

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص : قانون أحوال شخصية

تحت إشراف الأستاذ:

من تقديم الطالبة:

- د/كيفاجي الضيف

- دبابي غنية

لجنة المناقشة:

1/ الأستاذ : مناجلي محمد لمين..... رئيسا

2/ الأستاذ : كيفاجي الضيف..... مشرفا ومقررا

3/ الأستاذة : بوشامة فايزة..... مناقشا

دورة جوان 2018

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اللهم صل وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:
اللهم إنا نحمدك ونستعينك ونستهديك، ونؤمن بك ونتوكل عليك ونثني عليك الخير كله...
الحمد لله الذي وفقني على إتمام هذا العمل وجعل لي فيه من كل عسر يسرا...

شكر وتقدير

في لحظة فيها الحلم بالحقيقة... وكلل الجهد بالثمار... أجد نفسي عاجزة عن كل تعبير أمام من احتضن هذا الجهد بصدر رحب ورعاه حتى أمكن له أن يبصر النور وغداه أسلوباً ومنهجاً... والجد والمثابرة بكل ما يحمله من معنى، ومن هذا المنطق أتقدم بجزيل الشكر والاحترام والتقدير إلى أستاذي المشرف فضيلة الأستاذ الدكتور كيفاجي الضيف، الذي لم يبخل علي بنصائحه وبفيض معلوماته القيمة، ومواقفه الموضوعية في الإثراء طيلة مدة إنجاز هذا البحث. في هذا المقام أتمنى له الحياة السعيدة والمديدة، وأن يوفقه الله في كل خطوة يخطوها.

إهداء

إلى من لا يطمئن قلبها قبل أن يطمئن قلبي، إلى من لا تنام عينيها قبل أن تنام عيني،
إلى منبع الحب والحنان أُمي الحبيبة حفظها الله وأطال عمرها.

إلى منبع العطاء أبي الغالي حفظه الله وأطال عمره.

إلى أحبائي ونبضي في الحياة إخوتي : رحمة وعامر حفظهم الله.

إلى جميع صديقاتي وفقهم الله.

غنية

قائمة المختصرات:

ق م ج.....القانون المدني الجزائري.

ق أ ج.....قانون الأسرة الجزائري.

ق ح م ج.....قانون الحالة المدنية الجزائري.

د د ن.....دون دار نشر.

د م ن.....دون مكان نشر.

د س ن.....دون سنة نشر.

ف.....الفقرة.

ج.....الجزء.

ط.....الطبعة.

ص.....الصفحة.

المقدمة

إن القانون الدولي الخاص عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة التي تتجاوز حدود الدولة الواحدة، وهذا ما قد يؤدي بالقاضي إلى تطبيق قانون دولة أجنبية من خلال تطبيقه لقواعد الإسناد، حيث تمثل هذه الأخيرة أنظمة وطنية لتنازع القوانين تؤدي إلى اختلافها من دولة إلى أخرى لاسيما في مسائل الأحوال الشخصية التي تسندها بعض الدول إلى قانون الجنسية بينما تخضعها دول أخرى إلى قانون الموطن.

إن مسائل الأحوال الشخصية موضوع يتسع فيه الخلاف فيما بين قوانين مختلف الدول بحسب تأثيرها بالدين السائد، ذلك أن الفكرة الاجتماعية التي تقوم عليها مسائل الأحوال الشخصية تختلف من مجتمع إلى مجتمع، وهي في بعض المجتمعات متصلة بالدين.

إن اختلاف قواعد الإسناد بين الدول قد يؤدي إلى ظهور تنازع بين دولتين أو أكثر الأمر الذي من الممكن أن ينتج عنه ما يعرف بالإحالة، والتي أدت إلى انقسام الفقهاء والاجتهادات والأنظمة التشريعية، باعتبارها من القضايا الأكثر إثارة للجدل في القانون الدولي الخاص.

ينحصر معنى الإحالة في تطبيق قواعد الإسناد في قانون الدولة الأجنبية الذي تحدد اختصاصه بناء على قواعد إسناد قانون القاضي وصولاً إلى تحديد القانون المختص بشكل نهائي.

إن المشرع الجزائري لم يكن موقفه واضحاً من الأخذ بالإحالة حين صدر القانون المدني سنة 1975، واتسم بالغموض، وترتب على ذلك اختلاف شراح القانون الجزائري في هذه المسألة، أما بعد تعديل القانون المدني سنة 2005 فقد أخذ المشرع بالإحالة من الدرجة الأولى كاستثناء من الأصل وذلك بإضافة مادة جديدة وهي المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني.

إن التعديل الذي طرأ على القانون المدني يقود إلى طرح الإشكالية الآتية:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تبني الإحالة والأخذ بها في مسائل الأحوال الشخصية؟ وهل وفق في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بناء على نص المادة 23 مكرر 1 الفقرة الأولى من القانون المدني؟

ويترتب على هذه الإشكالية التساؤلات الآتية:

ما مفهوم الإحالة وماهي أنواعها؟

ما هو موقف المشرع الجزائري من الإحالة قبل تعديل القانون المدني وبعده؟

هل للإحالة دور في حماية النظام العام؟

وتبرز أهمية هذه الدراسة في أن الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية تثير صعوبات عملية متعددة على المستوى الدولي، من خلال التنازع السلبي للقوانين الأمر الذي شغل تفكير الفقهاء واختلفت التشريعات لأجله.

وأهدف من خلال هذه الدراسة إلى عرض موقف المشرع الجزائري من فكرة الإحالة بصفة عامة، وفكرة الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية بصفة خاصة.

أما عن الصعوبات التي واجهتني خلال دراسة هذا الموضوع هي ضيق الوقت، وقلة المراجع في هذا الموضوع حيث أن الموضوع مركب، إذ أن الإحالة درست في القانون الدولي الخاص بشكل بحث ما عدا بعض الأمثلة التي لها علاقة بمسائل الأحوال الشخصية، أين تصعب دراسة الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية.

أما عن سبب اختياري لهذا الموضوع ليكون موضوع بحثي فله ما يبرره من الناحية الذاتية:

انجذابي نحو هذا الموضوع لأنه موضوع مركب من تخصصين، إذ يجمع بين تخصص القانون الدولي الخاص وتخصص قانون الأحوال الشخصية.

وله ما يبرره من الناحية الموضوعية:

قلة الدراسات الأكاديمية في هذا الموضوع حيث تكاد الدراسات السابقة تتطرق له كفرع أو عنصر من مجمل الدراسة.

إن المنهج الذي اتبعته هو المنهج التحليلي الوصفي.

فالمنهج التحليلي نظرا لطبيعة الموضوع والذي يتطلب تحليل ودراسة النصوص

القانونية المنظمة للموضوع إضافة إلى النصوص المعدلة.

والمنهج الوصفي يفرض أسباب الأخذ بالإحالة، وحالات لجوء القاضي إليها.

ومن أجل دراسة هذا الموضوع محل الدراسة والإحاطة بجوانبه ارتأيت تقسيمه إلى

فصلين:

فالفصل الأول تعرضت فيه إلى نظام الإحالة في القانون الدولي الخاص، حيث قسمته إلى مبحثين، المبحث الأول تناولت فيه مفهوم الإحالة وأنواعها، أما المبحث الثاني فتناولت فيه نطاق الأخذ بالإحالة.

أما فيما يتعلق بالفصل الثاني فتناولت فيه تطبيق الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية، والذي قسمته إلى مبحثين، فالمبحث الأول تناولت فيه الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية، أما المبحث الثاني فتناولت فيه دور الإحالة في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي على مسائل الأحوال الشخصية لحماية للنظام العام.

الفصل الأول : نظام الإحالة في القانون الدولي الخاص

إن قانون كل دولة يتضمن قواعد موضوعية وقواعد إسناد، فالقواعد الموضوعية هي القواعد التي يطبقها القاضي مباشرة على النزاع، أما قواعد الإسناد فيلجأ إليها هذا الأخير لتحديد القانون الواجب التطبيق لحل نزاع مشوب بعنصر أجنبي.

وتتور نتيجة لهذا في غالبية الأحوال تنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي¹.

قد يتولد عن هذا التنازع ما يعرف بالإحالة، لذلك سأتناول في هذا الفصل نظام الإحالة في القانون الدولي الخاص، الذي سأدرسه في مبحثين، المبحث الأول: مفهوم الإحالة وأنواعها، والمبحث الثاني: نطاق الأخذ بالإحالة.

المبحث الأول : مفهوم الإحالة وأنواعها

في حالة ما إذا أثير نزاع مشوب بعنصر أجنبي فإن القاضي الوطني يرجع إلى قواعد الإسناد الأجنبية بناءً على قواعد الإسناد الوطنية وهذا ما تفترضه الإحالة².

لذلك سأطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الإحالة في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني سأطرق إلى أنواع الإحالة.

¹ - إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط 1، 2013، ص 16.

² - دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم، الحجار، عنابة، د ط، 2010، ص 84.

المطلب الأول : مفهوم الإحالة

لا تثور الإحالة إلا إذا كان هناك اختلاف في قواعد الإسناد بين الدول المختلفة¹. لذلك سأطرق إلى نشأة الإحالة في الفرع الأول، وإلى تعريفها في الفرع الثاني.

الفرع الأول : نشأة الإحالة

يستشهد الفقه بصدد الإحالة بقضية فصل فيها القضاء الإنجليزي سنة 1841، وأخرى فصل فيها القضاء الألماني سنة 1861، إلا أن الإحالة لم تتحدد بوضوح إلا بقرار شهير صادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية "فورغو" بتاريخ 24 جوان 1878².

❖ وقائع قضية "فورغو"

تتلخص وقائع هذه القضية، في أن "فورغو" ولد طبيعي ولد في أوائل القرن التاسع عشر بإقليم بافاريا (بالتحديد من ألمانيا)، نزلت به أمه إلى فرنسا وهو طفل في الخامسة من عمره، وأقاما فيها إقامة فعلية دون اتخاذهما هناك موطنًا قانونيًا، حيث كان يقضي القانون الفرنسي بالحصول على تصريح بالتوطن القانوني، حيث أنهما لم يحصلوا عليه، وعندما شب "فورغو" تزوج من فرنسية ثرية ماتت وتركت له ثروة منقولة طائلة، وفي الثامنة والستين من عمره توفي "فورغو" في مدينة "بو" تاركا وراءه ثروة منقولة طائلة دون أن يترك ورثة مباشرين³، سوى الورثة الحواشي عن طريق أمه من عائلة "Ditchl"⁴.

¹ - عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص 1، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 2010، ص 117.

² - دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 85.

³ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 2005، ص 47.

⁴ - ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة، عمان، ط 1، 2005، ص 59.

طالبت مصلحة الأملاك الفرنسية بهذه التركة لأنها بلا وارث، ولها الحق في تملكها حسب القانون الفرنسي لأنها تركة شاغرة، إلا أن حواشي "فورغو" من أمه طالبوا بهذه التركة أيضا، على أساس أن لهم الحق فيها حسب القانون البافاري¹، مستنديين في طلبهم إلى قواعد القانون البافاري الداخلية التي تساوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد الطبيعي بالنسبة إلى الورثة، فقضت محكمة استئناف "بو" برفض طلبهم في 11 مارس 1874، على أساس أن "فورغو" كان متوطنا في فرنسا وبالتالي يجب أن يطبق على ميراث تركته المنقولة القانون الفرنسي الذي يقضي بحرمان الورثة غير المباشرين (غير الأبوين والإخوة) للولد الطبيعي من ميراثه، فرفضت عائلة "Ditchl" طعنا في هذا الحكم إلى محكمة النقض الفرنسية، فنقضت الحكم في 5 ماي 1875 على أساس أنه مخطئ في اعتبار أن "فورغو" متوطنا في فرنسا مع أنه لم يحصل على ترخيص بالتوطن فيها، وبالتالي فموطنه القانوني هو بافاريا ويطبق القانون البافاري على التركة التي خلفها وراءه. أحيلت الدعوى من جديد إلى محكمة استئناف "بودرو" فحكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق الأحكام الداخلية للقانون البافاري التي تورث هؤلاء الحواشي، فطعنن مصلحة الأملاك الفرنسية في هذا الحكم على أساس أن القانون البافاري يطبق على الميراث في المنقول قانون الموطن، فقضت محكمة النقض الفرنسية في 24 جوان 1878 بنقضه لتطبيقه الأحكام الداخلية للقانون البافاري دون أن يرجع إلى قواعد الإسناد فيه والتي تحيل ميراث المتوفى إلى قانون موطنه الفعلي، أي القانون الفرنسي في هذه الحالة. أحيلت القضية من جديد إلى محكمة استئناف "تولوز" في 22 ماي 1880 بما رأته محكمة النقض، فقام الورثة بالطعن في هذا الحكم بالنقض لأنه طبق قواعد الإسناد في القانون البافاري دون أحكامه الموضوعية، فرفضت محكمة النقض هذا الطعن في 22 فيفري 1882. وبهذا تكون محكمة النقض قد قبلت بإحالة قواعد الإسناد البافارية الاختصاص إلى القانون الفرنسي².

1 - محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة

الجامعية، الإسكندرية، د ط، د س ن، ص 419.

2 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 48.

لقد فتحت إمكانية تطبيق القانون الفرنسي، على اعتبارين اثنين:

الاعتبار الأول: أن كلا من القانونين، الفرنسي والبافاري، يسندون التركة في المنقول إلى آخر موطن للمتوفى. الاعتبار الثاني: أن القانون البافاري لا يفرق بين الموطن القانوني والموطن الفعلي¹.

إن مصلحة الأملاك الفرنسية كانت تسعى من خلال مطالبتها بتطبيق هذا القانون للاستفادة من أحكامه التي تنص على أن حواشي "فورغو" من أمه لا يحق لهم الميراث، وبالتالي فإن هذه التركة شاغرة، وتؤول لها ملكيتها بمقتضى المادة 317 من القانون المدني الفرنسي.

ومن هنا تكون محكمة النقض الفرنسية قد أخذت بالإحالة على أساس:

تطبيقها لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي بناء على قواعد الإسناد الفرنسية، وقبولها الاختصاص برده إلى أحكام القانون الفرنسي من قبل قواعد الإسناد البافارية².

ومنذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى التي تقضي بتطبيق قانون القاضي وهو القانون الفرنسي.

إن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لم يبلغ القبول بالإحالة إلى قانون دولة ثالثة غير قانون القاضي بصدور أحكام لاحقة أمام القضاء الفرنسي³.

الفرع الثاني : تعريف الإحالة

تشور الإحالة في حالة وقوع نزاع مشوب بعنصر أجنبي، إذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى اختصاص قانون أجنبي معين، وقواعد إسناد هذا القانون الأجنبي بدورها تشير بتطبيق قانون آخر، سواء برد الاختصاص لقانون القاضي أو تحيله لقانون دولة

¹ - دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 85.

² - عاكشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، د س ن، ص 92.

³ - سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، د م ن، د ط، د س ن، ص 642.

ثالثة، أما في حالة اتحاد قواعد الإسناد بشأن نفس النزاع في الدولتين، أي في قانون القاضي والقانون الأجنبي فلا يكون هناك إحالة¹.

وهذا معناه إذا تقرر بشأن نفس النزاع المشوب بعنصر أجنبي نفس الحكم من قبل قاعدة الإسناد الوطنية وقاعدة الإسناد الأجنبية في القانون الأجنبي المسند له الاختصاص، فستكون نتيجة هذا الاتحاد هو تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المسند له الاختصاص².

فالإحالة هي إلزامية تطبيق قواعد الإسناد الأجنبية أولاً في القانون الذي تقرر تطبيقه بموجب قواعد إسناد دولة المحكمة التي تنتظر في النزاع، على شرط أن يكون هناك اختلاف في الحكم ما بين قواعد الإسناد الوطنية وقواعد الإسناد الأجنبية.

أما إذا تم أولاً تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي فإن ذلك معناه رفض الإحالة، ويشترط في هذه الحالة وجود نص قانوني صريح.

أما القواعد الاجرائية والشكلية فلا يرد عليها التنازع أبداً إلا في حالة وجود نص قانوني خاص أو معاهدة دولية نافذة³.

وبعبارة أخرى إذا أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى اختصاص قانون أجنبي معين، فإذا تم تطبيق الأحكام الموضوعية لهذا القانون فلا إمكانية لوجود الإحالة، أما إذا تم تطبيق قواعد الإسناد لهذا القانون، فإن في ذلك احتمال لقيام الإحالة إذا ما أحالت قواعد الإسناد الأجنبية بدورها الاختصاص إلى قانون آخر، أي تثار الإحالة في حالة تنازع القوانين⁴. ويختلف هذا التنازع فقد يكون تنازعا إيجابيا أو تنازعا سلبيا.

1 - أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار قنديل، عمان، الأردن، ط 1، 2004، ص 66.

2 - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2012، ص 50، 51.

