

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



## ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: أحوال شخصية

تحت إشراف الأستاذة:

مجدوب كوثر

من تقديم الطالبة:

حلاج عزة

لجنة المناقشة:

رئيسا

مشرفا ومقررا

مناقشا

1/ الدكتور كيفاجي الضيف

2/ الأستاذة مجدوب كوثر

3/ الدكتور فليغة نور الدين

بورة جوان 2018

## إهداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء و المرسلين

أهدي هذا العمل إلى:

إلى من أهدتني عمرا مليئا بالحب و الحنان إلى من وهبتني قلبا ينبض بالأمان إلى أعز ما أملك  
إلى من كان دعائها سر نجاحي

..... أمي الغالية

إلى من كان سندا لي في الحياة إلى من علمني أن العلم طريقا للنجاح وأرشدني إلى طريق  
الفلاح ووهبني كل حياته

..... أبي العزيز

إلى من ربنتي في صغري و غمرتني بحبها إلى منبع الحنان الثاني وصاحبة القلب الصافي

..... جدتي الحنونة

إلى من كان الدافع المساند لي في إنجاز هذا البحث إلى من كان ملاذي بعد الله إلى رفيق دربي  
إلى صاحب القلب الطيب والنوايا الصادقة

..... زوجي

إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات إلى من أظهروا لي ما هو أجمل من الحياة إلى القلوب  
الطاهرة والنفوس البريئة

..... إخوتي و أخواتي

إلى كل أساتذتي وزملائي في الدفعة و أقربائي و معارفي إلى كل من ساندني من قريب أو  
من بعيد طيلة مشواري الدراسي

إلى كل من يسعى لبناء هذا الوطن والنهوض به

الطالبة



## شكر وعرفان

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. أشكر الله تعالى وأحمده على ما وفقني إليه من إنجاز هذا العمل، بفضلته وعونه وقوته، كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى:

- الأستاذة الفاضلة "مجدوب كوثر" لقبولها اتمام الاشراف على هذه المذكرة فقد تشرفت بإشرافها ومرافقتها لي. وأشكرها على سعة صدرها معي، فلم تبخل علي بنصائحها وتوجيهاتها.

- أساتذتي الذين درسوني خلال مرحلتي الليسانس والماستر بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة 20 أوت 55 سكيكدة لمجهوداتهم الكبيرة معنا. - كل من ساعدني في إنجاز هذه المذكرة.

الطالبة

## قائمة المختصرات      Liste des abréviations

### باللغة العربية:

- ج.....جزء.
- د ت ن.....دون تاريخ نشر.
- د م ن.....دون مكان نشر.
- د ط.....دون طبعة.
- ص.....الصفحة.
- ط.....طبعة.
- ق أ ج.....قانون أسرة جزائري.
- ق إ م إ.....قانون إجراءات مدنية وإدارية.
- ق ح م.....قانون الحالة المدنية.
- ق م ج.....قانون مدني جزائري.
- ق م ف.....قانون مدني فرنسي.

### باللغات الأجنبية

P..... page.

Op.cit.....Opere Citato (dans l'ouvrage cité).

Ed.....édition.



## مقدمة

كانت الدول في السابق منغلقة على نفسها، ولا تقبل تطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها، على اعتبار أن هذا العمل يتعارض مع سيادتها، ولقد وضعت أسس ومبادئ وقوانين محلية لا تطبق إلا على مواطنيها، كما أنها لم تعترف للأجانب بالشخصية القانونية، وحرمتهم من حق اللجوء إلى القضاء.

ومع مرور الوقت وبتطور حركة تنقل الأشخاص والأموال بين الدول، مُنح للأجانب حق التقاضي أمام المحاكم الوطنية، وأصبحت الدول تقبل تطبيق القوانين الأجنبية على أراضيها استناداً إلى عدة أسس من بينها مبدأ المعاملة بالمثل، وعلى اعتبار أن تطبيق القوانين الأجنبية يكون في مجال القانون الخاص حيث لا تتأثر سيادة الدولة عند تطبيق هذه القوانين، خصوصاً إذا علمنا أن النظام العام يبقى كصمام أمان بغرض استبعاد القوانين الأجنبية التي تمس الأسس والمبادئ الأساسية في دولة القاضي.

وعلى غرار مختلف التشريعات فلقد نظم المشرع الجزائري قواعد التنازع التي يوجد فيها عنصر أجنبي في القانون المدني في المواد من 09 إلى 24، وتداركاً للنقص أو الغموض الذي يشوب بعض هذه المواد، فقد عدّل القانون المدني عام 2005، وقد شمل هذا التعديل بعض مواد قواعد التنازع المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية.

لقد حرص المشرع من خلال تنظيمه لقواعد التنازع تحقيق العدالة، وهي عدالة نسبية وليست مطلقة، فعندما يتبنى المشرع ضابط إسناد دون آخر، فهذا يعني أنه يرى أن هذا الضابط يحقق العدالة ويخدم مصالح الأفراد دون الضوابط الأخرى، وفي معظم مسائل الأحوال الشخصية اتخذ المشرع الجزائري الجنسية كضابط إسناد، مقلداً في ذلك المشرع الفرنسي، على خلاف الدول الأنجلوساكسونية كبريطانيا وكندا والولايات المتحدة الأمريكية، التي رأت في الموطن هو الضابط المفضل في مسائل الأحوال الشخصية.

## أولاً: أهمية الموضوع:

تبرز أهمية الموضوع لسببين أساسيين:

**الأول:** كون الجنسية من أهم المواضيع التي تتولى كل دولة بتنظيمها بصفة مستقلة، لأنها العنصر الذي من خلاله يتحدد ركن الشعب في الدولة، فعنصر سيادة الدولة سيكون بارزاً فيها، كما أن صلة الفرد بجنسيته جد متينة حتى ولو كان بالخارج فليس من السهل على الفرد أن يكتسب جنسية أخرى، أو أن يتخلى عنها بمحض إرادته، بل عليه أن يمر بإجراءات طويلة لتحقيق ذلك.

**أما السبب الثاني** فيستمد أهميته من موضوع الأحوال الشخصية في حد ذاته، بالنظر لدوره في بناء المجتمع، فقد عمد المشرع إلى تنظيمه بقواعد آمرة، كما أن الأفراد خصوصاً في المجتمعات العربية والإسلامية لا يزالون متمسكين بقانون جنسيتهم الذي ينظم مسائل الأحوال الشخصية عند تواجدهم بالخارج، لأن أحكامه مستمدة في معظمها من ديانتهم، وبالنظر لخصوصية وحساسية هذه المسائل لأنها تنظم الحياة الخاصة للفرد داخل أسرته، فإنه لا يقبل تطبيق قوانين أجنبية عليها.

## ثانياً: أسباب اختيار الموضوع:

- وجود نزاعات مرفوعة أمام القضاء بسبب اختلاف ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.

- معرفة كيف تعامل المشرع الجزائري مع هذه الإشكاليات من خلال الحلول الموضوعية لها.

## ثالثاً: أهداف الدراسة:

بيان مفهوم الجنسية والتعرف على أسباب اعتمادها كضابط اسناد في مسائل الأحوال الشخصية، كما سيتم تحديد الموضوعات التي تدخل في نطاق هذه المسائل، وبيان كذلك



الإشكالات التي يثيرها ضابط الجنسية عند اعتماده في مسائل الشخصية، وتوضيح الحلول  
الفقهية لهذه الإشكاليات، مع تحديد الحل المتبع من طرف المشرع الجزائري.

#### رابعاً: طرح الإشكالية:

موضوع الأحوال الشخصية من أكثر المواضيع التي يثور بشأنها منازعات في إطار  
تتازع القوانين، وهذا بسبب اتساع وسهولة حركة تنقل الأفراد عبر الدول، الذين يبرمون  
العديد من العقود أثناء تواجدهم بالخارج من زواج وطلاق وتبني وغيرها، بالإضافة إلى  
اختلاف القوانين الشخصية التي تحكمهم عن القوانين الأجنبية للأشخاص الذين يتعاقدون  
معهم، مما يترتب عليه اختلاف الحلول المطبقة على منازعات الأحوال الشخصية،  
خصوصاً وأن ضابط الجنسية الذي يحكمها قابل للتغيير كما أنه قد يكون متعدداً، أو يحيل  
لتشريعات داخلية إقليمية أو طائفية، مما يستوجب طرح الإشكالية الرئيسية التالية:

❖ إلى أي مدى وُفق المشرع الجزائري في تنظيم مسائل الأحوال الشخصية من  
خلال اعتماده للجنسية كضابط اسناد لها؟.

ويتفرع على هذه الإشكالية الرئيسية، إشكاليات فرعية وهي:

- ماهي مسائل الأحوال الشخصية التي يحكمها ضابط الجنسية في التشريع  
الجزائري؟
- وما هي الإشكالات التي يثيرها تطبيق ضابط الجنسية في مسائل الأحوال  
الشخصية، وماهي الحلول الممكنة لها في ظل التشريع الجزائري؟

#### خامساً: أهم الصعوبات المعترضة أثناء انجاز البحث:

إن موضوع الجنسية وعلاقته بتتازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية واسع لدرجة  
أنه تستحق كل مسألة من علاقات الأحوال الشخصية البحث فيها كموضوع مستقل عن  
الآخر.

#### سادساً: المنهج المتبع:

أُعتد في هذه الدراسة على كل من المنهج التحليلي، والمنهج الوصفي. المنهج التحليلي تم الاعتماد عليه في تحليل القواعد القانونية والآراء الفقهية التي لها صلة بموضوع البحث.

أما المنهج الوصفي فقد تم الاعتماد عليه لحصر الاشكالات التطبيقية التي يثيرها إعمال ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.

### سابعاً: الخطة المتبعة:

أقتضت دراسة بحث ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية تقسيمه إلى فصلين:

الفصل الأول تحت عنوان "الإطار العام لإعمال ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية".

أما الفصل الثاني تحت عنوان "إشكالات تطبيق ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية".





## ملخص الفصل الأول

تعتبر الجنسية تلك العلاقة القانونية والسياسية التي تربط الفرد بالدولة، حيث أن لها أهمية بالغة وكبيرة على الصعيدين الدولي والداخلي، ففي المجال الدولي تعتبر أهم معيار لتقسيم الأفراد بين الدول، أما في المجال في الداخلي فهي تميّز بين الوطني والأجنبي، كما أنها تعد المعيار الذي يتحدد به أحد أركان الدولة وهو الشعب . وهناك العديد من الدول التي تميل إلى اعتماد الجنسية كضابط إسناد في جل مسائل الأحوال الشخصية، وذلك على أساس أنها الضابط الأفضل والأكثر عدالة والذي يحمي مصالح الأفراد ويضمن استمرار علاقة المواطنين ببلدهم حتى ولو كانوا في الخارج، ما داموا يبرمون تصرفات تعد من مسائل الأحوال الشخصية، وعلى هذا المنهاج سار المشرع الجزائري. ويتجلى دور ضابط الجنسية في العديد من مسائل الأحوال الشخصية والتي من أهمها انعقاد الزواج وانحلاله، والتصرفات النافذة فيما بعد الموت كالميراث والوصية.

## الفصل الأول:

### الإطار العام لإعمال ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.

عرفت محكمة النقض المصرية الأحوال الشخصية بأنها " مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية كون الإنسان ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً أو كونه مُطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية"<sup>1</sup>.

اختلفت الدول في تحديد المسائل التي تنتمي للأحوال الشخصية، فتضم إليها قوانين الدول العربية مسائل الميراث والوصية على خلاف معظم القوانين الأوروبية، التي تعتبرها من الأحوال العينية.

حيث تعد الأحوال الشخصية مجالاً خصباً لتنازع القوانين، خصوصاً في هذا الوقت الذي سهّلت فيه حركة تنقل الأفراد بين مختلف بقاع المعمورة بسبب تطور وسائل الاتصال والنقل، مما نجم عنه نشوء علاقات شخصية من زواج و طلاق و ميراث و وصية وغيرها من مسائل الأحوال الشخصية بين أطراف مختلفي الجنسية، مما ينبغي تحديد ضابط الاسناد في هذه المسائل لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها.

لقد اختلفت تشريعات الدول في تحديد ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية فجعلت الدول الأنجلوساكسونية كالولايات المتحدة وبريطانيا من الموطن كضابط إسناد، في حين اتجهت دول أخرى خصوصاً المتأثرة بالقانون الفرنسي الى اعتماد الجنسية كضابط اسناد في مسائل الأحوال الشخصية ومن بينها الجزائر.

بالنظر إلى أن المشرع الجزائري اعتمد الجنسية كضابط اسناد في أغلبية مسائل الأحوال الشخصية مثلما سيُبين لاحقاً، سيتم التطرق لمفهوم الجنسية في (المبحث أول) ليتم

<sup>1</sup> حسين الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص 89.

بعدها ايراد نماذج لتطبيق ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية في (المبحث الثاني).

## المبحث الأول:

### مفهوم

### الجنسية

يختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً عند تحديدهم لمفهوم الجنسية، ومرجع هذا الاختلاف هو أن الجنسية نقطة تقاطع بين فروع القانون المختلفة، فهي تقع بين القانون الداخلي والقانون الدولي العام بين القانون الخاص و القانون العام، و من هنا تبدو الجنسية كفكرة مركبة وليست بسيطة بالإضافة إلى أن الجنسية على صلة بالكثير من الأفكار الاجتماعية الأخرى كالفكر الأممي و الدين والجنس، مما يؤدي إلى تأثر تعريف الجنسية بهذه الأفكار على نحو أو آخر.<sup>1</sup>

وعلى هذا فإن تحديد مفهوم الجنسية يقتضي عرض تعريف الجنسية وأهميتها في (المطلب الأول) و أسباب اعتماد الجنسية كضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية في (المطلب الثاني) .

## المطلب الأول:

### التعريف

### بالجنسية

يقتضي تحديد مدلول فكرة الجنسية باعتبارها انتماء الشخص إلى دولة، أن نعرض التعاريف المختلفة لفكرة الجنسية في (الفرع الأول)، ليتم التطرق بعدها إلى تحديد أهميتها على الصعيدين الدولي و الداخلي في (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> حفيفة السيد حداد، المدخل إلى الجنسية ومركز الأجانب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص15.

## الفرع الأول:

### تعريف الجنسية

من المتفق عليه بين الباحثين أن الجنسية هي رابطة بين الفرد والدولة (أولاً)، بالإضافة إلى كونها صفة تلحق بالفرد (ثانياً).

#### أولاً: الجنسية كرابطة بين الفرد والدولة:

هناك من يعرف الجنسية بالنظر إلى الصلة التي تربط بين مانح الجنسية وهو الدولة ومتلقيها وهو الفرد أو الشخص الطبيعي. وفي هذا الإطار تُعرف بأنها " الرابطة التي تربط الفرد بدولة معينة ". وهذا التعريف لا يبرز ما يترتب على هذه الرابطة من أثر متولد عن طبيعتها، وما إذا كان يتعين النظر إليها من وجهة شخصية أو موضوعية<sup>1</sup>.

#### أ- الجنسية كرابطة سياسية:

طبقاً لهذا الاتجاه تُعرف الجنسية بأنها " رابطة سياسية بين الفرد والدولة "، أو أنها " رابطة سياسية بمقتضاها يغدو الفرد عنصراً من العناصر المكوّنة بصفة دائمة للدولة". وهؤلاء الذين اعتنوا بطبيعتها وحدودها من زاوية موضوعية باعتبارها نظاماً سياسياً يربط الفرد بدولة معينة انحازوا للاتجاه القائل بأن الجنسية من روابط القانون العام. وسندهم في ذلك أن الدولة بوصفها نظاماً سياسياً هي التي تنشئ الجنسية وتضفي عليها من روحها، كما أن الجنسية هي أدواتها لتحديد أحد العناصر المكونة لها و هو ركن الشعب.<sup>2</sup>

#### ب - الجنسية كرابطة قانونية:

<sup>1</sup> فؤاد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، ج1، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 11.

<sup>2</sup> هشام صادق، الجنسية ومركز الأجانب، دراسة مقارنة، دط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 20-21.



يميل جانب من الفقه المعاصر سواء في مصر أو فرنسا إلى تعريف الجنسية على اعتبار أنها رابطة قانونية تربط بين الفرد والدولة، وعلى الرغم من اتفاق هذا الجانب من الفقه على النظر إلى الجنسية باعتبارها رابطة قانونية، فإن هناك اختلاف حول صياغته لتعريفها، فيذهب جانب من الفقه في فرنسا يمثله ( Lagarde ) و ( Batiffol ) إلى تعريف الجنسية على أنها " تبعية الشخص قانوناً للسكان المكونين للدولة ".<sup>1</sup>

أما الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض فقد عرف الجنسية بأنها " علاقة قانونية بمعنى أن القانون هو الذي يحدد كيف تنشأ وكيف تزول كما يحدد الآثار المترتبة عليها. غير أن هذه الرابطة القانونية تختلف عن غيرها من الروابط القانونية بقيامها على اعتبارات سياسية واجتماعية، فهي تقوم في الأصل على فكرة الولاء للدولة وعلى توافر نوع من الصلة الروحية والاجتماعية".<sup>2</sup>

### **ج- الجنسية كرابطة قانونية و سياسية.**

إذ لا بد من وجود رابطة قانونية سياسية بين الفرد والدولة لكي يتمتع الفرد بجنسية الدولة، كالولادة أو الإقامة في إقليمها أو أداء خدمة نافعة لها أو الولادة لأحد وطنيها، و ذلك لأن الجنسية صفة قانونية لعضوية الشخص في جماعة دولة معينة، بحيث تجعله من رعايا تلك الدولة وتترتب عليها حقوق والتزامات متبادلة بينهما، وكل من يحمل جنسية الدولة يعتبر وطنياً، و يقابله الأجنبي الذي لا يتبع الدولة لأنه لا يتمتع بجنسيتها.

