جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق

إشكالات التكييف في مسائل الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر: تخصص أحوال شخصية

من إعداد الطالب: تحت إشراف الأستاذة

-رشـــيد بوالشرش - مجـــــذوب كـــــوثر

لجنة المنـــــاقشة:

-أ لعدايسية فوزي.....رئيسا

-أ مجذوب كوثر.....مشرفا و مقررا

-أ قاري علي.....مناقشا

دورة جوان 2018

الإهداء

إلى والداي الكريمين أطال الله في عمرهما و أمدهما بالصحة والعافية،أهدي ثمرة جهدي.

شكر وتقدير

من خلال هذا العمل المتواضع،أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدني ومدني بالعون بداية من الأستاذة المشرفة مجذوب كوثر،ثم الى زوجتي الكريمة ،أم تقي الدين ،والى كل أساتذة كلية الحقوق قسم الأحوال الشخصية بجامعة سكيكدة.

قائمة المختصرات

د ت ن: دون تاريخ نشر.

د د ن: دون دار نشر.

د م ن: دون مكان نشر.

ص: صفحة.

ج ر ج ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

P:Page
E:Edition
T:Tome

المقدمة

المقدمة

التكييف مسألة قانونية ومرحلة من مراحل الفصل في النزاع الذي بين أيدي القضاء، فمعرفة الشيء قبل الحكم عليه أمر ضروري، ولما كانت الأحكام والقرارات القضائية انعكاسا للتكييف وجب الإلمام بالمسألة القانونية المتنازع بشأنها فالتكييف بمثابة وضع القاطرة على السكة وبداية التقاضي، ومن هنا تبرز أهمية العملية وخطورتها في القانون بصفة عامة وفي القانون الدولي الخاص بصفة خاصة، والذي يعتبر الفضاء الفقهي الذي نشأت فيه نظرية التكييف وانتقلت من القضاء إلى الفقه، نظرا للآثار التي ترتبها العملية على الأحكام الصادرة في المنازعات المشتملة على العنصر الأجنبي، حيث يعتبر الفقه التكييف مشكلة القانون الدولي الخاص.

ولقد كان مقياس القانون الدولي الخاص منفرا للطلبة في الجامعة ،بسبب التعقيدات التي ينطوي عليها الموضوع، وبالإضافة إلى التساؤلات التي نتلقاها كطلبة قانون من طرف جاليتنا بالخارج عند عودتها إلى ارض الوطن والتي تضاعفت في السنوات الأخيرة ،خاصة المتواجدين في أوروبا وبالضبط في فرنسا (حيت كان العامل التاريخي أساس تركز الجالية بها) كل هذه الأسباب دفعتنا إلى البحث في الموضوع خاصة في الجانب الذي تكثر فيه المنازعة الدولية الخاصة وهو جانب الأحوال الشخصية ، بسبب ظاهرة الزواج المختلط الذي بدأت تظهر منازعاته في القضاء الجزائري بوثيرة متزايدة.

وأملي من هذا البحث أن أقوم بتدليل العقبات أمام الطلبة الراغبين في دراسة هذا التخصص، وذلك بطريقة مغايرة لما هو موجود في الكتب المتوفرة على رفوف الجامعة، ولما يقدم في المناهج التعليمية في هذا الفرع من القانون، وكل هذا وفق القانون الدولي الخاص الجزائري، والقوانين الأخرى، ومن تم نستخلص فلسفة المشرع الجزائري ،والحلول التي انتهجها في المنازعة الخاصة الدولية، ومن كل هذا أرجو أن أفيد

القارئ، واستفيد أنا بدوري من هذه الدراسة، رغم الصعوبات التي واجهتنا، حيث أن البحث يحتاج إلى وقت اكبر من المدة التي ألزمتنا إدارة الجامعة إتمامه فيها، لأن بعض مباحثه لم تدرس من طرف الفقه القانوني الجزائري بشكل كافي (موضوع التكييف)،وبعضها يحتاج إلى التعمق والتدقيق مثل آثار الزواج فامتزاج موضوع الأحوال الشخصية بعلاقاته المتشعبة مع العنصر الأجنبي زاد من تعقيدات الموضوع، ورغم حداثة موضوع القانون الدولي الخاص مقارنة بفروع القانون الأخرى إلا انه حظي بالكثير من الدراسة والبحث وهذا تماشيا مع التطورات التي يشهدها المجتمع الدولي على مستوى الأفراد والأنظمة من نزوح للأفراد وهجرات فردية و جماعية للأفراد ، لأسباب اقتصادية واجتماعية وزيادة حالات اللجوء بسبب الحروب والنزاعات المسلحة أدى إلى ظهور العنصر الأجنبي بقوة في المنازعات القضائية أمام المحاكم، حيث ساهمت الأوضاع الدولية الغير مستقرة بصورة غير مباشرة في الأبحاث والدراسات المنجزة في هذا الموضوع، ورغم هذا الزخم الهائل من الأبحاث إلا أن الموضوع لم يوفى قدره إذ لازالت مسالة التكييف غامضة في كثير من جوانبها، كما ان النظريات الفقهية مازالت متضاربة بشأنها، رغم اتفاق الفقه القانوني على اعتبار التكييف جوهر القانون الدولي الخاص ومادته الأساسية، إلا انه لا الفقه ولا القضاء استقر على حل واحد؟

ومن هنا نتساءل هل استطاع المشرع الجزائري تجاوز إشكالات التكييف في المنازعات ذات الطابع الدولي ؟

ويقودنا هذا التساؤل الى إي مدى يمكن الاعتماد على الحلول التي وضعها الفقه القانوني وهل يمكن اعتبار بعضها تهديدا للمبادئ الاجتماعية التي نشـــأت عليها الدول؟

وللإجابة عن تساؤلاتنا هذه استخدمنا في دراستنا المنهج التحليلي ،تماشيا مع متطلبات الموضوع معتمدين في دراستنا على تحليل النصوص القانونية الجزائرية والاستعانة أحيانا بالمنهج المقارن كلما دعت الضرورة إليه فقمنا بتقسيم البحث كالآتي:

الفصل الأول: ماهية التكييف.

الفصل الثاني: مظاهر إشكالات التكييف في مسائل الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص الجزائري.

الفصل الأول

ماهية التكييف

الفصل الأول: ماهية التكييف

مقدمة الفصل الأول

يبدو مفهوم "التكييف" بسيطا نظرا لشيوع المصطلح وتداوله في مختلف العلوم القانونية وغير القـــانونية بمفاهيم متقـــاربة، غير إن الأمر ليس بالسهولة والبساطة الـــــتي قد تبدو للبعض وخاصة في القـانون الدولي الخاص،فبالإضافة إلى الصعوبات التي تكتنف العملية في فروع القـانون الأخرى فان العنصر الأجنبي في القانون الدولي الخاص يزيد من تعقيداته ،ولذلك فان مـــوضوع إشكالات التكييف في مسائل الأحوال الشخصية فـي القـــانون الـدولي الخـاص يعـــــكس الصـعوبات التـي تكتسـي عمليـة التكييـف،نظرا لتشـعب العلاقـات الخـــــاصة الدولية،وصـعوبة حصـرها وتصـنيفها فـي طوائف موحدة لدى المجتمع الدولي ،الذي تبقى الثقافة والعادات الاجتماعية والدين عوامل مؤثرة في نظرة المشرع عند وضعه لقواعد الإسناد .ورغـم ذلك فان التطور القـــانوني والجهود الدولية المبذولة في إطـــار المساعي الحميدة ،من أجل تحـقيق العدالة بين مواطني الدول دون اعتبار لجنسيتهم فقد ظهرت الكثير من الأعمال في مجال التشريع أو في الفقه القـانوني،وكما هو معلوم فان البحث في موضوع تنـــازع القوانين يؤدي بنا حتما إلى البحث في تنازع التكييف، وكذلك البحث في موضوع التكييف ،ولقد كان القضـــاء يقوم بالعملية دون أن يبحث الموضوع أو يشير إلى تعدد جوانبه إذ يعتبر التكييف مشكلة القـــــانون الدولي الخاص، وعلى هذا الأساس تستدعي دراسة موضوع التكييف التطرق لمفهوم التكييف (مبحث أول) و دراسة النظريات التي تناولته (مبحث ثاني).

المبحث الأول: مفهوم التكييف.

تناول الفقه في القـــانون الدولي الخاص موضوع التكييف بكثرة ،وقد أجمع على مدى صعوبة الموضوع حيث مازال حتى يومنا هذا يقدم آراء واقتراحات للخروج من إشـكالات التكييـف فـي هـذا الفـرع مـن القـــانون،ولقد رأينـا أن نطْـرُق الموضـوع بتـــدرج،بداية من تعريف التكييف ،إلى استخلاص خصائصه وتحديد طبيعته في القانون الدولي الخاص.

المطلب الأول: التعريف بالتكييف.

تقتضي عملية التعريف بالتكييف، التطرق الى التعريف اللغوي ثم الاصطلاحي ، مع ابراز الخصائص (فرع أول)،ثم طبيعة محل عملية التكييف ومراحلها (فرع ثاني)

الفرع الأول: تعريف التكييف وخصائصه.

حتـــى نقف علـى حقيقة عمـــلية التكييف نتطرق فـي هدا الفرع إلـى مختلف التعـاريف التي جاء بها الفقه و التعريف اللغوي (أولا) ،ثم نبرز خصائصه (ثانيا).

أولا: تعريفه.

قبل أن نورد مختلف التعـــاريف التـي جاء بهـا الفقه لضبط مصطلح التكييف ،نتطرق إلى المعنى اللغوي أولا.

أ-تعريفه لغة:

جاء فـي معجم اللغة العربة المعـــاصرة:تَكَيّفَ الشيء صار على حالة وصفة معينة . وكَيّفَ الشيء أي أحدث فيه تغييرا يؤدي إلى انسجامه مع شيء أخر لا يتغير.[1]

ب- تعريفه اصطلاحا:

يطلق الفقه الإسلامي على عملية التكييف مصطلح التوصيف أو توصيف الأقضية وأستعمل التوصيف في الفتوى والقضاء ،وقد عرف بأنه ***"تطبيق أوصاف الحكم على مقابلها من الواقعة القضائية بعد اكتمال المرافعة[1]***

[1]- أحمد مختار عمر بمساعدة فريق عمل،معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1،عالم الكتب، القاهرة مصر، 2008، ص1978.

عرفه الأستاذ عبد الكريم سلامة :"***عملية فنية تستهدف تحديـــد الطبيعة أو الوصف القانوني للمـــسالة التي تثيرها وقائع المنازعة ذات العنصر الأجنبي ،ذلك بغية إدراجها في طائفة معينة من طوائف العلاقات القانونية التي وضع لها القانون قاعدة تنازع***[2]"

التكيف في القـانون الدولـي الخـاص كمـا عرفه الفقـهاء **هـو تحديد طبيعة المسـألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية لكي يسند حكمها إلى قانون معين**" [3]

وقد عرفه أعراب بلقاسم: ***«تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في إحدى الفئات القانونية التي خصها بها المشرع"*** [4]

وعرفه عليوش قربوع كمال: ***«هو تحديد الطبيعة القانونية لواقعة او تصرف ،لتحديد القانون الواجب التطبيق وشروط تطبيقه".*** [5]

وقد عرفه الدكتور بلمامي عمر: ***«خطوة أولـــية في تشخيص الـــنزاع،وبمعنى أدق فالتكييف ما هو إلا تفسير لقاعدة التنازع"*** [6]

كمـا عرفه محمد وليد المصري : ***"العملـــية الذهنية التـي يقوم بها القاضـي لتحديـد الطبيعة القانونية للمسألة القـــانونية المحتوية علـى عنصر أجنبـي بهدف إدراجها ضمن واحدة من الطوائف القـــانونية المعروفة لديه بغية التوصل إلـى قاعدة الإسناد وتطبيقها عليها بحثا عن القانون الواجب التطبيق"*** [7]

---

[2]–عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية،الجزء 1،ط2،دار فرحون،المملكة العربية السعودية،2013،ص50،51.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين،دار النهضة العربية ، مصر،2008،ص376.

[2]– علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري،ط5،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2008،ص41.

[4]– بلقاسم أعراب ،القانون الدولي الخاص الجزائري،الجزء الأول تنازع القوانين،ط12،دارهومة، الجزائر،2011،ص75.

[4]– كمال عليوش قربوع ،القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين ،الجزء الأول،ط2،دار هومة ،الجزائر، 2007،ص93.

[6]– عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر،نظرية التكييف ،دار هومة ،الجزائر،2008،ص147.

[6]– محمد وليد المصري الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص،دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي،ط 1 ،دار الثقافة،عمان الأردن،2009،ص75

وعرفها سفير خليل"***عمليـــــة تفصل فـي تضارب القوانين لتحديد الطبيعة الـــقانونية الدقيقة للمسألة محل النزاع***"[1]

ثانيا: خصائص التكييف.

للتكييف خصائصه التي تميزه عن بقية الأعمال القـــانونية والقضائية سوءا كان في القانون الدولي الخاص أو في فروع القانون الأخرى.

أ-التكييف عملية أولية.

قبل الوصول إلى الحكم في النزاع المثار أمام القاضي،عدة أشواط أساسية تمر بها المسألة القانونية ،فالتكيف والإسناد والإحالة والتفويض ،هي سلسلة إعمال قضائية في مجال تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص ،والتسلسل الزمني لهذه العناصر،شرط من شروط سلامة الحكم الصادر ،إذ لا يمكن إعمال الإحالة قبل الإسناد،ولا الإسناد قبل التكييف الذي يبقى بمثابة القاطرة التي تجر باقي الأعمال والموجه لها وكذلك فان القاضي يشتغل ذهنيا بالمسألة القانونية ،دون يشعر أو يقصدها في أغلب الأحيان تبعا لأعماله الروتينية ،حتى وأن قصدها بعد ذلك تكون فكرة ما حول تكييف المســـألة قد تخمرت أو أشرفت على الانتهاء ولو لم يوفق في الوصف الصحيح،فإنه سيعيد تحليل الوقائع وإسقاط القانون عليها.[2]

ب-التكييف مسألة قانونية.

التكييف بصفته عملية قـــانونية يقوم بها القاضي، هل يخضع لرقابة محكمة النقض؟

لما يكون القاضي بصدد البت في النزاع فانه يبدأ العملية بالتكييف ،حيث يحلل القاضـــي معطيات المسألة،تم يقوم بإسقاط الأحكام وبعدها إعطاء المسألة الوصف القانوني المناسب وفي حالة أخطا القاضي في إدراج المسألة في الفئة المسندة المناسبة ،بان أدرج ما هو من قبيل الأهلية في طائفة الشروط الموضوعية للزواج،أو أدخل النفقة في مابين الأقارب فـي طائفة أثار الزواج فان الحكم يكون قابل للطعن بالنقض،

[1]-Sfeir khalil A,droit inter national privé comparé,t1,S ader éditeurs,Beyrouth ,Liban,2005.

[2]- أحمد عبد الكريم سلامة،المرجع السابق،ص384.

لان الخطـأ فـي التكيـيف هـو خـطأ فـي القـانون ،وقاعـدة الإسـناد هـي قــاعدة وطنيـة، وضعها المشرع الوطني ،والخطأ في تطبيقها يكون وجها للطعن بالنقض، وان كان الفقه القـانوني متفق على وجاهة الطعن بالنقض بسبب الخطأ في التكييف[1] فانه ليس كذلك في تفسير القـانون الأجنبـي بصـورة مشـوهة، خــاصة إذا طبـق قاعـدة التنـازع بشكل سلــيم، وقـد قضـت محــكمة النـقض الفرنسـية بعـدم إخضـاع تفـسير القــانون الأجنبـي لرقابتهـا لاقتصـار رقــابتها عــلى توحيـد الأحكـام القانونيـة الداخــلية ،منــعا للتعــارض بـين المحــاكم ،ورقابة المـحكمة العليا على تطبيق القــانون الأجنبي يؤدي إلــى خروجها عن الـدور المنـوط بهـا وهـو توحيـد الأحكـام الوطنيـة ،خــاصة وان كـان تفسـيرها لهــذا القــانون مختلـف عـن تفسير الدولـة التـي ينتسـب إليهـا، وقـد قدمت تبريـرا ت لموقـف محكــمة النـقض الفرنسـية الــرافضة للبسـط الرقابـة علـى تفسير القـانون الأجنبـي كـون الأحكام الصـادرة عنها سواء كـانت متوافقة مع الأحكــام الأجنبية أم لا فإنها تـؤدي إلـى الإخــلال بالوظــيفة الرقابيـة لهـا ،فـان وافــق قرارهـا القرار الأجنبـي ،قـد يـؤدي ذلـك إلـى تعارض قراراتها بسب التقليد ،وان خالف قرارها القرار الأجنبي ،قد ينال ذلك من هيبتها.[2]

[1] –"....والقاضي في قيامه بتكييف العقد يخضع لرقابة محكمة النقض إذ أننا بصدد مسالة قانونية،لأنه يترتب على هذا التكييف أثاره القانونية.إذ انه يطبق القانون على الواقع،وتطبيق القانون يعد من المسائل القانونية.والتكييف دائما مسالة قانونية في فروع القانون المختلفة"، انظر :محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة ،،ط4،دار الهدى،الجزائر ،2009 ،ص292".

[2]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص139–140.

ج- عمل قضائي بحث.

حيـث يقـوم القاضـــي بتكييـف الوقـائع والتصـرفات بمقارنتهـــا مـع النصـوص التشريعـــية ومن تم إعطاء الوصف القانوني المناسب الذي يراه ملائما للمسالة،[1]ويجب التمييز بين عمل المشرع في وضـع الوصف القانوني وصياغته في النصوص التشريعية ،وبين عمل القاضـي الذي يقوم بإسقاط النص على المسالة محل النزاع،كم يجب التمييز بين الوصف الذي يدعيه المتقاضيان وتكـييف القـاضي،فهل يتقيد القاضي بقاعدة التنازع أم تكيـيف أطراف الدعوى ؟

القــاضي لا يتقيد إلا بقاعدة الإسناد ،وكـل وصـف يضعه الأطـراف ولا يتوافـق مـع قاعدة الإسناد فالقاضي لا يتقيد به فالهبة لا يمكن وصفها بأنها بيع حتى وان تمسك بها كـل من الواهب والموهوب لـه، والعقد الذي وضـع المتعاقدان شروطه،ثم سميـاه ،لا يلتزم القـاضي إلا بأحكام النص القانوني.[2]

د- محل لتنازع القوانين.

لا بـد وان يشـتمل النـزاع علـى عنصـر أجنبـي حتـى تـدخل المسـالة تحـث أحكـام القـانون الدولي الخاص ،وهذا العنـصر الأجنـبي ينازع قـــانون القـاضي الاختصاص، كما ينازعــه التكييف ،ففي ميراث المالطي***"نصيب الزوج المحتـاج*** " هو تكـييف وفق القانون المـــالطي ويكيف***"ميراث***" في القانون الفرنسي ولكن يأخذ احدهما صورة التكييف وفقا لقـانون القاضـي و يأخذ الثاني صورة التفسير وفقا للقانون الأجنبي،[3] ونظرا لكون العلاقة مشتملة عـلى عنصر أجنبي ،فان التكييف يمكن أن يكون محل تنازع بين قانون القاضـي والقـانون الأجنبـي الواجب التطبيق ،ولكن اغلب التشريعات أخضـعت التكييف الأولـي لقـــانون القاضـــي لعـدت اعتبـــارات كمـا سـنتطرق لهـا لاحـقا فـي المبـــحث الثاني،فصفة التنـــازع الـدولي نطاقها القـــانون الدولـــي الخاص،كما أن القوانين بصفة

---

[1]- بلقاسم أعراب،المرجع السابق،ص82.

[2]- "...متى كان التكييف خاطئا عن جهل أو عن عمد لا يقيد القاضي إذ هو وحده الملزم بإعمال القانون وتطبيقه تطبيقا صحيحا في حدود الوقائع الثابتة لديه."، انظر: محمد صبري السعدي،المرجع السابق،ص ص290-291.

[3]- عمر بلمامي،المرجع السابق،ص138.

عـامة تقوم على مبدأ الإقليمية على عكس القـــانون الـدولي الخاص فـي مجـال الأحوال الشخصية.

هـ- يهدف التكييف إلى إسناد النزاع إلى القانون الواجب التطبيق.

يهدف القاضـي بتكييفه للمسالة محل التنـازع إلـى وضـعها فـي فئـة قانونيـة ،حتـى يمكنه إسنادها إلى القانون الواجب التطبيق الذي قد يكون القانون الأجنبي،فالمدعي برفعه للدعوى أمام القضاء الوطني أو الأجنبي فهو يبتغي من وراءها تحـقيق طلباته بالفصـل في الدعوى وكذلك يفعل المدعى عليه في الدفاع عن ادعاءاته،فكلاهما يبتغي الحـل غير أن الـقاضي فـي المنازعـة المشتملة علـى عنصر أجنبـي يعتبر الحكم هدف بعيد نسبيا إذ لديه هدف اقرب وهو معرفة القـانون الـذي يحكم العلاقة ويأتي الـحكم بحسـب الـقواعد الموضـوعية للقـانون الواجـب التطبـيق الـذي تعـرف عليـه بعـد تكييـف المسـالة،وتعد هـذه الخاصية أهم ميزة يخـتص بها التكييف في القانون الدولي الخاص عن التكييف في فروع القانون الأخرى.[1]

و- عملية عسيرة.

الـدول لهـا مطـلق الحريـة فـي صـياغة قوانينهـا مـن منطلـق ممارسـة السيادة، فهـي تشرع لمواطنيها وفق ما تراه مناسبا ،وتعطـي التكييفات وفق قوانينها الوطنية و التي تتـلاءم مــع الأعراف و المعتـقدات والعــادات والتقـاليد السـائدة لديـها، والتــي تخــتلف مـن دولـــة لأخرى،فتكـون عمليـة التكـييف أكثـر صـعوبة وتعقيـد إذا امتزجــت المســألة القـانونية بعنصـر أجنبي ،[2]فالمسالة التي أدرجت في طائفة الأحوال الشخصية قد يضمها الـبعض إلــى نظـــام العقـود، والتــي يصــفها البــعض بالشـكلية يضــعها الــبعض فــي الشــروط الموضـوعية،كما أن الـدول تسـعى لبسـط تشـريعاتها علـى إقليمهـا عمـلا بمبـدأ إقليمية القوانــين وعلى مواطنيها من مبــدأ شخصية القوانين عملا بمبدأ السيادة ،وإعمال المبـدأين هـو مكــمن الصــعوبة ،إذ لا يتــسع احـدهما ويتمـدد إلا علـى حسـاب الأخـر فالدولة إذا كان لها كامل الحرية في بسط قـانونها داخـل إقليمها على مواطنـيهـا أو

[1]- كمال عليوش قربوع، المرجع السابق،ص24.

[2]- خالد هشام، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، دراسة مقارنة، د د ن، د م ن،2006،ص ص544-545.

الأجانب فـليس لـها ذلك على إقلـيم دولـة أخرى حـتى عـلى مواطنيها وان كانت تخضـع العلاقات التي يكون احد الأطراف من مواطنيها على سفاراتـها والقنصليات فإنها تصطدم بمدى اعتراف الدولة المضيفة بأحكامها.[1]

الفرع الثاني: محل التكييف ومراحله.

طبيعـة موضـوع التكيـف هـو المحـل الـذي يخضـع للعمليـة الذهنيـة التـي يقـوم بهـا القاضـي المعـروض أمامـه النـزاع المشـتمل علـى عنصـر أجنبـي، فهـل يخضـع العلاقـة أم يخضـع الأفعـال أو يخضـع المراكـز القانونيـة، ومـن جهـة أخـرى فـان عمليـة التكييـف تمـر بمراحل متسلسلة.

أولا:طبيعة محل التكييف.

اختلـف الفقـه فـي تحديـد طبيعـة موضـوع النـزاع غيـر انـه يمكـن حصـر هـذه الاتجاهـــات الفقــهية المتضـاربة فـي اتجـــاهين رئيسيين،اتجـاه يـرى بإخضـاع العـلاقات القانونيــة للتـكييف واتجاه ثاني يرى بإخضـاع الوقائع والمراكز القانونية،

أ:محل التكييف هو العلاقة القانونية أوالنظام القانوني.

ومـن أشـهر اللـذين قـالوا بإخضـاع العلاقـات القانونيـة للتكييـف، كـل مـن الفقيـه الألمـــاني كـــاهن ،والفقيـه الفرنســي بـارتن،ويقول بـارتن فـي هـذا الشـأن :***إن تكـــــييف الادعاء محل النزاع وتكييف الحقوق والنظم يشكل*** **علاقة قانونية ما**"[2] ،فالوقائع المادية لا يمكن أن تكون بحال من الأحوال موضوع للتكييف

ويطـلق بعـض الفقـــه علـى هذه العـــلاقات القـــانونية مصطـــلح "**الوضعـــية القانونـــية الملموسة**"[3]،ويميز ***بـــارتن*** بين الحـقوق الشخصية الـــتي قد تعني الادعاء والنظم التي تعني العلاقات القانونية المجردة الموصوفة بقواعد قانونية،

[1]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص41.

[2]– عمر بلمامي،المرجع السابق،ص159.

[3]– المرجع نفسه،ص159.

ومهما كان المصطلح الذي أطلقه الفقه في هذا الاتجاه فان مسألة تحديد موضوع التكييف لم تتم بصفة نهائية وباتة لغـــموض هذه العلاقة ،وحتى النظم التي يراها بارتن كحل جـــاهز والتـــي تكون مجهولة للقاضـي ،ليست كذلك ،فهي لا تعطي تفسير لطبيعة العلاقة وفق تكوين القـاضي وقانونه الوطني وينتقد الأستاذ ريجو هذا الطـرح من هذا المـنطلق بالسؤال "***عن نصيب الزوج المحتاج***" في القانون المـالطي والذي يراه كقاعدة قانونية تطبق على النزاع[1]

ب: محل التكييف هو الواقعة أو المركز القانوني.