3 - ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص 56، 57.

4 - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 637، 638.

أولا : التنازع الإيجابي

وتكون فيه قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع تسند الاختصاص إلى قانونها¹. لا يثير هذا النوع من التنازع أية صعوبة إذ أن القاضي لا يأتمر إلا بأمر المشرع الوطني في الدولة التي يجلس فيها للقضاء².

مثال ذلك إذا أثير نزاع بشأن ميراث منقول لشخص جزائري متوطن في فرنسا حيث توفي فيها، فكل من القانونين، الجزائري والفرنسي يسند الاختصاص إليه، فالقانون الجزائري يسند الاختصاص إليه باعتباره قانون جنسية المورث حسب المادة 16 ق م ج، والقانون الفرنسي يسند الاختصاص إليه باعتبار أن الشخص كان مقيما فيها أين توفي هناك.

هنا التنازع الإيجابي لا يطرح أي إشكال، لأن كل قانون يريد الفصل في النزاع حسب ما ينص عليه دون القانون الأجنبي، فإذا عرض النزاع على القاضي الجزائري فيطبق القانون الجزائري والعكس صحيح³.

ثانيا : التنازع السلبي

إن قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع، تسند الاختصاص لقانون أجنبي، وهنا تظهر فكرة الإحالة⁴، من خلال رفض قانون كل دولة الاختصاص المسند له من قبل قاعدة الإسناد الأجنبية، وهذا لوجود اختلاف بين قاعدة الإسناد الوطنية وقاعدة الإسناد الأجنبية.

¹ - إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص 16.

² - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2008، ص 298.

³ - محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 2009، ص 76.

⁴ - إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص 16.

إن قيام الإحالة ليس متلازماً فقط مع الأخذ بالمفهوم الواسع الكلي للقانون الأجنبي، بل وأيضاً عندما يتحقق قيام الاختلاف بين قاعدتي الإسناد في دولة القاضي والدولة الأجنبية.

فالإحالة كتعبير عن التنازع السلبي بين القوانين لا تقوم إذن إلا بالأخذ بعين الاعتبار المضمون الكلي للقانون الأجنبي أي قواعد الإسناد فيه، اختلاف قواعد الإسناد في دولة القاضي عن قواعد الإسناد في القانون الأجنبي.

وبهذا يمكن تعريف الإحالة أيضاً: "بأنها رفض الاختصاص من قبل قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد في دولة القاضي ورده أو تحويله إلى قانون دولة أخرى"¹.

المطلب الثاني : أنواع الإحالة

إن الإحالة التي يرد فيها الاختصاص إلى قانون القاضي هي إحالة من الدرجة الأولى، أما الإحالة من الدرجة الثانية هي الإحالة التي يعطى فيها الاختصاص لقانون دولة ثالثة².

لذلك سأطرق إلى الإحالة من الدرجة الأولى في الفرع الأول، وإلى الإحالة من الدرجة الثانية في الفرع الثاني.

الفرع الأول : الإحالة من الدرجة الأولى

وتسمى أيضاً بالإحالة البسيطة أو الإحالة ذات الدرجة الوحيدة، كما سماها "أرمنجون" بالإحالة الحقيقية³، فالإحالة من الدرجة الأولى: هي الإحالة التي تتخلى فيها قاعدة الإسناد الأجنبية عن الاختصاص المسند إليها⁴، وترده إلى قانون القاضي الذي

1 - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 638.

2 - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة الثقافة، عمان، الأردن، ط 2، 1997، ص 72.

3 - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 2، 2013، ص 136.

4 - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 640.

أسنده إليها وتعرف هذه الحالة بالرجوع¹. ولقد طرحت لأول مرة مسألة الإحالة وبالذات الإحالة من الدرجة الأولى في القضاء الفرنسي في قضية "فورغو" سالفه الذكر².

مثال ذلك : أن تثور أمام القاضي الجزائري منازعة متعلقة بميراث منقولات خاصة بفرنسي متوطن في الجزائر، فإذا طبق القاضي الجزائري قاعدة الإسناد فإنه سيعقد الاختصاص للقانون الفرنسي، بوصفه قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة، فإذا رجع القاضي إلى قاعدة الإسناد الفرنسية لوجد أنها تعقد الاختصاص في الميراث الوارد على منقول لقانون آخر موطن للمتوفى، وهو القانون الجزائري³.

في هذا النوع من الإحالة يعيد القانون المختص الذي تقرر تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر أجنبي الاختصاص لحل المسألة إلى قانون القاضي⁴.

الفرع الثاني : الإحالة من الدرجة الثانية

ويسمى البعض بالإحالة المطلقة⁵، وتحدث الإحالة من الدرجة الثانية عندما تحيل قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص من قبل قانون القاضي إلى قانون ثالث⁶، أي أي بإشارة قاعدة الإسناد الأجنبية إلى قانون دولة ثالثة، وهنا يتعين على القاضي الوطني الرجوع إلى قواعد الإسناد في قانون الدولة الثالثة ويكون ملزم بتطبيقه.

إن القبول بالإحالة من الدرجة الثانية يعني القبول بالإحالة إلى قانون ثالث أو رابع... إلخ، إلى غاية الوصول إلى قانون يقبل الفصل في النزاع فتطبق أحكامه الموضوعية⁷.

1 - ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص 57.

2 - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هوم، الجزائر، ط 8، 2006، ج 1، ص 99.

3 - رقية وزري، الإحالة في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2009، ص 12.

4 - غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 137.

5 - رقية وزري، المرجع السابق، ص 13.

6 - أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص 69.

7 - Pierre Mayer, Vincent Heuzé, Droit international privé, 7 édition, P. 148, 149.

لاحظ الأستاذ "Batiffol"¹ : أن الحكم الذي يتعلق بقضية "فورغو" تتضمن أحكامه الإحالة من الدرجة الأولى، إلا أن عباراته جاءت مطلقة، بمعنى التسليم بالإحالة إلى قانون آخر غير القانون الفرنسي، أي التسليم بالإحالة من الدرجة الثانية².

مثال ذلك : اتجهت المحكمة العليا الألمانية في حكم لها صراحة إلى الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، حيث إن النزاع كان يتعلق بتركة أحد البلجيكين الكائنة في روسيا، فقد رجع القاضي الألماني إلى قواعد الإسناد في قانونه فأشارت بتطبيق القانون البلجيكي باعتباره قانون جنسية المتوفى، وعند الرجوع إليه أشارت قواعد إسناده بتطبيق القانون الروسي بوصفه قانون موقع المال، ولقد طبق هذا القانون وبذلك تكون المحكمة قد أخذت بإحالة القانون البلجيكي إلى القانون الروسي³.

ملاحظة : قد تستمر الإحالات حتى نصل إلى قانون تشير قواعد الإسناد فيه إلى تطبيق أحكامه الموضوعية وتسمى الإحالة هنا ذات الدرجات المتعددة⁴.

المبحث الثاني : نطاق الأخذ بالإحالة

يعتبر موضوع الإحالة من أكثر موضوعات القانون الدولي الخاص إثارة للجدل والنقاش⁵، فبعد قضية "فورغو" والتي تعرض فيها القضاء الفرنسي أول مرة لمسألة الإحالة، اهتم بها الفقه وأولها أهمية كبرى، حيث انقسم الفقه إلى اتجاهين، اتجاه مؤيد واتجاه معارض⁶.

وعلى ذلك سأنتقل إلى التقييم الفقهي للإحالة في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني سأنتقل إلى تقييد الأخذ بالإحالة.

¹ - Henri Batiffol, né le 16 février 1905 à Paris, et mort le 20 novembre 1989 à Paris.

² - هشام صادق على صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2000، ص 99، 100.

³ - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 643، 644.

⁴ - أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص 70.

⁵ - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 644.

⁶ - إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص 18.

المطلب الأول : التقييم الفقهي للإحالة

لقد فاض الجدل بين فقهاء القانون الدولي الخاص حول الأخذ بالإحالة، فمنهم من رأى الأخذ بها، ومنهم من دعا إلى عدم الأخذ بها¹، لذلك قدم كل اتجاه جملة من الحجج ليدعم موقفه منها².

لذلك سأتطرق إلى التبرير التقليدي للإحالة في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني سأتطرق إلى التبرير الحديث للإحالة.

الفرع الأول : التبرير التقليدي للإحالة

اتخذ الفقه التقليدي موقفا من الإحالة سواء قبولاً أو رفضاً، من خلال التفسير المسبق لقواعد الإسناد الوطنية، دون اعتداد باختلاف الغايات التي قد يسعى إليها المشرع الوطني من وراء تقرير قواعد الإسناد المتنوعة، التي يتضمنها قانون القاضي.

أولاً : حجج مؤيدي الإحالة

في نظر الفقه المناصر للإحالة، أن غاية قواعد الإسناد الوطنية هي السعي إلى اختيار القانون الأكثر قبولاً، من بين القوانين المتنازعة للفصل في القضية المعروضة، وهذا ما يجعل أن قبول الإحالة أمر محتم وضروري، سواء كانت من الدرجة الأولى أو الثانية³.

1- عدم إهدار قواعد الإسناد الوطنية : إن الأخذ بالإحالة فيه احترام لقواعد الإسناد الوطنية في قانون القاضي، فلما أشارت باختصاص القانون الأجنبي لم تفرق بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد التي يتضمنها، ولذلك فإنه ينبغي الرجوع إلى القانون الأجنبي

¹ - سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، د ط، 2002، ص 212.

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 102.

³ - هشام على صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 2014، ج 1، ص 273.

في جملته، مما يتعين الإذعان لما تقتضي به قواعد إسناده، والأخذ بخلاف ذلك فيه إهدار لقواعد الإسناد الوطنية¹، لأنه في تطبيق القانون الأجنبي تطبيقاً كلياً، هو تطبيق وإذعان لقانون القاضي بوصفه هو الذي أسند الاختصاص إلى القانون الأجنبي².

2- وحدة تطبيق القانون الأجنبي : يرى الفقه المؤيد للإحالة أنه في حالة تطبيق أي دولة للقانون الأجنبي، عليها أن تطبقه تطبيقاً كلياً لا يتجزأ، وفقاً لفكرة الإسناد الإجمالي³.

أي أن الأحكام الموضوعية وقواعد الإسناد في قانون كل دولة تشكل وحدة لا تتجزأ، ففي حالة نزاع مشوب بعنصر أجنبي، يرجع القاضي إلى قواعد الإسناد في قانونه، فإذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي معين فيجب تطبيق هذا القانون دون تفرقة بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد فيه.

يقوم قاضي الموضوع أولاً بتطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون الأجنبي، فإذا أشارت بتطبيق قانون آخر يعني قبولها للإحالة، أم إذا لم تشر بتطبيق قانون آخر يعني رفضها للإحالة، ووجوب تطبيق القواعد الموضوعية من هذا القانون الأجنبي وحسم النزاع بها⁴.

إذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي معين فإنها تفوض هذا الأخير في حل النزاع حلاً عاماً ينطوي على تحديد القانون الواجب التطبيق في شأنه عملاً بقواعد الإسناد الأجنبية⁵.

3- رفض القانون الأجنبي الاختصاص المسند إليه من قبل قاعدة الإسناد في قانون القاضي : في نزاع مشوب بعنصر أجنبي قد تشير قواعد الإسناد في قانون القاضي

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 102.

² - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، د ط، 2004، ج 1، ص 108.

³ - هشام على صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ص 140.

⁴ - غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 140.

⁵ - هشام على صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ص 273.

باختصاص قانون أجنبي معين، لكن قد ترفض قواعد الإسناد فيه بالاختصاص المسند إليه¹.

في هذه الحالة، من غير المعقول إرغام القانون الأجنبي على الاختصاص المسند إليه، ففي ذلك مساس بسيادته، فليس من المعقول تطبيق أحكامه الموضوعية حيث أن قواعد إسناده رافضة لهذا الاختصاص لصالح قانون القاضي، أو لقانون أجنبي آخر، ولتقادي هذه المعاملة غير المنطقية يستحسن الأخذ بالإحالة المقررة بالقانون الأجنبي².

إن الإصرار على تطبيق القانون الأجنبي المختص يكون زائدا ما دام لا يقبل الاختصاص لنفسه في النزاع، فيجب عدم التشدد أكثر من تشدد القانون الأجنبي ذاته، حتى لا تظهر حالة انعدام قانون مختص يحسم النزاع³.

4- تيسير تنفيذ الحكم الصادر من قبل قاضي الموضوع في الدولة الأجنبية : إن الأخذ بالإحالة فيه ضمانات لتيسير الحلول وتعميمها واحترام الأحكام القضائية، فيصبح الحكم الصادر في النزاع يتميم بالحجية ليس في البلد الذي صدر فيه فقط، ولكن في الدول الأخرى مما يسهل تنفيذه في غير الدولة التي صدر فيها وفي ذلك تيسير لمصالح الأفراد⁴.

إن رفض الأخذ بالإحالة سوف يؤدي إلى تجريد الحكم الصادر في الدعوى من قيمته العملية حيث أنه سيتم رفض تنفيذ هذا الحكم من قبل الدولة الأجنبية لأن قاضي الموضوع طبق أحكام قانونها خلافا لما تقضي به قاعدة الإسناد فيها⁵.

5- الإحالة وسيلة لتوحيد الحلول : إن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى أن الحل الذي يعطيه المشرع الوطني للنزاع يتفق مع ذلك الذي يقضي به القانون الأجنبي⁶، مما يؤدي إلى

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 103.

² - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، ص 108.

³ - غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 141.

⁴ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، ص 108.

⁵ - عكاكشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ص 95.

⁶ - دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 97.

تحقيق وحدة في الأحكام الناتجة عن اتفاق كل من القانونين، قانون القاضي والقانون الأجنبي المختص الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي على إعطاء الاختصاص لقانون معين واجب التطبيق يحكم النزاع وهذا ما يجعل تنفيذ الحكم الوطني في البلد الأجنبي سهلا وميسورا نظرا لاتفاقه مع ما يقضي به قانونه¹.

مثال ذلك : لو تعلق الأمر بأهلية إنجليزي متوطن في الجزائر، فقواعد الإسناد الجزائرية تقضي باختصاص القانون الإنجليزي، باعتباره قانونه الوطني، وقواعد الإسناد في القانون الإنجليزي تقضي باختصاص القانون الجزائري باعتباره قانون موطنه، فإذا أخذ القاضي الجزائري بالإحالة فإنه سيطبق على أهلية الإنجليزي القانون الجزائري، ولا يختلف الأمر لو أن هذه المسألة عرضت على القضاء الإنجليزي فإنه سيطبق عليها هو كذلك القانون الجزائري باعتباره قانون موطن الإنجليزي، وهذا في حالة الأخذ بالإحالة من طرف القضاء الجزائري.

إن مسألة أهلية الإنجليزي ستلقى نفس الحل وهو اختصاص القانون الجزائري سواء عرضت على القضاء الجزائري أم على القضاء الإنجليزي².

ثانيا : الانتقادات الموجهة إلى حجج مؤيدي الإحالة

على عكس الاتجاه المؤيد للإحالة، قام الاتجاه المعارض لها بالرد على حجج مؤيدي الإحالة³.

1- فيما يتعلق بعدم إهدار قواعد الإسناد الوطنية : إذا قضت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص القانون الأجنبي بحكم النزاع المشوب بعنصر أجنبي فهذا لا يعني التخلي عن الفصل في النزاع، فإذا فصلت قاعدة الإسناد في النزاع وحددت بذلك القانون الواجب التطبيق، فلم يعد من المستساغ الرجوع إلى قاعدة الإسناد الأجنبية لاستشارتها حول

1 - أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص 74.

2 - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 103.

3 - عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 124.

مشكلة سبق للمشرع الوطني أن فصل فيها على ضوء ضرورات الحياة الدولية من ناحية، والاعتبارات التي تتفق مع سياسته التشريعية من ناحية أخرى¹.

2- فيما يتعلق بوحدة تطبيق القانون الأجنبي : إن المقصود بتطبيق القانون الأجنبي عند إشارة قاعدة الإسناد الوطنية حسب قصد المشرع هو تطبيق قواعده الموضوعية وليس تطبيق قواعد إسناده²، كما يلزم لقيام هذه الحجة الأخذ بقواعد القانون الوطني بصورة كاملة ودون تجزئتها في الوقت نفسه، وهذا ما يجعل من التوصل إلى القانون الواجب التطبيق أمراً مستحيلاً³.

