي انعقد للمحاكم الفرنسية ابتداءً، وإلا لا يقبل الدفع بعدم الاختصاص. كما تستمر المحاكم الفرنسية في نظر الدعوى كذلك، بالرغم من دفع المدعى عليه بعدم الاختصاص السابق، لعدم توافر المادة 15 مدني، متى كانت الدعوى مرفوعة من مدعي فرنسي وهذا الاختصاص للمحاكم الفرنسية يثبت بناء على حكم المادة 14 مدني، وليس المادة 15 لفقدان الضابط الذي تبنى عليه . ونفس الأمر سينطبق إذا وجد ضابط آخر بناء عليه ينعقد الاختصاص للمحاكم الفرنسية، كأن تكون الدعوى مرفوعة من مدعي أجنبي متوطن بفرنسا.

أما الفرض الثاني فهو اكتساب المدعى عليه الجنسية الفرنسية أثناء نظر الدعوى. فالأصل أن هذا التغيير لا يؤثر في اختصاص المحاكم الفرنسية، التي انعقد لها ابتداءً بناء على ضابط آخر. فمثل هذا التغيير يقتصر أثره على مجرد تأكيد اختصاص المحاكم الفرنسية، ولا يمتد فوق ذلك إلى تغيير هذا الاختصاص.

وإذا فقد المدعى عليه جنسيته الفرنسية بعد نشوء الالتزام، و اكتسب جنسية أجنبية وقت رفع الدعوى، فلا يجوز للمدعي الأجنبي أن يختصمه أمام المحاكم الفرنسية طبقاً للمادة 15 مدني، باعتبار ما كان من تمتعه بالجنسية الفرنسية لأن العبرة دائماً هي بوقت رفع الدعوى¹. و إذا كان الاعتداد بجنسية الخصوم الوطنية وقت رفع الدعوى، هو السائد حتى في القانون المصري، فهذا لم يمنع جمهرة من الفقه المصري²، إلى أن تحقق ضابط الاختصاص أثناء سير الدعوى من شأنه أن يصح الخصومة، وذلك مراعاة للعدالة وتوفيراً لوقت المحكمة من أن يضيع سدى، إذا ما حكمت بعدم اختصاصها ثم تلقت الدعوى من جديد برفعها إليها بعد توافر ضابط الاختصاص³. أي أن هذا الاتجاه يذهب إلى اختصاص المحاكم المصرية إذا أصبح الأجنبي مصرياً أثناء نظر الدعوى، فهو لا يعول على معيار الجنسية وقت رفع الدعوى، إنما يفهم ضمناً اعتماد هذا المعيار قبل النطق بالحكم.

وهناك اتجاه يرى اعتماد معيار جنسية الأطراف، وقت رفع الدعوى، ولكنه يجعل للتغيير اللاحق في الجنسية، تأثيراً سلبياً في الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم التي انعقد إليها ابتداءً، فلا يستمر اختصاصها في ظل هذا التغيير. بحيث أن الاختصاص القضائي الدولي يبقى منعقداً للمحاكم المصرية، حتى لو اكتسب المصري الجنسية الأجنبية طالما ظل محتفظاً بالجنسية المصرية، التي كان عليها وقت إقامة الدعوى، لكن إذا فقدتها فيسلب الاختصاص من المحاكم المصرية، لحساب محاكم دولة الجنسية الجديدة، إلا إذا قبل المدعي أو المدعى عليه

ومع هذا فيمكن أن تكون الدعوى قد رفعت ابتداءً أمام محكمة دولة أجنبية، تختص بنظرها بناء على أي ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في قانونها، لهذا فإذا كانت هناك رابطة فعلية بين النزاع وولايتها، فإن اكتساب المدعى عليه الأجنبي للجنسية الفرنسية أثناء نظر الدعوى، لا يصح أن يؤدي لسلب اختصاصها، وعقده للمحاكم الفرنسية على أساس المادة 15 مدني. انظر ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 209، 210. و

Niboyet , op cit , p.327 .

¹ _ ماهر إبراهيم السداوي، المرجع السابق، ص 207.

² _ هم الدكتور عز الدين عبد الله انظر مرجعه القانون الدولي الخاص المصري، الجزء 2، مرجع سابق، ص 537. وكذلك الدكتور هشام علي صادق، و أحمد قسمت الجداوي، نقلاً عن عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 511، هامش رقم 1.

³ _ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 511.

ولاية القضاء المصري صراحة أو ضمنا، استنادا لمبدأ الخضوع الإرادي، ويكون اختصاص المحكمة المصرية هنا دوليا طارئاً لا أصلياً، فمعناه أنه إذا لم يستمر الطرف المعني في الدعوى، يحمل الجنسية المصرية بين وقت رفع الدعوى، ولحين صدور الحكم النهائي، فعلى المحكمة المصرية ان تقرر عدم اختصاصها، وتوجه الخصوم لإقامة الدعوى أمام المحكمة المختصة. وبالمقابل لا يؤثر تغيير الجنسية سلباً في الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، إذا تم بطريق الغش إنما يبقى الاختصاص محفوظاً لها¹.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فيأخذ بما يأخذ به الرأي الغالب من الفقه والقضاء الفرنسي، باعتبار أن الجنسية كضابط اختصاص لمحاكم دولة القاضي يجب أن تتوفر وقت رفع الدعوى، وبالتالي لا يهم أي تغيير لاحق في الجنسية بعد هذا الوقت، سواء كان هذا التغيير باكتساب الجنسية الوطنية أو بفقدانها، ولا يلتفت إلى جنسية المدعي أو المدعى عليه وقت نشوء العلاقة القانونية².

وفي الأخير نخلص أن ضابط جنسية الخصوم الوطنية وبالرغم من الانتقادات الموجهة إليه فيبقى من الضوابط التي لها غايات وتحقق أهداف لصالح رعايا الدولة، وما موقف التشريع الجزائري بعدم التخلي عن هذا الضابط بالرغم من حداثة تعديل قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، إلا تعبير عن هذه النزعة. كما أن حرية كل دولة في تحديد قواعد اختصاصها القضائي هو الذي يطرح مشاكل، والتي يتطلب حلها توافر التنسيق الكاف بين الدول، وأرى ان هذا يكون عن طريق ابرام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي يجب أن تنسق التعاون بين الدول، من أجل تسهيل تنفيذ الأحكام الاجنبية.

¹ _ عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 227.

² _ إذ أن الفقه الجزائري اكتفى بوقت رفع الدعوى، ولم يتطرق إلى ما قد يثور من مشاكل باكتساب الجنسية الجزائرية بعد رفع الدعوى، أو بفقدانها على الاختصاص القضائي المبني على ضابط الجنسية، بعد هذا الوقت. انظر أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 39، و زروتي الطيب، إشكالية تنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 325.

وبعد أن ثبت دور الجنسية في نطاق كل من مركز الاجنبي و الإختصاص القضائي الدولي، فما هو دورها فيما يخص تنازع القوانين، والصعوبات التي قد تعتري وظيفتها في هذا الموضوع الشائك من القانون الدولي الخاص؟

الباب الثاني:

وظيفة الجنسية على مستوى

تتازع القوانين.

إن المنازعات الخاصة الدولية، في تطور مستمر، مادام أننا نعيش في عصر الانفتاح، والتقارب والعولمة، في جميع المجالات. فكون العالم أصبح قرية صغيرة جعل حدود دراسات، وقوانين غير الوطنية، أو العلاقات الخاصة الدولية، يجب أن تبلغ ذروة وآفاق بعيدة.

إن التطرق للجنسية هذا الموضوع الذي يبدو لأول وهلة من المواضيع السهلة، إلا أن رؤية الجنسية ليس من منظور أحادي، من حيث طرق اكتسابها، فقدها، إثباتها، أو التخلي عنها، بل النظر إليها كعنصر فعال، ومؤثر فيما يخص مجال ألّهب وأتعب الفقهاء، هو مجال تنازع القوانين، يجعلها تحيط بوظيفة وبغاية معقدة وعميقة.

فتنازع القوانين هو تراحم قانونين أو أكثر، لدولتين أو أكثر، بشأن حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي¹. والعنصر الأجنبي يشوب العلاقة القانونية لعدة أسباب منها اختلاف جنسية الأشخاص، أو مكان انعقاد العقد أو مكان تنفيذه، أو موقع المال².

وإن حل مشكلة تنازع القوانين، يكون بترجيح أحد القوانين المتزاحمة أو المتعارضة، لحكم النزاع، وهذا عن طريق قواعد الإسناد أو قواعد التنازع، وهي تقنية لا تعطي الحلّ المباشر للنزاع، كما في مختلف فروع القانون الأخرى، وإنما ترشد فقط للقانون الذي يجب تطبيقه من بين القوانين المتنازعة³، وذلك عن طريق ما يسمى بضابط الإسناد، والذي تكمن

¹ _ يشترط أن تكون هذه القوانين المتزاحمة متعارضة، أي مختلفة في أحكامها، وإلا لا تصبح هناك أية فائدة للمفاضلة بينها، واختيار إحداها، ما دام أنّ تطبيق أي منها، يؤدي لنفس النتيجة التي سيؤدي إليها الآخر. كما يجب أن يفسح المشرع الوطني المجال لتطبيق القانون الأجنبي، فبعدما كانت الدول في السابق إعمالاً لقاعدة إقليمية القوانين، لا تسمح بتطبيق القوانين الأجنبية بإقليمها، وتقتصر على إعمال قواعدها الوطنية، أصبحت نتيجة لضرورات دولية تسمح بذلك على أساس المجاملة الدولية. انظر موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة تلمسان، 2011، 2012. ص 1، 2.

² _ غالب علي الداوودي، حسن محمد الهداوي، المرجع السابق، ص 39.

³ - تعتبر قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة لأنها لا تعطي الحل المباشر للنزاع، وهذا بخلاف القواعد المادية التي تعطي مباشرة الحل للنزاع كقواعد مركز الأجانب. كما أنها قواعد مزدوجة أو ثنائية الطرف لأنها تحتل تطبيق أحد القوانين المرشحة للحكم للنزاع بما فيها قانون القاضي. انظر ميكالي الهواري، المرجع السابق، ص 52، 53. أنظر هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 07.

مهمته في تعيين القانون الواجب التطبيق، بصفته أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة، وأكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة. هذا الضابط الذي يعين أو يستمد من مركز الثقل، أو عنصر التركيز في العلاقة القانونية. فمتى كان عنصر الثقل هو موضوع العلاقة، أو محلها، كما في الحقوق العينية، فإن ضابط الإسناد المناسب لها هو موقع المال، أما إذا تمثل في مصدر العلاقة أو السبب المنشئ لها، كما في التصرفات القانونية، فإن ضابط إرادة المتعاقدين بالنسبة للعقود، ومحل وقوع الفعل الضار بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، هما المناسبين¹، و إذا كان عنصر الأطراف، هو الأبرز والأثقل وزنا، كما في مسائل الأحوال الشخصية، فإن ضابط الجنسية أو الموطن²، هو الأصلح لحكمها.

وقد ساد الأخذ بقانون الموطن لفترة طويلة، قبل أن ينادي الفقيه "مانشيني"، في القرن 19، بتطبيق قانون الجنسية، لحكم الأحوال الشخصية بدلا من الموطن، على أساس مبدأ شخصية القوانين الذي اعتمده، وهذا بأن تتبع القوانين الأشخاص المخاطبين بأحكامها، في أي مكان حلوا أو ارتحلوا³. هذا الفقه التي تأثرت به الكثير من التشريعات المعاصرة، بإخضاع مسائل تنازع القوانين في الأحوال الشخصية لقانون الجنسية. كفرنسا، إيطاليا، ألمانيا، إسبانيا، و جميع القوانين العربية بما فيها التشريع الجزائري⁴.

¹ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 23.

² - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، ص 44.

³ - ومع هذا حدد "مانشيني" حالات استثنائية يؤخذ فيها بغير القانون الشخصي. انظر علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 33-34. و محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 378. أنظر كذلك Nouhad Rizkalah, op cit, p27.

⁴ - وهذا ما اتبعه المشرع الإيطالي منذ سنة 1866، المشرع الإسباني منذ سنة 1889، المشرع الألماني منذ سنة 1900، وبعض الاتفاقيات الدولية كتنقنين بوستامنت (1928) لدول أمريكا اللاتينية، واتفاقيات لاهاي لسنوات 1896، 1902، 1905، وكذلك تأثرت به القوانين العربية. أنظر زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء 1، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2008، ص 67.

وهكذا يظهر أن الغوص فيما يخص وظيفة الجنسية على مستوى تنازع القوانين، موضوع دقيق وذو أهمية، وبأن الجنسية هي ضابط الإسناد في حدود الوظيفة التي اخترنا دراستها. و أن هذه الوظيفة لن تطال جميع مواضيع مشكلات تنازع القوانين، وإنما نلمسها خاصة في مادة الأحوال الشخصية.

وعلى العموم إن وظيفة الجنسية هذه لها حدود ومجالات قد تضيق أو تكبر، تضيق كلما كانت استثناءات سيادية، لصالح قانون القاضي، أو إقليمية، توجب تطبيق قانون آخر بدلها، وتكبر أحيانا أخرى متى لم يوازعها ضابط إستثنائي آخر .

وعليه فإن التساؤل يثور حول ماهي المسائل التي يحكمها قانون الجنسية؟ وماهي حدود ذلك وطبيعة الاستثناءات الواردة على ذلك؟ ولإن كانت الأحوال الشخصية هي المجال الأصيل لتطبيق قانون الجنسية، فهل من الممكن أن نجد تطبيقات أخرى لهذا القانون، في علاقات أخرى؟، ثم ما هي العقبات والمشاكل التي تقف أمام هذا الضابط، وكيف تمت مواجهتها؟

هذه الأسئلة وأسئلة أخرى، سنحاول الإجابة عليها من خلال هذا الباب، الذي سيكون فصله الأول وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق وحدود ذلك، وفصله الثاني مشكلات إعمال ضابط الجنسية في نطاق تنازع القوانين.

الفصل الأول: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق وحدود ذلك.

الجنسية هي ضابط الإسناد الملائم و الأولى لحكم العلاقات الخاصة بالأحوال الشخصية¹. هذه الأحوال التي تعتبر مصطلحا غريبا عن الفقه الإسلامي، فهي تعريب لعبارة "Statut personnel" أي القانون الذي يتبع الشخص. ويعتبر القانون المدني الفرنسي، أول من نصّ على إخضاع حالة الأشخاص وأهليتهم إلى قانون الجنسية، بعدما كان سائدا من قبل إسنادها لقانون الموطن في جميع البلاد الأوروبية. و لقد كان مبتغى الفرنسيين من ذلك هو، إحلال قانونهم الموحد محلّ القوانين الإقليمية المتعدّدة، و لم يكونوا يرضون أنّهم يأتون بمذهب جديد سرعان ما انتشر في كافّة أوربا، كما تأثرت به القوانين العربية جميعا²، ومنها التشريع الجزائري³.

إذن إن مجال الأحوال الشخصية يتحدد بالحالة الخاصة أو المدنية، والتي تعني جميع الصفات التي تميز الشخص عن غيره، ككونه ذكرا، أو أنثى، راشدا أو قاصرا، زوجا، أو أرملا، أو أعزبا، أو ابنا، وقد تختلف باختلاف الأديان في البلاد التي تعطي أهمية للدين، كالبلاد الإسلامية.

¹ إن هذا لا يعني أن جميع الدول أخذت بالجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية، وإنما تفضل دول أخرى الأخذ بقانون الموطن وهي الدول المتأثرة بالأفكار الإقطاعية، كالدول الأنجلوسكسونية (الو. م. أ. وإنجلترا)، والدول الإسكندنافية كالنرويج والدنمارك.

² -موسى عبّود، المرجع السابق، ص223.

³ - وهذا ما تعبر عنه المادة 10 من القانون المدني الجزائري، الصادر بموجب الأمر 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 الصادر في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، العدد44، لسنة2005، بقولها أنه "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم". ولقد تعرضت هذه المادة لانتقادات كثيرة قبل التعديل، لأنها كانت في شكل قاعدة إسناد منفردة، إذ كانت تنص على أنه " تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص، وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين ببلاد أجنبية"، وقد أحسن المشرع بتعديلها.

و لما كانت الجنسية هي ضابط الإسناد الذي يحكم الحالة الخاصة أو المدنية، في كل الدول اللاتينية والعربية بما فيها الجزائر. فإن تحليل وظيفة الجنسية في الإسناد، تشير إلى أن اختصاصها بالنزاع قد يكون أصليا متى كان لا ينافيها فيه ضوابط إسناد أخرى، و قد يكون جوازيا متى كان الاختصاص مشترك بينها وبين ضوابط إسناد أخرى. كما أن لهذا الاختصاص حدود، إذ قد تطرأ عليه بعض الاستثناءات التي تشير لتطبيق ضوابط إسناد أخرى أولى في بعض الجزئيات من ضابط الجنسية. ولأن وظيفة الجنسية كضابط إسناد يترتب عنه تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع ذو العنصر الاجنبي، فقد اخترنا تقسيم المبحثين وفق التسميات الآتية.

وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحالات التي تحكمها كضابط إسناد أصلي (المبحث الأول)، و الاستثناءات من تطبيق قانون الجنسية على اختصاصها الأصلي، وحالات اختصاصها الجوازي.(المبحث الثاني).

المبحث الأول: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحالات التي تحكمها كضابط إسناد أصلي.

إن المجال الذي تحكمه الجنسية كضابط إسناد أصلي، يتحدّد بالأحوال الشخصية، ولكن نظرة إجمالية لهذه الأحوال يكشف أنه يختلف في الموضوعات التي تدخل فيها، أو في نطاقها حسب الدول. فهي تشمل عند بعض التشريعات كل من الميراث، الوصية، النظم المالية الخاصة بالزواج، والهبة، كما هو الحال في غالبية الدول العربية والقانون الإيطالي، في حين تستبعد تشريعات أخرى من نطاقها تلك المسائل، كالقانون الأمريكي والفرنسي¹. وسبب هذا الاختلاف أن هذه المسائل ذات طبيعة مزدوجة، ويصعب تصنيفها في فئة المعاملات

¹ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص144.

المالية، أو المسائل الشخصية، لأنها تحمل كلا المعنيين، ولهذا تسمى بالعلاقات المالية ذات الطابع الشخصي.

إذن نطاق الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري واسع، يشمل بالإضافة للحالات التي تتفق الدول على أنها جزء من الأحوال الشخصية كالحالة الفردية¹، و العائلية (زواج، طلاق، حضانة، تبني... إلخ)، والأهلية، على كذلك كل من الميراث، الوصية، النظم المالية الخاصة بالزواج، والهبة.

وعليه ستتم الدراسة وفق التقسيم التالي ووظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الأسرية، (مطلب أول)، ووظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب على الأهلية، والعلاقات المالية ذات الطابع الشخصي، (مطلب ثان).

المطلب الأول: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على

العلاقات الأسرية.

إن الحالة العائلية تعني جميع ما يحدد مركز الشخص من أسرته، وعلاقاته مع الغير كحالات زواجه، طلاقه، علاقته مع أولاده و أقاربه . وتشمل أيضا علاقاته الأسرية ذات الطابع المالي كالميراث، وهذه سترجى الحديث عنها في العلاقات المالية ذات الطابع

¹ _ الحالة الفردية نقصد بها كل من مجموعة الصفات المتعلقة بالتعريف بالشخص نفسه، و تحديد هويته، وحالته الذاتية المتصلة به فقط، والمتمثلة في اسمه ولقبه، أو في معرفة حالة وجوده أي موطنه، أو غيابه وفقدته، أو في صيانة حقوقه الطبيعية الأساسية، كحرمة جسده، وحياته الخاصة. ولا أرى ضرورة للتطرق لوظيفة الجنسية في هذه المواضيع لأن دورها ضئيل فيها فقلما يحكمها قانون الجنسية، ولأنه لا تثار منازعات بخصوصها من الناحية العملية بالقدر التي تثار في الأحوال الشخصية الأخرى. ومع هذا فللاطلاع على التفاصيل يمكن الرجوع لرسالتي في الماجستير موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص من 10 حتى 19.

الشخصي¹. بينما سيقتر الحديث هنا عن العلاقات الأسرية البحتة، والمتمثلة في الزواج، الطلاق، النسب، العلاقة بين الأصول والفروع، الحضانة وكفالة الأولاد، النفقة بين الأقارب.

و لأن الزواج يعتبر الجزء الأساسي للأحوال الشخصية، نظرا لكثرة المنازعات التي تطرح بشأنه، ولأنه السرح المفضل لتطبيق القانون الشخصي، فسنكلم عن وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج و آثاره، (الفرع الأول)، ثم وظيفتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج و آثاره، (الفرع الثاني)، ثم وظيفتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الأولاد (الفرع الثالث).

الفرع الأول: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج و آثاره.

يعد الزواج من أفسح العلاقات القانونية مجالا لتنازع القوانين، لأن النظم القانونية تختلف في نظرتها إليه اختلافا كبيرا، فبينما تعتبره بعض النظم رابطة دينية محضة، تعتبره نظم أخرى رابطة مدنية بحتة، وبينما تبيح الدول الإسلامية تعدد هذه الرابطة وتسمح بانحلالها بإرادة منفردة، إذ بالدول المسيحية تحرم تعددها وتعتبره جريمة، وبعضها يعتبره رابطة أبدية غير قابلة للانحلال، كالزواج في الكنيسة الكاثوليكية والدول التي أخذت بتعاليمها، بينما البعض الآخر يبيح انحلاله لكن لأسباب محدّدة، بل إن بعض الدول تعتبره رابطة مؤقتة، يمكن أن تتحلل بإرادة كلا الزوجين كالإتحاد السوفياتي سابقا.

ولقد أسند التشريع الجزائري، بموجب قاعدة عامة، كل من انعقاد الزواج، آثاره، إلى قانون الجنسية.

¹ إلا أنه سيتم ارجاء دراسة المواريث والوصايا وغيرها من علاقات الأحوال الشخصية ذات الطبيعة المالية، في المطلب الثاني من هذا المبحث.

أولاً: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج.

لانعقاد الزواج لا بد من توافر نوعين من الشروط، شروط موضوعية وأخرى شكلية، والملاحظ أن الجنسية تلعب دوراً بارزاً بالنسبة للشروط الموضوعية، ودورها ثانوي بالنسبة للشروط الشكلية¹.

فالشروط الموضوعية للزواج هي تلك الشروط الأساسية لقيام الرابطة الزوجية، والتي إذا تخلف شرط منها، ترتب عن ذلك البطلان، وإحصاءها مسألة تكييف تختلف باختلاف الدول²، وإن كانت غالبيتها تعتبر من الشروط الموضوعية، الأهلية للزواج، رضا الزوجين، رضا الوالدين بالنسبة للقاصرين، موانع الزواج كالقربة، والنسب³. وفي القانون الجزائري، قد نصت عليها المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة⁴، والتي تجملها في توافر الرضا، الأهلية، شهود، ولي، خلو الزوجين من الموانع الشرعية.

¹ سيمت الحديث عن الشروط الشكلية للزواج، عندما نتكلم عن الحالات التي تحكمها الجنسية كضابط إسناد ثانوي، وهذا في المبحث الثاني من هذا الفصل الذي عنوانه الاستثناءات من تطبيق قانون الجنسية، وحالات اختصاصها الجوازي.

² فمثلاً بالنسبة للخطبة باعتبارها من مقدمات الزواج نجد أن تكييفها يختلف من قاضي لآخر، وهو ما يؤثر على قواعد التنازع التي تحكمها، فاتجاه يعتبرها بمثابة عقد ملزم، ولا يمكن للأطراف العدول عنها، وإلا يسأل على أساس المسؤولية العقدية كالتشريع الألماني والإنجليزي، أي تسري عليها قواعد الإسناد الخاصة بالعقد. ويرى جانب آخر من الفقه، بإخضاع الخطبة لقانون جنسية الخاطب قياساً على قواعد التنازع التي تحكم الزواج، بحيث يخضع العدول عنها لقانون جنسية كل من الخاطب وقت فسخها. وهو ما ذهب إليه المشرع الكويتي على اعتبار أن الخطبة عقد ملزم مثل عقد الزواج.

أما المشرع الجزائري، فلم يضع قاعدة تنازع تسري على الخطبة، وتبع في ذلك كلا من القانون الفرنسي والمصري، إذ اعتبرها وعد بالزواج وذلك بصريح المادة 05 من قانون الأسرة المعدلة. وبما أن التكييف يخضع لقانون القاضي فلهذا تعتبر الخطبة طبقاً للنظام القانوني الجزائري وعداً، فهي لا ترقى إلى درجة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من آثار عقد الزواج. لكن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول عنها يمكن مساءلة الشخص عنها على أساس المسؤولية التقصيرية. وبالتالي تطبق عليها قاعدة التنازع التي تحكم الالتزامات غير التعاقدية، طبقاً لنص المادة 20 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى. انظر في هذا دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وإنحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، العدد 4، جانفي 2011، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، ص 247.

³ - نَعْم سَيُوفِي، الحقوق الدولية الخاصة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب سوريا، 1966، 1967، ص 695.

⁴ - الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 90 فيفري 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

وتتفق غالبية الدول¹ في القوانين المقارنة، على إخضاع تلك الشروط إلى قانون جنسية الزوجين²، ومنها التشريع الجزائري، الذي ينص في المادة 11 قانون مدني المعدل بموجب الأمر 05-10 أنه " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج، القانون الوطني لكل من الزوجين"³. وهو الحل الذي أخذت به بعض الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية لاهاي المبرمة في 12 يونيو عام 1902، المتعلقة بتنازع القوانين في مجال الزواج .

ويعتبر تطبيق هذا القانون أكثر ملاءمة مع الفكرة المسندة، لأن عقد الزواج يخلق نظاماً قانونياً بين شخصين ينتميان لمجتمعين مختلفين، وقانون دولة كل منهما قد وضع لحماية العائلة الخاصة به، فلا يمكن أن ينشأ هذا النظام صحيحاً، إذا طبقنا قانون أحد الطرفين وأهملنا الآخر، وعلى الأقل فهو يحترم مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، الذي أصبح مطلباً شعبياً في القوانين المعاصرة⁴. ومن الطبيعي أن الوقت الذي يحكم فيه قانون كلا الزوجين، هو وقت انعقاد الزواج.

و لا يثير تطبيق قانون جنسية الزوجين، أي إشكال عند اتحاد جنسيتها، ولكن الخلاف يظهر عند اختلافها. وفي هذا يذهب اتجاه فقهي، إلى ضرورة التطبيق الجامع لكلا القانونين معاً، ومعنى ذلك أن الزواج لا يكون صحيحاً من الناحية الموضوعية، إلا إذا توفر في كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني، وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون

¹ - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، عمان، الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1997، ص106.

² - وهذا ما عمل به القانون الألماني لعام 1986، الإسباني لعام 1974، الإيطالي لعام 1995، البولوني لعام 1965، المجري لعام 1979، التركي لعام 1982، والقانون السويسري، الفرنسي، الياباني، وغيرهم، وسائر الدول العربية، كالمادة 12 قانون مدني مصري، والمادة 13 قانون مدني سوري، والمادة 19 قانون مدني ليبي، والمادة 36 من القانون الدولي الخاص الكويتي، والمادة 11 قانون المعاملات المدنية السوداني. أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص846.

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

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص847

جنسية الطرف الآخر¹، وحجبتهم هي أن الشروط التي وضعها كلا القانونين خاصة بتنظيم الرابطة الزوجية في ذاتها، وحتى لا يكون لأحد الزوجين امتياز على الآخر. ولكنه رأي عسير التطبيق عمليا، ويؤدي إلى التضيق من حالات انعقاد الزواج المختلط، إن لم نقل جعلها مستحيلة، وهذا لاختلاف أحكام قوانين الأسرة فيما بين الدول عادة².

لذلك استقر الرأي الراجح فقها وقضاء³، على التطبيق الموزع، بمعنى أنه يكفي أن يتوفر في كل زوج الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه فقط، دون الأخذ بالاعتبار ما يقرره قانون الزوج الآخر. فإذا كان قانون كل زوج يحدد أهلية الزواج بسن معينة، فإنه يكفي أن تتوفر فيه السن التي يحددها قانونه، بصرف النظر عن السن في قانون الطرف الآخر، كأن تكون علاقة زواج بين ألماني وفرنسية، فإنه يكفي أن يتوفر في الزوج ما يشترطه القانون الألماني وحده، وفي الزوجة ما يشترطه القانون الفرنسي وحده⁴. وينطبق الأمر على سائر شروط الزواج الأخرى. ويستند هذا الرأي أن كل قانون يحمي وطني الدولة دون الآخرين فلا محل لتطبيقه عليهم⁵.

¹ -درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007، 2008.

² _صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 59.

³ - فقد استقر القضاء الفرنسي على هذا الرأي، وأخذ به المشرع في غالبية الدول كالقانون الإيطالي، السويسري، اليوناني، البرتغالي، النمساوي وغالبية الدول العربية، انظر في ذلك زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 151

⁴ _ Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, op cit, p516.

⁵ - ولتوضيح الفرق بين أعمال التطبيق الجامع والموزع نستدل بالمثال التالي :

إذا كان ارتباط الزوج برابطة زوجية سابقة، يعتبر مانعا من موانع الزواج في قانون الزوجة، دون أن يكون كذلك في قانون الزوج، فإن التطبيق الموزع للقانونين يعتبر هذا الزواج صحيحا، في حين أن التطبيق الجامع يعتبره باطلا، فزواج الإسباني من أجنبية مطلقة يعتبر صحيحا، إذا أخذ بالتطبيق الموزع، في حين يعتبر باطلا إذا أخذ بالتطبيق الجامع. أنظر حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 108

ورغم ترجيح هذه الفكرة إلا أنه يجب التمييز بين طائفتين من الشروط الموضوعية، ألا وهما الشروط الموضوعية الإيجابية كسن الزواج، وصحة الرضا، وهذه يكفي فيها التطبيق الموزع، و الشروط الموضوعية السلبية أو موانع الزواج، وهذه يجب أن نرجع فيها للتطبيق الجامع أو المزدوج لقانون كلا الزوجين¹. وهذا لأنها شروط متصلة بجوهر الزواج ذاته، بحيث لا يمكن أن تتحقق بالنسبة لأحد الزوجين دون أن تمس الطرف الآخر، خاصة وأنها تهدف إلى حماية مصالح اجتماعية، أو الاستجابة لمبادئ إنسانية وخلقية، ولهذا هي تشمل الموانع المستمدة من القرابة، والموانع الصحية كالأمراض الجسمانية المعدية والأمراض العقلية، والارتباط بزواج قائم، واختلاف الدين في الدول التي تعتد بالحالة الدينية، كالدول الإسلامية التي تمنع زواج المسلمة بغير المسلم²، ولا يدخل ضمنها الموانع الإقليمية والطائفية، التي تستبعد لمخالفتها للنظام العام، كأن يقضي قانون أحد الزوجين بمنع الزواج بسبب اللون، كما هو الحال في قوانين بعض الولايات المتحدة الأمريكية، وقانون التمييز العنصري في جنوب إفريقيا سابقاً³.

إن القانون الجزائري، بدوره يأخذ بالتطبيق الموزع في نص المادة 11 من القانون المدني السابقة، وأكد على ذلك في نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية⁴، بقوله: "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا اذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة الا يخالف الجزائري الشروط الاساسية التي يتطلبها

¹ _ بحيث سار القضاء المصري على هذا الإتجاه منذ حكم محكمة النقض المصرية في أفريل 1954، أنظر صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، مرجع سابق، ص 60. وكذلك فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الملايين للطباعة والنشر والترجمة والتوزيع، دمشق، سوريا، 2010، 2011. ص 238.

² _ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 255.

³ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 162

⁴ - الامر رقم 70-20، المؤرخ في 19 فيفري 1970، الموافق ل 13 ذي الحجة 1389. المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق 9 غشت سنة 2014 .

القانون الوطني لا مكان عقد الزواج". غير أنه إذا تعلق الأمر بالموانع، فيطبق بشأنها دائما التطبيق الجامع¹.

ثانيا: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج:

يقصد بآثار الزواج، مجموعة الحقوق والالتزامات التي قد تترتب عليه، وما دامت رابطة الزواج رابطة قانونية واجتماعية فإن آثارها تستند إلى أسس قانونية وأخلاقية ودينية، قوامها الإحترام المتبادل بين الزوجين، والإخلاص والمساعدة بقصد تكوين أسرة.

بحيث تنقسم إلى آثار شخصية و آثار مالية . فالآثار الشخصية هي مجموع الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، كحق الزوجة في النفقة والصداق، وإقامتها ببيت زوجها، والعدل في حالة تعدد الزوجات، وواجب التعاون و الإخلاص بينهما، والمسكنة إلى غير ذلك².

أما الآثار المالية، فهي ما ينشأ نتيجة عقد الزواج من حقوق و التزامات مالية بين الزوجين، كواجب الإنفاق على الزوجة. بحيث أن الدول العربية والإسلامية لا تعرف نظاما ماليا معقدا، لأن القاعدة العامة هي انفصال الذم المالية للزوجين، بحيث لكل منهما حرية التصرف الكاملة في إدارة وتسيير أمواله. فالزوج هو رب الأسرة ويقع على عاتقه واجب الإنفاق على زوجته من ماله وحده، والزوجة تتمتع بأهلية كاملة في التصرف في أموالها واستغلالها، وفي أن تمتلك الثروة بكل أصنافها وأنواعها لحسابها الخاص، بل يمكنها حتى إبرام العقود مع زوجها لإدارة أموالها واستثمارها.

¹ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 162 . وإن كان الأخذ بالتطبيق الجامع فيما يخص الشروط الموضوعية السلبية أو موانع الزواج، هو المسلم به فهناك من يأخذ بالتطبيق الموزع على إطلاقه كالتشريع الكويتي في المادة 36. انظر فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 238، تهميش 1.

² - قد نصت المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري على هذه الحقوق إلا أنها لم تذكر حق الزوج على زوجته في الطاعة والتأديب. هذا الحق الذي يجد مصدره في الشريعة الإسلامية، وقد تراجع المشرع الجزائري عن إقراره، نظرا لمبدأ المساواة، إلا أنه مع هذا فلم يمنع مبدأ المساواة من ابقاء المشرع حق النفقة على زوجها.

وهذا على خلاف الدول الغربية التي تعرف ما يسمى بالنظام المالي للزوجين، والذي يقصد به مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين، والتي تقضى ببيان حقوق كل من الزوجين وواجباتهما من حيث ملكية أموالهما، وإيرادات هذه الأموال وإدارتها والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج، وأثناءه، وبعد انحلال عقده، وتسوية حقوق كل من الزوجين¹. ويتوزع هذه النظام المالي بين ثلاثة أنماط مشهورة، هي نظام الاشتراك القانوني²، نظام الانفصال المالي³، ونظام الدوطة أو البائنة⁴.

وإن كان المشرع الجزائري، كأصل عام يتبنى مبدأ الاستقلالية وانفصال الذمم المالية للزوجين، إلا أن النتائج العملية برهنت عكس ذلك، بحيث ظهر ما يسمى باستقلالية قانونية واتحاد فعلي لذمم الزوجين⁵، مما جعل المشرع الجزائري يعدل من نص المادة 37 من قانون الأسرة سنة 2005، والتي أصبحت تجيز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج نفسه، أو في عقد رسمي لاحق، بشأن الأموال المشتركة التي يكتسبونها أثناء الحياة الزوجية، والنسب التي يملكها كل زوج، أي أن المشرع أجاز للزوجين الاتفاق على اختيار النظام المالي الذي يريدانه، كاستثناء من القاعدة العامة، الواردة في الفقرة الأولى من المادة 37 السالفة الذكر، والتي هي لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر .

¹ - نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، الطبعة 1، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 194
² وهو أن يشترك الزوجان في الأموال المخصصة لإشباع حاجات الأسرة، وفي الديون الناشئة عن هذه الحاجات، ويتولى الزوج إدارة الشؤون المالية بشرط موافقة الزوجة على بعض التصرفات الهامة، وعند انتهاء الزوجية تقسم الأموال المشتركة بينهما. وهو إما أن يكون عاما، أو في المنقولات والمكاسب، أو على شكل الاشتراك المخفّض المواد 1421 - 1422 قانون مدني فرنسي.

³ _ بمقتضاه يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف، والتمتع والإدارة لأمواله الخاصة، على أن يساهم كل منهما في مصاريف الأسرة المادة 1537 قانون مدني فرنسي.

⁴ _ والذي بمقتضاه كانت الزوجة تقدم بعض أموالها لزوجها في شكل مهر ليتولى إدارتها، واستغلالها والانتفاع بها في نفقات الأسرة، ولكن يمنع عليه التصرف فيها، أما باقي أموال الزوجة دون هذا المهر، فتستقل بها لوحدها من حيث إدارتها والتصرف فيها. في هذه الأنظمة راجع علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 74، 75.

⁵ - هجيرة دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الإقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد1، 1994، ص159.

ولقد أخضع المشرع الجزائري آثار الزواج، شأنه شأن غالبية التشريعات العربية¹، لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وذلك لأن آثار أي رابطة قانونية يتعذر من الناحية الفنية إخضاعها لقانونين معا. ولذا كان من الضروري ترجيح أحدهما، فإما قانون الزوج أو الزوجة، وكان طبيعيا تفضيل قانون الزوج بوصفه رب الأسرة². ولقد كان القضاء الفرنسي بدوره يأخذ بهذا الرأي، إلا أنه تراجع عنه مراعاة لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وأخضع آثار الزواج ما عدا النظم المالية، بموجب الفقرة 3 من المادة 3 قانون مدني فرنسي، إلى قانون جنسية الزوجين المشتركة، وفي حالة اختلافهما في الجنسية، يطبق قانون الموطن المشترك، وإذا لم يكن لهما موطن مشترك يطبق قانون القاضي³.

وتظل آثار الزواج خاضعة لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج، وذلك لأنها تحددت وقت نشأة الزواج، وقد قبلت بها الزوجة آنذاك، فليس من العدل أن تتعدّل نتيجة تغيير الزوج لجنسيته، حتى لو اكتسب جنسية زوجته⁴.

وهكذا، فيما أن نص المادة 11 قانون مدني جزائري الخاصة بآثار الزواج، جاء عاما ومطلقا، فإن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، يحكم جميع تلك الآثار، سواء الشخصية أو المالية في التشريع الجزائري بما فيها نظام الأموال بين الزوجين، أو المشاركات المالية. وهي ما يعتبرها كذلك من الأحوال الشخصية كل من القانون الإيطالي والألماني⁵، وذلك على

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

² - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 544

³ - Pierre Mayer , droit international privé, 5ème édition, d'Elta, liban,1996 .p 371. Et Daniel Cutmann, droit international privé ; Dalloz, 3ème édition, 2002 .p 213 .

⁴ - وهذه الحالة هي التي دعت بعض الفقه، إلى تفضيل الأخذ بقانون الجنسية المشتركة الجديدة في هذا الفرض، وهو رأي محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 340، و كذلك فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 268

⁵ - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 24. وما يلاحظ هنا أن كل من القانون الألماني والإيطالي يسنداها لقانون الجنسية، والتشريع الألماني يرى أنه في حال اختلاف الزوجين في الجنسية، يطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

عكس القانون الفرنسي، الذي يخرج الآثار المالية من نطاق تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج، ويلحق تلك النظم بفكرة موضوع العقود، ويخضعها بالتالي لقانون إرادة المتعاقدين. وهي قاعدة تقليدية في فرنسا، ترجع في أصلها إلى فقه "ديمولان"، "Dumoulin" الذي أفتى في نظام زوجي "GANÉY" سنة 1525، بإخضاع نظامها المالي لقانون الموطن الذي استقر فيه بعد الزواج¹، لأنه يفترض انصراف إرادتهما لاختياره .

أما إذا لم يتفق الزوجان على نظام مالي إتفاقي، فيتم الرجوع للنظام المالي القانوني، وهنا تميل بعض أحكام القضاء الفرنسي، لإخضاعه لقانون أول موطن مشترك للزوجين بعد الزواج، تأثراً برأي الفقيه "Dumoulin"، الذي كان يعتمد هذا الحل مرتكزاً في ذلك أن الزوجين باستقرارهما بموطن معين، بعد زواجهما، يفيد أن نيتهما المشتركة تكون قد انصرفت لتطبيق قانونه. أما الفقه الفرنسي الحديث يميل لإخضاعه لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج² .

وعلى كل حال، فقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وفقاً للتشريع الجزائري، هو الذي يحكم جميع آثار الزواج سواء الشخصية، كالتعاون على مصلحة الأسرة، ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، والمعايشة بالمعروف، أو الآثار المالية، كحرية الزوجين في عقد مشارطتهما المالية، وفي تعديلها أثناء الزواج، وفي تحديد النظام القانوني الواجب تطبيقه، إذا أغفل الزوجان الاتفاق على نظام الأموال بينهما، ومدى حريتهما في عقد تلك المشاركة .

هذا، وإذا كان من السهل وصف بعض الآثار بأنها شخصية، كواجب إخلاص الزوجين لبعضهما البعض، فإن الأمر يصعب بالنسبة لبعض الآثار الأخرى التي يصعب تكييفها، من حيث هل تصنف في آثار الزواج الشخصية أم لا، ومن ثم هل يظهر لقانون الجنسية أثر بالنسبة إليها أو تسند لقوانين أخرى، وهي النفقة، أهلية المرأة المتزوجة، والإسم.

¹-Pierre Mayer, OP CIT , p503-504.

²_حبار محمد، المرجع السابق، ص130.

- النفقة :

يقع على عاتق الزوج واجب الإنفاق على زوجته، بما يحقق لها الكفاية من مأكّل، مشرب، مسكن، وعلاج، وغير ذلك من ضروريات الحياة التي جرى العرف على اعتبارها تدخل ضمن مشتملات النفقة، بحيث تعد نفقة الزوجة من الآثار الشخصية للزواج، ولو أنها ذات طابع مالي¹. ولقد أوجبت التشريعات العربية على الزوج الإنفاق على زوجته ولو كان لها مالا²، ومن ذلك المشرع الجزائري حيث نص في المادة 74 قانون الأسرة الجزائري أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة، مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80، من هذا القانون،"

وعليه فالنفقة المقصودة هنا هي النفقة الزوجية، أو التي تنشأ مباشرة نتيجة لعقد الزواج، كأثر من آثاره الشخصية، ولا تدخل فيها النفقة بين الأقارب، التي تخضع لقاعدة إسناد خاصة بها هي قانون المدين بها. ولهذا يذهب الفقه والرأي الراجح في مصر والجزائر³، إلى إخضاعها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، باعتبارها أثرا من آثاره. وقد كان القضاء الفرنسي بدوره يعتبرها كذلك قبل دخول اتفاقية لاهاي المنعقدة في 2 أكتوبر 1973 حيز التطبيق، والتي بموجبها طبقت محكمة النقض على النفقة في قضية "شموني" الزوجين

¹ _ مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، 2012. ص 137، 138.

² _ باستثناء المشرع التونسي الذي أوجب على الزوجة المساهمة في الإنفاق إن كان لها مال حيث نص في الفصل 4/23 من مجلة الأحوال الشخصية على ما يلي: "وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة. وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال".

³ - في الفقه الجزائري أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة العاشرة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 252. وفي الفقه المصري جاد عبد الرحمان، نقلا عن زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 174

التونسيين قانون جنسية الزوجين المشتركة، ولما غير الزوج جنسيته طبقت قانون موطنهما المشترك¹.

- أهلية المرأة المتزوجة :

لا تغير الزوجية من أهلية المرأة طبقا لشريعتنا، بل تبقى لها أهليتها بعد الزواج كما كانت قبله، إذ ليس من المعقول أن تكون أهلا للتصرف وللتقاضي وهي فتاة، ثم تنقلب إلى قاصر بعد زواجها². وهذا هو المبدأ السائد في الجزائر، مصر، لبنان و سائر التشريعات العربية، من انه لا أثر للزواج على أهلية المرأة . ومع هذا فانه قد تفقد المرأة المتزوجة في بعض التشريعات الأوروبية³، أهليتها بسبب الزواج بحيث لا تستطيع إبرام التصرفات أو التقاضي إلا بإذن من زوجها أو مجلس العائلة⁴.

و قد ثار جدل فقهي حول القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هل هو قانون جنسيته باعتبار ذلك مقرر لحماية أهليتها، أم هو القانون الذي يحكم آثار الزواج⁵ ؟

و يميل الفقه إلى ترجيح الرأي الأخير على اعتبار أن نقص أهلية المرأة المتزوجة مقرر لمصلحة الأسرة، بالإضافة لارتباط هذه الأهلية ببعض الآثار المالية أو الشخصية التي تترتب

¹ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 252

² - علي علي سليمان، مركز المرأة في الشريعة الاسلامية، وفي أهم الشرائع الاجنبية، من كتاب نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص63.

³ - لقد ألغى القانون الفرنسي نقص أهلية المرأة المتزوجة بموجب قانون 1938/02/18. ولم يعد موجودا في الخارج إلا بصفة إستثنائية، وقليل من الدول من تأخذ به حاليا، كدولة الشيلي. انظر أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين المرجع السابق، ص254.

⁴ - وقد ورثت هذه القوانين الغربية حكم القانون الروماني الذي كان يضع الزوجة تحت وصاية زوجها. انظر علي علي سليمان، مركز المرأة في الشريعة الاسلامية، وفي أهم الشرائع الاجنبية، مرجع سابق، ص63.

⁵ - بحيث يرى بعض الفقه أنه إذا كان تقرير نقص أهلية المرأة المتزوجة، هدفة المحافظة على سلطة الزوج داخل الأسرة باعتباره رئيسها، فإنه يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج. أما إذا كان الهدف من ذلك، هو حمايتها ضد ضعفها بالنظر إلى جنسها، فان قانون الزوجة الشخصي، أي قانون الجنسية هو الذي يكون مختصا حينئذ. انظر في هذا

عن عقد الزواج . و بالتالي يرجع إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج لمعرفة ما إذا كان يجب على الزوجة الحصول على إذن منه للقيام ببعض التصرفات القانونية¹.

وقد جرى القضاء الفرنسي على تطبيق قانون الموطن، على أهلية المرأة المتزوجة في حالة اختلاف جنسية الزوجين، هذا في ما يتعلق بحالات نقص الأهلية العام²، أما إذا كان نقص الأهلية يتعلق ببعض التصرفات القانونية، كالتبرعات أو الإذن بممارسة التجارة . القانونية فقط، فيعتبر من حالات عدم الأهلية الخاصة، ويخضع للقانون الذي يحكم التصرف ذاته³.

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

-الإسم :

توجب بعض التشريعات على المرأة المتزوجة حمل اسم زوجها⁴، ومن ذلك القانون الفرنسي، الذي يسمح للزوجة التي تحمل إسم زوجها، بأن تحتفظ به بالرغم من وفاته، أو حدوث طلاق بينهما بسبب انفصال الحياة المشتركة الذي طلبه الزوج، بينما تفقد هذا الحق في

¹ _ مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 136.

² _ احمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، مصر 1989، ص 146.

³ - هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999، ص 283، وانظر كذلك زوتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 173.

⁴ _ بحيث يجري العرف الذي يقوم مقام القانون في الغرب، على أن تفقد الزوجة لقب أسرتها، وتحمل لقب أسرة زوجها طالما بقيت زوجته، وهكذا يتغير اسم المرأة إذا تزوجت بزواج جديد وقد يتغير عدة مرات، ويترتب عن هذا مشاكل وتعقيدات قانونية. انظر علي علي سليمان، مركز المرأة في الشريعة الإسلامية وفي أهم الشرائع الاجنبي، مرجع سابق، ص 64. ولكن هذا الوضع يبقى قابل للتغيير حتى في الدول التي تقره، في ضل المطالبات المختلفة بإقرار مبدأ المساواة بين الزوجين، و كالجمعيات النسوية التي ترفض هذه التقاليد التي تركز في نظرهم سيادة الرجل و امتيازته.

غيرها من الحالات، إلا إذا رخص لها زوجها بحمل اسمه، أو المحكمة في حالة وجود مصلحة خاصة متعلقة بها أو بأولادها¹. وهذا على خلاف الدول الإسلامية، التي ليس فيها للزواج أي تأثير على اسم الزوجة، التي تبقى محتفظة به كما كان قبل الزواج. ومع هذا، فقد جرت العادة في الجزائر، إن لم نقل العرف أن تحمل الزوجة أيضا لقب زوجها، تأثرا في هذا بالقوانين والأعراف الفرنسية، ولكنه يبقى حقا لها وليس واجبا عليها². في حين، يوجد دول تترك للزوجين حرية اختيار اسم عائلي مشترك يتكون من اسمهما معا³.

أما القانون الذي يحكم اسم المرأة المتزوجة، فيتنازع بين ضابطين، إما أن يخضع لقانونها الشخصي باعتباره عنصرا من عناصر حالتها، أو للقانون الذي يحكم آثار الزواج، مادام أن هناك دولا تجعل للزواج تأثيرا عليه.

وفي هذا، يذهب الفقه والقضاء الفرنسي الغالب، إلى تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج⁴. غير أن جوابا وزاريا صدر في 1978، صرح بأنه تخضع لقانون جنسية الزوجة الفرنسية مسألة معرفة ما إذا كان باستطاعتها حمل الاسم المكوّن من اسمها واسم زوجها. وتأخذ ألمانيا بهذا الحل كذلك⁵، والمسألة ليست ذات أهمية في القانون الجزائري، لهذا يفضل الفقه الغالب⁶، تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج عليها.

¹ - تشوار حميدو زكية، الحق في الاسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، 2008، العدد 6، ص 147، 148.

² - تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص 147.

³ - هذا، وإنه في بعض الدول إذا لم يتم الإتفاق يوم الزفاف على اسم مشترك بين الزوجين، فإن اسم الزوج سيكون هو الاسم الوحيد للزوجين، وهو موقف التشريع الألماني في مادته 1355. انظر مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 140.

⁴ - لوسوران وبوريل ونبوييه، أنظر أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 253.

⁵ - Pierre Mayer, op cit p 372, note 27.

⁶ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 174، وأعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 253.

و يثور إشكال آخر، حول تحديد القانون الواجب التطبيق، على اسم الزوجة في حالة طلاقها من الزوج . فبينما يرى الدكتور الطيب زروتي، انه من الأفضل إخضاع هذا النزاع إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج الشخصية¹، يعتبر جانب آخر من الفقه انه اثر من آثار انحلال الزواج، و لهذا يجب إخضاعه للقانون الذي يحكم انحلال الزواج². وقد قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية في حكمها الصادر في 25 بحق الزوجة في استرداد اسمها و لقبها العائلي الذي كانت تحمله قبل الزواج، إذ يكون من حقها التنازل عن اسم زوجها بعد انحلال الزواج³.

الفرع 2: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، وآثاره .

تختلف القوانين في موضوع إنهاء الرابطة الزوجية وحلها، إختلافا واضحا، في جواز أو عدم جواز ذلك، وفقا لاختلاف مفهوم وقيم الزواج لديها. وعلى العموم فإن حل هذه الرابطة إما أن يقع أثناء الحياة، وذلك عن طريق صيغ مختلفة، كالطلاق، التطلق، أو التفريق، أو ينتهي بسبب الوفاة.

وإذا كان انتهاء الزواج بالوفاة لا يثير أي تنازع بين القوانين⁴، فإن الأسباب الأخرى تثير تثير تنازعا واضحا، وذلك لاختلاف نظرة التشريعات إلى مسألة انحلال الزواج، والأسباب المؤدية إليها. بحيث ترى الشريعة الإسلامية أن الزواج رابطة قابلة للانحلال، عكس ما هو

¹ _ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 174.

² _ حسن الهداوي، تنازع القوانين في موضوع الاسم، المجلة الكويتية للحقوق والشريعة، العدد2، الكويت، 1978، ص76.

³ _ جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 1969، ص 286.

⁴ _ فالإرث الاثر المباشر لهذا الانقضاء يخضع إلى قواعد إسناد مستقلة به. انظر جعفر الفضلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، كلية الكويت، العدد الأول، السنة12، مارس، 1988، ص 226.

الحال عند الطوائف المسيحية الكاثوليكية، التي تعتبره رابطة دائمة لا تنقضي إلا بالوفاة¹، وبينما تسمح الشريعة الإسلامية الطلاق بإرادة الزوج المنفردة²، أو بالخلع بناء على طلب الزوجة في حالات معينة، ترفض الدول الغربية هذه النظم، وتعتبرها مخالفة للنظام العام، في حين تجيز التطلاق divorce بحكم القاضي، ولأسباب التي يحددها القانون، بناء على دعوى ترفع من أحد الزوجين أو كلاهما، وتبيح نظام الانفصال الجسماني كذلك، وهو نظام مرفوض في الدول الإسلامية، ومخالف للنظام العام فيها .

إن هذا الاختلاف بين القوانين ولو في تنظيمها الداخلي لمسائل انحلال الزواج، يترتب عنه اختلاف أكبر، وتنازع أضخم فيما يخص القانون الواجب التطبيق عليه في إطار تنازع القوانين³ ؟ ويطال هذا التنازع آثار هذا الانحلال، وخاصة مسألة الحضانة التي تثير عدة إشكالات فقهية وقضائية، ولهذا من اللازم التطرق إليها.

أولا : وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج.

تختلف القوانين في موضوع انحلال الرابطة الزوجية اختلافا واضحا، لذا فإن تحديد ما يدخل في مفهوم الطلاق، التفريق (التطلاق)، الانفصال الجسماني، هو مسألة تكيف يخضع بالضرورة لقانون القاضي⁴. وعليه لا بد من توضيح هذه المصطلحات، لرفع اللبس عن الفكرة المسندة الخاصة بها، بدءا من مفهوم الطلاق، إلى التطلاق، إلى الانفصال الجسماني.

¹ - وهو ما كانت تأخذ به إسبانيا وإيطاليا والأرجنتين وبولونيا سابقا، ومازالت تأخذ به إيرلندا والبرازيل حاليًا، انظر بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص212.

² - ما يلاحظ هنا أنه ليست الشريعة الإسلامية فقط من تعرف الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، فقد كان الطلاق في التشريعات القديمة، والديانة اليهودية، والعادات الجرمانية القديمة، والقانون الروماني القديم، يتم كذلك بإرادة الزوج باعتباره رب العائلة، قبل أن يدخل القانون الروماني صيغة الطلاق بالتراضي. انظر مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 194.

³ - يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، السنة الرابعة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2009، ص57.

⁴ - جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 228.

فالطلاق *Répudiation*، هو إنهاء العلاقة الزوجية، و يتم بإرادة أحد الزوجين المنفردة، وهو الزوج في الشريعة الإسلامية، و الزوجة حسب القانون السوفيياتي سابقا. و لما كان مناط هذا النوع هو الإرادة المنفردة، فإنه لا يحتاج إلى تدخل سلطة رسمية، اللهم ما يستلزمه القانون من وجوب توثيقه، و إثباته في محرر رسمي لدى موظف مأذون له بذلك.

أما التطلق *Divorce*، فهو إنهاء العلاقة الزوجية بحكم القضاء، متى توافر سبب من الأسباب التي تجعل إستمرار الحياة الزوجية مستحيلا، سواء رفعت الدعوى من أحد الزوجين أو كلاهما.

إن الطلاق، و التطلق يؤديان حتما إلى انقضاء العلاقة الزوجية، عكس نظام الانفصال الجسماني، *Séparation du corps*، و الذي هو عبارة عن مباحة مادية، يحكم بها القضاء متى تبين له استحالة العشرة بين الزوجين، و يكون الهدف منه تعطيل المعيشة المشتركة، فينتهي الالتزام بالمساكنة و ما يرتبط به من واجب الطاعة الأدبية، و المعونة، في حين يظل الالتزام بالإخلاص ملقى على عاتق الزوجين، و ينتهي هذا الانفصال إما باستئناف المعيشة المشتركة بين الزوجين، بالصلح أو بانحلال الرابطة الزوجية بالوفاة، أو بالتطلق بعد مرور مدة معينة من تاريخ الحكم النهائي بالانفصال¹. و لهذا فالتشريعات التي تحظر الطلاق، تعتبر نظام الانفصال الجسماني إجراء وحيدا، لتراخي الرابطة الزوجية، التي لا تنقضي إلا بالوفاة، و تعتبره تشريعات أخرى إجراء وقائيا، كالتشريع الفرنسي الذي يهدف إلى الإبقاء على الرابطة الزوجية، و التريث في حكم التطلق².

¹ _ جندولي فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص22.

² _ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص547.

هذا، وإن غالبية التشريعات الأوروبية تسند الطلاق إلى قانون الجنسية¹، على اختلاف بينها، فبعضها يأخذ بقانون آخر جنسية مشتركة، وإلا قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج²، و بعضها يأخذ بقانون الجنسية المشتركة وإلا قانون الموطن المشترك، وإلا قانون القاضي³، وآخرون إلى القانون المنظم لآثار الزواج عند رفع الدعوى، وإلا قانون جنسية المدعي حينئذ، أو قانون جنسيته عند إبرام الزواج⁴.

أما القانون الفرنسي، فقد كان القضاء يخضعه لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، وان اختلفا في الجنسية يطبق قانونهما تطبيقاً موزعاً، فإذا كان قانون أحدهما يبيح الطلاق، والآخر يحظره، يقضى بالطلاق لصالح الزوج الذي يسمح قانونه بذلك، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية السيدة "فيراري" "Ferrari"⁵، التي كانت متزوجة بإيطالي، وحصل بينها وبين زوجها تفريق جنماني رضائي، فذهبت إلى فرنسا، وطالبت انقلابه إلى طلاق طبقاً للقانون الفرنسي، فرفضت محكمة النقض طلبها، لأن قانون جنسية الزوجين المشتركة أي الإيطالية يمنع هذا، فاستردت جنسيتها الفرنسية لتطلب الطلاق وفقاً لها، ففُضي لها بهذا، وأيدته محكمة النقض الفرنسية في 14/03/1928، على أساس التطبيق الموزع .

ولكن عاد القضاء الفرنسي يأخذ بقانون الموطن المشترك للزوجين، وهو ما قرره محكمة النقض الفرنسية في قضية "Rivière"⁶، الزوجان الإسبانيان المقيمان في فرنسا، بحيث طبقت عليهم القانون الفرنسي بصفته قانون موطنهما المشترك، والذي يسمح بالطلاق واستبعدت

¹ - بينما أسندته القوانين الأنجلوسكسونية والإتحاد السوفييتي سابقاً والنمسا والدنمارك وتشيلي والإكوادور، إلى قانون القاضي، استناداً إلى توطن الطرفين أو أحدهما، في دولة القاضي. انظر عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 190.

² - المادة 16 مدني يوناني.

³ - المادة 18 من القانون البولوني لسنة 1965، والمادة 22 من القانون التشيكوسلوفاكي.

⁴ - المادة 17 من القانون الألماني لعام 1986، نقلاً عن زوتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 179.

⁵ - cass .civ. , 14Mars1928. voir jean derruppé , Droit INTERNATIONAL PRIVE ,14 ème édition , Dalloz , 2001 , p135.

⁶ - cass.civ ,1ère section,17/04/1953 ,vior Cutmann Daniel, op cit , p149.

قانون جنسيتها المشتركة. إلا أنه إذا لم يشترك الزوجان لا في الموطن ولا الجنسية، فكان يطبق قانون القاضي¹.

ولقد تدخل المشرع الفرنسي بتعديل المادة 310 من القانون المدني الفرنسي، رقم 617/75 الصادر بتاريخ 11 جويلية 1975، بموجب المادة 309 من الأمر 759_05 الصادر بتاريخ 04 جويلية 2005، فأصبح مفادها تطبيق القانون الفرنسي فيما يتعلق بالتطليق والانفصال الجسماني، إذا كان كلا الزوجين يتمتعان بالجنسية الفرنسية، وإلا فمتى كان موطن الزوجين المشترك بفرنسا، وفي حالة عدم الاشتراك في الجنسية، أو الموطن يطبق القانون الفرنسي، إذا لم يعلن أي قانون أجنبي آخر باختصاصه، وتكون المحاكم الفرنسية مختصة².

وبالنسبة للقوانين العربية، فإنها تنتهج نهج الدول اللاتينية لحل مسائل انحلال الزواج، فتعتمد ضابط الجنسية، وإن كانت هذه التبعية محل نظر، فبينما تكرر التشريعات اللاتينية مبدأ المساواة بين الجنسين، تسعى الدول العربية للحفاظ على المبادئ المستوحاة من الشريعة الإسلامية، من خلال ترجيح قانون جنسية الزوج. إلا أن معظمها ميز بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني، وأخضع كل مسألة منهم لقانون جنسية الزوج في وقتين مختلفين، حيث أسندت الطلاق لقانونه عند النطق به، أما التطليق والانفصال لقانونه عند رفع الدعوى³. وقد تكون علة هذه التفرقة في قاعدة الإسناد، راجعة إلى أن الطلاق يقع وقت إيقاعه من الزوج دون

¹ _Pierre Mayer, op cit, p 376

² _ Art 309 du Code. Civil. Fr. (inséré pour l'ordonnance N°2005-759 du 4 Juillet 2005 art.2 J.O du 6 Juillet 2005 en vigueur la 1er Juillet 2006) qui dispose :

« le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi Française :

- Lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité Française,
- Lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire Français,
- Lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence alors que les tribunaux Français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ».

³ -ويأخذ بهذا الرأي القانون المصري السوري، العراقي، الليبي، الأردني، السوداني، والإماراتي.

حاجة إلى دعوى، بينما لا يتحقق التطليق والانفصال الجسماني إلا بوقت رفع الدعوى بالنسبة لهما، فهو لا يتحقق بوقت اجرائهما¹.

وبالمقابل، سوى المشرع الجزائري بين طرق انحلال الزواج، وأخضعها جميعا لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. ويرى بعض الفقه²، أن المشرع يكون بهذا قد رفض الطلاق بالإرادة المنفردة، كما تقضي به الشريعة الإسلامية³، على أساس انه لا يمكن الاعتداد بالطلاق الصادر بإرادة الزوج المنفردة، إلا عن طريق حكم صادر من المحكمة. وفي هذا يقول الدكتور جمال محمود الكردي: "أن جعل الفرقة في جميع الأحوال بيد القاضي، كما هو معمول به في عصرنا اليوم، يتعارض مع نصوص الشريعة الإسلامية التي جعلت الطلاق بيد الزوج، ثم إن الشريعة الإسلامية لم تجعل هذا الحق مطلقا، وإنما جعلته مقيدا بمجموعة من الشروط"⁴.

غير أن الفقه الراجح⁵ يرى أنه، وإن كان لا يعتد بالطلاق من الناحية القانونية، إلا إذا صدر حكم به، إلا أن هذا الحكم يعتبر كاشفا فقط، وليس منشئا كما في التطليق، وذلك أن المشرع لم يقيد إرادة الزوج، بأن يشترط توافر أسباب معينة لقبول طلب الطلاق، كما هو الشأن في التطليق، بحيث متى ابتغى الزوج الطلاق، فالقاضي ملزم بالحكم له بذلك، ولو كان متعسفا، فلا يكون له في هذه الحالة، إلا أن يحكم بالتعويض المناسب للزوج الآخر فقط.

ولقد أحسن المشرع الجزائري، بأن وسّع في مضمون الفكرة المسندة الخاصة بانحلال الزواج، في التعديل الجديد للفقرة 2 من المادة 12 قانون مدني، التي أصبحت تشمل نظام

¹ _ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2010، ص 777.

² _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 76

³ _ لم تشترط الشريعة الإسلامية لصحة الطلاق ضرورة وقوعه من المحكمة، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء المسلمون، وإنما يكون الطلاق نافذا ولو وقع خارج المحكمة. فالتسجيل في المحكمة هو اجراء رسمي لغرض تنظيم حالات الطلاق ولا يعني عدم الاعتراف بالطلاق الواقع خارج المحكمة. انظر جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 227.

⁴ _ منقولة من مذكرة مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 195

⁵ - زرتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 181

الانفصال الجسماني، وهذا من شأنه تذليل الصعوبات أمام القاضي الجزائري، بخصوص تكييف هذه المسائل التي قد تطرح عليه بمناسبة زوجان يقر قانونهما الشخصي هذا النظام.

غير انه مع هذا، فقد وجهت انتقادات كثيرة للمادة 12 قانون مدني، لأنها بإسنادها الاختصاص لقانون الزوج وقت رفع الدعوى، تجعل الرابطة الزوجية تتحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة، ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج، الأمر الذي يضر بحقوقها المكتسبة، خاصة إذا تغيرت جنسية الزوج ما بين وقت انعقاد الزواج، ووقت رفع دعوى الطلاق أو التطلق، ولم تدخل هي في جنسيته، وكان قانونه وقت انعقاد الزواج يجيز الطلاق أو التطلق، في حين أن قانونه وقت رفع الدعوى يمنع هذا، أو العكس¹.

ومن جهة أخرى، فهي بإسنادها الاختصاص لقانون الزوج، تكون قد خالفت مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة. فالزواج رابطة نشأت ابتداء بين شخصين وفقا لقانونهما المشترك، فالمنطق أن تتحل وفقا لهذا القانون أيضا، أو على الأقل لقانون يكون كلاهما على بينة منه، كقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج². فقانون الجنسية المشتركة هو الأولى بالتطبيق، وهذا ما أخذت به اتفاقية لاهاي الخاصة بالتطبيق والانفصال³ في مادتها الثامنة، بنصها أنه إذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة، فيكون قانون آخر جنسية مشتركة لهما هو الواجب التطبيق.

¹ _ ويزداد هذا الإخلال وعدم المساواة، لأن تنظيم الأسرة يتصل بالنظام العام، والتي لا مجال فيها للتمسك بفكرة الحق المكتسب، لما تم تكوينه من مراكز قانونية، وقد قضت محكمة النقض المصرية، في حكمها الصادر في 23 ماي 1954 أنه: "ليس للزوجة قانونا التصدي بالحق المكتسب، بأن تطلب التطلق، وفقا لأحكام القانون الذي أبرم عقد الزواج تحت سلطانه، ذلك لأن عقد الزواج، لا يكسب أي من الزوجين فيما يختص بالطلاق، والتطلق، حقا مستقرا، قد يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر في هذا الخصوص. انظر عادل أبو هشيمة محمود حوتة، المساواة بين الزوجين في قواعد الإسناد المصرية، دار النهضة العربية، مصر، 2009. ص 84، 85 .

² - يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص 59-60، ونعوم سيوفي، المرجع السابق، ص 261

³ - إتفاقية لاهاي المبرمة بتاريخ 12 جوان 1902، وتؤيد العديد من تشريعات القانون الدولي الخاص الغربية، قانون الجنسية المشتركة للزوجين، كالتشريع الألماني المعدل سنة 1986. انظر جمال محمود الكردي، اشكاليات انهاء الرابطة الزوجية بالخلع في القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 82.

كما أن التشريع الكويتي والتونسي حاولا تفادي الإنتقادات الموجهة للتشريعات العربية، من حيث عدم إحترام مبدأ المساواة بين الزوجين في الإسناد. ولهذا أخضع التشريع الكويتي الطلاق والتطليق والانفصال إلى قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج، وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال، وفي حالة عدمها يطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، كما اتجه القانون التونسي للأخذ بقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت رفع الدعوى، وإلا فقانون آخر موطن مشترك لهما، وفي حالة انعدام ذلك يطبق قانون القاضي¹.

هذا، وبالرجوع لقاعدة الإسناد الجزائرية، فإن قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، هو الذي يحدد من له الحق في إيقاع الطلاق، حالات جواز الطلاق، التطليق، الانفصال، وأسبابهم، وشروط صحة كل منهم، والوكالة بخصوصهم، ومن يملك من الزوجين المطالبة بهم، و القيود الواردة عليهم، والمدة اللازمة لتحويل الانفصال إلى تطليق². كما يرجع إليه لمعرفة ما إذا كان الحق في الطلاق معترفا به في دولة هذا القانون، ويحكم أيضا القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات، كتحديد من يقع عليه عبء الإثبات، والأدلة التي تقبل في الدعوى ومدى قوتها.

ثانيا - وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار انحلال الزواج

نميز فيما يخص آثار انحلال الزواج بين الآثار الخاصة بالعلاقات بين المطلقين، وبين الآثار المرتبطة بعلاقتهم بأطفالهما، من خلال من له أحقية حضانة الأطفال. و نظرا لأهمية الحضانة و ما تثيره من مشاكل فسنفصل فيها أكثر.

¹ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص257. وكذلك جندولي فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص17.

² - جمال محمود الكردي، إشكاليات إنهاء الرابطة الزوجية بالخلع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص100.

أ_ وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الآثار الخاصة بالعلاقات بين المطلقين.

نفرد في آثار انحلال الزواج بين ما إذا كانت هذه الآثار خاصة بالعلاقات الشخصية بين المطلق والمطلقة، كحق المطلقة في النفقة، وحقها في الاحتفاظ باسم زوجها بعد الطلاق، وحقها في الحصول على التعويض إذا كان طلاقها من زوجها تعسفياً¹، وبالنسبة للانفصال الجسماني تحديد ما يسقط من الإلتزامات الزوجية نتيجة الحكم بالانفصال، ومدة الانفصال وكيفية تحويله إلى طلاق، وتعيين الطريقة التي ينتهي بها الانفصال، فهذه الأمور تخضع للقانون الذي يحكم الطلاق أو التطلق أو الانفصال. أما إذا تعلق تلك الآثار بالحالة الشخصية للمطلقين كحق الزوجين في عقد زواج جديد ومدة العدة، وجواز استرداد الزوجة لاسمها السابق على الزواج، فإنها تخضع للقانون الشخصي للزوجين، لأنها تتجاوز فكرة تنظيم إنهاء الحياة الزوجية، وتخص كل زوج على حد².

ويخرج عن مضمون فكرة آثار انحلال الزواج، أثر التطلق على النظام المالي للزوجين، فيخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بوصفه من الآثار المالية للزواج³، وكذلك الحال بالنسبة لأثر الطلاق أو التطلق على صفة الزوج بالنسبة للميراث، فإنه يخضع للقانون الواجب التطبيق عموماً على مسائل الإرث .

¹ - ومع هذا يرى بعض الفقه الفرنسي أنّ الخطأ الذي يقوم به الزوج ويوجب التعويض يطبق بشأنه قواعد المسؤولية التصديرية، أنظر في هذا:

Yvon loussouarn ,Pierre bourel, op cit ,p407

² - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين المرجع السابق، ص260،261، وزرّوتي الطّيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص184.

³ - هشام علي صادق وحفيظة السيد حدّاد، المرجع السابق، ص294

ب_ وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على حضانة الأطفال.

تعتبر الحضانة المرحلة الأولى من الولاية على النفس. فهي حق للمحزون وواجب على الحاضن، ونظرا لأهميتها من حيث أنها توفر التكفل والعناية والتربية للطفل، الذي هو في حاجة لازمة لها، مادام انه لا يقدر على إدارة أموره بنفسه¹، فقد حظيت باهتمام كافة التشريعات الوضعية، من خلال الأحكام القانونية والقضائية في العلاقات الداخلية². أما في إطار العلاقات الخاصة الدولية، فنظرا أنها علاقة متعددة الأطراف بحيث فيها الأب، الأم، والطفل، ومن الممكن أن تختلف جنسيتهم جميعا، فقد أثارت مشكلة كبيرة في اختيار القانون الأصلح لحكمها، خاصة مع الإختلاف الفقهي الكبير في تحديد طبيعتها القانونية، أو تكييفها.

و هذا نظرا أن الحضانة ترتبط بأكثر من نظام قانوني، فهي قد تكون أثرا من آثار الطلاق، إذا أثرت مع مسألة انفصال الزوجين، وقد تكون أثرا من آثار الزواج، كما أنها قد تعتبر من آثار النسب، لأنه لا يتصور تنازع بشأن حضانة غير الأولاد الشرعيين . وبالرغم من اختلاف التكييف هذا، فهناك إجماع على أن الحضانة يحكمها قانون الجنسية، وبالضبط قانون جنسية الأب، وذلك لأنها لا تطرح إلا بالنسبة للبنوة الشرعية الناجمة عن الزواج الصحيح³.

إلا أن الاختلاف يبقى فيما يتعلق بضبط الوقت الذي يعتدّ به بالنسبة لهذه لجنسية، والذي هو وقت انعقاد الزواج في حالة اعتبارها من آثار الزواج، أو وقت الطلاق ورفع دعوى

¹ _ قد عرفها المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً."

² - فقد نظمها المشرع الجزائري مثلا في المواد من 62 إلى 72 قانون الأسرة.

³ - فتحة يوسف، بعض قواعد التنازع الدولي في العلاقات الأسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،

الجزء 37 رقم 02-1999، ص 117

الطلاق، في حالة اعتبارها من آثار الطلاق، أو وقت ميلاد الابن متى كيفت على أنها من آثار النسب¹.

وفي هذا فقد ذهب معظم الفقهاء الفرنسيين، كباتيفول "Batiffol"، ومايير "Mayer" إلى اعتبارها من آثار الزواج²، لأنها متعلقة ببنوة الولد الناتج عن العلاقة الزوجية، غير أن هذا الاتجاه انتقد بحجة مفادها عدم إمكانية الحديث عن آثار عقد الزواج بعد انتهائه بالطلاق أو التطلق³. بينما غالبية الفقه المصري⁴، يعتبرها من آثار النسب، خاصة أنها التزام يقع على من يثبت نسب المحضون إليه، ومن ثم يخضعها للقانون الذي يحكم النسب⁵، وقد انتقد هذا الرأي كذلك كون أن النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الأولاد، ولا علاقة لها برعايتهم⁶.

وقد كان اتجاه من الفقه المصري، و الفقيه الفرنسي بارتان "Bartin" يدرجاها ضمن مسائل الولاية على المال، ومن ثمة إخضاعها لقانون الشخص الذي تجب حمايته⁷، وهو رأي

¹ - غير أن هذا الاختلاف تزول حدته إذا علمنا أن جميع القوانين العربية، تأخذ بالاستثناء الوارد في المادة 13 مني جزائري، بحيث يسري القانون العربي وحده، متى كان احد الزوجين عربيا وقت انعقاد الزواج. ولفهم مضمون هذا الاستثناء انظر المطلب الأول من المبحث الثاني من هذا الفصل من مذكرتنا.

² - وقد أخذ بهذا الرأي معظم الفقهاء الفرنسيين، وجانب من الفقه والقضاء المصري، أنظر في هذا صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجنبي-دراسة مقارنة- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص31

³ - صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجنبي، مرجع سابق، ص32.

⁴ - غالبية الفقه المصري تأخذ بهذا الرأي كالأستاذ عز الدين عبد الله، وهشام علي صادق، ومحمد كمال فهمي، أنظر صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجنبي، مرجع سابق، ص99.

⁵ - ثامر حمود هادي، النظام العام والقانون واجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر 2014، ص 440.

⁶ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص295.

⁷ - وهو ما طبقته بعض المحاكم المصرية، باعتبار الحضانة من مسائل الولاية على المال، وبالتالي تخضع لقانون جنسية الشخص الواجب حمايته، انظر إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

منتقد كذلك لأن المقصود بالولاية على المال، حفظ مال الصغير وانماؤه، وليس تربية الطفل ورعايته¹.

إلا أن الفقه الغالب يعتبرها من آثار انحلال الزواج²، ويسري عليها القانون الذي يحكم انحلال هذه الرابطة، وهذا لأن التنازع حول الحضانة، لا يثور إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية، وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري، الذي أدرج المواد من 62 إلى 72 قانون الأسرة الجزائري، والتي تتضمن الحضانة، في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، وهي الجزئية التي تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، من خلال تسهيل عليه عملية التكيف والذي يخضع لقانون القاضي طبقاً للمادة 09 من القانون المدني. خاصة أن المشرع الجزائري لم يخص مسألة الحضانة بقاعدة إسناد صريحة تبين القانون الواجب التطبيق عليها، كغيره من أغلب التشريعات العربية³.

وبهذا تعد الحضانة من آثار الطلاق، وتتنطبق عليها القاعدة العامة التي تحكم الطلاق، وهي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقاً للمادة 02/12 مدني⁴، كما تخضع للاستثناء الوارد بالمادة 13 قانون مدني، أي تطبيق القانون الجزائري وحده، متى كان أحد الزوجين جزائرياً عند انعقاد الزواج. وهذا ما قرّره المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق جزائرية وإيطالي، بحيث أن المحكمة الابتدائية للمدية، طبقت المادة 2/12، وأسندت الحضانة للقانون

¹ _ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 297.

² - يأخذ بهذا الرأي بعض الفقه المصري، انظر صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، مرجع سابق، ص 97. وكذلك جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 213. والقضاء الفرنسي كذلك أنظر في هذا Yvon loussouarn ,Pierre bourel, op cit, p406

لكنّ الرأي الرَّاجح في فرنسا ينادي بإخضاع الحضانة للقانون الشّخصي للطفل باعتباره يحقّ مصلحة المحضون.

³ - بخلاف القانون الكويتي الذي نصّ على قاعدة إسناد صريحة في هذا الشأن، هي المادة 43 التي تنصّ انه: "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة"، والقانون التونسي كذلك الذي أخضعها في الفصل 50 للقانون الذي وقع بمقتضاه حلّ الرابطة الزوجية، أو القانون الشّخصي للطفل أو مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل.

⁴ - يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق،

جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد رقم 03، 2005، ص 193

الايطالي باعتباره قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فقدمت الزوجة طعنا لدى المحكمة العليا على أساس أنها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج، ولم يصدر بشأنها مرسوم نزعها بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، فقررت المحكمة العليا على هذا الأساس نقض ذلك الحكم، واعتبرت الحضانة من آثار انحلال الزواج، وبالتالي تخضع للقانون الجزائري مادام احد الزوجين جزائريا وقت انعقاده¹.

وعليه، فالقانون الذي يثبت له الاختصاص بحكم الحضانة، هو الذي سيحكم جميع المسائل الموضوعية الخاصة بها. فهو الذي يحدد لمن تثبت، انقضاءها، سقوطها، واسترجاعها، ومن تجب عليه نفقة المحضون². فالنفقة بالنسبة للأولاد المحضون تعتبر من آثار الطلاق، ولا تحكمها المادة 14 قانون مدني الخاصة بالنفقة بين الأقارب .

وإذا كان الاتجاه السائد في الفقه والقانون المقارن، يذهب لإخضاع الحضانة لقانون الجنسية، فإن هناك اتجاه مغاير جسده اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 5 أكتوبر 1961، المتعلقة بحماية القصر، التي تقضي بإخضاع الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل، على أساس أن ذلك المكان هو الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقته بالغير، وهذا ما تأثرت به القوانين الأنجلوساكسونية، كإنجلترا التي أخذت بهذا الرأي³ .

هذا، وان الإسناد السابق غير كاف، كحل نهائي للمشكل الخاص بالحضانة، وذلك لكثرة المنازعات التي تطرح غالبا بشأن حق الزيارة، ونقل الطفل لبلد الطرف الثاني، وضمان إرجاعه، وكذا حق الإنفاق عليه، ومشاكل اختطافه، كما أن الاستثناء الوارد بالمادة 13 مدني،

¹ - المحكمة العليا، ملف رقم 170082، قرار صاد بتاريخ 17/2/1998، المجلة القضائية، العدد 1، 2000، ص 167، 170.

² - فتيحة يوسف، بعض قواعد التنازع الدولي في العلاقات الأسرية، المرجع السابق، ص 117. وكذلك عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء 1 - الطبعة 2 - دار هومة - الجزائر، 2007، ص 231.

³ - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 52. وكذلك درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاثر السياسة والقانون، مرجع سابق، ص 247.

يطرح مشاكل عديدة، مادام انه موجود في تقنيات جل الدول، الأمر الذي يؤدي بكل قاضي مطروح أمامه النزاع إلى تطبيق قانونه مباشرة، وهو ما يؤدي لمشاكل على مستوى تنفيذ الحكم الأجنبي، ومدى مخالفته للنظام العام، إذا كان يسند الحضانة لأشخاص غير معترف لهم بها في قانون دولة التنفيذ¹.

كل هذا جعل الدول تلجأ لإبرام اتفاقيات دولية لتنظيم الصعوبات العملية في ممارسة الحضانة، وتنظيم حق الزيارة المقرر للطرف الآخر، سواء كانت جماعية كمعاهدة لاهاي المنعقدة بتاريخ 5 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر²، والاتفاقية المتعلقة بالاعتراف بالأطفال وتنفيذ الأحكام الصادرة في مجال الحضانة الموقعة في Luxembourg، بتاريخ 20 ماي 1980، واتفاقية حقوق الطفل 1989³، أو ثنائية كالاتفاقيات التي أبرمتها فرنسا مع دول المغرب العربي⁴، والتي منها الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال⁵.

هذه الإتفاقية التي لها أهمية خاصة، من الناحية النظرية، مادام أن ظاهرة زواج الجزائريين بالفرنسيات ظاهرة متفشية، نظرا لتزايد الهجرة، والتأثر بالثقافات الأوربية، فمحاولة

¹ _موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص73.

² _والتي دخلت حيز التنفيذ في 10 نوفمبر 1972، والمتعلقة باختصاص السلطات، والقانون الواجب التطبيق في موضوع حماية القاصرين، وتشمل هذه الاتفاقية روابط الطفل وروابط النسب بين الطفل ووالديه، وتشمل كذلك الانفاق، الاجراءات الفردية الهادفة إلى حماية الشخص القاصر وأمواله. انظر ثامر حمود هادي، المرجع السابق، ص442

³ _لقد تضمنت إتفاقية حقوق الطفل عدة مواد تخص المحضون أهمها المواد من 9 إلى 12، راجع في مضمون هذه المواد زروتي الطيب، حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية، السياسية، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 01، سنة 2000، ص164.

⁴ _ هناك الاتفاقية الفرنسية المغربية الصادرة بتاريخ 13 أوت 1981 الخاصة بالطلاق، والنقل غير المشروع للأطفال، والاتفاقية الفرنسية التونسية الصادرة في 18 مارس 1982، المتعلقة بالمساعدة القضائية في مجال حق الحضانة، وحق الزيارة والالتزام بالنفقة. انظر يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 196.

⁵ _الموقعة في الجزائر يوم 21 جوان 1988، وقد جاءت بصفة خاصة نتيجة المشاكل التي ثارت بين الآباء الجزائريين والأمهات الفرنسيات. أنظر في تفاصيل ما جاءت به هذه الاتفاقية، في مرجع معوان مصطفى، الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 01، 2000، ص134

وضع قواعد مادية يستجيب لها كلا الطرفين، الجزائري والفرنسي، من أفضل الحلول في تجنب المشاكل التي تثيرها الحضانة السابق ذكرها.

هذا، وتنصب الإتفاقية كلها حول حماية مصلحة الطفل، كما أنها تدعو للتعاون للقضاء على النقل غير المشروع للطفل، وذلك بتجريم بعض الأعمال المرتكبة من الحاضنين، كجنحة اختطاف الطفل حسب ما ورد في المادة 7 منها، كما أن حق الحضانة وحق الزيارة ليس مقررا للأولياء، بقدر ما هو مقرر لمصلحة المحضون، بضمان علاقة مستمرة ومنتظمة بينه وبين والديه، ولهذا حاولت الاتفاقية تخفيف الإجراءات¹.

إلا أن هذه الاتفاقية لم تحقق كل الأغراض المرجوة منها، من الناحية العملية، وهذا بتفضيلها للأم الحاضنة التي تكون في كل الأحوال من جنسية فرنسية مقيمة مع محضونيتها بفرنسا، إلى جانب استبعاد هذه الاتفاقية لبعض المبادئ العامة المستقرة في القانون الدولي، وقانون الأسرة الجزائري سواء ما تعلق منها بالقواعد الشكلية أو القواعد الموضوعية، المتعلقة بممارسة الحضانة، فهي لم توضح إلى ما يشير لحالة الطفل القانونية، كتحديد جنسيته على الرغم من أهميتها²، ولم تتطرق لبيان مكان ممارسة حق الزيارة، في حين كان من الأولى أن تعمم حق الوالد في استعمال حقه باستضافة الطفل المحضون عندما يمارس حقه في الزيارة، ما بين الحدود بعيدا عن الحاضن، طالما أن هناك ضمانات قانونية، منحها الاتفاقية للحاضن لحماية حقه في الحضانة، وعودة المحضون إليه بعد انتهاء الزيارة، وعليه يتضح أن المشرع الفرنسي أدرج ضمنا في الإتفاقية، أحكام القانون الوضعي الفرنسي³.