الواقعة القانونية هي كل فعل مـادي رتـب عليه القانون أثرا قانونيا،فالزواج يرتب أثر النفقة،والطـلاق يرتب انحلال العلاقة وما يتبعها من أثار وواقعة المـوت ترتـب أثرا وهـــو الميـراث،كما يرتب العقد الـتزامات،وهـذه الوقـائع الـقانونية هي التي يخضعها بعض الفقــه للتكييف.

أمـا المـركز القـانوني هـي الحـال التـي يكون علـيها الشـخص فـي نظـر القـانون أو الصـفة القانونية كان يكون مدعى عليه أو مدعي. موضوع التكييف حسب هذا الاتجاه هو الواقعة أو المركز الواقعي، فتوصيف الواقعة بإدخالها في فئة مسندة تتم بذلك عملية التكييـف القـانوني،ويرى الأستاذ عبـد الكـريم سـلامة ،بـان وعـــاء التكييـف هـو الواقـع والمسألة التي تثيرها الوقائع.[2]

ويـرى بعـض الفقـه انـه أولا يجـب تحـــديد معنـى الواقعـة،بحيث يـرى بشـمول الواقعـة القـــانونية للعمل القانوني بالإضـافة إلـى اتجاه الإرادة لإحداث اثر ،فكل ما يرتب القانون عـليه أثرا يعتبـر واقعـة قـــانونية،وتظهر الواقعـة القانونيـة فـي صـورتين، فـي صـورة الفعل المـــادي مثـل الحـــيازة الماديـة والعـمل القـانوني فـي صـورة إبـرام عقد بيـع ففي وصـية الهولندي "***الوصية***" "واقـــعة لو بحث القضاء الفرنسي الواقعة لطبق القـانون الهولندي باعتباره قانون جنسية الموصي ،وليس شكل الوصية وتطبيق القانون الذي يحكـم الشكل ،قانون بلد الإبرام وهذا انطلاقا من التساؤل عن ***إجراء كـتابة الوصية فـي الشـــكل***

[1]– كمال عليوش قربوع ،المرجع السابق ص131.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق،ص... ص370...372.

العرفـي أهـي مـن الشـكل أم متعلقـة بالأهليـة باعتبـار المنـع الـوارد فـي القـــانون الهولندي،وعليه فان القضية قابلها ثلاث طوائف وهي ،الوصية ،والأهلية،والشكل." [1]

ثانيا: مراحل عملية التكييف.

من خـــلال التعاريف التي ساقها الفقه يمكن استخلاص المراحـل التي تمر بها عملية التكييف،والتي تتمثل في ثلاثة مراحل أساسية وهي على الترتيب:

-تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين.

- وضع المسألة في فئة مسندة مناسبة.

- الوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق.[2]

أ- ***تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين.***

لمـا يـــعرض الـــنزاع علـى القـــاضي وترفـع أمـــامه الـــدعوى ينظـر القاضـي فـي ادعاءات الخصوم وممثليهم،والتي تعـطي وصفا للمســألة التي تتــقاطع مع طلباتهم في الفـكرة المــراد توضـيحها للقاضـي،والتي تتعقد بـاختلاف الوصـف الـذي يدعيـه الخصـوم بسبب الاختـلاف في القانون الذي اعتمد عليه كل من الخصوم وقد يكون احد القانونين قـانون القاضـي،وهنا تـكمن صـعوبة تحديـد طبيعـة المسـألة النــاشئة عـن اخـتلاف الفهـم الـذي أدى إلـى اخـتلاف التـــعريف للمسألة،والقاضـي هنـا لـم يصـل بعـد لـتفحص قواعـد الإسناد،لأنه بصدد تحديد معالم المســألة ،وشروطها الجوهرية انطلاقا من تكوينـه وثقافتـه، إذا وفق في توصـــيف الـعلاقة القـانونية إذا اخذ القاضـي بالحل الذي اعتمده بارتن وهو الأنسب له يكون قد تخطى أصعب المراحل التي تمر بها عملية التكييف.[3]

---

[1]- ايناس محمد البهجي ويوسف المصري،دراسات في القانون الدولي الخاص،ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية ،القاهرة،مصر ، ،2013،ص ص62-63.

[2]- عمر بلمامي،المرجع السابق،ص154.

[3]- المرجع نفسه،ص154.

ب- وضع المسالة في فئة قانونية مسندة.

بعد تحديد طبيعة المسألة القانونية ،بحيث يحدد القاضي إذا كانت متعلقة بالميراث،أو بالنفقة،أو بمهر الزوجة،نظر في قواعد الإسناد المطابقة لطبيعة موضوع المسألة،وهنا تسهل العملية اذ تشير قواعد الإسناد إلى طائفة من المسائل،تكون إحداها موضوع النزاع المذي ينظر فيه القاضي .

ج-الوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق.

هل تنتهي عملية التكييف بمجرد اتصال القانون الواجب التطبيق بعلم القاضي أم يجب التصريح بذلك ؟

بمجرد إدراج المسألة محل النزاع في فئة قانونية مسندة ،يشير ضابط الإسناد إلى القانون الواجب التطبيق،فبمجرد قراءته لقاعدة الإسناد يعرف القاضي ويعلم بالقانون الواجب التطبيق،وهنا تنتهي عملية التكييف،وتبدأ عملية الإسناد،وهي المرحلة الثانية لحل النزاع.[1]

المطلب الثاني: صور التكييف و تمييزه عن التكييف في القانون الداخلي.

التكييف عملية مبدئية في كل فروع القانون فعندما نكون بصدد التكييف في القانون الدولي الخاص فنحن نعتمد على قاعدة إسناد من وضع المشرع الوطني وإذ ما أشارت قاعدة الإسناد إلى القانون الأجنبي بوصفه واجب التطبيق نجد انه يعطي وصفا أخر للمسألة وهذا ما جعل بارتن يفرق بين التكييف الأولي والتكييف الثانوي،ويميز البعض بين التكييف البسيط والتكييف المركب،(فرع أول)ومن جهة أخرى يتمايز التكييف في القانون الدولي الخاص عن التكييف في فروع القانون الأخرى (فرع ثاني)،حيث أن للقانون المدني تكييفه وللقانون الجنائي تكييفه وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الإداري.

[1]- عمر بلمامي،المرجع السابق،ص155.

الفرع الأول:صور التكييف.

للتكييف في القـــانون الدولي الخاص،ونظرا لتشعب العلاقات صور متعددة ،إذ نتيجة لوجود قانونين متنـــازعين يكون لكل منهما تكييفه الخاص،التكييف الأولي والتكييف الثانوي (اولا)، كما انه قد يظهر التكييف في صورة معقدة(التكييف المركب)وقد يكون بسيط(ثانيا).

أولا: التكييف الأولي والتكييف الثانوي.

سواء اتفقا قـــانون القاضي والقانون الأجنبي على نفس التكييف بان وصفا العلاقة القانونية بنفس الوصف أم اختلفا فان لكل منهما حكمه الخـــاص ومجاله الزمني ،ونتيجة لاستحالة إعمال التكييفين معا في نفس الوقـــت فان احدهما يكون ســـابق زمنيا عن الثاني،نتطرق أولا للتكييف الأولي ثم للتكييف الثانوي.

أ- التكييف الأولي.

هو العملية المبدئية التي يقوم بها القاضي أول ما يعرض عليه النزاع، والذي يتحدد على ضوئه الاختصاص التشريعي،كما انه يعتبر تفسيرا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي،حيث يكون سابقا عليها،وهو أهم عملية يقوم بها القاضي قبل الفصل في النزاع،ويرى بارتن أنه يؤدي إلى الانتقاص من السيادة التشريعية للدول إذا ما أخضع للقانون الأجنبي المختص [1]،فإذا ما عرض على القاضـــي نزاع بين زوجين من جنسيتين مختلفتين ،نظر في العلاقة المتنازع بشأنها فان كانت تتعلق بآثار الزواج،اخضع العلاقة للقانون الذي يحكم ثار الزواج وفق قانونه وبذلك يكون قد عرف القانون الواجب التطبيق ،إن كانت قاعدة الإسناد تخضع العلاقة لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج كما هو في القانون الجزائري أو يخضعها إلى قـــانون محـــل الإبـــرام،وهنـــا تنتـــهي المرحلـــة الأولـــى المرتبطة بقانون القاضي بإسناد العلاقة للقانون المختص الذي يقدم تكييفه.

[1]- بلقاسم أعراب ،المرجع السابق،ص83.

ب-التكييف الثانوي.

يكون لاحقا للتكيف الأولي أي بعد إسناد المسألة للقانون الواجب التطبيق وهو القانون الأجنبي،وقد يكون قانون القاضي هو الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، والتي تعتبر تفسيرا له حين البث في الموضوع ،فإذا ما أشارت قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي في قضية "ميراث المالطي" إلى تطبيق القانون الأجنبي وهو القانون المالطي كان تفسير الأموال التي تأخذها الزوجة "نصيب الزوج المحتاج"

أما إذا كان القانون الفرنسي هو المختص وفق ما أشارت إليه قاعدة الإسناد حرمت الزوجة من أموال زوجها المتوفى على أساس عدم أحقية الزوجة في تركة زوجها وتدخل عقارات الزوج الهالك ضمن أحكام التركات وقد اعتبره بارتن نتيجة منطقية لأساس نظريته المبنية على مبدأ السيادة إذ انه وانطلاقا من هذا المبدأ تفسح الدول المجال أمام تطبيق القانون الأجنبي المختص بالقدر الذي تراه مناسبا ولا يهدر سيادتها التشريعية ،وكذلك يرى الفقه أن التكييف الثانوي ليس استثناءا عن التكييف الأولي [1] .

ثانيا:التكيف البسيط والتكيف المركب.

تتسم مسائل الأحوال الشخصية بكثرتها و ترابطها، مما يجعل م عمليات التكييف ،تتصف بالبساطة أحيانا والتعقيد مرة أخرى تبعا للمسألة موضوع النزاع،ونتطرق أولا للتكيف البسيط وبعده للتكييف المركب.

أ-التكيف البسيط.

عندما تكون العلاقة بسيطة واضحة،غير متشعبة ،لا تؤدي إلى تشعب الإشكال،فان التكييف في مثل هذه الوضعيات يكون بسيط،فالعقد المتعلق بالمال ،بتنازعه قانون موقع المال،وقانون إرادة المتعاقدين،وانتقال تركة هالك إلى ورثته ،يمكن أن تخضع لقانون الأموال أو لنظام الإرث،ويرى الأستاذ ***لـويس لوكـاس LOUIS « LUCAS »*** بأن هدا النوع من الوضعيات بسيطة ولا إشكال فيها إلا فيما يخص مسؤولية إختيار القانون الواجب التطبيق،وفي قضية زواج اليوناني فإن إعتبار إشهار

[1]- عمر بلمامي، المرجع السابق،ص83.

الزواج في الشكل الديني قد يعتبر شرط شكـــلي كما قد يعتبر شرط موضوعي ،والإشكال ليس في المعنى القانوني بل إعتناق كل قانون لفكرة .[1]

ب-التكيف المركب.

التركيـب يعنـي التعقيـد والتشـعب الـذي يكتنـف المسـألة القـــانونية محـل التنازع،فتشتمل المسألة على عدة وقائع ووضعيات ،وكل وضعية من هذه الوضعيات لها تكييفها الخـــاص بها ،غير أن هده الوضعيـــات ليست في مركز واحد،ولا على درجة واحدة ،إذ قد تكـــون وضعية ما أصلا لباقي الوضعيات ،أو تستغرق إحدى هذه الوضعيات،الوقـــائع الباقية لاتصالها بها،ونخلص إلى تكييف واحـد شاملا لكل الوضعيات بناءا على قاعدة ***"الفرع يتبع الأصل***[2]"،وفي مسائل الأحوال الشخصية تتجـلى صـور التكييف المركب ،فالزواج ترتبط به وضعيات متـعددة،فمن آثار الزواج النفقة الزوجية ،واجبـــات وحقوق الزوجين ،والولايـة والحضانة واثبات النسب ونفيه،فالزواج يستوعب باقي الآثار.

الفرع الثاني: التمييز بين التكييف في القانون الدولي الخاص و القانون الداخلي.

التكييف ذو منشأ قضائي حتى و لو لـم يصرح به القضاء ،فهو عمل مبدئي آلي، يقوم به القاضي بصفة آلية بمجرد أن يعرض عـليه الـنزاع حيث يشتغل ذهنيا بمقـاربة الأحكام التشريعية مع الوقائع المعروضة أمامه،ومع نشأة القـــانون الدولي الخاص وتمـايز قواعده عن قواعد القـــانون الداخلي،ظهر التكييف كمشكلة بحد ذاتـها،حيث تجلى في صورة أخرى غير انه قد يتمايز من مجال لآخر ولهذا فإننا نتطرق إلى ظهور مشكلة التكييف في القـــانون الدولي الخاص أولا،ثم نتطرق إلى تميزه عن غيره في فروع القانون الأخرى ما سنعرض له في هذا الفرع.

---

[1]-عمر بلمامي، المرجع السابق،ص140.

[2]- المرجع نفسه،ص141.

أولا : تطور نظرية التكييف.

بعد أن توصل الفقيه الفرنسي ***بارتن*** إلى إكتشاف مشكلة التكييف وبلورة نظريته الخاصة سنة1897،وكذلك أعمال ***كاهن*** في ألمانيا سنة1891 ،والتي كشفت الغطاء عن المشكلة الخفية لتنازع القوانين رغم أن القضاء كان يقوم بالعملية دون أن يصرح بذلك ودون أن يربط الإشكالية بعملية التكييف في المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي،مما أذى إلى صدور أحكام متعارضة وغريبة على أطراف العلاقة الدولية[1]،أخذت نظرية التكييف في التطور على يد الفقه الدولي، حيث قام الأستاذ لورنزن سنة 1920 بنشر مقال له بعنوان ***"نظرية التكييف في تنازع القوانين"*** ثم تبعه الفقه الإنجلوسكسوني،كل***"فالكون بريدج"FALCON BRIDGE و"شيشر SHESHER"***، وقد قاما بتقسيم التكييف إلى مرحلتين،مرحلة التكييف الأولي ،وفيها يتم العمل على وضعية الواقعة، وأخضعها لقانون القاضي ،والمرحلة الثانية وهي مرحلة تكييف القواعد القانونية وأطلق عليه اسم التكييف الثانوي وأخضعه للقانون المختص بالفصل في المنازعة،وأضاف ***فالكون بريدج*** إلى نظرية كاهن مراحل حل المنازعة المشتملة على العنصر الأجنبي وقد حددها بثلاثة مراحل،وهي على التوالي تكييف المسألة،إختيار القانون المختص،تطبيق القانون المختص.

فتكييف المسألة ما هو إلا عملية إختيار لقاعدة الإسناد،وأما عملية اختيار القانون المختص فتتم بتعيين عامل الإسناد ،وتحديد مكان الإرتكاز،أما مشكلة التطبيق فتنتهي بمعرفة نطاق الإعمال ،أي هل تكون مقتصرة على القواعد الداخلية آم تمتد إلى قواعد القانون الدولي الخاص للقانون المختص؟

عمل الأستاذ فالكون بريدج لتوضيح نظرته على قضية زواج الفرنسي القاصر من الفتاة الإنجليزية ،وجاء في حيثيات القضية أن شابا فرنسيا(OGADENv.OGDEN) يبلغ من العمر تسعة عشر سنة ،ذهب إلى انجلترا وتزوج من انجليزية تبلغ من العمر خمسة وعشرون سنة،ولكن بعد عودته إلى فرنسا طالب بإبطال هذا الزواج أمام المحكمة الفرنسية على أساس المادة 148 من القانون

[1]– بلقاسم أعراب ،المرجع السابق،ص79.

الفرنسي والتي كانت تشترط بلوغ الرجل خمس وعشرون سنة لصحة الزواج ،وكان الحكم الصـــادر عن المحكمة الفرنسية قد اقر بطلان زواج الشاب الفرنسي استنادا إلى نص المادة.

تزوجت الفتاة الانجليزية مـــن زوج انجليزي في موطنها انـــجلترا،فرفع الزوج الفرنسي السابق دعوى إبطال هذا الزواج على أساس أنها زوجته،فصدر الحكم لصالحه ،وبناءا على الأحكام المتناقضة رأى ***"فالكون بريدج*** «FALCAN BRIDGE» »إن المشكل يكمن في التكييف ،حيث اعتبر القاضي الانجليزي رضا الوالدين في الزواج متعلقة بالشكل و بناءا على هذا فهي تخضع لقـــانون إشهار العقد.[1]

التكييف في القـــــانون الداخلي والقانون الدولي الخاص متشابه من حيث طبـــيعته ،مختلف من حيث آثاره نظرا لاختلاف قواعد الإسناد والطوائف القانونية في القانون الدولي الخاص،،فيؤدي ذلك إلى الاختلاف في الحل النهائي للمسألة وتناقضه سواء مع القـــــانون الداخلي أو القانون الأجنبي.[2]

ثانيا: تمييز التكييف في القانون الدولي الخاص عن التكييف في فروع القانون الأخرى.

يختلف التكييف في القـــانون الدولي الخاص عن التكييف في القـــانون الداخـــلي عموما،ويتمايز التكييف في فروع القانون الداخلي من فرع لآخر.

أ- التمييز بين التكييف في القانون الدولي الخاص والتكييف في القانون المدني

يهدف التكييف في القـــانون المدني لمعرفة حكم القاعدة القانونية بخصوص العلاقة المتنازع بشأنها ،وبالتالي إلى تطبيق القانون،بعد مطابقة المسألة من طرف القاضي مـــع الوصف التشريعي لها،فالعقد محل النزاع ينظر القاضي في مدى صحته وتوافر أركـــانه ،وشروطه ولا يـــهم الوصف الذي أعطاه المتعاقدان

[1]- عمر بلمامي ،المرجع السابق،ص ص91-92.

[2]- أحمد عبد الكريم سلامة،المرجع السابق،ص374.

للعقد،فالقاضي لا يتقيد بادعـــــاءات الأطراف المتخاصمة في توصيفه للمسالة،والحل يأتي مباشرة بعد التكييف،ومقررا له .[1]

غير أن هدف التكيف في القـــانون الدولي الخاص يمر بمرحلتين ،حيت نهدف إلـى معرفـة القـــانون الواجـب التطبيـق أولا، فـإدا مـا أشـارت قاعـدة الإسـناد إلـى قـانون القاضي بكونه مختص في الفصل في النـــزاع حينها يكون القاضي قـد وصل إلى المرحلة التي أنطلق منها القاضي المدني، ثم بعد ذلك معرفة حكم هذا القانون على المسألة محل النزاع.

ب-التمييز بين التكييف في القانون الدولي الخاص والتكييف في القانون الجنائي.

يقوم التكييف في القـانون الجنائي على أساس العقوبة المقررة والتي تمثل المعيار فـي تصنيف الجرائم إلى مخالفات وجنح وجنايات، فالجنـــايات يعاقب عليها بالعقوبات الجنائيـــة ،والجنح يعـاقب عليها بالعقوبات الجنحية، والمخالفات يعاقب عليها بعقوبات المخالفات ،وقد ورد في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 06-02-1979 ملف 18.317، المجلة القضائية لسنة 1989 ،انه يستفاد من المـادة الخـــامسة والمادة الســـابعة والعشرون لوصف الجريمة جناية أو جنحة أو مخـالفة هي العقوبة الـمقررة لها قـــــانونا[2]، والـــوصف القانوني للجريمـة هو لـيس التكييـف الـذي يجمـع مجموعـة مـن الوقـــائع المتشـابهة ضـمن طائفـة واحـدة ،فجـرائم الإهمـال العـائلي ،وتـرك مقـر الأسرة،والتخلي عـن الزوجـة الحـــامل والإهمـــال المـعنوي لـلأولاد، وعـــــدم تسـديد النفقـة، تكيـف كجـنح ، المـادتين 330و331 قـــــــــانون عقوبات،والاعتبـار فـي التصنيف في المادة الجنائية هو مدى خطـورة الجريمة[3]،أما في القانون الـدولي الخـاص

---

[1]- محمد صبري السعدي،المرجع السابق،ص291.

[2]- احسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائي العام،ط9،دار هومة،الجزائر،2009،ص ص29-30.

[3]- جاء في المادة 27 من قانون العقوبات"تقسم الجرائم تبعا لخطورتها إلى جنايات وجنح ومخالفات وتطبق عليها العقوبات المقررة للعقوبات أو الجنح أو المخالفات."وقد تعرض هذا التقسيم لعدة انتقادات ،فهو لا يتطابق مع الواقع ولا مع الموضوع ،فهو تقسيم اصطناعي،كما قد يطبق غلى الجنحة عقوبة مماثلة لعقوبة الجناية ومع ذلك تبقى محافظة على و صفها ،انظر: المرجع نفسه ،ص ص30-31.

فالتصـنيف يقوم على أســـاس تحديــد طبيعة موضوع المســألة المتنـــازع بشأنها،وفي أي طائفة قــانونية يمكن إدراجها،كما أن التكييف في القـــانون الدولي الخاص ،ينتهي بمعرفة القـــانون الواجب التطبيق،أما في القانون الجنائي فتنتهي عملية التكـــــييف بإصدار الحكم[1].

ج-التمييز بين التكييف في القانون الدولي الخاص والتكييف في القـــانون الإداري.

يظـهر التكييف في القــانون الإداري في صورتين ، تكيـيف قضائي الذي يكون في المنازعات الإدارية أمام القضاء الإداري،ومعيـــار التكييف في المنـــازعة الإدارية هو الـــذي تختص على أساسه المـــحاكم الإدارية،وقد قضـــت المادة 800من القانون 08-09وكـــــذلك المـــادة الأولـــي مـــن القـــانون العضـــوي 98-02 المنشـــئ للمحـــاكم الإدارية،باختصاص المحـــاكم الإدارية بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة آو البلدية آو إحدى المؤسسات العـــمومية ذات الصبغة الإداريـة طرفـا فيـــها، ونصـت المـــادة 801مـن القـانون 08- 09[2]علـى اختصـاص المحـاكم الإداريـة بالفصـــل فـي دعـــاوى الإلغـــاء، ودعـاوى التفسير و دعـاوى فحص المشروعية و دعاوى التعويض و دعاوى القضاء الكامل للقرارات الصادرة عن الولاية والمصـــالح غيـــر الممركزة للدولة،وبالنظر إلى إجـــراءات رفـــع الدعوى فان التكييف يأخـــذ صفة الدعـــوى الـــمرفوعة عـن طـــريق العريضـة،وبالتالي يتـــحدد الاختصـاص النوعي للـــمحاكم الإدارية على تكييف المـــنازعة إدارية أم لا ،كما أن التكييف يقوم على المعيار العضوي معيار كمبدأ عام،[3] .

---

[1]- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين،المرجع السابق،ص... ص 81...83.

[2]- القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق 25 فبراير سنة 2008 م يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،ج ر ج ج ،العدد 21،المؤرخة في 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 ابريل سنة 2008 م ،معدل ومتمم.

[3]- عبد الرحمن بربارة شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية،ط2،منشورات بغدادي، الجزائر،2009،ص...ص483...486.

ويختلف التكييف في القانون الدولي الخاص عن التكييف في القـــانون الإداري فيما يخص منازعـــات العمـل السلـطة التي تقـــوم بالتكييف،حـيث أن التكييف الإداري تقوم به السلطة التي لها صلاحية التعيين بمناسبة ممارسة الرقـــابة على موظفيها وفق ما جـاء بـه النظـــام التأديبي للموظف وقد نصت المادة 160من الأمر 06-03 على تعرض الموظف الذي أخل بالتزاماته المهنية أثناء أداء وظيفته للمسؤولية التأديبية ،وقد قسم المشرع الأخطـاء التأديبية إلى أربعة درجـــات وأورد بعض الأخطاء التأديبية على سبيل المثال،كما ورد فـــي المادة 184من نفس القانون الحـــالة الموجبة للعزل ،ولقد حـددت المـادة 130مـن المرســوم التنظيمـي رقـم85-59المـؤرخ فـي 23 مـارس،1985 والمتضمن القـــانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية الإجراءات التأديبية ضد الموظف الذي ارتكب خطـــأ جسيما من شانه أن يؤدي إلى تسريحه،حيث اوجب مبـــاشرة الإجراءات التأديبية فور معاينة الخطأ،بناء على تقرير الرئيس السلمي يبرز فيه الوقائع التي تعتبر خطـــأ مهني ،والتي تبث فيه السلطة التي لها صلاحية التعيين،وقد يأخذ النزاع الصفة القضائية بعد الطعن فيه أمـــام القضاء الإداري.[1]

المبحث الثاني:نظريات التكييف.

لـم يكـن التكييـف بوجـه عـام مجهـولا فقهيـا قبـل وضـع كـل مـن بـارتن وكـاهن لنظريتيهما كموضوع أساسي من موضوعات القـانون الدولي الخاص، فقد كان عملا قضائيا،يجـب العمل به،بطريقة آلية دون التصريح به، غير أن نظرية التكييف في هـذا الفرع من القانـون لم تكن لتبرز لولا الأعمال التي قدمها الفقيهين وخاصة بارتن ،فالكثير مـــن العوامـل كانـــت تحـول دون تطـور هـذه النظريـة نـذكر منها،انتشـار مبـدأ إقليميـة القوانين فـي عـــموم أوروبـــا وأمريكـا ،والـذي كـــان سـائد إلـى بدايـة القرن التاسـع عشـر،حيث بـرز تيـار فقهـي ينـــادي بمبـدأ شخصـية القـوانين ويتزعمـه كـل مـن الفقيـه الايطـالي مانشيني والألماني سافيني،[2]كـــما كـــان لمدرسة الأحـوال الايطالية من قبل الفضل في إنشاء الفئات المسندة والتمييز بين الإجراءات والموضوعات إخضـاع الأمـوال

[1]- عمار بوضياف، الوظيفة العامة في التشريع الجزائري ،ط1 ،جسور ،الجزائر، 2015 ،ص... ص151...158.

[2]- بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص... ص57...60.

