



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الولاية على القصر في ظلّ تنازع القوانين

أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه الطّور الثّالث (ل.م.د) في الحقوق
تخصّص: قانون الأحوال الشخصية

تحت إشراف:
أ.د/ منصور رحمانى

من إعداد الطّالبة:
أسماء بن جامع

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرّتبة العلميّة	الجامعة	الصّفة
أ.د/ بودفع علي	أستاذ التّعليم العالي	جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة	رئيسا
أ.د/ رحمانى منصور	أستاذ التّعليم العالي	جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة	مشرفا ومقرّرا
د/ عتيق نظيرة	أستاذ محاضر أ	جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة	عضوا مناقشا
د/ علال ياسين	أستاذ محاضر أ	جامعة 08 ماي 1945 – قالمة	عضوا مناقشا
د/ فليغة نور الدين	أستاذ محاضر أ	جامعة باجي مختار – عنابة	عضوا مناقشا
د/ رواق أمال	أستاذ محاضر أ	جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2025/2024 م – 1446/1445 هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

الحمد لله الذي أنعم عليّ أن منحني التّوفيق في بلوغ هذه المحطّة المتميّزة في مسيرتي

العلميّة، أهدي هذا الإنجاز إلى والديّ الكريمين، حفظهما الله ورعاهما، اللذان أضاءا

دربي بنور محبتهما ودعائهما الصّادق في كل خطوة من حياتي

إلى زوجي العزيز، رفيق العمر وسندي الدائم، الذي تحمّل معي مشقّة الطّريق

إلى أنس وتسليم، فلذة كبدي، اللذان أضفيا على مسيرتي أملاً يملؤ القلب

إلى روح أختي الغالية سمية، رحمها الله، وإلى أخي العزيز مصعب وأخواتي الذين غرسوا

فيّ روح التّحدي وضرورة الصّمود

إلى روح الأستاذ كيفاجي عبد الحميد، رحمه الله

إلى الدّكتورة فتيحة زماموش التي سخرها الله عز وجل لتكون لي حافزا قويّا وعونا وسندا

وأخيرًا، إلى صديقاتي وإلى كل من كان لجهودهم دورًا في تحقيق هذا الإنجاز.

أسماؤ بنت جيانع

شُكْرٌ وَتَقْدِيرٌ

قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ﴾ من الآية 11، سورة لقمان

فالشكر لله أولاً وأخيراً والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه

والصلاة والسلام على رسوله الكريم.

وعملاً بقوله ﷺ: "لا يشكر الله من لا يشكر الناس"

فإنني أتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى المشرف الأستاذ الدكتور/رحماني منصور،

حفظه الله، لتفصّله الكريم للإشراف على هذه الأطروحة، ومرافقتي بالنصح والتوجيه

والإرشاد وكذا التشجيع ومساهمته في إثراء موضوع الدراسة من بدايته إلى نهايته،

كما لا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر لأعضاء لجنة المناقشة كلّ باسمه كلّ بمقامه،

وأتوجه بأسمى عبارات الحبّ والتقدير إلى والدي الكريم/ خليفة بن جامع، أستاذ مكوّن في

اللغة العربيّة، على التدقيق اللغوي للأطروحة،

وأشكر كل من كان له دور ومدّ لي يد العون من قريب أو بعيد في مرحلة إنجازها،

والشكر موصول إلى أسرة كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بجامعة سكيكدة

على رأسها عميدة الكليّة الدكتورة/ عتيق نظيرة

أهم المختصرات

غ أش	غرفة الأحوال الشخصية
غ ش أ م	غرفة شؤون الأسرة والمواريث
ق أ	قانون الأسرة
ق إ م	قانون الإجراءات المدنية
ق إ م إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق ح م	قانون الحالة المدنية
ق ص	القانون المتعلق بالصحة
ق ع	قانون العقوبات
ق م	القانون المدني
م أ	مدونة الأسرة المغربية
م أش	مجلة الأحوال الشخصية التونسية
م ق د خ	مجلة القانون الدولي الخاص التونسية

LES ABBREVIATIONS

Cass.civ . 1 ^{re}	Cour de cassation - première chambre civile
Cass. Req	Cour de cassation française, chambre de Requêtes
Ch	Chambre
Clunet	Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée
Ed	Edition
Ibid	Ici même
L.G.D.J	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Op.cit	Précité

مقدمة

لما كانت مسائل الأحوال الشخصية مجالاً خصباً لتنازع القوانين، تمّ تسليط الضوء على أحد جوانبها المهمة وهي الولاية على القاصر التي تعدّ من حقوقه الأساسية، فهو في المراحل العمرية الأولى بحاجة ماسة إلى من يرعاه ويحفظ مصالحه في جميع الحالات وفي جميع المجالات نظراً لقصوره الجسماني والعقلي عن تدبير شؤونيه بنفسه، فهو بمنزلة الحلقة الأضعف في المجتمع لكنّه سيكون الحلقة المؤثرة فيه مستقبلاً.

وقد حظي القاصر باهتمام خاص؛ يتجلّى ذلك بوضوح في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 لا سيما المادة 25 ف/2 منه¹، بالإضافة إلى ما جاءت به اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989²، هذا على الصعيد الدولي أمّا على الصعيد المحلي فقد أولت العديد من التشريعات العربية والأجنبية اهتماماً كبيراً بفئة القصر، بما في ذلك التشريع الجزائري الذي اعتبر حماية حقوق هذه الفئة الهشة من المجتمع حقاً دستورياً، وهو ما تضمنه التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 في المادة 71 منه³، أين أنط

¹ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في باريس بتاريخ 10/12/1948 بموجب القرار 217 ألف. النص الكامل للإعلان متوفّر على الرابط التالي: <https://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights/>

² اتفاقية حقوق الطفل، قرار الجمعية العامة 44/25، المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، تاريخ بدء النفاذ 2 سبتمبر 1990، وفقاً للمادة 49. صادقت عليها الجزائر مع تصريحات تفسيرية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، ج ر عدد 91، المؤرخة في 23 ديسمبر 1992. النص الكامل للاتفاقية متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2019/09/26، على الساعة 21:00 <https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

³ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج ر العدد 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996، المعدّل ب: المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج ر العدد 82، المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

مسؤولية حماية القاصر إلى كل من الدولة والأسرة وضرورة السهر على تحقيق مصالحه الفضلى.

وقد نظم المشرع الجزائري الأحكام الموضوعية المتعلقة بالولاية على القاصر ضمن قانون الأسرة التي يطبقها القاضي مباشرة على النزاع المعروض عليه إذا كانت العلاقة وطنية محضة، بينما يرجع إلى قواعد تنازع القوانين المتضمنة في أحكام القانون المدني إذا كان النزاع مشتملا على عنصر أجنبي، وهذا طبقا لنص المادة 221 ق أ والتي جاء فيها: "يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني"، وعليه ستكون هناك إمكانية لتطبيق القانون الأجنبي على إقليم دولة القاضي الوطني، وهو ما يميز نظرية تنازع القوانين التي لم تكن معروفة في العصور القديمة نظرا للتلازم المطلق بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، فإذا عرض نزاع على القاضي الوطني يتم الفصل فيه مباشرة وفقا لأحكام قانون القاضي حتى ولو تضمنت العلاقة عنصرا أجنبيا، وقد بدأت هذه النظرية في الظهور كموضوع قائم بذاته في أواخر القرن الثاني عشر وبداية القرن الثالث عشر كأهم موضوع من مواضيع القانون الدولي الخاص، إذ يعدّ انهيار مبدأ التلازم بين الاختصاصين التشريعي والقضائي السبب الرئيس لبروز هذه النظرية.

فقد فرضت الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المستجدة خاصة في الوقت الحاضر حتمية تخلي الدول نسبيا عن مبدأ إقليمية القوانين والسماح لقوانين أجنبية أن

تطبّق على إقليمها، وهذا هو الجوهر الذي يقوم عليه موضوع تنازع القوانين، والذي يثير عدّة إشكالات أهمّها كيفية التّوصل إلى القانون واجب التّطبيق على المنازعات ذات البعد الدّولي، وترجيح أحد القوانين المتزاحمة والتي تفرض اختيار القانون الأنسب للعلاقة محلّ النزاع.

فعندما يعرض على القاضي نزاع مشتمل على عنصر أجنبي ومتعلّق بموضوع الولاية على القاصر، عليه أن يتأكّد أولاً من دوليّة العلاقة التي تقتضي معاملتها معاملة خاصّة لقيام حالة التّنازع بين القوانين لأنّ المسألة لم تعد وطنيّة محضة بل أصبحت ذات بعد دولي، فيقوم القاضي بعد هذه المرحلة الهامّة بتحديد المنهج المتّبع الذي يمكنه من فض التّنازع بين القوانين، فقد برزت عدّة مناهج على رأسها المنهج التّنازعي الذي يقوم أساساً على قاعدة التّنازع التي يتوصّل من خلالها القاضي إلى القانون واجب التّطبيق بعد المرور بمرحلة أوليّة لازمة تتمثل في عمليّة تكييف المسألة المعروضة عليه، وتختلف الحلول في الحالات العاديّة عنها في حالات الاستعجال التي تقتضي من القاضي الفصل فيها في وقت وجيز لدفع أي خطر يهدّد المصالح الشّخصيّة والماليّة للقاصر.

ويواجه القاضي عدّة عقبات بعد تحديد هويّة القانون واجب التّطبيق قد تكون متعلّقة بضابط الجنسيّة كأن يكون الشّخص متعدّد الجنسيات أو عديمها أو حدث تغيير في جنسيّته، كما قد تكون متعلّقة بالإحالة خاصّة وأنّ موضوع الولاية وثيق الصّلة بأحكام

الشريعة الإسلامية، أو أنّ القانون الذي توصل إليه القاضي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع.

وفي مرحلة أخيرة تعترض القاضي صعوبات مرتبطة أساساً بتطبيق أحكام القانون الأجنبي وكيفية معاملته وما يترتب عنها من نتائج، وقد ينتهي إلى استبعاد القانون المختص بداعي النظام العام أو في حالة ثبوت اختصاصه عن طريق الغش نحو القانون. وبناء على ما سبق ذكره، فإنّ كل هذه المراحل تتطلب البحث عن الحلول التشريعية والقضائية والفقهية التي تم تقديمها من أجل فضّ التنازع بين القوانين في مسائل الولاية على القصر، وعلى هذا الأساس برز تصوّر إشكالية هذه الدراسة.

أولاً/ إشكالية الدراسة

تفرز القضايا المتعلقة بمسائل الولاية على القصر في مجال تنازع القوانين عدّة إشكالات نظراً لارتباطها بعدّة قوانين، واختلاف أحكامها من دولة إلى أخرى، فيسعى القاضي إلى تحديد القانون واجب التطبيق على هذه المسائل وإعمال أحكامه، ومنه جاءت الإشكالية الرئيسية التالية:

ما مدى كفاية الحلول التي وضعها المشرّع الجزائري لفضّ التنازع بين القوانين في مسائل الولاية على القصر في إطار العلاقات الدولية الخاصة، من لحظة عرض النزاع على القاضي إلى حين الفصل النهائي فيه؟

وتتفرّع من هذه الإشكالية الرّئيسة التساؤلات التّالية:

- ما المقصود بالولاية على القاصر، وبنظريّة تنازع القوانين؟
- ماهي الآليات التي يتّبعها القاضي في سبيل الوصول إلى القانون واجب التّطبيق على مسائل الولاية على القاصر؟
- ماهي الصّعوبات التي تعترض القاضي بعد مرحلة تحديد القانون المختص بمسائل الولاية على القاصر؟

ثانيا/ دوافع اختيار الموضوع

تعدّدت الدّوافع التي حملتني لاختيار الموضوع بين دوافع ذاتيّة وأخرى موضوعيّة، وهي كالآتي:

1- الدّوافع الذاتيّة

- الرّغبة الملحة في معرفة الأحكام المنظّمة للولاية على القاصر في مجال العلاقات الدّوليّة الخاصّة نظرا لعجز هذه الفئة عن حماية شخصها ومالها، وقد جالت في ذهني فكرة العمل على هذا الموضوع أثناء تحضير لي لمسابقة الدكتوراه لا سيما أثناء مراجعتي لمادّة الأحوال الشخصية في القانون الدّولي الخاص، والحمد لله الذي وفّقني للنّجاح في المسابقة وتمكّنت من البحث في هذا الموضوع على الرّغم من صعوبته.

2- الدوافع الموضوعية

شهدت المنظومة القانونية في الجزائر اهتماما بفئة القصر وشددت على تكريس مبدأ المصلحة الفضلى للقاصر العاجز عن إدارة شؤونه بنفسه، هذا ما دفعني للبحث عن مدى تثمين المشرع الجزائري لهذا المبدأ في مجال تنازع القوانين - من خلال قواعد التنازع - كما فعل ذلك في مختلف فروع القانون.

ثالثا/ أهمية الدراسة

تبرز أهمية الدراسة في أنها تتناول مختلف صور الولاية على القاصر في مجال تنازع القوانين والوقوف على الإشكالات التي تثيرها مع إبراز موقف المشرع الجزائري منها؛ من خلال ما تضمنته النصوص القانونية المنظمة لهذا الموضوع ومقارنتها بما جاءت به التشريعات المقارنة للتمكن من الكشف عن مواطن النقص والقصور التشريعي والذي من شأنه أن يؤثر سلباً على مصالح القاصر.

كما تبرز أهمية الدراسة في كونها تعالج أحد الحقوق الأساسية للقاصر التي نادت بها الشريعة الإسلامية ومختلف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوضعية والكتب الفقهية ألا وهي الولاية التي تكون ملازمة للقاصر إلى حين بلوغه سن الرشد، وبالتالي فإن أهمية دراستها في إطار العلاقات الدولية الخاصة لا تقل عن أهميتها في مجال العلاقات الوطنية المحضة، وستكون الدراسة مرجعا هاما للباحثين في موضوع الأحوال الشخصية في مجال تنازع القوانين.

رابعاً/ أهداف الدراسة

تهدف الدراسة إلى جمع شتات موضوع الولاية على القاصر في مجال تنازع القوانين في دراسة واحدة، وذلك من خلال تسليط الضوء على مختلف الحلول التشريعية والقضائية والفقهية التي اعتمدت لفض تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر من اللحظة التي يعرض فيها النزاع على القاضي إلى حين الفصل النهائي فيه، وتقييم مختلف هذه الحلول.

خامساً/ الدراسات السابقة

تُمثّل الدراسات السابقة مرحلة مهمّة من مراحل البحث العلمي، وذلك لمعرفة ما توصّلت إليه من نتائج، ويستفيد منها الباحث، لذا يمكن استعراض أهمّ الدراسات السابقة:

- دراسة للباحثة: سعاد يوبي، الموسومة بـ "الحضانة في القانون الدولي الخاص"، وهي أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تمّت مناقشتها بكلية الحقوق والعلوم السياسيّة بجامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعيّة 2018-2019. وتهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء في الإشكالات التي تثيرها الحضانة في مجال العلاقات الدوليّة الخاصّة وبحث مختلف الحلول، وما يهمّنا هو الحلول التي لها علاقة بدراستنا أي المتعلقة بتنازع القوانين، حيث توصّلت الباحثة إلى جملة من النتائج أهمّها:

- عدم وجود قاعدة تنازع خاصّة بالحضانة واستقرار القضاء على الأخذ بقاعدة التنازع الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية التي يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وعليه دعت الباحثة إلى تدارك هذا النقص التشريعي ومراعاة مصلحة المحضون في تحديد القانون واجب التطبيق.

- من أسباب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي مخالفته للنظام العام الجزائري خاصة إذا تعلّق الأمر بالتربية الدينية للمحضون ومسألة الإقامة به خارج التراب الوطني.

- دراسة للباحثة: بختة زيدون الموسومة بـ "المنازعات الأسرية في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)"، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تمّت مناقشتها بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2019-2020. وتهدف هذه الدراسة إلى التطرق إلى مختلف المراحل التي تمرّ بها المنازعات الأسرية المشتملة على عنصر أجنبي، من خلال إبراز دور قواعد القانون الدولي الخاص في فض هذه المنازعات، حيث توصلت الباحثة إلى جملة من النتائج أهمّها:

- اعتماد المشرّع الجزائري على المنهج التنازعي في حلّ الإشكالات التي تثيرها المنازعات الأسرية في مجال العلاقات الدولية الخاصة.

- أغفل المشرّع الجزائري القانون واجب التطبيق على آثار انحلال الرابطة الزوجية، والتي يندرج تحتها موضوع الحضانة، وهنا دعت الباحثة إلى تدارك هذا النقص التشريعي.

بناء على ماسبق ذكره، فالملاحظ أن هاتين الدراستين متشابهتان حيث تناولت الأولى موضوعا محددا من المواضيع الأسرية ألا وهو الحضانة في مجال القانون الدولي الخاص، بينما تناولت الدراسة الثانية موضوعا موسعا شمل مختلف المسائل الأسرية في مجال القانون الدولي الخاص.

وعليه تقاطعت هاتان الدراستان مع دراستنا لموضوع الولاية على القاصر في ظلّ تنازع القوانين في العديد من العناصر خاصّة في الباب الأوّل منهما، أين تناولت الباحثتان موضوع الاختصاص التشريعي أي القانون واجب التطبيق وما يترتب عنه من صعوبات في التطبيق، لكنهما تختلفان عن دراستنا في كون الدراسة الأولى اقتصرّت على موضوع الحضانة بينما تناولت في الدراسة الحالية موضوعا متكاملا وهو الولاية بما فيها الحضانة التي تعدّ جزءا لا يتجزأ منها، أمّا الدراسة الثانية فكانت شاملة لمختلف المنازعات الأسرية وبالتالي لم ينل موضوع الولاية حقّه من البحث الذي اعتبرته الباحثة أثرا من الآثار المترتبة عن ثبوت النسب واعتبرت الحضانة أثرا من آثار انحلال الرابطة الزوجية، وعليه انطلقت دراستنا من حيث انتهت الدراسات السابقة التي ركّزت على جوانب معينة، لانتاول موضوع الولاية على القاصر كنظام متكامل لتكون الدراسة أكثر تفصيلا وعمقا ودقة وتشمل مختلف الإشكالات التي يثيرها الموضوع في مجال العلاقات الدولية الخاصة، وتمّ التركيز على بعض العناصر منها الإحاطة بمختلف المناهج الفنية

المعروفة في حلّ مشكلة تنازع القوانين دون الاقتصار على المنهج التنازعي، والتطرق إلى حالة الاستعجال لما له من أهميّة خاصّة في مجال العلاقات ذات البعد الدّولي.

سادسا/ المنهج المتّبع في الدّراسة

من أجل تحقيق أهداف البحث والتّوصل إلى النتائج المرجّوة، اقتضت طبيعة الموضوع أن تكون فيه المناهج متعدّدة، إذ تمّ استخدام **المنهج الاستقرائي** من خلال استقراء مختلف الجزئيات التي يشملها الموضوع وإيجاد العلاقة بينها للوصول إلى النتائج المرجّوة والكشف عنها، كما استعملت **المنهج الوصفي** عن طريق عرض مختلف النّصوص القانونيّة المتضمّنة في مختلف القوانين أهمّها قانون الأسرة والقانون المدني، كما اعتمدت على **المنهج التحليلي** الذي لا بدّ منه في مثل هذه البحوث، من خلال تحليل مختلف النّصوص القانونيّة التي عالجت الموضوع، وعرض آراء الفقهاء المتقدّمين والمعاصرين ومناقشتها، كما تطلّبت طبيعة الموضوع معالجة بعض المسائل بالاستعانة **بالمناهج التاريخي** للكشف عن بعض الأصول التّاريخيّة، كما تمّت الاستعانة **بالمناهج المقارن** كلما اقتضت الضّرورة ذلك، لأنّ موضوع الولاية على القصر في ظل تنازع القوانين يقتضي أن تكون العلاقة مشتملة على عنصر أجنبي أي أنّها ذات بعد دولي، وبالتالي من الضروري الاستعانة بالتّشريعات المقارنة من أجل الكشف عن الحلول التي قدّمتها في سبيل فض التّنازع بين القوانين، وهذا يتطلّب عدم التقيّد بتشريع معيّن وهو ما يبرّر الاستعانة بالعديد من التّشريعات.

سابعا/ صعوبات الدراسة

إنَّ الصَّعوبات التي اعترضت مسار معالجة هذه الدراسة، تتمثل أساساً في كونها تتطلب التعامل مع متغيرات متعدّدة، خاصّة وأنَّ الموضوع يتناول مجالين في موضوع واحد وهو مجال الأحوال الشخصية ومجال تنازع القوانين، كما أنَّ جلَّ الدِّراسات التي عالجت موضوع الولاية على القصر كانت في إطار العلاقات الوطنيّة المحضة فاهتمت بجانبها الموضوعي في شقّيه النفسي والمالي من النّاحية القانونيّة والفقهيّة وحتى من النّاحية الإجرائيّة.

وفي المقابل هناك كم قليل من المراجع القانونيّة المتخصّصة التي عالجت موضوع الولاية على القصر في مجال العلاقات الدوليّة الخاصّة - في حدود ما وقع بين أيدينا من مراجع - على الرّغم من أهمّيّتها في الوقت الزّاهن أمام انفتاح الدّول بعضها على بعض وتزايد حركة الأموال والأشخاص وتزايد الرّيجات المختلطة، كما ركّزت أغلب الدِّراسات التي عالجت مسائل الأحوال الشخصية في مجال تنازع القوانين على المسائل المتعلّقة بالزّواج من حيث الانعقاد والانحلال، وبذلك لم يحظ موضوع الولاية على القصر على حد علمنا بأيّة دراسة ماعدا الحضانة التي تعدّ ضرباً من ضروب الولاية ومجالاً خصباً لتنازع القوانين.

ثامنا/ هيكله الدراسة

للإجابة عن الإشكالية المتعلقة بموضوع الولاية على القصر في ظلّ تنازع القوانين، استُهلّت هذه الدراسة بمقدمة شاملة، وللإحاطة بمختلف جوانب الموضوع تمّ تقسيمه إلى بابين:

جاء الباب الأول بعنوان "الحلول الوضعية لفضّ تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر" اندرج تحته فصلان، تطرّقت في الفصل الأول إلى "ماهية الولاية على القاصر وتنازع القوانين"، بينما تناولت في الفصل الثاني "القانون واجب التطبيق على مسائل الولاية على القاصر".

أمّا الباب الثاني فقد جاء بعنوان "صعوبات إعمال القانون المختص بمسائل الولاية على القاصر"، وتضمّن فصلين؛ تطرّقت في الفصل الأول إلى "الصّعوبات التي تعترض القاضي المتعلقة بضابط الجنسية"، فيما تناولت في الفصل الثاني "الصّعوبات التي تعترض القاضي في مرحلة تطبيق أحكام القانون الأجنبي".

وفي الأخير أنهيت الدراسة بخاتمة تضمّنت أهم النتائج المتوصّل إليها مع تقديم جملة من التوصيات.

الباب الأول

الحلول الوضعيّة لفضّ تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر

الباب الأول/ الحلول الوضعيّة لفضّ تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر

يتطلّب البحث عن حلول لفضّ تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر رسم حدود هذه الولاية، لأنّها من ناحية موضوعها تتّسع لتشمل عدّة مؤسّسات قانونية؛ فيندرج تحتها كلّ من الحضانة، الولاية على النّفس، الولاية على المال، الكفالة، الحجر، الوكالة إلى غير ذلك من المؤسّسات التي يتّسع لها المعنى اللفظي والدّلالي للولاية، أمّا من ناحية المولّى عليه فهي تشمل القاصر بمفهومه الواسع والضّيق، وعليه كان لزاماً في هذا المقام تحديد ماهية الولاية على القاصر التي يشملها البحث من خلال تناول مفهوم الولاية من جهة ومفهوم القاصر من جهة أخرى والتّطرّق إلى صور الولاية على القاصر.

وبما أنّ الدّراسة منصّبة في مجال تنازع القوانين الذي تفرزه العلاقات الدّوليّة الخاصّة، سأتناول ماهية تنازع القوانين من خلال الإحاطة بمفهومه وتحديد الآليات المعتمدة في فضّ التّنازع بين القوانين، التي تتمثّل أساساً في المنهج التّنازعي، كما برزت مناهج فنيّة أخرى إلى جانب هذا المنهج بهدف تقليص دوره، لكنّه لا يزال قائماً وفعّالاً رغم المحاولات الفقهيّة الحديثة التي تدعو إلى التّخلي عنه.

وبعد مرحلة ضبط المفاهيم الأساسيّة، تأتي مرحلة الوقوف على مختلف الآراء التّشريعيّة والقضائيّة والفقهيّة التي قدّمت حلولاً لفضّ تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر من خلال تحديد القانون واجب التّطبيق على هذه المسائل، خاصّة وأنّ هذا الموضوع يبدو أنّه لم ينل نصيبه من الاهتمام المطلوب من قبل التّشريعات بما فيها

الباب الأول/ الحلول الوضعيّة لفضّ تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر

التّشريع الجزائري؛ فقد عرف نقصًا كبيرًا، وعليه يمكن اقتراح ما هو مناسب لضبطه ضمن قواعد قانونيّة صريحة حفاظًا على مصالح القصر، وهذا التّوجه ما هو إلّا امتداد لما نادى به الشّريعة الإسلاميّة ومختلف التّشريعات الوضعيّة على المستوى الإقليمي والدّولي التي طالما أكّدت على مراعاة مصلحة القاصر في المقام الأوّل. ولغرض تناول هذا الباب تمّ تقسيمه إلى فصلين:

الفصل الأوّل/ ماهية الولاية على القاصر وتنازع القوانين

الفصل الثاني/ القانون واجب التّطبيق على مسائل الولاية على القاصر

الفصل الأول

ماهية الولاية على القاصر وتنازع القوانين

الفصل الأول/ ماهية الولاية على القاصر وتنازع القوانين

تعدّ الولاية من أهمّ الآليات التي شرّعت لحماية القاصر في نفسه وماله، حيث حظيت باهتمام كبير من قبل التشريعات العربيّة والأجنبيّة، فسعت كلّ دولة إلى تنظيم أحكامها بما يتماشى والنظام القانوني السائد فيها، مكرّسة في ذلك مصلحة القاصر في المقام الأول.

ونظرا لاختلاف أحكام الولاية على القاصر من دولة إلى أخرى كانت مجالا خصبا لتنازع القوانين إذا تخلّلت العلاقة القانونيّة عنصرا أجنبيّا، وعلى القاضي الناظر في النزاع أن يبحث عن حلول لفضّ التنازع مراعيّا في ذلك دوليّة العلاقة؛ فيعاملها معاملة خاصّة تختلف عن معاملته للعلاقة الوطنيّة المحضة.

وقبل الخوض في الحلول الوضعيّة لفضّ تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر، اقتضت الضّرورة تحديد مجال الدّراسة من خلال تناول المعنى الدّقيق للولاية، خاصّة وأنّها كانت مثار اختلاف بشأنها بين مدلول موسّع وآخر مضيق، وكذلك مدلول القاصر المشمول بهذه الولاية، والإحاطة بمختلف صور الولاية على القاصر، وهو ما يمكن التّفصيل فيه من خلال التّطرق إلى ماهيّة الولاية على القاصر في (المبحث الأول)، ولما كان موضوع الولاية منصبا في أحد أهمّ مواضيع القانون الدولي الخاص ألا وهو موضوع تنازع القوانين، رأيت تناول ماهيّة تنازع القوانين في (المبحث الثاني).

المبحث الأول/ ماهية الولاية على القاصر

إنّ تحديد الإطار المفاهيمي للولاية على القاصر الذي تُعنى به الدراسة يتطلب الإحاطة بالمعنى الدقيق لها، خاصة وأنها تتداخل في مفهومها مع أنظمة قانونية أخرى، وعليه أتناول مفهوم الولاية على القاصر في (المطلب الأول)، والذي لا يكتمل إلاّ من خلال تحديد الإطار الذي تشمله هذه الولاية من خلال عرض مختلف صورها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول/ مفهوم الولاية على القاصر

تشمل الولاية على القاصر عنصرين أساسيين هما نظام الولاية ومصطلح القاصر المشمول بهذه الولاية، وعليه أتناول مفهوم الولاية في (الفرع الأول)، ومن ثمّ التطرق إلى مفهوم القاصر المشمول بالولاية في (الفرع الثاني)، للتمكّن من تقديم مفهوم دقيق وشامل لنظام الولاية على القاصر.

الفرع الأول/ مفهوم الولاية

يتّضح جلياً المفهوم الدقيق للولاية من خلال الإحاطة بمعناها اللّغوي ومعناها الاصطلاحي (أولاً)، ومن هنا يتسنى لنا تمييزها عن غيرها من الأنظمة القانونية المشابهة (ثانياً).

أولاً/ تعريف الولاية

لتحديد المقصود بالولاية تجدر الإشارة إلى تعريفها من الناحية اللغوية، ومن ثم الوقوف على تعريفها من الناحية الاصطلاحية من خلال عرض مختلف التعريفات الفقهية.

1. **التعريف اللغوي للولاية:** الولاية مأخوذة من الفعل الثلاثي وَلِيَ، ولها عدة تعريفات من الناحية اللغوية تضمنتها قواميس ومعاجم اللغة العربية:

فجاءت "الولاية من الولي بمعنى القرب"¹، وقال ابن الأثير: وكان الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيها لم ينطبق على صاحبها اسم الولي... وعرفها ابن السكيت: الولاية بالكسر السلطان، والولاية والولاية النصرة، يقال: هم علي ولاية أي مجتمعون في النصرة، أما سيبويه فقال عنها: الولاية بالفتح المصدر والولاية بالكسر الاسم مثل الإمارة والنقابة، بينما يعرفها ابن بري: وقرئ (مالك من ولايتهم من شيء) بالفتح والكسر، وهي بمعنى النصرة²، ومنه قوله تعالى: ﴿اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ ءَامَنُوا﴾ (سورة البقرة، من الآية 256).

2. **التعريف الاصطلاحي للولاية:** أجمعت مختلف الشرائع السماوية والتشريعات الوضعيّة على آليّة وحيدة للتكفل بحاجات القاصر، أطلق عليها اصطلاحاً باسم الولاية³.

¹ الشريف الجرجاني، تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوي، معجم التعريفات، دار الفضيلة، مصر، د ط، 2004، ص 213.

² ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، د ط، د ت، المجلد 15، ص 407.

³ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 2004، ج2، ص 843.

وقد شرّعت من أجل حماية القاصر في نفسه وماله وتمارس الرّقابة على القاصر سواء أكانت له أسرة أم لم تكن له¹، وقد تعدّدت تعريفات الفقهاء للولاية بين مضيق لمدلولها وموسّع لها.

ويُقصد بالولاية بوجه عام أنّها: "سلطة شرعية يحقّ بموجبها لكامل أهلية الأداء أن يتصرّف لمصلحته ولمصلحة من تثبت ولايته عليه في شؤونه النفسانية والمالية"²، فشمّل هذا التعريف كلاً من الولاية الذاتية أي على الشخص ذاته، والولاية المتعدية التي تتعدّى الشخص ذاته ويقصد بها الولاية على الغير، وعرفها آخر بأنّها: "سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التّصرفات وتنفيذها"³، والملاحظ أنّ هذا التعريف يتضمّن تعريف الولاية على المال دون الولاية على النفس.

كما تناول جانب من الفقه تعريف الولاية على القاصر بوجه خاصّ فعرفها أحدهم بأنّها: "قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر، في تدبير شؤونه الشخصية والمالية"⁴، بينما عرفها آخر بأنّها: "سلطة قانونية تُمكن الولي من التّصرف في حقّ المولّى عليه، وتتّسم بطابعها الإلزامي، فيخضع لها المولّى عليه جبراً، وغايتها حماية

¹ الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط1، 2005، ص 202.

² عبد العزيز بن محمد بن سعد الحمير، الولاية النفسية والمالية على الصّغير، دار الصّميعة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 2011، ص 38.

³ سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التّصرفات المالية - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج، الأردن، د ط، 2010، ص 96.

⁴ مصطفى أحمد الزّرقا، مرجع سابق، ص 843.

القاصر في نفسه وماله"¹، فجاء هذا التعريف أكثر دقة من غيره حيث تناول تعريف الولاية من خلال الإشارة إلى خصائصها والغاية التي أقيمت من أجلها.

ويتضح من خلال ما تقدّم من تعريفات فقهية للولاية، ما يلي:

- أساس الولاية تحقيق مصلحة القاصر فهي تدور معها وجوداً وعدمًا²، وتشمل الولاية النفسية والولاية المالية.

- الولاية سلطة: يكاد يجمع الفقه على اعتبار الولاية سلطة، ويقصد بها الحق في التصرف وترتيب آثار على هذا التصرف³، بينما انتقد البعض هذه الخاصية فلا يعتبر الولاية سلطة لأنها بهذا المعنى تكون قاصرة على الولي دون المولى عليه، كما لا يمكن القول بأنها حق فينصرف معناها إلى المولى عليه دون الولي⁴.

- الطبيعة الإلزامية للولاية: لا يمكن الجزم بأن الولاية بشئى صورها تتسم بالطابع الإلزامي فالأمر يختلف من صورة إلى أخرى. حيث تعدّ الولاية الأصلية هي الولاية الإلزامية بينما الوصاية -سواء أكانت بالاختيار أم بالتعيين- لا تعدّ كذلك ويمكن للوصي أن يرفض الإيصاء ولا يجبر على قبولها⁵، فالقاصر يهلك بترك الولاية الأصلية

¹ فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، مجع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط1، 2015، ص 402.

² عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي - دراسة ومقارنة، أفريقيا الشرق، المغرب، د ط، 1996، ص 30.

³ المرجع نفسه، ص 29.

⁴ محمد بشير، الولاية على القاصر وإجراءات حمايته في التشريع الجزائري مقارنًا، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه " ل.م.د" تخصص القانون الإجرائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، ص 21.

⁵ سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 136.

ولا يستطيع الولي التّخّي عنها ما لم تقم أسباب موجبة لذلك؛ وفي هذه الحالة وجب استئذان القاضي لاتّخاذ الإجراءات اللازمة التي من شأنها تحقيق مصالح القاصر¹.

كما تجدر الإشارة إلى أنّ للولاية معنيين: معنى عام ومعنى ضيّق، فأما المعنى العام فيعبّر عن النيابة الشرعيّة والتي تتدرج ضمنها عدّة أنظمة قانونيّة كالوصاية والقوامة²، ويُقصد بها قيام شخص مقام آخر في التّصرف عنه وهي نوعان: ولاية اختياريّة يكون موضوعها تفويض التّصرف إلى الغير وولاية إجباريّة عندما يقوم الشرع بتفويض التّصرف لمصلحة القاصر-نيابة عنه- إلى شخص آخر يكون الممثّل الشرعيّ للقاصر وينوب عنه في مختلف الشّؤون التي تقبل النيابة وتشمل الولاية على النّفس والولاية على المال³، بينما ينحصر المعنى الضيّق للولاية في الولاية الأصليّة كولاية الأب والجدّ التي تثبت لهم بقوة القانون⁴.

وبناء على ما سبق ذكره، يمكن تعريف الولاية بأنّها: "سلطة أسندت لأشخاص يمارسون مهامهم متى توفّرت فيهم الشّروط اللازمة لذلك، يلتزم فيها الولي بالحدود المرسومة قانونا وغايتها تحقيق المصالح الشّخصيّة والماليّة للقاصر".

¹ أحمد نصر الجندي، التّعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونيّة، مصر، د ط، 2008، ص 13.

² محمد بشير، مرجع سابق، ص 18.

³ عبد السلام الرّفعي، مرجع سابق، ص 28 و 29.

⁴ محمد بشير، مرجع سابق، ص 18 و 21.

ثانيا/ تمييز الولاية عن غيرها من الأنظمة القانونية المشابهة

تتشترك الولاية مع غيرها من الأنظمة القانونية في العديد من الخصائص وتختلف عنها في عدّة جوانب، ممّا يستدعي تمييزها عن هذه الأنظمة المشابهة، أهمّها الوكالة، الحجر، والكفالة.

1. تمييز الولاية عن الوكالة: تعتبر كلّ من الولاية والوكالة ضرب من النيابة، ويقصد بها: "قيام شخص مقام آخر في التصرف عنه"¹، فيقوم كل من الولي أو الوكيل بالتصرف بدلا عن صاحبه نظرا لعجزه عن القيام به حقيقة أو حكما²، إلّا أنّهما يختلفان في عدّة مواضع يمكن حصرها في النقاط التالية:

أ- من حيث المصدر: الولاية قد تكون نيابة قانونيّة مصدرها القانون كولاية الأب والأم والجّد، أو نيابة قضائيّة مصدرها القضاء حيث يقوم القاضي باختيار النّائب كالقّيم، وهناك نوع من النيابة يجمع بين النيابة القانونيّة والقضائيّة كنيابة الوصي عن القاصر، إذ يحدّد القانون نطاق نيابة الوصي فتكون نيابته قانونيّة، بينما يعيّن القاضي الشخص الذي يقوم بأعمال الوصاية فتكون بذلك نيابته قضائيّة³، وبذلك يعدّ الولي النّائب ممثّلا شرعيّا للقاصر ينوب عنه في مختلف الأمور التي تقبل النيابة⁴.

¹ مصطفى أحمد الزّرقا، مرجع سابق، ص 844.

² سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص 44.

³ ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونيّة، دار الفكر الجامعي، الإسكندريّة، مصر، د ط، 2004، ص 11 و 50.

⁴ مصطفى أحمد الزّرقا، مرجع سابق، ص 844.

أما الوكالة فهي نيابة اتّفاقيّة ويُطلق عليها بالنيابة الاختيارية يكون مصدرها الاتّفاق، حيث تتدخّل إرادة الأطراف في تحديد النيابة خاصّة من الأصل الذي يقوم باختيار النائب ورسم حدود نيابته¹، وقد عرفها المشرّع الجزائري في القانون المدني²، المادّة 571 منه والتي نصّت على أنّ: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"، ومن صور الوكالة في مجال الأحوال الشخصية الوكالة في الزواج التي أخذت بها بعض التشريعات المقارنة كالمشرّع التونسي في الفصل 9 م أ ش³.

ب- من حيث الأهلية: يشترط في الولاية الأهلية الكاملة لشخص الولي أي النائب، أما عن أهلية الأصل فهو شخص قاصر شرّعت له الولاية بسبب قصور أهليته، والأصل قد يكون عديم الأهلية أو ناقصها وعليه أن يلتزم بالقيود التي تكفل القانون بتنظيمها تنظيمًا دقيقًا بهدف حماية مصالح هؤلاء القصر⁴.

¹ ماجدة مصطفى شبانة، مرجع سابق، ص 11.

² الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدّل والمتمم.

³ الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956، المتعلّق بإصدار مجلّة الأحوال الشخصية التونسية، الزائد الرسمي العدد 66، المؤرخ في 17 أوت 1956، المنقّحة والمتمّمة. نصّ الفصل 9 منه على أنّ: "للزوج والزوجة أن يتولّيا زواجهما بأنفسهما وأن يوكّلا من شاء وللولي حق التوكيل أيضا".

⁴ ماجدة مصطفى شبانة، مرجع سابق، ص 15.

أما عن الوكالة، فينظر فيها إلى أهلية الموكل لا الوكيل، لأن آثار العقد من حقوق والتزامات تنصرف إلى الموكل وعليه يكفي أن يكون الوكيل مميزاً¹، وعليه يصح تصرف القاصر بصفته نائباً عن الأصل وينتج أثره القانوني في مواجهة الأصل لا النائب².

ج- من حيث أسباب الانتهاء: تنتهي الولاية لأحد الأسباب المحددة قانوناً ولا يتصور إنهاؤها بإرادة القاصر أو الولي، ولكن يمكن لهذا الأخير التنازل عن الولاية لأسباب جدية يرجع في تقديرها إلى قاضي الموضوع. بينما في الوكالة تتدخل إرادة أطراف النيابة في إنهاؤها سواء أكانت من طرف الأصل أم النائب³، وفي حالة وفاة الولي تنتقل الولاية إلى الشخص الذي يليه وفقاً لما حدده القانون، بينما تنتهي الوكالة بمجرد موت الوكيل وهو ما أشار إليه صراحة المشرع الجزائري في نص المادة 586 ق م.

د- رقابة المحكمة العليا على مدى الالتزام بحدود النيابة: لا يثار أي إشكال فيما يخص حدود الولاية باعتبارها نيابة قانونية، فيمكن التعرف على مدى التزام الولي بالحدود المرسومة قانوناً، لأن تطبيق وتفسير نصوص هذه المسألة القانونية يكون الفصل النهائي فيها للمحكمة العليا، أما فيما يتعلق بمسألة حدود الوكالة فكونها نيابة اتفاقية يكون الفصل

¹ قدرى عبد الفتاح الشهاوى، أحكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 2001، ص 21.

² ماجدة مصطفى شبانة، مرجع سابق، ص 15.

³ سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 760 و 768.

فيها نهائياً من اختصاص قاضي الموضوع باعتبارها من المسائل الموضوعية دون تعقيب من المحكمة العليا¹.

2. تمييز الولاية عن الحجر: تهدف الشريعة الإسلامية دائماً وفي جميع قضاياها إلى تحقيق سعادة الإنسان أفراداً وجماعة، فقد شرع الحجر لمصلحة البشرية²، وهو الهدف ذاته الذي أقيمت له الولاية. وتعدّ هذه الأخيرة أثراً من آثار الحجر³، وبالرغم من وجود نقاط تشابه بين النظامين إلا أن هناك حدوداً فاصلة بينهما تميّز أحدهما عن الآخر، فبالنسبة للمشروع الجزائري نجد أنه أدرج نظامي الولاية والحجر ضمن فصل واحد تحت عنوان النيابة الشرعية فكلاهما ضرب من النيابة، غير أنه جعل لكلّ منهما أحكاماً خاصة، حيث تضمنت أحكام الولاية المواد من 87 إلى 100 ق أ وتضمنت أحكام الحجر المواد من 101 إلى 108 ق أ⁴، وفيما يلي توضيح لأهمّ الفروق الجوهرية بين النظامين من خلال تناول النقاط التالية:

أ- تعريف الحجر: جاء تعريف الحجر من الناحية اللغوية بمعنى المنع مطلقاً⁵، أما من الناحية الاصطلاحية فقد درج فقهاء الشريعة الإسلامية على استعمال مصطلح الحجر،

¹ ماجدة مصطفى شبانة، مرجع سابق، ص 53 و54.

² عبد الرحمن الجزيري، تقديم وتعليق الشيخ إبراهيم محمد رمضان، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، د ط، 2016، المجلد الأول، ص 340.

³ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 477.

⁴ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر العدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم.

⁵ الشريف الجرجاني، مرجع سابق، ص 73.

وتباينت تعريفاتهم لهذا المصطلح فمنهم من قصد به المنع من التصرف القولي لا الفعلي، لأنه لا يمكن ردّ الأفعال بعد وقوعها، أمّا الأقوال فيمكن ردّها عن طريق منع وقوع أحكامها وما يترتب عنها من آثار¹، وهو ما أخذ به الحنفية، وعرفه الشافعية والحنابلة على أنه منع من التصرفات المالية، أمّا بالنسبة للمالكية فالحجر عبارة عن صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفاذ تصرفه فيما زاد عن قوته².

وهناك من عرف الحجر بأنه: "منع الشخص من التصرف في ماله وإدارته لآفة في عقله، أو لضعف في ملكاته النفسية الضابطة"³.

ومن خلال ما تقدّم من تعريفات يتّضح الفرق الجوهرى بين الحجر والولاية؛ إذ تعدّ الولاية أثر من آثار الحجر، وهي سلطة تمنح للوليّ حقّ التصرف لمصلحة المولى عليه في نفسه وماله، بينما يقتصر الحجر على منع المحجور عليه من التصرف في ماله فقط.

ب- الأسباب الموجبة للحجر: تكاد الأسباب الموجبة للحجر لا تعدّ ولا تُحصى فمنهم من اقتصر على عدد قليل منها، كالصغر أو الجنون أو العته، وهي من الأسباب المتّفق

¹ عمر علي أبو بكر، مصطفى أبو بكر مصطفى، *الحجر وأثره في التشريع الإسلامي*، مجلّة الراسخون، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، مجلد 1، عدد 1، أوت 2015، ص 4. المقال متوفّر على الرابط التالى، تاريخ الاطلاع 2019/08/04 على الساعة 23:00 <http://ojs.mediun.edu.my/index.php/arrasikhun/issue/view/1>

² عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 339. وينظر: عبد الغني الغنيمي الميداني الحنفي، تحقيق محمد العزّازي، الباب في شرح الكتاب وهو شرح مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 2016، ص 269.

³ محمد كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 1987، ص 167.

عليها عند فقهاء الشريعة الإسلامية، ومنها ما هو مختلف فيها ولا يرجع هذا الاختلاف لقصور الأهلية بل لدفع الضرر عن المحجور عليه وعن غيره من الناس¹.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد حدّد الأشخاص الخاضعين للحجر القضائي بموجب نصّ المادة 101 ق أ، أين اعتبر الشخص الذي بلغ سنّ الرشد وهو مصاب بعارض من عوارض الأهلية المتمثلة في الجنون أو العته أو السفه أو طرأت عليه إحدى هذه العوارض بعد رشده، من الأشخاص واجب الحجر عليهم حماية لمصلحتهم ومصلحة غيرهم.

ومن الملاحظ أنّ الصّغر يعدّ من أسباب الحجر المتّفق عليها في الفقه الإسلاميّ وتبدأ مرحلته من حين الولادة إلى البلوغ²، وهو ما أخذت به بعض التشريعات العربيّة المقارنة³، خلاف المشرع الجزائري الذي لم يدرج الصّغر ضمن الأسباب الموجبة للحجر بل أدرجه ضمن أحكام الولاية.

ج- الآثار المترتبة عن الحجر والولاية: تعدّ تصرّفات المحجور عليه باطلة بعد الحكم القضائيّ بالحجر، وقبّل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وقت صدور هذه التصرّفات، وهو ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 107 ق أ، أمّا عن تصرّفات

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلاميّ وأدلّته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 1985، ج5، ص 416.

² المرجع نفسه، ص 416 و417.

³ يعدّ الصّغر من أسباب الحجر في التشريع التونسي وهو ما تضمّنه الفصل 153 م أ ش الذي نصّ على أنّه: "يعتبر محجورا للصّغر من لم يبلغ سنّ الرشد وهو ثماني عشرة سنة كاملة...".

القاصر المشمول بالولاية فقد ميّز المشرّع الجزائري على غرار ما ذهب إليه الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة بين القاصر غير المميّز والقاصر المميّز¹.

وقرّر المشرّع الجزائري في المادة 103 ق أ أنّ الحجر لا يكون إلاّ بحكم قضائيّ ويمكن الاستعانة بأهل الخبرة لإثبات أسبابه، بينما هناك بعض صور الولاية على القاصر التي لا تتطلب اللّجوء إلى القضاء كولاية الأب، كما لا تتطلب الاستعانة بخبير لإثبات القصر فيكفي أن تقدّم شهادة ميلاد لمعرفة سنّ القاصر.

3. تمييز الولاية عن الكفالة: الكفالة نظام قانونيّ شرّع أساساً لحماية فئة القصر المولودين من علاقات غير شرعية وحفظهم من الوقوع في أيدي المجرمين الذين يستغلّون هذه الفئة في أعمالهم الإجرامية والتي ستؤدي لا محالة إلى أمراض نفسية وعقلية لهؤلاء الأطفال²، كما شرّعت الكفالة لحماية فئة أخرى من القصر الذين لا مأوى لهم ولا عائلة تمنحهم الرعاية والحنان في المراحل الأولى من حياتهم، كأن يصبح القاصر وحيداً بسبب فقد أهله لأيّ سبب من الأسباب، كما تفضّل بعض العائلات التّخلي عن أبنائها القصر بسبب عدم قدرتها على توفير الرّعاية اللازمة لهم نظراً لما يعيشونه من فقر مدقع، وهو

¹ تنصّ المادة 82 ق أ جزائري على أنّ جميع تصرفات القاصر غير المميز تعدّ باطلة، ونصّت المادة 83 ق أ جزائري على أنّ تصرفات القاصر المميّز الذي لم يبلغ سنّ الرّشد تكون نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، أمّا التّصرفات الدّائرة بين النّفع والضّرر فتتوقف على إجازة الولي أو الوصي.

² مصطفى معوان، أسباب تحريم التّبني وإحلال الكفالة بين أحكام الشّريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلّة المعيار، كلية أصول الدّين جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلّد 5، العدد 9، 2004، ص 513.

ما يدفعهم إلى تسليمهم لعائلات ميسورة الحال على أمل أن تضمن لأبنائها القصر العيش حياة كريمة، وهي حالات نادرة لكنّها موجودة في واقعنا المعيش.

وقد عمد المشرّع الجزائري إلى تنظيم أحكام الكفالة في قانون الأسرة ضمن فصل مستقل بذاته، وعرفها في نصّ المادّة 116 ق أ على أنّها: "التزام على وجه التبرّع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتمّ بعقدٍ شرعي"، وجاء في نصّ المادّة 121 ق أ: "تخول الكفالة الكافل الولاية القانونيّة وجميع المنح العائليّة والدراسيّة التي يتمتّع بها الولد الأصلي"، وعليه فإنّ الولاية أثر من آثار الكفالة. ويتشابه النظامان في أنّ كليهما نوع من أنواع النيابة التي شرّعت لحفظ القاصر في نفسه وماله ودون مقابل، إلّا أنّ القاصر المشمول بالولاية الشرعيّة يختلف عن القاصر المشمول بالكفالة، كما أنّ هناك بعض الفروق الجوهريّة التي تميّز الولاية عن الكفالة يمكن عرضها في النقاط التالية:

أ- الآثار المترتبة عن الكفالة والولاية: من آثار الكفالة احتفاظ المكفول بنسبه وبالتالي لا يجوز التوارث بين الكافل والمكفول، هذا ما يميّزها عن نظام التبني، كما يجوز للكافل أن يوصي للمكفول بجزء من ماله بحيث لا يتعدّى ثلث التركة، وهو ما تضمّنه نصّ المادّة 123 ق أ جزائري، على العكس من ذلك فإنّ الولاية الأصليّة على القاصر كولاية الأب والأم توجب التوارث بين الوليّ والقاصر ومن ناحية الوصيّة فلا يجوز للوليّ أن يوصي للقاصر بماله كلّهُ أو بعضه بصفته وارثاً له، فالأصل شرعا وقانوناً أنّه لا وصيّة لوارث،

واستثناءً تصحّ الوصيّة إذا أجازها الورثة بعد وفاة الوصيّ، وهو ما أكّد عليه المشرّع الجزائريّ في نصّ المادّة 189 ق أ.

ب- آثار الطلاق بالنسبة للقاصر: إذا كان الطّفل القاصر ابنا شرعيّا للزوجين فإنّه في حالة الطّلاق تطبّق أحكام المادّة 87 ق أ بإسناد الولاية إلى من أسندت له الحضانة، فتستفيد الأمّ المطلقة إذا أسندت لها الحضانة من أجره الحضانة ونفقة الطّفل القاصر، لكن في حالة القاصر المكفول فالطلاق الحاصل بين الكافل وطليقته لا يُمكن هذه الأخيرة من طلب حضانة المكفول ونفقته، هذا ما أكّده قرار للمحكمة العليا برفضها طلب المطلقة حضانة ونفقة البنت المكفولة التي تعيش معها حيث جاء فيه أنّ المبدأ: "لا تسري آثار الطّلاق من حضانة ونفقة على الطّفل المكفول الذي يعيش مع مطلقة الزوج الكافل"¹.

ج- أسباب انقضاء الكفالة: بحكم أنّ الكفالة عبارة عن عقد شرعيّ تبرّعيّ وشخصيّ فإنّ أسباب انقضائها تختلف عن أسباب انقضاء الولاية، ومن أهمّ هذه الأسباب:

- تخليّ الكافل عن المكفول لسبب راجع إلى الكافل كعدم قدرته على رعاية القاصر أو بسبب المكفول ذاته كأن يقوم بتصرّفات تسيء إلى سمعة العائلة الكافلة²، ووفقاً لقاعدة توازي الأشكال فإنّ الكفالة تنقضي بالآلية نفسها التي أنشئت بها، وعليه يمكن أن يتخلى

¹ قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 613481، بتاريخ 2011/03/10، مجلّة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 290.

² نادية لاکلي، أحكام الكفالة في التشريع الجزائري وإشكالاتها القانونية، مجلّة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلّد 10، العدد 2، 2022، ص 117. المقال متوفّر على الرّابط التّالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/207458>

الكافل عن الكفالة أمام الجهة التي أقرتها سواء أكانت المحكمة أم الموثق¹، بينما في نظام الولاية لا يمكن تخلي الولي عن القاصر إلا لأسباب جدية يرجع تقديرها إلى قاضي الموضوع الذي يراعي مصلحة القاصر بالدرجة الأولى.

- وفاة الكافل لا يترتب عنه انتقال الكفالة إلى الورثة إلا إذا التزموا بها²، أما في حالة وفاة الولي فتنتقل الولاية إلى الورثة طبقاً لما جاءت به النصوص القانونية.

مما سبق تناوله، يتضح أنّ للولاية خصوصياتٍ التي تميزها عن غيرها، فهي نظام قائم بذاته يدخل في إطار النيابة الشرعية إلى جانب النظم القانونية الأخرى المشابهة.

الفرع الثاني/ مفهوم القاصر المشمول بالولاية

أولت الشريعة الإسلامية وجلّ التشريعات الوضعية عناية فائقة بفئة القصر نظراً لعجزهم عن تدبير شؤونهم بأنفسهم لضعف في ملكاتهم الذهنية والجسدية، وتباينت وجهات النظر إلى الفئة التي تدخل في مفهوم القاصر، فاختلف الفقه والتشريعات الوضعية في تحديد مدلوله بين موسّع ومضيق، كما وظّفت مختلف التشريعات مصطلح القاصر في عدّة مواضع من فروع القانون، إلا أنّ المقصود به يختلف من مجال إلى آخر، فمثلاً يختلف مفهوم القاصر في المجال المدني عنه في المجال الجنائي.

كلّ هذا التباين استدعى الوقوف على المعنى الدقيق لمصطلح القاصر الذي تعنى به الدراسة سواء أكان من الناحية اللغوية أم الاصطلاحية مع إبراز معنى القاصر الذي

¹ المادة 117 ق أ ج، والمادة 125 ق أ ج.

² المادة 125 ق أ ج.

وظّفه المشرّع الجزائري في بعض فروع القانون (أولاً)، والتمييز بين مصطلح القاصر وغيره من المصطلحات التي كثيراً ما تشته به (ثانياً).

أولاً/ تعريف القاصر المشمول بالولاية

يتحدّد المعنى الدقيق لمصطلح القاصر المشمول بالولاية من خلال التّطرق لتعريفه من النّاحية اللّغويّة، ثم تناول تعريفه من النّاحية الاصطلاحية من خلال تقديم أهمّ التعريفات الفقهيّة والتّشريعيّة، والإشارة إلى مواضع توظيف المشرّع الجزائري لمصطلح القاصر في بعض فروع القانون.

1. التعريف اللّغوي للقاصر: مصطلح القاصر والجمع قُصّر، عرّفه اللّغويّون بعدّة تعريفات؛ فيقال: أقصر عن الشّيء أي كفّ عنه ونزع معه القدرة عليه¹، وقصر عن الشّيء: عجز عنه ولم يبلغه²، والقاصر: هو الشّخص العاجز عن التّصرّفات القانونيّة، والقصر بمعنى الضّعف والوهن³، والقاصر: من لم يبلغ سنّ الرّشد⁴.

2. التعريف الاصطلاحي للقاصر: درجت مختلف التّشريعات على استخدام مصطلح القاصر في مختلف فروع القانون، إلّا أنّ مدلوله يختلف من قانون إلى آخر ومن دولة إلى أخرى، لذلك برز اتّجاهان اثنان: اتّجاه موسّع لمدلوله وآخر مضيقّ له.

¹ أبو بكر الرّازي، إيضاح مختار الصّاح، دار البشائر، دمشق، سوريا، ط1، 1997، ص 355.

² ابن منظور، مرجع سابق، المجلّد 5، ص 97.

³ رونهرت دوزي، ترجمة محدّث سليم النّعيمي، تكملة المعاجم العربيّة، دار الشّؤون الثقافيّة العامّة، بغداد، ط1، 1997، ج8، ص 290.

⁴ لجنة من كبار اللّغويين، المعجم الوسيط، مكتبة الشّروق الدّولية، مصر، ط4، 2004، ص 783.

1.2. المدلول الواسع لمصطلح القاصر: يكون مدلول مصطلح القاصر بمعناه

الواسع مرادفاً للفظ الصَّغير أو الصَّبِيّ سواء أكان مميّزاً أم غير مميّز، ويشمل كلاً من المجنون والمعتوه والسّفِيه وذِي الغفلة¹، ويُقصد به: " كلّ من يعجز عن حماية نفسه وتحصيل حقوقه بنفسه، بغضّ النّظر عن السبب الذي يرجع إليه ذلك العجز، إذ قد يرجع سبب ذلك إمّا لعدم اكتمال في النّمو، أو لصغر في السّن، أو لفقد للعقل، أو لضعف في العقل والإدراك"².

وقد أخذت العديد من التّشريعات العربيّة بالمدلول الواسع لمصطلح القاصر ليشمل القاصر سنّاً ومن في حكمه، من ذلك ما تضمّنته المادّة الأولى من القانون العربيّ الموحد لرعاية القاصرين³، تناولت تعريف القاصر ومن في حكمه ونصّت على أنّه:

"تسري أحكام هذا القانون على القاصر وهو الصَّغير الذي لم يبلغ سنّ الرّشد القانوني.

يحدّد سنّ الرّشد القانونيّ وفق قانون الدّولة التي ينتمي إليها القاصر بجنسيّته.

¹ عبد الرّحمان هيباوي، الحماية القانونيّة لأموال القاصر دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغربيّة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الدّكتوراه علوم في الحقوق، تخصّص القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة أحمد دراية، أدرار، السّنة الجامعيّة 2020/2021، ص 39.

² نصيرة برير، حماية حقوق القصر في الفقه الإسلاميّ وتشريعات الدّول المغاربيّة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه الطّور الثّالث (ل م د) في العلوم الإسلاميّة، تخصّص تفسير وتشريع مقارن، معهد العلوم الإسلاميّة، جامعة الشّهد حمه لخضر، الوادي، السّنة الجامعيّة 2020/2021، ص 47.

³ القانون العربيّ الموحد لرعاية القاصرين المعتمد من طرف المكتب التّنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب التّابع لجامعة الدّول العربيّة كقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم: 323-الاجتماع الرّابع والعشرون-2002/03/04. القانون متوفّر في الموقع الرّسمي لجامعة الدّول العربيّة، تاريخ الاطّلاع 2020/11/20، على السّاعة 23:30.

يعتبر في حكم القاصر: أ- الجنين. ب- المجنون، المعتوه، وذو الغفلة والسفيه. ج- المفقود، والغائب. د- المحجور عليه قانوناً¹.

وأخذ بالمعنى نفسه المشرع العراقي وهو ما يُستشف من المادة الثالثة من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980، التي نصّت أنّ هذا القانون يسري على الصغير الذي لم يبلغ سنّ الرشد، بالإضافة إلى فئة الأشخاص الذين هم في حكم القاصر كالجنين والمحجور الذي تُقرّر المحكمة أنّه ناقص الأهلية أو فاقدها لعارض من عوارض الأهلية كالمجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة، بالإضافة إلى الغائب والمفقود¹.

كما عرّف المشرع الليبي القاصر في القانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم²، حيث نصّت المادة 17 منه على أنّه: "يعتبر قاصراً من لم يبلغ سنّ الرشد والمجنون والسفيه وذو الغفلة ويكون في حكم القاصر المفقود والغائب والممنوع من التصرف بحكم القانون والمريض مرض الموت ومن أحاط الدين بماله، ومن في حكمهم الذين تحدّدهم المحكمة المختصة".

ومن جهته، استعمل المشرع التونسي مصطلح القاصر في مجلة الأحوال الشخصية كمرادف لمصطلح الصغير وذلك في الفصلين السادس والثامن، بينما وظّف

¹ قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980، المؤرخ في 05 جويلية 1980، الوقائع العراقية العدد 2772، المؤرخ في 05 جويلية 1980، النص الكامل للقانون متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2019/11/02 على الساعة 22:35.

<https://iraqlid.e-sjc-services.iq>

² القانون الليبي رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، المؤرخ في 15 ديسمبر 1992. النص الكامل للقانون متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2019/11/02 على الساعة 23:45 <https://site.eastlaws.com>

مصطلح القاصر إلى جانب مصطلح الصّغير في الفصل 13 من مجلة الالتزامات والعقود¹، ما يدلّ على أن المشرّع لا يكرّر المصطلح نفسه فقد قصد بالقاصر المحجور عليه الرّشيد كالمجنون، السّفية، ضعيف العقل والمحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية تتجاوز 10 سنوات؛ أي أنّ مؤسّسة القاصر تشمل إلى جانب الصّغير كلّ من أصيب بعاهة بدنية أو عقلية أدّت إلى عجزه عن القيام بعمل ما².

2.2. المدلول الضيق لمصطلح القاصر: هناك من من أخذ بالمدلول الضيق

لمصطلح القاصر، حيث عرّفه بأنّه كل إنسان يحتاج إلى من يقيم حياته ما لم يستكمل أهلية الأداء سواء أكان فاقداً لها كالصّغير غير المميّز أم ناقصها من سنّ التميّز إلى بلوغ سنّ الرّشد³.

كما يُطلق القاصر على كلّ شخص منذ ولادته حياً حتّى بلوغه سنّ الرّشد⁴، وهو التعريف الذي تبناه الفقه الفرنسي⁵، وهو مطابق لما جاء به المشرّع الفرنسي أين عرّف القاصر صراحة بموجب نصّ المادّة 388 ق م⁶.

¹ قانون عدد 87 لسنة 2005 مؤرّخ في 15 أوت 2005، المتعلّق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التّونسية، الرّائد الرّسمي العدد 68، المؤرّخ في 26 أوت 2005.

² المهدي قيّاس، القاضي المدني وحماية القاصر، مجلّع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط1، 2015، ص 18.

³ مصطفى أحمد الزّرقا، مرجع سابق، ص 843.

⁴ بشّار عدنان ملكاوي، معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، دار وائل، الأردن، ط1، 2008، ص 171.

وينظر: صوريّة غربي، أحكام الأبوة في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدّكتوراه علوم في القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السّنة الجامعيّة 2018-2019، ص 205. وينظر كذلك: مصطفى معوان، مرجع سابق، ص 520.

⁵ Philippe Malaurie , Les personnes la protection des mineurs et des majeurs, Defrénois, Lextenso éditions, paris, 4^e éd, 2009, p 249.

⁶ L'article 388 du code civil français prescrit que : "Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis...".

كما أخذ بالتعريف نفسه غالبية الفقه العربي حيث اعتبر أنّ: "القاصر قانوناً هو كلّ شخص ذكرًا أو أنثى لم يبلغ سنّ الرّشد القانوني"¹، وعرفه آخر بقوله إنّ: "القاصر هو كلّ شخص لم يبلغ سنّ الرّشد المحدّد الذي تحدّده القواعد القانونية الخاصة بأحكام الأهلية والتي تتضمنها عادة القوانين المدنية في قوانين الدّول الغربيّة، في حين تنظّمها أحكام قوانين الأسرة أو الأحوال الشخصيّة في الدّول العربيّة والإسلاميّة"².

ويطلق لفظ الصّبيّ كمرادف للفظ القاصر، فعرفه أحدهم بقوله: "الصّبيّ المميّز إذا بلغ السّابعة من عمره حتّى بلوغ سنّ الرّشد والصّبيّ عديم التّمييز من لم يبلغ السّابعة من عمره..."³.

ومن الملاحظ أنّ جانبًا كبيرًا من الفقه أخذ بالمدلول الضيق للقاصر كمرادف لمصطلح الصّبي أو الصّغير أي القاصر سنًا، حيث اعتمدوا أساسًا في تعريفهم لمصطلح القاصر على معيار السنّ الذي يختلف من دولة إلى أخرى، وهناك من ميّز بين مرحلتين عمريتين يمر بهما القاصر يفصلهما سنّ التّمييز الذي يختلف بدوره من دولة إلى أخرى،

¹ ابتسام القزام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعيّة، وحدة الرّعاية، الجزائر، د ط، 1992، ص 189. وينظر كذلك: أحمد بوكرازّة، المسؤوليّة المدنيّة للقاصر دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصّص قانون خاص، كلّية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، السّنة الجامعيّة 2013-2014، ص 15. الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة...، مرجع سابق، ص 198. سالم بن عبد الغني الرّافعي، أحكام الأحوال الشخصيّة للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 2002، ص 363. سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 163. عبد الله مسعودي، شرح قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة الجديد، دار هومة، الجزائر، د ط، 2018، ج 1، ص 145 و 146.

² محمد توفيق قديري، حماية النّمة الماليّة للقاصر في القانون الجزائري، مجلّة المفكر، كلّية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، المجلّد 12، العدد 14، 2017، ص 482. المقال متوفّر على الرابط التّالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/62405>

³ ماجدة مصطفى شبانة، مرجع سابق، ص 59.

ويكتسي هذا السنّ أهميّة بالغة خاصّة في مجال العلاقات الدّوليّة الخاصّة، لما له من أثر كبير لا سيما في مجال المعاملات الماليّة لأنّه يؤثّر في أهليّة القاصر، فالأحكام المتعلّقة بالقاصر عديم التّمييز تختلف عن الأحكام الخاصّة بالقاصر المميّز كما يؤثّر على حدود سلّطة الوليّ على القاصر، وتظهر الأهميّة ذاتها بالنّسبة لسنّ الرّشد فبلوغ شخص معيّن هذا السنّ الذي يختلف من دولة إلى أخرى يُكسبه الأهليّة الكاملة ما لم يعترضه عارض من عوارضها وبالتالي تنتهي معه الولاية.

3. مصطلح القاصر في التشريع الجزائري: وظّف المشرّع الجزائري مصطلح

القاصر في عدّة نصوص قانونيّة أين اختلف مدلوله من موضع إلى آخر وهذا ما سأتناوله، من خلال إبراز المقصود بالقاصر في بعض القوانين وفي مجالات مختلفة.

- **القاصر في قانون الأسرة الجزائري:** لم يورد المشرّع الجزائري تعريفاً لمصطلح القاصر في قانون الأسرة بل يفهم ضمناً من قراءة لمختلف النّصوص القانونيّة التي ورد فيها هذا المصطلح¹، استناداً إلى المبدأ القائل: نصوص القانون يفسّر بعضها كما أنّ مهمّة التّعريف ليست من عمل المشرّع بل هي مهمّة الفقهاء².

¹ وظّف المشرّع الجزائري مصطلح القاصر في عدة مواضع من قانون الأسرة أذكر منها: المادّة 7 ق أ، المادّة 13 ق أ، المادّة 96 ق أ، المادّة 210 ق أ.

² أكرم زاده الكوردي، مفهوم القاصر وأهليّته في القانون العراقي والمصري: دراسة مقارنة، مجلّة العلوم القانونيّة والاجتماعيّة، جامعة زيّان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلّد 5، العدد2، جوان 2020، ص 621. المقال متوفّر على الزّابط التّالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/116045>

ويتّضح جلياً من خلال الاطلاع على النصوص القانونية التي تضمّنها قانون الأسرة الجزائري أنّ المشرّع أخذ برأي الفقه الرّاجح، حيث قصد بالقاصر الشّخص الذي لم يبلغ سنّ الرّشد القانوني أي القاصر سنّاً، الذي حدّده بـ 19 سنة كاملة كما جاء في نصّ المادّة 40 ق م، واستعمل مصطلح الصّغير كمرادف للقاصر في نصّ المادّة 81 ق أ.

- **القاصر في القانون المدني:** وظّف المشرّع الجزائري مصطلح القاصر في القانون المدني للدلالة على الشّخص الذي لم يبلغ سنّ الرّشد المدني المحدّد بتسع عشرة سنة كاملة حيث فرّق بين الشّخص القاصر سنّاً والأشخاص غير كاملي الأهلية كالمحجور عليه والغائب والمفقود، كما ميّز بين مرحلتين عمريّتين يمرّ بهما القاصر يفصلهما سنّ التّمييز المحدّد في المادّة 42/ف2 ق م بثلاث عشرة سنة، فيكون القاصر فاقداً للتّمييز قبل هذا السنّ أي فاقداً لأهلية الأداء ومميّزاً بعد سنّ الثالثة عشرة فتكون له أهلية أداء ناقصة، والتي تكتمل ببلوغ سنّ الرّشد القانوني.

- **القاصر في قانون العقوبات:** وظّف المشرّع الجزائري مصطلح القاصر في قانون العقوبات في العديد من المواضع، وقصد به القاصر سنّاً¹، واختلف السنّ الذي حدّده للقاصر من موضع إلى آخر، وعليه جاء مصطلح القاصر للدلالة على الشّخص الذي لم يبلغ سنّ الرّشد الجزائيّ المحدّد بثماني عشرة سنة أي أنّه مرادف لمصطلحي الحدث

¹ الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج ر العدد 49، المؤرخة في 11 جوان 1966، المعدّل والمتّمّم.

والطفل وهو ما تضمنه قانون العقوبات في المواد: 49، 50، 51، 195 مكرر، 293 مكرر¹، 326، وفي مواضع أخرى قصد به الشخص الذي لم يكمل سن التاسعة عشرة من عمره (المادة 380 ق ع)، وفي موضع آخر قصد به المحضون (المادة 328 ق ع).

- **القاصر في قانون التمهين:** وظّف المشرع الجزائري مصطلح القاصر في القانون 10-18 المحدد للقواعد المطبقة في مجال التمهين¹، وقصد به الشخص الذي بلغ خمس عشرة سنة من عمره إذ سمح له المشرع بالالتحاق بالتكوين عن طريق التمهين بموافقة الولي الشرعي وتحت رقابته²، والقاصر قبل هذا السن لا يحق له التمهين حرصا من المشرع على إتمامه مرحلة التعليم الإلزامي، فالتعليم يشمل قسمين: قسما نظريًا يعرف بالتعليم العام الإلزامي ويكون إلى غاية بلوغ القاصر 16 سنة، وتعلّما حرفيًا أو عمليًا أي التكوين المهني ويأتي دوره بعد هذا السن³.

كما يتماشى هذا السن مع ما جاءت به المادة 2/3 من الاتفاقية رقم 138 لسنة 1973 المتعلقة بالحد الأدنى لسن الالتحاق بالعمل والتي نصّت على أنه: "3...- لا يجوز

¹ القانون رقم 10-18 المؤرخ في 10 جوان 2018، المحدد للقواعد المطبقة في مجال التمهين، ج ر العدد 35 المؤرخة في 13 جوان 2018.

² المادة 7 والمادة 23 من القانون 10-18، القانون نفسه.

³ خالدية مكي، الحماية القانونية للقاصر في إطار القوانين المتعلقة بالتمهين، رسالة دكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011، ص 3.

أن يكون الحد الأدنى للسّن المقرر عملاً بالفقرة 1 من هذه المادة أدنى من سنّ إنهاء الدراسة الإلزامية، ولا يجوز في أيّ حال أن يقلّ عن 15 سنة¹.

- **القاصر في القوانين المتعلقة بالصّحة:** وظّف المشرّع الجزائري مصطلح القاصر إلى جانب مؤسسة الولاية وأكد على أهميّتها في مختلف المسائل المتعلقة بصّحة القصر هذا ما نلمحه في عدّة مواضع ضمن أحكام القانون المتعلّق بالصّحة²، كما ميّز المشرّع بين مصطلح القاصر ومصطلح عديمي الأهلية فينصرف بذلك معنى القاصر إلى القاصر سنّاً والقاصر ناقص الأهلية، حيث نصّت المادة 23/ف2 ق ص والمادة 343 ق ص في فقرتها الأخيرة على أن تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية من طرف الأولياء أو الممثل الشرعي.

التعريف المختار:

من خلال ما تقدّم من تعريفات لمصطلح القاصر، يتّضح أنّ معناه اللّغوي والاصطلاحي ينصرف إلى معنيين: معنى ضيقاً وهو القاصر سنّاً، ومعنى واسعاً ويراد به كلّ شخص عاجز عن تدبير شؤونه بنفسه، فيشمل بذلك فئتين من القصر القاصر سنّاً وهو من لم يبلغ سنّ الرّشد، والقاصر حكماً وهذه الفئة تختلف من دولة إلى أخرى فتشمل

¹ اتفاقية الحد الأدنى لسن الالتحاق بالعمل رقم 138، اعتمدت من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في 26 جوان 1973، تاريخ بدء النفاذ 19 جوان 1976. النص الكامل للاتفاقية متوفر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2019/09/26، على الساعة 17:00. <https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAge.aspx>

² القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018، المتعلّق بالصّحة، ج ر عدد 46 المؤرخة في 29 يوليو 2018، المعطل والمتمم.

فئة الأشخاص الذين طرأ عليهم عارض من عوارض الأهلية أدّى إلى إعدامها أو إنقاصها، كما يشمل كلّاً من الجنين والغائب والمفقود.

وبهدف حصر الدراسة سيتم معالجة الموضوع في نطاق المدلول الضيق للقاصر الذي اعتمد فيه على معيار السنّ وهو ما أخذ به غالبية الفقه وقصده المشرع الجزائري في العديد من فروع القانون، والجدير بالإشارة إلى أنّ مصطلح القاصر وظفه المشرع الجزائري في المجالين الجنائي والمدني، وعليه فإنّ الفاصل الذي يحدّد بدقّة المقصود بالقاصر هو مجال دراسته.

وعليه فالتعريف المختار للقاصر الذي تتبناه الدراسة؛ هو كلّ شخص منذ ولادته حيّاً إلى بلوغه سنّ الرشد المدني الذي يختلف من دولة إلى أخرى، ويفيد المعنى نفسه لفظ الصّغير والصبيّ والطفّل، وعليه فإنّ الدراسة لا تشمل من هو في حكم القاصر كالمجنون السّفية، المعنوه، الغائب والمفقود وغيرهم من الأشخاص العاجزين عن تدبير شؤونهم الشخصية أو المالية بأنفسهم، كما تنحصر الدراسة في مفهوم القاصر في ظلّ الأسرة التي تعدّ الوسط الطبيعي لنموّه، وعليه يخرج من مجال الدراسة كلّاً من اللقيط والمكفول والمتبنّى لأنّهم يخضعون إلى أحكام خاصّة ونُظْم قانونيّة قائمة بذاتها لها خصوصيّاتها التي تميّزها عن نظام الولاية على القاصر.

ثانيا/ تمييز مصطلح القاصر عن غيره من المصطلحات المشابهة

من خلال تعريف القاصر تبين أنه لفظ واسع، يتداخل مفهومه مع العديد من المصطلحات المشابهة التي تستدعي تمييزه عنها كمصطلح الطفل والحدث والمحجور عليه.

1. تمييز القاصر عن الطفل والحدث: يدل مصطلح القاصر والحدث والطفل على

الشخص العاجز عن الاهتمام بنفسه مما يجعل هذه المصطلحات متقاربة، وللتفرقة بينها يرى جانب من الفقه أن مفهوم مصطلح الطفل والحدث يرتبط ارتباطا وثيقا بالمجال الجنائي بينما يرتبط مصطلح القاصر بالمادة المدنية¹.

وقد عرّف المشرع الجزائري مصطلح الطفل معتمدا في ذلك على معيار السن، أو كما أطلق عليه بالمعيار الحدي الذي يعدّ المعيار الأكثر وضوحا مقارنة بغيره من المعايير²، كما جعل المشرع الجزائري من مصطلح الحدث والطفل مصطلحين مترادفين للدلالة على الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد الجزائري وهو ثماني عشرة سنة كاملة، وهو ما تضمنه القانون 12-15 المتعلق بحماية الطفل³، حيث نصّت المادة الأولى منه على

¹ المهدي قّياس، مرجع سابق، ص19.

² اعتمد في تعريف الطفل على عدة معايير: المعيار الحدي الذي يركّز أساسا على السن والمعيار الوصفي الذي يعتمد على وصف الطفل ويستعمل هذا المعيار في الكثير من العلوم، وهناك المعيار المختلط الذي يجمع بين المعيارين السابقين وهو ما اعتمدته الفقه الإسلامي. ليلي جمعي، حماية الطفل دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2005-2006، ص ص14-18.

³ القانون رقم 12-15 المؤرخ في 15 جويلية 2015، المتعلق بحماية الطفل، ج ر العدد 39، المؤرخة في 19 جويلية 2015.

أن: "الطفل كل شخص لم يبلغ الثامنة عشرة (18) سنة كاملة، يفيد مصطلح "حدث" نفس المعنى... سنّ الرّشد الجزائري: بلوغ ثماني عشرة سنة كاملة...".

والملاحظ أنّ هذا التعريف جاء مطابقاً لما ورد في اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لسنة 1989 التي صادقت عليها الجزائر، حيث نصّت المادة الأولى منها على أنه: "لأغراض هذه الاتفاقية، يعني الطفل الإنسان الذي لم يتجاوز سنّ الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سنّ الرّشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه". وقد ورد التعريف نفسه في المادة الثانية من الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل لسنة 1990¹.

2. تمييز القاصر عن المحجور عليه: أخضع المشرّع الجزائري كلاً من القاصر والمحجور عليه إلى نظام النيابة الشرعية المتمثلة في الولاية والوصاية والتّقديم بحسب الأحوال، لكونهم أشخاصاً غير كاملي الأهلية وهذا ما نستشفّه من خلال قراءة لبعض النصوص القانونية التي تضمّنّها قانون الأسرة مثال ذلك ما جاء في المادة 81، المادة 100 والمادة 104 ق أ، إلّا أنّه فرّق بين القاصر والمحجور عليه، فقصد بالقاصر الشخص القاصر سنّاً، بينما قصد بالمحجور عليه الشخص الذي بلغ سنّ الرّشد وطُرأت عليه إحدى عوارض الأهلية أثّرت عليه بإعدامها أو إنقاصها، كما وظّف المشرّع

¹ الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته المعتمد بأديس أبابا، إثيوبيا، في 11 جويلية 1990، تاريخ بدء النّفاذ في 29 نوفمبر 1999. صادقت الجزائر عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-242، المؤرّخ في 08 جويلية 2003، ج ر العدد 41، المؤرّخة في 09 جويلية 2003. النص الكامل للميثاق متوفّر على الرابط التّالي، تاريخ الاطلاع 2019/09/26، على الساعة 22:45

[http:// humanrts.umn.edu/arab/afr-child-charter.html](http://humanrts.umn.edu/arab/afr-child-charter.html)

الجزائري في عدّة نصوص قانونيّة مصطلح القاصر إلى جانب مصطلح المحجور عليه وهو ما يؤكّد الفارق بين المصطلحين¹.

الملاحظ ممّا تقدّم، أنّ الفقه اعتاد على توظيف مصطلح الطّفّل ومصطلح القاصر كمصطلحين مترادفين خلافاً لمصطلح الحدث والمحجور عليه، لكن يبدو أنّ المشرّع الجزائري من خلال قانون حماية الطّفّل فرق بين المصطلحين في السّن، وحبذا لو سوّى بينهما من خلال توحيد سنّ الرّشد المدنيّ والجزائري بثمانية عشرة سنة.

المطلب الثاني/ صور الولاية على القاصر

تعدّدت صور الولاية على القاصر وبرزت عدّة تقسيمات لها، لكن سأقتصر على التّقسيم الشائع الذي اعتمدته الشريعة الإسلاميّة والعديد من التّشريعات الوضعيّة وحتىّ الفقه لأنّ هذا التّقسيم أدق وأشمل ويخدم مجال الدّراسة²، وهو تقسيم الولاية بحسب موضوعها إلى ولاية على النّفس (الفرع الأوّل) وولاية على المال (الفرع الثاني).

¹ وظّف المشرّع الجزائري مصطلح القاصر إلى جانب مصطلح المحجور عليه في عدّة مواضع من فروع القانون، أذكر منها: المادّة 38 ق م، المادّة 79 ق م، المادّة 210 ق أ.

² هناك عدّة تقسيمات للولاية على القاصر، ونظراً لعدم أهميّة هذه التّقسيمات في مجال دراسة تنازع القوانين كتقسيم الولاية إلى ولاية خاصّة وولاية عامّة اقتصرنا على تقسيمها بحسب الموضوع لأنّه يساهم بشكل كبير في تحديد القانون واجب التّطبيق على العلاقات المشوبة بعنصر أجنبيّ.

وتجدر الإشارة إلى أنّه قد تجتمع الولاية على النّفس والولاية على المال معاً فتسمى ولاية كاملة، ويمكن أن تكون الولاية على النّفس فقط أو على المال فقط فتسمى بذلك ولاية قاصرة. ينظر نصر فريد واصل، الولايات الخاصّة الولاية على النّفس والمال في الشريعة الإسلاميّة، دار الشّروق، القاهرة، مصر، ط1، 2002، ص 10 و11.

الفرع الأول/ الولاية على النفس

تهدف الولاية على النفس إلى حماية شخص القاصر، فهو في مرحلة عمرية يتطلب عناية خاصة، والاهتمام بالجانب الشخصي للقاصر له الأثر الكبير على حياته مستقبلا وعلى الأسرة والمجتمع بأكمله، وتُعرّف الولاية على النفس على أنها: "السلطة الشرعية التي يحقّ لكامل أهلية الأداء بموجبها التصرف في الشؤون النفسية لمصلحة من استحقّ الولاية عليه، ومسؤولية هذه الولاية تنحصر في الصيانة والحفظ والتّزويج"¹.

وعليه تندرج ضمن الولاية على النفس عدّة ولايات تتناسب مع المراحل العمرية التي يمرّ بها القاصر تبدأ بولاية التربية الأولى والتي يطلق عليها الحضانة (أولا)، كما تبرز عدّة ولايات أخرى أهمّها ولاية العلاج (ثانيا)، ولاية التّعليم (ثالثا)، والولاية في الزّواج (رابعا).

أولا/ الحضانة

اختلف الفقه في تكييف الحضانة بين من اعتبرها مؤسسة قائمة بذاتها وبين من اعتبرها جزءا لا يتجزأ من الولاية، واتفقوا على أنّ الحضانة من الواجبات المشتركة بين الأبوين حال قيام العلاقة الزوجية لكن بمجرد انفصالها بوفاة أو طلاق ينفرد بممارستها الشخص المؤهل قانونا، وقد أكّدت الشريعة الإسلامية ومختلف التشريعات الوضعية على

¹ عبد العزيز بن محمد بن سعد الحمير، مرجع سابق، ص 45.

أهمية مسألة الحضانة وتوابعها كما شددت على مراعاة معيار مصلحة المحضون بالدرجة الأولى.

1. تعريف الحضانة

1.1. التعريف اللغوي للحضانة: الحضانة لغة من الحضن وهو: "حفظ الشيء، وصيانته"¹، و"الحِضْن بالكسر ما دون الإبط إلى الكشح، أو الصدر والعضدان وما بينهما... وَحَضَن الصَّبِي حَضْنًا وَحِضَانَةً، بالكسر: جعله في حِضْنِهِ"². وجاءت بمعنى: "تربية الولد"³.

2.1. التعريف الاصطلاحي للحضانة: أولت الشريعة الإسلامية عناية خاصة بمسألة الحضانة كونها تؤثر إيجابًا أو سلبيًا على الفرد والأسرة والمجتمع، فهي تهتم بالصغير الذي يعدّ أساس قيام الأسرة وبالتالي المجتمع⁴، فالأمة التي تولي عناية بأطفالها وتحمي حقوقهم هي أمة تدرك أنّ مستقبلها متوقّف على بذل مزيد من الجهد في إعداد أطفالها الإعداد الحسن الذي يمكنهم من تحمّل مسؤولية المجتمع بنجاح⁵.

كما لقيت الحضانة اهتمامًا كبيرًا على المستوى الدولي من ذلك ما تضمّنته اتفاقية

¹ أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، د م ن، د ط، 1979، ج2، ص 73.

² مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 2005، ص 1190.

³ الشريف الجرجاني، مرجع سابق، ص 78.

⁴ الرّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص 253.

⁵ كريمة مجدي، خضرة وحشي، الحماية القانونية لحقوق الطفل في القانون الجزائري والقانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، د ط، 2018، ص 9.

حقوق الطفل لسنة 1989، كما حرصت مختلف التشريعات الوضعيّة على وضع أحكام تنظّم هذه المسألة بدقّة، وهو ما سار عليه المشرّع الجزائري الذي نظّم أحكامها مستقلة عن مسائل الأحوال الشخصيّة الأخرى تضمّنها قانون الأسرة في المواد من 62 إلى المادة 72 منه.

وعرّف المشرّع الجزائري الحضانة في المادة 62 ق أ التي نصّت على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحّةً وخُلُقًا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

كما عرّفت بعض التشريعات العربيّة المقارنة الحضانة، من ذلك ما جاء به المشرّع المغربي في نص المادة 163 م أ¹: "الحضانة حفظ الولد ممّا قد يضرّه والقيام بتربيته ومصالحه..."، والمشرّع التونسي في الفصل 54 من م أش: "الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته".

ومن تعريفات الحضانة أنّها: "قيام من له الحق بكفالة الصّغير أو من هو بحكمه لأجل تعهّده وتدبير أموره والاهتمام بما يوقّر له العناية والنّصح، ويبعده عن الضّرر والهلاك حتّى يصبح قادرا على القيام بشؤون نفسه"².

¹ ظهير شريف رقم 1.04.22، الصادر في 03 فيفري 2004، بتنفيذ القانون 03-70 بمثابة مدوّنة الأسرة المغربيّة، ج ر العدد 5184، المؤرّخة في 05 فيفري 2004، المعدّل.

² محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، عمان، ط1، 2010، ص 32 و 33.

فالحضانة سلطة شرعية للحاضن على المحضون للتكفل بتحقيق مصالح هذا الأخير العاجلة والآجلة¹، وتهدف الحضانة إلى تحقيق رعاية المحضون في مختلف الجوانب يمكن ذكر بعضها:

- رعاية المحضون والإشراف على احتياجاته اليومية طيلة فترة حضنته كالسهر على طعامه ولباسه ونظافته وتمريضه ونومه وأدبه²، بالإضافة إلى رعايته وحفظه عما يضره والعمل على رعاية الجوانب الاجتماعية والثقافية والروحية من خلال القيام بما يصلحه في دينه ودنياه³، وقد أجمعت جل التشريعات والقضاء والفقه، على ضرورة مراعاة مصلحة المحضون، هذا المعيار الذي أخذ حيّزا مهماً في مسائل الحضانة.

2. علاقة الحضانة بالولاية على النفس: أثار موضوع الحضانة جدلاً فقهيًا كبيراً

فيما يخص علاقتها بالولاية على النفس كما أدّت الصياغة التشريعية دوراً كبيراً في إثارة هذا الخلط بين النظامين، فهناك من أخرج الحضانة من مشمولات الولاية واعتبرها نظاماً قانونياً قائماً بذاته، بينما اعتبرها البعض الآخر جزءاً لا يتجزأ من الولاية على النفس، ولم يستقر القضاء على موقف واحد⁴.

¹ لشهب أبو بكر، الحضانة والرّضاع بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة مقارنة، مجلة المعيار، كلية أصول الدين جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 5، العدد 9، 2004، ص 479.

² محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية بحوث فقهية مؤصلة، دار السلام، القاهرة، مصر، ط 1، 2006، ص 188.

³ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 2، 2006، ص 285 و 286.

⁴ عبد الحفيظ بكيس، أحكام ولاية الأم على القاصر في التشريع الجزائري، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 01- بن يوسف بن خده، السنة الجامعية 2018-2019، ص 54.

ولكنّ الفقه الراجح أجمع على أنّ الحضانة ضرب من الولاية¹، وهناك من أطلق عليها ولاية التربيّة الأولى²، فقد وجدت للإنسان منذ ولادته ثلاث ولايات³، ولاية التربيّة الأولى يقصد بها الحضانة وأسند هذا الدور إلى الأم أو غيرها من النساء لأنّ المولود في حاجة ماسّة إلى من يقوم على شؤونه الحيويّة من مأكّل وملبس وإيواء، كما أسندت الولاية على النّفس إلى الأب الذي يمدّه بالحماية والعطف والرّعاية داخل المنزل وخارجه، إذ ينظر هذا الرّأي إلى الحضانة على أنّها مشاركة للولاية على النّفس. وبمجرد انتهاء الحضانة تصبح الرّعاية الكاملة على النّفس فيكون الوليّ على النّفس هو المهيمن وحده؛ إذ يتولّى شؤون القاصر من إصلاح وحماية وتكوين على القيم الاجتماعيّة العاليّة وولاية على المال إن كان له مال⁴.

¹ الطّيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة فسيطة، الجزائر، ط1، 2010، ص 55. وينظر: بلقاسم شتوان، النّياية الشّرعيّة في ضوء المذاهب الفقهيّة والقوانين العربيّة، مطبعة المنار، سطيف، الجزائر، ط1، 2011، ص 208. سعاد سطحي، نصر سلمان، أحكام الطّلاق في الشّريعة الإسلاميّة دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د ط، 2003، ص 208. سليمان ولد خصال، الميسّر في شرح قانون الأسرة الجزائري (والأمر المعدّل له)، الأصالة للنّشر والتّوزيع، الجزائر العاصمة، ط2، 2012، ص 184. صلاح الدّين جمال الدّين، مرجع سابق، ص 284 و 287. عبد الحفيظ بكيس، مرجع سابق، ص 11 و 22. عز الدّين محمّد الغرياني، دراسة مقارنة في الحضانة بين الشّريعة والقانون في البلاد العربيّة، منشورات ELGA، فاليتا، مالطا، د ط، 1997، ص 183. كريمة محروق، تنازع القوانين في الأحوال الشّخصيّة وفق القانون والقضاء الجزائري، دار هومة، الجزائر، د ط، 2020، ص 136. لشهب أبو بكر، مرجع سابق، ص 461 و 477.

² الرّشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 253.

³ هناك من الفقه من يقسّم الولاية إلى ولاية الحضانة وولاية على النّفس وولاية على المال. عبد السّلام الرّفعي، مرجع سابق، ص 95. وهناك من يقسم الولاية إلى ولاية على النّفس وولاية على المال وولاية على النّفس والمال معا. العربي بلحاج، أحكام الرّوجيّة وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، د ط، 2013، ص 401.

⁴ محمّد أبو زهرة، الولاية على النّفس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، د ط، 1980، ص 10 و 11.

وذهب جانب من الفقه إلى أنّ الولاية على النفس تبدأ بانتهاء الحضانة وضمّ الطفل إلى من له الولاية على نفسه، ليكمل مهمّة تربّيته التي ابتدأت بالحضانة¹. فينظر إلى الولاية على النفس على أنّها مرحلة لاحقة على الحضانة؛ أي بعد تجاوز سنّ الحضانة وبلوغ القاصر غير مفسد²، فيتمّ ضمّ الطفل إلى الوليّ النفسيّ بهدف إتمام تربّيته وحفظه وصيانتته من الأخطار³.

وهنا يمكن التسليم بهذا الرأي إذا كانت مرحلة الحضانة تنتهي في سنّ صغير كسبع سنوات لكن إذا استمرت الحضانة إلى سنّ يفوق هذا السنّ - كما هو معمول به في التشريع الجزائري- يجب أن تتدعّم هذه المرحلة بالولاية على النفس لأنّ الطفل سينتقل إلى مرحلة تستدعي ذلك.

3. معيار مصلحة المحضون: شرّعت الحضانة لحفظ نفس القاصر الذي يكون في هذه المرحلة من حياته بحاجة ماسّة إلى الرّعاية لعجزه عن تدبير شؤونه بنفسه، وتركه دون رعاية سيؤدّي - لا محالة- إلى هلاكه فينشأ نشأة غير سوّية ويكون عبئاً على المجتمع بدل الانتفاع به، فيجب المحافظة على القاصر لبقاء النّوع الإنساني في أحسن صورة⁴، من خلال السّهر على تحقيق مصالحه الأساسيّة والمحافظة عليها.

¹ بدران أبو العنين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1987، ص 138.
² عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ط9، 1986، ج2، ص331.
³ صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص297.
⁴ عز الدين محمد الغرياني، مرجع سابق، ص 34.

وعليه برزت أهمية مراعاة مصلحة المحضون في مختلف أحكام الحضانة ومن هنا ارتأيت التطرق إلى هذا المعيار من خلال تناول أهمّ الجوانب المرتبطة به انطلاقاً من تعريف المصلحة بوجه عام وتعريف مصلحة الطفل القاصر بوجه خاص، لأوضح بعد ذلك مختلف الخصائص التي تتميز بها قاعدة مصلحة المحضون مع إبراز مواطن مراعاة هذه المصلحة ودور القاضي في تقديرها، وفي الأخير أتطرق إلى مسألة اجتماع الولاية والحضانة في يد من أسندت له الحضانة.

أ- تعريف المصلحة بوجه عام: وظّف مصطلح المصلحة في التشريعات المغربية الأسرية في عدّة مسائل، حيث استحوذت كلّ من النيابة الشرعية والحضانة على النصيب الأكبر¹، لكنّ تعريف المصلحة لم يلق اهتماماً كبيراً من قبل فقهاء القانون مقارنة بفقهاء الشريعة الذين أسهبوا في تناول موضوع المصلحة في الأبحاث الفقهية باعتبارها المقصد العامّ للشريعة الإسلامية، والتي قصد بها: "جلب المنفعة ودفع الضرر في ظلّ ظروف معينة وفق أحكام الشريعة الإسلامية"².

ب- تعريف مصلحة الطفل القاصر: على الرغم من أنّ مصلحة الطفل من المواضيع التي يصعب إعطاء تعريف لها أو تحديد مصالح الطفل مسبقاً³، إلّا أنّ هذا لم يمنع الفقه

¹ زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة- دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2004-2005، ص 80.

² ليلي جمعي، مرجع سابق، ص ص 164-166.

³ Thomas Dumortie, L'intérêt de l'enfant: les ambivalences d'une notion «protectrice», Journal du droit des jeunes, France, n°329, Novembre 2013, p 13.

المقال متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2019/12/12، على الساعة 22:15
<https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2013-9-page-13.htm>

من تقديم تعريف قريب لها من حيث المعنى واللفظ إلى التعريف الذي أخذ به فقهاء الشريعة الإسلامية السابق ذكره، حيث عرّفها أحد فقهاء القانون على أنّها: "تحصيل النفع وجلبها للصغير الذي يحتاج إلى غيره ودفع الضرر عنه"¹. وعرّفها آخر بأنّها: "جلب المنفعة له، ودرء المفسدة عنه، بحيث يحرص القاضي على حماية مصالح الطفل ومنع كل ما يؤدّي إلى الإضرار به"².

كما أدرجت مصالح الطفل القاصر في القانون الوضعي بطرق مختلفة أبرزها ما جاء في اتفاقية نيويورك لسنة 1989³، وهي الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل التي لم تكتف بمراعاة مصلحة الطفل فقط بل ذهبت إلى أبعد من ذلك؛ حيث أولت الاعتبار للمصلحة الفضلى له وهذا ما تؤكّده المادة 3/ف1 من الاتفاقية، التي نصّت على أنّه:

"1- في جميع الإجراءات التي تتعلّق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى".

ويُقصد بالمصلحة الفضلى للطفل إيجاد أحسن الحلول وأنسبها لمختلف المشاكل التي يعاني منها من خلال احترام كامل حقوقه مع مراعاة ظروفه وقدراته والاطلاع الدقيق

¹ سلمان دعيّج بوسعيد، *مراعاة مصلحة المحضون في الفقه وقانون الأسرة البحريني "دراسة مقارنة"*، مجلّة الشهاب، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، الجزائر مجلد 6، العدد 03، سبتمبر 2020، ص 313. المقال متوفّر على الرابط التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/127588>

² محمد بجّاق، *مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة الفقهية*، مجلّة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، الجزائر، المجلّد 11، العدد 1، 2014، ص 190. المقال متوفّر على الرابط التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/25407>

³ Thomas Dumortie, op.cit, p14.

على مختلف المشاكل التي يمكن أن يعاني منها الطفل سواء من الناحية الصحية، النفسية أم الاجتماعية¹.

ويسهر الأولياء بالدرجة الأولى على رعاية مصالح أبنائهم القصر واختيار الأصلح لهم²، وهو ما أكدته قرار للمحكمة العليا حيث جاء فيه من حيث المبدأ: "يكون الأب ولياً شرعياً بعد وفاة الأم الحاضرة. وبمقتضى هذه الإنابة يحقّ له منح كفالة المحضون لغير الجدّة لأُمّ، لأنّه الأجدر بمراعاة مصلحته..."³، كما يؤدي القاضي الدور الأساسي في البحث عن مصلحة المحضون ومراعاتها عند الفصل في النزاعات المتعلقة بالحضانة سواء تعلّق الأمر بإسنادها أم بإسقاطها، أو بتمديدتها أو السّفر بالمحضون، إلى غير ذلك من المسائل الخاصّة بالحضانة، وهو ما أكّد عليه المشرّع الجزائري في مختلف النصوص القانونية المنظّمة لها.

وهناك من دعا إلى ضرورة تلازم المصلحتين المعنويّة والماديّة للمحضون⁴، وعليه فإنّ القاضي يعتمد في تقديره لمصلحة المحضون على معيارين أساسيين: المعيار المعنويّ الروحيّ، ويشمل تعليم الولد وتربيته الدينيّة وحفظه خلقاً حيث يكتسي هذا المعيار

¹ ليلي جمعي، مرجع سابق، ص 168 و170.

² العربي بلحاج، أحكام الزوجيّة...، مرجع سابق، ص 406.

³ قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 1329085، بتاريخ 2019/12/04، مجلّة المحكمة العليا، العدد الثّاني، 2019، ص48.

⁴ ثريا بن سعد، آثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي "تونس نموذجاً"، مجمّع الأطرش للكتاب المختص، تونس، د ط، 2009، ص 101.

أهميّة في حياة المحضون كما يساهم في درء المخاطر عن المجتمع فالحرمان العاطفيّ يؤثّر سلبا على تنشئة المحضون، أمّا المعيار الثاني الذي يستند إليه القاضي فهو المعيار المادي من خلال السهر على حماية المحضون ورعايته ماديا وتلبية مختلف حاجياته الضرورية من مأكّل وملبس ومسكن¹.

وما يلاحظ على النصوص القانونية التي نظمت أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري أنّها اكتفت باستعمال مصطلح المصلحة دون تحديد لطبيعتها أي أنّها لم تلزم القاضي بالبحث عن مصلحته الفضلى، لكنّ هذا الأمر لا يعني القاضي من بذل أقصى جهد في تحقيق المصلحة الفضلى للمحضون، استنادا إلى نصّ المادة 222 ق أ والمادة 3/1 من اتفاقية حقوق الطفل².

لكن في مواضع أخرى أكدّ المشرع الجزائري على ضرورة مراعاة مصلحة القاصر الفضلى، من ذلك ما جاء في الدستور الجزائري لسنة 2020 في المادة 71/2 منه والتي نصّت على أنّ: "حقوق الطفل محميّة من طرف الدولة والأسرة مع مراعاة المصلحة العليا للطفل". وهنا يجب رفض الفهم التقليدي بأنّ الدولة غير مسؤولة عن الانتهاكات التي ترتكبها الأسرة والمجتمع بحقّ الطفل، والتوقّف عن اعتباره مسؤوليّة الأهل فقط بل

¹ أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014، صص 418-421.

² ليلي جمعي، مرجع سابق، صص 188 و189.

هي مسؤولية المجتمع ككلّ ويجب أن تراعى مصلحة الطفل العليا من خلال إدراك وجوده في كلّ مرحلة وفي كلّ خطوة¹.

كما نصّ المشرّع الجزائري في نصّ المادة 7 من القانون المتعلّق بحماية الطفل على أنّه: "يجب أن تكون المصلحة الفضلى للطفل الغاية من كلّ إجراء أو تدبير أو حكم أو قرار قضائي أو إداري يُتخذ بشأنه.

يؤخذ بعين الاعتبار، في تقدير المصلحة الفضلى للطفل، لاسيما جنسه وسنّه وصحّته واحتياجاته المعنويّة والفكريّة والعاطفيّة والبدنيّة ووسطه العائليّ وجميع الجوانب المرتبطة بوضعه".

ج- خصائص قاعدة مصلحة المحضون: تتميّز قاعدة مصلحة المحضون بعدّة خصائص؛ أذكر منها:

- قاعدة ذاتيّة شخصيّة: ويقصد بها أن ينظر القاضي إلى مصلحة كلّ طفل على حدة، فكلّ طفل ظروف خاصّة به؛ إذ تختلف مصلحة الطفل في المدن الكبرى عنها في المناطق النائيّة وعن مصلحة أطفال البدو الرّحل².

- قاعدة مرنة ومتطورة: يعدّ مفهوم المصلحة الفضلى للقاصر مفهومًا نسبيًا ومتغيّرًا³،

¹ غالبية رياض النّشئة، حقوق الطفل بين القوانين الداخليّة والاتّفاقيّات الدوليّة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2010، ص 146.

² عبد الحفيظ بكيس، مرجع سابق، ص 57.

³ Gwenaëlle Hubert-Dias, L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale Etude de droit européen comparé, Thèse de doctorat, école doctorale sciences de l'homme et de la société, université de Reims Champagne –Ardenne, France, juin 2014, p 32.

فنجدها تختلف من مكان إلى آخر ومن زمن إلى آخر ومن طفل إلى آخر، ويرجع تقديرها إلى قاضي الموضوع وبالتالي لا تخضع إلى رقابة المحكمة العليا كونها مسألة يتحكّم فيها قاضي الموضوع من خلال سلطته التقديرية لكن عليه أن يعلّل حكمه تعليلاً واضحاً، أي أنّ القاضي يخضع إلى رقابة قضاة القانون إذا كان التّسبيب غير كاف، فهو يكتسي أهميّة بالغة وعلى الرّغم من أنّ مصلحة المحضون مسألة موضوع فإنّ هذا لا يعفي القاضي من تسبيب حكمه تسبيباً كافياً، فعدم توضيح قضاة الموضوع للمعايير التي استندوا إليها في الكشف عن مصلحة الطّفل تعرض قرارهم للنّقض¹، وهو ما أكّده قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2008/02/13.²

د - مواطن مراعاة مصلحة المحضون ودور القاضي في تقديرها: راعى المشرّع الجزائري عند وضعه لأحكام الحضانة معيار مصلحة المحضون التي نلمحها في معظم النّصوص القانونية المنظّمة لمسألة الحضانة إمّا صراحة أو ضمناً، وأيّده في ذلك القضاء الجزائريّ، ويستشف ذلك من مختلف القرارات القضائيّة الصّادرة عن المحكمة العليا، وعليه سيتمّ التّطرق إلى مواطن مراعاة مصلحة المحضون ودور القاضي في تقديرها.

- مراتب الحاضنين: الأصل في الحضانة أن تقدّم فيها النّساء على الرّجال وهذا لا يعني إلغاء دور الأب فيها وإنّما يكون الدّور الفعّال فيها منوطاً بالأُمّ، فالحضانة في حال قيام

¹ عزيزة حسيني، مصلحة الطّفل، أطروحة دكتوراه علوم، فرع قانون خاص، كلّية الحقوق، جامعة الجزائر -1- بن يوسف بن خده، 2014، ص 115 و116.

² قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 424292، بتاريخ 2008/02/13، مجلّة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008، ص 267.

العلاقة الزوجية تكون مشتركة بين الزوجين لينفرد بها أحدهما أو حتى شخص آخر طبقاً لما يقتضيه القانون من شروط وضوابط، لتنتقل بعد ذلك الولاية إلى الرجال، فيقوم الولي بالمحافظة على القاصر من خلال القيام بتربيته وتعليمه وتزويجه¹.

وقد اتفقت جل التشريعات الوضعية مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية في إسناد الحضانة إلى الأم إذا توفرت فيها الشروط اللازمة لذلك، فالأم أشفق الناس على أبنائها وأكثرهم تحملاً وصبراً على مشقة تربيتهم².

واختلفت التشريعات في تحديد الشخص الذي يلي الأم في ممارسة الحضانة، بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أسند الحضانة إلى الأب مباشرة بعد الأم، هذا الترتيب الذي استحدث بموجب تعديل قانون الأسرة سنة 2005³، وهناك من أرجع سبب هذا التعديل إلى مراعاة المشرع الجزائري لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وخلق نوع من التوازن بينهما⁴، لكن في حقيقة الأمر فإن المشرع قد راعى مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، ويجوز مخالفة الترتيب الوارد في نص المادة 64 ق أ بما يتماشى ومصلحة المحضون

¹ سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 96.

² عصام أنور سليم، حقوق الطفل، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، د ط، 2001، ص 129. محمد بجاق، مرجع سابق، ص 191 و 195.

³ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر العدد 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005. الموافق عليه بموجب القانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005، ج ر العدد 43، المؤرخة في 22 جوان 2005.

⁴ سمية بوكايس، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2018-2019، ص 192.

الفضلى، وهو ما أكدته المحكمة العليا في عدّة قرارات ويرجع في تقدير هذه المصلحة إلى السلطة التقديرية لقضاة الموضوع¹، لأنّ التّقديم في مراتب الحاضنين هو من باب أولى وليس من باب أوجب².

- **مدّة الحضانة:** اختلفت التشريعات الوضعيّة في تحديد السنّ الذي تنتهي فيه الحضانة فالمشرّع الجزائريّ طبقا لنص المادة 65/ف1 ق أ حدّد مدّة الحضانة بالنسبة للذكور ببلوغ 10 سنوات ويمكن للقاضي أن يمدّد هذا السنّ إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمّا بشرط أنّها لم تتزوّج ثانيّة، وبالنسبة للأنثى فقد حدّدت مدّة حضانتها ببلوغها سنّ الزّواج وهو 19 سنة كاملة.

وأشارت المادة 65/ف2 ق أ إلى مراعاة القاضي مصلحة المحضون عند الحكم بانتهاء الحضانة، فالقاضي غير ملزم بالسنّ المذكور في نص المادة 65/ف1 ق أ بل هو مقيد بمراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، وفي هذا الصّدّد ذهب جانب من الفقه إلى أنّ هذه الفقرة تخصّ الذّكر دون الأنثى لأنّ القاضي سيراقي مصلحة المحضون في طلب تمديد الحضانة الذي يخصّ الذّكر، أمّا مدّة حضانة الأنثى فتنتهي بقوة

¹ قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 497457، بتاريخ 2009/05/13، مجلّة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009، ص 297. قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 613469، بتاريخ 2011/03/10، مجلّة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 285.

² عبد المجيد غميجة، موقف المجلس الأعلى من ثنائيّة القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصيّة، أطروحة لنيل الدّكتوراه في الحقوق، كليّة العلوم القانونيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة، جامعة محمد الخامس، أكّادال، الرباط، المغرب، السنة الجامعيّة 1999-2000، ص 268.

القانون¹، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه، من حيث المبدأ: "تتقضي حضانة البنت، بقوة القانون، ببلوغها سنّ الزواج، دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها"².

- إسقاط الحضانة أو إثباتها: من الملاحظ أن المشرّع الجزائري عندما نصّ على أسباب إسقاط الحضانة أو إثباتها اعتمد أساسًا على مصلحة المحضون، وهو ما تناولته المواد 66، 67 و69 ق أ، فالقاضي لا ينظر إلى أسباب الإسقاط بقدر ما ينظر إلى مدى تحقق مصلحة المحضون، مثال ذلك إذا أراد الحاضن أن يقيم بالمحضون في بلد أجنبيّ فلا يكون ذلك سببًا مباشرًا لإسقاط الحضانة بل يتأكّد القاضي من توفر مصلحة المحضون من عدمها، كما لا يعتدّ القاضي برغبة الطفل فقط في إسناد الحضانة بل يراعي في ذلك مصلحة المحضون وهو ما أخذت به المحكمة العليا في أحد قراراتها³.

و- اجتماع الولاية والحضانة في يد من أسندت له الحضانة: أسند المشرّع الجزائريّ الحضانة والولاية في يد شخص واحد ألا وهو الحاضن في حالة الطلاق الذي قد يكون الأمّ أو الأب أو غيرهما من الحاضنين حسب مراتبهم في القانون، هذا الموقف الذي نجد من يؤيده في الفقه على الرّغم من إثارته لعدّة مشاكل قانونيّة وعمليّة⁴، فالمشرّع الجزائريّ من خلال تعديله لقانون الأسرة سنة 2005، استحدث صلاحيّات أوسع للحاضن من

¹ أحمد شامي، مرجع سابق، ص 450.

² قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 347914، بتاريخ 2006/01/04، مجلّة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص 449.

³ قرار المحكمة العليا، غ أ ش م، ملف رقم 728882، بتاريخ 2013/02/14، مجلّة المحكمة العليا، العدد الأول، 2014، ص 304.

⁴ عبد الحفيظ بكيس، مرجع سابق، ص 54 و299.

