

جامعة البليدة 02- لونيبي علي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

دروس عبر الخط في مقياس تنازع القوانين في شؤون الأسرة

مقدمة لفائدة طلبة السنة الأولى ماستر
تخصص قانون الأسرة

من طرف الدكتورة: رتيبة عياش

السنة الجامعة: 2022 - 2023

مقدمة

يعتبر كل ما يتعلق بشؤون الأسرة المجال الخصب لتنازع القوانين، وخاصة مسائل الزواج والطلاق وآثارهما، لذلك انصبّت هذه الدراسة على مجموعة من المواضيع لتحديد القانون الواجب التطبيق على كل منها، إعمالاً لأحكام القانون المدني فيما يخص تنازع القوانين من حيث المكان.

ويكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه، حسب نص المادة 09 من القانون المدني.

الدرس الأول

القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج

إن تحديد ما يعد من شروط موضوعية أو شكلية لصحة عقد الزواج هو مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي تطبيقاً لنص المادة 9 من القانون المدني.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج

1- المقصود بالشروط الموضوعية لعقد الزواج:

حدد المشرع الجزائري الشروط الموضوعية لعقد الزواج في المادتين 09 و 09 مكرر من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، فنصت المادة 09 على أنه: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين»، ونصت المادة 09 مكرر على ما يلي: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

-أهلية الزوج

-الصداق

- الولي

-انعدام الموانع الشرعية للزواج».

حيث يستفاد من المادتين السابقتين أن الركن الوحيد لانعقاد الزواج هو رضا الزوجين، أما بقية المقومات الأخرى فتعد شروط صحة، بينما كانت هذه المقومات المتمثلة في الرضا والولي والشاهدين والصداق بمثابة أركان نصت عليها المادة 09 من قانون الأسرة رقم 84-11، والتي جاء فيها: «يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق»، بمعنى أن المشرع بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 احتفظ بركن واحد لعقد الزواج وهو الرضا، وأضاف شرطين لصحة عقد الزواج هما أهلية الزوج وانعدام الموانع الشرعية.

2- قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية

هناك ثلاثة اتجاهات

أ- إخضاع الشروط الموضوعية لقانون موطن الزوجين، وهذا هو المنصوص عليه في القانون الإنجليزي والدول الإسكندنافية.

ب- إخضاعها لقانون محل إبرام عقد الزواج، من دون تمييز بين الشكل والموضوع، وهذا هو المعتمد في القانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية.

ج- إخضاعها لقانون جنسية كل من الزوجين (قانون الجنسية المشتركة للزوجين)، وهذا هو المطبق في التشريعات العربية، والقانون الألماني واتفاقية لاهاي المؤرخة في 12 جوان 1902 الخاصة بتنازع القوانين في مادة الزواج، وذلك في مادتها الأولى.

ولم ينص القانون الفرنسي على قاعدة إسناد صريحة بشأن هذه الشروط، لكن الفقه الفرنسي يرى إخضاعها لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، وذلك من خلال تفسير المادة 03/03 من القانون المدني الفرنسي.

ونص المشرع الجزائري في المادة 11 من القانون المدني على إخضاعها لقانون جنسية كل من الزوجين، حيث جاء فيها: «يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين».

كما نص المشرع المصري في المادة 12 من القانون المدني على أنه: «يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين».

ونص المشرع الكويتي في المادة 36 من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على ما يلي: «يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج، كالأهلية وصحة الرضاء وشرط الخلو من موانع الزواج، إلى قانتون جنسية الزوجين إذا اتحدت الجنسية، فإن اختلفت وجب الرجوع بالنسبة إلى كل زوج لقانون جنسيته».

3- كيفية تطبيق قانون كل من الزوجين

يثور الإشكال عندما يكون الزوجان مختلفي الجنسية، وظهر اتجاهاً على مستوى الفقه.

أ- التطبيق الجامع لكل القانونين:

المقصود به أن الزواج لا يكون صحيحاً إلا إذا استوفى كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني بالإضافة إلى الأحكام المنصوص عليها في القانون الوطني للزوج الآخر، وهذا الاتجاه منتقد، لأنه يجعل العلاقة مستحيلة الانعقاد، بمجرد تخلف شرط من الشروط المنصوص عليها في كلا القانونين.

ب- التطبيق الموزع لكلا القانونين:

المقصود به أنه يجب على كل زوج أن يستوفي جميع الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني، ويستثنى من التطبيق الموزع موانع الزواج نظراً لخطورتها، لأن الهدف منها حماية الرابطة الزوجية (حماية مصالح اجتماعية) في حد ذاتها، وليس حماية أحد الزوجين فحسب.

والأجدر بالمشعر الجزائري إعادة ضبط المادة 11 التي تنص على أنه: «يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين»، بما يفيد توضيح نوع التطبيق المراد (الجامع أو الموزع)، كما فعل المشعر الكويتي في المادة 36 المذكورة أعلاه، وهذا ما يستفاد كذلك من المادة 12 من القانون المدني المصري المذكورة سابقاً.

أما فيما يخص موانع الزواج فقد كرست محكمة النقض المصرية التطبيق الجامع في قضية 01 أبريل 1954 عندما قضت بنقض حكم صادر عن محكمة الموضوع، لأنه طبق بخصوص موانع الزواج قانون أحد العاقدين فقط دون تطبيق قانون العاقد الآخر.