والجرائم لقـــانون الموقع،وحالة الشخص وأهليته لقـــانون الموطن،بالإضافة إلى ما قدمته المـــدرسة الفرنسية بداية من ديمولان الذي واصل وضـــع الفئات المسندة إلى القاضـي دار جنتريه وتقسيمه للأحـوال شخصية وعينية وإبعاد الأحوال التي تتعلق بالأشخاص عن مـــبدأ الإقليمية وإخضـاع الأحوال المتعلقة بالأمـوال، لهـــــذا المبدأ،[1]ويكون بذلك قد أسس لتنازع القوانين ،لتأتي بعـــدها المدرسة الهولندية والتي فسحت المجال لمبدأ شخصية القوانين ولكن على أســـاس المجاملة الدولية وتبقى هذه النظرية من أهم المحـــاور كونها أبرزت مفاهيم جديدة ورؤى وإشكالات سنتطرق إليها من خلال مطلبين نبرز فيهما الإتجاهات الرئيسية في مسألة تنازع التكييف.[2]

المطلب الأول:نظرية بارتن

أول مشكلة تعترض القاضـــــي في منـــازعة مشتملة على عنصر أجنبي هـــي التكـــييف،وقد رأينا مدى صعوبة تحديد طبـــيعة موضـــوع التكييف ، وكيف اخـتلف الفقه فيها،حتى وأن أخدنا برأي من تلك الآراء فان إشكالية التكـــييف تظهر بصورة أخرى ،حيث يجد القاضي نفسه أمـــام تكيفين ،تكيف لقاعدة الإسناد الوطنية لدولة القاضي وتكـــييف للقانون الأجنبي .

الفرع الأول:إخضاع التكييف لقانون القاضي

يتنـازع تكييف المسألة المشتملة على عنصر أجنبي تكيفين،تكييف قـــانون القاضي وتكييف القانون الأجنبي ،وعلى القاضي الأخذ بأحدهما.

أولا:مضمون نظرية بارتن

من النتائج التي توصل إليها بـارتن،إن معرفة القانون الواجب التطبيق لا تكـون إلا بعـد معرفـة التكييـف القـانوني لطبيعـة المسـالة المتنـازع بشـأنها ،كمـا أن القـــانون الأنسب للتكييف هو قانون القاضي .

---

[1]– عمر بلمامي، المرجع السابق، ص... ص24...26.

[2]– علي علي سليمان، المرجع السابق،ص... ص16...22.

وكان بارتن أول من وضع نظرية شاملة لموضوع التكييف وكان ذلك سنة 1897 في بحث له بعنوان***"استحالة الوصـــول إلى الحل النهائي لتنازع القوانين"***[1] وذكرت بعض المصـــادر عنوان آخر[2] كما توصل الفقيه الألماني كـــاهن إلى نفس النتائج سنة 1891 ونشر مقـال له تحث عنوان ***"التنازع المستمر"***[3]،وتبقى النتائج التـــي توصل إليها بارتن ،مرجع للفقه والتشريع لما تكتسيه من أهمية بالغة في المنازعات ذات الطابع الدولي وتعتبر القضيتين المشهورتين وصية الهولندي وميراث المالطي المجال التطبيقي الذي عمل فيه بارتن'وقد دأبت كتب الفقه على إعادة سرد القضايا المشهورة لتحليل إشكالية التكييف[4].

أ-وصية الهولندي

توفي هولندي كان مقيم في فرنسا،تاركا وصية كـــان قد حررها وفقا للشكل العرفي الذي يجيزه القانون الفرنسي على أساس المادة999 من القانون المدني الفرنسي،فثار نزاع أمام القضاء الفرنسي بشان صحتها على أساس أن القانون الهولندي يمنع الهولنديين تحرير وصاياهم في غير الشكل الرسمي حتى ولو كانوا في الخارج بحسب المادة992 من القانون المدني الهولندي،فحكم الوصية بـــاطلة بحسب قانون بلد الإبرام وهو القانون الهولنـــدي، وصحيحة بحسب قانون الموطن وهو القانـــون الفرنسي ، من هنا لاحظ

[1]- عمر بلمامي ،المرجع السابق،ص73.

[2]- اختلف بلمامي عمر مع أعراب بلقاسم في عنوان البحث الذي نشره بارتن سنة 1897،حيث أورده الأستاذ أعراب بعنوان "مشكلة التكييف"،انظر :بلقاسم أعراب ،المرجع السابق،ص79.

[3]- عمر بلمامي المرجع السابق،ص73.

[4]- بالإضافة إلى هاتين القضيتين،ظهرت الكثير من القضايا المماثلة في كتب الفقه ،والتي تبرز إشكالية التكييف في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي،وهذا دليل على صعوبة موضوع التكييف حيث يستعين الفقه بالأمثلة بالإضافة كون العملية كان يقوم بها القضاء دون أن يصرح بها وقد بنيت النظريات الأولى في الموضوع على الأمثلة القضائية مثل نظرية بارتن.

الفقيه الفرنسي بارتن أن الحكم يكون نتيجة منطقية للتكيف الذي تمنحه المحكمة الفرنسية للمنع الوارد في نص القانون الهولندي،[1]ومن هنا يمكن التساؤل:

هل يدخل تكييف المنع في شكل الوصية أو في الشروط الموضوعية له؟

إذا كانت الإجابة بان تكييف المنع يدخل في الشروط الشكلية للوصية ،يكون القـــــانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق بوصفه قانون بلد الإبرام،إما إذا ادخل تكييف المنع في الشروط الموضوعـــية للوصية،فان المنع يكون قيد على أهلية الموصى وقـــــت الإبرام ،وبالنتيجة فالمنع يتعلق بالأهلية،و الأهلية يخضعها القانون الفرنسي لقانون الجنسية،فيؤدي ذلك إلى تطبيق القانون الهولندي،فتكون الوصية باطلة.

ب-ميراث المالطي

في هذا المثال الـــذي جرت وقائعه في الجزائر المستعمرة الفرنسية آنذاك،حيث توفي زوج مالطي مستوطن بالجزائر ،تاركا ورائه عقارات،فطالبت زوجته بحقها في تركة زوجـــها على أساس القـــانون المالطي باسم "نصيب الزوج المحتاج"،وكان القانون الفرنسي لا يرتب للزوجة أي حق في تركـــة الزوج،وبالتالي فالقاضي إذا ما كيف طلب الزوجة وفق القانون المالطي،اعتبره من نظـــام الأموال ،ويكون القانون المالطي هو المختص بحكم العلاقة ،على أساس قواعد الإسناد الفرنسية التي تحيل إليه،وبالنتيجة تأخذ الزوجة نصيبها الـــذي طالبت به،أما لو كيف القاضي طلب الزوجة وفقا لقـــانونه،كـــان الطلب نصيب في ميـــراث الهالك،ويكون القـــانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق،وبالنتيجة تحرم الزوجة من تركة زوجها وفق ما تقضي به القواعد الموضوعية للقانون الفرنسي.[2]

ثانيا:أسس نظرية بارتن

قدمت عدت تبريرات من طرف أنصار هذا الإتجاه ،بعضها ساقها بارتن،وبعضها قدمها الفقه الحديث.

---

[1]- علي علي سليمان،المرجع السابق،ص42.بلقاسم أعراب،المرجع السابق ص77.عمر بلمامي المرجع السابق ص ص74-75.

[2]-علي علي سليمان ،المرجع السابق،ص ص42-43.بلقاسم أعراب ،المرجع السابق،ص ص76-77.عمر بلمامي،المرجع السابق،ص... ص77...79.

أ- تبريرات بارتن

دعم بارتن نظريته بالإعتماد على فكرة السيادة ثارة ،و على أولوية التكييف عن الإسناد وباقي الأعمال القضائية مرة أخرى .

1- مبدأ السيادة

أسس بارتن موقفه من إسناد التكييف لقانون القاضي على فكرة السيادة،فقواعد الإسناد هي قواعد وطنية من وضع المشرع الوطني وفق منظوره الخاص،وكذلك تفعل الدول في وضع قواعد الإسناد التي تراها مناسبة ،وفق رؤيتها الخاصة بعيدا عن أي تأثير أجنبي في عملية التشريع،وهذا ما يمثل السيادة في نظرية بودان الذي عرف السيادة:" *السلطة العليا المعترف بها والمسيطرة على المواطنين والرعايا ،دون تقييد قانوني ،ما عدا القوانين التي تفرضها الطبيعة والشرائع السماوية*" ،فالسلطة التشريعية عند بودان،هي جوهر السيادة [1]،ومن هنا نتساءل :كيف يكون لتطبيق القانون الأجنبي على التكييف ،أثره السلبي على السيادة؟

يضع المشرع الوطني قواعد التنازع للهدف المنشود والمتمثل في معرفة القانون الواجب التطبيق،ولما يكيف طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين،يطبق عليها إما قانونه أو القانون الأجنبي قبل أن نعرف انه واجب التطبيق،ويرى بارتن أن أي تطبيق للقانون الأجنبي في دولة القاضي يكون على حساب السيادة التشريعية لدولته،فكلما اتسع مجال تطبيق القانون الأجنبي،قابله نقص في مجال إعمال القانون الوطني، ونظريا نكون أمام مراكز قانونية متعادلة،فالقاضي يقف على نفس المسافة من قانونه والقانون الأجنبي ،وإعمال أي قانون منهما دون مبرر منطقي يعد إهدارا لمبدأ هام من مبادئ العدالة وهو مبدأ الحياد،غير أن القاضي يمثل السلطة القضائية لوطنه في هذه العلاقة القانونية،ومنفذ للتشريعات التي تصدرها السلطة التشريعية لدولته،وعليه فوضع القاضي للمسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي ضمن

[2]- اميرة حناشي مبدأ السيادة في ظل التحولات الدولية الراهنة،(رسالة ماجستير ،جامعة قسنطينة،سنة 2008)،ص17.

طـــائفة من الطوائف التي وضعها المشرع الوطني ،يعد تمكينا لمبدأ السيادة، غير أن هذا التبرير لم يعد سائغا لجانب من الفقه[1] .

2-أولوية التكييف عن الإسناد

زمنيـــا يكون التكييف سابق عن عملية الإسناد إلى القانون الأجنبي،هذا الأخير يكون في حـــكم المجهول ،فالقاضي لم يعلم بعد إن كان هو القانون الواجب التطبيق أو قـــــانون القاضي ،وكما يرى الأستاذ علي علي سليمان إن إخضاع التكييف للقـــانون الواجب التطبيق بمثابة "المصادرة على المطلوب"[2]،ففي المثال السابق،ميراث المـالطي إذا ما كيفت العلاقة على أنها نصيب الزوج المحتاج ،فهذا إعتراف ضمني بان القـــانون المالطي هو القـــانون الواجب التطبيق، وهكذا نكون قد أسندنا العلاقة القانونية إلى القـــانون الأجنبي في مرحـــلة زمنية متقـــدمة عـــــن التكييف، وبالتـــــالي السؤال الذي يطرح نفسه :مـــا محل قانون
القاضي من هذه العلاقة القانونية؟

ب- أسس الفقه الحديث.

لـم يكتفـي الفقـه الحـديث بـالتبريرات التـي قـدمها بـارتن لإخضـــاع التكييـف لقـــــانون القاضي،فقدم حجج أخرى.[3]

1-التكييف عملية أولية.

من خصـــائص التكييف أنـه عمـــلية أولـية،تكون سابقة عـن الإسناد وســـــابقة عن الحـكم،فالقاضي أول مـا يعرض عليـه النـزاع يبحـث عـن الطائفـة القـــانونية التـي تندرج تحتها المسألة القـــانونية ،وبما أن التكييف عمل قضـــائي،يقوم بـه القاضـي من تلقاء نفسه.[4]

---

[1]- بلقاسم أعراب ،المرجع السابق،ص81.

[2]- علي علي سليمان،المرجع السابق،ص43.

[3]- كمال عليوش قربوع،المرجع السابق،ص99.

[4]- بلقاسم أعراب،المرجع السابق،ص82.

2-التكييف تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية

يضع المشرع الوطني قاعـــدة الإسناد بغية الوصول إلى حل النزاعات المشتملة على العنصر الأجنبي،فهو لا يحتـــاجها فـــي المنازعـــات الداخـلية التـي أوجد لهـــا القـــواعد الموضوعية،ورغم ذلك فقاعدة الإسناد لا تفقد صفتها الوطنية ،ويعتبر التكييف تفسيرا لها.[1]

3-التكييف عملية قضائية

إن القاضـــي يكـون مختصـا أولا وأخيـرا فـي قانونـه الوطني،فتكوينـه القـانوني والمعـــرفي ورصيده العلمي هو نتاج المنظومة التكوينية والتعلـيمية لوطنه،والتكييف لا هو عمل تشريعي ولا هو إدعاءات الخصوم ،و إنما هو عمل قضائي فيجريه القاضي وفق علمه.[2]

الفرع الثاني:الاستثناءات الواردة عن إخضاع التكييف لقانون القاضي

أورد الفقه إستثناءات على نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي،وهذا من باب العلم بالقانون الذي تخضع له هذه الموضوعات وهي:

تكيف المال، تكييف الفعل، والتكييف مع وجود معاهدة.[3]

أولا: تكييف الأموال

تخضـع الأمـوال للمكـــان الـذي توجـد فيـه، وقـد تكـون هـذه الأمـوال ماديـة كالعقـــارات والمنقـولات أو معنويـة كبـراءة الاختـراع وحقـوق المؤلـف وعلـى عكـس الأحوال الشخصية التي أخضعها الفقه الغالب لقانون الجنسية فانه اخضع المال لقانون موقعه ، فيوصف المـال بأنه عقار أو منقول بحسب قـانون الموقع،وقد نتساءل ما الأهمية من إخضاع المال لقـانون الموقع؟وهل المبدأ نفسه على العقار والمنقول؟

تسعـــى الأمـم لحمايـة ثرواتهـا ،إذ يعـد المـال عصـب الاقتصـاد وقـوام الحياة،وعامـــل استقرار، وتكون الدولة قوية باقتصادها،ولذلك فهي تسن القوانين التي تحقق لهـا مكـــاسب اقتصـادية،مثل أنظمـة الجباية ،قوانيـن الضـرائب،وتنظيم مسـالة

---

[1]- كمال عليوش قربوع،المرجع السابق ،ص99.احمد عبد الكريم سلامة ،المرجع السابق،ص379.

[2]- بلقاسم أعراب ،المرجع السابق،ص82.

[3]- علي علي سليمان،المرجع السابق ،ص44.

انتـقال الأمـوال ، وغيـرها مـن القوانين التـي تصـب فـي صـالح اقتصـادها،ومن اجـل التقليـل مـن تعـارض الأوصـاف الدوليـة علـى الأمـوال، فـان الفقـه تـرك مسـالة تكييف المـال لقانون موقعه،وقد برر بارتن الذي اعتبر خضـوع المـال للتكييف وفقا لقـانون موقعه استثناءا عن خضوع التكييف لقانون القاضـي ،باستقرار المعاملات من جـهة والتـي تتطلب سلامة المعـاملات،وحاجة اكتسـاب الحقـوق العينية للطمأنينـة، وحماية الغيـر ويبـرر بعـض الفقـه بـان العقـار جـزء مـن إقلـيم الدولـة وكـذلك مـن قواعـد الاختصاص القضائي أن تنظر المحاكم في المنازعات المتعلقة بالعقار التي يقع العقار في دائرة اختصاصها.[1]

أمـا فيما يخص تكييف الأموال المنقولة فإنها تخضع للقـانون الـذي توجد فيه وقت تحقق السبب،غير أن بعض الفقه يرى بان المال الـذي لم يـكن موجودا فعـليا في دولـة القاضي،وكان قد كيفه قانون موقعه عقارا عُدّ"تكييفا من الدرجة الثانية"[2] وهـذا لأنه لم يكيـف بحسب قانون القاضي بل وفق القانون الواجب التطبيق.

ونصـت المـادة السـابعة عشـر مـن القـانون المـدني الجزائـري علـى خضـوع العقـار فيمـا يخص ،الحيازة والملكية والحقوق العينية لقانون موقعه،ويسري على المنقول قانون الدولة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي يترتب عليه هذا الحق أو فقده.

ثانيا:تكييف الفعل

تأخـذ الأفعـال عـدة أوصـاف، فقـد يكـون مـن قبيـل المبـاح وقـد يكـون مجـرم كالجريـمة والجنحـة والمخالفـة، كمـا قـد يسـمى تصـرف، فينـتج أثـره القـانوني، مثـل العقد[3]،وقد يوصـف بأنـه خطـأ تقصـيري يسـتوجب التعويض،فالأفعـال مشـروعة أو غيـر مشروعة ،جنـاية أو جنحـة،فان تحديد طبيعتها وتكييفها يكون بحسب القانون الذي وقع فيه الفعل،والأصل أن بعض الأفعـال ترتبط بفكرة النظام العـام،فالمشرع الوطني هو الذي يضـع قواعد النظـام العام التـي تطبق علـى الوطنيين والأجـانب علـى حد سواء،فإذا مـا

---

[1]- عمر بلمامي المرجع السابق،ص ص،185-186.

[2]- كمال عليوش قربوع ،المرجع السابق،ص ص106-107.

[3]- اخضع بارتن الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة،استثناءا عن قانون القاضي،انظر:عمر بلمامي ،المرجع السابق،195.

وضع المشرع الوطني قاعدة تجرم السكر العلني ،فلا يحتج الأجنبي الذي قام بالفعل المحظور بقانونه الذي لا يحظر الفعل،وكذلك لا يحتج هذا الأجنبي بان الفعل الذي أخد وصف الجنحة بحسب قانون القاضي ،هو مخالفة في قانونه الوطني،فقواعد النظام العام ليست مجالا للتنازع.[1]

ولقد تعرض هذا الاستثناء للانتقاد من طرف ***ارمنجو***"« ARMINGO » ،الذي يتساءل عن القانون الذي يخضع له التكييف في جريمة وقعت في بلد وأنتجت آثارها في بلد آخر ،ولم يكن موطن القاضي محل للجريمة ولا لآثارها؟

كما اعتبر التكييف المسبق دون اللجوء إلى عملية الإسناد وإجراء التكييف الأولي لمعرفة القانون الواجب التطبيق"مصادرة على المطلوب."[2].

لا يرى الأستاذ بلمامي عمر الفعل الذي ينتج عن جرم أو شبه جرم استثناء حقيقي بل تعتبر من أعمال السيادة.[3]

وفي القانون الجزائري اخضع المشرع الجزائري الالتزامات التعاقدية في الشق الموضوعي منها لقانون الإرادة،إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين،أو قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة أو محل إبرام العقد، وأخضعها في شقها الشكلي بحسب المادة التاسعة عشر من القانون المدني لقانون بلد الإبرام،واستثنت المادة عشرون العقار من القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية،وأخضعته لقانون موقعه.

ثالثا:التكييف مع وجود معاهدة

المعاهدة لما تستوفي الشروط القانونية في الدولة فإنها تدمج ضمن القواعد القانونية الداخلية وبالتالي تصبح جزا منه،ولا يرى الأستاذ ***علي علي سليمان*** بأنها استثناء على قانون القاضي رغم أنها تنص على قانون غيره[4]،و أحيانا تكون معاهدة ثنائية"اتفاقية الجزائر فرنسا الخاصة بأولاد الزوجين المختلطين المصادق عليها بالمرسوم

---

[1]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 44.

[2]- عمر بلمامي،المرجع السابق،ص192.

[3]- المرجع نفسه،ص194.

[4]- علي علي سليمان، المرجع السابق،ص44.

رقم 88-144 المؤرخ فـــي 1988/07/26 " أو متعددة الأطراف ، وفي حـــالة وجـود نزاع بين أفراد،مع وجـود علاقة دولية، و مع وجود هذه المعاهدة فان المعـــاهدة تجري أحكامها علـى المنازعة بما فـــبذلك التكييف,وقد نصت المادة الواحدة والعشرون من القـــانون المـدني الجزائري***"لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك ،في قـانون خاص أو في معـــاهدة دولية نافذة في الجزائر"***

ويفهم من النص أن مواد تنـازع القـوانين من حيث المكـان فـي القانون 07-05 بمـــا فيها المادة التاسعة والتي أخضعت التكييف في المنـازعة الدولية للقـانون الجـزائري ،لا تكـون نافـذة إذا مـا تعارضـت مـع معاهـدة نافـذة فـي الجزائر،أمـا فـي حالـة سكوت المعاهـدة عـن مسـألة التكييـف فيـرى الفقـيه بـارتن بـان التكييـف يـكون وفـق قـــانون القـــاضي،وحجته في ذلك إن المعاهدة تدمج في القانون الداخلي وتصبح جزا منه.[1]

ويرى جانب أخر من الفقه أن التكييف تسري علـيه الإرادة المشتركة للأطـــراف فـي المعاهدة ،وسبب ذلك إعمال المعاهدة وتفادي تعطيلها.

قد تنص المعـاهدة على إسنـاد مسالة قـانونية إلى قانون معين ،قـــانون القـاضي أو القـــانون الأجنبي ،ويكون ذك بالاتفـاق علـــى تكييف معين وحينها يكون القـــانون الواجـب التطبيـق معـلوم،فلا حـاجة لإخضـاع التكييـف لقـــانون القاضي،وقـد تـنصّ المعـاهدة علـى ذلك صراحة أو يفهم من فحـواها ما يوحي إلـى ذلك أما في حـالة عدم إسناد التكييف إلـى قـانون معين في معاهدة وعدم إمكانية استخلاص ذلك ،يرى بارتن أن يتولى القاضـي الـــذي أثـير النزاع أمامه عملية التكييف بحسب ما تقضي به أحكام قانونـه الداخلي،و هذا الرأي منتقد من بعض الفقه،كونـه يؤدي إلـى أثار عكسية بسبب تنـاقض التفسيرات ،كمـا يـرى الأستـاذ ***علـــي علـــي سليمان*** ،بـان التكييف مع وجود معاهدة لا يعد استثناءا حقيقيا[2]

المطلب الثاني:إخضاع التكييف لغير قانون القاضي

[1]- كمال عليوش قربوع،المرجع السابق،ص ص 107-108.

[2]- علي علي سليمان، المرجع السابق،ص44.

ظـهرت بعض الآراء الفقهية التـي لا ترى في إخضـاع التكييف لقـانون القاضـي حـلا مثاليا،نظرا للنتـائج التي تتـرتب عتـها ،والتي قد تنتهي إلـى عـكس النـتائج التي تترتـب عـن تطبيـق القـــانون الأجنبـي الواجـب التطـبيق ،أو تعـارض النظريـة مـع قيم التسـامح والتعـاون الدولي،كما أنها معاكسة للمبـادئ التـي يسعى إليها المجتمع الدولي والفقـه القـانوني،وتمـكين الأجنبـي مـن الإحتكـام لقـانونه،وبالتالي ظهـرت عـدت اقتراحـات لحلـول أخـرى غيـر قـانون القاضـي،فهناك مـن رأى بتطبيـق القـــانون الواجـب التطبيـق علـى المسـألة القـــانونية ،علـى التكييف،ومنـهم مـن رأى بإخضـاع التكييف لغير القانونين المتنازعين–قانون القاضي والقانون الأجنبي–سواء كانت القوانين الدولية آو الفقه الدولي.[1]

الفرع الأول: التكييف و القانون المحتمل التطبيق

مـن أنصـار الإتـــجاه الـرافض لنظريـة بـارتن ،مـن يـرى بإخضـاع التكييـف للقـانون الواجب التطبيق ،أو إشراكه مع قـانون القاضـي فـي عمليـة التكييف،وقد اختلف الفقه القـــائل بالإشراك في طرق الإشراك.

أولا:إخضاع التكييف للقانون المحتمل التطبيق

مـادام أن العلاقـة القـــانونية بتنازعهـا قانونـان وهمـا قـانون القاضـي والقـانون الأجنبي،فان احدهما سيكون القانون الواجب التطبيق،وهذا القانون كونـه مختص بحكم العلاقة فكذلك توكل لـه مهمـة التكييف،هذا مـا قـال بـه الفقـيه "**ديسـبانيه**"وأيده كـل من "**باشيوني**" في ايطاليا و"**ولف** "في ألمانيا ،فالتكييف يجب أن يتوافق مع مضامين القـانون المحتـمل التطبيق وان لا يخـرج عن معانيه ومفاهيمه ،فإذا كان نصيب الزوج المحتـاج في قضـية "ميراث المالطـي"مستحق للزوجة فان مفهوم العلاقة في القانون المالطي هو من رتب هذا الأثر.[2]

من الحجج التي قدمها "**ديسباتبه**" إن العـلاقة القـانونية التي أشارت قواعـد الإسنـــاد إلـى القـانون الأجنبي ،كقانون واجب التطبيق ،أن تخضع بكاملها لهذا القـانون بما فيها التكييف ،لأنـه ليس من الصواب إخضـــاع العلاقة في إحدى أشطرها لقانون والشطر

[1]– عمر بلمامي،المرجع السابق،ص247.

[2]– بلقاسم أعراب،المرجع السابق،ص87.

الأخر لقانون ثاني،لأن التكييف جزأ من الحـل الذي وضعه المشرع الأجنبي ،و الأخذ بتكييف القاضي ثم الإسناد للقانون الأجنبي الواجب التطبيق ،يمكنه أن يؤدي إلى نتائج لم تكن متوقعة في القانونين معا وخاصة النتيجة التي كان ينتظرها القانون الأجنبي الواجب التطبيق،فإذا ما أشارت قاعدة الإسناد على خضوع الأهلية لقانون الجنسية ،فان أي تصور لموضوع الأهلية وما يتعلق بها ،يجب أن يكون وفق التصور الذي وضعه هذا القانون وليس التصور الذي استخلصه القاضي من قانونه الوطني.[1] مهما كان إسناد التكييف للقانون الواجب التطبيق غلى أساس الإحتمال ،أو على أساس الجزم فإنها غير منطقية،وتتناقض مع خصائص عملية التكييف الذي يكون سابقا عن أي عمل يقوم القاضي بخصوص المسألة المثارة ،كما إن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى الاعتراف باختصاص هذا القانون بالمنازعة ،دون مبرر منطقي والقانون أساسه المنطق[2]،وفي حالة الأخذ بالإحالة يكون القانون الأجنبي عديم الفائدة.[3]

ثانيا:إشراك القانون المحتمل التطبيق في عملية التكييف

لم يوفق الاتجاه القائل بإخضاع التكييف لقانون القاضي، في تفادي الانتقادات الموجهة إليه،ولدى فقد ظهرت نظريات حديثة محاولة لسد الثغرات التي عجزت النظريات السابقة عن تجاوزها،وجاءت بعضها على سبيل المزج بين النظريات أو الأخذ بنظرية و الاستئناس بأخرى وهذه صور لتحديث نظرية بارتن.