¹ _ جندولي فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 39.

² _ معوان مصطفى، المرجع السابق، ص 136.

³ _ معوان مصطفى، المرجع السابق، ص 138.

الفرع الثالث. وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الأولاد.

إن الزواج كوسيلة لاستمرار النسل البشري، لن تؤتي ثمارها إلا عن طريق إنجاب الأولاد. الذين بمجرد نشوئهم في هذه الحياة، تبرز حاجاتهم في البقاء، عن طريق ما يوفره لهم آباءهم من حماية ورعاية، مادام أنهم يخلقون عاجزين غير قادرين على حماية أنفسهم. إذن للأطفال حقوق عديدة تظهر في علاقتهم بآبائهم، من خلال واجب هؤلاء الأخيرين على حمايتهم. ولعل هذه الحماية تبدأ أولاً من حق الطفل في حمل اسم والديه والانتساب إليهما، وحقه في الرعاية، التربية، الولاية، والوصاية عليه،.... إلخ. بل قد تكون هذه الحماية واجبا على الآباء، ولو لم يكن سببها القرابة، وإنما علاقات ينتجها القانون نتيجة لرابطة مصطنعة كالتبني والكفالة.

وعليه، فما هي وظيفة الجنسية في اسناد النسب، أولاً، وفي اسناد الكفالة والتبني، ثانياً.

أولاً: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب.

إذا كانت البنية تتدرج ضمن الأحوال الشخصية، في كل الأنظمة القانونية، مما يترتب عليه إخضاعها للقانون الشخصي، وهو قانون الجنسية في الجزائر وفقاً للقاعدة العامة الواردة بالمادة 10 قانون مدني، وإذا كان إتحاد جنسية الأبوين والأطفال ثمرة زواجهما، لا يثير أي إشكال في مجال تنازع القوانين لأنه يؤدي لتطبيق قانون الجنسية المشتركة، فإن الأمر يختلف متى اختلفت جنسية الأبوين، أو اختلفت جنسية الولد عن جنسية أبويه، لأن هذا يثير التساؤل عن الجنسية التي يتعين الأخذ بها¹، ما بين جنسية الولد المراد إثبات بنوته، والوالد أي الأب

¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص134.

أو الأم المراد الانتساب إليه، وعن الوقت الذي يجب الاعتراف به، إذا ما تغيرت جنسية الشخص ما بين وقت الحمل، والميلاد، ووقوع النزاع¹.

والبنوة على نوعان، إمّا أن تكون شرعية، أي نسبة الولد إلى أبويه نتيجة لعقد زواج، وإثبات النسب في هذه الحالة في حق أحد الزوجين يسري في حق الزوج الآخر، ما دام أن عقد الزواج لا يقبل الانفصال، وإمّا أن تكون غير شرعية أو طبيعية، وهي التي تكون ثمرة علاقة غير مشروعة بين الوالدين، ولهذا فإثبات البنوة فيها يقتصر على الانتماء لأحد الوالدين دون الآخر. وإذا كانت الشريعة الإسلامية لا تعترف بهذه البنوة، فإن القوانين الأجنبية تعترف بها، وترتب عليها بعض الآثار كالنسب والتفقة والإرث².

إن هذا الاختلاف بين المفهومين، له تأثيره في الاختلاف حول القانون الواجب التطبيق على البنوة، في الكثير من الدول، بحسب ما إذا كانت شرعية أو طبيعية، وهذا هو حال الدول العربية³، التي تخضع البنوة الشرعية لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، باعتبارها أثراً من آثاره. أمّا البنوة غير الشرعية، فهي تخضع لقانون جنسية من يراد الانتساب إليه من الوالدين سواء الأب أو الأم⁴، ذلك أنّ هذه البنوة سوف تفرض على الوالد المطلوب الانتساب إليه التزامات عديدة كالنفقة، وهي تخصّ حالته وليس من المقبول إدخال تغيير على حالة الشخص، إذا كان قانونه الشخصي لا يوافق على هذا⁵. وبما أنّ أهم جانب في هذه البنوة هو علاقة الولد

¹ - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 293، و يوسف فتية، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 187.

² - موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 64.

³ - أنظر في القانون السوري، نعم سيوفي، المرجع السابق، ص 734، وفي القانون الأردني، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 146، وفي القانون الليبي محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 137.

⁴ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 579. و في القانون الأردني حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 117.

⁵ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 401. ويكون الاعتراف بتطبيق قانون جنسية الشخص المطلوب الانتساب إليه، وقت ميلاد الولد، بالنسبة لإسناد البنوة غير الشرعية. انظر عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 826.

الطبيعي بالأم، فقد أسندتها بعض الدول الأوروبية لقانون جنسية الأم، كالقانون الألماني (المادة 1/20 مدني)، والقانون الإسباني لكن بصفة احتياطية (المادة 4/9 مدني)¹.

كما كان سائدا هذه التفرقة بين إسناد البنية الشرعية وغير الشرعية، في التشريع الفرنسي، فقد كان الفقه والقضاء قبل عام 1972، يعتبر البنية الشرعية أثرا من آثار الزواج، ويطبق عليها القانون الذي يحكم هذه الآثار، بينما يخضع البنية الطبيعية للقانون الشخصي للولد، إلى أن تم تبني القانون المؤرخ في 03 جانفي 1972²، الذي ساوى بين البنية الشرعية وغير الشرعية، وأخضعهما لقانون واحد، هو قانون جنسية الأم وقت ولادة الطفل، وإذا كانت الأم غير معروفة، يطبق القانون الشخصي للولد. ولعل تبرير هذا الإسناد هو دور الأم في العلاقة، فهي تكون عادة محور كل النزاعات المتصلة بالبنوة³، فحتى بالنسبة للبنوة الشرعية الظاهرة تختبئ بنوة طبيعية، والإحصاءات في فرنسا تدل أن معظم الحالات الخاصة بإثبات البنية الشرعية، ناتجة عن عدم الاعتراف بالأبوة، والمنازعة في شرعية الولد من حيث كونه ابن زوج الأم أم لا⁴.

إلا أن هذه المادة لا تخلو من الانتقادات، وذلك متى كانت جنسية الأم مختلفة عن جنسية الأب والابن المشتركة، فهل من المنطقي ترجيح جنسية الأم المختلفة على جنسيتين متحدثتين، ولهذا اعتبر بعض الفقه⁵، أن هذه المادة أكثر واقعية بالنسبة للولد الطبيعي، منها للولد الشرعي، لأن الولد الطبيعي لا تكون له عادة إلا الصلة القانونية أو الواقعية بوالدته.

¹- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 886.

² _ L'article 311 (14) du code civil français énoncé que : « la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant, si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ».

³ _Françoi Mélin, Droit International privé, Casbah édition, Alger 2004, p15

⁴ - بيار ماير وفانسان هوزيه، المرجع السابق، ص 560 .

⁵ - سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقديم البروفسور فايز الحاج شاهين - الطبعة 1 - دار العلوم العربية، لبنان، 1994، ص 377.

هذا، ويجيز القانون الفرنسي تحويل البنوة غير الشرعية إلى بنوة شرعية، وذلك عن طريق الزواج اللاحق بالأم، أو عن طريق الاعتراف الإرادي بالولد¹، و ويراعى في هذا، القانون الأفضل لصحة الاعتراف سواء كان القانون الشخصي للمعترف أو القانون الشخصي للولد. أما في الشريعة الإسلامية فإن مجرد الإقرار بالبنوة يعني إقرار بها عن طريقها الشرعي، وهو الزواج وبدون لزوم لإثباته²، مادام أن الشريعة الإسلامية لا تعترف بالبنوة الطبيعية.

وإذا كانت معظم التشريعات العربية أخضعت النسب الشرعي لقانون جنسية الأب، ولم ترجح بذلك جهة الطفل كما فعلت قوانين أخرى، فهي ترى أن النسب الشرعي يمثل علاقة وطيدة، تربط الطفل بأصله أي بأبيه، وعليه لا يمكن إهمال قانون الأب³. والإسناد لقانون الأب يبيّن أنه مازال في الأسرة الجزائرية والعربية عموماً، يترجع على عرش المنزل العائلي، والبنوة الشرعية تخصّ مصلحة الأسرة التي يربعاها .

وهذا هو الحل الذي تبناه المشرع الجزائري⁴، بموجب المادة 13 مكرّر من القانون المدني المعدل 05-10، التي تقضي بأنه "يسري على النسب، والاعتراف به، وإنكاره قانون

¹ - Voir les articles 311-16 et 311-17 et leur commentaires, François Mélin op cit , p155-156.

² _نعوم سيوفي المرجع السابق، ص735 .

³ _زاير فاطمة الزهراء، أحكام البنوة في الروابط الدولية الخاصة، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، العدد04، 2017، ص 329. ومع هذا يلاحظ أن القانون التونسي سلك مسلكاً مغايراً للقوانين العربية فهو يخضع النسب، للقانون الأفضل للطفل من بين القانون الشخصي للمطلوب الانتساب إليه أو قانون مقره، وكذا القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره.

⁴ - لم يكن المشرع الجزائري ينص على قاعدة إسناد فيما يخص النسب، شأنه شأن غالبية التشريعات العربية، وقد كان يذهب الفقه الجزائري الغالب، إلى تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج عليه، أي قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، في حين يطبق على البنوة غير الشرعية قانون القاضي، أو قانون الشخص المراد الانتساب إليها انظر أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص265، و فتيحة يوسف، بعض قواعد التنازع الدولي في العلاقات الأسرية، مرجع سابق، ص112.

جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وفي حالة وفاة الأب قبل الميلاد يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة".¹

مما يستنتج معه أن المشرع قصد من هذا الإسناد النسب الشرعي، أما النسب الطبيعي فلم ينطرق له، ذلك أن الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر الأساسي لأحكام قانون الأسرة الجزائري، لا تعترف بالنسب خارج إطار الزواج الشرعي، وتحرم الولد غير الشرعي من الميراث، والنسب من جهة الأب، إذ يثبت له حق النسب والميراث من جهة الأم فقط.²

والحقيقة أن غالبية التشريعات العربية تتحفظ في هذه المسألة، لما يكون الولد غير شرعي منحدر من علاقة زنا، لذلك لا تجيز إثبات البنوة الطبيعية، حتى ولو أجازها قانون والده. ومن ثم فهي تستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان يجيز إثبات النسب الناتج عن البنوة الطبيعية، لمخالفته للنظام العام³، ولهذا سيصبح الصواب هو إخضاع النسب الطبيعي لقانون جنسية الأم، في القانون الجزائري، فإن كان هذا القانون لا يقر مثل هذا الحق للطفل الطبيعي في علاقته مع أمه الطبيعية، فسيتم استبعاده وتعويضه بالقانون الجزائري، عملاً بمبدأ الأثر الإيجابي للنظام العام بحكم المادة 24 قانون مدني⁴.

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

¹ - وهو نفس موقف القانون الكويتي في المادة 41 . كما يلاحظ هنا أن جميع القوانين العربية لم تنص على إسناد صريح بخصوص النسب، ماعدا المشرع الجزائري والتونسي والكويتي.

² - زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 329.

³ - علي خليل اسماعيل الحديثي، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013، ص 193.

⁴ حبار محمد، المرجع السابق، ص 135.

والأولاد، كما يحددها قانون الأسرة، ويحكم هذا القانون كذلك الاعتراف بالبنوة، وكيفية العدول عن هذا الإقرار وآثاره¹.

ثانياً: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الكفالة والتبني.

يقصد بالتبني إلحاق ولد معروف النسب أو مجهول النسب (لقيط)، ونسبته إلى ملحقه، مع التصريح أنه يتخذه ولداً في الوقت الذي ليس بوالده الحقيقي².

التبني إذن هو تصرف قانوني منشئ لنسب غير حقيقي لأن البنوة الناتجة عنه ثابتة بحكم القانون دون أن يكون هناك صلة دم حقيقية بين الابن ووالده. لذلك حرصت الشريعة الإسلامية على تحريم التبني، لما يؤدي إليه من اختلاط الأنساب، ولأنه يعطي للمتبنى الحق في أن يرث مال واسم المتبني، وقررت الشريعة الإسلامية بدلا عنه نظام الكفالة³، وهو نظام مواز للتبني، من حيث انه يؤدي إلى تربية ورعاية الولد المكفول والنفقة عليه، إلا أنه لا تترتب عليه آثار البنوة الشرعية، ولا سيما النسب والميراث.

وإن كان المشرع الجزائري شأنه شأن غالبية التشريعات العربية⁴، لا يعترف بالتبني⁵ فهذا لم يمنعه من النص على قاعدة إسناد صريحة، تخص التبني الذي ينشأ بين الأجانب الذين يعترف قانونهم الداخلي بذلك، وهذا بإلحاقه بنفس القانون الذي يحكم الكفالة. إذ تنص المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني، المعدلة سنة 2005، أنه "يسري على صحة الكفالة

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 883

² - علي خليل اسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 194.

³ - زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 330.

⁴ - تمنع جميع القوانين العربية التبني، في قوانينها الداخلية، في حين تجيز الكفالة، باستثناء المشرع التونسي، الذي يعترف بالتبني.

⁵ - تنص المادة 46 قانون الأسرة: "يمنع التبني شرعا وقانونا".

قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل. وتطبق نفس الأحكام على التبني¹.

وهكذا يظهر أن المشرع فصل بين الشروط الموضوعية للكفالة والتبني، وبين آثارهما من حيث القانون الواجب التطبيق²، ولعل السبب في إسناد هذه الشروط، وكل ما يخص صحة التبني والكفالة، لقانون كل من المتبني والمتبني، أو الكفيل والمكفول، هو أن الأمر يتعلق بخلق علاقة قانونية بين طرفين كالزواج والعقود عموماً، مما يقتضي الرجوع إلى قانون الطرفين، وإلا نشأت علاقة عرجاء، كما أن في هذا ضمان نفاذهما، و الاعتراف بهما في دولتي كلا الطرفين. والسبب في إسناد آثارهما، لقانون المتبني أو الكفيل، هو أن الولد سيعيش معهما، وسيحملان مسؤوليته، لهذا فمن الأجدر تطبيق قانونيهما، و لأنه يضمن وحدة القانون المطبق، إذا تعدد الأولاد المتبنون أو المكفولون.³

ولتحديد دقيق لمضمون الفكرة المسندة فإنه يقصد بالشروط الموضوعية للتبني والكفالة، تلك الشروط المتطلبة حتى ينشأ صحيحين، وبالتالي يرتب آثارهما القانونية، كأن لا يقل عمر المكفول أو المتبني عن سن معينة، وأن يوافق أبويه إذا كان موجودين، أو يعبرا عن رضاهما بتلك العلاقة، وأن يكون المتبني أو الكفيل أهلاً للقيام بشؤون المتبني، وقادراً على رعايته، وإذا

¹ - هذا، وما دام أن جل القوانين العربية، تحرّم هي الأخرى نظام التبني في قوانينها الداخلية، فلم تضع قاعدة إسناد خاصة به في إطار العلاقات الخاصة الدولية، باستثناء القانون التونسي، الذي نص عليه في الفصل 53 من مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998، والقانون الكويتي في المادة 44 من القانون رقم 5 لسنة 1961، بحيث يسنداه لنفس الحكم الوارد في المادة 13 مكرر 1 جزائري، أي يخضع لقانون المتبني والمتبني، وأثاره لقانون جنسية المتبني. أما القانون المصري فيأخذ بنفس الحكم كذلك بالرغم من أنه لا ينصّ على قاعدة إسناد بهذا، أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 889

² - في حين هناك بعض الدول التي توحد القانون الواجب التطبيق على التبني، دون التفرقة بين شروطه الموضوعية وآثاره، بحيث تخضعه بعض القوانين الغربية لقانون جنسية المتبني فقط، كالقانون الإيطالي، البولوني، التشيكوسلوفاكي، الألماني، والنمساوي. انظر زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع لسابق، ص 192.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 890، 891 .

كان القائم بالتبني أو الكفالة زوجين مختلفي الجنسية، فيجب أن تتوافر فيهما الشروط المقررة في قانونيهما.

أما آثار التبني أو الكفالة، فنتمثل في سلطات المتبني أو الكفيل، بوصفه وليا، وواجباته، وما إذا كان يجوز إسقاط الولاية عنه، أو مدها إلى زوجته، وأقربائه في حالة وفاته، وحقوق الطفل كذلك¹.

وإذا كان الإسناد الجزائري السابق لا يثير أي إشكال عندما يكون أطراف النزاع أجنب غير مسلمين، فيكفي أن يسمح قانون جنسيتهم بإجراء التبني لقبول تطبيق هذا القانون، غير أن الصعوبة تظهر في بعض القضايا التي يكون أحد أطرافها مسلما، ويسمح قانون جنسيته الواجب التطبيق بإجراء التبني، فلو كان المتبني والمتبني من الجنسية التونسية مثلا، فسيجد القاضي الجزائري نفسه، أمام حالتين متناقضتين، فالقانون الشخصي للطرفين التونسي يجيز التبني، لكن هل يتم تجاهل الشريعة الإسلامية التي تحرم التبني. هنا هل سيطبق القاضي حكم المادة 13 مكرر 1 السابقة باعتبار أن الأطراف أجنب، وقانونهما الشخصي يجيز التبني، أم يتم استبعاد هذا القانون عن طريق الدفع بالنظام العام الجزائري النابع من الشريعة الإسلامية التي تحرم التبني.

المطلب الثاني : وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية، والعلاقات المالية ذات الطابع الشخصي.

الأهلية عموما هي صلاحية الشخص سواء كان طبيعيا، واعتباريا، للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات، ولأن يباشر بنفسه الأعمال والتصرفات القانونية المتعلقة بهذه الحقوق، أو تلك الالتزامات. وتتفق جميع الدول على أن الأهلية جزء من الاحوال الشخصية، وهذ على خلاف العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي التي هناك من يكيفها أنها جزء من الاحوال

¹- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 193.

الشخصية، بينما هناك من يكتفيها أنها من العلاقات المالية، وهذا لأنها تحمل في طياتها كلا المعنيين. وفي الجزائر تكيف من الأحوال الشخصية إلا ان هذا لا ينفي عنها الطابع المالي، كما لا يثبت لها الطابع العيني.

و عليه فما هي وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية؟ (الفرع الأول)، ثم ماهي وظيفتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية:

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

إلا أنه نظرا لتنوع حالات الأهلية وتعددها، فإنّ التساؤل يثور حول نطاق الفكرة المسندة التي تخضع لقانون الجنسية؟ (أولا)، و عن وظيفة الجنسية فيما يخص النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية (ثانيا).

أولا: نطاق تطبيق قانون الجنسية فيما يخص الأهلية:

لتحديد نطاق تطبيق قانون الجنسية الوارد بالمادة 10 قانون مدني، لا بد من التعرف على مفهوم أو أنواع الأهلية، والتي تنقسم إلى أهلية الوجوب، أهلية الأداء، والأهليات الخاصة.

فأهلية الوجوب، أو التمتع، هي إحدى خصائص الشخصية القانونية¹، وتعني قابلية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ولهذا تثبت لجميع البشر²، وحتى للشخص المعنوي، لأنها مجرد صفة تتوافر في الشخص، و تجعله صالحا لان يتعلق به حق معين له أو عليه³. وهذه الأهلية لا تخضع لقانون واحد، بل تخضع للقانون المختص بحكم الحق الذي يراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع به من عدمه. فحق الشخص في أن يرث يخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم الميراث، التي تقضي بتطبيق قانون جنسية المورث، وحق الزوج في الزواج من ثانية يخضع لقانون جنسيته، و حق الشخص في أن يمتلك يخضع للقانون الذي يحكم الملكية، أي قانون موقع المال.⁴

أما الأهليات الخاصة أو ما يعرف بموانع التصرف، فهي قيود ترد على أهلية الوجوب، خاصة بتصرفات محددة وأشخاص معينين⁵، يمنعهم القانون من القيام ببعض التصرفات القانونية، مع أنهم راشدون، بالنظر لنشاط معين يمارسوه أو ولوجودهم في مركز خاص، من أمثلة ذلك منع رجال القضاء، ومن في حكمهم من شراء الحقوق المتنازع عليها كلها أو بعضها بأسمائهم، أو بأسماء مستعارة، متى كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباثرون أعمالهم في دائرتها⁶، وعدم صحة بيع المريض مرض الموت لو ارث إلا إذا اقره باقي

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

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

³- والأصل في أهلية الوجوب ان تكون كاملة، إلا أنها في بعض الحالات قد تكون منعدمة، كمن يحكم عليه بالموت المدني في الشرائع التي كانت تبيح ذلك، وفي الرهينة بالنسبة لبعض الطوائف المسيحية، وفي حالات اخرى قد تكون ناقصة كالأجانب الذين يحرمهم المشرع من التمتع ببعض الحقوق. انظر سلطان انور المبادئ العامة للقانون، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1978، ص227، 228.

⁴- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص299 .

⁵- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 785

⁶- المادة 402 قانون مدني جزائري.

الورثة¹، أو كمنع الشخص من الإيحاء للطبيب الذي يعالجه، أو منع هذا الأخير من تلقي هبة من مرضاه، في مرض الموت في القانون الفرنسي²، ومنع الزوجة من كفالة زوجها كفالة شخصية أو عينية في القانون اليوناني .

إن هذه الأهلية لا تعد من عناصر الحالة الشخصية، لأنها لا تهدف إلى حماية الشخص ذاته، وإنما لحماية المصلحة العامة أو رعاية مصلحة الغير.³ ولهذا فهي تخرج من نطاق تطبيق قانون الجنسية الوارد بالمادة 10 قانون مدني، وبما أنها قيود تحد من أهلية الوجوب، فتخضع للقانون الذي يحكم التصرف القانوني ذاته، فمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها، يحكمه القانون الذي يحكم الإجراءات، وهو قانون القاضي، ومنع المريض في مرض موته من أن يوصي لطبيبه، يحكمه قانون جنسية المورث وقت موته، باعتباره القانون الذي يحكم التصرفات المضافة لما بعد الموت، ومنع الزوجة اليونانية من كفالة زوجها تخضع لقانون موقع المال.⁴

وهكذا يظهر أن المراد بالأهلية التي تخضع لحكم المادة 10 قانون مدني، أي التي تدخل في مضمون الفكرة المسندة، وتخضع من ثمة لقانون الجنسية، هو أهلية الأداء⁵. فما هو مفهوم أهلية الأداء؟

¹ - المادة 408 قانون مدني جزائري، أنظر أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص217

² - JEAN DERRUPPÉ, op cit.p12.

³ - احمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص109، 110.

⁴ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص300، وعكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص786

⁵ - وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، في حكمها الصادر عن الغرف مجتمعة، إذ قالت "أن الأهلية لا تعد عنصرا من عناصر الحالة إلا إذا كان الأمر يتعلق بأهلية عامة ومطلقة للأشخاص، وهي التي يطبق في شأنها دائما ومباشرة القانون الشخصي". انظر أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، جامعة الزقازيق، مصر، 1999، 2000، ص361.

إن أهلية الأداء العامة، تعني قدرة الشخص على التعبير بنفسه، ولحسابه عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية، نظراً لارتباطها بالتمييز، فهي تدور معه وجوداً ونقصاً وانعداماً. فإذا كان تمييز الإنسان تاماً كانت أهلية الأداء عنده تامة، وإذا كان ناقصاً كانت أهلية الأداء عنده ناقصة، وتتعدم إذا انعدم تمييزه¹. إذ أنّ الشخص يمرّ بمراحل مختلفة في حياته، فيكون صغيراً غير مميّز، ثمّ بعد ذلك في مرحلة معيّنة من حياته يبدأ تمييزه، إلّا أنّه لا تتوافر له كل أسباب التمييز و الإدراك إلى أن يبلغ سنّ الرشد، فإذا بلغ هذه السنّ، فيكون له أهلية أداء كاملة، ولكن بشرط أن لا يطرأ عليه عارض من عوارضها كالجنون والسّفه، لأنّ من شأن هذه العوارض أن تعدم تمييزه أو تنقص من أهليته، بعدما كانت كاملة²، أما إذا بلغ الشخص تلك السن، وهذه العوارض قائمة معه، فيكون ناقص الأهلية منذ البداية.

هذا، وسن الرشد تختلف من دولة لأخرى³، ويحددها القانون الجزائري ب19 سنة، إذ يكون الشخص حتّى سنّ 13 فاقداً للتمييز، له أهلية الوجوب فقط، ومن سنّ 13 إلى 19 سنة ناقص الأهلية ولكنّه مميّز، ولا يكون كامل الأهلية إلّا بعد سنّ 19 سنة⁴. وإذا كان يحق لهذا الأخير، القيام بكافة أنواع التصرفات القانونية، سواء منها النافعة له نفعاً محضاً، أو الضارة به ضرراً محضاً، أو الدائرة بين النّفع و الضّرر، فإنّه يمنع على عديم الأهلية مباشرة أي نوع منها، بينما يجوز لناقصها القيام بالتّصرفات النافعة له نفعاً محضاً، في حين تمنع عليه الضارة

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

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

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

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

به ضررا محضا، وإذا كانت دائرة بين النفع و الضرر، فتتوقف صحتها على إذن أو إجازة من له الولاية عليه، أو المحكمة على حسب الأحوال¹.

إن إسناد أهلية الأداء لقانون الجنسية، هو من المبادئ الشائعة بين عدد كبير من الدول²، سواء العربية³ - بما فيها التشريع الجزائري- أو الأجنبية وخاصة منها الأوربية⁴. بحيث أن قانون الجنسية في هذه الدول، يحكم جميع المسائل المتعلقة بتحديد سن الرشد وعوارض الأهلية من جنون، عته، سفه، وغفلة، كما يبين متى يكون الشخص فاقد الأهلية، أو ناقصها، أو كاملها، وما هي التصرفات التي يجوز لناقص الأهلية القيام بها وحده، وما لا يستطيع القيام بها إلا عن طريق وليه، وصيه، القيم عليه، مجلس العائلة، أو مجلس قضائي، ويبين متى يعتبر الصبي مأذونا له بإدارة أمواله، والجزاء المترتب على فقد الأهلية ونقصها، وإذا كان هذا الجزاء هو البطلان فيبين نوعه، ومن له حق التمسك به، والمدة التي يجب فيها رفع دعوى البطلان، وما إذا كان يجوز إقرار التصرف الباطل، أو لا، ومدة تقادم دعوى البطلان، وتحديد نظام عدم الأهلية الراجع إلى الأحكام القضائية المدنية والجنائية الوطنية⁵.

ومع هذا، فإن بعض الدول تخضع الأهلية لقانون الموطن⁶، بينما تخضعها تشريعات دول أمريكا اللاتينية لنظام مختلط، فتطبق على رعاياها قانون جنسيتهم، وعلى الأجانب قانون

¹-نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 170.

²- ويرجع الأصل التاريخي لذلك إلى المادة 3/3 من القانون المدني الفرنسي، فهي أول من أخضع حالة الأشخاص وأهليتهم لقانون جنسيتهم بنصها

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français , même résident en pays étranger.

³- نذكر منها القانون المصري، العراقي، السوري، الأردني .

⁴- مثلا التشريع الألماني، الاسباني، اليوناني، المجري، الايطالي، وقانون مدغشقر، هولندا، بولندا، البرتغال، رومانيا، تشيكوسلوفاكيا، يوغسلافيا، النمسا، بلجيكا، لوكسمبورغ، ودول أوروبا الشرقية ماعدا الإتحاد السوفياتي، أما من غير الدول الأوربية نذكر اليابان، وجمهورية الدومنيكان، وقانون إمارة موناكو، انظر في هذا أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مرجع سابق، ص64، 65.

⁵- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص152، واحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص828

⁶- كالأرجنتين، البرازيل، جواتيمالا، باراجواي، أوجواي.

الموطن¹. وعلى العكس، فإن الدول الإسكندنافية تخضع أهلية رعاياها لقانون موطنهم، وأهلية الأجنبي لقانون جنسيتهم².

وإذا كانت جميع الدول السابق ذكرها، تعتبر أهلية الأداء جزء من حالة الشخص، وتسندها من ثمة للقانون الشخصي، على أساس وجوب خضوعها لقانون مستقر وثابت أينما حل الفرد، فإن هذا المبدأ ليس عالمياً لأن بعض الدول الأخرى، والمعروفة بدول "Common Law"، تنظر لها نظرة مغايرة، بحيث لا تعتبرها جزء من حالة الشخص، لأنها ليست كفاءة أو مقدرة دائمة، بل هي شيء متغير مع العمل القانوني الذي ترتبط به، لأنها عنصر من عناصر التصرف القانوني، ولهذا فالأهلية تخضع للقانون الواجب التطبيق على التصرف القانوني، الذي تعد شرطاً لصحته أو عنصراً من عناصره التكوينية. وبالتالي الأهلية للزواج تعد من شروطه الموضوعية، وتخضع للقانون الذي يحكم تلك الشروط، و الأهلية للتعاقد تعتبر من الشروط التعاقدية، وتخضع للقانون الذي يحكم العقد ذاته³. و يأخذ بهذا الرأي الولايات المتحدة الأمريكية، ماعدا ولاية لويزيانا، إلا أن القانون الانجليزي يفقد للوضوح في هذا المجال، لأنه يتردد ما بين القانون الشخصي، والقانون الذي يحكم التصرف القانوني⁴.

¹ - كالشيلي، كولومبيا، المكسيك، بيرو، السلفادور، وكان الاتحاد السوفياتي بدوره يأخذ بنفس الموقف.

² - أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مرجع سابق، ص 66.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 823، 824

⁴ - بحيث استقرت الحالة في المادة 147، والتي تتناول الأهلية في التعاقد على أن: "أهلية التعاقد للشخص تكون خاضعة للنظام القانوني، الذي يكون العقد معه أكثر ارتباطاً وعلاقة، وكذلك تكون خاضعة إلى قانون الموطن، ومكان السكن المعتاد وفق الترتيب التالي:

- إذا كانت أهلية الشخص للتعاقد ثابتة بموجب قانون الدولة الذي له أكثر ارتباطاً وعلاقة مع العقد فإن العقد يكون نافذاً بقدر ما يتعلق بشرط الأهلية.

_ أما إذا كانت له أهلية للتعاقد بموجب قانون دولة موطنه ومكان سكنه المعتاد فإن العقد يعتبر نافذاً بقدر ما يتعلق بالأهلية ذات العلاقة." أنظر ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص (الأردني والمقارن)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر، الأردن 1998، ص 80، 81.

ثانيا: وظيفة الجنسية فيما يخصّ النظم الخاصة بحماية غير كامل الأهلية.

لا خلاف في أن الشخص غير كامل الأهلية، سواء بسبب سنّه أو قصوره العقلي، يحتاج إلى حماية خاصة، حتى لا يؤثر هذا على حالته، و وضعه الأسري و الاجتماعي. هذه الحماية التي توفرها القوانين الداخلية لمختلف الدول¹، و التي تتجلى في عدة نظم قانونية كالولاية، الوصاية، القوامة، و التي تتعدد في الدولة الواحدة، و تختلف في طبيعتها و أشكالها من دولة لأخرى .

أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق عليها في العلاقات الخاصة الدولية، فقد أناطها القانون الجزائري، بالمادة 1/15 قانون مدني التي تنص أنه " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته"². وهو ما كرسته من قبل اتفاقية لاهاي لسنة 1902، الخاصة بالوصاية، واتفاقية 1905 الخاصة بالحجر³.

وتخضع المسائل الموضوعية في هذه النظم لقانون عديم الأهلية، أو ناقصها (القاصر)، أو الغائب، لا لقانون جنسية القائم بالحماية، وذلك لأن الحماية مقررة لمصلحتهم، لا لمصلحة القائم بالحماية. وهذا الحل هو المأخوذ به كذلك في فرنسا، وفي قوانين الكثير من الدول العربية. أما في البلاد الأنجلو أمريكية فهي تخضع لقانون موقع المال⁴.

¹ -منها قانون الأسرة الجزائري الذي ينص على أحكام النيابة الشرعية من ولاية، وصاية، تقديم و حجر في المواد من 81 إلى 108.

² -تقابلها المواد الآتية : المادة 16 مدني لبيي، المادة 16 مدني مصري، المادة 20 مدني عراقي، المادة 46 قانون كويتي، المادة 31 قانون دولي خاص بولندي، المادة 1/24 قانون دولي خاص ألماني، والمادة 9 قانون تركي، والنمساوي م 1/27.

³ -زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 157. ومع هذا فإن إتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية القصر، المؤرخة في 05 أوت 1961، سلكت مسلكا مغايرا، وذلك بإعطائها الصلاحية المبدئية لسلطات الدولة التي يسكن فيها القاصر بشكل معتاد لاتخاذ تدابير الحماية وفق قانونها، وفقا للمادة الأولى والثانية منها.

⁴ -أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 391.

إلا أن المراد بالولاية هنا الولاية على المال، لا على النفس، بدليل أن المشرع قرن هنا الولاية بالوصاية والقوامة، وهي نظم مقررة في أصلها لحماية مال المشمول بالحماية¹. فالمشرع الجزائري فرق بدوره بين الولاية على المال والولاية على النفس مثله مثل المشرع المصري، بحيث يعتبر الولاية على النفس من آثار الزواج أو من آثار النسب، و تخضع لقانون جنسية الأب.

في حين هناك بعض النظم كالقانون الفرنسي، وغيره من القوانين اللاتينية ترفض هذا التمييز، وتُخضع الولايتين لقانون واحد، قد يكون قانون العائلة أو قانون فاقد الأهلية. ففي حالة وجود الأبوين أو أحدهما لا بد من المحافظة على النظام العائلي في الأسرة، الذي لا تتفصل عنه مصلحة فاقد الأهلية، وبالتالي تخضع السلطة الأبوية سواء ما تعلق منها بالولاية على النفس، أو الولاية على المال للقانون الذي يحكم الأسرة، أي الذي تخضع له آثار الزواج. أما في حالة زوال دعائم الأسرة بوفاة كلا الأبوين فيجب تطبيق قانون فاقد الأهلية².

هذا وإنه وفقا للقانون الجزائري، بما أن التكليف يتم وفقا لقانون القاضي، يمكن ضبط أو التفرقة بين هذه النظم من حيث أن الولاية أو الوصاية تكون على القاصر، بينما تكون القوامة على المحجور عليهم، و الغائبين. و يصلح للولاية على القصر، وفقا للمادة 87 قانون الأسرة المعدل سنة 2005، كل من الأب و بعد وفاته تحل الأم، و في حالة الطلاق، تمنح لمن أسندت له حضانة الأطفال، و تنتهي ببلوغ القاصر سن 19 سنة.

أما الوصاية، فتقوم عند عدم وجود أم تتولى شؤون القاصر، و إذا كانت عديمة الأهلية، بحيث يقوم الأب أو الجد بتعيين وصي له، وفقا للمادة 92 قانون الأسرة، و يجب أن يكون

¹- حبار محمد، المرجع السابق، ص 139.

²- Battifol et Lagard , op cit , par 495

الوصي مسلما عاقلا بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف، و للقاضي عزله إن لم تتوفر فيه هذه الشروط (المادة 93 قانون الأسرة)، و له نفس سلطات الولي.¹

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

ومع هذا فلا ننسى أن تدابير حماية غير كامل الأهلية، سواء تلك التي قررت لحمايته من نفسه، أو التي جاءت لحمايته من غيره²، يمكن أن تختلف بين الدول من نظام قانوني لآخر، إلا أنه سيحكمها قانون الجنسية المختص.

وعلى هذا يمكن حصر المسائل الموضوعية، التي تخضع لقانون جنسية الشخص المشمول بالحماية، في معرفة طبيعة نظام الحماية الذي يجب أن يشمل به، هل هو نظام الولاية الشرعية، أم الوصاية، أم القوامة، أم غير ذلك من النظم، وطبيعة الشخص أو الهيئة القضائية والإدارية التي يناط بها الإشراف والمساعدة، من حيث كونها عامة أو خاصة ووظيفتها، وكيفية فصل الخلافات التي قد تنشأ بينها، وبيان من تثبت له الولاية، ومن يصلح أن يكون وصياً أو قيماً، أو وكيلاً عن الغائب، وبيان سلطة هؤلاء النواب في إبرام التصرفات القانونية، وحكمها إذا تجاوزوا سلطانهم فيها، وبيان حقوق من يتولى الحماية، وواجباته وما يستحقه من اجر، و أسباب سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها، وعزل الأوصياء أو الحد من

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

² - لمزيد من التفاصيل حول طبيعة هذه الحماية، انظر سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص308، وبيار ماير وفانسان هوزيه، المرجع السابق، ص484.

سلطتهم، ورفع الحماية وإنهائها عند بلوغ القاصر سن الرشد، أو زوال الحجر عن الشخص الذي انتابه احد عوارض الأهلية¹.

أما أهلية الولي، الوصي، القيم فتخضع لقانونه الشخصي وليس لقانون القاصر أو المحجور عليه²، كتحديد أسباب امتناعه، عن قبول نظام الحماية المناط به، لأنه من غير المقبول تحميل هذا الأخير مهمة قد يحظرها عليه قانونه الشخصي.

وأما القواعد المتعلقة بالإجراءات، والاختصاص في هذه النظم الخاصة بحماية غير كاملي الأهلية، فهي تخضع لقانون القاضي.

الفرع الثاني: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي.

يترتب على قيام رابطة القرابة أيا كان نوعها، آثار عديدة تؤثر في حقوق الشخص وواجباته، فبالإضافة للعلاقات الإنسانية والاجتماعية البحتة، تترتب بعض الآثار المالية، لعل أهمها الحق في النفقة، وفي التركة. وما يلاحظ هنا أن الصلة وثيقة بين النفقة والميراث، على الرغم من هذا التباعد الظاهر، ففضلا عن طابعهما المالي، فإن أحدهما قد يكون سببا للآخر، فكما ينفق القريب على قريبه، فهو يرثه إن توفى. وبالإضافة لهذا هناك بعض التصرفات القانونية المالية، ولكنها تدخل في فئة الأحوال الشخصية، كالهبة والوقف.

و بما أن الطابع المشترك بين هذه العلاقات هو إسنادها لضابط الجنسية. فسنبين وظيفة الجنسية في اسناد النفقة بين الأقارب (أولا)، ووظيفتها في اسناد التركات ميراث ووصية (ثانيا)، ووظيفتها في اسناد الهبة والوقف (ثالثا) .

¹ - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص318. وكذلك فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص209.

² - فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص210.

أولاً: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب.

النفقة بين الأقارب، هي التزام يقع على عاتق شخص معين بتقديم معونة مالية أو عينية إلى قريب أو صهر معوز، وترتكز بسببها إما على رابطة القرابة بين المعوز والمدين، سواء المباشرة منها كعلاقة الأصول بالفروع، أو قرابة الحواشي، وإما على رابطة المصاهرة بينهما¹. فهي تلك النفقة التي تجب للآباء على أبنائهم²، وللأبناء على آبائهم، كما تجب لذوي الأرحام أو الحواشي على بعضهم بعض، حسب ما يلزمهم القانون بذلك.

وهي تخضع في التشريع الجزائري، حسب المادة 14 قانون مدني، لقانون المدين بها³. أي تطبيق قانون جنسية الشخص الذي يكون ملزماً بدفع النفقة، أو بتعبير أدق الشخص المطالب بها. ويأخذ بهذا القانون كذلك، معظم القوانين العربية كالقانون السوري (م16)، والمصري (م15)، الليبي (م15)، الأردني (م16)، الكويتي (م45)، السوداني (م11). في حين تخضعها اتفاقية لاهاي الخاصة بالنفقة، الموقعة بتاريخ 1973/10/2، لقانون محل الإقامة الاعتيادي للدائن بها⁴.

وعليه فإن قانون جنسية المدين بالنفقة، هو المختص بتحديد شروط استحقاقها، كشرط الحاجة وشرط يسار القريب الواجبة عليه، وبيان مشتملاتها، وأساس تقديرها، ووقت وجوبها،

¹ _ فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص260.

² ومع هذا يرى الأستاذ حبار محمد أن نفقة الآباء على أبنائهم، لا تدخل في الفكرة المسندة بالنفقة بين الأقارب على أساس أنها أثر من آثار النسب، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم النسب، انظر مرجعه السابق، ص 138. غير أن الفقه الغالب يعتبرها من النفقة بين الأقارب كالأستاذ علي علي سليمان، انظر مرجعه السابق القانون الدولي الخاص الجزائري، ص78، والأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة، انظر مرجعه السابق، ص 896. وأنا أؤيد هذا الرأي الأخير.

³ _ ومع هذا هناك بعض الدول التي تخضع النفقة لقانون جنسية الدائن بالنفقة، أو طالب النفقة، وهو ما أخذ به القانون الدولي الخاص المجري، والبولندي لعام 1965، والروماني لعام 1992، واليوغسلافي سابقاً، بل هناك جانب كبير من الفقه الذي يؤيد هذا الاتجاه على أساس مجموعة من الاعتبارات، منها أن طالب النفقة هو الطرف الضعيف الذي تجب حمايته، وأن حاجته هي سبب وجود الالتزام بها. انظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 893.

⁴ _ أنظر في هذا فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص302، و محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص557

وكيفية دفعها عينا أم نقدا، أم أقساط، و ضمانات الوفاء بها، وإيقافها، وإعادة النظر فيها أو مراجعتها، وحكم سقوطها أو إنهاؤها¹.

كما انه لا يدخل في هذه النفقة، نفقة الزوجة على زوجها، والذي سبق وبيننا القانون الواجب التطبيق عليها، باعتبارها أثرا من آثار الزواج الشخصية، ولا النفقة الوقتية التي يحكم بها القاضي مؤقتا لحين الفصل في موضوع النزاع الأصلي المعروض أمامه، والتي تخضع لقانون القاضي، باعتبارها إجراء مؤقتا يتعلق بالأمن العام في الدولة².

ثانيا: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على التركات:

يقصد بالتركات ما يتركه أو يخلفه الميت من ورائه من حقوق مالية تنتقل للخلف العام المحدد بالقواعد القانونية لكل دولة في حالة الإرث، أو الخلف الخاص الذي يعينه الموصي بإرادته، ليرثه من بعده كما في الوصية.

وفي هذا نجد أن الدول تختلف في نظرتها للإرث والوصية. فهناك من يرى أن الميراث هو الأصل، والوصية ماهي إلا مخالفة له، مسموح بها في حدود قانونية معينة، لا يحق للموصي تجاوزها، وهذا هو الحال في فرنسا وعند التشريعات العربية-بما فيها الجزائر- في حين تعتبر دول أخرى الوصايا هي الأصل، فلا يلجأ فيها إلى الميراث القانوني إلا في حالة عدم وجود وصية، وعلى اعتبار أن قواعد الميراث القانونية ما هي إلا وصية ضمنية، نظمها القانون حسب الإرادة المفترضة للمتوفى، وهذا هو الحال في إيطاليا و البلاد الأنجلو أمريكية، التي أخذت هذه النظرة من التشريع الروماني³.

و عليه فما هي وظيفة الجنسية في اسناد الميراث والوصية؟.

¹ _ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 895، 896 .

² _ علي علي سليمان، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 78.

³ - أنظر نعوم سيّوفي، المرجع السابق، ص 740 .

أ: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث.

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

إذن، سنتكلم عن الجنسية كضابط إسناد فيما يخص الإرث، ثم عن نطاق تطبيق قانون الجنسية.

1: الجنسية كضابط إسناد فيما يخص الإرث.

يعتبر الإرث إحدى حالات الأحوال الشخصية، نزولا للكثير من المقتضيات، فهو يتصل أساسا بواقعة حياة الشخص ووفاته، وهو النتيجة الطبيعية لتلك الوفاة، كما أن الأسباب المؤدية للميراث، هي عناصر مأخوذة من حالة الشخص كروابط النسب، القرابة، واعتبارات المحافظة على أموال المتوفى ضمن نطاق العائلة، وفي إطار درجة القرابة، فكلما ازدادت درجة النسب والقربى، كلما ازدادت الحصة الإرثية. فالمصلحة العائلية وتنظيم الأسرة، وكفالة التضامن بين أفرادها هو الذي يهيمن على أيلولة التركة، أي أن الأمر يتعلق بخلافة أسرية أكثر منها ملكية

مجردة للأموال، ولهذا يخضع الميراث للنظام القانوني الذي يخضع له الشخص نفسه، سواء كان قانون الجنسية، أو قانون الموطن¹.

ولم يأخذ بقانون موطن المتوفى، إلا القانون النرويجي، والدانماركي، والأرجنتيني والإتحاد السوفياتي سابقا. في حين أن جميع التشريعات التي تعتبر الميراث من الأحوال الشخصية، تسنده لقانون الجنسية²، وبالضبط لقانون جنسية المورث لأنه حجر الزاوية في الميراث، إذ لا تركة بدونها، ومنها التشريع الجزائري في المادة 1/16 مدني، كما يتبناه الفصل الأول من إتفاقية لاهاي المؤرخة في 17 يوليو 1907، بشأن تنازع القوانين في قضايا الموارث والوصايا³. وعليه فهذا القانون، هو الذي يسري على مجموع التركة دون تفرقة بين منقول وعقار.

والسبب وراء إخضاع المشرع الجزائري-على غرار غيره من التشريعات العربية- الميراث إلى قانون جنسية المورث أو الهالك وقت الوفاة، هو مجموعة من الاعتبارات، منها الشريعة الإسلامية التي تدمج الموارث رغم أنها تتعلق بوراثة أموال ضمن فئة الأحوال الشخصية. فكافة العلاقات القانونية التي تخص الإنسان، سواء تعلقت بفئة الأحوال العينية أو الشخصية، تخضع في الشريعة الإسلامية لقانون الشخص. ولأنه حل يتميز بالبساطة بل وحتى بالمنطق، إذ يعتبر

¹ - عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 283، 284.

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

³ - موسى عبود، المرجع السابق، 264.

الذمة المالية كلا واحدا يخضع لقانون وحيد¹، فلا تكون الأموال غير المنقولة خاضعة لقانون، والأموال المنقولة لقانون آخر، فيتجنب بذلك تعدد القوانين التي تحكم التركة، إذا ما كانت الأموال موزعة بين عدة دول، أو كان الورثة منتمين إلى عدة جنسيات، وذلك بالأخذ بجنسية المورث دون غيره من القوانين، كقانون موقع الأموال أو قانون جنسية الورثة². على هذا الأساس فالمواريث لا تمثل انتقال سلسلة من الملكيات الخاصة، بل انتقال الذمة المالية دائنة ومدينة³.

هذا، وإن الطابع المالي للإرث، جعل بعض الدول تستبعده من نطاق الأحوال الشخصية، وتعتبره من الأحوال العينية⁴، على اعتبار أنه وسيلة من وسائل انتقال الملكية، مثله مثل وسائل الانتقال الأخرى كالبيع أو الإيجار، ولا يهم السبب الداعي لانتقال هذه الأموال والذي هو الوفاة، مادام الموضوع الرئيسي فيها منصبا على المال ذاته، فالعبرة هنا بموضوع أو محل الملكية، وليس بصاحبه، لذا يجب أن يخضع تملك ذلك المال لذات الأنظمة المتعلقة

¹ _موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ترجمة د . فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر، 1989، ص 317.

² - فتحة يوسف، بعض قواعد التنازع الدولي في العلاقات الأسرية، مرجع سابق، ص 318.

³ - كما أن سبب بعض الدول في إسناد الميراث لقانون الجنسية، هو تأثرها بنظرية الفقيه "مانشيني" خلال القرن 19، التي أوسعت من مجال تطبيق قانون الجنسية، وحتى طبيعة الدولة كأن تكون خاضعة لنظام الإمتيازات الأجنبية، بإخضاع الأجانب إلى قوانينهم الشخصية، أو تشجيع قدوم الأجانب إلى الدولة. أنظر في هذا سامي بديع منصور وعكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 283، 284.

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

بالملكية عموماً، أي أن يخضع الميراث للقانون الذي يخضع له المال نفسه، وهو قانون موقع المال¹.

غير أن بعض التشريعات تفرق في هذا الشأن بين العقارات و المنقولات، فتخضع الميراث في العقار لقانون موقع العقار، و الميراث في المنقول لقانون الموطن الأخير للمتوفى². وهذا التمييز بين الحالتين يرجع للتأثر بالأفكار التي كانت سائدة خلال القرون الوسطى في أوروبا، وبالضبط انتقال أفكار المدرسة الإيطالية القديمة، التي كانت تخضع الميراث لقانون موقع المال إلى الفقه الفرنسي القديم، الذي قرر إخضاع العقار لقانون موقعه، أما المنقول لقانون موطن المتوفى، وذلك تأسيساً على أن أموال الشخص المنقولة، يفترض وجودها حيث يوجد موطنه³، ولأن قيمة المنقول ضئيلة بالمقارنة مع العقار، الذي له مكانة كبيرة احتلها منذ العهود الإقطاعية. ومن دواعي الأخذ بهذا الرأي كذلك، السياسة التشريعية للدولة، خاصة مع ازدياد تملك الأجانب عقارات على إقليمها .

إلا أن هذا الإتجاه منتقد، إذ يؤدي إلى تقسيم التركة الواحدة بين عدة قوانين، مع أنها تمثل ذمة مالية واحدة⁴. فلو توفي ألماني وموطنه في إيطاليا، وترك أموالاً منقولة وأخرى ثابتة في فرنسا، فستخضع الأموال المنقولة للقانون الإيطالي، الذي هو قانون موطن المورث، بينما

¹ وينتج عن ذلك أنه إذا كانت أموال التركة موجودة في عدة دول، فكل دولة تطبق قانونها على الجزء من التركة الموجود فيها، وإن النقد الذي يوجه لهذه النظرية، هو تجاهلها لمبدأ وحدة الذمة المالية، وإخضاع التركة الواحدة لعدة قوانين. انظر في هذا إلياس ناصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، الجزء 2، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 447.

² وقد تبني هذا الحل، فرنسا، إنجلترا، الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، أستراليا، وبلجيكا.

³ -Battifol et lagarde , Op cit par 307,336.

⁴ -زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص196، وعلي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص80 .

تخضع العقارات للقانون الفرنسي، أي قانون المكان الذي توجد فيه، مع مراعاة التغيير الذي يمكن أن يترتب على تطبيق نظرية الإحالة¹.

2: نطاق تطبيق قانون جنسية المورث:

إن قانون جنسية المورث يشمل بالخصوص ما يلي:

- وقت فتح التركة، ومكانه. وفي هذا الصدد، يشير التشريع الجزائري في المادة 127 قانون الأسرة، أن الإرث يستحق بموت المورث حقيقة، أو نتيجة حكم قضائي، أي أن المشرع يأخذ بالموت الحكمي كسبب من أسباب استحقاق الميراث، وإجازة فتح التركة. إذ تنص المادة 115 من نفس القانون أنه "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها". والمدة التي ببلوغها يصدر الحكم بموت المفقود، مختلف فيها باختلاف الدول، ويحددها التشريع الجزائري بمضي 4 سنوات بعد التّحري.

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

¹ - موسى عبود، المرجع السابق، ص 266.

ممنوع في الدول الإسلامية، ماعدا النظام التونسي والتركي، في حين أنه جائز في الدول الأوربية¹.

- شروط استحقاق الإرث. وهل من الضروري موت المورث حقيقة، أم يمكن أن يعتد بموته حكما، وهل يشترط تحقق حياة الوارث وقت موت المورث حقيقة، أم يكفي تحقق حياته وقت موت المورث حكما؟ و حكم الحمل وهل يستحق الميراث، أم لا؟، وإذا كان يرث، فما هي شروط ذلك، أيكفي أن يولد الجنين حيا أو قابلا للحياة، أم يلزم استمرار حياته فترة معينة؟². و كذلك حكم موت مجموعة من الأشخاص في حادث واحد، وهل لهم الحق في ميراث بعضهم بعض أم لا؟، وإذا كان لهم ذلك، فما هي شروطه؟. وما هي المعايير، التي تعتمد في تعيين من حدثت وفاته قبل الآخرين، و القرائن في ذلك؟.

ووفقا للرأي الراجح³، فموت مجموعة من الأشخاص في حادث واحد، لا يحكمها قانون الجنسية، إلا إذا كان المتوفون جماعة من جنسية واحدة، أما إذا كانوا من جنسيات مختلفة، وأمام تعذر تطبيق قانون جنسياتهم جميعا، وعدم مشروعية اختيار قانون جنسية واحدة، وتفضيله على القوانين الأخرى، فيجب تطبيق قانون القاضي، ولكن هذا في حدود تحديد أسبقيات الوفاة فقط، في حين يبقى قانون الجنسية مطبقا على المسائل الأخرى الخاصة بالإرث⁴. وبالنسبة للشريعة الإسلامية، فهي تمنع التوارث في هذه الحالة نزولا عند الحديث الشريف، الذي مفاده أن لا توارث في حالة الشك⁵. ويأخذ بهذا الرأي التشريع الجزائري كذلك⁶.

¹ - موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 77، 78.

² - وفي هذا الإطار، ينص المشرع الجزائري في المادة 134 على أنه: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة."

³ - سامي بديع منصور وعكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 285.

⁴ - سامي بديع منصور وعكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 286.

⁵ - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 253.

⁶ - إذ تنص المادة 129 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعرف أيهم هلك أولا، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر، سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا."

- تحديد ما إذا كان الوارث حرا في قبول الإرث أو التنازل عنه من عدمه¹، وبصيغة أخرى تحديد طبيعة الخلافة، هل هي إجبارية أم اختيارية، وذلك لأن التشريعات تختلف في هذا الشأن اختلافا جوهريا، كما تختلف في بيان الحقوق و الالتزامات التي تنتقل إلى الورثة، وكيفية هذا الانتقال ووقته. فالإرث في الشريعة الإسلامية إجباري، يثبت للورثة بحكم القانون، ولا يجوز لهم رفضه مادام فيه تحقيق لمصلحتهم، لأنه سينتقل إليهم مجموع الحقوق المالية فقط، دون الالتزامات المالية التي لا تكون محلا للإرث².

ومع هذا، فإنه من الناحية الدينية و الوجدانية على الأقارب، ولا سيما الأبناء، تسديد ديون الأب أو الأم، حتى لا تبقى ذمة أحد الأبوين مشغولة لغريب، وقد جاء في الحديث النبوي الشريف « اذهب أنت ومالك لأبيك»، أي أن كل ما عند الابن يعتبر للأب لأنه سبب وجوده، فليس من اللياقة أن يكون الابن قادرا على وفاء ديون أبيه، ولا يفعل ذلك لأن القانون الوضعي لا يلزمه بذلك³.

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

- قواعد وطريقة تقسيم التركة. فقانون الجنسية هو الذي يبيّن قواعد الحجب والحرمان والعول والرّد. فبالنسبة لقواعد الحجب مثلا، فإنه في بعض القوانين، الأبناء يحجبون كل الورثة الآخرين⁴، على خلاف الوضع في قوانين أخرى كالقوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية، التي يأخذ فيها الآباء نصيبا من التركة، بالرغم من وجود الأبناء، لأن نصيبهم فريضة من الله

¹-صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 414

²- يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 72

³- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص 107، 108

⁴- موسى عبود، المرجع السابق، ص 268.

سبحانه وتعالى. كما يعتبر مقدار الحصص التي تناط بكل واحد من الورثة، من أكثر المواضيع اختلافاً بين الدول، فمثلاً تدرج قوانين الدول الإسلامية على إعطاء للذكر مثل حظ الأنثيين، في حين أن هذا المبدأ مخالف للنظام العام في الدول الأوروبية، التي تأخذ بالمساواة بين الجنسين، ويؤيدهم في هذا تركيا، وتونس من الدول الإسلامية. كما يحكم هذا القانون كيفية إدارة وقسمة التركة، و الحالات التي يعين فيها مدير للتركة، وكيفيته، و السلطات التي يتمتع بها.

- موانع الإرث، كقتل الوارث لمورثه عمداً، وكاختلاف الدين بينهما. وقد تكفل قانون الأسرة الجزائري بتحديد بعض موانع الإرث، بينما لم ينص على البعض الآخر¹، فحدّد الممنوعين من الإرث، وفقاً للمادة 135 من قانون الأسرة، في كل من قاتل المورث عمداً وعدواناً، سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً، وشاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام أو تنفيذه، وكذلك العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية.

وهذه الشروط منصوص عليها كموانع للإرث، عند غالبية التشريعات المقارنة، نظراً أنها تحمل القصد الجنائي الذي يوجب العقوبة. فالعقوبة هنا بالإضافة لكونها جنائية تتمثل في السجن أو الحبس، فهي مدنية تتمثل في تجريد الشخص من حقه في الإرث، وذلك تطبيقاً للقاعدة القائلة "بأن من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"². ويضيف التشريع الجزائري في المادة 138 قانون الأسرة-شأنه شأن التشريعات التي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية- اللعان والردة كسببان آخران لمنع الإرث. هذا، وإن الممنوع من الإرث لتلك الأسباب، لا يحجب غيره³. في حين يجوز للقاتل خطأً، أن يرث من المال الموروث، دون الدية أو التعويض⁴.

¹- فتبقى هذه الأخيرة خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

²- عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 258.

³- وفقاً للمادة 136 من قانون الأسرة الجزائري.

⁴- المادة 137 من قانون الأسرة الجزائري.

وفي المقابل، فإن اختلاف الجنسية لا يعدّ مانعاً من موانع الإرث، في تشريعات الدول المقارنة، ومنها التي تعتمد على الشريعة الإسلامية في أحكام الموارث، فقد جاء في حيثيات إحدى القرارات الصادرة من المجلس الأعلى: "أن الشريعة الإسلامية لا تشترط الجنسية في باب الميراث، ولكنها تأمر بإثبات التمسك بالدين الإسلامي، ولذلك فإن مغربي الجنسية، مسلم الديانة يرث الجزائري المسلم"¹. مما يعني بمفهوم المخالفة أن الكافر أو غير المسلم لا يرث المسلم. وهذا ما قرره محكمة استئناف بيروت²، بالنسبة لمسيحي اعتنق الديانة الإسلامية، وتزوج ثانية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فقضت بحرمان العائلة الأولى من الإرث، وذلك لأن القانون الذي يحكم الإرث، هو قانون الطائفة التي كان عليها المورث وقت وفاته، وهي الطائفة الإسلامية، مما يؤدي إلى حرمان العائلة الأولى من الإرث بإرادة الزواج المنفردة، وبمجرد تغيير ديانته.

ب_ وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الوصية.

الوصية³ تصرف قانوني بإرادة منفردة مضاف إلى ما بعد الموت، بمقتضاه ينقل الموصي إلى الموصى له على وجه التبرع، ملكية كل أو بعض أمواله، أو أي حق آخر من حقوقه المالية. و على خلاف الميراث تبدو الوصية، و كأنها أداة يحدد بها الموصي مصير بعض أو كل أمواله بعد وفاته، على نحو مختلف عما كان سينظمه بها القانون، إذا مات من غير وصية. وكان يمنع عمل وصية نهائياً، في بعض الدول كالاتحاد السوفياتي سابقاً.

¹ -المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، ع 3، 1989، ص 60، 61، نقلاً عن عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 259.

² -الغرفة السادسة، القرار رقم 104، 105 حزيران 1974. أنظر في ذلك عبده جميل غصّوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 288

³ _ سميت وصية لان الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته، وتطلق على فعل الموصي وعلى ما يوصي به من مال أو غيره من عهد أو نحوه، فتكون بمعنى المصدر وهو الإيضاء وتكون بمعنى المفعول وهو الاسم، انظر إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 9.

وتجوز الوصية للجنين الذي يكتسبها إذا ولد حيا، في بعض التشريعات كالجزائر¹، أو إذا ولد حيا وكان قابلا للحياة في قوانين أخرى، كفرنسا و إسبانيا، كما تصح الوصية للأشخاص الحكيمة و الجهات الخيرية و المؤسسات ذات النفع العام².

و يعتبر في حكم الوصية التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، و التي تدل القرائن على توفر أركان الوصية بها، و لقد بين القانون المدني نوعين من هذه التصرفات، الأول، خاص بالتصرفات التي تصدر من المريض مرض الموت، ويكون مقصودا منها التبرع (المادة 1/776 قانون مدني)، والثاني، خاص بالتصرفات التي تصدر لوارث، ويحتفظ فيها المورث بحيازة العين، وبحقه في الانتفاع بها مدى الحياة (المادة 777 قانون مدني)، كما ألحق المشرع الهبة في مرض الموت، أو في الأمراض، و الحالات المخيفة بالوصية من حيث أحكامها (المادة 204 من قانون الأسرة)³.

هذا، وبما أن الوصية تصرف قانوني، فلا بد لانعقادها وسريانها توافر مجموعة من الشروط الموضوعية، والشكلية، على أن التمييز بينهما هو مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي⁴.

فالشروط الموضوعية للوصية، تعني تلك الشروط التي تتوقف عليها صحة الوصية، ووجودها القانوني، مثل الأهلية وعوارضها، والحصة المحفوظة للورثة في التركة، والقدر الجائز الإيضاء به عند وجود ورثة، أو عند عدم وجودهم، والأشخاص الذين يجوز الإيضاء لهم، وأهليتهم لقبول الوصية أو رفضها، وشروط إجازة الوصية من الورثة، إذا زادت عن النسبة المسموح بها، لأن الشريعة الإسلامية و معظم القوانين العربية، لا تسمح بالوصية بأكثر من

¹ -المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا".

² - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 187

³ _ موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 82.

⁴ _ وإذا كانت الجنسية تعتبر ضابط إسناد أصلي فيما يخص الشروط الموضوعية للوصية، فإنها تعتبر ضابط إسناد ثانوي فقط فيما يخص الشروط الشكلية للوصية. ولهذا سترجى دراسة الشروط الشكلية للوصية في المبحث الثاني من هذا الفصل.

الثالث إلا بإجازة الورثة، وتحديد الأسباب المؤدية للحرمان من الوصية، كالقتل أو اختلاف الدين، ووجوب بقاء الموصى له حيا عند تحرير الوصية و عند موت الموصي، وتحديد الحالات التي يجوز فيها الرجوع عن الوصية¹.

إن القانون الذي يحكم هذه الشروط الموضوعية، هو قانون جنسية الموصي وقت الوفاة، حسب المادة 16 قانون مدني جزائري. فالوصية تصرف غير لازم، لا يتحقق إلا بوفاء الموصي، و هي تتصل اتصالا وثيقا بالميراث، لتعلقها بفكرة الخلافة بسبب الموت، ومن ثمة وجب إسنادها لنفس قاعدة الإسناد التي تحكم الميراث، وهذا ما أخذت به غالبية الدول العربية، التي أسندتها لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة.

بينما اعتبرتها بعض الدول من الأحوال العينية، مثلها مثل الإرث، وعليه أخضعتها متى تعلقت بعقار، لقانون موقع العقار، وإذا تعلقت بمنقول، لقانون الموطن الأخير للمتوفى، كفرنسا، إنجلترا، الولايات المتحدة الأمريكية، كندا.² أما اتفاقية لاهاي لسنة 1892 و 1900، فقد أسندتها إلى قانون جنسية الموصي و الموصى له، مع التطبيق الجامع لهما³.

وإذا كان التشابه السابق بين الإرث والوصية، هو الذي فرض أن يحكمها القانون الذي يحكمه، فإن كون الوصية تصرف قانوني بإرادة منفردة، هو الذي جعل الفقهاء يختلفون في

¹ - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص 101، 102، وغالب على الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 188.

² - إلا انه اتجاه منتقد، لأنه يؤدي إلى تقسيم التركة الواحدة بين عدة قوانين، مع أنها تمثل ذمة مالية واحدة، وهذا ما وقع في قضية حفيدة جورج صائد التي أوصلت بمنزلها الموجود في فرنسا، وما يوجد به من أثاث إلى الأكاديمية الفرنسية، ولكنها توفيت في إيطاليا مما أدى إلى خضوع الوصية إلى قانونين القانون الفرنسي بالنسبة للمنزل، و القانون الإيطالي بالنسبة للأثاث الموجود بالمنزل. أنظر زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 196، وعلي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 80

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

تحديد مجال إعمال قانون الموصي وقت موته، هل يشمل سائر الشروط الموضوعية للوصية، بما فيها الشروط الخاصة بتنظيم الوصية بوصفها تصرفاً إرادياً، أم تخرج هذه الأخيرة من نطاق ذلك القانون.

في هذا، ذهب فريق من الفقه¹، إلى إخضاع جميع الشروط الموضوعية للوصية لقانون الموصي وقت الوفاة، بما فيها أهليته للإيصاء، و أركان الوصية من رضا، محل، سبب، و عيوب الرضا، و ذلك لأنه و إن كانت الوصية عملاً إرادياً، إلا أنها تختلف عن سائر الأعمال الإرادية الأخرى، من حيث أن استيفاء شروطها الموضوعية، تتحدد بصفة نهائية وقت موت الموصي، و ليس وقت صدور الإرادة منه، و لأنها تصرف غير لازم إذ يجوز الرجوع فيها، مما يقتضي أن يعتد بالأهلية في الوقت الذي ينقطع فيه تحرك الإرادة².

و يفضل بعض الفقه الجزائري، العمل بهذا الرأي، على أساس أن نص المادة 16 من القانون المدني جاء عاماً، و لو أراد المشرع استثناء أحد الشروط، لنص على ذلك صراحة، كما أنه يؤدي إلى محاسن هي إخضاع كل ما يتعلق بتركة الهالك لقانون واحد، إذ لا تخفى المساوئ الكثيرة الناتجة عن إخضاع شروط الوصية لقوانين متعددة³.

بينما يذهب فريق آخر من الفقه⁴، إلى إخراج من نطاق قانون الموصي وقت وفاته، الأهلية و عيوب الرضا، والمحل و السبب، و إخضاعها لقانون الموصي وقت الإيصاء، على أساس أن هذه المسائل لا علاقة لها بالميراث، علاوة على أن الوصية تصرف إرادي، ينبغي بالتالي الاعتماد بالإرادة وقت صدورها لا وقت الوفاة، إذ يرى الدكتور " عز الدين عبد الله " أنه ليس في هذا ما يتجافى مع حكم المادة 17 فقرة 1 مدني مصري، التي تضاهي المادة 16

¹ - هو رأي الدكتور محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص158، و غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص188

² - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص362

³ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص277

⁴ - هو رأي الدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص365

قانون مدني جزائري، و تخضع الوصية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته، ما دام أن النص جاء في صيغة غير مقيدة و غير مانعة من ضبط حدود تطبيق حكمه، كما أن هذا النظر يقرب تفسير هذه المادة من الاتجاه التشريعي الحديث، الذي يقضي بخضوع الوصية لقانون الموصي وقت عمل الوصية، كالقانون الدولي الخاص البولوني و التشيكوسلوفاكي.

في حين يرى بعض الفقه الآخر¹، أنه وإن كانت عيوب الإرادة و التراضي على الوصية، خاضعة لقانون الموصي، أو المتصرف وقت الإيصاء أو التصرف، لا وقت موته، لأنها أمور تتعلق بمدى سلامة الإرادة، و هو ما ينظر إليه وقت صدورها، فإن الأهلية يكفي توافرها لدى الموصي، إما وقت إبرام الوصية، أو وقت الوفاة، أي الأخذ بالوقت الأصح لصحة الوصية، و هذا ما يتناسب على الأقل مع الفقه الإسلامي، الذي يرى أن أساس الوصية هو إتاحة الفرصة للشخص لتدارك ما فاتته من واجبات في حياته، و فعل الخير و تقديم المعونة لمن يراهم في حاجة إليها.

ثالثا: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الهبة والوقف.

أ_ وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الهبة:

الهبة تصرف قانوني بموجبه يتبرع شخص لآخر بمال مملوك له، أي أن هذا التصرف يبرم حال حياة الواهب ويرتب آثاره حال حياته أيضا، وهذا على خلاف الوصية التي تبرم حال حياة الموصي، ولكنها لا ترتب آثارها إلا بعد وفاة الموصي². فالهبة هي تملك بلا عوض،

¹ - هو رأي الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 908. في حين يذهب إلى خلاف ذلك الدكتور هشام علي

صديق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 325

² - حبار محمد، المرجع السابق، ص 145.

ويكون بقصد التبرع، غير أنه يجوز للواهب دون أن يتجرد من نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام، فيصبح عقد الهبة ملزماً لجانبين¹.

وبينما تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية في القانون الجزائري²، وتخضع من ثمة لقانون الجنسية، بحكم المادة 16 قانون مدني فقرة 2، التي أخضعها لقانون جنسية الواهب وقت إجرائها³، فإنها تعتبر من الأحوال العينية في القانون الفرنسي والمصري، ففي مصر مثلاً تعتبر من العقود المالية كسائر العقود، وتخضع للقانون الذي يحكم العقد⁴.

إن الإسناد الجزائري يتماشى مع تصنيف الهبة ضمن الأحوال الشخصية، باعتبارها تصرفاً دون عوض، كما أنها عقد فوري الأثر، ولا يتراخ تنفيذها لما بعد الموت، ومن ثمة فقانون جنسية الواهب وقت إجرائها، هو المناسب لأنه من غير المعقول تطبيق قانون جنسية الواهب وقت الوفاة، إذ من الممكن أن تطرح منازعات بشأنها أثناء حياة الواهب، وفي فرض طرحت بعد وفاته، فتطبيق قانون جنسيته وقت الوفاة، قد ينجر عنه ارتباك في المعاملات، وعدم استقرارها في حال اختلاف أحكام هذا القانون الموضوعية عن قانون جنسيته وقت إجراء الهبة، لاسيما أن ملكية وحياسة الشيء الموهوب قد انتقلت إلى الموهوب له، وربما تصرف فيه⁵.

¹ _ تنص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري " الهبة تمليك بلا عوض. ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط".

² _ يأخذ القانون الإيطالي بهذا كذلك. انظر المادة 24 من القانون المدني الإيطالي.

³ _ لم يكن المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني لسنة 2005، ينص على إسناد صريح فيما يخص الهبة، وهذا هو الحال عند غالبية التشريعات العربية التي لم تضع قاعدة إسناد بخصوص الهبة، كالتشريع السوري، الليبي، العراقي، الأردني، اليمني، الإماراتي. أما في تونس فنص الفصل 56 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، على إخضاعها لقانون جنسية الواهب وقت إجرائها، وفي الكويت تنص المادة 90 من القانون رقم 05 لسنة 1961، أنه تخضع الهبة لقانون جنسية الواهب فيما يخص انعقادها، أما نفاذها في حق الورثة فيسري عليها قانون جنسية الواهب وقت الموت.

⁴ _ راجع حكم الهبة في القانون المصري، أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 402. وكذلك علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 83. وجابر جاد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 302.

⁵ _ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 205.

ب: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الوقف .

لقد عرف المشرع الجزائري الوقف من خلال أحكام المادة 213 من قانون الأسرة رقم 11_84 المعدل بموجب الأمر 02_05 بقولها: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق". كما عرفته المادة 03 من قانون الأوقاف رقم 10_91 بقولها: "حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر و الخير"¹. ونظرا لأهمية الوقف في التشريع الجزائري، نص عليه في المادة 49 من دستور 1989، بحيث صنفه أنه ملك له طبيعة قانونية، تختلف عن الملكية العامة وعن الملكية الخاصة².

ويعتبر الوقف من مواد الأحوال الشخصية في البلاد العربية، إذ هو ضرب من ضروب التوريث الإختياري، يجريه الواقف بإرادته ليعدل من قواعد الميراث، ولأن أساسه الدين الإسلامي ويرتبط ارتباطا وثيقا بالعقيدة³. والوقف هو نظام أصله الشريعة الإسلامية، بحيث يعتبر عملا خيريا، وقد يكون عاما أو خاصا. يكون عاما إذا تم لفائدة هيئة ذات منفعة عامة كمسجد أو دار لتربية الأيتام، ويكون خاصا إذا تقرر لفائدة شخص معين وقد يستمر لورثته من بعد وفاته لحين انقراضهم. ولقد أخضعه المشرع الجزائري بموجب المادة 16 قانون مدني جزائري فقرة 2، لقانون جنسية الواقف وقت إجرائه له. وهو إسناد مشابه لإسناد الهبة، باعتباره من التصرفات القانونية كذلك.

¹ _ القانون رقم 10_91 المؤرخ في 27/04/1991 المتضمن قانون الأوقاف، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/01 المؤرخ في 22/05/2001، والقانون رقم 10_02 المؤرخ في 14/12/2002.

² _ الخيرو عبد القادر، شخصية الوقف الإعتبارية وأثرها في حمايته، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 04، أكتوبر 2016، جامعة تيارت، ص337.

³ _ جابر جاد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 275.

المبحث الثاني: الاستثناءات من تطبيق قانون الجنسية على اختصاصها الأصلي، وحالات اختصاصها الجوازي.

إذا كانت الجنسية تحكم كضابط إسناد أصلي، كل من الحالة والأهلية، بالتفصيل السابق في المبحث الأول، فإنه يرد عليها بعض الاستثناءات التي توجب تطبيق قانون آخر غيرها كقانون القاضي، أو قانون موقع المال، بالأفضلية في حدود معينة، وذلك إذا ما اقتضت المصلحة الوطنية ذلك، كالمادة 2/10 قانون مدني الخاصة بإخضاع أهلية الأجنبي للقانون الجزائري، والاستثناء المقرر في المادة 13 قانون مدني، والذي يقضي بتطبيق القانون الجزائري وحده على انعقاد الزواج، آثاره، وانحلاله، أو كالتدابير الاستعجالية والوقائية، التي لا ينتظر اتخاذها الفصل في النزاع...إلخ.

وهذا ما سيتم التحدث عنه في المطلب الأول، بعنوان الاستثناءات من تطبيق قانون الجنسية، على حالات اختصاصها الأصلي. بينما سيتم التطرق إلى الحالات التي تحكمها الجنسية ليس كضابط إسناد أصلي، وإنما كضابط إسناد ثانوي ينازعه غيره من الضوابط، أو إحتياطي لا يتم اللجوء إليه، إلا في حالات عدم توافر ضابط الاختصاص الأصلي، وهذا من خلال التكلم عن الإختصاص الجوازي لضابط الجنسية، في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الاستثناءات من تطبيق قانون الجنسية، على حالات اختصاصها الأصلي.

لقد ثبت دور الجنسية لحكم علاقات الأحوال الشخصية باعتبارها ضابط الإسناد الذي يؤدي لتعين القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة لحكم العلاقة (وهو ما بيناه في المبحث الأول)، ولقد ارتأينا أن يكون هذا المطلب مخصصا للاستثناءات الواردة على هذا الإسناد بدراسة متتالية لبعض علاقات الأحوال الشخصية والتي تتطلب وفقا لضرورة خاصة أن يطبق عليها قانون آخر غير قانون الجنسية، في بعض المقترضات، ومن بين هذه العلاقات

نذكر الاستثناء الخاص بأن يحكم القانون الجزائري لوحده الشروط الموضوعية للزواج وآثاره وانحلاله، إذا كان احد الزوجين جزائرياً عند انعقاده، (الفرع الأول)، وفيما يخص الأهلية فهناك حيز كبير لتطبيق قوانين أخرى كاستثناء من قانون الجنسية (الفرع الثاني)، وأحيانا أخرى يصطدم تطبيق قانون الجنسية بقانون موقع المال فيجب تطبيق هذا الأخير بصفة استثنائية لأن مركز الثقل في هذه العلاقات يميل أكثر لقانون الأعيان أو الموقع، (الفرع الثالث).

الفرع الأول: حالات انفراد القانون الجزائري بحكم الشروط الموضوعية للزواج وآثاره و انحلاله.

بينما أخضعت المادة 11 قانون مدني شروط الزواج الموضوعية لقانون جنسية كلا الزوجين، وأخضعت المادة 12 قانون مدني آثار الزواج، لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وانحلاله لقانون جنسيته وقت رفع الدعوى، جاءت المادة 13 كاستثناء على ضوابط الإسناد السابقة، وحصرتها في تطبيق القانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، على انعقاده، آثاره، وانحلاله، باستثناء أهلية الزواج. وهذه قاعدة إسناد مفردة الجانب، وبالتالي فلا يمكن تعديها لمصلحة قانون آخر غير القانون الجزائري .

لكن لماذا شذى المشرع الجزائري-على غرار غيره من التشريعات العربية¹- عن القاعدة العامة الخاصة بالزواج؟، ومن أين استقى نص المادة 13 مدني؟.

لقد استقى المشرع الجزائري، نص المادة 13 من المادة 14 قانون مدني مصري، وهذا الأخير بدوره، نقلها من المادة 109 من القانون الهنغاري الخاص بالزواج، الصادر عام 1894، وقد جاء في تقرير اللجنة المصرية تبريراً لإضافته، أنها نقلته رعاية لقواعد القانون المصري بشأن الزواج، و خاصة نتيجة تخوّفها من تعارض أحكام المادة 12 قانون مدني

¹- معظم التشريعات العربية تنص على هذا الاستثناء منها المادة 15 قانون مدني أردني، المادة 14 قانون مدني ليبي، المادة 14 قانون مدني مصري، المادة 15 قانون مدني سوري، المادة 19 قانون مدني عراقي.

مصري، والتي تقابل المادة 11 قانون مدني جزائري، مع عقد الزواج الصحيح بالنسبة للزوج المسلم، والباطل وفقا لقانون الزوجة¹.

إذ لو تم الزواج بين مصري مسلم وأجنبية غير مسلمة، فقد يقع العقد صحيحا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وباطلا وفقا لقانون الزوجة، كالقانونين اليوناني والإسرائيلي، اللذان يمنعان زواج رعيتهما من غير من ينتمي إلى طائفتها، وهو ما يؤدي في النهاية إلى بطلان الزواج، حتى لو أخذنا بالرأي الراجح بشأن التطبيق الموزع لكلا القانونين. وتقاديا لهذا، يجب تطبيق القانون المصري فقط، فيما يخص الشروط الموضوعية حتى ينعقد الزواج صحيحا لصالح القانون المصري².

وبما أن نص المادة 13 قانون مدني جزائري، جاء عاما، فهو لا يقتصر على هذه الحالة، وإنما لجميع الحالات التي يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري، وباطلا وفقا للقانون الأجنبي، أو العكس، من ذلك حالة عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم، فإذا أرادت جزائرية مسلمة مثلا الزواج من فرنسي مسيحي، فيخضع الزواج هنا للقانون الجزائري وحده، مما يعني بطلان هذا الزواج.

وفي الحقيقة لم يكن المشرع بحاجة لهذا الاستثناء لحماية زواج المسلم بأجنبية غير مسلمة، أو لإبطال زواج المسلمة بغير المسلم، لأن فكرة النظام العام تكفي في حد ذاتها لتحقيق هذين الغرضين، خاصة وأن هذا النص لا يتم تطبيقه خارج الحدود الإقليمية الوطنية. وبهذا تبدو أحكام المادة السابقة، كأنها توسيع لنطاق النظام العام، إذ أنها تعتبر جميع الشروط الموضوعية لصحة الزواج، الذي يكون فيه أحد الزوجين جزائريا، من النظام العام، فيما عدا شرط الأهلية الذي يبقى خاضعا لقانون جنسية الطرفين³.

¹ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 267

² - هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 300.

³ - نعوم سيوفي، المرجع السابق، ص 700

ولهذا فقد وجه الفقه المصري، بحق سهام نقده الجارح إلى المادة 14 قانون مدني مصري، والتي تضاهي المادة 13 قانون مدني جزائري، لأنها تعجز عن حماية مصلحة المصري المسلم، إذا كان اكتسابه لتلك الجنسية جاء لاحقاً على الزواج، ولا تحمي في المقابل الأجنبي الذي يدين بالإسلام، وهما الفكرتان اللتان لا يمكن حمايتهما إلا باستخدام فكرة النظام العام. وهذا ما دفع بعض الفقه¹، إلى القول بعدم جدوى هذه المادة، ما دام يمكن الاستعاضة عنها بفكرة النظام العام، في حين يذهب رأي آخر²، إلى أهميتها في حماية العلاقة الزوجية، متى كان احد أطرافها وطنياً، على أساس انه من الأفضل عدم الأخذ بفكرة النظام العام، كلما كان في الإمكان تحقيق نفس النتيجة، عن طريق قواعد الإسناد ذاتها.

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

وعلى غرار الشروط الموضوعية للزواج، فإن الاستثناء السابق، يسري كذلك على آثاره، ولكن لا تظهر جدواه في هذا الإطار، إلا في الأحوال التي تكون فيها الزوجة جزائرية والزوج أجنبي، فيطبق القانون الجزائري وحده، ويستبعد قانون الزوج، أما لو كان الزوج هو من يتمتع بالجنسية الجزائرية وقت إبرام الزواج، فلا فائدة من الاستثناء، لأنه إما أن يكون مسلماً ولكن أجنبياً، فيجب تطبيق عليه قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية، ويكون الزواج بهذا صحيحاً، وإما أن يكون أجنبياً لا يدين بالإسلام، فيقضى في هذه الحالة، ببطلان

¹ - هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 302، وهو رأي كذلك نعوم سيوفي، المرجع السابق، ص 700.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص 872، وهو رأي كذلك فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 287

الزواج دون الرجوع إلى المادة 13، ولكن باللجوء للمادة 11 مدني، وذلك لأنه لا يجوز أصلاً عقد زواج بين مسلمة وغير مسلم، وإذا حدث فيحكم ببطلانه¹.

كما أنتقد هذا الاستثناء في نطاق آثار الزواج، من حيث أنه يؤدي لنتيجة شاذة، هي تطبيق القانون الجزائري على تلك الآثار، إذا كان أحد الزوجين جزائرياً عند انعقاد الزواج، ولو تغيرت جنسيته بعد ذلك، بينما لا ينطبق القانون الجزائري، إذا كان أحد الزوجين أجنبياً واكتسب الجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزواج، ولهذا كان من الأفضل إخضاع آثار الزواج للقانون الجزائري، إذا اكتسب كلا الزوجين الجنسية الجزائرية، أو تمتعا بها في تاريخ لاحق على انعقاد الزواج، ما دام أن الأسرة أصبحت وطنية في جميع عناصرها².

أما بخصوص أثر هذا الاستثناء فيما يخص انحلال الزواج، فلقد تعرض لعدة انتقادات، وذلك لأنه ليس من المعقول، تطبيق القانون الجزائري على زوجين كان أحدهما وطنياً، والآخر أجنبياً وقت انعقاد الزواج، ثم تجنس الجزائري بالجنسية التي يحملها زوجها، وأصبح الزوجان أجنبيان، وقت رفع دعوى الطلاق، بحجة أن أحدهما كان جزائرياً وقت الزواج. فيما أن المشرع اعتد أصلاً، في ضابط الإسناد العام الوارد بالمادة 12 فقرة 2 مدني، بجنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فقد كان المنطق يقتضي أن يرد الاستثناء في حالة ما إذا كان أحد الزوجين وطنياً في هذا التاريخ. ومع هذا فقد التزم القضاء الجزائري بصريح نص المادة 13، فيطبق القانون الجزائري لمجرد كون أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج³.

¹ موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 61، 62.

² عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 237، وهشام على صادق وحفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 302.

³ انظر مثلاً قرار المحكمة العليا بتاريخ 1998/02/17، ملف رقم 170082، المجلة القضائية، العدد 1، 2000، ص 167.

الفرع الثاني: الاستثناءات من قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية:

بالرغم من القاعدة العامة، التي تخضع أهلية الأداء لقانون الجنسية، إلا انه هناك استثناءات، تقضي بتطبيق قوانين أخرى غير هذا القانون، وذلك متى تعلّق الأمر بحالات الجهل المغتفر بالقانون الأجنبي، أو في حالة وجود معاهدة دولية أو قانون خاص يقضي بغير ذلك، وحتى بالنسبة لتدابير حماية غير كاملي الأهلية.

أولاً: - الاستثناء الخاص بالجهل المغتفر بالقانون الأجنبي :

ما هو مفهوم هذا الاستثناء وفي ماذا يجد أساسه القانوني؟ وماهي شروط إعماله؟

أ_ مفهوم الإستثناء و أساسه القانوني.

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

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

النقض، على أساس أنه لا يفترض في الشخص العلم بكافة قوانين العالم، ويكفي لصحة العقد أن يكون الفرنسي قد تعاقد بدون خفة ولا رعونة، وأن يكون حسن النية¹.