خلال نص المادة 87 ق أ أين منحه الولاية على القاصر على الرغم من أن النظامين مستقلين عن بعضهما من حيث الاختصاص والأهداف، إلا أن هذا الجمع بينما من شأنه أن يسهل مهام الحاضن كما يزيل مختلف الصعوبات العملية التي كانت تواجهها الأم قبل التعديل؛ حيث كانت مقيدة بالحصول على إذن خطي من الولي في تسيير شؤون الطفل الدراسية أو العلاجية أو التنقل به من بلد إلى آخر والذي غالبا ما يرفض الإذن لها تعنتا فيعطّل بذلك مصالح الطفل¹.

والملاحظ أن المشرع الجزائري بالرغم من حرصه على مراعاة مصلحة الطفل إلا أن مسألة إسناد الولاية إلى متولي الحضانة قد تهدد حق الطفل في الرعاية وتعرضه لخطر الانحراف، فعلى الرغم من استنادها إلى مصلحته إلا أنها لم تراعى أفضلها². وعليه فضلت بعض التشريعات المقارنة الفصل بين مؤسستي الولاية والحضانة وهو ما ذهب إليه المشرع البحريني في قانون الأسرة³، المادة 123 منه التي نصت على أن: "الحضانة حفظ الولد، وتربيته، ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس".

¹ عزيزة حسيني، مرجع سابق، ص 100.

² ليلي جمعي، مرجع سابق، ص 190.

³ قانون رقم 19 لسنة 2017 المتعلق بقانون الأسرة البحريني، ج ر ملحق العدد 3323، المؤرخة في 20 جويلية 2017.

<https://bahrain.bh>

القانون متوفر في الموقع الرسمي التالي الخاص بالبوابة الوطنية لمملكة البحرين:

ثانيا/ ولاية العلاج

تدرج ولاية العلاج ضمن مشمولات الولاية على النفس، وتثبت للشخص منذ ولادته حيا إلى بلوغه سن الرشد القانوني، فيكون فيها للولي دورا فعالا لا يستهان به، فإجراء عملية جراحية للقاصر تتوقف على موافقة الولي الشرعي كما يمنع على الطبيب منعا باتا معالجة القاصر دون حضور وليه وموافقة على علاجه.

فالمشرع الجزائري من خلال أحكام قانون الصحة أبرز الدور الهام للأولياء والممثلين الشرعيين وهو ما جاء في نص المادة 23/ف2 ق ص، كما تضمنت المادة 24/ف4 ق ص إمكانية رفع السر الطبي بالنسبة إلى القصر بطلب من الوالدين أو الممثل الشرعي، وفي المادة 361 ق ص أشار المشرع الجزائري إلى ضرورة الحصول على الموافقة المستنيرة لكل من الأبوين أو الممثل الشرعي في مسألة نزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر، والإجراء نفسه بالنسبة إلى زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية، وهو ما تضمنته المادة 364 ق ص.

للإشارة فإن هناك من يدرج ولاية العلاج في إطار الحضانة إذا تعلق الأمر بصور المعالجات البسيطة غير الخطيرة التي لا تتطلب استئذان الولي، في حين تتطلب المعالجات الخطيرة موافقة الولي الشرعي من أب أو جد أو وصيهما¹، وهو رأي مخالف لما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 87 ق أ أين اعتبر الحاضن بمثابة الولي

¹ عصام خرخاش، ولاية العلاج في الفقه الإسلامي، مجلة الشهاب، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 3، عدد 2، 2017، ص 131. المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/26020>

الشرعي للقاصر، وبالتالي إذا أسندت الحضانة إلى الأمّ ستمنح لها مشمولات الولاية بما فيها ولاية العلاج سواء أكانت متعلّقة بالعلاجات البسيطة أم الخطيرة.

ثالثاً/ ولاية التعليم

تدرج الولاية التعليميّة في مسائل الولاية على النفس، ولا تثير أيّ إشكال في التشريع الجزائريّ لأنّها تسند إلى الوليّ الشرعيّ حال قيام العلاقة الزوجية، وتسند إلى الحاضن في حال انتهائها، لكنّ التشريعات التي تفصل بين الولاية والحضانة تكون فيها الولاية التعليميّة محلاً للنزاع، هذا ما دفع بعض التشريعات إلى وضع نصوص خاصّة بهذه الولاية، وهو ما ذهب إليه المشرّع المصريّ في نص المادة 54 من قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996¹، فيكون للحاضن حقّ تمثيل القاصر وإدارة مختلف شؤونه التعليميّة من ذلك إدخاله مدرسة حكوميّة أو خاصّة، ونقل ملفه من مدرسة إلى أخرى.

ويعدّ التعليم في الجزائر حقّاً دستورياً أكّدت عليه كلّ الدساتير المتعاقبة منذ الاستقلال في عام 1962، وآخرها ما جاء في التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 في المادة 65/ف1 منه، وجاء في الفقرة الثالثة من المادة نفسها ما يؤكّد أنّ التعليم الابتدائي

¹ نصّت المادة 54 من قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996 المصري، المعدّلة بموجب القانون 126 لسنة 2008 على أن: "التعليم حقّ لجميع الأطفال بمدارس الدولة بالمجان. وتكون الولاية التعليميّة على الطفل للحاضن، وعند الخلاف على ما يحقّق مصلحة الطفل الفضلى يرفع أيّ من ذوي الشأن الأمر إلى رئيس محكمة الأسرة، بصفته قاضياً للأمور الوقتيّة، ليصدر قراره بأمر على عريضة، مراعيّاً مدى يسار وليّ الأمر، وذلك دون المساس بحقّ الحاضن في الولاية التعليميّة". النصّ الكامل للقانون رقم 12 لسنة 1996 والقانون 126 لسنة 2008 المعدّل له متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2019/01/06 على الساعة

والمتوسط إجباري، وهو ما تضمنه كذلك القانون التوجيهي للتربية الوطنية¹، حيث نصت المادة 12 منه على أن: " التعليم إجباري لجميع الفتيات والفتيان البالغين من العمر ست(6) سنوات إلى ست عشرة (16) سنة كاملة". واعتبر المشرع الجزائري أن المساس بحق الطفل في التعليم من الحالات التي تعرض الطفل للخطر وهو ما تضمنته المادة 2 من القانون 12-15 المتعلق بحماية الطفل، فلا يحق لأي شخص له الولاية على القاصر مهما كانت صفته أن يمنع القاصر من مزاولة الدراسة، فحقوق الطفل من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها².

وعليه يتحمل الآباء أو الأولياء الذين يتمتعون بالسلطة الأبوية أو الوصاية القانونية مسؤولية تسجيل الأطفال عند بلوغهم سنّ التّمدّس والسّهر على متابعة دراستهم وتبرير غياباتهم، وفي حالة تقصيرهم يقوم مدير التربية بالولاية بتبليغ وكيل الجمهورية، وهو ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 10-02 المحدد للأحكام المتعلقة بإجبارية التعليم الأساسي³، لكن في نظري يبقى هذا الإجراء حبر على ورق إذا ما أسقطناه على الواقع المعيش، فكيف نفسر ما نشاهده يوميا من تجمّعات للأطفال-خاصة في مرحلة التعليم

¹ القانون رقم 04-08 المؤرخ في 23 جانفي 2008، المتضمن القانون التوجيهي للتربية الوطنية، ج ر العدد 04، المؤرخة في 27 جانفي 2008.

² خالدية مكي، *واقع الحق في التعليم: بين الإلزامية وتحديات الواقع الاجتماعي*، دفاثر مخبر حقوق الطفل، كآية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، المجلد 4، العدد 1، 2013، ص 15 و 21. المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/93827>

³ المرسوم التنفيذي رقم 10-02 المؤرخ في 04 جانفي 2010، المحدد للأحكام المتعلقة بإجبارية التعليم الأساسي، ج ر العدد 1، المؤرخة في 06 جانفي 2010.

المتوسّط- خارج المؤسسة التربويّة أمام إهمال وتقصير كبير من طرف مسؤولي المؤسسات التربوية والأولياء.

رابعا/ الولاية في الزواج

لا يزال دور الولي في زواج القاصر محافظاً على مركزه في العديد من تشريعات الدول العربيّة وحتىّ الدول الغربيّة، نظرا للمرحلة العمريّة المهمّة التي يمرّ بها القاصر، فهو بحاجة ماسّة إلى من يوجّهه لبناء أسرة قائمة على أساس متين، وللإحاطة بموضوع الولاية في الزواج بوجه عام أتناول تعريفها مع بيان أقسامها، ثم أتطرق إلى موقف المشرّع الجزائري من الولاية في زواج القاصر.

1. تعريف الولاية في الزواج وأقسامها

1.1. تعريف الولاية في الزواج: الأسرة هي الخليّة الأساسيّة في المجتمع، فكان لزاماً أن ترتكز على قاعدة صلبة أهمّها مؤسّسة الزواج وهو ذلك الميثاق الغليظ الذي يربط المرأة بالرجل واستمراره مرتبط أساساً بنشأته فإذا نشأ على أسس صحيحة استمر وكان له الأثر الإيجابي على المجتمع ككل، وعلى العكس من ذلك إذا بُني على أسس هشّة فستؤول العلاقة الزوجيّة إلى الانهيار، خاصّة إذا تعلّق الأمر بزواج القصر، لذلك فإنّ دور الولي بالغ الأهميّة في زواج القاصر، وهو ما يطلق عليه الولاية في الزواج التي تعدّ ضرباً من ضروب الولاية على النفس.

وهناك من اعتبر موضوع الولاية على النفس مقتصرًا على مسألة الولاية في الزواج فذهب إلى القول أنّ الولاية على النفس هي سلطة إنشاء عقد الزواج¹، وقريب من هذا المعنى قصد بالولاية على النفس: " القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذاً من غير توقف على إجازة من أحد"².

وقد اختلفت التشريعات الوضعيّة في بيان أحكام الولاية في الزواج، فهناك من أغفل تنظيمها تاركًا ذلك للفقهاء الإسلاميّ الذي فصل في أحكامها في حين فضّلت بعض التشريعات تنظيمها³.

وتُعرّف الولاية في الزواج بأنّها: "القدرة الشرعيّة على إنشاء عقد الزواج نافذاً"⁴. كما عرّفها أحدهم على أنّها: " سلطة ومسؤوليّة شرعيّة -في الوقت نفسه- للعصبة بالنفس أو من يقوم مقامهم، يتوقّف عليها تزويج من لم يكن أهلاً لعقد زواجه، دون إجحاف من طرف الولي"⁵.

¹ العربي بلحاج، أحكام الزوجيّة...، مرجع سابق، ص 401.

² أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونيّة ودار شتات للنشر والبرمجيّات، مصر، د ط، 2009، ص 30.

³ أنغام محمود شاكر، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، مفهوم الولاية في الزواج - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية، مجلّة المحقّق الحلي للعلوم القانونيّة والسّياسيّة، العراق، المجلّد 4، العدد 2، 2012، ص 241. المقال متوفّر على الرابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 2020/10/01، على الساعة 23:00 <https://www.iasj.net/iasj/article/65148>

⁴ سالم بن عبد الغني الرّافعي، مرجع سابق، ص 251.

⁵ سمير شيهاني، مرجع سابق، ص 38.

2.1. أقسام الولاية في الزواج: يُقسّم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين ولاية

اختيار وولاية إجبار

أ- ولاية اختيار: ويطلق عليها ولاية الشركة عند المالكية، وولاية الاستحباب عند الحنفية، والتي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة ولا يستطيع فيها أن يستبدّ بتزويج مولّيته فيترك الخيار لها، لكن يستحسن أن تشارك وليّها في اختيار زوجها الذي يقوم بإبرام عقد زواجها حتّى لا ينظر إلى المرأة على أنّها خرجت عن التقاليد والأعراف¹.

وقد أخذ بهذا الرأي المذهب الحنفي، لكن إذا تولّت المرأة البالغة عقد زواجها بنفسها وكان لها وليّ عاصب اشترط لصحة زواجها ولزومه أن يكون الزوج كفؤاً وألاً يقلّ مهرها عن مهر المثل، وجاز لوليّها الاعتراض على الزواج إذا تزوّجت بغير كفؤ، لكن في حالت سكوته حتى ولدت أو حملت حملاً ظاهراً سقط حقه في الاعتراض حفاظاً على مصلحة الولد وعدم ضياعه².

ولا تهدف الولاية على المرأة البالغة الرّاشدة إلى التّقليل من قيمتها وقهرها أو التّحكم فيها بل وراء ذلك حكم عديدة من بينها: وجود الولي يرفع من مكانة المرأة في المجتمع، كما تسمح الشورى التي يقوم بها الولي -كونه أقدر في التحري والبحث والسؤال- بالوصول

¹ العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2012، ج1، ص 309.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 7، ص 194.

إلى اختيار الشخص المناسب، في ظلّ احترام الوالدين وردّ الجميل لهما واطمئنّانهم على مستقبل بناتهم¹.

ب- ولاية إجبار: تعدّ ولاية كاملة يستبدّ فيها الوليّ بتزويج المولّى عليه جبراً دون إذنه أو رضاه، ويعدّ الصّغر من أسباب ولاية الإجبار، فذهب البعض إلى القول إنّ هذه الولاية تثبت على الصّغير ومن في حكمه بالنسبة إلى الذكر، وتثبت على الصغيرة بكرة كانت أو ثيباً².

لكن بالرجوع إلى رأي الفقه الإسلامي في العلة من الولاية نجد أنّ ولاية الإجبار تقع على الصّغير والعلة في ذلك الصّغر، بينما اختلفوا في العلة من الولاية على الصغيرة، فذهب الشافعي وأحمد في رواية أن العلة من ولاية الإجبار على الصغيرة هي البكرة، فهي تمتدّ إلى ما بعد البلوغ مادامت بكرة، بينما ذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد في رواية إلى أنّ العلة هي الصّغر ولم يفرّق بين البكر والثيب لأنّ الصّغر هو سبب العجز والنقصان³. فنظرا لخطورة عقد الزواج وتبعاته الماديّة والمعنويّة الجسيمة وارتباط زواج المرأة بسمعة عائلتها كان لا بدّ من توجيهها إلى الطّريق الصّحيح من خلال استشارة وليّها الشرعي، وقد اتّفق جمهور الفقهاء على أنّ ولاية الإجبار على الصغيرة غير البالغة علّتها

¹ علي بودفع، *حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة والقانون*، مجلّة البحوث والدراسات الإنسانيّة، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، المجلّد 3، العدد 1، 2009، ص 255 و 256. المقال متوفّر على الرّابط التّالي:

<https://asjp.cerist.dz/en/article/78153>

² الرّشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 66.

³ سالم بن عبد الغني الرافي، مرجع سابق، ص 252.

جهلها بأمور الزواج وأحوال الرجال، وقلة تجاربها في الحياة العملية، فقد تجري وراء عاطفتها وتتخذ بمظاهر الأمور¹.

2. موقف المشرع الجزائري من الولاية في زواج القاصر: كيف المشرع الجزائري

شرط الولي في الزواج على أنه شرط من شروط صحته طبقا لنص المادة 9 مكرر ق أ، بعد أن كانت ركنا من أركانه قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005، واعتبر الزواج فاسدا في حالة تخلف هذا الشرط طبقا لما جاء في نص المادة 33 ق أ، وتشكل المواد 07 و11 و13 من قانون الأسرة الجزائري الإطار القانوني الذي ينظم زواج القاصر.

فنصت المادة 7 ق أ على أن الأصل هو إبرام عقد الزواج عند اكتمال أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة، واستثناء يرخّص القاضي بإبرام عقد الزواج لأحد طرفيه أو كلاهما قبل هذا السن وأحاط هذا الاستثناء بجملة من الضمانات القانونية، تتمثل في التأكد من توفر المصلحة أو الضرورة والتأكد من قدرة الطرفين على الزواج والذي عادة ما يكون بالاستعانة بخبرة طبية. قد تؤثر في قرار القاضي الذي قد يرفض منح الإذن بزواج القاصر إذا أثبتت نتيجة الخبرة عدم قدرة القاصر على الزواج².

وقد انقسم الفقه إلى قولين فيما يخص ولاية القاضي فذهب أحدهم إلى عدّه وليّا غير مباشر للقاصر باعتبار أن الزواج لا يمكن إبرامه حتى ولو توفرت جميع شروطه إلاّ

¹ العربي بلحاج، أحكام الزواج...، مرجع سابق، ص 309 و314.

² أنس سعدون، زواج القاصرات بالمغرب دراسة ميدانية بأقسام قضاء الأسرة 2004 - 2014، مجلة العلوم القانونية، المغرب، عدد مزدوج 5/4- الجزء الأول، 2016، ص 68.

بوجود ترخيص قضائي يسمح للقاصر بالزواج في مرحلة الانعقاد¹، بينما اعتبره جانب من الفقه مسألة تنظيمية حاول المشرع الجزائري من خلاله إعطاء دور فاعل للقضاء منذ فتح الملف إلى غاية التأشير عليه فالهدف من الإذن القضائي هو التأكد من المقومات الأساسية لبناء أسر متينة تضمن استمرارها، أما من الناحية الشرعية فلا ولاية للقاضي على الصغيرة عند جمهور الفقهاء وعليه يمكن للأب شرعاً أن يزوّج ابنته القاصر².

وحسب نص المادة 11/ف2 ق أ جزائري يتولّى الوليّ زواج القصر وهو الأب بالدرجة الأولى فالأقارب الأولين، وهنا لم يوضح المشرع الجزائري المقصود من هذه الأخيرة. فترك بذلك فراغاً قانونياً حيث يرجع أمر اختيار الوليّ القريب المناسب للفتاة إلى السلطة التقديرية للقاضي من خلال الاستعانة بوكيل الجمهورية باعتباره طرفاً أصلياً طبقاً لنص المادة 3 مكرر ق أ أو استثمار الخلاف الفقهيّ حول مراتب الأولياء ممّا يسمح له باختيار الأشفق والأصلح للقاصر، لأنّ المشرع الجزائري قد أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 ق أ ولم يتقيّد بالرجوع إلى مذهب معيّن³.

وخلافاً لهذا الرأي هناك من فضّل تحديد المقصود بالأقربين وهم الأقربون من جهة العصبية إلى الدرجة الرابعة بعد الأب وهم الابن فالجدّ فالأخ الشقيق فالأخ لأب، وفي

¹ سعاد زغيشي، *الولاية في الزواج بين النظرية والتطبيق*، مجلة الإحياء، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، الجزائر، المجلد 8، العدد 1، 2006، ص 315. المقال متوفّر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/14247>

² كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد دراسة تحليلية مقارنة، منشورات ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، ط1، 2019، ص 17 و 39.

³ سليمان ولد خصال، مرجع سابق، ص 74 و 75.

حالة عدم وجودهم تنتقل الولاية إلى القاضي، والمشرع الجزائري لم يفرق بين الذكر والأنثى لأن مصطلح القاصر يشمل الفئتين معا¹.

وملاحظ من نص المادة 13 ق أ أنه: "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما أخذ بولاية الاختيار بشأن تزويج القاصرة لأنها تعكس الإرادة الحقيقية للقاصرة وتحترمها، ولا يمكن للولي أن يستبد برأيه ويجبر القاصرة على زواج لا ترضاه.

نستخلص مما سبق ذكره بالنسبة إلى الولاية على النفس، أن مؤسسة الحضانة على صلة وثيقة بهذه الولاية فهما كل لا يتجزأ، ويعتبر معيار مصلحة المحضون الأساس الذي يستند إليه القاضي في إسناد الحضانة أو إسقاطها، كما تعتبر كل من ولاية العلاج وولاية التعليم مظهرين أساسيين للولاية على النفس إلى جانب الولاية في الزواج.

الفرع الثاني/ الولاية على المال

تكفل المشرع الجزائري بتنظيم أحكام الولاية على المال في قانون الأسرة ضمن الكتاب الثاني تحت عنوان النيابة الشرعية من المادة 81 إلى المادة 100 ق أ، بينما أفردت بعض التشريعات المقارنة لنظام الولاية على المال قانونا مستقلا بذاته فصلت في أحكامها، نظرا لأهمية حماية أموال هذه الفئة الضعيفة من المجتمع التي لا تقدر على

¹ سعاد زغيشي، مرجع سابق، ص 315.

درء المخاطر التي تواجهها في سبيل المحافظة على أموالها، وفيما يلي تعريف بالولاية على المال (أولاً)، مع بيان أقسامها (ثانياً).

أولاً/ تعريف الولاية على المال

جاءت تعريفات فقهاء القانون للولاية على المال متقاربة حيث عرّفها أحدهم بأنها:

"تفاد الأعمال القانونية التي يجريها الولي أو الوصي أو القيم على مال الغير"¹.

وعرّفها آخر بقوله: "...الولاية على المال تكون بنفاذ الأموال والتصرفات في الأمور التي تتعلق بالمال كالبيع والإجازة والرهن ونحوهم"².

وعرّفها أحدهم بأنها: "نيابة شرعية يتولّى بموجبها الولي الشرعي حفظ وتنمية

أموال من تحت ولايته جبراً لعجزه عن النظر فيها، تحقيقاً لمصلحة المولى عليه، أو لمصلحة الغير الذين لهم حقوق على أمواله"³.

وهناك من عرّفها على أنّها: "سلطة يمنحها الشرع لشخص على آخر تجعل

تصرفات الأول نافذة في حق أموال الثاني، وحقوقه المالية في الحال والمال، صيانة لها، أو لحقوق الأغيار عليها، لقيام موجب اعتبره الشرع كذلك"⁴.

وتتميز الولاية على المال عن الأهلية والتي يقصد بها صلاحية الشخص للقيام

بالتصرفات القانونية لحساب نفسه، في حين أنّ الولاية هي صلاحية الشخص لمباشرة

¹ أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 19.

² ماجدة مصطفى شبانة، مرجع سابق، ص 56.

³ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 257.

⁴ عبد السلام الزفعي، مرجع سابق، ص 32.

التصرّفات القانونيّة لحساب غيره فيقال الوليّ له ولاية على مال الصّغير لا له أهليّة التصرّف في ماله¹.

ثانيا/ أقسام الولاية على المال

تنقسم الولاية على المال إلى قسمين رئيسيّين ولاية أصلية وأخرى مكتسبة.

1. الولاية الأصلية: تثبت الولاية الأصلية للولي الشرعي أصالة بقوة القانون دون تدخّل القضاء، وتختلف مراتب الأولياء من دولة إلى أخرى، حيث أجمعت التشريعات على إسناد الولاية المالية إلى الأب بالدرجة الأولى، لوفور شفقتة على أبنائه وقدرته على النّظر في أمورهم²، واختلفوا فيمن يلي الأب، فأسند المشرّع الجزائري الولاية للأب بعد الأب مباشرة. وهو رأي مخالف لما ذهب إليه جمهور الفقهاء إلّا ما روي عن أبي سعيد الإصطخري من الشافعية الذي أسند الولاية الأصلية للأب بعد الأب والجّد لأنّها أحد الأبوين³، وعند الزيدية بعد الأب والجّد ووصيهما⁴، واعترف المشرّع الجزائري بهذا المكسب المهمّ للمرأة جاء تكريساً لمبدأ المساواة بين الرّجل والمرأة متأثراً بالالتزامات الدوليّة التي تعهّدت بها الجزائر من خلال المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال

¹ سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 134.

² أدهم محمد شبل الشّرقاوي، الحماية الإجرائيّة لناقص وعديم الأهلية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د ط، 2019، ص 137.

³ أبي إسحاق إبراهيم الشيرازي، تكملة المجموع شرح المهذب، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، د ط، د ت، ج 13، ص 346.

⁴ سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 125.

التمييز ضد المرأة¹، ولتحقيق التوافق مع مختلف تشريعات الأحوال الشخصية للدول الإسلامية المجاورة².

وهناك من أعطى الولاية للجدّ، وهو ما ذهب إليه المشرع المصري الذي أسند الولاية على المال إلى الجدّ إذا لم يكن الأب قد اختار وصيًا، في حين ذهب بعض الفقهاء للمطالبة بإلغاء ولاية الجدّ وإعطاء الأولوية إلى الأمّ ما لم يتم سبب يفقدها أهليتها للولاية، باعتبار أن الأمّ أقدر على فهم مصلحة أبنائها القصر وفطرتها هي التي تدفعها إلى الرعاية والسهر على مصالحهم، الرأي الذي انتقده جانب آخر من الفقه مبّررا عدم إلغاء ولاية الجدّ راجع إلى وجود أعمال تستدعي تدخّل ولايته حفاظا على مصالح القصر هذه الولاية التي أقرتها الشريعة الإسلامية³، فالجدّ هو بمثابة الأب كما جاء في القرآن الكريم، فهو أب حقيقة وعرفًا ولا يمكن للأب أن يختار وصيًا على أولاده القصر في وجود

¹ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/180، المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، تاريخ بدء النفاذ 03 سبتمبر 1981، بموجب المادة 27 (1). الاتفاقية متوفرة على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2019/09/26، على الساعة 23:00. <https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>

وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 جانفي 1996 المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج ر العدد 6، الصادرة في 24 جانفي 1996.

² مشروع القانون المتضمن الموافقة على الأمر 02-05 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، الفترة التشريعية الخامسة، الدورة العادية السابعة، الجلسة العلنية الثانية المنعقدة يوم الإثنين 14 مارس 2005، الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، السنة الثالثة، رقم 146، 28 مارس 2005، ص6.

محضر الجلسة متوفّر على الموقع الرسمي للمجلس الشعبي الوطني، تاريخ الاطلاع 2019/06/23 على الساعة 23:15. www.apn.dz

³ ماجدة مصطفى شبانة، مرجع سابق، ص105.

الجَدّ لأنّه يؤدّي إلى التّنافر بين الأسرة الواحدة، وهذا عكس ما تدعو إليه الشّريعة الإسلامية من توطيد روابط المودّة والمحبة بين الأقارب¹.

والملاحظ أنّ مراتب الأولياء تختلف من بلد إلى آخر. وهي من المسائل الواجب التّقيّد بها فلا يمكن للقاضي أن يمنح الولاية إلى شخص آخر مع وجود الأب أو يتصرّف شخص آخر في مال القاصر مع وجود الولي فتصرّفه غير نافذ²، كما تجدر الإشارة إلى أنّ حدود سلطة الولي على مال القاصر تعدّ من المسائل المهمّة التي شهدت بعضها جدلا فقهيّا داخل الدّولة الواحدة كما أنّها تختلف من دولة إلى أخرى، لذلك فهذه الاختلافات تنجرّ عنها مشكلة تنازع القوانين.

وفي هذا المضمار، يمكن تناول إحدى المسائل المختلف فيها فقهيّا وتشريعيّا وهي حدود الولاية على مال القاصر المتمهّن، فقد أشار المشرّع الجزائري إلى تقاضيه شبه راتب خلال فترة التّمهين³، وسكت عن مدى أهلية القاصر للتّصرّف في المال الذي كسبه من عمله⁴، خاصّة وأنّه يكون في هذه المرحلة العمريّة تحت سلطة الولي.

¹ سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص126.

² المرجع نفسه، ص128.

³ المادّة 57 من القانون رقم 18-10، القانون السابق ذكره، وتطبيقا لأحكام هذه المادّة جاء المشرّع الجزائري بالمرسوم التّنفذي رقم 20-123 المؤرّخ في 19 ماي 2020، المحدّد لكيفيات دفع شبه الرّاتب للمتمهّن، ج ر عدد 31، مؤرّخة في 30 ماي 2020.

⁴ خلاف ما ذهب إليه المشرّع الجزائري نجد أنّ المشرّع المصري قد نصّ صراحة على منح القاصر الذي بلغ السادسة عشرة من عمره أهليّة التّصرّف في حدود المال الذي كسبه من عمله، وهو ما تضمّنه مرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 المتعلّق بأحكام الولاية على المال المصري، الصادر في 30 جويلية 1952، حيث نصّت المادّة 63 منه على أنّه: "يكون للقاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلا للتّصرّف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره. ولا يجوز أن يتعدّى أثر التزام القاصر حدود المال الذي كسبه من مهنته أو صناعته".

وقد انقسم الفقه إلى قولين فيما يخص حدود هذه السلطة:

فهناك من اعتبر القاصر المتمهن قد رُشِدَ بإذن وليّه وله كامل الأهلية لمباشرة الأعمال المدنية دون التجارية التي تبقى خاضعة لأحكام القانون التجاري¹، وهناك من اعتبر أنّ القاصر العامل له كامل الحرية في التصرف في راتبه²، وذهب بعض الفقهاء إلى القول أنّه من المنطقي أن يقبض القاصر المتمهن أجره و له التصرف فيه مادام قد سمح له المشرّع بإبرام عقد التّمين الذي يعدّ من عقود المعاوضة الدّائرة بين النّفع والضّرر، غير أنّه حماية لمصلحة القاصر وجب الرجوع إلى نصّ المادة 84 ق أ التي تجعل تصرف القاصر في ماله مقيداً بشرط الحصول على إذن قضائي³.

مما سبق يتّضح أنّ هناك العديد من المسائل التفصيلية في موضوع الولاية على مال القاصر التي سكت المشرّع الجزائري عن تنظيمها، وتبرز أهميّة ضبطها في مجال العلاقات الدولية الخاصّة، ممّا يؤكّد ضرورة استحداث المشرّع الجزائري لقانون مستقلّ

¹ عبد القادر حمر العين، *ترشيده القاصر إطار مخفّض لمسؤولية الأباء*، مجلّة البحوث في الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، المجلّد 03، العدد 02، 2017، ص 477. المقال متوفّر على الرابط التّالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/68076>

² عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الرّواج والطلاق، أطروحة لنيل شهادة الدّكتوراه، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السّنة الجامعية 2014-2015، ص 162.

³ عبد الرحمن عزّاوي، *السّن القانونيّة للعمل والحماية المقرّرة لصغار السّن وفقاً لقانون علاقات العمل الجزائري*، المجلّة الجزائرية للعلوم القانونيّة والاقتصاديّة والسّياسية، الجزائر، الجزء 33، رقم 2، 1995، ص 379. المقال متوفّر على الرابط التّالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/97717>

بذاته، من شأنه تنظيم أحكام الولاية على أموال القاصرين بشكل أكثر وضوحًا ودقة على غرار ما ذهب إليه بعض التشريعات العربية المقارنة، وهو ما نادى به العديد من الباحثين في دراستهم لموضوع الولاية على مال القاصر.

2. الولاية المكتسبة: الولاية المكتسبة أو الوصاية يكتسبها الشخص من غيره. وتعدّ ولاية بديلة على مال القاصر، تسند إلى شخص آخر غير الولي الشرعي ولها عدّة صور تختلف باختلاف أغراضها، ومدى سلطة الوصي في كلّ منها والمهام الموكلة إليه فيها، وأيًا كان مصدر الوصاية والقيود المفروضة على الوصي في مباشرته لها فمختلف صور الوصاية تتساوى من حيث الشروط الواجب توفّرها في الوصي ومن حيث أسباب انقضائها¹.

1.2. صور الولاية المكتسبة

أ- الوصاية بالاختيار: حدّد القانون الأشخاص الذين لهم الحقّ في تقرير الوصاية بالاختيار، بالنسبة إلى المشرّع الجزائري منح حق اختيار الوصي إلى الأب والجّد ويطلق على الوصي في هذه الحالة الوصي المختار، ولا بدّ من تثبيت الوصاية عن طريق عرضها على القاضي بمجرد وفاة الولي الشرعي، وهو ما أخذ به المشرّع الجزائري في المادّة 94 ق أ حيث نصّت على وجوب عرض الوصاية على القاضي لتثبيتها أو رفضها

¹ حسني نصّار، تشريعات حماية الطفولة حقوق الطفل في التشريع الدستوري والدولي والمدني والجنائي والتشريع الاجتماعي وقواعد الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 1973، ص 391.

بمجرد وفاة الأب، لكن في حالة وجود الأم وبمفهوم المخالفة لنص المادة 92 ق أ فإن الولاية على المال لا تسند إلى الوصي إذا كانت الأم أهلاً لممارسة الولاية وهو ما تناولته المادة 87 ق أ حيث منحت مشمولات الولاية للأم أصالة بموجب القانون بعد وفاة الأب. وعليه فلا يمكن أن تسند الولاية لغير الأم إلا إذا ثبت تعارض مصلحتها مع مصلحة القاصر وفي هذه الحالة يتم تعيين متصرف خاص طبقاً لما جاء في نص المادة 90 ق أ، وهو المبدأ الذي كرّسته المحكمة العليا في قرار لها حيث اعتبرت منح الولاية لغير الأم دون إثبات تعارض مصلحتها مع مصلحة أولادها القصر مخالفة للقانون (المادتان 87 و 90 ق أ)¹.

ب- **الوصاية بالتعيين (التقديم):** يتكفل القاضي مباشرة بتعيين وصي للقاصر إذا لم يكن له ولي أصلي أو وصي مختار، أو ثبت عدم أهليتهم لممارسة الولاية على مال القاصر، ويطلق على الوصي في هذه الحالة اسم المقدم أو القيم أو الوصي القضائي. أمّا بالنسبة لأحكام الوصاية بالتعيين في التشريع الجزائري فهي الأحكام نفسها المنظمة للوصاية بالاختيار.

ج- **الوصاية الخاصة:** تعدّ نوعاً من أنواع الوصاية بالتعيين يتم فيها تعيين وصي خاص لحماية مصلحة القاصر²، فالأصل أن تكون الوصاية عامّة بينما تقتضي بعض الحالات

¹ قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 187692، بتاريخ 1997/12/23، المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول، 1997، ص 53.

² حسني نصّار، مرجع سابق، ص 396.

الاستثنائية تعيين وصي خاص على أموال القاصر يمارس مهام معينة وهذه الحالات تكون محدّدة قانوناً، ومن بينها تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر وهو ما نصّت عليه صراحة المادّة 90 ق أ جزائري. والتي تقابلها المادّة 31 من قانون الولاية على المال المصري، حيث يتم تعيين الوصي الخاص لحماية لمصالح القاصر في حالة تشعبها ويكون من بينها ما يميّز بطابع خاص يتطلّب خبرة خاصّة¹.

د- الوصاية المؤقتة: تتقرّر الوصاية المؤقتة في حالة وقف الولاية لأيّ سبب من الأسباب ولم يكن للقاصر وليّ آخر أو في حالة وقف الوصي أو عجزه عن أداء مهمّته بسبب ظروف مؤقتة. وقد أشار المشرّع المصري صراحة إلى هذا النوع من الوصاية في نصّ المادّة 32 من قانون الولاية على المال، ويفترض أن يكون وقف الولي أو الوصي الأصليّ لمدّة محدّدة فإذا زالت أسباب الوقف أو انتهت الظروف التي اقتضت الوقف انتهت معها الوصاية المؤقتة وبالتالي رجوع الولاية إلى الولي أو الوصي الأصلي².

نستخلص ممّا سبق، أنّ الولاية على المال شرّعت لحماية أموال القاصر، وحسنا فعلت بعض التشريعات المقارنة عندما أفردت لها قانوناً مستقلاً نظراً لتشعب أحكامها التي تستدعي ضبطها بدقّة لتحقيق غاية المشرّع من وضعها.

¹ ماجدة مصطفى شبانة، مرجع سابق، ص 108.

² حسني نصّار، مرجع سابق، ص 397.

المبحث الثاني/ ماهية تنازع القوانين

يكتسي موضوع تنازع القوانين أهمية كبيرة في الوقت الراهن، وذلك بالنظر إلى الانتشار الواسع للعلاقات الدولية الخاصة والتي من شأنها أن تثير مشكلة تنازع القوانين، ويعدّ العنصر الأجنبي في العلاقة هو العنصر المسبّب لهذه المشكلة فيجد القاضي نفسه أمام تزامم قانونين أو أكثر لحكم العلاقة، ومن هذا المنطلق يمكن الإحاطة بماهية تنازع القوانين من خلال التّطرق إلى مفهومه في (المطلب الأول)، ومن ثمّ الوقوف على آليات فض التّنازع بين القوانين في (المطلب الثاني).

المطلب الأول/ مفهوم تنازع القوانين

شهد مصطلح تنازع القوانين نقدا شديدا من طرف الفقه وكانت هناك محاولات لاستبداله بمصطلحات أخرى، إلّا أنّه لا يزال المصطلح المتداول والشائع في فقه القانون الدولي الخاص، ويتحدّد مفهومه من خلال التّطرق إلى تعريفه (الفرع الأول)، ومن ثمّ التعرف على مختلف الشّروط الواجب توفّرها لقيام حالة التّنازع بين القوانين (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ تعريف تنازع القوانين

يعدّ مصطلح تنازع القوانين المصطلح شائع الاستعمال للدلالة على النّطاق المكاني لسريان القانون، كما ظهرت عدّة تسميّات أخرى تفيد المعنى نفسه، إذ فضّل فقهاء القانون الدولي الخاص اعتمادها، فهناك تسمية جديدة تعرف بدراسة المشاكل

القانونية ذات الأبعاد الدولية¹، وهناك من الفقه من ارتأى تسمية التنازع الدولي بين القوانين بدل تنازع القوانين لما يشوب هذه الأخيرة حالة من الغموض وعدم الدقة²، و من الفقه من أطلق عليه مصطلح تنازع الاختصاص التشريعي³، بينما فضّل جانب آخر أن يطلق عليه تسمية الأحكام المنظمة للعلاقات الدولية الخاصة⁴، في حين ذهب جانب من الفقه إلى اختيار مصطلح تناسق القوانين⁵، بينما استخدم المشرّع الجزائري مصطلح تنازع القوانين من حيث المكان لتمييزه عن تنازع القوانين من حيث الزمان.

وعلى الرغم من هذه البدائل لمصطلح تنازع القوانين، إلّا أنّه لا يزال المصطلح الأكثر استعمالاً من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص بصرف النظر عن الانتقادات الموجهة له لمنافاته الحقيقة⁶، فيرى جانب من الفقه أنّ التنازع بين القوانين لا ينطوي على تنازع حقيقي وهو ما لم يقصده مبتكر هذه التسمية الفقيه الهولندي هوبر (Huber)

¹ عبد الكريم ممدوح، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، ط1، 2005، ص 16.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2008، ص 535 و 537.

³ إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط1، 2013، ص 11.

⁴ حفيظة السيد الحداد، عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، أمام كلية الحقوق-جامعة الإسكندرية، مصر، د ط، 2006، ص 11.

⁵ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2012، ص 11.

⁶ إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص 12. وينظر: حفيظة السيد الحداد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 11. عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، ط1، 2010، ص 51.

فالمدرسة الهولندية سمحت بتطبيق القانون الأجنبي على أساس فكرة المجاملة الدولية فلا يتصور أن يقوم تنازع حقيقي بين القوانين لحكم العلاقات المشتملة عنصراً أجنبياً¹.

وعليه فإن مصطلح التنازع هو مصطلح مجازي افتراضي لأنه يفترض المساواة في السيادة والتي لا يمكن تصورها، فالسيادة تكون للقانون الوطني على حساب القانون الأجنبي، وبذلك فإن هذا المصطلح ما هو إلا مفاضلة يجريها المشرع الوطني بالاعتماد على قواعد التنازع، ويتم من خلالها اختيار القانون الأكثر ملاءمة لحكم العلاقة وتحقيقاً للعدالة ويتمشى مع توقعات الأفراد²، فالتنازع بين القوانين ما هو إلا تنافس عدة قوانين يأمل كل واحد منها أن يحكم العلاقة محل النزاع³.

في السياق نفسه، يرى جانب آخر من الفقه⁴ بأن التنازع والصراع والتنافس والتراحم بين القوانين يوجد في ذهن القاضي الذي ينظر النزاع دون أن يشعر به أي شخص على أرض الواقع، فكون المسألة المتنازع فيها تتضمن عنصراً أجنبياً في أحد أركانها أصبح لها بعد دولي وبالتالي البحث عن القانون الأكثر ملاءمة لحلها فلا يوجد تنازع حقيقي بين القوانين، كونها لا تحدث أية أزمة دولية بين دولتين عندما يطبق القاضي قانون إحدهما

¹ حفيظة السيد الحذاد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 5.

² عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 10.

³ هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د ط، 2008، ص 207.

⁴ عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 47 و 48.

دون الأخرى، ويفصل القاضي في النزاع وفقاً لما تقتضيه العدالة واستقرار المعاملات ومراكز الأفراد.

في حين توجه جانب من الفقه إلى التفرقة بين موضعين¹:

الموضع الأول/ نكون أمام تنازع حقيقي بين القوانين سواء في العلاقة بين الخصوم عندما يطالب أحدهم بتطبيق قانون ويدّعي الخصم الآخر بتطبيق قانون آخر، أم عندما يثور التنازع بين الخصوم والقاضي فيتمسك هذا الأخير بالقانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع في دولته.

الموضع الثاني/ عندما ينشأ تراحم بين القوانين لا علاقة له لا بادعاءات الخصوم ولا بالقاضي، ويكون عادة في مرحلة نشوء قاعدة التنازع أو إعمالها، فيمكن أن تُطرح هنا عدة فروض لاختيار أكثرها ملاءمة للعلاقة محل النزاع.

هذا وقد تناولت كتب الفقه في القانون الدولي الخاص عدة تعريفات لمصطلح تنازع القوانين جاءت متقاربة في اللفظ والمعنى، فعرفه أحدهم على أنه: "تسابق أو تفاضل أو اختيار قانون واحد من مجموعة القوانين لحكم علاقة قانونية ذات أبعاد دولية أو ارتباطات بأكثر من دولة واحدة"².

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 537.

² ممدوح عبر الكريم، مرجع سابق، ص 16.

وقريب من هذا التعريف عرفه بعض الفقهاء على أنه: "تزام أو تفاضل قانونين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم أو علاقة أو وضع قانوني له صلة بأكثر من دولة واحدة"¹.

وذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه: "يقصد بتنازع القوانين تحديد القانون واجب التطبيق على علاقة قانونية خاصة تشتمل على عنصر أجنبي"²، فيما عرفه جانب آخر بأنه تلك الحالة التي تكون مرتبطة بأكثر من دولة بسبب أحد عناصرها الثلاثة: إما جنسية أطرافها أو محلها أو السبب المنشئ لها، وتعرض على القاضي الوطني الذي يقوم بالبحث واختيار قانون واحد من بين القوانين المرتبطة بتلك الحالة تحقيقاً للعدالة واستقرار المعاملات ومراكز الأفراد³.

يتضح من خلال التعريفات السابقة أن تنازع القوانين يتمحور حول نقطة رئيسة تتمثل في اختيار القانون واجب التطبيق على العلاقات المشتمة على عنصر أجنبي، لكن هل كل علاقة مشتمة على عنصر أجنبي تثير مشكلة تنازع القوانين؟ تقتضي الإجابة عن هذا السؤال التطرق إلى الشروط الواجب توفرها لقيام حالة التنازع بين القوانين.

¹ أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار قنديل، عمان، الأردن، ط1، 2004، ص 21.

² عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، الجزائر، د ط، 2010، ص 12.

³ عامر مجد الكسواني، مرجع سابق، ص 52.

الفرع الثاني/ شروط قيام حالة التنازع بين القوانين

لا تثار حالة تنازع القوانين ما لم تتوفر جملة من الشروط، وإلا فنكون أمام علاقة قانونية وطنية محضة وبالتالي يُطبّق عليها القانون الوطني مباشرة، لأنّ قيام حالة التنازع هي نتيجة حتمية لوجود عدّة قوانين تحكم العلاقة القانونية المتضمّنة عنصراً أجنبياً وبالتالي اختيار أفضلها، وهناك شروط متفق عليها (أولاً)، وأخرى مختلف حولها (ثانياً).

أولاً/ شروط قيام حالة التنازع بين القوانين المتفق عليها

1. الصّفة الأجنبية للعلاقة القانونية: يعدّ العنصر الأجنبي سبباً مباشراً لقيام حالة التنازع والذي يعبر عنه في الوقت الزّاهن بالبعد الدولي¹، وتتكوّن العلاقة القانونية من ثلاثة عناصر؛ قوامها عنصر الأشخاص أولاً؛ وهم أطراف العلاقة، وعنصر الموضوع وهو محل العلاقة، وعنصر السبب وهو مصدر نشوء العلاقة²، فلا يتصوّر قيام حالة التنازع إذا كانت أطراف العلاقة القانونية وطنية صرفة لأنها ستخضع لقانون واحد لعدم وجود آثار خارج حدود الدولة الواحدة، أمّا عن العلاقة القانونية التي تمتدّ آثارها القانونية إلى أكثر من دولة أي خارج حدود الدولة الوطنية فتخضع إلى حالة التنازع الدولي ولا تعدّ علاقة وطنية³، وعلى القاضي إثر ذلك أن يطبّق على العلاقة المتضمّنة عنصراً أجنبياً

¹ الطيّب زروني، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، د ط، 2010، ص 297.

² عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 12 و 13.

³ ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 16.

قواعد التنازع في قانونه لأن مبرر اللجوء إلى الحل التنازعي هو الصفة الدولية المتضمنة في وقائع الدعوى ومستنداتها¹.

لم تكف بعض التشريعات بشرط وجود العنصر الأجنبي فقط لقيام التنازع وإنما اشترطت أن يكون هذا العنصر مؤثراً في العلاقة القانونية وهذا ما أخذ به المشرع التونسي في الفصل الثاني من م ق د خ حيث جاء فيها: "تعتبر دولية العلاقة القانونية التي لأحد عناصرها المؤثرة على الأقل صلة بنظام أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي"²، وقد رأى جانب من الفقه أن العنصر المؤثر مسألة نسبية، ففي مسائل الأحوال الشخصية يكفي لإثارة مشكلة تنازع القوانين المعيار القانوني لدولية العلاقات في فقه القانون الدولي الخاص وهو أن تشتمل العلاقة على عنصر أجنبي، بينما قد لا يكفي هذا المعيار الأخير في علاقات التجارة الدولية والتي تتطلب أن يكون العنصر الأجنبي مؤثراً لإثارة مشكلة تنازع القوانين³.

2. العلاقة القانونية تدخل ضمن فروع القانون الخاص: ذهب غالبية فقهاء القانون

الدولي الخاص إلى أن مناط تنازع القوانين هو أن تكون العلاقة القانونية خاضعة للقانون الخاص⁴. الذي يهدف إلى حماية مصالح الأفراد وبالتالي يخرج من نطاق التنازع القوانين

¹ الطيّب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 297.

² قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998، المتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص، الزائد الرسمي العدد 96، المؤرخ في 01 ديسمبر 1998.

³ حفيظة السيد الحذاد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 3 و4.

⁴ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 34. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2008، ص 24. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص 189.

العامّة التي تهدف إلى حماية المصلحة العامّة فهي تتعلّق بسيادة الدّولة، لأنّ التّنازع يفترض التّطبيق الفعلي لأحد القوانين المتزاحمة وبالتالي إمكانية تطبيق القانون الأجنبي هذا ما يرفضه مبدأ السّيادة الذي تتعلّق به القوانين العامّة¹. وعليه فإنّه لا يُتصوّر قيام حالة التّنازع بين القوانين بالنّسبة للعلاقات الخاضعة للقانون العام لأنّ فروعه ما هي إلّا انعكاس لسيادة الدّولة وسلطانها والتي تتمتع بميزتي التّطبيق المباشر والإقليميّة².

ولمّا كان موضوع الولاية على القاصر يدخل ضمن طائفة القوانين المتعلّقة بالأحوال الشّخصيّة، فلا مجال للتّزاحم بين القوانين إذا كانت العلاقة متّصلة بقانون عامّ كقانون العقوبات، ومن ذلك جريمة الامتناع عن تسليم الطّفل إلى حاضنه أو جريمة استغلال حاجة لقاصر بسبب خيانة الوليّ للأمانة، وجريمة خطف الأطفال إلى غير ذلك من المسائل التي تدخل ضمن نطاق القانون العام. فلا يمكن أن تُثير العلاقات الخاضعة إلى هذا القانون تنازعاً بين القوانين حتّى وإن كانت تُثير مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان، واستثناءً يجوز أن يطبّق القاضي الوطني إحدى قواعد القانون العام الأجنبيّ إذا كان الأمر لازماً للفصل في العلاقات الدّوليّة الخاصّة والتي تكون محلّاً للنّزاع³.

¹ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 34.

² عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 58.

³ هشام خالد، المدخل للقانون الدّولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص 179 و 210.

3. اختلاف الحلول بين قانون القاضي والقانون الأجنبي المختص: يُشترط لقيام

حالة التنازع اختلاف قواعد التنازع أمّا عن اختلاف الأحكام الموضوعية فهو أمر طبيعي وليس هو المقصود في هذا الشرط¹، فإذا كانت قوانين الدول المتنازعة متشابهة فإنّ اختيار أحدها دون الآخر لا يكون له أية منفعة نظرية، كما أنّه من الجانب العملي فسيكون الحكم نفسه مهما كان القانون المختصّ بحكم العلاقة القانونية؛ وبالتالي لا توجد أية فائدة من قيام التنازع، وعليه فإنّ من شروط قيام هذا الأخير هو وجود اختلاف بين القوانين المتنازعة بشرط أن لا يبلغ الاختلاف حدّ التناظر في الأسس الجوهرية التي تقوم عليها الأنظمة القانونية المتنازعة، وإلاّ سيتمّ استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختصّ الذي أشارت إليه قواعد التنازع الوطنية بداعي النظام العام².

وعليه فإنّ الاختلاف يكون في المسائل الثانوية المتعلقة بقواعد مفسّرة، بينما الاختلاف في المسائل الجوهرية يتعلّق بالقواعد الآمرة والتي لا تقبل التنازع بل التناظر³، هذا ما دفع الفقه إلى القول إنّ قيام حالة التنازع يكون على مستوى القاعدة القانونية التي تتّصف بعنصر الإلزام والجزاء المعروف في القانون الخاص، فيشترط إذا أن يكون هناك

¹ إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، مرجع سابق، ص 12 و 13.

² حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 2، 1997، ص 18 و 19.

³ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 21.

تكافؤ بين القوانين المتنازعة فيقوم التنازع بين قواعد قانونية ملزمة وفقاً للنظام الدستوري للدولة التي أقرتها¹.

4. سماح المشرع الوطني بتطبيق قانون دولة أخرى: إنّ من خصائص قاعدة التنازع أنها قاعدة مزدوجة، فقد تشير إلى تطبيق قانون القاضي، كما قد تشير أيضاً إلى تطبيق قانون أجنبي، والمشرع الوطني عندما وضع قواعد التنازع تنازل عن الحكم من القانون الوطني إلى قانون أجنبي وسمح بتطبيقه، كونه أكثر ملاءمة لحكم العلاقة القانونية².

يعدّ سماح دولة للقاضي بتطبيق قانون أجنبي على إقليمها، نقطة البداية في نظرية تنازع القوانين أين انهار مبدأ التلازم المطلق بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي استجابة لاعتبارات العدالة ولمتطلبات الحياة الدولية، فلا توجد أية دولة تستطيع أن تمنع تطبيق القوانين الأجنبية على ترابها الوطني، وإلاّ فسوف تتسبب في إحداث خلل في المعاملات الدولية وشلّ الحياة الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع الدولي³.

ولظهور تنازع القوانين لا بدّ أن تأخذ الدول بمبدأي إقليمية وشخصية القوانين بشكل نسبيّ حتّى ولو كانت هذه الدول إسلامية فهي تسمح بتطبيق القانون الأجنبي على

¹ عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 60.

² ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 20.

³ هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص 177.

إقليمها، كما أخضعت المسلمين في الخارج إلى أحكامها، فالشريعة الإسلامية تقرّ بأنّه لا يمكن لأيّ دولة أن تعيش بمعزل عن الدّول الأخرى¹.

ثانيا/ شروط قيام حالة التّنازع بين القوانين المختلف فيها

1. الصّفة الدّولية للتّنازع بين القوانين: يشترط لقيام حالة التّنازع أن تكون القوانين المتزاحمة صادرة عن دول بمفهوم القانون الدّولي العام فلا يتصوّر قيام التّنازع بين قانون صادر عن دولة وبين عادات خاصّة بقبائل معيّنة²، أي أنّ التّنازع يكون بين قوانين دول مستقلّة عن بعضها البعض ولكلّ قانون سيادة تشريعيّة³، كما يخرج من نطاق التّنازع في مجال القانون الدّوليّ الخاصّ التّنازع الحاصل في حالة الضّم أي بين قانون سائد في إقليم تمّ ضمّه إلى دولة وقانون الدولة الضّامة لأنّ العلاقة القانونيّة ستكون في جميع عناصرها وطنيّة، كما يخرج من نطاق التّنازع بين القوانين التّنازع الاستعماريّ⁴، فيجب أن يكون هناك تكافؤ ومساواة في السّيادة بين الدّول والوصف الدّولي وفقا لمعايير الأمم المتّحدة فلا يتصوّر قيام التّنازع بين دولة مستقلّة كاملة السّيادة وأخرى خاضعة للاحتلال التي تكون سيادتها ناقصة⁵.

¹ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 23.

² هشام خالد، المدخل للقانون الدّولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص 187.

³ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 22.

⁴ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 34.

⁵ عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 59.

كما أضاف بعض الفقه شرطاً أن تكون الدّول المراد تطبيق قانونها معترفاً بها¹، وهو الموقف الذي انتقده جانب آخر من الفقه الذي لا يرى ضرورة الأخذ بهذا الشرط فتنازع القوانين يهدف أساساً إلى فضّ النزاع القائم أمام القاضي والأخذ بالقانون الأكثر ملاءمة لها لا ربط علاقات سياسية، وعليه يمكن الأخذ بالقانون الأجنبي حتّى ولو صدر عن دولة غير معترف بها²، ولا خلاف إذا تعلّق الأمر بعدم الاعتراف بحكومة معينة فهذا لا يحول دون تطبيق القانون الذي تصدره³.

2. التنازع الداخلي: تباينت آراء الفقهاء فيما يتعلّق بالتنازع الداخلي أي التنازع الذي يقوم بين الدّول المتعدّدة تعدّداً إقليمياً أو شخصياً؛ هل يدخل في النطاق الموضوعي للقانون الدولي الخاص؟ فظهرت ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول/ لا يقيم أية تفرقة بين التنازع الشّخصي والتنازع الإقليمي، فهو يخرج التنازع الداخلي للقوانين من مفهوم تنازع القوانين في مجال القانون الدولي الخاص، لأنّ نظرية تنازع القوانين منوطة بوجود تنازع دولي أي تزامن بين قوانين عدّة دول لحكم العلاقة القانونية⁴.

¹ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 44.

² عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 23. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2008، ص 35.

³ صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 12. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص 179.

⁴ هشام خالد، المرجع نفسه، ص 178.

الاتجاه الثاني/ ذهب هذا الاتجاه الذي تبناه فريق من الفقهاء الفرنسيين إلى المساواة بين التنازع الدولي والتنازع الداخلي، وهذا الأخير يدخل في الإطار الموضوعي للقانون الدولي الخاص¹.

الاتجاه الثالث/ أخذ هذا الاتجاه موقفًا وسطًا مقارنة بالاتجاهين السابقين؛ إذ فرق بين التعدد الشخصي والتعدد الإقليمي، فلا يقوم التنازع بسبب تعدد قوانين الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية والعربية فهي صادرة عن سيادة دولة واحدة، بينما تقوم حالة التنازع بالنسبة للدول المركبة أو الاتحادية لتعدد السلطات ووجود عدة قوانين تمثل سيادات مختلفة².

وبعبارة أخرى؛ ذهب هذا الاتجاه إلى أنّ التعدد الإقليمي هو الذي يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص كونه يحقق شرطًا من شروط قيام حالة التنازع وهو إمكانية تطبيق القاضي لقانون غير قانونه الوطني بينما لا يتوفر هذا الشرط في حالة التعدد الشخصي لأنّ القاضي سيطبق إحدى الشرائع التابعة لدولته ولا يتصور أن يطبق أيّ قانون أجنبي³. نستخلص ممّا سبق أنّ التنازع بين القوانين لا يقوم إلّا إذا توفرت جملة من الشروط التي يحددها قانون القاضي، وبالتالي سيتمّ الفصل في النزاع مباشرة وفقًا للقانون

¹ عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 62.

² ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 19.

³ عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 63.

الداخلي باعتبار العلاقة وطنية محضة أو إعمال المناهج المعروفة في فض التنازع بين القوانين لدولية العلاقة.

المطلب الثاني/ آليات فضّ التنازع بين القوانين

يعدّ المنهج التنازعي أو كما يُعرف بمنهج قاعدة التنازع، منهجاً تقليدياً لا يزال قائماً على الرغم من الانتقادات الموجهة إليه من قبل الفقه الحديث معتمداً في ذلك كما تظهر من تسميته على قاعدة التنازع، باعتبارها الوسيلة الفنية المعول عليها لفضّ التنازع بين القوانين في مجال العلاقات الدولية الخاصة بما فيها مسائل الأحوال الشخصية (الفرع الأول)، كما ظهرت إلى جانب المنهج التنازعي مناهج أخرى مجاورة؛ تتمثل في منهج القواعد ذات التطبيق الضروري أو ذات التطبيق المباشر ومنهج القواعد الموضوعية أو المادية (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ المنهج التنازعي

يعتمد المنهج التنازعي أساساً على قاعدة التنازع كونها وسيلة فنية تهدف إلى فضّ التنازع بين القوانين في مجال العلاقات الدولية الخاصة، من خلالها يتمكّن القاضي من تحديد القانون واجب التطبيق على المنازعات التي تثيرها هذه العلاقات، وعليه سيتمّ التطرق إلى تعريف قاعدة التنازع والعناصر المكونة لها (أولاً)، ومن ثمّ تناول خصائص قاعدة التنازع التي تميّزها عن غيرها من القواعد القانونية والقوة الملزمة لها (ثانياً)، وأخيراً سيتمّ تناول وظيفة قاعدة التنازع مع بيان أهميتها (ثالثاً).

أولاً/ تعريف قاعدة التنازع والعناصر المكوّنة لها

1. تعريف قاعدة التنازع: وظّف المشرّع الجزائري ضمن نصوص القانون المدني عبارة قواعد تنازع القوانين من حيث المكان أو قواعد تنازع القوانين للإشارة إلى القواعد التي تحكم العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي، فنصّت المادّة 23 مكرر 1 ق م¹ على أنّه: "إذا تقرر أنّ قانوناً أجنبياً هو واجب التطبيق فلا تطبق إلاّ أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنّه يطبّق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختصّ".

واصطلح الفقه على قواعد التنازع اسم قواعد الإسناد لأنّ وظيفتها هو إسناد العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبيّ إلى أكثر القوانين ملاءمة لها، أمّا الاصطلاح القانونيّ الذي اعتمدته بعض التشريعات المقارنة فهو قواعد القانون الدولي الخاص وهو ما أخذ به المشرّع العراقي في المادّة 1/31 ق م².

¹ استحدثت المادة 23 مكرر 1 ق م بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدّل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، ج ر العدد 44، المؤرخة في 26 جوان 2005.

² القانون رقم (40) لسنة 1951، المتعلّق بالقانون المدني العراقي، المؤرخ في 08 سبتمبر 1951، الوقائع العراقية العدد 3015، المؤرخ في 08 سبتمبر 1951، المعدّل. النص الكامل للقانون متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2020/03/01 على الساعة 23:15 <https://iraql.d.e-sjc-services.iq>

وجاءت تعريفات الفقهاء لقاعدة التنازع جدّ متقاربة، فعرفها أحدهم بأنّها: "القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون واجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي"¹.

كما عرفها آخر بأنّها: "القواعد القانونية الوطنية المصدر أو الدّولية أحيانا التي بواسطتها يسترشد القاضي إلى القانون واجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة ويختار أكثرها ملاءمة لحكم العلاقة الدّولية الخاصّة المشوبة بعنصر أجنبي بما يحقق مصالحه الاقتصادية والسياسية والاجتماعية"².

وتجدر الإشارة إلى أنّ الفقه قد اختلف في تحديد طبيعة قاعدة التنازع، وانقسم بذلك إلى ثلاثة فرق³:

الفريق الأول/ اعتبر قاعدة التنازع قاعدة قانون عامّ، لأنّ وظيفتها تكمن في توزيع الاختصاص التشريعي بين مختلف الدّول، وهو رأي منتقد لأنّ وظيفتها تنحصر في اختيار أفضل القوانين وأكثرها تحقيقاً للعدالة لحكم العلاقات الدّولية الخاصّة.

الفريق الثاني/ أدرج قاعدة التنازع ضمن قواعد القانون الخاص، فينظر إليها على أنّها قواعد مكملّة لقواعد القانون الخاصّ الموضوعيّة، وهم يستندون في رأيهم إلى أسباب

¹ حفيظة السّيد الحّداد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 5. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص 207.

² كريم مزعل شبي السّاعدي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، مجلّة جامعة كربلاء، العراق، المجلّد الثّالث، العدد 13، كانون الأوّل 2005، ص 2. المقال متوفّر على الرّابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 2022/04/15 على الساعة 05:30 <https://www.iasj.net/iasj/article/56986>

³ هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص ص 209-213.

تاريخية محضة، كون قواعد التنازع نشأت في ظل القانون الخاص وهو ما يعكسه اتجاه التشريعات نحو تنظيم قواعد تنازع القوانين ضمن التشريعات الخاصة لا سيما القانون المدني.

الفريق الثالث/ انتقد بعض فقهاء القانون الدولي الخاص التقسيم التقليدي للقانون إلى عام وخاص، على الرغم من أن هذا التقسيم لا يزال معمولاً به في القانون، وبالتالي فهو يعتبر قاعدة التنازع على أنها قاعدة مختلطة ينظر إليها على أنها قاعدة عامة إذا أشارت إلى تطبيق قانون عام وقاعدة خاصة إذا أشارت إلى تطبيق قانون خاص.

2. العناصر المكونة لقاعدة التنازع

أ- الفئة المسندة: أول ما يقوم به القاضي عندما يطرح عليه نزاع مشتمل على عنصر أجنبي هو تكييف المسألة محل النزاع وتحديد طبيعتها، حتى يتسنى له إدراجها في الفئة المسندة الملائمة لها وبالتالي يكون من السهل التوصل إلى القانون واجب التطبيق.

ويقصد بالفئة المسندة أو ما يطلق عليها بالفكرة المسندة أو موضوع قاعدة التنازع: "مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة التي وضع لها المشرع ضابطاً خاصاً بها ليسندها به إلى قانون معين"¹.

ب- ضابط الإسناد: تتضمن الأفكار المسندة مراكز قانونية متشابهة، يقوم المشرع بإسناد كل فئة إلى قانون معين عن طريق ضابط الإسناد، فهو المعيار الذي يمكن القاضي من

¹ بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، د ط، 2002، ص 68.

التّوصّل إلى القانون واجب التّطبيق على العلاقات الدّوليّة الخاصّة¹، وهناك نوعان من الضّوابط المعمول عليها في مسائل الأحوال الشّخصيّة يطلق عليها بالقانون الشّخصي وهما ضابط الموطن وضابط الجنسيّة، هذا الأخير اعتمدته غالبية الدّول العربيّة في فضّ مشكلة تنازع القوانين في مجال الأحوال الشّخصيّة ومن بينها مسائل الولاية على القاصر.

كما تجدر الإشارة هنا، إلى أنّ ضابط الإسناد قد يكون أحاديّا كأن تكون الجنسيّة هي الضّابط الوحيد لتحديد القانون واجب التّطبيق على مسألة معيّنة، كما قد يكون الضّابط متعدّدًا فيكون أحدها أصليًا بينما تكون الضّوابط الأخرى اختياريّة، بحيث لا يتمّ إعمالها إلّا في حالة تعذّر إعمال الضّابط الأوّل، أو تكون كل الضّوابط اختياريّة وبالتالي يتمّ اختيار أحدها استنادًا إلى إرادة الأفراد أو إلى تقدير القاضي².

وبالنّسبة للمشرّع الجزائري فقد فضّل الأخذ بضابط الجنسيّة لحل النزاعات المتعلّقة بالنّظم الخاصّة بحماية القصر، حتّى يطبّق القانون الجزائري على الجزائريّين باعتباره القانون الأكثر عدالة والأفضل لتحقيق مصالح القصر³.

ولحلّ تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر يمكن الاعتماد على عدّة

¹ حفيظة السّيد الحّداد وآخرون، القانون الدّولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 11.

² آمنة أمّحجي بوزينة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشّخصيّة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، مصر، د ط، 2019، ص 22.

³ سميحة حنان خوادجية، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر، مداخلة منشورة ضمن أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة- جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23 و 24 أبريل 2014، المجلّة الأكاديميّة للبحث القانوني، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، عدد خاص، 2015، ص 233. <https://www.univ.bejaia.dz>

ضوابط إلى جانب ضابط الجنسية، ويرجع تحديدها إلى طبيعة النزاع المعروض على القاضي من بينها ضابط الاستعجال وضابط المصلحة الفضلى للقاصر وهناك ضوابط أخرى فضلها بعض الفقهاء واعتمدتها الاتفاقيات الدولية كضابط الإقامة المعتادة للطفل، كل هذه الضوابط سيتم التطرق إليها بالتفصيل كلاً في موضعه.

ج- **القانون المسند إليه:** وهو القانون الذي ثبت له الاختصاص بموجب قاعدة التنازع باعتباره أفضل القوانين وأنسبها لحكم العلاقة محل تنازع القوانين¹، وأكثرها تحقيقاً للعدالة في نظر المشرع الذي أصدر القاعدة²، وقد يكون هذا القانون هو قانون القاضي أو قانوناً أجنبياً، وهنا يواجه القاضي العديد من الصعوبات تبدأ بمرحلة تكييف النزاع وتنتهي بمرحلة تحديد هوية القانون المختص وكيفية إعماله.

ثانياً/ خصائص قاعدة التنازع والقوة الملزمة لها

1. **خصائص قاعدة التنازع:** هناك خصائص ذاتية لقاعدة التنازع تميزها عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى، وهو ما سيتم تناوله تباعاً.

أ- **قاعدة التنازع قاعدة غير مباشرة:** تتميز قاعدة التنازع من حيث مضمونها أنها قواعد غير مباشرة³، فهي قواعد إرشادية لا تعطي الحل النهائي للحالة المتضمنة عنصراً أجنبياً وإنما ترشدنا إلى القانون المختص بحكم المسألة⁴، حيث شبه جانب من الفقه الفرنسي

¹ آمنة أمجد بوزينة، إشكالات تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 23.

² هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص 207.

³ حفيظة السيد الحداد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 6.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 576.

قواعد التنازع بمكتب الاستعلامات المتواجد بمحطة السكة الحديدية، فدور المكتب هو إرشاد المسافرين إلى رصيف القطار الذي يودّ ركوبه، كذلك تنحصر مهمة قاعدة التنازع في الإرشاد إلى القانون واجب التطبيق¹.

ب- قاعدة التنازع قاعدة مزدوجة الجانب: تتميز قاعدة التنازع من حيث آثار تطبيقها أنّها قواعد مزدوجة²، فقد تشير إلى اختصاص قانون القاضي كما قد تشير إلى اختصاص القانون الأجنبي وهنا تكمن فائدة هذه الميزة أنّها لا تخلق فراغاً في مشكلة تنازع القوانين³، وعلى الرغم من هذه الازدواجية فإنّ تحديد القانون واجب التطبيق يكون بشكل مجرد فلا تشير قاعدة التنازع إلى تطبيق قانون معين بذاته لحكم العلاقة⁴، لكن في حالات استثنائية فضّل المشرّع الخروج عن قاعدة الازدواجية واعتماد قاعدة التنازع أحادية الجانب يكون فيها الامتياز للقانون الوطني دون غيره.

ج- قاعدة التنازع قاعدة وطنية: هناك من الفقه من أضاف خاصية ثالثة لقاعدة التنازع، تتمثل في كونها قواعد وطنية المصدر، ينفرد المشرّع الوطني بوضعها مراعيًا في ذلك الخصوصيات الوطنية لدولته مع مراعاة القواعد والمعايير الدولية وهو ما يميّزها عن

¹ حفيظة السيد الحدّاد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 6.

² المرجع نفسه، ص 6.

³ بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 71.

⁴ أمّنة أمّهي بوزينة، إشكالات تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 13.

القواعد الموضوعية التي يكون مصدرها وطنياً أو دولياً¹، فالمشرع الوطني يضع قواعد التنازع وفقاً لفلسفته التشريعية مراعيًا في ذلك مصالح دولته ومختلف الاعتبارات².

لكن تجدر الإشارة إلى وجود قواعد تنازع ذات مصدر دولي، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 21 ق م والتي جاء فيها: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر"، وكذلك نص المادة 23 مكرر 2 ق م والتي جاء فيها: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

2. القوة الملزمة لقاعدة التنازع: عرف موضوع القوة الملزمة لقاعدة التنازع جدلاً كبيراً، فهناك من منع القاضي من تطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه، وخلاف ذلك فضّل اتّجاه آخر إلزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع سواء تمسّك بها الخصوم أم لم يتمسّكوا بها، وفيما يلي عرض لهذين الاتجاهين وتوضيح الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري.

1.2. عدم إلزامية القاضي بتطبيق قاعدة التنازع: ساد هذا الاتجاه في إنجلترا

فيُمنع القاضي الانجليزي من تطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه، بل عليه أن يطبق

¹ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 41.

² وفاء فلحوط، القوة الملزمة لقواعد الإسناد وطبيعة القانون الأجنبي المسند إليه في إطار المنهج التنازعي في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، سوريا، المجلد 2، العدد 1، 2022، ص 235. المقال متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع، 2023/04/16 على الساعة 22:30. <https://journal.damascusuniversity.edu.sy/index.php/legi>

أحكام القواعد الموضوعية السائدة في قانونه حتى ولو اشتملت العلاقة محل النزاع على عنصر أجنبي، وليس له أن يطبق القانون الأجنبي حتى ولو تمسك به الخصوم إلا إذا أثبتوا اختلاف مضمون أحكامه عن مضمون أحكام القانون الإنجليزي¹.

وذهب جانب من الفقه إلى القول إن الموقف الذي تبناه النظام القانوني الإنجليزي يفسره من جهة دور القاضي الوطني في الخصومة المدنية الذي لا يلعب أي دور إيجابي في إدارتها، ومن جهة أخرى مسألة إثبات القانون الأجنبي الذي يعدّ مجرد واقعة يجب على الخصوم إثباته والتمسك به².

ومن الحجج التي استند عليها هذا الموقف؛ حجة ذات طابع عملي ففي الفرض الذي يلتزم القاضي بإعمال قاعدة التنازع، يلتزم بالضرورة بإعمال القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع وبالتالي البحث عن مضمونه الذي قد يستحيل عليه معرفته، وبالتالي إعفاء القاضي من تطبيق قاعدة التنازع يؤدي إلى إعفائه من البحث عن مضمون القانون الأجنبي ويؤدي ذلك إلى سرعة الفصل في النزاع المعروض، ويتمشى كذلك مع معاملة القانون الأجنبي على أنه مجرد واقعة يقع على الخصوم عاتق إثباته³.

أما الحجة الثانية فتقوم على افتراض التطابق بين القواعد الموضوعية في قانون القاضي والقانون الأجنبي، فمن الناحية العملية استقرّ القضاء الإنجليزي على إهمال

¹ بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 122.

² حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2005، ص 34 و 35.

³ المرجع نفسه، ص 36.

قاعدة التنازع وتطبيق أحكام القواعد الموضوعية على مختلف النزاعات التي عجز الخصوم فيها عن إثبات اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الإنجليزي¹.

2.2. إلزامية القاضي بتطبيق قاعدة التنازع: ذهب هذا الاتجاه إلى إلزام القاضي

بتطبيق قاعدة التنازع الوطنية من تلقاء نفسه سواء تمسك الخصوم بإعمالها أم لم يتمسكوا بها، ولا يشترط تطابق أحكام القانون الأجنبي مع أحكام قانون القاضي²، ولقد استقرّ العمل بهذا الاتجاه في القضاء الألماني منذ أواخر القرن التاسع عشر³، وفي العديد من الأنظمة القانونية كالقانون النمساوي والبلجيكي والإيطالي والهولندي⁴.

أما القضاء الفرنسي فقد شهد ترددًا كبيرًا، حيث مرّ موقفه من القوة الملزمة لقاعدة التنازع بالعديد من المراحل، لكنّه استقر في الأخير على تطبيق قاعدة التنازع تلقائيًا حسب طبيعة الحقوق المتنازع فيها واعتبر قانون الاتحاد الأوروبي من قواعد التنازع واجبة التطبيق⁵.

وحسبًا فعل المشرع التونسي عندما عبّر صراحة عن موقفه في الفصل 28 م ق د خ، الذي تناول فيه القوة الملزمة لقاعدة التنازع وميّز بين صنفين من القواعد؛ قواعد ملزمة إذا كانت من النظام العام حيث يكون موضوعها صنفًا قانونيًا يتضمّن حقوقًا غير قابلة

¹ نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، د ط، 2001، ص 9 و 10.

² بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 123.

³ نادية فضيل، المرجع السابق، ص 11.

⁴ حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 37 و 38.

⁵ للتفصيل أكثر في المراحل التي مرّ بها موقف القضاء الفرنسي من القوة الملزمة لقاعدة التنازع ينظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص 42-56.

للتصرف فيها كقواعد التنازع المتعلقة بحقوق العائلة، وقواعد تنازع ليست من النظام العام يجوز للأطراف الاتفاق على عدم تطبيقها¹.

وتبنى الفقه الراجح هذا الاتجاه استناداً إلى عدة مبررات، إذ برّر جانب من الفقه موقفه بالاستناد إلى حجة مفادها أن الفلسفة التشريعية قائمة على التمييز بين العلاقات الوطنية البحتة والعلاقات الدولية الخاصة؛ وبذلك يختار لهذه الأخيرة أفضل القوانين بما يحقق لها عدالة في التطبيق وتأمين أكبر قدر من الفعالية اللاحقة من حيث إعطاء الأحكام القضائية قوة النفاذ خارج الدولة المصدرة لها، فيكون القاضي رهيناً بإرادة مشرعه الذي يدرك كلّ هذه الاعتبارات لا رهيناً بإرادة الخصوم².

ومن مبررات الأخذ بهذا الموقف هو أنّ التطبيق التلقائي لقاعدة التنازع يكون احتراماً لذاتية العلاقة الدولية الخاصة³، فيجب تطبيق قاعدة التنازع الوطنية كلّما تضمنت العلاقة القانونية عنصراً أجنبياً، فتعدّ قاعدة التنازع جزءاً من النظام القانوني السائد في دولة القاضي، وسواءً أشارت هذه القواعد إلى تطبيق قانون القاضي أم القانون الأجنبي فإنّ في تطبيقها تحقيق لأفضل القوانين والأكثر صلة بالعلاقة محلّ النزاع، وفي ذلك ضمان للانسجام بين الأنظمة القانونية التي تكون في علاقة دائمة ومستمرة نتيجة تطور العلاقات الدولية الخاصة⁴.

¹ مبروك بن موسى، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، دار الميزان للنشر، تونس، ط1، نوفمبر 2003، ص281.

² وفاء فلحوط، مرجع سابق، ص245.

³ حفيظة السيد الحدّاد، مرجع سابق، ص40.

⁴ نادية فضيل، مرجع سابق، ص17.

3.2. موقف المشرع الجزائري من إلزامية قاعدة التنازع: لم تتضمن النصوص

القانونية المتعلقة بقواعد تنازع القوانين أية إشارة إلى إلزامية هذه القواعد، لكن يبدو من صياغتها أنها ذات طابع إلزامي فوظفت عبارات مثل: يسري، يطبق والتي تفيد الوجوب، فيطبقها القاضي تلقائياً دون الحاجة إلى تمسك الخصوم بها¹، وينسجم هذا الموقف مع أحكام المادة 221 ق أ التي نصت على ما يلي: "يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني"، وكذلك المادة 2/29 ق إ م إ التي نصت على أنه: "... يفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المطبقة عليه"، والتي تقابلها المادة 12 ق إ م الفرنسي.

وعلى النهج نفسه سار القضاء الجزائري، حيث فرض رقابة المحكمة العليا على الخطأ في إعمال قاعدة التنازع، ففي قضية متعلقة بطلاق بين زوجة جزائرية وزوج إيطالي قضى مجلس قضاء بئر مراد رايس بتاريخ 14/07/1996 باختصاص القانون الإيطالي بدل القانون الجزائري على الرغم من أن الزوجة الجزائرية الأصل، لم يثبت نزاع جنسيتها الأصلية منها رسمياً بعد الحصول على الجنسية الإيطالية، فصدر قرار من المحكمة العليا يستوجب نقض هذا القرار لمخالفته القانون والخطأ في تطبيقه، فكان على القاضي أن يطبق القانون الجزائري وفقاً للمادة 13 ق م بدل القانون الإيطالي².

¹ حمزة قتال، مرجع سابق، ص 32.

² قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 170082، بتاريخ 17/02/1998، المجلة القضائية، العدد 1، 2000، ص 167.

من خلال ما تناولته حول القوة الملزمة لقاعدة التنازع، وأمام الجدل الفقهي القائم حول هذا الموضوع حبذا لو سائر المشرّع الجزائري نظيره التونسي ونص صراحة على إلزامية قواعد التنازع.

ثالثا/ وظيفة قاعدة التنازع وأهميتها

1. وظيفة قاعدة التنازع: تمتاز قاعدة التنازع بوظيفتين أساسيتين وظيفة سياسية وأخرى قانونية، وفيما يلي تفصيل ذلك:

أ- وظيفة قاعدة التنازع السياسية: وظيفة قاعدة التنازع هي وظيفة سياسية تتمثل في تحديد السيادة التشريعية الوطنية، وما يدعم هذه الوظيفة هو الاعتبارات المستند عليها عند وضع قاعدة التنازع من بينها الاعتبارات السياسية، إخضاع مسائل الأحوال الشخصية في الدول الأنجلو أمريكية إلى ضابط الموطن، يمليه اعتبار سياسي وهو دمج الأجانب المقيمين داخل إقليم الدولة في الجماعة الوطنية وربط مصالحهم بها، والقضاء على الاختلاف في تطبيق القانون من خلال تطبيق قانون الموطن على الوطنيين والأجانب، أما الدول التي تتخذ من الجنسية ضابط إسناد فهي تهدف إلى تقوية نفوذها وتأثيرها السياسي خارج حدود الدولة، من خلال بسط سيادتها التشريعية وربط الأفراد بدولهم¹.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 548 و 549.

ب- وظيفة قاعدة التنازع القانونية: مضى جانب من الفقه إلى القول إنّ وظيفة قاعدة التنازع هو توزيع الاختصاصات القانونية المختلفة، وتحديد نطاق تطبيق القوانين المتنازعة لحكم العلاقات الدولية الخاصة، ولكن اختلف الفقه المؤيد لهذا الاتجاه في مصدر قاعدة التنازع فهناك من ذهب إلى أنّ قاعدة التنازع وطنية المصدر، على العكس من ذلك ذهب فريق آخر إلى الإفادة بأنّ قاعدة التنازع مصدرها القانون الدولي العام، وهذا الأخير فوّض إلى المشرعين الوطنيين مهمة تحديد نطاق سريان قوانينهم الوطنية.

وبناءً على ذلك، لقي هذا الاتجاه نقداً لاذعاً واعتبر أنّ قواعد التنازع مهمتها البحث عن الحل القانوني الأكثر ملاءمة لحكم العلاقة ولا يُتصور أن تكون مهمتها توزيع الاختصاصات بين القوانين المتنازعة¹، فوظيفة قاعدة التنازع القانونية تتمثل في تحقيق الأمان والعدالة في تنظيم العلاقات الدولية الخاصة².

2. أهمية قاعدة التنازع: تعدّ قواعد تنازع القوانين الوسيلة الفنية المعتمدة أساساً في حلّ النزاعات الخاصة ذات البعد الدولي، ويطلق على هذه الآلية بالمنهج التنازعي أو المنهج الإسنادي، وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهها الفقه الحديث إلى هذا المنهج ودعوته إلى التخلّي عنه. وبذل جهود من أجل توحيد القواعد الموضوعية في بعض

¹ عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص47. وينظر: هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص207 و208.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص552.

مسائل القانون الخاص¹، إلا أن الطبيعة التي تتميز بها مسائل الأحوال الشخصية عامة ومن بينها مسائل الولاية على القاصر تحول دون توحيد قواعد التنازع نظراً لقيامها على اعتبارات تختلف في الدول العربية الإسلامية عنها في الدول الغربية. وخلاصة القول، فإنه على الرغم من الانتقادات الموجهة للمنهج التنازعي إلا أنه لا يزال الآلية الفنية الغالبة في تشريعات الدول لحل النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي، كما لم يعد دور قاعدة التنازع منحصراً في تحديد القانون واجب التطبيق على النزاعات الدولية الخاصة من خلال الاستناد إلى مركز الثقل في العلاقة محل النزاع²، بل أصبحت تسعى إلى تحقيق العدالة المادية³.

الفرع الثاني/ المناهج المجاورة للمنهج التنازعي

الانتقادات التي وجهت للمنهج القائم على قاعدة التنازع دفعت الفقه الحديث إلى البحث عن بدائل أخرى تساهم في سدّ العجز الذي أظهره هذا المنهج، حيث برز منهجان اثنان؛ منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج القواعد الموضوعية، حيث يتم إعمالهما دون إقصاء للدور الفعال الذي يقوم به المنهج التقليدي، حيث شهدت مختلف مناهج تنازع القوانين تكاملاً وتعايشاً فيما بينها، لكن مجال إعمال هذه القواعد الفنية الجديدة محدود جداً في مسائل الأحوال الشخصية عامة، حيث يكون المنهج التنازعي هو

¹ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2009، ص 47.

² يوسف مسعودي، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة، دار الأيام، عمان، الأردن، ط1، 2016، ص7.

³ حفيفة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 67 و68.

الحلّ الملائم لفض المنازعات الخاصّة بمسائل الأحوال الشخصيّة ذات البعد الدّوليّ، كما لا يمكن إنكار الدور الذي تؤدّيه المناهج الأخرى، وعليه وجب توضيح علاقة المناهج المجاورة بالمنهج التّنازعي(أولاً)، ومن ثمّ التّطرق إلى منهج القواعد ذات التّطبيق الضروري(ثانياً)، وفي الأخير أتناول منهج القواعد الموضوعيّة (ثالثاً) مع الإشارة إلى مجال إعمال هذه المناهج في مسائل الولاية على القاصر.

أولاً/ علاقة المناهج المجاورة بالمنهج التّنازعي

على الرّغم من المكانة المهمّة التي يحتلّها المنهج التّنازعي التّقليدي في التّشريعات المقارنة، باعتباره الأسلوب السّائد لحلّ مشكلة تحديد القانون واجب التّطبيق على العلاقات القانونيّة المتضمّنة عنصراً أجنبيّاً، إلّا أنّه تعرّض إلى موجة من الانتقادات الفقهيّة منها ما استهدف مجرّد تحسين هذا المنهج وإزالة النّقائص التي تشوبه دون المساس بجوهره¹، وهناك من طرح مسألة التّخلّي عنه وتقليص دوره وإيجاد بدائل أخرى تحلّ محلّه، هذه الانتقادات أدّت إلى ظهور ما سمّاه الفقه بأزمة منهج قاعدة التّنازع²، نظراً للعجز الذي شابه كونه لم يعد كافياً لفضّ النزاعات التي تنثيرها العلاقات الدّوليّة الخاصّة، كما أصبحت قاعدة التّنازع تفتقد إلى عنصر الأمان القانونيّ والعدالة³.

¹ هشام خالد، المدخل للقانون الدّولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص 242.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 623.

³ عبّاس العبودي، *المناهج الجديدة في العلاقات الدّوليّة الخاصّة وأثرها على قاعدة تنازع القوانين*، مجلّة كلّية اليرموك الجامعة، العراق، المجلّد 8، العدد1، 2016، ص4. المقال متوفّر على الرّابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 2022/04/15، على السّاعة

<https://www.iasj.net/iasj/article/118518>

هذا ما دفع الفقه الحديث إلى تقديم مناهج أخرى إلى جانب منهج تنازع القوانين فقد شهد الموضوع اهتماماً من قبل الباحثين وتناوله أحدهم في دراسة تحت عنوان تكامل تنازع القوانين¹، ودراسة أخرى خصّها الباحث بعنوان تنازع مناهج تنازع القوانين إلاّ أنّه خلص في الأخير إلى وجود تكامل بين هذه المناهج²، وهو ما أفرزه بالفعل الواقع العملي، ففي حقيقة الأمر لا يوجد تنازع بين مختلف مناهج تنازع القوانين فالنزاع المعروض على القاضي هو الذي يفرض نفسه أي نوع من القواعد ستطبق عليه، وتساهم في فضّ المشاكل التي تثيرها العلاقات الدوليّة الخاصة.

ففي الحدود التي يفرط فيها المنهج التنازعي في دوليته أو يفقد لها وجب التخلي عن قاعدة التنازع إذا كانت غير ملائمة، وقد عالج الفقه الإفراط في دوليّة قاعدة التنازع عن طريق قوانين البوليس أمّا معالجة افتقار قاعدة التنازع لدوليتها يكون باللجوء إلى القواعد الموضوعيّة في القانون الدولي الخاص³.

هذه الثنائيّة في الحلول المقترحة هو ما أطلق عليه الفقه بقواعد الإسناد الأحاديّة والتي يدخل في نطاقها منهجان: منهج القواعد ذات التطبيق الضروري والمتمثلة أساساً في قوانين البوليس أو ما اصطلح عليه بمنهج القواعد مباشرة التطبيق، بالإضافة إلى

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، أطروحة دكتوراه فلسفة في القانون الخاص/ القانون الدولي الخاص، كلفة الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2012، ص 378 و382.

² أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، د ط، 1979، ص 155.

³ المرجع نفسه، ص 15 و16.

منهج القواعد الموضوعية أو المادية¹، والواقع أظهر تعايشاً بين قواعد تنازع القوانين وغيرها من الآليات التي تساهم في حلّ تنازع القوانين فالكّل يعمل جنباً إلى جنب ولا تعدّ القواعد الأحادية استثناءً على القواعد المزدوجة²، وقد أخذ المشرّع الجزائري بهذين المنهجين وهو ما يستشف من نصّ المادة 21 ق م.

ثانياً/ منهج القواعد ذات التطبيق الضّروري

1. تعريف منهج القواعد ذات التطبيق الضّروري: أبدى الفقه الحديث اهتماماً بمنهج القواعد ذات التطبيق الضّروري، حيث ينسب هذا المنهج إلى الفقيه فرانسيسكاكيس (Ph.Francescakis)³، فلم تعد قواعد التنازع هي الوسيلة الفنية الوحيدة لفضّ التنازع بين القوانين الناجمة عن العلاقات الدولية الخاصة، بل ظهرت إلى جانبها قواعد تحدّد من مجال أعمالها ويتمّ تطبيقها مباشرة على النزاع المعروض.

وتعدّ القواعد ذات التطبيق الضّروري جزءاً من القانون الداخلي للدولة وهي قواعد أمة يستلزم أعمالها سواء أكانت العلاقات وطنية بحتة أم مشتملة على عنصر أجنبي⁴، ومن أسباب ظهور هذا النوع من القواعد هو تزايد تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية وقصور فكرة النظام العامّ في ظلّ المنهج القائم على قاعدة التنازع⁵.

¹ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 45 و 46. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 539.

² أحمد الفضلي، المرجع نفسه، ص 47 و 48.

³ خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص 54.

⁴ حفيظة السيد الحّداد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 14 و 15.

⁵ خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص 55 و 59.

ويقصد بمنهج القواعد ذات التطبيق الضّروريّ: "القواعد التي يضعها المشرّع الوطني، لغرض حماية المصالح الجوهرية للتنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، مما يحتم تطبيقها بأسلوب أمر وفوريّ على جميع العلاقات الدولية الخاصة التي تدخل في مجال تطبيقها ودون المرور بالقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية"¹. والملاحظ أنّ القواعد ذات التطبيق الضّروريّ تكتسي طابعاً خاصاً؛ إذ يمكنها من حكم المسائل محلّ النزاع بصورة موضوعية، كما تتولّى بنفسها تحديد مجال تطبيقها ولا مجال للتنازع مع غيرها من القوانين الأخرى².

2. الطبيعة القانونية للقواعد ذات التطبيق الضّروريّ: أثار فقه القانون الدوليّ الخاصّ خلافًا حول الطبيعة القانونية للقواعد ذات التطبيق الضّروريّ، حيث برزت ثلاثة اتجاهات:

الاتّجاه الأول/ القواعد ذات التطبيق الضّروريّ من قوانين البوليس

ذهب جانب من الفقه وعلى رأسهم الفقيه الألماني سافيني³، إلى القول إنّ القواعد ذات التطبيق الضّروريّ تعدّ من قوانين البوليس والأمن⁴، وقد أشار المشرّع الجزائريّ إلى

¹ عباس العبودي، مرجع سابق، ص 9.

² عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 232.

³ علي الهادي الأسود، *العلاقة بين القواعد ذات التطبيق الضّروريّ (قواعد البوليس والأمن) وقواعد الإسناد في القانون الدوليّ الخاصّ*، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، العدد السابع، ديسمبر 2015، ص 29. المقال متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2022/04/09، على الساعة 06:00

https://www.zu.edu.ly/jsls/issus_7/contents.htm

⁴ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 45. أحمد محجوب، محاضرات في القانون الدوليّ الخاصّ، دار بهاء الدين، قسنطينة، الجزائر، ط1، 2004، ص 44.

⁴ محمد رسمي العمري، قاعدة التنازع في مسألة حماية غير كاملي الأهلية، مؤسسة الوراق، الأردن، ط1، 2004، ص 44.

هذه القوانين في نصّ المادّة 5 ق م حيث جاء فيها: "يخضع كلّ سكّان القطر الجزائريّ لقوانين الشّركة والأمن"، والتي تقابلها المادّة 3 ق م فرنسي¹.

والملاحظ أنّ المشرّع الجزائريّ والفرنسيّ وحتّى الفقه جمع بين قوانين البوليس والأمن. الأمر الذي انتقده جانب آخر من الفقه أين اعتبر أنّ الجمع بين القانونين فيه خلط، وهو ما دفع الفقه الحديث إلى التّمييز بينهما، فقوانين الأمن لها خاصيّة إقليمية تشمل قواعد القانون الجنائيّ والإداريّ وقواعد القانون العامّ الأخرى التي لا تثير بشأنها تنازعًا بين القوانين، أمّا قوانين البوليس فتتّصل بالقانون الخاصّ وتحمي المصالح العليا للدولة من بينها القوانين الاجتماعيّة كقانون العمل وقانون الأحوال الشّخصيّة².

كما تعدّ قوانين البوليس من القواعد ذات التّطبيق الضّروري³، أو كما يطلق عليها القوانين ذات التّطبيق الآنيّ أو المباشر⁴، فكلّ قاعدة بوليس هي قاعدة ذات تطبيق مباشر والعكس غير صحيح⁵، فهي ضروريّة تتلاءم مع هدف المشرّع من وضع هذه القواعد وهو حماية مصالح الدولة⁶، فيقوم القاضي بتطبيقها داخل حدود الدولة في جميع

¹ L'article 3 du code civil français prescrit que : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent sur le territoire. ... ».

² علي الهادي الأسود، مرجع سابق، ص 29.

³ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 45. وينظر كذلك: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 627.

⁴ أحمد محجوب، مرجع سابق، ص 44.

⁵ محمد رسمي العمري، مرجع سابق، ص 73.

⁶ ليندة بلاش، دور القواعد ذات التّطبيق الضّروري بين إلزاميّة قواعد الإسناد والتخفيض من مرتبتها، المجلة الأكاديميّة للبحث القانونيّ، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، المجلد 10، العدد 03، 2019، ص 501. المقال متوفّر على الزّابط التّالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/105627>

جميع الحالات بغض النظر عن طبيعة النزاع إذا كان وطنياً أو متضمناً عنصراً أجنبياً، فالقاضي لا يلتفت إلى قواعد التنازع حتى في حالة منح الاختصاص لقانون أجنبي¹.

الاتجاه الثاني/ القواعد ذات التطبيق الضروي هي قواعد فورية التطبيق

هناك من ينظر إلى القواعد ذات التطبيق الضروي على أنها قواعد مستعجلة، لا تتيح الفرصة للقاضي كي يبحث عن القانون واجب التطبيق فهو ملزم بتطبيقها تنفيذاً لأوامر مشرعه².

الاتجاه الثالث/ قواعد التطبيق الضروي هي قواعد نظام عام وقائي وتوجيهي

اعتبر جانب من الفقه أن القواعد ذات التطبيق الفوري أو الضروي أو المباشر هي من النظام العام الوقائي³، فتختلف بذلك عن دور النظام العام في المنهج التنازعي الذي يلعب دوراً حمائياً⁴، فاختصاص قانون القاضي في حالة الدفع بالنظام العام هو اختصاص استثنائي بينما يكون له اختصاص أصيل في مجال تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروي⁵.

3. مجال تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروي: هناك مجالان لتطبيق القواعد

ذات التطبيق الضروي:

¹ علي الهادي الأسود، مرجع سابق، ص 29.

² محمد رسمي العمري، مرجع سابق، ص 93.

³ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 231.

⁴ خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص 71.

⁵ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 627.

- المجال الأول أفصح عنه المشرع وهو ما ينطبق على القواعد الآمرة ضرورية التطبيق، من بينها التشريعات الخاصة بحماية القصر وغير كاملي الأهلية¹، كما ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار قواعد التنازع أحادية الجانب من القواعد ذات التطبيق الضروري وهي القواعد التي تمنح الاختصاص إلى قانون القاضي مباشرة لأن هدف المشرع هو تحقيق أمر اجتماعي خطير².

خلاف ذلك، اعتبر جانب من الفقه أن هذه القواعد التي تعطي الامتياز لقانون القاضي تندرج ضمن المنهج التنازعي وهي الأهداف ذاتها التي يسعى إلى تحقيقها منهج القواعد الموضوعية وهي فكرة الانفرادية، وبالتالي يمكن هجر هذا المنهج الذي لا فائدة من اتباعه إذا كان بإمكاننا تحقيق الأهداف نفسها عن طريق أعمال المنهج التنازعي³.

- المجال الثاني لم يفصح فيه المشرع عن رغبته في تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري تاركًا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي الذي يقوم بتفسير النصوص القانونية الغامضة، فوظيفة المشرع والقاضي واحدة هي السهر على حماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع⁴.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 627.

² علي الهادي الأسود، مرجع سابق، ص 32.

³ هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص 250-252.

⁴ علي الهادي الأسود، مرجع سابق، ص 33 و34.

4. معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري: اعتمد الفقه عدّة معايير في

تحديد ماهية القواعد ذات التطبيق الضروري، من بينها:

أ- **المعيار الغائي:** الذي اعتمدته الفقيه أرمنجون (Arminjon)¹، حيث يركّز على الغاية الاجتماعية للقاعدة القانونية لتعريفها، فإذا كانت تهدف إلى حماية المصلحة العامة والنظام العام فهي من القواعد ذات التطبيق الضروري².

ب- **المعيار العضوي أو المادي:** نادى به الفقيه فرانسيسكاكيس (Ph.Francescakis) يقوم على فكرة تنظيم الدولة التي تندرج تحتها القواعد القانونية محلّ البحث، فتعتبر من القواعد ذات التطبيق الضروري التي يكون احترامها لازماً لحماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة³، تعرّض هذا المعيار للنقد لأنّ كلّ القوانين الداخلية في الدولة الحديثة تستهدف التنظيم في الدولة وتسعى لضمان المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية فيها، هذا من شأنه أن يفتح المجال واسعاً لتغليب القاضي لقانونه، كونه يعتبر أنّ كل القواعد ضرورية التطبيق⁴.

ج- **المعيار الوظيفي:** اقترحه الأستاذ عبد الكريم سلامة وهو معيار يجمع بين المعيارين الغائي والعضوي، يركّز من جهة على أهداف وغايات القواعد القانونية في تحقيق المصلحة العامة وحمايتها، بالإضافة إلى التركيز على هياكل وأجهزة الدولة في تحديد

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص 150.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 627.

³ خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص 152.

⁴ هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص 246.

تلك المصلحة، فتعتبر القواعد ذات التطبيق الضّروريّ تلك القواعد التي تتطلّب تدخّل الدولة وتهدف إلى تحقيق وحماية المصالح الحيويّة واللازمة للجماعة، والتي يؤدي عدم احترامها منافيًا للسياسة التشريعيّة، وتكون واجبة التطبيق على جميع العلاقات التي تدخل في سريانها مهما كانت طبيعتها وطنيّة أو دوليّة¹.

5. تطبيقات القواعد ذات التطبيق الضّروريّ في مجال الولاية على القاصر:

تندرج القواعد القانونيّة المنصوص عليها في قانون حماية الطّفل 12-15 في نطاق قواعد التطبيق الضّروري، لأنّ هذا القانون يهدف إلى تحديد قواعد وآليات حماية الطّفل دون تمييز بين الطّفل الوطنيّ أو الطّفل الأجنبيّ، وهو ما تعكسه المادّة الثّانيّة التي حدّدت بعض الحالات التي تعرّض الطّفل للخطر، إذ شملت الأطفال الواقعين كضحايا النزاعات المسلّحة وغيرها من حالات الاضطراب وعدم الاستقرار وشملت حتّى الأطفال اللّاجئين. كما أشارت المادّة نفسها إلى بعض الحالات التي تعرّض الطّفل للخطر ولها علاقة بموضوع الولاية على القاصر، أذكر من بينها:

- المساس بحقّ الطّفل في التّعليم، لأنّ التّعليم في الجزائر يدخل في مجال قوانين البوليس والأمن، بالنّسبة لتسجيل الأطفال الأجانب فعلى الرّغم من خلوّ المرسوم التنفيذي 10-02 المحدّد للأحكام المتعلّقة بإجباريّة التّعليم على وجوب تسجيلهم، إلّا أنّ أحكامه تشملهم حفاظًا على أمن الأشخاص والنّظام العام، وعدم تسجيل القاصر سواء أكان

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 628.

وطنيًا أم أجنبيًا سيعرضه للتشرد وإحداث اضطراب في المجتمع، هذا ما يدفع القاضي إلى تطبيق قانونه الوطني واستبعاد قانون القاصر¹.

- عجز الأبوين أو من يقوم برعاية الطفل عن التحكم في تصرفاته التي من شأنها أن تؤثر على سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية.

- التقصير البين والمتواصل في التربية والرعاية؛ من بينها الرعاية الصحية.

تتدخل مصالح الوسط المفتوح التي استحدثها المشرع الجزائري بموجب القانون 12-15 للتكفل بحماية الأطفال في خطر على المستوى المحلي، تقوم هذه المصالح بمتابعة هؤلاء الأطفال ومساعدة أسرهم واتخاذ التدابير المناسبة للطفل، وبإمكانها أن تطلب تدخل النيابة أو قاضي الأحداث الذي قد يأمر بسحب الطفل من وليه الشرعي ومنحه إلى أشخاص آخرين.

وهنا تظهر أهمية إدراج قواعد قانون حماية الطفل 12-15 في مجال القواعد ذات التطبيق الضروري، فالقاضي يطبق ما يمليه قانونه الوطني من أحكام وما تتطلبه مصلحة الطفل المعرض للخطر ويستبعد بذلك اللجوء إلى المنهج التنازعي حتى ولو كانت العلاقة مشتملة على عنصر أجنبي.

¹ سميحة حنان خوادجية، مرجع سابق، ص 242 و 243.

ثالثاً/ منهج القواعد الموضوعية

1. تعريف منهج القواعد الموضوعية: ظهر منهج القواعد الموضوعية أو ما يسمى بمنهج القواعد المادية لمعالجة القصور الذي شاب قاعدة التنازع لافتقارها للصفة الدولية، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن قواعد التنازع تمنح الاختصاص إلى قانون داخلي، عادة ما لا يتلاءم مع طبيعة العلاقة وخصوصيتها الذاتية ولمراعاة هذه الخصوصية لا بد من خلق قانون يحكم العلاقات الدولية الخاصة يتضمن قواعد موضوعية تقدم حلاً مباشراً لهذه العلاقات¹، فهي تمنح حلاً فورياً للمنازعة المتضمنة عنصراً أجنبياً².

وعرّف بعض الفقهاء منهج القواعد الموضوعية بأنه: "المنهج الذي ينظم العلاقات الدولية الخاصة المعروضة على القاضي والتي يطبق عليها قانونه الوطني الموضوعي، تطبيقاً مباشراً ودون الرجوع إلى قاعدة التنازع في القوانين الوطنية".

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه أقصى دور قاعدة التنازع، على العكس من ذلك أظهر تعريف آخر طابع التكامل بين المنهج التنازعي ومنهج القواعد الموضوعية³، حيث قصد بهذا الأخير: "القواعد التي تضع حلاً موضوعياً للعلاقات الدولية الخاصة، سواء انطبقت مباشرة أو بمقتضى قاعدة الإسناد".

¹ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 18.

² هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص 241.

³ خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص 106.

وتنقسم القواعد الموضوعية من حيث المصدر إلى قواعد موضوعية ذات طبيعة وطنية وهي تلك القواعد المألوفة في القانون الداخلي والقضاء الوطني، وقواعد موضوعية أخرى ذات طبيعة دولية كتلك التي تضمنتها المعاهدات الدولية¹.

2. مجال تطبيق القواعد الموضوعية: أجمع الفقه على أن التجارة الدولية هي الميدان الخصب للقواعد الموضوعية²، لأنها ظهرت لسد العجز الذي أظهره المنهج التنازعي التقليدي والذي عادة ما يخص الروابط التجارية لأن أبرز جوانب تطبيقه جاءت استجابة لاعتبارات العقود التجارية الدولية، فالغاية من القواعد الموضوعية هو حكم العلاقات الدولية التجارية³.

وهذا لا ينفي إمكانية اللجوء إلى القواعد الموضوعية في مجالات أخرى من بينها مجال الأحوال الشخصية لكن في أضيق الحدود، لأن القواعد القانونية في هذا المجال ذات مرجعية دينية وبالتالي تختلف عن القواعد الموضوعية في مجال العقود الدولية ومسائل التجارة الدولية، وبالتالي يصعب على سبيل المثال، تنظيمها في الدول الأوروبية وتنظم إليها الدول العربية والإسلامية وهذا ما دفع بعض الفقهاء إلى القول باستبعاد المنهج الموضوعي الذي لا يؤدي دوراً كبيراً في مجال الأحوال الشخصية ليبقى مجالها

¹ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 20.

² المرجع نفسه، ص 40 و 52. عباس العبودي، مرجع سابق، ص 3.

³ محمد رسمي العمري، مرجع سابق، ص 87 و 88.

الخصب في منهج قاعدة التنازع، لأنّه ملائم لتحديد القانون واجب التطبيق مع إعمال قيد النظام العامّ حماية لمجتمع القاضي¹.

3. تطبيقات القواعد الموضوعية في مجال الولاية على القاصر: تبرز القواعد

الموضوعية في مسائل الأحوال الشخصية عامّة من خلال إبرام اتفاقيات بين الدول التي تجمعها وحدة الدين واللغة والأصل المشترك²، وتعدّ وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية مثالا على ذلك فهي تهدف إلى تمكين الدول الأعضاء من التنسيق والتّكريب بين أنظمتها³، حيث عالجت هذه الوثيقة مختلف مسائل الأحوال الشخصية من بينها مسائل الولاية، ولم تتقيّد بمذهب فقهيّ معيّن بل أحالت إلى القواعد العامة في الشريعة الإسلامية، هذا ما يظهر جانب التّكامل بين هذه الوثيقة والقوانين الداخلية التي بدورها تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية لسدّ النقص والقصور الذي لم تعالجه الوثيقة⁴.

وتعدّ هذه الوثيقة خطوة هامّة نحو توحيد التشريعات في هذه الدول في مجال الأحوال الشخصية ممّا يقلّل اللّجوء إلى قواعد التنازع، لكنّها تركت مجالا واسعا للدول

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص 224 و 236.

² المرجع نفسه، ص 227.

³ وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، أقرها وزراء العدل في اجتماعه الذي عقد بمسقط في 20-21 أكتوبر 1996، كقانون استرشادي لمدة أربع سنوات، وافق عليها المجلس الأعلى في دورته 17 التي عقدت في الدوحة بتاريخ 7-9 ديسمبر 1996، ثم جرى تمديد العمل بالوثيقة أربع سنوات أخرى. الوثيقة متوفرة

<https://nshr.org.sa>

على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2019/09/10، على الساعة 14:00

⁴ خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص 227.

لممارسة اجتهادها تبعاً للأعراف والتقاليد السائدة داخل كل دولة، مما يفتح المجال للرجوع إلى قواعد التنازع لتحديد القانون واجب التطبيق على المسائل التي تعالجها الوثيقة¹.

ومن القواعد الموضوعية التي برزت في مجال حماية القاصر هو اعتماد وزراء العدل العرب القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين كقانون نموذجي استرشادي للدول الأعضاء، حيث تضمن القانون جملة من الأحكام المتعلقة بشخص القاصر وماله بمختلف جوانبها، مما يساهم بشكل كبير في توفير الحماية للقاصر وتجنب اللجوء إلى المنهج التنازعي لما يتوقّر عليه هذا القانون من حلول مباشرة تساعد الدول الأعضاء في حل النزاعات المتعلقة بشخص القاصر وماله.

كما ظهرت وثيقة أخرى خاصة بأموال القصر، وهي وثيقة الكويت للنظام (القانون) الموحد لرعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم بدول مجلس التعاون²، إذ جاءت أحكامها في إطار أحكام الشريعة الإسلامية وتضمنت القواعد الشرعية التي تحكم تصرفات الأولياء والأوصياء ومن يقوم مقامهم على رعاية أموال القاصر ومن في حكمه، يهدف هذا النظام أساساً إلى إنشاء هيئة عامة لرعاية أموال القاصر ومن في حكمه في كل دولة من دول المجلس، مما يساهم في التنسيق والتقريب بين أنظمتها، كما عرفت هذه الوثيقة أهمية

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص 229.

² وثيقة الكويت للنظام (القانون) الموحد لرعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم بدول مجلس التعاون، أقرها وزراء العدل بدول المجلس في اجتماعه الذي عقد بدولة الكويت في 05 أكتوبر 2004، ثم اعتمدها المجلس الأعلى في دورته 25 التي عقدت في مملكة البحرين بتاريخ 20-21 ديسمبر 2004 كقانون استرشادي لمدة أربع سنوات. الوثيقة متوفرة على الرابط التالي، تاريخ

<https://nshr.org.sa>

الاطلاع 2019/09/10، على الساعة 14:30

كبيرة في حلّ النزاعات الخاصّة بأموال القاصر، إذ تعمل على تسريع وتيرة حلّ هذه النزاعات وتجنّب اللجوء إلى المنهج التنازعي الذي يتطلّب وقتًا أطول، وبالتالي حماية أموال القاصر من الضياع خاصّة في حالة الاستعجال.

على المستوى الدوليّ عالجّت اتفاقيات لاهاي مسائل الأحوال الشخصيّة بما فيها مسائل الولاية على القاصر، مثال ذلك الاتفاقية المتعلّقة بالاختصاص، والقانون واجب التطبيق والاعتراف والتّنفيز والتّعاون، في مادّة المسؤوليّة الأبويّة والإجراءات الحمائيّة للأطفال لعام 1996¹، التي تضمّنت مزيجًا بين القواعد الموضوعيّة وقواعد التّنازع²، كما عالجّت المسائل المتعلّقة بالولاية على شخص ومال القاصر.

وعلى الرّغم من الجهود المبذولة من أجل إرساء قواعد موضوعيّة موحّدة في مجال الأحوال الشخصيّة عامّة إلّا أنّها تجد صعوبة عمليّة في تجسيدها على أرض الواقع نظرا للاختلاف الحضاريّ والفكريّ والعقديّ بين الدّول³. وبالتالي لا مناص من الرّجوع إلى قواعد التّنازع لحلّ الإشكالات التي تثيرها العلاقات الدوليّة الخاصّة في مجال الولاية على القاصر.

¹ La convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Le texte de cette convention est disponible sur le site:

<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=70>

² خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص 234.

³ المرجع نفسه، ص 229.

نستخلص ممّا سبق، أنّه لا يمكن التّخلّي عن المنهج التّنازعيّ فهو منهج عالميّ له مكانته الخاصّة في حلّ النّزاعات ذات البعد الدّولي، لكن تقتضي الضّرورة في بعض الحالات إعمال مناهج أخرى كمنهج القواعد ذات التّطبيق الضّروريّ أو منهج القواعد الموضوعيّة والتي أبرزت أهمّيّتها في مسائل الولاية على القاصر.

الفصل الثاني

القانون واجب التطبيق على مسائل الولاية على القاصر

الفصل الثاني/ القانون واجب التطبيق على مسائل الولاية على القاصر

يعتمد القاضي بالدرجة الأولى على المنهج التنازعي في تحديد القانون واجب التطبيق على النزاعات المتعلقة بالعلاقات الدولية الخاصة، وهو ما كرّسته العديد من التشريعات ضمن قوانين خاصة أو ضمن أحكام القانون المدني، ويقوم هذا المنهج أساساً على قواعد التنازع الذي اعتمده المشرع الجزائري كآلية لحل تنازع القوانين في مختلف المسائل بما فيها موضوع الولاية على القاصر، التي تمكّنه من التوصل إلى القانون واجب التطبيق باعتباره القانون الأنسب للعلاقة الدولية الخاصة، إلا أن هذه المرحلة تسبقها مرحلة أولية هامة وضرورية يُطلق عليها في فقه القانون الدولي الخاص بـ"التكييف"، فلا يستطيع القاضي أن يختار قاعدة التنازع الملائمة قبل أن يكيّف المسألة محلّ النزاع، ووفقاً لذلك سيتمّ التطرق بالتفصيل إلى تكييف كل مسألة من مسائل الولاية على القاصر من خلال الوقوف على مختلف الحلول التشريعية والأحكام القضائية والآراء الفقهية (المبحث الأول)، لأنّقل إلى المرحلة الموالية المتمثلة في معرفة حلول تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر، التي لها علاقة وطيدة بالمرحلة الأولى فعلى أساس التكييف يتحدّد القانون واجب التطبيق (المبحث الثاني).