أ-إشراك القانون المختص في عملية التكييف

قد طرحا كل من **باتفول ولاقارد** طريقة عملية في الأخذ بالقانونين معا سواء على سبيل الأخذ بقانون و الاستئناس بأخر أو المزج بينهما ،و تم تقسيم عملة التكييف

[1]- بلقاسم أعراب،المرجع السابق،ص ص87-88.

[2]- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص،تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية،ط 1،منشورات الحلبي الحقوقية،2004،ص ص142-143.

[3]- نسرين شريفي وسعيد بوعلي،تحث إشراف مولود ديدان، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط1،دار بلقيس،2013،ص ص 36-37.

لمرحلتين مرحلة التحليل ومرحـلة القرار ،فيتولى القـانون الأجنبـي عملية التحليل لكونه واضـع النظـام مـحل التكـييف ويتـولى قـانون القاضـي الحـكم أو القرار، ففـي وصـية الهولندي ،الرسمية مـن قبيل الشكل فـي القـانون الفرنسـي وهـي تخضـع لقـانون بلـد الإبرام،وفـي تحليل "**نصيب الـزوج المحتـاج**" فـي وصيـة الهولندي يجـب الوقوف علـى أسباب أحقية الزوجة لهذا النصيب وفق القانون اليوناني لا وفق القانون الفرنـسي ومعرفة المغزى الذي يرمي إليه المشرع اليوناني ،و قد اخذ القضاء الألماني بهذا الاتجاه[1].

ب- توسيع الفئات المسندة

القاضـي تكـون معارفـه ومعلوماتـه مرتبطـة بقـانونه الـوطني، وفـي علاقـة أجنبيـة تصـادفه أنظمـة غريبـة عنه،وقد اهتدى الفقه إلـى ضـرورة انفتـاح القوانين الوطنـية علـى القانون الأجنبي وتضمين قواعد الإسناد الوطنية لأنظمة وعلاقات قانونية أجنبـية خاصـة الحـــالات الغريـبة منـه،والتي لا يجـد لهـا القاضـي مـا يقابلهـا مـن الفئـات المسـندة فـي قانونه،ويكون ذلك بوضـع تعريف واسع للمفهوم،[2]وفي ميراث المـــالطي ،يعتبر "نصـيب الـزوج المحتـاج" نظـام غريـب عـن القـــانون الفرنسـي واعتبـاره ميـراث تشـويه للقـــانون اليوناني،وهـذا مـا أدى إلـى تنـاقض النتـائج،فلو اخـذ التشـريع الفرنسـي مفهـوم القـــانون اليونـاني عنـد تكييف الأمـــوال التـي تركهـا الـزوج المـالطي لمـا حرمـت الزوجـة مـن" تركـة "زوجهـا ويكـون ذلـك بإضـافة هذه الفكرة إلـى الفئـة المسـندة فـي القانون الفرنسـي،ورغم أن البعض يـــرى بـان الفقـه الحـديث ،بإعطائـه دور للقانون الأجنبـي والتوسـع فـي مضـمون الفئات المسندة،يـكون قـد جنب نظريـة بارتن النقد الموجه لها ،[3] غير أن الأمر لا يبدو كذلك فمهما قـــام المشرع الوطني بتوسيع الفئات المسندة في قانونه فلا يكون ذلك الا بقدر ما يسمح بها النظام العـام لدولة القاضـي، وإلا أصبـحنا نطبق أنظمـة قانونيـة "شاذة" باسم التوسـع فـي مضـمون الفـــئات المسندة،وتبقى الفـكرة تمثل إضـافة للحلـول الدوليـة لمشكلة التكييف في العلاقات الخـــاصة لدولية.

الفرع الثاني:إخضاع التكييف لقواعد محايدة

---

[1]- بلقاسم أعراب ،المرجع السابق،ص92.

[2]-Bernard Audit ,Droit inter national privé,4 E .Economica ,paris,France,2006,p169.

[3]- كمال عليوش قربوع،المرجع السابق،ص105.بلقاسم أعراب،المرجع السابق،ص ص92-93.

لضمان محاكمة عادلة للمتقاضي وفقا لمبادئ العدالة والمواثيق الدولية ،وجب ضمان حق التقاضي لأي شخص مهما كانت جنسيته،من أجل تحصيل حقه آو حمايته،كما يقتضي مبدأ المساواة أمام القضاء الخضوع لقانون واحد وهذا بالنسبة لمواطني الدولة الواحدة،آما في حالة إختلاف جنسية أطراف النزاع،فقد يختل المبدأ بخضوع أحد أطراف العلاقة لقانون جنسية خصمه والذي قد يكون قانون القاضي أيضا،والحل الأمثل لإعمال مبدأ الحياد،يكون بإخضاع التكييف للقانون المقارن،أو نظرية علم القانون.

***أولا:*القانون المقارن**

بين الرأيين الأوليين ،في إسناد التكييف لقانون القاضي أو القانون الواجب التطبيق،ظهرت نظريات توفيقية بين الحلين منها نظرية الفقيه الألماني الأستاذ ***رابل*** « RABELE »،والذي سعى من خلالها إلى الخروج من إشكالية تنازع التكييف عن طريق إخضاعه للقانون المقارن،إذ لا يخضع لأي من القانونين المتنازعين،ويرى بضرورة تحليل ومقارنة القوانين الدولية فيما بينها بغية الوصول إلى قانون عالمي موحد،فاستخدام المنهج المقارن لاستنتاج المفاهيم العالمية الموحدة للأفكار المسندة ،من قوانين أكثر عدد ممكن من الدول ،وتغليب الآراء القوية في المنظومات القانونية العالمية،فقاعدة الإسناد لا يجب وضعها وفق التصور الوطني للتكييف بل يجب أن تحمل في معناها تصورات عالمية لأنها موجهة للأفراد في المجتمع الدولي ككل،لاحتمال أن يكون العنصر الأجنبي من أي دولة من دول العالم ،وبالتالي فان التضييق على عملية التكييف بوضعها وفق تصورات المشرع الوطني،والقانون الداخلي لا يتوافق ومقتضيات العدالة

ولقد أضافت هذه النظرية حلا آخر بغية الخروج من إشكالية تنازع التكييف، غير انه لا يمكن الإعتماد على هذه النظرية بصفة كلية رغم توافقها مع المبادئ العامة للقانون، و القانون الدولي الخاص، لصعوبتها من الناحية العملية وعدم تحديد معالم القانون المقارن[1].

[1]– سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق،ص ص 144–145.ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق،ص43.

ثانيا:نظرية علم القانون

تعد نظريـة العلـم القـانوني مـن احـدث النظريـات التـي جـاء بهـا الفقيـه الايطـالي ***كادري"*** « KADRY » ، الذي يرى بان يقوم الفقه بتصنيف العلاقات والمراكز القانونية التي تربطها فـــكرة معينة في القانون إلى مجموعات بعيدا عن التشريع والقضاء الذي يجب أن يبقى محايدا[1]، وبحسب هذا الرأي يجب أن يتحمل الفـــقه الدولي مسؤولية التكييف بتسطير الطوائف القـــانونية الجامعة لكافة أفراد المجتمع الدولي.

إذا مُؤَدّى هذه النظريـة إعفـاء القـــوانين الوضـعية مـن عمليـة التكييف،باعتبـار التكييـف مسـألة علميـة فقهيـة، ولـيس فكـرة وضـعية،وليس مـن إختصـاص التشـريع ،ولا يمـــكن إخضـــاع التكييـف لأي قـــانون، بـل التكييـف يقـوم بـه الفقه،ويضـيف الفقيـه الايطـالي" ***رونالـدو كـادري "بـان التكييـف بمعنـاه الصـحيح فـي الـقانون الـدولي الخاص"تصنيف القواعد القانونيـة او العلاقـات أو المراكـز القانونيـة بغرض إدخـال كـل منها في فكرة مسندة معينة[2]"***وهـذا ليس حل لمشكلـة التكييف لأنه ليس هنـاك تنـازع بين التكييفات،فالمفهوم العلمي للفكرة واحد والإختلاف هو مـن صناعة التشريعات،وليس على الفقـه الانسياق وراء المفـاهيم التـي يصـدرها المشـرع ،بـل عليـــه تقصـي المعنـى العلـمي الوحيد،والاختلافات الفقهية في تكييف المسألة الواحدة لا ينفي هذا ،إذ تعتبر تفسيرات لا تمس بجوهر الفكرة.

لم تسلم هذه النظرية من الانتقادات،ورأى البعض بأنها تتقـــاطع مع ما تصـــبوا إليـه نظريـة رابـل فـي سـبيل توحـــيد التكيـيفات العالميـة،غير أنهـا تختلـف عنهـا فـي ابتعـــــادها عـن التكيف التشريعي،وهذا ما يجعلها بعيدة عن الواقع ،وتعتبر الاختلاف الفقهـي في التكييفات ،اختلاف في التفسير وهذا إقرار بوجود مشكلة التكييف،كما أن الفقه يتأثر مثله مثل القضاء في عملية التكييف بالمعارف والايدولوجيا التي صقلته،حتى وان كان بدرجة اقل من القضاء ويبقى الواقع يناقض النظرية.[3]

ثالثا:إخضاع التكييف للتحكيم

---

[1]– ممدوح عبد الكريم،القانون الدولي الخاص تنازع القوانين،ص ص 43–44 .

[2]– عمر بلمامي،المرجع السابق،ص274.

[3]– عمر بلمامي، المرجع السابق،،ص ص280–281.

يعرف التحكيم على انه:***"اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به."*** [1]

ويكون بالاتفاق الذي يعقده الخصوم فيما بينهم على عرض النزاع الحاصل بينهم على محكمين من اختيارهم بدلا من المحكمة المختصة،وهذا ما يعرف باتفاق التحكيم أما في حالة إدراج شرط الإلتجاء إلى التحكيم في حالة النزاع ضمن عقد عام فيعرف بشرط التحكيم،وقد يكون دوليا أو داخليا،ومن هنا نتساءل عن مدى إمكانية اعتماد التحكيم كحل محايد لمشكلة التكييف في القانون الدولي الخاص؟

وتفرق التشريعات بين المسائل التي يجوز التحكيم فيها والتي لا يجوز،مع اختلافهم في تحديد المبدأ والاستثناء،وقد استبعدت اغلب التشريعات مسائل الأحوال الشخصية باعتبارها مسائل لا يجوز التحكيم فيها،لارتباطها بفكرة النظام العام،[2]وجاء في نص المادة 1006من القانون08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية :***"يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.***

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. "

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد استبعد المسائل التي تندرج ضمن طائفة الأحوال الشخصية من التحكيم فيها على سبيل الاستثناء،[3]وأخضع التكييف للقانون الجزائري كمبدأ عام على أساس المادة التاسعة من القانون المدني،التي أغلقت الباب أمام أي تكييف أخر.

رابعا: التكييف في القانون الجزائري

جاء في نص المادة التاسعة من القانون المدني الجزائري ما يلي:

---

[2]- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية، مصر ،2006،ص223.

[2]- المرجع نفسه،ص... ص326...340.

[3]- بربارة عبد الرحمن،المرجع السابق،ص ص537-538.

"يكون الــقانون الجزائري هو المرجع فـي تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنـازع القـوانين لـــــمعرفة القـــانون الواجب التطبيق"[1] ومن خـلال نص المـــادة فــقد أفصحت الإرادة التشريعية الــجزائرية على الأخذ بالاتجاه القائل بإخضاع التكييف لقانون القاضـي كمبدأ عام،و استثناءا عن هذا المبدأ أخضعت المادة السابعة عشر فقرة اولى تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا قانون الدولة التي يوجد فيها، وهذا ما سنعرض له بالتفصيل في الفصل الثاني .

[1]- الأمر 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني ، ج ر ج ج ، العدد 78 المؤرخ في 24 رمضان عام 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر سنة 1975 ، معدل ومتمم.

خلاصة الفصل الأول

تناولنا في الفصل الأول ماهية التكييف وأبرزنا مشكلة التكييف في القانون الدولي الخاص،ولقد خلصنا إلى أن عناصر التكييف وهي ثلاثة عناصر والتي تتعلق بها إشكالات التكييف، وهي عمـل القاضي، محل التكييف،القانون الذي يخضع له التكييف.

فعمل القاضي وهو إدراج المسألة التي تتنازعها القوانين في طائفة قانونية، أما صياغة قاعدة الإسناد فهي عمل تشريعي،كما أن القاضي يخضع في عملية الإسناد لرقابة المحكمة العليا،لأن الخطأ في التكييف هو خطأ في القانون.

ومحل التكييف وهو الموضوع أو المسألة التي يدرجها القاضي في الطائفة القانونية المناسبة، وتتعلق بها إشكاليتان إشكالية تحديد طبيعة موضوع التكييف،هل طبيعة موضوع التكييف،الواقعة القانونية؟أو المركز القانوني؟أو النظام القانوني؟

وإشكالية عدم وجود الموضوع ضمن الفئات المسندة(غرابة الموضوع عن نظام القاضي) وقد أخذ الفقه الحديث بحلين وقد اعتبرهما تطوير لنظرية بارتن,يتمثل الحل الأول في تحليل العلاقة القانونية وفق القانون الأجنبي الذي وضعها ،ثم الحكم بناءا على قانون القاضي.

ويتمثل الحل الثاني التوسع في مضمون الفئات المسندة، أما قانون التكييف ونقصد به القانون الذي يخضع له التكييف،لأن التكييف محل تنازع قانوني.

الفصل الثانـي

مظاهر إشكالات التكييف في مسائل الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص الجزائري

مقدمة الفصل الثاني

يرجع الفقه أصل مصطلح الأحوال الشخصية إلى بدايات الدولة الإسلامية في خلافة عمر بن الخطاب ،في مدينة القدس حين ترك الحرية الشخصية للمسيحيين المتوطنين بالمدينة في ممارسة الشريعة المسيحية فيما يخص أمورهم العائلية كاستثناء عن الشريعة الإسلامية التي تطبق على جميع الناس.[1]

من الإشكالات المتعلقة بموضوع التكييف في مسائل الأحوال الشخصية ،تحديد المواضيع التي تدخل في نطاقها ،فعدم اتفاق الأنظمة القانونية على تحديد هذه المسائل ،أي اختلاف تكييف العلاقات القانونية من نظام إلى أخر يؤدي إلى تناقض الأحكام الصادرة بشان علاقة قانونية واحدة ، وذهب بعض الفقه إلى تحديد مسائل الأحوال الشخصية على أساس القانون المطبق عليها،أي التي تخضع للقانون الشخصي في حين عرفها البعض على أساس طبيعة العلاقة ،حيث عرفها الأستاذ ***عليوش قربوع كمال"مجموعة المواد المتعلقة بالمركز القانوني للشخص الطبيعي،معتبرا في حد ذاته وفي علاقته العائلية.تتضمن العبارة في نفس الوقت المواد والأحكام التي تنظمها"*** [2]

أما الأستاذ أعراب بلقاسم فقد عرفها " ***الأحوال الشخصية هي المسائل التي تتعلق بالأشخاص،ويطبق عليها القانون الشخصي"*** [3] .

و قد استحسن الأستاذ ***علي علي سليمان*** التعريف الذي جاءت به محكمة النقض المصرية بتاريخ1934/06/21،رغم إقراره بصعوبة وضع تعريف جامع مانع للمصطلح، وهذا نصه:***المقصود بالأحوال الشخصية،مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية،التي رتب عليها القانون أثرا في حياته الاجتماعية،ككون الإنسان ذكرا أو أنثى ،وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو ابنا***

---

[1]–محمد وليد المصري ،المرجع السابق، ص107.

[2]–كمال عليوش قربوع ،المرجع السابق،ص187.

[3]–بلقاسم أعراب ،المرجع السابق،ص202.

شرعيا ،أو كونه تام الأهلية أو ناقصها ،لصغر السن أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية الخ....."[1]

ويبدو أن اختلافات الفقه في تحديد المصطلح كانت له انعكاساته على المنظومات القانونية ،وحتى التعريف الذي جاءت به محكمة النقض المصرية جاء معددا للمسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية ،إن المسائل الوارد ذكرها جاءت على سبيل المثال ويرى الأستاذ علي علي سليمان انه من الأحسن أن يعرض كل تشريع ما يراه مسائل أحـــواله الشخصية.

تعتبر من الأحوال الشخصية في القانون الجزائري كل من :الحالة والأهلية ،والزواج وأثاره وانحلاله والنفقة بين الأقارب والولاية والوصاية والقوامة والمواريث والوصية وفي فرنسا لا يعتبر من مسائل الأحوال الشخصية: الميراث والوصية ،والهبة و المشارطات المالية التي تصحب الزواج ،ويخضع القانون الجزائري طائفة الأحوال الشخصية للقانون الشخصي أي قانون الجنسية وفي بعض الأنظمة تخضع الأحوال الشخصية لقانون الموطن.

[1]–علي علي سليمان،المرجع السابق،ص ص63،64.

المبحث الأول: إشكالات التكييف في مسائل الحالة الفردية للشخص.

الحالة العامة للشخص ،لا تسري أحكام حجية الشيء المقضي فيه على قضـــايا الحـــالة وبهذا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2001/04/18 عن غرفة الأحوال الشخصية في الطعن رقم262912 والذي جاء فيه ***"المبدأ إن قضايا إثبات الزواج والنسب تعد من قضايا الحالة لا تطبق بشأنها المادة 338 من القانون المدني***[1] "

قضـــايا الحالة هي كل ما يتعلق بحياة الفرد من ميلاده إلى وفاته،الاسم ،اللقب ،الموطن ،الأهلية الجنسية ،الزواج ،الطلاق ، وما يطرأ عليها من تغيير.

المطلب الأول: إشكالات التكييف في الاسم والموطن .

أخذ المشرع الجزائري بالاتجاه الذي يخضع التكييف لقانون القاضي كمبدأ عام حيث نص في المادة التاسعة من القانون المدني على ذلك وهذا نصها: ***"يكون القـــانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق***" ، ومن نص المادة فان القـــانون الجزائري هو الذي يطبق على المســـالة القانونية المشتملة على العنصر الأجنبي لمعرفة القانون الواجب التطبيق كما يفهم من نص المادة إن تطبيق القانون الجزائري في تكييف العلاقة القانونية المشتملة على العنصر الأجنبي ينتهي بمعرفة القانون الواجب التطبيق أي التكييف الأولي.

كما أن نص المادة شامل لجميع المسائل التي قد يتنازع بشأنها ،فيدخل في نطـــاقها طائفة الأحوال الشخصية كما تخل طائفة العقود، وسائر التصرفات القانونية ،وكل العلاقات القانونية،

تكون طائفة الأحوال الشخصية التي صنفها المشرع الجزائري هي المرجع في تكييف أي مسالة قانوني مشتملة على عنصر أجنبي ،فيقرر القاضي الوطني إذا ما

---

[1]–قرار المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،2001/04/18،ملف رقم262912،المجلة القضائية عدد2،سنة2002،ص409.

كانت المسالة تعد من طائفة الأحوال الشخصية أم لا،وإذا كانت من طائفة الأحوال الشخصية ،هل هي متعلقة بالأهلية أو الشكل.

الفرع الأول:الاسم

كل نزاع قد يثار بخصوص الحالة بصفة عامة فان القانون الجزائري هو المرجع وهو الذي يحدد ما هو من قبيل الحالة آم لا ،ونتناول الحالة المدنية في الفرع الأول والأهلية في الفرع الثاني.

وهي مجموعة الصفات التي تحدد وتعرف الشخص، الاسم، اللقب، الموطن

وقد جاء في نص المادة الثامنة والعشرون من القانون المدني "***يجب ان يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده***"

كما نصت المادة التاسعة والعشرون على ما يلي:"***يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية***"

وقد صدرت عدت تشريعات تعنى بنظام الحالة المدنية، قبل وبعد استقلال الجزائر، وأول قانون متعلق بنظام الحالة المدنية في الجزائر هو قانون 23-02-1882 ***قانون الألقاب***"[1] وبعد الاستقلال صدر قانون الحالة المدنية بالأمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 وقد لحقته عدت تعديلات وقد نصت المادة الرابعة والستون من هذا القانون على أن تكون الأسماء جزائرية مع جواز منح أسماء غير جزائرية إذا كان الأبوين غير مسلمين فالتكييف تسري عليه أحكام المادة التاسعة، في حين يطبق القانون الشخصي على الحالة المدنية للأشخاص وهذا ما نصت عليه المادة العاشرة من القانون المدني، حيث يخضع تحديد الاسم واللقب للقانون الشخصي ، فلو ثار نزاع بين أجنبيين من جنسيتين مختلفتين متوطنين في الجزائر بخصوص تسمية مولود جديد فان القاضي الوطني يدرج النزاع في نظام الحالة المدنية دون اعتبار للتكييف الذي يصف به القانون الأجنبي النزاع، يعتبر إشكال في التكييف اكتساب الاسم بعد الزواج بالنسبة للمرأة، وبالتالي يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج باعتباره اثر من أثار

[1]- عبد العزيز سعد،نظام الحالة المدنية في الجزائر،الجزء الثالث،ط3،دار هومة،الجزائر،2011،ص... ص7...13.

الزواج، وقد كان القضاء الفرنسي مترددا في إخضاع الاسم للقانون الذي يحكم الزواج وبين قانون الأحوال الشخصية[1].

الفرع الثاني: إشكالية الاختلاف في تكييف الموطن

للموطن أهمية بالغة في تحديد هوية الشخص، إذ به تكتمل الهوية ، وفيه يخاطب الشخص ،فيبلغ بالسندات القضائية، أوالمتعلقة بنشاطاته، وعلاقاته وكافة مراسلاته، فتحدد كل دولة مفهوم الموطن في قوانينها الداخلية، وفي القانون الدولي الخاص قد يتحدد به القانون الواجب التطبيق .

أولا:الموطن في القانون الدولي الخاص

مشكلة التكييف هي مشكلة مفاهيم ،فاختلاف التعاريف للمسالة الواحدة بين قانونين متنازعين يؤدي نتائج متعارضة ، وقد يعتبر موطن الشخص المكان الذي يمارس فيه أعماله،أو دراسته أو تتواجد به عائلته ومسكنه الرئيسي وعرفه الأستاذ بدر الدين ***عبد المنعم شوقي :"المكان التابع لدولة معينة والذي يقيم فيه الشخص بنية البقاء فالموطن صلة واقعية بين الشخص والمكان يرتب عليها القانون آثار معينة"***[2]ومن التعريف نستخلص أركان الموطن،ركن مادي وركن معنوي،كم يتحدد على أساسه الاختصاص القضائي ويتخذ كضابط إسناد.

1-الركن المادي

تعتبر الإقامة على سبيل الاعتياد الركن المادي للموطن،ولا يقصد بالاعتياد الاستمرار وعدم التقطع ،بل يكفي أن لا تكون مؤقتة ولا مرتبطة بمدة زمنية ، ولا تكون مفروضة على الشخص أي عكس إرادته،ولا تلزم الشخص بالإقامة بجزء من الإقليم،بل له كامل الحرية في تغيير الإقامة داخل إقليم الدولة،

2-الركن المعنوي

للاستقرار الذي يتوفر لذا الشخص المقيم،**و** ألا تكون الإقامة محددة المدة مسبقا ولا مؤقتة مرتبطة بتحقق غاية أو مصلحة،واندماج الشخص اجتماعيا وعمليا ،قرينة بالإضافة إلى

[1]-بلقاسم أعراب ، المرجع السابق،ص211.

[2]-بدر الدين عبد المنعم شوقي،العلاقات الخاصة الدولية،ط2،مطبعة العشري ،مصر،2005،ص350.

طول مدة الإقامة المعتادة،كلها تعتبر قرائن على كون المكان موطن الشخص،وهذا التصور للموطن موجود لدى النظام الإنجلوسكسوني.

ثانيا:الموطن في القانون الجزائري:

تختلف فكرة الموطن بين القانون الداخلي القانون الدولي لارتباط هذه الأخيرة بفكرة السيادة،[1] ولقد نص المشرع على عدة صور للموطن،حيث جاء في القانون المدني:

"موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي.وعند عدم وجود سكنى،يقوم ولا يجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن واحد في نفس الوقت."

محل الإقامة العادي مقام الموطن

"يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة"

"موطن القاصر والمحجور عليهم والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا

غير انه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها"

"يجوز اختيار موطن خاص لمباشرة تصرف قانوني معين....."

المواد 36،37،38،39،من القانون المدني على التوالي.

الموطن في الأصل هو مكان وجود السكن الرئيسي للشخص،غير انه ولاعتبارات قانونية ،أو وظيفية قد يضطر المرء إلى أن يكون له موطن غير الذي فيه سكناه الرئيسي،ولقد راع المشرع هذه الاعتبارات،وأعطى صورتين رئيسيتين عن الموطن وهما الموطن العام والموطن الخاص وينقسم الموطن العام إلى موطن اختياري وموطن إلزامي ،والموطن الخاص إلى موطن الأعمال ،وموطن ناقص الأهلية،والموطن المختار.

1-الموطن العام :ونصت عليه المادتين، السادسة والثلاثون والسابعة والثلاثون من القانون المدني، وينقسم إلى قسمين:

---

[1]-عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص،الجزء الأول،ط11، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986،ص ص 444-445.

-موطن اختياري وهو محل السكنى الرئيسي وعند عدم وجوده يكون مكان الإقامة العادية.

-موطن إلزامي ،وهو الموطن الذي نشا بقوة القانون ،لكل من القاصر والعاجز والمفقود والغائب.