لقد أثارت هذه القضية خلافا فقهيًا، أدى بالنتيجة إلى الأخذ بالحكم الوارد بها، بنص تشريعي في معظم التشريعات²، كما تبنته بعض الاتفاقيات الدولية³.

وبالنسبة للأساس القانوني لهذا الاستثناء، فأرجعه بعض الفقه إلى فكرة المصلحة الوطنية، التي تستلزم ألا يتضرر الوطني من تطبيق القوانين الأجنبية، وأرجعه الفقيه "BARTIN" إلى فكرة النظام العام، وبزّره آخرون استنادًا لفكرة الإثراء بلا سبب، وجميعها آراء منقّدة⁴. إذ يذهب الفقه الراجح⁵، إلى أن الجهل بالقانون الأجنبي، أساس صالح لهذا الاستثناء، وهو ما تلمسه في حيثيات حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية "ليزارد"، فقد قررت أنه من غير المقبول، أن يفترض في الفرنسي العلم بالقانون الأجنبي، ويرجع ذلك في نظرهم، إلى أن القانون الأجنبي لا يعامل أمام القضاء بوصفه قانونًا، وإنما كواقعة.

¹ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، المرجع السابق ص219، هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص302، عليوش قريوح كمال، المرجع السابق، ص85.

² - كما في القانون البولندي لسنة 1965 (المادة 10)، الألماني المادة 12 مدني، الإسباني لسنة 1974 (المادة 8/10)، التركي لسنة 1982 (المادة 2/8)، المجري لسنة 1979 (المادة 15)، والقانون الإيطالي والإنجليزي، وفي كافة الدول العربية نذكر منها القانون المصري (م 1/11 مدني)، الإماراتي (م 1/11 قانون معاملات مدنية)، السوري (م 12 مدني)، الليبي (م 11 مدني)، الكويتي (م 33 قانون 1961).

³ - كاتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالعقود الدولية، واتفاقيات جنيف سنة 1930، 1931 الخاصة بالكمبيالة والسند الإذني والشيك، أنظر عليوش قريوح كمال، المرجع السابق، ص85.

⁴ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص303.

⁵ - هو رأي معظم الفقهاء الفرنسيين، نذكر منهم العميد "باتيفول" الذي يسمي الاستثناء بالجهل المغتفر بالقانون الأجنبي، أنظر في هذا احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص91، ويؤيدهم في هذا من الفقه الجزائري، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص68، و زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص157.

ومع هذا، فقد وجه بعض الفقه المصري¹ انتقاداته إلى هذا الرأي، على أساس انه لو كان صحيحا انه لا يفترض في الشخص العلم بالقانون الأجنبي، لانقلب الاستثناء المذكور إلى قاعدة عامة في شأن كافة المسائل، ولم يقتصر على الأهلية فقط . وفي المقابل يبررون هذا الاستثناء تبريرا لا يقل منطقية ولا راحة عن الرأي السابق، وذلك بأنه يجد أساسه في فكرة حماية الأوضاع الظاهرة، واستقرار التعامل في الأسواق الوطنية، فما دام أن الأجنبي تعامل مع أشخاص حسني النية، ومعذورين في جهلهم لأحكام جنسيته، فلا يجوز له الاحتجاج بنقص أهليته طبقا لقانون جنسيته.

ب_ شروط أعمال الاستثناء: إن تطبيق هذا الاستثناء يوجب توافر جملة من الشروط:

1- أن يكون التصرف ماليا :

ينبغي أن يكون التصرف ماليا، فيخرج بذلك من نطاق الاستثناء التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج مثلا، بل حتى في التصرفات المالية، فإن جانبا من الفقه الفرنسي والمصري، يقصرون مجاله، في إطار التصرفات والعقود الجارية أو اليومية، طالما أنها تتصف بالسرعة، فلا تترك للمتعاقد فرصة البحث والتحري عن أهلية الأجنبي، بينما يستبعدون من نطاقه التصرفات ذات الخطر والتي تتصف بأهمية خاصة، كالتي ترد على عقار، لأنها تقتضي قدرا كبيرا من الحيطة والحذر، وتستلزم من العاقد التقصي، والتأكد من جنسية المتعاقد الأجنبي².

¹ - هو رأي هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 305.

² - موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 33.

غير أن بعض الفقه الآخر¹، يرى أن إخراج التصرفات ذات الخطر من نطاق الاستثناء، ينطوي على تقييد لا يحتمله النص الذي جاء مطلقاً، فمادامت العلة هي أن تلك التصرفات تقتضي قدراً من الحيطة والحذر، فيكفي ما يستلزمه المشرع من أن يكون نقص الأهلية، راجعاً إلى سبب فيه خفاء، لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، إذ أن مدى القدرة على تبين نقص الأهلية بسهولة، مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضي، ولا شك أنه كلما زادت خطورة التصرف، كلما كان القدر المطلوب من الحذر في تقصي أهلية المتعاقد أكبر .

2- أن تعقد هذه التصرفات في حدود الإقليم الوطني للقاضي، وتنتج آثارها فيه :

ينبغي أن تعقد هذه التصرفات القانونية في حدود الإقليم الوطني للقاضي، الذي قرر الاستثناء، وتنتج آثارها فيه كذلك، فلا بد من تلازم الأمرين معاً. فيجب أن يتم التصرف وينتج آثاره في الجزائر، ولا يكفي تحقق أحد الأمرين فقط دون الآخر، ويشمل الإقليم الجزائري ما يتبعه من مياه إقليمية وغيرها . والغرض من هذا هو حماية المعاملات التي تتم في حدود الإقليم الوطني. ولهذا فقد اعتنقه العديد من التشريعات².

¹ - يأخذ بهذا الرأي الأستاذ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص796، والعميد عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص238، وهشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق ص306، وكذلك فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ص312.

² - كالتشريع السوري، المصري، العراقي، الإماراتي، الكويتي، الليبي، المجري، التركي وغيرهم، أنظر عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص799.

في حين ظهر اتجاه آخر له رواج كبير عند بعض الدول¹، وفي الفقه²، والقضاء في القانون المقارن، يذهب إلى أعمال الاستثناء أيا كان المكان الذي ابرم فيه التصرف، أو رتب آثاره فيه، وغرضهم من هذا هو حماية المعاملات الدولية، دون التفرقة بين ما يدور داخل حدود الدولة، وما يدور خارجها، لأن هذا يعتبر في حد ذاته من أهداف القانون الدولي الخاص.

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

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

لقد نصّت المادة 10 قانون مدني على انه " إذا كان احد الطرفين أجنبيا " مما يفهم منه بمفهوم المخالفة أن الطرف الآخر يجب أن يكون جزائريا أو وطنيا³.

إلا أن الفقه المصري⁴، يذهب إلى خلاف ذلك، بحجة أن المفهوم الصحيح للاستثناء، لا يقتصر على حماية الطرف الوطني بالذات، بل حماية المعاملات التي تجري في حدود الإقليم. وعليه، لا يشترط للاستفادة منه أن يكون المتعامل مع الأجنبي من الوطنيين. وهو نفس ما

¹ - من ذلك القانون الدولي الخاص السويسري الجديد (المادة 36)، والقانون البرتغالي (المادة 3/38)، والمادة 12 قانون مدني ألماني التي تنص على انه: " إذا ابرم تصرف بين أشخاص موجودين في دولة واحدة، فليس للشخص الطبيعي الكامل الأهلية طبقا لقانون دولة إبرام التصرف، أن يتمسك بعدم أهليته المقرر وفقا لقانون جنسيته، إلا إذا كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان من المفروض عليه أن يعلم، لحظة إبرام العقد انه ناقص الأهلية. كما تبنت هذا الحل اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالعقود الدولية.

² - كالأستاذ نوابيه، نقلا عن احمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مرجع سابق، ص98، وباتيفول ولاغارد، ومايير، نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص800، ويأخذ بهذا الرأي مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي كذلك.

³ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص222

⁴ - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص المرجع السابق، ص312، وهشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص306

استقرّ عليه القضاء الفرنسي، فلم يتردد في حماية الأجنبي الذي لم يستطع أن يتبين أحكام جنسية الطرف الأجنبي الآخر الذي تعامل معه¹. ولكن إذا كان كلا المتعاقدين الأجنبيين يحملان نفس الجنسية، فلا وجه لإعمال الاستثناء، لان الأصل أن كل منهما يعلم أحكام قانونه الشخصي، إذ لا عذر بجهل قانونهم الوطني.²

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

إن تقدير هذا الشرط مسألة موضوعية، يقدرها القاضي بالنظر لكل حالة على حدة، وذلك وفقا لمعيار موضوعي هو معيار الرجل العادي³، كما يراعى فيه شخص من يتمسك بالاستثناء، وأهمية التصرف الذي أمضاه . فالتصرفات الخطيرة ذات الأهمية كاقتراض مبلغ كبير أو بيع عقار، أو العقود ذات الطابع الشخصي، كما هو الحال في شركات الأشخاص، تستلزم درجة عالية من البحث والتحيط، خاصة وان إبرامها يعوزه وقت، وتسببه مفاوضات ودراسات متأنية، ولهذا يجب على القاضي أن يتشدد في تقديره لها. وعليه أن يتشدد في تقديره كذلك، في الحالات التي تتعلق بشخص معتاد التعامل، مع الأجانب نظرا لمهنته كالمصارف، أو إذا كان التعامل مع شخص اعتباري، بل وحتى في الأوضاع التي يتعاقد فيها الشخص بكثرة مع أفراد من جنسية دولة معينة، فيكون من المفترض فيه العلم بقانون جنسيتهم، لهذا فيمتنع عليه التمسك بجهله وحسن نيته لإبطال تلك التصرفات⁴.

¹- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 307 .

²- ولكن قد يحدث في فروض نادرة، الجهل حتى بقانون الأجنبيين الوطني، كأن يكون الشخص غير عارف بالنقص الذي يفرضه قانونه الشخصي، خاصة إذا تقرّر بمقتضى حكم قضائي، وكان هو مولودا ومقيما في بلد إبرام التصرف. في مثل هذه الحالات يمكن التمسك بالاستثناء، متى ثبت انه كان معذورا في جهله بنقص أهلية من تعاقد معه، لأنه كان حسن النية واستعلم بالقدر الكافي. انظر مؤلف عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين المرجع السابق، ص 802.

³- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 223

⁴- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 797، 798 .

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

ونشير إلى أنه إذا استعمل ناقص الأهلية الغش، لإفهام الطرف الآخر بأنه أهل للتصرف، بأن موّه عليه، وأخفى حالته، واتخذ حالة الشخص الكامل الأهلية مظهرا من مظاهره المعتادة، في الوقت الذي كان المتعاقد معه غير مقصّر، بان تحرى عن حقيقة حاله، ففي هذه الأحوال يلزم عديم الأهلية بنتائج عمله، أي بالعقد، ويكون هذا بسبب خطئه الذي يستوجب التعويض، لاعتن العقد الذي يعتبر في الأصل غير ملزم له¹.

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

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

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

¹ - احمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مرجع سابق، ص 81، 82.

² - يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 44.

قاصرا في هذا السن¹. وبأخذ التشريع المغربي بنفس الرأي، في الفصل 6 من القانون التجاري الذي ينص: "أن المرأة المتزوجة لا يجوز لها أن تتخذ في المغرب صفة تاجر بدون رضا زوجها، مهما كانت مقتضيات قانونها للأحوال الشخصية في الموضوع"².

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

إن ما يحمله هذا الاستثناء من تطبيق القانون الأصلح لحماية حامل الورقة التجارية، إذ يكفي بالنسبة له أن يكون الموقع على السند أهلا للالتزام إما وفق قانونه الوطني، أو وفق قانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام الصرفي، يدعو للقول بأنه ذهب إلى أبعد مما يقره الإستثناء الوارد في المادة 10 فقرة 2 مدني جزائري، وما يقابلها في التشريعات العربية، وبالتالي هو يوفّر حماية أكبر مما يوفره قضاء "ليزاردى"³ .

ولقد نصت بعض التشريعات العربية، صراحة على هذا الاستثناء في قوانينها الداخلية، كالقانون الأردني في الفقرة 2 من المادة 130 من قانون التجارة الصادر سنة 1996 بقوله انه: "يرجع في تحديد أهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب إلى قانون بلده، ومع ذلك إذا

¹ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 309.

² - موسى عبود، المرجع السابق، ص 230.

³ - موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 38.

الترم شخص بمقتضى سند سحب وتوافرت فيه أهلية الالتزام به، وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام كان التزامه صحيحا، ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقا لقانون بلده¹.

ثالثا: الإستثناءات من قاعدة خضوع غير كاملي الأهلية لقانون الجنسية:

إذا كان الأصل أن حماية فاقد الأهلية وناقصيها، سواء بسبب عدم النضج واكتمال السن القانوني كالقصر، أو بسبب ضعف الإمكانيات العقلية لديهم بالرغم من بلوغهم هذا السن، كالمجنون والمعتوه، تخضع لقانون الجنسية، إلا أن هذا المبدأ يرد عليه استثناءات، توجب خضوعهم في بعض المسائل لنطاق تطبيق قوانين أخرى، كإسناد الاختصاص لقانون القاضي متى تعلق الأمر بحالات الإستعجال، التي تتطلب تدبيرا آنيا وموقتا، لا ينتظر اتخاذه الفصل في النزاع. وهو ما أكدته المادة 9 من اتفاقية لاهاي الخاصة بحماية القصر² بتاريخ 5 أوت 1961، ونص عليه المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 15 قانون مدني المعدل سنة 2005، بقوله "غير انه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة، إذا كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر"³.

وتخضع لقانون القاضي كذلك، مسائل الإجراءات المتعلقة بحماية عديمي أو ناقصي الأهلية، وهذا ما ورد بالمادة 21 مكرر قانون مدني جزائري⁴ رقم 05-10، ويدخل في تلك المسائل كل ما يتعلق برسم حدود سلطة القاضي، وكيفية تدخله لتعيين القائمين بالحماية،

¹ - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص156

² - سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 360،364

³ - وكمثال نذكر أنه لا يمكن التطبيق الموزع أو الجامع، بخصوص حقوق الولد المتبنى، الذي ينتسب مثلا لأبوين لأجنيين مختلفي الجنسية، في الحالات التي تكون هذه الحقوق مهددة، بل يتدخل القاضي بصفة استعجالية حفاظا على حقوقه بغض النظر عن قانون الجنسية. انظر ميكالي الهواري، المرجع السابق، ص 279.

⁴ - تنص المادة 21 مكرر قانون مدني جزائري على أنه: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات، قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

والرقابة على تصرفات متولي الولاية أو الوصاية أو القوامة، وكيفية عزله أو وقفه، وكيفية مراجعة حسابات الولي أو الوصي ومناقشته فيها¹.

في حين يخضع لقانون الدولة المقيم بها غير كاملي الأهلية، الحالات التي يجب عليها التدخل لحمايتهم، تحقيقا لمصالحها بغض النظر عن الجنسية التي ينتمون إليها²، وذلك لأن حالتهم العقلية لا تشكل عامل خطر عليهم لوحدهم، بل تمس الجماعة ككل. ولذلك فالدولة المعنية بجعلهم خارج القدرة على الإيذاء بحمايتهم، كالنص على تدابير المساعدة التربوية في القانون الفرنسي³، وفي ألمانيا يستبعد القانون الوطني للقاصر، ويمنح للقانون الوطني دور حماية القاصر، ومثال ذلك دور الأجهزة الإدارية هناك، مثل مكتب الشباب في حماية الأطفال الطبيعيين الألمانين⁴.

كما تتولى الدولة رعاية وحماية الأطفال الأجانب المقيمين بها، والذين لا عائل لهم كاللقطاء، و مجهولي الأبوين، والذين هم في وضع خطر يهددهم، بل أيضا عليها حماية غير كاملي الأهلية المقيمين على إقليمها، وذلك في الأحوال التي لا يكون مستطاعا فيها تحقيق الحماية طبقا لقانونهم الشخصي، كالحالات التي تتطلب تدخل سلطة دينية أو إدارية أجنبية، يجهلها أو غير معروفة في قانون القاضي. فهنا يجب حمايتهم وفقا للمؤسسات القانونية المعروفة في هذا القانون⁵.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 832

² - وهو ما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية في قرارها الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 1958 في قضية "Boll" "بول" حيث قدرت أن السويد لم تخل بالتزاماتها المترتبة على معاهدة لاهاي المبرمة سنة 1902، والمتعلقة بالوصاية على القصر حين طبقت قانونها المتعلق بالوصاية على قاصر هولندي "Boll" متوطن في الإقليم السويدي، على الرغم من أن المعاهدة كانت تقضي بتطبيق القانون الشخصي أي القانون الهولندي على مسألة الوصاية. انظر كمال سمية، المرجع السابق، ص 332.

³ - بيار مايير وفانسان هوزيه، المرجع السابق، ص 492. هذا وإن تدابير المساعدة التربوية تطبق على جميع القصر الموجودين بالدولة، عن طريق السلطات الإدارية والقضائية، انظر كذلك

Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL : Op.cit, n° 126, p 124.

⁴ - ثامر حمود الهادي، المرجع السابق، ص 319.

⁵ - بيار مايير وفانسان هوزيه، المرجع السابق، ص 492.

كما يستبعد قانون الجنسية في حالة وجود معاهدة دولية تفرض على الدول المتعاهدة تطبيق قانون غير القانون الشخصي، كمعاهدة لاهاي بتاريخ 5 أوت سنة 1961، التي أعطت في مادتها الأولى والثانية¹ الصلاحية المبدئية إلى سلطات الدولة، التي يسكن فيها القاصر بشكل معتاد لاتخاذ تدابير الحماية وفق قانونها .

وإنه نظرا لطبيعة الأموال، فإن نطاق القانون الشخصي يقتصر فيها على أعمال الإدارة والتصرف . أما الأثر العيني من نقل الملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى، وإجراءات التسجيل والشهر فتخضع لقانون موقع المال².

الفرع الثالث. تطبيق قانون الموقع على الأموال.

الأموال العينية هي كل ما يتعلق بالمسائل القانونية المنظمة للمال سواء كان ماديا كما هو الحال بالنسبة للعقارات والمنقولات، أو كان معنويا مثل حق المؤلف وبراءة الاختراع. وإذا كان ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية يستمد من أطراف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي باعتبار أن الأشخاص، هم العنصر الغالب و من ثم خضوعها إلى قانون الجنسية أو قانون الموطن بحسب اختلاف التشريعات من دولة إلى أخرى، فإن ضابط إسناد في الأحوال العينية يختلف عنه حيث يستند على موضوع العلاقة القانونية، والذي هو هنا المال، وهو العنصر الذي له الثقل و الأهمية الكبرى من حيث الوزن بالنسبة إلى الأطراف. ولذلك جرى

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

Et l'article 2 dispose que « les autorités compétentes aux termes de l'article 1 prennent les mesures prévues par leur loi interne.

Cette loi déterminé les conditions d'institution, modification et cessation des dites mesures. Elle régit également leurs effets tant en ce qui concerne les rapports entre le mineur et les personnes ou institutions qui ont la charge, qu'à l'égard des tiers.

²-احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص832 وأنظر كذلك

العمل منذ القديم على إخضاع العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي المنصبة على المال، و خاصة منها المادية إلى قانون موقعها.¹

وإذا كان الغرض من هذه الدراسة هو الوقوف على حالات تطبيق قانون موقع المال على الأحوال الشخصية، بصفته استثناء من القاعدة العامة والتي هي تطبيق قانون الجنسية على هذه الأحوال، فلا بد من التمهيد لها أولاً عن طريق تبيان مفهوم قاعدة قانون موقع المال.

أولاً: مضمون قاعدة قانون موقع المال.

لا يستقيم الحديث عن قاعدة قانون موقع المال، إلا بالتطرق إلى أساس الأخذ بهذه القاعدة (أ)، و عن الحالات التي تدخل في نطاق تطبيق قانون موقع المال(ب).

أ_ أساس الأخذ بقاعدة قانون موقع المال ،

لو رجعنا إلى تاريخ تنازع القوانين، لوجدنا أن قاعدة خضوع المال لقانون موقعه، كانت من أولى القواعد التي ظهرت في العالم. فلقد وجدت جذورها الحقيقية في ظل إقليمية القوانين، التي سادت في عصر الإقطاع². وقد تطورت عبر مراحل متعددة ساهم فيها الفقه مساهمة في غاية الأهمية إلى أن وصلت إلى ما هي عليه في الوقت الحالي، فقد أخذ بها فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة في القرن 13، حيث قال الفقيه "بارتول" بأن العقار المراد البناء فوقه أو تعليته يخضع إلى قانون موقعه. وقد أكد هذه القاعدة الفقيه الفرنسي "دار جنتره" المعروف بنزعه الإقليمية و هذا في القرن 16 حيث أخضع كل ما يتعلق بالعقار من أهلية تعاقد بشأن العقار وشكل العقد وشروطه الموضوعية إلى قانون موقعه. وعلى الرغم من أنه كان ينادي بمبدأ شخصية القوانين إلا أن الفقيه الإيطالي «مانشيني» في القرن 19 استثنى

¹ -القانون الواجب التطبيق على موقع المال في القانون الجزائري، بحث مقدم في المنتدى القانوني:

sciencesjuridiques.ahlamontada.net

² -فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص292.

الأموال من المبدأ العام عنده، وهو شخصية القوانين، و أخضعها إلى قانون موقعها، تأسيساً على النظام العام¹.

وتعتبر نظرية التركيز المكاني التي نادى بها الفقيه الألماني "سافيني" أهم نظرية أكدت قاعدة خضوع المال لقانون موقعه، حيث كانت تهدف إلى إخضاع العقار إلى قانون موقعه، لأن مصالح الشخص تتركز عادة في المكان الذي توجد فيه أمواله، و من ثم فإن أقرب القوانين إلى أموال الشخص هو قانون موقعها.

ولا توجد حالياً دولة لا تأخذ بهذه القاعدة، ولعل ذلك هو ما دفع ببعض من الفقه إلى حد القول بوجود عرف دولي يلزم الدول بالأخذ بها².

ومما لا شك فيه أن استقرار هذه القاعدة واستمرارها وانتشارها الواسع، يعبر عن سلامة الاعتبارات، وقوة أسباب الأخذ بها، وهي في الواقع متعددة، سياسية، قانونية، اقتصادية، وفنية.

فمن الناحية القانونية والعملية، يؤمن قانون موقع العقار وحده القانون الذي يخضع له العقار وثباته، فهو لا يتبدل بتبدل مالكيه، ويسمح أيضاً بضمان حقوق الغير وسلامة المعاملات. إذ يكون من السهل على الأفراد التعرف على حالة العقار والالتزامات المترتبة عليه، والتحقق من الحقوق العينية التي يتمتع بها الشخص المتصرف بالعقار والاطمئنان على حقوقهم أيضاً، بفضل الترتيبات المتخذة في موقع العقار لشهر التصرفات والحقوق العينية التي تترتب على العقار³.

¹ _ زروتي الطيب، الاختصاص التشريعي الدولي بالنسبة للحقوق الواردة على العقار، من كتاب دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص250.

² _ sciences juridiques .ahlamontada.net

³ _Bartin , op cit, p10 .

ومن الناحية السياسية هناك من يرجع أساس تطبيق القاعدة إلى اعتبارات متعلقة بالسيادة، لأن الدولة لا يمكن أن تترك الحكم فيما يتعلق بعقاراتها، أو بعبارة أخرى بإقليمها إلى تشريعات أجنبية مختلفة¹.

ومن الناحية الاقتصادية، يعتبر العقار جزءا من إقليم الدولة، تحدد كل دولة نظام الحقوق العينية التي تلحق به، وكيفية استثمارها بما يتلاءم مع مصالحها الوطنية، وفلسفتها الاقتصادية².

أما الاعتبارات الفنية، فمؤداها أن التركيز الموضوعي للعلاقات القانونية، بشأن العقار ينبغي أن يكون حسب قانون موقعه، حتى تتوحد مختلف الحلول للمعاملات المتعلقة به بين أطراف مختلفة، أو القائمة على أسباب متنوعة. كما أن قانون موقع العقار هو أنسب القوانين لحكمه باعتباره ثابتا مستقرا، وهناك تشهر التصرفات الواردة عليه لنفاذها والاحتجاج بها على الغير تحقيقا للاتمان العقاري³.

ب_ الحالات التي تدخل في نطاق تطبيق قانون موقع المال.

1_ تحديد الأشياء التي يمكن أن ترد عليها الحقوق، و تدخل في دائرة الأموال التي يجوز فيها التعامل أو التي لا يجوز التعامل فيها.

2_ تكييف المال وذلك بإعطاء الوصف القانوني لهذا المال، إذا كان من العقارات أو المنقولات، وهو ما أورده المشرع الجزائري في المادة 1/17 من خلال التعديل الجديد للقانون المدني، والتي تنص أنه: "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

¹ _ حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، ط2، مطبعة فتح الله إلياس نوري وأولاده، مصر، 1940، ص 327.

² _ فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص293.

³ _ زروتي الطيب، الاختصاص التشريعي الدولي بالنسبة للحقوق الواردة على العقار، مرجع سابق، ص 251.

3_ تحديد أحكام الحيابة من حيث أسباب كسبها و انتقالها و زوالها و الوسائل المختصة لحمايتها، وما ترتبها من آثار قانونية ككسب الحقوق و إسقاطها و مدى قوة الحيابة كقرينة على الحق و كل ما يتعلق بالحيابة في جانبها القانوني و النظامي .

4_ تحديد النظام الذي يحكم الملكية، و مدى سلطات المالك و ما يتمتع به من صلاحيات، وما هي القيود الواردة على هذه السلطات¹.

5 - تحديد أنواع الحقوق العينية التي يمكن أن تترتب على المال، سواء كان عقارا أو منقولاً، وهل هذه الحقوق واردة على سبيل الحصر أو المثال، وتحديد طرق كسب الملكية².

6_ تحديد الحقوق العينية الأصلية و التي تشمل في التشريع الجزائري، حق الملكية والانتفاع والاستعمال والسكن والارتفاق، و حق استعمال الأراضي التي تمنحها الدولة، و الحقوق العينية التبعية، و هي تشمل حسب التشريع الجزائري، الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق التخصيص، حق الامتياز³.

7_ قانون موقع العقار هو الذي يحكم العقود الواردة على العقار، و هذا بحسب ما نصت عليه المادة 4/18 من القانون المدني الجزائري بنصها: "غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه"⁴.

¹ _ sciences juridiques .ahlamontada.net

² _ إن طرق كسب الملكية في التشريع الجزائري تشمل كل من الشفعة، الوصية، العقد، الحيابة، التقادم المكسب و الميراث. إلا أنه تستثنى الوصية والميراث، من نطاق تطبيق هذه القاعدة، أي القانون الذي يحكم موقع المال، على الرغم من أنها تعتبر من طرق كسب الملكية و هي مستثناة بنص القانون، وهذا طبقاً لنص المادة 16 قانون مدني جزائري.

³ _ و بالنسبة إلى القانون الذي يحكم الرهن القانوني الذي تعرفه الأنظمة القانونية الغربية لصالح الزوجة على أموال زوجها فإنه يخضع إلى كل من القانون الذي يحكم آثار الزواج، و قانون موقع المال.

⁴ _ غير أنه يستثنى بعض الفقه الجزائري، كالدكتور زروتي الطيب، من نطاق تطبيق قانون موقع العقار، الحقوق الشخصية التي تترتب بموجب عقد واردة على عقار مثل حق الإيجار حيث تظل خاضعة لقانون الإرادة، إلا أن الفقه المصري يميل إلى إسناد الحقوق الشخصية الواردة على عقد إيجار العقار لقانون موقعه . انظر زروتي الطيب، الاختصاص التشريعي الدولي بالنسبة للحقوق الواردة على العقار، مرجع سابق، ص 260.

وهكذا لقد أصبحت قاعدة خضوع المال إلى قانون موقعه، مستقرة فقها و قضاء ومنصوص عليها في معظم التشريعات¹. بحيث نصت المادة 17 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية على أنه: "يسري على الحيازة والملكية و الحقوق العينية الأخرى، قانون موقع العقار، و يسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها".

ثانيا: التطبيق الاستثنائي لقانون موقع المال على العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي.

نظرا لتكثيف بعض العلاقات المالية، أنها ذات طابع شخصي ومن ثمة إسنادها لقانون الجنسية، على أساس أنها من الأحوال الشخصية، والتي هي كل من الآثار المالية للزواج، الميراث، الوصية، الهبة، الوقف، إلا أن قانون موقع المال يصطدم في هذه الحالات كثيرا مع قانون الجنسية، وقد يجلب الاختصاص إليه في حالات خاصة²، كاستثناء من تطبيق المبدأ العام والذي هو الجنسية، وهذا ما يظهر من خلال ما يلي:

¹ _ و من بينها القانون اليمني في مادته 28 لعام 1979 والقانون المصري في مادته 18، و القانون الليبي في مادته 19، و القانون السوري في مادته 19، والقانون العراقي في مادته 24، و القانون الكويتي في المادة 31، والتونسي في الفصل 58، و القانون الجزائري في مادته 17. انظر زروتي الطيب، الاختصاص التشريعي الدولي بالنسبة للحقوق الواردة على العقار، مرجع سابق، ص 249.

² _ وخاصة العقارات بحيث أن تطبيق قانون الجنسية عليها يجعل النظام العقاري في الدولة خاضعا لقوانين أجنبية تتعدد بتعدد الدول الموجودة في العالم، الأمر الذي يترتب عليه قلة الثقة العقارية، بسبب عدم معرفة الملاك الحقيقيين للعقارات الموروثة على وجه التأكيد، نظرا لاختلاف أحكام القوانين وما تشترطه لصحة الوصية ولجواز الميراث، كما انه قد يؤدي لتطبيق قوانين أجنبية على عقارات وطنية، مع أن مضمونها قد يكون مخالفا للنظام العام في الدول الإسلامية مثلا كتوريث أولاد الزنا بمقتضى القوانين الأوربية. هذه الانتقادات وجهها المرجح الدكتور أبو هيف، انظر جابر جاد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 311.

أ_ بالنسبة لآثار الزواج المالية.

إن قانون الجنسية كثيرا ما يتعطل تطبيقه بالنسبة لآثار الزواج، فلا تطبق الجنسية في الحالات التي تتعلق بمركز الأموال، ما دامت تخضع لقانون موقعها، كالتأمين القانوني للزوجة على أموال زوجها، التي تخضع من حيث وجودها لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج، ومن حيث التنفيذ لقانون موقع المال¹.

كما أن اختصاص قانون موقع المال، يقف كعثرة أمام قانون الجنسية فيما يخص الأموال العقارية، الداخلة في المشاركة المالية بين الزوجين، مثلا في نظام الدوطة لا يمكن الاحتجاج به على أموال عقارية موجودة بالخارج، إذا لم تراخ إجراءات الشهر المقررة في هذا البلد، ولا يمكن الاحتجاج به أيضا، فيما يقره من عدم قابلية الحجز والتصرف على الأموال التي يتناولها إلا إذا تم قيده أيضا. كما لا يجوز الإحتجاج بتصفية أموال الزوجين، وتقسيمها بعد انحلال الزواج في مواجهة الغير إلا إذا روعيت الإجراءات المقررة في قانون موقع المال².

ب_ بالنسبة للميراث:

إن خضوع الميراث لقانون جنسية المتوفى، يرد عليه قيد هام ناجم عن طبيعة الميراث، والذي بالإضافة لكونه من الحالة العائلية، فهو سبب من أسباب انتقال الحق العيني، ومن ثمة يجب أن يخضع للقانون الذي يحكم الأموال، كلما اتّصل بها بشكل مباشر.

وعلى ذلك فإن قانون موقع المال، هو الذي يحكم جميع المسائل المتعلقة بتحديد مدى تعلق حقوق دائني المتوفى بأموال التركة³، وما يترتب على ذلك من أثر في حقوق الورثة، وهذا

¹ _ موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 54.

² _ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 166.

³ - علما أن الديون لا تدخل ضمن مسائل الإرث في تشريعات الدول الإسلامية، لأنها تخرج من التركة ومن ثم من أموال الإرث قبل انتقاله للورثة، استنادا لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون. انظر عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 204.

وفقا للفقهاء الغالب في مصر¹، والذي يرى أنه إذا كانت أموال التركة موجودة في مصر، فإن قاعدة «لا تركة إلا بعد سداد الديون» هي التي ستطبق عليها ولو كان المورث أجنبيا².

كما يحكم قانون موقع المال، تحديد محتوى وشروط ممارسة الحقوق المكتسبة على أموال التركة بالإرث، فيسري على حق الملكية والانتفاع المكتسبة على أموال تركة الأجنبي. ويسري على نقل الملكية والتصفية والحياسة، ووضع اليد على المنقولات والعقارات، وإجراءاتهم، ويسري كذلك على إجراءات شهر حق الإرث بالنسبة للعقارات، وتحديد الآثار المترتبة على هذا الشهر، و الجزء المترتب في حالة عدم القيام بالشهر، من عدم نفاذ التصرفات الصادرة من الوارث.³ كما يختص بالإجراءات اللازمة لسلامة المعاملات، وحقوق الآخرين كالمحافظة على حقوق الدائنين، وإدارة أموال التركة، ووضع الأختام عليها والجرد وإقامة حارس أو مدير مؤقت، وجميع الإجراءات التحفظية الأخرى، وتنظيم حالة الشيوخ بين الورثة، وكيفية إدارة أموال التركة الشائعة، وحق كل شريك في التصرف فيها، وإنهائها سواء بالتراضي أو التقاضي⁴.

هذا، ويحق للوريث أن يستفيد من كافة الحقوق العينية، السائدة في قانون موقع المال، حتى ولو كانت مجهولة من قبل قانونه الشخصي، وهذا ما يؤدي إلى وجوب تطبيق القانون المحلي، حين تعود الأموال الموروثة إلى فئة قانونية مجهولة من قبل القانون الأجنبي، الذي أشار إليه ضابط الجنسية، كالأموال الوقفية المعروفة في القانون الجزائري، والمجهولة في الدول الأوربية⁵. ولهذا فإنه بالرغم من افتتاح التركة في بلاد أجنبية، فمتى كانت الأموال موجودة

¹ -فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص326، وكذلك هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص321.

² - أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 395. علما أن بعض الفقهاء يرفض الاتجاه السابق، ويرى بأنه يؤدي إلى تعدد القوانين التي تحكم التركة، بحسب تعدد الدول التي تتواجد فيها الأموال، مما يؤدي لنتائج غير مقبولة على الصعيد العملي، لذا ينادي بتطبيق القاعدة العامة أي قانون جنسية المورث وقت الوفاة على هذه المسألة. وهو رأي الأستاذ فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص272.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص902.

⁴ - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 124

⁵ - موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، مرجع سابق، ص 325

بالجزائر مثلا، فيجب افتتاحها فيها كذلك، لتوزيع الأموال الموجودة فيها بمقتضى قاعدة الإسناد الجزائرية . غير أنه لا سلطان للمحكمة الجزائرية على الأموال الموجودة في بلاد أجنبية، حتى ولو كان آخر موطن للمتوفى فيها، لأنه قد يتعارض تطبيق القاعدة الجزائرية عليها مع قاعدة الدولة التي توجد بها تلك الأموال، فيتعذر في هذه الحالة تنفيذ ما تقرره المحكمة الجزائرية، على ضوء قاعدة الإسناد¹ .

أما بالنسبة للتركة الشاغرة، وهي تركة الأجنبي التي يتبين وفق قانون جنسيته، أنه لا وارث لها، وتكون أعيان التركة موجودة في بلد القاضي، فهي تؤول بدورها إلى الدولة التي توجد بها، أي قانون موقع المال، وذلك لأن حق الدولة عليها مستمد من سيادتها على إقليمها، فيحكمها مبدأ الإقليمية، فالدولة التي يوجد فوق أراضيها التركة أحق بها من دولة جنسية المتوفى، لأن أموالها كانت قد تحققت بفضل رعاية الدولة الأولى، فضلا أن إخضاع تلك التركة لقانون جنسية المتوفى يخل بسيادة الدولة على إقليمها².

ويأخذ بهذا الرأي كل من فرنسا، إنجلترا، النمسا، تركيا، والأرجنتين³، ومعظم الدول العربية⁴ من بينها القانون الجزائري- الذي بالرغم من عدم النص عليه بقاعدة إسناد، إلا أن أنه يمكن استنباطه بالرجوع للتكييف الذي أعطاه لهذه المسألة . فهو ينص في المادة 4/184 قانون الأسرة أن " التركة التي لا وارث لها، تؤول إلى الخزانة العامة"، بدلا من عبارة ميراثها لمن لا وارث له، كما أنه يعتبر في المادة 773 قانون مدني ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال

¹- موسى عبّود، المرجع السابق، ص267.

²- عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص208.

³- محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص154.

⁴- وقد انفرد كل من قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، والقانون التونسي بوضع قاعدة إسناد خاصة بأيلولة التركة التي ليس لها وارث. فالمشرع التونسي نص على ذلك في الفصل 54 فقرة 2. أما قانون الإمارات العربية المتحدة، بموجب المادة 17 فقرة 2 من قانون رقم 5 لسنة 1985، والتي تنص على أيلولة التركة التي ليس لها وارث للأجنبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، دون أن تظال تركة الوطني الموجودة خارج الدولة.

الشاغرة التي ليست لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث، و الذين تهمل تركتهم.

إلا أن هذا الأمر ليس محل إجماع بين الدول، فهناك من يخضع التركة الشاغرة لقانون الدولة التي ينتمي إليها المورث بجنسيته وقت وفاته، كألمانيا وسويسرا، البرازيل، والسويد، على اعتبار أن هذا الحق، هو حق ارث باعتبار أن الدولة وارثة لمن لا وارث له، فتعلق المسألة بالميراث يعني خضوعها للقانون الذي يحكمه، وهو قانون جنسية المورث. إلا أن هذا الرأي منتقد لأنه يترتب على إتباع القانون الشخصي بالنسبة لتوريث العقارات، أنه يؤدي لتمليك العقارات الوطنية، للحكومات الأجنبية التي يتوفى رعاياها في الإقليم الوطني بغير ورثة ولا وصية، لأن الحكومة سترث من لا وارث له من رعاياها، وبذلك يمكن أن تنتقل ثروات عقارية مهمة إلى الحكومات الأجنبية في الوقت الذي كان من الأفضل أن تكون الوراثة فيه للحكومة الإقليمية¹.

وهكذا يظهر، أن الدور البارز لقانون موقع المال، و الذي يضيّق من نطاق تطبيق قانون الجنسية، بالنسبة للدول التي تأخذ بها كضابط إسناد أساسي في الميراث، هو الذي جعل بعض الفقه المصري²، ينادي بضرورة الأخذ بقانون موطن المتوفى، كضابط إسناد أساسي في الميراث بدل الجنسية، لأنه أقرب إلى تحقيق وحدة النظام القانوني للتركة، فهو في الغالب قانون موقع المال عقارا كان أم منقولاً، طالما أن أموال الشخص توجد عادة في الدولة التي يتوطن بها، كما أنه عادة ما يكون موطناً لعائلة المورث، وبهذا ينفى التعارض بين القوانين التي تحكم مختلف المسائل المتعلقة بالتركة.

¹ _ انظر جابر جاد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 312.

² - هو رأي فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 327.

ج_ بالنسبة للوصية.

إن خضوع المسائل الموضوعية لقانون جنسية الموصي، يجب أن لا يخل باختصاص قانون موقع المال المتصرف فيه، باعتباره قانونا إقليميا ينظم سلامة المعاملات، و يحافظ على حقوق الغير، و من ثم يشترط لانتقال المال المتصرف فيه، و ما يرد عليه من حقوق عينية أصلية أو تبعية، مراعاة ما يقضي به قانون موقع المال، من إجراءات خاصة بالقسمة والتسجيل و الشهر العقاري، سواء في العلاقة بين ذوي الشأن أو في مواجهة الغير¹.

د_ بالنسبة للهبة والوقف.

إن خضوع الهبة لقانون جنسية الواهب وقت إجرائه لها، والوقف لقانون جنسية الواقف وقت إجرائه له، يبقى متوقفا على مراعاة الاستثناء الخاص بقانون موقع العقار، وذلك متى كانت هذه الهبة، أو الوقف متعلقين بعقار موجود بالجزائر، بالنسبة لمسائل التوثيق التسجيل والشهر². فمثلا تنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري أنه: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيابة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات"³.

وبالعكس لو كان العقار موجود بدولة أجنبية فيجب مراعاة قانون هذه الدولة بالنسبة لهذه المسائل، ولا يمكن تطبيق قانون الجنسية عليها بالنسبة لهذه المسائل العينية، لأنها تصطدم بقاعدة قانون موقع العقار، والتي تعتبر قاعدة عالمية.

¹ -زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص199.

² - حبار محمد، المرجع السابق، ص146.

³ _في شأن العقار تنص المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري أنه : زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقاريةفي شكل رسمي....". أنظر عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 278.

وهكذا نخلص أن هناك العديد من الاستثناءات من تطبيق قانون الجنسية المختص وفقا لضرورات خاصة. كما أن بعض الفقه المعاصر في القانون الدولي الخاص¹، يرى أنه من الملائم أن تقتنر قاعدة الإسناد الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم، والتي تعقد الاختصاص لقانون الجنسية أو الموطن باستثناء على تطبيق هذا القانون إذا ما تبين أن هناك ظروف خاصة تقتضي تطبيق قانون دولة اخرى بوصفه القانون الاكثر ملاءمة لحكم النزاع، وهذا وفق ما يسمى باستثناء لتقويم قاعدة الإسناد، والذي عرف نجاحا محدودا أمام القضاء في بعض الدول ولاسيما سويسرا، النمسا، وهولندا².

واستثناء تقويم الإسناد معناه أن يمنح للقاضي سلطة استبعاد القانون الذي تعينه قاعدة التنازع لحكم المركز القانوني، واخضاع هذا المركز لأكثر القوانين ارتباطا به او بعبارة اخرى للقانون الذي يحتفظ معه بالعلاقة الاكثر وثوقا، وهو ما كرسه التشريع السويسري لسنة 1982، في المادة 15 من القانون الدولي الخاص الجديد لسنة 1982³، والهدف منه هو تحقيق عدالة القانون الدولي الخاص.

المطلب الثاني: حالات الاختصاص الجوازي لقانون الجنسية.

سنتكلم في هذا المطلب عن الحالات التي تحكمها الجنسية كضابط إسناد ثانوي، بمعنى ينازعه غيره من ضوابط الإسناد، فإما أن يطبق ضابط الجنسية أو يطبق ضابط إسناد آخر، مادام أن كلاهما أصلح لحكم العلاقة بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية التي تنص على ذلك،

¹ _الأستاذ "Maridakis" واضع التقنين المدني اليوناني، ومقرر مجمع القانون الدولي الخاص بخصوص الإحالة، في تقريره الأول الذي قدمه للمجمع في 1 فيفري 1956، كان يعارض الإحالة معارضة شديدة ويرى الاستعانة عنها باستثناء لتقويم الإسناد. انظر أحمد محمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الإسناد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 35.

² _ أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص 36، 37.

³ _تنص هذه المادة: " لا يطبق بصفة استثنائية القانون الذي يعينه هذا التشريع، إذا ظهر بجلاء من جميع الظروف ان النزاع لا يرتبط بهذا القانون إلا بعلاقة ضعيفة جدا، وانه يحتفظ مع قانون آخر بعلاقته الاكثر وثوقا. هذا النص لا يطبق عند اختيار القانون. " . انظر أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص 18، 19.

ومن هذا، القانون الذي يحكم الجانب الشكلي للتصرفات القانونية. كما سنتطرق للحالات التي تحكمها الجنسية كضابط إسناد احتياطي، بمعنى لا يطبق ضابط الجنسية إلا في حال عدم وجود ضابط الإسناد الأصلي فيحل محله ضابط الجنسية، كالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

الفرع الأول: الحالات التي تحكمها الجنسية كضابط إسناد ثانوي .

إن الحالات التي تحكمها الجنسية كضابط إسناد ثانوي، تتركز أساسا في القانون الواجب التطبيق على الجانب الشكلي للتصرفات القانونية.

هذا وإنه يقصد بالجانب الشكلي للتصرفات القانونية، المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة، وقد حدّد المشرع الجزائري القانون الذي يحكم الشكل بموجب المادة 19 من القانون المدني، المعدل عام 2005، بأنه: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو لقانونهما الوطني المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية."

وعليه، فما معنى أن تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، وهو ما يسمى في فقه القانون الدولي الخاص قاعدة " لوكيس"، فما هو مفهوم هذه القاعدة؟ (أولا)، ومتى يجوز أن يحكم ضابط الجنسية هذه التصرفات القانونية، وهو ما يظهر من خلال تطبيقات الجنسية فيما يخص الجانب الشكلي للتصرفات القانونية، في علاقات الأحوال الشخصية. (ثانيا) .

أولا: خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها. (مفهوم قاعدة لوكيس)

إن مسألة تحرير الوصية هي التي جعلت المدرسة الإيطالية القديمة تبحث موضوع الشكل، فقد عمل أحد سكان مدينة "مودين" وصية وهو في مدينة "فينيس"، وقانون المدينة الأولى يستلزم لصحة عمل الوصية حضور سبعة شهود، بينما يستلزم قانون المدينة الثانية

حضور ثلاثة فقط. وقد قرر القضاء في مدينة فينس صحة هذه الوصية مادامت قد تمت في فينيس بحضور ثلاثة شهود، ثم توسعت المدرسة الإيطالية القديمة في هذا الحكم، وقالت أن هذه الوصية تعتبر صحيحة في كل مكان، مادامت قد تمت صحيحة في مكان عملها.

وكان تعميم الحكم على كل التصرفات القانونية سببا في وضع قاعدة لوكيس "locus regit actum" غير أن فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة كانوا يقولون بتطبيق هذه القاعدة على كل التصرفات موضوعا وشكلا، حتى جاء الفقيه "ديمولان"، وفصل بين الشكل والموضوع، بحيث قصر تطبيق القاعدة المذكورة على الشكل الخارجي للتصرف بينما أخضع الموضوع لقانون الإرادة. ومنذ هذا التاريخ اقتضت القاعدة على الشكل الخارجي للتصرف، وأخذت بها أغلب تشريعات العالم¹.

غير أن بعض الدول اعتبر تطبيقها إلزاميا، بحيث لا يجوز إخضاع شكل التصرف لغير قانون محل إبرامه، مثل الولايات المتحدة الأمريكية، إنجلترا، كندا، أستراليا، أما أغلبية الدول فتعتبر تطبيقها اختياريا كما الحال في فرنسا، ألمانيا، إيطاليا، إسبانيا²، وفي القوانين العربية³. ولقد كان القضاء الفرنسي يعتبرها في أول الأمر قاعدة إلزامية، لكن عاد منذ بدء القرن العشرين يعتبرها اختيارية، ويعطي المتصرف الخيار بين قانون جنسيته، وقانون المحل⁴.

¹ _ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 84.

² _ صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 103، 107، 108.

³ _ الفصل 68 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، والمادة 37 من القانون الكويتي المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، والمادة 21 قانون مدني سوري، هذا بالإضافة للمادة 20 من القانون المدني المصري والتي تنص أنه " للأفراد الاختيار بين قانون البلد الذي أبرم فيه العقد، أو القانون الذي يحكم موضوع العقد، أو قانون الموطن المشترك". وفي الأردن بموجب المادة 2/13 قانون مدني والتي تسندها إما لقانون الجنسية المشتركة أو محل الإبرام. أنظر في هذا مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص من 96، حتى 98.

⁴ _ بحيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما في 1909 /07/20 بصحة وصية انجليزي حررها في فرنسا طبقا للقانون الانجليزي، وأخيرا أصدرت محكمة النقض هناك، حكما في 28 ماي 1963 قالت فيه أنه يجوز أن يطبق على شكل التصرف القانون الأجنبي الذي يطبق على موضوعه. ومع هذا فإن الفقيه "تبوايه" يرى أن قاعدة "لوكيس" إلزامية في غير الوصية. انظر علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 84.

ولقد أخذ القانون الجزائري كالقوانين العربية باعتبار هذه القاعدة اختيارية، بموجب المادة 19 من القانون المدني، فقد أجاز للأفراد اختيار إما قانون محل إبرام العقد، أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، إذا اتحدت جنسيتهما، كما يجوز لهم اختيار القانون الذي يحكم موضوع العقد.

وما يلاحظ أنه قبل تعديل القانون المدني لسنة 2005، كان يعتمد المشرع على ضابطي إسناد فقط، هما قاعدة لو كيس، و قانون الجنسية المشتركة للأطراف المتعاقدة، إلا أنه أضاف لهما ضابطي إسناد آخرين أسوة بالقانون المدني المصري، وهما قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، والقانون الذي يحكم موضوع العقد نفسه¹. كما ألغى المشرع كلمة يجب، واستبدالها بكلمة يجوز رغبة منه في التأكيد على الطابع الاختياري للقاعدة، وعلاوة على ذلك فلم تعد المادة 19 تنطبق على العقود فقط، كما كان عليه النص القديم، وإنما تشمل أيضا التصرفات المنفردة، وهذا ما تم تداركه في النص الجديد. كما تم إلغاء العبارة السابقة "العقود ما بين الأحياء"، إذ لا يوجد مبرر لهذه العبارة².

والحكمة في إخضاع شكل التصرف لقانون المحل هو ملاءمة الشكل المحلي لسلامة المعاملات بين الناس، إذ أن قواعد هذا الشكل تكون بالضرورة سهلة المعرفة لدى المتعاقدين واقرب منالاً لهم. وإذا احترم المتعاقدون الشكل الذي يتطلبه قانون المحل كان ذلك أدعى إلى طمأننتهم على صحة تصرفاتهم وعلى سلامتها من حيث المظهر.

¹ _ حبار محمد، المرجع السابق، ص 158. بحيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً في 20/07/1909 بصحة وصية انجليزي حررها في فرنسا طبقاً للقانون الإنجليزي، وأخيراً أصدرت محكمة النقض هناك، حكماً في 28 ماي 1963 قالت فيه أنه يجوز أن يطبق على شكل التصرف القانون الأجنبي الذي يطبق على موضوعه. ومع هذا فإن الفقيه "نبوييه" يرى أن قاعدة "لو كيس" إلزامية في غير الوصية. انظر علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 84.

² _ الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي بالجزائر بقانون 10_05، من كتاب دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، جزء 1، مرجع سابق، ص 272.

وبما أن الاعتبار الأول في تطبيق قاعدة LOCUS هو تيسير المعاملات وتسهيل الحصول على ما يقضي به القانون المحلي لصحة الشكل، فإذا كان المتعاقدان أعرف بقواعد الشكل التي يتطلبها قانون جنسيتهما المشتركة، فلهما أن يختارا تطبيق هذا القانون على شكل تصرفهما، بدلا من قانون المحل¹، لأنه على العكس يمكن أن يشق على راغبي الزواج إتباع الشكل المحلي، بل وربما يكون مخالفا لقوانينهم الشخصية، مما يعرض زواجهم للإبطال، عند عودتهم لبلادهم، كأن يكون الشكل المحلي هو الشكل الديني، ويكون الزوجين أو أحدهما مسلما، ومن ثم يترك لهم إتباع قوانينهم الشخصية².

ولقد أكد على تطبيق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، اتفاقيات جنيف المنعقدة في سنتي 1932/1931 بخصوص الأوراق التجارية القابلة للتداول، فقد اشترطت فيها الدول المتعاقدة أن يطبق على شكل الورقة التجارية قانون الجنسية المشتركة للأطراف المعنية في الورقة. كما أن معهد القانون الدولي بمدينة (جاند)، قرر في سنة 1927 أن مراعاة الشكل المقرر في القانون الذي يحكم موضوع التصرف تغني عن مراعاة الشكل المحلي³.

هذا ولا بد من تحديد ما المقصود بعبارة الشكل، لان نظام الشكل ليس واحدا فهناك الشكل اللازم لإثبات التصرف، والشكل المطلوب لإثباته، أو إعلانه، أو شهره، وهناك الشكل المكمل للأهلية. فما هي الأشكال التي تخضع لحكم المادة 19 قانون مدني جزائري.

أولا من المعروف أن التمييز بين الشكل والموضوع في العقود هو مسألة تكييف، وتخضع لقانون القاضي، كما أن تحديد الأمور المعتبرة من الشكل من أدق المسائل التي كانت محل خلاف بين الفقهاء⁴.

¹ _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 85.

² _ صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 106.

³ _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 87.

⁴ _ فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 340.

وفيما يتعلق بالشكل المطلوب لانعقاد العقد كالرسمية، يختلف الفقه حولها. فبينما يعتبره القضاء الفرنسي وتسايره أغلبية الفقه هناك، أنه يدخل في مفهوم الشكل ويخضع لقاعدة لوكيس¹ وهو ما أيده بعض الفقه العربي على أساس أن الأشكال اللازمة لا برام التصرف تعتبر مجرد اجراء لمباشرة التصرف، يتوجب بشأنها مراعاة اعتبارات التيسير على المتعاقدين، واخضاعها لقانون محل ابرام العقد، وهذا لأن من السهل عليهم في هذا المكان التعرف على القواعد التي تحكم العقد وتوقع تطبيقها عليهم. وبناء على ذلك إذا كان قانون محل الابرام لا يتطلب الرسمية في الكتابة لانعقاد التصرف، فإن التصرف ينشأ صحيحا من دونها². فإن الدكتور علي علي سليمان يرى أن الشكل المطلوب لانعقاد في القوانين العربية، يعتبر قاعدة موضوعية شرعت لحماية رضاء العاقد. فالشكالية حينئذ تكمل الأهلية وبالتالي تخضع لقانون الجنسية، ولا تدخل في مفهوم الشكل الخاضع لقاعدة لوكيس، وقد أيدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري هذا³. وعلى هذا فسيتم الشكل المطلوب لانعقاد في الشكل الرسمي ولو كان في بلد يجيز إجراء التصرف في شكل عرفي، وفي هذه الحالة يمكن إجراء التصرف أمام القنصليات الوطنية في هذا البلد⁴.

¹ وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في عدة أحكام لها، من بينها نذكر حكم صدر في 29_06_1922 والذي قضى بصحة هبة عقارية تمت في شكل عرفي بين فرنسيين في كندا، لان القانون في كندا يقبل الهبة في هذا الشكل، مع أن القانون الفرنسي يستلزم فيها الرسمية. ومع ذلك فالفقه والقضاء في فرنسا يستثنيان الشكل المطلوب اجراءه أمام موثق، مثل الرهن الرسمي، باعتبار أن هذا الشكل يخضع لقاعدة لوكيس بل يجب ان يعتبر قاعدة موضوعية واجبة الاجراء. انظر علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 85.

² من مؤيدي هذا الرأي فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، انظر مرجعها السابق، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ص319، وكذلك الدكتور هشام علي صادق، انظر مرجعه السابق، في تنازع القوانين، ص 385.

³ يقولها: "ويراعى أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل، لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية. أما الأوضاع الجوهرية في الشكل، وهي التي تعتبر ركنا في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني (الرسمي) فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع اليه للفصل من حيث التصرف في الموضوع."

⁴ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 85، 86.

كما أن بعض الأشكال الأخرى تخرج من نطاق فكرة الشكل، وتخضع للقانون الخاص بها، كالأشكال المكملة للأهلية مثل شكل الإذن للوصي أو للقيم بالتصرف في الأموال، فإنها أشكال تتصل بحماية ناقصي الأهلية وتخضع لقانون جنسية هؤلاء الأشخاص.

والأشكال الخاصة بالإجراءات وهي اللازمة لتنفيذ إجراءات التقاضي والسير في الدعوى، فتخضع لقانون القاضي لأنها تتعلق بتنظيم القضاء وتنفيذ الإجراءات¹.

كما أن الأشكال المطلوبة لإشهار التصرفات المتعلقة بالأموال، فإنها لا تخضع لقانون الشكل وإنما تخضع لقانون موقع هذه الأموال، إذ أن الغرض من هذه الأشكال هو إعلام الغير وحماية واستقرار المعاملات المالية.

وأما الأشكال المطلوبة لإثبات التصرف مثل تحرير الورقة كتابة أو شهادة الشهود أو إثبات التاريخ أو التوقيع أو التصديق عليه، فإن الفقه في فرنسا يدخلها في نطاق قانون المحل ويخضعها لقاعدة لو كيس².

وهكذا بعد أن تحدد واتضح مفهوم قاعدة لو كيس، أو تطبيق قانون محل الإبرام على الجانب الشكلي للتصرفات القانونية، وبأن الجنسية تلعب دور ضابط الإسناد الثانوي الذي يمكن تطبيقه كما يمكن الاستغناء عنه لصالح قانون محل الإبرام، فسننتقل الآن إلى تطبيقات الجنسية فيما يخص الجانب الشكلي للتصرفات القانونية، في علاقات الأحوال الشخصية، مادام أن هذه الأخيرة هي الميدان الأساسي لتطبيق ضابط الجنسية في إطار تنازع القوانين.

¹ _ فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 342.

² _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 86.

ثانيا: وظيفة الجنسية في إسناد شكل التصرفات القانونية.

بعد أن بينا وظيفة الجنسية فيما يخص الشروط الموضوعية لعقود الأحوال الشخصية، والتي نقصد بها عقد الزواج، الوصية، الهبة، فسنبين وظيفة الجنسية فيما يخص الشروط الشكلية لهذه التصرفات، من خلال التطرق إلى وظيفة الجنسية فيما يخص الشروط الشكلية للزواج (أ)، ثم وظيفة الجنسية فيما يخص الشروط الشكلية للوصية (ب)، والهبة (ج).

أ_ وظيفة الجنسية فيما يخص شكل عقد الزواج:

يقصد بشكل الزواج المظهر الخارجي للإعلان عنه. وتتدرج ضمن هذه العبارة كل الإجراءات ومسائل الاختصاص المتطلبة للإعلان عنه، وكذا كيفية إشهاره.¹ وبصيغة أخرى شكل الزواج هو كافة الشروط المتطلبة لإبرام الزواج والتي ترتبط أساسا بالقالب، أو المظهر الخارجي الذي يتم فيه ويصبح معلوما لدى الغير.²

ولقد إنقسمت التشريعات في نظرها للزواج، ما بين الشكل المدني والشكل الديني، فهناك من يرى أن الزواج مجرد تصرف مدني يتم إبرامه أمام موظف الحالة المدنية، ويجب أن يخضع إلى إجراءات شكلية تسمى بعملية الشهر بهدف إعلام الغير به³، مثل التشريع الألماني والفرنسي. فمثلا في فرنسا الزواج المدني هو الوحيد الذي يؤخذ بعين الاعتبار، أما الزواج الذي يتم في الشكل الديني، وإن ترك إختيارا للمواطنين فلا قيمة له، ولا ينتج آثاره إذا لم يسبقه زواج مدني مسجل. وهناك من يرى أن الزواج عبارة عن تصرف ديني محض، ولهذا يتولى إبرامه رجال الدين، وهذا النظام مطبق في كل من اليونان وبلغاريا، بحيث لا يكفي لإنعقاد الزواج توفر الشروط الموضوعية كالرضا وانتفاء موانع الزواج، بل لا بد من توافر

¹ _ يتخذ شكل الزواج في الجزائر صورا ثلاث فقد يبرم أمام ضابط الحالة المدنية، أو أمام الموثق الذي يلزم باتخاذ إجراءات تسجيله في مصلحة الحالة المدنية المختصة إقليميا، خلال أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ إبرامه، كما قد يكون زواجا عرفيا وهو الزواج المعروف بالفاتحة والذي يحتاج لحكم قضائي لتثبيته. انظر حبار محمد، المرجع السابق، ص 124.

² _ صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 25.

³ - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 178.

شروط وإجراءات شكلية تتمثل في المراسيم الدينية التي يباشرها رجال الدين.¹ وهناك من اتبع منها وسطا يجمع بين النظامين المدني والديني، تاركا الإختيار للزوجين، مثلما الشأن في القانون الإيطالي والبريطاني، وبعض الولايات المتحدة الأمريكية.² لكن بالنسبة للدول الإسلامية فالزواج ذو طبيعة مدنية، ولو أن أحكامه الموضوعية مستمدة من الشريعة الإسلامية.³ هذا ولقد أثار الزواج الديني جدلا كبيرا بخصوص تكييفه، فهل تعد المراسيم الدينية شروط شكلية وبالتالي تخضع لقانون محل الإبرام، أم هي شروط موضوعية تخضع لقانون جنسية الزوجين؟⁴

إن المراسيم الدينية في البلاد الإسلامية ليست نظاما دينيا، لأن الزواج في الشريعة الإسلامية نظام مدني و ليس ديني، إذ لا يشترط لإبرامه حضور رجل الدين أو إحترام طقوس معينة، وبناء على هذا فإن شرط المراسيم الدينية يعتبر من الشروط الشكلية في الجزائر. وهذا ما نص عليه المشرع الكويتي صراحة في المادة 37 من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بقوله:

" يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج كالتوثيق والمراسيم الدينية، إلى قانون البلد الذي يتم فيه الزواج، أو إلى قانون جنسية كل من الزوجين.

¹ - مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 87-88.

² - صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 99.

³ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 164.

⁴ - ما يلاحظ هنا أن الشكل الديني يعد من الشروط الموضوعية في الدول التي تعتبر نظام الزواج مدني، وبالتالي تخضعه أساسا لقانون محل الإبرام، أما الدول التي تعتبر الزواج ديني، فستعده من الشروط الشكلية، وبالتالي ترجيح قانون جنسية الزوجين ولو كانوا مقيمين بالخارج. أنظر صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 100-101.

يجب إحترام نصوص قانون جنسية كل من الزوجين فيما يتعلق بالإعلان أو النشر عن الزواج، ولكن لا يترتب على عدم حصول هذا الإعلان أو النشر بطلان الزواج في غير البلاد التي خولف قانونها".¹

إذا المشرع الكويتي بهذا يكون قد نص على قاعدة إسناد صريحة فيما يخص شكل الزواج، على غرار الكثير من الدول العربية². في حين لم تنص على ذلك دول أخرى، وإنما أخضعتة للقاعدة العامة الخاصة بالعقود كالقانون المصري، السوري، الليبي، والجزائري الذي نص عليه في المادة 19 من القانون المدني السابق ذكرها، وعليه سيخضع شكل الزواج إما لقانون محل إبرامه، أو للقانون الوطني للزوجين، أو لقانون موطنها المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية، و هو نفسه قانون جنسية الزوجين .

وبهذا قد جعل المشرع الجزائري من قاعدة "لوكيس" "locus" قاعدة اختيارية، شأنه شأن غالبية التشريعات المعاصرة، مادام أنه أخذ بضابط الجنسية كذلك، وسمح لرعاياه بإبرام زواجهم، أمام بعثاته الدبلوماسية والقنصلية في الخارج . هذا الاختصاص الذي أقرته مختلف المعاهدات الدولية³، والذي يتضح من خلال المادة 96 من قانون الحالة المدنية لسنة 1970، والمستلهم من المادة 48 من التقنين المدني الفرنسي، والتي تعتبر كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي، صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية. كما يفهم من خلال المادة 97 من قانون الحالة المدنية على أنه يعتبر

¹ - مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 89.

² - كالقانون التونسي، والمغربي، والأردني، وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة لسنة 1985، الذي يقضي بإسناد الزواج شكلا إلى قانون محل الإبرام، أو قانون جنسية كل من الزوجين. أنظر زوتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 165 .

³ - كمعاهدة فيينا المنعقدة في 24 أبريل 1948، والتي صادقت عليها الجزائر في 04 مارس 1964، واتفاقية لاهاي لسنة 1978 المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته، والتي سمحت للأفراد بإبرام الزواج، أمام بعثاتهم الدبلوماسية والقنصلية في الخارج، شريطة أن لا تمنعهم الدول المعتمدين فيها من ذلك، والاتفاقية الجزائرية الفرنسية بتاريخ 24 ماي 1974، التي تفوض القناصل بعقد الزواج حين يكون الزوجان المقبلان من جنسية دولة الإرسال. أنظر موحّد إسعاد، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، مرجع سابق، ص 303.

صحيحا الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية، ويتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية، أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية¹.

إذن أعطى التشريع الجزائري، الاختيار لرعاياه في الخارج، إما أن يبرموا زواجهم وفق الشكل المحلي للدولة الموجودين بها، أو أمام الأعوان الدبلوماسيين والقناصل الجزائريين، متى كان الزوجان جزائريين. بحيث أن زواج الجزائريين المبرم أمام الهيآت الدبلوماسية والقنصلية يبقى خاضعا دائما للقانون الجزائري، وهذا بالنسبة للشروط الموضوعية والشكلية على حد سواء². أما إذا كان الزواج مختلطا فيمكن إبرام الزواج كذلك أمام الهيآت الدبلوماسية والقنصلية الجزائرية، إذا كان الزوج جزائريا والزوجة أجنبية وتتمتع بجنسية البلد المضيف، أما إذا كانت من غير جنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لا يتم إلا في البلاد التي ستحدد بمرسوم . وهذا وفق ماحدّته المادة 2/97 و 3 من قانون الحالة المدنية بقولها:

" ويجري مثل ذلك (أي أن الزواج يكون صحيحا) بالنسبة لزواج تم إبرامه في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية.

غير أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لن تتم مراسيمه إلا في البلاد التي تتحدّد بمرسوم ."

¹ - نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، مرجع سابق، ص 159

² _ بحيث يجب احترام جميع الشروط الموضوعية في القانون الجزائري، مثل الرضا وأهلية الزواج وانعدام الموانع الشرعية. انظر مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 117.

إلا أن هذا المرسوم لم يتم استصداره لحد الساعة. وبما أن النص لم يتناول زواج الجزائرية بأجنبي، فنستطيع القول أنه ليس من اختصاص الهيئات الدبلوماسية الجزائرية إبرامه¹.

ولكن الملاحظ أن الزواج المبرم عن طريق الهيئات الدبلوماسية، يثير مشكلة تخص مدى الاحتجاج به في دولة الإبرام، لأنه يجب أن تكون هذه الأخيرة، تعترف بهذا الاختصاص للسلك الدبلوماسي الأجنبي، خاصة أن بعض الدول لا تسمح به، كالقانون الألماني والسويسري²، اللذان يجعلان من " قاعدة لو كيس " قاعدة إجبارية، حتى بالنسبة للأجانب، وكالقانون الفرنسي، الذي وان كان يسمح للسلك الدبلوماسي الأجنبي بإبرام زواج رعاياهم، إلا أنه لا يعترف به إذا كان أحد الزوجين أجنبيا أو فرنسيا .

و في هذا المجال، فإن المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي، يأخذ بقاعدة المعاملة بالمثل، بمعنى أنه لا يسمح للرعايا الأجانب، بإبرام زواجهم أمام قنصلياتهم في الإقليم الوطني، إلا إذا كانت دولهم تسمح للجزائريين بهذا، وبشرط أن يكون الزوجان الأجنبيان من نفس جنسية بلد القنصل، أما إذا كان أحدهما فقط حاملا لهذه الجنسية، والآخر أجنبيا، فوفقا للرأي الراجح³ لا يتم انعقاد الزواج صحيحا، إلا إذا روعيت فيه الأشكال المحلية التي يتطلبها القانون الجزائري، على أساس أن التفسير الصحيح للمادة 19 قانون مدني، لا يجيز زواج

¹ _ بحيث أن زواج الجزائرية بأجنبي في الخارج لا يجوز إبرامه في الشكل المحلي، أو أمام الهيئات الدبلوماسية لجنسية بلد زوجها، على حساب الشروط الموضوعية لصحة الزواج في القانون الجزائري، ونقصد هنا بشكل خاص عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم، كما لا يجوز إبرامه في الخارج وفقا للشكل الديني الذي يتطلبه قانون المحل.

² _ والتشريع الدنماركي والياباني، فزواج دنماركيين في ألمانيا أمام الكنيسة وكما هو مقرر في قانون جنسيتها، لا يعد صحيحا في منظور القانون الدنماركي الذي يوجب أن يستوفي شكله حسب قانون محل الإبرام (القانون الألماني)، ويستثنى من ذلك إذا تم الزواج في دولة إسلامية أو وثنية، حيث يعد صحيحا إذا لم يستوف الشكل المحلي في تلك الدولة، وهذا ما أكدته الفقه الإنجليزي. انظر عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 172.

³ _ يذهب إلى هذا الرأي، زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 168 . في حين يذهب إلى خلاف ذلك الدكتور موحد إسعاد، الذي يرى أنه يكفي أن يكون أحد الزوجين من جنسية بلد القنصل، حتى يعقد الزواج صحيحا أمام القنصلية الأجنبية في الجزائر، وذلك أخذا بمبدأ المعاملة بالمثل في المادة 97 فقرة 2 من الحالة المدنية.

الأجانب وفق قانون جنسيتهم، وأمام هياتهم الدبلوماسية إلا إذا كانا من جنسية واحدة، أما إذا كانا من جنسيتين مختلفتين، فإن الشكل المحلي يصبح حينئذ إلزامياً .

وإذا كانت غالبية التشريعات التي تعتبر الزواج نظاماً مدنياً، تجعل امتداد قانون الجنسية امتداداً احتمالياً أو إختيارياً، وذلك بتطبيق قانون محل الإبرام أو قانون الجنسية المشتركة، على شكل الزواج، وهو ما أقرته أغلب التشريعات الأجنبية كالتشريع الفرنسي، الألماني، البلجيكي،¹ وغالبية التشريعات العربية. فإن الدول التي تعد الزواج نظاماً دينياً تجعل خضوع شكل الزواج لقانون الجنسية قاعدة إجبارية، وامتداد الجنسية فيها امتداد حتمي وهو ما أقرته بعض التشريعات كالتشريع البلغاري، واليوناني، وحتى الإسباني لكن هذا الأخير يفرق بين الذين يدينون بالمذهب الكاثوليكي الذي يعتبر الزواج بالنسبة إليهم نظام ديني، أما باقي المذاهب فيبقى الزواج بالنسبة بالنسبة إليهم نظام مدني.²

وعليه إذا كان الزوجان أو أحدهما يحمل جنسية دولة تعد الزواج نظاماً دينياً مثل اليونان، فإن زواج رعاياها في الخارج وفق القانون المحلي (محل الإبرام)، لا يعتبر صحيحاً.³

ب: وظيفة الجنسية فيما يخص الشروط الشكلية للوصية.

تختلف أحكام التشريعات فيما يتعلق بالشكليات التي تشترط في تحرير الوصية، فمثلاً تعترف فرنسا بثلاثة أشكال، هي الوصية الرسمية أو العامة، الوصية الخطية أو العرفية، والوصية السرية. فالوصية العامة أو الرسمية تحرر من طرف موثقين بحضور شاهدين، أو من طرف موثق بحضور أربعة شهود، والوصية الخطية يشترط لصحتها، أن يتم تحريرها بخط الموصي وبتوقيعه عليها و يذكر تاريخها. أما الوصية السرية فيوقع عليها من طرف الموصي

¹ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين و الإختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 266.

² - عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 170، 171.

³ - إلا أن التشريع اليوناني عدل عن موقفه هذا عندما أصدر مشروع التعديل رقم 1250 لسنة 1982، في المادة (1/13)، التي أتاحت لليونانيين إجراء عقد زواجهم وفق الشكل الديني أو المدني، أي لم يصبح تطبيق قانون الجنسية ضرورة حتمية وإنما أصبح إختيارياً، انظر عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 174.

و تقدّم مغلقة بحضور ستة شهود على الأقل للموثق الذي يقوم بتسجيلها. في حين تأخذ سويسرا و ألمانيا، بالوصية الرسمية و الوصية الخطية و الشفوية¹.

أما المشرع الجزائري، و على خلاف الشريعة الإسلامية التي تعترف بالوصية العرفية والشفوية، فالمرجح أنه لا يعترف إلا بالوصية الرسمية، و ذلك لأنه لم يتكلم عن انعقاد الوصية و إنما تكلم عن إثباتها، وأوجب أن يكون بالعقد الرسمي، و في حالة وجود مانع تثبت بحكم، مما يفهم منه أن هذه الرسمية مشترطة أيضا للانعقاد.

إذن، نظرا لاختلاف التشريعات في مجال شكل الوصية، و ما يؤدي إليه من خلق تنازع القوانين، حرصت أغلب القوانين العربية إلى وضع قاعدة إسناد مستقلة، بموجبها أخضعت الوصية من حيث الشكل إلى قانون جنسية الموصي وقت الإيضاء (أي وقت إجراء الوصية) أو قانون البلد الذي تمت فيه²، وهو نفس موقف التشريع الفرنسي. أما اتفاقية لاهاي المنعقدة في 5 أكتوبر 1961 بخصوص تنازع القوانين في شكل الوصية، فقد قدمت عدة اختيارات فيما يخص القانون واجب التطبيق عليها، إما قانون الجنسية، أو موطن الموصي، أو محل إقامته، أو قانون موقع العقار، إذا تعلق الوصية بعقار³.

وبالنسبة للقانون الجزائري، فقد كان يخضع شكل الوصية، و يلحق بها سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، لقانون الموصي وقت الإيضاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، بموجب قاعدة إسناد خاصة هي المادة 2/16 قانون مدني. غير أن هذه الفقرة ألغيت في القانون المدني المعدل سنة 2005، مما يستخلص منه أن المشرع أراد إخضاعها للقاعدة العامة في شكل التصرفات القانونية، أي المادة 19 قانون مدني.

¹ - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 200

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

³ - Jean Derruppé, op cit , p 169, 170.

و بهذا تخضع الوصية و سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، إما لقانون محل إبرامها، أو للقانون الوطني المشترك للموصي و الموصى له، أو المتبرع والمتبرع له_ و هو قانون جنسيتها إن اتحدا جنسية_ وإما لقانون موطنهما المشترك، أو للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية و هو قانون جنسية الموصي أو المتبرع وقت الوفاة . إلا أن هذا القانون الأخير يطرح ثغرة قانونية، لأن فيه عنت للموصي أو المتبرع، مادام أنه لا يعلم هذا القانون سلفاً، فقد يطرأ تغيير على جنسيته بعد عمل الوصية أو التصرف، و قبل الوفاة مما قد يؤدي إلى إبطالها، كما أنه غير منطقي لأنه يتعارض مع المبادئ العامة، التي تحكم شكل التصرف أي القانون الساري المفعول وقت إبرامه¹ .

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

وبناء على ما تقدم، فللجزائريين في الخارج أن يحرروا وصاياهم في الشكل المعمول به في محل إبرامها تطبيقاً لقاعدة لو كيس، أو لدى أعوان السلك الدبلوماسي و القنصلي الجزائري المعتمد في الخارج² .

ج_وظيفة الجنسية فيما يخص الشروط الشكلية للهبية.

لم ينص المشرع الجزائري على قاعدة إسناد صريحة فيما يخص الجانب الشكلي للهبية، مما يعني أنها تخضع لنفس حكم المادة 19 قانون مدني الخاصة بالتصرفات القانونية. وبالتالي سيخضع شكل الهبة إما لقانون محل إبرامها، أو لقانون الجنسية المشتركة لكل من الواهب والموهوب له، أو لقانون موطنهما المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، و هو نفسه قانون جنسية الواهب وقت إجراء الهبة وفقاً للتشريع الجزائري.

¹_زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص202، و أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص911.

²_موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 88، 89.

وبالرجوع لأحكام القانون الداخلي، نجد أن المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري، تنص أنه: " تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة."

مما يفهم معه أن الرسمية، أو إجراءات التوثيق وما يتبعه من شهر، يعتبر شرطاً لانعقاد الهبة متى تعلقت بالعقارات، وليست دليلاً للإثبات فقط، ويقصد به المشرع حماية الواهب لتوجيه نظره إلى جسامه العمل الذي يقدم عليه، وهو تجرده عن بعض أمواله دون مقابل. وعلى ذلك فإن لهذا النص أثراً خارج الإقليم، بمعنى أن الجزائري لا يصح له أن يهب أمواله ولو كان موجوداً في الخارج إلا في الشكل الرسمي، وإن كان قانون محل الهبة يجيز تماماً بعقد عرفي¹. أي أن الشكل المطلوب لانعقاد الهبة وفقاً للرأي الراجح، يعتبر قاعدة موضوعية شرعت لحماية رضاء الواهب، فالشكالية تكمل الأهلية، مما ينبغي معه أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، أي قانون جنسية الواهب وقت إجراء الهبة، ولا تعتبر من مسائل الشكل، وبالتالي لا يمكن خضوعها لقاعدة لوكيس، أو محل الأبرام².

الفرع الثاني: الحالات التي تحكمها الجنسية كضابط إسناد احتياطي.

يقصد بهذه الحالات في التشريع الجزائري القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية. لكن ما هي هذه الأخيرة.

يقصد بالإلتزامات التعاقدية، الإلتزامات الناشئة عن العقود أو التصرف بإرادة منفردة، في الإطار الدولي، مادامت العقود الداخلية لا تهمنا كونها تخضع للقانون الداخلي للدولة.

¹ _قياساً على ما ورد بمؤلف حامد زكي، المرجع السابق، ص 306.

² _علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 85.

والعقد الدولي يتحدد بمعيارين بالمعيار القانوني وهو أن يتخلل العقد عنصرا أجنبيا يجعله مرتبطا بأكثر من نظام قانوني، كإختلاف جنسية الطرفين المتعاقدين¹ أو إختلاف موطنهما، أو إختلاف مكان إبرام العقد عن مكان تنفيذه، كما يتحدد بالمعيار الإقتصادي إذا كان من شأنه المساس بمعطيات التجارة الدولية، كأن يترتب عليه نقل بضاعة من دولة لأخرى مقابل نقل الثمن، أو نقل بضاعة من الدولة الثانية للأولى.²

هذا وإن العنصر المؤثر في الإلتزامات التعاقدية هو السبب المنشئ للعلاقة والمتمثل طبعا في العقود، أو التصرف بالإرادة المنفردة، ولهذا فمن البديهي أن ضابط الإسناد المناسب لها يختلف عن الضابط الذي يحكم الأحوال الشخصية والذي هو الجنسية، والتي يعتبر عنصر الأطراف هو عنصر الثقل فيها .

وعليه فما هو ضابط الإسناد المناسب لحكم الإلتزامات التعاقدية؟ وهل من أثر للجنسية بخصوص هذا الضابط؟ بمعنى آخر هل يمكن أن يمتد دور ضابط الجنسية من الأحوال الشخصية ليسري على الإلتزامات التعاقدية؟ وإن كان ذلك هل من امثلة عملية على تطبيق قانون الجنسية في إحدى العقود.

¹ لقد أثارت مسألة مدى دور إختلاف جنسية الأطراف في تدويل العقد الدولي الكثير من الجدل الفقهي، لهذا خلص الدكتور عبد الرسول الأسدي أن المعيار القانوني أكثر حضورا في نطاق العلاقات المتعلقة بحالة الأشخاص أي عقود الأحوال الشخصية كالزواج، أما المعيار الإقتصادي فيعتبر أكثر فاعلية وحضورا في نطاق العلاقات التي موضوعها أموال أو تبادل تجاري. وهذا هو الأصل لكن يمكن الجمع بين المعيارين وخاصة في نطاق العلاقات المالية والتجارية بشكل خاص. انظر عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، 106.

² -حبار محمد، المرجع السابق، ص148، وانظر كذلك في تعريف العقد الدولي أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص961-962.

أولاً: وظيفة الجنسية فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

لقد كانت المادة 18 من القانون المدني الجزائري قبل التعديل تنص أنه : " يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر".

و الملاحظ من هذه المادة أن المشرع أخذ بضابط الإرادة كأصل عام، لكن قصد الإرادة الصريحة فقط، ولم يأخذ بالإرادة الضمنية أو المفترضة.¹ فإذا لم يتحقق هذا الضابط أخذ بمكان إبرام العقد.

ولقد أعطى التشريع أهمية لقانون محل الإبرام، ولعل هذا ينبع من أهميته الكبيرة فهو المكان الذي يشهد ولادة العقد، باعتباره أول حدث في حياة العقد، وهو قائم مشترك بين المتعاقدين الأمر الذي يسهل عليهما معرفته والوقوف على أحكامه، وفي تطبيقه حماية لتوقعات أطرافه.²

وقد تم تعديل المادة 18 السابقة الذكر بموجب القانون المدني 05-10 فأصبح فحواها.

" يسرى على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد .

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد" .

¹-فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص317.

²-ومع هذا تعرض قانون محل الإبرام للقدح لكونه غالبا ما يكون حدثا عرضيا تفترضه الصدفة ولا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة، وفي نطاق عقد العمل يعجز هذا القانون عن تحقيق الحماية المطلوبة للطرف الضعيف إقتصاديا، كما أنه لا يساعد أطراف العقد في معرفة القانون الواجب التطبيق بيسر وسهولة إذا كان العقد مبرما بين غائبين كما في غالب العقود الدولية. أنظر بوسماحة الشيخ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، دكتوراه في الحقوق، قانون خاص، جامعة سيدي بلعباس، 2007، 2008، ص92

وهكذا يظهر من الصياغة الجديدة للمادة 18 أنها أفضل من سابقتها¹، فقد تبنت مبدأ قانون الإدارة² بوصفه قانون عالمي، ولكن قيده بضرورة أن يكون للقانون المختار صلة حقيقية بالعقد من حيث إبرامه أو تنفيذه، أو بالمتعاقدين من حيث جنسيتهما أو موطنهما، وهو ما يعبر عن نزاهة الاختيار، أما في حالة الإنحراف في استعمال هذه الرخصة لأغراض تدليسية تهربا من القانون المختص أصلا، فيستبعد القانون المختار وتطبق محله أحد الضوابط الاحتياطية بالتسلسل المذكور في النص³، قانون الموطن المشترك، أو قانون الجنسية المشتركة في نفس المرتبة، وإلا فقانون محل الإبرام⁴. و يعتدّ باختيار الأطراف سواء كان صريحا أو ضمنيا.⁵

¹ - فقد كانت المادة 18 فقرة 1 قبل التعديل منقذة، واختلف شراح القانون الجزائري في تأويل مضمونها، ولقد تأثر المشرع في صياغتها بالمادة 126 من مبادئ التشريع المدني السوفياتي لسنة 1962، بأخذ قانون محل الإبرام في حالة عدم الاختيار الصريح لقانون آخر، وهو حكم يتماشى مع سياسة الدول الإشتراكية التي تحتكر فيها مؤسسات القطاع العام ممارسته التجارة الخارجية، وغالبا ما يبرم العقد بطابعه الإحتفالي في إقليم الدولة، كما أن المادة لم تذكر ضوابط إسناد إحتياطية أهم من محل الإبرام كقانون الجنسية المشتركة، وقانون الموطن المشترك، وقانون محل التنفيذ، كما أنها توحى أن مبدأ حرية الاختيار مطلق، مع أن الثابت في أغلب النظم القانونية، هو ضرورة أن يكون للقانون المختار صلة حقيقية بالعقد أو المتعاقدين، أنظر زروتي الطيب، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي بالجزائر بقانون 10_05، مرجع سابق، ص 270.

² - قاعدة قانون الإرادة هي في أصلها قاعدة عرفية دولية تم إدراجها ضمن النظم القانونية الوطنية تشريعا أو عرفيا أو اجتهدا قضائيا، ولكنها لم تفقد صفتها الدولية، ولهذا فهي قد تشير بتطبيق نظام قانوني داخلي سواء كان القانون الوطني أو الاجنبي، كما قد تشير إلى نظام عبر الدول، بما في ذلك قانون التجار "LEX MERCATORIA". انظر جورج حزبون حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة 26، الكويت، يونيو، 2002، ص 258، 261.

³ - زروتي الطيب، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي بالجزائر بقانون 10_05، مرجع سابق، ص 271.

⁴ - وعلى عكس هذا الترتيب السائد في القانون الجزائري، فقد أشار جانب من الفقه، إلى انه في حال سكوت الأطراف في عقد دولي عن تعيين القانون الذي سيخضع له العقد، لا بد للقاضي ان يختار من القوانين ذات الصلة بالعقد، القانون الذي يكون اكثر ملاءمة مع مضمون العقد، وقد أخذ بهذا التوجه الفقهي ضمن الأحكام القضائية الفرنسية، وتم تبني هذه الفكرة في قانون الاجراءات المدنية الفرنسي لعام 1981، الذي أوضح في المادة 1496، منه عند الحديث عن التحكيم الدولي بضرورة أن يحكم المحكم النزاع وفقا لقواعد القانون التي تم اختيارها من قبل الأطراف، وفي حال عدم وضوح إرادتهم فيحكم وفق القانون الذي يراه مناسبا. انظر جورج حزبون حزبون، المرجع السابق، ص 242، 243.