فالوطني يتميز عن الأجنبي في الحقوق والواجبات، فقوانين الدولة تمنح مواطنيها حقوقاً لا تمنحها للأجانب، كالحقوق السياسية، وتفرض على مواطنيها واجبات لا تفرضها على الأجانب، كالخدمة العسكرية الإلزامية. فالوطني هو فقط من يتمتع بحق الانتخاب والترشح وتقلد الوظائف العامة و بحماية دولته خارج إقليمها، مقابل احترامه لقوانينها وانصياعه لأوامرها ودفع الضرائب لها و الدفاع عنها عند تعرضها لخطر.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 17.

<sup>2</sup> فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص 12.

<sup>3</sup> غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الجنسية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011،

## ثانياً: الجنسية على اعتبار أنها صفة تلحق بالفرد.

ينظر جانب من الفقه إلى الجنسية على اعتبار أنها صفة تلحق الفرد، ولكنه يختلف في أثر هذه الصفة على الفرد، وفي هذا ينقسم إلى اتجاهين.

**الاتجاه الأول:** ويمثل هذا الاتجاه في فرنسا الأستاذان الفرنسيان (Loussouarn) و (Bourel) و يعرفان الجنسية بأنها " صفة في الفرد، تصله بالدولة بالنسبة للروابط ذات الطبيعة القانونية السياسية التي تربط الفرد بدولة معينة، والتي يعد عنصراً من العناصر المكونة لها"<sup>1</sup>.

**الاتجاه الثاني:** والذي يمثله في فرنسا الأستاذ (Pierre Mayar) ، ويعرف الجنسية بأنها " الصفة التي تلحق الفرد و تخول للدولة المانحة للجنسية ولاية شخصية على الفرد المتلقي للجنسية، تحتج بها في مواجهة الدول الأخرى". وأساس ذلك التعريف أن الجنسية ليست مجرد معيار يخول الدولة منح الحقوق وفرض الالتزامات على الشخص المتمتع بها، لأن النظر إلى الجنسية من هذه الزاوية فقط، يؤدي إلى طمس معالمها، وإحاقها بأفكار أخرى كالموطن، في الأحوال التي يكون فيها هذا الأخير معياراً لاكتساب الحقوق وفرض الالتزامات، في حين أن هناك فرقاً جوهرياً بين الموطن والجنسية، فالجنسية وحدها هي التي تلعب دوراً حاسماً في العلاقة بين الدولة التي تمنحها والدول الأخرى، فهي تمنح للأولى ولاية أو اختصاص قاصر على التابع لها، تستطيع أن تحتج بها في مواجهة الدول الأخرى، وذلك بغض النظر عن وجوده على إقليمها.<sup>2</sup>

## ثالثاً: تمييز مصطلح الجنسية عن بعض المصطلحات الأخرى.

تعد الجنسية رابطة اجتماعية وقانونية وسياسية بين الفرد والدولة، وإلى جانب الجنسية هناك مصطلحات أخرى تدل على ارتباط الفرد بالدولة، ولهذا قد تختلط مدلولات هذه

<sup>1</sup> حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 20.

<sup>2</sup> حفيظة السيد الحداد، مرجع نفسه، ص ص 20-21.

المصطلحات مع مدلول الجنسية، لهذا سيتم استعراضها لإبعاد أي لبس فيما بينها وبين مصطلح الجنسية، وهذه المصطلحات هي: الرعية، القومية، الوطني، والتابعين.

### **أ — الرعية والجنسية:**

قد يستخدم لفظ الرعية المحلية للتعبير على انتماء الشخص لإحدى المقاطعات أو الولايات في الدولة المركبة، فيقال عن فلان أنه رعية محلية لولاية كاليفورنيا، و مصطلح الرعية له دلالاته على النطاق الداخلي للدولة لا غير، كما نصادف هذا المصطلح كذلك في الدول التي تمنح بعض أقاليمها قدراً من الاستقلال الذاتي.<sup>1</sup> كما هو الحال في إقليم كردستان بالعراق، أو كتالونيا بإسبانيا.

### **ب — الجنسية والقومية:**

إذا كانت الجنسية عبارة عن رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة، فالقومية هي تلك الرابطة الاجتماعية والسياسية التي تعني انتماء فرد إلى أمة معينة. فالجنسية تعبر عن انتماء وولاء فعلي وواقعي، بينما القومية تُعبر عن انتماء روحي ومعنوي وعاطفي، فالفرق بين الاثنين كبير، فالجنسية تنطوي على بعد قانوني يمنح حقوق ويفرض التزامات، بينما القومية تنطوي على بعد روحي وعاطفي ولكنه لا يرتب حقوق ولا يفرض التزامات متبادلة بين الفرد والأمة مثلاً.<sup>2</sup>

### **ج — الوطني**

الوطني هو من يتمتع بجنسية دولة معينة، بغض النظر عما يمكن أن يكون من تفاوت بينهم من حيث التمتع بالحقوق السياسية في الحياة القانونية الداخلية، ويقابله الأجنبي الذي لا يتمتع بهذه الجنسية، وللتفرقة بين الوطني والأجنبي أهمية بالغة إذ للوطني حقوق أكثر من تلك المعترف بها للأجنبي خصوصاً في المجال السياسي، ويتمتع الوطني ببعض

<sup>1</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية، ج2، ط6، بوزريعة، الجزائر، 2011، ص 87.

<sup>2</sup> عامر محمود الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، الجنسية والمواطن ومركز الأجنبي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 45.

الحقوق اتجاه دولته حتى عندما يكون خارج وطنه من خلال أنه يحظى بحماية ممثلي دولته في الخارج، وبالمقابل تُفرض على الوطني التزامات لا تفرض على الوطني كأداء الخدمة العسكرية.<sup>1</sup>

#### **د- التابعين**

جرت العادة لاستعماله في التعبير عن أهالي الدول المحمية أو التي تحت الانتداب في علاقتها بالدولة الحامية وصاحبة السيادة، فهو يطلق إذن على طائفة من الأجانب لا يحملون جنسية الدولة الحامية، وإن كان يخضعون لسلطتها في الحقيقة<sup>2</sup> ومثال ذلك أن التونسيون كانوا تابعين لفرنسا خلال فترة فرض الحماية الفرنسية على تونس من 12 ماي 1881 إلى 20 مارس 1956، وكذلك السوريون خلال فترة الانتداب الفرنسي على سوريا من 24 أوت 1920 إلى 17 أفريل 1946.<sup>3</sup>

#### **الفرع الثاني:**

### **أهمية**

### **الجنسية**

<sup>1</sup> احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، الجنسية- تنازع القوانين، ص 21، على الموقع الالكتروني [www.pdfactory.com](http://www.pdfactory.com)، في 2018/02/22.

<sup>2</sup> محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، المواطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، دط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص ص 76-77.

<sup>3</sup> تجدر الإشارة إلى أن مصطلح الحماية أو الانتداب لا يعبر عن معناه من خلال أن فرنسا لم تعمل خلال فترة تواجدها بتونس أو سوريا على حماية الشعبين التونسي أو السوري، إنما عملت على استنزاف خيرات وثروات الشعبين، ففرنسا وغيرها من الدول الاستعمارية عملت على شرعنة وجودها بمصطلحات واهية، في حين أنها فرضت وجودها بالقوة في كل الدول التي دخلت إليها. وان كان وجود فرنسا في تونس وسوريا والمغرب يختلف عن الجزائر التي اعتبرتها جزءا لا يتجزأ من التراب الفرنسي. أنظر الموقع الالكتروني: <https://ar.wikipedia.org/wiki/>، تاريخ الاطلاع 01 ديسمبر 2017.

تكتسي الجنسية أهمية ودور كبير جداً على الصعيدين الدولي والداخلي، سواءً بالنسبة للفرد أو الدولة، ففي المجال الداخلي فهي تميز بين الوطني و الأجنبي، وما يستتبع ذلك من تبيان الحقوق و الالتزامات الممنوحة أو المفروضة على كل منهما. أما في المجال الدولي فتعد الجنسية أهم معيار لتقسيم الأفراد بين الدول، وسيتم تبيان بدقة أهمية الجنسية على الصعيدين الداخلي (أولاً) والدولي (ثانياً) .

### **أولاً: في المجال الداخلي.**

تلعب الجنسية دوراً كبيراً على المستوى الداخلي ويتمثل في الآتي:

أ- تحدد وتبين الفرد المتمتع بالصفة الوطنية، فتفرق على اثر ذلك بين الوطني والأجنبي، فالوطني غالباً ما يتمتع ببعض الحقوق لا تمنح ولا تعطى للأجنبي، أهمها الحقوق السياسية كحق الانتخاب و الترشح التي تكون مقصورة على المواطن دون الأجنبي، أما بالنسبة لبعض الحقوق العينية كحق تملك العقارات، نجد أن أغلب قوانين دول العالم تحظره على الأجانب وتبيحه استثناءً، وبالمقابل فإنه يتوجب على الوطني أداء بعض التكاليف التي يعفى منها الأجنبي كأداء الخدمة العسكرية.<sup>1</sup>

ب- من خلال من يحملون جنسية البلد يمكن التمييز بين مختلف الأفراد المتواجدين فوق إقليم الدولة والمشكلون لعنصر السكان فمن يحملون جنسية البلد سواء أكانوا مقيمين على أرض الوطن أم خارجه، هم من يشكلون ركن الشعب في الدولة، إذ يُستبعد عدد الأجانب الذين يسكنون إقليمياً معيناً عند احتساب عدد أفراد الشعب.

ج- تلعب الجنسية دوراً كبيراً ومهماً في تحديدا الاختصاصين التشريعي و القضائي في العلاقات المتعلقة بحالة الأشخاص أصلاً والأموال استثناءً، كما تعتبر في نفس الوقت ضابط إسناد تشير في العديد من الحالات إلى القانون الواجب التطبيق.<sup>2</sup>

### **ثانياً: في المجال الدولي.**

<sup>1</sup> عبد الرسول الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، ط2، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، دم ن، 2011، ص134.

<sup>2</sup> حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 20.

إن أهمية الجنسية لا تقتصر على المجال الداخلي وإنما تمتد إلى أبعاد دولية تتمثل فيما يلي:

أ- تعتبر الجنسية الشرط الأساسي لإعمال نظام الحماية الدبلوماسية المعروف في القانون الدولي العام ، والمقصود بالحماية الدبلوماسية أن تقوم دولة عبر إجراء دبلوماسي أو أي وسيلة أخرى من وسائل التسوية السلمية، بادعاء مسؤولية دولة أخرى، عن ضرر ناشئ بسبب فعل غير مشروع دولياً لحق بفرد من مواطني الدولة الأولى<sup>1</sup>. فلا تستطيع أي دولة أن تفرض حمايتها الدبلوماسية على فرد لا يحمل جنسيتها.

ب- يكون للفرد الذي يحمل جنسية دولة معينة حق الاستقرار فيها، فلا يجوز لأي دولة أن تبعد مواطنيها عن إقليمها<sup>2</sup>، كما لا يجوز لها أن تسلمهم إلى الدول الأجنبية لمحاكمتهم<sup>3</sup>.

## **المطلب الثاني:**

### **أسباب اعتماد الجنسية كضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية**

تميل العديد من الدول المتأثرة بالقانون الفرنسي إلى اعتماد الجنسية كضابط إسناد رئيسي في جُل مسائل الأحوال الشخصية، وهذا راجع إلى جملة من الأسباب القانونية والسياسية على وجه الخصوص، والتي سيتم التطرق لها في (الفرع الأول)، و تبيان مدى اقتناع المشرع الجزائري بأفضلية الجنسية كضابط اسناد في مسائل الأحوال الشخصية من خلال عدّ مسائل الأحوال الشخصية في القانون الجزائري، ومدى اعتماد الجنسية كضابط إسناد لها (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> أيمن فتحي محمد الجندي، حق الدفاع الشرعي في مواجهة الأشخاص المتمتعين بالحصانة في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2015، ص 307.

<sup>2</sup> وتكريساً لهذا الحق نص الدستور الجزائري لعام 1996 المعدل بموجب القانون رقم 16 - 01 من خلال المادة 55 منه على أنه: " يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية، أن يختار بحرية موطن إقامته، حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له".

<sup>3</sup> هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، نشأته-مباحثه-مصادره - طبيعته، دط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص 74.

## الفرع الأول:

### الأسباب السياسية

#### والقانونية

يمكن إرجاع أسباب اعتماد الجنسية كضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية في الدول التي اعتمدها إلى أسباب قانونية (أولا) وأخرى سياسية (ثانيا).

#### أولا: الأسباب القانونية.

وهي تتمثل في : ثبات ضابط الجنسية كأصل عام و الاستقلال التام لكل دولة بوضع قوانين جنسيتها .

#### أ- ثبات ضابط الجنسية كأصل عام.

إن معظم الأفراد اليوم يحملون جنسية واحدة هي التي ولدوا بها، إذ على الرغم من أنه هناك من يكتسب جنسية أخرى نتيجة لعمله وإقامته في دولة معينة وقبول طلب تجنسه<sup>1</sup>، إلا أن هذه الأعداد تبقى قليلة مقارنة بالحالة الطبيعية العامة التي تجعل معظم الأفراد يحملون جنسية واحدة، فالجنسية ضابط ثابت ومستقر مقارنة مع غيره من الضوابط الأخرى التي يسهل تغييرها وتعددها كالموطن<sup>2</sup> مثلا، فأى شخص يسافر للخارج لفترة ولو قصيرة نسبيا نجده مضطرا لكي يتخذ موطناً في ذلك البلد، وقد تضطره ظروفه للانتقال إلى بلد آخر للبقاء فيه فترة أخرى فيكون له موطن آخر.

كما أنه وبالنظر لاتساع رقعة الحروب في العديد من الدول كسوريا وفلسطين والعراق، وتعرض بعض الأقليات للاضطهاد والتقتيل مثلما يحدث للمسلمين في بورما اليوم، فإننا

<sup>1</sup> أنظر المواد 08 و09 مكرر من الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية

الجزائرية، المعدل والمتمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 27/02/2005، جريدة رسمية عدد 63.

<sup>2</sup> Bernard Audit, *Droit international privé*, 4éd, Economica, Paris, 2006, p 117 .

نجد عدد اللاجئين في تزايد مستمر<sup>1</sup>، بحيث يذهبون إلى حيث تيسر لهم فارين بحياتهم من ويلات الحرب، مضطرين لمغادرة وطنهم والاستقرار في دول قد لا تتناسب قوانينها وأعرافها مع قوانين وأعراف دولهم، فتطبيق ضابط الجنسية على هؤلاء اللاجئين في مسائل الأحوال الشخصية فيه تفهم لحالتهم السيئة، بدلاً من ضابط الموطن الذي قد لا يتناسب معهم، فقد يجدون أنفسهم في بلد لم يختاروه، إنما استقروا فيه لأنه الوحيد الذي فتح لهم أبوابه دون الدول الأخرى.

### **ب - الاستقلال التام لكل دولة بوضع قوانين جنسيتها.**

إن قواعد قانون الجنسية من القانون العام، فكل دولة تستقل بوضع قانون جنسيتها، فالجنسية تنظيم للعلاقة بين الدولة والأفراد، و الدولة عندما تضع أحكام قانون الجنسية فإنها بدون شك تتصرف بما لها من سلطة وسيادة، وفي هذا الإطار تستطيع أن ترفض طلبات التجنس المقدمة لها من طرف الأجانب على الرغم من استيفاء طالب التجنس للشروط المطلوبة، على اعتبار أن هذه المسألة من أعمال السيادة، فللدولة كامل الحرية في أن ترفض منح الاجانب إن رأت أن ذلك يتعارض مع مصالحها.

### **ثانياً: الأسباب السياسية والدينية**

ذلك أن ولاء الأفراد لدولهم يجعلهم يفضلون أن يطبق عليهم قانون جنسيتهم بدل أي قانون آخر، خصوصاً في مسائل الأحوال الشخصية أين تستمد معظم الدول العربية والاسلامية جل أحكامها من الشريعة الاسلامية، مما يجعل مواطني هذه الدول لا تقبل بدون شك أن يطبق عليها قوانين أخرى، تتعارض تعارضاً جذرياً مع قوانينهم الوطنية.

<sup>1</sup> فقد قالت مفوضية شؤون اللاجئين التابعة للأمم المتحدة أن عدد اللاجئين بلغ نحو 65.6 مليون شخص مع نهاية عام 2017، أنظر: صفحة أرقام ومعلومات على الموقع الإلكتروني للمفوضية: [www.unhcr.org/ar](http://www.unhcr.org/ar)، تاريخ الاطلاع 2018/03/17.



كما أن تواجد أي شخص بعيدا عن بلده لفترة طويلة، لا تنفي استمرار صلته بوطنه، خصوصا إذا لم يقدم طلب تجنس للحصول على جنسية البلد المضيف، مما يقتضي تطبيق قانون الجنسية على أي مسألة من مسائل حالته الشخصية وهو مقيم في البلد المضيف.

## **الفرع الثاني:**

### **موقف المشرع الجزائري من ضابط الجنسية في الأحوال الشخصية**

لقد قام المشرع الجزائري بإخضاع كل مسائل الأحوال الشخصية لضابط الجنسية، على أساس أنه القانون الأفضل والأكثر عدالة والذي يحمي مصالح الجزائريين.<sup>1</sup>

وبالرجوع إلى قواعد التنازع الجزائرية نجد أن مواضيع الأحوال الشخصية تم إسنادها لضابط الجنسية وبالتالي تم تكريس هذا الضابط لحل مشاكل تنازع القوانين في الأحوال الشخصية وفق التفصيل الآتي:

- طبقا لنص المادة 1/10 ق م ج " يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ". فهنا نرى أن المشرع الجزائري قام بإخضاع الأهلية إلى قانون الجنسية.<sup>2</sup>

- يطبق على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج قانون جنسية كل من الزوجين طبقا للمادة 11 من ق م ج.