3- فيما يتعلق برفض القانون الأجنبي الاختصاص المسند إليه من قبل قاعدة الإسناد في قانون القاضي : إن ادعاء ضرورة عدم التشدد أكثر من تشدد القانون الأجنبي المختص يؤدي إلى إنكار طبيعة قواعد الإسناد، لأن القاضي الوطني يستمد سلطته من مشرعه الوطني، فإذا قضت قواعد الإسناد بتطبيق القانون الأجنبي فعلى قاضي الموضوع التنفيذ، أما إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية الاختصاص إلى قانون دولة ثالثة أو رده إلى قانون القاضي فليس على قاضي الموضوع تنفيذ هذا الأمر، لأنه صادر من مشرع أجنبي وليس عليه الفلق حيال مصير قراره، لأنه ملزم بتنفيذ أوامر مشرعه الوطني⁴.

لو أخذ قاضي الموضوع بالإحالة واستشار قواعد الإسناد الأجنبية، فأحالته مرة أخرى إلى قواعد إسناد هذا القانون، لتعين عليه أن يرجع مرة أخرى إلى قواعد إسناد هذا القانون، وهي تشير باختصاص القانون الأجنبي⁵، وهو ما أطلق عليه بعض الفقهاء غرفة المرايا العاكسة عندما يحيل قانون إلى آخر إلى ما لا نهاية، على الأقل من الناحية النظرية وشبهها آخرون بلعبة التنس، حين تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي

¹ - عكاكشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ص 93، 94.

² - هشام على صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ص 274.

³ - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 76.

⁴ - غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 143.

⁵ - عكاكشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ص 94.

المختص على قانون القاضي، وهذا الأخير يرد الاختصاص مرة أخرى إلى القانون الأول وهكذا...

مثال ذلك : لو أن أمريكا مقيما بمصر، قام بتصرف يتعلق بحالته المدنية، وعرض النزاع على القضاء الجزائري، فتقضي قاعدة الإسناد الجزائرية بتطبيق قانون الجنسية وهو القانون الأمريكي، وتقضي قاعدة الإسناد الأمريكية بتطبيق قانون الموطن وهو القانون المصري، وتقضي قاعدة الإسناد في القانون المصري بدورها بتطبيق قانون الجنسية وهو القانون الأمريكي، فكيف يكون الحل؟ وبهذا يؤدي منطوق الإحالة إلى حلقة مفرغة لا مفر منها¹.

إن المشرع الوطني لا يهتم لتطبيق القانون الأجنبي احتراماً لإرادة مشرعه أو على سبيل المجاملة، بل يسعى إلى تطبيق القواعد الموضوعية التي يراها أكثر ملاءمة لطبيعة النزاع وتحقيق العدالة من وجهة نظره².

4- فيما يتعلق بتسيير تنفيذ الحكم الصادر من قبل قاضي الموضوع في الدولة الأجنبية: يرفض خصوم الإحالة حجة أن الأخذ بالإحالة يسهل من تنفيذ الأحكام القضائية في الدولة الأجنبية لأنه ليس من الضروري أن ينفذ الحكم الصادر في الدعوى في الدولة الأجنبية التي رفضت الإحالة، فالحكم قد يكون واجب التنفيذ في دولة القاضي نفسه أو في دولة أخرى تقضي قواعد الإسناد فيها باختصاص القانون الذي طبقته المحكمة على واقعة الدعوى³.

إن الأخذ بالإحالة قد يؤدي إلى الإجحاف ببعض حقوق المتقاضين في العلاقات الدولية، وذلك عندما تطبق عليهم أحكام لا يخضعون لها في قوانينهم الوطنية.

مثال ذلك : الحجر بسبب السفه على إنجليزي متوطن في فرنسا، فإن طبق القانون الفرنسي عليه سوف يحجر عليه إذا ما أخذ القاضي الفرنسي بالإحالة، أما لو لم يأخذ

¹ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، تنازع القوانين، ص 109، 110.

² - عكاكشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ص 94.

³ - هشام على صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ص 95.

بالإحالة وقام بتطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الإنجليزي فإنه لن يطبق عليه الحجر، لأن القانون الإنجليزي لا يعرف نظام الحجر بالسفهاء¹.

5- فيما يتعلق بالإحالة وسيلة لتوحيد الحلول : يرى خصوم الإحالة بأنها لا تؤدي إلى توحيد الحلول بين الدول التي تكون العلاقة القانونية على اتصال بها، لأنه ينتج عن اختلاف مواقف الدول من الإحالة توحيد الحلول، أي بعض الدول يأخذ بالإحالة والبعض الآخر لا يأخذ بها، وهذا ما يثبت هزالة الإحالة².

يستحيل أن تتفق قوانين العالم كلها على الأخذ بالإحالة، فهذه الحجة غير محققة دائماً³، فليس من شأن الإحالة أن تؤدي إلى التماسق بين الأنظمة وتوحيد الحلول.

مثال ذلك : إذا أثير نزاع أمام القاضي الفرنسي يتعلق بأهلية إنجليزي مقيم في فرنسا، فقواعد الإسناد الفرنسية ستشير بتطبيق القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسية الشخص الإنجليزي، وقواعد الإسناد الإنجليزية سترد الاختصاص إلى القانون الفرنسي باعتباره هو قانون محل إقامة الشخص الإنجليزي، وبالمقابل إذا أثير هذا النزاع أمام القاضي الإنجليزي فإن قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي ستشير بتطبيق القانون الفرنسي وهو قانون محل إقامة الشخص الإنجليزي، أما قواعد الإسناد في القانون الفرنسي ستحيل النزاع إلى القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسية الإنجليزي.

فلا شك أن الفصل في النزاع يختلف بين القانون الفرنسي والقانون الإنجليزي⁴.

1 - أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص 75.

2 - عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 2008، ص 96.

3 - ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص 61.

4 - عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 96.

الفرع الثاني : التبرير الحديث للإحالة

رغم الانتقادات السلبية التي وجهت إلى الإحالة إلا أن جانبا من الفقه الحديث حاول أن يلتمس لها مع ذلك أساسا منطقيًا وسليما يثبت أن من غير المعقول تجاهل الإحالة بوصفها نظاما وضعيا استقر عليه القضاء في الكثير من بلدان العالم ومن بينها فرنسا بصفة خاصة¹.

أولا : الإحالة تفويض

يرى الفقه الحديث المؤيد للإحالة أن المشرع الوطني لما وضع قواعد إسناده لم يقصد بذلك تحديد القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، بل فوض الاختصاص إلى قواعد إسناده، وهي بدورها تحدد أن تأخذ بالإحالة من عدمها.

إذا حددت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي قواعده الموضوعية لحل النزاع المشوب بعنصر أجنبي، فهذا يعني عدم الأخذ بالإحالة.

أما في حالة عدم تحديد القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي من قبل قواعد إسناده فهذا يعني الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى إذا حددت قواعد إسناده قانون القاضي لحل النزاع المشوب بعنصر أجنبي.

الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية إذا حددت قواعد إسناده قانون ثالث لحل النزاع المشوب بعنصر أجنبي².

لقد تعرضت هذه النظرية للانتقادات التالية:

التنازل عن السيادة لما يعطى للقانون الأجنبي أمر توزيع الاختصاص التشريعي مما يؤدي إلى التوسيع في حدود اختصاص قانون القاضي.

¹ - هشام صادق على صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 103.

² - دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 86.

رفض كل قانون الاختصاص المسند إليه وإحالته إلى قانون آخر غير قانون القاضي وهذا ما يؤدي إلى حلقة مفرغة¹.

ثانيا : الإحالة المزدوجة

وتسمى كذلك بالإحالة الكاملة "Renvoi intégral"²، وفي القانون الإنجليزي يطلق عليها بنظرية الإحالة الكلية "theory court Foreign"³، فالإحالة المزدوجة توجب على القاضي الوطني حينما تشير قواعد الإسناد في قانونه إلى تطبيق قانون أجنبي معين، أن يرجع إلى قواعد إسناد هذا القانون الأجنبي ويطبّقها في حل النزاع المشوب بعنصر أجنبي⁴.

ولقد أخذ القضاء الإنجليزي بأساس الإحالة المزدوجة في بعض المسائل المحدودة وهي: الطلاق وميراث المنقول وترتيب حقوق عينية على عقارات كائنة في الخارج⁵، فكان على قاضي الموضوع الإنجليزي أن يرجع إلى قواعد الإسناد الأجنبية ويطبّقها مراعيًا في ذلك للإحالة التي يأخذ بها القانون الأجنبي لتحديد القانون الواجب التطبيق.

مثال ذلك : لو عرض على القاضي الإنجليزي نزاع متعلق بتركة منقولة لإنجليزين أحدهما متوطن في ألمانيا وهي تأخذ بالإحالة، والآخر متوطن في إيطاليا وهي ترفض الأخذ بالإحالة.

في الفرض الأول (الإنجليزي المتوطن في ألمانيا):

إن قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي ستشير لقاضي الموضوع الإنجليزي بتطبيق قانون الموطن وهو هنا القانون الألماني، وبذلك سيضع القاضي الإنجليزي نفسه

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 111.

² - دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 87.

³ - زيدون بخته، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011، ص 88.

⁴ - دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 87.

⁵ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 117.

مكان القاضي الألماني فيما لو عرض عليه النزاع ويرجع إلى قواعد الإسناد الألمانية، في هذه الحالة القاضي الألماني سيطبق قانون الجنسية، وهو القانون الإنجليزي، لكن القانون الإنجليزي يشير بتطبيق قانون الموطن أي القانون الألماني والأخير يأخذ بالإحالة، وبالتالي سيطبق القاضي الإنجليزي القانون الألماني كما كان سيقضي القاضي الألماني.

في الفرض الثاني (الإنجليزي المتوطن في إيطاليا):

إن القاضي الإنجليزي سيضع نفسه مكان القاضي الإيطالي الذي سيطبق قانون الجنسية وهو القانون الإنجليزي، وبما أن القانون الإيطالي يرفض الأخذ بالإحالة، وبالتالي سيطبق القانون الإنجليزي كما كان سيفعل القاضي الإيطالي لو عرض عليه النزاع.

لكن لم تسلم هذه النظرية وتعرضت للانتقادات التالية:

يفترض أن لا تطبق الإحالة المزدوجة في باقي الدول بما أنها طبقت في دولة، وإلا سيؤدي ذلك إلى أن كل قاضي سيربط الحل في النزاع على الحل الذي سيتبناه القاضي الثاني، وهكذا سيبقى النزاع دون حل مما يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة.

سيؤدي تطبيق الإحالة المزدوجة إلى إتباع المشرع الأجنبي ليصبح دور القاضي الوطني هو إتباع القانون الأجنبي¹.

ثالثاً : الإحالة بمقتضى قواعد الإسناد الاحتياطية

جاء بهذا الأساس الفقيه "Paul Lerbours pigeonnière"²، ومفاده أن القانون الأجنبي عند رفضه للاختصاص المسند إليه من قبل قاعدة الإسناد الوطنية، فوجب على القاضي الوطني أن يفصل في النزاع المشوب بعنصر أجنبي، بمقتضى قاعدة الإسناد الاحتياطية الموجودة إلى جانب قاعدة الإسناد الأصلية، التي حددت القانون الأجنبي المعين بالاختصاص.

¹ - دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 87، 88.

² - doyen honoraire de la Faculté de Droit né le (1874 - 1954).

مثال ذلك : إذا أثير نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في فرنسا أمام القاضي الفرنسي، فيرجع القاضي الفرنسي إلى قواعد الإسناد في قانونه فيجد أنها تشير باختصاص القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسية الشخص، لكن القانون الإنجليزي يرفض الاختصاص لكونه يسند الأهلية إلى قانون الموطن، وعليه يتعين على القاضي الفرنسي تطبيق قانون الموطن في هذه الحالة.

تعرضت هذه النظرية إلى النقد، ومن أهم الانتقادات التي وجهت إليها:

أنها تقوم على أساس وجود قاعدة إسناد وطنية احتياطية لا وجود لها في الحقيقة.

لم يتم التوضيح عن كيفية البحث عن قواعد الإسناد الاحتياطية في قانون القاضي¹.

رابعاً : الإحالة وفكرة الإقليمية

يقول الفقيه "Niboyet"²، صاحب هذه النظرية أن تطبيق القانون الأجنبي هو استثناء له حدود يضعها المشرع الوطني، فالأصل في القانون هو الإقليمية، فالقانون الأجنبي إذا رفض حكم علاقة معينة أسندها له المشرع الوطني تصبح "علاقة بلا وطن"، ومن ثم يجب أن تخضع السيادة الإقليمية للقانون الوطني تطبيقاً للقاعدة الأصلية وهي إقليمية القوانين³، فيكون من المنطق إذن أن تخضع العلاقة لقانون القاضي بوصفه صاحب الاختصاص الأصل بحكم جميع المنازعات التي تثور على الإقليم.

إن الفقيه "Niboyet" يتفق مع الفقيه "Paul Lerbours pigeonnère" في تطبيق قانون القاضي في حالة رفض القانون الأجنبي الاختصاص المعروض عليه بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، لكن نقطة الاختلاف تكمن في أن الفقيه "Niboyet"

¹ - زيدون بختة، المرجع السابق، ص 92، 93.

² - Jean-Paulin Niboyet, né le 29 octobre 1886 à Paris1 et mort à Paris en 1952, est un juriste français. Il a laissé une forte empreinte comme juriste français spécialiste du droit international privé.

³ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية للكتاب، د م ن، ط 9، 1986، ج 1، ص 157.

يرى بتطبيق قانون القاضي لا بتطبيق قاعدة إسناد احتياطية مفترضة كما يرى الفقيه "Lerbours pigeonnière"¹.

لم تسلم هذه النظرية وتعرضت للانتقادات التالية:

لا يمكن القول أن العلاقة أصبحت بلا وطن لمجرد أن القانون الأجنبي الذي عينته قواعد الإسناد الوطنية رفض الاختصاص، فهذه العبارة تصبح صحيحة إذا رفضت كافة التشريعات حكم العلاقة².

إن تطبيق قانون القاضي في جميع الأحوال التي يرفض فيها القانون الأجنبي الاختصاص المعروض عليه على النحو الذي أراده "Niboyet" هو أمر يتنافى مع طبيعة العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، فعلى الأقل نظرية "Lerbours pigeonnière" لا تستبعد تطبيق قانون أجنبي آخر للنزاع بمقتضى قاعدة إسناد احتياطية عند رفض القانون الأجنبي الاختصاص المسند إليه من قبل قاعدة الإسناد الأصلية³.

خامسا : الإحالة وفكرة التنسيق بين قواعد الإسناد

ويمثل هذا الاتجاه كل من الفقيهين الألماني "Leo Raape"⁴، والفرنسي "Batiffol"، فلإحالة دورا وظيفيا أو عمليا يتمثل في التنسيق بين قاعدة الإسناد الوطنية وقاعدة الإسناد الأجنبية وصولا إلى تطبيق القانون الأفضل لحكم العلاقة القانونية⁵.

¹ - هشام صادق على صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 107.

² - هشام على صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007، ص 101.

³ - هشام صادق على صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 107، 108.

⁴ - فقيه ألماني ولد سنة 14 جوان 1878، وتوفي في 7 ديسمبر 1964 في مقاطعة هامبورغ.

⁵ - دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 91.

إن العلاقة التي ينظمها القانون الدولي الخاص مرتبطة بقانون دولتين أو أكثر، حيث أن المشرع لما يضع قاعدة الإسناد في قانونه يسعى إلى تحقيق التنسيق بينها وبين قاعدة الإسناد الأجنبية، حيث أن هذا التنسيق يتم بالرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، وهذا الرجوع لا يعتبر تنازلاً عن قاعدة الإسناد الوطنية لمصلحة قاعدة الإسناد الأجنبية، لأن هذه الأخيرة عينت من قبل قاعدة الإسناد الوطنية¹ تنفيذاً لإرادة المشرع الوطني.

ويلاحظ الفقيه "Batiffol" أن فكرة التنسيق هي حقيقة ملموسة بشكل فعلي، فعند إشارة قواعد الإسناد الوطنية باختصاص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فتستشار قواعد الإسناد فيها ويتم تطبيق الإقليم الذي أشارت باختصاصه².

مثال ساقه الفقيه "Raape" سنة 1931 : سويسري متوطن بروسيا حيث تزوج هناك من ابنة أخيه السويسرية، قاعدتا الإسناد السويسرية والروسية تخضعان الشروط الموضوعية للزواج إلى قانون الموطن، ومن هذا المنطلق يعد الزواج صحيحاً حسب القانون الروسي، فلو أن نزاعاً وقع يتعلق بصحة الشروط الموضوعية لهذا الزواج أمام قاضي ألماني، ولو أن هذا الأخير لم يأخذ بالإحالة وطبق قاعدة الإسناد في قانونه التي تشير بتطبيق قانون الجنسية أي القانون السويسري في هذه الحالة، وبذلك سترتب إبطال ذلك الزواج بالرغم من صحته بالنظر إلى قواعد الإسناد السويسرية والروسية³.

المطلب الثاني : تقييد الأخذ بالإحالة

يرى أنصار الإحالة بعدم الأخذ بها بصورة مطلقة وتقييد نطاق تطبيقها في حالات معينة⁴.