وبالرجوع إلى نص المادة 01/97 قانون الحالة المدنية يتضح إعمال المشعر الجزائري للتطبيق الموزع، إذ نصت على أنه: «إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين

جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج».

4- الاستثناء المقرر لصالح القانون الوطني

نصت المادة 13 من القانون المدني على أنه: «يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج».

يستفاد من المادة السابقة أن القانون الجزائري هو المختص في تقدير صحة الشروط الموضوعية لعقد الزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت العقد، ولا يؤثر في ذلك إذا صار الزوج الجزائري أجنبيا بعد العقد.

ولا يسري هذا الاستثناء على ما يرتبط بأهلية الزواج بحيث تظل أهلية كل من الزوجين خاضعة لقانون جنسيته، فلو تزوجت جزائرية بفرنسي مسلم، فإن الزواج يخضع للقانون الجزائري بالنسبة لجميع الشروط الموضوعية باستثناء أهلية الزواج التي تبقى خاضعة لقانون كل زوج على حدة، تطبيقا للمادة 1/10 من القانون المدني التي نصت على أنه: «يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون عليها بجنسيتهم».

وقد كرس المشرع المصري في المادة 14 من القانون المدني نفس الاستثناء المكرس من طرف المشرع الجزائري، إذ نصت على أنه: «في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين، إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون المصري وحده فيما عدا شرط الأهلية».

وتجدر الإشارة إلى أن أغلب قواعد تنازع القوانين في التشريعات العربية نصت على هذا الامتياز لصالح القانون الوطني، ومنها المادة 36 من القانون الكويتي المتعلق

بنتظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، والمادة 14 من القانون المدني الليبي والمادة 09 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج

1- المقصود بالشروط الشكلية لعقد الزواج

تجدر الإشارة إلى أن تقسيم شروط الزواج إلى شروط موضوعية وشروط شكلية مسألة مستقاة من النظم القانونية الغربية.

ويقصد بها الطرق اللازمة لإظهار الزواج والإفصاح عنه إلى العالم الخارجي كإشهاره وتحريره وإثباته، ويعتبر من الشروط الشكلية في عقد الزواج في التشريع الجزائري كافة الإجراءات المتعلقة بتسجيل الزواج والجهات المختصة بإبرامه وأشكال تحريره كالصيغ والتوقيعات المطلوبة، وطريقة إشهاره وإعلام الغير به وإثباته.

مع ملاحظة أن الزواج في الجزائر لا يحتاج إلى طقوس ومراسيم دينية من الناحية الشكلية، ويتم تحرير عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية المختص، أو أمام الموثق، وهذا ما نصت عليه المادة 18 من قانون الأسرة التي جاء فيها: « يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون».

ونصت المادة 01/73 من قانون الحالة المدنية على ما يلي: « يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو الموثق بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون».

كما نصت المادة 31 من قانون الأسرة على أنه: « يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية».

والمقصود بالأحكام التنظيمية هنا رخصة إدارية مسلمة من والي الولاية المختص بناء على تعليمة وزارة الداخلية رقم 02 الصادرة بتاريخ 1980/02/11، وشهادة إثبات الإسلام في حالة زواج الجزائرية بأجنبي أو شهادة اعتناق الإسلام.

2- خضوع شكل الزواج لقانون محل الإبرام (قاعدة لوكيس)

أ- مضمون قاعدة لوكيس Locus وطبيعتها

يقصد بهذه القاعدة أن القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج هو قانون المحل الذي تم فيه إبرام عقد الزواج.

وظهر اتجاهان فقهيان بشأن طبيعة قاعدة لوكيس، اتجاه يرى أنها قاعدة أمر، وآخر يراها قاعدة اختيارية.

ب- طبيعة قاعدة لوكيس في التشريعات الحديثة

كرست إنجلترا الطابع الإلزامي لقاعدة لوكيس، بينما ذهبت أغلبية الدول إلى اعتبارها قاعدة اختيارية، حيث أخضع المشرع الفرنسي شكل الزواج لقانون المحل في المادة 01/171 من القانون المدني، وسمح للفرنسيين إبرام زواجهم في الخارج باللجوء إلى قانون المحل أو اختيار الخضوع لأحكام القانون الفرنسي وذلك في حالة إبرام عقود زواجهم أمام الهيئات الدبلوماسية أو القنصلية.

ونصت على هذا الطابع الاختياري المادة الثانية من اتفاقية لاهاي المتعلقة بإبرام عقد الزواج والاعتراف به، المبرمة في 14 مارس 1978، والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من 01 ماي 1991.

وبالرجوع إلى موقف التشريعات العربية أكد المشرع المصري على الطابع الاختياري للقاعدة في المادة 20، حيث أجاز للأفراد اختيار قانون البلد الذي أبرم فيه العقد، أو القانون الذي يحكم موضوع العقد، أو قانون الموطن المشترك أو القانون الوطني المشترك.

ومنح المشرع الأردني في المادة 02/13 من القانون المدني للزوجين الخيار بين إخضاع شكل الزواج لقانون كلا الزوجين وإما لقانون محل الإبرام.

وهذا ما أعمله المشرع الجزائري في المادة 19 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: « تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت

فيه ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية».

وقد أكد قانون الحالة المدنية الطابع التفسيري والاختياري لهذه القاعدة في المواد 95 و96 و97 منه إذ نصت المادة 95 على ما يلي: «إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرر طبقا للأوضاع المألوفة في هذا البلد».

و نصت المادة 96 على: «إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقات للقوانين الجزائرية».