- يطبق على الآثار الشخصية لعقد الزواج قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، طبقا للمادة 12 فقرة 01 من ق م ج.

<sup>1</sup> بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، أقيمت على طلبه السنة الثالثة ليسانس، القانون الخاص، 2017/2016، ص 28، على موقع الالكتروني <https://carrefourdedroit.blogspot.com>، تاريخ الاطلاع 2018/03/19.

<sup>2</sup> القانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الاولى 1426 الموافق ل 20 جوان 2005 يعدل و يتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية العدد 11.

وكذلك يطبق على الانحلال والانفصال الجسماني قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، طبقاً للمادة 12 فقرة 02 من ق م ج.

- يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة وهذا طبقاً لنص المادة 13 مكرر ق م ج.

- و تنص المادة 13 مكرر 01 ق م ج على انه: "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل وتطبق نفس الأحكام على التبني"، ويتضح أن المشرع الجزائري لم يضع نص خاص بالتبني إذ حدد القانون الواجب التطبيق على الكفالة ثم نص على تطبيق نفس الأحكام التي تخضع لها الكفالة على التبني.

وقد صنف المشرع الجزائري- على غرار باقي التشريعات العربية- الميراث والوصية وسائر التصرفات النافذة فيما بعد الموت ضمن مجال الأحوال الشخصية<sup>1</sup> وأخضعها لضابط الجنسية، وهذا طبقاً لنص المادة 16 ق م ج.

## **المبحث الثاني:**

### **نماذج لتطبيق ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.**

نظراً لاتصال الجنسية بالأشخاص أكثر من اتصالها بالأموال، فإن العلاقات المتصلة بالأشخاص يكون معيار الجنسية منتجاً لحل التنازع بصدها أكثر من حل التنازع في العلاقات المتصلة بالأموال، وسيتم التطرق لحل التنازع في إطار علاقات مسائل الأحوال الشخصية وما يتعلق بها عبر معيار الجنسية.

<sup>1</sup> موري سفيان، اشكالية الاختلاف حول ضابط الاسناد في الاحوال الشخصية وامكانية تحقيق التوفيق، "أشغال الملتقى الوطني الموسوم بـ "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص 19، على موقع الالكتروني: [www.bibliodroit.com](http://www.bibliodroit.com)، على الموقع الالكتروني 2018/03/19، أيام 23 و 24 أبريل 2014.

حتى تتضح الصورة أكثر لدور ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية سنستعرض مجال تطبيق هذا الضابط في مسألتين أساسيتين من مسائل الأحوال الشخصية وهما الزواج من خلال (المطلب الأول)، والتصرفات النافذة فيما بعد الموت في (المطلب الثاني).

## **المطلب الأول:**

### **تطبيق ضابط الجنسية على مسائل الزواج.**

عرّفت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري الزواج بأنه "عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي".<sup>1</sup> ويختلف الزواج من بلد إلى آخر، فمن البلدان من يعتبره رابطة مؤبدة وغير قابلة للتعدد ومن البلدان من يعتبر الزواج رابطة يمكن حلها وتعددتها.

كما تختلف البلدان في طريقة انعقاد الزواج فمنها من يعتبره نظاما مدنيا يخضع لقاعدة الإيجاب والقبول، ومنها من يعتبره نظاما دينيا لا بد أن تراعى فيه مراسيم دينية معينة، ويمتد الاختلاف في الزواج إلى حد آثاره، فبعض تشريعات الدول ترى أن الزواج يخلف آثار مالية وأخرى شخصية، ومنها من يرى بأن الزواج لا يخلف إلا آثاراً شخصية فقط<sup>2</sup>(الفرع الأول)، ثم سيتم التطرق إلى القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج (الفرع الثاني).

## **الفرع الأول:**

### **القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج**

يجب تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج قبل النظر في مجاله.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> قانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 9 جوان 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 15.

<sup>2</sup> محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، ط1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، القبة، الجزائر، 2009، ص ص 111، 112.

<sup>3</sup> Daniel Gutmann, Droit international privé, 5 éd, Dalloz , paris, 2007, p 149 .

متى قام عقد الزواج صحيحا، فإنه يترتب نوعين من الآثار، فهو يترتب آثارا شخصية بين الزوجين، كما أنه قد تترتب عليه في بعض التشريعات آثار مالية بينهما.<sup>1</sup> ولقد أخضع المشرع الجزائري آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج طبقاً لنص المادة 12 ق م والتي تنص على أنه "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يترتبها عقد الزواج". وفيما يلي سيتم تحديد القانون الذي يحكم كل أثر من هذه الآثار.

### **أولاً: آثار الزواج الشخصية.**

و يقصد بآثار الزواج الشخصية تلك المتعلقة بحقوق وواجبات الزوجين المتبادلة.

ويمكن تقسيم هذه الآثار إلى الأقسام الآتية:

أ-الحقوق المشتركة بين الزوجين مثل حل المعاشرة، حسن العشرة، التوارث، حرمة المصاهرة.

ب-حقوق الزوج على زوجته مثل حق الطاعة حق القوامة و التوجيه، حق رعاية شؤون البيت.

ج-حقوق الزوجة على زوجها مثل عدم الإضرار بها، العدل.<sup>2</sup>

جاءت المادة 12 من ق م ج أن هذه الالتزامات الشخصية التي يترتبها عقد الزواج في جانب الزوجين. أكانت آثارا شخصية محضة أو آثارا شخصية ذات طابع مالي، فإنها تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج .

### **ثانياً: آثار الزواج المالية.**

كما يترتب الزواج آثاراً شخصية متعلقة بشخص كل من الزوجين وتتصل بحالته كزوج، يترتب كذلك آثاراً ذات طابع مالي، أي تتعلق بالذمة المالية، فالأموال التي يملكها أي من

<sup>1</sup> حبار محمد، القانون الدولي الخاص، دط، الرؤى للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الجزائر، 2013، ص128.

<sup>2</sup> أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دط، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص112.

## الفصل الأول: الإطار العام لإعمال ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.

الزوجين، قبيل الزواج وبعده، من حيث ملكيتها وإدارتها والانتفاع بها أو التصرف فيها، سواء أكانت أموالاً منقولة أم عقارية، ومجموع القواعد والأحكام المنظمة لذلك، يطلق عليها اصطلاحاً النظام المالي للزوجية.<sup>1</sup>

ونشير هنا أنه إذا كان المبدأ العام عندنا شرعاً وقانوناً هو استقلال الذمة المالية للزوجة عن الذمة المالية للزوج وقت قيام الزواج بينهما وبعده، فإن ذلك لم يمنع المشرع الجزائري من إيراد استثناء على هذا المبدأ العام بشأن الأموال المشتركة التي قد يكسبها الزوجان بالاشتراك بينهما بعد الزواج، بنصه وفق التعديل الذي أورده على المادة 37 من ق أ ج لعام 2005، لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما". (و معنى ذلك أن المسألة تبقى جوازيه).<sup>2</sup>

وبخصوص النظام المالي للزوجين ذهبت النظم القانونية الغربية، كالنظام القانوني الفرنسي والإيطالي والبلجيكي، وعلى خـلاف البعض الآخر كالقانون الكندي والاسترالي والاسكتلندي، إلى أنه: إذا كان هناك استقلال في الذمة المالية لكل طرف، قبل الزواج، فإن قيام رابطة الزوجية يمارس أثراً على هذا الاستقلال، حيث ينشأ بإبرام الزواج نظام مالي جديد، وقد يكون هذا النظام إما بصيغة نظام مالي اتفاقي أو نظام منظم قانوناً:<sup>3</sup>

فبالنسبة للنظام المالي الإتفاقي بين الزوجين " Régime matrimonial conventionnel " فإنه يتحقق عندما يتفق الزوجان صراحةً على كيفية إدارة أموالهما، إما وقت إبرام عقد الزواج ببند صريح يدرج ضمن بنود عقد الزواج نفسه، أو باتفاقهما لاحقاً لتاريخ إبرامهما لعقد زواجهما على ذلك بعقد مستقل، و يأخذ النظام المالي الاتفاقي أحد الصور الثلاثة التالية: فقد يتخذ صورة "نظام الدوطة" " Régime dotal "

<sup>1</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع الدولي للقوانين، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 804.

<sup>2</sup> حبار محمد، مرجع سابق، ص 129.

<sup>3</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 805.

وهو نظام يعطي الحق للزوج في استغلال الأموال المقدمة من زوجته ولكن دون أن يكون بإمكانه التصرف فيها إلا في حالات جد استثنائية وخاصة إذا تعلق الأمر بعقار، وقد يتخذ صورة نظام الانفصال المالي وهنا تكون أموال الزوجة منفصلة عن أموال زوجها، كما أنه قد يتخذ صورة نظام عدم الاشتراك وهنا لا تصبح أموال الزوجين مشتركة بينهما، وإن كان يبقى بإمكان الزوج القيام بإدارة أموال زوجته و استثماره لها.<sup>1</sup>

وقد يكون النظام المالي للزواج منظم من طرف المشرع بنصوص قانونية محددة تكون واجبة التطبيق بقوة القانون، إذا انعدم النظام الاتفاقي بين الزوجين، بأن تخلف الاتفاق بين الزوجين أصلاً أو كان الاتفاق باطلاً.<sup>2</sup>

## **الفرع الثاني:**

### **نطاق القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج**

الزواج كأى علاقة قانونية أخرى ينتهي بطرق غير إرادية أو طبيعية كالوفاة، أو بطرق إرادية يترتب عليها انحلال الرابطة إما انحلالاً فعلياً كالإعلان و الفسخ، أو الطلاق والتطليق، وإما انحلالاً حكماً كالانفصال الجسماني، فهو نظام تقره القوانين الغربية كـ\_\_\_\_\_ية كـ\_\_\_\_\_ا في اسبانيا و أمريكا ويؤدي إلى انقطاع التعايش وانفصال الحياة المشتركة بين الزوجين، دون أن يترتب على ذلك انتهاء الحياة إلا

<sup>1</sup> حبار محمد، مرجع سابق، ص130.

<sup>2</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص805.

بعد صدور قرار قضائي بذلك<sup>1</sup> فيتم التحدث عن الجنسية كضابط إسناد بخصوص انحلال الزواج (أولاً) وبعدها إلى الآثار المترتبة عن انحلال الزواج (ثانياً).

### **أولاً: الجنسية كضابط إسناد بخصوص انحلال الزواج.**

نص المشرع الجزائري في الفقرة 02 من المادة 12 ق م ج " يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى." ونلاحظ من هذا النص أن المشرع الجزائري أسند مسألة انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وليس إلى قانون جنسية الزوج، وذلك دون التمييز بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني وقد سائر المشرع أغلبية الدول العربية بإخضاع هذه المسألة لقانون جنسية الزوج وذلك يعود إلى ما يتمتع به الزوج في المجتمع من سلطات واسعة داخل الأسرة إلى كونه يملك إنهاء زواجه بإرادة منفردة كما تقضي بها الشريعة الإسلامية.<sup>2</sup>

### **ثانياً: الآثار المترتبة عن انحلال الزواج**

بالنسبة للآثار المترتبة على انحلال الزواج، فمنها ما يخضع لقانون الذي يحكم انحلال الزواج، ومنها ما لا يخضع له، وهنا يجب التفريق بين أنواع تلك الآثار.

أ- تعد من الآثار الشخصية بين الزوجين: النفقة العادية للمرأة المطلقة (نفقة العدة و نفقة المتعة) والنفقة الوقتية، حق المرأة في الاحتفاظ باسم زوجها، وحقها أيضاً في الحصول على التعويض إذا كان طلاقها من زوجها تعسفياً، ومن ثم فإنها تخضع لقانون الزوج وقت الطلاق أو التطليق، أما الانفصال الجسماني فإنه يدخل في نطاق قانون دولة الزوج وقت رفع الدعوى، ويدخل ضمن هذا نفقة الزوجة المنفصلة من حيث شروطها

<sup>1</sup> ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط 1 دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، 2005، ص 97.

<sup>2</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج 1، ط 11، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2009، ص 256.

## الفصل الأول: الإطار العام لإعمال ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.

ومقدارها، تحديد فترة الانفصال، شروطه، تقرير العودة إلى الحياة الزوجية، و جواز حمل الزوجة لاسم زوجها خلال فترة الانفصال.<sup>1</sup>

ب- أما أثر التطلاق على النظام المالي للزوجين فيخرج من نطاق القانون الذي يحكم انحلال الزواج، وهذا ما يقول به الفقه الغالب، باعتباره من الآثار المالية للزواج التي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.<sup>2</sup>

ويرى بعض الفقهاء أن القانون الذي يحكم تصفية النظام المالي Régime matrimonial للزوجين، وتاريخ انقضائه، وكذلك فقد القابلية للميراث، هو نفس القانون الذي يحكم آثار انتهاء العلاقة الزوجية، أما الدكتور عبد الكريم سلامة فيرفض هذا الرأي ويقرر أن القانون الواجب التطبيق على النظام المالي هو الذي يختص بتنظيم أثر انتهاء الزوجية على النظام المالي.<sup>3</sup>

### المطلب الثاني:

#### تطبيق ضابط الجنسية على التصرفات النافذة فيما بعد الموت

يعتبر كل من الميراث والوصية من قبيل الخلافة للأموال بعد الوفاة، والفرق بينهما هو أن الميراث يخرج عن إرادة الشخص، وذلك بخلاف الوصية التي يختار فيها الموصي الشخص الذي يخلفه في جزء من ماله أو في كامل أمواله بعد وفاته، و تنص المادة 16 من ق م ج " يسري على الميراث والوصية، وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته ". فتبين هاته المادة أن الميراث والوصية يخضعان لقانون جنسية المتوفي أو الموصي وقت موته. وعلى هذا فسيتم التطرق إلى الميراث في (الفرع الأول)، والوصية في (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 844.

<sup>2</sup> مجد الدين خربوط ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج 2، ص 239، على الموقع الإلكتروني <https://i11.servimg.com> ، تاريخ الاطلاع 2018/3/18.

<sup>3</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 845.



## الفرع الأول:

الميراث

### ميراث

المقصود بالميراث هو خلافة الشخص بحكم القانون فيما ترك بسبب موته.<sup>1</sup> فهو وسيلة طبيعية لانتقال الأموال، حسب ما ينظمه القانون بعد وفاة الشخص، دون دخل لإرادة الفرد فيها. وبما أن مسألة الميراث تتعلق بأموال يتركها المتوفى فقد نعتبر الميراث من مسائل الأموال، ولكن من الملاحظ أيضاً، أن مضمون موضوع الميراث يرتبط بعلاقات عائلية حيث أن انتقال الأموال بالميراث لا يكون إلا بين الأقارب، مما يدخله ضمن مواضيع الأحوال الشخصية، وعلى هذا الأساس اختلفت التشريعات المقارنة حول القانون الواجب التطبيق في مسائل الميراث بين القانون الشخصي وقانون موقع المال<sup>2</sup> (أولاً)، بعدها يتم التعرض إلى نطاق تطبيق القانون الذي يخضع له الميراث (ثانياً).

### أولاً: القانون الواجب التطبيق على الميراث.

تفرق بعض التشريعات بين العقار والمنقول، فتخضع الميراث في العقار لقانون موقعه، والميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى بالنسبة لفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا أما النمسا والمجر ورومانيا فتخضعه لقانون جنسية المتوفى، ويرجع السبب في جعل القانون الفرنسي والقوانين التي حذت حذوه يفرق في الميراث بين العقار و المنقول، إلى الفكرة القديمة التي سادت خلال العهد الإقطاعي وهي أن العقار وحده هو الذي يمثل الثروة، أما الأموال المنقولة فهي ضئيلة القيمة لذا فهي تتبع الشخص حيث يوجد.<sup>3</sup>

ويرى "نبوايه"، أن الميراث يجب أن يخضع كله لقانون موقع المال، لعوامل طبيعية سياسية واقتصادية و اجتماعية، لأن إخضاع العقار والمنقول لقانون آخر، يؤدي إلى

<sup>1</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1 مرجع سابق، ص 268.

<sup>2</sup> أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 121.

<sup>3</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 268.

الإضرار في كثير من الأحيان بحقوق دائني التركة وبحقوق الورثة، فنجد مثلا المنزل خاضعا لقانون بينما أثاثه يخضع لقانون آخر.<sup>1</sup>

وقد جرى القضاء والفقهاء في فرنسا على الأخذ بالترقية السابقة في الميراث بين العقار والمنقول.<sup>2</sup>

أما في الجزائر فقد كان موقف المشرع مغايراً لما عليه الحال في فرنسا، فلم يأخذ بالترقية بين الميراث في العقار و الميراث في المنقول، لأن قوانين الميراث في الجزائر متصلة بنظام الأسرة، فقانون الأسرة هو الذي تولى تنظيم أحكامه، فنصت المادة 16 ق م ج على أنه " يسري على الميراث، والوصية، وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته". فيتبين من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أخضع الميراث لقانون جنسية المتوفي.<sup>3</sup>

### **ثانياً: نطاق تطبيق القانون الذي يخضع له الميراث.**

لقد أخضع المشرع الجزائري الميراث لقانون جنسية المورث أو المتوفي وقت وفاته، أي أن الميراث يخضع للقانون الوطني للمتوفي، وسيتم بحث المسائل التي يحكمها هذا القانون:

(أ): **شروط استحقاق الإرث:** اذ تنص المادة 127 من ق أ ج على ما يلي: " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي"، أي أن المشرع الجزائري يأخذ بالموت الحكمي كسبب من أسباب استحقاق الميراث. غير أن ذلك قد يطرح الإشكال بالنسبة لمسألتين:<sup>4</sup>

<sup>1</sup> علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، لطلبة الفصلين الدراسيين السابع والثامن، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 79.