2-الموطن الخاص : ترتبط فكرة الموطن الخاص بممارسة تصرفات وأنشطة تجارية،

-موطن ناقص الأهلية

-موطن الأعمال وقد يمارس الشخص نشاط تجاري او حرفة في مكان يكون

-الموطن المختار[1]

المطلب الثاني:إشكالات التكييف في الأهلية والجنسية

تدخل الأهلية ضمن مسائل الحالة الفردية للشخص، وهي من مسائل الأحوال الشخصية، لارتباطها بفكرة النظام العام، و يقصد بها صلاحية الشخص، لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات،والقيام بالتصرفات القانونية،وتنقسم إلى أهلية أداء وأهلية وجوب،[2] وفرق المشرع في قواعد الإسناد بين موضوع الأهلية عامة،و موضوع حماية عديمي الأهلية و ناقصيها،كما أن الجنسية تدخل أيضا في مسائل الحالة الفردية للشخص،إلا أنها وحتى بالمفهوم الحديث لها تطرح عدة إشكالات ،فيما يخص اعتبارها من القانون العام او من القانون الخاص،بالإضافة إلى علاقتها بإشكالات التكييف .

الفرع الأول: الأهلية عامة

المسائل المتعلقة بالأهلية في القانون الداخلي هي سن الرشد، وسن التمييز، وعوارض الأهلية،من جنون وعته وسفه، حيث يتوقف عليها صحة الرضا،وفي القانون الدولي الخاص يثور الإشكال في اختلاف القوانين في تحديد هذه المسائل،والمشرع الجزائري وضع مبدأ عام لحل المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي وأورد عليه استثناءا.

أولا:المبدأ العام في الأهلية.

---

[1]-اعراب بلقاسم،المرجع السابق،ص... ص211...213.

[2]-للتفصيل أكثر في موضوع الأهلية، ارجع إلى محمد صبري السعدي، المرجع السابق،ص... ص152...161.

يتفق الفقه على إدراج الأهلية في مسائل الأحوال الشخصية،ويدرجها كذلك المشرع الجزائري في طائفة الأحوال الشخصية ،والأهلية المقصودة هنا هي أهلية الأداء والتي تتعلق بالتصرفات القانونية ولذلك فهي على درجة كبيرة من الأهمية لدى الفقه والتشريع ،و الأهلية هي التي تحدد مدى قدرة الشخص على التصرف وتحمل تبعة ذلك التصرف ،ولقد أخضعها المشرع الجزائري لقانون الجنسية في ما يخص قواعدها الموضوعية ،أما التكيف فهو يخضع للقاعدة العامة وهو قانون القاضي.

نصت المادة العاشرة من القانون المدني الجزائري على خضوع الأهلية للقانون الشخصي،والأهلية التي يقصدها المشرع هي الأهلية العامة أي أهلية الأداء،والمشرع التونسي نص على أهلية الأداء ،ولا تدخل في مضمون النص أهلية الوجوب ،كما لا تدخل الأهليات الخاصة ،مثل المنع الوارد على شراء رجال القضاء والمحامين للحقوق المتنازع فيها أمام المحاكم التي يعملون بها [1]،فالأهلية التي تدخل في مقصود النص هي التي تعرف بصلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية،والتي مناطها التمييز والإدراك ،أما أهلية الوجوب التي تثبت للشخص بمجرد ميلاده ورغم أنها من مظاهر الشخصية القانونية ،فلا تدخل في مقصود النص،ولا تخضع للقانون الشخصي،بل غالبا ما تكون خاضعة للقانون الذي يحكم العلاقة.

الإشكالات المتعلقة بالتكييف في طبيعة موضوع الأهلية بين ما يدخل فيها وما لا يعد من مسائلها و بين أهلية الأداء وأهلية الوجوب ،والأهلية العامة و الأهلية الخاصة ،تخضع لتكييف القاضي،على أساس المادة التاسعة من القانون المدني،حيث يرجع للقاضي تحديد نطاق مسائل الأهلية وفق قانونه الوطني،أما نطاق تطبيق المادة العاشرة من نفس القانون ،والذي يخضعه لقانون الجنسية ،مسائل تحديد أهلية الشخص ،سن البلوغ،التصرفات التي يعتبر أهلا للقيام بها،وكذلك عوارض الأهلية .

ثانيا:الاستثناء عن إخضاع موضوع الأهلية للقانون الشخصي

[1]–جاء في المادة402 من القانون المدني"لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين ولا الموثقين ولا لكتاب الضبط ،أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار،الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا".

يستثنى من تطبيق القانون الشخصي في مسائل الأهلية الحالة التي ورد ذكرها في الفقرة الثانية من المادة العاشرة من القانون المدني والتي جاء فيها"ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتترتب أثارها فيها ،إذا كان احد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع بسبب فيه خفاء لا يسهل تبينه ،فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة "ومن نص المادة شروط إعمال الاستثناء هي:

-أن يكون التصرف ذو طبيعة مالية، وبذلك تخرج مسائل الأحوال الشخصية من الاستثناء

-آن يعقد في الجزائر ويرتب آثاره فيها،أي يكون مكان إبرام العقد وزمان تنفيذه أو إنتاج آثاره في الجزائر وفقط.

-أن يكون طرفي العقد جزائري مع أجنبي ،وهذا الأجنبي ناقص الأهلية وفق قانونه الشخصي وكامل الأهلية وفق القانون الجزائري،وبالنتيجة فسن الأهلية في القانون الجزائري يكون مبكرا عنها في قانون الطرف الأجنبي،كما أن القول بان الطرف المقابل للأجنبي هو جزائري بناءا على مفهوم المخالفة والذي نستنتجه من قول المشرع ***إذا كان احد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية***"إذ يفهم أن الطرف الثاني جزائري.

- أن يكون نقص أهلية الأجنبي طبقا لقانون جنسيته، لسبب فيه خفاء ،ويصعب تبينه.

ويرى بعض الفقه أن الاحتجاج بجهل القانون هنا مقبول ،لان هذا القانون الأجنبي لا يفترض العلم به كالقانون الوطني الذي يصدر في الجريدة الرسمية ،بالإضافة إلى أن هناك من الفقه من يعتبر القانون الأجنبي واقعة لا قانونا ،ويكفي المتعاقد الوطني انه حسن النية و المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية وفق القانون الوطني الذي من المفترض على الجزائري العلم به.[1]

وفي القانون الألماني ،هذا الأجنبي القاصر وفق قانون جنسيته و كاملها وفق القانون الألماني يعتبر رشيدا،وقانون الولايات المتحدة الأمريكية ،يخضع الأهلية لقانون بلد الإبرام،إما القانون الانجليزي فيخضعها لقانون الموطن.

[1]-علي علي سليمان، المرجع السابق،ص ص 65-66 .

يطرح مشكل عدم الاتفاق على سن الرشد بين الدول مشاكل لأطراف العلاقة القانونية خاصة إذا كان السن متقارب اذ يصعب تبينه، مما يجعل من بعض الأطراف في العـــلاقة المشتملة على العنصر الأجنبي ضحايا لإبطال تصرفاتهم التي عقدوها مع أشخـــــاص قد يكونون في نفس سنهم ومع ذلك يعتبرون قصر في نظر أنظمتهم القانونية ،فالشخص الرشيد البـــــالغ في دولة يعتبر قاصرا في أخرى ،وفي قضية ***ليزاردي***[1] واعتباره كامل الأهلية وفق القـــانون الفرنسي بحسب الشروط المذكورة أنفا يعتبر حلا عادلا لمشكلة عدم الاتفاق على تحديد سن الأهلية،وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري.

ثالثا: حماية ناقصي وعديمي الأهلية

اوجب المشرع حماية ناقصي الأهلية وعد يميها بموجب المادة الخامسة عشرة من القانون المدني :و"***يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته***[2]" ،كما نص على نظم خـــاصة بهم وهي الولاية والوصاية والقوامة،وهذه النظم متعلقة بالأهلية ولذلك فقد أدرجها المشرع في طائفة الأحوال الشخصية وأخضعها للقـــانون الشخصي،وبهذا وعلى أساس المبدأ العام في التكييف فان النظم المقررة لحمـــاية ناقصي وعديمي الأهلية يحددها القانون الجزائري،إذا كانت ولاية أو وصاية أو قوامة،كما أن تحديد من تجب حمايتهم ، القصر وعديمي الأهلية والغائبين من اختصاص قانون القـــاضي أي تدخل في إطار المبدأ العام للتكييف.

يرجع لقانون القاصر لتحديد الشروط التي يجب أن تتوفر في الوصية،وكذلك واجبـــاته مسؤولياته ،و كيفيات انتهاء وصايته،باعتباره القانون الواجب التطبيق ،وهنا يجب العودة إلى نصوص قـــانون الأسرة ،إذا كان القانون الجزائري هو القانون الواجب

---

[1]–تعود وقائع القضية إلى فرنسا حيث اشترى شاب مكسيكي اسمه ليزاردي مجوهرات من تاجر فرنسي وقدم مقابلها سندات،وبحلول اجل الوفاء بها امتنع الشاب ،فرفع التاجر الفرنسي ضده دعوى فتمسك الشاب المكسيكي ببطلان السندات التي حررها لكونه ناقص الأهلية وفق القانون المكسيكي'لكن الحكم الصادر عن المحكمة والذي أيدته محكمة النقض كان لصالح التاجر الفرنسي، بلقاسم أعراب ،المرجع السابق ،ص 219.

[2]–المادة الخامسة عشر من القانون المدني.

التطبيق حيث تبين المادة واحد وثمانون صاحب الحق في الولاية والمادة ثمانية وثمانون منه الشروط التي يجب أن تتوافر في القائم وحدود سلطة كل منهما في إبرام التصرفات،و المادة الثالثة والتسعون من نفس القانون توضح الشروط التي يجب أن تتوافر في الوصي،والمادة واحد وتسعون إسقاط الولاية.

ويستثنى من ذلك ما تعلق بقانون مركز الأموال وما تعارض مع النظام العام.[1]

الفرع الثاني :الجنسية وإشكالية التكييف

الجنسية بالمفهوم المعاصر هي الرابطة بين الفرد ودولته،فاركان الدولة هي الشعب والإقليم والسيادة التي تمارسها الدولة على الأفراد والإقليم،وبذلك يكون للدولة مطلق الحرية في تحديد رعاياها،وعلى هذا الأساس لا يرى الفقه في الجنسية محل لتنازع القوانين،[2] ولكن هل يفهم من هذا عدم تعلق الجنسية بمشكلة التكييف؟ومن جهة أخرى أليس الوصول إلى قانون عالمي موحد يعني الوصول إلى تكوين جماعة واحدة؟

تدرج الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية،وقد يطالب به على أساس أنها حق للأفراد ،والعلاقة بينها وبين التكييف تبرز في المفهوم الذي توصف به المسالة القانونية المشتملة على العنصر الأجنبي،فالقانون الذي يوصف العلاقة هو قانون جنسية احد الأطراف وفي الغالب هو قانون جنسية القاضي،وحين تشير قاعدة الإسناد بتكييف غير تكييف القاضي تطرح عدة إشكاليات،وذلك لما يكون الشخص الذي تكيف المسألة حسب قانونه ،عديم الجنسية(أولا)،أو متعدد الجنسية(ثانيا)،فالعلاقة بين التكييف و موضوع الجنسية جد وثيقة إذ لا يمكن تصور تنازع القوانين في طائفة الأحوال الشخصية بدون مسائل الزواج المختلط وما يترتب عليه من آثار،كما أنه من الناحية الواقعية التنازع بين الجنسيات،يظهر في ترجيح تطبيق أحكام إحدى الجنسيات.[3]

أولا:الجنسية والحالة

---

[1]– كمال عليوش قربوع ،المرجع السابق،ص ص208– 209.

[2]– بلقاسم أعراب ، المرجع السابق،ص210.علي علي سليمان،المرجع السابق،ص169.

[3]–الطيب زيروتي،دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري ،دار هومة،بوزريعة،الجزائر ،2010،ص125.

تتعلق الجنسية بحالة الأشخاص،فانتساب الشخص إلى جماعة يوضح انتماءه،مثل انتسابه إلى عائلة والعائلة تنسب بدورها إلى جماعة،وتغير مفهوم الجماعة عبر الحقب التاريخية أدى إلى تبلور فكرة الجنسية بالمفهوم الحديث في القرن الماضي عند مانشيني،ولقد اختلف الفقه في إدراج الجنسية في القانون العام الذي يحدد القواعد والشروط العامة لاكتساب الجنسية وفقدها،وهذه الآلية تشكل ركن الشعب وهي الحجة التي برر بها هذا الاتجاه موقفه هذا، وعززت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكم لها صادر عن الدوائر مجتمعة بتاريخ 1921/02/02،أو القانون الخاص على اعتبارها تتعلق بالحالة المدنية للأشخاص،وقد عقدت الاختصاص للمحاكم المدنية للفصل في منازعات الجنسية في فرنسا،وحتى التقنين المدني الفرنسي كان يحوي في مضمونه القواعد القانونية للجنسية،وحتى على اعتبار الجنسية من مسائل القانون العام لم ينهي الجدل بين أنصار المذهب ،فمنهم من اعتبرها من اختصاص القانون الإداري ومنهم من اعتبرها من مسائل القانون الدستوري،ومهما كانت طبيعة قواعد ضبط الجنسية،وآثارها،فلا يعني إخراجها من مسائل الحالة.[1]

ثانيا:إشكالية عديم الجنسية

الأشخاص عديمو الجنسية هم الذين لا يتمتعون بصفة المواطنة مطلقا،ولا تكون لهم أية حقوق تجاه الدول على أساس أنهم مواطنين،وتنجم حالا ت انعدام الجنسية أما بسبب قانوني،كأن يولد طفل على إقليم دولة لا يحمل والده جنسيتها ،وهذه الدولة تمنح الجنسية على أساس حق الدم،في حين تمنح دولته الجنسية على أساس حق الإقليم، أو واقعي أي جنسي غير فعالة كالحرمان من الحقوق المدنية والسياسية رغم وجود الجنسية،وفي القالون الدولي تزيد حالات عديمي الجنسية مشكلة التكييف تعقيدا،ويطلق بعض الفقه على الموضوع "التنازع السلبي"،فبالإضافة إلى حرمان هذا الشخص من الحق في التعليم ،الحق في الصحة ،وكل الحقوق التي يحبسها قانون الدولة على مواطنيها،فهو "كسفينة بلا علم "فعديم الجنسية الماثل أمام العدالة يطرح إشكالية القانون الذي يخضع له؟ويمكن التساؤل عن طبيعة العلاقة القانونية المثارة والمشتملة على العنصر

[1]– علي علي سليمان،المرجع السابق،ص... ض167...170.

الأجنبي،وهو عديم الجنسية ولكن ليس هناك تنازع قوانين،إذ أننا أمام قانون واحد وهو قانون القاضي إذا كان الطرف الثاني للنزاع وطني؟[1]

لما كانت طائفة الأحوال الشخصية على صلة وثيقة بديانة الأفراد وثقافتهم فان تكييف المسائل سواء كان التكييف الأولي أو الثانوي بحسب قانون مغاير لجنسية الشخص،يهدر حقوقه،ويمس بالمبادئ الاجتماعية التي ينتمي إليها الشخص،لان الشخص عديم الجنسية قد يكون له جماعة ينتمي إليها،وديانة ، وحتى حين تشير قواعد الإسناد إلى تطبيق القانون الشخصي على عديم الجنسية ،فأي قواعد موضوعية تطبق عليه؟[2]

نظر الفقه إلى هذه الحالة الإنسانية كظاهرة يجب علاجها والتقليل منها، وفي هذا الصدد جاءت اتفاقية نيويورك لمعاملة عديمي الجنسية في الثامن والعشرون جويلية من سنة 1954،[3]و يرى الفقه الغالب بتطبيق قانون الموطن،وفي حالة عدم وجود موطن يطبق عليه قانون المحل،وهناك من رأى بترك الأمر للقاضي،أو تطبيق قانون آخر جنسية حملها،أو إخضاعه لقانون محل الإقامة الفعلي،وعمليا قامت بعض الدول بالتشديد في مسالة التنازل عن الجنسية،كما و وسعت الكثير من الأنظمة من طرق اكتسابها،وفي هذا الصدد نصت اتفاقية لاهاي التي أبرمت في 1930/04/12 والخاصة بالجنسية في المادة الربعة عشر منه على منح الجنسية لمجهولي النسب للدولة التي ولد على إقليمها.[4]

ثالثا:إشكالية متعدد الجنسية

قد يكون للشخص أكثر من جنسية، وهذا ما يعرف لدى الفقه بالازدواج،أو التنازع الإيجابي وفي المنازعة المشتملة على العنصر الأجنبي يطرح مشكل تنازع التكييف من جهة أمام قوانين الجنسيات التي يحملها الشخص، قبل التنازع مع قانون القاضي ومع الانفتاح الدولي ،والتقليل من القيود التي تحول دون الحصول على الجنسية ،أصبح الكثير من الأفراد يتمتعون بصفة المواطنة مع أكثر من دولة،وهذه الحالة أثرت على مسألة التكييف،فإذا كان القانون الشخصي هو الذي يطبق على مسائل الأحوال الشخصية

---

[1]- الطيب زيروتي،دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري،ص124.

[2]- علي علي سليمان،المرجع السابق،ص192.

[3]- الطيب زيروتي،دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري،ص...ص 125...131.

[4]- علي علي سليمان،المرجع السابق،ص193.

للفرد،فأي قانون يطبق،حتى وان لم يخضع التكييف لقانون القاضي فأي من القوانين الشخصية التي تطبق؟

وكمثال عن طرق الحصول على أكثر من جنسية،أن يولد طفل في دولة تمنح الحق في الجنسية على أساس الإقليم،مع جنسية دولة أبيه القائمة على حق الدم،فيحصل له جنسيتان،كما قد تكتسب الجنسية تلقائيا من طرف الزوجة كأثر من آثار الزواج لدى بعض الدول،فالشخص الذي يعقد زواجه وفق إحدى القوانين التي ينتمي إليها بجنسيته،ولا تتوفر في هذا الزواج الشروط الموضوعية وفق قانون جنسيته الثاني يعد مشكلة في التكييف،ومن هنا نكون أمام فرضيتين: إما أن يبطل القاضي هذا الزواج خاصة إذا كان هو نفسه قانون القاضي ،فيكون ملزم باحترام سيادة بلده،وهذا ما نصت عليه اتفاقية لاهاي لسنة1930 في المادة الثالثة منه،مع الالتزام بما جاء في المادة الرابعة من المعاهدة ،الاكتفاء بتطبيق مبدأ الإقليمية،وإما أن يختار قانون من بين القوانين الجنسية التي ينتمي إليها الشخص،ولكن على أي أساس يمكن الاختيار؟[1]

اعتبرت مسالة تعدد الجنسيات من طرف القضاء والفقه الفرنسي مسالة واقع، وما على القاضي إلا الاجتهاد للوصول إلى الجنسية الفعلية للشخص حتى يخضع مسألته لقانون الجنسية الفعلية،ويرى الفقه بان هذه الجنسية تتحدد بمدى اندماج الشخص في الدولة التي يريد القاضي إثبات أنها الجنسية الفعلية للشخص،كان يتكلم لغتها، دائم الإقامة بها،أو يكون قد أدى الخدمة العسكرية لصالحها،أو تكون نشاطاته التجارية الرئيسية به،وكل ما من شانه ترجيح الاعتقاد إلى انتماء الشخص إلى تلك الدولة دون سواها،[2]وقد لا تكون صفة ازدواج الجنسية نعمة على الأطفال بحسب اتفاقية حقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989 وانضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992،حيث يجد الطفل نفسه محمل بالتزامات تجاه الدول التي يحمل جنسيتها، والتي قد تسوء في حالات الحروب،والتوترات الدولية،فظلا عن القانون الذي يحكم أحواله الشخصية.[3]

---

[1]-علي علي سليمان، المرجع السابق،ص ص،188-189.

[2]- علي علي سليمان ،المرجع السابق،ص189.

[3]- الطيب زيروتي،دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري،ص...ص 117...131.

رابعا :الجنسية في القانون الجزائري

أقام المشرع الجزائري منح الجنسية الجزائرية الأصلية على حق الدم كأصل عام،وهذا بحسب نص المادة السادسة قبل التعديل من قانون الجنسية،[1] من الأب،والأم استثناءا في حالة أب مجهول أو عديم الجنسية،وبعد التعديل الذي جاء به الأمر 05-01،ولأسباب سياسية واجتماعية واقتصادية وبدرجة أولى أسباب قانونية،عملا بالمادة التاسعة والعشرون من دستور 1989، وتكريسا لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ***"سيداو"*** والتي بدا العمل بها في الثالث سبتمبر عام 1981وصادقت عليها الجزائر في العاشر من جانفي 1996عام بموجب الأمر 96-03،[2] المادة الثانية منها ،أصبح الطفل المولود من أب أو أم جزائرية جزائريا بالنسب،[3]وقد نصت المادة الثانية والعشرون من القانون المدني على ما يلي:***"في حالة تعدد الجنسية يطبق القاضي الجنسية الحقيقية 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.***

في حالة انعدام الجنسية يعين القاضي قانون الموطن أوقانون محل الإقامة"

ومن خلال نص المادة فان التكييف الجزائري هو المطبق على موضوع المسائل والعلاقات القانونية المطروحة على القضاء الجزائري اذا كانت الجنسية الجزائرية من ضمن الجنسيات التي يحملها الشخص، في حالة التعدد وفي حالة الانعدام فالأمر متروك للاجتهاد القضائي.

---

[3]- الأمر رقم 70-86 مؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية ج ر ج ج ،العدد 105،المؤرخة في 20 شوال عام 1390 الموافق 18 ديسمبر سنة 1970،معدل ومتمم.

[2]-الطيب زيروتي،دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري،ص ص209-208.

[5]- بن عياد جليلة وبعوني خالد،الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، د د ن، د م ن،2009،ص71.

المبحث الثاني:إشكالات التكييف في مسائل الحالة العائلية

الحالة العائلية للشخص هي المرحلة الثانية التي تعقب الحالة الفردية للشخص وتكون أكثر تشعبا منها لكثرة الروابط، روابط ذات طبيعة مالية، وروابط شخصية،فيدخل في الروابط الشخصية الزواج والبنوة والنسب،ويدخل في الروابط ذات الطبيعة المالية،المواريث والوصية والهبة والوقف.

المطلب الأول: إشكالات التكييف في الروابط الشخصية

تنجم اغلب الروابط الشخصية في فئة الأحوال الشخصية عن الزواج،ومع وجود العنصر الأجنبي فان هذه المواضيع تأخذ طابع خاص ،وارتباط الزواج بالشكل الديني يزيد من التمايز بين الدول المختلفة عقائديا،حيث يعتبر الزواج رابطة مقدسة[1]،

الفرع الأول:إشكالات التكييف في موضوع الزواج

الزواج نظام قانوني قائم ،وموضوع مهم من مواضيع الأحوال الشخصية،ونظرا لكثرة آثاره،من نفقة زوجية،وأسرية،وولاية ،وقوامة،ونسب ،بالإضافة إلى أركانه وشروطه الموضوعية والشكلية،وكذلك الآثار المترتبة عن انحلاله،من حضانة،ونفقة،وولاية.

أولا : إشكالية تكييف الخطبة

ويدخل كذلك في مضمون الزواج ،الخطبة والتي تعتبر من مقدمات الزواج ،ورغم إن المشرع الجزائري لم يخصها بقاعدة إسناد،تدرج الخطبة في طائفة الأحوال الشخصية وتخضع في التكييف لقانون الجزائري بحسب المبدأ العام في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها في المسائل المشتملة على عنصر أجنبي ،بحيث يعود الأمر للقاضي لوصف العلاقة خطبة أم وصف أخر، وبحسب نص المادة الخمسة من قانون الأسرة،فكل علاقة بين رجل وامرأة وصلت إلى حد الوعد بالزواج ،تكيف على أنها خطبة.

ويرى جانب أخر من الفقه أن الخطبة ليست بعقد، ودليل ذلك أن الرضا كركن من أركان الزواج يكفل الحرية الشخصية للأفراد .[2]

وإذا كان المشرع الجزائري قد أضفى الصبغة العقدية على الخطبة ،مع الحق في العدول ،فان البعض لا يرى بان لها قوة إلزامية ولو طال أمدها، فطبيعة الخطبة

---

[1]–جاء في المادة الرابعة من القانون 84–11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة ،ج ر ج ج ،العدد 24،المؤرخة في 12 رمضان علم 1404 الموافق 12 يونيو سنة 1984،معدل ومتمم."الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ، من أهدافه ،تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

[1]–مراد كاملي ،الوجيز في قانون الأسرة ،(مذكرة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية ،جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي سنة 2010/2009)،ص ص7–8.

يخضع تكييفها للقانون الوطني لكل من الزوجين ولكن تثار إشكالات في حالة الضرر الذي يترتب عن العدول ،ومع عدم تحديد المشرع لقاعدة التنازع التي تحكم الخطبة ،يرى الأستاذ عليوش قربوع كمال بان القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي تمت فيه[1]على أساس المادة خمسة من قانون الأسرة،فإذا ما تنازعا زوجان في ما يخص هدايا الخطبة أمام القضاء الجزائري ،فان القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي تمت به الخطبة ،فاد تمت الخطبة بفرنسا طبق القانون الفرنسي،ويرى البعض أن القانون الواجب التطبيق على الخطبة إذا ترتب على فسخها المسؤولية التقطيرية،هو القانون الذي حصلت فيه القطيعة[2]

وبحسب هذا الرأي والمثال السابق فان النزاع الذي يعرض على القاضي الوطني في مسائل العدول عن الخطبة تخضع لقانون البلد الذي تم فيه العدول ،فإذا كان العدول في الجزائر خضعت مسالة النزاع للقانون الجزائري ،وإذا كان العدول في بلد غير بلد الزوجين خضعت لقانون ذلك البلد،ويفهم من الاتجاهين إن موضوع الدعوى هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق،فإذا كانت دوى تعويض على أساس المسؤولية التقصيرية،خضعت لقانون البلد الذي ثم فيه العدول،أما إذا كانت دعوى استرداد الهدايا خضعت لقانون البلد الذي تم فيه التواعد.