أما المادة 97 فنصت على ما يلي: «إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج».

ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعيان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية.

غير أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لا تتم مراسمه إلا في البلاد التي ستحدد بموجب مرسوم».

3- موانع تطبيق قاعدة لويس

أ- الغش نحو القانون

يرى أغلبية الفقه المعاصر أن التصرفات الناشئة في بلد أجنبي وكانت مشوبة بنية الغش لا تنتج آثارها، ويجوز للقاضي حينئذ أن يستبعد القانون الأجنبي المختص بحكم شكل الزواج، ومهمة القاضي في هذه الحالة ليست بالأمر الهين، نظرا لاختلاف

التشريعات في تنظيم مسألة شكل الزواج، فمثلا إذا تزوج فرنسي بإنجليزية في إنجلترا دون اتباع إجراءات الشهر هذا الزواج يعد صحيحا طبقا لقاعدة لوكيس، ولكن حتى يعتبر صحيحا فإن القانون الفرنسي يشترط أن يتم إعلان هذا الزواج في فرنسا وإلا اعتبر باطلا، وعلى أساس ذلك ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار مثل هذا الزواج باطلا على أساس نظرية الغش نحو القانون، لأن الزوجين قصدا من تطبيق قاعدة لوكيس التهرب من تطبيق إجراءات الشهر المنصوص عليها في القانون الفرنسي بموجب المادة 63 من القانون المدني (المادة 24 من القانون المدني الجزائري).

ب- النظام العام: أكد معظم الفقه أهمية دور النظام العام كوسيلة لاستبعاد تطبيق قاعدة لوكيس، إذا تعارض مضمون القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية للمجتمع.

وقد اعتبر القضاء الفرنسي في قرار صادر عن محكمة استئناف نانسي Nancy بتاريخ 17 جوان 1922 أن زواج الأجانب وطلاقهم يخضع في الأصل للقانون الشخصي ويخضع بصفة استثنائية للقانون الفرنسي، إذا تعارض القانون الشخصي مع النظام العام الفرنسي.

وبالتالي تتأثر قاعدة لوكيس برأي القاضي فيما يخص النظام العام، وتبعاً لذلك أبطل القضاء الفرنسي عددا من عقود زواج الأجانب في فرنسا، التي تمت طبقا للشكل المنصوص عليه في قانونهم الوطني بدعوى تهديد النظام العام للدولة.

وكمثال لاستبعاد قاعدة لوكيس لمخالفة النظام العام، زواج جزائري بفرنسية في فرنسا الذي تم وفقا للشكل الديني، فمثل هذا الزواج يتعارض مع النظام العام في الجزائر وأحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي يعد باطلا لأنه يمس بعقيدة المسلم.

ولهذا يجب استبعاده طبقا لنص المادة 24 من القانون المدني التي تنص على أنه: « لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة»

الدرس الثاني

القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج

إن تحديد ما يعد من آثار الزواج هو مسألة تكليف تخضع لقانون القاضي إعمالاً لنص المادة 09 من القانون المدني.

1- المقصود بآثار عقد الزواج

يقصد بآثار عقد الزواج كل الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والنظام المالي بين الزوجين إن كان موجوداً.

وتنقسم إلى آثار شخصية وآثار مالية، وتتمثل الشخصية منها في مختلف حقوق وواجبات الزوجين من نفقة الزوجة، وطاعة الزوج، والمعاشرة بينهما بالمعروف، وبالنسبة للآثار المالية فتتمثل في النظام المالي بين الزوجين، وهذا النوع من النظام ليس له أساس شرعي، وإنما هو نظام غربي، لأن الشريعة الإسلامية لا ترتب على الزواج أي أثر مالي، وإنما يحتفظ كل زوج بحرية التصرف في أمواله، تطبيقاً لمبدأ استقلال الذمة المالية. والزوج هو المكلف بالإنفاق على الأسرة، من زوجة وأولاد، وتتمتع الزوجة بأهلية التصرف في أموالها الخاصة.

وقد حدد المشرع الجزائري حقوق واجبات الزوجين في المادة 36 من قانون الأسرة، وكرس حق الزوجة في النفقة في المادة 74 من نفس القانون، ونفقة الأولاد في المادتين 75 و76 من نفس القانون، أما مسألة نسب الأولاد فنظمها في المواد من 40 إلى 46 من القانون ذاته.

وقد نص المشرع الجزائري على مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين، وأجاز إمكانية الإتفاق على نظام الاشتراك المالي في المادة 37 من الأمر رقم 02/05 المعدل لقانون الأسرة رقم 11/84، حيث جاء فيها: « لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لا حق

حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما».

2- قاعدة الإسناد التي تحكم آثار عقد الزواج بين الزوجين

أ- القاعدة العامة

تنص المادة 02/12 من القانون المدني على أنه: «يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج».

يتضح من نص المادة السابقة إخضاع المشرع الجزائري لآثار عقد الزواج بنوعها إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وليس وقت رفع الدعوى تجنباً للإشكالات التي يمكن أن تترتب على التنازع المتحرك نتيجة تغيير جنسية الزوج بعد العقد، بالإضافة إلى أن إخضاع آثار عقد الزواج إلى نفس ضابط الإسناد الذي يحكم انعقاد الزواج قد يساهم في الحفاظ على استقرار العلاقة الزوجية.

بينما نص الفصل 47 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على ما يلي: «تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا فلقانون المحكمة».