<sup>2</sup> احمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص ص 332-333.

<sup>3</sup> قربوع عليوش كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 252.

<sup>4</sup> موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2012، ص 77.

## الفصل الأول: الإطار العام لإعمال ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.

- في حال توفي مجموعة من الأشخاص في حادث واحد ولا يُعلم أيهما توفي أولاً ليرثه. فجاءت المادة 129 وحلت الإشكال " إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولاً فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا ".

- في حال كان كون الشخص مفقوداً فقد نصت المادة 115 ق أ ج على أنه: " لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حياً يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

إذا فبصدور الحكم بموت المفقود يصبح قابلاً للإرث وتقسم أمواله، والمشرع الجزائري حدد المدة لإصدار الحكم بموت المفقود بـ 04 سنوات بعد التحري في الحروب والحالات الاستثنائية وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات.<sup>1</sup>

(ب) بيان الورثة وترتيبهم: يتكفل قانون جنسية المورث وقت الوفاة بتحديد من هم الورثة، وقد حددتهم المادة 139 ق أ ج " ينقسم الورثة إلى: أصحاب الفروض، عصبه، ذوي الأرحام".

كما يحدد مراتبهم فبين مثلًا درجة القرابة التي تخول حق الإرث وقد نصت المادة 32 ق م على أنه: " تتكون أسرة الشخص من ذوي قريبه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد". كما يحدد أيضاً نصيب كل وارث من التركة.

(ج) موانع الإرث، كاختلاف الدين بين الوارث ومورثه، وقتل الوارث لمورثه، فقد حدد قانون الأسرة الجزائري الممنوعين من الإرث طبقاً للمادة 135 منه وهم: قاتل المورث عمداً أو عدواناً سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً، شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، والعالم بالقتل أو تدبيره.

د - قواعد الحجب والحرمان، و العول، والرد.

<sup>1</sup> أنظر المادة 113 ق أ ج .

(هـ): شروط الميراث: هنالك شروط لمن يدعي بصفة الوارث فينبغي أن يكون حياً وأن لا يمنع من الإرث، وبالنسبة للجنين ينبغي أن يولد حياً كذلك ليستحق نصيبه من الميراث، إذ تنص المادة 134 ق أ ج على أنه: " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حياً، ويعتبر حياً إذا استهل صارخاً أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة " وتنص المادة 2/25 ق م على أن " الجنين يتمتع بالحقوق المدنية، شرط أن يولد حياً".

## الفرع الثاني:

### الوصية

#### ة

لقد عرّفت المادة 184 من ق أ ج الوصية بأنها " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبوع". ولذلك تعتبر الوصية وثيقة الصلة بالميراث، باعتبارها تؤول عن طريق الخلافة بسبب الموت، فقد أخضعها المشرع الجزائري لنفس قاعدة التنازع التي أخضع لها الميراث.<sup>1</sup> وإذا رجعنا للشريعة الإسلامية التي تعتبر مصدراً مباشراً لقانون الأسرة عندنا عملاً بالمادة 222 من ق أ ج، فإننا سنلاحظ أن الوصية ترتب آثارها قانوناً بصدورها من الموصي، غير أن نفاذها يتوقف على وفاة الموصي وقبول الموصى له بها.<sup>2</sup> وقد وضع المشرع الجزائري قاعدتي اسناد فيما يتعلق بالوصية حيث حددت الأولى القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لها (أولاً)، وحددت الثانية القانون المختص بشكلها (ثانياً)، وهذا ما سيتم التطرق له تباعاً.

### أولاً: نطاق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للوصية

تنص المادة 16 ق م ج على أنه " يسري على الميراث، والوصية، وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته". ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع أخضع الشروط الموضوعية للوصية

<sup>1</sup> محمد سعادي، مرجع سابق، ص 127.

<sup>2</sup> حبار محمد، مرجع سابق، ص 142.

## الفصل الأول: الإطار العام لإعمال ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.

وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت لذات القانون الذي تخضع له الشروط الموضوعية للإرث، وذلك نظراً للصلة الوثيقة التي تربط بينها، وبعبارة أخرى تخضع الوصية من حيث الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية الموصي وقت الوفاة.<sup>1</sup>

ولقد اختلف الفقهاء في تحديد مجال إعمال قانون الموصي وقت موته هل يشمل جميع الشروط الموضوعية للوصية أم أن هناك بعض الشروط التي ينبغي إخراجها من نطاقه.

ذهب فريق إلى أنه يتعين إخضاع جميع الشروط الموضوعية لقانون جنسية الموصي أو من صدر التصرف وقت الوفاة، وذلك حتى ولو تعلقت هذه الشروط بأهلية الموصي، أركان الوصية من رضا و محل و سبب و عيوب الرضا،<sup>2</sup> وهذا ما ذهب إليه المشرع الإماراتي إذ أنه أخرج من مجال الخضوع لقانون جنسية المورث وقت الوفاة ويخضع لقانون محل المال كل ما يتعلق بمركز الأموال موضوع الوصية.<sup>3</sup>

في حين ذهب فريق آخر من الفقه إلى إخراج الأهلية و عيوب الرضا و المحل و السبب في الوصية من نطاق قانون جنسية الموصي وقت الوفاة، وإخضاعها لقانون الموصي وقت الإيصال. فالوصية تصرف إرادي ويتعين بالتالي أن تكون سليمة وقت صدور الإرادة وليس وقت الوفاة.<sup>4</sup>

ويرى فريق ثالث بأنه يتعين إخضاع أهلية الموصي لكل من قانون جنسية الموصي وقت الإيصال وقانون جنسيته وقت الوفاة، بحسبان أن الوصية تصرف غير لازم، يمكن الرجوع عنها في أي وقت قبل الوفاة، فيجب أن تظل أهلية الموصي قائمة حتى لحظة صيرورة الوصية لازمة، وهي لحظة موته.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، تنازع القوانين، ج 2، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 284.

<sup>2</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 276.

<sup>3</sup> عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د ت ن، ص 260.

<sup>4</sup> مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 220.

<sup>5</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 277.

غير أن أصحاب هذا الرأي لا يخضعون عيوب الإرادة إلا لقانون واحد هو قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء، ذلك أن عيوب الإرادة عندهم يجب النظر إليها عند عمل الوصية لأنه الوقت التي تصدر فيها الإرادة معيبة.<sup>1</sup>

وبناءً على ذلك فإنه يدخل ضمن الشروط الجوهرية الأساسية التي يجب توافرها جميعاً وإذا تخلف شرط واحد يؤدي إلى البطلان وهي متعلقة بالإرادة و المشروعية وقابلية المال لأن يكون محلاً للوصية، وتشمل: توفر محرر الوصية، عدم وجود عيب في الإرادة، تحديد القدر أو الحصة التي تجوز فيها الوصية، أهلية الموصى له بقبول الوصية، شروط إجازة الورثة للوصية التي تزيد عن النسبة المسموح بها، أسباب الحرمان من الوصية كالقتل أو اختلاف الدين.<sup>2</sup>

والرأي المؤيد هو الذي يخضع جميع الشروط الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته، لأن نص المادة 16 من القانون المدني جاء عاماً ولم يرد عليه أي استثناء ، ولو أراد المشرع ذلك لأورده صراحة، كما أن هذا الرأي الذي يخضع جميع الشروط الموضوعية للوصية لقانون واحد وهو الموصي وقت موته له ، يجنبنا المساوئ المترتبة لإخضاع شروط الوصية الموضوعية لقوانين متعددة<sup>3</sup>، فقد تكون هذه الأخيرة متضاربة بحيث لا يمكن تطبيقها معا في آن واحد.

### **ثانياً: نطاق القانون الذي يحكم الشروط الشكلية للوصية**

الشروط الشكلية في الوصية هي إجراءات إظهار إرادة انشائها إلى العالم الخارجي وقد تكون قاصرة على الكتابة بخط يد الموصي أو التوثيق الرسمي لدى الموثق، وقد تكون قاصرة على العلنية بحضور شهود، ولذلك فإن أحكامها تختلف من دولة إلى أخرى، وهي

<sup>1</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 955.

<sup>2</sup> ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق ، ص 101.

<sup>3</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 277 278

تعمل تُحرر عادة بثلاثة أشكال: بالسند الرسمي الموثق، أو بالشكل العرفي المكتوب والموقع بخط يد الموصي، أو بالقول شفويا أمام شهود.

هناك بعض الدول لا تجيز الوصية ما لم تكن موثقة رسمياً، حيث أنها تعتبر الوصية باطلة إذا حُررت بالشكل العرفي مثل القانون اللبناني، الهولندي، التركي ، على خلاف بعض الدول الأخرى التي تجيز الوصية العرفية إذا كانت مكتوبة بخط يد الموصي ويكون عليها توقيعها وهذا دون الحاجة إلى توثيقها رسمياً، كما في القانون الفرنسي مثلاً<sup>1</sup>.

و تجدر الإشارة إلى أن التفرقة ما بين يُعتبر من الشروط الشكلية للوصية وما يعتبر من الشروط الموضوعية، هي مسألة تكييف تخضع للقانون الوطني طبقاً للمادة 09 من القانون المدني الجزائري.

لقد جعل المشرع الجزائري من الجنسية أحد الضوابط التي من الممكن أن تحكم الوصية في جانبها الشكلي من خلال نص المادة 19 من القانون المدني التي جاء فيها:

" تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، لقانونهما الوطني المشترك، أو للقانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية ".

فمن الممكن أن تكون الوصية صحيحة في جانبها الشكلي إذا حُررت وفق قانون جنسية المشتركة للموصي والموصى له، أو إذا حُررت طبقاً للقانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية للوصية، وهو قانون جنسية الموصي وقت موته.

<sup>1</sup> غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1، ص 90، على الموقع الإلكتروني

www.bibliotdroit.com، تاريخ الاطلاع 2018/03/18.





## ملخص الفصل الثاني

تعد الجنسية أداة لحل مشاكل تنازع القوانين لأنها تعتبر ضابط الإسناد الذي يتحدد بواسطته القانون الواجب التطبيق على علاقات الأحوال الشخصية. غير أنه يعترى تطبيق قانون الجنسية إشكالات منها ما هو متعلق بوجود ضابط الجنسية، وذلك في حالة تعدد الجنسية وانعدامها، كما توجد هناك إشكالات يثيرها ضابط جنسية الفرد الواحد وذلك في حالتى التنازع المتحرك وتعدد التشريعات الداخلية. كما يُستبعد قانون الجنسية الأجنبي الواجب التطبيق إذا كان مخالفا للنظام العام في دولة القاضي، أو ثبت له الاختصاص بموجب الغش نحو القانون، أو في حالة تعذر اثباته. وبالإضافة إلى ما سبق ذكره من حالات عامة لاستبعاد قانون الجنسية الأجنبي الواجب التطبيق في مجال الأحوال الشخصية، هناك حالات خاصة يستبعد فيها هذا القانون، وهي المتعلقة بأهلية المتعاقد الأجنبي، أو عند تطبيق النظم الخاصة بحماية القصر وعديمي الأهلية.

## الفصل الثاني:

### إشكالات تطبيق ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.

لقد أنط المشرع الجزائري وبعض الدول العربية واللاتينية مسائل الأحوال الشخصية بقانون الجنسية. بالرغم من أن هذا التطبيق له إيجابيات على مستوى تنازع القوانين، إلا أن تطبيق هذا القانون قد تعترضه مشكلات أو صعوبات في بعض الأحيان. ومن بين هذه المشكلات، هو أن يكون الشخص متمتعاً بجنسية أكثر من دولة في نفس الوقت، وتُعرف هذه الظاهرة بظاهرة ازدواج الجنسية أو تعدد الجنسيات، كما يسمي بعض الفقه هذه الظاهرة بالتنازع الايجابي للجنسيات مما يطرح التساؤل عن الجنسية التي يُعتمد بها بالنسبة له دون غيرها.<sup>1</sup>

في مقابل وجود أشخاص يحملون عدة جنسيات في وقت واحد، هناك آخرون لا يتمتعون بجنسية أية دولة على الإطلاق، وهذا ما يعرف بظاهرة انعدام الجنسية ويسمي الفقه هذه الظاهرة الثانية بالتنازع السلبي للجنسيات لكون كل دولة تعتبره أجنبياً عنها، وهنا لا بد من تحديد أي قانون ينبغي أن يطبق على عديم الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية التي من المفروض أن يطبق فيها قانون جنسيته، في حين أنه عديم الجنسية.

كما توجد مشكلة أخرى تظهر في الحالة التي تكون فيها الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها، من الدول التي تتعدد فيها الشرائع تعدداً طائفيّاً أو تعدداً إقليمياً الأمر الذي يطرح مشكلة تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق.

من بين الإشكالات أو الصعوبات أيضاً التي يثيرها ضابط الجنسية: الإحالة، تعذر إثبات القانون الأجنبي، الدفع بالنظام العام، الغش نحو القانون، فهي تعتبر حالات يستبعد بموجبها تطبيق قانون الجنسية الأجنبي، ويطبق مكانه قانون القاضي، وسيتم التطرق في هذا الفصل إلى الإشكالات المتعلقة بوجود ضابط الجنسية في (المبحث الأول) من خلال

<sup>1</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية، ج 2، مرجع سابق، ص 205.

## الفصل الثاني: إشكالات تطبيق ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.

تعدده أو انعدامه ، في حين خُصص (المبحث الثاني) للإشكالات التي يثيرها قانون الجنسية من خلال مضمونه، بعد أن ثبت له الاختصاص كقانون واجب التطبيق.

## المبحث الأول:

### الإشكالات المتعلقة بوجود ضابط الجنسية

ذُكر سابقاً أن المشرع الجزائري اعتدّ بضابط الجنسية في المسائل المتعلقة بالأشخاص، ولكن قد يتبين للقاضي في بعض الأحيان أن النزاع المطروح أمامه والمتعلق بانعقاد الزواج مثلاً، يتعلق بشخص يحمل أكثر من جنسية، فيصبح الشخص متعدد الجنسيات، أو لا يحمل أية جنسية أصلاً فنكون أمام انعدام الجنسية،<sup>1</sup> (المطلب الأول).

بالإضافة للإشكالات التي يثيرها ضابط جنسية الفرد الواحد، وذلك عندما يقوم الشخص بتغيير جنسيته بعد نشوء العلاقة القانونية، فيثور البحث عن معيار الترجيح بين قانون جنسيته القديم وقانون جنسيته الجديد فينشأ التنازع بينهما، وهو ما اصطلح على تسميته بتنازع (conflict mobile)،<sup>2</sup> (المطلب الثاني).

## المطلب الأول:

### عدد الجنسية وانعدامها

إن ظاهرة تعدد أو ازدواج الجنسية وانعدامها واقعتان موجودتان لا محالة، بالرغم من الجهود الدولية المبذولة لحصرهما في أضيق نطاق ممكن، وهما ظاهرتان تترتب عنهما مشاكل قانونية متعددة، تم وضع لها جملة من الحلول، لذا سيتم دراسة عدد الجنسية، (الفرع الأول)، وانعدام الجنسية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول:

<sup>1</sup> مجد الدين خربوط، مرجع سابق، ص 198.

<sup>2</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، مرجع سابق، ص 131.

## تعدد الجنسية

نكون أمام تعدد الجنسيات عندما يكون الشخص الواحد متمتعاً بجنسيتين أو أكثر في وقت واحد، وفقاً لقانون كل دولة من الدول التي يحمل جنسيتها (أي أن دولتين أو أكثر تعتبره من رعاياها). وإن تنظيم مسألة تعدد الجنسية هو من اختصاص الدولة وحدها، وذلك تماشياً مع مصالحها بسبب ممارستها لسيادتها فوق إقليمها.<sup>1</sup>

وهذه المسألة دفعت الدول إلى عقد اجتماع وإبرام اتفاقية لاهاي في 12/03/1930 متعلقة بحل مشاكل ازدواج الجنسية. حيث نصت على أن مسألة تحديد الجنسية من اختصاص الدولة لوحدها، إذ جاء في الاتفاقية أنه: "يعود لكل دولة أن تحدد بموجب تشريعها من هم وطنيها".<sup>2</sup>

وقد وضع المشرع الجزائري من خلال المادة 22 من ق م ج حلاً لتعدد الجنسيات، سواءً أكان التعدد بدون وجود الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات التي يحملها الشخص، أو في حالة وجودها أيضاً<sup>3</sup>، (أولاً).

كما ألزام المشرع بتطبيق قانون جنسيتين لشخصين مختلفين، على مسألة قانونية واحدة، كما هو الحال في الشروط الموضوعية للزواج والتبني والكفالة، (ثانياً).

### أولاً: تعدد جنسية الشخص الواحد

ونكون أمام حالتين، تعدد الجنسيات ليس من بينها الجنسية الجزائرية، وتعدد الجنسيات بوجود الجنسية الجزائرية، ولكل مسألة حلها.

**الحالة الأولى:** في حالة تعدد الجنسيات وليس من بينها الجنسية الجزائرية، هنا على القاضي أن يطبق الجنسية الحقيقية، أو كما يسميها البعض الجنسية الفعلية وهي التي

<sup>1</sup> حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 61.