⁵ - زروتي الطيب، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي بالجزائر بقانون 10_05، مرجع سابق، ص 271.

هذا وإن العقود التي تدخل في نطاق قانون الإرادة، هي تلك التي تتم بين الأحياء فلا تشمل الوصية، كما لا تشمل عقود الأحوال الشخصية مثل عقد الزواج أو الهبة¹، والتي سبق وبيننا القانون الذي يحكمهما، ولا يدخل فيها كذلك العقود التي تكون الدولة أحد أطرافها²، أو فروعها، كما أن العقود المتعلقة بعقار يحكمها قانون موقع العقار.³

ويرجع تاريخ مبدأ قانون الإرادة إلى ما قبل القرن 15، عندما بين الفقيه الإيطالي "كورسيسوس" أن الأساس الفكري لتطبيق قانون بلد الإبرام على العقد، على نحو ما أخذه به فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة، هو خضوع المتعاقدين الإرادي لهذا القانون، لأن إتفاق المتعاقدين على إبرام العقد في مكان معين يتضمن قبولهما الضمني بالخضوع لقانون هذا المكان، وبعد ذلك اتضح مبدأ الإرادة أكثر من خلال الفقيه الفرنسي "ديمولان" "dumoulin"، الذي أعلن النتائج المنطقية المترتبة على فكرة الخضوع الإرادي كأساس لقاعدة خضوع العقد لقانون الإبرام⁴، بقوله:

"إذا كان قانون محل الإبرام يطبق على العقد استنادا إلى إرادة المتعاقدين الضمنية، فإن من حقهما إختيار قانون آخر غير قانون محل الإبرام ليحكم عقدهما".⁵

ولقد كان الفضل ل "ديمولان" في فصل موضوع العقد عن شكله، وإخضاع الشكل فقط لقاعدة "لوكيس" التي اقتصر تطبيقها من يومئذ على شكل التصرفات القانونية، وهكذا نشأ مبدأ

¹ - على علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 106.

² - حبار محمد، المرجع السابق، ص 155.

³ - وقد نص المشرع الجزائري على هذا الإستثناء صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة 18 قانون مدني بقوله: "يسري على العقود المتعلقة بعقار قانون موقعه".

⁴ - لقد قال الفقيه ديمولان عن مبدأ كفاية الإرادة لكي يمنع تطبيق قانون موقع المال على العقارات المملوكة للزوجين، إذا وجدت في مقاطعات مختلفة، فتخضع هذه العقارات كلها فيما يخص مشاركة الزواج لقانون واحد، هو القانون الذي إختاره الزوجان، فقانون إرادة المتعاقدين يطبق على العقارات حتى الموجودة خارج الإقليم، أنظر حامد زكي، المرجع السابق، ص 339، وعز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ج 2، ص 410.

⁵ - فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 316، وكذلك علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 106-107.

سلطان الإرادة¹، أول ما نشأ في نطاق القانون الدولي الخاص، ثم تلقفه فقهاء القانون المدني وتوسعوا في تطبيقه، حتى ازدهر ازدهارا كبيرا من بعد "ديمولان"، وبلغ من الازدهار أن اعتنقته التشريعات الوضعية، وأخذت به إتفاقية لاهاي المنعقدة في 1954، بشأن التنازع بين القوانين في البيوع، وأخذ به قضاء كل الدول تقريبا.²

فقد كرست مختلف القوانين المقارنة قاعدة خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف.³ ففي فرنسا، وفي 5 ديسمبر عام 1910 صدر الحكم الذي يعد بمثابة دستور قانون الإرادة، ومقتنه وجاء به: "إن القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بآثارها أو بشروطها هو القانون الذي يتبناه الأطراف".

وأخذت بالمبدأ الكثير من الدول العربية، على إختلاف فيما بينها في طبيعة ضوابط الإسناد الإحتياطية، التي تلي مرتبة قانون الإرادة.

فمثلا المادة 20 من القانون المدني السوري تنص أنه: "إذا لم يختر المتعاقدان القانون الواجب التطبيق على عقدهما، أو لم يتبين من ظروف الحال ذلك، فإن قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحدا موطنا هو الواجب التطبيق، وإلا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد⁴، وهو نفس الحكم في المادة 19 من القانون المدني المصري.

¹-يقال أن "سافيني" هو أول من استعمل إصطلاح مبدأ سلطان الإرادة في القرن 19، كما قيل أن الفيلسوف "كانت" هو أول من استعمله، أنظر أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص444.

²- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص107، وأحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص445.

³-كالقانون المدني الاسباني لعام 1974، والقانون الدولي الخاص النمساوي والمجري لعام 1979، والتركي لعام 1982، والسويسري لعام 1987، والروماني لعام 1992، والقانون المدني البيروني لعام 1984، والقانون المدني الألماني لعام 1986، كما يعترف النظام القانوني في كل من إنجلترا، كندا، استراليا، والولايات المتحدة الأمريكية بقاعدة قانون الإرادة. انظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص951.

⁴- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص314.

ووفقا لهاته المادة في القانون المصري والسوري، فإن العقد يخضع للقانون الذي تختاره إدارة المتعاقدين صراحة، فإن لم يتفقا صراحة على اختيار قانون معين، رجع القاضي إلى إرادتهما الضمنية¹، وهي التي تستخلص من الظروف فإن لم يستطع أن يصل إلى هذه الإرادة من ظروف العقد، رجع إلى الإرادة المفترضة، ويستدل عليها بالقرينتين اللتين وردتا بالنص وهما الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطنا، وإلا فمحل إبرام العقد. وهو ترتيب ملزم للقاضي فيجب عليه أن يتدرج من الإرادة الصريحة إلى الضمنية إلى المفترضة.²

ودون الخوض أكثر في تفاصيل قانون الإرادة، وما هي المسائل في العقد التي يحكمها، وما هي التي يمكن أن تخرج من اختصاصه، ما دام أن غرضنا الأساسي من التطرق للقانون الذي يحكم العقود، هو الوقوف على وظيفة الجنسية.

لهذا سنعود للمادة 18 من القانون المدني الجزائري، والتي على الأقل اعتمدت الجنسية كضابط احتياطي، وجعلتها من بين القرائن على الإرادة المفترضة، التي يستدل بها القاضي على القانون الواجب التطبيق، على عكس التشريع المصري والسوري، والكثير من الدول العربية، التي وإن أعطت للموطن المشترك مكانة في حكم موضوع التصرفات التعاقدية، إلا أنها أهملت ضابط الجنسية المشترك، بالرغم من أهميته باعتباره يمثل تركيز موضوعي للمعاملات التجارية الدولية. وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 5

¹- يرى الفقه عموما أن مجرد اتفاق المتعاقدين على جعل النزاع المتعلق بالعقد، خاضعا لمحاكم دولة معينة تعد قرينة على إرادتهما في إخضاع العقد لقانون هذه الدولة، ومن القرائن كذلك اتفاق المتعاقدين على تنفيذ العقد في دولة معينة، كما أن استخدام المتعاقدين للاصطلاحات المقررة في قانون معين، أو الإشارة لنصوص قانون معين، أو تحرير العقد بمعرفة موثق تابع لدولة معينة، يعد أيضا من القرائن التي تسمح بالكشف عن الإرادة الضمنية، أنظر في هذا موسى عبود، المرجع السابق، 279، 280، وعز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، المرجع السابق، ص433.

²- الإرادة المفترضة هي التي يرى القاضي أن المتعاقدين كان سيختارنها لو توافرت لهما الظروف الكافية من وقت وتبصر، ويستدل عليها بالقرينتين المذكورين في المادة وهما الموطن المشترك، ومحل إبرام العقد، وهكذا فالقاضي مقيد بهذين القرينتين، فلا يجوز له الخروج عنهما، أنظر أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص454، 455، إن تقيد القاضي هذا هو الذي دعا الأستاذ فؤاد ديب إلى القول أن المشرع رفض اللجوء للإرادة المفترضة، أنظر مرجعه السابق في تنازع القوانين، ص319.

ديسمبر 1910، بأن قانون الجنسية المشتركة له الأفضلية. ويأخذ القضاء الألماني بقانون الجنسية المشتركة، متى كان المتعاقدين ألمانين. واشترك المتعاقدين في الجنسية هو أول قرينة في القانون الإيطالي¹، كما أنه يفترض في المتعاقدين أن يكون عالمين بقانون جنسيتها المشتركة أكثر من علمهما بغيره من القوانين، لهذا تم إدراجه من بين القوانين التي يمكن أن تحكم عقودهم.²

ويرى الفقيه "Wiess"، بوجه عام أنه إذا كان المتعاقدون ينتمون بجنسيتهم إلى دولة واحدة، فإنه يجب افتراض قبولهم الخضوع للقانون الشخصي الذي يعلمون مضمونه تماما، ويكون من قبيل الاحتمال القوي أنهم أرادوا الخضوع لهذا القانون، الذي يحكم طبيعة اتفاقهم وشروطه وآثاره في حدود النظام العام، وذلك ما لم توجد إرادة مخالفة.³

إلا أنه مع هذا فإن قانون الجنسية يلعب دورا أقل أهمية في العقود عنه في مسائل الأحوال الشخصية، ولهذا يرى الفقيه "مانشيني" أن تطبيق القانون الشخصي المشترك للخصوم بوصفه قانون الإرادة، يعد إستثناء من القاعدة العامة لشخصية القوانين، ويمكن القول بأن إسناد الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية، يركز على أسباب تختلف عن تلك التي تعتبر الجنسية عنصر إسناد موضوعي لعقد معين، ففي نطاق الأحوال الشخصية ينحصر الوضع في أن يطبق على كل شخص قانونه، سواء كان القانون الوطني، أو قانون الموطن، أو قانون الإقامة، لكون أن هذه القوانين تحقق أهدافا سياسية مرتبطة بالشخص ذاته، ومناطقها عناصر الشخصية، وتخضع لعادات وتقاليد وأفكار دينية، بينما تختلف المسألة بالنسبة لدور

¹ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص114، وأحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص407.

² - فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص339.

³ - لكن يرى الفقيه "Weiss" أن هذه القاعدة تتسم بالمرونة، فإذا ترك الأطراف أرض وطنهم مدة طويلة وحددوا موطنهم ومركز أعمالهم في بلد أجنبي، وثبت أنهم على علم بقوانين هذا البلد أكثر من علمهم بتشريعاتهم الوطني، فيمكن للقاضي أن يأخذ هذا الظرف بعين الاعتبار، فيطبق قانون الموطن على العقد، متى كانت الوقائع المطروحة عليه تضي على هذه القرينة نصيبا من الصحة. انظر مرجعه

القانون الوطني في خصوص تطبيقه على العقود، فوفقا لمفهوم نظرية التركيز تعتبر الجنسية والموطن، أفكارا أجنبية خارجة عن نطاق العقد، الذي ينفرد بذاتية قانونية مستقلة قائمة بذاتها، ويكون تطبيقه بهذا الوصف على ضوء هذه الاعتبارات، التي تختلف عن الاعتبارات التي تستند إليها مسائل الأحوال الشخصية المختلفة.¹

بعد أن اتضحت المعالم العامة لمفهوم قانون الإرادة، ووظيفة الجنسية فيه، فستخصّص في نوع معين من أنواع العقود، لنرى مدى إمكانية تطبيق قانون الجنسية عليه، وارتأيت أن يكون عقد العمل.

ثانيا: مدى تطبيق قانون الجنسية على عقد العمل.

إن عقد العمل الدولي يتميز عن غيره من العقود ببعض المواصفات²، التي جعلت إسناده يخرج عن القاعدة العامة الواردة بالمادة 18 قانون مدني، أي قانون الإرادة، ويخضع لقانون مكان التنفيذ، لأن أداء العمل هو العنصر المميز أو الحاسم الذي تتركز به علاقات العمل في مكان معين، فإذا اختار الأطراف صراحة قانونا، لا يتطابق مع قانون مكان التنفيذ الذي يمارس فيه العامل، نشاطه لمصلحة رب العمل، فعلى القاضي تصحيح هذا الاختيار ليرد

¹ _ بوسماحة الشيخ، المرجع السابق، ص 111.

² _ وفي هذا نشير إلى أن الصفة الأجنبية المحددة لدولية عقد العمل، عملا بالمعيار القانوني الحديث، تتمثل في الدور الإيجابي لعناصر الربط في علاقة العمل بين العامل وعمله، وليس بين العامل ورب العمل، فكلما كان لاختلاف الجنسية أو مكان أداء العمل هذا الدور تحققت دولية العقد، أما إذا كان الدور سببياً، أو محايداً فينتفي الطابع الدولي ويحتفظ العقد بطابعه الوطني رغم تعدد عناصر الربط، والقاضي هو المخول لاستخلاص هذا الدور في إطار المعايير المذكورة. مثلاً إذا أسست شركة أجنبية فرعاً لها في الجزائر، واستخدمت فيه عمالاً جزائريين، فلا يشكل اختلاف الجنسية هنا معياراً لدولية عقد العمل لأن الصفة الأجنبية هنا عنصر سلبي يخص العلاقة بين العامل ورب العمل. وفي المقابل يكون اختلاف الجنسية عنصراً مؤثراً كالاستعانة مثلاً بعامل فني أجنبي لإنجاز مشروع، أو تعيين مدير لفرع الشركة، فهذا يضيف على العقد الطابع الدولي، بالرغم من ارتباط العناصر الأخرى بدولة واحدة، لأن الطابع الدولي يخص العلاقة بين العامل وعمله، ولو كان من المقرر إنجازه في بلده. انظر زروتي الطيب، تنازع القوانين في عقد العمل الدولي طبقاً للقانون الجزائري، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، مرجع سابق، ص 341، 342.

علاقة العمل إلى مقرها الصحيح، وهو قانون مكان التنفيذ باعتباره مركز الثقل في علاقة العمل¹.

إلا أنه من بين ما يجلب الاهتمام في هذا الموضوع أنه بالرغم من هذا الإسناد الموضوعي، إلا أن هناك من الفقه من ينادي بتطبيق قانون الجنسية المشتركة للأطراف في عقد العمل، بل حتى أن هناك أحكاماً قضائية عديدة أخذت بقانون الجنسية.

فبعض الفقه يشير إلى إعمال قانون جنسية الأطراف في مجال عقد العمل متى كان العقد منفذاً خارج الإقليم الوطني، وكان العامل ورب العمل يحملان جنسية واحدة².

بينما يذهب بعض الفقه الآخر أن الجنسية المشتركة للأطراف، تعتبر قرينة قوية تأييداً للقانون الوطني، وهي الضابط الأساسي للإسناد، وأن قانون مكان التنفيذ لا ينعقد له الاختصاص التشريعي إلا عند انتفاء التماثل بين جنسية الأطراف. ويرى "pillet" تطبيق القانون الوطني بوصفه القانون الذي يؤكد الحماية الفعالة للعامل التي يتطلبها المشرع في قانون العمل³.

كما يلاحظ أن القضاء الفرنسي، في تحديده للقانون الواجب التطبيق على عقد العمل، أسند الاختصاص لضابط الجنسية أو الموطن المشترك للمتعاقدين، وفي هذا الصدد قضت محكمة باريس في 16 مارس 1925، أن نتائج العقد تخضع لقانون العقد ذاته، أي القانون الذي يشير إليه الأطراف صراحة، وعند إلزامهم الصمت يطبق القانون الوطني حال اتحادهم

¹ _ منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة الناشر المعارف بالإسكندرية، مصر، ص 289، 290.

² _ كالأستاذ "Rouast". انظر جابر سالم عبد الغفار عبد الجواد، تنازع القوانين في مجال حوادث العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 251.

³ _ انظر هوية الفقهاء، في مرجع منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 101، 102.

في الجنسية¹، كما طبقت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية على العقد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدین على أساس أنه قانون الإرادة الضمنية، رغم أن ذلك العقد تم تنفيذه في ألمانيا وذلك في 1 جويلية 1964.

كما طبقت محكمة إستئناف باريس القانون الفرنسي، بإعتباره قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدین، رغم أن تنفيذ العقد بصفة مؤقتة في يوغسلافيا، وذلك في 13 ماي 1972، واستندت المحكمة إلى أن القانون اليوغسلافي باعتباره قانون محل التنفيذ غير معروف، كما أنه أقل فائدة للعامل من القانون الفرنسي².

كما قضت في 8 ماي 1974 الدائرة الإجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية، بتطبيق قانون الجنسية لجانب واحد، وذلك لكونها طبقت القانون الفرنسي بشأن نزاع منصب على عقد عمل مبرم بين عاملة فرنسية وشركة موريتانية، رغم أن إبرام العقد وتنفيذه كان في موريتانيا، إلا أن المحكمة عقدت الإختصاص للقانون الفرنسي بإعتباره قانون جنسية العاملة، وكذا لكونه القانون الأفضل للحصول على تعويض نتيجة الفسخ التعسفي للعقد.

وتعود وقائع هذه القضية إلى أن الشركة الموريتانية للفندقة والتي كانت تقوم بإدارة فندق ملك الدولة، قد لجأت إلى فصل العاملة الفرنسية بناء على أمر من الحكومة، إلا أن العقد لم يتضمن نص صريح بعقد الاختصاص للقضاء الفرنسي، وبالرجوع لنظرية تركيز العقد، فإن القانون الواجب التطبيق يتحدد بالقانون الموريتاني، إلا أن المحكمة قررت بإخضاع العقد

¹ هذه الدعوى تتعلق بحادث عمل وقع لعامل فرنسي أثناء قيامه بالعمل لصالح مؤسسة فرنسية في الخارج _كوت ديفوار_ والعقد كان مبرما بالإقليم الفرنسي. وقد طبقت المحكمة القانون الفرنسي باعتبار أن طرفي النزاع يحملان الجنسية الفرنسية. انظر جابر سالم عبد الغفار عبد الجواد، المرجع السابق، ص 252، 253.

² لكن وجه النقد لهذا الحكم في كونه، أن القانون اليوغسلافي كان واجب التطبيق بقوة القانون فيما يتعلق بالجانب التنظيمي للعمل، لكون أن النصوص الإدارية لتشريع العمل تمتع بطابع قوانين البوليس والأمن. انظر بوسماحة الشيخ، المرجع السابق، ص108.

للقانون الفرنسي، وحق العاملة في الحصول على التعويض، لكون أن الشركة لما إتخذت قرار الفصل ما كان أمامها إلا الخضوع لأوامر الحكومة الموريتانية¹.

كما طبق القضاء البلجيكي في حكم بروكسل في 1 مارس 1935، ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين، باعتبارها ضابط الإسناد الأساسي، وأن اختصاص قانون مكان التنفيذ ليس إلا احتياطيا بالنسبة لهذا القانون، وأنه لا يمكن اللجوء إلى ضابط آخر إلا عند اختلاف جنسية الأطراف.

وذهبت محكمة استئناف تورينو في 6 أبريل 1934 إلى تطبيق القانون الوطني المشترك على عقد عمل تم إبرامه بين أجنبي و نفذ في إيطاليا².

كما أن محكمة الإستئناف بالرباط طبقت القانون الوطني المشترك في حكم صادر بتاريخ 27 يونيو 1923، في قضية تتعلق بعقد شغل أبرمه مدير جريدة تصدر في المغرب باللغة الفرنسية مع رئيس تحرير لهذه الجريدة وكلا الطرفين فرنسي الجنسية، فصرحت المحكمة في إحدى حيثياتها بأنه ينتج عن حمل الطرفين للجنسية الفرنسية_ علاوة على صدور الجريدة باللغة الفرنسية_ أنها قصدا إخضاع العقد للقانون الفرنسي³.

ونظرا أن إشتراك المتعاقدين في الجنسية لا يتحقق في كل الحالات، كما أنه قد يضر بأحد المتعاقدين نتيجة إكتساب أو تغيير أحد الأطراف لجنسيته ما بين إبرام العقد ونشوء النزاع

¹ _ بوسماحة الشيخ، المرجع السابق، ص109.

² _ منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص103.

³ _ كما أن محكمة استئناف الرباط في حكم آخر لها صادر بتاريخ 21 مارس 1940، طبقت كذلك قانون الجنسية المشتركة، وكانت القضية تتعلق بعقد بيع مقابل أداء إيراد عمري، وهو عقد لم ينص عليه قانون الإلتزامات والعقود المغربي، فقررت المحكمة بأنه نظرا لكون الطرفين يحملان الجنسية الفرنسية يستنتج أنها قصدا إخضاع العقد للقانون الفرنسي. انظر موسى عبود، المرجع السابق، ص304.

كما أن إشتراك المتعاقدين في الجنسية قد يصطدم في دولة تنفيذ العمل بقواعد لها طابع البوليس والأمن¹، مما يجعل ضابط الجنسية هنا مجرد ضابط إستثنائي، و لا يمكن أن يتحقق إلا عندما تتوافر الجنسية المشتركة لطرفي العقد.

ولهذا لقد رفض غالبية القضاء هذا الإتجاه، حيث حكمت محكمة النقض البلجيكية بتاريخ 21 مارس 1968 باستبعاد تطبيق القانون الوطني المشترك للخصوم، وذلك بشأن عقد عمل أبرم بين مواطن بلجيكي وشركة مقرها في بلجيكا، إستنادا إلى أن عقد العمل والنصوص القانونية التي تنظم إنهاؤه هي من قوانين البوليس، تفرض على كافة الأشخاص المتواجدين في الإقليم، أي إسناد العلاقة لقانون مكان تنفيذ العمل².

كما قضت محكمة روما في 20 جوان 1936 بتطبيق تشريع العمل الإيطالي، على عقد عمل تم تكوينه في سويسرا بين عامل سويسري وشركة سويسرية لينفذ في إيطاليا، ونفس الإتجاه كان لمحكمة النقض الإيطالية في 19 ماي 1936 بتطبيق تشريع العمل الإيطالي، على عقد عمل أبرم في إيطاليا بين أجنبيين لينفذ فيها، ورفضت المحكمة تطبيق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين.

كما طبقت محكمة إستئناف باريس في 3 مارس 1965، قانون مكان التنفيذ بدلا من القانون الوطني المشترك على عقد العمل.

¹ _ تعتبر قوانين البوليس منافسة لقواعد الإسناد ويرجع السبب الرئيسي في تطورها إلى اكتساح الدولة للقانون الخاص، حيث ظهرت قوانين البوليس مع تزايد الأحكام الأمرة والتدخلات المباشرة للدولة في القانون الخاص الداخلي (عمومية القانون الخاص)، وظهر هذا الغزو في مجالين مهمين، أولهما المجال التعاقدية حيث تتضاعف الأحكام الأمرة التي تضيق من حرية إرادة المتعاقدين، ففي عقد العمل تظهر الأوامر الإدارية فيما يخص النظافة والسلامة في العمل لأنه من غير المعقول أن تخضع لقانون آخر غير قانون الدولة التي ينفذ عقد العمل على إقليمها، أو ضرورة الحصول على إذن إداري للتسريح إذا كان عقد العمل ينفذ في إقليم دولة القاضي، وبالتالي تخضع القواعد المتعلقة بالشروط الصحية والأمن وأجور العمال وحقوقهم لقانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ عقد العمل، أي لقانون القاضي لأن المنازعات المتعلقة بهذه المسائل تكون من اختصاص محاكم دولة تنفيذ العقد. انظر كمال سمية، المرجع السابق، ص 331.

² _ بوسماحة الشيخ، المرجع السابق، ص 109.

وعلى ما يبدو فإن القضاء الفرنسي الحديث، يذهب لعدم الأخذ بضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين كقانون واجب التطبيق، إلا إذا إقترن هذا الضابط بعنصر آخر من عناصر الإرادة الضمنية أو المفترضة. وإذا كانت بعض أحكام القضاء الحديثة قد أخذت بهذا الضابط، فكانت دائما تقرنه بعناصر أخرى كمكان التنفيذ أو الإبرام، وإذا كان مكان التنفيذ في الخارج وطبيعة العمل مؤقتة كانت تستبعده.

وقد قضت محكمة إستئناف باريس في 15 مارس 1971 بتطبيق القانون الفرنسي على دعوى العمل، إستنادا إلى أنه القانون الذي يحكم فسخ العقد، وليس على أساس أن الشركة والعاملة من ذات الجنسية -فرنسية- واستبعدت قانون مكان التنفيذ السنغالي، لكون عقد العمل ذا صفة مؤقتة. كما حكمت محكمة استئناف باريس في 4 جويلية 1975 بتطبيق القانون الفرنسي، استنادا إلى أن عقود العمل المتنازع عليها، والخاصة بالموسيقيين الفرنسيين، لو أنها نفذت في يوغسلافيا، فإنها تتضمن إسناد في فرنسا، ومنها الجنسية المشتركة للخصوم بإعتبارها قانون الإرادة، مما إرتأت المحكمة فيها أساسا لتركيز العقد في فرنسا، وأنها إستبعدت تطبيق قانون مكان التنفيذ، نظرا لكون طبيعة علاقة العمل تحمل وصف المؤقتة للتنفيذ في الخارج.

كما حكمت محكمة إستئناف بروكسل للعمل في 4 جويلية 1973 بتطبيق القانون الفرنسي، وهو قانون الجنسية المشتركة للخصوم، وعللت حكمها على أنه من بين الدلائل التي يمكن الإستناد إليها قانون مكان التنفيذ الذي يلعب دورا هاما ومؤكدا في هذا الصدد، ولكن عندما يكون العمل مؤقتا كما في قضية الحال، فلا يمكن الأخذ به إلا إذا كان الخصوم من ذات الجنسية الأجنبية وعهدوا بالإختصاص إلى محاكم بلدهم الأصلي¹.

وعليه وعلى ضوء ما تقدم، فإن القانون الشخصي يلعب دورا أقل أهمية في نطاق علاقات العمل من دوره في باقي العقود الأخرى، وإذا كان هذا القانون يختلف عن قانون مكان التنفيذ فإنه يستبعد أو على الأقل يكون تطبيقه محدودا، بسبب قوة النصوص الآمرة، أو

¹ _ بوسماحة الشيخ، المرجع السابق، ص110.

الإعتبرات الإقليمية، أو لدور النظام العام في مكان التنفيذ¹. كما أن ضابط الإسناد المستمد من جنسية الأطراف لا يعتد به إلا بصفة ثانوية، ونادرا ما أستعمل في عقد العمل، ويكفي للشك في مصداقية ضابط إسناد الجنسية انه ضابط متغير²، فإذا تغيرت جنسية أحد الأطراف في الفترة ما بين إبرام العقد وقيام النزاع فإن ذلك يؤدي إلى إختلاف الطرفين في الجنسية.

والخلاصة انه من الصعب أن نسبع على قانون الجنسية المشتركة طابع معيار عام، بوصفه ضابط إسناد مستقل في علاقات العمل، وهو لا يؤدي في هذه العلاقات إلا دورا ثانويا، اللهم إلا إذا اقترن بعناصر أخرى تعززه، حتى يمكن الوصول إلى تركيز حقيقي موضوعي للعملية التعاقدية، ولم تأخذ بهذا القانون سوى بعض الأحكام المحدودة والمتفرقة، على النحو السابق بيانه، وهي لا تفيد الاستقرار، وليست حاسمة في الدلالة على إعتناق هذا الضابط.

إلى هذا فمن الضروري هنا الإشارة كذلك إلى انه هناك من يرى إمكانية تطبيق قانون الجنسية المشتركة، حتى بشأن تنازع القوانين بشأن المسؤولية التصيرية الناشئة عن الفعل الضار، على أساس أنه ينطوي على عدة مزايا منها أنه قانون ينسجم مع توقعات الأطراف، كون لديهم علم مسبق بهذا القانون في تحديد عناصر المسؤولية ومقدار الضرر والتعويض، ويحقق السهولة والسرعة في مهمة القاضي في تطبيقه، لوضوح وسهولة الوصول إليه، وهي اعتبارات قد لا يمنحها قانون محل حدوث الفعل المنشئ للإلتزام، لإحتمالية توزع عناصر ذلك الفعل بين أكثر من دولة واحدة، وهو ما يؤدي لصعوبة ضبط محل حدوث الفعل، على أن يتم الأخذ بقانون الجنسية المشتركة بتحفظات، بأن لا يطبق إلا في حالات استثنائية حتى يحقق مرونة أكثر في تطبيق القانون المحلي، فيبقى له صفة الضابط الإحتياطي الثانوي، الذي يقدر

¹ - منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 107، 108.

² - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 441.

القاضي فقط مدى إمكانية تطبيقه من عدمه دون الأفراد، و على أن يغلب قانون الموطن المشترك عليه في حال المفاضلة بينهما¹.

¹ _لقد أخذت بعض التشريعات بهذا الموقف، أي تطبيق قانون الجنسية المشتركة، بشأن تنازع القوانين بشأن المسؤولية التصديرية الناشئة عن الفعل الضار مع التحفظات المسبقة، كالقانون الدولي الخاص البولوني لعام 1965، والسوفيياتي لعام 1991، والصيني لعام 1986، والقانون المدني البريطاني لعام 1966. انظر عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 112، 113.

الفصل الثاني: مشكلات أعمال ضابط الجنسية في نطاق تنازع القوانين.

إذا كانت الجنسية هي ضابط الإسناد الشخصي المعول عليه، من قبل المشرع الجزائري، والتشريعات العربية واللاتينية، لحكم مسائل الأحوال الشخصية بصفة رئيسية، ولحكم بعض المسائل الأخرى بصفة جوازية واحتياطية، فإنها تثير مجموعة من الصعوبات أو يقترن بمناسبة أعمالها كضابط إسناد مجموعة من المشاكل.

هذه المشاكل تطرح على مرحلتين. أولاً عند إسناد الاختصاص لها، وهنا تثار مشكلة تنازع الجنسيات. هذه المشكلة التي تتفرع إلى ثلاثة تعدد الجنسيات، وانعدامها، وتغييرها، والتي تتميز بأنها ناشئة من طبيعة ضابط الجنسية ذاته. فهو رابطة قابلة للتعدد أو الانعدام، مما يثير مشكلة التنازع الإيجابي والسلبى للجنسية، كما أنه رابطة قابلة للتغيير بإرادة الشخص، من وقت نشوء العلاقة القانونية، إلى وقت الفصل فيها، مما يثير مشكلة التنازع المتحرك.

وتظهر مشكلة أخرى هي ألا يستجيب قانون الجنسية للاختصاص المسند إليه ولا يقبل به، وإنما يسنده لقانون آخر بموجب قواعد الإسناد فيه، وهذا ما يسمى بالإحالة، كما قد يقبل الاختصاص، لكن نظراً لأنه قانون متعدد الشرائع الداخلية، فيجب عليه أن يحصر هذا الاختصاص أو يركزه في إحدى الشرائع التي يتضمنها، وهذا ما يسمى التفويض.

ثانياً. بعد الانتهاء من عملية الإسناد، والوصول إلى تحديد قانون الجنسية المختص، فإن تطبيقه قد يتعطل كذلك بالرغم من اختصاصه، ويتم استبعاده وتطبيق قانون آخر بدله، وهذا في حالة مخالفته للنظام العام، في دولة القاضي، أو إذا كان فيه غش أو تحايل على القانون الأصلي المفروض تطبيقه.

هذا، وإن تصدى القاضي لتطبيق القانون الأجنبي، قد يثير صعوبات خاصة بالكشف عن أحكام هذا القانون والتعرف على مضمونه وإثباته، وإيجاد أساس تطبيقه، وهذا ما يتجسد من خلال مشكلة كيفية تطبيق القانون الأجنبي.

وعليه، فكيف تمت معالجة هذه الصعوبات، وما هي الحلول التي توصل إليها الفقه والتشريعات لإعادة التوازن لوظيفة الجنسية، وتكريس فعاليتها كضابط إسناد ناجع وفعال في إطار نظرية تنازع القوانين.

هذا ما سيتم معالجته من خلال مبحثين، المبحث الأول بعنوان مشكلات إسناد الاختصاص لقانون الجنسية، و المبحث الثاني بعنوان مشكلات تطبيق قانون الجنسية .

المبحث الأول: مشكلات إسناد الاختصاص لقانون الجنسية.

بعد إعمال نظرية التنازع، بتكييف القاضي طبيعة المنازعة المطروحة أمامه، فإذا ثبت الاختصاص لقانون الجنسية، فهنا تثار مجموعة من المشاكل معه. فمن جهة تظهر مشكلة تنازع الجنسيات، ومن جهة أخرى تظهر مشكلة عدم استجابة قانون الجنسية للاختصاص المسند إليه.

فمتى كان للفرد جنسية واحدة لم تتغير، فهنا لا يثار النزاع، لكن الصعوبة تظهر متى كان تعدد في هذه الرابطة، بأن يكون الفرد حاملا لجنسية دولتين أو أكثر، أو بانعدامها، بأن لا يحمل أية جنسية على الإطلاق. فهنا لتعيين قانون الجنسية المختص، بحكم النزاع لا بد من المفاضلة بين الجنسيات المتعددة، واختيار إحداها دون الأخرى، في الفرض الأول. أما في الفرض الثاني، فلا بد من البحث عن حل بديل محل ضابط الجنسية غير الموجود أصلا. كما تظهر الصعوبة أيضا، متى تغيرت جنسية الشخص من وقت نشوء العلاقة القانونية، إلى وقت رفع الدعوى فيها، فيثور البحث عن معيار الترجيح بين قانون جنسيته القديم وقانون جنسيته الحديث.

ثم إن تحديد قانون الجنسية الواجب التطبيق لا ينته هنا، بل لا بد من معرفة مدى قبول هذا القانون، بموجب قواعد الإسناد فيه للاختصاص المسند إليه أو لا، وإذا قبل هذا

الاختصاص، وكان متعدد الشرائع، فما هي الشريعة من بين شرائعه الداخلية، هي الواجبة التطبيق؟.

لهذا سنتناول في المطلب الأول، مشكلة إسناد الاختصاص في ظل تنازع الجنسيات، وفي المطلب الثاني، مشكلة عدم استجابة قانون الجنسية للاختصاص المسند إليه.

المطلب الأول: مشكلة إسناد الاختصاص في ظل تنازع الجنسيات .

إن الوضع المألوف للجنسية، يتمثل في كونها رابطة واحدة تجمع بين فرد واحد ودولة واحدة، لا أكثر ولا أقل، فإن كثرت أو قلت كنا أمام شذوذ في هيئة تلك الرابطة¹. فالجنسية رابطة سياسية تقوم على الولاء والانتماء، والتعدد فيها يبعثر هذا الولاء ويشتته، وبانعدامها ينعدم ولاء الشخص اتجاه جميع الدول، مما يؤثر على مركزه وتمتعه بالحقوق².

ومع هذا، فإن مشكلتي التنازع الإيجابي، والسلبى للجنسية³، هما ظاهرتين ملموستين ومنتشرتين في المجتمعات الحديثة، وذلك نتيجة الحرية الكاملة للدولة في مادة الجنسية، والتي تحدد بموجبها رعاياها بما يخدم مصلحتها، وسياستها السكانية، دون أن تعبأ لتشريعات غيرها من الدول، إذ لا يحدها إلا بعض القيود الضئيلة، التي يفرضها القانون الدولي العام، والمفتقرة إلى عنصر الإلزام في معظمها⁴. وأمام هذه الحقيقة لم يبق أمام المجتمع الدولي إلا البحث عن

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

²-سعيد يوسف البستاني، إشكالية وأفاق تطور قانون الجنسية في لبنان والدول العربية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص161.

³_ هذا، و التنازع الإيجابي للجنسية، معناه أن يتمتع الفرد بأكثر من جنسية في الوقت نفسه، أما التنازع السلبى للجنسية، فهو أن لا يكون للفرد أية جنسية، بأن لا يتبع أي دولة على الإطلاق. وعلى كل، فإن هذين المصطلحين غير دقيقين من الناحية الفنية، لأن الجنسية في كلتا الحالتين، ليست محلاً للتنازع باعتبارها من القانون العام. انظر مختاري هوارية حنان، المرجع السابق، ص84.

⁴- هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص375.

كيفية مواجهة المشاكل التي تثيرها هاتين الظاهرتين، ما دام أن إمكانية القضاء عليهما هو شيء مستحيل¹.

كما أن حرية الشخص في اكتساب جنسية جديدة، يثير نفس الصعوبة، مما يدعو للبحث في مشكلة التنازع المتحرك، لمعرفة الوقت الذي يتم الاعتراف به بقانون الجنسية، والترجيح بين الجنسية القديمة والحديثة.

وعليه، كيف يتم تعيين قانون الجنسية من بين قوانين الجنسية المتنازعة. هذا ما سنتطرق إليه من خلال ثلاثة فروع. الفرع الأول، الإسناد في ظل تعدد الجنسيات، الفرع الثاني، الإسناد في ظل انعدام الجنسية، الفرع الثالث الإسناد في ظل تغيير الجنسية، أو حالات التنازع المتحرك.

الفرع الأول: الإسناد في ظل تعدد الجنسيات.

إن تعدد الجنسيات هو أن يتمتع الفرد بأكثر من جنسية في الوقت نفسه²، وقد يكون التعدد معاصراً للميلاد، نتيجة اختلاف الدول في طبيعة بناء جنسيتها الأصلية، ما بين حق الدم وحق الإقليم، كما قد يكون التعدد أثناء حياة الشخص نتيجة تجنسه بجنسية أخرى غير جنسيته الأصلية.

¹ - إن الآثار السيئة المترتبة عن مشكلتي تعدد الجنسيات وانعدامها، هي التي جعلتهما محل اهتمام الفقه والقضاء الدولي، كاتفاقية لاهاي لسنة 1930 المتعلقة ببعض مسائل تنازع القوانين في شأن الجنسية، التي قررت في ديباجتها أنه: " من المصلحة العامة للجماعة الدولية أن تعمل على أن يقر سائر أعضائها وجوب أن تثبت لكل فرد جنسية، وأن لا تكون له إلا جنسية واحدة، وأن المثل الأعلى الذي يجب أن تحتذيه البشرية في هذا الشأن، هو القضاء كلية على ظاهرتي تعدد الجنسية وانعدامها"، ومع هذا، فإن تحقيق هدف الإتفاقية بالقضاء على هاتين الظاهرتين، هو شيء مستحيل. انظر حسام الدين فتحي ناصف، مشكلات الجنسية، المرجع السابق، ص7

² - وقد وصفت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، مسألة التعدد بأنها أمر تعترف عليه طويلاً، حينما يمارس الشخص حقوقه المتعلقة بالمواطنة، في أكثر من دولة ويتحمل بالتزاماته كذلك، أي ينتمي إلى أكثر من دولة من حيث الجنسية. ويكون الفرد متعدد الجنسية إذا ما ثبت له جنسيتان أو أكثر، في نفس الوقت، ويغلب في العمل وضعية تحمل الفرد الواحد لجنسيتين اثنتين، وهو ما يسمى بحالة ازدواج الجنسية. انظر إبراهيم حسن الغزاوي، ظاهرة ازدواج الجنسية وأثرها على الحق في تقلد الوظائف العامة، موقع المنشاوي للدراسات والبحوث، www.minshawi.com، ص 04.

إن هذه الظاهرة تثير الكثير من المشاكل، ومن بينها مثلاً إرهاب كاهل متعدد الجنسيات بالالتزامات والتكاليف العامة المفروضة عليه، في كل دولة يحمل جنسيتها كمطالبته بأداء الخدمة العسكرية، وكيفية بسط الحماية الدبلوماسية عليه، وقواعد أخرى خاصة بتحديد الاختصاص القضائي الدولي عليه¹. على أن الذي يهنا هو كيفية تعيين قانون الجنسية الواجب التطبيق عليه، أو المفاضلة بين قوانين الجنسية المتنازعة، عند الدول التي تأخذ بالجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية كالتشريع الجزائري².

ومن أجل الترويج بين قوانين الجنسية المتنازعة، يوجد إتجاهين، الإتجاه القديم والسائد في الفقه والتشريعات، والإتجاه الحديث والذي يأتي بفكرة جديدة اسمها الحل الوظيفي. La solution fonctionnelle. وعليه ما هي الحلول التقليدية و الحديثة لمشكلة تعدد الجنسيات ؟ و ما هو موقف التشريعات من هذا.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسيات وفق الحلول التقليدية.

إن الحلول التقليدية هي حلول مطلقة وعامة، تصلح للتطبيق على جميع المشاكل المترتبة عن ظاهرتي تعدد الجنسيات، باعتبارها مشكلة قائمة بذاتها، يرصد لها حلاً واحداً يكون بمثابة المبدأ العام الذي يسري على كافة الفروض³. ووفق هذه النظرة ينقسم الفقه إلى إتجاهين.

¹ _ زروتي الطيب، حماية حقوق الطفل من منظور القانون الدولي الخاص، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 131.

² _ وغيره من الدول العربية واللاتينية. و بالمقابل إن هذه المشكلة لن تثور عند الدول التي تأخذ بقانون الموطن كضابط إسناد في الأحوال الشخصية مثلاً الدول الأنجلوساكسونية.

³ - سعيد يوسف البستاني، إشكالية و آفاق تطور قانون الجنسية في لبنان و الدول العربية، مرجع سابق، ص 207.

أ_الاتجاه الأول. التفرقة بين حالات التنازع التي من ضمنها جنسية دولة القاضي أو لا.

إن هذا الاتجاه قديم و شائع، و به تأخذ غالبية الدول المعاصرة، وهو يفرق بين الوضع الذي تكون فيه جنسية دولة القاضي إحدى الجنسيات المتنازعة، أي التي يتمتع بأحدها متعدد الجنسية، وبين الوضع الذي لا تكون فيه هذه الجنسية من الجنسيات المتنازعة.

1-جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة:

إذا حدث تنازع بين جنسيات ثابتة، من بينها جنسية القاضي المطروح عليه النزاع، فهنا يكاد ينعقد الإجماع فقها و قضاء، في غالبية الدول إلى تطبيق قانون هذه الجنسية، و صرف النظر عما سواها، و لو كان الشخص يرتبط بالجنسية الأجنبية التي أستبعد تطبيقها، أكثر من ارتباطه بجنسية القاضي، أو تركزت مصالحه فيها. و سواء أكان هذا الشخص مرتبطا من الناحية الفعلية و الواقعية بإقليم هذه الدولة أم لا و أيا كان موطنه او محل إقامته و سواء كانت هذه الجنسية أصلية أم طارئة، بل حتى لو منحت له بصفة شرطية، أو بتمكينه من التخلي عنها.¹

ويجد هذا الحكم أساسه في أن القاضي يلزم بتطبيق تشريع بلده، ولو خالف ما يقضي به النظام الدولي، وذلك لأن الدولة هي من حددت قواعد جنسيتها، وعنصر السكان المكوّن لها وفق ما يحقق ظروفها ومصالحها، مما يعني أن السلطات المختصة إدارية كانت، أم قضائية تلزم بالانصياع لأوامر مشرعها، وأن ترجح الجنسية الوطنية، وتتجاهل الجنسيات الأخرى، بل إن بعض الشراح، يذهب إلى حدّ القول بأنه لا يوجد في هذه الصورة تنازع بين قانون جنسية القاضي، وقوانين الجنسية الأخرى، لأن هذه الأخيرة ليست بالنسبة له سوى وقائع. هذا المنطق يؤدي إلى أنّ تعيين قانون الجنسية، سيختلف تبعا للمحكمة التي يطرح عليها النزاع.²

¹ - مجد الدين طاهر خربوط، رسالة دكتوراه مشكلة تعدد الجنسيات و تحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، ص 348-349.

² - صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 362.

ولقد أخذت المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي المبرمة في عام 1930 بهذا الحلّ، بنصّها على أن: "كل شخص يتمتع بجنسيتين أو أكثر، يمكن أن تعتبره كل الدول التي له جنسيتها من رعاياها". كما اخذ بهذا الرأي جميع القوانين العربية- بما فيها المشرع الجزائري¹- و كرسته بعض التشريعات الأجنبية صراحة²، بينما تواترت أحكام القضاء والفقهاء على الأخذ به فقط، في تشريعات أخرى³.

و بهذا يمكن القول أن قاعدة ترجيح قانون القاضي في هذا الفرض أصبحت قاعدة عالمية من قواعد القانون الدولي، و إن كان يرد عليها بعض الاستثناءات التي تجعل الدولة تطبق القانون الأجنبي بدلا من القانون الوطني على متعدد الجنسيات الوطني، و هذا احتراما لمعاهدة دولية قد تبرم بينها و بين دولة أخرى يتمتع أيضا بجنسيتها.

و بالرغم من شيوع هذا الاتجاه التقليدي القائم على فكرة السيادة بتطبيق القانون الإقليمي للقاضي، وكثرة أنصاره، إلا أنه وجهت إليه عدة انتقادات قد تتال من مكانته، و تدعو إلى ضرورة تجاوزه و البحث عن معيار آخر أنسب. فهو يقوم على اعتبار سياسي و ليس قانوني، لأن إعلاء الجنسية الوطنية، إنما يراد به تحقيق مصالح دولة القاضي، دونما نظر إلى مصالح الشخص المعني نفسه، أو مصالح الدولة الأخرى التي يحمل الشخص جنسيتها أيضا⁴، وهو ما يؤدي لعدم تطابق الجنسية القانونية مع الجنسية الواقعية، ما دام أن القاضي سيطبق في جميع الأحوال قانون جنسيته، بصرف النظر عن ارتباط متعدد الجنسية بها فعلا، و معيشته

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

²- نذكر القانون الإسباني، البولوني، البرتغالي، الروماني، المكسيكي، الكوري، و القانون الألماني.

³- كبلجيكا، إيطاليا، فرنسا، الدنمارك، تركيا، بوروندي، الصين. أنظر عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص 76 - 77.

⁴- هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 117.

على إقليمها، و حمله لمشاعر الولاء لها أم لا. كما أنه حل يؤدي لاختلاف الحلول من دولة لأخرى، هو ما يؤدي غالبا لضعف احتمالات تنفيذ الحكم الصادر من دولة القاضي، خاصة متى كانت الدولة المراد تنفيذ هذا الحكم فيها، هي دولة جنسيته الفعلية التي يكون متوطنا أو مقيما بها.¹

2- جنسية دولة القاضي ليست من الجنسيات المتنازعة:

إذا لم تكن جنسية دولة القاضي ضمن الجنسيات المتنازعة، فقد ثار خلاف كبير، وظهرت عدة معايير للمفاضلة بين هذه الجنسيات، وابتداء نشير إلى أن القاضي لن يجد هنا العون في قانونه، لأنه من ناحية غريب عن العلاقة المعروضة، كما أن الأصل في قاعدة الإسناد في بلده، والتي أشارت إلى تطبيق قانون الجنسية أنها محايدة².

و لهذا استقر العمل في القانون المعاصر، على أن فض التنازع متى لم تكن جنسية دولة القاضي من الجنسيات المتنازعة هو مسألة واقع و ليس مسألة قانون، و القاضي لا يملك لحل التنازع إلا البحث في ضوء الوقائع عن الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها،

¹- عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية، مرجع سابق، ص 128.

² _ ولهذا، فقد ظهرت عدة معايير في هذا الشأن، تذهب إلى ضرورة ترجيح جنسية واحدة على الجنسيات المتنازعة الأخرى، سواء كانت الجنسية الأسبق في التاريخ تأسيسا على فكرة الحق المكتسب، أو الجنسية اللاحقة في التاريخ تأسيسا على فكرة حق الشخص في تغيير جنسيته، أو بتحويل صاحب الشأن اختيار الجنسية التي يريد أن يعامل وفقا له، على أساس تجاوبها مع شعوره الفردي، ورغبته الحقيقية بالانتماء إلى دولة معينة، بينما يرى آخرون الأخذ بالجنسية الأقرب والمشابهة في أحكامها إلى أحكام جنسية دولة القاضي.

إلا أنها جميعا معايير منتقدة، لأنها لا تأتي بتبريرات مقنعة، لضرورة اختيار قانون جنسية واحدة وإهمال الأخرى، ما دام أن الشخص اختار التمتع بجمعهم، لذلك بحث الفقه عن معيار آخر أكثر واقعية، فتوصل إلى تطبيق جنسية الدولة التي اتخذ فيها الشخص موطن له أو محلا لإقامته، على أساس انه اختار الخضوع لها من الناحية الفعلية، غير أنه تبين قصور هذا المعيار، في الحالات التي يكون فيها الشخص مقيما أو متوطنا في دولة لا يحمل جنسيته. ولتلافي مساوئ تعدد الجنسيات، والبحث عن ترجيح إحداها دون الأخرى، فقد رأى جانب آخر من الفقه، أن يؤخذ بالموطن كضابط إسناد احتياطي بدل الجنسية، وهو الرأي السائد عند بعض التشريعات الحديثة، كالقانون الدولي الخاص المجري لسنة 1979 (المادة 3/11)، وقانون الجنسية البرتغالي لسنة 1981 (المادة 28). انظر موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 97.

و هي ما يعرف بالجنسية الفعلية او المهيمنة، و التي تعتبر الجنسية الأكثر اتفاقا مع الواقع، لأن الشخص يعيش في كنفها فعلا و يرتبط بها اكثر من غيرها من الجنسيات، بحيث يستدل عليها بمجموعة من القرائن، منها أن تكون المكان الذي اتخذه الشخص موطناً له، وعاش في إقليمه، وتمتع بحقوق المواطنين فيه، كمباشرة حق الانتخاب والترشيح للنيابة، وأدائه الخدمة العسكرية به، أو التحاقه بالوظائف العامة فيه، وغيرها من العوامل التي يهتدي بها القاضي للثبوت من اندماج الشخص بمجتمع ما، كأن يتحدث الشخص بلغة ذلك البلد، وتتجمع مصالحه التجارية فيه.

إن هذا الحل يتفق و الأصول المثالية في الجنسية لأنه يستجيب للأساس الاجتماعي في الجنسية، و في رغبة الفرد في تعلقه بمجتمع معين. فهو بهذا يتفق و المفهوم الوظيفي للجنسية بصفقتها وسيلة التوزيع الموضوعي للأفراد بين الدول حسب انتمائهم الاجتماعي و ولائهم الحقيقي، كما أنه حل يجاوز الطفرة الاستثنائية التي خلقتها ظاهرة الازدواج، لأنه إن كان الفرد مرتبط بأكثر من دولة من الناحية القانونية، فهو لا يرتبط من الناحية الاجتماعية إلا بدولة واحدة، و المنطق يقتضي التطابق بين هاتين الجنسيتين.¹

و إن معيار الجنسية الفعلية قد ترعرع في كنف القضاء الدولي، الذي أرسى دعائمه في إطار نظرية متكاملة، أطلق عليها نظرية الرابطة الواقعية أو الجنسية الواقعية أو الفعلية، و من أشهر القضايا في هذا الشأن نذكر حكم محكمة التحكيم الدولية بلاهاي في 03 ماي 1912 في قضية كانيفارو². هذا الأخير الذي كان يحمل الجنسيين الإيطالية والبيروفية، الأولى بحكم رابطة الدم لأن أبوه إيطالي، و الثانية بحكم رابطة الإقليم لأنه ولد في البيرو. حدث وأن طالبتة حكومة البيرو بدفع الضرائب المستحقة عليه، فرفض بحجة انه إيطالي الجنسية، واستتجد بالحماية الإيطالية، فعرض النزاع على المحكمة المذكورة، فرجحت إنتسابه للبيرو باعتباره قانون

¹ - الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مرجع سابق، ص 207.

² - من أشهر القضايا كذلك قضية نوتبوم و يوجد قضايا أخرى في القضاء الفرنسي، للزيادة الاطلاع على مرجع مجد الدين طاهر خربوط، المرجع السابق، ص 270، و ص من 317 حتى 321.

جنسيته الفعلية، لأنه عاش في كنفها ومارس بإقليمها حقوق المواطن، حتى أنه رشح نفسه للنيابة فيها¹.

ولقد ترسخ معيار الجنسية الفعلية في القانون المقارن، إذ تأخذ به غالبية التشريعات الأجنبية والعربية² بما فيها القانون الجزائري- الذي ينص في المادة 1/22 مدني أنه: " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية"³. كما تبنته المادة الخامسة من اتفاقية لاهاي لعام 1930، التي قضت بتفضيل جنسية الدولة التي اتخذها الشخص محلاً لإقامته العادية، أو التي يظهر أنه أكثر ارتباطاً بها من غيرها⁴.

ب_ الاتجاه الثاني. توحيد حل جميع حالات التنازع.

إن هذا الاتجاه لا يفرق بين الوضع الذي تكون فيه جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة، و الوضع الذي لا تكون فيه من ضمنها. فهم يرون ان الحل يجب ان يكون واحداً، و هو تطبيق معيار الجنسية الفعلية في جميع الفروض، و ينطلقون في تبرير هذا نظراً للعيوب التي يؤدي إليها تطبيق قانون القاضي متى كان من الجنسيات المتنازعة، فهو يؤدي لقلق مستمر في المركز القانوني للشخص لأن معاملته ستختلف بحسب الدولة المطروح أمامها النزاع، سواء كانت دولة القاضي أو دولة أخرى، أو حتى لدى القضاء الدولي.⁵

¹ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص190.

² - نذكر منها القانون اليوناني، البولندي، التركي، النمساوي، البرتغالي، المكسيكي، الاسباني، البلجيكي، و قد طبقه القضاء في فرنسا، ايطاليا، ألمانيا، أما في التشريعات العربية نذكر القانون السوري، الأردني، الليبي، المغربي، التونسي، المصري، اللبناني، انظر عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص708، 709 .

³ - وإن كان قد انتقد المشرع من ناحية الصياغة الفنية لعبارة الجنسية الحقيقية لأنها تعبر وكأن الجنسيات الأخرى غير حقيقية.

⁴ - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 64.

⁵ - هشام علي صادق، الجنسية المصرية، مرجع سابق، ص 220.

و بحسب هذا الفقه¹، فإنه من الضروري الاعتراف بمعيار لا يقوم على فكرة التبعية السياسية و إنما على أساس التبعية الواقعية، لما يكفله من استقرار المركز القانوني و وحدة المعاملة الدولية لمتعدد الجنسية، و لأنه يؤدي لتطبيق الجنسية القانونية و الفعلية. و هذا الحل يفترض ان تقوم السلطات المطروح أمامها الأمر بالرقابة على فعالية كل من الجنسيات التي يتمتع بها الشخص لاستنتاج رابطة الولاء.

كما أخذت الكثير من الأحكام القضائية بمعيار الجنسية الفعلية في ألمانيا، إيطاليا، الدنمارك، هولندا، سويسرا²، فقد طبقت المحكمة الفدرالية السويسرية في 1934/11/04، الجنسية الفعلية بشأن الوصاية على القاصر، على الرغم من أن الجنسية السويسرية كانت من بين الجنسيات التي يحملها الشخص، بحجة أن الجنسية الأجنبية، هي التي يرتبط بها الشخص فعلاً، و يتوطن فيها و يعيش في كنفها.

كما أن المحكمة الإدارية العليا في سوريا، في قضية الطالب "محمد علي الكتائي" الذي يحمل الجنسيتين المغربية و السورية. المغربية الأصلية التي اكتسبها بالتبعية لوالده على أساس حق الدم، و الجنسية الثانية الطارئة التي حصل عليها بالتجنس، بفعل إقامته المستمرة في سوريا، قضت باعتبار الأفضلية للجنسية الأصلية، أي المغربية، و بأنه لا يجوز أصلاً منح الجنسية لشخص يحمل جنسية معينة، ما لم توافق الدولة التي يتبعها ذلك الشخص على إسقاط جنسيتها عنه.³

¹- في الفقه العربي هشام علي صادق، شمس الدين لوكيل، أحمد عبد الكريم سلامة، فؤاد رياض، حفيظة السيد حداد، و في الفقه الأجنبي J. Maury, j. Derruppé, p. Lagarde, jp. Laborde. و هذا نقلاً عن مجد الدين طاهر خربوط، المرجع السابق، ص 370.

²- الفقه المؤيد لهذا الرأي هو "J.P. LABORDE" و "MAURY" و "ISAY" و "KAHN" وغيرهم، ورد بمرجع عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية، مرجع سابق، هامش 1، ص 129.

³- سعيد يوسف البستاني، إشكالية و آفاق تطور قانون الجنسية في لبنان و الدول العربية، مرجع سابق، ص 219، 220.

و بالرغم من هذا القبول لفكرة الجنسية الفعلية، لحل جميع حالات التنازع سواء كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة أو لا، إلا أنها لن تلاقي الرواج الكافي، بالنظر للاعتبارات السياسية، التي تجذب القضاة لتطبيق قوانينهم الوطنية، متى كانت جنسيتهم من بين الجنسيات المتنازعة، خصوصا متى كانت الثقافات الأخرى مغايرة، كالبناء الاجتماعي و الديني للمجتمعات التي تبني أحوالها الشخصية على أساس الشريعة الإسلامية، و هذا عند غالبية الدول العربية، و ما يقابلها كالمجتمعات الأوروبية. و خير أمثلة على هذا أنه في فرنسا مثلا، لا يسمح للفرنسي الذي يحمل الجنسية الجزائرية أيضا، أن يتمسك بحقه في إبرام زواج ثان، من غير أن ينحلّ زواجه الأول، أو بحقه بإيقاع التطليق بالإرادة المنفردة، متذعرا بأن جنسيته الجزائرية هي الأكثر فعالية من الجنسية الفرنسية. وبالمثل فلن يقبل في الجزائر حرمان الجزائري المسلم، الذي يحمل في نفس الوقت الجنسية الفرنسية من حقه في تعدد زوجاته في الحدود المشروعة، ولو كانت الجنسية الفرنسية هي الأكثر فعالية.

كما أن فكرة الجنسية الفعلية ليست فكرة قاطعة محددة المضمون، لاختلاف الدول في العناصر المكونة لها، و لاختلاف القضاة في حد ذاتهم في تجميع عناصر الولاء للقول بأن هذه هي الجنسية الفعلية. و هو ما سيؤدي لاختلاف الأحكام القضائية، و بالتالي صعوبة تنفيذها من الناحية الدولية. و لإعراض المشرعين عن الأخذ بالجنسية الفعلية إذ ما زالوا يأخذون بجنسية دولة القاضي، حينما تكون ضمن الجنسيات المتنازعة، هو خير دليل على عدم إمكان تطبيقها في هذه الدول.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسيات وفق الحلول الحديثة.

نظرا للانتقادات الموجهة للفقهاء التقليدي في حله لمشكلة تنازع الجنسيات، أبدى بعض الفقهاء الآخر آراء جديدة لمواجهة نفس المشكلة، ولكن بصيغة جديدة تعرف بما يسمى فكرة الحل

الوظيفي¹ La solution fonctionnel . وعليه، فما هو مفهوم فكرة الحل الوظيفي (أ)، وكيف يساهم في تعيين القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسية (ب). وهل كان له أثر تطبيقي في التشريعات و القضاء .

أ: مفهوم فكرة الحل الوظيفي.

إن الحلول الحديثة تتجسد من خلال فكرة الحل الوظيفي التي تعني التحرر من المبادئ العامة المسبقة التي تسري في كافة الفروض، كما يعمل القاضي في النظرية التقليدية، و الذي ينظر إلى تعدد الجنسيات وانعدامها بصفقتها مسألة مستقلة قائمة بذاتها، لها حل واحد و أوجه في جميع الأحوال، و إنما النظر إلى مسألة التعدد و الانعدام بأنها مسألة تابعة أو أولية تنثور بمناسبة مسألة أو مسائل أصلية، و لهذا يجب حلها على ضوء طبيعة المسألة الأصلية ذاتها بحسب ما إذا كانت تحديد مركز الأجنبي، تحديد الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، أو تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية في العلاقات الخاصة الدولية.²

و الحل الوظيفي بهذا الشكل لا ينفى ضرورة تماسك النظام القانوني، بل يحفظ للمسائل الداخلة تحت دراسة فرع القانون الدولي الخاص و حدتها و تماسكها و يحافظ على المجرى الطبيعي للعلاقات الخاصة الدولية عبر الحدود، و يعمل على تتميتها و هذا ما يؤكد الأستاذ H. Batiffol بقوله: "التناقض يقوم بفعل التأكيد على أن الشيء يكون و لا يكون تحت نفس العلاقة و في مسألة تحديد المعاملة لمتعدد الجنسيات، لا يكون هناك تناقض، إذا ما قمنا

¹ - استعمل هذا المصطلح لأول مرة الفقيه "F. Rigou"، في كتابه القانون الدولي الخاص، طبعة 1987، ثم تبناه الفقيه "Lagarde" في مقاله نحو تقريب وظيفي للتنازع الايجابي للجنسيات، المجلة الإنتقادية 1988، ص 29 وما بعدها، وأخذ به الفقيه عكاشة محمد عبد العال في كتابه الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات . انظر زروتي الطيب، حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 01، سنة 2000، هامش ص 162

² - في هذا المعنى عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص 89-87 .

بترجيح الجنسية الفرنسية، لمزدوج الجنسية الفرنسية والأجنبية، بخصوص التمتع بالحقوق، و تفضيل الجنسية الأخرى بصدد الاعتراف بحكم أجنبي لأن هذا الوضع لمزدوج الجنسية لا يكون في الافتراضين تحت ذات العلاقة".¹

إن الحل الوظيفي وفقا لأنصاره²، من شأنه تحقيق الأمان القانوني، على عكس فكرة الجنسية الفعلية، التي لم تتحرر من الغموض، بعدم وضوح عناصرها، و على عكس تطبيق قانون القاضي القائم على اعتبارات سياسية و ليس قانونية، و إن كان سند هذا الرأي في تطبيق قانون القاضي هو اتفاقية لاهاي لعام 1930 التي تنص في المادة 03 منها أنه: "مع مراعاة أحكام هذه الاتفاقية، فإن الشخص الذي تكون له جنسيات أو أكثر يمكن أن تعتبره كل دولة ينتمي إليها كأحد رعاياها" فإن أنصار الحل الوظيفي يركزون على أن النص جاء بعبارة "يمكن" و لم يقل "يجب" فهذا دليل أن الاتفاقية أرادت فتح الباب للتشريعات الداخلية للاجتهااد و تقرير حلول أخرى قد تكون أكثر ملاءمة كفكرة الحل الوظيفي.³

و لإعمال فكرة الحل الوظيفي بمناسبة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لمتعدد الجنسية و عديمها، يجب البحث عن الهدف و الغاية من قاعدة الإسناد، أو الحكمة التي ابتغاها المشرع من وضع تلك القاعدة لحكم مسائل معينة دون غيرها، و في ضوء هذا يتم تحديد قانون الجنسية، الذي سيكون أكثر القوانين تحقيقا للغرض و ملاءمة لطبيعة المسألة محل النزاع، و عليه فإن الحلول ستختلف من مسألة لأخرى حسب طبيعتها، و قاعدة

¹ - مجد الدين طاهر خربوط، المرجع السابق، ص 391.

² _ من الفقهاء الذين يؤيدون الأخذ بهذه الفكرة نذكر Makarov، Batiffol et lagarde، عز الدين عبد الله، فؤاد عبد المنعم رياض، شمس الدين الوكيل، صوفي حسن أو طالب، وغيرهم. نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 725، هامش 3.

³ - إن هذه نظرة أنصار الحل الوظيفي و التي قد لا تكون صائبة، لأن عبارة "يمكن" أو الموازنة قد تكون جاءت لتدل على الاستثناءات من تطبيق قانون جنسية دولة القاضي كما في الاتفاقيات الدولية، و يمكن أن تدل كذلك على معيار الجنسية الفعلية، أنظر في هذا مجد الدين طاهر خربوط، المرجع السابق، ص 392.

الإسناد التي تحكمها¹. وبصيغة أخرى يجب التقيّد بالغاية من قاعدة الإسناد، والمتمثلة في تطبيق القانون الأكثر صلة بالمسألة محل النزاع².

ب: كيفية تعيين القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسيات وفقا للحل الوظيفي.

يجب النظر لمسألة تنازع الجنسيات على أنها مسألة أولية تثور بمناسبة مسألة أصلية، ويتعين حلها بالنظر للغاية من قاعدة الإسناد، حتى لا تتحول هذه الأخيرة إلى قاعدة مجردة عمياء، تحدد الحل مسبقا وفقا لمعيار موطن الشخص، أو معيار الجنسية الفعلية، أو معيار جنسية القاضي، فعدم تطبيق جنسية القاضي، مثلا على متعدد الجنسية الذي يحمل إلى جانب الجنسية الأجنبية، جنسية دولة القاضي، لا يعد إنكارا لصفته الوطنية، وإنما يعد ضرورة حتمية للحفاظ على الحالة الشخصية للفرد³. أي انه لا تأثير لكون جنسية القاضي إحدى الجنسيات المتنازعة، أو لا، على اختيار ذلك القانون.

إلا أن هذا ليس معناه إهمال تام لقانون القاضي في هذا المجال، بل يجب الأخذ به متى تبين لنا من خلال أعمال فكرة الحل الوظيفي، أن هذا القانون هو الأصلح للتطبيق على متعدد الجنسية، دون غيره، وهذا لا يكون إلا في الفروض التي يتبين فيها بعد بتحليل قاعدة الإسناد التي تنطبق على النزاع، واستتباط غايتها، أن مبنى تطبيق قانون الجنسية، وهو سيادة الدولة على رعاياها وتبعيتهم لها ليس محل شك، إذ هو الغرض الكامل وراء وضع المشرع لتلك القاعدة⁴. فمثلا لا يتصور أن يحرم جزائري مسلم يحمل في نفس الوقت الجنسية الفرنسية، من حقه في طلاق زوجته بالإرادة المنفردة، أو من حقه في تعدد زوجاته، لأن مبنى سيادة الدولة على رعاياها، يقف للحيلولة دون منع هذا الشخص من التمتع بهذين الحقين في التراب الجزائري.

¹ _ عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص 86، 87.

² _Roula el-Husseini Begdache , op cit , p 170.

³ _ Roula el-Husseini Begdache , op cit , p 38 .

⁴ -عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص682.

وفي المقابل، متى ظهر بعد تحليل قاعدة الإسناد، واستنتاج الغاية منها، أنها لا تركز على فكرة السيادة والتبعية السياسية لقانون القاضي، بل قانون الجنسية الأجنبية هو الأفضل والأكثر تلاءماً مع طبيعتها، فيجب تطبيق هذا الأخير على النزاع.¹ و من ذلك ما تقرره المادة 17/311 مدني فرنسي، من أن الاعتراف بالبنوة الطبيعية يكون صحيحاً متى تم طبقاً لقانون جنسية المعترف (أي الوالد)، أو قانون جنسية الطفل. فقاعدة التنازع هذه لها غاية مادية هي حماية الطفل، والانحياز لقانون الجنسية الذي يقرّ بصحة الاعتراف بالبنوة، ولو كان هذا القانون هو قانون دولة أجنبية للوالد أو الإبن، حتى ولو كان كل منهما يحمل في نفس الوقت الجنسية الفرنسية.²

و من ذلك أيضاً الزواج الظني³، الذي يحكمه القانون الذي يحكم آثار الزواج، أي قانون جنسية الزوج عند انعقاد الزواج، و إذا كان الغرض من الزواج الظني طبعاً، هو حماية الرابطة الزوجية و الأسرية، و بصفة خاصة إقرار ثبوت النسب الشرعي للأبناء، في الفترة ما بين إبرام الزواج و قبل الحكم ببطلانه. فعلى فرض أن هذا الزوج يحمل جنسيتين إحداها جنسية دولة القاضي، و الأخرى أجنبية، فهنا يجب الأخذ بالقانون الذي يقر بالآثار الأكثر تحقيقاً لمصلحة الأبناء في ثبوت النسب، و لو أدى لتطبيق القانون الأجنبي.

أما إذا لم تكن جنسية دولة القاضي إحدى الجنسيات المتنازعة، فإن إعمال فكرة الحل الوظيفي لا يعني بالضرورة تطبيق قانون الجنسية الفعلية، فهو قد يؤدي إلى تطبيق هذه

¹ - سعيد يوسف البستاني، إشكالية وأفاق تطور قانون الجنسية في لبنان والدول العربية، المرجع السابق، ص 224 . و يرى هذا الدكتور أن الاتجاه الحديث الذي يدعو إلى الأخذ بالحل الوظيفي في تنازع الجنسيات يشبه الاتجاهات السائدة حديثاً في الفقه و القانون المقارن على مستوى تنازع القوانين، و هذا ما يشبه العودة إلى نفس أفكار المدرسة الإيطالية القديمة.

² - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 685.

³ - الأصل أن الزواج الذي تخلف فيه احد الشروط الشكلية، أو الموضوعية، يعتبر باطلاً وينسحب هذا الأثر للماضي، إلا أن الزواج الظني على خلاف ذلك، بحيث بالرغم من ذلك التخلف لأحد الشروط، إلا أن آثار البطلان لا تنسحب للماضي، بشروط معينة أهمها حسن نية احد الزوجين، رعاية له وللأولاد، ولذلك يعتبر الزواج قائماً من الوجهة الفعلية، من انعقاده إلى أن يتقرر بطلانه، باعتباره كان ظنياً أو وهمياً، ويرتب آثاره في تلك الفترة، ومن أهمها ثبوت العدة، ونسب الأولاد، وهذا هو الزواج المسمى في القانون الجزائري، بالنكاح الفاسد.

الجنسية، كما قد يؤدي إلى هجرها وتفضيل قانون الجنسية الأخرى عليها، وفي بعض الحالات الاستثنائية قد يتم هجر قانون الجنسية بالمرّة، والبحث عن قانون آخر أكثر ملاءمة لحكم المسألة المعروضة، وهذا كله حسب طبيعة الهدف و الغاية من قاعدة الإسناد.

فمثلا فيما يتعلق بالنفقة بين الأقارب فهي تخضع لقانون المدين بها (المادة 14 قانون مدني جزائري)، وإذا حللنا قاعدة الإسناد عرفنا أن الغاية منها، هي حماية القريب المحتاج الذي هو في حاجة للمساعدة، فإذا كان المدين بالنفقة يحمل جنسيتين أجنبيتين، قانون إحداها يوجب النفقة والآخر ينفىها، ففكرة الحل الوظيفي توجب على القاضي أن يطبق قانون الجنسية الأول، أي الذي يوجب النفقة لأن فيه تحقيق لمصلحة المحتاج، دون الالتفات إلى هل هي الجنسية الفعلية أم لا¹.

وإذا طرحت مسألة مدى صحة رابطة التبني في دولة يجيز قانونها إنشاء هذه الرابطة²، وكان كل من المتبني والمتبني يحملان جنسيتين أجنبيتين مختلفتين، فيجب هنا وفقا لمقتضيات الحل الوظيفي، تطبيق قانون الجنسية الذي من شأنه تحقيق مصلحة الطفل المتبني، دون النظر إلى كون هذه الجنسية هي الفعلية أو لا.

و كذلك لو تعلق الأمر بمسألة إسناد الحضانة، فإن غالبية الدول تجمع أن قاعدة الإسناد يجب أن تراعي مصلحة الطفل، و توفير أعلى درجة حماية له. ونظرا أن الحضانة من آثار انحلال الزواج، و من ثم تخضع في التشريع الجزائري لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. فإذا كان للأب في هذا الوقت جنسيتان أجنبيتان، إحداها تثبت الحضانة للأم التي تصلح لها من وجهة نظر القاضي الجزائري، لأن في هذا تحقيق لمصلحة المحضون، بينما

¹ _عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص154.

² _كتونس التي تعتبر الدولة العربية الوحيدة التي تسمح بإنشاء هذه الرابطة.

يسقطها عنها قانون الجنسية الأخرى، فهنا يجب تطبيق قانون الجنسية الأول، لأنه يتلاءم مع روح وغاية قاعدة الإسناد الوطنية، حتى ولو لم تكن هي الجنسية الفعلية¹.

هذا، و هناك حالات تستوجب هجر قانون الجنسية الفعلية بالمرّة و تطبيق قانون آخر أكثر ملاءمة لحكم المسألة المعروضة كما في مسألة الأهلية في الأوراق التجارية، إذ يرجح قانون محل نشوء الالتزام الصرفي على قانون جنسية الملتزم بالورقة التجارية، متى كان الأول يقضي بصحة الالتزام الصرفي لأن الشخص كامل الأهلية، بينما يعتبره الثاني باطلاً لأن الشخص ناقص الأهلية، و لما في هذا الحل من تحقيق لاستقرار التعامل و سلامة التجارة الدولية.²

ج- مدى رواج فكرة الحل الوظيفي قضائياً و تشريعياً:

إذا لاقت فكرة الحل الوظيفي استحساناً من طرف العديد من الفقهاء، فقد لاقت رواجاً كذلك في التطبيقات القضائية، فمثلاً لقد اخذ بها القضاء الفرنسي³، بحيث أن الحكم الذي ابرز فكرة الحل الوظيفي بوضوح، هو لمحكمة النقض الفرنسية في 1987/07/22، في قضية شهيرة تسمى "Dujaque"⁴، و التي تتلخص وقائعها في أن زوجين بولونيين حصلوا

¹ - عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص 155.

² - عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص 155-156.

³ - هناك العديد من التطبيقات القضائية للحل الوظيفي في القانون الفرنسي، كقضية المرأة الأورغوانية، التي حصلت على الطلاق من زوجها الفرنسي من محاكم بلدها، وتطبيقاً لأحكام قانون جنسيتها الأورغوانية، وبالمخالفة لأحكام القانون الفرنسي، بالرغم من أنها اكتسبت الجنسية الفرنسية بالزواج. ولأنها تزوجت مرة أخرى على إثر طلاقها، فقد مثلت أمام القضاء الفرنسي بتهمة اقترافها جريمة التعدد Bigamie، على أساس أن عقد زواجها من الزوج الفرنسي، كان ما يزال قائماً من وجهة هذا القضاء، إلا أن محكمة استئناف باريس خلصت إلى أنه لا محل لمتابعتها قضائياً، و بوجود تبرئة ساحتها على أساس حسن نيتها، الذي ينفق معه الركن المعنوي لديها، مادام أنها بقيت محتقظة بجنسيتها الأورغوانية، و التي بناء عليها اعتقدت في صحة الطلاق الذي حصلت عليه من محاكم دولتها، و بالتطبيق لأحكام جنسيتها، مما أدى بها للاعتقاد بصحة زواجها الثاني. انظر هشام خالد، المركز القانوني لمتعدّد الجنسية، مرجع سابق، ص 132. انظر كذلك مجد الدين طاهر خربوط، المرجع السابق، ص 394.

⁴ - هشام خالد، المركز القانوني لمتعدّد الجنسية، مرجع سابق، ص 133، 134. انظر حيثيات هذا الحكم كذلك بمرجع Roula el-Husseini Begdache, op.cit.p.170.

على الجنسية الفرنسية، بفعل إقامتهما في فرنسا، دون أن يفقدا جنسيتيهما الأصلية، حدث أن انفصلا فعادت الزوجة للإقامة في بلدها الأصلي بولونيا، مع ابنها الذي بدوره يحمل الجنسيتين الفرنسية والبولونية معا، بينما ظل الزوج مقيما في فرنسا، حيث حصل على حكم بالطلاق فيها مقررا له الحق في حضانة الطفل.

بعد فترة قصيرة، صدر حكم آخر من المحاكم البولونية بناء على طلب الزوجة، أعطاهها هي الأخرى الحق في الحضانة، وحصلت على الاعتراف به من المحاكم الفرنسية، و لكن الزوج الذي لم يرضه الحكم أعاد الطعن بالنقض، إلا أن محكمة استئناف باريس، قدرت سلامة الموقف البولوني حينما طبق قانونه، باعتباره قانون إحدى الجنسيتين التي يحملها الطفل، على أساس أن القاضي الفرنسي كان سيفعل نفس الشيء، ويطبق قانون جنسيته، لو قدر و ورفع النزاع أمامه من البداية. و هو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، بحيث صرحت أن من شأن عدم الاعتداد بالحكم المتقدم في فرنسا، إهدار أحكام الاتفاقية البولندية الفرنسية، كلما تعلق الأمر بشخص مزدوج الجنسية، مع أن الواجب هو تفعيل الاتفاقية السابقة بأقصى درجة ممكنة لتحقيق سبب وجودها¹.

ولقد توصلت محكمة باريس في 27/09/1990 إلى نفس الحكم في قرار "دوجاك" السابق وهذا في قضية "تاجي عبد المجيد"، والتي تتلخص وقائعها في أن شخصين مغربيين مقيمين في فرنسا، أبرما زواجهما عام 1982، أمام القنصلية المغربية في ستراسبورغ، ثم اكتسبا الجنسية الفرنسية عام 1985، ليحصل طلاق بإرادة الزوج المنفردة عام 1987 في المغرب، وقد طالب الزوج الاعتراف بآثار هذا الحكم في فرنسا، وفقا لنصوص الاتفاقية الفرنسية المغربية المتعلقة بمسائل حقوق الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي الموقعة في 10/8/1981، وهو ما لم تعارضه الزوجة، وإنما طالبت فقط بتحديد النفقة لصالح ابنها، ومكنت الزوج من حقه في

¹ لو حللنا هذه القضية يظهر أن هذا الحكم لا يعد سوى استثناء من تطبيق جنسية دولة القاضي، وهذا لوجود اتفاقية دولية، وليس كما يزعم أنصار فكرة الحل الوظيفي، وأنا أؤيد هذا الرأي الذي يؤيده الأستاذ مجد الدين طاهر خربوط، المرجع السابق، ص397.

الزيارة، ولقد وافقت محكمة باريس على تنفيذ هذا الحكم في فرنسا، مبررة ذلك بأن هذا الطلاق حصل وفق القانون المختص حسب قواعد تنازع القوانين الفرنسية، لذلك وإن كان الطلاق بإرادة الزوج المنفردة يصطدم مع النظام العام الفرنسي، فإن المحكمة تعلن قابلية تنفيذه في فرنسا، متيحة للزوج القيام بزيارات دورية لابنه¹.

هذا، وقد تبنت ألمانيا بدورها فكرة الحل الوظيفي في بعض الفروض، استثناء من القاعدة العامة، التي تقضي بوجود إعلاء الجنسية الألمانية، كلما كانت من بين الجنسيات المتنازعة². كما بدأ يتجسد صراحة في التشريعات الحديثة لبعض الدول، وهذا ما فعله المشرع السويسري في المادة 23 من القانون الدولي الخاص الجديد الصادر في 18 ديسمبر 1987 الذي ينصّ أنه:

"-إذا كان للشخص جنسية أجنبية أو أكثر بالإضافة للجنسية السويسرية، وتعلق الأمر بتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم السويسرية، فإن الجنسية السويسرية وحدها هي التي ينبغي التّعويل عليها كضابط للاختصاص.

¹ _ لقد تعرض هذا الحكم للعديد من الانتقادات، من جهة في إمكانية سريان الاتفاقية الفرنسية المغربية، ومن جهة أخرى في سلامة فكرة الحل الوظيفي في هذا الشأن، خاصة أن محكمة النقض الفرنسية في عدة قرارات مماثلة خالفت هذا الحل نذكر منها قرار 17/05/1993 الذي قضت فيه بأن زواج مغربيين اكتسبا الجنسية الفرنسية، ويقيا في فرنسا لا يمكن أن يحل إلا وفقا للقانون الفرنسي، وأن الاعتراف بالطلاق الحاصل من الزوج في المغرب، خارج الحالة المنصوص عليها في المادة 2/13 من اتفاقية 10/01/1981، هو مخالف للنظام العام في فرنسا، مادام أن الزوجان اختارا أن يكونا فيها مواطنين. انظر هذا والعديد من التعليقات في مرجع الدين طاهر خربوط، المرجع السابق، ص398، 399.

² - ومن ذلك ما قضت به محكمة إستئناف "Hamm" في نزاع تتمثل وقائعه في أن أميركا تزوج من ألمانية، و عاشا في الولايات المتحدة الأمريكية، إلى أن حدث انفصال بينهما، فقرّر القضاء الأمريكي للأب أحقيّة حضانة ابنه، ولكنّ الأم التي عادت للعيش في ألمانيا لم تدعن لهذا الحكم، بل اعتادت خطف الطّفل والعودة به إلى بلدها، ونظرا لتعدد حالات الخطف، فقد طالب الأب الأمريكي، الاعتراف وتنفيذ الحكم السابق في ألمانيا. وهو ما أجابته إليه المحكمة الألمانية، على أساس صدور الحكم من محكمة مختصة، فعلى الرغم من أن الابن ألماني الجنسية، وهو في الأصل اختصاص قاصر على المحكمة الألمانية وحدها، إلا أنه في قضية الحال، قد ثبت الاختصاص الدولي للمحاكم الأمريكية، لأن الطفل كان يحوز الجنسية الأمريكية أيضا، وكانت هي الجنسية الفعلية، فالطّفل قد ولد في أمريكا ويعيش في ربوعها، فروابطه بالجنسية الأمريكية أقوى من الجنسية الألمانية. انظر هشام خالد، المركز القانوني لمتعدّد الجنسية، مرجع سابق، ص140. راجع كذلك عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص295.

-إذا تعلق الأمر بمسألة كان القانون الواجب التطبيق فيها هو قانون الجنسية، فيجب الاعتراف بالجنسية الواقعية أو الفعلية، سواء وقع التزاحم بين جنسيات أجنبية، أم بين الجنسية السويسرية وجنسيات أجنبية أخرى.

-بالنسبة للاعتراف بالأحكام الأجنبية المتعلقة بمزدوجي الجنسية، فإنه يستوي للاعتراف بهذا الحكم أن يكون الاختصاص قد انعقد صحيحا للمحكمة الأجنبية، وفقا لقانون أي من الجنسيات التي يحملها الشخص، إذ الغاية هي العمل على الاعتراف بالحكم الأجنبي¹

الفرع الثاني: الإسناد في ظل انعدام الجنسية.

لا يوجد في هذه الحالة تنازع بين جنسيتين أو جنسيات، بل نحن بصدد شخص لا جنسية له. ولأن عديم الجنسية لا يتمتع بأية جنسية على الإطلاق، فهو كالسفينة التي تسير في البحر بدون علم²، و هذا ما يجعل وضعه سيئا، لأنه لا يوجد أية دولة يحتمي برايتها أو تتكفل بحمايته دوليا. فمرتبته أدنى فلا هو باللجوء السياسي و لا بالأجنبي العادي، لأنه أجنبي عن كل الدول غير مشمول بحماية دولية، محروم من التمتع بحقوق المواطنة، ولا يستفيد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بالحماية، وهو عرضة للإبعاد من الإقليم الوطني دون أي مبرر في أي وقت.³ و لهذا تثار المشكلة حتى في تحديد القانون الذي يحكم أحواله الشخصية في الدول التي تأخذ بالجنسية كضابط إسناد، ما دام أنه ليس له أية جنسية على الإطلاق.

وعلى غرار مشكلة تعدد الجنسيات فإن انعدامها كذلك عولجت بنفس الطريقة فقها، إذ يوجد حلول تقليدية وحلول جديدة، مع مراعاة الاختلاف بين المسألتين، إذ بينما يثير تعدد الجنسية مسألة مفاضلة واختيار بين الجنسيات المتركمة التي يحملها الشخص، يطرح انعدام

¹ - عكاشة محمد عبد العال، الإتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص122.

² - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 192.

³ - انظر زروتي الطيب، حماية حقوق الطفل من منظور القانون الدولي الخاص، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 131.

الجنسية، البحث عن حل بديل لضابط الجنسية المعدم، وغير الموجود أصلاً. فكيف يتم تعيين القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية وفق هذه الحلول¹.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية وفق الحلول التقليدية.

لقد تم وضع عدة معايير لتعيين القانون الشخصي لعديم الجنسية²، إلا أنها كانت قاصرة. وعليه اتجه الرأي الغالب فقهاً وقضاء³، في كثير من الدول، إلى تطبيق فكرة شبيهة بفكرة الجنسية الفعلية لتحديد مركز عديم الجنسية، وذلك باعتباره ينتمي إلى الدولة التي يتصل بها من الناحية العملية أكثر من سواها، وهي تتمثل عادة في وجود موطنه، أو محل إقامته، أو التي يرتبط بها وفق ما حدده القضاء الدولي لتحديد الجنسية الفعلية. وهذا الحل معمول به عند الكثير من التشريعات⁴، منها التشريع الجزائري، الذي نص عليه صراحة في المادة 22، في القانون المدني المعدل في 20 جوان 2005 بقوله: "و في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

¹ - سعيد يوسف البستاني، إشكالية وأفاق تطور قانون الجنسية في لبنان والدول العربية، المرجع السابق، ص 207.