وبلاحظ إخضاع المشرع التونسي آثار عقد الزواج للقانون الشخصي المشترك كضابط إسناد أصلي وضابط إسناد احتياطي في حالة تعذر تطبيق الضابط الأصلي، وهو قانون الموطن، وفي حالة عدم إمكانية تطبيق هذا الأخير يطبق قانون القاضي، ويتضح جلياً تكريس المشرع التونسي لمبدأ المساواة بين الزوجين.

كما نصت المادة 39 من قانون العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي على أنه: «يرجع في الآثار التي يرتبها عقد الزواج، كحل المعاشرة والطاعة والمهر والنفقة وعدة الوفاة، إلى قانون جنسية الزوج وقت الزواج».

يرجع كذلك إلى هذا القانون في الأثر الذي يترتب عليه الزواج بالنسبة للمال»، وهو نفس الضابط الذي اعتمده المشرع الجزائري، ويلاحظ أن المشرع الكويتي ذكر بعض آثار عقد الزواج.

وفيما يخص النظام المالي للزوجين، فقتصر عليه المشرع التونسي في الفصل 48 من مجلة القانون الدولي التي جاء فيها: « يخضع النظام المالي للزوجية للقانون الخاص الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة عند انعقاد الزواج وعند اختلاف الجنسية يخضع النظام المالي للزوجية لقانون أول مقر مشترك لهما إن وجد وإلا فللقانون مكان إبرام عقد الزواج».

ونص المشرع المغربي على النظام المالي للزوجين في المادة 14 من الظهير المتعلق بالوضع المدنية للأجانب: « إن العقد المنظم للعلاقات المالية بين الزوجين يخضع من حيث صحته الذاتية وآثاره للقانون الوطني للزوج بتاريخ إبرام الزواج، وإذا أبرم العقد المذكور أثناء قيام الزوجية يخضع للقانون الوطني للزوجين بتاريخ إبرامه. ويعين القانون نفسه ما إذا كان يسوغ للزوجين أن يحيلوا إلى قانون آخر وبأي مقدار، فإذا وقعت هذه الحالة فإن القانون المحال عليه هو الذي يحكم آثار العقد المنظم للعلاقات المالية بين الزوجين».

ونصت المادة 15 من نفس القانون على ما يلي: « إذا لم يبرم عقد منظم للعلاقات المالية بين الزوجين فإن آثار الزواج على أموال الزوجين من أصول ومنقولات تخضع لقانون الدولة التي كان ينتسب إليها الزواج بتاريخ إبرام الزواج، ولا يؤثر على نظام تلك الأموال تغيير الزوجين أو أحدهما جنسيته فيما بعد».

وهذا ما طبقته محكمة استئناف الرباط في القرار الصادر في 05 جويلية سنة 1959 في قضية الفرنسية المتزوجة ببريطاني لدى القنصل البريطاني بالمغرب، ولم يختار الزوجان أي نظام لتنظيم أموالهما، حيث قضت أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الإنجليزي والذي يقضي بفصل الأموال.

كما نصت الاتفاقية الفرنسية المغربية المرتبطة بحالة الأشخاص والأسرة سنة 1981 على أنه: « يطبق قانون إحدى الدولتين التي ينتمي إليها الزوجان فيما يرجع للآثار الشخصية للزواج.

يطبق فيما يخص الآثار الشخصية للزواج- إذا كان أحد الزوجين مغربيا والآخر فرنسيا- قانون إحدى الدولتين التي بها موطنهما المشترك، أو آخر موطن مشترك لهما تطبق مقتضيات الباب الثالث من هذه الاتفاقية على النفقة بين الزوجين». والملاحظ أن القضاء الفرنسي طبق ضابط الإسناد المتمثل في الموطن المشترك وجعله أساسا وأصلا لمعظم القرارات الصادرة في هذا الموضوع، بالرغم من أنه ضابط إسناد احتياطي، تماشيا مع السياسة التشريعية المنتهجة من طرف فرنسا بغرض إدماج الأجنبي.

ب-الاستثناء المقرر لصالح القانون الوطني

نصت المادة 13 من القانون المدني على أنه: « يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 18 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزوج».

يستفاد من المادة السابقة أن القانون الجزائري هو الذي يطبق على الآثار المترتبة على عقد زواج جزائرية مع أجنبي متى كانت جزائرية الجنسية وقت عقد الزواج، وهذا يعد امتيازاً لصالح القانون الوطني، وهو نفس الامتياز الممنوح بصدد شروط عقد الزواج الموضوعية.

وهذا الامتياز نصت عليه معظم التشريعات العربية، حيث ورد في المادة 14 من القانون المدني المصري، والمادة 15 من القانون المدني الأردني، والمادة 15 من القانون المدني السوري، والمادة 14 من القانون المدني الليبي.

3- قاعدة الإسناد التي تحكم آثار عقد الزواج المترتبة لصالح الأولاد

أ- قاعدة الإسناد الخاصة بنسب الطفل

تنص المادة 13 مكرر من القانون المدني على أنه: «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».

يتضح من النص القانوني أعلاه أن المشرع أعمل ضابط الإسناد المتمثل في قانون جنسية الأب في كل المسائل المرتبطة بإثبات نسب الطفل ونفيه، والمعيار المعتمد به هو جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، أو جنسية الأب وقت وفاته في حالة حدوث وفاة الأب قبل ميلاد هذا الطفل.