1 - زيدون بخته، المرجع السابق، ص 94، 95.

2 - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 116.

3 - دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 91.

4 - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 655.

لذلك سأتطرق إلى حالات استبعاد الأخذ بالإحالة في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني سأتطرق إلى الإحالة في التشريع الجزائري.

الفرع الأول : حالات استبعاد الأخذ بالإحالة

إن حالات استبعاد الأخذ بالإحالة تتمثل في حالتين: حالة الأخذ بقانون الإرادة، وحالة إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام.

أولا : حالة الأخذ بقانون الإرادة

إذا اختار المتعاقدون قانونا أجنبيا معينا لحكم العقد الدولي المبرم بينهم، فليس للقاضي أن يأخذ بالإحالة أي بعدم استشارة قواعد الإسناد في هذا القانون الأجنبي وعدم تطبيق ما تشير به¹، بل يجب عليه أن يتجه مباشرة إلى الأحكام الموضوعية في القانون المختار ليطبقها على واقعة الدعوى.

ويرجع السبب في ذلك أن ضابط الإرادة يتنافى في ذاته مع الأخذ بالإحالة، فما دام أن المتعاقدين قد اختاروا القانون الإنجليزي مثلا لحكم العقد الدولي المبرم بينهم فلم يعد بيد قاضي الموضوع أن يستشير قواعد الإسناد في هذا القانون ويقبل بتطبيق القانون الذي تحيل إليه هذه الأخيرة، لأن في ذلك تجاهل لضابط الإرادة الذي وضعه المشرع كمعيار لاختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية².

إن المادة 18 ق م ج تنص على ما يلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد..."³.

من خلال هذه المادة يتبين أن المشرع الجزائري قد أخضع الالتزامات التعاقدية لقانون إرادة المتعاقدين، من أجل تغادي أمرين:

1 - هشام صادق على صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 116.

2 - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 655.

3 - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري.

الأمر الأول : التجاهل الواضح لضابط الإرادة الذي وضعه المشرع الجزائري لاختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

الأمر الثاني : الإخلال بتوقعات المتعاقدين.

لكن السؤال الذي يطرح: هل يمكن تطبيق الإحالة عند اتجاه إرادة المتعاقدين إلى اختيار قواعد الإسناد في القانون الأجنبي؟

إن تطبيق الإحالة عند اتجاه إرادة المتعاقدين إلى اختيار قواعد الإسناد في القانون الأجنبي يعد احتراماً لهذه الإرادة، وفي نفس الوقت يتفق وقاعدة الإسناد، ولذلك فإن خصوم الإحالة أنفسهم يتفقون مع هذا النظر.

إن قضاء الكثير من الدول قد رفض الأخذ بالإحالة في مادة العقود، ومن بينهم بريطانيا وسويسرا والنورفيج، كما أن اتفاقية لاهاي قد رفضت الأخذ بالإحالة بشأن القانون المطبق على البيوع الدولية للمنقولات، حيث جاء في المادة 2 منها أن البيع ينبغي أن يخضع للقانون الداخلي الذي اختاره المتعاقدان صراحة أو ضمناً¹.

ثانيا : حالة إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام

إذا أفرغ المتعاقدان تصرفهم في الشكل الذي يتطلبه قانون بلد الإبرام، فلا يجوز بعد ذلك التمسك ببطلان التصرف بدعوى أنه لم يستكمل الشكل الذي يتطلبه القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد في الدولة التي أبرم فيها التصرف.

إن أساس استبعاد الأخذ بالإحالة في حالة إخضاع شكل التصرف يرجع إلى الاعتبارات التي تقوم عليها هذه القاعدة، فالمشرع يهدف إلى التيسير على المتعاقدين فقد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون غير قانون الدولة التي أبرم فيها العقد.

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 120.

إن تطبيق الإحالة على هذه القاعدة فيه إهدار لها، وتجاهل للهدف الذي يهدف إليه المشرع من وراء تقريرها¹.

لكن قد يتصور العكس من ذلك أن تؤدي الرغبة في إدراك هذه الغاية إلى قبول الإحالة، وفي ضوء هذا النظر يمكن فهم الموقف الذي اتخذته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 15 يونيو 1982 والذي أخذت فيه بالإحالة من الدرجة الثانية.

إن هذا الحكم يتعلق ببطلان عقد زواج ميرم بين زوجين سوريين إسرائيليين في روما وفقا للشكل الديني اليهودي غير المعترف به في إيطاليا، حيث قبلت المحكمة بإحالة القانون الإيطالي المختص بمسائل الشكل بوصفه قانون بلد الإبرام إلى قانون جنسية الأطراف وهو القانون السوري لأنه يؤدي إلى الإقرار بصحة الزواج، والتيسير على المتعاقدين².

الفرع الثاني : الإحالة في التشريع الجزائري

في هذا الفرع سأنتقل إلى موقف المشرع الجزائري من الإحالة قبل التعديل وبعده.

أولا : موقف المشرع الجزائري من الإحالة قبل التعديل

لم ينص القانون المدني لسنة 1975 على الإحالة رفضا أو قبولا، وقد تناول شرح القانون الجزائري هذه المسألة بالتعليق³.

يرى الأستاذ "موحد إسعاد" أنه لا يوجد حل نهائي في الجزائر، وحتى في الاجتهادات القضائية لم ينظر في الموضوع، لكن يمكن الاستشهاد على المستوى

¹ - هشام على صادق، تنازع القوانين، ص 111.

² - هشام صادق على صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 117، 118.

³ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مطبعة الفسيحة، الدويرة، ط 2، 2008، ج 1، ص 124، 125.

التشريعي سوى بنص واحد هو المادة 23 ق م ج¹ التي تخص حالات التنازع الداخلية لا الدولية، وانطلاقاً من نص هذه المادة يمكن استنكار تحليل الأستاذ "Batiffol" والمثل الذي يعطيه، إذا توجب على قاضي الدعوى الجزائري، تطبيقاً لهذا النص أن يستشير القانون الداخلي الأجنبي، أي القانون الاتحادي كالقانون الفيدرالي الأمريكي لتحديد ما إذا كان القانون واجب التطبيق هو قانون فلوريدا أو كاليفورنيا، فلماذا تختلف الأمور إذا عين ذات القانون، القانون الإنجليزي أو القانون الإيطالي، طالما أن هذا الحل أو ذاك ينبع من ذات المحاكمة المنطقية. وبما أن مسائل الأحوال الشخصية تشكل الميدان المفضل للإحالة يمكن القول بذات الشيء فيما يتعلق بالبلدان التي تتمتع بمختلف قوانينها الداخلية بطبيعة طائفية، كما هو الحال في بلدان الشرق الأوسط العربية حيث يكون القانون الواجب التطبيق دينياً : سنياً، شيعياً، درزياً، كاثوليكياً، يونانياً، أرثوذكسياً.

مثال ذلك : إذا تعلق الأمر مثلاً بالحالة الشخصية لمواطن لبناني أو سوري، فإن تحديد وتطبيق القانون الدرزي أو الأرثوذكسي من قبل القاضي الجزائري ليس أسهل عليه من تحديد وتطبيق القانون الفرنسي أو الألماني المعين، بناء على إحالة قاعدة التنازع الأمريكية.

كما يرى الأستاذ "موحند إسعاد" : أنه طالما لم يتحول قانون الأحوال الشخصية إلى قانون علماني فإن اعتماد الإحالة في الجزائر يبدو مستحيلاً².

تعرض هذا الرأي للانتقادات التالية:

¹ - تنص المادة 23 ق م ج على ما يلي : "متى ظهر في الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه. إذا لم يوجد في القانون المختص نص هذا الشأن طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي".

² - موحند إسعاد، ترجمة : فائز أنجق، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 1989، ج 1، ص 207، 208.

إن الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية يوسع من مجالات تطبيق القانون الجزائري على الأجانب المتوطنين في الجزائر.

إن الأخذ بالإحالة أو عدم الأخذ بها هو موقف وطني محض لا يتوقف على إرادة الغير ولا على ملاءمة الحلول الوضعية المتوصل إليها أو عدم ملاءمتها في قانون أجنبي.

أما الأستاذ "علي علي سليمان" : يرى أن الأصل هو عدم الأخذ بالإحالة ما دام أنه لم يتعرض لها لا بالقبول ولا بالرفض، لأن الإحالة استثناء من الأصل وعلى ذلك فإذا عرض على القضاء الجزائري نزاع تخلى فيه القانون الجزائري عن حكم فيجب الرجوع إلى الأحكام الداخلية في القانون الأجنبي وتطبيقها على هذا النزاع دون الرجوع إلى قواعد الإسناد في هذا القانون الأجنبي، وبهذا قد يتعرض القاضي الجزائري إلى مصاعب إذ يترتب عليه أن يرجع إلى كل القوانين الأجنبية الداخلية خاصة بما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، وهكذا يضيق مجال تطبيق القانون الجزائري، ولو أخذ المشرع الجزائري بالإحالة لاتسع مجال تطبيق القانون الجزائري¹.

تعرض هذا الرأي إلى الانتقادات التالية:

إن المشكلة القانونية المطروحة في الإحالة أن القانون المسند إليه يرفض الاختصاص قطعيًا وأن القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية ليس مجالًا لاختيار الأطراف، وما دام أن القانون الأجنبي يرفض الاختصاص فلا ينبغي إقحامه رغم أنه نزولاً على إرادة الأفراد.

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 56.

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من الإحالة بعد التعديل

لقد أضاف المشرع الجزائري في القانون المدني مادة جديدة في التعديل الذي قام به سنة 2005¹، هي المادة 23 مكرر 1 ق م ج التي تنص على ما يلي: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري، إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص"².

يتضح من خلال هذا النص أن المبدأ في القانون الجزائري هو رفض الإحالة، والاستثناء هو الأخذ بها متى كانت من الدرجة الأولى، وعليه فإن تطبيق هذا النص يقتضي فرضين:

الفرض الأول : إذا قبل القانون الأجنبي الاختصاص المسند إليه من قبل قاعدة الإسناد الجزائرية، توجب على القاضي الجزائري تطبيق أحكامه الموضوعية.

الفرض الثاني : إذا رفض القانون الأجنبي المسند إليه الاختصاص من قبل قاعدة الإسناد الجزائرية، فالأمر هنا لا يخرج عن أحد الاحتمالين:

الاحتمال الأول : أن ترد قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص إلى القانون الجزائري، في هذه الحالة يطبق القاضي الجزائري الأحكام الموضوعية في قانونه، وبذلك يكون قد طبق الإحالة من الدرجة الأولى.

الاحتمال الثاني : أن تحيل قواعد الإسناد القانون الأجنبي الاختصاص لقانون دولة ثالثة، هنا في هذه الحالة تطبق الأحكام الداخلية لهذا القانون الأجنبي، وهذا بغض النظر عن موقفه سواء قبولا أو رفضا.

¹ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 126.

² - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري.

إن المشرع الجزائري بإضافته لهذه المادة قد وسع من مجال تطبيق القانون الجزائري، كما أنه قد وفر على القاضي الصعوبات المتعلقة بإثبات مضمون القانون الأجنبي وتطبيقه، بالإضافة إلى ذلك جنب القاضي الوقوع في دائرة مفرغة بعدم الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية¹.

في المقابل ليس في الأخذ بالإحالة تضيق لحظوظ اختصاص القانون الجزائري على الجزائريين المقيمين في الخارج، فهؤلاء يطبق عليهم القانون الجزائري طبقاً لقواعد الإسناد الجزائرية، ولكن قد يقضي قانون محل الإقامة أو الموطن بحكم آخر إذا كان ضابط الإسناد فيه مخالفاً لضابط الإسناد في القانون الجزائري².

¹ - زيدون بختة، المرجع السابق، ص 96، 97.

² - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 127.

الفصل الثاني : تطبيق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية

اختلف موقف الفقه كما اختلفت مواقف التشريعات من حيث مسألة تطبيق الإحالة في مجال الأحوال الشخصية، فمنهم أيد هذه الفكرة ومنهم من رفضها. لقد خصصت هذا الفصل لأجل دراسة مبحثين، المبحث الأول تناولت فيه الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية، أما المبحث الثاني فتناولت فيه دور الإحالة في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لحماية للنظام العام.

المبحث الأول : الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية

تضاربت المواقف حول إمكانية إعمال الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية أي في مدى انطباقها على قاعدة الإسناد المتعلقة بالحالة والأهلية¹.

إن القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنفقة والإرث والوصية، هو عادة قانون جنسية الشخص أو قانون موطنه².

لذلك في هذا المبحث سأتطرق إلى الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية بين القبول والرفض في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني سأتطرق إلى الضابط المعتمد لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية.

المطلب الأول : الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية بين القبول والرفض

خصصت هذا المطلب لأجل دراسة فرعين، حيث تناولت في الفرع الأول تأييد الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية، أما الفرع الثاني فتناولت فيه رفض الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية.

¹ - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 657.

² - عكاكشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د ط، 2001، ص 262.

الفرع الأول : تأييد الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية

هناك من الفقه من أيد الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية، كما أن هناك من التشريعات من نص على الأخذ بها.

أولا : تأييد جانب من الفقه الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية

يرى الأستاذ الألماني "فرانكشتين" : أن الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية يقتصر نطاقه على ما يلي:

الأخذ بها إذا كان النزاع مشوب بعنصر أجنبي.

قبولها إذا كانت من الدرجة الأولى، ويكون تطبيقها من قانون الجنسية إلى قانون الموطن إذا كان قانون القاضي هو قانون الموطن بالنسبة للأجنبي.

إذا كانت قواعد الإسناد في دولة القاضي تشير بتطبيق قانون أجنبي معين وكانت قواعد إسناد هذا القانون تشير بتطبيق قانون الموطن، وكان قانون القاضي هو قانون الموطن، في هذه الحالة يمكن الأخذ بالإحالة وتطبيقها إذا كانت من قانون الجنسية إلى قانون الموطن وليس العكس.

وبناء على ذلك يرى الأستاذ "فرانكشتين" بوجود إسناد أولي يقضي بوجوب تطبيق قانون الجنسية على الأجانب فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، وإسناد ثانوي يقضي بتطبيق قانون الموطن إذا أحالت عليه قواعد الإسناد في قانون جنسية الأجنبي.

إن تأييد الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية لقي العديد من الفقهاء المتأثرين به، وقوانين بعض الدول كألمانيا و اليابان، والسويد وسويسرا في بعض مسائل

الأحوال الشخصية¹، وأخذت به اتفاقية لاهاي للزواج لعام 1902، واتفاقية لاهاي الخاصة بنفاد الزواج لعام 1976².

كما أن الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية يبسر على قاضي الموضوع الفصل في النزاع خاصة إذا كانت الدولة الأجنبية التي أحالت عليها قواعد إسناده هي دولة تتعدد فيها الشرائع الداخلية سواء تعددا إقليميا أو تعددا طائفيا، إذ يتوجب على القاضي الرجوع إلى الشريعة الداخلية واستشارتها وهذا فيه مشقة عليه، أما في حالة تطبيق قاعدة الإسناد الأجنبية التي تقضي بتطبيق قانون الموطن وهو قانون القاضي، فيطبق هذا الأخير قانونه بكل يسر³.

ثانيا : أخذ بعض التشريعات بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية

ومن التشريعات التي أخذت بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية القانون الألماني لسنة 1986 حيث ورد في مادته الرابعة : "إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية فإنه يجب أن تطبق أيضا قواعد الإسناد المعينة الموجودة في قانون هذه الدولة بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية، ويجب أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني"⁴.

والقانون الدولي الخاص التشيكي لسنة 1963 حيث تنص المادة 35 منه على أنه: "إذا ما عينت نصوص القانون الدولي التشيكي أو أحالت إلى قانون دولة أخرى فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان من شأن ذلك الوصول إلى حل معقول وعادل للعلاقة محل النزاع".

1 - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 657، 658.

2 - ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص 62.

3 - بنابي سعاد، تنازع القوانين في مسألة الزواج، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، فرع : عقود ومسؤولية، جامعة "أحمد بوقرة"، كلية الحقوق، بومرداس، 2010، ص 121.

4 - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 660.

يتبين من خلال نص هذه المادة أن المشرع التشيكي أخذ بالإحالة ومن بينها الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية لكن في حدود، متى كانت تفصل في النزاع بشكل معقول، حيث ترك السلطة التقديرية لقاضي الموضوع سواء أخذ بها من الدرجة الأولى أو الثانية¹.

الفرع الثاني : رفض الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية

هناك من الفقه من رفض الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية كما أن هناك من التشريع من نص على عدم الأخذ بها في مسائل الأحوال الشخصية.