² - فمنها من عالج المسألة على أساس فكري التقدّم المكسب أو المسقط، فرأى البعض تطبيق قانون الدولة التي ولد عديم الجنسية على إقليمها، ورأى آخرون تطبيق قانون آخر جنسية كان يتمتع بها، بينما يرى البعض الآخر تطبيق قانون الجنسية التي جرد منها الشخص تعسفاً. وهناك من ينادي بتطبيق قانون القاضي. و الظاهر أن هذه الآراء كلها منتقدة، لأنها تقيم اعتباراً لقانون لا يرتبط به الشخص واقعياً وقت المنازعة. فكيف يطبق على شخص قانون مكان ميلاده بوصفه قانون الجنسية، مع أن دولة الميلاد لا تعطيه جنسيتها، كذلك ما هو الحل وكيف يتحدد قانون آخر جنسية، كان يتمتع بها الشخص في حالة الانعدام المعاصر للميلاد، بحيث لا تثبت فيه للشخص أية جنسية، و من جهة أخرى إن تقدير ما إذا كان التجريد تعسفاً أم لا، فيه مساس بسيادة الدولة، فلا يحق لدولة أخرى أن تنصب نفسها سلطة عليا، و تقدر صحة التجريد من عدمه. كما أن تطبيق قانون القاضي معيب، لأنه قد لا يتلاءم مع طبيعة المسألة المطروحة، متى لم يكن عديم الجنسية متوطناً في دولة القاضي. انظر زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 241. و هشام علي صادق، الجنسية المصرية، مرجع سابق، ص 458.

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

⁴ - كالقانون الإيطالي، القانون الدولي الخاص الإسباني، النمساوي، المجري، التركي، السويسري، الروماني، الفرنسي، المغربي، والكوري، أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 136.

و بهذا طبق المشرع الجزائري نفس أحكام اتفاقية نيويورك المبرمة في 28 سبتمبر 1954، المتعلقة بالحماية الدولية لعديمي الجنسية¹، التي تقضي في المادة 12 منها بخضوع أحوالهم الشخصية لقانون بلد موطنهم، أو لقانون محل إقامتهم إذا لم يكن لهم موطن. و هو نفس الحل الذي اعتمده من قبل المادة 12 من اتفاقية جنيف لعام 1951، المتعلقة بالحالة الدولية للأجانب السياسيين.²

في حين تركت بعض التشريعات للقاضي أمر تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الجنسية، و يأخذ بهذا الرأي معظم القوانين العربية³ - كالقانون السوري، المصري، الليبي، الأردني، الكويتي، اليمني⁴، و كان التشريع الجزائري، يأخذ بهذا قبل تعديل القانون المدني سنة 2005.

ثانيا : القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية وفق الحل الحديث.

إن فكرة الحل الوظيفي فيما يخص انعدام الجنسية تقوم كذلك، على عدم التقيد بمبدأ عام مسبق، كما في النظرية التقليدية التي ترجح تطبيق قانون الموطن أو محل الإقامة، على الأحوال الشخصية لعديم الجنسية، و إنما تحليل قاعدة الإسناد و معرفة الغاية منها، و هي

¹ -لقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بمرسوم 64-173، المؤرخ في 08-06-1964، الجريدة الرسمية، عدد 15 لسنة 1964.

² - انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب المرسوم المؤرخ في 07 فيفري 1963.

³ -حسن الهداوي، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 67.

⁴ _ ويرى بعض الفقهاء، أن ترك أمر تعيين القانون الواجب التطبيق للقاضي، يعني وجوب تقيده في ذلك بفكرة الموطن أو محل الإقامة. انظر حسن الهداوي، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 67. غير أن الفقه الراجح، يرى بأن ترك للقاضي وضع قاعدة الإسناد الاحتياطية، وعدم تقيده بإتباع حلّ بعينه، يجعل من باب الإجتهد واسعاً في هذا المجال، فهو يشمل معيار الموطن أو محل الإقامة، كما تدخل فيه معايير أخرى كفكرة الحل الوظيفي. انظر عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص 196

بدورها التي تحدد إن كان قانون الموطن هو الأصلح أم قانون آخر. لهذا سنستشهد بأمثلة عن الفروض التي يجب استبعاد فيها قانون الموطن (أ)، ثم نتعرض لكيفية الترجيح إذا تعدد موطن عديم الجنسية متى كان قانون الموطن هو الواجب التطبيق وفقا لمتطلبات الحل الوظيفي.

أ- نماذج لحالات عدم تطبيق قانون الموطن على عديم الجنسية، وفقا للحل الوظيفي:

بالرغم من أهمية الموطن إلا أنه يجب استبعاده، و تطبيق القانون الأكثر ملاءمة، وفق ما تحققه غاية قاعدة الإسناد، و هذا ما يظهر بصفة جلية في مجال الأهلية، التي سيختلف ضابط الإسناد الخاص بها، حسب طبيعة الفكرة المسندة التي تتعلق بها، وأكثر القوانين أصلح لحكمها. وهذا وفق ما يلي:

قانون محل نشوء الالتزام الصرفي، أصلح لحكم أهلية عديم الجنسية الخاصة بصحة هذا الالتزام، من قانون موطنه، لأنه يتلاءم وطبيعة الورقة التجارية التي تعتمد على الثقة والسرعة في التداول، ولأنه يؤدي كذلك لتوحيد القانون الواجب التطبيق على شكل الورقة، والأهلية اللازمة لصحتها¹.

يجب أن تخضع أهلية التصرف في العقار لقانون موقعه بدلا من موطن عديم الجنسية.

يجب تطبيق قانون دولة تنفيذ العمل على الأهلية اللازمة لإبرام عقد العمل، وهذا بدلا من قانون موطن العامل وقت إبرام العقد، لأنه يؤدي لتوحيد القانون المطبق على أكثر من جانب في العقد بدلا من تشتيته بين أكثر من قانون².

¹ وهو ما يأخذ به القانون الانجليزي، الأمريكي، واتفاقيات جنيف 1930_1931، الخاصة بالأوراق التجارية، انظر عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص726. ففي المسائل التجارية تعتبر اتفاقيتي جنيف 1930_1931 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الكمبيالات والشيك من بين الاتفاقيات الدولية التي وضعت قواعد مادية موحدة تطبق مباشرة على النزاع المتضمن عنصرا أجنبيا. انظر ميكالي الهواري، المرجع السابق، ص 90.

² عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص199، 200.

ب_ حالات تعدد موطن عديم الجنسية، وكيفية الترجيح بينها وفقا للحل الوظيفي.

إن أنصار فكرة الحل الوظيفي يقرون أنه غالبا ما يتم تطبيق قانون الموطن على عديم الجنسية. ولهذا فقد عالجوا كذلك طريقة الترجيح إذا تعدد موطن عديم الجنسية، لأنه يثير مشكلة في تحديد القانون الواجب التطبيق مثله مثل الجنسية، وفي هذا فقد ذهبوا إلى أن أساس التفضيل بين مواطن عديم الجنسية التي تحوي جميعها درجة من الارتباط والفاعلية التي ترشّحها لحكم النزاع، هو اختيار أنسبها وأكثرها تحقيقا للغاية من قاعدة الإسناد المخصصة لتلك المسائل، وفق الأمثلة الآتية:

_ إذا تعلق الأمر بميراث أو وصية لعديم الجنسية الذي له موطنين، احدهما بإقليم القاضي المنظور أمامه المنازعة، والموجودة أموال التركية فيه، وموطن بإقليم آخر. فالمرجح هنا تطبيق القانون الأول لأنه الأكثر ملاءمة وارتباطا بالمنازعة.

_ تخضع البنية الطبيعية في فرنسا لقانون جنسية الأم (أو قانون موطنها، إذا كانت عديمة الجنسية) وقت ولادة الابن، أو لقانون جنسية الولد (أو قانون موطنه إذا كان عديم الجنسية). لنفترض أن الأم عديمة الجنسية ولها أكثر من موطن، فالأنسب هنا ترجيح قانون الموطن الذي يحقق مصلحة الولد، وهو القانون الذي يمكن الولد من إثبات بنوته الشرعية وتصحيح نسبه، وهذا هو الغرض من قاعدة الإسناد الفرنسية التي تعتمد التطبيق البدلي بين عدة قوانين¹.

_ إن الزواج الباطل بطلانا نسبيا، يرتب بعض آثار الزواج الصحيح كثبوت النسب النفقة، و العدة. فإذا كان من المسلم أن هذا الزواج يحكمه القانون الذي يحكم آثار الزواج، وبالنسبة لعديم الجنسية يتحدد بقانون موطن الزوج عند انعقاد الزواج، وكان لهذا الشخص أكثر من موطن، أحدهما يقر فكرة الظنية، والآخر ينكرها ولا يعترف بآثارها، فيكون الأنسب في هذه

¹ _ عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص202.

الحالة، تطبيق القانون الذي يعترف بفكرة الزواج الظني، مادام انه يحقق مصلحة الطفل، و يرمي في أغلب الحالات إلى إقرار ثبوت النسب الشرعي للأولاد¹.

و نخلص إلى أنه بالرغم من أن فكرة الحل الوظيفي، تعبر عما وصل إليه الفقه الحديث من نتائج متقدمة، في إطار حلول تعدد الجنسيات وانعدامها، فإنها لن تلاقى الزواج الكافي عند التشريعات، لأن فكرة المصلحة أو الغاية من قاعدة الإسناد، تعتبر مسألة مرنة ومتغيرة، وليس من صلاحيات المشرع ضبطها بنصوص واضحة. وهو ما يترك الإطار مفتوحا لسيطرة القضاة، لأن نظرتهم إليها ستختلف من نظام قانوني لآخر، حسب الطبيعة الإيديولوجية، الاجتماعية، والأخلاقية للمجتمعات، ومن شأن هذا الاختلاف في الحلول بين الدول، أن يؤدي إلى صعوبة تنفيذ الأحكام من جهة. ومن جهة أخرى فما هو الضامن على أننا من خلال تحقيق الغاية التي ابتغاها المشرع من قاعدة الإسناد، ووظيفتها، نكون قد حققنا فعلا العدالة الواقعية.

الفرع الثالث : الإسناد في ظل تغيير الجنسية، أو حالات التنازع المتحرك.

إن للفرد الحرية الكاملة في تغيير جنسيته، و إكتساب جنسية جديدة. فإذا كان في تعدد الجنسيات يحمل جنسيتين مختلفتين، في الوقت الذي يتحدد فيه أعمال ضابط الإسناد، فإنه في التنازع المتحرك، يكون للفرد جنسية معينة عند اكتساب الحق أو وقت نشوئه، إلا أنه يتخلى عن الجنسية السابقة، ويكتسب جنسية أخرى وقت المنازعة فيه، مما يثير مشكلة تحديد أي القانونين أصلح لحكم العلاقة ما بين قانون جنسيته القديم، والحديث؟ و نظرا أن التنازع المتحرك من أعقد مسائل ونظريات تنازع القوانين، فلا بد من تبيان مفهومه، قبل التطرق للحلول التي خصصت لمواجهته، وموقف المشرع الجزائري منها.

¹ _ ولمراجعة أمثلة أخرى عن فكرة الحل الوظيفي فيما يخص انعدام الجنسية. انظر موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص

أولاً: مفهوم التنازع المتحرك .

ثمة فروض يقترن فيها عنصر الزمان، بعنصر المكان في نفس العلاقة القانونية، و ذلك نتيجة تغيير واقعي في ظرف الإسناد، يؤدي إلى انتقال شخص أو شيء معين، من نطاق تطبيق قانون، إلى نطاق تطبيق قانون آخر، بمقتضى نفس قاعدة الإسناد، و هذا ما يطلق عليه باصطلاح التنازع المتحرك « Conflit Mobile » أو التنازع المتغير¹ .

فالتنازع المتحرك ينشأ بين قانونين متعاقبين لحكم موضوع واحد²، ومن هذه الناحية يتحقق عنصر الزمان، ولكنه من جهة أخرى، ينشأ بين قانونين صادرين عن مشرعي دولتين مختلفتين، و في هذا يظهر عنصر المكان، و بهذا يتميز عن التنازع الزمني الذي يحدث في حدود سيادة دولة واحدة، و عن التنازع الثابت، في أن التنازع المتحرك يحدث بعد نشوء العلاقة القانونية لتدخل عامل المكان، مما يؤدي إلى تغيير ضابط الإسناد، من وقت نشوءها إلى وقت المنازعة فيها، فتكون العلاقة محكومة بقانونين متعاقبين³ .

ولهذا عرفه بعض الفقه، بأنه " لما تكون الواقعة القانونية محكومة بقانونين مختلفين بفعل تغيير ضابط الإسناد⁴ ". كما عرفه آخرون بأنه : " التنازع الذي ينشأ بين قانونين متعاقبين صادرين من مشرعين مختلفين لحكم موضوع واحد"⁵

وهكذا، فإن التنازع المتحرك، يثير البحث عن أي من القانونين المتنازعين، أصلح لحكم العلاقة. و للتوضيح، نفترض أن شخصان قد تزوجا في ظل قانون يحضر التطلاق و الطلاق كالقانون الإسباني سابقا، ثم تجنس كلاهما أو أحدهما بجنسية أخرى، يسمح قانونها

¹ _ إن الفقيه الفرنسي " بارتان" هو من أطلق اصطلاح التنازع المتحرك Conflit Mobile ، على هذا النوع من التنازع، انظر أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 131، وكذلك يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 88.

² _ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 108.

³ _ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 440.

⁴ _ Loussouarn et Bourel .op cit.p262.

⁵ _ Nouhad Rizkallah , op cit , p75.

بفك هذه الرابطة كالقانون الجزائري، فهل يجوز لأحدهما طلب حل الرابطة الزوجية وفقا لقانونه الجديد؟ و هل يجوز للزوج المحتفظ بالجنسية السابقة، أن يدفع بتطبيق القانون القديم؟¹

و كذلك، لو تزوج شخص للمرة الثانية، تحت سلطان قانون يجيز له الزواج بأكثر من واحدة، كالقانون الجزائري، فهل يكون له أن يتمسك بهذا الزواج، وبما يترتب عنه من آثار إذا انتقل لبلد آخر، لا يعترف بنظام تعدد الزوجات.

هذا، ويشترط لقيام التنازع المتحرك، أن يكون ضابط الإسناد من الضوابط القابلة للتغيير، والتي تنحصر في ضابط الجنسية، الموطن، موقع المنقول²، ولهذا يخرج من نطاقه الضوابط الثابتة بطبيعتها، والغير قابلة للانتقال أو التغيير، سواء كانت وقتية كإرادة المتعاقدين، مكان انعقاد العقد، ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع، أو كانت مستمرة، كموقع العقار³. كما يشترط لقيام هذه النظرية، أن يكون تحرك ضابط الإسناد تحركا ظرفيا، أي طبيعيا منشؤه الإرادة الطبيعية للفرد، وهو يختلف عن التغيير الإصطناعي، الذي يعني اصطناع ظرف جديد بهدف استبعاد القانون الواجب التطبيق، والذي يقودنا إلى نظرية أخرى هي نظرية الغش نحو القانون⁴.

¹ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 127، 128.

² من أكثر الفروض التي تثير مشاكل بين الدول، هو مشكلة التنازع المتحرك في حالة تغيير موقع المنقول من دولة لأخرى، وقد لفت انتباهي هذه القضية التي أثبتت في صيف عام 1934، بين الحكومة المصرية والحكومة الألمانية بشأن استرداد تمثال رأس الملكة "نفرتيتي" الموضوع الآن في أحد متاحف برلين، وكان قد هربه إلى الخارج أحد الباحثين عن الآثار بمصر. فوفقا لموقع المنقول السابق، وهو القانون المصري يعتبر هذا المنقول أثريا، ومن ثم لا يصح التصرف فيه بطريق البيع، إذ انه داخل ضمن الأملاك العامة، ولكن وفقا للقانون الألماني قانون الموقع الجديد، تزول عن المنقول هذه الصفة، فيباع فقط باعتبار أنه تحفة أثرية. ويلاحظ في هذا النزاع أن فرض السرقة مستبعد، إذ لكي توجد جريمة سرقة لابد من توافر ركن الاختلاس، وتوافر هذا الركن يستدعي سبق تسليم التمثال للحكومة المصرية. وهذا ما لم يحصل. وقد استتبت الحكومة الألمانية التمثال ولم تتجح المفاوضات الودية في رده. وعرض نزاع مماثل أمام المحاكم الفرنسية بشأن منقول مملوك للحكومة الإسبانية، وبيع في فرنسا فأقرت المحاكم البيع. انظر حامد زكي، المرجع السابق، ص 23، هامش رقم 2.

³ - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 441.

⁴ -نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، 2001، ص

إلى هذا، فينبغي ألا تكون ضوابط الإسناد-التي تصلح لقيام التنازع المتحرك- مركزة من الوجهة الزمنية، بحيث يتحدّد وقت الاعتداد بالقانون المختص، مقدما على أساس بعض الاعتبارات الفنية، و من ذلك مثلا القاعدة التي تخضع الميراث لقانون جنسية المورث، فإن هذا الأخير يتحدد بوقت الوفاة بداهة، لأنه الوقت الذي تتحقق فيه فكرة الميراث، و الذي يصدق فيه على الشخص صفة المورث، و قاعدة الإسناد التي تخضع أهلية التعاقد إلى قانون جنسية الشخص، فليس من شك هنا أنها تتحدد بوقت التعاقد، لان الأهلية من شروط صحة العقد، و صحة العقد تقدر من الوجهة الفنية بالنظر إلى وقت التعاقد.¹

ثانيا: الحلول المخصصة لمشكلة التنازع المتحرك:

للولوصول إلى تحديد قانون الجنسية الواجب التطبيق، في حالات التنازع المتحرك، فقد تعددت الحلول، ما بين الحلول التشريعية و الحلول الفقهية.

أ _ الحلول الفقهية :

لقد لعب الفقه دورا كبيرا في معالجة مشكلة التنازع المتحرك، وذلك للوصول إلى أفضل قانون يجب تطبيقه، وإن الحلول التي قيلت في هذا الشأن، تمحورت في مذهبين رئيسيين، الأول ينادي باحترام الحقوق والمراكز القانونية القديمة، أو التي تم تكوينها، والثاني يعتمد على الأثر الفوري للقانون الجديد، وعدم رجعيته. كما أن بعض الفقه دعا لتطبيق حل آخر وفق ما يعرف بنظرية ملائمة القاعدة مع الواقع.

1- النظرية التي تنادي باحترام الحقوق و المراكز القانونية القديمة، أو التي تم تكوينها:

إن هذه النظرية تقوم في أساسها حول تطبيق القانون القديم، الذي تكونت في ظله المراكز القانونية، والاستبعاد المطلق للقانون الجديد، ليس فقط بالنسبة للآثار التي نشأت في

¹ - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 442، 443.

ظل القانون السابق، وإنما أيضا بالنسبة للآثار التي تنشأ مستقبلا في ظلّه¹. وان المدافعين عن هذا الاتجاه، يبررون الأخذ به على أسس مختلفة، فهناك من يرى أن أساس ذلك هو الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة، بينما يبرّره آخرون بالاعتماد على فكرة استقرار النظم القانونية².

إن الاتجاه الأول يعتمده الفقيه الفرنسي "ببيه"، ويؤيده في هذا "دايسي" في إنجلترا، و"بيل" في أمريكا، وطبقا له متى اكتسب حق اكتسابا قانونيا صحيحا طبقا لقانون بلد، وجب أن يحترم في كل البلاد، ولو انتقل إلى بلد لا يعترف قانونه بهذا الحق، على أساس أنه يجب التفرقة بين نشوء الحق و نفاذه، لأنه كثيرا ما يكون إنشاء الحق في بلد مستحيلا، ولكن نفاذه فيه جائز³. ويستند هذا الرأي إلى مبادئ القانون الدولي العام، التي تفرض على الدولة أن تحترم سيادة الدول الأخرى، والتي من مظاهرها، احترام الحقوق المكتسبة الناشئة في سلطان هذه السيادة.

إن موضع الخلل في هذه النظرية، هو أن " ببيه " يوجب لاحترام الحق المكتسب، أن ينشأ صحيحا وفقا لأحكام القانون المختص، الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي⁴، أي أن يتكوّن الحق، وفقا لقواعد الإسناد في البلد الذي نشأ فيه، وفي البلد الذي يراد التمسك فيه بنفاذه، مثال ذلك أن يطلق إسباني متوطن في إنجلترا زوجته، وفقا للقانون الإنجليزي أي قانون الموطن، ويطالب بنفاذ حقه في الطلاق أمام القاضي الفرنسي، فلن يقض له هذا الأخير بهذا، وذلك لأن قاعدة التنازع الفرنسية تخضعه لقانون الجنسية، أي القانون الاسباني الذي يحرم الطلاق (سابقا قبل 1982)⁵.

¹ _ أي أنه يعتمد القانون القديم السابق على تغيير الجنسية، ويصطلح على هذا الاتجاه بالتطبيق المتماذي للقانون القديم، انظر سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 291، 292.

² _ عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 302.

³ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 126.

⁴ - إذن فالمسألة لا تعدو أن تكون مسألة تنازع، إلا أنها بعكس التنازع الثابت الذي يعرض بمناسبة إنشاء الحق، تعرض بصفة لاحقة لتكوينه، أنظر محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 450.

⁵ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق ص 129

ونظرا أن هذا الشرط يهدم فكرة الحقوق المكتسبة، ويتناقض مع معناها الحقيقي، لأن أساسها أن يكون الحق القائم في قانون معين، محترما ومطبقا في القانون الثاني، بالرغم من أن هذا الأخير لا يعترف به أساسا. فأساس قيام هذه الفكرة، هو اختلاف ضوابط الإسناد بين الدول، وليس العكس.

لهذا، فإن الفقيه الفرنسي "نبوييه"، وهو من أنصار نظرية الحقوق المكتسبة، قد عدل قليلا في مضمون هذه النظرية، بما يتجنب به الانتقادات السابقة، فسامها بالنفاذ الدولي للحقوق، ورأى بأنه يجب احترام الحق المكتسب، وفقا لقواعد التنازع في البلد الذي نشأ فيه فقط، متى ثبت بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي، أنه غير مختص. أما إذا ثبت له الاختصاص، وجب أن ينشأ الحق صحيحا، وفقا لقواعد التنازع فيه، ولا يكفي أن ينشأ صحيحا وفقا لقواعد الإسناد في البلد الذي نشأ فيه.¹ ففي المثال السابق، ولأن القانون الفرنسي غير مختص أصلا بحكم النزاع، فيجب أن يعترف القاضي الفرنسي بطلاق الاسباني، الذي تم صحيحا، وفقا لقواعد الإسناد في البلد الذي نشأ فيه الحق، و هو هنا القانون الانجليزي الذي يخضع الطلاق لقانون الموطن.

أما إذا كان القانون الفرنسي مختص أصلا بحكم النزاع، كأن يتعلق الأمر بزواج فرنسيين متوطنين بانجلترا، تم وفقا لقانون موطنهما الانجليزي، فإنه لن ينفذ في مواجهة القاضي الفرنسي، لأن قاعدة التنازع هناك، تسند الشروط الموضوعية للزواج لقانون الجنسية. و كذلك الحال، فلن ينفذ أمامه، صحة زواج فرنسي تزوج في الجزائر بزوجة ثانية، لأن القانون الفرنسي مختص أصلا، و هو يحرم التعدد في الزوجات.²

وفي المقابل، فإن الاتجاه الثاني، يبرر رأيه في تطبيق القانون القديم، بناء على استقرار النظم القانونية، وهو يتجسد من خلال الفقيه الفرنسي "بارتان"، الذي يأتي بمبادئ مختلفة تماما

¹ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص126، 129.

² - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 131.

عن الاتجاه الأول، إذ أنه يرى عدم التقيد بمعايير عامة توضع مسبقاً، في حل التنازع المتحرك، بل يجب البحث في كل حالة على حدا عن أنسب القوانين لحكمها، وهذا لا يكون إلا بتحديد القانون المختص في الزمان، كما يتحدد في المكان، وإن تحديد ذلك الوقت في تعيين ضابط الإسناد، يكون بتحليل الأهداف، و استخلاص الغرض الذي ترمي إليه القواعد القانونية، و تأمين أكبر قدر ممكن من الاستقرار للمعاملات.¹

فبالنسبة للرابطة الزوجية من حيث انعقادها، آثارها، و انحلالها، يجب أن تكون ثابتة ثبوتاً مطلقاً، وذلك بإسنادها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، و لا تتأثر بأي تغيير يطرأ على جنسية الزوج بعد ذلك، و في خصوص النسب غير الشرعي يختص القانون الذي يوفر أكبر قسط من الاستقرار لمركز الطفل، و هو قانون جنسية الطفل وقت رفع الدعوى، في حين يتحدد النسب الشرعي بقانون جنسية الطّفل وقت الميلاد.²

بالرغم من أنّ لمذهب بارتان، القائم على عدم وضع مبدأ عامّ مسبق، لحل التنازع المتحرك، و إنما تحديد الظرف الزمني بما يتناسب مع العلاقة، أثره على معظم التشريعات التي أخذت بهذا، إلا أنه يوجه إليه نفس الانتقادات الموجهة لأنصار نظرية الحقوق المكتسبة، فهما يحولان التنازع المتحرك إلى تنازع ثابت، وذلك بإهمالهما للإسناد الجديد، فتبقى المسألة القانونية خاضعة للقانون الأصلي، أو القديم، بالرغم من التطورات التي تعرضت لها في الزمان.³

2- النظرية التي تأخذ بالأثر الفوري للقانون الجديد و عدم رجعيته:

ترى أغلبية الفقه، و منهم الأستاذ "باتيفول" أن التنازع المكاني أو المتحرك، يمكن أن تطبق عليه أحكام تنازع القوانين من حيث الزمان، و ذلك لأنه لا يختلف عن التنازع الزماني، إلا ببعض الفروق التي لا أهمية لها بالنسبة إلى صاحب الحق نفسه، إذ يستوي بالنسبة إلى

¹ - سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 294.

² - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 453، 454.

³ - Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, op cit ,p230.

حقه أن يتعاقب عليه قانونان داخل الدولة الواحدة، أو داخل دولتين مختلفتين، كل ما هنالك من فرق بالنسبة إليه، هو أنه يخضع حقه للقانون الجديد بإرادته، التي كانت سببا في تغيير ضابط الإسناد في التنازع المتحرك، بينما يخضع حقه للقانون الجديد دون إرادته في التنازع الزمني، وبهذا يكون موضوع المسألة التي يثيرها التنازع المتحرك، هو وضع الحدّ الفاصل الذي يبيّن نهاية تطبيق القانون القديم، وبداية تطبيق القانون الجديد¹.

وعليه، يخضع وجود الحق للقانون السابق، أي قانون الدولة التي نشأ في سلطانها، كما تخضع له أيضا الآثار التي نشأت في ضله، أما مضمون الحق وآثاره المستقبلية، فيسري عليها القانون اللاحق². وتطبيقا لهذا المبدأ، فإن الأشخاص بمجرد تجنسهم يخضعون في حالتهم الشخصية لقانون الجنسية الجديدة لاعتبارات أهمها المحافظة على وحدة التشريع، إزاء المواطنين الأصليين والطارئين، فتقطع علاقتهم بجنسيتهم القديمة وتتحول نحو الجنسية الجديدة في كل الأحوال التي تنشأ في ظل سيادة الدولة الأخيرة. وهذا يعني أن أشخاص العلاقة يخضعون في الزواج، انحلاله، آثار النسب، والأهلية، الميراث، وغيرها من الحالات، في آثارها الماضية لقانون السابق على التغيير، وفي آثارها المستقبلية للقانون اللاحق على تغيير الجنسية³.

وبيرر أنصار هذا الرأي مذهبهم، بأنه يفضي إلى الوحدة التشريعية في الدولة التي ينتسب إليها الشخص بجنسيته الجديدة، أو فيما يخص تنظيم المراكز القانونية مستقبلا⁴، كما أنهم يستشهدون بما سبق لمحكمة النقض الفرنسية، أن قضت به في قضية مدام "فيراري"، بأن طبقت عليها أحكام التنازع الزمني⁵.

¹ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 124

² - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 133

³ - عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 306.

⁴ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 133

⁵ - موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 213 .

بالرغم من هذا، لقد وجّهت إلى هذا الرأي الكثير من الانتقادات، وهي أن قياس التنازع المتحرك، على التنازع الزمني قياس مع الفارق، فيما أن التنازع الزمني صادر من نفس الجهة التشريعية، فإن القانونين على قدم المساواة، فتتحصّر المسألة في تعيين نطاق تطبيقهما بناء على معيار عام مجرد . وعلى العكس من ذلك، فإن صدور القانونين في التنازع المتحرك من جهتين تشريعتين مختلفتين، يجعلهما في حالة عدم مساواة، ويدعو للمفاضلة بينهما، مما يفيد أنه لا معنى حينئذ للتفريق مقدّمًا، بمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد. كما أن وحدة التشريع التي يستند عليها أنصار هذه النظرية، تجد مجالها في نطاق الحياة الوطنية الداخلية فقط، أما التنازع المتحرك، هو حالة من حالات تنازع القوانين، والذي يقوم على مبدأ قبول تطبيق التشريعات الأجنبية في حدود معينة¹.

3- نظرية ملاءمة القاعدة مع الواقع.

إن الأستاذ " سامي بديع منصور " يأتي بأساس مختلف تماما، عن النظريتين السابقتين، في كيفية حل التنازع المتحرك، إذ يرى أن ذلك يكون بملاءمة القاعدة مع الواقع². وهي تركز على وجوب تليين قواعد القانون، في وضع حلول وضعيّة مناسبة، ويعد تكيف المسألة من التطبيقات الأساسية لفكرة الملاءمة. فالتكيف هو الوسيلة التي يلجأ إليها، كلّما أدى التطبيق الجامد لقواعد النزاع، إلى نتائج مجحفة بحق المتقاضين، كما لو افترضنا أن زوجان كانا إنجليزيان، وقت انعقاد الزواج، ثم غيرا جنسيتها بعد ذلك للفرنسية، أقاما فترة معينة في مصر، حيث توقّى الزوج تاركا أموالا منقولة في فرنسا، فطرحت بشأنه مشكلتان، إحداها تتمثل في تصفية النظام المالي للزوجين، والأخرى هي تصفية التركة .

¹ - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 452

² - بالرغم من ان الدكتور سامي بديع منصور لا يشير أبدا في نظريته إلى اعتماد فكرة الحل الوظيفي، إلا أنني أرى أن هذه الفكرة في حل التنازع المتحرك تشبه إلى حدّ كبير فكرة الحل الوظيفي، بل هي امتداد لها، خاصة انه يرى أن المبتغى في الحل هو وضع حلول وضعيّة مناسبة للعلاقة محل النزاع، ولو أدى الأمر كما يقول تنويب الفئتين في فئة ثالثة، حيث نتخلى كلية عن القانونين المتشددتين، ونعوّضهما بقانون أكثر ملاءمة وتساها مع العلاقة. انظر مذكرتي موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 122.

إن أعمال المبادئ العامة، يؤدي بالقاضي المصري، الذي يرفض الإحالة، إلى تطبيق القانون الانجليزي، بصفته قانون الزوج وقت انعقاد الزواج، على النظام المالي للزوجين، وعلى الإرث القانون الفرنسي، بصفته قانون جنسية المورث وقت الوفاة. ولكن إن تطبيق القواعد القانونية بهذا الشكل الجامد، يؤدي واقعا إلى حرمان هذه الأرملة في الحالتين، وذلك لأن القانون الانجليزي، قاس مع الزوجة فيما يخص النظام المالي للزوجين، وسخي معها فيما يخص الإرث، بعكس القانون الفرنسي الذي هو قاس معها فيما يخص الإرث، وسخي في النظام المالي للزوجين. ولهذا فنظرية الملاءمة تبحث عن إقامة توازن في العلاقة، بإزالة النتيجة المجحفة الأولى، وذلك يكون بتطبيق قانون واحد متشدد من جهة، وسخي من جهة أخرى معوضا، بدلا من تطبيق قانونين متشددين في الحالتين، والوصول إلى هذا القانون يكون إما بتحويل فئة إلى فئة أخرى، أو بتدوير الفئتين في فئة ثالثة.

فتحويل فئة إلى فئة يفرض أن يكون الحلّ، هو تطبيق على النظام المالي للزوجين القانون الفرنسي، بدل الانجليزي، بينما يبقى الإرث خاضعا للقانون الفرنسي كما كان. أو العكس، بإبقاء النظام المالي للزوجين خاضعا للقانون الانجليزي، وهذا الأخير يطبق على الإرث كذلك، بدل القانون الفرنسي. أما تدوير الفئتين في فئة ثالثة، فيكون في فروض أخرى، حيث نتخلى كلية عن القانونين المتشددين، ونعوضهما بقانون أكثر ملاءمة وتساها مع العلاقة¹.

ب-الحلول التشريعية .

رغم جهود الفقه في إذلال الصعوبات التي تكتنف موضوع التنازع المتحرك، إلا أن تكوينه النظري مازال ينقصه الدقة والوضوح، خاصة أن النظريات التي جاءت بحله على كثرتها، لم تسلم من النقد، لهذا فإن أغلب التشريعات لم تحسم أمره بالأخذ بنظرية فقهية محددة، وإنما تأخذ بمعايير مختلفة، فهي من جهة لا تعتمد على مبدأ عام ومسبق للحل، وإنما

¹ - سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 310، 311 .

تتناول معالجة أوضاع و حالات محددة بالذات¹، و من جهة أخرى تحل المسألة على أساس فكرة المفاضلة و الملاءمة بين القوانين المتنازعة، أو بين القانونين المتعاقبين، و ذلك بتحديد العامل الزمني، أو الوقت الذي يجب الاعتراف فيه بظرف الإسناد المكاني.

و هذا ما فعله المشرع الجزائري مثلا، من خلال تفضيل قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بالنسبة لآثاره الشخصية و المالية، وقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، بالنسبة لانحلاله (المادة 12 قانون مدني)، وإخضاع كل من شروط انعقاد الزواج، آثاره، و انحلاله، إلى القانون الجزائري وحده، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاده (المادة 13 مدني)، وتفضيل قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، بخصوص النسب، والاعتراف به، و إنكاره، أو قانون جنسيته وقت الوفاة، إذا توفي قبل ذلك (المادة 13 مكرر)، وإخضاع صحّة الكفالة، ويلحق بها التبني إلى قانون جنسية كل من الكفيل و المكفول وقت إجرائها (المادة 13 مكرر 1)، وبما أن الهبة والوقف، يعتبران من التصرفات القانونية، فيحدد قانون الجنسية بشأنهما، بوقت إجرائهما كذلك (المادة 2/16 قانون مدني). أما بالنسبة للميراث فقد أخضعه المشرع لقانون جنسية المورث وقت الوفاة، و يلحق به الوصية و سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، إذ يخضعان لقانون جنسية الموصي أو القائم بالتصرف وقت موته (المادة 1/16 قانون مدني).² أما بالنسبة للأهلية فلم يحدد المشرع الجزائري وقت الاعتراف بقانون الجنسية المطبق عليها، شأنه في هذا شأن معظم التشريعات، إلا أن الفقه الغالب يرى أن الأهلية تخضع لقانون جنسية

¹ إن التشريعات الوطنية لم تأت بمبدأ عام يمكن أن تخرج عليه الحلول، إنما جاءت بحلول جزئية تستوعب حالات معينة بالذات. انظر ثامر حمود عبد الهادي، المرجع السابق، ص 266.

² راجع هذه المواد من القانون المدني الجزائري، وقد سبق ذكرتهم في المذكرة موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 122،

الشخص وقت وجوب الحق، أو إجراء التصرف لاعتبارات أهمها أن الأهلية مطلوبة في هذا الوقت لا قبله ولا بعده¹.

و بهذا يمكن القول، أن المشرع الجزائري أقدم على حلّ أغلب الفروض، التي يثور فيها التنازع المتحرك، في مجال الأحوال الشخصية، بتحديد الوقت الذي يعتد فيه بقانون جنسية الشخص.

كما أن المعاهدات الدولية بدورها، قد تطرح مثل هذه الحلول، كإتفاقية لاهاي المبرمة في 05 أكتوبر 1961، الخاصة بتنازع القوانين في شكل الوصية، والتي تعتبرها صحيحة من حيث الشكل، إذا أبرمت وفق قانون محل إبرامها، أو وفق قانون جنسية الموصي، سواء وقت إبرام الوصية أو وقت الوفاة، أو وفق قانون الدولة، التي بها موطن أو محل الإقامة العادية للموصي، سواء وقت إبرام الوصية أو وقت وفاته،² و الإتفاقية الفرنسية اليوغسلافية في 18 أيار 1971، التي نصت أنه في حالة تغيير أحد الزوجين لجنسيته، فإن الجنسية المشتركة للزوجين وقت إقامة الدعوى، هي من يؤخذ بعين الاعتبار في حالات انحلال الزواج³.

ولكن إذا لم يجد القاضي حلاً للتنازع المتحرك لا تشريعياً ولا إتفاقياً، من خلال المعاهدات التي يبرمها بلده مع غيره من الدول، فحينئذ تصبح المفاضلة والملاءمة بين القوانين، مسألة تقع في نطاق تفسير قاعدة الإسناد، وعليه حسمها بمقتضى سلطته التقديرية، في وحي السياسة التشريعية التي يتبناها مشرّعه، وتختلف الظروف التي يأخذها القاضي بعين

¹ _ إذ أن الأهلية كشرط من شروط العقد لا تتأثر بفعل تغيير الجنسية، وإنما يصيب التغيير فقط الأهلية كصفة من صفات الشخص، فيمكن بعد أن يكون الشخص كامل الأهلية وفقاً للقانون القديم يصبح ناقصها وفقاً للقانون الجديد. لكن إذا حرر عقداً في قانونه القديم فيظل إزماءه به في القانون الجديد. انظر محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 462 وما بعدها. انظر كذلك عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 301.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 642، 643.

³ - سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 290.

الاعتبار، باختلاف الحالات المعروضة عليه، وله في هذا الاستعانة بالنظريات الفقهية السابقة¹.

المطلب الثاني: مشكلة عدم إستجابة قانون الجنسية للإختصاص المسند إليه.

إن تنازع القوانين هو تنازع الاختصاصات التشريعية لدولتين أو أكثر، في علاقة ذات صلة بكل منهما، ويتم فض التنازع بقواعد الإسناد التي تسند الاختصاص لقانون معين، فكما سبق توضيحه فإن الأحوال الشخصية يتم إسناد الإختصاص فيها لقانون الجنسية وفق الإتجاه اللاتيني، فإذا قبل هذا الأخير الإختصاص يتم تطبيقه وينتهي النزاع في الغالب، ولكن قد لا يتحقق ذلك في حالة عدم إستجابة ذلك القانون للإختصاص المسند إليه، إما بشكل مطلق عن طريق تنازل قانون الجنسية عن الإختصاص المسند إليه لقانون آخر، وهذا ما يسمى (الإحالة)، أو بشكل نسبي، وهو ما يتحقق بتركيز الإختصاص أو حصره في إحدى الشرائع الداخلية في نفس القانون، وهو ما يسمى بالتفويض²، أو الإسناد إلى قانون دولة متعددة التشريعات. وهذا ما سيتم تناوله في فرعين متتاليين.

الفرع الأول: الإحالة.

إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، فإن الحل النهائي للنزاع لا يتم إلا إذا حدّدنا المقصود بالقواعد الواجبة التطبيق في هذا القانون، وسبب هذه المشكلة أن كل قانون يحوي نوعين من القواعد، قواعد موضوعية أو مادية أو داخلية، تعطي مباشرة حل نهائي للنزاع، وقواعد إسناد ذات وظيفة إرشادية، تشير فقط للقانون الواجب التطبيق.

والسؤال هو: ما المقصود بالقانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، هل هو القواعد الموضوعية فيه، أم يجب البدء بمخاطبة قواعد الإسناد فيه، ولا تطبق قواعده

¹ - موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 124.

² - عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 312.

الموضوعية إلا إذا أشارت إليها قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي ذاته. وإن البت في هذه المسألة له قيمة من الوجهتين النظرية والعملية، نظرا لما يترتب عليه من تغيير في الحل النهائي للنزاع¹.

لهذا فنظرا لأهمية الإحالة، لم يعد الأمر مقتصرًا على هذا الطرح التقليدي، بل برزت اتجاهات حديثة تتجاوز مسألة المقصود بالقانون الأجنبي، لتقف على الغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها، في تحديد القانون المختص بحل النزاع. وعليه فما هو المفهوم التقليدي والشائع للإحالة، (أولا)، ثم إلى أي مدى تطورت وما هو نطاق التجديد فيها، من خلال معرفة مفهومها الحديث، (ثانيا).

أولا: الإحالة وفق المفهوم التقليدي:

إن المفهوم التقليدي للإحالة هو المفهوم الرائج والمنتشر سواء في التشريعات، أو في النظرة الفقهية في معالجة منطري القانون الدولي الخاص لها. وعليه، فما هو مفهوم الإحالة وأنواعها (أ)، و ما موقف التشريع الجزائري، و القوانين المقارنة منها بالقبول أو الرفض (ب).

أ: مفهوم الإحالة وأنواعها:

قد تثار مشكلة التنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي وفي القانون الأجنبي، ويأخذ هذا التنازع صورتين فقد يكون تنازعا إيجابيا، وهذا متى كان قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع يسند الاختصاص لنفسه، ومثال ذلك التنازع بين القانون الجزائري والفرنسي بشأن ميراث منقول جزائري متوطن ومتوفي في فرنسا. فهنا يتمسك القانون الجزائري باختصاصه طبقا للمادة 16 قانون مدني باعتباره قانون جنسية المورث، بينما يتمسك القانون الفرنسي هو الآخر باختصاصه لان قواعد الإسناد فيه، تخضع ميراث المنقول لقانون آخر موطن للمالك، فهنا يمكن لكل قاضي طرح النزاع أمامه التمسك باختصاصه وتطبيق قانونه الثابت بموجب قاعدة

¹ _عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط 2010، مرجع سابق، ص 145.

الإسناد دون أن يعبأ للآخر¹، ولهذا فهذا التنازع لا يثير إشكالية، كما لا يثير مشكل الإحالة في الفرض الذي تتشابه فيه قواعد الإسناد في كل من قانون دولة القاضي والقانون الأجنبي المسند إليه، كأن يسند الاختصاص عبر ضابط الجنسية إلى قانون يعتمد المعيار نفسه في العلاقة نفسها².

بينما تثار المشكلة في حالات التنازع السلبي، و ذلك بأن ترفض قاعدة الإسناد في قانون القاضي الاختصاص لنفسها، و تسنده لقانون أجنبي، غير أن قاعدة الإسناد في هذا القانون الأخير، ترفض بدورها هذا الاختصاص لقواعدها الموضوعية، و تعهد به إلى قانون آخر³، قد يكون هو قانون القاضي الناظر في النزاع، أي إحالة من الدرجة الأولى- وتسمى أيضا بالرد أو الرجوع- كما قد يكون قانون دولة الثالثة⁴، وهذا ما يسمى بالإحالة من الدرجة الثانية.

وتعود الجذور التاريخية لنظرية الإحالة إلى القضاة الإنجليز والألماني⁵، غير أنها لم تتبلور كنظرية واضحة المعالم إلا من خلال اجتهادات القضاء الفرنسي إثر قضية "فورجو" "Forgo"، التي فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية في 1878/06/24، والتي تتلخص وقائعها في أن "فورغو" ولد غير شرعي أصله من بافاريا، تنتقل إلى فرنسا وهو في الخامسة من عمره وتوفي فيها وعمره 68 سنة، دون أن يكتسب في فرنسا موطناً رسمياً، ولذلك أعتبر

¹ -نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص41. وزروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ط 2000، ص 103.

² -كما لو عرض نزاع يتعلق بأهلية أحد الفرنسيين على قاضي مصري، فبحسب قواعد الإسناد المصرية يتم إسناد الاختصاص للقانون الفرنسي عبر معيار الجنسية وإن الأخير يقبل الاختصاص عن الأول، لأنه يعتمد نفس المعيار في نفس العلاقة. فهنا لا تظهر الإحالة لعدم ورود التنازع بين القانونين، أنظر عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص312.

³ -عبد جليل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص69.

⁴ -محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص419.

⁵ -القضاء الإنجليزي 1841، والألماني 1861. انظر موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، مرجع سابق، ص 195. وزروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ط 2000، ص105.

أن موطنه الرسمي لم يزل في بافاريا. وبما أنه لم يترك أولادا فقد طالب أقارب أمه بتركته المنقولة طبقا لمقتضيات قانون بافاريا، إلا أن إدارة أملاك الدولة الفرنسية عارضتهم في طلبهم، مدعية أن تركته تعود للدولة الفرنسية، وقد حكمت محكمة استئناف بوردو لصالح أقارب أمه، إلا أن إدارة أملاك الدولة الفرنسية نقضت الحكم. فحكمت محكمة النقض بان قاعدة الإسناد في بافاريا تنص على أن انتقال التركة يخضع لقانون الموطن الواقعي للشخص، وبما أن الموطن الواقعي ل"فورغو" كان في فرنسا، فإن القانون الفرنسي هو الذي يجب أن يطبق، ولأن هذا الأخير لم يكن يمنح حق التوارث بين الابن غير الشرعي وأقارب الأم، فإن تركة "فورغو" يجب أن تعود للدولة الفرنسية.

وخلاصة القول انه بدلا من أن تفسر قاعدة الإسناد القائلة بأن الإرث يخضع للقانون الوطني للمورث، بقواعده الداخلية، فسرت أنها تقصد بذلك قاعدة الإسناد الوطنية، وهذه القاعدة تحيل بدورها على القانون الفرنسي الذي يقبل هذه الإحالة¹.

هذا و يجمع الفقه على وجود نوعين من الإحالة، إحالة من الدرجة الأولى وأخرى من الدرجة الثانية، غير أن القضاء الإنجليزي يقر بوجود ما يسمى بالإحالة المزدوجة.

فأما الإحالة من الدرجة الأولى، فيقصد بها تخلي قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي عن الاختصاص المنعقد لها إلى قانون القاضي، وهي ما يطلق عليها الإحالة البسيطة أو الحقيقية أو إحالة الرجوع². بينما تتمثل الإحالة من الدرجة الثانية، في أن تتخلى قاعدة الإسناد الأجنبية عن الاختصاص المنعقد لها، بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، تماما كما هو الشأن في الصورة

¹ _ موسى عبود، المرجع السابق، ص 192. أنظر كذلك أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 99، 100. وكذلك إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 456.

² _ Nouhad Rizkalah, ,op cit, p.44.

الأولى، غير أن قاعدة الإسناد في هذه الحالة، تحيل الاختصاص إلى قانون دولة أجنبية ثالثة، وليس إلى قانون القاضي نفسه¹.

ومن الأمثلة عن الإحالة من الدرجة الأولى، أن تطرح منازعة متعلقة بأهلية انجليزي متوطن بالجزائر، هنا القانون الجزائري يقضي بتطبيق قانون جنسية الشخص، أي القانون الانجليزي، وهذا الأخير يرفض الاختصاص، ويشير بتطبيق قانون الموطن، أي أنه يعيد الاختصاص للقانون الجزائري².

ومن الأمثلة عن الإحالة من الدرجة الثانية، أن تطرح منازعة متعلقة بميراث منقولات أمريكي مقيم بفرنسا، أمام القاضي الجزائري، فقاعدة الإسناد الجزائرية تشير بتطبيق القانون الأمريكي، بوصفه قانون جنسية المتوفى، ولكن هذا الأخير يرفض الاختصاص، ويسنده لقانون الموطن، أي القانون الفرنسي، وهذا الأخير يعترف لنفسه بالاختصاص، لأنه قانون الموطن الأخير للمتوفى، و لو أن القانون الفرنسي أسند لدولة رابعة، لكانت الإحالة من الدرجة الثالثة³.

وقد ذهبت بعض المحاكم الإنجليزية إلى نتيجة شبيهة بتلك التي تؤدي إليها نظرية الإحالة، عن طريق الأخذ بما أطلق عليه نظرية المحكمة الأجنبية، والتي تسمى أيضا الإحالة المزدوجة.

¹ _ جندولي فاطمة الزهراء، قراءة تشريعية للإحالة في القانون الدولي الخاص - تأصيل وتجديد - مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس - الجزائر - العدد الحادي عشر، 2015، ص 239.

² - نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 41.

³ - قد يؤدي تطبيق نظرية الإحالة إلى الدوران في حلقة مفرغة ليس لها بداية ولا نهاية، سماها البعض غرفة المرايا العاكسة، كأن ترفض القوانين المعنية كلها الإختصاص، ومثال ذلك أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بميراث أموال منقولة توفي عنها إنجليزي متوطن بإيطاليا، فتقضي قاعدة الإسناد الجزائرية بتعيين القانون الإنجليزي الذي بدوره يحيل إلى القانون الإيطالي، وهذا الأخير يرفض الإحالة، ويسند الإختصاص من جديد للقانون الإنجليزي. انظر زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ط 2000، مرجع سابق، ص 105.

أما الوسيلة التي ابتدعها القضاء الإنجليزي، هي أنه إذا طرح نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، وكانت قاعدة الإسناد الوطنية تشير إلى تطبيق قانون دولة أجنبية معينة، وجب على القاضي الوطني أن يضع نفسه موضع القاضي في تلك الدولة الأجنبية، وأن يفصل في النزاع كما سيفصل فيه القاضي الأجنبي، ومن ثم يتعين على القاضي الوطني إعمال قاعدة الإسناد الأجنبية بالطريقة نفسها التي يطبقها القاضي الأجنبي، أي تطبيق القانون الذي كان سيطبقه القاضي الأجنبي، سواء كان هذا الأخير يأخذ بالإحالة أو يرفضها¹.

ومما قضى به القضاء الإنجليزي قضية (روس ROSS)، والتي تتعلق بإرث إنجليزية متوطنة في إيطاليا، ووفقاً لقاعدة الإسناد الإنجليزية يتعين تطبيق القانون الإيطالي، باعتباره قانون آخر موطن للمورث. و بالرجوع إلى القانون الإيطالي، يلاحظ أن قاعدة الإسناد الإيطالية تحيل الاختصاص إلى القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسية المورث. وبما أن هذا الأخير يرفض الأخذ بالإحالة، تطبيقاً لقانونه، فقد طبق القاضي الإنجليزي القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي، أي قانونه الوطني إعمالاً لنظرية المحكمة الأجنبية².

وفي قضية أسكي (askew)، وهي تتعلق بتصحيح نسب طفل من أب إنجليزي متوطن في ألمانيا، حيث تشير قاعدة الإسناد الإنجليزية بتطبيق القانون الألماني، باعتباره قانون موطن الزوج. فإذا وضع القاضي الإنجليزي نفسه موضع القاضي الألماني، وجد أن قاعدة الإسناد الألمانية تشير لتطبيق القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسية الأب، وهو يحيل إلى القانون

¹ _ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 462. وكذلك فؤاد رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 208، 210.

² _ إن نظرية المحكمة الأجنبية وإن كانت تستجيب لمقتضيات التعاون بين الدول، في مجال المنازعات ذات الطابع الدولي، غير أن ما يُعاب عليها من الناحية الشكلية تجاهلها لوظيفة القاضي في المجتمعات الوطنية، إذ نفترض أن القاضي المطروح عليه النزاع قد تجرد من صفته كقاضي وطني، وتقلد وظيفة القضاء بشكل مؤقت في الدولة الأجنبية التي يخضع النزاع لقانونها، وهذا الافتراض يتنافى مع واقع حياة المجتمع الوطني والمجتمع الدولي على حد سواء. انظر عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، ط 2010، مرجع سابق، ص 177. وكذلك جندولي فاطمة الزهراء، قراءة تشريعية للإحالة في القانون الدولي الخاص - تأصيل وتجديد - مرجع سابق، ص 240.

الألماني، ولما كان القانون الألماني يقر الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، فإذا أخذ القاضي الألماني بها، يؤدي ذلك لتطبيق القانون الألماني، وهذا ما فعله القاضي الإنجليزي وفقا لنظرية المحكمة الأجنبية¹.

هذا وتجد الإحالة أكبر تطبيقاتها في مجال الأحوال الشخصية، نظرا لكثرة التنازع واختلاف قواعد الإسناد بين الدول في هذا المجال ما بين ضابط الجنسية، وضابط الموطن، أو محل الإقامة . ولكن يستثنى من نطاق تطبيق نظرية الإحالة ما يلي:

_المسائل المتعلقة بشكل التصرفات القانونية، لأن قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام قاعدة عالمية مقررة في كل الأنظمة القانونية.

_المسائل المتعلقة بالنظام المالي المصاحب لعقد الزواج، فحين تحديد القانون المختص بها بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، تطبق القواعد الموضوعية في القانون المختص مباشرة.

_المسائل المتعلقة بموضوع التصرفات القانونية التي تخضع لقانون الإرادة، لان الأخذ بالإحالة من شأنه التعارض و الإخلال بمبدأ حرية الأطراف المتعاقدة، في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم الدولية، خاصة وأن قانون الإرادة هو قاعدة عالمية كذلك²، ويسري هذا الاستثناء على الضابط الأساسي (القانون المختار)، وعلى الضوابط الاستثنائية كقانون محل الإبرام، والجنسية المشتركة، والموطن المشترك.

وهكذا بعد أن تبين مفهوم الإحالة وأنواعها، فمن الضروري أن نطلع على موقف التشريعات المقارنة منها هل أخذت بها و تبنتها في قضائها أم لا؟ لكن من الضروري هنا

¹ _ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص463، 464. وكذلك إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 117.

² _ نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 48، 49. وحبار محمد، المرجع السابق، ص81، و زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ط 2000، مرجع سابق، ص 113، 114.

تبيان أنه كان لموقف الفقه المتردد ما بين الأخذ بالإحالة أولاً، تأثيره الكبير على التشريعات، التي لم تستقر على رأي واحد، بقبول الإحالة أو رفضها، وإنما كانت آراءها متعددة¹.

ب :- موقف التشريع الجزائري، و القوانين المقارنة من الإحالة:

إن موقف التشريعات من الإحالة متباين، فهناك من رفضها وناصبها العداء²، كغالبية التشريعات العربية³، وهناك من استحسّن الأخذ بها. والمستحسنون بدورهم مختلفون بين آخذ بها متى كانت من الدرجة الأولى فقط⁴، وبين مقبل عليها في جميع الحالات، سواء كانت من

¹ _ لقد أثارت الإحالة الكثير من الجدل الفقهي بين أنصارها، ورافضيها. بحيث نجد أن كل فريق حاول قدر الإمكان جمع أكبر قدر ممكن من الحجج والأسانيد التي تبرر رأيه، وكل منهم دلت بأسس قانونية على ذلك.، ولا أرى جدوى من الخوض في هذا الجدل الفقهي مادام أن موقف التشريعات واضح من الإحالة إما بالقبول أو الرفض. ولكن للإحاطة بموضوع حجج أنصار ورافضي الإحالة يمكن العودة إلى رسالتي في الماجستير، موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص من 133، حتى 138. ² من التشريعات الأجنبية التي رفضت الإحالة، القانون السويسري لسنة 1987، و قانون الكيبك لسنة 1991، و قانون ولاية لويزيانا لسنة 1991، و القانون الإيطالي القديم لسنة 1942، والقانون الهولندي و اليوناني، و قوانين الدول الاسكندنافية، و البرازيل، و يميل القضاء الأمريكي إلى رفضها كذلك. انظر

Battifol et Lagarde, traité de droit international privé. tome 1, 8eme édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1993 p496.

انظر كذلك زروتي الطيب،، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ط 2000، مرجع سابق، ص114. ³ - وهذا ما فعله المشرع المصري المادة (27 قانون مدني)، السوري المادة (22 مدني)، الليبي (المادة 27 مدني)، الأردني (المادة 22 مدني)، الكويتي (المادة 72 من القانون المدني لسنة 1941)، السوداني (المادة 1/16 قانون مدني لسنة 1984). نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط2010، مرجع سابق، ص178.

⁴ - من ذلك القانون الاسباني لسنة1974(المادة 2/11)، و المجري لعام 1979 (المادة 4)، و الياباني لسنة 1989 (المادة 32)، و قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة في مادته 26 فقرة 3. أنظر عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط2010، مرجع سابق، ص179. كما أن اتفاقية لاهاي المنعقدة في 1955/06/05، الخاصة بتنظيم التنازع بين قانون الجنسية و قانون الموطن، قضت بقبول الإحالة من الدرجة الأولى فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية من قانون الجنسية إلى قانون الموطن، ورفضتها في الحالة العكسية، لأنه يترتب على الإحالة في الحالة الأولى عودة الاختصاص إلى قانون القاضي، وهو الأمر الذي سيساهم في توحيد الاختصاصين التشريعي والقضائي، وذلك على خلاف الحالة العكسية. انظر علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص55.

الدرجة الأولى أو الثانية¹، وبعض التشريعات لا تأخذ بالإحالة، إلا كاستثناء إذا تقرر ذلك في قانون خاص²، في حين إن موقف بعض التشريعات غير واضح منها، إذ لم ينص عليها لا بالرفض ولا بالقبول³.

و يبدو أن المشرع الجزائري هو الآخر، لم يكن له موقف صريح من الإحالة قبل تعديل القانون المدني في جوان 2005، والذي كان يفسر بأنه رفض للإحالة بنوعيتها، وهو ما دعا بعض الفقه الجزائري⁴، إلى الدعوى والتحبيذ لو أن المشرع اخذ بها، متى كانت من الدرجة الأولى فقط، خاصة في مجال الأحوال الشخصية، لما في ذلك من توسيع لنطاق تطبيق القانون الجزائري.

و فعلا فقد استجاب المشرع لدعوات الفقه، بموجب تعديل القانون المدني لسنة 2005، فنص على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط، بإضافته للمادة 23 مكرر⁵1، و التي تقضي

¹ - كالقضاء الفرنسي الذي اخذ بها بنوعيتها من الدرجة الأولى و الثانية، والقضاء اللبناني والانجليزي، و البلجيكي، و نص عليها صراحة القانون الألماني لسنة 1986 (المادة 1/4)، والنمساوي لسنة 1978 (المادة 54)، والبولندي (المادة 4 من قانون 12 نوفمبر لسنة 1965)، والبرتغالي (المواد من 17-19 من القانون المدني لسنة 1966)، و التركي (مادة 3/2 من قانون 20 ماي 1982)، والتشيكوسلوفاكي (المادة 35 من قانون 4 ديسمبر 1963)، و القانون اليوغسلافي (المادة 6 من قانون 15 يوليو 1982). نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط 2010، مرجع سابق، ص 179. كما أخذ بالإحالة القانون البيروفي لسنة 1984، وبعض الإتفاقيات الدولية كذلك، كاتفاقية جنيف لسنة 1930 - 1931 بشأن الأوراق التجارية والشيك، واتفاقية لاهاي لسنة 1902 بشأن الزواج، وكذلك تقنين بوستامنت. انظر زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ط 2000، مرجع سابق، ص 114.

² - كالقانون التونسي الذي ينص في المادة 35 من مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998 على أنه "لا يقبل الرد سواء أدى إلى العمل بالقانون التونسي، أو إلى العمل بقانون دولة أخرى إلا إذا نص القانون على قبوله"

³ - كالقانون اليمني، والمغربي وبالنسبة للقانون المغربي على الرغم من عدم نص القانون على الإحالة، إلا أن اجتهاد المحاكم العصرية استقر على عدم الأخذ بها، وإنما تطبيق القانون الأجنبي الداخلي المعين بقاعدة الإسناد الوطنية لا قواعد الإسناد فيه. انظر موسى عبود، المرجع السابق، ص 193.

⁴ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 55.

⁵ - تنص هذه المادة: - "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان، غير أنه يطبق القانون الجزائري، إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

بضرورة تطبيق القواعد المادية مباشرة، في القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد الإسناد الجزائرية، أي رفضت الإحالة كمبدأ عام، إلا أنه عادت وأقرت استثناء هو، انه متى قضت قواعد الإسناد الأجنبية، بإعادة الاختصاص للقانون الجزائري، فيجب تطبيق القانون الجزائري حتما، دون مراعاة القواعد المادية في القانون الأجنبي المختص، أي قبلت بالإحالة متى كانت من الدرجة الأولى. ومن ذلك أن يطرح مثلا نزاع بشأن ميراث منقول لفرنسي متوطن بالجزائر، ومتوفي فيها أيضا، ففي حين تقضي قاعدة الإسناد الجزائرية، باختصاص القانون الفرنسي بصفته قانون جنسية الهالك، فإن قاعدة الإسناد الفرنسية تردّ الاختصاص للقانون الجزائري بصفته قانون موطنه.

وعلى العموم، فإن هذه المادة مستوحاة من المادة 26 من القانون الإماراتي، ويفرض إعمالها على القاضي، أولا الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، بمقتضى قواعد الإسناد الجزائرية، فإذا قبل هذا الأخير الاختصاص، طبق القاضي قواعده الموضوعية كمرحلة ثانية، أما إذا رفضه، فالأمر لا يخرج عن أحد احتمالين، فهو إما أن يحيل إلى تطبيق قانون القاضي، فيجب حينئذ تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الجزائري، وإما أن يحيل إلى قانون أجنبي آخر، فيجب عدم الأخذ بالإحالة، وتطبيق الأحكام الموضوعية في القانون المسند إليه، دون النظر إلى موقف القوانين المحال عليها الأخرى، سواء كانت ترفض الاختصاص أو تقبله¹.

هذا، وإن موقف المشرع الجزائري بهذا الشكل الذي ميز فيه بين نوعي الإحالة، فرفض إحداها، وقيل بالأخرى، يبرز مدى الفروقات الكامنة وراء كل نوع منها، والنتائج المختلفة التي يوصلان إليها. فبالنسبة للإحالة من الدرجة الثانية، فتحمل في طياتها الكثير من العيوب، فهي قد تزيد من نظرية تنازع القوانين تعقيدا، فوق التعقيد الذي هي عليه، خاصة وأنه يمكن أن تستمرّ سلسلة الإحالة نظريا، إلى قانون ثالث ورابع وخامس، بالإضافة لما في هذا من إهدار

¹ _موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 139، 140.

للوقت والجهد، وتقلّب القاضي ما بين القوانين، وما قد يؤدي به في النهاية إلى الوقوع في حلقة مفرغة. ومثال ذلك أن يعرض على القاضي الجزائري، نزاع يتعلق بالحالة المدنية لأمريكي مقيم بمصر، فنجد أن قاعدة الإسناد الجزائرية، تقضي بتطبيق قانون الجنسية، وهو القانون الأمريكي، إلا أن هذا الأخير يسند الاختصاص لقانون الموطن، أي القانون المصري، ولكن هذا الأخير يرفض الاختصاص، كذلك، ويعيده لقانون الجنسية الأمريكي. إذن كيف سيكون الحل، وعلى أي أساس يتم الاختيار بين هذين القانونين¹.

وبالمقابل فإن الإحالة من الدرجة الأولى، تحوي الكثير من المزايا، خاصة لقانون القاضي الناظر في النزاع، لأنها تحقق حماية المصالح الوطنية، و تجسد سيادة الدولة على إقليمها²، كما أن في قبولها تيسر ودرء لبعض الصعوبات التي يعتبر القضاة في غنى عنها، حيث أن القاضي سيطبق قانونه الذي يعلمه جيدا ويتقنه، و يرتاح لإعماله أكثر من ارتياحه لتطبيق القانون الأجنبي، الذي لا يعرفه، بل حتى وان عرفه فسيجد مشقة في الفهم الصحيح لأحكامه، على النحو الذي ابتغاه المشرع الأجنبي، أي أن القاضي سيتجنب بذلك عناء البحث عن مضمون القانون الأجنبي، و المشاكل التي يؤدي إليها تطبيقه، كأن يكون مخالفا للنظام العام أوفيه غش نحو القانون³.

¹ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية ط 2008، مرجع سابق، ص 119.

² - مثلا كما حدث في قضية "فورجو" "Forgo" فإن قبوله الإحالة من الدرجة الأولى هو الذي كان سببا لتحقيق الكثير من المنافع المادية لدولة القاضي، بتطبيق قواعد الميراث الفرنسية التي تعتبر التركة بلا ورثة، مما سمح لمصلحة الأملاك الفرنسية بالاستيلاء عليها .

³ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط 2010، مرجع سابق، ص 182، 183.

كما أن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، يعتبر أكثر تحقيقاً لأهداف قاعدة الإسناد ولا يتعارض مع وظيفتها¹، فتطبيق القاضي لقانونه سيكون مقبولاً من النظام القانوني الوطني، لأنه يؤدي إلى استقرار الحياة القانونية والمعاملات داخل الإقليم، وإلى توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي، سواء كانت العلاقة وطنية بحتة أم ذات طابع دولي. كما أنه لن يكون في هذا أي مساس بالنظام القانوني الأجنبي المتصل بالعلاقة، لأن هذا التطبيق إنما هو نتيجة الأخذ بقاعدة الإسناد الأجنبية، التي أشارت بتطبيق قانون القاضي².

هذا ومن الضروري هنا العودة لموقف التشريع الفرنسي من الإحالة، فمن المفروغ منه أن القضاء الفرنسي استقر على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى منذ تاريخ الحكم في قضية "فورغو"³، إلا أنه بدت ملامح تطور في مسار محكمة التمييز الفرنسية، بالأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، إذ أكدت المحكمة المذكورة في قرار لها صدر في سنة 1938، وجوب الأخذ بالإحالة التي يقرها قانون جنسية الأجنبي إلى القانون الذي يطبق على الإرث في دولة ثالثة،

¹ _ وهذا ما تجسد في نظرية الفقيه "باتيفول" الذي يرى في الإحالة، وسيلة للتنسيق بين قواعد الإسناد، على أساس أن حل التنازع بشأن العلاقات الخاصة، إنما يكون من حيث المبدأ، عن طريق قاعدة الإسناد الوطنية وحدها، ولكن هذا لا ينفي وجود تنازع فعلي بين السيادة، والذي ينبغي أن يحل بالتنسيق بين قاعدة الإسناد الوطنية والأجنبية، ففي أعمال قواعد الإحالة، لا يوجد أي تنازل عن قاعدة الإسناد الوطنية، لمصلحة قاعدة الإسناد الأجنبية، لأن هذه الأخيرة لم تتدخل في التنازع بطريق الصدفة، بل عينتها قاعدة الإسناد الوطنية، فثمة إذن تنسيق بين القاعدتين، مثلاً إذا طرح التنازع بشأن انجليزي متوطن في فرنسا، هنا قواعد التنازع الفرنسية تقضي بتطبيق القانون الانجليزي، ولكن قواعد الإسناد فيه ترفض الاختصاص، معناه أن القانون الانجليزي غير موجود، لذا يجب الرجوع إلى قانون القاضي وتطبيقه، وهذا الحل هو الذي يحقق التناسق والانسجام بين قواعد الإسناد في القانونين، كما انه متوقع وسهل الاستعمال. انظر

Battifol et Lagarde, op cit , p497-499.

² -عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط2010، مرجع سابق، ص 182-183.

³ _ هناك من يرى أن القضاء الفرنسي يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط، دون الإحالة من الدرجة الثانية، مادام أن القانون الفرنسي يخلو من النص عليها، انظر زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، ط 2000، مرجع سابق، ص114، وعلي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 55.

والذي يمكن أن يكون القانون الفرنسي أو سواه¹. وهكذا فيتجه القضاء الحديث في فرنسا نحو الاعتراف بالإحالة من الدرجة الثانية².

بعد أن تبين الاتجاه التقليدي والرأج في التشريعات المقارنة نحو الإحالة، فما هي النظرة الحديثة والتطورات التي طرأت في معالجة نظرية الإحالة.

ثانياً: - المفهوم الحديث للإحالة، والتوجه نحو فكرة الحل الوظيفي.

إن الموقف السائد والسابق ذكره للإحالة إما بقبولها أو رفضها، يكرس العدالة الشكلية، التي تحققها قواعد الإسناد وتنازع القوانين، و هذا على العكس من فكرة الحل الوظيفي، التي تسعى إلى تحقيق العدالة المادية³، والتي بمقتضاها لا يمكن التأكيد على قبول أو رفض الإحالة إلا بعد تحديد الغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها، وذلك من خلال إتباع منهج تحليلي يركز على تفسير غائي لكل قاعدة من قواعد الإسناد، إذ لا يجب أن يتم التقيد بحل مسبق، وإنما يفترض في الحل المعتمد أن يكون ثمرة تحليل يضع فيها الباحث نصب عينيه طبيعة وغاية قاعدة الإسناد، فإذا تبين له أن الإحالة تحقق وظيفة قاعدة الإسناد أخذ بها، وعلى النقيض من ذلك هجرها متى تبين له أن في الأخذ بها إهدار لغاية قاعدة الإسناد، وانتهاك صارخ لتوقعات الأفراد، ذلك أن المشرع يحرص على إخضاع العلاقة لأكثر القوانين توقعاً بالنسبة للأفراد، حتى لا يفاجؤوا بتطبيق قانون لم يكن من السهل التنبؤ بإمكان خضوع علاقتهم له، وبذلك فإن الإحالة تصحح في بعض الفروض مسار قاعدة الإسناد⁴.

¹ وقد علق "باتيفول" على هذا القرار بالقول: بالرغم من أن الحكم يتعلق بالإحالة إلى القانون الفرنسي، وهي إحالة من الدرجة الأولى، إلا أن عبارته جاءت مطلقة، فهي تتضمن معنى التسليم بالإحالة إلى قانون آخر غير القانون الفرنسي، أي التسليم بالإحالة من الدرجة الثانية. انظر إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 457.

² من خلال عدة أحكام قضائية. انظر إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 457. تهميش رقم 4.

³ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 172.

⁴ جندولي فاطمة الزهراء، قراءة تشريعية للإحالة في القانون الدولي الخاص - تأصيل وتجديد - مرجع سابق، ص 246.

وعليه، فما هو مفهوم الإحالة من منظور وظيفة أو غاية قاعدة الإسناد، وهل يمكن تطبيق هذه النظرية عند بعض التشريعات؟.

أ : مفهوم الإحالة من منظور وظيفة أو غاية قاعدة الإسناد.

يؤكد بعض الفقه، أن غاية قاعدة الإسناد، أو وظيفتها، هي تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، فالمشرع يسعى من خلال وضعه قاعدة الإسناد، لأن يكون القانون الواجب التطبيق، من أكثر القوانين قبولاً من الدول المتصلة بالعلاقة، ومن أكثرها توقعاً بالنسبة للأفراد، حتى لا يفاجئوا بتطبيق قانون لم يمكن من السهل التنبه إلى إمكان خضوع علاقتهم له¹.

ولهذا، فإن قبول الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية، من منظور الحل الوظيفي، يجب ألا يتأثر بكونها من الدرجة الأولى أو الثانية، وإنما يكون الحل النهائي للنزاع، من شأنه تحقيق الغاية من قاعدة الإسناد في قانون القاضي، في إطار من التنسيق بينها وبين قاعدة التنازع الأجنبية، وألا يكون فيه إخلال بتوقعات الأفراد .

وتحقيق هذه الغايات بالنسبة للإحالة من الدرجة الأولى، يتحقق لما يكون الأفراد مرتبطين بدولة القاضي، كأن يكون فيها محل إقامتهم، أو موطنهم، أو مركز أموالهم، أو يرتبط بها موضوع نزاعهم، مما سيؤدي لسهولة إحاطتهم بهذه القواعد، و لارتياحهم بتطبيقها، أكثر من ارتياحهم لتطبيق قانون دولة أخرى، قد يتعذر عليهم الوقوف عليه. ومن ذلك مثلاً، لو مات فرنسي متوطن في ألمانيا عن أموال عقارية ومنقولة فيها، وعرض النزاع على القاضي الألماني، فسيسعى لتطبيق قانون جنسية المتوفي وقت الوفاة، أي القانون الفرنسي، لكن هذا

¹ _فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص172.

الأخير يعقد الاختصاص للقانون الألماني، باعتباره قانون الموطن الأخير للمتوفى، هنا على القاضي الألماني تطبيق قواعد قانونه أخذاً بالإحالة من الدرجة الأولى¹.

وعلى النقيض من ذلك، إذا تبين للقاضي الوطني أن الأخذ بالإحالة إلى قانونه، سيؤدي إلى إخلال صارخ بتوقعات الأفراد، ويتناقض والغاية من قاعدة الإسناد، تعين رفضها، وتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي²، ولعل أهم مجال قد يتحقق فيه هذا الإخلال الصارخ هو مجال الأحوال الشخصية، نتيجة لارتباطها بالعقائد الدينية، وتزداد الصعوبة متى كان القانون المحال عليه قانوناً طائفيًا متعددًا. فإذا أثير مثلاً نزاع أمام القاضي المصري، خاص بطلاق بين زوجين انجليزيين مختلفي الملة ومتوطنين في مصر، فإنه يتعين رفض الإحالة وتطبيق القانون الانجليزي، الذي عينته قاعدة التنازع المصرية، لان في الأخذ بها، تطبيق للشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة، وفي هذا مساس باعتبارات العدالة، كما تصورها المشرع المصري نفسه، وانتهاك لتوقعات الأفراد وعصفاً بالغاية من قاعدة التنازع³.

أما بالنسبة للإحالة من الدرجة الثانية، فإن من بين ما يقيم التناسق والوحدة في الحلول بين الدول المتصلة بالعلاقة، هو أن يكون القانون المطبق واحداً، ولا يختلف سواء رفع النزاع أمام قضاء الدولة الأولى، أم الثانية، أم الثالثة. وهذا ما يتحقق عندما تحيل قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي إلى قانون دولة ثالثة، وتقبل هذه الأخيرة باختصاص قواعدھا الداخلية. ومن الأمثلة عن هذا أن القضاء الفرنسي، لما عرضت عليه سنة 1924، مسألة صحة زواج سوريين يدينان باليهودية، من الناحية الشكلية، تم بإيطاليا أثناء إقامتهما العابرة بها، وفقاً للشكل الديني اليهودي الذي يقره قانون جنسيتها المشتركة، ثم استقرا بعد ذلك في فرنسا، أسند

¹ - إن هذا الحل نموذجي، فهو يحقق التناسق بين قاعدة الإسناد الألمانية والفرنسية، كما أنه مقبول من كلا القانونين، وليس فيه إخلال بتوقعات الأفراد الذين يعلمون مسبقاً أن مورثهم متوطن في ألمانيا، كما أنه يجنب القاضي المشاكل التي يثيرها تطبيق القانون الأجنبي، من دفع بالنظام العام وصعوبة في الإثبات وغيرها .

² - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 252، 253 .

³ - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 173.

الاختصاص للقانون الإيطالي، لان قاعدة "لوكيس" كانت أمرة آنذاك في القانون الفرنسي، إلا أن القانون الإيطالي رفض الاختصاص، وأسند لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، أي القانون السوري، الذي يعتبر هذا الزواج صحيحاً¹.

و كثيراً ما يقبل القانون المحال إليه الاختصاص المناط به، نتيجة التوافق والتماثل بين قاعدة الإسناد في القانونين المحيل والمحال إليه. ومن الأمثلة على ذلك منازعة طرحت أمام القضاء الألماني سنة 1917، متعلقة بميراث بلجيكي مات في روسيا، تاركاً وراءه فيها أموالاً عقارية ومنقولة، فقضت قاعدة التنازع الألمانية باختصاص القانون البلجيكي، بوصفه قانون جنسية المتوفى، ولكن هذا الأخير يرفض الإختصاص، ويحيل إلى القانون الروسي بوصفه قانون موقع المال، وإن قاعدة الإسناد الروسية تقبل بهذا الاختصاص لذات السبب²، وعليه فقد خلص القضاء الألماني إلى تطبيق القانون الروسي.

وهكذا فإن الإحالة وفقاً للحل الوظيفي لن تؤدي أبداً إلى الوقوع في حلقة مفرغة³، بل لها دور في إغلاق هذه الحلقة. فحتى في الفرض الذي يتعاقب فيه تسلسل الإحالات، بحيث يرتد فيها الاختصاص إلى الوراء، أي من أحد القوانين المحال إليها، إلى قانون سبق استشارة قواعد الإسناد فيه، كأن يثور نزاع، متعلق بأهلية انجليزي متوطن في إيطاليا أمام القضاء الفرنسي. فقاعدة الإسناد الفرنسية تعقد الاختصاص لقانون الجنسية أي القانون الانجليزي، بينما هذا

¹ _ وهكذا، يظهر أن في الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، حماية لتوقعات الأفراد المشروعة، الذين لم يتصوروا، أن تطرح مسألة صحّة زواجهما أمام القاضي الفرنسي، ولا بتطبيق قانون آخر عليهم، غير القانون السوري الذي رغبوا في الخضوع له، أما لو أن القضاء الفرنسي رفض الإحالة، لطبق القواعد الموضوعية في القانون الإيطالي، التي تبطل هذا الزواج، و هو ما يشكل انتهاكاً صارخاً لتوقعات الأفراد. انظر عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 256، 257.

² - Battifol et Lagarde, op cit, p501.

³ - وهذا يكون نتيجة لاستمرار الإحالة وتقاذفها من قانون لآخر. وهي من أهم الإنتقادات التي وجهها أنصار الطرح التقليدي للإحالة. ومع هذا، فإن تعاقب الإحالات دون توقفها عند حد معين مسألة نظرية بحثة، وذلك لأن ضوابط الإسناد الخاصة بمركز قانوني معين عادة ما تكون محدودة لذلك فالأمر منته، ولا بد عند تعاقب الإحالات من وجود قانون يقبل الإختصاص المحال عليه.

الأخير يحيل إلى القانون الإيطالي بصفته قانون الموطن، لكن قاعدة التنازع الإيطالية بدورها تحيل لقانون الجنسية الانجليزي مرة أخرى .

هنا لا بد من وجود الحل وفق ما يحقق الغاية من قاعدة الإسناد، والذي يكون هنا باستبعاد جميع الإحالات، وتطبيق القواعد المادية في القانون الذي أشارت باختصاصه قواعد الإسناد في قانون القاضي بدء، أي تطبيق قواعد القانون الانجليزي الداخلية مباشرة¹، وما يبرر هذا أن قبول الإحالة وضع له شروطه فان لم تتحقق، تعين الرجوع إلى الأصل العام، الذي يجد تبريره في أن القواعد المادية في القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي، هي على اتصال وثيق بالعلاقة، لأنها مستمدة من مركز الثقل فيها، فيجب تطبيقها إذن، كما لهذا الحل فضل في تحقيق الإتساق القانوني بين النظم المتصلة بالعلاقة، لأنه يشير بتطبيقه قانونين من بين الدول الثلاث المرتبطة بالعلاقة، هي في المثال المتقدم، كل من القانون الفرنسي والإيطالي، بينما القانون الإيطالي لم يشر بتطبيقه إلا قانون واحد، هو القانون الإنجليزي².

وبخصوص أهلية الملتزم الصرفي، فيجب قبول الإحالة، متى كانت من قانون الجنسية، الذي يعتبر الشخص ناقص الأهلية، إلى قانون محل إبرام الصك، الذي هو غالباً قانون موطن الملتزم الصرفي، والذي يعتبره كامل الأهلية، لان من شأنها في هذا المثال الإقرار بصحة الالتزام الصرفي، مما يجعل هذا الحل متوقّع من المتعاملين في الورقة، ويحقق لهم الأمان القانوني³.

بالإضافة لما أدت إليه الإحالة في الأمثلة السابقة، من تحقيق وحدة الحلول على المستوى الدولي وتناسقها، فهي قد تكون في بعض الفروض الأخرى، سبباً في تصحيح مسار

¹-Battifol et Lagarde, op cit ,p 502.

² - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص286،287.

³ - عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص268.

وعيوب قاعد الإسناد¹. وهذا ما يمكن قياسه على المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري، التي تسند الطلاق إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، والتي تعرّضت لكثير من الانتقادات².

ولهذا فعلى تصور أن زوجان أجنبيان أبرما زواجهما، وفقا لقانون جنسيتهما الذي يحظر الطلاق، ثم اكتسب الزوج جنسية جديدة، يسمح قانونها له بذلك، وعليه، طالب بالطلاق وفقا لها، في حين بقيت الزوجة تحمل جنسيتها القديمة، ولم تحصل على جنسيته، و طرح النزاع أمام القاضي الجزائري، فسيحكم له بالطلاق وفقا للمادة 12 فقرة 2، فإذا افترضنا أن قاعدة الإسناد في قانون جنسية الزوج تعقد الاختصاص لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، وقت إبرام الزواج، أو لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، فلا شك أن في أعمال الإحالة ما من شأنه أن يصحّح مسار قاعدة الإسناد الجزائرية، ويجنّب القاضي الجزائري الانتقادات الموجهة إلى المادة السابقة.

على الرغم من معقولية هذا الطرح (الإحالة من منظور وظيفة أو غاية قاعدة الإسناد)، والذي يؤيده جانب كبير من الفقه الحديث في فرنسا ومصر³، إلا أنه لم يلق الرواج الكافي، إذ مازالت الآراء الكلاسيكية هي السارية المفعول، وعليه فهل لاقت فكرة الحل الوظيفي استحسانا من بعض التشريعات أم لا؟.

¹ - عكاشة محمد عبد العال،، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص266.

² _ من حيث أنها تؤدي لانتهاك توقعات الأفراد خاصة الزوجة، لأن الزواج رابطة نشأت بين طرفين وفقا لقانونيهما، فالواجب أن تتحل كذلك وفقا لذلك القانون، أو على الأقل لقانون يكونان متبصرين به، إن لم يخضعا معا لقانون واحد، كقانون جنسية الزوج عند انعقاد الزواج، وهذا نتيجة أن الزوج كثيرا ما يقدم على تغيير جنسيته، ما بين وقت الزواج ورفع دعوى الطلاق، ولا تدخل هي في جنسيته، ويكون قانونه في أحد الوقتين يمنع الطلاق، بينما قانونه في الوقت الآخر يجيزه.

³ -في فرنسا Aduit، Mayer، Loussouarn et Bourel، نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص294، وفي مصر الدكتور فؤاد رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون التولي الخاص، المرجع السابق، ص172.

ب : موقف التشريعات من فكرة الحل الوظيفي :

لم تلقى فكرة الحل الوظيفي بخصوص الإحالة، الرواج الكافي عند التشريعات المقارنة، وهذا لم يمنع من تبني بعض التشريعات الحديثة لها، كالقانون الدولي الخاص التشيكي الصادر سنة 1963، والذي يعتبر أول من أقرها صراحة، حيث تنص المادة 35 منه أنه : "إذا عينت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي قانون دولة ما، وأحالت نصوص هذا القانون الأخير إلى القانون التشيكي، أو إلى قانون دولة أخرى، في حال الإحالة من الدرجة الثانية، فان تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان ذلك القبول يؤدي إلى حل معقول وعادل للعلاقة المعنية".

و القانون الدولي الخاص الألماني الجديد الصادر في 25 يوليو 1986، من خلال المادة الرابعة منه التي تنص انه : "إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية، فانه يجب أن تطبق أيضا قواعد الإسناد المعنية الموجودة في قانون هذه الدولة، بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية، ويجب أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني، إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني"¹

وعلى نفس المنوال، سار المشرع الايطالي بمقتضى المادة 13 من القانون رقم 218 الصادر في 31 ماي 1995، والتي وفقا لها تكون الإحالة مقبولة من حيث المبدأ، إذا كان القانون الأجنبي المحال عليه بمقتضى قاعدة الإسناد الايطالية يقبل الإحالة، أو إذا كانت الإحالة من الدرجة الأولى، أي ترجع الإختصاص للقانون الإيطالي . ومع ذلك تكون الإحالة مرفوضة متى تعلقت بقانون الإرادة، أو بشكل التصرفات، أو بمادة الالتزامات غير التعاقدية،

¹-حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص173، 174. انظر كذلك هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص من 344، إلى 348.

أما بالنسبة لمسائل البنية عموماً، ومسألة الأولاد الطبيعيين الذين يتم تصحيح نسبهم والاعتراف بهم، فإن الإحالة لا تكون مقبولة إلا إذا كان الأخذ بها يؤدي إلى إثبات هذه البنية¹.