تكيف الخطبة وتدخل في نطاق الأحوال الشخصية في القانون الجزائري وكذلك ،فهي مقدمة للزواج،وإعمال الرأيين معا يؤدي بنا إلى تشتيت القضية الواحدة ،كان تكون الدعوى تشمل الموضوعين معا ،المطالبة بالتعويض من جهة والمطالبة باسترداد الهدايا وبالتالي قد يخضع كل شطر من القضية لقانون ،وعلى هذا الأساس مادام أن الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج، يجب أن تخضع للقانون الذي يخضع له الزواج بحسب الشكل والموضوع.

- ثانيا:انعقاد الزواج

[1]-كمال عليوش قربوع ،المرجع السابق،ص211.

[2]-علي علي سليمان، المرجع السابق،ص 68.

تكيف العلاقة على أنها زواج بحسب القانون الذي يحكم التكييف –وفق المبدأ العام في التكييف– كل علاقة بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ،بغرض تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعـــاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب في إطار عـقد رضـائي،وهذا من مضمون تعريف المشرع الجزائري للزواج في المادة الرابعة من قـــانون الأسرة.

خـــــارج هذا المفهوم ،فأي علاقة غير شرعية ولا تهدف لتكوين أسرة ،أو تتم بين شخصين من جنس واحد ،رجلين أو امرأتين وهذا ما يعرف بزواج المثليين والذي أصبحت تقره بعض الأنظـمة ، ولا العيش الحر دون زواج الذي يرتب آثار قـانونية في بعـض الدول،من نسب وميراث،و أي علاقة عابرة بين رجل وامرأة مهما كانت تسميتها لا تعتبر زواج ،ولا تكيف كذلك أمام القاضي الوطني.

جاء في القانون 84–11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضـمن لقانون الأسـرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فيفري سنة 2005 في الكتـاب الأول تحث عنوان الزواج وانحـلاله ،في الباب الأول تحث عنوان الزواج ،الأحكام التـي تضبط الزواج ،من شروط موضوعي وشروط شكلية.[1]

أ–الاختلاف في تحديد الشروط الموضوعية و الشروط الشكلية للزواج

جاء في المادة الحادية عشر من القانون المدني ما يلي: ***"يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"*** ،وأضافت المادة الثالثة عشر من نفس القانون ما يلي : ***"يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و12،إذا كـــان احد الزوجين جزائريا وقت انعـــــقاد الزواج،إلا فيما يخص الأهلية".***

ويدخل ضمن الشروط الموضوعية كل شرط يتوقف على وجوده قيام العقد،وهي الشروط الجوهرية في العقد، ويسقط بعض الفقه الشهود من الشروط الموضوعية ويجعلها

[1]– انظر قانون الأسرة : من المادة التاسعة الى المادة الخامسة والثلاثون.

من الشروط الشكلية [1]غير انه بما أن المشرع له كامل السيادة التشريعية في تحديد الشروط الموضوعية والشروط الشكلية وتحديد الوصف الذي يراه مناسبا فان الأمر يكون كذلك.

الموانع الشرعية ويقصد به الحالات التي تمنع انعقاد الزواج بسبب العلاقة القائمة بين الرجل والمرأة التي يريد الاقتران بها ،وقد تختلف التشريعات في تحديد الموانع،ويرى اغلب الفقه بضرورة التطبيق الجامع لخطورة هذه الموانع عند بعض المجتمعات،وبناءا على هذا الرأي فان وجود مانع عند طرف واحد فقط يمنع قيام الزواج،ويستثني البعض الموانع الإقليمية من التطبيق الجامع،مثل اللون ويستبقي الموانع المبنية على اعتبارات خلقية.[2]

لا تتفق الأنظمة القانونية على تحديد الشروط الشكلية،كما اختلفت في الشروط الموضوعية من قبل، ويقصد بشكل الزواج الإجراءات والمراسيم التي يتطلبها من تسجيله في الحالة المدنية ،إلى مظاهر الاحتفال، إلى حضور الكاهن أو رجل الدين، ولقد أخضعت المادة التاسعة عشرة شكل التصرفات القانونية للشكل المحلي أو قانون بلد الإبرام،وهذا ما أكدته المادة السابعة والتسعين من قانون الحالة المدنية [3]وهذا حل عالمي يخضع الشكل لقانون المحل ،إلا انه ووفقا للمبدأ العام في التكييف يعود الفصل في شكلية الشروط والإجراءات أو موضوعيتها إلى قانون القاضي والذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة التاسعة من القانون المدني،ويعد من قبيل الشروط الشكلية بحسب القانون الجزائري ،كل ما يتعلق بالإجراءات المتبعة أمام ضابط

---

[1]-علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص69-70.

[2]- المرجع نفسه،ص ص69-70.

[3]-جاء في نص المادة السابعة والتسعون من الامر 70-20 ، مؤرخ في 30 ذي القعدة عام 1389 الموافق 6 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية ،ج ر ج ج ،العدد 21 المؤرخة في 21 ذو الحجة علم 1389 الموافق 27 فبراير سنة 1970 معدل و متمم " الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لمكان عقد الزواج.

ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائرية وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين عن دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية....."

الحالة المدنية ،وقواعد الاختصاص والسلطات المخول لها قانونا إبرام عقد الزواج،إثبات الزواج في حل الزواج العرفي عن طريق المحكمة المختصة ، وتختلف الدول في إخضاع الشروط الشكلية لقانون المحل ،هل يكون ذلك على سبيل الاختيار أو على سبيل الإلزام؟

تأخذ بعض الدول ومنها الولايات المتحدة الأمريكية وانجلترا واليابان بإلزامية إخضاع الشكل لقانون المحل ،وليس للدول حق الاختيار في إخضاعها لقانون آخر ،غير أن اغلب الدول تقول بجواز إخضاع الشكل لقانون آخر مثل القانون الوطني لكل من الزوجين ،والأخذ بقاعدة المحل على سبيل الاختيار[1]، ويعتبر الزواج الذي عقد في القنصليات والممثليات الدبلوماسية وفق قانون البلد الذي يمثلونه ومخالفا لشكل البلد المضيف ،وتختلف الدول في الاعتراف بهذا الحق للبعثات الدبلوماسية ،ورغم ذلك فان الزواج الذي يتم إبرامه أمام البعثات الدبلوماسية يبقى ساري إلا انه لا يحتج به أمام الدول التي لا تعترف به مثل ألمانيا.

ب- *أثر الاختلاف في تكييف الشروط الموضوعية والشروط الشكلية على الزواج*

من الآثار المترتبة عن اختلاف تحديد الشروط الشكلية والشروط الموضوعية في الزواج ،صحة الزواج وبطلانه،فالشروط الموضوعية التي يخضعها الفقه الغالب لقانون الجنسية هي الشروط الجوهرية والأساسية في تكوين العقد،واختلاف الأنظمة في تحديد هذه الشروط يجعل من الزواج صحيحا في الدولة التي انعقد الزواج وفق قواعدها القانونية،مستوفيا لشروطها الموضوعية،وباطلا في الدولة التي خالفت الشروط الموضوعية تكييفها،وتتعدى آثار التكييف إلى ترتيب البطلان النسبي والمطلق بالنسبة لانعقاد الزواج أو لإثباته،والشروط الشكلية التي يخضعها الفقه والقضاء لقانون المحل ،حتى وان خالفت شكل قانون جنسية الزوجين فانه لا يثير

[1]-علي علي سليمان، المرجع السابق ،ص70.

إشكـــــال مادام قاعدة الإسناد في قانونهما الوطني تقر بقاعدة محل الإبرام،وقد أقرت المادة السابعة والتسعين من قانون الحالة المدنية هذا الحل،ولكن يطـــــرح الإشكال في حالة إبرام الزواج بين جزائريين مسلمين في الشكل الديني لغير المسلمين حيث يرى الأستاذ ***علي علي سليمان*** ببطلان هذا الزواج[1]، وفي اتفـــاقية لاهاي لسنة 1902 الخاصة بالزواج ،اعتبرت الزواج الذي تم وفق شكل بلد ما صحيحا في كل مكان ،غير انه وفي المادة الخامسة من الاتفاقية رتبت حق عدم الاعتراف بهذا الزواج للدول التي يتطلب قانونها الوطني الشكل الديني للزواج بين مواطنيها.[2]

ويرى الفقه بضرورة الأخذ بالمفهوم الواسع للزواج وذلك بإدخال النظم المكرسة فـــي القوانين الأخرى والانفتاح عليها والتوسيع في مضمون الفئات المسندة بما يتوافق والنظـــام العام[3].

ثالثا :آثار الزواج

الزواج عقد تنـــائي يرتب التزامات متبادلة بين طرفيه،فلكل زوج حق على الزوج الأخر كحق النفقة للزوجة وللأولاد وحق الاحتباس للزوج،والطاعة وواجب الوفاء والإخلاص ،بالإضافة إلى حقوق الزوجين توجد آثار أخرى يرتبها الزواج وهو النسب ويمكن إجمـــال هذه الحقوق في فرعين أساسيين وهما الآثار الشخصية والآثار المالية،وهناك من الدول من تخضع الآثار المـــالية للقانون الذي يحكم الأموال ولا تكيفها من مسائل الأحوال الشخصية،وينتج عن ذلك إخضاع آثار الزواج لقانونين مختلفين ، فطبيعة الآثار التي يرتبها الزواج تختلف ، غير أن الفقه والقضاء لم يتفقوا على القـــانون الواجب التطبيق على هذه الآثار،واخذ القـــانون الجزائري بالاتجاه الذي يجمع الآثار في طائفة الأحوال الشخصية ويخضعها لقـــانون الجنسية،وقد

[1]–علي علي سليمان، المرجع السابق، ص71.

[2]– ،المرجع نفسه، ص71.

[3]–محمد، وليد المصري، المرجع السابق، ص 134.

نصت المادة الثانية عشر من القانون المدني على ما يلي:***"يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج"*** واستثنت المـــــادة الثالثة عشر القانون الأجنبي من التطبيق إذا كان احد الزوجين جزائري وقت انعقاد الزواج و أخذت اغلب الدول العربية بهذا الحل والذي يحقق عدة فوائد :

الفائدة الأولى: بتحديد القانون الواجب التطبيق وقت انعقاد الزواج ،فلا اعتبار لأي جنسية قد يحملها الزوج بعد الزواج سواء كان ذلك عن حسن نية أو عن سوء نية،الغش نحو القانون ، وتجنب مشكلة التنازع.

الفائدة الثانية:استقرار الأسرة تبعا لاستقرار آثار الزواج ،وبما أن الزواج عقد تنـــائي يرتب التزامات على طرفيه فليس من العدل أن تتغير آثار العقد نتيجة تغيير الزوج لجنسيته عن قصد ويعد إهدار لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين والذي لا يجوز فسخه ولا تعديلـــه إلا برضا الطرفين ،أو عن غير قصد فيتـــحمل احد الأطراف تبعات تصرف الطرف الأخر.

الفائدة الثالثة: إخضاع آثار الزواج لقانونين مختلفين قد تترتب عليه صعوبات تؤدي إلى التخلي عن احدهما،ويعد إخضاع الآثار لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج الحل الأنسب[1]

أ-الآثار الشخصية للزواج

يقصد بآثار الزواج الشخصية تلك الحقوق والالتزامات التي يكون الزواج سببا في تحققها ،وليست من طبيعة مالية ، وتتمثل في نقطتين رئيسيتين رئيسية و هي،الحـــقوق والواجبات الزوجية،و البنوة.

1-الحقوق والواجبات الزوجية

يرتب عقد الزواج لكل من الزوجين ، حقوق وواجبات ، كالإقامة المشتركة والوفـــاء والإخلاص والتعاون والطاعة وملازمة الزوجة لزوجها في حله وترحاله و القـــــانون الجزائري لم يميز الآثار الشخصية عن الآثار المالية في إخضاعهما للقانون جنسية الزوج وقت الزواج ففي الواجبات والحقوق ذات الطبيعة الخلقية أو التي

[1]-بلقاسم أعراب ،المرجع السابق ، ص ص 248-249.

تدخل في إدارة وتسير شؤون الأسرة لا تخلق إشكـــــال في التكييف،ويرى بعض الفقه أن اختيـــــار المشرع الجزائري لقـــــانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج جاء لاعتبارات اجتماعية خاصة بالمجتمع الإسلامي نظرا للدور المعترف به للرجل داخل أسرته ،ونفس القانون طبق في فرنسا لما كان للزوج مكانته الرئـــــاسية داخل أسرته،غير أن هذا الاتجاه انتقد من طرف الفقه لكونه يخل بمبدأ دستوري هام وهو المساواة بين الرجل والمرأة مما حدا ببعض التشريعات إلى إعمال قانون الموطن المشترك كقاعدة إسناد محايدة[1] وتظهر مشكلة التكييف بالنسبة لأثار الزواج الشخصية في حـــــالة المرأة المتزوجة ،حيت تختلف التشريعات في حمل المرأة لاسم زوجها كما هو في الأنظمة الغربية ،أو اختيار اسم مشترك بينهما ،أو احتفاظ كل منهما على باسمه.

كما يطرح إشكـــال أهلية المرأة المتزوجة ،حيث يلغي الزواج أهلية المرأة أو ينقصها في بعض التشريعات،وقد اختلف الفقه في تحديد القانون الذي تخضع له أهلية المرأة في هذه الحالة ،هل تخضع لقانون جنسية الزوج لكونها اثر من آثار الزواج،أو تخضع لقانون جنسية الزوجة وفق المبدأ العام الذي يحكم الأهلية[2]،

2- البنوة

يدخل النسب في ،مسائل الأحوال الشخصية،ويطبق عليه القانون الشخصي،بحكم انه اثر من آثار الزواج،والمشرع الجزائري لم يضع قـــاعدة إسناد خـــاصة بالنسب،إلا موضوع التبني الذي أورده في نص المادة الثـــالثة عشر مكرر مع الكفالة غير انه ، أورد موضوع النسب في قانون الأسرة في الفصل الخامس وقد ولج الموضوع من جهتين :

من جهة إثبات النسب حيث نصت المادة أربعون على ما يلـــي:***"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد32و33و34 من هذا القانون"***

ومن جهة نفي النسب وقد نصت المادة واحد وأربعون على ما يلي:***"ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"***

---

[1]-محمد وليد المصري، المرجع السابق،ص138.

[2]-محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ص 138-139.

والنسب يمكن أن يكون طبيعي أو شرعي ،فالنسب الشرعي ،هو انتساب الولد لأبويه الحقيقيين اللذين تجمعهما رابطة زواج شرعية،والنسب الطبيعي تنعدم فيه العلاقة الشرعية بين الرجل والمرأة،وحصول الولد منهما.[1]

-إثبات النسب ونفيه

تصب دعاوى النسب أما في نفيه أو في أثباته ،فالعلاقة بين ثلاثة أشخاص :ولد وأب وأم ،وأي شخص منهم قد يدعي إثبات العلاقة أو نفيها لأي سبب كان،واختلف الفقه في القانون الواجب التطبيق على قضايا النسب،حيث رأى جانب من الفقه أن طبيعة العلاقة التي جاء بها الولد – النسب طبيعي أو شرعي – محل اعتبار،حيث يخضع النسب الشرعي للقانون الذي يحكم آثار الزواج،لان الطفل فرد من الأسرة التي تكونت وفق اطر شرعية،ومن جهة تفاديا لإخضاع العلاقات في الأسرة الواحدة لأكثر من قانون ،في حين يخضع النسب الطبيعي لقانون جنسية الطفل،لانفراده ،ولانعدام الأسرة،كما أن النسب يتعلق بالحالة الشخصية للطفل،ورأى جانب من الفقه يرى بإخضاع العلاقة لقانون جنسية الأم التي تكون معلومة وأساس الدعوى دون تميز بين النسب الطبيعي والنسب الشرعي،وفي غياب قاعدة إسناد وطنية في موضوع النسب .

وفي القانون الجزائري يرى الأستاذ ***علي علي سليمان*** وتأسيسا على المادة الأولى من القانون المدني التي تحيلنا في حالة عدم وجود نص تشريعي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ،تطبيق قانون جنسية من يدعي النسب ،وجنسية من ينفي النسب[2]،وعلى نفس الأساس يرى الأستاذ اعراب بلقاسم أن الشريعة الإسلامية لا تعترف إلا بالأسرة الشرعية التي تأسست بالزواج والولد من آثارها لذا كان من الأفضل إخضاع كامل العلاقات الناشئة عنها لقانون واحد وهو قانون آثار الزواج،وبما أن النسب الطبيعي ليس اثر من

[1]–بلقاسم أعراب ،المرجع السابق،ص263.

[2]–علي علي سليمان، المرجع السابق،ص83.

آثـــــار الـزواج وجـب إخضـاعه لقـانون القاضـي للتقليـل مـن اسـتعمال النظـام العـام الإسلامي في مواجهة القــانون الأجنبي المختص[1]

- الكفالة والتبني

نصت المـــادة الثالثة عشر مكرر من قانون الأسرة ما يلي: ***" يسري على صحة الكفالة، قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها .ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل."***

وعرف المشرع الجزائري الكفالة في المادة 116من قانون الأسرة كما يلي :***"الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"***والكفالة نظام خاص تكفل ولاية شخص على أخر وهي ولاية على النفس والمال معا، والكفالة ولاية قانونية،وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2006/12/13 فصلا في الطعن رقم 369032 المنشور بالمجلة القضائية العدد 2/2007الصفحة 443ما يلي:***"المبدأ:يجب على الكافل القيام بالإنفاق على الطفل المكفول وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره وليا قانونيا،ما لم يثبت قـــــانونا تخليه عن الكفالة"*** ،قد حدد المشرع شروط في الماد من 117 إلى 125 من قانون الأسرة بعضها تتعلق بالكافل وبعضها بعقد الكفالة وبعضها بالمكفول ،فاشترط في الكافل ،أن يكون مسلما وكـــامل الأهلية وله المقدرة لرعاية المكفول، وإذا أراد التخلي عنهـــا يكون أمـــام القضاء،أما فيما يخص عقد الكفـــالة فيجب أن يكون رسمي ،محرر من طرف القاضي أو الموثق ،كما يشترط رضا الأبوين من كان معلوم الأبوين،والشروط المتعلقة بالمكفول ، يجب أن يكون قاصر آو عديم الأهلية،،لان أنظمة الولاية عامة تجب لمن طرا علـى أهليته نقص أو كان عديم الأهلية ويحتفظ الولد المكفول بعناصر هويته،من اسم ولقب." .كما يجب بان يكون له موطن،وتخضع الكفـــالة وتنظيم شروطها الموضوعية قانون جنسية كل من الكافل وقانون جنسية المكفول ، فإذا اتحدت جنسيتهما فلا إشكـــال يطرح أما إذا اختلفت فيطرح الإشكال في حال تعارض أحكام قانون الكافل مع أحكام قانون المكفول،وبما أن الكفالة ولاية على

[1]–بلقاسم أعراب ،المرجع السابق ،ص265.

المال والنفس معا ،فإنها تخضع في الشق المتعلق بالولاية على المال لنظام حماية عديم الأهلية أو ناقصها وهذا حسب ما ورد في المادة الخـــامسة عشر من القانون المدني ،والتي تخضعه لقـــانون الشخص الذي تجب حمايته ،وتخضع في الشق المتعلق بالولاية على النفس لقانون جنسية كل من الكافل والمكفول ، وقد ذهب بعض الفقه فيما يخص التبنـي إلـى القول بـالتطبيق الجـامع للقـــانونين معا،وذهـب اتجـاه اخـل للقـول بتطبيـق قـــانون الولـد المتبنى،وهذا مـا أخـذت بـه اتفاقيـة لاهـاي لعـام 1965 حيـث أخضـعت شـروط التبنـي إلـى قـــانون محـل السكن الاعتيـادي للمتبنـى او قـانون جنسيته[1] أمـا فيمـا يخص الآثار التي تترتب عليها فتخضع لقانون جنسية المكفول ،مثل الرعـــاية والتربية والمـوطن ،ولتكييف العلاقة بأنها عقد كفـــالة وليست عقد تبني يطبق قانون القاضـي وهذا وفق المبدأ العام في التكييف الذي جاءت به المادة التاسعة من القانون المدني .

التبني نظام لا تقره الشريعة الإسلامية ،غير أن بعض الأنظمة القـــانونية تعمل به وتضع له أحكام تنظيمية،و بمقتضاه ينسب الولد لغير أبويه فيما يشبه الكفالة مع منح اللقب والاسم للمكفول والادعاء بما يفيد وجود علاقة نسب أصول وفروع بينهما،ولقد وسع المشرع الجزائري في الفئة الخاصة بالكفالة فيما يخص تنازع القوانين حيث أضاف نظـــام التبني في الفقر الثانية من المادة الثالثة عشر مكرر واحد من القانون المدني والتـي جاء فيها "وتطبق نفس الأحكام على التبني"،حيث وبإسقاط أحكام الكفالة على التبني ،يسري على صحة التبني قـانون جنسية كل من المتبنـي والمتبنى وقت إجرائها .ويسري على آثارها قـــــانون جنسية المتبني،غير أن المشرع بإدخـــاله لنظام التبني في الفئة المسندة الخـــاصة بالكفالة جعلنا نتساءل إلى أي مدى يمكننا اعتبار إن المشرع معتنق لمبدأ إخضاع التكييف لقانون القاضي ،وما هو نطاق تطبيق المادة التاسعة من القـــانون المدني فالتكييف الذي يعطيه القاضي للمسالة القانونية هو تكييف أجنبي ،بما انه ادخل نظـــام غريب من قانون أجنبي والذي أراد من خلاله توسيع الفئات المسندة، ،بل ووقع في التناقض في موضوع التبني ،حيث جاء في قرار للمحكمة

[1]–محمد وليد المصري، المرجع السابق ،ص149.

العليا،صادر عن غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم103232 بتاريخ1995/05/02 :***"المبدأ:من المقرر قانونا أن التبني ممنوع شرعا وقانونا"***.[1]

ب-الآثار المالية للزواج

لا ترتب الشريعة الإسلامية آثار مالية نظرا لانفصال الذمة المالية لكل من الزوجين،ولكل منهما ذمته المالية مستقلة عن الأخر حيث يتصرف فيها بحرية كاملة ،الا في موضوع النفقة الزوجية والتي تطرق إليها المشرع في المادة الرابعة والسبعون والتي اوجب فيها نفقة الزوجة على زوجها والنفقة على الأولاد في المادة الخامسة والسبعون والتي تجب على الزوج وتنتقل للزوجة في حل إعسار الزوج وحدد المشرع مشتملات النفقة من غداء وكسوة وسكن أو أجرته وما عد من الضروريات في العرف والعادة كما راعى حال الطرفين في تقديرها،والنظام المالي للزوجين حتى وقضت فيه الشريعة الإسلامية بانفصال الذمة المالية لكل منهما إلا أن المشرع وفي نص المادة السابعة والثلاثون ترك الاختيار للزوجين في حرية الاتفاق على نظام مالي مشترك بينهما في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، أما في الدول اللاتينية يسود نظام الاشتراك المالي وبمقتضاه يشترك الزوجان في مصاريف الأسرة ويتحملان الديون الناشئة عن إشباع الحاجيات الأساسية للأسرة سوية،مع مساهمة الزوجة في اتخاذ القرارات الهامة مع الزوج الذي له الإدارة وقد يكون الاشتراك عام حيث تتحد الذمة المالية لكليهما،وقد يكون الاشتراك في المكاسب التي تعقب الزواج والمنقولات المملوكة عند الزواج،وفي صورة ثالثة يكون الاشتراك في المكاسب والمدخرات التي تعقب الزواج،أما في البلاد الإنجلوسكسونية فيسود نظام الانفصال المالي ،وهو يكفل حرية التصرف والتمتع والإدارة في الأموال الخاصة مع مساهمة كل منهما في مصاريف الأسرة[2] .

الفرع الثاني : انحلال الزواج

[1]-.جمال نجيمي،قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي،دار هومة ،الجزائر،2016،ص106.

[2]-علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص74-75.

تنحل الرابطة الزوجية إما بواقعة الوفاة أو بتصرف من الزوجين كلاهما أو احدهما،أو بحكم قضائي،فيكون بالإرادة المنفردة،أو بالتراضي،أو بالقوة القاهرة وهو واقعة الموت، ***"تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة"*** [1] .

فالزواج رابطة مقدسة لدى المجتمعات بحيث يقوم على اعتبارات دينية بصفة كبيرة ، ولذلك تأخذ الكثير من المجتمعات بالشكل الديني في انعقاده وفي إنهائه ،ولما كانت الرابطة الزوجية قد يلحقها الفتور والتوترات مما يجعلها غير قابلة للاستمرار شرع الطلاق كحل لإنهاء هذه العلاقة بشكل ديني وقانوني،ولقد اعترفت الشرائع السماوية بالطلاق ،بما فيها الإسلام الذي وضع له نظام يحفظ الحقوق ،ويزيل الضرر.

أولا:القانون الذي يحكم انحلال الزواج

ولم يرغب الإسلام في الطلاق ولم يدعو له ،ولكن نظرته كانت واقعية بحيث جاء كحل لمشاكل وظروف تستحيل معها استمرار العلاقة الزوجية ،وغابت عنها المقاصد الشرعية للزواج،فكان لابد من إزالة الضرر ،وتوفير ظروف أخرى لتحقق ما لم يكتب له ذلك في هذه العلاقة،وقد جاء في الأثر عن ***رسول الله صلى الله عليه وسلم*** في الحديث الشريف:***"ابغض الحلال عند الله الطلاق"*** ،ويكيف الطلاق في طائفة الأحوال الشخصية ،ويخضعه القانون الجزائري للقانون الشخصي في الموضوع ،أما الإجراءات المتبعة أمام القضاء وكذلك التكييف الذي يعطى للعلاقة القانونية فيخضع لقانون القاضي ،و قد جاء في المادة الثاني عشر الفقرة الثانية ما يلي:***"ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني ،القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"*** ،وفسر الأستاذ ***علي علي سليمان*** النص على أساس رفض المشرع لطلاق الزوج بالإرادة المنفردة،وفيه تحقيق لإرادة الشريعة الإسلامية[2]،وفهمنا للنص مغاير لما ذهب إليه الأستاذ ،إذ يحدد النص القانون الذي يحكم انحلال الزواج،والانفصال الجسماني،هذا الحل القانوني الذي يعتبر غريبا عن المجتمع الجزائري،اعتمدته الدول المسيحية الكاثوليكية التي تؤبد العلاقة الزوجية وترى بان الطلاق

---

[2]–المادة 47 من قانون الأسرة.