<sup>2</sup> محمد سعادي، مرجع سابق، ص 268.

<sup>3</sup> أنظر المادة 22 من القانون المدني الجزائري.

يكون فيها الشخص مرتبطاً بها أكثر من الجنسيات الأخرى، وتحدد الجنسية الفعلية من خلال المعيار السياسي كالاتحاق بإحدى الوظائف العامة للدولة، الإقامة في إقليم دولة إقامة طويلة، اللغة، أو بالمعيار الاقتصادي كالأعمال التجارية، إقامة شركة فيها... الخ. وهذا هو الحل الذي استقر عليه القضاء الفرنسي وأخذت به محكمة التحكيم الدائمة بلاهاي 1912/06/3.

**الحالة الثانية:** يطبق القانون الجزائري إذا كان للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة، وذلك حسب المادة 2/22، ق م ج ، أي أن القاضي يطبق القانون الجزائري على الشخص الذي يحمل الجنسية الجزائرية مع جنسيات أخرى، وهذا ما أخذت به جل القوانين العربية.

### **ثانياً: تعدد الجنسيات بسبب تطبيق قانون جنسيتين لشخصين مختلفين على مسألة قانونية واحدة**

الحالات المذكورة في القانون الجزائري التي توجب تطبيق قانون جنسيتين لشخصين مختلفين، على مسألة قانونية واحدة، تتمثل في كل من: الشروط الموضوعية للزواج والكفالة والتبني، وسيتم التطرق لهذه المسائل تباعاً، وتحديد الحل المتبع للتعامل مع الاختلاف الذي قد يكون بين قوانين هذه الجنسيات في تنظيم تلك المسائل.

#### **أ: الشروط الموضوعية للزواج:**

يقصد بالشروط الموضوعية للزواج تلك الشروط التي يجب توافرها لقيام رابطة الزواج وإذا تخلف شرط يؤدي إلى البطلان، فهي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج.<sup>1</sup>

ومن بين هذه الشروط الموضوعية لعقد الزواج والتي نص عليها قانون الأسرة الجزائري: توافر التراضي في الزوجين، وتوافر الأهلية لكل واحد منهما، موافقة الأولياء على النفس إن لزم الأمر، وخلو الزوجين من الموانع الشرعية.<sup>2</sup> فالمشرع الفرنسي مثلاً

<sup>1</sup> ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 88.

<sup>2</sup> حبار محمد، مرجع سابق، ص 121.

أخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون المحلي للزوجين في المستقبل على أساس المادة 03/03 من ق م ف.<sup>1</sup>

أما المشرع الجزائري فقد أخضع الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون الجنسية وعبر عنها بالقانون الوطني، وهذا ما نصت عليه المادة 11 ق م ج ، والتي جاء فيها " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين". وهذا ما هو مبيّن أيضاً في نص المادة 97 من ق م ج " إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحاً إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج...<sup>2</sup> ويلاحظ من نص المادة أنها لم تتناول زواج الأجانب سواء داخل الجزائر أو خارجها.<sup>3</sup>

ولتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية ظهر اتجاهان في الفقه: الأول ينادي بالتطبيق الجامع للقانونين، أما الثاني فينادي بالتطبيق الموزع للقانونين.

## 1- التطبيق الجامع :

ويقصد بالتطبيق الجامع وجوب توافر شروط صحة الزواج الموضوعية في كل زوج وفقاً للقانونين معاً. ومعنى ذلك لا ينعقد عقد الزواج إلا إذا كان كل من القانونين يعتبره صحيحاً والهدف من ذلك كفالة قيام الأسرة على أساس يتفق مع أحكام قانون كل من الزوجين.<sup>4</sup> إلا أن هذا الرأي انتقد باعتباره يؤدي إلى تطبيق القانون الأكثر تشدداً في

<sup>1</sup> François Mélin , **Droit international privé, conflits de juridictions , conflits de lois**, Casbah Editions, Alger, 2004, p 148.

<sup>2</sup> القانون رقم 08-14 المؤرخ في 2014/08/09 المعدل والمتمم للأمر رقم 20-70 المؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية ، الجريدة الرسمية العدد 49.

<sup>3</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1 مرجع سابق، ص 229.

<sup>4</sup> أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 102.

قانون الزوجين، وهذا لا يتفق مع مفهوم تطبيق قانون كل من الزوجين، وبالتالي تقل فرصة قيام الزواج المختلط لاختلاف أحكام قوانين الأسرة فيما بين الدول عادةً.<sup>1</sup>

## **2- التطبيق الموزع:**

ويذهب اتجاه هذا الفقه إلى أنه يكفي لصحة الزواج من حيث الموضوع أن تتوفر في كل من الزوجين الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه، دون تطلب استيفاء الشروط الموضوعية التي يقرها قانون الطرف الآخر، فمثلاً الأهلية كل قانون يحددها بسن معينة فيكفي أن تتوفر في كل منهما السن التي يحددها قانونه ويعني ذلك يكفي أن يكون الزوج كامل الأهلية وفقاً لقانونه، وكذلك الزوجة يكفي أن تكون كاملة الأهلية وفقاً لقانونها، بغض النظر عن السن الذي يحدده قانون الطرف الآخر، وقد وُضع هذا التطبيق لحماية مصالح أفرادها فلا مجال لتطبيقه على غيرهم ولا يهدف إلى حماية الأسرة أو العلاقة الزوجية.<sup>2</sup>

ويمكن أن يتعذر في بعض الأحيان التطبيق الموزع لقانون كل من الزوج والزوجة ونرى ذلك خصوصاً بالنسبة لبعض الشروط السلبية للزواج، أو ما اصطلح عليه الفقه بموانع الزواج *empêchements de mariage* ومنها: (ارتباط الزوجة بزواج قائم لم ينحل أو وجودها في فترة العدة، اختلاف الدين، وجود قرابة موجبة للتحريم سواء قرابة مصاهرة أو قرابة رضاع... الخ)، فهنا يشترط لصحة الزواج عدم قيام المانع بالنسبة لكل من الزوجين أي حتى بالنسبة للزوج الذي لا يفرض قانونه ذلك المانع،<sup>3</sup> وكمثال على ذلك، إذا نص قانون أحد الزوجين على منع الزواج بسبب اختلاف الدين فإن الزواج لا يكون صحيحاً حتى ولو كان المنع غير مقرر في قانون الزوج الآخر.

### **ب: الشروط الموضوعية للتبني والكفالة**

إن التبني يعتبر من الأحوال الشخصية التي تثير العديد من الإشكالات على الساحة الدولية سواءً بين الدول التي تقره أو الدول الأخرى التي تمنعه، ولكن تختلف في تنظيمه

<sup>1</sup> فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، مبادئ القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 207.

<sup>2</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 777.

<sup>3</sup> مجد الدين خربوط، مرجع سابق، ص 232.



باعتبار التبني نظام قائم بذاته ومُعترف به في العلاقات الدولية الخاصة وأن غالبية الدول العربية تمنعه تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك استناداً لقوله تعالى "أدعُوهم لأبائهم هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا"<sup>1</sup>، ما عدا المشرع التونسي الذي أقره في قانونه الداخلي.<sup>2</sup>

إن المشرع الجزائري لم يكن ينص على التبني من قبل ، ليقرر إضافته من خلال نص الم 13 مكرر 1 ق م ج والتي جاء في فيها، أنه يطبق على صحة الكفالة قانون جنسية الكفيل والمكفول وقت إجرائها، وتطبق نفس الأحكام على التبني.

## **1 - مضمون الفكرة المسندة بشأن الشروط الموضوعية للتبني والكفالة**

ويدخل في مضمون الشروط الموضوعية للتبني والكفالة المطلوبة في الطرفين بأن يستند طلب التبني أو الكفالة إلى سبب مشروع، ألا يقل عمر طالب التبني أو الكفيل عن سن معينة، وأن يكون الفرق بين عمره وعمر المطلوب تبنيه أو كفالته قدراً معنياً من السنوات، موافقة الزوج الآخر إن كان المتبني أو الكفيل متزوجاً، واشتراط أن يمثل المطلوب تبنيه أو كفالته وصيه إن كان قاصراً وعمره أقل من سن معينة<sup>3</sup>، وإذا كان القائم بالتبني أو الكفالة زوجين مختلفي الجنسية، فيجب أن تتوافر في كل منهما الشروط المقررة في قانونيهما. ولعل إسناد المشرع هذه الشروط، إلى قانون كل من المتبني والمتبني، أو الكفيل والمكفول، هو أن الأمر يتعلق بخلق علاقة قانونية بين طرفين كالزواج و العقود عموماً، مما يقتضي الرجوع إلى قانون الطرفين، وإلا نشأت علاقة عرجاء، كما أن في هذا ضمان نفاذ التبني والكفالة، والاعتراف به في دولتي كلا الطرفين.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> سورة الأحزاب، الآية رقم 05.

<sup>2</sup> خولة بوخلال، التبني في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2017/2016، ص 7.

<sup>3</sup> مجد الدين خربوط، مرجع سابق، ص ص 252-253.

<sup>4</sup> موشعال فاطيمة، مرجع سابق، ص 70.

إلا أن السؤال الذي يثار هنا أي القانونين الواجب التطبيق هنا، وهل يطبقا تطبيقاً جامعاً أو موزعاً؟.

## **2- التطبيق الجامع والتطبيق الموزع للتبني والكفالة**

هناك بعض التشريعات أو القوانين المقارنة من تأخذ بالتطبيق الجامع لقانوني الطرفين الكفيل والمكفول المتبني والمتبني. غير أن ذلك الحل يعتبر غير مقبول لاختلاف مضمون القوانين بين الدول، وبالتالي يتعذر أن يستجمع كل طرف الشروط التي يستلزمها قانون الطرف الآخر، وهو ما يؤدي إلى سيادة قانون واحد في الواقع، وهو القانون الأكثر تشدداً، وهو ما لا يبدو مرغوباً فيه. إلا أن التشريعات المقارنة تميل إلى التطبيق الموزع لقانوني الطرفين وهو الذي يجب إتباعه. إلا أن هناك مجال يؤخذ فيه بالتطبيق الجامع، وهو موانع التبني، كاختلاف الدين مثلاً، فسيكون التبني هنا غير ممكن.<sup>1</sup>

### **الفرع الثاني:**

#### **انعدام الجنسية**

كما تثبت للشخص الواحد أكثر من جنسية واحدة، فإنه قد يحرم من أي جنسية بحيث لا يكون مرتبط سياسياً مع أي دولة على الإطلاق فيعتبر هذا الشخص عديم الجنسية. والسبب الرئيسي لانعدام الجنسية هو الاختلاف القائم بين الدول من حيث المعايير التي تتبناها لكسب الجنسية أو فقدها.<sup>2</sup> فما هو القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية؟

اختلف الفقهاء بشأن هذه المسألة وانقسموا إلى عدة اتجاهات من بينها:

**الأول:** ذهب هذا الرأي للقول بأنه يطبق عليه قانون آخر دولة كان عديم الجنسية حاملاً لجنسيتها، وقد أخذ بهذا الرأي الفقه التشريع في ألمانيا.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ص 907-908.

<sup>2</sup> حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 68.

<sup>3</sup> حسين محمد الهداوي وغالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 88.

إلا أن هذا الرأي انتقد على أساس أنه لا يمكن تطبيقه على حالة من لم يتمتع في حياته بجنسية دولة معينة (أي أن الشخص عديم الجنسية منذ ولادته).<sup>1</sup>

**الثاني:** أما الرأي الآخر فيذهب لتطبيق قانون الموطن على عديم الجنسية، وإذا لم يكن لعديم الجنسية موطن يطبق عليه محل الإقامة، وهذا ما أخذ به التشريع الفرنسي لأنه يعتبر الموطن أكثر صلة به، وهذا ما أخذت به بعض القوانين الأخرى منها: اليابان، سويسرا الصين، البرازيل، اليونان... الخ ، ويعتبر هذا الرأي الراجح من بين الآراء المختلفة.<sup>2</sup>

### **أولاً: موقف المشرع الجزائري من عديم الجنسية**

لقد انضمت الجزائر بالمرسوم المؤرخ في 1964/06/08 إلى اتفاقية نيويورك المؤرخة في 1954/09/28 المتعلقة بعديم الجنسية، والتي نصت على تطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة على عديمي الجنسية فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية<sup>3</sup>، وعلى إثرها قام المشرع الجزائري بتعديل القانون المدني عام 2005 بالقانون 10/05 المؤرخ في 2005/07/20 بنصه في المادة 03/22 التي جاء فيها "...وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة". وكما نرى أن المشرع اعتمد هذا المبدأ أيضا في قانون الأسرة في المادة 221 منه " يطبق هذا القانون على كل من المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني". حيث يشمل هذا القانون الجزائريين والمقيمين بالجزائر، فأصبح المشرع الجزائري يخضع عديمي الجنسية فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية إما لقانون الموطن أو قانون محل الإقامة، وسيتم تحديد ما المقصود بهما وتبيان الفرق بينهما.

<sup>1</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، مرجع سابق، ص 207.

<sup>2</sup> حسين محمد الهداوي وغالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 88.

<sup>3</sup> المادة 12 من هذه الاتفاقية، المتوفرة على الموقع الإلكتروني [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org) تاريخ الاطلاع عليها

2018/04/12.

## ثانياً: الفرق بين قانون الموطن ومحل الإقامة

يقصد بالموطن المقر أو المكان (Lieu) الذي يستقر فيه الشخص ويتخذ منه مركز مصلحه. وهو بهذا المعنى، حالة واقعية تتجاوب مع حاجة قانونية، ألا وهي ضرورة ربط ما بين الفرد وبقعة من بقاع الأرض برباط قانوني، ولذلك فإن القانون يعتد بتلك الحالة الواقعية ويجعل منها فكرة قانونية، والموطن بمعناه القانوني، هو رابطة قانونية بين الفرد ومكان معين<sup>1</sup>.

وليس كل مكان يقيم فيه الشخص يعد موطناً عاماً اختيارياً له، بل يشترط لذلك تحقق عنصرين هما المادي و المعنوي:

**العنصر المادي** والذي يعني الإقامة الفعلية في مكان معين، تتجسد من خلال أن يقيم الشخص في هذا المكان بصفة مستقرة، بحيث يكون هذا المكان موطناً واقعياً له يمارس فيه شؤون حياته اليومية، ولا يعتبر المكان الذي يتردد عليه الشخص بشكل متكرر لزيارة قريب مثلاً موطناً له.<sup>2</sup>

**أما العنصر المعنوي** فيتمثل في نية الاستقرار في هذا المكان، إذ لا يكفي وجود الشخص في مكان معين حتى يعد موطناً له، بل يجب أن تكون إقامته في هذا المكان إقامة مستقرة غير مؤقتة.

فعنصر الاستقرار في مكان معين هو الذي يميز في الواقع بين الموطن بمعناه المتقدم، ومحل الإقامة La résidence وهو المكان الذي يحل فيه الشخص بصفة مؤقتة، فبمجرد وجود الشخص في مكان معين لا يجعل منه موطناً عاماً له ما دامت إقامته عرضية فيه لا يتوفر فيها معنى الاستقرار.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج1، ط11، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص 546.

<sup>2</sup> محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، ج1، ط1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 440.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص 441.

أما المشرع الجزائري فنص على ذلك في المادة 1/36 ق م ج على أن " موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن". فيستنتج من هذه المادة أن الموطن يتحدد أساساً بمحل السكنى الرئيسي باعتباره مكان إقامة الشخص عادةً. كما تحدث أيضاً عن الشخص الذي لا يكون له مسكن رئيسي، فقد اعتبر موطن هذا الشخص هو مكان إقامته العادي، كأن يكون الشخص مقيم في مسكن أسرته الأصلية بعد زواجه، فهذا المكان، متى كان محل إقامته العادي، يعتبر موطناً عاماً له، وإن لم يكن هو محل سكناه الرئيسي.

وقد أضاف المشرع في الفقرة الثانية من المادة 36 ق م أنه " لا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت". حيث يعتبر تعدد الموطن غير جائز.

### **المطلب الثاني:**

#### **إشكالات يثيرها ضابط جنسية الفرد الواحد.**

بالإضافة إلى المشكلتين اللتان سبق ذكرهما ( تعدد الجنسية، وانعدامها) هنالك أيضاً بعض المشاكل الأخرى التي يثيرها ضابط الجنسية وهي التنازع المتحرك، وتعدد التشريعات في الدولة الواحدة. فالتنازع المتحرك يكون عندما يكون للشخص جنسية معينة عند اكتساب الحق أو وقت نشوئه، إلا أنه يتخلى عنها ويقوم بتغيرها، ويكتسب جنسية دولة أخرى، (الفرع الأول). أما المشكلة الثانية فتظهر في الحالة التي نجد فيها في الدولة الواحدة تعدداً للشرائع، إما تعدداً شخصياً أو تعدداً إقليمياً (الفرع الثاني)، وهنا يطرح التساؤل أي الشريعة واجبة التطبيق؟.

الف ————— ر ع الأول:

الت ————— ن ————— ا ز ع

الم ت ————— ح ر ك

كما تمت الإشارة إليه سابقاً فالمشروع الجزائري ، قد وضع لكل فئة مسندة ضابط إسناد للوصول إلى تطبيق قانون معين، ويسمى هذا الضابط بضابط الإسناد، حيث يعتبر من أهم عناصر قاعدة الإسناد،<sup>1</sup> ويتكون ضابط الإسناد من عنصرين: عنصر واقعي *élément de fait* و عنصر قانوني *élément de droit*<sup>2</sup> ومثال ذلك ضابط الجنسية فعنصره الواقعي هو تمتع الشخص بجنسية دولة معينة، أما العنصر القانوني فهو الجنسية ذاتها كنظام قانوني يفيد الانتماء إلى تلك الدولة.