وتجدر الإشارة إلى أن أعمال هذا الضابط قد يؤدي إلى تطبيق قوانين مخالفة لأحكام النسب في قانون الأسرة والمستمدة من الشريعة الإسلامية، فلو تزوجت جزائرية من فرنسي مسلم، وثار إشكال حول مسألة إثبات النسب أو نفيه مثلا، فإن القانون الواجب التطبيق حسب المادة 13 مكرر هو القانون الفرنسي إذا ما تم رفعه أمام القضاء الجزائري، لكن القاضي سيستبعد هذا القانون إعمالا لنص المادة 24 التي جاء فيها: «لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

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

وبالتالي يطبق القاضي أحكام النسب المنصوص عليها في قانون الأسرة من المواد 40 إلى 46 منه، بالإضافة إلى ما جاء من أحكام خاصة في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مسائل النسب وما استجد منها.

ب- قاعدة الإسناد الخاصة بنفقة الطفل

نصت المادة 14 من القانون المدني على أنه: «يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها».

يستفاد من المادة السابقة أن القانون الواجب التطبيق على المسائل المرتبطة بنفقة الطفل هو قانون جنسية المدين بالنفقة، وهو الأب لأنه المكلف بنفقة أولاده في المقام الأول تطبيقاً لنص المادة 75 من قانون الأسرة وفي حالة عجزه، ينتقل هذا الواجب إلى الأم إذا كانت قادرة على ذلك حسب نص المادة 76 من نفس القانون.

لكن يجب الإشارة إلى أن هذه القاعدة كذلك يمكن أن يؤدي إلى تطبيق أحكام مخالفة لقانون الأسرة، فلو تزوجت جزائرية بفرنسي مسلم، وثار نزاع حول نفقة الأبناء، فإن قاعدة الإسناد المذكورة توجب تطبيق القانون الفرنسي، وهذا الأخير ينص قانونه المدني في المادة 214 منه على أنه: « يتحمل الزوجان تكاليف الحياة الزوجية حسب طاقات كل واحد منهما إذا لم تحدد اتفاقاتهما الزوجية ذلك ».

وبالتالي يستعبد القاضي الجزائري تطبيق هذا الحكم إذا ما عرض عليه النزاع ويطبق أحكام نفقة الأولاد المنصوص عليها في قانون الأسرة.

الدرس الثالث

القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية

إن تحديد ما يرتبط بانحلال الزواج مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي إعمالاً لنص المادة 09 من القانون المدني.

1- المقصود بانحلال الزواج

نصت المادة 48 من قانون الأسرة على أنه: «مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون».

يستفاد من المادة السابقة أن انحلال الرابطة الزوجية يتم بثلاث صور تتمثل في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الذي تحكمه المواد من 49 إلى 52 من قانون الأسرة، والتطليق الذي تحكمه المادة 53 و53 مكرر من نفس القانون والخلع المنصوص عليه في المادة 54 من القانون ذاته.

وتجدر الإشارة إلى وجود نظام قانوني في بعض الدول الغربية التي تحرم الطلاق يتمثل في الانفصال الجسماني أو التفريق البدني، و يتم عن طريق المباحة المادية بين الزوجين دون حل الرابطة الزوجية في الحال، لكنه قد يؤدي إلى الطلاق بعد مدة معينة عن طريق القضاء، كما أنه يمكن عودة الزوجين إلى ما كان عليه قبل الانفصال الجسماني وهذا النظام غير معروف في الدول الإسلامية، التي تطبق الأحكام الشرعية لفك الرابطة الزوجية، لكن المشرع الجزائري نص عليه في المادة 02/12 من القانون المدني تقادياً للإشكالات التطبيقية التي قد يصادفها القاضي ضمن تنازع القوانين.

2- النظريات الفقهية بشأن تحديد القانون المختص بفك الرابطة الزوجية.

أ- نظرية الجمع بين القانونين الوطنيين للزوجين

يقصد بها تطبيق قانون الجنسية لكل واحد من الزوجين، ولكنها منتقدة لصعوبة تطبيق القانونين، لاسيما في حالة اختلاف مضمون كل منهما.

ب- نظرية وحدة القانون الشخصي

يقصد بها تطبيق قانون الموطن المشترك، هذا ما طبقه القضاء الفرنسي ابتداء من قرار "ريمير" الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1953/04/17 حيث قررت أن طلاق زوجين، زوج يحمل جنسية الإكوادور، وزوجة اكتسبت الجنسية الفرنسية يخضع لقانون الموطن المشترك، ما دام لهما موطن مشترك في الإكوادور.

وثار نقاش حاد حول مدى إمكانية استبدال قانون الموطن المشترك بالقانون الشخصي للزوجين في حالة تطابق مضمونها رغم اختلاف جنسية الزوجين، و صدر قرار محكمة النقض الفرنسية "قرار كاركوس" بتاريخ 1961/02/22 بإخضاع الطلاق لقانون الموطن المشترك للزوجين رغم أن القانونين الوطنيين للزوجين كانا يمنعان الطلاق قبل تعديلهما.

3- قاعدة الإسناد التي تحكم الجانب الموضوعي لانحلال الرابطة الزوجية: نصت المادة

02/13 من القانون المدني المصري، والمادة 02/14 من القانون المدني السوري والمادة 02/13 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: «أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها (الزوج) وقت الطلاق، ويسري على التطلق والانفصال الجسماني قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى».

ونصت المادة 40 من قانون تنظيم العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي الكويتي على ما يلي: «يسري على الطلاق والتطلق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطبيق أو بالانفصال، فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة يسري قانون الزوج وقت انعقاد الزواج».