من خلال ما سبق، يتضح أن الغاية من قاعدة الإسناد تختلف من مشروع لآخر، نظراً لعدم وجود سابق تنسيق بين التشريعات، وهو ما يؤدي في بعض الفروض لخلل في وظيفة قاعدة الإسناد. وإنه من التحليل السابق، يظهر أن الإحالة من منظور الحل الوظيفي، يمكن أن تكون سبباً أو من بين أدوات هذا التنسيق بين التشريعات، بحيث يتصور أن نعيد بمقتضاها لقواعد الإسناد وظيفتها المختلة². فالإحالة بهذا المعنى ستخرج من النطاق النظري، لتصبح أداة فنية ذات طابع وظيفي، قد يؤدي استعمالها لتحقيق أهداف متنوعة، كتكريس وحدة الحلول على المستوى الدولي وتناسقها، أو تفادي صدور أحكام غير قابلة للاعتراف بها أو تنفيذها، وقد تستخدم وهو الأهم من أجل تصحيح النتائج غير المرغوب فيها، أو النقائص التي يؤدي إليها إعمال قواعد الإسناد الوطنية³.

الفرع الثاني: التفويض أو الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها التشريعات.

إن البحث عن قانون الجنسية، قد تعترضه صعوبة أخرى يجب الفصل فيها، حتى يتحدد لنا هذا القانون بوضوح. هذه الصعوبة هي إذا كان القانون المختص قانون دولة تتعدد فيها التشريعات، سواء تعدداً إقليمياً⁴، كما في الولايات المتحدة الأمريكية، أو تعدداً شخصياً⁵ كما في

¹ - وهكذا فيمكن القول أن المشرع الإيطالي قد أفسح مجالاً لفكرة الحل الوظيفي بشأن الإحالة في نطاق معقول و مقبول . انظر عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 299، 300 .

² - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 248.

³ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 173

⁴ - التعدد الإقليمي موجود في الدول المقسمة إلى عدة أقاليم، بحيث يكون لكل إقليم شريعته الخاصة، واستقلالته المالية والتشريعية عن شريعة الدولة الفدرالية، كما في الولايات المتحدة الأمريكية، سويسرا، بولونيا وكندا.

⁵ - التعدد الشخصي، يتحقق عندما تتعدد القوانين داخل الدولة الواحدة، ويكون كل قانون منها نافذاً في مواجهة مجموعة معينة من الأشخاص، تجمعهم صفات مشتركة تقوم على انتمائهم إلى دين أو أصل أو جنس معين، بحيث تنطبق على كل طائفة شريعة خاصة بأحوالهم الشخصية، وهو مكرس في بعض الدول العربية كمصر - لبنان - سوريا، حيث توجد أحكام

العديد من دول الشرق الأوسط. فإذا طرح أمام القاضي الجزائري، نزاع يتعلق بأهلية أمريكي تعاقد في الجزائر مع جزائري، فإن قاعدة الإسناد الجزائرية تقضي بتطبيق القانون الأمريكي، بوصفه قانون الجنسية، ولكن توجد صعوبة في تحديد هذا القانون، نظرا لوجود عدة قوانين داخلية في الو.م.أ تختلف في أحكامها الموضوعية؟

وكذلك إذا عرض على القاضي الفرنسي، دعوى نفقة مرفوعة من زوجة مصرية مسيحية على زوجها المصري المسلم، فإن قاعدة التنازع الفرنسية تقضي باختصاص القانون المصري، قانون الجنسية المشتركة للزوجين، وهنا تثار الصعوبة في تحديد أحكام هذا القانون؟ هل هو الشريعة الإسلامية؟ أم غيرها من الشرائع الملية الأخرى؟

إذن كيف يستطيع القاضي اختيار شريعة واحدة، وتفضيلها من بين الشرائع المتعددة، التي يتضمنها قانون الدولة المتعددة الشرائع سواء إقليميا أو طائفيا؟ (أولا)، ثم ما هو العمل، والحلول البديلة، إذا استحال أعمال هذا الحل المتوصل إليه (ثانيا).

أولا: الحل الواجب الإلتباع لتحديد الشريعة الداخلية المختصة.

إذا أشار ضابط الجنسية، بتطبيق قانون دولة متعددة الشرائع، ومن أجل تحديد قانون أي شريعة من بين شرائعها الداخلية هي المختصة، ذهب أقلية من الفقه¹، إلى أنه على القاضي الفصل في النزاع، وفقا لقواعد الإسناد في قانونه، وهذا حتى ولو كان قانون الدولة متعددة الشرائع، يتضمن قواعد كفيلة بفض هذا التنازع الداخلي.

ويدعم هذا الرأي بعدة حجج منها، أن وظيفة قاعدة الإسناد هي، الوصول مباشرة إلى الحل الموضوعي للمنازعات ذات الطابع الدولي، وليس مجرد تحديد الدولة التي يختص قانونها

الشريعة الإسلامية والمسيحية واليهودية، وكذلك إيران، باكستان، الهند وغيرها من الدول. أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 653.

¹ - أنظر هذا الرأي معروضا، عند فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 137.

بحكم النزاع، كما أن القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق قواعد صادرة من مشرع دول أجنبية، فضلا عن أن ضوابط الإسناد الداخلية، في الدولة الأجنبية قد تختلف تماما عن ضوابط الإسناد الدولية في قانون القاضي، مما قد يؤدي إلى إهدار قاعدة الإسناد الوطنية من الناحية العملية. وقد تبنى هذا الإتجاه إتفاقية لاهاي المبرمة في 04 ماي 1971 الخاصة بالقانون واجب التطبيق على حوادث السير¹.

غير أن هذا الرأي لم يلق الراجح، فالفقه والتشريع السائد، يؤكد على ضرورة رجوع القاضي الوطني لقواعد الإسناد الداخلية، في الدولة الأجنبية الواجب تطبيق قانونها، وهي تحدد أي شريعة من بين شرائعها الداخلية هي المختصة، لأن وظيفة قاعدة الإسناد في قانون القاضي، هي فض النزاع الدولي القائم بين قوانين دول ذات سيادة. فهي عندما تشير بتطبيق قانون دولة معينة، تهدف إلى ربط العلاقة القانونية بها، باعتبارها وحدة إقليمية قائمة بذاتها، وليست مهمتها الفصل في أي القوانين الداخلية، هي المختصة في ذلك القانون، أي أن الأمر يتعلق بإسناد إجمالي، لا شأن لقاعدة النزاع بتفصيلاته، كما أن الرجوع إلى قواعد حل النزاع الداخلي في القانون الواجب التطبيق، فيه كفاية التحديد الدقيق للقواعد أو الشريعة الداخلية المختصة، فهو الأقدر على رسم نطاق تطبيق قواعده الداخلية، وهو ما لا يمكن إدراكه لو طبق القاضي قواعد حل النزاع الدولي في قانونه، لاختلاف ضوابط الإسناد والاعتبارات التي تقوم عليها في كل دولة².

يقول الأستاذ " Niboyet " في تأييده لهذا الحلّ: "إنه لما تقرر اختصاص القانون الأجنبي، في نظر فرنسا لحكم الأحوال الشخصية للفرد، فهو الذي يملك من ثم سلطة تقرير كيفية توزيع وطنيّه على مختلف التشريعات الداخلية، وبإمكان هذا القانون أن يوحد التشريعات

¹- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 656.

²- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 257.

الداخلية، وإذا لم يفعل ذلك، وقرر خضوع وطنييه لتشريعات مختلفة حسب الأصل أو المكان، فذلك يرجع إلى سلطته وحده¹.

وعلى العموم، فقد أغنانا المشرع الجزائري عن الخوض في الجدل الفقهي القائم حول هذه المشكلة، إذ نص في المادة 23 قانون مدني على أنه: " متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه"². وبذلك فقد حسم هذه المسألة، عن طريق تفويض القانون المختص في تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق من بين شرائعه، ولذا سميت بمسألة التفويض أو الإحالة الداخلية. وهو الحل الذي أخذت به غالبية الدول المعاصرة³ والذي يسري حسب الفقه الغالب⁴، على جميع صور التعدد داخل الدولة الأجنبية، سواء الشخصي أو الإقليمي⁵.

¹ -نقلا عن أعراب بلقاسم، القانون الدول الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 159.

² _ على ما يبدو إن هذه المادة مأخوذة من المادة 26 من القانون المدني المصري، التي تنص على نفس الحكم، وتقريبا بنفس الصياغة. انظر عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 109.

³ - منها المشرع المصري المادة 26، والسوري المادة 28، والكويتي المادة 71، والليبي المادة 26، والإماراتي المادة 25، ومن الدول الغربية القانون الدولي الخاص الفرنسي لعام 1967 (م 2286)، والنمساوي لعام 1979 (م 3/5)، والإسباني لعام 1974، واليوغسلافي لعام 1983 (م 10)، وقانون البيرو لعام 1984 (م 56 فقرة 2)، والقانون التشيكوسلوفاكي لعام 1963، والبولندي لعام 1965، والإيطالي لعام 1995 (م 18). انظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 658.

⁴ - هو رأي محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 433، وكذلك فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 144، وهشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 122. وهو نفس ما ينبغي الأخذ به عند تفسيرنا لنطاق المادة 23 قانون مدني جزائري، خاصة أنها جاءت بصياغة عامة وشاملة كالمادة 26 مدني مصري، دون أن تحدد أي نوع من التعدد تقصد، أنظر أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 161.

⁵ - ومع هذا، فإن مجموعة من الفقه الإيطالي يقصر نطاق التفويض، على صور التعدد الإقليمي فقط، دون التعدد الشخصي، لأن مهمة قاعدة الإسناد حسب رأيهم، هي تعيين شريعة إقليمية، وليس تعيين الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق، فهذه الحالة تتعلق بتفسير القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، ولا شأن لها بتفسير قاعدة الإسناد في قانون القاضي. أنظر في هذا الشأن، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ص 220.

إن التفويض على هذا النحو يختلف عن الإحالة اختلافا جوهريا، لأنه في الإحالة يثبت الاختصاص لقانون دولة أجنبية، فتتخلى هذه الأخيرة عنه لقانون دولة أخرى، أما في التفويض، فالقانون المختص لا يتخلى إطلاقا عن اختصاصه، بل يركزه في شريعة معينة من بين الشرائع التي تتنازع في نطاقه، بمقتضى قواعده الداخلية للإسناد¹، كما وأن مسألة الإحالة لا تعرض إلا إذا ثبت الاختصاص لقانون أجنبي، أما مسألة التفويض فقد تعرض حتى إذا ثبت الاختصاص لقانون القاضي، متى كان متعدد الشرائع². ومن ذلك مثلا أن محكمة القاهرة الابتدائية في 12 فيفري 1954، بعد أن ثبت الاختصاص لقانونها، في قضية تطبيق مرفوعة من زوجة مصرية على زوجها البريطاني، بحثت في كيفية ترجيح أي شريعة من بين شرائعها الشخصية الداخلية هي المختصة، وقضت أنه في حال اختلاف الديانة، أو إتحاد الديانة، واختلاف المذهب بين الطرفين، تطبق عليهم أحكام الشريعة الإسلامية، بإعتبارها القانون ذو الولاية العامة بالنسبة للمصريين³.

هذا، وهناك بعض الفروض التي يستحيل فيها إعمال قاعدة التفويض، ومن ذلك ألا يشتمل النظام القانوني الواجب التطبيق، على أي قواعد إسناد داخلية، لتعيين الشريعة الواجبة التطبيق، أو تعجز هذه القواعد عن حسم النزاع، كما أنها قد تشير إلى تطبيق قانون موطن الشخص، ويكون هو متوطنا في دولة أخرى⁴. فما هو الحل الواجب الإتباع؟

¹ _ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 492. وكذلك محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 431، 432.

² _ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 432.

³ _ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 659.

⁴ _ في هذا الفرض الأخير عندما يكون الشخص متوطنا بدولة أخرى، أو ليس في إعمال التفويض في هذه الحالة، خروج عن المعنى العام لهذه النظرية، وتطبيق لنظرية أخرى من نظريات تنازع القوانين، هي ما يعرف بالإحالة؟ انظر موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 128.

ثانيا: الحل الواجب الإتباع عند استحالة أعمال قاعدة التفويض.

إن استحالة أعمال قاعدة التفويض، لا يثير صعوبة في حالات التعدد الشخصي، لأن سكان الإقليم يكونوا فيه موزعين على حسب ديانتهم أو جنسهم، وهي ما تسمح بذاتها بحل التنازع الداخلي، مما يستدعي تطبيق قانون الطائفة أو الجماعة التي ينتمي إليها الشخص بدينه أو بأصله¹، وإذا لم يهتد إليها، تطبق الشريعة الغالبة، فمثلا في دول الشرق الأوسط الشريعة الغالبة هي الشريعة الإسلامية².

إلا أن الصعوبة تثور بالنسبة لحالات التعدد الإقليمي، وهنا تتعدد آراء الفقهاء وتختلف، فمنهم من يرى وجوب رجوع القاضي للقواعد الموضوعية في قانونه، ومنهم من يرى أن عليه أعمال قواعد الإسناد في قانونه للتوصل للشريعة المختصة. ولكن من العسير الأخذ بهذين الرأيين، فالرأي الأول، فيه إهدار كامل لقاعدة الإسناد التي تقضي بإخضاع النزاع لنظام قانوني معين، والرأي الثاني، قد يؤدي إلى حل غير ذلك الذي يقضي به فعلا القانون الواجب التطبيق. ولهذا يرى البعض أنه يجب على القاضي الالتزام في جميع الحالات، بتطبيق شريعة محددة سلفا في النظام القانوني الأجنبي³، كشرعية العاصمة مثلا، أو شريعة الإقليم الذي يتوطن به الشخص، إلا أن هذا يصطدم مع حالة توطن الشخص بالخارج⁴.

ولقد تعددت الحلول في مواجهة هذا الفرض، إلا انه يصعب التسليم بصحتها جميعا، لأنها تقوم على إلزام القاضي مسبقا، وفي جميع الحالات بتطبيق شريعة داخلية محددة سلفا،

¹ - فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 105.

² - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 163.

³ - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 154.

⁴ - إلا أن هذا لا يمكن تطبيقه إذا كان الشخص متوطنا بالخارج، فلا يجوز تطبيق قانون الموطن عليه، لأن في هذا، قبول الإحالة من القانون الواجب التطبيق، الذي تتعدد فيه الشرائع الداخلية، إلى قانون الموطن الجديد، وهو ما لا يجوز التسليم به في النظم القانونية، التي ترفض الأخذ بالإحالة كمصر، انظر هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 130. بل حتى بالنسبة للنظم القانونية التي تقبل الإحالة من الدرجة الأولى كالجزائر، فلن تقبل بتطبيقه إلا إذا كانت الإحالة إلى قانونها الوطني، بأن يكون الشخص متوطنا بإقليمها.

وهذا قد لا يتفق دائماً مع روح النظام القانوني الواجب التطبيق على النزاع. فهو تحديد يقوم على الافتراض وبيتعد عن الواقع، كما قد يؤدي إلى تطبيق شريعة، لم يعد لها صلة مباشرة بالمسألة المعروضة¹.

ولهذا يذهب بعض الفقه المصري²، إلى أنه متى لم توجد قواعد إسناد داخلية في القانون المختص بحسم النزاع، أو وجدت لكنها عجزت عن حل المشكلة، فنكون أمام حالة تعذر فيها الكشف عن الأحكام الواجبة التطبيق، أي أنه تعذر تطبيق قانون الجنسية المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الأصلية في قانون القاضي، مما يوجب تطبيق قاعدة إسناد احتياطية تقوم على إعمال قانون الموطن، لأنه أقرب القوانين لحكم مسائل الأحوال الشخصية بعد قانون الجنسية، وفي حالة عدم وجوده يتعين تطبيق قانون محل الإقامة، لأن هذه الحالة حسب نظرهم تشبه حالة عديم الجنسية³. وهذا لا يتضمن معنى الأخذ بالإحالة في الدول التي ترفض الأخذ بها كمصر، ذلك أن الرجوع لقانون الموطن وفق هذا الرأي، إنما يتم بمقتضى قاعدة إسناد احتياطية في قانون القاضي، وليس بمقتضى قواعد الإسناد الداخلي في قانون الجنسية المختص أصلاً بحكم النزاع⁴.

¹ - موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 129.

² - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 132، وحفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، مرجع سابق، ص 230 و 231.

³ - إن نص المادة 25 من قانون المعاملات المدنية للإمارات العربية المتحدة يقترب من الإتجاه الذي قال به الاستاذ هشام علي صادق، فهي تنص: " إذا ظهر من الأحكام الواردة في المواد السابقة أن القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي في تلك الدولة هو الذي يحدد أي شريعة منها يجب تطبيقها، فإذا لم يوجد فيه نص طبقت الشريعة الغالبة أو قانون الموطن حسب الأحوال". حيث أن المشرع هنا يقصد الشريعة الغالبة في حالة التعدد الشخصي، أو قانون الموطن في حال التعدد الإقليمي. انظر هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 389.

⁴ - هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 386.

بالرغم من أن هذا الرأي، أقرب للصواب مقارنة بالآراء التي سبقته، ومع هذا يعيبه أن أعمال قاعدة إسناد إحتياطية، ينطوي بدوره على إهدار لقاعدة الإسناد الحقيقية، التي يقضي بها المشرع الوطني.

وعليه، فإن الرأي الجدير بالتأييد هنا¹، هو الذي يقضي أنه يتعين على القاضي البحث عن أكثر الشرائع الداخلية ارتباطا بالنزاع، وتطبيق أحكامها الموضوعية، أي تطبيق أحكام الإقليم الذي تحتفظ معه العلاقة محل النزاع، برابطة جدية وفعلية، وكثيرا ما يتحدد هذا القانون بموطن الشخص أو محل إقامته، لأنه المكان الذي تتركز فيه أعماله ونشاطاته، ويقضي فيه الكثير من وقته. ومع هذا إذا كانت ارتباطات الشخص بإقليم آخر، أكثر من ارتباطاته بقانون موطنه، فيجب تطبيق أحكام ذلك الإقليم عليه. وقد تبنى هذا الرأي العديد من القوانين².

وعلى خلاف ذلك، فإن المشرع الجزائري، يقضي بموجب الفقرة 2 من المادة 23 قانون مدني، والتي تم إضافتها في تعديل 2005، أنه إذا لم يوجد في القانون المختص نص بشأن تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق من بين شرائعه الداخلية، فيجب تطبيق التشريع الغالب في البلد في حال التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي.

إلا أنه وجّه لهذا الموقف الكثير من الانتقادات، فبالنسبة للتعدد الإقليمي، على أي أساس اختار المشرع تشريع العاصمة؟ إن هذا الاختيار هو مجرد تفضيل عبثي قائم على

¹ - ومن هذا الرأي أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 660، كما أن فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد يرون بضرورة الأخذ به، ولكن فقط في حال تعذر على القاضي تحديد الشريعة الداخلية المختصة وفقا لقواعد النظام القانوني الواجب التطبيق أصلا، انظر مرجهم السابق، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ص 155.

² - منها القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979، الذي نص في مادته الخامسة فقرة 03 على أنه: " إذا كان النظام القانوني الأجنبي يتكون من عدة نظم جزئية، فيجب تطبيق ذلك النظام الذي ترشد إليه قواعد النظام القانوني الأجنبي، وعند انعدام تلك القواعد يكون واجب تطبيق النظام القانوني الجزئي الذي تتوفر معه الرابطة الأكثر قوة ". وإن لهذا النص ما يشبهه في القانون الدولي الخاص اليوغسلافي لعام 1983 (م 2/10)، والقانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 (م 4 فقرة 3)، والإيطالي لعام 1995 (م 2/18). أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 661.

الافتراض، وبعيد عن الواقع، لأنه لا يوجد ما يبرر اختصاص قانون العاصمة دون غيرها¹. كما أنه لا يتفق دائماً مع روح النظام القانوني الواجب التطبيق على النزاع².

بل حتى بالنسبة للتعدد الطائفي، فكان على المشرع ألا يلجأ إلى تطبيق التشريع الغالب في البلد، إلا في حالة عدم معرفة الطائفة أو الجنس الذي ينتمي إليه الشخص³. فمثلاً في مصر إن الشريعة الغالبة هي الشريعة الإسلامية، بالنسبة للأحوال الشخصية للمصريين، ولكن تطبيق هذا الحل غير مناسب بالنسبة لغير المسلمين في مصر، بالإضافة إلى وجود حالات يتعذر فيها وجود شريعة غالبية عند التعدد الشخصي للشرائع كما في لبنان. والواقع أن القول باستحالة إعمال قاعدة التفويض في حالات التعدد الشخصي للشرائع الداخلية، يبدو فرضاً نظرياً فقط لأن حل مشكلة التنازع الداخلي في كافة النظم المعاصرة، يقوم هنا على أسس مستمدة من الانتماء الديني⁴.

من خلال النقائص السابقة، نفضل لو أن المشرع طبق تشريع الطائفة أو العرق الذي ينتمي إليه الشخص في حالة التعدد الطائفي، فإن لم يجد تشريعاً لهذه الطائفة، وهو احتمال نادر، يطبق التشريع الغالب في البلد. أما في حالة التعدد الإقليمي، فنحبذ لو أن المشرع أسند العلاقة للإقليم الذي يرتبط به الشخص برابطة جدية وفعلية، أو أكثر الشرائع الداخلية ارتباطاً بالنزاع، وهو ما يتحدد غالباً بقانون موطن الشخص أو محل إقامته في إحدى هذه الدويلات.

وفي الأخير، فإن التساؤل الذي يطرح، لماذا لا توجد نظريات فقهية تؤيد إعمال فكرة الحل الوظيفي، لحل التنازع الداخلي بين الشرائع، فإذا كان حل التنازع بين قوانين دول مختلفة السيادة، يكون من منظور وظيفة وغاية قاعدة الإسناد، أفلا يصلح حل التنازع بين قوانين دويلات داخلية، أو شرائع تنتمي لنفس السيادة من هذا المنظور.

¹ - Loussouarn et Bourel .op cit.p158

² - هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 383.

³ - موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 130.

⁴ - هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 389، 390، هامش رقم 2.

من جميع ما تقدم، يظهر أنّ تلك الصّعوبات التي تظهر أثناء البحث عن قانون الجنسية المختص، وتعيق من تعيينه وتحديده، قد وجد لها الفقه الحلول اللازمة والمناسبة، وبالتالي أصبحت لا تعدو أن تكون سوى مراحل أولية، تعترض القاضي عند إعماله لضابط الإسناد، فإذا فصل فيها وفقا للحلول التي اختارها مشرّعه، فسيصل بسهولة لقانون الدولة المسند إليها. ولكن بالرغم من الوصول إلى هذا القانون الأخير، فيمكن أن تظهر صعوبات أخرى أثناء محاولة تطبيقه. فما هي هذه الصعوبات؟ وكيف كانت معالجتها والتصدي لها؟¹

¹ راجع موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 131.

المبحث الثاني: مشكلات تطبيق قانون الجنسية:

إن حل التنازع الناشئ بين القوانين يتأتى عن طريق تطبيق قاعدة الإسناد، بصفتها القاعدة القانونية الوطنية التي تعين بعد تكييف الرابطة القانونية القائم بشأنها التنازع بحسب مفهوم القانون الداخلي، القانون الذي يجب تطبيقه على هذه الرابطة. فإذا كان هذا القانون وطنياً، فلا مشكلة، ولكن على العكس تبرز الكثير من المشاكل إذا ثبت الاختصاص للقانون الأجنبي. فمن جهة يتعين البحث عن كيفية تطبيقه، فمن الطبيعي أن تختلف معاملته عن القانون الوطني، ولكن إلى أي مدى سيكون هذا، وكيف سيتم تعيين مضمونه، و هل يخضع لرقابة المحكمة العليا من حيث تفسيره.

ومن جهة أخرى، قد يفاجأ القاضي بعد عملية الإسناد، أن قانون الجنسية المسند إليه الاختصاص، لا يمكن تطبيقه لحكم العلاقة موضوع النزاع، فيتم استبعاده بالرغم من اختصاصه. وهذا نتيجة ما يتضمنه من أحكام لا يتحقق فيها الاشتراك القانوني بينه وبين قانون القاضي، مما يغيب معها حالة التعايش بين القانونين التي تفترض أن يطبق كل منهما على أرض دولة الآخر، وهذا عن طريق الدفع بالنظام العام. كما قد يكون ذلك راجعاً إلى إصطناع الفرد بنفسه الاختصاص لقانون الجنسية تحايلاً عن القانون الواجب التطبيق أصلاً، عن طريق ما يسمى الغش نحو القانون،

لهذا سنتطرق لكيفية تطبيق القانون الأجنبي في المطلب الأول، ولحالات استبعاد تطبيق قانون الجنسية المختص في المطلب الثاني.

المطلب الأول: كيفية تطبيق القانون الأجنبي:

تعتبر مسألة كيفية تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، من بين أبرز المشاكل السائدة في نطاق أعمال قواعد الإسناد، متى كانت تشير إلى تطبيق قانون أجنبي، لهذا فقد عني فقهاء القانون الدولي الخاص منذ زمن بعيد بدراستها، وأدت إلى الكثير من اللخبطة

الفقهية، ويكفي هنا قول الفقيه "لوسوران" "LOUSSOUARN" للتعبير عن هذه الحقيقة بقوله: "إن هناك في مختلف النظم القانونية، بعض المشاكل التي يشعر الباحث عند تعرضه إليها، أنه يتجه إلى طريق مسدود، يفقد معه الأمل في العثور على حل مرضي من جميع الوجوه، ومن بين هذه المشاكل لاشك مشكلة تطبيق القانون الأجنبي"¹.

ولا شك أن من بين أبرز ما تطرحه مشكلة تطبيق القانون الأجنبي²، هو كيفية معاملة هذا القانون، بتحديد أساس تطبيقه، فهل هو قانون له صفته القانونية الكاملة، أم مجرد واقعة لا تحمل أي إلزامية، وما يترتب عن هذا من حيث هل القاضي ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، أم يقع هذا على عاتق الأطراف، وكيف يتم إثبات القانون الأجنبي، ثم كيف يفسر القاضي هذا القانون وهل الخطأ في تفسيره مقبول أو لا، وموقف المحكمة العليا من هذا.

هذا ما سيتم تناوله في ثلاثة فروع متتالية، الأول بعنوان أساس تطبيق القانون الأجنبي، والثاني بعنوان البحث عن مضمون القانون الأجنبي وإثباته، والثالث، بعنوان تفسير القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا عليه.

¹ _ هو قوله في تقريره الذي ألقاه في 17 ماي 1963 باللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص. انظر هشام علي صادق وشمس الدين الوكيل، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون طبعة، 1968، ص 01.

² _ لقد ترددت كثيرا في طرح هذه الدراسة في المذكرة، وهذا بالرغم من اقتناعي بأنها تدخل في موضوع دراستي، وهذا لأنني أرى أن مشكلة تطبيق القانون الأجنبي، وفي حالة عدم اعترافنا بتطبيقه إلا في حدود ضيقة، قد يضرب لنا نظرية التنازع في الصميم، فما الفائدة في معرفة نظرية التنازع من تحديد التكييف، الإحالة، معرفة القانون الواجب التطبيق، ثم الوقوف على عثرة أو مانع اسمه أن القانون الأجنبي هو مجرد واقعة ولا نعترف له بصفته كقانون. ومع هذا سأحاول جاهدة تبيان هذا الموضوع، الذي أتعجب فقهاء القانون الدولي الخاص فما بالك باحث العلم مثلي، لأنه يصعب معه الخروج بموقف أو رأي واحد، وهذا ما سيظهر في موقف القضاء الفرنسي من هذه المسألة.

الفرع الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي:

عندما يثبت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي، بوصفه القانون الأقر لحكم النزاع، يلتزم القاضي بتطبيقه على وقائع الدعوى، إلا أن الصفة الأجنبية لهذا القانون، وصدوره عن دولة أجنبية لا تملك سلطة إصدار الأوامر للقاضي الوطني، يطرح مجموعة من الصعوبات العملية. ولهذا ثارت مشكلة طبيعة القانون الأجنبي؟ هل يعتبر مجرد واقعة نتيجة لتجاوزه حدود البلد الصادر عنه؟ أم أنه تبقى له صفته القانونية الكاملة؟، وما يترتب عن هذين الصفتين من آثار.

وفي هذا انقسم الفقه بين إتجاهين، فهناك من يرى أن القانون الأجنبي مجرد واقعة، وبالعكس هناك من يكيّفه بأنه قانون بالرغم من أنه سيطبق خارج بلد إصداره. وكان لهذا تأثيره على موقف التشريعات.

أولاً: معاملة القانون الأجنبي بصفته واقعة:

يتقاسم هذا الطرح نظريتان إلا أنهما يختلفان في أساس تبريرهما لتطبيق القانون الأجنبي كواقعة، ما بين النظرية الفرنسية بقيادة الفقيه "باتيفول"، والنظرية الأنجلوساكسونية القائمة على أساس احترام الحق المكتسب. كما يخلفان مجموعة من الآثار على اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة.

أ_ النظرية الفرنسية :

أنكر أنصار هذا الإتجاه الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، واعتبروه مجرد عنصر من عناصر الواقع، وتزعم هذا الرأي الفقيه "Batiffol"، الذي يرى أن القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي، بوصفه قانون يلزمه به

المشرع الأجنبي، لأنه لا يذعن إلا لأوامر مشرعه، فهو يطبق القانون الأجنبي، بصفته واقعة فقط، نظرا لعدم قدرته على الإحتفاظ بأي صفة إلزام خارج حدود دولته. ويستدل على هذا بأن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين، عنصر مادي يتمثل في مضمونها، وعنصر معنوي يظهر من الأمر بالتنفيذ، وهو الذي يكسبها القوة التنفيذية اللازمة، وتتمتع القاعدة القانونية عادة بهذين العنصرين طالما إقتصرت تطبيقها على حدود الدولة التي سنتها، ولكنها تفقد بمجرد خروجها من هذه الدولة، عنصر الإلزام وتصبح واقعة كبقية الوقائع¹. ولا يغير أمر المشرع الوطني بمقتضى قاعدة الإسناد من طبيعة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، فتبقى قواعده غريبة عن النظام القانوني الداخلي².

أما الفقيه "بيجونير فقد لجأ في تبريراته إلى الضرورة العملية التي لا تسمح للقاضي أن يتعرف على كل قوانين العالم³.

وقد انتقدت هذه النظرية بسبب مغالاتها، لأن القول بافتقار القانون الأجنبي لعنصر الإلزام، بمجرد تجاوزه لحدود بلد صدور، فكرة خاطئة من الأساس، لأن المفروض أن دور قاعدة الإسناد أن ترد له عنصر الإلزام الذي فقده، ومن ثم إن التمسك بالصفة الواقعية يتنافى مع الهيكل المنطقي لفكرة القانون⁴.

¹ _Batiffol Henri, lagarde Paul, op cit, 1993, p531.

انظر في هذا كذلك نادية فوضيل : تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ص 27

² _هشام علي صادق وشمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 215.

³ _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 137.

⁴ _ هشام علي صادق، وشمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 104.

ب_ النظرية الأنجلو أمريكية و إحترام الحق المكتسب:

سادت نظرية الحقوق المكتسبة، في الفقه الأنجلوساكسوني، وعلى رأسهم الفقيه الإنجليزي دايسي "Dicey"، والفقيه الأمريكي بيل "Beale"، ومقتضاها أن القاضي الوطني وهو يطبق القانون الأجنبي، إنما يعترف بالحق المكتسب تحت سلطان هذا القانون، وكأن الإعتراف بهذا القانون، هو إعتراف بواقعة نتجت تحت سلطانه لصاحب الحق بواسطة قاعدة الإسناد الوطنية. بحيث أن القاضي لا يطبق في حقيقة الأمر القانون الأجنبي، وكل الذي يفعله أنه يعترف بالحقوق الذي أثبت الخصوم اكتسابهم لها وفق القانون الأجنبي¹.

وقد انتقدت هذه النظرية من حيث عدم الشمول، لأن مهمة القاضي لا تنحصر في تحديد إمكانية اكتساب الحق من عدمه، بل تشمل إنشاء الحق، كما الاعتراف به². فتطبيق القانون الأجنبي لا يقتصر على حالات إحترام الحقوق المكتسبة، بل يتعين تطبيقه أيضا في حالة إنشاء حقوق ومراكز لم تكن موجودة من قبل، كإبرام عقد الزواج، أو طلب الطلاق في دولة القاضي³. كما أن مسألة الإعتراف بحق ما نشأ في الخارج، لا تستقل عن مسألة الاعتراف بالقانون الأجنبي الذي نشأ في ظله⁴.

¹ _ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص696.

² _ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 142.

³ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 134، 135. وفؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص116.

⁴ _ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص697.

ج_ الآثار المترتبة على إعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة:

يترتب على كون القانون الأجنبي مجرد واقعة، في نظر أنصار هذه النظرية، عدة نتائج نذكر منها:

_ أن القاضي ليس ملزماً بتطبيق الأجنبي من تلقاء نفسه، ولو كان عالماً بأحكامه، بل لابد من تمسك الخصوم به وإثارته صراحة أمامه، بمعنى لا تسري على القانون الأجنبي القاعدة التي تفرض على القاضي العلم بالقانون كما هو الشأن بالنسبة للقانون الوطني، وذلك لأنه عملياً من العسير على القاضي أن يلمّ بقوانين كل العالم.

- إن الطرف الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي من الخصوم، هو الذي يلتزم بإثبات مضمونه، لأنه يكون قد تمسك بواقعة معينة، فعليه عبء إثباتها، فإذا تعذر إثباته من طرف أحد الخصوم، فالقاضي ملزم بالفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون الوطني وإلا اعتبر منكراً للعدالة.

_ لا يحق للمحكمة العليا أن تمد رقابتها للتفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع للقانون الأجنبي، بحيث لا يجوز لها الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي، لأنه يعتبر من الوقائع التي تخرج عن اختصاصها، وتتحصّر وظيفة المحكمة العليا في توحيد اجتهادات المحاكم الوطنية فحسب، ولا تتصرف للقانون الأجنبي¹.

وقد وجهت عدة اعتراضات على هذا الرأي، الذي يعتبر القانون الأجنبي واقعة منها، أنه ينكر على القانون الأجنبي صفته القانونية مع أنه قانون واجب الإحترام في بلده، وما ذلك إلا لأنه سيطبق خارج بلده، بالإضافة لهذا كيف ستطبق واقعة على واقعة، أليس الخصوم هم من

¹ _ يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، 2010، ص 113.

يعرضون الوقائع على القاضي، والقاضي يقول كلمة القانون، إذ يقول المثل على لسان القاضي "أعطني الوقائع أعطك القانون"¹.

ثانيا: معاملة القانون الأجنبي بصفته قانون:

على خلاف الرأي السابق، الذي يرى أن القانون الأجنبي مجرد واقعة، فإن أنصار هذا الرأي يؤكدون على الطبيعة القانونية، والقوة التلقائية الملزمة للقانون الأجنبي، ويرتبون بعض الآثار على هذا، وهو ما يظهر من خلال ما يلي:

أ_ نظرية الإستقبال والاندماج :

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية، أمام القضاء الوطني، ولا يمكن تحوله لمجرد واقعة، لأن من شأن قواعد الإسناد دمج القانون الأجنبي أو استقباله في النظام القانوني الوطني، بحيث يصبح جزءا منه. ونقطة الانطلاق في نظرية الإدماج أو الاستقبال هذه الذي قال بها الفقهاء الإيطاليون، هي فكرة خصوصية النظام القانوني، بأن تقتصر الصفة القانونية على كل ما يدخل هذا النظام، وإنكارها لكل ما يقع خارجه.

وعلى هذا الأساس لا يمكن الاعتراف للقانون الأجنبي بطبيعته القانونية إلا إذا تم دمجها بالقانون الوطني، فهذا الإدماج هو الذي يحفظ للقانون الأجنبي طبيعته القانونية، ويزوده بقوة النفاذ في بلد القاضي، إلا أنه يفقد صفته الأجنبية².

ومع هذا فقد انقسم الفقه الإيطالي فهناك من اعتبر أن هذا الاستقبال مادي، وهو مذهب "أنزيلوتي" "Anzilotti" و"فيدوزي" و"باكسيوني"، وبموجبه يفقد القانون الأجنبي كل استقلال له

¹ _علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص137.

² _فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص117.

فيطبق ليس باعتباره قانونا أجنبيا، وإنما باعتبار قواعده من قواعد القانون الإيطالي، وبين من أخذ بفكرة الاندماج الشكلي كالفقيه "أغو" "Roberto Ago"، والتي تعني حفاظ القانون الأجنبي على قيمته ومعناه حسب النظام الذي أحدثته، ولكن يندمج ظاهريا وشكليا في القانون الوطني بعد ثبوت الاختصاص له¹.

وقد انتقدت هذه النظرية، من طرف غالبية الفقه، فالفكرة في مجملها فيها صنعة الخيال والمجاز والإحتيال، لأنها تقوم على تصور إمكان احتواء قانون القاضي لكافة قوانين دول العالم، في حين لا يمكن لهذا الأخير استيعاب كافة القوانين الأجنبية ولو شكليا، إذ أنه من غير المعقول القول بإمكان احتواء قانون القاضي، لقاعدة أجنبية إذا كانت هذه القاعدة تتنافى مع الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي، أو مع فكرة النظام العام في دولته².

إن النقد الذي لاقته هذه النظرية، دفع بعض الفقه إلى التمسك بفكرة التفويض، لتبرير تطبيق القانون الأجنبي كقانون.

ب_ نظرية التفويض:

قد سادت في الفقه الفرنسي والألماني، وهناك من يؤيدها من الفقه العربي³. ومؤداها أن القانون الأجنبي لا يندمج في القانون الوطني، بل يحتفظ باستقلالته كقانون أجنبي، وبقوته

¹ _ زروتي الطيب، الوصول إلى القانون الأجنبي عن طريق تفسيره، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2، مرجع سابق، ص185.

² _ نادية فضيل، الغش نحو القانون، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر، الجزائر، 2006، ص 21، وعكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط2010، ص337.

³ _ كالدكتور حامد زكي، وجابر جاد عبد الرحمان، وعبد الرزاق السنهوري، انظر فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 118، تهميش 1.

الإلزامية، ويطبق بموجب تفويض من المشرع الأجنبي الذي إختارت قاعدة التنازع الوطنية تطبيق قانونه¹.

وقد أعترض عليها، بأن التفويض لا يمكن أن يكون إلا لمفوض معين، والمفوض هنا غير معين². كما أن فكرة التفويض غير مستساغة متى كان القانون الأجنبي يرفض الاختصاص ولا يقبل قانون القاضي بالإحالة، حيث يحتم عليه الاختصاص رغم أنه، وهو مالا يستقيم مع فكرة التفويض³.

أما الفقه المعاصر فيرفض اللجوء إلى فكرة التفويض وغيرها، ويؤكد أن القانون الأجنبي له خصائصه المميزة له، وهو ما يوجب على القاضي الوطني أن يعامله بنوع من الخصوصية، فهو ليس كالتشريع الداخلي وليس كالوقائع، وإنما هو شيء ثالث بينهما⁴، لذا فإنه يظل محتفظا بطبيعته القانونية وبصفته الأجنبية، وإن قاعدة الإسناد الوطنية هي التي تأمر القاضي الوطني، بتطبيق هذا القانون وهي التي تحافظ له على طبيعته القانونية، وصفته الأجنبية، وتزوده بالتالي بقوة النفاذ في بلد القاضي⁵.

¹ _ ولكن هذا الموقف يصطدم باجتهاد القضاء الفرنسي التقليدي، الذي جعل القانون الأجنبي عنصرا من عناصر الواقع، وفي محاولة للتوفيق بين الرأيين ذهب الفقيه "Batiffol" إلى القول أن القانون الأجنبي يختلف عن قانون القاضي من ناحية مكان نشره ومن ناحية قوة نفاذه في الخارج، ولكن مع ذلك، يطبقه القاضي الوطني مؤتمرا بأمر مشرعه عن طريق الإختيار الذي أمّلته قاعدة التنازع الوطنية، باعتباره عنصرا من عناصر الواقع وليس القانون، وباعتباره مجموعة من الأحكام العامة القابلة للتطبيق على حالات خاصة، وكأن هناك إتفاق ضمني بين الدول على هذه المعاملة الخاصة. انظر Batiffol Henri, Lagarde Paul op.cit, p531.

² _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 135.

³ _ زروتي الطيب، الوصول إلى القانون الأجنبي عن طريق تفسيره، مرجع سابق، ص 188.

⁴ _ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 146

⁵ _ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 702. و فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 118.

ج_ الآثار المترتبة على إعتبار القانون الأجنبي قانونا:

يترتب عن إضفاء الصفة القانونية على القانون الأجنبي عدة نتائج أهمها ما يلي:

_ يلزم القاضي المعروض عليه النزاع، بتطبيق القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، من تلقاء نفسه، ويلتزم بالبحث عن مضمونه .

_ لا يمكن لأطراف النزاع التنازل عن هذه القوانين المتعلقة بالنظام العام، لأنه ليس لهم حرية التصرف.

_ أن يلعب القاضي دورا هاما فيما يتعلق بوسائل إثبات هذا القانون، وبمساعدة الخصوم¹.

_ يحق للمحكمة العليا أن تمد رقابتها للتفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع بشأن تطبيقهم للقانون الأجنبي.

_ إن العذر بجهل القانون الأجنبي غير مقبول.

ثالثا: موقف التشريعات الوضعية من طبيعة القانون الأجنبي.

يأخذ بتكييف القانون الأجنبي على أساس أنه واقعة، القضاء الأنجلوسكسوني، الذي رفض منح الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد، ويستند موقفه إلى عدم وجود ضرورة أصلا لتطبيق هذه القاعدة، بسبب إفتراض المطابقة التامة بين القانون الأجنبي والقانون الوطني، فالمبدأ يقضي بتطبيق القانون الوطني مباشرة على النزاع طالما أن القانونين متشابهان، ولا يمكن إذا

¹ _ يوبي سعاد، المرجع السابق، ص116. و عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص136.

إلا للخصوم بصفتهم أصحاب المصلحة التمسك بإثارة قاعدة الإسناد، إذا أثبتوا إختلاف مضمون القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني¹.

و إن موقف القضاء الفرنسي معقد وغير ثابت، فهو في مرحلة أولى سادت لعقود كان يرى أن القانون الأجنبي يطبق على التراب الوطني بصفته واقعة²، وعليه فالقاضي غير ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه، وإنما يجب على من الخصوم التمسك بتطبيقه وإثباته، ولكنه سرعان ما عدل عن موقفه هذا وأصبح يقر الصفة القانونية على القانون الأجنبي، و يقضي بالصفة الإلزامية لقاعدة التنازع في بعض الحالات، التي هي إذا كان الحق المدعى به غير قابل للتصرف فيه من قبل الخصوم، فهنا يجب على القاضي تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، حتى ولو لم يتمسك به الخصوم³.

أما المشرع التونسي فقد سار على وتيرة القضاء الفرنسي، إذ نص في المادة 28 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998، على أن قاعدة التنازع من النظام العام إذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي، وكان موضوع الحقوق المتنازع عليها بين الأفراد لا يجوز التصرف فيها، وهي ليست من النظام العام إذا كان موضوع الحقوق المتنازع عليها، يمكن للأطراف التصرف فيها.

أما بالنسبة للفقهاء المصري فقد استقر غالبية، منذ زمن بعيد على أن القانون الأجنبي مسألة قانون لا مسألة واقع، إلا أن هذا لم يلقى أثر على القضاء المصري الذي تواترت أحكامه على النظر للقانون الأجنبي، على انه مسألة واقع، قاصداً بذلك إعفاء القاضي من الالتزام

¹ _ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص 234

² _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 135.

³ _ ونظرا لتشابه المعلومات بين مسألة موقف القانون الفرنسي من طبيعة القانون الأجنبي، ومسألة كيفية تطبيقه، وحتى لا يكون تكرار أرجئ الحديث بالتفصيل في هذا الأمر في البحث عن مضمون القانون الأجنبي وإثباته في الفرع الموالي من هذه الدراسة

بالبحث عن مضمونه، وجعل الأمر بيدي الخصوم، ليثبته من يتمسك به منهم¹. نذكر مثلاً قرار محكمة النقض المصرية الصادر سنة 1955، والذي قضت فيه أن " التمسك بتشريع أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها"²، كما قضت في قرارها الصادر سنة 1979 أن " التمسك لأول مرحلة أمام محكمة النقض بقاعدة أجنبية هو دفاع يخالطه واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع"³.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة يؤمن القضاء بمذهب القضاء المصري، إذ تقول محكمة دبي في حكم لها في 1995/12/18،: " أن القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية يقيم الخصوم الدليل عليها، وتستأنس محكمة الموضوع في تفسيرها للقوانين الأجنبية بأراء واجتهادات الفقه والقضاء الأجنبي المفسر لتلك القوانين". وهو نفس ما تواترت عليه أحكام القضاء اللبناني كذلك.

أما المشرع الجزائري، فلم يبين رأيه صراحة من هذه المسألة، إلا أنه يمكن استخلاص هذا من نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، في فقرتها السادسة، التي تنص أنه " لا يبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية :

6_ مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة " 4.

وطبقاً لذلك هو يعامل القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة نفس معاملة القانون الجزائري، فمتى أشارت قاعدة التنازع الجزائرية إلى تطبيق القانون الأجنبي، فيطبقه القاضي

¹ _ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط2010، مرجع سابق، ص 351، 353 .

² _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 138

³ _ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 262

⁴ _ يقابل هذه المادة 5/233 من قانون الإجراءات المدنية لعام 1966، التي حددت أسباب الطعن بالنقض وذكرت من ضمنها: " كل خطأ في تطبيق القانون الداخلي، أو قانون أجنبي يتعلق بالأحوال الشخصية.

من تلقاء نفسه، ويترتب على مخالفة تطبيقه الطعن بالنقض، وعلى خلاف ذلك فالقوانين الأجنبية غير المتعلقة بالأحوال الشخصية فهذه يعاملها المشرع كواقعة.

وعلى ما يبدو أن التشريع المغربي يسلك نفس موقف التشريع الجزائري، إذ أنه لا يفرض رقابة المجلس الأعلى المغربي، على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي إلا إذا كان متعلقا بالأحوال الشخصية، أي أن هذه الأخيرة فقط تعامل معاملة قانون، أما المسائل الأخرى فتعتبر وقائع¹.

وبالنسبة للدول التي تعتبر القانون الأجنبي كقانون، وتعامله بهذه الصفة نذكر القضاء الألماني، السويسري، و الإيطالي²، والقانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1978، والقانون الإيطالي الجديد لعام 1995، والقانون السويسري لعام 1987، والقانون التركي لعام 1982، والقانون اليوناني لعام 1971، والقانون الإسباني لعام 1974، والقانون الدولي الخاص البلجيكي لعام 2004³.

الفرع الثاني: البحث عن مضمون القانون الأجنبي وإثباته.

إن تصدي القاضي لتطبيق القانون الأجنبي، قد يثير صعوبات خاصة بالكشف عن أحكام هذا القانون، و التعرف على مضمونه، وإثباته. فمن جهة هل البحث عن مضمون

¹ كان الظهير المغربي لسنة 1957، المنشئ للمجلس الأعلى قد نص في المادة 13 منه على أن: "المجلس الأعلى يراقب تطبيق القانون الداخلي، وكذلك القوانين الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية". وقد ألغيت هذه المادة بمقتضى المادة 359 من قانون المسطرة المدنية المغربي، لسنة 1974، وقد أسقطت عبارة خرق قانون أجنبي خاص بالأحوال الشخصية. لكن هذا لم يحدث أي تأثير على سلطة المجلس الأعلى لمراقبة تطبيق وتفسير القانون الأجنبي في تلك الحالات. انظر موسى عبود، المرجع السابق، ص 206، 209.

² _ الرأي الغالب في إيطاليا يأخذ بهذا ومع ذلك فقد قضت بعض الأحكام القليلة بخلاف هذا. انظر علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 136.

³ _ زروتي الطيب، الوصول إلى القانون الأجنبي عن طريق تفسيره، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 2، مرجع سابق، ص من 188 حتى 190

القانون الأجنبي هو إلتزام على عاتق القاضي، أم إلتزام على عاتق الخصوم يمكن للقاضي التوصل منه، (البحث عن مضمون القانون الأجنبي) أولاً، ومن جهة أخرى كيف يتم إثبات القانون الأجنبي . (إثبات القانون الأجنبي) ثانياً.

أولاً: البحث عن مضمون القانون الأجنبي:

تتخصر الاتجاهات المحددة لدور القاضي في الكشف عن مضمون القانون الأجنبي في موقفين، موقف تقليدي، يعتبر أن البحث عن مضمون القانون الأجنبي حق للقاضي والالتزام على عاتق الخصوم، وموقف حديث يؤكد أن البحث عن مضمون القانون الأجنبي التزم على القاضي بمعاونة الخصوم. على أن المميز هنا هو موقف القضاء الفرنسي، الذي هو في تطوره يأخذ من الموقفين.

أ_ الموقف التقليدي: عدم إلتزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي.

هذا الإتجاه المنكر لصفة الإلتزام في قاعدة الإسناد كرسه القضاء في أمريكا وانجلترا، بحيث لا تقع تبعة الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، على عاتق القاضي بل على عاتق الخصوم. فقد جرى العمل أمام القضاء الإنجليزي على إلقاء عبئ البحث عن مضمون القانون الأجنبي، وإثباته فيما إذا تمسك بتطبيقه الخصوم.

فلقد أقام هذا القضاء بمسلكه المتواتر حيلة قانونية مفادها أن هناك تطابقاً بين أحكام القانون الأجنبي والقانون الوطني، وهذا على أساس وجود قاعدة إحتياطية إفتراضية، تقول بوجود توافق مبدئي بين أحكام القانون الأجنبي والقانون الوطني، ومادام الحال كذلك، فكيف يلزم القاضي الوطني بإعمال قاعدة سوف تشير إلى تطبيق قانون مشابه لقانونه الوطني.

فإذا كان هناك إختلاف في مضمون القانونين، وكان لأحد الخصوم مصلحة في تطبيقه، وجب عليه إثبات هذا الاختلاف وتقديم مضمون هذا القانون الأجنبي للقاضي. وما يبرر هذا الإتجاه أيضا القواعد المقررة في القضاء الإنجليزي، التي لا تجيز للقاضي الحكم بمعرفته الشخصية بمضمون القانون الأجنبي، وبما لا سبق العلم به وإقامة الدليل عليه في دعاوى سابقة¹.

ويبدو أن هذا الرأي منتقد لدرجة كبيرة، في هذا يقول الأستاذ هشام علي صادق: "إن هذا النظام محل نظر، لأن القرينة لا تقوم إلا على أمر يغلب وقوعه في العمل، وليس الغالب أن تتشابه أحكام القانون الإنجليزي مع القانون الوطني، فالافتراض الذي تبناه القضاء الإنجليزي هو أقرب إلى المجاز، و الحيلة إلى القرينة، وبما أن أساس الحيلة هو الوهم والبعد عن الواقع، فإنه يجب الحد من النتائج المترتبة عليها وقصرها على الغاية التي يبتغيها القانون"².

بالإضافة لهذا إن الحيلة التي لجأ إليها القضاء الإنجليزي لا أساس لها من الصحة، إذ كيف يتصور المشرع الإنجليزي أن أحكام القانون الأجنبي تشبه القانون الوطني، وهو القانون الذي طالما امتنع عن تبني أحكام تجمع بين الدول الأوربية، بحجة أن انجلترا لها عاداتها وخصائصها، فكيف يمكن أن يقبل مماثلة القانون الأجنبي بالقانون الإنجليزي، من دول يطلق عليها دول العالم الثالث، المختلفة كثيرا في أعرافها، وعاداتها ومميزاتها الحضارية. وعلى افتراض عكس ذلك، وهو أن القاضي الوطني يتعامل مع القانون الإنجليزي بنفس الحيلة، فهل ستقبل إنجلترا ذلك³.

¹ _ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص705. وفؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص119.

² _ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 329.

³ _ نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 38.

هذا، و إن القانون الجزائري بدوره لا يلزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي، متى تعلق الأمر بسائل خارج نطاق الأحوال الشخصية (استنتاجا من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08)، كمسائل الإلتزامات التعاقدية، أو الأموال.... إلخ. فهنا يجب على الخصوم المتمسكين بتطبيق القانون الأجنبي إثبات مضمونه أمام القاضي. وهذا هو نفس موقف التشريع المغربي.

ب_الموقف الحديث: إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي بمعاونة الخصوم.

على عكس الإتجاه السابق، فإن هذا الإتجاه يعطي الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد، فهو ينظر للقانون الأجنبي أنه مسألة قانون، ومن الدول التي أخذت بهذا ألمانيا، إيطاليا، الإتحاد السوفياتي سابقا.

ففي ألمانيا مثلا تقضي المادة 293 من قانون المرافعات بأن: " القواعد العرفية والقانونية المعمول بها في بلد آخر، لا تحتاج إلى إثبات إلا في حدود عدم علم المحكمة بها، ولا تنقيد في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد بما قام الخصوم ببيانه. وإنما لها أن تلجأ إلى مصادر أخرى للعلم بها وأن تأمر بما تراه ضروريا لإدراك هذه الغاية".

ومعنى ذلك أن القاضي الألماني ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، بوسائله الخاصة أو بالوسائل الأخرى الممكنة، كالاستعانة بالخصوم، دون أن يكون ملزما بما يقدمونه من أدلة ومعلومات له، ومن القواعد التي قررها الفقه تأسيسا على هذا النص، ضرورة التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي، الواجب التطبيق، حتى لو تمسك

الخصوم بتطبيق القانون الألماني، ما لم يفشل القاضي بعد استنفاد مختلف الوسائل والجهود، في الكشف عن محتواه، إذ يمكن له في هذه الحالة فقط تطبيق القانون الألماني¹.

هذا الحل الذي يلزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي، مستخدماً كافة الوسائل المتاحة، بما في ذلك طلب معاونة الخصوم، قننه صراحة القانون الإيطالي الجديد لعام 1995، والقانون السويسري لعام 1987، والقانون التركي لعام 1982، والقانون اليوناني لعام 1971، والقانون الإسباني لعام 1974، والقانون الدولي الخاص البلجيكي لعام 2004²، والقانون التونسي³. كما أخذ به عدة أحكام قضائية، بدءاً من محكمة النقض الإيطالية التي تعتبر من أول من كرسه، من خلال حكمها الصادر بدوائرها المجتمعة في 16 فبراير 1966⁴.

ويتبنى القانون الجزائري هذا الموقف متى تعلق الأمر بسائل قانون الأسرة، فهنا إثبات القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، يكون من طرف القاضي المعروض أمامه النزاع، وله أن يستعين بجهد الخصوم في ذلك، وهذا استجابة للمادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08_09 التي توجب الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، فقط في المسائل الأسرية. ومن الآثار المترتبة على ذلك ضمناً، التطبيق التلقائي لقاعدة الإسناد التي تشير إلى تطبيق قانون أجنبي متعلق بالأسرة، و إلتزام القاضي تبعاً لذلك بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي. ولقد تبنى هذا الموقف التشريع المغربي كذلك.

¹ _ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 533. وفؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط، المرجع السابق، ص 83، 85.

² _ انظر محتوى المواد القانونية للدول التي أخذت باعتبار القانون الأجنبي قانون، مرجع زروتي الطيب، الوصول إلى القانون الأجنبي عن طريق تفسيره، مرجع سابق، ص 188، 189، 190.

³ _ ينص القانون التونسي بصفة صريحة في الفصل 32 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998، على ما يلي " يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد في حدود إمكانيات علمه به، وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الإقتضاء، وفي الحالات الأخرى فإن الطرف الذي تكون دعواه مستندة على القانون الأجنبي، مطالب بإثبات محتواه... ويجب في جميع الأحوال إحترام مبدأ المواجهة".

⁴ _ Cass.16 février 1966, journal, Droit International Privé 1968, 369, v. Batiffol Henri, lagarde Paul, op- cit, p 552.

هذا، وقد توصل الفقه والقضاء الحديث، في القانون المقارن، بأن القول بكون القانون الأجنبي مجرد واقعة، هو مجرد استسلام للصعوبات العملية، وليس في الواقع تتكرا لطبيعته القانونية الأصلية، لهذا لا يمنع القاضي من التصدي من تلقاء نفسه، تطبيق القانون الأجنبي إذا كان على علم بمضمونه¹. و هذا ما كرسته محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها الحديثة²، التي ألزمت القاضي المصري بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي، وله أن يستعين بجهد الخصم، ويكون ملزما بتطبيقه إذا علم بمضمونه.

ويبدو أن القضاء اللبناني هو الآخر بدأ يأخذ برأي محكمة النقض المصرية، وهو ما كرسته محكمة التمييز اللبنانية في حكم حديث لها بتاريخ 1999/11/30. وفي ذلك تنص المادة 142 من قانون أصول المحاكمات اللبنانية الجديد على أن: " إثبات مضمون القانون الأجنبي يطلب ممن يتمسك به، ما لم يكن القاضي عالما به³."

جـ. موقف القضاء الفرنسي من مسألة تطبيق القانون الأجنبي، والبحث عن مضمونه:

إذا رجعنا للقضاء الفرنسي، فإننا نلاحظ أنه عرف بهذا الخصوص تطورا واسعا، ومر بعدة مراحل.

ففي المرحلة الأولى، استقر القضاء الفرنسي على اعتبار القانون الأجنبي من الوقائع، وحتى فترة ليست بعيدة ظلت المحاكم الفرنسية ملتزمة بمبدأ إعفاء القاضي من تطبيق القانون

¹ _ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 715.

² _ حكم المحكمة العليا في 6 فيفري 1984، والذي قضت فيه: " إذا كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التمسك بقانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة، يجب إقامة الدليل عليها، وكان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام هذا القانون، فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريبا عن القاضي يصعب عليه الوقوف على أحكامه، والوصول إلى مصادره، أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه، أو كان علمه به مفترضا، فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة. انظر عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط2010، مرجع سابق، ص 354

³ _ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 715، 716.

الأجنبي، والبحث عن مضمون أحكامه. كما ظلت تلقي عبي إثبات القانون الأجنبي، على الخصم الذي يتمسك بتطبيقه، على أساس أن القاضي الفرنسي ليس لديه الوسائل لمعرفة محتوى القوانين الأجنبية كما يعرف قانونه الوطني¹.

و هو ما تجسد من خلال الحكم المعروف باسم الزوجين بيسبال BISBAL الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 19/05/1959². والذي قررت فيه: " أن قواعد الإسناد الفرنسية لا تعتبر من النظام العام حينما تقضي بتطبيق قانون أجنبي. وعليه، فإن قضاة الموضوع لم يخطئوا في تطبيقهم للقانون حينما اخضعوا هذه الدعوى المعروضة أمامهم للقانون الفرنسي".

وقد تعرض هذا الحكم للعديد من الانتقادات، لان أعماله يؤدي لإعطاء وصفين مختلفين لنفس قاعدة الإسناد، إذا انه يعتبرها من النظام العام متى أشارت لتطبيق القانون الفرنسي، وينفي عنها مثل هذا الوصف متى أشارت لتطبيق قانون أجنبي، وهو أمر غير مقبول في نظرهم قانونا.

¹ _فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص119. و سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 706.

² _ وتتخلص وقائعه في أن الزوجين بيسبال BISBAL كانا يحملان معا الجنسية الإسبانية، وتم إخضاعهما أثناء إقامتهما بفرنسا لنظام الانفصال الجثماني طبقا للقانون الإسباني، الذي كان يمنع حينها تحويل انفصالهما الجثماني إلى طلاق. وبعد هذا رفعت الزوجة دعوى أمام القضاء الفرنسي، طلبت فيها تحويل هذا الانفصال الجثماني إلى طلاق، بحجة انه انقضت مدة ثلاث سنوات، على تاريخ إخضاعهما لهذا النظام عملا بالقانون الفرنسي، وهو الطلب الذي لقي قبولا من طرف قضاة الموضوع بفرنسا، تطبيقا للقانون الفرنسي. فطعن الزوج أمام محكمة النقض الفرنسية، مؤسسا طعنه على أن قضاة الموضوع خرقوا قاعدة الإسناد الفرنسية المعمول بها حينها، التي كانت تخضع الزوجين من الأجانب لقانون جنسيتهما المشتركة متى اتحدا جنسية، ورتب على أن ذلك انه كان يتعين على قضاة الموضوع إخضاعهما في قضية الحال للقانون الإسباني، باعتباره قانون جنسيتهما المشترك وهو قانون يترتب على أعماله رفض الطلب المقدم من الزوجة حينها لكونه كان يحرم حينها تحويل انفصالهما الجثماني إلى طلاق. انظر حبار محمد، المرجع السابق، ص 95، 96. انظر كذلك علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 138.

غير أنه حدث بعد ذلك تطور في موقف محكمة النقض الفرنسية، وذلك عندما اعترفت للقاضي بحق البحث من تلقاء نفسه عن مضمون القانون الأجنبي، والتعرف على أحكامه ولو لم يتمسك الخصوم بتطبيقه، ولكنها لم تذهب إلى حد إلزامه بذلك¹. فالقضاء يتجه مؤخرًا إلى عدم قيد حرية القاضي في هذا الصدد، ويسمح له إن هو أراد تطبيق القانون الأجنبي والكشف عنه من تلقاء نفسه، وهذا حتى ولو لم يتمسك الخصوم بأحكامه². وهذا ما تجسد من خلال حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1960/03/02 المعروف باسم "البنك الجزائري"، وفيه صرحت أنه "يجوز لقضاة الموضوع إثارة تطبيق القانون الأجنبي ولو من تلقاء أنفسهم"³.

ولهذا فقد انتقد الفقه⁴، موقف القضاء الفرنسي بالنسبة لتحويل القاضي حق تطبيق القانون الأجنبي، دون إلزامه بذلك، لأن هذا الوضع يؤدي إلى تحكم القضاء الذي يجوز له أن يطبق القانون الأجنبي، حسب هواه فإن شاء طبقه أو امتنع عنه، كما قد يطبق هذا القانون حسب المعلومات التي لدى كل محكمة على حدة، مما يدفع بالخصوم إلى التحايل على قواعد الإختصاص المحلي، واختيار المحكمة التي يعلمون مسبقًا أنها ستحكم وفق مصالحهم في الدعوى. وهذه هي المرحلة الثانية.

¹ _فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص119. و سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 706.

² _نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 41.

³ _حبار محمد، المرجع السابق، ص 96، 97.

⁴ _هما الأستاذ عبد المنعم رياض، وهشام علي صادق، انظر نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 56.

أما المرحلة الثالثة فتبدأ من عام 1988، وخلالها عرفت محكمة النقض الفرنسية تطوراً هاماً. فقد بدأت بإصدارها لحكمين هامين هما حكمي "ريوح Rebouh"¹، و"شول Schule"² بتاريخ 11 و18/10/1988، ألزمت بموجبها قضاة الموضوع بالتصدي لمسألة تحديد القانون واجب التطبيق، وأصبحت ابتداء من هذا التاريخ، تصرح بنقض كل القرارات الصادرة من المجالس القضائية التي أخضعت لرقابتها والتي لم تراعى هذا الالتزام.

وإن محكمة النقض الفرنسية، بهذا تكون قد وسعت من مجال رقابتها لمسألة تطبيق القانون الأجنبي، لجميع الحالات، دون أن تقتصرها على مسائل الحالة و الأهلية . خاصة وأن حكم قرار "ريوح"، السابق يخص مسألة التبني الطبيعي (أحوال شخصية)، في حين أن الحكم اللاحق له قرار "شول" يتعلق بمسألة تصفية تركة (طائفة الأموال في القانون الفرنسي). وهو ما أكدته المحكمة بحكم لاحق بتاريخ 04/10/1989 قررت بموجبه نقض قرار قضائي طعن فيه أمامها والذي سبق له التصريح خطأ، بتطبيقه للقانون الفرنسي بشأن مسألة مالية تعاقدية³.

¹ _تتلخص وقائع قرار ريوح في طلب إثبات نسب طفل طبيعي من أم جزائرية، حيث أشارت قاعدة التنازع الفرنسية، إلى تطبيق قانون جنسية الأم وفقاً لنص المادة 14/311 قانون مدني فرنسي، فطبق قضاة الموضوع في هذه القضية القانون الفرنسي، فنقضت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار على أساس أن قضاة الموضوع تجاهلوا تطبيق القانون الجزائري، باعتباره القانون الشخصي للأمم راجع في ذلك:

Jean Derruppé, op.cit, p101.

² _ حكم محكمة النقض الفرنسية في 18/10/1988، في قضية شول وفيليب، التي تتعلق ببطلان هبة بين مواطن سويسري، ومعلمته، واستندت في الحكمين إلى المادة 1/12 من قانون الإجراءات المدنية الجديد التي تلزم القاضي بتطبيق القواعد القانونية المختصة على النزاع. انظر زروتي الطيب، الوصول إلى القانون الأجنبي عن طريق تفسيره، مرجع سابق، ص 191.

³ _ الحكم المدني الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ: 04/10/1989، انظر

أما المرحلة الرابعة فبدأت بإصدار "حكم كوفيكو" "Coveco" بتاريخ 1990/12/04¹، والذي رفضت فيه الاستجابة لطلب نقض قرار قضائي مطعون فيه أمامها، بحجة أن "الطرفين المتنازعين لم يتمسكا أمام قضاة الموضوع، بتطبيق قوانين أخرى غير تلك المستمدة، خصوصا من النظام القانوني الفرنسي، وبشأن مسألة غير خاضعة لأية اتفاقية دولية، وأنه يتقرر للمدعي بذلك مطلق الحرية بشأن الحقوق المقررة له". وقد تواتر إجتهد محكمة النقض الفرنسية على هذا الرأي لعدة سنوات لاحقة لتاريخ إصدارها لهذا الحكم القضائي.

يستخلص منه بمفهوم المخالفة، أن مسألة إثارة تطبيق القانون الأجنبي، أمام قضاة الموضوع بفرنسا من تلقاء أنفسهم، متوقفة على حالتين هما، إذا لم يكن بإمكان الطرفين المتنازعين التصرف بكل حرية في الحقوق المقررة لهم، وإذا كانت قاعدة الإسناد تجد مصدرها في اتفاقية دولية².

أما المرحلة الخامسة، وهي التي ما تزال سارية المفعول لحد الساعة بفرنسا. فقد تجسدت من خلال حكم محكمة النقض الفرنسية تحت اسم تعاضديات مانس³ بتاريخ 1999/05/26، والذي قررت بموجبه إلزامها لقضاة الموضوع بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء أنفسهم، وذلك فقط في الحالة التي لا يكون للطرفين المتنازعين إمكانية التصرف في الحقوق المقررة لهم.

وطبقا لهذا الاجتهاد القضائي، أصبح لزاما التفرقة بين نوعين من الحقوق، التي لا يمكن للطرفين المتنازعين التصرف فيها بكل حرية، والتي يمكنهم ذلك⁴. فان تعلق الأمر بالنوع الأول، فإن قاضي الموضوع لا يصبح ملزما هنا بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، بل وإنه

¹ _ Rev. Crit.Dr.Int.Privé , p558.

² _ حبار محمد، المرجع السابق، ص 98.

³ _Rev.Crit.Dr.Int.Privé.1999,P.707

⁴ _راجع المزيد من الأحكام القضائية، فيما يخص الحقوق التي يمكن للأطراف التصرف فيها، أو لا يمكنهم ذلك، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط2010، مرجع سابق، ص 358، تهميش 1.

يبقى بإمكان الطرفين المتنازعين الاتفاق على ما يخالفها، وذلك باتفاقهما على استبعاد القانون الذي تشير إليه هذه قاعدة الإسناد، سواء أكانت هنا تجد مصدرها في اتفاقية دولية، أو ورد النص عليها في القانون الفرنسي. بل يمكن للقاضي الفرنسي أن يلزم الطرف في الدعوى الذي يتمسك بتطبيقه للقانون الأجنبي، حتى ولو أشارت قاعدة الإسناد الوطنية لتطبيقه، بإقامته الدليل على مضمون هذا القانون الأجنبي¹.

ثانياً: إثبات القانون الأجنبي.

إن قيام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي على المنازعة المطروحة أمامه، يفترض معرفته بمضمون القواعد المادية للقانون الأجنبي، فكيف تتكون هذه المعرفة، من حيث ما هي طرق الإثبات المقبولة للقيام بهذا الغرض؟، ثم ما هو الحل الواجب الإلتباع على فرض تعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي؟ .

أ- طرق إثبات القانون الأجنبي:

ليس هناك نظام خاص بإثبات القانون الأجنبي المعين، وتستعمل مبدئياً كل وسائل الإثبات، غير أنه لقاضي الموضوع سلطة تقديرية بالأخذ أو عدم الأخذ بها²، والملاحظ أن الدول التي تعتبر القاضي ملزم بأن يطبق من تلقاء نفسه، ودون طلب من الخصوم في الدعوى، القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الإسناد الوطنية، أنه يتوجب على القضاة السعي بوسائلهم الخاصة، ووسائل حكوماتهم للتعرف على القانون الأجنبي المراد تطبيقه، ولهم أن يطلبوا من وزارة الخارجية، بواسطة وزارة العدل تزويدهم بالقانون الأجنبي المراد تطبيقه،

¹ _ مع ملاحظة هنا أنه لتحديد ما إذا كان الحق قابلاً للتصرف فيه من عدمه من الطرفين المتنازعين، فإن ذلك يعتبر مسألة تكليف، ويخضع للقانون الفرنسي عملاً بمبدأ " إخضاع التكليف لقانون القاضي المعروف أمامه النزاع". انظر حبار محمد، المرجع السابق، ص 98.

² _ عليوش قريوع كمال : المرجع السابق، ص 127

وبالإجتهادات الصادرة عن محاكم الدولة التي صدر فيها هذا القانون، وبآراء الفقهاء فيها¹، ولهم أيضا أن يستعينوا بجهود الخصوم ومساعدتهم، كتقديم شهادة صادرة عن فقهاء من الدولة المراد تطبيق قانونها، يبينون فيها نصوص هذا القانون، تسمى شهادة العرف " Certificats de coutume"²، ويمكنهم اللجوء إلى طرق أخرى كاللجوء إلى نصوص القانون الأجنبي أو ترجمتها، وإلى المؤلفات الفقهية والأحكام القضائية³، وللقاضي أن يستخلص الحكم الصحيح لنص القانون الأجنبي، ويتحقق من صحة مصدره، ويحدد مجال تطبيقه من حيث الزمان، كما هو مقرر في البلد الأجنبي⁴.

أما في الدول التي تعامل القانون الأجنبي كواقعة، فيتوجب على الخصم الذي يتمسك بتطبيقه عبء إثبات مضمونه، حتى لو أثير عرضيا من قبل الخصم الآخر. فالقاضي في الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، إنما يبحث عن الحقيقة الموضوعية، كما يعرفها الخصوم، لا الحقيقة القضائية، لذا يتوجب عليه الإستعانة بكافة طرق الإثبات المستخدمة لإثبات الوقائع⁵.

¹ _ فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 122.

² _ الشهادات العرفية هي عبارة عن مستند مكتوب يصدر عن شخصية متخصصة محيطية علما بأحكام القوانين الأجنبية، وقد اعتمد القانون التونسي الإثبات بهذه الشهادات، فنص صراحة في الفصل 3/32 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي أنه: "ويكون الإثبات كتابة بما في ذلك الشهادات العرفية".

³ _ عليوش قريوع كمال : المرجع السابق، ص 127 ، وعلي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 139.

⁴ _ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 260. ويرى الأستاذ ميكالي الهواري عدم جدية طرح القاضي باستحالة أو صعوبة معرفة القانون الاجنبي امام القاضي الوطني، لأن الوقت الراهن الذي يعتبر عصر التكنولوجيات يقتضي من الباحث القانوني والقاضي والمحامي الخروج من قوقعة الاحادية اللغوية، إلى الثلاثية اللغوية على الأقل. ومن ثم وجب على القاضي ان ينم معارفه اللغوية في هذا المجال لأنها أساس الفهم السليم للقانون الاجنبي، فالاعتماد على النصوص القانونية المترجمة قد يدفع للخطأ . انظر ميكالي الهواري، المرجع السابق، ص 160.

⁵ _ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 711.

وبالرغم من هذا المبدأ الذي يقضي بحرية القاضي في إثبات مضمون القانون الأجنبي، بأن يتجه إلى كافة الوسائل العلمية، التي تمكنه الوقوف على مضمونه¹، إلا أن الفقه والقضاء في فرنسا استقرا على إستبعاد الإقرار واليمين من وسائل إثبات القانون الأجنبي، رغم أنها من أكثر الطرق استخداماً لإثبات الوقائع²، والأخذ بالشهادة والقرائن ووسائل المعرفة الأخرى في هذا المجال.

وعملياً يتم إثبات مضمون القانون الأجنبي، إما عن طريق شهادة تصدر عن الجهات الدبلوماسية والفرنسية للدول الأجنبية، أو عن طريق شهادة من المختصين والخبراء³، وأساتذة الجامعات والمحامين، أو بموجب إبراز مؤلفات الفقهاء، أو نصوص القانون المنشورة والمتداولة بشكل رسمي، موثقة ومترجمة حسب الأصول، أو استناداً إلى التطبيقات السابقة لهذا القانون أمام القضاء الوطني⁴، أو بواسطة الشهادات العرفية، أو السعي نحو وزارة الخارجية وسؤالها عن رأيها بشأن حكم القانون الأجنبي في المنازعات التي تعرض أمام المحاكم الوطنية⁵.

¹ _ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 146 .

² _ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 485، تهميش 1.

³ _ للقاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، أن يستعين في هذا الشأن بالخبرة، كما هو الحال بالنسبة للنظام الإنجليزي، فالقضاء الإنجليزي لا يمكنه أن يثبت القانون الأجنبي إلا بواسطة خبير مؤهل، ولا يكفي تقديم النصوص القانونية، أو التقارير، أو أحكام القضاء الأجنبي، وإنما تقدم كجزء من الدليل بواسطة الخبير الشاهد، لأن المحكمة دون مساعدته لا يمكن لها فهم أو تفسير النصوص الأجنبية. وبالنسبة للقضاء الفرنسي والمصري فلم يلجأ كأصل عام للخبرة، كطريقة من طرق إثبات القانون الأجنبي. انظر يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 124. ولا أرى أن القضاء الجزائري بدوره سيعطي أهمية كبيرة للخبرة في مجال إثبات القانون الأجنبي، خاصة أن أحكام الخبير غير ملزمة للقاضي الجزائري حتى في الشؤون الداخلية، وهذا بموجب نص المادة 144 قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008.

⁴ _ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 711، 712.

⁵ _ هشام علي صادق وشمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 307.

وفي هذا الشأن أنشأت فرنسا جهاز خاص، مهمته تلقي طلبات الإستعلام على القوانين الأجنبية، وذلك من خلال استحداث مكتب للقانون الدولي تابع لوزارة العدل، تتمثل وظيفته في إعطاء تفسير للقانون الأجنبي للقاضي الفرنسي¹.

وعلى العموم فليس معنى اعتبار القانون الأجنبي كواقعة، أن القاضي ملزم على قبول ما قدّمه الخصوم كما هو، بل له الحق في تقدير مختلف وسائل الإثبات المستخدمة، وتقييمها بشكل يسمح له الاطمئنان والتحقق من جدية هذه الوسائل وسلامتها².

إن الظروف الخاصة المحيطة، بتحديد القاضي الوطني لمضمون القانون الأجنبي وإثباته، ونظرا للصعوبات التي تكتنفها تثير حالات غش، أو تحايل على القانون، وهذا كله يستدعي توسيع دور القاضي في الإثبات، ووسائله للحد من الغش في القانون الأجنبي³.

ولأجل ذلك فقد تنبّهت بعض الدول لأهمية تبادل المعلومات المتعلقة بقوانينها، ولجأت إلى عقد اتفاقيات ثنائية، أو جماعية لهذا الغرض، ومنها الإتفاقية الأوربية المبرمة في لندن في 7 حزيران 1968، والمعمول بها في فرنسا منذ 1972⁴، وإتفاقية التعاون القضائي بين مجلس التعاون العربي في 1989/07/23، وكذلك إتفاقية التعاون ما بين جمهورية العراق والجمهورية

¹ _ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 206.

² _ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 712. وفؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 122.

³ _ الغش نحو القانون معناه تغيير ضوابط الإسناد وهو ما يؤدي لاستبدال قانون دولة بدولة أخرى، أما الغش فيما يتعلق بتعيين واثبات مضمون القانون الأجنبي، فيؤدي إلى اختلاق قاعدة غير موجودة، أو إلى مسخ وتحوير القاعدة الحقيقية الموجودة.

⁴ _ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 712، 713. وفؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 122.

العربية المتحدة لعام 1964، وإتفاقية الجزائر فرنسا بتاريخ 2002/10/15، والجزائر جمهورية مصر العربية بتاريخ 2002/04/20¹.

هذا وبالرجوع لما سلف ذكره في طرق إثبات القانون الأجنبي، وأمام عدم وجود نص صريح في هذا الشأن بالقانون الجزائري، فيمكن قياس ما سبق على الإثبات في التشريع الجزائري، الذي سيكون بكافة طرق الإثبات ما عدا الإقرار واليمين، والسبب في استبعادهما ينطلق من أنه لا يجوز للقاضي أن يأخذ باعتراف الخصوم، وإتفاقهم على مضمون معين للقانون الأجنبي، فواجبه يتمثل في تطبيق القانون الأجنبي، لا تطبيق قانون وهمي فرضته إرادة الخصوم².

ب_ تعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي.

رغم الوسائل الفنية التي يستعين بها القاضي للكشف عن مضمون القانون الأجنبي، إلا أنه قد لا يتوصل إلى ضبطه، ولا إلى تحديد نطاقه ومفهومه، أمام هذه المعادلة الصعبة كان لزاما على الفقه إيجاد جملة من الحلول، لتوخي هذه المشكلة.

¹ _يويي سعاد، المرجع السابق، ص127.

² _ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص146

وظهرت في هذا عدة آراء فقهية¹، على أن الإتجاه الراجح الذي تبنته غالبية التشريعات² بما فيها المشرع الجزائري، ينادي بتطبيق قانون القاضي، فحتى إن تعذر إثبات القانون الأجنبي، فيتحتّم على القاضي الفصل في النزاع على أساس أن هذا الإلتزام الذي يقع على عاتقه على المستوى الداخلي، يفرض بالقوة نفسها على صعيد العلاقة الدولية الخاصة، ويطبق القانون الوطني هنا كصاحب إختصاص إحتياطي بعد تعذر إثبات القانون الأجنبي، ذو الإختصاص الأصيل لحكم المنازعة المطروحة³.

ويرى الفقيه "Batiffol" أن للقانون الوطني إختصاص عام لحكم جميع العلاقات الدولية الخاصة، وبما أن القاضي لا يستطيع الإمتناع عن حسم النزاع، بذريعة إستحالة إثبات القانون الأجنبي، إذ يؤدي ذلك إلى إنكار العدالة، فسيكون الحكم بمقتضى نصوص القانون الوطني أقرب إلى العدالة⁴.

¹ _ فقد اتجه الرأي الأول إلى القول بوجوب الامتناع عن الفصل في النزاع، ورفض الطلبات المدعى بها، إلا أنه انتقد لاصطدامه مع المبدأ العام الذي يلزم القاضي بالفصل في النزاع المعروض عليه، وإلا اعتبر مرتكباً لجريمة إنكار العدالة، لذا دعا الإتجاه الثاني إلى تطبيق المبادئ السائدة في الأمم المتمدنة، كلما استحال على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، ونظراً لأن هذا الإتجاه يمنح القاضي قدراً من التحكم، اتجه رأي ثالث إلى تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الذي تعذر إثباته، نتيجة التماثل في الأحكام بين هذين القانونين، إذ يتم التعرف على القانون المماثل عن طريق تصنيف النظم القانونية في عائلات قانونية، أو بالاشتراك في المصدر التاريخي. وهذا الرأي بدوره منتقد إذ يستحيل التأكد من التقارب بين التشريعات المختلفة، نتيجة تطور الأحكام القانونية تحت تأثير الظروف الاجتماعية السائدة في المجتمع، مما يضيف عليها طابع خاص يبعدها عن أحكام التشريع الذي كانت تتشابه معه. انظر جندولي فاطمة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 102. وفي عرض هذه الإتجاهات كذلك راجع عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة ط 2010، مرجع سابق، ص 390 حتى 394.

² _ نصت عليه المادة 28 من القانون الإماراتي الإتحادي رقم 05 لسنة 1985، المادة 26 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1972، المادة 04 من قانون 1978 لدولة النمسا، القانون المجري المادة 5 فقرة 3 من مجموعة القانون الدولي الخاص لسنة 1979، القانون التركي المادة 2/2 من القانون الدولي الخاص لسنة 1982.

³ _ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 240.

⁴ _ Batiffol Henri, lagarde Paul : op.cit. p 544.

كما أن هذا الاتجاه الذي ينادي بتطبيق قانون القاضي، باعتباره صاحب الولاية العامة، هو يجنب الخصوم النتائج المترتبة على رد دعواهم، بحجة استحالة إثبات القانون الأجنبي، إضافة إلى أن تطبيقه يلبي توقعات الأفراد، فلجوؤهم إلى القضاء الوطني يعني بالنسبة لهم وجود احتمال لتطبيق القانون الوطني¹.

وبناء على ذلك يثبت الإختصاص الإحتياطي لقانون القاضي، في التشريع الجزائري بموجب المادة 23 مكرر من القانون المدني الجزائري 10_05، التي تنص أنه " : يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق".

وهو نفس ما نص عليه صراحة المشرع التونسي في الفصل 4/32 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي بقولها: "إذا تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي، فإنه يقع العمل بالقانون التونسي".

وطبقا لما تقدم، فكلما استحال على القاضي الجزائري إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فيجب عليه الرجوع إلى أحكام القانون الجزائري الداخلي، إلا أنه يجب أن يبقى هذا الحل في نطاق إستثنائي، لأن كلمة التعذر الواردة في المادة تفيد بالضرورة استنفاد الوسائل المعقولة في التحري، وبذل جهد معتبر لإثبات القانون الأجنبي، والتعرف على مضمونه من القاضي وكذا الأطراف، لاسيما من يتمسك بتطبيقه وذلك بمنحه الوقت المقبول لإقامة الدليل على إثباته.

¹ _ جندولي فاطمة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 103.

الفرع الثالث. تفسير القانون الأجنبي :

يصبح القانون الأجنبي جاهزا ليطبق على النزاع، بعد أن يثبت مضمونه للقاضي الوطني، وبعد التعرف على معناه الحقيقي الذي قصده منه مشرعه عند إصداره.

وإن المعرفة الدقيقة الكاملة لمضمون القانون الأجنبي تقتضي بعد الإثبات المادي لمضمونه، وهو ما سبق ذكره، تفسيره والتثبت مما يقصد من محتواه، ولكن على هدي أي قانون يقوم القاضي بتفسير القانون الأجنبي؟، وهل تخضع عملية التفسير هذه لرقابة المحكمة العليا؟ وعليه سنتعرض لدور القاضي في تفسير القانون الأجنبي أولا، وثانيا إلى مدى رقابة محكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي.

أولا: دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي:

يلجأ القاضي عادة لتفسير القانون الأجنبي، إذا كان النص الواجب التطبيق غامضا، ويحتمل أكثر من تأويل، ومهما كان فإن القاضي الوطني في جميع الحالات، يجب عليه أن يفسر القانون الأجنبي بطريقة لا تؤدي إلى تشويه صورته وحرفه عن غايات مشرعه، فهو بذلك لا يخالف فقط إرادة المشرع الأجنبي، واضع القانون، بل ويخالف أيضا إرادة مشرعه الوطني واضع قاعدة الإسناد التي تشير إلى القانون الأجنبي¹.

ويرى أقلية من الفقه، أن دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا يختلف عن دوره في تفسير قانونه، فهو يبحث في الحالتين عن نية المشرع، وما يستهدفه من وراء القواعد التي صدرت عنه، متحررا في ذلك قواعد العدالة وفقا للمفاهيم السائدة في دولة القاضي، فإذا كان للقاضي أن يستأنس في تفسيره للقوانين الأجنبية بالآراء السائدة في الفقه والقضاء الأجنبي، إلا

¹ _ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 716.