[2]–علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص75–76.

تفريق لما جمعه الله[1]،وأضاف المشرع الجزائري نظام الانفصال الجسماني كحل لمشكلة التكييف التي تواجه القاضي الجزائري في حالة عرض عليه نزاع يتضمن هذا النظـــــام القانوني، وطريقة توسيع مضمون الفئات المسندة من بين الحلول التي جاء بها الفقه،حتى يتفادى القضاء مواجهة نظم قانونية غريبة ،والإشكال المطروح ،وانه حين توسيع مضمون الفئات المسندة ،يتم إضافة نظام قانوني غير معروف للقاضي ،مثل الانفصال الجسماني ،والطلاق فهل هما نظام واحد؟.

في تعليقه على القرار الصـــادر بتاريخ 1998/02/17 عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم 170082 ،يرى الأستاذ ***الطيب زيروتي*** ،أن المأخوذ مـــن مخالفة المادة الثانية والتسعون من قانون الإجراءات المدنية آن المطعون ضده رفع دعوى ثانيـة أمـام محكمـة بئـر مـراد رايـس طلـب فيهـا الطـلاق وصـدر بتـاريخ 1996/07/14 يقضي بالطلاق ،والدفع بالارتباط بمفهوم المادة السالفة الذكر في غير محله لان دعوى الطلاق ليست دعوى الانفصـال الجسماني[2] ،وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية القرار القاضي بطلاق السيدة فيراري من زوجها الايطـــالي بعد أن ثم قضي بينهما بالتفريق الجثماني[3]

باعتماد المشرع على الحل الذي يوسع من مضمون الفئات المسندة يحد من نطاق عمل المادة التاسعة من قانون المدني ،والتي تخضع التكييف لقانون القاضي ،بما أن هذا القانون يتوسع بفضل القوانين الأجنبية إذ لا يعرف المشرع الوطني التفريق الجثماني لولا القانون الأجنبي وعلى هذا الأساس فان إعمال قاعدة الإسناد التي تنصُ على هذا النظام القانوني الغريب عن المجتمع الجزائري،هو بمثابة تكريس لقاعدة الإسناد الأجنبية.

تمسك المشرع الجزائري بقانون الزوج على غرار الكثير من التشريعات العربية يرجع للاعتبارات الاجتمـــاعية التي تسود مجتمعاتنا العربية بالإضافة إلى تملك الزوج

---

[1]–محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص140.

[1]–الطيب زيروتي،اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومه،الجزائر ،2014،ص122.

[3]–علي علي سليمان،المرجع السابق،ص ص76–77.

للعصمة الزوجية وفق مقتضيات الشريعة الإسلامية[1] ،ولقد أخذ المشرع من قبل في آثار الزواج بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج،وقد لاق الاختيار استحسان الفقه،غير أن المشرع لم يوفق باختياره التوقيت الذي ترفع فيه الدعوى ،لما قد يسببه من ضرر للزوجة التي لا تأمن نفسها ولا أولادها على أي قانون سوف تطلق،وبالإضافة إلى وصفه بأنه غير محايد باختياره لقانون الزوج،إذ يخل بمبدأ المساواة كذلك مفاجآت القانون الذي يحكم العلاقة والذي قد لا يكون في صالح الزوجة[2] عندما يتعمد الزوج تغيير الجنسية لتأثير في الحكم القضائي،كان يتزوج الزوج وفق قانون لا يجيز الطلاق بالإرادة المنفردة فيتعمد الزوج التجنس بجنسية دولة يجيز قانونها هذا النوع من الطلاق ،وتبقى نية المشرع من هذا الاختيار غامضة ولو أن النقد الموجه لاختيار قانون الزوج مبدئيا يمكن تجاوزه ،إذ يفترض بالزوجة العلم بالقانون وان جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج تكون معلومة للزوجة وبالتالي فهي تعلم مسبقا بالقانون الذي يحكم الطلاق ورضت به ، وكان لها كامل الحرية في قبول الزواج،وأحسن حل يمكن أن نتصوره لو بقية نفس قاعدة الإسناد التي تحكم آثار الزواج هي التي تحكم الطلاق،و هذا حتى تتحقق الفوائد التي تناولناها في المطلب الأول،وقد اقترح بعض الفقه ،قانون آخر وهو قانون جنسية الزوجين،كما عمل القضاء الفرنسي بقانون الموطن المشترك ثم عدل عن بالقانون الصادر سنة 1975[3]،وبعدها بقانون جنسية الزوجين ،فان اختلفا جنسية،طبق على كل منهما قانون جنسيته،أي التطبيق الموزع،وقد اخضع المشرع الأردني الطلاق بحسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة أربعة عشر الطلاق لقانون الزوج وقت رفع الدعوى .

ثانيا:الاستثناء عن المبدأ العام في انحلال الزواج

[1]–بلقاسم أعراب ،المرجع السابق ،ص256.

[2]–كمال عليوش قربوع ،المرجع السابق ،ص233.

[3]–بلقاسم أعراب ،المرجع السابق ،ص257.

نصت المادة الثالثة عشر من القانون المدني على ما يلي:"***يسري القانون الجزائري وحده على الأحوال المنصوص عليها في المادتين الحادية عشر والثانية عشر إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص الأهلية***".

القانون الواجب التطبيق على انحلال علاقة الزواج هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ،والاستثناء هو القانون الجزائري بشرط أن يكون احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج ،وإذا كان الجزائري لم يكن كذلك وقت الزواج وإنما اكتسب الجنسية الجزائرية بعد الزواج فهل يطبق القاضي القانون الجزائري؟

اعتبر الفقه النتيجة الحاصلة عن الاستثناء الوارد على المادة الثالثة عشر"شادا"[1] ،إذ أن القاعدة والاستثناء يؤديان إلى نتائج عكسية،فيطبق القانون الجزائري على أجنبيان بموجب الاستثناء الوارد في نص المادة الثالثة عشر ،وهذا في حالة تغيير الزوج الجزائري لجنسيته،فيكون كلا الزوجين أجنبيان ويطبق عليهما قانون القاضي،وإذا كان الزوجان أجنبيان وقت انعقاد الزواج ،فإنهما يخضعان لقانون الزوج وقت رفع الدعوى ،فإذا كان الزوج هو من تجنس بالجنسية الجزائرية ،فان النتيجة تكون نفسها ،إذ يطبق القانون الجزائري إلا أن التأسيس مغاير.

أما إذا كانت الزوجة هي المتجنسة بالجنسية الجزائرية،فان القانون الواجب التطبيق هو القانون الأجنبي،على زوجين احدهما جزائري ،و الاستثناء منتقد في كثير من البلاد العربية التي تضمنته قوانينها ،وقد وضع المشرع الأردني قاعدة مغايرة واستثناءا مغاير،إذ اخضع الطلاق في المادة الرابعة عشر الفقر الثانية لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق ،وكان الاستثناء الوارد في المادة الخامسة عشر يخضع الطلاق في حالة ما إذا كان احد الزوجين أردنيا وقت الزواج، للقانون الأردني[2] .

وقد قضت المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية في قضية: (ي ف)ضد:(ف .ج ر)،ملف رقم 170082 في قرارها الصادر بتاريخ1998/02/17:"من المقرر شرعا

[1]–كمال عليوش قربوع ،المرجع السابق،ص238.

[2]–محمد وليد المصري، المرجع السابق،ص141.

انه"يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها المال"[1]

ثالثا: آثار انحلال الزواج

إذا وقعت الوفاة الذي يكون سببا في حل الرابطة الزوجية خضع الميراث على اعتباره أثرا من آثاره للقانون الوطني للمتوفى بحسب ما جاء في المادة السادسة عشر من القانون المدني والذي سنتناوله في المباحث اللاحقة.

أما الآثار المترتبة عن انحلال الزواج هي العدة والحضانة ومتاع البيت والنفقة.

أ-العدة

" العدة هي مدة تتربصها المرأة عند وقوع سبب الفرقة فتمتنع عن التزويج بها .وبانقضائها يزول ما بقي من آثار التحريم،وتعرف أيضا بأنها تربص يلزم المرأة بعد زوال النكاح ،سواء كان صحيحا ،أو شبهة ،متأكد بالدخول او ما يقوم مقامه من الخلوة أو الموت ،أو بعد وطئ بشبهة،أو نكاح فاسد"[2]

والمبتغى من العدة هو التأكد من براءة الرحم حفظا للأنساب ومنعا لاختلاطها ،وهي اثر من أثار انحلال الزواج،ولم يورد المشرع قاعدة إسناد خاصة بالعدة وبذلك تخضع للقانون الذي تخضع له آثار الزواج،ويدرجها البعض في موانع الزواج ومنه فإنها تعتبر من الشروط الموضوعية،تخضع للقانون الوطني لكل من الزوجين و ،والمادة الثالثة عشر فقرة الثانية تخضع العدة للقانون الجزائري إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.

ب- الحضانة

إذا ثبت النسب ترتبت أثاره، فالولد يحتاج إلى الحماية والرعاية والإشراف والتربية ، إذا كان قاصرا أو عديم الأهلية،وتكون في صورة الحضانة والولاية.

---

[2]-قرار المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،1998/02/17،ملف رقم170082،المجلة القضائية العدد1،سنة2000،ص167.

[2]-عبد الفتاح تقية ،قضايا شؤون الأسرة، ثالة،الابيار،الجزائر، د ت ن،ص105.

لم يفرق المشرع الجزائري في قواعد التنازع بين الولاية عن النفس والولاية على المال ،إلا انه يفهم من نص المادة خمسة من القانون المدني أن الولاية المنصوص عليها هي الولاية على المال وهذا ما ذهب إليه الفقه السائد في الجزائر والبلاد العربية ،ويطرح موضوع الحضانة بشدة في المنازعات القضائية ،سواء في القانون الداخلي أو في تنازع القوانين كأثر من آثار انحلال الزواج،وكذلك اعتبرته المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،في قرار لها ،بتاريخ 2009/09/16،ملف رقم511644.

حدد المشرع من لهم الحق في الحضانة و ترتيبهم ومدة الحضانة لكل من الذكر والأنثى وسقوط الحق في الحضانة ومستلزمات الحضانة،وقضت المحكمة العليا في قرار لها صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2011/03/10 فصلا في الطعن رقم 613481 المنشور بالمجلة القضائية ،العدد1/2012،الصفحة309، عدم سريان أحكام الحضانة والنفقة على المكفول ،وقد نصت المادة التاسعة والستون من قانون الأسرة على أن الإقامة في بلد أجنبي قد يكون سببا وجيها في إسقاط الحق في الحضانة ،وبهذا قضى المجلس الأعلى ،غرفة الأحوال الشخصية في قرار له، صادر بتاريخ 1989/01/02 تحت رقم 52207 ،[1]والتنازع فيما يخص الحضانة،لم يخصه المشرع بضابط إسناد ،والمادة الثانية عشر الفقرة الثانية منه ،نصت على كون القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج هو القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى ،يكون القانون الجزائري هو المختص عندما يطلق الزوج الجزائري،أما فيما يخص تكييف المسالة ،حضانة أو ولاية فالقانون الجزائري يختص بموجب نص المادة التاسعة من القانون المدني، واسند القانون الكويتي النزاع المتعلق بالحضانة في المادة الثالثة و الأربعون من القانون 05-61 لقانون جنسية الأب[2]،تكون الحضانة من حق الزوجة الأجنبية التي تقيم في الجزائر بحسب نص المادة أربعة وستون من قانون الأسرة،وهذا ما أكده القرار رقم 91671الصادرعن المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1993/06/23

[1]-قرار المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، 1989/01/02،ملف رقم 52207،المجلة القضائية،العدد4،سنة 1990،ص74.

[2]-الطيب زيروتي،اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه،ص33.

والذي أكد دور القاضي في تقدير إثبات الحضانة للشخص الموكول له الحق فيها ،اذا ما رغب الإقامة في بلد أجنبي مع مراعاة مصلحة المحضون[1]،ويخضع للقانون الشخصي للزوج وقت انحلال العلاقة الزوجية:من له الحق في الحضانة ،وأسباب سقوطها ،ومكان ممارستها ،وتحديد أجرة الحاضنة،والمسكن المخصص لها،والسن القانونية لانقضائها وقد حددت المادة الخامسة والستون من قانون الأسرة سن العشر سنوات لانقضاء الحضانة بالنسبة للذكر وستة عشر سنة بالنسبة للأنثى ،مع مراعاة في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون.

ج- الولاية

أما الولاية فقد تكون ولاية على النفس وقد تكون ولاية على المال،وقد استبعد الفقه الولاية على النفس من مقصود المادة الخامسة عشر من قانون المدني والتي تسند القواعد الموضوعية الخاصة الولاية لقانون الشخص الذي تجب حمايته ،ومع عدم وضع قاعدة إسناد خاصة بها ،رجح اغلب الفقه خضوعها للقانون الذي يحكم أثار الزواج،باعتبارها أثرا من آثار ثبوت النسب والولاية على النفس هي" سلطة شخص راشد على شخص غير راشد في تدبير شؤونه الشخصية كالتربية والعلاج والتزويج "[2]،ويرجع تحديد موضوعها لقانون القاضي وفق المبدأ العام في التكييف ،وتكون بقوة القانون مبدئيا واستثناءا بحكم قضائي ،حيث نصت المادة السابعة والثمانون،من قانون الأسرة على ما يلي ***:"يكون الأب وليا على أولاده القصر،وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا .***

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له ،تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

في حال الطلاق، يمنح ،القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد."

يدخل في نطاق القانون الذي يحكم أثار الزواج:لمن تكون الولاية، والشروط التي يجب أن تتوفر في الولي، أما السن القانونية لانتهائها فهي من مسائل الأهلية ،وتخضع

---

[3]-قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، 1993/06/23، ملف رقم 91671، المجلة القضائية ،العدد1،سنة 1994،ص72.

[2]- جمال نجيمي ،المرجع السابق،ص240.

للقانون الشخصي ،كما يطرح الإشكال في مسالة الولاية على المرأة في الزواج باعتبارها ولاية على النفس،والتي تعتبر كشرط من شروط صحة الزواج بحسب المادة التاسعة من قانون الأسرة،فهل تخضع للقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لصحة الزواج،وهو القانون الوطني لكل من الزوجين ؟أو تخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج،باعتبار الولاية أثرا من الآثار الشخصية التي يرتبها عقد الزواج؟

د-النفقة بين الأقارب

مشكلة التكييف في القانون الدولي الخاص مرتبطة بتحديد طبيعة الموضوع بين قوانين أطراف العلاقة الدولية ،وتزداد تعقيدا إذا كان للمسالة الواحدة في القانون الواحد أكثر من وصف واحد مثل موضوع النفقة ،وفي قانون الأسرة الجزائري تقسم النفقة من حيث أسبابها إلى نشأتها إلى نفقة زوجية،وتكون في صورتين نفقة الزوجة في الحالات العادية ونفقة المتعة وهي بسبب انحلال الزواج ، ونفقة قرابة ،وهي نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول،وحددت المادة الثامنة والسبعون من قانون الأسرة ،للزوجة أو للأقارب مشتملات النفقة.[1]

المطلب الثاني:إشكالية التكييف في التركات و سائر التبرعات

تعتبر التركات والتبرعات من المسائل المختلف في تكييفها ،فمن جهة يمكن إدراجها في مسائل الأحوال الشخصية على أساس تعلقها بنظام العائلة ،ومن جهة فهي أموال.

الفرع الأول:التركة

التركة هي كل ما يتركه الهالك من أموال،منقولات أو عقارات،وهي الذمة المالية للشخص المتوفي،ويستثنى منها الديون المتعلقة بها،والوصايا،[2]وتعتبر من التركة .

[1]-المواد74-80،قانون الأسرة.

[2]-عبد الفتاح تقية،المرجع السابق ،ص194.

أولا :المبدأ العام في تكييف التركة

يدخل المشرع الجزائري التركة والمواريث في مسائل الأحوال الشخصية،مثله مثل سائر الدول العربية ويخضعها للقانون الشخصي،ويستمد المشرع نظام المواريث بتفاصيله من الشريعة الإسلامية ،والذي كان العمل به لدى الشعب الجزائري في الحقبة الاستعمارية ،ويعتبر نظام المواريث في الشريعة الإسلامية ورغم النقد الذي تعرض له هذا النظام ،خاصة من جانب المساواة بين الرجل والمرأة فانه يعتبر أكمل نظام حقق العدالة في مجتمع طبيعي يكون للمرأة فيه دورها ،وللرجل دوره الطبيعي ،وليس لمجتمع إلي فقد التوازن و بنا المساواة على معايير مادية ،فنظام المواريث في الشريعة الإسلامية بني على نظرة شاملة إذ وازن بين الاحتياجات الفردية للأموال والواجبات الموكلة لكل فرد ،والدور الذي يقدمه في الأسرة والمجتمع بالإضافة إلى القيم الاجتماعية ،فحدد الأنصبة المستحقة لكل فردا بناءا على درجة قرابته من الهالك ،وجنسه، ذكرا كان أو أنثى ،كما يقوم الميراث على عدم الاختيار ،فلا حق للمورث أن يختار ورثته ولا حق للوارث أن يرد الميراث كما هو حاصل في بعض الدول ،وقد نظم المشرع أحكام التركات والمواريث في الكتاب الثالث من قانون الأسرة تحت عنوان الميراث ،فبين أصناف الورثة ،ونصيب كل وارث ،وشروط استحقاق الإرث ،والممنوعون من الإرث وقواعد الحجب وافتتاح التركة في المواد من مئة وستة وعشرون إلى مئة وثلاثة وثمانون من قانون الأسرة.

ونصت المادة السادسة عشر من القانون المدني على مايلي ***"يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك او الموصي او من صدر منه التصرف وقت موته".***

من النص أعلاه يكون المشرع قد اخضع الميراث لقانون جنسية الهالك وقت موته،دون تفرقة بين المنقول والعقار، ويبرر الفقه هذا الاتجاه بحماية أموال الأسرة ،وقد يثور الإشكال في التكييف الذي تطلقه بعض الأنظمة والتي تخرج الميراث من طائفة الأحوال الشخصية إلى فئة الأموال،وتخضعه لقانون الموطن، أو تفرق بين المنقول والعقار حين إخضاع المال للقانون الواجب التطبيق،فتطبق قانون موقع العقار على العقار وقانون موطن المورث على المنقول،وهو القانون الذي أخذت به فرنسا،وسبب هذا التعارض في تكييف التركة ،هي الصفة المزدوجة لمسالة الميراث ، فمن جهة الطبيعة

فهي أموال ،ومن جهة أسباب انتقال هذه الأموال صلة القرابة، والعلاقة الأسرية والتي تدخل ضمن شروط استحقاق الإرث،كما أن التفريق بين العقار والمنقول له أسبابه التاريخية أين كان العقار يحضي بالمكانة لدى الإقطاعيين على حساب المنقول [1]وقد رأى ***نبواييه*** بضرورة إخضاع الميراث لقانون واحد،وهو قانون موقع المال وهذا لارتباط المال باقتصاد الدول وكذلك لدواعي اجتماعية وسياسية[2]،والاختلاف الحاصل في موضوع الميراث يطرح من جانب تكييفه أولا ،هل يدخل في نظام الأموال أوفي نظام الأحوال الشخصية؟ومن جهة أخرى هل يفصل بين العقار والمنقول في المسالة المشتملة على العنصر الأجنبي من اجل حماية ثروات الدولة وحصرها على مواطنيها ومنه يجب إخضاعها لقانون الموطن وإخضاع العقار لقانون الجنسية ،أو إخضاع التركة ككل لقانون واحد؟وما هو القانون الذي تخضع له التركة؟ .

يبين قانون جنسية المتوفى شروط استحقاق الإرث وأسبابه،تحديد الورثة وأنصبتهم بالإضافة إلى قواعد تقسيم التركة،الحجب والممنوعون من الإرث،وقت استحقاق الإرث ووقت افتتاحها

ثانيا: إشكالية تكييف التركة الشاغرة

وضح المشرع الجزائري المستحقين للإرث ورثيهم على سبيل الحصر والإلزام،إذ ليس هناك اجتهاد في اعتبار من يكون وارث وكذلك في تحديد نصيبه،أو أولويته في استحقاق الإرث ،ونصت الفقرة الرابعة من المادة مئة وثمانون على حلول الخزينة العامة محل الورثة إذا انعدموا،حيث تؤل التركة إليها[3]،وإشكالية التكييف هنا في تكيف المال كتركة على أساس السبب المنشئ للحق ،وهي الروابط الأسرية والتي يترتب عليها

---

[1]–بلقاسم أعراب ،المرجع السابق،ص268.

[2]–علي علي سليمان، المرجع السابق،ص79.

[1]–جاء في نص المادة مئة وثمانون من قانون الأسرة :"يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي

1–مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع

2–الديون الثابتة في ذمة المتوفى

3–الوصية

فإذا لم يوجد ذو فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام ،فإذا لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة."

الإرث،أو على طـــــبيعة المنقولات و العقارات والتي يترتب عليها تصنيفها في طائفة الأحوال العينية،وتؤل إلى الدولة على اعتبارها مالا لا مالك له،وكذلك نصت المادة 773 من القانون المدني على أن أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث والأموال الشاغرة التي ليس لها وارث تعتبر ملكا للدولة،ومن نتائج تعارض التكييفات تتخذ الدولة التي تأخذ المـــال ،هل هي دولة جنسية الهالك ؟أو دولة موقع المال؟

وقد لا تتوفر شروط الاستحواذ على المال من طرف الدولة بسبب وجود مانع ،وقد اتفق الفقه الإسلامي على عدم التوارث في حال اختلا ف الدين ،ولو أن المشرع الـــجزائري لم ينص على ذلك صراحة في أحكام الإرث في قـــانون الأسرة إلا أن الفقه يرى بتأسيس المنع على المادة 222 منه،[1] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصـــــــادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1995/07/25في الطعن رقم 123051والذي جاء فيه***"المبدأ أن القاضي يرجع في أحكامه لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد عليه نص في قـــــانون الأسرة .ومن الثابت شرعا :أن لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر ولا يتوارث آهـــل الملتين شيئا"***.[2]

كما أن العبرة باتفاق الدين أو اختلافه هو يوم وفاة المورث،و كذلك إثبات اعتناق الدين الإسلامي،إذ يتم بالتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك .

ويرى بعض الفقه أن التركة الأجنبية في الجزائر التي لا وارث لها تؤول إلى الدولة على أساس أنها مال لا مالك له خاضع لسيادة الإقليمية للدولة ،وهذا ما أخد به القضاء المصري ،ويتم العمل به في كل من فرنسا ،انجلترا،النمسا تركيا الأرجنتين،وتكيف بعض الـــــــدول الأملاك الشاغرة كتركة ،وتخضعها للقـــــانون الذي يحكم الميراث وتكون الدولة وارثة على أساس رابطة الجنسية [3]

ثالثا:إشكالية تكييف الديون المتعلقة بالتركة

---

[1]–مسعود الهلالي،احكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري،ط1،جسور ،الجزائر،ص78.

[2]–قرار المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،1995/07/25،ملف رقم123051،المجلة القضائية ،العدد1 ،1996،ص113.

[3]–كمال عليوش قربوع ،المرجع السابق،ص263.

قد تتعلق بتركة الهالك حقوق دائنين ،مما يطرح إشكالية تصنيف هذه الديون لتعلقها من جهة بحقوق الورثة ومن ثم وجب إخضاعها للقانون الشخصي ،ومن جهة أخرى اعتبارها معاملات مالية تمت مع الهالك ،وبالتالي وجب إخضاعها لنظام الأموال،ويرى الفقه الغالب وضمان لسلامة المعاملات واستقرارها بضرورة إخضاعها لنظام الأموال،ويكون قانون موقع المال الأنسب،ونصت الفقرة الثانية من المادة 180 من قانون الأسرة على تصفية ديون التركة مباشرة بعد التجهيز والدفن وقبل الوصية ،غير إن النقد الموجه لإخضاع مسالة حقوق دائني التركة و أثرها على حقوق الورثة لقانون موقع المال يؤدي إلى تشتيت القضية الواحدة على أكثر من قانون وبالتالي فان هذا الحل غير عملي،مما يتطلب إخضاع المسالة لقانون جنسية المورث وقت الوفاة لارتباط المسائل كلها ببعض في حين يرجح الأستاذ اعراب بلقاسم الرأي الأول لكون حقوق الورثة لا تتقرر إلا في ثلثي التركة وبعد تصفية الديون وتنفيذ الوصايا.[1]

الفرع الثاني: إشكالية تكييف التبرعات

التبرعات هي العطايا التي لا يحصل على مقابلها من قام بالتبرع ،ويدخل ضمنها الهبة والوصية والوقف ،وتختلف الهبة عن الوصية في شرط توافر الإرادتين ،إرادة المتبرع في منح الهبة وإرادة المتبرع له في قبولها ،غير أن الوصية لا تحتاج لإرادة الموصى له،فالوصية والهبة كلاهما تمليك للغير بدون عوض،والوقف نظام إسلامي يقضي بحبس المال عن التملك لأي شخص،ولما كانت هذه التصرفات من أثارها افتقار المتبرع ،فقد خصتها بعض الأنظمة بقوانين مشددة بهدف حماية المتبرع من الافتقار ،مثل القانون الهولندي الذي يحرم على الهولنديين إجراء وصاياهم ،في غير الشكل الرسمي ولو في الخارج،باعتبار الشكل شرطا موضوعيا يتعلق بأهلية الموصي.[2]

أولا : الوصية

[1]–بلقاسم أعراب ،المرجع السابق،ص ص272–273..

[2]–علي علي سليمان،المرجع السابق،ص82.