كما نص الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على أن: «الطلاق والتفريق الجسدي ينظمها القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الدعوى يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها».

ونصت المادة 09 من الظهير الخاص بالوضع المدنية للفرنسيين والأجانب في المغرب على أن: «للفرنسيين والأجانب الحق بأن يطلبوا الطلاق والفصل الجسماني بمقتضى الشروط المقررة في قوانينهم الوطنية».

كما نصت الاتفاقية الفرنسية المغربية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة في المادة 09 على ما يلي: «ينحل الزواج وفقا لقانون إحدى الدولتين التي ينتمي إليها الزوجان يوم تقييد الطلب».

يطبق في الفرقة- إذا كان أحد الزوجين مغربيا والآخر فرنسيا ساعة تقييد الطلب- قانون الدولة التي يقع بها موطن الزوجين المشترك أو آخر موطن مشترك لهما».

وإذا رجعنا إلى موقف المشرع الجزائري فقد نصت المادة 02/12 من القانون المدني على أنه: «ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى».

ويظهر من المادة أعلاه توحيد المشرع الجزائري لقاعدة الإسناد التي تحكم انحلال الزواج من غير تفريق بين الطلاق والتطليق والخلع، وتتمثل هذه القاعدة في قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وهذا على خلاف معظم التشريعات العربية السابق ذكرها، ومنها التشريع المصري الذي ميز بين قاعدة الإسناد التي تحكم الطلاق بإرادة الزوج والمتمثلة في قانون جنسيته وقت الطلاق، وقاعدة الإسناد التي تحكم التطليق والانفصال الجسماني والمتمثلة في قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

4-الاستثناء المقرر لصالح القانون الوطني: نصت المادة 13 من القانون المدني على ما يلي: « يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج». يتضح من المادة أعلاه أن القانون الجزائري هو صاحب الاختصاص فيما يرتبط بانحلال عقد الزواج متى كان أحد الزوجين جزائرياً وقت العقد، حتى ولو أصبح أجنبياً بعد انعقاد الزواج.

ولا يمكن سريان هذا الاستثناء على ما يتعلق بأهلية الزواج التي تخضع دائماً لقانون جنسية كل زوج، وقد طبق الاجتهاد القضائي الجزائري هذا الاستثناء في قضية طلاق بين جزائرية وإيطالي، حيث قضت المحكمة الابتدائية بانعقاد الاختصاص للقانون الإيطالي تطبيقاً لنص المادة 02/12 من القانون المدني، فقامت الزوجة بالطعن بالنقض في هذا الحكم الصادر سنة 1996 عن محكمة بئر مراد رابيس، وأثارت المحكمة العليا تلقائياً الوجه المأخوذ من مخالفة المادتين 02/12 و13 من القانون المدني، وقضت بما يلي: « حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية ما دام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية.

حيث أنه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقاً للمادة 13 من القانون المدني عوض القانون الإيطالي، كما هو وارد في الحكم المطعون فيه. ولما كان كذلك يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه»، (قرار صادر بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 2000، ص 167).

5-قاعدة الإسناد التي تحكم الجانب الإجرائي لانحلال الرابطة الزوجية

نصت المادة 21 مكرر من القانون المدني على أنه: « يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات». يستفاد من المادة السابقة أن القانون الواجب التطبيق على ما ارتبط بالإجراءات هو قانون القاضي المعروض أمامه النزاع

الدرس الرابع

القانون الواجب التطبيق على المسائل المرتبطة بالحضانة

إن تحديد ما يعد من مسائل مرتبطة بالحضانة مسألة تكليف تخضع لقانون القاضي إعمالاً لنص المادة 09 من القانون المدني.

1- المقصود بمسائل الحضانة

نص المشرع في قانون الأسرة على الحضانة ابتداء من المادة 62 إلى غاية المادة 72 منه.

حيث عرفت المادة 62: « الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا».

وحددت المادة 64 مراتب الحاضنين، ونصت المادة 65 على انقضاء الحضانة، بينما تولت المواد من 66 إلى 71 تبيان ما يتعلق بسقوط الحضانة، في حين أوجب المشرع في المادة 72 على الأب في حالة الطلاق أن يوفر للحاضنة مسكناً ملائماً لممارسة الحضانة، وفي حالة تعذر ذلك يدفع بدل الإيجار.

2- تكليف الحضانة (الطبيعة القانونية للحضانة)

باعتبار معظم التشريعات لم تخص مسائل الحضانة بقاعدة إسناد وجب البحث على الطبيعة القانونية للحضانة لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها، حيث ظهرت في ذلك اتجاهات يمكن حصرها فيما يلي:

أ- الحضانة أثر من آثار عقد الزواج

وهذا ما ذهب إليه غالبية الفقه الفرنسي، وأكد عليه القضاء المصري بعدة أحكام قضائية، منها حكم صادر عن محكمة الإسكندرية سنة 1952، وقد انتقد بحجة عدم إمكانية اعتبار آثار عقد الزواج بعد انتهائه بالطلاق.

ب- الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج:

وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، وغالبية الفقه المصري.

ج- الحضانة من مسائل الولاية على المال:

هذا موقف بعض الفقهاء المصريين إعمالاً لنص المادة 16 من القانون المدني المصري التي جاء فيها: « يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجور عليهم والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته».

وقد انتقد هذا الاتجاه لأن نص هذه المادة يسري على الولاية على المال وما يتعلق بحفظ مال الطفل وليس ما يرتبط بتربية الطفل ورعايته.