أولاً : رفض جانب من الفقه الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية

يميل بعض الفقهاء المؤيدين للإحالة إلى رفض الأخذ بها في مسائل الأحوال الشخصية، خاصة عند اختلاف الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي والقانون الأجنبي المختص، عند إحالة قواعد إسناد هذا الأخير إلى قانون القاضي ويبدو ذلك بالنسبة للبلاد التي ترتبط فيها الأحوال الشخصية بالعقائد الدينية، والتي تتعدد فيها الطوائف².

إن الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية يعني تطبيق قانون القاضي على الأجانب فيما يتعلق بحالتهم الشخصية والتي قد تكون مرتبطة بعقائدهم الدينية أين يفضل الأفراد أن تطبق عليهم أحكام ديانتهم التي يعتقونها، فلا يتصور تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على أجانب غير مسلمين³.

مثال ذلك : إذا أثير نزاع متعلق بزواج إنجليزي حيث أنه متوطن في لبنان أو مصر، في هذه الحالة فإن قاعدة الإسناد اللبنانية أو المصرية ستشير بتطبيق القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسية الشخص، فإذا طبقت الإحالة فستشير قاعدة الإسناد

1 - عكاكشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ص 295.

2 - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 658.

3 - بنايبي سعاد، المرجع السابق، ص 121.

الإنجليزية بتطبيق قانون الموطن وهو القانون اللبناني أو المصري، فإذا كان القانون اللبناني هو قانون الموطن فسيطبق القاضي على هذا الشخص الشرائع الطائفية، أما إذا كان القانون المصري هو قانون الموطن فسيطبق على هذا الشخص أحكام الشريعة الإسلامية بوصفها الشريعة العامة ذات الولاية العامة، وفي كلتا الحالتين لن يؤدي تطبيق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية إلى نتائج مقبولة.

ثانياً : رفض بعض التشريعات الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية

ومن التشريعات الراضة للإحالة في جميع المسائل ومن بينها مسائل الأحوال الشخصية:

القانون الأردني : حيث تنص المادة 28 من القانون المدني الأردني أنه: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

ومن خلال هذا النص يتبين أن المشرع الأردني رفض الأخذ بالإحالة وتطبيق الأحكام الداخلية مباشرة على النزاع المشوب بعنصر أجنبي للقانون الأجنبي دون تطبيق قواعد الإسناد فيه وهذا ينطبق أيضاً على مسائل الأحوال الشخصية¹.

كما أن القانون المصري في نص المادة 27 من القانون المدني منه، نصت على أن المشرع المصري قد رفض الأخذ بالإحالة في جميع المجالات بما في ذلك مجال الأحوال الشخصية، والقانون السوري في المادة 29 قانون مدني منه، والقانون الليبي في المادة 27 قانون مدني منه، والقانون الكويتي في المادة 72 قانون مدني منه، وهؤلاء جميعاً رفضوا الأخذ بالإحالة في جميع المسائل من بينها مسائل الأحوال الشخصية².

¹ - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 2009، ص 97.

² - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 659.

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من تطبيق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية

لم يأخذ المشرع الجزائري بالإحالة في الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 ق م ج، لكنه أخذ بها من الدرجة الأولى في الفقرة الثانية كاستثناء حيث لم يورد عليها أي تحديد بل أخذ بتطبيقها على إطلاقها، ولم ينص على عدم الأخذ بها في مجال معين، أين كان يتعين عليه عدم الأخذ بها في مجال الأحوال الشخصية لاختلاف الأسس التي تبنى عليها كل دولة.

مثال ذلك : إذا أثير نزاع متعلق بزواج إنجليزيين متوطنين في الجزائر، حيث أن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى استشارة قواعد الإسناد الجزائرية التي تقضي بتطبيق قانون الجنسية، وبالرجوع إلى قواعد الإسناد الإنجليزية نجدتها تقضي بتطبيق قانون الموطن وهو القانون الجزائري في هذه الحالة، وهذا يعني تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الأجانب غير المسلمين فيما يتعلق بالشروط الموضوعية لعقد الزواج الأمر الذي قد يتعارض مع قانونهما الشخصي الذي لا يتطلب مثل هذه الشروط¹.

المطلب الثاني

ضابط القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية

إن إسناد الاختصاص عبر معيار الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق إلى قانون يعتمد المعيار نفسه في العلاقة نفسها لا يتصور معه ظهور الإحالة، أما إذا كان يعتمد معيار الموطن فهنا يمكن ظهور هذه الأخيرة².

¹ - بنابي سعاد، المرجع السابق، ص 123.

² - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، منشورات زين الحقوقية، د م ن، ط 2، 2011، ص

الفرع الأول : المفاضلة بين قانون الموطن وقانون الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية

هناك من التشريعات من أخذت بقانون الموطن كضابط شخصي، وهناك من أخذت بقانون الجنسية.

أولاً : قانون الموطن لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية

إن قانون الموطن له مجموعة من الحجج والانتقادات لتقييمه كضابط شخصي.

1-حجج مؤيدي قانون الموطن : يستند مؤيدي الأخذ بقانون الموطن إلى عدة أسس تتمثل فيما يلي:

أ-جرى العرف على تطبيق قانون الموطن منذ أن أسندت المدرسة الإيطالية القديمة الأحوال الشخصية إليه، فهذا القانون يحقق مصلحة الفرد والغير الذين يتعاملون معه في موطنه لأنه على دراية بالقانون الذي يطبق بمكان إقامتهم، بينما يجهلون تفاصيل قانون جنسية الأجنبي.

ب-إن تطبيق قانون الموطن يساعد المهاجرين على التأقلم مع مكان إقامتهم بما في ذلك المجتمع الذي يعيشون فيه¹.

ج-من اليسير توحيد موطن الأسرة إذا اختلفت جنسية الزوجين لأن موطن الزوجة والأولاد القصر هو موطن الأب (الزوج) ، على عكس جنسيتها فمن العسير توحيدها لأن جنسية الأب (الزوج) قد لا تكون نفس جنسية الزوجة والأولاد.

د-في حالة شخص عديم الجنسية فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الموطن.

¹ - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 109.

هـ- من مصلحة القاضي أن يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لاستبعاد المشقة التي سيواجهها في البحث عنه خاصة بتعدد الدول الأجنبية، وأن يفصل في النزاع بحكم قانونه الأكثر معرفة به.

و- لو طبق قانون الجنسية على كل أجنبي خاصة في الدول التي تتواجد فيها نسبة كبيرة من الأجانب مثل الولايات المتحدة الأمريكية، فسيؤدي هذا إلى التضييق من نطاق تطبيق القانون الوطني وهذا فيه مساس بسيادة قانون الدولة في إقليمها.

ي- قد يقضي الشخص معظم حياته في موطن غير إقليم دولته نظرا لمصالح معينة، مما يجعله يرتبط به أكثر من جنسيته.

2- الانتقادات الموجهة إلى حجج مؤيدي قانون الموطن : الانتقادات الموجهة إلى قانون الموطن تتمثل فيما يلي:

أ- ليس من الضروري ارتباط الأسرة بقانون الموطن لتكون كلها خاضعة لقانون واحد فقد تختلف جنسية الأسر كما يختلف أيضا موطنها.

ب- لا يصدق القول إن قانون الموطن أصلح للمهاجرين إلا في حالة المهاجرين الذين استقروا بشكل نهائي في موطنهم الجديد كما في الولايات المتحدة الأمريكية، لكن قد لا يستقر المهاجرون في إقليم معين ويقومون بالتنقل من إقليم إلى آخر من دون استقرار، ويكون بذلك من مصلحتهم تطبيق قانون الجنسية على أحوالهم الشخصية حتى لا تتغير في حالة انتقالهم إلى موطن جديد¹.

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 58، 59.

ثانيا : قانون الجنسية الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية

إن الجنسية هي رابطة قانونية سياسية بين الفرد والدولة التي ينتمي إليها الفرد، وتصبغ عليه صفة الوطني¹، لذلك فهناك من التشريعات من أخذ بها كضابط شخصي.

1- حجج مؤيدي ضابط الجنسية : أخذت معظم التشريعات بقانون الجنسية كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، خاصة الدول العربية لأنها تغلب فيها الصفة الدينية، ويستند أنصار هذا الضابط على الأسس التالية:

أ- إن قانون الجنسية هو الأنسب لحكم الأحوال الشخصية لأنه يتبع مواطني مجتمعه أينما ذهبوا، فهو يأتي انعكاسا للقيم السائدة في الدولة حيث بوضعه يؤخذ في الحسبان الطوائف المختلفة والعقائد السائدة في المجتمع.

ب- إن قانون الجنسية أكثر ثباتا وأقل عرضة للتغيير لذلك يفضل على قانون الموطن، حيث إن تبنيه يسهم في تقادي حالات الاحتيال الذي قد يلجأ إليه الأفراد لتغيير القانون المختص وهذا بتغيير موطنهم.

د- من الأمور اليسيرة على القاضي هو تحديد جنسية الشخص بدل تحديد موطنه لاقتضاره على العنصر المادي وهو تمتع الفرد بجنسية ما، حيث يصعب على القاضي تحديد العنصر المعنوي الذي يكمن في نية الاستقرار والإقامة الواجب توافره في الموطن².

هـ- إن الأخذ بقانون الجنسية يولد في نفوس رعايا كل دولة التعلق بهذه الأخيرة، ويغرس في نفوسهم الشعور بالقوموية.

و- إن لكل دولة سفارات وقنصليات في الخارج لتهتم برعاياها هناك، حيث يحق لهم الرجوع إلى هذه السفارات لتدافع عن حقوقهم وتحميهم، بينما انصهارهم في قانون موطنهم

¹ - بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هوم، الجزائر، د ط، 2005، ص 29.

² - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 109، 110.

الجديد سيؤدي إلى انقطاع علاقتهم بهذه السفارات والقنصليات¹، والدليل على ذلك هو أن البلاد التي تعتق قانون الموطن تعطي مع ذلك لمواطنيها الحق في اللجوء إلى سفارتها وقنصلياتها في الخارج للقيام بتصرفاتهم طبقاً لقانون موطنهم، ففي هذه الحالة يكون قانون جنسيتهم هو الذي يطبق بدل قانون موطنهم².

2-الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية : من الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية، تعدد الجنسيات وانعدام الجنسية.

أ-تعدد الجنسيات : إن تعدد الجنسية هو تمتع الشخص بأكثر من جنسية في ذات الوقت، فإذا كان النزاع متعلقاً بالأحوال الشخصية فقد تتعدد مشكلة تنازع القوانين بالنسبة لمن يحمل أكثر من جنسية، إذ يتعين على القاضي المفاضلة بين أي جنسية منهما لتحديد القانون الواجب التطبيق، وينتج تعدد الجنسيات في فروض وحالات متعددة منها:

1-قد تمنح الدولة الجنسية بناء على حق الإقليم حيث أن هذا الشخص المولود على إقليم هذه الدولة له جنسية أخرى بناء على حق الدم من أباه الذي ينتمي إلى دولة أخرى تمنح الجنسية على أساس رابطة الدم مثل ما هو الحال في القانون الفرنسي الذي يعطي الجنسية لمن ولد فوق الإقليم الفرنسي، والقانون الجزائري الذي يعطي الجنسية لمن ولد من أب جزائري.

2-قد تكتسب الزوجة جنسية زوجها بالزواج دون أن يشترط قانونها أو قانون زوجها تعليق اكتساب هذه الجنسية على فقد جنسيتها الأصلية.

3-قد يبقى للأولاد القصر للمتجنس وزوجته جنسيتهم الأصلية رغم اكتساب جنسية جديدة.

1 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 57، 58.

2 - نقلاً عن : علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 58.

4- قد يتجنس الشخص بجنسية أخرى دون فقدانه لجنسيته الأصلية لانعدام نص يقضي بذلك سواء في قانون جنسيته الأصلية أو قانون جنسيته المكتسبة¹.

وبما أن هذه المسألة تستوجب من القاضي المفاضلة بين الجنسيات لحل النزاع المطروح عليه، سعت التشريعات بما فيها المشرع الجزائري إلى إيجاد حلول من خلال فرضين:

الفرض الأول : أن لا تكون جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة فيما بينها، أي تكون كل الجنسيات أجنبية ، ويجب اختيار جنسية من الجنسيات التي يتمتع بها الشخص لحل النزاع²، وهذا لبيان القانون الواجب التطبيق، في هذه الحالة يكون للقاضي حرية التفضيل لجنسية معينة من جنسيات الشخص حيث يختار القاضي قانون الجنسية الفعلية أو الواقعية فهي تستخلص من لغة الشخص وإقامته ومركز مصالحه المادية وجواز سفره ... إلخ.

إن الفصل في هذه المسألة يعد من المسائل الموضوعية التي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا عكس المسائل القانونية³.

الفرض الثاني : أن تكون من بين الجنسيات المتنازعة فيما بينها جنسية دولة القاضي، في هذا الفرض ليس هناك من تنازع جنسيات فجنسية دولة القاضي تلعب دورا حادفا بالنسبة لجنسيات الدول المتواجدة، فبتواجدها من بين الجنسيات المتنازعة فيما بينها تطبق مباشرة دون سواها، في هذه الحالة لا إمكانية لوجود المفاضلة أو الاختيار بين الجنسيات. إن قواعد الجنسية هي قواعد عامة إقليمية التطبيق ترفض فكرة التزاحم، فالمشرع الوطني هو الذي ينفرد بتحديد شروط اكتساب جنسيته أو شروط زوالها، إن

¹ - بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 215، 216.

² - جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة "أبو بكر بلقايد"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011، ص 51، 52.

³ - بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 220.

اكتساب الفرد لجنسية دولته يمنع مسبقا بالنسبة لهذا الأخير كل بحث في حالة توافر شروط جنسية دولة أخرى¹.

إن القاضي الجزائري في هذه الحالة لا يعتد بجنسية دولة أخرى بل يعتد بالجنسية الجزائرية، لخضوعه للقوانين الجزائرية التي اعتبرت الشخص الحامل للجنسية الجزائرية من الوطنيين الجزائريين، في هذه الحالة يتجاهل القاضي باقي القوانين²، وهذا ما نصت عليه المادة 22 فقرة 2 ق م ج³.

مثال ذلك : إذا أثير نزاع على القضاء الجزائري يتعلق بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج يراد إبرامه بين زوجة مصرية وزوج فرنسي جزائري، في هذه الحالة يعتد بالجنسية الجزائرية لحكم الشروط الموضوعية ما دام أن أحد الزوجين جزائري⁴، حسب المادة 13 ق م ج التي تنص على ما يلي : "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج"⁵.

ب- انعدام الجنسية : عديم الجنسية هو الشخص الذي يعتبر أجنبيا من وجهة نظر قوانين الجنسية في جميع الدول، بمعنى أنه لا يصدق عليه صفة الوطني في دولة ما⁶، فعديم الجنسية لا يتمتع بجنسية أي دولة، في هذه الحالة يوجد مركز سلبي نتيجة لانعدام

¹ - سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، ط 1، 1994، ص 273، 274.

² - بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 220.

³ - المادة 22 فقرة 2 ق م ج تنص على ما يلي: "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".

⁴ - ربحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة "أبو بكر بلقايد"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011، ص 19.

⁵ - من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري.

⁶ - نقل عن : بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 220.

صفة الوطني في أي قانون من القوانين هذا ما يؤدي إلى عدم تنازع القوانين على جنسية عديم الجنسية¹.

إن انعدام الجنسية ينتج عن أسباب متنوعة من بينها : التجريد من الجنسية على سبيل العقاب سواء بإسقاطها عن الوطني، أو سحبها من الأجنبي المتجنس ومن ذلك الميلاد لأب عديم الجنسية في دولة لا تأخذ إلا بحق الدم، أو الميلاد لأب مجهول في هذه الدولة، ومن ذلك أيضا انعدام جنسية الزوجة نتيجة لما يقضي به قانون جنسيتها من فقدها للجنسية بالزواج من أجنبي، بينما لا يعطيها قانون الزوج جنسيته ويمكن تصور نفس الفرض بالنسبة للأولاد القصر أيضا².

ولقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في نص المادة 22 ف 3 ق م ج التي جاء فيها: "وفي حالة انعدام الجنسية، يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة"

ثالثا : أساس المفاضلة بين القانونين

الواقع أن اختيار قانون الجنسية أو قانون الموطن هو مسألة نسبية يتوقف حلها على ظروف كل دولة، ولا يمكن تعميم الحكم كقاعدة عامة تسري على الدول بل هناك معايير تتقيد بها من بينها:

1- إذا كانت الدولة كثيفة السكان حيث أن نسبة صدور رعاياها إلى الخارج أعلى بكثير جدا من الأجانب الذين يهاجرون إليها مثل ألمانيا وإيطاليا فيجب عليها إسناد مسائل الأحوال الشخصية لقانون الجنسية لئلا يظل رعاياها مرتبطين بدولتهم في الخارج ارتباطا قانونيا وهذا ما قد يساعد في نشر ثقافة هذه الدولة عن طريق مواطنيها، ومن الممكن أن

¹ - غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، د د ن، د م ن، د ط، د س ن، ج 1، ص 88.

² - بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 221.

يرجعوا إلى إقليم دولتهم في نهاية المطاف بدافع الحنين إلى الوطن مع ما جمعه من ثروة.

2- في حالة تطبيق قانون الجنسية على الأجانب لا يكون هناك خطر على الدولة إذا كانت نسبتهم قليلة، وعلى العكس من ذلك إذا كان عدد سكان الدولة ذو نسبة قليلة تحتاج إلى استيراد اليد العاملة من الخارج والعنصر الغني كما هو الحال في البلاد العربية، وفي فرنسا التي تحتاج إلى عدد من العمال بها نتيجة قلة عدد السكان، فيكون من مصلحة هذه الدول أن تسند الأحوال الشخصية إلى قانون الموطن خاصة إذا كانت نسبة إصدار السكان إلى الخارج قليلة.

إن الفقيه الفرنسي "Niboyet" وهو من أنصار قانون الموطن يقترح أن تقوم الدول المماثلة لفرنسا بالتفرقة بين رعاياها والأجانب المقيمين فيها باستمرار والأجانب الموجودين فيها بصفة مؤقتة، حيث تسند قانون الجنسية كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية لكل من رعاياها والأجانب المتواجدين فيها بصفة مؤقتة عكس الأجانب المتواجدين فيها بصفة دائمة فمن المقترح إسناد أحوالهم الشخصية إلى قانون الموطن.

إن الفقيه الفرنسي "Batiffol" وهو من أنصار قانون الجنسية يرى أنه من المستحسن التوفيق بين القانونين بعدم الأخذ بأحدهما بصفة مطلقة وهذا ما أخذت به التشريعات الحديثة بالاتجاه نحوه.

وأخذت الدول التي تتخذ قانون الجنسية أساسا في مسائل الأحوال الشخصية تفصح المجال لتطبيق قانون الموطن خصوصا بالنسبة إلى عديمي الجنسية وبالنسبة إلى الأسرة المتعددة الجنسيات كما أن بلاد شمال أوروبا تتطلب لتطبيق قانون الموطن أن يستمر التوطن مدة كافية وإلا طبق قانون الجنسية، وأخذت البلاد الأنجلوسكسونية بقانون الموطن

أصلاً كما أخذ الاتحاد الاسكندنافي به كذلك بينما أخذت أغلب بلاد جنوب أوروبا وأمريكا اللاتينية والبلاد العربية بقانون الجنسية¹.

الفرع الثاني : ظهور الإحالة من خلال تنازل قانون الجنسية عن الاختصاص المسند إليه

إن قانون الجنسية يتنازل عن الاختصاص المسند إليه من خلال اعتماد القانون لمعيار الجنسية أصلاً ولكن ليس في العلاقة التي أسند إليه الاختصاص التشريعي فيها.

مثال ذلك : إذا طرح نزاع أمام قاضي مصري يتعلق بتركة مواطن فرنسي كان قد خلفها وراءه في مصر، فبحسب قواعد الإسناد المصرية يكون الاختصاص التشريعي في مسائل الميراث لحساب قانون الجنسية المتوفى أي في هذه الحالة القانون المصري، لكن بحسب قواعد الإسناد الفرنسية يكون الاختصاص التشريعي في هذه الحالة للقانون المصري بوصفه قانون موطن المتوفى.

إن قانون الجنسية في هذه الحالة قد تنازل عن الاختصاص المسند إليه لصالح قانون الموطن في مسألة الميراث بالنسبة لتصفية التركة المنقولة ولقانون الموقع بالنسبة للتركة العقارية لأن هذه الأوضاع تجتمع في القانون المصري.

لكن قد يحدث ويعتمد القانون معيار الموطن أصلاً وبخاصة في العلاقات الشخصية.

مثال ذلك : إذا طرح نزاع يتعلق بتحديد أهلية مواطن إنجليزي متوطن في مصر فبحسب قواعد الإسناد الفرنسية يكون الاختصاص لحساب قانون الجنسية وهو القانون البريطاني ولكن الأخير لا يعتمد المعيار نفسه أي لا يعتمد قانون الجنسية في مثل تلك المسائل إنما يعتمد معيار الموطن ومن ثم يكون الاختصاص للقانون المصري.

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 60.

إن القاضي الفرنسي قد أخذ بمبدأ قانون تنازل الجنسية البريطاني عن الاختصاص المسند إليه لحساب قانون الموطن وهو القانون المصري، وهنا تظهر فكرة الإحالة¹.

إن عملية التنازل سواء تمت لحساب قانون القاضي أم لحساب قانون أجنبي يصطلح عليها البعض في كل الأحوال بالإسناد الإجمالي أو المتكرر والبعض الآخر بتنازع الإسناد، والإحالة في كل الأحوال لا تتحقق إلا بقبول الاختصاص المتنازل عنه من قبل القانون المتنازل لحسابه.

إن تنازل قانون الجنسية عن الاختصاص المسند إليه يتحقق من خلال الإحالة من الدرجة الأولى أي بتنازل قانون الجنسية عن الاختصاص لصالح قانون القاضي، أو يتحقق من خلال الإحالة من الدرجة الثانية أي بتنازل قانون الجنسية عن الاختصاص إلى قانون دولة ثالثة².

المبحث الثاني

دور الإحالة في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي على مسائل الأحوال الشخصية حماية للنظام العام

خصصت هذا المبحث لدراسة مطلبين، حيث تناولت في المطلب الأول القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، أما المطلب الثاني فتناولت فيه تعارض القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية مع النظام العام.

¹ - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، ص 312، 313، 314.

² - نقلا عن : عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، ص 314.

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية

إن المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموع المواد المتعلقة بالمركز القانوني للشخص الطبيعي، معتبرا في حد ذاته وفي علاقاته العائلية¹.

الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على الحالة الفردية للشخص

إن الحالة الفردية للشخص تتمثل في حالته المدنية وأهليته.

أولا : الحالة

إن حالة الشخص الطبيعي هي مجموع الصفات التي تحدد ذاته وتحدد مركزه من أسرته وتسمى الحالة المدنية وتشمل مجموع صفاته الطبيعية، كتحديد جنسه ذكرا أو أنثى، بالغ سن الرشد أو قاصر، زوجا أو أرملًا، أبا أو ابنا، سليم القوى العقلية أو مصابا بعاقة، كما أن حالة الشخص تشمل أيضا صفته الدينية في البلاد الإسلامية هل هو مسلم أم غير مسلم².

إن قوانين البلاد العربية والدول اللاتينية تخضع الحالة إلى قانون الجنسية، أما الدول الأنجلوسكسونية وبعض دول أمريكا اللاتينية فتخضع الحالة إلى قانون الموطن³.

أخضع المشرع الجزائري الحالة إلى قانون الجنسية طبقا لنص المادة 10 ف 1 ق م ج التي تنص على ما يلي : "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"⁴.

¹ - عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هوم، الجزائر، ط 3، 2011، ج 1، ص 187.

² - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 64.

³ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 147.

⁴ - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري.

ثانيا : الأهلية

المقصود بالأهلية هنا هي أهلية الأداء لا أهلية الوجوب حيث تعرف بأنها صلاحية الشخص لاستعمال الحق¹، كما أنها قدرة الشخص وصلاحيته لتحمل الالتزامات وتبعات التصرفات القانونية التي قام بها².

لقد أسندت التشريعات العربية واللاتينية الأهلية إلى قانون الجنسية، وهذا ما تنبأه القانون المدني الجزائري طبقا لنص المادة 10 ف1 ق م ج³.

إن هناك استثناء على الفقرة الأولى من المادة 10 ق م ج نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة، وتتعلق بالتصرفات المالية إذا كان أحد الطرفين ناقص الأهلية ونقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء فلا يعتد حينها بقانون جنسيته بل بجنسية الطرف الذي تعامل معه⁴.

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على الزواج وما يتعلق به

سأطرق في هذا الفرع إلى دراسة القانون الواجب التطبيق على الزواج وما يتعلق به سواء من آثاره أو من انحلاله وآثاره.

أولا : القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره

في هذا العنصر سأطرق إلى دراسة شروط انعقاد الزواج، والآثار المترتبة عنه.

¹ - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، ص 384.

² - عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 178.

³ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 152.

⁴ - تنص الفقرة الثانية من المادة 10 ق م ج على ما يلي : "ومع ذلك، ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة".

1- القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج : الزواج عقد ينشأ بإيجاب وقبول ومهر مسمى¹، فهو يعتبر المرحلة التالية للخطبة والذي من أجله وجدت، وبوجوده تنتهي جميع آثارها²، فعقد الزواج له شروط شكلية وأخرى موضوعية ويترتب عليه آثار شخصية وأخرى مالية³.

أ- القانون الواجب التطبيق على الخطبة : للتكيف أثر بالغ الأهمية بالنسبة لمسألة الخطبة، فهذه المسألة ترجع إلى قاضي الموضوع حيث أن الفصل فيها يختلف من قاضي إلى آخر ما يؤدي إلى الاختلاف في القانون الواجب التطبيق عليها، ويوجد اتجاهين لتحديد القانون الذي يسري عليها:

اتجاه أول : اعتبرها بمثابة عقد ملزم ولا يمكن للأطراف العدول عنها وفي حالة عدول أحد الأطراف عنها يسأل على أساس المسؤولية العقدية، ومن التشريعات التي اتبعت هذا الاتجاه التشريع الألماني والإنجليزي على أساس أن العدول عن الخطبة نوع من أنواع عدم التنفيذ مما يترتب عليها آثار المسؤولية العقدية أي تسري عليها قواعد الإسناد الخاصة بالعقد⁴.

اتجاه ثان : اعتبر الخطبة من مقدمات الزواج وهو لا يضيف عليها أثرا ملزما، إذ اعتبرها وعدا بالزواج وليست بعقد أي ليست له قوة الإلزام والالتزام⁵.

¹ - عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 151.

² - محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة والزواج، دار الشهاب، الجزائر، د ط، د س ن، ج 1، ص 47.

³ - عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 151.

⁴ - درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، جامعة "مولاي الطاهر"، الجزائر، ، 2011، العدد الرابع، 237، 238.

⁵ - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة "أبو بكر بلقايد"، كلية الحقوق، تلمسان 2008، ص 5، 6.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد نص على فترة الخطبة في المادة 5 ق أ ج¹، فالمشرع الجزائري لم يحدد قاعدة إسناد متعلقة بالخطبة إذا كان أحد الخاطبين لا يحمل جنسية الآخر، في هذه الحالة ما هو القانون الواجب التطبيق هل هو قانون المخطوبة أم قانون الخاطب؟².

إن تكييف الخطبة يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع³، وذلك طبقا للمادة 9 ق م ج التي تنص على ما يلي: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه"⁴.

يتبين من خلال هذا النص أن التكييف يخضع للقانون الجزائري بوصفه قانون القاضي المطروح أمامه النزاع⁵، وعلى هذا الأساس تعتبر الخطبة طبقا لنظام القانون الجزائري وعدا فهي لا ترقى إلى درجة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من آثار عقد الزواج، لكن إذا ترتبت أفعال ضارة في حالة العدول عنها يمكن مساءلة الطرف المتسبب في الضرر على أساس المسؤولية التقصيرية، وبذلك تطبق على الخطبة قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات غير التعاقدية⁶، طبقا لنص الماد 20 ف 1 ق م ج⁷.

1 - تنص المادة 5 ق أ ج على ما يلي : "الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة. إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض. لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

2 - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 211.

3 - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، ص 9.

4 - أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005.

5 - هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2006، ص 44.

6 - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، ص 9.

7 - تنص المادة 20 فقرة 1 ق م ج على ما يلي : "يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام".

ب- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج : الشروط الموضوعية في عقد الزواج هي تلك الشروط الأساسية لقيام الرابطة الزوجية أو الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج، ويتوقف وجوده على وجودها وينعدم في حالة انعدامها.

ومن هذه الشروط في القانون الجزائري ما نصت عليه المواد 9، 9 مكرر، 25، 26، 27 من ق أ ج، ويستخلص من هذه المواد أن عقد الزواج يشتمل على الرضا والأهلية والصداق وشهود وولي، وخلو الزوجين من الموانع الشرعية، وبتوافر هذه الشروط يرتب العقد جميع آثاره القانونية¹.

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج فهناك ثلاثة اتجاهات، الاتجاه الأول: وهو إسناد هذه الشروط لقانون جنسية كل من الزوجين، وأخذ بهذا الاتجاه القوانين العربية والقانون الفرنسي والقانون الألماني والقانون البولوني والقانون التشيكوسلوفاكي. أما الاتجاه الثاني: وهو إسناد هذه الشروط لقانون موطن الزوجين ومن ذلك القانون الإنجليزي وبعض قوانين الدول الاسكندنافية. أما الاتجاه الثالث: يسندها إلى قانون محل إبرام الزواج من غير تمييز بين الشكل والموضوع، ولقد أخذ بهذا الاتجاه القانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية².

إن المشرع الجزائري قد أخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين³، وهذا طبقا للمادة 11 ق م ج التي تنص على ما يلي : " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"⁴.

لا يثور أي إشكال في تطبيق هذه المادة إذا كان الزوجان الأجنبيين من جنسية واحدة، أما إذا كان الزوجان الأجنبيين من جنسيتين مختلفتين فهنا يطرح التساؤل حول

1 - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، ص 10.

2 - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 160، 161.

3 - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 214.

4 - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري.

المقصود باصطلاح "قانون كل من الزوجين"، هل يتعلق الأمر بالشروط الموضوعية مجتمعة بالنسبة للزوجين معا؟ أم يتعلق الأمر بهذه الشروط لكل طرف على حدى؟

إن الحالة الأولى هي حالة التطبيق الجامع، أما الحالة الثانية فهي حالة التطبيق الموزع¹.

التطبيق الجامع "Application cumulative" : وهذا يعني ضرورة تحقق جميع الشروط التي يقتضيها القانونان معا²، أي يجب أن تتوفر في الزوج كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته وقانون جنسية الزوجة، وكذلك بالنسبة للزوجة يجب أن تتوفر فيها جميع الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيها وقانون جنسية الزوج³.

التطبيق الموزع "Application distributive" : أي إعلان صحة الزواج بمجرد توافر شروط صحته في أحد القانونين دون الرجوع إلى الشروط المنصوص عليها في القانون الآخر⁴، أي يكفي أن تتوفر في كل من الزوجين الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته فقط⁵.

ج- القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج : يقصد بشكل الزواج الإجراءات التي تتطلبها إظهار الإرادة إلى الخارج كمراسيم الاحتفال وتسجيل الزواج والسلطة الصالحة لإجرائه وإعلانه واعتراضات الغير عليه وحضور الشهود ومدى تأثيرهم على صحة العقد وإثباته وإثبات الزواج وغير ذلك من الأوضاع الخارجية اللازمة لانعقاده على يد موظف أو كاهن⁶.

¹ - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 215، 216.

² - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 132.

³ - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 216.

⁴ - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 132.

⁵ - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 216.

⁶ - نقلا عن : محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 135.

إن الرأي السائد فقها وقضاء هو إخضاع الشروط الشكلية في الزواج لقانون المحل طبقا لقاعدة "Locus" لكن هناك اختلاف في وجهة نظر الدول فهناك من يعتبرها قاعدة اختيارية وهناك من يعتبرها قاعدة ملزمة، فبعض الدول مثل الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا واليابان تأخذ قاعدة "Locus" على سبيل الإلزام بحيث لا يجوز تطبيق قانون آخر عليها، بينما أغلبية الدول تأخذ بهذه القاعدة على سبيل الاختيار حيث أنها تجيز إخضاع شروط الزواج الشكلية لقانون جنسية الزوجين.

إذا تم زواج ما في بلد ما حسب ما يقتضيه هذا البلد وجب اعتباره صحيحا لدى كل الدول ولو كان من بين هذه الدول من لا تعترف بصحة هذا الشكل في داخلها¹.

لقد أكدت اتفاقية لاهاي المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته المؤرخة في 14 مارس 1978 في المادة 2 منها أن الشروط الشكلية تخضع لمكان إبرامها، أي لقاعدة "Locus" والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من 1 ماي 1991، وما نصت عليه الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 24 ماي 1974².

كما أقرت بعض المعاهدات الدولية المتعددة الأطراف أو الثنائية وبعض القوانين الداخلية باختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي لإبرام الزواج في الخارج، ومن ذلك ما تقضي به اتفاقية لاهاي لسنة 1902 الخاصة بالزواج، واتفاقية فيينا المبرمة في 24 أبريل 1963³.