المبحث الأول/ تكييف مسائل الولاية على القاصر

تمكّن عملية التكييف في مجال تنازع القوانين القاضي الناظر في النزاع من إعمال قاعدة التنازع، وبالتالي التوصل إلى القانون واجب التطبيق، وعليه يمكن بدء هذا المبحث

بالطّرق إلى موقف الفقه من القانون الذي يستند إليه القاضي في تكييف المسائل المشتملة على عنصر أجنبي من خلال الإحاطة بمختلف الآراء الفقهيّة التي انقسمت إلى ثلاثة فرق؛ أولهم أخضع التّكييف لقانون القاضي، بينما ذهب الفريق الثّاني إلى إخضاع التّكييف للقانون المختص بحكم النزاع، أما الثّالث فدعا إلى إخضاع التّكييف للقانون المقارن، وانطلاقاً من ذلك، يمكن تناول نظريّة التّكييف في مجال تنازع القوانين بشيء من التفصيل مع إبراز موقف المشرّع الجزائري (المطلب الأوّل)، ثمّ التّطرق إلى تكييف مسائل الولاية على القاصر بمختلف صورها فقد تباينت الاتجاهات التشريعية والقضائية والفقهيّة بشأنها ممّا يستدعي الوقوف على تكييف كل مسألة منها على حدة (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل/ نظريّة التّكييف في مجال تنازع القوانين

تستدعي الإحاطة بنظريّة التّكييف في مجال تنازع القوانين، التّطرق إلى مفهوم التّكييف (الفرع الأوّل)، ثمّ تناول القانون واجب التطبيق على التّكييف من خلال عرض مختلف الآراء الفقهيّة التي عالجت هذا الموضوع وإبراز موقف المشرّع الجزائري من بين هذه الاتجاهات (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل/ مفهوم التّكييف في مجال تنازع القوانين

تكتسي عمليّة التّكييف مكانة مهمّة في مجال تنازع القوانين، فهي عمليّة أوليّة لازمة يقوم بها القاضي للتوصّل إلى قاعدة التّنازع ومن خلالها يتمّ تحديد القانون واجب التطبيق

على العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي، ويتطلب في هذا العنصر التطرق إلى مفهوم التكييف من خلال التعريف به في مجال تنازع القوانين (أولاً) وتحديد محل هذا التكييف (ثانياً)، مع إبراز أهميته في مجال تنازع القوانين (ثالثاً).

أولاً/ تعريف التكييف في مجال تنازع القوانين

يقصد بالتكييف بوجه عام: "تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها وصفها الحقيقي الدقيق تمهيداً لوضعها في مكانها الملائم بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون"¹. كما يقصد به: "تحديد الوصف القانوني الصحيح"². أما التكييف في مجال تنازع القوانين فيتسم بطابع خاص، إذ يعدّ مسألة مهمة يجب الفصل فيها أولاً عن طريق تحديد طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع وردّها إلى نظام قانوني معين³، وبمعنى آخر فإنّ عملية التكييف تهدف إلى تحديد الوصف القانوني لموضوع النزاع في مجال العلاقات الدولية الخاصة وردّها إلى إحدى الفئات القانونية التي خصّها المشرع الوطني بقاعدة تنازع خاصّة بها تشير إلى اختصاص قانون معين ومن ثمّ تطبيق أحكامه الموضوعية في حالة عدم أخذ القانون المختص بالإحالة⁴.

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 602.

² إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، مرجع سابق، ص 15.

³ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 52.

⁴ عبد الرسول كريم أبو صبيح، *التكييف في تنازع القوانين*، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العراق، المجلد 1، العدد

7، 2008، ص 222 و 229. المقال متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2020/09/30 على الساعة 06:10
<https://www.iasj.net/iasj/article/29575>

وعليه يعرف التكييف في مجال تنازع القوانين على أنه: "عملية ذهنية أولية يقوم بها القاضي المختص في النزاع الدولي الخاص لتعيين طبيعة العلاقة محل النزاع وإدخالها في إحدى الفئات القانونية قصد معرفة قاعدة الإسناد التي تحكمها ومن ثم القانون الواجب التطبيق عليها"¹.

من خلال هذا التعريف يتبين أن التكييف هو عمل ذهني، وعليه فإنه يتطلب جهداً فكرياً من القاضي الذي يجب أن يكون على دراية شاملة بمختلف الفئات القانونية وعلى اطلاع واسع بالعلاقات القانونية التي تتدرج ضمن هذه الفئات بشكل دقيق، مما يسهل عليه عملية التكييف ويجنبه الخطأ في تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع المعروض عليه.

ثانيا/ محل التكييف

تباينت آراء الفقهاء في تحديد محل التكييف، فظهرت ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول/ التكييف ينصب على المركز الواقعي المثار أمام القضاء والمحدد في طلبات المدعي أي على موضوع النزاع².

¹ جميلة أوحيدة، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، د ط، 2007، ص 41.

² Henri Batiffol, Paul Lagarde, Droit international privé, L.G.D.J, paris, 6^{ème} éd, 1974, Tome 1, p 477.

الاتجاه الثاني/ التكييف ينصبّ على المسألة القانونية الموضوعية المطروحة في النزاع، والتي هي حيلة مطالب الخصوم والوقائع التي يستندون إليها¹.

الاتجاه الثالث/ فريق وسط اعتبر التكييف منصباً على موضوع النزاع أو المسألة التي يثيرها المركز الواقعي، فالتكييف منصبّ على واقعة مادية أو على مسألة قانونية، مثال ذلك موضوع الحضانة هل هي من آثار الزواج أو آثار الطلاق أو الولاية على النفس، كما قد يتناول التكييف قاعدة قانونية موضوعية من قواعد القانون الوطني والأجنبي كالقاعدة التي تتطلب موافقة الوالدين لإبرام الزواج هل تتعلق بموضوع الزواج أو شكله².

ثالثاً/ أهمية التكييف في مجال تنازع القوانين

تبرز أهمية التكييف بوجه عام في مختلف فروع القانون؛ فهي عملية أولية ولازمة يقوم بها القاضي بهدف تحديد الوصف القانوني لموضوع النزاع تمهيداً لتطبيق الأحكام الموضوعية المتضمنة في مختلف فروع القانون³، وتزداد هذه الأهمية في مجال تنازع القوانين، فأصبحت مشكلة التكييف فائقة الصعوبة في الآونة الأخيرة، نظراً لتشعب

¹ حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 106.

Pierre Mayer, Vincent Heuzé, Droit international privé, Editions DELTA, Beyrouth, Liban, 8^{ème} éd, 2005, p112 et 113.

² عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 54.

³ عبد الرسول كريم أبو صبيح، التكييف في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 222.

العلاقات القانونية وتشابكها مع تزايد الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، ونمو حركة التجارة الدولية¹.

وتجدر الإشارة إلى أنّ أول ما يقوم به القاضي عندما يطرح عليه نزاع مشتمل على عنصر أجنبي هو تكييف المسألة المتنازع فيها ووضعها في إحدى الفئات المسندة التي تمكنه من التوصل إلى قاعدة التنازع الخاصة بها، ومن ثم معرفة القانون واجب التطبيق على هذه المسألة. ومن هنا تبرز أهمية التكييف إذ يتوقف عليه تحديد القانون واجب التطبيق²، وبالتالي فإن الاختلاف في التكييف سيؤدي بالضرورة إلى اختلاف القانون المختص ومن ثم اختلاف الحكم الصادر في النزاع³، ولا شك أنّ القوانين في مختلف الدول لا تتفق فيما يتعلق بالتكييف⁴.

ومن هذا المنطلق، فإن أهمية التكييف في مجال تنازع القوانين ترجع إلى ذاتية القواعد المستعملة في هذا المجال؛ فمن جهة أنّ هذه القواعد لا تضع حلاً لكل مسألة مطروحة على القضاء بل تضع حلولاً لكل فئة من المسائل وهو ما يعرف بالأفكار المسندة، ولكل فكرة مسندة ضابط إسناد يقود إلى القانون واجب التطبيق على جميع

¹ أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، *حق الطفل في الحضانه في القانون الدولي الخاص*، مجلّة الدّراسات القانونيّة، كليه الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، المجلد 46، العدد 1، 2019، ص 50. المقال متوفّر على الرابط التّالي، تاريخ الاطلاع 2020/07/11 على الساعة 08:38 https://maal.journals.ekb.eg/article_150133.html

² كمال عليوش قريوع، القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، ط2، 2007، ج1، ص 93.

³ عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 100 و 101.

⁴ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 43.

المسائل التي تدخل ضمن هذه الفكرة، ومن جهة أخرى فإنّ قواعد التنازع تختلف من دولة إلى أخرى¹.

وذلك ما يُظهر أنّ مشكلة التكييف في مجال تنازع القوانين لا تعدّ عملية فنية ينفرد بها القاضي الناظر في النزاع كما في القانون الداخلي، بل يتّصل الأمر بعلاقة مشوبة بعنصر أجنبي لها علاقة بأكثر من نظام قانوني، وعليه فإنّ الأمر مرتبط أساسًا بمشكلة تنازع القوانين في التكييف، حيث يدّعي كلّ نظام قانوني الاختصاص من ناحية هذا التكييف². من هنا لا بدّ من تحديد القانون واجب التطبيق على التكييف وهو ما سيتمّ التطرق إليه في الفرع التّالي.

الفرع الثاني/ القانون واجب التطبيق على التكييف

ظهرت عدّة اتجاهات فقهية عالجت مسألة القانون واجب التطبيق على التكييف في مجال تنازع القوانين، سيتمّ عرض هذه الاتجاهات (أولاً)، ثمّ تناول موقف المشرّع الجزائري من هذه المسألة (ثانياً).

أولاً/ موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على التكييف

تعدّدت النظريّات الفقهية التي عالجت مسألة القانون الذي يتمّ بموجبه التكييف، فذهب اتجاه إلى إخضاع التكييف للقانون القاضي، وهو الاتجاه الذي أخذت به معظم

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص ص 602-604.

² أحمد عبد الموجود محمّد فرغلي، مرجع سابق، ص 49.

التشريعات المقارنة، بينما اتّجه فريق آخر إلى الأخذ بالتّكييف وفقًا للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، وذهب اتّجاه ثالث إلى الأخذ بالتّكييف وفقًا للقانون المقارن.

1. إخضاع التّكييف لقانون القاضي: يعدّ الاتّجاه الذي يخضع التّكييف لقانون

القاضي الاتّجاه الأكثر رواجًا¹، فقد تبنّت هذا الموقف أغلب التشريعات، ومن النّاحية التّاريخيّة يعدّ الفقيه الألماني كاهن (Kahn Frantz) أوّل من أبرز مشكلة التّكييف وأخضعها لقانون القاضي عام 1891 ليأتي بعد ذلك الأستاذ الفرنسي إيتيان بارتين (Étienne Bartin) الذي يرجع له الفضل في بلورة مسألة التّكييف وفقًا لقانون القاضي وإرساء دعائمها من خلال وضع نظريّة متكاملة لهذه المسألة عام 1897²، ومضمون هذه النّظريّة أنّه يجب على القاضي تكييف المسائل المعروضة عليه وفقًا للمفاهيم السّائدة في قانونه الوطني³.

أ- حجج الأخذ بالتّكييف وفقًا لقانون القاضي: قدّم الأستاذ بارتين وبعض الفقه عديد الحجج كمبرّر للأخذ بمسألة التّكييف وفقًا لقانون القاضي، من هذه الحجج:

– حجة متعلّقة بطبيعة قاعدة التّنازع: خُصّص التّكييف لقانون القاضي هو نتيجة حتميّة

¹ إيناس محمّد البهجي، يوسف المصري، مرجع سابق، ص 15.

² علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 43.

Étienne Bartin, De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, Clunet, Tome 24, 1897, pp225-255, p 466-495, p 720-738.

Étienne Bartin, la doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des règles de conflit des lois, Recueil des cours, Tome 31, 1930-1, p 565-620.

³ محمّد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للتّشريعات العربيّة والقانون الفرنسي، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2009، ص 79.

لاعتبار قواعد التّنازع قواعد وطنيّة داخلية محضة تتكفّل الدولة بوضعها دون أن تكون خاضعة إلى أيّ اعتبار في قانون أجنبي، فإذا عرضت مسألة مشتملة عنصرًا أجنبيًا على القاضي الوطني، يقوم بتكييف المسألة بالرجوع إلى قواعد قانونه الوطني وردّها إلى إحدى الفئات القانونيّة¹، وبما أنّ القاضي الذي يفصل في هذا النزاع هو قاض وطني وليس دولي فيتأثّر بالوسط القانوني الذي يعمل فيه، وهو ما يدفعه إلى إجراء التّكييف وفقًا للمبادئ السّائدة في قانونه²، كما أن المشرّع عند وضعه لقواعد التّنازع التي جاءت على سبيل الحصر أوردتها أفكار مسندة كما قصدها هو لا كما قصدها غيره من المشرّعين³، فكان من الطّبيعي أن تفسّر الأفكار القانونيّة الوطنيّة تبعًا لقانون القاضي⁴.

ووضع الأستاذ بارتان نظريّة التّكييف طبقًا لقانون القاضي بناءً على فكرة السيادة فتنازع القوانين في نظر بارتان هو تنازع بين السيادات⁵، فالمشرّع الوطني عندما يضع قواعد التّنازع فهو يتنازل عن جزء من سيادته لصالح قانون أجنبي، لكن في حدود تطبيق قاعدة التّنازع لتحديد القانون المختص، لكنّه لم يتنازل عن التّكييف لصالح غيره من المشرّعين فهو من اختصاص المشرّع الوطني نفسه⁶، الذي ينظّم حدود وكيفية هذا

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 43.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 680.

³ إيناس محمّد البهجي، يوسف المصري، مرجع سابق، ص 15.

⁴ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 80.

⁵ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 611.

⁶ عبد الرّسول كريم أبو صبيح، التّكييف في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 226 و 227.

التنازل عن طريق قواعد التنازع وبحسب الأفكار التي تقوم عليها، وبما أن التكييف يتوقف عليه تحديد الحالات التي يتنازل فيها المشرع عن جزء من سيادته لصالح القانون الأجنبي كان لزاماً أن يخضع إلى قانون القاضي الذي ينظم حدود هذه السيادة¹.

- **حجة متعلقة بطبيعة تنازع القوانين:** تعدّ مرحلة التكييف سابقة على مرحلة الإسناد إلى القانون الأجنبي وهي بمثابة تفسير لقاعدة التنازع فالقاضي عندما يكيّف مسألة معيّنة إنّما يقوم بتفسيرها حسب أحكام قانونه، وقاعدة التنازع ما هي إلا قواعد وطنية وتشكّل جزءاً من قانون القاضي²، ومن ثمّ فلن يطبّق القاضي القانون الأجنبي إلاّ إذا تبين أنّ طبيعة النزاع المعروض عليه يخضع إلى هذا القانون³، فأخضاع التكييف وفقاً لقانون القاضي يجنبنا الدوران في حلقة مفرغة⁴.

ب- **نطاق التكييف وفقاً لقانون القاضي:** عندما أخضع الأستاذ بارتان التكييف لقانون القاضي لم يفرّق بين ما إذا كان التنازع بين قانون وطني وآخر أجنبي أم بين قانونين أجنبيين، إلاّ أنّه أورد قيدين على نظريته تراجع عن القيد الأول في أبحاثه اللاحقة وأبقى على القيد الثاني، ومن هنا يبرز نطاق التكييف وفقاً لقانون القاضي:

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 611.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 680.

³ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 43.

⁴ Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, Tome 1, p 371.

القيد الأوّل/ التّفرة بين التّكييف الأوّل والتّكييف الثّانوي: فرّق الأستاذ بارتان بين التّكييف الأوّل أو التّكييف السّابق لتحديد القانون المختص، الذي اعتبره لازماً لإعمال قاعدة التّنّازع والذي يخضع لقانون القاضي، أمّا التّكييف الثّانوي أو اللاحق على معرفة القانون المختص فيخضع لهذا الأخير كونه لا يتعلّق بفكرة السّيادة التي بنى عليه نظريّته، فعندما يؤوّل الاختصاص لقانون أجنبي تثور بعض المسائل التي تحتاج إلى تعريف فيرجع فيها القاضي إلى القانون المختص لا إلى قانون القاضي¹.

فوظيفة القاضي بعد التّأكد من اختصاص محكمته للفصل في النّزاع هو معرفة الفكرة المسندة التي خصّها المشرّع الوطني في قانون القاضي بقاعدة تنّازع خاصّة بها أما المسائل المتفرّعة عن المسألة الأصليّة فيرجع فيها إلى القانون واجب التّطبيق لا إلى قانون القاضي².

فإذا ثبت الاختصاص إلى قانون أجنبي في مسائل الولاية على القاصر فهذا القانون هو الذي يقتضي الرّجوع إليه إذا ثارت بعض المسائل التي تحتاج إلى تعريفات كحالات إسناد الولاية إلى الأم. كذلك في مسألة تحديد الطّبيعة القانونيّة للحضانة إذا كانت التّزاماً أو حقّاً للحاضنة فهي مسألة أوليّة تخضع إلى قانون القاضي بينما يخضع تحديد نطاق السّلطة المخوّلة للحاضن للقانون الذي أشارت إليه قاعدة التّنّازع في قانون القاضي³.

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 612.

² إيناس محمّد البهجي، يوسف المصري، مرجع سابق، ص 15.

³ صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 292.

تراجع الفقيه بارتان في أبحاثه اللاحقة عن فكرة التكييفات اللاحقة وبيّن بأنها لا تتضمن أيّ استثناء من النظريّة العامّة في إخضاع التكييف لقانون القاضي¹، وهو ما ذهب إليه الفقه الحديث فبعد إجراء تحليل دقيق لمسألة التكييف اتّضح أنّه لا مكان لطرح مسألة التكييف الثانوي فالمسألة لا تتعلّق بالتكييف بل بتطبيق القانون الأجنبي المختص كون المسائل التي تحتاج إلى تعريف تدخل في صميم الحكم الموضوعي للقانون المختص².

فعملية التكييف وفقًا لقانون القاضي تقتصر على التكييف العام للمسألة المعروضة عليه وإدراجها ضمن فئة معيّنة من الفئات المسندة كأن يكون النزاع متعلّقًا بموضوع الولاية على نفس أو مال القاصر أو موضوع الحضانة فكّلها مواضيع رئيسيّة يفصل في تكييفها وفقًا لقانون القاضي، لكنّ الإشكالات التي تثيرها هذه المسائل يرجع فيها إلى القانون المختصّ بالنزاع الذي أشارت إليه قواعد التنازع في قانون القاضي والتي قد تمنح الاختصاص إلى قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي.

القيد الثاني/ مسألة تكييف المال: أورد الأستاذ بارتان استثناء على نظريّته وهو مسألة تكييف الأموال، الذي اعتبره استثناء حقيقيًا على نظريّته بخلاف الاستثناء السالف الذّكر، فكلّ ما تعلّق بنظام الأموال يخضع تحديد وصفه سواء أكان عقارًا أم منقولًا لقانون موقع

¹ حفيظة السيد الحداد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 58.

² سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 613.

المال لا لقانون القاضي، مردّ هذا الاستثناء هو فكرة الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات، الذي تظهر أهميته في البلدان التي تفرق بين العقار والمنقول، إلا أن هذا الاستثناء لقي انتقاداً من طرف العديد من الفقهاء كونه يفتقر إلى أساس نظري سليم فالاعتبارات العملية المتعلقة باستقرار المعاملات في اكتساب الحقوق العينية لا يعدّ كافياً للخروج عن قاعدة التكييف وفقاً لقانون القاضي¹، كما أنّ وصف المال إذا كان عقاراً أو منقولاً لا يثار إلا في مرحلة لاحقة أي في مرحلة تطبيق القانون المختص².

2. إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم موضوع النزاع: وجهت عدّة انتقادات إلى

الاتّجاه الذي يخضع التكييف لقانون القاضي كونه يعطي اختصاصاً واسعاً للقانون الوطني بدون أيّ مبرر³، فظهر اتّجاه آخر نادى به الفقيه الفرنسي دسبانييه (Frantz Despagne) يخضع فيه التكييف للقانون الذي يحكم النزاع الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية⁴.

من الحجج التي أخذ بها الفقه كمبرر للعمل بالتكييف وفقاً للقانون الذي يحكم

موضوع النزاع⁵:

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 613 و614.

² حفيظة السيد الحداد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 60.

³ محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 82.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 680.

⁵ المرجع نفسه، ص 681.

- الاختصاص التام للقانون الذي اختارته قاعدة التنازع سواء في التكييف أم الحل الموضوعي للنزاع المعروض.

- إخضاع التكييف للقانون المختص كما أشارت إليه قاعدة التنازع فيه ضمان لصحة تطبيقه.

- يقوم إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع على اعتبارات العدالة خاصة إذا وجدت ثغرات في قانون القاضي كأن تكون المسألة المعروضة معترفًا بها في القانون المختص بينما يجهلها قانون القاضي.

وعلى الرغم من الحجج المقدمة من أنصار هذا الاتجاه الذي يخضع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع إلا أنه لقي انتقادًا من طرف الفقهاء، وهو ما يمكن تأييده، لأنه مصادرة على المطلوب فكيف للقاضي أن يكيّف النزاع المعروض عليه وفقًا للقانون الأجنبي المختص قبل معرفة ما إذا كان هذا القانون هو المختص؟¹، كما قد يعجز القانون المختص عن حلّ نزاع يتعلّق بمسألة يجهلها هذا الأخير في حين يعرفها قانون القاضي.²

3. إخضاع التكييف للقانون المقارن: وجهت عدّة انتقادات إلى النظريتين

السابقتين، أدّت إلى بروز اتجاه ثالث على يد الفقيه الألماني رابل ارنست (Rabel Ernest)

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 43. كمال عليوش قريوع، مرجع سابق، ص 103.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 682.

مضمون هذه النّظرية هو أن يتّجه القاضي اتّجاهًا عالميًا بحيث يجري التّكييف وفقًا للقانون المقارن¹، ومن مبررات هذه النّظرية:

لا يعدّ التّكييف الذي يجريه القاضي تكييفًا داخليًا بل هو تكييف للعلاقات المشتملة على عنصر أجنبي أي دولية النّزاع والتي تتطلّب دولية الأدوات اللازمة لفضّ تنازع القوانين ومنها التّكييف، بالإضافة إلى أنّ التّكييف وفقًا للقانون المقارن يساعد على تجنّب الوقوع في عيوب النّظريتين السّابقتين وذلك في الفرض الذي يكون فيه النّزاع متعلقًا بمسألة يجهلها قانون القاضي أو القانون واجب التّطبيق على النّزاع، وهذا ما يميّز هذه النّظرية كونها تهدف إلى توحيد أوصاف العلاقة القانونيّة وبالتالي يجعل لقواعد التّنازع معنى عالميًا².

مثال ذلك القاضي الذي يقوم بإعمال قاعدة التّنازع الخاصّة بالوصاية التي تقرّر إخضاعها إلى القانون المشمول بالحماية، وجب عليه ألاّ يكتفي بالرجوع إلى قانون القاضي أو إلى أيّ قانون وضعي آخر لتحديد مضمون فكرة الوصاية بل عليه أن يستخلص مفهومًا عامًا مجردًا ومطلقًا لهذه الفكرة من خلال الدّراسة المقارنة لقوانين مختلف الدّول³.

¹ كمال عليوش قريوع، مرجع سابق، ص 94.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 55.

³ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 621.

على الرغم من الجهود المبذولة من أجل إرساء هذه النظرية التي وصفها البعض بالنظرية المثالية¹، إلا أنها كنظيراتها لم تسلم من النقد، نظرا للصعوبة العملية في تطبيقها على أرض الواقع والتي تعدّ مهمة شاقّة على القاضي، فلا يملك اللغة التي تساعده على ذلك ولا الوقت الكافي لأداء هذه المهمة، كما أنّ هناك صعوبة نفسية فالقاضي يكون مهينًا نفسيًا لإجراء التكييف وفقا لقانونه².

ثانيا/ موقف المشرّع الجزائري من القانون واجب التطبيق على التكييف

تبني المشرّع الجزائري نظرية بارتان على غرار ما ذهبت إليه غالبية التشريعات العربية من خلال إخضاع التكييف لقانون القاضي، وهو ما نصّت عليه المادة 9 ق م التي جاء فيها: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه". تجدر الإشارة إلى أنّ التكييف الذي يخضع لقانون القاضي هو التكييف الأولي³، وعليه يتمّ استبعاد التكييفات اللاحقة التي لا علاقة لها بالاختصاص التشريعي كونها تخضع للقانون الأجنبي المختص⁴، ويُقصد بخضوع التكييف للقانون الوطني الرجوع إليه بجملته فلا يكفي مجرد الرجوع إلى

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 621.

² مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص (2) تنازع القوانين، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب كلية الحقوق، د ط، 2008، ص 102 و 103.

³ محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 86.

⁴ بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 94.

قانون معيّن كقانون الأحوال الشخصية أو القانون المدني أو القانون التجاري¹، بل يعتمد في تكييفه على المبادئ العامة في القانون مهما كان مصدرها في قانون معيّن أو الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف².

1. الاستثناءات الواردة على التّكييف وفقا لقانون القاضي: سائر المشرّع الجزائري

الفقه الحديث في وضع استثناءات على التّكييف وفقا لقانون القاضي³، وتتمثل فيما يلي:

أ- وجود معاهدة دولية: نصّ المشرّع الجزائري في المادة 154 من الدستور على أنّ المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية تسمو على القانون، وكذلك نص المادة 21 ق م والتي جاء فيها: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلاّ حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

وعليه يجب الأخذ بالتّكييف الذي نصّت عليه المعاهدة الدولية سواء تضمّنت هذه الأخيرة نصّا صريحاّ يحدّد التّكييف أم نصّا ضمنيّا يكون فيه موقف الدّول المتعاقدة في التّكييف واضحاّ في الأعمال التحضيرية للمعاهدة، أمّا في الحالة التي تنصّ فيه المعاهدة على قاعدة تنازع معيّنة دون الإشارة إلى التّكييف اللازم لتطبيقها يرى الأستاذ بارتان

¹ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 61.

² عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 70 و 73.

نور الدّين بوسهولة، دور القاضي في تحديد مفهوم التّكييف والنّظام العام في إطار تنازع القوانين، مجلّة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، المجلّد 1، العدد 1، 2011، ص 120. المقال متوفّر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/29760>

³ أمانة أمّهي بوزينة، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د ط، 2020، ص 133.

إجراء التكييف وفقاً لقانون القاضي لأن أحكام المعاهدة تندمج في القانون الداخلي فتصبح جزءاً منه¹.

ب- الاستحالة المادية: يجب على القاضي الوطني المطروح عليه النزاع الرجوع إلى قانون القاضي لتكييف العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي. لأنه من الناحية الواقعية لا يمكن للقاضي الانفصال عن البيئة التي يعيش فيها وعن نظامه القانوني المنتمي إليه، هذا ما يدفعه إلى تكييف المسائل المعروضة عليه وفقاً للأفكار السائدة في قانونه²، لكن طبيعة العلاقات الدولية الخاصة تتطلب من القاضي عدم التقيد بالأفكار القانونية السائدة في القانون الداخلي فقط بل يجب التوسع في مفهومها، والاستعانة بالقانون الأجنبي على سبيل الاستئناس³، وهو ما نادى به الفقه الحديث الذي أخرج نظرية بارتان بحلة جديدة أكثر تطوراً واتساعاً كما تبنته تشريعات وقضاء عدة دول⁴، كما دعا الفقه الفرنسي إلى ضرورة أن يكون مجموع قواعد التنازع الفرنسية قادرة على تغطية جميع المسائل القانونية التي من المحتمل أن تنشأ في أي نظام قانوني متواجد في العالم⁵.

وتأسيساً على ما سبق ذكره، إذا طرح على القاضي نزاع يتعلق بنظم قانونية يجهلها تماماً في قانونه الوطني ممّا يصعب عليه تكييفها بالاعتماد على نظرية بارتان. اقترح

¹ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 139.

² كمال عليوش قريوع، مرجع سابق، ص99. محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 87.

³ محمّد وليد المصري، المرجع نفسه، ص 88.

⁴ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 622.

⁵ Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p 160.

الفقه الاستثناس بالنظم القانونية التي تعرف المسألة¹، عن طريق الاستعانة بالقانون الأجنبي حتى لا يكون هناك تشويهاً للأنظمة القانونية الأجنبية الغريبة عن قانون القاضي². وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 23 مكرر/ف2 ق م التي استحدثها بموجب التعديل الأخير للقانون المدني في 2005، والتي نصت على أنه: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

المطلب الثاني/ تكييف الولاية على القاصر بمختلف صورها

نظراً للأهمية الخاصة للتكييف في مجال تنازع القوانين وما له من تأثير مباشر على القانون واجب التطبيق على المنازعات المعروضة على القاضي والمشوبة بعنصر أجنبي، وجب التطرق لمسألة تكييف مسائل الولاية على القاصر بمختلف صورها من خلال عرض مختلف الحلول التشريعية والآراء الفقهية وحتى القضائية التي عرفت تبايناً شديداً فيما بينها، خاصة في مسألة الحضانة التي حازت جزءاً مهماً من الدراسة لأن معظم النزاعات القائمة في مجال العلاقات الدولية الخاصة قائمة على موضوع الحضانة (الفرع الأول)، كما سيتم التطرق إلى تكييف المسائل الأخرى المتعلقة بالولاية على نفس القاصر وماله (الفرع الثاني).

¹ آمنة أمحدي بوزينة، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 133.

² بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 95.

الفرع الأول/ تكيف الحضانة

ينطوي تكيف الحضانة على صعوبة بالغة، وذلك راجع لعدم وضع قاعدة تنزع خاصّة بها في معظم التشريعات المقارنة بما فيها التشريع الجزائري على الرغم من أهميّتها، أدّى هذا النقص التشريعي إلى تباين الاتجاهات الفقهيّة والقضائيّة في تحديد الوصف القانوني الدقيق للحضانة.

انطلق جانب من الفقه من ضرورة تحديد الطّبيعة القانونيّة للحضانة من ناحية أنّها حقّ أو التزام، ففي الحقّ معنى الاختصاص الذي يقرّر به الشرع سلطة أو تكليفاً في المقابل يكون في الالتزام معنى التّكليف أي تكليف شخص شرعاً بعمل أو الامتناع عن عمل لمصلحة غيره، وعليه يجب التّفرقة بين الالتزام بالحضانة وصاحب الحقّ فيها، بينما أبدى بعض الفقهاء عدم الخلط بين الالتزام بالحضانة والسّطة الممنوحة للحاضنة والأب على الصّغير، فالسّطة والولاية أثر للالتزام بالحضانة وليست الحضانة في حدّ ذاتها، وتكتسي التّفرقة بين هذه الأمور أهميّة عمليّة بالغة في مجال العلاقات الدوليّة الخاصّة بتحديد مجال السّطة الممنوحة للحاضن تخضع للقانون الذي تشير باختصاصه قاعدة التّنازع في قانون القاضي، وتحديد ما إذا كانت الحضانة التّزام أو لا يعدّ مسألة أوليّة لازمة لتحديد الطّبيعة القانونيّة للحضانة والتي تخضع لقانون القاضي¹.

¹ صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 291 و292.

لا يمكن في حقيقة الأمر الفصل بين الالتزام بالحضانة وصاحب الحق فيها فهذا التمييز يظهر عند توضيح الأحكام الفقهية المترتبة على الحضانة، لكن في مجال التكيف يكون الحديث عن مسألة الحضانة وتصنيفها، فمن البديهي أن نعتبر نظاماً قانونياً معيناً التزاماً من جانب وحقاً من جانب آخر في الوقت نفسه، وإلا لما أمكن إجراء عملية التكيف¹.

وبناءً على ما تقدّم نشير إلى أنّه من المهم توضيح آراء الفقهاء في تكيف الحضانة والتي شهدت تبايناً شديداً فبين من كَيّفها على أنّها أثر من آثار عقد الزواج أو انحلاله (أولاً)، بينما كَيّفها البعض على أنّها من آثار النسب (ثانياً)، وكَيّفها جانب آخر على أنّها ولاية من الولايات الشرعية (ثالثاً)، وذهب رأي آخر إلى إعطاء الحضانة طابعاً خاصاً واعتبرها مؤسسة قانونية قائمة بذاتها مصدر الالتزام بها هو الشرع والقانون (رابعاً).

أولاً/ الحضانة أثر من آثار الزواج أو انحلاله

1. الحضانة أثر من آثار الزواج: كيف أنصار هذا الاتجاه الحضانة على أنّها أثر من الآثار الشخصية لعقد الزواج²، فالأولاد هم ثمرة هذا الزواج خاصة أثناء قيام العلاقة

¹ عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد 25، 2007، ص 460. المقال متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2020/02/22 على الساعة 16:30. <https://qspace.qu.edu.qa>

² سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ص 398. ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 96.

الزَّوجِيَّة¹، وذهب بعض الفقهاء²، إلى القول بأنَّ المشرَّع الجزائري قد أخذ بهذا الاتجاه، يبدو مبرَّره في الاستناد إلى نصِّ المادَّة 36/ف3 ق أ التي أوجبت على الزَّوجين التَّعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

تعرَّض هذا الاتجاه إلى عدَّة انتقادات، منها الآتي:

- إذا تمَّ التسليم بأنَّ الحضانة من آثار عقد الزَّواج فلا يمكن الحديث عن آثاره في حالة انتهائه سواء بالطلاق أم بالتطليق، ولا يبرِّر هذا الاتجاه إلزام غير الزَّوجين بالحضانة في حالة عدم أهليتهما للحضانة أو في حالة عدم وجودهما³.

- يركِّز هذا الاتجاه على الحضانة أثناء قيام العلاقة الزَّوجِيَّة، لكن علاقة الزَّوجين بأبنائهما لها طابع خاصٍّ استقلاليٍّ سواء أثناء قيام العلاقة الزَّوجِيَّة أم بعد انتهائها⁴.

2. الحضانة أثر من آثار انحلال الرَّابطة الزَّوجِيَّة: يعدّ الزَّواج المختلط من بين

أهمَّ الرُّوابط العائليَّة التي تثير مشكلة تنازع القوانين، فغالبا ما يبنى على مصالح محدَّدة سرعان ما تؤدِّي إلى انهياره⁵، وتبرز في هذه المرحلة مشكلة الحضانة التي تعدّ من أكثر النزاعات المطروحة على مستوى القضاء.

هذا ما دفع بعض الفقهاء إلى تكييف الحضانة على أنَّها من آثار انحلال الرَّابطة

¹ عزت محمَّد علي البحيري، مرجع سابق، ص 457.

² جلييلة دريسي، إشكاليَّة الحضانة في الزَّواج المختلط، دار القلم، الرباط، المغرب، ط1، 2010، ص 25.

³ صلاح الدِّين جمال الدِّين، مرجع سابق، ص 294.

⁴ عزت محمَّد علي البحيري، مرجع سابق، ص 463.

⁵ جلييلة دريسي، المرجع السابق، ص 14.

الزَّوجِيَّة¹، وذلك لأن النِّزاع المتعلّق بالحضانة لا يتمّ إثارته إلّا في حالة انتهاء العلاقة الزَّوجِيَّة والتي لا يمكن تصوّرها أثناء قيامها².

لكنّ هذا الطّرح المتعلّق بمسألة النِّزاع على الحضانة وتوابعها يعدّ صحيحاً من ناحية أنّها تزداد حدّة في حالة انحلال العلاقة الزَّوجِيَّة والدّليل على ذلك الواقع العملي فالمحاكم تعجّ بقضايا في هذا المجال، لكنّ هذا لا يمنع من إثارة النِّزاع على الحضانة حتّى أثناء قيام العلاقة الزَّوجِيَّة، كما في حالة فقدان كلّ من الزَّوج والزَّوجة أهليّته للحضانة لأيّ سبب من الأسباب فتسند الحضانة إلى شخص آخر يكون أهلاً للقيام بالحضانة. أو في حالة معارضة الزَّوج في أهليّة زوجته لحضانة الأبناء³.

كما يمكن أن تقوم حالات النِّزاع على الحضانة في حالة انحلال العلاقة الزَّوجِيَّة بالوفاة، هذه النّقطة التي لم يتطرّق إليها الفقهاء، فالمشرّع الجزائري أشار أنّه في حالة وفاة الأب تتولّى الأم حضانة أبنائها القصر وفي الفرض الذي تكون فيه الأم أجنبيّة الجنسيّة قد يرفع أحد أقارب القصر دعوى قضائيّة للمطالبة بإسقاط الحضانة عن الأم، كذلك في

¹ العربي بلحاج، أحكام الزوجيّة ...، مرجع سابق، ص 76.

بختة زيدون، المنازعات الأسريّة في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السّنة الجامعيّة 2019-2020، ص 53.
عبد الحكيم بوجاني، مدي حماية المشرّع الجزائري للطفّل في قواعد الإسناد المرتبطة بالحضانة والولاية على المال، المجلّة المتوسّطيّة للقانون والاقتصاد، المخبر المتوسّطي للدراسات القانونيّة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، المجلّد 2، العدد 01، مارس 2017، ص 80. المقال متوفّر على الرابط التّالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/78324>

² بختة زيدون، المرجع نفسه، ص 53.

³ صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 273.

الفرض الذي يجد القاصر نفسه وحيدا في بلد أجنبي بسبب وفاة الوالدين فهل تكيف الحضانة على أنها أثر من آثار الطلاق؟ فلا نتصور هذا التكيف.

وعليه فإنّ النزاع حول الحضانة يمكن إثارته في حالة انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرار لها حيث جاء فيه من حيث المبدأ: "إذا كان من المقرر قانونا أنّ الحضانة تستحق بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة..."، وفي حيثيات هذا القرار نجد أنّ المحكمة العليا تؤكد على أنّ المشرع الجزائري في نصّ المادّة 64 ق أ لم يذكر حالة إسناد الحضانة لا بالطلاق ولا بالوفاة، بل اعتبرها من آثار انحلال الزواج عكس ما ذهب إليه قضاة المجلس، وبالرجوع إلى نصّ المادّة 47 ق أ نجدها تنصّ على أن انحلال الرابطة الزوجية تكون في حالة الطلاق أو الوفاة¹.

كما تجدر الإشارة إلى أنّ مشكلة الحضانة تُثار في حالة انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق بمختلف صوره التي يعرفها المشرع الجزائري في نظامه الداخلي وحتى في تلك الصور التي لا يعرفها كالانفصال الجسماني.

ثانيا/ الحضانة أثر من آثار النسب

اتّجه جانب من الفقه إلى القول إنّ المشرع ليس مجبرا بالنصّ على جميع الفئات المُسندة بالتفصيل، بل يكتفي بالإسناد إلى علاقة ويستنتج من خلالها العلاقات المرتبطة بها، ولما كانت الحضانة حقّا للحاضن والمحضون معاً مع ترجيح مصلحة هذا الأخير

¹ قرار المحكمة العليا، غ أش م، ملف رقم 337176، بتاريخ 2005/11/16، نشرة القضاء، العدد 65، 2010، ص 319.

في حالة تعارض المصالح، تم إدراج الحضانة في طائفة العلاقات التي تربط الآباء بالأبناء، والتي تندرج بدورها ضمن القانون الخاص بالبنوة أو النسب¹. وهو ما ذهب إليه العديد من الفقهاء حيث أدرجوا الحضانة ضمن مواضيع النسب²، واعتبر جانب من الفقه أن هذا الرأي يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية كونها تثبت للأقارب بغض النظر عن قيام العلاقة الزوجية بين والدي الطفل أو انتهاءها³.

لم يسلم هذا الاتجاه من النقد كونه يفتقد إلى الدقة ويخلط بين الحضانة والنسب الذي يعد مسألة أولية متعلقة بثبوت أو نفي النسب عن الأولاد ولا علاقة لها برعايتهم، فقد يتم إسقاط الحضانة عن الحاضن لنقص أهليته أو عدم أمانته على المحضون وإسنادها إلى شخص ليست له علاقة نسب مع المحضون⁴.

¹ حسين نعمه نعيمش، فراس كريم شيعان، *تنازع القوانين في الحضانة (دراسة تشريعية فقهيّة قضائية مقارنة)*، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد 5، العدد 1، 2013، ص 163. المقال متوفر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2020/09/30 على الساعة 10:00

<https://www.iasj.net/iasj/article/69986>

علي سنوسي، *اختلاف التشريعات وأثرها في تحريك تنازع القوانين في موضوع الحضانة (دراسة مقارنة على بعض التشريعات العربية)*، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، 2018/06/04، ص 367. المقال متوفر على الرابط التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/52384>

² أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 116.

محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، ط1، 2008، ص 556.

³ عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 175.

⁴ أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، مرجع سابق، ص 69. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 296.

ثالثا/ الحضانة من الولايات الشرعية

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الحضانة ولاية من الولايات الشرعية فهناك من اعتبرها مرحلة أولى من مراحل الولاية على النفس، بينما ذهب فريق آخر إلى القياس على الولاية على المال واعتبرها كذلك.

1. الحضانة مرحلة أولى من مراحل الولاية على النفس: للأبناء حقوق وعلاقات

بالوالدين مستقلة بذاتها من ناحية كيانها وأحكامها، بصرف النظر عن العلاقة بين الوالدين سواء أكانا زوجين أم مطلقين أم غير ذلك، فلا تعدّ حقوق الأولاد وعلاقاتهم بالوالدين من آثار الزواج ولا من آثار الطلاق، ومن بين هذه الحقوق الحضانة أو ولاية التربية الأولى وهي مرحلة أولى من مراحل الولاية على النفس¹.

فيعتبر العديد من الفقهاء أن الحضانة جزء من الولاية على الطفل²، فالرأي الراجح

كيفية الحضانة على أنها نوع من أنواع الولايات الشرعية التي يخضع لها القاصر، وتدخل ضمن مسائل الولاية على النفس³، وقد كيف الأستاذ الطيّب زروتي الحضانة على أنها تدخل في الولاية الشرعية على الأولاد، وبالتالي لا تعدّ أثرا من آثار الزواج ولا أثرا

¹ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 331.

² محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1957، ص 405.

Ridha Boukhari, la protection de l'enfant en droit international privé tunisien: l'exemple de la garde (ou hadana), revue québécoise de droit international, Volume23, Numéro 1, 2010, p 92.

³ أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، مرجع سابق، ص 75. سميحة حنان خواجه، مرجع سابق، ص 232.

عادل شباب، أحكام الزواج المختلط وحضانة الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2018-2019، ص270. عزت محمد علي البحيري، مرجع سابق، ص 469.

لأنحلاله، فبما أنّ التّكييف سيتمّ وفقا لقانون القاضي وهو القانون الجزائري فيتمّ الرجوع إلى أحكام الحضانة المتضمّنة في قانون الأسرة التي رتّبت حقوقا للأولاد ولها علاقة بالوالدين سواء أثناء قيام العلاقة الزوجيّة أم في حالة انحلالها¹.

2. الحضانة من الولاية على المال: من أكثر الآراء بُعدًا عن الصّواب تكييف الحضانة على أنّها ولاية على المال وهو رأي ضعيف²، فكون الحضانة مرحلة أولى من مراحل الولاية على النفس لا محلّ لقياسها على الولاية على المال فكلاهما قائم على اعتبارات مختلفة³، فالولاية على نفس القاصر تهتمّ بشخصه بينما تهتمّ الولاية على المال بـمال القاصر من خلال السّهر على تنميته والمحافظة عليه بشئى الطّرق.

رابعاً/ الحضانة مؤسّسة قانونيّة قائمة بذاتها

ذهب جانب من الفقه إلى القول إنّ السّبب المنشئ لالتزام الحاضن هو الشّرع والقانون مبرّراً ذلك بحجّة مفادها: "حيث يوجد التزام لا يقوم على الإرادة، فلا مبرّر لوجوده سوى القانون"⁴، فالشّرع والقانون هما المصدر المباشر للالتزام بالحضانة، فيقرّرها بنصّ خاص يحدّد شروطها وآثارها ويحدّد مجالها، بغضّ النّظر عن أي عمل قانوني

¹ الطّيب زروتي، القانون الدّولي الخاص الجزائري علما وعملا، مرجع سابق، ص 55.

² صلاح الدّين جمال الدّين، مرجع سابق، ص 297.

³ عز الدّين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 331 و332.

⁴ صلاح الدّين جمال الدّين، مرجع سابق، ص 298.

سواء أكان عقد زواج أم طلاق أم واقعة قانونية كواقعة الميلاد وما يترتب عنها من آثار كالنَّسب¹.

من خلال عرض موقف الفقه من تكييف الحضانة، يبدو أنه لم يوفق في تحديد وصف قانوني محدّد ودقيق للحضانة فقد تباينت الاتجاهات الفقهية ولكل مبرراته، والرأي الذي أرجحه هو تكييف الحضانة على أنها جزء لا يتجزأ من الولاية على النفس، فلمّا كان الهدف الرئيسي من الحضانة باعتبارها حقّ من الحقوق الأساسية للقاصر في مرحلة معينة من عمره هو صيانة ورعاية القاصر، فلا يمكن النّظر إليها على أنها ولاية على المال فشتان بين الولايتين، كما لا أسلم بالرأي الذي يعتبر الحضانة أثراً من آثار الزّواج فقط أو الطّلاق فقط أو النّسب، لأنّه يمكن إثارة النّزاع على الحضانة أثناء قيام العلاقة الزوجية ومثال ذلك أنّه في حالة الشّقاق المستمرّ بين الزوجين قد تذهب الأم إلى بيت أهلها وتأخذ معها أولادها القصر وترفع دعوى خلع على الزوج، وفي هذه الحالة يمكن للأب أن يرفع دعوى قضائية على الأم لاسترجاع أولاده إلى حين الفصل في الدّعى، ففي هذا المثال حدث النّزاع على حضانة الأولاد أثناء قيام العلاقة الزوجية بحكم أنّ هذه العلاقة لا تزال قائمة وقد تسفر جلسات الصّلح عن تراجع الزّوجة ورجوعها إلى بيت الزوجية، إلى جانب هذه الحالة يمكن إثارة النّزاع على الحضانة بعد انتهاء العلاقة الزوجية ويمكن أن تسند إلى أشخاص ليست لهم علاقة نسب مع المحضون.

¹ أحمد عبد الموجود محمّد فرغلي، مرجع سابق، ص 79.

وبناء على ما سبق، فإن الحالات التي يمكن أن يفرزها الواقع العملي في موضوع الحضانة في مجال العلاقات الدولية الخاصة هي من تؤكد الاتجاه السديد لتكييف الحضانة على أنها ضرب من الولاية على النفس لأن النزاعات المرتبطة بها قد تكون أثناء قيام العلاقة الزوجية وبعد انتهائها ولا تقتصر على مرحلة من مراحلها.

الفرع الثاني/ تكييف الولاية على النفس والولاية على المال

بعد التطرق إلى موقف الفقه من تكييف الحضانة باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من الولاية على النفس ومرحلة أولى من مراحلها، وجب الآن تناول تكييف المسائل الأخرى المتعلقة بالولاية على القاصر وهي الولاية على النفس وما يتعلق بها من مسائل (أولاً)، ثم التعرّض إلى تكييف الولاية على المال (ثانياً).

أولاً/ تكييف الولاية على النفس

يعدّ موضوع الولاية على النفس موضوعاً واسعاً يشمل بالإضافة إلى الحضانة مواضيع أخرى، وعليه كان لزاماً التطرق إلى تكييف الولاية على النفس بوجه عام، ثم تناول موضوع خاص من مواضيع الولاية على نفس القاصر والذي يمكن أن يطرح في مجال العلاقات الدولية الخاصة وهو موضوع الولاية في الزواج.

1. تكييف الولاية على النفس بوجه عام: برز اتجاهان في تكييف الولاية على

النفس، فذهب فريق إلى تكييفها ضمن الآثار الشخصية لعقد الزواج، بينما ذهب فريق آخر إلى تكييفها ضمن آثار النسب.

أ- الولاية على نفس القاصر من الآثار الشخصية لعقد الزواج: تعرّف الآثار الشخصية لعقد الزواج على أنّها الحقوق والواجبات الناجمة عن عقد الزواج¹، وهناك من الفقه من يضيّق نطاقها لتقتصر على الآثار التي لها علاقة بالزوجين فقط²، بينما يوسّع جانب آخر من الفقه هذه الآثار لتشمل الآثار بين الزوجين والآثار بالنسبة للعائلة كالتربية والسلطة الأبوية³، فتكون بذلك الولاية على النفس من آثار الزواج⁴.

ب- الولاية على نفس القاصر من آثار النسب: آثار النسب هي تلك الحقوق والواجبات المتبادلة بين الآباء والأبناء⁵، هذا ما دفع جانب من الفقه إلى تكييف الولاية على النفس على أنّها من آثار النسب⁶.

من الملاحظ أن تكييف الفقهاء للولاية على النفس انحصر في دائرة ضيقة جداً باعتبارها من الآثار الشخصية لعقد الزواج أو اعتبارها من آثار النسب وهذا لا يساهم في فضّ مشكلة تنازع القوانين في مسألة الولاية على نفس القاصر في بعض الحالات، لأنّه قد يثار نزاع متعلّق بالولاية على نفس القاصر لا علاقة له بالزواج ولا بالنسب، خاصّة إذا كان في مرحلة انفصال العلاقة الزوجية بالطلاق أو وفاة أحد الوالدين أو كلاهما أو في

¹ سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 398.

² أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 112.

³ سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 398.

⁴ صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 186.

⁵ محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 556.

⁶ المرجع نفسه، الموضع نفسه وينظر: كريمة محروق، تنازع القوانين في الأحوال الشخصية...، مرجع سابق، ص 172.

حالة سحب السّلطة الأبويّة، ففي هذه الحالات كيف يكيّف القاضي موضوع الولاية على نفس القاصر؟

إنّ المتأمّل فيما سبق طرحه، يدعو إلى اعتبار الولاية على النّفس مؤسّسة قائمة بذاتها متعلّقة أساساً بحماية القصر، وبالتالي لا يمكن تصنيفها كأثر من آثار الزّواج ولا أثر من آثار النّسب، فهناك حالات تظهر القصور في الأخذ بهذه التّكييفات، وعليه يقتضي من المشرّع الجزائري وغيره من التشريعات تخصيص فئة مسندة خاصّة بالولاية على النّفس كما فعل ذلك بالنّسبة لمسائل أخرى من مسائل الأحوال الشّخصيّة.

2. تكييف الولاية في الزّواج كصورة خاصّة من الولاية على النّفس

أ- أهميّة تكييف الولاية في الزّواج وأثره في تنازع القوانين: يتّضح أنّ المشرّع الجزائري عند وضعه للشّروط الواجب توفّرها ليكون انعقاد الزّواج صحيحا، لم يفرّق بين الشّروط الموضوعيّة والشّروط الشّكليّة، في حين كرّس هذه التّفرة في مجال تنازع القوانين وأخضع كلّاً منها لقانون يختلف عن الآخر، وهذا ما نصّت عليه المادّة 11 ق م والتي خصّت بالذّكر الشّروط الموضوعيّة. والملاحظ أنّ المشرّع الجزائري قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 لم يكن يفرّق بين شروط الزّواج الموضوعيّة والشّكليّة ودليل ذلك أن نص المادّة 11 ق م كانت تنصّ على أنّ: "الشّروط الخاصّة بصحّة الزّواج يطبّق عليها القانون الوطني لكلّ من الزوجين".

يبدو أنّ المشرّع الجزائري سار على النهج الذي سارت عليه القوانين الحديثة والتي ميّزت بين القانون الذي يخضع إليه شكل التصرّف عن القانون الذي يخضع له موضوعه عكس القوانين القديمة التي كانت تخضع شكل التصرّف وموضوعه لقانون واحد وهو قانون محلّ الإبرام¹، من هنا تبرز أهمية الفصل في مسألة تكييف شرط الولاية في الزواج كونه يدخل ضمن الشروط الموضوعيّة للزواج أم ضمن الشروط الشكليّة، وقد لا تثير مسألة تكييف هذا الشرط أيّة صعوبة بالنسبة للدول التي تعرف هذه التفرقة في قانونها الداخلي، بينما تنجم عنها صعوبة في تكييفها تلك الدول التي لا تفرق بين الشروط الموضوعيّة والشروط الشكليّة في قانونها الداخلي.

ب- تكييف الولاية في الزواج ضمن الشروط الشكليّة أو الموضوعيّة: انقسم الفقهاء إلى اتجاهين بخصوص تكييف مسألة الولي في الزواج فذهب اتجاه إلى تكييفها ضمن الشروط الشكليّة وذهب اتجاه آخر إلى القول إنّ مسألة الولاية في الزواج تعدّ من المسائل الجوهريّة وبالتالي تدخل ضمن الشروط الموضوعيّة ولكلّ اتجاه مبرراته.

¹ يوسف مسعودي، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعيّة للزواج، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 11، العدد 3، 2012، ص 99. المقال متوفّر على الرابط التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/23877>

الاتجاه الأول/ تكييف الولاية في الزواج ضمن الشروط الشكلية

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار شرط الولي في الزواج من الشروط الشكلية لعقد الزواج¹، فالولاية في نظرهم من شروط الصحة ولا يمكن إدراجها ضمن الشروط الموضوعية وإنما هي شروط شكلية لأن الزواج قد ينعقد بدونها، وهذا استنادا إلى نص المادة 9 مكرر ق أ جزائري، التي حددت شروط الصحة الواجب توفرها في عقد الزواج وهي الصداق، الولي والشاهدان ونص المادة 33/ف2 ق أ جزائري التي اعتبرت عقد الزواج الذي لم يستوف أحد شروط الصحة زواجا فاسداً وعليه يفسخ الزواج قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا استوفى الأركان والشروط الأخرى².

تبني الموقف ذاته المشرع الإنجليزي، إذ كيّف شرط رضا الوالدين ضمن الشروط الشكلية، فإذا طرح نزاع على القضاء الإنجليزي فإنه ينظر إلى شرط رضا الوالدين على أنه من الشروط الشكلية ويتم إخضاعه إلى قانون دولة الإبرام فإذا عقد زواج في إنجلترا فإنه لا يترتب على تخلف شرط رضا الوالدين بطلان زواج القاصر شكلاً بل يعاقب جنائياً الزوج الذي أدلى بتصريحات كاذبة تُفيد كمال أهليته للتهرب من هذا الشرط³.

¹ الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة...، مرجع سابق، ص 62 و 63. سمية كمال، *تطبيق قانون القاضي (القانون الجزائري) على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي*، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 7، العدد 18، 2015، ص 178.

² العربي بلحاج، أحكام الزواج...، مرجع سابق، ص 324. سمية كمال، المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

³ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 106. هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج - دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2006، ص 493.

ما يؤكّد هذا المبدأ الانجليزي الحكم الصادر سنة 1898 في قضية شهيرة هي قضية (Ogden c. Ogden)¹، تتلخّص وقائعها في أن ليون فيليب (Léon Philip) شاب فرنسي أرسل إلى إنجلترا للتّدريب على التّجارة، عام 1898 استغلّ إقامته للزّواج من الأنسة سارة ويليامز (Sarah Williams)، وفي شهادة الزّواج ذكر أنّه يبلغ من العمر 22 سنة إلا أنّه كان يبلغ من العمر 19 سنة فقط ولم يحصل بذلك على موافقة والده. هذا الأخير طلب من المحاكم الفرنسيّة فسخ هذا الزّواج المبرم مخالفة لأحكام المادّة 148 ق م فرنسي².

لم يمض وقت طويل وأعاد ليون فيليب الزّواج، وتزوّجت السيّدة ويليامز من السيّد أوغدن (Ogden) عام 1904، الذي تخلّى عنها عند معرفته الوضع الحقيقيّ وطالب بإبطال زواجه الحالي منعا لتعدّد الأزواج كون الزّواج السابق لا يزال قائما وصحيا طالما اعتبره القانون الإنجليزي كذلك، كما أنّ شرط رضا الوالدين من الشّروط الشكائيّة التي تخضع إلى قانون محلّ الإبرام وبالتالي يطبّق عليها القانون الإنجليزي الذي لا يرتّب على تخلف شرط رضا الوالدين بطلان الزّواج، وعليه قضت المحكمة الإنجليزيّة ببطلان الزّواج الذي تمّ عقده مع أوغدن.

¹ Haute-Cour de justice, 7,8 et 10 décembre 1906, Clunet 1908, Tome 35, p p 547-550.

² L'article 148 du code civil français dispose que: «**Les mineurs ne peuvent contracter mariage** sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement ».

فبناء على ما سبق، طبّق القضاء الفرنسي القانون الشخصي وهو القانون الفرنسي واعتبر أنّ المسألة متعلّقة بأهليّة الزواج، أمّا القضيّة التي رفعها السيّد أوغدن أمام القضاء الإنجليزي فعقد الاختصاص للقانون الإنجليزي كون المسألة متعلّقة بشكل الزواج¹. هذه القضيّة تبرز بوضوح أهميّة التكيف في مجال تنازع القوانين.

الاتّجاه الثاني/ تكيف الولاية في الزواج ضمن الشّروط الموضوعيّة

ذهب فريق من الفقه وهو الرّأي الرّاجح إلى اعتبار الولاية في الرّواج من الشّروط الموضوعيّة له²، فاعتبار شرط رضا الوالدين أو أحدهما شرط مقبول ولا ينافي طبيعة الرّواج ومقصده ولا يعدّ جديدًا على أحكام الشّريعة الإسلاميّة، ومن ثمّ وجب النّظر إليه على أنّه شرط من الشّروط الموضوعيّة للرّواج³، والتي يقصد بها تلك الشّروط اللازمة

¹ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهليّة دراسة مقارنة، مؤسّسة شباب الجامعة، د ط، 1989، ص 67 و68.

² أحمد حمزة، الشّروط الموضوعيّة والشّكليّة لعقد الرّواج، مجلّة الحقوق والعلوم الإنسانيّة، جامعة زيّان عاشور، الجلفة، المجلّد 7، العدد2، 2014، ص 154. المقال متوفّر على الرّابط التّالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/53326>

وينظر: الطّيب زروتي، القانون الدّولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، مطبعة الفسيّلة، الجزائر، ط 2، 2008، ج 1، ص 160. العربي بلحاج، أحكام الرّواج...، مرجع سابق، ص 156. بختة زيدون، مرجع سابق، ص 14.

صاحب الفتاوي، قراءة جديدة لقواعد تنازع القوانين المتعلّقة بالرّواج والأموال في القانون المدني الأردني "دراسة تحليليّة مقارنة"، مجلّة جامعة النّجاح للأبحاث- ب، العلوم الإنسانيّة، نابلس، فلسطين، المجلّد 19(4)، 2005، ص 1283. المقال متوفّر على الرّابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 11 / 07 / 2019 على السّاعة 06:30

<https://doi.org/10.35552/0247-019-004-008>

وينظر كذلك: يوسف مسعودي، القانون الواجب التطبيق على الشّروط الموضوعيّة للرّواج، مرجع سابق، ص 102. ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 89.

³ عكاشة محمّد عبد العال، دراسات في القانون الدّولي الخاص في دولة الإمارات العربيّة المتّحدة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، د ط، 1998، ص 237 و238.

لقيام العلاقة الزوجية التي يؤدي تخلفها إلى بطلان الزواج إما بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً¹.

وعرّف الأستاذ الرّشيد بن شويخ الشروط الموضوعية بأنّها العناصر الأساسية التي حدّدها قانون الأسرة الجزائري كمرتكزات للانعقاد²، وبالرجوع إلى هذا القانون فإنّ المشرّع الجزائري اعتبر الولي من الشروط الواجب توفّرها في عقد زواج القاصر، وهو ما تضمّنته المادة 9 مكرّر ق أ ونصّت المادة 11/2 ق أ على ما يلي: "...يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي وليّ من لا وليّ له". وكذلك نصّ المادة 33 ق أ التي اعتبرت الزواج الذي تمّ من دون ولي في حالة وجوبه فاسداً فيتمّ فسخه قبل الدّخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدّخول بصدّاق المثل، وطبقاً لنصّ المادة 97 ق ح م فإنّ الزواج الذي يعقد في بلد أجنبيّ بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبيّ يعتبر صحيحاً إذا لم يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلّبها القانون الوطني³.

كما اشترطت بعض التشريعات موافقة الولي على زواج القاصر، وهو ما ذهب إليه

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 845.

هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، مرجع سابق، ص 477.

² الرّشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 56.

³ الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتعلّق بالحالة المدنية، ج ر العدد 21، المؤرّخة في 27 فيفري 1970، المعدّل والمتمّم.

في قراءة تحليليّة ناقدة للمادة 97 ق ح م من طرف الأستاذ بلقاسم أعراب طالب فيها بتعديل هذه المادة لأنّها أغفلت ذكر زواج الجزائرية بالأجنبي في الخارج وفي هذا إخلال بمبدأ المساواة بين الرّجل والمرأة، ولا يوجد مبرّر لهذه التفرقة بينهما. ينظر بلقاسم أعراب، *أثر العولمة على بعض حلول تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الجزائري*، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلّد 41، العدد 2، 2004، ص 24 و25. المقال متوفّر على الرابط التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/97370>

المشرع المغربي الذي اعتبر الولاية في زواج القاصر ولاية واجبة حيث نصت المادة 21 م أ على أن: "زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي..."، وعليه فإنه طبقاً لنص المادة 61 م أ يفسخ الزواج قبل البناء وبعده إذا تم دون ولي في حالة وجوبه، ويعد شرط الولاية في الزواج من الشروط الموضوعية التي يجب توفرها في عقد الزواج المبرم خارج المملكة المغربية وهو ما نصت عليه المادة 14 م أ، فالعقد يظل خاضعاً من حيث موضوعه لأحكام مدونة الأسرة التي تعد من النظام العام¹، فلم يغفل المشرع المغربي عن تنظيم زواج المغاربة المقيمين بالخارج وجاء بأحكام جديدة تسهل عليهم إبرام عقود زواجهم من خلال نص المادة 14 م أ التي سمحت بإبرام المغاربة لعقود زواجهم وفق الإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم بشرط توفر شروط عقد الزواج ومن بينها شرط الولي في الزواج عند الاقتضاء، ومراعاة أحكام المادة 21 م أ².

ويعد المشرع الفرنسي من بين التشريعات التي اعتبرت الشروط ذات الطبيعة العقدية من الشروط الموضوعية ومن بينها شرط رضا الوالدين على زواج القاصر أو رضا الأقارب³، في حالة وفاة الأب والأم أو عدم قدرتهما على التعبير عن إرادتهما وهذا طبقاً

¹ نزهة الخدي، مسطرة زواج المغاربة المقيمين بالخارج وفقاً لمستجدات مدونة الأسرة، مجلة القانون المغربي، الرباط، العدد 18، مارس 2012، ص 55 و 68.

² عبد العزيز هدوي، ضوابط الأسرة وحقوقها على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الإسلامي والعمل القضائي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط 1، 2017، ص 57.

³ هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، مرجع سابق، ص 566 و 567.

لنص المادة 150 ق م فرنسي¹.

من خلال عرض الاتجاهين السابقين في تكييف الولاية في زواج القاصر، يفضل الأخذ بالاتجاه الذي يكتف الولاية في الزواج ضمن الشروط الموضوعية. وفي الأخير يبقى تحديد هذه الشروط مسألة تكييف يرجع فيها إلى قانون القاضي، وهو ما ذهب إليه الفقه الرّاجح².

ثانيا/ تكييف الولاية على المال

يختلف تكييف الولاية على المال عن تكييف المسائل الأخرى المتعلقة بالولاية على نفس القاصر فهذه الأخيرة يتفق الفقه على إدراجها ضمن مسائل الأحوال الشخصية واختلّفوا في الفئة التي يُسند إليها كلّ مسألة من مسائلها، بينما الإشكال الرئيسي في تكييف الولاية على المال يكمن في اختلاف النّظر إلى موضوع الولاية على المال؛ فهناك من ينظر إليها على أنّها مسألة من مسائل الأحوال الشخصية كما هو الحال في تشريعات الدّول العربيّة. وقوانين مختلف الدّول الأوروبيّة، على خلاف الحال في الدّول الأنجلو أمريكيّة التي تعتبر الولاية على المال من المسائل المتعلقة بإدارة الأموال³، وأكيد أنّ هذا الاختلاف ينعكس على القانون واجب التطبيق على هذه الولاية.

¹ Article 150 du code civil français dispose que : « Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent ; s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, ou s'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement... ».

² أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 101. حسن الهذّوي، مرجع سابق، ص 106. هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزّواج، مرجع سابق، ص 47.

³ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 241.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتبر الولاية على المال من النظم المقررة لحماية غير كاملي الأهلية ومن بينهم القاصر سنّا والتي تدخل في فئة الأحوال الشخصية، والدليل على ذلك أنّه نظم الأحكام الموضوعية المتعلقة بنظام الولاية على المال بمختلف صوره ولاية أصلية أو مكتسبة (الوصاية والتقديم) ضمن المواد من 81 إلى المادة 100 ق أ، ونظم المسائل الإجرائية ضمن الفصل المتعلق بقسم شؤون الأسرة والذي تناول فيه الإجراءات المتبعة في الولاية على نفس القاصر وماله ضمن المواد من 453 إلى المادة 480 ق إ م إ.

مما سبق ذكره، فإنّ الولاية على مال القاصر تكيّف ضمن مسائل الأحوال الشخصية وباعتبارها مؤسسة قائمة بذاتها، لكن لا ننكر أنّها مزيج بين المسائل الأسرية والمسائل المالية وهو ما يبرز بالفعل في النزاعات الدولية الخاصة.

المبحث الثاني/ حلول تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر

تكمّن حلول تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر في تحديد القانون واجب التطبيق على هذه المسائل، ويعتمد القاضي أساسًا في تحديد هذا القانون على المنهج التنازعي القائم على قاعدة تنازع القوانين، فبعد أن يقوم بتكييف المسألة المعروضة عليه يدرجها ضمن فئة من الفئات المسندة ومن خلالها يتوصّل إلى قاعدة التنازع التي تشير إلى القانون المختص بهذه المسألة.

وهنا يظهر نوعان من المسائل فمنها ما هو سهل التكييف لوجود قاعدة تنازع مباشرة تمكّن القاضي من تحديد القانون واجب التطبيق عليها بسهولة، من بينها مسائل الولاية على مال القاصر التي خصّها المشرّع الجزائري بقاعدة تنازع صريحة على غرار ما ذهبت إليه مختلف التشريعات، وهناك مسائل يصعب تكييفها وبالتالي يصعب معها تحديد القانون واجب التطبيق، ويكمن الإشكال في عدم وضع قاعدة تنازع خاصة بها ويزيد الوضع تعقيداً بسبب اختلاف موقف الفقه وأحكام القضاء في تكييفهم لهذه المسائل من بينها موضوع الحضانة والولاية على نفس القاصر.

وعليه سيتمّ عرض مختلف الحلول التشريعية والفقهية والقضائية التي تناولت موضوع الولاية على القاصر من خلال التطرق إلى حلول تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر في الحالات العادية (المطلب الأول)، وتناولها في حالات الاستعجال نظراً لأهمية هذا الموضوع، فالدعوى الاستعجالية تهدف إلى تحقيق حماية قضائية سريعة للقاصر لا يستطيع أن يحققها القضاء العادي، وهي كثيرة الحالات التي تفرزها مسائل الولاية على نفس ومال القاصر في مجال العلاقات الدولية الخاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول/ حلول تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر في الحالات

العادية

يرتبط موضوع الولاية على القاصر ارتباطاً وثيقاً بموضوع حماية القصر، باعتبار الولاية آلية من آليات حماية القاصر في نفسه وماله، وقد كان الاهتمام بهذه المواضيع

منذ أمد بعيد، حيث أبرمت اتفاقية دولية عام 1902 اهتمت بتنظيم الوصاية على القاصر، وفي سنة 1961 حلت محلها اتفاقية أخرى عملت على تحديد الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في مجال حماية القصر، وفي 1996 أبرمت اتفاقية دولية حلت محل الاتفاقيتين السابقتين وكانت أكثر وضوحا خاصة في مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على الولاية على القاصر وحماية الأطفال، وعليه يمكن التركيز على القانون واجب التطبيق على الولاية على القاصر في الاتفاقيات الدولية (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى مختلف الحلول التشريعية والفقهية والقضائية التي عالجت موضوع القانون واجب التطبيق على الولاية على القاصر (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ القانون واجب التطبيق على الولاية على القاصر في الاتفاقيات الدولية

حظي موضوع الولاية على القاصر في مجال العلاقات الدولية الخاصة باهتمام من طرف الدول التي عملت على إبرام اتفاقية لاهاي لسنة 1996 شملت عدة مواضيع من بينها الاختصاص التشريعي في مجال المسؤولية الأبوية والتي يندرج ضمنها موضوع القانون واجب التطبيق على الولاية على القاصر (أولا)، كما أبرمت عدة اتفاقيات ثنائية تناولت موضوع حماية القاصر أخص بالذكر الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية التي اهتمت أساسا بموضوع الحضانة، وهذا يتطلب التطرق إلى أحكام هذه الاتفاقية وإبراز موقفها من القانون واجب التطبيق على الحضانة وتوابعها (ثانيا).

أولا/ اتفاقية لاهاي لسنة 1996

اتفاقية لاهاي لسنة 1996 التي دخلت حيز التنفيذ سنة 2002 والمتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق، والاعتراف، والتنفيذ، والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية، وتدابير حماية الأطفال، وكما جاء في ديباجتها بأن الدول الموقعة على هذه الاتفاقية اتفقت على أحكامها بهدف تدعيم حماية الأطفال في الأوضاع ذات الطابع الدولي، وتلافي النزاعات بين نظمها القانونية فيما يتعلق بالاختصاص القضائي، والقانون واجب التطبيق والاعتراف بتدابير حماية الأطفال وتنفيذها، وتذكيرا بأهمية التعاون الدولي من أجل حماية الأطفال، وتؤكد على ضرورة مراعاة المصلحة الفضلى للطفل على سبيل الأولوية¹، لتشارك بذلك مع ما جاءت به أحكام اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، وعلى الرغم من مصادقة الجزائر على هذه الأخيرة إلا أنها لم تصادق على اتفاقية لاهاي لسنة 1996.

وحلت اتفاقية لاهاي لسنة 1996 محل اتفاقية لاهاي 5 أكتوبر 1961 المتعلقة باختصاص السلطات، والقانون المطبق في مجال حماية القصر، واتفاقية لاهاي 12 يونيو 1902 المتعلقة بتنظيم الولاية على القصر².

¹ بلغ عدد الدول المصادقة على الاتفاقية 54 دولة كآخر إحصاء قدم سنة 2022، لم تنضم الجزائر إلى هذه الاتفاقية وتعد المغرب الدولة العربية الوحيدة التي انضمت إليها سنة 2003 بموجب ظهير شريف رقم 1.02.136 الصادر في 22 يناير 2003. هذه الإحصائيات متوفرة على الرابط التالي:

<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=70>

² المادة 51 من اتفاقية لاهاي 1996. نصوص اتفاقية لاهاي لسنة 1902 واتفاقية لاهاي لسنة 1961 متوفرة على الموقع الرسمي لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص: <https://www.hcch.net>

ومن خلال الاطلاع على أحكام اتفاقية لاهاي لسنة 1996، يمكن ملاحظة أنّ هناك تلازماً بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي وهو ما أكدته مختلف النصوص المتضمنة في الباب الثالث الذي جاء تحت عنوان القانون المطبق لاسيما نصّ المادّة 15/ف1. واعتمدت أساساً على ضابط الإقامة المعتاد للطفل في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع الولاية على القاصر في شخصه وماله¹، فيكون القاضي الأقرب إلى القاصر مختصاً من حيث المبدأ بضمان حمايته، كما عملت هذه الاتفاقية على الحدّ من المنافسة بين السلطات².

ويعدّ التّلازم بين الاختصاص القضائي والتّشريعي الاتّجاه السائد في الدّول الأنجلوسكسونية التي تنظر إلى موضوع حماية القصر على أنّه متعلّق بالاختصاص القضائي وهذا الاختصاص يجلب الاختصاص التشريعي، فتقوم السلطة المختصة باتخاذ إجراء الحماية بتطبيق قانونها، جاء هذا الحلّ لتجنّب الصّعوبات والانتقادات الموجّهة للاتفاقيتين السابقتين، فاتّفاقية لاهاي لسنة 1902 أخذت بقانون الجنسيّة في مجال حماية القصر، أما اتفاقية لاهاي لسنة 1961 فجمعت بين قانون الجنسيّة وقانون مقر إقامة

¹ تضمّنت اتفاقية لاهاي لسنة 1996 مسألة الولاية على القاصر في شخصه وماله تحت مسمّى المسؤولية الأبويّة. وحسب نصّ المادّة الأولى من الاتفاقية يقصد بالمسؤوليّة الأبويّة: السلطة الأبويّة، أو أي علاقة سلطة مشابهة تحدّد حقوق وصلاحيات والتزامات الأبوين، أو الوصي، أو أي ممثّل قانوني آخر اتّجاه شخص الطّفل، أو أمواله.

² Estelle Gallant, Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé, Defrénois, 2004, Tome 9, p 318.

القاصر مما نتج عنه عدّة صعوبات عمليّة¹، فقد أظهر النّظام الذي وضعته اتّفاقيّة لاهاي لسنة 1961 ضعفه في عدّة مناسبات كونه لم يكن يسمح بالاختيار الواضح بين سلطات الجنسيّة وسلطات الإقامة المعتادة، وفي مجال تنازع القوانين لم تكن واضحة قاعدة التّنازع الخاصّة بالسلطة الأبويّة على عكس اتّفاقيّة لاهاي لسنة 1996 التي كانت أحكامها واضحة المعالم فيما يخصّ الاختصاص التشريعي والقضائي².

وقد أبدى الفقه الفرنسي تحفّظات على ضابط الإقامة المعتادة الذي اعتمدته اتّفاقيّة لاهاي لسنة 1996، لأنّه سيكون هناك تخليّ تام عن ضابط الجنسيّة، كما أنّ وضع القاصر سيكون مُهدّداً لأن الإقامة المعتادة للطفّل قابلة للتّغيير في عدّة مناسبات³.

يجوز استثناءً لسلطات الدّول المتعاقدة أن تطبّق أو تأخذ بعين الاعتبار قانون دولة أخرى تكون على صلة وثيقة بوضعيّة الطّفّل عندما يتطلّب الأمر حماية شخص الطّفّل أو ماله⁴، والمقصود بـ"صلة وثيقة"؛ أي أنّه لا يستدّ إلى مبدأ القُرب أي الرّوابط الأقرب بل إلى المصلحة العليا للطفّل⁵، فالاتّفاقيّة تسعى إلى توفير أكبر قدر من الحماية للطفّل القاصر، وعليه يجوز استثناءً أن يطبّق قانون آخر غير قانون مكان الإقامة المعتاد

¹ محمّد أشرف وفا، حماية غير نوي الأهليّة على الصّعيد الدّولي: دراسة في نطاق القانون الدّولي الخاص، المجلّة المصريّة للقانون الدّولي، الجمعيّة المصريّة للقانون الدّولي، مجلد 58، 2002، ص 370 و371.

² Estelle Gallant, op.cit, p 227.

³ Estelle Gallant, Ibid, p 318.

⁴ المادّة 15/2 من اتّفاقيّة لاهاي لسنة 1996.

⁵ Anne RICHEL-PONS, LARÉSIDENCE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (CONFLITS DE JURIDICTIONS ET CONFLITS DE LOIS, Thèse de doctorat en droit UNIVERSITÉ JEAN-MOULIN, LYON III, France, 9 juillet 2004, p 135.

للطفل والذي قد يكون قانون جنسية الطفل، أو قانون جنسية الأب أو الأم إذا كانا مختلفي الجنسية¹.

وحسب نص المادة 15/3 من الاتفاقية فإنه في حالة تغيير مكان الإقامة المعتاد للطفل في دولة متعاقدة أخرى، ينظم قانون هذه الدولة شروط تنفيذ التدابير المتخذة في دولة الإقامة المعتادة السابقة، وذلك ابتداء من تاريخ التغيير، مثال ذلك إذا قام طفل بتغيير مكان إقامته المعتاد عندما قررت سلطات محل إقامته المعتاد السابق وضعه تحت الوصاية، يظل الوصي المعين على هذا النحو مسؤولاً عن منصبه مادامت سلطات الدولة الجديدة لا تعتبر أن حماية القاصر تتطلب اتخاذ تدابير جديدة، من ناحية أخرى تخضع شروط تطبيق الوصاية بمجرد تغيير الإقامة المعتادة لقانون الإقامة الجديدة².

نستخلص من خلال عرض موقف اتفاقية لاهاي لسنة 1996 من القانون واجب التطبيق على الولاية على القاصر، استنادها إلى ضابط الإقامة المعتادة للطفل كأصل عام، واستثناء يحتكم القاضي إلى ضوابط أخرى بما يحقق المصلحة الفضلى للقاصر.

¹ حسين نعمه الزيايدي، نوار كاظم الزامل، القانون الواجب التطبيق على الولاية، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، جامعة القادسية، العراق، المجلد 7، العدد 12، 2016، ص 353. المقال متوفر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2020/09/30 على الساعة 00:20 <https://www.iasj.net/iasj/article/120543>

²Anne RICHEZ-PONS, op.cit, p 238.

² المادة 15/3 من اتفاقية لاهاي لسنة 1996.

ثانيا/ موقف الاتفاقيات الثنائية (الاتفاقية الجزائرية الفرنسية نموذجا)

أمام النقص التشريعي الذي ساد تشريعات تنازع القوانين في العديد من الدول فيما يخص موضوع الولاية على القاصر خاصة الولاية على النفس والتي من بينها موضوع الحضانة الذي يعدّ من أهم المواضيع التي تطرح على مستوى القضاء. دعا الفقه الحديث إلى العمل على توحيد القانون واجب التطبيق من خلال إبرام اتفاقيات التعاون القضائي¹. وهو بالفعل ما سار عليه المشرع الجزائري من خلال إبرام اتفاقية ثنائية جزائرية فرنسية، ومن خلالها سيتم توضيح موقف الاتفاقية من القانون واجب التطبيق على الحضانة.

أبرمت اتفاقية ثنائية بين الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية سنة 1988 تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال²، جوهر الاتفاقية حسب ما جاء في ديباجتها والمادة الأولى منها هو تحقيق أحسن حماية لهذه الفئة من الأطفال وحرية تنقلهم بين البلدين مع ضرورة رعاية مصالحهم بالدرجة الأولى، فمصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة ومنظمة مع والديه

¹ أسية طاهري، *تنازع القوانين في الحضانة*، مجلة المفكر، جامعة الجزائر 02، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2020، ص 156. المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/139655>

وينظر: حسين نعمه نعيمش، فراس كريم شيعان، مرجع سابق، ص 170.

² المرسوم الرئاسي رقم 88-144 المؤرخ في 26 جويلية 1988، المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 جوان 1988، ج ر العدد 30، المؤرخة في 27 جويلية 1988، ص 1097-1099.

المنفصلين حيث توجد إقامتهما، كما تهدف الاتفاقية إلى دعم وترقية التعاون القضائي في مجال حماية القصر.

كم أولت هذه الاتفاقية اهتماما كبيرا بفئة خاصة من القصر وهم الأطفال المحضونين، وعليه فإنها تعالج جانبا من الولاية على القاصر في مجال العلاقات الدولية الخاصة وهو الحضانة، والملاحظ أنّ الاتفاقية نصّت في المادة 5 منها على الاختصاص القضائي الذي منحه للجهة القضائية المتواجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي باعتباره مكان الحياة العائلية المشتركة، بينما لم تحدّد الاختصاص التشريعي.

فلم تتضمن الاتفاقية أي قاعدة تنازع وإنّما نصّت على أحكام تنظيمية تضمن كفالة حقّ الزيارة للزوج الذي لم تمنح له الحضانة¹، لكن يفهم ضمنا أنّ هناك تلازما بين الاختصاصين القضائي والتشريعي. فنظرا للتتابع الزمني الذي يعقد الاختصاص لمحكمة معينة للنظر في النزاعات ذات البعد الدولي قبل تحديد القانون واجب التطبيق فلا شكّ من تأثير الاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي²، وبما أن أغلب الزيّجات الجزائرية الفرنسية مقرّ سكنها الزوجي هو فرنسا فإنّ الاختصاص القضائي يكون

¹ الطيّب زروتي، القانون الدولي الخاص علما وعملا، مرجع سابق، ص 55.

Bouchareb Hafida, Les effets du divorce en droit international dans les rapports entre les Etats européens francophones et les Etats maghrébins, colloque international de Rabat, Maroc, 11 et 12 Avril 2003, Marché du travail et genre : Maghreb-Europe, Bruxelles (Brussels EconomicSeries), Editions du Dulbea, 2004, p 8. <http://www.abhatoo.net.ma/maalama-textuelle/developpement-economique-et-social/developpement-social> consulté le 11/07/2020 à 22:00.

² هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية- تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، د ط، 2008، ص 15.

للقاضي الفرنسي والذي بدوره يقوم بتحديد القانون واجب التطبيق وفقا لقواعد تنازع القوانين الفرنسية وعليه فالاتفاقية أعطت الأفضلية للقانون الفرنسي على القانون الجزائري وتضمنت بذلك أحكاما تمييزية لصالح الطرف الفرنسي على حساب الطرف الجزائري¹.

والمتنبع للأسباب التي أدت إلى إبرام الاتفاقية يؤكد ذلك فأهم هذه الأسباب ما أفرزته حادثة "سفينة أمهات الجزائر" أين بدا للأمهات الفرنسيات أن أطفالهن في حالة خطف من طرف آبائهم الجزائريين ولم تعد لديهم أي صلة بهم، هذا ما أثار ضجة إعلامية للفت الانتباه إلى محنة الأمهات الفرنسيات بسبب انفصالهم التام عن أطفالهم، ففي نظر الفقه الفرنسي جاءت الاتفاقية بنقطة إيجابية للأمهات الفرنسيات لأنه في الغالب يتعلق الأمر بزواج جزائري بفرنسية تعيش في فرنسا وعليه تم تحديد اختصاص المحكمة الفرنسية مسبقا، ومن خلال هذه الاتفاقية سعت السلطان الجزائرية والفرنسية إلى توفير ضمانات لحق الزيارة العابرة للحدود حتى يتمكن الطفل الذي سافر في عطلة إلى الجزائر من العودة إلى فرنسا، والاستثناء الوحيد الذي يرفض فيه القاضي الحكم بحق الزيارة العابرة للحدود هو الظروف الاستثنائية من ذلك تعرض صحة الطفل للخطر كحالة طفل مريض يحتاج إلى علاج مستمر ولا يمكن نقله².

¹ سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2018-2019، ص 132.

² Françoise Moneger, Règles de conflit, Convention Internationale Franco-algérienne et exequatur Bulletin du Barreau, Numéro spécial, septembre 2001, La part du Droit dans les relations familiales franco-algériennes Actes du colloque organisé par L'ordre des Avocats du Barreau de la Seine-Saint-Denis-France, L'ordre des Avocats du Barreau d'Oran- Algérie, dans le cadre de leur protocole de jumelage, Vendredi 1^{er} juin 2001, Chambre de Commerce et d'Industrie de Seine-Saint-Denis, p 7et 8.

<https://dokumen.tips>

وعلاوة على ذلك، هناك من ذهب إلى القول بأنّ الاتفاقية حصرت النزاع بين زوجين أحدهما جزائري والآخر فرنسي واستبعدت الزواج بين جزائريين مقيمين في فرنسا، أو فرنسيين مقيمين بالجزائر¹، وهنا يبدو جلياً أنّ الاتفاقية أملت لها ظروف خاصّة فتضمّنت بذلك أحكاماً تمييزيّة وعليه لا يمكن الاستناد إليها كمرجع لتحديد القانون واجب التطبيق على الحضانة.

الفرع الثاني/ القانون واجب التطبيق على الولاية على القاصر بمختلف صورها

يجب التمييز بين الجانب الإجرائي والجانب الموضوعي في تحديد القانون واجب التطبيق على مسائل الولاية على القاصر، بالنسبة للجانب الإجرائي فالقانون واجب التطبيق هو قانون القاضي مهما كانت هذه المسألة وهو حلّ عالمي اعتمدته جميع تشريعات تنازع القوانين من بينها المشرّع الجزائري الذي نصّ في المادة 21 مكرر ق م على أنّه: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدّعى أو تُباشر فيها الإجراءات".

أمّا في الجانب الموضوعي فعندما يخصّص المشرّع قاعدة تنازع خاصّة بمسألة معيّنة لا يوجد أي إشكال لأنّ الفئة المسندة تكون واضحة، مثال ذلك الولاية على المال فأغلب التشريعات نظّمت أحكامها ضمن نصوص صريحة، لكن يكمن الإشكال عندما لا ينصّ المشرّع على قاعدة تنازع خاصّة بمسألة معيّنة فهنا لا يمكن الجزم بتطبيق قاعدة

¹ سعاد يوبي، مرجع سابق، ص 133.

تنازع معيّنة وهذا راجع إلى اختلاف تكييف تلك المسألة، وهذا بالفعل ما حدث بالنسبة لموضوع الحضانة والولاية على النّفس لأنّ هناك اختلافا في تكييف هذه المسائل، وعليه سيتمّ عرض مختلف حلول تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر انطلاقاً من قاعدة التّنازع وفي حالة عدم وجودها أستعين بالقانون المقارن والبحث عن موقف الفقه والقضاء من هذه المسائل، وعليه سيتم تناول القانون واجب التّطبيق على الحضانة (أولاً)، يلي ذلك التّطرّق إلى القانون واجب التّطبيق على الولاية على نفس ومال القاصر (ثانياً).

أولاً/ القانون واجب التّطبيق على الحضانة

يرجع الأستاذ عز الدّين عبد الله الصّعوبة التي واجهها القضاء في تحديد القانون واجب التّطبيق على الحضانة إلى عدم البسط كافياً في تكييف الحضانة¹، فيتّضح من خلال البحث عن الطّبيعة القانونيّة للحضانة أنّها تدخل ضمن عدّة أفكار أدّت إلى تباين وجهات نظر الفقه والقضاء إلى الفكرة التي تدخل في إطارها مسألة الحضانة ممّا انعكس ذلك على تحديد القانون واجب التّطبيق، وقد وضعت بعض التّشريعات العربيّة والاتّفاقيّات الدوليّة حلولاً لفضّ النزاعات المتعلّقة بالحضانة في مجال العلاقات الدوليّة الخاصّة بينما صممت معظم التّشريعات عن وضع قاعدة تنازع خاصّة بالحضانة فاختلّفت بذلك الحلول المقدّمة لفضّ التّنازع بين القوانين في هذه المسألة.

¹ عز الدّين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص331.

1. موقف التشريعات العربية من القانون واجب التطبيق على الحضانة:

خصّت بعض التشريعات مسألة الحضانة بقاعدة تنازع إمّا ضمنيّة كما فعل المشرّع العراقي، وإمّا صريحة كما قام به كلّ من المشرّع الكويتي والقطري والتونسي.

أ- **موقف التشريع العراقي:** أخضع المشرّع العراقي مختلف المسائل الخاصة بالبنوة الشرعيّة والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد إلى قانون الأب وهذا ما نصّت عليه المادّة 19/ف4 ق م، فالمشرّع العراقي جمع عدّة مسائل في طائفة واحدة من قواعد التنازع، وهنا يمكن إدراج الحضانة ضمن المسائل الخاصة بالولاية، لكن تبدو صياغة هذه المادّة غير واضحة بالنسبة للضابط المعتمد وهو قانون الأب فكيف يفسّر هذا القانون هل هو قانون جنسيّة الأب أو قانون موطن الأب أو قانون مكان الإقامة المعتادة للأب، وعليه كان على المشرّع العراقي تحديد القانون المسند إليه بدقّة بعيدا عن التأويلات.

ب- **موقف التشريع الكويتي والقطري:** أخضع كلّ من المشرّع الكويتي والقطري الحضانة إلى قانون جنسيّة الأب بقاعدة تنازع صريحة¹، لكن المشرّع لم يحدد وقتا معيّنا لجنسيّة الأب لتحديد القانون واجب التطبيق، وعليه تبقى المسألة خاضعة للسلطة التقديرية

¹ نصّ المشرّع الكويتي في المادّة 43 من قانون رقم 5 لسنة 1961 المتعلّق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على ما يلي: "يسري قانون جنسيّة الأب في الولاية على النّفس وفي الحضانة".
ونصّ المشرّع القطري في المادّة 19 من القانون رقم 22 لسنة 2004 بإصدار القانون المدني، الصّادر في 2004/06/30، ج ر عدد 11، المؤرخة في 2004/08/08 على القانون واجب التطبيق على الحضانة في: "يسري قانون جنسيّة الأب في المسائل الموضوعيّة الخاصّة بالولاية على النّفس والحضانة".

للقاضي الناظر في النزاع¹، كما أنه لم يعر اهتمام بقانون جنسية الأم أو جنسية المحضون أو حتى جنسية القاضي الذي ينظر في هذا النزاع، كما اعتمد على قانون جنسية الأب دون مراعاة ما إذا كان يحقق المصلحة الفضلى للمحضون².

ج- موقف التشريع التونسي: وضع المشرع التونسي ضمن الفصل 50 م ق د خ حلولاً لتنازع القوانين في مسائل الحضانة وهي مختلفة تماماً عن باقي التشريعات فقد نصّ هذا الفصل على أنه: "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حلّ الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقرّه يطبق القاضي القانون الأفضل للطفل".

خوّل المشرع التونسي للقاضي سلطة الاختيار بين عدّة قوانين واختيار القانون الذي يحقق المصلحة الفضلى للقاصر، من بين هذه القوانين القانون الذي وقع بمقتضاه حلّ الرابطة الزوجية في صورتَي الطلاق والانفصال الجسماني بين الأبوين أو في حالة إبطال زواجهما، وهذا القانون هو القانون الشخصي المشترك للأبوين أو قانون آخر مقرّ مشترك لهما وفي حالة عدم وجود قانون مشترك سواءً على أساس اتحاد الجنسية أم وحدة المقرّ يعتدّ بقانون المحكمة، كما يمكن اختيار القانون الشخصي للطفل، ويُقصد به قانون الدولة التي يحمل جنسيتها أثناء النظر في دعوى الحضانة، أو قانون مقرّه، ويكون القانون

¹ سعاد بوبي، مرجع سابق، ص 116.

² عبد الناصر زياد هياجنة، *قراءات نقدية في أحكام تنازع القوانين في القانون المدني القطري*، المجلة الدولية للقانون، كلية القانون، دار نشر جامعة قطر، المجلد 2019، العدد الثاني، 2020، ص 158، المقال متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2021/09/10 على الساعة 15:00
<https://dx.doi.org/10.29117/irl.2019.0069>

الأفضل للطفّل هو القانون الذي يحقّق له في إقامته أفضل صور الحفظ والسّلامة النّفسية والعقلية والبدنية، وفي سبيل تربيته يضمن له الحصول على أسلم أنواع التّربية أي الإعداد الأفضل للحياة، وإذا كانت جميع القوانين في مرتبة واحدة أي تساوت في الأفضلية يطبّق قانون المحكمة¹.

2. موقف الفقه والقضاء من القانون واجب التّطبيق على الحضانة في الدّول

التي لم تنص على قاعدة تنازع خاصّة بها: لقد نجم عن عدم وجود قاعدة تنازع خاصّة بالحضانة في العديد من تشريعات الدّول في مجال تنازع القوانين بما فيها التّشريع الجزائري تعدّد الاتجاهات الفقهية والقضائية في تحديد القانون واجب التّطبيق عليها، هذا التعدّد ناجم عن الاختلاف الكبير في تكييف الحضانة.

وفي إطار حماية الطرف الوطني ذهب الفقه المصري إلى تطبيق القانون المصري على الحضانة في الفرض الذي يكون فيه أحد أطراف النزاع مصري الجنسية، وفي هذه الحالة قد يكون أحد الأطراف هي الأمّ الحاضنة أو الأب المكلّف بالرّعاية وأجرة الحضانة أو المحضون، وعليه يتمّ إعمال الاستثناء الذي يُعطي الامتياز لقانون جنسية دولة القاضي إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزّواج²، يمكن التّسليم بهذا الرّأي إذا تمّ تكييف الحضانة على أنّها أثر من آثار عقد الزّواج أو انحلاله، وبالرجوع إلى النصّ

¹ مبروك بن موسى، مرجع سابق، ص 342 و 343.

² صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 343 و 344.

القانوني الذي يُعطي الامتياز لقانون القاضي سواءً في القانون المصري أم غيره من القوانين التي أخذت بهذا الاستثناء من بينها القانون الجزائري في المادّة 13 ق م، وعليه فإنّ هذا النص يأخذ بعين الاعتبار جنسيّة الزوجين فقط ولا يشير إلى الفرض الذي يكون فيه القاصر متمتعاً بجنسيّة دولة القاضي والزّوجان أجنبيّان، كما تجدر الإشارة إلى أنّ النزاع على الحضانة لا يكون بين الزوجين فقط بل هناك حالات تتدخل فيها أطراف أخرى.

ونتيجة لذلك، وجب الرّجوع إلى الحلول الفقهيّة والقضائيّة في تحديد القانون واجب التطبيق على الحضانة، حيث ظهر اتّجاهين هناك من أخضع مؤسّسة الحضانة إلى قانون جنسيّة الأب بينما ذهب فريق آخر إلى إخضاعها إلى قانون القاصر:

أ- إخضاع الحضانة إلى قانون جنسيّة الأب: اتّفق جانب من الفقهاء على إخضاع الحضانة إلى قانون جنسيّة الأب مع اختلافهم في الوقت الذي يعتدّ به للأخذ بهذا القانون وهذا الاختلاف راجع إلى التّباین في تكييف الحضانة، لكن النّتيجة كانت واحدة، وفيما يلي تفصيل ذلك:

الاتّجاه الأوّل/ إخضاع الحضانة إلى القانون الذي يحكم آثار الزّواج

الفقه الذي كَيّف الحضانة على أنّها أثر من آثار الزّواج يخضعها إلى قاعدة التّنزع الخاصّة بآثار الزّواج والتي تمنح الاختصاص إلى قانون جنسيّة الزّوج أو الأب أو رب الأسرة وقت إبرام عقد الزّواج، خاصّة إذا كان النّزاع بشأن الحضانة قائماً حال قيام

العلاقة الأسريّة بين والدي المحضون أين تظهر الحضانة كمظهر أساسي ملازم لولاية الأبوين على نفس القاصر وماله¹. ويُعتبر الأخذ بقانون جنسيّة الزوج وقت إبرام الزّواج، الحلّ الذي تبنته التشريعات العربيّة بحجّة حماية الحقوق المكتسبة للزوجين وتجنّب إخضاع آثار الزّواج إلى قانون آخر، إلّا أنّه تعرّض للنقد لأنّه غير منطقي ولا عملي ولا عادل لأنّه لا يوجد حقوق مكتسبة لحمايتها أصلاً².

وتجدر الإشارة هنا، إلى أنّ أصل التّسليم باختصاص القانون الشّخصي لحكم العلاقة الأسريّة يرجعه الفقه إلى قضية عرضت على القضاء الإيطالي سنة 1889³، بشأن إجبار قاصرة انجليزيّة الجنسيّة بطاعة والدها والرّجوع إلى أرض الوطن بعد أن سمح لها والديها المقيمين بإنجلترا بالذهاب إلى روما لتعلّم اللّغة الإيطاليّة والموسيقى لمدة 18 شهراً، بعد انقضاء هذه المدة رفضت القاصرة الرّجوع إلى والديها بتأثير من الرّاهبة، فعرض النّزاع على القضاء المدني الإيطالي لكن قبل النّطق بالحكم تراجعت الطّفلة القاصرة وخضعت لأوامر والدها.

أثارت هذه القضية تساؤل الفقه الإيطالي عن الحلّ الذي كان ينبغي أن يكون، حيث خلص إلى ضرورة تطبيق القانون الوطني للأطراف المعنيّة أي القانون الإنجليزي وفقاً لنصّ المادّة 6 قانون مدني إيطالي التي تنصّ على أن: "تخضع الحالة والأهليّة

¹ صلاح الدّين جمال الدّين، مرجع سابق، ص 350.

² ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 96.

³ صلاح الدّين جمال الدّين، مرجع سابق، ص 350.

والعلاقات الأسرية للقانون الوطني للشخص"، ولا جدال في أن القانون الإنجليزي يمنح الأب الحق في حضانة أطفاله القصر طالما لم يعلن حرمانه من السلطة الأبوية، وبالتالي له الحق في إجبارهم على العودة إلى موطن الأب¹، لاقى هذا الحل الفقهي قبولا لدى الفقه والقضاء الفرنسيين².

الاتجاه الثاني/ إخضاع الحضانة إلى القانون الذي يحكم آثار انحلال العلاقة الزوجية

يخضع الفقه الذي كيف الحضانة على أنها من آثار انحلال العلاقة الزوجية سواء بالطلاق، التطليق أم الانفصال الجسماني إلى القانون نفسه الذي يحكم انحلال هذه العلاقة فالضرورة تقتضي إخضاع جميع الآثار لقانون واحد³.

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري فقد سكت عن تنظيم قاعدة تنازع خاصّة بالحضانة على الرغم من أهميتها، لكن من وجهة نظر جانب من الفقه فإنّ الجزئية التي تساعد القاضي في تحديد القانون واجب التطبيق على الحضانة هو إدراج المشرع

¹ تفاصيل القضية معلق عليها من طرف البروفيسور بييرانتوني (Piérantoni) والأستاذ كريتيان (Chrétien): Piérantoni, Chrétien, Affaire Harr...et Marie des Saints-Anges, Clunet, Paris, Tome 17, 1890, pp 460-463. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6311015z/f466.item.r=Saint%20anges>

² صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 352.

³ المرجع نفسه، ص 354. وينظر: جليلة دريسي، مرجع سابق، ص 27. فارسي يعيش، الحضانة والقانون واجب التطبيق، مداخلة أقيمت في إطار أشغال ندوة من تنظيم شعبة القانون الخاص، ومختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية، ومجموعة الأبحاث والدراسات الجنائية، والمرصد الدولي للأبحاث الجنائية والحكمة الأمنية بمراكش يومي 21 و 22 أبريل 2017، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش سلسلة الندوات والأيام الدراسية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، العدد 54، ط 1، 2017، ص 217.

الجزائري لأحكام الحضانة ضمن المواد من 62 إلى المادّة 72 ق أ والتي جاءت في

الفصل الثّاني تحت عنوان آثار الطّلاق¹، أي أنّه اعتبر الحضانة من آثار الطّلاق.

وبالرجوع إلى قاعدة التّنازع الخاصّة بانحلال العلاقة الزوجيّة بوجه عام، اقتصر

المشرّع الجزائري على تحديد القانون واجب التّطبيق على انحلال العلاقة الزوجيّة بينما

سكت عن القانون واجب التّطبيق على آثار انحلال هذه العلاقة، فالفقرة الثّانية من المادّة

12 ق م تنص على أنّه: "...يسري على انحلال الزّواج والانفصال الجسماني القانون

الوطني الذي ينتمي إليه الزّوج وقت رفع الدّعى". وعليه تأييدا لما ذهب إليه الفقه يتمّ

إخضاع الآثار إلى القانون نفسه الذي يحكم انحلال العلاقة الزوجيّة، وهو قانون جنسيّة

الزّوج وقت رفع الدّعى أمّا إذا كان أحد الزّوجين متمتعا بالجنسيّة الجزائريّة وقت انعقاد

الزّواج فيكون هناك امتياز للجنسيّة بتطبيق القانون الجزائري طبقا لنصّ المادّة 13 ق م.

وهناك من ذهب إلى القول أنّه في الحالة التي يكون فيها أحد الزّوجين عربيا وقت

الزّواج فالقانون العربي هو واجب التّطبيق حتى ولو اكتسب العربي جنسيّة أخرى في

الفترة بين انعقاد الزّواج وبين الطّلاق أو رفع الدّعى، وهو رأي تعرّض للانتقاد لأنّه يحمل

مخالفة لمبادئ القانون الدولي الخاص وفيه تكريس لامتياز العروبة، وعليه يفضّل الأخذ

بالقانون الوطني لكلا الطّرفين المتنازعين، مبرّر ذلك هو احترام قانون كل من الزّوجين

¹ عماد إشوي، تنازع القوانين في الحضانة -دراسة مقارنة، مداخلة منشورة ضمن أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسيّة- جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23 و24 أبريل 2014، المجلة الأكاديميّة للبحث القانوني- عدد خاص 2015، ص 216.
<https://www.univ.bejaia.dz>

وإعطائهما فرص متماثلة للتّطبيق، على الرّغم من إمكانيّة حصول تعارض بين القانونين يستحيل معه تطبيق هذا القانون¹.

الاتّجاه الثّالث/ إخضاع الحضانة إلى القانون الذي يحكم آثار النّسب

اتّجه جانب من الفقه إلى اعتبار الحضانة التزام ناشئ عن النّسب، كون الالتزام يقع على من يثبت نسب المحضون إليه، وبذلك تمّ إخضاع الحضانة للقانون الشّخصي للأب وقت ميلاد الطّفل، الذي قد يكون قانون الموطن أو قانون الجنسيّة لأنّ إثبات البُنة يهمّ الأب أكثر من الابن ونادرا ما يُغيّر الأب جنسيّته بين إبرام الزّواج وإنجاب الأبناء، وعليه يكون قانون دولة الزّوج وقت إبرام الزّواج أو ميلاد الطّفل هو في الوقت نفسه قانون الأسرة القائمة²، وهنا فضّل بعض الفقهاء عدم تحديد وقت معيّن للاعتداد بجنسية الأب تاركًا المسألة لسلطة القاضي التقديرية الذي له أن يقدّر كلّ مسألة على حدة³.

الاتّجاه الرابع/ إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم الولاية على النّفس

ذهب الفقه الذي يكيّف الحضانة على أنّها مرحلة من مراحل الولاية على النّفس إلى إخضاعها لقانون جنسيّة الأب وقت إبرام الزّواج، مبرّرا ذلك أنّ هذه اللّحظة التي أصبح فيها الأب ربّ الأسرة والمهيمن عليها والمسؤول عنها بغضّ النّظر عن وجود

¹ جليّلة دريسي، مرجع سابق، ص 27 و 28.

² فارسي يعيش، مرجع سابق، ص 218.

³ حسين نعمه نعيمش، فراس كريم شيعان، مرجع سابق، ص 165.

الأولاد من عدمه، ونادرًا ما يُغيّر الزوج جنسيته بين عقد الزواج والنزاع على الحضانة¹.
ويعدّ هذا الأخير مبررًا غير مقبول لأنّه قد تنتضي العلاقة الزوجيّة بعد فترة طويلة من
الزواج، ومن ثمّ يحدث النزاع على الحضانة وهنا لا يمكن التسليم بأنّ الأب لم يُغيّر
جنسيته طيلة فترة الزواج.

ب- إخضاع الحضانة إلى قانون القاصر: تبني هذا الحل اتجاهاين أحدهما فضّل
إخضاع الحضانة إلى قانون جنسيّة المحضون بينما فضّل الاتجاه الآخر أن يأخذ
بالقانون الأصلح للطفل المحضون.

الاتجاه الأول/ إخضاع الحضانة إلى قانون جنسيّة المحضون

ذهب بعض الفقه إلى إخضاع الحضانة إلى القانون الذي يحكم الولاية على مال
الصغير وبالتالي تطبيق قانون جنسيّة المشمول بالحضانة. وهو ما أخذ به القضاء
المصري في بعض أحكامه مبررًا ذلك بأنّ القانون المصري لم ينصّ على قاعدة التنازع
الخاصّة بالحضانة وعليه وجب الرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، وانتهى إلى
إسناد الحضانة للقانون نفسه الذي تخضع إليه الولاية على المال، وهنا لا مجال لقياس
الولاية على النفس على الولاية على المال فكلّ منهما بُني على اعتبارات مختلفة عن
الأخرى².

¹ أحمد عبد الموجود محمّد فرغلي، مرجع سابق، ص 76.

² صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 357.

كما ذهب اتجاه آخر إلى القول إنّ تحديد القانون واجب التطبيق على الحضانة مرتبط بتحديد صاحب الحقّ فيها، والرّاجح أنّ الحضانة حقّ للحاضن والمحضون معا إلّا أنّ حقّ المحضون أقوى، وعليه يكون القانون واجب التطبيق هو قانون جنسيّة المحضون كونه القانون الأقرب إلى تحقيق مصلحته، والوقت الذي يعتدّ بجنسيّته هو وقت رفع دعوى الحضانة لأنّه في تلك اللحظة يتحدّد المركز القانوني للأطراف¹.

الاتجاه الثاني/ إخضاع الحضانة إلى القانون الأصلح للطفل

ذهب الفقه الحديث إلى إخضاع الحضانة إلى القانون الأصلح للطفل²، وفي هذه الحالة فإنّ مبرّر الأخذ بهذا الحل هو اعتبار الطّفل الطّرف الضّعيف في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي فهو بحاجة لضمان قانوني عن طريق تطبيق القاضي المختص بالنزاع القانون الأفضل للطفل³، كما أنّ الحضانة تتزاحمها عدّة حقوق منها حقّ الحاضن وحقّ الولي وحقّ المحضون فيكون الأولى أن يراعى حقّ هذا الأخير فهو مبدأ عالمي⁴، أكّدت عليه المادّة 3/ ف1 من الاتّفاقيّة الدوليّة لحقوق الطّفل لسنة 1989.

¹ صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 369. يوسف مسعودي، تنازع القوانين في مسائل الرّواج والطلاق دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدّكتوراه في القانون الخاص، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السّنة الجامعيّة 2011-2012، ص 248.

² جلييلة دريسي، مرجع سابق، ص 39.

³ دراف محمّد علي حسن، الاختصاص التشريعي بشأن حماية الطّفل في القانون الدولي الخاص _دراسة تحليليّة مقارنة، مجلّة آفاق للأبحاث السّياسيّة والقانونيّة، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، الجزائر، المجلّد 4، العدد 2، نوفمبر 2021، ص 196. المقال متوفّر على الرّابط التّالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/169270>

⁴ عبد المجيد غميّة، مرجع سابق، ص 273.

ويتمّ البحث عن القانون الأصلح للطفّل في القانون واجب التطبيق على آثار الطّلاق، وما يبرّر ذلك أنّ مشكلة الحضانة لا تُثار إلّا في حال انحلال الرّابطة الزوجيّة وهو ما يعكسه الواقع القضائي والعملي، كما يبحث عن القانون الأصلح في القانون الشّخصي للطفّل ومبرّر ذلك أنّه بعد الطّلاق أو التّطليق يكون الطّفّل في وضع خطير يمسّ حالته؛ إذ يتمّ التّركيز على عدّة أمور منها سنّ الطّفّل وعلاقته بطالب الحضانة وبمن ينازعه فيها، والأهمّ هو مصلحة الطّفّل فقط¹.

كما قد تتحقّق مصلحة الطّفّل في تطبيق قانون آخر غير هذين القانونين، كالاستناد إلى معيار الموطن أو الإقامة المعتادة للطفّل²، وهو القانون الذي تتركّز فيه حياة الفرد وعلاقاته ويستشفّ ذلك من خلال الظّروف المحيطة بالطفّل وأسرته والمجتمع الذي يعيش فيه³.

خلاصة القول أنّ القانون الأصلح للطفّل قد يكون الحلّ الأمثل كقانون واجب التطبيق على الحضانة في مجال العلاقات الدوليّة الخاصّة، ويتماشى مع أهداف المشرّع الجزائري عند وضعه لأحكام الحضانة المتضمّنة في قانون الأسرة، حيث أولى اهتماما كبيرا بمبدأ مراعاة المصلحة الفضلى للمحضون، فهذا الحلّ أولويّة في مجال العلاقات القانونيّة الداخليّة ويمتدّ إلى العلاقات الدوليّة الخاصّة، كما أنّ الأخذ به يعكس نيّة

¹ صلاح الدّين جمال الدّين، مرجع سابق، ص 359 و 360.

² جليّة دريسي، مرجع سابق، ص 34.

³ فارسي يعيش، مرجع سابق، ص 219.

المشرّع في الالتزام بالاتفاقيات الدوليّة المصادق عليها على رأسها اتفاقية حقوق الطفل التي أكّدت على ضرورة مراعاة المصلحة الفضلى للطفل القاصر.