فالتنازع المتحرك ينشأ بين قانونين متعاقبين لحكم موضوع واحد، ومن هذه الناحية يتحقق عنصر الزمان، ولكنه من ناحية أخرى ينشأ بين قانونين صادرين عن مشرعين مختلفين، وفي هذا يظهر عنصر المكان، ومن هذه الوجهة يتميز التنازع المتحرك عن التنازع الزمني في حدود سيادة واحدة.<sup>3</sup> ونكون أمام تنازع متحرك في فرضين:

- أن يتغير القانون الواجب التطبيق بفعل تغيير الشخص لجنسيته أو لموطنه متى كان القانون الواجب التطبيق يتحدد بهما.

- أن يتغير موقع المال (المنقول المادي) من دولة إلى أخرى.

### **أولاً: شروط التنازع المتحرك.**

لا نكون أمام مشكلة التنازع المتحرك إلا إذا توفرت عدة شروط والتي نذكر منها:

أ— أن يكون ضابط الاختيار أو ضابط الإسناد من الضوابط القابلة للتغيير ويتحقق هذا النوع في ضابط الجنسية، الموطن، محل الإقامة، موقع المال المنقول، ويخرج من مجال التنازع المتحرك ضوابط الاختيار الغير قابلة للتغيير أو الانتقال كموقع العقار، جنسية المتوفى في الميراث، محل وقوع الفعل الضار أو النافع، وتقدير قابلية التغيير في ضابط الإسناد لا يكون بالنظر إلى إرادة المقتن، وإنما يكون بالنظر إلى إرادة الأطراف

<sup>1</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، مرجع سابق، ص 131.

<sup>2</sup> العنصر الواقعي هو الذي يتحلل إلى مجرد واقعة ملموسة لا شأن للقانون بتحديدتها ولا بتنظيمها، أما العنصر القانوني فهو العنصر الذي ينظمه القانون بأحكام خاصة، أنظر ل محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 440.

<sup>3</sup> محمد كمال فهمي، مرجع نفسه، ص 440.

في العلاقة ذات العنصر الأجنبي، لأنه يستطيع إجراء التغيير في قواعد التنازع وقتما يشاء.<sup>1</sup>

ب- وجود شرط المدة فلا بد من وجود حالة قانونية مستمرة ذات عنصر أجنبي أي يوجد فاصل زمني بين نشأة العلاقة والنزاع، فمثلاً يخضع الميراث لقانون جنسية المورث و هذا الأخير يتحدد بوقت الوفاة لأنه الوقت الذي تتحقق فيه فكرة الميراث، والذي يصدق فيه على الشخص صفة المورث، وقاعدة الإسناد التي تخضع أهلية التعاقد إلى قانون جنسية الشخص فإنه ليس من شك أن قانون جنسية الشخص يتحدد بوقت التعاقد، لأن الأهلية من شروط صحة العقد وصحة تقدر من الوجهة الفنية بالنظر إلى انعقاده.<sup>2</sup>

ج- أن يكون من شأن تغيير ضابط الإسناد أو الاختيار العمل على تعاقب قانونيين في حكم ذات المسألة محل النزاع، فتغيير الزوج لجنسيته، بعد الزواج، يستتبع التعاقب أو التنازع بين قانون دولة الجنسية القديمة وقانون دولة الجديدة، بخصوص حكم المسألة آثار الزواج.<sup>3</sup>

### **ثانياً: حلول التنازع المتحرك**

حاول الفقه وضع حلول لمشكلة التنازع المتحرك بما يتناسب وطبيعة العلاقات ذات العنصر الأجنبي، فظهر اتجاهين الأول يقول بحل التنازع المتحرك بتطبيق القانون القديم أما الثاني فيقول بتطبيق القانون الجديد.

#### **أ: الاتجاه الأول: حل التنازع بتطبيق القانون القديم**

وتقوم فكرة هذا الاتجاه أساساً بتطبيق القانون القديم، فعندهم العلاقة القانونية التي تنشأ صحيحة في ظل القانون السابق، تظل محكومة به، ليس فقط بالنسبة للآثار التي نشأت في ظله، وإنما أيضاً بالنسبة للآثار التي تنشأ مستقبلاً في ظل القانون الجديد، ومن أنصار

<sup>1</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 292.

<sup>2</sup> محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 442.

<sup>3</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 292.

هذا الاتجاه الفقهاء: **Pillet, Bartin, Niboyet** والذين يبررون رأيهم بحجة استقرار المعاملات، أو ما يسمى بنظرية الحق المكتسب.<sup>1</sup>

ولكن تعرض هذا الاتجاه إلى عدة انتقادات والتي من بينها أن الفكرة التي برر **Pillet** بها فقهاء (الحق المكتسب) تعتبر فكرة ناقصة، فهل يعقل مثلاً أن يكون لأحد الزوجين الإسبانيين حق مكتسب في عدم حل الرابطة الزوجية رغم رغبة الزوج الآخر في حلها، وأيضاً تبرير الأستاذ **Bartin** حين قام باستبعاد تطبيق القانون الجديد لما تتطلبه المراكز القانونية من استقرار في المعاملات، وهذا التبرير بالرغم من وجاهته إلا أنه ليس حاسم، فاستقرار المعاملات هو عامل لا يؤخذ بعين الاعتبار في التنازع المتحرك، لأن إرادة الأفراد هي السبب في تغيير ضابط الإسناد، فاستقرار المعاملات عامل يؤخذ بعين الاعتبار خارج التنازع المتحرك.<sup>2</sup>

### **ب: الاتجاه الثاني: حل التنازع بتطبيق القانون الجديد**

يرى هذا الاتجاه أنه ينبغي أن تطبق على التنازع المتحرك نفس أحكام تنازع القوانين من حيث الزمان، لأنه لا يختلف عن التنازع الزمني كثيراً، إذ يوجد في كليهما بالنسبة لحق معين قانونان متعاقبان عليه لحكمه.<sup>3</sup> " ويكون الحل بتطبيق القانون الجديد بأثر مباشر على العلاقات القانونية التي نشأت في ظله، و يطبق أيضاً على الآثار المستقبلية لمراكز قانونية نشأة في ظل قانون قديم، أما القانون القديم فيحتفظ بسلطانه على نشأة ذلك الحق وكذا الآثار التي تولدت وانقضت في ظله ".<sup>4</sup>

إلا أن هذا الرأي تعرض للكثير من الانتقادات وهو أن قياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني، هو قياس مع الفارق، حيث أن التنازع الزمني مصدره واحد، لأن القانونين القديم والجديد صادران من نفس المشرع، مما يجعلهما على قدم المساواة،

<sup>1</sup> عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، د ت ن، ص 111.

<sup>2</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج 1، مرجع سابق، ص 133-134.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 135.

<sup>4</sup> دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 113.



## الفصل الثاني: إشكالات تطبيق ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.

فتتصر المسألة في إقامة الحد الفاصل بين نطاقي تطبيقهما بناءً على معيار عام ومجرد، لكن الأمر نقيض ذلك في التنازع المتغير، لأن القانونين صدرا من مشرعين مختلفين مما يضعهما في حالة عدم المساواة، وبالتالي لا يصح تطبيق مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد عليهما.<sup>1</sup>

### ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من مسألة التنازع المتحرك

لم يتضمن القانون المدني الجزائري نصاً صريحاً حول الحل المعتمد عند وجود التنازع المتحرك، وإن كان قد تصدى في بعض الحالات للإشكال الذي يثيره ضابط الجنسية بسبب تغيره، من خلال تثبيت هذا الضابط في الزمان، كما هو الحال مثلاً في انحلال الزواج، حيث أنطه المشرع بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وذلك حسب المادة 13 فقرة 02 ونسب الطفل عندما أنطه بقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، حسب المادة 14 ق م. غير أنه توجد حالات أخرى لم يثبت فيها ضابط الجنسية في الزمان، كما هو الحال في الأهلية حسب المادة 10 فقرة 01 من القانون المدني، فهنا لا مانع من تعميم الحل المطبق على تنازع القوانين من حيث الزمان السابق ذكره.

### الفصل الثاني:

#### تعدد التشريعات

قد تعترض صعوبة في تطبيق قانون الجنسية، في حالة ما إذا أحيل القانون الواجب التطبيق إلى دولة تتعدد فيها شرائع الأحوال الشخصية، إما تعدداً إقليمياً<sup>2</sup> كما هو موجود في الولايات المتحدة الأمريكية، سويسرا، والإمارات، حيث يوجد في كل ولاية قانون ينظم الأحوال الشخصية، أو تعدداً شخصياً أو طائفيًا، حيث يكون سكان الدولة منقسمين إلى طوائف حسب الديانة، كما هو الحال في بعض دول الشرق الأوسط، كمصر، لبنان

<sup>1</sup> موشعال فاطيمة، مرجع سابق، ص 121.

<sup>2</sup> ويكون التعدد الإقليمي لما تكون الدول مقسمة إلى أقاليم بحيث يكون لكل إقليم منها شريعته الخاصة به.

## الفصل الثاني: إشكالات تطبيق ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.

العراق، إيران، فيسري على كل طائفة قانون خاص بأحوالها الشخصية مستمد من ديانتها.<sup>1</sup>

وهنا يثار التساؤل عن الشريعة الداخلية التي يتعين تطبيقها؟ كيف سيواجه القاضي هذه المشكلة في اختيار هاته الشريعة من بين الشرائع المتعددة التي يتضمنها هذا القانون؟.

لقد نص المشرع الجزائري على الحل في المادة 23 من ق م ج، فجعل القانون الداخلي للدولة المتعددة الشرائع، هو الذي يقوم بتعيين الشريعة التي يجب تطبيقها. وقد أخذت بهذا الحل الكثير من القوانين منها المادة 26 ق م الليبي، المادة 26 ق م مصري، المادة 25 من ق معاملات الإماراتي، المادة 71 ق م الكويتي.<sup>2</sup>

لقد ثار جدل فقهي واسع في حالة ما إذا لم يتضمن القانون الداخلي للدولة الأجنبية هذا الحل، أو عجزت قواعد الإسناد الداخلية التي يتضمنها عن حسم النزاع؟

إلا أن المشرع الجزائري حسم الأمر في الفقرة 02 المضافة للمادة 23 من القانون 10/05 فإذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طُبِقَ التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، إلا أن هذا الحل الذي أخذ به المشرع لم يلق الترحيب المطلق، ذلك أن غياب نص لفض النزاع الداخلي الشخصي، لا يعني عدم امكانية تحديده من خلال الأسس التي يقوم عليها هذا التعدد وهي في الغالب الدين، الجنس، فعلى القاضي الاهتداء إلى الشريعة المختصة مستعيناً بهذه الأسس وفي حالة تعذر ذلك يلجأ القاضي كحل أخير إلى الشريعة الغالبة، أما في حالة التعدد الإقليمي فيطبق القاضي التشريع

<sup>1</sup> احمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص ص 299-300.

<sup>2</sup> بنابي سعاد، تنازع القوانين في مسألة انعقاد الزواج، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2010/2009، ص 29.

المطبق في عاصمة ذلك البلد، ولا شك أن هذا الحل الذي تبناه المشرع يتسم بالبساطة واليسر بالنسبة للقاضي أو بالنسبة للأطراف<sup>1</sup>.

## **المبحث الثاني:**

### **حالات استبعاد قانون الجنسية الواجب التطبيق**

إن تحديد قانون الجنسية الواجب التطبيق لا يكون إلا بعد المرور بالإجراءات الواجب اتخاذها في أي مسألة قانونية خاصة مشتملة على عنصر أجنبي، بدءاً بتكييف المسألة القانونية المتنازع عليها وفق القانون الجزائري طبقاً للمادة 09 من ق م ج، ثم تحديد الفئة المسندة التي سترشدنا إلى قانون الجنسية الواجب التطبيق، غير أن هذا القانون

---

<sup>1</sup> محمد عماد الدين عياض وهشام بن الشيخ، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعددة التشريعات، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص 74، على الموقع الإلكتروني [manifest.univ-ouragla.dz](http://manifest.univ-ouragla.dz)، تاريخ الاطلاع

## الفصل الثاني: إشكالات تطبيق ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.

على الرغم من انعقاد الاختصاص له، قد لا يطبق في بعض الحالات، منها ما هو خاص بكل مسائل الأحوال الشخصية دون استثناء، وتشتمل على ضرورة استبعاد قانون الجنسية الأجنبي إذا كان مخالفا لنظام العام، أو ثبت له الاختصاص بموجب الغش نحو القانون، أو رفضت قواعد الأسناد الأجنبية في القانون الواجب التطبيق الاختصاص، وأحالتة للقانون الوطني، أو تعذر إثبات إنبات قانون الجنسية الأجنبي، وتشكل هذه الحالات الأرباع الإشكالات العامة التي قد تصادفنا عند تطبيق أي قانون أجنبي متعلق بأي مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، (المطلب الأول)، بالإضافة إلى إشكالات خاصة قد تصادفنا في بعض مسائل الأحوال الشخصية، والمتعلقة بأهلية المتعاقد الأجنبي، أو خلال تطبيق النظم الخاصة بحماية القصر وعديمي الأهلية، (المطلب الثاني).

### المطلب الأول:

#### إشكالات عامة متعلقة بمضمون قانون الجنسية

لقد استقر الفقه والقضاء حديثا لدى معظم الدول على اعتماد حالتين رئيسيتين يلجأ إليها القاضي من أجل استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص على النزاع المعروف أمامه و المشتمل على عنصر أجنبي، والحالتين هما النظام العام و الغش نحو القانون. ولقد اصطلح على هذه الموانع بالإشكالات العامة لأن جل التشريعات تقرها وتستند إليها في غياب النص لتكون بمثابة الحد الفاصل بين تطبيق القانون الأجنبي على دولة القاضي، فنصت في تشريعاتها بموجب قواعد الإسناد الخاصة بها على ضرورة استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية كلما اصطدمت بدعائم النظام العام لدولة القاضي ومن جهة أخرى استبعادها على أساس أن اختصاصها كان بطريقة استعمال الغش نحو القانون،<sup>1</sup>(الفرع الأول).

وهناك أيضا حالات أخرى يتم فيهما استبعاد قانون الجنسية الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية وهما الإحالة وتعذر إثبات القانون الأجنبي (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، مرجع سابق، ص 110.

## الفرع الأول:

### النظام العام والغش نحو القانون

إن للنظام العام أهمية كبيرة لأنه يعتبر صمام الأمان، الذي يحمي الأسس الجوهرية في المجتمع، مما تحمله القوانين الأجنبية من مفاجآت عند تطبيقها، أما الغش نحو القانون فتتجلى أهميته في أنه وسيلة حماية لكي لا يكون القانون لعبة في يد الفرد يسير به كيفما يشاء، فيعمل لـ لإرجاع الاختصاص للقانون الذي تم التحايل عليه.<sup>1</sup>

### أولاً: النظام العام

تعتبر فكرة النظام العام، من المسائل الهامة المقررة في مختلف النظم القانونية كوسيلة لاستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية، إلا أن مفهوم النظام العام لم يعرفه المشرع وإنما متروك أمره للقضاء والفقهاء. فمفهوم النظام العام نسبي متطور متغير من زمان إلى زمان ومن مكان إلى آخر لتعلقه بصميم المصالح العليا للمجتمع.<sup>2</sup>

والملاحظ أن القانون المدني الجزائري التزم السكوت ولم يعرف النظام العام، إلا أنه قد أشار إليه في المادة 24 منه " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة."

ومن خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالنظام العام الذي يستبعد القاضي بموجبه القانون الأجنبي، ويحل محله قانونه الوطني لما له من اختصاص

<sup>1</sup> موشعال فاطيمة، مرجع سابق، ص 150.

<sup>2</sup> ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 195.

## الفصل الثاني: إشكالات تطبيق ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.

استثنائي، وبذلك يكون المشرع قد ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة من أجل تحديد مقتضيات النظام العام وأساسه حسب مفاهيم نظامه القانوني.<sup>1</sup>

إن الأحوال الشخصية تعتبر المجال الخصب لإعمال النظام العام، فالمسائل الأسرية تقوم على أسس اجتماعية، أخلاقية و دينية. فالنظام العام يتدخل في الدول الإسلامية لحماية الطرف المسلم ولو كان أجنبياً، فيستبعد في الدول الإسلامية القانون الأجنبي الذي يحرم المسلم من حق من حقوقه، كما يتدخل النظام العام في الدول الغربية كفرنسا لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يمنع الزواج أو الميراث لاختلاف الدين، كمنع زواج المسلمة بغير المسلم، كما يستبعد أيضا القانون الأجنبي الذي يبيح تعدد الزوجات أو يسمح للزوج بإيقاع الطلاق بإرادته المنفردة.<sup>2</sup>

### ثانيا: الغش نحو القانون (La fraude a la loi)

إن فكرة الغش نحو القانون هي أن يعتمد أطراف العلاقة إلى تغيير ضابط الإسناد وبتغييره يتغير معه القانون الواجب التطبيق، وذلك بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة. أما الأحوال الشخصية فتعتبر المجال الرئيسي لإعمال فكرة الغش نحو القانون، وذلك لأن هذه المسائل تعتمد عموماً على ضابطين، ضابط الجنسية كما في بعض الدول كالجزائر وفرنسا، وضابط الموطن في كما في الدول الأنجلوساكسونية، وهما من أكثر الضوابط التي يكون للأفراد دخل في اختيارهما أو تغييرهما، ومثال ذلك كأن تكون جنسية الشخص ألمانية، فيكون القانون الواجب التطبيق على أهليته القانون الألماني فيقوم بتغيير جنسيته إلى الجنسية الفرنسية، فيصبح القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق عليه بدل الألماني وذلك قصد التهرب من أحكام القانون المختص بحكم العلاقة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> بختة زيدون، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم و السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 136.