إن السؤال الذي يطرح يتمثل فيما إذا كان زواج معين خضع في شكله للقانون الوطني، ورفض القانون الشخصي هذا الاختصاص وأحاله إلى قانون المحل أو إلى قانون الموطن، فهل يعتبر هذا الزواج صحيحا؟

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 70، 71.

² - صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 74-75 مؤرخ في 12 يونيو 1974، يتضمن المصادقة على الاتفاقية القنصلية بين الجزائر وفرنسا، الجريدة الرسمية 1974، العدد 62، ص 834.

³ - صادقت الجزائر عليها بموجب المرسوم رقم 64-85 مؤرخ في 2 مارس 1964 يتضمن المصادقة على اتفاقية فيينا حول العلاقات القنصلية الموقعة في أبريل 1963، الجريدة الرسمية لسنة 1964، العدد 34.

الأصل أن هذا التصرف يعتبر صحيحا طبقا لقاعدة "Locus" التي تتمتع بالطابع الاختياري، وعليه يجب الاعتماد بإحالة القانون الشخصي الاختصاص إلى قانون المحل أو قانون الموطن، لكن الأستاذ "Batiffol" يرفض الأخذ بالإحالة في مجال شكل التصرفات لأنها تهدم الطابع الاختياري الذي تتميز به قاعدة "Locus"¹.

أما فيما يتعلق بالشروط الشكلية للزواج في الجزائر فقد نصت المادة 19 ق م ج على ما يلي: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"².

إن هذه المادة جاءت ضمن الأحكام المتعلقة بالعقود أين يطرح التساؤل حولها، وفي هذا الصدد وقع جدل فقهي فيما يتعلق بالمادة 20 من القانون المدني المصري التي جاء فيها: "...كما يجوز أن تخضع للقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك...". أين يرى الأستاذ "عز الدين عبد الله" أن هذه المادة ليس لها علاقة في مسألة الزواج لأنها جاءت ضمن القواعد المنظمة للعقود، بينما يرى الأستاذ "هشام على صادق" أن هذه المادة تنطبق على الزواج³.

إن المادة 95 من ق م ج المتعلقة بإبرام الزواج في شكله المحلي تنص على أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب يعتبر صحيحا إذا حرر طبقا لمكان الإبرام، وهنا منح المشرع للمواطنين الجزائريين الحق في الاختيار بين قانونهم الوطني وقانون المحل لإجراء تصرفاتهم القانونية⁴، كما نصت المادة 96 من نفس القانون على أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية، وقضت

¹ - مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة أحمد دارية، أدرار، الجزائر، 2015، عدد خاص، ص 97، 98.

² - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري.

³ - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 222، 223.

⁴ - دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، ص 15.

المادة 97 من نفس القانون في فقرتها الثانية على أن يجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية¹.

2- القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج : يترتب على عقد الزواج آثار شخصية وآثار مالية².

أ- الآثار الشخصية : هي الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين حيث نصت عليها المادتين 36، 37 من ق أ ج.

ب- الآثار المالية : فلا ترتب الشريعة الإسلامية على الزواج أي آثار مالية بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة³، أما في البلاد الغربية وفي أمريكا فتترتب على الزواج آثار مالية يعطونها أهمية كبرى، ومن بين هذه النظم : نظام الاشتراك المالي "Régime en communauté"، وبمقتضاه يشترك الزوجان في الأموال المخصصة لإشباع حاجات الأسرة، ونظام الانفصال المالي "Régime de la séparation de bien"، وبمقتضاه يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف والتمتع والإدارة بأمواله الخاصة على أن يساهم كل منهما في مصاريف الأسرة.

لقد أخضع القانون الجزائري هذه الآثار إلى قانون جنسية الزوج عند إبرام الزواج⁴،

طبقا للمادة 12 ف 1 ق م ج⁵، إلا أن هناك استثناء على هذه المادة وهي المادة 13 من نفس القانون التي تنص على ما يلي : "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد

1 - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 166.

2 - عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 158.

3 - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 226، 228.

4 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 73، 74، 75.

5 - تنص المادة 12 ف 1 ق م ج على ما يلي : "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج".

الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج¹، يتبين من هذه المادة أن آثار الزواج تخضع للقانون الجزائري إذا كانت الزوجة جزائرية والزوج أجنبي وقت إبرام الزواج، أما في حالة كون الزوج هو الجزائري فإن آثار الزواج تخضع للقانون الجزائري طبقاً للأصل².

ثانياً : القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج وآثاره

سأطرق في هذا العنصر إلى القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج وآثاره.

1- القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج : إن تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج يختلف من دولة إلى أخرى على أساس ضابط الإسناد الذي تعتمد عليه كل دولة، فمثلاً الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفييتي والدانمارك تعتمد على قانون القاضي على أساس أن حل الرابطة الزوجية يمس الآداب والنظام العام، وقانون القاضي قد يكون قانون موطن الزوجين وهو ما أخذت به القوانين الأنجلوسكسونية، وقد يكون قانون الجنسية مع اختلاف في تحديد الجنسية المعتمد بها، فعلى سبيل المثال بعض القوانين أخذت بآخر جنسية مشتركة وإلا قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج.

إن معظم القوانين العربية أخضعت مسألة حل الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج، حيث أسندت الطلاق لقانون جنسية الزوج عند النطق به، وأسندت التطلاق والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج عند رفع الدعوى، وهذا ما أخذت به كل من مصر وسوريا والعراق وليبيا والأردن والسودان والإمارات العربية المتحدة، بينما المشرع التونسي قد أخذ بالقانون الشخصي المشترك عند رفع الدعوى، وعند اختلاف الجنسية فقانون آخر مقرر مشترك للزوجين إن وجد وإلا فقانون القاضي³.

¹ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

² - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 73.

³ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 178، 179، 180.

أما المشرع الجزائري نص في المادة 12 ف 2 ق م ج على ما يلي : "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"¹.

إن المشرع الجزائري قد أسند مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى دون تمييز بين الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق والانفصال الجسماني، فقد وحد المشرع الجزائري بين ضابط الإسناد الخاص بانحلال الزواج خلافا للقوانين العربية².

إن إخضاع الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فيه ظلم للزوجة، فقد تتزوج الزوجة تحت سلطان قانون جنسية زوجها الذي لا يبيح الطلاق، ثم يتجنس الزوج بجنسية دولة يبيح قانونها الطلاق ثم يرفع دعوى بطلب الطلاق طبقا لقانون جنسيته الجديدة، فيحكم له بالطلاق طبقا لهذا القانون.

لكن هناك استثناء على المادة 12 ف 2 ق م ج وهو نص المادة 13 ق م ج³، التي تنص على أن يسري القانون الجزائري وحده على انحلال الزواج في حالة ما إذا كان أحد الأطراف جزائريا⁴.

2- القانون الواجب التطبيق على آثار انحلال الزواج : إن من الآثار المترتبة على انحلال الزواج ما يخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج، ومنها من لا يخضع له، فالنسبة إلى مدة العدة وإعادة إمكانية الزواج فتخضع إلى نص المادة 10 ق م ج، أما بالنسبة للآثار التي يخلفها الطلاق كالحضانة ونفقة المحضون لم يخصصها المشرع الجزائري بقاعدة إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، ولما كان التكييف يخضع لقانون

¹ - من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري.

² - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، ص 44.

³ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 76، 77.

⁴ - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، ص 46.

القاضي طبقا لنص المادة 9 ق م ج، وبالتالي فهي تخضع للمادة 12 ف 2 ق م ج أي تخضع لجنسية الزوج وقت رفع الدعوى¹.

ثالثا : القانون الواجب التطبيق على النسب

النسب هو الرابطة القانونية التي تربط الشخص بأصله وتولد الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما كالنفقة والحضانة، والنسب قد يكون صحيحا مترتبا على زواج صحيح، وقد يكون صنعيًا مترتبا على رابطة التبني، فالمفهوم الذي تأخذ به التشريعات للنسب يختلف بحسب اختلاف نظرة كل جماعة إليه، لذا فإن القوانين تتنازع فيما بينها².

أما المشرع الجزائري قد أخضع النسب لقانون جنسية الأب حسب المادة 13 مكرر ق م ج التي تنص على ما يلي: "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل، يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة"³.

رابعا : القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية

1-الميراث : هو التركة التي خلفها الميت وورثها غيره، فالميت مورث، والغير وارث التركة.

إن التشريعات قد اختلفت في تكييف طبيعة التركة فبعض التشريعات من اعتبرها من مسائل الأحوال العينية مثل القانون الفرنسي تأثرا بنظريات الفقيه "دار جنترية"، حيث أن الميراث المتعلق بالعقار يخضع لقانون موقع العقار، وميراث المنقول يخضع لقانون آخر موطن للمتوفى.

¹ - زيدون بختة، المرجع السابق، ص 35، 36.

² - غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، المرجع السابق، ص 108.

³ - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري.

وهناك من التشريعات التي اعتبرت الميراث من مسائل الأحوال الشخصية تأثرا بنظريات الفقيه "مانشيني" و"سافيني"¹.

ويبدو أن المشرع الجزائري قد اعتبر الميراث من مسائل الأحوال الشخصية إذ أنه متصل بنظام الأسرة²، حسب المادة 126 ق أ ج التي تنص على ما يلي: "أسباب الإرث: القرابة والزوجية"³.

أخضع المشرع الجزائري الميراث لقانون جنسية الهالك وقت موته طبقا لنص المادة 16 ف 1 ق م ج التي تنص على ما يلي: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"⁴.

إن نطاق قانون جنسية المتوفى يشمل ما يلي:

بيان الورثة والمستحقين للإرث وترتيب ونصيب كل منهم في الميراث.

شروط استحقاق الإرث والاعتداد بالموت الحكمي من عدمه، وشروط ميراث الجنين في حالة استحقاق ذلك.

تحديد حرية الوارث في قبول الإرث من عدمه في حالة التنازل عنه، مع تحديد موانع الإرث وقواعد الحجب.

تحديد الحالات التي يعين فيها مدير التركة والسلطات التي يتمتع بها⁵.

¹ - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، ص 442، 443.

² - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 251.

³ - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁴ - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري.

⁵ - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، ص 444.

2- الوصية : عرفت المادة 184 ق أ ج الوصية على أنها : "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"¹.

إن المشرع الجزائري اعتبر الوصية من مسائل الأحوال الشخصية حسب المادة 775 ق م ج، ولقد أخضعها المشرع الجزائري إلى قانون جنسية الموصي وقت موته طبقا لنص المادة 16 ف 1 ق م ج.

ومن المسائل التي تخضع لقانون الموصي وقت الإيضاء ما يلي:

الأهلية العامة للموصي وصحة الإرادة، إذ تنص المادة 186 ق أ ج على ما يلي: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر 19 سنة على الأقل".

المحل حيث جاء في المادة 196 من نفس القانون ما يلي : "الوصية، بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصي له وتعتبر عمري".

أما المسائل التي تخضع لقانون الموصي وقت وفاته ما يلي:

تحديد مدى حرية الموصي في الإيضاء، سواء من حيث القدر الجائز في الإيضاء به، أو من حيث الأشخاص الذين يجوز لهم الإيضاء²، حسب المواد: 185، 187، 188، 189 و 200 ق أ ج³.

¹ - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 266، 268، 269.

³ - تنص المادة 185 ق أ ج على ما يلي: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

وتنص المادة 187 من نفس القانون على ما يلي: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس".

وتنص المادة 188 من نفس القانون على ما يلي: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا".

وتنص المادة 189 من نفس القانون على ما يلي: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

وتنص المادة 200 من نفس القانون على ما يلي: "تصح الوصية مع اختلاف الدين".

الفرع الثالث : القانون الواجب التطبيق على الهبة

لم يضع المشرع الجزائري أحكاما خاصة بقواعد الإسناد المتعلقة بالهبة في القانون المدني الجزائري، خلافا لما جرى به العمل في قوانين الدول العربية، حيث أدرجه المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من قانون الأسرة تحت عنوان التبرعات، وهي بالتالي تدخل ضمن الأحوال الشخصية¹.

أخضع المشرع الجزائري الهبة إلى قانون جنسية الواهب طبقا لنص المادة 16 ف 2 ق م ج التي تنص على ما يلي: "ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما".

المطلب الثاني

تعارض القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية مع النظام العام

إن المشرع الجزائري قد نص على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق في حالة ما إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة حيث يطبق القانون الجزائري محله، طبقا لنص المادة 24 ق م ج².

الفرع الأول : الدفع بالنظام العام

في نزاع مشوب بعنصر أجنبي قد تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي معين من أجل الفصل في النزاع، لكن قد يكون حكم هذا القانون مخالفا للنظام العام والآداب العامة في قانون دولة القاضي³.

¹ - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 271.

² - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري.

³ - نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومه، الجزائر، د ط، 2001، ص 111.

أولاً : مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص

إن من أكثر أفكار علم تنازع القوانين غموضاً هي فكرة النظام العام لأنها ذات طابع وطني تختلف من بلد إلى آخر ومن شعب إلى آخر، وتتعلق بالمثل العليا التي تستقر في ضمير شعب كل دولة من حيث الدين والآداب والسياسة والاقتصاد وغيرها، وهذا ما يجعل النظام العام يتفاعل في العلاقات الخاصة الدولية مع النظام العام الداخلي أو القواعد الآمرة ليؤثر مضمون النظام العام الداخلي على تطبيق النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية¹.

إذا كان النظام العام في القانون الداخلي يؤدي إلى بطلان التصرف الذي يخالفه²، فإنه في القانون الدولي الخاص يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص، إذا كان تطبيقه يؤدي إلى المساس بالأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني³.

حاول كثير من الفقه إعطاء تعريف للنظام العام لكن انتقد بسبب غموضه:

فالكتاب الإنجليزي قالوا: "أنه المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسية القانون الإنجليزي أو قواعد الآداب العامة المرعية في إنجلترا أو يتعارض مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها".

إن غالبية الفقهاء يعرفونه عادة بأنه: "تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، وإحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافاً جوهرياً بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة"⁴.

1 - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، ص 334.

2 - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 163.

3 - نقلا عن : عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 163، 164.

4 - نقلا عن : نادية فضيل، المرجع السابق، ص 111، 112.

ثانيا : الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية

إن أهمية النظام العام في الرابطة الزوجية تعظم أكثر من المجالات الأخرى لأنها اجتماعية ذات أسس دينية، فالطابع الديني للزواج في قانون ما يشكل وسيلة لاستبعاد القانون المنافي له ويوسع دائرة تدخل القاضي باسم النظام العام.

ومن المسائل التي يتدخل بها القاضي باسم النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي في الشروط الموضوعية¹ :

1- سن الزواج : ألا يكون أقل من 19 سنة إلا في حالة الضرورة فيجيز القاضي الزواج أقل من السن المقررة في قانون الأسرة الجزائري حسب المادة 7 من هذا القانون²، وبالتالي إذا كان القانون الأجنبي يجيز الزواج لأقل من 19 سنة يكون مخالف للنظام العام ويرفض ضابط الحالة المدنية تحريره أو الموثق.

2- ركن الرضا : يعتبر ركنا أساسيا في عقد الزواج ففي حالة اختلاله يبطل الزواج، حسب المادة 9 من ق أ ج، فإذا كان القانون الأجنبي لا يأخذ بعين الاعتبار رضا المرأة حيث تجبر على الزواج، عن طريق الإكراه أو التدليس، فيستبعد تطبيق هذا القانون لأنه مخالف للنظام العام الجزائري³.

3- موانع الزواج : طبقا للمادة 23 ق أ ج التي تنص على ما يلي : "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة"، كما أن المواد من 24 إلى غاية 30 ق أ ج تنص على موانع النكاح، والمحرمات بالقرابة والمصاهرة... إلخ، كما أن

¹ - سنيئات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير في القانون الخاص، فرع : قانون الأسرة، جامعة "أبو بكر بلقايد"، كلية الحقوق، تلمسان، 2009، ص 91.

² - تنص المادة 7 من ق أ ج على ما يلي : " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يخصص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

³ - سنيئات عبد الله، المرجع السابق، ص 93، 94.

القانون الجزائري لا يجيز زواج المسلمة بغير المسلم¹، فهذه المواد تدخل في إطار النظام العام عند إبرام عقد الزواج ولا يجوز مخالفتها، وفي هذه الحالة يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام².

إن إجازة تطبيق شرائع أجنبية غير الشريعة الإسلامية في دولة إسلامية ليست على إطلاقها، إذ يشترط أن لا يكون في تطبيق القانون الأجنبي إضرار بالمسلمين، وأن لا يكون هناك إهمال للأحكام الإسلامية التي لا يباح الخروج عليها إطلاقاً.

إن القاضي في الدولة الإسلامية يقدر ما إذا كان هناك تصادم مع أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية من عدمه.