ادخل المشرع الجزائري الوصية في طائفة الأحوال الشخصية و إخضاعها للقانون الشخصي للموصي ،وجاء في نص المادة السادسة عشرة ما يلي :***"يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"*** ،وهذا ما أكدته المادة 775 من القانون المدني و اخضع المشرع الجزائري الوصية في جانبها الشكلي لقانون جنسية الموصي وقت موته ،أو لقانون المحل الذي تتم فيه الوصية واخضع تكيف الشروط الموضوعية والشروط الشكلية لقانون القاضي ،حيث يحدد التشريع الجزائري ما هو من قبيل الشروط الشكلية و ما هو من قبيل الشروط الموضوعية ،ولا يعتبر المشرع الجزائري شكل الوصية شرطا موضوعيا،ولا تتعلق بأهلية الموصي كما في القانون الهولندي، ويجيز القانون الفرنسي إخضاع الوصية لجنسية الموصي وقت موته.

وتسري الإجراءات القانونية على العقارات الموصى بها ووجوب توفر شرط الرسمية والتسجيل،وطبقا لإجراءات المعمول بها محليا، وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1990/10/17 ،ملف رقم63.219 ما يلي :***"من المقرر قانونا انه يسري على الميراث ،والوصية وسائر التصرفات التي تنفد بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته ،ومن تم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطا في تطبيق القانون.***

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن المجلس باعتماده على القانون الفرنسي دون مراعاة قانون الهالك أو الموصي باعتباره جزائري مسلم يكون قد أخطا في تطبيق القانون وخرق أحكام الشريعة الإسلامية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه."[1]

وفي هذا القرار التاريخي للمحكمة العليا كان الأثر الرجعي لأحكام قانون الأسرة والقانون المدني في مجال الوصية،ولم يقبل القضاء الجزائري التدرع بالحقوق المكتسبة ،من طرف مواطنين جزائرين ،خلال الحقبة الاستعمارية،مما يطرح إشكالية الأساس القانوني لقرار المحكمة العليا وضابط الإسناد الذي اعتمدته حيث عللت قرارها بمضمون

[1]– قرار،المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،1990/10/17،ملف رقم63.219،المجلة القضائية،العدد2، 1991،ص79.

المادة السادسة عشرة فقرة اولى،وبما ان الهالك جزائري وقت وفاته،وكان يخضع لقانون "الأهالي" المستمد من قواعد الشريعة الإسلامية وإخضاع الوصية شكلا وموضوعا للقانون الجزائري،مما يجعلها باطلة بما ان الشخص جزائري،في حين تمسك الطرف الثاني بصحة الوصية على اساس انها نشأت في ظل قانون قضى بصحتها شكلا وموضوعا،قبل ان يظهر القانون الجديد ،وحتى وان كان القرار الصادر عن المحكمة العليا مقبولا لذى الفقه الجزائري إلا ان التأسيس غير كافي ومن هذا المنطلق يرى الاستاذ الطيب زيروتي بالاعتماد على فكرة النظام العام لتأسيس القرار بدلا من الاساس الذي اعتمدت عليه المحكمة العليا.[1]

وتخضع الوصية للمبدأ العام في التكييف بحسب نص المادة التاسعة من القانون المدني،وقد اعتبرت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية ،أن التصرف لصالح احد الورثة بشرط واقف لما بعد الموت يعتبر وصية،طبقا لنص المادة 777،وتعتبر وصية ،التصرفات القانونية بقصد التبرع في مرض الموت بحسب نص المادة 776 من القانون المدني ،وعلى خلاف الميراث الذي يمنعه القانون في حال اختلاف الدين ،فان الوصية تصح ،وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث[2]

ثانيا :الهبة

عرف المشرع الجزائري الهبة في المادة 202 الفقرة الثانية بأنها ***تمليك بلا عوض***،و أدرجها في طائفة الأحوال الشخصية و أخضعها للقانون الشخصي ،حيت يطبق عليا قانون جنسية الواهب وقت إجرائها وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة السادسة عشر ما يلي:"و***يسري على الهبة والوقف،قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما***" ،أما في القانون المصري والقانون الليبي اللذان أدرجا الهبة ضمن العقود الناقلة للملكية بذلك يكونا قد أخرجاها من طائفة الأحوال الشخصية إلى طائفة العقود

[1]– الطيب زيروتي،دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري،ص...ص99...109.

[2]–جمال نجيمي ،المرجع السابق ص337.

،[1]وقد أدرجها المشرع التونسي في المجلة التونسية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص في موضوع المواريث ،[2]و تناول المشرع الجزائري أحكامها في الفصل الثاني من قانون الأسرة من المادة 202 إلى المادة 2012،واعتبر الهبة في مرض الموت وصية بحسب المادة 204 من قانون الأسرة،وبذلك فتصنيف التصرفات ووصفها على أنها هبة ،تخضع لقانون القاضي،وان دق التمييز في اعتبار العقد هبة أو معاوضة، بسبب سعي الواهب لتحقيق مصلحة مقابل الهبة،كان قانون القاضي هو الفاصل وفق المبدأ العام في التكييف ،كما يحدد قانون القاضي الشروط الموضوعية والشروط الشكلية،ويفصل بينها ،وتخضع أهلية الواهب والموهوب لقانون جنسية كل منهما وقت إجرائها،وكذلك محل الهبة و صحة الهبة،وصحة التراجع عنها ومن يحق له الرجوع ،وكذلك عوارض الأهلية ،أما الشروط الشكلية للهبة،من إجراءات التسجيل والشهود فتخضع لقانون البلد الذي تمت فيه،بحسب القانون الجزائري .[3]

ثالثا :الوقف

عرفت المادة 213 من قانون الأسرة الوقف كما يلي:***"الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق."*** ،كما عرفته المادة الثالثة من القانون رقم 1991-10 المتعلق بالأوقاف:***"هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير."***[4] وهو عمل تعبدي إسلامي ،وقد أورد المشرع الجزائري أحكامه في الفصل الثالث من قانون الأسرة ،وخصه بالقانون 91-10المؤرخ في 1991/04/27 والمعدل بالقانون 01-07، والقانون02-10،وقد أخضعه في مجال تنازع القوانين لقانون جنسية الواقف وقت إجراء الوقف ،فيسري على صحة الوقف وبطلانه قانون جنسية الواقف،أما التكييف الذي

---

[1]-علي علي سليمان،المرجع السابق،ص83.

[2]- كمال عليوش قربوع ،المرجع السابق،ص271.

[1]- المواد 202-212 من قانون الأسرة.

[2]- المادة العاشرة،القانون رقم 91-10 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 ابريل سنة 1991 يتعلق بالأوقاف،ج ر ج ج ،العدد 21 المؤرخة في 23 شوال عام 1411 الموافق 8 مايو سنة 1991،معدل ومتمم.

يسبق معرفة القانون الواجب التطبيق ،فهو قانون القاضي،ويتمتع الوقف بالشخصية المعنوية،ولا يكون ملكا لأي شخص معنوي أو طبيعي.

خلاصة الفصل الثاني:

تناولنا في الفصل الثاني مسائل الأحوال الشخصية وفق القانون الدولي الخاص الجزائري في المواد من عشرة إلى ستة عشرة من القانون 05-10،و إشكالات التكييف المثارة بشأنها والحلول التي انتهجها المشرع الجزائري ويعد الاختلاف الدولي في تحديد مسائل هذه الطائفة أول إشكالية، وهي بحسب القانون الجزائري: الحالة الفردية للشخص وتتضمن موضوع الاسم والموطن، والأهلية الجنسية، والحالة العائلية وتتضمن مسائل الزواج و ما يتعلق به، من نفقة ونسب وولاية، وانحلال الزواج و آثاره، من حضانة ونفقة بالإضافة إلى التركة والوصية والهبة والوقف.

و الإشكالات التي قد تثار في موضوع التكييف في هذه المسائل مشكلة تنازع التكييف،و إشكالية اسم وأهلية المرأة بعد الزواج، موضوع الأهلية والاختلاف في تصوير الموطن،وإشكالية تحديد الشروط الموضوعية والشروط الشكلية للزواج،وكذلك إشكالية تكييف الخطبة،وإشكالية تكييف آثار الزواج ،وإشكالية تكييف انحلال الزواج،وإشكالية تكييف التركة الشاغرة ،والديون المتعلقة بها،وإشكالية تكييف الوصية والهبة والوقف.

وقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية بارتن الحديثة،حيث اخضع التكييف لقانون القاضي، كمبدأ عام بحسب نص المادة التاسعة،واخضع طائفة الأحوال الشخصية للقانون الشخصي،باعتباره القانون الواجب التطبيق،واخضع الشكل لقانون بلد الإبرام،مع إعمال القانون الجزائري بذلا من القانون الأجنبي في المسائل التي يكون احد أطرافها جزائريا،والتوسيع في مضمون الفئات المسندة لصالح القانون الأجنبي.

من جانب آخر،عدل المشرع الجزائري قانون الأسرة، بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005تكريسا لاتفاقيات سيداوا ،والتي كانت لها انعكاسات على موضوع الزواج بصفة خاصة ،فيما يخص موضوع ولي المرأة،والقوامة وقانون الجنسية بالأمر 05-01 المؤرخ في 27فبراير 2005،سعيا منه،كما عدل وتمم الأمر 75-58،المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني،المواد الخاصة بالتنازع المكاني،من المادة

التاسعة إلى المادة الرابعة والعشرون, يرى الأستاذ ***الطيب زيروتي*** أن النصوص قبل التعديل اصبحت لا تستوعب متطلبات جديدة في العلاقات الخاصة المعاصرة.[1]

من خلال هذه التعديلات المتلاحقة في القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية، نرى بان الإرادة التشريعية الجزائرية، تسعى للتقليل من تسلط ضابط الجنسية بتعديل القانون الداخلي وفق الرؤية العالمية المتجسدة في الاتفاقيات الدولية.

[1]–الطيب زيروتي،دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري ،ص251.

الخاتمة:

تتلخص مشكلة تنازع القوانين في مشكلة التكييف وهذا ما وصل إليه الفقه الحديث وتعرف بمشكلة تنازع التكييفات، ولقد أيقن الفقه الغالب باستحالة الوصول إلى قانون عالمي موحد كحل نهائي يخضع له الأفراد حيث لم يبقى هذا الهدف منشودا لدى الفقه الحديث وأصبحت عملية تدليل العقبات أمام تطبيق القانون الأجنبي بغية إنصاف أطراف العلاقة الدولية الخاصة المطلب الذي يصبو إليه الفقه الحديث، ويكون ذلك عن طريق تضييق الفجوات بين التكييفات الدولية للحد من التعارض الصارخ بين الأحكام القضائية الصادرة في المسائل الدولية الخاصة، والوصول إلى حلول منطقية بعيدة عن الأحكام المسبقة.

ويعتبر فتح المجال أمام التكييفات الأجنبية، بطريقة غير مدروسة خطرا محدقا بالأهداف الاجتماعية للدول حيث يؤدي بها إلى الانصهار في مبادئ غيرها، لأن المفهوم مرتبط بثقافة المجتمعات مما يستدعي تامين هذا "المفهوم الوطني" من حمله لمبادئ الغير، وهنا تبرز المصلحة الوطنية التي تتطلب الحماية من الدولة، ***فالمساواة*** في الزواج الذي من أهدافه تكوين أسرة و يقوم على المكارمة و التكامل والمودة والرحمة والمعاشرة بالمعروف وإحصان الزوجين وقوامة الرجل، لا يمكن أن يحمل في طياته، ***المساواة المطلقة*** بين المرأة والرجل بالمفهوم المجرد من هذه المبادئ، وكذلك التبني الذي منعه المشرع بنص المادة السادسة والأربعين من قانون الأسرة تراجع وأدخله في فئة الإسناد الخاصة بالكفالة في المادة الثالثة عشر مكرر واحد، مما جعله يقع في التناقض كما أدرج نظام الانفصال الجسماني في الفئة المسندة الخاصة بانحلال الزواج ،والتعديل في الشروط الموضوعية للزواج تكريسا للاتفاقيات الدولية التي جاءت مكرسة للرؤية الأحادية

للتكييفات القانونية، ولا تعكس الأنماط الاجتماعية على مستوى المجتمع الدولي، فانعكاسات مشكلة التكييف على مستوى القانون الجزائري، أظهرت المشرع الجزائري في صورتين:

صورة المشرع المنفتح على القانون الأجنبي، من خلال إفساح المجال له، فأخضع مسائل الأحوال الشخصية للقانون الشخصي، كمبدأ عام، ووسع من مضامين بعض قواعد الإسناد الجزائرية بإدخال تكييفات أجنبية فيها، أما على مستوى القانون الداخلي، وتكريسا للاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر، غير المشرع الجزائري من نظرته لمركز المرأة على مستوى الأسرة والمجتمع من خلال تعديل قانون الأسرة وتعديل قانون الجنسية ،بما يجعل المرأة في مركز قانوني مساوي للرجل، ويعود تراخي المشرع الجزائري في إفساح المجال للتكييف الأجنبي في بعض المواضيع لاعتقاده بعدم مسها بجوهر ومبادئ المجتمع الجزائري، و تفعيلا للمبادئ العالمية الواردة في المواثيق والعهود الدولية.

ويظهر المشرع في الصورة الثانية مقاوما للتكييف الأجنبي مضيقا عليه حيث أخذ بنظرية ***بارتن*** في التكييف، وفعّل تطبيق القانون الجزائري بدلا من القانون الأجنبي كلما كان هذا الأخير طرفا في المنازعة الدولية الخاصة أمام القضاء الجزائري، وأبعد مسائل الأحوال الشخصية من الخضوع للتحكيم، وقام بتعريف بعض المسائل، كما أبدى تحفظات على بعض النقاط التي رآها لا تعكس التكييف الوطني ،عند إبرامه لبعض الاتفاقيات مثل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "***سيداو***"، واتفاقية حقوق الطفل، وجعل من فكرة النظام العام صك أمان لحماية التكييف الوطني، باستبعاد التكييفات الأجنبية التي تزاحمه، وبما أن القانون العالمي الموحد مازال بعيد المنال ،حيث لم يبقى هدفا منشودا في مجال الأحوال الشخصية لدى الكثير من الفقه، ويستبعد البعض تحققه على المدى القريب، ونرى بإعادة تعديل المادة الثالثة عشر مكرر واحد بإسقاط

التبنـي تفاديـا لوقـوع المشـرع فـي التنـاقض ،كمـا نـرى بإعـادة تعـديل المـادة الثانيـة عشـر بإسقاط نظام

الانفصال الجسماني من المادة ،لكون انحلال الزواج ليس أثرا من آثار الزواج ,وإفراد فئة مسندة خاصة بالخطبة ،وعلى المستوى الدولي يجب توحيد التكييفات بين الدول التي لها نفس الأسس والمبادئ الاجتماعية، ثم بعد ذلك العمل على تقليص الفجوات بين التكييفات المتناقضة بين التشريعات التي تختلف فيما بينها في الأسس والمبادئ الاجتماعية، مثل مجموعة الدول الإسلامية مع مجموعة الدول المسيحية، كما لا يجب التذرع بالمصلحة الوطنية للإفراط في تطبيق القانون الوطني واستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

قائمة المراجع.

أولا:المراجع باللغة العربية.

أ-الكتب .

1. أحسن بوسقيعة ،الوجيز في القانون الجزائي العام،ط9،دار هومه،الجزائر ،2009.
2. أحمد عبد الكريم سلامة ،الأصول في التنازع الدولي للقوانين ،دار النهضة العربية،مصر ،2008.
3. أشرف عبد العليم الرفاعي،اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي،مصر ،2006.
4. الطيب زيروتي ،اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه ،دار هومه،الجزائر ،2014.
5. الطيب زيروتي،دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري ،دار هومه،الجزائر ،2010.
6. إيناس محمد البهجي و يوسف المصري ، دراسات في القانون الدولي الخاص،ط1،المركز القومي للإصدارات القانونية،مصر ،2013.
7. بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري،الجزء الأول،تنازع القوانين،ط12،دار هومه،الجزائر ،2011.
8. جليلة بن عياد و خالد بعوني ،الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة،د د ن،د م ن،2009.
9. جمال نجيمي ،قانون الأسرة الجزائري،دليل القاضي والمحامي ،دار هومه،الجزائر ،2016.
10. خالد هشام،القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج،دراسة مقارنة،د د ن،د م ن ،2006.
11. سعيد يوسف البستاني ،القانون الدولي الخاص،تطور وتعدد حل النزاعات الخاصة الدولية،ط 1،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2004.

12. عبد الرحمـــن بربارة ،شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،ط1، منشورات بغدادي ،الجزائر،2009.
13. عبــد العزيز سعد ،نظام الحالة المدنية في الجزائر،الجزء الثالث،ط3،دار هومه،الجزائر،2011.
14. عبد الفتاح تقية ،قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء ،ثالة،الجزائر،د ت ن.
15. عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص،الجزء الأول،ط 11،مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب،مصر،1986.
16. علي علي سليمان ،مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري،ط5،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2008.
17. عمار بوضياف ،الوظيفة العامة في التشريع الجزائري،ط1 ، جسور،الجزائر،2015.
18. عمر بلمامي ،دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ،دار هومه،الجزائر،2010.
19. كمال عليوش قربوع ،القانون الدولي الخاص الجزائري،الجزء الأول،تنازع القوانين،ط2،دار هومه،الجزائر،2007.
20. محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني،النظرية العامة للالتزامات،ط4،دار الهدى،عين مليلة،الجزائر،2009.
21. محمد وليد المصري ،الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص المعاصر،دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي،ط1،دار الثقافة،الأردن،2013.
22. مسعود الهلالي ،أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري،ط1،جسور،الجزائر،2008.
23. ممدوح عبد الكريم ،القانون الدولي الخاص،تنازع القوانين،الاختصاص القضائي الدولي،ط1،دار الثقافة،لبنان،2005.

24. نسرين شريفي و سعيد بوعلي ،القانون الدولي الخاص الجزائري،تحث اشراف مولود ديدان،ط1،دار بلقيس،الجزائر ،2013.

ب- الرسائل والمذكرات الجامعية.

1. حناشي أميرة،مبدأ السيادة في ظل التحولات الدولية الراهنة (رسالة ماجستير ،جامعة قسنطينة،2008).

ج-المحاضرات.

1. كاملي مراد،الوجيز في قانون الأسرة (مذكرة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية،جامعة العربي بن مهيدي،ام البواقي،2010/2009).

د- النصوص القانونية

1. الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 30 ذي القعدة عام 1389 هـ الموافق 6 فبراير سنة 1970 م يتعلق بالحالة المدنية،ج ر ج ج،العدد 21 ،المؤرخة في 21 ذو الحجة عام 1389 هـ الموافق 27 فبراير سنة 1970 م،معدل ومتمم.
2. الأمر رقم 70-86 مؤرخ في 17 شوال عام 1390 هـ الموافق 15 ديسمبر 1970 م يتضمن قانون الجنسية الجزائرية،ج ر ج ج،العدد 105،المؤرخة في 20 شوال عام 1390 هـ الموافق 18 ديسمبر سنة 1970 م،معدل ومتمم.
3. الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 م يتضمن القانون المدني،ج ر ج ج،العدد 78، المؤرخة في 24 رمضان عام 1395 هـ الموافق 30 سبتمبر سنة 1975 م،معدل ومتمم.

4. القانون 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984 م يتضمن قانون الأسرة،ج ر ج ج،العدد 24 ،المؤرخة في 12 رمضان عام 1404 هـ الموافق 12 يونيو سنة 1984 م،معدل ومتمم.
5. القانون رقم 91-10 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق 27 ابريل سنة 1991 م يتعلق بالأوقاف،ج ر ج ج،العدد 21 ،المؤرخة في 23 شوال عام 1411 هـ الموافق 8 مايو سنة 1991 م،معدل ومتمم.
6. القانون 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق 25 فبراير سنة 2008 م يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،ج ر ج ج،العدد 21 ،المؤرخة في 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 ابريل سنة 2008 م،معدل ومتمم.

د-قواميس

1. مختار عمر احمد بمساعدة فريق عمل،معجم اللغة العربية المعاصرة،القاهرة،عالم الكتب،ط 1،2008.

ثانيا:المراجع باللغة الأجنبية.

-LIVRES

1.Bernard Audit, Droit Inter National privé, 4ÈE , Economica , Paris, France, 2006.

2.Khalil sfeir A,droit inter national prive compare ,t1,sader éditeurs, liban,2005.

ثالثا:مواقع الانترنيت

http://www.joradp.dz//الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

http://www.coursupreme.mr// المحكمة العليا الجزائرية

المقدمـة.

الفصل الأول: ماهية التكييف.....6

المبـحث الأول: مفهوم التكييف..... 7

المطـلب الأول: التعريف بالتكييف.....7

الفرع الأول: تعريف التكييف وخصائصه.....7

أولا:تعريفه.....7

ثانيا: خصائص التكييف.....9

الفرع الثاني مـحل التكييف ومراحله.....13

أولا :طبيعة مـحل التكييف.....13

ثانيا: مراحل عملية التكييف.....15

المطلب الثاني :صور التكييف وتمييزه عن التكييف في القانون الداخلي.....16

الفـرع الأول:صور التكييف.....17

أولا :التكييف الأولي والتكييف الثانوي.....17

ثانيا:التكييف البسيط والتكييف المركب.....18

الفرع الثاني:التمييز بين التكييف في القانون الدولي الخاص و القانون الداخلي.....19

أولا:تطور نظرية التكييف.....20

ثانيا:تمييز التكييف في القانون الدولي الخاص عن التكييف في فروع القانون الأخرى.21

المبحث الثاني:نظريات التكييف.....24

المطلب الأول :نظرية بارتن.....25

الفرع الأول:إخضاع التكييف لقانون القاضي.....25

أولا:مضمون نظرية بارتن.....25

ثانيا:أسس نظرية بارتن.....27

الفرع الثاني:الإستثناءات الواردة عن إخضاع التكييف لقانون القاضي.....30

أولا:تكييف الأموال.....30

ثانيا:تكييف الفعل.....31

ثالثا:التكييف مع وجود معاهدة.....32

المطلب الثاني :إخضاع التكييف لغير قانون القاضي.....34

الفرع الأول: التكييف والقانون المحتمل التطبيق.....34

أولا:إخضاع التكييف للقانون المحتمل

التطبيق.....34

ثانيا:إشراك القانون المحتمل التطبيق في عملية التكييف.....35

الفرع الثاني :إخضاع التكييف لقواعد محايدة.....37

أولا: القانون المقارن.....37

ثانيا:نظرية علم القانون.....38

ثالثا:إخضاع التكييف للتحكيم.....39

رابعا التكييف في القانون الجزائري.....40

الفصل الثاني:مظاهر إشكالات التكييف في مسائل الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص الجزائري.....42

المبحث الأول:إشكالات التكييف في مسائل الحالة الفردية.....45

المطلب الأول :إشكالات التكييف في الاسم والموطن.....45

الفرع الأول:الإسم.....46

الفرع الثاني:إشكالية الاختلاف في تكييف الموطن.....47

أولا:الموطن في القانون الدولي الخاص.....47

ثانيا:الموطن في القانون الجزائري.....48

المطلب الثاني:إشكالات التكييف في الأهلية والجنسية.....49

الفرع الأول:الأهلية عامة.....49

أولا::المبدأ العام في الأهلية 50

ثانيا:الإستتناء عن إخضاع موضوع الأهلية للقانون الشخصي.....51

ثالثا:حماية ناقصي وعديمي الأهلية.....52

الفرع الثاني:الجنسية و إشكالية التكييف.....53
أولا:الجنسية والحالة.....54
ثانيا:إشكالية عديم الجنسية.....54
ثالثا:إشكالية متعدد الجنسية.....56
رابعا:الجنسية في القانون الجزائري.....57
المبحث الثاني:إشكالات التكييف في مسائل الحالة العائلية.....59
المطلب الأول:إشكالات التكييف في الروابط الشخصية.....59
الفرع الأول:إشكالات التكييف في موضوع الزواج.....59
أولا:إشكالية تكييف الخطبة.....59
ثانيا:انعقاد الزواج.....61
ثالثا:آثار الزواج.....65
الفرع الثاني:انحلال الزواج.....71
أولا:القانون الذي يحكم إنحلال الزواج.....71
ثانيا:الإستتناء عن المبدا العام في الإنحلال.....74
ثالثا:آثار انحلال الزواج.....75
المطلب الثاني:إشكالية التكييف في التركات وسائر التبرعات.....79
الفرع الأول:التركة.....79

أولا: المبدأ العام في تكييف التركة.....79

ثانيا: إشكالية تكييف التركة الشاغرة.....81

ثالثا: إشكالية تكييف الديون المتعلقة بالتركة.....82

الفرع الثاني: إشكالية تكييف التبرعات.....83

أولا:الوصية.....83

ثانيا:الهبة.....85

ثالثا:الوقف.....86

الخـاتمة.....89

قائمة المراجع.....92

الفهرس.....

ملخص البحث:

مشكلة تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص ،هي في الأساس مشكلة تكييف وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية مثل الزواج الطلاق التبني، وتزداد هذه الإشكالية تعقيدا في مسائل الأحوال الشخصية، نظرا لتشعب علاقاتها ودور الدين فيها، ولما يخضع المشرع التكييف لقانون القاضي، يكون قد وضع قيود على المسالة التي يختلف تكييفها من نظام قانوني لآخر، مما يؤدي الى تعقيد الحل.

الكلمات المفتاحية:

القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، التكييف، الأحوال الشخصية، الزواج، الطلاق، التبني.

Résumé:

Le problème de confit des lois en droit international privé est principalement celui de la qualification notamment en domaine du statut personnel (mariage, divorce, adoption),le conflit est compliqué par ce que toutes les relations concernant la personne sont regroupées dans cette catégorie , et rattachées a la religion des personnes.

Le législateur soumit la qualification au droit du for ce qui résulte de contraint et de difficultés de qualification en raison de différents dans les systèmes juridiques.

:Les mots clés

Confit des lois, Qualification, Statut personnel, Mariage Divorce, Adoption.