<sup>2</sup> فاطمة الزهراء زابر، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 47.

<sup>3</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، مرجع سابق، ص ص 186-187.

ومن مواضيع الأحوال الشخصية التي يكثر فيها الغش نحو القانون هو موضوع الطلاق وخاصة أن هناك بعض الدول التي تمنع الطلاق كالتشريع الفرنسي قبل سنة 1884، وهناك من تضع شروط تعجيزية، ولذلك يعتمد الأشخاص لتغيير ضابط الإسناد، سواء الجنسية أو الموطن للتملص من أحكام قانون جنسيتهم الأصلية أو موطنهم الأصلي ليستفيدوا من تسهيلات قانون الجنسية الجديد أو الموطن الجديد.<sup>1</sup> وهذا ما قامت به الأميرة الفرنسية التي تدعى "دو بوفرمون De.Baufaurmont" التي كانت متزوجة من أحد مواطنيها، ولكنها منفصلة عنه بدنيا، و أرادت التخليق منه للزواج من الأمير الروماني "بييسكو"، ولأن التخليق يعتبر من الأحوال الشخصية، ويخضع للقانون الفرنسي بوصفه قانون الجنسية يمنع أنداك التخليق، فتجنست الأميرة بجنسية إحدى الدويلات الألمانية والتي يسمح قانونها بالتخليق، فحصلت على الحكم وقامت بالزواج من الأمير "بييسكو" في برلين، ثم رجعت للإقامة معه بباريس، علم الزوج الأول فقام بالطعن ببطلان الزواج الثاني أمام المحكمة الفرنسية، فقضت محكمة النقض الفرنسية لصالحه، واستندت المحكمة إلى أن التجنس غاية التحايل على القانون الفرنسي الذي يحظر التخليق، وقامت باستبعاد قانون الجنسية الجديدة للزوجة، واعتبار الزواج الأول مازال قائم حسب القانون الفرنسي.<sup>2</sup>

## **الفرع الثاني:**

### **الإحالة و تعذر إثبات القانون الأجنبي**

<sup>1</sup> حمزة بوخروبة ، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سطيف02، 2013/2014، ص 122.

<sup>2</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 543.

تعد نظرية الإحالة من أدق المشكلات القانونية التي أثارت جدلاً فقهيّاً كبيراً في إطار القانون الدولي الخاص، حيث لم يقتصر الخلاف على مجرد قبول الإحالة أو رفضها بل امتد ليشمل أنواعها ونطاقها وهذا ما سيتم تفصيله<sup>1</sup>. أما المشكلة الثانية فهي تعذر إثبات القانون الأجنبي وهنا يجهل القاضي في الغالب مضمون القانون الأجنبي سواء في الحالة التي يطبقه فيها من تلقاء نفسه، أو في الحالة التي يطبقه فيها بناءً على طلب أطراف الخصومة، وهذا ما سيتم التطرق له.

### أولاً: الإحالة le renvoie

تُعرّف نظرية الإحالة بأنها النظرية التي تلزم بتطبيق قواعد الإسناد الأجنبية أولاً في القانون الذي تقرر تطبيقه، بموجب قواعد إسناد دولة المحكمة التي تنظر في النزاع، على شرط أن يكون هناك اختلاف في الحكم ما بين قواعد الإسناد الوطنية و قواعد الإسناد الأجنبية.، أما إذا تم أولاً تطبيق القواعد الموضوعية الواردة في القانون الأجنبي فان ذلك معناه رفض الإحالة.<sup>2</sup>

هناك بعض التشريعات من كانت ترفض الإحالة مهما كانت درجتها ومنها من سكت أصلاً ولم يبين موقفه، وهناك البعض من أخذ بها لكن من الدرجة الأولى فقط، ولعل اختلاف النصوص التشريعية من دولة إلى أخرى وعدم دقتها في بعض الدول ما دفع الفقه للاجتهد في هذه المسألة، وقبل أن يتم تبين موقف المشرع الجزائري من الإحالة، يجب أن نشير إلى بعض الدول قد أخذت بالإحالة منها: ألمانيا، إسبانيا، تركيا، بريطانيا، فرنسا، بلجيكا والنمسا، أما دول أخرى فقد رفضتها كإيطاليا واليونان وهولندا، البرتغال مصر، سوريا، الأردن و الولايات المتحدة الأمريكية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 147.

<sup>2</sup> ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 56.

<sup>3</sup> محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 429.



أما عن موقف المشرع الجزائري فقد كان مبهماً قبل تعديل القانون المدني عام 2005 بحيث سكت عن هذا الأمر، فلا هو قبلها ولا هو رفضها تاركاً المجال للاجتهاد،<sup>1</sup> أما اليوم أي بعد التعديل الذي أدخله المشرع على القانون المدني فقد اتخذ موقفاً صريحاً من الإحالة المادة 23 مكرر 1 التي جاء فيها : " إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا احكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذ أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

من خلال هذه المادة يتبين أن المشرع الجزائري قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى في الفقرة الثانية من هذه المادة، ورفضها إن كانت من الدرجة الثانية فما فوق حسب نص الفقرة الأولى من نفس المادة.

فبموجب الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 01 المذكورة أعلاه، قرر المشرع أنه قواعد الإسناد لا ترفض الاختصاص بل إن تطبيقها يؤدي إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون قاضي الدعوى.

في حين أن الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 01 ذهبت إلى أن قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، يؤخذ بها فقط، إذا رفضت الاختصاص الممنوح لها وأعادته للقانون للجزائري، فهنا يطبق القانون الجزائري، إعمالاً للإحالة من الدرجة الأولى.

وينبغي على المشرع الجزائري أن يتخذ موقفاً من الإحالة ويستثني أو يستبعد من مجالها مسائل الأحوال الشخصية، لاختلاف الأسس التي تبنى عليها من دولة لأخرى، ولأن مسائل الأحوال الشخصية في غالبية الدول، مستمدة من ديانتها ومعظم الأفراد يريدون غالباً الخضوع بشأنها إلى ما تمليه عليهم أحكام الديانة التي يعتقدونها.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 101.

<sup>2</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج 1، مرجع سابق، ص 110.

ومثال على ذلك لو تعلق الأمر بزواج انجليزيين متوطنين في الجزائر فإن الأخذ بالإحالة من القانون الانجليزي إلى القانون الجزائري معناه وجوب توافر الزوجين على جميع الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الجزائري الأمر الذي قد يتعارض مع قانونهما الشخصي الذي قد لا يتطلب مثل هذه الشروط، كوجوب حضور ولي المرأة والشهود عند إبرام عقد الزواج.

### **ثانياً: تعذر إثبات قانون الجنسية الأجنبي**

سيتم التطرق على من يقع عبء إثبات قانون الجنسية الأجنبي الواجب التطبيق، ثم لموقف المشرع الجزائري في حال تعذر إثباته.

### **أ- عبء إثبات مضمون قانون الجنسية الأجنبي**

سيتم الحديث عن عبء اثبات مضمون القانون الجنسية الأجنبي الواجب التطبيق ضمن النظرية العامة التي تتحدث عن إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق بشكل عام سواءً أكان قانون جنسية أم غيره، وقد ظهر في هذه المسألة اتجاهان: اتجاه يعامل القانون الأجنبي كواقعة، والثاني يعامله كقانون.

### **1- تطبيق القانون الأجنبي باعتباره واقعة.**

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى إنكار الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي واعتبروه مجرد عنصر من عناصر الواقع.<sup>1</sup> و محكمة النقض الفرنسية ألفت عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيقه، وبالمقابل لم تمنع القاضي من البحث عن مضمونه في حالة عدم تمسك الأطراف بتطبيقه، وأجازت لقضاة الموضوع اللجوء إلى الخبرة، لما يكون الخصوم قد قدموا شهادات متناقضة عن مضمون القانون الأجنبي.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور و تعدد طرق حل النزعات الخاصة الدولية، (تنازع القوانين - المعاهدات - التحكيم التجاري الدولي)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 196.

<sup>2</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج 1، مرجع سابق، ص 147.

## 2- تطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانون

وأنصار هذا الاتجاه ذهبوا لمعاملة القانون الأجنبي كقانون، أي أنه يعامل القانون الأجنبي نفس معاملته للقانون الوطني،<sup>1</sup> وهذا يعني أن القاضي ملزم بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي مع إمكانية استعانتة بالأطراف المتنازعة<sup>2</sup>، ومن النتائج المترتبة عن هذا الرأي هو أنه يخضع لرقابة المحكمة العليا.

### ب- موقف المشرع الجزائري

يتجلى موقف المشرع الجزائري من خلال المادة 358 ق إ م إ فقرة 06 والتي عدت من أوجه الطعن بالنقض، الخطأ في تطبيق القوانين الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية.<sup>3</sup> فمن خلال الم 358 ق إ م إ نستخلص أن المشرع الجزائري يميز بين نوعين من القوانين الأجنبية:

1- إذا تعلق الأمر بقانون أجنبي متعلق بالأحوال الشخصية ، فقد عامله المشرع الجزائري معاملة القانون، مادام أنه أجاز الطعن بالنقض عند الخطأ في تطبيقه، والمحكمة العليا محكمة قانون، ولا تُثار أمامها مسائل الواقع. بالإضافة إلى ذلك لو اعتبرنا القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية من مسائل الواقع، لحرمنا المتقاضين من حقه من الطعن بالنقض فيه، وهذا مخالف صراحةً لنص المادة 358 فقرة 06 من ق إ م إ، فالأدلة السابقة تؤكد أن القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية يعتبر من مسائل القانون في التشريع الجزائري.

<sup>1</sup> محمد حبار، مرجع سابق، ص 92.

<sup>2</sup> وأخذ بهذا الاتجاه القضاء الألماني طبقاً للمادة 293 قانون المرافعات الألماني والقضاء، وأخذ به أيضاً القضاء

الإيطالي من خلال محكمة النقض الإيطالية في قرارها المؤرخ في 19 ديسمبر 1933.

<sup>3</sup> القانون رقم 08-09 المتضمن القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المؤرخ في 25 فيفري 2008، الجريدة الرسمية العدد 21.

2- أما القوانين الأجنبية المطبقة والغير متعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، فالمشرع الجزائري يعاملها كواقعة.<sup>1</sup> وأكبر دليل على ذلك، أنه لم يسمح بالطعن بالنقض إلا عند الخطأ في تطبيق القوانين الأجنبية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، وبمفهوم المخالفة لا يُسمح بالطعن بالنقض عند الخطأ في تطبيق القوانين الأجنبية الغير متعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، لأنها باختصار تعتبر من الوقائع.

### **المطلب الثاني:**

#### **إشكالات خاصة متعلقة بمضمون قانون الجنسية**

في مقابل الحالات العامة التي يستبعد فيها القانون الواجب التطبيق نجد بعض المسائل الخاصة في مسائل الأحوال الشخصية يحلّ فيها القانون الوطني محل قانون الجنسية الأجنبي، والغرض من هذه الاستثناءات هو إما حماية الاقتصاد الوطني من خلال عدم الاعتراف بنقص أهلية المتعاقد الأجنبي الذي يكون كامل الأهلية طبقاً للقانون الوطني، وسيتم التفصيل في شروط أعمال الاستثناء من خلال (الفرع الأول) و للاستثناء الثاني الذي يهدف إلى حماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين من خلال تطبيق القانون الوطني على المسائل المستعجلة الخاصة بحمايتهم بدل قانونهم جنسيتهم (الفرع الثاني).

#### **الفرع الأول:**

#### **حالات خضوع أهلية المتعاقد الأجنبي للقانون الوطني**

لقد اتجه المشرع الجزائري في نص المادة 10 ق م ج مسلك القضاء الفرنسي وبالضبط حين اتجهت أحكامه، مند وقت بعيد، إلى عدم تطبيق قانون الدولة الأجنبية التي ينتمي إليها الشخص، إذا كان هذا الأخير ناقص الأهلية حسب أحكامه، وكان الطرف الآخر قد اعتقد بحسن نية أنه كامل الأهلية، وقضت تلك الأحكام بصحة المعاملة التي تمت طالما أن هذا المتعاقد الأجنبي يعتبر كامل الأهلية طبقاً للقانون الفرنسي، وهذا طبقاً للقرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية "ليزا ردي" "Affaire lizardi" لهذا

<sup>1</sup> محمد حبار، مرجع سابق، ص 93.

سيتم الحديث عن هذه القضية، ثم شروط تبني المشرع الجزائري لقاعدة خضوع أهلية الأجنبي للقانون الوطني

### **أولاً: قضية ليزا ردي Lizardi.**

كان ليزاردي شاباً يبلغ من العمر 23 سنة، ومن أصل مكسيكي، وقد اشترى من تاجر مجوهرات فرنسي بباريس جواهر بلغت قيمتها 80 ألف فرنك، ووقع بهذا المبلغ صكوكاً لصالح التاجر، وحينما حل أجل هذه الصكوك وطالبه التاجر بالدفع، تمسك قبله بنقص أهليته طبقاً للقانون المكسيكي وهو قانون جنسيته، وهو يحدد لبلوغ سن الرشد 25 سنة، وبالتالي يكون تصرفه قابلاً للإبطال، فرفع التاجر الفرنسي دعوى ضد هذا المكسيكي مطالباً إياه بدفع الصكوك و معتزراً بأنه كان يجهل أن هذا الشاب قاصر في نظر القانون المكسيكي، ما دام رشيداً طبقاً للقانون الفرنسي الذي يحدد 21 سنة لبلوغ سن الرشد. فصدر الحكم لصالحه<sup>1</sup>، و أيدت محكمة النقض الفرنسية قضاة الموضوع في الحكم بصحة التصرفات التي أبرمها "ليزا ردي"، وإلزامه بالوفاء بقيمة السندات التي حررها، واستندت الى أنه من غير المعقول أن يلتزم الفرنسيون، من التجار وغيرهم، بمعرفة قوانين مختلف الدول وأحكامها المتعلقة بالقصر والبلوغ، ويفهم أن يكونوا قد تعاملوا مع الطرف الأجنبي بغير خفة، وبحسن نية، حتى تكون تصرفاتهم صحيحة قانوناً.<sup>2</sup>

ولقد أثارت هذه القضية خلافاً فقهياً، أدى بالنتيجة إلى الأخذ بالحكم الوارد بها، في بعض التشريعات، كما اقتنعت بذات الفكرة بعض الاتفاقيات الدولية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Daniel Gutmann, op.cit, p 133.

<sup>2</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 743.

<sup>3</sup> فن القوانين المقارنة: القانون الاسباني لعام 1974 م 7/10، التركي لعام 1982 م 2/8، القانون الدولي الألماني م12 ق م، القانون الدولي السويسري الجديد م 32، أما القوانين العربية التي أخذت بهذا الحكم نذكر منها: القانون السوري م 12 ق م، القانون العراقي م 18 ق م، القانون الليبي م 11، الكويتي م 33 من قانون عام 1921، و قانون المعاملات المدنية السوداني لعام 1984 م 1/11. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع نفسه، ص 743.

ثانياً: شروط تبني المشرع الجزائري لقاعدة خضوع أهلية الأجنبي للقانون الوطني

قاعدة عامة فإن الأهلية تخضع لقانون الجنسية، ولكن هذا فيما يخص أهلية الأداء العامة وذلك بالنظر لنص المادة 1/10 ق م ج المعدلة والمتمم بالقانون 10/05 "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم". وهنا نلاحظ بأن أهلية الأداء العامة هي وحدها التي تدخل في قانون الجنسية، وإذا كان أحد الأطراف المتنازعة وقت رفع الدعوى يحمل الجنسية الجزائرية، فإن مسألة أهلية الأداء تخضع للقانون الجزائري، وهو في هذه الحالة قانون الحالة المدنية الجزائري. أما فيما يخص أهلية الوجوب و أهلية الأداء الخاصة فلا تخضعان لقانون الجنسية<sup>1</sup>.

وهناك حالات لا تخضع فيها الأهلية لقانون الجنسية، وذلك عند الجهل بنقص أهلية المتعاقد الآخر الأجنبي وفقاً لقانونه، وهذا طبقاً للمادة 2/10 ق م ج وشروط هذا الاستثناء تتمثل في ما يلي:

- 1- أن يكون التصرف الذي تم إجراؤه بين الطرفين تصرفاً مالياً. ومعنى ذلك أن هذا الاستثناء لا يطبق بشأن مسائل الأحوال الشخصية لأن الأمر يتعلق هنا بنص استثنائي لا يجوز التوسع في تفسيره.
- 2- أن يكون هذا التصرف أبرم في الجزائر ورتب آثاره فيها، علماً أن هذين الأمرين يبقيان هنا متلازمين.
- 3- أن يكون أحد الطرفين جزائرياً وكامل الأهلية طبقاً للقانون الجزائري، وأن يكون الطرف الآخر المتعامل معه أجنبياً.
- 4- أن يكون الطرف الأجنبي المتعامل مع هذا الجزائري كامل الأهلية طبقاً للقانون الجزائري وناقصها طبقاً لقانون جنسيته.

<sup>1</sup> محمد سعادي، مرجع سابق، ص 109.