أنه غير ملزم بالأخذ بها، لأنه إذ يحكم بالعدل، فإنما يفعل ذلك باسم الدولة التي يتبعها وتحت مسؤوليتها¹.

ولو أن هذا الرأي ينسجم مع القائلين بحالة الإندماج المادي للقانون الأجنبي في قانون القاضي (النظرية الإيطالية)، مما يقتضي أن يصبح تفسيره خاضعا لنفس المبادئ والقواعد المعمول بها في دولة القاضي²، إلا أنه محل إنتقاد لأن حكمة التشريع تقتضي تقيد القاضي بالحلول القضائية المستقرة في الدولة التي يطبق قانونها، حتى لو لم يكن القضاء هناك مصدرا رسميا لقواعد القانون³. كما يؤخذ على هذا الرأي أنه يدعو إلى فصل القانون الأجنبي عن البيئة التي يطبق فيها وهو ما يؤدي إلى تحريف مضمونه وتطبيقه بصورة مشوهة، مما سيؤدي لإنحراف قاعدة الإسناد الوطنية التي تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي عن هدفها، وبهذا يخالف القاضي ليس إرادة المشرع الأجنبي واضح هذا القانون، وإنما كذلك إرادة المشرع الوطني⁴.

لهذا يذهب الرأي الراجح فقها وقضاء، سواء في الدول التي تطبق القانون الأجنبي بصفته واقعة أو في الدول التي تطبقه كقانون، أنه يتوجب على القاضي، إتباع أسلوب التفسير المطبق أمام محاكم الدولة التي ينتسب إليها هذا القانون، لا أسلوب التفسير الذي تأخذ به المحاكم الوطنية، والإبتعاد عن الإجتهد الشخصي في التفسير، إذ يتوجب على القاضي تطبيق القانون الأجنبي، كما هو مطبق في بلاده الأصلية، آخذا بعين الإعتبار ليس فقط نصوص

¹ _ هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص172

² _ زروتي الطيب، الوصول إلى القانون الأجنبي عن طريق تفسيره، مرجع سابق، ص194.

³ _ وهذا لأن أنصار هذا الإتجاه لا يسلّمون بتقيد القاضي بالحلول القضائية السائدة في الخارج إلا في الأحوال التي يعتبر القضاء فيها مصدرا رسميا للقانون في الدولة التي يطبق قانونها، فإن كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الإنجليزي، فمن الطبيعي أن يرجع القاضي إلى الأحكام الصادرة عن القضاء هناك، لأن السوابق القضائية تكاد تكون هي المصدر الوحيد للقانون الإنجليزي. انظر هشام علي صادق وشمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 670

⁴ _ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 378.

قوانينها، وإنما أيضا ما إستقر عليه قضاؤها، ونتيجة لذلك القاضي لا يكون ملزما بالتفسير الذي قد يتمسك به أحد الخصوم لمعنى القانون الأجنبي، حيث يعود له تقويم هذا التفسير بما يتلاءم ومعناه الحقيقي في دولته الأصلية¹.

و هذا هو الحل السائد في الفقه اللبناني، والقضاء الفرنسي، والمصري، وقد نص عليه المشرع التونسي صراحة² في الفصل 34 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، بقولها أنه " : يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه. " وهو ما أكدت عليه المحكمة الدائمة للعدل الدولي إذ قضت بأنه: " لا يمكن إعطاء القانون الوطني والأجنبي معنى غير المعنى الذي أعطاه له قضاؤه."³

ثانيا: رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي:

بداية إن الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد يخضع لرقابة المحكمة العليا، لأنه خطأ في تطبيق القانون الوطني، ومثال ذلك أن يطبق القاضي الجزائري على مسائل الأحوال الشخصية قانون الموطن، بدلا من قانون الجنسية الذي تأخذ به قاعدة التنازع الوطنية⁴، غير أن الخطأ في تفسير القانون الأجنبي هو محل خلاف في القانون المقارن، فيما إذا كان يخضع لرقابة المحكمة العليا أو لا، فهناك دول ترفض مد رقابة المحكمة العليا على التفسير الذي يعطيه

¹ _ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 717.

² _ كما نص عليه صراحة كذلك مجموعة من القوانين، نذكر منها المادة التاسعة من مجموعة القانون الدولي الخاص اليوغسلافية لسنة 1983، المادة 2055 من القانون المدني البيروفي لسنة 1984، المادة 1/16 من القانون المدني المكسيكي المعدل في 11 ديسمبر 1987، انظر زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 265

³ _ وبما أني لم أجد حكم هذه المسألة في الفقه الجزائري، فأرجح أن على القاضي الجزائري الأخذ بهذا الحكم كذلك، بأن يفسر القانون الأجنبي وفق ما هو سائد في نظامه القانوني المنتمي إليه، مادام أنه هو السائد في الفقه والقانون المقارن، كما أنه معقول حتى لا يكون مسخ وتشويه لأحكام القانون الأجنبي.

⁴ _ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 401، و نعم سيوفي، المرجع السابق، ص

قضاة الموضوع، مثل معظم قضاء الدول الأوروبية، وذلك على أساس أن القانون الأجنبي واقعة، وأن مهمة المحكمة العليا هي توحيد الاجتهاد القضائي الوطني، ويصعب عليها عمليا التّكفل بهذه المهمة بالنسبة لمختلف القوانين الأجنبية¹.

وفي نفس هذا الإتجاه ذهبت محكمة التمييز اللبنانية، في قرارها: " أن المحكمة العليا في الدولة لا تراقب إلا تفسير القوانين الوطنية و تطبيقها، ولا شأن لها في مراقبة وتفسير القوانين الأجنبية"².

كما أن محكمة النقض الفرنسية، رفضت مد رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، ومن أهم الحجج التي استندت عليها، أن دور محكمة النقض هي المحافظة على وحدة تطبيق القانون الوطني، وتوحيد الإجتهد القضائي فيه، وليس من وظيفتها الإشراف على تنسيق، أو الحفاظ على وحدة وصحة تطبيق أحكام القوانين الأجنبية، كما أن تصدي المحكمة لهذه المهمة يعرضها لتحريات واقعية في سبيل البحث عن مضمون القانون الأجنبي، وهو ما يخرج عن إختصاصها، لأنها محكمة قانون وليس محكمة وقائع، وأخيرا إن التعرض لتفسير القوانين الأجنبية قد يوقع المحكمة في الخطأ والانحراف عن فهم مضمونه الحقيقي، فتعارض أحكامها مع أحكام المحكمة العليا الأجنبية، مما يفقد أحكامها مصداقيتها وهيبتها³.

إن هذا الموقف لا يخلو من النقد، فهو وإن حاول أن يخفف العبء على مهمة القاضي إلا أنه يسمح لقضاة الموضوع من جهة أخرى بتفسير القانون الأجنبي على أهوائهم، وهم

¹ _ هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 175

² _ محكمة التمييز اللبنانية، قرارها رقم 28 الصادر في 1957/05/09. انظر عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 212.

³ _ زروتي الطيب، الوصول إلى القانون الأجنبي عن طريق تفسيره، مرجع سابق، ص 196، وكذلك نعم سيوفي، المرجع

مقتنعون مسبقاً بإفلات قضائهم من رقابة محكمة القانون¹. كما أنه إذا كانت المحكمة قد خولت لنفسها حق الرقابة على أعمال قاعدة الإسناد، فكان يجب عليها بالمثل أن تراقب تفسير القوانين الأجنبية التي أشارت هذه القواعد باختصاصها، ذلك أنه لا فارق بين عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص وبين إساءة تفسيره، فالخطأ في تفسير القانون الأجنبي يجر خطأ بالضرورة في أعمال قاعدة الإسناد².

وعلى العموم، فإن الحجج التي استند إليها الفقه القديم لتبرير موقف المحكمة العليا الفرنسية، ضربت في أساسها من قبل الفقه الحديث، الذي نادى بممارسة الرقابة على القانون الأجنبي، مما دفع بمحكمة النقض الفرنسية إلى محاولة التصدي لرقابة التفسير، مستترة وراء فكرة أخرى، هي فكرة "الرقابة على مسخ القانون الأجنبي"³، أو "نظرية التحريف"، لهذا فقد

¹ _ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 265، و محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 100.

² _ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 720.

³ _ ويلاحظ هنا أن محكمة النقض الفرنسية، قامت بإجراء قياس بشأن هذه الحالة على ما هو معتمد في مجال تفسير العقود، فالمقرر في إطار تفسير العقود، أنه إذا كانت عبارات العقد واضحة، وقام قضاة الموضوع بتفسيرها، وأعطوها معنى لا يتماشى مع معناها الواضح والصريح، فإن ذلك يعتبر سبباً من أسباب الطعن بالنقض، لأن ذلك يعتبر في حقيقته مسخاً للإرادة الواضحة والصريحة للطرفين المتعاقدين. أما إذا كانت عبارات العقد غامضة وفسرها قضاة الموضوع، فإنه أياً كان التفسير الذي يعطونه لها، فإن ذلك لا يعتبر سبباً من أسباب الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا .

فقاموا بتمديد هذا الحكم الخاص بتفسير العقود على مسألة تطبيق القانون الأجنبي، فترتب على ذلك أنه إذا كان القانون الأجنبي واضحاً، وقام قضاة الموضوع بتفسيره، وأعطوه معنى لا يتماشى مع معناه الواضح، فإن ذلك يعتبر مسخاً له، ويجعل ذلك سبباً من أسباب الطعن بالنقض أمامها، أما إذا كان القانون الأجنبي غامضاً، ولجأ قضاة الموضوع لتفسيره، فإن ذلك يندرج ضمن الصلاحيات المخولة لهم قانوناً، ولذلك فإنه لا يمكن مؤاخذتهم على التفسير الذي يعطونه لهذا القانون الأجنبي. انظر حبار محمد، المرجع السابق، ص 101.

فرضت رقابتها على تفسير القانون الأجنبي في حالة تحريف وتشويه مضمونه، وفي حالة عدم تسببه تسببا كافيا، في القرارين المعروفين بقرار "روح"، وقرار "شول"¹.

وخلافا لموقف محكمة النقض الفرنسية، الذي يقيد من مجالات الرقابة على تفسير القانون الأجنبي في أحوال إستثنائية²، تميل بعض الدول إلى فرض رقابتها على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي. وهذا الاتجاه يجري العمل به في كل من إيطاليا، تركيا، اليونان، دولة الإمارات العربية المتحدة، والأردن، وذهبت إليه بعض الأحكام القضائية في مصر ولبنان³. كما وأن المشرع التونسي، نص صراحة على ذلك في الفصل 2/34 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، بقولها " ويخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب".

أما بخصوص المشرع الجزائري فقد قضى في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية، يعد سببا من أسباب الطعن بالنقض، ويخضع لرقابة المحكمة العليا. وبمفهوم المخالفة، فإن المحكمة العليا لا تبسط رقابتها على المخالفة أو الخطأ في تطبيق قانون أجنبي غير متعلق بالأحوال الشخصية.

ومن كل ما سبق، نخلص أنه إذا كان مجال تطبيق قانون الجنسية هو الأحوال الشخصية، فإن المشرع الجزائري، قد أعطى لهذه الأحوال قيمة كبيرة، وميزها في المعاملة، إذ

¹ _ هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 159.

² _ هذه الأحوال الاستثنائية هي حالة الخطأ في تطبيق قاعد الإسناد الوطنية، والخطأ في تكييف العلاقة القانونية، وفي حالة مسخ أو تشويه القانون الأجنبي.

³ _ ما يلاحظ هنا أنه سبق وقلنا أن القانون الأجنبي يعتبر واقعة في القضاء المصري واللبناني، فكان المفروض ألا تفرض المحكمة العليا في هذين البلدين رقابتها، على قضاة الموضوع عند تفسيرهم للقانون الأجنبي، ولكن المحكمتين في عدة أحكام فرضا رقابتهما على هذا التفسير، وهو ما يؤكد صعوبة الوصول لموقف واحد أو رأي ثابت حول مسألة تطبيق القانون الأجنبي، وهذا في حد ذاته من إحدى الصعوبات التي تكتنف هذا الموضوع المعقد. انظر عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 426، 427.

انه كلما ثبت الإختصاص للقانون الأجنبي وتعلق الأمر بالأحوال الشخصية، فتعتبر في حكم القانون الجزائري، ومن ثمة تخضع لنفس معاملته، سواء من حيث إلزام القاضي بتطبيقها بنفسه، حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم، أو من حيث إلزامه بالبحث عن مضمون هذه القوانين، بكافة الطرق منها مساعدة الخصوم، أو من حيث فرض رقابة المحكمة العليا على كيفية تطبيق قاضي الموضوع وتفسيره للقانون الأجنبي المتعلق بهذه الأحوال . ولعل سبب الاهتمام بهذه الأحوال يكمن في ارتباطها بالنظام العام، ومن ثم يعد الخطأ في تفسير القانون الأجنبي، الخاص بها، خطأ في تطبيق القانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية.

ومن بين ما يؤكد هذا الطرح أن القانون الفرنسي كذلك، من آخر ما توصل إليه أنه فرق بين الحقوق التي لا يجوز للأطراف التصرف فيها، وعاملها معاملة القانون، بينما الحقوق التي يجوز التصرف فيها تعامل معاملة الوقائع، وطبعا فإن أغلب مسائل الأحوال الشخصية، تعتبر من الحقوق التي لا يجوز التصرف فيها.

وهكذا نستنتج أهمية ضابط الجنسية في هذا المجال، لأن القوانين الأسرية الثابتة بموجب جلب الاختصاص له، إنما تعامل معاملة قانون، في التشريع الجزائري، والقضاء الفرنسي الحديث.

المطلب الثاني: حالات استبعاد تطبيق قانون الجنسية المختص.

بالرغم من ثبوت الاختصاص بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، لقانون الجنسية والوصول إلى تطبيقه، إلا أن تطبيقه قد يتعطل، في حالتين شائعتين في القانون الدولي الخاص، هما الدفع بالنظام العام، والغش نحو القانون. تنص المادة 24 قانون مدني 10/05، أنه: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت الإختصاص له بواسطة الغش نحو القانون. "

فالدفع بالنظام العام هو وسيلة قانونية يستبعد بها القاضي المعروض عليه النزاع، تطبيق القانون الأجنبي المختص، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في دولة القاضي، سواء كانت إجتماعية، إقتصادية، سياسية¹ أو متعلقة بالآداب العامة². إن هذا التعارض الصارخ مع مفاهيم دولة القاضي، وأسس بنائه الجوهرية، توجب استبعاد هذا القانون الأجنبي، حفاظا على النظام الوطني، وحماية له من كل ما يسيء إليه، ويناقض كيانه القانوني، وتطبيق قانون القاضي محله، وهذا ما هو سائد في غالبية التشريعات المقارنة. ومن ضمنها القانون الجزائري، الذي ينص في الفقرة 2 من المادة السابقة: " يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة. "

و نظرا للخصائص التي يتميز بها النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية، فقد أطلق عليه البعض تسمية " الابن المرعب للقانون الدولي الخاص"³، غير أن هذه التسمية تتلشى أمام الوظائف التي يؤديها، وأهميته، فهو يلعب دور صمام الأمان، الذي يحمي الأسس الجوهرية في المجتمع، مما تحمله القوانين الأجنبية من مفاجآت عند تطبيقها⁴.

أما الغش نحو القانون فمعناه التحايل على ضوابط قواعد الإسناد بوسائل مشروعة، وذلك بتغييرها بصفة إرادية، كتغيير الجنسية أو الموطن، بقصد التهرب من تطبيق القانون

¹ _ أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 503.

² _ إن الفقه الحديث سواء في الوطن العربي أو فرنسا، يرفض الفصل بين النظام العام والآداب العامة، لكونها تعتبر جزء لا يتجزأ من النظام العام، لأنها تشكل أحد الأسس التي يقوم عليها، فهي الجانب الخلفي له، وهي الأساس الأخلاقي الذي يحفظ النظام العام في المجتمع. انظر ثامر حمود الهادي، المرجع السابق، ص 35.

³ _ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 759.

⁴ - ولكنه سلاح ذو حدين، لأنه يؤدي إلى تعطيل الأعمال الطبيعي لقواعد الإسناد، لذا يجب الاعتدال في استخدامه، بالأ يتم الالتجاء إليه، إلا في الأحوال التي تقتضيها المصالح العليا للمجتمع، و إلا أطحنا بالهدف من تنظيم التنازع في الدولة. انظر هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 196، 197 .

الواجب التطبيق أصلاً، وتطبيق قانون آخر بدله يكون أكثر تحقيقاً للمصالح الخاصة للمعني . لهذا فإن جزاء الغش ألا يكون للتغيير أي أثر في البلد المراد التحايل على قانونه.

وتكمن وظيفة الدفع بالغش نحو القانون في الدفاع عن قانون القاضي، ضد تطبيقات القانون الأجنبي الذي لا يكون مختصاً سوى إصطناعاً، و ثمة من يشبهه بالنظام العام الذي يقوم بذات المهمة¹، إذ أن كلاهما وسيلتين فئيتين لإقصاء القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وكلاهما ليس وسيلة فنية عادية بل إستثنائية لذلك الإقصاء، فلا يلجأ إليها القاضي ابتداءً بل كعلاج أخير لا مفر منه أو علاج إحتياطي في مواجهة القانون الأجنبي، علاوة أن هدفهما واحد، وهو حماية الأسس التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي.²

ونظراً أن وظيفة هذين الدفعين، في استبعاد قانون الجنسية المختص، تتحدد في إطار الأحوال الشخصية، فمن الضروري هنا تبيان تطبيقاتهما أو مجال إعمالهما فيما يخص هذه الأحوال.

الفرع الأول: تطبيقات الدفع بالنظام العام في الأحوال الشخصية.

إن كل المحاولات التي بذلت لوضع تعريف جامع مانع لفكرة النظام العام، قد باءت بالفشل³، وهو ما يستحيل معه وضع قائمة، أو حصر المجالات أو الحالات التي يتدخل فيها النظام العام، و مع هذا يمكن تحديد أوسع مجال لاستخدامه، وهو مجال الأحوال الشخصية، و ذلك لأنها مستمدة من مفاهيم اجتماعية، أخلاقية، دينية، مشمولة بتنظيم من القواعد الآمرة.

¹ _ موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، مرجع سابق، ص 256 . بل إن بعض الفقهاء كالفقيه "نبوييه"، و"بارتان" يرون أن الغش نحو القانون ليس إلا صورة خاصة من الدفع بالنظام العام. انظر أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 540.

² _ موحد إسعاد، قواعد التنازع، مرجع سابق، ص 256

³ _ ولهذا استقر الفقه على أن يترك تقدير فكرة النظام العام لكل دولة، بطورها طبقاً لتطور المبادئ والأخلاق والتقاليد، في بلده وعصره، انظر أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 507.

لذا، فإنه نظراً للمفهوم المرن لفكرة النظام العام، فهو متغير باختلاف الزمان و المكان. فما هو مخالف للنظام العام في بلد ما أو في وقت معين، قد لا يعد كذلك في بلد آخر، أو حتى في نفس البلد، في فترة زمنية أخرى¹، كالطلاق الذي كان ممنوعاً في كل من فرنسا، إيطاليا، إسبانيا، ولكن تمت إجازته بعدها في تاريخ لاحق، وتعدّ الزوجات، ومبدأً للذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث، اللذان كانا من دعامة النظام العام التركي، وأصبحا مخالفيين له حديثاً². وعليه بما أن فكرة النظام العام نسبية متغيرة، تختلف في الدولة الواحدة، فمن الطبيعي إذن أن يبلغ النظام العام مداه، للاختلاف الصارخ بين الدول التي تبني أحوالها الشخصية على فكرة الدين كالبلدان الإسلامية، و غيرها من الدول العلمانية³.

فللدين أهمية كبيرة لا سيما في مسائل الأحوال الشخصية، في معظم الدول الإسلامية، لذلك استقر القضاء في العراق ومصر وغالبية الدول العربية والإسلامية، على ضرورة استبعاد القانون الأجنبي في جميع الحالات، التي تتعلق بحماية الطرف المسلم ولو كان أجنبياً في كافة أحواله الشخصية. بينما لا يعتد بالفوارق الدينية بين الأفراد التي يقرها قانون أجنبي في الدول الغربية، فلم يعد أهمية للدين عند هذه النظم لا في قانونها الداخلي ولا في القانون الدولي الخاص⁴.

ولما كانت العلاقات الأسرية، هي أكبر مجال يستخدم فيه الدفع بالنظام العام في إطار الأحوال الشخصية، فسنتصر على تطبيقات هذا الدفع، فيما يخص بعض الجوانب الهامة من هذه العلاقات.

¹ _علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص143.

² _غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، المرجع السابق، ص236، 237 .

³ _يوسف فتيحة، النظام العام و العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد رقم 05-2008، ص211 .

⁴ _ثامر حمود الهادي، المرجع السابق، ص49.

أولاً: مجال الدّفع بالنظام العام فيما يخص الرابطة الزوجية (انعقادها، آثارها، انحلالها):

تتدخل فكرة النظام العام بشدة في رابطة الزوجية، لأنها المجال الواسع لتطبيق القانون الأجنبي من جهة، و لأنها قبل أن تكون رابطة قانونية، فهي رابطة اجتماعية ذات أساس ديني و خلقي من جهة ثانية. ففي فرنسا مثلاً تعد الشروط الموضوعية للزواج من المسائل التي تمسّ صميم النظام العام، و في الجزائر و معظم الدّول الإسلامية، تقدر فكرة النظام العام تقديراً شرعياً مبنياً على أسس دينية، بحيث أن الحقوق المقرّرة في الإسلام مكفولة لكل مسلم، بغض النظر عن صفته الوطنية، أو الأجنبية المتمثلة في الجنسية¹. و لهذا يعدّ مخالفاً للنظام العام في هذه الدول، القانون الذي يمنع المسلم من حقه في تعدّد الزّوجات. و عليه فإن القضاء المصري، في نزاع رفع أمامه، بشأن زوج إيطالي مسلم، قام بالزواج للمرة الثانية، مع مسيحية يونانية، مع احتفاظه بزواجه الأول، قضى بأنه يجب استبعاد القانونين البريطاني و اليوناني، لحظهما تعدّد الزّوجات².

كما أنه لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم، لأن الأمر متعلق هنا بموانع الزّواج، و التي هي إحدى ركائز النظام العام. بحيث قضت محكمة المديّة في هذا الشأن قائلة: "حيث أنه مع افتراض وجود هذا الزّواج، فإن عقده سواء كان عرفياً أو رسمياً، يقع باطلاً غير منعقد عملاً بما هو مقرّر شرعاً، من أنه يشترط لصحة الزّواج ألا تكون المرأة محرّمة على الرجل تحريماً

¹ بليعقوبي بلخير، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد رقم 05، 2008، ص 221.

² -صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 221 .

مؤبدا أو مؤقتا، و منها زواج المسلمة بغير المسلم، و بالتالي إذا حدث هذا فإنّ القاضي ملزم بالتفريق بينهما.¹ "

كما يعد مخالفا للنظام العام، القانون الذي يجيز زواج المسلم بمن لا تدين بدين إلهي، أو الذي يبيح زواج المحارم، أو الجمع بين الأختين، أو الذي يسمح بالزواج بأكثر من أربعة، أو يبيح زواج المتعة، إلى غيرها من الأمثلة².

و في المقابل، إنّ الدول الأوربية التي لا تعطي أي اعتبار للدين في الدفع بالنظام العام، و إنما تبنيه على أسس أخرى، كجهل النظام القانوني الأجنبي، و عدم احترام مبادئ العدالة الدولية، و عدم احترام الحقوق الطبيعية للإنسان³، تعترف بزواج المرأة المسلمة بغير المسلم، لأنّ شرط الدين غير مألوف عندهم، و هو يتنافى و مبادئ الحريات الأساسية. كما أنها لا تسمح بعقد زواج ثاني فيها، ولو كان قانون جنسية الشخص يبيحه، و لا تعترف للأجانب المقيمين فيها بإنشائه. كما أنّ بعض تلك الدول، كفرنسا و بلجيكا تجيز الزّواج بين نفس الجنس، بما يعرف بالميثاق المدني للتضامن *pacte civil de solidarité*، إلا أنّ هذا مخالف للنظام العام، و لا يعترف به في الدول الإسلامية، و لا بآثاره و لو تمّ في الخارج، لأنه يتنافى مع المفهوم الحقيقي للزواج، الذي هو عقد بين رجل و امرأة هدفه إنجاب النّسل. ولهذا فجميع العلاقات، التي تتم بين الأجانب في الخارج، خارج إطار الزّواج كالمعاشرة و الزّواج اللّوطني و غيرها، تستبعد لمخالفتها للنظام العام، في الجزائر والدول الإسلامية، لأنها تتنافى مع مقتضيات العقد، و المعنى الحقيقي للزواج⁴.

¹ - المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1982/04/6، نقلا عن عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 217.

² - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 225 و ما بعدها.

³ - بليعقوبي بلخير، المرجع السابق، ص 208.

⁴ - سنيئات عبد الله، دور النظام العام في حماية الزاينة الزوجية و إنحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2009/2008، ص 96.

أما بخصوص حلّ الرابطة الزوجية، فإن النظام العام يلعب نفس الدور، وبنفس الشدة، لأن قوانين بعض الدول، تقرّ طرقاً لانحلال تلك الرابطة، قد تنتكرها أنظمة أخرى، كالطلاق بالإرادة المنفردة السائد في الدول الإسلامية، والذي تجهله قوانين الدول الأوروبية، وكنظام الانفصال الجسماني، السائد في الدول الغربية، والذي تجهله القوانين الإسلامية.

ومن النظم القانونية ما يتوسع في أسباب التطليق، في حين أن منها ما يضيق في هذه الأسباب. فالقانون الفرنسي مثلاً، لا يعترف بطرق فك الرابطة الزوجية، التي ترتبط بأسباب أقل تشدداً من الأسباب الواردة فيه، بحيث يعد مخالفاً للنظام العام الفرنسي¹، القانون الأجنبي الذي يتوسع في أسباب التطليق، و الذي يعترف للزوجين بالتطليق بالرضا المتبادل، أو الذي يعترف للزوج بالحق في الطلاق بالإرادة المنفردة، وهذا متى كان احد أطراف العلاقة، أو كلاهما فرنسياً، أما إذا كانوا جميعهم أجنبياً، فإنه بناء على فكرة الأثر المخفف للنظام العام²، يمكن الاحتجاج بطلاقهم الذي يتم في الخارج، بناء على الأسباب السابقة، أو لأسباب أخرى لا يقرها القانون الفرنسي، لكن إيقاعه بفرنسا لذات الأسباب يعد مخالفاً للنظام العام³.

وهكذا، فقد اعترفت باسم الأثر المخفف للنظام العام، الكثير من أحكام القضاء الفرنسي، الإنجليزى، الألماني وغيرها، ببعض النظم المعروفة في الشريعة الإسلامية، مثل تعدد

¹ يسمح النظام العام كذلك بالاعتراض على تطبيق القوانين الأجنبية التي تتعد قيمها كثيراً عن القيم الراسخة في القانون الفرنسي. فعلى سبيل المثال فقد احتجت محكمة استئناف باريس، وباسم المساواة بين الزوجين بالنظام العام ضد القانون الأجنبي الذي يعتبر زنا الزوجة سبباً للطلاق، ورفضت كذلك في حالة زنا الزوج. انظر ثامر حمود الهادي، المرجع السابق، ص 432.

² تقوم فكرة الأثر المخفف، على أساس أنه يمكن أن يتعارض إنشاء الحق القانوني مع النظام العام في دولة القاضي، بينما لا تتعارض آثاره مع هذا النظام. فهو فكرة تثبت نسبية النظام العام، و تسعى للتخفيف من قسوته، التي قد تعطل من الأعمال الطبيعي لقواعد الإسناد، و ذلك بقبول الاحتجاج بالآثار التي تمّ إنشاؤها في الخارج في بلد القاضي، مادام أن نشوءها بالرغم من مخالفته للنظام العام إلا أنه نشأ في الخارج. أنظر أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج1، المرجع السابق، ص181.

³ -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج1، المرجع السابق، ص182.

الزّوجات، الطلاق بالإرادة المنفردة، بالرغم من عدم إمكانية نشوء هذين الحقين في هذه الدول، وخاصة القضاء الفرنسي فهو حافل بهذه الأمثلة، إذ يعترف للزوجة الثانية بحقها في الإرث¹، و في التعويض الذي تطالب به على إثر وفاة زوجها²، و بحقها في طلب النفقة الزوجية³، كما كان يجوز الاحتجاج في فرنسا، في الفترة السابقة لسنة 1884، بالطلاق الذي يتم في الخارج بين الأجانب، على الرغم من أن إيقاعه في ذلك الوقت، كان مخالفا للنظام العام فيها⁴.

ولكن يشترط للتمسك بنفاذ الحق المكتسب بالخارج، أن يكون الحق وبالرغم من نشوئه مخالفا للنظام العام في بلد القاضي، إلا أنه يترتب آثارا وحقوقا مشروعة وفقا للنظام القانوني في هذا البلد، أما لو تعارض هو الآخر مع النظام العام هناك، فلا مجال للتمسك به. ومن ذلك أن القضاء الفرنسي رفض على الزوج، أن يجبر زوجته الثانية على مساكنته في مقام الزوجية، سواء كان القانون الذي يحكم هذا الأثر الشخصي، هو القانون الفرنسي، أو قانون آخر يقر بتعدد الزوجات. و قد قضت محكمة فارسي في حكم آخر، بأنه يتعارض مع النظام العام الفرنسي، القانون الذي يسمح للزوج بأن يجبر الزوجة الأولى بقبول سكن زوجته الثانية معها في المسكن الزوجي⁵، وقُضي أيضا بأنه يعدّ متعارضا مع النظام العام الفرنسي-حتى في جانبه

¹- Cass .1^{er} Civ .3Janvier 1980.

² -C.A Liège .23 avr .1970.1^{er} esp.

³ _ وهذا ما قرره محكمة النفض الفرنسية، حينما سمحت للزوجة الثانية التونسية، بالمطالبة بحقها في النفقة إتجاه زوجها وفقا للقانون التونسي، على أساس أن علاقة التعدد نشأت خارج التراب الفرنسي. انظر

CASS .1^{er} Civ .28 Janvier 1958.

⁴ _ فالطلاق كان محظورا في فرنسا، في الفترة من 1816، إلى 1884، وكانت حينها تمنع المحاكم الفرنسية، تطبيق الأجانب في فرنسا، إذا كان قانونهم الوطني لا يسمح بذلك، ولكن هذا الحضر لم يمنع المحاكم الفرنسية من إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام بالنسبة للتطبيق الذي يقع خارج فرنسا، ويراد الاحتجاج به فيها. انظر ثامر حمود الهادي، المرجع السابق، ص 430.

⁵-Pierre Mayer .Op cit .p 375.

المخفف- حكم الطلاق الصادر عن القضاء التونسي، والذي يعطي للزوج الحق في حضانة أولاده، لأنه بني على أسباب لا تراعي المصلحة الفعلية للأطفال¹.

وفي المقابل، إن فكرة النظام العام القريب من قانون القاضي، L'ordre public de proximité والتي تقتضي استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لصالح قانون القاضي، كلما وجد عامل ربط بين العلاقة المتنازع فيها وإقليمه، و المتمثلة أساسا في الجنسية، الموطن، أو محل إقامة أحد أطراف العلاقة²، كثيرا ما وقفت كحاجز يمنع الاعتراف بالحق المكتسب بالخارج، متى كانت هناك صلة أو رابطة تربط موضوع النزاع بالقانون الفرنسي. وهذا ما كرّسته محكمة النقض الفرنسية في قضية "Baaziz"³، الذي أبرم زواجه الثاني صحيحا في الخارج، وطالبت فيه الزوجة الثانية، بحقها في اقتسام الإيراد المستحق للزوجة الباقية على قيد الحياة، لما توفي الزوج. فبالرغم من أن الحق هنا لا يخالف النظام العام، ومع ذلك رفضت المحكمة الاعتراف به، لوجود صلة بين هذه المنازعة وقانون القاضي، متأية من أن الزوجة الأولى فرنسية الجنسية .

كما كرست محكمة النقض ذلك أيضا في قرارها، الصادر في 17 فيفري 2004⁴، الذي جاء فيه أنه: "حتى لو كان الحكم الأجنبي صادرا من سلطة مختصة، و وفقا لإجراءات قانونية، و تكريسا لمبدأ الحضور و المواجهة، فإن الحكم الجزائري الذي قرّر الطلاق بالإدارة

¹-Cass .1^{er} Civ .30Janvier.1979.

²-يعتبر النظام العام القريب من قانون القاضي، من أحدث الأفكار والمستجدات التي توصل إليها الفقه في مجال الدفع بالنظام العام، ويرجع الفضل في إبرازه إلى الفقه الألماني في نهاية القرن التاسع عشر، وإن عامل الربط عندهم، يمثل ضابط احتياطي، يوجب على القاضي تطبيق القواعد المادية في قانونه، حتى يتم بموجبه تكملة عدم كفاية قواعد الإسناد، ويتمخض عن هذه الفكرة، أن يحكم القانون الأجنبي الحالات البعيدة عن إقليم القاضي، بينما يرفض تطبيقه، في حالات مماثلة قريبة من إقليم القاضي. راجع في هذا، يوسف فتيحة، النظام العام و العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 217 .

³-CASS.1^{er} Civ .6 Juill 1988 .

⁴- سنيات عبد الله، المرجع السابق، ص 128.

المنفردة للزوج، بدون ترتيب أي أثر قانوني على معارضة الزوجة، بحيث لم يكن للسلطة القضائية المختصة إلا منح التعويضات المالية الناتجة عن فك الرابطة الزوجية، يعتبر مخالفا لمبدأ المساواة بين الزوجين، المقرر في المادة 5 من البروتوكول رقم 7 الصادر في 22 نوفمبر 1984 الإضافي للإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، أي مخالفا للنظام العام الدولي، المتحفظ عليه في الإتفاقية الثنائية الفرنسية الجزائرية، متى كان الزوجين أو الزوجة مقيمان في فرنسا".

كما أن القضاء الفرنسي، يستند لتبريرات أخرى لرفض الاعتراف بآثار الطلاق بالإرادة المنفردة، الذي يتم صحيحا في الخارج، باسم النظام العام القريب من قانون القاضي، منها أنه في حالات كثيرة، لما ترفع الزوجة الأجنبية المتوطنة بفرنسا دعوى هناك، تطالب فيها إلزام زوجها بالمشاركة في الأعباء العائلية، يبادر هو حتى يتخلص من هذه المطالبة، بتطبيقها بإرادته المنفردة، في بلده الأصلي المغرب أو الجزائر مثلا. فهنا يرفض القضاء الفرنسي هذا الطلاق، لوجود صلة بالقانون الفرنسي تكمن في توطن الزوجة في فرنسا، ولأن هناك دعوى أمام قضائها، هي التي كانت السبب في اتخاذ الزوج لهذا الإجراء. كما رفض القضاء الفرنسي، الاعتراف بالأثر المخفف في الطلاق بالإرادة المنفردة، عبر منافذ متعددة، كالاستناد إلى فكرة التحايل على الأثر المخفف ذاته، متى سافر الزوج المتوطن بفرنسا إلى بلده الأصلي خصيصا لإيقاع الطلاق، أو بالاستناد لقواعد التنازع المتحرك¹.

هذا، و إن اعتماد فكرة الأثر المخفف للنظام العام، في الدول التي تعتمد على الشريعة الإسلامية كأساس لأحوالها الشخصية-كالجزائر، مصر، الإمارات، سوريا- جد محدود، وذلك لأن تطبيق القاضي للقواعد المستوحاة من الشريعة الإسلامية، هو بالنسبة له واجب يقع على

¹ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 629، 630.

عاقته، على الأقل متى كان أحد أطراف العلاقة مسلم أجنبي، دون تمييز بين ما إذا تعلق الأمر بمركز قانوني نشأ في الخارج، أو في دولته.¹

أما فيما يخص نظرة هذه التشريعات، لاعتماد الدفع بالنظام العام بمفهومه المطلق، في مجال حل الرابطة الزوجية، فإنها أقل تقلبا²، من التشريعات الأوروبية، لأنها تطبق الشريعة الإسلامية، بما تتضمنه من ضوابط أكثر استقرارا، فيما يتعلق بالدفع بالنظام العام، إذ يؤثر في هذه الدول اعتناق الدين الإسلامي أو الارتداد عنه. ولهذا يجوز أن يحكم بالطلاق للمسلم، ولو كان قانونه الشخصي يمنع ذلك. فقد قرر القضاء المصري بترتيب الأثر الكامل للدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي، الذي يحظر الطلاق بالإرادة المنفردة على الأجنبي حتى بعد إسلامه³، كما قرّر أن إسلام الزوجة الأجنبية يعطيها الحق في رفع دعوى التطليق من زوجها، بحيث استبعد القانون اليوناني، و قضى بتطليق زوجة يونانية من زوجها اليوناني، وفقا للقانون المصري، لإعتاقها الإسلام⁴.

والى هذا، فيقع في الجزائر باطلا، الإتفاق على عدم الطلاق، أو التنازل عنه سواء في الروابط الوطنية أو الزواج المختلط، أو القانون الذي يقرّر أسبابا لفك الرابطة الزوجية، قائمة على إعتبارات عنصرية كإختلاف اللون أو الجنس.

¹ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 635 .

² - في مصر والعراق مثلا، فإن أعمال الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على انقضاء الزواج، هو أضيّق نطاقا عنه في الدول الأخرى البسيطة. فالنظام القانوني المصري هو نظام مركب يتضمن عدة نظم لطوائف مختلفة، إلى جانب الشريعة الإسلامية، فهناك شرائع ملية تسري على غير المسلمين من المصريين كالشرائع المسيحية واليهودية. انظر ثامر حمود الهادي، المرجع السابق، ص 423.

³ - حكم محكمة استئناف القاهرة في 12 يونيو 1952. نقلا عن صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 209 .

⁴ - أنظر حكم محكمة استئناف القاهرة في 13 فيفري 1951، نقلا عن صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 60.

ثانيا: مجال الدفع بالنظام العام فيما يخص حقوق الأولاد:

إن مبدأ مراعاة مصلحة المحضون بالنسبة للحضانة، من المبادئ القائم عليها النظام العام في مختلف الدول، و لهذا يتم استبعاد القانون الأجنبي، كلما خالف هذا المبدأ بمفهومه السائد في النظام القانوني للقاضي. ففي الدول الإسلامية، يعتبر القيام بتربية الولد على دين أبيه (أي الدين الإسلامي)، من أهم المبادئ التي يجب مراعاتها لتحقيق مصلحة المحضون، و لهذا يستبعد القانون الواجب التطبيق، كلما كان يسند الحضانة إلى احد الوالدين، بما يخالف المبدأ المنصوص عليه في المادة 69 قانون الأسرة، التي تنص أنه: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له، أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".¹

و هذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2 جانفي 1989، الذي اعتبر الحكم الذي منح الأم التي تسكن في بلد أجنبي، حق حضانة الصغار، بعيدا عن رقابة الأب، مخالفا للنظام العام، وجاء في حيثيات القرار انه: "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه و في حالة وجود أحد الأبوين، في دولة أجنبية غير مسلمة، و تخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بالحضانة، و لو كانت الأم غير مسلمة، و من المقرر قانونا أن

¹ _ هذا ما أخذت به المحكمة في العديد من الأحكام القضائية، نذكر مثلا قرار بتاريخ 19/02/1990، قضية (ن أ)، ضد(ف ب) الذي نقضت فيه القرار المطعون فيه والذي أسند الحضانة للأم، مبررة ذلك أنه : " متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال، يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون. ويستوجب نقض القرار المطعون فيه. انظر زروتي الطيب، إجتهد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، مرجع سابق، ص 37.

الأحكام و القرارات الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية، التي تصطدم، و تخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها"¹.

يفهم من هذا القرار أن اختلاف ديانة الأم متى كانت مسيحية، لا يمنعها من ممارسة حقها في الحضانة، متى كانت مستوطنة بالجزائر، لان هذا لا يعيق تربية الولد على دين أبيه، و ممارسة حقه في الزيارة.

رغم أن المبدأ المقرر في هذا القرار استقر به العمل لمدة طويلة، ولكن المحكمة العليا تراجعت عنه في الكثير من أحكامها الحديثة²، مقرة حق الأم بالأولوية للحضانة، ولو كانت مقيمة بالخارج، مراعية ظروفًا خاصة كسن الأولاد وحاجتهم للتربية الأولى من الأم مادامت معروفة بحسن السلوك والأخلاق، بل حتى مصلحة الأولاد في الرعاية الصحية ومزاولة دراسة جيدة³.

هذا ما نلمسه في حكم حديث للمحكمة العليا في 10/09/2008⁴، الذي تتمثل حيثياته في صدور حكم قضائي بإسناد حضانة الأبناء الخمسة لأهمم التي اكتسبت الجنسية الفرنسية، وذهبت بعدها للاستقرار في فرنسا، فطعن الأب بالنقض بحجة أن الاستقرار في بلد أجنبي

¹ - المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 2/01/1989، ملف رقم 52207 المجلة القضائية، 1990، عدد 4 ص74، نقلا عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005، ص566.

² - وهذا لأن الصفة كانت جوازية في المادة 69 قانون الأسرة، إما أن يثبت القاضي الحضانة، أو يسقطها عن الحاضن المقيم خارج الوطن. فهذا سيكون فيه عدم إستقرار في الأحكام القضائية، لأن مراعاة مصلحة المحضون فكرة فضفاضة، ويمكن أن تأخذ عدة تكييفات. ولهذا أصبحت المحكمة العليا في قراراتها الحديثة ترى أن مصلحة المحضون في أولوية الأم بالحضانة، لهذا فلا يتم إسقاطها عنها بالرغم من إقامتها بالخارج متى بقيت على الإسلام.

³ - زروتي الطيب، إجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، مرجع سابق، ص 42.

⁴ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 10/09/2008، راجع تفاصيل هذا الحكم والتعليق عليه في مؤلف زروتي الطيب، إجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، مرجع سابق، ص من 144، حتى 148.

يمس بمصلحة المحضون، وأن الحضانة تسقط إذا لم يكن هناك ضمانات للتمكن من تربية الأبناء على دين الأب، لكون المطعون ضدها حصلت على الجنسية الفرنسية وتتوي الاستقرار في بلد أجنبي لا يدين بالإسلام، كما أنها تركت الأب رفقة أبناءه الخمسة الذين يعيشون معه لحد الآن، وطلب منها العودة لأرض الوطن للاعتناء بالأبناء إلا أنها رفضت. وبالرغم من هذه الدفع الجدية إلا أن المحكمة العليا، لم تتصف الأب بل أيدت قضاة الموضوع في حكمهم القاضي بإسناد الحضانة للأم، وفق المادة 64 من قانون الأسرة¹، على أساس أنه لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي².

أما القضاء الفرنسي، فقد استبعد هو الآخر، القانون الواجب التطبيق كلما كان يسند الحضانة لأحد الأبوين، وفقا لمعايير لا تراعي مصلحة المحضون ومفهومه السائد في النظام القانوني الفرنسي، كأن يفضل القانون الأجنبي الحضانة للأب دون الأم، مخالفة لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وكإتفاق والدي الطفل على عدم نقل الحضانة إلى غيرهما، وفقا لقانون جنسيتها الذي يعتبره صحيحا³.

¹ _تنص المادة 64 من قانون الأسرة: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة، أن يحكم بحق الزيارة".

² _لقد أثار هذا القرار في ذهني مجموعة من التساؤلات، لأن المحكمة العليا تشبثت بحق الأم في الحضانة وفق المادة 64 قانون الأسرة مهملة الحكم الوارد بالمادة 69 من قانون الأسرة والذي أثاره الأب، فهي لم تتطرق لبعد المسافة بين مكان إقامة المحضون ومحل إقامة الأب، وكأن الصفة الدينية للحاضنة تغني عن حق الأب في رقابة أبنائه، وحتى في زيارتهم بصفة دورية، بل الأكثر من هذا هي لم تلتفت لمسألة إهمال الأم والتي ذهبت للاستقرار بفرنسا تاركة أولادها مع أبيهم.

³ _ إلا أن هذا يخالف مبدأ من مبادئ النظام العام الدولي بفرنسا، ألا وهو تحقيق مصلحة الطفل الذي يقتضي نقل الحضانة إلى غير والدي المحضون، إعمالا لفكرة الأثر المخفف للدفع بالنظام العام. انظر صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، 390، 391. و ثامر حمود الهادي، المرجع السابق، ص 445، 446.

فقد قرر في أحد أحكامه مثلاً باستبعاد القانون المصري الواجب التطبيق، لمخالفته للنظام العام، لأنه يمنح تلقائياً الحضانة لأحد الوالدين تبعا للسن، أو الجنس¹. كما جاء في احد أحكامه، بأن القرار الصادر من المحاكم التونسية، يعتبر مخالفا للنظام العام الفرنسي، وذلك لأنه أسند الحضانة للأب، دون أن يأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطفل، مع أن هذا الأخير يعيش مع أمه في فرنسا².

وبخصوص النسب، فإن أكبر مجال للدفع بالنظام العام فيه، يظهر في حالة البنوة الطبيعية، أو غير الشرعية، وذلك للاختلاف الجذري في طبيعة النظر إليها، فبينما تعتبر علاقة غير مشروعة أو علاقة زنا، بما لا يثبت معها أي نسب للأب في الشريعة الإسلامية، التي تسعى إلى الحفاظ على الأسرة و منع التسيب في العلاقات الجنسية، فهي علاقة مشروعة في الدول الأوروبية، يجوز معها إثبات النسب للأب.

ولم يكن القانون الفرنسي، يتبنى هذا المبدأ إلا مع صدور قانون 3 جانفي 1972، الذي سعى من خلاله إلى المساواة بين الولد الشرعي، وغير الشرعي، بل الأكثر من هذا، فقد وسّع مجال إثبات النسب الأبوي خارج إطار الزواج، بصدور قانون 8 جانفي 1993، حول البحث عن الحقيقة البيولوجية³ بحيث أصبح معيار تدخل النظام العام هو مصلحة الطفل. و لهذا فإن القضاء الفرنسي، كثيرا ما استبعد تطبيق قوانين الدول الإسلامية، بالرغم من أنها هي الواجبة التطبيق، لمخالفتها للنظام العام الفرنسي، كونها تمنع إثبات البنوة الطبيعية .

¹ - صدر عن محكمة باريس، في 1 جويلية 1974، أنظر يوسف فتيحة، النظام العام و العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 223 .

² _ Pierre Mayer. Op cit .page 145

³ _يوسف فتيحة، النظام العام و العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص 224.

ولكن لتطبيق هذا الحكم يجب أن تكون علاقة الأطراف أو ربطهم بالقانون الفرنسي، الذي يتحدد بالجنسية الفرنسية أو الموطن فيها، حتى لا يكون تحايل على القانون الأصلي، لهذا فقد رفض القضاء الفرنسي في أحكام حديثة صدرت سنة 2006، طلب الأم الجزائرية بإثبات نسب الابنة، المولودة في الجزائر للأب الطبيعي، لعدم وجود علاقة ربط بين الأم والابنة، بالقانون الفرنسي، لوجودهما بالجزائر¹.

و في المقابل إن قضاء الدول الإسلامية كثيرا ما استبعد تطبيق القانون الفرنسي، لأنه يحيز إثبات النسب غير الشرعي. و من الأحكام القضائية التي صدرت في هذا الشأن، الحكم التالي الصادر عن المحكمة العليا الجزائرية، و الذي جاء في حيثياته ما يلي:

"حيث أن القرار المطعون فيه ناقش في إطار السلطة التقديرية المخولة له قانونا واقعة الزواج المزعوم من الزوج قبل ولادة البنيتين. هذا الزواج الذي تنكره المطعون ضدها، و قد أثبت القرار في حيثياته، أن البنيتين ولدتا خارج أية علاقة قانونية بين الطرفين و قبل زواجهما، و أن الاعتراف بتثبيت نسبهما للأب في ظل القانون الفرنسي يخالف النظام العام بالجزائر، لأنه لا يتماشى و أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلاّ بالزواج طبقا لأحكامه السّماء"².

وبالنسبة للنفقة كأثر من آثار النسب، فإنه يجب أن يستبعد قانون الجنسية الواجب التطبيق عليها، لمخالفته للنظام العام، إذا لم يكن يقرّ بنفقة، أو كان لا يضمن الحد الأدنى اللازم منها للأولاد القاصرين، و أن يعوّض بالقانون الجزائري في هذا الشأن، لأن القانون

¹ - يوسف فتحيّة، نفس المرجع، ص225.

² - المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1991/04/23 غير منشور، نقلا عن عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص

الجنائي يلزم الأب و الأم بتحمل الواجبات المعنوية، و المادية الناشئة عن الولاية الأبوية أو الوصاية أو الحضانة، بل إن إهمال الأسرة جريمة يعاقب عليها القانون بعقوبات زجرية¹.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية، أن الالتزام بالرعاية والحفظ الواقع على الأب والأم لمصلحة الطفل القاصر، لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه، إذ أن الالتزام بالنفقة بسبب طابعه الإنساني يمس بالقريب النظام العام. كما دفعت بالنظام العام في مواجهة القوانين الأجنبية، التي ترفض كل إنقاذ أو تضع طرق مساعدة لا تتفق مع النظام العام الاجتماعي، أو تقرر إنقاذ أقل من الحد الأدنى المكفول بواسطة القاضي الفرنسي².

ثالثاً: مجال الدفع بالنظام العام فيما يخص الميراث والوصية.

يتم استبعاد قانون الجنسية الأجنبي الواجب التطبيق، متى تضمن أحكاماً تعسفية كمنع الإرث بسبب اختلاف اللون أو الجنس، و حرمان الإناث من الإرث، أو تمييز الابن الأكبر و إيثاره بالتركة³، أو متى كان هذا القانون مخالفاً لنصوص قطعية في الشريعة الإسلامية، التي تعد من النظام العام في الجزائر، والدول الإسلامية، بأن يجيز الميراث للوارث الذي قتل المورث عمداً، أو يورث الابن الطبيعي من أبيه المسلم، أو من أقارب الأب، أما ميراثه من الأم وأقاربها

¹ - موسى عبود، المرجع السابق، ص 263.

² - تأمر حمود الهادي، المرجع السابق، ص 444، 445.

³ - من ذلك مثلاً نذكر حكم للقضاء الإماراتي بتاريخ 06 / 10 / 1993، من المحكمة الاتحادية العليا في أبو ضبي، الذي جاء فيه أن تطبيق القانون البنغالي يخالف النظام العام في دولة الإمارات، لكونه يحصر الإرث في الابن الأكبر وحده دون الأخوات والأم، (بالرغم من أن القانون البنغالي، يفرض على الابن أن يوفر من الميراث لأمه وأختيه أسباب الحياة لهم)، لذلك يجب استبعاده كونه يخالف أحكام الشريعة الإسلامية. انظر عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997، ص 557.

فهو جائز، أو يقر بالميراث على أساس التبني، أو يجيز التوارث بين المسلم و غير المسلم¹. بحيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بصدد موانع الإرث بأنه:

"من المقرر قانونا أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية، في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة، و من الثابت شرعا أن لا يرث الكافر المسلم، و لا المسلم الكافر و لا يتوارث أهل الملتين شيئا". و لما تبين من قضية الحال أنّ الطاعن لم يعتنق الإسلام مادام لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك، إلاّ بعد وفاة أمه المسلمة، فإنه لا توارث بينهما، مثلما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم، يتعيّن بذلك رفض الطّعن²."

بالمقابل، إنّ القانون الفرنسي-على غرار الدول الأوروبية- يجيز التوارث بين المسلم و غير المسلم، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها أصدرته سنة 1964، بأن أحكام الشريعة الإسلامية المنظمة للميراث غير مخالفة للنظام العام، إلاّ فيما يخصّ حرمانها لغير المسلم من حقه في الميراث، و عليه لا يستبعد من أحكامها إلا هذه الجزئية. أمّا ما يتعلق بعد ذلك من تحديد الأنصبة للورثة، فيتم وفقا لأحكامها³.

و قد اعتبرت المحاكم الفرنسية، موانع الإرث التي ينص عليها القانون الشخصي استنادا إلى أسباب عرقية أو دينية، أو تحديد الحصة الإرثية بمقدار تافه يقارب الحرمان، مخالفا للنظام العام الدولي الفرنسي⁴.

¹ _ صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 61، 62 .

² -المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1995/07/23 نقلا عن عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 171.

³ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص178، و بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، ماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986، ص187.

⁴ _ ثامر حمود الهادي، المرجع السابق، ص 573.

ومع هذا فإن الدفع بالنظام العام يجب ألا يتجاوز في آثاره، كل ما هو ضروري للدفاع عن الاعتبارات الفرنسية، ومن ثمة يستبعد القانون الأجنبي في الحدود الضرورية، بما يحقق فقط الحماية المطلوبة للقانون الوطني، لهذا فكثيرا ما اعترف القضاء الفرنسي للزوجة الثانية، بحق الإرث عندما يتوفى شخص مقيم بفرنسا، ومتزوج بامرأتين. فقد حق للأرملتين الميراث في تركة المتوفى، وفقا لمحكمة أول درجة ومحكمة الاستئناف، وهذا ما شايعته محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ 3 جانفي 1980، بقولها: " أن الزواج للمرة الثانية في القانون الأجنبي (تعدد الزوجات) يكافئ الزواج في القانون الفرنسي، حيثما يتعلق الأمر بتطبيق حقوق الميراث في القانون الفرنسي¹ .

هذا ولا يعتبر مخالفا للنظام العام، مجرد الاختلاف في كيفية تقسيم الإرث، حتى ولو كان يساوي بين الذكر والأنثى بما لا يتطابق مع أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ذلك ما قرره محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها بتاريخ 1952/11/04، مساواة الأنثى بالذكر في الميراث، تطبيقا للقواعد الموضوعية في القانون التركي، باعتباره القانون الشخصي للمورث، فقد عللت المحكمة ذلك بقولها: " أن مجرد الاختلاف في الأنصبة ما بين القانون الأجنبي، والقانون المصري، لا يجعل الأول مخالفا للنظام العام في مصر، كما أن القول بتطبيق القانون المصري في هذه الحالة من شأنه هدم قاعدة الإسناد الواردة في المادة 17 مدني مصري، خاصة وأن أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة منها تجيز حرمان الورثة أو إنقاص نصيبهم، أو إيثار بعضهم بتصرفات مشروعة كالهبة والوصية"².

¹ وفي قضية " Bended douche "، قد اعتبر كل من زوجي المتوفى من الزواج المتعدد الزوجات، زوجة باقية على قيد الحياة من ناحية القانون الفرنسي الذي يحكم الميراث العقاري. ولهذا فإن نصيب الزوج الباقي على قيد الحياة تمت قسمته على اثنين. انظر ثامر حمود الهادي، المرجع السابق، ص 573، 574.

² عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء 2، مرجع سابق، ص 347، 348.

أما فيما يخص الوصية، فيشترط لتطبيق قانون الجنسية طبقاً للمادة 16 مدني جزائري، ألا يكون القانون الأجنبي، يسمح بالوصية لوارث دون إجازة الورثة، أو يسمح لقاتل المورث عمدا بالاستفادة من الوصية، أو يمنعها لاختلاف الجنس أو اللون أو المعتقدات السياسية.

وبالنسبة للقدر الجائز الإيصاء به. فإذا تعلق الأمر بمسلمين، فوفقاً للرأي الغالب والمرجح، والذي سار عليه غالبية التشريعات العربية والإسلامية، فإنه يجب إستبعاد القانون الأجنبي، الذي يحيز الوصية بأكثر من الثلث بينهم، لأن أحكام الشريعة مما يتعلق بالنظام العام في هذا الشأن، فتقييد حرية الموصي، إنما يهدف لحماية حقوق الورثة، و مصلحة الأسرة.¹ وهذا ما أيده موقف محكمة النقض المصرية بشأن تحديد ورثة سيدة فرنسية مسلمة، استبعدت محكمة الموضوع، أحكام القانون واجب التطبيق، وهو القانون الفرنسي لمخالفته أحكام الشريعة الإسلامية، مطبقة في ذلك أحكام القانون المصري على التركة، باعتبار: "أن أحكام المواريث التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية تعتبر بحق المسلمين من النظام العام".²

كما أن المحكمة العليا بالجزائر، في نزاع تتلخص وقائعه في أنه بموجب وصية رسمية محررة في 1952/10/10، أوصى زوج من أهالي الجزائر بكامل تركته لزوجته معلنا اختيار تطبيق القانون الفرنسي على الوصية، والذي يسمح بذلك، وتوفي الموصي قبل استقلال الجزائر، حدث النزاع بين الزوجة وبقية الورثة. فاستبعدت المحكمة العليا نفاذ الوصية محل النزاع، تأسيساً على الدفع بالنظام العام ولكنها لم تصرح بهذه العبارة، حيث جاء في حيثيات القرار أن المجلس قد أخطأ في تطبيق القانون وخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، ذلك أن

¹ - صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 71.

² - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء 2، مرجع سابق، ص 350.

الموصي رجل مسلم وجزائري تطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية، في الجزائر حتى في عهد الاستعمار، وأن شرط تطبيق القانون الفرنسي هو شرط ملغي لأنه مخالف للشريعة الإسلامية، وتصح وصيته في حدود ثلث التركة¹.

بينما لو تعلقت الوصية بأشخاص غير مسلمين، فإن الاختلاف بالقدر الجائز الإيضاء به لا يعتبر متنافيا مع النظام العام، و هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في عدة أحكام نذكر منها، حكمها الصادر في 26 يوليو سنة 1967، في نزاع خاص بلبنانيين مسيحيين، حيث أوصى الزوج بجميع ثروته إلى زوجته، ومع هذا أقرت المحكمة بصحة هذه الوصية، لأن اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن القانون الوطني، في تحديد المقدار الجائز الإيضاء به بين غير المسلمين، لا يخالف النظام العام المصري².

الفرع الثاني: تطبيقات الغش نحو القانون في مجال الأحوال الشخصية.

إن الغش نحو القانون هو إتباع وسائل مشروعة للوصول إلى تطبيق قانون آخر غير ذلك الذي عينته قاعدة الإسناد، وذلك بتغيير وصف العلاقة القانونية محل الاهتمام أو بتغيير ضابط الإسناد، وما يترتب عليه من تغيير للقانون الواجب التطبيق³.

ولهذا، فإذا كان الغش بهذا المعنى، يطال جميع العلاقات التي تحكمها ضوابط إسناد قابلة للتغيير بإرادة الفرد، والتي تتمثل في تغيير الجنسية، الموطن، مكان وجود المال المنقول،

¹ _ غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1990/10/17. انظر تفاصيل هذا الحكم والتعليق عليه، في مرجع زروتي الطيب، إجتهد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، مرجع سابق، ص من 43 حتى 54.

² _ فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 338.

³ - تكمن وظيفة الدفع بالغش نحو القانون، من أنه يؤدي لأن لا يكون القانون لعبة بيد الفرد، يسيرها باختياره، وإلا لأصبح القانون وسيلة تطبق فقط على الفقراء، والذين لا يستطيعون التنقل لبلدان أخرى أو تغيير جنسيتهم، ومواطنهم. كما انه مناف للأخلاق، لذا فإن جزاءه يتمثل في إرجاع الاختصاص للقانون الواجب التطبيق أصلا، أو الذي تم التحايل عليه. انظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 766.

أو تغيير الشخص لدينه و مذهبه¹، وفي موضوع التصرفات القانونية، باختيار المتعاقدان قانونا لا يمت بصلة لا للعقد أو المتعاقدين، إلا أن أكبر مجال للدفع به، هو مجال الأحوال الشخصية²، بل إن نشأة هذه النظرية كانت نتيجة الغش في هذا الميدان، وبالأخص في حالات الطلاق. ولهذا فأيام كان الطلاق محظورا في أغلب دول القارة الأوربية، كإسبانيا، إيطاليا، فرنسا، كان الأفراد يغيرون جنسيتهم إلى أحد الدويلات التي تمنحهم إياه، وبهذا كان هو أوسع ميدان لتطبيق فكرة الغش نحو القانون .

وإن كان الغش نحو القانون نظرية فرنسية المنشأ، إلا أنه يستقر على الأخذ بها، وبآثارها أغلب دول القارة الأوربية³، والدول العربية، في حين لا تعتد بها الدول الأنجلوساكسونية، كأمريكا والأرجنتين⁴. و لهذا، سيتم التطرق إلى الغش نحو القانون في القضاء الفرنسي (أولا)، ثم الغش نحو القانون في الجزائر والدول العربية (ثانيا).

¹- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص 206.

² - تعتبر فئة الأحوال الشخصية مجالا رئيسيا لتطبيق فكرة الغش نحو القانون، كما هو الحال في الزواج، الطلاق، التطليق، والخلع، حيث يحتدم الصراع حول القانون الواجب التطبيق، نتيجة التباين الشديد بين تشريعات الدول في هذا المجال، لذا تتكرر كثيرا حالات الغش نحو القوانين الشخصية، بتغيير جنسيتهم، وبدرجة أقل يمتد الغش أيضا في مجال الحقوق العينية، كتغيير محل وجود المال المنقول من إقليم دولة أخرى، وإلى مجال العقود والتصرفات القانونية عموما، كاصطناع عنصر أجنبي في العلاقة الوطنية أصلا، ليتحول إلى عقد له طابع دولي، بغية إخضاعه لقانون دولة أجنبية، والإفلات من أحكام القانون الوطني الذي لا يحقق المصلحة الشخصية المرجوة . انظر أحمد دغيش، الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون الجزائر، العدد الأول، مارس، 2015، ص 242.

³ - كإيطاليا، بلجيكا، سويسرا، إسبانيا، يوغسلافيا، إلا أن الفقه والقضاء الألماني، ما زال مترددا وأكثر تضييقا للأخذ به.

⁴ - إن هذين البلدين ينصان على قواعد إسناد صريحة لاستبعاد الدفع بالغش نحو القانون كالمادة 99 مدني أرجنتيني، والمادة 129 من المدونة الأمريكية التي تنص أنه: "إذا استوفى الزواج الشروط التي يستلزمها قانون محل إبرامه، كان صحيحا في كل مكان حتى ولو كان الزوجان قد أبرما الزواج في هذا المحل بقصد تجنب الأحكام التي يستلزمها قانون موطنهم". انظر موشع فاطمة، المرجع السابق، ص 161.

أولاً: الغش نحو القانون في القضاء الفرنسي.

إن أصل نظرية الغش نحو القانون، هو القضاء الفرنسي، ولهذا سنعطيه أهمية كبيرة في هذه الدراسة، وهذا من خلال تبيان موقفه من نظرية الغش نحو القانون (أ)، متتبعين تطوره في هذا المجال من خلال الأحكام القضائية السائدة والمشهورة، في الأحوال الشخصية (ب)، لأن ما يهمنا هو حالات تغير الجنسية، وهذا ما يثبت في الأحوال الشخصية.

أ_موقف القضاء الفرنسي من نظرية الغش نحو القانون.

إن استبعاد القانون الذي سعى الأطراف إلى تطبيقه غشا، يؤدي إلى نشوء فراغ قانوني يتعين سده بإعادة الاختصاص إلى القانون الذي أرادوا التهرب من أحكامه، وفي ذلك درء للاعتداء على قاعدة التنازع الوطنية وإعادة لسلطانها، بتطبيقها على النحو الذي كان يجب أن تطبق عليه لو لم يحدث تغيير أو تلاعب بضابط الإسناد فيها¹.

وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي بتطبيق القانون الفرنسي كلما كان التحايل بالغش ضده. لهذا فأيام كان الطلاق ممنوعاً في فرنسا _ الفترة من 1815 حتى 1884 _ لم تتردد المحاكم الفرنسية، في عدم الاعتراف بأي اثر له، إذا حصل عليه الفرنسيون في الخارج، حتى لو غيروا جنسيتهم، خاصة متى عمدوا العودة للإقامة بفرنسا، والخضوع لقانونهم الأصلي بمجرد الحصول عليه. وبناء على ذلك كان القضاء الفرنسي، لا يعترف بالغش نحو القانون الصادر من زوجان فرنسيان، مقيمان بالخارج، إذا تعمدوا بمجرد حصولهما عليه، العودة إلى فرنسا، فهذا قرينة على سوء نيتهم، بالهروب من الخضوع لأحكام قانونهم الوطني، الذي لا يبيح الطلاق.

أما إذا كان أحد الزوجين فقط فرنسي، ولهما موطن مشترك بفرنسا، وطلبا الطلاق في الخارج، فيعتبر طلاقهما هذا عديم الأثر فيها كذلك، لما يحمله من معنى الغش، لان الأصل

¹ _ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص156، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 805.

أن يخضعا لقانون موطنهما المشترك، أي لأحكام القانون الفرنسي، ولقد تهربا عمدا من تطبيقه.¹

في حين لو كان أجنبيان، مختلفي الجنسية، ولهما موطن مشترك بفرنسا، فمن الممكن جدا أن يرفض القضاء الفرنسي، تنفيذ حكم طلاقهما الصادر ببلد أجنبي، إذا تبين له أنهما انتقلا للخارج للاستفادة من أحكام القانون الأجنبي غير المتشددة، لكن إذا تم الطلاق طبقا لقانون جنسية أحدهما، لاسيما إذا كان قانونيهما الشخصيان، متقاربين في أحكامهما، أكثر من تقاربهما من أحكام القانون الفرنسي، فلا يمكن اتهامهما بالغش، ولا بإبطال تصرفهما.²

هذا، و قد كان القضاء الفرنسي يقصر أعمال الدفع بالغش نحو القانون، لصالح القانون الفرنسي فقط، بينما يرفضه إذا وقع ضد القانون الأجنبي، لاسيما وأن مهمة القاضي هي حماية قانونه الوطني ومنع الأفراد من مخالفته³، وهذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية سنة 1922 في قضية "فيراري" إذ أكدت صحة طلاق السيدة "فيراري" طبقا للقانون الفرنسي رغم ما يتضمنه ذلك من تحايل على القانون الإيطالي⁴. و من ذلك أيضا أنه لم يقبل التمسك بالدفع بالغش، نحو القانون الأجنبي، في نزاع طرح عليه في 05 فيفري 1959، تمسكت فيه الزوجة الإيطالية، بالغش نحو القانون الإيطالي، من طرف زوجها، الذي تجنس بالجنسية الفرنسية، حتى يتمكن من تطبيقها، فقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه ليس للمحاكم الفرنسية، التدخل في أمر التجنس لأنه عمل إداري⁵.

¹ -نادية فضيل، الغش نحو القانون، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر، الجزائر، 2006، ص 129، 130.

² _نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، 131، 132.

³ _ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 192.

⁴ _ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 296.

⁵ -نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 86.

لكن مع انتقادات الفقه لهذا الموقف، نظرا لقصوره وعدم شموليته، خصوصا أن التحايل على القانون الأجنبي يعد تحايلا على قاعدة الإسناد الوطنية، بدأ القضاء الفرنسي يغير اتجاهه، وهذا ما حدث فعلا في قضية " Fiore"، و قضية "Massimo-Adams"¹، وأكثر من ذلك فقد حدد من ضمن شروط منح الأمر بالتنفيذ بفرنسا، عدم توافر الغش نحو القانون، دون التفرقة بين أن يكون الغش في مواجهة القانون الوطني أو الأجنبي، في " قرار " Munzer" الصادر في 07 / 01 / 1964².

وإذ كان من شروط أعمال نظرية الغش نحو القانون في القضاء الفرنسي، قيام الغش بتغيير ضابط الإسناد، وان يكون هذا بسوء نية³. فإن بعض الفقه الفرنسي " كنيبوايه و لويس لوكا " يذهب إلى القول أن الغش له دور احتياطي، وأنه وسيلة احتياطية لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا تعذر الحصول على أي دفع آخر⁴.

والملاحظ أنه بعد إجازة الطلاق في فرنسا، فمما كان يشجع الأجانب على ارتكاب الغش نحو قانونهم المختص أصلا، هو إسناد القانون الفرنسي الطلاق لقانون الموطن المشترك للزوجين، لذا متى كان قانونهما الوطني، أكثر شدة في أحكامه من القانون الفرنسي، كان

¹ _ نادبة فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق ص134. وسنفضل حيثيات القرارين " Fiore"، و" Massimo-Adams " في الصفحات الموالية عند التطرق للتطبيقات القضائية للغش نحو القانون في القضاء الفرنسي.

² _ يمكن القول أن منذ 1964، أصبحت نظرية الغش نحو القانون تطبق بشكل مطلق بفرنسا دون إجراء أي تفرقة بين القانون الفرنسي والأجنبي. انظر حبار محمد، المرجع السابق، ص 108، وكذلك أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 193.

³ _ حبار محمد، المرجع السابق، ص 107. وعنده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص119.

⁴ _ نادبة فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 130 .

يعمدان للإقامة بفرنسا، للهروب من تطبيق أحكام قانونهما المختص أصلاً. لكن لا يتصور وجود الغش إذا كان قانونهما الوطني، أكثر تساهلاً في أحكامه من القانون الفرنسي¹.

هذا، ومن الضروري، تبيان انه إذا حصل الأفراد على الطلاق من القوانين التي تعطيهم تسهيلات استثنائية، والتي تعرف بنشريات المجاملة، كتشريع ولاية نفاذا بالولايات المتحدة الأمريكية والتشريع المكسيكي، إذ يسمحان بالتطبيق لأي سبب من الأسباب حتى لو كان قانون جنسية الأفراد، أو موطنهم الأصلي يمنع ذلك، وبغض النظر عن كون طالب التطبيق مقيماً بهذه الدولة، أم ذهب إليها خصيصاً للحصول على التطبيق²، فإنه يرفض اعتماد هذا الحكم في الدولة المطلوب تنفيذه فيها. ومن ذلك مثلاً أن المحاكم الفرنسية اعتبرت باطلاً، الطلاق الذي سعت إليه السيدة "Weiller" في دولة نيفادا، لأنها لجأت إلى محاكم هذه الدولة، التي تطبق قانونها المحلي، بهدف التهرب من القانون الوطني المختص أساساً، و بغية تطبيق زوجها دون حصول محاكمة أو نزاع جدي، ذلك أن هذه المحكمة ارتكزت في إعلان الطلاق، على مجرد التصريح البسيط من قبل الزوجة عن التصرفات القاسية الصادرة عن زوجها³.

وعلى كل، فإن مجال تطبيق الغش نحو القانون في الطلاق، قد تضاعف وفقد أهميته، بعد أن أجازته المشرع الفرنسي منذ سنة 1884، والتشريع الإيطالي سنة 1970، والاسباني سنة 1986.

و إن آخر ما توصل إليه القضاء الفرنسي، في إثرائه لنظرية الغش نحو القانون، هو إظهار وجه جديد لها، يختلف عن إطارها التقليدي، المتمثل في تغيير ضابط الإسناد، إلى

¹ - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 114.

² - نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 133.

³ - محكمة النقض الفرنسية في 22 جانفي 1951، نقلاً عن بيار إميل طوبيا، التحايل على القانون، دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء، تقديم القاضي غسان رباح، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2009، ص 320.

تغيير في الفكرة المسندة ذاتها. و هذا ما يتضح في قضية شخص كان يملك عقارا في فرنسا، ومع استشعاره قرب نهاية أجله، أراد أن يهرب من أحكام القانون الفرنسي، الواجب التطبيق على الميراث العقاري، وبالضبط الهرب من فكرة النصيب أو الحصة المحجوزة، التي يعرفها القانون الفرنسي لمصلحة أولاده-وهي جزء من التركة لا يجوز فيه التصرف بالهبة أو التبرع- فقدم عقاره بوصفه حصة عينية في شركة، لقاء حصوله على أسهم فيها، قاصدا إخضاع هذا الميراث لقانون موطنه، أي القانون الأمريكي، الذي يجهل فكرة النصيب المحجوز، حتى يتمكن بذلك حرمان أبنائه من الإرث . مع وفاته، أثار أبنائه مسألة الغش نحو القانون الفرنسي، المختص أصلا بحكم الإرث على العقار، فأجابتهم محكمة النقض لطلبهم، واستبعدت أحكام القانون الأمريكي، بوصفه قانون آخر موطن للمتوفى، أريد من تطبيقه الهروب من أحكام الإرث في القانون الفرنسي المختص أصلا، وذلك بقصد حرمان أبنائه من الإرث¹.

ب_ أحكام قضائية للدفع بالغش نحو القانون في القضاء الفرنسي.

إن أغلب الأحكام القضائية للدفع بالغش نحو القانون في القضاء الفرنسي، كانت فيما يخص حالات فك الرابطة الزوجية، ومع هذا جمعنا بعض الأحكام في مجالات أخرى من الأحوال الشخصية، كالزواج، و الأهلية.

1_ أحكام قضائية فيما يخص الطلاق.

إن تجسيد ورسم معالم نظرية الغش نحو القانون، كان من خلال قضية الأميرة "De Bauffremont"، نظرا لما أثارته من صخب على مستوى الفقه والقضاء، ومع هذا هناك جذور تاريخية سابقة لفكرة الدفع بالغش نحو القانون. وهذا ما سيتم إيضاحه من خلال

¹-Cass Civ,20 Mars1985,voir Pierre Mayer ,op cit,p181.

وأنظر في هذا الحكم كذلك بيار إميل طوبيا، المرجع السابق، ص330.

هذه الأمثلة القضائية القديمة التي استخدم فيها القضاء الفرنسي، الدفع بالغش نحو القانون، أيام كان الطلاق ممنوعا في فرنسا. كما سيتطرق لقضيتي "Massimo-Adams" و"Fiore"، التي استخدم فيهما القضاء الفرنسي الدفع بالغش نحو القانون، بالرغم من أن التحايل وقع ضد القانون الأجنبي.

_ قضية "Place et Choppin" :

طرحت على القضاء في 16 ديسمبر 1845، و تتلخص وقائعها في أن شخصا فرنسيا متزوجا بفرنسية، لمدة عشرين سنة، صدر حكم ضده بالتفريق الجسماني، و لأنه أراد تحويله إلى طلاق ذهب إلى سويسرا، و أقام بها، و حصل على الجنسية السويسرية ليطلق زوجته وبقها، و يتزوج من أخرى، ثم عاد بعدها إلى فرنسا، لكن زوجته الثانية توفيت، فرجع للمرة الثانية لسويسرا، لعقد قرانه للمرة الثالثة، ثم عاد إلى فرنسا للإقامة بها بصفة دائمة.

كل هذه الوقائع تثبت أن هذا الشخص، لم يكن في نيته إلا التحايل على القانون الفرنسي، بقصد الحصول على الطلاق، و الدليل على ذلك أنه كلما حصل عليه عاد إلى فرنسا¹.

_ قضية "Vidal" :

و تتلخص وقائعها في أن زوجين فرنسيين منفصلين جسديا، تجنسا بالجنسية السويسرية عام 1874، و حصلوا على الطلاق وفقا لها، و بعدها تزوجت المرأة المطلقة فوراً، إلا أن الزوج الذي بقي في فرنسا، طعن بزواجها متذعرا بالغش، و هو ما أجابته إليه محكمة السين المدنية،

¹ _ نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص 67. و كذلك جندولي فاطمة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 82.

معتبرة أن الزوجين حصلوا على الطلاق، نتيجة الغش ضد أحكام القانون الفرنسي لصالح القانون السويسري، و لهذا يبطل هذا الزواج الثاني.¹

-قضية الأميرة "دي بوفرمون": " La princesse de Bauffremont "

إن فكرة الغش نحو القانون، لم تتبلور كمنظية عامة و منظمة، إلا من خلال معالجة هذه القضية الشهيرة، و التي تتمحور في زواج أميرة بلجيكية من ضابط فرنسي، هو الأمير "دي بوفرمون"، لتكتسب بهذا الجنسية الفرنسية بالزواج. وفي سنة 1874 حدث بينها وبين زوجها انفصال جثماني، ولأنها أرادت تحويله إلى طلاق، والذي كان يمنعه حينئذ القانون الفرنسي، قامت بالتجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يسمح قانونها بالطلاق، واستطاعت بذلك أن تحصل عليه، لتتزوج بعدها بأمر روماني يدعى "بييسكو"، و التي عادت معه للإقامة في فرنسا، فطالب الزوج الأول ببطان الزواج الثاني، واعتبار التطلاق كأن لم يكن، فأجابه القضاء الفرنسي إلى طلبه، وقالت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 18 مارس 1878، أن تجنس هذه السيدة بالجنسية الألمانية قد تم غشا نحو القانون الفرنسي، ولذا فلا يحتج به، ولا بما يترتب عليه من آثار في فرنسا.²

_قضية "Massimo-Adams"

وهي امرأة بريطانية الجنسية، تزوجت من رجل إيطالي، وحصلت على التفريق الجثماني من محكمة روما، إلا أنها كانت تريد الطلاق في الوقت الذي كان فيه القانون الإيطالي يمنعه، فانتقلت إلى فرنسا، وحصلت على البطاقة المؤقتة هناك، بينما بقي زوجها في

¹ - محكمة السين في 31 جانفي 1877، و هو الحكم الذي أكدته محكمة باريس في 30 جوان 1877، أنظر مرجع بيار إميل طوبيا، المرجع السابق، ص 315.

² - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 160. وحفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 415. انظر كذلك

.yvon Loussouarn, Pierre Bourel : op.cit, p 325.

روما، ثم رفعت دعوى الطلاق أمام محكمة السين ضد زوجها، على أساس أنه يجوز للأجنبي المقيم بفرنسا أن يخضع للمحاكم الفرنسية، حتى ولو كان المدعى عليه مقيما بالخارج، لكن هذه المحكمة رفضت طلبها، على أساس أنها اغتنمت فرصة الإقامة المنفردة التي قضت بها محكمة روما، واتخذت موطنها بفرنسا حتى تتمكن من التهرب من أحكام القانون الإيطالي¹.

_قضية " Fiore "

تتلخص وقائعها في أن الزوجان الإيطاليان فيور عقدا قرانهما سنة 1904 ، وفي سنة 1912 تجنس الزوج بالجنسية الفرنسية، ورفع دعوى الطلاق أمام المحاكم الفرنسية، فدفعت زوجته بأنها كانت تجهل تجنس زوجها، وبأنه تحايل على القانون الإيطالي الذي لا يبيح الطلاق . وفعلا أدركت محكمة سوس " Soux " في 2 ديسمبر 1915 النتيجة التي كان الزوج يريد الحصول عليها في حالة ما إذا حصل على الطلاق، وهي التزوج مرة ثانية، في حين تبقى زوجته مرتبطة به، ويستحيل عليها الزواج مرة أخرى . فرفضت المحكمة الفرنسية الحكم له بالطلاق . وذلك ما أيدته محكمة النقض الفرنسية في 5 فبراير 1929².

2 أحكام قضائية في الزواج والأهلية .

بالنسبة لإبرام الزواج، إن القانون المدني الفرنسي يرى في مادته 170، أن الزواج المبرم في الخارج بين فرنسيين، أو بين فرنسيين وأجانب، وبالرغم من شهره طبقا للشكل المقرر في البلد، الذي أبرم فيه، فلا يكون صحيحا، إلا إذا أعلن عنه في فرنسا طبقا لما تقضي به المادة 63 قانون مدني.

¹-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص134.

²_جندولي فاطمة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 87، هامش رقم 5.

إن الغرض من هذه المادة ليس إبطال الزواج، لمجرد عدم الإعلان عنه، متى لم يوجد أي مانع موضوعي يعوقه، وإنما إبطاله متى تم على أساس الغش، بتحايل الأفراد على القانون الفرنسي، وهروبهم من تطبيق أحكامه. وهذا ما قضت به محكمة السين، في 23 نوفمبر 1910، في قضية رجل عاشر امرأة وأنجب منها خمسة أطفال، اعترف بأبوتهم، ثم تزوج في بريطانيا مع امرأة أخرى، دون الإعلان عن هذا الزواج، وعاد إلى باريس وعاش مع خليلته، وعند وفاته أرادت المرأة البريطانية تسجيل عقد زواجها في فرنسا، غير أن خليلته رفعت دعوى إلى القضاء تعارض فيها هذا الزواج، فاستجاب إليها القضاء الفرنسي، وقضى بان الزواج الذي تم في إنجلترا ليس له أي اثر في فرنسا، لان المدعى عليها، وشريكها، قد تحايلا على القانون الفرنسي، بانتقالهما إلى سان هيلي لإبرام عقد زواج عرفي، وكتمانه عن كل من له مصلحة في معارضته، وبالتالي فهو باطل¹.

أما بخصوص الأهلية، فقد عالج القضاء الفرنسي حالات تغيير الجنسية، للتخلص من آثار عدم الأهلية. ففي قضية "Abel" مثلا، أقيمت دعوى تعيين وصي قضائي أمام محكمة السين، بينما كان السفهه يقيم في إنجلترا، لمتابعة دراسته، و بمجرد علمه بالدعوى المقامة ضده، اجتهد في طلب الجنسية من الحكومة البريطانية، و فور حصوله عليها، أدلى أمام المحاكم الفرنسية، بالدفع بعدم الاختصاص، فردت المحكمة السابقة مؤيدة من محكمة استئناف باريس الدفع، مقررة أن هذا التجنس، غير سار تجاه المدعي، لأنه إنما هدف منه للتهرب من الدعوى المقامة ضده².

الحل نفسه قرره محكمة السين، في قضية تتعلق بتغيير الجنسية، من قبل فرنسي تحت الوصاية القضائية، إلى جنسية بلد لا يعرف هذا النظام، فالمفروض أن تنتهي حالة عدم أهليته

¹-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص118.

²-محكمة السين المدنية في 08 مارس 1884، نقلا عن بيار إميل طوبيا، المرجع السابق، ص 323.

من يوم تجنسه، إلا أن الأمر على خلاف ذلك، لأنه إنما قصد من تغيير جنسيته هدف وحيد هو التهرب من عدم الأهلية.¹

هذا، و كثيرا ما يتم تغيير جنسية الشركة، و ذلك بإنشاء أو نقل مركزها الرئيسي للخارج، هربا من القانون الفرنسي، المعروف بقساوته في المجال الضريبي، إلى بلد مجاور تشريعه أقل قساوة، و هو ما تصدت له المحاكم الفرنسية تارة باسم الصورية، و تارة أخرى باسم الغش نحو القانون.

و من التطبيقات القضائية للغش في هذا المجال أن محكمة " مونبيلييه"، في نزاع طرح عليها، رفضت تنازل شركة سويسرية إلى شركة فرنسية عن دينها، التي تزعمه تجاه شركتين أمريكيتين، و التي مارست تجاههما إجراءات في الولايات المتحدة الأمريكية، على أساس الغش المتعمد من الشركة السويسرية، لأنها لم تقصد من هذا التنازل، سوى الاستفادة من صلاحية القضاء الفرنسي، بالنظر للجنسية الفرنسية للشركة التي أحيل إليها الدين، و ذلك بخلق عنصر اتصال اصطناعي، يهدف إلى حجب اختصاص القضاء الطبيعي، وهو القضاء الأمريكي.²

ثانيا: الغش نحو القانون في الجزائر و الدول العربية.

بالرغم من عدم تقنين الغش نحو القانون بنصوص صريحة، في الدول العربية، باستثناء القانون التونسي³، والجزائري، فإن القضاء والفقهاء مستقران على الأخذ به. ففي التشريع الجزائري لم يكن القانون المدني ينص عليه صراحة، بل كان يكتفي بذكر حالة مخالفة النظام العام، على غرار القوانين العربية التي نقلت عن القانون المصري، لكن مع تعديل القانون المدني سنة 2005، تدارك هذا النقص ونص عليه في المادة 24 بقوله: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي

¹-محكمة السين المدنية في 31 ديسمبر 1910 نقلا عن بيار إميل طويبا، المرجع السابق، ص 323.

² محكمة Montpellier في 02 ماي 1985، نقلا عن بيار إميل طويبا، المرجع السابق، ص 329.

³-Art 3/2 du droit international privé tunisienne dispose : " lorsque les conditions de la fraude à la loi sont réunies, il ne sera pas tenu compte du changement de l'élément de rattachement " .

بموجب النصوص السابقة، إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون¹.