3-الحلول التشريعية الدولية لحل الإشكالات المرتبطة بالحضانة

أ- الاتفاقيات الثنائية

1- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية بتاريخ 26 جويلية 1988

بشأن المنازعات بين الآباء الجزائريين والأمهات الأجنبية والمتعلقة بحضانة الأولاد وبحق الزيارة للأبوين.

وغالبا ما ينعقد الاختصاص القضائي للقضاء الفرنسي استنادا إلى موطن الزوجية المشتركة، وهذا الأخير يأخذ غالبا بالمصلحة المادية للمحضون.

2- الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المغرب وإسبانيا بتاريخ 30 ماي 1997

بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال.

3- الاتفاقية الفرنسية التونسية المبرمة بتاريخ 18 مارس 1982

المتعلقة بالمساعدة القضائية في مجال حق حضانة الأطفال وحق الزيارة والالتزام بالنفقة.

أ4- لجنة التعاون الدولي التي أنشأتها مصر، وتطبيقا لذلك أبرمت اتفاقية ثنائية مع المغرب بتاريخ 27 ماي 1998.

ب- الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف

ب1- اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 15 أكتوبر 1961

المتعلقة بحماية القصر والتي أخضعت الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد لاعتباره المكان الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقته بغيره.

ب2- الاتفاقية الموقعة في لوكسمبورغ بتاريخ 20 ماي 1980.

المتعلقة بالاعتراف بالأطفال وتنفيذ الأحكام الصادرة في مجال الحضانة.

ب3- اتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص المبرمة بتاريخ 25 أكتوبر 1980

المتعلقة بالجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال، وقد شهدت هذه الاتفاقية نجاحا كبيرا، حيث بلغ عدد الدول المصادقة عليها سنة 1988 حوالي 49 دولة.

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية حقوق الطفل المبرمة بتاريخ 20 نوفمبر 1989

تضمنت عددا من المواد تخص الطفل المحضون وأهمها من 09 إلى 12.

4 - قاعدة الإسناد التي تحكم مسائل الحضانة في التشريعات الداخلية

من التشريعات التي نصت على قاعد إسناد خاصة بالحضانة التشريع الكويتي

والقطري والتونسي.

حيث نصت المادة 43 من القانون المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر

الأجنبي الكويتي على ما يلي: « يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي

الحضانة»، وهو نفس نص المادة 20 من القانون المدني القطري، ونص الفصل 50 من

المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص على أنه: « تخضع الحضانة للقانون الذي وقع

بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، ويطبق القاضي

القانون الأفضل للطفل».

ولم يخص المشرع المصري مسائل الحضانة بقاعدة إسناد خاصة إلا أن أغلبية الفقه المصري أجمع على اعتبار الحضانة كأثر من آثار الزواج، وبالتالي يسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية، تطبيقاً لنص المادة 13 من القانون المدني المصري.

كما أن المشرع الفرنسي كذلك لم يخضها بقاعدة إسناد إلا أن القضاء الفرنسي كيف الحضانة على أنها من آثار انحلال الزواج، مع أن الرأي الراجح في القضاء الفرنسي ينادي بإخضاعها للقانون الشخصي للطفل الذي يحقق مصلحة المحضون. وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري فإن المشرع لم ينص على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، إلا أن التطبيق القضائي مستقر على إخضاعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج باعتبارها من آثاره، ويقصد بذلك المادتين 02/12 و 13 من القانون المدني السابق الإشارة إليهما.

وتجدر الإشارة إلى أن الزواج المختلط يثير عند انحلاله مشاكل عديدة فيما يخص الحضانة، ومن أهم هذه الإشكالات مسألة انتقال الحاضنة بالمحضون إلى بلد أجنبي والتي قد تؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها تطبيقاً لنص المادة 69 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: «إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون».

وبالرجوع إلى التطبيق القضائي فقد استقر الاجتهاد القضائي على إسقاط الحضانة عن الأم المقيمة في بلد أجنبي وتبعاً لذلك تم رفض طلب إهمار الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية الذي منح الحضانة لأم مقيمة في فرنسا ، لأن ذلك يعد مخالفاً للنظام العام في الجزائر وماساً بمصلحة المحضون في دينه وتربيته لانعدام الرقابة والإشراف من طرف الولي إلى غاية سنة 2008 أين تغير اتجاه الاجتهاد القضائي الذي أثبت حق الحضانة للأم المقيمة في فرنسا (بلد أجنبي غير مسلم)؟!!

الدرس الخامس

القانون الواجب التطبيق على مسائل النيابة الشرعية

إن تحديد ما يعتبر من مسائل مرتبطة بالنيابة الشرعية هي مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي إعمالاً لنص المادة 09 من القانون المدني.

1- المقصود بمسائل النيابة الشرعية

نص المشرع الجزائري على الأحكام العامة للنيابة الشرعية والمرتبطة بفقد الأهلية أو نقصها من المواد 81 إلى 86 من قانون الأسرة، ونص على أحكام الولاية من المادة 87 إلى 91 من نفس القانون، وخص الوصاية بالمواد من 92 إلى 98، بينما بين أحكام الحجر ابتداء من المادة 101 إلى غاية المادة 108 من ذات القانون، ومن المادة 109 إلى 115 أحكام المفقود والغائب.

2- قاعدة الإسناد التي تحكم مسائل النيابة الشرعية

أ- القاعدة العامة التي تحكم الشروط الموضوعية

تنص المادة 01/15 من القانون المدني على أنه: « يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته».