فإذا توافرت هذه الشروط مجتمعة، فإنه يترتب على ذلك إقرار صحة المعاملة التي تمت بين الطرفين.<sup>1</sup>

## **الفرع الثاني:**

### **النظم الخاصة لحماية القصر وعديمي الأهلية**

يحتاج عديمي الأهلية أو ناقصها إلى حماية في نفسه وماله، ولذلك نجد في مختلف التشريعات أنظمة قانونية خاصة تضمن له هذه الحماية. وتختلف نظام الحماية من نظام قانوني إلى آخر بل ويختلف داخل النظام القانوني الواحد. والغرض من هذا هو حماية عديمي الأهلية أو ناقصها وسد عجزه عن مباشرة التصرفات القانونية، ولهذا أخضعها المشرع لقانون الشخص الذي يجب حمايته وليس إلى قانون الشخص الذي يتولى الحماية (الولي، الوصي، القيم)، وهذا ما كرسته من قبل اتفاقية لاهي لسنة 1902 الخاصة بالوصاية واتفاقية 1905 الخاصة بالحجر.<sup>2</sup>

فالأشخاص الذي تجب حمايتهم، والذين يشملهم ضابط الجنسية هم عديمي الأهلية: فاقد التمييز لصغر سنه الذي لم يبلغ سن 16 سنة، المعتوه، المجنون،<sup>3</sup> عدم بلوغ سن الرشد، السفية، ذا الغفلة<sup>4</sup>، عدم الأهلية القضائية (الحجر بحكم القاضي)<sup>5</sup>.

### **أولاً: مجال تطبيق قانون الجنسية الخاص بحماية غير كامل الأهلية.**

جاء في نص المادة 15 ق م ج " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية و القوامة وغيرهما من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية و الغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته". ويشمل مصطلح الولاية في هذه المادة: الولاية على المال، فهذا النوع من الولاية هو الذي يخضع لقانون جنسية الشخص الواجب حمايته. أما

<sup>1</sup> محمد حبار، مرجع سابق، ص ص 118-119.

<sup>2</sup> موشعال فاطيمة، مرجع سابق، ص 39.

<sup>3</sup> أنظر المادة 42 ق م ج المعدلة بالقانون رقم 10/05.

<sup>4</sup> أنظر المادة 43 ق م ج المعدلة بالقانون رقم 10/05.

<sup>5</sup> أنظر المادة 103 ق أ ج.

## الفصل الثاني: إشكالات تطبيق ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.

الولاية على النفس فهي تعد من آثار النسب أو من آثار الزواج، و هي في كلا الحالتين تخضع لقانون جنسية الأب.<sup>1</sup>

ويخضع لقانون جنسية الشخص الواجب حمايته جميع المسائل الموضوعية الخاصة بالنظم المقررة لحماية غير كاملية الأهلية، فيرجع إلى قانون جنسية الشخص المراد حمايته لمعرفة طبيعة نظام الحماية الذي يجب أن يشمل به، وكذلك يرجع إلى هذا القانون لبيان من تثبت له الولاية، ومن يصلح لأن يكون وصياً أو قيمياً أو وكيلاً عن الغائب،<sup>2</sup> و بيان أيضاً سلطة هؤلاء النواب في إبرام التصرفات المختلفة نيابةً عن المشمول بالحماية، وحكم التصرف الذي يبرمه متجاوزاً لسلطته، فقانون الشخص الذي تجب حمايته يبين حقوق من يتولى الحماية وواجباته وما يستحقه من أجر، كما يبين أسباب سحب الولاية أو وقفها وعزل الأوصياء.<sup>3</sup>

### ثانياً: الاستثناءات من قاعدة خضوع غير كاملية الأهلية لقانون الجنسية

كما ذكر سابقاً فالقاعدة العامة أن عديمي الأهلية أو ناقصيها من معنوه، مجنون، سفيه يخضعون إلى قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته، إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناءات تطبق فيها قوانين أخرى، وهذه الاستثناءات نصت عليها المادة 02/15 ق م ج الي جاء فيها: "غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر". وهنا يكون إسناد الاختصاص لقانون القاضي في حالة التدابير المستعجلة التي لا تحتل الانتظار إلى غاية الفصل في مسائل الموضوع.

<sup>1</sup> فؤاد عبد النعم رياض، سامية راشد، مرجع سابق، ص 270.

<sup>2</sup> أنظر فيما يخص الولاية، الوصاية، القوامة، أسباب إنهاء الحماية: المواد 81، 83، 88، 91 على التوالي من ق أ ج .

<sup>3</sup> فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، مرجع سابق، ص 270.



المصادر والمراجع المعتمدة

باللغة العربية

أولاً: قائمة المصادر:

(أ) - القرآن الكريم

(ب) - الاتفاقيات الدولية:

- اتفاقية نيويورك المؤرخة في 28/09/1954 المتعلقة بعديمي الجنسي والتي صادقت عليها الجزائر بالمرسوم المؤرخ في 08/06/1964 وهذه الاتفاقية متوفرة على الموقع الإلكتروني [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org) تاريخ الاطلاع 2018/04/12.

(ج) - القوانين الداخلية:

01- دستور 96 المؤرخ في 28 نوفمبر 1996، المعدل بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 جريدة رسمية العدد 14.

02- القانون رقم 14-08 المؤرخ في 09/08/2014 المعدل والمتمم للأمر رقم 20-70 المؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية العدد 49.

03- القانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الاولى 1426 الموافق ل 20 جوان 2005 يعدل و يتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية العدد 11.

04- الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 27/02/2005 جريدة رسمية عدد 63.

05- قانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 9 جوان 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 15.

06- القانون رقم 08-09 المتضمن القانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فيفري 2008، الجريدة الرسمية العدد 21.

ثانيا: قائمة المراجع:

(أ)- الكتب القانونية:

1- أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دط، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2004.

2- أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، الجنسية- تنازع القوانين، على الموقع الإلكتروني [www.pdfactory.com](http://www.pdfactory.com)، تاريخ الاطلاع 2018/02/22.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع الدولي للقوانين، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

4- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج 1، ط11، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2009.

5- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي- الجنسية، ج2، ط6، بوزريعة، الجزائر، 2011.

6- أيمن فتحي محمد الجندي، حق الدفاع الشرعي في مواجهة الأشخاص المتمتعين بالحصانة في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2015.

7- حسين الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط2 مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.

- 8- حفيظة السيد حداد، المدخل إلى الجنسية ومركز الأجانب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 9- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 10- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور و تعدد طرق حل النزعات الخاصة الدولية، ( تنازع القوانين - المعاهدات - التحكيم التجاري الدولي)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
- 11- عامر محمود الكسواني، ، موسوعة القانون الدولي الخاص، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010..
- 12- عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، د ت ن.
- 13- عبد الرسول الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، ط2، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2011.
- 14- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج1، ط11، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986.
- 15- عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د ت ن.
- 16- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، لطلبة الفصلين الدراسيين السابع والثامن، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.
- 17- غالب علي الداودي و حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1، على الموقع ، [www.bibliotdroit.com](http://www.bibliotdroit.com) تاريخ الاطلاع 2018/03/18.
- 18- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الجنسية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.

- 19- فؤاد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، ج1، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 20- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، تنازع القوانين، ج 2، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
- 21- كمال قربوع عليوش، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 22- مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج 2، على موقع الالكتروني <https://i11.servimg.com>، تاريخ الاطلاع 2018/3/18.
- 23- محمد حبار، القانون الدولي الخاص، دط، الرؤى للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الجزائر، 2013.
- 24- محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، 2009.
- 25- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، ج1، ط1، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 26- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، المواطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، دط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 27- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، 2005.
- 28- هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، نشأته-مباحثه-مصادره- طبيعته، دط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.
- 29- هشام صادق، الجنسية ومركز الأجانب، دراسة مقارنة، دط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
- (ب) - البحوث والرسائل الجامعية:

- 01- بختة زيدون، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.
- 02 -بنابي سعاد، تنازع القوانين في مسألة انعقاد الزواج، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2010/2009.
- 03- حمزة بوخروبة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من الق م ج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سطيف 02، 2014/2013
- 04-خولة بوخلخال، التبني في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2017/2016.
- 05- فاطمة الزهراء زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2011/2010.
- 06- فاطيمة موشعال، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011.
- 07- فتيحة بشور، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، أقيت على طلبة السنة الثالثة ليسانس، القانون الخاص، 2017/2016، على الموقع الإلكتروني <https://carrefourdedroit.blogspot.com>، تاريخ الإطلاع 2018/03/19.
- 08- محمد عماد الدين عياض و هشام بن الشيخ، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعددة التشريعات، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، على الموقع الإلكتروني [manifest.univ-ouragla.dz](http://manifest.univ-ouragla.dz) ، تاريخ الاطلاع 2018/04/13.
- 09-موري سفيان، اشكالية الاختلاف حول ضابط الاسناد في الاحوال الشخصية وامكانية تحقيق التوفيق، "أشغال الملتقى الوطني الموسوم بـ "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، أيام 23 و 24 أبريل 2014، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، على الموقع الإلكتروني: [www.bibliotdroit.com](http://www.bibliotdroit.com)، تاريخ الاطلاع 2018/03/19.

(ج) - المواقع الإلكترونية:

- 01- صفحة أرقام ومعلومات على الموقع الإلكتروني لمفوضية شؤون اللاجئين التابعة للأمم المتحدة: [www.unhcr.org/ar](http://www.unhcr.org/ar)، تاريخ الاطلاع 2018/03/17.
- 02- الموقع الإلكتروني: <https://ar.wikipedia.org/wiki/>، تاريخ الاطلاع 01 ديسمبر 2017.
- 03- الموقع الإلكتروني [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)، تاريخ الاطلاع 2018/04/12.

باللغة الفرنسية:

Les livres :

- 1-Bernard Audit, **Droit international privé** , 4éd, economica, paris,2006.
- 2-Daniel Gutmann, **Droit international privé**, 5 éd, Dalloz , paris, 2007.
- 3-Froncois Mélin ,**Droit international privé**, Conflits de juridictions , conflits de lois, Casbah Editions, Alger, 2004.

فهرس المواضبع

رقم الصفحة	الموضوع
02	مقدمة
07	الفصل الأول: الإطار العام لإعمال ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.
08	المبحث الأول: مفهوم الجنسية.
08	المطلب الأول: التعريف بالجنسية.
08	الفرع الأول: تعريف الجنسية.
09	أولاً: الجنسية كرابطة بين الفرد والدولة.
09	أ: الجنسية كرابطة سياسية.
09	ب: الجنسية كرابطة قانونية
10	ج: الجنسية كرابطة قانونية وسياسية.
10	ثانياً: الجنسية على اعتبار أنها صفة تلحق الفرد.
11	ثالثاً: تمييز مصطلح الجنسية عن بعض المصطلحات الأخرى
11	أ: الرعية والجنسية
12	ب: الجنسية والقومية
12	ج: الوطني
13	د: التابعين
13	الفرع الثاني: أهمية الجنسية.
13	أولاً: في المجال الداخلي.
14	ثانياً: في المجال الدولي.
15	المطلب الثاني: أسباب اعتماد الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية.

فهرس المواضيع

15	الفرع الأول: الأسباب القانونية والسياسية والدينية
16	أولاً: الأسباب القانونية.
16	أ: ثبات الجنسية كأصل عام
17	ب: الاستقلال التام لكل دولة بوضع قوانين جنسيتها
17	ثانياً: الأسباب السياسية والدينية
17	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من ضابط الجنسية في الأحوال الشخصية.
19	المبحث الثاني: نماذج لتطبيق ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.
19	المطلب الأول: تطبيق ضابط الجنسية على مسائل الزواج.
20	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج
20	أولاً: آثار الزواج الشخصية.
21	ثانياً: آثار الزواج المالية.
23	الفرع الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج.
23	أولاً: الجنسية كضابط إسناد بخصوص انحلال الزواج.
23	ثانياً: الآثار المترتبة عن انحلال الزواج.
24	المطلب الثاني: تطبيق ضابط الجنسية على التصرفات النافذة فيما بعد الموت.
25	الفرع الأول: الميراث.
25	أولاً: القانون الواجب التطبيق على الميراث.
26	ثانياً: نطاق تطبيق القانون الذي يخضع له الميراث.
27	أ: شروط استحقاق الارث
27	ب: بيان الورثة وترتيبهم



فهرس المواضيع

28	ج: موانع الارث
28	ه: شروط الميراث
28	الفرع الثاني: الوصية.
29	أولاً: نطاق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للوصية.
31	ثانياً: نطاق القانون الذي يحكم الشروط الشكلية للوصية.
32	ملخص الفصل الأول
34	<b>الفصل الثاني: إشكالات تطبيق ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية.</b>
36	المبحث الأول: الإشكالات المتعلقة بوجود ضابط الجنسية.
36	المطلب الأول: تعدد الجنسيات وانعدامها.
36	الفرع الأول: تعدد الجنسية
37	أولاً: تعدد جنسية الشخص الواحد
38	ثانياً: تعدد الجنسيات بسبب تطبيق قانون جنسيتين مختلفين على مسألة قانونية واحدة
38	أ: الشروط الموضوعية للزواج
39	1: التطبيق الجامع
39	2: التطبيق الموزع
40	ب: الشروط الموضوعية للتبني والكفالة
41	1: مضمون الفكرة المسندة بشأن الشروط الموضوعية للتبني والكفالة
41	2: التطبيق الجامع والتطبيق الموزع للتبني والكفالة
42	الفرع الثاني: انعدام الجنسية (التنازع السلبي)
43	أولاً: موقف المشرع الجزائري من عديم الجنسية
43	ثانياً: الفرق بين قانون الموطن ومحل الإقامة

فهرس المواضيع

45	المطلب الثاني: إشكالات يثيرها ضابط جنسية الفرد الواحد
45	الفرع الأول: التنازع المتحرك
46	أولاً: شروط التنازع المتحرك
47	ثانياً: حلول التنازع المتحرك
47	أ: الاتجاه الأول: حل التنازع بتطبيق القانون القديم
48	ب: الاتجاه الثاني: حل التنازع بتطبيق القانون الجديد
48	ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من مسألة التنازع المتحرك
49	الفرع الثاني: تعدد التشريعات
51	المبحث الثاني: حالات استبعاد قانون الجنسية الواجب التطبيق
51	المطلب الأول: إشكالات عامة متعلقة بمضمون قانون الجنسية
52	الفرع الأول: النظام العام و الغش نحو القانون
52	أولاً: النظام العام
53	ثانياً: الغش نحو القانون
55	الفرع الثاني: الإحالة و تعذر إثبات القانون الأجنبي
55	أولاً: الإحالة
57	ثانياً: تعذر إثبات القانون الأجنبي
57	أ: عبء إثبات مضمون قانون الجنسية الأجنبي
57	1: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره واقعة
58	2: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانون
58	ب: موقف المشرع الجزائري
59	المطلب الثاني: إشكالات خاصة متعلقة بمضمون قانون الجنسية
59	الفرع الأول: حالات خضوع أهلية المتعاقد الأجنبي للقانون الوطني
60	أولاً: قضية ليزا ردي

فهرس المواضيع

61	ثانيا: شروط تبني المشرع الجزائري لقاعدة خضوع أهلية الأجنبي للقانون الوطني
62	الفرع الثاني: النظم الخاصة لحماية القصر وعديمي الأهلية
62	أولا: مجال تطبيق قانون الجنسية الخاص بحماية غير كاملي الأهلية
63	ثانيا: الاستثناءات من قاعدة خضوع غير كاملي الأهلية لقانون الجنسية
64	ملخص الفصل الثاني
66	الخاتمة
69	قائمة المراجع
76	الفهرس

## الملخص

تعد الجنسية رابطة قانونية بين الفرد والدولة، فهي تعتبر ضابط الإسناد الذي يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، ولهذا أناط المشرع الجزائري ومعظم الدول العربية مسائل الأحوال الشخصية بقانون الجنسية، إلا أنه وفي بعض الأحيان قد تعتري تطبيق هذا الضابط بعض الإشكالات بسبب كون الفرد يحمل أكثر من جنسية واحدة أو عديم الجنسية، أو بسبب تطبيق قانون جنسيتين في نفس الوقت على مسألة قانونية واحدة، وقد وضع المشرع الجزائري لكل هذه الإشكالات حلاً كرسّت في معظمها تطبيق قانون الجنسية مع بعض الاستثناءات التي يطبق فيها قانون الموطن أو قانون القاضي، غير أنه لا تزال بعض الإشكالات لا تتضمن نصوصاً صريحة لحلها كما هو الحال في التنازع المتحرك والقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج والكفالة، مما يقتضي تدخل المشرع بما يضمن الحل الأفضل لها.

## الكلمات المفتاحية:

الجنسية\_ الأحوال الشخصية\_ ضابط الإسناد\_ القانون الدولي الخاص\_ التنازع المتحرك.

## **Résumé du mémoire**

La nationalité est une relation juridique entre l'individu et l'état elle est considérée comme norme d'attribution qui guide le juge à la loi applicable. Dans les litiges qui contiennent un élément étranger. Le législateur algérien et la plupart des législateurs ont liés les statuts personnels à la loi de la nationalité, mais parfois cet attribut rencontre certains problèmes en raison du fait que l'individu détient plus d'une nationalité ou apatrides. Ou en raison de l'application de la loi de la double citoyenneté en même temps sur un seul problème juridique, le législateur algérien a mis à tous ces manigances des solutions consacrées à l'application de la loi de la nationalité avec quelques exceptions dont la loi est appliquée la loi du domicile ou la loi de juge.

Cependant, certaines problèmes restent encore ne contiennent pas des textes explicites pour les résoudre comme dans le cas du conflit mobile et la loi régissant les conditions de fond du mariage et l'apparentage qui nécessitent la modification du code civil, pour assurer la meilleure solution de ces différends.

### **Les mots clés :**

nationalité, statut personnel, norme d'attribution, Droit international privé, conflit mobile.