وبهذا فإن المشرع الجزائري يساير صراحة القضاء الفرنسي الحديث، بأن أجاز أعمال الدفع بالغش نحو القانون، بصورة عامة دون أن يربط جواز هذا الدفع لصالح القانون الجزائري فقط، بل يشمل مصطلح "نحو القانون"، الوارد بالمادة السابقة بلغة تفسير النصوص القانونية، كل القوانين سواء تعلق الأمر بقانون القاضي أم كان قانونا أجنبيا¹، وقد استقر الفقه والقضاء الحديثين على هذا الحكم، لأن الفكرة الخلقية للغش تتحقق في الحالتين معا، ومن الواجب على الدول أن تتعاون في هذا المجال، ولا ينبغي للقضاء أن يحمي مرتكبي الغش، مهما كانت نواياهم².

كما أن إرادة المشرع الجزائري، تتجه إلى جواز استعمال الدفع بالغش نحو القانون، سواء تعلق الأمر بالتهرب من أحكام القواعد الآمرة أو المكملة، والدليل على ذلك ما تضمنته المادة 18 قانون مدني جزائري، في نصها الحالي المعدل سنة 2005، حيث قررت بالأولوية تطبيق القانون المختار من المتعاقدين، بشرط أن تكون له صلة حقيقية بالعقد أو المتعاقدين، فتطبيق القانون المختار مشروط بضرورة وجود علاقة عادية، وغير مصطنعة للقانون المختار، بأحد الأطراف المعنية، أو بالعملية التعاقدية في ذاتها، دون أن تشتمل تلك العلاقة على غش أو تحايل ضد أي قانون، سواء كان وطنيا أو أجنبيا³.

¹ _ لأن في قواعد التفسير المطلق يعمل على إطلاقه حتى يرد ما يقيد، والعام يحمل على عمومته حتى يرد ما يخصصه. انظر أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 237.

² _ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ط 2000، مرجع سابق، ص 267.

³ _ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 244.

ومن الفروض التي يمكن استعمال فيها الغش نحو القانون في التشريع الجزائري، أولاً، مسألة زواج المسلمة بغير المسلم، لأن هذا الزواج يعتبر باطلاً، ويطبق القضاء نص المادة 24 مدني باعتباره مخالفاً للنظام العام الجزائري. إلا أن المشرع الجزائري لم يصرح بنص صريح على بطلان هذا الزواج، وهو ما يعتبر ثغرة، يستطيع الأطراف التحايل بها على أحكامه القانونية. لهذا فمن الممكن جداً أن تقوم المرأة الجزائرية المسلمة بتغيير موطنها، قصد إبرام عقد الزواج في الخارج مع أجنبي غير مسلم، ثم تدّعي أن القانون الجزائري لا يحرم هذه العلاقة. و عليه، فعلى فرض وقوع هذه العلاقة في الخارج، فبمجرد عودتهم إلى الجزائر، سيبطل هذا الزواج لمخالفته للنظام العام الجزائري.

ثانياً، مسألة تغيير الزوج الأجنبي ديانته إلى الإسلام، والبحث في صحة هذا التغيير، هل هو حقيقي، أم مجرد ادعاء، لكي يتمتع بامتيازات المسلمين كالزواج من مسلمة أو التطليق بالإرادة المنفردة. و عليه، فهل يتم الاعتراف بإسلامه هذا، أم يرفض نتيجة الغش نحو القانون؟ لم يعالج القضاء الجزائري هذه الإشكالية، لكن بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية بصفتها المصدر الرسمي الثاني للقانون، نجد أن الرسول صلى الله عليه وسلم أنب شخصاً تشكك في صدق عقيدة آخر بقوله: «هل شفت قلبه»، وكذلك الآية الكريمة التي تقول: «ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمناً تبتغون عرض الحياة الدنيا»¹.

ولهذا يذهب بعض الفقه الجزائري²، إلى أن تغيير الديانة في الدول العربية والإسلامية، من غير الإسلام إلى الإسلام، لا يشكل غشاً نحو القانون، وذلك لأن الدين الإسلامي في هذه الدول من النظام العام، ولا يجوز للقضاء البحث عما إذا كان هذا عن قناعة، أو نتيجة دوافع

¹-نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 147.

²- زوّتي الطيّب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتيهما في الزواج المختلط، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 48.

أخرى، ولو كان الشخص يرغب في تحقيق مكاسب معينة. وهو ما يؤكد موقف محكمة النقض المصرية¹. والقضاء والفقهاء في أغلب الدول الإسلامية².

وهذا ما دعاه بعض الفقهاء بالتطبيق الطريف لنظرية الغش نحو القانون، والذي يعتبر بحقيقته مجافيا لهذه النظرية لمصلحة النظام العام الإسلامي³.

ولهذا، فإن بعض الدول العربية تعترف بالغش حتى في حالات تغيير الديانة للإسلام، وهو ما كرسته محكمة النقض السورية في العديد من أحكامها⁴، كحكمها الصادر سنة 1925، والذي جاء فيه " بأنه لا يحق لأحد المسحيين أن يرفض دفع نفقة لمطلّقتة المسيحية بعد أن اسلم، لان اعتناقه الدين الإسلامي، كان تحايلا على القانون بقصد التخلّص من دفع النفقة لمطلّقتة، على اعتبار أن الشرع الإسلامي لا يقر النفقة للمطلّقة. وهو ما قضى به القضاء العراقي في قضية مماثلة بتاريخ 1951/12/31⁵.

كما يعمل القضاء اللبناني، على أنه إذا كان الانتقال من مذهب لآخر ومن دين لآخر مقبول، إلا أن عقد الزواج يبقى خاضعا للقانون الذي عقد في ظلّه، ولا يكون لقوانين الطائفة

¹-عزّ الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، والإختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 567. فقد ذهب القضاء المصري في حمايته لحقوق المسلم، إلى حد تطبيق الشريعة الإسلامية على الأجانب بالرغم من أنه قد يتبين من ظروف الحال، أن اعتناق هؤلاء للإسلام لم يكن إلا بغرض الإفلات من الأحكام المقررة في قانون جنسيتهم، ولهذا قد حكم هذا القضاء بصحة الطلاق الذي أوقعه الزوج الأجنبي على زوجته، إعمالا لأحكام الشريعة، رغم أن اعتناق الزوج للإسلام قد قصد به أساسا التوصل إلى هذه النتيجة. انظر سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 689.

² - ثامر حمود الهادي، المرجع السابق، ص 55.

³ - لذا فإن الدكتور سعيد يوسف البستاني يرى أنه بما أن الأطراف يعمدون إلى إخفاء الغش، وهذا للحيلولة دون الدفع به، فهذا لا يمنع القاضي فيما إذا تم كشف الغش نحو القانون، من استعمال النظرية لإحباط مقاصد الأطراف. انظر سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 689، 690.

⁴ - كالقرار 176 بتاريخ 1969/04/09. القرار 90 بتاريخ 1963/02/21، والقرار 687 بتاريخ 1969/06/30. انظر بيار إميل طوبيا، المرجع السابق، ص 414.

⁵ - غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 253.

الجديدة، أن تحكم الزواج المذكور، حيث قررت المحكمة العليا : " إنه بكل حال لا عبء لتغيير الزوج مذهبه الماروني واعتناق المذهب الأرثوذكسي، لأنه يشترط بمقتضى المبادئ القانونية، أن لا تكون الغاية من تغيير المذهب، إفساد قواعد النظام العام والتحايل على القانون". كما أنه من الآثار الهامة للدفع بالتحايل على القانون، الذي افترضته المادة 23 من القانون اللبناني، عدم جواز تطليق الزوج المسيحي الذي بدل دينه إلى مسلم، زوجته إسلامياً، لأن زواجه يبقى خاضعاً للقوانين المسيحية¹. ومع هذا إذا تم التغيير في الديانة أو الطائفة من قبل الزوجين معاً، فهنا يحكمهم القانون الجديد دون افتراض نية الغش في الزوجين².

أما بالنسبة للطلاق، فنظراً لأن حالات فك الرابطة الزوجية متعددة في القانون الجزائري، من طلاق بإرادة مفردة للزوج، إلى طلاق بالتراضي، والخلع أو التطليق، فلا يمكن تصور وقوع الغش من الطرف الجزائري سواء كان رجلاً أو امرأة، بل على العكس، يمكن تصور هروب الأجانب من قوانينهم الوطنية إذا كانت هذه الأخيرة متشددة، أو كانت تحرّم الطلاق، وبالتالي يتحقق الغش نحو القانون الأجنبي إذا ما طلبوا الطلاق بالجزائر³.

وفي الأخير، يظهر أن الصعوبات التي تثور مع إعمال ضابط الجنسية، سواء أثناء إسناد الاختصاص إليه ومحاولة تحديده، أو أثناء تطبيقه في مرحلة ثانية، بالرغم من تعددها إلا أنها لن تزعزع الثقة في هذا الضابط، ولا في نجاعته في حل مشاكل تنازع القوانين، وذلك لأن الفقه والتشريعات حسم أمرها بإيجاد حلول لازمة وناجعة في التصدي لها، كما أن هذه الصعوبات، وبالرغم من أن الجنسية هي المجال الرئيسي لظهورها، فهذا ليس معناه أنها لن تثور مع غيرها من الضوابط كضابط الموطن، ولو بدرجة أقل.

¹ - بيار إميل طويبا، المرجع السابق، ص 413، 415.

² - سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 690.

³ -نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 149.

إلا أن التساؤل الذي يبقى مطروحا، هل إن الحل الوظيفي كوسيلة تسعى إلى تحقيق العدالة المادية، بدلا من العدالة الشكلية التي ما لبثت قواعد التنازع من تقديمها، يمكن أن يكون وسيلة فعالة أكثر ومفضلة في حل تلك الصعوبات؟ و إلى أي مدى ستجد قبولا من التشريعات؟ خاصة في ظل النزعة الحديثة في حل التنازع، القائمة على منهج القواعد المادية، والتي وجدت لها مجالا كبيرا في إطار عقود التجارة الدولية؟¹.

وهكذا يظهر من الدراسة السابقة أن الجنسية لها دور ووظيفة ومساهمات بارزة في جميع مواضيع العلاقات الخاصة الدولية بدء منها ككيان مستقل بتحديد صفة المواطن فيها، وأثر هذا على مركز الأجنبي بتحديد صفته الأجنبية، وتأثير هذا على التمتع بالحقوق، ثم في جلب الإختصاص للمحكمة الوطنية في المنازعات التي يكون أحد أطرافها أجنبي في مواجهة الوطني، ثم إلى تنازع القوانين بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التي يكون أحد أطرافها أجنبي.

¹ _موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 169.

الختامة

تعد الجنسية بصفاتها رابطة سياسية وقانونية تعبر عن انتماء الشخص للدولة، فكرة حديثة نسبياً على الرغم من أقدمية فكرة الانتماء قدم التجمعات الإنسانية الأولى والتي كانت في كل مرحلة تحدد الانتماء إلى هذه الجماعة كأساس للترقية بين المنتمي إليها الوطني والآخر الذي يأخذ حكم الأجنبي، ولما ظهرت الأديان السماوية لعبت دوراً كذلك في تحديد فكرة الانتماء.

لهذا فإذا تكلمنا عن الجنسية بمفهومها الحديث الظاهر فهي مرتبطة بنشأة الدولة الحديثة المتكونة من شعب، إقليم، سلطة، وسيادة، لكن إذا تكلمنا عن المعنى المتخفي أو الكامن وراء الجنسية والذي يتركز حول الانتماء لتجمع معين، و أثر هذا في كفالة الحقوق والالتزام بالواجبات، فنجد أن هذا المعنى قديم قدم البشرية، وقدم الطابع الاجتماعي للإنسان الذي تجمع في نظام الأسرة، ثم العشيرة، ثم القبيلة، ثم المدينة... إلخ.

و عليه لا أرى ضرورة لقياس نظام جديد وضيق المفهوم نسبياً كالجنسية على الشريعة الإسلامية، التي جاءت شريعة عالمية لحكم جميع الناس، لقوله تعالى: " وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً." دون التفرقة بينهم إلا على أساس اعتناق الدين الإسلامي من عدمه. فالفقه الإسلامي لا يقسم العالم على أساس الدولة، وإنما إلى قسمين كبيرين، هما دار الإسلام التي تسري عليها أحكام الإسلام ويؤمن فيها بأمان المسلمين، ودار الحرب التي تكون السيادة بها لغير المسلمين، و الذين يعتبرون أجانب.

وعلى الرغم من قدم الشريعة الإسلامية فقد جاءت في فترة كانت الحضارات الأخرى تحمل نظرة معادية للأجنبي، إلا أنها كرمت الأجنبي، من خلال إقرارها لعقد الذمة التي تقبل فيه إقامة دائمة له على أراضيها، ويصبح كالمسلمين حكماً، وهذا ما يشبه التجنس في القوانين الحديثة، بل للذمي حقوق أكثر من المتجنس في القوانين الحديثة، إذ يتمتع بكل الحقوق

السياسية عكس القوانين الحديثة التي قد لا يتمتع فيها بهذه الحقوق إلا بعد مرور فترة على تجنسه، ما يسمى فترة الريبة. كما أقرت الشريعة حقوقاً للأجنبي بموجب عقد الأمان.

وإذا كان الأصل في الجنسية أنها نظام مقرر للشخص الطبيعي، فهذا لا يمنع من إقرارها لبعض الكيانات بصفة حكمية، كالسفن والطائرات، والشخص الاعتباري وهذا من أجل تحديد نظامها القانوني.

وإن وظيفة الجنسية مترسخة وعميقة، فهي لها تأثير على جميع مواضيع القانون الدولي الخاص، بدءاً بمركز الأجنبي، ثم الإختصاص القضائي الدولي، ثم تنازع القوانين.

فبالنسبة لمركز الأجنبي، نجد أنها بتحديد لها لصفة الشعب فيها أو صفة المواطن، ستحدد بصورة عكسية صفة الأجنبي، فهو كل من لا يتمتع بجنسية الدولة المتواجد بها، سواء كان أجنبي عادي أي يتمتع بجنسية دولة أخرى، أو كان عديم الجنسية.

وإن للتفرقة بين المواطن والأجنبي آثار عديدة من حيث التمتع بالحقوق و الإلتزام بالواجبات. فهناك حقوق مقصورة للمواطنين في الدولة، كالحقوق السياسية وتولي الوظائف العامة، وكحق البقاء والإقامة المستمرة بالإقليم الوطني. وهناك حقوق يشترك فيها الوطني والأجنبي، لأنها من الحريات العامة التي يتمتع بها الفرد لمجرد كونه إنساناً ودون نظر لأي اعتبارات أخرى، كالحقوق التي يقرها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتي تكفلها الدساتير الحديثة كذلك، كال دستور الجزائري الذي نص على العديد من هذه الحريات، كالحق في الحياة، الحرية الشخصية، الأمن، حرية الفكر، الرأي، والدين، حرمة المسكن. و كالحقوق العائلية، من زواج، طلاق، حضانة، كفالة، نفقة، ميراث، وصية، نسب... إلخ.

أما الحقوق الخاصة كحق التملك، والعمل، و ممارسة الأنشطة التجارية، و الإقتصادية، فإن كان يمكن للأجنبي أن يتمتع بها كأصل عام إلا أن هذا مقيد بعدة شروط وإجراءات،

تختلف باختلاف الدول وسياساتها، أي لن يتساوى فيها الاجانب مع المواطنين، بل هناك من الدول من تمنع الاجنبي من بعضها.

إن تقييد الاجنبي في ممارسة الحقوق الخاصة ليس بالغريب، مادام ان قواعد القانون الدولي العام تضمن له، الحد الأدنى من الحقوق، الذي تلتزم بها الدول في معاملته، وإلا ترتبت مسؤوليتها الدولية. أما ماعدا هذا الحد الأدنى فالدول حرة في تنظيم تمتع الاجانب بالحقوق فيها، وفق ما يتلاءم مع سيادتها، و لا يؤدي للمساس بأمنها القومي أو اقتصادها . بل قد تعطي للأجنبي حقوقا أكثر من الوطني وفق نظام الإمتيازات.

وإن الدول الحديثة كريمة مع الاجنبي لأنها لا تحصر جنسيتها في جنسها النقي والاصلي الذي يكتسبها بالميلاد، وإنما تعطي الفرصة للأجنبي لاكتساب جنسيتها. وإن هذا ما يبرز بصفة واضحة أهمية ووظيفة الجنسية بصفتها الصيغة أو الوسيلة التي تحول الفرد من أجنبي لا يستطيع أن يتمتع بجميع الحقوق في الدولة، إلى مواطن يتمتع بجميع هذه الحقوق.

وفي هذا نجد أن التشريع الجزائري منح الفرصة في اكتساب الجنسية بالتجنس، في المادة 10 من قانون الجنسية الجزائري، ووضع شروطا معتدلة في ذلك، كشرط الإقامة، وحسن السلوك، الاندماج في المجتمع الجزائري....إلخ. فلا هي صارمة تعجز من يريد الدخول في الجنسية، ولا هي لينة لدرجة أن تصبح الجنسية سهلة المنال للجميع، أو لدخول أفراد خطرين على المجتمع كالمجرمين، أو المجانين، أو الغير قادرين على كسب معيشتهم. ولأن الامر كله منحة من الدولة، فتبقى السلطة التقديرية للوزارة في منح أو عدم منح الجنسية الجزائرية، ولو توفرت جميع شروط التجنس.

كما أنه مجازاة و عرفانا للأجنبي الذي قدم خدمات استثنائية للجزائر، أو المصاب بعاهة أو مرض جراء عمل قام به خدمة للجزائر أو لفائدتها كالذي ساهم في حرب التحرير الوطنية،

يمكن منح الجنسية الجزائرية، ولو لم تتوفر به شروط التجنس الواردة في المادة 10 السابقة، ويستفيد من هذا الإعفاء كذلك من يكون في تجنسه فائدة استثنائية للجزائر كالعلماء والباحثين.

هذا وقد أعاد المشرع الجزائري إمكانية اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج، في التعديل الجديد للجنسية بالأمر 05/01 بموجب المادة 9 مكرر، بعدما كانت مكرسة وفقا لقانون الجنسية لسنة 1963، و تخلى عنها في قانون الجنسية لسنة 1970، والجديد أن هذه المادة لم تفرق بين الرجل والمرأة في إمكانية اكتساب الجنسية، على عكس الكثير من التشريعات التي تجعل للزواج أثر في كسب الزوجة لجنسية الزوج فقط، دون العكس، على أساس أن الرجل رب الأسرة والمرأة تتأثر به.

وإرى ان هذا الموقف محمود للمشرع الجزائري، خاصة بعد تسوية الرجل والمرأة في نقل الجنسية الأصلية للأولاد بموجب المادة 6 المعدلة من قانون الجنسية، فلم يبقى مسيغ لمنع من يتزوج من جزائرية في أن لا يكتسب الجنسية الجزائرية.

و موقفه محمود كذلك لأنه لم يعفي المتزوج من طرف جزائري، من جميع شروط التجنس، فهذا الأخير لا يأخذ الجنسية بصفة تلقائية بمجرد الزواج، كما أنه لم يعامله معاملة الأجنبي العادي بأن يستوفي جميع شروط التجنس، وهذا حفاظا على وحدة الأسرة وتشابكها، وإنما خفف له من هذه الشروط، فخفض شرط الإقامة من 7 سنوات في التجنس العادي، إلى سنتين فقط، متى كان الزواج قانونيا و قائما فعليا منذ ثلاث (03) سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس، كما لم يشترط أن يكون سليم الجسد والعقل، أو أن يثبت اندماجه في المجتمع الجزائري، كما في التجنس العادي، وهذا لأن الزواج من طرف جزائري خير دليل على اندماج الشخص في المجتمع الجزائري، فلا حاجة لتطلبه. وقد تفتن المشرع كذلك إلى التحايل عن طريق الزواج السوري، الذي يكون غرضه فقط الحصول على الجنسية وتثبيت الإقامة، واعتبر هذا جريمة ونص على عقوبات جزائية ردية له .

وقد كان المشرع سخيا مع مكتسب الجنسية الجزائرية في الأمر 05 / 01، الذي سيتمتع بجميع حقوق المواطنين دون استثناء، بما فيها تقلد الوظائف العامة، ماعدا الترشح لرئاسة الجمهورية، بعدما كان قانون الجنسية لسنة 1970 يجيز منعه من النيابة الانتخابية لمدة خمس سنوات.

هذا ويجوز اسقاط الجنسية عن الأجنبي المكتسب لها عن طريق إجراءين في التشريع الجزائري. الاول هو بسحبها، وهذا لعدم توافر شروط منحها أصلا، أو للغش في اكتسابها، وهذا إجراء معقول لان ما بني على باطل فهو باطل، إلا أنه مع هذا فقد تم تقييده بمدة عامين فقط من نشر مرسوم التجنس، لا يمكن بعدها إجراء السحب ولو توفرت شروطه. ولا أدري ماهي الحكمة في اشتراط هذه المدة القصيرة، مع أن الأصل أن ما بني على الغش يكون الجزاء بطلانه في أي وقت تم التفتن لذلك، دون تحصيله نتيجة عامل الوقت، ولكن قد يكون سبب هذا هو الاستقرار في جنسية الشخص وتقادي انعدام الجنسية.

والثاني هو تجريد المتجنس من جنسيته المكتسبة، متى ثبت عدم ولائه للدولة الجزائرية، أو القيام بأعمال مضرّة بالمصالح الحيوية للجزائر، أو متى تم سجنه لأجل جنائية، بموجب المادة 22 قانون الجنسية، وقد اشترطت هذه المادة أن ترتكب هذه الاعمال خلال مدة 10 سنوات من يوم اكتساب الجنسية الجزائرية، وإلا تحصنت ضد إجراء التجريد، ولا يمكن إعلان التجريد إلا خلال خمس سنوات من ارتكاب الفعل، وإلا يسقط التجريد كذلك. و الملاحظ أن امكانية نزع الجنسية اجراء مقصور على المكتسبين لها فقط دون الأصلاء في التشريع الجزائري، خلافا لكثير من القوانين المقارنة التي تجيزه حتى بالنسبة للأصلاء. وقد يكون سبب هذا تقادي انعدام الجنسية.

كما يجوز للدولة طرد الأجانب المقيمين بها أو الذين دخلوا إقليمها بصفة غير شرعية، بل حتى ولو كانت إقامتهم شرعية فيجوز لها إبعادهم من إقليمها مادام في بقائهم ما يهدد أمنها

وسلامتها. ونظرا لخطورة إجراء الإبعاد كونه يؤدي إلى عرقلة حرية التنقل، فقد أحاطه المشرع بجملة من الشروط الشكلية، والإجرائية، والموضوعية لضمان مشروعيتها تحت طائلة الرقابة القضائية. وحدد بصفة حصرية أسبابه بموجب المادة 30 من القانون 11/08 المتعلق بشروط دخول الاجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها. وأكد احترام الإجراءات القانونية، بموجب المواد 31، 32، 33 من نفس القانون.

وعلى العموم ينبغي عدم ابعاد الاجنبي إلى دولة قد يتعرض فيها للتعذيب، وكذا مراعاة وضعية اللاجئين وعديمي الجنسية عند اتخاذ هذا الإجراء .

و يظل الإبعاد إجراء حصريا في مواجهة الأجانب ولا يمكن بأي حال تطبيقه على المواطنين، ومع هذا قد تلجأ بعض الدول إلى تجريد مواطنيها من جنسيتهم ؛ حتى يتسنى لها إبعادهم، ولأن التشريع الجزائري يحصر التجريد في المتجنسين، فلا يمكن عليه بأي حال إبعاد المواطنين ذوي الجنسية الأصلية مادام لا يمكن تجريدهم من جنسيتهم.

هذا وإن حق إقامة الاجنبي بإقليم الدولة، يثير بالإضافة لبحث مركزه أو تمتعه بالحقوق، بحث إمكانية هل له الحق في التقاضي أمام محاكم الدولة. و في هذا نجد أن جميع الدول المعاصرة خلصت إلى الاعتراف له بهذا الحق، باعتباره من الحقوق الملازمة للشخصية القانونية، و لأنه حق من حقوق الإنسان. ولكن التساؤل الذي أثير كان بخصوص معايير ثبوت هذا الاختصاص القضائي. خاصة أمام عدم وجود قواعد اختصاص قضائي دولية موحدة، وإنما هذا يختلف من دولة لأخرى، عن طريق قواعد المرافعات فيها.

فنجد أن التشريع الجزائري بهذا الخصوص، لم ينص على مادة قانونية صريحة تخص منازعات الأجانب البحتة، وإنما تم تنظيم منازعاتهم باللجوء لقواعد الاختصاص القضائي المحلي أو الداخلي، التي تم تمديدها للمجال الدولي، أي متى توافرت علاقة ربط وفقا لقواعد الإختصاص الإقليمية. إلا أنه من جهة أخرى فقد تكون علاقة الربط هذه عن طريق منازعة

الأجنبي مع طرف جزائري، أي أن جنسية الخصم إذا كانت جزائرية سينعقد الإختصاص للمحكمة الجزائرية بالرغم من عدم توافر ضابط إقليمى للربط، كوجود موطن بالإقليم الجزائري. وهذا الإختصاص هو ما نصت عليه المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09. بل الأكثر من هذا فهاتين المادتين الوحيدتين اللتان تنصان صراحة على امكانية مقاضاة الاجنبي أمام القضاء الجزائري. و هما تجيزان جلب الاختصاص للمحاكم الجزائرية، في المادة 41، ضد كل أجنبي ولو لم يكن مقيما بالجزائر، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها مع جزائري، سواء كان هذا في الجزائر أو ببلد أجنبي. أما المادة 42، ضد كل جزائري بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي.

وما يلاحظ أن هاتين المادتين تؤكد على اختصاص القضاء الجزائري، بالنظر للجنسية الوطنية للخصوم، وذلك بكون الجزائري مدعي في المادة 41، وبكونه مدعى عليه في المادة 42. هذا ويشمل الاختصاص النوعي بنظر هذه الدعاوى ليس فقط الإلتزامات التعاقدية كما ورد بالنص، وإنما جميع الدعاوى باستثناء الدعاوى العينية العقارية، وطرق التنفيذ.

كما تظهر أهمية هذا الاختصاص كذلك ليس فقط أنه يكون من أو ضد الاجانب، بل يطبق من باب أولى إذا كان الطرفان جزائريان وليس لهما موطن فيها، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، وهذا لكفالة تطبيق قانون الأسرة الجزائري، المستمد من الشريعة الإسلامية، وفي هذا ضمان ان تبقى القيم الجزائرية المستمدة من الهوية الإسلامية تتبع الجزائريين ولو في الخارج.

كما أن هذا الاختصاص هو امتياز استثنائي للطرف الجزائري، لهذا لا يمكن اللجوء إليه إلا في الحالة التي لا تعقد فيها القواعد العادية الاختصاص للمحاكم الجزائرية. كما انه اختصاص جوازي، إذ يمكن التنازل عنه من الطرف الذي قرر لمصلحته. ومع هذا يصبح هذا الإختصاص قاصرا أو مانعا متى لم يتنازل هذا الطرف عنه، وتمسك بتطبيقه، وهذا ما يظهر

أثره على تنفيذ الأحكام الاجنبية، فلا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر من محاكم أجنبية في الجزائر، في نفس النزاع الذي يثبت الاختصاص فيه للمحاكم الجزائرية كذلك، نظرا للجنسية الجزائرية لأحد الأطراف، إلا إذا تنازل عنه الشخص الذي يستفيد منه . أما إذا هو لم يتنازل فهنا الاختصاص حصري للمحاكم الجزائرية، مما يقتضي عدم تنفيذ هذا الحكم الأجنبي.

وإذا كانت كل من قواعد مركز الأجانب والإختصاص القضائي الدولي هي قواعد مادية تبين مباشرة حكم القانون في موضوع المنازعة، فإن تنازع القوانين يتم حله عن طريق قواعد إسنادية تشير فقط للقانون الواجب التطبيق، دون أن تعطي الحل مباشرة. وإن الجنسية تلعب الدور الرئيسي في هذا الحل غير المباشر لتنازع القوانين، باعتبارها ضابط الإسناد الذي يشير للقانون الواجب التطبيق على النزاع.

فالجنسية هي ضابط الإسناد الذي ينظم علاقات الأحوال الشخصية أساسا باعتبارها جزء من حالة الشخص، وهي بذاتها كافية لكي تتبع قوانينها الأشخاص في أي مكان ذهبوا إليه مادام أن هذا يبقى في إطار علاقاتهم الشخصية التي لا تتضرر معها الدولة الاجنبية من هذا التطبيق، وفقا لمبدأ شخصية القوانين. وتسود هذه النظرة في الدول العربية واللاتينية، ومع هذا إن بعض الدول الأخرى كالدول الأنجلوساكسونية، والإسكندنافية تعطي للموطن مكانة مقابلة لضابط الجنسية عندنا.

ولهذا نجد الجنسية تحكم جميع علاقات الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري، والتي نظمها المشرع في المواد من 10 قانون مدني إلى المادة 16، وهذا بدء بأهلية الأداء العامة التي نص عليها في المادة 10، ثم الشروط الموضوعية للزواج التي تخضع لقانون جنسية كلا الزوجين في المادة 11، و آثار الزواج سواء كانت شخصية او مالية لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وانحلاله لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، في المادة 12 قانون مدني.

وبالنسبة لحقوق الاولاد فقد نص المشرع على النسب، في المادة 13 مكرر، و أخضعه لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وفي حالة وفاة الأب قبل ذلك، يطبق قانون جنسيته وقت الوفاة، وأخضع الكفالة والتبني، في المادة 13 مكرر 1 لقانون جنسية كل من الكفيل والمكفول، والمتبني والمتبني وقت إجرائهما، أما آثارهما فللقانون جنسية الكفيل أو المتبني. والمادة 14 أخضعت النفقة بين الأقارب، لقانون جنسية المدين بها.

أما المادة 15 قانون مدني، فهي تطبق على الشروط الموضوعية الخاصة بالنظم المقررة لحماية القصر وعديمي الاهلية والغائبين قانون جنسية المشمول بالحماية.

وبالنسبة للميراث والوصية ويلحق بهما سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، فهي تخضع لقانون جنسية الهاك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته. بينما تخضع الهيئة والوقف لقانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما.

والملاحظ أن المشرع نص على تنظيم بعض العلاقات في قواعد الإسناد السابقة، بالرغم من أنه لا يعترف بها في النطاق الداخلي بين الجزائريين، وكان غرضه الأساسي تنظيم علاقات الأجانب التي تجيز قوانينهم لها، كالتبني الممنوع شرعا وقانونا في قانون الأسرة الجزائري، ونظام الانفصال الجسماني المجهول عند الجزائريين.

وبالرغم من هذا التنظيم المتكامل من المشرع الجزائري، للعلاقات الأسرية، إلا انه لم

ينص على مسألة الحضانة، ولعل ذلك يرجع إلى إجماع الفقه الجزائري على اعتبارها من آثار الطلاق، فتخضع لنفس القانون الذي يحكمه بصفة ضمنية، أي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

إن نطاق تطبيق قانون الجنسية وفقا لقواعد الإسناد السابقة يتأثر ويضيق نتيجة بعض الاستثناءات التي تقتضيها المصلحة الوطنية، والتي توجب تطبيق قانون القاضي، منها فيما يخص الأهلية الاستثناء الخاص بالجهل المغتفر بالقانون الأجنبي، المعروف بقضاء " ليزاردي "

في الفقرة 2 من المادة 10 ق. مدني. وخضوع التدابير المستعجلة، الخاصة بالنظم المقررة لحماية القصر وعديمي الاهلية والغائبين للقانون الجزائري، بموجب الفقرة 2 من المادة 15 قانون مدني إذا كانوا متواجدين بالجزائر، أو تعلقت بأموالهم الموجودة فيها. والاستثناء الوارد في المادة 13 مكرر، والذي من خلاله تم إخضاع انعقاد الزواج، آثاره، وانحلاله للقانون الجزائري وحده، إذا كان احد أطرافه جزائريا وقت انعقاد الزواج، ماعدا ما تعلق بشرط الأهلية.

كما أن قانون موقع المال كثيرا ما يعطل من تطبيق قانون الجنسية المختص، متى كانت العلاقة الشخصية ذات طبيعة مالية كما في الميراث والوصية والهبة والوقف. و بالإضافة لما سبق هناك حالات تحكمها الجنسية كضابط إسناد ثانوي، كالجانب الشكلي للتصرفات القانونية التي تخضع لقانون المكان الذي تمت فيه، أي " قاعدة لوكيس" ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو لقانونهما الوطني المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية. (المادة 19 ق.م.)

كما قد تحكم الجنسية كضابط إسناد احتياطي كما في الالتزامات التعاقدية التي تخضع للقانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، أي قانون الإرادة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد . (المادة 18 ق.م.)

هذا وإن الجنسية في قيامها بوظيفتها كضابط إسناد تثير مجموعة من الصعوبات أو يقترن بها مجموعة من المشاكل. فعند إسناد الاختصاص لها، تثار مشكلة التنازع الإيجابي والسلبي للجنسية، و التنازع المتحرك. كما تطرح مشكلة الإحالة، والتفويض أو الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع.

و بعد الانتهاء من عملية الإسناد، والوصول إلى تحديد قانون الجنسية المختص، فإذا ثبت فيه الاختصاص للقانون الأجنبي، فتثور مشكلة كيفية تطبيقه، من حيث الكشف عن أحكامه والتعرف على مضمونه وإثباته، وإيجاد أساس تطبيقه. كما أن تطبيقه قد يتعطل ويتم استبعاده وتطبيق قانون آخر بدله، وهذا في حالة مخالفته للنظام العام، في دولة القاضي، أو إذا كان فيه غش أو تحايل على القانون الأصلي المفروض تطبيقه.

وإن هذه الصعوبات التي تثور مع أعمال ضابط الجنسية، سواء أثناء إسناد الاختصاص إليه ومحاولة تحديده، أو أثناء تطبيقه في مرحلة ثانية، بالرغم من تعددها إلا أنها لن تزعزع الثقة في هذا الضابط، ولا في نجاعته في حل مشاكل تنازع القوانين، وذلك لان الفقه والتشريعات حسم أمرها بإيجاد حلول لازمة وناجعة في التصدي لها، كما أنها، وبالرغم من أن الجنسية هي المجال الرئيسي لظهورها، فهذا ليس معناه أنها لن تثور مع غيرها من الضوابط كضابط الموطن، ولو بدرجة أقل.

وهذا ما فعله المشرع الجزائري بحسم الأمر بقواعد إسناد صريحة، إذ يذهب إلى أنه في حالة تعدد الجنسيات، يجب تطبيق قانون دولة القاضي متى كانت من بين الجنسيات المتنازعة، فإذا لم تكن من ضمنها يطبق قانون الجنسية الفعلية. أما في حالة انعدام الجنسية، يطبق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة (المادة 22 ق.م.).

وبالنسبة لحل التنازع المتحرك، بتحديد الوقت الذي ينبغي فيه الاعتداد بضابط الجنسية، وهذا ما تجسد في المواد 12 الخاصة بآثار الزواج وانحلاله، والمادة 13 الخاصة بالاستثناء الوارد عليهما، والمادة 13 مكرر 1 الخاصة بالكفالة والتبني، والمادة 16 الخاصة بالميراث، الوصية، الهبة، والوقف.

وبالنسبة للإسناد إلى قانون دولة متعددة الشرائع، المادة 23 قانون مدني، وذلك بتفويض القانون الداخلي لتلك الدولة، لتحديد أي شريعة من بين شرائعه هي المختصة، وعند استحالة إعمال قاعدة التفويض، يطبق التشريع الغالب في البلد في حال التعدد الطائفي، أو تشريع العاصمة في حال التعدد الإقليمي.

وبالنسبة لكيفية تطبيق القانون الأجنبي فلا يعامل كقانون ويخضع لرقابة المحكمة العليا إلا إذا تعلق بمسائل الأحوال الشخصية المادة 358/6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08. أما بالنسبة للإحالة فتم الاخذ بها متى أشارت بعودة الإختصاص للقاضي الجزائري فقط، أي متى كانت إحالة من الدرجة الأولى، وتستبعد في غير هذه الحالة وتطبق الأحكام الداخلية للقانون الأجنبي مباشرة. المادة 23 مكرر 1 قانون مدني.

كما أن المشرع لا يجيز تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو الذي يبيت له الاختصاص بالغش نحو القانون، ويطبق بدلها القانون الجزائري المادة 24 قانون مدني .

وإذا كان ما سبق ينم عن نظرة المشرع الجزائري، المتأثر بالحلول السائدة والتقليدية في تنازع القوانين، فإن هذا لا ينفي بروز نظرة حديثة، تنتقد النزعة التقليدية، على أساس أنها تكتفي بتحقيق عدالة شكلية لأنها تأتي بحلول عامة و مجردة بإسنادها العلاقة لقانون معين، و ترى استبدالها بحلول وظيفية، لا تطبق في جميع الفروض، بل تختلف من مسألة لأخرى، حسب طبيعتها، وفق ما يحقق الغرض من قاعدة الإسناد الخاصة بها، و يحمي توقعات الأفراد المشروعة . وهذا ما يسمى بفكرة الحل الوظيفي التي يرون أن تكون هي أساس حل التنازع الإيجابي و السلبي للجنسية، و مشكلة الإحالة ومدى جواز الاخذ بها أو لا.

ودون تعليق مني أو انتقاد لهذه الفكرة لأنها لحد الساعة لم تجد صدا واسعا أو انتشارا في التشريعات، فلم يأخذ بها إلا تشريعين أو ثلاثة في القانون المقارن، وفي إطار محدود .

وهذا إنما يدل على فشلها على الأقل في الوقت الراهن والذي يصعب فيه تغيير مشرعي الدول نظرتهم السائدة لسنين.

والملاحظ أن هذه الصعوبات التي تثور مع أعمال ضابط الجنسية، في نطاق تنازع القوانين، كانت من بين الحجج التي استغلها أنصار قانون الموطن، للمناداة بإخضاع الأحوال الشخصية، لهذا القانون، بدلا من الجنسية. كما ينتبأ بعض الفقهاء، في الوقت الحاضر بعودة قانون الموطن مرة أخرى، على حساب قانون الجنسية كالفقيه الفرنسي "نبوايه"، ويعتقد البعض الآخر أن دول القارة الأوربية التي كانت تأخذ بقانون الجنسية، مقبلة أيضا على التخلي عنه، و اعتماد قانون الموطن في سبيل تحقيق السياسة و الإندماج الاقتصادي الأوربي، نظرا لاختلاف القوميات التي تشكل المجتمع الأوربي، فيكون اعتماد الموطن هو خير وسيلة للحفاظ على أصالة كل مجتمع، و تقاليد القانونية أو الاجتماعية.

إلا أننا ومن خلال هذا البحث المتواضع لا نؤيد هذه الوجهة من النظر، و نشيد بأهمية الجنسية، و التي لا يمكن التخلي عنها بهذه السهولة، لان الجنسية تبقى تلك الرابطة الروحية التي تعبر عن ولاء واندماج الشخص بمجتمع معين، وهي أصلح من أي رابطة أخرى في حكم مسائل الأحوال الشخصية، لأن جميع الأشخاص من مصلحتهم أن تتبعهم قوانينهم الشخصية، وخاصة إذا كان فيها مزايا استثنائية لهم. ومن ذلك مثلا وبصفة خاصة الدول الإسلامية، فان بناء الأحوال الشخصية فيها على أساس ديني إلهي، يجعل إسنادها لقانون الجنسية، ضرورة لا بد منها، حتى تتبع القوانين الإسلامية الأفراد المخاطبين بها أينما ذهبوا، فلا يتصور أن يمنع المسلم من طلاق زوجته بالإرادة المنفردة، ولا من حقه في تعدد زوجاته.

فالجنسية تُبقي على تلك الرابطة التي تربط الفرد بدولة معينة، مما يبيت في أفرادها الحنين للعودة إليها، خاصة في الدول التي يكثر وجود رعاياها في الخارج، لأنه إن كان الأخذ بقانون الموطن هو في مصلحة الدول الفقيرة السكان، و التي يكثر وجود الأجانب بها،

كالولايات المتحدة الأمريكية، كندا، أستراليا، إلا أنه ليس في مصلحة دولة كالجزائر، أو كالدول العربية، عدد رعاياها في الخارج أكثر بكثير من المهاجرين إليها، كما أنه من مزايا الجنسية أنها عسيرة التغيير إذا ما قورنت بقانون الموطن.

ومما يؤكد أهمية ضابط الجنسية في هذا الإطار كذلك فشل جميع المحاولات الدولية لتوحيد القواعد الموضوعية في مجال القانون الخاص، ولم تتجح إلا في مجال العقود أو التجارة الدولية . اما في مجال الاحوال الشخصية فمن المستحيل نجاحها، خاصة أن هذه الاحوال تعجز فيها الجنسية القانونية أمام الجنسية الفعلية وخاصة ديانة الزوجين، ولهذا فبالرغم من محاولات الدول الغربية إدماج المسلمين في مجتمعاتها، بل أنها اقترحت مشروع أوروبي يقضي بتطبيق قواعد مادية مباشرة مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية لتحل محل القوانين الشخصية للزوجين إلا انها لم تتجح في هذا.

إلا أنه يجب التأكيد هنا على دور الدول في التقليل من المشاكل التي قد تعترض ضابط الجنسية، وذلك بمحاربة ظاهرتي تعدد الجنسية وانعدامها، فيجب على الدول أن تكون عقلانية في منح جنسيتها، وذلك بمنحها للذين تربطهم بها رابطة جدية وفعلية فقط، وأن تضع أسس لفقدان جنسيتها، بالنسبة للأشخاص الذين اكتسبوا جنسية أخرى، وفقدوا أي إتصال روحي أو سياسي أو اجتماعي بها . كما يجب على الدول المقيم بها عديم الجنسية لفترة كافية، أن تمنحه جنسيتها، وعلى الدول المتعددة الشرائع، أن تتكفل بإعطاء الحلول اللازمة لكيفية تحديد الشريعة الداخلية المختصة من بين شرائعها الداخلية.

وبالنسبة للدفع بالنظام العام، فعلى الدول أن تستعمله في إطار معتدل، وحيث تكون مخالفة القيم السائدة في قانون القاضي صارخة فقط، ولذلك ينبغي الاعتراف للأجانب ببعض النظم المعروفة عندهم، حتى ولو كانت مخالفة للنظام العام الداخلي، مادام أن هذا لا يضر بالمصالح الوطنية، كالاقرار لهم بالتبني والانفصال الجسماني في علاقاتهم الأجنبية البحتة.

كما فعل التشريع الجزائري.

ويبقى التساؤل مطروحا عن مدى آفاق تطور الأفكار الجديدة في مجال حلول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، كفكرة الحل الوظيفي، وفكرة استثناءات تقويم قواعد الإسناد اللذان يقومان على منهج القواعد المادية بدل القواعد الإسنادية، خاصة في ظل النزعة التي بدأت تطغى على القانون الدولي الخاص المعاصر، في مجال التجارة والعقود الدولية. وفي الاخير فإن هذا البحث زادني إيمانا بضرورة وأهمية ومساهمات الجنسية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، فهي ضرورة لا يمكن التخلي عنها، في جميع مواضيع القانون الدولي الخاص، سواء مركز الأجانب، الإختصاص القضائي الدولي، تنازع القوانين.

تم بحمد الله و فضله.

قائمة المراجع

1- الكتب العامة:

_إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997 .

_إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، مركز الأجنب، دار النهضة العربية، مصر، 1998.

_أبو العلا علي أبو العلا النمر، و أحمد قسمت الجداوي، موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في العلاقات الخاصة الدولية، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 2008 .

_أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، جامعة الزقازيق، مصر، 1999.

_أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، معاملة الأجنب، والتنازع الدولي للقوانين، والمرافعات المدنية الدولية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية - القاهرة - 2008.

_أحمد عبد الكريم سلامة، محمد الروبي، قانون الجنسية المصرية ومراكز الأجنب، مطبعة الإسرائ، مصر، 2003،

_أحمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية ومركز الأجنب، دار النهضة العربية، 1977.

_أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة العاشرة، دار هومة، الجزائر، 2008.

_أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، تنازع الاختصاص القضائي، الجنسية، دار هومه، الجزائر 2005

- _ بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية، أحكام الجنسية الموطن مركز الأجنبي، دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي، مطبعة العشري، مصر 2006.
- _ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002 .
- _ بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجنبي في الفقه والتشريع الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007.
- _ بن عياد جلييلة، وبعوني خالد، الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، ط2، دار الأمل للطباعة والنشر، تيزي وزو، 2016.
- _ بيار ماير وفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للنشر، بيروت، 2008.
- _ جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 1969 .
- _ جمال محمود الكردي، الجنسية في القانون المقارن، ط1، دار النهضة المصرية، القاهرة، مصر، 2005.
- _ حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، ط2، مطبعة فتح الله إلياس نوري وأولاده، مصر، 1940
- _ حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الجزائر، 2013.
- _ حسن الهداوي، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، الطبعة الأولى، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1993
- _ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، عمان، الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1997.

_حفيظة السيد الحداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

_ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

_حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، (الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم) الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003 .

_حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004 .

_حفيظة السيد حداد، الموجز في الجنسية اللبنانية ومركز الأجانب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.

_زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، ط1، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2010 .

_زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء1، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2008.

_زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة الجزائر، 2002،

_زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، جزء 1، دار هومة، الجزائر، 2011.

- _زروتى الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2016
- _سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقديم البروفسور فايز الحاج شاهين- الطبعة 1- دار العلوم العربية، لبنان، 1994.
- _سامي بديع منصور وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت لبنان، بدون سنة.
- _سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009
- _سلطان انور، المبادئ العامة للقانون، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1978
- _سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، مصر، 2002.
- _صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008 .
- _صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين)، جامعة الأزهر، مصر، ط2009، لم يذكر جهة النشر
- _صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، 2006.
- _صلاح الدين جمال الدين، نظرات في الجنسية المصرية، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1998

- _صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1976.
- _عامر محمود الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، 2، الجنسية، الموطن، ومركز الأجنبي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن.
- _عبد الرسول الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010.
- _عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دراسة متعمقة في القانون الدولي الخاص، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003
- _عبد جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2008 .
- _عبد جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2009
- _عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986 .
- _عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن، الجزء الأول، الطبعة الحادية عشر، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر 1986 .
- _عصام الدين القصيبي، القانون الدولي الخاص المصري، بدون ناشر، بدون ذكر البلد. 2003، 2004

- _عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2010 .
- _عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- _عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2007 .
- _عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، (الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 1996.
- _عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997.
- _علي خليل اسماعيل الحديثي، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013 .
- _علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000 .
- _عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء 1 - الطبعة 2 - دار هومة - الجزائر، 2007.
- _غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الجنسية دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2011.
- _غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، الأردن، 2005 .

- _غالب علي الداوودي، وحسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، لم تذكر السنة ولا جهة النشر، محمل من موقع إنترنت 4 shared
- _فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الملايين للطباعة والنشر والترجمة والتوزيع، دمشق، سوريا، 2011، 2010 .
- _فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص 1، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018، محمل من موقع أنترنت
- <https://pedia.svuonline.org>
- _فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
- _فؤاد عبد المنعم رياض، و سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- _محمد الروبي، الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- _محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، بنغازي ليبيا، 1994.
- _محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العامة في قانون الأمم، مصر، 1971.
- _محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، ط4، دار هومة، الجزائر، 2010 .
- _محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006.

- _مصطفى العدوي, مركز الاجانب في القانون المصري و المقارن, ط 2, لم يذكر جهة النشر, مصر 2011.
- _ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش, القانون الدولي الخاص (الأردني والمقارن), الجزء الأول, الطبعة الأولى, مكتبة دار الثقافة للنشر, الأردن 1998 .
- _موحند إسعاد, القانون الدولي الخاص, الجزء الثاني, القواعد المادية, ترجمة د . فائز أنجق, ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر, 1989
- _موحند إسعاد, القانون الدولي الخاص, الجزء الأول, قواعد التنازع ترجمة د . فائز أنجق, ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر, 1989
- _موسى عبّود, الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي, الطبعة الأولى, المركز الثقافي العربي, المغرب, 1994, ص 223
- _نبيل إبراهيم سعد, المدخل إلى القانون, نظرية الحق, منشأة الناشر بالإسكندرية, مصر, 2001 .
- _نسرين شريقي, وسعيد بوعلي, القانون الدولي الخاص الجزائري, ط1, دار بلقيس للنشر, الجزائر, 2013
- _نعّوم سيّوفي, الحقوق الدولية الخاصّة, مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية, حلب سوريا 1966, 1967
- _هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين, النظرية العامة للقانون والحق, الطبعة الثانية, الدار الجزائرية للمنشورات الجامعية, الجزائر, 2003.

- _ هشام صادق، وعكاشة محمد عبد العال، وحفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006
- _ هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999.
- _ هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002 .
- _ هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، ج1، تنازع القوانين، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
- _ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
- _ هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
- _ ياسين السيد طاهر الياسري، القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، ط1، المطبعة العربية، بيروت، لبنان، 2012 .

_ الكتب الخاصة.

- _ ابراهيم احمد خليفة، سلطة الدولة في ابعاد الاجانب في ظل التطورات الدولية المعاصرة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2005.
- _ احمد عبد الظاهر، ابعاد الاجانب في التشريعات الجنائية العربية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- _ احمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، مصر 1989 .

_أحمد محمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الإسناد، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1995.

_إلياس ناصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، الجزء 2، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007 .

_بيار إميل طوبيا، التحايل على القانون، دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء، تقديم القاضي غسان رياح، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2009.

_جابر سالم عبد الغفار عبد الجواد، تنازع القوانين في مجال حوادث العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

_جمال عاطف عبد الغني رضوان، طرق اكتساب الجنسية في الشريعة الإسلامية وانعكاسها على القوانين الوضعية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013 .

_جمال محمود الكردي، اشكاليات انهاء الرابطة الزوجية بالخلع في القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.

_حسام الدين فتحي ناصف، مشكلات الجنسية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2007.

_خالد عبد الفتاح محمد خليل، الترخيص بالعمل للأجانب بين الضوابط القانونية و النصوص الجزائرية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

_خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين_دراسة تحليلية مقارنة _ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.

- _ زروتي الطيب، إجتهد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2014.
- _ سحر جاسم معن، مشكلة انعدام الجنسية وآثارها في حقوق الإنسان، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2015
- _ سعيد يوسف البستاني، إشكالية وآفاق تطور قانون الجنسية في لبنان والدول العربية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- _ شارون ستانتون راسل الهجرة والتكامل السياسي في الوطن العربي، الأمة والدولة والإندماج في الوطن العربي، الجزء الثاني، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان 1989.
- _ صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010
- _ صلاح الدين جمال الدين، الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي، دراسة في إطار أحكام الشريعة الإسلامية، در النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
- _ صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب-دراسة مقارنة-دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- _ عادل أبو هشيمة، محمود حوتة، المساواة بين الزوجين في قواعد الإسناد المصرية، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
- _ عبد الحميد محمود محمد عليو، اكتساب الجنسية عن طريق الأم في القانونين المصري والمقارن، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 27.
- _ عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دراسة تحليلية و تأصيلية في القانون المصري والمقارن، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996.

- _مصطفى العدوي, ترحيل الأجانب في القانونين المصري و الفرنسي, ط 1, دار النهضة العربية, القاهرة , 2008.
- _منير عبد المجيد, تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية, منشأة الناشر المعارف بالإسكندرية, مصر.
- _نادية فضيل, تطبيق قانون المحل على شكل التصرف, الطبعة 1, دار هومة, الجزائر, 2006 .
- _نادية فضيل, الغش نحو القانون, الطبعة الثانية, دار هومة للنشر, الجزائر, 2006
- _نادية فضيل, تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني, دار هومة, الجزائر, 2001.
- _هاني عبد الله درويش, آثار اكتساب الجنسية دراسة مقارنة بالشرعية الاسلامية, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, 2014.
- _هشام خالد, الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية, منشأة المعارف, الإسكندرية, 2003.
- _هشام خالد, المركز القانوني لمتعدد الجنسية, الطبعة الأولى, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, 2001.
- _هشام خالد, جنسية الشركة دراسة مقارنة, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, 2000
- _هشام علي صادق وشمس الدين الوكيل, مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني, دراسة مقارنة, منشأة المعارف, الإسكندرية, بدون طبعة, 1968.

المراجع بالفرنسية:

_Bartin(etienne) ,principes de droit international privé,3vol, Domat Montchrestien, paris1932.

_Battifol et Lagarde , traité de droit international privé , tome 1,8ème ,édition, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris ,1993 .

_Battifol Henri et Paul Lagarde ,droit international privé 2vol ,5 ème édition, Paris .

_Bernard AUDIT , Droit international privé, 4emme édition, Economica, Paris, 2006 .

_Daniel Cutmann, droit international privé, Dalloz , 3ème édition, 2002 .

_Dominique Holleaux, Jacques Foyer ,Géraud de Geouffre de la Pradelle , Droit International privé, Masson éditeurs, Paris 1987 .

_François Mélin, Droit International privé, Casbah édition, Alger 2004

_jean derruppé , Droit INTERNATIONAL PRIVE ,14 ème édition , Dalloz , 2001.

_Lagarde et Fabienne jault –seseke – « Etranger » in Répertoire de droit international , 2éd , Dalloz 1999 .

_Marie-Laure NIBOYET, Géraud de Geouffre DE LA PRADELLE , Droit international privé, LGDJ, Paris, 2008 .

_Mohanad. ISSAD, Droit international prive, Tom, II, les règles matérielles, O. P. U., 198 6

_NIBOYET (J. P.) , Traité de droit international privé, Vol 5, Recueil Sirey, France ,1948.

_Nouhad Rizkallah, droit international privé ,1^{ère} édition ,Majd, Beyrouth ,Liban, 1éme éd,1985

_Pierre Mayer , droit international privé, 5ème édition, d'Elta, liban,1996.

_Pierre MAYER, Vincent Heuse, Droit international Privé, 8° édition, Montchrestien, Delta, paris , 2005

_Roula el-Husseini Begdache, le droit international privé français et la répudiation islamique, L.G.D.J, paris, 2002

_Weiss, traité théorique de droit international privé , 20 édition,1921 .

_Yvon Loussouarn et Pierre Bourel ,droit international privé ,7ème édition, Dalloz, 2001 .

المقالات والأبحاث:

_أحمد دغيش، الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون الجزائر، العدد الأول، مارس، 2015.

_أحمد عبد الهادي، جنسية السفينة التجارية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 2، جامعة الإسكندرية، 1945.

_بليعقوبي بلخير، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2008.

_تشوار حميدو زكية، الحق في الاسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، 2008، العدد 6.

- _جعفر الفضلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، كلية الكويت، العدد الأول، السنة12، مارس، 1988 .
- _جندولي فاطمة الزهراء، قراءة تشريعية للإحالة في القانون الدولي الخاص - تأصيل وتجديد- مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس - الجزائر- العدد الحادي عشر، 2015.
- _جورج حزبون حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة 26، الكويت، يونيو، 2002
- _حسام الدين فتحي ناصيف، أثر انعقاد الزواج وانحلاله على جنسية أفراد أسرة الوطنية والأجنبي، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مصر 1996.
- _حسن الهداوي، تنازع القوانين في موضوع الاسم، المجلة الكويتية للحقوق والشريعة، العدد2، الكويت، 1978 .
- _الخيرو عبد القادر، شخصية الوقف الإعتبارية وأثرها في حمايته، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 04، أكتوبر 2016، جامعة تيارت .
- _دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفا تر السياسة والقانون، العدد 4، جانفي 2011، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر.
- _زاير فاطمة الزهراء، أحكام البنوة في الروابط الدولية الخاصة، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، العدد04، 2017
- _زروتي الطيب، حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص" ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء41 ، رقم01 ، سنة 2000.

- _ زروتي الطيب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، جزء 1، دار هومة، الجزائر، 2011.
- _ زروتي الطيب، الوضع الإداري للأجانب في الجزائر في ظل قانون 11/08، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، جزء 1، دار هومة، الجزائر، 2011.
- _ زروتي الطيب، تنازع القوانين في عقد العمل الدولي طبقا للقانون الجزائري، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، جزء 1، دار هومة، الجزائر، 2011.
- _ زروتي الطيب، إشكالية تنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الجزائري، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، جزء 1، دار هومة، الجزائر، 2011.
- _ زروتي الطيب، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي بالجزائر بقانون 10_05، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، جزء 1، دار هومة، الجزائر، 2011.
- _ زروتي الطيب، حماية حقوق الطفل من منظور القانون الدولي الخاص، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، جزء 1، دار هومة، الجزائر، 2011.
- _ زروتي الطيب، الوضع الإداري للأجانب في الجزائر في ظل قانون 11-08، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، جزء 1، دار هومة، الجزائر، 2011.
- _ زروتي الطيب، الاختصاص التشريعي الدولي بالنسبة للحقوق الواردة على العقار، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2016.
- _ زروتي الطيب، الوصول إلى القانون الأجنبي عن طريق تفسيره، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2016.
- _ زروتي الطيب، النظام الإداري للأجانب في القانون الجزائري طبقا للقانون 11/08، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2016.

- _ زروتي الطيب، قراءة قانونية لمعالجة وضعية المهاجرين للجزائر، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2016.
- _ عبد الواحد محمد الفار، الاختصاص القضائي الدولي في النزاعات ذات العنصر الاجنبي، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة أسيوط، العدد الثامن عشر، مصر، يونيو، 1996.
- _ علي علي سليمان، مركز الأجنبي في الشريعة الإسلامية وفي أهم الشرائع الأخرى، مقال منشور في كتاب نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- _ علي علي سليمان، مركز المرأة في الشريعة الإسلامية، وفي أهم الشرائع الاجنبية، من كتاب نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر .
- _ فتيحة يوسف، بعض قواعد التنازع الدولي في العلاقات الأسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37 رقم 02-1999 .
- _ فوزية معافة، سلطات مرفق الأمن الوطني في ابعاد الاجانب في النظام القانوني الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة سوق اهراس، العدد الثاني عشر 12.
- _ معوان مصطفى، الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 2000، 01،
- _ موريس كامتو، التقرير الرابع عن طرد الأجانب، المقرر الخاص، لجنة القانون الدولي، الدورة الستون، الجمعية العامة للأمم المتحدة، 24 مارس 2008.
- _ يوسف فتيحة، النظام العام و العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد رقم 05-2008

- يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد رقم 2005، 03 .
- يوسف محمد العلي، الأحكام غير المألوفة في قانون الجنسية الكويتي، مجلة الحقوق الكويت، العدد 2، السنة 26، يونيو 2002.
- الرسائل والأطروحات الجامعية .
- بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2008، 2009.
- بوسماحة الشيخ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، دكتوراه في الحقوق، قانون خاص، جامعة سيدي بلعباس، 2007، 2008
- ثامر حمود هادي، النظام العام والقانون واجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر 2014
- جابر جاد عبد الرحمان، ابعاد الأجانب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة فؤاد الاول، مصر 1947.
- جندولي فاطمة الزهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة تلمسان، 2010، 2011
- حميدو زكيّة، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.

- _دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007، 2008
- _سنيات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية و انحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2008/2009
- _شيبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، دراسة مقارنة -رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، 2016، 2017 .
- _صفية بشاتن، أثر الزواج المختلط على جنسية المرأة، ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو، 1997، 1998.
- _عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون لخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015، 2016.
- _عبد النور أحمد، إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010 .
- _كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015، 2016.
- _لحمر أحمد، النظام القانوني للأجانب في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2002-2003.
- _لعقون لخضر، التنازع الإيجابي والسلبي للجنسيات، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، بن عكنون الجزائر، 1977، 1978.

_ماهر إبراهيم السداوي، جنسية الخصوم الوطنية كضابط للاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 1978

_مجد الدين طاهر خربوط، رسالة دكتوراه مشكلة تعدد الجنسيات و تحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 1997.

_مختاري هوارية حنان، نظرية الجنسية وأحكامها في ظل آخر تعديل للتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 2007، 2008 .

_مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، 2012 .

_موشعال فاطمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة في القانون الدولي الخاص، جامعة تلمسان، 2011، 2012.

_ميكالي الهواري، أبعاد وانعكاسات ضوابط الاسناد في الزواج وانحلاله - دراسة مقارنة -رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة جيلالي اليابس-سيدي بلعباس 2010 - 2011.

_يوي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، 2010.

محاضرات وملتقيات.

_بلعور عبد الكريم، محاضرات في قانون الجنسية، على ضوء التعديلات الجديدة أمر 05-01 القيت على طلبة السنة رابعة ليسانس، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2010-2012.

_بوجلال صلاح الدين، محاضرات في مادة الجنسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، السنة الجامعية 2013-2014

_مراد بسعيد، الإبعاد و الطرد إلى الحدود في ظل القانون 08-11، تعدد المقاربات و وحدة الهدف، الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة بالجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مطبعة جامعة قاصدي مرباح، ط1، ورقلة، الجزائر، سنة 2010

_يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، السنة الرابعة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2009 .

أهم القوانين.

_دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 . الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996.

_قانون رقم 16 - 01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016 المتضمن التعديل الدستوري.

_القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية رقم 04/12 المؤرخ في 12 جانفي 2012 الموافق لـ 18 صفر 1433، (ج . رسمية . ع 2 لسنة 2012)

_القانون العضوي رقم 10/16 مؤرخ في 22 ذي القعدة 1437هـ، الموافق لـ 25 غشت 2016 يتعلق بنظام الانتخابات.

_قانون رقم 04-11 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاة.

قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 66 / 154 _المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

_الأمر 70_86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390، الموافق ل15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
-الامر رقم 70-20، المؤرخ في 19 فيفري 1970، الموافق ل13 ذي الحجة 1389. المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق 9 غشت سنة 2014 .

_الأمر 05_10، المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر 75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني. الجريدة الرسمية، العدد44، لسنة2005
_قانون الأسرة الجزائري 84 - 11 المؤرخ في 09 فيفري 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005

_الأمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427، الموافق ل 15 يوليو 2006 (ج. ر.ع 2006/46) المتعلق بالوظيفة العمومي.

_ الأمر رقم 69-89 المؤرخ في 31 أكتوبر 1969، المتضمن القانون الأساسي لضباط الجيش الوطني الشعبي .

_القانون رقم 91_10 المؤرخ في 27/04/1991 المتضمن قانون الأوقاف، المعدل والمتمم القانون رقم 01/07 المؤرخ في 22/05/2001، والقانون رقم 02_10 المؤرخ في 14/12/2002.

أهم الإتفاقيات الدولية.

_الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر في 10 ديسمبر 1948.

_إتفاقية فيينا الخاصة بالزواج المنعقدة في 24 أفريل التي صادقت عليها الجزائر في 4 مارس 1964.

- إتفاقية لاهاي المبرمة في 12 يونيو 1902، المتعلقة بتنازع القوانين في مجال الزواج.
- إتفاقية لاهاي لسنة 1978 المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته.
- إتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق والانفصال المبرمة في 12 جوان 1902.
- إتفاقية لاهاي الخاصة بحماية القصر في 5 أكتوبر 1961.
- إتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.
- الإتفاقية الجزائرية الفرنسية بتاريخ 24 ماي 1974 الخاصة بالزواج.
- الإتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال .
- إتفاقية جنيف الخاصة بالسفحة، السند لأمر، والشيك لسنة 1930، 1932.
- إتفاقية لاهاي المؤرخة في 17 يوليو 1907 بشأن تنازع القوانين في المواريث والوصايا.
- إتفاقية لاهاي المنعقدة في 5 أكتوبر 1961، بخصوص تنازع القوانين في شكل الوصية.
- إتفاقية لاهاي لسنة 1930 المتعلقة ببعض مسائل تنازع القوانين في شأن الجنسية.
- إتفاقية جنيف للأوراق التجارية السفحة، الشيك، والسند لأمر لسنة 1931، 1930.
- إتفاقية نيويورك المبرمة في 28 سبتمبر 1954، والمتعلقة بالحماية الدولية لعديمي الجنسية.
- إتفاقية جنيف لعام 1951 المتعلقة بالحالة الدولية للاجئين السياسيين.
- _ إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، الموقعة في الرياض بتاريخ 6 أبريل 1983، الموافق ل 23 جمادى الثانية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 01_47 المؤرخ في 11/02/2002، الموافق ل 17 ذي القعدة 1421.

مواقع الإنترنت

_www .joradp.dz

_sciences juridiques .ahlamontada.net

_www.bahrainlaw.net

_ www.minshawi.com

الفهرس

	الإهداء
	الشكر والعرفان
	قائمة المختصرات
01	المقدمة.....
17	الباب الأول: الجنسية ووظيفتها بخصوص التمتع بالحقوق، وتحديد الاختصاص القضائي الدولي
18	الفصل الأول: ماهية الجنسية وتأثيرها بخصوص التمتع بالحقوق
19	المبحث الأول: ماهية الجنسية.....
20	المطلب الأول: التطور التاريخي لفكرة الجنسية.....
20	الفرع الأول: الانتماء في العصور القديمة.....
21	أولاً: الانتماء على أساس الجنس.....
23	ثانياً: الانتماء على أساس الدين:.....
28	ثالثاً: الانتماء بالولاء للحاكم:.....
29	الفرع الثاني: الانتماء في الشريعة الإسلامية، ومدى معرفتها للجنسية.....
29	أولاً: مدى معرفة الشريعة الإسلامية للجنسية:.....
29	أ- الاتجاه المنكر لوجود الجنسية في الإسلام.....
32	ب- الاتجاه المؤيد لوجود الجنسية في الإسلام:.....
35	ثانياً: طبيعة الانتماء في الشريعة الإسلامية:.....
36	أ_ المسلمين:.....
36	ب_ الذميين:.....
37	ج_ المستأمنين:.....
39	المطلب الثاني: مفهوم الجنسية.....
39	الفرع الأول: تعريف الجنسية.....
39	أولاً: التعريف اللغوي للجنسية:.....
40	ثانياً: التعريف الاصطلاحي للجنسية:.....
44	ثالثاً: الأساس الذي تقوم عليه الجنسية، وتمييزها عن غيرها من المصطلحات:.....
44	أ_ الأساس الذي تقوم عليه الجنسية:.....
46	ب_ تمييز الجنسية عن غيرها من المصطلحات:.....

49	الفرع الثاني: عناصر وأركان الجنسية.....
49	أولا: الدولة:.....
53	ثانيا: الشخص أو الفرد الذي يتلقى الجنسية.
54	أ_ الشخص المعنوي، ومدى تمتعه بالجنسية:
61	ب_ الأشياء ومدى تمتعها بالجنسية.
65	ثالثا: الرابطة بين الدولة والشخص.
67	المبحث الثاني: تأثير الجنسية على مستوى التمتع بالحقوق.
68	المطلب الأول: مدى الحقوق التي يتمتع بها الاجانب في إقليم الدولة المتواجدين بها.....
69	الفرع الأول: مدى تمتع الأجانب بالحقوق العامة في الدولة.....
70	أولا: تمتع الأجانب بالحريات العامة :
74	ثانيا: مدى تمتع الأجانب بالحقوق السياسية والوظائف العامة :.....
74	أ_ مدى تمتع الأجانب بالحقوق السياسية :
77	ب_ مدى تمتع الأجانب بممارسة الوظائف العامة:
79	ثالثا_ حق الإنتفاع بالمرافق العامة والخدمات العامة :
80	أ_ مدى انتفاع الأجانب من مرفق التعليم :
81	ب_ حق الأجنبي في التقاضي :
83	الفرع الثاني : حق الأجانب باكتساب الجنسية.
84	أولا : اكتساب الجنسية الوطنية بالتجنس.....
85	أ_ التجنس العادي.....
90	ب- التجنس الإستثنائي:
91	ثانيا: اكتساب الجنسية بالزواج
92	أ_ اكتساب الجنسية بالزواج في القوانين المقارنة.
95	ب_ اكتساب الجنسية بالزواج في القانون الجزائري.
100	ثالثا: آثار اكتساب الجنسية الجزائرية.....
100	أ_ الآثار الفردية :.....
102	ب_ الآثار الجماعية.....
103	المطلب الثاني: إسقاط الجنسية عن الاجانب المتجنسين، وإبعادهم من الدولة المقيمين فيها.....
104	الفرع الأول: إسقاط الجنسية عن الأجانب المتجنسين :.....

105	أولا : سحب الجنسية في التشريع الجزائري :
109	ثانيا: التجريد من الجنسية في التشريع الجزائري :
109	أ_ مفهوم التجريد من الجنسية. :
111	ب_ حالات أو أسباب التجريد من الجنسية في التشريع الجزائري.
113	ج: إجراءات التجريد من الجنسية الجزائرية، وآجاله
116	د-آثار التجريد.....
118	الفرع الثاني: إبعاد الأجانب من الدولة المقيمين فيها.....
119	أولاً: مفهوم إبعاد الأجنبي.....
119	أ تعريف الإبعاد :
120	ب_ التمييز بين الابعاد و بعض المصطلحات المشابهة.....
123	ثانيا: نطاق الإبعاد من حيث الأشخاص.....
130	ثالثا: أسباب الإبعاد وإجراءاته في التشريع الجزائري.....
131	أ : أسباب الإبعاد في القانون الجزائري.....
133	ب_ إجراءات الإبعاد في القانون الجزائري.....
137	الفصل الثاني: وظيفة الجنسية فيما يخص الاختصاص القضائي الدولي.....
138	المبحث الأول : أعمال ضابط الجنسية في نطاق الاختصاص القضائي الدولي.....
139	المطلب الأول: ضابط الجنسية لعقد الاختصاص القضائي الدولي في التشريع والقضاء الفرنسي.....
140	الفرع الأول : اختصاص المحاكم الفرنسية بقضاء الأجانب.
145	الفرع الثاني: تبرير الاختصاص القائم على أساس الجنسية.....
148	الفرع الثالث: طبيعة الاختصاص القائم على أساس الجنسية، وشروط تطبيقه.....
153	الفرع الرابع: تقدير المادتين 14 و 15 قانون مدني فرنسي:.....
158	المطلب الثاني: ضابط الجنسية لعقد الاختصاص القضائي الدولي في التشريعات المقارنة، و التشريع الجزائري.
158	الفرع الأول: ضابط الجنسية لعقد الاختصاص القضائي الدولي في التشريع الجزائري.....
159	أولاً: موقف التشريع الجزائري من الاختصاص القضائي بمنازعات الأجانب.....
162	ثانيا: طبيعة الاختصاص القضائي القائم على الجنسية الوطنية، وكيف يتم إعماله
167	ثالثا : تقدير الاختصاص القضائي المبني على الجنسية في التشريع الجزائري.....
170	الفرع الثاني: ضابط الجنسية لعقد الاختصاص القضائي الدولي في التشريع المصري.....
170	أولاً: موقف التشريع المصري من ضابط الجنسية لعقد الاختصاص القضائي.....

175	ثانيا: كيفية إعمال ضابط الجنسية لعقد الاختصاص القضائي في التشريع المصري.....
178	ثالثا: الانتقادات الموجهة لضابط جنسية المدعى عليه المصرية لعقد الاختصاص القضائي الدولي.....
180	الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة من ضابط جنسية الخصوم الوطنية.....
185	المبحث الثاني: صعوبات وإشكالات إعمال الجنسية في نطاق تحديد الاختصاص القضائي الدولي.....
186	المطلب الأول: ركن الإختصاص وتأثير هذا في تنفيذ الحكم الاجنبي الصادر بناء على جنسية الخصوم الوطنية.....
188	الفرع الأول: صدور الحكم من محكمة مختصة في التشريعات المقارنة.....
193	الفرع الثاني: موقف التشريع الفرنسي من اختصاص المحكمة الأجنبية المصدرة للحكم.....
198	الفرع الثالث: موقف التشريع الجزائري من اختصاص المحكمة الأجنبية المصدرة للحكم.....
204	الفرع الرابع: موقف التشريع المصري من اختصاص المحكمة الأجنبية المصدرة للحكم.....
211	المطلب الثاني: إشكالات وصعوبات متفرقة أخرى يطرحها ضابط جنسية الخصوم الوطنية.....
212	الفرع الأول: الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية.....
213	أولا: الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية في التشريع الفرنسي.....
218	ثانيا: الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية في التشريع الجزائري، والتشريعات المقارنة.....
222	الفرع الثاني: كيفية تحديد الاختصاص القضائي المبني على الجنسية في حال تعدد الجنسيات.....
223	الفرع الثالث: كيفية تحديد الاختصاص القضائي المبني على الجنسية في حال انعدام الجنسية.....
225	الفرع الرابع: كيفية تحديد الاختصاص القضائي المبني على الجنسية في حال تغييرها.....
230	الباب الثاني: وظيفة الجنسية على مستوى تنازع القوانين.....
233	الفصل الأول: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق وحدود ذلك.....
234	المبحث الأول: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحالات التي تحكمها كضابط إسناد أصلي.....
235	المطلب الأول: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الأسرية.....
236	الفرع الأول: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج و آثاره.....
237	أولا: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج.....
241	ثانيا: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.....
249	الفرع الثاني: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، وآثاره.....
250	أولا: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج.....
256	ثانيا-وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار انحلال الزواج.....

257	أ_ وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الآثار الخاصة بالعلاقات بين المطلقين.....
258	ب_ وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على حضانة الأطفال.....
264	الفرع الثالث. وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الأولاد.....
264	أولا: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب.....
269	ثانيا: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الكفالة و التبني.....
271	المطلب الثاني : وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية، والعلاقات المالية ذات الطابع الشخصي.
272	الفرع الأول: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية:.....
272	أولا: نطاق تطبيق قانون الجنسية فيما يخصّ الأهلية.....
278	ثانيا: وظيفة الجنسية فيما يخصّ النظم الخاصة بحماية غير كاملي الأهلية.....
281	الفرع الثاني: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي.....
282	أولا: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب.....
283	ثانيا: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على التركات:.....
284	أ: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث.....
292	ب: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الوصية.....
296	ثالثا: وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الهبة والوقف.....
296	أ_ وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الهبة:
298	ب:وظيفة الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الوقف:.....
299	المبحث الثاني: الاستثناءات من تطبيق قانون الجنسية على اختصاصها الأصلي، وحالات اختصاصها الجوازي.
299	المطلب الأول: الاستثناءات من تطبيق قانون الجنسية، على حالات اختصاصها الأصلي.....
300	الفرع الأول: حالات انفراد القانون الجزائري بحكم الشروط الموضوعية للزواج وأثاره
304	الفرع الثاني:الاستثناءات من قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية:.....
304	أولا: الاستثناء الخاص بالجهل المغتفر بالقانون الأجنبي.
304	أ_ مفهوم الإستثناء و أساسه القانوني.
306	ب_ شروط إعمال الاستثناء:
310	ثانيا : وجود نص في قانون خاص، أو في معاهدة :
312	ثالثا: الإستثناءات من قاعدة خضوع غير كاملي الأهلية لقانون الجنسية:.....

314	الفرع الثالث. تطبيق قانون الموقع على الأموال.....
315	أولاً: مضمون قاعدة قانون موقع المال.
315	أ_ أساس الأخذ بقاعدة قانون موقع المال,
317	ب_ الحالات التي تدخل في نطاق تطبيق قانون موقع المال.
319	ثانياً: التطبيق الاستثنائي لقانون موقع المال على العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي.....
320	أ_ بالنسبة لآثار الزواج المالية.
320	ب_ بالنسبة للميراث:
324	ج_ بالنسبة للوصية:.....
324	د_ بالنسبة للهبة والوقف.
325	المطلب الثاني: حالات الاختصاص الجوازي لقانون الجنسية.....
326	الفرع الأول: الحالات التي تحكمها الجنسية كضابط إسناد ثانوي.....
327	أولاً: خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها. (مفهوم قاعدة لوكيس).....
332	ثانياً: وظيفة الجنسية في إسناد شكل التصرفات القانونية.....
332	أ_ وظيفة الجنسية فيما يخص شكل عقد الزواج.....
337	ب: وظيفة الجنسية فيما يخص الشروط الشكلية للوصية
339	ج: وظيفة الجنسية فيما يخص الشروط الشكلية للهبة.....
340	الفرع الثاني: الحالات التي تحكمها الجنسية كضابط إسناد احتياطي.....
342	أولاً : وظيفة الجنسية فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.....
348	ثانياً: مدى تطبيق قانون الجنسية على عقد العمل.....
356	الفصل الثاني: مشكلات أعمال ضابط الجنسية في نطاق تنازع القوانين.....
357	المبحث الأول: مشكلات إسناد الاختصاص لقانون الجنسية.....
358	المطلب الأول: مشكلة إسناد الاختصاص في ظل تنازع الجنسيات
359	الفرع الأول: الإسناد في ظل تعدد الجنسيات.....
360	أولاً: القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسيات وفق الحلول التقليدية.....
361	أ_ الاتجاه الأول. التفرقة بين حالات التنازع التي من ضمنها جنسية دولة القاضي أو لا.....
365	ب_ الاتجاه الثاني. توحيد حل جميع حالات التنازع.....
367	ثانياً: القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسيات وفق الحلول الحديثة.....
368	أ: مفهوم فكرة الحل الوظيفي.....
370	ب: كيفية تعيين القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسيات وفقاً للحل الوظيفي.....

373	ج_ مدى رواج فكرة الحل الوظيفي قضائيا وتشريعيا.....
376	الفرع الثاني: الإسناد في ظل انعدام الجنسية.....
377	أولا: القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية وفق الحلول التقليدية.....
378	ثانيا : القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية وفق الحلول الحديثة.....
379	أ- نماذج لحالات عدم تطبيق قانون الموطن على عديم الجنسية، وفقا للحل الوظيفي.....
380	ب_ حالات تعدد موطن عديم الجنسية، وكيفية الترجيح بينها وفقا للحل الوظيفي.....
381	الفرع الثالث : الإسناد في ظل تغيير الجنسية، أو حالات التنازع المتحرك.
382	أولا: مفهوم التنازع المتحرك.
384	ثانيا: الحلول المخصصة لمشكلة التنازع المتحرك.....
384	أ_ الحل الفقهي :
390	ب-الحلول التشريعية
393	المطلب الثاني: مشكلة عدم إستجابة قانون الجنسية للإختصاص المسند إليه.....
393	الفرع الأول: الإحالة.....
394	أولا: الإحالة وفق المفهوم التقليدي:
394	أ: مفهوم الإحالة وأنواعها:
400	ب :- موقف التشريع الجزائري، و القوانين المقارنة من الإحالة.....
405	ثانيا:- المفهوم الحديث للإحالة، والتوجه نحو فكرة الحل الوظيفي.....
406	أ : مفهوم الإحالة من منظور وظيفة أو غاية قاعدة الإسناد.....
411	ب : موقف التشريعات من فكرة الحل الوظيفي :
412	الفرع الثاني: التفويض أو الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها التشريعات.....
413	أولا: الحل الواجب الإلتباع لتحديد الشريعة الداخلية المختصة.....
417	ثانيا: الحل الواجب الإلتباع عند استحالة أعمال قاعدة التفويض.....
422	المبحث الثاني: مشكلات تطبيق قانون الجنسية:.....
422	المطلب الأول: كيفية تطبيق القانون الأجنبي:.....
423	الفرع الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي:
423	أولا: معاملة القانون الأجنبي بصفته واقعة:.....
423	أ_ النظرية الفرنسية :.....
425	ب_ النظرية الأنجلو أمريكية و إحترام الحق المكتسب.....
426	ج_ الآثار المترتبة على إعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة.....

427 ثانيا: معاملة القانون الأجنبي بصفته قانون:
427 أ_ نظرية الإستقبال والاندماج
428 ب_ نظرية التفويض.....
430 ج_ الآثار المترتبة على إعتبار القانون الأجنبي قانونا.....
430 ثالثا: موقف التشريعات الوضعية من طبيعة القانون الأجنبي.
433 الفرع الثاني: البحث عن مضمون القانون الأجنبي وإثباته.....
434 أولا: البحث عن مضمون القانون الأجنبي:
434 أ_ الموقف التقليدي: عدم إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي.....
436 ب_ الموقف الحديث: إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي بمعاونة الخصوم.....
438 ج_ موقف القضاء الفرنسي من مسألة تطبيق القانون الأجنبي، والبحث عن مضمونه:.....
443 ثانيا: إثبات القانون الأجنبي.
443 أ_ طرق إثبات القانون الأجنبي.....
447 ب_ تعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي.....
450 الفرع الثالث. تفسير القانون الأجنبي.....
450 أول., دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي.....
452 ثانيا: رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي.....
456 المطالب الثاني: حالات استبعاد تطبيق قانون الجنسية المختص.....
458 الفرع الأول: تطبيقات الدّفع بالنّظام العام في الأحوال الشخصية.....
460 أولا: مجال الدّفع بالنّظام العام فيما يخص الرابطة الزوجية (انعقادها، آثارها، انحلالها).....
467 ثانيا: مجال الدفع بالنظام العام فيما يخص حقوق الأولاد.....
472 ثالثا: مجال الدفع بالنظام العام فيما يخص الميراث والوصية
476 الفرع الثاني: تطبيقات الغشّ نحو القانون في مجال الأحوال الشخصية.....
478 أولا: الغش نحو القانون في القضاء الفرنسي.....
478 أ_ موقف القضاء الفرنسي من نظرية الغش نحو القانون.....
482 ب_ أحكام قضائية للدفع بالغش نحو القانون في القضاء الفرنسي.....
487 ثانيا: الغش نحو القانون في الجزائر و الدول العربية.....
494 الخاتمة.....
510 قائمة المراجع.....

الملخص:

تلعب الجنسية دورا كبيرا ووظيفة عميقة على مستوى العلاقات الخاصة الدولية، تبدأ من مفهومها باعتبارها أداة لاكتساب صفة المواطنة، إلى دورها في التفريق بين المواطن والأجنبي ، وما لهذا من أثر فيما يخص التمتع بالحقوق، إلى دورها كضابط لعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية في بعض الفروض، إلى كونها ضابط إسناد لحسم مشكلة تنازع القوانين، وتعيين القانون الواجب التطبيق.

وإن قيام الجنسية بهذه الوظائف يطرح عدة مشاكل ويوجب المرور بمسائل أولية. ولقد تصدت التشريعات بحلول ملائمة لجميع هذه المشاكل ، وهذا ما يؤكد على وظيفة الجنسية الإيجابية في مجال القانون الدولي الخاص.

الكلمات المفتاحية:

الجنسية، وظيفة الجنسية، الأجنبي، التمتع بالحقوق، اكتساب الجنسية، الاختصاص القضائي الدولي، ضابط جنسية الخصوم الوطنية، تنازع القوانين، ضابط إسناد، الأحوال الشخصية، القانون الواجب التطبيق، مشكلات ضابط الجنسية.

Le résumé :

La nationalité joue un rôle important et profond aux niveau des relations privées international, elle commence, de sa conception, en tant qu'outil d'acquisition de la citoyenneté, à son rôle de distinction entre le citoyen et l'étranger, et son impact sur la jouissance des droits, en passant par son rôle comme un critère de la juridiction internationale des tribunaux nationaux dans certain cas, aussi comme un facteur de rattachement pour résoudre le problème des conflits de lois, et de désigner la loi plus applicable.

Ces fonctions de la nationalité posent plusieurs problèmes et des questions initiales. La législation a apportée des solutions appropriées à tous ces problèmes, ce qui confirme la fonction positive de la nationalité dans le droit international privé.

Mots clés: la nationalité, fonction de la nationalité, l'étranger, jouissance des droits, acquisition de la nationalité, la jurisprudence internationale, critère de la nationalité des conflits nationaux, les conflits de loi, facteur de rattachement, le statut personnel, la loi applicable, les problèmes de critère de la nationalité.

Abstract:

Nationality plays an important and deep role in international private relations, it starts from its concept as a tool for acquiring citizenship, to its role in distinguishing between citizens and foreigners, and its impact on the enjoyment of rights, to its role as an international judicial specialty criterion of national courts in some cases, to be a point of attachment to resolve the problem of law conflicts, and to set the most applicable law.

All these nationality functions pose several problems and initial issues. The legislation has addressed appropriate solutions to all these problems, which confirms the positive function of nationality in the field of private international law.

Keywords: nationality, nationality function, foreigner, enjoyment of rights, acquiring nationality, international juridical specialty, criterion of national conflicts of nationality, laws conflicts, factor of attachment, personal status, applicable law, nationality criterion problems.