إن الرأي الراجح في الأئكة الفاسدة بين المسلمين مجمع على فسادها كزواج المحارم فيلزم تنفيذ حكمها بشأن غير المسلمين، إلا أنه يتعذر تنفيذها خارج الدول الإسلامية لعدم الولاية، فإذا هي واجبة التطبيق في الدول الإسلامية، لأن النكاح الفاسد زنى فلا يجوز تمكينهم من الزنى في الدول الإسلامية³.

كما يحق للقاضي الجزائري أن يقوم باستبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصاص بحكم شكل عقد الزواج، في حالة ما إذا كان مخالفاً للنظام العام طبقاً لنص المادة 24 ق م ج⁴، وعليه فإن كل عقود الزواج التي تم إبرامها خارج الجزائر تكون غير نافذة في الجزائر في حالة ما إذا كان القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق، ويكون مخالف لمقتضيات النظام العام لإبرام عقد الزواج من حيث شكلها وهذا ما يعتبر من الشكل⁵، وهذا طبقاً لنص المادة 18 ق أ ج التي تنص على ما يلي: "يتم عقد الزواج

1 - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 182.

2 - سنيئات عبد الله، المرجع السابق، ص 94، 96، 97.

3 - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2007، ص 137، 139، 140.

4 - هشام خالد، المرجع السابق، ص 54.

5 - سنيئات عبد الله، المرجع السابق، ص 98، 99.

أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون¹.

أما من ناحية الميراث فإذا كان المورث أجنبيا وقت موته فإن قانون الدولة التي ينتمي إليها، يكون هو القانون الواجب التطبيق على مشكلات ميراث تركته، إلا أنه قد يتبين أن قواعد هذا القانون تتعارض مع المبادئ والقيم التي يقوم عليها نظام مجتمع دولة القاضي، ويحدث هذا التعارض بصفة عامة إذا تضمن القانون الأجنبي أحكاما تعسفية كمنع الإرث بسبب اختلاف اللون، أو الجنس وحرمان الإناث من الإرث، أو إذا كان هذا القانون الأجنبي يجيز الميراث للوارث الذي قتل المورث عمدا، أو يجيز ميراث الابن الطبيعي من أبيه المسلم أو من أقارب الأب، أو يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم، فكل هذه الأحكام تعد مخالفة للنظام العام.

كما قد يتعارض النظام العام مع القانون الواجب التطبيق على موضوع الوصية، أو أي تصرف مضاف بعد الموت، من خلال أحكام القانون الأجنبي المخالفة لقانون دولة القاضي، مثلا في حالة منع الوصية لاختلاف الجنس أو اللون أو المعتقدات السياسية، أو في حالة استحقاق الموصى له للوصية ولو كان هو قاتل الموصي.

إن في حالة تعارض النظام العام مع القانون الواجب التطبيق على الميراث أو الوصية، أو أي مسألة من مسائل الأحوال الشخصية يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق²، لذلك فالقاضي الجزائري يستبعد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب ويطبق محله القانون الجزائري طبقا لنص المادة 24 ق م ج³.

1 - أمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

2 - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، ص 445، 454.

3 - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني : استبعاد الإحالة للقانون الأجنبي الواجب التطبيق حماية للنظام العام

إن الإحالة من الدرجة الأولى تؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي نظرا لمخالفته للنظام العام، مما تؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري طبقا لنص المادة 23 مكرر 1 ف 2 ق م ج، كما أن الإحالة من الدرجة الثانية التي لم يأخذ بها المشرع الجزائري ويطبق الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي المختص مباشرة على النزاع طبقا لنص المادة 23 مكرر 1 ف 1 ق م ج، يمكن أن تؤدي إلى استبعاد هذه القواعد الموضوعية الأجنبية في حالة ما إذا كانت مخالفة للنظام العام الجزائري.

إن الفقيه "Niboyet" كان يؤسس نظرية الإحالة على فكرة النظام العام، إذ يرى أنه في حالة إشارة قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي معين ورفض هذا الأخير الفصل في النزاع فلا يمكن ترك النزاع دون قانون يحكمه لأن فيه إنكار للعدالة مما يستوجب تطبيق قانون القاضي.

أولا : قبول الأخذ بالإحالة يؤدي إلى حماية النظام العام

تلعب الإحالة عند قبولها دورا في حماية النظام العام فمثلا بموجب أحكام المادة 12 ق م ج، لما يكون القانون الواجب التطبيق قانونا أجنبيا سواء كان قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج إذا تعلق الأمر بآثار عقد الزواج أو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى إذا تعلق الأمر بانحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني، حيث يجد القاضي الجزائري أن قاعدة الإسناد ترفض الاختصاص المخول لها وترده للقانون الجزائري، في هذه الحالة يكون القاضي الجزائري أمام الإحالة من الدرجة الأولى أين يطبق القانون الجزائري عملا بالفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 ق م ج، حيث أن القاضي الجزائري بتطبيقه للإحالة من الدرجة الأولى يكون قد تقادى الوقوع في مخالفة النظام العام الجزائري خاصة إذا تعلق الأمر بحقوق لا يمكن إنشاؤها أمام القضاء الجزائري مثلا كالانفصال الجسماني.

ثانيا : رفض الأخذ بالإحالة يؤدي إلى حماية النظام العام

كما تلعب الإحالة عند رفضها أيضا دورا في حماية النظام العام، فلما يكون الاختصاص للقانون الأجنبي، حيث أن هذا الأخير يرفض الاختصاص المسند إليه من قبل قواعد الإسناد الجزائرية، وتحيله إلى قانون دولة ثالثة غير القانون الجزائري، في هذه الحالة لا يطبق القاضي الجزائري الإحالة من الدرجة الثانية، بل سيطبق الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الجزائرية تطبيقا للفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 ق م ج، فبهذه الطريقة يتقادم القاضي الجزائري البحث في قانون أجنبي آخر قد تتعارض أحكامه مع النظام العام الجزائري¹.

¹ - ناتوري كريم، دور قواعد الإحالة في حماية النظام العام، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة "عبد الرحمان"، ميرة، بجاية، الجزائر، 2015، عدد خاص، ص 337، 344، 345.

الخاتمة

إن الإحالة تحدث بصدد تطبيق القاضي الوطني لقواعد الإسناد الأجنبية بناء على قواعد إسناده الوطنية، من أجل تحديد القانون المختص لحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، فغالبا ما تطرح مسألة الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية، وهذا لاعتماد هذه المسائل على قانون الجنسية، أو قانون الموطن.

في هذا البحث تطرقت إلى دراسة الإحالة كنظام في القانون الدولي الخاص أين تناولت فيه مفهوم الإحالة وأنواعها ونطاقها، ومن جانب آخر تناولت تطبيق الإحالة ودورها في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي على مسائل الأحوال الشخصية.

من خلال دراسة الموضوع توصلت إلى النتائج الآتية:

إن التعديل الذي مس القانون المدني الجزائري لسنة 1975 بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005، أضاف مادة جديدة هي المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني، حيث في هذه المادة صرح المشرع الجزائري برفضه الأخذ بالإحالة في الفقرة الأولى، والأخذ بها كاستثناء من القاعدة العامة في الفقرة الثانية، متى تبين أن قواعد إسناد القانون الأجنبي ترفض الاختصاص المسند إليها، وترده إلى القانون الجزائري، أي أن المشرع الجزائري قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى دون الدرجة الثانية، ولعل السبب يرجع في ذلك إلى أن المشرع يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، ولعدم الوقوع في حلقة مفرغة قد يقتضيها الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، في حالة عدم وجود دولة تقبل الفصل في النزاع.

إن التشريعات الآخذة بالإحالة لم تأخذ بها على إطلاقها بل استبعدت حالتين، الحالة الأولى هي حالة الأخذ بقانون الإرادة وهذا ما ورد النص عنه في المادة 18 من القانون المدني، أما الحالة الثانية هي حالة إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام.

إن الإحالة لا تظهر إلا في حالة التنازع السلبي للقوانين، إضافة إلى تنازل قانون الجنسية عن الاختصاص المسند إليه إلى قانون الموطن.

إن للإحالة دور في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بصفة عامة، وبصفة خاصة في مسائل الأحوال الشخصية محل الدراسة، وهذا من خلال الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى التي تعيد الاختصاص إلى القانون الوطني حماية للنظام العام.

إن رفض الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية من قبل المشرع الجزائري ربما يؤدي أيضا إلى حماية النظام العام وذلك بتطبيق الأحكام الأجنبية للقانون الأجنبي المعين من قبل قاعدة الإسناد الجزائرية مباشرة دون البحث عن قانون أجنبي آخر قد يكون مخالف للنظام العام الجزائري.

إن المشرع الجزائري من خلال هذا التعديل يكون قد وفق نسبيا وهذا من خلال إزالة الغموض الذي كان سائدا وسط الفقهاء في الأخذ بالإحالة من عدمها، بإضافته لمادة جديدة تأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى كاستثناء، كما أنه أزال الغموض من ذهن القاضي خلال فصله في نزاع مشوب بعنصر أجنبي.

التوصيات :

طبقا للتعديل الذي مس القانون المدني سنة 2005، أصبح المشرع الجزائري يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى كاستثناء، غير أنه أخذ بها على إطلاقها أي في جميع المسائل دون استثناء، وكان يفترض به عدم الأخذ بها في مسائل الأحوال الشخصية لاختلاف الأسس التي تبنى عليها كل دولة.

على المشرع الجزائري أن يأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، إذا كان مؤداها هو الفصل في النزاع، وليس الوقوع في حلقة مفرغة أو المساس بالنظام العام.

قائمة المراجع

أولاً : الكتب

أ-باللغة العربية

1. أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار قنديل، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2004.
2. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، الجزء الأول، الطبعة الثامنة، 2006.
3. إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2013.
4. بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، دون طبعة، 2005.
5. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1997.
6. دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم، الحجار، عنابة، دون طبعة، 2010.
7. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، دون طبعة، 2004، الجزء الأول.
8. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مطبعة الفسييلة، الدويرة، الطبعة الثانية، 2008، الجزء الأول.

9. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994.
10. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، دون مكان نشر، دون طبعة، دون سنة نشر.
11. سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، دون طبعة، 2002.
12. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون طبعة، 2008.
13. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون طبعة، 2007.
14. عامر محمد الكسواني، موسوعة في القانون الدولي الخاص 1، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2010.
15. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2012.
16. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، منشورات زين الحقوقية، دون مكان نشر، الطبعة الثانية، 2011.
17. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2008.
18. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية للكتاب، دون مكان نشر، الطبعة التاسعة، 1986، الجزء الأول.

19. عكاكشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون طبعة، 2007.
20. عكاكشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون طبعة، 2001.
21. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2005.
22. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011، الجزء الأول.
23. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 2013.
24. غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، دون دار نشر، دون مكان نشر، دون طبعة، دون سنة نشر، الجزء الأول.
25. محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009.
26. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، دون طبعة، دون سنة نشر.
27. محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة والزواج، دار الشهاب، الجزائر، دون طبعة، دون سنة نشر، الجزء الأول.
28. محمد وليد المصري، الوجيز في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.
29. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2005.

30. موحد إسعاد، ترجمة : فائز أنجق، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، 1989، الجزء الأول.
31. نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومه، الجزائر، دون طبعة، 2001.
32. هشام صادق على صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون طبعة، 2000.
33. هشام على صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون طبعة، 2007.
34. هشام على صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2014، الجزء الأول.
35. هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة، 2006.

ب-بالغة الفرنسية

1. Pierre mayer, vincent heuzé, droit international privé, 7 édition.

ثانيا : الرسائل والمذكرات الجامعية

1. بنابي سعاد، تنازع القوانين في مسألة الزواج، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، فرع : عقود ومسؤولية، جامعة أمجد بوقرة، كلية الحقوق، بومرداس، 2010.
2. جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بكايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011.

3. دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2008.
4. رقية وزري، الإحالة في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا في القضاء، الجزائر، 2009.
5. ربحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011.
6. زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011.
7. سنيوات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير في القانون الخاص، فرع : قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2009.

ثالثا : المقالات

1. دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله، بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2011، العدد الرابع.

رابعا : المجلات

1. مسعودي يوسف القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، جامعة أحمد دارية، أدرار، الجزائر، 2015، عدد خاص.
2. ناتوري كريم، دور قواعد الإحالة في حماية النظام العام، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان، ميرة، بجاية، الجزائر، 2015، عدد خاص.

خامسا : التشريعات

1. أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.
2. قانون رقم 11-84 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

الفهرس

شكر وتقدير

إهداء

مقدمة

- 1..... الفصل الأول : نظام الإحالة في القانون الدولي الخاص.....1
- 1..... المبحث الأول : مفهوم الإحالة وأنواعها.....1
- 2..... المطلب الأول : مفهوم الإحالة.....2
- 2..... الفرع الأول : نشأة الإحالة.....2
- 4..... الفرع الثاني : تعريف الإحالة.....4
- 6..... أولا : التنازع الإيجابي.....6
- 6..... ثانيا : التنازع السلبي.....6
- 7..... المطلب الثاني : أنواع الإحالة.....7
- 7..... الفرع الأول : الإحالة من الدرجة الأولى.....7
- 8..... الفرع الثاني : الإحالة من الدرجة الثانية.....8
- 9..... المبحث الثاني : نطاق الأخذ بالإحالة.....9
- 10..... المطلب الأول : التقييم الفقهي للإحالة.....10
- 10..... الفرع الأول : التبرير التقليدي للإحالة.....10

- أولا : حجج مؤيدي الإحالة.....10
- ثانيا : الإنتقادات الموجهة إلى حجج مؤيدي الإحالة.....14
- الفرع الثاني : التبرير الحديث للإحالة.....17
- أولا : الإحالة تفويض.....17
- ثانيا : الإحالة المزدوجة.....18
- ثالثا : الإحالة بمقتضى قواعد الإسناد الاحتياطية.....20
- رابعا : الإحالة وفكرة الإقليمية.....21
- خامسا : الإحالة وفكرة التنسيق بين قواعد الإسناد.....22
- المطلب الثاني : تقييد الأخذ بالإحالة.....22
- الفرع الأول : حالات استبعاد الأخذ بالإحالة.....23
- أولا : حالة الأخذ بقانون الإرادة.....23
- ثانيا : حالة إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام.....24
- الفرع الثاني : الإحالة في التشريع الجزائري.....25
- أولا : موقف المشرع الجزائري من الإحالة قبل التعديل.....25
- ثانيا : موقف المشرع الجزائري من الإحالة بعد التعديل.....28
- الفصل الثاني : تطبيق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية.....30
- المبحث الأول : الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية.....30

- 30.....المطلب الأول : الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية بين القبول والرفض
- 31.....الفرع الأول : تأييد الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية
- 31.....أولا : تأييد جانب من الفقه الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية
- 32.....ثانيا : أخذ بعض التشريعات بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية
- 33.....الفرع الثاني : رفض الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية
- 33.....أولا : رفض جانب من الفقه الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية
- 34.....ثانيا : رفض بعض التشريعات الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية
- الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من تطبيق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية.....
- 35.....المطلب الثاني : ضابط القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية....
- الفرع الأول : المفاضلة بين قانون الموطن وقانون الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية.....
- 36.....أولا : قانون الموطن لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية.....
- 36.....ثانيا : قانون الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية.....
- 38.....ثالثا : أساس المفاضلة بين القانونين.....
- 42.....

الفرع الثاني : ظهور الإحالة من خلال تنازل قانون الجنسية عن الاختصاص

44.....المسند إليه

المبحث الثاني : دور الإحالة في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي على مسائل الأحوال

45.....الشخصية حماية للنظام العام

46.....المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية

46.....الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على الحالة الفردية للشخص

46.....أولا : الحالة

47.....ثانيا : الأهلية

47.....الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على الزواج وما يتعلق به

47.....أولا : القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره

55.....ثانيا : القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج وآثاره

57.....ثالثا : القانون الواجب التطبيق على النسب

57.....رابعا : القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية

60.....الفرع الثالث : القانون الواجب التطبيق على الهبة

المطلب الثاني : تعارض القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية مع

60.....النظام العام

60.....الفرع الأول : الدفع بالنظام العام

- 61.....أولا : مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص
- 62.....ثانيا : الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية
- 65.....الفرع الثاني : استبعاد الإحالة للقانون الأجنبي الواجب التطبيق لحماية للنظام العام
- 65.....أولا : قبول الأخذ بالإحالة يؤدي إلى حماية النظام العام
- 66.....ثانيا : رفض الأخذ بالإحالة يؤدي إلى حماية النظام العام
- 67.....خاتمة
- 69.....قائمة المراجع
- 75.....الفهرس