3. نطاق تطبيق القانون واجب التطبيق على الحضانة:

أ- المسائل التي يسري عليها القانون واجب التطبيق على الحضانة:

- تحديد مراتب الحاضنين

- زيارة المحضون ورؤيته: تعدّ الزيارة من مشمولات الحضانة فلا يظهر حقّ الزيارة لطرف معيّن إلّا إذا أسندت الحضانة للطرف الآخر وعليه لا يمكن الفصل بينهما، وعليه يتولّى تنظيمها القانون واجب التطبيق على تنظيم الحضانة.

- التنازل عن الحضانة: يعدّ التشريع الجزائري من بين التشريعات التي سمحت بالتنازل عن الحضانة بشرط مراعاة مصلحة القاصر وهو ما تضمّنته المادة 66 ق أ، وعليه يسري على هذه المسألة القانون واجب التطبيق على الحضانة ولعلّ ما يستشفّ من نصّ المادة أن القانون واجب التطبيق في هذه الحالة هو البحث عن القانون الذي يُحقّق مصلحة فضلى للقاصر، وعلى هذا الأساس يتمّ رفض أو قبول التنازل عن الحضانة.

- أجره الحضانة ويُقصد بها مدى استحقاق الحاضنة لأجرة الحضانة أو لا، وكذلك تقدير قيمتها وهنا تتسم البيئة التي تمارس فيها الحضانة أهميّة كبيرة؛ فعلى أساسها يتمّ تحديد أجره الحضانة مع مراعاة الفروق الفرديّة، وعليه يسري على أجره الحضانة القانون واجب التطبيق على الحضانة، وهنا يفصل الأخذ بقانون الدولة التي تمارس فيها الحضانة.

- نفقة المحضون باعتبارها من المسائل الموضوعيّة للحضانة وهي كما ذهب إليه الفقه الإسلامي الرّاجح التّزام على الحاضن، فتخضع للقانون واجب التّطبيق على تنظيم الحضانة¹.

- أهليّة المحضون: تثبت الحضانة للمحضون عندما يكون أهلاً لذلك، فتنتهي صلاحية الطّفل للحضانة ببلوغ سنّ معيّنة تختلف من دولة إلى أخرى، ومن هنا تبرز أهميّة معرفة القانون واجب التّطبيق على أهليّة المحضون، فقد ظهرت عدّة اتّجاهات فقهية؛ حيث ذهب البعض إلى إخضاعها إلى قانون القاضي في الدّولة التي يطلب فيها حضانة الصّغير، وذهب البعض الآخر إلى إخضاعها لكلّ من قانون القاضي والقانون المنظّم لشروط الحضانة ذاتها، في حين فضّل البعض الآخر إخضاعها لقانون جنسيّة المحضون، مثلها مثل الأهليّة العامّة، واتّجه الفقه المصري إلى التّمييز بين ما إذا كانت حضانة الصّغير ستكتسب داخل إقليم دولة القاضي وهنا يسري عليها قانون هذا الأخير أمّا إذا كانت ستثبت له خارج إقليم دولة القاضي فيطبّق في هذه الحالة قانون جنسيّة الصّغير، في الأخير هناك اتّجاه هو الأجدر بالتأييد وهو إخضاع أهليّة المحضون إلى القانون الذي يحكّم الشّروط الموضوعيّة للحضانة².

¹ أحمد عبد الموجود محمّد فرغلي، مرجع سابق، ص 80 و81.

² صلاح الدّين جمال الدّين، مرجع سابق، ص 312-316.

- الانتقال بالمحضون: الأصل أن يحدّد القانون واجب التطبيق على الحضانة الأمور المتعلقة بانتقال المحضون¹، لكن في الحالة التي يظهر فيها للقاضي أنّ المسألة متعلّقة بنقل غير مشروع للمحضون أي اختطافه نكون أمام ضرورة تطبيق القوانين الإقليمية لأنّ خطف القاصر أيّا كانت صفته، وسواء أكان الخطف دوليًا أي من بلد إلى آخر، أم أنّه تمّ داخل البلد الواحد يعدّ جريمة معاقب عليها قانونا، فإذا طرح النزاع على القاضي الجزائري عليه أن يطبّق الأحكام المتضمّنة في قانون العقوبات والقانون 15/20 المتعلّق بالوقاية من جرائم اختطاف الأشخاص ومكافحتها².

ب- المسائل التي تخرج من نطاق القانون واجب التطبيق على الحضانة: تعدّ أهليّة الحضانة من المسائل التي تخرج من نطاق القانون واجب التطبيق على الحضانة؛ لأنّ الأهليّة من أهمّ الشّروط الواجب توفرها في الحاضن لممارسة الحضانة، وقد ترتّب بشأنها اختلاف فقهيّ في كون الأهليّة المقصودة في الحضانة الأهليّة العادية أو أهليّة الزّواج. وهنا تبنيّ الفقه الرّاجح الرّأي الذي يعتبر أهليّة الحضانة هي أهليّة الزّواج وبالتالي تخضع لقانون كلّ من الزّوجين وهذا لارتباط الحضانة بالحياة الأسريّة، وتختلف بذلك عن أهليّة الأداء العامّة التي تخضع إلى قانون الدّولة التي ينتمي إليها الشّخص بجنسيّته³.

¹ عزت محمّد علي البحيري، مرجع سابق، ص 476.

² قانون رقم 15/20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلّق بالوقاية من جرائم اختطاف الأشخاص ومكافحتها، ج ر العدد 81، المؤرّخة في 30 ديسمبر 2020.

³ أحمد عبد الموجود محمّد فرغلي، مرجع سابق، ص 86.

ثانيا/ القانون واجب التّطبيق على الولاية على نفس ومال القاصر

1. القانون واجب التّطبيق على الولاية على نفس القاصر:

1.1. القانون واجب التّطبيق على الولاية على النّفس بوجه عام

لم ينصّ المشرّع الجزائري على قاعدة تنازع خاصّة بالولاية على النّفس على الرّغم من أهميّتها، على العكس من ذلك نجد أن بعض التّشريعات المقارنة خصّصت لها قاعدة تنازع صريحة كما فعل ذلك المشرّع الكويتي والمشرّع القطري والمشرّع العراقي وتمّ إخضاعها إلى قانون جنسيّة الأب¹، بينما أخضعها المشرّع التّونسي للقانون الشّخصي للقاصر غير أنّ الوسائل الوقتيّة والمتأكّدة يسري عليها القانون التّونسي إذا كان القاصر متواجداً بالبلاد التّونسية وقت اتّخاذ هذه الإجراءات².

الملاحظ أنّه لم يحظ موضوع القانون واجب التّطبيق على الولاية على النّفس باهتمام من قبل فقهاء القانون الدّولي الخاص، فالكتابات في هذا الموضوع قليلة جدّاً لم تعطها حقّها، ومن الحلول التي قدّمها الفقه هو إسناد الولاية على النّفس إلى قانون جنسيّة الأب، ومبرّرات الأخذ بهذا الحل هو اعتبار الولاية على النّفس من آثار النّسب وتمّ تحديد وقت الاعتداد بجنسيّة الأب بوقت ميلاد الطّفل³، واعتبرها جانب آخر من الفقه من آثار

¹ المادّة 43 من القانون رقم 5 لسنة 1961 الكويتي، المادّة 20 ق م قطري، المادّة 4/19 ق م عراقي.

² الفصل 41 من مجلة القانون الدّولي الخاص التّونسية.

³ عامر محمّد الكسواني، مرجع سابق، ص 174 و 175، محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 556.

النَّسب أو الزَّواج¹، واعتبرها آخر من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الأب والابن². ويمكن الإشارة إلى أنَّ العمل بقانون جنسيَّة الأب في موضوع الولاية على نفس القاصر غير كافٍ لتحقيق مصلحة القاصر، وعليه فإنَّ الاعتماد على ضوابط أخرى كقانون جنسيَّة المشمول بالولاية أو حتَّى قانون القاضي دون تحديد وقت معيَّن للاعتداد بهذه القوانين يكون في صالح القاصر، ويتولَّى القاضي الناظر في النزاع مهمَّة اختيار القانون الأنسب بناءً على سلطته التقديرية الواسعة التي يعتمد فيها أساساً على معيار المصلحة الفضلى للقاصر، وهنا لا بدَّ أن يسدَّ المشرِّع الجزائري وباقي التشريعات المقارنة هذا النقص التشريعي في هذا الموضوع من خلال تخصيص قاعدة تنازع خاصَّة بالولاية على نفس القاصر ممَّا يساهم بشكل كبير في تسهيل عمل القاضي في فض مشكلة تنازع القوانين.

- نطاق تطبيق القانون واجب التطبيق على الولاية على النفس

من بين أهمِّ المسائل التي تدخل في إطار القانون واجب التطبيق على الولاية على النفس: مختلف الشروط الواجب توفُّرها في الوليِّ النفسي، مراتب الأولياء، سنَّ القاصر المشمُول بالولاية، أسباب سلب الولاية أو وقفها أو انتهائها.

¹ أمانة أمجدي بوزينة، إشكالات تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 256.

² عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص326 و327.

بينما إذا كان موضوع النزاع متعلقًا بالمسؤولية التقصيرية أي مسؤولية الولي على النفس عن الأضرار التي يسببها القاصر المشمول بهذه الولاية فلا تدخل في إطار القانون واجب التطبيق على الولاية على النفس، بل تدخل في إطار قاعدة التنازع الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية التي يسري عليها كأصل عام قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، وهو ما سارت عليه غالبية التشريعات بما في ذلك المشرع الجزائري (المادة 20 ق م).

بالنسبة لتأديب القاصر فيعتبر حقًا من الحقوق الملازمة للولاية على النفس الذي يجب أن يمارسه الولي في الحدود المرسومة قانونًا، وأي تجاوز لهذه الحدود يترتب عليه مسؤولية جزائية وفي هذه الحالة يتدخل قانون القاضي لتسليط العقوبة على الولي التي قد تصل إلى حد سحب السلطة الأبوية وبالتالي يخرج هذا الموضوع من إطار القانون واجب التطبيق على الولاية على النفس ليدخل في إطار تطبيق القوانين الإقليمية.

2.1. القانون واجب التطبيق على الولاية في زواج القاصر

أ- أثر جنسية الزوجين على القانون واجب التطبيق: نصت معظم التشريعات المقارنة على شرط الولي في الزواج، حيث اختلف الفقه في إدراج هذا الشرط ضمن الشروط الموضوعية أو الشروط الشكلية، إلا أن الفقه الراجح ذهب إلى اعتبار هذا الشرط من الشروط الموضوعية، هذه الأخيرة خصّها المشرع الجزائري بقاعدة تنازع، وهذا على غرار

ما ذهب إليه معظم التشريعات المقارنة، إلا أنه فرّق بين فرضين، الفرض الأوّل عندما تكون جنسيّة الزوجين أجنبيّة، أمّا الفرض الثاني عندما يكون أحد الزوجين جزائريًا.

الفرض الأوّل/ القانون واجب التطبيق على الولاية في الزواج إذا كان الزوجان أجنبيّان

نصّت المادّة 11 ق م جزائري على أنّ القانون واجب التطبيق على شروط الزواج الموضوعيّة والتي يعدّ الولي في الزواج شرطًا من شروطها هو القانون الوطني لكلّ من الزوجين، وهي قاعدة مقرّرة في المادّة الأولى من اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 12 جوان 1902 المتعلقة بتنازع القوانين في مجال الزواج¹.

والملاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد أخذ على غرار التشريعات المقارنة بضابط إسناد مزدوج وهو جنسيّة كلّ من الزوجين، ومبرّر الأخذ بهذا الضابط هو أنّ عقد الزواج ينشئ نظامًا قانونيًا بين شخصين ينتميان غالبًا إلى مجتمع سياسي مختلف لا يمكن أن يطبق قانون أحد الزوجين فقط دون الأخذ بعين الاعتبار قانون الزوج الآخر، كما أنّ قانون كل دولة وضع لحماية الأسرة التي تنشأ في ظلّ تلك الدولة، كما يعدّ الأخذ بالقانون الشخصي لكلّ من الزوجين تكريسًا لمبدأ المساواة بين المرأة والرجل².

وتجدر الإشارة هنا، إلى أهميّة التمييز بين الحالة التي يكون فيها الزوجان متحداً في الجنسيّة والحالة التي يكون فيها الزوجان مختلفان في الجنسيّة، وهو ما سيتمّ تناوله.

¹ النصّ الكامل لاتفاقية لاهاي المؤرّخة في 12 جوان 1902 المتعلقة بتنازع القوانين في مجال الزواج متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2019/02/22 على الساعة 22:00

<https://www.hcch.net/fr/instruments/the-old-conventions/1902-marriage-convention>

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 846 و 847.

- الحالة التي يكون فيها الزوجان متّحدان في الجنسيّة: هذه الحالة لا تُثير أيّة

إشكالات فالقانون واجب التطبيق هو قانون جنسيّتهما¹، كما يضيف جانب من الفقه شرط اتّحاد الملة لأنّ هناك دول يخضع فيها المسلمون لقوانين الأحوال الشخصيّة المستمدّة من الشريعة الإسلاميّة بينما يخضع غير المسلمين لتشريعات خاصّة بهم لكن يطلق على هذه الحالات اسم التّنازع الدّاخلي وليس الدّولي².

- الحالة التي يكون فيها الزوجان مختلفان في الجنسيّة: في هذه الحالة توجد

حالتين:

- الحالة الأولى: أن يكون الزوجان مختلفان في الجنسيّة لكن لا يوجد تباين بين قانونيهما فلا تظهر أيّة مشكلة عمليّة في إعمال القانون الوطني لكلّ من الزوجين في هذه الحالة.

- الحالة الثانية: الزوجان مختلفان في الجنسيّة مع اختلاف أحكام قانون كلّ منهما، هنا تظهر صعوبة إعمال القانون الوطني لكلّ من الزوجين، فبالنسبة للمشرّع الجزائري لم يضع حلاً لهذه المشكلة فجاءت عبارة: "قانون كلّ من الزوجين" غامضة، وعليه سيّتم الرّجوع إلى آراء الفقهاء في تفسير هذه العبارة.

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 69.

² أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 102.

- تفسير الفقه لعبارة "قانون كلّ من الرّوجين": يرجع الفقه غموض عبارة "قانون كلّ من الرّوجين" إلى نقلها حرفياً عن القوانين الأخرى دون التّدقيق في آثارها وما يترتّب عنها من لبس على المستوى العملي¹، وهنا انقسم الفقه إلى قولين في تفسير هذه العبارة: هل يرجع إلى كلا القانونين بحيث يجب أن تتوفّر في الرّوج جميع الشّروط الّتي يفرضها قانونه وقانون زوجته والشّيء نفسه بالنّسبة للرّوجة وهو ما يطلق عليه بالتّطبيق الجامع، أو يتمّ البحث في كلّ قانون على حدة أي يطبّق على الرّوج الشّروط الّتي يفرضها قانونه الوطني ويطبّق على الرّوجة الشّروط الّتي يفرضها قانونها الوطني وهو ما يطلق عليه بالتّطبيق الموزّع².

وهنا ذهب الفقه الرّاجح إلى تطبيق قانون كلّ من الرّوجين تطبيقاً موزّعاً بخصوص الشّروط الموضوعيّة للرّواج بحجّة أنّ قانون كلّ دولة وُضع لحماية مواطنيها³، فهو لا يهدف إلى حماية الأسرة أو العلاقة الرّوجيّة بحدّ ذاتها حتّى يطبّق على غير الوطنيّين⁴، وهو ما أيّده الأستاذ الطيّب زروتي الذي اعتبر أنّ المشرّع الجزائري قد أخذ بالتّطبيق الموزّع وليس بالتّطبيق الجامع وهو ما أكّده المادّة 97 ق ح م، الّتي اشترطت لصحّة الرّواج ألاّ يخالف الجزائري الشّروط الأساسيّة الّتي يتطلّبها القانون الوطني⁵، إلّا أنّ جانب

¹ صاحب الفتاوي، مرجع سابق، ص 1284.

² عزّ الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص260. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص69.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص848. عزّ الدين عبد الله، المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

⁵ الطيّب زروتي، دراسات في القانون الدّولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 16.

من الفقه ذهب إلى القول بأنه من الناحية العملية يتم استبعاد التطبيق الموزع في أغلب الحالات بسبب امتياز الديانة الذي يؤدي إلى الأخذ بالشروط الموضوعية لقانون ذي المصدر الإسلامي وإهمال شروط قانون الطرف الذي ينتمي إلى بلدان أنظمتها القانونية علمانية¹.

بناء على ما سبق ذكره، فإن القانون واجب التطبيق على شرط الولي في الزواج إذا كان الزوجين مختلفين في الجنسية هو قانون كل منهما ويطبق تطبيقاً موزعاً²، وعليه فإنه على الزوج القاصر أن يرجع إلى قانونه فيما إذا كان يتطلب حضور أو موافقة الولي على زواجه، والشئ نفسه إذا كانت الزوجة قاصرة فهي ملزمة باحترام الشروط المنصوص عليها في قانونها الوطني، فإذا اعتبر شرط الولي لازماً في قانون الزوج ولا يشترط ذلك في قانون الزوجة فالزواج يعد صحيحاً حتى ولو تم بدون الولي الذي لا يشترطه قانون الزوجة.

- الوقت الذي يعتد به في تعيين قانون جنسية كل من الزوجين:

لم يحدد المشرع الجزائري وغيره من التشريعات المقارنة الوقت الذي يعتد به في تعيين جنسية كل من الزوجين عند الأخذ بعين الاعتبار الشروط الموضوعية للزواج هل هو وقت انعقاد الزواج أم وقت حدوث النزاع؟

¹ خالد برجوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، دار القلم، الرباط، المغرب، ط1، 2001، ص186.

² عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص260.

وتعدّ الولاية في الزّواج من بين الإشكالات التي يمكن أن تطرح في وقت لاحق على الزّواج، كأن يطالب الوليّ بفسخ الزّواج لعدم حضوره إذا كان حضوره ضروريًا أو يتطلّب موافقته بالنسبة للتّشريعات التي تشترط موافقة الولي الشرعي إذا كان أحد الزّوجين قاصرا.

وقد فصل الفقه الرّاجح في هذه المسألة واعتدّ في تحديد جنسيّة الزّوجين بوقت انعقاد الزّواج¹، هذا الحلّ تفرضه العلاقة الزّوجيّة التي لا تنشأ إلّا في ذلك الوقت، كما أنّه يحقّق الاستقرار للزّوجين الذين عقدا زواجهما صحيحًا ومشروعًا في وقت انعقاد الزّواج فلا يتصوّر تحوّل في وقت لاحق إلى زواج غير مشروع أو باطل بمجرد تغيير جنسيّة أحد الزّوجين أو كلاهما².

الفرض الثاني/ القانون واجب التطبيق على الولاية في الزّواج إذا كان أحد الزّوجين يتمتع بجنسيّة دولة القاضي

أوردت معظم التّشريعات المقارنة³ استثناءً من القاعدة العامّة التي تمنح الاختصاص للقانون الوطني لكلّ من الزّوجين فيما يخصّ الشّروط الموضوعيّة للزّواج، تضمّن هذا الاستثناء قاعدة منفردة الجانب ترجّح الرّجوع إلى قانون جنسيّة دولة القاضي

¹ للتفصيل أكثر في الموضوع ينظر: عامر محمّد الكسواني، مرجع سابق، ص155. عز الدّين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص256. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص69. محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص544. يوسف مسعودي، تنازع القوانين في مسائل الزّواج والطلاق...، مرجع سابق، ص52.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص849.

³ المادّة 14 ق م مصري، المادّة 13 ق م قطري، المادّة 36 ق كويتي.

إذا كان أحد الزوجين يتمتع بجنسية تلك الدولة وقت انعقاد الزواج، وهو الاستثناء الذي أخذ به المشرع الجزائري، حيث نصت المادة 13 ق م على ما يلي: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج". ومن الجوانب الإيجابية التي تضمنتها المادة 13 ق م في نظر بعض الفقهاء هو تكريس المساواة بين الرجل والمرأة فيطبق القانون الجزائري متى كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج أي دون تمييز بين زوج أو زوجة¹.

وينظر القاضي إلى العلاقة الزوجية المشتمة على عنصر أجنبي من خلال إعماله لهذا الاستثناء وكأنها علاقة وطنية محضة²، ويطبق هذا الحكم إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج ولا يهم إذا تغيرت جنسيته بعد ذلك³، يطلق الفقه على هذا الامتياز بامتياز الجنسية الذي يمنح للطرف الوطني ويخوله تطبيق قانون أحواله الشخصية على علاقاته الدولية الخاصة ومصدره في قوانين الدول الإسلامية هو الامتياز الديني أي أنه راجع إلى اعتبارات تاريخية دينية ويهدف أساساً إلى تقادي تطبيق قانون

¹ بلال عثمان، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، مداخلة منشورة ضمن أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الزحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أبريل 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني- عدد خاص 2015، ص 188 و190.

² سمية كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016، ص 311.

³ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 70.

علماني على الطرف الوطني في العلاقات الدولية المختلطة¹.

كما أنّ من مبررات الأخذ بهذا الاستثناء في نظر بعض الفقهاء هو رغبة المشرع في تحقيق الاستقرار الاجتماعي، ورفضه مزاحمة قانون أجنبي لحكم الشروط الموضوعية للزواج كونه يوفر أقصى حماية للطرف الوطني².

في المقابل، تعرّض هذا الاستثناء إلى نقد شديد من طرف الفقهاء وفيما يلي عرض لأهمّ هذه الانتقادات:

- إنّ إعمال فكرة النظام العام تضمن حماية الطرف الوطني المسلم في الزواج وبالتالي عدم جدوى هذا الاستثناء، كما أنّه لا يحمي مصلحة المتمتع بجنسية دولة القاضي إذا تمّ اكتسابها بعد الزواج.

ويؤكد هذا الفرض على ضرورة إعمال فكرة النظام العام لحماية حقوق الزوج المسلم³، وعليه لا يوجد أيّ مبرر لإزاحة أحكام القانون الأجنبي خاصة إذا كانت الشروط غير مخالفة للنظام العام في دولة القاضي، من ذلك شرط الولاية في الزواج فزواج جزائري بفرنسية لا يبرّر تطبيق القانون الجزائري وحده وبالتالي إلغاء شرط موافقة الأب والأم في زواج القاصرة الذي يتطلبه القانون الفرنسي كما جاء في نصّ المادة 148 ق م

¹ خالد برجوي، *الحلول المقررة لتنازع القوانين في مادة الأحوال الشخصية دراسة في منطق القاضي المسلم*، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، العدد 70، أكتوبر 2006، ص 166 و168.

² أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 105 و106.

³ حفيظة السيد الحداد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 294.

فرنسي، والاكتفاء بتولّي عقد زواج القصر الأب أو أحد الأقارب الأوّلين أو القاضي طبقاً لأحكام القانون الجزائري المادّة 11/ ف2 ق أ.

- يعتبر هذا الاستثناء غير مبرّر بالنسبة للشروط الموضوعيّة لصحة عقد الزّواج نظراً لأنّ تطبيق قانون كلّ من الزوجين تطبيقاً موزّعاً كفيل بتطبيق قانون القاضي على الزّوج الذي يتمتّع بجنسيّة دولة القاضي وقت إبرام عقد الزّواج¹.

- اعتمد النصّ على ضابط إسناد غير موضوعي فلم يولِ اهتماماً للبحث عن مدى ملاءمة تطبيق القانون الجزائري على النزاع المعروض أمام القضاء². فكيف يتمّ تطبيق قانون وطني على زواج مختلط فمثل هذه العلاقات الدّوليّة المختلطة يجب أن تظلّ خاضعة للقانون الشّخصي كونه أكثر ملاءمة للتّطبيق من غيره³.

- تضمّن النصّ استثناء كرّس النزعة الوطنيّة التي تتعارض مع الأسس الجوهريّة التي يقوم عليها القانون الدّولي الخاص، كما جاء مخالفاً لمبدأ المساواة والعدالة التي رسّختها مختلف المواثيق الدّوليّة⁴، ومن ذلك ما جاء في نصّ المادّة الثّانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادّة الثّانية من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشّعوب لسنة 1981 التي أكّدت على إلغاء كل أشكال التّمييز.

¹ محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 553.

² بلال عثمان، مرجع سابق، ص 188 و190.

³ يوسف مسعودي، تنازع القوانين في مسائل الزّواج والطلاق...، مرجع سابق، ص 57.

⁴ المرجع نفسه، ص 55.

- تكريس معظم التشريعات لهذا الاستثناء يقلل من فعاليته، فالامتياز الممنوح للعنصر الوطني مقيد بإبرام الزواج داخل الجزائر ويفقد هذا الامتياز في حالة إبرام الزواج خارج الإقليم الجزائري¹.

- ذهب بعض الفقهاء إلى القول إنّ أهم ما ميّز نص المادّة 13 ق م هو العامل الزمّني²، حيث حدّد وقتاً معيّناً للاعتداد بالجنسيّة الوطنيّة وهو وقت انعقاد الزواج. إلّا أنّ هذا التحديد الزمّني للاعتداد بهذه الجنسيّة تعرّض للنقد أين فضّل جانب من الفقه عدم الأخذ به لتفادي جميع الثغرات الممكنة وبالتالي يصبح النص أكثر مرونة فيعطي بذلك حريّة الحركة للقاضي وسلطة تقديرية واسعة في اختيار الأنسب لكل مسألة معروضة عليه³.

في الأخير يمكن القول بعدم جدوى هذا الاستثناء فيما يخصّ الشروط الموضوعيّة في الزواج من ذلك شرط الولاية في الزواج، فهذه القاعدة على حدّ قول بعض الفقهاء ما هي إلّا قاعدة حمائيّة أكثر منها قاعدة تنازع، وذلك كونها تسعى إلى حماية الطّرف الوطني الحامل للجنسيّة الجزائريّة بغضّ النظر عن طبيعة وخصائص قواعد التّنازع، وهنا كان على المشرّع الجزائري أن يعتمد حلاً احتياطيّة أخرى كاعتماد ضابط الموطن

¹ بختة زيدون، مرجع سابق، ص 18.

² بلال عثمان، مرجع سابق، ص 187.

³ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 107.

المشترك أو الجنسية المشتركة¹، في مقابل ذلك، اقترح جانب من الفقه الحديث ترك المجال لإرادة الأطراف لتحديد القانون واجب التطبيق بشرط أن لا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة².

ب- القانون واجب التطبيق في حالة تخلف شرط الولي في الزواج: إنّ اشتراط بعض التشريعات الحضور الإلزامي للولي في زواج القاصر سواء أكان هذا الحضور شكلياً أم يتطلب موافقة الولي على هذا الزواج تُرتّب على تخلف هذا الشرط بطلان هذا الزواج إمّا بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً، ولم تنص معظم التشريعات على قاعدة تنازع خاصّة ببطلان الزواج. وهنا يتأسّف بعض الفقهاء لهذا النقص التشريعي³، إلّا أنّ الفقه الراجح⁴ اعتبر أنّ القانون الذي يحكم بطلان الزواج لتخلف شرط الولاية في الزواج هو القانون الذي يحكم انعقاده، فالقانون الذي يحكم شروط صحّة الزواج هو القانون ذاته الذي يحكم جزاء مخالفته.

¹ عبد الكريم موكه، دراسة تحليليّة ناقدة لنص المادّة 13 من القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، المجلد 7، العدد 02، 2016، ص 164 و 170. المقال متوفّر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/4927>

² بلال عثمان، مرجع سابق، ص 191.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 868.

⁴ المرجع نفسه، الموضوع نفسه. وينظر: حفيظة السيد الحداد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 278. بختة زيدون، مرجع سابق، ص 23. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج 2، ص 262.

2. القانون واجب التطبيق على الولاية على مال القاصر: ستوضح في هذا

العُنصر مختلف الآراء الفقهيّة التي تناولت موضوع القانون واجب التطبيق على الولاية على المال، ثمّ تبيان موقف المشرّع الجزائري.

1.2. موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على الولاية على المال: تعددت

الحلول التي قدّمها الفقه فيما يخصّ القانون واجب التطبيق على الولاية على المال، ويمكن إجمالها في ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول/ القانون واجب التطبيق هو قانون موقع المال

أخضعت الدّول الأنجلو أمريكية الولاية على المال إلى قانون موقعه¹، لأنّ هذه الدّول تفرّق في أحكام الولاية بين ما يتعلّق بشخص القاصر وما يتعلّق بماله².

الاتجاه الثاني/ القانون واجب التطبيق هو القانون الشّخصي

تجمع الدّول اللاتينية بين الولاية على النّفس والولاية على المال في إطار ما يسمى بالسلطة الأبويّة وتُخضعها للقانون الشّخصي للأب في نظر من يدخلها في نظام الأسرة، أو للقانون الشّخصي للقاصر في نظر من يدخلها في حماية عديم الأهلية³.

بينما يتّجه فريق آخر إلى إخضاع الولاية على المال إلى قانون الموطن الذي يعدّ من أهمّ الضّوابط المعوّل عليها في القانون الدّولي الخاص وبالمكانة نفسها لضابط

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 79.

² عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 243.

³ المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

الجنسيّة، وموطن القاصر هنا هو موطن من ينوب عنه قانوناً¹، كما يفضل الأخذ بقانون الموطن إذا كان القاصر بعيداً عن وطنه، لقوّة العلاقة بين القاصر والدولة المتوطن فيها مع مراعاة مصلحة القاصر².

الاتّجاه الثالث/ القانون واجب التطبيق هو قانون محلّ الإقامة

فضّل جانب من الفقه اعتماد معيار محلّ الإقامة في تحديد القانون واجب التطبيق على مسألة الحماية الماليّة لغير كاملي الأهليّة بدل ضابط الجنسيّة وضابط الموطن للمبررات التّالية³:

- بالنسبة لضابط الجنسيّة فهو يصطدم بالعديد من القيود التي تحول دون تطبيقه، ومن ذلك وقوفه عاجزاً عن حلّ العديد من الإشكالات المتعلّقة بتعدّد الجنسيّة وانعدامها، وهذه الحالات التي لا يمكن تصوّرها في حالة الأخذ بضابط محلّ الإقامة.

- بالنسبة لضابط الموطن فهو قابل للتّغيير باستمرار، على عكس محلّ الإقامة فهو ثابت لا يمكن تغييره ما دام القاصر مقيماً داخل إقليم دولة ما، وكذلك مراعاة لمقتضيات العدالة يفضل قانون محلّ إقامة القاصر على ضابط موطنه؛ لأنّ ضابط محلّ الإقامة شخصي ومتّصل بالقاصر بينما الموطن فألحقه المشرّع بشخص آخر. والملاحظة التي يمكن طرحها هنا، أن هذا الاتّجاه يعكس ما سارت على نهجه الاتّفاقيّات الدوليّة التي لا تعطي

¹ محمّد رسمي العمري، مرجع سابق، ص ص 182 و 187.

² أمانة أمّهي بوزينة، إشكالات تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 261.

³ محمّد رسمي العمري، مرجع سابق، ص ص 205-209.

دورا للجنسية ولا للموطن، بل تُجبر الدولة التي يقيم القاصر على إقليمها على حمايته في نفسه وماله.

2.2. موقف المشرع الجزائري من القانون واجب التطبيق على الولاية على

المال: خصص المشرع الجزائري لموضوع الولاية على المال قاعدة تنازع خاصة ضمن المادة 15 ق م وهي نقطة إيجابية جئبتنا الخوض في التأويلات، حيث تضمنت الفقرة الأولى من هذه المادة قاعدة عامة مفادها إسناد الولاية على المال إلى قانون جنسية المشمول بالولاية، وتضمنت الفقرة الثانية استثناء على هذه القاعدة تمحورت حول اختصاص قانون القاضي بالنسبة للتدابير الاستعجالية والتي سأتناولها لاحقاً.

أ- إعمال قانون جنسية القاصر المشمول بالولاية

اعتمدت العديد من التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري على ضابط الجنسية في تحديد القانون واجب التطبيق على مسائل الولاية على مال القاصر أو ما أطلق عليه الفقه النظم الخاصة بحماية غير كاملي الأهلية¹، حيث نصت المادة 15 ق م جزائري على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته...".

¹ آمنة أمجدي بوزينة، إشكالات تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 254.

وينظر: صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 185.

وأضاف المشرع الجزائري من خلال تعديله للقانون المدني سنة 2005 فئة القصر بناءً على ملاحظات واقتراحات لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات قدّمتها بخصوص مشروع القانون المتضمّن القانون المدني، أين رأت ضرورة إضافة فئة القصر لنصّ المادة 15 ق م ليشملهم الحكم المتعلّق بسريان الشّروط الموضوعيّة الخاصّة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النّظم المقرّرة لحماية عديمي الأهليّة والغائبين¹.

ذهب الفقه الرّاجح إلى القول بأنّ الولاية التي قصدها المشرع في نصّ المادة 15 ق م جزائري هي الولاية على المال لا الولاية على النّفس²، فبالرجوع إلى التّرجمة الفرنسيّة لنصّ المادة 15 ق م نجد أنّ المشرع عبّر عن الولاية بعبارة: "Administration légale" ويقصد بها الولاية على المال ولم يعبر عنها بعبارة: "Puissance paternelle" التي تشمل الولاية على النّفس والمال معاً³، كما ورد مصطلح الولاية إلى جانب النّظم الأخرى الخاصّة بحماية غير كاملّي الأهليّة في أموالهم⁴.

وبالنّسبة لتوظيف المشرع الجزائري لعبارة الشّروط الموضوعيّة في نصّ المادة 15 ق م فحبذا لو استبدلها بعبارة المسائل الموضوعيّة فهذه الأخيرة أعم وأشمل لأنّها تشمل مختلف الشّروط بالإضافة إلى مسائل أخرى وهذا على غرار ما انصرفت إليه جلّ

¹ ملاحظات واقتراحات لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات على مشروع القانون المتضمّن القانون المدني، الجلسة العلنيّة 15 مارس 2005، المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرّسميّة للمداولات، السّنة الثالثة رقم 147، 04 أفريل 2005، ص 36.

² بلقاسم أعراب، القانون الدّولي الخاص...، مرجع سابق، ص 224. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 78.

³ المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

⁴ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 78.

التشريعات العربية المقارنة¹، أو اعتماد الصياغة القديمة أي قبل التعديل الذي مس القانون المدني في 2005 أين استعمل المشرع الجزائري مصطلح القواعد الموضوعية فكان نص المادة القديم ينص على أنه: "يبين قانون الشخص الذي يجب حمايته القواعد الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة...".

أما عن القانون واجب التطبيق على مسائل الولاية على القاصر فالملاحظ أن صياغة المادة 15 شابها نوع من الغموض، فالمشرع الجزائري نص على عبارة قانون الشخص الذي تجب حمايته وهنا يفضل إعادة صياغتها بشكل أدق من خلال تحديد هذا القانون صراحة أي استبدالها بعبارة قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته.

والملاحظ أن المشرع الجزائري اختار الأخذ بقانون جنسية القاصر المشمول بالحماية بدل قانون جنسية الشخص الذي يتولى الحماية باعتباره القانون الذي يحكم أهليته ولكون نظم الحماية إنما شرعت لحماية القصر وسدّ عجزهم عن مباشرة التصرفات القانونية²، فهي ليست امتياز لصالح القائم بالولاية³، ويعدّ هذا القانون في نظر جانب من الفقه القانون الأكثر تحقيقاً للعدالة والأفضل لتحقيق مصالح القصر⁴.

¹ المادة 16 ق م مصري، المادة 22 ق م قطري، المادة 46 ق كويتي.

² صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 185 و186.

³ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 242.

⁴ أمنة أمجدي بوزينة، إشكالات تتنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 257.

ب- نطاق تطبيق قانون جنسيّة القاصر المشمول بالولاية

يحكم قانون جنسيّة القاصر المشمول بالحماية جميع المسائل الموضوعيّة الخاصّة

بالنّظم المقرّرة لحماية غير كاملي الأهليّة، ومن ذلك:

- تحديد طبيعة نظام الحماية الّذي شرّع للقاصر إذا كان ولاية أصليّة أو وصاية، وتحديد مراتب وشروط الأولياء ومن يصلح ليكون وصيًا¹.

- تحديد حدود سلطة الأولياء والأوصياء في التصرّف في مال المشمول بالحماية².

- يرجع إلى قانون جنسيّة القاصر لتحديد الجزاء المترتّب عن مخالفة القواعد الّتي يضعها لتنظيم أعمال القاصر³.

- أسباب انتهاء الولاية بمختلف صورها؛ حيث يرجع إلى قانون الشّخص الّذي تجب حمايته في بيان الأسباب الّتي تؤدّي إلى انتهاء الولاية أو وقفها أو سلبها لسبب من الأسباب، كما يحدّد أسباب عزل الوصي.

في ضوء ما سبق، اعتبر جانب من الفقه أنّ مؤسسات الحماية تنظّم لضمان مصالح القاصر لوحده إلّا أنّ تنفيذ الحماية يتجّه إلى ضرورة الخروج عن المبدأ التّقليدي الّذي يقضي باختصاص القانون الوطني والأخذ بقانون القاضي أو بالقانون العيني بحسب

¹ صلاح الدّين جمال الدّين، مرجع سابق، ص 186.

² بلقاسم أعراب، القانون الدّولي الخاص...، مرجع سابق، ص 226.

³ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 96.

الأحوال، وعليه فإنّ القواعد التي تخضع لقانون القاصر هي قواعد الأساس المتعلقة بمؤسسات حماية القاصر، بينما تنفيذها فيجب إحالتها ضمناً إلى قوانين أخرى¹.

كما أنّ هناك بعض المسائل التي يرجع فيها إلى قانون جنسية من يتولّى حماية القاصر كتلك المسائل التي تكون أكثر اتّصالاً بشخص الولي، الوصي أو القيم ومن ذلك تقدير أسباب الامتناع عن قبول الوصاية²، ويُبرّر هذا الاستثناء على أنّه من غير المستساغ تكليف شخص بالولاية على مال الغير خلافاً لأحكام قانونه³.

وبناءً على ما تقدّم، نلاحظ أنّ مسائل الولاية على مال القاصر من بين المسائل التي شهدت تشعباً في مواضيعها، حيث تباينت مواقف المشرّعين بشأنها، فالمطلّع على أحكام الولاية على مال القاصر في العديد من التشريعات المقارنة يجد أنّ الموضوع يتضمّن عدّة جوانب تفصيليّة خاصّة في الدّول التي نظّمت الموضوع بقانون مستقل بذاته، ومن بين الجوانب التي شهدت اختلافاً كبيراً بين التشريعات تلك المتعلقة بإدارة أموال القاصر. فيجب الرّجوع إلى قانون جنسية القاصر من أجل اتّباع الشّروط المنصوص عليها في قانونه لقيام الممثل الشّرعي بإبرام تصرّف لمصلحة القاصر⁴، فهناك من التشريعات من أوردت قيوداً على تصرّفات الولي في أموال القاصر تحتمّ عليه

¹ موحّد إسعاد، ترجمة: فائق أنجق، القانون الدّولي الخاص، قواعد التّنازع، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، د ط، 1989، ج1، ص 289.

² صلاح الدّين جمال الدّين، مرجع سابق، ص 186.

³ محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 563.

⁴ محمّد أشرف وفا، مرجع سابق، ص 361.

الالتزام بالحدود المرسومة قانونا وبالتالي تتضح مسؤولياته، وعلى سبيل المثال أن بعض تصرفات الولي في أموال القاصر تستدعي الحصول على ترخيص قضائي مسبق في دولة معينة كما فعل المشرع الجزائري في نص المادة 88 ق أ بينما لا تشترط دولة أخرى هذا الإذن المسبق، كما تتطلب بعض التصرفات هذا الإذن إذا وصلت قيمة العقار سقفا ماليا معيناً، وتختلف تلك القيود تبعاً لصفة الولي فحدود تصرفات الوصي أو المقدم تختلف عن تصرفات الولي الأصلي.

كما أن بعض الدول أسندت إدارة أموال القاصر إلى هيئات إدارية خاصة، فمن الصعوبات التي يواجهها القاضي عملياً أثناء تطبيق القانون الشخصي للقاصر هو تعارض التدبير الذي ينص عليه القانون الشخصي للقاصر مع الإجراءات التي ينص عليها قانون القاضي، أو أن التدبير يكون تحت رقابة سلطة أخرى غير السلطة القضائية، كأن ينص القانون الشخصي للقاصر على إنشاء جهاز أو هيئة مجلس إداري يتولى إدارة أموال القاصر وحمايتها¹.

¹ حنان بن عزيزة، الولاية على أموال القاصر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2018-2019، ص 181.

أنشأت العديد من التشريعات هيئات للتكفل بأموال القاصرين من بينها المشرع السعودي الذي أنشأ نظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم تتولى فيه الهيئة حماية أموال القصر ومن في حكمهم ومن بين مهامها الوصاية على أموال القصر الذين لا ولي لهم ولا وصي لهم وإدارة أموالهم، كما تتولى الإشراف على تصرفات الأوصياء والقيمين والأولياء ماعدا الأب. وهذا وفقاً لأحكام المرسوم الملكي رقم م/17 بتاريخ 1427/03/13 هـ، المتضمن نظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم، الصادر في 2006/04/11، تاريخ النشر 2006/05/19، النص الكامل لهذا النظام متوفر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 11 جويلية 2019 على الساعة 15:00

<https://laws.boe.gov.sa>

من هنا تبرز أهمية تحديد القانون واجب التطبيق على مسائل الولاية على مال القاصر في مجال العلاقات الدولية الخاصة نظرا للاختلاف الكبير بين الدول فيما يخص أحكام الولاية على أموال القصر، وعليه يمكن تقديم اقتراح، بأن يعتمد المشرع على عدة ضوابط حتى نمكّن القاضي من تحقيق مصلحة القاصر الفضلى أثناء نظره في المنازعات الخاصة بالولاية على مال القاصر ذات البعد الدولي، وهذه الضوابط هي ضابط جنسية القاصر، ضابط محل إقامته وضابط المصلحة الفضلى للقاصر.

المطلب الثاني/ حلول تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر في حالات

الاستعجال

لم تحظ فكرة الاستعجال باهتمام من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص¹، خاصة في جانب الاختصاص التشريعي أي القانون واجب التطبيق في حالات الاستعجال وتعدّ منازعات الولاية على القاصر في مجال العلاقات الدولية الخاصة مجالا خصبا لمثل هذه الحالات التي تتطلب الفصل فيها على وجه السرعة حفاظا على حقوق القاصرين التي لا

وبدوره المشرع البحريني أوكل مهمة المحافظة على أموال القاصرين ومن في حكمهم وتنميتها وحماية حقوقهم المالية إلى الهيئة العامة لشؤون القاصرين والتي أشار إليها في القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين وتكفل بتنظيمها القرار الأميري رقم 41 لسنة 2014.

ينظر: القانون رقم 40 لسنة 2004 المؤرخ في 2004/12/14 بشأن الولاية على أموال القاصرين، جريدة رسمية عدد2، تاريخ النشر 2005/02/15. قرار أميري رقم 41 لسنة 2014 بتنظيم الهيئة العامة لشؤون القاصرين، جريدة رسمية عدد4، تاريخ النشر 2014/03/09. النص الكامل للقانون والقرار متوفران على البوابة القانونية القطرية على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 11 جويلية 2019 على الساعة: 16:30 www.almeezan.qa

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية الأمور المستعجلة وأثرها على الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين وتنفيذا لأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ط، 2008، ص7.

تحتل الانتظار، وقد وضع المشرع الجزائري حلولاً لحالات الاستعجال في مسائل الولاية على مال القاصر بقاعدة تنازع صريحة إلا أنه سكت عن حالات الاستعجال الأخرى المتعلقة بالولاية على القاصر بوجه عام، وعليه يمكن الإحاطة بموضوع الاستعجال في مسائل الولاية على القاصر (الفرع الأول)، وتوضيح القانون واجب التطبيق على مسائل الولاية على القاصر في حالة الاستعجال (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ الاستعجال في مسائل الولاية على القاصر

يختص قاضي شؤون الأسرة بالفصل في مسائل الولاية على القاصر ذات الطابع الاستعجالي (أولاً)، هذا الاختصاص مرهون بتوفر حالة الاستعجال وأن يأمر باتخاذ التدابير الاستعجالية بهدف المحافظة على حقوق الأطراف دون المساس بأصل الحق (ثانياً)، وتتوَع هذه التدابير بين تدابير مؤقتة وأخرى تحفظية (ثالثاً).

أولاً/ دور قاضي شؤون الأسرة في الفصل في الدعاوى الاستعجالية المتعلقة

بالولاية على القاصر

حظي القاصر باهتمام خاص من قبل المشرع الجزائري، حيث كلف قاضي شؤون الأسرة بحماية مصالحه هذا ما يدفع بالقاضي إلى الخروج عن دوره التقليدي وقيامه بكل الإجراءات اللازمة لحماية حقوق القاصر التربوية والمعنوية والمادية، فالقاضي يتدخل كلما تطلب الأمر للحد من كل ما من شأنه أن يضر بمصالح القاصر، وأمام سكوت

المشرّع عن تحديد مواطن تدخل القاضي وطبيعة الإجراءات التي يتّخذها فإنّه منحه سلطات واسعة تمكّنه من اتّخاذ التدابير اللازمة لتوفير الحماية للقاصر¹.

ومن بين المهام المسندة إلى قاضي شؤون الأسرة هو اتّخاذ كافة التدابير الاستعجاليّة المتعلقة بمسائل الولاية على القاصر. فالمشرّع الجزائري من خلال القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة منح اختصاصات للقاضي الذي يرأس قسمه فيما يخص القضايا الاستعجاليّة من أجل اتّخاذ الإجراءات التّحفظيّة والوقائيّة التي لا تتطلّب التّأخير أثناء سير الخصومة²، وبذلك يكون لقاضي شؤون الأسرة الصلاحيّات نفسها المخوّلة لقاضي الاستعجال بموجب نصّ المادّة 425 ق إ م إ.

وعليه يفصل قاضي شؤون الأسرة في حالات الاستعجال دون الحاجة للرّجوع إلى رئيس المحكمة³، فقد عمل المشرّع الجزائري على التّوسيع من صلاحيّات قاضي شؤون الأسرة وأخرجه من النّطاق الإجرائي الضيق الذي كان يعمل فيه، فلا يلجأ الخصوم إلى رئيس المحكمة لاستصدار أوامر استعجاليّة، هذا الإجراء يمكّن القاضي من التّحكم في مجريات الخصومة والإلمام بمختلف جوانبها⁴.

¹ عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الجزائر، د ط، 2011، ص 294.

² المرجع نفسه، ص 211 و 291.

³ Aissaoui Adel, The Role Of The Judiciary In Controlling The Guardianship Of Money, Dirassat & Abhath The Arabic Journal Of Human and Social Sciences, volume11, Issue 2, 2019, p 82.

⁴ عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 294.

ثانيا/ شروط اختصاص القضاء الاستعجالي في مسائل الولاية على القاصر

اختصاص قاضي الاستعجال بالنظر والفصل في المنازعات الطارئة مرهون بتوافر شرطين أساسيين هما: شرط الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، وقد نصّ المشرع الجزائري على هذين الشرطين بموجب نصي المادة 299 ق إ م إ والمادة 303 ق إ م إ.

1. شرط الاستعجال: عرّف جانب من الفقه الاستعجال بأنه: "حالة قانونية تنشأ من الخطر الناتج عن التأخير أو من فوات الوقت، قبل الحصول على الحماية القضائية الموضوعية، ويولد الخطر الحاجة الملحة إلى حماية قضائية عاجلة، يتم بمقتضاها مفاداة وقوع الضرر بالحقوق أو المراكز القانونية التي يراد المحافظة عليها"¹.

وعليه فإن الهدف من اللجوء إلى القضاء الاستعجالي هو اتخاذ تدابير للحفاظ على حقوق الخصوم وحمايتهم من الضياع²، فهو ضرورة تشريعية فرضتها الظروف الواقعية المحيطة بالمنازعة وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى توافر عنصر الاستعجال في الدعوى حسب كلّ منازعة بهدف تحقيق حماية قضائية وقتية سريعة للحقوق والمراكز القانونية³.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية الأمور المستعجلة، مرجع سابق، ص 110 و 111.

² عبد السلام ديب، مرجع سابق، ص 211.

³ عيسى طعيبة، *القضاء الاستعجالي الأسري*، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 08، العدد 01، 2023، ص 975. المقال متوفّر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/215609>

كما ينبغي التمييز بين الدّعاوى الاستعجالية والدّعاوى التي يُنظر فيها على وجه السرعة فتتميّز الدّعاوى الأولى بأنّها وقتيّة يفصل فيها قبل الفصل النّهائي في الموضوع وتتسم بالطابع المؤقت وعدم المساس بأصل الحق. بينما هناك دعاوى ينظر فيها على وجه السرعة موضوعيًا لاعتبارات خاصّة¹، أي الفصل النّهائي في الموضوع بشكل سريع.

2. شرط عدم المساس بأصل الحق: لا يعدّ شرط الاستعجال كافيًا للجوء إلى القضاء المستعجل، بل لا بدّ من توفّر شرط عدم المساس بأصل الحقّ الذي نصّ عليه المشرّع الجزائري في نصّ المادّة 303 ق إ م إ، والتي جاء فيها: "لا يمسّ الأمر الاستعجالي أصل الحق..."، ويراد بأصل الحق الممنوع المساس به هو السبب القانوني المحدّد لحقوق والتزامات كل من الطّرفين قبل الآخر، فليس للقاضي أن يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتفسير والتأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع فيترك جوهر النزاع سليمًا ليفصل فيه قاضي الموضوع المختص².

وليس للقاضي أن يبحث في المستندات المتعلقة بأصل الحقّ وتأسيس أمره عليها، لكنّ هذه القاعدة لا تُؤخذ على إطلاقها فالكثير من الحالات تتطلب إطلاع القاضي على

¹ محمد فريجات، مشروع قانون ينظّم حجّة الحكم الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، قدّمت هذه الأطروحة استكمالًا لمتطلبات منح درجة الدكتوراه في القانون، كليّة القانون، جامعة عمان العربيّة، الأردن، 2014، ص 24.

² الغوثي بن ملحّة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2000، ص 21.

مستندات الأطراف فيأخذ بها على سبيل الاستئناس¹، وعليه يتخذ الإجراء المؤقت المناسب دون التعمق عن طريق وسائل التحقيق الموضوعية، وعليه تسبب أمره تسبباً كافياً ومنطقياً وفقاً لقواعد الاستعجال، يستعمل في ذلك مصطلحات تدلّ على عدم تطرقه لفحص المستندات بدقة²، فالقاضي يفصل في الدعوى بناء على الظاهر ولا يتطرق للموضوع فلا يستعمل عبارات: حيث ثبت من...، أو حيث تأكد من...، بل يستعمل عبارة: حيث يظهر من...، حيث يبدو من...³. فقاضي الاستعجال لا يستطيع في بعض الحالات أن يفصل في طلب معين إلا بعد تقدير عرضي غير حاسم لموضوع النزاع بين الأطراف يتحسس به ما يحتمل لأوّل وهلة أن يكون صائبا في الطلب المعروض عليه، فالفحص الظاهر للمستندات يكشف للقاضي ما إذا كان الحكم سيمسّ بأصل الحق⁴.

ثالثا/ التدابير الاستعجالية في مسائل الولاية على القاصر

التدابير الاستعجالية هي تدابير وقائية وقتية تنسم بالطابع الاستعجالي ولا تمسّ بأصل الحق، قد تكون في شكل تدابير تحفظية أو تدابير مؤقتة. وفي هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أنّ جزءاً كبيراً من الفقه لا يفرّق بين هذين النوعين من التدابير فيعبر عن

¹ سهام بشير، الأوامر الاستعجالية الفاصلة في الموضوع طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، المجلد 57، العدد 01، 2020، ص 64. <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/107712> المقال متوفّر على الرابط التالي:

² عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص 979.

³ زهير سعودي، القضاء الاستعجالي العادي، مجلة صوت القانون، جامعة الجبلاي بونعامة خميس مليانة، الجزائر، المجلد 7، العدد 1، ماي 2020، ص 703. المقال متوفّر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/117082>

⁴ محمّد فريجات، مرجع سابق، ص 48.

أحدها على أنه الآخر دون أيّ تمييز بينهما فكأنهما مصطلحين مترادفين على الرغم من اختلافهما¹. ووفقا لهذا المعطى وجب توضيح الفرق بين هذين النوعين من التدابير من خلال التطرق إلى أهم التدابير الاستعجالية في مسائل الولاية على القاصر التي لا يمكن حصرها، لذلك تم التركيز على التدابير التي خصّها المشرع الجزائري بنصوص خاصة.

1. التدابير المؤقتة:

1.1. تعريف التدابير المؤقتة: التدابير المؤقتة هي الإجراءات المتخذة من طرف

القاضي في الحالات المستعجلة بصورة وقتية إلى حين صدور الحكم في الدعوى الأصلية، لذلك أطلق عليها التدابير المعجلة التي تؤدي إلى إشباع فوري لمصلحة الطالب لا يتسنى إشباعها بالطرق العادية نظرا للوقت الذي تستغرقه فهي تهدف إلى حماية وقتية للحق وبعد ذلك يتم تحقيقها كاملة²، وعليه فإنّ هذا النوع من التدابير يقضى بها بهدف إسعاف الطالب، وإشباع حاجته الملحة، في وقت لا ينفع فيه اللجوء إلى القضاء العادي. وتعدّ هذه التدابير الأكثر وقوعا في مجال الأحوال الشخصية³، ومن بينها القضايا المتعلقة بالولاية فهي ذات طابع استعجالي لاتصالها بحماية مراكز وحقوق أشخاص غير كاملي الأهلية⁴.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية الأمور المستعجلة...، مرجع سابق، ص 119.

² محمد بن براك الفوزان، الوسيط في نظام المرافعات الشرعية السعودية (مع آخر التعديلات مقارنا بمدونة الأحكام القضائية)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط1، 2009، ج1، ص 130 و134.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية الأمور المستعجلة...، مرجع سابق، ص 118 و119.

⁴ عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر، ط2، 2009، ص350.

2.1. التدابير المؤقتة في مسائل الولاية على القاصر: يتميز الحكم الذي يأمر

بتدابير مؤقتة بالعلاقة الوطيدة التي تربطه بالإجراءات هدفه إعطاء أحد الخصوم حماية ضرورية لكبح المخاطر، وهذا راجع إلى طول إجراءات التقاضي ومن بين هذه التدابير الأوامر المستعجلة والأوامر على العرائض¹، وهنا تجدر الإشارة إلى أنّ جميع التدابير الاستعجالية مؤقتة لكن ليست كلّ التدابير المؤقتة استعجالية وعليه لا يختصّ القضاء الاستعجالي إلا إذا توفّرت حالة الاستعجال.

وقد نصّ المشرع الجزائري على العديد من التدابير المؤقتة التي يمكن أن تتخذ في مسائل الولاية على القاصر والتي تتسم بالطابع الاستعجالي، من ذلك ما نصّت عليه المادة 57 مكرّر ق أ، التي جاء فيها: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلّق منها بالنفقة والحضانة والزّيارة والمسكن"، حيث أشارت هذه المادة إلى عدد قليل من حالات الاستعجال التي جاءت على سبيل المثال لا الحصر، حيث ذكرت بعض الحالات دون الأخرى لكثرة النزاعات القائمة بشأنها فلا يمكن حصر الأمور المستعجلة في شؤون الأسرة في مادة واحدة نظرا لتشعبها².

¹ عبد السلام ديب، مرجع سابق، ص 210.

² كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدّمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون، فرع القانون الخاص، كلّية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، السّنة الجامعيّة 2014-2015، ص 117.

ونصت المادة 460 ق إ م إ على أنه: " يمكن للقاضي ومراعاة لمصلحة القاصر، أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية. كما يجوز له أن يسند مؤقتاً حضانة القاصر لأحد الأبوين، وإذا تعدّر ذلك تسند لأحد الأشخاص المبيّنين في قانون الأسرة. يمكن أن يكون هذا الإجراء موضوع تعديل، إذا تطّبت مصلحة القاصر ذلك، إمّا تلقائياً من القاضي أو بناءً على طلب الولي أو القاصر المميّز أو ممثّل النيابة العامة أو كل شخص آخر تتوفّر فيه الصّفة لحماية القاصر. يفصل القاضي في هذا الطلب بموجب أمر استعجالي".

والملاحظ من خلال ما سبق، أنّ المشرّع الجزائري ركّز على حالة من حالات الاستعجال ألا وهي الحضانة التي تظهر فيها الحاجة الملحة لاتخاذ تدابير استعجالية سواء في مجال العلاقات القانونية البحتة أم العلاقات ذات البعد الدولي، حيث يحكم القاضي بإسناد الحضانة المؤقتة لطرف معين مراعاة لمصلحة القاصر، قد يكون الأب أو الأم أو أي شخص آخر يحقّ مصلحة القاصر.

2. التدابير التحفظية:

1.2. تعريف التدابير التحفظية: تعدّ التدابير التحفظية جملة من الوسائل التي

تهدف إلى المحافظة على الحماية الكاملة للحق أو المركز القانوني، فالمصلحة من اتخاذ هذه الوسائل هو الخوف من احتمال عدم التمكن من تنفيذ الحقّ في مرحلة لاحقة أي عند

الحصول على الحماية الموضوعية¹، فالتدابير التحفظية لا تؤدي إلى إشباع فوري لمصلحة الطالب بل تمهد لإشباعها مستقبلا فهي تسمح بانتظار الحل النهائي دون الخوف على الحق أو المركز القانوني، وتكون أكثر وقوعا في مجال المعاملات المالية².

2.2. التدابير التحفظية في مسائل الولاية على القاصر: يمكن أن يتخذ القاضي

التدابير التحفظية في مسائل الولاية على القاصر بهدف تحقيق مصالح هذا الأخير، وقد نصّ المشرع الجزائري على بعض الحالات التي تتخذ فيها هذه التدابير، فوفقا لنصّ المادة 472 ق إ م إ فإنه في حالة رفض الوصاية، يعين القاضي مقدّما أو له أن يتخذ جميع الإجراءات التحفظية في انتظار تعيين المقدّم ويفصل في جميع المنازعات الخاصة بتعيين الوصي بأمر استعجالي قابل لجميع طرق الطعن.

كما تضمنت المادة 473 ق إ م إ الحالة التي يتخذ فيها القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر إذا قصر الولي أو الوصي أو المقدّم في أداء مهامه. والحكم هنا بإجراء مؤقت هو حكم يسيّر الدّعى نحو الحلّ دون أن يفصل في موضوع الدّعى وهي إجراءات تعطي صورة أوضح للقاضي لفهم النزاع وبالتالي إعطاء الحلّ المناسب للمنازعة³.

¹ محمد بن براك الفوزان، مرجع سابق، ص 133.

² أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية الأمور المستعجلة...، مرجع سابق، ص 117 و 119.

³ عبد السلام ديب، مرجع سابق، ص 209 و 210.

كما نصّت المادّة 474 ق إ م إ على أنّه: "ترفع المنازعات المتعلقة بالولاية على أموال القاصر أمام قاضي شؤون الأسرة. وفي حالة الاستعجال يفصل في الدّعوى وفقا للإجراءات الاستعجاليّة".

الملاحظ أنّ هذه المواد الثلاثة السّابق ذكرها تم إدراجها في الفرع المتعلّق بالولاية على أموال القاصر، هذا يؤكّد الاتجاه القائل بأن التدابير التّحفظيّة تتخذ في مجال المعاملات الماليّة، ولعلّ من أهمّ هذه التدابير هو الحراسة القضائيّة وهي: "إجراء تحفّظي لا يقام على الشّيء إلّا إذا خيف عليه الضّياح أو الضرر، أو خيف عليه التّصرف فيه يحرم أصحاب الحق منه"¹، وقد نصّ على هذا الإجراء المشرّع الجزائري في المادّة 299 ق إ م إ ضمن القسم المتعلّق بالاستعجال والأوامر الاستعجاليّة.

فالحراسة القضائيّة إجراء تحفّظي مؤقت يأمر به القاضي بوضع مال معيّن أو منقول أو عقار بيد شخص يتولّى حفظه وإدارته بناءً على طلب صاحب المصلحة إلى حين الفصل النّهائي في الموضوع².

ومن التدابير الاستعجاليّة المتخذة كذلك من قبل قاضي شؤون الأسرة إجراء التّحقيق لكن ليس بمفهومه التّقليدي القضائي بل يتمثّل في البحث عن ملابسات وظروف المنازعة

¹ قرار المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم 52635، بتاريخ 1989/01/30، المجلّة القضائيّة الجزائريّة، العدد الرابع، 1990، ص 77.

² عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص 979.

أو الوضعية الاجتماعية للقاصر، كأن يأمر بتعيين مساعدة اجتماعية أو خبرة طبية أو اللجوء إلى هيئة مختصة من أجل الاستشارة¹، وهو ما أشارت إليه المادة 425 ق إ م إ.

الفرع الثاني/ القانون واجب التطبيق على التدابير الاستعجالية في مسائل الولاية

على القاصر

حظي موضوع الاستعجال في مسائل الولاية على القاصر بالاهتمام على المستوى الدولي حيث تبنت الاتفاقيات الدولية حلولاً تتماشى وطبيعة الاستعجال (أولاً)، كما حاز الموضوع على اهتمام المشرع الجزائري فأورد قاعدة تنزع خاصة بالتدابير الاستعجالية لكنها شملت موضوع الولاية على المال فقط (ثانياً)، وعليه من الضروري التعرف على موقف الفقه والقضاء من القانون واجب التطبيق على التدابير الاستعجالية في مختلف مسائل الولاية على القاصر (ثالثاً).

أولاً/ موقف الاتفاقيات الدولية من القانون واجب التطبيق على التدابير

الاستعجالية

المنتبج للاتفاقيات الدولية في مجال القانون الدولي الخاص المتعلقة بحماية القصر يجد أنها أولت اهتماماً بموضوع الاستعجال منذ أمد بعيد، من ذلك ما جاءت به المادة السابعة من اتفاقية لاهاي المتعلقة بتنظيم الولاية على القصر المؤرخة في 12 جوان 1902 حيث نصت على أنه: "إلى حين تنظيم الوصاية، وكذلك في جميع حالات

¹ عبد السلام ديب، مرجع سابق، ص 294.

الاستعجال، فإن التدابير الضرورية لحماية شخص ومصالح القاصر الأجنبي، يمكن أن تتخذ من قبل السلطات المحلية¹. فهذه السلطات هي الأجدر على تقدير حالة وظروف الاستعجال المحيطة بالقاصر².

وجاءت بعد ذلك اتفاقية لاهاي المتعلقة باختصاص السلطات والقانون المطبق في مجال حماية القصر المؤرخة في 19 أكتوبر 1961 والتي حلت محل الاتفاقية السابقة. ووفق ما ذهب إليه الفقه الفرنسي فإن هذه الاتفاقية جعلت معايير الاختصاص القضائي والتشريعي متطابقة³، وحسب نص المادة التاسعة من الاتفاقية فإنه في جميع حالات الاستعجال تتخذ سلطات كل دولة متعاقدة يتواجد على إقليمها القاصر أو ممتلكاته تدابير الحماية الضرورية⁴.

وبالنهج نفسه سارت اتفاقية لاهاي لسنة 1996 المتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق، والاعتراف، والتنفيذ، والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية، وتدابير حماية الأطفال والتي حلت محل الاتفاقيتين السابقتين وجاءت بنصوص صريحة تبين أن هناك تلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي في حالات الاستعجال فنصت

¹ L'article 07 de la convention du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs qui dispose: « En attendant l'organisation de la tutelle, ainsi que dans tous les cas d'urgence, les mesures nécessaires pour la protection de la personne et des intérêts d'un mineur étranger pourront être prises par les autorités locales ».

² أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية الأمور المستعجلة، مرجع سابق، ص 51.

³ Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p383.

⁴ L'article 09 de la convention du 19 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs qui dispose : « dans tous les cas d'urgence, les autorités de chaque état contractant sur le territoire duquel se trouvent le mineur ou des biens lui appartenant, prennent les mesures de protection nécessaires ».

المادة 15 على أن تُطبّق سلطات الدّول المتعاقدة قانونها عندما يؤول إليها الاختصاص طبقاً لمقتضيات الباب الثاني وبالرجوع إلى هذا الباب نجد نصّ المادة 11 التي تضمّنت أحكام متعلّقة بحالات الاستعجال ومنحت الاختصاص إلى سلطات الدّول المتعاقدة التي يتواجد على إقليمها القاصر أو أمواله لاتّخاذ إجراءات الحماية الضّروريّة¹.

الملاحظ أنّ هذه الأعمال التشريعيّة الاتّفاقيّة اعتمدت على حالة الاستعجال كمعيار للاختصاص القضائي والذي جلب بدوره الاختصاص التشريعي، وعليه فالقاضي الذي ينظر في النزاع سيّخذ كافّة التدابير الاستعجاليّة التي من شأنها أن تحقّق مصلحة القاصر في شخصه وماله وحتمّ ولو لم يكن القاضي مختصّاً بالنظر في موضوع النزاع، ومن التدابير الاستعجاليّة التي يمكن أن يأمر بها هي إسناد الحضانة المؤقتة في الدّعاوى المتعلّقة بالطلاق والتّطليق والانفصال الجسماني وكذلك في الدّعاوى المتعلّقة بالسّحب الكلّي للسلطة الأبويّة، والدّعاوى المتعلّقة بالوصاية على القاصر، والدّعاوى الخاصّة بالولاية على مال القاصر إلى غير ذلك من الدّعاوى.

¹ L'article 11 de la Convention du 19 octobre 1996 qui dispose : « 1. Dans tous les cas d'urgence, les autorités de chaque Etat contractant sur le territoire duquel se trouve l'enfant ou des biens lui appartenant sont compétentes pour prendre les mesures de protection nécessaires... ».

Et L'article 15 qui dispose: « 1. Dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre II, les autorités des Etats contractants appliquent leur loi... ».

ثانيا/ موقف المشرع الجزائري من القانون واجب التطبيق على التدابير

الاستعجالية

إنّ من خصائص قاعدة التنازع أنّها قاعدة مزدوجة فقد تعطي الاختصاص لقانون القاضي أو قانون أجنبي. إلّا أن المشرع استثناءً يلجأ إلى تبني قواعد تنازع أحادية الجانب، حيث يكون فيها الاختصاص للقانون الوطني وحده دون الاعتداد بالقوانين الأجنبية¹.

أخذ المشرع الجزائري بهذا الاستثناء في مسألة الولاية على مال القاصر بالنسبة للتدابير الاستعجالية حفاظاً على حقوق المشمول بالحماية من الضياع وحتى لا تتعطّل مصالحه ولو كان أجنبياً². حيث نصّت المادة 15/ف 2 ق م على ما يلي: "...غير أنّه يطبّق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلّقت بأموالهم الموجودة في الجزائر"، وهو الاستثناء ذاته الذي أخذ به المشرع التونسي لكن في موضوع الولاية بشكل عام أي أنّ الحكم شامل لكلّ من الولاية على النفس والولاية على المال³.

¹ عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 50.

² الطيّب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 256 و 266.

³ نصّت الفقرة الثانية من الفصل 41 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على مايلي: "...غير أنّ الوسائل الوقتية والمتأكدة تتخذ على مقتضى القانون التونسي إذا كان القاصر أو المحجور عليه موجوداً بالبلاد التونسية عند اتخاذها أو إذا تعلّقت الوسيلة الحمائية بمال منقول أو عقار كائن بالبلاد التونسية".

منح المشرّع الجزائري الاختصاص التشريعي لقانون القاضي بالنسبة للتدابير الاستعجاليّة في حالتين:

الحالة الأولى/ إذا كان القاصر المشمول بالولاية موجودًا في الجزائر وقت اتخاذ التدابير الاستعجاليّة.

وعليه يطبق حكم المادّة 15/ف2 ق م حتى ولو كان وجود القاصر بدولة القاضي وجودًا مؤقتًا أو عابرًا أي لا يتطلّب توقّف شرط الإقامة¹، ومبرر اختصاص قانون القاضي في هذه الحالة هو احتمال وقوع تعارض بين بطء الإجراءات القضائيّة وصعوبة تنفيذ القانون الأجنبي وبين ضرورة السّريعة في تنظيم حماية القاصر².

الحالة الثّانية/ إذا تعلّقت التدابير الاستعجاليّة بأموال القاصر الموجودة في الجزائر سواءً أكان هذا المال عقارا أم منقولاً.

مبرّر اختصاص قانون القاضي هو الحفاظ على أموال القاصر³، فنظرا لأهميّة هذه الأموال عمدت العديد من التّشريعات إلى الحدّ من إعمال القانون الشّخصي لصالح قانون موقع المال أي لصالح القانون العيني الذي يبدو أكثر ملائمة⁴، فيستمدّ ضابط الإسناد وجوده وطبيعته من مركز ثقل العلاقة المتكوّنة من ثلاثة عناصر والمتمثّلة في أطراف

¹ مبروك بن موسى، مرجع سابق، ص 383.

² موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 291.

³ الطّيب زروتي، القانون الدّولي الخاص علما وعملا، مرجع سابق، ص 17.

⁴ موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 289 و290.

العلاقة وموضوعها والسّبب المنشئ لها، وعليه فإذا كان مركز ثقلها هو الموضوع ستكون من مسائل الأحوال العينية، وبذلك يكون الضّابط إقليمي أي أنّه يستمدّ طبيعته من الإقليم وهو موقع المال¹.

ثالثاً/ موقف الفقه والقضاء من القانون واجب التّطبيق على التدابير الاستعجالية

على عكس الاختصاص القضائيّ الدوليّ الذي لا يثير أية إشكالية بخصوص القانون واجب التّطبيق في حالة الاستعجال التي تكون لصالح قانون القاضي، فمن القواعد المستقرّة عليها في غالبية التّشريعات هو الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة لاتّخاذ كافة الإجراءات الوقائيّة والتّحفظيّة لرعاية الحقوق إلى حين الفصل في النزاع الأصلي المطروح أمام القضاء الأجنبي²، في المقابل نجد أنّ الاختصاص التّشريعي لا يمكن الجزم فيه بأنّ قانون القاضي هو القانون المختص في الدّعاوى الاستعجالية المتعلّقة بمسائل الولاية على القاصر، وهو ما أظهرته فعلاً آراء الفقهاء وأحكام القضاء، خاصّة القضاء الفرنسيّ الذي استعنت بأحكامه بوجه خاص نظراً لكثرة الاجتهادات القضائيّة التي عالجت الموضوع.

¹ عبد الرّسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 37.

² هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د ط، 2005، ص 189.

وانطلاقاً مما سبق، يمكن حصر الحلول الفقهيّة والقضائيّة في اتجاهين؛ اتجاه يجعل من الاستعجال معياراً لاختصاص قانون القاضي بينما ذهب اتجاه آخر إلى عدم تأثير الاستعجال على حلّ تنازع القوانين¹:

1. الاختصاص العام لقانون القاضي كأثر مباشر للاستعجال: هناك شبه إجماع من الفقه والقضاء على منح الاختصاص التشريعي إلى قانون القاضي بصفة أصلية كأثر مباشر للاستعجال، إذ يعدّ هذا الأخير من الفروض التي يتحقّق فيها التّلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في المنازعات الدّوليّة الخاصّة²، وهو الحلّ المعتمد في العديد من البلدان الأجنبيّة³. كما اختلف الفقه والقضاء في تبرير اختصاص قانون القاضي، وعليه برز اتجاهان بخصوص ذلك:

الاتّجاه الأوّل/ الأخذ بقانون القاضي وفقاً للمناهج الفنيّة لحلّ تنازع القوانين

ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى الأخذ بقانون القاضي بناءً على المناهج الفنيّة المعروفة لحلّ تنازع القوانين، فهناك من أخذ باختصاص قانون القاضي وفقاً لمنهج قوانين البوليس والأمن، في المقابل أخذ اتجاه آخر بهذا الاختصاص تبعاً للمنهج التّنازعي القائم على قاعدة التّنازع التّقليديّة لكون الاستعجال من المسائل الإجرائيّة.

¹ للتّفصيل أكثر في موضوع الاستعجال ودوره في مجال التّنازع الدّولي للقوانين ينظر: أحمد عبد الكريم سلامة، نظريّة الأمور المستعجلة...، مرجع سابق، ص 192-332.

² صلاح الدّين جمال الدّين، مرجع سابق، ص 392.

³ سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 364. موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 29.

اعتبر جانب مهم من الفقه التدابير الاستعجالية من مسائل البوليس والأمن التي تخضع لقانون القاضي مباشرة¹، إذ تبنى هذا الاتجاه القضاء الفرنسي الذي قدّر بأن التدابير المؤقتة من قوانين البوليس والأمن المدني، عندما أكد في حيثيات الحكم الصادر في دعوى عرضت عليه متعلقة بالانفصال الجسماني أنه لا يوجد خرق لأحكام القانون الفرنسي لاسيما المادة 3 ق م، إذ تتضمن الإشارة إلى إقليمية قوانين البوليس والأمن، فأمرت بالحضانة المؤقتة باعتبارها تدابير مؤقتة ضرورية لأمن الأشخاص والحفاظ على أموالهم وعليه تم إخضاعها لقانون القاضي²، وفي حكم سابق اعتبر القضاء الفرنسي أن التدابير المؤقتة في دعوى الطلاق خاصة المتعلقة بإسناد حضانة الأطفال تدخل في نطاق ممارسة سلطات البوليس والحماية³.

كذلك في حالة سحب السلطة الأبوية يطبق القانون الفرنسي على جميع القصر المقيمين بفرنسا، فيتم إقامة الوصاية المؤقتة على القصر طبقا للقانون الفرنسي⁴، بهدف حماية القاصر من والديه وحتى من نفسه في بعض الحالات وكذلك من أجل حماية المجتمع، وتستهدف هذه التدابير كبح انحراف الأحداث، فقد طبق القانون الفرنسي على القصر المعرضين للخطر لأنهم يشكلون بأنفسهم تهديدا للمجتمع الفرنسي⁵.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية الأمور المستعجلة، مرجع سابق، ص 202.

² Cass. Req, 26 décembre 1917, Clunet 1918, Tome 45, p 714 et 715.

³ Cour d'appel de Paris (6^ech), 17 Mars 1902, Clunet 1903, Tome 30, p 348 .

⁴ Cour d'appel d'Aix(1^{re}ch), 15 Novembre 1897, Clunet 1898, Tome 25, pp 558-565.

⁵ Estelle Gallant, op. cit, p 201 et 202.

ذهب اتجاه آخر إلى أنّ تبرير اختصاص قانون القاضي مبنيّ وفقاً لمنهج قواعد التنازع التقليديّة باعتبار حالة الاستعجال من مسائل الإجراءات. فيكون لقانون القاضي وحده تحديد سلطات القاضي في الأمر بالتدابير المؤقتة أو التّحفظيّة باعتبارها جزءاً من سلطاته في الفصل في موضوع الدّعى¹.

وكثيراً ما يطبّق القضاء الفرنسي قانونه على التدابير المؤقتة في قضايا الطّلاق حتّى ولو لم تكن هناك حالة استعجال تبرّر استبعاد القانون الأجنبي، مبرّر ذلك هو اعتبار التدابير المؤقتة بمثابة تدابير إجرائيّة، وهو أمر انتقده الفقه الفرنسي².

الاتّجاه الثاني/ الأخذ بقانون القاضي استناداً إلى أفكار ذات طبيعة استقلاليّة

ظهر اتّجاه منح الاختصاص لقانون القاضي مبرّره أنّه قائم على أفكار ذات طبيعة استقلاليّة، برز في هذا المنحى فريقان ناتّي على ذكرهما في الآتي:

- اختصاص قانون القاضي المبني على فكرة القانون الطّبيعي

برّر جانب من الفقه الاختصاص القضائي الدّولي للمحاكم الوطنيّة بناءً على فكرة القانون الطّبيعي وتمّ الأخذ بالمبرّر نفسه في اختصاص قانون القاضي في حالات الاستعجال، كون الاختصاص القضائي يسبق من النّاحية الزّمنيّة والمنطقيّة تحديد الاختصاص التّشريعي فيكون بذلك الاختصاص القضائي جالبا للاختصاص التّشريعي³.

¹ صلاح الدّين جمال الدّين، مرجع سابق، ص 394.

² Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p145.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، نظريّة الأمور المستعجلة ...، مرجع سابق، ص ص 248-252.

ويعدّ ذلك موقف القضاء الفرنسي الذي اعتبر اختصاص القاضي لاتخاذ التدابير المؤقتة مبدأ عامًا استمدّه من القانون الطبيعى، حيث استجاب لطلب أمّ في إسنادها الحضانة المؤقتة في دعوى تطبيق رفعتها على زوجها، فحتى ولو لم تكن المحكمة مختصة بالفصل في الدعوى فإنّ عدم الاختصاص لا يمتدّ إلى التدابير المؤقتة والتدابير التحفظية، لأنّ التدابير الاستعجالية فرضتها سلامة الشخص ومصلحه الأساسية¹.

- اختصاص قانون القاضي استنادا على فكرة الكفاية الذاتية للاستعجال

جانب من الفقه ذكر بأنّ أساس اختصاص قانون القاضي في التدابير الاستعجالية راجع إلى فكرة الكفاية الذاتية للاستعجال، التي تتطلب إيجاد حلّ سريع لا يحتمل الانتظار إلى حين الفصل في النزاع وفقا للمناهج الفنية المعروفة للتوصل للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وتحديد ما إذا كان مخالفا للنظام العام من عدمه²، وعليه عندما يكون لمرور الوقت دور حاسم في التأثير على حقوق الأشخاص وتغيير الأوضاع بينهم تظهر الحاجة الملحة للتدخل المستعجل فيأمر القاضي بصفة مؤقتة بما يراه مناسبًا تبعا لأحكام قانونه من ذلك الأمر بالحضانة المؤقتة للأطفال في حالة الطلاق³.

فالاستعجال يشكل ضابطا للإسناد والمناط الوحيد لاختصاص قانون القاضي هو إدراك هذا الأخير السرعة في تحقيق الاستقرار للحقّ أو المركز القانوني الذي يخشى عليه

¹ Cour de Paris, (5^ech), 12 juin 1907, Clunet 1908, Tome 35, p 149.

² صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 396.

³ أحمد محجوب، مرجع سابق، ص 89.

فوات الوقت فيحكم بالتدبير الاستعجالي حتى ولو كان أقلّ فاعليّة وأضعف في إشباع مصلحة الطّالب للحماية الوقتيّة مقارنة بالتدابير المعروفة في القانون الأجنبي واجب التطبيق على موضوع النزاع¹.

إضافة إلى ذلك، ذهب الفقه الفرنسي إلى القول بأنّه يمكن للمحاكم دائماً توفير الحماية المؤقتة للعاجز وفقاً للقانون الفرنسي، إذا كان هناك استعجال وغياب الحماية القانونيّة وفقاً للقانون الشّخصي²، ففي الحالة التي لا يوفّر فيها قانون جنسيّة الطّفل الحماية اللازمة له تقتضي الصّرورة أن يطبّق القاضي قانون محلّ إقامة الطّفل بدلاً من تطبيق قانون جنسيّته³.

2. **عدم تأثير الاستعجال في حلّ تنازع القوانين:** على خلاف الاتجاه السّابق، يفترض هذا الاتجاه أنّ الاستعجال لا يؤثّر بشكل مباشر على حلّ تنازع القوانين، فيتمّ اتّباع المنهج الفنّي المعروف لحلّ تنازع القوانين ويكون اختصاص قانون القاضي بصفة أصليّة في حالة إسناد قاعدة التّنازع الاختصاص لهذا القانون، وكذلك الأمر بالنّسبة للمسائل المتعلّقة بالإجراءات، في حين يكون له اختصاص احتياطي بناءً على فكرة النّظام العام، أو في الحالة التي يستحيل معها إعمال القانون الأجنبيّ المختصّ أصلاً في موضوع النزاع.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، نظريّة الأمور المستعجلة ...، مرجع سابق، ص 255-256.

² Henri Batiffol, Paul Lagarde, Droit international privé, L.G.D.J, paris, 6^{ème} éd, 1976, Tome 2, p 500.

³ دراف محمّد علي حسن، مرجع سابق، ص 192.

الاتّجاه الأوّل/ اختصاص قانون القاضي المبني على فكرة النّظام العام

في مسألة الحضانة اتّجه البعض إلى أن مبرّر اختصاص قانون القاضي بالتدابير التّحفظيّة والمؤقّطة مبنيّ على فكرة النّظام العام، فالأصل أنّ هذه التّدابير تخضع للقانون واجب التّطبيق على موضوع الحضانة، لكن في الحالة الّتي لا ينصّ فيها هذا القانون على حقّ القضاء في متابعة ورقابة ما يحقّق مصلحة القصر ويجنبهم تعسف الوالدين في ممارسة السّلطة المخوّلة لهم بموجب الولاية، يتم استبعاد هذا القانون لمخالفته النّظام العام ويكون اختصاص قانون القاضي في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي اختصاصا احتياطيّاً¹.

كما أخذ القضاء الفرنسي بهذا المبرّر في قضية متعلّقة بمسائل الولاية على القاصر في حالة الاستعجال تمّ الحكم فيها لصالح قانون القاضي، حيث تتلخّص وقائع القضية في واقعة حادث سكة حديدية بفرنسا تسبّب في وفاة والدي قاصر يوناني الّذي أصبح من دون دعم ولا مورد ولا دفاع، واستناداً لدواعي الضّرورة والاستعجال قام القاضي بتعيين وصيّ مؤقت على القاصر حسب القانون الفرنسي، إلى أن يتم التّنظيم النّهائي للوصاية طبقاً للقانون اليوناني، بموجب ما جاء في حيثيات الحكم فإنّ تدبير الحماية تطلّب النّظام العام والمصلحة الخاصّة للقاصر².

¹ صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص393.

² Cass. Req, 10 novembre 1896, Clunet1897, Tome 24, p 823 - 825.

الاتجاه الثاني/ الاختصاص الاحتياطي لقانون القاضي في حالات الاستعجال

ذهب هذا الاتجاه إلى أن إعمال قانون القاضي لا يكون بصفة أصلية لمجرد توفر حالة الاستعجال، بل يكون بصفة احتياطية عندما تكون ظروف الاستعجال تحوّل دون إعمال القانون واجب التطبيق أصلاً على موضوع النزاع، لتعذر إثباته، أو استحالة تطبيقه لأي سبب ماعدا التعارض مع مقتضيات النظام العام¹، وهو ما ذهب إليه الفقه الفرنسي²، وعليه يجب تطبيق القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في الحالة التي يكون فيها هذا القانون معروفاً للقاضي وغير مخالف للنظام العام، ولا يطبق قانون القاضي إلا على سبيل الاستثناء والاحتياط³.

فالأصل عندما تُرفع دعوى أمام القاضي مشتملة على عنصر أجنبي يقوم بتطبيق قاعدة التنازع التي قد تقرر الاختصاص لقانون أجنبي أو لقانون القاضي، ونظراً لكون اتباع الأصول الفنية المتعارف عليها في حلّ تنازع القوانين يتطلب وقتاً طويلاً لا يتلاءم مع الدعوى الاستعجالية التي تتطلب حلاً سريعاً، وبذلك يكون قانون القاضي هو الأنسب والأيسر في هذه الحالة.

تجدر الإشارة إلى أنّ اختصاص قانون القاضي يكون بصفة أصلية في الجوانب الإجرائية كالحكم بالحضانة المؤقتة بينما تخضع الجوانب الموضوعية في التدابير

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية الأمور المستعجلة ...، مرجع سابق، ص 291 و 292.

² Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p 383.

³ صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 396.

الاستعجالية كتحديد من تسند إليه الحضانة المؤقتة للقانون واجب التطبيق أصلاً على العلاقة التي يتأسس عليها طلب التدبير المستعجل¹.

ويعدّ مجال تنظيم الوصاية المؤقتة على القصر الأجانب من الحالات الاستعجالية التي يمكن أن يستحيل معها إعمال القانون الأجنبي، فيتعدّر في بعض الحالات تطبيق القانون الأجنبي المختص أصلاً، لأنّ نظام الحماية الذي يتضمّنه لا يمكن إعماله في بلد القاضي²، فقد ينص القانون الأجنبي على اعتبار المحكمة وصياً على القاصر أو إنشاء جهاز إداري يتولّى حماية القاصر لا يوجد نصّ عليه في قانون القاضي، فيحلّ الوصي الذي يعيّنه قانون القاضي محلّ المحكمة وتنتقل إليه صلاحياتها كما هي محدّدة في القانون الذي نصّ على هذا التدبير أو الجهاز المقابل وإلاّ استبدال المؤسسة القانونية المنصوص عليها في القانون الأجنبي بمؤسسة منصوص عليها طبقاً لقانون القاضي الناظر في النزاع³.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية الأمور المستعجلة، مرجع سابق، ص 294 و 305.

² المرجع نفسه، ص 296.

³ سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 360.

بناء على ما سبق، تبيّن أهميّة البحث في موضوع الاختصاص التشريعي في مسائل الولاية على القاصر في حالات الاستعجال، وحسنا فعل المشرّع الجزائري عندما خصّ مسائل الولاية على مال القاصر في حالات الاستعجال بقاعدة تنازع خاصّة وكان هذا الحل منسجما مع ما جاءت به الاتفاقيات الدوليّة، لكنّه أغفل تنظيمها بالنسبة لصور الولاية الأخرى، ممّا استدعى ضرورة عرض مختلف الحلول الفقهيّة والقضائيّة والتي شهدت تباينا شديدا، فكان على التشريعات الوضعيّة بما فيها التشريع الجزائري أن تخصّص قاعدة تنازع صريحة متعلّقة بهذا الموضوع، تضع حلاً مباشرا من شأنه أن يوفر الجهد على القاضي، كما أنّه يتماشى مع طبيعة هذه الحالات التي تتطلّب سرعة الفصل فيها.

وتعدّ حالة الاستعجال حالة استثنائيّة مؤقتة والقاضي غير ملزم بالتدابير التي أمر بها، وهي بذلك تعتبر قابلة للتّعديل وحتّى الإلغاء، وعليه تحقيقاً لمصالح القاصر المستعجلة والتي لا تتطلّب التّأخير لا بدّ من جعل الاختصاص لقانون القاضي في مسائل الولاية على القاصر كأثر مباشر للاستعجال.

في ختام صفحات الباب الأول الموسوم بـ: "الحلول الوضعيّة لفصّ تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر"، تمّ تحديد الإطار الذي تشملته الدّراسة من خلال التّطرّق إلى ماهية الولاية على القاصر، فهي نظام نيابيّ يختلف عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة، وضع لحماية القاصر في نفسه وماله منذ ولادته حيّا إلى بلوغه سنّ الرّشد القانوني الذي يختلف من دولة إلى أخرى، وقد حدّده المشرّع الجزائري بـ19 سنة كاملة، ونظرا لاختلاف أحكام الولاية على القاصر بين الدّول كانت مجالاّ خصباّ لتنازع القوانين وهو جوهر هذه الدّراسة، وعليه تناولت مفهوم تنازع القوانين وشروط قيام حالة التّنازع، كما تطرّقت إلى مختلف الآليات التي يعتمدها القاضي لفصّ التّنازع بين القوانين على رأسها المنهج التّنازعي القائم على قاعدة التّنازع والتي لا يمكن أن تؤدّي الدور المنوط بها إلّا إذا كانت ملزمة للقاضي، كما يمكن لهذا الأخير أن يلجأ إلى مناهج فنيّة أخرى تتمثّل في منهج القواعد ذات التّطبيق الضّروري ومنهج القواعد الموضوعيّة التي لا تعتبر إقصائيّة للمنهج التّنازعي كما أرادها الفقه الحديث، لأنّ الواقع العملي أظهر التّعاش بين هذه المناهج جنبا إلى جنب.

إذا تبين للقاضي أعمال المنهج التّنازعي فلا يمكنه التّوصّل إلى القانون واجب التّطبيق إلّا بعد المرور بمحطة أوليّة لازمة متمثّلة في عملية التّكييف والتي تتمّ وفقًا لقانون القاضي حسب ما ذهب إليه الفقه الراجح، وتبنّاه المشرّع الجزائري في نصّ المادّة 9 ق م، واستثناءً يجوز تبني التّكييف وفقًا لقانون آخر في حالة وجود معاهدة دوليّة أو

في حالة الاستحالة المادية وتكون في حالة عرض نزاع على القاضي متعلق بنظم قانونية يجهلها في قانونه الوطني.

واللافت النظر من خلال التوقف عند الآراء التشريعية والفقهية والقضائية المتعلقة بتكييف مختلف مسائل الولاية على القاصر، أنها عرفت تبايناً شديداً خاصة في مسألة الحضانة والتي رجحت الرأي الذي يعدّها جزءاً لا يتجزأ من الولاية على النفس، وهذه الأخيرة كيّفها الفقه على أنها أثر من آثار الزواج أو من آثار النسب لكن في حقيقة الأمر هي مؤسسة قائمة بذاتها.

وفيما يخص الولاية في الزواج كصورة خاصة من الولاية على النفس، ذهب الفقه الرّاجح إلى تكييفها على أنها من الشروط الموضوعية للزواج، في حين ذهب جانب آخر إلى تكييفها ضمن الشروط الشكلية، وأمّا عن تكييف الولاية على المال فنظر إليها البعض على أنها من مسائل الأموال لكنّ الرّاجح أنها من مسائل الأحوال الشخصية والتي لم تثر إشكالا كبيرا مقارنة بباقي الولايات نظرا لوضع قاعدة تنازع خاصة بها.

انعكس التباين الشديد في موضوع تكييف الولاية على القاصر على القانون واجب التطبيق عليها، وللإحاطة الجيدة بالموضوع كان لزاماً التّطرق إلى مختلف الحلول التي عالجت الموضوع سواء في الحالات العادية أم في حالات الاستعجال، فتناولت في الحالات العادية الحلول التي تضمّنتها الاتفاقيات الدولية على رأسها اتفاقية لاهاي لسنة 1996 التي اعتمدت أساسا على ضابط محل الإقامة المعتاد للطفل، واستثناء يستعان

بضابط آخر يتم اختياره مراعاة للمصلحة الفضلى للقاصر، كما تطرقت إلى الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بموضوع الحضانة وتنظيم الزيارة والتي تبين أنها لم تتضمن قاعدة تنازع خاصة بالحضانة وتوابعها وإنما هدفت إلى حماية القاصر في المقام الأول والوقاية من مشكل تنازع القوانين.

كما بدا جلياً، من خلال البحث في حلول تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر من منظور تشريعي وفقهّي وقضائي؛ بروز المنهج التنازعي بالدرجة الأولى فيرجع القاضي مباشرة إلى قواعد التنازع المتضمنة في نصوص خاصة أو ضمن أحكام القانون المدني، ولكن ما توصلت إليه هو غياب هذه القواعد في أغلب المسائل المتعلقة بالولاية على القاصر وبالتالي ستختلف الحلول بحسب تكييفها، فبالنسبة إلى الحضانة شهد تكييفها تبايناً شديداً انعكس ذلك على القانون واجب التطبيق وبدا الحل الأمثل هو الاستناد لمعيار المصلحة الفضلى للقاصر في تحديده وضرورة وضع قاعدة تنازع خاصة بها، وهو الحل ذاته بالنسبة للولاية على النفس، أما الولاية المتعلقة بزواج القاصر فقد توجّه الفقه الراجح إلى تطبيق قانون كلّ من الزوجين تطبيقاً موزعاً إذا كان الزوجان مختلفين في الجنسية مع اختلاف أحكام قانون كلّ منهما، ورُجِحَ قانون القاضي في حالة ما إذا كان أحد الزوجين يتمتع بجنسية دولة القاضي وهو استثناء تبناه المشرع الجزائري في المادة 13 ق م وانتقده الفقه بشدة.

أمّا فيما يتعلّق بالقانون واجب التّطبيق على الولاية على المال، فقد حظيت باهتمام العديد من التّشريعات المقارنة بما فيها المشرّع الجزائري الذي خصّ المسألة بقاعدة تنزع صريحة من خلال نصّ المادّة 15 ق م، حيث فضّل الأخذ بقانون جنسيّة القاصر المشمول بالحماية بدل قانون جنسيّة الولي، لكن في ملاحظة على هذه المادّة حبّذا لو استبدل المشرّع الجزائري عبارة "الشّروط الموضوعيّة" بعبارة "المسائل الموضوعيّة" فهي تتّسع لتشمل مختلف الشّروط بالإضافة إلى مسائل أخرى، كما يفضّل تحديد القانون واجب التّطبيق بدقّة وبالتّالي استبدال عبارة "قانون الشّخص" بعبارة "قانون جنسيّة الشّخص".

وفي الأخير ارتأيت التّطرّق إلى حلول تنزع القوانين في مسائل الولاية على القاصر في حالات الاستعجال نظرا لأهميّة الموضوع، فنجد أنّ مسألة الولاية على مال القاصر في حالات الاستعجال حظيت باهتمام من قبل المشرّع الجزائري من خلال سنّ قاعدة تنزع خاصّة بها أين اعتمد الحلول ذاتها التي كرّستها الاتّفاقيات الدّولية، بينما أغفل تنظيم القانون واجب التّطبيق على مختلف مسائل الولاية على القاصر الأخرى، وهنا يفضّل الأخذ بقانون القاضي كأثر مباشر للاستعجال.

الباب الثاني

صعوبات إعمال القانون المختص بمسائل الولاية على القاصر

الباب الثاني/ صعوبات إعمال القانون المختص بمسائل الولاية على القاصر

تأتي مرحلة إعمال القانون واجب التطبيق المختص في مسائل الولاية على القاصر بعد تحديده من طرف القاضي الوطني، فلا يوجد أي إشكال إذا أشارت قاعدة التنازع إلى تطبيق قانون القاضي لأنه على علم كاف به، لكن في حالة ثبوت الاختصاص للقانون الأجنبي نجد القاضي يتخبط في العديد من العقبات التي تمنعه من التطبيق المباشر للقاعدة القانونية الأجنبية، تتعلق هذه الصعوبات بضابط الجنسية، وهي على مستويين المستوى الأول مرتبط بجنسية الشخص ذاته التي قد تكون متعددة أو منعدمة أو حدث فيها تغيير لا إرادي، أما المستوى الثاني فيكون متعلقاً إما بالنظام القانوني الذي عرض أمامه النزاع والذي يطرح مشكلة الإحالة وإما بالنظام القانوني الذي ينتمي إليه الشخص بجنسيته عندما تكون الدولة متعددة الشرائع.

كما يعترض القاضي الوطني عدّة صعوبات في مرحلة تطبيق القاعدة القانونية الأجنبية تكون متعلقة بكيفية معاملة القاضي الوطني للقانون الأجنبي والتي تتطلب الوقوف على أساس تطبيق القانون الأجنبي الذي عرف جدلاً فقهيًا واسعاً بين من اعتبره واقعة مادية وبين من اعتبره قانوناً وهنا يجب معرفة هذا الأساس لما يترتب عنه من نتائج هامة، كما يواجه القاضي صعوبة متعلقة بالأسلوب المتبع في تفسير القانون الأجنبي والرقابة على هذا التفسير من طرف المحكمة العليا ومعرفة الوسائل التي تمكنه من التوصل لمضمون القانون الأجنبي.

الباب الثاني/ صعوبات إعمال القانون المختص بمسائل الولاية على القاصر

وفي مرحلة أخيرة قد ينتهي القاضي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص إذا ثبت أنه مخالفا للأسس والمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي، والأصل أنه لا يمكن تحديد معايير يستند إليها القاضي في تحديد مجال النظام العام لكنه يبدو واضح المعالم في مسائل الولاية على القاصر إذ يحتكم القاضي أساسا إلى معيار الديانة نظرا لارتباط هذه المسائل بأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تتغير وكذلك معيار مصلحة القاصر والذي يعدّ معيارا عالميا، إلى جانب فكرة الدفع بالنظام العام، يمكن للقاضي أن يستبعد القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص عن طريق الغش نحو القانون إذا تحققت شروطه.

ومن أجل الإلمام الشامل بمختلف الصعوبات التي يواجهها القاضي بعد مرحلة تحديد القانون الأجنبي المختص بمسائل الولاية على القاصر، ولغرض تناول هذا الباب تم تقسيمه إلى فصلين:

الفصل الأول/ الصعوبات التي تعترض القاضي المتعلقة بضابط الجنسية

الفصل الثاني/ الصعوبات التي تعترض القاضي في مرحلة تطبيق أحكام القانون

الأجنبي

الفصل الأول

الصّعوبات التي تعترض القاضي المتعلقة بضابط الجنسية

الفصل الأول/ الصّعوبات التي تعترض القاضي المتعلقة بضابط الجنسية

تكتسي الجنسية أهميّة بالغة في مجال تنازع القوانين، فتعدّ من أهمّ الضوابط المعوّل عليها أساساً لفضّ التّنازع بين القوانين في مسائل الولاية على القاصر، فبعد أن يتوصّل القاضي إلى تحديد القانون واجب التّطبيق على مسائل الولاية على القاصر، ينتقل إلى مرحلة مهمّة ألا وهي مرحلة إعمال هذا القانون وهنا تعترض القاضي جُملة من الصّعوبات؛ فيواجه القاضي في مرحلة أوّلية صعوبات متعلّقة بضابط الجنسية، منها ما يتعلّق بالشّخص ذاته كأن يكون متمتّعاً بعدّة جنسيّات أو على العكس من ذلك لا يتمتّع بجنسيّة أيّة دولة أو تغيّرت جنسيّته (المبحث الأول)، كما قد يثير ضابط الجنسية عدّة صعوبات منها ما هو متعلّق بتفسير المقصود بالقانون الأجنبيّ الذي أشارت إليه قواعد التّنازع الوطنيّة أو ما يعرف بمشكلة الإحالة، ومنها ما هو مرتبط بالقانون واجب التّطبيق في حالة الإسناد إلى قانون دولة متعدّدة الشّرائع، وهذه الصّعوبات مرتبطة أساساً بتفسير قاعدة التّنازع (المبحث الثاني).

المبحث الأول/ الصّعوبات التي تعترض القاضي المتعلقة بجنسيّة الشّخص

تثير جنسيّة الشّخص عدّة صعوبات بعد تحديد القانون واجب التّطبيق على المسألة محل النّزاع، من هذه الصّعوبات أن يحمل الشّخص جنسيّات متعدّدة فيصعب على القاضي ترجيح إحدى هذه الجنسيّات المتزاحمة وأيّ المعايير التي سيعتمدها في حلّ هذا الإشكال؟ والإشكال نفسه يُطرح في حالة عديمي الجنسية وهنا تباينت الحلول الفقهيّة

والتشريعية الدولية منها والداخلية، والتي تقتضي الإحاطة الشاملة بها (المطلب الأول)، ومن بين الصّعوبات التي تواجه القاضي هو تغيير جنسية الشخص، فينشأ ما يعرف بالتّنازع المتحرّك وهنا يجب تحديد القانون واجب التّطبيق في هذه الحالة (المطلب الثاني).

المطلب الأول/ القانون واجب التّطبيق في حالة الأشخاص متعدّدي أو عديمي الجنسية

من الأصول المثالية في مادّة الجنسية هو أن تبذل الدولة عناية في وضع سياستها التشريعية لتجنّب ظاهرتي تعدّد وانعدام الجنسية¹، وهو ما أكّدت عليه اتفاقية لاهاي بشأن بعض المسائل المتعلقة بتنازع القوانين في الجنسية الموقعة في 12 أبريل 1930، والتي جاء في ديباجتها: "اقتناعاً ممّا بأنّ المصلحة العامّة للمجتمع الدولي يجب أن يدرك جميع أعضائه أنّ كلّ شخص يجب أن تكون لديه جنسية وأن يمنح جنسية واحدة فقط؛ من خلال الاعتراف بأنّ المثل الأعلى الذي يجب أن توجّه إليه جهود الإنسانية في هذا المجال هو القضاء على جميع حالات انعدام الجنسية وحالات ازدواجها"².

¹ هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 165.

² Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws. Signed at The Hague, April 12th, 1930, le Recueil des Traités de la Société des Nations, No 4137, vol 179, 1937, p 93. <https://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=520&chapter=30&clang=fr>

ومن الأسباب الرئيسيّة التي أدت إلى انتشار هاتين الظّاهرتين، هو مبدأ حرّية الدولة في تنظيم جنسيّتها الذي يعدّ مبدأ ملازمًا لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها¹، فتستأثر كلّ دولة بوضع الأسس المكسبة لجنسيّتها والمفقدة لها بما يتماشى ومصالحها دون النّظر إلى مصالح الأفراد أو مصالح الدّول الأخرى²، هذا ما دفع المجتمع الدوليّ إلى تقييد حرّية الدولة في تنظيم جنسيّتها بالاتّفاقيات الدوليّة، والعرف الدوليّ والمبادئ القانونيّة المعترف بها في مواد الجنسية، وهو ما جاء في المادّة الأولى من اتّفاقية لاهاي لسنة 1930³.

ولكن على الرّغم من الجهود المبذولة من طرف الفقه والعديد من الاتّفاقيات والمواثيق الدوليّة في سبيل وضع حلول وقائيّة وعلاجيّة للحدّ من حالات انعدام الجنسية وتعدّدها لما لها من مساوئ ومشاكل خاصّة في مجال العلاقات الدوليّة إلّا أنّ هذه المشكلة لا تزال قائمة⁴، فيترتّب عن هذه الحالات آثارًا خطيرة بالنّسبة للمجتمع الدوليّ ولمجتمع الدولة والأفراد، فالتّعدّد والانعدام يتنافى مع عدالة التّوزيع الدوليّ للأفراد كما

¹ حيدر أدهم عبد الهادي، سحر جاسم معن، *مشكلة انعدام الجنسية وآثارها في حقوق الإنسان*، مجلّة كليّة التّربيّة الأساسيّة، العراق، المجلّد 20، العدد 86، 2014، ص 397. المقال متوفّر على الرّابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 2020/10/12 على الساعة 22:00 <https://www.iasj.net/iasj/article/102103>

² شوقي عبد المجيد عبيدي، *ظاهرة ازواج الجنسية ومعالجة المشكلات المترتّبة عليها*، مجلّة جيل الأبحاث القانونيّة العميقة، مركز جيل البحث العلمي، الجزائر، العدد 15، جوان 2017، ص 56. المقال متوفّر على الرّابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 2019/10/01 على الساعة 23:00. <http://journals.jilrc.com/legal-depth-research/>

³Article 1 stipulated that "It is for each State to determine under its own law who are its nationals. This law shall be recognised by other States in so far as it is consistent with international conventions, international custom, and the principles of law generally recognised with regard to nationality".

⁴ هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 165.

يعيق إعمال قواعد القانون الدوليّ الخاصّة بحماية الأفراد في المجتمع الدوليّ، والتّعدّد يتنافى مع وحدة الولاء للدولة وواجب الوفاء في حبّ الوطن، أمّا الانعدام فيتنافى مع ضرورة الانتماء إلى وطن معيّن حتّى يتكوّن ركن الشعب الضّروري لقيام الدولة، كما يتعارض كلّ من تعدّد الجنسيّة وانعدامها مع إلزاميّة تحديد المركز القانونيّ للفرد التي تمكّن من معرفة حقوقه والتزاماته وممارستها¹.

وعليه تعدّ ظاهرتا التّعدّد والانعدام أدقّ مشاكل الجنسيّة²، وهي من بين الصّعوبات التي يواجهها القاضي في مجال تنازع القوانين في مرحلة سابقة على تطبيق القانون واجب التّطبيق على مسائل الولاية على القصر، فيجد القاضي صعوبة في ترجيح إحدى الجنسيّات إذا كان الشّخص يتمتّع بجنسيّتين أو أكثر فأيّ المعايير سيعتمدها لفصّ مشكلة التّعدّد أو أنّه سيواجه مشكلة شخص لا يتمتّع بأيّة جنسيّة أو أنّها غير محدّدة، وعليه برزت عدّة حلول واعتمدت عدّة معايير في سبيل مواجهة مشكلتي تعدّد الجنسيّة وانعدامها، وعليه سأتناول هذه الحلول التّقليديّة والحديثة التي عالجت مشكلة القانون واجب التّطبيق في حالة الأشخاص الذين تثبت لهم جنسيّات متعدّدة (الفرع الأوّل)، والقانون واجب التّطبيق في حالة الأشخاص عديمي الجنسيّة (الفرع الثّاني)، مع إبراز موقف المشرّع الجزائري في كل حالة.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 81.

² هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 377.

الفرع الأول/القانون واجب التطبيق في حالة الأشخاص متعددي الجنسية

إنّ تحديد القانون واجب التطبيق في حالة الأشخاص الذين تثبت لهم جنسيّات متعدّدة يتطلّب التّمييز بين فرضين: الفرض الأول عندما تكون جميع الجنسيّات التي يتمتّع بها الشّخص أجنبيّة عن دولة القاضي (أولاً)، والفرض الثاني عندما تكون جنسيّة دولة القاضي من بين الجنسيّات المتزاحمة (ثانياً).

أولاً/ جميع الجنسيّات أجنبيّة عن دولة القاضي

تباينت الحلول التي قدّمها الفقه والتّشريعات الوضعيّة لإنهاء مشكلة تعدّد الجنسيّات إذا كانت جميعها أجنبيّة عن دولة القاضي، حيث برزت عدّة معايير لفكّ تلك العقبات، لكن سرعان ما تعرّضت للنّقد ولم تحظ بتطبيق عمليّ لها، في المقابل برز معياران أولهما تقليدي لقي رواجا فقهيّا وتشريعيّا وقضائيّا، وهو المعيار الذي يعتمد عليه القاضي في التّرجيح بين الجنسيّات على أساس الجنسيّة الفعلية، بينما فضّل الفقه الحديث إعمال معيار بديل عن المعيار التقليديّ وهو معيار الحلّ الوظيفي، وانطلاقاً من ذلك يمكن عرض تلك الحلول تباغاً:

1. معيار الجنسيّة الفعلية: حاول الفقه أن يقدّم حلولاً لمشكلة تعدّد الجنسيّات أو

كما أطلق عليها اسم التّنازع الإيجابي¹، أين اعتمد على العديد من المعايير إلّا أنّها

¹ هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 377.

تعرّضت للنّقد وباءت بالفشل في حلّ مشكلة تعدّد الجنسيّات، نظرا لصعوبة التسليم بأيّ منها، أذكر من هذه المعايير:

- معيار تفضيل الجنسيّة الأقرب إلى دولة القاضي، ومعيار الاستناد إلى الجنسيّة الأقدم، واعتمد آخر على ترك أمر اختيار إحدى الجنسيّات للشّخص ذاته متعدّد الجنسيّات¹، فبالنسبة للمعيار الأول يعدّ غريباً لعدم وجود مبرّر للرجوع إلى قانون القاضي واتّخاذه معياراً لتحديد القانون واجب التطبيق، أمّا المعيار الثّاني فيتنافى مع فكرة الحقّ التي ترفض أن يطبّق على الشّخص قانوناً لم يعد يرغب بالتعامل على أساسه، أما الرّأي الثّالث فيؤدّي إلى تجاهل إرادة الدّولة خاصّة وأنّ الجنسيّة تشكّل رابطة بين الفرد والدّولة². في المقابل أقرّ الفقه الراجح فكرة الاعتماد في حلّ مشكلة تعدّد الجنسيّات على معيار الجنسيّة الفعلية³، وهو ما أخذ به قضاء عديد كبير من الدّول⁴، وهو الحلّ ذاته الذي تضمّنته المادّة الخامسة من اتفاقية لاهاي لسنة 1930⁵، وتبنّته بعض التّشريعات

¹ للتّفصيل أكثر ينظر: أشرف شعث، *القانون الواجب التطبيق على متعدّدي الجنسيّات وإشكاليّته*، مجلّة الحقوق والعلوم الإنسانيّة، جامعة زيّان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلّد 10، العدد 2، 2017، ص ص 433-435. المقال متوفّر على الرّابط <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/31434> التّالي:

² محمّد رسمي العمري، مرجع سابق، ص 144 و145.

³ عامر محمّد الكسواني، مرجع سابق، ص 149. وينظر كذلك: عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 243. محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 112. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 434.

⁴ Khalil A. Sfeir, *Droit international privé comparé*, Sader Editeur : Editions juridiques, Beyrouth, Liban, 2005, p 453 et 454.

Sandrine Clavel, *Droit international privé*, HyperCours Dalloz, Paris, 2009, p 47.

⁵ Article 5 stipulated that: "Within a third State, a person having more than one nationality shall be treated as if he had only one. Without prejudice to the application of its law in matters of personal status and of any conventions in force, a third State shall; of the nationalities which any such person possesses, recognise exclusively in its territory either the nationality of the country in which he is habitually and principally resident, or the nationality of the country with which in the circumstances he appears to be in fact most closely connected".

المقارنة صراحة كالمشرّع التونسي في الفصل 39 م ق د خ، وتبنّته معظم التّشريعات المقارنة ضمناً حيث منحت القاضي سلطة تقديرية واسعة في تعيين القانون واجب التطبيق في حالة الأشخاص الذين تثبت لهم جنسيّات متعدّدة في وقت واحد¹، وقد ذهب الفقه الرّاجح في تفسير هذا الاتجاه التّشريعيّ إلى استعانة القاضي بفكرة الجنسية الفعلية في ترجيح إحدى الجنسيّات على غيرها².

بالنسبة لموقف المشرّع الجزائريّ، فقد تضمّنت المادّة 22/ف1 م ق حلاً لمشكلة تعدّد الجنسيّات فنصّت على أنّه: "في حالة تعدّد الجنسيّات يُطبّق القاضي الجنسية الحقيقيّة..."، وهنا انتقد الأستاذ الطّيب زروتي استخدام المشرّع الجزائريّ لعبارة الجنسية الحقيقيّة، فالمشرّع قد أخطأ في النّسخة العربيّة عند استخدامه لهذه العبارة، وهو ما يؤكّده بالفعل النّص الفرنسيّ الذي وظّف فيه عبارة "Nationalité effective" أي الجنسية الفعلية، فالترجيح بين الجنسيّات التي يحملها الشّخص ينبغي أن تكون كلّها حقيقيّة؛ أي تمّ اكتسابها وفقاً لأحكام الجنسية في قوانين الدّول المعنيّة³، وعلى القاضي أن يرجّح الجنسية الفعلية وليس الحقيقيّة من بين الجنسيّات المتزاحمة التي يحملها الشّخص.

ويقصد بالجنسية الفعلية: "جنسية الدولة التي اندمج الفرد فعلاً في جماعتها وعاش في كنفها واستعمل فيها حقوق التّابع لها وتحملّ التزاماته، إذ يحدّدها القاضي وهو يدور

¹ المادّة 26 م ق أردني، المادّة 25 م مصري، المادّة 33 م عراقي، المادّة 70 م كويتي، المادّة 35 م قطري.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 88. عادل شباب، مرجع سابق، ص 243.

³ الطّيب زروتي، دراسات في القانون الدّولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 133.

في ميدان الواقع وليس في ميدان القانون، ويتّخذها وسيلة لتفضيل إحدى الجنسيّات المتنازعة على الأخرى¹.

كما يُقصد بها: "الجنسيّة التي تقوم على أقوى رابطة حقيقيّة وواقعيّة بين الفرد والدّولة، أي الجنسيّة التي يعيش الفرد في كنفها بالفعل"².

فيتعلّق الأمر بقضيّة واقعيّة تتمثّل في ترجيح القاضي لإحدى الجنسيّات التي يرتبط بها الشّخص فعليّاً، وتتطلب تجميع كلّ المعلومات التي يلعب فيها موقف الشّخص وتصرفاته دوراً كبيراً³، وعليه فإنّ المسألة تتعلّق بالموضوع ويرجع في الكشف عنها إلى السّلطة التقديرية للقاضي ويستشفّ ذلك من الظروف المحيطة كموطن الشّخص أو مكان الإقامة المعتاد⁴، أو يستعين القاضي بمؤشّرات تتعلّق بالشّخص ذاته كروابطه الأسريّة واللّغة التي يتكلّم بها⁵، بالنسبة للقاصر فيعدّ المكان الذي يزاول فيه دراسته مؤشّراً يستعين به القاضي في إظهار الجنسيّة الفعلية.

ومن مبررات الأخذ بهذا المعيار:

- أنّ هذا الحلّ تفرضه الصّرورات العمليّة لحماية متعدّد الجنسيّة نفسه لأنّ عدم تفضيل القاضي المطروح عليه النزاع إحدى الجنسيّات المتزاحمة ووضعها على قدم المساواة،

¹ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجنسيّة والموطن وتمنّع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب)، الهيئة المصريّة العامّة للكتاب، مصر، ط11، 1986، ج1، ص 250.

² هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 47.

³ Mohand Issad, Droit international privé, Les règles matérielles, Office des publications universitaires, Alger, 1986, Tome 2, p105.

⁴ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج1، ص 251.

⁵ سعاد يوبي، مرجع سابق، ص 151.

يؤدّي إلى استحالة الفصل في النزاع وتحقيق الحماية القضائية لمتعدّد الجنسيّة¹، وكذلك من بين أهمّ الفوائد العمليّة للأخذ بهذا الحل هو تحقيق العدالة، والكشف عن القانون الأكثر ملاءمة للعلاقة كما أنّه يحقّق حلاً عالمياً للمسألة المتنازع فيها².

-مراعاة لمبدأ تكافؤ السيادات لا يملك القاضي حقّ ترجيح إحدى الجنسيّات على الأخرى، إلّا إذا راعى في ذلك جملة من الاعتبارات التي تجعل الامتياز لجنسيّة دون الأخرى، من خلال ترجيح الجنسيّة الفعلية أو الواقعية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها وهو ما تدلّ عليه مختلف الوقائع والظروف السياسيّة والاجتماعيّة والاقتصاديّة³.

- يقوم معيار الجنسيّة الفعلية على فكرة منطقيّة سليمة مفادها أنّه في حالة تزامن عدّة جنسيّات، فيجب الاعتراف بالجنسيّة التي يعيش فيها الشخص ويرتبط بها أكثر من غيرها، ففيها استجابة للأساس الاجتماعيّ للجنسيّة واحترام لإرادة الفرد ورغباته كما يتّفق هذا المعيار مع الأصول المثاليّة في مادّة الجنسيّة التي لا يمكن تجاهلها⁴.

تجدر الإشارة إلى أنّه في حالة العجز عن استظهار الجنسيّة الفعلية يقع عبء إثباتها على الشخص متعدّد الجنسيّات⁵، لكن في الحالة التي يعجز فيها هذا الشخص

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 106.

² عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 73.

³ المرجع نفسه، الموضع نفسه.

⁴ هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 423 و434.

⁵ كريمة محروق، تنازع القوانين في الأحوال الشخصيّة...، مرجع سابق، ص 84.

عن استظهار جنسيّته الفعلية فضّل الفقه الرّاجح معاملته معاملة الشّخص الذي لا يتمتّع بأية جنسيّة أي منعدم الجنسيّة¹.

2. معيار الحلّ الوظيفي: انتقد جانب من الفقه فكرة الجنسيّة الفعلية كحلّ لمشكلة تعدّد الجنسيّات، مبرّر ذلك أنّه حلّ يفتقر للأمن القانونيّ ويعرّض مصالح الطّفل للارتباك وعدم الاستقرار، ورأى ضرورة التحرّر من الأحكام المسبقة والجامدة التي تطبّق في جميع الحالات، والأخذ بفكرة الحلّ الوظيفيّ للتّنازع التي نادى بها الفقه المعاصر كنظرية جديدة لحلّ مشكلة تنازع الجنسيّات، بحيث لا ينظر إلى هذه المسألة على أنّها مستقلة بذاتها لها حلّ عالمي بل يجب أن يراعى فيها المصلحة الفضلى للطّفل القاصر كونه في سنّ معيّنة وتبني الحلّ الذي يحقّق له أفضل حماية²، ففكرة الحلّ الوظيفيّ تقتضي أن يقوم القاضي باختيار القانون الذي يحقّق الغاية من وضع المشرّع لقاعدة التّنازع التي تحكم مسألة معيّنة³.

تعرّضت فكرة الأخذ بالحلّ الوظيفي إلى النّقد⁴، لأنّها صعبة التّطبيق في الكثير من الحالات، لما يتطلّبه هذا الحلّ من أن يكون القاضي على علم بغاية كلّ قاعدة قانونية

¹ حفيظة السيّد الحّداد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 252. كريمة محروق، تنازع القوانين في الأحوال الشخصيّة...، مرجع سابق، ص 84. محمّد رسمي العمري، مرجع سابق، ص 147.

² الطيّب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 134.

³ أمانة رّحاوي، دور الضّابط الشّخصي في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلّية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السّنة الجامعيّة 2016-2017، ص 121.

⁴ المرجع نفسه، ص 125 و 126. وينظر: أشرف شعث، مرجع سابق، ص 440. فاطيمة موشعال، وظيفة الجنسيّة في العلاقات الدوليّة الخاصّة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الدّكتوراه في العلوم، تخصّص حقوق فرع قانون دولي خاص، كلّية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعبّاس، الجزائر، السّنة الجامعيّة 2018/2019، ص 381.

سواءً في قانون دولته أم في قوانين الدّول الأخرى، كما أنّها لا تحقّق الأمان القانوني لعدم استقرارها على حلّ موحد لجميع المسائل التي تعالجها، وبالنّظر إلى اختلاف القضاء من دولة إلى أخرى ومن قاضي إلى آخر في تكييف المسألة الأصليّة التي يُثار بشأنها تحديد قانون جنسيّة واحدة من بين الجنسيّات المتزاحمة¹.

في المقابل لاقت فكرة الحلّ الوظيفي استحساناً من طرف الفقه الحديث كما شهدت رواجاً في التّطبيقات القضائيّة²، وتمّ الأخذ بها في مسائل الحضانة حيث فضّل جانب من الفقه الأخذ بفكرة الحلّ الوظيفي وذهب إلى القول أنّه على الرّغم من أنّ القانون الشّخصي للطفّل المحضون قد يوفّر أكبر قدر من الاستقرار، لكن في الرّواج المختلط يرتفع معدّل انتقال جنسيّة الأم إلى الطّفّل، وبالتالي إذا كان الطّفّل مزدوج الجنسيّة يفقد القانون الشّخصي فعاليّته ويصبح غير ضروريّ، وبالتالي على القاضي أن يختار القانون الأفضل للطفّل، ويفترض اختياره لقانون الوطن إذا كان يحقّق مصلحة فضلى للطفّل المحضون³.

مما سبق ذكره، فإنّ إسقاط فكرة الحلّ الوظيفي على مسائل الولاية على القاصر معناها البحث عن القانون الذي يحقّق للقاصر مصلحته الفضلى وبالتالي ترجيح الجنسيّة التي تحقّق هذه الغاية، لكنّ الأخذ بهذه الفكرة ليس بالأمر اليسير فسيواجه القاضي

¹ أشرف شعث، مرجع سابق، ص 440 و 441.

² فاطيمة موشعال ، مرجع سابق، ص 373.

³ Ridha Boukhari, op cit, p 95.

صعوبة في ترجيح إحدى الجنسيّات المتزاحمة، إلّا أنّه يمكن تأييد فكرة الأخذ بالحلّ الوظيفيّ لأنّ مصلحة القاصر الفضلى تكون فوق كلّ اعتبار وما هي إلّا امتدادًا لما نادى به المجتمع الدوليّ ومختلف التشريعات في قوانينها الداخليّة، ومن بينها المشرّع الجزائريّ الذي أكّد في عدّة مواضع وفي مختلف فروع القانون على الأخذ بعين الاعتبار هذه المصلحة.

ويمكن إعمال فكرة الحلّ الوظيفيّ في الدّول الإسلاميّة. ففي كثير من الحالات يتدخّل القاضي المسلم لإعمال الامتياز الدّيني، الذي يرجّح فيه القاضي تطبيق قانون ذو مصدر إسلاميّ في العلاقات الدّوليّة الخاصّة التي يكون أحد أطرافها مسلمًا¹، فالقاضي قد يصادف بعض الحالات التي يكون من السّهل عليه ترجيح إحدى الجنسيّات التي يحملها القاصر بالاعتماد على معيار الدّيانة، فإذا كان القاصر مسلمًا ويحمل جنسيّة دولة مسلمة وجنسيّة دولة غير مسلمة، يفضّل القاضي ترجيح جنسيّته من الدّولة المسلمة لأنّ القواعد الموضوعيّة التي تنظّم أحكام الولاية على القاصر ستحقّق لهذا الأخير مصلحته الفضلى وهي أولى بالتّطبيق، وتُسْتبعد بذلك جنسيّة القاصر من الدّولة غير المسلمة حتّى ولو كانت هي الجنسيّة الفعلية، وبناءً على إعمال فكرة الحلّ الوظيفيّ يكون الامتياز للدّيانة الإسلاميّة التي ستحقّق مصلحة فضلى للقاصر المسلم دون النقيّد بالجنسيّة الفعلية.

¹ خالد برجوي، *الحلول المقررة لتنازع القوانين*، ...، مرجع سابق، ص 159.

ثانيا/ جنسيّة دولة القاضي من بين الجنسيّات المتزاحمة

ترسّخت منذ زمن بعيد فكرة الأخذ بقانون دولة القاضي إذا كان الشّخص يتمتّع بجنسيّة هذه الدّولة إلى جانب جنسيّات دولة أو عدّة دول أخرى، لكنّها أخذت في التّراجع حيث نادى الفقه الحديث بالأخذ بمعيار الجنسيّة الفعلية، ونادى جانب آخر بفكرة الحلّ الوظيفي، وفيما يلي عرض لهذه الاتّجاهات الثلاثة.

الاتّجاه الأول/ الاعتراف بجنسيّة دولة القاضي

الحلّ الذي اعتمده الفقه الراجح في حلّ مشكلة التّنازع الإيجابي للجنسيّات، إذا كان الشّخص يتمتّع بجنسيّة دولة القاضي المطروح عليه النزاع إلى جانب جنسيّة دولة أو عدّة دول أخرى، هو ترجيح جنسيّة دولة القاضي¹، بغضّ النّظر عن باقي الجنسيّات وبغضّ النّظر عن محل إقامته أو موطنه، وأيّاً كانت الطّريقة التي اكتسب بها الجنسيّة الوطنيّة فيستوي أن تكون الجنسيّة أصلية اكتسبها بالميلاد أو جنسيّة طارئة ثبتت له بالتّجنّس أو الزّواج²، وبغضّ النّظر عمّا إذا كانت الجنسيّة ذاتها التي يرتبط بها الشّخص أكثر من غيرها³.

¹ عامر محمّد الكسواني، مرجع سابق، ص 148. عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 243. محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 110. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 395.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 101.

³ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 111.

1. مبررات إعمال جنسيّة دولة القاضي:

- يفرض هذا الحل نفسه بسبب المبادئ التي تهيمن على قانون الجنسية، فعلى كلّ دولة أن تأخذ بعين الاعتبار جنسيّتها الخاصّة فقط، وهي قاعدة معترف بها في النّظام الداخلي وكذلك في النّظام الدّولي¹.

- هذا الحل تملّيه اعتبارات السّيادة الوطنيّة وحقّ الدّولة في تحديد من هم الأفراد الذين يشكّلون عنصر الشّعب لديها².

- مبرّر الأخذ بهذا الحل لأنّ المشرّع عند إخضاعه مسائل الأحوال الشّخصية لقانون الجنسية استند في ذلك إلى أسس متعدّدة، مستمّدة من فكرة سيادة الدّولة على رعاياها، إلى جانب أسس دينيّة اجتماعيّة وديمقراطيّة تمكّنه من تتبّع مواطنيه حتّى خارج الدّولة لضمان تطبيق قانون أحوالهم الشّخصيّة عليهم³.

بالنسبة للمشرّع الجزائريّ فقد منح الامتياز للقانون الوطنيّ إذا كانت جنسيّة دولة القاضي من بين الجنسيّات المتزاحمة، وهو ما جاء في المادّة 22/ ف2 ق م التي نصّت على ما يلي: "...غير أنّ القانون الجزائريّ هو الذي يطبّق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائريّة، وبالنسبة إلى دولة أو عدّة دول أجنبيّة جنسيّة تلك الدّول..."، وهو حلّ متفق مع المادّة الثّالثة من اتّفاقية لاهاي لسنة 1930⁴.

¹ Mohand Issad, op.cit, p103 et 104.

² عامر محمّد الكسواني، مرجع سابق، ص 149. محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 111.

³ المرجع نفسه، الموضع نفسه.

⁴ Article 3 stipulated that: "Subject to the provisions of the present Convention, a person having two or more nationalities may be regarded as its national by each of the States whose nationality he possesses".

وهو الحلّ ذاته الذي اعتمدته غالبية التشريعات المقارنة¹، لتصبح بذلك قاعدة ترجيح جنسية القاضي المطروح عليه النزاع قاعدة عالميّة من قواعد القانون الدولي².

2. الاستثناءات الواردة على قاعدة ترجيح جنسية دولة القاضي: أورد الفقه بعض

الاستثناءات على قاعدة ترجيح جنسية دولة القاضي، أذكر منها:

- في الفرض الذي يكون فيه الشّخص متمتعاً بجنسية دولة القاضي وجنسية دولة أخرى واحتراماً لمعاهدة مبرمة بين الدولتين يطبق القاضي قانون جنسية الدولة الأجنبية³، فيعدّ مبدأ احترام الدولة لتعهداتها من المبادئ الرّاسخة في القانون الدولي وتعدّ هذه المعاهدات من القيود الاتفاقيّة التي ترد على حرية الدولة في تنظيم مادّة الجنسية لتفادي ظاهرة تعدّد الجنسيّات⁴، التي يمكن محاربتها من خلال التنسيق والتّعاون بين الدّول كما تعدّ الاتّفاقيات الثّنائيّة من بين الوسائل الدوليّة التي تساهم في معالجة ظاهرة تنازع الجنسيّات بطريقة أيسر وأسرع⁵.

- من بين الاستثناءات التي تحوّل دون ترجيح جنسية دولة القاضي وهي الحالة التي يحمل فيها الشّخص جنسية دولة معاديّة، حيث فضّل قضاء بعض الدّول الأخذ بجنسية الدولة المعاديّة ومعاملة الشّخص على أنّه أجنبيّ على الرّغم من تمتّعه بالجنسية

¹ المادّة 25/3 ق م مصري، المادّة 26 ق م أردني.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 102.

³ المرجع نفسه، ص 104. وينظر: فاطيمة موشعال، مرجع سابق، ص 362.

⁴ حفيظة السيّد الحدّاد، عكاشة محمّد عبد العال، هشام صادق، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثّالث أحكام الجنسية المصريّة دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعيّة، أمام كلّية الحقوق-جامعة الإسكندريّة، د ط، 2006، ص 56 و 57.

⁵ شوقي عبد المجيد عبيدي، مرجع سابق، ص 60 و 62.

الوطنية¹، فحماية لكيانها السياسي والاقتصادي تطبّق عليه الإجراءات الخاصة بمعاملة رعايا الأعداء²، إلّا أنّ هذا الحل لقي انتقاداً من طرف بعض الفقه لأنّه من الصّعب إعماله، فتحقيقاً للعدالة لا يطبّق في جميع الحالات بل يتم اللّجوء إليه إلّا في حالة الضّرورة ويرجع في ذلك إلى السّلطة التقديرية للقاضي النّاظر في النّزاع³.

3. الانتقادات الموجّهة لقاعدة ترجيح جنسيّة دولة القاضي: وجه الفقه الحديث

العديد من الانتقادات لقاعدة ترجيح دولة القاضي إذا كانت من بين الجنسيّات المتزاحمة، أذكر منها:

- لا يحقّق هذا الحلّ التقليديّ الذي يرمي إلى ترجيح الجنسيّة الوطنية من بين الجنسيّات المتعدّدة استقرار المركز القانونيّ لمتعدّد الجنسيّة ولا وحدة المعاملة الدّوليّة له، نظراً لاختلاف المعاملة باختلاف الدّولة التي يثور فيها المسألة المتعلقة به⁴.
- أنّه يقوم على فكرة السّيادة واعتبار قاعدة التّنّازع قاعدة سياسيّة هدفها تحقيق مصلحة الدّولة، حتّى ولو كان ذلك على حساب الأفراد، على الرّغم من تغليب مصلحة الأفراد في مجال العلاقات الدّوليّة الخاصّة⁵.

¹ سميّة كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدّوليّة الخاصّة، مرجع سابق، ص 270 و 271.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 104.

³ سميّة كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدّوليّة الخاصّة، مرجع سابق، ص 270 و 271.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 104 و 105.

⁵ سميّة كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدّوليّة الخاصّة، مرجع سابق، ص 280.

- قد يُعطّل هذا الحلّ عمل الاتّفاقيات الدّوليّة التي تجعل من الجنسية ضابطاً للإسناد في بعض المسائل¹.

بناءً على ما سبق، بدأ تقلّص دور قاعدة ترجيح دولة القاضي إذا كانت من بين الجنسيّات المتزاحمة لما تعرّضت له من انتقادات من طرف الفقه الحديث، الذي اقترح أعمال معيار الجنسية الفعلية أو الأخذ بفكرة الحلّ الوظيفي.

الاتّجاه الثاني/ معيار الجنسية الفعلية

على الرّغم من استقرار الفقه والقضاء في معظم دول العالم على الاعتراف بجنسية دولة القاضي، إلّا أنّ الفقه الحديث اختار الأخذ بمعيار الجنسية الفعلية حتّى ولو كانت إحدى هذه الجنسيّات هي جنسية دولة القاضي الذي طرح أمامه النّزاع²، ومن مبررات الأخذ بهذا المعيار أنّه يحقّق فوائد عمليّة أهمّها أنّه أوجد حلاًّ دوليّاً، بالإضافة إلى تحقيق العدالة وإعطاء الاختصاص إلى القانون الأكثر ملاءمة وصلة بالعلاقة³.

¹ سلطان عبد الله محمود الجوّاري، *منازعات الجنسية في ظلّ قانون الجنسية العراقيّة رقم (26) لسنة 2006*، مجلّة الرافدين للحقوق، العراق، المجلّد 15، العدد 53، السّنة 17، 2011، ص 34. المقال متوفّر على الرّابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 2020/10/28 على الساعة 23:45. <https://iasj.net/iasj/article/61198>

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 104. بختة زيدون، مرجع سابق، ص 70 و 234.

هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 397.

³ عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 73.

الاتّجاه الثالث/ فكرة الحل الوظيفي

فضّل جانب من الفقه الحديث الأخذ بفكرة الحلّ الوظيفي¹، مفاده تطبيق القانون الملائم دون التحيز لقانون القاضي الذي قد لا يكون مناسباً في جميع الحالات، كما أنّه يقوم على فكرة السيادة ومصلحة الدولة، ممّا يؤدّي إلى نفور متعدّدي الجنسيّة من اللّجوء إلى القضاء الجزائريّ إذا كانت قواعد القانون الجزائري غير عادلة وترجّح قانون القاضي بدون أيّ أساس عملي².

فالحلّ الوظيفي هو أسلوب مرّن لا يركّز على قواعد محدّدة مسبقاً، فالقاضي لا يكون مسيراً مسبقاً بحلّ عامّ وإنّما عليه أن ينظر إلى المسألة على أنّها مسألة أوليّة تابعة لمسألة أصليّة تثار من خلالها ويكون من الملائم حلّها على ضوء هذه الأخيرة من حيث طبيعتها والغاية منها³.

على الرّغم من أهميّة الطّرح الذي قدّمه الفقه فيما يخص معيار الجنسيّة الفعلية وفكرة الحلّ الوظيفي في تحديد القانون واجب التّطبيق في حالة الأشخاص متعدّدي الجنسيّة ومن بينهم جنسيّة دولة القاضي، فيبدو أنّ ترجيح جنسيّة دولة القاضي حسب ما

¹ سميّة كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدّوليّة الخاصّة، مرجع سابق، ص 279 و 280. مصطفى سالم عبد، حوراء قاسم فانوس، معيار الحلّ الوظيفي في إطار تعدد الجنسيّة، مجلّة العلوم القانونيّة، كليّة القانون، جامعة بغداد، عدد خاص لبحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات العليا، المجلّد 36، العدد 1، ديسمبر 2021، ص 386. المقال متوفّر على الرّابط التّالي، تاريخ الاطلاع 2022/09/10 على السّاعة: 00:35 <https://doi.org/10.35246/jols.v36i0.421>

² سميّة كمال، المرجع نفسه، ص 280.

³ أياد مطّش صيهود، محمّد جاسم محمّد، تعدد الجنسيّات دراسة تحليلية مقارنة، مجلّة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، المجلّد 6، العدد 3، 2014، ص 245. المقال متوفّر على الرّابط التّالي، تاريخ الاطلاع 2019/02/22 على السّاعة 23:45 <https://iasj.net/iasj/article/97366>

ذهب إليه المشرّع الجزائري، تعدّ الأفضل، إلّا في حالة ما يوجد خلاف ذلك في نصّ خاصّ أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر، ومن مبررات الأخذ بهذا الموقف أنّ النزاع المطروح على القاضي ثبت له الاختصاص القضائيّ للفصل في هذا النزاع، فتتّجه توقّعات الأطراف أولاً نحو ترجيح قانون القاضي وتفضيل رفع النزاع أمام القضاء الجزائري، وفي حالة اعتماد القاضي على فكرة الحلّ الوظيفي فستقود إلى النتيجة نفسها فالأسهل والأيسر على القاضي هو ترجيح قانونه. وعليه فإنّ ترجيح جنسيّة دولة القاضي تفرضها القواعد العامة التي لا تسمح للقانون العامّ الأجنبيّ أن يزاحم القانون العامّ الوطني¹.

الفرع الثاني/ القانون واجب التطبيق في حالة الأشخاص عديمي الجنسية

يجد القاضي صعوبة في إعمال القانون واجب التطبيق على الشّخص منعدم الجنسية، وعلى الرّغم من وضع بعض التشريعات حلولاً بديلة عن ضابط الجنسية كما فعل ذلك المشرّع الجزائري، غير أنّ القاضي قد يواجه الصّعوبات ذاتها التي سبق أن واجهها من جرّاء إعمال ضابط الجنسية، وقد عمل الفقه على تذليل هذه العقبات من خلال الاعتماد على معايير بديلة لحلّ مشكلة انعدام الجنسية، وفيما يلي عرض لمختلف هذه الآراء مع إبراز موقف المشرّع الجزائريّ، وقبل ذلك لا بدّ من الوقوف على المقصود بعديم الجنسية ومعرفة أسباب انتشار هذه الظّاهرة.

¹ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 87.

أولاً/ المقصود بعديم الجنسية

اهتمّ المجتمع الدوليّ بمعالجة مشكلة انعدام الجنسية، بل وأقرّ أبعد من ذلك وهو العمل من أجل تقادي الوقوع في هذه المشكلة. لكن على الرغم من الجهود الدوليّة المبذولة للحدّ من حالات انعدام الجنسية، من ذلك ما جاءت به الاتّفاقيّتان الدوليّتان الرّئيسيّتان اللّتان تعنيان بحلّ هذه المشكلة والتمثّلتان في: اتّفاقية نيويورك المبرمة في 28 سبتمبر 1954 المتعلّقة بوضع الأشخاص عديمي الجنسية¹، واتّفاقية 1961 بشأن خفض حالات انعدام الجنسية، إلّا أنّ العالم لا يخلو من ملايين الأفراد عديمي الجنسية والأشخاص غير المحدّدة جنسيّتهم قدّرت بنحو 4.4 مليون شخص عبر العالم في نهاية 2022، وذلك حسب آخر الإحصائيّات المقدّمة من طرف المفوضيّة الساميّة للأمم المتّحدة لشؤون اللاّجئين، حيث فُدّرت الزيادة بـ 90 800 شخصاً وذلك بالمقارنة بعام 2021².

¹ اتّفاقية نيويورك بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية، اعتمدها في 28 سبتمبر 1954 مؤتمر مفوضين دعا إلى عقده المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراره 526 ألف (د-17) المؤرخ في 26 أبريل 1954، تاريخ بدء نفاذها: 06 يونيو 1960 وفقاً لأحكام المادّة 39. النصّ الكامل للاتّفاقية متوفّر على الموقع الإلكترونيّ التّالي، تاريخ الاطّلاع 2019/07/11 على الساعة: 22:30 <https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/StatelessPersons.aspx>

² تقرير الاتّجاهات العالميّة للنزوح القسري لعام 2022، صادر عن المفوضيّة الساميّة للأمم المتّحدة لشؤون اللاّجئين، تمّ نشره في 16 جوان 2022، ص 43. التّقرير متوفّر بالّلغة الانجليزيّة على الرّابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 2023/09/28 على الساعة 11:00 <https://www.unhcr.org>

ويُقصد بعدم الجنسية كما جاء في المادة الأولى من اتفاقية 1961 بشأن خفض حالات انعدام الجنسية: "الشخص الذي لا تعتبره أية دولة مواطناً فيها بمقتضى تشريعها"¹.

ويشمل عديمو الجنسية الأشخاص الذين لم يحصلوا أبداً على جنسية، أو أنهم أشخاصاً غير محدّدة جنسيّتهم إمّا لأنّها مفقودة أو أنّها لم تكتمل²، أو أن تكون للشخص أكثر من جنسية ولم يتمكّن القاضي من تحديد الجنسية الفعلية من بينها³.

ثانياً/ أسباب ظاهرة انعدام الجنسية

يُرجع الفقه ظاهرة انعدام الجنسية إلى عدّة أسباب قد تكون معاصرة لميلاد الشخص أو لاحقة له⁴، ويمكن التّطرق إلى البعض منها:

- عَجْزُ القانون الدولي المعاصر عن وضع قيود لسلطة الدّولة وحدود في تنظيم

¹ اتفاقية بشأن خفض حالات انعدام الجنسية، اعتمدها في 30 أغسطس 1961 مؤتمر مفوضين انعقد عام 1959 ثم عام 1961 تطبيقاً لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (د-9) المؤرخ في 4 ديسمبر 1954، تاريخ بدء نفاذها: 13 ديسمبر 1975 وفقاً لأحكام المادة 18. النص الكامل للاتفاقية متوفّر بالموقع الإلكتروني، تاريخ زيارة الموقع 2019/07/11 على الساعة 23:00 <https://www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/convention-reduction-statelessness>

² كارول بانتشور وفيليب لوكرك، الجنسية وانعدامها: دليل البرلمانيين رقم 11-2005، نشر بواسطة الاتحاد البرلماني الدولي بالاشتراك مع المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين (UNHCR)، 2005، ص 42. الدليل متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع: 2019/10/01، على الساعة 00:30 <https://www.unhcr.org/ar/5358b8e86.html>

³ محمّد رسمي العمري، مرجع سابق، ص 149.

⁴ شادي جامع، مشكلة تنازع الجنسيات دراسة مقارنة في القانون الدولي والقانون السوري، مجلة جامعة تشرين، العلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، المجلد 38، العدد 2، 2016، ص 22. المقال متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2019/07/11 على الساعة 15:00 <http://journal.tishreen.edu.sy/index.php/econlaw/article/view/3134>

جنسيتها¹، وهو ما يعكسه الواقع المعيش، خصوصًا وأنّ العالم لا يخلو من ملايين الأشخاص عديمي الجنسية.

- تعارض التشريعات المتعلقة بالجنسية من دولة إلى أخرى²، وغياب روح التضامن بين الدّول وسيطرة الأنانية الوطنيّة، بحيث تفضّل كلّ دولة مصالحها على مصالح الدّول الأخرى³.

- توطّن ملايين الأشخاص في غير الدّول التي يحملون جنسيتها بسبب تغيّر الحدود السياسيّة للعديد من دول وسط أوروبا⁴.

- من أسباب انعدام الجنسية كذلك، تجنّس الفرد بجنسية دولة أجنبية قانونًا قد يُؤدّي إلى فقدان الزّوجة والأولاد القصر لجنسيتهم، ويتحقّق ذلك إذا كان قانون الدّولة التي اكتسب الزّوج جنسيتها لا يمنح الجنسية لزوجته وأولاده القصر في المقابل قانون دولتهم الأصليّة يفقدهم جنسيتهم بمجرد اكتساب الزّوج لجنسية دولة أخرى، كما يعدّ الزّواج المختلط من أسباب انعدام الجنسية، في الحالة التي تفقد فيه الزّوجة جنسيتها حسب قانون دولتها كأثر مباشر لهذا القانون، ولا يكسبها قانون الزّوج جنسيته⁵.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 122 و123.

² كارول باتشلور وفيليب لوكرك، مرجع سابق، ص 34.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 122 و123.

⁴ هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص 92.

⁵ شادي جامع، مرجع سابق، ص 22.

في الأخير فإنّ الشّخص عديم الجنسية لا يعدّ من الوطنيين، ومع ذلك مركزه يختلف عن غيره من الأجانب متعدّدي الجنسية، فصفة الأجنبيّ بالنسبة لعديم الجنسية صفة مُطلقة وليست نسبية فهو أجنبيّ عن جميع الدّول، لا يتمتّع بأيّ نظام قانونيّ دوليّ على عكس الأجنبي¹، كما أنّ عديم الجنسية يكون في وضعيّة مزريّة خاصّة منهم الأطفال الذين لا يتمتّعون بحماية أيّة دولة فهم في مرتبة أدنى من الأجنبيّ ومن ابن اللّاجئ السياسيّ، ففي حالة هذا الأخير أوجبّت اتفاقية حقوق الطّفل في مادتها 22 /ف1 وف2 على توفير الحماية اللّازمة لهم².

ثالثاً/ المعايير المعتمدة لحلّ مشكلة الشّخص عديم الجنسية

برزت عدّة معايير اعتمدها الفقه لحلّ مشكلة الشّخص عديم الجنسية، وهي معايير تقليديّة سرعان ما تعرّضت للنّقْد، وبرزت حلولاً أخرى نادى بها الفقه الحديث، وهو ما سيتمّ التّطرق إليه تباَعاً:

1. المعايير التقليديّة لحلّ مشكلة الشّخص عديم الجنسية:

أ- معيار استند إلى قانون جنسيّة الدّولة التي جرّد منها الشّخص بطريقة تعسفيّة، وآخر فضّل إعمال قانون جنسيّة الدّولة التي ولد فيها عديم الجنسية إذا عرف مكان ميلاده، وإلّا فيعتدّ بقانون الدّولة التي يقيم فيها وهنا تعرّض هذا الرّأي للنّقْد، كون واقعة الميلاد قد تكون عرضيّة ولا تظهر أيّة علاقة بين الشّخص والدّولة، واعتمد معيار آخر على قانون

¹ سلطان عبد الله محمود الجوّاري، مرجع سابق، ص 37.

² الطّيب زروتي، دراسات في القانون الدّولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 131.

القاضي كونه أكثر صلة بالنزاع المعروض عليه، بينما برز معيار آخر استند إلى إعمال قانون آخر جنسية كان يتمتع بها الشخص، في الحالة التي يكون فيها الانعدام لاحقاً على ميلاد الشخص، أمّا في حالة كان الانعدام معاصراً للميلاد فالعبرة بتطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة¹.

ب- إعمال ضابط الموطن ومحل الإقامة المعتاد: المعيار المرجح فقهيّاً وتشريعياً وقضائياً هو المعيار الذي اعتمد فيه على ضابطي الموطن ومحل الإقامة المعتاد، فحالة الأشخاص عديمي الجنسية تؤدي إلى العجز التام عن إعمال ضابط الجنسية ممّا دفع العديد من الفقهاء إلى التخلي عن هذا الضابط واعتماد ضابط الموطن بدلاً منه²، وإن تعذر معرفته يكون قانون دولة محل إقامته المعتاد هو القانون واجب التطبيق³، باعتبار أنّ الشخص الذي يتمتع بحماية دولة معينة له الحق كذلك في الخضوع إلى قانونها⁴، وهو الحل الذي كرّسته اتفاقية نيويورك لسنة 1954 المتعلقة بوضع الأشخاص عديمي الجنسية في مادتها 12/ف1، كما أخذت به العديد من التشريعات المقارنة⁵، واعتمده كذلك القضاء المغربي⁶، والقضاء المصري الذي على الرغم من السلطة التي منحها المشرع للقاضي في تحديد القانون واجب التطبيق في حالة انعدام الجنسية إلاّ أنّه قام

¹ شادي جامع، مرجع سابق، ص 26.

² هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص 92.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 138.

⁴ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 257.

⁵ المادة 25 ق م مصري، المادة 26 ق م أردني، الفصل 29 م ق د خ التونسية.

⁶ فارسي يعيش، مرجع سابق، ص 215.

بإعمال القانون المصري بوصفه قانون موطن القاصر مجهول الجنسيّة، وذلك في دعوى تعيين وليّ على النّفس على هذا القاصر¹.

إنّ الأخذ بمعيار الموطن أو محلّ الإقامة المعتاد هو موقف الفقه الرّاجح الذي فضّل إعمال معايير شبيهة بمعيار الجنسيّة الفعلية التي أخذ بها القضاء الدّولي لحلّ مشكلة متعدّد الجنسيّات²، مفاده معاملة عديم الجنسيّة على أنّه ينتمي إلى الدّولة التي يرتبط بها من النّاحية العمليّة أكثر من غيرها، والكشف عن مسألة الارتباط هي مسألة واقع يظهرها القاضي بحكم خبرته وظروف الواقع المحيطة بالشّخص³.

وعليه فإنّ الرّأي الرّاجح ذهب إلى الأخذ بالمنهج الواقعيّ في استخلاص القانون واجب التّطبيق أي البحث عن الانتماء الواقعيّ لعديم الجنسيّة، وذلك في ضوء استحالة تحديد انتماؤه القانوني عن طريق الجنسيّة وهو الحلّ ذاته المعتمد في تحديد القانون واجب التّطبيق على متعدّد الجنسيّات⁴، ممّا يساهم الأخذ بمعيار موحد لحلّ مشكلتي انعدام وتعدّد الجنسيّة في توحيد وتنسيق الحلول على مستوى القضاء⁵.

¹ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 183.

² حفيفة السيد الحدّاد وآخرون، القانون الدّولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 252 و253.

³ شادي جامع، مرجع سابق، ص 26.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 135.

⁵ حفيفة السيد الحدّاد وآخرون، القانون الدّولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 252 و253.

لكن يبقى الإشكال قائماً في فرضين:

الفرض الأول/ في حالة تعدّد الموطن الحلّ الذي اقترحه الفقه هو تطبيق قانون القاضي إذا كانت دولة القاضي من بين هذه المواطن، أو قانون دولة الموطن التي يرتبط بها الشّخص أكثر من غيرها¹. ويبدو أنّ هذه الفكرة شبيهة بفكرة الجنسية الفعلية التي تمّ الأخذ بها في حالة تعدّد الجنسيّات.

الفرض الثاني/ الحالة التي لا يكون فيها للشّخص عديم الجنسية لا موطن ولا محل إقامة معتاد ذهب الفقه الراجح إلى اعتماد قانون القاضي²، مبّرراً ذلك بأنّ لهذا الأخير اختصاص احتياطيّ عام في حلّ المنازعات ذات البعد الدّولي، وهو ما أقرّته بعض التشريعات المقارنة كالمشرّع التركي في المادّة 4/ف1 من القانون الدّولي الخاص والإجراءات³.

وتجدر الإشارة إلى أنّ اعتماد الضّوابط الاحتياطية لحلّ المسائل المتعلقة بعديم الجنسية والمتمثلة في الموطن أو محلّ الإقامة المعتاد أو قانون القاضي لا يكون على

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 138.

² المرجع نفسه، الموضع نفسه. وينظر: محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 113. موخذ إسعاد، مرجع سابق، ص 272. Khalil A. Sfeir, Op.cit, p 453

³ القانون رقم 5718 المؤرخ في 27 نوفمبر 2007 بشأن القانون الدّولي الخاص وقانون الإجراءات التركي (MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN)

Madde 4 devletler: "...a) Vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku, ...".

النّص الكامل للقانون منشور على الموقع الرّسمي للجريدة الرّسمية للجمهورية التركية، تاريخ الاطلاع 2020/09/30، على

<https://www.resmigazete.gov.tr>

السّاعة 00:32

سبيل الاختيار بل على سبيل التدرّج، وعليه لا يلجأ القاضي مثلاً إلى إعمال محلّ الإقامة مع وجود الموطن¹.

2. المعيار الحديث لحلّ مشكلة الشخص عديم الجنسيّة

أخذ الفقه الحديث بمعيار الحلّ الوظيفي لحلّ مشكلة انعدام الجنسيّة، وهو الحلّ ذاته الذي اعتمد لحلّ مشكلة تعدّد الجنسيّات، ويتمثل في عدم التقيد بمبدأ عامّ مسبق، وإنّما يأخذ بعين الاعتبار غاية قاعدة التنازع التي بدورها تحدّد القانون الأصلح سواءً قانون الموطن أم أيّ قانون آخر، ويذهب أنصار فكرة الحلّ الوظيفي في حالة تعدّد موطن عديم الجنسيّة إلى ترجيح أنسبها وأكثرها تحقيقاً لغاية قاعدة التنازع المخصّصة لكلّ مسألة².

لقي هذا المعيار انتقاداً، فعلى الرّغم من النّتائج المحقّقة في حلّ مشكلة انعدام الجنسيّة وحتىّ مشكلة تعدّد الجنسيّات، إلّا أنّها لم تلق رواجاً كافياً لدى التّشريعات، وذلك مردّه إلى أنّ فكرة الغاية من قاعدة التنازع فكرة مرنة ومتغيّرة ولا يمكن للمشرّع أن يضبطها بنصوص صريحة، ما يترك المجال مفتوحاً لسيطرة القضاة، وذلك لأنّ نظرتهم تختلف من نظام قانوني إلى آخر، وعليه تختلف معه الحلول من دولة إلى أخرى، كما لا يوجد ما يضمن تحقيق العدالة الواقعية من خلال الوصول إلى غاية المشرّع من قاعدة التنازع ووظيفتها³.

¹ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 74.

² فاطيمة موشعال، مرجع سابق، ص ص 378-380.

³ المرجع نفسه، ص 381.

أمّا بالنسبة لموقف المشرّع الجزائري، فقبل التّعديل الذي مسّ القانون المدني سنة 2005 كان المشرّع الجزائري يمنح القاضي سلطة تعيين القانون واجب التّطبيق في حالة الأشخاص عديمي الجنسية¹، وهي سلطة تقديرية واسعة للبحث عن القانون الأكثر ملاءمة لعديم الجنسية، إذ يعتبر هذا القانون الذي يرتبط به بروابط مادية وأكثر واقعية من غيره، كما يُستخلص ذلك من الظروف والملابسات المحيطة بعديم الجنسية².

ولكن بعد التّعديل تراجع المشرّع الجزائري عن هذا الحلّ وفصل الحلّ المعتمد لدى غالبية التشريعات المقارنة، وبالتالي يكون قانون الموطن أو محلّ الإقامة هو القانون واجب التّطبيق على الأشخاص عديمي الجنسية، وهذا طبقاً لنصّ المادة 22 / ف3 ق م والتي جاء فيها: "...وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محلّ الإقامة"، وهو الحكم ذاته الوارد في اتفاقية نيويورك لسنة 1954 المتعلقة بوضع الأشخاص عديمي الجنسية والتي انضمت إليها الجزائر سنة 1964³، وبالتالي جاء موقف المشرّع الجزائري منسجماً مع التزامات الجزائر الدولية⁴.

نخلص ممّا سبق، أنّ القانون واجب التّطبيق في حالة الأشخاص عديمي الجنسية يكون بالرجوع إلى ضابط الموطن أو محلّ الإقامة المعتاد، وهو رأي المشرّع الجزائري

¹ حرّرت المادة 22 / فقرة 3 ق م القديم أي قبل تعديله بموجب القانون رقم 05-10 كما يلي: "...في حالة انعدام الجنسية يعين القاضي القانون الواجب تطبيقه".

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 137.

³ مرسوم رقم 64-173 مؤرخ في 08 جوان 1964 يتعلّق بمشاركة الجمهوريّة الجزائريّة الديمقراطيّة الشعبيّة في الاتّفاقية الخاصّة بالقانون الأساسي لفاندي الجنسية، الموقّعة بنيويورك في 28 سبتمبر 1954، ج ر العدد 15، مؤرّخة في 17 جويلية 1964.

⁴ الطيّب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 258.

الذي جاء مسائرا للموقف الدولي وموقف الفقه الرّاجح، لكنّ الفقه الحديث ذهب خلاف ذلك وفضّل الأخذ بمعيار الحلّ الوظيفيّ الذي يراعي غاية المشرّع من وضع قاعدة التنازع.

المطلب الثاني/ القانون واجب التطبيق في حالة التنازع المتحرّك

يعدّ ضابط الإسناد الشّخصي من الضوابط المعوّل عليها أساساً في فضّ منازعات الولاية على القاصر في مجال العلاقات الدوليّة الخاصّة، ولما كان للشّخص الحرّيّة في تغيير هذا الضابط المتعلّق بالجنسيّة أو الموطن، كانت هناك إمكانيّة إثارة مشكلة التنازع المتحرّك، التي تعدّ من أصعب المسائل في مجال تنازع القوانين، وعليه اقتضت الضّرورة معالجة المشكلة من خلال التّطرق إلى مفهوم التنازع المتحرّك، خاصّة وأنّه يختلط ببعض المفاهيم الأخرى المشابهة (الفرع الأوّل)، ومن ثمّ التّطرق إلى الحلول التي قدّمها الفقه إلى جانب الحلول التي أقرّتها التّشريعات الوضعيّة للحدّ من هذه المشكلة (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل/ مفهوم التنازع المتحرّك

يكتسي مصطلح التنازع المتحرّك مفهوماً خاصاً في مجال تنازع القوانين، ما يميّزه عن غيره من المصطلحات المشابهة، ولا يكتمل هذا المفهوم إلّا بالوقوف على شروط قيام حالة التنازع المتحرّك، وهو ما سيتمّ التّطرق إليه تباعاً.

أولاً/ تعريف التّنازع المتحرّك وتمييزه عن غيره من المصطلحات المشابهة

1. تعريف التّنازع المتحرّك: يجب على القاضي الذي يفصل في منازعات العلاقات الدّوليّة الخاصّة أن يراعي عنصر الزّمن كغيرها من المنازعات، لما له من أثر كبير على الحلّ النهائي للنّزاع، إذا حدث تعاقب قانونين أو أكثر نتيجة لتغيير ضابط الإسناد لا لتغيير قاعدة التّنازع، وهو ما يُعرف بالتّنازع المتحرّك، هذا المصطلح الذي أطلقه بارتان عام 1930 في المجلّد الأول من مبادئ القانون الدّولي الخاص¹، كما أطلق عليه البعض مصطلح التّنازع المتغيّر²، وهو يختلف عن التّنازع الثّابت الذي يحدث في مرحلة إنشاء العلاقة التي توفّرت جميع عناصرها وتحدّد زمانها ومكانها، بينما يحدث التّنازع المتحرّك بشأن علاقة تغيّر بالنّسبة لها الزّمان والمكان بين إنشائها والتّمسك بها أو المنازعة فيها³. وعليه يُعرّف التّنازع المتحرّك بأنّه التّنازع الذي يحدث عندما يخضع وضع معيّن على التّوالي لنظامين قانونيين مختلفين بفعل تغيير ضابط الإسناد⁴.

وعرّفه جانب من الفقه بأنّه: "التّنازع القائم على تغيّر طرّاً على اعتبارات المكان والزّمان لظرف إسناد علاقة قانونيّة، أدّى إلى تراكم أكثر من قانون لحكم نزاع واحد، أحدها أقدم من حيث الزّمان هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يكون هذا التّنازع بين تشريعين صادرين عن مشرّعين مختلفين"⁵.

¹ Francois Rigaux, Marc Fallon, Droit international privé, Larcier, Belgique, 3^{ème} éd, 2005, p 213.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 226. عز الدّين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 94.

³ عز الدّين عبد الله، المرجع نفسه، ص 94 و95.

⁴ Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, Tome 1, p 401.

⁵ محمّد رسمي العمري، مرجع سابق، ص 151 و152.

وعرّفه آخر على أنّه: "حادث يؤثّر على فئة من قواعد الإسناد التي تستخدم ضابط إسناد متغيّر مثل الجنسية أو الإقامة المعتادة"¹.

وعليه فإنّ التّغيير الذي يحصل في ضابط الإسناد هو التّغيير الذي يحدث في العنصر الواقعيّ لهذا الضابط لا العنصر القانوني، مثال ذلك بالنسبة لضابط الجنسية يتمثّل العنصر الواقعيّ في تمتّع الشّخص بجنسيّة دولة معيّنة، أمّا العنصر القانونيّ فيتمثّل في الجنسية نفسها باعتبارها نظاماً قانونياً يفيد الانتماء إلى تلك الدّولة².

من خلال ما تقدّم من تعريفات، يمكن إبراز مجال التّنازع المتحرّك إذ يحدث في حالة تغيير ضابط الإسناد أو في حالة تبدّل السّيادة وما يترتّب عنها من آثار قانونيّة، ومن أبرز صور تبدّل السّيادة ظهور دول جديدة بسبب انفصال أقاليمها أو انتقال إقليم معيّن في دولة مستقلّة إلى سيادة دولة أخرى أو حدوث تقسيم للدّول³.

2. تمييز فكرة التّنازع المتحرّك عن غيرها من الأفكار المشابهة:

تختلّط فكرة التّنازع المتحرّك مع الحالة التي يتمتّع بها الشّخص بعدّة جنسيات، وتختلّط كذلك بفكرة الغشّ نحو القانون، وبالتّنازع الزمانيّ في القانون الداخلي.

¹ Francois Rigaux, Marc Fallon, op.cit, p 213.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 639.

³ محمّد بلاق، إشكالية التّنازع المتحرّك في العلاقات الدوليّة الخاصّة، مجلّة طبنة للدراسات العلميّة الأكاديميّة، المركز الجامعي بركة، الجزائر، المجلّد4، العدد03، 2021، ص 102. المقال متوفّر على الرابط التّالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/173100>

أ- تمييز التنازع المتحرّك عن متعدّد الجنسيّات: يختلط مفهوم التنازع المتحرّك بحالة الشّخص متعدّد الجنسيّات، فالفرق بينهما أنّه في حالة التنازع المتحرّك يكون للفرد جنسيّة معيّنة عند اكتساب الحقّ أو وقت نشوئه، لكنّه يتخلّى عن هذه الجنسيّة وقت المنازعة فيه، وهنا تتورّ إشكالية البحث عن القانون واجب التّطبيق بين إعمال القانون القديم أو القانون الجديد، في حين نجد أن الفرد متعدّد الجنسيّات يحمل جنسيتين مختلفتين أو أكثر في وقت إعمال ضابط الإسناد¹، وهنا يعمل القاضي على ترجيح إحدى الجنسيّات المتزاحمة.

ب- تمييز التنازع المتحرّك عن فكرة الغشّ نحو القانون: يجدر هنا التّمييز بين التنازع المتحرّك وفكرة الغشّ نحو القانون، فكلاهما يحدث نتيجة تغيير ضابط الإسناد، إلّا أنّ التّغيير الإرادي الذي يحدثه أطراف العلاقة أو أحدهم على مستوى ضابط الإسناد يكون لغاية غير مشروعة تتمثّل في التّهرب من أحكام القانون واجب التّطبيق أصلاً؛ أي أنّ التّغيير مقترن بسوء النّية ففي هذه الحالة لا تُثار مشكلة التنازع المتحرّك بل يتطلّب ذلك إعمال فكرة الدّفع بالغشّ نحو القانون، لاستبعاد القانون الذي ثبت له الاختصاص غشّاً وإرجاع قاعدة التنازع إلى مسارها الطّبيعي.

ج- تمييز التنازع المتحرّك عن التنازع الزماني في القانون الداخلي: يتشابه التنازع المتحرّك في العلاقات ذات البعد الدّولي مع التنازع الزماني في القانون الداخلي في أنّ

¹ فاطيمة موشعال ، مرجع سابق، ص 381.

كلاهما يحدث في مراحل متعاقبة من حياة الشخص، ويختلفان من ناحية أن التنازع المتحرّك يحدث بين قانونين أو أكثر صادرين عن سيادتين منفصلتين، بينما يحدث التنازع الزماني نتيجة تعاقب قانونين صادرين عن المشرّع نفسه أيّ أنّهما خاضعين للسيادة ذاتها¹.

ثانيا/ شروط قيام حالة التنازع المتحرّك

الشرط الأول: وجود فاصل زمني بين نشوء الوضع أو الحالة القانونية المشتبهة على عنصر أجنبيّ والمنازعة فيها أمام القضاء، أي وجود حالة قانونية مستمرة تسمح بتعاقب قانونين أو أكثر لحكم الرابطة نفسها أو العلاقة القانونية، فإذا حدث تغيير في ضابط الإسناد تبقى قاعدة التنازع ذاتها بدون تغيير وتنتقل الحالة القانونية من نطاق تطبيق قانون دولة معينة إلى نطاق تطبيق قانون دولة أخرى².

الشرط الثاني: يظهر التنازع المتحرّك في وجود ضابط إسناد قابل للتغيير³، وعليه لا يمكن أن يحدث هذا النوع من التنازع إذا كان ضابط الإسناد غير قابل للتغيير، وبما أنّ مسائل الولاية على القاصر تعتمد أساسا على ضابط قابل للتغيير سواءً أكان ضابط الجنسية أم الموطن فهي عرضة لإثارة مشكلة التنازع المتحرّك. وتجدر الإشارة إلى أنّ هناك من اعتبر الدّين من ضوابط الإسناد التي يثير تغييرها مشكلة التنازع المتحرّك⁴.

¹ محمّد رسمي العمري، مرجع سابق، ص 153.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 640.

³ Marie Christine Meyzeaud-Garoud, Droit International privé, BRÉAL, France, 2^{ème} éd, 2008, p 76.

⁴ محمّد بلاق، مرجع سابق، ص 102.

ولا يرجع في تقدير قابلية تغيير ضابط الإسناد إلى إرادة المشرّع الذي بإمكانه إجراء تغيير وتعديل في قواعد التّنازع في أية لحظة وأيًا كان ضابط الإسناد المعوّل عليه، بل يعود في هذا التّقدير إلى إرادة أطراف العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي؛ أي مدى قدرتهم على إجراء ذلك التّغيير كإكتساب جنسيّة جديدة، وأمّا الشرط الثالث فهو أن يؤدي تغيير ضابط الإسناد إلى تعاقب قانونين في حكم المسألة ذاتها محلّ النزاع¹.

الفرع الثاني/ الحلول الفقهيّة والتشريعيّة لحلّ مشكلة التّنازع المتحرّك

تعدّدت الحلول المقترحة لفضّ مشكلة التّنازع المتحرّك بين حُلُول فقهيّة تقليديّة وأخرى حديثة (أولاً)، إلى جانب هذه الحلول برزت حلول تشريعيّة ساهمت في الحدّ من مشكلة التّنازع المتحرّك (ثانياً).

أولاً/ الحلول الفقهيّة لحلّ مشكلة التّنازع المتحرّك

تضاربت آراء الفقهاء في وضع حلّ لمشكلة التّنازع المتحرّك، بين حلول اعتمدت على نظريّة احترام الحقوق والمراكز القانونيّة المكتسبة، وبين حلول ارتأت تطبيق القانون الذي يتماشى مع الهدف من قاعدة التّنازع، في حين فضّل جانب آخر من الفقه الأخذ بالأثر الفوريّ للقانون الجديد، وفيما يلي عرض لهذه الاتجاهات:

1. نظريّة احترام الحقوق والمراكز القانونيّة التي نشأت في مجال العلاقات

الدّوليّة: مفاد نظريّة احترام الحقوق والمراكز القانونيّة التي نشأت في مجال العلاقات

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 640 و641.

الدّولية أنّ ما نشأ من حقوق ومراكز قانونية في ظلّ قانون معيّن، الذي أشارت إليه قاعدة التّنّازع بمقتضى ضابط الإسناد، لا يؤثّر تغيير هذا الأخير على القانون واجب التّطبيق في مرحلة لاحقة¹، كما ظهرت عدّة آراء تبنت هذه النّظرية لكنّها اختلفت في الأساس الذي برّرت فيه موقفها للأخذ بها، وهو ما سيتمّ التّفصيل فيه تباعاً.

أ- فكرة الاحترام الدّولي للحقوق المكتسبة: اعتمد جانب من الفقه على حلّ مشكلة التّنّازع المتحرّك استناداً لمبدأ الاحترام الدّوليّ للحقوق المكتسبة، فيستمرّ إعمال القانون القديم الذي نشأت في ظلّه المراكز القانونيّة²، وبالتالي عدم المبالاة بالتّغيير الذي حدث في ضابط الإسناد، يؤدّي هذا إلى أنّ الوضع القانوني المتنازع عليه سيظلّ خاضعاً للقانون المعمول به وقت نشوئه، أي إزالة التّأثير المباشر للقانون الجديد³.

ويُعَدّ الفقيه بيليه (Pillet) من المدافعين عن هذا الاتّجاه⁴، الذي اعتبر أنّ مشكلة التّنّازع المتحرّك هي مشكلة قائمة بذاتها تختلف عن مشكلة تنازع القوانين⁵، وعليه اعتمد في حلّ التّنّازع المتحرّك على مبدأ الاحترام الدّوليّ للحقوق المكتسبة⁶، الذي لا يعتبره قاعدة من قواعد تنازع القوانين بل هو مبدأ قائم بذاته يعالج مشكلة قائمة بذاتها⁷. وعليه وبموجب هذا المبدأ فإنّ أيّ حقّ اكتسب على النّحو الواجب في دولة ما يجب أن تحترمه

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 643.

² الطّيب زروتي، القانون الدّولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 12.

³ Marie Christine Meyzeaud-Garoud, op.cit, p76.

⁴ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 227.

⁵ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 98.

⁶ Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, Tome 1, p 402.

⁷ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 98.

الدّول الأخرى¹، فهو لا يعترف للقانون الجديد بأيّ اختصاص، فتبقى العلاقة القانونيّة التي نشأت في ظلّ قانون معيّن خاضعة له في كلّ ما يتعلّق بالشّروط الموضوعيّة والشكليّة والآثار السّابقة والمستقبلية².

وحسب رأي الفقيه بيليه فإنّ هذا الحلّ فرضته حاجة المعاملات الدّوليّة³، وهو مبدأ أساسيّ لتنظيم العلاقات الدّوليّة بسبب ارتباطه بسيادة الدّول، فيعتبر رفض تطبيق القانون القديم الذي نشأ في ظلّه الحق على آثاره المستقبلية بسبب تغيير ضابط الإسناد إنكاراً لسيادة الدّولة الأجنبيّة⁴، ويستند هذا الرّأي إلى مبادئ القانون الدّوليّ العامّ التي تقرّض على الدّولة احترام سيادة الدّول الأخرى، ويعدّ من مظاهرها مبدأ احترام الحقوق المكتسبة التي نشأت في ظلّ هذه السيادة، لكنّ الفقيه بيليه أورد قيدين على فكرة الاحترام الدّولي للحقوق المكتسبة وهما⁵:

القيد الأول/ لا يمكن الاحتجاج بحق مكتسب في دولة أخرى إذا كان هذا الحق غير موجود أو مجهول في قانون هذه الدّولة.

القيد الثّاني/ لا يمكن الاحتجاج بحق مكتسب في دولة أخرى إذا كان مخالفاً للنّظام العامّ لهذه الدّولة، لكنّ هذا لا يمنع من إعمال الأثر المخفّف للنّظام العامّ.

¹ Marie Christine Meyzeaud-Garoud, op.cit, p 76.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 227.

³ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 98.

⁴ أعراب بلقاسم، القانون الدّولي الخاص...، مرجع سابق، ص 133.

⁵ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 62 و 98.

تعرض هذا الاتجاه إلى جُملة من الانتقادات، يمكن ذكر بعضها:

- فكرة الحق المكتسب فكرة ناقصة، لأنّ مفهوم الحق المكتسب غير ثابت بحدّ ذاته¹.
- على عكس ما ذهب إليه بيليه فإنّ احترام الحقوق المكتسبة لا يعدّ مشكلة منفصلة عن تنازع القوانين²، فلا نستطيع أن نقرّ بوجود حق مكتسب إلّا بعد معرفة القانون الذي يحكم وجوده، وهو العمل الذي تقوم به قواعد تنازع القوانين فهي تشير إلى القانون واجب التطبيق على العلاقة القانونيّة في مرحلة نشوء الحقّ أو في مرحلة التمسك به بعد اكتسابه³.

- اتّهم هذا الاتجاه بتجميد الوضع القانوني تحت تأثير القانون الذي نشأ فيه دون مراعاة للتطورات التي قد تحدث وتؤثر عليه⁴.

- منح هذا الاتجاه أهميّة كبيرة للسيادة⁵.

ب- فكرة استقرار العلاقات والمراكز القانونيّة: أخذ بهذه الفكرة الفقيه بارتان (Bartin)، إذ اعتمد هذا الأخير الحلّ نفسه الذي انتهجه بيليه (Pillet)، لكنّه في المقابل من ذلك، اختلف معه في الأساس الذي تقوم عليه نظرية الحق المكتسب⁶، فيقوم هذا الاتجاه على عدم وجود حلّ عام قادر على حلّ جميع القضايا المتعلقة بالتنازع المتحرّك، بل يجب

¹ موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 212.

² Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, Tome 1, p 402.

³ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 62.

⁴ Marie Christine Meyzeaud-Garoud, op.cit, p 77.

⁵ Marie Christine Meyzeaud-Garoud, ibid, p 77.

⁶ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 227.

البحث عن حلّ خاص للمشكلة المطروحة بسبب تغيير ضابط الإسناد¹، بحيث يتكفّل المشرّع الوطني بوضع حلّ لكلّ حالة على حده، يحدّد فيها القانون واجب التّطبيق على أساس الزّمان والمكان².

كما برّر استبعاد اختصاص القانون الجديد على أساس ما تتطلبه المراكز القانونيّة من استقرار في العلاقات الدّوليّة³، لا يكون هذا الاستقرار إلّا من خلال تحديد القانون المختصّ زماناً ومكاناً بحكم العلاقة محلّ النزاع، فتبقى خاضعة للقانون نفسه الذي نشأت في ظلّه إلى حين انقضائه، كما لا يعتدّ بالتّغيير الحاصل في ضابط الإسناد⁴.

ج- فكرة النّفاد الدّوليّ للحقوق: تعدّ فكرة النّفاد الدّوليّ للحقوق صياغة جديدة لمبدأ الاحترام الدّوليّ للحقوق المكتسبة، اعتمدها الفقيه الفرنسي نيبوييه (Niboyet) لحلّ مشكلة التّنازع المتحرك⁵، وأيده في ذلك الفقيه المصري الأستاذ عز الدين عبد الله⁶، ومضمون هذه الفكرة أنّه متى نشأ حقّ معيّن وفقاً للقانون المختصّ دولياً تمتّع بالنّفاد الدّوليّ، ويستعين في الوصول إلى هذه النّتيجة بتنازع القوانين الزّماني⁷.

¹ Marie Christine Meyzeaud-Garoud, op.cit, p 78.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 229.

³ أعراب بلقاسم، القانون الدّولي الخاص...، مرجع سابق، ص 133.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 645.

⁵ المرجع نفسه، ص 644.

⁶ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 109.

⁷ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 644.

وذهب نيبواييه إلى أنّ شرط النّفاذ الدّولي للحقّ ينطوي على عنصرين اثنين أحدهما دولي وآخر داخلي¹:

العنصر الدّولي يتعيّن الأخذ بقواعد التّنّازع في قانون الدّولة التي يُراد التمسك فيها بالنّفاذ الدّولي للحق، سواءً أكان تطبيق هذه القواعد تعقد الاختصاص التشريعي إلى قانون هذه الدّولة أم دولة أخرى. وتعرّض هذا الرّأي للنّقد وذهب خلاف ذلك من خلال قصر تطبيق هذه القواعد التي تعقد الاختصاص التشريعي إلى قانون الدّولة المراد التمسك فيها بالنّفاذ الدّولي للحقّ دون غيرها.

العنصر الداخلي يجب أن ينشأ الحقّ صحيحاً مستوفياً للشّروط اللاّزمة لوجوده حسب قاعدة التّنّازع المختصّة دولياً.

2. مراعاة هدف قاعدة التّنّازع: ذهب جانب من الفقه إلى القول إنّ حلّ التّنّازع المتحرّك يكمن في مراعاة هدف قاعدة التّنّازع والذي يكون من خلال توزيع الاختصاص بين القانونين المتعاقبين من الناحية الزّمنيّة والصادرين عن دولتين مختلفتين، فينظر هذا الاتّجاه إلى أنّ الحالة القانونيّة للفرد يجب أن تتمتع بقسط من الثّبات والاستقرار في الزّمان والمكان، فأيّ حقّ نشأ صحيحاً وفقاً للقانون الشّخصي المختص يبقى كذلك ولا يؤثّر في صحّته تغيير ضابط الإسناد²، مثال ذلك تغيير الأم لجنسيّتها الأصل أنّه لا يُفقدّها حقّها في حضانة أولادها القصر.

¹ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص ص 102-105.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 646.

3. تطبيق مبادئ القانون الداخلي الانتقالي: ذهب جانب من الفقه إلى القول إنّ

التّنازع المتحرّك ما هو إلّا تنازع قوانين من حيث الزّمان¹، وعليه يكون حلّ هذا التّنازع من خلال إعمال الأثر الفوريّ للقانون الجديد وعدم سريانه على الماضي، فيبقى الحقّ وجوده خاضعاً للقانون الذي نشأ في ظلّه، أمّا الآثار اللاحقة لتغيير ضابط الإسناد فتخضع للقانون الجديد²، هذا الأخير الذي انتقل إليه المركز القانوني ليُصبح خاضعاً له في المستقبل حتّى ولو ترتّب عن ذلك عدم احترام الحقوق التي اكتسبها في القانون القديم³، وعليه يقوم هذا الاتّجاه أساساً على إعمال القانون الجديد بأثر فوريّ بشكل يفضي إلى وحدة التشريع في الدّولة⁴.

أيّد جانب من الفقه هذا المنهج المتّبع في حلّ تنازع القوانين في الزّمان إلّا أنّه أضاف بعض الشّروط؛ وهي أنّ إعمال هذا المنهج يجب أن يتماشى مع الطّابع الدّوليّ للتّنازع المتحرّك؛ من خلال تطبيق القانون الجديد بأثر فوريّ على ما يترتّب من آثار للعلاقة القانونيّة من وقت ثبوت الاختصاص له بعد تغيير ضابط الإسناد، مع مراعاة إعمال فكرة القانون الأصلح لحكم المسألة محلّ النزاع التي تتماشى مع هدف قاعدة التّنازع ذاتها، وبالتالي يقع الاختيار على القانون الملائم لحكم المسألة محلّ النزاع بغضّ النّظر

¹ Marie Christine Meyzeaud-Garoud, op.cit, p77. Sandrine Clavel, op.cit, p 48.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 228.

³ الطّيب زروتي، القانون الدّولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 12.

⁴ محمّد بلاق، مرجع سابق، ص 112.

عن هذا القانون فقد يكون القانون الجديد أو السابق على تغيير ضابط الإسناد كما قد يكون قانون القاضي أو قانونًا أجنبيًا¹.

ولا مناص من القول بأنّ هذا الاتجاه لم يسلم من النّقد:

- كونه يُهمل الطابع الدّوليّ للتّنازع المتحرّك²، كما أنّ هناك اختلاف واضح بين التّنازعين لا يمكن إنكاره، فتنازع القوانين من حيث الزّمان يكون في حالة صدور قانونين متعاقبين صادرين عن المشرّع نفسه، حيث يلغي القانون الجديد القانون القديم³، أمّا عن التّنازع المتحرّك فالقانونين المتعاقبين صادرين عن مشرّعين مختلفين وكلاهما ساري المفعول في الدّولة التي صدر فيها، ويتنافسان على الاختصاص⁴.

- الاعتبار الذي قام عليه هذا الاتجاه هو وحدة التشريع فهو مفهوم غامض، خاصّة وأنّ القانونين المتعاقبين صادرين عن مشرّعين مختلفين⁵.

أيدّ جانب من الفقه نظرية الأثر المباشر للقانون في مجال حماية غير كاملي الأهليّة، بعيدا عن الاعتبارات التي تقوم عليها قواعد التّنازع الانتقالي ودون إنكار لها مبرّرا ذلك بأنّه منطقياً يجب أن يتنازل أحد القانونين إلى الآخر بهدف فضّ التّنازع، وهنا لا بدّ أن يتنازل القانون القديم ويترك المجال إلى القانون الجديد وعلى الرّغم من أنّ

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 649 و650.

² Marie Christine Meyzeaud-Garoud, op.cit, p 77.

³ Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, Tome 1, p 403.

⁴ Marie Christine Meyzeaud-Garoud, op.cit, p77.

⁵ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 649.

الرّابطة بين الجنسيّة الحديثة والفرد لا تزال هشّة إلاّ أنّها أصدق ارتباطاً بالفرد من علاقة قد انتهت¹.

ثانيا/ الحلول التشريعيّة لحلّ مشكلة التّنازع المتحرّك

لا يزال التّكوين النّظريّ لموضوع التّنازع المتحرّك ينقصه الدقّة والوضوح، فعلى الرّغم من الجهود المبذولة من طرف الفقه لوضع حلّ لمشكلة هذا النّوع من التّنازع إلاّ أنّها تعرّضت للنّقْد، انعكس ذلك على موقف التّشريعات من هذا الموضوع التي لم تحسم أمره فلم تعمل بنظرية فقهية معيّنة بل استعانت بعدّة معايير مختلفة².

ينظر بعض الفقه الفرنسي إلى أنّ مشكلة التّنازع المتحرّك إذا بدت للقاضي لحظة تطبيق قاعدة التّنازع، فإنّها في الواقع تعكس ثغرة في صياغة تلك القاعدة، الذي يتمثّل دورها في تحديد القانون واجب التّطبيق على مسألة قانونية، فإذا كان الضّابط المكانيّ المعتمد عرضة للتّغييرات مع مرور الوقت وبالتالي يؤدي إلى فشل في أداء وظيفته، فيجب أن نضيف إليه تحديدا زمنيا، وعلى منشئ قاعدة التّنازع أن يخصّص بشكل تلقائيّ لكل فئة من فئات مسائل القانون معيارا إسناديا مكانيا زمانيا، وهذا ما يفعله أحيانا³.

فقد اعتمدت التّشريعات العربيّة على ضابط الجنسيّة في تحديد القانون واجب التّطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، وحدّدت وقت الاعتداد بقانون الجنسيّة في بعض

¹ محمّد رسمي العمري، مرجع سابق، ص 159 و160.

² فاطيمة موشعال ، مرجع سابق، ص 390.

³ Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p178 et 179.

المسائل وسكنت عن تحديدها في مسائل أخرى¹، فلا يحدث التّنازع المتحرّك على الرّغم من استعمال المشرّع لضابط إسناد قابل للتّغيير لأنّه ثبتّه في الزّمان من خلال تحديد الوقت الذي يتمّ فيه إعماله لتحديد القانون واجب التّطبيق².

أمّا إذا افتقدت قاعدة التّنازع إلى الدقّة الزّمنية اللاّزمة يجب أن يواجهه القاضي التّنازع المتحرّك من خلال إكمال صيغة القاعدة موضّحاً العنصر الزّمنيّ الذي يبدو ملائماً لفئة معيّنة، والتّأكّد من أنّه يتلاءم مع المعيار المكانيّ المعتمد بالفعل في هذه الحالات³، ومثال ذلك أن المشرّع الجزائري سكّت عن تحديد وقت إعمال ضابط الجنسية في العديد من المسائل المتعلقة بالولاية على القاصر، وفي المقابل من ذلك هناك بعض المسائل التي يسهل على القاضي وقت تحديده من ذلك شرط الوليّ في عقد الزّواج، فيعتدّ بضابط الجنسية وقت انعقاد الزّواج ولا يتصوّر الاعتداد به في وقت لاحق.

من خلال ما سبق عرضه لمختلف الحلول التي قدّمها الفقه أو تلك الحلول التي اعتمدها بعض التّشريعات لتفادي الوقوع في مشكلة التّنازع المتحرّك، يمكن تأييد فكرة القانون الأصلح التي نادى بها الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة، وهي شبيهة بفكرة الحلّ الوظيفيّ الذي اعتمده الفقه الحديث في حلّ مشكلتي تعدّد الجنسيّة وانعدامها، حيث يراعي القاضي في ترجيح أحد القوانين المتعاقبة مصلحة القاصر.

¹ عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 75 و 76.

² أعراب بلقاسم، القانون الدّولي الخاص...، مرجع سابق، ص 132.

³ Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p179.

وانطلاقاً من ذلك، يمكن إرجاع مبررات العمل بهذا الحلّ إلى كونه يتماشى والهدف الذي وُضعت من أجله قاعدة التّنازع وهو إعمال القانون المناسب للعلاقة أو الوضع القانوني، كما ينسجم هذا الحلّ مع الطّبيعة الخاصّة لأحد أطراف العلاقة ألا وهو القاصر ليكون هناك تناسق بين الحلول التي وُضعت من أجله سواء أكان على مستوى التشريع الداخلي أم الدّولي، إذ تهدف جميعها إلى التّأكيد على حماية مصلحة القاصر بالدرجة الأولى والسّهر على تحقيق مصلحته الفضلى.

المبحث الثاني/ الصّعوبات التي تعترض القاضي المتعلقة بتفسير قاعدة التّنازع

تعترض القاضي عدّة صعوبات متعلّقة بتفسير قاعدة التّنازع، يحدث ذلك عندما يتمّ التوصل إلى تحديد القانون واجب التّطبيق على مسألة معيّنة، وفي هذا السّياق ينبغي على القاضي تفسير المقصود بهذا القانون، والذي ينتهي إلى تطبيق القواعد الموضوعيّة السّارية المفعول في القانون الأجنبي مباشرة، أو الرجوع إلى قاعدة التّنازع الأجنبيّة والأخذ بما تتضمّنه من أحكام وهو ما يعرف بالإحالة (المطلب الأوّل)، ومن الصّعوبات التي تعترض القاضي بعد تحديد القانون واجب التّطبيق على المسألة محلّ النزاع هو الإسناد إلى قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع، وانطلاقاً من هذا يمكن الإشارة إلى أهمّ الحلول التشريعيّة والفقهية، وهي النقاط التي يمكن تناولها بالتّفصيل مع إبراز موقف المشرّع الجزائري منها (المطلب الثاني).

المطلب الأول/ الإحالة في مجال تنازع القوانين

يتوصّل القاضي إلى القانون واجب التطبيق عن طريق إعمال قاعدة التّنازع الوطنيّة، التي قد تشير إلى تطبيق القواعد الموضوعيّة في قانون القاضي، كما أنّها قد تُحيل إلى تطبيق القانون الأجنبي؛ وفي هذه الحالة يُطرح إشكال يتعلّق بمقصود القانون الأجنبيّ الذي يتعيّن على القاضي الرّجوع إليه، هل يتمّ الرّجوع إلى القواعد الموضوعيّة مباشرة أو الرّجوع إلى قواعد التّنازع الأجنبيّة؟

تعرف هذه المشكلة بنظرية الإحالة التي تتسم بأهمية بالغة في مجال تنازع القوانين، وفي هذا الإطار يمكن التّطرق إلى مفهوم هذه النّظرية مع إبراز موقف المشرّع الجزائري منها (الفرع الأوّل)، ومن تمّ تناول موقف الفقه من الإحالة الذي عرف تطوّرًا ملموسًا، كما شهد اختلافًا كبيرًا خاصّة في مسائل الأحوال الشخصية والتي يندرج ضمنها موضوع الولاية على القاصر (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل/ مفهوم نظرية الإحالة في مجال تنازع القوانين وموقف المشرّع الجزائري منها

عالج المشرّع الجزائري مشكلة الإحالة بوجه عامّ، وبذلك فإنّ الحلّ الذي اعتمده يسري على جميع العلاقات المشتملة على عنصر أجنبيّ بما في ذلك مسائل الولاية على القاصر، وعليه يمكن توضيح موقف المشرّع الجزائري من الإحالة بوجه عامّ، وقبل ذلك لا بدّ في هذا المجال من الوقوف على المقصود بنظرية الإحالة في مجال تنازع القوانين.

أولاً/ مفهوم نظرية الإحالة في مجال تنازع القوانين

إنّ عملية تحديد مفهوم نظرية الإحالة في مجال تنازع القوانين تقتضي الإحاطة الشاملة لهذه النظرية من خلال القيام بتعريفها، وذلك بغية تمييزها عن الإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، وتحديد مجال إعمال الإحالة وبيان أنواعها.

1. تعريف نظرية الإحالة في مجال تنازع القوانين وتمييزها عن الإحالة في مجال

الاختصاص القضائي الدولي:

1.1. تعريف نظرية الإحالة في مجال تنازع القوانين: من التعريفات التي قدّمها

الفقه للإحالة في مجال تنازع القوانين هي: "تخلّي القانون المسند إليه بموجب قواعد إسناده، عن الاختصاص المسند إليه من قواعد إسناد قانون القاضي لحساب القانون الأخير أو لحساب قانون أجنبي آخر مع قبول هذا الأخير"¹.

وفي تعريف آخر يُقصد بها: "عدم قبول القانون الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد في النظر والفصل في النزاع وتحويله إلى قانون آخر يعترف باختصاصه وفقاً لقواعد الإسناد التابعة له"².

ما يلاحظ حول هذه التعريفات أنّها لم تعكس الآلية الحقيقية لنظرية الإحالة، لأنّ فكرة الإحالة حسب ما ذهب إليه الفقه الرّاجح تنطلق من القاضي الوطني حسب موقف مشرعه منها إمّا الأخذ بها أو رفضها، فمثلاً إذا أشارت قواعد تنازع القوانين في قانون

¹ عبد الرّسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 52.

² عامر محمّد الكسواني، مرجع سابق، ص 118.

القاضي إلى قبول الإحالة فإنّ القاضي الوطني سيتقيّد بذلك، ويرجع إلى قواعد التّنّازع في القانون الأجنبيّ بدل التّطبيق المباشر لقواعده الموضوعيّة، وهو ما لم تُترجمه التّعريفات السّابقة، فالحقيقة الواضحة في هذا الإطار هي أنّ القاضي الوطني الذي ينظر في التّزاع هو من يحدّد موقفه من الإحالة تبعاً لموقف مشرّعه منها، وعليه فإنّ قانون القاضي هو من يرفض أو يقبل فكرة الإحالة.

وبناءً على ما سبق ذكره، يمكن الأخذ بتعريف الأستاذ عز الدين عبد الله الذي اتّسم بالدّقة مقارنة بالتّعريفات السّابقة، حيث عرّف الإحالة على أنّها: "تلك الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد التّنّازع في القانون الأجنبي المختصّ بحكم العلاقة، بمقتضى قواعد الإسناد الوطنيّة متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التّنّازع بينهما سلبياً"¹.

2.1. التّمييز بين الإحالة في مجال تنّازع القوانين والإحالة في مجال الاختصاص

القضائيّ الدوليّ: تطرح مشكلة الإحالة في القانون الدوليّ الخاصّ في مجالين؛ مجال تنّازع القوانين ومجال الاختصاص القضائيّ الدوليّ وهناك من يثير الخلط بينهما، فمن ناحية التّسمية اختار بعض الفقهاء أن يطلق على الإحالة في مجال الاختصاص القضائيّ الدوليّ اسم الإحالة القضائيّة لتمييزها عن الإحالة في نطاق تنّازع القوانين،

¹ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 143 و144.

ويقصد بها: " تخلي المحكمة الوطنية عن النظر في الدّعى لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية"¹.

على عكس الإحالة في مجال تنازع القوانين لا تتخلى المحكمة الوطنية عن النّظر في النّزاع، بل تفصل فيه بالرجوع إلى قواعد التّنازع في القانون الأجنبيّ التي تتضمّن إحالة إمّا إلى قانون القاضي أو إلى قانون دولة أخرى.

2. مجال إعمال الإحالة وأنواعها:

1.2. مجال إعمال الإحالة:

- لا تظهر الإحالة إذا أشارت قاعدة التّنازع إلى اختصاص قانون القاضي نفسه، أو في حالة التّنازع الإيجابي عندما تقضي قاعدة التّنازع في كلّ من القانونين بالاختصاص التشريعي لقانونها²، فكما هو متّفق عليه فيها وقضاء يقوم كلّ قاض بتطبيق قانونه، وذلك بصرف النّظر عن القانون الأجنبيّ احتراماً لمبدأ سيادة القانون على إقليم الدولة³.

- لا تظهر الإحالة إذا كانت قواعد التّنازع متشابهة بين الدّول، وعليه فإنّ الدّول المتقاربة حضاريّاً لا تعرف مشكلة الإحالة⁴، مثال ذلك في مسائل الولاية على القاصر إذا تمّ الإسناد لقانون جنسيّة القاصر وكان كلّ من قانون القاضي والقانون الأجنبيّ يمنحان

¹ م. م هلو محمد صالح عبد الصّمد، *الإحالة القضائية في نطاق العلاقات الدوليّة الخاصّة*، مجلّة كلّية القانون للعلوم القانونيّة والسياسيّة، جامعة كركوك، العراق، المجلّد 4، العدد 1/12، 2015، ص 103 و112. المقال متوفّر على الرابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 2020/10/12 على الساعة 10:50 <https://www.iasj.net/iasj/article/100353>

² عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 84.

³ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 46.

⁴ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 71. عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 50 و51.

الاختصاص لقانون الجنسيّة، فلا تُثار مشكلة الإحالة خاصّة إذا كان القاصر يحمل جنسيّة واحدة.

وعليه فإنّه بمفهوم المخالفة تظهر الإحالة في حالة اختلاف قواعد التّنازع بين الدّول المختلفة. وفي هذه الحالة نجد أنّ قانون القاضي يمنح الاختصاص لقانون الجنسيّة، بينما يُعطي القانون الأجنبي الاختصاص لقانون الموطن، ووراء ذلك تُثار مشكلة الإحالة لأنّ الحل سيختلف تمامًا في الحالة التي يكون فيها قانون موطن القاصر غير قانون جنسيّته، أي أنّ الحالة التي تُثار فيها هي التّنازع السلبيّ، ويحدّث هذا الأمر عندما يتخلّى كلّ من قانون القاضي والقانون الأجنبيّ عن اختصاصه بحكم المسألة¹.

وعليه فإنّ التّنازع السلبي يحدث في حالة اختلاف قاعدة التّنازع في القانون الأجنبيّ عنها في قانون القاضي، حيث ترفض قاعدة التّنازع في القانون الأجنبيّ الاختصاص الذي أشارت إليه قاعدة التّنازع في قانون القاضي، وبالتالي لا يعقد الاختصاص لقانونها الموضوعي وتعهّد به إلى قانون آخر قد يكون قانون القاضي أو قانونًا أجنبيًا آخر².

2.2. أنواع الإحالة: تطرّق الفقه الرّاجح إلى نوعين من الإحالة وهما الإحالة من الدّرجة الأولى والإحالة من الدّرجة الثّانية، وأضاف جانب آخر من الفقه ثلاثة أنواع أخرى من الإحالة؛ تتمثّل في الإحالة الطّوليّة، الإحالة المزدوجة والإحالة المشروطة.

¹ أمّهي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 47.

² عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 85.

أ- الإحالة من الدرجة الأولى: ظهرت فكرة الإحالة لأول مرة في القضاء الإنجليزي عام 1841 وفي القضاء الألماني عام 1861¹، غير أنّ معالمها اتّضحت جيّداً عام 1878 في قرار صادر عن القضاء الفرنسيّ بصدّد قضية فورقو (Forgo)² التي تشكّل نموذجاً للإحالة من الدرجة الأولى³، مفادها أن يتخلّى القانون المُسند إليه عن الاختصاص لصالح قانون القاضي مع قبول هذا الأخير هذا الاختصاص، لهذا سمّي هذا النوع من الإحالة بالردّ⁴، أو الدائرية لأنّ الاختصاص دائر بين هذين القانونين⁵، أو كما أطلق عليه اسم الرجوع لأنّ الاختصاص يرجع من القانون المُسند إليه إلى قانون القاضي، ويعدّ هذا النوع من أكثر أنواع الإحالة شيوعاً وتطبيقاً⁶.

ب- الإحالة من الدرجة الثانية: الإحالة من الدرجة الثانية أو كما يُطلق عليها الإحالة المطلقة⁷، تحدّث عندما تتخلّى قاعدة التّنازع الأجنبيّة عن اختصاصها إلى قانون دولة ثالثة، ففي هذه الحالة يرجع القاضي الوطني إلى قواعد تنازع الدّولة الثالثة فإن اعترفت بهذا الاختصاص طبّقت أحكامها الموضوعيّة⁸، وإن لم تعترف به أحالت الاختصاص إلى إلى قانون دولة أخرى.

¹ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 47.

² لتفاصيل أكثر حول قضية فورقو (Forgo)، ينظر: Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p 158-159.

³ موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 195 و 196.

⁴ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 86.

⁵ عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 54.

⁶ عامر محمّد الكسواني، مرجع سابق، ص 121.

⁷ عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدّولي الخاص، دار الثّقافة العربية، القاهرة، د ط، 2015، ص 132.

⁸ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 69.

ومن هذا المنطلق فإنّ هذين الحلّين المتباينين راجع إلى موقف تشريعات وقضاء هذه الدّول من الإحالة بين التأييد والمعارضة، إذ يمكن أن يترتّب عن رفض الإحالة الاكتفاء بتطبيق القواعد الموضوعيّة المتضمّنة في القانون واجب التّطبيق، أمّا في حالة الأخذ بالإحالة فتُطبّق قواعد التّنازع في القانون الأجنبيّ المختص¹.

ج- الإحالة الطّويلة: يمكن أن تُحيل قواعد التّنازع في قانون الدّولة الثالثة الاختصاص إلى دولة رابعة، فنكون بصدد الإحالة من الدّرجة الثالثة ويُمْكِن أن تستمرّ الإحالات حتى تصل إلى القانون الذي تُشير فيه قواعد التّنازع إلى تطبيق أحكامه الموضوعيّة، وبذلك يمكن أن نكون أمام الإحالة ذات الدّرجات المتعدّدة واستمرار القاضي بعملية الإحالة راجع إلى موقفه منها بين الرّفص والقبول²، وقد أطلق على هذا النّوع من الإحالة اسم الإحالة الطّويلة³.

د- الإحالة المزدوجة: هناك من الفقه من أضاف نوعاً آخر من الإحالة أطلق عليه بنظام الإحالة المزدوجة، ويعود أصله إلى القانون الإنجليزي الذي اصطلح على تسميته "نظرية المحكمة الأجنبية"، حيث يسعى القاضي الإنجليزي لمعرفة موقف القاضي الأجنبيّ لو طرح عليه النّزاع، فيقبل القاضي الإنجليزي الإحالة من القانون الأجنبيّ إذا قبل القاضي الأجنبيّ بالذّات الإحالة من قبل القانون الإنجليزي⁴، لكنّ هذا الرّأي تعرّض للنّقد كونه

¹ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 72.

² أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 70 و 71.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 809.

⁴ موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 197 و 198.

مناف للواقع كما أنّه مرفوض خارج نطاق إنجلترا¹، على الرّغم من ذلك نجد لهذا النّظام تطبيق في المملكة المتّحدة عام 1930 وفي فرنسا عام 1938².

هـ- **الإحالة المشروطة:** تحدث الإحالة المشروطة عندما تقيد قاعدة التّنازع الوطنيّة الإشارة إلى قاعدة التّنازع الأجنبيّة بنصّ هذه الأخيرة على ضابط إسناد معيّن، إذا لم تستوفِ هذا الشرط يتمّ تطبيق القواعد الموضوعيّة الأجنبيّة المشار إليها في قاعدة التّنازع الوطنيّة، كما تُكرّس هذه الإحالة في الحلول التي تستهدف التّوفيق بين ضابط الجنسية وضابط الموطن في مسائل الأحوال الشخصيّة، وقد أظهر القانون الدوليّ الخاص البلجيكي العديد من الأمثلة التّوضيحية عن هذه الطريقة، فلا يتمّ تطبيق قاعدة التّنازع بالخارج إلّا إذا كانت تستجيب لنية محدّدة من قبل المشرّع الوطنيّ فيما يتعلّق بالقانون المختصّ، وذلك على خلاف الإحالة البسيطة التي لا تأخذ بعين الاعتبار مثل هذه السّياسة فيتمّ تطبيقها آلياً مهما كان محتوى قاعدة التّنازع الأجنبيّة³.

ثانياً/ موقف المشرّع الجزائري من الإحالة في مجال تنازع القوانين

لم يوضّح المشرّع الجزائري موقفه من الإحالة قبل تعديل القانون المدني سنة 2005، لكن بعد التّعديل استحدث المادّة 23 مكرر 1 ق م لملاّ هذا الفراغ القانوني، حيث جاء موقفه صريحاً برفض الإحالة من حيث المبدأ سواءً في مجال الأحوال الشخصية أم

¹ موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 197 و 198.

² Francois Rigaux, Marc Fallon, op.cit, p 230.

³ Francois Rigaux, Marc Fallon, Ibid, p 231.

في مجال المعاملات الماليّة، لكن استثناءً أعلن قبوله للإحالة من الدّرجة الأولى دون أن يقيدها بمجال معيّن¹.

وقد هدف المشرّع الجزائريّ من قبول الإحالة إلى حماية المصلحة الوطنيّة، فالقاضي الوطنيّ يرجع إلى قواعد التّنّازع في القانون الأجنبيّ المختصّ فإذا أحالت إلى قانون القاضي طبق هذا الأخير قانونه، أمّا إذا أحالت إلى قانون آخر فيتمّ تطبيق القواعد الموضوعيّة في القانون الأجنبيّ المختصّ وفقًا لقواعد التّنّازع الوطنيّة، ويبدو أنّ المشرّع الجزائريّ قد أراد التقليل من فرص تطبيق القانون الأجنبيّ، وإعطاء فرصة لتطبيق قانون القاضي لما له من امتيازات كتجنيب القاضي معاناة البحث عن مضمون القانون الأجنبيّ، كما أنّ القاضي يُفضّل تطبيق قانونه لاختصار الطّريق والعودة بالعلاقة إلى نطاق السّيادة الإقليميّة لقانون القاضي².

نصّت المادّة 23 مكرر 1 ق م على أنّه: "إذا تقرر أنّ قانونا أجنبيّا هو الواجب التّطبيق فلا تطبّق منه إلّا أحكامه الداخليّة دون تلك الخاصّة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنّه يطبّق القانون الجزائريّ إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبيّ المختصّ".

¹ عمر بلمامي، إشكاليّة الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونيّة والاقتصاديّة والسياسيّة، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلّد 45، العدد2، 2008، ص 350. المقال متوفّر على الرابط التّالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/97055>

² المرجع نفسه، ص 351 و352.

والمُلاحظ من خلال هذه المادّة أنّه في الفقرة الأولى أشار المشرّع الجزائري إلى رفضه للإحالة من الدّرجة الثّانية، وفي الفقرة الثّانية من المادّة نفسها أشار إلى قبوله الإحالة من الدّرجة الأولى، ووفقا لذلك انتقد جانب من الفقه صياغة المشرّع الجزائري لنصّ هذه المادّة لوجود تناقض ظاهر بين الفقرتين الأولى والثّانية، وذلك لغموض الصّيغة فجاءت غير واضحة من ناحية الشّكل¹، ونتيجة لذلك يتعيّن على المشرّع الجزائري إلغاء الفقرة الأولى والإبقاء على الفقرة الثّانية².

على العكس من ذلك ذهب بعض الفقهاء إلى القول بعدم وجود أيّ تناقض في صياغة نصّ المادّة أو صعوبة في التّطبيق تتطلّب تدخّل المشرّع لتعديلها³، وهناك من فضّل إعادة ترتيب فقرتي المادّة فتقدّم الفقرة الثّانية على الأولى، وذلك لأنّ فيها إلزام للقاضي بتطبيق القواعد الموضوعيّة في القانون الأجنبيّ مباشرة دون النّظر إلى قواعد تنازع القوانين⁴. لكن يبدو جليّاً أنّ التّرتيب الوارد في نصّ المادّة 23 مكرر 1 ق م هو ترتيب منطقيّ فكلّ قاعدة عامّة استثناء، انطلاقاً من العامّ إلى الخاصّ وليس العكس.

¹ عبد المالك الذّح، *الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة أم حل)*، مجلّة الحقوق والعلوم الإنسانيّة، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلّد 8، العدد 4، 2015، ص 154 و155. المقال متوفّر على الرابط التّالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/44569>

² أمينة مقدس، *الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري - دراسة تحليليّة مقارنة*، مجلّة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، المجلّد 6، العدد 2، 2020، ص 235 و244. المقال متوفّر على الرابط التّالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/138474>

³ كمال أيت منصور، *الإحالة من منظور قاعدة الإسناد الجزائريّة*، المجلّة الأكاديميّة للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، المجلّد 8، العدد 2، 2017، ص 17. المقال متوفّر على الرابط التّالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/40525>

⁴ أمّهي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين.... مرجع سابق، ص 56 و57.

في الأخير نشير إلى ملاحظة متعلّقة بنصّ المادّة 21 ق م والتي جاء فيها: "لا تسري أحكام الموادّ السابقة إلّا حيث لا يوجد نصّ على خلاف ذلك، في قانون خاصّ أو معاهدة دوليّة نافذة في الجزائر"، وجاءت المادّة 23 مكرر 1 المتعلّقة بالإحالة بعد هذه المادّة فلا تشملها أحكامها، وهنا يمكن اقتراح أن تكون المادّة 21 بعد نصّ المادّة 23 مكرر 1 وليس قبلها أو يفضّل إعادة صياغة المادّة 21 وحذف عبارة "أحكام المواد السابقة" واستبدالها بعبارة "أحكام تتنازع القوانين من حيث المكان" أو "أحكام هذا الفصل".

الفرع الثاني/ موقف الفقه من الإحالة في مسائل الولاية على القاصر

قبل التّطرّق إلى موقف الفقه من الإحالة في مسائل الولاية على القاصر، لا بدّ من عرض موقف الفقهاء من الإحالة بوجه عام، وهي مواقف متباينة بين مؤيّد ومعارض، بينما برز موقف وسط يُنادي بتطبيق فكرة الحلّ الوظيفي (أوّلاً)، أمّا عن الإحالة في مسائل الولاية على القاصر فلم يتناول الفقه هذا الموضوع بصورة خاصة، بل تطرّق إلى نظريّة الإحالة في مجال الأحوال الشّخصية وهي بدورها لم تختلف عن موقف الفقه من الإحالة بوجه عام، وسار على النّهج نفسه فظهرت ثلاثة اتّجاهات، اتّجاه مؤيّد لفكرة الإحالة واتّجاه معارض لها واتّجاه ثالث فضّل الأخذ بالنّسبية في تطبيق نظريّة الإحالة أو ما يُعرف بالحلّ الوظيفي لقاعدة التّنازع (ثانياً).

أولاً/ موقف الفقه من نظرية الإحالة بوجه عام

تباينت آراء الفقه بين مؤيد لهذه النظرية ومعارض لها، استند فيها كلّ فريق إلى عدّة مبرّرات.

الاتّجاه الأول/ قبول الإحالة

ينطلق هذا الاتّجاه من وظيفة قاعدة التّنازع التي تقتصر على إسناد النّزاع إلى القانون الأجنبيّ المختصّ دون النّظر إلى طبيعة هذا الإسناد؛ هل هو إسناد للقواعد الموضوعيّة أم هو إسناد إجماليّ أي للنّظام القانونيّ بأكمله؟¹

وقد اعتمد أنصار الأخذ بالإحالة على عدّة مبرّرات، يمكن إجمالها في النّقاط التّالية:

1. فكرة توحيد الحلول وتيسير تنفيذ الأحكام: الأخذ بالإحالة من شأنه تنسيق قواعد التّنازع فيما بين مختلف قوانين الدّول وتوحيد الحلول فيما بينها من خلال الاتّفاق على القانون واجب التّطبيق على النّزاع المعروف²، وهي حجة مستمدّة من الاعتبارات العمليّة، لأنّ الأخذ بالإحالة هو السّبيل الوحيد لضمان تنفيذ جميع الدّول للأحكام الصّادرة في مسائل القانون الدّولي الخاص³، ويرجع هذا الأمر إلى أنّ التّناسق في الحلول سيؤدّي إلى نتيجة ذات أهميّة بالغة على صعيد تنفيذ الأحكام الأجنبيّة، خاصّة وأنّ هناك بعض

¹ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 131.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 74.

³ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 135.

من الدّول تعترف بالحكم الأجنبيّ وتنفّذه إذا طبّق هذا الحكم القانون المشار إليه في قاعدة التّنّاز المعمول بها في قانون القاضي الذي طُلب منه تنفيذ الحكم الأجنبيّ ولا يتحقّق هذا الشرط إلّا إذا تمّ إعمال الإحالة¹.

2. فكرة الإسناد الإجمالي: تقوم هذه الفكرة على أنّ الأخذ بالإحالة تفرضه ضرورات قانونيّة، فـقانون كلّ دولة يتكوّن من نوعين من القواعد قواعد موضوعيّة وقواعد تنّاز القوانين، وهي تُشكّل في مجملها وحدة متكاملة يلزم العمل بها كما هي، فإذا أشارت قواعد التّنّاز الوطنيّة إلى اختصاص قانون أجنبيّ وجب الرجوع إلى جميع أحكام هذا القانون ولا يمكن تجزئته بالاختصار على تطبيق القواعد الموضوعيّة، بل من الصّورى الرجوع في الوقت نفسه إلى قواعد التّنّاز لذلك القانون².

وعليه يتعيّن على القاضي الوطني استناداً لفكرة الإسناد الإجمالي أن يبدأ بتطبيق قواعد التّنّاز المتضمّنة في القانون الأجنبيّ، هذا الأخير الذي أشارت إليه قاعدة التّنّاز الوطنيّة فإذا منحت هذه القواعد الاختصاص إلى القانون الأجنبي نفسه طبّقت قواعده الموضوعيّة، لكن إذا لم يكثرث القاضي الوطني بقواعد التّنّاز الأجنبيّة أي أنّه يقوم بإعمال القواعد الموضوعيّة الأجنبيّة على الرّغم من عدم إشارة قواعد التّنّاز في القانون الأجنبي باختصاصه يعدّ بمثابة إهدار لإرادة المشرّع الأجنبي³.

¹ حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص 154.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 73 و 74.

³ حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص 135.

فينطوي رفض الأخذ بالإحالة على تدخّل في وظيفة هذا المشرّع وفي الوقت ذاته ينطوي على اعتداء على السيادة التشريعية للدولة الأجنبية، وذلك على اعتبار أنّ مهمة تحديد مجال تطبيق القانون الأجنبيّ تسند إلى المشرّع الأجنبيّ ذاته لا إلى القاضي الوطني، فهو لا يسمح لأيّ هيئة بالتّدخل لتغيير أو تعديل هذا المجال، فلا تطبّق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبيّ إلّا إذا سمحت بذلك قواعد التّنازع فيه¹.

هناك من ينظر إلى الإحالة على أنّها تدور في حلقة مفرغة، ويعتبر تصوّرًا نظريًا، فالواقع يظهر التّطبيق الجيّد للإحالة في البلدان التي تأخذ بها، لأنّ آليتها تسمح في الكثير من الحالات باختصاص قانون معيّن، وفي حال الوقوع في طريق مسدود يلجأ القاضي إلى حلول فرعية معروفة في القانون الدولي الخاص، من ذلك اللّجوء إلى قانون القاضي لما له من اختصاص احتياطيّ عام².

وذهب الفقه المؤيّد للإحالة إلى القول بأنّ الإحالة من الدّرجة الأولى تتماشى مع المبادئ العامة السّائدة في مجال القانون الدولي الخاص، فهي تعبّر عن تغليب النّزعة الوطنيّة وتأكيدّها في حلّ تنازع القوانين، فالقاضي سيقوم بتطبيق قواعد قانونه التي سيكون على دراية كافية بها³.

¹ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 134.

² موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 201.

³ حفيظة السيّد الحّداد، مرجع سابق، ص 154.

الاتّجاه الثّاني/ رفض الإحالة

على عكس ما ذهب إليه الفقه المناصر للإحالة، فإنّ الفقه الرافض لها ينطلق من فكرة مفادها أنّه إذا أشارت قاعدة التّنازع الوطنيّة إلى تطبيق القانون الأجنبيّ المختص، فيقصد به تطبيق قواعده الموضوعيّة دون تلك الخاصّة بقواعد تنازع القوانين، وقد لاقت نظريّة الإحالة رفضاً شديداً من قبل الفقه، الذي استند في تبرير موقفه إلى الحجج التّالية:

أ- رد معارضو نظريّة الإحالة على حجة توحيد الحلول وتيسير تنفيذ الأحكام:

ردّ معارضو الإحالة على حجة أنصارها المتعلّقة بتوحيد الحلول نتيجة الاتّفاق على القانون نفسه واجب التّطبيق على العلاقة محلّ النزاع، بأنّ هذه النّتيجة لا تتحقّق في جميع الحالات، فهي لا تصحّ إلّا في الفرض الذي يرفض فيه القانون الأجنبيّ الأخذ بالإحالة، أي الأخذ بالإحالة من جانب واحد وهو دليل على عدم صلاحيّتها، فكيف ننصح بقبول الإحالة من جانب ونرفضه من الجانب الآخر؟¹

أمّا بالنّسبة لحجة تيسير تنفيذ الأحكام الأجنبيّة، يفترض فيه أن الحكم سيتمّ تنفيذه في دولة معيّنة ومعروفة مسبقاً؛ وهي الدّولة التي أشارت قاعدة التّنازع الوطنيّة باختصاصها، وهو أمر لا يتحقّق في الكثير من الفروض.²

¹ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 75.

² حفيظة السّيد الحّداد، مرجع سابق، ص 158.

ب- رد معارضو نظرية الإحالة على حجة فكرة الإسناد الإجمالي:

يُفُود الرّجوع إلى القانون الأجنبيّ بأكمله إلى حلقة مفرغة، أو كما أطلق عليه البعض بالحركة المكوكيّة بين قاضي الدّعى والقاضي الأجنبيّ دون إيجاد حلّ نهائيّ للنّزاع، فالرّجوع إلى قواعد التّنّازع في القانون الأجنبيّ قد تُحيل الاختصاص إلى قانون القاضي الذي يرجع إليه في مُجمله ليشمل بذلك قواعد التّنّازع، لكنّ قاعدة قانون القاضي قد رفضت من قبل الاختصاص وأسندته إلى القانون الأجنبي¹، هذا بالنّسبة للإحالة من الدّرجة الأولى، أمّا الإحالة من الدّرجة الثّانية فتمنح الاختصاص إلى دولة ثالثة وهذه الأخيرة قد تحيل إلى دولة رابعة وهكذا².

وانطلاقاً ممّا سبق تناوله؛ يمكن تصوّر استمرار عملية الإحالة، ولكن واقعيّاً فإنّ عوامل الرّبط محدودة العدد فأكثرها تقليديّاً وأوسعها انتشاراً يتمثّل في ضابط الجنسية والموطن، أمّا العوامل الأخرى فهي قليلة الاستعمال³.

ج- الإحالة متناقضة مع وظيفة قاعدة التّنّازع: تنحصر وظيفة قاعدة التّنّازع الوطنيّة في اختيار القانون الأكثر ملاءمة لحكم النّزاع المعروض على القاضي الوطني، وبالتالي لا شأن لها باختيار قاعدة التّنّازع الأكثر ملاءمة⁴، كما أنّ الإحالة تجهل المعنى الحقيقيّ لآلية قاعدة التّنّازع، فالقانون المختصّ في مسألة معيّنة تمّ تعيينه من قبل قاعدة التّنّازع

¹ موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 199 و200.

² حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص 157.

³ موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 197.

⁴ حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص 158.

الوطنية وليس من قبل قاعدة التّنازع الأجنبية، بينما تؤدّي الإحالة إلى استشارة قاعدتي تنازع بصدد النزاع نفسه وبصورة متناقضة، فالتخلّي عن تحديد القانون واجب التّطبيق من قانون القاضي إلى القانون الأجنبيّ فيه تخلّي عن السّيادة وهو ما يتعارض مع الصّفة الوطنية لقاعدة التّنازع¹.

فقاعدة التّنازع لها وظيفة سياسيّة تتمثّل في الفصل بين السيادات التّشريعيّة للدّول التي لها علاقة بالنزاع وفي تخلّي القاضي الوطني عن مهمّة تحديد القانون الأجنبيّ من قواعد التّنازع الوطنيّة إلى قواعد التّنازع الأجنبية إهدار لإرادة المشرّع الوطني، الذي يفصل في النزاع على ضوء ضرورات الحياة الدّوليّة والاعتبارات التي تتماشى مع سياسته التّشريعيّة والتي تؤكد تطبيق القواعد الموضوعيّة للقانون الأجنبي دون تلك المتعلّقة بقواعد تنازع القوانين².

وانتقد معارضو الإحالة على حجة مناصريها المتعلّقة بكون الإحالة من الدّرجة الأولى تستجيب للمبادئ العامّة في القانون الدّولي الخاص، فهذا الأخير لا يهدف إلى توسيع مجال تطبيق قانون القاضي بقدر ما يهدف إلى تعيين القانون الأكثر ملاءمة للنزاع ولا يهمّ إن كان قانوناً وطنياً أو قانوناً أجنبياً³.

¹ موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 199.

² حفيظة السيّد الحّداد، مرجع سابق، ص 155 و 156.

³ المرجع نفسه، ص 159.

الاتّجاه الثالث/ الإحالة وفكرة الحلّ الوظيفي

ظهر اتّجاه حديث يرفض موقف الفقه النّقليديّ من نظريّة الإحالة الذي تصدّى للمسألة، وذلك إمّا بالرّفص أو القبول، وأخذ يطالب بفكرة النّسبيّة في تطبيق نظريّة الإحالة والذي أطلق عليها فكرة الحلّ الوظيفي، وهي الفكرة ذاتها التي أخذ بها الفقه الحديث في حلّ إشكاليّة تعدّد وانعدام الجنسية.

ويرجع الفضل إلى الكاتب الألماني (Zitelmann) إلى جانب فقهاء ألمان آخرين في وضع بؤادر ظهور نظريّة احترام الغاية من قاعدة التّنازع عند قبول الإحالة أو رفضها، التي أصبحت أداة فنيّة ذات طابع وظيفي ووسيلة من وسائل السّياسة التّشريعيّة، يلجأ إليها المشرّع أو القاضي إذا تبين له أنّه من الأنسب استخدامها في مجال معيّن لتحقيق أهداف عديدة، ومن بين التّشريعات التي تأثّرت بهذه النّظرية القانون الدولي الخاص التّشيكّي، والقانون الدولي الخاص الألماني¹.

وقد عرّف جانب من الفقه فكرة الحلّ الوظيفي في مجال التّجارة الدوليّة والذي يمكن أن يقاس عليه في مجالات أخرى، حيث قصد بها: "محاولة التّوفيق في موقف التّشريعات من الإحالة بين قواعد الإسناد وغايتها المتمثّلة في تحقيق العدالة، ورعاية التّوقّعات

¹ حفيفة السّيد الحّداد، مرجع سابق، ص ص 171 - 174.

المشروعة للعلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبيّ، والوصول إلى الانسجام بين النّظم القانونية رعاية لمصالح التجارة الدّولية¹.

فكرة الحلّ الوظيفي تكمن في عدم تكريس حلّ عامّ ومجرّد يطبّق في جميع الحالات والفروض سواء أكان هذا الحلّ برفض الإحالة أم بقبولها²، أي عدم التّقيّد بحلّ عامّ مسبق، بل استنادا إلى الوظيفة التي يمكن أن تقوم بها الإحالة عن طريق ربطها بمسألة الغاية من قاعدة التّنازع ووظيفتها التي تؤدّيها³.

لهذا أطلق على هذه الفكرة بالحلّ الغائيّ لقواعد التّنازع لأنّ الحلّ سيكون من خلال الهدف المراد تحقيقه من وراء وضع قاعدة التّنازع الوطنيّة والتي تكون مختلفة بين التشريعات، فكلّ مشرّع يسعى إلى وضع قواعد التّنازع يهدف من خلالها إلى اختيار أنسب القوانين وأكثرها اتّصالا بالنّزاع، هذا ما يؤدّي بدوره إلى اختلاف الحلول، وتبعاً لذلك يجب التّسيق بين قواعد التّنازع الوطنيّة والأجنبيّة من خلال فكرة الإحالة الوظيفيّة فيتمّ الأخذ بها إذا كانت تحقّق الغاية منها ومناسبة لحلّ النّزاع وتحقّق العدالة المتوقّعة من الأفراد؛ أمّا إذا كانت عكس ذلك فتُرفض⁴.

¹ صالح مهدي كحيط، مفهوم الإحالة بين النسبية والإطلاق وأحكام الحل الوظيفي "دراسة مقارنة"، مجلّة أهل البيت، جامعة أهل البيت، العراق، المجلّد 1، العدد 18، ص 259. المقال متوفّر على الرّابط التّالي، تاريخ الاطلاع 2020/10/12 على الساعة 00:20 <https://www.iasj.net/iasj/article/154692>

² حفيظة السيّد الحّدّاد، مرجع سابق، ص 171.

³ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 109.

⁴ عبد المالك الدّح، مرجع سابق، ص 156.

ففي الإحالة من الدّرجة الأولى سيطبق القاضي النّظر في النّزاع قانونه، فيتجنّب بذلك جميع الصّعوبات التي يثيرها تطبيق القانون الأجنبيّ كما أنّه لا يخلّ بتوقّعات الأفراد المرتبطين بدولة القاضي، أمّا في إطار الإحالة من الدّرجة الثّانية فيمكن الأخذ بها إذا ساهمت في تخفيف وظيفة قاعدة التّنّازع من خلال تأمين التّناسق بين الأنظمة القانونيّة المتّصلة بالعلاقة، وتطبيق القانون الأكثر ارتباطاً بها¹.

ووجب الإشارة هنا إلى أنّ وضع كلّ مشروع لقواعد دون التّنسيق مع غيره من المشرّعين أمر وارد لعدم وجود هيئة عليا تعمل على التّنسيق بين تشريعات الدّول، ممّا يؤدّي إلى حدوث خلل في وظيفة قاعدة التّنّازع المتمثّلة أساساً في تطبيق أنسب القوانين لحكم المنازعة².

وفي هذا الصّدد، يتمّ الاعتماد على المنهج التحليليّ أساساً لتكريس هذه الفكرة من خلال تفسير الغاية من قاعدة التّنّازع، فيجب البحث عن الاعتبارات الكامنة وراء اختيار قاعدة التّنّازع لحكم مسألة معيّنة ومنها يستلهم الحلّ إما بقبول الإحالة أو رفضها³، ومن خصائص الإحالة وفقاً للحلّ الوظيفيّ هو تجنّب الوقوع في حلقة مفرغة فهي تساهم في إغلاق هذه الحلقة⁴.

¹ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 110 و111.

² عكاشة محمّد عبد العال، الإحالة في القانون الدولي الخاص، والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد (دراسة في القانون المقارن وقانون دولة الإمارات العربيّة المتّحدة)، مجلّة الشريعة والقانون، كليّة القانون، جامعة الإمارات العربيّة المتّحدة، العدد9، نوفمبر1995، ص 201.

³ المرجع نفسه، ص 200.

⁴ فاطيمة موشعال ، مرجع سابق، ص 408.

واتّساقا مع ما ورد سابقا من عرض لحجج أنصار الإحالة والرافضين لها وفكرة الحلّ الوظيفي لقاعدة التّنازع، يمكن الأخذ بالرأي الرافض للإحالة، ومبرّر ذلك أنّ قواعد تنازع القوانين إنّما وُضعت لمساعدة القاضي الوطني على حلّ التّزاعات الخاصّة بالعلاقات المشتملة على عنصر أجنبيّ، وبالتالي لا يوجد ما يبرّر الرّجوع إلى قواعد تنازع القوانين في الدّولة الأجنبيّة لأنّ فيه إهدار لوظيفة وهدف قاعدة التّنازع الوطنيّة، كما أنّ المشرّع الوطنيّ عند وضعه لقاعدة تنازع معيّنة لم يضعها عبثاً، فمثلا تعويله على ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشّخصيّة بدل ضابط الموطن قائم على عدّة اعتبارات. وبالنّسبة لإعمال الإحالة من الدّرجة الأولى فهناك عدّة فروض تمكّن القاضي من إعمال قانونه بدل الاستناد إلى نظريّة الإحالة، من بينها إعمال الدّفع بالنّظام العام، إعمال قانون القاضي في الأمور المستعجلة إلى غير ذلك من الحلول البديلة التي يمكن معها استبعاد اللّجوء إلى قواعد التّنازع الأجنبيّة التي قد لا تكون ملائمة في العديد من الفروض.

ثانيا/ موقف الفقه من الإحالة في مسائل الأحوال الشّخصيّة

تضاربت مواقف الفقه حول إمكانية إعمال الإحالة في مسائل الأحوال الشّخصيّة، وأعطتها طابعا خاصّا حيث ظهرت ثلاثة اتّجاهات.

1. الاتّجاه المؤيد لنظريّة الإحالة في مسائل الأحوال الشّخصيّة: تعدّ مسائل

الأحوال الشّخصيّة المجال الخصب الذي تعمل فيه الإحالة نظرا لاختلاف قواعد التّنازع

المتعلّقة بها بين الدّول¹، ومن آثار إعمال الإحالة من الدّرجة الأولى في هذا المجال خاصّة، هو حماية بعض المصالح الوطنيّة التي أولّاها المشرّع اهتماماً خاصّاً².

وقد اتّجه فريق من الفقهاء الألمان (الأستاذ فرانكشتين) إلى الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشّخصيّة للأجانب فقط³، مبرّره في ذلك أن قانون الجنسيّة هو أنسب القوانين لحكم مسائل الأحوال الشّخصيّة، لكن وجب التّمييز بين الوطنيّين والأجانب فالوطنيّين يخضعون لقانون الجنسيّة بالنّسبة لأحوالهم الشّخصيّة أينما وُجِدُوا، بينما الأجانب فالأصل خُضوعهم لقانونهم الوطنيّ (قانون الجنسيّة)، لكن إذا أشارت قواعد التّنّازع المتضمّنة في هذا القانون إحالة إلى قانون آخر كقانون الموطن فالإحالة تكون لازمة لأنّ المسألة لا تعني المشرّع الوطنيّ بقدر ما تعني المشرّع الأجنبيّ، وعليه فإنّ الأحوال الشّخصيّة للأجانب تخضع كأصل عام إلى قانون الجنسيّة وتخضع احتياطاً لقانون الموطن، كما أنّ الإحالة تكون جائزة من قانون الجنسيّة إلى قانون الموطن والعكس غير صحيح⁴.

انتقد هذا الرأي لأنّه منح الأولوية إلى قانون الجنسيّة بالنّسبة لمسائل الأحوال الشّخصيّة على الرّغم من أن التّشريعات تنقسم إلى تشريعات تأخذ بضابط الجنسيّة وأخرى تأخذ بضابط الموطن، كما أنّ تفضيل قانون الجنسيّة قائم على أسس عنصريّة⁵.

¹ عبد الرّسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 53.

² كمال أيت منصور، مرجع سابق، ص 19.

³ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 657.

⁴ حفيظة السّيد الحّدّاد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل تنّازع القوانين، مرجع سابق، ص 112.

⁵ المرجع نفسه، ص 113.

بالنسبة لموقف الفقه الجزائري، فقد ذهب الأستاذ علي علي سليمان إلى تفضيل الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى في مسائل الأحوال الشخصية، مبرّره في ذلك أنّ الجزائر مستوردة للأجانب وليست مصدرّة لسكانها، وكثير من هؤلاء الأجانب من أصل أنجلو أمريكي، أين تستند دولهم على ضابط الموطن في مسائل الأحوال الشخصية، وعليه فإنّ رفض الإحالة سيؤدّي إلى تطبيق قوانينهم الشخصية التي تُرهق القضاء الجزائري نظراً لتعدّدها، كما يضيق مجال تطبيق القانون الجزائري¹.

ردّا على الحُجج التي قدّمها الأستاذ علي علي سليمان، لا يمكن اعتبار الجزائر دولة مستوردة للأجانب فهي لا تعدّ كذلك مقارنة بالدول المستوردة حقيقة للأجانب، وبالنسبة لحجّة رفض الإحالة يؤدّي إلى تضيق مجال تطبيق القانون الجزائري فإنّ قاعدة التّنازع لا تهدف إلى ترجيح كفة القانون الوطنيّ بقدر ترجيحها للقانون الأكثر ملاءمة للتّنازع المعروف.

2. الاتجاه الرافض لنظرية الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية: أبدى الأستاذ

موحند إسعاد رأيه في مسألة الإحالة من الدرجة الأولى قبل التّعديل الذي طرأ على القانون المدني. حيث ذهب إلى استحالة الأخذ بالإحالة في الجزائر مادام أنّ قانون الأحوال الشخصية لم يتحوّل إلى قانون علمانيّ، فالقسم الأكبر منه هو قانون دينيّ وعليه يصعب تطبيق القانون الجزائري على أمريكي أو إنجليزي²، وهو ما أيّده الأستاذ بلقاسم أعراب لأنّ

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 55 و56.

² موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 208.

أحكام الأحوال الشخصية في معظم الدّول مستمّدة من ديانتها ويفضّل الأشخاص تطبيقها عليهم¹.

وعليه فإنّ الرأي الذي يرفض الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية يخضعها على سبيل الحصر إلى القانون الشخصي، وترفض الدّول التي تتعدّد فيها الشّرائع الأخذ بالإحالة في مجال الأحوال الشخصية بتعدّد الديانات دون أن تكون لها شريعة عامّة كلبنان، لاختلاف الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي في تلك الدّول عنها في القانون الأجنبيّ واجب التطبيق حيث يصعب من الناحية العمليّة قبول الإحالة من القانون الأجنبيّ إلى قانون القاضي²، فهذا الأخير لا يستطيع أن يعرف الطائفة التي يرتبط بها الأجنبيّ الذي يظهر في القانون الدّوليّ بانتمائه الوطنيّ لا الدّيني، فيتعدّر بذلك ربطه بأحد الحقوق الوضعيّة التابعة للقاضي الذي ينظر في النزاع³.

وعليه فإنّ الرأي الرافض للإحالة في مجال الأحوال الشخصية خاصّ بالدّول التي ترتبط فيها هذه الأحوال بالعقائد الدينيّة، والدّول متعدّدة الشّرائع الداخليّة المنظّمة لمواد الأحوال الشخصية تعدّدا طائفيّاً، لأنّ الأخذ بالإحالة يؤدّي إلى نتائج غير مقبولة

¹ أعراب بلقاسم، القانون الدّولي الخاص...، مرجع سابق، ص 110.

² فاطمة عيشوبة، *الإحالة في القانون الدّولي الخاص*، مجلّة البحوث في الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، المجلّد 1، العدد 02، 2015، ص 438 و 443. المقال متوفّر على الرابط التّالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/86426>

³ موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 208.

لاختلاف الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي والقانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد التنازع في قانون القاضي¹.

3. تكريس فكرة الحلّ الوظيفي للإحالة في مسائل الأحوال الشخصية: ذهب جانب من الفقه إلى الأخذ بفكرة الحلّ الوظيفي للإحالة إذا تعلّق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية، فالقانون واجب التطبيق عليها إمّا قانون موطن الشخص أو قانون جنسيته، ولا يوجد مبرر في هذا المجال لعدم الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى أو حتى الثانية، فإذا كانت الإحالة إلى قانون القاضي فتمّة اعتبارات تجعل من الأنسب تطبيق قانون الموطن بدل قانون الجنسية، لأنّ قانون الموطن غالباً ما يكون قانون القاضي الذي ينظر في النزاع وبالتالي يتحد الاختصاصين التشريعي والقضائي، وهنا يفضل القاضي تطبيق قانونه لاعتبارات الفاعلية والواقعية وعدم الأخذ بقانون الجنسية الذي يؤدي إلى تغليب اعتبارات أخرى غير مادية على اعتبارات التركيز الموضوعي التي يحققها قانون الموطن².

أمّا في مجال الأحوال الشخصية المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالمعتقدات الدينية، فإنّه إذا تبين للقاضي الناظر في النزاع أنّ الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى سيؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأفراد ويعطل الغاية المنتظرة من قاعدة التنازع، وجب عليه رفض الإحالة

¹ حفيظة السيد الحداد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 113. سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 658.

² عكاشة محمد عبد العال، الإحالة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 214 و215.

وتطبيق القواعد الموضوعية المتضمنة في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية، وهو الحل ذاته المتبع إذا كان القانون المحال إليه قانوناً طائفيًا متعدّدًا¹.

أمّا إذا كان قانون الموطن المحال إليه لا يقبل الاختصاص أي الإحالة من الدرجة الثانية وأحال مرة أخرى إلى قانون الجنسية والذي يطلق عليه بالإحالة في حالة الرجوع إلى الوراء، وجب تطبيق القانون الذي عيّنته قاعدة التنازع الوطنية في البداية².

من خلال ما تقدّم من حلول، يمكن تأييد الفقه الرافض لنظرية الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية للاعتبارات ذاتها التي استندوا إليها، وبالتالي رفض الإحالة في مسائل الولاية على القاصر.

المطلب الثاني/ الإسناد إلى قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع

قد يتوصّل القاضي إلى حلّ لفصّ مشكلة تنازع القوانين في مختلف مسائل الولاية على القاصر، من خلال إعمال قاعدة التنازع الوطنية التي قد تشير إلى اختصاص قانون أجنبي، وفي هذه الحالة يمكن التمييز بين فرضين إذا كان القانون الأجنبي المختص هو قانون دولة ذات نظام قانوني موحد³، فلا تثير أية إشكالية، أمّا إذا كان القانون المختص هو قانون دولة متعدّدة الشرائع تعدّدا داخليًا سواء أكان التعدّد إقليميًا أم شخصيًا فالقاضي سيواجه صعوبة في تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق من بين تلك الشرائع، وقد

¹ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 110.

² المرجع نفسه، ص 116.

³ يقصد بالنظام القانوني الموحد ذلك النظام الذي يتضمّن قواعد قانونية تسري على كامل إقليم الدولة، وعلى جميع رعاياها دون تفرقة بينهم بسبب الدين أو الجنس. مجد الدين خربوط، مرجع سابق، ص 118.

حسم المشرّع الجزائري هذه المسألة عن طريق ما يسمى بقاعدة التفويض وهذا على غرار ما ذهبت إليه العديد من التشريعات المقارنة، وبناءً على ذلك وجب التّطرق إلى آلية حلّ التّنازع الدّاخليّ للدولة متعدّدة الشرائع عن طريق قاعدة التّفويض (الفرع الأوّل)، ومن ثمّ تناول الحلّ المعتمد في حالة استحالة إعمال قاعدة التّفويض (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل/ قاعدة التّفويض كآلية لفض التّنازع الدّاخلي

إن مسألة تحديد الشريعة الدّاخلية الواجبة التّطبيق لدولة متعدّدة الشرائع من المسائل التي أثارت جدلاً واسعاً في فقه القانون الدولي، خاصّة وأنّ المجتمع الدولي يسعى جاهداً من أجل حماية الحقوق الدّينية والعرقية في العالم، من خلال وضع نظم تحفظ هويّتها الخاصّة وهو ما يعكس التعدّد الشّراعي في العديد من دول العالم¹، وهذا التعدّد قد يكون تعدّداً إقليميّاً؛ فتتعدّد الشرائع في تلك الدولة بتعدّد أقاليمها فلكلّ إقليم شريعته الخاصّة كما هو الحال في الولايات المتّحدة الأمريكيّة وسويسرا وكندا، كما قد يكون التعدّد شخصيّاً فتسري كلّ شريعة على طائفة معيّنة من الأشخاص بحسب ديانتهم أو مذاهبهم خاصّة في مسائل الأحوال الشّخصيّة كما هو الحال في مصر ولبنان.

وهنا يُطرح سؤال مفاده كيف يتسنّى للقاضي أن يعيّن الشريعة الدّاخلية الواجبة

التّطبيق من بين الشرائع المتعدّدة؟ أجاب الفقه والتّشريع عن هذا السؤال من خلال إبراز

¹ ختام عبد الحسن شنان، *الإسناد إلى قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع*، مجلّة الكليّة الإسلاميّة الجامعة، النجف، العراق،

العدد 18، 2012، ص 533. المقال متوفّر على الرابط التّالي، تاريخ الاطلاع 2020/10/15 على السّاعة 23:00

<https://www.iasj.net/iasj/article/75386>

دور آلية التفويض، وعليه سأتناول المقصود بهذه الآلية (أولاً)، وتمييزها عن غيرها من الآليات المشابهة (ثانياً)، مع تحديد مجال أعمالها (ثالثاً)، وإبراز موقف المشرع الجزائري منها (رابعاً).

أولاً/ المقصود بآلية التفويض

ترتبط مسألة تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق من بين الشرائع المتعددة أساساً بتفسير قاعدة التنازع الوطنية، فيفترض على القاضي الوطني تحديد المقصود بلفظ القانون الأجنبي عندما يؤول الاختصاص إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع وقد قدّم الفقه والقضاء والعديد من التشريعات العربية إجابة واضحة لهذا الإشكال بالاعتماد على آلية التفويض أو الحل¹، وسميت كذلك لأنه سيتم تفويض القانون المختص الذي عينته قاعدة التنازع الوطنية من أجل تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق²، كما أطلق البعض على هذه الآلية اسم الإحالة الداخلية لتمييزها عن الإحالة الدولية³.

ويعود مبرر اللجوء إلى آلية التفويض إلى عجز قواعد التنازع في دولة القاضي عن تحديد الشريعة واجبة التطبيق، فتكون بذلك آلية التفويض وسيلة تمكّن القاضي من الاستدلال عليها من خلال قواعد الإسناد الداخلية في القانون الأجنبي⁴، عن طريق تركيز

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 669.

² المرجع نفسه، ص 670.

³ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 76.

⁴ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 61.

الاختصاص في أحد الشرائع المتعددة تعدّدا إقليميًا أو شخصيًا¹، وعليه سيتمّ إعمال قواعد الإسناد الداخليّة في القانون الأجنبيّ المختصّ، وعلى سبيل المثال لا الحصر، تقضي قواعد الإسناد الداخليّة في مصر بتطبيق الشريعة الإسلاميّة على زواج المسلمين، وعلى زواج غير المسلمين إذا اختلفوا في المذهب أو الملة، أمّا في حالة اتّحاد ملة الزوجين فتطبّق شريعتهم المشتركة².

ثانيا/ تمييز آلية التفويض عن الإحالة

هناك من يعتبر التفويض صورة خاصّة من الإحالة إلّا أنّهما يختلفان اختلافا جوهريًا³، هذا ما دفع بعض الفقه إلى انتقاد مصطلحي التفويض والإحالة الصّوريّة لأنّ مراعاة القاضي لما تتضمّنه قواعد التّنّازع الداخلي في الدّولة متعدّدة الشرائع لا يعدّ من قبيل الإحالة، ففي إعمال هذه الأخيرة يثبت الاختصاص لقانون دولة أجنبيّة ثم يتخلّى هذا الأخير عن الاختصاص المسند إليه لمصلحة قانون القاضي أو قانون دولة أخرى⁴، أمّا في حالة التفويض فالقانون واجب التطبيق لا يتخلّى عن اختصاصه لصالح دولة أخرى بل يركّزه في شريعة معيّنة من بين الشرائع الداخليّة المتعدّدة بالرجوع إلى قواعد التّنّازع الداخليّة في هذا القانون⁵.

¹ عبد الرّسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 61 و 62.

² حفيظة السّيد الحدّاد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 293.

³ عامر محمّد الكسواني، مرجع سابق، ص 129.

⁴ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج 2، ص 184 و 185.

⁵ حفيظة السّيد الحدّاد، مرجع سابق، ص 219. عامر محمّد الكسواني، مرجع سابق، ص 129.

ثالثاً/ مجال إعمال قاعدة التفويض

يتمّ تحديد مجال إعمال قاعدة التفويض بالنسبة لمسألتين، الأولى بالنسبة لصور التعدّد الشرائعي في الدولة الواجب تطبيق قانونها، والمسألة الثانية بالنسبة لضوابط الإسناد المبنية عليها قاعدة التنازع في قانون القاضي.

1. مجال إعمال قاعدة التفويض بالنسبة لصور التعدّد: ذهب الفقه الرّاجح إلى إعمال قاعدة التفويض مهما كانت صورة التعدّد، لأنّ الدولة متعدّدة الشرائع تكون في مجملها قانون هذه الدولة سواء أكان التعدّد شخصياً أم إقليمياً¹، وعلى العكس من ذلك اقتصر الفقه الإيطالي على إعمال قاعدة التفويض في حالة التعدّد الإقليمي دون التعدّد الطائفي²، فإذا أشارت قاعدة التنازع الوطنيّة إلى اختصاص قانون دولة متعدّدة الشرائع إقليمياً، في هذه الحالة فقط يتمّ تفويض قواعد الإسناد الداخليّة التي يتضمّنها هذا القانون من أجل تعيين التشريع الداخلي واجب التطبيق³.

2. مجال إعمال قاعدة التفويض بالنسبة لضوابط الإسناد: لتحديد مجال إعمال قاعدة التفويض بالنسبة لضوابط الإسناد وجب التمييز بين اتّجاهين؛ اتّجاه يعتبر القاضي غير ملزم بقواعد الإسناد الداخليّة في القانون الأجنبيّ المختص، وهنا يختلف مجال إعمال قاعدة التفويض تبعاً لطبيعة ضابط الإسناد، بينما ذهب اتّجاه آخر إلى إلزام القاضي

¹ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 80. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 186.

² حفيظة السيد الحدّاد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 121.

³ سلطان عبد الله محمود البجاري، مرجع سابق، ص 77.

بإعمال قواعد الإسناد الداخليّة في القانون الأجنبيّ المختصّ مهما كانت ضوابط الإسناد المعمول عليها، وفيما يلي عرض لهذين الاتجاهين.

الاتّجاه الأول/ القاضي غير ملزم بقواعد الإسناد الداخليّة في القانون الأجنبيّ المختصّ

ذهب قلة من الفقه إلى القول إنّه على الرّغم من وجود قواعد إسناد داخليّة في القانون الأجنبيّ واجب التّطبيق إلّا أنّ القاضي غير ملزم بإعمال تلك القواعد، لأنّ في ذلك انصياع القاضي الوطني لإرادة المشرّع الأجنبيّ وفي حالة اختلاف ضابط الإسناد الذي بُنيت عليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي عن ضابط الإسناد في القانون الأجنبيّ يؤدّي إلى تفويت غرض المشرّع الوطني من الإسناد، كما أنّ فيه تقيّد بالتّكليفات المقرّرة في القانون الأجنبيّ التي قد تختلف عن التّكليفات المقرّرة وفقا لقانون القاضي¹.

أضاف أصحاب هذا الاتّجاه ثلاثة فروض وفقاً لنوع الضّابط الذي بُنيت عليه قاعدة

الإسناد:

- إذا كان من الممكن تركيز ضابط الإسناد في قانون القاضي تركيزاً مكانياً كأن يكون الضّابط هو موطن الشخص، فيتم فضّ التّنازع بمراعاة هذا الضّابط دون التّقيّد بإعمال قواعد الإسناد الداخليّة في القانون الأجنبيّ واجب التّطبيق²، فالضّابط المكانيّ له الكفاية الذاتية في حصر الاختصاص في أحد الشّرائع في القانون واجب التّطبيق³.

¹ الطيّب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 87. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج 2، ص 187.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 81. ختام عبد الحسن شنان، مرجع سابق، ص 541.

³ عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 65.

- إذا تعدّر تركيز ضابط الإسناد مكانياً؛ كأن يكون الضابط هو إرادة الأشخاص بحيث اختار المتعاقدان قانون دولة متعدّدة الشرائع تضمّ قواعد إسناد داخلية تشير إلى الشريعة واجبة التطبيق من بين الشرائع المتعدّدة ففي هذه الحالة وجب التقيّد بهذه القواعد¹، أمّا في الحالة التي يختار فيها الأشخاص قانوناً لا يضمّ قواعد مشتركة للإسناد الداخلي يجب الرجوع إلى قانون القاضي لتعيين قانون الإرادة عندما لا يكشف المتعاقدان عن إرادتهما².

- إذا كان ضابط الإسناد هو الجنسية فالقاضي يكون ملزماً بالرجوع إلى قواعد الإسناد الداخلية في القانون الأجنبي، لعدم الكفاية الذاتية لضابط الجنسية في تركيز وحصر الاختصاص في شريعة معينة، فمهمة ضابط الجنسية هو الإسناد الإجمالي للاختصاص بينما تعمل قواعد الإسناد الداخلية في القانون المختصّ بتركيز الاختصاص في أحد الشرائع³.

ومن الحلول التي قدّمها الفقه تطبيق شريعة عاصمة الدولة المركّبة، في حين ذهب البعض الآخر إلى ضرورة اللجوء إلى قاعدة إسناد احتياطية يكون ضابطها بالنسبة للدول المتعدّدة تعدّداً إقليمياً في دولة متّحدة هو الرّعية المحليّة، وفي حالة التعدّد الإقليمي في دولة بسيطة يعتمد على ضابط الموطن فمحلّ الإقامة، وعند عدمهما يلجأ إلى أعمال مكان ميلاد الشخص، وكحلّ احتياطيّ أخير في حالة انتفاء كلّ هذه الضوابط يتمّ أعمال

¹ ختام عبد الحسن شنان، مرجع سابق، ص 542.

² عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 188.

³ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 81. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 63.

قانون القاضي، أمّا إذا كان التعدّد شخصيًا فيعتمد على انتماء الشّخص إلى دين أو أصل معيّن¹.

وفي الأخير هناك من طالب بوضع نظريّات فقهية تؤيّد إعمال فكرة الحلّ الوظيفيّ لحلّ التّنازع بين قوانين أقاليم داخلية أو شرائع تنتمي للسيادة ذاتها، مادام أن هذا الحلّ مقبول في حالة التّنازع بين قوانين دول مختلفة السيادة².

الاتّجاه الثّاني/ القاضي ملزم بإعمال قواعد الإسناد الدّاخلية في القانون الأجنبي المختص

ذهب الفقه الرّاجح إلى إعمال قواعد الإسناد الدّاخلية التي تضمّنها القانون الأجنبيّ واجب التّطبيق بشكل إلزاميّ ومطلق؛ أي سواء أكان الإسناد إلى دولة متعدّدة الشّرائع تعدّدا إقليميًا أم شخصيًا³، وحتى ولو كان هناك اختلاف في ضوابط الإسناد في قانون القاضي عنها في القانون الأجنبيّ، ولا يعدّ إعمال تلك القواعد من قبيل الانصياع لإرادة المشرّع الأجنبيّ، بل على العكس من ذلك فالقاضي يطبّق قواعد الإسناد الدّاخلية في القانون الأجنبيّ بأمر من المشرّع الوطني، أمّا عن مسألة اختلاف التّكليفات بين القانونين الوطني والأجنبي فإن التّكليف الذي يخضع إلى قانون القاضي هو التّكليف الأولي والذي

¹ ختام عبد الحسن شنان، مرجع سابق، ص 542 و543. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 188 و189.

² فاطيمة موشعال، مرجع سابق، ص 420.

³ عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 63 و65. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 196.

مجد الدّين خربوط، مرجع سابق، ص 546.

من خلاله يتمّ تعيين قاعدة التّنّاز التي تحكمه، أما التّكييفات اللاحقة فتدخل في إطار تطبيق القانون الأجنبيّ المختصّ وتفسيره¹.

رابعاً/ موقف المشرّع الجزائري من قاعدة التفويض

على غرار ما ذهب إليه باقي التّشريعات العربيّة المقارنة²، فإنّ الحلّ الذي اعتمده المشرّع الجزائري هو إعمال قاعدة التفويض، وهو ما نصّت عليه صراحة المادّة 23/ف1 ق م حيث جاء فيها: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدّمة أنّ القانون الواجب التّطبيق هو قانون دولة معيّنة تتعدّد فيها التّشريعات، فإنّ القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرّر أيّ تشريع منها يجب تطبيقه".

يتماشى هذا النصّ مع وظيفة قاعدة التّنّاز التي لا تتعدّى دور إسناد الاختصاص التشريعي للقانون واجب التّطبيق، دون أن تتجاوز هذا الدور لتحديد الأحكام الموضوعيّة واجبة التّطبيق في هذا القانون والتي سيطبّقها القاضي عند الفصل في النزاع³، كما تجدر الإشارة إلى أنّ الحلّ الذي اعتمده المشرّع الجزائري يشمل صورتين التّعدّد أي سواء أكان التّعدّد شخصيّاً أم إقليميّاً⁴، وذلك لإطلاق النصّ وعليه لا يوجد داع للتّفرقة بين صورتين التّعدّد وقصر الحكم على واحدة دون الأخرى⁵.

¹ الطيّب زروني، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 87 و88.

² المادّة 26 ق م مصري، المادّة 27 ق م أردني، المادّة 71 ق كويتي.

³ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 127.

⁴ حفيظة السّيد الحّداد، مرجع سابق، ص 221. سلطان عبد الله محمود البجاري، مرجع سابق، ص 78.

⁵ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 186.

لكن ما يلاحظ على هذه المادّة أنّ المشرّع الجزائري وظّف مصطلح "التّشريعات" بدل المصطلح الشائع الاستعمال في التّشريعات المقارنة ألا وهو "الشّرائع" وبالرجوع إلى النصّ الفرنسي نجد أنّ المشرّع الجزائري استعمل عبارة "Systèmes juridiques" والتي يُقصد بها النّظم القانونيّة، والتي تتضمّن معنى أوسع من عبارة "Législation" أو التّشريعات.

وفي السّياق ذاته، وفي تعليق على نصّ المادّة 23/ف1 ق م جزائري ذهب جانب من الفقه إلى تفسير موقف المشرّع الجزائري من توظيفه لعبارة التّشريعات على أنّ من شأنها تضيق نطاق أعمال قاعدة التّفويض، مما يسهّل على القاضي الوطني مهمّة تحديد القانون الأجنبي المختص فالشّريعة تختلف في مدلولها عن التّشريع، هذا الأخير الذي يقصد به مجموع القواعد القانونيّة المكتوبة الصّادرة عن السّلطة العامّة المختصة في الدّولة، أما الشّريعة فمدلولها أوسع من التّشريع فهي تشمل جميع القواعد القانونيّة مهما كان مصدرها، هذا يعني أنّ المشرّع الجزائري يعتدّ بالتعدّد التشريعي المجسّد في شكل نصوص قانونيّة مكتوبة، وعليه لا يمكن أعمال قاعدة التّفويض إذا كان التعدّد عرفيًا أو دينيًا¹.

¹ محمّد عماد الدّين عياض، هشام بن الشيخ، القانون الواجب التّطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعدّدة التّشريعات، مداخلة ضمن فعاليّات الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدّوليّة الخاصّة في الجزائر واقع متطور، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 21 و22 أفريل 2010، ص 81. المداخلة متوقّرة على الرّابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 2020/02/26 على الساعة 23:20. <https://dspace.univ-ouargla.dz/jspui/handle/123456789/3612>

وعليه يفَضَّل استبدال عبارة "التّشريعات" بعبارة "الشّرائع" ليكون المعنى أشمل وأوسع وبالتالي سدّ كلّ ثغرة قانونيّة، وهذا من شأنه أن يسهّل مهمة القاضي للفصل في النزاع.

الفرع الثاني/ الحلّ المعتمد في حالة استحالة إعمال قاعدة التفويض

يتمكّن القاضي من إعمال قاعدة التّفويض إذا تضمّن القانون الأجنبيّ المختصّ قواعد إسناد داخليّة تتكفّل بتحديد الشّريعة الداخليّة الواجبة التّطبيق، لكن قد يتعذّر على القاضي التّوصّل إلى حلّ النزاع في حالة عدم وجود قواعد الإسناد الداخليّة في القانون الأجنبيّ أو أنّها عجزت عن فضّ النزاع، فما هو الحلّ في هذه الحالة؟
وعليه يمكن إبراز موقف الفقه من هذه الإشكاليّة التي أثارت جدلاً فقهيّاً وتبايناً في الحلول (أولاً)، ومن ثمّ يتسنّى الإشارة إلى موقف المشرّع الجزائري (ثانياً).

أولاً/ الحلّ المعتمد من طرف الفقه في حالة استحالة إعمال قاعدة التفويض

قد تباينت الآراء الفقهيّة بخصوص الحلّ المعتمد في حالة استحالة إعمال قاعدة التّفويض، فذهب اتّجاه إلى التّمييز بين صورتَي التعدّد الإقليمي والشّخصيّ في حين ذهب اتّجاه آخر إلى إعطاء حلّ عام دون التّمييز بين الصّورتين.

1. الحلّ المعتمد في حالة التّمييز بين صورتَي التعدّد: اختلفت الحلول التي قدّمها

الفقه لحلّ مشكلة عدم وجود قاعدة إسناد داخليّ في القانون واجب التّطبيق بحسب نوع

التّعدّد، فالحلّ المعتمد في حالة التّعدّد الإقليميّ يختلف عنه في حالة التّعدّد الشّخصي، وفيما يلي عرض لمختلف الآراء الفقهيّة.

أ- **الحلّ المعتمد في حالة التّعدّد الإقليمي:** من الحلول الّتي قدّمها الفقه لمشكلة استحالة إعمال قاعدة التّفويض هو استشارة كافّة الشّرائع الدّاخلية في القانون المسند إليه، فإذا أجمعت على تعيين إحداها كانت هي الشّريعة المختصّة كأن تتّفق الدّولة متعدّدة الشّرائع تعدّداً إقليمياً على اختصاص قانون الموطن في مسائل الأحوال الشّخصيّة، ويتمّ تحديد ذلك الموطن ومن ثمة تطبيق الشّريعة السّارية فيه، وإذا تعذّر على القاضي الوصول إلى هذا الإجماع فيلجأ إلى قواعد التّنازع في قانونه¹. وفي هذه الحالة يُميّز الفقه الرّاجح بين فرضين:

الفرض الأوّل: إذا كان ضابط الإسناد المعوّل عليه في قاعدة التّنازع الوطنيّة ضابطاً إقليمياً اتّفق الفقه على اعتماد ضابط إقليميّ في تحديد الشّريعة الدّاخلية الواجبة التّطبيق²، كون الضّوابط المكانية لها الكفاية الدّائيّة في تركيز الاختصاص وتعيين الشّريعة الدّاخلية واجبة التّطبيق³.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 660.

² المرجع نفسه، الموضع نفسه. وينظر: حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص 228. سلطان عبد الله محمود البجاري، مرجع سابق، ص 84. عز الدّين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 196.

³ حفيظة السيّد الحدّاد، المرجع نفسه، الموضع نفسه.

الفرض الثاني: إذا كان ضابط الإسناد المعوّل عليه في قاعدة التنازع الوطنيّة هو ضابط الجنسية تباينت آراء الفقه بشأن الحلّ المعتمد إذا كان ضابط الإسناد المعوّل عليه في قاعدة التنازع الوطنيّة هو ضابط الجنسية، فذهب جانب من الفقه إلى إعمال ضابط احتياطي يتمثّل في الموطن أو محلّ الإقامة وهو ما ذهب إليه الفقه الراجح، وذهب جانب آخر إلى إعمال شريعة عاصمة الدولة متعدّدة الشرائع، بينما فضّل جانب آخر تطبيق القواعد الموضوعيّة لقانون القاضي، وفيما يلي تفصيل لهذه الآراء الفقهية.

الرأي الأول/ تطبيق قانون الموطن أو محلّ الإقامة

ذهب جانب من الفقه إلى تطبيق القانون أو الشريعة الداخليّة التي تسري في الإقليم الذي ترتبط معه العلاقة محلّ النزاع بأكثر الروابط جدية وفعليّة من خلال تحليل الطّبيعة القانونيّة لتلك العلاقة، وهو الحلّ ذاته الذي اعتمدته العديد من القوانين الأجنبية كالقانون الدولي الخاص النمساوي، اليوغسلافي، الألماني والإيطالي، ويعدّ قانون الموطن هو القانون الأكثر ملاءمة في مسائل الأحوال الشخصيّة، وفي حالة عدم وجوده يلجأ إلى محلّ الإقامة داخل الدولة متعدّدة الشرائع المختصّ قانونها بموجب ضابط الجنسية¹.

ومن هذا المنطلق، فيعدّ الحلّ ذاته الذي فضّله جانب آخر من الفقه، ومبرّره في ذلك أنّ تعذر تطبيق قانون الجنسية وبالتالي تعذر تطبيق الأحكام الموضوعيّة التي يتضمّنّها هذا القانون على النحو الذي أراده المشرّع الوطني، إذ يتطلّب اللجوء إلى قانون

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 660 و661.

آخر يكون أقرب القوانين إلى المسألة محلّ النزاع بعد قانون الجنسية، وما يحقّ هذا الفرض هو قانون الموطن وهذا لا يعني الأخذ بالإحالة، لأنّ الرجوع إلى قانون الموطن يكون بموجب قاعدة تنازع احتياطية في قانون القاضي، وليس بالرجوع إلى قواعد التنازع الداخلي في قانون الجنسية المختصّ بالنزاع، وفي الحالة التي لا يوجد للشخص موطن في دولة ما وجب تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها محلّ إقامته، وهذا الحلّ شبيه بالحلّ المعتمد في حالة انعدام الجنسية¹.

كما ذهب جانب آخر من الفقه إلى تطبيق قانون محلّ الإقامة²، فيما ارتأى فريق آخر إلى القول بقيام القاضي بتعيين الشريعة واجبة التطبيق على أساس الموطن إذا كان الشخص متوطناً في الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، وبالتالي تطبق شريعة الوحدة الإقليمية المتوطن فيها الشخص، أمّا إذا كان الشخص متوطناً خارج الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، والقاضي يرفض الإحالة فيتمّ تطبيق قانون الموطن الأصلي للشخص³، وهو حلّ منتقد كونه يؤدي إلى تطبيق شريعة موضوعية لم تعد لها صلة مباشرة بالنزاع المعروف⁴، وعلى هذا الأساس فضّل البعض تطبيق آخر موطن للشخص لأنّ صلة الشخص تنقطع بالمواطن السابقة بمجرد اكتساب موطن جديد⁵.

¹ حفيظة السيد الحّداد، مرجع سابق، ص 230 و231.

² عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 125.

³ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 196.

⁴ حفيظة السيد الحّداد، مرجع سابق، ص 229 و230.

⁵ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 196.

الرأي الثاني/ في الحالة التي يثبت أن الشخص لم يكن له موطن في الدولة سواء أكان أصلياً أم اختياريّاً طبقت شريعة الوحدة الإقليمية الكائنة بها عاصمة الدولة ليس لكونها أفضل الشرائع بل لتركز الدولة في عاصمتها¹، إلا أن هذا الحلّ لقي انتقاداً من قبل الفقه ووصف بالاختيار العشوائي، لأنّه لا يجوز الجزم مقدّماً بأنّ شريعة العاصمة هي الشريعة الأكثر ملاءمة لطبيعة المسألة المعروضة، كما أنّه يقوم على افتراض لا على الواقع ولا يتفق في جميع الحالات مع النظام القانوني واجب التطبيق على المسألة المعروضة².

الرأي الثالث/ ذهب البعض إلى تطبيق الأحكام الموضوعيّة في قانون القاضي وهو رأي واجه انتقاداً هو الآخر، وذلك لكونه يؤدّي إلى تعطيل وإهدار كامل لقاعدة التنازع في قانون القاضي³.

ب- الحل المعتمد في حالة التعدّد الشخصي: ذهب جانب من الفقه إلى تطبيق الشريعة الغالبة في القانون الأجنبي⁴، لكن يكاد يجمع الفقه والعديد من النظم القانونيّة على أنّه بإمكان القاضي التّوصل إلى القانون واجب التطبيق في حالة التعدّد الشخصي. من خلال الاستعانة بالأسس التي يقوم عليها هذا التعدّد وهي في الغالب الدين والجنس⁵، فمثلاً إذا

¹ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 195.

² حفيظة السيد الحدّاد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 131 و132.

³ حفيظة السيد الحدّاد، مرجع سابق، ص 230. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 196.

⁴ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص125.

⁵ الطيّب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 88. حفيظة السيد الحدّاد، مرجع سابق، ص

228. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 197.

كان مناط الإسناد هو الدّين يستطيع القاضي الكشف عن الانتماء الدّيني للشخص وبالتالي يتمكّن من تعيين الشّريعة الدّاخلية واجبة التّطبيق¹.

ج- الحلّ العام المعتمد لحلّ التّنازع الدّاخلّي في قانون الدّولة متعدّدة الشّرائع دون التّمييز بين صورتَي التعدّد: ذهب اتجاه من الفقه إلى إعطاء حلّ عام سواء أكان التعدّد إقليمياً أم شخصياً، حيث منح القاضي سلطة تقديرية في تعيين الشّريعة التي يتعلّق بها الشّخص أكثر من غيرها، وفي حالة تعدّد تعيين هذه الشّريعة لا يكون أمام القاضي سوى تطبيق قانونه لما له من اختصاص احتياطيّ عام في جميع حالات التّنازع².

ثانياً/ الحلّ المعتمد من طرف المشرّع الجزائري

وضع المشرّع الجزائري حلاً في حالة استحالة إعمال قاعدة التّفويض وذلك راجع إلى عدم نصّ القانون المختصّ على الشّريعة الدّاخلية الواجبة التّطبيق، فنصّت المادّة 23/ف2 ق م على أنّه: "...إذا لم يوجد في القانون المختصّ نصّ في هذا الشّأن، طبّق التّشريع الغالب في البلد في حالة التعدّد الطّائفي، أو التّشريع المطبّق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدّد الإقليمي".

حيث اعتمد المشرّع الجزائري على حلّين مختلفين باختلاف صورتَي التعدّد التّشريعي حيث ذهب إلى تطبيق التّشريع الغالب في البلد المتعدّد تعدّداً شخصياً أو طائفيّاً في حين يطبّق تشريع عاصمة البلد في حالة التعدّد الإقليمي، تعرّض موقف المشرّع الجزائري إلى

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 661. حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص 228.

² محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 437.

النقد، من ذلك: وصفت مثل هذه الحلول التشريعية بالحلول العشوائية الافتراضية المنافية للواقع فتكون سلامتها رهن الصدفة، كونها تهدف إلى تسهيل مهمة القاضي الوطني على حساب غاية قاعدة التنازع والمتمثلة في خضوع العلاقات الدولية الخاصة إلى القانون الأكثر اتّصالاً بها¹، وعليه قدّم الفقه حلولاً بديلة وهي جديرة بالتأييد، من ذلك الأخذ في حالة التعدّد الطائفي بتشريع الطائفة أو العرق الذي ينتمي إليه الشخص، وهو أمر سهل الوقوف عليه خاصّة إذا كان الأساس الطائفي هو الدين، فإذا لم يجد هذا التشريع وهو احتمال نادر يلجأ إلى تطبيق التشريع الغالب في البلد²، وفي حالة التعدّد الإقليمي يثبت الاختصاص إلى الإقليم الذي يرتبط به الشخص برابطة جدّية وفعليّة، أو تطبيق الشريعة الأكثر ارتباطاً بالنزاع، وهو في الغالب إمّا قانون موطن الشخص أو محلّ إقامته³.

من خلال ما تقدّم، بدا موقف المشرّع الجزائري متّققاً مع ما ذهب إليه الفقه الرّاجح والتشريعات العربية المقارنة من خلال الاعتماد على آلية تفويض القانون الداخلي للدولة متعدّدة الشرائع في تحديد الشريعة واجبة التطبيق، وفي حال تعذر أعمال هذه الآلية قدّم حلولاً تختلف باختلاف صور التعدّد إلّا أنّها لم تلق تأييداً من طرف الفقه الذي فضّل تقديم حلول أخرى تتماشى أكثر مع غاية قاعدة التنازع.

¹ سلطان عبد الله محمود البجاري، مرجع سابق، ص 87.

² المرجع نفسه، ص 83 و88. وينظر: فاطيمة موشعال، مرجع سابق، ص 420.

³ فاطيمة موشعال، المرجع نفسه، الموضع نفسه.

الفصل الثاني

الصّعوبات الّتي تعترض القاضي في مرحلة

تطبيق أحكام القانون الأجنبي

الفصل الثاني/ الصّعوبات التي تعترض القاضي الوطني في مرحلة تطبيق أحكام القانون الأجنبي

تعترض القاضي الوطني عدّة صعوبات في مرحلة تطبيق القاعدة الموضوعيّة المتضمّنة في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التّنازع الوطنيّة، فبعد مرحلة تحديد هويّة هذا القانون كما تمّ تفصيله سابقاً، ينتقل القاضي إلى مرحلة أخيرة وهي التّعرف على مضمون القانون الأجنبي وتطبيقه من أجل الفصل النّهائي في النزاع، وهنا تباينت الآراء في أساس تطبيق القانون الأجنبي بين من اعتبره عنصراً من عناصر الواقع وبين من احتفظ له بالطّبيعة القانونيّة، ويترتّب عن هذا الاختلاف في المعاملة عدّة نتائج مهمّة، كما يلتزم القاضي بتفسير القانون الأجنبي والذي قد يتّبع فيه أسلوب التّفسير السائد في وطنه أو الأسلوب السائد في الدّولة المنشئة له، ويستعين في ذلك بمختلف الوسائل التي تمكّنه من إثبات القانون الأجنبي والتي يراعى فيها خصوصيّة هذا القانون، كل هذا سيتمّ تناوله في إطار كفيّة معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني(المبحث الأوّل)، وقد ينتهي القاضي إلى استبعاد تطبيق هذا القانون وتقديم حلول بديلة لذلك، إمّا لثبوت مخالفة أحكامه للنّظام العام أو أنّ هذا القانون ثبت له الاختصاص عن طريق الغشّ نحو القانون (المبحث الثاني).

المبحث الأوّل/ كيفة معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني

تبرز المعاملة الإجرائيّة للقانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني من خلال معرفة أساس تطبيق هذا القانون من النّاحية العمليّة وما يترتّب عنه من نتائج، وتختلف هذه المعاملة من دولة إلى أخرى، فلم يلق هذا الموضوع اهتمامًا من طرف بعض التشريعات ممّا فتح المجال للفقه والقضاء للاجتهاد فيه، بينما فضّل البعض الآخر وضع قواعد قانونيّة صريحة ساهمت في رفع اللبس والتّأويل عن هذا الموضوع، كما يعمل القاضي على إزالة الغموض في القاعدة القانونيّة الأجنبيّة المختصّة حتّى يتمكّن من التّطبيق الصّحيح لها، ويستعين في ذلك بالعديد من الوسائل الّتي تتماشى وطبيعة القانون الأجنبي، وعليه فإنّ كيفة معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني تتطلّب تناول عنصرين يتمثّل العنصر الأوّل في معرفة أساس تطبيق القانون الأجنبي(المطلب الأوّل)، أمّا العنصر الثّاني فيقتضي التّطرّق إلى تفسير القانون الأجنبي ووسائل إثباته (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل/ أساس تطبيق القانون الأجنبي

يعدّ أساس تطبيق القانون الأجنبي من المواضيع الهامّة في مجال تنازع القوانين، وقد انقسم الفقه بشأنه إلى قسمين، فهناك من ينظر إلى القانون الأجنبي على أنّه عنصر من عناصر الواقع، وقد تبنّى هذا الموقف كلّ من الفقه الأنجلوسكسوني والفقه الفرنسي بينما احتفظ له الفقه الرّاجح بالطّبيعة القانونيّة حيث برزت عدّة نظريات أخذت بهذا

الاتّجاه، واختلفت في الحجج الّتي استندت إليها لتبرير موقفها، ومن النّاحية التّشريعية هناك من تناول الموضوع ضمن نصوص صريحة أو ضمنيّة وهناك من أغفل الإشارة إليه، أدّى هذا النّقص التّشريعي إلى تضارب الأحكام القضائيّة بشأنه. وللإحاطة بالموضوع سأطرّق إلى أساس تطبيق القانون الأجنبي من النّاحية الفقهيّة (الفرع الأوّل)، وإلى أساس تطبيق القانون الأجنبي من النّاحية التّشريعيّة (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل/ أساس تطبيق القانون الأجنبي من النّاحية الفقهيّة

تكتسي معرفة أساس تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التّنازع الوطنيّة أهميّة خاصّة، وقد ذهب الفقه الحديث إلى استخلاص طبيعة المعاملة الحقيقيّة للقانون الأجنبيّ من خلال دراسة الحلول الوضعيّة السّائدة بالفعل، ويستشفّ ذلك من المعاملة التّطبيقية له أمام القاضي الوطني¹، وقد عرفت هذه المسألة تضارباً في الآراء بين فقهاء القانون الدّولي الخاصّ، لا تزال إلى حدّ الساعة محلاً للاجتهاد²، حيث برز اتّجاهين رئيسيّين؛ اتّجاه اعتبر القانون الأجنبيّ مجرد واقعة مادّية أي أنها عنصر من عناصر الواقع، بينما ذهب اتّجاه آخر إلى إضفاء الصّبغة القانونيّة على القانون الأجنبيّ وتبني أحد الموقّفين له الأثر الكبير على العديد من المسائل، أهمّها معرفة من يقع عليه عبء إثبات القانون الأجنبي والوسائل المتاحة لإثباته ومعرفة مدى رقابة المحكمة العليا على هذا القانون، وهو ما سيتمّ تناوله بالتّفصيل.

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 694.

² محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 474.

أولاً/ القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع

تبنّى كلّ من الفقه الأنجلوسكسوني والفقه الفرنسي الاتّجاه الّذي يعتبر القانون الأجنبيّ عنصراً من عناصر الواقع وفقاً لعدّة مبررات.

1. الفقه الأنجلوسكسوني: اتّجه جانب من الفقه إلى فقدان القانون الأجنبيّ طبيعته القانونيّة أمام قضاء الدّول الأخرى أي خارج حدود إقليم الدّولة الّتي أصدرته فيتحوّل بذلك إلى عنصر من عناصر الواقع. وقد أخذ بهذا الاتّجاه أصحاب نظريّة الحقوق المكتسبة في الفقه الأنجلوسكسوني الّذين أنكروا على القانون الأجنبيّ صفته القانونيّة لأنّ في تطبيقه مساس بسيادة القانون الوطني¹، والفكرة الجوهريّة الّتي قامت عليها هذه النظريّة هي في الحقيقة أنّ القاضي لا يطبّق القانون الأجنبيّ، وإنّما يعترف للخصوم بالحقوق الّتي أثبتوا اكتسابها وفق هذا القانون²، فالقاضي الوطني ينظر إلى القانون الأجنبيّ على أنّه عنصر في واقعة وهي الحق النّاشئ في ظلّ القانون الأجنبيّ وهذه الواقعة لا تكتسي أيّة قوّة قانونيّة في بلد القاضي فهو من يمنحها هذه القوّة³.

وجّهت عدّة انتقادات لهذه النظريّة، لأنّه لا يمكن تصوّر الحقّ منفصلاً عن القاعدة القانونيّة الّتي أنشأته فالاعتراف بالحقّ المكتسب في الخارج هو اعتراف ضمنيّ بالقاعدة القانونيّة الّتي قرّرت، كما أنّ هذه النظريّة أغفلت العديد من الحالات كأن يعرض نزاع

¹ محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 474.

² سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 696.

³ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 574.

على القاضي متعلّق بإنشاء حقّ معيّن أو نفاذ حقّ مكتسب وأغفلت النّزاع الّذي ينشأ في مرحلة تكوين الحقوق¹.

من أمثلة هذه الحالات في موضوع الولاية على القاصر، ذلك النّزاع الّذي يعرض على القاضي المتعلّق بتعيين وليّ ماليّ للقاصر أو إسناد الحضانة إلى شخص معيّن، فالمطلوب هنا هو إنشاء مركز قانونيّ جديد طبقاً لأحكام القانون الأجنبيّ، كذلك النّزاع القائم حول صحّة المعاملات التّجارية الّتي قام بها الوليّ نيابة عن القاصر، كلّ هذه الفروض وغيرها لم تتناولها نظريّة الحقوق المكتسبة الّتي ركّزت على جانب واحد فقط وهو فكرة الحقّ المكتسب.

2. الفقه الفرنسي: ظهرت نظريّة قريبة من نظريّة الحقوق المكتسبة تزعمها الأستاذ الفرنسي باتيفول (Batiffol)، انطلق من نقطة مفادها أنّ القاعدة القانونيّة تتضمّن عنصرين: العنصر العقليّ أو مضمون القاعدة القانونيّة كونها عامّة ومجرّدة وعنصر الأمر أو الإلزام، والقانون الأجنبيّ يفقد هذا العنصر الأخير خارج حدود بلده وبالتالي يفقد الصّفة القانونيّة ولا يغيّر أمر المشرّع الوطني بمقتضى قاعدة التّنّازع من طبيعة القانون الأجنبيّ الّذي تبقى قواعده غريبة عن النّظام القانونيّ الدّاخليّ، كما شُبّه تطبيق القاضي للقاعدة الأجنبيّة بتطبيقه للوائح الشّركات لأنّ كلاهما قواعد عامّة يتمّ تطبيقها في حالات خاصّة لكنّها لا تصدر عن المشرّع الوطني ونقصها عنصر الإلزام فتفقد بذلك الصّفة

¹ محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 475.

القانونيّة¹، أيّد الأستاذ الطّيب زروتي هذا الموقف ودعا إلى المعاملة الواقعيّة للقانون الأجنبيّ الّذي يختلف عن القانون الوطنيّ لافتقاده عنصر الإلزام خارج بلد إصداره².

لم يسلم هذا الاتّجاه من النقد نظرًا لانطلاقه من فكرة خاطئة، فإذا تمّ التّسليم بصحّة ما ذهب إليه فيما يخص فقدان القاعدة القانونيّة الأجنبيّة لعنصر الإلزام بمجرد انتقالها عبر الحدود، فإنّ دور قاعدة التّنازع هو ردّ هذا العنصر، أمّا في تشبيه القانون الأجنبيّ بلوائح الشّركات فالقاعدة الأجنبيّة تبقى قاعدة عامّة ومجرّدة ولا تتغيّر طبيعتها فور تطبيقها من طرف القاضي الوطني، على عكس القاعدة الاتّفاقيّة فالعقد فيها شريعة المتعاقدين وبالتالي لا يمكن ضمان قاعدة عامّة ومجرّدة تطبّق على الكافة³.

كما يرجع جانب من الفقه أساس هذا الاتّجاه إلى احترام مبدأ سيادة الدّولة، إلّا أنّ هذه الفكرة لا تتناسب مع طبيعة العلاقات الدّوليّة الخاصّة ولا مع مصالح الأفراد الّتي لا تعترف لفكرة السّيادة إلّا في حدود ضيقة جدًّا⁴.

3. النّتائج المترتبة عن الصّفة الواقعيّة للقانون الأجنبي: تفرز المعاملة الواقعيّة

للقانون الأجنبيّ عدّة نتائج مهمّة، تتمثّل في:

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 697 و698.

² الطّيب زروتي، القانون الدّولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 13.

³ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 28.

⁴ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 333.

- عدم تطبيق المحكمة لهذا القانون من تلقاء نفسها بل بناءً على طلب الخصوم¹، فمن الحجج الّتي أخذ بها أصحاب هذا الاتّجاه هو عدم إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبيّ من تلقاء نفسه لعدم معرفته بأحكامه ولا يجوز افتراض علمه به²، أي أنّه لا يفترض علم القاضي بمختلف القوانين الأجنبيّة لكن عليه أن يتّخذ موقفاً إيجابياً تجاه القانون الأجنبيّ في حدود إمكانيات علمه، فيسعى إلى التّعرف على هذا القانون وتحديد محتواه، ولا يعدّ مخلاً بواجب الحياد مادام القاضي ملزماً بتطبيق القانون الأجنبيّ الّذي أشارت إليه قاعدة التّنازع الوطنيّة³.

- يقع على الخصوم عبء إثبات أحكام القانون الأجنبيّ كأيّة واقعة من وقائع الدّعى⁴، فيمكن للطّرف الّذي له مصلحة في تطبيق القانون الأجنبيّ أن يتمسّك باختصاصه ويسعى إلى إثبات مضمونه وشروط تطبيقه⁵.

- عدم خضوع الخطأ في تطبيق القانون الأجنبيّ أو تفسيره إلى رقابة محكمة النّقض⁶، لأنّه يصعب عملياً على هذه المحكمة أن تراقب تفسير مختلف القوانين الأجنبيّة⁷.

¹ عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 168. سعاد يوبي، مرجع سابق، ص 185.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، هامش 1، ص 210.

³ الطّيب زروتي، القانون الدّولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 13.

⁴ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 332.

⁵ الطّيب زروتي، القانون الدّولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 13.

⁶ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 699.

⁷ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 244.

ثانيا/ القانون الأجنبي ذو طبيعة قانونيّة

ذهب هذا الاتجاه إلى احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونيّة، ويعدّ فقهاء المدرسة الهولنديّة أوّل من تبنّى هذا الاتجاه على أساس المجاملة الدّوليّة، وظهر اتجاه آخر انقسم إلى فريقين؛ فأخذ أحدهم بنظرية الاندماج أي دمج القانون الأجنبي بالقانون الوطني، بينما ذهب الفريق الثّاني إلى الإبقاء على الصّفة الأجنبيّة للقانون الأجنبي وهو الرّاجح نظراً لاختلاف السّيادة التّشريعيّة الّتي يصدر عنها كلّ من القانون الأجنبي والقانون الوطني¹، وهو ما أطلق عليه بنظرية التّفويض، كما ظهر اتجاه آخر إلى المعاملة الخاصّة للقانون الأجنبي والّتي تختلف عن معاملة القانون الوطني.

1. نظرية المجاملة الدّوليّة: اعتمد فقهاء المدرسة الهولنديّة قاعدة إقليميّة القوانين، إلّا أنّهم سمحوا للدّولة بتطبيق القانون الأجنبي على إقليمها على أساس فكرة المجاملة الدّوليّة وبطريق التّبادل خدمةً لمصالح الأفراد، ويقصد بهذه الفكرة أنّ حرّيّة المشرّع الوطني في تطبيق القانون الأجنبي من عدمه لا يخضع إلى أيّ التزام دولي أو أمّلته ضرورة قانونيّة، بل يستجيب لمقتضيات الملاءمة والضرورة الّتي يفرضها الواقع وعليه فإنّ المجاملة الدّوليّة تنشأ في مرحلة وضع قاعدة التّنازع لا تطبيقها²، أي أنّ الدّولة غير ملزمة بقبول تطبيق القانون الأجنبي في مرحلة وضع قواعد تنازع القوانين، لكنّها في حالة

¹ عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 161 و162.

² عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 37 و38.

قبولها لذلك فيكون على أساس المجاملة الدّوليّة ويلتزم القاضي بتطبيقه متى أشارت باختصاصه هذه القواعد¹.

أساء بعض الشّراح في القارّة الأوروبيّة الفهم الصحيح لنظرية المجاملة الدّوليّة لغموضها؛ إذ اعتبروا أنّ فكرة المجاملة الدّوليّة تعني أنّ للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في تطبيق القانون الأجنبيّ حسب ما تقتضيه المصلحة فيطبّقه متى شاء²، ممّا يفتح المجال لأهواء القضاة وميولهم هذا ما أدّى إلى هجر الفقه لهذه النظرية والبحث عن أساس آخر لتطبيق القانون الأجنبي³.

2. نظرية الاندماج أو الاستقبال: تبنت الفقه الإيطاليّ نظرية الاندماج أو الاستقبال حيث ذهب إلى احتفاظ القانون الأجنبيّ بصفته القانونيّة ويتمّ تطبيقه بوصفه جزءاً من القانون الوطني⁴، فلا يمكن أن يخضع القاضي الوطنيّ إلى أوامر المشرّع الأجنبيّ ويطبّق قانونه الذي ليس له قوّة نفاذ بذاته بل يستمدّ قوّته الإلزاميّة من خلال دمجّه في النّظام القانونيّ الوطني⁵، وقد انقسم الفقه الإيطاليّ إلى اتّجاهين؛ أخذ الاتّجاه الأوّل بنظرية الاندماج المادّي والاتّجاه الثّاني بنظرية الاندماج الشّكلي.

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 134.

² عزّ الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 38.

³ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 134.

⁴ محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 475.

⁵ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 231.

الاتّجاه الأوّل/ نظريّة الاندماج المادّي للقانون الأجنبيّ في القانون الوطني

تبنيّ جانب من الفقه الإيطاليّ نظريّة الاندماج المادّي للقانون الأجنبيّ في القانون الوطنيّ فأخذ بالمدلول المادّي لكلمة الإدماج¹، الّذي يترتّب عليه احتفاظ القانون الأجنبيّ بطبيعته القانونيّة ويكون له قوّة نفاذ في بلد القاضي، في المقابل يفقد صفته الأجنبيّة ويفقد قاعدة التّنّازع طابعها غير المباشر ويتمّ تحويلها إلى قاعدة مادّية موضوعيّة مثلها مثل قواعد القانون بوجه عام، فقاعدة التّنّازع مزدوجة في مرحلة التّعيين وأحادية في مرحلة التّطبيق لأنّ القانون واجب التّطبيق سيكون وطنياً في كلتا الحالتين².

تعرّضت هذه النظريّة إلى موجة من الانتقادات، بالنّسبة لقاعدة التّنّازع فلا يمكن أبداً أن تتغيّر طبيعتها من قاعدة غير مباشرة إلى قاعدة مباشرة مثلها مثل قواعد القانون الداخليّ فمنطقيّاً وعمليّاً لا يمكن قبول هذه الفكرة في مبادئ القانون الدوليّ الخاص³، كما يعاب على هذه النظريّة أنّ القواعد الموضوعيّة في القانون المختصّ تبقى خاضعة من حيث إمكانية تعديلها لإرادة المشرّع الأجنبيّ لا لإرادة المشرّع الوطنيّ وهو ما يتعارض مع فكرة الاندماج، كما أنّ القول بتفسير هذه القواعد وفقاً لما هو سائد في القانون الوطنيّ يعدّ مخالفاً للمنطق السليم الّذي يقتضي تفسيره وفقاً لما هو سائد في القضاء الأجنبيّ

¹ بشّار قيس محمّد الحجّية، إثبات القانون الأجنبيّ ووضعه أمام قضاء الموضوع دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د ط، 2020، ص 45.

² سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 700.

³ بشّار قيس محمّد الحجّية، المرجع السابق، ص 45 و 51. نادية فضيل، مرجع سابق، ص 25.

ويتضمّن كذلك تجاهلاً لمختلف الظروف الّتي نشأ فيها القانون الأجنبي¹، كما يتعذّر فهم دور آليّة الدّفع بالنّظام العامّ في استبعاد القانون الأجنبي².

الاتّجاه الثّاني/ نظريّة الاندماج الشّكلي للقانون الأجنبيّ في القانون الوطني

تبني هذه النظريّة جانب آخر من الفقه الإيطالي الحديث محاولاً تجنّب الانتقادات الّتي وُجّهت إلى نظريّة الاندماج المادّي للقانون الأجنبي، حيث ذهب إلى احتفاظ هذا الأخير بصفته الأجنبيّة وطبيعته القانونيّة³، والّتي يترتّب عليها محافظة قاعدة التّنّازع على طابعها الخاصّ الّذي يميّزها عن القواعد المادّيّة ويحتفظ القانون الأجنبيّ بما يميّزه عن القانون الوطني⁴، فلا يؤدّي الإندماج إلى فقد القانون الأجنبيّ المعنى والمقوّمات الممنوحة له من طرف النّظام القانونيّ الأجنبي⁵.

لم تسلم هذه النّظريّة من النّقد على الرغم من أنّها في نظر جانب من الفقه كانت أقرب إلى الواقع من نظريّة الاندماج المادّي إلّا أنّها غير مقبولة، فالقول بأنّ قانوناً ما "أدمج" يظلّ قانوناً أجنبيّاً، ولا نتصوّر إدماج جميع قوانين العالم في القانون الوطنيّ لما يوجد بينها من اختلاف وتنافر⁶.

¹ بشّار قيس محمّد الحجّية، مرجع سابق، ص 49 و 50.

² محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 476.

³ بشّار قيس محمّد الحجّية، مرجع سابق، ص 48.

⁴ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 701.

⁵ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 231.

⁶ بشّار قيس محمّد الحجّية، مرجع سابق، ص 50.

3. نظريّة التّفويض: أخذ بهذه النظريّة جانب من الفقه الفرنسي والألمانيّ الّذي

ذهب إلى أنّ القانون الأجنبيّ لا يندمج في القانون الوطنيّ بل يحتفظ بصفته الأجنبيّة، فإذا ثبت الاختصاص لقانون أجنبيّ معيّن يتخلّى المشرّع الوطنيّ عن الاختصاص التشريعيّ للمشرّع الأجنبيّ وينيبه عنه في التّشريع بالنّسبة إلى النّزاع المعروض¹.

لم تسلم هذه النظريّة كسابقتها من النّقد، فهي مبنيّة على فكرة التّفويض ومن غير المفهوم إنابة مشرّع أجنبيّ غير معروف مقدّمًا، كما لا يمكن تصوّر قيام المشرّع الوطنيّ بتفويض سلطة تشريعيّة أجنبيّة بالتّشريع نيابة عنها².

4. المعاملة الخاصّة للقانون الأجنبي: ذهب الفقه الراجح³ إلى تطبيق القانون

الأجنبيّ بوصفه قانونًا مع احتفاظه بالصفة الأجنبيّة. فيطبّق القاضي القانون الأجنبيّ بصفة إلزاميّة استجابةً إلى أوامر مشرّعه المتضمّن في قاعدة التّنازع دون الحاجة إلى الاستناد إلى فكرة الاندماج أو التّفويض، وعليه فإنّ القانون الأجنبيّ يختلف عن القانون الوطنيّ في عدّة جوانب كما أنّ قاعدة وجوب علم القاضي بالقانون لا تنطبق على القانون الأجنبيّ، الّذي يصعب عليه معرفة كلّ القوانين الأجنبيّة⁴.

فمن حيث المبدأ، يظلّ القانون الأجنبيّ مجهولاً للقاضي الوطنيّ الّذي يتطلّب منه البحث عن مضمونه وإثباته وتفسيره حتّى ولو لم يتمسّك به أطراف الخصومة وهي من

¹ محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 477.

² بشّار قيس محمّد الحجّية، مرجع سابق، ص 54 و55.

³ المرجع نفسه، ص 56. عزّ الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 600 و601.

⁴ بشّار قيس محمّد الحجّية، المرجع نفسه، ص 56 و57.

الصّعوبات الّتي يواجهها القاضي أثناء تطبيق القانون الأجنبي¹، وقد دعت النّظريات الحديثة إلى ضرورة التّعاون بين القاضي والخصوم في البحث عن مضمون القانون الأجنبي²، ومع ذلك لا يمكن اعتبار القانون الأجنبيّ مجرد واقعة فالسبب الرّئيسي في تبني هذا الموقف راجع إلى صعوبة إثبات هذا القانون ويعدّ سببا تقليدياً لا يمكن التدرّع به في الوقت الرّاهن نظراً للتّطور الحاصل في وسائل الاتّصال السّريع الّتي تمكّن القاضي من الاطّلاع على مضمون القانون الأجنبي³.

5. النّتائج المترتبة على احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونيّة:

- ضرورة علم القاضي بالقانون الأجنبيّ وتطبيقه وتفسيره من تلقاء نفسه⁴.
- خضوع الخطأ في تطبيق القانون الأجنبيّ أو تفسيره إلى رقابة المحكمة العليا⁵، ممّا يمكنها من توفير الضّمانات الكافيّة لحسن تطبيق القانون الأجنبيّ وتفسيره وتحقيق انسجام الأحكام وتوافقها وتحافظ بذلك على سمعة القضاء الوطني وهيبته خارج حدود الدّولة⁶.

6. صعوبات إعمال القانون الأجنبي: تجدر الإشارة إلى أنّ القاضي يواجه

صعوبات متعلّقة بإعمال القانون الأجنبيّ المدوّن والقانون الأجنبيّ غير المدوّن.

¹ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 235.

² ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 221.

³ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 236.

⁴ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 702.

⁵ بشّار قيس محمّد الحجّية، مرجع سابق، ص 54.

⁶ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 245 و 246.

أ- صعوبات أعمال القانون الأجنبي المدوّن: يواجه القاضي صعوبات في مرحلة أعمال

القانون الأجنبي المدوّن وهي نوعين:

- صعوبات فنية مادية متعلّقة بترجمة النصوص القانونية للقانون الأجنبي الذي تختلف

لغته عن لغة دولة القاضي، فالترجمة تحتاج إلى الدّقة في إعطاء المعنى الحقيقي الذي

يقصده المشرّع الأجنبي، فيمكن للترجمة غير الدّقيقة أن تؤدّي إلى الخروج عن حدود

إرادة المشرّع الأجنبي¹، وهنا يفضّل الأخذ بالترجمة الرّسميّة².

- صعوبات قانونية متعلّقة بدستورية القانون الأجنبي، وهنا يجب التّفرقة بين نوعين من

الرّقابة الدّستورية:

الرّقابة الدّستورية الموضوعيّة: ويقصد بها التّأكد من مدى موافقة القانون الأجنبي من

النّاحية الموضوعيّة لدستور دولته أو أحد أسس دستورية القوانين في الدّولة التي ينتمي

إليها، بحيث يختلف الأمر حسب النّظام القانوني لكلّ دولة؛ فهناك من يرفض هذا النوع

من الرّقابة وهناك من يأخذ بها، فإذا كان النّظام القانوني للدّولة لا يسمح لمحاكمه بالرّقابة

على دستورية القوانين للقاضي أن يطبّق ذلك القانون على الرّغم من مخالفته لدستور

الدّولة المصدّرة له³، أمّا النّظام القانوني للدّولة الذي يسمح لمحاكمها بالرّقابة على

دستورية القوانين، فيجب التّفرقة بين حالتين:

¹ عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 165.

² أمانة أمّهي بوزينة، إشكالات تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 173.

³ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 216 و 217.

الحالة الأولى/ أين تتولّى جهة معينة حصراً في الدّولة الأجنبيّة مهمّة الرّقابة على دستوريّة القوانين، وهنا يمتنع القاضي عن إثارة هذه الرّقابة ما لم تكن هذه الجهة قد فصلت فيها¹، وعليه إذا قامت الدّولة الّتي ينتمي إليها القانون الأجنبيّ بممارسة الرّقابة في وقت سابق على دستوريّته وأعلنت عدم دستوريّته، كان لزاماً على محكمة الدّعوى أن تتأكّد من ذلك وترفض تطبيق القانون غير الدّستوري².

الحالة الثّانية/ إذا لم يتعرّض القانون من قبل لهذه الرّقابة، ذهب الفقه إلى الأخذ بها، وعليه يجوز للقاضي النّازر في النّزاع التّأكّد من دستوريّة القانون الأجنبيّ التّابع لهذه الدّولة من أجل الوصول إلى الحلّول ذاتها الّتي يصلها القانون الأجنبيّ³، ومن مبرّرات الأخذ بهذا الرّأي أنّه لا يمكن للقاضي أن يطبّق سوى القوانين الّتي تعتبر نافذة وفقاً للمبادئ أو القواعد الدّستوريّة التّابعة إلى البلد الأجنبي⁴.

على العكس من ذلك ذهب جانب آخر من الفقه إلى رفض هذه الرّقابة، وهو رأي جدير بالتأييد للمبرّرات نفسها، باعتبار أنّ هذا النّوع من الرّقابة يعدّ مبادرة سياسيّة وتدخّلاً في شؤون السّلطة التّشريعيّة الأجنبيّة، وعليه لا يتمّ وقف الدّعوى إلّا في حالة واحدة وهي تحريك إجراءات عدم الدّستوريّة أمام محاكم البلد الأجنبيّ صاحب العلاقة⁵، كما ترفض

¹ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 156.

² موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 222.

³ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 217.

⁴ موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 222.

⁵ المرجع نفسه، الموضع نفسه.

الرّقابة على دستوريّة القوانين الأجنبيّة إذا كان قانون القاضي الّذي ينظر في النّزاع لا يسمح بهذا النّوع من الرّقابة¹.

الرّقابة الدّستوريّة الشّكليّة: تتمثّل هذه الرّقابة في مدى احترام القانون الأجنبيّ للشّروط الشّكليّة الّتي يفرضها دستور الدّولة الّتي ينتمي إليها كالتّصديق والنّشر، ومن المتّفق عليه أن تتأكّد المحاكم من استيفاء هذه الشّروط حتّى في اختصاص القانون الأجنبيّ وبدونها تمتنع عن تطبيقه لأنّه يفقد صفة القانون².

ب- صعوبات إعمال القانون الأجنبيّ غير المدوّن: تختلف الصّعوبات الّتي يواجهها القاضي في مرحلة إعمال القانون الأجنبيّ غير المدوّن باختلاف مصدره، فإذا كان مصدره العرف والعادة كما هو الحال في القانون الأنجلوسكسوني فلا بدّ من معرفة وقت نشوئه وكيفيّة ظهوره، وإذا كان مصدره القضاء فعلى قاضي النّزاع أن يتعرّف على القيمة القانونيّة لأحكام القضاء الّتي تختلف من دولة إلى أخرى³، وهنا يجب أن يتعرّف القاضي على القوّة الإلزاميّة للسّوابق القضائيّة فهناك أحكام قضائيّة ذات طابع رسميّ كبريطانيا وأخرى ذات طابع تفسيريّ⁴، كما هو الحال في العديد من الدّول العربيّة كالجزائر والعراق. أمّا إذا كان مصدره الفقه فلا بدّ من معرفة قيمة هذا المصدر وهنا تكمن الصّعوبة⁵.

¹ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 157.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 216.

³ إبراهيم صالح الصرايرة، علاء محمّد الفواعير، مهمّة إثبات القانون الأجنبيّ أمام القاضي الوطنيّ وفقًا للتّشريع الأردني، مجلّة دراسات، علوم الشّريعة والقانون، الجامعة الأردنيّة، المجلّد 43، ملحق 3، 2016، ص 1258 و1259. المقال متوفّر على الرّابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 2023/11/02 على السّاعة 23:45 <https://archives.ju.edu.jo/index.php/law/issue/view/522>

⁴ عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 165 و166.

⁵ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 214.

الفرع الثّاني/ أساس تطبيق القانون الأجنبي من النّاحية التّشريعيّة

لم تفصح العديد من التّشريعات عن موقفها من أساس تطبيق القانون الأجنبيّ، من ذلك التّشريع الفرنسي، حيث أدّى هذا النّقص التّشريعي إلى تضارب الاجتهادات القضائيّة في هذه المسألة، على العكس من ذلك تبنت بعض التّشريعات نصوصاً قانونيّة صريحة ساهمت في رفع اللبس عن هذه المسألة المختلف فيها، وهو ما سار عليه المشرّع التّونسي، وعليه سأتناول هذين النموذجين المختلفين (أولاً)، لأقف بعد ذلك على تحديد موقف المشرّع الجزائريّ من أساس تطبيق القانون الأجنبيّ في المسائل المتعلّقة بموضوع الولاية على القاصر (ثانياً).

أولاً. أساس تطبيق القانون الأجنبيّ في التّشريع المقارن

1. أساس تطبيق القانون الأجنبيّ في التّشريع الفرنسي: لم يبيّن المشرّع الفرنسيّ موقفه الصّريح من أساس تطبيق القانون الأجنبيّ هذا القصور التّشريعيّ أدّى إلى اجتهاد القضاء في هذه المسألة، وعليه سأقف على تطوّر الاجتهاد القضائيّ الفرنسي في هذا المجال والذي مرّ بعدّة مراحل من خلال التّركيز على أهمّ القرارات القضائيّة الّتي قضت بها محكمة النّقض الفرنسيّة والّتي تناولها الفقه الفرنسي في إطار موضوع القوّة الملزمة لقاعدة التّنازع¹، فمعاملة القاضي الفرنسيّ للقانون الأجنبيّ برزت من خلال تعامله مع قاعدة التّنازع، وعليه سأتناول المراحل الّتي مرّت بها القوّة الإلزاميّة لقاعدة التّنازع:

¹ Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p p110-114. Sandrine Clavel, op.cit, p p 56-58.

المرحلة الأولى ميّزها القرار الصادر في قضية "Bisball" الشهيرة بتاريخ 12 ماي 1959، أين قضت محكمة النّقض الفرنسيّة بأنّ قواعد تنازع القوانين الفرنسيّة الّتي تشير على الأقل إلى اختصاص القانون الأجنبي لا تعدّ من النّظام العام، وللخصوم التّمسك بتطبيقها ولا يعاب على قاضي الموضوع أنّه لم يطبّق القانون الأجنبي تلقائيّاً ويقوم بتطبيق القانون الداخليّ الفرنسيّ الذي يحكم مختلف علاقات القانون الخاص¹. فمن خلال هذا القرار يتبيّن معاملة القاضي الفرنسيّ للقانون الأجنبيّ معاملة الواقع لا القانون.

المرحلة الثّانية جاءت بعد بضعة أشهر من صدور القرار السّابق، ميّزها القرار الصّادر في 2 مارس 1960 والمتعلّق بقضية (Chemouny) الشركة الجزائرية للقرض والبنك²، أين قضت فيه محكمة النّقض الفرنسيّة بإمكانية لجوء قاضي الموضوع إلى الكشف عن أحكام القانون الأجنبيّ المختصّ والبحث عنها تلقائيّاً حتّى ولو لم يتمسّك بإعمالها الخصوم³، وبما أن قاعدة "المحكمة تعرف القانون" لا تسري على القانون الأجنبي⁴، فعملية البحث عن مضمون القانون الأجنبيّ الّتي يقوم بها القاضي لا تعدّ التزاماً على عاتقه بل هي رخصة ولا يمكن أن يعاب على القاضي تقاعسه في أداء هذه المهمّة وله أن يمتنع عن القيام بها وبالتالي يقع عبء الإثبات على الخصوم⁵.

¹ Cass.civ. 1^{re}, du 12 mai 1959, Bisbal.

² Cass.civ. 1^{re}, du 02 mars 1969. Chemouny (Compagnie Algérienne de crédit et de banque).

³ موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 232.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 738.

⁵ Sandrine Clavel, op.cit, p 56.

لم يتغيّر في هذه المرحلة موقف القضاء الفرنسي من أساس تطبيق القانون الأجنبيّ فينظر إليه على أنّه عنصر من عناصر الواقع؛ لأنّ قاعدة التّنازع ذات طابع اختياري.

المرحلة الثّالثة تعرّضت فيها محكمة النّقض الفرنسيّة إلى انتقادات شديدة من طرف الفقه بسبب ما ذهب إلى أنّه في القرارين السّابقين لأنّها اعتبرت أنّ قاعدة التّنازع لا تكون إلزاميّة إلّا إذا أشارت إلى تطبيق القانون الفرنسيّ فقط، أدّى هذا إلى تطور الاجتهاد القضائيّ إلى درجة تكريس مبدأ التّزام القاضي بالتّطبيق التّلقائيّ لقاعدة التّنازع حتّى عندما تشير إلى اختصاص القانون الأجنبيّ، وهو ما يستشفّ من القرارين الصّادرين بتاريخ 11 أكتوبر 1988 قضية (Rebouh)¹، وفي 18 أكتوبر 1988 قضية (Schule)²، اللّذان يشيران إلى الطّابع الإلزاميّ لقواعد التّنازع بحكم أنّ هذه الأخيرة ذات وظيفة تنظيميّة تكتمل بإكمال القاضي لمهمّته إلى النّهاية والبحث عن القانون الأجنبيّ الّذي أشارت باختصاصه تلك القاعدة³.

استند القضاء الفرنسيّ في هذين القرارين على نصّ المادّة 12/1 ق إ م والّتي جاء فيها: "القاضي يفصل في النّزاع وفقًا للقواعد القانونيّة المطبّقة عليه"، وهو الموقف الّذي تبناه الفقه الحديث الّذي ذهب إلى أنّ النّصّ ينصرف إلى تطبيق القانون الفرنسيّ والقانون الأجنبيّ على حدّ السّواء بالرّغم من عدم النّصّ عليه صراحة، وهو مخالف لما

¹ Cass.civ. 1^{re}, du 11 octobre 1988, Bulletin 1988, N°278, p 190.

² Cass.civ. 1^{re}, du 18 octobre 1988.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 739.

ذهب إليه الفقه الفرنسيّ التقليديّ الذي فسر النصّ على أنّه ينصرف إلى القانون الداخليّ فقط¹.

تعتبر هذه المرحلة مهمّة جدّا حيث منحت قيمة قانونيّة إلى قاعدة التنازع، وأصبح القاضي ملزمًا بتطبيقها وبالتالي إمكانيّة إعمال القانون الأجنبيّ، وهو اتّجاه يسير نحو إضفاء الصبغة القانونيّة لهذا القانون.

المرحلة الرابعة ميّزها صدور قرار (Coveco) في 4 ديسمبر 1990²، تمّ تقييد دور المحكمة في هذه المرحلة فقاعدة تنازع القوانين لا تطبّق تلقائيًا إلّا في حالتين؛ وهما حالة وجود اتفاقية دوليّة أو في حالة تعلّقت المسألة بحقوق غير قابلة للتّصرف فيها وهنا وجب على القاضي تطبيق قاعدة التنازع بحكم وظيفته القضائيّة حتّى ولو لم يتمسك الخصوم بتطبيق القانون الأجنبيّ، فهذه المرحلة تميّزت بالرجوع إلى مبدأ التّطبيق الجوّزيّ لقاعدة التنازع استنادًا إلى طبيعة الحقوق³. وبالتالي يختلف أساس تطبيق القانون الأجنبيّ تبعًا لطبيعة الحقوق المتنازع فيها.

المرحلة الخامسة صدر قرار في 26 ماي 1999 المتعلّق بقضية الشركة (Mutuelle du Mans) أين ألغت محكمة النقض الفرنسيّة العمل بالاتفاقية وأبقت على معيار التمييز بين الحقوق التي يجوز التّصرف فيها والحقوق التي لا يجوز التّصرف فيها

¹ محمّد بودريعات، *أزمة تطبيق القانون الأجنبي بين اعتباره من الوقائع أو اعتباره قانونًا؟*، المجلّة الجزائريّة للعلوم القانونيّة والاقتصاديّة والسّياسيّة، جامعة بن يوسف بن خذه، الجزائر، المجلّد 55، العدد3، 2018، ص 483 و486. المقال متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2023/02/22 على الساعة 23:00 <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/143419>

² Cass.civ. 1^{re}, du 04 décembre 1990.

³ Sandrine Clavel, op.cit, p 56.

واستقرّ العمل بهذا الرّأي لفترة طويلة، وعليه يلتزم القاضي بتطبيق قاعدة التّنازع تلقائيًا عندما تكون الحقوق المتنازع عليها من الحقوق التي لا يجوز التّصرف فيها¹. وفي هذه الحالة يعامل القانون الأجنبيّ معاملة القانون.

المرحلة السادسة صدر قرار في 26 ماي 2021 اعتمدت فيه محكمة النقض الفرنسيّة على معيار جديد للإلزامية قاعدة التّنازع²، حيث اعتبرت قانون الاتحاد الأوروبي أنّه متعلّق بالنّظام العام وهو بمثابة قاعدة تنازع يلتزم القاضي بتطبيقه تلقائيًا حتّى ولو لم يتمسّك به الخصوم³.

2. أساس تطبيق القانون الأجنبيّ في التّشريع التّونسي: ذهب شراح مجلّة القانون

الدّولي الخاصّ التّونسيّة إلى تبني المشرّع التّونسيّ الاتجاه الذي يحتفظ للقانون الأجنبيّ بطبيعته القانونيّة، واستُشِفَ هذا الموقف من خلال النّصوص القانونيّة التّالية:

- الفصل 32/1 م ق د خ والتي نصّت على أنّه: "يمكن للقاضي بصفة تلقائيّة إقامة الدّليل على محتوى القانون الأجنبيّ المعيّن بقاعدة الإسناد في حدود إمكانيّات علمه به، وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الاقتضاء"، يفهم من خلال هذا النّص احتفاظ القانون الأجنبيّ بطبيعته القانونيّة لكنّه لا يندمج في النّظام القانونيّ للقاضي بل يظلّ

¹ François Mélin, *Règles de conflit de lois: un nouveau critère d'impérativité*, DALLOZ Actualité, le quotidien du droit, édition 08 juin 2021. L'article est disponible sur le site suivant: <https://www.dalloz.actualite.fr>

² François Mélin, op.cit.

³ Cass.civ. 1^{re}, du 26 mai 2021, bulletin 1999 I N°172, p 113.

خارجا عنه، والدّليل على ذلك إمكانيّة استبعاده في حالة تعدّد إثبات محتواه وتطبيق القانون التّونسي بدلا منه¹.

فالمشرّع التونسي سوّى بين القانون الدّاخلي والقانون التّونسي، ومراعاة للصّعوبات الماديّة الّتي تواجه القاضي للوصول إلى القانون الأجنبي، أجاز له إقامة الدّليل على محتواه في حدود علمه وفي الأجل المعقول وهو الوقت الّذي تتطلّبه الدّعوى للفصل فيها بحيث يختلف من قضية إلى أخرى².

- الفصل 34/ ف2 م ق د خ والّذي نصّ على ما يلي: "...يخضع تأويل القانون الأجنبيّ لرقابة محكمة التّعقيب"، وهنا حسم المشرّع التّونسي الجدل القائم حول طبيعة القانون الأجنبي واعتبره قانونا³.

ثانيا/ أساس تطبيق القانون الأجنبيّ في التشريع الجزائري

حدّد المشرّع الجزائري بوضوح موقفه من أساس تطبيق القانون الأجنبيّ في المسائل المتعلّقة بالأسرة في نصّ المادّة 358/ف6 ق إ م إ، فاعتبر مخالفة القانون الأجنبيّ المتعلّق بقانون الأسرة أحد أوجه الطّعن بالنّقض أمام المحكمة العليا، الّتي يجوز لها إثارة هذا الوجه من تلقاء نفسها وهذا طبقا لنصّ المادّة 360 ق إ م إ.

والملاحظ أنّ بعض الفقهاء فضّل الصّيغة القديمة أي المادّة 233/ف5 ق إ م

¹ مبروك بن موسى، مرجع سابق، ص 302.

² محمّد بودريعات، مرجع سابق، ص 484 وهامش 1 ص 485.

³ مبروك بن موسى، مرجع سابق، ص 319.

الّتي جاءت صياغتها كالآتي: "مخالفة أو الخطأ في تطبيق القانون الدّخلي أو القانون الأجنبيّ المتعلّق بالأحوال الشخصية"، يبدو النّص أكثر وضوحاً في إبراز موقف المشرّع الجزائريّ ورغبته في التّسوية بين القانون الدّخلي والقانون الأجنبيّ المتعلّق بالأحوال الشخصية¹.

من خلال ما سبق، يتّضح موقف المشرّع الجزائريّ من أساس تطبيق القانون الأجنبيّ الذي يعامله معاملة القانون في المسائل الأسريّة، وهنا تجدر الإشارة إلى الانتقاد الشّديد الذي طرحه الفقه بسبب التّمييز الذي أحدثه المشرّع الجزائريّ بين المسائل المتعلّقة بالأسرة وغيرها من المسائل؛ فهناك من وصف هذا التّمييز بالأزمة ودعا إلى معاملة القانون الأجنبيّ في مسائل الأسرة بالمعاملة نفسها في غيرها من المسائل، خاصّة وأنّ بعض القوانين الأجنبيّة تمزج بين المسائل الأسريّة والمعاملات الماليّة²، وهناك من وصف عمل القاضي في هذه الحالة بالبهلواني؛ لأنّه قد تثار أمامه أحكاماً متعلّقة بالأسرة وبغيرها من المجالات في دعوى واحدة³.

ويبدو أنّ المبرّر التقليدي لهذا التّمييز هو اعتبار مسائل الأحوال الشخصية من النّظام العامّ لكنّه يظلّ تعليلاً هشّاً أمام تطوّر دور القاضي ودخول المجتمع الدّولي في اتّفاقيات دوليّة موحّدة⁴، وهناك حجة أخرى تدعم موقف المشرّع الجزائريّ مفادها أنّ

¹ محمّد بودريعات، مرجع سابق، ص 481.

² المرجع نفسه، ص 482.

³ موحد إسعاد، مرجع سابق، ص 238.

⁴ محمّد بودريعات، مرجع سابق، ص 482.

أساس هذا التّمييز هو اعتبار المسائل الأسريّة من الحقوق غير القابلة للتّصرّف فيها¹، وذهب فريق آخر إلى القول أنّ تمييز معاملة القانون الأجنبيّ في قانون الأسرة عنه في القوانين الأخرى لم يكن بغرض إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبيّ بل لتشديد الرّقابة على تطبيق هذا القانون في المسائل المتعلّقة بالأسرة².

يبدو أنّ الفقه الجزائريّ الرّاجح لم يقتنع بالتمييز الّذي أحدثه المشرّع الجزائري في أساس تطبيق القانون الأجنبيّ وطالب بإلغائه³؛ لأنّ طبيعة هذا القانون لا يمكن أن تتغيّر بتغيّر المسائل الّتي يعالجها، وهو رأي جدير بالقبول خاصّة في مسائل الولاية على القاصر الّتي يمكن أن تطرح بشأنها قضايا متعلّقة بقانون الأسرة وأخرى متعلّقة بغيرها من القوانين، إذاً لا يوجد مبرّر منطقيّ وواقعيّ لموقف المشرّع الجزائريّ من هذا التّمييز فبمجرّد وضعه لقاعدة التّنازع الّتي تتميّز بطبيعتها المزدوجة، تكون هذه الخاصيّة كفيلة بإضفاء الصّبغة القانونيّة على القانون الأجنبيّ مع مراعاة خصوصيّاته الّتي تستدعي معاملته بطريقة خاصّة تختلف عن تلك المتّبعة في القانون الداخليّ.

¹ أمانة رجاوي، *معاملة تطبيق القانون الأجنبيّ أمام القضاء الوطني*، مجلّة الباحث للدراسات الأكاديميّة، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، المجلّد 8، العدد1، 2021، ص 668. المقال متوفّر على الرابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 2023/02/22 على الساعة 23:00 <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/143419>

² كريم ناتوري، *المعاملة الإجرائيّة لتطبيق القانون الأجنبيّ في قواعد تنازع القوانين الجزائريّة*، المجلّة الأكاديميّة للبحث القانوني، المجلّد 13، العدد1، 2022، ص 298. المقال متوفّر على الرابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 2023/01/05 على الساعة 22:30 <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/188721>

³ محمّد بودريعات، مرجع سابق، ص 482. حمزة قتال، مرجع سابق، ص 153. وينظر: محمّد أمين طوطاوي، *وضعيّة القانون الأجنبيّ أمام القضاء الجزائري (على ضوء أحكام ف6 من المادة 358 ق إ م إ)*، المجلّة الشّاملة للحقوق، جامعة باجي مختار، عنّابة، المجلّد 1، العدد2، 2021، ص 138. المقال متوفّر على الرابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 2023/01/05 على الساعة 23:30 <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/162984> وينظر كذلك: كمال عليوش قريوع، مرجع سابق، ص 148.

نخلص ممّا سبق، أنّ المشرّع الجزائريّ ينظر إلى مسائل الولاية على القاصر على أنّها من مسائل الأحوال الشخصيّة حيث نظم أحكامها في قانون الأسرة، وعليه إذا عرض على القاضي الوطني نزاع متعلّق بإحدى هذه المسائل سيتمّ تكييفها وفقاً لقانون القاضي وفي حالة منح قاعدة التّنازع الوطنيّة الاختصاص للقانون الأجنبيّ فيجب معاملته معاملة القانون لا الواقعة، وعليه يلتزم القاضي بإثارته من تلقاء نفسه ويقع عليه عبء إثباته مع مراعاة خصوصيّاته التي تستدعي الخروج عن القواعد العامّة في الإثبات فيماكانه الاستعانة بالخصوم في سبيل التّوصّل إلى مضمونه، وهو ما سيتمّ توضيحه تباعاً.

المطلب الثاني/ تفسير القانون الأجنبيّ وإثباته

الأصل أن يطبّق القاضي الوطنيّ القاعدة القانونيّة الأجنبيّة دون أن يسعى إلى تفسيرها. إمّا لوضوح معناها أو وجود تفسير تشريعيّ لهذه القاعدة صادر عن مشرّعه¹، استثناءً في حالة غموض هذه القاعدة يقوم القاضي بتفسيرها للوصول إلى المعنى الدّقيق لها.

وللتفسير عدّة أنواع تفسير تشريعيّ وتفسير قضائيّ وتفسير فقهيّ كما توجد عدّة مناهج ومدارس لتفسير القانون وقواعد لتفسير القانون وتختلف التّشريعات من دولة إلى أخرى في تبني إحدى هذه النظريات أو اتّباع منهج معيّن²، وقد اختلفت الاتّجاهات الفقهيّة والتّشريعيّة في الأساليب التي يفسّر بها القانون الأجنبي، كما اختلفت في مدى

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 745.

² مبروك بن موسى، مرجع سابق، ص 320.

الرّقابة على هذا التفسير من طرف المحكمة العليا أو ما يطلق عليها بمحكمة النقض في بعض النّظم القانونيّة، وفي سبيل الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي يستعين القاضي بالعديد من الوسائل الّتي تمكّنه من إثبات هذا القانون، وإذا تعذّر عليه ذلك أمكن البحث عن حلول أخرى واستبعاد هذا القانون، وعليه سأتناول تفسير القانون الأجنبي في (الفرع الأوّل)، وإثبات مضمون القانون الأجنبي في (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل/ تفسير القانون الأجنبي

قد يواجه قاضي النّزاع أثناء تطبيقه للقانون الأجنبيّ المختصّ غموضاً في بعض النّصوص القانونيّة والّتي تستدعي تفسيرها، بهدف رفع هذا الغموض والوصول إلى المعنى السّليم لها، وهنا يطرح التّساؤل عن الصّواب الّتي تحكم هذا التّفسير. فهل يتقيّد القاضي في تفسيره للغموض في النّصوص القانونيّة للقانون الأجنبيّ بالمفاهيم الوطنيّة أم المفاهيم والمبادئ السّائدة في دولة القانون الأجنبيّ؟

أجاب الفقه عن هذا التّساؤل، وانقسم إلى فريقين فضّل أحدهما أن يتّبع الأساليب الوطنيّة في تفسير القانون الأجنبيّ بينما فضّل الجانب الآخر الأخذ بالأساليب السّائدة في القانون الأجنبي، وبدورها التّشريعات المقارنة شهدت الانقسام نفسه، كما اختلف الفقه في موضوع الرّقابة على تفسير القانون الأجنبيّ بين من يرفض هذه الرّقابة وبين من يؤيّدّها. وعليه سأطرّق إلى موقف الفقه والتّشريع من تفسير القانون الأجنبي (أوّلاً)، ومن الرّقابة على تفسير القانون الأجنبي (ثانياً).

أولاً/ تفسير القانون الأجنبي من النّاحية الفقهيّة والتشريعيّة

1. تفسير القانون الأجنبي من النّاحية الفقهيّة: تضاربت وجهات النّظر الفقهيّة

من مسألة تفسير القانون الأجنبي والّتي يمكن إجمالها في اتّجاهين حيث ذهب جانب من الفقه إلى تفسير القانون الأجنبي وفقاً للأساليب المتّبعة في دولة القاضي الوطني، بينما فضّل الجانب الآخر اتّباع الأساليب السّائدة في الدّولة الّتي نشأ فيها القانون الأجنبي.

الاتّجاه الأوّل/ اتّباع الأساليب الوطنيّة في تفسير القانون الأجنبي

ذهب هذا الاتّجاه إلى أنّ قاضي النزاع يقوم بتفسير القانون الأجنبي وفقاً لأساليب ووسائل التّفكير المتّبعة في تفسير القانون الوطني، حيث منح حرّيّة مطلقة إلى المحاكم الوطنيّة في تفسير القانون الأجنبي مادامت هذه الحرّيّة معترف بها في حالة تطبيق قانونها الوطني، ويجوز تفسيره بالطريقة نفسها المتّبعة في تفسير القانون الوطني¹، وعليه يمكن أن يبحث القاضي عن نيّة المشرّع ويتقيّد بالمبادئ الفقهيّة وأحكام القضاء بهدف الاستئناس بها فالقانون الأجنبي له القوّة والوظيفة ذاتها الّتي يتميّز بها القانون الوطني، كما له أن يتمسك بحجّة السّوابق القضائيّة ومبدأ دستوريّة القوانين².

¹ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 220.

² ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 225.

الاتّجاه الثّاني/ اتّباع الأساليب الأجنبيّة في تفسير القانون الأجنبي

ذهب الاتّجاه الرّاجح إلى اعتماد القاضي الوطنيّ على أساليب ووسائل التّفسير المتّبعة في القانون الأجنبي؛ إذ يرى ضرورة التزامه بتفسير القانون الأجنبيّ وفقًا لما هو سائد في الدّولة الّتي صدر عنها ذلك القانون¹، فيلتزم بقرارات محاكمها واتّجاه الفقه في تلك الدّولة حتّى ولو تضمّنت القاعدة القانونيّة الأجنبيّة النّص نفسه في القانون الوطني²، فالأعمال التّحضيريّة الّتي تسبق صدور القانون وجملّة الظروف الّتي سبقت وتزامنت مع صدوره تلعب دورا هامّا في تشكيله لأنّها تكشف عن المقاصد الحقيقيّة للنّصوص الّتي شابها الغموض³.

وعليه وجب التّقيّد بمعنى النّص الأجنبيّ كما هو سائد في الدّولة الّتي أصدرته لا بحرفيّة، فقواعد تتّعارض القوانين الوطنيّة عندما أمرت بتطبيق قانون معيّن لا تريد أن يطبّق النّص بشكله الحرفيّ بل بمعناه الحقيقيّ الّذي قصده ذلك القانون في بلده وفي زمنه⁴، وقد أكّدت العديد من القرارات الفرنسيّة على ضرورة احترام القاضي للتّفسير الّذي منحتّه المحاكم الأجنبيّة للنّص⁵.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 745. محمّد رسمي العمري، مرجع سابق، ص 178.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 221.

³ عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 168.

⁴ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 221.

⁵ بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعيّة للدراسات والنّشر والتّوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2008، ص 185.

ويكون للقاضي سلطة تقدير تفسير القانون الأجنبيّ المقدم له من طرف الأطراف أو الخبير، فله أن يرفضه إذا كان تفسيراً واسعاً أو أنّه احتكم إلى قضاء أو فقه مهجور، ولا يتقيّد باتّفاق الخصوم على تفسير معيّن مادام أنّه بيّن رفضه لهذا التفسير بتسبيب كاف، كما يجب على القاضي النّاظر في النزاع ألاّ يخرج في تفسيره عمّا استقرّ عليه القضاء الأجنبي، ولا يمكنه الاستناد إلى حكم معيّن بمبرّر أنّه يقرّر ما يجب أن يكون، أو أن يأخذ بتفسير غير شائع لا يزال محلّ اختلاف على مستوى القضاء أو صادر عن جهة غير مختصة في التفسير، وفي حالة عدم وجود تفسير وتطبيق قضائيّ معيّن للقاعدة الأجنبيةّ يلتزم القاضي الوطنيّ بتفسيرها كما سيفسرها القاضي الأجنبيّ حسب قواعد التفسير الأجنبيةّ¹.

يؤخذ على هذا الاتّجاه بأنّه مناف للواقع ويبقى ذو طابع نظريّ صرف؛ إذ يستحيل على المحكمة الوطنيّة أن تمتلك مختلف الوسائل والملكة للوصول إلى تفسير النصّ الأجنبيّ كما هو سائد في الدّولة الّتي نشأ فيها، لأنّها تتطلّب الإحاطة بالنّظام القانونيّ ككل على رأسها الدّستور، إلى غير ذلك من العقبات العمليّة الّتي قد يواجهها القاضي كالترجمة والاستعانة بخبراء ومختصّين كلّ هذا يكلف الجهد والوقت والنّفقات وفي الأخير قد لا يتمكّن القاضي من الوصول إلى الغرض المنشود، وعليه يمكنه الاستعانة بالأساليب الوطنيّة وعدم التّقيّد بالأساليب والطّرق القانونيّة الأجنبيةّ².

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 746.

² ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 226.

من خلال ما سبق، يبدو أنّ المبررات الّتي احتجّ بها الفقه المخالف لهذا الاتّجاه لا يمكن الأخذ بها في عصر التّكنولوجيات الحديثة الّتي تمكّن القاضي من التّوصل إلى تفسير القانون الأجنبي كما وقع تأويله في البلد الّذي نشأ فيه، وبالتالي تفادي تحريف هذا القانون وتعريض قراره إلى النّقض، وعليه تعدّ مسألة تفسير القانون الأجنبيّ وفقًا للأساليب الأجنبيّة هي الأقرب إلى الواقع بينما التّفسير الّذي يتمّ وفقًا للأساليب الوطنيّة يبقى رأيًا منتقدًا وغير منطقي.

2. تفسير القانون الأجنبي من النّاحيّة التّشريعيّة: تبنت العديد من التّشريعات المقارنة الاتّجاه الّذي يفسّر القانون الأجنبيّ وفقًا للأساليب السّائدة في النّظام القانونيّ المنتمي إليه ضمن نصوص قانونيّة صريحة، من ذلك ما جاء به المشرّع التّونسيّ في الفصل 34 م ق د خ حسم من خلاله الجدل الفقهيّ القائم حول تفسير القانون الأجنبيّ، أين ألزم القاضي بتطبيق هذا القانون كما وقع تأويله في النّظام القانونيّ المنتمي إليه¹. وعلى النّهج نفسه سارت العديد من التّشريعات الأجنبيّة من بينها: القانون الدّولي الخاصّ البيروني لعام 1984 المادة 2055 منه، والقانون الدّولي الخاصّ الايطاليّ لعام 1995 المادة 15 منه، وكذلك القانون الألمانيّ لعام 1975 والقانون البرتغالي².

أمّا بالنّسبة للمشرّع الجزائري فلم يتطرّق إلى الأسلوب الّذي يفسّر به القانون الأجنبيّ، وبالرجوع إلى رأي الفقه الجزائريّ الّراجح نجده تبنّى الاتّجاه الّذي يفسّر هذا

¹ مبروك بن موسى، مرجع سابق، ص 19 و322.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 745 و746. سعاد يوبي، مرجع سابق، ص 201.

القانون وفقا للمبادئ القانونيّة المستقرّة في بلده الأصلي¹. وفي الحالة الّتي لا يتمكّن فيها القاضي من تفسير القانون الأجنبيّ لأنّه لم يكن محلّ تفسير في بلده أو أعطيت له تفسيرات متناقضة، يتولّى تفسيره بنفسه كما لو عرض أمام القضاء الأجنبي، فيتقيّد بما يتقيّد به هذا الأخير من مبادئ وأصول التّفسير السّائدة في البلد المنشئ له².

ثانيا/ الرّقابة على تفسير القانون الأجنبيّ من النّاحية الفقهيّة والتّشريعيّة

1. الرّقابة على تفسير القانون الأجنبي من النّاحية الفقهيّة

1.1. الاتجاه الرّافض لرقابة محكمة النّقض على تفسير القانون الأجنبي: رفضت

محكمة النّقض الفرنسيّة بسط رقابتها على إساءة تفسير القانون الأجنبيّ الأمر الذي انتقده الفقه الفرنسيّ القديم نظرا للتّفرقة الّتي أقامتها هذه المحكمة بين الرّقابة على إعمال قواعد التّنازع الوطنيّة والّذي استقرّ فيه القضاء على نقض الأحكام الّتي لم تطبّق القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قواعد التّنازع الوطنيّة، ورفض الرّقابة على إساءة تفسير هذا القانون، على الرّغم من عدم وجود أيّ فارق بينهما وضرورة معاملتهما بالمثل لأنّ الخطأ في تفسير القانون الأجنبيّ يؤدّي إلى خطأ في إعمال قاعدة التّنازع³.

¹ الطّيب زروتي، القانون الدّولي الخاص الجزائري علما وعملا، مرجع سابق، ص 13. موحد إسعاد، مرجع سابق، ص 224.

² بلقاسم أعراب، القانون الدّولي الخاص...، مرجع سابق، ص 155. أمنة أمّهي بوزينة، إشكالات تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 185.

³ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 719 و720.

في المقابل أيّد جانب من الفقه المصري¹، والفقه الفرنسي الحديث هذا الموقف الرافض للرّقابة على تفسير القانون الأجنبي²، ومن الحجج الّتي استندوا إليها:

- حجة قانونيّة مفادها أنّ اتّجاه محكمة النّقض هو الحفاظ على وحدة تطبيق القانون الفرنسي لا الإشراف على انسجام أحكام القوانين الأجنبيّة³.

- حجة عمليّة مضمونها استحالة سهر محكمة النّقض الوطنيّة على وحدة وصحة تطبيق مختلف القوانين الأجنبيّة، كما ينظر إلى القانون الأجنبيّ على أنّه واقعة ولا يمكن للخصوم التّمسك به لأول مرّة أمام محكمة النّقض لأنّه مزيج بين الواقع والقانون⁴.

- حجة فنيّة حيث أبدت النّتائج الخطيرة المترتبة على بسط رقابة محكمة النّقض على صحة تفسير القانون الأجنبيّ، والذي يؤدّي إلى تعدّد الطّعون وازدواجها أمامها، وهو أمر يتعارض مع ما استقرّ عليه القضاء في دول تلك القوانين، ممّا يفقد هبة ومصادقيّة محكمة النّقض الوطنيّة⁵.

2.1. الاتّجاه المؤيّد لرّقابة محكمة النّقض على تفسير القانون الأجنبي:

خلافًا لما ذهب إليه الاتّجاه السّابق، فضّل جانب من الفقه السّماح لمحكمة النّقض بالرّقابة على تفسير القانون الأجنبيّ، مبرّر ذلك أنّ هذا القانون أصبح جزءًا من القانون

¹ عز الدّين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 597.

² كمال عليوش قريوع، مرجع سابق، ص 152.

³ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 721.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 747.

⁵ المرجع نفسه، ص 748.

الوطنيّ إذا أشارت باختصاصه قاعدة التّنازع الوطنيّة، فإساءة تفسير القانون الأجنبيّ يعدّ خرقاً للقانون الوطنيّ لا مجرد حكم خاطئ¹.

2. الرّقابة على تفسير القانون الأجنبيّ من النّاحيّة التّشريعيّة: تبنّت العديد من الأنظمة القانونيّة الاتّجاه الرّافض لرقابة محكمة النّقض على تفسير القانون الأجنبيّ من ذلك هولندا ورومانيا²، وكلاً من بلجيكا، سويسرا وإسبانيا³.

أمّا الاتّجاه المؤيّد لهذا النّوع من الرّقابة فقد تبنّاه الكثير من الدّول كإيطاليا، التّمسّا، روسيا واليونان⁴، وتصدّى المشرّع التّونسيّ إلى معالجة هذه المسألة بنصّ تشريعيّ صريح تضمّنه الفصل 34/2 م ق د خ، فيخضع تأويل القانون الأجنبيّ إلى رقابة محكمة التّعقيب حتّى ولو بدا لها خطأ في تأويل القاعدة القانونيّة الأجنبيّة وأنّ هذا التّأويل مخالف لظاهر النّص⁵.

بالنسبة إلى المشرّع الجزائري فلم يعالج هذه المسألة بشكل صريح، إلّا أنّ الفقه الجزائري استشفّ موقفه من قانون الإجراءات المدنييّة والإداريّة القديم لاسيما نصّ المادّة 233/5 ق إ م أين اعتبر " مخالفة أو الخطأ في تطبيق القانون الدّاخلي أو قانون أجنبيّ متعلّق بالأحوال الشّخصيّة" وجهًا من أوجه الطّعن⁶، وتقابلها المادّة 358/6 في

¹ بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 156 و 157.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 748.

³ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 494.

⁴ المرجع نفسه، ص 597.

⁵ مبروك بن موسى، مرجع سابق، ص 19 و 322.

⁶ بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 157.

في القانون الجديد التي أسقطت عبارة "خطأ" وأبقت على عبارة "مخالفة القانون الأجنبي" ويقصد به مخالفة القانون بمفهومه الشّامل أي الخطأ في تفسيره وفي تطبيقه وحالة رفض تطبيقه.

كما استدللّ الفقه موقف المشرّع الجزائري من نصّ المادّة 358/ ف12 ق إ م إ التي تضمّنت مسألة تحريف المضمون الواضح والدّقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار واعتبرته بذلك وجهًا من أوجه الطّعن بالنّقض والذي يدخل في إطارها الرّقابة على تشويه النّصّ القانوني الأجنبي المكتوب¹.

وعليه يفهم ممّا سبق، اتّجاه المشرّع الجزائري نحو فرض رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي المتعلّق بالمسائل الأسيّة، وعليه إذا عرض نزاع على القاضي الجزائري متعلّق بمسألة من مسائل الولاية على القاصر في ظلّ العلاقات الدّولية الخاصّة وتبيّن إعمال القانون الأجنبي وفقًا لقواعد التّنازع الوطنيّة، فإنّ أحكام قضاة الموضوع تكون خاضعة إلى رقابة المحكمة العليا في مسألة تفسير القانون الأجنبي المختصّ.

الفرع الثاني/ إثبات مضمون القانون الأجنبي

أغفل المشرّع الجزائري موضوع إثبات القانون الأجنبي على الرّغم من أهمّيّته، وأمام هذا الفراغ التّشريعي ذهب جانب من الفقه إلى منح القاضي الحرّيّة في استعمال مختلف الوسائل التي تمكّنه من الوصول إلى الحقيقة الموضوعيّة والتي تختلف عن وسائل إثبات

¹ حمزة قتال، مرجع سابق، ص 272 و278.

الوقائع، فالقانون الأجنبي بحاجة إلى إثبات قضائي لا إلى إثبات موضوعي، كما أنّ القواعد العامّة في إثبات الوقائع لا تطبّق على القانون الأجنبي وإلاّ ترتّب عن ذلك مبدأ تبادل عبء الإثبات الّذي قد يمسّ بالقانون الأجنبي لدرجة تحريف مضمونه الحقيقي، نظرا لأنّ كلّ خصم يسعى إلى إثبات العناصر القانونيّة المستمدّة من القاعدة الأجنبيّة الّتي تخدم مصالحه، وإثبات أحد الخصوم مضمون القاعدة الأجنبيّة تمكّن الطرف الآخر من إثبات العناصر الّتي قد تعدّل أو تغيّر من الحقّ الشّخصي الّذي نتج عن القاعدة الأجنبيّة الّتي أثبتها خصمه¹.

كما ذهب الفقه الرّاجح إلى إمكانية استعانة القاضي بالخصوم في إثبات مضمون القانون الأجنبيّ بمختلف وسائل الإثبات ما عدا الإقرار واليمين²، وخلاف ذلك أجاز جانب من الفقه الفرنسيّ اللّجوء إلى الإقرار فالأصل أنّ اتّفاق الأطراف على مضمون القاعدة الأجنبيّة لا يلزم القاضي، لكن لا يوجد ما يمنع من التّعويل عليه كقرينة مكّلة لوسائل الإثبات الأخرى³.

وقد أشار الفقه إلى العديد من الوسائل الّتي يستعين بها القاضي في إثبات القانون الأجنبي، أهمّها الخبرة الّتي أيّدها الفقه الرّاجح وأشاد بأهمّيّتها في تمكين القاضي من التّعرف على مضمون القانون الأجنبي، وهناك من أجاز الأخذ بالشّهادة العرفيّة بالإضافة إلى الاستعانة بمجموعة من المستندات على رأسها نصوص القانون الأجنبي وترجمتها،

¹ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 61 و62.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 213. محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 236 و237.

³ Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p 191.

الأحكام القضائيّة والمؤلّفات الفقهيّة، كما اقترح الفقه جملة من الوسائل الّتي تسهّل للقاضي مهمّة إثبات القانون الأجنبيّ على الصّعידين الدّاخليّ والدّوليّ وهذا ما سيّتمّ التّطرّق إليه(أولاً)، لكن رغم كلّ الوسائل المتاحة للقاضي لإثبات القانون الأجنبيّ إلّا أنّه قد يتعذّر التّوصّل إليه، وهنا برزت العديد من الحلول لتجاوز هذه المشكلة (ثانياً).

أولاً/ وسائل إثبات القانون الأجنبي

1. الوسائل الّتي تمكّن القاضي من إثبات القانون الأجنبي:

أ- الخبرة: تعدّ الخبرة من الوسائل الّتي أيّدها الفقه الرّاجح فهي من أكثر الوسائل انتشاراً ونجاحاً في العمل القضائيّ، كما تعدّ الوسيلة المفضّلة والفعّالة للكشف عن مضمون القوانين الأجنبيّة، وقد أعطى القضاء الأنجلوسكسوني أهميّة خاصّة لهذه الوسيلة¹، وتشدّد في الاعتماد عليها لدرجة منع القاضي من اللّجوء إلى طرق أخرى للكشف عن مضمون القانون الأجنبيّ، بما فيها الاعتماد على علمه الشّخصي عند إصدار أحكامه²، فالقضاء الانجليزي استقرّ على إثبات القانون الأجنبيّ بواسطة خبير مؤهّل فقط والذي يطلق عليه الخبير الشّاهد الذي لا يمكن للمحكمة أن تفهم أو تفسّر النّصوص الأجنبيّة إلّا بمساعدته، فلا يكفي مجرد تقديم النّصوص القانونيّة والتّقارير والأحكام القضائيّة الأجنبيّة وإنّما تقدّم كدليل من طرف هذا الخبير³.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 743 و744.

² نادية فضيل، مرجع سابق، ص 63 و64 و67.

³ ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 236.

لم تلق هذه الوسيلة تأييدا من طرف البعض ونظرا لعدم وجود تنظيم خاصّ يمكّن القاضي من التّعرف على أحكام القانون الأجنبيّ، كان له أن يستعين بكافة وسائل الإثبات للتّوصل إلى مضمونه بما فيها الخبرة فهي مسلك تفرضه العدالة والمنطق لسدّ الفراغ التّشريعي، والمحكمة غير ملزمة بالأخذ برأي الخبير¹.

والخبرة نوعان: خبرة مكتوبة وخبرة شفويّة، وقد أخذ القضاء الإنجليزيّ بهذه الأخيرة واعتبر الشّهادة نوع من الخبرة الشّفويّة ووسيلة يعتدّ بها في إثبات القانون الأجنبي، لكنّه استبعد القواعد الإجرائيّة الّتي تحكم الإثبات بشهادة الشّهود في هذه الحالة، فهناك اختلاف في التّعامل مع الشّهادة في إثبات الوقائع عنه في إثبات القانون الأجنبي فتكون في هذا المجال الأخير أقرب للخبرة، كما يكمن الاختلاف في نقطتين²:

- الأصل أن القاضي الإنجليزي لا يتدخّل في النزاع ولا يحكم باستبعاد سماع شاهد معيّن من تلقاء نفسه ما لم يعترض على شهادته الخصوم، لكن في حالة إثبات القانون الأجنبيّ يمكن أن يستبعد القاضي الشّاهد إذا تبين أنّه غير أهل لهذه المهمّة.

- الأصل أن تردّ الشّهادة على ما رآه الشّاهد أو سمعه من وقائع دون أن يبدي رأيه الشّخصي أو تقدير لهذه الوقائع، على العكس من ذلك في مجال إثبات القانون الأجنبيّ يسمح القاضي للشّاهد بالإدلاء برأيه فيما يخصّ أحكام القوانين الأجنبيّة محلّ الشّهادة.

¹ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 63 و64 و67.

² المرجع نفسه، ص 63.

ومن عيوب الأخذ بالخبرة الشّفويّة كوسيلة لإثبات القانون الأجنبي أنّه في حالة تضارب آراء الخبراء أمام المحكمة في حالة تعدّدهم، يميل القاضي إلى اختيار الخبير الّذي يحسن لغته إذا كان من بين الخبراء من لا يحسن لغته، وإذا أخذ برأي هذا الأخير يضطرّ إلى الاستعانة بمتّرجم قد لا ينقل له المعلومات بدقّة، كما يمكن أن تؤدّي مناقشة الخبير من طرف المحامين إلى الخروج عن الإطار والهدف الحقيقيّ الّذي استُدعي من أجله، على الرّغم من هذه العيوب إلّا أنّ القضاء الجزائريّ والمصريّ أخذ بالخبرة الشّفويّة إلى جانب الأخذ بالخبرة المكتوبة الّتي اعتمدها القضاء الفرنسيّ وتشدّد في الأخذ بها في جميع الحالات، فهي تمكّن القاضي من التّوصل إلى مضمون القانون الأجنبيّ واجب التطبيق وتحدّد للخبير الإطار الواقعيّ للدّعوى وأهمّ النّقاط الّتي يجب أن يركّز عليها¹.

بالنسبة للأشخاص المؤهّلين للخبرة بنوعيتها فهي تصدر عن شخص من ذوي الاختصاص تختاره المحكمة أو يتّفق عليه الخصوم وتأمّر به المحكمة، يقوم بتقديم المعلومات اللّازمة عن قواعد القانون الأجنبيّ وأحكامه، ومن أمثلة الأشخاص المؤهّلين للخبرة أستاذ القانون والمحامي الّذي تعامل مع قضايا متعلّقة بقانون دولة معيّنة بإمكانه أن يقدّم معلومات عن ذلك القانون، ولا يعتبر خبيراً مجرد دراسة الشّخص لقانون دولة معيّنة ما لم يكن ممارساً له وطالت مدّة إقامته بتلك الدّولة، ويكون خبيراً الشّخص الّذي له معرفة خاصّة ببعض جوانب قانون الدّولة المراد الكشف عن أحكامه حتّى ولو لم تكن

¹ نادية فضيل، مرجع سابق، ص ص 65 - 67.

مهنته الرّئيسيّة العمل بالقانون¹، من أمثلة ذلك في مسائل الولاية على القاصر الاستعانة برجال الدّين لارتباط هذه المسائل بأحكام الشّريعة الإسلاميّة.

ب- الشّهادة العرفيّة: لا تقلّ الشّهادة العرفيّة أهميّة عن الخبرة في إثبات مضمون القانون الأجنبيّ وهي وسيلة اعتمدها القضاء الفرنسي²، يلجأ إليها الأطراف دون أن يستدعي ذلك تدخّل من القاضي³، على عكس الخبرة الّتي تتمّ بأمر من المحكمة⁴، وقد أجاز المشرّع التّونسيّ الأخذ بهذه الوسيلة صراحة في الفصل 32/ ف3 من م ق د خ.

والشّهادة العرفيّة عبارة عن مستند مكتوب صادر عن شخصيّة متخصصة لها علم كاف بأحكام القوانين الأجنبيّة وغالباً ما تكون الشّهادة محرّرة بلغة القاضي الّذي يبحث في مضمون القانون الأجنبي⁵، وحتّى تكون هذه الشّهادة كاملة لا بدّ أن تتضمّن إشارة إلى كلّ من القواعد الموضوعيّة للقانون الأجنبي موضوع الإثبات ومضمون قواعد تنازع القوانين حتّى يتمكّن القاضي من معرفة إمكانيّة اللّجوء إلى الإحالة أم لا⁶.

وهناك نوعين من الشّهادات العرفيّة؛ فهناك شهادات صادرة عن جهات رسميّة وأخرى صادرة عن شخصيّة قانونيّة:

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 743.

² علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 139.

³ Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p 138 et 139.

⁴ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 69.

⁵ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 146.

⁶ Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p 138.

- الشّهادة العرفيّة الصّادرة عن الجهات الرّسميّة: قد تصدر الشّهادة العرفيّة عن سفارة أو قنصلية الدّولة الأجنبيّة المراد إثبات قانونها، تكون شهادتها موجزة بوجه عام ومقتصرة على ذكر النّصوص القانونيّة المراد إثبات مضمونها¹، وتتمّ المصادقة على هذه الشّهادة من أجل إضفاء مصداقيّة عليها أمام القاضي النّاظر في النزاع²، وعليه فإنّ للمحاكم أن تطلب من قنصل الدّولة أو من نائبه الحضور إلى المحكمة للإفادة بمعلوماته عن قوانين دولته³.

- الشّهادة العرفيّة الصّادرة عن شخصيّة قانونيّة: قد تصدر الشّهادة العرفيّة عن شخص عاديّ يكون متخصّصا في القانون الأجنبيّ وغالبا ما يكون محاميا أو فقيها أجنبيا أو مواطنا على علم كاف بقانون الدّولة الأجنبيّة⁴، وعلى عكس الشّهادات الصّادرة عن الجهات الرّسميّة فإنّ هذا النّوع من الشّهادات يتضمّن تفسيراً لنصوص القانون الأجنبيّ مدعّما باستشهادات من السّوابق القضائيّة أو حتّى محاولة إلى تطبيق القانون على وقائع القضية، لكن هذا القانون غير لازم لأنّ تطبيقه حتّى ولو كان أجنبيا، فهو مقتصر على القاضي، وعليه لا بدّ أن تكتفي الشّهادة العرفيّة بتقديم المعلومات اللاّزمة عن القانون فقط، لكن انتقد هذا النّوع من الشّهادات العرفيّة كونها وسيلة مشكوك فيها للغاية أثناء الممارسة العمليّة، فغالبا ما يميل المحرّر إلى تفضيل مصلحة الخصم الذي لجأ إليه⁵.

¹ Pierre Mayer, Vincent Heuzé, Ibid, p 138.

² عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 147 و148.

³ حسن الهذّاوي، مرجع سابق، ص 212. ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 222.

⁴ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 148.

⁵ Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p 138.

والأخطر من ذلك أنّه قد يكتّم الخصم عن الخبر بعض الوقائع المهمّة التي تخدم مصالح الخصم الآخر، وبالتالي قد يأخذ القاضي بهذه الشّهادة ويحكم على أساسها متأثراً بسمعة محرّرها¹.

ج- صديق المحكمة: بدأت البحوث الفقهيّة العربيّة²، تشير إلى أهميّة الاستعانة بصديق المحكمة كإجراء قضائيّ يتمّ اللّجوء إليه كوسيلة من وسائل الإثبات إلى جانب الإجراءات القضائيّة الأخرى كالخبرة والشّهادة. كما أشاد جانب من الفقه المصريّ بالدور الهام الذي يلعبه صديق المحكمة في مرحلة تطبيق القانون الأجنبيّ لأنّه أكثر ملائمة في هذا المجال، كما فضّل تبنيّ هذا الإجراء في المنظومة الإجرائيّة المصريّة لضمان جودة الأحكام القضائيّة³، ودعا جانب من الفقه العراقيّ إلى الأخذ به في قانون الإثبات إلى جانب الشّهادة والخبرة⁴.

ويقصد بصديق المحكمة: "استشارة المحكمة لشخص أجنبيّ عن القضية وعن الملفّ وعن جهاز العدالة، لخبرته في الموضوع دون أن يكون هذا الشخص على صلة

¹ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 69.

² الكنانى حيدر فليح حسن، *صديق المحكمة بين التّنظير الفقهيّ والتّأصيل القانوني*، مجلّة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري، قسنطينة، المجلّد 7، العدد 4، 2022، ص ص 34-59. المقال متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2023/05/01 الساعة 00:30

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/207418>

وينظر: محمّد بودريعات، مرجع سابق، ص 485.

عثمان محمّد عبد القادر، *المفهوم الفرنسي لصديق المحكمة*، المجلّة القانونيّة، كليّة الحقوق فرع الخرطوم، جامعة القاهرة، المجلّد 12، العدد 7، 2022، ص ص 1667-1772. المقال متوفّر على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2023/05/01 الساعة 00:00

<https://jlaw.journals.ekb.eg/article-239311.html>

³ عثمان محمّد عبد القادر، المرجع نفسه، ص 1668 و1759.

⁴ الكنانى حيدر فليح حسن، المرجع السابق، ص 48.

بملف القضية، وإنّما يكون كتاب حي يستنطقه القاضي في موضوع القضية وليس في القضية ذاتها"¹.

وما يميّز هذا الإجراء عن الخبرة الفنيّة والشّهادة، أنّ صديق المحكمة يتدخّل في الدّعى بناءً على طلب المحكمة أو من تلقاء نفسه متطوّعاً، كما يتدخّل في مسائل القانون والواقع معاً، ويكون صديق المحكمة شخصاً طبيعياً كما قد يكون شخصاً معنوياً ويبيدي رأيه الشّخصي في المسائل المعروضة للفصل فيها²، لكن يبقى رأيه استشارياً غير ملزم للمحكمة³.

وقد ظلّ إجراء صديق المحكمة غريباً عن مختلف البلدان العربيّة، على العكس من ذلك شهد انتشاراً واسعاً في قضاء عدّة دول غربيّة⁴، مثال ذلك في فرنسا استعان القضاء بخبرات عدّة أشخاص كأصدقاء للمحكمة في قضايا متنوّعة، فكان أوّل تطبيق لهذه الفكرة سنة 1988 في مسألة متعلّقة بتطبيق القواعد المنظّمة لمهنة المحاماة، وبدوره المشرّع الفرنسيّ تبنّى هذه الفكرة في القضاء الإداريّ بجميع محاكمه وفي القضاء العاديّ اقتصر الاستعانة به أمام محكمة النّقض⁵، وقد استُثِف موقف المشرّع الفرنسيّ من المرسوم رقم 164-2010 المؤرّخ في 22 فيفري 2010 المتعلّق بصلاحيّات وعمل القضاء الإداريّ

¹ محمّد بودريعات، مرجع سابق، ص 485.

² الكناني حيدر فليح حسن، مرجع سابق، ص 41 و42.

³ عثمان محمّد عبد القادر، مرجع سابق، ص 1761.

⁴ الكناني حيدر فليح حسن، مرجع سابق، ص 34 و35. محمّد بودريعات، مرجع سابق، ص 485.

⁵ عثمان محمّد عبد القادر، مرجع سابق، ص ص 1679 - 1690.

المادة 46 منه الّتي أضافت فقرة ثالثة للمادة 625 من قانون القضاء الإداري الفرنسي¹، ويُستشفّ كذلك من تقنين التّنظيم القضائي رقم 1547-2016 لسنة 2016 المتعلّق بعصرنة عدالة القرن الواحد والعشرين أين استحدثت المادة 431-3-1²، حيث سمح المشرّع الفرنسي للمحكمة من خلال المادّتين السّابقتين بدعوة أيّ شخص تكون كفاءته أو معارفه مفيدة في حلّ النزاع، مع تقديم ملاحظات عامّة حول النّقاط الّتي تحدّدها المحكمة.

كما اقترح جانب من الفقه ضرورة الاستعانة بصديق المحكمة على أن تكون هذه الاستعانة مقيّدة بجملة من الشّروط الشّخصيّة والموضوعيّة الواجب توفّرها في صديق المحكمة³، مع تحديد مدّة زمنيّة يلتزم فيها لإبداء رأيه حتّى لا يتمّ تعطيل سير الدّعوى، وتتكلّف الدّولة بنفقات الاستعانة به لأنّه يخدم العدالة⁴.

د- نصوص القانون الأجنبي وترجمتها: أشار الفقه الرّاجح⁵ إلى أنّ نصوص القانون الأجنبيّ أو ترجمتها تعين القاضي في إثبات مضمون القانون الأجنبيّ، ويعدّ أمرًا بديهيًّا لأنّ هذه المستندات هي الّتي سيعتمد عليها القاضي بالدرجة الأولى إلى جانب الاستعانة بوسائل أخرى إذا اقتضى الأمر ذلك حتّى ولو كان عالما بالقانون الأجنبيّ، لكن يجب

¹ Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives.

² Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du xxle.

³ للتفصيل أكثر في الموضوع ينظر: عثمان محمّد عبد القادر، مرجع سابق، ص ص 1691-1695.

⁴ المرجع نفسه، ص 1762.

⁵ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 743. عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 149.

محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 488.

الحصول على نسخ حديثة للنصوص القانونيّة وترجمتها لأنّه قد يتمّ تعديلها أو إلغائها. وتزيد مصداقيتها في الإثبات إذا كانت صادرة عن هيئة مختصة أو متضمّنة في مؤلّف علمي¹.

هـ - المؤلّفات الفقهيّة: تساهم المؤلّفات الفقهيّة في تيسير عمل القاضي في العلم بأحكام القانون الأجنبي، فهي وسيلة لإثبات هذا القانون وشرحه وتفسيره ويستحسن الاستعانة بالمؤلّفات الحديثة لأنّه قد يتمّ تعديل القانون الأجنبي المراد إثباته²، وقد دعا الفقه إلى ضرورة الاهتمام بالدراسات القانونيّة³، كما يفضّل الاستعانة في هذا المجال بدراسات القانون المقارن⁴.

و - الأحكام القضائيّة: يمكن للقاضي أن يستعين بأحكام قضائيّة صادرة في منازعات مشابهة للنزاع المعروض على القاضي الوطني، سواء أكانت هذه الأحكام صادرة عن القضاء الوطني تطبيقاً لقانون أجنبي أم أنّها صادرة عن المحاكم الأجنبيّة⁵، لكن من شأن شأن هذه الوسيلة أن تشوّه القانون الأجنبي في الحالة الّتي تختلف فيها الواقعة موضوع النزاع في الحكم القضائي المعتمد عليه عن الواقعة المعروضة أمام القاضي⁶.

¹ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 149.

² أمانة أمّهي بوزينة، إشكالات تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 173.

³ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 74 و 75.

⁴ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 212.

⁵ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 74.

⁶ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 151.

2. الوسائل الّتي تسهّل للقاضي مهمّة إثبات القانون الأجنبي

اقترح الفقه مجموعة من الوسائل الّتي تسهّل للقاضي مهمّة إثبات القانون الأجنبي،

وهي على صعيدين:

1.2. الوسائل المقترحة من طرف الفقه على الصّعيد الدّخلي

أ- إنشاء مراكز علميّة متخصصة: اقترح الفقه الراجح¹ إنشاء مراكز علميّة متخصصة تحت إشراف وزارة معيّنة كوزارة العدل أو الخارجيّة، تسهّل على القاضي مهمّة التّعرف على أحكام القانون الأجنبي. وقد أخذت بهذه الوسيلة بعض القوانين المقارنة فنصّت المادّة 1/4 من القانون الدّولي الخاصّ النّمساويّ لعام 1979 على مساعدة وزارة العدل للقاضين ونصّت المادّة 2/5 من القانون الدّوليّ الخاصّ المجريّ لعام 1979 على إمكانية طلب المحكمة من وزارة العدل تزويدها بالمعلومات الخاصّة بالقانون الأجنبي، ومن المهامّ الأساسيّة الّتي تقوم عليها هذه المراكز هي تزويد القضاة بترجمات وطنيّة معتمدة ودقيقة لنصوص القانون الأجنبيّ ويفضّل استعمال جهاز خاصّ بالترجمة يكون حديثاً وفعالاً، وتسهيل عمل المحاكم للاطلاع على مختلف التشريعات الأجنبيّة والأحكام القضائيّة بحيث تنظّم الأمر وتسهّل التّعرف على مختلف الأحكام القانونيّة الجديدة في الدّول الأخرى خاصّة الّتي يكثر التّعامل معها².

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 744. بشّار قيس محمّد الحجّية، مرجع سابق، ص 230.

نادية فضيل، مرجع سابق، ص 74.

² بشّار قيس محمّد الحجّية، المرجع نفسه، ص ص 231 - 233.

يقوم على المركز خبراء متخصصين في مختلف القوانين الأجنبيّة، يسهرون على تقديم المساعدة للقضاء وذوي المصلحة¹، كالأساتذة المحامين، القضاة، وذوي الخبرة فتستطيع المحكمة أن تستدعي للضرورة أحدهم للإدلاء بإفادتهم الشفويّة لتدعيم رأي القاضي وتوضيح مختلف المسائل الغامضة والدقيقة، كما يمكن تزويد المراكز بمكتبة تضم أحدث المؤلّفات والتشريعات القانونيّة المقارنة وأحكام القضاء ومزوّد بحاسوب موصول بشبكة الانترنت تمكّن من مواكبة التّطورات الحاصلة في القوانين الأجنبيّة مما يساهم في تسريع وتيرة الفصل في النزاعات المتضمّنة عنصراً أجنبيّاً².

كما قدّم الفقه بعض المقترحات الأخرى وهي جديرة بالتأييد، وتتمثّل في³:

ب- إنشاء مكاتب قانونيّة استشاريّة في كلّيات الحقوق: المهمّة الأساسيّة لهذه المكاتب هي إفادة المحاكم عند الطّلب بالاستشارات القانونيّة اللاّزمة والمتعلّقة بمضمون القانون الأجنبيّ، ومن أجل ذلك تشكّل لجنة متكوّنة من أساتذة جامعيّين مازالوا في الخدمة أو متقاعدين متخصصين في مجال القانون، خاصّة الذين درّسوا خارج بلدانهم واكتسبوا خبرة حول قوانين عدّة دول.

ج- إنشاء معهد خاصّ بالدراسات المقارنة: تكمن أهميّة إنشاء معهد خاصّ بالدراسات المقارنة في إعداد أشخاص ذوي خبرة مؤهلين للتعامل مع القوانين الأجنبيّة وإن كان ذلك

¹ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 74 و75.

² بشّار قيس محمّد الحجّية، مرجع سابق، ص 231 و232.

³ للتفصيل أكثر ينظر: بشّار قيس محمّد الحجّية، المرجع نفسه، ص ص 233-235.

صعبًا لكنّه ليس مستحيلًا، فقد كرّسته عدّة دول كألمانيا، ولا بدّ من تدعيم المعهد بمكتبة تضمّ المؤلفات العلميّة الّتي تغطّي أغلب القوانين في العالم ويزوّد بطاقت علميّة متمكّن من التّعامل مع محتوياتها.

د - مقترحات على مستوى المحاكم: يمكن تخصيص دوائر على مستوى المحاكم الّتي يطرح أمامها بكثرة المنازعات الدّوليّة الخاصّة فغالبا ما يتكرّر تطبيق قانون أجنبيّ معيّن على المشكلة نفسها فتكتسب هذه الدوائر خبرة واسعة¹، أو يختص قاض واحد يكون مقرّه في العاصمة للفصل في القضايا المتضمّنة عنصرا أجنبيا والّتي تتطلّب بدورها إعمال قواعد تنازع القوانين²، ويقترح جانب آخر من الفقه إنشاء محاكم متخصصة في قضايا تنازع القوانين³، والّذي يكون فعّالا في الدّول الّتي تكثّر فيها النّزاعات المشتملة على عنصر أجنبي.

2.2. الوسائل المقترحة من طرف الفقه على الصّعيد الدّولي

اقترح الفقه الرّاجح على الصّعيد الدّوليّ أهميّة اللّجوء إلى الاتّفاقيات الدّوليّة والإنابة القضائيّة لتسهيل مهمّة القاضي في التّعرف على أحكام القانون الأجنبي، وقد تبنت الجزائر هاتين الوسيّلتين لما لها من إيجابيّات في سير الدّعوى والفصل في النّزاع المعروف على القاضي.

¹ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 74 و75.

² ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 222 و223.

³ بشّار قيس محمّد الحجّية، مرجع سابق، ص 234 و235.

أ- عقد اتفاقيات دولية: دعا الفقه إلى ضرورة عقد اتفاقيات دولية لتبادل المعلومات اللازمة عن قوانين الدول المتعاقدة¹، باعتبارها من الوسائل الفعّالة التي تمكّن القاضي من الحصول على معلومات عن القانون الأجنبي، فيتم إنشاء إدارات خاصة تتولّى مهمة تبادل الوثائق والمعلومات فيما بينها، أو تسهيل العمل بين المحاكم للحصول المباشر على المعلومات المتعلقة بقوانين كلّ منها²، وهو مقترح جدير بالتأييد ومهم جدًا كونه يساهم في الفصل الجيّد والسريع للمنازعات المتعلقة بالعلاقات الدولية الخاصّة.

وقد صادقت الجزائر على العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية ومتعددة الأطراف لكنّها في الغالب كانت تميل إلى التعاون القضائي في المجال الجزائري، ومن بين الاتفاقيات الدولية التي خصّت بالذكر التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية الاتفاقية المبرمة مع بلغاريا سنة 1977³، والاتفاقية المبرمة مع رومانيا سنة 1984⁴، كما أبرمت الجزائر اتفاقيات متعدّدة الأطراف أهمّها اتفاقية الرياض العربيّة للتعاون القضائي التي صادقت عليها الجزائر سنة 2001⁵، حيث نصّت المادّة الأولى من هذه

¹ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 74 و 75. عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 152.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 745.

³ مرسوم رقم 77-191 مؤرخ في 24 ديسمبر 1977 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القضائي والقانوني في المواد المدنية التجارية والعائلية والجزائرية بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية البلغارية الموقع عليها بمدينة الجزائر في 20 ديسمبر 1975، ج ر العدد 1، المؤرخة في 03 جانفي 1978.

⁴ مرسوم رقم 84-178 مؤرخ في 28 جويلية 1984 يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القضائي والقانوني في المواد المدنية والعائلية والجزائرية بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية الرومانية الموقعة ببوخارست في 28 جوان 1979، ج ر العدد 31، المؤرخة في 31 جويلية 1984.

⁵ المرسوم الرئاسي رقم 01-47 المؤرخ في 11 فيفري 2001 يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربيّة للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 06 أفريل 1983، ج ر العدد 11، المؤرخة في 12 فيفري 2001.

الاتّفاقية على ما يلي: "تتبادل وزارات العدل لدى الأطراف المتعاقدة بصفة منتظمة نصوص التّشريعات النّافذة والمطبوعات والنّشرات والبحوث القانونيّة والقضائيّة والمجالات الّتي تنشر فيها الأحكام القضائيّة، كما تتبادل المعلومات المتعلّقة بالتّنظيم القضائي، وتعمل على اتّخاذ الإجراءات الرّامية إلى التّوفيق بين النّصوص التّشريعيّة والتّنسيق بين الأنظمة القضائيّة لدى الأطراف المتعاقدة حسبما تقتضيه الظروف الخاصّة بكلّ منها".

ب- الإنابة القضائيّة الدّوليّة: إلى جانب الاتّفاقيات الدّولية دعا الفقه إلى أهميّة اللّجوء إلى الإنابة القضائيّة الدّوليّة للوقوف على مضمون القانون الأجنبي. حيث عرّفها البعض على أنّها: "طلب من السّلطة القضائيّة المنيبة إلى السّلطة القضائيّة المستنابة، سواء أكانت الإنابة قضائيّة أم دبلوماسية، لاتّخاذ إجراء معيّن بغية الفصل في قضية عالقة أمام القاضي المنيب ليس في مقدوره أن يقوم بنفسه بهذه المهمّة في نطاق اختصاصه"¹، شمل هذا التعريف كلّاً من الإنابة القضائيّة الواردة والصّادرة وعليه لا يمكن القول بأنّ الجهة القضائيّة المنيبة هي دائماً المحكمة الوطنيّة. كما ذهب إليه جانب من الفقه².

وقد أخذ المشرّع الجزائريّ بالإنابة القضائيّة الدّوليّة بنوعيتها في القانون 09/08 المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، حيث نظّم أحكامها في القسم السّابع من الفصل الخاصّ بإجراءات التّحقيق ضمن المواد من 112 إلى 124، بالنّسبة للإنابة القضائيّة الدّولية الصّادرة يقوم القاضي بإصدارها إلى الجهة القضائيّة المختصّة للدّولة

¹ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 151.

² بشّار قيس محمّد الحجّية، مرجع سابق، ص 237.

المعنيّة أو إلى السّلطات الدّبلوماسية أو القنصليّة الجزائريّة، ويتمّ طلب الإنابة القضائيّة تلقائيًا من القاضي أو بطلب من الخصوم لاتّخاذ إجراء من إجراءات التّحقيق أو أي إجراء قضائيّ آخر يراه ضروريًا في دولة أجنبيّة¹.

وحسنًا فعل المشرّع الجزائري عندما وسّع من مجال الإنابة القضائيّة دون أن يقيدها بحالات معينة. هذا التّوسيع في مجال الإنابة من شأنه أن يحقّق العدالة المنشودة ويساهم في تطوّر علاقات الأفراد الخاصّة²، فالإنابة القضائيّة الدّوليّة تسمح بتحقيق التّضامن المشترك بين مختلف النّظم القانونيّة فيمكن لكلّ نظام قانونيّ أن يتولّى الفصل في المسائل الّتي تكون على صلة وثيقة به أكثر من غيره من القوانين، ويكون لجوء القاضي للإنابة القضائيّة تلقائيًا حتّى ولو لم يطلب ذلك الخصوم، وعليه فإنّ أيّ تقاعس منه بحجّة عدم طلب الخصوم يعدّ مخالفاً للقانون ويعرّض قراره للنّقض، كما يشترط عدم اللّجوء إلى هذه الوسيلة إلّا في الحالة الّتي يجهل فيها القاضي مضمون القانون الأجنبيّ ويتعذّر عليه العلم به أو تبيّن له وجود تعارض وتناقض فيما قدّم له الخصوم³.

ويدخل ضمن الإنابة القضائيّة طلب القاضي إرسال نصوص القانون الأجنبيّ أو أحكام القضاء فيه إلى الدّولة المناوبة للفصل في الدّعوى أمام القاضي المنيب، ويعتبر هذا الإجراء قضائيًا لأنّه يصدر عن القاضي بمناسبة قيامه بوظيفته القضائيّة المتعلّقة

¹ المادة 112 ق إ م إ.

² بشار قيس محمّد الحجّية، مرجع سابق، ص 240.

³ عكاشة محمّد عبد العال، دراسات في القانون الدّولي الخاص...، مرجع سابق، ص 278 و 279.

بالخصومة المعروضة أمامه واقتضت الضّرورة اللّجوء إليه للفصل في النّزاع¹، وتحديد طبيعة الإجراء مسألة تكييف تخضع إلى قانون القاضي المنيب، الّذي يقوم به بوصفه خبيراً، ولا يعتبر رأيه ملزماً للقاضي².

وعلى الرّغم من أهمية الخبرة سواء الشّفويّة أم الكتابيّة في الكشف عن مضمون القانون الأجنبيّ والّتي أشاد بدورها الفقه الحديث على رأسهم الأستاذ عبد الكريم سلامة³، إلا أنّ الإنابة القضائيّة لا تقلّ أهميّة عنها لأنّها تكون أكثر فاعليّة منها، فالجهة القضائيّة في الدّولة الأجنبيّة أقدر من غيرها على فهم الحقائق القانونيّة والعلم بها علماً يمكّنها من القيام بالإنابة بأحسن الطّرق، خاصّة إذا كان مصدر القاعدة القانونيّة هو القضاء لا التّشريع المقنّن، فالإنابة القضائيّة تمكّن القاضي من الكشف عن الحكم الصحيح للقانون⁴.

إلى جانب ما جاء به المشرّع الجزائريّ من أحكام في قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، فقد لعبت الاتّفاقيّات الدوليّة المصادق عليها في مجال التّعاون القضائيّ سواء الثنائيّة أم متعدّدة الأطراف دوراً هاماً، حيث تضمّنت في أحكامها إمكانيّة اللّجوء إلى

¹ بشّار قيس محمّد الحجّية، مرجع سابق، ص 238.

² حسين العيساوي، *الإنابة القضائيّة في القانون الدولي الخاصّ الجزائريّ*، مجلّة الأستاذ الباحث للدراسات القانونيّة والسياسيّة، جامعة مسيلة، المجلّد 6، العدد 3، 2022، ص 2349 و 2350. المقال متوفّر على الزّابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 2023/05/15 <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/180626> على السّاعة 18:00

³ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 743.

⁴ عكاشة محمّد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 279.

الإنبابة القضائيّة وحدّدت إجراءاتها وهذا من شأنه أن يسهّل مهمّة القاضي في إثبات القانون الأجنبي.

ومن أمثلة الاتّفاقيّات الثنائيّة الاتّفاقية المبرمة مع بلغاريا الّتي حدّدت الإجراءات المتعلّقة بالإنبابة القضائيّة في المواد من 11 إلى المادة 16، والاتّفاقية المبرمة مع رومانيا سنة 1984 الّتي خصّصت الباب الثّالث لإجراءات تبادل الوثائق القضائيّة والعرفيّة وتنفيذ الإنابات القضائيّة من المادة 10 إلى المادة 18، وفي مجال الاتّفاقيّات متعدّدة الأطراف تمّ الأخذ بالإنبابة القضائيّة الدوليّة في اتفاقية الرّياض للتّعاون القضائيّ، حيث خصّص الباب الثّالث منها لموضوع الإنبابة القضائيّة وقد أجازت المادة 15 من الاتّفاقية إمكانيّة اللّجوء إلى هذه الوسيلة في عدّة قضايا من بينها قضايا الأحوال الشخصية.

وعليه إذا عرض نزاع على القاضي الجزائريّ متضمّنًا عنصرًا أجنبيًّا ومتعلّقًا بمسألة من مسائل الولاية على القاصر، وكان القانون المختص هو قانون أجنبيّ عجز القاضي عن التّوصل إلى مضمونه بكافّة الوسائل المتاحة له بما في ذلك الاستعانة بالخصوم، فيمكن للقاضي اللّجوء إلى الإنبابة القضائيّة الدوليّة؛ فينيب الجهات القضائيّة التّابعة للدّولة الأجنبيّة أو السّلطات الدّبلوماسية أو القنصليّة الجزائريّة لتزويدها بنسخة من القانون أو بعض الأحكام القضائيّة الّتي لها علاقة بالنّزاع المعروض على القاضي الوطنيّ أو أيّ إجراء آخر يراه ضروريًّا، ويسهل التّعامل بهذا الإجراء إذا وُجدت اتفاقية قضائيّة مع الدّولة الأجنبيّة.

كما يمكن للقاضي تماشيًا مع التطوّر التكنولوجيّ وعصرنة القضاء أن يستعين بتقنية المحادثة المرئية لتسريع الإنابة القضائية، وهو ما استحدثه المشرّع الفرنسيّ في تعديله لأحكام الإنابة القضائية¹، حيث أجازت المادة 747-1 من ق إ م الفرنسي المعدلة بموجب المرسوم رقم 892-2017 المؤرخ في 06 ماي 2017 تنفيذ الإنابة القضائية عن طريق استعمال تقنية المحادثة المرئية دون قيود أو عقوبات.

ثانيا/ القانون المختص في حالة تعذر الوصول إلى القانون الأجنبيّ

عندما تعجز الوسائل المتاحة للقاضي في الكشف عن أحكام القانون الأجنبيّ؛ أي استحالة التّوصل إلى أحكامه لا مجرد الصّعوبات الّتي يواجهها القاضي في تفسير هذا القانون، يمكن له الاستعانة بالخصوم لأنّ التزام القاضي في هذه الحالة بالبحث عن أحكام القانون الأجنبيّ هو التزام بوسيلة وليس التزام بتحقيق نتيجة، كما يمكن أن يقدّم الخصوم المعلومات اللاّزمة عن القانون الأجنبيّ حتّى ولو لم يدعهم القاضي إلى ذلك، وهنا لا يقوم الخصم بعملية إثبات بالمفهوم القانونيّ لأنّه لا يرد إلّا على الوقائع وبالتالي لا مجال للتّقيّد بالقواعد العامّة للإثبات، كما أنّ الخصم لا يقوم بهذا العمل تنفيذاً لتكليف يقع على عاتقه بل استدعى تدخّله الضّرورة والمصلحة لتفادي الحالة الّتي يتعذّر فيها تطبيق القانون الأجنبي نهائياً، وبالتالي يلجأ القاضي إلى تطبيق قانونه لما له من اختصاص احتياطيّ عامّ كونه الأكثر ضبطاً لمصير الفصل في النزاع².

¹ حسين العيساوي، مرجع سابق، ص 2361.

² محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 487 و488.

وقد تعدّدت الحلول الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة الّتي ساهمت في تجاوز مشكلة تعذّر الوصول إلى القانون الأجنبي، فبرزت عدّة اتّجاهات يمكن تفصيلها في النّقاط التّالية:

الاتّجاه الأوّل/ تطبيق قانون القاضي

ذهب الرّأي السّائد فقهاً وقضاءً في معظم دول العالم إلى الأخذ بتطبيق قانون القاضي في حالة تعذّر الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي الّذي أشارت باختصاصه قاعدة التّنّازع الوطنيّة¹، فهو من المبادئ الأكثر شيوعاً في القانون الدّولي الخاص².

وتبنّى هذا الموقف المشرّع الجزائريّ في نصّ المادّة 23 مكرر ق م، والمشرّع التّونسيّ في الفصل 32 م ق د خ، وفي هذه الحالة أكّد الفقه الرّاجح على ضرورة تسبيب القاضي لحكمه تسبيباً كافياً³، ويقصد به شرح وتوضيح الأدلّة الواقعيّة والحجج القانونيّة الّتي استند إليها القاضي في إصدار حكمه في النّزاع المعروض عليه وفقاً للقانون⁴، والّذي يخضع إلى رقابة المحكمة العليا فهو التّزام قانونيّ على عاتق القاضي، وهو ما أشار إليه المشرّع الجزائريّ في نصّ المادّة 277 ق إ م إ وتضمّنت المادّة 358 ق إ م إ

¹ بشّار قيس محمّد الحجيّة، مرجع سابق، ص 269.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 216. محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 241.

³ حمزة قتال، مرجع سابق، ص 277. محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 489.

Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p 140.

⁴ محمّد أمين طوطاوي، مرجع سابق، ص 133.

في فقراتها 9 و 10 و 11 أوجه الطّعن بالنّقض، وهي على التّوالي: انعدام التّسبب، قصور في التّسبب وتناقض التّسبب مع المنطوق.

مما سبق، يتّضح أنّه يجب على محكمة الموضوع أن تبذل جهداً بمساعدة الأطراف لإثبات القانون الأجنبي وفي حالة تعذّر ذلك عليها تسبب حكمها تسبباً عقلاً ومنطقياً، مبرّر ذلك هو منع القاضي من التّعاس في تطبيق القانون الأجنبيّ وتعطيل قاعدة التّنازع المختصّة في التّطبيق كما أرادها المشرّع الوطني، فعدم تطبيق هذه القاعدة هو أمر متعلّق بالقانون وليس بالوقائع، وهو ما يبرّر الطّعن في الحكم أمام محكمة النّقض¹.

قدّم القضاء والفقه جملة من المبرّرات الّتي استندوا إليها كأساس لتطبيق قانون القاضي في حالة تعذّر الوصول إلى القانون الأجنبي، وهي كالآتي:

- ذهب القضاء الانجليزيّ إلى أنّ أساس تطبيق قانون القاضي هو تماثل هذا الأخير مع القانون الأجنبيّ إلّا أنّه تعرض إلى عدّة انتقادات².

- ذهب القضاء الفرنسيّ إلى أنّ أساس تطبيق القانون الوطنيّ راجع إلى فكرة

¹ ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 230.

² حفيظة السيّد الحدّاد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 169.

الاختصاص العامّ لقانون القاضي، بوصفه صاحب الولاية العامّة لحكم جميع علاقات القانون الخاص¹، وأيّده في ذلك الفقه الفرنسي²، وكذلك الأستاذ الطّيب زروتي الذي بيّن أنّ القاضي يطبّق قانونه في الحالة الّتي يستنفذ فيها كلّ الطرق للتّوصل إلى القانون الأجنبيّ وتعذّر إثباته أو تحديد محتواه أو أنّه لم يتمكّن من تحديد النّص الموضوعي لانعدامه، فيسترجع بذلك الولاية العامّة استناداً لمبدأ إقليميّة القوانين³، لم يسلم هذا الرّأي من النّقد كون العلاقات الدّوليّة الخاصّة تتنافى مع وصف الولاية العامّة للقانون الوطني⁴.

- ذهب الفقه المصريّ إلى القول إنّ الاعتبارات العمليّة هي الّتي تفرض تطبيق قانون القاضي في حالة تعذّر الكشف عن أحكام القانون المختص، فيكون لقانون القاضي اختصاص احتياطيّ بشرط أن يكون على صلة بالنّزاع المطروح أمام القضاء، حتّى لا يؤدّي إلى نتائج غير مقبولة⁵، فالقضاة يميلون أكثر إلى تطبيق قوانينهم وهو أمر طبيعيّ كونهم أكثر إحاطة بأحكامه وطرق تفسيره، لكنّ هذا الميل قد يؤدّي إلى الاكتفاء بأقلّ مجهود في البحث عن مضمون القانون الأجنبي، ممّا يؤدّي إلى إهدار الاعتبارات الّتي استند إليها المشرّع عند سنّه لقاعدة التّنّزع⁶.

¹ حفيظة السيّد الحدّاد وآخرون، القانون الدّولي الخاص، الكتاب الأوّل تنّزع القوانين، مرجع سابق، ص 169.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 215.

³ الطّيب زروتي، القانون الدّولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 13.

⁴ حفيظة السيّد الحدّاد وآخرون، القانون الدّولي الخاص، الكتاب الأوّل تنّزع القوانين، مرجع سابق، ص 169.

⁵ المرجع نفسه، ص 170 و171.

⁶ محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 489.

إلى جانب الموقف الرّاجح الذي تبنّى تطبيق قانون القاضي، برزت عدّة اتّجاهات فضّلت اعتماد حلول أخرى في حالة تعذّر الوصول إلى القانون الأجنبي، وهو ما سأتناوله تباعاً.

الاتّجاه الثاني: ذهب إلى امتناع القاضي عن الفصل في النزاع، لأنّ أساس الدّعى قائمة على القانون الأجنبيّ فإذا تعذّر إثباته تنهار الدّعى كونها مبنية عليه وجوداً وعدمًا¹، ويعاب على هذا الاتّجاه أنّ فيه إنكار للعدالة بإجماع الفقه²، كما يؤدّي إلى ترك النزاع في فراغ تشريعي³، وفضّل القضاء الفرنسي حديثاً عدم تأييد هذا الاتّجاه مطلقاً وميّز بين فرضين⁴: الفرض الأول الحالة التي يتقاعس فيها الخصم عن سوء نية في إثبات القانون الأجنبيّ على الرّغم من تكليفه بذلك من قبل القاضي وهنا يتمّ رفض دعواه، أمّا الفرض الثاني وهو حالة العجز الفعليّ عن إثبات القانون الأجنبي، وهنا للقاضي أن يفصل في الدّعى بتطبيق قانونه الوطني.

الاتّجاه الثالث: دعا إلى تطبيق المبادئ العامّة للأمم المتقدّمة التي تتصوّر تطابق أحكام القانون الأجنبيّ معها⁵، ففي حالة تعذّر الوصول إلى القانون الأجنبيّ يتّبع القاضي الوطني الحلّ ذاته الذي سيمنحه القاضي الأجنبيّ إذا تعرّض للموقف نفسه، ويجب أن

¹ ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 227.

² بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 150. محمّد رسمي العمري، مرجع سابق، ص 179. كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 136.

³ عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 166.

⁴ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 239.

⁵ بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 150. كريم ناتوري، مرجع سابق، ص 309.

يكون متّققا مع المبادئ العامّة السّائدة في دولة القانون الأجنبيّ والّتي تستشفّ من السّوابق القضائيّة في مسائل شبيهة أو قياساً على مسائل قريبة نظّمها المشرّع الأجنبيّ بنصّ صريح، وإذا تبين رفض القضاء الأجنبيّ الطّلب عند سكوت قانونه عن إعطاء حلّ صريح للنّزاع المعروف، يتّبع القاضي الوطنيّ الأسلوب ذاته ويرفض الطّلب¹.

الاتّجاه الرّابع: فضّل جانب آخر من الفقه تطبيق القانون الأقرب للقانون الأجنبيّ لكن يعاب على هذا الحل استحالة التّأكّد من مدى التّقارب بين مختلف القوانين²، وعليه يبقى هذا الرّأي ذو قيمة فقهية أكاديميّة صرفة لأنّه يصعب تحقيقها عملياً³، خاصّة وأنّه لا يوجد معيار محدّد يمكن أن يستند إليه القاضي لتحديد مدى القرابة بين القوانين، لا سيما عندما تتعدّد القوانين المتشابهة، كما أنّ تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبيّ يعني تطبيق قانون غريب لم تمنحه الاختصاص قاعدة التّنازع الوطنيّة، ممّا يؤدّي إلى إهدار توقّعات الأطراف وفقدان الأمان القانونيّ للمعاملات ذات البعد الدّولي بين الأفراد⁴.

الاتّجاه الخامس: قدّم الفقه الحديث حلاً يستند إلى تطبيق القانون الأكثر ارتباطاً بالمسألة المعروضة وأقدره على تحقيق العدالة⁵، وهنا تتحقّق حكمة التّشريع لكنّها صعبة التّطبيق

¹ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 93-95

² بلقاسم أعراب، القانون الدّولي الخاص...، مرجع سابق، ص 151. محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 240.

³ ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 228.

⁴ حمزة قتال، مرجع سابق، ص 210.

⁵ حفيفة السيّد الحدّاد وآخرون، القانون الدّولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 170 و171.

من النّاحية العمليّة فلا يمكن للقاضي أن يحدّد أيّ القوانين أكثر ارتباطاً بالنّزاع¹، بُني هذا الرّأي على القاعدة الّتي تحيل إلى تطبيق مبادئ القانون الدّولي الخاصّ في حالة عدم وجود نصّ في قواعد تنازع القوانين لكنّه في غير محلّه، لأنّ قاعدة التّنازع في هذه الحالة موجودة وتمّ تطبيقها من طرف القاضي المطروح أمامه النّزاع².

المبحث الثّاني/ استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص

تبينّ لنا فيما سبق الحلول المتاحة للقاضي من أجل فض التّنازع بين القوانين في مسائل الولاية على القاصر، فتمّ الإحاطة بالموضوع في مختلف مراحله ومحاولة الوقوف على العقبات الّتي تواجه القاضي في مرحلة إعمال القانون الأجنبي، لكن قد يتبيّن للقاضي استحالة تطبيق القانون الأجنبيّ الّذي أشارت باختصاصه قاعدة التّنازع الوطنيّة، وذلك لسببين؛ يرجع السبب الأوّل إلى مخالفة القانون الأجنبيّ للأسس الجوهرية السّائدة في النّظام القانونيّ لدولة القاضي، وبالتالي يستبعد هذا القانون بداعي النّظام العام (المطلب الأوّل)، ويرجع السّبب الثّاني إلى انعقاد الاختصاص للقانون الأجنبيّ عن طريق الغشّ نحو القانون (المطلب الثّاني).

¹ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 96.

² حمزة قتال، مرجع سابق، ص 211.

المطلب الأوّل/استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبيّ المختصّ بداعي النّظام العام

قد تصطدم الحلول الّتي يتضمّنها القانون الأجنبيّ الّذي تشير باختصاصه قاعدة التّنازع الوطنيّة بالمبادئ الجوهريّة الّتي يقوم عليها نظام المجتمع في دولة القاضي، فيضطرّ هذا الأخير إلى استبعاده إعمالاً للدّفع بالنّظام العام. الّذي له دوران أحدهما تقليديّ والآخر حديث؛ وهذا الأخير نادى به الفقه الغالب وأشاد بأهميّته باعتباره أداة لاستبعاد القانون الأجنبيّ الّذي أشارت باختصاصه قاعدة التّنازع، ويعدّ سافيني أوّل من أشار إلى هذا الدّور الحديث، كما أنّه أفسح المجال للدّور التقليديّ لفكرة النّظام العام، والّذي دعا إلى التمسك به جانب من الفقه الحديث باعتباره أداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليميّ، وذلك تحت فكرة القواعد ذات التّطبيق الفوريّ والمباشر والّتي تطبّق مباشرة على النزاع دون المرور بقاعدة التّنازع¹، وعليه سأتناول مفهوم النّظام العام في مجال تنازع القوانين (الفرع الأوّل)، وحالات إعمال هذا الدّفع في مسائل الولاية على القاصر (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل/ مفهوم النّظام العام في مجال تنازع القوانين

إنّ مفهوم النّظام العام في مجال تنازع القوانين مفهوم نسبيّ فما يعد من النّظام العام اليوم قد لا يعدّ كذلك في الغد، لكن إذا كان على صلة وثيقة بأحكام الشريعة الإسلاميّة

¹ حفيظة السيّد الحدّاد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 191 و194.

فيمكن ضبطه، لأنّها أحكام أبدية تصلح لكلّ زمان ومكان، وإذا ثبت للقاضي مخالفة القانون الأجنبي للنّظام العام السّائد في الدّولة يقوم باستبعاده، من هنا رأيت أن أتطرّق إلى تعريف النّظام العام وتمييزه عن النّظام العامّ الداخلي (أولاً)، وتناول الآثار المترتبة عن إعمال الدّفع بالنّظام العام (ثانياً).

أولاً / تعريف النّظام العام وتمييزه عن النّظام العام في القانون الداخلي

1. تعريف النّظام العام: على الرّغم من الجهود المبذولة من أجل تبني تعريف مشترك لفكرة النّظام العام إلّا أنّها لم تف بالغرض المنشود نظراً لغموضها فلا يمكن تحديد المفهوم الدّقيق لهذه الفكرة، وهذا راجع إلى اتّساع نطاق فكرة النّظام العام فهي فكرة مرنة ومتطوّرة فهي تتغيّر بتغيّر الزّمان والمكان¹، وتتعلّق أساساً بجوهر المصالح العليا للمجتمع².

فتعدّ فكرة النّظام العام من أكثر المواضيع صعوبة للبحث، لكونها فكرة نسبية يصعب تحديد معالمها لاختلافها من بلد إلى آخر، فالنّظام العام في الدّول العلمانية يختلف عنه في الدّول الإسلاميّة، كما أنّ فكرة النّظام العام تختلف من زمن إلى آخر حتّى داخل الدّولة الواحدة، كما تختلف حتّى بين الدّول الّتي تعتنق الدّيانة ذاتها، وعليه

¹ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 184.

² ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 195.

يصعب رسم حدود النّظام العامّ ويصعب معها التّسليم بأنّ الاختلاف صارخ بين قانون القاضي والقانون الأجنبي¹.

ولا يتمّ إعمال النّظام العامّ الدّوليّ لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبيّ المختصّ لمجرد وجود اختلاف بين قانون القاضي والقانون الأجنبيّ إلّا إذا كان هناك تعارض صارخ وجوهري مع المبادئ الأساسيّة لدولة القاضي، لأنّ السّماح بتطبيق القانون الأجنبيّ على النّزاع يقتضي التّسليم مسبقاً بإمكانيّة اختلافه عن قانون القاضي².

على الرّغم من الصّعوبات آنفة الذّكر الّتي تحول دون إعطاء تعريف دقيق للنّظام العامّ إلّا أنّ هذا الأمر لم يمنع الفقه من تعريفه، فعرفه أحدهم بأنّه: "مجموع المبادئ الأساسيّة العليا للنّظام القانونيّ النّافذ في الدّولة الّتي يقوم عليها نظام المجتمع سياسياً واقتصادياً ودينياً وقانونياً وأخلاقياً ويكون للدّستور الدّور الحاسم في تكوين النّظام العام"³. وقريب من هذا التعريف عرفه جانب من الفقه من خلال بيان أركانه وعناصره، بأنّه: "مجموعة المصالح الجوهريّة الأساسيّة والمثل العليا للدّولة وللجماعة الّتي ترضيها لنفسها، الّتي يتأسّس عليها كيان المجتمع، كما يرسمه نظامها القانونيّ سواء كانت هذه المصالح الأساسيّة والمثل العليا سياسيّة أو اجتماعيّة أو اقتصاديّة أو خلقية أو دينيّة"⁴.

¹ جميلة أوحيدة، مرجع سابق، ص 289 و290.

² المرجع نفسه، ص 289.

³ ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 196.

⁴ سلطان عبد الله محمود، *الدّفع بالنّظام العامّ وأثره*، مجلّة الرّافدين للحقوق، كنيّة الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلّد 12،

العدد 43، 2010، ص 10. المقال متوفّر على الرّابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 14 ماي 2018 على الساعة 15:00
<https://www.iasj.net/iasj/article/34377>

وعرّف النّظام العام الدّولي بمعنى: "مجموعة الأسس والمبادئ الّتي تشكّل جوهر النّظام القانوني للدّولة والّتي لا تقبل أن ينطوي تطبيق القانون الأجنبيّ على مساس بها بأيّ شكل من الأشكال"¹.

في المقابل فضّل البعض عدم إعطاء تعريف للنّظام العام وبالتالي ترك مساحة واسعة للسلطة التّقديرية لقاضي الموضوع²، الّذي يبحث في كلّ حالة عمّ إذا كان القانون الأجنبيّ يتعارض تعارضاً صارخاً مع أسس القانون الوطنيّ، وهنا يجب أن لا يقف عند مضمون قواعد القانون الأجنبيّ الّتي قد تبدو مخالفة للنّظام العامّ بل عليه أن يبحث عن آثار أعمال هذا القانون الّتي قد تكون مقبولة³، وعليه إذا تبين للقاضي عدم عدالة قاعدة قانونية أجنبية فهذا لا يمنعه من تطبيق القانون الأجنبيّ، لأنّ القاضي يجب عليه مراعاة دولية العلاقة وهو في سبيل البحث عن مدى مخالفة القانون الأجنبيّ للنّظام العامّ في دولته⁴، والعبرة في تقدير مدى تعلّق مسألة معينة بالنّظام العامّ هو وقت رفع الدّعى لا الوقت الّذي نشأ فيه المركز القانوني محل النّزاع⁵.

كما يجب أن يكون تقدير القاضي تقديرًا موضوعيًا يُترجم شعور الجماعة لا مشاعره ومعتقداته الخاصّة، هذا ما دفع الفقه إلى إخضاع هذا التّقدير لرقابة المحكمة العليا كون

¹ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 158.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 185.

³ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 200 و 201.

⁴ عزّت محمّد علي البحيري، مرجع سابق، ص 479.

⁵ أحمد عبد الموجود محد فرغلي، مرجع سابق، ص 96. نادية فضيل، مرجع سابق، ص 120.

الدّفع بالنّظام العام استثناء يعطّل قاعدة التّنّازع الوطنيّة ونتيجة لذلك فهو يعدّ مسألة قانون وجب إخضاعه لهذا النّوع من الرّقابة، والّتي تعدّ لازمة لتوحيد الحلول القضائيّة بخصوص هذه المسألة الجوهريّة، كما تظهر أهميّة هذه الرّقابة في السّماح بالاستخدام المعتدل لفكرة النّظام العام حتّى لا يطيح بالهدف الذي يسعى إليه تنظيم النّزاع في الدّولة¹.

يلاحظ أنّه نادرا ما يحتجّ بفكرة النّظام العام بين الدّول المتقاربة حضاريّا، على العكس من ذلك فإنّ الاحتجاج بهذه الفكرة يكون على درجة كبيرة بين الدّول المتباعدة حضاريّا نظرا لاختلاف الموروث الثقافي والقانوني بين هذه الدّول، وهو ما اصطلح عليه الفقيه الألماني "سافيني" فكرة الاشتراك القانوني، فهناك حدّ أدنى لهذه الفكرة بين الدّول إذ يقوم التّنّازع إذا كان الاختلاف يمسّ المسائل الثّانويّة، بينما إذا وصل الاختلاف حدّ المسائل الجوهريّة فيحدث تنافر بين القانون الأجنبيّ المختصّ وقانون قاضي النّزاع، وهنا لا بدّ من إعمال فكرة النّظام العام لأنّها وسيلة للدّفاع عن المجتمع وتلعب دورا حمائيّا فهي بمثابة صمّام الأمان الذي يسمح بمرور القانون الأجنبيّ الذي يتلاءم مع النّظام العام لدولة قاضي النّزاع وي طرح ما دون ذلك².

من خلال الفكرة الّتي قدّمها الفقيه سافيني. فإنّ المشرّع الوطني عندما سمح بتطبيق القانون الأجنبيّ مراعاة لحاجة المعاملات الدّولية واعتبار العدالة، إنّما سمح

¹ حفيظة السيّد الحدّاد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 195 و196.

² عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 138 و140.

بتطبيقه مراعيًا في ذلك فكرة الاشتراك القانوني، وبالتالي فبمفهوم المخالفة يستبعد القاضي

الوطني أحكام القانون الأجنبي في حالة عدم الاشتراك القانوني مع أحكام قانونه¹.

وتجدر الإشارة إلى أنّ النّظام العامّ في مجال العلاقات الدّوليّة الخاصّة هي فكرة

وظيفة ترمي إلى تحقيق هدف معيّن²، فينظر إليه البعض على أنّه يمارس وظيفة

حمائيّة أو استبعاديّة، وعليه يختلف عن النّظام العام ذو الوظيفة الوقائيّة الذي يطبّق

بصورة أصليّة باعتباره من القوانين ذات التّطبيق المباشر³، على العكس من ذلك ينظر

إليه البعض الآخر على أنّ وظيفته وقائيّة كونه صمّام أمان يدفع الخطر المتربّص

بالنّظام القانوني الوطني نتيجة تطبيقه للقانون الأجنبي⁴.

يجب التنبّه إلى نقطة مهمّة تتمثّل في الحالة الّتي تتفق فيها دولتين أو أكثر على

قواعد تنازع معيّنة في شكل معاهدة، ويطرح نزاع على قاض إحدى الدّول المتعاقدة ويتبيّن

أنّ القانون واجب التطبيق هو قانون دولة أخرى متعاقدة لكنّ أحكامه تتعارض مع النّظام

العامّ في دولة القاضي، هل يطبّق القاضي في هذه الحالة أحكام القانون الأجنبي إعمالاً

للمعاهدة أم يتمّ استبعاده إعمالاً لفكرة النّظام العامّ؟

أجاب الفقه عن هذه الإشكالية، وذهب إلى أنّه يسهل الأمر إذا تضمّنت المعاهدة

نصّاً يقيّد تطبيق القانون الأجنبي بمقتضيات النّظام العام أو على العكس من ذلك؛ أي

¹ عز الدّين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 540.

² حفيفة السيّد الحّداد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 197.

³ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 193.

⁴ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 171.

يتم الاتفاق على أنّ تطبيق أحكام القانون الأجنبي لا يتعطّل بالدفع بالنظام العام، لكن في حالة سكوت المعاهدة يمتنع القاضي عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي الّتي تتعارض مع النظام العامّ في دولة القاضي، وبالتالي يكون الامتناع في هذا المقام إعمالاً للدفع بالنظام العام¹.

2. التّمييز بين دور النّظام العامّ في مجال تنازع القوانين عنه في القانون

الداخلي: ذهب جانب من الفقه إلى أنّ دور النّظام العام في مجال القانون الدّولي الخاصّ يختلف عن دوره في مختلف فروع القانون الداخلي²، فالنّظام العامّ في إطار العلاقات ذات البعد الدّوليّ يكون أخف منه في العلاقات الوطنيّة، بقصد تشجيع حركة الأشخاص والأموال عبر الحدود والّتي تؤدّي إلى نشوء علاقات ذات بعد دولي³.

كما أنّ دور النّظام العامّ في مجال القانون الدّولي الخاصّ لا يهدف إلى حماية الأطراف بل إلى حماية الدّولة⁴، ويتعلّق بالعلاقات القانونيّة الدّوليّة الخاصّة أي المشتمة على عنصر أجنبيّ، ويعدّ وسيلة استثنائيّة تمكّن القاضي من استبعاد القانون الأجنبيّ الّذي أشارت إليه قاعدة التّنازع الوطنيّة⁵، فالقاضي يستبعد تطبيق القانون الأجنبي حفاظاً

¹ عز الدّين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 546.

² Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, Tome 1, p 457.

³ عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 140.

⁴ أحمد محبوب، مرجع سابق، ص 87.

⁵ عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 140.

على نظامه الوطني، وحماية له من الأحكام الّتي تخالف المفاهيم الجوهرية الّتي يقوم عليها مجتمع الدّولة المنتمي إليها¹.

وفقد النّظام العامّ الطّابع الاستثنائيّ في مجال القانون الدّاخلي²؛ إذ يقتصر دوره على الحدّ من مبدأ سلطان الإرادة أمام القواعد القانونيّة الآمرة في القانون الدّاخلي الّتي لا يجوز للأفراد الاتّفاق على مخالفتها، وإلاّ كانت تصرّفاتهم المخالفة باطلة بطلاناً مطلقاً³، وهو ما أخذ به المشرّع الفرنسيّ صراحة بموجب نصّ المادّة 6 ق م فرنسي⁴.

يترتّب عن اختلاف الدّور الفنّي الذي يلعبه النّظام العامّ في مجال تنازع القوانين عنه في مجال القانون الدّاخلي نتيجة هامّة؛ تتمثّل في أنّ نطاق إعماله يضيق في المجال الأوّل عنه في المجال الثّاني، فهذا الأخير يتّسع ليشمل كلّ القواعد الآمرة الّتي يصدرها المشرّع الدّاخلي في مختلف فروع القانون، بينما يقتصر النّظام العامّ في مجال تنازع القوانين على المبادئ الجوهرية المستمدّة من مختلف هذه الفروع والّتي تشكّل في مضمونها الإطار العامّ للنّظام القانونيّ لدولة القاضي، وبالتالي ليس كلّ ما يعتبر من النّظام العامّ في القانون الدّاخلي يعتبر بالضرورة من النّظام العامّ الدوليّ والعكس صحيح⁵.

¹ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 193. جميلة أوحيدة، مرجع سابق، ص 291 و 293. دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 135.

² حفيظة السيّد الحّدّاد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 198.

³ جميلة أوحيدة، مرجع سابق، ص 291 و 293.

⁴ Article 6 du code civil français prescrit que : "On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs".

⁵ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 159 و 160.

وعليه فإنّ مخالفة القانون الأجنبيّ لأحكام القواعد الآمرة في قانون القاضي لا تتطلّب بالضرورة استبعاد أحكام هذا القانون في جميع الأحوال باسم النّظام العامّ، لأنّه إذا اشترط ذلك لحدث تعطيل في قواعد التّنازع في معظم الحالات وهذا ما لا يهدف إليه المشرّع¹.

من أمثلة ذلك أنّ القاصر في نظر المشرّع الجزائريّ هو الشّخص الذي لم يبلغ سنّ الرّشد القانوني المحدّد بـ19 سنة كاملة، يعدّ هذا السنّ من النّظام العامّ في القانون الداخليّ ولا يجوز للأفراد الاتّفاق على مخالفته، أمّا إذا حدّد القانون الأجنبيّ سنّ الرّشد بأكثر أو أقلّ من ذلك، فهذا الأمر قد لا يستدعي استبعاد هذا القانون على الرّغم من مخالفته لقاعدة أمرة في قانون القاضي.

في المقابل هناك جانب آخر من الفقه لا يعترف بالتّفرقة بين فكرة النّظام العامّ الداخليّ والدّوليّ فيعتبر أنّ كلاهما يشكّلان النّظام العامّ للدولة²، فلا وجود للنّظام العامّ الدّوليّ الذي يوحي بوجود سلطة عليا فوق الدّول³، كما يتّسم مصطلح النّظام الدّوليّ بالغموض ويشير التباساً؛ إذ يوحي بوجود نظام عامّ مشترك وآخر عالميّ بين الدّول وهذا ما لم نصل إليه في القانون الدّوليّ الخاصّ لأنّه يتطلّب قيام هيئة دولية فوق الدّول تتميز بطابع خاصّ لقوانينها وأنظمتها، وهذا لا يعني أن النّظام العامّ في نطاق العلاقات ذات

¹ حفيظة السيّد الحّداد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 198 و199.

² عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 535.

³ ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 198.

البعد الدّوليّ هو ذاته في نطاق العلاقات الوطنيّة¹، فدور ونطاق إعمال فكرة النّظام العامّ في القانون الدّاخليّ يختلف عنه في مجال تنازع القوانين².

ثانيا/ الآثار المترتبة عن إعمال الدّفع بالنّظام العام

يعدّ الأثر السّلبيّ والأثر الإيجابيّ من أهمّ الآثار المترتبة عن استبعاد القانون الأجنبيّ المختصّ المخالف للنّظام العامّ في دولة القاضي، إلى جانب آثار أخرى تتمثّل في الأثر المخفّف والأثر الانعكاسيّ للنّظام العام، وعليه سأتناول هذه الآثار تباعا.

1. الأثر السّلبيّ للنّظام العام: اعتاد الفقه على استعمال عبارة الأثر السّلبيّ للنّظام

العام، ويقصد به استبعاد تطبيق القانون الأجنبيّ بداعي النّظام العام³، وهنا يطرح التساؤل عمّ إذا كان الاستبعاد للقانون الأجنبيّ كليّا أم جزئيا؟

فقد ذهب جانب من الفقه إلى الاستبعاد الكليّ للقانون الأجنبيّ المختص، في حين ذهب الفقه الرّاجح إلى الاستبعاد الجزئيّ أي استبعاد الجزئيّة الّتي يتعارض فيها القانون الأجنبيّ مع قانون القاضي⁴، إذ يحدث نوع من التّوازن بين تحقيق المصلحة العامّة للدولة المتمثّلة في حماية المبادئ والمثل العليا داخل المجتمع وبين عدم المساس بوظيفة قاعدة التّنازع وفاعليّتها كونها تهدف إلى إخضاع المسألة للقانون الأنسب والأكثر ملاءمة لها،

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 741.

² حفيظة السيّد الحّدّاد وآخرون، القانون الدّولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 200.

³ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 751.

⁴ حفيظة السيّد الحّدّاد وآخرون، القانون الدّولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 201.

كما أنّ هذا الاتّجاه يحمي من التّعسف في إعمال الدّفع بالنّظام العامّ وعليه استخدامه في أضيق الحدود بما يحقّق الهدف منه¹.

بالنسبة إلى المشرّع الجزائري فقد نصّت المادة 24/ف1 ق م على أنّه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبيّ بموجب النّصوص السّابقة إذا كان مخالفا للنّظام العامّ أو الآداب العامّة في الجزائر...".

يختلف هذا النّص عمّا جاء به المشرّع المصريّ الّذي نصّ في المادّة 28 ق م على أنّه: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبيّ عيّنته النّصوص السّابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنّظام العامّ أو الآداب العامّة في مصر". فالمشرّع الجزائري استبعد القانون ذاته المخالف للنّظام العامّ في الدّولة، بينما أقرّ المشرّع المصريّ استبعاد الأحكام المخالفة للنّظام العامّ في مصر.

حيث علّق جانب من الفقه المصري على هذه المادّة بأنّه يبدو من ظاهر النّص أنّه يقتصر على استبعاد الحكم الّذي يخالف النّظام العامّ لا القانون ذاته، والقول خلاف ذلك ما هو إلّا تعطيل لإرادة المشرّع الّذي حرص على إعمال القانون الأجنبيّ في الحالات الّتي يعيّنّها باستثناء تلك الأحكام المخالفة للنّظام العامّ المصري².

في المقابل لم يتفق جانب آخر من الفقه مع هذا الاتّجاه، واعتبر التّطبيق الجزئيّ لأحكام القانون الأجنبيّ يعدّ منافيا لحكمة المشرّع من وضع قاعدة التّنازع وفيه مسخ

¹ أحمد عبد الموجود محمّد فرغلي، مرجع سابق، ص 103.

² حفيفة السيّد حدّاد وآخرون، القانون الدّولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 201.

للقانون الأجنبيّ وخروج عن الحدود المرسومة من طرف مشرّعه، في حين ذهب البعض الآخر إلى أنّ الاستبعاد الكلّي للقانون الأجنبيّ وإحلال قانون القاضي محلّه هو الأكثر تعارضًا مع حكمة التشريع، ماعدا في الحالة التي يكون فيها نصّ القانون الأجنبيّ على صلة وثيقة بمختلف النصوص الأخرى والتي تتطلّب بالضرورة الاستبعاد الكلّي لأحكام القانون الأجنبي¹.

ولا يمكن أن يتحقّق إلغاء حكم من أحكام القانون الأجنبيّ في جميع الأحوال وتقتضي الضّرورة تمديد الاستبعاد الكلّي له، نظرًا لأنّ كلّ نظام قانونيّ يشكّل كلاً لا يمكن دائماً أن يفصل بين عناصره².

2. الأثر الإيجابي للنظام العام: لا يتوقّف الفصل في النزاع بمجرد استبعاد القانون بل يجب على القاضي الوطني أن يتوصّل إلى حلّ نهائيّ للنزاع تحقيقاً للعدالة والبحث عن بديل آخر، وهو ما اصطلح عليه الفقه بالأثر الإيجابي للنظام العام³، وهذا الأثر هو نتيجة طبيعيّة لنظرة الفقه إلى هذا النظام على أنّه مسألة موضوعيّة لا إجرائيّة، وهو ما تبنّته البلاد الأنجلو سكسونية التي تكتفي باستبعاد أحكام القانون الأجنبيّ المخالف للنظام العامّ وإحالة الخصوم إلى محكمة أخرى للنظر في النزاع، وهو ما أخذ به بعض الفقه الذي أكّد أنّه في بعض الفروض لا يكون للنظام العامّ إلّا أثرًا سلبيّاً عن طريق استبعاده،

¹ حفيظة السيّد الحداد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 202.

² Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p 156 .

³ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 751 و752.

هذا الاتّجاه الّذي رفضه الفقه الغالب أين أكّد على ضرورة الاقتران الدّائم بين الأثر السّلبيّ والأثر الإيجابيّ¹.

والحلّ الّذي قدّمه الفقه الرّاجح²، هو إحلال قانون القاضي محلّ القانون الأجنبيّ المستبعد، الّذي يعدّ في نظر بعض الفقهاء من أفضل الحلول كونها تُلائم الاعتبارات العمليّة وتتماشى وطبيعة فكرة النّظام العام، فهي فكرة وطنيّة بالدرجة الأولى على الرّغم من أنّ هذا الحلّ قد لا يكون ملائماً للعلاقة الدّوليّة في بعض الفروض ممّا يؤدّي إلى إهدار متطلّبات الحياة الدّوليّة الخاصّة³، فإذا كان قانون القاضي ملائماً للنّزاع المطروح فلا مناص من تطبيق قانون القاضي لضمان عدم تعارضه مع المبادئ الجوهريّة لدولة القاضي⁴، على أن يتمّ هذا الحلّ بطريقة سريعة تحقّقاً للاستقرار في مجتمع دولة القاضي وتحقّقاً كذلك للعدالة ومصالح المتعاقدين وعدم تعطيلها⁵.

أخذ المشرّع الجزائري بموقف الفقه الرّاجح بموجب نصّ صريح تضمّنته المادّة 24/ ف2 ق م الّتي نصّت على أنّه: "يطبّق القانون الجزائري محلّ القانون الأجنبيّ المخالف للنّظام العامّ والآداب العامّة".

¹ حفيظة السّيّد الحدّاد وآخرون، القانون الدّولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 204.

² أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 154. أحمد عبد الموجود محمّد فرغلي، مرجع سابق، ص 104. حفيظة السّيّد الحدّاد وآخرون، المرجع نفسه، ص 203.

³ حفيظة السّيّد الحدّاد وآخرون، المرجع نفسه، ص 206.

⁴ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 154.

⁵ أحمد عبد الموجود محمّد فرغلي، مرجع سابق، ص 104.

خلافًا للطّرح السّابق، ذهب جانب من الفقه الألمانيّ إلى أنّ استبعاد أحكام القانون الأجنبيّ المخالف للنّظام العامّ لا يتطلّب بالضرورة إحلال قانون القاضي محلّه، بل تطبّق نصوص القانون الأجنبيّ الأخرى الّتي لا تتعارض أحكامها مع النّظام العام في دولة القاضي، لكن إذا لم يتحقّق وجود النّص البديل فلا بدّ من الرّجوع إلى قانون القاضي¹.

وذهب القضاء المغربيّ إلى الاهتداء بمبادئ القانون الطّبيعيّ، الأمر الّذي لم يقتنع به الفقه واعتبرها فكرة غامضة حاول من خلالها القضاء سدّ الفراغ التّشريعيّ حتّى لا يكون منكرًا للعدالة، في المقابل لقيت الفكرة استحسانًا من طرف البعض في الفرض الّذي يكون فيه الاستبعاد جزئيًّا، أمّا في حالة الاستبعاد الكلّي للقانون الأجنبيّ فيفصّل الفصل في النّزاع بتطبيق القانون الأقرب إلى العلاقة بعد القانون الأجنبيّ المستبعد الّذي قد يكون قانون القاضي أو قانونًا أجنبيًّا آخر، كما يُفصّل الأخذ بقاعدة تتنازع احتياطيّة كالا اعتماد على ضابط الموطن، لكن في الفرض الّذي يكون فيه القانون الأقرب إلى العلاقة محل النّزاع متعارضًا مع المصالح العليا للجماعة فتقتضي الضرورة الرّجوع إلى قانون القاضي، فإذا لم يتضمّن حكمًا موضوعيًّا لحل النّزاع أو أنّه لا يتلاءم وطبيعة هذا الأخير يمنح القضاء سلطة إعطاء حلّ مناسب وفقًا لفكرة القانون الطّبيعيّ والعدالة².

¹ حفيظة السيّد الحدّاد وآخرون، القانون الدّولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 204.

² المرجع نفسه، ص 208.

3. الأثر المخفّف للنّظام العام: إنّ إعمال مبدأ الاحترام الدّولي للحقوق المكتسبة

ينتج عنه الأثر المخفّف للنّظام العام، فقد ينشأ حقّ معين في بلد أجنبيّ والذي يعدّ في الأصل مخالفاً للنّظام العامّ في دولة القاضي ويتم الاحتجاج بآثاره القانونيّة في تلك الدّولة، كما قد يتم إعمال فكرة الأثر المخفّف للنّظام العام في حالة نشوء الحقّ في بلد القاضي، فيقوم هذا الأخير بالبحث عن مشروعيّة إنشاء ذلك الحق وفقاً لقانونه ومراعاته للنّظام العامّ في دولة القاضي¹.

والحكمة من إعمال الأثر المخفّف للنّظام العامّ هو اختلاف الأثر على الشّعور العامّ في دولة القاضي، فإذا نشأ حقّ معيّن مخالفاً للنّظام العامّ في دولة القاضي لا يكون له الأثر نفسه على الشّعور العامّ في هذه الدّولة فيما لو اكتسب هذا الحقّ في الخارج وتمّ الاحتجاج بآثاره في دولة القاضي².

لكن هناك حالات لا يمكن إعمال هذا الأثر وبالتالي لا تحترم الآثار القانونيّة للحقّ الذي نشأ في الخارج كونها تخالف النّظام العامّ في دولة القاضي لدرجة الخطورة، ويترتّب عليه عدم التّمسك بآثار الحق في بلد القاضي³، ففكرة الحقوق المكتسبة في الخارج لا

¹ أحمد عبد الموجود محمّد فرغلي، مرجع سابق، ص 104 و105.

² كريمة محروق، تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 195.

³ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 193.

تؤدي إلى إهدار كلّ أثر لفكرة النّظام العامّ كونه صمّام الأمان اللازم لحماية الأسس الجوهرية في المجتمع¹.

وتمنح سلطة تقديرية واسعة للقاضي من أجل تقدير مقتضيات النّظام العامّ أمام غياب معيار دقيق يبيّن الحالات التي يتمّ فيها إعمال الأثر المخفّف للنّظام العام وتلك الحالات التي يعمل فيها بآثاره الكاملة، بحيث يرفض الاحتجاج بالآثار القانونية للحقوق المكتسبة في الخارج، فإذا تبين للقاضي أنّ الرّأي العام لا يصطدم بتلك الآثار اعترف بها كونها لا تمسّ بالسياسة التشريعية والأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع، أمّا إذا تبين له عكس ذلك رفض التمسك بآثارها على دولته².

4. الأثر الانعكاسي للنّظام العام: إذا تمّ إنشاء حقّ أو مركز قانوني في دولة معينة احتراماً لقانونها وخلافاً للقانون واجب التطبيق الذي عينته قاعدة التّنازع في تلك الدولة الذي تم استبعاده بداعي النّظام العام. فهل يمكن الاحتجاج بآثار هذا الحقّ أو المركز القانوني خارج حدود الدولة التي اكتسب فيها؟ اختلف الفقه في الإجابة عن هذا التّساؤل كما سيتمّ توضيحه.

¹ كمال كحل، *الأثر المخفّف للنّظام العام في القانون الدولي الخاص*، مجلّة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، مجلد13، العدد02، 2014، ص 462 و 470. المقال متوفّر على الرابط التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/17008>

² جمال عنّان، *الأثر المخفّف للنّظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)*، مجلّة الدّراسات والبحوث القانونية، مخبر الدّراسات والبحوث في القانون والأسرة والتّسمية الإدارية، جامعة مسيلة، الجزائر، مجلد1، العدد2، 2016، ص 124. المقال متوفّر على الرابط التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/64985>

أنكر بعض الفقهاء من بينهم الأستاذ بارتان أيّ أثر انعكاسي للنّظام العامّ لدولة أجنبيّة أمام القاضي الوطني¹، مبرّرا ذلك بأنّ تنظيم العلاقات الدّوليّة الخاصّة تتّسم بالطّابع الوطنيّ، وكذلك النّظام العامّ فهو فكرة وطنيّة ذات طابع إقليميّ تستمدّ مضمونها من النّظام القانونيّ الوطنيّ لكلّ دولة، فيلتزم القاضي بالدّفاع عن المصالح الأساسيّة لمجتمع دولته دون النّظم القانونيّة الأجنبيّة، وعليه لا يمكنه التسليم بصحّة إنشاء الحقّ أو المركز القانونيّ في الخارج طبقاً لمقتضيات النّظام العامّ الأجنبي²، فأثر هذا الأخير لا يتعدّى إلى دولة أخرى حتّى إذا كان هناك تشابه في مفهوم النّظام العامّ في كلتا الدّولتين³.

خلاف ذلك، ذهب جانب من الفقه إلى جواز الاعتراف بهذا الحقّ الذي استوفى شروط صحّته واعترف بآثاره تبعاً لذلك وبالتالي نفاذه لكن بناءً على مقتضيات النّظام العامّ في دولة القاضي، لأنّه ذا طابع إقليميّ ولا يعتبر نفاذ هذا الحقّ أثراً انعكاسيّاً للنّظام العامّ في الدّولة الّتي اكتسب فيها⁴.

وقد فرّق الفقه بين فرضين⁵:

الفرض الأوّل/ إذا نشأ حقّ أو مركز قانونيّ في دولة أجنبيّة وفقاً لمقتضيات نظامها العامّ

¹ محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 521.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 788 و789.

³ بلقاسم أعراب، القانون الدّولي الخاص...، مرجع سابق، ص 183.

⁴ محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 522.

⁵ بلقاسم أعراب، القانون الدّولي الخاص...، مرجع سابق، ص 184.

مستبعدا بذلك القانون المختص طبقاً لقواعد التّنازع في تلك الدولة، فيمكن الاعتراف بهذا الحقّ أو المركز القانونيّ أمام قضاء دولة ثالثة إذا كانت مقتضيات النّظام العام في هذه الدّولة تتفق مع مقتضيات النّظام العام في الدّولة الّتي نشأ فيها الحقّ أو المركز القانوني، وهو ما أطلق عليه الأستاذ بيليه بالأثر الانعكاسيّ للنّظام العام¹.

ومن حجج الأخذ بهذا الأثر²:

حجّة أولى مفادها تبسيط حلول تنازع القوانين، ممّا يؤدّي إلى تخفيف العبء على القاضي الوطنيّ الذي يكفيه للاعتراف بالحقّ أو المركز القانونيّ الذي نشأ في دولة أجنبيّة وفقاً لنظامها العامّ علمه بتمائل هذا الأخير مع مضمون النّظام العامّ في دولته، فيعفى بذلك من اتّباع المنهج التّنازعيّ فلا يقوم بتحديد القانون المختصّ أصلاً بالتّنازع حسب قواعد التّنازع الوطنيّة، وعليه لا يصل لمرحلة استبعاده لمخالفته مقتضيات النّظام العام وإحلال قانونه محله.

بالإضافة إلى حجّة تخفيف حدّة اختلاف فكرة النّظام العامّ من دولة إلى أخرى، ممّا يؤدّي إلى تقليل القاضي لفرص اللّجوء إلى الدّفع بالنّظام العام، لأنّه يتغاضى عن بعض أوجه الاختلاف بين نظامه القانونيّ والنّظم القانونيّة الأجنبيّة.

وحجّة أخرى تتمثّل في توحيد وتناسق الحلول القضائيّة، فإنكار أثر النّظام العامّ الأجنبيّ يؤدّي إلى إنكار وجود الحقّ أو المركز القانونيّ المكتسب في دولة أجنبيّة وفقاً

¹A. Pillet, Principes de droit international privé, Editeur Pedone, Paris, 1903, p 423.

² للتفصيل أكثر ينظر: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 789 و790.

لمقتضيات النّظام العامّ لتلك الدّولة، بينما يمكن الاعتراف بذلك الوجود إذا ثار النّزاع أمام القاضي الوطني لأوّل مرة.

الفرض الثّاني/ إذا لم يكن هناك اشتراك قانونيّ بين الدّولة الّتي نشأت فيها العلاقة القانونيّة وفقاً لمقتضيات نظامها العامّ ودولة القاضي بل هناك اشتراك مع الدّولة المستبعد قانونها، في هذه الحالة لا يمكن الاحتجاج بالحقّ الّذي نشأ في تلك الدّولة أمام القاضي الوطني¹.

الفرع الثّاني/ الدّفع بالنّظام العامّ في مسائل الولاية على القاصر

يستند القاضي إلى عدّة معايير تساعد في الكشف عمّا إذا كان القانون الأجنبيّ يتعارض تعارضاً صارخاً مع النّظام العامّ السّائد في الدّولة، ويعدّ معيار الدّيانة ومعيار مصلحة القاصر من أهمّ المعايير الّتي يحتكم إليها القاضي في مسائل الولاية على القاصر (أولاً)، وهو ما تعكسه تطبيقات النّظام العامّ في هذه المسائل (ثانياً).

أولاً/ معايير الدّفع بالنّظام العامّ في مسائل الولاية على القاصر

الأصل أنّه لا يمكن ضبط معايير محدّدة يستند إليها القاضي لإعمال الدّفع بالنّظام العامّ لأنّ مفهومه نسبيّ يتغيّر بتغيّر الزّمان والمكان، إلّا أنّه في مسائل الولاية على القاصر يبرز معيارين أساسيين أحدهما يرتكز على معيار الدّيانة، والآخر على معيار مصلحة القاصر.

¹ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 555.

1. معيار الدّيانة: تعدّ مسائل الأحوال الشخصية المجال الخصب لإعمال الدّفع

بالنّظام العام لأنّها ترتكز أساسا على المفاهيم الدّينية والأخلاقيّة¹، وعليه يبرز معيار الدّيانة في الدّول ذات المرجعيّة الدّينيّة حيث يقوم القاضي باستبعاد القانون الأجنبيّ المختصّ الّذي يصطدم بالنّظام العامّ المؤسّس على أحكام الشّريعة الإسلاميّة، وهو ما يطلق عليه بامتياز الدّيانة. ويقصد به ترجيح قواعد القانون ذو المصدر الإسلاميّ على حساب قواعد القانون ذو المصدر غير الإسلاميّ إذا تنافسا لحكم علاقة دوليّة خاصّة في مجال الأحوال الشخصيّة². فضابط الإسناد الأساسيّ في القانون الإسلاميّ هو الدّيانة، ويمكن للدّولة الإسلاميّة أن تحمي حقوق المسلمين خارج إقليمها في الوقت الّذي ترفض الدّول المعاصرة منح هذه الحقوق³.

وجّه الفقه المغربيّ انتقادًا صارخًا لهذا الامتياز واعتبره مخالفًا للاتّفاقيّات الدّوليّة الخاصّة بحقوق الإنسان الّتي ترفض التّمييز القائم على أساس الدّيانة، ومخالفا كذلك للعدالة الدّوليّة الّتي تتطلّب معاملة جميع الأفراد على حدّ السّواء أمام القضاء، كما أنّ إعمال هذا الامتياز لا يتّفق مع مبادئ القانون الدّوليّ الخاصّ نظرا لاستبعاد القاضي قواعد التّنازع وتطبيق تشريعاته الدّاخلية المتعلّقة بالأسرة والطفولة دون مراعاة للعنصر الأجنبيّ في النّزاع⁴.

¹ جميلة أوحيدة، مرجع سابق، ص 318.

² خالد برجوي، *الحلول المقرّرة لتنازع القوانين*...، مرجع سابق، ص 164.

³ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 31.

⁴ جلييلة دريسي، مرجع سابق، ص 55 و 57.

في المقابل، برز جانب من الفقه يتساءل عن مبرر اللّجوء إلى المنهج التّنازعي منذ البداية إذا كان أحد أطراف النّزاع مسلمًا، حيث فضّل مواجهة الأمر عن طريق وضع قاعدة تنازع صريحة تقضي بإخضاع الأجنبيّ المسلم إلى أحكام الشّريعة الإسلاميّة¹، يبدو هذا الرّأي سديدًا في ظاهره مادام أنّه من غير الممكن تطبيق قوانين علمانيّة على الطّرف المسلم مهما كانت جنسيّته، فمن الأفضل أن تضع التّشريعات ذات المرجعيّة الإسلاميّة قاعدة تنازع خاصّة تمنح الامتياز مباشرة لصالح أحكام الشّريعة الإسلاميّة.

لكنّ هذا الرّأي منتقد، لأنّه لا يمكن وضع هذا النّوع من القواعد ضمن قواعد تنازع القوانين لأنّها لا تكتسي أيّة خاصيّة من خصائصها ولا أهدافها ولا وظيفتها، وعليه تبقى أداة النّظام العام كفيلة لاستبعاد ما هو مخالف للشّريعة الإسلاميّة في الفرض الذي يطرح فيه النّزاع على القاضي المسلم.

فليس للأجانب التخلّص من مقتضيات النّظام العام الإسلاميّ لأنّ الإسلام عقيدة وأخلاق وحضارة وبالتالي يتم فرضه على الأجانب المقيمين على إقليم الدّولة حتّى وإن كانوا غير مسلمين، وهنا يبقى للقاضي سلطة تقدير مدى مراعاة ومخالفة القانون الأجنبيّ لمبادئ الشّريعة الإسلاميّة لكنّه يكون متسامحًا ومحترمًا لمختلف القوانين الأجنبيّة في هذه الحالة، على العكس من ذلك يكون متشدّدًا إذا كان المسلم طرفًا في النّزاع².

¹ حفيظة السيّد الحذاد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 268.

² جميلة أوحيدة، مرجع سابق، ص 309 و322.

لكن في الفرض الّذي يعرض فيه النّزاع على قاضي أجنبيّ ينتمي إلى دولة غير مسلمة فيمكن تفادي تطبيق قانون غير إسلامي على الطّرف المسلم – خاصّة وأن هذه الدّول تأخذ بقانون الموطن لا قانون الجنسيّة – بالاستناد إلى ضوابط اختيارية لتحديد القانون واجب التّطبيق، كالضّابط الّذي يركّز على إرادة الأطراف وللقاضي أن يقدّر مدى إمكانية الاستناد إلى هذه الإرادة.

بناءً على ما سبق ذكره، فإنّ مسائل الولاية على القاصر باعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية تعدّ مجالاً خصباً لإعمال الدّفع بالنّظام العام الإسلاميّ أي القائم على معيار الدّيانة لأنّ هذه المسائل يركّز تنظيمها أساساً على أحكام الشّريعة الإسلامية، وعليه فإنّ النّظام العامّ يتدخّل بشدّة كلّما كان المسلم – سواءً القاصر أو الولي – طرفاً في النّزاعات الدّولية الخاصّة.

2. معيار مصلحة القاصر: يعدّ معيار مصلحة القاصر من أهمّ المعايير الّتي يستند إليها القاضي لاستبعاد القانون الأجنبيّ المختصّ بداعي النّظام العام، ويختلف مفهوم هذه المصلحة من دولة إلى أخرى فما يعدّ في مصلحة القاصر في الدّول الإسلامية لا يعدّ كذلك في الدّول العلمانيّة، فيكون هذا المعيار على صلة وثيقة بمعيار الدّيانة عندما يعرض النّزاع أمام قضاء الدّول الإسلاميّة، وتعتبر مسائل الولاية على القاصر من أخصب المسائل الّتي يثار بشأنها معيار مصلحة القاصر فيجب أن يجعل القاضي هذه المصلحة فوق كلّ اعتبار. وهو ما ذهب إليه الفقه الفرنسيّ الّذي دعا إلى

ضرورة رفض القاضي وبشكل فوريّ تطبيق القانون الأجنبي الّذي يتعارض مضمونه مع النّظام العام لأنّه لا يأخذ بالاعتبار مصالح الطّفل¹.

وعليه إذا تبين للقاضي أنّ إعمال القاعدة الموضوعيّة المتضمّنة في القانون الأجنبيّ المختصّ تمسّ بالمصالح الشّخصيّة أو الماليّة للقاصر وتسبّب ضرراً له وجب استبعاده بداعي النّظام العام. والأمثلة عديدة في مسائل الولاية على القاصر كما سيتمّ توضيحه.

ثانياً/ تطبيقات النّظام العام في مسائل الولاية على القاصر

1. تطبيقات النّظام العام في مسألة الحضانة: تعدّ الحضانة مجالاً خصّياً لاستبعاد

القانون الأجنبيّ لمخالفته النّظام العامّ الإسلامي، فهناك ارتباط وثيق بين مؤسسة الحضانة والمقاصد الشرعيّة كحفظ نفس القاصر المحضون وحفظ دينه وماله وعرضه ونسله، وهو ما تترجمه أحكام الحضانة الّتي تقوم على أسس ومعتقدات دينيّة في مجملها. وعليه سأتناول أهمّ المواضع الّتي يكون فيها لامتياز الدّيانة ومصلحة المحضون أثراً مباشراً على استبعاد القانون الأجنبيّ المختصّ بمسألة الحضانة.

1.1. شروط إسناد الحضانة: تتحقّق مخالفة النّظام العام عندما تمنح الحضانة

على أسس تمييزيّة، أو بما يضرّ مصلحة المحضون إضراراً واضحاً². فحسب ما ذهب إليه جانب من الفقه فإنّ من أكثر الحالات الّتي كرّس فيها القاضي تطبيق فكرة النّظام العامّ في مجال الحضانة هو التّمييز في منح الحضانة بين الأب والأم، فتحرم هذه

¹ Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p150.

² عزّت محمّد علي البحيري، مرجع سابق، ص 478.

الأخيرة من الحضانة بالنّظر إلى جنسها كامرأة والّذي يعدّ مخالفة صارخة لمبدأ المساواة بين الرّجل والمرأة، وكذلك حالة بطلان الاتّفاق بين والدي الطّفل الّذي يكون موضوعه تنازل أحدهما للآخر عن الحضانة مخالفةً للقانون¹.

كما ذهب الفقه إلى أنّ المعايير الّتي يعتمد عليها القاضي في إسناد الحضانة في مجال العلاقات الوطنيّة المحضة تختلف اختلافاً جوهرياً إذا ما تمّ مقارنتها بالمعايير الواجب مراعاتها في مجال العلاقات الدّوليّة الخاصّة، فالقاضي الوطني يغلب معيار الدّيانة على غيره من المعايير في مسألة الحضانة فقد لا يراعى الجانب المعنوي للمحضون، لأنّ الخوف على دينه أعظم من الخوف على حرمانه من متطلّبات الحضانة من رأفة وشفقة².

وهنا يلاحظ أنّ هناك شروطاً عامّة لإسناد الحضانة تتفق عليها معظم التّشريعات والّتي قد لا تثير أيّ إشكال في مسألة الحضانة ويقبل القاضي الوطني تطبيقها حتّى ولو كانت تطبيقاً لقانون أجنبي، في المقابل هناك شروطاً تقوم على أحكام الشّريعة الإسلاميّة يلتزم القاضي بإعمالها واستبعاد أحكام القانون الأجنبيّ الّذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة التّنازع الوطنيّة من ذلك شرط إسلام الحاضن، ففي الحالة الّتي يتقرّر إسناد

¹ صلاح الدّين جمال الدّين، مرجع سابق، ص 390 و391.

² حمزة بن حسين الفهر الشريف، أحكام الحضانة في ضوء المقاصد الشّرعية، ندوة أثر متغيّرات العصر في أحكام الحضانة، رابطة العالم الإسلاميّ المجمع الفقهي الإسلاميّ بالتعاون مع كلّية الشّريعة والدراسات الإسلاميّة، جامعة أمّ القرى، مكّة المكرّمة، المملكة العربيّة السّعوديّة، 1436 هـ، ص 10. المقال متوفّر على الرّابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 2018/04/07 على الساعة

<https://lib.imamhussain.org/arabic/law/10360>

الحضانة إلى شخص غير مسلم سواء أكان رجلاً أم امرأة، ويكون القانون واجب التطبيق هو قانون بلد أجنبي غير إسلامي فإنّ هذه الدّول لا تعير شرط الإسلام أيّة أهميّة.

وعليه إذا عرض النزاع على القاضي في بلد إسلامي فلا يمكنه إنكار امتياز الدّيانة في مسألة الحضانة لما لها من أثر كبير على تربيّة القاصر وتنشئته على قيم وأخلاق دينيّة. ويجب المحافظة على مكانة هذا الامتياز خاصّة مع تراجع إعماله في الوقت الّراهن لظهور ضوابط إسناد جديدة كضابط الإرادة وضابط المصلحة الفضلى للطفّل¹.

وتجدر الإشارة إلى أنّ شرط إسلام الحاضن قد أثار جدلاً فقهيّاً، فهو من الشّروط المختلف فيها بين فقهاء الشّريعة الإسلاميّة وعليه سأوضح موقف الفقه الإسلاميّ من هذا الشّروط مع إبراز مدى تكريسه من النّاحية التّشريعيّة والقضائيّة، خاصّة وأنّها من المسائل الّتي تكتسي أهميّة بالغة في مجال العلاقات الدّوليّة الخاصّة.

- **موقف الفقه الإسلاميّ من شرط إسلام الحاضن:** أجمع الفقهاء على أنّ ردّة الحاضن سواء أكان رجلاً أم امرأة يعدّ مانعاً من ولاية الحضانة، أمّا اختلاف الدّين بغير الردّة فقد فرّق الفقه بين المحضون المميّز العاقل والمحضون الّذي لا يميز ولا يعقل²، وفي ما يلي تفصيل ذلك:

- بالنّسبة للمحضون المميّز العاقل اتّفق جمهور الفقهاء على أنّ اختلاف الدّين يؤثّر عليه لأنّه قد يألف الكفر ممّا يلحق به ضرراً كبيراً، فيتّم نزع من الحاضن غير المسلم

¹ جليّة دريسي، مرجع سابق، ص 47 و48.

² نصر فريد واصل، مرجع سابق، ص 80.

وضمّه إلى الحاضن المسلم، وذهب المالكيّة إلى ضمّ حاضن مسلم إلى الحاضن غير المسلم يتولّى الرّقابة عليه.

- بالنّسبة للمحضون الّذي لا يميز ولا يعقل، إذا كان الحاضن رجلاً يشترط اتّحاد الدّين مع المحضون لأنّ ولايته هي ولاية على النّفس ولا ولاية لكافر على مسلم، أمّا إذا كانت الحاضنة امرأة فاختلف الفقه في اشتراط اتّحاد الدّين، فذهب الشّافعية¹ إلى اعتبار الإسلام شرطاً في الحضانة، وبالاتّجاه ذاته ذهب الحنابلة فلا حضانة لكافر على مسلم خشية الإضرار به كأن يُقتن الولد المسلم ويُخرجه عن دينه بتعليمه وتربيّته على الكفر²، في حين ذهب المالكيّة إلى عدم الأخذ بهذا الشرط³، أمّا الحنفيّة فقد أسندوا الحضانة إلى الأمّ حتّى ولو كانت كتابيّة لأنّها لا تفقد حقّها في الحضانة، لأنّ حضانتها مبنية على الشّفقة الّتي لا تختلف باختلاف الدّين⁴.

- موقف التشريع من شرط إسلام الحاضن: أكّد المشرّع الجزائري في تعريفه للحضانة في المادة 62 ق أ على القيام بتربيّة الولد على دين أبيه، وعلى النهج نفسه سار المشرّع المغربيّ الّذي اعتبر أنّ من حقوق الأطفال على أبويهم التّوجيه الدّينيّ والتّربيّة على السّلوكة القويم وهو ما تضمّنته المادة 54/ف6 من مدوّنة الأسرة، وتأكّد هذا الموقف في

¹ محي الدّين يحي بن شرف النّووي، تحقيق زهير الشاويش، روضة الطّالبيين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3، 1991، ص 98.

² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، د ط، 1983، ج5، ص 498.

³ محمّد عرفة الدّسوقي، حاشية الدّسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربيّة، د م ن، د ط، د ت، ج2، ص 529.

⁴ ابن عابدين، ردّ المحتار على الدرّ المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1992، ج3، ص 556.

نصّ المادة 173 من المدوّنة حيث اشترط في الحاضن القدرة على تربيّة المحضون وصيانته ورعايته دينياً.

ومادامت المرجعيّة الأساسيّة في قانون الأسرة الجزائريّ هي الشريعة الإسلاميّة طبقاً لنصّ المادة 222 ق أ. وهي المرجعيّة ذاتها المعتمدة في مدوّنة الأسرة المغربيّة فمن الضّروري أن تكون تنشئة المحضون على دين أبيه المسلم، وإلاّ فيكون هناك مخالفة صارخة للنظام العامّ للدولة¹.

- موقف القضاء الجزائريّ من شرط إسلام الحاضن: سمح القضاء الجزائريّ للكافة بحضانة أولادها في قرار صادر بتاريخ 1989/03/13 الذي جاء فيه: "من المقرّر شرعاً وقانوناً أنّ الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلّا إذا خيف على دينه، وإنّ حضانة الذكّر للبلوغ وحضانة الأنثى حتّى سنّ الزواج، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقاً للأحكام الشرعيّة والقانونيّة..."².

2.1. مسقطات الحضانة: تختلف الأسباب التي تؤدّي إلى إسقاط الحضانة في الدّول العلمانيّة عنها في الدّول الإسلاميّة، فهذه الأخيرة تضع بعض الأسباب المسقطّة للحضانة والتي تكون على ارتباط وثيق بأحكام الشريعة الإسلاميّة، وعليه إذا ثبت للقاضي أنّ القانون واجب التطبيق هو قانون أجنبيّ لا يسقط الحضانة عن الحاضنة إذا

¹ جلييلة دريسي، مرجع سابق، ص 45.

² قرار المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم 52221، بتاريخ 1989/03/13، المجلة القضائية، العدد الأوّل، 1993، ص 48.

توفّرت بعض الأسباب الّتي تستدعي إسقاطها، وجب استبعاد هذا القانون ليحلّ محله قانون القاضي، ومن بين هذه الأسباب:

أ- **زواج الحاضنة بغير قريب محرم:** يعدّ زواج الحاضنة بغير قريب محرم سبباً مسقطاً للحضانة عند غالبية الدّول ذات المرجعية الإسلاميّة، ومن بينها المشرّع الجزائريّ الّذي نصّ في المادّة 66 ق أ على أنّه: "يسقط حقّ الحاضنة بالتزوّج بغير قريب محرم"، وقد عمل القضاء الجزائريّ بهذا الشرط باعتبار هذا الأخير من مبادئ الشريعة الإسلاميّة فجاء في أحد قراراته أنّه: "من المقرّر شرعاً أنّه يشترط في الجدّة الحاضنة أمّ الأم أن تكون غير متزوّجة وألاً تسكن مع ابنتها المتزوّجة بأجنبي..."¹، وفي قرار آخر أكّدت المحكمة العليا على مبدأ سقوط حقّ الأمّ في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم².

فالقاضي قد يحكم بإسقاط الحضانة عن الأمّ الّتي تزوّجت بغير قريب محرم على أن يراعي في ذلك مصلحة المحضون القاصر، هذا الشرط مكرّس في تشريعات الدّول ذات المرجعية الإسلاميّة في حين تخلو تشريعات الدّول غير الإسلاميّة منه، وقد أظهر الواقع الضّرر الّذي يلحق المحضون من زوج الأمّ، الّتي تكون محرّجة بسبب محضونها فتضطرّ إلى استعطاف الزّوج بشتّى الطّرق وتحمّل الأعباء والمشقّة في سبيل إرضاء زوجها، وفي الوقت ذاته عدم النّقصير في رعاية ولدها، وحتى لا تضارّ والدّة بولدها منح

¹ قرار المجلس الأعلى، غ أش، ملف رقم 50011، بتاريخ 1988/06/20، المجلّة القضائيّة، العدد 2، 1991، ص 57.

² قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 331058، بتاريخ 2005/05/18، مجلّة المحكمة العليا، العدد 2، 2005، ص 383.

للقاضي سلطة تقدير مصلحة المحضون إذا تزوّجت الحاضنة بغير قريب محرم الذي له أن يقدّر ما إذا كان هذا الزّواج سببا مسقطا للحضانة¹.

ب- سقوط الحضانة إذا لم يطلب من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر: أكّدت معظم التّشريعات ذات المرجعيّة الإسلاميّة على سقوط الحضانة إذا لم يطالب بها من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، وهو ما أخذ به المشرّع الجزائري في نصّ المادّة 68 ق أ، والملاحظ أنّ هذه المادّة لم تنص على مراعاة مصلحة المحضون في هذا الإسقاط، وقد استقرّ القضاء الجزائريّ على هذا المبدأ في عدّة قرارات قضائيّة² واعتبره من مبادئ الشّريعة الإسلاميّة، وعليه يستبعد بداعي النّظام العامّ كلّ قانون يخالف هذا الحكم.

ج - ردّة الحاضن: الحضانة نوع من أنواع الولاية، والمرتدّة لا ولاية لها على المحضون إذا كان هذا الأخير مسلماً³، وعلى القاضي الوطني استبعاد كلّ قانون أجنبيّ مخالف لهذا الحكم، ففي الدّول الإسلاميّة تعتبر الرّدّة من الأسباب الموجبة لإسقاط الحضانة، وهو ما أكّد عليه القضاء الجزائريّ في قرار للمحكمة العليا، حيث جاء فيه: "لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسيّة أجنبيّة حقّها في الحضانة، طالما لم تثبت ردّتها عن الدّين الإسلامي"⁴.

¹ أحمد نصر الجندي، الحضانة والنّفقات في الشّرع والقانون، دار الكتب القانونيّة، مصر، د ط، 2004، ص 18.

² قرار المجلس الأعلى، غ أش، ملف رقم 19303، بتاريخ 1979/02/05، نشرة القضاء، العدد 1، 1981، ص 77.

قرار المجلس الأعلى، غ أش، ملف رقم 33636، بتاريخ 1984/06/25، المجلّة القضائيّة، العدد 3، 1989، ص 45.

قرار المجلس الأعلى، غ أش، ملف رقم 32829، بتاريخ 1984/07/09، المجلّة القضائيّة، العدد 1، 1990، ص 60.

قرار المجلس الأعلى، غ أش، ملف رقم 38825، بتاريخ 1985/12/02، نشرة القضاء، العدد 44، 1988، ص 157.

³ أحمد نصر الجندي، الحضانة والنّفقات في الشّرع والقانون، المرجع السابق، ص 20.

⁴ قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 457038، بتاريخ 2008/09/10، مجلّة المحكمة العليا، العدد 2، 2008، ص 313.

2. تطبيقات النّظام العام في مسألة الولاية في الزواج: يبرز في مسألة الولاية في

الزّواج امتياز الدّيانة وذلك في شرط اتّحاد دين الوليّ مع دين المولّى عليه، فإذا كانت المخطوبة القاصرة مسلمة يجب أن يكون وليّها مسلمًا فلا ولاية لغير مسلم على مسلم. وشرط اتّحاد الدّين من الشّروط المتّفق عليها عند الفقهاء إذا كانت الولاية على مسلم¹، لقوله تعالى: ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكُفْرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾. (سورة آل عمران، من الآية 28).

وعليه فإنّ القانون الأجنبيّ الذي لا يعير هذا الشّروط أيّة أهميّة ويسمح بتولّي الولي غير المسلم زواج المسلمة، يعدّ خرقًا للنّظام العامّ في الدّول الإسلاميّة التي تعتبر هذا الشّروط من الشّروط الجوهريّة، وعليه سيكون لامتياز الدّيانة أثر على تطبيق أحكام القانون الأجنبيّ المختصّ الذي لم يتضمّن شرط إسلام الولي، وعليه يحلّ محله قانون القاضي وإعمال أحكام هذا الأخير في هذه المسألة. أمّا إذا كانت المرأة كتابيّة فلا يشترط إسلام الولي².

ويتمّ التّمييز في فرنسا عند إعمال فكرة النّظام العام بين الشّروط الأكثر تشدّدًا والأقلّ تشدّدًا في القانون الأجنبيّ عنها في القانون الفرنسي، حيث يستبعد باسم النّظام العام القانون الذي يفرض شروطًا أقلّ تشدّدًا من الشّروط التي يفرضها القانون الفرنسي، فبالنسبة لشرط موافقة الوالدين في الزّواج إذا كان القانون الأجنبيّ يشترط هذه الموافقة

¹ العربي بلحاج، أحكام الزّوجيّة...، مرجع سابق، ص 410.

² سالم بن عبد الغني الرّافعي، مرجع سابق، ص 263.

بالنسبة للشّخص الّذي بلغ سنّاً تفوق السنّ الّتي يشترطها القانون الفرنسي فيعدّ هذا الشرط أكثر تشدّداً، وعليه لا يتمّ استبعاد هذا القانون الأجنبيّ باسم النّظام العام، أمّا إذا لم يشترط موافقتها حتّى بالنسبة للأشخاص الّذين لم يبلغوا سنّ الرّشد فيعدّ أقلّ تشدّداً ممّا يستدعي استبعاده وإعمال فكرة النّظام العام¹.

3. تطبيقات النّظام العامّ في مسألة الولاية على المال: تقوم الولاية على أساس

الشّفقة والرّحمة وغالباً ما تنعدم هذه الشّفقة بين ملّتين، فاختلاف الدّين يعدّ مانعاً من موانع الولاية على المال لأنّ المعادة الدّينيّة غالباً ما تؤدّي إلى ترك النّاس النّظر في مصالح من يخالفهم ديناً².

بالنسبة للمشرّع الجزائريّ لم يضع أيّ شرط للوليّ وبالتالي نرجع إلى ما جاءت به الشّريعة الإسلاميّة من أحكام، حيث أجمع فقهاء الشّريعة الإسلاميّة على اشتراط الإسلام في الوليّ، فلا ولاية لكافر على مسلم حتّى ولو كان الوليّ أباً لأنّ قرابة الإسلام أقوى من قرابة النّسب³، أمّا الوصيّ فاشترط المشرّع الجزائريّ أن يكون مسلماً طبقاً لنصّ المادّة 93 ق أ، ويترتّب على اشتراط الإسلام في الوليّ الماليّ المحافظة على مال القاصر وتنميّته واستثماره في الأطر الشرعيّة الّتي تساهم إلى حدّ كبير في حماية مصالح القاصر الماليّة.

¹ بلقاسم أعراب، القانون الدّولي الخاص...، مرجع سابق، ص 235 و236.

² عبد السلام الزّفعي، مرجع سابق، ص 249.

³ المرجع نفسه، ص 254.

المطلب الثّاني/ استبعاد تطبيق القانون الّذي انعقد له الاختصاص غشّاً

يتحدّد القانون واجب التّطبيق في مجال العلاقات الدّوليّة الخاصّة على أساس ضابط الإسناد، ويعدّ الضّابط الشّخصي المتمثّل في الجنسيّة أو الموطن من الضّوابط المعوّل عليها في فضّ النزاعات المتعلّقة بمسائل الولاية على القاصر، وقد يسعى الأفراد لتغيير هذه الضّوابط من أجل تحقيق مصالحهم الشّخصيّة والتّهرب من أحكام القانون واجب التّطبيق أصلاً على النزاع، فدعت الحاجة إلى إعمال الدّفع بالغشّ نحو القانون لاستبعاد القانون الّذي انعقد له الاختصاص غشّاً. وعليه سأطرق إلى مفهوم الغشّ نحو القانون في مجال تنازع القوانين في (الفرع الأوّل)، ومن ثمّ أتناول تطبيقات الغشّ نحو القانون في مسائل الولاية على القاصر في (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل/ مفهوم الغشّ نحو القانون في مجال تنازع القوانين

يتمّ إعمال الغشّ نحو القانون في مختلف فروع القانون، إلّا أنّ أهمّيّته تبرز في مجال تنازع القوانين، وعليه يجب تحديد مفهومه من خلال التّطرّق إلى تعريفه (أولاً)، والّذي لا يكتمل إلّا من خلال معرفة الشّروط اللّازمة لإعماله (ثانياً)، مع إبراز الآثار المترتّبة عن إعمال الدّفع بالغشّ نحو القانون (ثالثاً).

أولاً/ تعريف الغشّ نحو القانون

يحدث الغشّ نحو القانون على مستوى القانون الداخليّ عندما يقوم أشخاص العلاقة بتغيير الوصف القانونيّ لها بنقلها من نطاق قانون إلى نطاق قانون آخر داخل السيّادة

التّشريعيّة للدولة الواحدة، أمّا الغشّ نحو القانون في مجال القانون الدّولي الخاصّ فيحدث عندما يقوم الشّخص بتغيير ضوابط الإسناد القابلة للتّغيير فينتقل الاختصاص من محيط قانون دولة إلى محيط قانون دولة أخرى للتّهرب من أحكام القانون الأوّل والاستفادة من التّسهيلات الّتي يمنحها القانون الثّاني¹، وتعدّ مسائل الأحوال الشّخصيّة المجال الخصب للتّحليل على القانون²، ويرجع الفقه سبب تزايد حالات الغشّ نحو القانون إلى عدم وضع المشرّع حدًا لمشكلة التّنازع المتحرّك للقوانين، في حين لو تصدّى المشرّع لهذه المشكلة لتضاءلت حالات الغشّ نحو القانون³.

والملاحظ أنّ المشرّع الوطني عند تعيينه للقانون واجب التطبيق يراعي اعتبار حاجة المعاملات الدّوليّة واعتبار العدالة وبالتالي يراعي مصلحة عامّة، بينما هدف الأشخاص من اللّجوء إلى الغشّ نحو القانون هو تحقيق مصالحهم الخاصّة فيحدث صراع بين المصلحتين، وجب فيه تغليب المصلحة العامّة وحمايتها من التّلاعب عن طريق وسيلة قانونيّة ألا وهي الدّفع بالغشّ نحو القانون⁴.

وأوّل ما ظهرت نظريّة الغشّ نحو القانون في القضاء الفرنسيّ في القضيّة الشهيرة للأميرة "دو بفرمونت" الّتي طرحت على القضاء الفرنسيّ في النّصف الثّاني من القرن التّاسع عشر، أين قضت محكمة النّقض الفرنسيّة بفكرة الغشّ نحو القانون، وتوالى عدّة

¹ عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 145 و146.

² عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 188.

³ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 277 و278.

⁴ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 557.

قرارات في الفترة نفسها تم إحباط عمليّات احتيال مماثلة¹، فقد نال اجتهاد القضاء الفرنسيّ استحسانًا عالميًا واسعًا وأصبحت نظريّة الغشّ نحو القانون من مبادئ القانون الدّوليّ الخاصّ الأكثر شيوعًا في العالم²، كما أقرّتها العديد من التّشريعات.

وقد عرّف الفقه الغشّ نحو القانون في مجال تنازع القوانين بعدّة تعريفات من بينها أنّه عبارة عن: "التّحايل على ضوابط قواعد التّنازع بقصد التّهرب من تطبيق القانون واجب التّطبيق"³، وعرّفه آخر بأنّه: "مناقضة قصد الشّارع باتّخاذ تدابير إراديّة مشروعة للوصول إلى نتائج غير مشروعة"⁴.

وعرّفه أحدهم بأنّه: "عبارة عن تدبير إراديّ لوسائل تؤدّي إلى الخلاص من قانون دولة لتصبح العلاقة من اختصاص قانون دولة أخرى تحقيقًا للنتائج المتوخّاة. ويعتمد ذوو المصلحة في ذلك إلى تغيير عناصر العلاقة القانونيّة لإنشاء ظروف تصبح معها العلاقة خاضعة لقانون آخر"⁵.

وعرّفه آخر بأنّه: "اصطناع أحد الأفراد لضابط إسناد جديد يشير إلى تطبيق قانون جديد، نتيجة لتغيير قاعدة الإسناد بشلّ متعمّد بقصد الهروب من القانون الّذي كان من المفترض أن يسري على النزاع بصفة مبدئيّة"⁶.

¹ Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p188 et 189.

² ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 206.

³ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 159.

⁴ أمّنة أمّهي بوزينة، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 209.

⁵ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 196.

⁶ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 186.

يظهر من خلال ما تقدّم من تعريفات للغشّ نحو القانون أنّها جدّ متقاربة، ومن خلالها يمكن التعرّف على الشّروط الواجب توفّرها لإعمال الدّفع بالغشّ نحو القانون، وهو ما سيتمّ تناوله بالتفصيل.

ثانيا/ شروط الدّفع بالغشّ نحو القانون

يجب على القاضي أن يتأكّد من مدى تحقّق شروط الدّفع بالغشّ نحو القانون حتّى يتمكّن من إعماله، وقد أجمع فقه القانون الدّولي الخاصّ¹ على شرطين أساسيين للدّفع بالغشّ نحو القانون، وهما: شرط ماديّ يتمثّل في التّغيير الإرادي لضابط الإسناد وشرط معنويّ ينطوي على نيّة التّحايل على أحكام القانون واجب التّطبيق أصلاً، كما أضاف بعض الفقهاء شروطاً أخرى إلى جانب هذين الشرطين.

1. الشّرطان المتفق عليهما للدّفع بالغشّ نحو القانون

1.1. العنصر الماديّ: ويتمثّل في تغيير ضابط الإسناد الذي يعتدّ به لإعمال الدّفع بالغشّ نحو القانون متى توفرت فيه جملة من الشّروط بحيث يكون التّغيير بإرادة الأفراد ويكون حقيقياً ويتمّ بطريقة مشروعة، وفيما يلي توضيح لمضمون هذه الشّروط.

¹ آمنة أمّجدي بوزينة، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 209.

هند مهّند عبد، التّغيير الإرادي لظروف الإسناد واختيار القانون الواجب التّطبيق، مجلّة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق،

المجلّد 3، العدد 3، 2011، ص 210. المقال متوفّر على الرابط التّالي تاريخ الاطّلاع 2023/08/04 على الساعة 23:45

<https://www.iasj.net/iasj/article/42472>

Daniel Gutmann, Droit international privé, 5 ème édition, Dalloz, Paris, 2007, p 113.

أ- التّغيير الإرادي لضابط الإسناد: يقوم الشّخص بتغيير ضابط الإسناد الذي يحدّد القانون المختصّ تغييراً عمدياً لعدم رغبته في الخضوع إلى ذلك القانون الذي أشارت إليه قاعدة التّنازع، ويكون التّغيير في مرحلة مبكّرة قبل نشوء النزاع أو بعد نشوئه¹.

حيث يعمد الشّخص إلى التّحايل على القانون من خلال تغيير ضابط الإسناد للتهرب من حكم قانون أحواله الشّخصيّة إلى قانون آخر يحقّق له هدفاً معيّناً، ومن صور التّحايل تغيير الشّخص لجنسيّته وهو الغالب²، فيحقّق لكلّ فرد أن يغيّر من جنسيّته، وهو ما تناولته المادّة 15 من الإعلان العالميّ لحقوق الإنسان الّتي نصّت على أنّه: "لكلّ فرد حقّ التّمتّع بجنسيّة ما، ولا يجوز تعسّفاً حرمان أيّ شخص من جنسيّته ولا من حقّه في تغيير جنسيّته"³. وعليه يلجأ الأفراد إلى تغيير جنسيّتهم رغم الصّعوبة الّتي يعثرها هذا التّغيير، لأنّ أغلب التّشريعات تضع شروطاً معقّدة وقاسية وإجراءات طويلة حتّى يكتسب الشّخص الجنسيّة⁴.

كما يحدث الغشّ نحو القانون في الأنظمة الّتي تعتدّ بالموطن كضابط في مسائل الأحوال الشّخصيّة عن طريق تغيير هذا الضابط، أين يسهل الاحتيال لأنّ تغيير الموطن أيسر بطبيعته من تغيير الجنسيّة⁵.

¹ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 182 و183.

² علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 159.

³ الإعلان العالميّ لحقوق الإنسان اعتمدته الجمعية العامّة للأمم المتّحدة في باريس بتاريخ 10/12/1948 بموجب القرار 217 ألف، النصّ الكامل للإعلان متوفّر على الرّابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 20/09/2019 على الساعة 22:30 <https://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights/>

⁴ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 283.

⁵ Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, Tome 1, p 464.

ب- تغيير ضابط الإسناد تغييراً حقيقياً: اشترط القضاء الفرنسي أن يكون التّغيير فعلياً لا تغييراً صورياً¹، لأنّه إذا كان التّغيير صورياً يتمّ الدّفع بعدم صحّته دون الحاجة إلى الدّفع بالغشّ نحو القانون².

ج - تغيير ضابط الإسناد بطريقة مشروعة: اشترط الفقه أن يكون التّغيير مشروعاً بحيث تكون الوسيلة الّتي استعملت في تغيير ضابط الإسناد وسيلة مشروعة³، فتغيير الجنسيّة وسيلة مشروعة لكنّ الهدف من استعمالها هو التّهرب من أحكام قانون معيّن⁴، فإذا قام الشّخص بتغيير جنسيّته باستخدام وسيلة غير مشروعة عن طريق التّحايل في أحكام قانون الجنسيّة فلا حاجة لإعمال نظريّة الغشّ نحو القانون بل يكفي إثبات أن الوسيلة المستخدمة غير مشروعة في ذاتها وبالتالي لا يعتدّ بالجنسيّة المكتسبة عن طريق الغشّ بل بالجنسيّة الأولى⁵.

تجدر الإشارة إلى أنّه بالرّغم من ندرة الحالات الّتي يتمّ فيها الغشّ نحو القانون نظراً لصعوبة تغيير ضوابط الإسناد أو استحالتها، إلّا أنّ نظريّة الغشّ نحو القانون لا تزال محتفظة بأهميّتها لكونها صمّام أمان يلجأ إليه القاضي لضمان قيام قواعد التّنازع بوظيفتها كما أرادها المشرّع؛ والمتمثّلة في اختيار القانون الأكثر ملاءمة لحكم العلاقة⁶.

¹ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 161.

² محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 279.

³ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 130.

⁴ حفيظة السيّد الحّدّاد وآخرون، القانون الدّولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 211 و212.

⁵ موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 316.

⁶ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 283 و284.

2.1. العنصر المعنوي: ويتمثل في نيّة التّحايل على أحكام القانون واجب التّطبيق

أصلاً، فلا يكفي لإعمال الدّفع بالغشّ نحو القانون توفّر العنصر المادّي فقط، بل لا بدّ من اقترانه بالعنصر المعنوي المتمثّل في نيّة التّحايل على أحكام القانون واجب التّطبيق أصلاً والتّهرب من أحكامه، فيجب أن تكون نيّة التّحايل على القانون هي الباعث الرئيسيّ لتغيير ضابط الإسناد¹. فإذا تبين أنّ هذا التّغيير لم يكن مقصوداً بذاته وأنّ الوصول للحلّ اليسير لم يكن الهدف الرئيسيّ من التّغيير فلا مجال لإعمال الغشّ نحو القانون².

يكون للقاضي سلطة تقديرية في استظهار نيّة الغشّ من الوقائع والظّروف المحيطة والتي تعدّ من مسائل الواقع التي لا تخضع بذلك إلى رقابة المحكمة العليا³، لكن إذا ثبت للقاضي توفّر الشّروط اللازمة للدّفع بالغشّ نحو القانون فإنّ إعماله يخضع إلى رقابة المحكمة العليا لأنّ الغشّ نحو القانون هو مخالفة غير مباشرة للقانون⁴.

وقد أورد الفقه على سبيل المثال بعض القرائن التي يستند إليها القاضي في

استخلاص نيّة الغشّ نحو القانون، من بينها :

¹ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 164.

² عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 193.

³ حفيظة السيّد الحدّاد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 216. موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 317.

⁴ سيد أحمد محمود أحمد، *الغشّ نحو القانون*، مجلّة العلوم القانونيّة والاقتصاديّة، كليّة الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، العدد الأوّل، السّنة 62، يناير 2020، ص 69. المقال متوفّر على الرابط التّالي:

<https://dx.doi.org/10.21608/jelc.2020.174452>

عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص 564.

- التّلازم الزّمني بين تغيير ضابط الإسناد وتحقيق أحد الأطراف لأهدافه المتمثلة في الوصول إلى المركز القانوني الجديد¹، إلّا أنّه قد يستحيل على القاضي الكشف عن نية الغشّ نحو القانون من خلال هذه القرينة؛ لأنّه في الوقت الحاضر تتطلّب التشريعات الإقامة لمدة طويلة حتّى يتمكّن الشّخص من الحصول على الجنسيّة².
- يتحقّق الغشّ نحو القانون عندما يكون القانون الجديد من تشريعات المجاملة التي تمنح امتيازات وتسهيلات تشريعيّة استثنائيّة للأجانب لجلبهم إليها وتسود هذه القوانين في الدّول الحديثة التي تعاني من نقص في عدد السّكّان³.
- في الدّول التي تعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع، قد يسكت الخصوم عن إثارة تطبيق القانون الأجنبيّ لتجنّب أحكامه، فيتحقّق الغشّ نحو القانون في هذه الحالة⁴.
- وجّهت عدّة انتقادات إلى شرط سوء النّيّة، خاصّة من أنصار المذهب الفرديّ بقولهم إنّ البحث عن النّيّة يفسح المجال لاستبداد القاضي والخطأ في الأحكام، فيجب على القضاء أن يبتعد عن البحث في النّوايا الخفيّة التي تدخل في مجال الأخلاق لا مجال القانون الذي يقتصر حكمه على التّصرفات الظّاهرة⁵.

¹ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 193 و194.

Monica –Elena V.Buruiană, L'application de la loi étrangère en droit international privé, Thèse de doctorat, Spécialité droit privé, Université de bordeaux, France, 2016, p 595 et 596.

² آمنة أمّحدي بوزينة، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 227.

³ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 194.

⁴ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 132 و133.

⁵ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 162.

هذا لا يمنع من الأخذ بنظرية الغشّ نحو القانون في القانون الدولي الخاص، لأنّه لا يمنعه البحث عن العنصر المعنوي مثله مثل فروع القانون الأخرى التي أخذت به في عدّة مواضع¹، فعلى الرغم من صعوبة إثبات النوايا لكنّه ليس مستحيلاً لأنّ هناك إمكانيّة لإثباته بظروف موضوعيّة تكشفه²، وعليه وجب على القضاة عدم التشكيك في النوايا دون أن يكون لديهم دليل على ذلك³.

2. الشروط المختلف فيها للدفع بالغشّ نحو القانون

1.2. العنصر القانوني: هناك من الفقه من أضاف عنصراً آخر وهو العنصر القانوني، واختلفوا في المقصود منه، حيث قصد به أحدهم أنّ الغشّ يتحقّق عندما يكون التّحايل بقصد التّهرب من القواعد الآمرة في القانون المختصّ أصلاً والخروج من محيط هذا القانون الذي يعدّ أكثر تشدّداً والدّخول في محيط قانون أقلّ شدّة في حكم العلاقة، ولا يتحقّق الغشّ إذا كان التّحايل موجّهاً للقواعد المفسّرة⁴. وهو الرّأي الذي يؤيّدّه بعض الفقهاء إذ يعتبرون التّهرب من الأحكام الآمرة في قانون القاضي هو محلّ الدّفع بالغشّ نحو القانون⁵، أمّا القواعد المفسّرة فلا مجال لإعمال هذا الدّفع لتمتّع الأفراد ابتداءً بحريّة مخالفتها⁶.

¹ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 279 و 280.

² Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p 190.

³ Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, Tome 1, p 466.

⁴ عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 151.

⁵ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 195. محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 523 و 524.

⁶ المرجع نفسه، ص 204.

كما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أنّ المقصود بالعنصر القانوني هو خضوع الشّخص المتحايل إلى القانون الجديد، فلا نكون أمام تحايل على القانون إلّا في وجود قانون جديد، وهو عنصر بديهيّ هذا ما دفع معظم الفقه إلى عدم التّعرض إليه¹.

2.2. التمسك بالغشّ نحو القانون لصالح قانون القاضي فقط: ذهب الفقه

والقضاء في فترة طويلة إلى إعمال نظريّة الغشّ نحو القانون إلّا في حالة التّهرب من أحكام القانون الوطني للقاضي المطروح عليه التّزاع، ولا مجال لإعمالها إذا كان القانون واجب التّطبيق هو القانون الأجنبي، فوظيفة القاضي هو ضمان تطبيق القانون الوطني ومنع الأفراد من التّهرب من أحكامه فقط، فلا يدخل في نطاق وظيفته منع الأفراد من التّهرب من أحكام القانون الأجنبي الذي لا يتمتّع بطابع إلزاميّ فلا يقع على عاتق القاضي واجب الدّفاع عنه².

في حين ذهب الفقه الحديث إلى أنّ نطاق الدّفع بالغشّ نحو القانون يكون سواء أكان القانون الذي قصد التّهرب من أحكامه هو قانون القاضي أم القانون الأجنبي³، فالشّخص الذي قام بتغيير جنسيّته حاول التّهرب من أحكام القانون واجب التّطبيق أصلاً والذي أشارت إليه قاعدة التّنازع الوطنيّة سواء أكان قانون القاضي أم القانون الأجنبي

¹ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 165.

² نادية فضيل، مرجع سابق، ص 130.

³ حفيظة السيّد الحّدّاد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 217. ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 210.

وبالتّالي فقد تحايل على أحكام القانون الوطني نفسه¹، كما ذهب الفقه الفرنسيّ إلى القول بأنّه يمكن المعاقبة على الغشّ نحو القانون حتّى ولو كان القانون المتحايل عليه ليس القانون الفرنسي². وعليه فإنّ نظريّة الغشّ نحو القانون تؤيّد مبدأ عامّاً وهو ضرورة مطاردة الغشّ أيّما كان صورته³.

3.2. الحصول على نتيجة غير مشروعة: أضاف جانب من الفقه شرط أن يترتب

عن الغشّ نحو القانون المساس بمصالح مشروعة للغير، ممّا دفع البعض إلى إضافة هذا الشرط منفصلاً عن نيّة التّحايل على القانون وفضّل جانب آخر من الفقه عدم الأخذ بشرط تحقيق النّتيجة كشرط منفصل بل يكفي أن تتوفّر نيّة الغشّ نحو القانون⁴؛ أي أنّ الدّفع بالغشّ نحو القانون يتحقّق بتوفّر شرط التّغيير الإراديّ لضابط الإسناد وأن يكون مقترناً بنيّة التّحايل على القانون حتّى ولو لم يتوصّل الشّخص إلى النّتيجة المرجوّة.

4.2. الغشّ نحو القانون دفع احتياطي: اعتبر بعض الفقهاء الدّفع بالغشّ نحو

القانون دفعاً احتياطياً، فعلى الرّغم من أصالته كسبب مستقلّ بذاته لمحاربة الإرادة غير المشروعة للطّرف المتحايل على قاعدة التّنازع من أجل تحقيق مصالح شخصيّة، إلّا أن

¹ حفيظة السّيد الحدّاد وآخرون، القانون الدّولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 217.

² Daniel Gutmann, op.cit, p 114. Monica –Elena V. Buruiană, op.cit, p 595 et 596. Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p193.

³ موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 319. الطّيب زروتي، دراسات في القانون الدّولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 277.

⁴ حفيظة السّيد الحدّاد وآخرون، القانون الدّولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 214. موحّد إسعاد، المرجع نفسه، ص 317.

دوره احتياطي¹؛ أي أنّه في وجود دفوع أخرى يمكن الاستغناء عن الدّفع بالغشّ نحو القانون ليبقى بذلك حلاً أخيراً لا حلاً أصلياً.

ثالثاً/ الآثار المترتبة عن الغشّ نحو القانون

اختلف الفقه في الأثر المترتب عن إعمال الدّفع بالغشّ نحو القانون، هل يشمل النتيجة فقط بطلانها أم أنّه يمتد إلى ضابط الإسناد الجديد؟ وهو ما سيتمّ توضيحه.

1. الأثر المترتب عن الغشّ نحو القانون بالنسبة للنتيجة: إذا تحقّق القاضي من

توفّر شروط الدّفع بالغشّ نحو القانون فإنّ الأثر المترتب عن الغشّ بالنسبة للنتيجة أي القانون واجب التطبيق هو استبعاد ذلك القانون الذي ثبت له الاختصاص بنية التّحايل على القانون، وإعادة الاختصاص إلى القانون الأصليّ الذي أراد الشّخص التّهرب من أحكامه²، فأثر الغشّ هو أثر حلوليّ أو استبدالي³، وبالتالي الرجوع إلى الوضع الطّبيعيّ الذي يعدّ بمثابة تصحيح لمسار قاعدة التّنازع⁴.

2. الأثر المترتب عن الغشّ نحو القانون بالنسبة لضابط الإسناد الجديد: بالنسبة

لضابط الإسناد أي الوسيلة الّتي استعملت للتّهرب من أحكام القانون المختصّ أصلاً فقد اختلف الفقه بشأنها، فذهب جانب من الفقه إلى إبطال الإجراء الذي تمّ به تغيير ضابط

¹ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 191.

² حفيظة السيّد الحّدّاد وآخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 224. عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 203.

³ عبد المنعم زمزم، المرجع نفسه، ص 204. محمّد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 527.

⁴ عبد المنعم زمزم، المرجع نفسه، الموضع نفسه.

الإسناد ففي حالة تغيير الجنسيّة يبقى الشّخص محتفظاً بجنسيّته السّابقة ولا يعتدّ بالجنسيّة الجديدة¹، فلم يفلت القانون الدّولي الخاصّ من إعمال المبدأ القائل بأنّ: "الغشّ يفسد كلّ شيء"²، بحيث يتمّ تعطيل كلّ من الوسيلة والنّتيجة على السّواء³.

بينما ذهب الفقه الرّاجح إلى عدم المساس بضابط الإسناد الجديد فالجزاء المترتب عن الغشّ نحو القانون هو استبعاد النّتيجة غير المشروعة فقط، أمّا الوسيلة المستعملة فهي وسيلة مشروعة ويعتدّ بها في التّصرفات الأخرى⁴.

الفرع الثّاني/ الغشّ نحو القانون في مسائل الولاية على القاصر

ما يميّز مسائل الأحوال الشّخصيّة بصفة عامّة ومن بينها مسائل الولاية على القاصر أنّها وطيدة الصّلة بأحكام الشّريعة الإسلاميّة في الدّول الإسلاميّة، ممّا أعطى للديانة مكانة هامّة في النّزاعات القائمة في مجال العلاقات الدّوليّة الخاصّة، ففي مسائل الولاية على القاصر قد يحرم الشّخص من الولاية بأنواعها لاختلاف الديانة بين الولي والقاصر، فالقيام بالولاية قائم على ضوابط مبنية أساساً على أحكام الشّريعة الإسلاميّة، وهنا تظهر إمكانية قيام الولي بتغيير ديانته لتحقيق مصالحه الشّخصيّة الّتي لا تسمح بها ديانته.

¹ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 205.

² Daniel Gutmann, op.cit, p 112.

³ عبد الرّسول عبد الرّضا الأسدي، مرجع سابق، ص 152.

⁴ أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 167. أحمد عبد الموجود محمّد فرغلي، مرجع سابق، ص 131. موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 324 و325.

فقد طرح معيار الدّيانة بشدّة في موضوع النّظام العام، فهل سيكون له الأثر ذاته في نظريّة الغشّ نحو القانون؟ هل من المتصوّر أن يكون لتغيير الدّيانة الّتي تكون بهدف تحقيق مصالح شخصيّة محلاً للغشّ نحو القانون، خاصّة وأنّ عنصر الدّين لا يعدّ من الضّوابط المعوّل عليها قانوناً في فضّ التّنازع بين القوانين في مسائل الولاية على القاصر؟

هذه التّساؤلات استدعت البحث عن الحلول الفقهيّة الّتي عالجت هذه الإشكاليّة، فقد أثار مشكل تغيير الدّيانة وأثره على إعمال الغشّ نحو القانون جدلاً كبيراً بين فقهاء القانون الدّوليّ الخاص، والّذي يمكن أن يطرح في مسائل الولاية على القاصر وعليه سأقف على هذا الموضوع الهامّ (أولاً)، مع إبراز موقف المشرّع الجزائري من نظريّة الغشّ نحو القانون بوجه عام (ثانياً).

أولاً/ موقف الفقه من تغيير الدّيانة وأثره على إعمال الغشّ نحو القانون

تعدّ مسألة تغيير الدّيانة وعلاقتها بالغشّ نحو القانون من المسائل الّتي أثارت جدلاً فقهيّاً واسعاً. حيث رأى جانب من الفقه أنّها من المسائل الّتي تستدعي دراسة معمّقة وموضوعيّة نظراً لأهميّتها وانعكاساتها¹، خاصّة وأنّ مسألة تغيير الدّيانة أمر يسير ويتمّ في وقت قصير جدّاً مقارنة بتغيير الجنسيّة والموطن.

¹ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 280.

وتعدّ مسائل الولاية على القاصر في البلدان الإسلاميّة على صلة وثيقة بالشريعة الإسلاميّة سواء تعلّق الأمر بالولاية على شخص ومال القاصر، وقد يفقد الشخص حقّه في الولاية على القاصر إذا كان كافرًا أو مرتدًا عن الإسلام، ممّا يدفع بالأشخاص إلى التّحايّل عن طريق اعتناق الديانة الإسلاميّة من أجل الظّفر ببعض الحقوق كالحضانة والولاية على نفس القاصر والولاية على ماله، فالغاية من هذا التّحايّل هو تحقيق نتيجة لا يمكن تحقيقها إذا كان الشخص لا يدين بالدين الإسلامي.

فهل يعتدّ بالغشّ نحو القانون إذا كان الغرض من تغيير الديانة هو الحصول على مصلحة خاصّة لم يكن الشخص ليحصل عليها لولا تغيير ديانته؟ أجاب الفقه عن هذه الإشكاليّة، وانقسم إلى اتّجاهين: اتّجاه مؤيّد لنظرية الغشّ نحو القانون في حالة تغيير الديانة واتّجاه معارض لها.

1. الاتّجاه المؤيّد لنظرية الغشّ نحو القانون في حالة تغيير الديانة

ذهب جانب من الفقه إلى إمكانية إعمال نظرية الغشّ نحو القانون في حالة تغيير الديانة¹، وقد أطلق عليه البعض بالتّطبيق الطّريف لنظرية الغشّ نحو القانون². وهو غالبا ما يعتدّ به في الدّول غير الإسلاميّة³، كما يحدث الغشّ نحو القانون بتغيير الديانة في الدّول الإسلاميّة التي ترتبط فيها الأحوال الشخصيّة بالدين⁴؛ إذ تلعب العقيدة الدّور نفسه

¹ بختة زيدون، مرجع سابق، ص 90 و92.

Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, Tome 1, p 464.

² سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 689.

³ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 189 و190.

⁴ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 160 و161.

الّذي يقوم به ضابط الجنسيّة في تحديد القانون الشّخصي، وهنا وجب التّفريق بين مسألة اعتناق الشّخص للإسلام وبين حالة الغشّ نحو القانون فالمسألة الأولى لا مجال للتّشكيك فيها لكنّ المسألة الثّانية إذا ثبت للقاضي التّلازم الزّمني بين اعتناق الإسلام ونيّته في الإضرار بالغير وجب على القاضي التّحري من خلال وقائع الدّعى نيّة الغشّ بأنّه لا يمسّ بقواعد الإسلام الأمّرة، فالإسلام ذاته يرفض الغش¹.

2. الاتجاه المعارض لنظريّة الغشّ نحو القانون في حالة تغيير الدّيانة: لا تعتبر

الدّول العربيّة والإسلاميّة تغيير الدّيانة من غير الإسلام إلى الإسلام أنّه ينطوي على غشّ نحو القانون²، وهو ما ذهب إليه جانب من الفقه الّذي اعتبر أنّ الدّيانة لا تعدّ ضابط إسناد وعليه فإنّ مسألة تغيير الدّيانة لا تؤثر في تحديد القانون المختصّ وهو ما أخذ به القضاء في بعض الدّول³. ومن ذلك ما ذهب إليه القضاء المصري الّذي اعتبر الشّخص الّذي يقوم بتغيير ديانته للاستفادة من المزايا الّتي تمنحها الدّيانة الجديدة الّتي تحقّق رغباته ومصالحه الذاتيّة لا يمكن أن يكون محلاً للدّفع بالغشّ نحو القانون⁴.

¹ محمّد وليد المصري، مرجع سابق، ص 280.

² يوسف مسعودي، الزّواج والطلاق في العلاقات الدّوليّة الخاصّة، مرجع سابق، ص 81. ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 206.

³ عبد الرّسول كريم أبو صبيح، أثر الغشّ نحو القانون على ظرف الإسناد، مجلّة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العراق، العدد 19، المجلّد 1، 2010، ص 95. المقال متوفّر على الرّابط التّالي، تاريخ الاطّلاع 2022/07/11 على السّاعة 05:35 <https://www.iasj.net/iasj/article/11794>

⁴ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 190.

مبرّر رفض هذا المسلك هو التّدخل في عقائد النّاس الذي يعدّ أمراً يستحيل التّثبت منه، هذا المبرّر الذي لم يُقنع جانب آخر من الفقه لأنّه لو سلّمنا بهذا المسلك لرفض من الأصل الأخذ بنظرية الغشّ نحو القانون في مجال القانون الدوليّ الخاص¹.

لكنّ الأخذ بهذا الاستثناء أي عدم إعمال نظرية الغشّ نحو القانون في حالة تغيير الديانة أملت ضرورة وهي حماية النظام العام الإسلاميّ من خلال احترام الأحكام الإسلاميّة فمن نطق بالشهادتين لا مجال للتّشكيك في ديانته فقد ثبت له وعليه ما للمسلمين وعليهم².

وأنا بدوري أؤيّد الرّأي القائل بعدم التّشكيك في ديانة الشّخص وهو ما أكّدت عليه أحكام الشّريعة الإسلاميّة، والدّليل على ذلك من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا﴾ (سورة النّساء، من الآية 93). ومن السّنة النبويّة عن أسامة بن زيد رضي الله عنهما قال: "بعثنا رسول الله صلّى الله عليه وسلّم إلى الحرقة، فصبّحنا القوم فهزّمناهم، ولحقّت أنا ورجلٌ من الأنصار رجلاً منهم، فلما غَشِينَاهُ قال: لا إله إلاّ الله، فكفّ الأنصاريّ، فطعنّهُ برمحٍ حتّى قتلّهُ. فلما قدّمنا بلّغ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم فقال: يا أسامة أقتلّته بعد ما قال لا إله إلاّ الله؟ قلتُ: كان متعوّذاً. فما زال يكرّرها حتّى تمنّيتُ أني لم

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 689.

² عبد الرّسول كريم أبو صبيح، أثر الغشّ نحو القانون...، مرجع سابق، ص 96 و97. ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 207.

أكن أسلمتُ قبلَ ذلك اليوم"¹. وقول الرّسول صلّى الله عليه وسلّم: "إنّي لم أؤمرَ أن أنقُبَ قلوبَ النّاس ولا أشقّ بطنَهم"²، وقوله -أنقُب- أي أمرت أن آخذ بظواهر أمورهم³.

تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنّ اعتناق الإسلام في الجزائر يخضع إلى إجراءات خاصّة تضمّنّها القرار رقم 580 المؤرّخ في 16 سبتمبر 2016 المتعلّق بتحديد شروط وكيفيّات إصدار شهادة إثبات الإسلام وشهادة اعتناق الإسلام، فيجب أن يحصل معتنق الإسلام على شهادة بذلك يتم إصدارها في شكل مقرر موقع عليه من طرف مدير الشؤون الدّينيّة والأوقاف بالولاية، أو مدير التّوجيه الدّيني والتّعليم القرآني بالإدارة المركزيّة أو المدير الفرعي للتّوجيه الدّيني والنّشاط المسجدي بالإدارة المركزيّة حسب الحالة، ويتم تسجيل الشّهادة في سجلّ خاص ومؤشّر عليه من طرف الوزارة المعنيّة، ولا يتمّ إصدار شهادة اعتناق الإسلام إلّا بعد استيفاء الملف لجميع الشّروط والإجراءات الإداريّة المحدّدة ضمن أحكام القرار رقم 580 المذكور أعلاه، بالإضافة إلى ذلك يجب إجراء جلسة الاعتناق وتحرير محضر بذلك ولا يمكن القيام بهذه الجلسة إلّا بعد الحصول على نسخة أصليّة من محضر محرّر من طرف مصالح الأمن بناء على التّحقيق الإداري الذي قامت به والذي يجب أن يكون إيجابيا، أمّا إذا كان المحضر سلبيا فلا يمكن إجراء جلسة الاعتناق، وبالتالي لا يمكن الحصول على شهادة اعتناق الإسلام.

¹ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب: مناقب الأنصار-المغازي، المكتبة العصريّة، صيدا، بيروت، 2004، المجلّد الثّامن، باب 45، حديث رقم 4269، ص 4873.

² أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المرجع نفسه، باب 61، حديث رقم 4351، ص 4958.

³ المرجع نفسه، ص 4961.

ثانيا/ موقف المشرّع الجزائري من نظريّة الغشّ نحو القانون

لم يتناول المشرّع الجزائري نظريّة الغشّ نحو القانون إلّا في عام 2005 على إثر التعديل الّذي مسّ القانون المدني، وتعتبر المادّة 24/ف1 ق م الأساس القانوني لهذه النّظريّة القائمة بذاتها، ولم يعد القاضي بحاجة إلى الرّجوع إلى المبادئ العامّة للقانون وقواعد العدالة أو ما استقرّ عليه القضاء حديثاً¹، وعليه لم تعد تستند هذه النّظريّة لا إلى نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ ولا إلى نظريّة الصّوريّة في القانون المدني ولا إلى نظريّة الدّفع بالنّظام العام².

ويبدو أنّ المشرّع الجزائري سائر الفقه الحديث في إعمال نظريّة الغشّ نحو القانون سواءً أكان القانون المتحايل عليه هو قانون القاضي أم القانون الأجنبيّ، واستشفّ الفقه هذا الموقف من الصّيّغة القانونيّة للمادّة 24/ف1 ق م وبالضّبط عبارة "نحو القانون" الّتي تفيد العموم، والعامّ هنا يؤخذ على إطلاقه أي أنّها تشمل كلّاً من قانون القاضي والقانون الأجنبي³.

¹ أحمد دغيش، *الغشّ نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص*، مجلّة المنار للدراسات والبحوث القانونيّة والسّياسيّة، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، المجلّد 01، العدد 02، 2017، ص 74 و75. المقال متوفّر على الرّابط التّالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/67591>

² صحراء داودي، *استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغشّ نحو القانون*، مجلّة دراسات وأبحاث المجلّة العربيّة للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانيّة والاجتماعيّة، جامعة زيّان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلّد 12، العدد 04، أكتوبر 2020، ص 900. المقال متوفّر على الرّابط التّالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/131799>

³ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 81. آمنة أمّحيي بوزينة، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 229. صحراء داودي، المرجع نفسه، ص 898.

واستدلّ الفقه هذا الموقف كذلك من المادّة 24/ف2 ق م الّتي نصّت على حلول القانون الجزائريّ محلّ القانون الأجنبيّ المستبعد إذا كان مخالفاً للنّظام العام، وسكوته عن القانون الّذي يحلّ محلّ القانون المستبعد في حالة الغشّ نحو القانون الّذي قد يكون قانون القاضي أو قانوناً أجنبياً¹، فالقانون المطبّق هو القانون المفترض إعماله أصلاً على العلاقة لو لم يلجأ الأطراف إلى التّحاييل على القانون².

بناء على ما سبق تناوله، فإنّ الصّعوبات الّتي تعترض القاضي الوطني في مرحلة تطبيق أحكام القانون الأجنبي المتعلّقة بكيفيّة معاملة القانون الأجنبيّ أمام القضاء الوطني وما يترتّب عنها من نتائج يمكن ضبطها ضمن نصوص قانونية صريحة بعيدة عن أيّ تأويل، أمّا فيما يخص استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص فالأمر راجع إلى السّلطة التّقديرية لقاضي الموضوع في الكشف عن القانون الأجنبي المخالف للنّظام العام مستعينا بمعيار مصلحة القاصر ومعيار الديانة في مسائل الولاية على القاصر، كما يمكن استبعاد القانون المختص الذي ثبت له الاختصاص غشاً ما عدا في مسألة تغيير الدّيانة فلا تدخل في إطار الغش نحو القانون.

¹ سيّد أحمد محمود أحمد، مرجع سابق، ص 84.

² الطّيب زروتي، القانون الدّولي الخاصّ الجزائري علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 14.

في ختام صفحات الباب الثاني الموسوم بـ: "بصعوبات إعمال القانون المختص بمسائل الولاية على القاصر"، الذي تطرقت فيه إلى مختلف الحلول الفقهية والتشريعية والقضائية التي وُضعت من أجل تجاوز العقبات التي تعترض القاضي أثناء إعماله للقانون الأجنبي، حيث تناولت في الفصل الأول الصعوبات التي يواجهها القاضي في مرحلة مبكرة بعد التعرف على هوية القانون الأجنبي وتكون مرتبطة أساساً بضابط الجنسية، فإذا كان الشخص متعدّد الجنسيات فضّل الفقه التقليدي الرّاجح الأخذ بمعيار الجنسية الفعلية وذلك في الفرض الذي تكون فيه جميع الجنسيات أجنبية عن دولة القاضي، وهو الحلّ ذاته الذي تبناه المشرّع الجزائري في نصّ المادة 1/22 ق م، أمّا الحلّ الذي تبناه الفقه الحديث وأعتقد صوابه فهو الأخذ بمعيار الحلّ الوظيفي أين يقوم القاضي باختيار القانون الذي يحقّق غاية المشرّع من وضع قاعدة التّنزع أي أنّه لا يحتكم إلى قواعد محدّدة مسبقاً، ففي مسائل الولاية يهدف المشرّع أساساً إلى مراعاة المصلحة الفضلى للقاصر، ويبدو أنّ هذا المعيار لقي استحساناً من طرف الفقه كما عرف رواجاً على مستوى القضاء.

أمّا في الفرض الذي يكون فيه الشخص متمتعاً بجنسية دولة القاضي فيرجّح قانون هذه الدولة وهو ما تبناه المشرّع الجزائري في نصّ المادة 2/22 ق م وهو موقف جدير بالتأييد، في المقابل من ذلك فضّل الفقه الحديث الأخذ بمعيار الجنسية الفعلية وفضّل جانب آخر الأخذ بفكرة الحلّ الوظيفي.

أمّا في حالة الشخص عديم الجنسية، فتبنّى الفقه التقليدي الرّاجح معيار الموطن أو محل الإقامة المعتاد، وهو الموقف ذاته الذي أخذ به المشرّع الجزائري في نصّ المادّة 22/3 ق م وهذا الحل يتماشى مع التزامات الجزائر الدوليّة، بينما فضّل الفقه الحديث الأخذ بمعيار الحلّ الوظيفي.

أمّا في حالة تغيير ضابط الإسناد أو ما يعرف بالتّنازع المتحرّك فقد تباينت الحلول الفقهيّة والتّشريعيّة لمواجهة هذه المشكلة التي يرجع سبب ظهورها إلى عدم تثبيت قاعدة التنازع بالعنصر الزمني، ويفضل الأخذ بفكرة القانون الأصلح للقاصر وهي شبيهة بفكرة الحلّ الوظيفي الذي اعتمده الفقه الحديث في حلّ مشكلتي تعدّد وانعدام الجنسية.

ثاني الصعوبات التي تواجه القاضي تلك المتعلقة بتفسير قاعدة التّنازع، فتعترضه مشكلة الإحالة التي جاء موقف المشرّع الجزائري منها صريحا برفضها كأصل عام واستثناء أعلن قبوله للإحالة من الدّرجة الأولى طبقا لنصّ المادّة 23 مكرر 1 ق م، أمّا عن موقف الفقه فكان بين القبول والرّفص للإحالة وظهر فريق ثالث دعا إلى إعمال فكرة الحلّ الوظيفي، والتّباين ذاته في الآراء شهده موضوع الإحالة في مسائل الأحوال الشخصيّة وأعتقد أنه من الصّواب رفض الإحالة في هذا المجال وبالتالي رفضه في مسائل الولاية على القاصر.

كما تعترض القاضي مشكلة أخرى متعلّقة بتفسير قاعدة التّنازع وهي حالة الإسناد إلى قانون دولة تتعدّد فيها الشّرائع فيتمّ إعمال قاعدة التّفويض كآليّة لفضّ التّنازع الداخلي

وهو الحلّ الذي أخذ به المشرّع الجزائري في نصّ المادّة 1/23 ق م، أمّا الفقه الحديث فقد فضّل إعمال فكرة الحلّ الوظيفي، أمّا في حالة استحالة إعمال قاعدة التفويض فقد ذهب جانب من الفقه إلى التّمييز بين التّعدّد الشّخصي والتّعدّد الإقليميّ وهو الرّأي الذي تبناه المشرّع الجزائريّ في نصّ المادّة 23/ف2 ق م، وذهب فريق آخر إلى إعطاء حلّ عام دون التّمييز بين صورتَي التّعدّد.

يبدو من خلال ما تقدّم من حلول، تقلّص دور الحلول التّقليديّة واتّجاه الفقه الحديث نحو إعمال فكرة الحلّ الوظيفي لمواجهة مختلف الصّعوبات التي تعترض القاضي في مرحلة إعمال القانون الأجنبي.

بعد عرض الصّعوبات التي تواجه القاضي بسبب ضابط الجنسيّة انتقلت في الفصل الثاني إلى توضيح الصّعوبات المرتبطة بكيفيّة معاملة القاضي الوطني للقانون الأجنبي، فبالنسبة إلى أساس تطبيق القانون الأجنبيّ ذهب قلة من الفقه إلى معاملته معاملة الواقع بينما ذهب الفقه الرّاجح إلى احتفاظه بالطّبيعة القانونيّة وهو ما تبناه المشرّع التّونسي صراحة، وأغفله المشرّع الفرنسي ممّا أدّى إلى تضارب في الأحكام القضائيّة لعدم وضع نصوص قانونيّة صريحة، ولمحنا الموقف الضّمني للمشرّع الجزائريّ الذي بدا مؤيّدًا للاتّجاه الذي عامل القانون الأجنبيّ المتعلّق بالمسائل الأسريّة معاملة القانون في المقابل لم يعترف له بهذه الطّبيعة إذا تعلّق النزاع بالقوانين الأخرى، هذا الموقف الذي انتقده الفقه الجزائريّ الرّاجح وبدوري أضّم رأيي إليهم والمطالبة بإلغاء هذا التّمييز.

ومن أجل التّطبيق الصّحيح للقانون الأجنبيّ وجب على القاضي إزالة الغموض الذي يشوب القاعدة القانونيّة الأجنبيّة، وهنا يجب عليه أن يتّبع الأساليب الأجنبية للتّفسير السّائدة في دولة القانون الأجنبي لأنّها أقرب إلى الواقع والمنطق، بدل اللّجوء إلى الأساليب الوطنيّة في التّفسير كما دعا إليه جانب من الفقه، وضرورة خضوع هذا التّفسير إلى رقابة المحكمة العليا للسّهر على عدم تشويه القانون الأجنبيّ، ويستعين القاضي في سبيل التّوصّل إلى مضمون القانون الأجنبيّ بالعديد من الوسائل، وفي الفرض الذي يتعدّر عليه التّوصّل إلى هذا المضمون طرح الفقه عدّة حلول تقليديّة وحديثة لكن لا يزال إعمال قانون القاضي هو الحلّ الرّاجح والأمثل رغم الانتقادات الموجّهة إليه.

في الأخير قد يتوصّل القاضي إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبيّ المختصّ بمسائل الولاية على القاصر نظراً لثبوت مخالفة أحكامه للنّظام العامّ في دولة القاضي حيث يستند القاضي إلى معيارين أساسيين وهما معيار الدّيانة ومعيار مصلحة القاصر، ويحلّ قانون القاضي محلّ القانون المستبعد، كما يمكن استبعاد القانون الأجنبي المختصّ إذا ثبت له الاختصاص عن طريق الغشّ نحو القانون وهنا لا بدّ من إرجاع العلاقة إلى المسار الذي كانت عليه.

الخاتمة

الخاصة

أقيمت مؤسسة الولاية لحماية القاصر في نفسه وماله، وذلك منذ ولادته حيّا إلى بلوغه سنّ الرشد القانوني الذي حدّده المشرّع الجزائري بـ19 سنة كاملة، ونظراً لاختلاف أحكام الولاية من دولة إلى أخرى وأمام انفتاح الدّول بعضها على بعض أصبحت مجالاً خصباً لتنازع القوانين، وهو ما عالجته هذه الدّراسة التي تمحورت أساساً حول القانون واجب التّطبيق على مسائل الولاية على القاصر وصعوبات إعماله، توصّلت من خلالها إلى النّتائج التّالية:

- يعتمد القاضي في حلّ النّزاعات المتعلّقة بالولاية على القاصر في مجال تنازع القوانين على المنهج التّنازعي بالدرجة الأولى، وظهرت إلى جانبه مناهج أخرى نادى بها الفقه الحديث نظراً للدّور الهامّ الذي تلعبه في مجال العلاقات الدّولية الخاصّة؛ وتتمثّل في منهج القواعد ذات التّطبيق الضروري ومنهج القواعد الموضوعيّة.

- لم يخصّ المشرّع الجزائري بعض صور الولاية على القاصر بقاعدة تنازع خاصّة على الرّغم من أهمّيّتها ممّا أدّى إلى تباين شديد في الحلول انطلاقاً من تكييفها إلى تحديد القانون واجب التّطبيق عليها.

- حظيت مسائل الولاية على مال القاصر باهتمام العديد من التّشريعات الوضعيّة بما فيها المشرّع الجزائري من خلال وضع قاعدة تنازع خاصّة بها إلّا أنّها بدت عاجزة عن إيجاد حلول للعديد من الإشكالات.

- لم يحظ موضوع الاستعجال باهتمام من قبل المشرّع الجزائري ما عدا في مسائل الولاية على مال القاصر التي خصّها بنصّ قانوني.

- اعتمد المشرّع الجزائري على ضابط الجنسيّة، لكنّه غير كاف في مسائل الولاية على القاصر، ويجب الاعتداد بضوابط أخرى كما أنّه أفرز عدّة إشكالات، ومن خلال ما تناولته من حلول لها سواء تعلّق الأمر بمشكلة تعدّد الجنسيات أم انعدامها أم تغييرها، فقد بدت الحلول التشريعيّة تقليديّة تعرّض بعضها إلى النقد، في المقابل من ذلك أبرز الفقه الحديث فكرة الحلّ الوظيفي وهي جديرة بالتأييد في بعض الحالات، حيث تقوم هذه الفكرة على اختيار القاضي القانون الذي يحقّق غاية المشرّع من وضع قاعدة التّنازع، ففي مسائل الولاية يهدف المشرّع أساسا إلى مراعاة المصلحة الفضلى للقاصر، ويبدو أنّ هذا المعيار لقي استحساناً من طرف الفقه كما عرف رواجاً على مستوى القضاء.

- لم يميّز المشرّع الجزائري عند وضعه لقاعدة التّنازع الخاصّة بالإحالة بين المسائل الأسريّة وغيرها من المسائل فجاء النصّ عاما، لكنّ الفقه أثار هذا التّمييز وبين مؤيّد للأخذ بالإحالة في المسائل الأسريّة ورفضها ظهر فريق آخر يدعو إلى إعمال فكرة الحلّ الوظيفي.

- عامل المشرّع الجزائري القانون الأجنبي في المسائل الأسريّة معاملة القانون على عكس المسائل الأخرى التي عاملها معاملة الواقع، وهنا تعرّض موقفه للنّقد الشّديد، لأنّ

هناك بعض القوانين الأجنبية التي تمزج بين المسائل الأسرية والمالية من بينها مسائل الولاية على القاصر.

- لم يتناول المشرع الجزائري نصا صريحا يوضح كيفية تفسير القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على هذا التفسير ووسائل إثباته.

ومن خلال ما سبق يبدو عدم كفاية الحلول التي وضعها المشرع الجزائري لفضّ التنازع بين القوانين في مسائل الولاية على القاصر، وعليه يمكن اقتراح التوصيات التالية:

- يكتسي منهج القواعد الموضوعية أهمية في فضّ التنازع بين القوانين وعليه وجب تعزيز التعاون بين الدول بهدف إرساء قواعد موضوعية موحدة في مجال الأحوال الشخصية وتدعيم التعاون القضائي عن طريق عقد اتفاقيات دولية.

- وضع قاعدة تنازع خاصة بالحضانة والولاية على النفس يستند فيها القاضي إلى ضابط الجنسية ونظرا لعدم كفايته وعجزه في العديد من الحالات لا بدّ من دعمه بضوابط إسناد اختيارية كضابط محل الإقامة، وضابط الموطن، وعلى القاضي أن يختار من بين هذه الضوابط ما يحقق المصلحة الفضلى للقاصر.

- وضع قاعدة تنازع توضح القانون واجب التطبيق في حالات الاستعجال.

- وضع قاعدة تنازع صريحة توضح موقف المشرع الجزائري من الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية.

- وضع قاعدة تنازع توضّح كيفيّة معاملة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني تتناول فيه أساس تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره ورقابة المحكمة العليا على تفسيره وتطبيقه وتبيان وسائل إثباته.

- نوصي المشرّع الجزائري بتعديل بعض النصوص القانونية منها:

نصّ المادة 15 ق م الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الولاية على المال فيُقدّر استبدال مصطلح الشُّروط الموضوعيّة بمصطلح المسائل الموضوعية، وإزالة الغُموض الذي أظهره استعمال عبارة "قانون الشّخص الذي تجب حمايته"، وهنا يُفضّل إعادة صياغتها بشكل أدقّ من خلال تحديد هذا القانون أي استبدالها بعبارة قانون جنسية الشّخص الذي تجب حمايته.

نص المادة 23/ف1 ق م الخاصة بقاعدة التّفويض كآلية لفضّ التّنازع الدّاخلي، فيُفضّل توظيف المشرّع الجزائري لمصطلح الشّرائع بدل مصطلح التّشريعات.

- ندعو المشرّع الجزائري إلى ضرورة سنّ قانون مستقل يضمّ مختلف مواضيع القانون الدّولي الخاص بما فيها موضوع تنازع القوانين وبالتالي يكون أكثر فعاليّة لأنّه سيكون أكثر تفصيلا ودقّة يخدم القاضي الوطني والأجنبي، ويخدم كذلك مصالح الأفراد خاصّة القصر.

وفي الأخير يكفي أنّي حاولت ما وسعتني المحاولة فإن أصبت فمن الله، وإن أخطأت فمن نفسي والشّيطان.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً/ قائمة المصادر

- القرآن الكريم، برواية ورش عن نافع

- النصوص الرسمية (باللغة العربية)

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج ر العدد 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996. معدّل ب: القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر العدد 25، المؤرخة في 14 أبريل 2002. والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر العدد 63، المؤرخة في 16 نوفمبر 2008. والقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر العدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016. والمرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج ر العدد 82، المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

2. الاتفاقية الخاصة بالقانون الأساسي لفاقدي الجنسية والموقعة بنيويورك في 28 سبتمبر 1954، والمصادق عليها بموجب المرسوم رقم 64-173 المؤرخ في 08 جوان 1964، ج ر العدد 15، المؤرخة في 17 جويلية 1964.

3. اتفاقية التعاون القضائي والقانوني في المواد المدنية التجارية والعائلية والجزائية بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية البلغارية الموقع عليها بمدينة

- الجزائر في 20 ديسمبر 1975، والمصادق عليها بموجب المرسوم رقم 77-191 مؤرخ في 24 ديسمبر 1977، ج ر العدد 1، المؤرخة في 03 جانفي 1978.
4. اتفاقية التعاون القضائي والقانوني في المواد المدنية والعائلية والجزائية بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية الاشتراكية الرومانية الموقعة ببوخارست في 28 جوان 1979، والمصادق عليها بموجب المرسوم رقم 84-178 مؤرخ في 28 جويلية 1984، ج ر العدد 31، المؤرخة في 31 جويلية 1984.
5. الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 جوان 1988، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88-144 المؤرخ في 26 جويلية 1988، ج ر العدد 30، المؤرخة في 27 جويلية 1988.
6. اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، والمصادق عليها مع التصريحات التفسيرية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، ج ر العدد 91، المؤرخة في 23 ديسمبر 1992.

7. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، والمصادق عليها بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 جانفي 1996، ج ر العدد 6، المؤرخة في 24 جانفي 1996.
8. اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 06 أفريل 1983، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-47 المؤرخ في 11 فيفري 2001، ج ر العدد 11، المؤرخة في 12 فيفري 2001.
9. الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته، المعتمد بأديس أبابا في جويلية سنة 1990، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-242 المؤرخ في 08 جويلية 2003، ج ر العدد 41، المؤرخة في 09 جويلية 2003.
10. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج ر العدد 49، المؤرخة في 11 جوان 1966، المعدل والمتمم.
11. الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية، ج ر العدد 21، المؤرخة في 27 فيفري 1970، المعدل والمتمم.
12. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
13. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر العدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم.

14. الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للقانون 11-84 المتضمن قانون الأسرة، ج ر العدد 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005.
15. القانون رقم 09-05 المؤرخ في 04 ماي 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للقانون 11-84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في 09 جوان 1984، ج ر العدد 43، المؤرخة في 22 جوان 2005.
16. القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر العدد 44، المؤرخة في 26 جوان 2005.
17. القانون رقم 04-08 المؤرخ في 23 جانفي 2008، المتضمن القانون التوجيهي للتربية الوطنية، ج ر العدد 04، المؤرخة في 27 جانفي 2008.
18. القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر العدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم.
19. القانون رقم 12-15 المؤرخ في 15 جويلية 2015، المتعلق بحماية الطفل، ج ر العدد 39، المؤرخة في 19 جويلية 2015.
20. القانون رقم 10-18 المؤرخ في 10 جوان 2018، المحدد للقواعد المطبقة في مجال التمهين، ج ر العدد 35، المؤرخة في 13 جوان 2018.

21. القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، المتعلق بالصحة، ج ر العدد 46، المؤرخة في 29 جويلية 2018، المعدل والمتمم.
22. القانون رقم 20/15 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بالوقاية من جرائم اختطاف الأشخاص ومكافحتها، ج ر العدد 81، المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.
23. المرسوم التنفيذي رقم 10-02 المؤرخ في 04 جانفي 2010، المحدد للأحكام المتعلقة بإجبارية التعليم الأساسي، ج ر العدد 1، المؤرخة في 06 جانفي 2010.
24. المرسوم التنفيذي رقم 20-123 المؤرخ في 19 ماي 2020، المحدد لكيفيات دفع شبه الراتب للمتقاعدين، ج ر العدد 31، المؤرخة في 30 ماي 2020.
25. القرار رقم 580 المؤرخ في 16 سبتمبر 2016 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات إصدار شهادة إثبات الإسلام وشهادة اعتناق الإسلام.

المواثيق الدولية

1. اتفاقية لاهاي المؤرخة في 12 جوان 1902 المتعلقة بتنزع القوانين في مجال الزواج
<https://www.hcch.net/fr/instruments/the-old-conventions/1902-marriage-convention>
2. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في باريس بتاريخ 10/12/1948 بموجب القرار 217 ألف.
<https://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights/>
3. اتفاقية بشأن خفض حالات انعدام الجنسية، اعتمدها مؤتمر مفوضين في 30 أغسطس 1961 انعقد عام 1959 ثم عام 1961 تطبيقا لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة

896(د-9) المؤرخ في 4 ديسمبر 1954، تاريخ بدء نفاذها 13 ديسمبر 1975 وفقا لأحكام المادة 18.

<https://www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/convention-reduction-statelessness>

4. اتفاقية الحد الأدنى لسن الالتحاق بالعمل رقم 138، اعتمدت من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في 26 جوان 1973، تاريخ بدء النفاذ 19 جوان 1976.

<https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAge.aspx>

الوثائق والقوانين الإقليمية

1. وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، أقرها وزراء العدل في اجتماعه الذي عقد بمسقط في 20-21 أكتوبر 1996.

2. القانون العربي الموحد لرعاية القاصرين المعتمد من طرف المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب التابع لجامعة الدول العربية كقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم: 323- الاجتماع الرابع والعشرون-2002/03/04.

التشريعات الأجنبية (العربية)

التشريع المصري

1. القانون رقم 131 لسنة 1948 المتعلق بالقانون المدني المصري

2. مرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال المصري، الصادر في 30 جويلية 1952.

3. قانون رقم 12 لسنة 1996 المؤرخ في 25 مارس 1996، المتعلق بإصدار قانون الطفل المصري، ج ر العدد 13، المؤرخة في 28 مارس 1996، المعدل.

4. قانون رقم 126 لسنة 2008 المؤرخ في 15 جوان 2008، المعدل لأحكام قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996، ج ر العدد 24 مكرر، المؤرخة في 15 جوان 2008.

التشريع التونسي

5. أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي العدد 66، المؤرخ في 17 أوت 1956، المنقحة والمتممة.

6. قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998، المتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، الرائد الرسمي العدد 96، المؤرخ في 01 ديسمبر 1998.

7. قانون عدد 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 أوت 2005، المتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الرائد الرسمي العدد 68، المؤرخ في 26 أوت 2005.

التشريع المغربي

ظهير شريف رقم 1.04.22، الصادر في 03 فيفري 2004، بتنفيذ القانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ج ر العدد 5184، المؤرخة في 05 فيفري 2004، المعدل.

التشريع القطري

8. القانون القطري رقم 22 لسنة 2004 بإصدار القانون المدني، الصادر في

2004/06/30، ج ر عدد 11، المؤرخة في 2004/08/08.

9. القانون رقم 40 لسنة 2004 المؤرخ في 2004/12/14 بشأن الولاية على أموال

القاصرين - القطري، ج ر عدد 2، تاريخ النشر 2005/02/15.

10. قرار أميري رقم 41 لسنة 2014 بتنظيم الهيئة العامة لشؤون القاصرين - القطري،

ج ر عدد 4، تاريخ النشر 2014/03/09.

التشريع العراقي

11. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، المتعلق بالقانون المدني العراقي،

المؤرخ في 08 سبتمبر 1951، الوقائع العراقية العدد 3015، المؤرخ في 08 سبتمبر

1951، المعدل.

12. قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980، المؤرخ في 05 جويلية

1980، الوقائع العراقية العدد 2772، المؤرخ في 05 جويلية 1980.

التشريع الكويتي

13. قانون كويتي رقم 5 لسنة 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر

الأجنبي.

التشريع الأردني

14. القانون المدني الأردني لسنة 1976.

التشريع الليبي

15. القانون الليبي رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، المؤرخ في 15 ديسمبر 1992.

التشريع السعودي

16. المرسوم الملكي السعودي رقم م/17 بتاريخ 1427/03/13 هـ، المتضمن نظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم، الصادر في 2006/04/11، تاريخ النشر 2006/05/19.

التشريع البحريني

17. قانون رقم 19 لسنة 2017 المتعلق بقانون الأسرة البحريني، ج ر ملحق العدد 3323، المؤرخة في 20 جويلية 2017.

- الاجتهادات القضائية

1. قرار المجلس الأعلى، غ أش، ملف رقم 19303، بتاريخ 1979/02/05، نشرة القضاء، العدد 1، 1981.

2. قرار المجلس الأعلى، غ أش، ملف رقم 38825، بتاريخ 1985/12/02، نشرة القضاء، العدد 44، 1988.

3. قرار المجلس الأعلى، غ أش، ملف رقم 33636، بتاريخ 1984/06/25، المجلة القضائية، العدد 3، 1989.

4. قرار المجلس الأعلى، غ أش، ملف رقم 32829، بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد 1، 1990.
5. قرار المجلس الأعلى، غ أش، ملف رقم 52635، بتاريخ 1989/01/30، المجلة القضائية الجزائرية، العدد الرابع، 1990.
6. قرار المجلس الأعلى، غ أش، ملف رقم 50011، بتاريخ 1988/06/20، المجلة القضائية، العدد 2، 1991.
7. قرار المجلس الأعلى، غ أش، ملف رقم 52221، بتاريخ 1989/03/13، المجلة القضائية، العدد الأول، 1993.
8. قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 187692، بتاريخ 1997/12/23، المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول، 1997.
9. قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 170082، بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية، العدد 1، 2000.
10. قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 331058، بتاريخ 2005/05/18، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2005.
11. قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 347914، بتاريخ 2006/01/04، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006.

12. قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 424292، بتاريخ 2008/02/13، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008.
13. قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 457038، بتاريخ 2008/09/10، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2008.
14. قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 497457، بتاريخ 2009/05/13، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009.
15. قرار المحكمة العليا، غ أ ش م، ملف رقم 337176، بتاريخ 2005/11/16، نشرة القضاء، العدد 65، 2010.
16. قرار المحكمة العليا، غ أ ش م، ملف رقم 613469، بتاريخ 2011/03/10، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.
17. قرار المحكمة العليا، غ أ ش م، ملف رقم 613481، بتاريخ 2011/03/10، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.
18. قرار المحكمة العليا، غ ش أ م، ملف رقم 728882، بتاريخ 2013/02/14، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2014.
19. قرار المحكمة العليا، غ ش أ م، ملف رقم 1329085، بتاريخ 2019/12/04، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2019.

- النصوص الرسمية (باللغة الأجنبية)

الاتفاقيات الدولية باللغة الفرنسية

1. la convention du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs.
2. la convention du 19 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineures.
3. La convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

الاتفاقيات الدولية باللغة الانجليزية

1. Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws. Signed at The Hague, April 12th, 1930, le Recueil des Traités de la Société des Nations, No. 4137, vol. 179, 1937, p p 89-113.

https://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=520&chapter=30&clang=_fr

التشريعات الأجنبية

1. Code Civil (Français)
2. Code de procédure civile (Français)
3. Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives (Français).
4. Loi Française n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du xxle.
5. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN (Türkçe) Kanun Numarası: 5718, Kanun Kabul Tarihi : 27/11/2007, Resmi Gazete Tarihi : 12/12/2007

– الأحكام والقرارات القضائية

1. Cass. Req, 10 novembre 1896, Clunet 1897, Tome24, p 823 - 825.
2. Cour d'appel d'Aix (1^{re} ch), 15 Novembre 1897, Clunet 1898, Tome 25, p p 558-565
3. Cour d'appel de Paris (6^e ch), 17 Mars 1902, Clunet 1903, Tome 30, p p 342-350.
4. Haute-Cour de justice, 7,8 et 10 décembre 1906, Clunet 1908, Tome 35, p p547-550
5. Cour de Paris, (5^e ch),12 juin 1907, Clunet 1908, Tome 35 , p 149.
6. Cass. Req, 26 décembre 1917, Clunet 1918, Tome 45, p 714 et 715.
7. Cass.civ. 1^{re}, du 12 mai 1959, Bisbal.
8. Cass.civ. 1^{re}, du 02 mars 1969. Chemouny (Compagnie Algérienne de crédit et de banque).
9. Cass.civ. 1^{re}, du 11 octobre 1988, bulletin 1988, N°278, p 190.
10. Cass.civ. 1^{re}, du 18 octobre 1988.
11. Cass.civ. 1^{re}, du 04 décembre 1990
12. Cass.civ. 1^{re}, du 26 mai 2021, bulletin 1999 I N°172

ثانياً/ قائمة المراجع

- قائمة المراجع باللغة العربية

- الكتب

1. ابتسام القرّام، المصطلحات القانونيّة في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنيّة للفنون المطبعية، وحدة الرغبة، الجزائر، د ط، 1992.
2. ابن عابدين، ردّ المحتار على الدرّ المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1992.
3. أبي إسحاق إبراهيم الشيرازي، تكملة المجموع شرح المذهب، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، د ط، د ت.
4. أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار قنديل، عمان، الأردن، ط1، 2004.
5. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، د ط، 2004.
6. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، د ط، 1979.
7. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، د ط، 1989.

8. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، ط1، 2008.
9. أحمد عبد الكريم سلامة، نظريّة الأمور المستعجلة وأثرها على الاختصاص القضائيّ الدوليّ وتنازع القوانين وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، د ط، 2008.
10. أحمد محجوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، دار بهاء الدّين، قسنطينة، الجزائر، ط1، 2004.
11. أحمد نصر الجندي، الحضانة والتّفقات في الشّرع والقانون، دار الكتب القانونيّة، مصر، د ط، 2004.
12. أحمد نصر الجندي، التّعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونيّة، مصر، د ط، 2008.
13. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونيّة ودار شتات للنّشر والبرمجيّات، مصر، د ط، 2009.
14. أدهم محمّد شبل الشّرقاوي، الحماية الإجرائيّة لناقص وعديم الأهليّة في القانون الوضعيّ والشّريعة الإسلاميّة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، مصر، د ط، 2019.
15. الرّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائريّ المعدّل دراسة مقارنة لبعض التّشريعات العربيّة، دار الخلدونيّة، الجزائر، ط1، 2008.

16. الطيّب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائريّ تتازع القوانين، مطبعة الفسييلة، الجزائر، ط 2، 2008.
17. الطيّب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائريّ علماً وعملاً، مطبعة الفسييلة، الجزائر، ط1، 2010.
18. الطيّب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، د ط، 2010.
19. العربي بلحاج، أحكام الزّواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2012.
20. العربي بلحاج، أحكام الزوجيّة وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، د ط، 2013.
21. الغوثي بن ملحّة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النّظام القضائيّ الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربويّة، الجزائر، ط1، 2000.
22. الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعيّة، بن عكنون، الجزائر، ط1، 2005.
23. المهدي قيّاس، القاضي المدني وحماية القاصر، مجمّع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط1، 2015.

24. آمنة أمّحي بوزينة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د ط، 2019.
25. آمنة أمّحي بوزينة، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د ط، 2020.
26. إيناس محمّد البهجي، يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط1، 2013.
27. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، د ط، 1987.
28. بشّار قيس محمّد الحجّية، إثبات القانون الأجنبيّ ووضعه أمام قضاء الموضوع دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د ط، 2020.
29. بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاصّ الجزائريّ تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، د ط، 2002.
30. بلقاسم شتوان، النيابة الشّرعية في ضوء المذاهب الفقهيّة والقوانين العربيّة، مطبعة المنار، سطيف، الجزائر، ط1، 2011.
31. بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعيّة للدراسات والنّشر والتّوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2008.

32. ثريا بن سعد، آثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي "تونس نموذجا"، مجّع الأطرش للكتاب المختص، تونس، د ط، 2009.
33. جليلة دريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، دار القلم، الرباط، المغرب، ط1، 2010.
34. جميلة أوحيدة، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، د ط، 2007.
35. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ط2، 1997.
36. حسني نصار، تشريعات حماية الطفولة حقوق الطفل في التشريع الدستوري والدولي والمدني والجنائي والتشريع الاجتماعي وقواعد الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 1973.
37. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2005.
38. حفيظة السيد الحداد، عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، أمام كلية الحقوق-جامعة الإسكندرية، مصر، د ط، 2006.

39. خالد برجوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، دار القلم، الرباط، المغرب، ط1، 2001.
40. سالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2002.
41. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربيّة، بيروت، لبنان، ط1، 1994.
42. سعاد سطحي، نصر سلمان، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د ط، 2003.
43. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2009.
44. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري (والأمر المعدل له)، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، ط2، 2012.
45. سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرّفات الماليّة - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج، الأردن، د ط، 2010.
46. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط2، 2006.

47. عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، ط1، 2010.
48. عبد الرحمن الجزيري، تقديم وتعليق الشيخ إبراهيم محمد رمضان، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، د ط، 2016.
49. عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر، ط2، 2009.
50. عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص الكتاب الأول النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، الجزائر، د ط، 2010.
51. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2012.
52. عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي - دراسة ومقارنة، أفريقيا الشرق، المغرب، د ط، 1996.
53. عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الجزائر، د ط، 2011.
54. عبد العزيز بن محمد بن سعد الحمير، الولاية النفسية والمالية على الصغير، دار الصميعي، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 2011.

55. عبد العزيز هدي، ضوابط الأسرة وحقوقها على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الإسلامي والعمل القضائي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط1، 2017.
56. عبد الغني الغنيمي الميداني الحنفي، تحقيق محمد العززي، الباب في شرح الكتاب وهو شرح مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، د ط، 2016.
57. عبد الكريم ممدوح، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، ط1، 2005.
58. عبد الله مسعودي، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومة، الجزائر، د ط، 2018.
59. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربيّة، القاهرة، مصر، د ط، 2015.
60. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعيّة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2008.
61. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، في الجنسيّة والموطن وتمتّع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب)، ج1، الهيئة المصريّة العامّة للكتاب، مصر، ط11، 1986.
62. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليّين، ج2، الهيئة المصريّة العامّة للكتاب، مصر، ط9، 1986.

63. عز الدين محمد الغرياني، دراسة مقارنة في الحضانة بين الشريعة والقانون في البلاد العربيّة، منشورات ELGA، فاليتا، مالطا، د ط، 1997.
64. عصام أنور سليم، حقوق الطّفل، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، د ط، 2001.
65. عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د ط، 1998.
66. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، ط5، 2008.
67. غالية رياض النّبشة، حقوق الطّفل بين القوانين الدّاخلية والاتّفاقيات الدّولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2010.
68. فاطمة الزّهاء بن محمود، التّعليق على مجلّة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، مجمّع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط1، 2015.
69. قدرى عبد الفتاح الشهاوى، أحكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 2001.
70. كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التّعديل الجديد دراسة تحليلية مقارنة، منشورات ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، ط1، 2019.

71. كريمة محروق، تنازع القوانين في الأحوال الشخصية وفق القانون والقضاء الجزائري، دار هومة، الجزائر، د ط، 2020.
72. كريمة محمي، خضرة وحشي، الحماية القانونية لحقوق الطفل في القانون الجزائري والقانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، د ط، 2018.
73. كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري-تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، ط2، 2007.
74. ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د ط، 2004.
75. مبروك بن موسى، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، دار الميزان للنشر، تونس، ط1، نوفمبر 2003.
76. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص (2) تنازع القوانين، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب كلية الحقوق، سوريا، د ط، 2008.
77. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط3، 1957.
78. محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الزائد العربي، بيروت، لبنان، د ط، 1980.

79. محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية بحوث فقهية مؤصلة، دار السلام، القاهرة، مصر، ط1، 2006.
80. محمد بن براك الفوزان، الوسيط في نظام المرافعات الشرعية السعودي (مع آخر التعديلات مقارنة بمدونة الأحكام القضائية)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، ط1، 2009.
81. محمد رسمي العمري، قاعدة التنازع في مسألة حماية غير كاملي الأهلية، مؤسسة الوراق، الأردن، ط1، 2004.
82. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، دم ن، د ط، دت.
83. محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، عمان، ط1، 2010.
84. محمد كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 1987.
85. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، ط1، 2008.
86. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2009.

87. محي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق زهير الشاويش، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3، 1991.
88. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 2004.
89. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، لبنان، د ط، 1983.
90. موحّد إسعاد، ترجمة : فائق أنجق، القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 1989.
91. نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، د ط، 2001.
92. نصر فريد واصل، الولايات الخاصة بالولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط1، 2002.
93. هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج - دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 2006.
94. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د ط، 2008.

95. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية-تتازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، د ط، 2008.

96. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د ط، 2005.

97. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 1985.

98. يوسف مسعودي، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة، دار الأيام، عمان، الأردن، ط1، 2016.

- أطروحات دكتوراه

1. أحمد بوكرزازة، المسؤولية المدنية للقاصر - دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014.

2. أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014.

3. آمنة رحاوي، دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كليّة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017.
4. بختة زيدون، المنازعات الأسرية في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كليّة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2019-2020.
5. حمزة قتّال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كليّة الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2010-2011.
6. حنان بن عزيزة، الولاية على أموال القاصر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصّص القانون الخاص، كليّة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2018-2019.
7. خالديّة مكي، الحماية القانونيّة للقاصر في إطار القوانين المتعلّقة بالتمهين، رسالة دكتوراه في القانون الاجتماعي، كليّة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011.
8. خليل إبراهيم محمّد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، أطروحة دكتوراه فلسفة في القانون الخاص/ القانون الدولي الخاص، كليّة الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2012.

9. زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة- دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2004-2005.
10. سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2018-2019.
11. سميرة بوكايس، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2018-2019.
12. سميرة كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016.
13. سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2014.

14. سورية غربي، أحكام الأبوة في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2018-2019.
15. عادل شباب، أحكام الزواج المختلط وحضانة الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2018-2019.
16. عبد الحفيظ بكيس، أحكام ولاية الأم على القاصر في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 01- بن يوسف بن خده، السنة الجامعية 2018-2019.
17. عبد الرحمان هيباوي، الحماية القانونية لأموال القاصر دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغربية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، السنة الجامعية 2020/2021.
18. عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.

19. عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقہ في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكادال، الرباط، المغرب، السنة الجامعية 1999-2000.
20. عزيزة حسيني، مصلحة الطفل، أطروحة دكتوراه علوم، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1 بن يوسف بن خدة، 2014.
21. فاطيمة موشعال، وظيفة الجنسية في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص حقوق، فرع قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية 2018-2019.
22. كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2014-2015.
23. ليلي جمعي، حماية الطفل دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشرعية الإسلامية، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2005-2006.

24. محمد فريحات، مشروع قانون ينظم حجية الحكم الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات منح درجة الدكتوراه في القانون، كلية القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، 2014.
25. محمد بشير، الولاية على القاصر وإجراءات حمايته في التشريع الجزائري مقارناً، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه " ل.م.د." تخصص القانون الإجرائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018.
26. نصيرة برير، حماية حقوق القصر في الفقه الإسلامي وتشريعات الدول المغاربية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث (ل م د)، في العلوم الإسلامية، تخصص تفسير وتشريع مقارن، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، السنة الجامعية 2020/2021.
27. يوسف مسعودي، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.

- المقالات العلمية

1. أحمد حمزة، *الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج*، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 7، العدد 2، 2014، ص ص 144-164.
- <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/53326>

2. أحمد دغّيش، *النش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص*، مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، المجلد 01، العدد 02، 2017، ص ص 74-87. <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/67591>
3. أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، *حق الطفل في الحضانة في القانون الدولي الخاص*، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، المجلد 46، العدد 1، 2019، ص ص 1-272. https://maal.journals.ekb.eg/article_150133.html
4. ابراهيم صالح الصرايرة، *علاء محمد الفواعير، مهمة إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وفقا للتشريع الأردني*، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 43، ملحق 3، 2016، ص ص 1253-1264. <https://archives.ju.edu.jo/index.php/law/issue/view/522>
5. آسية طاهري، *تنازع القوانين في الحضانة*، مجلة المفكر، جامعة الجزائر 02، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2020، ص ص 137-164. <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/139655>
6. أشرف شعث، *القانون الواجب التطبيق على متعددي الجنسيات وإشكاليته*، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 10، العدد 2، 2017، ص ص 427-445. <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/31434>
7. أكرم زاده الكوردي، *مفهوم القاصر وأهليته في القانون العراقي والمصري: دراسة مقارنة*، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 5، العدد 2، جوان 2020، ص ص 616-643. <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/116045>

8. الكناني حيدر فليح حسن، **صديق المحكمة بين التنظير الفقهي والتأصيل القانوني**، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري، قسنطينة، المجلد 7، العدد 4، 2022، ص ص 34-59.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/207418>

9. آمنة رحاوي، **معاملة تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، المجلد 8، العدد 1، 2021، ص ص 656-672.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/143419>

10. أمينة مقدس، **الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري - دراسة تحليلية مقارنة**، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، المجلد 6، العدد 2، 2020، ص ص 222-244.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/138474>

11. أنس سعدون، **زواج القاصرات بالمغرب دراسة ميدانية بأقسام قضاء الأسرة 2004-2014**، مجلة العلوم القانونية، المغرب، عدد مزدوج 5/4، الجزء الأول، 2016، ص ص 52-86.

12. أنغام محمود شاكر، **سلام عبد الزهرة الفتلاوي، مفهوم الولاية في الزواج - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية**، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العراق المجلد 4، العدد 2، 2012، ص ص 235-304.

<https://www.iasj.net/iasj/article/65148>

13. أياد مطشر صيهود، محمد جاسم محمد، *تعدد الجنسيات دراسة تحليلية مقارنة*، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، المجلد 6، العدد 3، 2014، ص ص 227-257.
<https://iasj.net/iasj/article/97366>
14. بلقاسم أعراب، *أثر العولمة على بعض حلول تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الجزائري*، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 41، العدد 2، 2004، ص ص 22-33.
<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/97370>
15. جمال عثان، *الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)*، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، جامعة مسيلة، الجزائر، مجلد 1، العدد 2، 2016، ص ص 115-135.
<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/64985>
16. حسين العيساوي، *الإنابة القضائية في القانون الدولي الخاص الجزائري*، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة مسيلة، المجلد 6، العدد 3، 2022، ص ص 2344-2363.
<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/180626>
17. حسين نعمه الزيايدي، نوار كاظم الزامل، *القانون الواجب التطبيق على الولاية*، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، جامعة القادسية، العراق، المجلد 7، العدد 12، 2016، ص ص 336-370.
<https://www.iasj.net/iasj/article/120543>

18. حسين نعمه نعيمش، فراس كريم شيعان، *تنازع القوانين في الحضانة (دراسة*

تشريعية فقهية قضائية مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية

القانون، جامعة بابل، المجلد 5، العدد 1، 2013، ص ص 153-184.

<https://www.iasj.net/iasj/article/69986>

19. حيدر أدهم عبد الهادي، سحر جاسم معن، *مشكلة انعدام الجنسية وآثارها في*

حقوق الإنسان، مجلة كلية التربية الأساسية، العراق، المجلد 20، العدد 86، 2014،

ص ص 397-416. <https://www.iasj.net/iasj/article/102103>

20. خالد برجوي، *الحلول المقررة لتنازع القوانين في مادة الأحوال الشخصية دراسة*

في منطق القاضي المسلم، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب،

العدد 70، أكتوبر 2006، ص ص 157-169.

21. خالدية مكي، *واقع الحق في التعليم: بين الإلزامية وتحديات الواقع الاجتماعي*،

دفاثر مخبر حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن

أحمد، المجلد 4، العدد 1، 2013، ص ص 9-29.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/9827>

22. ختام عبد الحسن شنان، *الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع*، مجلة الكلية

الإسلامية الجامعة، النجف، العراق، العدد 18، 2012، ص ص 531-550.

<https://www.iasj.net/iasj/article/75386>

23. دراف محمد علي حسن، *الاختصاص التشريعي بشأن حماية الطفل في القانون الدولي الخاص_ دراسة تحليلية مقارنة*، مجلة آفاق للأبحاث السياسية والقانونية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، المجلد 4، العدد 2، نوفمبر 2021، ص ص 184-202.
<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/169270>
24. زهير سعودي، *القضاء الاستعجالي العادي*، مجلة صوت القانون، جامعة الجيلاي بونعامة خميس مليانة، الجزائر، المجلد 7، العدد 1، ماي 2020، ص ص 695-710.
<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/117082>
25. سعاد زغيشي، *الولاية في الزواج بين النظرية والتطبيق*، مجلة الإحياء، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، الجزائر، المجلد 8، العدد 1، 2006، ص ص 310-326.
<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/14247>
26. سلطان عبد الله محمود، *الدفع بالنظام العام وأثره*، مجلة الزافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد 12، العدد 43، 2010، ص ص 85-109.
<https://www.iasj.net/iasj/article/34377>
27. سلطان عبد الله محمود البجاري، *منازعات الجنسية في ظل قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006*، مجلة الزافدين للحقوق، العراق، المجلد 15، العدد 53، السنة 17، 2011، ص ص 1-44.
<https://iasj.net/iasj/article/61198>
28. سلمان دعيج بوسعيد، *مراعاة مصلحة المحضون في الفقه وقانون الأسرة البحريني "دراسة مقارنة"*، مجلة الشهاب، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، الجزائر، مجلد 6، العدد 03، سبتمبر 2020، ص ص 305-352.
<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/127588>

29. سمّية كمال، *تطبيق قانون القاضي (القانون الجزائري) على علاقات الأحوال*

الشخصية المشتعلة على عنصر أجنبي، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور،

الجلفة، الجزائر، المجلد 7، العدد 18، 2015، ص ص 175-183.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/2720>

30. سهام بشير، *الأوامر الاستعجالية الفاصلة في الموضوع طبقا لقانون الإجراءات*

المدنية والإداري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، كلية الحقوق،

جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، المجلد 57، العدد 01، 2020، ص ص 61-84.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/107712>

31. سيد أحمد محمود أحمد، *الغش نحو القانون*، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،

كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، العدد الأول، السنة 62، يناير 2020، ص

ص 5-127. <https://dx.doi.org/10.21608/jelc.2020.174452>

32. شادي جامع، *مشكلة تنازع الجنسيات دراسة مقارنة في القانون الدولي والقانون*

السوري، مجلة جامعة تشرين، العلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، المجلد 38، العدد 2،

2016، ص ص 11-28.

<http://journal.tishreen.edu.sy/index.php/econlaw/article/view/3134>

33. شوقي عبد المجيد عبيدي، *ظاهرة ازدواج الجنسية ومعالجة المشكلات المترتبة*

عليها، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، الجزائر، العدد

15، جوان 2017، ص ص 55-71.

<http://journals.jilrc.com/legal-depth-research/>

34. صاحب الفتاوي، قراءة جديدة لقواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج والأموال في القانون المدني الأردني "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة جامعة النجّاح للأبحاث-ب، العلوم الإنسانيّة، نابلس، فلسطين، المجلّد 19(4)، 2005، ص ص 1277-1324.
<https://doi.org/10.35552/0247-019-004-008>
35. صالح مهدي كحيط، مفهوم الإحالة بين النسبيّة والإطلاق وأحكام الحلّ الوظيفي "دراسة مقارنة"، مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت، العراق، المجلّد 1، العدد 18، 2015، ص ص 278-312.
<https://www.iasj.net/iasj/article/154692>
36. صحراء داودي، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربيّة للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانيّة والاجتماعيّة، جامعة زيّان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلّد 12، العدد 04، أكتوبر 2020، ص ص 971-980.
<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/131799>
37. عباس العبودي، المناهج الجديدة في العلاقات الخاصّة الدوليّة وأثرها على قاعدة تنازع القوانين، مجلة كليّة اليرموك الجامعة، العراق، المجلّد 8، العدد 1، 2016، ص ص 1-15.
<https://www.iasj.net/iasj/article/118518>
38. عبد الحكيم بوجاني، مدى حماية المشرّع الجزائري للطفل في قواعد الإسناد المرتبطة بالحضانة والولاية على المال، المجلة المتوسّطيّة للقانون والاقتصاد، المخبر المتوسّطي للدراسات القانونيّة، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، المجلّد 2، العدد 01، مارس 2017، ص ص 77-91.
<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/78324>

39. عبد الرحمن عزوي، *السّن القانونيّة للعمل والحماية المقررة لصغار السّن وفقاً*

لقانون علاقات العمل الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية،

الجزائر، الجزء 33، رقم 2، 1995، ص ص 351-406.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/97717>

40. عبد الرسول كريم أبو صيب، *التكييف في تنازع القوانين*، مجلة مركز دراسات

الكوفة، جامعة الكوفة، العراق، المجلد 1، العدد 7، 2008، ص ص 221-232.

<https://www.iasj.net/iasj/article/29575>

41. عبد الرسول كريم أبو صيب، *أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد*، مجلة

مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العراق، المجلد 1، العدد 19، 2010، ص ص

<https://www.iasj.net/iasj/article/11794> . 100-87

42. عبد القادر حمر العين، *ترشيده القاصر إطار مخفّض لمسؤولية الآباء*، مجلة

البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، المجلد 03،

العدد 02، 2017، ص ص 473-479.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/68076>

43. عبد الكريم موكة، *دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني*

الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر،

المجلد 7، العدد 02، 2016، ص ص 160-173.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/4927>

44. عبد المالك الدّح، *الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة أم حل)*، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلّد 8، العدد 4، 2015، ص ص 148-156. <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/44569>
45. عبد الناصر زياد هياجنة، *قراءات نقدية في أحكام تنازع القوانين في القانون المدني القطري*، المجلة الدولية للقانون، كلية القانون، دار نشر جامعة قطر، المجلّد 2019، العدد الثاني، 2020، ص ص 142-176.
- <https://dx.doi.org/10.29117/irl.2019.006>
46. عثمان محمّد عبد القادر، *المفهوم الفرنسي لصديق المحكمة*، المجلة القانونية، كلية الحقوق فرع الخرطوم، جامعة القاهرة، المجلّد 12، العدد 7، 2022، ص ص 1667-1772. <https://jlaw.journals.ekb.eg/article-239311.html>
47. عزت محمّد علي البحيري، *القانون الواجب التطبيق على الحضانة: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي*، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد 25، 2007، ص ص 442-482. <https://qspace.qu.edu.qa>
48. عصام خرخاش، *ولاية العلاج في الفقه الإسلامي*، مجلة الشّهاب، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلّد 3، عدد 2، 2017، ص ص 121-140. <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/26020>
49. عكاشة محمّد عبد العال، *الإحالة في القانون الدولي الخاص والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد (دراسة في القانون المقارن وقانون دولة الإمارات العربية*

المتّحدة)، مجلّة الشريعة والقانون، كلّية القانون، جامعة الإمارات العربيّة المتّحدة، العدد9، نوفمبر1995، ص ص169-244.

50. علي الهادي الأسود، *العلاقة بين القواعد ذات التّطبيق الضّروري(قواعد البوليس والأمن) وقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص*، مجلّة العلوم القانونيّة والشّرعيّة، كلّية القانون، جامعة الزّاوية، ليبيا، العدد السّابع، ديسمبر2015، ص29. ص ص26-52
https://www.zu.edu.ly/jsls/issus_7/contents.htm

51. علي بودفع، *حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة والقانون*، مجلّة البحوث والدراسات الإنسانيّة، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، المجلّد3، العدد1، 2009، ص ص253-263.

<https://asjp.cerist.dz/en/article/78153>

52. علي سنوسي، *اختلاف التشريعات وأثرها في تحريك تنازع القوانين في موضوع الحضانة (دراسة مقارنة على بعض التشريعات العربيّة)*، مجلّة البحوث في الحقوق والعلوم السّياسيّة، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، المجلّد 03، العدد01، 04 جوان 2018، ص ص358-375.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/52384>

53. عمر بلمامي، *إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري*، المجلّة الجزائرية للعلوم القانونيّة والإقتصاديّة والسّياسيّة، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلّد 45، العدد2، 2008، ص ص339-385.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/97055>

54. عمر علي أبي بكر، مصطفى أبي بكر مصطفى، *الحجر وأثره في التشريع الإسلامي*، مجلة الراسخون، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، مجلد 1، عدد 1، أوت 2015، ص ص 1-16.

<http://ojs.mediu.edu.my/index.php/arrasikhun/issue/view/1>

55. عيسى طعيبة، *القضاء الاستعجالي الأسري*، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 08، العدد 01، 2023، ص ص 971-983.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/215609>

56. فاطمة عيشوبة، *الإحالة في القانون الدولي الخاص*، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، المجلد 1، العدد 02، ص ص 423-445.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/86426>

57. كريم مزعل شبي الساعدي، *مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)*، مجلة جامعة كربلاء، العراق، المجلد الثالث، العدد 13، كانون الأول 2005، ص ص 1-28.

<https://www.iasj.net/iasj/article/56986>

58. كريم ناتوري، *المعاملة الإجرائية لتطبيق القانون الأجنبي في قواعد تنازع القوانين الجزائرية*، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 1، 2022، ص ص 287-319.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/188721>

59. كمال أيت منصور، *الإحالة من منظور قاعدة الإسناد الجزائرية*، المجلة الأكاديمية

للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر،

المجلد 8، العدد 2، 2017، ص ص 11-23.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/40525>

60. كمال كيجل، *الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص*، مجلة

الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، مجلد 13، العدد 02، 2014، ص ص

461-470. <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/17008>

61. لشهب أبي بكر، *الحضانة والرّضاع بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة*

مقارنة، مجلة المعيار، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية،

قسنطينة، الجزائر، المجلد 5، العدد 9، 2004، ص ص 449-487.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/15524>

62. ليندة بلاش، *دور القواعد ذات التطبيق الضروري بين الزامية قواعد الاسناد*

والتخفيض من مرتبتها، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، المجلد 10، العدد 03، 2019، ص

ص 489-510. <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/105627>

63. محمد أشرف وفا، *حماية غير ذوي الأهلية على الصعيد الدولي: دراسة في نطاق*

القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون

الدولي، مجلد 58، 2002، ص ص 287-385.

64. محمد أمين طوطاوي، *وضعية القانون الأجنبي أمام القضاء الجزائري (على ضوء*

أحكام ف6 من المادة 358 ق إ م إ)، المجلة الشاملة للحقوق، جامعة باجي مختار،

عنابة، المجلد 1، العدد 2، 2021، ص ص 128-140.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/162984>

65. محمد بجاق، *مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة*

الفقهية، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 11، العدد 1، 2014،

ص ص 181-220. <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/25407>

66. محمد بلاق، *إشكالية التنازع المتحرك في العلاقات الخاصة الدولية*، مجلة طبنة

للدراستات العلمية الأكاديمية، المركز الجامعي بريكة، الجزائر، المجلد 4، العدد 3، 2021

ص ص 100-115. <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/173100>

67. محمد بودريعات، *أزمة تطبيق القانون الأجنبي بين اعتباره من الوقائع أو اعتباره*

قانونا؟، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن يوسف بن

خده، الجزائر، المجلد 55، العدد 3، 2018، ص ص 475-490.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/143419>

68. محمد توفيق قديري، *حماية الذمة المالية للقاصر في القانون الجزائري*، مجلة

المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، المجلد 12،

العدد 14، 2017، ص ص 481-492.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/62405>

69. مصطفى سالم عبد، حوراء قاسم فانوس، *معيّار الحلّ الوظيفي في إطار تعدّد الجنسيّة*، مجلّة العلوم القانونيّة، كليّة القانون، جامعة بغداد، عدد خاص لبحوث التّدرّسيّين مع طلبة الدّراسات العليا، المجلّد 36، العدد 1، ديسمبر 2021، ص 363-393.
<https://doi.org/10.35246/jols.v36i0.421>

70. مصطفى معوان، *أسباب تحريم التّبني وإحلال الكفالة بين أحكام الشّريعة الإسلاميّة وقانون الأسرة الجزائري*، مجلّة المعيار، كليّة أصول الدّين جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلاميّة، قسنطينة، الجزائر، المجلّد 5، العدد 9، 2004، ص ص 488-533.

71. نادية لاکلي، *أحكام الكفالة في التّشريع الجزائري وإشكالاتها القانونيّة*، مجلّة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلّد 10، العدد 2، 2022، ص 116.
<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/207458> ص ص 105-120.

72. نزهة الخلدي، *مسطرة زواج المغاربة المقيمين بالخارج وفقا لمستجدات مدونة الأسرة*، مجلّة القانون المغربي، الرّباط، العدد 18، مارس 2012، ص ص 50-80.

73. نور الدّين بوسهوة، *دور القاضي في تحديد مفهوم التّكييف والنّظام العام في إطار تنازع القوانين*، مجلّة البحوث والدّراسات القانونيّة والسّياسيّة، كليّة الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، المجلّد 1، العدد 1، 2011، ص ص 118-127.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/29760>

74. هلو محمد صالح عبد الصمد، *الإحالة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة*

الدولية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد 4،

العدد 1/12، 2015، ص ص 102-148.

<https://www.iasj.net/iasj/article/100353>

75. هند مهند عبد، *التغيير الإرادي لظروف الإسناد واختيار القانون الواجب التطبيق*،

مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، المجلد 3، العدد 3، 2011، ص ص 204-

214. <https://www.iasj.net/iasj/article/42472>

76. وفاء فلحوط، *القوة الملزمة لقواعد الإسناد وطبيعة القانون الأجنبي المسند إليه*

في إطار المنهج التنازعي في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة جامعة دمشق للعلوم

القانونية، سوريا، المجلد 2، العدد 1، 2022، ص ص 226-254.

<https://journal.damascusuniversity.edu.sy/index.php/legj>

77. يوسف مسعودي، *القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج*، مجلة

الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 11، العدد 3، 2012، ص ص 96-

128. <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/23877>

- المداخلات العلمية

1. مداخلات منشورة ضمن أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال

الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية،

يومي 23 و 24 أفريل 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني - عدد خاص 2015:

- بلال عثمانى، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، ص ص 183-193.
- سميحة حنان خوادجية، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر، ص ص 232-255.
- عماد إشيوي، تنازع القوانين في الحضانة -دراسة مقارنة، ص ص 212-231.
2. حمزة بن حسين الفعر الشريف، أحكام الحضانة في ضوء المقاصد الشرعية، مداخله ضمن فعاليات ندوة حول أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، رابطة العالم الإسلامي المجمع الفقهي الإسلامي بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1436 هـ.
- <https://lib.imamhussain.org/arabic/law/10360>
3. فارسي يعيش، الحضانة والقانون واجب التطبيق، مداخله أقيمت في إطار أشغال ندوة من تنظيم شعبة القانون الخاص، ومختبر الدراسات القانونيّة المدنية والعقارية، ومجموعة الأبحاث والدراسات الجنائية، والمرصد الدولي للأبحاث الجنائية والحكمة الأمنية بمراكش يومي 21 و 22 أبريل 2017، منشورات كلية العلوم القانونيّة والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش سلسلة الندوات والأيام الدراسية، الطبعة والورقة الوطنيّة، مراكش، العدد 54، ط1، 2017، ص ص 213-220.
4. محمّد عماد الدّين عياض، هشام بن الشيخ، القانون الواجب التّطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعدّدة التّشريعات، مداخله ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول تنظيم

العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 21 و22 أفريل 2010، ص ص 73-88.

<https://dspace.univ-ouargla.dz/jspui/handle/123456789/3612>

- المعاجم اللغوية

1. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، د ط، دت.
2. الشريف الجرجاني، تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوي، معجم التعريفات، دار الفضيلة، مصر، د ط، 2004.
3. أبي بكر الرازي، إيضاح مختار الصحاح، دار البشائر، دمشق، سوريا، ط1، 1997.
4. بشار عدنان ملكاوي، معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، دار وائل، الأردن، ط1، 2008.
5. رونهرت دوزي، ترجمة محمد سليم النعيمي، تكملة المعاجم العربية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ط1، 1997.
6. لجنة من كبار اللغويين، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004.
7. أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، د م ن، د ط، 1979.
8. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 2005.

- الوثائق البرلمانية

- مشروع القانون المتضمن الموافقة على الأمر 02-05 المعدل والمتمّم للقانون رقم 11-84 المتضمن قانون الأسرة، الفترة التشريعية الخامسة، الدورة العادية السابعة، الجلسة العلنية الثانية المنعقدة يوم الاثنين 14 مارس 2005، الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، السنة الثالثة، رقم 146، 28 مارس 2005، ص ص 6-8.

- التقارير، دليل برلماني

1. تقرير الاتجاهات العالمية للنزوح القسري في عام 2022، صادر عن المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، 16 جوان 2022، ص ص 1-48.

<https://www.unhcr.org/ar/62ab0f054>

2. كارول باتشور وفيليب لوكرك، الجنسية وانعدامها: دليل البرلمانين رقم 11-2005، الاتحاد البرلماني الدولي بالاشتراك مع المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين (UNHCR)، 2005.

<https://www.unhcr.org/ar/5358b8e86.html>

- قائمة المراجع باللغة الأجنبية

- Les ouvrages

1. A. Pillet, Principes de droit international privé, Editeur Pedone, Paris, 1903.
2. Daniel Gutmann, Droit international privé, Dalloz, Paris, 5^{ème} éd, 2007.
3. Estelle Gallant, Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé, Defrénois, 2004.

4. Francois Rigaux, Marc Fallon, Droit international privé, Larcie, Belgique, 3^{ème} éd, 2005.
5. Henri Batiffol, Paul Lagarde, Droit international privé, L.G.D.J, paris, 6^{ème} éd, 1974.
6. Khalil A. Sfeir, Droit international privé comparé, Sader Editeur : Editions juridiques, Beyrouth, Liban, 2005.
7. Marie Christine Meyzeaud-Garoud, Droit International privé, BRÈAL, France, 2^{ème} éd, 2008.
8. Mohand issad, Droit international privé, Les règles matérielles, office des publications universitaires, Alger, 1986.
9. Philippe Malaurie, Les personnes la protection des mineurs et des majeurs, Defrénois, Lextenso éditions, paris, 4^e éd, 2009.
10. Pierre Mayer, Vincent Heuzé, Droit international privé, Editions DELTA, Beyrouth, Liban, 8^{ème} éd, 2005.
11. Sandrine Clavel, Droit international privé, HyperCours Dalloz, paris, 2009.

- Thèses

1. Anne RICHEZ-PONS, La résidence en droit international privé (conflits de juridictions et conflits de lois) , Thèse de doctorat en droit UNIVERSITÉ JEAN-MOULIN, LYON III, France, 9 juillet 2004.
2. Gwenaëlle HUBERT-DIAS, L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale Etude de droit européen comparé, Thèse de doctorat, école doctorale sciences de l'homme et de la société, Université de REIMS CHAMPAGNE –ARDENNE, France, juin 2014.
3. Monica –Elena V. Buruiană, L'application de la loi étrangère en droit international privé, Thèse de doctorat, Spécialité droit privé, Université de bordeaux, France, 2016.

- Articles

1. Aissaoui Adel, *The Role Of The Judiciary In Controlling The Guardianship Of Money*, Dirassat & Abhath The Arabic Journal Of Human and Social Sciences, volume11, Issue 2, 2019, p p 71-89.
2. Bouchareb Hafida, *Les effets du divorce en droit international dans les rapports entre les Etats européens francophones et les Etats maghrébins*, colloque international de Rabat, Maroc, 11 et 12 Avril 2003, Marché du travail et genre : Maghreb-Europe, Bruxelles (Brussels Economic Series), Editions du Dulbea, 2004.
<http://www.abhathoo.net.ma/maalama-textuelle/developpement-economique-et-social/developpement-social>
3. Étienne Martin, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois*, Clunet, Tome 24, 1897, p p 225-255, p p 466-495, p p 720-738.
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6310097h/f237.item.zoom>
4. Étienne Martin, *la doctrine des qualifications et ses rapports avec la caractère national des règles de conflit des lois*, Recueil des cours, Tome 31, 1930-1, pp 565-620.
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6128072z/f582.item.r=bartin>
5. François Mélin, *Règles de conflit de lois: un nouveau critère d impérativité*, DALLOZ Actualité, le quotidien du droit, édition 08 juin 2021.
6. Françoise Moneger, *Règles de conflit, Convention Internationale Franco-algérienne et exequatur Bulletin du Barreau*, Numéro spécial, septembre 2001, La part du Droit dans les relations familiales franco-algériennes Actes du colloque organisé par L'ordre des Avocats du Barreau de la Seine-Saint-Denis-France, L'ordre des Avocats du Barreau d'Oran- Algérie, dans le cadre de leur protocole de jumelage, Vendredi 1^{er} juin 2001, Chambre de Commerce et d'Industrie de Seine-Saint-Denis, p p 6-10.
<https://dokumen.tips>

7. Piérantoni, Chrétien, *Affaire Harr...et Marie des Saints-Anges*, Clunet, Paris, Tome 17, 1890.

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6311015z/f466.item.r=Saint%20anges>

8. Ridha Boukhari, *la protection de l'enfant en droit international privé tunisien: l'exemple de la garde (ou hadana)*, revue québécoise de droit international, Volume 23, Numéro 1, 2010, p p 91-114.

<https://doi.org/10.7202/1068411ar>

9. Thomas Dumortier, *L'intérêt de l'enfant: les ambivalences d'une notion «protectrice»*, revue journal du droit des jeunes, France, N°329, novembre 2013, p p 13-20.

<https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2013-9-page-13.htm>

– المواقع الإلكترونية

1. الموقع الرسمي للمجلس الشعبي الوطني بالجزائر: www.apn.dz

2. الموقع الرسمي للأحداث العلمية على مستوى جامعة ورقلة، الجزائر:

<https://manifest.univ-ouargla.dz>

3. الموقع الرسمي للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين:

<https://www.unhcr.org/ar/>

4. الموقع الرسمي للمفوضية السامية للأمم المتحدة لحقوق الإنسان:

<https://www.ohchr.org>

5. الموقع الرسمي لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص: <https://www.hcch.net>

6. الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية: www.lasportal.org

7. الموقع الرسمي للجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية:

<https://joradp.dz>

8. الموقع الرسمي للجريدة الرسمية للجمهورية التركية:
<https://www.resmigazete.gov.tr>
9. الموقع الرسمي لشبكة قوانين الشرق:
<https://site.eastlaws.com>
10. الموقع الرسمي للجمهورية الفرنسية لنشر القانون:
www.legifrance.gouv.fr
11. الموقع الرسمي للمطبعة الرسمية للجمهورية التونسية:
www.iort.gov.tn
12. الموقع الرسمي لقاعدة التشريعات العراقية:
<https://iraql.d.e-sjc-services.iq>
13. الموقع الرسمي للبوابة الوطنية لمملكة البحرين:
<https://bahrain.bh>
14. الموقع الرسمي لهيئة الخبراء بمجلس الوزراء، المملكة العربية السعودية:
<https://laws.boe.gov.sa>
15. الموقع الرسمي للبوابة القانونية القطرية:
www.almeezan.qa
16. موقع خاص بالمنشورات القانونية المصرية:
<https://manshurat.org>
17. البوابة الجزائرية للمجلات المحكمة:
<https://www.asjp.cerist.dz>
18. البوابة العراقية للمجلات المحكمة:
<https://www.iasj.net>
19. مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمّقة الصادرة عن مركز جيل البحث العلمي، لبنان:
<http://journals.jilrc.com/legal-depth-research>
20. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر:
<https://jelc.journals.ekb.eg>
21. مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر:
<https://maal.journals.ekb.eg>

22. مجلة جامعة تشرين، كلية العلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا:

<http://journal.tishreen.edu.sy>

23. Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb344442139/date>

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الإهداء

شكر وتقدير

المختصرات بالّغة العربيّة

المختصرات بالّغة الفرنسيّة

01

مقدّمة

14	الباب الأوّل: الحلول الوضعيّة لفضّ تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر
17	<u>الفصل الأوّل: ماهية الولاية على القاصر وتنازع القوانين</u>
18	المبحث الأوّل: ماهية الولاية على القاصر
18	المطلب الأوّل: مفهوم الولاية على القاصر
18	الفرع الأوّل: مفهوم الولاية
32	الفرع الثاني: مفهوم القاصر المشمول بالولاية
45	المطلب الثاني: صور الولاية على القاصر
46	الفرع الأوّل: الولاية على النفس
71	الفرع الثاني: الولاية على المال
80	المبحث الثاني: ماهية تنازع القوانين

80	المطلب الأول: مفهوم تنازع القوانين
80	الفرع الأول: تعريف تنازع القوانين
85	الفرع الثاني: شروط قيام حالة التنازع بين القوانين
93	المطلب الثاني: آليات فض التنازع بين القوانين
93	الفرع الأول: المنهج التنازعي
107	الفرع الثاني: المناهج المجاورة للمنهج التنازعي
125	<u>الفصل الثاني: القانون واجب التطبيق على مسائل الولاية على القاصر</u>
125	المبحث الأول: تكييف مسائل الولاية على القاصر
126	المطلب الأول: نظرية التكييف في مجال تنازع القوانين
126	الفرع الأول: مفهوم التكييف في مجال تنازع القوانين
131	الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على التكييف
143	المطلب الثاني: تكييف الولاية على القاصر بمختلف صورها
144	الفرع الأول: تكييف الحضانة
153	الفرع الثاني: تكييف الولاية على النفس والولاية على المال
163	المبحث الثاني: حلول تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر
164	المطلب الأول: حلول تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر في الحالات العادية

165 الفرع الأول: القانون واجب التطبيق على الولاية على القاصر في الاتفاقيات الدولية

173 الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على الولاية على القاصر بمختلف صورها

210 المطلب الثاني: حلول تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر في حالات

الاستعجال

211 الفرع الأول: الاستعجال في مسائل الولاية على القاصر

221 الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على التدابير الاستعجالية في مسائل الولاية

على القاصر

236 خلاصة الباب الأول

241 الباب الثاني : صعوبات إعمال القانون المختص بمسائل الولاية على القاصر

244 الفصل الأول: الصعوبات التي تعترض القاضي المتعلقة بضابط الجنسية

244 المبحث الأول: الصعوبات التي تعترض القاضي المتعلقة بجنسية الشخص

245 المطلب الأول: القانون واجب التطبيق في حالة الأشخاص متعددي أو عديمي

الجنسية

248 الفرع الأول: القانون واجب التطبيق في حالة الأشخاص متعددي الجنسية

262 الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق في حالة الأشخاص عديمي الجنسية

272 المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق في حالة التنازع المتحرك

272 الفرع الأول: مفهوم التنازع المتحرك

- 277 الفرع الثاني: الحلول الفقهية والتشريعية لحل مشكلة التنازع المتحرك
- 287 المبحث الثاني: الصعوبات التي تعترض القاضي المتعلقة بتفسير قاعدة التنازع
- 288 المطلب الأول: الإحالة في مجال تنازع القوانين
- 288 الفرع الأول: مفهوم نظرية الإحالة في مجال تنازع القوانين وموقف المشرع الجزائري منها
- 298 الفرع الثاني: موقف الفقه من الإحالة في مسائل الولاية على القاصر
- 313 المطلب الثاني: الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع
- 314 الفرع الأول: قاعدة التفويض كآلية لفض التنازع الداخلي
- 323 الفرع الثاني: الحل المعتمد في حالة استحالة إعمال قاعدة التفويض
- 331 الفصل الثاني: الصعوبات التي تعترض القاضي في مرحلة تطبيق أحكام القانون الأجنبي
- 332 المبحث الأول: كيفية معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني
- 333 المطلب الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي
- 333 الفرع الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي من الناحية الفقهية
- 347 الفرع الثاني: أساس تطبيق القانون الأجنبي من الناحية التشريعية
- 355 المطلب الثاني: تفسير القانون الأجنبي وإثباته
- 356 الفرع الأول: تفسير القانون الأجنبي

364	الفرع الثاني: إثبات مضمون القانون الأجنبي
389	المبحث الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص
390	المطلب الأول: استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المختص بداعي النظام العام
390	الفرع الأول: مفهوم النظام العام في مجال تنازع القوانين
408	الفرع الثاني: الدّفع بالنظام العام في مسائل الولاية على القاصر
421	المطلب الثاني: استبعاد تطبيق القانون الذي انعقد له الاختصاص غشاً
421	الفرع الأول: مفهوم الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين
433	الفرع الثاني: الغش نحو القانون في مسائل الولاية على القاصر
441	خلاصة الباب الثاني
446	الخاتمة
451	قائمة المصادر والمراجع
506	فهرس المحتويات
	الملخص

المخلص:

تعدّ الولاية على القصر في مجال العلاقات الدوليّة الخاصّة مجالاً خصّباً لتنازع القوانين وهو الأمر الذي جعل هذا الموضوع جديرا بالدراسة والتي تهدف إلى تسليط الضوء على مختلف الحلول التشريعيّة والقضائيّة والفقهيّة لفصّ التنازع بين القوانين في مسائل الولاية على القاصر، من لحظة عرض النزاع على القاضي إلى حين الفصل النهائي فيه والوقوف على أهمّ الصعوبات التي تعترضه، حيث توصّلت إلى الدور الهام الذي يؤدّيه المنهج التنازعي في فصّ نزاعات العلاقات الدوليّة الخاصّة دون إنكار لدور المناهج الأخرى المجاورة التي نادى بها الفقه الحديث، وقد اعتمده المشرّع الجزائري لكنّه أظهر عجزه في العديد من الحالات ممّا يستدعي تدارك الثغرات التشريعية حماية للمصالح الفضلى الشّخصيّة والماليّة للقاصر.

الكلمات المفتاحيّة: الولاية؛ القاصر؛ تنازع القوانين

Résumé:

La tutelle des mineurs dans le domaine des relations internationales privées est considérée comme un domaine très fertile de conflit de lois, c'est pour cela ce qui a rendu ce sujet digne d'être étudié, dans le but de mettre en lumière les différentes solutions législatives, jurisprudentielles et doctrinales pour résoudre le conflit de lois en matière de tutelle d'un mineur. Du moment où le litige est présenté au juge jusqu'au verdict final avec les plus importantes difficultés rencontrées. Je suis arrivée à saisir le rôle important que joue l'approche du conflit à résoudre les conflits des relations internationales privées sans pour autant nier le rôle des autres approches adjacentes préconisées par la doctrine moderne, qui a été adoptée par le législateur algérien, mais qui a néanmoins montré son incapacité dans de nombreux cas, d'où la nécessité de remédier aux lacunes législatives pour protéger les intérêts personnelles et financiers du mineur.

Mots-clés: La tutelle; mineur; conflit de lois

Summary:

Guardianship over minors in the field of private international law is a fertile ground for conflicts of laws, which makes this topic worthy of study. The aim is to highlight various Legislative, Jurisprudential and Doctrinal solutions for resolving conflicts between laws concerning guardianship over minors, from the moment the dispute is presented to the judge until its final resolution, while also addressing the significant challenges encountered. The study concludes that conflict-based approach plays an important role in resolving the conflicts of the private international relations, without denying the contributions of other neighboring methodologies advocated by modern jurisprudence. This approach has been adopted by the Algerian legislature, but it reveals falls short in many cases, necessitating legislative remedies to protect the personal and financial interests of minors.

Keywords: Guardianship; minor; Conflict of laws