يستفاد من المادة السابقة أن القانون الواجب التطبيق على كل ما يدخل ضمن الشروط الموضوعية لأحكام النيابة الشرعية هو قانون الشخص الواجب حمايته.

وإذا ما كان هذا الشخص متعدد الجنسية فيطبق القاضي الجزائري قانون الجنسية الحقيقية أو الفعلية - وهذا الأخير هو المصطلح الصحيح- هذا إذا لم تكن الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات المتعددة، ففي هذه الحالة يطبق القانون الجزائري، ويطبق القاضي قانون الموطن أو محل الإقامة إذا كان الشخص المراد حمايته منعدم الجنسية

إعمالاً لنص المادة 22 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: « في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كان الشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول. وفي حالة انعدام الجنسية، يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة».

ب- قاعدة الإسناد التي تحكم الجانب الإجرائي

تنص المادة 21 مكرر من القانون المدني على أنه: « يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات». يستفاد من المادة أعلاه أن كل ما يتعلق بإجراءات خاصة بالنيابة الشرعية يطبق عليه قانون القاضي فمثلاً إذا كان الأمر مرتبطاً بالإذن القاضي لبيع العقار، من الناحية الموضوعية يطبق القاضي قانون الشخص الواجب حمايته، لكن فيما يخص إجراءات البيع تخضع لقانون القاضي، وبالتالي قد يجد القاضي صعوبة في التوفيق بين أحكام الشروط الموضوعية وأحكام الشروط الإجرائية.

ج- الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة التي تحكم الشروط الموضوعية

ج1- منح الاختصاص للقانون الجزائري في حالة التدابير الاستعجالية إذا كان الواجب حمايته موجودة في الجزائر عند اتخاذ التدابير.

ج2- منح الاختصاص للقانون الجزائري في حالة التدابير الاستعجالية إذا كانت مرتبطة بأموال موجودة في الجزائر خاصة بمن تجب حمايته.

وهذا تطبيقاً للمادة 02/15 من القانون المدني التي تنص على أنه: « 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».

ج3- منح الاختصاص للقانون الجزائري في حالة عقد تصرف مالي بين جزائري وأجنبي في الجزائر وأنتج آثاره فيها ، وكان الأجنبي ناقص الأهلية بالنسبة لقانونه وكامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري، ولم يتمكن الطرف الآخر من اكتشاف نقص الأهلية لأنه يرجع إلى سبب خفي يصعب تبيّنه، إعمالا لنص المادة 10 / 02 من القانون المدني التي نصت على أنه: « ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبيّنه من الرف الآخر ، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة».

الدرس السادس

القانون الواجب التطبيق على الميراث وعقود التبوع

إن تحديد ما يعد من مسائل مرتبطة بالمواريث أو عقود التبوع هي مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي إعمالاً لنص المادة 09 من القانون المدني.

1- المقصود بأحكام الميراث وعقود التبوع

نظم المشرع الجزائري مسائل المواريث ابتداء من المواد 126 إلى 183 من قانون الأسرة، حيث نصت المواد من 126 إلى 138 على الأحكام العامة للميراث، وفصلت المواد من 139 إلى 158 أصناف الورثة، وبينت أحكام الحجب المواد 159 إلى 165، ونص على العول والرد وتوريث ذوي الأرحام من المواد 166 إلى 168 ووضح ميراث الحمل في المادتين 173 و174، كما بين أهم المسائل الخاصة في المواد من 175 إلى 179 منه، ونص على قسمة التركات من المادة 180 إلى المادة 183، بينما نظم الأحكام الخاصة بعقود التبوع من المادة 184 إلى المادة 220 من قانون الأسرة، حيث نصت المواد من 184 إلى 201 على الوصية، بينما بينت المواد من 202 إلى 212 مسائل الهبة، في حين شملت المواد من 213 إلى 220 أحكام الوقف.

2 - القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

أ- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للميراث والوصية

نصت المادة 01/16 من القانون المدني على أنه: «يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته».

وهو نفس نص المادة 14 من القانون المدني المصري، كما نصت المادة 17 من قانون المعاملات المدنية الإماراتية على ما يلي: «1-يسري على الميراث قانون المورث وقت موته».

3-وتسري على الأحكام الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته من صدر منه التصرف وقت موته».

يستفاد من المواد السابقة - وعلى غرار معظم التشريعات العربية- أن قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت هي قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.

ب-القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للهبة والوقف

نصت المادة 02/16 من القانون المدني على أنه: « ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما».

يستفاد من الفقرة السابقة أن قاعدة الإسناد التي قررها المشرع الجزائري بخصوص الشروط الموضوعية الخاصة بالهبة والوقف هي قانون جنسية كل من الواهب أو الواقف عند إجراء تصرف الهبة أو الوقف.

3 - القانون الواجب التطبيق عن الشروط الشكلية والإجرائية

أ-القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقود التبرع

نصت المادة 19 من القانون المدني على أنه: « تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون البلد الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية».

ونص الفصل 55 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على ما يلي: « ويخضع شكل الوصية للقانون الشخصي للموصي أو لقانون المكان الذي حررت فيه».

ونصت المادة 04/17 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: « ويسري على شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته من صدر منه التصرف وقت صدوره، أو قانون الدولة التي تم فيها التصرف».

ب-القانون الواجب التطبيق على الجانب الإجرائي

نصت المادة 21 مكرر على أنه: « يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات».