



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة مولود معمري - تيزي وزو -
كلية الحقوق والعلوم السياسية



حقوق الطفل المترتبة عن الزواج المختلط على ضوء القانون الدولي الخاص

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون

تخصص : القانون

إشراف الأستاذ :

أ.د/ ولد رابح إقولي صافية

إعداد الطالبة :

عفرة حياة

لجنة المناقشة :

- أ.د/ آيت قاسي حورية ، أستاذ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزورئيسا
- أ.د/ ولد رابح إقولي صافية، أستاذ ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو..... مشرفا و مقرا
- أ.د/ عميروش أحسن، أستاذ، جامعة خميس مليانةممتحنا
- أ.د/ عباس راضية، أستاذ، جامعة البليدة 2.....ممتحنا
- أ.د/ بن بريح أمال، أستاذ، جامعة البليدة 2.....ممتحنا
- د/ عيلام رشيدة، أستاذ محاضر أ ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو.....ممتحنا

تاريخ المناقشة : 09 / 11 / 2023

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

"و ما توفیقي إلا بالله عليه توكلت و إليه أنیب"

شكر وتقدير

الحمد لله الذي هداني للعلم و سهل لي انجاز هذا العمل المتواضع فله الشكر
والثناء على النعمة التي لا تقدر و لا تحصى ، و الصلاة و السلام على سيد الأنبياء
و المرسلين .

أتقدم بخالص الشكر والتقدير لأستاذتي الفاضلة " ولد رابع إقلولي طاهية"
التي تكرمته بقبول الاشراف على هذه الرسالة و منحها لي الكثير من وقتها
الثمين لأحظى بتوجيهات علمية قيمة وآراء سديدة كان لها الفضل الكبير في
إثراء موضوع الرسالة ، كما أشكرها أيضا على تواضعها و سعة صدرها أجازها الله
خير الجزاء ، وأسأل الله عز وجل أن يبقي نور علمها يضيئ درج كل طالب للعلم.
كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى السادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين لم
يبتلوا علي من وقتهم الثمين لقراءة هذه الرسالة وتقييمها من أجل مناقشتها
أجازهم الله خير الجزاء .

﴿ عفرة حياة ﴾

إهداء

إلى من افتقدت وجودهم روح أمي الغالية « زهرة » وروح أبي العزيز
« صادق » اللذين رحلا دون أن يريا ثمرة هذا الجهد رحمهما الله
وأسكنهما فسيح جناته .

إلى من يعجز لساني عن شكره أخي الغالي محمد الذي كان الدافع
المساند في إنجاز هذه الرسالة كان فضلك كبير علي شكرا لك

محبة واحتراما وتقديرا

إلى أختي ما أمك ابنتاي نور العين أريناس وإميلي حفظهما الله

إلى سندي زوجي حسام سعدوني

إلى إخوتي الأعمام نعيم ، عادل ، الياس

إلى بصفتي وفرحتي أختاي العزيزتين : لامية و زوجها الحاج و أبنائهما
أماياس و ميليس ، و نسمة و زوجها أكلي وابنتها اليسيا .

إلى كل عمال مديرية أملاك الدولة بالطائف وإلى مدير أملاك الدولة بميلة
الأستاذ محرقوب عبد العزيز

بكم عفرة حياة

قائمة أهم المختصرات

أولا :المختصرات باللغة العربية:

ج	جزء
ج ر ج ج	الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية
د س ن	دون سنة النشر
د.ب.ن	دون بلد النشر
د.د.ن	دون دار النشر
غ أش	غرفة الأحوال الشخصية
ص	الصفحة
ص ص	من الصفحة إلى الصفحة
ق أ ج	قانون الأسرة الجزائري
ق أش	قسم الأحوال الشخصية
ق إ م إ ج	قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري
ق إ م	قانون الإجراءات المدنية
ق أ م م	قانون أصول المحاكمات المدنية
ق م ج	القانون المدني الجزائري
ق م م	القانون المدني المصري
ق م ف	القانون المدني الفرنسي
م ق	المجلة القضائية

ثانيا : المختصرات باللغة الفرنسية:

A	Article
éd	Edition

Cass..... Cour de cassation
CIVChambre civile
O P U.....Office des Publications Universitaires
OP.CITOper Citato
PPDe page en page
P..... page
L .G.D.JLibrairie Générale de Droit et de jurisprudence
N°..... Numéro

مقدمة:

تعد حقوق الإنسان بصفة عامة من أولى الموضوعات التي شغلت اهتمام الدول سواء على الصعيد الوطني¹ أو الدولي²، باعتبارها الأساس الذي تركز عليه هذه الدول في انشاء مجتمع متحضر ومستقر من جهة، ومن جهة أخرى باعتبارها أساس تعميم الحرية والعدالة والسلام في العالم ككل .

ولقد ازداد اهتمامها أكثر بحقوق الطفل، إذ تعدّ فئة الأطفال أكثر فئات المجتمع عُرضة للخطر بصفة خاصة، فمن هذا الجانب يبدأ تقييم مستوى تطور الدولة بالطريقة التي تُعامل بها أطفالها، فلأطفال حقوق تختلف عن حقوق الانسان العامة والشاملة للجميع، والتي تحتاج إلى احترامها وإعمالها، وحمائتها بطريقة خاصة، فاحترام الدولة لحقوق الأطفال يمنحهم الكرامة، الإنسانية والحرية من أجل تهيئتهم وتأهيلهم لخوض حياة الكبار عن طريق إتاحة فرص المشاركة في كافة المجالات المسموحة لهم³.

لقد أدرك المجتمع الدولي الدور الذي يلعبه الطفل في مصير الإنسانية، وتفهم عمق المسألة وخطورتها، ومن أجل هذا اهتم بالطفل أحسن اهتمام واعتبره شخصا من أشخاص القانون الدولي العام، فسخر له الإعلانات والمواثيق والاتفاقيات لتذيع حقوقه وتظهرها وتدافع عنها، وقد كرست هذه النصوص مفهوم الطفل بالسن⁴، منها اتفاقية

1- يضمن هذه الحقوق دستور الجمهورية الجزائرية الشعبية لسنة 1996 المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 28 نوفمبر 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن تعديل الدستور، ج ر ج ج عدد 76 صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بموجب :

- القانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر ج ج عدد 25، صادر بتاريخ 14 أبريل 2002 .

- القانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر ج ج عدد 63، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008

- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر ج ج عدد 14، صادر بتاريخ 07 مارس 2016 .

- المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء شعبي 28 نوفمبر 2020، ج ر ج ج عدد 82، صادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020 .

2- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948، قرار الجمعية العامة رقم 217 ألف (د.3) المؤرخ في 10 ديسمبر

1948، صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، ج ر ج ج عدد 64 صادر بتاريخ 10 سبتمبر 1963.

3- الملاء، حقوق الطفل في القانون الدولي لحقوق الطفل والقانون الاتحادي رقم 03 لسنة 2016، د ب ن، د س ن، ص 03.

4- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2005، ص 43.

الأمم المتحدة لحقوق الطفل لسنة 1989¹ التي عرفت الطفل بأنه كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه².

وهو ما سارت عليه أغلب تشريعات الدول³ التي بنت تعريف الطفل على أساس السن، منها قانون حماية الطفل الإماراتي⁴ ومجلة حماية الطفل التونسي لسنة 1995⁵ وقانون حماية الطفل المصري لسنة 1996⁶ وقانون الطفل الجزائري⁷.... الخ .

تتجلى أهمية تعريف الطفل في تحديد نطاق سريان الحماية المقررة له، فهذه الحماية تقتضي تحديد من هم المخاطبين بأحكامها من أجل تحديد الغاية المرجوة منها، وهي ضمان حقوق الطفل، لا سيما وأن فئة الأطفال أصبحت تشكل الشريحة الكبيرة في عنصر السكان

1- اعتمدت الجمعية العامة اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 بقرارها رقم 25/44 مؤرخ في 20 تشرين الثاني /نوفمبر 1989 بدأ سريان نفاذها في 2 أيلول /سبتمبر 1990 بموجب المادة 49.

- مرسوم تشريعي رقم 92-06 مؤرخ في 22 جمادى الأولى عام 1413 الموافق 17 نوفمبر 1992، يتضمن موافقة الجزائر على اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، ج ر ج ج عدد 83، صادر بتاريخ 18 نوفمبر 1992 .

2- تنص المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 على أنه "لأغراض هذه الاتفاقية يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه".

3- يوجد بعض قوانين الدول المتقدمة التي تتوسع في فترة الطفولة إلى الحد الذي يتجاوز في بعض الأحيان العشرين، ومثال ذلك التشريع الكندي الذي يمتد في بعض القوانين بسن الطفولة إلى 21 سنة .

- الغزاوي إبراهيم حسن محمد عمر، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، د د ن ، د ب ن ، 2007، ص 18.

4- تنص المادة الأولى من قانون حماية الطفل الإماراتي رقم 03 لسنة 2016، متوفر على الموقع الإلكتروني :
https://zho.gov.ae/Child_Projection_Law

على أن "الطفل كل إنسان ولد حيا ولم يتم الثامنة عشرة ميلادية من عمره".

5- ينص الفصل الثالث من مجلة حماية الطفل التونسي الصادرة بموجب القانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في 09 نوفمبر 1995، التي دخلت حيز التنفيذ في 11 جانفي 1996، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 90، السنة 138-10 نوفمبر 1995، ص 2205، متوفر على الموقع الإلكتروني :
<https://legislation-securite.tn/ar/law/44248>

على أن " المقصود بالطفل على معنى هذه المجلة، كل إنسان عمره أقل من ثمانية عشر عاما، ما لم يبلغ سن الرشد بمقتضى أحكام خاصة".

6- تنص المادة 2 من قانون حماية الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996 المعدل بالقانون رقم 126 لسنة 2008، متوفر على الموقع الإلكتروني :
<https://www.elwatannews.com/data/iframe/pdf>

على أنه " يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة " .
7 - تنص المادة 02 من القانون رقم 15-12 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو 2015 يتعلق بحماية الطفل،

ج ر ج ج عدد 39، صادر بتاريخ 19 يوليو 2015 على أنه " يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي :

- الطفل: كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر (18) سنة كاملة ،.....".

بالدول¹.

إن تمتع الطفل بحقوقه وحمايتها تقتضي النظر إليه من زاويتين، كإنسان من جهة، وكشخص قاصر من جهة أخرى، وبالتالي حاجته إلى حماية قانونية ورعاية خاصة، وهذا باعتباره الطرف الضعيف في علاقة الزواج، لاسيما الزواج المختلط الذي تختلف فيه عادات وتقاليد وديانة الزوجين.

وقد تعددت التعاريف بشأن الزواج المختلط، إذ عرفه الأستاذ عكاشة محمد عبد العال على أنه " ذلك الزواج الذي ينتمي فيه كل طرف من أطرافه إلى جنسية مختلفة "².

بينما عرفه الكاتب ياسين شايب على أنه " الاتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفي الثقافة والجنسية والديانة "³.

كما عرف الأستاذ البستاني سعيد يوسف الزواج المختلط بأنه " زواج بين رجل وامرأة من جنسيتين مختلفتين عند إبرام عقد الزواج "⁴.

في حين عرفه اللواء محمد فتحي قاضي عند تعريفه للزواج على أن "الزواج عقد يربط أحد الزوجين بالآخر برباط قانوني واجتماعي، وإذا تم بين زوجين مختلفي الجنسية سمي بالزواج المختلط "⁵.

من التعاريف السالفة الذكر يمكن تعريف الزواج المختلط على أنه " ذلك الزواج الذي يعقد بين رجل وامرأة مختلفين في الجنسية أو الديانة أو في كليهما " .

لقد عرفت ظاهرة الزواج المختلط انتشارا واسعا في مختلف الدول، خاصة في السنوات الأخيرة، ويرجع ذلك لعدة أسباب أهمها:

¹- الغزاوي إبراهيم حسن محمد عمر، مرجع سابق، ص ص 18-19 .

² -نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، لبنان، 1998، ص 172.

³ -نقلا عن زلاسي بشرى، الزواج المختلط، اشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 6 .

⁴ -البستاني سعيد يوسف، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 268 .

⁵ -نقلا عن زلاسي بشرى، مرجع سابق، ص 6 .

- تطور وسائل الاتصال لاسيما مواقع التواصل الاجتماعي، مما جعل العالم كأنه قرية وهذا ما أتاح الفرصة للتعارف بين الناس من مختلف الجنسيات والديانات.

- تطور وسائل المواصلات وانتشار الهجرة.

- انتشار الجمعيات التي تنادي بتحرير المرأة وتكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق.

- تغييب دور الولي الذي لم تعد له أي سلطة على أبنائه في مختلف دول العالم.

- وجود بعض الدول التي تنادي باندماج المجتمعات وحوار الحضارات وبالتالي تحبذ الزواج المختلط.

- اختلاف درجة تقدم وتطور الدول، مما خلق الأطماع لدى شعوب الدول المختلفة للهجرة إلى البلدان المتطورة مهما كانت الوسائل والطرق المؤدية إلى ذلك، فوجدوا في الزواج بالأجانب وسيلة لتحقيق ذلك .

إن الطابع الدولي للزواج المختلط جلب اهتمامنا لتتبع وضعية حقوق الطفل في ظل الفوارق الاجتماعية والثقافية والدينية بين الزوجين وما ينجم عنها من إشكالات وصعوبات من شأنها المساس بهذه الحقوق.

لا ننكر الاهتمام الكبير الذي أولته الدول لحقوق الطفل في جميع المجالات وتكريسها بنصوص قانونية سواء كانت عامة كقوانين الأحوال الشخصية للدول أو خاصة كقوانين الطفل، منها قانون الطفل الجزائري¹، والتي من شأنها حل النزاعات والإشكالات المطروحة بشأن هذه الحقوق في الزواج الذي يعقد بين وطنيين .

غير أن هذه الإشكالات تزداد حدة وتعقيدا في الزواج المختلط، نتيجة اختلاف الأنظمة القانونية للدول وتنازعها لحكم المسائل المتعلقة بحقوق الطفل، لا سيما أمام اختلاف المرجعية الإسلامية للأحكام المنظمة لحقوق الطفل كالميراث والنسب والحضانة في قوانين الأسرة للدول الإسلامية، كالجزائر مع المرجعية العلمانية للتشريعات الغربية، فعلى سبيل

¹ - قانون رقم 15-12 مؤرخ في 15 يوليو 2015 يتعلق بحماية الطفل، السالف الذكر .

المثال أن يمنع القانون الوطني الإسلامي للأب الاعتراف بالنسب غير الشرعي، بخلاف ما هو عليه في الدول الغربية القائمة على مبدأ العلمانية .

يظهر جليا مما سبق أهمية دراسة حقوق الطفل المترتبة على الزواج المختلط، الذي له صلة وثيقة بالقانون الدولي الخاص¹، ولعل أهم مواضيعه الشائكة التي شغلت اهتمام الفقه وتشريعات الدول وقضائها هي جنسية الطفل ومشاكلها وتنازع القوانين² لحكم أي مسألة تتعلق بحقوق الطفل أهمها نسبه، حضانتها و ميراثه .

ولقد سعت تشريعات الدول في سبيل حل هذا التنازع إلى سن قواعد الاسناد³ لتحديد القانون الواجب التطبيق، غير أن حاجة الطفل الناجم عن الزواج المختلط ذو الصفة الدولية إلى وضع نظام قانوني محكم لضمان حقوقه دفعت الدول إلى ابرام اتفاقيات دولية سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف .

إن تفشي ظاهرة الزواج المختلط وما ينجم عنه من إشكالات وتعقيدات تمس بحقوق الطفل جعلت من أهداف هذه الدراسة هو تحليل هذه الإشكالات وتقدير مدى قدرة تشريعات الدول والاتفاقيات الدولية على استيعابها وحلها في إطار تنازع الاختصاص لضمان تمتع الطفل بحقوقه بصفة تضمن له استقرارا ماديا ونفسيا .

¹ - القانون الدولي الخاص هو قانون يجمع بين الصفة الدولية والصفة الداخلية، فهو داخلي بالنظر إلى مصادره، لأن قانون كل دولة هو الذي يضع القواعد التي تحكم مختلف مسائله، وهو دولي بالنظر إلى موضوعه لأنه ينظم الحياة الخاصة الدولية .
- أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2009، ص 18 .

² - يعتبر تنازع القوانين Conflict De Lois أحد أهم المواضيع التي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص، والذي عرّف على أنه " تزام قانونين فأكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية تشتمل على عنصر أجنبي " .
فلكي يقوم التنازع يجب أن تكون هناك علاقة قانونية تشتمل على عنصر أجنبي أي أن يكون أطرافها أجنبيا أو يكون موضوعها أو سببها أجنبيا .

- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص ص 25-26.

³ - قواعد الإسناد Règles De Rattachement هي قواعد وجدت لحل مشكل تنازع القوانين، وهي قواعد قانونية داخلية من وضع المشرع الوطني، لا تعطي حلا مباشرا للنزاع، بل ترشد القاضي فقط إلى القانون الواجب التطبيق، باعتباره أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة.

- غصوب عبده جميل، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان، 2008، ص 12 .

على هذا النحو فإن إشكالية الدراسة تتمحور حول مدى تمتع الطفل الناجم عن الزواج المختلط بحقوقه بصفة مستقرة في ظل قواعد القانون الدولي الخاص ؟.

إذا انعقد الزواج بين رجل وامرأة من جنسيتين مختلفتين على الوجه الصحيح أي بتوفر الشروط الموضوعية¹ والشكلية² اللازمة، وكان ثمرة هذا الزواج وجود أطفال، فمما لاشك فيه سترتب على هذا الزواج تمتع هؤلاء الأطفال في حياتهم اليومية بأهم الحقوق، وهي الحق في النسب الذي قد تتنازع بشأنه عدة قوانين لحكمه والحق في الجنسية (الباب الأول).

إن انتماء الزوجين إلى دولتين مختلفتين في عاداتها وتقاليدها وديانها ومنظومتها القانونية غالبا ما يؤدي إلى انحلال الزواج المختلط سواء بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة وما ينجم عنه من اشكال تنازع القوانين حول حضانة الأطفال، كما قد يثار اشكال تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي حول حقهم في الميراث عند انحلال هذا الزواج بوفاة أحد الزوجين أو كلاهما (الباب الثاني).

اعترف للطفل وطنيا ودوليا بعدة حقوق، غير أن دراستنا ستقتصر على أربعة حقوق رئيسية ذات أهمية بالغة في حياة الطفل الناجم عن الزواج المختلط، وهذا بالنظر إلى

¹- تنص المادة 11 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ج ج عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدلة بالمادة 6 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005، ج ر ج ج عدد 44، صادر بتاريخ 26 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني على أنه " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

- تنص المادة 13 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 السالف الذكر 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".

²- تنص المادة 19 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر، المعدلة والمتممة بالمادة 12 من القانون رقم 05-10 السالف الذكر المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري 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".

- تنص المادة 97 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية الجزائري، ج ر ج ج عدد 21، صادر بتاريخ 27 فبراير 1970، معدل ومتمم على أنه " إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبي يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لامكان عقد الزواج".

الإشكالات والتعقيدات المطروحة في إطار قواعد القانون الدولي الخاص، وهي النسب، الجنسية، الحضانة والميراث .

لما كانت مسألة التحقق من الشروط الموضوعية والكلية لانعقاد الزواج باعتبارها مسألة أولية تخضع من حيث الشكل ومن حيث الموضوع للقانون المختص الذي أشارت إليه قاعدة الاسناد الوطنية فقد أدى ذلك إلى اختلاف الدول حول شروط انعقاد الزواج المختلط، إذ يعتبر زواجا صحيحا حسب قانون دولة معينة وباطلا حسب قانون دولة أخرى لذلك يستلزم علينا دراسة نسب الطفل في الزواج الباطل مع التركيز أكثر على التشريع الجزائري دون الخوض في دراسة شروط انعقاد الزواج .

في إطار دراسة حقوق الطفل المترتبة على انعقاد الزواج المختلط ، وبالرغم من أن عنوان الباب يوحي إلى دراسة النسب الشرعي الناجم عن الزواج الصحيح إلا أنه في ظل تنازع القوانين يتحتم علينا التطرق إلى نسب الطفل غير الشرعي الذي أضحى يحتل مكانة هامة في الدول العلمانية التي تعترف به ،بخلاف التشريعات الإسلامية التي لا تعترف به وتستبعد القوانين الأجنبية المختصة المقررة به بدافع بالنظام العام ،وعليه سينظر إلى الطفل من زاويتين مختلفتين شرعيا حسب قانون معين وطبيعيًا حسب قانون آخر .

كذلك فيما يخص منح الجنسية للطفل فبالرغم من ارتباطها الوثيق بالنسب الشرعي في بعض الدول ،إلا أنه قد تمنح له الجنسية حتى ولو كان النسب غير شرعيا كما هو الحال في القانون الجزائري، فمن هذا المنبر يحتم علينا التطرق إلى هذه النقاط .

إن الإجابة عن إشكالية البحث تستوجب إتباع المنهج الوصفي ،التحليلي، الجدلي والمقارن ،فالمنهج الوصفي يظهر من خلال تناول الأحكام القانونية التي تنظم جنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط وبيان قواعد الإسناد التي تحكم حقه في النسب ،الحضانة والميراث، والتطرق إلى أهم المسائل المثارة بعد تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الحقوق وهي النظام العام ،الغش نحو القانون والإحالة .

أما المنهج التحليلي فيتضح من خلال تحليل الإشكالات الحادة والمعقدة التي تعترض سبيل تمتع الطفل الناجم عن الزواج المختلط بحقوقه في ظل تنازع قوانين الدول حول هذه

الحقوق، وهي الغاية الأولى المرجوة من دراستنا لهذا الموضوع، وتحليل النصوص القانونية التي سنها المشرع الجزائري على غرار تشريعات الدول من أجل تنظيم هذه الحقوق وتحليل نصوص الاتفاقيات الدولية لمعرفة مدى قدرتها على استيعاب هذه الإشكالات وحلها من أجل توفير حماية فعلية لحقوق هؤلاء الأبناء، بالإضافة إلى تحليل الأحكام القضائية للدول العربية والعلمانية لمعرفة الأسباب الحقيقية لهذه الإشكالات .

كما أنّ دراستنا تستدعي إتباع المنهج المقارن ويظهر ذلك من خلال المقارنة بين التشريعات العربية والغربية لبيان نظرتها لحقوق الطفل، وبين التشريع الجزائري والفرنسي من أجل إبراز نقاط الاختلاف في تنظيم أهم المسائل التي تتعلق بدراستنا.

أما المنهج الجدلي فيبرز من خلال الجدل الواقع بين آراء فقه القانون الدولي الخاص حول المسائل التي تتعلق بحقوق الطفل، لاسيما القانون الواجب التطبيق، بل وحتى بين القضاة سواء كان ذلك بين قضاء الدول أو بين قضاء الدولة الواحدة، ويزداد النقاش والجدل أكثر في حالة وجود فراغ قانوني في أهم المسائل المتعلقة بحقوق الطفل .

يعتبر دراسة موضوع حقوق الطفل في الزواج المختلط في ظل قواعد القانون الدولي الخاص من الدراسات الصعبة والشائكة، فمن الصعب الإلمام بجميع قوانين الدول التي تعمل على وضع القواعد والأحكام التي تحكم أي مسألة من المسائل التي تتعلق بحقوق الطفل بحسب نظرتها وتقديرها للقانون الذي يضمن تمتع الطفل بحقوقه، سواء تلك المتعلقة بقواعد الإسناد وقواعد الاختصاص القضائي أو تلك المتعلقة بالجنسية، لاسيما بالنسبة للدول التي تستمد نصوصها القانونية من الشريعة الإسلامية، وبالتالي اختلاف الدول حول القانون الواجب التطبيق، وتزداد الصعوبة أكثر في حالة وجود فراغ قانوني تجعلنا نبحث في آراء الفقه واتجاهات قضاء الدول، هذا وقد اعترضتنا بعض الصعوبات تخص قلة الدراسات في موضوع حقوق الطفل من جانب القانون الدولي الخاص المنتشعب بقواعده .

الباب الأول

حقوق الطفل المترتبة على انعقاد الزواج المختلط في ظل قواعد القانون الدولي الخاص

إذا انعقد الزواج بين رجل وامرأة مختلفين في الجنسية على الوجه الصحيح، أي بتوفر الشروط الموضوعية والشكلية¹ سيكون له أثر في نسب الطفل ثمة هذا الزواج.

يعد النسب أحد أهم حقوق الطفل الناجم عن الزواج المختلط، باعتباره أهم أهداف الزواج وأقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصلة، وتزداد أهميته أكثر بالنظر إلى الصعوبات والإشكالات التي تعترضه، نتيجة تنازع عدة قوانين لحكمه، نظرا لاختلاف الدول حول قواعد الإسناد التي تنظمه .

تتعدد وتشتد هذه الإشكالات أكثر نتيجة الاختلاف بين الأنظمة القانونية للدول العربية المبنية على مبادئ الشريعة الإسلامية والأنظمة الغربية التي تقوم على مبدأ العلمانية، فإذا كان مشرعي الدول الإسلامية على غرار المشرع الجزائري لا يقرون إلا بالنسب الشرعي الناجم عن عقد زواج صحيح وشرعي إلا أن الدول العلمانية لطالما اهتمت واعترفت بنسب الطفل غير الشرعي المولود خارج علاقة الزواج، وهذا ما يؤدي إلى تصادم حق الطفل في هذا النوع من النسب بين قانونين مختلفين، وبالتالي يطرح التساؤل حول مصير هذا الحق في ظل تنازع قانونين مختلفين، وخلافا لنسب الطفل غير الشرعي المولود خارج علاقة الزواج كان للمشرع الجزائري موقف آخر بالنسبة لنسب الطفل من زواج باطل (الفصل الأول) .

1- إذا كانت قاعدة الاسناد الجزائرية تسند الاختصاص لحكم انعقاد الزواج المختلط إلى القانون الجزائري فإنه يخضع إلى القواعد الموضوعية المنصوص عليها في المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة، بالإضافة إلى خضوعه للأحكام التنظيمية طبقا لنص المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري .

يترتب على انعقاد الزواج المختلط الإقرار بحق آخر للطفل لا يقل أهمية عن النسب وهو الجنسية وهذا للارتباط الوثيق بينهما، لأن بعض الدول تؤسس هذا الحق على النسب الشرعي، بخلاف بعض الدول التي تمنح جنسيتها للطفل ولو كان نسبه غير شرعي كما سنرى ذلك، وتبرز أهمية حق الطفل في الجنسية باعتبارها أخطر الحقوق التي تؤسس عليها حقوقه الأخرى، لا سيما بالنظر إلى اختلاف الدول في كيفية تنظيمها وما ينجم عنها من إشكالات (الفصل الثاني).

الفصل الأول

حق الطفل الناجم عن الزواج المختلط في النسب

قد يتزاحم أو يتنازع قانونين أو عدة قوانين لدولتين أو أكثر من أجل حكم العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، من بين هذه العلاقات نسب الطفل الناجم عن الزواج المختلط، مما يستلزم اختيار القانون الواجب التطبيق عليه، والذي يعد من أكثر المسائل تعقيدا، نظرا لاختلاف الدول حول قواعد الإسناد التي تحكم النسب من جهة، وتعدد جنسيات أطراف علاقة النسب (الأب، الأم، الطفل) من جهة أخرى، لاسيما وأن الدول تضع قاعدة التنازع وفق الزاوية التي تنظر منها لحماية الطفل وضمان حقه في النسب، وحسب مرجعية منظومتها القانونية لحكمه، ونقصد بذلك المرجعية الإسلامية لأحكام النسب في الدول العربية والمرجعية العلمانية لتشريعات الدول الغربية القائمة على مبدأ المساواة بين حق الطفل الشرعي والطبيعي في النسب .

وإذا كان إشكال القانون الواجب التطبيق من أكثر الإشكالات المطروحة في مسألة النسب (المبحث الأول)، إلا أنه قد تعترضه إشكالات أخرى لا تقل أهمية عن سابقتها حتى بعد تحديد ومعرفة القانون المختص بحكم النسب بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي، إذ قد يصادف هذا الأخير صعوبات وإشكالات تخص القانون الأجنبي المختص، والتي تجعل من العسير تطبيقه على النزاع المطروح بشأن النسب (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

اشكال القانون الواجب التطبيق على النسب

يكتسي تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب أهمية بالغة في الزواج المختلط الذي تختلف فيه جنسية الزوجين وأبنائهم، ومما لاشك فيه أن تحديد القواعد المتعلقة بإثبات نسب الطفل وما يترتب عليه من آثار، لاسيما حقه في النفقة تتوقف على تحديد القانون الواجب التطبيق عليه .

يعتبر النسب سواء كان شرعياً أو غير شرعياً عنصراً من عناصر الحالة الشخصية، لذلك فهو ينتمي إلى فئة الأحوال الشخصية، مما يجعل القانون الشخصي هو الواجب التطبيق عليه، ولما كان النسب له علاقة بثلاثة أشخاص (الأب، الأم والطفل)، فإن القانون الشخصي لأحد أطرافها هو الذي يحكمها في حالة اختلاف جنسياتهم، لكن ماهي الجنسية التي يعتد بها لتحديد هذا القانون؟ هل هي جنسية الوالد (الأب أو الأم) المراد الانتساب إليه أو جنسية الطفل؟¹، من هنا يثار إشكال اختيار القانون الواجب التطبيق على النسب الذي اختلف بشأنه كل من الفقه وتشريعات الدول .

لذلك سنعرض الخلاف الفقهي حول القانون الواجب التطبيق على النسب في (المطلب الأول) ثم اختلاف تشريعات الدول حول هذا القانون (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

الخلاف الفقهي حول القانون الواجب التطبيق على النسب

يقصد بالنسب الشرعي انتساب الولد لأبويه نتيجة لعقد زواجهما الصحيح شرعاً²، وباعتباره رابطة تتصل وتوحد بين الطفل من جهة وبالوالدين من جهة أخرى وبالأسرة عموماً فإن عدم قابليتها للتجزئة أدى إلى طرح إشكال اختيار القانون الواجب التطبيق عليها عند اختلاف جنسية أطرافها³، وهذا ما أدى إلى الخلاف الفقهي حول القانون الواجب التطبيق عليها (الفرع الأول) .

¹ - الداودي غالب علي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الأردن، 2005، ص 174 .

² - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، التركي للمبيوتر وطباعة الأوفست، مصر، 2006، ص 398 .

³ - AUDIT (Bernard), Droit international privé, 6^{ème} éd, Economica, Paris, 2010, n° 686, p 588.

أنظر كذلك: - المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 146 .

أما النسب غير الشرعي أو ما يعرف بالبنوة الطبيعية فهي ثمرة علاقة غير مشروعة بين الوالدين¹، الذي أولى له الفقه أهمية بالغة من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، إلا أنهم اختلفوا حول هذا القانون (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

الخلاف الفقهي حول القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي

اختلف الفقه حول القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي، إذ ذهب جانب منه إلى القول بإخضاعه لقانون جنسية الابن (أولاً) ،في حين أخضعه البعض لقانون جنسية الأب والابن معا (ثانياً) ،بينما نادى البعض الآخر بإخضاعه لقانون من يراد الانتساب إليه (ثالثاً) ،كما أخضعه البعض لقانون جنسية الأم (رابعاً) ،في حين أخضعه البعض الآخر للقانون الذي يحكم آثار الزواج (خامساً) ،بخلاف البعض الذي نادى بتطبيق قانون جنسية الأب (سادساً) .

أولاً - تطبيق قانون جنسية الابن

ذهب هذا الاتجاه الفقهي إلى القول باختصاص قانون جنسية الابن لحكم النسب الشرعي ،على اعتبار أن النسب صفة في الشخص وتشكل جزء من حالته ،علاوة على أنه الطرف الضعيف في العلاقة²، فهو أجدر بالرعاية والحماية من خلال تطبيق قانون جنسيته على النسب³ ،كما أن اختيار اختصاص قانون جنسية الابن لحكم النسب يضمن تطبيق

¹ - تختلف البنوة الطبيعية عن البنوة الشرعية في أن الأولى تكون قاصرة على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر ،في حين ينتمي الطفل في البنوة الشرعية إلى الأب والأم معا .

- يوسف فتيحة ، « مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص » ،مجلة العلوم القانونية والإدارية ،كلية الحقوق ،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ،عدد 3 / 2005 ،ص 186 .

² - صلاح الدين جمال الدين ، قانون العلاقات الخاصة الدولية ،دراسة على ضوء فقه الشريعة الإسلامية ،دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2006 ،ص 370 . أنظر كذلك: - عبد المنعم رياض فؤاد، راشد سامية ،الوجيز في القانون الدولي الخاص ،الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ،دار النهضة العربية ،مصر ،د س ن ص 229 .

³ - زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية ،الجزء الأول ،مطبعة الكاهنة ،الجزائر، 2000 ، ص 176 .

قانون واحد على علاقات الطفل مع والديه ،إذ يمكن اعتبار الابن هو العنصر الحاسم في علاقة النسب ،لأنه يتعلق بمصلحته¹.

يعتبر الفقيه الفرنسي FRANCES CAKIS من المدافعين على هذا الاتجاه بحجة أن النسب يتعلق بحالة الطفل الشخصية²، كما نادى جانب من الفقه الفرنسي بتطبيق قانون جنسية الابن على النسب الشرعي ،والذي لقي صدى لدى الاجتهاد القضائي الفرنسي، على أساس أن الابن يشكل المحور الرئيسي في رابطة النسب³ .

يرجح البعض الآخر تطبيق قانون جنسية الابن على النسب الشرعي وقت ميلاده بغض النظر عن أي تغيير لاحق في الجنسية بعد ولادته، شرط ألا يكون هذا القانون مخالفا للنظام العام في دولة القاضي⁴.

يري البعض⁵ في إطار دراسته للقانون اليمني، أنه وباعتبار أن هذا الأخير لم ينظم أحكام النسب في حالة تنازع القوانين ،فإنه إذا كان النسب من الحالة المدنية للأشخاص فإن القاضي اليمني يطبق قانون جنسية الطفل مستندا في ذلك إلى نص المادة 25⁶ من القانون المدني اليمني .

انتقد جانب من الفقه الحجاج التي استند إليها أصحاب هذا الاتجاه الفقهي ، فحججهم في أن النسب يتعلق بحالة الابن وبالتالي تطبيق قانون جنسيته تصح كذلك للقول بتطبيق قانون جنسية الأب ،لأن أبوة الابن هي أيضا تخص حالة الأب هذا من جهة⁷ ،من جهة

¹ - AUDIT (Bernard) , op.cit , n° 687, p 589 .

² - أعراب بلفاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين.....،مرجع سابق ،ص 264.

³ - MAYER (Pierre) , HEUZE (Vincent), Droit international privé , 8ème édition , Montchrestien , Paris , 2004 , n° 604 , p 440 .

⁴ - الداودي غالب علي ، مرجع سابق ،ص 175 .

⁵ - الفتلاوي سهيل حسين ،القانون الدولي الخاص ،المكتب المصري لتوزيع المطبوعات ،مصر ، 2002 ، ص 274 .

⁶ - تنص المادة 24 من القانون رقم 14 لسنة 2002 المتعلق بالقانون المدني اليمني، ج ر عدد 1/7 صادر بتاريخ 10 أبريل 2002 ،متوفر على الموقع الالكتروني: <http://www.zipo-ye.org> > yemenilaws > 6.pdf

على أنه " يرجع في الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم إلى قانون جنسيتهم .. " .

⁷ - عز الدين عبد الله ، « اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية » ،مجلة القانون والاقتصاد ، مصر ،عدد 1 و 2 / مارس، أبريل 1954 ،ص 79 .

أخرى يعد النسب رابطة قانونية بين الابن وأبيه وأمه التي يترتب عليها حقوق والتزامات متبادلة، وعليه لا يصح التضحية بمصلحة شخص لصالح الآخر، فلكل طرف مصلحة فيها¹، كما أن الأخذ بهذا القانون يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة، إذ يكون الوضع في هذه الحالة هو خضوع النسب لجنسية الابن، وتحديد جنسية هذا الأخير بثبوت نسبه من الأب².

ثانيا - تطبيق قانون جنسية الأب والابن معا

نادى جانب من الفقه بتطبيق قانون جنسية الأب والابن معا تطبيقا جامعا، لأن النسب يشكل عنصر من عناصر حالة الابن، والأبوة تشكل عنصر من عناصر حالة الأب³.

انتقد هذا الاتجاه على أنه صعب الأخذ به من الناحية العملية، لأنه يستلزم لثبوت النسب توافق أحكام قانون الأب وقانون الابن معا⁴، وهذا قد يكون أمرا مستحيلا، كما أنه قد يؤدي الاختلاف بين القانونين إلى تطبيق الأحكام المتفق فيهما مع استبعاد تلك المتعارضة بينهما، وهو مالا يصح قبوله⁵، فهذا الاتجاه مجرد نظرية فقط وليس عملي⁶.

ثالثا- تطبيق قانون جنسية الوالد المراد الانتساب له (الأب أو الأم)

أخضع هذا الاتجاه الفقهي النسب إلى قانون جنسية الوالد المراد الانتساب إليه ، سواء كان أبا أو أما ، لأن النسب يتعلق بحالة من يراد الانتساب له⁷.

¹ - زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، مرجع سابق، ص 187 . كذلك - اللافي محمد مبروك ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي ، منشورات الجامعة المفتوحة ، مطبعة الانتصار لطباعة الأوفست ، د.ب.ن ، 1994، ص 136 .

² - عز الدين عبد الله ، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية.... ، مرجع سابق ، ص 79 .

³ - اللافي محمد مبروك ، مرجع سابق ، ص 136 .

⁴ - مرجع نفسه .

⁵ - عز الدين عبد الله ، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية.... ، مرجع سابق ، ص 79 .

⁶ - الداودي غالب علي ، مرجع سابق ، ص 175 .

⁷ - صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 399 . كذلك - عبد المنعم رياض فؤاد، راشد سامية ، مرجع سابق ، ص 230 . - يوبي سعاد ، تنازع القوانين في مجال النسب ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2010، ص 59 .

انتقد هذا الاتجاه الفقهي على أساس أنه لا يمكن تصور في دعوى النسب الشرعي تقرير الانتساب إلى أحد الوالدين دون الآخر، كونها رفعت ضد أحد الوالدين دون الآخر ، فهي تفترض انتساب الابن إلى الوالدين معا، لارتباطهما برابطة الزوجية لحظة ميلاد الطفل، بعبارة أخرى تتضمن دعوى النسب الشرعي المطالبة بالانتماء إلى كلا الوالدين في نفس الوقت ،ومن ثم فإنه لا يمكن التسليم بما ذهب إليه الفقه من تطبيق قانون الأب أحيانا وتطبيق قانون الأم أحيانا أخرى¹.

رابعا- تطبيق قانون جنسية الأم

اختر جانب من الفقه اخضاع النسب لقانون جنسية الأم وفقا للمقولة الكلاسيكية « MATER SEMPER CERTA EST » والتي تعني أن الأم تكون دائما معروفة²، فهوية الأم نادرا ما تكون موضع شك³، كما أن اختيار هذا القانون يرجع إلى الدور الرئيسي للأم في تنظيم العلاقات الأسرية خاصة في مسألة النسب⁴،بالإضافة إلى اعتبارها المحور الرئيسي في معظم دعاوى النسب⁵.

يؤخذ على المعيار الذي اعتمد عليه هذا الاتجاه طابعه الأمومي، وبأنه غير معروف من الناحية العملية في معظم الدول، لاسيما في النسب الشرعي⁶ .

¹ - عبد المنعم رياض فؤاد ،راشد سامية ،مرجع سابق ،ص 233 .

² - COURBED (Patrik) , Droit international privé , 2ème édition , Dalloz ,Paris, 2003, n°482 , p234.

³ - GUTMAN (Daniel), Droit International privé, 4ème éd, Dalloz. Paris ,2004 ,n°183 ,p173 .

⁴ - LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre) , DE VAREILLES – SOMMIERES (Pascal), Droit international privé, 4ème éd, Dalloz, Paris, 1993, n°341 , p 450 .

⁵ - DERRUPPE (Jean), Droit international privé, 14ème éd, Dalloz, Paris ,2001, p p 141-142 .

-voir aussi - GUTMAN (Daniel), op.cit ,n°183 ,p173 .

أنظر كذلك - أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين..... مرجع سابق ،ص 264.

⁶ - HOLLEAUX (Dominique) , FOYER (Jacques) , GERAUD DE GEOUFFRE DE (La pradelle) Droit international privé, Masson ,Paris, 1987 ,n° 1201, p 534 .

خامسا- تطبيق قانون آثار الزواج

فضل جانب من الفقه تطبيق القانون المختص بحكم آثار الزواج على النسب، لأن هذا الأخير في حقيقته ما هو إلا أثر من آثار الزواج، مما يتعين إخضاعه للقانون الذي يحكم هذه الآثار، وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج¹، فالنسب بقدر ما هو متعلق بحالة الابن فهو متعلق بحالة الأب أيضا، باعتباره الرابطة التي تربطهما ببعضهما، وعليه لا يمكن التضحية بحالة الأب من أجل حالة الابن².

هذا ويرجع منح الاختصاص لقانون آثار الزواج لحكم النسب إلى اعتبار أن الطفل جزء من الأسرة التي أسسها زواج الطرفين، وأن النسب الشرعي يدمج الابن في العائلة القائمة والمنظمة بشكل قانوني، وعليه يكون من المنطق والصواب إخضاع جميع العلاقات القانونية بين أفراد نفس الأسرة لقانون واحد، ويبقى قانون آثار الزواج القانون الوحيد المنظم لمجمل هذه العلاقات بين أفراد نفس العائلة، لذلك يعد هذا القانون بمثابة قانون العائلة الجدير بالتطبيق على النسب والذي أيده الفقه الفرنسي³.

كما أن القانون المختص بحكم النسب يعد في حقيقة الأمر القانون الواجب التطبيق على الرابطة وليس على الشخص، ومادامت الرابطة من روابط الأسرة، يتعين أن يحكمها القانون الذي يحكم هذه الروابط وهو القانون الذي يحكم آثار الزواج⁴.

يرى البعض⁵ أنه وباعتبار أن القانون اليمني لم يضع قاعدة تتنازع خاصة بالنسب فإنه في حالة اعتبار النسب أثر من آثار الزواج فإن القاضي اليمني يطبق القانون اليمني

¹ - الفضلي أحمد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار قنديل للنشر، الأردن، 2010، ص 117 .

² - الداودي غالب علي، مرجع سابق، ص 175 .

³ - DERRUPPE (Jean), op.cit , p 139 . - voir aussi - MAYER (Pierre) , HEUZE(Vincent), op.cit, n° 604, p 440 .

أنظر كذلك: - أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 263.

⁴ - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، الجزء الثاني ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، مصر ، 1986، ص 323 .

⁵ - الفتلاوي سهيل حسين ، مرجع سابق، ص 275 .

في حالة المرافعة برضا الطرفين ،مستندا في ذلك الى نص المادة 25¹ من القانون المدني اليمني .

سادسا- تطبيق قانون جنسية الأب .

يعتبر هذا الرأي من الآراء الراجحة فقها، والذي نادى بتطبيق قانون جنسية الأب ، لأن هذا الأخير هو الذي أوجد الابن وأن إثبات النسب يهـم الأب أكثر من الابن² ،ويؤثر في حالة الأب ويرتب عليه حقوق والتزامات³، كما أن الأب وحده هو الذي يخلع على الأسرة حالتها ،وقواعد النسب تتعلق بتحديد أعضاء الأسرة التي لا يجب أن تتعدد بتعدد جنسيات الأولاد⁴ ،ويرجح البعض تطبيق قانون جنسية الأب لأن النسب يتصل بمصلحة الأسرة وليس بمصلحة الابن⁵ .

أمّا فيما يتعلّق بالوقت الذي يعتدّ فيه بجنسية الأب فيفضل بعض الفقه المصري⁶ وقت ميلاد الابن ،لأنّه الوقت الذي تتكون فيه رابطة النسب⁷.

غير أنّ خضوع النسب لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الابن قد يؤدي إلى تعدّد القوانين الواجبة التطبيق على النسب لتعدّد الأبناء الذين قد يحصلون على جنسيات مختلفة إذا غير الأب جنسيته .

¹ - تنص المادة 25 من القانون رقم 14 لسنة 2002 المتعلق بالقانون المدني اليمني على أنه " يرجع في الزواج.....إلى القانون اليمني للأحوال الشخصية عند المرافعة " .

² - عز الدين عبد الله ، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية.... ،مرجع سابق ،ص 29 .

³ - رياض عبد المنعم فؤاد ،راشد سامية ،مرجع سابق ،ص 229 .

⁴ - زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية.... ،مرجع سابق ،ص 173 . أنظر كذلك: - اللاقي محمد مبروك ،مرجع سابق ،ص 136-137 .

⁵ - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ،مرجع سابق ،ص 323.

⁶ - عز الدين عبد الله ، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية.... ،مرجع سابق ،ص 80. أنظر كذلك: - هشام علي صادق ،تنازع القوانين ،دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ،منشأة المعارف، مصر ، 1974 ،ص 565 .

⁷ - مرجع نفسه .

الفرع الثاني

الخلاف الفقهي حول القانون الواجب التطبيق على النسب غير الشرعي

اختلف الفقه حول القانون الواجب التطبيق على النسب غير الشرعي ،حيث انقسم بخصوص هذه المسألة إلى ثلاث اتجاهات ،ذهب الاتجاه الأول إلى القول بتطبيق قانون جنسية الطفل (أولاً) ،بينما نادى الاتجاه الثاني بتطبيق قانون الوالد المراد الانتساب إليه (ثانياً) ،في حين فضل الاتجاه الثالث تطبيق القانون الأصلح للطفل (ثالثاً) .

أولاً- تطبيق قانون جنسية الطفل

يميل جانب من الفقه إلى إخضاع النسب غير الشرعي لقانون جنسية الطفل، لاتصاله بحالة ومصلحة الطفل من جهة¹ ،ولحمايته وإثبات حقه في النفقة اللازمة لاستمرار حياته من جهة أخرى² .

يعتبر الفقيه الفرنسي FRANCES CAKIS من المدافعين على هذا الاتجاه ،فإلى جانب تطبيق قانون جنسية الطفل على النسب الشرعي يرجح تطبيقه كذلك على النسب غير الشرعي، بحجة أن النسب يتعلق بحالة الطفل الشخصية³.

ويفضل جانب من الفقه المغربي في ظل غياب قاعدة إسناد خاصة بالنسب الطبيعي في ظهير وضعية الأجانب في المغرب تطبيق القانون الوطني للطفل ،أخذا بعين الاعتبار مصلحة الطفل ،فكل ما يتعلق بالنسب والعلاقة بين الطفل وأبويه يخضع لاختصاص هذا القانون⁴ .

¹ - عبد المنعم رياض فؤاد ،راشد سامية ،مرجع سابق ،ص 231 .

² - صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين،مرجع سابق ،ص 401 .

³ - أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين،مرجع سابق ،ص 264.

⁴ - برجواوي خالد ، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية ،الحلول المقررة لتنازع القوانين في الدول الإسلامية بين منطلق الانتساب إلى الأمة الإسلامية ومنطق الانتماء إلى الجماعة الدولية ،دراسة تطبيقية مقارنة في الروابط الدولية الخاصة المغاربية ،دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع ،المغرب ، 2001 ، ص ص 207-208 .

ثانياً - تطبيق قانون جنسية الوالد المراد الانتساب إليه

رجح جانب من الفقه¹ تطبيق قانون جنسية الوالد المراد الانتساب إليه سواء كان أبا أو أما على النسب غير الشرعي، كونه يتعلق بحالة هذا الوالد، إذ ليس من المقبول إدخال تغيير على حالة الشخص إذا كان قانونه الشخصي لا يوافق على هذا التغيير، بعبارة أخرى إذا كان قانون الوالد أكثر تشدداً في إثبات البنوة من قانون الابن²، كما أن المقصود بالبنوة الطبيعية أولاً وأخيراً هي ربط الولد بوالده قانوناً، مما يترتب عليه التزامات عديدة، أهمها التزامه بالنفقة على الطفل³.

يؤيد هذا الاتجاه الاستاذ عبد المنعم رياض فؤاد والأستاذة راشد سامية على أساس أن طبيعة البنوة الطبيعية تفترض الانتساب إلى أحد الوالدين دون الآخر، مما يستوجب الرجوع إلى قانون جنسية المطلوب الانتساب إليه سواء كان الأب أو الأم⁴.

ويفضل البعض من هذا الاتجاه الفقهي تطبيق قانون جنسية الوالد المراد الانتساب إليه على النسب غير الشرعي وقت ميلاد الطفل، شريطة عدم مخالفته لقواعد النظام العام⁵.

ثالثاً - تطبيق القانون الأصلح للطفل

فضل جانب من الفقه الجزائري⁶ تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لمصلحة الطفل شرط عدم مخالفته للنظام العام، إذ توجد بعض التشريعات منها التشريع الجزائري لا تعترف بالبنوة الطبيعية، وهذا ما يؤدي إلى الاضرار بمصلحة الطفل، في حين تفسح أغلب التشريعات

1- الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص 117.

2- عبد المنعم رياض فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 229.

3- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية.....، مرجع سابق، ص 372.

4- الغزاوي إبراهيم حسن محمد عمر، مرجع سابق، ص 411.

5- عبد المنعم رياض فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 233.

6- اللافي محمد مبروك، مرجع سابق، هامش رقم 02، ص 137.

6 - اسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، ترجمة فائز أنجق، الجزء الأول، قواعد التنازل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر د س ن، ص ص 314-315.

الأجنبية مجالاً واسعاً للبنوة الطبيعية، وهناك تشريعات أكثر حداثة لم تعد تميز مطلقاً بين النسب الشرعي وغير الشرعي كالقانون الفرنسي .

المطلب الثاني

اختلاف تشريعات الدول حول القانون الواجب التطبيق على النسب

يرتبط النسب ارتباطاً وثيقاً بتنظيم العائلة وحمايتها، مما يستلزم إخضاعه للقانون الذي يحقق هذه الحماية التي لا تتحقق إلا بتطبيق القانون الشخصي عليه .

وإذا كان من المسلم به هو إخضاع النسب لهذا القانون إلا أن الإشكال يثار في حالة اختلاف جنسية الزوجين والأبناء، فما هو القانون المرجح تطبيقه على النسب الشرعي وغير الشرعي¹ .

اختلفت تشريعات الدول اختلافاً كبيراً حول القانون الواجب التطبيق على النسب سواء كان شرعياً (الفرع الأول) أو غير شرعياً (الفرع الثاني)، ويظهر هذا الاختلاف بصفة جلية بين القانون الجزائري والفرنسي، لاسيما بالنظر إلى خصوصية هذا الأخير الذي تبنى وحدة القانون المطبق على النسب الشرعي وغير الشرعي، لذلك فضلنا أن تكون دراسة تفصيلية لهاتين العينتين من القوانين بصفة منفصلة عن التشريعات الأخرى لإبراز الاختلاف الجوهرية الذي يكمن بينهما (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

اختلاف تشريعات الدول حول القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي

إذا كانت جل تشريعات الدول سواء العربية أو الغربية تعترف بالنسب الشرعي، إلا أنها اختلفت حول القانون الواجب التطبيق عليه، إذ أخضعت بعض التشريعات لقانون جنسية الابن (أولاً)، في حين فضلت البعض منها إخضاعه لقانون جنسية من يراد الانتساب

¹ - الداودي غالب علي، مرجع سابق، ص 174. أنظر كذلك: - الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تتنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 115 .

له (ثانياً) ،بخلاف البعض منها التي اتجهت إلى تطبيق القانون الأصلح للابن(ثالثاً) ،بينما اختارت بعض التشريعات تطبيق قانون جنسية الأب(رابعا) .

أولاً - تطبيق قانون جنسية الابن

فضلت بعض تشريعات الدول الغربية تطبيق قانون جنسية الابن على النسب الشرعي، لأنه يتصل بمصلحته أكثر من اتصاله بمصلحة الأب، منها القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي لسنة 1963، والقانون البولوني لسنة 1965 وقانون المانيا الديمقراطية لسنة 1965 في مادته 21 والقانون الدولي الخاص المجري لسنة 1979 في مادته 42 الفقرة الأولى¹ .

ثانياً - تطبيق قانون جنسية الوالد المراد الانتساب له (الأب أو الأم)

أورد المشرع المصري حسب بعض الفقه قاعدة اسناد خاصة بالنسب الشرعي تقضي بوجوب الاعتداد بقانون جنسية الوالد المراد الانتساب إليه ،سواء كان أباً أو أما ، وهذا ما يستشف من قانون المرافعات لسنة 1949² في المادة 905/ الفقرة الأولى منه التي تقضي بأنه " ترفع الدعوى بإثبات النسب وفقاً للأحكام والشروط وفي المواعيد التي ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين ،وتتبع في إثباتها القواعد التي يقرها قانون البلد المذكور " وتضيف المادة 906 /الفقرة الأولى منه " يتبع في قبول دعوى إنكار النسب وإثباتها والمواعيد التي ترفع فيها والآثار التي تترتب عليها القواعد والأحكام التي يقرها قانون البلد الواجب التطبيق " .

إذ يرى بعض الفقه أن هذه النصوص القانونية فصلت بصورة قاطعة في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب ولا محل بعد ذلك للاجتهد ،وتكون العبرة في تحديد الجنسية وقت ميلاد الطفل³.

¹ - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ،الجنسية والعلاقات الدولية ،مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، د ب ن ، 2010 ، هامش رقم 152 ،ص 183 . أنظر كذلك: - الهداوي حسن ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ،المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني،مرجع سابق ،هامش رقم 01 ص 116 .

² - تجدر الإشارة إلى أنه تم إلغاء قانون المرافعات المصري لسنة 1949 .

³ - الغزالي إبراهيم حسن محمد عمر ،مرجع سابق ،ص 407 .

يرى الأستاذ صلاح الدين جمال الدين أن النصوص القانونية المشار إليها سالفاً تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات دون الموضوع، وقد تضمنها المشرع المصري باعتبارها خروجاً عن القاعدة العامة بالنسبة للإجراءات والتي تقضي بخضوعها لقانون القاضي، لذلك يرجح تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على النسب¹.

يضيف الأستاذ فؤاد عبد المنعم رياض والاستاذة راشد سامية أنه في حالة الافتراض أن النصوص السالفة الذكر تتضمن قاعدة اسناد خاصة بالنسب الشرعي، فإنه يبدو من العسير تطبيقها من الناحية العملية، فدعوى النسب الشرعي سواء رفعت ضد الأب أو ضد الأم من الناحية الإجرائية فإنها من الناحية العملية إنما تشمل الإثنتين، وعلى ضوء طبيعة النسب الشرعي باعتباره من آثار الزواج فإنه يخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج دون الاعتماد بالتغير الذي يطرأ على جنسيته بين وقت الزواج ولحظة ميلاد الابن، أما إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت الزواج فيطبق عليه القانون المصري وفقاً للمادة 14 من ق م².

ثالثاً - تطبيق القانون الأصلح للطفل

رجحت بعض التشريعات تطبيق القانون الأصلح للطفل على نسبه الشرعي، منها القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1979³، والقانون التونسي الذي تبني قاعدة اسناد أكثر موضوعية وأكثر خدمة لمصلحة الطفل العليا⁴ في الفصل 52 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي⁵ الذي ينص على أنه " يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل

1- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية.....، مرجع سابق، ص 370-371 .

2- عبد المنعم رياض فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 232-233 .

3- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين....، مرجع سابق، هامش رقم 01، ص 399.

4- برجوي خالد، مرجع سابق، ص 212 .

5- قانون عدد 97 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 المتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، الرائد الرسمي عدد 96 بتاريخ 1 ديسمبر 1998، متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://legislation-securite.tn/ar/law/45218#:~:text=>
- كان الفصل الرابع /فقرة 5 من أمر 12 جويلية 1956 المتعلق بضبط الأحوال الشخصية للأجانب الملغى بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي يقضي بأنه " إذا كانت المنازعة بين منقاطبين خاضعين لحالتين شخصيتين مختلفتين فإن القانون المطبق لفصل النزاع يعين حسب الشروط الآتية: وفي البنوة وتصحيح النسب والقرار بالأبوة وانكارها إلى القانون الشخصي للأب ".
- يتبين من النص أن القانون الشخصي للأب هو المطبق على جميع مسائل النسب عند اختلاف الجنسية، بينما يطبق القانون الوطني للطرفين عند اتحاد الجنسية حسب الفصل الأول من نفس الأمر الذي يقضي بأن " الأجانب خاضعون فيما يخص أحوالهم الشخصية لقانونهم الوطني ". - برجوي خالد، مرجع سابق، ص 212.

من بين :القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره ،القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، وتخضع المنازعة في البنية للقانون الذي نشأت بمقتضاه " .

يتبين من هذا النص القانوني أن المشرع التونسي لم يحدد الوقت الذي يعتد فيه بالقانون الواجب التطبيق على النسب ،ربما تعمد ذلك خدمة لمصلحة الطفل من خلال تقدير القضاء لهذه المصلحة حسب كل مسألة على حدى .

رابعا- تطبيق قانون جنسية الأب .

بخلاف التشريعات السالفة الذكر فضلت العديد من التشريعات تطبيق قانون جنسية الأب على النسب منها :القانون الكويتي لسنة 1961¹ في نص المادة 41 منه التي تقضي بأنه " يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بالبنوة وانكارها ،وإذا مات الأب قبل الميلاد سرى قانون جنسيته وقت الوفاة " والقانون المدني العراقي² في نص المادة 19 /فقرة 4 منه التي تقضي بأنه " المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات مما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب " والقانون القطري³ في مادته 19 التي تنص على أنه " يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بالبنوة وانكارها ،إذا مات الأب قبل الميلاد سرى قانون جنسيته وقت الوفاة" ،بالإضافة إلى القانون الإيطالي والسويسري والتركي والياباني⁴ .

حسن ما فعلت هذه التشريعات بنصها على قاعدة اسناد خاصة بالنسب لحسم الخلاف الفقهي حول القانون المختص بحكمه ،بخلاف ما كان عليه في القانون الجزائري قبل التعديل ،وسنتطرق إلى هذه النقطة بالتفصيل عند دراستنا لموقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على النسب .

¹ - القانون الكويتي رقم 5 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي المعدل ،متوفر على الموقع الإلكتروني : <https://world.moleg.go.kr> > cms > commonDown pdf

² - قانون رقم 40 مؤرخ 09 أوت 1951 المتضمن القانون المدني العراقي ،متوفر على الموقع الإلكتروني : <https://moshrig63.wordpress.com>

³ - قانون رقم 22 لسنة 2004 المتضمن القانون المدني القطري ،متوفر على الموقع الإلكتروني : <https://www.almeezan.qa> > LawPage

⁴ - الداودي غالب علي ،مرجع سابق ص 175.

تجدر الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان يحتوي على نص المادة 31 منه والتي تخضع النسب الشرعي لقانون جنسية الأب، إلا أن هذه المادة حذفت رغبة للمشرع المصري في إخضاعه لقاعدة الإسناد الخاصة بالزواج، باعتباره أثر من آثار الزواج¹.

الفرع الثاني

اختلاف تشريعات الدول حول القانون الواجب التطبيق على النسب غير الشرعي

تستمد التشريعات العربية الإسلامية قواعد النسب الشرعي من الشريعة الإسلامية لذلك فهي لا تعترف بالنسب غير الشرعي أو ما يعرف بالنسب الطبيعي، وبالتالي لم تنص على قاعدة اسناد خاصة به، بخلاف التشريعات الغربية التي يحظى فيها الطفل غير الشرعي بمكانة هامة، من خلال الاعتراف له بنفس حقوق الطفل الشرعي، والذي انعكس على المنظومة القانونية لهذه الدول، إذ حرصت على تحديد القانون الواجب التطبيق على حقه في النسب، غير أن اعترافها بالنسب غير الشرعي لم يمنع اختلافها حول القانون المختص بحكمه .

تنص بعض التشريعات الغربية على تطبيق قانون جنسية الطفل على النسب غير الشرعي كالقانون التشيكي والإيطالي، أما في ألمانيا وقبل قانون 1986 المعدل للقانون المدني الألماني كانت مسألة ثبوت النسب تخضع لقانون جنسية الأب، ونظرا لمخالفة هذه القاعدة لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة تم استبدالها بقاعدة القانون الوطني أو قانون الإقامة الاعتيادية للأبوين أو الطفل، وهو نفس النهج الذي تبعة القانون الهولندي، مما ترتب على ذلك إمكانية تطبيق القانون الهولندي على الأحوال الشخصية للجالية المغربية في مادة النسب مادام أن إقامة هذه الأخيرة غالبا ما تتواجد بهولندا².

¹ - المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 145 .

² - بوعروس خالد، الزواج المختلط الإشكالات القانونية والانعكاسات الاجتماعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك، المغرب، 2007، ص 80-81 .

أما بالنسبة للتشريعات العربية والتي تعرف تعدد الطوائف غير المسلمة مثل القانون اللبناني وفي ظل الفراغ التشريعي حول القانون الواجب التطبيق على النسب الطبيعي ، اعتمد الاجتهاد القضائي قانون جنسية الوالد المراد الانتساب إليه سواء كان أبا أو أما في قراره المؤرخ في 21 تشرين الثاني 1940 أو تطبيق القانون الأصلح للطفل المكرس في قراره الصادر بتاريخ 3 نيسان 1964¹ .

أما القضاء المغربي وفي ظل الفراغ التشريعي حول القانون الواجب التطبيق على النسب الطبيعي في ظهير وضعية الأجانب في المغرب ، فقد أخضعت محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ 10 مارس 1961 دعوى الاعتراف بالنسب الطبيعي لقانون الطفل ، كما طبق المجلس الأعلى نفس القانون في قراره الصادر بتاريخ 08 مارس 1960 على نفقة الطفل الطبيعي² .

تجدر الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان ينص في المادة 32 منه على تطبيق قانون الطفل على اثبات البنية الطبيعية وآثارها ، إلا أن هذه المادة حذفت لأنها قد تسمح بانتساب الطفل الطبيعي لأب قد لا يسمح قانونه بذلك ، كما هو الحال بالنسبة لجل التشريعات العربية الإسلامية التي لا تعترف بهذا النوع من النسب³.

للإشارة فإن بعض التشريعات أجازت تصحيح النسب غير الشرعي عن طريق الزواج اللاحق بالأم ، كالتشريع البرازيلي والسويسري والتركي ، وبهذا الزواج يصبح الطفل غير الشرعي شرعياً ، ومثل هذا النظام يخضع لقانون الجنسية⁴ ، في حين لا تأخذ بهذا النظام كل الدول الإسلامية ، منها الجزائر التي تلتزم حدود الشرع لمخالفته للنظام العام⁵.

¹ - غصوب عبده جميل ، مرجع سابق ، ص 280 . أنظر كذلك: - بديع منصور سامي ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة ، دار العلوم العربية ، لبنان ، 1994 ، ص 374 .

² - برجواي خالد ، مرجع سابق ، ص 208 .

³ - المصري محمد وليد ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي...، مرجع سابق ، ص 145 .

⁴ - الداودي غالب علي ، مرجع سابق ، ص 177 . أنظر كذلك: - الهداوي حسن ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني ، مرجع سابق ، ص 117 .

⁵ - يوسف فتيحة ، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص 190.

الفرع الثالث

الاختلاف بين القانون الجزائري والفرنسي حول القانون الواجب التطبيق على النسب

اختلف القانون الجزائري اختلافا جوهريا عن القانون الفرنسي سواء من حيث القانون الواجب التطبيق على النسب أو من حيث نوع النسب الذي تشمله قاعدة اسناد المحددة في كلا القانونين ،ويظهر هذا الاختلاف من خلال عرضنا لموقف كل من المشرع الجزائري (أولا) والمشرع الفرنسي(ثانيا) حول القانون الواجب التطبيق على النسب .

أولا- موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على النسب

قبل تعديل القانون المدني الجزائري سنة 2005 كان يسود قواعد التنازع الجزائرية فراغ بخصوص بعض مواد الأحوال الشخصية ،من بينها تلك المتعلقة بالنسب ،إلا أنه سرعان ما تدارك المشرع الجزائري ذلك النقص بتعديله للقانون المدني سنة 2005¹ ليخصص بذلك قاعدة اسناد خاصة بالنسب ،وعليه سنتطرق إلى القانون الواجب التطبيق على النسب قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-10 وبعد تعديله .

1- قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10

لم ينص المشرع الجزائري قبل تعديله للقانون المدني في 20 جوان 2005 على قاعدة اسناد خاصة بالنسب ،وباعتبار أنه لا يعترف إلا بالنسب الشرعي الذي يشكل أثر من آثار الزواج فإنه يخضع مثل الآثار الأخرى المترتبة عن الزواج لقاعدة التنازع الواردة في نص المادة 12² من القانون المدني ،وعليه يخضع النسب لاختصاص قانون جنسية

¹ - قانون رقم 05-10 السالف الذكر يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر .

² - المادة 12/فقرة 1 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر ،المعدلة بالمادة 7 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري السالف الذكر .

الزوج وقت انعقاد الزواج، أما إذا كان أحد الزوجين جزائريًا وقت انعقاد الزواج طبقًا للمادة 13¹ من نفس القانون فيطبق القانون الجزائري².

يؤيد الأستاذ أعراب بلقاسم تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج على النسب باعتباره القانون الأنسب لحكم النسب الشرعي، إذ يعد الطفل في نظر الشريعة العامة - التي هي مصدر قانون الأسرة - أحد أفراد الأسرة التي تأسست بالزواج، إذ أن الولد للفراس، كما أنه يفضل أن تكون كل العلاقات القائمة بين أفرادها خاضعة لقانون واحد وهو قانون آثار الزواج.

أما بالنسبة للنسب الطبيعي فباعتبار أنه لا يوجد ما يسمى بالأسرة الطبيعية فلا يمكن أن يخضع لقانون آثار الزواج، لذلك يفضل أن يخضع لقانون القاضي لما له من اختصاص عام، وللتقليل من استعمال النظام العام الإسلامي في مواجهة القانون الأجنبي الذي يعترف بالنسب الطبيعي³.

ويفضل الأستاذ زروتي الطيب بدوره اسناد النسب الشرعي لقانون جنسية الأب باعتبار الطفل ثمرة الزواج الصحيح فيخضع لقانون آثاره⁴، بخلاف الأستاذ علي علي سليمان الذي يرجح تطبيق قانون جنسية من يدعي النسب أو من ينكره⁵.

2- بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10

وضع المشرع الجزائري عند تعديله للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 قاعدة اسناد خاصة بالنسب في المادة 13 مكرر⁶ التي تنص

¹ - المادة 13 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم السالف الذكر .

² - MABROUKINE (Ali)et Autres , « Le statut personnel des musulman », Droit comparé et Droit international privé, Travaux de la Faculté de Droit de L'université Catholique de Louvain Bruylant, Belgique, 1992, p 223.

أنظر كذلك - اسعاد موحد، القانون الدولي الخاص، ترجمة د/فانز أنجق، ج1، قواعد التنازل.....، مرجع سابق، ص 312.

³ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 265 .

⁴ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 188 .

⁵ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 83 .

⁶ - المادة 13 مكرر من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر، المستحدثة بالمادة 08 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري السالف الذكر .

على أنه " يسري على النسب والاعتراف به وانكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة " .

يتبين من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري يعتد في مسألة النسب بقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل بغض النظر عن الجنسية التي يكون قد اكتسبها قبل أو بعد الميلاد أما في حالة وفاة الأب فيعتد بقانون جنسيته وقت الوفاة وليس وقت ميلاد الطفل.

كما نلاحظ أن إسناد المشرع الجزائري الاختصاص إلى قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل يكون بذلك قد جزم مسبقا بالأبوة ،غير أنه عمليا قد يثبت أن الطفل غير شرعي في حالة إنكاره ،وعليه كان على المشرع النص على اختصاص قانون جنسية الزوج وقت ميلاد الطفل .

من جهة أخرى إن قاعدة الاسناد التي أوردها المشرع الجزائري تقتصر فقط على النسب الشرعي دون النسب الطبيعي، فبالرجوع إلى المواد من 40 إلى 45 من قانون الأسرة الجزائري يتضح أن المشرع الجزائري لا يعترف إلا بالنسب الشرعي الناتج عن علاقة شرعية عن طريق الزواج¹ .

¹ - تنص المادة 40 من القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري ، ج ر ج ج عدد 24 ، صادر بتاريخ 12 يونيو 1984، المعدلة بالمادة 10 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005 ج ر ج ج عدد 15 ، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة على أنه "يُثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب " .

- في الآونة الأخيرة صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 12 ماي 2011 قلب كل الموازين وذلك بإثبات نسب غير شرعي في حالة الاغتصاب ،وكيفته المحكمة على أنه نكاح شبهة ،حيث جاء في إحدى حيثياته "حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع أسقطوا نسب البنات عن المطعون ضده اعتمادا على أن البنات ولدت بعد شهر وثلاثة أيام من تاريخ انعقاد الزواج واستنتجوا من ذلك أنه كان نتيجة علاقة غير شرعية ،حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 40 من قانون الأسرة فإن النسب فكما يثبت بالزواج يثبت بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة وبالتالي فإنه كان على قضاة الموضوع التحقق مما دفعت به الطاعنة من أن المطعون ضده هو من قام بتسجيل البنات باسمه بعد تعرضها للاغتصاب منه وإبرام لعقد زواج لاحقالخ وعليه تم تكيفه بأنه نكاح شبهة يثبت به النسب " .

- دواعر عفاف ،« تنازع القوانين حول موضوع اثبات النسب ونفيه ،»مداخلة لمقابلة في إطار الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة خميس مليانة ،2014، ص 93.

ويرجع تفضيل المشرع الجزائري لقانون جنسية الأب إلى الدور المعترف به للأب في الدول العربية من جهة، وإلى صعوبة تصور التطبيق الجامع لقانوني الأبوين من جهة أخرى¹.

إذا أشارت قاعدة الإسناد الجزائرية إلى اختصاص القانون الجزائري فسوف تطبق القواعد الموضوعية لقانون الأسرة الجزائري، لنفترض مثلا أنه عرض أمام القضاء الجزائري نزاع يتعلق بإثبات نسب طفل ناجم عن زواج مختلط بين زوج يحمل الجنسية الجزائرية وقت ميلاد الطفل وزوجة فرنسية مشتركة، فحسب قاعدة الإسناد الجزائرية يسند الاختصاص لحكم النسب للقانون الجزائري باعتباره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وبالرجوع إلى قواعد قانون الأسرة الجزائري فإن الزواج المبرم بين الطرفين يعد باطلا²، لأن المشرع الجزائري يمنع زواج المسلم من المشتركة³.

أما الطفل فحماية لحقه يعتبر شرعيا في حالة إثبات نسبه، لأن المشرع أجاز اثبات النسب بالزواج الباطل⁴.

¹ - آيت مولود ذهبية، « اشكالية اثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا بين التشريع وعوائق التطبيق »، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014 ص 190 .

² - تنص المادة 32 من القانون رقم 84 - 11 السالف الذكر، المعدلة بالمادة 10 من الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري السالف الذكر على أنه " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

³ - لم يرد في قانون الأسرة مانع زواج المسلم بغير المسلمة تاركا تحديد حكمها للشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة التي تقضي بأنه " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية"، وبالرجوع إلى هذه الأخيرة فإن زواج المسلم بغير الكتابية يعد باطلا ويفرق بينهما قبل الدخول وبعده .

- للتفصيل أكثر في هذه المسألة أنظر - وليد ميرة، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2005، ص ص 19-23 .

⁴ - تنص المادة 40 من القانون رقم 84 - 11 السالف الذكر، المعدلة بالمادة 10 من الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري السالف الذكر على أنه " يثبت النسب زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون " .

- المبدأ الذي سار عليه المشرع الجزائري هو اثبات النسب حتى من الزواج غير الصحيح مهما كانت جسامه الخل، وفق لقرينة الولد للفرش، التي تقضي أن الولد الذي يولد على فراش الزوجية ينسب للزوج، حتى و إن كان الزواج باطلا طبقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة، عملا بالشريعة الإسلامية الغراء التي تسعى لا لمحاربة هؤلاء الأولاد بل محاربة اختلاط الأسباب وزواج المحارم وشيوع الفاحشة،

لنفترض أن النزاع المعروض على القضاء الجزائري يتعلق بإثبات نسب طفل ناجم عن علاقة غير شرعية بين الزوج الجزائري والأم الفرنسية، فإن الطفل يكون في نظر القانون الجزائري غير شرعياً، لأن الزنا لا تصلح أن تكون سبباً لإثبات النسب، بخلاف لو عرض نفس النزاع على القضاء الفرنسي فإن القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل سيعترف بنسب الطفل غير الشرعي الذي يتمتع بنفس حقوق الطفل الشرعي. وهكذا يتنازع قانونين لحكم مسألة نسب الطفل، فيكون الطفل أمام وضعيتين مختلفتين باختلاف المنظومة القانونية لكلا الدولتين، شرعياً حسب القانون الجزائري وغير شرعياً حسب القانون الفرنسي .

وينبغي على اختصاص قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل بحكم النسب الشرعي اختصاص هذا القانون فيما يخص وقت تحديد رفع دعوى النسب ومن له الحق في رفعها والآثار التي تترتب عليها، وإذا حصل إقرار بالنسب يجب توفر الشروط والأحكام التي يوجبها هذا القانون لصحة الإقرار بالنسب والعدول عن آثاره¹.

ثانياً - موقف المشرع الفرنسي من القانون الواجب التطبيق على النسب

خضع نسب الطفل الناجم عن العلاقات الزوجية الشرعية وغير الشرعية في القانون الفرنسي إلى نظامين متباينين، إذ ميز النظام الذي كان سائداً في المرحلة السابقة عن صدور قانون 03 جانفي 1972 بين القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي والقانون الواجب التطبيق على النسب غير الشرعي، بخلاف النظام الذي أفرزه قانون 03 جانفي 1972 القائم على توحيد القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي وغير الشرعي من خلال وضع قاعدة اسناد مشتركة بينهما².

لذلك توسع المشرع في فرص إثبات النسب وضيق من فرص إنكاره، فكل ولد وُلد على فراش الزوجية ثبتت نسبته لأبيه ولو كان الزواج غير صحيح خشية من ضياع نسبه، وذلك حرصاً على مصالح الأسرة والأولاد، وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/10/28 إذ جاء فيه " من المقرر شرعاً أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والاقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأكحة الفاسدة والباطلة تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلاً له ". - نقلاً عن آيت مولود ذهبية، مرجع سابق، ص ص 187-188 .

¹ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين.....، مرجع سابق، ص 189 .

² - MONEGER (Françoise), Droit international privé, éditions Litec, Paris, 2001, n°320-321, p116.

1- مرحلة ما قبل صدور قانون 03 جانفي 1972

ميز الاجتهاد القضائي الفرنسي قبل صدور قانون 03 جانفي 1972 بين الأطفال الشرعيين وغير الشرعيين ،حيث أخضع نسب الأطفال الشرعيين وهم الذين يولدون في إطار علاقة الزواج الشرعي إلى قانون الجنسية المشتركة للزوجين¹، وفي حالة اختلاف جنسيتها يطبق قانون الموطن المشترك بينهما²، سعياً وراء ذلك إلى تحقيق وحدة القانون المطبق على علاقات الزوجين فيما بينهم وبين أطفالهم³ ،بينما أسند نسب الأطفال غير الشرعيين إلى قانون جنسية الطفل⁴، باعتباره الطرف الرئيسي المعني بمسألة النسب⁵، بالإضافة إلى وجود ما يسمى بالعائلة الطبيعية التي نشأت بشكل غير صحيح⁶ .

وقد منح قرار الاجتهاد القضائي الفرنسي الصادر في 05 ديسمبر 1949 في قضية الطفل الطبيعي VERDIER إمكانية الاختيار بين الاستفادة من تطبيق قانون جنسيته القديمة أو الجديدة حتى ولو حصل التغيير أثناء النظر في الدعوى⁷.

أما بخصوص الاعتراف الإرادي بالنسب الطبيعي فقد أقرّ الاجتهاد القضائي الفرنسي في احدى قراراته⁸ باختصاص قانون جنسية الطفل ،ومع ذلك صدر قرار عن مجلس قضاء باريس بتاريخ 29 جوان 1963 يسمح للطفل بالاختيار بين قانونه الشخصي والقانون المعترف بالأبوة أو الأمومة⁹.

¹ – Cass, Civ ,04 Novembre 1958.

²– Cass, Civ ,21 juin 1955 .

³ – AUDIT (Bernard), op.cit, n° 687 ,p 590.

⁴ – Cass, Civ ,22 mai 1957 .

⁵ – DERRUPPE (Jean), op.cit , p 139 .

⁶ – MAYER (Pierre) , HEUZE (Vincent),op.cit, n° 603 ,p 439 .

⁷ – DERRUPPÉ (Jean), op.cit , p 140.

⁸– Cass, Civ ,22 mais 1957 , Henrich .

⁹– HOLLEAUX (Dominique), FOYER (Jacques) , GERAUD DE GEOUFFRE DE (La pradelle) , op.cit ,n°1216, p 538.

2- مرحلة ما بعد صدور قانون 03 جانفي 1972

سعى المشرع الفرنسي إلى توحيد قواعد التنازع الدولي للقوانين في النسب، سواء كان شرعياً أو غير شرعياً بموجب القانون المؤرخ في 3 جانفي 1972، وذلك بإضافة قسم جديد تحت عنوان " تنازع القوانين المتعلقة بالنسب " في القانون المدني ، تضمن قاعدة اسناد مشتركة بين النسب الشرعي وغير الشرعي في المادة 14/311¹ من القانون المدني الفرنسي والتي تضمنت قاعدة رئيسية تمنح الاختصاص لقانون جنسية الأم وأخرى تكميلية تمنح الاختصاص لقانون جنسية الطفل ، كما تبني المشرع الفرنسي قاعدة استثنائية تمنح الاختصاص للقانون الفرنسي .

قبل عرض هذه القواعد نشير إلى أن التوجه الجديد للمشرع الفرنسي كان نتيجة عدة اعتبارات نذكر منها: تكريس مبدأ المساواة بين الطفل الشرعي وغير الشرعي²، تفادي الانتقادات الموجهة إلى النظام المعمول به سابقاً وهو عيب تجزئة قواعد الاسناد وذلك بإسناد النسب الشرعي لقانون آثار الزواج وإسناد النسب غير الشرعي لقانون جنسية الطفل³، تكريس وحدة القانون المطبق على النسب بنوعيه ، دعم تطبيق القانون الفرنسي وتعزيز اثبات النسب ، بالإضافة إلى عدة اعتبارات اجتماعية⁴.

بالنسبة للقاعدة الرئيسية التي تبناها المشرع الفرنسي فهي تكمن في تطبيق القانون الشخصي للأم، فإذا كانت الأم معروفة يسند الاختصاص لحكم النسب الشرعي وغير

¹ Article 311-14 du code civil français, Disponible sur le site internet <https://www.legifrance.gouv.fr/> , dispose que « La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ».

²– Article 310 du code civil français dispose que « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux ».

³– LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), Droit international privé, 4ème éd, Dalloz, Paris, 1993, n° 341 , p 362 .

⁴ – COURBED (Patrik), op.cit, n° 481 , p233.

الشرعي إلى القانون الشخصي للأم وقت ولادة الطفل ولو اختلفت جنسية الزوجين طبقاً للماد 14-311 من القانون المدني الفرنسي .

رغم خرق مبدأ المساواة بين الجنسين إلا أن هذا الاسناد تم تبريره بالدور المهم للأم في العلاقة الأسرية، لاسيما في دعاوى النسب¹، فمعظم الدعاوى المتعلقة بإثبات النسب الشرعي ناتجة عن عدم الاعتراف بالأبوة، مما يؤدي غالباً إلى استنتاج البنوة الطبيعية، فوفاً للبنوة الشرعية تختفي البنوة الطبيعية²، كما أن الأم تكون في أغلب الحالات معروفة³ لذلك يعد اسناداً بسيطاً وثابتاً، خاصة عندما يؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي⁴ .

يري البعض أن تطبيق قانون جنسية الأم هو أكثر واقعية بالنسبة للطفل الطبيعي منه بالنسبة للطفل الشرعي، فالطفل الطبيعي لا تكون له عادة إلا الصلة القانونية والواقعية بوالده⁵.

تبنى المشرع الفرنسي إلى جانب القاعدة الرئيسية قاعدة تكميلية تكمن في تطبيق القانون الشخصي للطفل، فقد أسند بموجب المادة 14-311 الاختصاص لحكم النسب إلى القانون الشخصي للطفل إذا كانت الأم غير معروفة لحماية لمصلحته⁶ .

يطرح نص المادة إشكالية تفسير عبارة "الأم غير معروفة" ، هل يقصد بها عدم المعرفة القانونية أو عدم المعرفة الواقعية، وهذا ما أدى إلى انقسام القضاء حول تفسير هذه العبارة، إذ طبق مجلس قضاء ليون في قراره الصادر بتاريخ 31 أكتوبر 1979 القانون البلجيكي للأم المعروفة واقعيًا وليس قانونيًا، بخلاف محكمة باريس في حكمها الصادر

¹ – AUDIT (Bernard), op.cit, n° 690 ,p591 .

² – MAYER (Pierre) , HEUZE (Vincent), op.cit, n° 607,p 442 .- voir aussi –MONEGER (Françoise), Droit international privé..... , op.cit, n°323 , p 117.

أنظر كذلك - بديع منصور سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 376 .

³– AUDIT (Bernard), op.cit, n° 690 ,p591

⁴– LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre) , DE VAREILLES – SOMMIERES (Pascal), op.cit, n° 341, p 450 .

⁵ – بديع منصور سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 377 .

⁶– LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre) , DE VAREILLES – SOMMIERES (Pascal), op.cit, n° 341 , p 451.

بتاريخ 18 نوفمبر 1980 التي طبقت القانون الفرنسي للطفل بدل من القانون الجزائري للأمم ،كون هذه الأخيرة غير معروفة قانونيا ولكنها معروفة واقعيًا¹، بينما ساد لدى محكمة النقض الفرنسية² مفهوم الأم بحكم الواقع ،معتبرة أن تطبيق القانون الشخصي للأمم ضروري ولو لم يتم تحديدها قانونًا³ .

أما القاعدة الاستثنائية التي أوردها المشرع الفرنسي فهي تكمن في منح الأولوية في تطبيق قواعد القانون الفرنسي فيما يخص حياة الحالة باعتبارها قرينة قانونية على وجود النسب ،ولكن بعد توفر بعض الشروط⁴ ،رغم أن فرضية القانون المختص بحكم النسب هو القانون الأجنبي، أي القانون الشخصي للأمم حسب المادة 311-14⁵ من القانون المدني، وهذا ما يستشف من نصوص المواد الآتية .

فحسب المادة 311-15⁶ من نفس القانون إذا كان للطفل الشرعي ووالديه أو الطفل الطبيعي ولأحد والديه سكنا اعتياديا في فرنسا ،سواء كان مشتركا أو منفصلا فإن حياة الحالة تنتج كل الآثار القانونية التي تترتب عليها وفق القانون الفرنسي حتى ولو كانت بقية عناصر البنية ممكن أن تتعلق بقانون أجنبي .

¹– le tribunal de paris décide dans son jugement du 18 novembre 1980 que « si la mère n'est pas connue en droit alors qu'elle est identifiée en fait ,il faut appliquer à titre subsidiaire la loi française de l'enfant et non la loi algérienne de la mère » .

– HOLLEAUX (Dominique), FOYER (Jacques) , GERAUD DE GEOUFFRE DE (La pradelle) , op.cit, n°1203-1204, p 535

² – Cass, Civ, 11 juin ,1996 .

³ – LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre) , DE VAREILLES – SOMMIERES (Pascal) , op.cit, n° 341 , p 451.

⁴ – المصري محمد وليد ،الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ،دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي،مرجع سابق ،ص 147.

⁵– MONEGER (Françoise), Droit international privé , op.cit, n° 324, p 118.

⁶– Article 311-15 du code civil français dispose que « Toutefois, si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère » .

وتثبت حيازة الحالة طبقا للمادة 1/311¹ من نفس القانون من خلال تجمع كاف لوقائع تبين علاقة البنوة والقرابة بين الشخص والعائلة التي يدلي بانتمائه لها، وتتمثل الوقائع الأساسية في تكوين الحالة وفقا للمادة 2/311² من نفس القانون في أن يكون الطفل قد حمل دائما اسم العائلة التي ينظر إليهم على أنهم والديه وأن تكون هذه العائلة قد عاملت الطفل معاملة الوالدين وقامت بإعالتة وتعليمه .

ومن أمثلة تطبيق أحكام حيازة الحالة طفل مولود من أم بولونية وكانت الإقامة العائلية في فرنسا، فيكون للطفل حق اثبات البنوة وفقا لأحكام القانون الفرنسي مستندا لأحكام الحيازة المشار إليها أعلاه حتى ولو كان القانون البولوني يجهل هذه الوسيلة في إثبات البنوة³.

أما فيما يخص مسألة الاعتراف الإرادي بالنسب الطبيعي فقد سمح المشرع الفرنسي باختيار القانون الأكثر ملاءمة لإنشاء النسب⁴ من خلال نص المادة 311-17⁵ من القانون المدني التي أقرت بالاعتراف الإرادي للنسب الطبيعي إذا تم وفقا للقانون الشخصي للمعترف بالأبوة أو الأمومة أو القانون الشخصي للطفل.

¹ – Article 311/ Alinéa 1 du code civil français dispose que « – La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir ».

² – Article 311/ Alinéa 2 du code civil français dispose que « Les principaux de ces faits sont :

- 1– Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ;
- 2– Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation;
- 3 – Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ;
- 4– Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ;
- 5 – Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue » .

³ – بديع منصور سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 372 .

⁴ – HOLLEAUX (Dominique), FOYER (Jacques) , GERAUD DE GEOUFFRE DE (La pradelle), op.cit , n°1216, p 538.

⁵ – Article 311-17 du code civil français dispose que « La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant ».

يتضح من خلال موقف المشرع الفرنسي اتجاه القانون الواجب التطبيق على النسب أنه تبنى عدة قوانين لحكم النسب الشرعي وغير الشرعي من أجل ضمان تطبيق القانون الفرنسي، لاسيما إذا كان أحد القوانين المختصة يخص إحدى الدول التي لا تعترف بالنسب غير الشرعي كالقانون الجزائري .

المبحث الثاني

إشكالات تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النسب

إذا عرض على القاضي الوطني نزاع يتعلق بإثبات أو نفي نسب الطفل الناجم عن الزواج المختلط، فلا بد عليه أولاً أن يستشير قاعدة الإسناد الوطنية الخاصة بالنسب الواردة في قانونه، والتي قد تشير إما إلى اختصاص القانون الوطني فيطبق القاضي قواعده على النزاع لفضه بصفة نهائية، أو تشير إلى اختصاص قانون أجنبي لحكم النسب، فذلك يطبقه القاضي على النزاع المطروح أمامه، لكن هذا لا يعني التسليم بتطبيق هذا القانون في جميع الحالات، فقد يصطدم القانون الأجنبي المختص بحكم النسب بعقبات وإشكالات تحول دون تطبيقه، فقد يستبعد إما بدافع النظام العام أو الغش نحو القانون (المطلب الأول) أو يحال الاختصاص لقانون آخر لتطبيقه على النسب، وذلك عند الأخذ بما يعرف بنظرية الإحالة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النسب

قد يعمل القاضي على استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النسب إذا تبين له أنه يخالف المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها القانون الوطني للقاضي، بمعنى مخالفته للنظام العام في دولته (الفرع الأول)، أو عندما يكشف القاضي عن وجود تحايل من أحد طرفي النزاع على القانون الواجب التطبيق للتخلص من بعض أحكامه، وهو ما يعرف بالغش أو التحايل نحو القانون من أجل الاستفادة من تطبيق أحكام قانون آخر أكثر انسجاماً مع مصالحهم في الدعوى (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النسب لمخالفته للنظام العام

يلعب النظام العام دور هام في مجال تنازع القوانين حول النسب ،لاسيما النسب غير الشرعي ،باعتباره أداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص ،الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الإسناد الواردة في قانون القاضي ،وتزداد هذه الأهمية إذا تعارض مفهومه السائد في الدول الإسلامية مع القانون الأجنبي المختص لدولة غير إسلامية والعكس صحيح ،وهذا ما يقتضي تحديد مفهوم النظام العام (أولا) ،وعرض التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام على النسب (ثانيا).

أولا- مفهوم النظام العام

لم تكن فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص معروفة في القديم، بل كانت تستخدم أساسا كأداة لتثبيت الاختصاص الاقليمي¹.

ولم تبرز فكرة النظام العام وفقا لمفهومه الحديث إلا في القرن 19 على يد الفقيه الألماني "سافيني"².

¹ - سادت فكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص الاقليمي لدى فقه الأحوال الإيطالي القديم وفقه الايطالي مانشيني ،ففي فقه الأحوال الإيطالي فرق بارتول في العصور الوسطى بين الأحوال الملائمة والأحوال البغيضة ،فالأحوال الملائمة هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب فتطبق عليه حتى ولو كان خارج الاقليم ،أما الأحوال البغيضة هي القوانين التي لا تتعدى آثارها حدود إقليم البلد الصادرة عنه ،أما الفقيه الإيطالي مانشيني فبعد أن وضع نظريته الشهيرة والتي أكد فيها على مبدأ شخصية القوانين أورد عليها استثناءات ،تقضي بتطبيق القوانين تطبيقا إقليميا لتعلقها بالنظام العام ،بمعنى أنها تطبق على كل من يفطن الإقليم ووطنيا كان أو أجنبيا ،ومن جهة أخرى فهي لا تطبق على الوطنيين الموجودين في الخارج .

- هشام علي صادق، تنازع القوانين ،دار المطبوعات الجامعية ،مصر ، 2007 ،ص 565.

² - أول من صور فكرة النظام العام وفقا لمفهوم الفقه الحديث هو الفقيه الألماني سافيني خلال عرضه لفكرته في الاشتراك القانوني والتي تتلخص في أن القوانين السائدة في الدول المسيحية الورثة للقانون الروماني تشترك فيما بينها في الأصول العامة التي ترجع إلى وحدة الأصل التاريخي لهذه القوانين ،وبالتالي أكد سافيني أن قوانين هذه الدول التي تشترك في وحدة المصدر تتطابق في بعض الفروض عن تطبيق قانونها الخاص ،مما يفسح المجال لوضع حلول مشتركة في تنازع القوانين ،كما أشار إلى تحفظ هام يخلو بمقتضاه للقاضي الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا تبين له انقطاع الوحدة القانونية بين قانونه والقانون المختص بحكم النزاع، لأن فكرة الاشتراك القانوني في ذاتها تقتضي تقارب المبادئ العامة في القوانين المتزامنة .

- السيد الحداد حفيظة ،الموجز في القانون الدولي الخاص ،الجزء الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين ،دار المطبوعات الجامعية مصر ،د س ن ،ص ص 189-190 .

وباعتبار أن فكرة النظام العام من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها تحديدا دقيقا وبالتالي صعوبة تعريفها تعريفا جامعا ،فقد كان من الضروري وضع شروط لإثارة الدفع بالنظام ،من أجل ترتيب آثاره.

1- صعوبة ضبط تعريف النظام العام

تعتبر فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة يكتنفها الغموض وبالتالي يصعب تحديدها على وجه دقيق ،تتأثر باختلاف الزمان والمكان¹،فما يعتبر متعلقا بالنظام العام في دولة ما لا يعتبر كذلك في دولة أخرى ،وهذا حسب هيكلية النظام القانوني لكل دولة من الدول، لذلك يصعب ضبط تعريف جامع مانع للنظام العام² ،رغم المحاولات العديدة للفقهاء الوضعي ويظهر ذلك من خلال عرضنا لبعض التعاريف نذكر منها :

عرف الأستاذ عز الدين عبد الله النظام العام بأنه " وسيلة قانونية يستبعد بها في النزاع المطروح أمام القاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي"³.

كما عرفه الأستاذ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش بأنه " مجموع المبادئ الأساسية العليا للنظام القانوني النافذ في الدولة، والتي يقوم عليها نظام المجتمع سياسيا واقتصاديا ودينيا وقانونيا وأخلاقيا ويكون للدستور الدور الحاسم في تكوين النظام العام"⁴.

يرى الأستاذ غالب علي الداودي بأن النظام العام هو " المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها ويتأسس عليها كيانها كما يرسمه نظامها القانوني سواء كانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية أو دينية والإخلال بها يعرض كيان الجماعة للتصدي والانهيار"⁵.

¹ - البستاني سعيد يوسف ،الجامع في القانون الدولي الخاص،مرجع سابق ،ص 545 - 735 .

² - عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2004 ، ص 561 .

³ -نقلا عن عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص،مرجع سابق ،ص 537 .

⁴ - نقلا عن ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ،القانون الدولي الخاص والمقارن ،الجزء الأول ،تنازع القوانين ،الاختصاص القضائي

الدولي ،تنفيذ الأحكام الأجنبية ،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ،1998 ،ص 196 .

⁵ - نقلا عن الداودي غالب علي ،مرجع سابق ،ص 236 .

أما الأستاذ أحمد مسلم فقد عرفه بأنه " الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية، ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون، أو احترام أفكار دينية أساسية معينة، أو عقائد مذهبية اقتصادية، كالاشتراكية والرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية، كالعادلة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك" ¹.

عرفه البعض بأنه "ذلك الدفع الذي يراد به استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية معينة واحلال القانون الوطني (قانون القاضي) محله، نظرا لاختلاف الحكم الوارد في كل منهما في هذا الصدد اختلافا جوهريا أو لعدم التكافؤ القانوني بين التشريعين في هذا الشأن" ².

نظرا لصعوبة تحديد وضبط فكرة النظام العام رجح أغلب الفقه السائد ترك هذه المهمة لتقدير القاضي مع تقييد سلطته بمعيار موضوعي مجرد ³، يسترشد به في الكشف عن تعارض القانون الأجنبي مع الأسس والمبادئ الجوهرية في مجتمعه حتى يكون تقديره موضوعيا ⁴، لكنهم اختلفوا في تحديد هذا المعيار .

إذ نادى جانب من الفقه بضرورة استبعاد القوانين الأجنبية التي تتعارض مع مبادئ العدالة الدولية ومبادئ القانون الطبيعي، كالقانون الذي لا يسمح للألم بالاعتراف بابنها غير الشرعي، مهذرا حقها الطبيعي الواجب احترامه دون حاجة للنص عليه صراحة في القوانين الوضعية للدول ⁵ .

¹- نقلا عن مسلم أحمد ،موجز القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان ،الجنسية والموطن ،مركز الأجنبي ،تنازع القوانين، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ،لبنان ، 1966 ،ص 203.

²- نقلا عن بلمامي عمر ، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص ،دراسة مقارنة ،بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ،جامعة الجزائر ،1986، ص 120 .

³- البستاني سعيد يوسف ،الجامع في القانون الدولي الخاص....،مرجع سابق ص 738 .

⁴- صلاح الدين جمال الدين ،فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية ،دار الفكر الجامعي ،مصر ، 2004 ،ص 38 .

⁵ - عبد المنعم رياض فؤاد ،راشد سامية ،مرجع سابق ص 139 .

في حين ذهب جانب من الفقه إلى القول باستبعاد القانون الأجنبي إذا كان يشمل على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي¹.

بينما ذهب فريق آخر من الفقه إلى الربط بين فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية والأهداف التشريعية للمشرع الوطني في دولة القاضي ،ومن ثم يعد مخالفا للنظام العام القانون الأجنبي الذي تتنافى أحكامه مع مبادئ السياسة التشريعية حتى ولو لم تكن أحكامه متعارضة في مضمونها مع مبادئ العدالة والقانون الطبيعي ،ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في استبعاد القانون الأجنبي الذي يقرر مدة أطول عن تلك الواردة في القانون الفرنسي لرفع دعوى الاعتراف بالأبوة ،فإذا كان طول المدة المقررة في القانون الأجنبي لا يشكل مخالفة لمبادئ العدالة والقانون الطبيعي إلا أنه يتعارض مع السياسة التشريعية في دولة القاضي ،فهذه المشرع من تقصير المدة هو تحقيق استقرار الروابط العائلية².

ويرى فريق آخر من الفقه بوجوب استبعاد القانون الأجنبي إذا كان يتعارض مع المصالح الحيوية أو المصلحة العامة للدولة³.

رغم اختلاف الفقه حول معايير تقدير القاضي لفكرة النظام العام إلا أنهم اتفقوا على الوقت الذي يعتد فيه بهذا التقدير وهو وقت رفع الدعوى⁴.

اكتفت أغلب تشريعات الدول بخلاف الفقه الوضعي النص على استبعاد القانون الأجنبي في حالة مخالفته للنظام العام في دولة القاضي دون تحديد مفهومه ،تاركين مبدأ من لسلطة القاضي التقديرية حسب الظروف السائدة في كل حالة على حدى ،منها التشريع

¹ - البستاني سعيد يوسف ،الجامع في القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق ،ص 738 .

² - صلاح الدين جمال الدين ،فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ،مرجع سابق ،ص ص 42-43 .

³ - البستاني سعيد يوسف ،الجامع في القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق ،ص 738 .

⁴ - أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانين.....،مرجع سابق ،ص ص 171-173 . أنظر كذلك:

- زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية.....،مرجع سابق ،ص ص 253-254 .

الجزائري¹، بينما فضلت بعض التشريعات تعداد المسائل التي تندرج تحت فكرة النظام العام كالقانون الأردني².

غير أنه يؤخذ على المشرع الأردني أنه رغم أهمية مسألة النسب في الزواج المختلط المستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية في هذه الدولة إلا أنه أغفل النص عليه ضمن المسائل المتعلقة بالنظام العام، لذلك كان من الأفضل عدم حصر هذه الحالات اقتداءً في ذلك بالمشرع الجزائري على غرار مشرعي الدول الأخرى.

2- شروط الدفع بالنظام العام

تعتبر مسألة نسب الطفل الناجم عن الزواج المختلط من أكثر المسائل التي يثير فيها القاضي فكرة النظام العام إذا توفرت الشروط الآتية، أن يكون قانون أجنبي واجب التطبيق وفق قاعدة الإسناد الوطنية، وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي وأن يتوفر مقتضى من مقتضيات النظام العام في دولة القاضي.

أ- أن يكون قانون أجنبي واجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية

يلعب النظام العام دوراً مهماً في مجال تنازع القوانين في نسب الطفل الناجم عن الزواج المختلط كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان يتعارض مع الأسس والمبادئ الجوهرية في دولة القاضي، وعليه لا يتصور

¹ - تنص المادة 24 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر، المعدلة بالمادة 17 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني السالف الذكر على أنه "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو

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

² - تنص المادة 163 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، الذي بدأ تاريخ سريانه بتاريخ 01 جانفي 1977، جريدة رقم 2645 مؤرخة في 01 أوت 1976، متوفر على الموقع الإلكتروني :

<http://www.moj.gov.jo> > EchoBusV3.0 > SystemAssets PDF

على أنه "ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في وقف العقار وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية".

تحريك الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني كونه صادر عن المشرع الوطني¹ .

ب- وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي لإثارة الدفع بالنظام العام

اختلف الفقه حول شرط وجود صلة بين النزاع المطروح ودولة القاضي لإثارة الدفع بالنظام العام ، إذ ذهب جانب منه إلى القول بضرورة توفر هذا الشرط لتحريك الدفع بالنظام العام ، وإذا انتفت هذه الرابطة كان من غير المقبول التمسك به ، فكيف للقاضي أن يتذرع بفكرة النظام العام لتعطيل عمل قواعد التنازع في دولته بشأن مسألة لا تخصه إذا كانت لا ترتبط بقانونه ولو بأدنى صلة ، وعليه يقع على عاتق القاضي المطروح أمامه النزاع تحديد المعيار التي تتحقق به الصلة المطلوبة بين النزاع وقانونه حسب سلطته التقديرية لكل حالة على حدى² .

ساند هذا الرأي الفقهي القضاء الفرنسي الذي اشترط وجود رابطة بين القضية المطروحة وقانون القاضي لإثارة الدفع بالنظام العام ، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، من بينها النسب³ ، وهذا ما يستشف من قرار محكمة النقض الفرنسية التي قضت بأن رفض القضاء الجزائري المساواة بين الطفل الشرعي والطبيعي لا يعتبر متعارضاً مع النظام العام الفرنسي باعتبار أن الطفل ليس له الجنسية الفرنسية ولا يقيم في فرنسا⁴ .

رأى جانب آخر من الفقه أنه لا محل لاشتراط هذه الصلة ، إذ يكفي لإعمال الدفع بالنظام العام أن يكون القاضي مختصاً لنظر النزاع ، فمجرد اختصاص القاضي كاف للقول بارتباط النزاع بإقليم الدولة ، وهذا ما يبرر تحريك الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف⁵ .

¹ - عبد المنعم رياض فؤاد ، راشد سامية ، مرجع سابق ، ص 135 .

² - عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ص 579-580 .

³ - المصري محمد وليد ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي...، مرجع سابق ، ص 262 .

⁴ - Cass , Civ , 10 mai , 2006 .

⁵ - غصوب عبده جميل ، دروس في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق ، ص 211 .

يبدو أن أغلب تشريعات الدول قد تبنت الرأي الثاني، إذ اكتفت بالنص على عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي المختص بنظر النزاع دون اشتراط وجود صلة بين النزاع وقانون القاضي، غير أنه يستشف ضرورة توفر هذه الصلة من خلال اقرارها ما يسمى ببعض الشروط الخاصة، فبهدف حماية بعض الروابط والعلاقات التي يكون فيها أحد أطرافها وطنيا أو مقيما في دولة القاضي، تنص بعض التشريعات على تطبيق قانون القاضي، لاسيما في مسائل الأحوال الشخصية المستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية¹.

ج- توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام في دولة القاضي

يقتضي هذا الشرط أن يكون القانون الأجنبي المختص بحكم أي مسألة كالنسب مختلفا في قواعده اختلافا جذريا مع قانون القاضي، ورغم محاولات الفقه للحد من نطاق تدخل النظام العام عن طريق تقسيم القوانين إلى قوانين من النظام العام وأخرى ليست منه، إلا أنه لا جدوى من هذا التقسيم أمام صفتي النسبية والمرونة التي يتميز بها النظام العام واللذين تجعلان من العسير تحديد وحصر ما يدخل في نطاقه، فمقتضيات النظام العام تختلف باختلاف المكان والزمان، فمثلا أجاز القضاء الفرنسي منذ سنة 1912 للأطفال غير الشرعيين رفع دعاوى اثبات نسبهم ولو كانوا مولودين قبل هذا التاريخ، لذلك ترجع مسألة تحديد مقتضيات النظام العام لسطة القاضي التقديرية وقت رفع الدعوى².

3- آثار الدفع بالنظام العام

يترتب على أعمال الدفع بالنظام العام في أي مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص، منها نسب الطفل في الزواج المختلط آثار عديدة، تتعلق بعضها بالحالة التي يتم فيها إنشاء الحق في دولة القاضي وأخرى تتعلق بالحالة التي يكتسب فيها الحق في الخارج ويراد التمسك بآثاره في دولة القاضي، بالإضافة إلى الأثر الانعكاسي للنظام العام.

¹ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين.....، مرجع سابق، ص ص 580-581.

² - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية.....، مرجع سابق، ص ص 253-254.

أ- أثر الدفع بالنظام العام بشأن حق يراد انشاؤه في دولة القاضي

إذا تبين للقاضي الوطني أن القانون الأجنبي المختص بحكم النسب مخالف للنظام العام في دولته، فسيقوم باستبعاده وهو ما يعرف بالأثر السلبي للنظام العام، غير أنه يتعين عليه البحث عن قانون بديل لتطبيقه على النزاع المطروح عليه وهو ما يعرف بالأثر الإيجابي للنظام العام .

- الأثر السلبي للنظام العام

يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام في النزاعات الخاصة الدولية أثرا سلبيا وهو استبعاد القانون الواجب التطبيق على النزاع دون إحلال قانون القاضي محله، ويظهر الأثر السلبي بصورة منفردة كما لو كانت قواعد القانون الأجنبي المختص تجيز الاعتراف بابن الزنا في حين يمنع القانون الوطني ذلك، فاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المنظم لمسألة الاعتراف بابن الزنا لتعارضه مع النظام العام لدولة القاضي لا يستتبعه تطبيق قواعد القانون الوطني، بل يكفي القاضي باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي دون أن يحل محله القانون الوطني الذي لم ينظم مسألة النسب غير الشرعي لعدم الاعتراف به¹.

يسلم الفقه والقضاء في مختلف الدول أن هذا الاستبعاد يجب أن يكون ضمن الحدود اللازمة لحماية الأسس والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون القاضي، بطريقة يكفل معها تطبيق قواعد الإسناد الوطنية التي تشير إليه، وينسجم مع الغاية من إعمال الدفع بالنظام العام، ولأجل ذلك وبحسب الحالات فقد يكون استبعاد القانون الأجنبي بصورة جزئية أو كلية².

ذهب جانب من الفقه إلى القول بوجود الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي إذا تعارض أي حكم من أحكامه مع النظام العام لدولة القاضي، لأن الأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي يشكل خرقا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي، التي يهدف المشرع من وراء إقرارها إلى

¹ - الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني.....مرجع سابق، ص 191 .

² - البستاني سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين - المعاهدات - التحكيم التجاري الدولي)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 243 .

تطبيق القانون الأكثر اتصالاً بالعلاقة والأكثر قدرة على تحقيق العدالة، وهذا الهدف لا يتحقق إلا بالتطبيق الكلي للقانون الأجنبي المختص، كما أن التطبيق الجزئي لهذا القانون من شأنه المساس بوحدة التشريع الأجنبي¹.

قد يحدث أن يكون نص القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بمجموع النصوص الأخرى في هذا القانون ارتباطاً بالسبب بالنتيجة، بحيث يتعذر على القاضي أن يكتفي بالاستبعاد الجزئي لهذا النص وحده، وتطبيق النصوص الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام في دولته، وفي هذه الحالة استبعاد النص المخالف يستتبع معه لزوماً استبعاد بقية النصوص الأخرى المرتبطة به، بمعنى الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المختص².

أكد الفقه الغالب أن الأثر السلبي للنظام العام ليس من شأنه استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق بصورة كلية، وإنما ينحصر هذا الأثر في استبعاد الجزئية التي تعارض النظام العام في دولة القاضي³، لأن استبعاد القانون الأجنبي برمته فيه إهدار صارخ لا مبرر له لوظيفة قاعدة الإسناد الوطنية⁴.

فالاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي هو وحده الذي من خلاله تحقق قاعدة التنازع وظيفتها كما تصورها المشرع الوطني، ويحفظ للقانون الأجنبي المختص مكانته بوصفه ذو الاختصاص الأصلي، كما أن الدفع بالنظام العام لا يرمي إلى إصدار حكم قيمي على القانون الأجنبي، بل يهدف إلى منع حدوث النتيجة المخالفة للنظام العام، ومتمى أمكن تفادي هذه النتيجة من خلال الاستبعاد الجزئي لهذا القانون كان ذلك أمراً مقبولاً ومعقولاً، حيث سيبقى الاختصاص معقوداً للقانون الأجنبي⁵.

¹ - كصير محمد خيرى، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 2012 ، ص 142 .

² - غصوب عبده جميل، محاضرات في القانون الدولي الخاص ، منشورات زين الحقوقية ، د ب ن ، د س ن ، ص ص 138-139 .

³ - هشام علي صادق ، تنازع القوانين، مرجع سابق ، ص ص 200-201 .

⁴ - بلمامي عمر ، مرجع سابق ، ص 184 .

⁵ - عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، مرجع سابق ، ص ص 602-603 . أنظر كذلك: - عبد المنعم رياض فؤاد ، راشد سامية ، مرجع سابق ، ص 145 .

تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه الفقهي من خلال استبعادها فقط الجزء المخالف للنظام العام الفرنسي في القانون الأجنبي وأبقت على الأجزاء الأخرى المطابقة له في قرارها المؤرخ في 08 نوفمبر 1943 المتعلق بقضية **fayeulle**، أين استبعدت فيه طرق إثبات النسب الطبيعي المقررة في القانون الألماني، لكنها لم تستبعد هذا القانون فيما يخص آثاره¹.

تتلخص وقائع قضية **fayeulle** في إقامة دعوى قضائية أمام إحدى المحاكم الفرنسية للمطالبة بأبوية طبيعية من أحد الرعايا الفرنسيين، التي طلب منها إعادة النظر في الحكم الابتدائي، وباعتبار أن الطفل آنذاك كان يحمل الجنسية الألمانية فإن قاعدة الاسناد الفرنسية تشير إلى اختصاص قانون جنسية الطفل وهو القانون الألماني، لذلك قررت محكمة استئناف باريس أن أحد نصوص القانون الألماني المختص يتعارض مع مبدأ عام في فرنسا، وهو أنه لا يجوز إثبات رابطة البنوة الطبيعية إلا إذا توافرت بعض العناصر الضرورية، وعلى هذا الأساس اعتبرت المحكمة أن القانون الألماني يتعارض مع النظام العام الفرنسي فاستبعدته باسم النظام العام، وأحلت محله قانون القاضي، أي القانون الفرنسي، إلا أن محكمة النقض الفرنسية نقضت حكم محكمة الاستئناف، وقررت أن استبعاد القانون الأجنبي المختص باسم النظام العام الفرنسي لا يكون بصفة شمولية، وإنما يقتضي الرجوع إلى تطبيق النصوص الألمانية الأخرى المتعلقة بالبنوة الطبيعية التي لا تتنافى والنظام العام الفرنسي².

- الأثر الإيجابي للنظام العام

إذا امتنع القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي فإن هذه الحالة ستؤدي إلى خلق فراغ قانوني، مما يستلزم البحث عن قاعدة قانونية أخرى

¹ - BATIFFOL (Henri) , LAGARDE (Paul), Droit international privé, 7ème éd, tome1, L.G.D.J, Paris, 1981, n°364, pp 421-422

أنظر كذلك - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 177 .
² - بلمامي عمر، مرجع سابق، ص 186-187 .

لحكم النزاع المطروح¹، لذلك يؤكد الفقه الغالب بضرورة اقتران الأثر السلبي بالأثر الإيجابي، وهو تطبيق قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد².

يرى بعض الفقهاء أنه في حقيقة الأمر يقترن الأثر السلبي بالأثر الإيجابي، فاستبعاد القانون الأجنبي يستتبع دائما احلال قانون القاضي محله، فامتناع القاضي عن تطبيق القواعد الأجنبية التي تجيز الاعتراف بابن الزنا ما هو إلا تطبيق لقواعد قانونه الذي يمنع مثل هذا الاعتراف³.

غير أن الإجماع ليس قائما حول إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المختص المستبعد، إذ يرجح الرأي السائد في ألمانيا البحث في القانون الأجنبي المختص عن قاعدة قانونية أخرى تحل محل القاعدة القانونية المستبعدة، بينما يفضل بعض الفقه تطبيق القانون الأكثر حماية للطرف الضعيف في الرابطة، في حين اختار البعض تطبيق القانون الأقرب إلى العلاقة بعد القانون المستبعد⁴.

أما نحن فنرجح تطبيق قانون القاضي، تكريسا للهدف المراد من الدفع بالنظام العام، وهو حماية الأسس الجوهرية في قانون القاضي، لاسيما في مسألة النسب التي تستمد أغلب أحكامها من الشريعة الإسلامية من جهة، ولكي نجنب القاضي مشقة تفسير القانون الأجنبي من جهة أخرى.

وهو ما سار عليه المشرع الجزائري، فبعد تبنيه في المادة 24 من القانون المدني للأثر السلبي للنظام العام باعتباره أداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، تضمنت نفس

¹ - كصير محمد خيرى، مرجع سابق، ص 143.

² - البستاني سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 239.

³ - الهداوي حسن، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، دار عدلاوي للنشر والتوزيع، الأردن، 1993، ص 197.

⁴ - للتفصيل أكثر حول الاتجاهات الفقهية الراضة لإحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المختص المستبعد أنظر: - غصوب عبده جميل، دروس في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص ص 218-221.

المادة في فقرتها الثانية الأثر الإيجابي للنظام العام التي تقضي بتطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة¹ .

ب- أثر الدفع بالنظام العام بشأن حق اكتسب في الخارج وأريد التمسك بآثاره في دولة القاضي

إن التطور المعاصر للعلاقات الأسرية الدولية منها النسب قد كشف عن تطبيقات جديدة لفكرة النظام العام للحد من إهدار الحقوق المتعلقة بهذه العلاقات ،منها فكرة الأثر المخفف² ،ويعبر عنه بعض الفقهاء بتلطيف مفعول النظام العام³ .

لذلك حرص القضاء الفرنسي على التمييز بين حالتين ،حالة الحق المخالف للنظام العام الفرنسي الذي ينشأ في الخارج وفقا للقانون الأجنبي ويراد الاعتراف بآثاره في فرنسا (دولة القاضي) ، وحالة الحق المخالف للنظام العام الذي يراد إنشاؤه في فرنسا (دولة القاضي) ، فإذا كان النظام العام الفرنسي يتأذى من جراء قيام الحق في الحالة الثانية فيرفضه بشكل قطعي ،إلا أنه يقبل الحالة الأولى ، لأنها تقتصر على الاحتجاج بآثار هذا الحق في فرنسا ، وهذا ما يعرف بالأثر المخفف للنظام العام⁴ .

أخذت محكمة النقض الفرنسية بالأثر المخفف للنظام العام في قرارها المؤرخ في 22 ماي 1957 ،حيث لم تعتبر فيه آثار النسب مخالفا للنظام العام الفرنسي في حالة الاعتراف به في الخارج⁵ .

أما المحاكم الإنجليزية التي كانت لا تعترف بنظام تعدد الزوجات وآثاره المكرس في الشريعة الإسلامية لمخالفته للنظام العام الإنجليزي ،وبالتالي اعتبار ابنائهم غير شرعيين ،

¹- تنص المادة 24/فقرة 2 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر ،المعدلة بالمادة 17 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني السالف الذكر على أنه " يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة " .

²-- يوسف فتيحة ، « النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص » ، مجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، عدد 5 / 2008 ، ص ص 225-226 .

³- الهداوي حسن ،تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني،مرجع سابق ص 198 .

⁴- المصري محمد وليد ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ،دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي...،مرجع سابق ص ص 269-270 .

⁵ -Cass ,civ, 22 mais 1957 .- voir BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul),op.cit, n°367, p 425.

أصبحت بفضل الأثر المخفف للنظام العام تعترف بآثار الزواج المتعدد الذي انعقد خارج إنجلترا بمقتضى نظام أجنبي يقره، كما اعترفوا بشرعية الأولاد¹ .

يرى الأستاذ غصوب عبده جميل أنه لا يصح اعتماد نظرية الأثر المخفف للنظام العام في الدول التي تعتمد الشريعة الإسلامية كمصدر عام في مسائل الأحوال الشخصية، لأن تطبيق الشريعة الإسلامية يبدو واجبا على القاضي دون تمييز بين الحق الذي نشأ في الخارج أو في دولته² .

ج- الأثر الانعكاسي للنظام العام

يرتبط هذا الأثر بالحالة التي ينشأ فيها حق عن طريق احلال قانون القاضي الوطني محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام لبلد القاضي، حيث لا يترتب على هذا الحق أي أثر في البلد الأجنبي المستبعد قانونه، غير أنه في حالة الاحتجاج به أمام القضاء لدولة ثالثة فهنا يتوقف الأمر على مدى موافقة مقتضيات النظام في هذه الدولة مع مقتضيات النظام العام في الدولة التي اكتسب فيه هذا الحق³ .

مثال ذلك اعتراف القضاء الفرنسي بنسب الطفل الغير الشرعي لأبيه طبقا للقانون الفرنسي الذي حل محل القانون الجزائري المستبعد لمخالفته للنظام العام في فرنسا، لأن القانون الجزائري لا يعترف بالنسب غير الشرعي، وأراد التمسك بنسبه في إحدى الدول الغربية فلا ريب في ذلك، لأن مقتضيات النظام العام بين الدول الغربية في هذه المسألة متشابهة، غير أن هذا الحق يكون عديم الأثر لو تم التمسك به في إحدى الدول الإسلامية التي لا تعترف بالنسب غير الشرعي .

ثانيا - التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام على النسب

إن اختلاف المنظومة القانونية بين الدول الإسلامية والعلمانية في تنظيم مسائل الأحوال الشخصية منها النسب يجعل هذا الأخير عرضة لبعض الصعوبات التي تعترض

¹ - الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني.....، مرجع سابق، ص ص 192-193 .

² - غصوب عبده جميل، دروس في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 229 .

³ - شريقي نسرين، بوعلي سعيد، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين - الجنسية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص 108 .

سبيل ثبوته للطفل، نتيجة إثارة الدفع بالنظام العام من أجل استبعاد القانون المختص بحكمه، وهذا ما يتضح بصفة جلية من خلال التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام سواء في الدول الإسلامية أو الغربية .

1- التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام على النسب في الدول الإسلامية

تستمد التشريعات العربية الإسلامية منها التشريع الجزائري أحكام النسب من الشريعة الإسلامية، التي لا تعترف إلا بالنسب الشرعي ،لذلك يعد النسب الطبيعي المجال الخصب لإثارة الدفع بالنظام العام في هذه الدول من أجل استبعاد القوانين الأجنبية التي تقر بهذا النوع من النسب .

وهذا ما يستشف في بعض القضايا المطروحة على القضاء الجزائري ، إذ جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى الجزائري " أنه من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش"¹.

طرح هذه القضية بين جزائريين غير أنه يمكن أن تطرح بين جزائريين وأجانب فيبقى الحل نفسه ،ذلك ما طرح في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23 أفريل 1991، حيث جاء في احدي حيثياته " حيث أن القرار المطعون فيه ناقش في إطار السلطة التقديرية المخولة له قانونا واقعة الزواج المزعوم من الزوج قبل ولادة البنيتين، هذا الزواج الذي تنكره المطعون ضدها ،وقد ثبت في حيثيات القرار أن البنتان ولدتا خارج أية علاقة قانونية بين الطرفين وقبل زواجهما ،وأن الاعتراف بتثبيت نسبهما في ظل القانون الفرنسي يخالف النظام العام بالجزائر، لأنه لا يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا بالزواج طبقا لأحكامه السمحاء"².

¹ -ملف رقم 35087 ،قرار صادر بتاريخ 17 ديسمبر 1984 ،المجلة القضائية ،العدد 01 ،1990 .
أنظر كذلك: - عليوش قريوع ،كمال ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانين ،الجزء الأول، دار هومة، الجزائر ، 2006ص 246.

² - قرار صادر عن المحكمة العليا (غير منشور) - (نقلا) ،مرجع نفسه ،ص 246 - 247 .

نفس الاتجاه سار عليه القضاء المغربي الذي يتعامل في قضايا النسب على حسب ديانة وجنسية الطرفين، فإذا تعلق الأمر بالاعتراف بنسب طفل غير شرعي من أب مسلم سواء كان مغربيا أو غير مغربيا فإن القاضي لن يعترف بأي أثر لهذا النسب، وسيعتبره مخالفا للقوانين والأعراف السياسية والدينية المكونة للنظام العام المغربي، كما ورد في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 23 نوفمبر 1962، كذلك إذا تعلق الأمر بطفل من أم مغربية وأب أجنبي الذي يعترف قانونه بالنسب الطبيعي، فإن القانون المغربي ينفي طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية إلحاق الأبناء بأبائهم، ولا يلتفت إلى إقرار الآباء إلا بما ولد لهم من نكاح شرعي، وهو ما أقره المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 13 نوفمبر 1962 المؤيد لقرار محكمة الاستئناف بالرباط¹.

وفي حالة ما إذا كان أطراف النزاع أجنبيا فإنه من حيث المبدأ تطبق قواعد القانون الوطني بناء على القاعدة العامة الواردة في ظهير الوضعية المدنية للأجانب ولو تعلق بقواعد مخالفة للقانون المغربي، وهذا ما يستتف من قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 29 أكتوبر 1975، حيث أكد فيه ما ذهب إليه قضاة محكمة الاستئناف عندما طبقوا الفصل 339 من القانون المدني الفرنسي بناء على جنسية طرفي النزاع فيما يخص الاعتراف بالنسب الطبيعي².

إذا كان القضاء المغربي يتعامل مع قضايا إثبات النسب غير الشرعي بتشدد وصرامة شأنه شأن التشريعات الإسلامية الأخرى، فإنه مع ذلك يلاحظ نوع من التسامح والاعتدال على صعيد الآثار المتعلقة بالنفقة، لكن ذلك مقتصر فحسب على الأبناء غير الشرعيين المولودين من أم مغربية وأب أجنبي، ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 10 مارس 1961 المؤيد بقرار المجلس الأعلى الصادر في 13 نوفمبر 1962 السالف الذكر قضت المحكمة بالنفقة لفائدة الطفل بناء على المسؤولية التقصيرية للأب الفرنسي على الرغم من أن المحكمة في ذات القرار رفضت الاعتراف بالأبوة غير الشرعية التي يأخذ بها القانون الفرنسي، باعتباره قانون الطفل كما سبق الإشارة إلى ذلك، مما يفيد أن

¹ - برجواوي خالد، مرجع سابق، ص 209-2010. كذلك - بوعروس خالد، مرجع سابق، ص 84.

² - برجواوي خالد، مرجع نفسه. أنظر كذلك: - بوعروس خالد، مرجع نفسه.

الاجتهاد القضائي المغربي يعمل على إيجاد الحل المناسب طالما أن الأب الطبيعي غير مسلم، ومن ثم مراعاة مصلحة الطفل في ذلك¹.

استبعد القضاء اللبناني بدوره في حكمه الصادر بتاريخ 29 جانفي 1991 تطبيق القانون البرازيلي المختص بحكم النسب غير الشرعي، كونه يتضمن أحكاما متناقضة جزريا مع ما هو معمول به ومقبول في لبنان، لا سيما تساهل القانون البرازيلي في مسألة الاعتراف بالابن غير الشرعي حتى ولو كان ابن زنا أثناء الحياة الزوجية ومن طرف أي زوج، وقبول دعواه في جميع الظروف والأوقات لإثبات بنوته غير الشرعية، حيث أن تطبيق مثل هذه الأحكام يؤدي إلى المساس بالنظام العام اللبناني².

2- التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام على النسب في الدول الغربية

مما لا شك فيه أن أحكام النسب الواردة في تشريعات الأحوال الشخصية للدول العربية المستمدة من الشريعة الإسلامية تتعارض مع تشريعات الدول الغربية القائمة على مبدأ العلمانية، والتي تتبنى النموذج الأممي لحقوق الطفل وحقوق الإنسان القائم على مبدأ المساواة بين حقوق الطفل الشرعي والطبيعي وحماية مصلحتهما، وهو ما يفسح المجال لإثارة الدفع بالنظام العام.

ومع ذلك إذا أصبحت تقريبا أغلب الدول العلمانية تعترف بالنسب غير الشرعي إلى جانب النسب الشرعي منها التشريع الفرنسي، إلا أنه سابقا كان قضاء هذا الأخير يوسع من دائرة إثارة الدفع بالنظام العام ضد قوانين الدول العلمانية، نظرا لاختلافها في قواعد تنظيم النسب الشرعي والطبيعي، وسنحاول فيما يلي رصد قرارات إثارة القضاء الفرنسي الدفع بالنظام العام سواء ضد القوانين الغربية العلمانية أو الإسلامية التي بحوزتنا.

اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن القانون الأجنبي الذي يكتفي باعتراف الأم بالابن الطبيعي من أجل الإعلان عن الأبوة الطبيعية دون دليل كاف أو المبني على افتراضات

¹ - بوعروس خالد، مرجع سابق، ص ص 84-85.

² - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين.....، مرجع سابق، ص ص 558-559.

لا يمكن دحضها أو دون السماح للأب بالدفاع عن نفسه بالوسائل الكافية متعارضا مع النظام العام الفرنسي¹ .

كما استبعدت محكمة النقض الفرنسية القوانين الأجنبية التي تقبل أو تعترف بإثبات الأبوة الطبيعية بمجرد إقرار بسيط من الأم².

كان يتميز القانون الفرنسي قبل سنة 1972 بقوة افتراض الأبوة وتمكين الزوج من إسقاطها في حالات استثنائية بالنسبة للنسب الشرعي³ ، لذلك كانت محكمة النقض الفرنسية تستبعد بدافع النظام العام القوانين الأجنبية التي تقبل التتصل من الأبوة خارج الحالات والمواعيد المنصوص عليها في القانون الفرنسي⁴.

كما استبعدت سابقا بالنسبة للنسب الطبيعي القوانين الأجنبية التي تنص على حالات البحث عن الأبوة الطبيعية الغير المعروفة في نص المادة 340 من القانون المدني الفرنسي⁵.

إن درجة تشدد القضاء الفرنسي في تطبيق النظام العام وصل إلى حد التطبيق المباشر للقانون الفرنسي على العلاقة المطروحة دون الاستناد إلى قاعدة الإسناد المختصة في الحكم الصادر في 3 يونيو 1966 والذي جاء في إحدى حيثياته " أنه وفقا للمادة 135 من القانون المدني فإن الاعتراف بابن الزنا يعد باطلا في فرنسا بطلانا متعلقا بالنظام العام بصرف النظر عن جنسية الأب أو الابن " ،وعلى هذا النحو تجنبت المحكمة أعمال قاعدة الإسناد الفرنسية التي تقضي بتطبيق قانون الجنسية وفضلت تطبيق القانون الفرنسي مباشرة، على أساس أنها كانت ستضطر في جميع الأحوال إلى استبعاد قانون الجنسية المختص

¹- HOLLEAUX (Dominique) , FOYER (Jacques) , GERAUD DE GEOUFFRE DE (La pradelle), op.cit , n° 1238 , p 543 .

² - Cass ,Civ, 1 déc 1973 .voir -COURBED (Patrik) , op.cit , n° 490 , p 236.

³- AUDIT (Bernard), op.cit , n°714 , p 605.

⁴- DERRUPPE (Jean) , op.cit , p 141 . voir aussi - MAYER (Pierre) , HEUZE (Vincent), op.cit, n°618 , p 459 .

⁵- DERRUPPE (Jean) , ibid.

باسم النظام العام فيما لو تضمن حكماً مخالفاً للحكم الوارد في المادة 135 من القانون المدني¹.

أدى قانون 1972 الذي يقوم على مبدأ المساواة بين الطفل الشرعي والطبيعي و قانون 8 يناير 1993 الذي وسع في مجال البحث عن الأبوة خارج الزواج إلى الحد من تدخل النظام العام ضد القوانين الأجنبية².

إن التسهيلات التي تضمنها قانون 1972 لإثبات النسب جعل محكمة النقض الفرنسية تتخلى عن الشدة والصرامة التي أظهرتها قبل هذا التاريخ، إذ لم يعد يتدخل النظام العام لاستبعاد القوانين الأجنبية، سواء فيما يتعلق بحالات التنصل من الأبوة الطبيعية التي لم ينص عليها القانون الفرنسي، أو فيما يخص مواعيد دعوى البحث عن الأبوة الطبيعية التي يمكن أن تكون أقصر أو أطول من تلك المنصوص عليها في القانون الفرنسي³.

قضت نفس المحكمة في قرارها المؤرخ في 12 ماي 1987 أن القانون البلجيكي الذي يحظر الاعتراف بأبناء الزنا يعد مخالفاً للنظام العام الفرنسي⁴.

اعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي قوانين الدول الإسلامية التي تؤسس النسب بصفة ضرورية على الزواج والتي لا تسمح بإثبات النسب الطبيعي أو رفع دعوى البحث عن الأبوة الطبيعية مخالفاً للنظام العام الفرنسي⁵.

استعمل المفهوم الحديث للنظام العام القريب من قانون القاضي الفرنسي بكثرة في مجال إثبات النسب، كي يسمح للطفل المقيم بصفة اعتيادية في فرنسا أو الذي له جنسية فرنسية من اثبات نسبه اتجاه أبيه الطبيعي المنتمي بجنسيته إلى إحدى الدول العربية،

¹ - هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المجلد 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014، هامش رقم 01، ص 475.

² - DERRUPPE (Jean), op.cit, p 143.

³ - LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre) , DE VAREILLES – SOMMIERES (Pascal) , op.cit, n°350 , p 459.

⁴ - DERRUPPE (Jean), op.cit, p 144.

⁵ - MONEGER (Françoise), Droit international privé , op.cit, n°335 , p p120-121 .

فتطبيقاً لفكرة النظام العام الفرنسي أستبعد القانون العربي الإسلامي الواجب التطبيق وحل محله القانون الفرنسي الذي يجيز هذا الإثبات¹.

تبعاً لذلك أعلنت محكمة النقض الفرنسية في قرارين، الأول يخص تطبيق القانون الجزائري² والثاني يخص تطبيق القانون التونسي³ أن القوانين الأجنبية التي تحرم من إثبات النسب الطبيعي ليست متعارضة مع المفهوم الفرنسي للنظام العام، ويبقى الشرط الوحيد لإثارة الدفع بالنظام العام هو ضمان نفقة الطفل، ويكون الأمر على خلاف عندما يكون لتلك القوانين أثر في حرمان الطفل الفرنسي أو الذي له إقامة اعتيادية في فرنسا من حقه في إثبات النسب⁴.

كرس هذا المفهوم في قرارين⁵ صادرين عن القضاء الفرنسي وهو القرار الصادر عن محكمة باريس في 13 جانفي 2000، والآخر صادر عن محكمة ليون في 12 ديسمبر 2000، هذا الأخير الذي جاء في إحدى حيثياته "وبما أنه يترتب على تطبيق القانون المغربي المختص حرمان الطفل المقيم بفرنسا منذ ولادته من حقه في الاستفادة من نسب أبيه، فإنه يتعين استبعاده، لأنه يعارض النظام العام الفرنسي"⁶.

في هذا السياق سبق وأن كرس إحدى المحاكم الفرنسية نفس المعنى على أساس جنسية الطفل في قرارها الصادر بتاريخ 23 أبريل 1979، حيث اعتبرت القانون الأجنبي (القانون الجزائري) الذي يحرم الطفل الفرنسي من حقه في إثبات نسبه بسبب أنه ولد خارج الزواج مخالفاً للنظام العام الفرنسي⁷.

¹ - يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 225 .

² - Cass ,Civ , 03 nov 1888 .

³ - Cass ,Civ , 10 fevr 1993 .

⁴ -MONEGER (Françoise), Droit international privé , op.cit, n° 335 , p121 .

⁵ -Paris 13 janv 2000 . lyon 12 dece 2000. - cité par MAYER (Pierre) , HEUZE (Vincent),op.cit, n° 618 , p 450.

⁶ - بوعروس خالد، مرجع سابق، ص 83 .

⁷ - HOLLEAUX (Dominique), FOYER (Jacques) ,GERAUD DE GEOUFFRE DE (La pradelle) , op.cit. n° 1239 , p 543 .

إن استعمال المفهوم الحديث للنظام العام القريب من قانون القاضي في فرنسا مرتبط بالجنسية أو الموطن، لذلك رفض القضاء الفرنسي في حكمه الصادر في 10 ماي 2006 طلب الأم الجزائرية التي رفعت دعوى إثبات نسب الابنة المولودة في الجزائر إلى الأب الطبيعي لوجودهما في الجزائر¹.

ومما لاشك فيه أن القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي بعد تطبيق الدفع بالنظام العام، لاسيما تلك التي تخص الاعتراف بالنسب الطبيعي ستصطدم برفض منحها الصيغة التنفيذية في الدول الإسلامية إذا تطلب الأمر تنفيذها في هذه الدول، كالمطالبة بحق النفقة باعتبارها أثر من آثار النسب الطبيعي الذي يقر به القانون الفرنسي .

وهذا ما يستتف من القرار الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 23 نوفمبر 1962، أين رفضت فيه تنفيذ الحكم الألماني الذي قضى على الأب المغربي بأداء النفقة لابنه الطبيعي المولود من علاقته الغير الشرعية بألمانية².

الفرع الثاني

استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النسب لوجود غش نحو القانون

عرفت فكرة الغش نحو القانون في ظل تنازع الأحوال في فرنسا، وطبقها أيضا فقهاء المدرسة الهولندية منذ القرن 17، إلا أن ظهورها كنظرية في القانون الدولي الخاص تعود إلى القضاء الفرنسي في النصف الثاني من القرن 19 عند فصله في القضية المشهورة وهي قضية الأميرة دي بوفرمون De Beauferrmont³، وقد فتحت هذه القضية الباب لاهتمام

¹ - يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 225 .

² - بوعروس خالد، مرجع سابق، ص 84 .

³ - البستاني سعيد يوسف، الجامع في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 678 .

- تتلخص وقائع القضية الشهيرة دي بوفرمون De Beufferrmont في أن سيدة بلجيكية الأصل تزوجت بالأمير الفرنسي دي بوفرمون واكتسبت تبعاً لذلك الجنسية الفرنسية، وعلى إثر حصول خلاف بينهما أرادت الطلاق منه، ولما كان القانون الألماني الفرنسي وقتها يحظر الطلاق عمدت إلى التجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية DUCHE SAXEALTENBOURG الذي يسمح قانونها بالطلاق، وطلقت بالفعل من زوجها الأمير الفرنسي وفقاً لقانون جنسيتها الجديدة، لكن سرعان ما تزوجت بالسيد BIBESCO وعادت مع زوجها الجديد للإقامة في فرنسا، رفع الزوج الأول دعوى أمام القضاء الفرنسي مطالباً ببطان الزواج الثاني باعتبار أن زواجه بالأميرة مازال قائماً، حكمت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 18 مارس 1878 بأن الأميرة

فقهاء وشراح القانون الدولي الخاص بفكرة الغش نحو القانون ،ويظهر ذلك من خلال محاولات تعريف الغش نحو القانون (أولاً) وتحديد شروط الدفع به (ثانياً) وجزاء الغش نحو القانون (ثالثاً)، وبالتالي تبنيها من طرف القضاء وتشريعات الدول (رابعاً) .

أولاً - تعريف الغش نحو القانون

يعرّف الغش نحو القانون تقليدياً لدى الفقه الفرنسي بأنه " الاستخدام الإرادي لقاعدة التنازع من أجل التهرب من حكم إلزامي في القانون الفرنسي " ¹ .

وعرفه الأستاذ عز الدين عبد الله بأنه " عبارة عن التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول بها إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه " ² .

كما عرفه الأستاذ حسن الهداوي بأنه " تدبير إرادي لوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة لتصبح العلاقة من اختصاص قانون دولة أخرى أكثر تحقيقاً للنتائج المتوخاة " ³ .

بينما عرفه الأستاذ غصوب عبده جميل بأنه " التغيير الإرادي والمقصود لضابط الإسناد الذي يتم بهدف التهرب من تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة القانونية واحلال قانون آخر بدلاً منه ،من شأنه تحقيق الغاية التي حصل التغيير من بسببها " ⁴ .

في حين عرفه الأستاذ عكاشة محمد عبد العال بأنه " كل تغيير إرادي في ضابط الإسناد أو في طائفة الإسناد ذاتها تغيير مقصود ،يتم بطريقة قانونية للتهرب من أحكام

غيرت جنسيتها بقصد التحايل والغش نحو القانون الفرنسي الواجب التطبيق في الأصل الذي يمنع الطلاق ،وبالتالي اعتبرت الطلاق الحاصل في الخارج والزواج الثاني باطلاً .

- طوبيا إميل بيار ،التحايل على القانون ،دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء ،المؤسسة الحديثة للكتاب ،لبنان ،2009 ،ص ص 314-315 .

¹ - LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit. 1993, n°265 , p 286.

² - نقلا عن عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق ،ص 557 .

³ - نقلا عن الهداوي حسن ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ،المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني.....،مرجع سابق، ص 196 .

⁴ - نقلا عن غصوب عبده جميل ،دروس في القانون الدولي الخاص،مرجع سابق ،ص 178 .

القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة ،واحلال قانون آخر بدلا عنه من شأنه أن يحقق الغاية التي كان التغيير بسببها " ¹ .

ويعرفه الأستاذ أعراب بلقاسم بأنه " قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد، قصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة " ² .

أما الأستاذ زروتي الطيب فعرفه بأنه " مناقضة قصد الشارع باتخاذ تدابير ارادية مشروعة ولو من غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة " ³ .

عرفه الأستاذ LIGEROUPOLO بقوله "يوجد الغش نحو القانون كلما اتخذت أعمال إرادية حقيقية ولو كانت غير عمدية، لإيجاد مركز يتفق مع القانون في حرفيته ولكنه يهدر الغرض منه" ⁴ .

أما الأستاذ VIDAL فقد عرفه بقوله "يتحقق الغش كل مرة يتوصل فيها المرء إلى التهرب من تنفيذ قاعدة ملزمة ،باستعماله عن قصد وسيلة فعالة تجعل النتيجة المتحققة غير قابلة للطعن على صعيد القانون الوضعي " ⁵ .

وقد عرفه بيار ميار " التحايل على القانون يتمثل بكل عمل أو امتناع أو تصرف قانوني صادر عن سوء نية، ويرمي إلى التهرب من تنفيذ قاعدة الزامية بإعمال قاعدة أخرى مضادة لها لتحقيق نتيجة غير مشروعة، لا يسمح التطبيق الطبيعي للقانون الوضعي بإدانتها وإعلان عدم مشروعيتها " ⁶ .

¹ - نقلا عن عكاشة محمد عبد العال ،تنازع القوانين،مرجع سابق ،ص 491 .

² -نقلا عن : أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانين،مرجع سابق ،ص 187 .

³ -نقلا عن زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانين،مرجع سابق ،ص 289 .

⁴ - نقلا عن فضيل نادية ،الغش نحو القانون ،بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية ،معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ،1984، ص 37 .

⁵ - طوبيا إميل بيار ،مرجع سابق ،ص 108 .

⁶ - مرجع نفسه .

ثانيا - شروط الغش نحو القانون

أجمع الفقه والقضاء على ضرورة توافر شرطين أساسيين للتمسك بالغش نحو القانون، بينما اختلفوا حول الشروط الأخرى .

1- الشروط المتفق عليها للدفع بالغش نحو القانون

اتفق الفقه على وجود عنصرين لإثارة الدفع بالغش نحو القانون وهما: العنصر المادي والعنصر المعنوي .

أ-العنصر المادي

أجمع فقهاء القانون الدولي الخاص على ضرورة توافر العنصر المادي لإثارة الدفع بالغش نحو القانون ،وهو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد عندما يكون هذا الضابط بطبيعته قابلا للتغيير، كتغيير الجنسية أو الموطن ،مما يستتبعه بالضرورة التغيير في القانون الواجب التطبيق¹ .

فبالنسبة لتغيير الجنسية تعتبر من أكثر الصعوبات التي تعترض مسألة النسب، كما لو غير أحد الزوجين جنسيته ما بين الحمل والولادة أو اليوم الذي ترفع فيه الدعوى²، وتزداد هذه الصعوبة أكثر إذا كان هذا التغيير بدافع الغش نحو القانون .

وقد سبق الإشارة إلى أن النسب سواء كان شرعيا أو غير شرعي هو عنصر من عناصر الحالة ،وبالتالي ينتمي إلى فئة الأحوال الشخصية ،مما يجعل القانون الشخصي هو الواجب التطبيق عليه ، فبالنسبة للدول التي تسند الأحوال الشخصية لقانون الجنسية قد يلجأ أحد الزوجين إلى تغيير جنسيته للتهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة، لاسيما إذا كان هذا القانون يخص إحدى الدول الإسلامية ،لأنه لا يعترف بنسب الطفل غير الشرعي ،وذلك من أجل الاستفادة من أحكام قانون الجنسية الجديدة الذي يقر

¹ - المصري محمد وليد ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ،دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي.....، مرجع سابق، ص 277. - كذلك:

- MELIN (Françoi), Droit international privé, 3éme éd, Lextenso, Paris, 2008, p 120 .

² - صلاح الدين جمال الدين ،تنازع القوانين ،...،مرجع سابق، ص 397 .

بهذا النسب أو يسمح للزوجين معا بالاعتراف بابنهما الطبيعي عن طريق الزواج اللاحق لكي يصبح شرعيا .

أما بالنسبة للدول التي تسند الأحوال الشخصية للموطن مثل بريطانيا وأمريكا¹، فقد يعمد أحد الزوجين إلى تغيير موطنه للتهرب من القانون المختص أصلا على النسب والاستفادة من أحكام قانون الموطن الجديد.

الظاهر أن جوهر هذا الشرط هو التغيير الإرادي في ضابط الإسناد²، فلا يكف مجرد التغيير في هذا الضابط لقيام العنصر المادي للغش نحو القانون ،بل يجب أن يكون للإرادة دور في عملية التغيير ،كما لو اكتسب الفرد جنسية جديدة عن طريق التجنس ،وعليه لا يعتد بالتغيير الذي يطرأ على ضابط الإسناد بشكل لا يد للفرد فيه، كالتغيير على الجنسية نتيجة تبدل سيادة الإقليم³ .

ولا يكف أن يكون التغيير إراديا لقيام الركن المادي ،بل يشترط كذلك أن يكون هذا التغيير فعليا ،فإذا كان التغيير في ضابط الإسناد سوريا فلا حاجة لإعمال الغش نحو القانون ،إذ يكفي في هذا الفرض التمسك بأحكام الصورية لإهدار كل أثر لهذا التغيير ، فلو غير الشخص موطنه تغييرا سوريا ، فإن العبرة في هذه الحالة بالموطن الحقيقي⁴ .

إضافة إلى ذلك يشترط أن يكون التغيير مشروعا ،فإذا كانت الوسيلة المستعملة في التغيير غير مشروعة ،كأن يتم تغيير الجنسية عن طريق الغش في أحكام قانون الجنسية فإنه لا يعتد في هذه الحالة بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش ،وتكون العبرة بالجنسية الأولى ،وفي مثل هذه الحالة لا يعتد بنظرية الغش نحو القانون ،على أساس أنه يكفي لتلافي النتيجة التي يهدف إليها الشخص أن يثبت أن الوسيلة غير مشروعة في ذاتها ،أما إذا كانت الوسيلة المستخدمة مشروعة فهنا تكمن الخطورة ،إذ يهدف الشخص من وراء استخدام هذه الوسيلة المشروعة التوصل إلى نتيجة غير مشروعة ،فالدفع بالغش نحو

1- بلعير عبد الكريم ، « اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج على ضوء تعديل قانون الجنسية الجديد لسنة 2005 » ،المجلة

التقديرة للقانون والعلوم السياسية ،كلية الحقوق ،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ،عدد 1 /2011 ص 220 .

2- عكاشة محمد عبد العال ،تنازع القوانين،مرجع سابق ،ص ص 08-09 .

3- البستاني سعيد يوسف ،الجامع في القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق ،ص 683 .

4- هشام علي صادق ،تنازع القوانين،مرجع سابق ،ص 214 .

القانون لا يتأتى إلا في الأحوال التي ينعدم فيها وجود جزاء آخر يمكن عن طريقه تلافي النتيجة غير المشروعة التي يسعى الشخص إلى تحقيقها¹.

لذلك يمكن القول أن الدفع بالغش نحو القانون يقوم بدور احتياطي، فلا يجب اللجوء إليه إلا كعلاج أخير، عندما يتعذر ابطال التصرف تطبيقاً لأية قاعدة أخرى².

ب- العنصر المعنوي

هو الرغبة في التهرب من القانون الواجب التطبيق في الأصل³، ويكفي في تحقيق هذه النية مجرد محاولة الإفلات من أحكام القانون المختص أصلاً ولو لم تتحقق النتيجة المتوخاة من تطبيق القانون الذي أصبح مختصاً نتيجة التغيير في ضابط الإسناد، فالعبرة إذن بالباعث على العمل المنطوي على الغش⁴.

ولما كان المفروض أن العنصر المادي وهو تغيير الأفراد لضابط الإسناد إنما يتم بشكل قانوني، فإن أهمية العنصر المعنوي وهو قصد التهرب من القانون المختص تبدو واضحة، إذ بدون نية التهرب يكون الاجراء الذي قام به الأفراد سليماً لا سبيل إلى إبطاله⁵.

وقد أثار العنصر المعنوي كشرط لإعمال الغش نحو القانون خلافاً لدى الفقه، إذ يرى البعض أن اشتراط وجود نية الغش يلزم القاضي بالبحث في مسائل باطنة لا سبيل في التحقق منها، فكيف يمكن الكشف عن النوايا الداخلية للشخص ومعرفة ما إذا كان الباعث الوحيد الذي قصده الشخص بتغيير جنسيته مثلاً هو الهروب من القانون الواجب التطبيق عليه أصلاً أم لا؟⁶.

¹ - السيد الحداد حفيظة، هشام علي صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001، ص 222. أنظر كذلك: - هشام علي صادق، تنازع القوانين.....، مرجع سابق، ص 214-215. - البستاني سعيد يوسف، الجامع في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 683 - 684.

² - عبد المنعم رياض فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 160.

³ - COURBED (Patrik), op.cit, n° 214, p 105.

⁴ - البستاني سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 188.

⁵ - عبد المنعم رياض فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 162.

⁶ - كصير محمد خيرى، مرجع سابق، ص 158.

رد الفقهاء المؤيدين لنظرية الغش نحو القانون على هذا النقد بقولهم أن إقامة الدليل على سوء النية قد أصبح اليوم سهلا وميسورا للقضاء بعد أن حنكته التجارب في ميادين أخرى، كنظرية التعسف في استعمال الحق والغش في الدعوى البوليصية وإساءة استعمال السلطة في القانون الإداري... الخ¹، إذ يمكن للقاضي اكتشاف هذه النية بالرجوع إلى ظروف الدعوى وملابساتها².

ومن القرائن التي يمكن أن تشير إلى تحقق نية الغش حالة التلازم الزمني بين الإجراء المادي المتمثل في تغيير ضابط الإسناد وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد³ أو أن يكون القانون الذي يؤدي تغيير ضابط الإسناد إلى تطبيقه من القوانين التي تعطي تسهيلات استثنائية للأفراد بقصد اجتذابهم إليها⁴.

2 - الشروط المختلف فيها للدفع بالغش نحو القانون

اختلف الفقه حول شرطين لإثارة الدفع بالغش نحو القانون وهما، أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي وأن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها أمرة.

¹ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 162 .

² - اكتشفت نية الغش لدى الأميرة دي بوفرمون بشروعها في اجراءات الطلاق من زوجها مباشرة بعد اكتسابها للجنسية الألمانية لذلك فإن اكتسابها لهذه الجنسية لم يكن هدفا قائما بحد ذاته وإنما وسيلة للحصول على الطلاق .
- المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي.....، مرجع سابق، ص 280 .

³ - عبد المنعم رياض فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 163 . أنظر كذلك: - كصير محمد خيربي، مرجع سابق، ص 159.
- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين.....، مرجع سابق، ص 150-151 .

⁴ - من المعلوم أن بعض التشريعات كتشريع ولاية نيفادا في الولايات المتحدة الأمريكية وكذلك التشريع المكسيكي تسمح بالتطبيق لأي سبب من الأسباب حتى ولو كان قانون جنسية الأفراد أو قانون موطنهم الأصلي لا يسمح بذلك ،وبصرف النظر عن كون طالب التطبيق مقيما بإقليم هذه الولاية أو حضر إليها خصيصا للحصول على التطلاق ،وتعرف هذه التشريعات بتشريعات المجاملة فإذا قام الأفراد بتغيير ضابط الإسناد، كما لو غيروا موطنهم للتوصل إلى تطبيق مثل هذه القوانين فإنها قرينة واضحة على تحقق قصد الغش دون حاجة للبحث عن النوايا . - فضيل نادية، مرجع سابق، ص 58 .

أ- الشرط الأول :أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي .

استقر الفقه والقضاء خلال فترة طويلة على أن يكون تطبيق الدفع بالغش نحو القانون على الحالات التي يقوم بها الأفراد بقصد التهرب من أحكام قانون القاضي ،بمعنى يشترط أن يكون القانون الواجب التطبيق على العلاقة هو القانون الوطني للقاضي المطروح أمامه النزاع ،أما إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي ، فلا مجال لإثارة الدفع بالغش نحو القانون في مواجهته ،لأن وظيفة القاضي في الدولة هي كفالة تطبيق قانونه الوطني وحمايته بمنع الأفراد من مخالفته والتهرب من أحكامه ،ولا يدخل في نطاق هذه الوظيفة حماية القانون الأجنبي بمنع الأفراد من التهرب من أحكامه¹ .

وهو ما سار عليه القضاء الفرنسي القديم الذي أضاف إلى الشرطين السالف ذكرهما شرط ممارسة الغش نحو القانون الفرنسي، ولم يكن يعاقب على الغش نحو القوانين الأجنبية²، لأنه كان يعامل هذه الأخيرة معاملة الوقائع³ .

غير أن الفقه الحديث ذهب إلى القول بوجود تحايل سواء كان نحو القانون القاضي أو القانون الأجنبي ،والذي يتمثل في العصف بقاعدة الإسناد والخروج بها عن وظيفتها التي رسمها المشرع الوطني ،وعليه فإن محاربة الغش بهذا المعنى أمر تفرضه وظيفة قاعدة الإسناد بوصفها قاعدة مزدوجة الجانب ،لها طبيعة محايدة ،يرمي المشرع من خلالها إلى اختيار أكثر القوانين ملاءمة لحكم العلاقة ،فالغش نحو القانون فيه عبث بقواعد التنازع واستخفاف بقانونيتها وانحراف بها عن الغاية التي كانت من أجلها ،وعليه يبقى محاربة الغش في الوضعين أمر يتحقق معه حماية العلاقات الخاصة⁴ .

¹ - فضيل نادية ،مرجع سابق ،ص ص 61-62 .

² - BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul),op.cit., n°373, p 431 . - LOUSSOUARN (Yvon), BOUREL (Pierre),op.cit, 1993 , n°268 , p 289.

³ - أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانين،مرجع سابق ،ص 192 .

⁴ - عكاشة محمد عبد العال ،تنازع القوانين،مرجع سابق ،ص ص 494-495.

ضيف إلى ذلك أن الغش سواء نحو قانون القاضي أو القانون الأجنبي في ذاته عمل غير خلقي ومنافي للآداب العامة المشتركة بين الأمم المتمدينة¹، ومن الواجب على الدول التعاون في هذا الميدان، ولا ينبغي على القضاء أن يحمي مرتكبي الغش مهما كانت نواياهم².

لذلك ظهر اتجاه حديث في القضاء الفرنسي يميل إلى الأخذ بعين الاعتبار الغش نحو القانون الأجنبي المختص، لأن الأمر يتعلق بالاحتياط على قاعدة الإسناد الفرنسية³.

ب- الشرط الثاني: أن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها آمرة

اتجه جانب من الفقه التقليدي إلى حصر أعمال الغش نحو القانون على الحالات التي يكون فيها التهرب من النصوص الآمرة، أما بالنسبة للنصوص المكملة (المفسرة) الاختيارية فلا مجال لإعمال فكرة الغش نحو القانون فيها، لأن الأفراد يتمتعون ابتداء بحرية الخروج عنها، وإخضاع علاقاتهم لغيرها، ولهذا لا يمكن أن يظهر الغش نحو القانون بالنسبة لها⁴.

غير أن الفقه الغالب يرى أن الغش نحو القانون يتحقق حتى في الحالات التي يريد فيها الشخص التهرب من أحكام القواعد المكملة للقانون المختص بحكم العلاقة، لأن هذه القواعد لها نفس الصفة الإلزامية للقواعد الآمرة، فإن لم يتفق الأفراد على مخالفتها كانت ملزمة لهم⁵.

¹ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 163. أنظر كذلك: - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين.....، مرجع سابق، ص 296. - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين.....، مرجع سابق، ص 495. - رياض عبد المنعم فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 165. - فهمي محمد كمال، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1997، ص 525. - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 566.

² - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين.....، مرجع نفسه.

³ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين.....، مرجع سابق، ص 193.

Voir aussi - COURBED (Patrik), op.cit, n° 216, p 106

⁴ - الهداوي حسن، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني.....، مرجع سابق، ص 211.

⁵ - شريقي نسرين، بوعلي سعيد، مرجع سابق، ص 113.

إن أعمال فكرة الغش نحو القانون يأبى في الواقع وجود مثل هذا الشرط ،فمادامت أن العبرة بالغرض الذي يهدف إليه الأفراد من وراء تصرفهم فإنه من الممكن تصور محاولة خروجهم عن الهدف الذي يتوخاه المشرع من وراء هذه القاعدة ،سواء كانت أمرّة أو اختيارية، وعليه يمكن تصور الغش نحو القانون حتى ولو كانت أحكامه اختيارية¹.

ثالثا -جزاء الغش نحو القانون

يهدف الطرف المرتكب للغش نحو القانون إلى التهرب من الخضوع لأحكام القانون الواجب التطبيق أصلا عن طريق استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى تلك الغاية غير المشروعة ،لذلك ثار خلاف فقهي حول الجزاء المترتب على الغش نحو القانون ،هل يشمل الوسيلة والغاية معا ،أم يقتصر على الغاية فقط دون الوسيلة².

مبدئيا لا يمكن أن يكون جزاء الغش هو بطلان التصرف الصادر عن سلطة الدولة الأجنبية، وإنما يكمن فقط في تقرير عدم نفاذه في إقليم دولة القاضي ،وعليه فإن جزاء عدم الحجية يفرض نفسه في هذه الحالة³.

ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين منهم VIDAL إلى القول بأن جزاء الغش يتمثل فقط في عدم فعاليته ،بمعنى أن أعمال نظرية الغش نحو القانون يؤدي فقط إلى عدم نفاذ النتيجة الغير المشروعة التي يسعى الأفراد إليها، وتطبق أحكام القانون المختص بحكم النزاع⁴.

¹ - عبد المنعم رياض فؤاد ،راشد سامية ،مرجع سابق ،ص 164 .

² - مثلا في القضية الشهيرة دي بوفرمون De Beauferront الغاية التي أرادت الأميرة تحقيقها هي الحصول على التطلاق الذي يمنعه قانون جنسيتها وهو القانون الفرنسي ،والوسيلة المستعملة للوصول إلى هذه الغاية هي تغيير جنسيتها الفرنسية واكتسابها لجنسية إحدى الدويلات الألمانية ،فهل يقتصر جزاء الغش على الغاية فقط أم أنه يمتد أيضا إلى الوسيلة .

³ - مثلا في قرار قضية الشهيرة دي بوفرمون De Beauferront لم تتمكن المحاكم الفرنسية من إلغاء قرار الدولة الأجنبية القاضي بمنح جنسيتها للأميرة وإنما اقتصر حكمها فقط على التصريح بأن هذا القرار ليس له أي حجية في فرنسا .

- MELIN (Françoi), BOUREL (Pierre), op.cit, 1993 , n° 269, p 290. - LOUSSOUARN (Yvon) , op.cit , p p 141-142 .

⁴ - MAYER (pierre),Droit international privé ,5éme édition , Éd montchrestien ,paris ,1994 , n° 272 ,p 181 .

أنظر كذلك: - عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص....،مرجع سابق ،ص569 .

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه ينبغي عدم المبالغة في الجزاء ،ومن ثم يكفي أن يرد الفاعل عن قصده ،أما الآثار الأخرى المنجزة عن استعمال الوسيلة المشروعة فلا تهم في نظر الفاعلين مادام لم يقصدها ،ومن باب أولى ينبغي على القضاء ألا يفرضها عليه¹.

وعليه فإن أثر الغش نحو القانون هو مجرد أثر حلولي أو استبدالي، بمعنى أن القانون الواجب التطبيق أصلا يحل محل القانون الذي حاول الخصم التوصل إلى تطبيقه، حينما قام بتغيير ضابط الإسناد تهريا من أحكام القانون الأول².

بخلاف الرأي السابق ذهب الرأي الراجح فقها وقضاء إلى القول بأن جزاء الغش يشمل الغاية والوسيلة معا، بحجة أن شمولية الجزاء للوسيلة والغاية معا يؤدي إلى السهولة في تطبيقه³ ،وأنه من غير المعقول تجزئة العمل القانوني الواحد ،ويعترف ببعض آثاره غير المهمة في نظر الفاعل ولا يعترف بالبعض الآخر الذي انصرفت إليه نيته ،مما يتعين تعميم الجزاء ومحو كل أثر لارتكاب الغش⁴.

رابعا- تبني القضاء وتشريعات الدول لفكرة الغش نحو القانون .

بعد أن استقر القضاء الفرنسي على نظرية الغش نحو القانون منذ قضية دي بوفرمون De Beauffermont ،أخذ بها القضاء في بلجيكا وإيطاليا، كما عرفت نظرية القانون الغش نحو القانون في جل الأنظمة القانونية المعاصرة ،بخلاف الدول العربية التي لم تنص عليها باستثناء القانون الجزائري⁵ والتونسي⁶ ،غير أن الفقه والقضاء مستقران على استبعاد

¹- زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانينمرجع سابق ،ص 301.

²- هشام علي صادق ،تنازع القوانينمرجع سابق ،ص 223 .

³- أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانينمرجع سابق ،ص 193 .

⁴- زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية.....مرجع سابق ،ص 270 .

⁵- تنص المادة 24 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر ،المعدلة بالمادة 17 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري السالف الذكر على أنه " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون " .

⁶- ينص الفصل 30 في الفقرة 2 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه "إذا توافرت شروط التحايل على القانون فلا عبرة لتغيير عنصر الإسناد " .

القانون المختص بواسطة الغش ،ولعل الأساس القانوني لذلك هو أحكام القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية بوصفها مصدر للقوانين العربية¹ .

المطلب الثاني

الإحالة في مسألة النسب

إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي إلى تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النسب في الزواج المختلط فهذا لا يعني التوصل إلى حل النزاع بصفة نهائية، بل يتعين على القاضي تحديد المقصود بالقواعد الواجبة التطبيق في هذا القانون، فهل يطبق القواعد الموضوعية فيه ،أو يطبق قواعد إسناده ،الإجابة عن هذا التساؤل يشكل ما اصطلح على تسميته بمشكل الإحالة أو تنازع قواعد الإسناد² .

لم تظهر مشكلة الإحالة إلا في الربع الأخير من القرن التاسع عشر بمناسبة قضية مشهورة عرضت على القضاء الفرنسي سنة 1878³ ،تجد اهتماما بالغاً لدى فقه القانون الدولي الخاص من خلال تحديد مفهومها وذلك بتعريفها وتحديد أنواعها (الفرع الأول) ،وهو ما كان له تأثير كبير في أخذ التشريعات بها من عدمه ،إلا أن اشكالية الأخذ بالإحالة برزت بصفة خاصة في مسألة النسب لدى الفقه والقضاء الفرنسي الذي تأرجح موقفه بين القبول والرفض (الفرع الثاني).

¹ - زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائريمرجع سابق ،ص ص 289-290 .

² - عكاشة محمد عبد العال ،دراسات في القانون الدولي الخاص ،في دولة الإمارات العربية المتحدة ،دار الجامعة الجديدة للنشر مصر ،د س ن ،ص 3 .

- تختلف قواعد التنازع في التشريعات الوطنية، فبعضها تجعل قاعدة التنازع فردية إذا اقتضت على حالة اختصاص القانون الوطني فقط دون أن تتعرض لاختصاص القانون الأجنبي، وتكون مزدوجة إذا بينت متى يكون القانون الوطني مختصاً ومتى يجب الرجوع إلى القانون الأجنبي ،كأن تنص قاعدة التنازع المصرية على أن الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، فهي تبين أن القانون المصري يسري على المصريين وعلى أهليتهم، وأن الأجنبي يخضع في حالته وأهليته لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته . أنظر - عشوش أحمد عبد الحميد ،القانون الدولي الخاص ،الجنسية وتنازع القوانين ، د د ن ،مصر ،2012، ص 274 .

³ - مرجع نفسه ،ص 277 .

- أخذ القضاء الفرنسي بالإحالة من الدرجة الأولى أول مرة بمناسبة فصله في قضية فورقو الشهيرة ،وسنقفل في هذه النقطة عند دراستنا للإحالة في الميراث .

الفرع الأول

مفهوم الإحالة

إن البت في مشكلة الإحالة في فقه القانون الدولي الخاص أمر جوهري ليس من الناحية النظرية فحسب، بل أيضا من الناحية العملية، لما يترتب ذلك من تغيير في الحل النهائي¹، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال تعريف الإحالة (أولا) وتحديد أنواعها (ثانيا).

أولا: تعريف الإحالة

يعرف بعض الفقه الإحالة بأنها " رفض الاختصاص من قبل القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة إسناد القاضي ورده أو تحويله بواسطة قاعدة إسناد هذا القانون الأجنبي إلى قانون دولة أخرى"².

وعرفها البعض الآخر بأنها " تلك الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة، بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، متى اختلفت مع هذه الأخيرة، وكان التنازع بينهما سلبيا"³.

وذهب البعض إلى تعريفها بأنها " تلك النظرية التي تقضي بوجود الأخذ بأحكام قواعد الإسناد في التشريع الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قواعد الإسناد الوطنية، متى كانت أحكام الإسناد مختلفة في التشريعين"⁴.

وتعرف كذلك بأنها " عدم قبول القانون الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد في النظر والفصل في النزاع وتحويله إلى قانون آخر يعترف باختصاصه وفقا لقواعد الإسناد التابعة له "⁵.

¹ - عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 3 .

² - نقلا عن البستاني سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 157 .

³ - نقلا عن عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص ص 143-144 . كذلك - نقلا عن صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية....، مرجع سابق، ص 189 .

⁴ - نقلا عن صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية....، مرجع نفسه .

⁵ - نقلا عن الكسواني عامر محمد، موسوعة القانون الدولي الخاص، ج 1، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 118 .

فضل البعض تعريفها على أنها " إحالة القانون المختص بحل النزاع المشوب بعنصر أجنبي إلى قانون آخر لعدم قبوله الاختصاص فيه لنفسه "¹.

يتضح من التعريفات المذكورة أعلاه أن الإحالة ماهي إلا تطبيق لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة التنازع في دولة القاضي لحكم النزاع ذو العنصر الأجنبي متى كان التنازع سلبيا بينهما .

إذا كانت قاعدة التنازع مزدوجة وجعلت الاختصاص إما للقانون الوطني وإما للقانون الأجنبي فإنه قد يحدث فرضان تنازع إيجابي أو تنازع سلبي².

كما يؤدي الاختلاف بين قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية إلى التنازع الإيجابي والسلبي، إلا أن هذه الأخيرة من صورة التنازع تعتبر المجال الذي تطرح فيه مشكلة الإحالة³، ويظهر ذلك من خلال عرضنا للمثاليين عن التنازع الإيجابي والسلبي الذي تطرح فيه مشكلة الاحالة بشأن نسب الطفل في الزواج المختلط .

يثور التنازع الإيجابي في حالة منح قاعدة الإسناد لكل دولة الاختصاص لقانونها الداخلي⁴، ولا يثير هذا النوع من التنازع أي صعوبة، لأن مهمة القاضي في كل دولة هي تطبيق قانون دولته، احتراماً لمبدأ سيادة القانون على إقليم الدولة⁵، فلو فرضنا أن زوجة فرنسية رفعت دعوى لإثبات نسب ابنها الشرعي من أبيه الجزائري أمام القضاء الجزائري فإن هذا الأخير سيطبق القانون الجزائري باعتباره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل ،

¹-نقلا عن الداودي غالب علي،مرجع سابق،ص 123 .

²- عشوش أحمد عبد الحميد،مرجع سابق،ص 274 .

³- عز الدين عبد الله،القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق، ص ص 141-143 . أنظر كذلك :

- MONEGER (Françoise), Droit international privé , op.cit , n°92, p35. - BATIFFOL (Henri) , LAGARDE (Paul) ,op.cit, n°299, p p 351-352.

⁴ - MONEGER (Françoise), Droit international privé.....,ibid, n°93, p35. - BATIFFOL (Henri) , LAGARDE (Paul) ,ibid, n°299, p 351 .- LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit, 1993 , n°198 , p 198.

⁵- عز الدين عبد الله،القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق،ص 142 .أنظر كذلك: - أعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري.....،مرجع سابق، ص 97 . - علي علي سليمان،مرجع سابق،ص 46 . - صلاح الدين جمال الدين نقانون العلاقات الدولية الخاصة.....،مرجع سابق،ص 186 .

في حين لو رفعت دعواها أمام القضاء الفرنسي فسيطبق القانون الفرنسي، باعتباره قانون جنسية الأم الفرنسية المعروفة .

أما التنازع السلبي فيطرح حينما تمنح كل قاعدة إسناد الاختصاص للقانون الآخر¹، ومثاله أن ترفع زوجة جزائرية دعوى لإثبات نسب ابنها الشرعي من أبيه الفرنسي أمام القضاء الجزائري، فإن هذا الأخير سيطبق القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، أما إذا رفعت دعواها أمام القضاء الفرنسي فسيطبق القانون الجزائري باعتباره قانون جنسية الأم المعروفة.

يظهر في هذا النوع من التنازع أن كل من القانون الجزائري والفرنسي يرفض اختصاصه لحكم مسألة نسب الطفل الناجم عن الزواج المختلط .

ثانيا - أنواع الإحالة

يوجد نوعان من الإحالة، إحالة من الدرجة الأولى مصدرها قضائي المنشأة²، بخلاف الإحالة من الدرجة الثانية التي تجد مصدر نشأتها لدى الفقه³ .

1- الإحالة من الدرجة الأولى

في هذا النوع تحيل قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية (في قانون القاضي) الاختصاص إلى قانون القاضي لتطبيقه على النزاع⁴، فلو رفعت الزوجة الجزائرية دعوى لإثبات نسب ابنها الشرعي من أبيه الفرنسي أمام القضاء الجزائري فإن قاعدة الإسناد الجزائرية ستمنح اختصاص الفصل في النزاع للقانون الفرنسي

¹ - BATIFFOL (Henri) , LAGARDE (Paul),op.cit , n°299, p 351 . voir aussi :- MONEGER (Françoise), Droit international privé , op.cit , n°94, p35 - LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre),op.cit, 1993 , n°198 , p 198.

² - أخذ القضاء الفرنسي بالإحالة من الدرجة الأولى أول مرة بمناسبة فصله في قضية فورقو الشهيرة، وسنفضل في هذه النقطة عند دراستنا للإحالة في الميراث .

³ - LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit, 1993 , n°200 , p 202.

⁴ - ibid , n° 199 , p 201.

- يراسي محمد ، « الإحالة على ضوء القانون الدولي الخاص الجزائري » ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، عدد 2012/9 ، ص ص 13-14 .

باعتباره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل ،غير أن قاعدة الإسناد الفرنسية ترجع اختصاص الفصل في النزاع للقانون الجزائري (قانون القاضي)باعتباره قانون جنسية الأم المعروفة.

2- الإحالة من الدرجة الثانية

في هذا النوع تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الاسناد الوطنية (قانون القاضي) الاختصاص إلى قانون دولة أجنبية ثالثة وليس إلى قانون القاضي¹ مثالها أن ترفع الزوجة الجزائرية دعوى لإثبات نسب ابنها الشرعي من أبيه الإنجليزي المتوطن في فرنسا أمام القضاء الجزائري، فإن قاعدة الإسناد الجزائرية ستمنح اختصاص الفصل في النزاع للقانون الإنجليزي، باعتباره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل ،غير أن قاعدة الإسناد الإنجليزية تحيل اختصاص الفصل في النزاع للقانون الفرنسي(قانون دولة ثالثة)، لأن القانون الإنجليزي يأخذ في النسب بالقانون الشخصي للأب، وهو قانون موطنه².

يعترف أغلب فقهاء القانون الدولي الخاص بصعوبة الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية التي تتسع فيها دائرة الحلقة المفرغة ،وبصفة خاصة في الفروض التي يترتب فيها الأخذ بهذا النوع من الإحالة بتسلسل طويل يتم الانتقال بمقتضاه من قانون إلى آخر (إحالة إلى قانون رابع وخامس إلى غاية أقصى درجة) وهكذا حتى يرد الاختصاص إلى نظام قانوني سبق استشارة قواعد الإسناد فيه³ ،لذلك سماها الفقيه الألماني كان KAHN غرفة المرايا وسماها الفقيه الايطالي بوزاتي BUZZATI لعبة التنس الدولية⁴.

¹ - أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص ،تتازع القوانين،مرجع سابق ،ص 101 .أنظر كذلك: - براسي محمد ،مرجع سابق ، ص 15 .

- LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit, 1993 , n°199 , p 201.

² - عز الدين عبد الله ، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية... ،مرجع سابق ،ص 29.

³ - هشام علي صادق ،المطول في القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق ،ص 297 . أنظر كذلك: - البستاني سعيد يوسف ، الجامع في القانون الدولي الخاص،مرجع سابق ،ص 649 . - الداودي غالب علي ،مرجع سابق ،ص 132 .

- MAYER (Pierre) , HEUZE (Vincent), op.cit, n° 219,p 160 .

⁴ - نقلا عن الداودي غالب علي ،مرجع نفسه ،ص 133 .أنظر كذلك:

- BATIFFOL (Henri) , LAGARDE (Paul), op.cit , n°301, p 354 .

الفرع الثاني

الإحالة في النسب بين القبول والرفض

اختلفت تشريعات الدول حول الأخذ بالإحالة (أولاً) ،ويظهر هذا الاختلاف بصفة جلية في مسألة النسب من خلال الموقف الذي تبناه كل من الفقه والقضاء اتجاه الإحالة، لاسيما القضاء الفرنسي والإنجليزي (ثانياً) .

أولاً- اختلاف تشريعات الدول حول الأخذ بالإحالة

نبين موقف التشريعات المقارنة من الإحالة ثم نحدد موقف المشرع الجزائري منها.

1 -موقف التشريعات المقارنة من الإحالة

تباين موقف التشريعات المقارنة بين الرفض والقبول والسكوت ،فقد استبعدتها بعض الدول بنصوص قانونية قاطعة¹ ،وباعتبار أن المشرع المصري من بين مشرعي الدول التي رفضت الأخذ بالإحالة فقد بارك الفقه المصري الغالب موقفه، وهذا تلافياً للوقوع في الحلقة المفرغة ،ولأن الإحالة تفتقر إلى أساس نظري سليم ،بخلاف جانب من الفقه الذي انتقد موقف المشرع المصري ،إذ رأوا أن قبول الإحالة من الدرجة الأولى (الإحالة الى قانون القاضي) هي استكمالاً لسيادة القانون المصري، وتماشياً مع الفقه الحديث الذي يتجه نحو الحد من امتداد القانون والنظر إلى السيادة الإقليمية، باعتبارها الأصل في سلطان القانون وليس الرجوع إلى القانون المصري انصياعاً لقاعدة الاسناد في القانون الأجنبي، بل هو نتيجة طبيعية لرفض القانون الأجنبي الاختصاص التشريعي² .

¹-المادة 31 من القانون رقم 40 مؤرخ 09 أوت 1951 المتضمن القانون المدني العراقي السالف الذكر ،المادة 27 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل الصادر في 16 يوليو 1948 ،الوقائع المصرية، عدد رقم 108 مكرر (أ)،صادر في 29 جويلية 1948 ، بدأ سريانه بتاريخ 15 أكتوبر 1949:متوفر على الموقع الإلكتروني : <https://www.mof.gov.eg> المادة 28 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 السالف الذكر ،الفصل 35 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي السالف الذكر ، المادة 27 من القانون المدني الليبي الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 1953 المعدل ،متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://lawsociety.ly/legislation>

- كذلك: البرازيل ،رومانيا اليونان ،إيران ،الاتحاد السوفياتي .- أشار اليهم عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ،مرجع سابق ،ص 318 .

² - عشوش أحمد عبد الحميد ،مرجع سابق ،ص ص 289-290 .

أما بعض الدول فنجد أنها لم تحدد موقفها من الإحالة¹، بينما ذهبت البعض منها إلى قبول الإحالة من الدرجة الأولى، واستبعاد الإحالة من الدرجة الثانية²، في حين قبلت بعض الدول الإحالة بنوعيتها (الدرجة الأولى والثانية)³.

أما المشرع الإيطالي فقد نظم الإحالة في مسألة النسب بطريقة قصد من ورائها تحقيق حماية للطفل، وتحقيقاً لهذه الغاية قرر المشرع عدم قبول الإحالة في مسألة النسب عموماً ومسألة الأطفال الطبيعيين الذين يتم تصحيح نسبهم والاعتراف بهم، إلا إذا كان قبول الإحالة يؤدي إلى تطبيق قانون يسمح بثبوت نسبهم⁴.

ولقد لاقت نظرية الإحالة قبولاً لدى قضاء بعض الدول كالقضاء الإنجليزي والبلجيكي والنمساوي بخلاف قضاء بعض الدول الذي رفض الأخذ بالإحالة كالقضاء الأمريكي⁵.

2- موقف المشرع الجزائري من الإحالة

لم يتضح موقف المشرع الجزائري بشأن الإحالة سواء بالقبول أو الرفض بصفة صريحة قبل تعديل القانون المدني سنة 2005⁶، تاركاً أمر الفصل في هذه المسألة للاجتهاد القضائي قبولاً أو رفضاً، وهذا ما فسح المجال أمام خلاف واسع بين الفقه والمؤلفين الجزائريين⁷.

¹ لبنان، المملكة العربية السعودية، تركيا، اليمن والسودان - أشار إليهم هشام خالد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014، ص 583.

² ألمانيا والسويد. - أشار إليهما عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 319.

³ - بولونيا. - مرجع نفسه.

⁴ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين.....، مرجع سابق، ص 300.

⁵ - عشوش أحمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 278-279.

⁶ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية.....، مرجع سابق، ص 115. أنظر كذلك: - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 56. - دريال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم، عناية، 2010، ص 101.

⁷ - دريال عبد الرزاق، مرجع نفسه.

- للتفصيل أكثر حول الجدل الفقهي الذي دار بين الفقه والمؤلفين الجزائري بشأن الأخذ بالإحالة من عدمه أنظر: - أعراب بلقاسم القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين.....، مرجع سابق، ص 109-110.

لذلك يرى كل من الأستاذ موحد اسعاد¹ والأستاذ أعراب بلقاسم² أنه يستحسن على المشرع الجزائري عدم الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى في مجال الأحوال الشخصية لما تطرحه من إشكال، لاسيما في العلاقات مع الدول التي تعتمد الموطن كضابط اسناد، وباعتبار أن أحكام قانون الأسرة مستمدة من الشريعة الإسلامية فإنه يبدو من الصعب تطبيق القانون الجزائري على الأمريكيين والبريطانيين الذين يحبذون دوما الخضوع بشأن أحوالهم الشخصية إلى ما تمليه عليهم أحكام الديانة التي يعتنقونها .

غير أنه سرعان ما تدارك المشرع الجزائري هذا الغموض بعد تعديله للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10، من خلال استحداثه لنص المادة 23 مكرر³ التي تضمنت قاعدة تقضي بأنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الجزائرية باختصاص قانون أجنبي فتطبق قواعده الموضوعية وتستبعد قواعد إسناده، غير أنه استثناء يجوز تطبيق القانون الجزائري إذا أحالت إليه قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص .

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر¹ يتضح أن المشرع يرفض الأخذ بالإحالة كمبدأ عام، غير أن فقرتها الثانية توحى بقبول الإحالة من الدرجة الأولى بصفة استثنائية في حالة ما إذا كانت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص طبقا لقاعدة الإسناد الجزائرية تحيل الاختصاص للقانون الجزائري (قانون القاضي) ، غير أنها إذا أحالت إلى تطبيق قانون أجنبي آخر ،فيتعين على القاضي الجزائري في هذه الحالة رفض الإحالة من الدرجة الثانية ،ويطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص دون قواعد إسناده⁴.

¹ - اسعاد موحد ،القانون الدولي الخاص ،ترجمة فائز أنجق ،ج1 ،قواعد التنازل.....،مرجع سابق ص ص 207-208 .
² - أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانين،مرجع سابق ص 110 .
³ - تنص المادة 23 مكرر 1 المستحدثة بموجب المادة 16 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر على أنه " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق ،فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان .
غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص ."
⁴ - دريال عبد الرزاق ،مرجع سابق ص 102 .

لقد أصاب المشرع الجزائري من خلال قبوله الإحالة من الدرجة الأولى ورفض الإحالة من الدرجة الثانية، لأن الإحالة إلى قانون القاضي يضمن تطبيق القانون الوطني الجزائري الذي ينظم مسألة النسب وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية، لاسيما النسب الشرعي.

ثانيا - موقف الفقه والقضاء من الإحالة في النسب

أثارت نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص بصفة عامة جدلا فقهيًا، تراوح بين التأييد والمعارضة ولكل طرف حججه، لكننا سنركز في دراستنا على الإحالة في النسب بصفة خاصة، من خلال التطرق إلى موقف الفقه الفرنسي الذي أولى أهمية لهذه المسألة إلى درجة اختلافه بشأنها، وفي ظل غياب تطبيقات قضاء الدول للإحالة في مسألة النسب سنشير في هذا الصدد إلى موقف الاجتهاد القضائي الفرنسي والانجليزي من خلال القرارات الصادرة عنه التي بحوزتنا .

أدى صدور قانون 03 جانفي 1972 إلى انقسام الفقه حول الأخذ بالإحالة في النسب بين الرفض والقبول، إذ رأى معارضو هذا القانون أن قبول الإحالة يؤدي إلى تخفيف النتائج السلبية لهذا القانون، وإذا كان لا يمكن تصور الأخذ بالإحالة في الحالة التي تضمنتها المادة 311-15¹ والتي تقضي بتطبيق القانون الفرنسي على النسب²، إلا أنه لا يوجد أي سبب لاستبعاد الإحالة من طرف القضاء الفرنسي³، ويميل بعض الفقه إلى قبول الإحالة بهدف التنسيق بين الأنظمة القانونية⁴.

1 - Art 311-15 de code civil français dispose que «Toutefois, si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère ».

2 - HOLLEAUX (Dominique), FOYER (Jacques) ,GERAUD DE GEOUFFRE DE (La pradelle) , op.cit, n°1233 , p 542

3 - MONEGER (Françoise), Droit international privé....., op.cit , n° 332 , p 120 .

4 - AUDIT (Bernard), op.cit , n°705 , p 600.

بخلاف الرأي السابق ذهب مؤيدي قانون 3 جانفي 1972 إلى رفض الإحالة تجنباً لآثارها السلبية¹، وبالتالي الاحتفاظ باختصاص قانون الأم على النسب مهما كانت أحكام قاعدة تنازع القوانين الأجنبية، فقاعدة التنازع الفرنسية الجوهرية تهدف إلى اثبات النسب الشرعي وغير الشرعي وإضفاء الشرعية على النسب الطبيعي، وعليه يكون من الصعب تخيل الحل الغير المناسب الذي يفرض بواسطة قاعدة الإسناد الأجنبية عن طريق الإحالة².

كما أن رفض الإحالة يتماشى مع الأهداف التي سعت إليها قواعد تنازع القوانين الجديدة³، والتفضيل الواضح الذي أعطاه المشرع الفرنسي للقانون الشخصي للأمم⁴، وأن قبول الإحالة من شأنها احباط إرادة المشرع، ومما لا شك فيه أن احترام هذه الإرادة سيؤدي حتماً إلى رفض الإحالة⁵.

ضيف إلى ذلك أن البساطة والثبات التي يتميز بها ضابط الإسناد المحدد في القاعدة العامة والذي يؤدي إلى تطبيق القانون الشخصي للأمم يستوجب تجاهل تفضيل قانون آخر غير ذلك القانون المعين بموجب القاعدة العامة⁶.

أما الاجتهاد القضائي الفرنسي فقد قبل الإحالة في النسب بصعوبة في قراره الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 1953⁷.

¹ – HOLLEAUX (Dominique), FOYER (Jacques) ,GERAUD DE GEOUFFRE DE (La pradelle) , op.cit , n°1233 , p 542

² – MAYER (Pierre) , HEUZE(Vincent), op.cit, n° 615, p p 447-448 .

³ – LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre) , DE VAREILLES – SOMMIERES (Pascal) op.cit, n°349 , p 456.

⁴ – GUTMAN (Daniel), op.cit, n°191 , p 178.

⁵ – AUDIT (Bernard), op.cit , n°705 , p 601 .

⁶ – LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre) , DE VAREILLES – SOMMIERES (Pascal) op.cit, n°349 , p 456.

⁷ – ibid.

أنظر كذلك: - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين.....، مرجع سابق، ص 108 .

بعد صدور قانون 03 جويلية 1972 أصبح الاجتهاد القضائي الفرنسي يرفض الإحالة في النسب¹، على أساس أن المادة 311-14 من القانون المدني الفرنسي تتضمن تحديد مباشر والزامي للقانون الواجب التطبيق²، كما أن رفض الإحالة في قواعد التنازع ذات الطبيعة الجوهرية هو الأكثر اقناعا، لاسيما إذا كان القانون المحال إليه يرفض الاعتراف بنسب الطفل الطبيعي³.

يرى بعض الفقهاء أنه دون انكار خصوصية القواعد الجديدة التي كرسها قانون 3 جويلية 1972 فإنه لا يجب الاستبعاد التام للإحالة أو القبول التام لها⁴، ويتعين على القضاء الفرنسي أن يأخذ بعين الاعتبار الهدف الجوهرية الذي يسعى إليه المشرع الفرنسي، وهو إثبات النسب الشرعي وغير الشرعي، وبالتالي يقبل بالإحالة كلما أدت إلى تطبيق القانون المعين من طرف قواعد التنازع الأجنبية الذي يحقق هذا الهدف، لاسيما إذا كان قانونا فرنسيا، ورفض الإحالة في الحالة المخالفة⁵.

أما القضاء الإنجليزي فقد ذهب إلى نتيجة شبيهة بتلك التي تؤدي إليها نظرية الإحالة عن طريق الأخذ بما أطلق عليه بنظرية المحكمة الأجنبية، والتي تسمى أيضا بالإحالة المزدوجة، مفادها أنه إذا طرح على القاضي الوطني نزاع مشتمل على عنصر أجنبي وكانت قاعدة الاسناد الوطنية تشير إلى تطبيق قانون دولة أجنبية معينة وجب على القاضي

¹ -paris ,11 mais 1976 , lyon 31 oct 1979 , paris 8 mars 1983 , paris 20 avr 1982 – cité par – HOLLEAUX (Dominique) , FOYER (Jacques) ,GERAUD DE GEOUFFRE DE (La pradelle) , op.cit, n°1234 , p 542.

– lyon 20 janv 1986 .paris 15mars 1994. cité par –GUTMAN (Daniel) , op.cit, n°191 , p 178.

² –la cour de paris proclame dans son arrêt de 1976 que « l’article 311-14.....ne laisse pas à la loi personnelle de la mère le soin de déterminer les règles de conflit applicables à la filiation mais contient une désignation directe et impérative de la loi applicable ».

–HOLLEAUX (Dominique) , FOYER (Jacques) , GERAUD DE GEOUFFRE DE (La pradelle) , op.cit , n°1234 , p 542.

³ – Cass , Civ ,6 juill 1999 . cité par – MONEGER (Françoise) , Droit international privé.....,op.cit, n°332 , p 120 .

⁴ – LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre) , DE VAREILLES – SOMMIERES (Pascal) , op.cit, n°349 , p 457.

⁵– ibid . voir aussi :–GUTMAN (Daniel) , op.cit, n°191 , p 178 . – LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre) , DE VAREILLES – SOMMIERES (Pascal) .

الوطني أن يضع نفسه موضع القاضي في تلك الدولة الأجنبية وأن يفصل في النزاع كما لو كان سيفصل فيه القاضي الأجنبي، ومن ثم يتعين على القاضي الوطني اعمال قاعدة الاسناد الأجنبية بالطريقة نفسها التي يطبقها القاضي الأجنبي، أي يتعين عليه تطبيق القانون الذي كان سيطبقه القاضي الأجنبي، سواء كان هذا الأخير يأخذ بالإحالة أو يرفضها¹.

في هذا الشأن عرض على القضاء الانجليزي قضية أسكي ASKEW التي تتعلق بتصحيح نسب طفل من أب انجليزي متوطن في ألمانيا، وبالرجوع إلى قاعدة الاسناد الانجليزية فإنها تشير إلى تطبيق القانون الألماني باعتباره قانون موطن الزوج، فإذا وضع القاضي الانجليزي نفسه موضع القاضي الألماني وجد أن قاعدة الاسناد الألمانية تشير إلى تطبيق القانون الانجليزي بوصفه قانون جنسية الأب وهو يحيل إلى القانون الألماني، ولما كان القانون الألماني يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، فإذا أخذ القاضي الألماني بها سيؤدي ذلك إلى تطبيق القانون الألماني، وهذا ما فعله القاضي الانجليزي وفقا لنظرية المحكمة الأجنبية².

¹ - ناصيف الياس، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص ، د د ن ، د ب ن ، 2003 ، ص ص 463-464 .

² - مرجع نفسه .

الفصل الثاني

حق الطفل الناجم عن الزواج المختلط في الجنسية

من المتفق عليه في مجال القانون الدولي الخاص أن الجنسية هي عبارة عن رابطة تحكم العلاقة بين الفرد ودولة من الدول المعترف بها، والتي تتحدد على أساسها حقوق الفرد والتزاماته اتجاه الدولة التي يحمل جنسيتها¹.

من هذا المنطلق تعتبر الجنسية من أهم حقوق الطفل بعد الحق في الحياة، بالنظر إلى الدور الهام الذي تلعبه في حياة الطفل، فهو ليس كغيره من الحقوق، لأنه يعد أساس التمتع بحقوق المواطنة ومدخل للحقوق المدنية والسياسية في الدولة، فإذا حرم الطفل من الحصول عليه حرم من التمتع بتلك الحقوق²، فالجنسية هي كما قيل نقطة البداية الحتمية للحياة القانونية للفرد، والذي لا كيان له بدونها، فلا سبيل للعيش دون الجنسية، سواء داخل الدولة أو خارجها³.

يقوم البناء التشريعي للجنسية في مختلف الدول على اعتبار فكرة التبعية العائلية بالنسبة للطفل من خلال فرض جنسية الوالد عليه أو الحاقه بوالده الذي غير جنسيته، فيفقد جنسيته ويكتسب أخرى⁴، على هذا الأساس لابد من تحديد جنسية الطفل في الزواج المختلط الذي تختلف فيه جنسية الزوجين، لما له من أثر في جنسية الطفل (المبحث الأول).

لقد أدى تأثير اختلاف جنسية الزوجين في الزواج المختلط على جنسية الطفل إلى طرح اشكالات وصعوبات، من شأنها المساس بحق الطفل في الجنسية، مما يستلزم إيجاد حلول ناجعة للحد أو بالأحرى التقليل منها، من أجل إعادة إدماج الطفل في الحياة القانونية

¹ - للتفصيل أكثر في مفهوم الجنسية أنظر - السيد الحداد حفيظة، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشورات الطلي الحوقية، لبنان، 2005، ص ص 16 - 27.

² - زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 127.

³ - عبد المنعم رياض فؤاد، « مشكلة جنسية أبناء الأم المصرية »، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، عدد 1986/42، ص 5.

⁴ - مسلم أحمد، القانون الدولي الخاص في الجنسية ومركز الأجانب وتنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية، مصر، 1954، ص ص 99-100.

التي تكفل الحماية لحقه في الجنسية وباقي الحقوق، كالحق في التعليم والرعاية والحضانة والميراث... الخ (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

تحديد جنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط

يعتبر الزواج المختلط من المسائل المعقدة في القانون الدولي الخاص، بالنظر إلى البعد الدولي لهذا الزواج، ويزداد الأمر حدة وتعقيدا عند تحديد جنسية الطفل الناجم عن هذا الزواج الذي تختلف فيه جنسية الزوجين، باعتبارها من أهم الحقوق المعترف بها على الصعيد الوطني والدولي، لذلك لقيت هذه المسألة اهتماما كبيرا سواء من الجانب الفقهي (المطلب الأول) أو من الجانب التشريعي (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

تحديد جنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط من الجانب الفقهي

اهتم فقه القانون الدولي الخاص بمسألة تحديد جنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط، من خلال البحث في مسألة تأثير الزواج المختلط في جنسية أفراد الأسرة، إلى درجة الخلاف الكبير الذي دار بينهم في هذا الصدد هذا من جهة (الفرع الأول)، ومن جهة أخرى الاختلاف حول دور الأم في منح جنسيتها الأصلية للطفل (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

الخلاف الفقهي حول تأثير الزواج المختلط على جنسية أفراد الأسرة

أثار الزواج المختلط المبرم بين زوجين مختلفين في الجنسية خلاف فقهي حول تأثير هذا الزواج في جنسية أفراد الأسرة من بينهم الأطفال، ترتب على ذلك ظهور نظريتين، نظرية تنادي بمبدأ وحدة الجنسية في الأسرة (أولا) وأخرى تنادي بالاستقلالية (ثانيا) وسنركز في هاتين النظريتين أكثر على النقاط التي تتعلق بالأطفال .

أولاً: نظرية وحدة الجنسية في الأسرة

تعتبر نظرية التبعية من أقدم الاتجاهات الفكرية التي ظهرت في مجال بيان تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجة، إذ ترجع أصولها البعيدة إلى عهد القانون الروماني، وقبل أن تتبلور فكرة الجنسية، كما عرفت هذه النظرية في الفقه الإسلامي¹.

تقوم هذه النظرية على تحقيق مبدأ وحدة الجنسية في الأسرة والانسجام بين أفرادها، فالزوجة تكتسب مباشرة وبقوة القانون جنسية زوجها تلقائياً وبمجرد الزواج، دون أن يتوقف ذلك على إعلانها قبول جنسية زوجها، فالزوجة تتبع زوجها كما يتبع الأولاد الأب².

إن الأساس الاجتماعي لهذا المبدأ هو اعتبار الزوج رب الأسرة، وقد فرض القانون على الزوجة أن تحمل اسمه وتستقر في موطنه، وكأنه يصبغ حالته على الأسرة (الزوجة والأولاد)، مما يستلزم أن تكتسب جنسيته ليحصل تطابق واقعي في الأسرة بين الزوج والجنسية³.

وقد بنى أنصار هذا الاتجاه مبدأ وحدة الجنسية على عدة اعتبارات، وسنركز على تلك التي تتعلق بالأطفال.

1- اعتبارات قانونية

إن الأخذ بمبدأ وحدة الجنسية في الأسرة عن طريق الزواج من شأنه أن يحقق وحدة النظام القانوني الذي يحكم الروابط الأسرية، التي يكون ضابط الإسناد فيها هو الجنسية، فيكون قانون الجنسية هو الذي يحكم تلك الروابط وليس قانون جنسية الزوجين⁴، فتعدد الجنسيات في الأسرة الواحدة يؤدي إلى إخضاع الرابطة الزوجية وآثارها إلى قانونين

¹ - سلامة أحمد عبد الكريم، المبسوط في شرح نظام الجنسية، بحث تحليلي انتقادي مقارن، دار النهضة العربية، مصر، 1993، ص ص 608 - 609.

² - مثنى محمد عبد القيس، أثر الزواج المختلط على جنسية الزوجة، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة كجزء لمتطلبات درجة الماجستير كلية الحقوق، جامعة بابل، العراق، 2002، ص 04. أنظر كذلك: - بشاتن صافية، أثر الزواج المختلط على جنسية المرأة، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي (العلاقات الدولية)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 1998، ص 31.

³ - زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الفرنسي والقوانين العربية، دراسة ملحقه تخص أحكام الأمر 01-05، نصوص قانون الجنسية المعدل بالأمر رقم 05-01، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص 147.

⁴ - بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص 220.

مختلفين، والذي من شأنه إثارة ما يعرف بمشكل تنازع القوانين في الأحوال الشخصية لدى الدول التي تعتمد على الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق¹، وهذا ما يؤدي إلى عدم الاستقرار القانوني، بالإضافة إلى صعوبة تحديد جنسية الأولاد²، ففي الدول التي تأخذ بحق الدم تفرض كل من دولتي الأب والأم جنسيتها على الطفل، فتزيد بذلك من حالات ازدواج الجنسية، على اعتبار أنه ليس هناك وجه لتفضيل جنسية أي الأبوين على الطفل³، فهذا المبدأ يحقق مصلحة الأبناء، كونه يؤدي إلى اكتسابهم جنسية واحدة، وبالتالي تفادي الوقوع في مشاكل نتيجة ازدواج جنسيتهم⁴.

2- اعتبارات سياسية

تتمحور هذه الاعتبارات حول مصلحة الدولة في إضفاء الصبغة الوطنية على الأسرة بتوحيد الجنسية لجميع أفرادها (الزوج، الزوجة، الأولاد)، الذي يزيد في تلاحمها وصلابتها، الأمر الذي يدعم ويجسد عنصر السكان في الدولة من عدة نواحي منها، أن وحدة الجنسية في الأسرة يضمن ولاء الأبناء للدولة، بخلاف لو أن الزوجة بقيت محتفظة بجنسيتها، فربما تغير ولاءهم لها لما لها من تأثير عليهم⁵، فالتأثير النفسي والاجتماعي للأب على الأولاد من خلال تنشئتهم وتربيتهم وبث روح الانتماء والولاء للدولة أكثر قوة وفعالية من الأب، ومن ثمة يخشى من تحول ولاء الأولاد إلى دولة الأم الأجنبية، إذا ظلت أجنبية محتفظة بجنسيتها الأصلية⁶، لاسيما إذا كانت هذه الزوجة تنتمي إلى دولة معادية أو في حالة حرب

¹ - آيت منصور كمال، « تكريس حقوق الافراد وتدعيم وحدة الجنسية في الأسرة في الأمر رقم 01/05 المعدل والمتمم لقانون الجنسية الجزائرية »، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 63 / 2007، ص 252 .

² - بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص 220 .

³ - الكردي جمال محمود، الجنسية في القانون المقارن، دار النهضة المصرية، مصر، 2005، ص 63 .

⁴ - سالم عطية أمينة، أثر الزواج المختلط على الجنسية في ظل أمر 05-01، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص 08 .

⁵ - قريشي رزيقة، أثر الزواج المختلط على جنسية أفراد الأسرة، دراسة مقارنة على ضوء تعديل 2005 لقانون الجنسية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بوردوا، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2010، ص 11 .

⁶ - سلامة أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 613 .

مع الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته ،فالواجب يقتضي أن يلبي كل طرف نداء دولته،
فتتحل الرابطة الزوجية وتتفكك الأسرة¹ .

3- اعتبارات اجتماعية

إن مصلحة الأسرة بصفها النواة الأولى في المجتمع تدعو إلى تكريس مبدأ وحدة
الجنسية في العائلة، الذي بفضلها يتحقق الانسجام والتعاطف الروحي والوجداني بين أفراد
الأسرة الواحدة² ،فمن بين غايات الزواج خلق وطن واحد، تمتزج وتتصهر فيه مشاعر جميع
أفراد الأسرة ،ومن الطبيعي أن يكون هذا الوطن وطن الزوج بوصفه رب العائلة، الذي يدور
في فلكه باقي أفراد الأسرة ،مما يستلزم أن تدخل الزوجة في جنسية زوجها³.

وكلما توحدت جنسية الأسرة، مشاعرها ،أهدافها واتجاهاتها ترتب عن ذلك تماسك
بين أعضاء المجموعة الوطنية ،مما يحقق للدولة أسباب التقدم بين بقية الدول والمجتمعات
الأخرى⁴ .

يحقق مبدأ وحدة الجنسية في الأسرة عدة إيجابيات، إلا أنه من جهة أخرى ينكر
إرادة الفرد، وهذا ما يتعارض مع المبادئ التي تقوم عليها رابطة الجنسية ،لاسيما عدم
فرضها على الأفراد⁵.

من جهتنا نرى أن تبني نظرية الوحدة في الجنسية سيجنب وقوع الطفل في مشاكل
عويصة نتيجة تعدد جنسياته.

إذا كان هذا المبدأ قد وجد لنفسه تربة خصبة ينمو فيها لدى كثير من الدول خلال
القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، غير أنه سرعان ما بدأ يتراجع، نتيجة انتشار

¹- درويش هاني عبد الله ،آثار اكتساب الجنسية ،دراسة مقارنة بالشرعية الاسلامية ،دار الجامعة الجديدة ،مصر ،2014 ، ص 110-111 .

²- العيون قصي محمد ،شرح أحكام الجنسية، بالإضافة إلى أحكام محكمة العدل العليا في مسائل الجنسية ،دار الثقافة للنشر
والتوزيع، الأردن ،2009 ،ص 86 .

³- عكاشة محمد عبد العال ،الوسيط في أحكام الجنسية ،دراسة مقارنة ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،2002 ،ص558.

⁴- بلعير عبد الكريم ،مرجع سابق ،ص 220 .

⁵- آيت منصور كمال ،مرجع سابق ،ص 252.

الحركات النسوية المنادية لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات ،ترتب عنها ظهور نظرية استقلالية الجنسية في الأسرة¹.

ثانيا - نظرية استقلالية الجنسية في الأسرة

نادى أنصار هذه النظرية باستقلالية جنسية الزوجة، وعدم تأثرها بجنسية زوجها نتيجة أو كأثر للزواج المختلط ، وقد ساعد على بروز مبدأ استقلالية الجنسية نشاط الحركات النسائية، ودعوتها إلى المساواة بين الرجل والمرأة، التي تقتضي استقلال جنسية الزوجة عن جنسية زوجها ،وعدم فرضها عليها ،بل يكون تمتعها بها بمحض ارادتها²،تماشيا مع ما استقر عليه الفقه والعرف الدولي على عدم فرض الجنسية على أحد ،مما يستلزم الاعتراف باستقلالية جنسية الزوجة عن الزوج³.

لقد كان لمبدأ وحدة الجنسية في الأسرة الذي استمر طويلا أثره في تغيير وجهة النظر القديمة، فأخذ مبدأ عدم تأثير الزواج على جنسية الزوجة يسود، لاسيما بعد الحرب العالمية الأولى ،حيث فقدت الدول التي اشتركت فيها كثيرا من رجالها⁴.

ومما لاشك فيه أن الاعتراف للمرأة بكامل حريتها واستقلالها عن زوجها في ظل المعطيات القانونية الدولية والوطنية الحديثة أصبح يتناقض مع الابقاء على تبعية الزوجة لجنسية زوجها بسبب الزواج المختلط، لما يشكله من اهدار لحريتها⁵، لذلك أصبح تبني مبدأ استقلالية الجنسية في الأسرة ضرورة حتمية ،وقد استند أنصار هذا المبدأ على عدة اعتبارات نذكر منها:

¹ - عكاشة محمد عبد العال ،أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن،مرجع سابق ،ص176.
² - شوقي عبد المنعم بدر الدين ،العلاقات الخاصة الدولية ،أحكام الجنسية ،الموطن ،مركز الأجانب ،دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، مطبعة العشري ،د ب ن ، 2005 ،ص 187 .
³ - درويش هاني عبد الله ،مرجع سابق ،ص 112 .
⁴ - علي علي سليمان ،مرجع سابق ،ص 208 .
⁵ - زروتي الطيب ،الوسيط في الجنسية الجزائرية ،دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الفرنسي والقوانين العربية...،مرجع سابق ،ص

1- اعتبارات قانونية

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول أن العمل بهذا المبدأ لا يرتب بالضرورة تعدد القوانين الواجبة التطبيق على الأحوال الشخصية للطرفين، لأن هناك العديد من الدول التي تأخذ بضابط الاسناد الذي يجعل الأحوال الشخصية تخضع لقانون الموطن، كالدول الأنجلو سكسونية وليس قانون الجنسية، الأمر الذي يكفل وحدة النظام القانوني الذي يحكم الأحوال الشخصية رغم تعدد جنسيات أفراد الأسرة¹.

فاحتفاظ الزوجة بجنسيتها قد يؤدي إلى دخول الزوج إلى هذه الجنسية، لاسيما إذا كان الزوج يقيم في اقليم دولة زوجته واكتسب أولاده الجنسية بناء على حق الاقليم، فيجد الزوج نفسه الوحيد في أفراد الأسرة الذي يحمل جنسية أجنبية، فيكون له حافزا للدخول في جنسية زوجته².

2- اعتبارات سياسية

إن من مصلحة الدولة اعتناق مبدأ استقلالية الجنسية في الأسرة لا مبدأ وحدة الجنسية، ففرض الجنسية الوطنية على الأجنبية التي تتزوج من وطني قد يؤدي إلى انخراط نساء غير مرغوب فيهن في جنسية الدولة، وبصفة خاصة في حالة ما إذا كنّ ينتمين إلى دولة معادية، حيث أثبت التاريخ أن مثل هؤلاء يبقين على ولائهن لدولتهن الأصلية دون أن يكون في مقدور دولة الزوج أن تتخذ في مواجهتهن إجراءات كالإبعاد، على أساس أن هذا الأخير لا يمكن اتخاذه إلا في مواجهة الأجانب³.

ومما لا شك فيه أن احتفاظ الزوجة بولائها لدولتها الأصلية يؤدي حتما إلى التأثير على الأولاد في تغيير ولائهم لصالح دولتها المعادية.

¹ - بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص 225.

² - الكردي جمال محمود، مرجع سابق، ص 64.

³ - عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية، دراسة مقارنة....، مرجع سابق، ص 560-561.

3- اعتبارات اجتماعية

لا يستلزم وحدة جنسية الزوجين لتحقيق التجانس والتوافق الروحي بين أفراد الأسرة، بل قد يتحقق في ظل اختلاف جنسيتهما، فالتوافق العائلي يستمد وجوده من العواطف الشخصية لا من الجنسية¹.

وقد أثبتت الدراسات والتجارب من الحياة اليومية للعلاقات الزوجية أن الشقاق الذي كان يثور بين الزوج والزوجة يعود لأسباب أخرى وليس إلى اختلاف جنسية أفراد الأسرة².

نلاحظ من خلال دراستنا لنظرية استقلال الجنسية في الأسرة أنه رغم المكانة التي منحتها هذه النظرية لإرادة الزوجة في الاحتفاظ بجنسيتها أو اكتساب جنسية زوجها نتيجة تقرير مبدأ استقلالية الجنسية، وتعظيم مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، إلا أنه قد يخلق اشكالات تمس بجنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط، فقد ينجم عن اختلاف جنسية الزوجين ازدواج جنسية الطفل (جنسية الأم وجنسية الأب)، لاسيما إذا كانت دولتي الأب والأم تأخذ بحق الدم من جهة الزوجين، وما يزيد الطين بلة اكتساب الطفل الجنسية بناء على حق الاقليم فيصبح بذلك متعدد الجنسيات .

يرى الأستاذ زروتي الطيب أن تحليل حجج أنصار المبدأين السابقين يفصح على أن الأخذ بأحدهما على انفراد ينطوي على قصور في الرؤية لواقع اجتماعي وقانوني، لكنهما يتضمنان مزايا لا يمكن تجاهلها، فالأخذ بمبدأ وحدة الجنسية هو في مصلحة الزوجة التي تقيم في دولة زوجها، حتى تتمكن من الاندماج فيه، والتمتع بالحقوق الوطنية، ولا تبقى غريبة، وهذا من شأنه تحقيق الوحدة القانونية في الأسرة والتناسق والتماسك الاجتماعي بين أفرادها، بالمقابل فإن مبدأ استقلالية الجنسية يستجيب للقواعد المثالية في الجنسية، التي تقضي باحترام إرادة الزوجة، ويشكل من جهة وسيلة لبط رقابة الدولة على الراغبين في اكتساب جنسيتها³.

¹ - العيون قصي محمد، مرجع سابق، ص 87 .

² - بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص 227-228. أنظر كذلك: - الكردي جمال محمود، مرجع سابق، ص 64 .

³ - زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية.....، مرجع سابق، ص 152 .

يرى نبوييه أن المفاضلة بين المبدئين تقوم على ثلاث اعتبارات، فلسفية، عملية وسياسية، فمن الناحية الفلسفية إذا كانت وحدة العائلة فكرة مثالية فإن حرية الإرادة مبدأ جدير بالاحترام، أما من الناحية العملية فقد تكون من مصلحة الزوجة في البقاء على جنسيتها، كما قد تكون في اللحاق بجنسية زوجها، خصوصاً وأن معاملتها كأجنبية في بلد زوجها يتصور معه ابعاده، وهو هدم للزوجية، أما أنه من الناحية السياسية فقد يغلب أن تكون من مصلحة دولة الزوج الأخذ بوحدة الجنسية، في حين يغلب أن تكون من مصلحة دولة الزوجة الأخذ بمبدأ استقلال الجنسية¹.

الواقع أنه لم يسد تطبيق المبدئين على إطلاقه، إذ تختلف طريقة الدول في أعمال كل مبدأ وفقاً لمصالحها الوطنية، فإذا كان مبدأ استقلالية الجنسية قد زكته فكرة المساواة بين الرجل والمرأة إلا أنه تبقى مصلحة الدولة في مسألة الجنسية فوق كل اعتبار، لذلك كان تفضيل أحد المبدئين على الآخر يختلف أمره من دولة لأخرى، بل قد يختلف في الدولة الواحدة من زمان إلى آخر².

إن المزج بين المبدئين يحقق مزاياهما بقدر الإمكان، فيكون الزواج وسيلة لاكتساب الزوجة جنسية زوجها بما يترتب على ذلك من مزايا، وفي نفس الوقت تقييد الاكتساب التلقائي بشروط معينة، وخاصة مراعاة رغبة الزوجة، وتمكين الدولة من ممارسة صلاحيات الرقابة والتقدير، وهو الأمر الذي يتماشى مع القواعد الأصولية في الجنسية المكتسبة من حيث عدم فرض الجنسية على الشخص رغماً عنه، وكون الدولة حرة في منحها³.

الفرع الثاني

الخلاف الفقهي حول دور الأم في منح جنسيتها الأصلية للطفل

إن المسلم به فقهاً هو تمتع الطفل الناجم عن الزواج المختلط بجنسيته الأصلية على أساس النسب الثابت من جهة الأب، غير أن تمتعه بالجنسية الأصلية من جهة الأم هي

¹ - مسلم أحمد، القانون الدولي الخاص في الجنسية ومركز الأجنبيات.....، مرجع سابق، ص 109.

² - بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجنبيات في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 76-77.

³ - زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية.....، مرجع سابق، ص 153-154.

مسألة اختلف بشأنها الفقه، إذ يرى البعض منه أن منح الجنسية الأصلية للطفل إنما يقتصر على الأب فقط دون الأم (أولاً)، بينما نادى البعض الآخر بالمساواة بين الأب والأم في منح هذه الجنسية (ثانياً).

أولاً: اقتصار منح الجنسية الأصلية للطفل على الأب دون الأم .

ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول أن جنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط تتحدد بناء على جنسية الأب دون جنسية الأم، مستنديين في ذلك إلى عدة اعتبارات منها:

1- اعتبارات معنوية أو نفسية

تكمن هذه الحجة في قدرة الأب على تنشئة الأبناء نشأة وطنية، من خلال غرس الشعور بالولاء فيهم، باعتباره الأساس الروحي للجنسية¹.

إن تغليب جنسية الأب على جنسية الأم مرجعه اعتبار الأب رب الأسرة الذي يغلب دوره في تكوين الأبناء بالتربية، وليس مبناه مجرد اعتبار ميراث الأبناء لأبيهم وإلا قام الاعتبار بالنسبة للأم أيضاً، وبالتالي أمكن القول بأن الولد يكتسب جنسية أمه في هذه الصورة، وهذا أمر غير مسلم به².

لا يمكن انكار دور الأم في التأثير على الطفل من ناحية النشأة والتربية والولاء للدولة، إلا أنه لا يأتي دورها إلا بعد دور الأب، فقد فرقت الشريعة الإسلامية بين مرحلتين من مراحل تربية الطفل، مرحلة الحضانة ومرحلة الولاية على النفس، ففي مرحلة الحضانة يحتاج الطفل إلى رعاية الأم وتوجيهها له، ليأتي بعد ذلك دور الأب في مرحلة الولاية على النفس في توجيهه وارشاده من أجل تنشئته على كمال دينه وخلقه، وولائه لوطنه وللجماعة التي يعيش فيها، فالشريعة الإسلامية تقر بدور الأم في التنشئة والتربية، لكن بعد دور الأب

¹ - عبد المنعم رياض فؤاد، مرجع سابق، ص 9 .

² - السيد الحداد حفيظة، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب....، مرجع سابق، ص 106. أنظر كذلك: - هشام خالد، اكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لأب وطني، دراسة مقارنة في قانون الجنسية العربي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، صص 44-

وتغليب جنسية هذا الأخير ،معناه أن رب وأصل الأسرة هو الذي يتحدد عن طريقه حق التربية¹.

إذا كان أساس الجنسية هو الشعور الوجداني والولاء بين الفرد والدولة وفقا لما هو سائد في الدول الأوروبية، إلا أن الاتحاد الوجداني ليس هو السائد في الدول الأنجلو أمريكية التي يغلب فيها الاتجاه المادي النفعي ،إذ لا تقوم العلاقة بين الفرد والدولة فقط على الولاء، وبالتالي تعظيم دور الأم في غرسه في نفس الطفل، وبالنتيجة اضعاف جنسيتها عليه ،بل تقوم على العلاقة المشتركة بين الدولة والفرد ،والتي تتمثل في حمايتها له والزامه بالتكاليف التي تقررها، في مقابل حمايته والحفاظ على حقوقه ،وبالتالي لا ينهض الاحتجاج بغرس الشعور بالولاء اتجاه الدولة من جانب الأم كحجة لمنح جنسيتها للطفل² .

لم تسلم هذه الاعتبارات التي بنى عليها هذا الاتجاه الفقهي فكرة تغليب دور الأب في منح جنسيته لأبنائه من الانتقادات، فمن ناحية القول أن أساس دور الأب في منح الجنسية هو النظر إليه على اعتبار أنه رب الأسرة الذي يبيت روح الشعور بالولاء لدى الأبناء، وهو الشعور الذي يشمل الأساس الروحي للجنسية، يؤدي إلى تدعيم حق الأم في منح جنسيتها لأبنائها وليس العكس، فهي التي تتولى تنشئة الطفل في سنواته الأولى، وهي السنوات التي أثبت علم النفس تكوينه فيها من الناحية الوجدانية وتحديد مشاعره وميوله³.

وبغض النظر عن دور الأم الذي يفوق دور الأب وعلى افتراض أن كل منهما يؤدي ذات الدور بذات القدر فإن تفضيل الأب على الأم في منح جنسيته للأبناء يبدو أنه حل لا يسانده المنطق ويبدو أشبه بالعبث، ولو انهارت الحجة القائلة بتفوق دور الأب باعتباره رب العائلة نظرا لتفوق دور الأم في بث الشعور الوطني لدى الأبناء أو لتساوي دورها مع الأب فإن التسوية بينهما في منح الجنسية تعتبر النتيجة المنطقية المترتبة على عدم جدوى هذه الحجة المنهارة⁴.

¹ - شوقي عبد المنعم بدر الدين ،مرجع سابق ،ص ص 123-124.

² - مرجع نفسه ،ص 124 .

³ - عبد المنعم رياض فؤاد ،مرجع سابق ،ص 10 .

⁴ - السيد الحداد حفيظة ،هشام علي صادق ،القانون الدولي الخاص ، دروس في القانون الدولي الخاص ،الكتاب الأول الجنسية ومركز الأجانب ،دار الفكر الجامعي ،مصر ،1999، ص ص 34-35 .

2- اعتبارات دينية

إن نسب الابن إلى الأب هو المعول عليه في الشريعة الإسلامية، باعتبارها المصدر الأساسي لدستور وقوانين الدول الإسلامية، إذ قال الله سبحانه وتعالى " أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فأخوانكم في الدين"¹ وقوله عز وجل " والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بإيمان ألحقنا بهم ذريتهم"²، فالذرية (الأبناء) تنسب للأب، فإذا كان النسب للأب فالعبرة بجنسية الأب قياسا على ثبوت النسب منه، وبعبارة أخرى إذا كان الأب هو الأصل الذي ينسب إليه الابن شرعا فإنه يجب تمتع الفرع الابن بجنسية الأصل الأب³.

ضيف إلى ذلك أن الحديث المشهور الذي أكد فيه الرسول صلى الله عليه وسلم بوجود مراعاة الأم ثلاث مرات إنما يتعلق بحسن الصلة والمعاشرة والرعاية ولا يتعلق بإسباغ جنسيتها على أبنائها لا من قريب ولا من بعيد⁴.

3- اعتبارات سكانية

تعتبر الكثافة السكانية مبررا لحصر منح الجنسية الأصلية للأبناء من جانب الأب فقط دون الأم، لأن السماح للأم بمنح جنسيتها لأبنائها من شأنه ازدياد عدد السكان في الدولة⁵.

تخص هذه الاعتبارات الدول المكتظة بالسكان التي تعمل دائما على منح الأب دورا متحيزا في نقل الجنسية، خوفا من الانفجار السكاني، الذي ستزيد خطورته بإدخال أبناء الأم الوطنية في الجنسية، كتشريع الجنسية المصري الذي يعتبر تشريعا طاردا للجنسية، وليس جاذبا لها بسبب الزيادة الشديدة في كثافة السكان⁶.

¹ - سورة الأحزاب، الآية 05 .

² - سورة الطور، الآية 21 .

³ - بدر الدين عبد المنعم شوقي، مرجع سابق، ص 122 .

⁴ - مرجع نفسه .

⁵ - السيد الحداد حفيظة، الاتجاهات المعاصرة في الجنسية، حق الطفل المولود لأم مصرية في اكتساب الجنسية المصرية الأصلية المستمدة من الأم، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002، ص 06 .

⁶ - قرشي رزيقة، مرجع السابق، ص 113 .

انتقدت هذه الحجة على أساس أن الحد من معدلات التزايد السكاني لا يكون بحرمان الأم من منح جنسيتها لأبنائها، بل يكون باللجوء إلى الوسائل الأخرى المعروفة للحد من هذا الانفجار السكاني، لأن حرمان الأبناء من جنسية أمهم يؤدي إلى بتر فئة مهمة من مجتمع دولتهم، والتي تعتبر جزءا لا يتجزأ منه، فرغم معاناة بعض الدول من الانفجار السكاني إلا أنها ومع ذلك أقرت في قوانين جنسيتها بحق الأبناء في التمتع بجنسية الأم، سواء كان ميلادهم في إقليم الدولة أو خارجها¹.

فإذا كانت الكثافة السكانية تشكل الخطر الأول على حاضر مصر ومستقبلها فإن مواجهة الخطر لا يكون بحجب الجنسية على الأبناء الذين يرتبطون ارتباطا عضويا بالجماعة المصرية، والتغاضي عن السبب الحقيقي وهو تزايد النسل جهلا أو خوفا، ويمكن تشبيه ذلك برجل بدين أراد انقاص وزنه فقطع ذراعه، بدلا من مواجهة السبب الحقيقي لبدانته².

4 - اعتبارات اخلاقية

صرحت بهذا الاعتبار الاخلاقي اللجنة التشريعية المصرية بقولها أن السماح للأم المصرية بنقل جنسيتها للأطفال أمر لا أخلاقي، إذ من شأن ذلك تشجيع ظاهرة الأطفال غير الشرعيين³.

يؤخذ على هذا الرأي أنه يفترض أن دخول الأطفال في الجنسية المصرية يشكل سببا دافعا لإنجاب الأطفال بأي ثمن، وهو افتراض غير كريم تدحضه قيم الجماعة المصرية وأخلاقياتها⁴.

¹ - السيد الحداد حفيظة، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب....، مرجع سابق، ص 108-109.

² - عبد المنعم رياض فؤاد، مرجع سابق، ص 10.

- تشير إلى أن الانتقادات الموجهة للتشريع المصري نتيجة عدم اعترافه بحق الأم المصرية في منح جنسيتها الأصلية إلى الأبناء كانت قبل تعديل قانون الجنسية المصري، إلا أن هذه الانتقادات تزول بتعديل قانون الجنسية المصري، الذي أصبح يعترف للأم المصرية بهذا الحق كما سنرى ذلك عند التطرق إلى تحديد جنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط في بعض التشريعات المقارنة.

³ - عبد المنعم رياض فؤاد، مرجع سابق، ص 10.

⁴ - مرجع نفسه.

5- ازدواج جنسية الطفل¹

يرى جانب من الفقه المصري أن منح جنسية الأم المصرية للطفل يؤدي إلى ازدواج جنسيته، إذا كان قانون جنسية الأب الأجنبي يمنحه هذه الجنسية إما بناء على حق الدم أو على حق الاقليم، وبالتالي يكون حرمان الأم المصرية من منح جنسيته لابنها محققاً لمبدأ هام من المبادئ التي تحكم النظرية العامة للجنسية، هو مبدأ تفادي تعدد الجنسيات بالنسبة للفرد الواحد².

إن هذه الحجة مردود عليها، ذلك أن ازدواج جنسية للطفل لا يظهر فقط نتيجة الاعتراف بحق الأم في منح جنسيته لهم، بل قد يتحقق في حالات أخرى، كاعتراف مثلاً القانون المصري بثبوت الجنسية المصرية للأبناء المولودين لأب مصري بالخارج رغم دخولهم في جنسية الدولة التي ولدوا على اقليمها هذا من جهة³.

من جهة أخرى تعتبر حالة ازدواج جنسية الطفل حالة نادرة الحدوث وأقل خطورة من تلك الحالة التي تواجهه في حالة عدم منح جنسية الأم له، ويقصد بذلك انعدام الجنسية في حالة عدم اقرار قانون جنسية الأب منح جنسيته للطفل⁴.

ثانياً - المساواة بين الأب والأم في منح الجنسية الأصلية للطفل .

نادى غالبية الفقه بضرورة الاعتراف للأم بمنح جنسيته الأصلية للطفل، مستنديين في ذلك إلى الحجج الآتية:

¹ - سيتم التفصيل أكثر في هذه النقطة عند دراستنا لمشكل تعدد جنسية الطفل في الفرع الأول من المطلب الأول الوارد في المبحث الثاني من هذا الفصل.

² - عبد المنعم رياض فؤاد، مرجع سابق، ص 9-10 . أنظر كذلك: - السيد الحداد حفيظة، هشام علي صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 31 .

³ - إن تشجيع ازدواج الجنسية هي السياسة المعلن عنها من قبل المشرع المصري، الذي حرص في المذكرة الايضاحية لقانون الجنسية على النص بأن " مشكلة ازدواج الجنسية من المشاكل العالمية ولا يمكن للدولة أن تتحمل عبئها وحدها، بل كل دولة تعمل على تحقيق مصالحها ومصالح رعاياها ولو ضحت في سبيل ذلك ليس فقط بأصول التشريع والتنسيق، بل بمصالح الدول الأخرى" أنظر - السيد الحداد حفيظة، هشام علي صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص...، مرجع نفسه، ص 34 .

⁴ - السيد الحداد حفيظة، الاتجاهات المعاصرة في الجنسية، حق الطفل المولود لأم مصرية في اكتساب الجنسية المصرية الأصلية المستمدة من الأم.....، مرجع سابق، ص 10-11 .

1 - مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة

أقر هذا الاتجاه الفقهي بأحقية الطفل في الجنسية الأصلية المستمدة من جهة الأم احتراماً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، والذي يعتبر من المبادئ الذي حرصت دساتير الدول على احترامه وتأكيد، وباعتبار أن دساتير الدول تقر بالتسوية بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات، فمن باب أولى التسوية بينهما في منح الجنسية الأصلية للطفل، وهذا احتراماً لحقوق الانسان، وتماشياً مع الاتفاقيات الدولية ضد كل أشكال التمييز العنصري¹ هذا من جهة.

من جهة أخرى أقرت الشريعة الإسلامية بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات، وعليه إذا لم يثبت الطفل إلى نسب أبيه، كابن الزنا ينسب لأمه ويلحق اسمه باسمها للتعريف به، وبالتالي إعطاء للأم دور مساوي للأب في منح الجنسية للطفل².

لم يسلم هذا المبدأ من النقد كون منح الجنسية الأصلية للطفل من جهة الأم لا يتعلق أصلاً بالمساواة بين الرجل والمرأة، ولا بحقوق المرأة، فالجنسية مسألة سياسية وسيادية تختلف تماماً عن مسألة منح الحقوق لأفراد المجتمع، ومع ذلك فإن التسوية بين الرجل والمرأة تكون في الحقوق والواجبات التي يقرها دستور الدولة عامة، كالحق في حماية الحرية الشخصية وحق التعليم، أما الحقوق المترتبة عن الزواج واثبات نسب الطفل وتبعيته لجنسية والده وواجبات الزوجين فهي ناشئة عن عقد الزواج ذاته، الذي يعد مركزاً قانونياً منظماً لهذه العلاقات المتبادلة بين الزوجين، وبينهما وبين الأطفال³.

يأخذ المشرع الوطني في سبيل تنظيم هذه المراكز القانونية المتولدة من عقد الزواج بالأصول العامة للسياسة التشريعية للدولة التي تتلاءم مع المجتمع الوطني من جميع الجوانب الدينية والاجتماعية، ومن بين هذه الأصول انتساب الابن للأب واكتساب جنسيته⁴.

¹ - السيد الحداد حفيظة، هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 41 .

² - قرشي رزيقة، مرجع سابق، ص 115 .

³ - شوقي عبد المنعم بدر الدين، مرجع سابق، ص 121 .

⁴ - مرجع نفسه .

وكرد على حجة مساواة الشريعة الاسلامية بين الرجل في الحقوق والواجبات، وبالتالي المساواة في منح الجنسية للطفل، ذهب جانب من الفقه إلى القول أن الشريعة الاسلامية لا تعترف بهذه المساواة، بل تضع الرجل في مركز أعلى لقوله عز وجل " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من أموالهم " ¹، وعليه فإن هذه المساواة ملعونة لمخالفتها الشريعة الاسلامية ².

ويضيف أن نسبة الطفل للأم حسب هذا الاتجاه الفقهي إنما يكون في مجال التعريف بالشخص تعريفًا واضحًا، وهناك فرق كبير بين تحديد جنسية الطفل ومعرفة والتفرقة بينه وبين الآخرين ³.

يبدو أن هذا النقد جانب الصواب، وهو مجرد رأي فقهي، فلا أحد منا ينكر المكانة التي منحها الشريعة الاسلامية للمرأة، فتكريم الشريعة الاسلامية ومساواتها بالرجل أمر ثابت ومؤكد لا محال منه .

2- مواكبة التطورات الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع

نظرا للتطور الذي عرفته المجتمعات العربية والغربية بفضل فعالية المرأة ومساهماتها في جميع نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، أصبح من الضروري الاعتراف لها بحقوقها كاملة، ومساواتها في ذلك بالرجل، ومن مظاهر تلك المساواة مساواتها في منح جنسيتها الأصلية إلى الطفل، وبالتالي عدم التفريق بين ثبوت الجنسية بالنسب إلى الأب أو الأم، فالطفل يكتسب الجنسية الوطنية لأحد الوالدين مهما كانت جنسية الزوج الآخر ⁴.

إن تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية في الحقبة الأخيرة في المجتمع المصري أدى إلى بروز مشكلة زواج المصريات من الأجانب الموسرين بدافع المصلحة، والهروب من الحرمان والفقر، والذي كان ينتهي دائما بانفصال الزوجين، واستقرار الأم المصرية مع الأبناء في مصر، الذي يكون في كثير من الأحيان الاقليم الذي يعيشون فيه ولا يغادروه ،

¹ - سورة النساء، الآية 34 .

² - السيد الحداد حفيظة، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب.....، مرجع سابق، ص 125.

³ - شوقي عبد المنعم بدر الدين، مرجع سابق، ص 121 .

⁴ - قريشي رزيقة، مرجع سابق، ص 126 .

وبالرغم من اندماج هؤلاء الابناء في المجتمع المصري، إلا أنهم يحرمون من الجنسية المصرية ويعاملون معاملة الأجانب، لأن التشريع المصري أنداك لم يكن يعترف لهم بحق اكتساب جنسية أهم المصرية، ولا يكون لهم سوى الحق في طلب اكتساب الجنسية المصرية الطارئة عند بلوغهم سن الرشد وفقا للشروط المحددة قانونا، لذلك أصبح من الضروري تدخل المشرع المصري لتقرير حق الجنسية لهذه الفئة، وما يترتب عليها من حقوق، كحق الإقامة والتعليم... الخ.¹

انتقدت هذه الحجة من جانب بعض الفقه بقوله أن الأسرة المصرية التي تدفع بناتها إلى الزواج من الأجانب إنما تجني ثمرة أخطائه، وأنه إذا كان ثمة تدخل تشريعي واجب فهو أن يمنع المشرع إبرام مثل هذا الزواج المختلط، أو يسن ما يراه ملائما من قيود على إبرامه.²

3- احترام الاتفاقيات الدولية

من المعروف أن المشرع الوطني يستقل بصياغة القواعد القانونية المنظمة للجنسية فهو الذي يحدد طرق اكتسابها وفقدائها واستردادها تطبيقا لمبدأ سيادة الدولة وحريتها في تنظيم جنسيتها، ومع ذلك ترد على هذه الحرية بعض القيود³ كالقيود الاتفاقية، والتي تكمن

¹ - السيد الحداد حفيظة، هشام علي صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 40. أنظر كذلك: - شوقي عبد المنعم بدر الدين، مرجع سابق، ص 38-39.

² - السيد الحداد حفيظة، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب.....، مرجع سابق، ص 124.

³ - تنص اتفاقية لاهاي المؤرخة في 12 أبريل 1930 بشأن بعض مسائل تنازع قوانين الجنسية، الموقعة في لاهاي، ودخلت حيز التنفيذ في 1 جويلية 1937 على عدة قيود في الجزء الثاني من نص المادة الأولى التي تقضي بأنه " على كل دولة احترام التشريع الداخلي بشرط أن يكون متماشيا مع الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي والمبادئ المعترف بها على العموم في مادة الجنسية ".
- تقلص مبدأ حرية الدولة وسلطتها التقديرية المطلقة في تحديد من ينتمي إلى جنسيتها منذ نهاية الحرب العالمية الثانية ليفسح المجال لمبدأين أساسيين:

- المبدأ الأول أكدته محكمة العدل الدولية في حكمها الشهير الصادر سنة 1955 بعدم جواز الاعتراف في المجال الدولي بالجنسية إلا إذا كانت تستند إلى رابطة فعلية بين الفرد والدولة، بمعنى إذا كان لا مناص من الاعتراف بحرية الدولة داخل حدود إقليمها في منح الجنسية، فإنه يتعين لنفاذ هذه الجنسية خارج هذه الحدود أن يكون الفرد عضوا فعليا في الجماعة الوطنية .

- المبدأ الثاني أعلنه اتفاقية لاهاي لسنة 1930 المتعلقة ببعض مسائل تنازع قوانين الجنسية لتقنين القواعد الدولية للجنسية بمقتضاه وجوب تمتع كل فرد بالجنسية، وهو ما أكدته الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948 في المادة 10 الفقرة الأولى منه والاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية والتي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 فبراير 1967 التي تقضي في المادة 42 الفقرة الثالثة منها على أنه " لكل طفل الحق في أن تكون له جنسية ". - أنظر عبد المنعم رياض فؤاد، مرجع سابق، ص 4-5 .

في الاتفاقيات الدولية الخاصة بالجنسية التي تصادق عليها الدولة سواء كانت ثنائية أو جماعية، فتكون الدولة ملزمة باحترام بنودها، وعليه إذا كانت هذه الاتفاقيات تعترف للأم بحق منح جنسيتها للطفل، أصبح من اللازم تقيد الدولة بهذا الحكم، وبالتالي الاعتراف بهذا الحق¹.

المطلب الثاني

تحديد جنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط من الجانب التشريعي

تعتبر مسألة تحديد جنسية الطفل في الزواج المختلط من المسائل القانونية المهمة التي تحتاج إلى تنظيم قانوني محكم لأحكامها، على نحو يضمن للطفل التمتع بحقه في الجنسية بصفة ثابتة ومستقرة، وهو ما سعى إليه المشرع الجزائري في تنظيمه لأحكام الجنسية (الفرع الأول) على غرار بعض التشريعات المقارنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تحديد جنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط في التشريع الجزائري

لتحديد جنسية الطفل في الزواج المختلط على ضوء التشريع الجزائري يتعين التطرق إلى الأحكام المتعلقة بمنح الجنسية الأصلية للطفل قبل تعديل قانون الجنسية وبعده (أولاً)، وأثر اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق هذا الزواج على جنسية الطفل (ثانياً)، وأثر فقدانها بسبب الزواج المختلط واستردادها على جنسية الطفل (ثالثاً).

أولاً : أحكام منح الجنسية الجزائرية الأصلية² للطفل الناجم عن الزواج المختلط

عرف تنظيم أحكام منح الجنسية الأصلية للطفل الناجم عن الزواج المختلط في قانون الجنسية الجزائري مرحلتين أساسيتين هما:

¹ - السيد الحداد حفيظة، الاتجاهات المعاصرة في الجنسية، حق الطفل المولود لأم مصرية في اكتساب الجنسية المصرية الأصلية المستمدة من الأم،.....، مرجع سابق، ص ص 24-25.

² - الجنسية الأصلية هي الجنسية التي تثبت للفرد منذ لحظة ميلاده، ولو تم اثباتها في تاريخ لاحق للميلاد، لذلك يطلق عليها بجنسية الميلاد، وتفرض على الفرد بقوة القانون، والتمتع بهذا النوع من الجنسية يقوم إما على أساس حق الدم، وإما على أساس حق الإقليم. - بن عياد جليلة، بعوني خالد، الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، د د ن، الجزائر، 2009، ص 62.

1-مرحلة ما قبل تعديل قانون الجنسية سنة 2005

كانت المادة 06 من قانون الجنسية الجزائري¹ قبل تعديله بموجب الأمر رقم 01-05 تقضي بمنح الجنسية الجزائرية للطفل بصفة أصلية على أساس النسب وقت ميلاده من جهة الأب، شرط أن يكون هذا الأخير متمتعاً بها وقت ولادة طفله، ويكون الطفل ثابت النسب لأبيه.

كما أنه بالإمكان ثبوت الجنسية الجزائرية الأصلية بناء على الدم من جهة الأم الجزائرية بصفة استثنائية، شرط أن يكون المولود من أم جزائرية، وأن تكون الولادة لأب مجهول أو عديم الجنسية .

كما تنص المادة 7 فقرة 2² من قانون الجنسية الجزائري على منح الطفل الجنسية الأصلية المبنية على حق الاقليم في حالة الولد المولود في الجزائر من أم جزائرية وأب أجنبي هو نفسه مولود في الجزائر، إلا إذا رفض الجنسية الجزائرية في أجل مدته عام قبل بلوغه سن الرشد، وهذا ما يعرف بالميلاد المضاعف، أي ميلاد الأب والطفل معا في اقليم الدولة، وبالنتيجة لا يعتبر جزائريا الولد المولود من أم جزائرية وأب أجنبي غير مولود في الجزائر، وهذا ما يجعل هؤلاء الأطفال أجنباً رغم ولادتهم في الجزائر، وبالتالي حرمانهم من الحقوق التي يتمتع بها الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط من أب جزائري وأم أجنبية، بل سيجدون صعوبات في الدخول إلى الجزائر إذا كانوا مقيمين في الخارج، وقد يتعرضون لخطر الإبعاد في حالة نشوب نزاع بين الجزائر ودولة جنسية الأب³ .

¹ - تنص المادة 6 من الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائري، ج ر ج ج عدد 105، صادر بتاريخ 18 ديسمبر 1970 قبل تعديله بموجب الأمر رقم 01-05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فيفري 2005، ج ر ج ج عدد 15، الصادر في 27 فيفري 2005 على أنه " يعتبر من الجنسية الجزائرية بالنسب :

1- الولد المولود من أب جزائري

2- الولد المولود من أم جزائرية وأب مجهول

3- الولد المولود من أم جزائرية وأب عديم الجنسية " .

² - تنص المادة 7/ فقرة 2 من الأمر رقم 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائري السالف الذكر قبل تعديله بموجب الأمر رقم 01-05 السالف الذكر على أنه " يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر : 2.....- الولد المولود في الجزائر من أم جزائرية ومن أب أجنبي هو نفسه مولود في الجزائر إلا إذا رفض الجنسية الجزائرية في أجل مدته عام قبل بلوغه سن الرشد " .

³ - قرشي رزيقة، مرجع سابق، ص ص 122-123 .

تعرضت هذه الأحكام القانونية المنظمة للجنسية انتقادات لاذعة، أخذ عليها عدم ملاءمتها لحقوق الأفراد في الجنسية المكرسة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، مما دفع بالمشروع الجزائري إلى إعادة النظر في هذه الأحكام حتى تستجيب للقواعد الدولية¹.

2- مرحلة ما بعد تعديل قانون الجنسية سنة 2005

إن انضمام الجزائر ومصادقتها على اتفاقيات ومواثيق وعهود دولية خاصة بالمعايير الموحدة للقيم الإنسانية الأساسية، يقتضي تكييف قانون الجنسية وتعديله بما يتفق مع تلك الأحكام والمعايير، سيما النصوص الأساسية الجزائرية التي تعطي الأولوية في التطبيق للنصوص القانونية ذات المصدر الدولي²، والمصادر الدولية للالتزامات الجزائرية بشأن الجنسية التي تمت مراعاتها في التعديل الحاصل بوصفه يشكل تكييف القانون الجزائري مع القانون الدولي الاتفاقي أهمها³:

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966⁴ الذي نص في المادة 3⁵ منه على التزام الدول الأطراف في هذا العهد بضمان حقوق متساوية بين الرجال والنساء في ممارسة الحقوق المدنية والسياسية المذكورة في هذا العهد .

¹ - آيت منصور كمال، مرجع سابق، ص 239 .

² - تنص المادة 01 من الأمر رقم 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم السالف الذكر على أنه " تحدد الشروط الضرورية للتمتع بالجنسية الجزائرية بموجب القانون، عند الاقتضاء بواسطة المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي يصادق عليها ويتم نشرها".

³ - زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص ص 207-209.

⁴ - اعتمد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة 2200(ألف) مؤرخ في 16 ديسمبر 1966، بدأ سريان نفاذه في 23 مارس 1976 طبقا للمادة 49 .

- مرسوم رئاسي رقم 89-67 مؤرخ في 11 شوال عام 1409 الموافق 16 ماي 1989، يتضمن انضمام الجزائر إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، منشور في ج ر ج ج عدد 20، الصادر بتاريخ 17 ماي 1989، وبملحق المرسوم الرئاسي، بالنص الكامل نشر في ج ر ج ج عدد 11، الصادر بتاريخ 26 فيفري 1997، ص 16 .

⁵ - تنص المادة 3 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 على أنه " تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بكفالة تساوي الرجال والنساء في حق التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية المنصوص عليها في هذا العهد ."

- اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 والتي تنص في المادة 7¹ منها على حق الطفل في الحصول على الجنسية .

- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979²، التي منحت حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية الأطفال في نص المادة 9³ منها .

أصبح تعديل قانون الجنسية ضرورة ملحة نظرا للدور الذي أصبحت تلعبه المرأة الجزائرية في جميع ميادين الحياة الحديثة من اقتصاد وسياسة وثقافة، وكذلك في الميدان التقليدي والمتجدد دائما، المتمثل في الميدان التربوي والاجتماعي التي كانت ولا زالت المرأة تلعب دورا كبيرا فيه ،ونتيجة لذلك طالبت العديد من الجمعيات والحركات النسوية الناشطة في العديد من الميادين بضرورة المساواة بين الرجل والمرأة⁴.

كما أن مراعاة مصلحة الطفل في الزواج المختلط وحماية حقه في الجنسية تعد من الأسباب التي تحتم على المشرع الجزائري تعديل قانون الجنسية ،لاسيما أمام تفاقم ظاهرة ازدياد الأطفال نتيجة هذا الزواج ،وغالبا ما يغادر الأب الأجنبي الجزائر ويترك الأم الجزائرية لوحدها رفقة أبنائها، التي تكون لهم الجنسية الأجنبية من جهة الأب ،في حين يعتبرون أجنبيا في الجزائر ، بالرغم من ولادتهم على إقليمها، واندماجهم في الجماعة الجزائرية ،إلى

¹- تنص المادة 7 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 على أنه "1- يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر الإمكان، الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما".

²- اعتمدت الجمعية العامة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها رقم 34/180 مؤرخ في 18 كانون الأول /ديسمبر 1979 ،بدأ سريان نفاذها في 3 أيلول /سبتمبر 1981 طبقاً لأحكام المادة 27 .

- أمر رقم 96-03 مؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق 10 يناير 1996 يتضمن موافقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ،بتحفظ على نص المادة 9/2 منها ،ج ر ج ج عدد 03 ،صادر بتاريخ 14 جانفي 1996 ،إلا أنها رفعت هذا التحفظ بعد أن قررت المساواة بين الرجل والمرأة في مسألة كسب الجنسية وفقدانها ومنحها للأبناء ،وهذا بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-426 مؤرخ في 30 ذي الحجة عام 1429 الموافق 28 ديسمبر 2008 ،ج ر ج ج عدد 5 ،صادر بتاريخ 21 جانفي 2009 .

³- تنص المادة 9 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 على أنه "1- تمنح الدول الأطراف حقا مساويا لحق الرجل في اكتساب جنسيتها أو الاحتفاظ بها أو تغييرها ،وتضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج من أجنبي أو تغيير جنسية الزوج أثناء الزواج ،أن تتغير تلقائيا جنسية الزوجة ،أو أن تصبح بلا جنسية أو أن تفرض عليها جنسية الزوج .

2- تمنح الدول الأطراف المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها " .

⁴- بن عياد جلييلة ،بعوني خالد ،مرجع سابق ،ص 69 .

جانب النسب بانحدارهم من أم جزائرية، مما يتسبب لهم في مشاكل عديدة تؤثر على منح حقهم في الرعاية الصحية والتعليم وممارسة الوظائف العمومية عند بلوغهم سن الرشد، كما يعد حرمانهم من جنسية أمهم قطعاً لصلاتهم العائلية، فجنسية الأم تعتبر عنصراً من عناصر هويتهم¹.

كما دعت الضرورة الإنسانية المشرع الجزائري إلى حل مشاكل العديد من الجزائريات المتزوجات بأجانب، سيما المتزوجات من فلسطينيين اللواتي عدن إلى بلدهن مع أولادهم بعد حرب غزة الأخيرة، لأن حرمان المرأة من نقل جنسيتها لأولادها يتجاوز حدود انتهاك حقوقها في المساواة، ويشمل انتهاك حقوق أبنائها في المواطنة، والذي يتضمن الحق في التعليم والرعاية الصحية والميراث والتمتع بالجنسية، وتتزايد المشاكل عندما تكون المرأة مطلقة أو أرملة².

اعتباراً لهذه الأسباب لقي حق الطفل في التمتع بالجنسية من خلال تقرير مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية له اهتماماً بالغاً لدى التشريع الجزائري، الذي حرص على تكريس هذا المبدأ بموجب تعديله لقانون الجنسية سنة 2005 في نص المادة 6 منه³ التي تمنح الجنسية الجزائرية للولد المولود من أم جزائرية أو من أب جزائري، وعليه أصبح الولد المولود من أم جزائرية له الحق في الجنسية الجزائرية الأصلية ولو كان والده يحمل الجنسية الأجنبية.

يشترط لمنح الجنسية الجزائرية الأصلية للطفل المبنية على حق الدم سواء من جهة الأب أو الأم شرطين، أولهما تمتع الأب أو الأم بالجنسية الجزائرية وقت ميلاد الطفل، وعليه إذا حصل وأن غير أحد الزوجين جنسيتها ما بين فترة الحمل وميلاد الطفل أو ما

¹ - بن شويخ آث ملويا لحسين، الجنسية الجزائرية، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص ص 21-22.

² - شرقي محمود، « إشكالية الجنسية والحلول المنتهجة للأسرة الجزائرية المختلطة »، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، محمد الأول، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، أشغال ندوة دولية بتاريخ 9-10 أبريل 2010، ص 92.

³ - تنص المادة 6 من الأمر رقم 70-86 السالف الذكر المعدلة بالمادة 02 من الأمر رقم 05-01 المعدل والمتمم لقانون الجنسية الجزائري السالف الذكر على أنه " يعتبر جزائرياً الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية".

بين ميلاد الطفل وثبوت نسبه فإن العبرة في تحديد جنسيتها تكون بوقت ميلاد الطفل¹ ، بغض النظر عن مكان الميلاد في الداخل أو الخارج ،ومهما كانت جنسيتها أصلية أو مكتسبة، وسواء كان الطفل يحمل أو لا يحمل جنسية دولة أخرى طبقا لقانونها ،وثانيهما ثبوت النسب للأب إذا كان أساسها هو البنوة لأب جزائري ،وثبوت الولادة بيولوجيا للأم الجزائرية إذا كان أساسها دم الأم² ، إذ يكفي أن يثبت نسب الطفل لأمه الجزائرية فتخلع الجنسية الجزائرية الأصلية عليه تلقائيا عملا بحق الدم من جهة الأم، سواء كان الزوج أجنبيا أو جزائريا أو كان عديم الجنسية أو مجهولها ،بل وحتى لو كان الأب مجهولا ،أي أن الولد غير شرعي³.

بناء على المعطيات المذكورة أعلاه يلاحظ أن المشرع الجزائري أقر بموجب تعديل قانون الجنسية أحكاما جديدة للتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية لا تتسجم مع قواعد النسب المرتبطة بالزواج الشرعي ،فالمادة 6 المعدلة بموجب الأمر رقم 05-01 التي تعتبر جزائريا المولود من أب جزائري أو أم جزائرية لم تذكر النسب الشرعي ،ومن ثم من المحتمل أن يأخذ الولد الجنسية الجزائرية على أساس البنوة الطبيعية ،ولكن لا يستطيع أن يثبت نسبه لأبيه طبقا للمادة 13 مكرر من القانون المدني⁴ ،كما أن المادة 6 من قانون الجنسية أصبحت تمنح الجنسية الجزائرية بالميلاد من أم جزائرية دون قيد أو شرط بخلاف ما كان مقررا في الفقرة 2 و 3 من نفس المادة قبل التعديل⁵ .

إن الحكم المقرر في المادة 6 من قانون الجنسية المعدلة فيه محاربة لظاهرة انعدم الجنسية، إلا أن تأسيس التمتع بالجنسية الأصلية على دم الأم من شأنه أن يؤدي الى تفاقم ظاهرة ازدواج جنسية الطفل كلما كان الزوج أجنبيا وكان قانون جنسيته يمنح لهم أيضا تلك الجنسية على أساس النسب للأب، أو يولد الطفل فوق اقليم دولة تعند بحق الاقليم⁶ .

¹ - BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), op.cit, n°95, p 98.

² - زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا ، مطبعة الفسييلة ،الجزائر، 2010، ص ص 98-99.

³ - زروتي الطيب ،دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري.....،مرجع سابق ،ص ص 214-215 .

⁴ - سبق التفصيل في هذه المادة عند دراستنا لتنازع القوانين في النسب .

⁵ - زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانين.....،مرجع سابق ،ص ص 188-189 .

⁶ - شريقي نسرين ، بوعلی سعید ،مرجع سابق ،ص 125 .

- سيتم التفصيل في مشكل تعدد جنسية الطفل وانعدامها وال طول المقررة لمحاربتة في المبحث الثاني من هذا الفصل .

إضافة إلى التعديل الذي مس المادة 6 من قانون الجنسية الجزائري عدل المشرع أيضا من نص المادة 7 التي كانت تنص في فقرتها 2 على منح الطفل الجنسية الأصلية الجزائرية المبنية على حق الاقليم في حالة الولد المولود في الجزائر من أم جزائرية وأب أجنبي هو نفسه مولود في الجزائر، إلا أنه لا أثر في التعديل الجديد لمثل هذا الحكم¹.

من خلال دراستنا لأحكام اكتساب الطفل الجنسية الجزائرية الأصلية في الزواج المختلط قبل وبعد التعديل يتضح لنا أن المشرع الجزائري فسح المجال أكثر لاكتساب أبناء الزواج المختلط الجنسية الأصلية بموجب تعديل قانون الجنسية سنة 2005، من خلال اقراره حكم منح الجنسية بالنسب من جهة الأم دون قيد أو شرط، بخلاف ما كان عليه قبل التعديل الذي قيد حقهم في التمتع بالجنسية الجزائرية، وحسنا ما فعل المشرع بعد التعديل، لأن مصلحة الطفل باعتباره الطرف الضعيف في علاقة الزواج المختلط تقتضي حماية حقه في الجنسية، التي ينتمي إليها تمتعه بباقي الحقوق .

تتضح الأحكام القانونية المتعلقة بمنح الجنسية الجزائرية الأصلية للطفل في الزواج المختلط قبل وبعد التعديل على نحو ما سبق ذكره من خلال عرضنا لبعض القضايا كما يلي:

تدور وقائع القضية حول تعرف عائشة الجزائرية أثناء دراستها في إنجلترا على طالب تونسي كان سابقا جزائري الأصل، ولكنه فقدتها بالأثر الجماعي لتخلي أبيه عنها اسمه أيمن، وتزوجا هناك سنة 2003، وفي سنة 2005 ازدادت لهما بنت اسمها سلوى، وفي جانفي 2007 قدمت العائلة للجزائر قصد الإقامة الدائمة، أين اشتغل أيمن مهندسا في

¹ - تنص المادة 7 من الأمر رقم 70-86 السالف الذكر، المعدلة بالمادة 02 من الأمر رقم 05-01 المعدل والمتمم لقانون الجنسية الجزائري السالف الذكر على أنه "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر :

1 - الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين .

غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن جزائريا قط إذا ثبت خلال قصوره انتسابه إلى أجنبي أو أجنبية وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي أو هذه الأجنبية وفقا لقانون جنسية أحدهما .

إن الولد الحديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعد مولودا فيها ما لم يثبت خلاف ذلك .

2 - الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من اثبات جنسيتها " .

أحدى الشركات الوطنية، وفي أوت 2008 قَدّم أيمن طلبا للحصول على الجنسية الجزائرية¹.

تتعلق هذه القضية بأثر الزواج المختلط على جنسية الأولاد الأصلية، ففيما يخص جنسية البنت سلوى عند ميلادها سنة 2004 فهي تتمتع بالجنسية التونسية بالنسب للأب التونسي² وبالجنسية الانجليزية بالميلاد في إنجلترا، لأن القانون الإنجليزي يمنح الجنسية الإنجليزية على أساس الميلاد دون قيد أو شرط .

أما في سنة 2008 فبالإضافة إلى ثبوت الجنسيتين التونسية والإنجليزية للبنت تحصل كذلك على الجنسية الجزائرية الأصلية بالنسب لأم جزائرية طبقا للمادة 6 المعدلة من قانون الجنسية الجزائري، مع ملاحظة أنها عند ميلادها سنة 2004 أي قبل التعديل لم تكن جزائرية الجنسية، غير أنه بعد التعديل أصبحت جزائرية بأثر رجعي³ .

ثانيا - أثر اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط على جنسية الطفل

قبل تحديد أثر اكتساب أحد الزوجين للجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط على جنسية الطفل يستلزم علينا أولا تحديد موقف المشرع الجزائري من اكتساب أحد الزوجين للجنسية الجزائرية قبل وبعد تعديل قانون الجنسية لسنة 2005 .

1- موقف المشرع الجزائري من اكتساب أحد الزوجين للجنسية الجزائرية قبل وبعد تعديل قانون الجنسية لسنة 2005

نميز بين مرحلة ما قبل تعديل قانون الجنسية لسنة 2005 وبعده.

¹- نقلا عن زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا.....، مرجع سابق ص ص 122-123 .
²- نص الفصل الثالث في الفقرة أ من مجلة الجنسية التونسية الصادرة في 26 يناير 1956 بعد اعادة تنظيمها بموجب المرسوم رقم 6 المؤرخ في 28 فبراير 1963 وقبل تعديلها بموجب القانون عدد 55 لسنة 2010 المؤرخ في 01 ديسمبر 2010 على ثبوت الجنسية التونسية الأصلية للمولود في حالة الميلاد لأب تونسي.

<http://ar.m.wikipedia.org>

المعلومات متوفرة على الموقع الإلكتروني:

³- تنص المادة 02 من الأمر رقم 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم على أنه " تطبق النصوص المتعلقة بمنح الجنسية الجزائرية كجنسية أصلية على الأشخاص المولودين قبل تاريخ اجراء العمل بهذه الأحكام ."

أ- مرحلة ما قبل تعديل قانون الجنسية سنة 2005

لم يكن قانون الجنسية الجزائري لسنة 1963¹ يتضمن نصا قانونيا قاطع الدلالة يجعل الزواج طريقا لكسب الجنسية الجزائرية بصفة تلقائية وبقوة القانون ،غير أن المشرع كان يجيز في المادة 12 منه للمرأة الأجنبية التي تتزوج جزائريا أن تكتسب الجنسية الجزائرية إذا تقدمت بطلب إلى وزير العدل ولم يعارضها في ذلك ،مما يدل على أن المشرع الجزائري كان يؤمن في ظل هذا القانون باستقلالية جنسية الزوجة عن زوجها من جهة ،ولكن في نفس الوقت يفتح طريقا أمامها من أجل توحيد جنسيتها مع جنسية زوجها، إذا أعلنت عن إرادتها الصريحة في الحصول على جنسية زوجها الجزائري، ووافق على طلبها وزير العدل. وعليه يتضح أن المشرع الجزائري جمع في ظل هذا القانون بين مبدأ وحدة جنسية الأسرة ومبدأ استقلالية جنسية الزوجة عن جنسية زوجها².

عدل المشرع الجزائري عن موقفه في ظل الأمر رقم 86/70 فلم يجعل من الزواج سببا لكسب الجنسية الجزائرية، سواء بالنسبة للأجنبية المتزوجة من جزائري أو الأجنبي المتزوج من جزائرية، وما عليهما إلا سلوك طريق التجنس العادي المنصوص عليه في المادة 10³ من نفس القانون.

¹ - قانون رقم 63-96 المؤرخ في 27 مارس 1963 يتضمن قانون الجنسية الجزائري ،ج ر ج عدد 18 ، صادر بتاريخ 02 أبريل 1963 (ملغى بموجب المادة 41 من الأمر رقم 70-86 السالف الذكر).

² - بلعبور عبد الكريم ،مرجع سابق ،ص ص 233-234 .

³ - تنص المادة 10 من الأمر رقم 86/70 المتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم على أنه " يمكن للأجنبي الذي يقوم طلبا لاكتساب الجنسية الجزائرية أن يحصل عليها بشرط :

1- أن يكون مقيما في الجزائر منذ 7سنوات على الأقل بتاريخ تقديم الطلب .

2- أن يكون مقيما في الجزائر وقت التوقيع على المرسوم الذي يمنح التجنس ،

3- أن يكون بالغا سن الرشد ،

4- أن تكون سيرته حسنة ولم يسبق الحكم عليه بعقوبة تخل بالشرف ،

5- أن يثبت الوسائل الكافية لمعيشته ،

6- أن يكون سليم الجسد والعقل ،

7- أن يثبت اندماجه في المجتمع الجزائري .

ويقدم الطلب الى وزير العدل الذي يستطيع دائما رفضه ضمن شروط المادة 26 بعده " .

ب- مرحلة ما بعد تعديل قانون الجنسية سنة 2005

استحدثت المشرع الجزائري طريقا جديدا لاكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج المختلط عند تعديله لقانون الجنسية سنة 2005، إذ قام بتعديل الفصل الثالث من "اكتساب الجنسية بفضل القانون" إلى "اكتساب الجنسية بالزواج".

وأضاف نص المادة 9 مكرر¹ التي تنص على امكانية اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية بموجب مرسوم، وبتوافر شروط معينة تكمن في: أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ 3 سنوات على الأقل والإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين على الأقل والتمتع بحسن السيرة والسلوك واثبات الوسائل الكافية للمعيشة .

تبنى المشرع في ظل هذا التعديل مبدأ احترام ارادة المرأة واستقلال الجنسية في الأسرة، إذ جعل من الزواج مجرد ظرف مسهل لاكتساب الجنسية الجزائرية².

نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع لم يجعل للزواج أثرا مباشرا وبقوة القانون لاكتساب الجنسية الجزائرية، بل يتوقف اكتسابها على إرادة الزوج الأجنبي أو الزوجة الأجنبية، التي تتجسد في شكل طلب المعني من جهة، وموافقة الجهة المختصة من جهة أخرى بعد توافر الشروط المطلوبة قانونا.

¹ - تنص المادة 9 مكرر المستحدثة بموجب الأمر رقم 01/05 السالف الذكر المعدل والمتمم للأمر رقم 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائري السالف الذكر على أنه " يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية بموجب مرسوم متى توفرت الشروط الآتية :

- أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث(3) سنوات على الأقل، عند تقديم طلب التجنس،
- الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين (2) على الأقل،
- التمتع بحسن السيرة والسلوك،
- اثبات الوسائل الكافية للمعيشة،

يمكن ألا تؤخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة في الخارج ."

² - جبار صلاح الدين، « اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري »، دراسة فقهية مقارنة، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد 11/ 2014، ص 153 .

سلك المشرع الجزائري مسلكا وسطا توفيقيا يحقق مصلحة الأسرة، بجعل توحيد جنسيتها الهدف المرجو، ومصلحة الطرف الأجنبي المتزوج بطرف جزائري باحترام ارادته، ومصلحة الدولة بمنحها سلطة الرقابة والتقدير، وهو الاتجاه الراجح في القانون المقارن¹.

2- أثر اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط على جنسية الطفل

نميز بين مرحلة ما قبل تعديل قانون الجنسية لسنة 2005 وبعده .

أ-مرحلة ما قبل تعديل قانون الجنسية لسنة 2005

سبق القول أنه في ظل قانون الجنسية لسنة 96/63 الملغى كان المشرع يجيز في المادة 12 منه للمرأة الأجنبية التي تتزوج جزائريا أن تكتسب الجنسية الجزائرية إذا تقدمت بطلب إلى وزير العدل ولم يعارضها في ذلك، غير أنه لم يرتب أي أثر على اكتسابها للجنسية الجزائرية على جنسية أبنائها .

أما في ظل التعديل الحاصل على قانون الجنسية بموجب الأمر رقم 86/70 فإن المشرع سكت عن مسألة اكتساب أحد الزوجين الأجنبيين للجنسية الجزائرية بالزواج، وبالتالي عدم ترتيب أي أثر على جنسية الأبناء، مما يحول دون تمتع هؤلاء الأبناء بالجنسية الجزائرية، خاصة في ظل الأحكام المقررة في المادة 6 و 7 لمنح الجنسية الأصلية بالنسب، والاقليم المقيدة لحقهم في التمتع بالجنسية الجزائرية السابق دراستها .

ب- مرحلة ما بعد تعديل قانون الجنسية لسنة 2005

رغم جعل المشرع الجزائري الزواج المختلط سببا لاكتساب أحد الزوجين الأجنبيين الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط بجزائري، بخلاف ما كان عليه في ظل الأمر رقم 86/70، إلا أنه لم يجعل من اكتسابهما لهذه الجنسية أي أثر على جنسية الأبناء،

¹- زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص 218 .

بل اكتفى فقط بتعديل المادة 17¹ بموجب الأمر 01/05 لتوفير حماية أكثر لحق القصر في اكتساب الجنسية الجزائرية للشخص المتجنس بالجنسية .

إن عدم ترتيب المشرع الجزائري أي أثر على جنسية الطفل من جراء اكتساب أحد والديه للجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط مقصود، مادام أنه في ظل الأمر رقم 01/05 وعملا بمبدأ المساواة التامة بين الرجل والمرأة في نقل الجنسية للأولاد فتح طريق اكتساب الجنسية الجزائرية بمجرد الانتساب إلى أم جزائرية أو أب جزائري على حد سواء كما سبق الإشارة إلى ذلك .

لكن قد يكون للزوج المتحصل على الجنسية الجزائرية بسبب الزواج أبناء من زوج أجنبي سابق قبل زواجه من الزوج الجزائري، فهل يتبع هؤلاء الأبناء والدهم في الجنسية الجزائرية؟².

سكت المشرع عن هذه المسألة ولم يتطرق لها صراحة، لكن يمكن استنباط الحكم التالي، إذا كان الأولاد راشدين فلا يكتسبون الجنسية الجزائرية تبعا لوالدهم، وإن أرادوا اكتساب الجنسية الجزائرية فما عليهم إلا إتباع طريق التجنس متى توافرت فيهم الشروط القانونية المطلوبة، أما إذا كان هؤلاء الأولاد قسرا، فلا يمتد لهم أيضا أثر اكتساب أحد والديهم الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج، ذلك أن قانون الجنسية قانون خاص يخضع للتفسير الضيق، لا يجوز التوسع في تفسير أحكامه ولا القياس عليها، خاصة وأن المادة 17 حصرت الآثار الجماعية للأولاد القصر للشخص المتجنس طبقا للمادة 10 التي تحيل إلى التجنس ولم تذكر المادة 09 مكرر³.

يرى الأستاذ زروتي الطيب أن هناك فراغ قانوني بخصوص هذه المسألة، لكن بتحليل شروط المادة 9 مكرر يتضح أن الزواج ليس سببا مباشرا لاكتساب الجنسية، وإنما

1- تنص المادة 17 من الأمر رقم 70-86 السالف الذكر المعدلة بالمادة 06 من الأمر رقم 05-01 المعدل والمتمم لقانون الجنسية الجزائري السالف الذكر على أنه " يصبح الأولاد القصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية بموجب المادة 10 من هذا القانون جزائريين في نفس الوقت كوالدهم.

على أن لهم حرية التنازل عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين ابتداء من بلوغهم سن الرشد " .

2- جبار صلاح الدين، مرجع سابق، ص 155 .

3- مرجع نفسه .

هو مجرد ظرف مخفف لشرط الاكتساب، والتي لا تختلف كثيرا عن شروط الاكتساب بالتجنس المذكور في المادة 10، وهذا ما يرجح أن التكيف الحقيقي للاكتساب طبقا للمادة 9 مكرر هو تجنس من نوع خاص، وما الزواج إلا ظرفا مسهلا، وإذا كان الأمر كذلك، وعملا بالمادة 17 من قانون الجنسية لسنة 2005 التي تنص على أنه يصبح الأولاد القصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية بموجب المادة 10 من هذا القانون جزائريين في نفس الوقت كوالدهم، فإن التفسير الموسع لهذا النص يقتضي تعميمه على أولاد القصر لكل أجنبي اكتسب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج¹.

يستحسن على المشرع الجزائري تحديد موقفه الصريح اتجاه هؤلاء الأطفال، ومن المستحسن منحهم الجنسية المكتسبة عن طريق الزواج المختلط من أجل تحقيق وحدة الجنسية في الأسرة وتفادي انعدام جنسيتهم، لا سيما إذا كان قانون الجنسية الأجنبية للأب يرتب على اكتساب الزوج الجنسية الجزائرية بالزواج فقد هو وأبنائه للجنسية الأجنبية .

سيتم توضيح الأحكام التي عرضناها سابقا من خلال دراسة وتحليل القضية² الآتية: تزوج فرنسي له ولد قاصر (باسكال 5 سنوات) من زوجته الفرنسية المتوفاة مع جزائرية بباريس في جانفي 2004، سجل العقد بالحالة المدنية، وفي جانفي 2005 ازدادت لهما بنت سميت هند، وفي جانفي 2006 انتقلت العائلة للإقامة بالجزائر، وفي فيفري 2008 قدم الزوج طلبا للحصول على الجنسية الجزائرية، وفي شهر أوت 2008 صدر مرسوم بمنح الجنسية الجزائرية .

يثار التساؤل في هذه القضية عن أثر اكتساب الزوج الفرنسي الجنسية الجزائرية بالزواج طبقا للمادة 9 مكرر من قانون الجنسية الجزائري على جنسية الأبناء (باسكال - هند)

بالنسبة لأثر اكتساب الزوج الفرنسي الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائرية على جنسية باسكال الناجم عن زواج سابق مع فرنسية قبل الزواج بجزائرية فهناك فراغ قانوني بشأن هذه المسألة .

¹- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص عملا وعلمًا...، مرجع سابق، ص 120 .

²- (نقلا) مرجع نفسه، ص ص 118-121 .

أما بالنسبة لجنسية هند في جانفي 2005 فهي الجنسية الفرنسية بالنسب للأب الفرنسي، إلا أنه وبالرغم من كون تعديل قانون الجنسية كان في فبراير 2005 الذي سوى في منح الجنسية الجزائرية الأصلية بالنسب بين الأب والأم جاء لاحقا لميلاد البنت إلا أنه بعد هذا التعديل تكون للبنت جنسية جزائرية أصلية بالنسب من الأم، وبهذا يصبح للبنت الجنسية الجزائرية الأصلية بالنسب للأم والجنسية الفرنسية الأصلية بالنسب للأب الفرنسي بعد أن كان لها في جانفي 2005 الجنسية الفرنسية الأصلية فقط .

ثالثا - أثر فقد الجنسية الجزائرية بسبب الزواج المختلط واستردادها على جنسية الطفل

إذا كان المشرع الجزائري يعتبر الزواج المختلط سببا لاكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج على نحو ما سبق دراسته إلا أنه من جهة أخرى اعتبره سببا لفقد هذه الجنسية، وما له من أثر على جنسية الأبناء، كما أنه أتاح الفرصة لاسترداد الجنسية الجزائرية، وما له من أثر على جنسية الأبناء .

1 - فقد الجنسية الجزائرية بسبب الزواج من أجنبي وأثره على جنسية الطفل

جعل المشرع الجزائري من الزواج سببا لفقد الجنسية الجزائرية بالنسبة للزوجة الجزائرية المتزوجة بأجنبي، وتكتسب من جراء زواجها جنسية زوجها، وأذن لها بموجب مرسوم التخلي عن الجنسية الجزائرية طبقا للمادة 18¹ من قانون الجنسية، سواء في ظل الأمر رقم 86/70 أو الأمر رقم 01/05 المعدل له .

يتضح من نص المادة 18 من قانون الجنسية الجزائري أن المرأة الجزائرية المتزوجة من أجنبي لا تفقد جنسيتها الأصلية تلقائيا، بل لابد من توافر شروط، تتمثل في صحة

1- تنص المادة 18 من الأمر رقم 86/70 المتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم على أنه " يفقد الجنسية الجزائرية :
1 - الجزائري الذي اكتسب عن طواعية في الخارج جنسية أجنبية وأذن له بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية
2- الجزائري - ولو كان قاصرا - الذي له جنسية أجنبية أصلية وأذن له بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية
3- المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي وتكتسب من جراء زواجها جنسية زوجها وأذن لها بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية
4- الجزائري الذي يعلن عن تخليه عن الجنسية الجزائرية في الحالة المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 17 أعلاه . "

الزواج، الدخول في جنسية الزوج الأجنبي، إعلان رغبتها في التخلي عن جنسيتها الأصلية وأن يأذن لها بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية .

أما بالنسبة لأثر فقد الزوجة الجزائرية الجنسية الجزائرية بالزواج من أجنبي على جنسية الأبناء ففي ظل الأمر رقم 86/70 كان المشرع الجزائري ينص في المادة 21¹ منه على امتداد فقد الجنسية الجزائرية بالنسبة للحالات المنصوص عليها في الفقرات 1 و 2 و 4 من المادة 18 منه بحكم القانون إلى الأولاد القصر غير المتزوجين الذين يعيشون معه فعلا، مستثنيا من أثر الفقد الحالة المنصوص عليها في الفقرة 3 التي تنص على حالة المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي وتكتسب من جراء زواجها جنسية زوجها وأذن لها بموجب مرسوم التخلي عن الجنسية الجزائرية، وعليه لا يرتب الفقد أي أثر سلبي على جنسية الأبناء.

غير أنه بعد تعديل المادة 21² من قانون الجنسية بموجب الأمر رقم 01/05 لم يعد لفقد الجنسية الجزائرية أي أثر على جنسية الأبناء القصر بالنسبة لجميع الحالات المنصوص عليها في المادة 18، منها حالة المرأة المتزوجة بأجنبي وتكتسب من جراء زواجها جنسية زوجها وأذن لها بموجب مرسوم التخلي عن الجنسية الجزائرية، بل يظل هؤلاء الأبناء محتفظين بالجنسية الجزائرية .

حسن ما فعل المشرع الجزائري لتفادي الوقوع في اشكال انعدام جنسية الأبناء، لاسيما وأن تشريعات الدول تختلف في تنظيمها للجنسية، سواء بنائها على حق الدم أو الاقليم أو حق الدم والاقليم معا .

أما بالنسبة لفقد الجنسية الجزائرية بالنسبة للجزائري المتزوج بأجنبية فهناك من يرى أنه تنطبق عليه الفقرة أ من المادة 18 التي تنص على أنه يفقد الجنسية الجزائرية الجزائري

¹ - تنص المادة 21 من الأمر رقم 86/70 المتضمن قانون الجنسية الجزائري السالف الذكر قبل تعديله بموجب الأمر رقم 01/05 السالف الذكر على أنه " يمتد أثر فقدان الجنسية الجزائرية في الحالات المنصوص عليها في الفقرات 1 و 2 و 4 من المادة 18 المذكورة أعلاه بحكم القانون إلى اولاد المعني بالأمر القصر غير المتزوجين إذا كانوا يعيشون معه فعلا " .

² - تنص المادة 21 من الأمر رقم 86/70 السالف الذكر المعدلة بالمادة 06 من الأمر رقم 01/05 المعدل والمتمم لقانون الجنسية الجزائري السالف الذكر على أنه " لا يمتد أثر فقدان الجنسية الجزائرية في الحالات المنصوص عليها في المادة 18 أعلاه إلى الأولاد القصر " .

الذي اكتسب عن طواعية في الخارج جنسية أجنبية وأذن له بموجب مرسوم التخلي عن الجنسية الجزائرية، لأن هذه الفقرة جاءت عامة لم تحدد سبب محدد لاكتساب الجنسية الأجنبية، وبالتالي تسري عليه الأحكام المتعلقة بالفقد وأثره على الأبناء القصر¹، أي امتداد فقهه للجنسية الجزائرية بالنسبة لهذه الحالة بحكم القانون إلى أولاده القصر غير المتزوجين الذين يعيشون معه فعلا، وهذا قبل تعديل قانون الجنسية سنة 2005 .

غير أنه بعد تعديل قانون الجنسية 2005 على نحو ما سبق الإشارة إليه أعلاه لم يرتب المشرع الجزائري أي أثر للفقد على جنسية الأبناء القصر.

إلا أنه هناك من يرى أن أهم طريق لكسب جنسية دولة ما عن طواعية هو التجنس، على أساس أن رغبة الفرد تظهر فيه بصفة كبيرة بخلاف الزواج المختلط² .

2 - استرداد الجنسية الجزائرية المفقودة وأثره على جنسية الطفل.

جعل المشرع الجزائري استرداد الجنسية الجزائرية المفقودة سببا من أسباب اكتساب الجنسية الجزائرية³، إذ سمح في نص المادة 14 من قانون الجنسية باسترداد الجنسية الجزائرية بموجب مرسوم لكل شخص كان متمتعا بها كجنسية أصلية وليس مكتسبة وفقدتها، وذلك عن طريق تقديم طلب بعد 18 شهرا على الأقل من الإقامة المعتادة والمنتظمة في الجزائر⁴ .

وعليه يمكن للمرأة للجزائرية استرداد جنسيتها الجزائرية نتيجة زواجها بأجنبي واكتسابها من جراء زواجها جنسيته الأجنبية وأذن لها بموجب مرسوم التخلي عن الجنسية الجزائرية بعد استئانها للشروط المحددة قانونا في المادة 14 من قانون الجنسية الجزائري،

¹- للتفصيل أكثر أنظر سالم عطية أمينة، مرجع سابق، ص 76-77. أنظر كذلك: - زروتي الطيب، القانون الولي للخص الجزائري علما وعملا.....، مرجع سابق، ص 106 .

²- بن عياد جلييلة، بعوني خالد، مرجع سابق، ص 127 .

³-أورد المشرع الجزائري المادة 14 في الفصل الثالث من الأمر رقم 86/70 المتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم تحت عنوان "اكتساب الجنسية الجزائرية" .

⁴- تنص المادة 14 من الأمر رقم 86/70 المتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم على أنه "يمكن استرداد الجنسية الجزائرية بموجب مرسوم لكل شخص كان متمتعا بها كجنسية أصلية وفقدتها وذلك عن طريق تقديم طلب بعد 18 شهرا على الأقل من الإقامة المعتادة والمنتظمة في الجزائر " .

وهي أن تكون الجنسية المفقودة هي جنسية أصلية وليست مكتسبة، الإقامة المعتادة والمنظمة في الجزائر لمدة لا تقل عن 18 شهرا من تقديم طلب الاسترداد، تقديم الطلب إلى الجهة المختصة وصدور مرسوم يقضي باسترداد جنسيتها .

تنطبق هذه الشروط على الزوج الذي فقد الجنسية الجزائرية نتيجة اكتسابه للجنسية الأجنبية في الخارج طواعية وأذن له بموجب مرسوم التخلي عن الجنسية الجزائرية كما سبق الإشارة إلى ذلك في الفقرة 2 من المادة 18 من قانون الجنسية الجزائري، ومن بين أسباب اكتسابه الجنسية الأجنبية عن طواعية الزواج المختلط .

أما بالنسبة لأثر استرداد الجنسية الجزائرية على جنسية الأبناء فتميز بين مرحلتين:

أ- مرحلة ما قبل تعديل قانون الجنسية سنة 2005

كانت المادة 17 في فقرتها 3 من الأمر رقم 86/70 ترتب أثرا ايجابيا لاسترداد الأب الجنسية الجزائرية على جنسية الأبناء، وقد ميزت بين الأبناء الذين فقدوا الجنسية الجزائرية بفقد الأب لها، فهؤلاء يستردونها، والأبناء الذين ولدوا بعد فقد أبيهم الجنسية الجزائرية ثم استردها، فهؤلاء يكتسبونها، لأنهم لم يسبق لهم التمتع بها سابقا¹، مستعملا مصطلح استرداد أو اكتساب الجنسية الجزائرية بحكم القانون الأولاد القصر غير المتزوجين لشخص استرد الجنسية الجزائرية إذا كانوا مقيمين معه فعلا .

الواضح أن المشرع الجزائري يهدف من وراء تقريره لهذا الأثر على جنسية الأبناء تحقيق مبدأ وحدة الجنسية في الأسرة وتفاذي انعدام جنسيتهم .

ب- مرحلة ما بعد تعديل قانون الجنسية سنة 2005

عدل المشرع الجزائري عن موقفه بعد تعديل قانون الجنسية بموجب الأمر رقم 01/05 فلم يعد ينص على أي أثر لاسترداد الجنسية الجزائرية على الأبناء القصر، ربما يرجع إلى نص المشرع الجزائري بموجب هذا التعديل على عدم امتداد فقد الجنسية الجزائرية للأبناء القصر، بخلاف ما كان عليه قبل التعديل كما أشرنا إلى ذلك سابقا، غير أن عدم

¹ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مرجع سابق، ص ص 128-130.

نصه على اكتساب الجنسية الجزائرية للأبناء القصر الذين ولدوا بعد فقد الجنسية كأثر لاسترداد أبيهم للجنسية الجزائرية مردود عليه ،لأنه غالبا ما يؤدي إلى خلق مشكل انعدام جنسيتهم ،لا سيما أمام اختلاف تشريعات الدول في تنظيم جنسيتها ،كما لو كان قانون جنسيتهم الأجنبية يفقدهم هذه الجنسية نتيجة استرداد والدهم للجنسية الجزائرية.

لتوضيح أحكام فقد الجنسية الجزائرية واستردادها سيتم دراسة وتحليل القضية الآتية¹:
محمد جزائري أصيل تزوج بإيطالية واكتسب الجنسية الايطالية بالزواج، وفي جانفي 2005 ازداد له ولد سماه عصام ،ثم طلب التخلي عن الجنسية الجزائرية، فصدر مرسوم بذلك في جويلية 2007 ،وفي أوت 2007 ازدادت له بنت سماها سميرة، وعلى إثر خلاف بين الزوجين عاد محمد إلى الجزائر في سبتمبر 2007 للعيش مع أقاربه، قدم في جوان 2009 طلبا لاسترداد الجنسية الجزائرية .

بالنسبة لعصام فهو جزائري أصيل على أساس النسب من جهة الأب طبقا للمادة 6 من قانون الجنسية، لأن أبوه عند ميلاده لم يتخلى بعد عن الجنسية الجزائرية ،كما له في نفس الوقت الجنسية الايطالية بالنسب من جهة الأم .

لا تأثير لفقد أبيه للجنسية الجزائرية لاحقا عليه طبقا للمادة 21 من قانون الجنسية بعد تعديلها سنة 2005 ،أما لو كان الفقد قد حصل قبل تعديل هذه المادة فإنه سيتمتد فقد الجنسية الجزائرية بقوة القانون إلى الابن عصام .

بالنسبة لسميرة فقد ولدت بعد تخلي أبيها على الجنسية الجزائرية فتكون لها الجنسية الايطالية على أساس النسب من جهة الأب والأم الايطاليتين.

أما بالنسبة لاسترداد محمد للجنسية الجزائرية وأثره على جنسية الابنين فيتبين من وقائع القضية توفر شروط الاسترداد المحددة قانونا في المادة 14 من قانون الجنسية الجزائري، والتي تتمثل في التمتع سابقا بالجنسية الجزائرية كجنسية أصلية ثم فقدت نظاميا والاقامة العادية والمنتظمة لمدة 22 شهرا قبل تقديم طلب الاسترداد وابداء الرغبة في الاسترداد بتقديم طلب بذلك .

¹ - نقلا عن زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا،مرجع سابق ، ص ص 128-130.

أما فيما يخص أثر الاسترداد على جنسية الأبناء القصر، فبالنسبة للابن عصام لا اشكال لأنه لم يفقد أصلا الجنسية الجزائرية، وبالتالي لا تأثير لاسترداد أبيه لها على جنسيته، أما لو كان فقد قبل التعديل، وبالتالي امتداد أثر الفقد على جنسيته، فإنه سيسترد جنسيته الجزائرية كأثر لاسترداد أبيه لها طبقا للمادة 17 فقرة 2 قبل تعديل قانون الجنسية .

لكن يطرح المشكل بالنسبة للبنات سميرة، إذ لم يتطرق قانون الجنسية بعد التعديل لمسألة اكتساب الأبناء الذين ولدوا بعد فقد أبيهم للجنسية الجزائرية كأثر لاسترداده لهذه الجنسية، فلولا تعديل 2005 لقانون الجنسية لاكتسبت الجنسية الجزائرية باسترداد أبيها له، أما كونها ولدت بعد هذا التعديل، وباعتبار أن النص جاء خاليا من ذكر هذا الحكم فلا تكتسب الجنسية الجزائرية باسترداد أبيها لها .

فمن الغريب أن يعامل أبناء مسترد الجنسية الجزائرية معاملة أقسى من أبناء الأجنبي المتجنس بها، حيث يمتد إليهم أثر التجنس طبقا للمادة 17 بعد التعديل، وفي نفس الوقت يجوز لهم التخلي عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين من بلوغهم سن الرشد .

الفرع الثاني

تحديد جنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط في بعض التشريعات المقارنة

اهتمت غالبية التشريعات المقارنة بتحديد جنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط من خلال تنظيمها للأحكام المتعلقة بثبوت الجنسية الأصلية للطفل في تشريعات الجنسية التي يظهر من خلالها تغليب حق الدم من جهة الأب في منح هذه الجنسية للطفل (أولا) إلا أنها سرعان ما اعترفت بحق المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية للطفل (ثانيا) في مقابل اهتمام بعض التشريعات بأثر اكتساب الجنسية عن طريق هذا الزواج على جنسية الطفل، ويظهر ذلك من خلال عرضنا لموقف هذه التشريعات (ثالثا).

أولاً- تغليب حق الدم من جهة الأب في منح الجنسية الأصلية للطفل في بعض التشريعات المقارنة.

ذهبت أغلب تشريعات الدول إلى اعتبار الأب هو الأصل في منح جنسيته الأصلية للطفل، بينما لا يعدو أن يكون دور الأم دوراً احتياطياً¹.

يعتبر حق الدم من جهة الأب أساساً جوهرياً لمنح الجنسية الأصلية للطفل، ومن ثم ينبغي أن يكون الولد شرعياً، وهذا هو الفرض الجوهري للجنسية القائمة على حق الدم، ومع ذلك أجازت بعض التشريعات من باب الاستثناء الاعتراف بالنسب من جهة الأم، بغية تفادي انعدام جنسية الطفل، وهو ما يتحقق في حالة ما لم يثبت نسب الطفل إلى أبيه قانوناً أو كان الأب عديم الجنسية أو مجهولها، بحيث يتعذر في هذه الحالة - رغم ثبوت النسب إلى أبيه قانوناً - نقل جنسية الأب إلى الابن، لأن فاقده الشيء لا يعطيه²، ومن بين تشريعات الدول التي كرست هذا المبدأ والاستثناء، القانون التونسي لسنة 1963 قبل تعديله في الفصل الثالث منه³، القانون الكويتي رقم 15 لسنة 1959 المعدل في المادتين 2 و3 منه⁴ والقانون البحريني لسنة 1963 المعدل في المادة 4⁵، والقانون المغربي لسنة 1958

¹ - عبد المنعم رياض فؤاد، مرجع سابق، ص 1.

² - عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن....، مرجع سابق، ص 66.

³ - ينص الفصل الثالث من مجلة الجنسية التونسية الصادرة في 26 يناير 1956 بعد إعادة تنظيمها بموجب المرسوم رقم 6 المؤرخ في 28 فبراير 1963 المنشور بالرائد الرسمي عدد 11 الصادر في 5 مارس 1963 ص 320 (قبل تعديلها بموجب القانون عدد 55 لسنة 2010 المؤرخ في 01 ديسمبر 2010) متوفر على الموقع الإلكتروني:

<https://idaraty.tn/publications/jort-1963-011-9491>

على أنه "يكون تونسياً: أ- من ولد لأب تونسي. ب- من ولد من أم تونسية وأب مجهول أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية".

⁴ - تنص المادة 2 من قانون الجنسية الكويتي رقم 15 لسنة 1959 المعدل، متوفر على الموقع الإلكتروني:

[https://data.globalcit.eu/NationalDB/docs/Kuwait Nationality Law_ORIGINAL LANGUAGE.pdf](https://data.globalcit.eu/NationalDB/docs/Kuwait%20Nationality%20Law_ORIGINAL%20LANGUAGE.pdf)

على أنه "يكون كويتياً كل من ولد في الكويت أو في الخارج لأب كويتي".

وتضيف المادة 3 منه: "..... ويجوز بمرسوم بناء على عرض وزير الداخلية منح الجنسية الكويتية لمن ولد في الكويت أو في الخارج من أم كويتية وكان مجهول الأب أو لم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً.....".

⁵ - تنص المادة 4 من قانون الجنسية البحريني لسنة 1963 المعدل، متوفر على الموقع الإلكتروني:

<https://www.legalaffairs.gov.bh>

على أنه "يعتبر الشخص بحرينياً: أ- إذا ولد في البحرين أو خارجها وكان أبوه بحرينياً عند تلك الولادة.

ب - إذا ولد في البحرين أو خارجها وكانت أمه بحرينية عند ولادته، على أن يكون مجهول الأب أو لم يثبت نسبه لأبيه قانوناً".

قبل تعديله في المادة 6 منه¹، غير أن بعض تشريعات الدول لم تكتف بالشروط المذكورة أعلاه لجعل النسب من جهة الأم معياراً لإضفاء الجنسية الأصلية على الطفل، بل أضافت إلى جانب هذه الشروط شرط الميلاد على إقليم الدولة، ويعبر عليه بحق الدم المقترن بحق الاقليم أو حق الدم المقيد، ومن بيت التشريعات التي أضافت هذا الشرط في قوانين جنسيتها، دون أن ننسى إقرارها لمبدأ منح الجنسية من جهة الأب كأصل عام، نذكر منها القانون المصري في المادة 2 فقرة ب و ج² منه، القانون الأردني لسنة 1954 المعدل في المادة 3 منه³، القانون العراقي لسنة 1963 قبل تعديله في المادة 4 منه⁴، القانون المغربي لسنة 1958 قبل تعديله في المادة 7 منه⁵.

¹ - تنص المادة 6 من ظهير شريف الصادر في 21 صفر 1378 الموافق 6 شتنبر 1958 بمثابة قانون الجنسية المغربية بحريّة رسمية عدد 2395، بتاريخ 19 شتنبر 1958، ص 2190، قبل تعديله، متوفر على الموقع الإلكتروني:

<http://adala.justice.gov.ma>

على أنه "يعتبر مغربياً: أولاً - الولد المنحدر من أب مغربي، ثانياً الولد المزداد من أم مغربية وأب مجهول".

² - تنص المادة 2 من قانون الجنسية المصري رقم 26 لسنة 1975 قبل تعديله، متوفر على الموقع الإلكتروني:

<http://site.eastlaws.com>.

على أنه " يكون مصرياً:

أ- من ولد لأب مصري

ب - من ولد في مصر من أم مصرية ومن أب مجهول الجنسية، أو لا جنسية له .

ج- من ولد في مصر من أم مصرية ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً " .

³ - تنص المادة 3 فقرة 3، 4، من قانون الجنسية الأردني رقم 6 لسنة 1954 المعدل، متوفر على الموقع الإلكتروني:

<https://lawpedia.jo>

على أنه " يعتبر أردني الجنسية : - من ولد لأب متمتع بالجنسية الأردنية

- من ولد في المملكة الأردنية الهاشمية من أم تحمل الجنسية الأردنية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له ، ولم يثبت نسبه إلى أبيه قانوناً " .

⁴ - تنص المادة 4 فقرة 2 من قانون الجنسية العراقي رقم 43 لسنة 1963 قبل تعديله، متوفر على الموقع الإلكتروني:

<http://wiki.dorar-aliraq.net> > iraqilaws

على أنه " يعتبر عراقياً :

1- من ولد في العراق أو خارجه لأب متمتع بالجنسية العراقية

2- من ولد في العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له" .

⁵ - تنص المادة 7 من ظهير شريف الصادر في 21 صفر 1378 الموافق 6 شتنبر 1958 بمثابة قانون الجنسية المغربية السالف

الذكر على أنه " يعتبر مغربياً: أولاً الولد المزداد في المغرب من أم مغربية وأب لا جنسية له" .

يرجع تقييد تشريعات الدول لحق المرأة في منح جنسيتها الأصلية للطفل بالشروط المذكورة أعلاه إلى عدة اعتبارات نذكر منها .

- ضعف تأثير الأم على الطفل نتيجة انتماء الأب إلى جنسية أجنبية من جهة ووقوع الميلاد خارج اقليم الدولة مانحة الجنسية من جهة أخرى ،مما يتحقق معه اندماج الطفل في الجماعة الوطنية¹ ،والذي عبر عنه بعض الفقه بقوله " ونظرا لضعف حق الدم من ناحية الأم فإن الدولة غالبا لا تمنح جنسيتها بناء عليه وحده ،بل أنها تستلزم بجانبه ميلاد الطفل على اقليمها² .

- تفادي الوقوع في ظاهرة ازدواج جنسية الطفل (جنسية الأب والأم) إذا كان الأب متمتعاً بجنسية دولة غير دولة الأم ،لذلك اشترطت الدول لمنح الجنسية الأصلية من جهة الأم أن يكون الأب عديم الجنسية³ .

- تحقيق مصلحة الطفل التي تقتضي حمايته من انعدام جنسيته، بمنحه جنسية أمه في الحالات المذكورة أعلاه⁴ .

إذا تأملنا في تشريعات الجنسية السالف ذكرها لتبين لنا أن أغلبها كانت تسير على نهج التفرقة بين الأب والأم في منح الجنسية الأصلية للطفل في الزواج المختلط قبل التعديل الذي طرأ على قوانين جنسيتها، غير أنه بعد التعديل لهذه القوانين عدلت عن موقفها من خلال تبنيها مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية الأصلية كما سيأتي بيانه .

ثانيا- اعتراف أغلب التشريعات المقارنة بالمساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية الأصلية للطفل

ساد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في أغلب الدول العربية والغربية نتيجة كفاح التنظيمات النسائية، فبعد اقتحام المرأة لمختلف مجالات استلزم تغيير النظرة القانونية لها⁵،منها إعادة صياغة النصوص القانونية المنظمة للجنسية في تشريعات الدول من أجل

¹ - السيد الحداد حفيظة ،هشام علي صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص ،....،مرجع سابق ،ص 23 .

² - الغزالي إبراهيم حسن محمد عمر ،مرجع سابق ،ص 179 .

³ - الهداوي حسن ،الجنسية وأحكامها في القانون الأردني ،مجدلاوي ،الأردن ، 2001 ،ص 118 .

⁴ - عكاشة محمد عبد العال ،أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن....،مرجع سابق ،ص 66 .

⁵ - زروتي الطيب ،الوسيط في الجنسية الجزائرية.....،مرجع سابق ،ص 150 .

تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية للطفل، تماشياً مع الاتفاقيات الدولية التي نادت بهذا المبدأ، كاتفاقية حقوق الطفل واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والاعلان العالمي لحقوق الانسان..... الخ.

لذلك سارعت مختلف الدول إلى تعديل قوانين جنسيتها من أجل تقرير منح الجنسية للطفل من جهة الأب أو الأم بصفة أساسية وعلى قدم المساواة، منها قانون الجنسية المصري المعدل سنة 2004¹، وقانون الجنسية التونسية المعدل سنة 2010²، وقانون الجنسية المغربي المعدل سنة 2007³، وقانون الجنسية العراقي المعدل سنة 2006⁴.

ومن بين التشريعات الغربية⁵ التي كرست المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية للطفل، قانون الجنسية التركي لسنة 1981، القانون الايرلندي لسنة 1986، القانون الهولندي، القانون الياباني لسنة 1954 المعدل بالقانون 1984، قانون الجنسية الفنلندي لسنة 2003، القانون الانجليزي لسنة 1981 وقانون الجنسية الفرنسي لسنة 1973⁶ الذي

¹ - تنص المادة 2 فقرة 1 من قانون الجنسية المصري رقم 154 لسنة 2004، متوفر على الموقع الإلكتروني:

<https://migrationpolicy.unescwa.org/ar/node/3566#:~:text=>

على أنه "يكون مصرياً من ولد لأب مصري أو لأم مصرية".

² - ينص الفصل السادس (جديد) من مجلة الجنسية التونسية بعد صدور القانون عدد 55 لسنة 2010 المؤرخ في 01 ديسمبر

2010 المتعلق بتتقيح بعض أحكام المجلة، متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://juriste.yoo7.com/t420-topic>

على أنه "يكون تونسياً الطفل الذي ولد لأب تونسي أو لأم تونسية".

³ - ينص الفصل السادس من ظهير شريف رقم 07-80 المؤرخ في 23 مارس 2007 المعدل لقانون الجنسية المغربي سنة

2007، جريدة رسمية عدد 5513 بتاريخ 02 أبريل 2007، ص 1116، متوفر على الموقع الإلكتروني:

<http://adala.justice.gov.ma>

على أنه "يعتبر مغربياً الولد المولود من أب مغربي أو أم مغربية".

⁴ - تنص المادة 3 من قانون الجنسية العراقي رقم 26 لسنة 2006، متوفر على الموقع الإلكتروني:

http://iraqinationality.gov.iq/qanoon_aljinsiya

على أنه "يعتبر عراقياً: أ- من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية".

⁵ - أشار إلى هذه التشريعات الغربية - الغزاوي ابراهيم حسن محمد عمر، مرجع سابق، ص 172-173.

⁶ - Art 17 de code de la nationalité français (loi n° 73-42 du 9 janvier 1973), Disponible sur le site

internet: <https://www.legifrance.gouv.fr/>, dispose que « Est Français l'enfant, légitime ou naturel, dont l'un des parents au moins est français ».

- après la modification de code du nationalité français par la loi n° 93-933 du 22 juill 1993 et l'intégrant le droit de la nationalité dans le code civil, Art 18 de code civil français dispose que « Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français ».

أقر بالمساواة بين الطفل الشرعي والطبيعي في اكتساب الجنسية من جهة الأب أو الأم بعد اقراره بالمساواة بين النسب الشرعي والطبيعي سنة 1972 كما سبق الإشارة إلى ذلك .

ثالثاً- موقف بعض التشريعات من أثر اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط على جنسية الطفل

سبق الإشارة إلى أن أغلب التشريعات المقارنة اتجهت إلى تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية الأصلية بالنسب للطفل الناجم عن الزواج المختلط ،وعليه لا اشكال في تمتع الطفل بحقه في جنسية دولة ما سواء من جهة الأب أو الأم ،لكن يبقى الاشكال مطروح حول أثر اكتساب جنسية الزوج أو الزوجة عن طريق الزواج المختلط على جنسية الأبناء المنتسبين إلى هذا الزوج أو الزوجة من زواج سابق انقضى بوفاة أو طلاق.

لم تتطرق أغلب التشريعات المقارنة لهذه المسألة، بخلاف بعض التشريعات، كالتشريع الفرنسي الذي أقر بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية المكتسبة لهؤلاء الأبناء ،إذ تنص المادة 1-22¹ من ق م ف على أنه يكتسب الجنسية الفرنسية الطفل القاصر- دون التمييز بين الطفل الشرعي والطبيعي -ويتمتع بكافة حقوقه إذا كان أحد والديه مكتسباً للجنسية الفرنسية، وكان الطفل له نفس الإقامة المعتادة مع هذا الوالد أو كان مقيماً بالتناوب مع هذا الوالد في حالة الانفصال أو الطلاق .

نستنتج من نص هذه المادة أنه جاء عاماً، إذ أنه لم يميز بين اكتساب الجنسية بالزواج أو التجنس من جهة، كما أنه ينطبق فقط على الأبناء القصر ،أما الأبناء الراشدين فإن أثر اكتساب الجنسية بالزواج المختلط لا يمتد إليهم ،وما عليهم إلا سلوك طريق التجنس العادي هذا من جهة ،كما أنه من جهة أخرى عزز أثر امتداد اكتساب أحد الزوجين للجنسية الفرنسية بالزواج على الأبناء القصر بشرط اقامتهم المعتادة مع الزوج مكتسب الجنسية

- Article 18-1 de code civil français dispose que « Toutefois, si un seul des parents est français, l'enfant qui n'est pas né en France a la faculté de répudier la qualité de Français dans les six mois précédant sa majorité et dans les douze mois la suivant » .

¹ - Article 22-1 de code civil français dispose que « L'enfant mineur dont l'un des deux parents acquiert la nationalité française, devient français de plein droit s'il a la même résidence habituelle que ce parent ou s'il réside alternativement avec ce parent dans le cas de séparation ou divorce » .

الفرنسية في حالة ما إذا كان الزواج قائماً، أو الإقامة بالتناوب معه في حالة الانفصال أو الطلاق.

كذلك ما جاء في قانون الجنسية التركي لعام 1964 المعدل بقانون 1981، إذ تنص المادة 16 منه على أن الأبناء القصر من أم أجنبية اكتسبت الجنسية التركية بالزواج من تركي يكتسبون الجنسية التركية إذا كان الأب متوفي أو غير معروف أو بدون جنسية، أو في الحالة التي يكون فيها الابن بدون جنسية إذا كان سوف يتبع أباه وكانت الولاية على الابن للأم، شريطة أن يكون قانون دولة الابن لا يتعارض مع تغيير الجنسية¹.

أما قانون الجنسية اللبناني وبالرغم من أنه لم يتعرض إلى هذه المسألة، إلا أن الفقه والاجتهاد القضائي وقياساً على نص المادة 3 /فقرة 2² من قانون الجنسية اللبناني والتي تدخل الأبناء القصر في الجنسية اللبنانية لأم مات عنها زوجها وتجنست بالجنسية اللبنانية بقوة القانون، مع منحهم خيار رفض هذه التبعية في السنة التالية لبلوغهم سن الرشد وهي 18 سنة، فإنه يصح القول بامتداد هذا النص ليشمل تبعية الأولاد القصر لجنسية الأم التي تجنست بالجنسية اللبنانية بزواجها بلبناني بقوة القانون، مستنديين في ذلك إلى العلة الكامنة وراء الحكم الوارد في هذه المادة، وهي رغبة المشرع اللبناني في تحقيق وحدة الجنسية في العائلة، بخلاف البعض الآخر الذي يرى بأن نص المادة لا يشمل الأبناء القصر للأم التي اكتسبت الجنسية اللبنانية بزواجها بلبناني بعد أن توفي عنها زوجها الأجنبي وترك لها أبناء،

1- شبور نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017، ص 337.

2- تنص المادة 4/فقرة 2 من القرار رقم 15 المؤرخ في 19/01/1925 المتضمن قانون الجنسية اللبناني المعدل والمتمم بالقانون المؤرخ في 11/01/1960، متوفر على الموقع الإلكتروني:

<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf>.

على أنه "...وكذلك الأولاد القاصرون لأب اتخذ التبعية اللبنانية أو لأم اتخذت هذه التبعية وبقيت حية بعد وفاة الأب فإنهم يصيرون لبنانيين إلا إذا كانوا في السنة التي تلي بلوغهم الرشد يرفضون هذه التبعية المتعلقة بالأجانب الذين اكتسبوا الجنسية اللبنانية بطريقة التجنس".

أما الأبناء الراشدون فلا خلاف في عدم اكتسابهم للجنسية اللبنانية المكتسبة للأم، ويبقى أمامهم سبيل اكتساب هذه الجنسية هو التجنس العادي¹ .

خلافًا لذلك نص قانون الجنسية الأردني في المادة 11² منه بصريح العبارة على عدم امتداد أثر اكتساب الزوجة المطلقة أو الأرملة الجنسية الأردنية بسبب الزواج بأردني للأبناء المولودين قبل هذا الزواج³ .

يفهم من نص هذه المادة أن اقتصارها على الأبناء المولودين سابقًا من أم أجنبية مطلقة أو أرملة ثم اكتسب الجنسية الأردنية بالزواج من أردني، دون الأبناء المولودين سابقًا من أب أجنبي مطلق أو أرملة ثم اكتسب الجنسية الأردنية بالزواج من أردنية وبالتالي اكتسابهم لهذه الجنسية بالتبعية، أن المشرع الأردني لا يسوي بين حق الأب والأم في منح الجنسية الطارئة أو المكتسبة، بالرغم من تكريسه لهذه المساواة في منح الجنسية الأصلية، بخلاف المشرع الفرنسي كما أشرنا إلى ذلك سابقًا.

وفي كل الحالات حسن ما فعلت هذه التشريعات في تحديد موقفها سواء بالإيجاب أو بالسلب، وبالتالي سد الفراغ التشريعي بشأن حق هؤلاء الأطفال في الجنسية المكتسبة عن طريق الزواج، وما ينجم عن ذلك من تأويلات.

المبحث الثاني

إشكالات جنسية الطفل في الزواج المختلط وحلولها

سبق الإشارة إلى تأثير الزواج المختلط على جنسية الطفل في التشريعات المقارنة على غرار التشريع الجزائري، وذلك عن طريق الأسس أو المعايير التي تبني عليها كل دولة منح جنسيتها للطفل على النحو الذي يحقق مصالحها الأساسية، وهذا تطبيقاً للمبدأ

¹ - السيد الحداد حفيظة، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب.....، مرجع سابق، ص 191-192. أنظر كذلك: - عكاشة محمد عبد العال، الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية، دار الجامعة للنشر، لبنان، 1987، ص 305-307.

² - تنص المادة 11 من قانون الجنسية الأردني رقم 06 لسنة 1954 المعدل السالف الذكر على أنه " إذا تزوجت أرملة أو امرأة مطلقة أجنبية بأردني، فإن أولادها المولودين من قبل الزواج لا يكتسبون الجنسية الأردنية بسبب زواج كهذا فقط " .

³ - قريشي رزيقة، مرجع سابق، ص 139 .

السائد دوليا وهو سيادة الدولة في تنظيم أحكام جنسيتها¹، وهذا ما أدى إلى طرح إشكالات تمس بجنسية الطفل، منها اشكال تعدد جنسيته والذي من شأنه الحاق اضرار ومشاكل عديدة له ،تتطلب إيجاد حلول كفيلة لحماية حقه في التمتع بجنسية واحدة (**المطلب الأول**)، وأخرى أكثر خطورة منها، وهي اشكال انعدام جنسية الطفل ،وباعتبار أن حقه في التمتع بالجنسية يعد من أهم الحقوق التي تتبني عليها حقوقه الأخرى ،فانعدام حقه في الجنسية سيؤدي بدون شك إلى حرمانه من بقية الحقوق ،لذا أصبح التدخل لحل هذا الاشكال ضرورة حتمية تقتضيها حماية هذا الحق (**المطلب الثاني**) .

المطلب الأول

إشكال تعدد جنسية الطفل وحلوله

يعتبر اشكال تعدد جنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط نتيجة اختلاف جنسية والديه من أهم الإشكالات القانونية، التي تؤدي إلى زعزعة الاستقرار القانوني والنفسي والاجتماعي للطفل في حياته اليومية (**الفرع الأول**) ،لذلك أصبح الاهتمام بهذا المشكل

1- أيد شراح القانون الدولي الخاص مبدأ حرية الدولة في تنظيم جنسيتها ،ويجدون تبريره في أن الجنسية ترتبط ارتباطا وثيقا بكيان الدولة، فتحدد ركن الشعب فيها ،ومن ثم يتعين أن تحظى بحريتها كاملة عند تنظيم جنسيتها لتحمي مصلحتها العامة، سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ،ومن ثم فإن قواعد الجنسية قواعد وطنية خالصة نابعة من إرادة المشرع . وهو المعنى الذي أكدته المادة الأولى من اتفاقية لاهاي لسنة 1930 الخاصة بتنازع القوانين في بعض مسائل الجنسية التي تنص على أن " لكل دولة أن تحدد بمقتضى تشريعها من هم وطنيها.. " . وهو نفس المعنى الذي أكدته اللجنة التحضيرية لمؤتمر تقنين القانون الدولي بلاهاي الذي جاء فيه أن " مسائل الجنسية تتبع من سيادة الدولة " .

كما أقر مبدأ حرية الدولة في تنظيم جنسيتها الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية الدائمة في النزاع بين فرنسا وانجلترا، حيث جاء فيه "مسائل الجنسية تعد من حيث المبدأ من الأمور الداخلة في الاختصاص المحجوز لكل دولة وتخضع لتقديرها ..وأضافت أنه اختصاص قاصر عليها " .

- أنظر عشوش أحمد ،مرجع سابق ،صص 26-27.

- ومع ذلك تم تقليص حرية الدولة في تنظيم جنسيتها في اتفاقية لاهاي لسنة 1930 الخاصة بتنازع القوانين في بعض مسائل الجنسية من خلال نصها في المادة الأولى منها على أن التشريع التي تحدد بمقتضاه كل دولة من هم مواطنيها يجب أن ترتضيه الدول الأخرى، ويتماشى مع الاتفاقيات الدولية والأعراف الدولية والمبادئ العامة للقانون المعترف بها في مادة الجنسية .

- للتفصيل أكثر أنظر بوبكر مولود ، الإشكالات القانونية الناجمة عن ازواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي ،من خلال دراسة حالة ازواج الجنسية بين الجزائر وفرنسا ،كلية الحقوق بن عكنون مذكرة للحصول على شهادة الماجستير ،فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ،2009، صص 77-78 .

ضرورة ملحة لإيجاد حلول تضمن للطفل تمتعه بجنسية واحدة ،وبالتالي حماية مصلحته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

اشكال تعدد جنسية الطفل

إن البحث في اشكال تعدد جنسية الطفل يكون من خلال تعريف تعدد الجنسية (أولاً)، معرفة أسباب تعدد جنسية الطفل (ثانياً)، والمشاكل الناجمة عنه (ثالثاً) .

أولاً- تعريف تعدد الجنسية¹

يعرف الأستاذ عكاشة محمد عبد العال تعدد الجنسية بأنه " ثبوت جنسيتين أو أكثر للشخص في نفس الوقت " ².

ويعرفه بعض الفقه "الشخص الذي يحمل قانوناً أكثر من جنسية في لحظة زمنية محددة وفقاً لقانون دولتين أو أكثر"³.

ويعرفه الأستاذ سلامة أحمد عبد الكريم بأنه " وضع قانوني يكون فيه لنفس الشخص جنسية دولتين أو أكثر ،بحيث يعتبر قانوناً من رعايا كل دولة يتمتع بجنسيتها "⁴.

وعليه يستلزم لتحقيق حالة تعدد الجنسية توافر أمران ،الأول أن تثبت جنسيتان أو أكثر لنفس الشخص ،الثاني أن تثبت الجنسية الثانية والثالثة... الخ للشخص بالنحو القانوني السليم ،بمعنى أن تتوافر فيه الشروط القانونية اللازمة التي يحددها قانون الدولة لاكتساب الجنسية الجديدة ،وعليه لا يعتبر متعدد الجنسية إذا كان تمتع الشخص بها صورياً أو ظاهرياً مبنياً على غش⁵.

¹ - يستعمل بعض الفقه مصطلح التنازع الايجابي ،غير أن استعمال مثل هذا المصطلح منتقد ولا يقره بعض الفقه ،كالفقيه عكاشة محمد عبد العال . أنظر - عكاشة محمد عبد العال ،أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن،مرجع سابق ،ص 279.

² - نقلا عن عكاشة محمد عبد العال ،الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية،مرجع سابق ،ص 465 .

³ - نقلا عن طيبة محمد ،الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات ،دار هومة لطباعة والنشر ،الجزائر ، 2006 ،ص 58 .

⁴ - نقلا عن سلامة أحمد عبد الكريم ،مرجع سابق ،ص 166.

⁵ - مرجع نفسه ،ص 166-167 .

نستنتج من هذه التعاريف أن الطفل يكون متعدد الجنسية إذا كان يحمل جنسيتين أو أكثر بصفة قانونية.

يتعارض تعدد الجنسية بهذا المفهوم مع مبدأ وحدانية الجنسية الذي ينشده وينص عليه القانون الدولي¹، بل أن هذا التعدد يصطدم حسب بعض الفقه مع الأخلاق الدولية².

ثانيا - أسباب تعدد جنسية الطفل

إن تعدد جنسية الطفل هو النتيجة الحتمية لمبدأ حرية كل دولة في تنظيم جنسيتها على النحو الذي يتماشى مع مصالحها، دون الاعتداد بمقتضيات الحياة المشتركة في الجماعة الدولية³، ورغم محاولات توحيد الجنسية إلا أنه في كل مرة كان يعترضها تصلب مواقف بعض الدول، التي اقتضت مصالحها الحيوية وحاجتها الماسة إلى استقطاب الراغبين في الهجرة إليها⁴.

وفي جميع الحالات يبقى مبدأ حرية كل دولة في تنظيم جنسيتها من المبادئ المسلم بها والمستقرة في نطاق القانون الدولي العام⁵.

ويمكن تقسيم أسباب تعدد جنسية الطفل في الزواج المختلط إلى أسباب قد تتحقق في وقت معاصر للميلاد وأسباب تتحقق في تاريخ لاحق على الميلاد.

1- أسباب تعدد جنسية الطفل المعاصر للميلاد

تتحقق حالة تعدد جنسية الطفل في الزواج المختلط نتيجة اختلاف الأسس التي تستند إليها تشريعات الدول في منح جنسيتها الأصلية، كأن يولد الطفل لأب يتمتع بجنسية دولة تأخذ بحق الدم على إقليم دولة تأخذ بحق الاقليم، إذ تثبت للطفل الجنسية الأصلية

¹ - جاء في ديباجة اتفاقية لاهاي لسنة 1930 الخاصة بتنازع القوانين في بعض مسائل الجنسية أنه " من المصلحة العامة للجماعة الدولية العمل على تسليم كافة أعضائها بأن كل فرد يجب أن تكون له جنسية وألا تكون له إلا جنسية واحدة " .

² - سلامة أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 167 .

³ - السيد الحداد حفيظة، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 65 .

⁴ - لذلك اكتفت اتفاقية لاهاي لسنة 1930 الخاصة بتنازع القوانين في بعض مسائل الجنسية بتكريس مبدأ أن لكل دولة الحرية في تحديد من هم مواطنوها . - أنظر بويكر مولود ، مرجع سابق ، ص 77 .

⁵ - طيبة محمد، مرجع سابق، ص 58 .

بناء على رابطة النسب ،وفي نفس الوقت تثبت له جنسية الدولة التي ولد على اقليمها بناء على حق الاقليم ،وبهذا تتعد الجنسيات التي يتمتع بها الطفل وقت ميلاده¹.

وقد تتحقق حالة تعدد جنسية الطفل في الزواج المختلط رغم اتحاد الأسس التي تستند إليها تشريعات الدول في منح جنسيتها الأصلية ،وهذا نتيجة اختلافها في طرق تطبيق هذه الأسس ،كأن يولد الطفل لأبوين مختلفين في الجنسية ،كل منهما ينتمي لدولة تأخذ بحق الدم ،لكن يمنح قانون دولة الأب الجنسية للطفل بناء على حق الدم من جهة الأب، بينما يمنحها قانون دولة الأم بناء على حق الدم من جهة الأم².

وبالنسبة لهذه الحالة فقد أدى اعمال مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية الأصلية للطفل إلى تزايد ظاهرة تعدد جنسيته ،لأن العديد من الدول تمنح الجنسية بناء على حق الدم من جهة الأب أو حق الدم من جهة الأم دون تمييز³.

وتحدث المشكلة بشكل أكثر تعقيدا إذا ترتب على اعمال أسس منح الجنسية اكتساب الطفل ثلاث جنسيات، كأن يولد على اقليم دولة تأخذ بحق الاقليم لأب تأخذ دولته بحق الدم من جهة الأب والأم تأخذ دولتها بحق الدم من جهة الأم ،وهكذا تمنح للطفل ثلاث جنسيات أصلية منذ لحظة ولادته⁴ .

ومن المتصور أيضا أن يتحقق تعدد جنسية الطفل في حالة ما إذا ولد طفل لأب غير جنسيته في الفترة بين حمله وميلاده ،وكانت دولة الأب الأولى تمنح جنسيتها بالاستناد إلى جنسية الأب وقت الحمل ،بينما كانت دولة الجنسية الجديدة تأخذ بجنسية الأب وقت ميلاد الطفل⁵ .

¹ - الكردي جمال محمود ،مرجع سابق ،ص 121 .أنظر كذلك:- مسلم أحمد ،القانون الدولي الخاص في الجنسية ومركز الأجانب وتنازع القوانين،مرجع سابق ،ص 123 .

² - شوقي عبد المنعم بدر الدين ،مرجع سابق ،ص 275.

³ - السيد الحداد حفيظة ،الموجز في القانون الدولي الخاص،مرجع سابق ،ص 66 .

⁴ - الغزالي إبراهيم حسن محمد عمر ،مرجع سابق ،ص 259.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال ،الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية،مرجع سابق ،ص 467 .

كما يمكن أن يتحقق تعدد جنسية الطفل كنتيجة طبيعية كونه مولود من أب متعدد الجنسية، في الحالة التي تأخذ فيها الدول التي ينتمي إليها الأب بحق الدم¹.

2- أسباب تعدد جنسية الطفل اللاحق للميلاد

يتحقق تعدد جنسية الطفل في تاريخ لاحق على الميلاد عادة في حالات كثيرة تتعلق بالتجنس، لكن ما يهمنا هو تحقق حالة تعدد جنسية الطفل نتيجة تأثير اكتساب أحد الزوجين الجنسية الطارئة أو عن طريق الزواج المختلط على جنسية الطفل، وتبرز هذه الحالة بالنسبة للقصر المولودين من زواج سابق انقضى بوفاة أو طلاق، فتمنح لهم الجنسية الأصلية من جهة الأب إذا كان ينتمي إلى دولة تأخذ بحق الدم من جهة الأب وجنسية الأم إذا كانت الدولة التي تنتمي إليها تأخذ بحق الدم من جهة الأم، ثم يكتسبون جنسية الأم أو الأب الطارئة أو المكتسبة عن طريق الزواج المختلط.

ثالثا - المشاكل الناجمة عن تعدد جنسية الطفل

يشكل تعدد الجنسية من زوايا مختلفة معضلة حقيقية في التعامل مع الطفل المتعدد الجنسية، فمن زاوية توفير الحماية الدبلوماسية للطفل الناجم عن الزواج المختلط نو البعد الدولي، فإنه من المعروف أن الدولة تصبغ حمايتها الدبلوماسية على أفرادها الذين يحملون جنسيتها فقط، فلو تعددت جنسية الطفل فأى دولة ستقوم ببسط حمايتها عليه².

كما يمس اشكال تعدد الجنسية بأحد أهم وأبرز موضوعات القانون الدولي الخاص وهو تنازع القوانين، حيث تثار مشكلة تحديد الجنسية التي يعتد بها عند تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية³، منها المسائل المتعلقة بحقوق الطفل، كالحضانة والنسب، والذي يعد من أهم المشاكل التي تواجه الطفل متعدد الجنسية، إذ يثار مشكل تحديد القانون الشخصي للطفل بالنسبة للدول التي تسند الأحوال الشخصية لقانون الجنسية، ويزداد الاشكال حدة إذا كان قانون جنسية دولة ما يثبت للطفل حقا ما كالنسب

¹- سلامة أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 169.

²- الغزالي إبراهيم حسن محمد عمر، مرجع سابق، ص 261.

³- عشوش أحمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 42-43.

مثلا ،وكان قانون جنسية دولة أخرى ينفيه¹ ،بالإضافة إلى مشاكل أخرى خاصة بقواعد تحديد الاختصاص القضائي² في الدول التي تعتمد على ضابط الجنسية في تحديد اختصاص المحكمة لحكم مسألة ما تتعلق بحقوقه .

الفرع الثاني

الحلول المقترحة لمشكلة تعدد جنسية الطفل

أثار مشكل تعدد جنسية الطفل نقاشا حادا حول الحلول المقترحة لتوقي حدوث هذا الاشكال من أوله ،أي قبل حدوثه (أولا) ولمعالجته بعد حدوثه (ثانيا). .

أولا-الحلول الوقائية لمشكلة تعدد جنسية الطفل

لقي اشكال تعدد الجنسية اهتماما كبيرا لدى فقهاء القانون الدولي الخاص وشراحه، وعلت أصواتهم في المؤتمرات الدولية التي استتكرته ،وتم الخروج بحلول لاستئصال هذا الاشكال³ .

بالنسبة للتعدد المعاصر للميلاد نادى بعض الفقه بتوحيد أسس منح الجنسية الأصلية في دول العالم، بمعنى الاقتصار على منح الجنسية الأصلية بناء على حق الدم فقط ،أو حق الاقليم فقط بالنسبة لجميع دول العالم⁴ .

يبدو أن هذه الفكرة أقرب إلى الخيال، ففي ظل هيمنة المبدأ السائد والقاضي بحرية كل دولة في تنظيم جنسيتها وفقا للأسس التي تحقق مصالحها لا يتصور أن تجتمع إرادة الدول لتوحيد هذه الأسس⁵ ،ففي ظل الاعتراف الدولي للدول في مادة الجنسية لا يبدو في

¹ - عكاشة محمد عبد العال ،الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية،مرجع سابق ،ص 471 .

² - زروتي الطيب ،دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري،مرجع سابق ،ص 131 .

³ - عشوش أحمد عبد الحميد ،مرجع سابق ،ص 43.

⁴ - شوقي عبد المنعم بدر الدين ،مرجع سابق ،ص 281.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال ،أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن،مرجع سابق ،ص 310.

الوقت الحاضر أن تكون الدولة مستعدة للتضحية بمصالحها، بغية المساهمة في القضاء على ظاهرة التعدد عن طريق توحيد الأسس¹.

قد تتحقق ظاهرة تعدد الجنسية حتى ولو حصل اتفاق بين الدول على توحيد الأسس، ولقد ضرب الواقع العملي في قضية Carlier الشهيرة مثالا أقطع في الدلالة على صحة هذا النظر، وتتخلص وقائع هذه القضية في أن كلا من القانونين الفرنسي والبلجيكي يمنحان الجنسية للطفل المولود لأب وطني على أساس حق الدم، وكذا المولود لأب أجنبي على أساس حق الاقليم، مع اقرار حق اختياره للجنسية عند بلوغه سن الرشد، حدث وأن ولد المدعو Carlier في بلجيكا لأب فرنسي فثبتت له بذلك الجنسية الفرنسية بناء على حق الدم، وعند بلوغه سن الرشد قرر اختيار الجنسية البلجيكية فثبتت له هذه الأخيرة بناء على الميلاد في بلجيكا واختياره جنسيتها، هكذا ثبتت له جنسيتان بالرغم من اتحاد أسس كسب الجنسية في الدولتين².

لذلك اقترح بعض الفقه ترتيب أسس منح الجنسية حسب قوتها وأهميتها، ففي حالة تعدد الجنسيات تفضل الجنسية التي تستند إلى أساس أقوى، مثلا الإقرار بأن الجنسية القائمة على حق الدم أقوى من تلك القائمة على أساس حق الاقليم، وبالتالي إذا كان الطفل يتمتع بجنسيتين احدهما قائمة على أساس حق الدم والأخرى قائمة على حق الاقليم، فإنه ستفضل الجنسية التي تقوم على أساس حق الدم³.

انتقد هذا الرأي بأنه غير عملي، فمن الذي سيقدر أن أساس معين كحق الدم مثلا أقوى من حق الاقليم، ولماذا لا يتقرر العكس، فأقرار أسس منح الجنسية متوقف على ظروف كل دولة ومصالحها الوطنية⁴.

¹ - زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الفرنسي والقوانين العربية...، مرجع سابق، ص 186.

² - للتفصيل في وقائع القضية أنظر - عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية، دراسة مقارنة.....، مرجع سابق، ص 155.

³ - مسلم أحمد، القانون الدولي الخاص في الجنسية ومركز الأجانب.....، مرجع سابق، ص 130. أنظر كذلك: - الكردي جمال محمود، مرجع سابق، ص 134.

⁴ - شوقي عبد المنعم بدر الدين، مرجع سابق، ص ص 281-282.

طالب البعض الآخر من الفقه بمنح متعدد الجنسية اختيار الجنسية الأكثر تماشياً مع مصالحه وظروفه مقابل التنازل عن الجنسيات الأخرى¹.

لكن حسب رأينا كيف يمكن للطفل القاصر أن يميز بين جنسيات الدول التي يحملها الجنسية التي تحقق مصلحته، لاسيما بالنظر الى ارتباط حق الجنسية بباقي الحقوق الأخرى. يرى الأستاذ عكاشة عبد العال أن إعطاء هذا الخيار ليس مجدياً في سائر الفروض، فلا يمكن تصور موافقة دولة ما على مثل هذا التنازل هكذا بلا قيد أو شرط، خاصة إن كان متعدد الجنسية مرتبطاً بإقليمها، كما لا يتصور أن تجمع الدول على هذا الخيار إلا في ضوء مجموعة من الشروط، مراعية في ذلك ما يحقق مصلحتها، ويتفق وظروفها الاجتماعية والسكانية، ضيف إلى ذلك أن الجنسية تعد من روابط القانون العام، ولا ينبغي أن تكون محل اختيار من قبل الأفراد، وأخيراً لا يتصور قيام هذه الوسيلة إلا بقيام الاتفاق على قبولها بين سائر الدول، وهو أمر مشكوك فيه، وهكذا يبدو وجه القصور في هذا الطرح الفقهي².

كما انتقد هذا الاتجاه الفقهي أنه إذا كان الحل الذي جاء به عملي إلا أنه يأتي بعد أن يكون التعدد قد تحقق فعلاً³.

اقترح بعض الفقه تعليق اكتساب الجنسية على حق الدم من جهة الأم بشرط عدم اكتساب الطفل جنسية أخرى بناء على حق الإقليم أو على حق الدم المستمد من الأب⁴.

نادى اتجاه آخر من الفقه بتعليق كسب الشخص للجنسية اللاحقة على فقده للجنسية التي يتمتع بها، وينطبق ذلك على حالة كسب الجنسية الطارئة بالزواج المختلط وأثرها على جنسية الأولاد القصر⁵، وعليه حسب هذا الاتجاه الفقهي فإن اكتساب الأولاد القصر المولودين من زواج سابق انقضى بطلاق أو وفاة جنسية أحد الوالدين نتيجة اكتسابهما

¹ - محمد طيبة، مرجع سابق، ص 253. أنظر كذلك: - الكردي جمال محمود، مرجع سابق، ص 134 .

² - عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية، دراسة مقارنة....، مرجع سابق، ص 157 .

³ - محمد طيبة، مرجع سابق، ص 253 .

⁴ - الكردي جمال محمود، مرجع سابق، ص 143 .

⁵ - مسلم أحمد، القانون الدولي الخاص في الجنسية ومركز الأجانب.....، مرجع سابق، ص 131 .

للجنسية الفرنسية مثلا عن طريق الزواج المختلط مرهون بفقد هؤلاء الأبناء القصر للجنسية الأصلية التي كانوا يتمتعون بها من قبل .

ثانيا- الحلول العلاجية لمشكلة تعدد جنسية الطفل

يبدو في الوقت الراهن من المستحيل اجتثاث ظاهرة تعدد الجنسية -تعدد جنسية الطفل بصفة خاصة- من أساسها، من خلال الحلول الوقائية لهذه الظاهرة، وإذا كان وجودها أمرا مفروضا فإن علاج هذه الظاهرة يبقى أمرا محتوما¹ .

اتجه الفقه الغالب إلى معالجة ظاهرة تعدد الجنسية من خلال التمييز بين حالتين ، الحالة التي تكون فيها جنسية دولة القاضي ضمن الجنسيات المتنازعة ، والحالة التي لا تكون فيها جنسية دولة القاضي ضمن هذه الجنسيات.

1- الحالة التي تكون فيها جنسية دولة القاضي ضمن الجنسيات المتنازعة

في هذه الحالة تكون جنسية دولة القاضي الذي يعرض عليه النزاع من ضمن الجنسيات المتعددة ،والتي انقسم الفقه بشأنها إلى ثلاث اتجاهات.

ذهب الاتجاه الأول وهو الغالب إلى القول بتطبيق قانون جنسية دولة القاضي دون الالتفات إلى الجنسيات الأخرى التي يتمتع بها متعدد الجنسية² .

يجد هذا الحل أساسه في أن مسألة الجنسية من المسائل التي تدخل في اطار الاختصاص القاصر والمانع لكل دولة، فمن غير المقبول ترك أمر تحديد الجنسية الوطنية وبالتالي من هم مواطنو الدولة لدولة أخرى³، وعليه فإن ارتباط الجنسية بالسيادة يقتضي

¹ - عكاشة محمد عبد العال ،الوسيط في أحكام الجنسية ،دراسة مقارنة....، مرجع سابق ،ص 160 .

² - شوقي عبد المنعم بدر الدين ،مرجع سابق ،ص 277 .

³ -أظهرت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري هذا الاعتبار عندما علقت على المادة 25 /فقرة 2 منه بنصها " تغليب الجنسية المصرية عند تزامنها مع غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها شخص واحد هو مبدأ عام استقر في العرف الدولي باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ولا يقبل أن تحتكم الدولة في شأنها لغير قانونها " .

- سلامة أحمد عبد الكريم ،مرجع سابق ،ص 196 .

على قاضي النزاع إذا كانت جنسيته من بين الجنسيات المتعددة أن يختارها ويطبق قانونها، بوصفها الجنسية المرجحة على بقية الجنسيات، لأنها أقرب جنسية إليه¹.

يستثني هذا الاتجاه من الاعتراف بجنسية قاضي الدولة المطروح عليه النزاع حالة وجود اتفاق بين دولة القاضي ودولة أخرى يتبعها الشخص المتعدد الجنسية، وحالة ما إذا كان متعدد الجنسية ينتمي إلى دولة معادية².

عرف هذا الاتجاه التقليدي انتشاراً واسعاً، إذ أخذت به غالبية التشريعات العربية والغربية، فبالنسبة للتشريعات العربية نجد منها القانون المدني الجزائري في المادة 22 فقرة 2 منه³، القانون المدني المصري في المادة 25 منه⁴، القانون المدني العراقي في المادة 33 فقرة 2⁵، بالإضافة إلى المادة 10⁶ من قانون الجنسية العراقي، والقانون المدني الأردني في المادة 26 منه⁷.. الخ، أما التشريعات الغربية⁸ فنجد منها: القانون المدني الإسباني في المادة 29 فقرة منه، القانون الدولي الخاص البولوني في المادة 20 فقرة 1 منه

¹ - حسين نورة ، « الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط اسناد في الأحوال الشخصية »، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و 24 أفريل 2014، ص 36 .

² - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص ص 271 - 272.

³ - تنص المادة 22/فقرة 2 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر المعدلة بالمادة 14 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري السالف الذكر على أنه " غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول " .

⁴ - تنص المادة 25 فقرة 2 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل على أنه " على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه " .

⁵ - تنص المادة 33 فقرة 2 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل بموجب القانون رقم 42 سنة 1974 على أنه " على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه " .

⁶ - تنص المادة 10 فقرة 2 من قانون الجنسية العراقي رقم 26 لسنة 2006 على أنه " تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية و جنسية دولة أجنبية " .

⁷ - تنص المادة 26 فقرة 2 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على أنه " على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية الأردنية و جنسية دولة أجنبية أخرى فإن القانون الأردني هو الذي يجب تطبيقه " .

⁸ - تم الإشارة إلى هذه التشريعات الغربية في مرجع :- عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية، دراسة مقارنة....، مرجع سابق، ص ص 172-173 .

قانون الجنسية البرتغالي لسنة 1981 المادة 27 منه ،القانون المدني اليوناني المادة 31 منه ،قانون الجنسية المكسيكي المادة 52 منه والقانون الدولي الخاص الكوري .

يؤخذ على هذا الحل الذي يعتد بجنسية دولة القاضي المعروض عليه النزاع إذا كانت ضمن الجنسيات المتعددة أنه لم يضع ضابطا موحدًا للترجيح بين الجنسيات المتركمة والثابتة للشخص، فالأخذ بهذا الحل يؤدي إلى عدم استقرار المركز القانوني للشخص، ذلك أن صفته الوطنية ستختلف وفقا للجهة التي يثار أمامها النزاع¹ .

من جهة أخرى يؤدي الأخذ بهذا الحل إلى اعاقا عمل الاتفاقيات الدولية التي تجعل من الجنسية ضابطا للإسناد في بعض المسائل ،كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية لاهاي لسنة 1961² ، إذ أن أغلب الأطفال الذين تنطبق عليهم هذه الاتفاقية هم أطفال ناجمين عن الزواج المختلط المبرم بين زوجين يحملان جنسيتين مختلفتين ،وغالبا ما يكون هؤلاء الأطفال متعددي الجنسية ،وعليه إذا اتجهت محاكم كل دولة من الدول التي يحمل الطفل جنسيتها إلى تطبيق قانون جنسية دولة القاضي في جميع الأحوال، فإن ذلك من شأنه أن يولد نتائج يصعب التوفيق بينها في كل دولة من الدول التي يحمل الطفل جنسيتها ،وهذا ما يؤدي إلى الخروج عن دائرة التجانس والتوافق الذي تهدف إليه الاتفاقية³ .

كمثال على ذلك قضية Spechtmeyer والتي تتعلق وقائعها بزواج فرنسية من ألماني واتخاذهم من ألمانيا موطنًا لهما ،نتج عن هذا الزواج طفلان ولدا في ألمانيا واتخذًا فيها اقامتهما المعتادة وكانا مزدوجي الجنسية ،حيث ثبتت لهم بالبنوة الجنسيتان الفرنسية والألمانية، بعد حصول الطلاق بمقتضى حكم صادر عن المحاكم الألمانية مقررًا فيه اسناد حضانة الطفلين للأب عادت الزوجة إلى فرنسا ،وقامت برفع دعوى قضائية أمام القضاء الفرنسي طالبة حق ايواء الطفلين واستضافتهما، مستندة في ذلك إلى أن الطفلين فرسيان، وأن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي بوصفه قانون جنسية الطفل طبقًا للمادة

¹ - عشوش أحمد عبد الحميد ،مرجع سابق ،ص 51 .

² - اتفاقية لاهاي المؤرخة في 5 أكتوبر 1961 ، المتعلقة باختصاصات السلطات والقانون المطبق في مادة حماية القصرين ،التي دخلت حيز التنفيذ في 24 جانفي 1965. والتي تحتوي على 25 مادة.

- سيتم التفصيل في هذه الاتفاقية في الفصل الأول من الباب الثاني عند التطرق إلى حق الطفل في الحضانة .

³ - عكاشة محمد عبد العال ،الوسيط في أحكام الجنسية ،دراسة مقارنة....،مرجع سابق ،ص 179-180

4 من اتفاقية لاهاي لسنة 1961 ،بناء على ذلك أصدرت المحكمة الفرنسية حكما لصالحها مستندة في ذلك إلى ترجيح الجنسية الفرنسية في حالة تعدد جنسية الطفلان ،ومما لاشك فيه أن مثل هذا الحكم لن يلق اعترافا لا في المانيا ولا في غيرها من الدول، على أساس أن الجنسية الألمانية هي الجنسية الأكثر واقعية ،وعليه يكون قانون الجنسية الألماني وحده محل اعتبار².

نتيجة لذلك نادى الاتجاه الثاني الحديث بضرورة الاعتداد بالجنسية الفعلية أو الواقعية من خلال الاستعانة بالظروف الواقعية المحيطة بتعدد الجنسية، من حيث الجنسيات المتراكمة عليه لبيان مدى ارتباطه بها من الناحية الفعلية ،ومن هذا المنطلق يمكن التمييز بين الجنسية الإسمية التي يحمله الشخص ولا يرتبط بها واقعا ،وبين جنسية فعلية أو واقعية تسند إلى حقيقة الواقع ويرتبط بها الشخص أكثر من غيرها³ .

يرى الفقه أن الاعتماد على مبدأ الجنسية الفعلية يرجع إلى الفوائد العملية التي يحققها، أهمها تحقيق العدالة والكشف عن القانون الأكثر صلة بالعلاقة لها ،كما يحقق حل عالمي للمسألة⁴ .

عرف هذا الاتجاه تطبيقات عديدة لدى قضاء الدول الغربية ،كالقضاء السويسري والاطالي والألماني⁵ .

بالرغم من أن هذا الاتجاه وضع معيارا واضحا ومنطقيا لعلاج مشكل تعدد الجنسية وبالتالي تجنب المشاكل الناجمة عنه ،إلا أنه لم يسلم من النقد ،وهذا راجع إلى اعتماد هذا الاتجاه على معيار غير منضبط ودقيق ،وهو مفهوم الجنسية الفعلية لعدم وجود معنى

1- تنص المادة 4 من اتفاقية لاهاي لسنة 1961 الخاصة بتنازع القوانين في بعض مسائل الجنسية على أنه " يمكن لسلطات الدولة التي يحمل القاصر جنسيته اتخاذ إجراءات حماية شخصه أو أمواله بموجب قانونها الداخلي، إذا كانت مصلحته تقتضي ذلك ، وذلك بعد إخطار سلطات الإقامة الاعتيادية للقاصر " .

2 - عكاشة محمد عبد العال ،الوسيط في أحكام الجنسية ،دراسة مقارنة....،مرجع سابق ،ص ص 179-180 .

3-الكردي جمال محمود ،مرجع سابق ،ص ص 127-128 .

4-حسين نواره ،مرجع سابق ،ص ص 36-37 .

5- صدرت أحكام عديدة عن القضاء الألماني طبق فيها قانون الجنسية الفعلية بالرغم من وجود الجنسية الألمانية ضمن الجنسيات المتنازعة ،وبصفة خاصة في مسائل حماية القصر . أنظر - عكاشة محمد عبد العال ،الوسيط في أحكام الجنسية ، دراسة مقارنة....،مرجع سابق ،هامش رقم 01 ص 182 .

عالمي لها ، وإنما يتعدد معناها ويتنوع بتعدد وتنوع الدول ،ومن ثم تختلف الأحكام وتنوع حسب مفهوم كل دولة للجنسية الفعلية ¹ .

نتيجة لهذا النقد ظهر اتجاه ثالث يدعو إلى استخدام الحل الوظيفي ،الذي يتلخص في أنه لا يجب النظر إلى المسألة الخاصة بتنازع الجنسيات على أنها مسألة مستقلة قائمة في ذاتها ،لها حل ثابت في جميع الفروض ،بل يجب النظر إليها على اعتبار أنها مسألة أولية تثور بمناسبة مسألة أصلية ،وعليه فإنه فمن الأنسب إيجاد حل لها على ضوء النظر إلى المسألة ذاتها، من حيث طبيعتها والغاية منها ،سواء تعلق الأمر اجمالاً بمركز متعدد الجنسية أو تحديد القانون الواجب التطبيق أو الاختصاص القضائي الدولي ،فضلاً عن مدى امكانية الاعتراف بالأحكام القضائية ² .

ويضيف هذا الاتجاه إلى أنه إذا طرح مشكل تنازع الجنسيات أمام القاضي التي تكون جنسية دولته ضمن الجنسيات المتعددة، وطبق القانون الأجنبي لا يعني ذلك انكار الصفة الوطنية للطفل ،فمن الثابت أنه ليس في مقدور أي دولة من الدول انكار هذه الصفة الوطنية الممنوحة بموجب قوانين جنسية دولته ³ .

إن الحل الوظيفي بهذا الشكل لا ينفي تماسك النظام القانوني، بل يحفظ المسائل الداخلة تحت دراسة فرع القانون الدولي الخالص وحدتها وتماسكها ويحافظ على مجرى العلاقات الخاصة الدولية عبر الحدود ويعمل على تتميتها ،وهذا ما يؤكد الأستاذ باتفول بقوله "التناقض يقوم بفعل التأكيد على أن الشيء يكون ولا يكون تحت نفس العلاقة ،وفي مسألة تحديد المعاملة لمتعدد الجنسيات لا يكون هناك تناقض إذا ما قمنا بترجيح الجنسية الفرنسية لمزدوج الجنسية الفرنسية والأجنبية بخصوص التمتع بالحقوق وتفضيل الجنسية

¹ - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ،مرجع سابق ،ص 269 .

² - مرجع نفسه ، ص 280 . أنظر كذلك: - السيد الحداد حفيظة ،الوجيز في القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق ، ص 70 . - عكاشة محمد عبد العال ،الوسيط في أحكام الجنسية ،دراسة مقارنة....،مرجع سابق ،ص 186 .

³ - عكاشة محمد عبد العال ،الوسيط في أحكام الجنسية ،دراسة مقارنة....،مرجع نفسه ،ص ص 185 -186 .

الأخرى بصدد الاعتراف بحكم أجنبي ،لأن هذا الوضع لمزدوج الجنسية لا يكون في الافتراضين تحت ذات العلاقة "1 .

بالنسبة للحضانة مثلا لو سلمنا مثلا بتطبيق قانون جنسية الطفل عليها ،وكان هذا الأخير مثلا يحمل الجنسية الفرنسية واللبنانية وطرح أمر المفاضلة بين قانون الجنسية اللبنانية وقانون الجنسية الفرنسية على القضاء اللبناني ، فإنه يتعين الأخذ بالقانون الذي يحقق حماية أكثر للطفل المراد حضانته، دون الالتفات إلى رابطة التبعية التي تربط الطفل بلبنان كونه يحمل الجنسية اللبنانية².

ولقد ظهرت ملامح هذا الحل الوظيفي بوضوح حديثا في حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 18 جويلية 1985 في قضية Dujaque الشهيرة، أين اعترفت محكمة باريس بالحكم الأجنبي الصادر عن المحاكم البولونية، التي طبقت قانون جنسية الطفل على الحضانة ،إذ رأت المحكمة الفرنسية أنه لما كان الأمر يتعلق بطفل مزدوج الجنسية الفرنسية والبولونية فإنه لم يكن في وسع القاضي البولوني إلا تطبيق قانونه الوطني، على اعتبار أن جنسية دولته كانت ضمن الجنسيات التي يحملها الطفل في نفس الوقت، وهو ما كان سيفعله القاضي الفرنسي لو طرح عليه النزاع ابتداء ،حيث كان سيطبق قانون جنسيته الفرنسية ،ولم يكن أمامه إلا أن يمارس على المسألة الخاصة بتطبيق القانون الذي أعمله القاضي الأجنبي البولوني رقابة مخففة ،وهو ما يعني في نهاية المطاف أن القاضي البولوني قد احترم قاعدة التنازع الواجبة التطبيق بمقتضى قانونه الوطني³ .

رصد هذا الحكم حلا فتح آفاقا جديدة بالنسبة لمسألة تعدد الجنسيات ،إذ لم يعد المبدأ القائم على تطبيق قانون جنسية القاضي بصفة مطلقة متى كانت جنسية دولته من بين الجنسيات المتنازعة حكما عاما مجردا ،وهو المعنى الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 22 جويلية 1987 بعبارات حاسمة " لما كان روح الاتفاقية الفرنسية البولونية تكمن في تنظيم مجموع العلاقات القانونية ذات الطبيعة الدولية في المسائل المتعلقة

¹ - موشعال فاطيمة ،وظيفة الجنسية في العلاقات الخاصة الدولية ،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ،تخصص حقوق، فرع قانون دولي خاص ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس ،2019، ص 369 .

² - عكاشة محمد عبد العال ،الوسيط في أحكام الجنسية ،دراسة مقارنة....،مرجع سابق ،ص ص 192- 193

³ - مرجع نفسه ،ص ص 197- 199

بحقوق الاشخاص والأسرة ، فإنه يجب اعمالها حيث يتعلق النزاع بالأشخاص الذين تكون لهم الجنسية البولونية ، حتى ولو كانوا يحملون أيضا الجنسية الفرنسية " ¹ .

لم يعتنق القاضي الفرنسي الحل التقليدي القاضي بتطبيق قانون القاضي الفرنسي عندما تكون جنسية دولته ضمن الجنسيات التي يحملها الطفل وهي الجنسية الفرنسية ، فلو طبق هذا الحل لانتهى إلى رفض الاعتراف بالحكم الأجنبي ، فالقاضي الفرنسي لم ينظر إلى مسألة تنازع الجنسيات كونها مسألة مستقلة قائمة بذاتها ، بل نظر إليها بوصفها تابعة لمسألة أصلية وهي تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة والمحكمة المختصة بنظرها ² .

كذلك في مسألة الاعتراف الارادي بالبنوة الطبيعية ، ففي القانون الفرنسي تخضع إما للقانون الشخصي للمعترف بالولد أو للقانون الشخصي للطفل المعترف به ، فإذا كان القاضي فرنسيا وكان الطفل يحمل الجنسيتين الفرنسية والأجنبية فليس من الضروري حسب هذا الاتجاه أن يعتمد القاضي على الجنسية الفرنسية ويعتمد قانونه الوطني ، إنما عليه أن يبحث عن الجنسية التي يكون قانونها محققا لغرض ووظيفة قاعدة الاسناد المخصصة للعلاقة أعلاه ، وهي حماية الطفل والانحياز للحل الذي يضيف الشرعية على الاعتراف ببنوته ، فإذا تحقق ذلك باعتماد الجنسية الفرنسية أكثر مما هو عليه عند اعتماد الجنسية الأجنبية فعليه بتطبيق القانون الفرنسي ، أما إذا تحقق العكس فعليه تطبيق القانون الأجنبي ³ .

اهتم القضاء الألماني اهتماما كبيرا بفكرة الحل الوظيفي ، فعلى الرغم من وجود نص المادة 5/فقرة 1 من القانون الدولي الخاص الألماني الجديد الصادر في سنة 1986 والذي يوجب الاعتراف بالجنسية الألمانية في حالات التنازع بين الجنسيات متى كانت من بين الجنسيات التي يحملها الشخص ، إلا أن محكمة استئناف HAMM لم تطبق قانون الجنسية الألمانية بوصفها قانون جنسية القاضي ، بل طبقت القانون الأمريكي بوصفه قانون الجنسية التي يحملها الطفل ، إلى جانب الجنسية الألمانية في قضية تتعلق بحضانة ابن شرعي

¹ - غصوب عبده جميل ، دروس في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق ، ص ص 743 - 745 . أنظر كذلك: - عكاشة محمد عبد العال ، الوسيط في أحكام الجنسية ، دراسة مقارنة....، مرجع سابق ، ص ص 199 - 201 .

² - عكاشة محمد عبد العال ، الوسيط في أحكام الجنسية ، دراسة مقارنة....، مرجع نفسه ، ص ص 200 - 201 .

³ - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، مرجع سابق ، ص 281 .

مولود لأب أمريكي وأم ألمانية كان يحمل جنسيتين الألمانية والأمريكية، وكان أفراد الأسرة يعيشون قبل الانفصال في ولاية نيوجرسي الأمريكية، وبعد انفصال الزوجين صدر حكم عن محكمة ولاية نيوجرسي الأمريكية يسند الحضانة للأب، فقامت الأم باختطاف الطفل والسفر به إلى ألمانيا، تقدم الأب إلى المحاكم الألمانية طالبا تنفيذ حكم الحضانة الصادر عن محكمة نيوجرسي الأمريكية، ذهبت محكمة HAMM في حكمها إلى الاعتراف بالحكم وتنفيذه في ألمانيا، رغم اختصاص المحاكم الألمانية بنظر المنازعة كون أن الطفل يحمل الجنسية الألمانية مما يلزم معه رفض تنفيذ الحكم الأجنبي وعدم تنفيذه، إلا أن المحكمة قدرت بعبارات قاطعة " إن الاختصاص الدولي للمحاكم الأمريكية كان ثابتا على الوجه الصحيح على أساس أن الطفل المطلوب حضانتها كان يحمل إلى جانب الجنسية الألمانية الجنسية الأمريكية، وكانت هذه الأخيرة هي الواقعية والفعلية، على اعتبار أن الطفل ولد في أمريكا ويعيش في ربوعها، مما يعني أن روابطه بالجنسية الأمريكية وثيقة العروة وارتباطه بها أقوى من ارتباطه بالجنسية الألمانية"¹.

أخذت المحكمة الألمانية HAMM بنظرية الجنسية الواقعية أو الأكثر واقعية نزولا على مقتضيات الحل الوظيفي، إذ رأت في مجال الاعتراف بالأحكام الأجنبية أن المحكمة الأجنبية الأمريكية أقدر على الفصل في المنازعة من المحكمة الألمانية، بحكم مجاورتها واقتربها من معطيات المنازعة التي تقطع بقدرة القضاء الأمريكي أكثر من القضاء الألماني، على أن يكون حكمه الصادر في المنازعة مكفول الفعالية والنفوذ².

2- الحالة التي لا تكون فيها جنسية دولة القاضي ضمن الجنسيات المتنازعة

في هذه الحالة لا تكون جنسية دولة القاضي الذي يعرض عليه النزاع ضمن الجنسيات المتعددة التي يحملها الطفل، وقد تعددت المعايير التي استند إليها الفقه من أجل حل هذا التنازع، إذ ذهب جانب من الفقه إلى الاستناد على فكرة تكافؤ السيادة، مما يستلزم على كل دولة يحمل الطفل جنسيتها أن تنظر إلى الجنسيات المتنازعة الأخرى على

¹ - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 295 . أنظر كذلك: - عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية، دراسة مقارنة....، مرجع سابق، ص ص 202-203 .

² - عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية، دراسة مقارنة....، مرجع نفسه، ص ص 203-204 .

قدم المساواة، وأي تفضيل لإحدى الجنسيات فإنه يعد مساسا بسيادة الدولة الأخرى التي لم يتم الاعتراف بجنسيتها، ويكون في هذه الحالة لمتعدد الجنسية وحده حق اختيار أي جنسية من الجنسيات التي يحملها¹.

فضل جانب من الفقه الأخذ بالجنسية التي اكتسبها الشخص أولا باعتبارها أصبحت حقا مكتسبا للدولة الأولى على الشخص، بينما رجح البعض الآخر الجنسية الأقرب إلى أحكام جنسية دولة القاضي، في حين اعتد جانب من الفقه بالجنسية الأخيرة في حالة ما إذا كانت الجنسية السابقة قد مضت عليها مدة التقادم المسقط².

واتجه بعض الفقه إلى استبعاد معيار الجنسية كضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية واستبداله بمعيار الموطن، سواء الموطن القانوني أو محل الإقامة المعتادة³.

إن هذا الفقه الذي يرجح ضابط الموطن قد ضعفت حجته نتيجة للتطور الذي أظهر أنه يمكن أن يكون للشخص موطن في بلد لا يتمتع بجنسيته، أو أن يعيش متنقلا بين الدول التي يحمل جنسيتها⁴.

غير أن الاتجاه الفقهي الراجح يذهب نحو اعتناق نظرية الجنسية الفعلية، أي الجنسية التي يعيشها الشخص فعلا من بين الجنسيات المتعددة التي يحملها⁵، فهي الجنسية التي اندمج الفرد فعلا في جماعاتها وعاش في كنفها واستعمل فيها حقوقه وتحمل التزاماته⁶، ويستخلصها القاضي من ظروف وملابسات الحال، فقد يعتد بجنسية الدولة التي يقيم فيها

¹ - وهو ما أكدته محكم التحكيم الدائمة بلاهاي في حكمها الصادر في 8 يونيو 1932 في قضية " جورج سالم " بين الولايات المتحدة الأمريكية ومصر . أنظر - سلامة أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 203 .

² - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 190 .

³ - سعادي محمد، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 277 .

⁴ - بوبكر مولود، مرجع سابق، ص 53 .

⁵ - بن عبيدة عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 255 .

⁶ - سعادي محمد، مرجع سابق، ص 277 .

عادة أو التي يوجد بها مقر مصالحه وروابطه العائلية أو يشارك في الحياة العامة فيها أو يتخاطب بلغتها إلى غير ذلك من العوامل¹ .

لقي هذا الاتجاه صدى كبير لدى تشريعات الدول العربية منها القانون الجزائري في المادة 22 فقرة 1 منه² والقانون المصري في المادة 25 فقرة 1 منه³ والقانون الأردني في المادة 26 فقرة 1 منه⁴... الخ، وتشريعات الدول الغربية، كالقانون البرتغالي⁵، والقانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986 في المادة 5 منه، والقانون السويسري لسنة 1987

¹ - السيد الحداد حفيظة، هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، دروس في القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص 283. أنظر كذلك: - بوبكر مولود، مرجع سابق، ص 54 .

- أصدرت المحكمة الدائمة للتحكيم الدولي بلاهاي حكما بتاريخ 03 ماي 1912 في قضية Canevaro أخذت فيه بالجنسية الفعلية، وتتخلص وقائع هذه القضية في أن Canevaro ولد في بيرو لأب إيطالي فاعتبر إيطاليا بحكم رابطة الدم طبقا لقانون الجنسية الإيطالي، واعتبر حاملا لجنسية البيرو بحكم رابطة الإقليم لأنه ولد فيها، وقانونها يأخذ بحكم رابطة الإقليم، فلما طالبته حكومة البيرو بدفع الضرائب المستحقة عليه رفض الدفع بحجة أنه إيطالي الجنسية، واستندت بالحكومة الإيطالية، فعرض النزاع بين حكومة البيرو والحكومة الإيطالية على المحكمة المذكورة أعلاه، التي أصدرت حكما تقضي فيه بأن جنسية Canevaro الفعلية هي الجنسية البيرو لأنه مارس في اقليمها حقوق المواطن حتى أنه رشح نفسه للنيابة فيها .
أنظر - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 190 .

² - تنص المادة 22/فقرة 1 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر المعدلة بالمادة 14 من القانون رقم 05-10، المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري السالف الذكر على أنه " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية " .

- يرى الأستاذ زروتي الطيب عدم دقة النص من حيث صياغته من خلال استعمال عبارة الجنسية الحقيقية، مما يفيد بمفهوم المخالفة أن هناك من ضمن الجنسيات التي يحملها الشخص من هي حقيقية وأخرى غير حقيقية مع أن تعدد الجنسية يتطلب قانونا أن تكون كل الجنسيات المتنازعة حقيقية، أي مكتسبة بصفة قانونية طبقا لقانون كل دولة من الدول التي ينتمي إليها الشخص، فالأصح استعمال عبارة الجنسية الواقعية أو الفعالة وهي العبارة المستعملة في النسخة الفرنسية *la nationalité effective* .

- زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية...، مرجع سابق، ص 210 .

³ - تنص المادة 25 /فقرة 1 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل على أنه " يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه.... أو الذين لهم جنسيات متعددة في وقت واحد " .

⁴ - تنص المادة 26 فقرة 1 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على أنه " تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه.... أو الذين لهم جنسيات متعددة في وقت واحد " ..

⁵ - تنص المادة 28 من قانون الجنسية البرتغالي على أنه " في حالة التنازع بين جنسيتين أو أكثر من الجنسيات الأجنبية يتعين أن تؤخذ في الاعتبار فقط جنسية الدولة التي يكون أوثق ارتباطا بها " .

- أورده - الكردي جمال محمود، مرجع سابق، ص ص 132-133 .

في المادة 23 منه ، والقانون الدولي الخاص النمساوي في المادة 9 فقرة 1 منه ...الخ¹ ، بل كرسته حتى الاتفاقيات الدولية كاتفاقية لاهاي² ، كما أقرته محكمة العدل الدولية³ .

حسن ما فعلت هذه التشريعات على غرار التشريع الجزائري حتى لا يترك مسألة تحديد جنسية الطفل الذي يحمل جنسيات أجنبية متعددة بين أيدي القضاء ، الذي سيجد نفسه عاجزا عن تحديد احدى الجنسيات المتنازعة في ظل اختلاف الآراء الفقهية التي قيلت ، نظرا لأهمية هذه المسألة بالنسبة للطفل ، لاسيما بالنظر إلى قصره الذي يتطلب تمتعه بجنسية واحدة تكفل له حق التمتع ببقية حقوقه بصفة مستقرة .

ذهب جانب من الفقه إلى القول بإمكانية تطبيق فكرة الحل الوظيفي في حالة التنازع بين الجنسيات الأجنبية ولا تكون جنسية دولة القاضي الذي يعرض عليه النزاع ضمن هذه الجنسيات المتعددة ، فعلى القاضي أن يبحث عن الغاية والهدف قاعدة الاسناد ، دون التقيد بالمبدأ العام السابق وهو ترجيح تطبيق قانون الجنسية الفعلية على الأحوال الشخصية لعدم الجنسية ، فترجيحها ليس لازما في جميع الأحوال ، فبالنسبة للدول التي تعند بجنسية الطفل لتحديد القانون الواجب التطبيق على نسبه ، فإذا كان الطفل يحمل جنسيتين احدهما ينفي البتة والآخر يثبتها فإنه من اللازم اعمال القانون الذي يحقق مصلحته ، بصرف النظر عما إذا كانت هذه الجنسية فعلية أم لا⁴ .

إن دراستنا لإشكال تعدد جنسية الطفل وحلولها أظهر لنا أهمية تمتع الطفل بجنسية واحدة في الزواج المختلط ، لاسيما بالنسبة للدول التي تأخذ بجنسية الطفل كضابط لتحديد

¹ - للتفصيل أكثر حول هذه التشريعات الغربية أنظر : زروتي الطيب ، الوسيط في الجنسية الجزائرية...، مرجع سابق ص 209 .
² - تنص المادة 5 من اتفاقية لاهاي لسنة 1930 الخاصة بتنازع القوانين في بعض مسائل الجنسية على أنه " يتعين على الدولة التي يوجد بإقليمها فرد يتمتع بعدة جنسيات أجنبية أن تعامله على أنه متمتع بجنسية واحدة ، ويجوز لها في هذا الصدد أن تختار جنسية الدولة التي يوجد بها محل اقامة الشخص العادية والأصلية أو جنسية الدولة التي يظهر من الملابس تعلق الشخص بها فعلا " .

³ - أقرت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر بتاريخ 06 أبريل 1955 أن ضابط التفضيل عند تعدد الجنسيات هو الجنسية الفعلية أو الفعالة ، أي " الجنسية التي تتفق مع الواقع وتقوم على رابطة فعلية بين الفرد وحدى الدول التي تتنازع جنسياتها ، ويمكن الوقوف على هذه الجنسية عن طريق البحث عن موطن الفرد المعني والدولة التي توجد فيها مصالحه وروابطه العائلية ، كذا تلك التي يشارك في الحياة العامة فيها وفي النهاية يمكن التعويل في هذا الصدد أيضا على رغبة الفرد المعني في الانتماء إلى دولة معينة .

- هشام خالد ، القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق ، ص 751 .

⁴ - عاكشة محمد عبد العال ، الوسيط في أحكام الجنسية ، دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص 236-237 .

القانون الواجب التطبيق على باقي الحقوق كالحضانة والنسب ،وبالتالي فإن تمتعه بعدة جنسيات سيؤدي إلى اختلاف الحول من دولة إلى أخرى باختلاف جنسيته ،وعليه فإن تمتع الطفل بحقوقه التي يختلف تنظيمها من دولة إلى أخرى على النحو الذي يحقق مصلحته حسب منظور كل دولة متوقف على تحديد جنسيته ،لذلك لا يمكن انكار الصلة الوثيقة بين جنسية الطفل وحقه في النسب والحضانة، وبالرغم من الحول التي اقترحها الفقه لتحديد جنسية الطفل التي يتحدد على أساسها القانون الواجب التطبيق على النسب والحضانة إلا أنه لم تأخذ بها كل الدول، وهذا نظرا لاختلاف الدول حول مدلول مصلحة الطفل .

المطلب الثاني

إشكال انعدام جنسية الطفل وحلوله

يعد اشكال انعدام الجنسية من أهم وأخطر الإشكالات القانونية التي تواجه الطفل الناجم عن الزواج المختلط ،لما قد تلحقه من أضرار عويصة ،في ظل انعدام الحماية القانونية لحقه في الجنسية (الفرع الأول)،لذلك فهو بحاجة ماسة لإيجاد حلول لهذا الاشكال من أجل التمتع بالجنسية التي تكفل له التمتع بحقوقه الأخرى بصفة قانونية ومستقرة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

اشكال انعدام جنسية الطفل

إن البحث في اشكال انعدام جنسية الطفل يكون من خلال تعريف انعدام الجنسية (أولا)، ومعرفة أسباب انعدام جنسية الطفل (ثانيا)،والمشاكل الناجمة عنه (ثالثا) .

أولاً- تعريف انعدام الجنسية¹

يعرف بعض الفقه انعدام الجنسية على أنها "وجود طائفة من الأفراد لا ينتمون إلى أي دولة"².

ويعرفه البعض على أنه "هو الوضع القانوني لشخص لا تعتبره كل الدول من رعاياها"³.

ذهب بعض الفقه إلى تعريف عديم الجنسية على أنه "الشخص الذي يجد نفسه منذ الميلاد أو في تاريخ لاحق على الميلاد مجرداً من حمل جنسية أي دولة من الدول"⁴.

ثانياً - أسباب انعدام جنسية الطفل

يرى بعض الفقه أن السبب الجوهرى في حدوث ظاهرة انعدام الجنسية هو الاختلاف القائم بين التشريعات حول الأسس المعتمدة لمنح الجنسية أو فقدها، وبالتالي الاختلاف في الحلول الجزئية المبنية على هذه المعايير، وعليه يجد عديم الجنسية نفسه في مركز تتكرر سائر التشريعات جنسيتها عليه⁵.

غير أنه ذهب جانب من الفقه إلى القول أنه من غير الصواب رد أسباب انعدام الجنسية إلى اختلاف تشريعات الجنسية لمختلف الدول، لأنه قد تتحقق ظاهرة الانعدام رغم تشابه أحكام الدول المتعلقة بمنح الجنسية وبقدها، لاسيما اتحادها في أسس ومعايير المنح والفقء، بل أن السبب الرئيسي المباشر لوجود حالات الانعدام يرجع إلى أمرين، أولهما

¹ - جرى الفقه على تسمية ظاهرة انعدام الجنسية بالتنازع السلبي للجنسيات رغم عدم دقة هذا المصطلح حسب رأي الأستاذ عكاشة عبد العال لأن عديم الجنسية يكون في مركز لا يتمتع فيه بجنسية أية دولة من الدول بصفة مطلقة ولا يقع من ثم تنازع بين دولة وأخرى على اعتباره من رعاياها . - عكاشة محمد عبد العال، الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية، مرجع سابق، ص ص 511-512 .

² - نقلا عن الكردي جمال محمود، مرجع سابق، ص 137 .

³ - نقلا عن سلامة أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 238 . كذلك نقلا عن -زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية...، مرجع سابق، ص ص 225-226.

⁴ - نقلا عن السيد الحداد حفيظة، هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، دروس في القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص 283 . كذلك نقلا عن - العيون قصي محمد، مرجع سابق، ص 142 . نقلا عن - عكاشة محمد عبد العال، الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية، مرجع سابق، ص 513 .

⁵ - السيد الحداد حفيظة، هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، دروس في القانون الدولي الخاص....، مرجع نفسه .

غياب روح التضامن بين الدول، وسيطرة الأنانية الوطنية وتفضيل كل دولة لمصالحها على مصالح غيرها من الدول ولو تعارضت المصالح فيما بينهم أو بين الاحترام الواجب لحقوق الإنسان، ثانيهما عجز القانون الدولي المعاصر على وضع الحدود والقيود على سلطة الدولة في تنظيم جنسيتها، بل بالعكس إذ يعترف لكل دولة بحرية تحديد وعاء العنصر الشخصي اللازم لقيامها ضيقا واتساعا، حسب ما تمليه حاجاتها الاقتصادية وسياستها السكانية، لهذا لم يكن غريبا أن يلقي الفقه على عاتق القانون الدولي مسؤولية وجود ظاهرة انعدام الجنسية¹.

في كل الأحوال يمكن أن تكون أسباب انعدام جنسية الطفل في الزواج المختلط أسباب معاصرة للميلاد وقد تكون أسباب لاحقه عليه .

1- أسباب انعدام جنسية الطفل المعاصرة للميلاد

تتحقق حالة انعدام جنسية الطفل نتيجة اختلاف الأسس التي تستند إليها تشريعات الدول في منح جنسيتها الأصلية، كأن يولد طفل لأبوين تأخذ دولتهما بحق الاقليم على اقليم دولة تأخذ بحق الدم، وعليه لا يأخذ جنسية والديه لأنه لم يولد على اقليم الدولة التي ينتميان إليه، ولا جنسية الإقليم الذي ولد عليه، لأنه يأخذ بحق الدم سواء من جهة الأب أو الأم².

حالة أخرى قد يتحقق فيها انعدام جنسية الطفل المعاصر للميلاد وهي حالة الطفل المولود على اقليم دولة لا تمنح جنسيتها إلا بناء على حق الدم من جهة الأب دون الأم وكان الأب أجنبيا لا تمنح قانون دولته جنسيتها إلا بناء على حق الاقليم، من هنا تظهر أهمية الأخذ بحق الدم من جهة الأم³.

وقد تتحقق حالة انعدام جنسية الطفل رغم اتحاد الأسس التي تستند إليها تشريعات الدول في منح جنسيتها الأصلية، إلا أنها تختلف في طريقة تطبيق هذه الأسس، كأن تأخذ

¹ - سلامة أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص ص 242-243 .

² - الكردي جمال محمود، مرجع سابق، ص 137 .

³ - شوقي عبد المنعم بدر الدين، مرجع سابق، ص 286 .

دولتان بحق الدم من جهة الأب فقط ويولد في أي منها طفل غير ثابت النسب إلى أبيه قانوناً¹، في هذه الحالة تظهر كذلك أهمية الأخذ بحق الدم من جهة الأم.

2- أسباب انعدام جنسية الطفل اللاحق للميلاد

يكمن سبب انعدام جنسية الطفل اللاحق للميلاد في الحالة التي تزول فيها الجنسية الأصلية للطفل لأي سبب من أسباب الزوال دون أن يتمكن من اكتساب جنسية دولة أخرى².

ثالثاً - المشاكل الناجمة عن انعدام جنسية الطفل

يعد الطفل الذي لا يتمتع بأي جنسية على الإطلاق كالسفينة التي تسير في البحر دون علم، وهذا ما يجعل وضعه سيئاً³، إذ يترتب على انعدام جنسية الطفل مشاكل عديدة يكون تأثيرها أشد ضرراً على الطفل، فلا وجود لأي قانون يحميه من الأساس، مما يتعذر عليه السير في علاقاته القانونية بشكل ميسر، ويصطدم بعقبات ومشاكل قانونية تجعل من العسير تحديد حقوقه في الدولة التي يقيم فيها، فهو أجنبي عن الدولة التي يقيم فيها لعدم حمله جنسيتها، لكنه يتواجد في مركز أدنى من مركز الأجنبي العادي، أي الذي يتمتع بجنسية دولة معينة، وعلة ذلك أن الدولة ملزمة عند معاملتها للأجانب احترام الحد الأدنى للحقوق المعترف بها لهم، وإن لم تفعل سيؤدي ذلك تدخل دولة الأجنبي لتوفير الحماية له، بخلاف عديم الجنسية الذي لا يجد أي دولة تحميه⁴.

لعل من الصعوبات التي تواجه عديم الجنسية عدم استقراره على إقليم دولة معينة للعيش فيها، فيجوز لكل دولة رفض إقامته بها، ويحق لها إبعاده عن إقليمها، فهو يفتقر إلى الحماية الدبلوماسية من أي دولة⁵.

¹ - شوقي عبد المنعم بدر الدين، مرجع سابق، ص 286 .

² - العيون قصي محمد، مرجع سابق، ص 143 .

³ - موشعال فاطيمة، مرجع سابق، ص 376 .

⁴ - الغزالي إبراهيم حسن محمد عمر، مرجع سابق، ص 265-267 .

⁵ - شوقي عبد المنعم بدر الدين، مرجع سابق، ص 286 .

إن أهم المشكلات التي تواجه الطفل عديم الجنسية مشكل تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، إذا كانت الدولة التي يقيم على إقليمها تعتد بضابط جنسية الطفل كالحضانة والنسب... الخ¹.

هكذا يتضح أن ظاهرة انعدام الجنسية من أخطر الظواهر التي تواجه الطفل في حياته اليومية، التي تترجم حجم المأساة التي يعيشها، نتيجة حرمانه من أهم الحقوق التي يتعين التمتع بها، خاصة بالنظر إلى اعتباره الطرف الضعيف في علاقة الزواج المختلط، مما يتعين التدخل لإيجاد حلول لهذه الظاهرة سواء لتوقي حدوثها أو لعلاجها.

الفرع الثاني

الحلول المقترحة لمشكلة انعدام جنسية الطفل

جلبت خطورة انعدام جنسية الطفل اهتمام الفقه والقضاء وتشريعات الدول، الذي تبلور في البحث عن حلول وقائية (أولا) وأخرى علاجية (ثانيا) لهذا الاشكال.

أولا -الحلول الوقائية

نادى الفقه بضرورة ايجاد حلول من شأنها أن تحول دون تحقق ظاهرة انعدام الجنسية قبل حدوثها أهمها :

- رأى بعض الفقه أنه لما كانت الدولة وحدها هي التي تحد وطنيها، ولا سلطان لأي دولة عليها، فإذا أرادت الدولة أن تقضي على هذه الظاهرة أن تمنح جنسيتها لعدمي الجنسية الذين يعيشون في كنفها معيشة دائمة وبالتالي اندماجهم في مجتمعها².

أعيب على هذا الاتجاه بأنه لا يحول دون نشوء الظاهرة، بل يعمل على مواجهة الظاهرة بعد حدوثها، وأنه لا يخرج عن كونه من قبيل الأمنيات الطيبة، فلا وجود لأي التزام على عاتق الدولة بمنح جنسيتها لمن يقيم على إقليمها³.

¹ - الكردي جمال محمود، مرجع سابق، ص 139.

² - عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية، دراسة مقارنة....، مرجع سابق، ص 256.

³ - مرجع نفسه.

- النص على أساس احتياطي لكسب الجنسية الأصلية ، بحيث تلجأ إليه الدول إذا لم يتحقق الأساس الأصلي القائم على حق الدم مثلا ، إذ يمكن بهذه الطريقة تدارك نشوء حالات انعدام الجنسية المعاصر للميلاد في الدول التي تأخذ بحق الدم ، فإذا كانت الدولة تبني جنسيتها على حق الدم عن طريق الأب على سبيل المثال تعين النص على الاعتراف بذات الأساس ولكن عن طريق الأم وذلك كأساس احتياطي يتم اللجوء إليه في الحالات التي يكون فيها النسب من الأب غير مجد في نقل الجنسية إلى الطفل ، وكذلك منح الجنسية على أساس الإقليم إذا كان النسب من الأب والأم غير مجد¹ ، وهو الحل الذي أخذت به اتفاقية بشأن خفض حالات انعدام الجنسية لسنة 1961² واتفاقية لاهاي لسنة 1930³.

ثانيا - الحلول العلاجية

نادى جانب من الفقه بضرورة عدم اللجوء إلى إجراء الإبعاد بالنسبة لعديم الجنسية نظرا لعدم وجود دولة أخرى تقبله ، غير أن هذا النداء لم يجد آذان صاغية لدى الدول ، وبالطبع لا يمكن التعويل على مجرد الدعوة الفقهية للدول للأخذ بهذا الحل ، بل أن الأمر يستلزم ما هو أكثر عمقا وتأثيرا من النداءات ، وهي الاتفاقيات الدولية التي تلزم على اتخاذ اجراءات لازمة لمعالجة هذه المشكلات⁴.

أما بالنسبة لمشكل تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية إذا كانت الدولة التي يقيم على إقليمها تعتد بضابط جنسية الطفل ، فقد ظهرت عدة اتجاهات للبحث عن أكثر القوانين اتصالا بعديم الجنسية ، فذهب الاتجاه الأول إلى اعتماد أقرب

¹ - الكردي جمال محمود ، مرجع سابق ، ص 143 .

² - اتفاقية بشأن خفض حالات انعدام الجنسية المؤرخة في 30 آب/أغسطس 1961 ، الموقعة في نيويورك ، أعدتها لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة ، بدأ تاريخ سريانها في 13 ديسمبر 1975 ، بلغ عدد الدول التي انضمت إليها 77 دولة ، تنص المادة 01 منها على أنه " تمنح كل دولة متعاقدة جنسيتها للشخص الذي يولد في إقليمها ويكون لولا ذلك عديم الجنسية " .
المعلومات متوفرة على الموقعين الإلكترونيين :

https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_240#Text .

<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf> .

³ - تنص المادة 01 من اتفاقية لاهاي لسنة 1930 الخاصة بتنازع القوانين في بعض مسائل الجنسية على أنه " تمنح كل دولة متعاقدة جنسيتها للشخص الذي يولد في إقليمها ويكون لولا ذلك عديم الجنسية " .

⁴ - الغزاوي إبراهيم حسن محمد عمر ، مرجع سابق ، ص 267 .

جنسية صلة بالشخص ،وهي جنسية آخر دولة كان ينتمي إليها ،ومن ثم يتعين اسناد الاختصاص لقانونها¹.

يعاب على هذا الاتجاه أنه يبقي على رابطة غير موجودة وهو ما لا يصح وفقا لأحكام القانون الدولي².

اتجه فريق فقهي آخر إلى القول بتطبيق قانون الدولة التي ولد فيها عديم الجنسية، إلا أنه يؤخذ عليه في أنه يبني اتجاهه على أسباب واهية ،خاصة في تلك الحالات التي يكون ميلاد الطفل بإقليم دولة ما من قبيل المصادفة وليس أمرا طبيعيا ،فضلا عن أن الدولة التي ولد فيها قد تكون هي نفسها آخر دولة كان ينتمي إليها، وبالتالي كيف يمكن تقرير صلة انقطعت في الواقع³.

ذهب الاتجاه الراجح والمعمول به حاليا إلى اعتماد معيار الموطن أو محل إقامة الطفل ،ويجد هذا الاتجاه مبرراته في أن هذا المعيار احتياطي يمكن اعتماده إذا تعذر اعمال معيار الاسناد الأصلي، والذي يتمثل في معيار الجنسية ،وهو ارتباط يشبهه البعض بمعيار الجنسية الفعلية، التي يتم الكشف عنها عن طريق جملة من العناصر الشخصية والموضوعية تعبر عن ارتباط الشخص فعلا بدولة ما ،وإذا تعذر تطبيق المعيار الاحتياطي يمكن للقاضي تطبيق قانونه الوطني في العلاقة موضوع النزاع⁴.

تأثرت بهذا الاتجاه بعض تشريعات الدول الغربية⁵ ،كالقانون الدولي الخاص الإسباني المعدل في 1974 في المادة 9 منه والقانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986 في المادة 5 فقرة 2 منه والقانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 في المادة 24 منه، كما أخذت به بعض التشريعات العربية منها، التشريع الجزائري في المادة 22 فقرة 3⁶

1- شوقي عبد المنعم بدر الدين ،مرجع سابق ،ص ص 287-288 .

2- عكاشة محمد عبد العال ،الوسيط في أحكام الجنسية ،دراسة مقارنة....،مرجع سابق ،ص 263.

3- الغزالي إبراهيم حسن محمد عمر ،مرجع سابق ،ص 268 .

4- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ،مرجع سابق ،ص ص 263-264 . أنظر كذلك: - مسلم أحمد ،القانون الدولي الخاص في الجنسية ومركز الأجانب،مرجع سابق ،ص 135 .

5- أشار إلى التشريعات الغربية زروتي الطيب ،الوسيط في الجنسية الجزائرية...،مرجع سابق ،ص 242.

6- تنص المادة 22/فقرة 1 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر المعدلة بالمادة 14 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري السالف الذكر على أنه " في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة ".

الذي نص صراحة على الأخذ بهذا الضابط في حالة انعدام الجنسية، أما أغلب التشريعات العربية فلم تحسم الحل بتحديد ضابط الاسناد، إنما تركت أمر تعيين القانون الواجب التطبيق للسلطة التقديرية للقاضي ليحدد الضابط الملائم حسب ظروف وملابسات القضية¹، كالقانون الأردني في المادة 26 فقر 1 منه² والقانون العراقي في المادة 33 فقرة 1³ والقانون المصري في المادة 25 فقرة 1⁴... الخ، وهو نفس النهج الذي كان يسري عليه المشرع الجزائري قبل التعديل، أي في ظل الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني⁵.

حسن ما فعل المشرع الجزائري في تحديد موقفه الصريح بعد تعديله للمادة 22 من القانون المدني، من خلال اعتداده بالمواطن كضابط اسناد احتياطي أو استثنائي لضابط الجنسية في حالة انعدام الجنسية، لأن الواقع العملي أثبت مدى تأثير الطفل بالمواطن الذي يعيش فيه في جميع النواحي، وما يكتنه من ولاء لهذا الوطن الذي يعد جوهر الجنسية.

ومع ذلك ظهر اتجاه آخر أقر حلول حديثة لانعدام الجنسية تقوم على فكرة الحل الوظيفي شأنه شأن تعدد الجنسية، مفادها عدم التقيد بالمبدأ العام السابق كما في النظرية التقليدية التي ترجح تطبيق قانون الموطن أو محل الإقامة على الأحوال الشخصية لعديم الجنسية، وإنما تحليل قاعدة الاسناد ومعرفة الغاية منها، وهي بدورها التي تحدد إن كان قانون الموطن هو الأصلح أم قانون آخر هذا من جهة، ومن جهة أخرى يرى هذا الاتجاه أنه في حالة تعدد موطن عديم الجنسية فإن أساس التفضيل بين هذه المواطن التي تحوي جميعاً على درجة من الارتباط والفعالية التي ترشحها لحل النزاع هو اختيار أنسبها وأكثرها تحقيقاً للغاية من قاعدة الاسناد المخصصة لتلك المسائل، فمثلاً تخضع البنية الطبيعية في فرنسا لقانون جنسية الأم أو قانون موطنها إذا كانت عديمة الجنسية وقت ولادة الطفل أو

1- زروني الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية...، مرجع سابق، ص 210 .

2- تنص المادة 26 فقرة 1 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على أنه " تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية " .

3- تنص المادة 33/ فقرة 1 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل بموجب القانون رقم 42 سنة 1974 على أنه " تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية " .

4- تنص المادة 25 /فقرة 1 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل على أنه " يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية " .

5- تنص المادة 22 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر قبل تعديله بموجب القانون رقم 10/05 السالف الذكر على أنه " وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي القانون الواجب تطبيقه " .

لقانون جنسية الطفل أو قانون موطنه إذا كان عديم الجنسية فلو كان الطفل عديم الجنسية وله أكثر من موطن، فالأنسب ترجيح قانون الموطن الذي يحقق مصلحة الطفل، وهو القانون الذي يمكن الطفل من اثبات بنوته وتصحيح نسبه، وهو الغرض من قاعدة الاسناد الفرنسية التي تعتمد التطبيق البدلي بين عدة قوانين¹.

سعت الاتفاقيات الدولية² بدورها إلى معالجة مشاكل الجنسية نتيجة انفراد كل دولة بهذا التنظيم داخل اقليمها منها، اتفاقية بشأن خفض حالات انعدام الجنسية لسنة 1961³ واتفاقية جنسية أبناء الدول العربية في سبتمبر 1952⁴.

¹ - موشعال فاطيمة، مرجع سابق ص ص 378-380 .

² - أشار إلى هذه الاتفاقيات عشوش أحمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 27 .

³ - اتفاقية بشأن خفض حالات انعدام الجنسية المؤرخة في 30 آب/أغسطس 1961 السالفة الذكر .

⁴ - اتفاقية بشأن جنسية أبناء الدول العربية المقيمين في بلاد غير التي ينتمون إليها بأصلهم، حررت باللغة العربية في القاهرة بتاريخ 12 نوفمبر 1952 ، وافق عليها مجلس جامعة الدول العربية في 23 سبتمبر 1952 في دور انعقاده العادي السادس عشر، بدأ تاريخ نفاذها في 05 جانفي 1956 ، وقعت عليها كل من الأردن ،لبنان ،سوريا ،السعودية ،مصر ،العراق ،اليمن ، وصادقت عليها السعودية ،مصر ،العراق ،الأردن .

-المعلومات متوفرة على الموقع الالكتروني:

<https://haqqi.info/ar/haqqi/legislation/convention-relating-nationality-arabs-residing-countries-other-their-homeland>.

الباب الثاني

حقوق الطفل المترتبة على انحلال الزواج المختلط في ظل قواعد القانون الدولي

الخاص

أقرت أغلب تشريعات الدول الإسلامية على غرار التشريع الجزائري بأن الزواج ينحل إما بالطلاق أو بالوفاة¹، وسعت إلى وضع قاعدة اسناد تنظم انحلال الزواج المبرم بن مختلفي الجنسية²، وكذا بعض الآثار الناجمة عنه، منها ما يتعلق بحقوق الطفل الناجم عن هذا الزواج .

يعتبر حق الطفل في الحضانة أهم أثر لانحلال الزواج المختلط لارتباطه بحقه في الرعاية والعناية، وما يزيد من أهمية هذا الحق تكاثر وتشعب القضايا المتعلقة برعاية الطفل في الزواج المختلط، إلى درجة أنه أصبح من الضروري أن يلعب القضاء دورا ثلاثيا لا يقوم به في قضايا حضانة الطفل في الزواج العادي³.

¹ - تنص المادة 47 من القانون رقم 84-11 السالف الذكر المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على أنه "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة" .

- عرفت بعض الأنظمة في بعض الدول الغربية إلى جانب هذه الحالات لانحلال الزواج نظاما آخر لا تعرفه الدول العربية منها الجزائر سمي بالانفصال الجسماني أو التفريق البدني، وهو نظام يترتب عليه انقطاع المعيشة المشتركة بين الزوجين دون حل الرابطة الزوجية في الحال، وأنه إذا استمر مدة معينة - تختلف من قانون لآخر - فإنه يتحول إلى انحلال للزواج بصفة نهائية عن طريق القضاء .

- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005) دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، ج 1، مطبعة الفسيحة، الجزائر، 2010، ص 178.

² - تنص المادة 12 فقرة 2 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر المعدلة بالمادة 7 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري السالف الذكر على أنه "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى" .

- تنص المادة 13 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم السالف الذكر 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 الأهلية" .

³ - بلحساني حسين، «النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة»، قضايا الأحوال الشخصية والميراث، الدلالات الوطنية والأبعاد الدولية، مجلة الحقوق، الجزء الأول، الإصدار 32، المغرب، عدد خاص 2016.

إذا كانت الحضانة لا تثير أي اشكالات مادامت الرابطة الزوجية قائمة إلا أنه عمليا بل بديهيا إن النزاعات والاشكالات الناجمة عن حضانة الطفل تزداد حدة في حالة انفصال زوجين من جنسيتين أو ديانيتين مختلفتين، نتيجة التنازع الدولي للقوانين في الحضانة(الفصل الأول)

قد يرتب على انحلال الزواج المختلط بوفاة أحد الزوجين من جنسيتين أو ديانيتين مختلفتين حق الطفل في الميراث الذي يعد أهم المسائل التي تثار بشأنها اشكال تنازع الاختصاص، سواء كان قضائيا أو تشريعا، نتيجة اختلاف الدول حول ضوابطه، سواء لتحديد المحكمة المختصة دوليا للفصل فيه، أو لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه، وتزداد الصعوبة أكثر نتيجة اختلاف الدول حول القواعد الموضوعية المنظمة للميراث، والتي تبنى على أساس مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية في الدول الإسلامية بخلاف الدول الغربية القائمة على مبدأ العلمانية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

حق الطفل الناجم عن الزواج المختلط في الحضانة

تعتبر الحضانة من أهم حقوق الطفل، والتي تعرّف على أنها القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه¹.

وتبرز أهمية هذا الحق بصفة جليلة لدى أبناء الزواج المختلط، باعتباره من أكثر المواضيع إثارة لمشكل التنزع الدولي للقوانين، نتيجة اختلاف تشريعات الدول حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة، لاسيما في ظل الفراغ التشريعي بشأن قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في معظم الدول، وهو ما فسح المجال للقضاء من أجل تحديد القانون المختص بحكم الحضانة وفق تصوره في تكييفها، مسترشدا في ذلك بأراء الفقه الوضعي .

لعل ما يزيد من حدة التنزع الدولي للقوانين حول الحضانة هو تصادم المرجعية الدينية الإسلامية لأحكام الحضانة في قوانين الأسرة للدول الإسلامية بما فيها الجزائر مع المرجعية العلمانية للتشريعات الغربية، وما ترتب عنه من سعي كل من تلك الدول إلى إيجاد آليات تضمن لقضائها تطبيق قانونها الوطني، وانحياز القاضي لصالح الطرف الذي ينتمي إلى دولته، مما أدى إلى طرح صعوبات وإشكالات أخرى أدت بدورها إلى تمزق الأبناء الناجمين عن الزواج المختلط، لاسيما أمام استفحال ظاهرة النقل غير المشروع للمحزون عبر الحدود .

أمام إشكال القانون الواجب التطبيق على الحضانة وما ينجم عنه من إشكالات وصعوبات تمس بحق المحزون كان من الضروري تدخل الدول لإيجاد حلول للحد منها أو بالأحرى للتقليل منها، والتي تم تجسيدها في الاتفاقيات المتعددة الأطراف المتمثلة في اتفاقية لاهاي لسنة 1961 ولسنة 1996 لحل إشكال القانون الواجب التطبيق على الحضانة من خلال تحديده وتوحيده، واتفاقية لاهاي لسنة 1980 لمعالجة النقل غير المشروع للمحزون عبر الحدود، واتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، واتفاقيات ثنائية كالاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988 والاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1980 والاتفاقية

¹ - أحمد بن صالح البراك، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي، مكتبة نور، د س ن، ص 295.

التونسية الفرنسية.....الخ ، ونظرا لكثرة هذه الاتفاقيات سنركز بصفة خاصة على ما يهم الدولة الجزائرية، أي الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988 .

وبغية تسليط الضوء على الأمر سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين ،نخصص (المبحث الأول) لدراسة إشكال القانون الواجب التطبيق على الحضانة ،أما (المبحث الثاني) فسنتناول فيه الجهود الدولية لحماية المحضون عند انحلال الزواج المختلط .

المبحث الأول

إشكال القانون الواجب التطبيق على الحضانة

يعد موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة من أهم وأدق الإشكالات القانونية المثارة في إطار الزواج المختلط ،نتيجة الاختلاف التشريعي والفقهي حول القانون المختص بحكم الحضانة .

هذا وإن كان إشكال القانون الواجب التطبيق على الحضانة يبرز بصفة جلية عند تحديده استنادا إلى قاعدة الاسناد في قانون القاضي إلا أن هوة هذا الإشكال تتسع في الحالة التي تشير فيها قاعدة الاسناد الوطنية إلى اختصاص القانون الأجنبي لحكم الحضانة، إذ غالبا ما يتم استبعاد القانون الأجنبي المختص سواء بدافع النظام العام، لا سيما بين الدول العربية و الغربية أو بفعل إرادة أطراف العلاقة التي تسعى إلى تغيير القانون الواجب التطبيق على الحضانة الأصلي .

على هذا الأساس ستناول في (المطلب الأول) قاعدة الاسناد الخاصة بالحضانة، ثم نتطرق إلى إشكالات تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم الحضانة(المطلب الثاني).

المطلب الأول

قاعدة الاسناد الخاصة بالحضانة

إذا عرض على القاضي الوطني نزاع يتعلق بحضانة أبناء الزواج المختلط يتوجب عليه القيام بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها ،بإرشاد قاعدة الاسناد في قانونه الوطني.

وقد يتزاحم في مجال العلاقات الدولية الخاصة لحكم الحضانة قانونين أو أكثر بسبب اختلاف تشريعات الدول حول القانون الواجب التطبيق عليها، ويزداد هذا التزاحم حدة في ظل غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في معظم الدول، مما أوكلت مهمة تحديد هذا القانون إلى القضاء، مستعينا بآراء الفقه الوضعي الذي دار بينهم جدال وخلاف كبير حول تكييف الحضانة، وبالتالي الاختلاف حول القانون الواجب التطبيق عليها .

من هذا المنطلق سنتناول الخلاف الفقهي حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة (الفرع الأول) ثم اختلاف تشريعات الدول حول هذا القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الخلاف الفقهي حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة

يشكل التكييف في القانون الدولي الخاص¹ مسألة أولية لازمة لمعرفة القانون المختص² بحكم مسألة حضانة أبناء الزواج المختلط، لذا رأينا من الضروري تحديد المقصود بالتكييف (أولاً)، لاسيما أمام تداخل مسألة الحضانة ضمن أفكار متعددة، أحيانا ضمن فكرة آثار الزواج وأحيانا ضمن فكرة آثار الطلاق وأحيانا ضمن علاقة الأولاد بالآباء.... الخ لذلك برز خلاف كبير في آراء فقه القانون الدولي الخاص حول تكييف الحضانة وبالتالي الاختلاف في القانون الواجب التطبيق عليها (ثانياً) .

¹ - لا تقتصر مسألة التكييف على القانون الدولي الخاص فقط، بل تعرف في كافة فروع القانون الداخلي، فعلى سبيل المثال في القانون الجزائري يكيف قاضي التحقيق فعل سلب مال الغير إذا كان من قبيل السرقة أو النصب أو خيانة الأمانة، كما تبرز مسألة التكييف في القانون المدني من خلال قيام القاضي بالفصل أولاً فيما إذا كان موضوع اتفاق الأطراف يشكل عقد بيع أو وعد بالبيع أو بيع متوقف على شرط واقف، غير أنه إذا كان التكييف مسألة أولية معروفة في القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص إلا أن الهدف منه يختلف في كلا القانونين، ففي الأول يؤدي التكييف إلى تحديد النص القانوني الموضوعي الواجب التطبيق، بينما في الثاني يؤدي إلى وضع المسألة محل النزاع ضمن طائفة من طوائف النظم القانونية المقررة في قانون القاضي، تمهيدا لإسنادها إلى القانون المختص .

- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 100. أنظر كذلك: - اسعاد موحد، القانون الدولي الخاص، ترجمة فائز أنجق، ج1، قواعد التنازل.....، مرجع سابق، ص 178.

² - غصوب عبده جميل، محاضرات في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 47 .

أولاً - تعريف التكييف

يعرف التكييف بأنه "عملية فنية تستهدف تحديد الطبيعة القانونية أو الوصف القانوني للمسألة التي تثيرها وقائع المنازعة ذات الطابع الدولي، وذلك بغية إدراجها في طائفة معينة من طوائف الروابط والمسائل القانونية التي وضع لها المشرع قاعدة إسناد"¹.

ويعرفه الأستاذ عز الدين عبد الله بأنه " تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد"².

تبرز أهمية التكييف في القانون الدولي الخاص باعتبارها الخطوة الأولى للوصول إلى حل صحيح وقانوني للنزاعات ذات الطابع الدولي، فهي دون شك تؤثر على الحل النهائي للنزاع³، على اعتبار أنه يتحكم في آلية تطبيق قواعد التنازع، وبالتالي تعيين القانون الواجب التطبيق⁴.

إن التكييف أمر أساسي وأولي لحل تنازع القوانين، لأن تحديد قاعدة التنازع وبالتالي القانون الواجب التطبيق يعتمد على تعيين طبيعة العلاقة القانونية، وإدخالها ضمن صنف قانوني معين⁵.

ذلك أن قواعد الإسناد لا تضع حل لكل المسائل التي تطرح أمام القضاء على حدى وإنما تضع الحلول لكل طائفة من المسائل كطائفة المسائل الخاصة بحال الأشخاص أو بشكل التصرفات أو بالمواريث أو بمركز الأموال، يكون من الضروري إذن لمعرفة قاعدة الإسناد وضع المسألة التي تتنازعها القوانين في طائفة من هذه الطوائف⁶.

¹ - نقلا عن الجبران صادق محمد محمد، التصنيف في القانون الدولي الخاص، دراسة في النظرية العامة وتطبيقها في القانون المقارن، (مصر، لبنان، سوريا، العراق، الكويت والأردن)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 15.

² - نقلا عن عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص،، مرجع سابق، ص ص 114-115.

³ - الجبران صادق محمد محمد، مرجع سابق، ص 20.

⁴ - برجواوي خالد، مرجع سابق، ص 125.

⁵ - سعادي محمد، مرجع سابق، ص 65.

⁶ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص،، مرجع سابق، ص 115.

إن التباين في وصل مسألة ما بطائفة من الطوائف يستتبع بالضرورة اختلاف قاعد الإسناد الواجبة الأعمال وبالتالي اختلاف الحل النهائي للنزاع¹ .

اختلف الفقه حول القانون الذي يخضع له التكيف²، إذ ذهب البعض إلى القول بإخضاع التكيف للقانون المختص بحكم النزاع، بينما نادى البعض الآخر بإخضاعه للقانون المقارن، في حين فضل الفقه الغالب إخضاعه لقانون القاضي، وهو ما أخذت به أغلب تشريعات الدول العربية الحديثة على غرار التشريع الجزائري³ .

غير أن الاختلاف في المفاهيم المستعملة في شتى النظم القانونية⁴ لعدم وجود أساس موحد في قوانين جل الدول لتحديد وصف وطبيعة العلاقة القانونية، واستثناء المشرع الوطني في كل دولة بوضع قواعده خلق نوعا جديدا من التنازع يتعلق بالوصف⁵ والذي يعرف بتنازع التكيفات⁶.

ثانيا - اختلاف الفقه في تكيف الحضانة وأثره في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها

اختلف الفقه في تكيف الحضانة ومعها القانون الذي يحكمها، إذ ذهب جانب منه إلى تكيفها على أنها من آثار انعقاد الزواج وبالتالي إخضاعها للقانون الذي يحكم آثار انعقاد الزواج، في حين كَيّفها البعض على أنها من آثار انحلال الزواج وبالتالي إخضاعها للقانون الذي يحكم آثار انحلال الزواج، كما نادى البعض بتكيفها على أنها من آثار النسب وبالتالي خضوعها للقانون الذي يحكم آثار النسب، في حين ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى القول بتكيف الحضانة على أنها ولاية على المال وبالتالي خضوعها للقانون الذي يحكم الولاية على المال.

¹ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين مرجع سابق، ص 96 .

² - للتفصيل حول آراء الفقه حول القانون الذي يخضع له التكيف - أنظر رياض عبد المنعم فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص ص 60-69.

³ - تنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري على أنه "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكيف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه" .

⁴ - برجوي خالد، مرجع سابق، ص 125 .

⁵ - الداودي غالب علي، مرجع سابق، ص ص 107-108 .

⁶ - للتفصيل أكثر حول مسألة تنازع التكيفات أنظر :

- BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), op.cit, p p 338-345 .

1- تطبيق القانون الذي يحكم آثار انعقاد الزواج على الحضانة

ذهب جانب من الفقه¹ إلى القول بضرورة تكييف الحضانة على أنها أثر من آثار انعقاد الزواج، لأن مصدر الالتزام فيها عقد الزواج، وهي بذلك تكون أثرا مباشرا على العقد، وتعد من الآثار الشخصية²، ويرى البعض أنّ الحضانة تتعلق بالبنوة، وأن هذه الأخيرة في حقيقتها ما هي إلا أثر من آثار الزواج، مما يتعين معه إخضاع الحضانة للقانون الذي يطبق على هذه الآثار، وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، لاسيما إذا كان النزاع بشأن الحضانة قائما أثناء قيام العلاقة الزوجية، وهذا راجع لكون الحضانة مظهر أساسي ملازم لولاية الوالدين على نفس ومال المحضون، ومن ثم فليس هناك ما يدعو إلى عدم التسليم باختصاص القانون الشخصي للزوج الذي يحكم من حيث الأصل هذه العلاقة الأسرية³.

إنّ إخضاع آثار انعقاد الزواج⁴ بما فيها الحضانة لقانون جنسية الزوج يجد سنده في أنه لا يمكن أن يطبق عليها قانونين مختلفين، على هذا لا يعتدّ بجنسية الزوجة إذا اختلفت عن جنسية الزوج إلا إذا كانت هذه الزوجة وطنية، إذ يتعين في هذه الحالة إخضاعها للقانون الوطني⁵.

أيد هذا الاتجاه الدكتور خالد برجوي، إلا أنه يرى أن تطبيق القانون الذي يحكم آثار انعقاد الزواج على الحضانة لا يكون في جميع الحالات وإنما في حالة ما إذا ثار النزاع أثناء قيام العلاقة الزوجية⁶.

¹ - مسلم أحمد، موجز القانون النولي الخاص المقارن في مصر و لبنان.....، مرجع سابق، ص 228 .

² - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 199 .

³ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين.....، مرجع سابق، ص 350 .

⁴ - متى انعقد الزواج المختلط صحيحا وفقا للقانون المختص دوليا، فإنه يولد آثارا منها : ما هو شخصي يتصل مباشرة بعلاقة الزوجين من حيث الحقوق والواجبات، كالعشرة الزوجية والطاعة والتعاون على مصلحة الأسرة وحق الزوجة في النفقة والمهر والعدل في حالة التعدد، ومنها ما هو مالي يتعلق بالذمة المالية للزوجين .

⁵ - دريسي جلييلة، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، المغرب، 2010، ص 25.

⁶ - برجوي خالد، مرجع سابق، ص 217.

وجّهت لهذا الاتجاه الفقهي عدّة انتقادات من بينها، أنّه لا يترتب على عقد الزواج أي أثر بعد انتهائه¹، فهو يركّز على الحضانة في مرحلة قيام العلاقة الزوجية، بينما تأخذ علاقة الوالدين بالأبناء منحى مستقلا سواء كان ذلك أثناء قيام الزواج أو بعد انحلاله²، وأنه عند تكييف الحضانة لابدّ من أخذ مجموعة من الأمور بعين الاعتبار، وهي بعيدة كل البعد عن عقد الزواج، منها سنّ الطفل ومصالحته وعلاقته بطالب الحضانة وبمن ينازع فيها، وبالتالي الابتعاد عن تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على الحضانة³.

2 - تطبيق القانون الذي يحكم آثار انحلال الزواج على الحضانة

كيف جانب من الفقه⁴ الحضانة على أنها من آثار انحلال الزواج سواء بالطلاق أو التطلق أو الانفصال الجسماني⁵، مما يتعيّن إخضاعها للقانون المطبق على هذه الآثار، ولا يمكن إخضاعها في التطبيق إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج، لأنّ العلاقة الزوجية انتهت⁶، فوفقا لهذا التكييف تخضع الحضانة لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطلق أو الانفصال الجسماني⁷.

¹ - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 199.

² - عزت محمد علي البحيري، « القانون الواجب التطبيق على الحضانة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي »، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، عدد 25 / 2007، ص 463.

³ - جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 1969، ص ص 383 - 384.

⁴ - LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), Droit international privé , 2ème édition , Dalloz , Paris , 1988 , n°334 , p p 532 -533 .

أنظر أيضا:

- ISSAD (Mohand), Droit international privé , les règles de conflits , 2ème édition ,O P U , Alger , 1983 , p 248.

⁵ - يقصد بالانفصال الجسماني: المباعدة المادية بين أطراف العلاقة الزوجية، فهو نظام تنقطع بسببه المعيشة المشتركة بينهما دون حل عقدة النكاح في الحال، ولكنه قد يكون سببا للطلاق إذا استمر لمدة معينة والتي تختلف من قانون لآخر، وهو مخالف للنظام العام في الدول العربية، منها الجزائر.

- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين..... مرجع سابق، ص 178.

⁶ - مسعودي يوسف، « تنازع القوانين في مادة الحضانة »، مداخلة مفاة في إطار الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثابت و المتغيرات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014، ص 25.

⁷ - وهذا ما أخذت به اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية الموقعة بالقاهرة في 27 ماي 1998 التي تنص في المادة 9 منها على أنه " يطبق على انقضاء الزواج وآثاره قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج جنسيته وقت الطلاق أو عند رفع دعوى التطلق أو الانفصال " .

وحسب الفقه الغربي قاعدة الإسناد الخاصة بانحلال الزواج هي التي تحكم آثار هذا الانحلال، ومن بين هذه الآثار علاقة الزوجين السابقين بالأولاد أي الحضانة¹، علماً أنّ إعمال القانون المختص في هذه الحالة حسب بعض الفقه مقيد بشرطين أولهما، إذا كان أحد الزوجين عربياً وقت الزواج فإن القانون العربي هو وحده الواجب التطبيق حتى ولو تحصل العربي على جنسية دولة أخرى في الفترة ما بين إبرام الزواج وبين حصول الطلاق أو رفع الدعوى، وثانيهما عدم تعارض أحكام القانون الأجنبي المختص مع النظام العام المعمول به محلياً².

إذا كان الشرط الثاني قد يحصل حوله اتفاق، إذ من الضروري مراعاة عدم مخالفة القانون الأجنبي المختص للنظام العام المعمول به داخلياً إلا أنّ الشرط الأول سيكون محل نقاش، لأنه يكرس امتياز العروبة ويخالف مبادئ القانون الدولي الخاص³، كما أنّ تطبيقه سيؤدي إلى نتائج سلبية تؤثر على وضعية المحضون، نتيجة رفض القضاء الغربي منح الصيغة التنفيذية للأحكام القضائية التي صدرت بناء على هذا الاعتبار.

إنّ الربط بين الحضانة وآثار الطلاق أو التطلق أو الانفصال الجسماني حسب هذا الاتجاه الفقهي يسمح بخضوع هذه الآثار جميعاً لقانون واحد، وهو قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى بحسب الأحوال⁴، وأنّ القانون الذي يحكم هذه الآثار هو نفسه القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية، وبالتالي يتحقق معه وحدة القانون المطبق على انحلال الرابطة الزوجية وآثارها⁵.

انتقد هذا الاتجاه الفقهي الذي ينادي بتطبيق القانون الذي يحكم آثار انحلال الزواج على الحضانة بعدم مراعاته مصلحة المحضون، التي تقتضي عدم الربط بين آثار انحلال الزواج والحضانة، لأنّ الأخذ بذلك يؤدي في غالب الأحيان إلى تغيير القانون المطبق على الحضانة بتغيير القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، نتيجة تغيير جنسية الأب،

¹ - عبد المنعم رياض فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 219.

² - اللّافي محمد مبروك، مرجع سابق، ص 139 - 140.

³ - دريسي جلييلة، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط....، مرجع سابق، ص 28.

⁴ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين.....، مرجع سابق، ص 354.

⁵ - جابر جاد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 354.

مما يهدد الاستقرار المطلوب لتنشئة الأطفال¹، فلا يمكن اعتبار الحضانة كأثر من آثار انحلال الزواج، فالطلاق ينهي العلاقة الزوجية في حين تستمر الحياة القانونية للطفل².

3 - تطبيق القانون الذي يحكم آثار النسب على الحضانة

اتجه غالبية الفقه³ إلى تكييف الحضانة على أنها أثر من آثار النسب وبالتالي خضوعها للقانون المطبق على هذه الآثار، باعتبار أن هذه الأخيرة تمتد إلى الحقوق والواجبات المتبادلة بين الأب والابن بما فيها الولاية على النفس، وأن الحضانة هي المرحلة الأولى من مراحل هذه الولاية، ومن ثم فلا تعدّ الحضانة من آثار انعقاد الزواج ولا من آثار انحلاله بل هي من آثار النسب⁴.

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ تكييف الحضانة يجب أن يخضع للشريعة الإسلامية⁵، ويرجع ذلك للاعتبارات التالية، أنّها القانون العام للأحوال الشخصية في جل الدول الإسلامية، وأنّ الرجوع إلى الشريعة الإسلامية أيسر للقاضي، بالنظر إلى ما بذله فقهاء الشريعة الإسلامية من جهد في تبسيط وإيضاح مبادئ وأحكام الحضانة، كما أنّ الرجوع إلى الشرائع غير الإسلامية في التكييف يقود غالباً إلى نتائج لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، ضيف إلى ذلك أنّ الاستناد إلى الشريعة الإسلامية في التكييف أمر تفرضه

¹ - صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2004 ، ص 99.

² - BOYE (Abdelkader) ، Les mariages mixtes en droit international privé sénégalais ، thèse pour le doctorat ، 3ème cycle ، Université en droit d'économie et de science sociale ، paris ، 1979 ، p 180.

³ - وهو الفقه المصري نذكر منهم : - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 330-332. - فهمي محمد كمال، مرجع سابق ، ص 556. - هشام علي صادق ، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 564-565.

⁴ - عزت محمد علي البحيري ، مرجع سابق ، ص 466.

⁵ - هشام علي صادق ، تنازع القوانين، مرجع سابق ، ص 565. أنظر كذلك: - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص 331 .

- اختلف الفقه المصري حول هذه المسألة ، إذ ذهب رأي إلى القول أنه إذا كانت المسألة تدخل في مجال الشريعة الإسلامية وجب الرجوع إليها في التكييف ، أما إذا كانت المسألة من المسائل المستتناة التي نظمها المشرع بنصوص خاصة أو سمح بالنسبة لها بالرجوع إلى أحكام الشرائع المليية والطائفية، تعين على القاضي الرجوع في التكييف إلى النصوص التشريعية التي تحدد أوصافاً معينة أو إلى الشريعة المليية أو الطائفية التي منحها المشرع الاختصاص بحكم هذا النوع من المسائل في ضوء المبادئ السائدة في الشريعة الإسلامية، لكونها الشريعة العامة الواجبة التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية العربية.

- للتفصيل أكثر أنظر - صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 276 - 278.

السياسة التشريعية التي تستلزم إتباع مسلك موحد اتجاه تكييف المسائل ذات الطابع الدولي، منها حضانة أبناء الزواج المختلط، إذ لا يكون مقبولا وجود تكييفات مختلفة لذات المسألة¹.

يؤيد القضاء المصري الغالب هذا النظر، مؤكداً أن الشريعة الإسلامية هي المرجع في تحديد طبيعة المسألة المعروضة في مجال علاقات الأسرة المتضمنة عنصراً أجنبياً، بوصفها الشريعة صاحبة الولاية العامة في مصر في مسائل الأحوال الشخصية².

وبالرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية يتضح أن للأولاد حقوقاً ولهم علاقات بالوالدين تستقل بكيانها وأحكامها، بصرف النظر عن علاقة الوالدين فيما بينهما، سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد انحلالها، ومن ثم فإنّ حقوق الأولاد وعلاقتهم بالوالدين ليست من آثار انعقاد الزواج ولا انحلاله .

ومن بين هذه الحقوق ولاية التربية الأولى، وهي الحضانة³ التي اختلف بشأنها الفقه الإسلامي، إذ اتجه جانب من هذا الفقه إلى اعتبارها حقاً للحاضن فقط، في حين اعتبرها البعض الآخر حقاً للمحضون فقط، أما الفريق الثالث فيميل إلى اعتبارها حقاً للحاضن والمحضون معاً⁴.

¹ صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب.....، مرجع سابق، ص 16.

² هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص 83 .

³ بالإضافة إلى حق الأولاد في ثبوت النسب والحق في النفقة وولاية الحفظ التي تبدأ بانتهاء ولاية الحضانة .

عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 331.

⁴ أجمع الفقهاء المسلمون أنّ في الحضانة ثلاثة حقوق، حق الأم وحق الصغير وحق الأب، وأن التوفيق بين هذه الحقوق واجب إذا أمكن، أمّا إذا تعذر فذهب البعض من الفقه وهو رأي المالكية والحنفية على المشهور وغيرهم إلى القول أنّ الحضانة حق للحاضنة، ويترتب على ذلك أنّها لا تجبر على الحضانة ولها أن تمتنع عن ذلك بالتنازل عن حقها، وفي هذه الحالة لا تجبر عليها إلاّ لسبب شرعي خاص، حيث لا يوجد حاضن آخر يقوم مقامها في أمور الحضانة على وجهها الشرعي الصحيح .

ويرى أصحاب الفريق الثاني أنّ الحضانة حق للمحضون مستنديين في ذلك إلى قوله عز وجل " و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة "، فإن كان نص الآية قد ورد على سبيل الاختيار إلاّ أنّه يراد بها الأمر، ومن ثم فلا يصح إسقاط الحضانة عن الأم لأنها حق للمحضون، والإنسان إنّما يملك إسقاط حقه لا إسقاط حق غيره .

في حين وجد اتجاه آخر يجمع بين الاتجاهين السابقين بقوله أنّ الحضانة حق للأم والمحضون معاً، فإن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم وإن لم يوجد فليس لها الامتناع، وأنّ حق المحضون أقوى، لأن مصلحته مقدمة على مصلحة والديه .

– أنظر في هذا الصدد- هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقات الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر – الإمارات، 2013، ص ص 69- 71 .

وأن ثبوت هذا الحق لا يتوقف على قيام العلاقة الزوجية أو على انحلالها¹.

وبناء على ذلك فإن الحضانة لا تخضع لقاعدة الإسناد الخاصة بآثار انعقاد الزواج أو تلك المتعلقة بآثار انحلاله، بل تخضع لقانون جنسية الأب²، باعتباره رب الأسرة والقائم على شؤونها قانونا والمنوط به تأمين حياة الأولاد ورعاية شؤونهم³.

إن خضوع الحضانة لقانون جنسية الأب يرجع أساسا إلى أنّ الأب هو الذي أوجد الابن، وأنّ إثبات البنوة يهّم الأب أكثر من الابن⁴، بالإضافة إلى تحقيق وحدة القانون في جملة من المسائل المتصلة بشؤون الأبناء اتصالا وثيقا وهي البنوة الشرعية والولاية على النفس ومن ثمّ الحضانة⁵.

تجدر الإشارة إلى أنّ القانون الذي يحكم البنوة الشرعية والذي يعطي لقانون جنسية الأب الأولوية لاعتبارات تتعلق أساسا بأن البنوة تخلق رابطة قانونية بين الابن ووالده، أي علاقة تنجم عنها حقوقا والتزامات هو فقط رأي فقهي بخصوص القانون الواجب التطبيق على هذه البنوة، لأن هذه الأخيرة مختلف بشأنها، لذلك فإن القول بإخضاع الحضانة لقانون جنسية الأب لا يكون دائما هو القانون المختص بحكمها⁶.

أمّا فيما يتعلّق بالوقت الذي يعتدّ فيه بجنسية الأب فهو وقت ميلاد الابن، لأنّه الوقت الذي تتكون فيه رابطة النسب⁷.

¹ - فهمي كمال ، مرجع سابق ، ص 564.

² - اللافي محمد مبروك ، مرجع سابق ، ص 140.

³ - صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 355.

⁴ - مرجع نفسه.

⁵ - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 332.

⁶ - دريسي جليّة، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط ، مرجع سابق ، ص 32 .

⁷ - هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 565 .

غير أنّ خضوع الحضانة لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الابن قد يؤدي إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق على الحضانة لتعدد الأبناء الذين قد يحصلون على جنسيات مختلفة إذا ما غير الأب جنسيته¹.

لذلك يرى البعض أنه من الأفضل الاعتراف بجنسية الأب وقت انعقاد الزواج، لأنّه الوقت الذي أصبح فيه الأب ربّاً للأسرة حتى قبل وجود الأبناء².

لكن الاعتراف بقانون جنسية الأب وقت انعقاد الزواج باعتبار النسب أثر من آثار انعقاد الزواج يجعل من الحضانة أثراً من آثار انعقاد الزواج، وهذا ما سبق وأن فنده هذا الاتجاه الفقهي .

ولو ابتعدنا عن قانون جنسية الأب وقت ميلاد الابن أو وقت انعقاد الزواج وأخذنا بقانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى فقد يحصل تحايل على القانون، وذلك بتغيير الأب لجنسيته بهدف الاستفادة من قانون دولة معينة ليس له أيّ علاقة بالنسب، لذلك من المستحسن تطبيق قانون جنسية الأب على الحضانة دون تحديد الوقت، معتمدين في ذلك على سلطة القاضي التقديرية أفضل من إعمال وقت معين، وذلك بتقدير كل حالة على حدى³ .

الملاحظ أنّ هذا الاتجاه الفقهي يدخل تحت لواء الاتجاه القائل بأن الحضانة أثر من آثار انعقاد الزواج، وأنّ الفارق بينهما فارق صياغي، لأنه لمّا كان من النادر أن يغير الزوج (الأب) جنسيته في الفترة ما بين إبرام الزواج وإنجاب الأولاد فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الزوج (الأب) وقت إبرام الزواج أو ميلاد الابن الذي هو في ذات الوقت قانون الأسرة القائمة، أمّا بعد انحلال الزواج فقد تفككت الأسرة ولا يكون لذلك القانون ما يدعم قدرته على تأمين حماية المحضون⁴ .

¹ - شيعان فراس كريم و نعيمش نعمة، « تنازع القوانين في الحضانة، دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة »، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بابل، العراق، عدد 1/ 2013، ص 164.

² - عزت محمد علي البحيري، مرجع سابق، ص 471.

³ - شيعان فراس كريم و نعيمش نعمة، مرجع سابق، ص 165 .

⁴ - صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب.....، مرجع سابق، ص 100.

أيد هذا الاتجاه الفقهي الدكتور عكاشة محمد عبد العال إذ اعتبر أن الحضانة من آثار النسب وبالتالي تخضع لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الابن، غير أنه يرى إذا كان للأب وقت ميلاد الابن جنسيتان إحداها وطنية والأخرى أجنبية وأريد البحث عن القانون الذي يحكم الحضانة وطرح أمر المفاضلة بينهما، فإنه يتعين أن يكون الفاصل في الاختيار بينهما هو القانون الذي يحقق حماية أفضل للمحضون، وهي الغاية التي ترمي إليها قاعدة الإسناد دون الالتفات لرابطة التبعية التي تربط الأب بدولته كونه يحمل جنسيتها¹.

إن القول بتكليف الحضانة كأثر من آثار النسب وبالتالي خضوعها للقانون الذي يحكم هذه الآثار هو قول منتقد، لأنّ النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الأبناء وثبوت نسبهم ولا علاقة له برعايتهم، لذلك تعتبر الحضانة أثر مستقل بذاته، يتولى القانون تحديدها من حيث مصدر الالتزام بها وآثارها²، كما أن النسب لاسيما النسب الشرعي يترتب على وجود عقد زواج صحيح، لهذا يرجح وضعه كأثر من آثار انعقاد الزواج وبالتالي خضوعه لقاعدة الإسناد التي تحكم هذه الآثار.

كما يؤخذ على هذا الاتجاه الذي يخضع الحضانة لقانون الأب باعتباره رب الأسرة مخالفته لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، كما هو سائد في المجتمع الدولي، فالإسناد إلى قانون الأب يقيم تمييزا بين الأب والأم، وهذا ما يشكل تعارضا مع اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة³.

بعد عرض الاتجاهات الفقهية الثلاثة السالفة الذكر يلاحظ أنه سواء اعتبرنا الحضانة أثرا من آثار انعقاد الزواج أو من آثار انحلال الزواج أو من آثار النسب ففي كل الحالات النتيجة واحدة من حيث القانون الواجب التطبيق على الحضانة، وهو قانون جنسية الزوج (الأب) كقاعدة عامة لأن مسألة الحضانة لا تطرح إلا بالنسبة للبنوة الشرعية الناجمة عن الزواج الصحيح .

¹- عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2007 ، ص 684 .
²- فراس كريم شعان و نعمة نعيمش ، مرجع سابق ، ص 164 . أنظر كذلك: - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، مرجع سابق ، ص 199 .
³- الحكيم يونس ، « مركز الطفل المحضون في القانون الدولي الخاص المغربي » ، المجلة المغربية للدراسات القانونية والاقتصادية ، عدد 03/أفريل 2017 ، ص 57 .

غير أنّ الاختلاف يبقى فيما يتعلق بضبط الوقت الذي يعتدّ فيه بجنسية الزوج أي الأب، والذي هو انعقاد الزواج في حالة اعتبار الحضانة أثرا من آثار انعقاد الزواج أو وقت الطلاق أو رفع الدعوى في حالة اعتبار الحضانة أثرا من آثار انحلال الزواج .

لكن هذا الاختلاف يزول إذا علمنا بأن إعمال القانون في كل الحالات مقيد بالاستثناء الذي بمقتضاه يكون القانون العربي وحده واجب التطبيق على الحضانة إذا كان أحد الزوجين عربيا، إذ يصبح ضبط الوقت الذي يعتدّ فيه بجنسية الزوج واحد وهو وقت انعقاد الزواج حتى وإن تحصل هذا الزوج على جنسية دولة أخرى¹.

هكذا تتفق هذه الاتجاهات على تبني ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة وهو جنسية الزوج مهما كان تكييفهم للحضانة .

4- تطبيق القانون الذي يحكم الولاية على المال على الحضانة

ذهب رأي ضعيف في الفقه القديم إلى تكييف الحضانة على أنها ولاية على مال الصغير، وأنّ تنازع القوانين الذي قد ينشأ بعد الطلاق بشأن الحضانة يتصل أساسا بالقانون الذي يحكم الولاية على مال الصغير، وانتهى إلى إخضاع كل من المسألتين لقانون واحد وهو قانون جنسية الشخص الذي يجب حمايته، أي قانون جنسية الطفل².

من بين الانتقادات التي وجهت لهذا الاتجاه الفقهي أنه لا محل لقياس الولاية على النفس بالولاية على المال، إذ أنّ أحكام كل منهما تبني على اعتبارات غير الاعتبار التي تبني عليها الأخرى³.

¹ - يوسف فتيحة عمار ، « قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري » ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ، الجزء 37 ، عدد 2 /1999 ،ص 117 .

² - عزت محمد علي البحيري ،مرجع سابق ،ص 465 .أنظر كذلك: - صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين.....،مرجع سابق، ص ص 356- 357 . - خوادجية سميحة حنان ، « تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر » ، مداخلة لمقابلة في إطار الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة بجاية، 2014، ص 222 .

³ - إشوي عماد ، « تنازع القوانين في الحضانة ، دراسة مقارنة » ، مداخلة لمقابلة في إطار الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة بجاية، 2014، ص 203 .

إنّ هذا الرأي هو أكثر الآراء بعدا عن الصواب ، إذ أنّ المقصود من الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية هو ضم الطفل إلى من له الولاية على نفس الطفل بهدف إتمام تربيته التي ابتدأت بالحضانة والعمل على حفظه وصيانتة ،بينما يراد بالولاية على المال حفظ مال الصغير¹.

يلاحظ أنّ هذا الاتجاه قد حذا حذو الاتجاهات الفقهية السالفة الذكر من حيث اعتماده على ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة ،غير أنه أخذ بجنسية الطفل بخلاف الاتجاهات الأخرى التي أخذت بضابط جنسية الزوج.

ورغم هذا الخلاف في تكييف الحضانة والقانون الذي يحكمها إلا أنّ معظمهم يركّز على ضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، بخلاف جانب من الفقه الذي سار في اتجاه معاكس من خلال تركيزه على ضوابط إسناد أخرى ، فنأدى البعض بتطبيق قانون الموطن الفعلي أو الاعتيادي للطفل ،وذهب البعض الآخر إلى القول بتطبيق القانون الأصلح للطفل كما يلي بيانه .

5 - تطبيق قانون الموطن الفعلي أو الاعتيادي للطفل على الحضانة

تحقيقا لمصلحة المحضون التي تعتبر من المبادئ الأساسية المتعلقة بالنظام العام، وجد اتجاه في الفقه الانجليزي ينادي بتطبيق قانون الموطن الفعلي أو الاعتيادي للطفل على مسألة الحضانة ذات العنصر الأجنبي، أي القانون الذي تتركز فيه حياة الفرد وعلاقاته بالغير² ،ويمكن للقاضي الاستدلال عليه من خلال الظروف المحيطة بالطفل وعائلته والمجتمع الذي يعيش فيه³ .

¹ - للتفصيل أكثر حول الفرق بين الولاية على النفس و الولاية على المال أنظر - الإمام أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي للطبع و النشر ،مصر ، 1957 ، ص ص 459 - 469.

² - خوادجية سميحة حنان ، مرجع سابق ، ص 222 .

- و هو ما طبقته محكمة شرق برلين الابتدائية في قضية Josef Jundeff البولندي الجنسية ضد مطلقة الإسرائيلية الجنسية ، وأيدته محكمة استئناف Kammergericht في ديسمبر 1973 ، بشأن إلزام مطلقة المدعي برد طفليهما إلى ألمانيا بعد أن هربت بهما إلى إسرائيل ، حفاظا على مصلحة الأولاد في أن يكونوا في رعاية أبيهم وحق الأب في رؤية أولاده، تطبيقا للقانون الألماني باعتباره قانون الموطن المألوف والعادي الذي ولد وعاش الأطفال فيه.

- صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين ،...، مرجع سابق ،ص ص 358 - 359.

³ - مسعودي يوسف ،مرجع سابق ،ص 25.

ويستند هذا الاتجاه لتدعيم موقفه في أنّ الحضانة تؤثر على الحالة الشخصية للمحضون، وأنّ المعتاد أن تخضع المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية لقانون المكان الذي يتوطن فيه الشخص¹.

6- تطبيق القانون الأصلح للطفل على الحضانة

ذهب اتجاه قوي في الفقه الحديث إلى القول بأن القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو القانون الأصلح لحماية الطفل وتأمين رعايته، فهذا الاتجاه يغلب حق المحضون على حق الحاضن في النزاع، ويقضي بتطبيق القانون الذي يحقق أفضل مصلحة للمحضون². يرى جانب من هذا الفقه أنّ تطبيق القانون الأصلح للمحضون ينحصر في البحث بين كل من القانون الواجب التطبيق على آثار الطلاق والقانون الشخصي للطفل، أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته.

يبرر القانون الأول على أساس أن مشكلة الحضانة وكما يدل ذلك الواقع القضائي لا تثور إلاّ عندما يثور النزاع بشأن انحلال الرابطة الزوجية، ويبدو البحث عن حلها كأثر من آثار انحلال الزواج، أما القانون الثاني وهو القانون الشخصي للطفل فيبرر بأنه بعد الطلاق يكون الطفل مركز الثقل والخطورة في الوضع القانوني الناشئ بخصوصه، وهو وضع يمس حالته، وفي إطاره يتم بحث عدة أمور منها سن المحضون وعلاقته بطالب الحضانة ومن ينازع فيها وأهمها مصلحة المحضون البحثة³.

إن اعتماد هذا الاتجاه الفقهي على ضابط المصلحة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة جعلنا نتساءل عن مفهوم هذا الضابط، ومما لاشك فيه أنّ مصلحة المحضون مفهومها واسع وفضفاض وغير محدد المعالم.

إذا كان جانب من هذا الفقه يرى أنّ تطبيق القانون الأصلح للطفل ينحصر في البحث بين القانون الذي يحكم آثار انحلال الزواج والقانون الشخصي للطفل، فإنّ السؤال

¹ - صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب....، مرجع سابق، ص ص 102 - 103.

² - عزت محمد علي البحيري، مرجع سابق، ص 467.

³ - مسعودي يوسف ، مرجع سابق، ص 25.

الذي يطرح نفسه يكمن في كيفية التحقق من تواجد مصلحة المحضون من عدمها بين هذين القانونين ؟ إذ يجب عدم ربط البحث عن هذه المصلحة بهاذين القانونين فقط ،فقد تتواجد هذه المصلحة في قانون آخر كقانون الموطن الفعلي أو الاعتيادي للطفل والذي يعتبره أنصاره هو المتوافق مع مصلحة الطفل ¹.

الفرع الثاني

اختلاف تشريعات الدول حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة

اختلفت التشريعات العربية والغربية حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الزواج المختلط ،وهذا ما أدى إلى إثارة مشكل تنازع القوانين حول الحضانة ،ولعل ما يزيد من حدة هذا الإشكال غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في أغلب هذه التشريعات ،مما يجعل تحديد هذا القانون متوقفا على تكييف القاضي، على خلاف ما هو عليه الحال في التشريعات التي تضمنت قاعدة إسناد خاصة بها.

وعليه سنتناول (أولا) تخصيص بعض التشريعات لقاعدة إسناد خاصة بالحضانة، ثم غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في معظم التشريعات وموقف القضاء من ذلك (ثانيا).

أولا- تخصيص بعض التشريعات لقاعدة إسناد خاصة بالحضانة

خصت بعض التشريعات العربية كالتشريع التونسي والكويتي والقطري والعراقي² مسألة الحضانة في الزواج المختلط بقاعدة إسناد خاصة تبين القانون الواجب التطبيق عليها.

إن انتشار مبادئ حقوق الطفل والاعتماد على قواعد الاسناد التخييري تجعل من مصلحة الطفل كمعيار موضوعي يعطي الاختصاص للقانون الذي يحقق أفضل حماية له، والذي يتعين على القاضي أخذها بعين الاعتبار كذلك لاختيار القانون الأفضل لحمايته واستبعاد القانون الذي لا يحقق هذه الحماية³، وهو ما تبناه المشرع التونسي الذي أخضع

¹ - دريسي جليلة، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، مرجع سابق ، ص 34.

² - جاء ذكر هذه التشريعات العربية على سبيل الحصر، لأننا لم نجد تشريعات أخرى تضمنت قاعدة إسناد تبين القانون الواجب التطبيق على الحضانة ضمن قواعد تنازع القوانين الواردة في قانونها .

³ - الحكيم بونس ، مرجع سابق ، ص 57 .

الحضانة بموجب الفصل 50 من مجلة القانون الدولي الخاص¹ إلى القانون الذي وقع بمقتضاه حلّ الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، إذ يتميز هذا النص القانوني بإقراره لقاعدة تنازع اختيارية، وإذا كان هذا يطرح إشكالات بالنسبة للقاضي للمفاضلة بينهما، إلا أنه لحل هذا الإشكال اقتضت الفقرة الثانية من نفس الفصل تطبيق القاضي القانون الأفضل للطفل².

قد يفهم من هذا الفصل أنّ الحضانة أثار من آثار انحلال الزواج، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكمه، ويعتبر هذا الحل كضابط إسناد أصلي، وفي حالة عدمه يطبق القاضي القانون الشخصي للطفل أو قانون موطنه، مع منح القاضي مجالاً واسعاً لتطبيق القانون الأفضل للطفل³.

أمّا المشرع الكويتي فقد أخضع الحضانة لقانون جنسية الأب، إذ تنص المادة 43 من قانون سنة 1961⁴ على أنّه " يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة ".

ولقد بينت المذكرة الإيضاحية لهذه المادة الأسباب التي دعت إلى الأخذ بقاعدة الإسناد التي تضمنتها فنصت على أنه " ولما كانت الولاية على النفس فرعاً من البنوة، فإن القانون الذي يسري في شأنها هو قانون جنسية الأب، فيحدد هذا القانون ولاية الأب على ابنه الصغير، وما يملك عليه من حق التأديب، وما يقع على عاتقه من واجب التربية، وغير ذلك مما يتعلق بالولاية على النفس، ولما كانت الحضانة هي المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس وجب أن تخضع للقانون الذي تخضع له الولاية وهو قانون جنسية

¹ - قانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 المتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسية السالف الذكر .

² - الورفلي أحمد ، « الزواج المختلط ومصالحة المحضون ، لمحة عامة » ، مجلة القضاء والتشريع ، تونس ، عدد 1 / جانفي 2001 ، ص 103 .

³ - درية أمين ، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج و انحلاله ، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان ، 2008 ، ص 54 .

⁴ - القانون الكويتي رقم 5 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي المعدل، السالف الذكر .

الأب، فيتوحد بذلك القانون الذي يسري على البنوة الشرعية والولاية على النفس والحضانة، وهي مسائل ثلاث يتصل بعضها ببعض اتصالاً وثيقاً¹.

اتّبع المشرع القطري نفس النهج الذي سار عليه المشرع الكويتي، إذ تنص المادة 20 من القانون المدني القطري² على أنه " يسري قانون جنسية الأب في المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية على النفس والحضانة ".

مادام كلا من التشريع الكويتي والقطري قد أخضع الحضانة لنفس القانون الذي تخضع له الولاية على النفس، فإن هذين التشريعين يسعيان إلى توحيد القانون الذي يحكم الحضانة والقانون الذي يحكم الولاية على النفس، نظراً لارتباط الحضانة بالولاية على النفس ارتباطاً وثيقاً، لأن الحضانة ما هي إلا المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس.

تبنى القانون العراقي موقفاً متميزاً حيث أنه لم يورد قاعدة اسناد خاصة بالحضانة إلا أنه جمع كل المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد بقاعدة اسناد واحدة وأخضعها لقانون جنسية الأب بموجب المادة 19/فقرة³ من القانون المدني العراقي، وعلى هذا يمتد نطاق قانون جنسية الأب ليشمل كل ما يتعلق بالحضانة ومدتها وسقوطها وأجرتها ومراتبها، إلا أن هذا القانون يتعطل إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج طبقاً للمادة 19/فقرة⁴ 5 من القانون المدني العراقي⁵.

نلاحظ أنّ هذه التشريعات أخضعت الحضانة لقانون جنسية الأب دون تحديد وقت الاعتماد بجنسية الأب، إن كان وقت انعقاد الزواج أو وقت ميلاد الولد أو وقت رفع الدعوى،

¹ - إشيوي عماد ، مرجع سابق ،ص 211 .

² - قانون رقم 22 لسنة 2004 المتضمن القانون المدني القطري السالف الذكر .

³ - تنص المادة 19 /فقرة 4 من القانون المدني العراقي على أن " المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب " .

⁴ - تنص المادة 19 فقرة 5 من القانون المدني العراقي على أنه "في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده " .

⁵ - غالي كحلة ، « الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط » ،مجلة القانون ،معهد العلوم القانونية والإدارية ،المركز الجامعي بغيليزان ، عدد 2017/09 ،ص 165 .

وبالتالي ترك أمر ذلك لسلطة القاضي التقديرية لتقدير وفحص كل حالة على حدى وفقا لما يحيط الدعوى من ظروف وملابسات.

حسن ما فعلت هذه التشريعات بنصها على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، وهذا لحسم الخلاف الفقهي في تكييف الحضانة، وبالتالي الاختلاف في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، فضلا عن تجنب صدور أحكام قضائية متباينة في الدولة الواحدة.

ثانيا- غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في معظم التشريعات وموقف القضاء من ذلك

لم تخصّ أغلب التشريعات العربية على غرار التشريع الجزائري والمغربي والسوري والمصري و اللبناني.... الخ مسألة الحضانة بقاعدة إسناد صريحة تبين القانون الواجب التطبيق عليها .

وأمام هذا الفراغ التشريعي فإنه في حالة ما إذا ثار نزاع بعد الطلاق حول من له الحق في حضانة الأولاد الناتجين عن زواج مختلط، ولم يجد القاضي ضمن قواعد التنازع في قانونه قاعد إسناد صريحة تحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، بل وجد قواعد إسناد بشأن الزواج والطلاق وآثارهما فيجب عليه التوسع في تحديد مفهوم الفئة المسندة حتى يتمكن من إعطاء الوصف القانوني المناسب، وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة¹.

وبما أن تكييف الحضانة حسب القانون الجزائري يخضع لهذا القانون فإن الحضانة تعد من مسائل الأحوال الشخصية، لأنّ المشرع الجزائري تناولها في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان آثار الطلاق²، وباعتبار الحضانة من آثار الطلاق فإنّه ينطبق عليها قاعدة الإسناد التي تحكم الطلاق³، أي يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للمادة 12 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري، كما يطبق نفس الاستثناء المقرر بشأن الطلاق على الحضانة، أي أنّ القانون الجزائري وحده هو الذي

¹ - صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب.....، مرجع سابق ،ص 12 .

² - أنظر المواد من 62 إلى 72 من الفصل الثالث من قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان آثار الطلاق .

³ - ISSAD (Mohand), op.cit , p 248.

يطبق في حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج حسب نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري .

ينجر عن تطبيق هذا الاستثناء بعض الصعوبات ،فقد يطبق القانون الجزائري على مسألة الحضانة رغم أن الزوجين المنفصلين أجنبيين، وذلك في حالة قيام الطرف الجزائري بتغيير جنسيته بعد انعقاد الزواج، كما توجد حالة أخرى لا يطبق فيها القانون الجزائري ، ومثال ذلك تونسية تزوجت بمغربي وتوطنا في الجزائر نتج عن هذا الزواج ابنا ،ثم تجنست الزوجة بالجنسية الجزائرية ،ثار نزاع حول الحضانة بعد الطلاق ،وبذلك لن يطبق القانون الجزائري لأن الأصل أن يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ،ولن يطبق الاستثناء لأن الزوجة لم تكن جزائرية وقت انعقاد الزواج¹.

وبهذا يصبح الاستثناء المقرر لصالح قانون القاضي عديم الجدوى إذا ما بقي تطبيقه مقترنا بوقت زمني محدد وهو وقت انعقاد الزواج .

إن وجود هذا الاستثناء المتمثل في استثناء قانون القاضي وحده بحكم الحضانة كلما كان أحد مواطنيه طرفاً في العلاقة تطرح مشاكل عديدة طالما أن الاستثناء موجود في تشريعات جل الدول العربية² ،الأمر الذي يؤدي بكل قاضي مطروح أمامه النزاع إلى تطبيق قانونه مباشرة، وهذا ما يؤدي إلى حدوث صعوبات ومشاكل على مستوى تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية إذا كان يستدعي الأمر تنفيذها في دولة محل التنفيذ³.

إن وجود هذا الاستثناء في التشريع الأجنبي يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيلاً من طرف القاضي الأجنبي خاصة إذا كانت الأم أجنبية وأسندت الحضانة لها، وهذا ما يؤدي إلى تربية الطفل على غير الدين الإسلامي ،وهو ما يستشف من الحكم القضائي الصادر عن محكمة ليبرك البولونية بتاريخ 28 نوفمبر 1995 والذي اسند فيه حضانة الطفلة المولودة من أب جزائري وأم بولونية إلى الأم ومنحها السلطة الأبوية وإلزام الأب

¹ - خوادجية سميحة حنان ،مرجع سابق ،ص 225 .

² - المادة 14 من القانون المدني المصري و المادة 14 من القانون المدني الليبي و المادة 15 من القانون المدني السوري ...الخ.

³ - يوسف فتيحة ، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص ،...، مرجع سابق ،ص 195.

بدفع النفقة الغذائية ، والتي كانت محل مراجعة بموجب حكم قضائي صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 04 أبريل 2002¹.

وفي حكم آخر صادر عن محكمة سولنا الابتدائية السويدية بتاريخ 02 ديسمبر 2011 القاضي بفك الرابطة الزوجية بين الزوج الجزائري والزوجة السويدية واسناد حضانة البنيتين إلى الأم السويدية².

تطبيقا لقاعدة الإسناد والاستثناء المقررين بشأن الطلاق على الحضانة نذكر في هذا الصدد قضية طلاق جزائرية و إيطالي، حيث أنّ المحكمة الابتدائية للمدية أقرت بأنّ القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو القانون الإيطالي على أساس المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري، أي قانون جنسية الزوج ، وطعنت الزوجة في حكم المحكمة لدى المحكمة العليا على أساس أنّها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج ولم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، وقررت المحكمة العليا على هذا الأساس نقض هذا الحكم واعتبرت الحضانة من آثار الطلاق تخضع هي كذلك للقانون الجزائري مادام أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج تطبيقا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري³.

وعليه فإنّ قانون الأسرة الجزائري هو الذي يحكم جميع المسائل الموضوعية الخاصة بالحضانة ،فهو الذي يحدد لمن تثبت ،مدتها⁴ ،وكذا انقضائها وسقوطهاالخ .

¹ - غالي كحلة ، مرجع سابق ،ص 163 .

² - مرجع نفسه .

³ - ملف رقم 170082 ، قرار مؤرخ في 17 فيفري 1998 ، غ أ ش ، المحكمة العليا ، المجلة القضائية ، الجزائر ، عدد 2000/1 ، ص ص 167 - 170 .

⁴ - تنص المادة 65 من من القانون رقم 84-11 السالف الذكر المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على أنه "تنقضي مدة حضانة الطفل ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية

على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون ."

-نلاحظ أن سن المحضون المحدد في نص هذه المادة أي مدة انتهاء الحضانة مختلفة عن السن المحدد في قانون الطفل لسنة 2015 عند تعريفه للطفل الذي لا يتجاوز 18 سنة .

تجدر الإشارة إلى أنّ تدابير الحضانة التحفظية تخضع لقانون القاضي مباشرة، أي القانون الجزائري بصرف النظر عن جنسية الخصوم، كطلب الأم الحضانة المؤقتة لأبنائها أو السماح لها بمرافقة المحضون للعلاج، ويرجع إخضاعها لقانون القاضي إلى اعتبار أن القاضي يجد نفسه ملزماً بإيجاد حل سريع ومؤقت للنزاع المعروض أمامه، ولا يستطيع الانتظار لمدة أطول من أجل القيام بعملية التكيف وغيرها من العمليات الفنية اللازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه¹.

هذا وقد أخضع المشرع الجزائري الإجراءات الوقتية لقانون دولة القاضي المعروض أمامه النزاع و ذلك في المادة 21 مكرر² من القانون المدني .

يرى الدكتور زروتي الطيب أنه مادام لا توجد قاعدة إسناد خاصة بالحضانة ضمن قواعد التنازع الجزائرية فإنّ تحديد القانون المختص بحكمها متوقف على تكييفها القانوني بوصفها داخلة في الولاية الشرعية على الأولاد، ولكنها لا تعد أثراً للزواج ولا تعد أثراً لانحلاله، لأنّ هناك حقوقاً وعلاقات بين الآباء والأبناء بغض النظر عن علاقة الوالدين فيما بينهما سواء بوصفهما زوجين أو مطلقين، ومن أهم هذه الحقوق الحضانة، ومراعاة لمصلحة المحضون فإنّه يقتضي إخضاع الحضانة للقانون الشخصي للطفل³.

لكن هناك من يرى أنّه وفي ظل غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في القانون الجزائري يلجأ القاضي الجزائري في هذه الحالة إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص تطبيقاً للمادة 23 مكرر² من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنّه : " تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين"⁴.

¹ - مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 29 . أنظر كذلك: - صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب...، مرجع سابق، ص 140.

² - المادة 21 مكرر المستحدثة بموجب المادة 13 من القانون رقم 05 - 10 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر .

³ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علماً وعملاً....، مرجع سابق، ص 53.

⁴ - بوحية وسيلة، « القواعد الموضوعية و الإجرائية المنظمة للطلاق في قانون الأسرة و القانون الدولي الخاص الجزائري » ملاحظة ملقاة في إطار الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014، ص 51 .

أما بالنسبة للتشريع المصري وفي ظل غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في ق م فقد أوكلت مهمة تكييف الحضانة وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق عليها على عاتق القضاء المصري الذي اختلف في تكييف الحضانة وبالتالي اختلافه في القانون الذي يحكم الحضانة ،علما أنه كان يستند في ذلك إلى إحدى الآراء الفقهية التي قبلت في هذه المسألة ،وهذا ما أدى إلى صدور أحكام قضائية متباينة .

تردد القضاء المصري ما بين اعتبار الحضانة من آثار انعقاد الزواج وبين اعتبارها من آثار الطلاق أو التطلق ،وباعتبار هذه الأخيرة تشمل زيادة على علاقة المطلق بالمطلقة علاقتهما بالأولاد كانت تدفع تردها بواقعة الحال في الدعوى ،وهي كون القانون الواجب التطبيق على آثار انعقاد الزواج هو بعينه القانون الواجب التطبيق على التطلق لعدم تغيير جنسية الزوج ما بين وقت انعقاد الزواج ووقت رفع دعوى التطلق¹.

قضت محكمة القاهرة المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 16 أكتوبر 1951 بتطبيق القانون البريطاني بشأن قضية رفعها زوج بريطاني على زوجته للمطالبة بحضانة الطفل ،إذ جاء فيه " من المقرر فقها وقضاء أنّ القانون الشخصي الذي يطبق على آثار الزواج وأسباب التطلق يتعين تطبيقه على آثار التطلق ،سواء فيما بين الزوجين أو في العلاقة التي بينهما وبين الأولاد ،ومن ثم يكون القانون البريطاني هو الواجب التطبيق "².

وقد نقلت المحكمة هذا عن الفقيه الفرنسي batiffol الذي يرى أنّ القانون الشخصي الذي يطبق على آثار انعقاد الزواج وأسباب الطلاق يجب كذلك أن يختص بحكم الآثار الشخصية للطلاق سواء فيما بين علاقة الزوجين أو علاقتهما بأولادهم ،وذلك بغية تحقيق وحدة القانون وأهميته العملية في تسوية إشكال حاد وصعب يتعلق أساسا بحضانة الطفل³.

¹ - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص..... ،مرجع سابق ، ص 330.-أنظر كذلك :- عز الدين عبد الله ،اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الاسناد في مواد الأحوال الشخصية،مرجع سابق ،ص 26.

² -عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص..... ،مرجع نفسه .-أنظر كذلك: - عز الدين عبد الله ،اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الاسناد في مواد الأحوال الشخصية،مرجع نفسه .

³ - BATTIFFOL (Henri) , Traité élémentaire de droit international privé, nationalité , condition des étrangers , conflits de lois, conflits de juridictions , Librairie générale de droit et de jurisprudence ,Paris , 1949 , n°484 , p 470 .

إنّ هذا الموقف التي تبنته المحكمة المصرية لا يتفق مع القانون المصري الذي خص آثار الزواج بقاعدة إسناد وخص التطبيق بقاعدة إسناد أخرى ، كما أنّ اعتبار الحضانة من آثار الطلاق هو تكييف لا يتفق مع أحكام القانون المصري¹.

لقد واجه القضاء المصري صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، إذ ذهبت محكمة القاهرة في أحكام عديدة إلى تكييف الحضانة على أنها أثر من آثار انعقاد الزواج وبالتالي إخضاعها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج²، وهو نفس الموقف الذي تبنته محكمة الإسكندرية في حكمها الصادر بتاريخ 26 فيفري 1952³.

بخلاف الأحكام السالفة الذكر ذهب القضاء المصري في حكمه الصادر في 25 سبتمبر 1951 إلى تطبيق قانون الطفل في قضية رفعها زوج إيطالي الجنسية أمام محكمة القاهرة للمطالبة بحضانة الطفل، ففي ظل غياب قاعدة اسناد خاصة بالحضانة رأت المحكمة أنه يتعين الرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص تطبيقاً للمادة 24 من ق م م ، التي تعطي للحضانة حكم الولاية على الصغير ،ومن ثم يكون قانون هذا الأخير هو الواجب التطبيق على الحضانة مستندة في ذلك إلى المادة 16 من ق م م⁴.

تردد القضاء المصري في حكمه الصادر في 03 نوفمبر 1953 بين اعتبار الحضانة من آثار الزواج أو اعتبارها من الولاية على الصغير ،وهذا ما يستشف من صياغة الحكم الذي يقضي بأنه " سواء اعتبرت الحضانة أثر من آثار الزواج أم اعتبرت

¹ - هشام علي صادق ، تنازع القوانين....، مرجع سابق ، ص 565.

² -القضايا التي فصلت فيها محكمة القاهرة : القضية رقم 75 لسنة 1950 ،حكمها الصادر في 01 ماي 1951 ،القضية رقم 121 لسنة 1950 ،حكمها الصادر في 12 يونيو 1951 ،القضية رقم 79 لسنة 1951 ،حكمها المؤرخ في 15 يناير 1952 ، القضية رقم 57 لسنة 1951 ،حكمها المؤرخ في 04 مارس 1952 ،القضية رقم 151 لسنة 1951 ،حكمها المؤرخ في 26 فبراير 1952 ،القضية رقم 37 ،حكمها المؤرخ في 18 مارس 1952 . غير منشورة .أشار إليها - عز الدين عبد الله ،اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الاسناد في مواد الأحوال الشخصية.....، مرجع سابق ، ص 27 .

³ - Jugement tribunal d'Alexandrie le 26 février 1952, revue égyptienne de droit international privé, VOL 8, 1992, p 165 .

أنظر أيضا : عبد المنعم رياض فؤاد ، راشد سامية ،مرجع سابق ،ص 220 .

⁴ - القضية رقم 87 لسنة 1950 ،حكم صادر عن محكمة القاهرة بتاريخ 25 سبتمبر 1951 ،وقد تبنت المحكمة نفس الموقف في القضية رقم 75 لسنة 1950 ،حكمها الصادر في 01 ماي 1951 .

- عز الدين عبد الله ،اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الاسناد في مواد الأحوال الشخصية.....، مرجع سابق ،ص 25 .

من العلاقات التي لم يضع لها المشرع قاعدة إسناد ،فيطبق بشأنها مبادئ القانون الدولي الخاص ،ومن هذه المبادئ ما يقضي بإخضاع الحضانة لقانون الشخص الذي يجب حمايته" فطبقت المحكمة على الحضانة قانون جنسية الزوج الذي هو بعينه قانون الطفل، وهو نفس الموقف تبنته ذات المحكمة في حكمها المؤرخ 26 أكتوبر 1953 التي قضت بتطبيق قانون الشخص الذي يجب حمايته - وهو في الدعوى القاصر - على طلب تعيين ولي على نفس القاصر ،استنادا إلى المادة 16 من ق م م¹.

كما ترددت المحاكم المصرية في اعتبار الحضانة من آثار الزواج أو اعتبارها في حكم الولاية على المال في دعوى رفعها بريطاني الجنسية للمطالبة بحضانة الطفل ،فدفعت بواقعة الحال في الدعوى وهي اتحاد جنسية الولد مع جنسية الأب (الزوج) ،مما يجعل القانون الواجب التطبيق لا يتغير سواء طبقت قانون الولد أو قانون الأب ،وهذا ما جاء في حكم المحكمة المصرية الصادر في 01 جانفي 1952² .

ذهب القضاء المصري في بعض أحكامه إلى إعطاء الحضانة حكم الولاية على المال، مستندا في ذلك على الاتجاه الفقهي الذي يكيف الحضانة على أنها ولاية على المال، ففي ظل غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة يتعين الرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص تطبيقا للمادة 24 من ق م م ، وأن هذه المبادئ تقضي بخضوع الحضانة للقانون الذي يحكم الولاية على مال الصغير باعتباره الشخص الذي يجب حمايته، إعمالا لنص المادة 16 من ق م م التي تنص على أنه " يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية و الوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايته"³.

حيث جاء في حيثيات حكم محكمة القاهرة رقم 89 المؤرخ في 2 فيفري 1954 ما يلي " وحيث أنه فيما يتعلق بالحضانة فإنه لا شأن لعقد الزواج بها حتى تعتبر أثرا من الآثار المترتبة عليه ،ذلك أنه يرجع عند بحث أمر الحضانة و صاحب الحق فيها إلى أمور

¹ - عز الدين عبد الله ،اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الاسناد في مواد الأحوال الشخصية،مرجع سابق ،ص 26 .

² - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص،مرجع سابق ،ص 330.

³ - صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين،مرجع سابق ،ص 357.

أخرى متعددة بعيدة كل البعد عن عقد الزواج نفسه، من هذه الأمور صغر سن الصغير ومصلحته وعلاقته بطالب الحضانة....، وعلى ذلك فإنه لا يصح أن ينظر إلى الحضانة باعتبارها أثراً من الآثار التي يترتبها عقد الزواج، وبالتالي لا يصح أن تطبق في خصوصها وفي خصوص صاحب الحق فيها قاعدة الإسناد الواردة في الفقرة الأولى من المادة 13 من القانون المدني المصري بنصها على أنه " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يترتبها عقد الزواج .

حيث واقع الأمر أنه لم ترد في القوانين المصرية قاعدة إسناد معينة بالنسبة للحضانة، ومن أجل ذلك فإن المحكمة ترى أن تأخذ في شأنها بما هو مقرر من جواز تطبيق قانون الصغير الذي يجب حمايته قياساً في ذلك على ما هو منصوص عليه في المادة 16 من القانون المدني المصري من أنه " يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايته " ¹.

وفي حكم آخر صادر في سنة 1976 أين كانت فيه المحكمة المصرية حاسمة في تكييف الحضانة على أنها ولاية على المال وطبقت قانون جنسية الصغير، حيث كانت الدعوى تتعلق بطلب جدة مصرية الجنسية حضانة حفيدها الكويتية من ابنتها المصرية المطلقة من كويتي، باعتبار صغر سن البنت وأنها لم تستغن بعد عن خدمة النساء، وقد طبقت المحكمة القانون الكويتي الذي يطبق أحكام الشريعة الإسلامية ².

جمع القضاء المصري من خلال الأحكام السالفة الذكر بين الولاية على النفس والولاية على المال في مجال أعمال قاعدة اسناد واحدة ³.

غير أنه في أحكام أخرى ذهب القضاء المصري للقول أنّ الحضانة من صميم الأحوال الشخصية، وأنّ حقوق الصغار في علاقتهم بوالديهم لها كيانها المستقل عن علاقة

¹ - جابر جاد عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص ص 383 - 384 . أنظر كذلك: - شيعان فراس كريم و نغيمش نعمة ،مرجع سابق، ص ص 162-163.

² - عزت محمد علي البحيري ، مرجع سابق ، ص 465 .

³ - عز الدين عبد الله ، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الاسناد في مواد الأحوال الشخصية،مرجع سابق ، ص 28 .

الزوجين ببعضهما سواء كان ذلك أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد انحلالها، ورفض إخضاع الحضانة لقاعدتي الإسناد الخاصتين بآثار انعقاد الزواج أو انحلاله¹، كما لا يمكن اعتبارها من قبيل الولاية على المال، إذ لا يمكن قياس الولاية على النفس بالولاية على المال، ثم انتهى للقول أنّ الحضانة حق للصغير وبالتالي تطبيق قانون جنسيته².

لكن الحضانة ليست حقا للصغير فقط، فهي بالإضافة إلى ذلك حق للأم الحاضنة أيضا وبالتالي لا يمكن تركيز النظر عند تكييفها على أنّها حق للمحضون فقط كما ذهب إليه الحكم القضائي المذكور سالفًا، غاية الأمر أنّ حق الصغير أقوى لأنّ مصلحته مقدمة على مصلحة الوالدين، وأنّه يجب العمل بما هو أنفع وأصلح للصغير في باب الحضانة، مما قد يؤدي إلى الحكم بها لغير طالبيها وفقا لتطبيق شروط الحضانة وضوابطها³.

يرى البعض⁴ أنّ الصعوبة التي واجهها القضاء المصري في تعيين قاعدة إسناد خاصة بالحضانة مرجعها أنّ هذا القضاء لم يبسط البحث كافيًا في تكييف الحضانة، وهو البحث الذي تحل على أساسه مشكلة القانون الواجب التطبيق، وأنّ تكييف الحضانة يخضع وفقا للقاعدة العامة في التكييف للقانون المصري وهي هنا الشريعة الإسلامية بوصفها القانون العام للأحوال الشخصية في مصر، وانتهى إلى تفضيل إخضاع الحضانة لقانون جنسية الأب لنفس أسباب تفضيله لحكم نسب الطفل من أبيه والولاية على النفس، وبالتالي تحقيقه ميزة وحدة القانون المطبق على هذه المسائل الوثيقة الصلة ببعضها البعض، وهذا ما أخذت به محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر في 16 ماي 1956⁵.

بعد عرضنا لموقف القضاء المصري من القانون الواجب التطبيق على الحضانة في ظل غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، يمكن القول أنّ اختلافه في تكييف الحضانة على نحو ترتب عليه اختلاف القانون الواجب التطبيق على الحضانة مرده في العمق

¹ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 331.

² - عزت محمد علي البحيري، مرجع سابق، ص 469.

³ - هدى عصمت محمّد أمين، مرجع سابق، ص 69.

⁴ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 331.

⁵ - عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الاسناد في مواد الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 32 .

حرص القضاء المصري على تحقيق أعلى درجة من الحماية للمحضون ،وبالتالي إلحاق الحضانة بالقانون الذي يرى بأنه يوفر حماية أكبر له .

نلاحظ كذلك أن القضاء الجزائري بالمقارنة مع القضاء المصري لم يختلف في تكييف الحضانة والقانون الواجب التطبيق عليها رغم عدم وجود قاعدة إسناد صريحة تبين القانون الذي يحكم الحضانة ،ربّما يرجع ذلك إلى سهوله التكييف القانوني للحضانة، لأنّ المشرع الجزائري كان واضحا في تنظيم الحضانة ضمن آثار انحلال الزواج .

يرى الأستاذ صلاح الدين أنّه إذا كانت الحضانة حق أقوى للمحضون على حق الحاضن فإنّه يرجح وضع قاعدة إسناد يكون ضابط الإسناد فيها مستمدا من جنسية الطفل، وبالتالي يكون القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو القانون الشخصي للمحضون ،أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته باعتباره القانون الأقرب إلى تحقيق مصلحته ،على أن تتحدد جنسيته بوقت رفع دعوى الحضانة، بالنظر إلى أنّ المركز القانوني للأطراف يتحدّد في هذه اللحظة ،وإذا لم يكن له أي جنسية يطبق قانون موطنه¹.

نحن بدورنا نرى أنّه تجنبا لصدور أحكام قضائية متعارضة في نفس الدولة نتيجة غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة وتأثر القضاء خاصة المصري بإحدى الآراء الفقهية التي قيلت حول تكييف الحضانة وتحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة وحسما للخلاف الفقهي حول هذه المسألة فإنّه يتعين على التشريعات العربية التي أغفلت النص على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة كالتشريع الجزائري إحداث نص قانوني خاص وصريح يضع قاعدة إسناد تبين القانون الواجب التطبيق على الحضانة ،والذي يفضل أن يكون القانون الأصلح للطفل ،ورغم اختلاف الدول حول مفهوم هذه المصلحة ،إلا أنه تبقى تربية الابن على الدين الإسلامي من أهم الأسس التي تبنى عليها مصلحة المحضون في القانون الجزائري ومعظم قوانين الدول الإسلامية .

أمّا بالنسبة للتشريعات الغربية العلمانية والتي جاءت خالية من قاعدة إسناد تبين القانون الذي يحكم الحضانة نذكر منها القانون الفرنسي ،فقد أوكلت مهمة تحديد هذا القانون

¹ - صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب ، مرجع سابق ،ص 113.

للقضاء الفرنسي الذي كان يفضل ومنذ فترة طويلة تكييف الحضانة على أنها من آثار انحلال الزواج¹ .

كان الاجتهاد القضائي الفرنسي فعالا في تطبيق قانون الطلاق على الحضانة باعتبارها أثر شخصي للطلاق² ،ويمكن تبرير هذا الحل بسهولة على أساس أن التنازع حول اسناد الحضانة لا يثور إلا بمناسبة انحلال العلاقة الزوجية في القانون الداخلي³ .

لكن و تحت تأثير النقد الموجه إليه من قبل الفقه عدل القضاء الفرنسي عن وجهة نظره ، إذ قرّر تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج والذي هو نفسه القانون المطبق على آثار الطلاق .

لكن سرعان ما استبدل الاجتهاد القضائي الفرنسي سنة 1975 قانون الطلاق الذي يحكم الحضانة بالقانون الشخصي للطفل باعتباره القانون الذي يحقق مصلحة الطفل الذي يعتبر المركز الرئيسي في علاقة الزواج المختلط ،معتبرا مصلحة الطفل ضابطا للإسناد⁴ .

إن الاعتماد على القانون الشخصي للطفل باعتباره القانون الأصلح للطفل يطرح بعض الصعوبات في حالتها ازدواج جنسية الطفل ونقل الجنسية من قبل الأم⁵ .

ومع ذلك يمكن تجاوز هذه الصعوبة من خلال اعطاء الأولوية لجنسية القاضي، والجنسية الأكثر فعالية إذا لم تكن إحدى جنسيات الطفل من جنسية القاضي ،لكن في مسألة الاعتراف بالإجراءات المتخذة في الخارج قرر الاجتهاد القضائي الفرنسي بأن الأولوية المعطاة من طرف القاضي الأجنبي تكون لقانون جنسيته، لكن الخطر الكامن في ذلك هو

¹ – LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre) , op.cit, 1988, p 406 .

- إن اعتبار الحضانة كأثر من آثار الطلاق راجع إلى ربط الديانة المسيحية الحضانة بالطلاق وأنّ الأم أحق بحضانة ابنها إذا لم تكن سببا في وقوع الطلاق باعتبارها الطرف الأشفق على ابنها .

² –AUDIT (Bernard), op.cit , n° 677 bis, p 582.

³ – ibid.

- أنظر كذلك - درية أمين، « تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة » ،دفاتر السياسة و القانون ،جامعة مولاي الطاهر سعيدة ، الجزائر ، عدد 4 / جانفي 2011 ، ص 247 .

⁴ –ibid, n° 677,p 582.

⁵ –BOUKHARI (Ridha) , « La protection de l'enfant en droit international privé tunisien, l'exemple de la garde (ou hadhana) » ,revue québécoise de droit international , Vol 23, n° 1 /2010, p 95.

أن مصلحة الطفل لا تقدر من طرف محاكم كل الدول بطريقة وطنية، بمعنى أن اسناد الحضانة تكون لأحد الوالدين الذي يحمل جنسية القاضي¹.

إن قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في فرنسا هي قضائية وليست تشريعية، وتتمثل في تطبيق نص المادة 309 من ق م ف بصواب الإسناد الثلاثة الواردة فيها أو تطبيق قانون جنسية الطفل²، إذ تنص هذه المادة على أن " الطلاق والانفصال الجسماني يحكم بالقانون الفرنسي :

- إذا كان الزوجان يحملان الجنسية الفرنسية

- إذا كان موطن الزوجية بفرنسا

- إذا لم يعترف أي قانون أجنبي باختصاصه في حين تكون المحاكم الفرنسية مختصة للنظر في الطلاق أو الانفصال الجسماني " .

إن تطبيق القضاء الفرنسي لقاعدة الإسناد الخاصة بالطلاق والانفصال الجسماني على الحضانة والمنصوص عليها في المادة 309 من ق م ف والتي حجزت الاختصاص التشريعي للقانون الفرنسي بمجرد الإقامة فيها، بغض النظر عن حمل الجنسية الفرنسية من عدمها تعترضه صعوبة في إخضاع الحضانة إلى القانون الأنسب لحكمها، نتيجة تزام أكثر من قانون في ذلك، كما في الحالة التي تختلف فيها النظم القانونية ما بين الدولة الفرنسية باعتبارها بلد الإقامة ودولة إسلامية أخرى ينتمي إليها أحد أطراف العلاقة .

ففي الوقت الذي تعدد فيه الدولة الإسلامية بقانونها لحكم الحضانة تعتبر فرنسا الاختصاص التشريعي محجوزا لقانونها لحكم الحضانة نتيجة الإقامة بها رغم أن الطرفين لا يحملان جنسيتها، مما قد يساهم في تحويل العلاقة من قانون الأحوال الشخصية الإسلامي إلى القانون الفرنسي العلماني³ .

¹ - Cass, CIV, juill 1987. Cité par: -AUDIT (Bernard), op.cit , n° 677, p p 582- 583.

² - زروتي الطيب ، اجتهادات القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2014 ، ص 34 .

³ - شيعان فراس كريم ونعيمش نعمة ، مرجع سابق ، ص 171 .

الملاحظ أنه إذا كان ضابط الإسناد الوارد في الفقرة الثانية من المادة 309 من القانون المدني الفرنسي يضمن تطبيق القانون الفرنسي بحكم حضانة أبناء الزواج المختلط لأنه غالبا ما يكون موطن الزوجية بفرنسا إلا أن ضابط الإسناد الوارد في الفقرة الثانية من نفس المادة لا يضمن تطبيق القانون الفرنسي بحكم حضانة أبناء الزواج المختلط، لأن هذا الأخير يبرم بين زوجين مختلفين في الجنسية، في حين تشترط الفقرة الأولى من نفس المادة لتطبيق القانون الفرنسي حمل الزوجين الجنسية الفرنسية المشتركة.

إن غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في أغلب التشريعات وميول قضاء الدول إلى تطبيق قانونه يؤدي في غالب الأحيان إلى طرح مشكل تنازع القوانين بحكم الحضانة وبالتالي صدور أحكام متعارضة .

نذكر على سبيل المثال قضية عبد الله وهو عامل جزائري في فرنسا ، تزوج هناك بفرنسية أنجبت بنتا ، ونظرا للشقاق بين الزوجين عاد عبد الله إلى الجزائر رفقة ابنته التي أصبح عمرها 5 سنوات دون علم الزوجة ، ورفع دعواه أمام القضاء الجزائري طالبا الطلاق وإسناد حضانة البنت إليه ، وفي 5 جوان 2009 قضى له بما طلب ، وفي نفس الوقت استصدرت الزوجة حكما من القضاء الفرنسي في 20 جويلية 2009 قضى فيه بالطلاق وإسناد حضانة البنت لها وإلزام الأب الجزائري بالإنفاق على البنت.

منح القضاء الفرنسي الحضانة للأم الفرنسية ، آخذا في ذلك بضابط جنسية الأم ، فضلا عن ضابط جنسية البنت واستبعد اختصاص القانون الجزائري¹ ، أما القضاء الجزائري فقد طبق قاعدة الإسناد الخاصة بانحلال الزواج².

الملاحظ أن القضاء الفرنسي في هذه القضية ابتكر ضوابط الإسناد الذي تؤدي إلى تطبيق قانونه على الحضانة .

¹ - زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص و عملا...، مرجع سابق ، ص ص 53 - 54.

² - المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري .

- إذا كانت الأم لها الأولوية في حضانة ابنتها طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة الجزائري إلا أن القضاء الجزائري يمنح الحضانة للأم الفرنسية ولو كانت غير مسلمة ، شرط الإقامة في الجزائر لضمان تربية الابن على دين أبيه ، أي الدين الإسلامي ، ولما كانت زوجة عبد الله مقيمة في فرنسا فقد منح القضاء الجزائري حضانة الابن إلى الزوج عبد الله .
- سنتناول هذه النقطة بالتفصيل عند دراستنا لإشكال تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بالحضانة .

وفي قضية أخرى تتعلق بحضانة الطفل specht meyer الناتج عن زواج مختلط أم فرنسية و أب ألماني ،وفيها تعارض حكمان أحدهما صادر عن القضاء الفرنسي والثاني صادر عن القضاء الألماني ،فانطلاقا من الاختصاص التشريعي منح القضاء الفرنسي الحضانة للأم الفرنسية وفقا للقانون الفرنسي المختص ،في حين منح القضاء الألماني الحضانة للأب الألماني طبقا للقانون الألماني¹ .

تجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي أخضع التدابير أو الإجراءات التحفظية التي تتخذ بشأن حضانة الأطفال أثناء نظر دعوى انحلال الرابطة الزوجية للقانون الوطني للقاضي بصرف النظر عن جنسية الخصوم، وبصرف النظر إن كانت المحكمة المختصة بنظر دعوى الطلاق أو الانفصال من عدمه أو من حصول الأطراف على حكم بالطلاق أو الانفصال من محاكم أجنبية² .

بالنسبة للقضاء الأوروبي بصفة عامة يمكن القول أنه إذا كان هذا القضاء إلى عهد قريب مجمع على اعتماد ضابط الجنسية بالنسبة لأفراد الجاليات العربية والأجنبية المقيمة فيها لتحديد القانون الذي يحكم نزاعاتهم في مسألة الحضانة، وهو ما كان يجعل ارتباط المهاجرين بقوانينهم الوطنية في مجال الأحوال الشخصية كبيرا جدا ،فإنه أمام التزايد الكبير لعدد المهاجرين وما ترتب عنه من إكراهات وصعوبات عمدت إلى توظيف معيار الموطن أو الإقامة الاعتيادية للطفل لتجاوز التعقيدات وتصادم القيم الحضارية³، وهذا ما ذهبت إليه محكمة أمستردام الهولندية في حكم لها والذي أعطت بمقتضاه الحضانة للأم بناء على ضابط الإقامة الاعتيادية للطفل⁴.

¹ - زروتي الطيب ، « حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص » ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، الجزء 41 ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ،عدد 2000/1 ،ص 162 .

² - دربة أمين ، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ،ص 53 . أنظر كذلك : - صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، مرجع سابق ،ص ص 136 - 137 .

³ - بوعصيبة عبد القادر ، « حق الحضانة و إشكالات التطبيق في المهرج » ، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، و جدة ، محمد الأول ، تطبيق مدونة الأسرة في المهرج ، أشغال ندوة دولية بتاريخ 9- 10 أبريل 2010 ، ص ص 381 - 382 .

⁴ - دريسي جليبة ، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، مرجع سابق ،ص ص 34 - 35 .

ينبغي الإشارة إلى أن ضابط الإقامة الاعتيادية قد لعب دورا كبيرا في بقاء الطفل في بيئته العائلية والاجتماعية على خلاف ضابط الموطن الذي يمكن أن ينتج عنه اسناد غير طبيعي لقانون ذلك الموطن ،هذا الأخير الذي ليس له أية رابطة حقيقية مع الشخص الطفل ،وقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا الكندية لإقليم كيبك أنه " على الرغم من أن الإقامة الاعتيادية غير محددة المعالم إلا أنه يجب اعتبارها مجردة، وأنه من اللازم اعطاؤها مفهوما واسعا، وبالتالي الغاء كل مقارنة مختزلة ،حتى لا يتأتى حصول خلط فيها بينها وبين الإقامة الحقيقية " 1 .

كما أتاحت الفرصة أمام إرادة الأطراف للحسم في القانون الواجب التطبيق في نزاعاتهم الأسرية، وعلى وجه الخصوص النزاع حول الحضانة ،ومن بين الأحكام القضائية التي أخذ فيها القضاء الأوروبي بهذا الضابط الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية ببروكسل بتاريخ 15 فبراير 1991 القاضي لفائدة المدعى عليها بحضانة ابنها بناء على القانون البلجيكي الذي اختاره الزوج².

هذا فضلا عن المعيار الذي أضحي يعتمد من طرف القضاء الأوروبي والذي يتجاوز مختلف القوانين الوطنية والمتمثل في المصلحة الفضلى للطفل³ ،حيث استطاع القضاء الأوروبي أن يجعل من المصلحة الفضلى ضابطا يقفز به على مختلف الاعتبارات القانونية الوطنية ،ومعنى هذا المعيار أنه إذا كان القانون الوطني للطفل يوفر له الحماية الكافية أمكن تطبيقه ،أمّا إذا تبين أنه لا يحقق هذه المصلحة ولا يوفر هذه الحماية يتم استبعاده ويطبق قانون القاضي أو قانون موطن الطفل الذي يطابق كذلك قانون القاضي⁴.

لكن وللأسف أصبح ضابط المصلحة الفضلى للطفل في أغلب الأحيان يتخذ من طرف القضاء الأوروبي كذريعة لتطبيق قانونه العلماني .

¹ - الحكيم يونس ،مرجع سابق ،ص 58 .

² - بوعصيبة عبد القادر ،مرجع سابق ،ص ص 381-382.

³ - أكدت المادة الثالثة الفقرة الثانية من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 على ضابط المصلحة الفضلى للطفل من خلال نصها على أنه " في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى " .

⁴ - بوعصيبة عبد القادر ،مرجع سابق ،ص 382.

بعد عرضنا لموقف قضاء الدول العلمانية من القانون الواجب التطبيق على الحضانة وعلى وجه الخصوص القضاء الفرنسي في ظل الفراغ التشريعي لقاعدة الإسناد الخاصة بحضانة أبناء الزواج المختلط تبين لنا أن موقفها انعكس سلبا على وضعية المحضون ، لذلك يستحسن السعي إلى إبرام اتفاقات دولية مع الدول العربية منها الجزائر لتحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة للحد أو بالأحرى التقليل من تنازع القوانين حول الحضانة.

المطلب الثاني

اشكالات تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم الحضانة

إن إعمال قاعدة التنازع وقبول إمكانية تطبيق القانون الأجنبي على الحضانة الذي أشارت إليه لا يعني التسليم المطلق باختصاصه ، بل أن تطبيقه مرتبط بشرط عدم مخالفته للنظام العام في دولة القاضي الناظر في النزاع¹ ، لاسيما أمام التباعد الديني والقانوني لأحكام الحضانة بين الدول الإسلامية والعلمانية ، إلا أنه بالإمكان استبعاد القانون الأجنبي المختص رغم توافقه مع النظام العام إذا تبين للقاضي أن تحديد اختصاصه كان نتيجة تحايل أحد طرفي النزاع على القانون الواجب التطبيق للتخلص من أحكامه والاستفادة من تطبيق قانون آخر يخدم مصالحهم (الفرع الأول).

إذا كان من الصعب تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في دولة محل التنفيذ إذا اقتضى الأمر ذلك نتيجة تطبيق الدول الأجنبية لقوانينها المختصة بحكم الحضانة ، إلا أن هذه الصعوبة تزداد حدة وتعقيدا في حالة إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المختص في حالة استبعاده بدافع النظام العام (الفرع الثاني).

¹ -المصري محمد وليد ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ،دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي ...،مرجع سابق ،ص 272 .

الفرع الأول

استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم الحضانة

إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص القانون الأجنبي لحكم الحضانة وتبين للقاضي أنه مخالف للنظام العام (أولاً) أو جاء نتيجة الغش نحو القانون (ثانياً) فسيعمل في كلتا الحالتين على استبعاده.

أولاً: استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم الحضانة لمخالفته للنظام العام¹

يلعب النظام العام دوراً هاماً في مجال تنازع القوانين، كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، متى تعارضت أحكامه مع النظام العام لدولة القاضي².

أجمع فقه القانون الدولي الخاص³ على أن استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم أي علاقة ذات عنصر أجنبي بصفة عامة وحضانة الطفل في علاقة لزواج المختلط بصفة خاصة يكون في حدود مخالفته للمبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي⁴، وبهذا يكون الدفع بالنظام العام بمثابة صمام الأمان الذي يحمي هذه الأسس والمبادئ⁵.

ويرجع للقاضي تقدير وجود هذا التعارض وأهميته، لكن هل يقوم بهذه العملية التحليلية بطريقة مجردة، بحيث يستبعد القانون الأجنبي حالما يتحقق من تعارضه مع أحكام

¹ - سبق تعريف النظام العام وتحديد شروطه وآثاره . - أنظر ص ص 38-50 من هذه الدراسة .

² - السيد الحداد حفيظة ،الموجز في القانون الدولي الخاص،مرجع سابق ،ص 186 .

³ - هشام علي صادق ،تنازع القوانين.....،مرجع سابق ،ص 186 . أنظر كذلك: - الداودي غالب علي ،مرجع سابق ،ص 234 .
- رياض عبد المنعم فؤاد، راشد سامية ،الوجيز في القانون الدولي الخاص،مرجع سابق ،125 . - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ...،مرجع سابق ،527 . - صلاح الدين جمال الدين ،قانون العلاقات الدولية الخاصة...،مرجع سابق ص 384 .

⁴ - لا يتصور أن تكون كل القواعد المقررة في قانون القاضي أياً كان مصدرها وضعية كانت أو دينية متعلقة بالنظام العام فهناك قواعد لها هذه الصفة وأخرى ينصرف عنها وصف النظام العام ،والقول بغير ذلك يستتبع بالضرورة استبعاد القانون الأجنبي في معظم الحالات على نحو تزول معه نظرية تنازع القوانين ،وهو ما لا يمكن قبوله، فإنه من العسير التسليم بضرورة أن يكون القانون الأجنبي مطابقاً تماماً للحكم المستمد من الشريعة الإسلامية ،وأنه إذا خالفها كان بذلك متعارضاً مع النظام العام الإسلامي ،فمثل هذا القول سوف يفضي إلى نتيجة يبدو غير مقبولة ،وهي استبعاد معظم القوانين الأجنبية ،مما يجعل وضع قواعد الإسناد في هذه الدول ذات النظام الديني نوعاً من العبث .

- عكاشة محمد عبد العال ،تنازع القوانين،مرجع سابق ،ص ص 562-563 .

⁵ - هشام علي صادق ،تنازع القوانين.....،مرجع سابق ،ص 186 .

قانونه ،أم أنه ينظر إلى النتيجة التي يؤدي إليها تطبيق هذا القانون ،وبالتالي يعمد إلى التحليل الواقعي للمسألة حسب كل حالة على حدى .

فقد يتضح للقاضي من خلال الوقائع فقط أن تطبيق القانون الأجنبي على النزاع سيؤدي بكل الأحوال إلى نتيجة متوافقة مع النظام العام الدولي لدولته ،في حين أنه لا يستطيع التحقق من هذا الأمر مسبقا في القضايا الأكثر تعقيدا ،ويعرض الفقه الفرنسي في هذا السياق مثلا يتعلق بحضانة الطفل ،فلو افترض القاضي الفرنسي مسبقا توافق القانون الأجنبي (الذي يمنح آليا حضانة الطفل إلى والده) مع النظام العام الفرنسي الذي يمنح الحضانة إلى أحد والديه وفقا لما تقتضيه مصلحة الطفل فحسب ،ألا يتوجب على القاضي الفرنسي في هذه الحالة أن يتحقق من توافر المصلحة أثناء تطبيقه لهذا القانون الأجنبي؟ فهو بالطبع سيبحث عن شروط تحققها وسيقوم بدراسة الأدلة واجراء التحقيقات اللازمة وغيرها للتأكد من أن مصلحة الطفل تتحقق في كنف أبيه ،فقيام القاضي الفرنسي بالبحث عن المصلحة وفق ما اشترطه القانون الفرنسي يؤدي به عمليا إلى استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام الفرنسي ،وتطبيق القانون الفرنسي الذي يعتبر مصلحة الطفل المعيار الوحيد في اسناد الحضانة لأحد الوالدين ،لذا يتعين على القاضي أن يعمد إلى التحليل المجرد للقانون الأجنبي قصد معرفة مدى مطابقته للنظام العام¹ .

وتبقى مسألة إعمال الدفع بالنظام العام بين الأنظمة القانونية المتشابهة نادرة ،إن لم نقل منعدمة ،فمن الصعب تصور لجوء قاضي إحدى الدول الإسلامية إلى اثاره الدفع بالنظام العام في مواجهة قانون دولة إسلامية أخرى في مجال الأحوال الشخصية بصفة عامة² ،وحضانة الطفل في الزواج المختلط بصفة خاصة ،لأن الشريعة الإسلامية هي القانون العام لمسائل الأحوال الشخصية في الدول العربية الإسلامية .

¹ -إن اعتماد القاضي الوطني على التحليل الواقعي لا يمكن تصوره إلا في القضايا البسيطة ،مثالها يمكن تصور قبول القاضي الوطني تطبيق القانون الشخصي الأجنبي الذي يحدد سن الرشد ب خمسة عشر سنة ليقرر تمام أهلية شخص سبق وأن بلغ ثمانية عشر سنة . - المصري محمد وليد ،الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ،دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي ، دار الحامد للنشر والتوزيع ،الأردن ،2002، ص 286 .

² -مرجع نفسه ،ص 282 .

ومما لاشك فيه أنّ أحكام الحضانة في التشريعات الإسلامية المستمدة من الشريعة الإسلامية مختلفة عن تلك المنصوص عليها في الدول العلمانية سواء من حيث أصحاب حق الحضانة وترتيبهم ومدة الحضانة وتربية المحضون ، لذلك تعتبر الحضانة في الزواج المختلط أكبر مجالاً لاستخدام فكرة النظام سواء بالنسبة للدول العربية أو العلمانية على السواء .

ولعل ما يزيد من إثارة الدفع بالنظام العام بين هذه الدول اختلافها حول فكرة النظام العام ، التي يتغير مفهومها باختلاف المكان والزمان ، فما يعتبر متعارضاً مع النظام العام في دولة لا يعد كذلك في دولة أخرى ، وبالتالي تمتع قاضي كل دولة بسلطة تقديرية واسعة في تقدير فكرة النظام العام على حضانة الطفل¹ .

أياً كان القانون الواجب التطبيق على الحضانة فإنه في جميع الحالات يكون محلاً للدفع بالنظام العام² .

ومن بين الحالات التي يستبعد فيها القانون الأجنبي المختص لمخالفته للنظام العام في الجزائر تفضيل هذا القانون الأجنبي إسناد الحضانة للأب دون الأم ، لأنّ هذه الأخيرة هي الأولى بحضانة ابنها .

أصبح مجرد اختلاف أحكام القانون العربي عن قانون القاضي أي القانون العلماني في مسألة الحضانة يجعل الأول مخالفاً للنظام العام بدولة الثاني ، وهو ما أكدته المحاكم الأمريكية في أحكام عديدة ، ففي قضية³ تتلخص وقائعها في أنّ مواطناً فلسطينياً تزوج من إسرائيلية وكانا يقيمان بغزة وأنجبا طفلاً بها ، ثم انتقلت الأسرة للإقامة بالولايات المتحدة الأمريكية ، ونظراً للشقاق بين الزوجين عاد الزوج إلى غزة ، ورفع دعوى طلاق طالبا إسناد الحضانة له ، وقد استجابت المحكمة لطلبه ، وفي نفس الوقت لجأت الزوجة إلى محكمة نيوجرسي بالولايات المتحدة الأمريكية طالبة حقها في الحضانة ، مؤكدة أنّ اختصاصها لا

¹ - السيد الحداد حفيظة ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 194-195 .

² - AUDIT (Bernard), op.cit, n°678 , p 583

³ - تشير هذه القضية أيضاً إشكال تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بالحضانة في دولة محل التنفيذ . وسيأتي تفصيل هذا الإشكال في الفرع الثاني من هذا المطلب .

يقوم على أساس موطن الوالدين وإنما على أساس تحقيق أفضل حماية لمصالح الطفل وأن ذلك متفق عليه في الفقه الأمريكي وأكدته السوابق القضائية، لكن الزوج استند إلى الحكم الصادر لصالحه عن المحكمة الشرعية بغزة، غير أن محكمة نيوجرسي الأمريكية رفضت تنفيذ الحكم القضائي الصادر عن المحكمة الشرعية بغزة، لأن القانون الذي طبقته يؤسس الحق في الحضانة على اعتبار السن، وهذا يخالف النظام العام بالمفهوم المأخوذ في هذه الولاية الأمريكية¹.

لما كانت مصلحة المحضون لها قيمة أساسية في القانون الوضعي، فإنه يستبعد القانون الأجنبي المختص بحكم الحضانة بدافع النظام العام، كلما كان يمنح تلقائياً حق الحضانة لأحد الوالدين وفقاً لمعايير لا تراعى فيها مصلحة المحضون² أو لا تسمح على وجه الخصوص بتعديل اسناد الحضانة وفقاً لمصلحة الطفل، أو تلك التي تتضمن مفهوم معين للمصلحة، أو لا تنص على حق الزيارة للوالد غير الحاضن إلى غاية بلوغ الطفل³.

فالقوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية التي تمنح الحضانة بصفة تلقائية على أساس الجنس أو السن أو التربية الإسلامية للمحضون تعد مخالفة للنظام العام الفرنسي⁴.

إذا كانت كل التشريعات قد اهتمت بتنظيم أحكام الحضانة وفقاً لما يحقق مصلحة المحضون إلا أن ما يثير الإشكال هو عدم اتفاقها على مفهوم موحد لمصلحة المحضون⁵، لذلك غالباً ما يثار الدفع بالنظام العام كلما كانت أحكام هذا القانون الأجنبي المختص مخالفة لمبدأ مصلحة المحضون بمفهومه السائد في النظام القانوني للقاضي، خاصة إن كان النظام القانوني للقاضي يعتد بالحالة الدينية للمحضون، أي أن مصلحة المحضون تقتضي تربيته على الدين الإسلامي، كما هو الحال في قانون الأسرة الجزائري، ومما لا

¹ - عزت محمد علي البحيري، مرجع سابق، ص 478.

² - يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 222.

³ - AUDIT (Bernard), op.cit, n°678, p 583

⁴ - Cass, CV, 13 juill 1951. Cass, CV juill 1974. Cass, CV 18 déc 1973.

-ibid .

⁵ - يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص 195.

شك فيه أنّ القانون المختص الذي يعتد بتربية المحضون على الدين الاسلامي¹ سيكون محلا دفع بالنظام العام من طرف قضاء الدول العلمانية .

لكن للأسف الشديد لم يأخذ القضاء الجزائري هذه المصلحة بعين الاعتبار في قضية حضانة صفية التي كانت ضحية زواج مختلط بين أم جزائرية (بلحسين فرح خديجة) وأب أجنبي من جنسية فرنسية غير مسلم (جاك شربوك) ، إذ تعتبر هذه القضية كنموذج للإخلال بشرط تربية الابن على الدين الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية وبالنظام العام.

حيث أسندت حضانة صفية إلى جاك شربوك لأنه أولى بها بعد وفاة الأم وذلك بموجب حكم صادر عن محكمة وهران في 16 أفريل 2005²، وأيدّه في ذلك قرار مجلس قضاء وهران الصادر في 8 مارس 2006³.

غير أنّه بتصفحنا للحكم والقرار الصادرين عن القضاء الجزائري يتبين إغفاله لبعض المسائل الهامة التي تخل بأحكام الشريعة الإسلامية وبالنظام العام ، ويتجلى ذلك من خلال تأكيده على أبوة جاك شربوك للبننت ومنحه الحق في الحضانة دون التركيز على ديانته .

في هذه الحالة ومن دون أي شك يتحقق خطر تغيير الدين الإسلامي للبننت، ورغم إثارة الجدة المستأنفة الدّفع المتعلق بخطر إسناد الحضانة إلى جاك شربوك المسيحي على ديانة البننت وتربيتها على دين الأب المسيحي مع إمكانية نقلها إلى بلاد الكفر إلا أنّها لم تجد آذانا صاغية لها، ومن هنا يظهر اضمحلال الاعتبار الديني الذي يقتضي تربية الابن على الدين الإسلامي أمام القانون الفرنسي الذي لا يعترف ولا يقر به.

تجدر الإشارة إلى أنّ المحكمة العليا بدورها أيدت حكم المحكمة والمجلس القضائي بقرارها الصادر في 13 فيفري 2010، وبذلك يكون القضاء الجزائري بموقفه السلبي هذا قد حكم على البننت بإبعادها عن الدين الإسلامي من خلال وضعها بين أحضان شخص

¹ - أنظر المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري .

² - قضية رقم 05/1797، حكم مؤرخ في 28 جوان 2005 ، قسم الأحوال الشخصية ، محكمة وهران ، غير منشور . - مقتبس عن الهواري ميكالي ، أبعاد وانعكاسات ضوابط الاسناد في الزواج وانحلاله (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص ، كلية الحقوق جامعة الجبلاي اليابس ، سيدي بلعباس ، 2010-2011 ، أورده كملحق رقم 03.

³ - قضية رقم 05 /3493 ، قرار مؤرخ في 08 مارس 2006 ، غ أ ش ، مجلس قضاء وهران ، غير منشور ، مرجع نفسه ، أورده كملحق رقم 04.

أجنبي غريب، من جنسية فرنسية دينه الكفر وبيئته تعج بالموبقات التي تتنافى مع شريعتنا الإسلامية.

إذا كانت جل التشريعات قد جعلت من مصلحة المحضون هي الهدف الرئيسي الذي يتعين على القاضي أخذه بعين الاعتبار عند إصداره للحكم المتعلق باستحقاق الحضانة أو إسقاطها¹، إلا أنّ هذه المصلحة مفهومها نسبي يختلف من دولة إلى أخرى ومن زمان لآخر ومن محضون إلى آخر حسب سنه وجنسه وظروفه بشكل عام².

على الرّغم من التفسيرات المختلفة لمصلحة المحضون إلا أنّ الدول الأوروبية جعلت من هذه المصلحة اعتباراً يفوق الاعتبارات الأخرى، غير أنّ هذا المفهوم لا يمكن تصوّره بهذا المعنى في الدول الإسلامية، لأنّ الطفل جزء من العائلة والمجتمع وليس العنصر الوحيد³، وفي كل الأحوال مفهوم هذه المصلحة في قوانين الدول الإسلامية مختلف عن تلك المنصوص عليها في النظام القانوني الغربي، وبالنتيجة إذا كانت تربية الابن على دين الأب أي الدين الإسلامي يعتبر من مصلحة المحضون في نظر القانون الجزائري إلا أنّه لا يعتبر كذلك في نظر القانون الفرنسي، بالتالي فإنّ إسقاط الحضانة عن الأم الأجنبية غير المسلمة المقيمة في الخارج لغرض تربية الابن على الدين الإسلامي ليس له أي مبرر في نظر القاضي الأجنبي .

وفي هذا الصدد يكون للقاضي في أغلب الدول الأوروبية سلطة تقديرية واسعة، تدفعه في معظم الأحيان إلى التعسف في تفسير مصلحة المحضون وتحديد معالمها وفق منظوره الخاص في إطار الروابط العائلية الدولية الخاصة، ويبرر الفقه الأوروبي هذه النزعة بقوله " ليس من السهل إقناع القاضي الأجنبي بأنّ الطفل المولود في بلد أوروبي من أب عربي مسلم و أم أجنبية، والذي أقام في البلد الأوروبي وترعرع فيه وأتقن لغته، أنّ تربيته

¹ - يوسف فتيحة ، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص... ، مرجع سابق ، ص 195.

² - KHELEF NE LAMOUDI (Nadhira) ,La déchéance de la hadhana ,mémoire de magister , institut de droit, université d'alger , 1984, p81.

³ - ELQOTNI (Hanane) , Les droits de l'enfant ,étude du droit français et du droit positif marocain à travers la source du droit musulman , thèse de doctorat en droit discipline ,droit de la famille ,université jean moulin Lyon 3 ,2013 ,p 104.

وتكوينه وكذا وضعيته الاجتماعية والنفسية ستكون أفضل إذا منحت الحضانة لأبيه وفي بلد هذا الأخير، البلد الذي لا يزوره إلا مرات قليلة ولفترات قصيرة¹.

ومن المبادئ المستقر عليها في فرنسا هو إمكانية نقل حضانة الطفل لغير الوالدين إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك، ومن ثم فإن كل قانون أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك يصطدم بالنظام العام الفرنسي².

لقد أصبح القضاء الأوروبي يتخذ من فكرة النظام العام كذريعة لاستبعاد القانون المختص بحكم الحضانة الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي، أي القانون الأوروبي خاصة إذا كان هذا القانون المختص يتعلق بدولة إسلامية، وذلك بهدف كفالة تطبيق قانونه العلماني على الحضانة .

تجدر الإشارة إلى وجود اتجاه في الفقه الفرنسي ينادي بإخضاع الحضانة لقانون القاضي بدل القانون الأجنبي المختص على أساس فكرة النظام العام³، وهذا ما سيؤدي حتما إلى نتائج سلبية تؤثر على الوضع القانوني للمحضون، حيث يؤدي إلى تعطيل قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة الواردة ضمن قواعد تنازع القوانين للدول، كما يجعل من الصعب تنفيذ الحكم أو القرار القضائي الذي يسند الحضانة لأحد الوالدين إذا كان الأمر يقتضي تنفيذه في دولة أخرى.

ثانيا: استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم الحضانة لوجود غش نحو القانون

يعتبر الغش نحو القانون أحد موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم حضانة الطفل الناجم عن الزواج المختلط الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية، ورغم انعدام القضايا، بل وحتى الدراسات المتعلقة به في مجال الحضانة إلا أننا نرى من الضروري التطرق إليه، فقد يصادف القاضي الحالة التي يلجأ فيها أحد الزوجين المنفصلين إلى التغيير الإرادي في ضابط الإسناد مع اقترانه بنية الغش، قصد التهرب من أحكام

¹-بوعصيبة عبد القادر، مرجع سابق، ص 384 - 385 .

²- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 391.

³- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين.....، مرجع سابق، ص 261 . أنظر كذلك: - خواجه

سميحة حنان، مرجع سابق، ص 222 .

القانون المختص أصلا الذي يحرمه من حق الحضانة والسعي وراء تطبيق قانون آخر يقر له هذا الحق .

فبالنسبة للتشريعات وقضائها التي تعتد بالقانون الشخصي للأب أو الزوج لحكم الحضانة ، فقد يلجا الأب إلى تغيير جنسيته وهذا قصد حصوله على الحضانة، لأن قانون دولته يسند الحضانة للأم ، لذلك يرى البعض بالنسبة للتشريعات التي لم تحدد وقت الاعتراف بجنسية الأب ، أنه من الأفضل الاعتراف بجنسية الأب وقت الزواج لأنه من النادر ، ربما القليل أن يغير الزوج جنسيته في الوقت ما بين الزواج وبين قيام النزاع حول الحضانة¹.
يمكن أن يتحقق الغش نحو القانون في الدول التي تربط الأحوال الشخصية بالدين²، كالدول الإسلامية.

وقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأنه إذا كان الركن المادي للغش يتحقق بتغيير الديانة في مجال التنازع الداخلي للقوانين ، فإنه يتحقق كذلك في مجال العلاقات الخاصة الدولية³، رغم عدم اعتداد المشرع بالديانة كضابط لإسناد العلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا ذلك فيما لو كان هذا التغيير قد تم باعتراف الإسلام ، بغرض الاستفادة من استقرار المحاكم المصرية في مجال الأحوال الشخصية على استبعاد القوانين الأجنبية المختصة باسم النظام العام متى تعارضت مع حقوق المسلمين⁴ ، كتغيير الأم ديانتها المسيحية واعتناقها للدين الإسلامي قصد منحها حضانة ابنها المسلم الذي يتعين تربيته على الدين الإسلامي ، لاسيما وأن أغلب قضاء الدول الإسلامية تسقط الحضانة عن الأم غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي غير إسلامي أو إذا خيف عليه أن يألف غير الإسلام .

غير أن الاتجاه الغالب ويؤيده الأستاذ صلاح الدين جمال الدين يرفض إعمال الدفع بالغش نحو القانون⁵ ، بخلاف القضاء المصري الذي جعل الديانة تقوم مقام الجنسية عند تغيير الديانة إلى الإسلام في مسائل الأحوال الشخصية التي يأخذ فيها المشرع المصري

¹ - عزت محمد علي البحيري ، مرجع سابق ، ص 471 .

² - BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), op.cit, n°371, p 429.

³ - صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين....، مرجع سابق ، ص 147.

⁴ - هشام علي صادق ، المطول في القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق ، ص 533 .

⁵ - صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين....، مرجع سابق ، ص ص 147-148 .

بالجنسية كضابط للإسناد¹، وفي سبيل حماية حقوق المسلم ذهب إلى حد تطبيق الشريعة الإسلامية على الأجانب رغم ما قد يتبين من ظروف الحال أن اعتناقهم للإسلام كان بغرض الإخلال بالأحكام المقررة في قانون جنسيتهم²، مستندا في ذلك إلى أنه من أصول الإسلام عدم جواز الشك في نية من أعلن نفسه مسلما، بل عدم جواز البحث عن بواعث إسلامه، خصوصا وأن في الفقه الإسلامي قاعدة شهيرة تقرر أن للشرع الظاهر والله يتولى السرائر، فتغيير الدين إلى الإسلام أيا كانت بواعثه يعتبر لجوء قانوني إلى قانون القاضي - القانون الوطني - فلا يستطيع القاضي إلا الاعتراف به³، وهذا ما دعاه الفقه بالتطبيق الطريف لنظرية الغش نحو القانون⁴، وعليه لا يتصور في حالة تغيير الديانة إلى الإسلام أعمال الآثار المقررة للغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص سواء من حيث إبطال غايته أو وسيلته أو إبطالهما معا⁵.

يرى البعض أن الموقف الذي تبناه القضاء المصري وبعض الفقه يعتبر في حقيقته مجافيا لنظرية الغش نحو القانون لمصلحة فكرة النظام العام الإسلامي، وعليه فإن التطبيق العميق والصحيح لفكرة النظام العام الإسلامي قد يستدعي التصدي لمثل هذه الحالات التي يكون واضحا بالنسبة لأصحابها أنهم يتخلون عن الديانة الإسلامية لمجرد تحقيق مآرب خاصة ظرفية، حيث يجب أن تكون نظرية الغش نحو القانون وسيلة مناسبة لحماية النظام العام بصورة حقيقية وجدية⁶.

الفرع الثاني

اشكال تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بالحضانة في دولة محل التنفيذ

إذا كان القانون الدولي الخاص يهدف بالأساس إلى منع تغلغل القيم الدخيلة أو المناوئة لقيم دولة ما إلى نظامها القانوني، سواء كان ذلك عبر ضمان اختصاص محاكمها

¹ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين....، مرجع سابق، ص 504 .

² - البستاني سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص 191 .

³ - مسلم أحمد، مرجع سابق، ص 202 .

⁴ - البستاني سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص 191

⁵ - زروتي الطيب، « أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهم في الزواج المختلط (تعليق على فتوى شرعية للمجلس الأعلى الإسلامي) »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 4/1993 ص 917.

⁶ - البستاني سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص 192 .

الوطنية أو عبر ضمان استبعاد تطبيق الأحكام القانونية التي لا ترتضيها تلك الدولة أو عن طريق رفض تنفيذ الأحكام الأجنبية المخالفة لقيمها¹، فإنّ القضاء الجزائري في هذا السياق كرس شرط تربية الابن على دين أبيه² في جميع قراراته القضائية وأحاطه بضمن ممارسة الحضانة في الإقليم الجزائري .

تجدر الإشارة إلى أنّ المبدأ الذي تبناه القضاء الجزائري قد سبق وأن أكدّه السيد بوعلام باقي، - وزير العدل الأسبق - عند صدور قانون الأسرة الجزائري في صحيفة la Croix، حيث طرح عليه السؤال الآتي : هل تمنح الحضانة لأمّ أجنبية غير مسلمة متروّجة بجزائري ؟ ، فأجاب: تسند الحضانة للأمّ حتّى وإن كانت غير مسلمة ، ولما كان حق الزيارة كنتيجة حتمية وطبيعية لحق الحضانة ، فإنّ صاحب الحق في الحضانة يجب أن يبقى في الإقليم الجزائري³.

ولم يتردد القضاء الجزائري في رفض منح الصيغة التنفيذية للأحكام والقرارات القضائية الأجنبية المخالفة لهذا المبدأ السائد ،ذلك أنّ إسناد الحضانة للأمّ الأجنبية غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي غير إسلامي يخالف النظام العام في الجزائر .

وهذا ما يستشف من قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2 جانفي 1989 والذي يقضي بأنّه" من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنّه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بها يكون أحقّ بهم و لو كانت الأم غير مسلمة

من المقرر قانونا أنّ الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها.

¹ - الورفلي أحمد ،مرجع سابق ، ص 84.

² - تطبيقا للمادة 62 من قانون الأسرة الجزائري .

³ - Ait Zai (Nadia) , « Territorialité ou Religion dans l'attribution du droit de garde des enfants issus de couples franco- algériens » ,Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques, Faculté de droit, Université d'Alger ,n° 4 /1991, P P 856 - 857.

لما كان من الثابت في قضية الحال أنّ الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبي اللذان أسندا حضانة البنّان إلى أمهما فإنّ قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم والقاضي برفض طلب الطاعنة إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبي لكون بقاء البنّتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبيعهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلا عن أنّ الأب له حق الرقابة وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق فإنّهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون "1.

وعليه فإنّ حظوظ تنفيذ مثل هذه الأحكام تبقى جدّ نادرة إن لم نقل منعدمة، لأنّ القضاء الجزائري يعمل على ضمان ممارسة الأب لسلطته الأبوية بدون عراقيل وتفادي تربية الابن على غير دين أبيه وذلك حماية لمصلحته.

هذا وإن تدخل النظام العام في هذه المسألة لا يرجع إلى أنّ إسناد الحضانة للأم الفرنسية يخالف مقتضيات قانون الأسرة الجزائري لأنّ كلا من القانون الجزائري والفرنسي يجعلان الأم أولى بحضانة ابنها، إنّما تدخله يكون بهدف الوقوف في وجه النتيجة المترتبة عن تنفيذ هذه الأحكام الأجنبية².

يرى الأستاذ زروتي الطيب في تعليقه على القرار المذكور أعلاه أنّ تعليل القضاء كان في محلّه، حيث طبقوا روح القانون الجزائري رغم عدم وجود قاعدة إسناد خاصّة بالقانون المختص بالحضانة، وأنّ القرار أكّد أنّ القاعدة المعمول بها قضائية لقوله (من المقرر قضاء أنّ المجلس الأعلى قد سبق له وأن أصدر عدة قرارات واتخذ منها مبدأ.. ومطرذا على العمل بها)³.

غير أنّ الدكتور خالد برجواوي يرى أنّ هذا إجحاف وتمييز ضدّ المرأة، ويتنافى مع مبادئ التّموذج الأممي (الحرية، المساواة، العدالة) ويتعارض مع مقتضيات اتفاقات حقوق

¹ - ملف رقم 52207، قرار المجلس الأعلى الصادر في 02 جانفي 1989، غ أش، المجلس الأعلى، م ق، الجزائر، عدد 1990/4، ص ص 74 - 76.

² - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 173.

³ - زروتي الطيب، اجتهادات القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلق عليه.....، مرجع سابق، ص ص 35 - 36.

الإنسان خاصة اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، بالإضافة إلى تعارضه مع اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 التي تبنت معيار مصلحة الطفل كأساس لإسناد الحضانة¹.

تجدر الإشارة إلى أنّ رفض القضاء الجزائري منح الصيغة التنفيذية للقرارات القضائية الفرنسية المتعلقة بالحضانة ترجع إلى تخلف أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 01 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المؤرخة في 27 أوت 1964² و التي تنص على أنه " إن القرارات الصادرة حسب الاختصاص القضائي والاختصاص الولائي في الأمور المدنية والتجارية عن المحاكم المنعقدة في الجزائر و فرنسا تحوز حكمها قوة القضية المقضية في بلد الدولة الأخرى إذا توفرت فيها جملة الشروط الآتية :

أ- أن يصدر القرار من محكمة مختصة وفقا للقواعد الخاصة بتنازع الاختصاص المطبق في الدولة التي سينفذ الحكم لديها .

ب- أن يكون الأطراف مبلغين أصولا وممثلين أو مقرر اعتبارهم متغيّبين حسب قانون الدولة التي صدر فيها القرار .

ج- أن يكون القرار بمقتضى قانون الدولة التي صدر فيها قد حاز قوة القضية المقضية وأصبح قابلا لتنفيذ .

د- ألاّ يتضمن القرار ما يخالف النظام العام الخاص بالدولة المناهبة لتنفيذ القرار أو لمبادئ الحقوق العمومية المطبقة في تلك الدولة ولا يجوز أن يكون هذا القرار متعارضا مع قرار قضائي صادر في هذه الدولة وحائزا بالنسبة لها قوة القضية المقضية " .

نشير في الأخير إلى أنه رغم استقرار الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا على مبدأ رفض منح الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية التي تسند الحضانة إلى الأم الأجنبية المقيمة في بلد أجنبي غير إسلامي إلا أن محكمة وهران خالفت هذا المبدأ من خلال حكمها

¹ - براجوي خالد ، مرجع سابق ، ص ص 76 - 217.

² - أمر رقم 65 / 194 مؤرخ في 30 ربيع الأول عام 1385 الموافق 29 يوليو 1965 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا ، ج ر ج ج عدد 68 ، صادر بتاريخ 19 أوت 1965 .

الصادر في 01 أفريل 2012 والتي وافقت من خلاله على منح الصيغة التنفيذية للحكم الصادر عن محكمة سولنا الابتدائية السويدية بتاريخ 02 ديسمبر 2011 الذي قضى بفك الرابطة الزوجية بين الأب الجزائري والأم السويدية وإسناد حضانة البنين إلى الأم السويدية¹.
تبنى الاجتهاد القضائي التونسي نفس المبدأ الذي سار عليه القضاء الجزائري ، من خلال قرارين هامين ، أولهما قرار محكمة التعقيب المؤرخ في 15 ماي 1979 المؤيد لقرار محاكم الموضوع التي رفضت منح الصيغة التنفيذية لقرار قضائي أجنبي منح حضانة الأبناء لأهم الألمانية المقيمة في بلدها في الوقت الذي يقيم فيه أبوهم بتونس²، إذ قضى في إحدى حيثياته بأنه " يتجه التذكير أن الطفلين ينتميان إلى الجنسية التونسية ويدينان بالديانة الإسلامية بحكم انحدرهما من أب تونسي يدين بالإسلام ولا جدال في أن تحولهما إلى بيئة مغايرة لبيئتهما وحضارة لا يخلو من خطر انبثاقهما عن مقوماتها الذاتية.... وهذا الاعتبار لوحده كاف أن يجعل مطلب التنفيذ غير وجيه " ³.

ثانيهما القرار الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 03 جوان 1982 ، حيث امتنعت عن منح الصيغة التنفيذية لقرار قضائي فرنسي منح الحضانة لأم فرنسية غير مسلمة ، إذ جاء في إحدى حيثياتها أن " إقامة الابن مع أبيه بتونس...من شأنها أن تضمن له تربية إسلامية وطنية، وأن انسلاخ الابن من بيئته التي ترعرع فيها أو حذق لغتها نطقا وكتابة وتشبع بعاداتها وتقاليدها واجتثاثه من مجتمعه العربي الإسلامي يجعله يعيش غربة أبدية مرتدا عن دينه ومنبتا عن وطنه ، وذلك يمس قطاعا بالنظام العام للبلاد " ⁴ .

صدرت بعد ذلك قرارات أخرى مكرسة نفس معنى القرارين السالفين ،منها القرار المؤرخ في 19 أكتوبر 1985 الذي قضى بأنه " درج فقه محكمة التعقيب على عدم مساس الحكم الأجنبي بقواعد النظام العام ،ينظر إليه على أساس عدم تصادمه مع مقومات

¹ - غالي كحلة ،مرجع سابق ،ص 163 .

² - قرار تعقيبي مدني رقم 2000، مؤرخ في 15 ماي 1979 ،مجلة القضاء والتشريع ،تونس ،عدد 1 / 1980 ،مقتبس عن برجولي خالد ،مرجع سابق ،ص 68 .

³ - السالمي بن محمود الحسين ،فاطمة الزهراء بن محمود ،منظومة القانون الدولي الخاص التونسي ،منشورات مجموع الأطرش للكتاب المختص ،تونس ،2016 ،ص 163 .

⁴ - ملف رقم 7422 ، مؤرخ في 3 يونيو 1982 ،المجلة العربية للفقه والقضاء ، العدد 3 /أفريل 1983 ،مقتبس عن جلييلة دريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، مرجع سابق ، ص 47.

البلاد الأساسية التي من أهمها الدين ،اللغة والقيم الحضارية والوطن حسب قراراتها العديدة منها القرارين عدد 2000 الصادر في 15 ماي 1979 وعدد 7422 الصادر في 03 جوان 1982 ،اعتبارا لذلك فإن الحكم الأجنبي القاضي بإسناد حضانة الطفل التونسي المقيم عند والده بتونس إلى أمه الأجنبية المستقرة بألمانيا فيه إبعاد للولد عن مقوماته الذاتية..... الأمر الذي يمس بالنظام العام للبلاد التونسية "1.

رفضت نفس المحكمة في قرارها المؤرخ في 22 سبتمبر 1999 منح الصيغة التنفيذية لحكم فرنسي منح حضانة البنت لأمها الفرنسية المقيمة في فرنسا بقولها " أن إكساء ذلك الحكم وتنفيذه بالبلاد التونسية له انعكاسات سلبية على تربية البنت وتعليمها ومصحتها التي هي من النظام العام "2.

وسع القضاء التونسي في قرار آخر من فكرة النظام العام لتشمل مزاولة تعليمهم في البلاد التونسية ،إذ جاء فيه " إذا ثبت أن الأبناء يقيمون مع والدهم التونسي بالبلاد التونسية أين يزولون تعليمهم فإن الحكم الفرنسي القاضي بإسناد حضانتهم إلى أمهم الفرنسية المستقرة بفرنسا يكون متصادما مع النظام العام التونسي ولا يمكن تبعا لذلك قبول اكسائه بالصيغة التنفيذية "3.

في المقابل نجد أنّ الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء الجزائري على غرار قضاء الدول الإسلامية والتي تكون مؤسسة على الاعتبارات السالفة الذكر - تربية الابن على دين أبيه وممارسة السلطة الأبوية في بيئة إسلامي - تصطدم برفض تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف القضاء الغربي خاصة الأوروبي بدعوى مخالفتها للنظام العام ،فالحكم بإسقاط الحضانة عن الأم الأجنبية غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي غير مسلم وإسنادها للأب الجزائري لا يعترف به القضاء الأجنبي ولا تقره النظم القانونية الغربية لأنها لا تعدد

¹ - قرار تعقيبي مدني ،عدد 14220 ،مؤرخ في 19 أكتوبر 1985 ،(غير منشور) ،مقتبس عن السالمي بن محمود الحسين ، فاطمة الزهراء بن محمود ،مرجع سابق ، ص 165 .

² - قرار تعقيبي مدني عدد 72212 ،مؤرخ في 22 سبتمبر 1999 (غير منشور) ،مرجع نفسه ،ص 167 .

³ - محكمة استئناف تونس ، قرار عدد 33746 مؤرخ في 16 أكتوبر 1996 (غير منشور) ،مرجع نفسه ،ص 166 .

بالحالة الدينية للشخص¹ وأنّ مثل هذا الحكم في نظرها من شأنه المساس بمبادئ الحرية والمساواة بين الرجل والمرأة .

هذا وأصبحت القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الغربي تتخذ من فكرة النظام العام كذريعة لرفض منح الصيغة التنفيذية للأحكام القضائية المتعلقة بالحضانة الصادرة عن دولة أخرى، وقد علق أحد الكتاب على هذا الموقف بقوله " لا ينبغي إطلاقاً سدّ حق الحضانة بعد الطلاق بآلية النظام العام"².

ومن هذه القرارات نذكر القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 30 جانفي 1979 إذ رفض منح الصيغة التنفيذية لحكم صادر عن محكمة بنزرت التونسية لمنحها حضانة الأبناء دون مراعاة المصلحة الفعلية للأبناء وهذا من شأنه مخالفة النظام العام الفرنسي³.

ولا يخفى أن القضاء الأوروبي أضحى يعتمد المصلحة الفضلى للمحضون، ومما لاشك فيه أنّ تطبيقه بمفهومه الغربي يؤدي إلى نتائج غير منطقية ومصادمة للقانون الجزائري، وهذا ما يجعل الأحكام الصادرة عن قضاء هذه الدول الأوربية غير قابلة للتنفيذ على الإقليم الوطني الجزائري لمخالفتها للنظام العام .

تجدر الإشارة إلى أن إشكال تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية لا يقتصر فقط على مسألة الحضانة، بل يمتد ليشمل حق الزيارة، إذ استقر القضاء الجزائري على مبدأ إسناد الحضانة للأم الأجنبية شرط إقامتها في الجزائر، لأنّ بعد المسافة يحول دون ممارسة الأب لحقه في زيارة أبنائه .

من بين القرارات القضائية التي كرّست هذا المبدأ، القرار الصادر عن المحكمة العليا في 12 أكتوبر 2005⁴ الذي قضى بأنّه " من المقرر قانوناً وشرعاً أن الحضانة تستند

¹ - زروتي الطيب ، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتها في الزواج المختلط، مرجع سابق ،ص 931.

² -BOUKHARI (Ridha), op.cit , p 103.

³ - LAGARDE (Paul), « Ordre public », répertoire international , tome 2 , Dalloz , 1998 ,n°4 , p 7.

⁴ - ملف رقم 334543 ، قرار مؤرخ في 12 أكتوبر 2005 ، غ أش ، المحكمة العليا ، نشرة القضاة ، الجزائر ، عدد 2008/62 ، ص 381.

على أساس مصلحة المحضون ، وأن إسنادها لأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعدّ خطأ في تطبيق القانون " .

وفي قرار آخر صادر في 2 نوفمبر 1995 قضت فيه أنّه " من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة يعود إلى أنّ الأم تقيم بفرنسا والأب مقيم بالجزائر، ويتعذر في هذه الحالة على الأب الإشراف على أولاده المقيمين مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعد المسافة"¹.

اتبع القضاء التونسي نفس الموقف في قراره المؤرخ في 16 أكتوبر 1996² الذي قضى بأنه " استقر فقه القضاء في (قرار تعقيبي مدني عدد 7422 المؤرخ في 03 جوان 1982) على اعتبار أن نزع الطفل من الوسط والبيئة التي ترعرع فيها وحذف لغتها نطقا وكتابة وتشعب بعاداتها وتقاليدها بحمله على العيش في وسط آخر هو بمثابة الاجتثاث له من مجتمعه العربي الاسلامي ، مما يجعله يعيش في غربته أبدية مرتدا عن دينه ومنبتا عن وطنه وذلك يمس قطعا النظام العام للبلاد التونسية، تدعيما لما ذكر فإن والد الأبناء سيكون بمنأى عن الاضطلاع بواجب الإشراف على تنشئتهم بالنظر لبعد المسافة التي تفصله عن مقر إقامة الحاضنة " .

إنّ تطبيق هذا المبدأ يصبح عديم الجدوى في حالة ما إذا كانت الأم الأجنبية مقيمة مع ابنها في فرنسا ،ومما لاشك فيه أنّ القضاء الفرنسي يمنح الحضانة للأم الفرنسية المقيمة في فرنسا، ومن هنا يثور إشكال ممارسة حق الزيارة، حيث يحرم الأب من حقه في الزيارة لبعد المسافة ،وبالتالي حرمانه من حقه في مراقبة تربية أبنائه على الدين الإسلامي.

¹ - ملف رقم 111048 ، قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1995 ، غ أش ، المحكمة العليا ، نشرة القضاة ، الجزائر ، عدد 1997/52 ، ص ص 102 - 104 .

² - محكمة استئناف تونس ، قرار عدد 33746 مؤرخ في 16 أكتوبر 1999 (غير منشور) ، مقتبس عن السالمي بن محمود الحسين ، فاطمة الزهراء بن محمود ، مرجع سابق ، ص ص 166-167 .

وما يزيد من عرقلة ممارسة حق الزيارة تعسف وتشدد الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية في منح حق الزيارة، وذلك بوضعها مجموعة من القيود والشروط لممارسة هذا الحق متعلقة بالمصلحة الفضلى للمحضون¹.

ومن ذلك القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 3 فيفري 1982² الذي قيّد ممارسة الأب لحق الزيارة في حدود الإقليم الفرنسي، وإخبار السلطات الفرنسية بتواجده في فرنسا، وإيداع جواز سفره و منع السفر بالمحضون خارج الحدود الفرنسية دون موافقة الحاضن، وفي حالة ممارسة حق الزيارة خارج التراب الفرنسي يمكن للقاضي الفرنسي تحديد العقوبات الجزرية التي يمكن الحكم بها على الأب في حالة عدم عودته بالمحضون في المدة المحددة للزيارة .

وهذا ما كان سائدا في المحاكم الفرنسية التي كانت تعتبر ضمانات إرجاع المحضون من الخارج غير كافية سواء من طرف أحد الوالدين أو من قبل سلطات البلد الأجنبي الذي نقل إليه المحضون.

إنّ هذا الموقف الذي تبناه القضاء الفرنسي بشأن منح حق الزيارة تتغلب فيه العاطفة على العقل و يختفي فيه التفكير المنطقي، فالقضاة الفرنسيون في جميع الحالات يرفضون منح حق الزيارة خارج الحدود الفرنسية، وما زاد من تعزيز هذا الموقف قيام وزارة العدل الفرنسية بنشر كتيب لإرشاد الأمهات الفرنسيات في الخطوات الواجب اتخاذها لمنع خروج الأبناء من الإقليم الفرنسي³.

وللأسف كانت ثمرة هذا التشدد والتعسف في منح حق الزيارة تفشي ظاهرة النقل غير المشروع عبر الحدود للأبناء من طرف الآباء الجزائريين، ولكن هذا الدافع ليس له أيّ مبرر للقيام بهذا التصرف الذي سيكون له أسوأ العواقب على وضعية الأبناء.

¹ - بوعصبية عبد القادر ، مرجع سابق ص 389.

² - Jurisprudence français le 03 février 1982, Revue critique de droit international privé ,1982 , p 558 .voir aussi : - MAYER (pierre),Droit international privé ,5ème édition ,Éd montchrestien ,paris ,1994, n° 623 ,p 405 .

³ -Ait Zai Nadia , « Territorialité ou Religion dans l'attribution du droit de garde des enfants issus de couples franco - algériens», op.cit , p 857.

نتوقف عند هذه النقطة البالغة الأهمية لنواصل سرد قضية صافية، فإن كان تعسف وتشدد القضاء الفرنسي له ما يبرره، و يبقى في الأخير مجرد قضاء أجنبي، غير أن رفض محكمة أرزيو منح حق الزيارة لعدة صافية كرعية جزائرية ليس له أي مبرر قانوني ولا شرعي، حيث أصدرت حكمها بتاريخ 14 مارس 2010¹ الذي يقضي بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة، غير أنه ولحسن الحظ استدرك مجلس قضاء وهران في قراره الصادر في 9 جوان 2010² هذا الإهدار لحق الجدة وذلك بمنحها حق زيارة البنت صافية، إذ جاء في قراره " حيث أنه وتبعاً لذلك يتعين القول بأن قاضي أول درجة عند القضاء بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة جانب الصواب مما يستدعي إلغاء الحكم المستأنف".

وإن كانت الزيارة تعتبر من أهم الحقوق التي تضمن للطفل الارتباط بمحيطه العائلي والحفاظ على هويته وروابطه الخاصة مع والديه إلا أنها أصبحت أداة لتسهيل اختطاف المحضون، إذ غالباً ما يعمد الوالد المحروم من الحضانة إلى استغلال حق الزيارة لنقل المحضون إلى بلده بطريقة غير شرعية وبدون سند قانوني.

إن انحياز القاضي إلى تطبيق قانونه الوطني لإسناد الحضانة لأحد الوالدين الذي ينتمي إلى دولته والتشدد في تقرير حق الزيارة كما سبق ذكره بالإضافة إلى إشكال تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بالحضانة والزيارة هي عوامل ساعدت بشكل كبير على انتشار ظاهرة النقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود .

وما يميز ظاهرة الاختطاف الدولي للأطفال من أحد الوالدين الحامل للجنسية الأجنبية تدخل الهيئات الدبلوماسية في هذه العملية، فالسيد حمادي يعد إحدى تلك الحالات وهو جزائري الجنسية تزوج بدانماركية وقد تعرض ابنه للاختطاف منها أمام مدرسته بمدينة

¹ - قضية رقم 091842 ، حكم مؤرخ في 14 مارس 2010 ، ق أش ، محكمة أرزيو ، غير منشور ، مقتبس عن الهواري ميكالي ، مرجع سابق ، أورده كملحق رقم 08 .

² - قضية رقم 1001193 ، قرار مؤرخ في 9 جوان 2010 ، غ أش ، مجلس قضاء وهران ، غير منشور ، مرجع نفسه ، أورده كملحق رقم 09 .

الجزائر بتاريخ 8 فيفري 2008 بالتعاون مع السفارة الدانماركية في الجزائر وتم نقله إلى الدانمارك وحول اسمه من ريان عبد الله إلى اسم يهودي يكوب بيل نيلسن¹.

إنّ مثل هذا التصرف الشنيع يعد من أهم المشاكل التي تثيرها المنازعات الدولية الخاصة بشأن الحضانة وما يزيد من تعقيد مشكل اختطاف المحضون هو الطابع الدولي لهذه الظاهرة ، لأنّ نقل المحضون يتعدى حدود إقليم الدولة الواحدة، وفي كثير من الأحيان يقوم المختطف بنقل المحضون إلى إقليمه الأصلي.

مما لا شك فيه أن لهذا التصرف آثار سلبية على نفسية المحضون نتيجة للتغير المفاجئ في البيئة المحيطة به، كما أنّه يشكل أسوأ انتهاك لحق المحضون في الإبقاء على روابطه واتصالاته المباشرة مع والديه.

كما يؤدي هذا التصرف في غالب الأحيان إلى تدخل السلطات الإدارية والقضائية لكلا البلدين كل لحماية مواطنه، ولتكريس سيادته عبر إلحاق الطفل به، مما يحول الصراع العائلي إلى صراع بين نظامين قانونيين وقد يؤول الأمر إلى صراع بين دولتين وما يستتبع ذلك من مشاكل، قد تؤول إلى تعرض المحضون للعنف المادي أو حرمانه من الحقوق الأساسية كحق النفقة وحق الاتصال بوالديه وحتى الحق في التعليم...².

وقد أثارت ظاهرة الاختطاف الدولي للأبناء الناتجين عن الزواج المختلط عند الانفصال الكثير من الاضطرابات وردود الأفعال من قبل الأمهات الفرنسيات وحتى الجزائريات، إذ بدأت الحركات النسوية الفرنسية في مدينة باريس في نوفمبر 1983 عند زيارة الرئيس الجزائري لفرنسا، وفي شهر جويلية عام 1984 تظاهرن لأول مرة في قارب نحو الجزائر، وابتداء من شهر جويلية 1985 قامت الأمهات الجزائريات باجتياح السفارة الفرنسية بالجزائر دامت 5 أشهر، بالإضافة إلى إضرابهن عن الطعام، وفي شهر فيفري 1987 تم تنظيم مسيرة احتجاجية بدأت من باريس إلى جنيف، وما ساعد على تدعيم هذه

¹ - ب. فوزية ، المحامية بن براهيم تتهم مسؤولين في الخارجية بالتواطؤ في خطف الطفل ريان ، يومية السلام ، عدد 309 ، يوم 17 أبريل 2012 ، ص 4 .

² - الورفلي أحمد ، مرجع سابق ، ص 86 .

الأنشطة والحركات النسوية الجمعيات الفرنسية التي تضامنت مع أمهات الأطفال الذين تم اختطافهم¹.

وإن كانت القوانين الداخلية تجرم هذا الفعل إلا أنّ المتابعة تصبح مستحيلة عندما يكون مرتكب الفعل فوق تراب الدولة الأخرى، وهذا ما يجعل المختطف يستفيد من ظاهرة الحدودية ومن مبدأ سيادة الدولة على إقليمها الوطني ويحمي نفسه ضد أي قرار صادر من الدولة التي ارتكب فيها هذا الفعل².

وقد تم تجريم هذا الفعل والمعاقبة عليه في المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري³ حيث تنص على أنّه " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة و بغرامة من 500 إلى 5.000 دينار.....و كذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف " .

وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني⁴.

رغم الحماية التي قررها المشرع الجزائري للطفل مؤخرا بموجب القانون رقم 12/15⁵ إلا أنها تبقى قاصرة في حق الطفل الناجم عن الزواج المختلط الذي يحتاج إلى حماية خاصة تتماشى وخصوصية الحضانة في العلاقة الزوجية ذات البعد الدولي .

وأمام هذا الصراع الدولي والجمود في تطبيق النصوص القانونية لا يبقى أمام الدول بما فيها الجزائر سوى إبرام اتفاقيات دولية لمجابهة هذا المشكل، خاصة أمام ارتفاع نسبة

¹ – Cabanel , Rapport devant l'assemblée nationale français , n°321 ,discussion et adoption par sénat le 6 juill 1988 ,p 13 .

² – BOUKHARI (Ridha), op.cit , p 99 – 100.

³ – قانون رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966 ، يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم ، ج ر ج ج عدد 49 ، صادر بتاريخ 11 يونيو 1966 .

⁴ – تتمثل أركان هذا الفعل في الركن المادي وهو فعل الخطف والإبعاد والركن المعنوي و هو القصد الجنائي والركن الثالث وهو توافر حكم قضائي نافذ يتضمن إسناد الحضانة.

– للتفصيل أكثر أنظر: - خلفي عبد الرحمان ، « الجرائم الماسة بأحكام الحضانة ،دراسة نقدية » ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، عدد 2008/2 ، ص ص 174 إلى ص 199 .

⁵ – قانون رقم 15-12 مؤرخ في 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل السالف الذكر .

الأطفال المختطفين الناتجين عن الزواج المختلط، إذ تمثل في غالب الأحيان أكبر نسبة من مجموع الأطفال المختطفين على الصعيد الدولي.

إذا كان رفض تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بالحضانة في إقليم الدولة الأخرى يرجع إلى تعارضها مع مضمون النظام العام لتلك الدولة، فإنّه كثيرا ما يرجع إشكال تنفيذها إلى تنازع الاختصاص القضائي الدولي¹، إذ نجد قضاء كلتا الدولتين يتمسك باختصاصه الدولي مما يؤدي في غالب الأحيان إلى صدور أحكام وقرارات قضائية متعارضة.

حيث حرص القضاء الغربي خاصة الأوروبي على قبول الدعوى ولو كانت ليست من اختصاصه لكفالة تطبيق قوانينه²، فالقضاء الفرنسي مدّ اختصاص المادتين 14³ و 15⁴ من القانون المدني الفرنسي التي تقابلها المادتين 41⁵ و 42⁶ من قانون الإجراءات

¹ - يراد بمصطلح الاختصاص القضائي الدولي بيان القواعد التي تحدد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصرا أجنبيا إزاء غيرها من محاكم الدول أخرى، وذلك بالمقابلة لقواعد الاختصاص المحلي الداخلي التي تحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الدولة إزاء غيرها من محاكم نفس الدولة، فقواعد الاختصاص الدولي تبين للقاضي الوطني ما إذا كانت المحاكم الوطنية تختص بالنظر في النزاع المطروح أمامها والمتضمن عنصرا أجنبيا من عدمه، فإذا تبين له أن النزاع مما يدخل في اختصاصه الداخلي المحلي كان له الرجوع بعد ذلك إلى قواعد الاختصاص الداخلي لبيان المحكمة المرفوع أمامها النزاع .

- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، د.ب.ن، 2002، ص 05. أنظر كذلك: - محي الدين جمال، « تنازع الاختصاص القضائي الدولي »، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 2010/06، ص ص 69-70.

² - يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 194.

³ - article 14 de code civil français dispose que « l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un français, il pourra être traduit devant tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des français ».

⁴ - article 15 de code civil français dispose que « un français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger même avec un étranger ».

⁵ - تنص المادة 41 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ج ر ج ج عدد 21، الصادر في 23 أبريل 2008 على أنه " يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقدها عليها في الجزائر مع جزائري " .

⁶ - تنص المادة 42 من القانون رقم 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر على أنه " يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي " .

المدنية والإدارية الجزائري إلى الدعاوى غير المالية¹، أي دعاوى الأحوال الشخصية بصفة عامة والحضانة بصفة خاصة رغم أنّ تطبيقها يقتصر على الالتزامات التعاقدية .

فمن المعلوم أنّ القانونين الفرنسي والجزائري لا يتضمّنان قواعد خاصة بالاختصاص القضائي الدولي باستثناء امتياز الجنسية المكرس في المادتين السابقتين لكلا القانونين، وعليه فإنّ قواعد الاختصاص المحلي الداخلي لكلا الدولتين هي التي يتم مدّها إلى المجال الدولي، وهذا ما يؤدي إلى نتائج غير مرضية في مسألة تنفيذ الأحكام المتعلقة بالحضانة²، ويتضح ذلك من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا في 2 جوان 1992³ الذي أثبت فيه مسألة التنازع الإيجابي القضائي الدولي في مسألة الحضانة، حيث جاء فيه " من المقرر قانوناً أنّ الاختصاص المحلي في دعوى الطلاق وما يترتب عليها من حضانة وحق الزيارة يعود لمقر السكن الزوجي

من المقرر قانوناً أنّه يجب إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بحق الزيارة خارج الحدود بشرط أن يكون صادراً عن الجهة القضائية المختصة .

ولمّا كان من الثابت في قضية الحال أنّ الزوجين انتقلا إلى الجزائر وثبت إقامتهما بها وأصبح لهما مقر الزوجية فإن قضاة الموضوع الذين رفضوا طلبات الطاعنة ورفضوا إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لمخالفة مقتضيات القانون في الحضانة وحق الزيارة طبقوا صحيح القانون⁴.

يتضح من هذا القرار أنّ كلا من القضاء الفرنسي والجزائري قد تمسّكا باختصاصهما المحلي استناداً إلى قاعدة موطن الزوجية، ففي غالب الأحيان القاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق هو الذي يفصل في مسألة الحضانة، كما أنّ الأسرة بما فيها الزوج الجزائري والأم الفرنسية والبنات صارت كانت تقيم في أول الأمر في فرنسا ثم انتقلت

¹ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 2، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 41 .

² - زروتي الطيب، اجتهادات القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلق عليه، مرجع سابق، ص 55.

³ - ملف رقم 84513، قرار مؤرخ في 2 جوان 1992، غ أش، المحكمة العليا، م ق، الجزائر، عدد 3/ 1993، ص 91.

⁴ - زروتي الطيب، اجتهادات القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلق عليه، مرجع سابق، ص 55-

إلى الجزائر واستقرت فيها أيضا قبل نشوب النزاع بين الزوجين ،وإذا كان قضاء كلا البلدين مختصا في ذات الوقت طبقا لقانون كل بلد فالعبرة في تنفيذ الحكم القضائي في إقليم دولة أخرى يعود إلى ما يقضي به بلد حصول التنفيذ تطبيقا للاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1964 ، حيث جاء في الفقرة أ من المادة الأولى من الاتفاقية أنه : يشترط لتنفيذ الحكم الصادر في إحدى الدولتين أن يكون صادرا عن محكمة مختصة وفقا لقواعد التنازع الخاصة بتنازع الاختصاص المطبق في الدولة التي سينفذ الحكم فيها و مادام أن الحكم الصادر في فرنسا طلب تنفيذه في الجزائر ، فالعبرة بما يقرره القانون الجزائري¹ .

تجدر الإشارة إلى أنه في حالة رفع دعوى الحضانة منفصلة عن دعوى الطلاق فإن الاختصاص المحلي يؤول للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة طبقا للمادتين 240² و 3426³ من القانون رقم 08-409 .

إنّ هذا الموقف الذي تبناه كلا من القضاء الأجنبي والجزائري بشأن تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بالحضانة أثر تأثيرا سلبيا على الأبناء، حيث يصدر قرار قضائي لصالح أحد الوالدين ويتعذر طبعه بالصيغة التنفيذية في دولة التنفيذ التي ينتمي إليها أحد الزوجين.

قد يحدث وأن يتعارض الحكم الأجنبي في جزء منه فقط مع النظام العام لدولة القاضي ،ففي هذه الحالة يمكن التنفيذ الجزئي لهذا الحكم واستبعاد الجزء المخالف إذا أمكن الفصل بين أجزاء الحكم دون أن يؤدي ذلك إلى التعديل في مضمونه ،فمثلا إذا صدر حكم من القضاء الفرنسي يقضي بتطبيق الأم الفرنسية المسيحية في مواجهة زوجها المسلم الأردني ومنح لها في نفس الوقت حضانة ابنها ،في هذه الحالة يقوم القاضي الأردني بتنفيذ

¹ - زروتي الطيب ،اجتهادات القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلق عليه... ،مرجع سابق ،ص ص 56-64.

² - تنص المادة 40 من القانون رقم 08 - 09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري السالف الذكر على أنه " ...ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها :

- في دعاوى الحضانة أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة " .

³ - تنص المادة 462 من القانون رقم 08 - 09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري السالف الذكر على أنه " تكون المحكمة مختصة إقليميا :- في موضوع الحضانة وحق الزيارةبمكان ممارسة الحضانة " .

⁴ - قانون رقم 08 - 09 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري السالف الذكر .

الجزء المتعلق بالتطبيق فقط دون الجزء المتعلق بالحضانة ،وذلك بسبب إسناد الحضانة إلى الأب الأردني وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية¹.

المبحث الثاني

الجهود الدولية لحماية المحضون عند انحلال الزواج المختلط

تعتبر الحضانة عند انحلال الزواج المختلط من المسائل المعقدة والشائكة في إطار القانون الدولي الخاص والتي أثبت الواقع العملي عجز النصوص القانونية الداخلية على حل إشكالات الحضانة ذات البعد الدولي وخطورة تأثيرها على وضعية المحضون.

وبغية إيجاد حلول تمكّن من تجاوز هذه الوضعية الراهنة كان لابدّ من التفكير الدولي في الحلول الاتفاقية الدولية، باعتبارها خير الحلول من أجل تشكيل أرضية الوفاق والتفاهم بين الدول في مجال حضانة الأبناء الناجمين عن الزواج المختلط الدولي، وذلك من خلال تحديد وتوحيد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، ومعالجة الاشكالات والمخاطر التي تعترض سبيل تمتع الطفل بحقه في الحضانة في جو عائلي مناسب ومستقر، لاسيما خطر النقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود الوطنية.

وسننوّي رصد أهمّ الحلول ذات الصبغة الدولية ،والتي تجسدت في الاتفاقيات المتعددة الأطراف المتمثلة في اتفاقيتي لاهاي لسنة 1961 ولسنة 1996 لحل إشكال القانون الواجب التطبيق على الحضانة من خلال تحديده وتوحيده، واتفاقية لاهاي لسنة 1980 لمعالجة النقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود الوطنية، واتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 (المطلب الأول) والاتفاقيات الثنائية ،وسيتّم التّركيز بشكل خاص على ما يهم الدولة الجزائرية أي الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988 (المطلب الثاني).

¹ - المصري محمد وليد ،الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ،دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي ، مرجع سابق ،ص 410 .

المطلب الأول

الاتفاقيات المتعددة الأطراف

أبرز التعاون الدولي في مجال رعاية وحماية أبناء الزواج المختلط مجموعة من الاتفاقيات المتعددة الأطراف أهمها اتفاقيات لاهاي لسنة 1961 و 1996 لتحديد وتوحيد القانون الواجب التطبيق على الحضانة وللسنة 1980 لمعالجة قضايا النقل غير المشروع للأطفال عبر الحدود (الفرع الأول)، واتفاقية حقوق الطفل لسنة 1980 (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

اتفاقيات لاهاي

سعت اتفاقيات لاهاي إلى حل ومعالجة الاشكالات التي تواجه المحضون في الزواج المختلط سواء من خلال توحيد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الاتفاقية المبرمة سنة 1961 والتي تم مراجعة أحكامها سنة 1996 (أولا) أو من خلال معالجة النقل غير المشروع للمحضون في الاتفاقية المبرمة سنة 1980 (ثانيا) .

أولا-اتفاقيتي لاهاي لتوحيد القانون الواجب التطبيق على الحضانة لسنة 1961 و 1996

نتطرق أولا إلى اتفاقية لاهاي لسنة 1961، ثم نتناول اتفاقية لاهاي لسنة 1996 المعدلة لأحكامها .

1- اتفاقية لاهاي لسنة 1961²:

بعد أن كان ضابط الجنسية يحتل الصدارة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة³، جاءت اتفاقية لاهاي لسنة 1961 بضابط الإقامة الاعتيادية للطفل، على

¹ - أنظر في هذا الصدد : هدى عصمت محمد أمين، مرجع سابق، صص 174 - 201 .

² - اتفاقية لاهاي المؤرخة في 5 أكتوبر 1961، المتعلقة باختصاصات السلطات والقانون المطبق في مادة حماية القاصرين السافرة الذكر .

³ - تجدر الإشارة إلى أنّ مصطلح الحضانة ينصرف مفهومه إلى حق الحضانة والمسائل المرتبطة بها ارتباطا وثيقا وهي حق الزيارة و إقامة المحضون و السفر به... الخ .

أساس أنّ هذا الضابط هو الذي يحقق مصلحة الطفل، لأنّ هذه الاتفاقية تهدف إلى حماية مصلحة الطفل أكثر من الحاضر .

منحت هذه الاتفاقية اختصاص اتخاذ الإجراءات الرامية إلى حماية الطفل في شخصه إلى السلطات القضائية أو الإدارية للدولة المتعاقدة التي يوجد بها مقر الإقامة الاعتيادية للطفل¹ .

كما منحت لها في نفس الوقت الاختصاص التشريعي، أي سلطة تطبيق قانونها الداخلي² .

إذا كانت القاعدة تقضي بتطبيق قانون الموطن الاعتيادي للطفل إلا أنّ هذه الاتفاقية أوردت استثناء على هذه القاعدة وإمكانية تطبيق قانون جنسية الطفل إذا كانت مصلحة الطفل تقتضي ذلك، غير أنّ تطبيق سلطات الدولة التي يحمل الطفل جنسيتها قانونها الوطني مرهون بإخطار دولة الإقامة الاعتيادية للطفل³.

لكن السؤال الذي تبادر إلى ذهننا يتعلق بالهدف من هذا الإخطار ؟ هل بغرض الإعلام فقط أو أنّ الهدف منه هو الحصول على موافقتها لتطبيق القانون الشخصي للطفل، من أجل تجنب حصول تنازع بين القانون الشخصي للطفل وقانون الموطن الاعتيادي له ؟ وبالتالي تجنب صدور أحكام قضائية متعارضة بشأن حضانة الطفل .

إذا كان تطبيق القانون الشخصي للطفل مرهون بمصلحة الطفل فإنّ القضاء الوطني قد يتّخذ من هذه المصلحة حجة لتطبيق قانونه الوطني كلّما أراد ذلك، خاصة وأنّ مصلحة الطفل يختلف مفهومها من دولة إلى أخرى .

¹ - تنص المادة 1 من اتفاقية لاهاي لسنة 1961 على أنّه " تختص السلطات القضائية والإدارية للدولة التي توجد بها الإقامة الاعتيادية للقاصر باتخاذ الإجراءات الرامية إلى حماية شخصه أو أمواله ، مع مراعاة المواد 3، 4، و 5 الفقرة 3 من الاتفاقية " .

² - تنص المادة 2 من نفس الاتفاقية على أنّه " تتخذ السلطات المختصة بموجب المادة الأولى من الاتفاقية الإجراءات المنصوص عليها في قانونها الداخلي " .

³ - تنص المادة 4 من نفس الاتفاقية على أنّه " يمكن لسلطات الدولة التي يحمل القاصر جنسيتها اتخاذ إجراءات حماية شخصه أو أمواله بموجب قانونها الداخلي، إذا كانت مصلحته تقتضي ذلك ، وذلك بعد إخطار سلطات الإقامة الاعتيادية للقاصر " .

نلاحظ كذلك أنّ هذه الاتفاقية قد اكتفت بالنص على إجراءات حماية الطفل دون تحديدها، وبالتالي تركت المجال واسعا للسلطة القضائية المختصة لاتخاذ ما تراه مناسباً من إجراءات حماية الطفل، وبالتالي يمكن أن تدخل ضمن هذه الإجراءات حق الحضانة وإقامة المحضون وحق الزيارة والسفر بالمحضون... الخ، خاصة وبالنظر إلى نصّ المادة 15 من هذه الاتفاقية التي أجازت للسلطات المختصة للدول المتعاقدة اتخاذ إجراءات حماية الطفل في شخصه عند فصلها في دعوى فسخ أو انحلال الرابطة الزوجية، كما أنّها ربطت الاختصاص التشريعي بالاختصاص القضائي، أي أنّ هذا الأخير هو الذي يجلب الاختصاص التشريعي فيما يخص إجراءات حماية الطفل .

أمّا فيما يتعلّق بمجال تطبيق هذه الاتفاقية فإنّها تطبّق على جميع الأطفال القصر المقيمين في إقليم إحدى الدول المتعاقدة¹، ويعتبر قاصراً بمفهوم هذه الاتفاقية كل طفل يكون قاصراً في نفس الوقت حسب القانون الشخصي للطفل وقانون موطنه الاعتيادي².

لكن من الصّعب الأخذ بهذا المفهوم للقاصر والذي يؤدي إلى التقليل من مجال تطبيق هذه الاتفاقية، نتيجة اختلاف قوانين الدول المتعاقدة حول سن القصر .

نلاحظ أنّ هذه الاتفاقية عمّمت مصطلح القصر على كلّ الأطفال دون أيّ استثناء، وبالتالي نفهم من ذلك أنّ جذور هذا المصطلح يمكن أن تمتد إلى الأطفال الشرعيين والطبيعيين والمتبنين .

ومما لاشكّ فيه أنّ تطبيق الاتفاقية على الأطفال الطبيعيين والمتبنين يخالف النظام العام في الجزائر، ربّما هذا ما جعل الجزائر على غرار الدول الإسلامية تمتنع عن الانضمام إلى هذه الاتفاقية، خاصة وبالنظر إلى نص المادة 16³ من الاتفاقية التي تمنع إعمال فكرة النظام العام لاستبعاد أحكام هذه الاتفاقية .

¹ - المادة 13 من اتفاقية لاهاي لسنة 1961.

² - المادة 12 من نفس الاتفاقية .

³ - تنص المادة 16 من نفس الاتفاقية على أنه " لا يمكن استبعاد أحكام هذه الاتفاقية في الدول المتعاقدة إذا كان تطبيقها يخالف النظام العام " .

من بين الصعوبات التي تعترض تطبيق هذه الاتفاقية حالة ما إذا كان أحد الزوجين مقيماً في دولة متعاقدة، في حين أنّ الطفل يكون مقيماً في دولة غير منظمّة إلى هذه الاتفاقية، لذلك يفضّل بعض الفقه الفرنسي¹ تطبيق القانون الشخصي للطفل على الحضانة أي قانون الدولة التي يحمل جنسيتها².

إنّ عمومية أحكام هذه الاتفاقية وعدم وضوحها وصعوبات تطبيقها وقصورها في حماية الطفل مهد لمجيء اتفاقية لاهاي لسنة 1996 لمراجعة بعض أحكامها، فهل نجحت في ذلك يا ترى ؟.

2- اتفاقية لاهاي لسنة 1996³

ترمي هذه الاتفاقية إلى تحقيق عدة أهداف⁴، ولكننا سنركّز على الأهداف التي تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة .

نظراً لأهميّة التعاون الدولي في مجال حماية الأطفال وتأكيداً لما تستوجبه المصلحة العليا للطفل من أولوية تمّ إبرام اتفاقية لاهاي لسنة 1996، التي تهدف إلى حماية الطفل الذي يشكّل المحور الأساسي في العلاقات ذات البعد الدولي، منها علاقة الزواج المختلط، وعلى وجه الخصوص عندما يثور النزاع بين الوالدين حول حضانة الطفل عند انحلال هذا الزواج.

ولما كانت الحضانة والمسائل المرتبطة بها تشكّل المجال الخصب لتنازع القوانين حولها خاصة في ظل غياب قاعدة إسناد خاصة بها، وحتى لا يقع الطفل ضحية هذا

¹ - كالفقيه الفرنسي (Henri) BATIFFOL .

² - LEQUETTE (Yves), Mineur ,répertoire international , Dalloz , 1998 , n°102 , p 17

- صادقت فرنسا على هذه الاتفاقية سنة 1972 .

³ - اتفاقية لاهاي مؤرخة في 19 نوفمبر 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية الإجراءات الحمايية للأطفال، التي دخلت حيز التنفيذ في 01 جانفي 2002 ، وتحتوي هذه الاتفاقية على 63 مادة . هو قد بلغ عدد الدول التي انضمت إليها 41 دولة .

-المعلومات متوفرة على الموقع الإلكتروني: <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions>

⁴ - من بين هذه الأهداف ضمان اعتراف و تنفيذ الإجراءات الحمايية للأطفال في جميع الدول المتعاقدة و تحديد القانون المطبق بخصوص المسؤولية الأبوية ،بالإضافة إلى تلافي التنازع بين الأنظمة القانونية للدول في مادة الاختصاص .
- أنظر ديباجة الاتفاقية التي تنص على أهداف الاتفاقية بصفة عامة .

التنازع عمدت هذه الاتفاقية إلى تحديد توحيد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الحمائية للطفل¹، من بينها الحضانة.

وقد سبق ذكر أنّ هذه الاتفاقية جاءت بغرض مراجعة اتفاقية لاهاي لسنة 1961² آخذة بعين الاعتبار اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، وبذلك تكون اتفاقية لاهاي لسنة 1996 قد حذت حذو اتفاقية حقوق الطفل من خلال منح الاعتبار الأول لمصلحة الطفل في جل أحكامها .

بعد أن عقدت هذه الاتفاقية الاختصاص باتخاذ الإجراءات الرامية إلى حماية الطفل في شخصه إلى السلطات القضائية أو الإدارية للدولة المتعاقدة التي يوجد بها مقر الإقامة الاعتيادية للطفل بموجب المادة 5 منه³ فإنّها سمحت لهذه السلطات بتطبيق قانونها عند ممارستها الاختصاص المخول إليها حسب نص الفقرة أ من المادة 15⁴.

حسب هذه الاتفاقية القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الحمائية للطفل هو قانون الموطن الاعتيادي للطفل.

ومن بين الإجراءات التي يمكن اتخاذها من السلطة المختصة وحسب القانون المختص، حق الحضانة وخاصة تحديد مكان إقامة المحضون وحق الزيارة الذي يشمل نقله خلال فترة معينة إلى مكان غير مكان إقامته الاعتيادية، وهذا ما تنص عليه المادة 3 فقرة

¹ - تمّ التأكيد على هذا الهدف، أي تلافي تنازع القوانين في مجال حماية الأطفال في ديباجة الاتفاقية.

² - أكدت ذلك ديباجة الاتفاقية، كما أن المادة 51 من الاتفاقية تنص على أن اتفاقية لاهاي لسنة 1996 جاءت لتحل محل اتفاقية لاهاي لسنة 1961 .

³ - تنص المادة 5 من اتفاقية لاهاي لسنة 1996 على أنه " أ - تختص كل من السلطات القضائية أو الإدارية للدولة المتعاقدة التي توجد بها الإقامة الاعتيادية للطفل باتخاذ الإجراءات الرامية إلى حماية شخصه أو أمواله .

ب - تكون سلطات دولة الإقامة الاعتيادية الجديدة للطفل مختصة بصرف النظر عن مقتضيات المادة 7 بعده، في الحالة التي تغير فيها الإقامة الاعتيادية للطفل إلى دولة أخرى متعاقدة " .

⁴ - تنص المادة 15 الفقرة 1 من نفس الاتفاقية على أنه " تطبق سلطات الدول المتعاقدة قانونها عند ممارستها للاختصاص الموكول لها طبقاً لمقتضيات الباب الثاني " .

ب من الاتفاقية¹ ، وبهذا تكون هذه الاتفاقية أكثر وضوحاً وتفصيلاً عن الاتفاقية السابقة التي أغفلت النص على هذه الإجراءات .

وسّعت هذه الاتفاقية من القانون الواجب التطبيق على الحضانة بما فيها حق الزيارة وإقامة المحضون والانتقال بهالخ، فإذا كان الأصل هو تطبيق قانون الموطن الاعتيادي للطفل إلا أنّ هذه الاتفاقية أوردت استثناء² على هذه القاعدة، والمتمثل في إمكانية تطبيق قانون دولة أخرى لها صلة وثيقة بالمسألة المعروضة إذا اقتضت حماية الطفل ذلك، قد يكون قانون جنسية الطفل إذا كان مقيماً في دولة أخرى غير الدولة التي يتمتع بجنسيتها أو قانون جنسية الأب أو جنسية الأم .. الخ .

غير أنه في حالة تغيير الإقامة الاعتيادية للطفل في الدولة المتعاقدة الأخرى فإنّ قانون هذه الدولة هو الذي ينظم شروط تنفيذ الإجراءات المتخذة في دولة الإقامة الاعتيادية السابقة، وذلك ابتداء من وقت التغيير³.

يلاحظ عموماً على نصوص هذه الاتفاقية ما يلي :

- أقيمت هذه الاتفاقية على الأصل الوارد في اتفاقية لاهاي لسنة 1961 وهو تطبيق قانون الإقامة الاعتيادية للطفل، غير أنّها وسّعت من الاستثناء الوارد على هذا الأصل، فبعد أن كان ينحصر في اتفاقية لاهاي لسنة 1961 في تطبيق القانون الشخصي للطفل إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك أصبح في ظل اتفاقية لاهاي لسنة 1996 يشمل تطبيق أي قانون يحقق هذه المصلحة، وبالتالي حماية الطفل .

- إنّ الاعتراف بضابط الإقامة الاعتيادية للطفل يؤدي في أغلب الأحيان إلى تطبيق قانون غريب و بعيد كل البعد عن القانون الشخصي للطفل، لذلك يستحسن الأخذ بضابط جنسية الطفل كأصل عام لانضمام الدول خاصة العربية إلى هذه الاتفاقية .

¹ - تنص المادة 3 فقرة ب من اتفاقية لاهاي لسنة 1996 على أنه " يمكن أن تشمل الإجراءات المنصوص عليها في المادة الأولى بالخصوص على ما يلي : حق الحضانة الذي يشمل حق العناية بشخص الطفل ، وخاصة ما يتعلق بتحديد مكان إقامته، وحق الزيارة الذي يشمل نقله خلال فترة معينة إلى مكان غير مكان إقامته الاعتيادية" .

² - المادة 15 الفقرة 2 من نفس الاتفاقية .

³ - المادة 15 /الفقرة 3 من نفس الاتفاقية .

- إذا كانت المادة 15 فقرة 2 من هذه الاتفاقية قد أجازت على سبيل الاستثناء تطبيق قانون دولة أخرى إذا اقتضت حماية الطفل ذلك، إلا أنّها لم تبين إن كان قانون دولة متعاقدة أو غير متعاقدة، غير أنّ هذا الغموض يزول إذا علمنا أن نص المادة 20 تجيز تطبيق قانون دولة غير متعاقدة¹.

- من النادر تصوّر تطبيق سلطات دولة الإقامة الاعتيادية للطفل قانونا آخر غير قانونها، خاصة إن كان هذا الطفل من رعاياها، ولو كان قانونها لا يحقق حماية للطفل.

- إنّ هذه الاتفاقية شأنها في ذلك شأن اتفاقية لاهاي لسنة 1961 اعتدّت بالاتجاه السائد في الدول الأنجلو أمريكية الذي ينظر إلى موضوع حماية الطفل على أنّه أمر يتعلق بالاختصاص القضائي، وأنّ هذا الاختصاص هو الذي يجلب الاختصاص التشريعي، بأن تقوم الجهة المختصة باتخاذ إجراء حماية الطفل بتطبيق قانونها².

- إنّ هذه الاتفاقية تطبيقا للنظام المعروف في الدول الأنجلو أمريكية فإنّه يمكن لسلطات الدولة المختصة التنازل عن اختصاصها لصالح سلطات دولة أخرى تكون أقدر على رعاية مصلحة الطفل، بمعنى أنّ القانون الواجب التطبيق أيضا سوف ينتقل لصالح قانون السلطات الجديدة³.

- أجازت هذه الاتفاقية للسلطات المختصة لدولة متعاقدة عند فصلها في دعوى الطلاق أو الانفصال الجسماني أو فسخ الزواج أن تتخذ إجراءات حماية الطفل، ومن بين هذه الإجراءات الفصل في حق الحضانة وحق الزيارة... الخ، وبالتالي تطبيق قانونها ولو كان الطفل مقيما بصفة اعتيادية في دولة متعاقدة أخرى، ولكن لا بدّ من توافر شرطين أساسيين وهما: إذا كان أحد الوالدين عند إقامة الدعوى مقيما بصفة اعتيادية في تلك الدولة وكانت لأحدهما المسؤولية الأبوية على الطفل وإذا وافق الوالدين أو كل شخص آخر أسندت له

¹ - تنص المادة 20 من اتفاقية لاهاي لسنة 1996 على أنّه " تطبق مقتضيات هذا الباب ولو كان القانون الذي تشير إليه هو قانون دولة غير متعاقدة " .

² - شيعان فراس كريم و نعيمش نعمة، مرجع سابق، ص 169.

³ - أنظر المادة 8 من اتفاقية لاهاي لسنة 1996.

المسؤولية الأبوية للطفل على اختصاص هذه السلطات في اتخاذ إجراءات الحماية وكان ذلك الاختصاص مطابقا للمصلحة العليا للطفل¹ .

- تخلّت اتفاقية لاهاي لسنة 1996 نهائيا عن مفهوم القاصر الوارد في اتفاقية لاهاي لسنة 1961 ، إذ نجد أن اتفاقية لاهاي لسنة 1996 قد حصرت مجال تطبيق أحكامها على جميع الأطفال منذ ولادتهم إلى حين بلوغهم 18 سنة² ، وحسن ما فعلت هذه الاتفاقية لتجنب المشاكل والصعوبات الناتجة عن الأخذ بالمفهوم الوارد في اتفاقية لاهاي لسنة 1961 كما سبق الإشارة إلى ذلك.

- خلافا لاتفاقية لاهاي لسنة 1961 استثنت اتفاقية لاهاي لسنة 1996 من مجال تطبيقها الأطفال المتبنين ،ومادام أنّ قائمة الاستثناءات المستبعدة³ من مجال تطبيق الاتفاقية لم تتضمن الأطفال الطبيعيين فيفهم من ذلك أنهم يخضعون كذلك لهذه الاتفاقية، بالإضافة إلى الأطفال الشرعيين.

حسن ما فعلت هذه الاتفاقية بنصّها على قائمة الاستثناءات المستبعدة من مجال الاتفاقية حتى لا يترك المجال مفتوحا لتطبيق أحكامها على جميع الأطفال، وخاصة تضمينها لهذه القائمة استثناء التبني ،لأنّ هذا يشجع الدول العربية التي تمنع التبني الانضمام إلى الاتفاقية ،غير أنّ عدم النص على الأطفال الطبيعيين ضمن قائمة الاستثناءات سيكون حاجزا أمام انضمام الدول العربية إلى هذه الاتفاقية ، خاصة و أنّها تمنع إبداء أيّ تحفّظ على بنودها باستثناء تحفظين ليس لهما أي صلة بموضوع دراستنا⁴.

لكسب انضمام الدول العربية لهذه الاتفاقية يستحسن ضم الأطفال الطبيعيين إلى جانب الأطفال المتبنين ضمن قائمة الاستثناءات المستبعدة من مجال تطبيقها.

¹ - المادة 10 من اتفاقية لاهاي لسنة 1996

² - المادة 2 من نفس الاتفاقية .

³ - المادة 4 من نفس الاتفاقية.

⁴ - تنص المادة 60 من نفس الاتفاقية على أنّه " يمكن لكل دولة متعاقدة و على أبعد تقدير عند وقت التصديق أو القبول أو الموافقة أو الانضمام أو أثناء التصريح المنجز الذي تقيمه طبقا للمادة 59 أن تبدي التحفظ أو التحفظين المنصوص عليهما في الفقرة الثانية من المادة 54 و المادة 55 و لا تقبل أية تحفظات غيرها " .

ثانيا - اتفاقية لاهاي لسنة 1980 الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال

إن الإطار القانوني لمعالجة قضايا النقل غير المشروع للأطفال عبر الحدود يجد سنده في اتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980 الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال، باعتبارها المؤطر الأساسي لظاهرة النقل غير المشروع على المستوى الدولي.

كرست هذه الاتفاقية بشكل واضح مبدأ جوهريا وهو مبدأ تقديم مصلحة الطفل على ما عداها من المصالح، وهو ما تفترض الاتفاقية أن يتحقق عبر إبقائه في البيئة التي اعتاد عليها وألفها وإبعاده عن النزاعات القانونية بين والديه¹.

إنّ الهدف المراد من إبرام هذه الاتفاقية هو ضمان الإعادة الفورية للأطفال ما دون 16² سنة والذين نقلوا إلى أيّ دولة متعاقدة بطريقة غير شرعية، وضمن الاحترام الفعلي لحقوق الحضانة والزيارة والاتصال المنصوص عليها في قوانين الدول المتعاقدة³.

استقرّ واضعوا هذه الاتفاقية على شرطين ينبغي تحققهما لإضفاء صفة النقل غير المشروع على التصرف، يتعلق الأمر بخرق حق الحضانة الممنوح لأحد الوالدين بمقتضى سند صحيح طبقا لقانون دولة الإقامة الاعتيادية للطفل سواء كان سند حق الحضانة القانون أو حكم قضائي أو إداري أو اتفاق بين الأبوين وشرط الممارسة الفعلية لحق الحضانة قبل حصول هذا النقل أو إمكانية ممارستها لولا هذا النقل⁴.

¹ - الفاخوري إدريس، « النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة، قضايا الأحوال الشخصية والميراث، الدلالات الوطنية والأبعاد الدولية »، مجلة الحقوق، الجزء الأول، الإصدار 32، المغرب، عدد خاص 2016، ص ص 8-9.

² - article 4 de la convention de la Haye 1980 dispose que « La Convention s'applique à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un Etat contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite.

L'application de la Convention cesse lorsque l'enfant parvient à l'âge de 16 ans » .

³ - أكدت على هذا الهدف ديباجة الاتفاقية و المادة 1 منها .

⁴ - في نفس الوقت يعتبر تعريفا للنقل غير المشروع للأطفال - أنظر :

Art 3 alinéa - (a) et (b) de la convention de la Haye 1980 .

كرّست هذه الاتفاقية مبدأ التعاون الإداري بغية تحقيق أهداف الاتفاقية، ويتجلى ذلك في تعيين سلطة مركزية في كل دولة متعاقدة أقيمت على عاتقها مجموعة من الالتزامات نذكر منها :

- الكشف عن مكان وجود الطفل الذي نقل بصورة شرعية ومنع إلحاق أي ضرر به مع ضمان العودة الطوعية له

- تبادل المعلومات المتعلقة بالخلفية الاجتماعية للطفل عندما يقتضي الأمر ذلك لتسهيل الإجراءات القضائية أو الإدارية بهدف إعادة الطفل ووضع الترتيبات اللازمة لتنظيم أو لضمان الممارسة الفعلية لحقوق الزيارة والاتصال¹.

إنّ تدخّل السلطات المركزية لتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقها لا يكون تلقائياً، بل بناء على طلب من يدّعي أنّ طفلاً قد نقل بأسلوب يعتبر انتهاكاً لحقوق الحضانة، مع ضرورة تضمين هذا الطلب بالوثائق اللازمة²، ويقدم هذا الطلب سواء للسلطة المركزية

¹ - المادة 7 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 .

² - Art 8 de La convention de la Haye 1980 dispose que « La personne, l'institution ou l'organisme qui prétend qu'un enfant a été déplacé ou retenu en violation d'un droit de garde peut saisir soit l'Autorité centrale de la résidence habituelle de l'enfant, soit celle de tout autre Etat contractant, pour que celles -ci prêtent leur assistance en vue d'assurer le retour de l'enfant.

La demande doit contenir:

a - des informations portant sur l'identité du demandeur, de l'enfant et de la personne dont il est allégué qu'elle a emmené ou retenu l'enfant;

b - la date de naissance de l'enfant, s'il est possible de se la procurer;

c - les motifs sur lesquels se base le demandeur pour réclamer le retour de l'enfant;

d - toutes informations disponibles concernant la localisation de l'enfant et l'identité de la personne avec laquelle l'enfant est présumé se trouver. La demande peut être accompagnée ou complétée par:

e- une copie authentifiée de toute décision ou de tout accord utiles;

f- une attestation ou une déclaration avec affirmation émanant de l'Autorité centrale, ou d'une autre autorité compétente de l'Etat de la résidence habituelle, ou d'une personne qualifiée, concernant le droit de l'Etat en la matière ;

g- tout autre document utile ».

لمكان إقامة الطفل الاعتيادية أو أمام السلطة المركزية بأيّ دولة متعاقدة ،ومتى توافر لدى السلطة المركزية التي تتلقى مثل هذا الطلب ما يحملها على الاعتقاد بأنّ الطفل موجود في دولة متعاقدة أخرى ،تقوم مباشرة بإرسال الطلب إلى السلطة المركزية لتلك الدولة ،وتقوم هذه الأخيرة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمّة للتوصل إلى الإعادة الطوعية للطفل¹ .

بتمعّنا في بنود هذه الاتفاقية يتبيّن لنا أن العودة الفورية والفعلية للطفل تمرّ بمرحلتين، مرحلة التسوية الودية وهي المرحلة الأساسية المعتمد عليها لتحقيق هدف الاتفاقية، والتي تكون بتدخل السلطات المركزية، وفي حالة ما إذا لم تجد هذه المرحلة نفعاً في ضمان العودة الفورية والفعلية للطفل تأتي مرحلة التسوية القضائية عن طريق تدخل السلطات القضائية في الدولة المتعاقدّة لاتخاذ الإجراءات القضائية العاجلة بغرض إعادة الطفل إلى حاضنه .

هذا وينبغي على هذه السلطات إصدار قرارها في أجل ستة أسابيع من تاريخ بدء الإجراءات القضائية، وأيّ تأخير بعد ذلك يعطي الحق لمقدّم الطلب أو للسلطة المركزية للدولة المقدّم إليها الطلب، بناء على مبادرتها الخاصة أو طلب السلطة المركزية للدولة مقدّمة الطلب المطالبة ببيان أسباب التأخير² .

إذا كان المبدأ الوارد في هذه الاتفاقية يقضي بضرورة العودة الفورية للطفل فإنّ هذا المبدأ ترد عليه استثناءات لا يمكن فيها الأمر بالعودة الفورية للطفل، والتي تتمثل في : مرور مدة سنة بعد النقل غير المشروع وقدمت البراهين على أنّ الطفل مستقر في بيئته الجديدة³، إثبات أنّ الحاضن لم يكن يمارس حق الحضانة بصفة فعلية أو أنّه وافق على نقل المحضون، إثبات أنّ إعادة الطفل إلى محل إقامته الاعتيادية تشكل مخاطر جسيمة، قد تعرّضه للأذى الجسدي والمعنوي، وإذا رفض الطفل إعادته وأنّه بلغ من العمر والرشد الدرجة التي تسمح بالأخذ بوجهة نظره⁴.

¹ - المادة 9 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 .

² - المادة 11 من نفس الاتفاقية.

³ - المادة 12 / الفقرة 02 من نفس الاتفاقية .

⁴ - المادة 13 / الفقرة أ- ب من نفس الاتفاقية .

قد تعترض تطبيق هذه الاتفاقية صعوبات وعوائق ترجع بالدرجة الأولى إلى اختلاف الدول المتعاقدة في تفسير بنود الاتفاقية، لذلك يقترح البعض¹ وضع تفسير موحد لبنودها، كما أنّ أغلب الدول ترفض إعادة الطفل إلى حاضنه مستغلّة في ذلك نص المادة 13 وخصوصا الفقرة ب منها، بحجة مصلحة المحضون النفسية والجسمانية أو بحجة رفض المحضون إعادته إلى حاضنه، فقد أصبحت هذه الفقرة وسيلة دفاع ناجعة بالنسبة للدول المتعاقدة، بالإضافة إلى العائق الجغرافي لتطبيق الاتفاقية، فدائرة تطبيقها تبقى نسبية بالنظر إلى قلة الدول الموافقة عليها، وخاصة الدول العربية الإسلامية التي لا ترى أية مصلحة لها فيها، كونها تحتوي على مقتضيات مخالفة لمفهوم الإسلام اتجاه حقوق الإنسان والطفل².

لم تصادق الجزائر بدورها على هذه الاتفاقية، وهذا راجع إلى أنّ هذه الاتفاقية تحضر إبداء أيّ تحفظ على بنودها³، وقد عمّت النقل غير المشروع على جميع الأطفال حتّى المتبنين، وأنّ مصادقة الجزائر على هذه الاتفاقية يعني موافقتها على التبنّي وهذا يتنافى مع نصوص قانون الأسرة الجزائري.

يعتبر المغرب البلد الوحيد الذي بادر للانضمام إلى هذه الاتفاقية، ومع دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ بادر القضاء المغربي إلى تطبيقها على أرض الواقع، وهذا ما يستشف من حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الصادر في 29 غشت 2011 الذي أمر فيه الأب المغربي بإرجاع الطفل إلى أمه الأمريكية المتواجدة في واشنطن والذي يعتبر هو مكان الإقامة الاعتيادية للطفل استنادا لمقتضيات اتفاقية لاهاي التي وقع التصديق عليها من طرف الدولتين معا⁴.

¹ -FIORINI (Aude), « Enlèvements internationaux d'enfants , solutions internationales et responsabilités étatique », revue de droit McGill ,VOL 51 ,2006 ,p 289.

² - دريسي جليّة ، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، مرجع سابق ، ص 89.

³ -Art 42 de la convention de la Haye 1980 dispose que « Tout Etat contractant pourra, au plus tard au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, ou au moment d'une déclaration faite en vertu des art. 39 ou 40, faire soit l'une, soit les deux réserves prévues aux art. 24 et 26, alinéa 3. Aucune autre réserve ne sera admise.....».

⁴ - الفاخوري إدريس ، مرجع سابق ، ص 9 .

وقد سبق الإشارة إلى أن المشرّع الجزائري قد جرّم هذا الفعل¹، كما أن ارتباط الجزائر باتفاقيات حول التعاون القضائي في المادة الجنائية وتسليم المجرمين قد يسهّل إلى حد كبير المتابعة الجزائرية، كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1964².

الفرع الثاني

اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989³

تعتبر اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989⁴ ثمرة مجهود دولي شاق في سبيل خدمة قضية حقوق الطفل وحماية مصلحته التي تقتضي أن تكون تنشئة الطفل في محيط عائلي، لذلك أولت هذه الاتفاقية للوسط العائلي الذي يولد ويعيش في كنفه أهمية بالغة إيماناً من واضعي الاتفاقية بالتأثير المباشر والكبير للوسط العائلي في التكوين الجسدي والنفسي للطفل، الأمر الذي ينعكس على توجّهاته وملكاته في مستقبل حياته إيجاباً أو سلباً، ولهذا وجب أن تكون تنشئة الطفل في جوّ أسري مفعم بدفء وحنان الوالدين⁵.

وفي سبيل تحقيق ذلك تبنّت هذه الاتفاقية قاعدة أساسية تقضي بعدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، إلاّ عندما تقرّر السلطات المختصة أنّ هذا الفصل ضروري لصون مصلحة الطفل الفضلى⁶، فحق الطفل في الوسط العائلي معترف به ومصان بموجب أحكام هذه الاتفاقية، إلاّ إذا أدّى ذلك إلى إلحاق ضرر بالطفل.

1 - أنظر المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري .

2 - أمر رقم 65 - 194 يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية والفرنسية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين السالف الذكر .

3 - اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة بقرارها رقم 25/44/ المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 السالفة الذكر .

4 - مرسوم تشريعي رقم 92-06 يتضمن موافقة الجزائر على اتفاقية حقوق الطفل السالف الذكر .

5 - شحاتة أحمد زيدان فاطمة، مركز الطفل في القانون الدولي العام ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2007 ، ص 266 .

6 - تنص المادة 9 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 على أنه " ينبغي عدم فصل الأطفال عن والديهم إلاّ إذا كانوا لا يحصلون على رعاية مناسبة وكافية منهم؛ (مثلاً، إذا كان الوالدان يؤذيان الطفل أو لا يعتنيان به) ويجب أن يتمكن الطفل من التواصل المستمر مع والديه إذا كانوا منفصلين ولا يعيشون معاً، ما عدا في الحالات التي يتسبب فيها هذا التواصل بالأذى للطفل".

-أنظر كذلك: - مخيمر عبد الهادي عبد العزيز ،حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي ، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت ،الكويت ، 1997، ص 75 .

هذا وإنّ اتفاقية حقوق الطفل لم تهمل جانب علاقات الطفل بوسطه الأسري المنفصل عنه بانفصال والديه، إذ يقع على عاتق الدول المتعاقدة الالتزام باحترام حق الطفل في الاحتفاظ بعلاقاته الشخصية وصلاته المباشرة مع والديه بصورة منتظمة وهادئة، إلاّ إذا تعارض ذلك مع مصلحة الطفل، فلا ينبغي أن تصبح مصالح الوالدين أو الدول اعتبارات طاغية على مصلحة الطفل¹.

ولمّا كانت ظاهرة النقل غير المشروع للطفل عبر الحدود تشكّل أكبر عائق لممارسة الطفل حقه في المحافظة على علاقاته وصلاته المباشرة مع والديه عند الانفصال، فإنّ الاتفاقية ألزمت الدول الأطراف في مادتها 11 على ضرورة اتخاذ كل الإجراءات والتدابير لمواجهة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير شرعية، وتحقيقاً لهذا الغرض تشجّع الاتفاقية الدول المتعاقدة على إبرام اتفاقات متعددة الأطراف وثنائية أو الانضمام إلى اتفاقات قائمة .

فاتفاقية حقوق الطفل أضافت هي الأخرى بعض المبادئ التي تصبّ في إطار الحماية القانونية للطفل على المستوى الدولي، فهي اتفاقية تشجّع في العديد من مقتضياتها التّعاون بين الدول من أجل تحقيق مبتغاها، وخاصة المادة 11 منها والتي تمنع الاختطاف الدولي للأطفال².

وفي هذا السياق كرّست المادة 35 من الاتفاقية نفس المعنى الوارد في المادة 11 بفقرتيها، إذ جاء فيها " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الأطراف لمنع اختطاف الأطفال...".

بناء على هذه المعطيات يتضح أن اتفاقية حقوق الطفل أولت أهمية قصوى لمصلحة الطفل الذي تقتضي حمايته من ظاهرة الاختطاف الدولي ولو كان الاختطاف على يد أحد الوالدين المنفصلين، لما فيه من مساس بحق الطفل في المحافظة على علاقته المباشرة والهادئة بوالديه .

¹ - هدى عصمت محمد أمين ، مرجع سابق ، ص 199.

² - دريسي جلييلة، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط.....، مرجع سابق ، ص 91 .

وسعيًا منها للحدّ من هذه الظاهرة الخطيرة تدعو الاتفاقية الدول إلى تكثيف وتعزيز الجهود الوطنية والدولية واتخاذ تدابير فعّالة لضمان عودة الطفل. ورغم اكتفاء الاتفاقية بالنص على حثّ الدول باتخاذ التدابير اللازمة لتحقيق هذا الغرض دون تحديدها، إلاّ أنّها تضمّنت جهازًا للرقابة وهو لجنة حقوق الطفل¹، إذ تختص بالنظر في التقارير التي تقدمها الدول الأعضاء عن التدابير التي اتخذتها تنفيذًا لهذه الاتفاقية، ويجوز للجنة أن تطلب معلومات إضافية ذات صلة بتنفيذ الاتفاقية²، كما يمكن لها أن تصدر ما تراه مناسبًا من توصيات بشأن تنفيذ بنود الاتفاقية³.

ومما لا شك فيه أن إصدار مثل هذه التوصيات يعد وسيلة ناجعة لحثّ الدول المخالفة على الامتثال لتعهداتها في مجال حماية الطفل.

المطلب الثاني

الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988

في ظلّ إشكالات حضانة أبناء الزواج المختلط التي تقف كعائق أمام تطبيق قانون الأسرة الجزائري، عمل المشرع على تغيير الوضعية القانونية للمحزون عن طريق إبرام الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين: الجزائريين والفرنسيين عند الانفصال⁴، خاصة وأنّ أغلب القضايا المتعلقة بحضانة أطفال الزواج المختلط تخص زوجين أحدهما جزائري والآخر فرنسي.

ولمعرفة مدى نجاعة الاتفاقية في حلّ إشكالات الحضانة نتطرق في البداية إلى أهداف ومجال تطبيق الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988 (الفرع الأول) ثم إلى أحكامها (الفرع الثاني).

¹ - المادة 43 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

² - المادة 44 من نفس الاتفاقية.

³ - المادة 45 من نفس الاتفاقية.

⁴ - مرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو 1988 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين: الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988، ج ر ج ج عدد 30، صادر بتاريخ 27 جويلية 1988، ص 1097.

الفرع الأول

أهداف ومجال تطبيق الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988

مما لا شك فيه أنه تم إبرام الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988 بغية تحقيق الأهداف التي تسعى إليها (أولا) ولكن في حدود المجال الذي رسمته لتطبيقها (ثانيا) .

أولا- أهدافها

إنّ الهدف المراد من إبرام هذه الاتفاقية هو تحقيق أحسن حماية للمحضون وحرية تنقله بين البلدين ورعاية مصلحته بالدرجة الأولى، هذه المصلحة تقتضي المحافظة على علاقات هادئة ومنتظمة بوالديه حيثما وجدا ،وبالتالي ضمان ممارسة حق الحضانة وحق زيارة المحضون¹ ، كما أنّ حق الحضانة وحق الزيارة طبقا لهذه الاتفاقية لم يعد مقررا لمصلحة الوالدين بقدر ما هو مقرر لمصلحة المحضون² .

علاوة على ذلك فإنّ هذا التغيير تمّ تكريسه في التشريعات الداخلية لكلا البلدين، فقانون الأسرة الجزائري أعطى الأولوية لمصلحة المحضون ،إذ يتعيّن على القاضي مراعاتها عند استحقاق الحضانة أو إسقاطها³ ،وفي المقابل نجد أنّ القانون الفرنسي نصّ على اشتراك الوالدين في ممارسة السلطة الأبوية بعد الطلاق بهدف محافظة المحضون على علاقته الوثيقة بوالديه⁴ .

ثانيا- مجال تطبيقها

يقتصر تطبيق هذه الاتفاقية على الأطفال الشرعيين ،وبالتالي يستبعد من مجال تطبيقها الأطفال الطبيعيين والمتبنين ،فالأبناء الناتجين عن علاقة غير شرعية لا تنطبق عليهم هذه الاتفاقية، وما يؤكد هذا القول العبارات التي تضمنتها المادتين 5 و 6 من الاتفاقية وهي " المسكن الزوجي " و " الأزواج الذين هم في حالة الانفصال " ،كما أنّ قانون

¹ - أنظر ديباجة الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988 التي تنص على هذا الهدف .

² - معوان مصطفى ، « الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 » ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، عدد 1/ 2000، ص 135 .

³ - أنظر المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري .

⁴ - أنظر المواد 372 و373-2 من القانون المدني الفرنسي.

الاسرة الجزائري يؤسس النسب على الزواج الشرعي¹، عكس القانون الفرنسي الذي يعترف بالعلاقة غير الشرعية وبالابن الناتج عن هذه العلاقة، وجعله يستفيد من نفس الحقوق التي يستفيد منها الابن الشرعي، فضلا عن اعترافه بالتبني، بخلاف ق أ ج الذي يمنع التبني².

يرى البعض³ أنّ اقتصار تطبيق هذه الاتفاقية على الأولاد الشرعيين دون الطبيعيين والمتبنين من شأنه التقليل من عدد الأولاد الخاضعين لهذه الاتفاقية، وأنه من غير المعقول تبني مثل هذا الموقف لكونه يقلص من مجال تطبيق الاتفاقية .

وهناك من يرى⁴ أنّ استبعاد الأبناء الطبيعيين والمتبنين من مجال تطبيق الاتفاقية يعدّ بمثابة تنازل فرنسي للطرف الجزائري.

تجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي لم يطبق في قراره المؤرخ في 26 ماي 1989 هذه الاتفاقية على طفل طبيعي من أم فرنسية، وقد منح حق الزيارة للأب الجزائري الذي اعترف بالطفل⁵ .

نحن نرى أنّ هذا الموقف يتماشى وأحكام شريعتنا الإسلامية وأن الاعتراف بهم سيؤدي حتما إلى نتائج لا يحمد عقباها.

أمّا بخصوص الزوجين المنفصلين الخاضعين لهذه الاتفاقية، فإن هذه الأخيرة تنطبق على الزوجين اللذين يكون أحدهما جزائريا والآخر فرنسيا، وبالتالي فإنّ هذه الاتفاقية تستبعد الزوجين الفرنسيين المقيمين بالجزائر والزوجين الجزائريين المقيمين بفرنسا، فهؤلاء يخضعون

¹ - تنص المادة 40 من القانون رقم 84 - 11 السالف الذكر، المعدلة بالمادة 10 من الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري السالف الذكر على أنه " يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار .. ". ونضيف المادة 41 من نفس القانون " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا " .

² - تنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يمنع التبني شرعا و قانونا " .

³ - MONEGER (Françoise), « La convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparé - algéro - française du 21 juin 1988 », journal du droit international , n°1 , 1989 , p 45.

⁴ - MABROUKINE (Ali), « La convention - algéro - française du 21 juin 1988 relative aux enfants issus de couples mixtes séparé », revue critique du droit international privé , Janv. mars 1991, p 2.

⁵ - Ait Zai (Nadia), « Les droit de l'enfant en Algérie », Rapport alternatif 40ème pré- session du comité des droits de l'enfant , 8 juin 2005 , nations - unis Genève , Alger juin 2005 , p 27.

للاتفاقية القضائية المبرمة في 1964¹، كما يستبعد من تطبيق الاتفاقية حالة ما إذا كان أحد الزوجين فرنسيا أو جزائريا والآخر مواطن دولة أخرى مقيم في الجزائر أو فرنسا، ضيف إلى ذلك أنّ عبارة *séparé* لا تتصرف إلى عبارة الانفصال الجسماني المعترف به في القانون الفرنسي والمخالف للنظام العام في الجزائر، وبالنتيجة فإنّ هذه الاتفاقية لا تنطبق في حالة انفصال زوجين انفصالا جسمانيا².

يؤخذ على هذه الاتفاقية أنّها لم تتضمن حالة ازدواج الجنسية، فقد يكون الزوجين جزائريين وفي نفس الوقت فرنسيين، وقد يكون أحدهما مزدوج الجنسية والآخر وحيد الجنسية فهل يعتبر في هذه الحالة الزواج مختلطا وبالتالي يخضع لأحكام هذه الاتفاقية؟.

يرى البعض³ أنّ الجواب على هذا السؤال ينبغي أن يكون إيجابيا إذا أريد للاتفاقية أن تطبق تطبيقا عاديا وواسعا، ففي حالة ما إذا كان الأب مزدوج الجنسية، فعلى القاضي الفرنسي أن يأخذ بعين الاعتبار الجنسية الجزائرية فقط لكي نكون أمام زواج مختلط، وحتى لا تحرم الأمهات الفرنسيات من امتيازات الاتفاقية.

الفرع الثاني

أحكام الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988

احتوت الاتفاقية على أربع عشرة مادة ركّزت على نقاط أساسية تتجلى عموما

فيما يلي:

أولا- التعاون القضائي والإداري الدولي:

كانت أسس هذا التعاون محل تبادل رسالتين بين الحكومتين في 18 سبتمبر و 03 أكتوبر تمهيدا لإبرام الاتفاقية⁴، وتمّ تجسيد هذا التعاون عن طريق تعيين سلطتين مركزيّتين

¹ - الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1964 المتعلقة بتنفيذ الأحكام و تسليم المجرمين السالفة الذكر .

² - MONEGER (Françoise) , « La convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparé – algéro – française du 21 juin 1988 », op.cit, p 47.

³ -ibid.

أنظر كذلك - بوبكر مولود، مرجع سابق، ص 71.

⁴ - Cabanel , op.cit, p11.

من طرف وزيرى العدل لكنتا الدولتین¹، وكذلك عن طريق الهيئات القنصلية بالإضافة إلى اللجنة المتساوية الأعضاء.

تکمن اختصاصات والتزامات السلطتين المركزيتين والتي تكون مجانية فيما يلي:

- البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.
- تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه، لا سيما ارسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.
- تسهيل إيجاد حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة.
- تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا.
- ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم.
- إطلاع السلطة المركزية الملتزمة على التدابير المتخذة والنتائج المخصصة لها
- تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوحة لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها وانطلاقا منه².
- اتخاذ إجراءات الحماية القضائية والإدارية الخاصة بالقاصر المنتمي لإحدى الدولتين بعد استشارة القنصلية المختصة.
- إعلام القنصلية المختصة إقليميا بإجراءات الحماية القضائية والإدارية الخاصة بقاصر مولود من رعايا أحد الدولتين³.

إذا كانت الفقرتين الأخيرتين تتدرجان ضمن التزامات السلطتين المركزيتين، فإنها في نفس الوقت تشير إلى دور الهيئات القنصلية، وقد اعتبر بعض الكتاب أنّ هذا الدور غامض وفريد من نوعه، إذ أنّه يطرح العديد من التساؤلات فما هو الغرض من استشارة

¹ - المادة 1 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988.

² - المادة 2 من نفس الاتفاقية، والتي يقابلها الفصل 6 من الاتفاقية التونسية الفرنسية والفصل 20 و 21 من الاتفاقية المغربية الفرنسية.

³ - المادة 4 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988.

الهيئات القنصلية، هل للاستفسار حول القانون الواجب التطبيق أو أنّ الأمر يتعلّق بالقرار المراد اتخاذه؟ وما هو الحل في حالة عدم الإجابة وكان هذا التدبير استعجاليا؟ ومن تتخذ إجراءات الحماية القضائية والإدارية؟ كيف يتم تبليغها؟¹.

يرى الأستاذ مبروكين علي أنّ إجراءات الحماية القضائية والإدارية تتخذ من كلتا الدولتين وتبلغ من طرف كل واحدة منهما للأخرى عن طريق القنصل². ويكون دور السلطات القنصلية محدود، إذ لا يمكن أن يصل إلى حد استبعاد قانون القاضي المطبق على الوضعية القانونية للطفل³.

لتعزيز التعاون القضائي والإداري بين البلدين تمّ تنصيب لجنة متساوية الأعضاء تكمن مهمتها في تسهيل تسوية الخلافات المثارة بين الوالدين، إذ يمكن لها أن تطلب من السلطتين المركزيتين إجراء تحريات في كلتا الدولتين، وإبداء آراء مسببة في حق الحضانة وحق الزيارة، وبناء على هذا الرأي يمكن للوالد المعني أن يطلب من القاضي تعديل قراره غير أنّ مهمّة اللجنة مؤقتة، إذ تتوقف بعد سنة من تنصيبها⁴.

ثانيا - آليات المحافظة على علاقات الطفل بوالديه

أولت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية أهمية بالغة لمصلحة المحضون، إذ أن حق الحضانة وحق الزيارة لم يعودا في الاتفاقية مقررين لمصلحة الوالدين بقدر ما هما مقررين لمصلحة المحضون، على هذا الأساس بنت أحكامها على آليات من شأنها محافظة الطفل على علاقاته الهادئة والمنتظمة والمستمرة بوالديه عند الانفصال⁵، وتتجلى هذه الآليات فيما يلي :

¹-MABROUKINE (Ali),« La convention – algéro – française du 21 juin 1988 relative aux enfants issus de couples mixtes séparé », op.cit, pp 11- 12. voir aussi : -MONEGER (Françoise), « La convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparé – algéro – française du 21 juin 1988 », op.cit, pp 60 – 61.

² – MABROUKINE (Ali),« La convention – algéro – française du 21 juin 1988 relative aux enfants issus de couples mixtes séparé », ibid .

³ - بوبكر مولود، مرجع سابق، ص 74

⁴ - المادة 12 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988.

⁵ - معوان مصطفى، مرجع سابق، ص 134 .

1- قاعدة الاختصاص القضائي الدولي الوحيد

حدّدت المادة 5 من الاتفاقية محكمة واحدة للفصل في حق الحضانة وفي نفس الوقت منح حق الزيارة خارج الحدود ،وهي المحكمة القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي ،باعتباره مكان الحياة العائلية المشتركة ،فقد كرّست هذه الاتفاقية قاعدة الاختصاص القضائي الوحيد لتفادي تنازع الاختصاص القضائي الدولي بين الدولتين خاصة التنازع الإيجابي ،إذ كان قضاة كلا الدولتين يتمسك باختصاصه معتبرا أن القرار الصادر عن قضاء الدولة الأخرى غير مختص للفصل في مسألة الحضانة وحق الزيارة .

على هذا الأساس يتعيّن قطع جذور المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي التي كانت تمّد اختصاص المحاكم الفرنسية إلى دعاوى الأحوال الشخصية عامة ،ودعوى الحضانة بصفة خاصة¹ .

يرى البعض أنّ هذه المادة تتضمن قاعدة الاختصاص القضائي الدولي المباشر والتي كثيرا ما وجدت في القانون الدولي الخاص المقارن، كما أنّ قاعدة الاختصاص المحددة في المادة المذكورة أعلاه لها طابع إلزامي وخاص².

2- الربط الإلزامي بين حق الحضانة وحق الزيارة عبر الحدود

تضمّنت المادة 6³ من الاتفاقية بفقرتيها المبدأ والاستثناء، فالمبدأ وارد في الفقرة الأولى، والذي بمقتضاه يكون القاضي الذي منح حق الحضانة ملزما في نفس الوقت بمنح حق الزيارة خارج حدود البلدين للوالد غير الحاضن ،أمّا الاستثناء فقد تضمنته الفقرة الثانية والتي تجيز للقاضي تكييف ممارسة حق الزيارة بين حدود البلدين وفقا لمصلحة المحضون إذا طرأت ظروف استثنائية تعرّض صحته الجسمانية والنفسية للخطر.

¹ -MABROUKINE (Ali)et Autres , « Le statut personnel des musulman », op.cit , p 340.

² - ibid.

³ - تنص المادة 6 بفقرتها 1- 2 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988 على أنه " كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التابعة للطرفين المتعاقدين و ينص على حضانة الطفل يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة بما في ذلك بين حدود البلدين.

وإذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر ، فيجوز للقاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة المحضون " .

طبقا لذلك فإنّ القاضي الذي يرفض منح حق الزيارة بين حدود البلدين يجب أن يؤسّس رفضه على اعتبار مصلحة المحضون وليس على اعتبار النظام العام .

يرى البعض من الكتاب أنّه مادام الابن مولود من أب و أم مختلفين في الدين والثقافة فمن البديهي أن يعرف كلا الثقافتين ،بل أنّ صحته النفسية تتطلب أن يعرف كلا الثقافتين ،وبالتالي فإنّ القاضي الذي يرفض منح حق الزيارة خارج الحدود يجب أن يبرر رفضه بأسباب أخرى غير الاختلاف الثقافي¹.

غير أننا نرى أنّ معرفة الطفل للثقافة الغربية يشكّل أكبر خطر يهدّد مصلحة المحضون، ليس فقط في حالته النفسية بل حتّى الجسمانية والدينية والأخلاقية .

3- الضمانات القضائية التي تحيط بحق الزيارة خارج الحدود

أحاطت الاتفاقية حق الزيارة خارج الحدود بضمانات قضائية تسمح لأحد الوالدين بممارسة حقه في الزيارة دون أي عائق قضائي أو إداري ،وفي نفس الوقت تضمن استرجاع الحاضن لمحضونه عند انتهاء الزيارة ،وذلك في سبيل محافظة المحضون على علاقته بوالديه ،وسعيا للحدّ من ظاهرة اختطاف المحضون ونقله بطريقة غير شرعية خارج الحدود.

طبقا للمادة 7 من الاتفاقية " يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائرية في كلتا الدولتين² عندما يعترض على تنفيذ حكم قضائي يقضي بحق الزيارة للوالد الآخر، سواء داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما .

¹ – MONEGER (Françoise) , « La convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparé – algéro – française du 21 juin 1988 », op.cit, p 54.

² – تنص المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري على أنه " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة و بغرامة من 500 إلى 5000 دينار ، الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به..... " .

–Art 327–5 de code Pénal français ,Disponible sur le site internet:

<https://www.legifrance.gouv.fr/> , dispose que « le fait de refuser indument de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de réclamer est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende » .

ويباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسلمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائرية ضد مرتكب الفعل " .

منحت هذه المادة لصاحب حق الزيارة سلاحا فعالا لممارسة حقه في الزيارة خارج الحدود على أكمل وجه ،حيث لم تترك للنّياحة العامة أية إمكانية لتقرير متابعة الشكوى عكس ما تنص عليه المادة 36 من قانون الإجراءات الجزائرية¹ والمادة 40 من قانون الإجراءات الجزائرية الفرنسي².

أكثر من ذلك فإن هذه الاتفاقية في مادتها 9 اعتبرت أنّ الأحكام القضائية الصادرة عن الجهات القضائية لكلا الدولتين أو الأحكام التي منحت الصيغة التنفيذية لحكم صادر عن قضاء دولة أخرى يقضي بحق الزيارة بمثابة رخصة للخروج من التراب الوطني، ضيف إلى ذلك أنّ الأحكام القضائية التي تقضي بحق الزيارة والصادرة عن الجهات القضائية لإحدى الدولتين تكون مشمولة بالنفاذ المعجل ،وبالمقابل يتم منحها الصيغة التنفيذية في دولة أخرى و لو كان هذا الحكم ابتدائيا ،وهذا ما يستشف من نص المادة 10 من الاتفاقية، بخلاف الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1964 التي تشترط لمنح الصيغة التنفيذية لحكم الحضانة أن يكون نهائيا³.

بالرجوع للمادة 8 التي تعتبر مركز فعالية نظام الاتفاقية نجدها تنص أنّه " في حالة انتهاء المدة المحددة للزيارة خارج الحدود ولا يتم فيها إعادة الطفل إلى حاضنه أو في حالة أخذ الطفل خارج مدة الزيارة المحددة من القاضي المختص طبقا للمادة 5 من الاتفاقية لا يجوز رفض الاعتراف بالتدابير القضائية القابلة للتنفيذ المتضمنة حق الزيارة خارج الحدود ولا رفض تنفيذها الفوري رغم أيّ حكم صادر أو دعوى مباشرة فيما يخص الحضانة " .

¹ - تنص المادة 36 من القانون رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966 ، المتضمن قانون الإجراءات الجزائرية الجزائري المعدل و المتمم ، ج ر ج ج عدد 48 ، الصادر بتاريخ 10 يونيو 1966 على أنّه " يقوم وكيل الجمهورية : بتلقي المحاضر والشكاوى و البلاغات و يقرر ما يتخذ بشأنها " .

² - Art 40 de code procédure pénal français , Disponible sur le site internet :

<https://www.legifrance.gouv.fr/> , dispose que « le procureur de la république reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1 » .

³ -معوان مصطفى ،مرجع سابق ،ص135.

طبقا لهذه المادة يكون قاضي دولة التنفيذ ملزما بالاعتراف بتدابير الحكم الأصلي الذي منح حق الزيارة خارج الحدود وتنفيذها الفوري بعد تأكده من أنه صادر من المحكمة المختصة طبقا للمادة 5 من الاتفاقية ،ولا مجال لإثارة الدفع بالنظام العام ولا يشترط أن يكون الحكم نهائيا كما سبق الإشارة إلى ذلك .

تجدر الإشارة إلى أنّ الاعتراف والتنفيذ الفوري لتدابير الحكم الأصلي الذي منح حق الزيارة خارج الحدود لا يقصد به الاعتراف والتنفيذ التلقائي لهذا الحكم ،بل يتعيّن على الوالد الحاضن أن يطلبها من قضاء دولة التنفيذ ،ضيف إلى ذلك أنّ الاعتراف والتنفيذ الفوري يخص فقط جزء من الحكم، أي حق الزيارة دون الجزء الآخر المتعلق بحق الحضانة والذي يبقى خاضعا لشروط الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1964.

وتطبيقا للمادة 8 من الاتفاقية يقوم وكيل الجمهورية المختص باستعمال القوة العمومية لتنفيذ إجباري يضمن رجوع الطفل إلى التراب الذي غادره¹.

بعد دراستنا لبنود هذه الاتفاقية يتّضح لنا أنها تبنّت حلولاً قضائية وإدارية فعّالة لمواجهة إشكال حق الزيارة والنقل غير المشروع للمحضون، وذلك من خلال تقرير حق الزيارة خارج الحدود للوالد غير الحاضن مع إزالة جميع العقبات القضائية والإدارية التي كانت تقف في وجه ممارسة حق الزيارة، وبالتالي الحد من ظاهرة النقل غير المشروع للمحضون خارج الحدود ،كنتيجة سلبية لحرمان الوالد غير الحاضن من حق الزيارة خارج الحدود وتقييدها بقيود تفوق طاقته .

أمّا الإشكالات الأخرى فمازالت عالقة بدون أي حل ،لأنّ أحكام هذه الاتفاقية تخدم بالدرجة الأولى مصلحة الطرف الفرنسي وتطغى عليها أحكام القانون الفرنسي² ، وما يؤكد هذا القول أن هذه الاتفاقية لم تشير إطلاقا إلى شرط تربية الابن على دين أبيه الذي يعتبر شرطا جوهريا لإسناد الحضانة في القانون الجزائري ،و بهذا يشكل إسناد القاضي الفرنسي الحضانة للأم الفرنسية غير المسلمة المقيمة في فرنسا أكبر عائق يعترض تطبيق المادة 62 من ق أ ج ،وما يعزّز مصلحة الأم الفرنسية قاعدة الاختصاص القضائي المكرسة في

¹ - المادة 11 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988 .

² - معوان مصطفى ، مرجع سابق ، ص 136.

الاتفاقية، حيث يتحدّد الاختصاص القضائي للفصل في الحضانة وحق الزيارة وفق معيار مسكن الزوجية الذي يتواجد في غالب الأحيان في الإقليم الفرنسي¹ ، وبالتالي يرجع الاختصاص للقضاء الفرنسي الذي لن يتردد في إسناد الحضانة للأم الفرنسية دون أي اعتبار لتربية الابن على الدين الإسلامي .

علاوة على ذلك إذا كانت المادة 7 قد جعلت تكييف طرق ممارسة حق الزيارة من طرف القاضي المختص على اعتبار مصلحة المحضون في حالة ظهور ظروف استثنائية تعرّض الحالة الجسمانية والنفسية للمحضون إلى خطر مباشر إلا أنّ عبارة مصلحة المحضون يختلف مفهومها بين القضاء الجزائري والقضاء الفرنسي، فما يعتبر من مصلحة المحضون في نظر القاضي الفرنسي لا يعتبر كذلك في نظر القاضي الجزائري .

لمّا كان الاختصاص القضائي يرجع في غالب الأحيان إلى القاضي الفرنسي فإنّ هذا الأخير سيأخذ بالمصلحة المادية والمعنوية للمحضون مجردة من أي اعتبار ديني إسلامي، نذكر من ذلك قرارين صادرين عن القضاء الفرنسي .

الأول صادر في 29 سبتمبر 2000 المؤيد للحكم الصادر عن محكمة كريتاي ، حيث أقال مسؤولية الأب الذي اغتتم فرصة حق الزيارة ليأخذ قرار ختان المحضون دون إخبار أمه الحاضنة ، ودون أن تكون العملية ضرورية لصحة الطفل ، أن القضاء الفرنسي يرجع مصدر الختان للأطفال المسلمين إلى الأعراف فقط ، إذا كان هذا القرار يندرج ضمن المصلحة المادية للمحضون حسب القضاء الفرنسي إلا أنّه يمس بمصلحة من مصالح الطفل العليا في الشريعة الإسلامية .

أما القرار الثاني فقد أوقف حق زيارة الأب لبناته مؤيدا لقرار المجلس المؤسس على اعتبار مصلحة الأطفال ، وذلك بوقفها على الضغوط الأخلاقية والنفسية التي يفرضها الأب على بناته الصغر ، خاصة بالزامهنّ ارتداء الزي الإسلامي ، ومنعهنّ من السباحة في المسابح العمومية² .

¹ - يوسف فتيحة ، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 197 .

² - أحمد داود رقية ، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان ، 2003 ، ص 148 - 149 .

كذلك نجد أنّ هذه الاتفاقية لم تحل عقدة إشكال تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بالحضانة، بل انصبّ اهتمامها على حل إشكال تنفيذ الأحكام المتعلقة بالزيارة فقط، وهذا بدوره يخدم مصلحة الأم الفرنسية، بحيث يضمن لها إعادة ابنها بعد انتهاء الزيارة خارج الحدود، مادام أن قاضي التنفيذ في غالب الأحيان يكون جزائريا .

هكذا يتضح أنّ هذه الاتفاقية لم تحل إشكالات إسناد الحضانة باستثناء الإشكال المتعلق بحق الزيارة عبر الحدود والنقل غير المشروع للمحضون، وما هذه الحلول إلاّ ضمانات لممارسة الأم الفرنسية الحاضنة حقّها في الحضانة دون أي عائق يعترض سبيل ممارستها لهذا الحق .

إن كانت هذه الاتفاقية قد جاءت ببعض الحلول لإشكالات إسناد الحضانة في الزواج المختلط ، إلاّ أنّ هذه الإشكالات تبقى مطروحة بالنسبة لحضانة أبناء الزواج المختلط التي لم ترتبط فيها الجزائر باتفاقيات مع دول الزوجين المختلطين المنفصلين .

الفصل الثاني

حق الطفل الناجم عن الزواج المختلط في الميراث

يعرف الميراث بأنه اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث، سواء أكان المتروك مالا، أم عقارا، أم حقا من الحقوق الشرعية، فهو علم يعرف بمقتضاه نوع المستحقين للتركة الصافية، ونصيب كل وارث -واحد أو متعددًا- وكيفية تصفية التركة وتسليمها لمستحقيها¹.

يثير موضوع حق الطفل في الميراث كأثر لانحلال الزواج المختلط بوفاة أحد الزوجين مسألتين هامتين في القانون الدولي الخاص، تتعلق الأولى بتحديد المحكمة المختصة دوليا للنظر في النزاع القائم حول هذا الحق، والتي تثير إشكال تنازع الاختصاص القضائي الدولي، لاسيما أمام اختلاف الدول حول معاييرها، أما المسألة الثانية فتتعلق بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على هذا الحق، والتي بدورها تثير إشكال تنازع الاختصاص التشريعي الدولي لحكم ميراث الطفل، خاصة بالنظر إلى اختلاف الدول حول ضوابط إسناده.

بتصفحنا لقواعد الاختصاص القضائي والتشريعي الدولي الخاصة بالميراث في تشريعات الدول وفي كتب فقه القانون الدولي الخاص لم نلمس أي قواعد خاصة بميراث الطفل الناجم عن الزواج المختلط اعتبارا لخصوصية هذا الحق، سواء بالنظر إلى قصر الطفل من جهة أو لخصوصية الزواج المختلط ذو البعد الدولي من جهة أخرى، بل أن عموميتها تمس جميع شرائح المجتمع بما فيها الطفل، لذلك سنحاول في هذا الفصل دراسة وتحليل هذه القواعد ليتبين لنا إن كانت تتماشى وخصوصية حق الطفل في الميراث.

فإذا عرض أمام القاضي الوطني نزاع يتعلق بميراث الطفل في تركة أحد الزوجين المختلطين يتعين عليه أولا البت في مسألة أولية وأساسية تتعلق بتحديد المحكمة المختصة للفصل فيه قبل تحديد القانون الواجب التطبيق، وإذا تبين أنه مختص للفصل في النزاع المعروف عليه فإنه يعمل على تحديد القانون الواجب التطبيق طبقا لقواعد الإسناد المقررة في قانونه كمرحلة ثانية، وهذا ما يجعل إشكال تنازع الاختصاص القضائي في ميراث

1- بلحاج العربي، أحكام التركات، المواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص 22.

الطفل (المبحث الأول) سابقا على إشكال تنازع الاختصاص التشريعي أو ما يعرف بتنازع القوانين (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

تنازع الاختصاص القضائي الدولي في ميراث الطفل

تستقل كل دولة بوضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي¹، التي تبين الحدود التي تباشر فيها المحاكم الوطنية لدولة معينة وظيفتها القضائية اتجاه غيرها من محاكم الدول²، من هنا تبرز الأهمية العملية البالغة لهذه القواعد في تحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاعات ذات الطابع الدولي³، منها ما يتعلق بميراث الطفل الناجم عن الزواج المختلط .

سعت الدول في سبيل ذلك إلى ضبط عدة معايير لضمان وتعزيز اختصاص محاكمها الوطنية للنظر في دعاوى الميراث كما سنرى ذلك، وهذا ما أدى إلى طرح إشكال تنازع الاختصاص القضائي الدولي⁴، لاسيما أمام اختلاف تشريعات الدول حول هذه المعايير وتعددتها.

¹ - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي....، مرجع سابق، ص 06 .

² - يعبر بعض الفقهاء عن الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة معينة بمصطلح الاختصاص العام بالمقابلة للاختصاص الخاص لهذه المحاكم، إذ تعمل قواعد الاختصاص العام على رسم حدود الولاية القضائية لمحاكم دولة معينة من الوجهة الدولية، أي اتجاه محاكم الدول الأخرى للفصل في المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي، لكن يفضل الأستاذ عز الدين عبد الله استعمال مصطلح الاختصاص القضائي الدولي، لأنه واضح الدلالة على العنصر الأجنبي في المنازعة التي يتحدد بشأنها هذا الاختصاص، بخلاف مصطلح الاختصاص العام الذي يستعمل للدلالة على المعنى المتقدم، بالإضافة إلى استعماله في مجال الحياة القانونية الداخلية للدلالة على ما يخص جهة قضائية معينة في ولاية القضاء داخل الدولة بالنظر إلى سائر الجهات القضائية الأخرى فيها - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 605 - 607 .

³ - صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية.....، مرجع سابق، ص 18 .

⁴ - نقصد بإشكال تنازع الاختصاص القضائي الدولي: التنازع الإيجابي للقواعد المنظمة له، ويراد به تعدد المحاكم الوطنية والأجنبية المختصة بنظر الدعاوى الناشئة عن العلاقات القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا .

- السيد الحداد حفيظة، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 10 .

لعل ما يزيد من حدة هذا الإشكال تمديد قواعد الاختصاص القضائي الداخلي على المجال الدولي الذي نادى به الفقه وأيده القضاء في فرنسا¹، بالنسبة للنظم القانونية التي لم تقر قواعد خاصة باختصاص قضائها دوليا، كالقانون المغربي، أو تلك التي أقرت أحكاما غير كافية² كالقانون الجزائري³ والفرنسي⁴ والألماني⁵، لذلك تفسح مادة الميراث مجالا واسعا لتحليل حدود جواز تمديد قواعد الاختصاص المحلي على المجال الدولي⁶.

سعت أغلب الدول الأوروبية لحل إشكال تنازع الاختصاص القضائي الدولي في مادة الميراث إلى تجسيد أرضية الوفاق والتناسق بينها عن طريق إبرام اتفاقية أوروبية تهدف إلى تحديد وتوحيد الاختصاص القضائي الدولي من خلال توحيد معياره .

انطلاقا من هذه المعطيات سنتناول في (المطلب الأول) ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بشأن الميراث، ثم نتطرق في (المطلب الثاني) إلى تحديده وتوحيده بين الدول الأوروبية .

المطلب الأول

ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بشأن ميراث الطفل

يستعين القاضي الوطني لتحديد اختصاص محكمته للنظر دوليا في النزاعات الدولية الخاصة بصفة عامة والنزاعات المتعلقة بميراث الطفل الناجم عن الزواج المختلط بصفة

¹ - Cass, civ, 19 octobre 1959, pelassa , Cass, civ,30 octobre 1962 ,scheffel .Cité par - LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit, 1988, n 542, p 704 .

² - زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 332 .

³ - نظم المشرع الجزائري قواعد الاختصاص القضائي الدولي في المادة 21 من القانون المدني الجزائري، والمادتين 41 و 42 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية . وقد سبق لنا التطرق إلى مضمونها، أنظر هامش الصفحة 208 من هذه الدراسة.

⁴ - نظم المشرع الفرنسي قواعد الاختصاص القضائي الدولي في المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي . - سبق لنا عرض مضمونها، أنظر هامش الصفحة 208 من هذه الدراسة .

⁵ - أشار إليه - الغزاوي إبراهيم حسن محمد عمر، مرجع سابق، ص 489 .

⁶ - بديع منصور سامي، غصوب عبده جميل، نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2009، ص 79 .

خاصة بقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي في قانون دولته، التي تبنى على أساس معايير أو ضوابط يتحدد بموجبها اختصاص المحاكم الوطنية .

وللتوضيح أكثر سنحاول دراسة وتحليل ضوابط الاختصاص القضائي الدولي الخاصة بمادة الميراث (الفرع الأول)، بالإضافة إلى أهم الضوابط العامة المطبقة عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ضوابط الاختصاص القضائي الدولي الخاصة بمادة الميراث

يعتبر افتتاح التركة (أولا) وموقع المال (ثانيا) وجنسية المورث (ثالثا) من أهم الضوابط الخاصة بمادة الميراث التي حظيت باهتمام الفقه وتشريعات الدول لتحديد اختصاص محاكمها دوليا للفصل فيها .

أولا- ضابط افتتاح التركة

لقي معيار افتتاح التركة تطبيقا واسعا على النطاق الدولي مثل ما هو عليه في النطاق الداخلي¹، إذ تختص محاكم الدولة للفصل في الدعاوى المتعلقة بالتركة التي يمكن أن يكون أحد ورثتها الطفل الناجم عن رابطة زوجية دولية إذا كان محل افتتاح التركة يقع بإقليمها، والذي يقصد به المكان الذي يوجد به آخر موطن للمتوفي²، ومن ثم يكون هذا الأخير بمثابة ضابط للاختصاص، وهو ضابط إقليمي، شخصي مسلم به فقها وقضاء³ .

¹ - LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit, 1988, n° 452, p 706 .

² - فهمي كمال، مرجع سابق، ص 623 . أنظر كذلك: - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 700-701 . - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي....، مرجع سابق، ص 135 . عبد المنعم ريلض فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 372 .

Voir aussi :- MAYER (pierre), op.cit, n° 800, p 517.- SANDRINE (Clavel) , Droit international privé, Dalloz, Paris, 2010 , n° 793, p413 .

³ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 700-701 .

ذهب بعض الفقه إلى القول أنه لا يجب أن يفهم من أن الموطن الأخير للمتوفي هو ضابط لاختصاص المحاكم الوطنية دولياً في مادة الميراث¹، لأن الموطن ما هو إلا رابطة بين الشخص وإقليم الدولة، فمن غير المعقول الاعتداد بموطن الشخص بعد وفاته²، كما أنه لا يمكن للمورث أن يكون طرفاً في الدعوى لأنه متوفي³.

بينما نادى البعض من الفقه بإمكانية الاعتداد بموطن الشخص بعد وفاته لاعتبارات عملية، تقضي باختصاص محكمة آخر موطن كان يقيم فيه المتوفي، لأنه يفترض في هذا المكان تمركز معظم أمواله ووجود غالبية دائنيه، ومن ثم تكون لمحاكم هذه الدولة قدرة أكبر على الفصل في دعاوى الميراث⁴، لاسيما سرعة إجراءات التحقيق المتعلقة بالتركة، ومعاينة أموالها بأقل ما يمكن من التكاليف والمشقة⁵، وتمكين أصحاب الحقوق من الاطلاع ومواجهة ادعاءاتهم⁶.

إن اختصاص محكمة الموطن الأخير للمتوفي ليس مرجعه النظر إلى أن له موطناً، بل يقصد بذلك المحل الذي تتمركز فيه معظم أمواله⁷، باعتبار أن التركة هي جزء من الثروة القومية للدولة وليس اعتبار هذه الأخيرة موطن للمتوفي⁸.

¹ - السيد الحداد حفيظة، هشام علي صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 79. أنظر كذلك: - السيد الحداد حفيظة، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص 123.

² - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الاختصاص القضائي الدولي، شركة سعيد رأفت مصر، 1985، ص 89. أنظر كذلك: - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 701.

³ - الغزاوي إبراهيم حسن محمد عمر، مرجع سابق، ص 525.

⁴ - السيد الحداد حفيظة، هشام علي صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 79. أنظر كذلك: - السيد الحداد حفيظة، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص 124. - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 89. - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 701. - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 136.

- أنظر كذلك:

- MAYER (pierre), op.cit, n° 800, p 517 .

⁵ - ناصيف الياس، مرجع سابق، ص 528.

⁶ - MAYER (pierre), op.cit, n° 800, p 517.

⁷ - السيد الحداد حفيظة، هشام علي صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 79.

⁸ - الغزاوي إبراهيم حسن محمد عمر، مرجع سابق، ص 525.

وهذا ما يجعل القول بأن ضابط الاختصاص في هذه الحالة هو الموقع الحكمي للمال، وهو ضابط موضوعي¹، ومن ثم يكون اختصاص محكمة موطن المتوفي هو في الحقيقة اختصاص محكمة موقع المال².

ذهبت العديد من تشريعات الدول الغربية منها والعربية إلى تكريس ضابط افتتاح التركة أو الموطن الأخير للمتوفي لتحديد الاختصاص الدولي لمحاكمها الوطنية في مادة الميراث، ومن بين التشريعات الغربية نذكر منها التشريع الفرنسي³ والإيطالي⁴، على أن يتم تحديد مكان افتتاح التركة طبقاً لهذين التشريعين بالموطن الأخير للمتوفي⁵.

فعلى غرار قاعدة تنازع القوانين الفرنسية كما سنرى ذلك تختص المحاكم الفرنسية في مسائل الأموال الميراثية المنقولة إذا كان الموطن الأخير للمتوفي قائماً في فرنسا⁶، وهو

¹ - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية.....، مرجع سابق، ص 89. أنظر كذلك - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 701.

- الضابط الموضوعي للاختصاص القضائي الدولي هو ذلك المشتق من العناصر الموضوعية للمنازعة (سبب العلاقة القانونية وموضوعها) بصرف النظر عن الأشخاص الأطراف فيها (أشخاص العلاقة القانونية).

- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص....، مرجع نفسه، ص 710.

² - السيد الحداد حفيظة، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي.....، مرجع سابق، ص 124.

³ - Art 45 de code de procédure civile français, Disponible sur le site internet : <https://www.legifrance.gouv.fr/>, dispose que « En matière de succession, sont portées devant la juridiction dans le ressort de laquelle est ouverte la succession jusqu'au partage inclusivement :

- les demandes entre héritiers ;
- les demandes formées par les créanciers du défunt ;
- les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort ».

- عمل الاجتهاد القضائي الفرنسي على تمديد قواعد الاختصاص القضائي الفرنسي الداخلي إلى المجال الدولي في مادة الميراث كما سبق الإشارة إلى ذلك، منها ضابط افتتاح التركة المنصوص عليه في المادة المذكورة أعلاه.

⁴ - كرسن المادة 50 من القانون الدولي الخاص الإيطالي مجموعة من الضوابط التي يتحدد على أساسها اختصاص المحاكم الإيطالية دولياً في مادة الميراث منها ضابط افتتاح التركة.

- DEBERNARDI (Giovanna), Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux, thèse de doctorat, droit université Cote d'Azur, France, 2017, p p 40-41 .

⁵ - Art 720 du code de civile français dispose que « Les successions s'ouvrent par la mort, au dernier domicile du défunt » qui correspond à Art 456 du code de civile italien.

- DEBERNARDI (Giovanna), op.cit, p 41 .

⁶ - ibid, p 40- . Voir aussi : - SANDRINE (Clavel), op.cit, n° 788, p 411. - .

نفس الضابط الذي أقره مؤتمر القانون الدولي الخاص في دورته المنعقدة في لاهاي عام 1928¹ .

أما التشريعات العربية التي اعتمدت ضابط افتتاح التركة أو الموطن الأخير للمتوفي فنذكر منها التشريع المصري² ، الليبي³ ، التونسي⁴ ، السوري⁵ ، اللبناني⁶ والإماراتي⁷ .

أما المشرع الجزائري فقد اكتفى بالنص على ضابط موطن المتوفي ، ففي ظل غياب النص التشريعي الذي يتضمن قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مادة الميراث فإن قواعد الاختصاص الداخلي هي التي يتم مدها إلى المجال الدولي⁸ كما سبق الإشارة إلى ذلك ، وطبقا لهذا الحل وعملا بأحكام المادة 40⁹ من قانون الاجراءات المدنية والادارية

¹ - المادة 08 من مشروع الاتفاق الذي أقره مؤتمر القانون الدولي الخاص -أشار إليه عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق ،ص 701 .

² - المادة 31 من القانون رقم 13 لسنة 1968 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري المعدل ،متوفر على الموقع الإلكتروني :
https://www.cc.gov.eg/legislation_single?id=404681

- جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري القديم الصادر سنة 1949 تعليقا على المادة 860 منه أن " الحالة الأولى وجه الاختصاص فيها أن مصر كانت موطن المتوفي إلى أن مات ، وهذا اعتبار مأخوذ به في كافة التشريعات " . - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق ،ص 701 .

³ - المادة 03/ الفقرة 2 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ،متوفر على الموقع الإلكتروني :
<https://security-legislation.ly/ar/law/33296>

⁴ - الفصل السادس في فقرته 3 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي .

⁵ - المادة 7 من قانون أصول المحاكمات السوري الجديد رقم 1 لعام 2016 ،متوفر على الموقع الإلكتروني :
<http://www.parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=5556&cat=15810>

⁶ - المادة 105 / الفقرة 1 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ،متوفر على الموقع الإلكتروني :
<http://77.42.251.205/Law.aspx?lawId=244565>

والمادة 3 من قانون الإرث لغير المحمديين الصادر في 23 حزيران 1959 - أنظر في هذا الشأن ناصيف الياس ،مرجع سابق ، ص 520 .

⁷ - المادة 21 في فقرتها الثانية من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي لسنة 1992 المعدل ،متوفر على الموقع الإلكتروني :
<https://u.ae>litigation-procedures>general-provisions->

⁸ - أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج2 ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق ،ص 19 . أنظر كذلك:- اسعاد موحد ، القانون الدولي الخاص ، ترجمة فائز أنجق ، ج2 ، القواعد المادية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، د س ن ،ص 18 .

⁹ - تنص المادة 40/فقرة 2 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري السالف الذكر على أنه " فضلا عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون ،ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها :
2 - في مواد الميراث أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفي " .

يرجع الاختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية إذا كان للمتوفي موطناً في الجزائر، وهو عادة مكان افتتاح التركة¹، لكن يفهم من صياغة المادة القانونية أنه لا يستلزم أن تكون الجزائر آخر موطن للمتوفي، بل يكفي أن تكون موطناً له .

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري كان يتبنى في ظل قانون الاجراءات المدنية لسنة 1966² بصريح العبارة ضابط افتتاح التركة طبقاً للمادة 308³ منه، وأمام سكوت المشرع عن تحديد مكان افتتاح التركة يعود للقاضي المعروض عليه النزاع أمر تحديده، وهو الموطن الأخير للمورث⁴.

وسع الاجتهاد القضائي اللبناني بدوره في تطبيق قواعد الاختصاص المكاني الداخلي لتشمل التركات المنقولة الدولية⁵، وهو الحل الذي لا يزال معمول به في ظل أصول المحاكمات المدنية اللبنانية الجديد⁶، إذ يرجع الاختصاص الدولي للمحاكم اللبنانية إذا افتتحت التركة في لبنان، دون التمييز بين أن يكون المتوفي لبنانياً أو أجنبياً، وعليه لا تختص المحاكم الوطنية للنظر في التركات المفتوحة في الخارج، أي تركة المتوفي الذي لم يكن موطنه الأخير واقعا على الأراضي اللبنانية⁷ .

إذا كان قانون الدولة في المجال الداخلي يعطي الاختصاص لمحكمة محل افتتاح التركة للنظر في منازعة التركات منقولة كانت أو عقارية، فإن هذه القاعدة لا تلقى تطبيقاً

¹ - زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 331-332 .

² - أمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر لعام 1386 الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الاجراءات المدنية الجزائري المعدل والمتمم، ج ر ج ج عدد 47، صادر بتاريخ 09 يونيو 1966، (ملغى بموجب المادة 1064 من القانون رقم 08-09 السالف الذكر) .

³ - تنص المادة 08 من الأمر رقم 154/66 المتضمن قانون الاجراءات المدنية الجزائري المعدل والمتمم السالف الذكر على أنه "في مواد الميراث، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح التركة" .

⁴ - اسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، ج1، قواعد التنازل.....، مرجع سابق، ص 319 .

⁵ - جاء في الاجتهاد القضائي اللبناني أن أحكام المادة 93 من قانون أصول المحاكمات المدنية القديم - التي تقابلها المادة 105 من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد - تطبق في المجال الدولي انسجاماً مع المادة 83 من القانون القديم التي كانت تنص على تطبيق قواعد القانون الداخلي في المجال الدولي . - سامي بديع منصور، غصوب عبده جميل، نصرى أنطوان دياب، مرجع سابق، ص 80 .

⁶ - المادة 74 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية الجديد .

⁷ - غصوب عبده جميل، دروس في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 391. أنظر كذلك: - ناصيف الياس، مرجع سابق، ص 520 . - سامي بديع منصور، غصوب عبده جميل، نصرى أنطوان دياب، مرجع سابق، ص 80.

في المجال الدولي ،لأن قاعدة الاختصاص المكاني الداخلي تطبق بدون تعديل على التركات المنقولة الدولية ،بينما يتم استبعادها بالنسبة للتركات العقارية الدولية¹ .

بتصفحنا لنصوص التشريعات التي تبنت هذا الضابط يتبين لنا أن اختصاص محكمة افتتاح التركة أو الموطن الأخير للمتوفي يخص جميع الدعاوى الخاصة بمسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالإرث .

إن تحديد المقصود بمسائل الإرث هو مسألة تكييف تخضع للقانون الداخلي ،ويعد من هذه المسائل الشروط الواجب توافرها لاستحقاق الإرث وبيان الورثة وتحديد مراتبهم ونصيب كل منهم ،أما المقصود بالدعوى المتعلقة بالتركة فهي الدعاوى المدنية البحتة، كما هو الشأن بالنسبة للدعوى التي يرفعها دائن المورث طالبا الوفاء بدينه² .

بالرجوع إلى نصوص بعض التشريعات كالمادة 105 من ق أ م م اللبناني والمادة 45 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي يتبين أنها اكتفت بالنص على جميع الدعاوى الوراثية في حالة تعدد الورثة فقط ،وعليه فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو هل مجرد النص على حالة التعدد يعني استبعاد الحالة التي يتواجد فيها وريث واحد، ولنفترض أنه طفل ناتج عن علاقة زواج مختلط .

استبعد بعض الفقه والاجتهاد القضائي الفرنسي في هذه الحالة تطبيق قاعدة اختصاص محكمة محل افتتاح التركة على الدعاوى المقامة بوجه وريث وحيد ،لأن غياب القسمة يضع حدا لهذا الاختصاص ،وعليه تخضع الدعاوى المرفوعة من الوارث أو ضده للقاعدة الأساسية التي تجعل الاختصاص في الدعوى الشخصية لمحكمة موطن المدعى عليه، وفي الدعوى العقارية لمحكمة موقع العقار ،أما إذا تعدد الورثة فتكون محكمة افتتاح التركة هي المختصة بنظر الدعاوى المتعلقة بهذه التركة³ .

¹- سامي بديع منصور ، غصوب عبده جميل ،نصري انطوان دياب ،مرجع سابق ، ص80.

²- هشام علي صادق ،تنازع الاختصاص القضائي الدولي..... ،مرجع سابق ،ص 135 .

³- سامي بديع منصور ، غصوب عبده جميل ،نصري أنطوان دياب ،مرجع سابق ،ص ص 81- 82 . أنظر كذلك: - ناصيف الياس، مرجع سابق ،ص 526 .

لكن لو أخذنا بهذا الاتجاه الفقهي فإنه سيؤدي إلى طرح نفس النزاع أمام محاكم دولتين أو أكثر إذا كانت التركة مشكلة من منقولات وعقارات، وهذا ما يؤدي إلى اختلاف الحلول الصادرة عنها، لاسيما أمام ميول محاكم الدول إلى تطبيق قانونها الداخلي بعد تقرير اختصاصها القضائي .

في حين ذهب بعض الفقه إلى القول أنه إذا كانت الغاية من النص القانوني القائم على ضابط افتتاح التركة هو تفضيل الورثة بفعل تمركز منافعهم في هذا المكان، يصبح هذا الضابط غير مجد بفعل غياب توزع المصالح لوجود وريث وحيد، مما يستلزم الرجوع إلى القواعد العامة في الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه، أما إذا كانت الغاية من ذلك ليس فقط تمركز مصالح الورثة بل الذهاب إلى أبعد من ذلك، وهي مجاورة الموطن الأخير للمتوفي لأمواله ولدائنيه ولمختلف الوثائق المتعلقة بزمته المالية، فإنه يرجع الاختصاص لمحكمة آخر موطن للمتوفي بالرغم من وجود وريث وحيد.

في هذا الشأن فصلت محكمة استئناف بيروت في قرارها المؤرخ في 1942 معتبرة أن المادة 93 من ق أ م م القديم تطبق في حالتها تعدد الورثة أو وجود وريث وحيد، وعليه يبدو واضحا من النصوص أن الهدف ليس فقط تفضيل تمركز مصالح الورثة، على غرار ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي، إذ يلعب محل وجود الأموال المنقولة دورا هاما في تحديد آخر محل الإقامة¹.

انتقد معيار افتتاح التركة باعتباره الموطن الأخير للمتوفي على أن تطبيقه يؤدي إلى طرح صعوبات وإشكالات عند اختلاف وجهات النظر مع قضاء الدولة التي يقع في دائرة اختصاصها الأموال، كما لو أعلنت محكمة افتتاح التركة عن منح مال موجود في إقليم دولة أخرى إلى الشخص س في حين منحه محكمة موقع المال إلى الشخص ع، وهذا ما يؤدي إلى صدور أحكام قضائية متباينة، من شأنها المساس بحقوق الورثة بصفة عامة وبحق الطفل بصفة خاصة، لاسيما وأن أغلب محاكم الدول المختصة طبقا لهذا الضابط تسعى في كل مرة إلى تطبيق قانونها².

¹ - سامي بديع منصور، غصوب عبده جميل، نصري انطوان دياب، مرجع سابق، ص 82 - 83 .

² - MAYER (pierre), op.cit, n° 800, p 518.

ضيف إلى ذلك أن اعتماد ضابط الموطن الأخير للمتوفي لا يمنح دائما الاختصاص لمحاكم الدولة التي لديها السلطة الفعلية على المنقول، فمثلا تكون المحاكم الفرنسية مختصة للفصل في دعاوى ميراث المنقول عندما يكون المتوفي (المورث) مقيما في فرنسا، لكن قد يحدث وأن تكون هذه المنقولات أو جزء منها موجودة في دولة أخرى لسهولة تنقلها، وفي هذه الحالة لا تكون المحاكم الفرنسية مختصة للنظر فيها¹.

ثانيا- ضابط موقع المال

ينعقد الاختصاص القضائي الدولي لحكم مسألة الميراث بصفة عامة وميراث الطفل الناجم عن الزواج المختلط بصفة خاصة، وفقا لضابط موقع المال لمحاكم الدولة التي يقع على إقليمها مال التركة، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الأخير عقارا أو منقولا².

يعتبر ضابط موقع المال في هذه الحالة ضابطا موضوعيا، لأنه يكتفى به لوحده دون النظر إلى أشخاص الخصوم، وإقليما لأنه يتحدد بالنظر إلى إقليم الدولة، وواقعا لأنه يعتد في شأنه بالواقع دون أعمال أي فكرة قانونية، في الأخير يعد ضابطا خاصا لأنه يقتصر على طائفة من المنازعات، وهي تلك المتعلقة بالمال³.

يستند تقرير موقع مال التركة كضابط لتحديد اختصاص المحاكم الوطنية على الصعيد الدولي إلى عدة اعتبارات نذكر منها: سيادة الدولة من خلال بسط ولاية محاكمها على الأشياء الموجودة على إقليمها مهما كانت جنسية المتقاضين⁴، وعلى فكرة الارتباط المادي - الإقليمية - بين المال والمكان، الأمر الذي يتعذر معه نفي تلك الصلة وما يترتب

¹ - MAYER (Pierre) , HEUZE (Vincent), op.cit, n° 820, p p 596 – 597 .

² - صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية.....، مرجع سابق، ص 81 . أنظر كذلك: - الداودي غالب علي، مرجع سابق، ص 285 .

³ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 646 . أنظر كذلك: - اللافي محمد مبروك، مرجع سابق، ص 221 .

⁴ - رياض عبد المنعم فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، 350. أنظر كذلك: - المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي....، مرجع سابق، ص 309 . - اللافي محمد مبروك، مرجع نفسه ص 219. - غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 285 .

عنها من نتائج¹، أهمها منح الاختصاص لمحاكم دولة موقع العقار، نظرا للربط الوثيق والجدي بين النزاع المتعلق بذلك المال وإقليم الدولة²، كما يستند إلى ضرورات عملية لا يناع أحد في جديتها، تكمن في أن محاكم دولة موقع المال تكون دون أدنى شك أجدر وأقدر من غيرها على نظر الدعاوى المرتبطة بالمال موضوع التركة³.

يعد مبدأ الفعالية والنفاز الذي يجب أن تتسم به الأحكام القضائية المتعلقة بالميراث على الصعيد الدولي الأساس الحقيقي لاختصاص هذه المحاكم دون غيرها من محاكم الدول الأخرى⁴.

فما لاشك فيه أن الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في ميراث الطفل ستكون عديمة القيمة الفعلية في دولة موقع العقار، التي سترفض محاكمها الاعتراف بها وتنفيذها⁵.

وعليه من أجل ضمان القوة والفعالية لهذه الأحكام القضائية يستلزم الأمر عقد الاختصاص لمحاكم دولة موقع العقار، نظرا لقدرتها على اتخاذ إجراءات التنفيذ على المال الموجود بحوزتها، وتحت سيطرتها بأقصى سرعة ممكنة، وبتكاليف أقل، كالكشف على المال أو تعيين الخبراء والحارس القضائي، مما يحقق مصلحة المتقاضين⁶، لذلك فضلت العديد من تشريعات الدول اعتماد ضابط موقع مال التركة على نطاق واسع، لتحديد

¹ - الغزوي إبراهيم حسن محمد عمر، مرجع سابق، ص 526.

² - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية.....، مرجع سابق، ص 30.

³ - هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 93، أنظر كذلك: - المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي.....، مرجع سابق، ص 309. - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية.....، مرجع سابق، ص 38. - الداودي غالب علي، مرجع سابق، ص 285.

⁴ - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي.....، مرجع سابق، ص 139-140. أنظر كذلك: - السيد الحناد حفيظة، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي.....، مرجع سابق، ص 66. - عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 464. - اللافي محمد مبروك، مرجع سابق، ص 221.

⁵ - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي.....، مرجع نفسه، ص 140-142. أنظر كذلك: - هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 92. - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية.....، مرجع سابق، ص 104.

⁶ - هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص.....، مرجع نفسه، ص 93-94. أنظر كذلك: - المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي.....، مرجع سابق، ص 309. - اللافي محمد مبروك، مرجع سابق، ص 219. - الداودي غالب علي، مرجع سابق، ص 285.

الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها الوطنية في مسألة الميراث¹، كالتشريع المصري² والتونسي³ واليمني⁴ والاطالي⁵ .

أورد الاجتهاد القضائي الفرنسي استثناء ملحوظا على مبدأ تمديد قواعد الاختصاص القضائي المحلي إلى المجال الدولي، من خلال منح الاختصاص الحصري لمحاكم دولة موقع العقار⁶، إلى درجة أنه جعل من اختصاص المحاكم الفرنسية اختصاصا حصريا للفصل في ميراث العقارات الواقعة في فرنسا، رغم افتتاح التركة في الخارج، لأسباب تتعلق بسيادة الدولة الفرنسية على إقليمها⁷، ولضمان التلازم بين الاختصاص التشريعي والقضائي⁸، لما لهذا الارتباط من ميزة التنفيذ المباشر، كونه يسهل عملية قسمة العقارات وتصفياتها⁹.

نفس المعنى أقره الاجتهاد القضائي اللبناني في قراره المؤرخ في 9 نيسان 1932 الذي منح الاختصاص لمحكمة موقع العقار رغم وجود الموطن الأخير للمتوفي في دولة

¹ - DEBERNARDI (Giovanna), op.cit ,p p 46-47.

² - تنص المادة 31 من قانون المرافعات المصري على أنه " تختص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالادعوى المتعلقة بالتركةأو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الجمهورية " .

³ - ينص الفصل 6 الفقرة 3 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه " كما تنتظر المحاكم التونسية :

- إذا تعلقت الدعوى بتركةأو كانت مرتبطة بانتقال الملكية بموجب الإرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد التونسية " .

⁴ - تنص المادة 80 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني رقم 40 لسنة 2002 المعدل، متوفر على الموقع الالكتروني :

<https://yemenparliament.gov.ye/Page?Sec=28>

على أنه " تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوى ...6- إذا كانت الدعوى متعلقة بالتركات أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في اليمن " .

⁵ - تختص المحاكم الايطالية طبقا للمادة 50 من القانون الدولي الخاص الايطالي إذا كانت أموال التركة واقعة في ايطاليا . -أشكر إليه :

-DEBERNARDI (Giovanna), op.cit ,p p 40-41

⁶ - MAYER (pierre), op.cit, n° 800, p 518 .-Voir Aussi -SANDRINE (Clavel) , op.cit, n° 790, p 412 . - DERRUPPE (Jean), op.cit , p 111 .

⁷ - COURBED (Patrik), op.cit, n° 271, p 143. Voir aussi .-LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit, 1988, n° 452, p 706 .- DEBERNARDI (Giovanna), op.cit ,p 39 .

⁸ -SANDRINE (Clavel) ,op.cit, n° 791, p 412 . - Voir aussi :- LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), Ibid.

⁹ - LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), Ibid.

أخرى¹، وهو ما كرسه بعد ذلك ق أ م م اللبناني في المادة 105 منه، التي تقضي بمنح الاختصاص لمحكمة موقع العقار رغم افتتاح الشركة في دولة أجنبية².

بتصفحننا لتشريعات الدول التي تبنت ضابط موقع مال الشركة تبين لنا أن بعضها كالنشرية الكويتي³ والسوري⁴ لم تكتف بهذا الضابط لعقد اختصاص محاكمها، بل اشترطت إلى جانب ضابط موقع أموال الشركة كلها أو بعضها على إقليمها الوطني توفر أحد الشرطين، أولهما أن يكون المورث وطنيا (كويتيا أو سوريا)، أو أن يكون كل الورثة أو بعضهم وطنيين، ثانيهما أن تكون محكمة محل افتتاح الشركة غير مختصة طبقا لقانونها، بخلاف المشرع المصري الذي اكتفى بالنص على وجود أموال الشركة أو بعضها في مصر دون أي شرط آخر لمنح اختصاص الفصل في مسائل الميراث، والدعاوى المتعلقة بالشركة للمحاكم المصرية⁵، طبقا للمادة 31⁶ من قانون المرافعات المصري⁷، وهو ترديد للمبدأ العام

¹ - سامي بديع منصور، غصوب عبده جميل، نصري أنطوان دياب، مرجع سابق، ص ص 136-137.

² - تنص المادة 105 في فقرتها 2 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه " إذا افتتحت الشركة في بلد أجنبي وكانت تحوي على عقارات واقعة في لبنان، فإن المنازعات المتعلقة بهذه العقارات والمبينة في الفقرة الأولى تكون من اختصاص محكمة مكان هذه العقارات " .

³ - تنص المادة 25 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980، متوفر على الموقع الإلكتروني : <https://mesferlaw.com/new/?p=1741>

على أنه " تختص المحاكم الكويتية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالشركة في الأحوال الآتية : ج- إذا كانت أموال الشركة كلها أو بعضها في الكويت وكان الورثة كلهم أو بعضهم كويتيين وكانت محكمة محل افتتاح الشركة غير مختصة طبقا لقانونها " .
⁴ - تنص المادة 7 من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري الجديد على أنه " تختص المحاكم السورية في مسائل الإرث في الأحوال التالية :

ج- إذا كانت أموال الشركة كلها أو بعضها في سورية وكان المورث سوريا أو كان الورثة كلهم أو بعضهم سوريين .

د- إذا كانت أموال الشركة كلها أو بعضها في سورية وكانت محكمة محل فتح الشركة غير مختصة طبقا لقانونها " .

⁵ - السيد الحداد حفيظة، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 85 .

⁶ - بخلاف ما كانت تقضي به المادة 860 /فقرة 2 من قانون المرافعات المصري لسنة 1949، إذ كانت تشترط بالإضافة إلى وجود أموال الشركة أو بعضها في مصر توفر أحد الأمرين، أولهما أن يكون المورث مصرية أو أن يكون كل الورثة أو بعضهم مصريين وثانيهما أن تكون محكمة محل افتتاح الشركة غير مختصة طبقا لقانونها .

⁷ - جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات المصري لسنة 1968 ما يلي " ونص المادة 31 يجمع بين حكمي المادتين 3 فقرة 3 و 860 فقرة 2 من القانون القائم (قانون سنة 1949) مع تعديل هذه الأخيرة بالاكفاء يكون المورث مصرية أو كون أموال الشركة أو بعضها في الجمهورية دون إضافة ضابط آخر للاختصاص إلى كل منهما " .

- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 703 .

الوارد في الفقرة الثانية من المادة 30 من نفس القانون¹ التي تقضي بعقد الاختصاص للمحاكم المصري إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في مصر².

ومع ذلك يرى بعض الفقه المصري³ أنه يوجد فرق هام بين اختصاص المحاكم المصرية القائم على وجود المال في مصر المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 30 من القانون المدني المصري وبين اختصاصها في مسائل الإرث وفقا للمادة 31 من نفس القانون، ففي هذه الأخيرة يكفي لعقد الاختصاص بشأن دعاوى الميراث أن تكون بعض أموال الشركة في مصر ولو كان المال محل النزاع كائنا في دولة أجنبية، غير أنه يصلح تطبيق هذه النتيجة بالنسبة للأموال المنقولة الموجودة في دولة أجنبية، بخلاف العقارات الواقعة في الخارج .

نتوقف عند هذه النقطة الأخيرة - وقوع العقار في الخارج - التي أثارت جدال كبير سواء بين الفقه من جهة أو بين الاجتهادات القضائية من جهة أخرى، حول تحديد المحكمة المختصة بشأن دعاوى ميراث العقارات الواقعة في الخارج .

تساءل بعض الفقه المصري⁴ عن مدى اختصاص المحاكم المصرية بشأن دعاوى الشركة المتعلقة بعقارات واقعة في الخارج عند توفر إحدى الضوابط المنصوص عليها في

¹ - السيد الحداد حفيظة، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 85 . أنظر كذلك: - السيد الحداد حفيظة ، هشام علي صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 80 . - السيد الحداد حفيظة ، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي.....، مرجع سابق، ص 124 . - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي.....، مرجع سابق، ص 137 . عكاشة محمد عبد العال ، هشام علي صادق ، القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 90 . - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 103 . - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 703 . - فهمي كمال ، مرجع سابق، ص 624 . - عكاشة محمد عبد العال ، أصول القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 492 .

² - تنص المادة 30 الفقرة 2 من قانون المرافعات المصري على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية " .

³ - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي.....، مرجع سابق، ص 137 .

⁴ - هشام علي صادق ، عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 91 .

المادة 131¹ من قانون المدني المصري ،لاسيما وأن المشرع المصري لم يضع استثناء خاصا بالعقار، على عكس ما هو وارد في المادتين 28² و 29³ من نفس القانون .

وقد ذهب البعض من الفقه المصري إلى القول أن ضابط موقع العقار لا يصلح أن يكون قيدا على اختصاص المحاكم المصرية القائم على فكرة الجنسية أو الموطن فقط ، وإنما يصلح أيضا كقيد يحد من ولاية هذه المحاكم في غير هاتين الحالتين⁴ ،وعليه يعد استثناء العقارات الواقعة في الخارج من اختصاص المحاكم المصرية ذي طبيعة عامة يمتد ليشمل جميع قواعد الاختصاص المصرية⁵ ،وأن المبررات⁶ التي بني عليها استثناء خضوع الدعاوى المتعلقة بالعقارات الواقعة في الخارج من الخضوع لاختصاص المحاكم المصرية في نص المادتين 28 و 29 من نفس القانون موجودة أيضا بشأن دعاوى الميراث⁷ .

أيد بدوره جانب من الفقه الفرنسي فكرة استبعاد اختصاص المحاكم الفرنسية بشأن العقارات الواقعة في الخارج ،بالنظر إلى الاعترافات العامة التي تجعلها غير مختصة بالمنازعات المتعلقة بهذه العقارات ،إذ يجب أن ينظر إلى كل عقار واقع في دولة أخرى

¹ - تبنت المادة 31 من قانون المرافعات المصري ثلاث ضوابط ،ضابط افتتاح التركة ،ضابط جنسية المورث وضابط موقع المال.
² - تنص المادة 28 من قانون المرافعات المصري على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية ،وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج " .
³ - تنص المادة 29 من قانون المرافعات المصري على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية ،وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج " .
- لم يكن هذا الاستثناء وارد في قانون المرافعات المصري القديم، مما أدى إلى انقسام الفقه إلى اتجاهين: ذهب الاتجاه الفقهي الأول إلى القول بثبوت الاختصاص للمحاكم المصرية في حالة توطن المدعي عليه بمصر حتى ولو تعلق الدعوى بعقار موجود في الخارج، على أساس أن كل دولة تحدد اختصاص محاكمها لحسابها الخاص ،أما عن مصير الحكم القضائي عندما يطلب تنفيذه في البلد الأجنبي فهذا أمر يقدره المدعي وفقا لما يراه قبل رفع الدعوى ،في حين ذهب الاتجاه الآخر من الفقه إلى القول بعكس ذلك فلا يؤدي توطن المدعي عليه في مصر إلى اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى ، طالما أن النزاع يتعلق بعقار واقع في الخارج. وبقي هذا الجدل الفقهي قائما إلى أن صدر قانون المرافعات المصري الجديد مقررا لهذا الاستثناء المشترك ،مؤيدا في ذلك لهذا الرأي الفقهي الأخير .

- السيد الحداد حفيظة ،الاختصاص القضائي الدولي....،مرجع سابق ،ص ص 63-64 .

⁴ - مرجع نفسه . أنظر كذلك : - هشام علي صادق ،تنازع الاختصاص القضائي الدولي....،مرجع سابق ،ص 113 .

⁵ - السيد الحداد حفيظة ،النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي.....،مرجع سابق ،ص 124 .

⁶ - سبق الإشارة إلى مبررات تقرير ضابط موقع المال لتحديد الاختصاص القضائي الدولي التي تمثل في نفس الوقت اعتبارات استثناء العقارات الواقعة في الخارج من اختصاص المحاكم الوطنية .- أنظر ص ص 248-249 من هذه الدراسة .

⁷ - عكاشة محمد عبد العال ،الإجراءات المدنية والتجارية... ،مرجع سابق ،ص 104 . أنظر كذلك: - هشام علي صادق ، عكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق ،ص 90 .

بوصفه تركة قائمة بذاتها، منعا لتعدد الأحكام القضائية الصادرة بشأن الميراث، واحتمال تضاربها¹، كما لو منح حكم قضائي صادر عن محكمة دولة معينة للطفل حقه في الميراث بينما يحرمه من هذا الحق حكم قضائي صادر عن محكمة دولة أجنبية أخرى.

وهو ما سارت عليه المحاكم الفرنسية التي أعلنت بعدم اختصاصها بالنسبة للعقارات الواقعة في الخارج رغم افتتاح الشركة في فرنسا، على اعتبار أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي الفرنسي تتبع نفس النهج المعتمد في تنازع القوانين في ميراث العقار وميراث المنقول².

خلافًا لذلك ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول باختصاص المحاكم الفرنسية بشأن المسائل المتعلقة بالميراث متى افتتحت الشركة في فرنسا، ولو تناولت عقارات واقعة في الخارج، مستنديين إلى فكرة وحدة الاختصاص القضائي في مادة الميراث³.

أيد هذه الفكرة جانب من الفقه المصري الذي أقر باختصاص المحاكم المصرية بدعوى استحقاق الإرث، وما قد تثيره من بيان الورثة وتحديد مراتبهم ونصيب كل منهم متى توافرت إحدى ضوابط الاختصاص المنصوص عليها في المادة 31 من القانون المدني المصري، ولو تعلقت الدعوى بعقارات كائنة في دولة أجنبية، أما دعوى استحقاق العقار الموروث والتي يرفعها الوارث بعد ثبوت استحقاقه للإرث فقد أكد بعدم اختصاصها مادام أن العقار واقع في الخارج على أساس أنها تعد من الدعاوى العينية العقارية⁴.

في هذا الشأن فند أغلب الفقه المصري ما ذهب إليه هذا الاتجاه الفقهي مقرا بعدم اختصاص المحاكم المصرية بدعاوى الميراث المتعلقة بعقارات واقعة بالخارج في جميع الحالات، مع تفضيل ترك مهمة تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم وتقسيم العقار.... الخ

¹ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص 705 . أنظر كذلك :

- SANDRINE (Clavel), op.cit, n° 790,p 412 . - COURBED (Patrik), op.cit, n° 271, p 143 .

² - DEBERNARDI (Giovanna), op.cit, p 40 .

³ - ibid.

⁴ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 706. أنظر كذلك: - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي....، مرجع سابق، ص ص 138-139 .

بالإضافة إلى الدعاوى المتعلقة بتركة عقارات واقعة في الخارج¹ إلى محاكم دولة موقع العقار، وهذا استجابة إلى وحدة الاختصاص القضائي في المنازعات المتعلقة بالعقارات الواقعة في الخارج، وإعمالاً لمبدأ قوة النفاذ².

في المقابل عدل القضاء الفرنسي عن موقفه القائم على فكرة الرأي الفقهي الذي نادى باختصاص المحاكم الفرنسية بشأن العقارات الواقعة في الخارج، منذ حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 05 يوليو 1933 الذي قضى بعدم اختصاص المحاكم الفرنسية بدعوى قسمة عقارات موروثه في الخارج، ولا يقوم هذا الحل في فرنسا على أساس اختصاص محكمة موقع العقار بالدعاوى المتعلقة به فقط، بل يستند أيضاً وبالدرجة الأولى إلى ما لدعوى القسمة من طبيعة خاصة، تتعلق بإجراءات معينة، لا يتصور فنياً أن تقوم بها محكمة أخرى غير محكمة موقع العقار³.

على هذا الأساس كان الاجتهاد القضائي الفرنسي⁴ حريصاً على استبعاد الدعاوى العينية العقارية ودعاوى قسمة العقارات الواقعة في الخارج من تطبيق المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي، فرغم تطبيق هذه المواد على جميع الدعاوى المالية وغير المالية إلا أنه استبعد من اختصاص المحاكم الفرنسية الدعاوى العينية العقارية، ودعاوى قسمة العقارات الواقعة في الخارج، حتى وإن كان جميع الورثة فرنسيين⁵، لأن الأحكام

¹ - كدعوى دائن المورث التي يطالب فيها بالوفاء بدينه من التركة ودعوى الدائن المرتهن نو الحق العيني التبعية على عقار واقع في الخارج .

² - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 707-708. أنظر كذلك: - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي...، مرجع سابق، ص 139-140 .

³ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص...، مرجع نفسه، ص 706. - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي...، مرجع نفسه، ص 138-139. - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية...، مرجع سابق، ص 105.

⁴ - Cass , civ 1^{re} , 27 mai 1970 ,weiss . -cité par : MONEGER (Françoise), Droit international privé....., op.cit, n° 537, p 187 .

⁵ - COURBED (Patrik), op.cit, n° 285, p 148 .Voir Aussi - LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit, 1988, n°464 , p p 721-722 .- DERRUPPE (Jean), op.cit , p 111 .- BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), op.cit, n°280 , p 327 .

القضائية الخاصة بهذه الدعاوى ستنفذ بالضرورة في مكان موقع العقار ،وأن هذه القرارات تتعلق بسيادة الدولة الأجنبية على إقليمها¹ .

إن قوة الجذب للعقار تبدو مؤثرة، إلى درجة أنه شعر فيها كل من المشرع والاجتهاد القضائي على حد سواء ،فمما لاشك فيه أن تشكيلة التركة من العقارات سيؤثر على تحديد الاختصاص القضائي الدولي في النزاعات المتعلقة بها² .

بناء على ذلك إذا كان المشرع المصري على غرار بعض مشرعي الدول الأخرى قد اكتفى بالنص على شرط موقع أموال التركة بعضها أو كلها في مصر لانعقاد اختصاص المحاكم المصرية ،فإن هذه الأخيرة لا تختص إذا ترك المورث أموالا عقارية بعضها في مصر والبعض الآخر في الخارج إلا بالدعاوى المتعلقة بالجزء الموجود في مصر، دون الجزء الآخر الموجود في الخارج³ ،وهو ما أقرته كل من محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 24 نوفمبر 1953⁴ ،ومحكمة استئناف بيروت في قرارها المؤرخ في 29 تشرين الثاني 1974⁵ ،بخلاف ما ذهب إليه بعض الفقه الفرنسي الذي يرى أن وجود بعض أموال التركة في فرنسا يكفي لعقد الاختصاص بدعوى القسمة للمحاكم الفرنسية⁶ .

رغم الخلاف الفقهي والقضائي حول استثناء عقارات التركة من اختصاص المحاكم الوطنية ،إلا أنه حسب رأينا تبني تشريعات الدول ضابط موقع العقار لتحديد الاختصاص

¹- COURBED (Patrik), op.cit, n° 285, p 148 .

²- سامي بديع منصور ،غصوب عبده جميل ،نصري أنطوان دياب ،مرجع سابق ،ص 136 .

³- السيد الحداد حفيظة ، هشام علي صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص،مرجع سابق ،ص 80 .

⁴ - La cour de cassation français annoncé dans son l'arrêt rendue le 24 novembre 1953 que « La dévolution successorale concernant les immeubles sis à l'étranger échappe à la connaissance des tribunaux français....qu'une cour d'appel à pu sans contradiction envisager des opérations tendant à liquider les immeubles français et ne pas examiner les immeubles étranger pouvaient éventuellement servir à former des lots susceptibles d'avoir une valeur équivalente à ceux fournis pas les immeubles en France ».

- أوردته السيد الحداد حفيظة ،النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي.....،مرجع سابق ،ص 125 .

⁵- أورده سامي بديع منصور غصوب عبده جميل ،نصري أنطوان دياب ،مرجع سابق ،ص 136 .

⁶- عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق ،ص 708 .

القضائي الدولي كاف للقول باستبعاد العقارات الواقعة في الخارج من اختصاص محاكمها الوطنية .

يتضح مما سبق ذكره أن ضابط موقع العقار كان محل اعتبار لدى الفقه والاجتهاد القضائي، بل وحتى تشريعات الدول لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في مادة الميراث، بخلاف موقع المال المنقول، إذ يرى بعض الفقه¹ أنه لا يصح الاحتفاظ به كضابط لتحديد هذا الاختصاص بحكم تنقله من مكان إلى آخر بتغير حائزيه، وعليه لا يصح بناء الاختصاص القضائي الدولي على ضابط غير ثابت، وبالتالي فإن استئثار محاكم الدولة بدعاوى تركة المنقول الموجود على إقليمها لا يكون على سبيل الإطلاق أو من النظام العام، حيث يكون من الجائز اختصاص محاكم دولة أخرى² .

ولقد أكدت المحاكم الفرنسية بمناسبة فصلها في عدة قضايا الميراث أن مجرد وجود موطن المدعى عليه في فرنسا يكفي لتبرير اختصاص القضاء الفرنسي، رغم وجود المنقول في الخارج، وهو الحل الذي تم توسيعه على الصعيد الدولي بخصوص التركة المنقولة التي أصبحت تخضع لاختصاص آخر موطن للمتوفي³ .

خلافًا لذلك اعتمد بعض الفقه المصري⁴ إلى جانب الفقه الفرنسي على ضابط موقع المال المنقول بالنسبة لدعاوى قسمته لنفس الأسباب التي يقوم عليها اعتماد ضابط موقع العقار، والتي تكمن في الطبيعة الخاصة لدعوى القسمة، وليس مجرد وجود المنقول محل القسمة في الخارج، لما لها من إجراءات معينة، ومدى قدرة محكمة موقع المال على توليها وهو اعتبار يصلح كأساس كافي لاختصاص محكمة موقع المال بدعوى القسمة سواء تعلق بمنقول أو عقار هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعتبر ضابط موقع العقار قيديا عاما يحد من ولاية المحاكم المصرية في جميع الأحوال سواء تعلق باختصاصها المبني على المركز القانوني لأطراف الدعوى أو غيره، ومسايرة للنظرة الموسعة لهذا الضابط سيبتع

¹ - MAYER (pierre), op.cit, n° 800, p 518

² - السيد الحداد حفيظة، الاختصاص القضائي الدولي.....، مرجع سابق، ص 67 .

³ - سامي بديع منصور، غصوب عبده جميل، نصري أنطوان دياب، مرجع سابق، ص ص 139-238 .

⁴ - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي...، مرجع سابق، ص ص 142-143 . - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية...، مرجع سابق، ص ص 104-105 .

بالضرورة تطبيقه على الدعاوى التي يكون محلها منقولاً وليس عقاراً فقط ، طالما أن الاعتبارات القائم عليها عدم الاختصاص متوفرة في الحالتين¹ ، على أن تكون العبرة في تحديد موقع المال المنقول بوقت رفع الدعوى ، وعليه إذا نقل المال المنقول إلى دولة أخرى بعد رفع الدعوى فإن محكمة موقعه الأول تظل مختصة² .

بناء على ذلك لا تختص المحاكم المصرية بدعوى قسمة أموال الشركة العقارية والمنقولة الموجودة في دولة أجنبية رغم افتتاح الشركة في مصر ، أما إذا كانت هذه الأموال كائنة في مصر فإن اختصاص المحاكم المصرية يستند إلى الفقرة 2 من المادة 30 من القانون المدني المصري ، رغم افتتاح الشركة في الخارج هذا من جهة³ .

أما بالنسبة للدعاوى العينية المتعلقة بمنقول كائن في دولة أجنبية فقد استبعدتها بعض الفقه المصري⁴ من اختصاص المحاكم المصرية ، في حين اعترف البعض منه⁵ باختصاصها بشأن هذا النوع من الدعاوى ، كتلك التي يرفعها الدائن ذو الحق العيني التبعية على أموال الشركة المنقولة ضد الورثة ، مادام أن الشركة قد افتتحت في مصر حتى وإن كانت المنقولات كائنة في دولة أجنبية لعدم توافر الاعتبارات⁶ التي توجب على القضاء المصري التخلي عن نظر الدعوى في المنازعات المتعلقة بالعقارات الكائنة في الخارج .

يبقى لنا في الأخير دراسة موقف المشرع الجزائري من هذا الضابط ، وقد سبق الإشارة إلى أنه يوجد فراغ تشريعي بشأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي ، لذلك يرى البعض⁷

¹ - السيد الحداد حفيظة ، الاختصاص القضائي الدولي.....، مرجع سابق ، ص ص 70-71 .

² - الداودي غالب علي ، مرجع سابق ، ص 285 . أنظر كذلك - اللافي محمد مبروك ، مرجع سابق ، ص 221 . - حسن الهلوي القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني.....، مرجع سابق ، ص 251 .

³ - هشام علي صادق ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي... ، مرجع سابق ، ص 143 .

⁴ - لم يفرق الأستاذ عز الدين عبد الله بين الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج وبين تلك المتعلقة بمنقول موجود في دولة أجنبية بقوله " أما الدعوى التي يرفعها الدائن ذو الحق العيني التبعية فهي دعوى عينية لا تختص بها المحاكم المصرية إذا كان المال المترتب فيه الحق واقعا في الخارج " أنظر - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص 708 .

⁵ - هشام علي صادق ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي... ، مرجع سابق ، ص 143 .

⁶ - سبق الإشارة إلى اعتبارات تبني ضابط موقع العقار لتحديد الاختصاص القضائي الدولي - أنظر ص ص 248-249 من هذه الدراسة .

⁷ - زروتي الطيب ، دراسات في القانون الدولي الخاص ، ج 2 ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق ، ص 332 . أنظر كذلك: - أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي..... ، مرجع سابق ، ص ص 19-23-24 . - اسعاد موحد ، القانون الدولي الخاص ، ج 2 ، القواعد المادية..... ، مرجع سابق ، ص ص 22-23 .

أن المادة 40 فقرة 2 من قانون الاجراءات المدنية والادارية هي التي يتم نقلها إلى المجال الدولي في مادة الميراث ،ووفقا لهذه المادة فإن المحكمة المختصة في المجال الداخلي هي محكمة موطن المتوفي وإن تعلقت التركة بتقسيم عقارات تقع خارج دائرة اختصاصها¹ .

إذا كان المشرع الجزائري يمنح الاختصاص لمحكمة الموقع بالنسبة للعقارات² ولمحكمة موطن المتوفي الذي يكون عموما في مكان افتتاح التركة بالنسبة لمادة الميراث في المجال الداخلي ،فإن الأمر على خلاف ذلك في المجال الدولي ،فطبق هاتين القاعدتين يؤدي إلى حلول متناقضة إذا كان موطن المتوفي يقع في دولة ،بينما يقع العقار الموروث في دولة أخرى³ ،لذلك فإن القضاء الجزائري يكون مختصا فقط بالنسبة للعقارات الموجودة في إقليم الدولة موطن وفاة المورث ،لضمان تنفيذ الحكم الصادر بشأن أيلولة العقار بوصفه جزء من التركة ،أما العقارات الموجودة في الخارج فتستبعد من اختصاص المحاكم الجزائرية، لأن الحكم الصادر عن هذه الأخيرة بشأن هذه العقارات سوف يرفض الاعتراف بها وتنفيذها في دولة موقع العقار⁴ .

لذلك يرى الأستاذ أعراب بلقاسم أن نقل قواعد الاختصاص الداخلي إلى المجال الدولي يتطلب إدخال تعديلات عليها لتكون متلائمة معه⁵،فتمديد قواعد الاختصاص

¹ - أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 2 ،تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق ،ص 24. أنظر كذلك: - ابن عومر محمد الصالح ، « الميراث في القانون الدولي الخاص » ،مجلة دراسات قانونية ،مركز البصيرة ،عدد 2011/11، ص 91 .

² - تنص المادة 40 في فقرتها 2 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري السالف الذكر على أنه " فضلا عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون ،ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:

1 - في المواد العقارية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار " .

³ - اسعاد موحد ،القانون الدولي الخاص ،ج 2 ،القواعد المادية..... ،مرجع سابق ، ص 22 .

⁴ - مرجع نفسه ، ص 23. أنظر كذلك: - زروتي الطيب ،دراسات في القانون الدولي الخاص،مرجع سابق ،ص 332 .

- أعراب بقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 2 ،تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق ،ص 24.

- ابن عومر محمد الصالح ،مرجع سابق ،ص 91- 92 .

⁵ - أعراب بقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 2 ،تنازع الاختصاص القضائي الدولي ،مرجع نفسه ،ص ص

الداخلي في بعض الأحيان لا يكون ممكناً إلا بقدر تكيفها مع مقتضيات الحالة الدولية ،
لاسيما في مسألة تحديد الاختصاص القضائي الدولي بشأن الميراث¹ .

في حين يرى الأستاذ زروتي الطيب أنه بالرغم من صعوبات تقريب الاختصاص
القضائي الدولي من الاختصاص الداخلي إلا أن اللجوء إلى هذا الإجراء ضروري وحتمي
في القانون الجزائري الذي لم يقر أحكاماً كافية لاختصاص المحاكم الجزائرية².

من خلال عرضنا لآراء الفقه والاجتهادات القضائية وتشريعات الدول يتبين لنا أن
الأخذ بضابط موقع المال سواء كان منقولاً أو عقاراً سيؤدي إلى تجزئة الميراث، نتيجة
تمسك كل محكمة باختصاصها للفصل في الجزء الواقع على إقليم دولتها ،ومما لاشك فيه
أن تسعى محكمة كل دولة إلى تطبيق قانونها بعد عقد اختصاصها ،وهذا ما يؤدي إلى
صدور أحكام قضائية متباينة، رغم أن تركة المتوفي واحدة ،مما يؤثر بصفة سلبية على
حقوق بعض الورثة، كحق الطفل في الميراث ،وبصفة ايجابية على البعض الآخر بحسب
اختلاف الأنظمة القانونية للميراث في الدول .

ثالثاً - ضابط جنسية المورث

يعتبر ضابط جنسية المورث من الضوابط المعتمدة في تشريعات الدول لتحديد
الاختصاص القضائي الدولي في مسألة الميراث ،كالتشريع المصري³ واليمني⁴ والاطالي⁵ .
وطبقاً لهذا الضابط تختص محاكم الدولة التي يحمل المتوفي جنسيتها وقت الوفاة
للنظر في النزاع الذي يثار حول التركة⁶ ،ويرجع تقرير هذه القاعدة إلى التلازم بين

¹- LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit, 1988, n°452 , p 706- 721.

²- زروتي الطيب ،دراسات في القانون الدولي الخاص،مرجع سابق ،ص 332

³- تنص المادة 31 من قانون المرافعات المصري على أنه " تختص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالادعوى المتعلقة بالتركة
.....أو كان المورث مصرياً " .

⁴- تنص المادة 80 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني رقم 40 لسنة 2002 المعدل على أنه " تختص المحاكم اليمنية
بالادعوى ...6- إذا كانت الدعوى متعلقة بالتركات أو كان المورث يمنياً " .

⁵- المادة 50 من القانون الدولي الخاص الايطالي . - أشار إليها :

-DEBERNARDI (Giovanna), op.cit ,p 40.

⁶- السيد الحداد حفيظة، الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق ،ص 84 .

الاختصاص التشريعي والقضائي في قضايا الإرث بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بضابط جنسية المورث وقت الوفاة في تحديد الاختصاص التشريعي¹ .

يرى بعض الفقه المصري أن اكتفاء المشرع المصري على غرار مشرعي الدول الأخرى بجنسية المتوفي كضابط لتحديد اختصاص محاكمها دوليا في مسألة الميراث دون اقتضاء أي شرط آخر ،كأن يكون العقار محل التركة واقعا في الإقليم الوطني ،يؤدي إلى طرح صعوبات وإشكالات على مستوى تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية في دولة موقع العقار² .

ومع ذلك يرى البعض من الفقه المصري أن الاستثناء المشترك الوارد في نص المادتين 28 و 29 من القانون المدني المصري يعد استثناء ذو طبيعة عامة يسري حكمة على جميع قواعد الاختصاص المصرية ،منها قاعدة الاختصاص المبنية على ضابط جنسية المورث، وعليه لا تختص المحاكم المصرية بشأن العقارات الموجودة في الخارج حتى وإن كان المورث مصري الجنسية، لكفالة آثار الأحكام الصادرة عن المحاكم المصرية³.

إن الاعتماد على جنسية المورث كضابط لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في مسألة الميراث يثير صعوبات في حالة تعدد جنسيات المورث لاسيما في الزواج المختلط .

الفرع الثاني

الضوابط العامة للاختصاص القضائي الدولي المطبقة في مادة الميراث

تعتبر جنسية أطراف الدعوى (أولا) وموطن المدعى عليه (ثانيا) من أهم الضوابط العامة المعروفة في القانون الدولي الخاص المطبقة في مادة الميراث لتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية⁴ .

¹ - الفتلاوي سهيل حسين ،مرجع سابق ،ص 275 .

² - عكاشة محمد عبد العال ،أصول القانون الدولي الخاص،مرجع سابق ،ص 492 .أنظر كذلك: - هشام علي صادق ،
تنازع القوانين،مرجع سابق ،ص 136 .

³ - السيد الحداد حفيظة ،الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق ،ص 84 .

⁴ - بالإضافة إلى ضابط الخضوع الاختياري و ضابط حسن سير العدالة وضابط تفادي إنكار العدالة ،لكن دراستنا ستقتصر على ضابط الجنسية وموطن المدعى عليه باعتبارها أكثر الضوابط اعتمادا في مادة الميراث .

أولاً- ضابط جنسية أطراف الدعوى

تعتبر قاعدة اختصاص المحاكم الوطنية حسب بعض الفقه على أساس جنسية المدعى عليه من القواعد العامة المألوفة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، لذلك لا يمنع من الأخذ بها في حالة عدم النص عليها في التشريع الوطني للدولة¹.

تتجه أغلب تشريعات الدول إلى الأخذ بضابط الجنسية من جانب المدعى عليه دون المدعي، تجنباً لتحيز الدولة لمواطنيها، وتأكيداً على أن وظيفة الدولة هي أداء العدالة لمواطنيها²، من بينها التشريع المصري في مادته 28³ التي منحت للمحاكم المصرية اختصاص النظر في الدعاوى المرفوعة على المدعى عليه المتمتع بالجنسية المصرية دون أي شرط آخر، إذ يعتبر ثبوت الجنسية المصرية للمدعى عليه بذاته مبرراً كافياً لاختصاص المحاكم المصرية، دون أن يكون متوطناً في مصر أو توجد بها أمواله للتنفيذ عليها⁴.

ويعتد بجنسية المدعى عليه وقت رفع الدعوى، وإذا غير جنسيته بعد رفعها تظل المحكمة التي رفعت فيها الدعوى مختصة بنظرها رغم هذا التغيير الطارئ⁵.

¹ - اللافي محمد مبروك، مرجع سابق، ص 218 .

- أيد جانب من الفقه المصري اختصاص المحاكم المصرية المرفوعة على المدعى عليه المتمتع بالجنسية المصرية حتى وإن كان قانون المرافعات القديم لسنة 1949 خالياً من النص على الاختصاص المبني على أساس ضابط جنسية المدعى عليه، لأن جواز اختصاص الشخص أمام محاكم دولته من المبادئ المسلمة دون حاجة إلى نص، ويرجع أساس هذا المبدأ إلى فكرة سيادة الدولة على رعاياها وما تستتبعه من مباشرة ولاية القضاء على الوطنيين، كما قد يكون عدم التصريح بهذا الضابط ترك للقضاء ميداناً رحباً يجتهد فيه لرسم حدود هذا الاختصاص، على وجه يتابع فيه تطور حاجة المعاملات الدولية .

- للتفصيل أكثر أنظر فهمي كمال، مرجع سابق، ص 626. أنظر كذلك: - السيد الحداد حفيظة، هشام علي صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 38 . - عكاشة محمد عبد العال، قانون الإجراءات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ص 43-44 . - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 675-676 .

² - صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 43-44 .

³ - سبق الإشارة إلى مضمون المادة 28 من القانون المدني المصري -. أنظر هامش الصفحة 253 من هذه الدراسة .

⁴ - كمال فهمي، مرجع سابق، ص 625 -. أنظر كذلك: - السيد الحداد حفيظة، هشام علي صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 46 .

⁵ - اللافي محمد مبروك، مرجع سابق، ص 218. أنظر كذلك: - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 2، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 39 .

يعتبر الاختصاص المبني على أساس الصفة الوطنية من المبادئ المسلم بها، أساسه سيادة الدولة على رعاياها¹، لذلك ذهب الفقه المؤيد لاختصاص المحاكم المصرية وفقا لضابط الجنسية المصرية للمدعى عليه إلى القول أن الأساس الصحيح لهذا الاختصاص هو أن المصري يخضع لولاية قضائه، سواء كان مقيما في مصر أو خارجها، لأن هذه الولاية إقليمية بالنسبة للمصريين والأجانب المقيمين في إقليم الدولة، وشخصية بالنسبة للمصريين المقيمين في الخارج².

أما الأساس الآخر فيمكن في مراعاة مصلحة المدعى عليه المصري، وهذا بالنظر إلى الوضع الغالب، وهو توطن المصريين في بلادهم، فيكون اختصاص المحاكم المصرية محققا لمصلحة المدعى عليه، بأن يتقاضى أمام محاكم البلد الذي ينتمي إليه³، ضيف إلى ذلك أن هذا الاختصاص يوفر للمدعى عليه المصري الذي لا يكون متوطنا في مصر محكمة يختصم لديها بدعوى قد لا يتوافر الاختصاص بها لأي محكمة أجنبية⁴.

خلافا لما ذهب إليه الفقه السابق رأى بعض الفقه المصري أن الأخذ بمبدأ وطنية المدعى عليه لتحديد اختصاص المحاكم المصرية يؤدي إلى مساوئ عديدة، إذا لم يكن للمدعى عليه رابطة مادية حقيقية بتلك الدولة، من موطن أو محل إقامة أو أموال موجودة

¹ - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني...، مرجع سابق، ص 249. أنظر كذلك: - الداودي غالب علي، مرجع سابق، ص 288.

² - السيد الحداد حفيظة، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي.....، مرجع سابق، ص 78. أنظر كذلك: - عكاشة محمد عبد العال، قانون الإجراءات المدنية والتجارية.....، مرجع سابق، ص 49.

- وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات المصري بنصها على أنه "..... يضاف إلى ذلك - أي إلى ضوابط الاختصاص القضائي الأخرى - الأخذ بضابط شخصي للاختصاص هو جنسية المدعى عليه، وكونه وطنيا بصرف النظر عن موطنه أو محل إقامته، ويبقى الاختصاص في هذه الحالة على اعتبار أن ولاية القضاء وإن كانت إقليمية في الأصل بالنسبة للوطنيين والأجانب، إلا أنها شخصية بالنسبة للمصريين، فتشملهم ولو كانوا متوطنين خارج إقليم دولتهم، وجعلت المادة 28 من المشروع اختصاص معقود للمحاكم الجمهورية ولو لم يكن المدعى عليه متوطنا في الجمهورية، وهي قاعدة كانت مقررة في القانون المدني المختلط، والنص على هذه القاعدة في المشروع يرمي إلى استكمال قواعد الاختصاص، وإيجاد المناسبة للنص على الاستثناء من حكمها". - أنظر عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 675.

³ - صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الدولية الخاصة.....، مرجع سابق، ص 54. أنظر كذلك - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني....، مرجع سابق، ص 249.

⁴ - صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الدولية الخاصة.....، مرجع نفسه. أنظر كذلك: - السيد الحداد حفيظة، هشام علي صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 39. عكاشة محمد عبد العال، قانون الإجراءات المدنية والتجارية.....، مرجع سابق، ص 51.

فيها¹، فقد يكلفه عناء الانتقال إلى أرض الوطن من أجل المثل أمام محاكم دولته، وهذا ما يتعارض مع مصلحته²، ومع مبدأ قوة النفاذ والفعالية الدولية للأحكام³، باعتباره الأساس الجوهرى لقواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية⁴، فانعدام مثل هذه الرابطة سوف ينفي في الغالب كل قيمة عملية للحكم الصادر ضده⁵.

لا يستجيب هذا الضابط للأساس الحقيقي الذي يقوم عليه توزيع الاختصاص القضائي بين الدول، كما أنه لا يحقق مصلحة المدعى، ولا يوفر الحماية للمدعى عليه⁶، على هذا الأساس وحتى ينتج ضابط جنسية المدعى عليه أثره ويتسم بالمقبولية يتعين أن يكون للمدعى عليه موطن أو محل إقامة أو أموال في الدولة التي يحمل جنسيتها، الأمر الذي يجعل عقد الاختصاص القضائي لمحاكم دولته أمراً مرغوباً فيه، ومؤدياً إلى التيسير عليه فعلاً⁷.

يعتبر الاختصاص الوارد في المادة 28⁸ من القانون المدني المصري الجديد اختصاص عام من ناحية الدعاوى المرفوعة على المدعى عليه الحامل للجنسية المصرية،

¹-الغزاوي إبراهيم حسن محمد عمر، مرجع سابق، ص 502. - أنظر كذلك: - السيد الحداد حفيظة، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي.....، مرجع سابق، ص 80.

²- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 96. أنظر كذلك: - السيد الحداد حفيظة، هشام علي صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 42.

³- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي.....، مرجع سابق، ص 84.

⁴-- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 96.

⁵- إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، مرجع سابق، ص 502. أنظر كذلك: - السيد الحداد حفيظة، هشام علي صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 41. - السيد الحداد حفيظة، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي.....، مرجع سابق، ص 80.

⁶- اللاقي محمد مبروك، مرجع سابق، ص 502.

⁷- الغزاوي إبراهيم حسن محمد عمر، مرجع سابق، ص 502.

⁸- تشمل المادة 28 من القانون المدني المصري دعاوى الميراث، وهذا راجع إلى كون أن أغلب التشريعات العربية تصنف الميراث ضمن فئة الأحوال الشخصية. - سنتطرق إلى هذه النقطة بالتفصيل عند دراستنا لعنوان الخلاف الفقهي والتشريعي حول تكييف الميراث في الفرع الأول من المطلب الأول الوارد في المبحث الثاني من هذا الفصل.

سواء ما تعلق منها بالأحوال العينية أو الشخصية ،لتشمل هذه الأخيرة دعاوى الميراث باستثناء الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج¹ .

ومن نافلة القول أن نص المادة 28 من القانون المدني المصري يخص فقط الحالة التي يكون فيها المدعى عليه مصريا ،والنص في ذلك أقطع في الدلالة على أنه لا يعتد بجنسية المدعي وحدها كضابط للاختصاص ،ولا تنهض جنسية المدعي المصرية بذاتها مبررا لاختصاص المحاكم المصرية إلا في حالات استثنائية محدودة ومقيدة بشروط ،إذ منحت المادة 30² في فقرتها الثانية من القانون المدني المصري الاختصاص في دعاوى الأحوال الشخصية المرفوعة على المدعي عليه الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر ،في مقابل أن يكون المدعي مصري الجنسية أو أجنبيا له موطن في مصر ،ويتسع مضمون المادة ليشمل دعاوى الميراث باعتبارها من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية³.

خلافا للتشريع المصري كرس التشريع الفرنسي ضابط جنسية المدعي والمدعى عليه على السواء في المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي، على غرار التشريع الجزائري في المادتين 41 و 42 من قانون الاجراءات المدنية والادارية دون تقييده بأي شرط آخر، كأن يكون له موطن في فرنسا أو في الجزائر أو يكون لخصمه موطن فيها، كما لا يشترط أن يكون موضوع النزاع مرتبط بفرنسا أو الجزائر⁴ ،وطبقا لهاتين المادتين يعقد الاختصاص للمحاكم الفرنسية أو الجزائرية إذا كان أحد أطراف الدعوى المدعي أو المدعى عليه فرنسيا أو جزائري وكان محل النزاع يتعلق بتنفيذ التزامات تعاقدية .

¹ - السيد الحداد حفيظة ،هشام علي صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص ،...،مرجع سابق، ص 49 . أنظر كذلك: - السيد الحداد ، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي...،مرجع سابق ،ص 88 . - عكاشة محمد عبد العال ،قانون الإجراءات المدنية والتجارية...،مرجع سابق ،ص 46 .

² - تنص المادة 30 في فقرتها 7 من القانون المدني المصري على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية ،إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي وطنيا أو كان أجنبيا له موطن في الجمهوري أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى " .

³ - عكاشة محمد عبد العال ،قانون الإجراءات المدنية والتجارية ..،مرجع سابق ،ص 44 .

⁴ -أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،ج 2، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ،...،مرجع سابق ،ص 40 .

يرجع الأصل التاريخي لإقرار المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي إلى قاعدة عرفية منذ القرون الوسطى ،مفادها أنه لا يمكن حرمان الفرنسي من قضاؤه الطبيعي وهو القضاء الفرنسي¹ .

يؤيد بعض الفقه الفرنسي ضابط جنسية المدعي على أساس أن المحاكم الفرنسية هي الأكثر قدرة على توفير العدالة لمواطنيها² ،في حين فند غالبية الفقه الفرنسي ما ذهب إليه هذا الاتجاه الفرنسي، كون أن العدالة لا تقاس بحمل جنسية دولة معينة ،فكل القوانين وقواعد الاختصاص القضائي تهدف إلى تحقيق العدالة ،وأن التسليم بهذا القول - المحاكم الفرنسية تهدف إلى تحقيق العدالة للفرنسيين - يعني بمفهوم المخالفة أن المحاكم غير الفرنسية لا تحقق هذه العدالة، وهو أمر غير مقبول³ .

إن صياغة المادتين 14 و 15 من ق م ف والمادتين 41 و 42 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري توحيان إلى أن امتياز الجنسية قاصر على الوفاء بالالتزامات التعاقدية ،وعليه يخرج عن حكم هاتين المادتين منازعات في غاية الأهمية، منها دعاوى الميراث⁴ .

لذلك استقر الاجتهاد الفرنسي على التطبيق الواسع لمضمون هاتين المادتين، لتشمل الدعاوى المالية وغير المالية ،منها دعاوى الميراث ،بهدف توسيع دائرة الحماية القضائية للفرنسيين ،مستثنيا من ذلك الدعاوى العينية العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج ودعاوى

¹- زروتي الطيب ،دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري....،مرجع سابق ، ص 324. أنظر كذلك: - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص....،مرجع سابق ،ص 674 .- عكاشة محمد عبد العال ،قانون الإجراءات المدنية والتجارية....،مرجع سابق ،ص 47 .

- كان القضاء الفرنسي يرفض الاختصاص إذا كان أحد الطرفين أجنبيين عملا بالتفسير الضيق للمادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي ،وبعد قرن ونصف عدل عن موقفه ،إذ أعلنت محكمة النقض الفرنسية في قرارها بأنه :

« l'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises ... »

- Cass, civ, 30 oct 1962. cité par :- COURBED (Patrik), op.cit, n° 265, p 141 .

²- الغزالي إبراهيم حسن محمد عمر ،مرجع سابق ،ص 503 . أنظر كذلك: - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص....،مرجع سابق ،ص 618 .

³- الغزالي إبراهيم حسن محمد عمر ، مرجع نفسه .

⁴- زروتي الطيب ،دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري....،مرجع سابق ،ص 328 .

تقسيم هذه العقارات¹، كما أعلن بأن تطبيق ضابط الجنسية المكرس في المادتين 14 و 15 من ق م ف يكون في حالة واحدة، وهي عدم وجود أي ضابط للاختصاص القضائي المحلي على الإقليم الفرنسي²، لأن قواعد الاختصاص القضائي المحلي هي التي تطبق في المجال الدولي، وعليه فإن اعتماد امتياز الجنسية المقرر للجزائريين أو الفرنسيين يكون فقط في الحالة التي لا تسعف فيها القواعد العادية للاختصاص القضائي الدولي في عقد الاختصاص لها، من هنا تظهر الصعوبة في تحديد المحكمة المختصة محليا، بعد عقد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية على أساس ضابط الجنسية³.

اتبع الاجتهاد القضائي الجزائري نفس النهج الذي سار عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي، من خلال توسيع مجال تطبيق ضابط الجنسية كأساس لتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية، لاسيما في مسائل الأحوال الشخصية⁴.

إذا كان الاجتهاد القضائي الفرنسي قد طبق المادتين 14 و 15 على دعاوى تصفية وقسمة التركة المنقولة المفتوحة في الخارج، فإن الاجتهاد القضائي اللبناني كان واضحا في هذا الصدد، ورفض الأخذ بالجنسية بعين الاعتبار لتحديد المحكمة المختصة في مادة الميراث⁵.

أعطى الاجتهاد القضائي الفرنسي أهمية بالغة لهذا الضابط من خلال فصل وتوضيح جميع المسائل المرتبطة به، تترتب عن ذلك صدور قرار قضائي يقضي بأن الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية لا يؤسس على الحقوق الناشئة على وقائع

¹ – COURBED (Patrik), op.cit, n° 279, n° 285 , p p 146–148 . Voir Aussi – GUTMAN (Daniel) ,op.cit, n°281 , p 257 . – LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit, 1988, n°464 , p 622.– DERRUPPE (Jean), op.cit, p 112 . –Pascal (Daniel), op.cit , n°342 , p 185 .

² – Cass, civ, 19nov 1985 . cité par :MONEGER (Françoise), Droit international privé....., op.cit, n°544 , p 188 .

³ – أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 2، تتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 38.

⁴ – قرار رقم 13531 مؤرخ في 1976/06/07، غ أ ش، المجلس الأعلى، غير منشور – أورده إسعاد موحد، القانون الدولي الخاص، ج 2، القواعد المادية.....، مرجع سابق، ص 36 .

⁵ – سامي بديع منصور، غصوب عبده جميل، نصري أنطوان دياب، مرجع سابق، ص ص 84–85 .

النزاع، بل على جنسية الأطراف¹، وبهذا كرس القرار مبدأ تحديد الاختصاص القضائي الدولي على أساس جنسية الخلف (الوارث) وليس جنسية المورث إذا كانت مختلفة عن جنسية الخلف (الوارث) هذا من جهة²، من جهة أخرى حدد هذا القرار الوقت الذي يعتد به لتقرير الجنسية الفرنسية، وهو وقت رفع الدعوى³، فإذا كان جميع أطراف الدعوى يحملون الجنسية الفرنسية أثناء نشوء الحق المتنازع عليه، وحصل أحدهم على الجنسية الفرنسية قبل رفع الدعوى، في هذه الحالة يمكن تأسيس اختصاص المحاكم الفرنسية على أساس المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي⁴، وأي تغيير طارئ على الجنسية بصورة لاحقة لا يؤثر على اختصاص المحاكم الوطنية⁵.

جدير بالذكر أن الاختصاص القائم على أساس ضابط الجنسية هو مجرد امتياز ذو طابع اختياري⁶، وعليه لا يجوز للمحاكم إثارتها من تلقاء نفسها، بل بطلب من الخصوم⁷ وباعتبار أن المادتين 14 و 15 من ق م ف ، والمادتين 41 و 42 من ق إ م إ ج ليست

¹ - Arrêt du 21 mars 1966 rendue de la première chambre civile de la cour de cassation en affirmant « dans les articles 14 et 15 ,la compétence internationale des tribunaux français est fondée non sur les droits nés des faits litigieux, mais sur la nationalité des parties » .

Voir : - LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), DE VAREILLES – SOMMIERES (Pascal), op.cit, n°463 , p 621. Voir Aussi : - COURBED (Patrik), op.cit, n° 282, n° 285 , p 147.

² - COURBED (Patrik), ibid, n° 282, p 147.

³ - أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج 2 ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق ، ص 39 . أنظر كذلك: - زروتي الطيب ، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري.....، مرجع سابق ، ص 325.

⁴ - LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), DE VAREILLES – SOMMIERES (Pascal), op.cit, n°463 , p 621.

⁵ - إسعاد موحد ، القانون الدولي الخاص ، ج 2 ، القواعد المادية.....، مرجع سابق ، ص 34 . أنظر كذلك: - زروتي الطيب ، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري.....، مرجع سابق ، ص 325.

⁶ - GUTMAN (Daniel), op.cit, n°283 , p 258 . Voir Aussi : - LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), DE VAREILLES – SOMMIERES (Pascal), op.cit, 1988, n°464 , p 623 - DERRUPPE (Jean), op.cit , p 113.

⁷ - إسعاد موحد ، القانون الدولي الخاص ، ج 2 ، القواعد المادية.....، مرجع سابق ، ص 38 . أنظر كذلك: - زروتي الطيب ، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري.....، مرجع سابق ، ص 326 .

من النظام العام ،فيمكن للطرف الذي تقرر لصالحه هذا الامتياز التنازل عنه¹ صراحة² أو ضمناً³ .

وجهت انتقادات لاذعة لهذا الضابط أهمها، أنه لا يمكن الاعتماد على ضابط جنسية المدعي أو المدعى عليه دون الأخذ بعين الاعتبار توطن أطراف الدعوى أو إقامتهما، باعتباره المعيار الأصيل في الدعوى الشخصية⁴.

مخالفة ضابط جنسية المدعي لمبدأ أن الأصل في المدعى عليه براءة الذمة ،وأنه على المدعي أن يسعى إلى محكمة المدعى عليه وليس العكس⁵ .

إن إعطاء للمدعي ميزة اللجوء إلى محاكم الدولة التي يحمل جنسيتها فيه إجحاف بباقي أطراف العلاقة القانونية التي تشكل أساس المنازعة ،مما يفتح الباب لباقي أطراف العلاقة للمطالبة بولاية محاكم دولتهم على نفس المنازعة لوجود نفس الرابطة ،وخاصة إذا تعدد المدعون واختلفت جنسيتهم ،وهذا من شأنه عرقلة الحلول، أو بالأحرى تؤدي إلى حلول متباينة على نفس النزاع⁶ .

تجنباً للمساوئ والصعوبات الناجمة على الأخذ بامتياز الجنسية في القانون الجزائري، يرى الأستاذ زروتي الطيب أنه يتعين ترسيخ اجتهاد قضائي جزائري يوسع من اختصاص

¹ - أعراب بلفاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،ج 2 ،تنازع الاختصاص القضائي الدولي ،....،مرجع سابق ،ص 37 .
-Voir Aussi : - DERRUPPE (Jean), op.cit, p 113

² - يكون التنازل الصريح بموجب اتفاق صريح بين الطرف الذي تقرر لصالحه والطرف الأجنبي على عقد الاختصاص لجهة قضائية أجنبية .
- مرجع نفسه .

-Voir Aussi : -GUTMAN (Daniel), op.cit, n°283 , p 258 . - LOUSSOUARN (Yvon), BOUREL (Pierre), DE VAREILLES – SOMMIERES (Pascal) , op.cit, n° 465,p p 624-625.

³ - يكون التنازل ضمنى عن طريق رفع الطرف الذي تقرر الامتياز لصالحه دعوة أمام محكمة أجنبية أو أن الدعوة المرفوعة ضده أمام المحكمة الأجنبية ولا يدفع أمامها بعدم اختصاصها استناداً إلى الامتياز المقرر لصالحه في قانونه .
- إسعاد موحد ، القانون الدولي الخاص ،ج 2 ،القواعد المادية.... ،مرجع سابق ،ص 38 .

-Voir Aussi : -GUTMAN (Daniel), ibid.- LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), DE VAREILLES – SOMMIERES (Pascal), ibid, n° 465,p . 625

⁴ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص عملاً وعلماً.....،مرجع سابق ،ص 32 .

⁵ - الغزوي ابراهيم حسن محمد عمر ،مرجع سابق ،ص 501 .

⁶ - مرجع نفسه.

القضاء في المنازعات ذات الصلة بالنظام القانوني الجزائري، دون التوقف على جنسية الطرفين وحدها، ومن ثم تحقيق مبدأ الفعالية للأحكام القضائية، وفي المقابل تكريس اجتهاد قضائي، مؤداه التخلي لاختصاص القضاء الأجنبي في حالة ما إذا كان النزاع يمس في عناصره الموضوعية اختصاص دولة أجنبية أخرى، وإلا اصطدم القرار القضائي الجزائري بالسلطة الأجنبية عند تنفيذه، وأساس هذا الحل في حالتي الاختصاص الايجابي أو السلبي هو تحقيق مبدأ قوة النفاذ¹.

من خلال دراستنا لضابط جنسية المدعى أو المدعى عليه لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في مادة الميراث، تبين لنا أن تطبيق هذا الضابط في ميراث الطفل يثير عدة تساؤلات أهمها: إذا كان قصر الطفل لا يسمح له برفع الدعوى بمفرده للمطالبة بحقه في الميراث، بل من طرف ممثله القانوني، فما هي الجنسية التي يعتد بها عند المطالبة بحقه في الميراث هل جنسية رافع الدعوى أو بالأحرى ممثله القانوني أو جنسية الطفل؟، وما هي الجنسية التي تؤخذ بعين الاعتبار في حالة اختلافها بين تلك التي يحملها الطفل وممثله القانوني، وإذا نظرنا إلى فكرة إمكانية التنازل عن امتياز الجنسية صراحة أو ضمنا يمكن القول بعدم إمكانية الاعتداد بجنسية الطفل فلا يمكن تصور مثل هذا الاتفاق الذي يكون أحد طرفيه طفل قاصر، لا يستطيع حتى التعبير عن إرادته.

وفي جميع الأحوال يستحسن استبعاد جنسية المدعى أو المدعى عليه كضابط لتحديد الاختصاص الدولي في مادة الميراث بصفة عامة وميراث الطفل بصفة خاصة، لما قد يثيره من إشكال تعدد جنسية أطراف الدعوى سواء بالنسبة للمدعى أو المدعى عليه، كما أن الأخذ بهذا الضابط يؤدي إلى اختصاص محاكم عدة دول لتعدد جنسية المدعين أو المدعين عليهم، وهذا ما يؤدي إلى إثارة مشكل تنازع الاختصاص الايجابي نتيجة تمسك كل محكمة للدولة التي يحمل الطرف جنسيتها باختصاصها، مما يؤدي إلى صدور أحكام قضائية متباينة في مسألة الميراث، من شأنها المساس بحق بعض الورثة من بينهم الطفل.

¹ - زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص ص 329-330.

ثانياً - ضابط موطن المدعى عليه

يعتبر ضابط موطن المدعى عليه أصلاً عاماً في تحديد الاختصاص القضائي المحلي، والذي امتد تطبيقه إلى نطاق الاختصاص العام المباشر¹، باعتباره من أهم الضوابط التي يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي في المنازعات الدولية الخاصة والاختصاص القضائي المحلي في المنازعات الوطنية على حد سواء².

ينعقد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي بموجب هذا الضابط في النزاعات ذات العنصر الأجنبي لمحكمة الدولة التي يتوطن فيها المدعى عليه فعلاً³.

يرجع أصل هذه القاعدة للقانون الروماني، الذي كان يقضي بأن المدعى يسعى إلى المدعى عليه في محكمته⁴.

يقصد بالموطن المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، لذلك يستلزم الفقه لتحقيق توطن الشخص في دولة معينة توافر عنصرين: عنصر مادي وهو إقامة الشخص على وجه الاستمرار في الدولة، وعنصر معنوي وهو اتجاه نية الشخص إلى اتخاذها مقراً دائماً له⁵.

يتميز ضابط موطن المدعى عليه بخصائص تميزه وتبين طبيعته، فهو ضابط إقليمي وشخصي لأنه مبني على الصلة القائمة بين الشخص وإقليم الدولة من جهة، وبين المنازعة وولاية القضاء في الدولة من جهة أخرى، كما يعد ضابطاً عاماً لأنه لا يتقيد في الأصل بنوع المنازعة، بل يشمل جميع الدعاوى المرفوعة على المدعى عليه، سواء تعلق الأمر بالدعاوى العينية أو الشخصية منها دعاوى الميراث، باستثناء الدعاوى المتعلقة بعقار واقع

¹ - كمال فهمي، مرجع سابق، ص 622 .

² - هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 97 .

³ - الداودي غالب علي، مرجع سابق، ص 283 .

⁴ - صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الدولية الخاصة.....، مرجع سابق، ص 34 .

⁵ - يختلف محل الإقامة عن الموطن لأنه يتكون من الركن المادي فقط دون الركن المعنوي، فهو المكان الذي يقيم فيه الشخص إقامة مادية لمدة محدودة دون نية البقاء فيه.

- الداودي غالب علي، مرجع سابق، ص 283 . أنظر كذلك: - هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 97 . - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي.....، مرجع سابق، ص 101 . - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 682 . - اللافي محمد مبروك، مرجع سابق، ص 214 .

في الخارج¹، وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري بنصها على أنه "...انعقاد الاختصاص لمحاكم الجمهورية على أساس موطن المدعى عليه أو محل إقامته هي قاعدة عامة لا تعطلها قواعد الاختصاص الخاصة بمسائل الولاية على المال أو بمسائل الإرث إلا حيث يوجد نص يقضي بخلاف ذلك"².

وعليه في حالة عدم توافر ضوابط الاختصاص الثلاثة الخاصة بالميراث المنصوص عليها في المادة 31 من القانون المدني المصري لا يحول دون اختصاص المحاكم المصرية بمسائل الإرث والدعوى المتعلقة بالتركة، ما دام أن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر وفقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة 29 من نفس القانون³.

وفي حالة تعدد المدعى عليهم في الدعوى وكان لأحدهم موطن أو محل إقامة في مصر دون الباقيين، انعقد الاختصاص بالنسبة لهؤلاء للمحاكم المصرية طبقاً للقاعدة الواردة في الفقرة 9 من المادة 30⁴ من القانون المدني المصري، والتي عدّها المشرع قاعدة عامة في الاختصاص القضائي الدولي، وهو الحل الذي أخذت به أغلب تشريعات الدول⁵، ضماناً لمبدأ وحدة الاختصاص، وتلافي تضارب الأحكام القضائية في الدعوى الواحدة⁶.

يستند الفقه في تقرير ضابط موطن المدعى عليه إلى عدة اعتبارات نذكر منها :

¹ - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 685 . أنظر كذلك - صلاح الدين جمال الدين ، قانون العلاقات الدولية الخاصة.....، مرجع سابق ، ص 37 .

² - السيد الحداد حفيظة ، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي.....، مرجع سابق ، ص 122 . أنظر كذلك: - هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق ، ص 138 . - هشام علي صادق ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي.....، مرجع سابق ، ص 138 . - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، مرجع نفسه، ص 709 .

³ - هشام علي صادق ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي.....، مرجع نفسه . أنظر كذلك: - هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص.....، مرجع نفسه.

⁴ - تنص المادة 30 في فقرتها 9 من القانون المدني المصري على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية و/ إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية " .
⁵ - كقانون أصول المحاكمات السوري في مادته 7 التي تنص على أنه " تختص المحاكم السورية في مسائل الإرث في الأحوال الآتية : ب- إذا كان موطن المدعى عليهم كلهم أو بعضهم في سورية" .

⁶ - صلاح الدين جمال الدين ، قانون العلاقات الدولية الخاصة.....، مرجع سابق ، ص 47 . أنظر كذلك: - المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي ...، مرجع سابق ، ص 311 . - عكاشة محمد عبد العال ، قانون الإجراءات المدنية والتجارية.....، مرجع سابق ، ص 61 . - فهمي كمال ، مرجع سابق ، ص 628 .

قيام رابطة مكانية بين الشخص والدولة التي يتوطن فيها ،لذلك يقال عادة تبريرا للأخذ بهذا الضابط أن ممارسة سلطة القضاء في الدولة كمظهر من مظاهر السيادة يقوم على أساس الإقليمية ،فلا مانع من أن تباشر الدولة هذه السلطة على الأشخاص التابعين لها إقليميا، أي المتوطنين فيها¹ .

الأصل براءة ذمة المدعى عليه إلى أن يثبت المدعي عكس ذلك ،وعليه يتعين الاعتراف بموطن عليه لا بموطن المدعي ،لأن الأول أولى بالرعاية من الثاني² ،ومن يدعي بحق ما في مواجهة الآخر ،فيجب أن يسعى هو إلى موطن المدعى عليه³ .

إن الاعتماد على الموطن لتحديد اختصاص المحاكم الوطنية يكون أكثر وضوحا وفائدة بالنسبة للأجنبي المتوطن في دولة معينة⁴ ،لذلك اتفق غالبية الفقه على أن الأساس الحقيقي لانعقاد الاختصاص بناء على ضابط الموطن ينبع من المبادئ الأساسية التي تحكم التوزيع الدولي للاختصاص، وهو مبدأ الفاعلية والقوة التي يجب أن تتسم بها الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني ،فمحكمة موطن المدعى عليه هي أقر المحاكم على إلزام المدعي عليه بالحكم الصادر عنها ،بما لها من سلطة فعلية عليه ،مما يسهل إجراءات التنفيذ في مواجهته، باعتبار أن موطن المدعى عليه هو المكان الذي تتمركز فيه مصالحه⁵.

إذا كان قبول فكرة ضابط الموطن في تحديد الاختصاص الداخلي قد تأسس على اعتبار أنه ليس من العدل تحميل المدعى عليه مشقة الانتقال إلى محكمة غير محكمة موطنه قبل أن تثبت مسؤوليته ،فإن هذه الحجة تبدو أكثر وضوحا وإلحاحا في مجال الاختصاص القضائي الدولي، حيث لا يقتصر الأمر على الانتقال إلى محكمة بعيدة في

¹ - الغزاوي حسن محمد عمر ،مرجع سابق ،ص 501 .

² - صلاح الدين جمال الدين ،قانون العلاقات الدولية الخاصة.....، مرجع سابق ،ص ص 36. أنظر كذلك: - اللافي محمد مبروك، مرجع سابق ،ص 214 - الداودي غالب علي ،مرجع سابق ، ص 284 .

³ - هشام علي صادق ،دروس في القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق ،ص 97 .أنظر كذلك: - هشام علي صادق ،تتازع الاختصاص القضائي الدولي.....، مرجع سابق ،ص 97 . - فهمي كمال ، مرجع سابق ،ص 622.

⁴ - صلاح الدين جمال الدين ،قانون العلاقات الدولية الخاصة.....،مرجع سابق ،ص ص 36-37 .

⁵ - هشام علي صادق ،عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص.... ،مرجع سابق ، ص 51 . أنظر كذلك: - السيد الحداد حفيظة، الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص ص 56-57 . -عكاشة محمد عبد العال ، قانون الإجراءات المدنية والتجارية.....،مرجع سابق ، ص 55 . - اللافي محمد مبروك ، مرجع سابق ، ص 213 .

نفس الدولة ،ولكن الانتقال إلى محاكم دولة أخرى ،وما ينطوي على مشقة أكبر في السفر وفي الأعباء المالية¹.

بناء على هذه الاعتبارات سعت أغلب تشريعات الدول² إلى تبني ضابط موطن المدعى عليه في تحديد الاختصاص القضائي الدولي في مادة الميراث .

ولما كان موطن المدعى عليه من بين الضوابط القابلة للتغيير والانتقال، كما لو قام المدعى عليه بتغيير موطنه أثناء قيام الخصومة ،فإن الوقت الذي يعتد به في توافره هو وقت رفع الدعوى³ ،ولا يتأثر هذا الاختصاص بأي تغيير يلحق ضابطه⁴ .

من خلال دراستنا لضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في مسألة الميراث تبين لنا اختلاف تشريعات الدول حول هذه الضوابط، وتبني أغلبها عدة ضوابط لضمان اختصاص محاكمها دولياً ،وبالتالي تمسك محكمة كل دولة باختصاصها كلما توافر إحدى ضوابط اختصاصها، وهذا ما يؤدي إلى طرح صعوبات وإشكالات على مستوى تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية في دولة محل التنفيذ، نتيجة انحياز قاضي كل دولة إلى تطبيقه قانونه بعد عقد الاختصاص القضائي له ،وهذا من شأنه المساس بحق الطفل في الميراث.

¹ - /الغزاوي براهيم حسن محمد عمر، مرجع سابق، ص 502. أنظر كذلك: - الداودي غالب علي، مرجع سابق، ص 284. - اللافي محمد مبروك ، مرجع سابق ، ص 214 .

² - سواء بالنسبة للتشريعات التي تبنت قواعد خاصة للاختصاص القضائي الدولي : كالقانون السوري (المادة 7 من قانون أصول المحاكمات) و قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980 (المادة 25) و القانون الأردني (المادة 28/الفقرة 2 من ق أ م م) و القانون الدولي الخاص الايطالي (المادة 50) ، أو التشريعات التي تخضع الاختصاص القضائي الدولي للقواعد المتعلقة بالاختصاص المحلي :كالقانون الجزائري (المادة 37 من ق إ م إ) و القانون اللبناني (المادة 97 من ق أ م م) و القانون الفرنسي (المادة 42 ق إ م) .

³ - عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص 751. أنظر كذلك: - فهمي كمال ،مرجع سابق، ص 653-اللافي محمد مبروك ، مرجع سابق ، ص 217 .

⁴ - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص.....، مرجع نفسه .

المطلب الثاني

توحيد الاختصاص القضائي الدولي في مادة الميراث بين الدول الأوروبية

أصبح تدخل الدول اتفاقيا لفض مشكل تنازع الاختصاص القضائي الدولي في مسألة الميراث كما سبق دراسته، نتيجة اختلاف تشريعات الدول حول ضوابط الاختصاص وتعددتها ضرورة حتمية تقتضيها حماية حق الوارث، لاسيما حق الطفل الوارث الناجم عن علاقة الزواج المختلط، باعتباره الطرف الضعيف في النزاع الذي يثور حول تركة مورثه، وهو ما سعت إليه معظم دول الاتحاد الأوروبي¹ من خلال اللائحة رقم 650 / 2012² التي تهدف إلى تحديد وتوحيد قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسألة الميراث³، من خلال تبني ضابط الإقامة الاعتيادية للمتوفي كقاعدة عامة في الاختصاص (الفرع الأول) غير أنها أوردت عليها استثناءات (الفرع الثاني).

تجدر الإشارة إلى أن اللائحة لم تسن قواعد خاصة بميراث الطفل في الزواج المختلط بصفة خاصة، بل جاءت عامة لتشمل جميع الفئات الاجتماعية، لذلك سنحاول دراستها وتطبيقها على ميراث الطفل.

¹ - لم تصادق على اللائحة جميع الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بل صادقت عليها 24 دولة وهي اسبانيا، ألمانيا، النمسا، بلجيكا، بلغاريا، قبرص، اسبانيا، استونيا، فنلندا، فرنسا، اليونان، إيطاليا، المجر، ليتوانيا، لاتفيا لكسمبورغ، مالطا، هولندا، بولندا، البرتغال، الجمهورية التشيكية، رومانيا، سلوفاكيا والسويد (وأضافت كرواتيا في 2013). - للتفصيل أكثر أنظر: DEBERNARDI (Giovanna), op.cit ., p 33.

² - RÈGLEMENT (UE) N o 650/2012 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

- دخلت اللائحة حيز التطبيق الفعلي في 17 أوت 2015 طبقا للمادة 84 الفقرة 2 من اللائحة، التي تطبق قواعدها على الأشخاص الذين توفوا في 17 أوت 2015 أو بعده طبقا للمادة 83 من اللائحة، وعليه طبقت محاكم الدول الأعضاء قبل هذا التاريخ قواعد الاختصاص القضائي الوطنية السارية المفعول في نظامها القانوني.

³ - تهدف اللائحة بالإضافة إلى توحيد الاختصاص القضائي الدولي في مسألة الميراث إلى توحيد قواعد الاختصاص التشريعي والاعتراف وتنفيذ القرارات القضائية المتعلقة بالميراث في دولة محل التنفيذ.

الفرع الأول

ضابط الإقامة الاعتيادية للمتوفي

أقرت اللائحة رقم 2012/650 قاعدة عامة لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في مادة الميراث، وهذا ما يستشف من صياغة نص المادة 14¹ منها، تحت عنوان الاختصاص العام، التي تقضي باختصاص المحاكم القضائية للدولة العضو التي كان يقيم فيها المتوفي عادة وقت وفاته للفصل في الميراث.

وعليه يعتبر ضابط الإقامة الاعتيادية للمتوفي في إقليم الدولة العضو وقت وفاته ضابطا وشرطا وحيدا في تحديد الاختصاص القضائي الدولي في مادة الميراث، بغض النظر عن طبيعة مال التركة، وموقعه وجنسية المورث... الخ، - مع وجود بعض الاستثناءات التي سنتطرق إليها في الفرع الثاني- وهذا تأكيدا لمبدأ وحدة الميراث² وبالتالي تجنب الإشكالات والصعوبات الناجمة عن تجزئة الميراث، نتيجة اختلاف الدول حول ضوابط الاختصاص وتعددتها في الدولة الواحدة .

لو طبقنا على سبيل المثال نص المادة 4 من اللائحة على ميراث الطفل في الزواج المختلط المبرم بين فرنسية وألماني مقيمان بصفة اعتيادية في بلجيكا فإن المحكمة المختصة للفصل في حق الطفل في الميراث هي المحكمة البلجيكية سواء كان المتوفي الأب الألماني أو الأم الفرنسية، بناء على ضابط الإقامة الاعتيادية للمتوفي في بلجيكا .

رغم أن اللائحة جعلت من الإقامة الاعتيادية ضابطا لمنح الاختصاص العام الدولي لمحاكم الدولة العضو، إلا أنها على غرار الصكوك الأوروبية الأخرى لم تعط تعريفا للإقامة الاعتيادية للمتوفي، ومع ذلك أشارت إليها في ديباجة اللائحة³ .

¹- Article 04 de règlement n°650/2012 dispose que « Sont compétentes pour statuer sur l'ensemble d'une succession les juridictions de l'État membre dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès ».

² - DEBERNARDI (Giovanna), op.cit, p 44 .

³ -ibid .

إذ جاء في الاعتبار¹ 23 من ديباجة اللائحة أنه يحق للسلطة المسؤولة عن الميراث أن تقوم بإجراء شامل لظروف حياة المتوفي في السنوات السابقة عن وفاته وفي لحظة حياته، مع مراعاة جميع العناصر ذات الصلة به، بما في ذلك طول وانتظام ذلك الوجود .

ويضيف الاعتبار² 24 منها أنه عندما يصعب تحديد ضابط الإقامة الاعتيادية بصفة خاصة، كما لو انتقل المتوفي للعيش أو العمل في دولة أخرى لأسباب مهنية واقتصادية وأحيانا لفترة طويلة، مع احتفاظه بالصلة الوثيقة والمستقرة مع دولته الأصلية فيمكن بالنسبة للمتوفي اعتبار إقامته الاعتيادية في الدولة الأصلية التي يقع فيها مركز مصالح حياته الأسرية والاجتماعية .

لم تكثف اللائحة بالنص على ضابط الإقامة الاعتيادية الذي يتحدد على أساسه المحكمة المختصة للفصل دوليا في مسألة الميراث، بل ولضمان التطبيق الواسع لهذا الضابط أعطت مفهوما واسعا لمصطلح المحكمة، وهذا ما يستشف من نص المادة 3 في

¹ - جاء في الاعتبار رقم 23 من ديباجة اللائحة رقم 2012/650 ما يلي :

« Afin de déterminer la résidence habituelle, l'autorité chargée de la succession devrait procéder à une évaluation d'ensemble des circonstances de la vie du défunt au cours des années précédant son décès et au moment de son décès, prenant en compte tous les éléments de fait pertinents, notamment la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence. La résidence habituelle ainsi déterminée devrait révéler un lien étroit et stable avec l'État concerné, compte tenu des objectifs spécifiques du présent règlement » .

² - جاء في الاعتبار رقم 24 من ديباجة اللائحة رقم 2012/650 ما يلي :

« Dans certains cas, il peut s'avérer complexe de déterminer la résidence habituelle du défunt. Un tel cas peut se présenter, en particulier, lorsque, pour des raisons professionnelles ou économiques, le défunt était parti vivre dans un autre État pour y travailler, parfois pendant une longue période, tout en ayant conservé un lien étroit et stable avec son État d'origine. Dans un tel cas, le défunt pourrait, en fonction des circonstances de l'espèce, être considéré comme ayant toujours sa résidence habituelle dans son État d'origine, dans lequel se trouvait le centre des intérêts de sa vie familiale et sociale » .

الفقرة الثانية¹ من اللائحة التي تقضي بأنه يشمل مصطلح المحاكم جميع السلطات القضائية وكذلك جميع السلطات الأخرى وجميع المختصين القانونيين في مجال الميراث الذين يمارسون سلطات قضائية أو يتعاملون بموجب تفويض من السلطة القضائية أو تحت إشرافها، بشرط أن توفر هذه السلطات الأخرى والمختصين القانونيين ضمانات بشأن حيادهم وحق جميع الأطراف في المثل أمامها .

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على ضابط الإقامة الاعتيادية للمتوفي

أوردت اللائحة استثناءات على مبدأ الاختصاص العام الدولي المقرر لصالح محاكم الدولة العضو بناء على ضابط الإقامة الاعتيادية للمتوفي وقت وفاته، لعدم تحقق هذا الضابط في جميع الحالات، لاسيما إذا كانت الإقامة الاعتيادية للمتوفي واقعة في دولة غير ملزمة باللائحة .

وعليه فإن الاكتفاء بهذا الضابط لا يحقق الهدف المراد تحقيقه من اللائحة، وهو توحيد الاختصاص القضائي الدولي في مادة الميراث، لذلك أصبح اللجوء إلى هذه الاستثناءات ضرورة حتمية يقتضيها تحقق هذا الهدف، لذلك سعت اللائحة إلى تكريس ضوابط أخرى تضمن اختصاص محاكم الدولة العضو وهي ضابط موقع المال (أولاً) وضابط الجنسية (ثانياً) .

¹ – Article 03 de règlement n°650/2012 dispose que «...2- Aux fins du présent règlement, le terme «juridiction» désigne toute autorité judiciaire, ainsi que toute autre autorité et tout professionnel du droit compétents en matière de successions qui exercent des fonctions juridictionnelles ou agissent en vertu d'une délégation de pouvoirs d'une autorité judiciaire ou sous le contrôle d'une autorité judiciaire, pour autant que ces autres autorités et professionnels du droit offrent des garanties en ce qui concerne leur impartialité et le droit de toutes les parties à être entendues » .

أولا - ضابط موقع المال

كرست المادة 10¹ من اللائحة ضابط موقع المال لتحديد المحكمة المختصة دوليا للفصل في الميراث، التي تقضي بأنه إذا لم يكن للمتوفي وقت وفاته إقامة اعتيادية في أي دولة عضو يؤول الاختصاص لمحاكم الدولة العضو التي يقع فيها المال الموروث للفصل في كل أموال التركة، مهما كانت طبيعتها، سواء كان منقولة أو عقارية، وبغض النظر عن أهميتها أو قيمتها، بخلاف ما هو عليه في أغلب تشريعات الدول الوطنية التي استخدمت ضابط موقع العقار على نطاق واسع لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في مادة الميراث²، كما اشترطت اللائحة لعقد اختصاص محاكم الدولة العضو التي يقع مال التركة فيها أن يكون المورث حاملا لجنسيتها وقت وفاته، ومثالها اختصاص المحاكم الإيطالية للفصل في حق الطفل الوارث في كل أموال التركة المنقولة والعقارية لمورثه الإيطالي الجنسية، الذي كان مقيما في الجزائر، سواء كانت تلك الأموال موجودة على إقليم الدولة الإيطالية أو موزعة بين هذا الأخيرة وإقليم دولة أخرى .

الملاحظ على هذا الشرط أن اللائحة أخذت بضابط موقع المال ودعمته بضابط الجنسية لكي تضمن تطبيق قواعد اللائحة على أكمل وجه، وفي حالة عدم تحقق هذا الشرط بحثت اللائحة عن شرط آخر لمنح اختصاص الفصل في جل مال التركة لمحاكم الدولة العضو التي يقع على إقليمها مال التركة، والذي يكمن في وجود الإقامة الاعتيادية السابقة للمتوفي في تلك الدولة، على ألا يكون وقت النظر في الدعوى قد انقضى أكثر من خمسة سنوات على تغيير مكان الإقامة المعتادة للمتوفي، مثالها اختصاص المحاكم الإيطالية للفصل في حق الطفل الوارث في جل التركة المنقولة والعقارية لمورثه البلجيكي

¹ -Article 10 de règlement n°650/2012 dispose que « Lorsque la résidence habituelle du défunt au moment du décès n'est pas située dans un État membre, les juridictions de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur l'ensemble de la succession dans la mesure où:

- a) le défunt possédait la nationalité de cet État membre au moment du décès; ou, à défaut,
- b) le défunt avait sa résidence habituelle antérieure dans cet État membre, pour autant que, au moment de la saisine de la juridiction, il ne se soit pas écoulé plus de cinq ans depuis le changement de cette résidence habituelle » .

² - DEBERNARDI (Giovanna), op.cit, p 46 .

الجنسية الذي كان يقيم في المغرب ثم انتقل للإقامة في الدولة الإيطالية لمدة لا تقل عن 5 سنوات من وقت رفع الدعوى ،سواء كانت الأموال موجودة على إقليم الدولة الإيطالية أو موزعة بين هذا الأخيرة وإقليم دولة أخرى مثلا.

وفي حالة عدم تحقق الشروط المنصوص عليها في المادة 10 من اللائحة أ و ب تبقى محاكم الدولة العضو التي يقع على إقليمها مال التركة مختصة للفصل في المال الواقع على إقليمها فقط ،دون أن تتعدى حدود الفصل في الأموال الأخرى الواقعة على إقليم دولة أخرى، مثالها اختصاص المحاكم الفرنسية للفصل في حق الطفل الوارث في ميراث العقار الواقع على إقليم الدولة الفرنسية دون أن تتعدى حدود الفصل في المنقولات والعقارات الواقعة في إيطاليا للمورث البلجيكي الجنسية الذي كان مقيما في المغرب .

ثانيا -ضابط الجنسية

أولت اللائحة لإرادة المورث أهمية كبيرة في تحديد المحكمة المختصة دوليا للفصل في الميراث على أساس ضابط الجنسية ،وهذا ما يستتشف من نص المادة 17¹ من اللائحة التي أحالت إلى نص المادة 22² منها.

بتحليل هاتين المادتين يتضح أنه في حالة اختيار المورث قبل وفاته قانون الدولة العضو التي يحمل جنسيتها وقت الاختيار أو وقت وفاته بموجب المادة 22 تكون المحاكم القضائية لتلك الدولة مختصة للفصل في الميراث ،كأن يختار شخص يحمل الجنسية

¹ – Article 07de règlement n°650/2012 dispose que « Les juridictions d'un État membre dont la loi avait été choisie par le défunt en vertu de l'article 22 sont compétentes pour statuer sur la succession, à condition:

a) qu'une juridiction préalablement saisie ait décliné sa compétence dans la même affaire, en vertu de l'article 6;

b) que les parties à la procédure soient convenues, conformément à l'article 5, de conférer la compétence à la ou aux juridictions de cet État membre; ou

c) que les parties à la procédure aient expressément accepté la compétence de la juridiction saisie»

² – Article 22de règlement n°650/2012 dispose que « 1- Une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès » .

الفرنسية قبل وفاته تطبيق القانون الألماني على تركته، فتكون حينئذ المحاكم الألمانية مختصة للفصل فيها، لكن لا بد من توافر شرطين، وقبل التطرق إليهما نشير إلى أن اللائحة لم تمنح الاختصاص لمحاكم الدولة العضو التي يحمل المتوفي جنسيتها على أساس ضابط الجنسية بصورة مباشرة، بل ربطت الاختصاص القضائي بالاختصاص التشريعي المحدد على أساس ضابط الجنسية .

أما بخصوص شروط منح الاختصاص فتكمن في أن تكون المحكمة التي سبق لها النظر في دعوى الميراث قد رفضت اختصاصها بموجب المادة 16¹، وبالرجوع إلى نص هذه الأخيرة نجدها قد أجازت لمحاكم الدولة العضو المختصة بالفصل في الميراث على أساس ضابط الإقامة الاعتيادية للمتوفي² أو ضابط موقع المال³ رفض اختصاصها بناء على طلب أحد أطراف الدعوى إذا تبين لها من الظروف العملية أن محاكم الدولة العضو التي يحمل المتوفي جنسيتها واختار تطبيق قانونها على تركته هي في وضع أفضل للفصل في الميراث، ومن جهة أخرى ألزمت محاكم الدولة العضو المختصة على أساس ضابط الإقامة الاعتيادية للمتوفي أو ضابط موقع المال برفض اختصاصها إذا اتفق الأطراف على منح الاختصاص لمحاكم الدولة العضو التي يحمل المتوفي جنسيتها واختار تطبيق قانونها.

أما الشرط الثاني فيكمن في وجود اتفاق طبقاً للمادة 5 من اللائحة على منح الاختصاص لمحاكم الدولة العضو أو قبول أطراف الدعوى صراحة اختصاص المحكمة.

¹ – Article 06 de règlement n°650/2012 dispose que « Lorsque la loi choisie par le défunt pour régir sa succession en vertu de l'article 22 est la loi d'un État membre, la juridiction saisie en vertu de l'article 4 ou 10:

a) peut, à la demande de l'une des parties à la procédure, décliner sa compétence si elle considère que les juridictions de l'État membre dont la loi a été choisie sont mieux placées pour statuer sur la succession compte tenu des circonstances pratiques de celle-ci, telles que la résidence habituelle des parties et la localisation des biens; ou

b) décline sa compétence si les parties à la procédure sont convenues, conformément à l'article 5, de conférer la compétence à la ou aux juridictions de l'État membre dont la loi a été choisie » .

² – Article 04 de règlement n°650/2012 .

³ – Article 10 de règlement n°650/2012.

وبالرجوع إلى مضمون المادة 15¹ من اللائحة نجدها تجيز لأطراف الدعوى الاتفاق على عقد الاختصاص الفصل في جل أموال التركة سواء كانت منقولات أو عقارات لمحاكم الدولة التي يحمل المتوفي جنسيتها، والتي اختار تطبيق قانونها على تركته، واستلزمت اللائحة أن يكون الاختيار في شكل كتابي، له تاريخ وممضي عليه من الطرفين المعنيين، وعليه إذا كان النزاع يتعلق بالمطالبة بحق الطفل في الميراث فإن الاتفاق الاختياري سيكون بين الممثل القانوني للطفل لعدم توافره على أهلية التقاضي وبين الطرف الآخر من الورثة.

من خلال دراستنا للمواد السالفة الذكر 5، 6، و 7 من اللائحة يتضح لنا أن تحديد المحكمة المختصة للفصل في الميراث على أساس جنسية المورث يكون فقط في حالة اختيار المتوفي قانون الدولة العضو في اللائحة التي يحمل المتوفي جنسيتها وقت الاختيار أو وقت الوفاة، أما في حالة اختياره لقانون دولة ليست عضو في اللائحة، وبالتالي غير ملزمة بقواعدها وكان يحمل جنسيتها فلا مجال لتطبيق نصوص هذه المواد، أي تحديد الاختصاص في حالة الاختيار .

يتبين لنا من نصوص اللائحة أنه رغم محاولتها في توحيد الاختصاص القضائي الدولي في الميراث بين الدول الأوروبية إلا أن الإشكال لا يزال مطروحا، لاسيما وأن جل الدول الإسلامية غير منظمة إليها، وبالتالي غير ملزمة بقواعدها، وهذا ما يؤدي إلى طرح الإشكال بصفة كبيرة بين الدول الغربية والإسلامية، خاصة وأن حق الطفل في الميراث يثار بنسبة كبيرة في الزواج المبرم بين طرف ينتمي إلى دولة عضو في اللائحة وطرف ينتمي إلى دولة إسلامية، ولعل ما يزيد من حدة هذا الإشكال وجود مال التركة على إقليم دولة غير منظمة إلى اللائحة، والتي تبني اختصاص محاكمها على أساس ضابط موقع المال.

¹ – Article 05de règlement n°650/2012 dispose que « 1. Lorsque la loi choisie par le défunt pour régir sa succession en vertu de l'article 22 est la loi d'un État membre, les parties concernées peuvent convenir que la ou les juridictions de cet État membre ont compétence exclusive pour statuer sur toute succession.

2. Cet accord d'élection de for est conclu par écrit, daté et signé par les parties concernées. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite » .

المبحث الثاني

تنازع الاختصاص التشريعي الدولي في ميراث الطفل

تعتبر مسألة تنازع قوانين الدول لحكم ميراث الطفل في الزواج المختلط¹ من أهم الاشكالات التي تعترض سبيل تمتع الطفل بحقه في الميراث، نتيجة اختلاف الدول حول القانون الواجب التطبيق عليه، الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الاسناد الوطنية لكل دولة، لا سيما أمام سن بعض الدول قاعدة اسناد خاصة للمنقول وأخرى للعقار، ووجود أموال التركية على إقليم عدة دول، مما أدى إلى طرح صعوبات، تجعل من العسير حصول الطفل على حقه من تركة أحد والديه، كما لو توفيت زوجة فرنسية تاركة ابنا وبناتا من أب جزائري، وتركة مشكلة من عقارات ومنقولات موزعة بين الإقليم الجزائري والفرنسي والإيطالي، ولعل ما يزيد من حدة الاشكال استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أصلا بحكم ميراث الطفل بدافع النظام العام أو الغش نحو القانون أو إحالة تطبيقه إلى قانون دولة أخرى باستعمال الإحالة.

سنحاول من خلال هذا المبحث تحليل اشكال القانون الواجب التطبيق على الميراث (المطلب الأول) واشكالات تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم الميراث (المطلب الثاني).

المطلب الأول

اشكال القانون الواجب التطبيق على الميراث

سعت كل الدول العربية والغربية في مجال العلاقات المشتملة على العنصر الأجنبي منها علاقة الزواج المختلط إلى سن اسناد خاصة بالميراث، لتحديد القانون الواجب التطبيق

¹ - يشترط للقول بوجود تنازع القوانين أن يحصل التنازع بين قوانين الدول وأن يكون هذا التنازع بين قوانين خاصة، ويترتب على القول بوجود التنازع بين قوانين الدول أنه لا يمكن تصور التنازع إلا بين قوانين دول اكتسبت كل منها صفة الدولة بمقتضى مبادئ القانون الدولي العام، لذلك استبعد الرأي الغالب في الفقه دراسة التنازع بين قانون دولة والشرائع السائدة في بلد لا تمتع بهذا الوصف وقد أقر القضاء الإنجليزي هذا المبدأ في قضية تتلخص وقائعها في أن رجلا انجليزيا تزوج بامرأة تنتمي إلى إحدى القبائل الإفريقية خلال رحلة له في أواسط افريقيا وأنجب منه ولدا، ولما توفي طالبت الزوجة بحقها وحق ابنها في الميراث باعتبار أن الزواج تم صحيحا وفقا لعادات القبيلة، وهو ما يتفق مع قاعدة الاسناد التي تخضع شكل الزواج إلى قانون بلد إبرامه، إلا أن المحكمة الإنجليزية العليا قضت بوجود تطبيق القانون الانجليزي، وبناء على ذلك رفضت دعوى الزوجة معتبرة أن العلاقة بينها وبين زوجها غير شرعية وأن ابنها غير شرعي وقد أسست قرارها على أن المسألة لا تنطوي على أي تنازع إذ لا يمكن أن ينشأ التنازع بين القانون الإنجليزي والعادات المتبعة في القبيلة التي تنتمي إليها المدعية . - أنظر ناصيف إلياس، مرجع سابق، ص 443 .

عليه ،غير أنه تسبق عملية تحديد هذا القانون مسألة أولية والزامية يتعين على القاضي القيام بها تتعلق بتكييف الميراث الذي اختلفت بشأنه تشريعات الدول ومعها الفقه .

لذلك سنعرض الخلاف الفقهي والتشريعي حول تكييف الميراث في (الفرع الأول) ،
لنبين بعد ذلك قاعدة الاسناد المطبقة على ميراث الطفل في الزواج المختلط (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الخلاف الفقهي والتشريعي حول تكييف الميراث.

تقع مادة الميراث على الحدود الفاصلة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ،
بل وحتى على حدود الأعمال القانونية ،فهي باعتبارها تؤمن انتقال مجموع الذمة المالية
للشخص بسبب الوفاة ،فإنها تتبع الحالة الشخصية ،وبما أن هذا الانتقال ينصب على
الأموال فإنها تتبع كذلك الحالة العينية¹ ،لذلك اختلف الفقه² والقضاء والنظم القانونية في
تكييف الميراث³ ،وبالتالي الاختلاف حول المركز الذي يجب أن يوضع فيه⁴ ،إذ اعتبره
البعض من مسائل الأحوال الشخصية (أولاً) ،في حين أدرجه البعض الآخر ضمن مسائل
الأحوال العينية(ثانياً) ،وترجع بوادر التمييز بينهما إلى المدرسة الايطالية القديمة التي

¹ - إسعاد موحد ، القانون الدولي الخاص ، ج 2 ،قواعد التنازل ،مرجع سابق ص 315 . -أنظر كذلك :

-MAYER (Pierre) , HEUZE (Vincent), op.cit, n°802 , p 585 .

² - يعتبر الميراث محل نزاع بين مذهب شخصية القوانين الذي أدرجه ضمن الأحوال الشخصية وبين الاتجاه المعاكس ، أي إقليمية
القوانين الذي أدرجه ضمن الأحوال العينية .

- BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), op.cit, n° 277, p 324.

³ - قضية ميراث الزوج المالطي :نتلخص وقائعها في أن زوجين مالطيين تزوجا في مالطا ،ثم انتقلا بعد ذلك للعيش في الجزائر
أين توفي فيها الزوج ،فرفعت الزوجة دعوى أمام محكمة استئناف الجزائر عام 1889 ،حيث كانت الجزائر في ذلك الوقت تابعة
لفرنسا ،طالبة بحقها في ميراث العقارات الواقعة في الجزائر وفقا لنصوص القانون المالطي ،التي تقرر ما يسمى بنصيب الزوج
المحتاج وهو ربع ممتلكات الزوج المتوفي ،طرحت مشكلة تحديد طبيعة هذا النصيب فيما إذا كان يدخل في طائفة النظم المالية
للزواج أو يدخل في مضمون فكرة الميراث ، إذ لو تم إدخاله في طائفة النظم المالية فإنه يخضع للقانون المالطي طبقا لقاعدة الإسناد
الفرنسية ،التي تقضي بإخضاع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة، ومن ثم يحكم بهذا النصيب لفائدة الزوجة ،في حين لو تم
تكييفه على أنه من مسائل الميراث فإنه يخضع للقانون الفرنسي طبقا لقاعدة الإسناد الفرنسية ،التي تخضع ميراث العقار لقانون
موقع المال ،وفي هذه الحالة ستخسر الزوجة الدعوى، لأن القانون الفرنسي لا يعرف ما يسمى بنصيب الزوج المحتاج .

- عشوش أحمد عبد الحميد ،مرجع سابق ص 266. أنظر كذلك: - أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،ج1، تتنازع
القوانين ،مرجع سابق ص 76 .

⁴ - عبود موسى ،الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي ،المركز الثقافي العربي ،المغرب ،1994، ص 268 .

اعتنت بدراسة الأحوال منذ القرن 12 ميلادي¹، وبخلاف هاذين الاتجاهين ظهر اتجاه آخر ينادي بتكييف الميراث ضمن فئة قانونية مستقلة (ثالثا) .

أولا - تكييف الميراث ضمن مسائل الأحوال الشخصية

نادى هذا الاتجاه الفقهي بتكييف الميراث ضمن مسائل الأحوال الشخصية ،لذلك فإن تحديد المقصود بمصطلح الأحوال الشخصية له أهمية كبيرة لإدراج الميراث ضمنه ، إلا أنه من الصعب إعطاء تعريف جامع مانع يركز على أساس علمي محدد لهذا المصطلح، ومع ذلك بذل الفقه والقضاء² جهودهم لتحديد المقصود منه ،لكن تبقى النتائج التي توصلوا إليها مجرد نتائج تقريبية ،وهذا راجع إلى الطبيعة المزدوجة للميراث³.

فحسب النظرية الايطالية القديمة تكون الأحوال شخصية إذا كان القانون ينص على الشخص ،وتكون عينية إذا نص على الأموال ،فمثلا النص الذي يقضي بأن الولد الأكبر يرث كل التركة هو من الأحوال الشخصية ،بينما النص الذي يقضي بأن أموال المتوفي تؤول إلى الولد الأكبر تكون من الأحوال العينية ،مع أن المعنى واحد في كلتا الحالتين ولا يتغير سواء كان البدء بالشخص أو المال⁴ ،إذ استنتجوا مفهوم الأحوال الشخصية عل سبيل التعارض مع الأحوال العينية⁵ .

¹ - يقصد بالمدرسة الايطالية القديمة جماعة الفقهاء الايطاليين ،يتزعمها الفقيه بارتول bartole (من سنة 1313 إلى 1357) وسميت بالمدرسة الايطالية القديمة لتميزها عن المدرسة الايطالية الحديثة، التي يتزعمها الفقيه مانشيني (manchini) ،وقد أثمرت جهودها بحلول ساهمت في وضع اللبنة الأولى لنظرية تنازع القوانين ،إذ اهتموا إلى حل التنازع القائم بين قوانين مدن شمال إيطاليا عن طريق اختيار قانون إحدى المدن ،وكان منهج هذه المدرسة يقوم على تحليل القوانين أو الأحوال المتراحمة لتحديد طبيعتها، فيما إذا كانت إقليمية تنطبق على كل الذين من يقطنون الإقليم، أو أنها شخصية تتبع الشخص أينما ذهب .
- للتفصيل أكثر أنظر - هشام علي صادق ،المطول في القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق ،ص ص 109-113 .أنظر كذلك: - عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق ،ص ص 12-20 .- أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري.....،مرجع سابق ،ص ص 48-50 .

² - عرفت محكمة النقض المصرية في قرارها المؤرخ في 21/06/1943 الأحوال الشخصية بأنها " مجموعة ما يتميز به الإنسان من غيره من الصفات الطبيعية ككونه ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية " .

- عكاشة محمد عبد العال ،تنازع القوانين..... ،مرجع سابق ،ص 652 .

³ - مرجع نفسه ،ص 651 .

⁴ - أبو هيف عبد الحميد ،القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر ،مطبعة السعادة ،مصر ، 1927 ،ص 225 .

⁵ - إسعاد موحند ، القانون الدولي الخاص ،ج 2 ،قواعد التنازل ،مرجع سابق ،ص 66 .

غير أن هذه التفرقة تنصب على الأحوال أو القوانين وليس على المسائل التي تحكمها هذه الأحوال أو القوانين ،كما ذهب إليه غالبية الفقه الذي يحدد مسائل الأحوال الشخصية على أساس القانون الشخصي الذي يحكمها¹، بينما يحددها البعض الآخر من الفقه على أساس العلاقة القانونية، دون أن تخضع للقانون الشخصي باعتبارها مسائل متصلة بالشخص².

إن الصعوبة في إعطاء تعريف جامع ومانع لمصطلح الأحوال الشخصية جعل الرأي الراجح فقها في العالم العربي يكتفي بتعداد المسائل التي تتدرج ضمنه ،خصوصا وأنه مصطلح جديد في اللغة العربية وعند فقهاء الشريعة الإسلامية³، فقد أخذ منذ القدم عن القوانين الغربية التي عالجت مسائل القانون الدولي الخاص ،غير أنه سبق الاعتماد على هذا المصطلح للتعبير عن قاعدة مصدرها التصريح التاريخي الصادر عن الخليفة عمر بن الخطاب في مدينة القدس الذي أمر بترك الحرية للسكان المسيحيين في تطبيق ما يريدون فيما يتعلق بأمورهم العائلية وأوقافهم ،بينما طبقت سائر قواعد الشرع على كافة الناس⁴ .

ولقد حاولت محكمة النقض المصرية تعريف الأحوال الشخصية من خلال حكمها الصادر بتاريخ 26 جوان 1934 الذي جاء فيه "المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموع ما يتميز به الانسان من غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ككون الانسان ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرمل أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنونه أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية"⁵.

¹- عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص.... ،مرجع سابق ،ص171 .أنظر كذلك: - هشام علي صادق ،المطول في القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق ، ص 112 .- بديع منصور سامي ،الوسيط في القانون الدولي الخاص ،تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة،مرجع سابق ،ص 343 .

² - بديع منصور سامي ،الوسيط في القانون الدولي الخاص ،تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة،مرجع نفسه .

³ - زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانين،مرجع سابق ،ص 145 .

⁴ - بديع منصور سامي ،الوسيط في القانون الدولي الخاص ،تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة،مرجع سابق ،ص 342-343 .

⁵ - عشوش أحمد عبد الحميد ،مرجع سابق ،ص 302 .

يعود الفضل في إدراج الميراث ضمن الأحوال الشخصية إلى الفقيه مانثيني¹، الذي وسع من مجالها لتشمل الموارث والنظم المالية المتعلقة بالزواج ونظام المنقولات².

وقد أسس هذا الاتجاه الفقهي في تكيفه للميراث ضمن الأحوال الشخصية على عدة حجج، كونه يتصل أساسا بواقعة حياة الشخص ووفاته وهو النتيجة لتلك الوفاة³، فهو مجرد توسيع لسلطة وإرادة المتوفي التي جسدها أثناء حياته⁴، كما أنه يتصل اتصالا وثيقا بالنظام العائلي، إذ أنه يركز على صلات القرابة، الزوجية ونسب الطفل، حيث تنتقل أموال المتوفي إلى من تربطه بهم هذه الروابط، ويؤدي إلى المحافظة على أموال المتوفي ضمن نطاق العائلة وفي إطار درجة القرابة⁵، فكلما زادت درجة النسب والقرابة زادت حصة الميراث وبالتالي إتباع الإرث بالنظام القانوني الذي يخضع له الشخص نفسه أي القانون الشخصي⁶ أما بالنسبة للتشريعات التي أدرجت الميراث ضمن الأحوال الشخصية فإن أغلبها لم تعرف الأحوال الشخصية، بل اكتفت بعضها كالقانون التونسي⁷ بتعداد المسائل التي تتدرج

¹ - عشوش أحمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 332.

- الفقيه مانثيني هو زعيم المدرسة الإيطالية الجديدة، الذي بنا فقهه وأفكاره على أساس ما سماه بمبدأ الجنسيات في محاضراته الشهيرة التي ألقاها بجامعة تورين في 2 جانفي 1851 بعنوان "في الجنسية كأساس القانون الدولي"، وقد نادى بمبدأ شخصية القوانين، فحسبه ينبغي أن يخضع الإيطاليون في أي مكان وجدوا إلى القانون الإيطالي. ولقد لاقت نظريته نجاحا كبيرا سواء على مستوى الفقه، إذ تبناها تقريبا كل فقهاء البلدان اللاتينية في النصف الثاني من القرن 19، ويمكن ذكرهم على سبيل المثال في إيطاليا fiore et diena، وفرنسا laurent، وبلجيكا laurent وعلى مستوى التشريع، القانون المدني الإسباني والإيطالي، وكذلك اتفاقيات لاهاي لسنة 1896 و 1902 و 1905 الموجهة لتوسيع مجال الأحوال الشخصية - للتفصيل أكثر أنظر :

-BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), op.cit, n°-230-230-1 , p p 274-276 .

² - Ibid, n° 230, p 275.

³ - الهداوي حسن، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأرنبي.....، مرجع سابق، ص 127.

⁴ - LOUSSOUARN (Yvon), BOUREL (Pierre), op.cit, 1993 , n°431 , p453

⁵ - الأصبحي مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجنبي في التملك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي للنشر، د.ب.ن، 2007، ص 554.

⁶ - بديع منصور سامي، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بلبنان، 2009، ص 302.

⁷ - كان الفصل الثاني من أمر 12 جويلية 1956 المتعلق بضبط الأحوال الشخصية للأجانب الملغى بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ينص على أنه "تشمل الأحوال الشخصية على النزاعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وبالزواج ونظام الأموال بين الأزواج وحقوق الأزواج وواجباتهم المتبادلة والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقات بين الأصل والفروع وواجب النفقة بين الأقارب وغيرهم وتصحيح النسب والتبني والوصاية والقوامة الحجز والترشيد والهيئات والموارث والوصايا وغيرهم من التصرفات بموجب الموت والغيبية واعتبار المفقود ميتا".

ضمن الأحوال الشخصية، بينما يمكن فهم الأحوال الشخصية في البعض الآخر من المواضيع التي يتولى قانون الأحوال الشخصية ذكرها وبيان حلولها القانونية، والتي تكون أحكامه في الدول العربية متشابهة، لأنها مستمدة من الفقه الإسلامي وأحكام الشريعة الإسلامية¹.

لا تتفق التشريعات على اطار محدد يشمل الأحوال الشخصية، فهناك تشريعات تدخل الميراث في دائرة الأحوال الشخصية، بخلاف بعض التشريعات التي تستبعده من دائرة الأحوال الشخصية²، فنطاق هذه الأخيرة يختلف ضيقا واتساعا من نظام قانوني إلى آخر، ففي القانون الفرنسي تشمل الأحوال الشخصية حالة وأهلية الأشخاص³، بينما تشمل في القانون الايطالي الحالة والأهلية والميراث والوصية والهبه⁴، من هنا يبرز بشكل واضح الدور الذي يلعبه التكيف في كل دولة⁵.

إن مصطلح الأحوال الشخصية له أهميته وقيمته في بعض التشريعات وفي نطاق القانون الدولي الخاص⁶، إذ ذهبت معظم النظم القانونية إلى إدراج الميراث ضمن مسائل الأحوال الشخصية، متأثرة بنظرية الفقيه مانثيني⁷، نذكر منها القانون الايطالي، خصوصا وأن ايطاليا بلد كثيف السكان ومصدرة لرعاياها للخارج⁸، والقانون المصري الذي تأثر بدوره بالتقنين المدني الايطالي من جهة، وبالظروف التاريخية التي كانت تعيشها مصر آنذاك،

¹ - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص 70-71.

² - عشوش أحمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 302.

³ - Art 03 alinéa 03 de code civil français dispose que « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ».

- تشمل الحالة القواعد المتعلقة بهوية الشخص (الاسم، الموطن، الحالة المدنية) وكذلك علاقاته الأسرية (الزواج، النسب).

- Voir -BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), op.cit, n° 277, p 324.

⁴ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين....، مرجع سابق، ص 144.

⁵ - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص 71.

⁶ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين....، مرجع سابق، ص 653. أنظر كذلك: - غصوب عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص 239-240.

⁷ - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 443.

⁸ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين....، مرجع سابق، ص 144. أنظر كذلك: - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 172.

إذ كانت خاضعة لنظام الامتيازات الأجنبية¹، التي شكلت ما يسمى بظاهرة امتداد القوانين، والتي فرضت على المشرع المصري التوسع في مفهوم الأحوال الشخصية، ليُدْرَج ضمن مسائلها الميراث، وقد أبقى المشرع المصري على هذا المفهوم الموسع للأحوال الشخصية حتى بعد استرداده لسيادته كاملة عند تقنين القانون المدني، لما قدره من أن تطبيق قانون الجنسية على مجموع هذه المسائل هو الأقرب إلى تحقيق العدالة من وجهة نظره².

وباعتبار أن الميراث في الجزائر متصلا بنظام الأسرة، إذ أنه ينظم انتقال مال المتوفي إلى ورثته من أقربائه، كما أن قانون الأسرة هو الذي يتولى بيان أحكامه، فإن المشرع قد أدرجه ضمن الأحوال الشخصية³، وهو التكييف الذي أخذت به بعض التشريعات الغربية كالقانون الألماني واليوناني والبولوني⁴، والإيطالي والاسباني⁵.

ثانيا - تكييف الميراث ضمن مسائل الأحوال العينية

يشير اصطلاح الأحوال العينية - مقابلة لاصطلاح الأحوال الشخصية- إلى المركز القانوني للأموال⁶، ويرى بعض الفقه أنه يمكن تصنيف جميع المسائل المتعلقة بالأموال ضمن الأحوال العينية إذا وجد سبب محدد لا يخضعها إلى القانون الشخصي ولا لقانون العقود أو لقانون الواقعة القانونية⁷.

¹ - للتفصيل أكثر حول نظام الامتيازات الأجنبية راجع - البستاني سعيد يوسف، الجامع في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق، ص ص 547-549.

² - هشام علي صادق، تنازع القوانين....، مرجع سابق، ص 311. أنظر كذلك: - الأصبحي مصطفى ياسين محمد حيدر، مرجع سابق، ص 559.

³ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 269. أنظر كذلك: - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 79. - ابن عومر محمد الصالح، مرجع سابق، ص 91.

- أدرج المشرع الجزائري أحكام الميراث ضمن الكتاب الثالث من قانون الأسرة، حيث تنص المادة 74 منه على أنه " تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة و تحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة ". .

⁴ - اللافي محمد مبروك، مرجع سابق، ص 150. أنظر كذلك: - هشام علي صادق، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 312.

⁵ - عشوش أحمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 332.

⁶ - اللافي محمد مبروك، مرجع سابق، ص 113.

⁷ -BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), op.cit, n° 283, p 331.

لعبت نظرية الفقيه الفرنسي دارجنتريه (D'Argentré) دورا هاما في إدراج الميراث ضمن الأحوال العينية¹، الذي بنا نظريته على منهج التمييز الكبير بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية التي تشكل أساس نظريته²، انطلاقا من تعليقه على المادة 218 من عرف مقاطعته بريتان، ورغبة منه في تطبيق أعراف مقاطعته على نطاق واسع، لذلك أعطى مكانة أساسية للأحوال العينية، التي عرفت اتساعا في مذهبه على حساب الأحوال الشخصية التي أعطى لها مكانة محدودة جدا³، وقد ذهب إلى القول بأن مجموع الأعراف تتعلق إما بالأشخاص و إما بالأموال، فتلك التي تتعلق بالأشخاص فإنها تتبعهم حتى خارج الإقليم، أما تلك المتعلقة بالأموال فإنها تنطبق تطبيقا إقليميا مهما كان أصل أو موطن الأطراف⁴، وبذلك تبنى هذا الفقيه مبدأ عينية القوانين، أي اقليميتها والاستثناء هو شخصيتها وإمكان امتدادها خارج الإقليم⁵.

تطبيقا لذلك ألحق حكم الأحوال المتعلقة بالأموال وبنظام الأسرة في الوقت نفسه كالميراث - والتي سماها بالأحوال المختلطة- بالأحوال العينية، وبالتالي إخضاعها للأصل وهو إقليمية القوانين⁶.

يرى أنصار الاتجاه الفقهي القائل بتكييف الميراث ضمن الأحوال العينية أن الموضوع الرئيسي في الميراث ينصب على الأموال دون الاعتبار الشخصي⁷، فالميراث ليس إلا مجرد وسيلة للتملك⁸، ولا يختلف عن أساليب انتقال الملكية الأخرى إلا في سبب الانتقال، فهو يصدر عن واقعة مادية وهي الوفاة، التي تتحول إلى واقعة قانونية نتيجة الأثر القانوني الناشئ عنها وهي الإرث، إلا أن الموضوع هو نفسه أي الأموال، فإن النتيجة التي تترتب

¹ - صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين، مرجع سابق ، ص 412 .

² - LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit, 1993 , n°431 , p453

³ - MONEGER (Françoise), Droit international privé....., op.cit, n°23 , p 09.

⁴ - أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1 ، تنازع القوانين ...، مرجع سابق ، ص 52 .

⁵ - هشام علي صادق ، المطول في القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق ، ص 115 .

⁶ - مرجع نفسه . أنظر كذلك: - زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين.....، مرجع سابق ، ص 144 .
- Voir aussi : LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), 1988, op.cit , n° 90 , p107.

⁷ - زروتي الطيب ، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتها في الزواج المختلط، مرجع سابق ، ص 911.

⁸ - أشرف وفا محمد ، «آثار التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولي الخاص » ، المجلة المصرية للقانون الدولي، مصر، عدد 2005/61 ، ص 206 .

على ذلك هي إتباع الإرث بالنظام القانوني الذي يخضع له المال نفسه، وهو تطبيق قانون موقع المال، فيجب أن يبقى النظام القانوني للأموال واحدا مهما تغيرت طريقة الانتقال¹.

ومن بين التشريعات التي تصنف الميراث ضمن الأحوال العينية التشريع الفرنسي بخلاف عدة دول التي تدرجه في الأحوال الشخصية²، وبعض دول أمريكا اللاتينية مثل بنما واتفاق مونتفيدو³.

ثالثا - تكييف الميراث ضمن فئة قانونية مستقلة

خلاف لما ذهب إليه الاتجاهان السابقان يرى الفقه والقضاء الحديث بأنه لا يمكن إدراج الإرث في فئة الأحوال الشخصية، ولا ضمن فئة الأحوال العينية، بل يندرج ضمن فئة قانونية مستقلة، وهي فئة التركات، فالإرث هو نتيجة لانتهاء الحالة الشخصية، بينما الأحوال الشخصية هي نتيجة لوجود الشخص وارتباط العلاقات التي تدخل في نطاقها مباشرة، فالحالة وانتهائها واقعتان متناقضتان وتطرحان مسائل مختلفة، كما لا تعد رابطة النسب والقرباة السبب الوحيد للإرث، لأن الولد المتبني يرث في بعض القوانين والأنظمة بمعزل عن صلة النسب والقرباة، وفي المقابل لا يمكن إدراج الإرث ضمن الأحوال العينية لأن مضمونه يختلف تماما عن مضمون فكرة مركز الأموال، وهو تركة المتوفي منظورا إليها كمجموعة شائعة وليس المال في التركة منظورا إليه منفردا⁴.

¹ - بديع منصور سامي، أسامة العجوز، مرجع سابق، ص 303. أنظر كذلك: - بديع منصور سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة....، مرجع سابق، ص 576. - غصوب عبده جميل، دروس في القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص 284. - الأصبجي مصطفى ياسين محمد حيدر، مرجع سابق، ص 551-552. - فهمي كمال، مرجع سابق، ص 599.

² - MONEGER (Françoise), Droit international privé....., op.cit, n°395 , p 139 .

³ - عشوش أحمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 332 .

⁴ - بديع منصور سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة...، مرجع سابق، ص 577-587. أنظر كذلك: - لعطر فتيحة، الميراث في الزواج المختلط بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، الطور الثالث (ل م د) في القانون، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018، ص 33.

بناء على مرحلة تكييف الميراث كما سبق دراسته تتحدد قاعدة الإسناد التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق على الميراث بصفة عامة، وميراث الطفل بصفة خاصة، وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي .

الفرع الثاني

قاعدة الإسناد المطبقة على ميراث الطفل في الزواج المختلط

أدى الاختلاف حول تكييف الميراث كما سبق توضيحه إلى اختلاف تشريعات الدول ومعها الفقه حول القانون الواجب التطبيق عليه، الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون كل دولة، لاسيما أمام اختلاف الدول حول ضوابط الإسناد، وتبني بعضها قاعدة إسناد لميراث المنقول وأخرى لميراث العقار (أولاً) .

بعد تحديد القانون المختص بحكم الميراث يتكفل هذا القانون بدوره بتحديد المسائل التي تدرج في نطاقه، مقابل استبعاد بعض المسائل المنفق عليها في معظم تشريعات الدول من مجال تطبيقه (ثانياً) .

ولما كان ميراث الطفل يشكل المجال الخصب لتنازع القوانين، سعت الدول الأوروبية إلى توحيد قاعدة الإسناد المطبقة على الميراث، وبالتالي توحيد القانون الواجب التطبيق عليه بموجب اللائحة رقم 650/2012 (ثالثاً) .

أولاً- الخلاف الفقهي والتشريعي حول القانون الواجب التطبيق على ميراث الطفل في الزواج المختلط

اختلفت تشريعات الدول ومعها الفقه حول القانون الواجب التطبيق على ميراث الطفل، إذ اختلفت بعضها بصياغة قاعدة إسناد واحدة تخص ميراث المنقول والعقار معاً، وبالتالي تطبيق قانون واحد عليهما، في حين ذهب جانب منها إلى صياغة قاعدة إسناد لميراث المنقول وأخرى لميراث العقار، وبالتالي تطبيق قانونين مختلفين عليهما.

1- تطبيق قانون واحد على ميراث المنقول والعقار

رغم اتفاق بعض التشريعات حول فكرة تطبيق قانون واحد على الميراث باعتباره كتلة واحدة مهما كانت طبيعة المال سواء كان منقولاً أو عقاراً إلا أنها اختلفت حول هذا القانون¹، نتيجة الاختلاف في تكييف الميراث، فقد أخضع البعض إلى القانون الشخصي للمورث لاتصاله بالأحوال الشخصية، بينما فضل البعض الآخر الذي كيفه ضمن الأحوال العينية تطبيق قانون موقع المال².

أ- تطبيق القانون الشخصي للمورث

أخضع هذا الاتجاه الفقهي والتشريعي ميراث المنقول والعقار على حد سواء باعتباره من مسائل الأحوال الشخصية إلى القانون الشخصي للمورث، لأنه لا تركة دون هذا الأخير، وبغض النظر عن قانون الوارث، أو موقع مال التركة³، واعتباراً لوحدة الذمة المالية للشخص التي يتعين المحافظة عليها بعد وفاته، مما يسمح بانتقال الإرث ككتلة واحدة⁴، لها وحدتها القانونية، مما يلزم حكمها بقانون واحد، لتجنب الصعوبات الناشئة عن إخضاع التركة لقوانين متعددة⁵، ويقصد بالقانون الشخصي للمورث إما قانون جنسيته أو قانون موطنه، الذي كان محل اختلاف بين الفقه والأنظمة القانونية الحديثة⁶.

- الاتجاه القائل بتطبيق قانون جنسية المورث

يخضع الميراث وفقاً لهذا الاتجاه إلى قانون جنسية المورث، بحجة أن قانون الجنسية هو قانون الإرادة الضمنية للمورث، فلو قدر لهذا الأخير أن يعيش لكان قد اختار ذلك القانون⁷، باعتباره من أكثر القوانين علاقة بالمتوفي، لأن حق الإرث يستتبع واقعة الوفاة

¹ - DEBERNARDI (Giovanna), op.cit, p 02.

² - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين.....، مرجع سابق، ص 269.

³ - الأصبحي مصطفى ياسين محمد حيدر، مرجع سابق، ص 554.

⁴ - DEBERNARDI (Giovanna), op.cit, p 02.

⁵ - الهداوي حسن، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني.....، مرجع سابق، ص 127.

⁶ - بديع منصور سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة...، مرجع سابق، ص 576.

⁷ - الأصبحي مصطفى ياسين محمد حيدر، مرجع سابق، ص 556. أنظر كذلك: - الداودي - غالب علي، مرجع سابق،

وهو نتيجة له¹، كما أن إخضاع الميراث لقانون جنسية المورث يكون على أساس الصلة الوثيقة بينه وبين روابط الأسرة²، باعتباره من أحسن القوانين لحماية علاقات الأسرة³، ضيف إلى ذلك أنه يؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق على مجمل التركة، وهو الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه أي مشرع⁴، ويتميز هذا الحل بالبساطة، بل وحتى بالمنطق، إذ تعتبر الذمة المالية للمتوفي واحدة، مما يستلزم إخضاعها لقانون واحد، دون أن يتوقف ذلك على مكان تواجد المال أو على طبيعته المنقولة أو العقارية، وعلى هذا الأساس فإن المواريث لا تمثل انتقال سلسلة من الملكيات الخاصة، بل انتقال الذمة المالية دائنة ومدينة⁵. وهو ما سارت عليه أغلب تشريعات الدول الغربية⁶ والعربية⁷ التي أخضعت الميراث لقانون جنسيته وقت وفاته، على غرار المشرع الجزائري⁸.

على هذا النحو ينبئ موقف المشرع العربي عن إيمانه على اعتبار الميراث من المسائل المتعلقة بالأشخاص التي تخضع لقانون الجنسية⁹، وتتبع هذه القاعدة من التقاليد

¹ - المصري محمد وليد ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ،دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي ...،مرجع سابق ،ص 152 . أنظر كذلك: - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ،مرجع سابق ،ص 107.

² - هشام علي صادق ،تنازع القوانين.....،مرجع سابق ،ص 312 .أنظر كذلك: - هشام علي صادق ،عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص....،مرجع سابق ، ص 312 . -اللافي محمد ميروك ،مرجع سابق ،ص 150 .

³ - سيوفي نعوم ،الحقوق الدولية الخاصة ،أمالي ومحاضرات ،مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ،د ب ن ،1967، ص 744.

⁴ - الكسواني عامر محمد ،مرجع سابق ،ص 183 .

⁵ - إسعاد موحد ،القانون الدولي الخاص ،ج 1 ،قواعد التنازل ... ،مرجع سابق ،ص 317 .

⁶ - القانون الإيطالي رقم 218 المؤرخ في 31 ماي 1995 (المادة 46) ،القانون المدني الإسباني (المادة 09/ الفقرة 8) ، القانون الألماني (المادة 25/ الفقرة 1) ،القانون الدولي الخاص السلوفيني المؤرخ في 30 جوان 1999، (المادة 32) ،القانون الدولي الخاص لكوريا الجنوبية المؤرخ في 7 أبريل 2001 (المادة 49) ،القانون الدولي الخاص الياباني (المادة 26) أشار إليهم: -DEBERNARDI (Giovanna), op.cit, p 03.

⁷ - القانون المدني المصري (المادة 17) ،القانون المدني السوري (المادة 18) ،القانون المدني العراقي (المادة 22)، القانون المدني الليبي (المادة 17) .

⁸ - تنص المادة 16 من من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر المعدلة بالمادة 9 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري السالف الذكر على أنه "يسري على الميراث و الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت وفاته " .

⁹ -الصالح بن ناجي أحمد ،« بعض أوجه التعارض بين قواعد تنازع القوانين وقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية ذات الطابع الدولي في التشريع اليمني »، جامعة وهران ،حوليات كلية الحقوق ، عدد 2011/3 ، ص 127 .

الإسلامية التي تدمج المواريث على الرغم من كونها تتعلق بميراث المال ضمن فئة الأحوال الشخصية، وعليه تخضع بهذه الصفة للقانون الوطني¹.

ومن بين القضايا التي طرحت فيها مسألة ميراث الطفل في الزواج المختلط على القضاء الجزائري نذكر منها قضية الزوج الجزائري علي الذي هاجر إلى إيطاليا وتزوج من ايطالية مسيحية، أنجبت منه ولدا، ثم تجنس بالجنسية الايطالية دون استئذان الحكومة الجزائرية، وإثر خلاف بينهما قررا الافتراق دون طلاق، ليعود إلى الجزائر ويتزوج بجزائرية في 2004 وأنجبت له ولدا، وبعد وفاة علي رفعت زوجته الايطالية دعوى أمام القضاء الجزائري طالبة بحصتها وحصه ولدها في الميراث، المتمثل في عقار زراعي وعشر ملايين دينار كان قد أودعهما في البنك، مدعية أن الزواج الثاني باطل طبقا للقانون الايطالي، ومن ثم فإن ولده من الزوجة الثانية غير شرعي وليس له الحق في الميراث².

بناء على وقائع القضية فإن القانون الواجب التطبيق على الميراث هو القانون الجزائري باعتباره قانون جنسية المورث وقت وفاته (إذا كانت له جنسية جزائرية)³، وباعتبار زواج علي الثاني صحيحا وبالتالي نسب ابنه صحيحا، فيكون لهذا الأخير الحق في ميراث أبيه، كما أنه يحق لابن الزوجة الايطالية أن يرث من تركه أبيه المسلم، لأن الابن يتبع دين أبيه المسلم وليس دين أمه المسيحية⁴، وبالتالي جواز التوارث بين المسلمين، بخلاف أمه الايطالية التي تحرم من الميراث استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بعدم جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم.

بتصفحنا لبعض تشريعات الدول العربية التي تبنت ضابط جنسية المورث لتحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث تمكنا من تسجيل الملاحظات الآتي ذكرها :

¹-إسعاد موحد، القانون الدولي الخاص، ج 1، قواعد التنازل.....، مرجع سابق، ص 317.

²- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا.....، مرجع سابق، ص 45.

³- المادة 22 / الفقرة 2 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر المعدلة بالمادة 14 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري السالف الذكر.

⁴- المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر.

أخضع المشرع المغربي بخلاف التشريعات العربية الأخرى الميراث لقانون جنسية المورث دون تحديد وقت الاعتداد بهذا القانون ، وهذا ما يستشف من نص المادة 18¹ من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب ، وإذا كانت قاعدة الإسناد التي تضمنها هذا النص هي قاعدة شخصية لا عينية إلا أنه حصرها في الأموال الموجودة في المغرب² أما المشرع التونسي فقد تبنى ضوابط إسناد متعددة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث ، وهذا ما يستشف من نص الفصل 54³ من مجلة القانون الدولي الخاص التي أخضعت الميراث لقانون جنسية المتوفي أو لقانون دولة آخر مقر له أو قانون الدولة التي ترك فيها الأملاك .

يتميز هذا النص القانوني بإقراره لقاعدة تنازع اختيارية ، وهذا ما يمكن أن يطرح إشكالات بالنسبة للقاضي للمفاضلة بينهما ، نتيجة تعدد ضوابط الإسناد التي تحكم الميراث ، دون أن يوضح ما إذا كان تطبيقها بالأولوية يتم حسب التسلسل المذكور في النص أو يمنح للقاضي سلطة اختيار الضابط المناسب بينهما⁴ .

إذا كان المشرع الأردني قد تبنى قاعدة تطبيق قانون جنسية المورث وقت وفاته⁵ سواء كان المتوفي أردنياً⁶ أو أجنبياً ، وبغض النظر عن طبيعة المال ومكان تواجده ، إلا أنه

¹ - تنص المادة 18 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين بالمغرب على أنه " يخضع توارث المنقولات والأصول الموجودة داخل منطقة الحماية الفرنسية لقانون الدولة التي ينتسب إليها المورث فيما يعود إلى تعيين الورثة والترتيب الذين يرثون بمقتضاهم والأنصبة العائدة إلى كل واحد منهم " .

² - عبود موسى ، مرجع سابق ، ص ص 264-265 .

³ - ينص الفصل 54 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه " يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفي جنسيتها عند وفاته أو لقانون دولة آخر مقر له أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكاً " .

⁴ - الورفلي أحمد ، مرجع سابق ، ص 103 .

⁵ - تنص المادة 18 من القانون المدني الأردني على أنه " يسري على الميراث... قانون المورث وقت موته " .

⁶ - ذهب البعض إلى القول أنه إذا كان المتوفي أردنياً وترك بعض أموال التركة في الأردن وعقارات في ألمانيا فإنه يقتضي الأمر قسمة التركة إلى مجموعتين أردنية وألمانية ،ويمكن أن يكون الورثة وحصلتهم في المجموعة الأولى مختلفة في المجموعة الثانية ، لكن حسب الدكتور حسن الهداوي هذا الرأي يخالف نص القانون الذي يخضع الميراث بالنسبة للأردني إلى القانون الأردني باعتباره قانون جنسيته .

- الهداوي حسن ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني.....، مرجع سابق ، ص 121 .

أورد استثناء يحد من تطبيق هذه القاعدة إذا وجد نص خاص أو تعارضت مع معاهدة دوليه¹.

وقد ورد نص خاص يتمثل في نص المادة 9 من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم 08 لسنة 1941 يقضي بإخضاع التركة المشكلة من عقارات واقعة في الأردن إلى القانون الأردني، بخلاف الأموال المنقولة التي تبقى خاضعة للقاعدة العامة التي تقضي بتطبيق قانون جنسية المورث وقت وفاته².

خلافًا للتشريعات العربية السالفة الذكر أخضع المشرع اليمني الميراث إلى القانون المحلي، أي القانون اليمني وحده بصفته قانون القاضي³، دون أي اعتبار لقانون جنسية المورث، ويرجع انتهاج المشرع اليمني لهذه النهج إلى اعتبارات ذات طابع عقائدي تتصل بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على مسائل الأحوال الشخصية، سواء في العلاقات الوطنية أو الدولية المشتملة على عنصر أجنبي⁴.

إذا كانت قاعدة الإسناد اليمنية تضمن تطبيق القانون اليمني مباشرة إلا أنه في حقيقة الأمر حسب رأينا أنه يتوافق مع موقف التشريعات العربية وحتى الغربية التي تسعى إلى تطبيق قانونها بموجب فكرة النظام العام لكن بطريقة غير مباشرة .

- الاتجاه القائل بتطبيق قانون موطن المورث

ذهب هذا الاتجاه الفقهي إلى القول بضرورة إخضاع الميراث لقانون موطن المورث مهما كانت طبيعة مال التركة سواء كان منقولاً أو عقاراً، باعتباره الحل الذي يحقق التوازن بين وجهات النظر المتعارضة، فيمكن لهذا القانون أن يحقق وحدة النظام القانوني للتركة

¹- تنص المادة 24 من القانون المدني الأردني على أنه "لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها".

²- الداودي غالب علي، مرجع سابق، ص 183-184. أنظر كذلك: - الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص تتنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني.....، مرجع سابق، ص 121-122. -الفضلي أحمد، مرجع سابق، ص 121.

³- تنص المادة 27 من القانون المدني اليمني على أنه " يرجع في الميراث والوصية وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت إلى قانون الأحوال الشخصية اليمني ".

⁴- للتفصيل أكثر أنظر - الصالحي بن ناجي أحمد، مرجع سابق، ص 129-230.

دون تطبيق قانون جنسية المورث هذا من جهة ،ومن جهة أخرى غالبا ما يكون موطن المتوفي هو قانون موقع المال سواء كان عقارا أو منقولاً ،لأنه في معظم الحالات ما تتواجد أموال الشخص في الدولة التي يتوطن فيها ،والتي تعتبر عادة مركزاً لأعماله¹ .

على هذا النحو حاول هذا الاتجاه تجنب الانتقادات الموجهة إلى تطبيق قانون جنسية المتوفي ،والتي تدور حول صعوبة تجاهل أحكام قانون موقع مال التركة ،فضلاً عن ذلك فإن تطبيق قانون موطن المتوفي لن يصطدم كلية بالاعتبارات العائلية ،على أساس أن الدولة التي يتوطن بها الشخص هي التي ستكون عادة موطناً لعائلته² ،وبالتالي تكون هذه الأخيرة على علم بالقانون المطبق في مكان إقامتها³ ،ضيف إلى ذلك أن مشكل تنازع القوانين إنما يحل عن طريق تركيز العلاقة القانونية تركيزاً مكانياً على أساس ما يكفل من عناصرها تيسير هذا التركيز ،وأفضل عناصر التركيز في الميدان هو الوفاة والتي يعتبر مكانها هو موطن المتوفي ،ومن ثم فإن قانون هذا المكان أي قانون موطن المتوفي هو الذي يحكم الميراث⁴ .

فضلت العديد من الدول تبني هذا الاتجاه من خلال إخضاع الميراث لقانون موطن المتوفي أو آخر موطن له⁵ أو قانون إقامته الاعتيادية⁶ .

¹ - عشوش أحمد عبد الحميد ،مرجع سابق ،ص 333 .أنظر كذلك - الأصبحي مصطفى ياسين محمد حيدر ،مرجع سابق ص 557 . - هشام علي صادق ،عكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص،مرجع سابق ،ص 313 . - هشام علي صادق ،تنازع القوانين،مرجع سابق ،ص 313 . - اللافي محمد مبروك ،مرجع سابق ،ص 151 .

² - هشام علي صادق ،عكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص ،مرجع نفسه .أنظر كذلك: - هشام علي صادق ،تنازع القوانين،مرجع نفسه .

³ - الفضلي أحمد ،مرجع سابق ، ص 84 .

⁴ - عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص،مرجع سابق ، ص 340 . أنظر كذلك - الأصبحي مصطفى ياسين محمد حيدر ،مرجع سابق ،ص 557 .

⁵ - القانون الدانماركي المتعلق بتنازع القوانين حول الميراث (المادة 01) ،قانون الميراث الفنلندي المؤرخ في 5 فيفري 1965 المعدل في 2001 ،(الفصل 26 من القسم 05)، القانون الدولي الخاص السويسري المؤرخ في 18 ديسمبر 1987 (المادة 90). -DEBERNARDI (Giovanna), op.cit ,p 03.

⁶ - القانون الدولي الخاص البلجيكي المؤرخ في 16 جويلية 2004 (المادة 78) ، القانون الدولي الخاص البلغاري المؤرخ في 13 ماي 2005 (المادة 78)، القانون الدولي الخاص الأوكراني المؤرخ في 23 جوان 2005 (المادة 70) .

-Ibid .

ب- تطبيق قانون موقع المال

يتمثل في الاتجاه الفقهي والتشريعي الذي يدرج الميراث ضمن مسائل الأحوال العينية وبالتالي إخضاعه لقانون موقع المال سواء كان منقولاً أو عقاراً¹، ويبررون رأيهم على أساس أن انتقال الأموال بالميراث هو طريقة من طرق انتقال الملكية التي لا تختلف بشكل جوهري عن سائر طرق انتقال الملكية سوى في سبب الانتقال (الوفاة) ،بينما يبقى موضوع الانتقال ذاته على الدوام أي الأموال ،لذلك فإن القانون الواجب التطبيق على الميراث يجب أن يكون ذات القانون المعتمد بالنسبة لنظام الأموال عموماً ،أي القانون العيني الذي يبقى واجب التطبيق مهما كان أسلوب الانتقال² ، إذ يستلزم الأمر أن تكون قوانين الميراث إقليمية لأنها تستند إلى اعتبارات سياسية واقتصادية واجتماعية التي يركز عليها في جملتها النظام الإقليمي للدولة³.

وجه لهذا الاتجاه انتقاد تجاهله لمبدأ وحدة الذمة المالية وإخضاع التركة الواحدة إلى عدة قوانين، إذا كانت أموال التركة موجودة في عدة دول ،حينها تسعى كل دولة إلى تطبيق قانونها على الجزء الواقع على إقليمها⁴.

2- تطبيق قانونين مختلفين على ميراث المنقول والعقار

وضع الفقيه دي فاري سوميير DE VAREILLES SOMMIERES مؤلفاً قيماً للقانون الدولي الخاص في سنة 1897 ووضع في سنة 1901 كتاباً هاجم فيه الفقهاء الذين نادوا بإخضاع الميراث لقانون جنسية المتوفي خصوصاً الفقهاء الألمان ،ورأى بوجوب إخضاع الميراث لقانون موقع المال الموروث بالنسبة للعقار ولقانون موطن المتوفي بالنسبة للمنقول⁵.

¹ - الأصبحي مصطفى ياسين محمد حيدر، مرجع سابق، ص 551 .

² - إسعاد موحد، القانون الدولي الخاص، ج 1 ،قواعد التنازل....، مرجع سابق، ص 315. أنظر كذلك: - الأصبحي مصطفى ياسين محمد حيدر، مرجع نفسه، ص ص 551-552. - بديع منصور سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة....، مرجع سابق، ص 576 .

³ - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 339 .

⁴ - ناصيف الياس ، مرجع سابق، ص 447 .

⁵ - عشوش أحمد عبد الحميد ، مرجع سابق، ص 261 .

وقد تأثر الفقه الفرنسي القديم بالمدرسة الايطالية القديمة¹، إذ تقرر منذ القرن 14 وضع قاعدة إسناد مزدوجة، تمنح الاختصاص لقانون موقع العقار لحكم العقارات، وقانون الموطن الأخير للمتوفي لحكم المنقولات².

رغم حرص الفقرة 2 من المادة 3³ من ق م ف على تطبيق القانون الفرنسي على العقارات الموجودة في فرنسا حتى تلك المملوكة من طرف الأجانب، إلا أنه سرعان ما فسرت على أنها تشكل المبدأ العام لتطبيق قانون موقع العقار على العقارات، ويؤدي هذا المبدأ بدوره إلى خضوع ميراث العقار إلى قانون موقعه، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 14 مارس 1837⁴.

ميزت تشريعات بعض الدول بين ميراث العقار الذي أخضعت له لقانون موقعه، وميراث المنقول الذي اختلفت فيما بينها حول القانون الذي يخضع له، فبعضها أخضعت له لقانون الموطن الأخير للمتوفي⁵، بينما تأخذ دول أخرى بقانون جنسية المتوفي⁶.

يرجع إخضاع العقار لقانون موقعه إلى بساطة الربط وقوة جاذبية العقارات، لاسيما في تنظيم العمليات الميراثية والتنفيذ الضروري في موقع العقار⁷، بالإضافة إلى الأهمية الاقتصادية بل والاجتماعية للعقار في النظام الفرنسي القديم، إذ لم يعد يعتبر مصدرا للثروة فقط، بل هو الذي يمنح النفوذ والترتبة الاجتماعية.... الخ⁸، كما أن اعتماد هذا الحل في

¹ - عبد المنعم رياض فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 258.

² -MAYER (Pierre), op.cit, n° 800, 519.

³ -Article 03/2 du code civil Français (créé par loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803) dispose que: « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ».

⁴ - MONEGER (Françoise), Droit international privé....., op.cit, n°398 , p 140 .

⁵ - مثل فرنسا، لوكسمبورغ، روسيا، الصين، الهند و العديد من الدول الإفريقية مثل الغابون و جنوب إفريقيا.

-DEBERNARDI (Giovanna), op.cit, n°06 ,p 04.

⁶ - القانون الدولي الخاص الروماني المؤرخ في 22 سبتمبر 1992 (لمادة 66) ، القانون الدولي الخاص التركي المؤرخ في 27 نوفمبر 2007 (لمادة 20 الفقرة 1) .

-Ibid.

⁷ - AUDIT (Bernard), op.cit , n°862 ,P 743.

⁸ - BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), op.cit, n°222 ,p 267 .

تتازع القوانين يضمن التوافق التشريعي والقضائي¹، لاسيما وأن المحاكم الفرنسية قد أعلنت عن عدم اختصاصها للفصل في الدعاوى الخاصة بالعقارات الواقعة في الخارج²، كما أنه يتوافق مع تكييف الميراث ضمن فئة الأحوال العينية³.

انتقد هذا الحل كونه يؤدي إلى تجزئة الميراث إلى عدة كتل، عندما تكون عقارات المتوفي موزعة بين عدة دول، وبذلك تكون كل دولة مختصة للفصل بصفة مستقلة في ميراث العقار الواقع على إقليمها، مما يؤدي إلى خرق مبدأ المساواة بين الورثة نتيجة تعدد القوانين المطبقة⁴، وبالتالي تعدد الحلول، كما يؤدي إلى المساس بعمومية الذمة المالية⁵، وفي كل الحالات لا يمكن البحث عن توحيد قوانين الدول في ظل غياب وحدة القضاء الدولي⁶.

إذا كان إخضاع ميراث العقار لقانون موقعه يرجع بالدرجة الأولى إلى أهميته الاقتصادية في القانون الفرنسي القديم، فإن إخضاع المنقولات إلى قانون الموطن الأخير للمتوفي مرده قلة قيمتها في ذلك الوقت⁷، وقد تقرر تبني هذا القانون تطبيقاً لقاعدة *Mobilia sequuntur personam* (المنقولات تتبع الأشخاص)، والتي تم تبنيها بافتراض تمركز المنقولات في موطن المتوفي، وبفكرة وجود رابط شخصي بين المتوفي والمنقولات⁸، ولو أن تجمع منقولات المتوفي في موطنه هو افتراض، لكن مع ذلك له ميزة إخضاعه لقانون واحد⁹.

¹ – MAYER (Pierre) , op.cit, n°803 , P 520. Voir aussi : –MONEGER (Françoise), Droit international privé....., op.cit, n°399 , p 140.

²– BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul),op.cit, n°280 ,p 327. Voir aussi : –MONEGER (Françoise), Droit international privé....., Ibid.

³ – LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit, 1993, n°166 ,P 248.

⁴ – GUTMAN (Daniel), op.cit, n° 212 ,p 198. Voir aussi : –MAYER (Pierre) , op.cit, n°803, p520. MONEGER (Françoise), Droit international privé....., op.cit, n°399 , p 140.

⁵ –AUDIT (Bernard) , op.cit ,n°863 ,P 744.

⁶ – MAYER (Pierre) , op.cit, n°803 , 520.

⁷– BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), op.cit, n°280 ,p 327– 328 .

⁸ – LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit, 1993, n°166 ,p248. Voir aussi : MAYER (Pierre) , op.cit, n°802 ,p 519. – GUTMAN (Daniel), op.cit, n° 213, p 199.

⁹ – MONEGER (Françoise), Droit international privé....., op.cit, n°402 , p 140 .

وقد تم تكريس قاعدة خضوع المنقولات إلى قانون الموطن الأخير للمتوفي بصعوبة من طرف المحاكم الفرنسية، ففي الوقت الذي كان مفسرو القانون المدني الفرنسي مترددين في تكييف ميراث المنقولات ضمن الأحوال الشخصية، بصفته من العلاقات العائلية الذي يؤدي إلى خضوع هذه المؤسسة للقانون الوطني للمتوفي، أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارين مؤرخين في 19 جوان 1936 و 19 جوان 1963 تؤكد فيهما على اختصاص قانون الموطن الأخير للمتوفي في ميراث المنقولات¹.

تشير قاعدة ثنائية التنازع التي تتضمن تطبيق قانونين مختلفين على ميراث المنقول والعقار العديد من الصعوبات، منها ما يتعلق بصعوبة تكييف الأموال المنقولة والعقارية المشكلة في مجموعها لتركبة المتوفي²، كما أنها تؤدي إلى تعدد القوانين المطبقة بتعدد أموال التركة الواقعة في عدة دول، ومما لاشك فيه إن اختلاف القواعد الموضوعية للميراث في مختلف الدول يؤدي إلى كثير من الصعوبات الفنية، فقد يعتبر الشخص وارثا في قانون في حين لا يعتبر كذلك في قانون آخر، وقد تختلف القوانين فيما يتعلق بحق الوارث في قبول أو عدم قبول، وبشروط القبول³، ويمكن للوارث الواحد أن يقبل بجزء من التركة موجود في دولة في حين يرفض الجزء الآخر الواقع في دولة أخرى⁴، مما يؤدي إلى الكثير من التعقيدات والتعارض عند تطبيق قوانين مختلفة على التركة واحدة⁵، فنجد مثلا المنزل يخضع لقانون بينما أثاثه تخضع لقانون آخر⁶، كما يؤدي هذا الوضع إلى مخالفة مبدأ وحدة الذمة المالية⁷.

¹ - LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit,1988 ,n°430 ,p p 664--666.

² - DEBERNARDI (Giovanna), op.cit, n°08 ,p 05. -Voir aussi : -MAYER (Pierre) , op.cit, n°804 ,p p 520-521 .

³- هشام علي صادق، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص ص 312-313. كذلك- اللافي محمد مبروك، مرجع سابق ص 151.

⁴ -MAYER (Pierre) , op.cit, n°804 , p 521.

⁵- هشام علي صادق، تنازع القوانين....، مرجع سابق، ص 313 .

⁶- عشوش أحمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص ص 332-333.

- يستدل الفقهاء في ذلك بقضية حفيد جورج صائد التي أوصت بمنزلها الموجود بفرنسا وما يوجد فيه من أثاث إلى الأكاديمية الفرنسية ولكنها توفيت في إيطاليا، مما أدى إلى خضوع الوصية لقانونين مختلفين، القانون الفرنسي بالنسبة للمنزل والقانون الإيطالي بالنسبة للأثاث .

- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين....، مرجع سابق، ص 196 .

⁷- ناصيف الياس، مرجع سابق، ص 447 .

من خلال دراستنا لموقف تشريعات الدول من قاعدة الاسناد الخاصة بالميراث ،تبين لنا اختلافها حول هذه القاعدة ،وبالتالي الاختلاف حول القانون الواجب التطبيق على الميراث ،وهذا ما سيؤدي الى اختلاف الحلول الدولية بشأن ميراث الطفل، نتيجة اختلاف الأنظمة القانونية للدول المطبقة على الميراث ،لاسيما بين الدول الإسلامية والغربية، وبالتالي طرح اشكال تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بميراث الطفل في دولة محل التنفيذ، لاسيما إذا كانت تركة أحد الزوجين مشكلة من منقولات وعقارات موزعة في عدة دول ،وهذا من شأنه المساس بحق الطفل في الميراث.

في جميع الحالات نميل إلى تطبيق قانون واحد وهو قانون جنسية المورث وقت وفاته ،ورغم الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية ،لاسيما إشكال تعدد جنسية المورث في الزواج المختلط ،إلا أن هذا الضابط حسب رأينا يبقى الضابط الوحيد الذي يضمن وحدة القانون المطبق على ميراث الطفل من تركة أحد الزوجين المختلطين، إذا كانت مشكلة من منقولات وعقارات موزعة في عدة دول هذا من جهة ،ومن جهة أخرى يضمن تطبيق القوانين العربية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية إذا كان المتوفي مسلما ،لاسيما أمام وجود فكرة النظام العام كآلية لاستبعاد قانون جنسية المتوفي الأجنبية لدولة علمانية .

ثانيا -نطاق تطبيق القانون المختص بحكم الميراث

تختلف النظرة إلى مسألة الميراث في النظم القانونية المختلفة بين اعتباره من مسائل الأحوال العينية والأحوال الشخصية ،وهذه النظرة الأخيرة للميراث بوصفه نظاما يتعلق بالأشخاص وبروابط الأسرة لا تنفي طبيعته الأصلية كوسيلة لانتقال الحق العيني على الأموال ،من هنا تبدو أهمية تحديد المسائل التي تتدرج ضمن فكرة الميراث والتي تخضع لقانون جنسية المورث وقت وفاته في أغلب التشريعات العربية على غرار التشريع الجزائري، حتى لا تختلط بمجال أعمال قانون مركز الأموال ،وبالتالي استبعاد المسائل التي يحكمها هذا القانون من نطاق القانون المختص بحكم الميراث¹ .

¹- هشام علي صادق ،عكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص،مرجع سابق ، ص 313.

على ضوء ما سبق ذكره نتناول المسائل التي تدخل في نطاق القانون المختص بحكم الميراث ، لنبين بعد ذلك المسائل المستبعدة من نطاق اختصاصه.

1- المسائل التي تدخل في نطاق القانون المختص بحكم الميراث

يمكن إجمال المسائل التي تدخل في مضمون فكرة الميراث، وبالتالي إخضاعها لقانون جنسية المورث وقت وفاته فيما يلي :

أ- وقت استحقاق الإرث (وقت افتتاح التركة)

تتضمن هذه المسألة القواعد المتعلقة بوقت افتتاح التركة ،وتفتتح هذه الأخيرة بالموت الحقيقي¹ أو الحكمي² للمورث³ ،وعليه يتحدد وقت استحقاق التركة طبقا للمادة⁴ 127 من ق أ ج بالموت الحقيقي أو الحكمي للمورث .

يثير وقت افتتاح التركة بصورة رئيسية مسألة الموت الجماعي في حادث واحد ولا يعرف من منهم توفي قبل الآخر ليرثه⁵ ،فإذا تعذر معرفة أيهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر ،سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا ،وهذا ما قضت به نص المادة⁶ 129 من ق أ ج .

وقد اختلفت تشريعات الدول بشأن تحديد المعايير والقرائن المعتمدة في تحديد وفاة أحدهم قبل الآخرين⁷ ،في حين نادى الفقه في البداية بتطبيق القانون الشخصي ،لأن تثبيت

¹ - يتحقق الموت الحقيقي للمورث بمفارقة روحه لجسده ،بأن عدت حياته بالفعل بالموت الطبيعي .
- عطية سند عبد الحسيب ،أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية ،د د ن ،د ب ن ،2008 ، ص 29 .أنظر كذلك: - جمعة محمد محمد براج ،أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية ،دار الفكر للنشر والتوزيع ،الأردن ،1981 ،ص 159 .
² - يتحقق الموت الحكمي للمورث بصدور حكم قضائي يقضي بموته كالمفقود .أنظر - عطية سند عبد الحسيب ،مرجع نفسه .
³ - بديع منصور سامي ،الوسيط في القانون الدولي الخاص ، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة،مرجع سابق ص 584.
⁴ - تنص المادة 127 من قانون الأسرة الجزائري على أنه 'يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي " .
⁵ - إسعاد موحد ،القانون الدولي الخاص ،ج 1 ،قواعد التنازل..... ،مرجع سابق ص 320 .أنظر كذلك: -عليوش قريوع كمال، مرجع سابق ،ص 253 .
⁶ - تنص المادة 129 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعرف أيهم هلك أو لا ،فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا " .
⁷ - بديع منصور سامي ،الوسيط في القانون الدولي الخاص ، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة،مرجع سابق ص 585.

الموت يشكل أمرا سابقا لافتتاح التركة¹، وهو قانون الجنسية المشتركة، على اعتبار المتوفين جماعة من جنسية واحدة²، غير أن هذا الحل يبدو غير قابل للتطبيق إذا كان المتوفين من جنسيات مختلفة، وأمام تعذر الاختيار فإنه يتعين تطبيق قانون قاضي الدعوى³، ويُنحصر تطبيق قانون قاضي النزاع في تحديد أسبقيات الوفاة، بينما يبقى تطبيق القانون الذي يحكم الميراث على المسائل الأخرى التي يثيرها موضوع توزيع الميراث⁴.

أما بالنسبة للموت الحكمي فلا مجال لفتح تركة المفقود⁵ إلا بعد صدور حكم بموته⁶، وبناء عليه توزع على من كان موجودا من ورثته يوم صدور الحكم بموته، ويدخل في هذه الأموال تلك التي آلت إليه بعد فقده وقبل صدور الحكم بموته⁷.

ب- أسباب الإرث

يتكفل قانون جنسية المورث وقت الوفاة بتحديد مستحقي الإرث، وذلك بتعيين درجة القرابة التي تخول هذا الحق⁸، فهو الذي يحدد الصلة القانونية التي تفتح المجال أمام

¹ - إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، ج 1، قواعد التنازل،...، مرجع سابق، ص 320.

² - غصوب عبده جميل، دروس في القانون الدولي الخاص،...، مرجع سابق، ص 291.

³ - إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، ج 1، قواعد التنازل،...، مرجع سابق، ص 320. أنظر كذلك: - بديع منصور سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة،...، مرجع سابق، ص 585-586. غصوب عبده جميل، دروس في القانون الدولي الخاص،...، مرجع نفسه.

⁴ - بديع منصور سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة،...، مرجع نفسه، ص 585-586.

⁵ - المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف حياته و موته، ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم، ولا يكفي صدور حكم بالفقدان لاستحقاق الإرث، بل لابد من صدور حكم بموت المفقود.

- نظم المشرع الجزائري أحكام المفقود والغائب في الفصل السادس من الكتاب الثاني بعنوان النيابة الشرعية في المواد من 109 إلى 115 من قانون الأسرة الجزائري.

⁶ - تنص المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

⁷ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 254.

⁸ - عبد المنعم رياض فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 259.

الاستحقاق الوراثي¹، وقد حصر المشرع الجزائري أسباب الإرث² في الزوجية³ والقربة ، ويقصد بهذه الأخيرة الصلة النسبية الناشئة بين المورث والوارث بالوفاة، وتعد من أقوى أسباب الميراث ، لأنها من أصل الوجود ولا تزول⁴، وبما أن موضوعنا يتعلق أساسا بميراث الطفل في الزواج المختلط، فمما لاشك فيه أن سبب ميراثه هو القربة أو النسب الشرعي، لأن التشريعات الإسلامية على غرار القانون الجزائري لا تعترف بالنسب غير الشرعي، بخلاف ما هو عليه في الدول العلمانية التي تعترف به، وتقر بحق الطفل غير الشرعي في الميراث، كما يتكفل القانون المختص بحكم الميراث بتحديد نصيب كل وارث من التركة حسب درجة القربة⁵.

ج- شروط استحقاق الإرث

يرجع إلى قانون جنسية المورث وقت وفاته لتحديد شروط استحقاق الإرث⁶، والتي تدور جميعا حول التحقق من موت المورث وحياة الوارث وانتفاء موانع الإرث⁷، ويبيّن هذا القانون متى يعتبر المورث ميتا، فهل العبرة بموته حقيقة أو يمكن الاعتداد بموته الحكمي⁸، وهل يشترط تحقق حياة الوارث حقيقة⁹ وقت موت مورثه أم يكفي تحقق حياته

¹ - إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، ج 1، قواعد التنازل.....، مرجع سابق، ص 320 .

² - تنص المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "أسباب الميراث : القربة والزوجية " .

³ - يقصد بالزوجية الناشئة عن عقد زواج صحيح، فالنكاح الباطل أو الفاسد لا يثبت به الزوجية، ويجب أن يكون النكاح قائما بين الطرفين وقت وفاة المورث لاستحقاق الإرث، ويستوي في ذلك أن يكون النكاح قائما حقيقة بأن مات أحدهما قبل حصول أي طلاق أو فرقة أو يكون قائما حكما، كما لو طلقت رجعية ثم مات، أو ماتت قبل انقضاء عدتها، وهذا لأن المطلقة طلاقا رجعيا تكون في حكم الزوجة .

- أنظر عطية سند عبد الحسيب، مرجع سابق، ص 31.

⁴ - نصر فريد واصل، فقه الموارث والوصية في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، المكتبة التوفيقية، مصر، 1995، ص 28 .

⁵ - رياض عبد المنعم فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 259 .

⁶ - الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين.....، مرجع سابق، ص 121 .

⁷ - هشام علي صادق، تنازع القوانين....، مرجع سابق، ص 315 .

⁸ - سبق التطرق إلى مفهوم الموت الحقيقي والحكمي للمورث . - أنظر الصفحة 304 من هذه الدراسة .

⁹ - تثبت حياته بالمعاينة (المشاهدة) أو البينة . - أنظر جمعة محمد محمد براج، مرجع سابق، ص 168

حكما¹، وهل يرث الحمل² أم لا، وإن كان يرث ما هي شروط استحقاقه، وهل يشترط أن يولد حيا³.

حلول هذه المسائل نجدها بالنسبة للقانون الجزائري في المادة 128⁴ من قانون الأسرة التي اشترطت لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، بالإضافة إلى تحقق سبب الإرث وعدم وجود مانع للإرث، بينما تنص المادة 134⁵ من نفس القانون على حق الحمل في الميراث، شرط أن يولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة.

في الواقع يعتبر موضوع القانون الواجب التطبيق على ميراث الحمل المسكن محل خلاف فقهي، إذ اتجه جانب منه إلى القول بوجوب تطبيق قانون جنسية الجنين الوارث باعتبار أن الأمر يتعلق بأهليته في الإرث، بينما اتجه جانب آخر إلى القول بتطبيق قانون القاضي، ومنهم من يرى بوجوب تطبيق قانون جنسية المورث وقت وفاته، لأن الأمر برمته يتعلق بشروط استحقاق الإرث⁶.

كما يتولى قانون جنسية المورث وقت وفاته بتحديد موانع الميراث، سواء الموانع الشرعية كالحجب والرد، أو الموانع الواقعية كاختلاف الدين⁷، لاسيما في الزواج المختلط،

¹ - تنص المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا".
² - يطلق على الجنين في بطن أمه ولدا تقديريا، باعتبار ما سيكون بعد ولادته حيا، لذا كان ميراثه تقديريا، ونظرا لاحتمال نزوله غير حي وعدم تحقق حياته بعد انفصاله فقد سماه الفقهاء (حملا)، لأنه محمول مع من تحققت حياته وملتصق به، ويعتبر حيا بحياته تقديريا و غالبا بعد تمامه وانفصاله عن الأم، لذا سموه أحيانا (الولد في بطن أمه) والمراد به ما سيولد من ذكر أو أنثى.
- أنظر نصر فريد واصل، مرجع سابق، ص 42.
³ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 270. أنظر كذلك: -عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص 342.
⁴ - تنص المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث".
⁵ - تنص المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".
⁶ - أن الكسواني عامر محمد، مرجع سابق، ص 185.
⁷ - مرجع نفسه.

وفي ظل الفراغ التشريعي بشأن مانع اختلاف الدين اختلافاً أصلياً¹ وموانع الزنا في القانون الجزائري يتعين الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية²، التي تمنع توريث ابن الزنا إلا من جهة أمه³، كما تمنع التوارث بين المسلم وغير المسلم⁴، وعليه لا يرث الطفل المسلم من تركة أمه الغير المسلمة في حالة الزواج المبرم بين المسلم وغير المسلمة سواء كان الاختلاف في ديانة الأم أصلياً أو طارئاً، أما في الحالة العكسية فقد حسم المشرع الجزائري الأمر من خلال النص على منع زواج المسلمة من غير المسلم⁵.

د- أصول انتقال الإرث

يختص القانون الوطني للمورث بتحديد طبيعة الخلافة بين المورث والوارث، فيما إذا كانت خلافة إجبارية، تحتم على الوارث بحكم القانون قبول الميراث، كما هو الحال في الشريعة الإسلامية، أم أنها خلافة اختيارية تعطي للوارث حق قبول أو رفض الميراث⁶.

ساير المشرع الجزائري حكم الشريعة الإسلامية، بحيث يتم نقل الميراث بقوة القانون لمستحقيه بمجرد موت المورث، بخلاف القانون الفرنسي الذي أخذ بجوازيه الميراث، فالوارث له حق قبول أو رفض الميراث بكل حرية وفق الشروط التي يحددها القانون الفرنسي⁷.

¹ - حسم المشرع الجزائري مسألة الاختلاف الطارئ على الديانة من خلال منع الميراث بالردة المنصوص عليها في المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري .

² - المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

³ - بن عومر محمد الصالح، مرجع سابق، ص 101 .

⁴ - قال الرسول صلى الله عليه وسلم " لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم " وقوله أيضا " لا يتوارث أهل ملتين شيئا " - حديث أسامة بن زيد رضي الله عنه، أخرجه البخاري في كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر، رقم 6764، المجلد 12، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د س ن، ص 50 . - أنظر كذلك: صحيح مسلم، بشرح النووي في كتاب الفرائض، الباب الأول، الحديث رقم 1614، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1392 هـ، ص 52 .

⁵ - المادة 30 من القانون رقم 84-11 السالف الذكر المعدلة بالمادة 10 من القانون رقم 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري السالف الذكر .

⁶ - بديع منصور سامي، أسامة العجوز، مرجع سابق، ص 315 . - أنظر كذلك: - بديع منصور سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة....، مرجع سابق، ص 586. - غصوب عبده جميل، دروس في القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص 292 . - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 343. - الكسواني عامر محمد، مرجع سابق، ص 185-186 .

⁷ - بن عومر محمد الصالح، مرجع سابق، ص 101 .

تعد مسألة تحديد الحقوق والالتزامات التي تنتقل إلى الورثة، وكيفية هذا الانتقال ووقته من أدق المسائل التي يتكفل بها قانون جنسية المورث وقت الوفاة¹، فإذا كانت التركة ميراثاً ايجابياً، أي يتلقى منها الوارث حقوقاً مالياً مختلفة، فماذا بشأن التركة المحملة بالالتزامات التي تتجاوز قيمة الإرث، فهل تنتقل تلك الالتزامات إلى الوارث، مما يتعين الوفاء بها من أمواله الشخصية، ويثور التساؤل هنا بشأن الطفل، بصيغة أكثر تحديد نتساءل عن إمكانية تحمل الطفل الوارث الالتزامات المقررة على التركة².

يشمل الإرث مجموع الحقوق المالية، أما الالتزامات المالية فلا تكون محلاً للإرث، وبالتالي لا يجوز التنفيذ على أموال الوارث الشخصية لأداء ديون تتعلق بالتركة ذاتها³، وعلى ذلك فالطفل يرث من التركة نصيبه بعد تقسيمها، ولا يضار من الالتزامات المحملة بها، أي لا يجوز تحت أي ظرف الرجوع على أموال الطفل الشخصية للوفاء بالالتزامات التركة المحملة بها⁴، بخلاف الإرث في بعض التشريعات الأجنبية، إذ يشمل جميع الحقوق والالتزامات التي كانت في ذمة المورث، وبالتالي فإن دين التركة ينتقل إلى الوارث، وللدائنين حق التنفيذ على أموال الوارث الشخصية حتى وإن لم يكن مصدرها الإرث⁵، بخلاف ما هو عليه في بعض التشريعات، إذ يتحدد المركز المالي للوارث على ضوء ما آلت إليه من أموال المورث، بحيث يكون ملزماً بديون المورث في حدود ما آلت إليه من أموال المورث⁶.

2- المسائل المستبعدة من نطاق القانون المختص بحكم الميراث

تخرج بعض المسائل من مضمون فكرة الميراث رغم اتصالها بنظام هذا الأخير، فمنها ما يدخل في فئة الأحوال العينية، وبالتالي تخضع لقانون مركز الأموال، أي قانون موقعها، على اعتبار أن الميراث وسيلة لانقالب الحق العيني، ومنها ما يدخل في فئة

¹ - عبد المنعم رياض فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 259.

² - الغزالي إبراهيم حسن محمد عمر الغزالي، مرجع سابق، ص 462.

³ - اللافي محمد مبروك، مرجع سابق، ص 152. أنظر كذلك - عبد المنعم رياض فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 259.

⁴ - الغزالي إبراهيم حسن محمد عمر، مرجع سابق، ص 462.

⁵ - اللافي محمد مبروك، مرجع سابق، ص 152. أنظر كذلك: رياض عبد المنعم فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 259.

⁶ - الكسواني عامر محمد، مرجع سابق، ص 186.

الأحوال الشخصية ،وبالتالي تخضع للقانون الشخصي لتلك المسائل ،ومنها ما يخضع لقانون القاضي .

أ-تطبيق قانون موقع المال

المسائل التي تخضع لقانون موقع المال هي مدى تعلق حقوق دائني المورث بأموال التركة وحالة الشيوخ بين الورثة ونقل ملكية الإرث والحقوق العينية الأخرى .

-تعلق حقوق دائني المورث بأموال التركة

ذهب أغلب الفقه إلى القول بخضوع مسألة بيان مدى تعلق حقوق دائني المورث بأموال التركة إلى قانون موقع المال ،لأن المسألة لا تتعلق بنظام الأشخاص ،بل بنظام الأموال وسلامة المعاملات¹ وحماية حقوق دائني المورث² ،في حين يرى بعض الفقه بوجوب إخضاع هذه المسألة لقانون جنسية المورث وقت وفاته ،على غرار المسائل الأخرى التي ترتبط بالميراث ،لأن الأخذ بالاتجاه القائل بتطبيق قانون موقع المال يترتب عنه تعدد القوانين التي تحكمها بتعدد الدول التي تتواجد فيها أموال التركة ،مما يؤدي إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد العملي³ .

في الواقع إن الدائن يتعاقد مع المورث قبل وفاته على أساس أحكام قانون موقع المال⁴ ،وعليه فإن مسألة سداد ديون الدائن من أموال التركة وفقا لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين موجودة في الجزائر ،ولو كان المورث أجنبيا⁵ ،ويلاحظ على هذه القاعدة وإن

¹ - أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،ج 1 ،تنازع القوانين ...،مرجع سابق ،ص 270 . أنظر كذلك: - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص....،مرجع سابق ،ص 350 . - هشام علي صادق ،عكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص،مرجع سابق ،ص ص 315 - 316 .

² - بديع منصور سامي ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ،تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة،مرجع سابق ،ص 589 . - غصوب عبده جميل ،دروس في القانون الدولي الخاص....،مرجع سابق ،ص 295.

³ - أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،ج 1 ،تنازع القوانين ...،مرجع سابق ،ص 272-273 .

⁴ -المصري محمد وليد ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ،دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي ..،مرجع سابق، ص 168 .

⁵ - عليوش قريوع كمال ،مرجع سابق ،ص 265 .

كان مصدرها الشريعة الإسلامية إلا أنها أصبحت من القواعد التشريعية¹، وهذا ما يستشف من نص المادة 180² من ق أ ج .

لكن حسب رأينا لا يمكن الأخذ بتطبيق قانون موقع المال إذا كانت أموال التركة موجودة في خارج الإقليم الجزائري وكان المورث جزائرياً، لأنه سيعطي الاختصاص للقانون الأجنبي الذي لا يعترف بقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون .

- حالة الشيوع بين الورثة

تخضع حالة الشيوع المترتبة على انتقال التركة من المورث إلى الورثة لقانون الموقع³ من حيث حق كل شريك في التصرف وإدارة الأموال الشائعة ومدة الشيوع وتنظيمها وانقضائها سواء بالتقاضي أو بالتراضي، بصرف النظر عن جنسية المورث⁴، كما يخضع لهذا القانون قسمة التركة وبيان أثرها الكاشف أو المنشئ⁵ .

حرص المشرع الجزائري على أن تكون القسمة في حالة الشيوع عن طريق القضاء في حالة وجود قاصر بين الورثة⁶ رعاية لمصلحته، لاسيما في الزواج المختلط .

- نقل ملكية حق الإرث وكافة الحقوق العينية الأخرى

إذا كان الميراث يخضع للقانون الشخصي للمتوفي، فإن التصرفات التي تتعلق بالتركة تخضع لقانون موقع المال⁷، ويتعلق الأمر بشروط ممارسة الحقوق المكتسبة، كحق الملكية والحيازة والانتفاع وكافة الحقوق العينية الأخرى الواردة على أموال التركة غير

¹ - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص....،مرجع سابق ،ص 350 .

² - تنص المادة 180 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي :2- الديون الثابتة في نمة المتوفي " .

³ - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص....،مرجع سابق ،ص 352 .

⁴ - هشام علي صادق ،تنزاع القوانين....،مرجع سابق ،ص 315 . أنظر كذلك: - غصوب عبده جميل غصوب ،دروس في القانون الدولي الخاص....،مرجع سابق ،ص 295 .

⁵ - اللافي محمد مبروك ،مرجع سابق ، ص 152 . أنظر كذلك: -المصري محمد وليد ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ،دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي،مرجع سابق ،ص 154 .

⁶ - تنص المادة 181 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "...وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء " .

⁷ - عليوش قريوع كمال ،مرجع سابق ،ص 264 .

المنقولة¹، التي يمكن أن يستفيد منها الوارث حتى وإن لم تكن معروفة في قانونه الشخصي²، وبالنسبة لانتقال ملكية أموال التركة المنقولة، فيسري عليها قانون الدولة التي يوجد فيها المنقول وقت الوفاة³، وبما أن الإرث سبب من أسباب نقل الملكية فإنه يتعين تسجيل وشهر المال موضوع الإرث⁴، ويحقق الشهر والتسجيل حماية للمالك الوارث والغير على حد سواء، كما أن في تطبيق قانون موقع المال تأكيد على حق الدولة في سيادتها، وبالرجوع إلى نص المادة 17 من القانون المدني الجزائري نجدها تقضي بأنه "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع المال ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يتواجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسبب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى".

ب- تطبيق القانون الشخصي للورثة

إن نسب الطفل الشرعي هو سبب من أسباب الإرث في الدول الإسلامية، الذي يختص بتحديد القانون المختص بحكم الميراث، وهو قانون جنسية المورث وقت وفاته، إلا أن إثبات صحة النسب وإنكاره لا تعد من اختصاص هذا القانون، بل يختص بحكمها القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد الخاصة بذلك كما سبق الإشارة⁵، وإذا كان القانون الجزائري لا يعترف إلا بالنسب الشرعي، أي نسب الولد نتيجة زواج صحيح فإن مسألة تقرير صحة الزواج أو إبطاله تعد من المسائل التي يختص بحكمها القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد الخاصة بشروط الزواج⁶.

¹ - غصوب عبده جميل، دروس في القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص 295. أنظر كذلك: - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 264 .

² - إسعاد موحد، القانون الدولي الخاص، ج 1، قواعد التنازل....، مرجع سابق، ص 325 . أنظر كذلك: - الهداوي حسن، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني...، مرجع سابق، ص 128 .

³ - الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية...، مرجع سابق، ص 123 .

⁴ - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص 109 .

⁵ - سبق التطرق بالتفصيل إلى القانون الواجب التطبيق على النسب في الفصل الثاني من الباب الأول .

⁶ - أنظر المادتين 11 و 13 من القانون المدني الجزائري.

ج- تطبيق قانون القاضي

يشمل مجال تطبيق قانون المختص بحكم الميراث المسائل الموضوعية للميراث، بخلاف إجراءات هذا الأخير التي تخضع في جميع الأحوال لقانون القاضي¹، وهي الإجراءات المؤقتة الهادفة إلى المحافظة على التركة، كتعيين حارس قضائي وتعيين المصفي وتحديد اختصاصهما²، وكذلك إجراءات التقاضي في دعوى الميراث³، وقد نص المشرع الجزائري على خضوع الإجراءات لقانون القاضي في نص المادة 21 مكرر⁴ من ق م ج .

ثالثا - توحيد القانون الواجب التطبيق على الميراث بين الدول الأوروبية

سعت معظم الدول الأوروبية من خلال اللائحة رقم 2012/650 المتعلقة بالميراث السالفة الذكر إلى توحيد قواعد الاختصاص التشريعي، من خلال توحيد قاعدة الإسناد المطبقة على تركة العقار والمنقول، الخاصة بالأشخاص الذين توفوا بتاريخ 17 أوت 2015 وما بعده⁵، التي تسمح بدورها بتوحيد القانون الواجب التطبيق على كامل التركة، وهو قانون

¹ - بديع منصور سامي، أسامة العجوز، مرجع سابق، ص 320. أنظر كذلك: - هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين....، مرجع سابق، ص 314. الأصبحي مصطفى ياسين محمد، مرجع سابق، ص 560.

² - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين....، مرجع سابق، ص 197.

³ - الداودي غالب علي، مرجع سابق، ص 184.

⁴ - تنص المادة 21 مكرر من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر المستحدثة بالمادة 13 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري السالف الذكر على أنه "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"، تقابلها المادة 22 من القانون المدني المصري، المادة 22 من القانون المدني الليبي، المادة 23 من القانون المدني السوري، المادة 23 من القانون المدني الأردني.

- يرى الأستاذ عامر محمد الكسواني أن المادة 23 من القانون المدني الأردني لا تنص صراحة على تطبيق قواعد الإجراءات المقررة في القانون المدني الأردني دون غيرها وفقا لما انعقد عليه الإجماع في الفقه والقضاء والتشريع، ولكنها تقضي بتغليب هذه القواعد عند تعارضها مع أحكام الإجراءات المقررة في القانون الأجنبي، وقد جرى قضاء محكمة التمييز الأردني على ما ورد في هذه المادة في عدة قرارات. - الكسواني عامر محمد، مرجع سابق، ص 184.

⁵ - سبق الإشارة إلى أن أحكام اللائحة سواء تلك المتعلقة بالاختصاص القضائي أو التشريعي تطبق على الأشخاص الذين توفوا بتاريخ 17 أوت 2015 أو بعده، وعليه تطبق قبل هذا التاريخ قاعدة الإسناد الداخلية للدول. - أنظر هامش الصفحة 275 من هذه الدراسة.

الدولة التي كان فيها للمتوفي إقامة اعتيادية وقت وفاته طبقا للمادة 21¹ في فقرتها الأولى من اللائحة، وبهذا تكون هذه الأخيرة قد جعلت من الإقامة الاعتيادية للمتوفي ضابطا لتحديد وتوحيد القانون المختص بحكم الميراث، والذي يشكل القاعدة العامة في الاختصاص التشريعي .

أوردت اللائحة استثناء على القاعدة العامة، من خلال السماح للقاضي الذي تبين له ظروف الدعوى أن المتوفي تربطه صلة وثيقة بدولة أخرى غير دولة الإقامة الاعتيادية له بتطبيق قانون تلك الدولة² .

كما أجازت اللائحة تطبيق بصفة استثنائية قانون الدولة التي يحمل المتوفي جنسيتها ليحكم ميراثه بعد وفاته إذا اختار تطبيقه قبل وفاته، ويعتد بجنسية المتوفي وقت الوفاة أو وقت الاختيار، وإذا كان المتوفي يحمل عدة جنسيات فله أن يختار أي قانون دولة يحمل جنسيتها وقت الاختيار أو الوفاة³.

¹ -Article 21/01 (règle générale) du règlement (UP) dispose que : « Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès».

² - Article 21/02 (règle générale) du règlement (UP) dispose que : « Lorsque, à titre exceptionnel, il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits avec un Etat autre que celui dans la loi serait applicable en vertu du paragraphe 1, la loi applicable la succession est celle de cet autre Etat ».

³ - Article 22 (choix de loi) règlement (UE) n° 650/2012 dispose que :

1-« Une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'Etat dont elle possède la nationalité au moment ou elle fait ce choix ou au moment de son décès.

2- Une personne ayant plusieurs nationalités peut choisir la loi de tout Etat dont elle possède la nationalité au moment ou elle fait ce choix ou au moment de son décès.

3- Le choix est formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulte des termes d'une telle disposition.

4- La validité au fond de l'acte en vertu duquel le choix de loi est effectué est régie par la loi choisie.

5- La modification ou la révocation du choix de loi satisfait aux exigences de forme applicables à la modification ou à la révocation d'une disposition à cause de mort ».

إن الأخذ بهذا الاستثناء يؤدي إلى تطبيق قانون دولة غير ملزمة باللائحة ،ونقصد بذلك التشريعات الإسلامية ،لأن اللائحة أجازت للمتوفي اختيار أي قانون دولة يحمل جنسيتها على ميراثه .

المطلب الثاني

اشكالات تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم ميراث الطفل

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على ميراث الطفل الناجم عن الزواج المختلط لا يعني إيجاد حل نهائي لمشكل تنازع القوانين ،بل قد يصادف القاضي إشكالات تعيق تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم ميراث الطفل سواء باستبعاده (الفرع الأول) ،أو بإحالة تطبيقه لقانون آخر باستعمال نظرية الإحالة (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم ميراث الطفل

إن منح الاختصاص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية لحكم مسألة ميراث الطفل الناجم عن علاقة الزواج المختلط لا يعني أن القاضي الوطني ملزم بتطبيق أحكامه في جميع الحالات، بل هناك حالات تحول دون تطبيقها ،كما لو تبين للقاضي أن أحكام القانون الأجنبي المختص تتعارض مع النظام العام في دولته(أولا) ،أو اكتشف بأن تحديد هذا القانون جاء نتيجة غش أو تحايل الأفراد نحو القانون(ثانيا) .

أولا :استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم ميراث الطفل لمخالفته للنظام العام

استمد المشرع الجزائري على غرار مشرعي الدول الإسلامية أحكام الأحوال الشخصية من الفقه الإسلامي، بخلاف الدول الغربية ،لذلك تعتبر مادة الأحوال الشخصية بصفة عامة، وميراث الطفل بصفة خاصة المجال الخصب لاستعمال القاضي الوطني الدفع بالنظام العام ،ومما لاشك فيه أن تطبيق الدفع بالنظام العام في الدول الإسلامية يختلف عن تطبيقه في الدول العلمانية الغربية ،وما له من أثر في تنفيذ الأحكام القضائية بشأن ميراث الطفل الناجم عن الزواج المختلط في دولة محل التنفيذ ،من هنا تظهر أهمية النظام العام كآلية لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية،

لتعارضه مع الأسس والمبادئ الجوهرية السائدة في دولة القاضي ،وتزداد أهميته بالنظر إلى الآثار التي يربتها بخصوص ميراث الطفل .

1- تطبيق الدفع بالنظام العام

نتناول تطبيق الدفع بالنظام العام في الدول الإسلامية ،ثم في الدول الغربية .

أ-تطبيق الدفع بالنظام العام في الدول الإسلامية

يحتل امتياز الديانة مكانة هامة في مادة الميراث ،لاسيما ميراث الطفل الناجم عن علاقة الزواج المختلط الذي تختلف فيه ديانة الزوجين المختلطين ،والمنصوص عليها في قوانين الأحوال الشخصية ذات المرجعية الدينية للدول الإسلامية .

يتم بمقتضى هذا الامتياز ترجيح تطبيق قواعد نظام قانوني مستمد من الفقه الإسلامي على حساب قواعد نظام قانوني غير إسلامي أثناء تنافسهما على حكم مسألة ميراث الطفل في الزواج المختلط ذو البعد الدولي¹ .

ولقد أوجدت الدول الإسلامية لتطبيق هذا الامتياز آلية تمكّن من خلالها القاضي الوطني استبعاد القانون الأجنبي غير الإسلامي ،وهي آلية النظام العام ،لتعارض أحكامه مع قواعد النظام القانوني للدول الإسلامية .

وقد سبق الإشارة إلى أن استبعاد القانون الأجنبي المختص يكون في حدود مخالفته للمبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي ،وعليه وحتى يتسنى للقاضي الوطني الفصل في قضية ميراث الطفل الناجم عن علاقة الزواج المختلط يتعين عليه أولاً معرفة الأحكام الجوهرية للميراث ،أو بالأحرى أحكام الميراث المتعلقة بالنظام العام .

اتفق فقهاء القانون الدولي الخاص على أحكام الميراث بصفة عامة وميراث الطفل بصفة خاصة التي يطبق بشأنها الدفع بالنظام العام ،بينما اختلفوا حول بعض الأحكام التي تخرج من نطاق تطبيقه ،كما أن لقضاء الدول الإسلامية تطبيقات بخصوص هذه الأحكام، وهذا ما سنعرضه فيما يلي مع التركيز على أحكام الميراث المتعلقة بالطفل .

¹- دريسي جليّة ،مرجع سابق ،ص 40 .

- أحكام ميراث الطفل المتعلقة بالنظام العام

يكون القانون الأجنبي المختص مخالفا للنظام العام إذا كانت أحكامه تجيز توريث ابن الزنا من أبيه المسلم¹، في حين تطبق أحكام هذا القانون إذا كانت تقر بميراث ابن الزنا (الابن الطبيعي) من جهة الأم².

هذا ويعد القانون الأجنبي المختص مخالفا للنظام العام إذا كان يعتبر الأبناء الناجمين عن الزواج الثاني طبيعيين، لأنه يمنع تعدد الزوجات أو الطلاق أو التطلق، وبالتالي حرمان الأولاد من الميراث، كما لو تزوج زوجان أجنبيان في مصر ثم اعتنق الزوج الإسلام وتزوج بزوجة ثانية، فإن أولاده من الزوجة الثانية يعتبرون شرعيين لصحة الزواج الثاني تطبيقا للنظام العام المصري، في حين لا يعتبرون كذلك في إيطاليا، مادام أن الزوجان خاضعين للقانون الإيطالي وفقا لقاعدة الإسناد الإيطالية، وهي لا تقر بصحة الزواج الثاني، وهذا ما يؤدي إلى طرح صعوبات بشأن ميراث هؤلاء الأبناء³.

في هذا السياق رفضت المحكمة اللبنانية في قرارها المؤرخ في 29 جانفي 1991 تطبيق القانون البرازيلي لمخالفته للنظام العام في لبنان، لأنه يجيز للزوجين أثناء الحياة الزوجية الاعتراف بالولد غير الشرعي بموجب وصية سرية، وأنه أيا كانت نوع البنوة يرث الولد غير الشرعي كالولد الشرعي⁴.

¹ - صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية.....، مرجع سابق، ص 62.

² - تنص المادة 47 من قانون الميراث رقم 77 لسنة 1943 المصري، متوفر على الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawofegypt.net/forums/thread/19/-77-1943> -

على أنه " مع مراعاة المادة المبينة بالفقرة الأخيرة من المادة 43 يرث ولد الزنا وولد اللعان من الأم وقرباتها وترثهما الأم وقرباتها " .

³ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 347.

⁴ - جاء في قرار المحكمة اللبنانية رقم 3614 المؤرخ في 29 جانفي 1991 ما يلي " وحيث يتبين من صورة القانون البرازيلي رقم 883 المؤرخ في 21 تشرين الأول 1949 أنه يحق للزوجين أثناء الحياة الزوجية الاعتراف بالولد غير الشرعي بموجب وصية سرية، وأنه أيا كانت نوع البنوة، يرث الولد غير الشرعي كالولد الشرعي.....

حيث أن تطبيق هذه القواعد في لبنان يؤدي لو حصل إلى الإخلال بالمبادئ والقيم التي تقوم عليها العائلة الشرعية ويرفضها المجتمع، وبالأحكام الأساسية التي ترتكز عليها قوانين الإرث .

وحيث ترتب على ما تقدم لا يقبل تطبيق القانون البرازيلي في الدعوى الحاضرة نظرا لاصطدامه بمقتضيات النظام العام اللبناني على الوجه المبين " .

- عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، مرجع سابق ، ص ص 558-560 .

كما يعد القانون الأجنبي المختص مخالفا للنظام العام إذا تضمن أحكاما تمنع الإرث بسبب اختلاف اللون أو الجنس وحرمان الإناث منه¹، أو كان يجيز تمييز الابن الأكبر واستثنائه على كل التركة²، أو كان يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم³، كأن يقر القانون الفرنسي الذي عينته قاعدة الإسناد الجزائرية طبقا للمادة 16 من القانون المدني، باعتباره قانون جنسية المورث بأحقية الطفل الجزائري المسلم في تركة أمه المسيحية الفرنسية .

وقد أكد القضاء الجزائري في قرار المحكمة العليا الشهير المؤرخ في 25 جويلية 1995⁴ أنه " من المقرر قانونا أنه يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية كل ما لم يرد فيه نص من قانون الأسرة، ومن الثابت شرعا أن " لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ولا يتوارث أهل ملتين شيئا " .

إذا كان القضاء الجزائري على غرار قضاء الدول الإسلامية يقدر فكرة النظام العام في علاقة الزواج المختلط تقديرا شرعيا مبني على معايير ثابتة، أسسها أصول الدين الإسلامي التي لا تقبل التبدل والتغيير⁵، إذ يستبعد القانون الأجنبي المختص بحكم ميراث الطفل نتيجة مخالفة القانون المستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، فإنه كذلك يستلزم استبعاد القانون الأجنبي المختص كلما كان المورث مسلما، لأن تركة هذا الأخير لا ينبغي أن تخضع إلا لأحكام الشريعة الإسلامية⁶ .

وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها المؤرخ في 27 ماي 1964 الذي يقضي بأن " أحكام الموارث الإسلامية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية تعتبر من النظام العام في مصر، إذ هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي

¹ - رياض عبد المنعم فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 262 .

² - عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 345 .

³ - صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 62 .

⁴ - ملف رقم 123051، قرار مؤرخ في 25 جويلية 1995، المجلس الأعلى، غ أش، المجلة القضائية، العدد 01، 1996، ص 113-116 . - مقتبس عن عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 171 .

⁵ - بليغوي بلخير، « تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية »، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 05/ 2005، ص 2007 .

⁶ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 273-274. أنظر كذلك: - بديع منصور سامي، « الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية »، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد 2/ 2003، ص 68-69

الذي استقر في ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها، وتغليب قانون أجنبي عليها، مما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتخلى عنها، ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه متى كان المورث والورثة من المسلمين"¹.

يرى الأستاذ أعراب بلقاسم أن استبعاد القانون الأجنبي المختص كلما كان المورث مسلماً يجعل في الحقيقة من الصفة الإسلامية في شخص المورث ضابطاً للإسناد، مما يهدم قاعدة الإسناد الواردة في المادة 16 من ق م ج، التي تخضع الميراث لقانون جنسية المورث وقت الوفاة².

لكن حسب رأينا فإن استبعاد القانون الأجنبي المختص كلما كان المورث مسلماً لاسيما في علاقة الزواج المختلط التي ينجم عنها أبناء مسلمين من شأنه توفير حماية أكثر لحقهم، خصوصا إذا كان من الورثة أبناء قصر، باعتبار أن الشريعة الإسلامية نظام كامل متكامل لمادة الميراث.

- أحكام ميراث الطفل المختلف بشأن ارتباطها بالنظام العام (بيان الورثة وأنصبتهم)

ميز الفقه بين فرضيتين في الحالة التي تكون فيها أحكام القانون الأجنبي المختص المتعلقة ببيان الورثة وأنصبتهم مخالفة لقانون القاضي المستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية.

الفرض الأول: إذا كان أطراف التركة (المورث سواء كان أبا أو أما) والورثة (منهم الطفل) أجنب غير مسلمين.

يرى البعض أنه لا يكون القانون الأجنبي المختص مخالفا للنظام العام، لارتباط نظم التركات والمواريث بين الأجنب غير المسلمين بالتنظيم الاجتماعي والاقتصادي للدولة التي ينتمون إليها، وهو تنظيم يختلف بالضرورة من دولة إلى أخرى³.

¹ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص ص 273-274. أنظر كذلك: - بديع منصور سامي، الدين وتنازع القوانين...، مرجع سابق، ص ص 68-69.

² - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين...، مرجع نفسه، ص 274.

³ - صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية...، مرجع سابق، ص 386.

فمن غير المعقول إخضاع الأجنبي الذي يكون في وجهة نظر الإسلام كافرا ، كما لو كان مجوسيا إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، فالمقصودين بها أصلا هم المسلمون ، كما قد تتناقض أحكام الشريعة الإسلامية مع أحكام الدولة التي ينتمي إليها هذا الشخص¹ .

وقد جاء في إحدى قرارات الصادرة عن قضاء دولة الإمارات العربية المتحدة أنه إذا كان لا يدخل في النظام العام مجرد اختلاف أحكام القانون الوطني عن أحكام القانون الألماني الواجب التطبيق في تحديد نصيب الوارث غير المسلم في مال مورثه غير المسلم ، فإن الحكم المطعون فيه إذا استبعد تطبيق أحكام هذا الأخير لمخالفته أحكام الشريعة الإسلامية يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يوجب نقضه² .

بما أن حماية حقوق المسلم غير مطروحة في هذا الفرض فإنه يتعين عدم الإسراف في فهم فكرة النظام العام بالنسبة لأنصبة الميراث وبيان مراتب الورثة ، فالاعتبارات التي بنى عليها الشارع الحكيم في الإسلام فكرة اختلاف الأنصبة بين الورثة ، مثلا من حيث تفضيل الابن على البنت على غرار قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين عادة ما تكون منتفية في التشريع الغربي³ .

في هذا السياق عرضت على محكمة القاهرة الابتدائية قضية تتلخص وقائعها في أن فرنسا إسراييلي الديانة جزائري الأصل توفي ، فرفعت زوجته دعوى على الورثة تطالب فيها بحق ابنها القاصر في الميراث ، وقد ثبت للمحكمة أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي الذي يخضع الجزائريون الإسراييليون للشريعة الموسوية ، فدفعت النيابة بمعارضة هذا القانون وهذه الشريعة مع النظام العام المصري ، لأنها تحرم البنات من الميراث متى وجد الذكور ، غير أن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفع وجاء في حكمها " مجرد اختلاف شريعة معينة أو قانون معين مع الشريعة الإسلامية أو مع أحكام قانون آخر من القوانين المصرية لا يؤدي بالضرورة إلى اعتبارها مخالفة للنظام العام في مصر"⁴ .

¹ - بديع منصور سامي ، الدين وتنازع القوانين، مرجع سابق ، ص 28 .

² - مرجع نفسه ، ص 67 .

³ - عكاشة محمد عبد العال ، دراسات في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق ، ص 257 .

⁴ - عز الدين عبد الله ، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية...، مرجع سابق ، ص 84 . أنظر كذلك: - هشام خالد ، القانون الدولي الخاص.....، مرجع سابق ، ص 853 .

أثار هذا الحكم مسألة بيان حكم الاختلاف بين القانون الأجنبي المختص بحكم الميراث وبين أحكام القانون المصري في قواعده الموضوعية الخاصة بالميراث ،وينصب هذا الاختلاف بوجه خاص على مسألة بيان الورثة وأنصبتهم ،لاسيما إذا كان أطراف الدعوى غير مسلمين¹ .

أصاب هذا الاتجاه الفقهي في القول باستبعاد الدفع بالنظام العام إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المختص المتعلقة ببيان الورثة وأنصبتهم في التركة ،التي يكون أطرافها أجنب غير مسلمين ،مخالفة لقانون القاضي المستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية ،التي جاءت لحماية حق المسلم ،لأنه يقدر ويحترم الدين الإسلامي ،فكيف للشريعة الإسلامية أن تحمي حق الأجنبي الذي لا يحترم الدين الإسلامي ،وفي جميع الأحوال إذا كان الآباء الأجنب غير المسلمين مسؤولون في البداية عن الدين الذي يتبعه الطفل لعدم توافر فيه الإدراك والتمييز ،فأكد سيضلون في النهاية مسؤولون عن حرمانه من حماية حقه في الميراث المقررة في الشريعة الإسلامية .

الفرض الثاني :إذا كان أطراف التركة (المورث سواء كان أبا أو أما) والورثة (منهم الطفل) مسلمين :انسقت آراء الفقه إلى اتجاهين .

الاتجاه الأول :

ذهب أنصار هذا الاتجاه الفقهي إلى القول بوجود التحفظ في إثارة الدفع بالنظام العام بالنسبة لبيان الورثة وتحديد أنصبتهم ودرجاتهم ،وعليه لا يعد اختلاف القانون الأجنبي المختص بحكم الميراث عن قانون القاضي المستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية من حيث بيان الورثة وتحديد أنصبتهم ودرجاتهم مخالفا للنظام العام ،وعليه لا يجوز استبعاد القانون الأجنبي المختص بدافع النظام العام لمجرد حرمانه لبعض الورثة أو تغييره

- سبق لمحكمة النقض المصرية وأن أعلنت في قرارها المؤيد للقرار المستأنف الصادر في 17 يناير 1965 عن محكمة استئناف الإسكندرية بشأن قضية تتعلق بوصية زوج بكامل تركته لزوجته المبدأ العام المشار إليه في جواز استبعاد القانون الأجنبي المختص إذا تعارضت أحكامه مع المصالح الأساسية للجماعة ،وأنه لا يدخل في هذا النطاق اختلاف القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين ، كما هو الحال في هذه الدعوى ،رغم أوجه الطعن المقدم من الورثة منها اعتبار أحكام الشريعة الإسلامية بشأن القدر الذي تجيزه لا تزيد عن الثلث ،إلا أن محكمة النقض رفضت هذا الطعن وأجازت بصحة الوصية . - أنظر - بلمامي عمر ،مرجع سابق ،ص ص 69-74 .

¹ - عز الدين عبد الله ،اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية...، مرجع سابق ،ص 85 .

لأنصبتهم، وحجتهم في ذلك أن النظام الاجتماعي المصري لا يمكن أن يتأثر، لأن البنات حصلت على نصيب موازي للذكر، وليس ثمة مصلحة للجماعة المصرية في أن تفرض على البنات نصف نصيب الذكر¹، كما أن تحديد المشرع الأجنبي لنصيب الوارث يكون وفقا لسياسة اقتصادية واجتماعية معينة، ولا يجوز أن يفرض تقدير المشرع المصري بالنسبة للأنصبة نموذج للعدالة، وإلا انتهى الأمر إلى هدم قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث، وإخضاع أنصبة التركة إلى القانون المصري، لذلك ينبغي التحفظ في التوسع في فكرة النظام العام².

وقد أخذت محكمة مصر الابتدائية بهذا الرأي معللة ذلك بنصها " إن مجرد الاختلاف في الأنصبة ما بين القانون الأجنبي والقانون المصري لا يجعل الأول مخالفا للنظام العام في مصر، وأن القول بتطبيق القانون المصري في هذه الحالة من شأنه هدم قاعدة الإسناد الواردة في المادة 18 من القانون المدني، خاصة وأن أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة منها تجيز حرمان بعض الورثة أو إنقاص نصيبهم أو إيثار بعض الورثة على بعض بتصرفات مشروعة كالهبة والوصية"³.

يرى الأستاذ عز الدين عبد الله أنه يستدعي الأمر إعادة النظر في هذا الحكم، لاسيما وأن أطراف التركة مسلمين، وأن القانون الواجب التطبيق يسوي بين الذكر والأنثى وأن تأسيس هذا الحكم على قواعد الشريعة الإسلامية التي تجيز حرمان بعض الورثة أو إنقاص نصيبهم أو إيثار بعضهم على بعض بتصرفات مشروعة هو تأسيس غير مقنع، لأن هذا الذي تجيزه الشريعة الإسلامية للشخص إنما تجيزه بوصفه مالكا، وهو في حقيقته

¹ - عبد المنعم رياض فؤاد، راشد سامية، مرجع سابق، ص 262 .

² - هشام خالد، القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص ص 852-853 .

³ - تتعلق وقائع القضية في أن شخص تركي الجنسية، توفي تاركا ابنا وبناتا، وهم جميعا مسلمون، رفع الابن دعوى على البنات أمام محكمة القاهرة الابتدائية طالبا فيها باستحقاق نصيبه في الثلثين من تركة المورث وفقا لقاعدة الميراث في الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن للذكر مثل حظ الأنثيين، باعتبارها الشريعة الواجبة التطبيق على التركة، لأن قواعد القانون التركي تخالف النظام العام في مصر، ورغم أن التركة عبارة عن عقارات كائنة في مصر وبالتالي تخضع لقانون موقعها طبقا للمادة 18 من القانون المدني المصري إلا أن معاهدة الإقامة المبرمة بين مصر وتركيا تقضي بتطبيق القانون التركي على ميراث الأتراك بشرط عدم تعارض أحكامه مع النظام العام في مصر، ومع ذلك لم تأخذ المحكمة المصرية بهذا النظر وفضت بتطبيق القانون التركي على التركة وباستحقاق المدعي لنصف التركة، وبهذا تكون قد ساوت في الميراث بين الابن والبنات .

- أنظر - عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية...، مرجع سابق، ص 83 .

ليس إجازة له في هذه التصرفات، بل هو تقييد له في حقه المطلق في الأصل، بوصفه مالكا حماية للورثة، وهو تقييد ينصرف إلى الخلافة بسبب الموت التي ترجع إلى تصرف إرادي للمتوفي، أما الخلافة بسبب الموت بحكم القانون، وهذا هو معنى الميراث في القانون المصري، فهي مأخوذة في قواعد الشريعة الإسلامية وقانون الميراث، وأن ما استقى من هذه القواعد من القرآن الكريم يتعلق بالنسبة للمسلمين بالنظام العام¹.

الاتجاه الثاني:

يرى أنصار هذا الاتجاه الفقهي بضرورة إثارة الدفع بالنظام العام في مسألة بيان الورثة وتحديد أنصبتهم لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، متى اختلف مع أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث المستقاة من القرآن الكريم بالنسبة للمسلمين دون تلك المستقاة من مصادر أخرى، ذلك أن الأساس الذي يبنى عليه أي حكم بأنه من النظام العام هو الدليل الذي دل على هذا الحكم، وأن كل حكم دل عليه نص قطعي الثبوت والدلالة في القرآن الكريم فهو من النظام العام لا يجوز مخالفته أو الاتفاق على مخالفته².

وبما أن أحكام الميراث تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية، وأن النظام العام المصري في دائرة الأحوال الشخصية يقوم على فكرة من الإسلام، فلا يمكن إلا تطبيق أحكام هذه الشريعة الإسلامية³، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها المؤرخ في 27 ماي 1964 بأن " أحكام المواريث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر⁴، كالحكم القطعي في القرآن الكريم بأن البنت تراث نصف الذكر⁵.

وبذلك يكون هذا الاتجاه هو الأقرب إلى الصواب، لأنه لا اجتهاد مع وجود نص قطعي ثابت الدلالة في القرآن الكريم.

¹ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 349 .

² - مرجع نفسه، ص 374 .

³ - بديع منصور سامي، الدين وتنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 69 .

⁴ - سبق الإشارة إلى هذا الحكم . - أنظر ص ص 318-319 من هذه الدراسة .

⁵ - قال الله تعالى في سورة النساء الآية 11 " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين " .

ب- تطبيق الدفع بالنظام العام في الدول الغربية

تبني الدول الغربية (العلمانية) قوانينها المنظمة لمادة الأحوال الشخصية بصفة عامة ومادة الميراث بصفة خاصة على مبادئ الحرية والمساواة وحرية المعتقد، بالإضافة إلى مبدأ عدم التمييز بجميع أشكاله المقررة في اتفاقيتي حقوق الطفل¹، وحقوق الإنسان².

بناء على ذلك يتدخل النظام العام في الدول الغربية لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم الميراث بصفة عامة وميراث الطفل في الزواج المختلط بصفة خاصة في الحالات التي يشكل فيها هذا القانون انتهاكا للمبادئ المكرسة في الاتفاقية، كما لو استبعد شخصا من التركة بفعل تمييز ديني أو أي تمييز آخر بسبب الجنس والعرق³.

وتبقى العلمانية للدول الغربية بمثابة النواة الصلبة للدفع بالنظام العام، والذي لا يمكن التقليل من قيمته⁴، وعليه لن يتردد قضاء الدول العلمانية في استبعاد أي قانون لدولة إسلامية بدافع النظام العام، إذا كان يمنع التوارث بين المسلم وغير المسلم، مثلا منع التوارث بين الطفل المسلم وأمه المسيحية .

وهو ما أعلنت عنه محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 17 نوفمبر 1964⁵ حيث اعتبرت موانع الميراث المؤسسة على عدم الانتماء إلى دين معين مخالفة للنظام

¹ - المادة 14 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

² - تنص المادة 14 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لـ 4 نوفمبر 1950، المعدلة على أنه "يجب تأمين التمتع بالحقوق والحريات المعترف بها في هذه الاتفاقية دون أي تمييز، وتحديدًا ذلك القائم على الجنس أو العنصر أو اللون أو اللغة أو الدين أو الآراء السياسية أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الانتماء إلى اقلية وطنية، أو الثروة أو الولادة أو أي وضع آخر".

- تلعب المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان دورا فعلا في حماية المبادئ الأساسية في مادة الميراث، من خلال القرارات الصادرة عنها، والتي أعلنت فيها بأن أحكام الميراث التي تتضمن تمييزا بين الورثة لا تتوافق مع المبادئ الأساسية المحمية من طرف الاتفاقية، مثل التمييز بين الولد الشرعي والطبيعي في استحقاق الإرث ومنح الابن ضعف نصيب البنت،....، مما يستلزم استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام الدولي، ولا تقتصر الأحكام الصادرة عن المحكمة الأوروبية على الصعيد الدولي فقط بل تؤثر تأثيرا مباشرا على الاجتهادات القضائية للدول الوطنية .

- DEBERNARDI (Giovanna), op.cit , n°216- 217 , pp 123-124 .

³ - GUTMAN (Daniel), op.cit, n°122 , p 204 .

⁴ - DEBERNARDI (Giovanna), op.cit, p 131.

⁵ - Cass , civ , 17 novembre 1964 , bult .

العام¹، وأقرت باستبعاد الشريعة الإسلامية التي تحرم غير المسلم من الميراث عن طريق الدفع بالنظام العام، أما فيما يتعلق بتحديد الأنصبة للورثة فينطبق بشأنها أحكام الشريعة الإسلامية².

بالرغم ما قرره محكمة النقض الفرنسية في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص تحديد الأنصبة، إلا أن هناك من يعتبر عدم المساواة المقررة من طرف القانون الإسلامي بين الورثة بالنظر إلى جنسهم لحصة البنت تساوي نصف حصة الابن تصطدم بالنظام العام الفرنسي، إلى درجة أنها تؤدي إلى استبعاده³.

تطبيقا للدفع بالنظام العام رفضت محكمة النقض الفرنسية تطبيق قانون دولة إسلامية على ميراث طفل طبيعي غير شرعي كاثوليكي لامرأة مسلمة⁴.

تجنباً للإشكالات الناجمة عن كثرة الدفع بالنظام العام، وفي سبيل حماية الحق في الميراث سمح المشرع الأوروبي من خلال المادة 35⁵ من اللائحة رقم 650/12 تطبيق آلية الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص طبقاً لأحكام هذه الاتفاقية إذا كان يتعارض بصفة جوهرية مع النظام العام.

من خلال دراستنا للدفع بالنظام العام يتبين لنا أنه آلية حقيقية لتنازع القوانين، فكثرة الدفع به في مادة الميراث بصفة عامة وميراث الطفل الناجم عن الزواج المختلط بصفة خاصة، لاسيما من طرف الدول العلمانية التي تبني حق الميراث على قواعد ومبادئ وضعية لحقوق الإنسان سيزيد لا محالة من شدة تنازع قوانين الدول الإسلامية والدول الغربية العلمانية، كما لو طرح نزاع يتعلق بميراث طفل جزائري مسلم من تركة أمه الفرنسية

¹ -LAGARDE (Paul), Succession, Répertoire International, Tome 3, j.c.p, 1999-04 , n°64 , p 10.

² -BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), op.cit, n°364, p 422.

³ -LAGARDE (Paul), Succession, op.cit, n°65 , p 10.

⁴ -cass 1er Civ,22 janvier 1947 . - ibid.

⁵ -Article 10 de règlement n°650/2012 dispose que « L'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for » .

المسيحية كانت مقيمة في الجزائر ،توفيت تاركة بها عقارات ومنقولات ،فطبقا لقاعدة الإسناد الجزائرية فإن القانون المختص بحكمه هو القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية المورث وقت الوفاة، طبقا للمادة 16 من قانون المدني ،وبما أنه يجيز التوارث مع اختلاف الديانة بين الطفل ومورثه فإن القضاء الجزائري سيستبعده بدافع النظام العام ويطبق القانون الجزائري ،ولو عرض نفس النزاع أمام القضاء الفرنسي فسيستبعد القانون الجزائري المختص بدافع النظام العام باعتباره قانون الموقع بالنسبة للعقارات وقانون الموطن الأخير للمورث بالنسبة للمنقولات ،الذي يمنع التوارث مع اختلاف الديانة، ويطبق القانون الفرنسي .

وبهذا يكون الدفع بالنظام العام بالإضافة إلى اختلاف الدول حول القانون الواجب التطبيق على الميراث نتيجة الاختلاف في ضوابط الإسناد من الإشكالات العويصة التي تؤدي إلى إثارة مشكل تنازع القوانين .

2- أثر الدفع بالنظام العام على تنفيذ الأحكام القضائية الخاصة بميراث الطفل في دولة محل التنفيذ

يعتبر النظام العام الأداة التي يهدف من ورائها القاضي الوطني إلى حماية القيم والأسس الجوهرية التي يبنى عليها الميراث بصفة عامة وميراث الطفل بصفة خاصة، لاسيما في علاقة الزواج المختلط ،عندما يشكل تطبيق القانون الأجنبي انتهاكا لها ،مما يستتبع معه استبعاد هذا القانون وإحلال محله قانون القاضي .

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام ما مصير الأحكام والقرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن ،إذا كان يقتضي الأمر تنفيذها في دولة القانون المستبعد ،لاسيما إذا كانت تقع بها العقارات المشكلة للتركة ،كما لو عرض أمام القضاء الجزائري نزاع للمطالبة بحق طفل مسلم في تركة أمه الفرنسية المسيحية بشأن عقارات واقعة في فرنسا ، فيستبعد القضاء الجزائري القانون الفرنسي المختص باعتباره قانون جنسية المورث ويطبق القانون الجزائري .

مما لاشك فيه أن الأحكام الصادرة عن القضاء الجزائري على غرار قضاء الدول الإسلامية نتيجة استبعاد قانون أجنبي علماني وتطبيق قانونه الذي يستمد أحكامه من

الشريعة الإسلامية في مادة ميراث الطفل ،كمنع التوارث بين المسلم والكافر وتقرير قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين ستكون محل رفض منحها الصيغة التنفيذية من طرف قضاء الدول العلمانية بدافع النظام العام ،مما يصعب بل يستحيل التنفيذ على عقارات التركة الواقعة فيها .

في المقابل لو افترضنا أنه طرح على القضاء الفرنسي نزاع يتعلق بميراث طفل غير شرعي من تركة أبيه الجزائري بشأن عقارات واقعة في الجزائر ،فإن القاضي الفرنسي سيستبعد بدافع النظام العام تطبيق القانون الجزائري المختص باعتباره قانون الموقع ،لأن تطبيقه سيؤدي منع الطفل الطبيعي من الميراث، وهذا مخالف للمبادئ والأسس التي ينبني عليها الميراث في القانون الفرنسي ،وعليه ستكون حظوظ تنفيذ هذا الحكم في الدولة الجزائرية منعدمة بدافع مخالفتها للنظام العام في الجزائر .

بهذا يكون رفض تنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بميراث الطفل في دولة محل التنفيذ ما هو إلا ترجمة لتعارض أحكام القانون المطبق على النزاع ،نتيجة الدفع بالنظام العام مع مبادئ وأسس دولة محل التنفيذ ،مما يحول دون تنفيذ الحكم الأجنبي¹ .

إن الموقف الذي تبناه كل من قضاء الدول الإسلامية والدول العلمانية بشأن الدفع بالنظام العام ،وتطبيق قوانينها الوطنية سيؤدي لا محالة إلى صدور أحكام قضائية متباينة على نفس موضوع النزاع ،مما يستحيل تنفيذها في كل من دولة القانون المستبعد محل التنفيذ ،وهذا ما يؤدي إلى إهدار حق الطفل في الميراث .

إذا كان الهدف من الدفع بالنظام العام في الدول الإسلامية هو حماية حق الطفل المسلم في الميراث من خلال إخضاعه لقانون مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ،فإنه قد يترتب على ذلك صعوبات وإشكالات على مستوى تنفيذ الأحكام الصادرة عنها في الدولة العلمانية محل التنفيذ ،مما يحول دون تحقيق الهدف المراد من الدفع بالنظام العام.

¹ - شبور نورية، مرجع سابق، ص 220 .

ورغم سعي الدول الأوروبية من اللائحة رقم 2012/650 إلى تكريس الاعتراف وتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الصادرة في مادة الميراث بين الدول الأوروبية¹، إلا أن الإشكال يبقى مطروحا بين الدول العربية والغربية، لاسيما إذا كانت أموال التركة واقعة في إحدى الدول الإسلامية .

3- آثار الدفع بالنظام العام

سبق الإشارة بالتفصيل إلى آثار الدفع بالنظام العام بصفة عامة، وموقف الفقه من ذلك عند تطرقنا لحق الطفل في النسب، ولتفادي التكرار سنتناول فقط العناصر المتعلقة بميراث بصفة عامة وميراث الطفل بصفة خاصة، وندعمها بتطبيقات القضاء التي بحوزتنا. ميز الفقه بشأن آثار الدفع بالنظام العام بين مرحلة نشوء الحق في دولة القاضي ومرحلة النفاذ الدولي لآثار الحق المكتسب في الخارج، بالإضافة إلى الأثر الانعكاسي² .

أ- مرحلة نشوء الحق في دولة القاضي

يترتب الأثر الايجابي والسلبى للدفع بالنظام العام في الحالة التي يراد فيها إنشاء حق الطفل في الميراث في دولة القاضي، إلا أن القانون المختص بنشأته مخالفا للنظام العام، ويمكن التمييز بين الأثر السلبى والايجابى للنظام العام في ميراث الطفل كما يلي:

يستبعد في الأثر السلبى للنظام العام تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية، دون أن سيتتبعه إحلال قانون القاضي محله، لأن مهمة النظام العام هنا تتحصر كقاعدة عامة في منع تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة

¹- Article 39 de règlement n°650/2012 dispose que « Les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.....».

- Article 43 de règlement n°650/2012 dispose que « Les décisions rendues dans un État membre qui sont exécutoires dans cet État sont exécutoires dans un autre État membre lorsque, à la demande de toute partie intéressée, elles y ont été déclarées exécutoires conformément à la procédure prévue aux articles 45 à 58 ».

²- دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 137 .

القاضي ،ولعدم وجود ما يمكن إحلاله ،فالغاية المقصودة هي عدم السماح بالتوارث قد تحققت باستبعاد القانون الأجنبي¹ ،كأن يثار أمام القاضي الجزائري قضية تتعلق بميراث طفل مسلم من تركة أمه غير المسلمة ،ففي هذه الحالة يستبعد القانون الأجنبي المقر لهذا التوارث ،لأنه مخالف للنظام العام الجزائري ،نفس الموقف سيتخذه القاضي الجزائري لو عرض عليه قضية تتعلق بميراث ابن طبيعي من تركة أبيه ،لأن التوارث مبناه النسب الشرعي لا الطبيعي² .

لكن قد يحدث أن يكون القانون الأجنبي المختص بحكم الميراث برمته غير مخالف للنظام العام فهل يجوز للقاضي استبعاده بكامله ،أو أنه يكتفي فقط باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام في دولته .

دون الخوض في آراء الفقه نشير أن محكمة النقض الفرنسية استبعدت في بعض أحكامها فقط الجزء المخالف للنظام العام الفرنسي في القانون الأجنبي وأبقت على الأجزاء الأخرى المطابقة له ،منها قرارها المؤرخ في 17 نوفمبر 1964 الذي أقر باستبعاد الشريعة الإسلامية التي تمنع التوارث بين المسلم وغير المسلم عن طريق الدفع بالنظام العام ،أما فيما يتعلق بتحديد الأنصبة للورثة فلا يعد مخالفا للنظام العام ،وبالتالي ينطبق بشأنها أحكام الشريعة الإسلامية³ .

لكن قد يحدث أن تكون بقية الأجزاء الأخرى للقانون الأجنبي مرتبطة بالجزء المخالف للنظام العام ،بحيث يتعذر على القاضي أن يكتفي فقط باستبعاد الجزء المخالف دون بقية الأجزاء الأخرى ،ففي هذه الحالة لا مناص من استبعاد القانون الأجنبي برمته وإحلال قانون القاضي محله ،وهو ما يعرف بالأثر الإيجابي للنظام العام⁴ ،ومثال ذلك أن يكون القانون الأجنبي المختص يستبعد في آن واحد الأولاد الطبيعيين وأولاد الزنا من تركة مورثهم ،وعليه

¹ - الداودي غالب علي ،مرجع سابق ،ص 245 .

² - دريال عبد الرزاق ،مرجع سابق ،ص 137 .

³ - سبق الإشارة إلى هذا القرار - أنظر ص ص 324-325 من هذه الدراسة .

⁴ - أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1 ،تنازع القوانين ...،مرجع سابق ، ص 177 .أنظر كذلك: - غصوب عبده جميل ،محاضرات في القانون الدولي الخاص....،مرجع سابق ،ص ص 138-139 . - البستاني سعيد يوسف ، القانون الدولي الخاص... ،مرجع سابق ،ص 236 .

فإن القانون الفرنسي يحل محل القانون الأجنبي المختص ليس فقط فيما يتعلق بمبدأ التوارث وإنما أيضا فيما يخص نصيب كل منهم¹.

ب- مرحلة نشوء الحق صحيحا في الخارج وأريد التمسك بآثاره في دولة القاضي (الأثر المخفف للنظام العام)

إذا كان إنشاء الحق في دولة القاضي يتعارض مع النظام العام فيها فإن آثار هذا الحق قد لا تتعارض بالضرورة مع هذا النظام العام، إذا نشأ هذا الحق صحيحا في الخارج² كما سبق الإشارة إلى ذلك، فمثلا لم تكن المحاكم الانجليزية في السابق تعترف بنظام تعدد الزوجات وبآثاره لمخالفته للنظام العام، وقد عبر عنه أحد القضاة بأنه زواج مزيف، لكن اضطرت هذه المحاكم حديثا إلى تغيير اتجاهها بتلطيف مفهوم النظام العام والتمييز بين الحق في الزواج المتعدد وآثاره، فإذا كانوا لا يجيزون إنشاء مثل هذا الزواج ولا يعترفون به في إنجلترا، إلا أنه في الوقت ذاته يعترفون بآثاره إذا نشأ في الخارج بمقتضى قانون أجنبي يقره، كما اعترفوا بشرعية الأولاد الناجمين عن الزواج الثاني وبحقهم في ارث والديهم³.

نفس الموقف اتبعه القضاء الفرنسي الذي اعترف بآثار الزواج المتعدد إذا تم صحيحا في الخارج، حتى وإن كان تعدد الزوجات مخالفا للنظام العام الفرنسي، وعليه يحق للزوجة أن تطالب بحقها وحق ابنها في الميراث⁴.

وقد ذهب الفقه إلى القول بأن حظوظ تطبيق الأثر المخفف للنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة وميراث الطفل بصفة خاصة فيما يخص المسلم تكون منعدمة، إذ أن من واجب القاضي الوطني تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على المسلم

¹ -MAYER (Pierre), HEUZE (Vincent), op.cit, n°213 , p 156 .

² - البستاني سعيد يوسف ، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 236 .

³ - الهداوي حسن ، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، مرجع سابق، ص 198-199 . أنظر كذلك:- المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي.....، مرجع سابق، ص 297 .

⁴ - عاكشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 632 . أنظر كذلك :

-BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), op.cit, n°367, p 425.

دون التمييز بين ما إذا كان الأمر يتعلق بمركز قانوني نشأ في الخارج أو في دولته ،مما يترتب عليه استبعاد تطبيق أي قانون غير إسلامي¹ .

ونحن بدوننا نساند هذا الرأي ،لأنه لا يوجد أي قانون وضعي يحقق مصلحة المسلم كالقانون الوضعي المستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية .

ج-الأثر الانعكاسي للنظام العام² :

كأن يعترف القاضي المعروض عيه النزاع بحق الطفل الطبيعي في ميراث أبيه وفقا لقانون دولته ،وذلك بعد استبعاد القانون الأجنبي الذي يمنع نشوء هذا الحق لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي ،وأريد التمسك بهذا الحق في دولة ثالثة ،أي خارج حدود الدولة التي اكتسب فيها هذا الحق .

مثال آخر اعتراف القاضي المعروض عليه النزاع بحق ميراث الطفل المسلم من مورثه غير المسلم وفقا لقانون دولة القاضي ،وذلك بعد استبعاد القانون الأجنبي الذي يمنع نشوء هذا الحق لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي ،وأريد التمسك بهذا الحق في دولة ثالثة.

ثانيا- استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم ميراث الطفل لوجود الغش نحو القانون

وضع المشرع قواعد التنازع لتعمل بصورة طبيعية عن طريق ضابط الإسناد الذي من المفترض أن يربط العلاقة القانونية بأكثر القوانين اتصالا ،غير أن هذه الضوابط غالبا ما تكون قابلة للتغيير بإرادة الأفراد ،بهدف نقل الاختصاص إلى قانون معين للتهرب من أحكام القانون المختص أصلا³ ،لذلك يعتبر القانون الدولي الخاص المجال الخصب للغش نحو القانون ،إذ تعد الطبيعة الخاصة لبعض الضوابط كالجنسية والموطن وعدم تماثل

¹ - عكاشة محمد عبد العال ،تنازع القوانين،مرجع سابق ، ص ص 634-635 .

² - سبق التطرق إلى تعريف الأثر الانعكاسي للنظام العام- أنظر الصفحة 50 من هذه الدراسة ،لذلك اكتفينا بسرد بعض الأمثلة عن ميراث الطفل في الزواج المختلط .

³ - عكاشة محمد عبد العال ،تنازع القوانين.....،مرجع سابق ، ص 488.

الأنظمة القانونية للدول من أهم العوامل التي تدفع الأشخاص للإقدام على خطوة التحايل على القانون الواجب التطبيق أصلاً¹.

فقد يعمد الشخص في الدول التي تسند الأحوال الشخصية لقانون الجنسية إلى تغيير جنسيته للتهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة، لأنه يفرض مانعا حائلا دون تحقيق مصلحته²، كأن يمنع ولد الزنا من الميراث، أو يمنع المساواة بين نصيب البنت والابن في الميراث .

هذا ويعتبر الموطن من الضوابط التي يسهل تغييرها بالنسبة للأنظمة التي تسند الأحوال الشخصية بصف عامة والميراث بصفة خاصة لقانون الموطن، إذ يكون الغش فيها سهلا باعتبار أن تغيير الموطن أيسر من تغيير الجنسية³ .

وبالمثل قد يعمد الشخص إلى تغيير موقع المنقول تهربا من أحكام قانون موقعه ، وسعيا وراء تطبيق قانون آخر أكثر تحقيقا لمآربه⁴ .

وقد كشف القضاء الفرنسي حديثا في قضية CARON⁵ أن الغش نحو القانون يتحقق ليس فقط من خلال التغيير في ضابط الإسناد، بل من خلال التغيير في تكييف العلاقة القانونية التي هي عنصر من عناصر قاعدة الإسناد (الفكرة المسندة) فلا يقع التغيير في ضابط الإسناد وإنما في طائفة الإسناد .

تدور وقائع هذه القضية في أن المورث CARON كان يملك عقارا في فرنسا ، قام أثناء حياته ببيعه إلى شركة أمريكية يملك فيها أسهما ، وحصل على نظير هذه الحصة العينية على أسهم في الشركة ، وبوصفها منقولا فإن القانون الأمريكي هو الذي يحكمها باعتباره قانون الموطن الأخير للمتوفي ، بعد أن كانت تخضع بوصفها عقارات للقانون

¹ - المصري محمد وليد ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ،دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي... ،مرجع سابق، ص 274.

² - أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج 1،تنازع القوانين،مرجع سابق ،ص 190 .

³ - مرجع نفسه. أنظر كذلك:

-BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), op.cit,n°371, p 428.

⁴ - السيد الحداد حفيظة ،الموجز في القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق ،ص 313 .

⁵ - cass , civ ,20 mars 1985 ,caron.

الفرنسي باعتباره قانون موقع العقار ،وقد قام المورث بهذا التصرف قاصدا التهرب من بعض الأحكام التي يقرها القانون الفرنسي والتي تخص الحصة المحفوظة لمصلحة أطفاله وهي عبارة عن جزء من التركة ،لا يجوز التصرف فيه ،ومما لا شك فيه أن إخضاع هذا المال للقانون الأمريكي الذي يجهل فكرة الحصة المحجوزة يمكّن المورث من حرمان أبنائه من الميراث ،لذلك أقرت محكمة النقض الفرنسية باستبعاد القانون الأمريكي الذي تم التوصل إلى اختصاصه بنية الغش، وطبقت القانون الفرنسي بوصفه القانون الواجب التطبيق أصلا¹.

ضيف إلى ذلك يعتبر مكان إبرام العقد من الضوابط القابلة للتغيير ،فقد يستلزم قانون دولة معينة شكلا خاصا لإبرام الزواج ،فينتقل الطرفان إلى دول أخرى تهربا من هذا الشكل وسعيا وراء تطبيق قانون آخر أكثر تحقيقا لمصالحهم² ،كما هو الحال في قضية الكونت De cibiens³ أين أجاز القضاء الفرنسي بتوريث طفل غير شرعي بعد الاعتراف به ،تبين له انتفاء الغش نحو القانون الفرنسي الذي يفرض شكلا معيناً للزواج⁴.

كما يمكن أن يتحقق الغش نحو القانون في حالة تغيير الديانة بالنسبة للدول التي تستمد أحكام الميراث من الشريعة الإسلامية⁵، كأن تلجأ الأم إلى تغيير ديانتها المسيحية باعترافها للدين الإسلامي حتى يستفيد ابنها المسلم من ميراثها بعد وفاتها .

الفرع الثاني

الإحالة

لا تثار مشكلة الإحالة إلا إذا كان هناك اختلاف واضح بين قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي وقانون الدولة الأجنبية المختص⁶ بحكم مسألة من مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة وميراث الطفل في الزواج المختلط بصفة خاصة ،نتيجة الاختلاف

¹ - طوبيا إميل بيار ،مرجع سابق ، ص 330 . أنظر كذلك: - عكاشة محمد عبد العال ،تنازع القوانين....،مرجع سابق ،ص 490-491 .

² - السيد الحداد حفيظة ،الموجز في القانون الدولي الخاص.....،مرجع سابق ،ص 313.

³ - cass , civ ,15 juin 1887 ,de cibiens .

⁴ - للتفصيل أكثر أنظر - طوبيا إميل بيار ،مرجع سابق ،ص 316-317 .

⁵ - صلاح الدين جمال الدين ،تنازع القوانين....،مرجع سابق ، ص 147.

⁶ - هشام علي صادق ، السيد الحداد حفيظة، دروس في القانون الدولي الخاص....،مرجع سابق ،ص 97.

في ضوابط الإسناد، فلو كانت قواعد الإسناد موحدة فإن الأمر لا يطرح أي صعوبة، لأن الحل سيكون موحدًا¹.

وقد سبق الإشارة إلى أن الاختلاف بين قواعد الإسناد يؤدي في مواد الأحوال الشخصية إلى التنازع الإيجابي والسلبي، وأن هذه الأخيرة من صورة التنازع تعتبر المجال الذي تطرح فيه مشكلة الإحالة، ولتوضيح الفكرة أكثر سنعرض مثالين عن التنازع الإيجابي والسلبي² الذي تطرح فيه مشكلة الإحالة بشأن ميراث الطفل الناجم عن الزواج المختلط.

بالنسبة للتنازع الإيجابي: لنفترض أنه توفي جزائري مقيما في فرنسا (قبل 17 أوت 2015) تاركا ابنا وزوجة فرنسية، وتركة مشكلة من منقولات وعقارات متواجدة بفرنسا، فإذا رفعت الزوجة الفرنسية دعوى قضائية للمطالبة بحقها وحق ابنها في الميراث أمام القضاء الفرنسي فإن هذا الأخير سيطبق القانون الفرنسي، طبقا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تقضي بإخضاع التركة المنقولة إلى قانون الموطن الأخير للمتوفي والتركة العقارية لقانون موقع العقار، أما إذا رفعت الدعوى أمام القضاء الجزائري فإنه سيطبق القانون الجزائري طبقا لقاعدة الإسناد الجزائرية المقررة في المادة 16 من القانون المدني، والتي تخضع الميراث لقانون جنسية المورث وقت وفاته .

بالنسبة للتنازع السلبي: ومثاله أن يتوفى فرنسيا مسلما مقيما في الجزائر تاركا بها ابنا وزوجة جزائرية وتركة منقولة وعقارية، فإذا رفعت الزوجة الجزائرية دعوى للمطالبة بحقها وحق ابنها في الميراث أمام القضاء الجزائري فإنه سيطبق القانون الفرنسي، باعتباره قانون جنسية المورث وقت الوفاة، أما إذا رفعت دعواها أمام القضاء الفرنسي فسيطبق القانون الجزائري، باعتباره قانون الموطن الأخير للمتوفي بالنسبة للمنقولات وقانون الموقع فيما يخص العقارات .

¹- MONEGER (Françoise), Droit international privé , op.cit, n° 87, p 34.

-أنظر كذلك :- هشام علي صادق ، السيد الحداد حفيظة، دروس في القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص 97.

²- سبق التطرق إلى تعريف كل من التنازع الإيجابي والسلبي .أنظر ص ص 70-71 من هذه الدراسة .

يظهر في هذا النوع من التنازع أن كل من القانون الجزائري والفرنسي يرفض اختصاصه لحكم مسألة ميراث الطفل ،ولحل هذا الإشكال برزت نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص كوسيلة لمعالجة التنازع السلبي أو تنازع قواعد الإسناد ،إذ تعتبر آلية لمعالجة عواقب اختلاف ضوابط الإسناد المرتبطة بكل قاعدة إسناد للدول¹ .

سبق الإشارة إلى وجود نوعان من الإحالة وتعريفهما² ،وسنحاول فيما يلي ذكر النقاط المتعلقة بالميراث، لاسيما ميراث الطفل في كل نوع على حدى.

أولاً- الإحالة من الدرجة الأولى (الإحالة إلى قانون القاضي):

مثالها أن يرفع أمام القضاء الجزائري نزاع للمطالبة بحق الطفل في تركة منقولة لأمه الفرنسية التي توفيت وهي متوطنة في الجزائر ،وعليه سيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية المورث وقت الوفاة، طبقاً للمادة 16 من القانون المدني الجزائري ،وبالرجوع إلى قاعدة الإسناد الفرنسية فإنها ستحيل اختصاص الفصل في النزاع إلى قانون الموطن الأخير للمتوفي وهو قانون القاضي الجزائري .

تعتبر قضية فورقو من أشهر القضايا التي أخذ فيها القضاء الفرنسي بالإحالة من الدرجة الأولى ،وذلك بتطبيق القانون الفرنسي الذي أحالت إليه قاعدة الإسناد في القانون البافاري الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الفرنسية³ .

تتلخص وقائع القضية في أن فورقو ولد غير شرعي ،بفاري الجنسية ،انتقل للعيش مع أمه بفرنسا في سن الخامسة ،إلا أن توطنه فيها كان فعلياً لا قانونياً ،لأنه لم يكن مسموحاً لهما بالتوطن قانوناً فيها طبقاً للأحكام الفرنسية⁴ ،وقد ظل فورقو مقيماً في فرنسا

¹ -LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit, 1993 , n°198 , p 199.

² - أنظر ص ص 71-72 من هذه الدراسة.

³ - HOLLEAUX (Dominique) , FOYER (Pierre) , HEUZE (Vincent), op.cit, n°218 , p 159 . - GERAUD DE GEOUFFRE DE (La prabelle) , op.cit, n°474 , p 242

⁴ - كانت المادة 13 من القانون المدني الفرنسي قبل إلغائها بموجب القانون المؤرخ في 10/08/1927 تشترط الحصول على تصريح بالتوطن في فرنسا الذي يمنح بموجب مرسوم ،غير أن فورقو وأمه لم يتمكنوا من الحصول عليه لذلك كانت إقامتهما في فرنسا فعلية لا قانونية .

- HOLLEAUX (Dominique) , FOYER (Jacques) , GERAUD DE GEOUFFRE DE (La prabelle) , ibid, n° 151, p 90, n°474 , p 242 .

إلى أن وافته المنية وهو في سن الثمانية والستين ،تاركا فيها ثروة منقولة ،دون أن يكون له زوجة وأولاد ،ثار نزاع بشأن تركته أمام القضاء الفرنسي بين الدولة الفرنسية (إدارة الدومين) والحواشي من أقارب أمه .

قضت محكمة استئناف pau بأن القانون الواجب التطبيق حسب قاعدة الإسناد الفرنسية على مسألة ميراث المنقول هو القانون الموطن الأخير للمتوفي ،وبما أن فورقو كان مقيما في فرنسا فإن القانون الفرنسي هو الذي سيطبق ،والذي كان يقضي في ذلك الوقت بأنه لا يحق في ميراث الولد الطبيعي إلا والديه وإخوته وأخواته دون الحواشي .

طعن ورثة فورقو في هذا الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية التي قضت في قرارها المؤرخ في 05 ماي 1875 بأن فورقو لم يكن متوطنا قانونيا في فرنسا ،بل أن توطنه كان فعليا ،وهذا لا يبرر اختصاص القانون الفرنسي لحكم تركته ،وأحالت بذلك القضية إلى محكمة Burdo للفصل فيها ،التي قضت بدورها بأن الموطن القانوني لفورقو يبقى في بفاريا ،وعليه فإن القانون المختص بحكم تركته هو القانون البفاري الذي تجيز قواعده الموضوعية بتوريث هؤلاء الحواشي¹ .

تخضع قاعدة الإسناد الفرنسية ميراث المنقولات لقانون الموطن الأخير القانوني للمتوفي ،وبذلك يكون القانون البفاري هو المختص بحكم تركة فورقو المنقولة ،في حين تقضي قاعدة الاسناد البفارية بتطبيق قانون الموطن الأخير للمتوفي دون التفرقة بين الموطن الفعلي والقانوني للمتوفي ،وعليه يكون القانون الفرنسي هو المختص بحكم التركة² ،واستنادا على ذلك طعن إدارة الدومين العام في هذا القرار أمام محكمة النقض الفرنسية التي قضت في قرارها المؤرخ في 24 جوان 1878 بتطبيق القانون الفرنسي (قانون الموطن الأخير

¹ – MAYER (Pierre) , HEUZE (Vincent), op.cit, n°218 , pp 158 – 159 . - BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), op.cit., n°300, p 352 .

² –LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit., 1993 , n°200 , p 202 . voir aussi – : HOLLEAUX (Dominique), FOYER (Jacques) , GERAUD DE GEOUFFRE DE (La pradelle) op.cit, n°474 , p 242 .

لفورقو) الذي أحالت إليه قاعدة الإسناد في القانون البفاري (قانون الموطن الأخير القانوني لفورقو) الذي عينته قاعدة الاسناد الفرنسية¹.

رغم المعارضة الشديدة للفقهاء حول الأخذ بهذا النوع من الإحالة في ذلك الوقت إلا أن الاجتهاد القضائي الفرنسي يفضل تطبيقها على ميراث المنقول²، بل وحتى ميراث العقار³، إذ قبلت محكمة النقض الفرنسية الإحالة من الدرجة الأولى في ميراث العقار في قرارها الصادر بشأن قضية BALLESTURO⁴، وهو مواطن فرنسي توفي تاركا زوجة وطفلين وتركه مشكلة من عقارات واقعة في إيطاليا وفرنسا، ومنقولات موجودة في فرنسا، أشارت قاعدة الاسناد الفرنسية إلى تطبيق قانون موقع العقار وهو القانون الإيطالي، غير أن قاعدة الإسناد الإيطالية أحالت اختصاص الفصل في ميراث العقار لقانون جنسية المتوفي وهو القانون الفرنسي، قبل القضاء الفرنسي هذا النوع من الإحالة وطبق قانونه⁵.

وفي جميع الحالات يميل القضاء الفرنسي إلى تطبيق قانونه، ويسعى في سبيل ذلك إلى استخدام كل الوسائل الفنية التي تمكنه من تحقيق هذا الهدف، من بينها قبول الإحالة إلى قانون القاضي، فهذا الأخير يفضل ببساطة تطبيق قواعده الموضوعية في قانونه حتى لا يجهد نفسه بعناء البحث عن مضمون القانون الأجنبي⁶.

¹ – MAYER (Pierre) , HEUZE (Vincent), op.cit, n°218 , p 159 . – HOLLEAUX (Dominique), FOYER (Jacques) , GERAUD DE GEOUFFRE DE (La pradelle), op.cit, n°474 , p 242 .

² – Cass , civ, le 09/03/1910 et 08/03/1938 . cité par :- BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul) op.cit., n°302, p 354 .

³ – MAYER (Pierre) , HEUZE (Vincent), op.cit, n°218 , p 159

⁴ – Cass ,civ 21/03/2000, arrêt BALLESTURO .

⁵- LYN (François), « L'unité successorale en droit international privé »,recueil Dalloz, 1er cahier, 09/10/2003, N35/7132, p2392 . – voir aussi: – MONEGER (Françoise), Droit international privé.....,op.cit, n°100, p 37 .

⁶ – هشام علي صادق،المطول في القانون الدولي الخاص،مرجع سابق،ص ص 301-300 .

– la cour de cassation dans son arrêt du 09/03/1910a fondé le renvoi sur ce « que la loi française de droit international privé ne souffre d'aucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international étranger ; qu'il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé , et à ce que la loi française régisse d'après ses propres vues des intérêt qui naissent sur son territoire »- BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul) , op.cit., n°303, p 356.

في سبيل تحقيق وحدة القانون المطبق على ميراث المنقول والعقار كان للاجتهاد القضائي الفرنسي مؤخرا توجه جديد بشأن الإحالة في ميراث العقار ،لاسيما بعد انضمام فرنسا إلى اللائحة الأوروبية المتعلقة بالميراث السالف ذكرها ،وهذا ما يستشف من القرارين الصادرين سنة 2006 بشأن قضية " wildenstein" وفي 2009 بشأن قضية Riley التي أكدت من خلالهما أن الإحالة المستعملة من طرف قانون موقع العقار لا تكون مقبولة في ميراث العقار إلا إذا كانت تضمن وحدة الميراث وتطبيق نفس القانون على العقارات والمنقولات¹ .

أما الاجتهاد القضائي اللبناني فيميل إلى الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لتطبيق القانون اللبناني على ميراث الأموال الواقعة في لبنان ،الذي أحالت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الأجنبية ،وهذا ما يستشف من قرار محكمة التمييز اللبنانية المؤرخ في 26 كانون الأول 1951 المؤيد للحكم الابتدائي والقرار المستأنف بشأن نزاع يتعلق بتركة عقار كائن في لبنان لمتوفي يحمل الجنسية الأمريكية، فقواعد الإسناد اللبناني أشارت إلى تطبيق قانون جنسية المتوفي أي القانون الأمريكي، غير أن قواعد إسناد هذا الأخير قضت بتطبيق قانون موقع العقار وهو القانون اللبناني، فقبل القضاء اللبناني بدرجاته الإحالة وطبق القانون اللبناني ،وقد قدرت محكمة التمييز أن الإحالة وتطبيق قانون موقع العقار يمكنها من تصحيح سوء الاختيار الذي سلكه المشرع اللبناني عندما جعل من الجنسية ضابطا للإسناد².

وفي قضية أخرى أثرت فيها الإحالة من الدرجة الأولى أمام القضاء اللبناني ويتعلق الأمر بنزاع حول تركة السيد فيليبير ،فرنسي الجنسية ،توفي تاركا أموالا عقارية ومنقولة في لبنان ،فثار النزاع حول التركة بين ورثة المتوفي (الأرملة وولده الشرعي والطبيعي) فصدر حكم بتاريخ 16 نوفمبر 1981 يقضي بتوزيع الميراث بين الأرملة والابن الشرعي مستبعدا الابن الطبيعي للمتوفي لخلو المستندات المقدمة ،وهذا بتطبيق القواعد المادية في

¹ - DEBERNARDI (Giovanna), op.cit ,p 12 .

² - عكاشة محمد عبد العال ،تنازع القوانين....،مرجع سابق ،ص 221.

القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية المتوفي الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الإسناد اللبنانية (رفض القاضي في هذا الحكم الأخذ بالإحالة) .

وبعد الطعن في هذا الحكم صدر بتاريخ 17 أكتوبر 1983 حكما طبق فيه القاضي القانون اللبناني بعد قبوله للإحالة من الدرجة الأولى ،وأيده في ذلك قرار الاستئناف المؤرخ في 24 أبريل 1996 ،غير أن محكمة التمييز في قرارها المؤرخ في 28 ماي 1998 رفضت الأخذ بالإحالة وقضت بتطبيق القواعد المادية في القانون الفرنسي المختص الذي عينته قاعدة الاسناد اللبنانية، ومن ثم إدراج الولد الطبيعي ضمن الورثة المستحقين للإرث¹.

ثانيا- الإحالة من الدرجة الثانية (الإحالة إلى قانون دولة ثالثة)

مثالها أن يعرض أمام القضاء الجزائري نزاع للمطالبة بحق الطفل في تركة منقولة لأمه البريطانية ،توفيت وهي متوطنة في فرنسا ،حسب قاعدة الإسناد الجزائرية القانون المختص هو القانون البريطاني بوصفه قانون جنسية المورث وقت الوفاة ،وبالرجوع إلى قاعدة الإسناد البريطانية نجدها تحيل الاختصاص إلى القانون الفرنسي باعتباره قانون موطن المتوفي .

في هذا المثال تخلى قانون جنسية المتوفي (القانون البريطاني) عن اختصاصه ليس لقانون دولة القاضي الناظر في النزاع أي القانون الجزائري ،بل إلى قانون دولة ثالثة وهو القانون الفرنسي .

نادرا ما يأخذ الاجتهاد القضائي الفرنسي بالإحالة من الدرجة الثانية² ،ومع ذلك يتضح من صياغة حكم محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 07 مارس 1938³ اتجاهه نحو إمكانية الأخذ بها ،حيث أكدت من خلالها أن " وجوب الأخذ بالإحالة التي يقرها قانون

¹ - عكاشة محمد عبد العال ،تنازع القوانين....، مرجع سابق ،ص ص 226-232 .

² - BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), op.cit., n°306, p 359 .

³ - Cass ,07 mars 1938 ,de marchi , la cour de suprême affirmant « le caractère en principe obligatoire du renvoi fait par la loi nationale d'un étranger à la législation successorale d'un autre état pouvant être le cas échéant la législation française » .

- ibid, n°307, p 360 . - voir aussi :- LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre), op.cit , 1993 , n°200 , p 202 .

جنسية الأجنبي إلى القانون الذي يحكم الميراث في دولة أخرى والذي يمكن أن يكون القانون الفرنسي ."

لاحظ الفقيه الفرنسي باتفول أنه بالرغم من أن الحكم يتعلق بالإحالة إلى القانون الفرنسي وهي إحالة من الدرجة الأولى إلا أن عباراته جاءت مطلقة، فهي تتضمن معنى التسليم بالإحالة إلى قانون آخر غير القانون الفرنسي، أي التسليم بالإحالة من الدرجة الثانية¹، غير أنه من جهة أخرى ما يقلل من شأن هذا المعنى المطلق الذي تضمنه هذا الحكم أن محكمة النقض الفرنسية لم تكرر الإشارة إليه في أحكامها اللاحقة².

بخلاف القضاء الفرنسي تبنى القضاء الألماني صراحة الإحالة من الدرجة الثانية في قضية رفعت أمام المحكمة الألمانية بشأن شركة أحد البلجيكين الكائنة في روسيا، حيث أشارت قواعد الإسناد الألمانية إلى تطبيق القانون الوطني للمتوفي وهو القانون البلجيكي، غير أن قواعد إسناد هذا الأخير أحالت الاختصاص إلى القانون الروسي، بوصفه قانون موقع المال، فقبل القضاء الألماني الإحالة من الدرجة الثانية وطبق القانون الروسي³.

إذا كانت الإحالة آلية لحل تنازع القوانين في الميراث، إلا أنه من جهة أخرى تعتبر آلية لإثارة مشكل تنازع القوانين، إذ أن الأخذ بها يزيد من تعقيد منهجية تنازع القوانين التي كانت تعاني منها سلفاً⁴.

فالأخذ بالإحالة على نوعيتها في مسألة ميراث الطفل في الزواج المختلط يؤدي إلى اختلاف الحلول نتيجة الاختلاف في القانون الواجب التطبيق عليها، وهذا ما يؤدي إلى صدور أحكام قضائية متباينة لحكم نفس المسألة، يصعب تنفيذها في دولة محل التنفيذ إذا كان الأمر يقتضي ذلك⁵، مما يؤدي في الأخير إلى إهدار حق الطفل في الميراث.

¹ - BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), op.cit, n°307, p 360 .

² -ibid , n°306, p 359.

- أنظر كذلك: - هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 267.

³ - البستاني سعيد يوسف، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 643-644 .

⁴ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين....، مرجع سابق، ص 288.

⁵ - الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 75 . أنظر كذلك: - الداودي غالب علي،

مرجع سابق، ص 134 .

ولتوضيح الفكرة نسوق المثال الآتي : لو عرض أمام القضاء الجزائري نزاع للمطالبة بحق طفل طبيعي في تركة أبيه الفرنسي ، كان مقيما في الجزائر توفي (قبل 17 اوت 2015) تاركا بها عقارات ومنقولات ، فالقانون المختص بحكم هذا النزاع طبقا لقاعدة الإسناد الجزائرية هو القانون الفرنسي بوصفه قانون جنسية المورث وقت الوفاة ، غير أن القانون الفرنسي سيحيل الاختصاص إلى القانون الجزائري باعتباره قانون الموطن الأخير للمتوفي فيما يخص التركة المنقولة وقانون الموقع بالنسبة للتركة العقارية ، وعليه سيطبق القاضي الجزائري قانونه الوطني الذي يمنع التوارث بينهما ، لأن أساس التوارث هو النسب الشرعي .

في المقابل لو عرض نفس النزاع على القاضي الفرنسي فسيطبق قانونه الوطني لأن القانون الجزائري المختص باعتباره قانون الموطن الأخير للمتوفي فيما يخص التركة المنقولة وقانون الموقع بالنسبة للتركة العقارية وفقا لقاعدة الاسناد الفرنسية سيحيل الاختصاص للقانون الفرنسي بوصفه قانون جنسية المورث ، الذي يجيز للطفل الطبيعي أن يرث من تركة أبيه ، وبما أن المنقولات والعقارات واقعة في الجزائر ، فحتما سيرفض القاضي الجزائري منح الصيغة التنفيذية للحكم الفرنسي الذي يجيز مثل هذا التوارث ، وهذا يعد مساسا بحق الطفل في الميراث من وجهة نظر الدولة الفرنسية التي تقوم على مبادئ الحرية والمساواة كدولة علمانية .

ذهب بعض الفقه إلى القول بأنه يمكن للإحالة أن تؤدي إلى التناسق القانوني ووحدة الحلول إذا كان أحد القانونين يأخذ بالإحالة دون القانون الآخر¹ ، وهذا ما لا يمكن تصوره في جميع الحالات ، وفي غير ذلك فإن الأخذ بالإحالة تزيد من تعقيد منهج الإسناد² ، لذلك نخلص إلى اعتبار الإحالة آلية لتنازع القوانين رغم أنها وجدت كآلية لحل هذا التنازع .

¹ - الهداوي حسن ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 75 . أنظر كذلك : - أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج 1 ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 105 . - عكاشة محمد عبد العال ، دراسات في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 18 .

² - عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ... ، مرجع سابق ، ص 288 . أنظر كذلك : - ناصيف الياس ، مرجع سابق ، ص 480 -

سبق الإشارة إلى موقف تشريعات الدول من الإحالة بصفة عامة¹، أما بالنسبة لموقف أهم التشريعات الاتفاقية من الإحالة في مادة الميراث فنجد أن المادة²34 من اللائحة الأوروبية رقم 2012/650 السالفة الذكر تقضي بأنه "إذا عينت اللائحة قانون دولة أخرى باعتباره القانون الوجب التطبيق على الميراث، فإنها تقصد بذلك قواعد القانون السارية المفعول في تلك الدولة، بما فيها قواعد القانون الدولي الخاص شريطة أن تحيل تلك الدولة إلى قانون الدولة العضو أو قانون دول أخرى الذي سيطبق قانونها الخاص...".

يتضح من نص المادة المذكورة أعلاه أن اللائحة الأوروبية لا تأخذ بالإحالة كقاعدة عامة، فإذا كان القانون الذي عينته اللائحة هو قانون دولة غير عضو فيها، فإنها تقصد بذلك قواعده الموضوعية، غير أنها أجازت تطبيق الإحالة بصفة استثنائية وفق الشروط التي حددتها، فإذا كانت قاعدة الإسناد في قانون الدولة غير العضو بوصفه قانون الإقامة الاعتيادية للمتوفي المعين بواسطة قاعدة الإسناد في اللائحة يحيل الاختصاص إلى قانون دولة عضو فإن هذا الأخير هو الذي سيطبق أو أنه يحيل إلى قانون دولة أخرى غير عضو، والذي سيطبق قانونها الخاص .

أخذت اللائحة بالإحالة على نوعيها في نص المادة السالف الذكر، إذ كرست في فقرتها أ فكرة الإحالة من الدرجة الأولى عندما أقرت بتطبيق القانون المحال إليه وهو قانون إحدى الدول العضوة فيها، والذي يمكن أن يكون قانون القاضي أو قانون إحدى الدول العضوة مع قانون القاضي، ولتوضيح هاتين الصورتين نسوق المثالين الآتيين :

¹ - أنظر ص ص 73-75 من هذه الدراسة .

² - l'article 34 du règlement (UE) n° 650/2012 dispose que : « Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un Etat tiers, il vise l'application des règles de droit en vigueur dans cet Etat, y compris ses règles de droit international privé, pour autant que ces règles renvoient :

A - à la loi d'un Etat membre ; ou

B - à la loi d'un autre Etat tiers qui appliquerait sa propre loi.....».

-أصبحت قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث من خلال اللائحة موحدة بين الدول الأوروبية الأعضاء، والتي تقضي بتطبيق قانون الإقامة الاعتيادية للمتوفي وقت الوفاة كمبدأ عام مع وجود بعض الاستثناءات كما سبق الإشارة إلى ذلك وبالتالي لا مجال لإعمال فكرة الإحالة إذا كانت الإقامة الاعتيادية للمتوفي واقعة في إحدى الدول الأعضاء، بخلاف لو كانت واقعة في إحدى الدول غير العضوة في اللائحة، كالدول الإسلامية .

الصورة التي يحال فيها الى تطبيق قانون القاضي مثالها : أن يعرض أمام القاضي الفرنسي نزاع يتعلق بميراث طفل من تركة أبيه الفرنسي توفي وهو مقيم في المغرب ،طبقا لقاعدة الإسناد في اللائحة فإن القانون المختص بحكم الميراث هو القانون المغربي باعتباره قانون الإقامة الاعتيادية للمتوفي وقت وفاته ،غير أنه بالرجوع إلى قاعدة الإسناد المغربية نجدتها تحيل الاختصاص إلى القانون الفرنسي بوصفه قانون جنسية المتوفي وقت الوفاة، وهو الذي سيطبق على النزاع وبالتالي تجنب تطبيق القانون الأجنبي (القانون المغربي) الذي يستمد أحكام الميراث من الشريعة الإسلامية على غرار التشريعات الإسلامية الأخرى التي تستند إلى مبادئ وقيم بعيدة عن تلك السائدة في معظم الدول الأعضاء في اللائحة¹.

أما الحالة الثانية التي يحال فيها إلى قانون القاضي وقانون دولة أخرى عضو فمثالها أن يعرض أمام المحاكم الإيطالية نزاع يتعلق بميراث طفل من تركة أبيه الإيطالي توفي وهو مقيم في استراليا تاركا عقارات بإيطاليا وفرنسا ،وفقا لقاعدة الإسناد في اللائحة فإن القانون المختص هو القانون الأسترالي (قانون الإقامة الاعتيادية للمتوفي وقت الوفاة)،غير أن قواعد الإسناد الأسترالية ستحيل الاختصاص إلى القانون الإيطالي (قانون القاضي) بوصفه قانون موقع العقار الواقعة في إيطاليا ،ويحيل الاختصاص إلى القانون الفرنسي (قانون الدولة العضو) باعتباره قانون الموقع بالنسبة للعقارات الواقعة في فرنسا ،وفي هذه الحالة لا يكتفي القاضي الإيطالي بتطبيق قانونه، بل يأخذ في الاعتبار تطبيق القانون الفرنسي بالنسبة للعقارات الموجودة في فرنسا² .

وفي كلتا الحالتين تقبل اللائحة الإحالة مادام أنها تخص قانون دولة عضو فيها .

أما الإحالة من الدرجة الثانية فقد كرستها الفقرة ب من المادة السالفة الذكر عندما أشارت إلى تطبيق القانون المحال إليه ،والذي يكمن في قانون دولة أخرى غير عضو، لكن الإشكال الذي يثار في هذا النوع من الإحالة يكمن في الحالة التي تشير فيها قاعدة إسناد هذا القانون المحال إليه إلى اختصاص قانون دولة رابعة وهكذا ،وعليه وفي ظل غياب

¹ – DEBERNARDI (Giovanna), op.cit , p 69.

² – ibid.

الحل في أحكام اللائحة يقترح بعض المؤلفين الأخذ بالإحالة المتعددة إذا كانت هذه الآلية تضمن وحدة القرارات القضائية¹ .

وفي جميع الأحوال تستبعد اللائحة فكرة الإحالة في عدة حالات² منها ما يتعلق بتطبيق الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 21 من اللائحة، ويرجع حكم الاستبعاد في هذه الحالة إلى فكرة تفضيل اللائحة تطبيق قانون جنسية دولة المتوفي لارتباطه الوثيق بها، وعليه لا يمكن التشكيك في هذا التقييم من خلال تطبيق آلية الإحالة، ومنها ما يتعلق بحالة اختيار المتوفي قبل وفاته القانون الذي سيحكم ميراثه، لأنها تتماشى مع مبدأ حرية واستقلالية إرادة المتوفي المكرسة في أحكام اللائحة³، بالإضافة إلى الحالة التي تتعلق أيضا بشكل الاختيار الميراثي إذا كان مطابقا لقانون محل الإقامة المعتادة للمحرر وفي إطار الأنظمة الخاصة المحددة في المادة 30 من اللائحة .

¹ – DEBERNARDI (Giovanna), op.cit, p 70 .

² - l'article 34/2 du règlement (UE) n° 650/2012 dispose que : « Aucun renvoi n'est applicable pour les lois visées à l'article 21, paragraphe 2, à l'article 22, à l'article 27, à l'article 28, point b), et à l'article 30 ».

³ - DEBERNARDI (Giovanna), op.cit, p 71.

خاتمة

يعتبر موضوع حقوق الطفل المترتبة على الزواج المختلط في ظل قواعد القانون الدولي الخاص من أهم المواضيع القانونية الشائكة والمتشعبة، لما تثيره من إشكالات حادة ومعقدة تحتاج إلى حلول فعالة لحماية حقوق هذه الفئة من الأبناء، ومن خلال تحليلنا ودراستنا لهذه الإشكالات وحلولها المطروحة توصلنا إلى النتائج الآتية:

- تعد مسألة تحديد جنسية الطفل في الزواج المختلط من أهم الحقوق التي تتحدد على أساسها بقية الحقوق، لاسيما بالنسبة للدول التي تأخذ بجنسية الطفل كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق .

- إذا كانت مسألة تحديد جنسية الطفل في الزواج المبرم بين وطنيين مسألة يسيرة لا تطرح أي صعوبة إلا أنها قد تتعقد وتشتد في اطار الزواج المختلط المبرم بين مختلفي الجنسية، نتيجة اختلاف نظرة الفقه والدول لأحكام تنظيم الجنسية.

- رغم اختلاف الفقه حول تأثير الزواج المختلط على أفراد الأسرة من بينهم الأطفال ودور الأم في منح جنسيتها الأصلية للأبناء، إلا أن هدفهم واحد، وهو البحث عن أحكام تنظم الجنسية على نحو يضمن التمتع بها على أكمل وجه .

- تبنى المشرع الجزائري بعد تعديله لقانون الجنسية سنة 2005 أحكاما مغايرة لتلك التي كانت مقررة قبل التعديل، أي في ظل الأمر رقم 70-86، حيث اعترف للطفل الطبيعي بحقه في الجنسية الأصلية من جهة الأم، تقريرا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، بعد ما كان ما كان يؤسس منح الجنسية الأصلية على النسب الشرعي، وتقييد منحها من جهة الأم بشروط وقيود، وهذا يتنافى ويتناقض مع موقفه من النسب غير الشرعي في قانون الأسرة الذي لا يقره ولا يعترف به، في حين يعترف له بالحق في الجنسية .

- حسن ما فعل المشرع الجزائري بتعديله لقانون الجنسية سنة 2005 من خلال إقراره بحق المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية الأصلية للطفل، لأن مصلحته وحماية حقه في الجنسية تقتضي مثل هذا الاقرار، الذي سيجنبه من الوقوع في مشكل انعدام

الجنسية، لاسيما أمام تفاقم ظاهرة ازدياد الأطفال الناجمين عن الزواج المختلط، واختلاف الدول في تنظيم جنسيتها .

- قصور المشرع الجزائري في حماية حق الطفل الناجم عن الزواج المختلط في الجنسية في ظل القانون رقم 69/63 الملغى، بدليل أنه لم يرتب أي أثر على جنسية الطفل من جراء اكتساب المرأة الأجنبية التي تتزوج جزائريا.

- لم يول المشرع الجزائري أي اهتمام للزواج المختلط كطريق لاكتساب أحد الزوجين الأجبيين للجنسية الجزائرية وأثره على جنسية الطفل، بخلاف الأهمية البالغة التي أولاها للمتجنس بالجنسية الجزائرية وأبنائه في ظل الأمر رقم 86/70 ،بدليل أن نصوصه القانونية جاءت خالية من أي حكم ينظم مسألة اكتساب أحد الزوجين الأجبيين للجنسية الجزائرية بالزواج، وبالنتيجة عدم ترتيب أي أثر على جنسية الطفل، مما يحول دون تمتعه بالجنسية الجزائرية ،خاصة في ظل الأحكام المقررة في المادة 6 و 7 لمنح الجنسية الأصلية بالنسب والاقليم المقيدة لحقه في التمتع بالجنسية الجزائرية .

- الفراغ التشريعي في قانون الجنسية الجزائري بشأن أثر اكتساب جنسية الزوج أو الزوجة عن طريق الزواج المختلط على جنسية الأبناء المنتسبين إلى هذا الزوج أو الزوجة من زواج سابق انقضى بوفاة أو طلاق، وما ينجم عنه من تأويلات ،بخلاف بعض التشريعات التي حددت موقفها من ذلك سواء بالإيجاب أو السلب .

- فتح المشرع الجزائري بموجب تعديله لقانون الجنسية سنة 2005 الباب لمنح الجنسية الجزائرية الأصلية للطفل سواء بالانتساب إلى أم جزائرية أو أب جزائري، مقابل سده لباب منح الجنسية الجزائرية المكتسبة للطفل نتيجة اكتساب أحد والديه للجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط.

- لقد أحسن المشرع الجزائري بعدم ترتيبه أي أثر لفقد الزوجة الجزائرية الجنسية الجزائرية بالزواج من أجنبي على جنسية الأطفال القصر قبل وبعد تعديل قانون الجنسية حتى لا يجد الطفل نفسه يتخبط في اشكال انعدام الجنسية، نتيجة اختلاف الأنظمة القانونية للدول في منح جنسيتها .

- يعاب على المشرع الجزائري تنظيمه للجنسية بأحكام تسودها العمومية والابهام مما تفسح المجال لعدة تأويلات، كما هو الحال في المادة 18 فقرة أ من قانون الجنسية سواء قبل او بعد تعديله التي تنص على حالة فقد الجنسية الجزائرية للجزائري الذي اكتسب عن طواعية في الخارج جنسية أجنبية، فإذا كانت عموميتها تسمح بإدراج مسألة فقد الجنسية الجزائرية بالنسبة للجزائري المتزوج بأجنبية فيترتب على ذلك امتداد فقد الجنسية الجزائرية بحكم القانون إلى الأولاد القصر غير المتزوجين الذين يعيشون معه فعلا قبل تعديل قانون الجنسية سنة 2005، غير أنه حسن ما فعل المشرع الجزائري بعدم ترتيب أي أثر للفقد على جنسية الأبناء القصر بعد تعديل قانون الجنسية 2005 رغم ابقائه على هذه الحالة.

- راعى المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الجنسية سنة 2005 مصلحة الطفل في استرداد الجنسية الجزائرية التي فقدتها نتيجة فقدان الأب لها، كما راع مصلحة الطفل المولود بعد فقد أبيه للجنسية الجزائرية واستردها، من خلال الإقرار له بحق اكتساب الجنسية الجزائرية من أجل تحقيق مبدأ وحدة الجنسية في الأسرة وتفادي انعدام جنسية الطفل .

- إن تنظيم المشرع الجزائري لأحكام استرداد الجنسية الجزائرية وأثرها على جنسية الطفل بعد التعديل مردود عليه، فإذا كان من باب المنطق عدم ترتيب أي أثر على استرداد الأب لجنسيته الجزائرية على جنسية الطفل نتيجة عدم امتداد فقد الجنسية الجزائرية على الأبناء القصر، إلا أن عدم نصه على اكتساب الجنسية الجزائرية للأبناء القصر الذين ولدوا بعد فقد الجنسية كأثر لاسترداد أبيهم للجنسية الجزائرية يطرح بعض التساؤلات، هل يحرم هؤلاء الاطفال من جنسية الأب التي استردها أو أنهم يخضعون لنص المادة 6 من قانون الجنسية، فتمنح لهم الجنسية الجزائرية بالانتساب إلى الأب الجزائري؟ .

- رغم اختلاف تشريعات الدول في تنظيم جنسيتها إلا أن أغلبها تقر بحق المساواة بين الرجل والمرأة في منح جنسيتها الأصلية للطفل، تفاديا لمشكل انعدام الجنسية وخطورته على الطفل .

- يعترض سبيل تمتع الطفل بجنسيته اشكال تعدد جنسيته وانعدامها وما ينجم عنها من مشاكل عويصة، من شأنها زعزعة استقرار الطفل في جميع مجالات حياته اليومية

نتيجة اختلاف الدول في الأسس والمعايير وطريقة تطبيقها لمنح جنسيتها للطفل على النحو الذي يحقق مصالحها الأساسية .

- أولى فقه القانون الدولي الخاص أهمية بالغة لإيجاد حلول وقائية وعلاجية لإشكال تعدد جنسية الطفل وانعدامها إلى درجة الخلاف والجدل الكبير الذي دار بينهم، وتأثيره على تشريعات الدول في تبني الحلول الأكثر فعالية، منها نظرية الجنسية الفعلية في حالة تعدد الجنسية، واعتماد ضابط الموطن أو الإقامة الفعلية في حالة انعدام جنسية الطفل .

- إن تحديد المشرع الجزائري لموقفه الصريح اتجاه مسألة تعدد جنسيات الطفل من خلال تبنية للجنسية الفعلية سيجنب التفسيرات المختلفة للقضاء ،الذي سيجد نفسه عاجزا عن تحديد احدى الجنسيات المتنازعة في ظل اختلاف الآراء الفقهية التي قيلت، لاسيما بالنظر إلى أهمية هذه المسألة بالنسبة للطفل الذي يتطلب قصره التمتع بجنسية واحدة، تكفل له حق التمتع ببقية حقوقه بصفة مستقرة .

- حسن ما فعل المشرع الجزائري عند تحديد موقفه الصريح بعد تعديله للمادة 22 من القانون المدني ،من خلال اعتداده بالموطن كضابط اسناد احتياطي أو استثنائي لضابط الجنسية في حالة انعدام الجنسية ،لأن الواقع العملي أثبت مدى تأثر الطفل بالموطن الذي يعيش فيه في جميع النواحي، وما يكتنه من ولاء لهذا الوطن الذي يعد جوهر الجنسية.

- لعب فقه القانون الدولي الخاص دور كبير في تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب سواء كان شرعيا أو غير شرعيا رغم اختلاف اتجاهاته ،وهو ما كان له أثر كبير على تشريعات الدول التي بدورها اختلفت اتجاهاتها حول هذا القانون .

- لقد أصابت بعض تشريعات الدول بوضعها قاعدة اسناد خاصة بالنسب وهذا لحسم الخلاف الفقهي حول القانون الواجب التطبيق عليه ،بخلاف التشريع الجزائري الذي كان يشوبه فراغ بشأن قاعدة الإسناد الخاصة بالنسب في القانون المدني قبل التعديل، وهذا ما فسح المجال لتأويلات مختلفة حول القانون الواجب التطبيق على النسب ،غير أنه أحسن المشرع الجزائري صنعا عند نصه على قاعدة اسناد خاصة به بعد تعديله للقانون المدني سنة 2005 .

- اقتصار قاعدة الإسناد الخاصة بالنسب في تشريعات الدول الإسلامية على غرار التشريع الجزائري على النسب الشرعي، بخلاف الدول الغربية العلمانية التي حرصت على وضع قاعدة اسناد خاصة بالنسب الطبيعي إلى جانب تلك الخاصة بالنسب الشرعي، بل وصل الأمر إلى حد وضع قاعدة إسناد مشتركة بين النسب الشرعي وغير الشرعي، تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الطفل الشرعي وغير الشرعي في الحقوق، كالقانون الفرنسي .

- يعاب على المشرع الجزائري إسناد الاختصاص إلى قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل أنه جزم مسبقاً بأبوة الزوج للولد، غير أنه عملياً قد يثبت أن الابن غير شرعي في حالة إنكاره .

- إذا كانت صعوبة اعطاء تعريف للنظام العام أدت بتشريعات الدول على غرار التشريع الجزائري إلى ترك مهمة تقديرها عاتق القضاء بالنظر إلى كل حالة على حدى، إلا أن هذه السلطة التقديرية لا تسمح له بالخروج عن دائرة الأسس الجوهرية السائدة في دولة القاضي.

- عرف النظام العام تطوراً ملحوظاً لدى القضاء الفرنسي في استبعاد القوانين العلمانية المختصة بحكم النسب غير الشرعي، فبعد اتساع دائرة آثاره لعدم اعتراف المشرع الفرنسي به لم يعد للنظام العام أي مبرر لإثارته بعد اعتراف المشرع الفرنسي بالنسب غير الشرعي وإقرار قاعدة إسناد تحكمه .

- كان للفقهاء الفرنسيين دور كبير في مناقشة وتحليل مسألة قبول الإحالة أو رفضها في النسب، من خلال تحليله لأحكام القانون الفرنسي المتعلقة بالنسب الشرعي والطبيعي، وهو نفس الدور الذي لعبه الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي أصدر قراراته وفقاً لما يتماشى والقانون الفرنسي المنظم للنسب الشرعي والطبيعي .

- رغم الطبيعة الخاصة لحضانة أبناء الزواج المختلط إلا أنّ التشريعات العربية وفي مقدمتها التشريع الجزائري لم تول الأهمية اللازمة لها، مكتفية في ذلك بالنصوص القانونية التي تحكم الحضانة في إطار الروابط الزوجية الداخلية التي لا تكفل الحماية

القانونية لهذه الفئة من الأبناء التي هي بأمس الحاجة إلى حماية خاصة تتماشى وخصوصية الحضانة في الزواج المختلط .

- الفراغ التشريعي بشأن قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة التي تحدد القانون الواجب التطبيق عليها في ق م ج وأغلب القوانين العربية وحتى الأجنبية ، وهذا ما أدى إلى اختلاف قضاء الدول في تكييف الحضانة، وبالتالي الاختلاف في القانون الذي يحكمها ،والذي قد يكون بين قضاة الدولة الواحدة ،مستدئين في ذلك إلى آراء الفقه الوضعي الذي دار بينهم جدال وخلاف كبير حول هذه المسألة ،وهذا ما يجعل موضوع الحضانة في الزواج المختلط من أكثر المواضيع إثارة لتنازع القوانين .

- أدى الاستثناء المقرر لصالح القانون الوطني والوارد في معظم التشريعات إلى إثارة صعوبات على مستوى تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بالحضانة في دولة التنفيذ .

- اضمحلال ضابط الجنسية أمام ضابط المصلحة الفضلى للطفل الذي استطاع القضاء الأوروبي أن يجعل منه معيارا يقفز به على مختلف الاعتبارات القانونية الوطنية، ومما لا شك فيه أن تبني مثل هذا الضابط سينعكس سلبا على المصلحة الدينية الإسلامية للمحضون، التي ستختفي في ظل هذا المعيار الذي سينظر إليه من زاوية القانون العلماني.

- رغم إبرام اتفاقيتي لاهاي لسنة 1961 ولسنة 1996 لتحديد وتوحيد القانون الواجب التطبيق على الحضانة إلا أن التشريعات العربية بما فيها الجزائر لم تنضم إليها ، لأنها تضمنت أحكاما لا تتماشى والتشريع الجزائري ،فتطبيق قانون موطن الطفل على الحضانة والمسائل المرتبطة بها كحق الزيارة يؤدي إلى خضوعها لقانون غريب وبعيد كل البعد في أحكامه عن القانون الجزائري المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية.

- رغم إحاطة القضاء الجزائري التربية الدينية الإسلامية للمحضون بضمانات حتى تسند الحضانة للأجانب غير المسلمة وهي ضمان ممارسة الحضانة في بيئة إسلامية وضمن رقابة الأب لتربية ابنه إلا أن هذه الضمانات ليست كافية لتكريس شرط تربية الابن

على الدين الإسلامي بآتم معنى الكلمة، لقدرة هذه الأم على ترسيخ دينها وقيمها في نفسية المحضون خاصة في ظل تمسك الناس في عصرنا الحالي بروح الاستقلال الشخصي.

- إن الاعتداد بالتربية الدينية الإسلامية للمحضون في التشريعات العربية أدى إلى طرح إشكال على مستوى تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الخاصة بالحضانة في الدول العلمانية، في مقابل رفض قضاء هذه الدول منح الصيغة التنفيذية للأحكام والقرارات الصادرة عن قضاء الدول العربية التي تعتد بهذه التربية الدينية الإسلامية للمحضون، ومما لاشك فيه أنّ تبني مثل هذا الموقف السلبي سيقع ضحيته المحضون لما سيخلفه من آثار سلبية تهدد استقراره النفسي والمادي .

- تفاقم ظاهرة النقل غير المشروع عبر الحدود الدولية كنتيجة لتشدد القضاء الفرنسي في تقرير حق الزيارة للوالد الجزائري غير الحاضن، واستعمال هذا الأخير الزيارة كوسيلة فعالة لتنفيذ عملية نقل المحضون خارج الحدود الوطنية.

- رغم الحلول التي جاءت بها اتفاقية لاهاي لسنة 1980 للحد من ظاهرة الاختطاف الدولي للمحضون على أيدي احد الوالدين المنفصلين إلا أنّ هذه الاتفاقية تضمنت أحكاما تعتبر عائقا لانضمام الدول العربية إليها لمخالفتها للنظام العام لهذه الدول، وفي نفس الوقت تشكل حاجزا لتنفيذها نتيجة الاستثناءات الواردة على أصل الإرجاع الفوري للطفل والتي تحول دون تحقيق الهدف المراد من إبرامها .

- رغم الحماية القانونية المكرسة لأبناء الزواج المختلط في ظل اتفاقية حقوق الطفل للحد من ظاهرة النقل غير المشروع عبر الحدود الدولية وضمن الاتصال المباشر للمحضون بوالديه إلا أنّ هذه الاتفاقية غير كافية لحماية هذه الفئة من الأطفال، التي تحتاج إلى حماية خاصة، لأن هذه الاتفاقية تضم حقوقا عديدة لجميع الأطفال وليست متخصصة فقط في حماية أبناء الزواج المختلط بعد انفصال الوالدين .

- إن كانت أحكام الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية قد تضمنت حولا فعالة للحد من ظاهرة النقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود الدولية، وجعل المحضون في اتصال دائم بين والديه من خلال تقرير حق الزيارة عبر حدود البلدين إلا أنّها أدارت ظهرها

للإشكالات الأخرى، وما تلك الحلول إلا ضمانات لممارسة الأم الفرنسية غير المسلمة حقها في الحضانة دون أن يعترض سبيل ممارستها لهذا الحق أي عائق، ما دام أن الاختصاص القضائي في أغلب الأحيان يرجع للقاضي الفرنسي، الذي لن يتردد عن تطبيق قانونه وإسناد الحضانة لها، دون أي اعتبار لتربية الابن على الدين الإسلامي، وبالنتيجة فإن هذه الاتفاقية تخدم مصلحة الطرف الفرنسي، وتطغى عليها أحكام القانون الفرنسي، بدليل أننا لم نلمس أي إشارة لشرط تربية الابن على الدين الإسلامي الذي يعتبر من أبرز الأسس الجوهرية التي تبنى عليها مصلحة المحضون في القانون الجزائري.

- يعاب على المشرع الجزائري عدم تضمين نصوصه القانونية قواعد الاختصاص القضائي الدولي رغم أهمية مسألة تحديد المحكمة المختصة دوليا للفصل في الميراث بصفة عامة وميراث الطفل في الزواج المختلط بصفة خاصة، وهذا ما أدى إلى تمديد قواعد الاختصاص القضائي الوطني على المستوى الدولي، التي لا تتماشى وخصوصية الصفة الدولية لمسألة ميراث الطفل في الزواج المختلط .

- لقد أدى اختلاف تشريعات الدول منها العربية والغربية حول ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها الوطنية من أجل الفصل في مسائل ميراث الطفل بالإضافة إلى تبنيها عدة ضوابط لضمان اختصاص محاكمها دوليا إلى طرح صعوبات وإشكالات، أهمها تنازع الاختصاص القضائي الدولي، وصعوبة تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية في دولة محل التنفيذ، والتي من شأنها المساس بحق الطفل في الميراث.

- لقد كان لفقهاء وقضاة الدول دور كبير في تحديد المحكمة المختصة دوليا للفصل في القضايا المتعلقة بميراث العقارات الواقعة في الخارج، رغم الخلاف والجدل الذي دار بينهم والذي انعكس على موقف تشريعات الدول .

- إن الأخذ بضابط موقع المال سواء كان منقولاً أو عقاراً كضابط لتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية لحكم مسألة الميراث سيؤدي إلى تجزئة الميراث، إذ يخضع كل جزء إلى اختصاص المحكمة الواقع على إقليم دولتها، وهذا ما يؤدي إلى صدور عدة أحكام قضائية رغم أن تركة المتوفي واحدة، والتي تؤثر بصفة سلبية على حقوق بعض

الورثة، كحق الطفل في الميراث ،وبصفة ايجابية على البعض الآخر، لا سيما انحياز قاضي كل دولة التي يقع على إقليمها المال إلى تطبيق قانونه بعد عقد اختصاصه .

- صعوبة الأخذ بجنسية المورث كضابط لتحديد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية للفصل في مسألة ميراث الطفل ،لما يطرحه من اشكال تعدد جنسية المورث .

- إن اختلاف الفقه وقضاء الدول وتشريعاتها حول القانون الواجب التطبيق على ميراث الطفل مرده الاختلاف في تكييف الميراث ،سواء بإدراجه ضمن الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية أو ضمن فئة قانونية مستقلة .

- لقد أصاب المشرع الجزائري على غرار مشرعي الدول الإسلامية عند ادراجه للميراث ضمن الأحوال الشخصية، من خلال تنظيم أحكامه ضمن قانون الأسرة ،على اعتباره نظاما يتعلق بالأشخاص وبروابط الأسرة.

- يعد اختلاف الدول حول القانون الواجب التطبيق من أهم الصعوبات التي تعترض سبيل حصول الطفل الناجم عن الزواج المختلط على حقه في الميراث، نتيجة اختلاف الدول في تنظيم قاعدة الاسناد الخاصة بالميراث ،وتزداد الصعوبة أكثر نتيجة تبني بعض الدول قاعد اسناد خاصة بميراث العقار وأخرى تتعلق ميراث المنقول .

- أصاب المشرع الجزائري على غرار أغلب تشريعات الدول بإخضاع الميراث لقانون واحد وهو قانون جنسية المتوفي وقت وفاته، لتجنب الوقوع في اشكال تجزئة الميراث وما ينجم عنه من المشاكل والعقبات التي تواجه الطفل في الحصول على حقه من الميراث.

- أهمية تحديد المسائل التي تندرج ضمن فكرة الميراث لإخضاعها للقانون الذي يحكم هذا الأخير ،وتلك التي تخرج عنه، وبالتالي اخضاعها لقانون آخر .

- رغم توحيد قواعد الاختصاص القضائي والتشريعي الدولي في مادة الميراث بين الدول الأوروبية إلا أن اشكال تنازع الاختصاص يبقى مطروحا بين الدول الغربية والإسلامية ،خاصة وأن حق الطفل في الميراث يثار بنسبة كبيرة في الزواج المختلط المبرم بين طرف ينتمي إلى دولة عضو في اللائحة وطرف ينتمي إلى دولة إسلامية غير منظمة إلى اللائحة ،وبالتالي غير ملزمة بقواعدها ،ولعل ما يزيد من حدة هذا الإشكال تبني

اللائحة أحكام الاختصاص القضائي والتشريعي بصيغة قد تؤدي إلى عقد الاختصاص القضائي والتشريعي لإحدى الدول الإسلامية .

- لا تثير حقوق الطفل في النسب ،الحضانة والميراث في اطار الزواج المختلط المبرم بين طرف جزائري مسلم والآخر من دولة عربية مسلمة إشكالات كثيرة مقارنة بتلك المثارة في الزواج الذي يكون أحد طرفيه من دولة غربية علمانية.

- يعتبر النسب والحضانة والميراث المجال الخصب لإثارة الدفع بالنظام العام في الدول الإسلامية، وهذا ما يؤدي إلى طرح اشكالات في تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة بشأنها في الدول العلمانية محل التنفيذ، نتيجة اختلاف مفهوم النظام العام السائد فيها عن ذلك السائد في الدول الإسلامية ،مقابل رفض تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن قضاء الدول العلمانية في الدول الإسلامية محل التنفيذ .

- أثبت الواقع العملي من خلال تطبيقات القضاء سواء للدول الإسلامية أو العلمانية أن النسب والميراث والحضانة في الزواج المختلط من أكثر المسائل التي تثير الدفع بالنظام العام من أجل استبعاد القانون الاجنبي المختص مقارنة بمسألة الغش نحو القانون .

- تعتبر الإحالة أحد أهم الاشكالات المعقدة التي تعترض سبيل تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي عينته قاعدة الاسناد الوطنية في قانون القاضي لحكم النسب والميراث والحضانة ،فالأخذ بها سيؤدي لا محالة إلى تغيير القانون المختص، والذي قد يكون قانون القاضي (الإحالة من الدرجة الأولى) أو قانون دولة أجنبية ثالثة (الإحالة من الدرجة الثانية) ،وهذا ما أدى إلى اختلاف الفقه وتشريعات الدول حول الأخذ بها .

- لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عند نصه على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط ،لأنها تضمن تطبيق القانون الجزائري باعتباره قانون القاضي الذي يبني أحكام النسب والحضانة والميراث على اعتبارات مستمدة من الدين الاسلامي من جهة، ولحسم الخلاف الذي كان قائما بين الفقه والمؤلفين، نتيجة عدم تحديد موقفه الصريح اتجاه الإحالة من جهة أخرى .

- يمكننا جمع كل الإشكالات التي ذكرناها في جملة واحدة مفادها " تصادم المرجعية الدينية الإسلامية لأحكام النسب والحضانة والميراث المنظمة في قوانين الأسرة للدول العربية منها الجزائر مع المرجعية العلمانية للتشريعات الغربية ".

بعد هذه النتائج **نقترح التوصيات التالية:**

- على المشرع الجزائري تحديد موقفه بشأن أثر اكتساب جنسية الزوج أو الزوجة عن طريق الزواج المختلط على جنسية الأبناء المنتسبين إلى هذا الزوج أو الزوجة من زواج سابق انقضى بوفاة أو طلاق، وبغية تحقيق وحدة الجنسية في العائلة فمن المستحسن منحهم الجنسية مع المساواة بين الرجل والمرأة في منحها .

- على المشرع الجزائري تحديد موقفه بالنسبة لمسألة أثر استرداد الأب لجنسيته الجزائرية على جنسية الأبناء القصر الذين ولدوا بعد فقد الجنسية، هل يحرم هؤلاء الاطفال من جنسية الأب التي استردها أو أنهم يخضعون لنص المادة 6 من قانون الجنسية، فتمنح لهم الجنسية الجزائرية بالانتساب إلى الأب الجزائري .

- نقترح على المشرع الجزائري على غرار التشريعات التي نصت على اختصاص قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل لحكم النسب استبدال عبارة الأب بالزوج .

- حبذا لو يضع المشرع الجزائري قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مادة الإرث مقتديا في ذلك ببعض التشريعات المقارنة كالتشريعي المصري وذلك بتبنيه ثلاث ضوابط للاختصاص وهي افتتاح التركة وجنسية المورث وموقع المال، وبذلك يرجع الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية للفصل في النزاعات المتعلقة بالميراث، لاسيما ميراث الطفل في الزواج المختلط إذا افتتحت التركة في الجزائر أو كان المورث جزائريا أو إذا كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الجزائر، وبذلك يضمن الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية كلما توفرت الصفة الجزائرية .

- إحداث المشرع الجزائري على غرار التشريعات الإسلامية نص قانوني خاص وصريح يحدد قاعدة اسناد تبين القانون الواجب التطبيق على الحضانة، وحبذا لو يكون

القانون الأصلح للطفل ،وهو القانون الجزائري وقانون الدول الإسلامية التي تحقق مصلحته، التي تقوم على اعتبار تربية الطفل على الدين الإسلامي .

- حبذا لو يسعى المشرع الجزائري إلى إبرام اتفاقات دولية لتوحيد القانون الواجب التطبيق على نسب الطفل الناجم عن الزواج المختلط ،حضانته وميراثه ،ولكن إذا كان من السهل إبرامها بين الدول العربية فإنه يبقى من الصعب إبرامها بين الدول العلمانية، وهذا راجع إلى اختلاف المرجعية الإسلامية لقوانين الدول الإسلامية مع المرجعية العلمانية للدول الغربية ،واختلاف الأسس والمبادئ الجوهرية للدول الإسلامية مع تلك السائدة في الدول العلمانية، فمثلا لا يمكن للدولة الجزائرية تقبل الاعتراف بالطفل غير الشرعي وتوريثه أو منح الحضانة للأم الأجنبية لتربيته على غير الدين الإسلامي .

- حبذا لو يسعى المشرع الجزائري إلى إبرام اتفاقات دولية لتوحيد الاختصاص القضائي الدولي في ميراث الطفل ،ولكن إذا كان من السهل إبرامها بين الدول العربية فإنه يبقى من الصعب إبرامها مع الدول العلمانية ،فمن الصعب تنازل كل دولة عن اختصاص محاكمها لصالح اختصاص محاكم دولة أخرى للفصل في الميراث التي تسعى من وراء عقد اختصاص محاكمها تطبيق قانونها، لاسيما باستخدام الدفع بالنظام العام .

- تكثيف الجهود الدولية لإيجاد حلول فعّالة لإشكالات التي تعترض سبيل تمتع الطفل بحقوقه في الزواج المختلط ،خاصة إشكال تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الخاصة بالحضانة والميراث والنسب في دولة التنفيذ، وإشكال حق زيارة المحضون والنقل غير المشروع له عبر الحدود الدولية ،وبالتالي توفير حماية فعّالة لهذه الفئة من الأبناء، وذلك بإبرام الجزائر اتفاقات ثنائية مع الدول، خاصة العلمانية، مع الأخذ بعين الاعتبار الانتقادات البناءة التي وجهت للاتفاقية الجزائرية الفرنسية الخاصة بحضانة أبناء الزواج المختلط، حتى لا تقع في نفس الحفرة التي وقعت فيها في هذه الاتفاقية التي تخدم مصلحة الطرف الفرنسي.

- على الدول إبرام اتفاقيات دولية لتوحيد أسس ومعايير منح جنسيتها وكيفية تطبيقها من أجل الحد أو بالأحرى التقليل من اشكالات تعدد الجنسية وانعدامها ،لكن تبقى من الحلول الصعب تجسيدها لتعلق الجنسية بالمصالح الأساسية للدولة .

قائمة المراجع:

أولا-باللغة العربية

1-الكتب

- 01- أحمد بن صالح البراك ، أحكام الحضارة في الفقه الاسلامي ، مكتبة نور ، د ب ن ، د س ن .
- 02- اسعاد موحد ، القانون الدولي الخاص ، ترجمة فائز أنجق ، الجزء الأول ، قواعد التنازل ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، د س ن .
- 03- _____ ، القانون الدولي الخاص ، ترجمة فائز أنجق ، ج 2 ، القواعد المادية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، د س ن .
- 04- أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج 2 ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الجنسية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2003 .
- 05- _____ ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، الجزء الأول ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2009 .
- 06- الأصبحي مصطفى ياسين محمد حيدر ، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص ، دراسة مقارنة ، المكتب الجامعي للنشر ، د.ب.ن ، 2007 .
- 07- الإمام أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي للطبع والنشر ، مصر ، 1957 .
- 08- البخاري ، في كتاب الفرائض ، باب لا يرث المسلم الكافر ، رقم 6764 ، المجلد 12 ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، د س ن .

- 09- **البستاني سعيد يوسف** ،القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تتازع القوانين - المعاهدات -التحكيم التجاري الدولي) ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،2004.
- 10- _____ ،الجامع في القانون الدولي الخاص ،المضمون الواسع المتعدد الموضوعات ،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2009.
- 11- **الجبران صادق محمد محمد** ،التصنيف في القانون الدولي الخاص ،دراسة في النظرية العامة وتطبيقها في القانون المقارن،(مصر ،لبنان ،سوريا ،العراق ،الكويت والأردن) ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،2006.
- 12- **الداودي غالب علي** ،القانون الدولي الخاص ،الكتاب الأول ، تتازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ،دراسة مقارنة ،دار وائل للنشر، الأردن ،2005 .
- 13- **السالمي بن محمود الحسين** ،فاطمة الزهراء بن محمود ،منظومة القانون الدولي الخاص التونسي ،منشورات مجموع الأطرش للكتاب المختص ،تونس ،2016 .
- 14- **السيد الحداد حفيظة** ،الموجز في القانون الدولي الخاص ،الجزء الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين ،دار المطبوعات الجامعية، مصر ،د س ن .
- 15- _____ ،**هشام علي صادق** ،القانون الدولي الخاص، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الجنسية ومركز الأجانب ،دار الفكر الجامعي ،مصر . 1999 .
- 16- _____ ،**هشام علي صادق** ،مبادئ القانون الدولي الخاص ،الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي ،دار المطبوعات الجامعية ،مصر ،2001.

- 17- _____ ،الاتجاهات المعاصرة في الجنسية ،حق الطفل المولود لأم مصرية في اكتساب الجنسية المصرية الأصلية المستمدة من الأم ،دار الفكر الجامعي ، مصر،2002 .
- 18- _____ ،الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،2005.
- 19- _____،النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي ،الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،2007 .
- 20- العيون قصي محمد ،شرح أحكام الجنسية بالإضافة إلى أحكام محكمة العدل العليا في مسائل الجنسية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ،2009 .
- 21- الغزاوي إبراهيم حسن محمد عمر ،المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص ،د ب ن ، 2007.
- 22- الفتلاوي سهيل حسين ،القانون الدولي الخاص ،المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، مصر ،2002 .
- 23- الفضلي أحمد ،الوجيز في القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ،تنازع الاختصاص القضائي الدولي ،تنفيذ الأحكام الأجنبية ،دار قنديل للنشر ،الأردن ،2010.
- 24- الكردي جمال محمود ،الجنسية في القانون المقارن ،دار النهضة المصرية ، مصر،2005 .
- 25- الكسواني عامر محمد ،موسوعة القانون الدولي الخاص، ج 1 ،تنازع القوانين ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ،2010.

- 26- **اللافي محمد مبروك** ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ،دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي ،منشورات الجامعة المفتوحة ،مطبعة الانتصار لطباعة الأوفست ، د.ب.ن ، 1994 .
- 27- **المصري محمد وليد** ،الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ،دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي ، دار الحامد للنشر والتوزيع ،الأردن، 2002.
- 28- _____ ،الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ،دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ، 2009 .
- 29- **الملا ليلي أحمد** ، حقوق الطفل في القانون الدولي لحقوق الطفل والقانون الاتحادي رقم 03 لسنة 2016، د ب ن ، د س ن.
- 30- **الهداوي حسن** ،تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني ،دار عدلاوي للنشر والتوزيع ،الأردن ، 1993.
- 31- _____ ،الجنسية وأحكامها في القانون الأردني ،مجدلاوي ،الأردن ، 2001.
- 32- _____ ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ،المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني ،دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
- 33- **بديع منصور سامي** ،الوسيط في القانون الدولي الخاص ،تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة ،دار العلوم العربية ، لبنان ، 1994.
- 34- _____ ،**غصوب عبده جميل غصوب** ،نصري أنطوان دياب ،القانون الدولي الخاص ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،لبنان ، 2009 .
- 35- _____ ، **أسامة العجوز** ،القانون الدولي الخاص ،منشورات زين الحقوقية، لبنان ، 2009 .

- 36- **برجاوي خالد**، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية ،الحلول المقررة لتتازع القوانين في الدول الإسلامية بين منطق الانتساب إلى الأمة الإسلامية ومنطق الانتماء إلى الجماعة الدولية ،دراسة تطبيقية مقارنة في الروابط الدولية الخاصة المغاربية، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع ، المغرب ، 2001 .
- 37- **بلحاج العربي**، أحكام التركات المواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، الأردن، 2009 .
- 38- **بن شويخ آث ملويا لحسين**، الجنسية الجزائرية ،دراسة نظرية تطبيقية مقارنة ،دار الخلدونية للنشر والتوزيع ،الجزائر ،2010.
- 39- **بن عبيدة عبد الحفيظ**، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري ،دار هومة، 2007
- 40- **بن عياد جلييلة**، بعوني خالد ،الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة ، د د ن، الجزائر ، 2009 .
- 41- **جمعة محمد محمد براج**، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية ،دار الفكر للنشر والتوزيع ،الأردن ، 1981 .
- 42- **جابر جاد عبد الرحمان** ، تتازع القوانين ،دار النهضة العربية ،مصر ، 1969.
- 43- **دربال عبد الرزاق**، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تتازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم ،عنابة ،2010.
- 44- **درويش هاني عبد الله**، آثار اكتساب الجنسية ،دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية، دار الجامعة الجديدة ،مصر ، 2014 .
- 45- **دريسي جلييلة**، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط ،دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، المغرب ، 2010.

- 46- **زروتي الطيب** ، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية ، الجزء الأول ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 2000.
- 47- _____ ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين (في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005) دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي ، الجزء الأول ، مطبعة الفسييلة ، الجزائر ، 2010.
- 48- _____ ، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا ، مطبعة الفسييلة ، الجزائر ، 2010.
- 49- _____ ، الوسيط في الجنسية الجزائرية ، دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الفرنسي والقوانين العربية ، دراسة ملحقه تخص أحكام الأمر 05-01 ، نصوص قانون الجنسية المعدل بالأمر رقم 05-01 ، مطبعة الفسييلة ، الجزائر ، 2010 .
- 50- _____ ، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2011.
- 51- _____ ، اجتهادات القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2014 .
- 52- **سعادي محمد** ، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2009.
- 53- **سلامة أحمد عبد الكريم** ، المبسوط في شرح نظام الجنسية ، بحث تحليلي انتقادي مقارن ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1993.
- 54- **سيوفي نعيم** ، الحقوق الدولية الخاصة ، أمالي ومحاضرات ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، د ب ن ، 1967.
- 55- **شحاتة أحمد زيدان فاطمة** ، مركز الطفل في القانون الدولي العام ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2007 .

- 56- شريقي نسرين ،بوعلي سعيد ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،تتازع القوانين - الجنسية، دار بلقيس للنشر ،الجزائر ،2013.
- 57- شوقي عبد المنعم بدر الدين ،العلاقات الخاصة الدولية ،أحكام الجنسية ،الموطن، مركز الأجانب ،دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي ، مطبعة العشري ،د ب ن ، 2005.
- 58- صحيح مسلم ،بشرح النووي في كتاب الفرائض ،الباب الأول، الحديث رقم 1614، دار إحياء التراث العربي ،مصر ،1392 هـ.
- 59- صلاح الدين جمال الدين ،مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2004.
- 60- _____ ،فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية ،دار الفكر الجامعي ،مصر ، 2004.
- 61- _____ ،قانون العلاقات الخاصة الدولية ،دراسة على ضوء فقه الشريعة الإسلامية ،دار الفكر الجامعي، مصر ، 2006.
- 62- _____ ،تتازع القوانين ،دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ،التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست ، مصر ، 2006.
- 63- _____ ، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتتازع القوانين ،دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
- 64- طوبيا إميل بيار ،التحايل على القانون ،دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء ،المؤسسة الحديثة للكتاب ،لبنان ،2009.
- 65- طيبة محمد ،الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومة لطباعة والنشر ،الجزائر 2006.
- 66- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ،الجنسية والعلاقات الدولية ،مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، د ب ن ، 2010.

- 67- عبد المنعم رياض فؤاد ، راشد سامية ،الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني ،تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ،دار النهضة العربية، مصر، د س ن.
- 68- عبود موسى ،الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي ،المركز الثقافي العربي، المغرب ،1994.
- 69- عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص ،في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ،الجزء الثاني ،الهيئة المصرية العامة للكتاب ،مصر ، 1986.
- 70- عطية سند عبد الحسيب ،أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية ،د د ن ،د ب ن، 2008 .
- 71- عشوش أحمد عبد الحميد ،القانون الدولي الخاص ،الجنسية وتنازع القوانين ، د د ن ، مصر ،2012.
- 72- عكاشة محمد عبد العال ،الإجراءات المدنية والتجارية الدولية ،الاختصاص القضائي الدولي ،شركة سعيد رأفت ،مصر ،1985.
- 73- _____ ،الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية ،دار الجامعية للنشر ،لبنان ،1987.
- 74- _____ ،أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، الدار الجامعية للنشر والتوزيع ،لبنان ،1998.
- 75- _____ ،الوسيط في أحكام الجنسية ،دراسة مقارنة ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،2002.
- 76- _____ ،تنازع القوانين ،دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2004 .

- 77- _____ ،دراسات في القانون الدولي الخاص ،في دولة الإمارات العربية المتحدة ،دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر ،د س ن .
- 78- _____ ، تنازع القوانين ،دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2007 .
- 79- **علي علي سليمان** ،مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2005 .
- 80- **عليوش قربوع كمال** ،القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ،الجزء الأول، دار هومة، الجزائر ، 2006.
- 81- **غصوب عبده جميل**، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان، 2008 .
- 82- _____ ،محاضرات في القانون الدولي الخاص ،منشورات زين الحقوقية، د ب ن ،د س ن .
- 83- **فهمي محمد كمال** ،أصول القانون الدولي الخاص ،الجنسية ،الموطن ،مركز الأجنبي ،مادة التنازع ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، مصر، 1997.
- 84- **كصير محمد خيرى** ،حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، (دراسة مقارنة) ،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان،2012 .
- 85- **مخيمر عبد الهادي عبد العزيز** ،حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي ، دراسة مقارنة ، مطبوعات جامعة الكويت ،الكويت، 1997.
- 86- **مسلم أحمد** ،القانون الدولي الخاص في الجنسية ومركز الأجنبي وتنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية ، مصر ،1954.

- 87- _____ ، موجز القانون الدولي الخاص المقارن في مصر و لبنان ، الجنسية والموطن ، مركز الأجانب ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، لبنان، 1966.
- 88- **ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش** ، القانون الدولي الخاص والمقارن ، الجزء الأول، تنازع القوانين ،الاختصاص القضائي الدولي ،تنفيذ الأحكام الأجنبية ،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ،1998.
- 89- **نصر فريد واصل** ،فقه المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية ،دراسة مقارنة ، المكتبة التوفيقية ،مصر ، 1995.
- 90- **هدى عصمت محمد أمين** ،الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقات الدولية، دراسة تحليلية مقارنة ،دار الكتب القانونية ، مصر - الإمارات ، 2013 .
- 91- **هشام خالد** ،القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، مصر،2014.
- 92- _____ ،اكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لأب وطني ،دراسة مقارنة في قانون الجنسية العربي ،دار الفكر الجامعي، مصر ،2001.
- 93- **هشام علي صادق** ،تنازع القوانين ،دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ،منشأة المعارف ،مصر ، 1974 .
- 94- _____ ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دار المطبوعات الجامعية، د.ب.ن ، 2002.
- 95- _____ ، تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ،مصر ، 2007.
- 96- _____ ،**عكاشة محمد عبد العال** ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ،دار المطبوعات الجامعية ،مصر،2007.
- 97- _____ ،المطول في القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، المجلد 1 ، دار الفكر الجامعي، مصر ، 2014 .

2- رسائل و مذكرات جامعية

أ- رسائل

- 01- الهواري ميكالي ،أبعاد وانعكاسات ضوابط الاسناد في الزواج وانحلاله (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجيلالي الياابس ،سيدي بلعباس ،2010-2011.
- 02- شبور نورية ،الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين ،دراسة مقارنة ،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ،تلمسان ، 2017.
- 03- لعطر فتيحة ،الميراث في الزواج المختلط بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (دراسة مقارنة) ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ،الطور الثالث (ل م د) في القانون، تخصص القانون الخاص الداخلي ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2018.
- 04- موشعال فاطيمة ،وظيفة الجنسية في العلاقات الخاصة الدولية ،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ،تخصص حقوق ،فرع قانون دولي خاص ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة جيلالي الياابس سيدي بلعباس ،2019.
- 05- حميدو زكية ،مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2005.

ب - مذكرات

- 01- أحمد داود رقية ، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ،كلية الحقوق ،جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان ، 2003.

- 02- **بشاتن صافية**، أثر الزواج المختلط على جنسية المرأة، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي (العلاقات الدولية) ،كلية الحقوق ،جامعة مولود معمري تيزي وزو ،1998 .
- 03- **بلمامي عمر**، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص ،دراسة مقارنة ،بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية ،معهد الحقوق والعلوم الإدارية ،جامعة الجزائر ،1986.
- 04- **بوبكر مولود**، الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي ،من خلال دراسة حالة ازدواج الجنسية بين الجزائر وفرنسا ،مذكرة للحصول على شهادة الماجستير ،فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ،2009 .
- 05- **بوعروس خالد**، الزواج المختلط الإشكالات القانونية الانعكاسات الاجتماعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك المغرب ، 2007.
- 06- **دربة أمين**، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ،جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان ، 2008 .
- 07- **زلاسي بشري**، الزواج المختلط ،اشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر، 2001 .
- 08- **سالم عطية أمينة**، أثر الزواج المختلط على الجنسية في ظل أمر 05-01 ،بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ، 2011.

- 09- **فضيل نادية** ، الغش نحو القانون ، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1984.
- 10- **قريشي رزيقة** ، أثر الزواج المختلط على جنسية أفراد الأسرة ، دراسة مقارنة على ضوء تعديل 2005 لقانون الجنسية الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق بودواو ، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس ، 2010.
- 11- **مثنى محمد عبد القيس** ، أثر الزواج المختلط على جنسية الزوجة ، دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة كجزء لمتطلبات درجة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة بابل ، العراق ، 2002.
- 12- **وليد ميرة** ، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الاسلامية ، تخصص شريعة وقانون ، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية ، جامعة باتنة ، 2005.
- 13- **يوبي سعاد** ، تنازع القوانين في مجال النسب ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2010.

3- مقالات

- 01- **ابن عومر محمد الصالح** ، « الميراث في القانون الدولي الخاص » ، مجلة دراسات قانونية ، مركز البصيرة ، عدد 2011/11.
- 02- **أشرف وفا محمد** ، « آثار التوارث بين الدول على أعمال قواعد القانون الدولي الخاص » ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، مصر ، عدد 2005/61 .
- 03- **الحكيم يونس** ، « مركز الطفل المحضون في القانون الدولي الخاص المغربي » ، المجلة المغربية للدراسات القانونية والاقتصادية ، عدد 03/أفريل 2017 .

- 04- **الصالحي بن ناجي أحمد** ، « بعض أوجه التعارض بين قواعد تنازع القوانين وقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية ذات الطابع الدولي في التشريع اليمني » ، جامعة وهران ، حوليات كلية الحقوق ، عدد 2011/3.
- 05- **الفاخوري إدريس** ، النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة ، قضايا الأحوال الشخصية والميراث ، الدلالات الوطنية والأبعاد الدولية ، مجلة الحقوق ، الجزء الأول ، الإصدار 32 ، المغرب ، عدد خاص 2016.
- 06- **الورفلي أحمد** ، « الزواج المختلط ومصلحة المحضون ، لمحة عامة » ، مجلة القضاء والتشريع ، تونس ، عدد 1 / جانفي 2001.
- 07- **آيت منصور كمال** ، « تكريس حقوق الافراد وتدعيم وحدة الجنسية في الأسرة في الأمر رقم 01/05 المعدل والمتمم لقانون الجنسية الجزائرية » ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، مصر ، عدد 63 / 2007 .
- 08- **سامي بديع منصور** ، « الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية » ، مجلة الدراسات القانونية ، جامعة بيروت العربية ، العدد 2003/2 .
- 09- **بلحساني حسين** ، « النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة » ، قضايا الأحوال الشخصية والميراث ، الدلالات الوطنية والأبعاد الدولية ، مجلة الحقوق ، الجزء الأول ، الإصدار 32 ، المغرب ، عدد خاص 2016.
- 10- **بليغور عبد الكريم** ، « اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج على ضوء تعديل قانون الجنسية الجديد لسنة 2005 » ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، عدد 2011/ 1 .
- 11- **بليغقوبي بلخير** ، « تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية » ، مجلة دراسات قانونية ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، العدد 05 / 2005 .

- 12- **بوعصيبة عبد القادر** ، « حق الحضانة و إشكالات التطبيق في المهجر » ، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، وجدة ، محمد الأول ، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر ، أشغال ندوة دولية بتاريخ 9- 10 أفريل 2010.
- 13- **خلفي عبد الرحمان** ، « الجرائم الماسة بأحكام الحضانة ، دراسة نقدية » ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ،كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ، عدد 2/2008 .
- 14- **دربة أمين**، « تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة » ،دفا تر السياسة والقانون ، جامعة مولاي الطاهر سعيدة ، الجزائر ، عدد 4 / جانفي 2011.
- 15- **براسي محمد** ، « الإحالة على ضوء القانون الدولي الخاص الجزائري » ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، عدد 9/2012 .
- 16- **زروتي الطيب** ،أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتها في الزواج المختلط (تعليق على فتوى شرعية للمجلس الأعلى الإسلامي)،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائري ،عدد 4 /1993 .
- 17- _____ ، « حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص » ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، الجزء 41 ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ، عدد 1/2000.
- 18- **شرقي محمود** ، « إشكالية الجنسية والحلول المنتهجة للأسرة الجزائرية المختلطة » ، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية

- والاجتماعية ، وجدة ، محمّد الأول ، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر ، أشغال ندوة دولية بتاريخ 9-10 أفريل 2010.
- 19- **شيعان فراس كريم و نعيمش نعمة** ، « تنازع القوانين في الحضانة ،دراسة تشريعية فقهيّة قضائية مقارنة » ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بابل ، العراق ، عدد 1 / 2013.
- 20- **عبد المنعم رياض فؤاد** ،مشكلة جنسية أبناء الأم المصرية ،المجلة المصرية للقانون الدولي ،الجمعية المصرية للقانون الدولي ،مصر ،عدد 42/1986.
- 21- **عز الدين عبد الله** ، « اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية » ،مجلة القانون والاقتصاد ،مصر ، عدد 1 و 2 / مارس، أفريل 1954.
- 22- **عزت محمد علي البحيري** ، « القانون الواجب التطبيق على الحضانة ،دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي » ،مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة قطر ، عدد 25 / 2007.
- 23- **غالي كحلة** ، « الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط » ،مجلة القانون ،معهد العلوم القانونية والإدارية ،المركز الجامعي بغيليزان، عدد 09/2017.
- 24- **محي الدين جمال** ، « تنازع الاختصاص القضائي الدولي » ،مجلة المفكر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد 06/2010 .
- 25- **معوان مصطفى** ، «الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988» ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر، عدد 1 / 2000.

26- يوسف فتيحة عمار، « قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، الجزء 37، عدد 2 / 1999.

27- يوسف فتيحة، « مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، عدد 3 / 2005 .

28- _____، « النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص »، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد 5 / 2008.

4- مداخلات

01- إشوي عماد، « تنازع القوانين في الحضارة، دراسة مقارنة »، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014.

02- آيت مولود ذهبية، « اشكالية اثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا بين التشريع وعوائق التطبيق »، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014.

03- بوحية وسيلة، « القواعد الموضوعية والإجرائية المنظمة للطلاق في قانون الأسرة والقانون الدولي الخاص الجزائري »، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثابت والمتغيرات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014.

- 04- ب. فوزية ،المحامية بن براهيم تتهم مسؤولين في الخارجية بالتواطؤ في خطف الطفل ريان ، يومية السلام ، عدد 309 ، يوم 17 أبريل 2012 .
- 05- جبار صلاح الدين ، « اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري » ،دراسة فقهية مقارنة ،مجلة المفكر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ،بسكرة ،عدد11 /2014.
- 06- حسين نورة ، « الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط اسناد في الأحوال الشخصية »،ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة بجاية ، 2014.
- 07- خوادجية سميحة حنان، « تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر » ، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة بجاية، 2014.
- 08- دواعر عفاف ،« تنازع القوانين حول موضوع اثبات النسب ونفيه »،مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة خميس مليانة ،2014.
- 09- مسعودي يوسف ، « تنازع القوانين في مادة الحضانة » ، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة خميس مليانة، 2014.

5- نصوص قانونية

أ - دستور

- دستور الجمهورية الجزائرية الشعبية 1996 المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 28 نوفمبر 1996 ، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر

1996 يتضمن تعديل الدستور ، ج ر ج ج عدد 76 ،صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996 ،
المعدل والمتمم بموجب :

- القانون رقم 03-02 المؤرخ في 10 افريل 2002 ،ج ر ج ج عدد 25 ،صادر بتاريخ
14 أفريل 2002 .

- القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ، ج ر ج ج عدد 63 ،صادر بتاريخ
16 نوفمبر 2008

- القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 ، ج ر ج ج عدد 14 ،صادر بتاريخ
07 مارس 2016 .

- المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020 ، المتعلق بإصدار التعديل
الدستوري المصادق عليه في استفتاء شعبي 28 نوفمبر 2020 ، ج ر ج ج عدد 82
صادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020 .

ب- الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر

- 01- الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 ،قرار الجمعية
العامة 217 ألف (د.3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 ،صادقت عليه الجزائر
بموجب المادة 11 من دستور 1963 ، ج ر ج ج عدد 64 صادر بتاريخ 10 سبتمبر
1963.
- 02- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المؤرخة في 27 أوت 1964 ،المتعلقة بتنفيذ الأحكام
وتسليم المجرمين .
- 03- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 المعتمد بقرار الجمعية
العامة 2200(ألف) مؤرخ في 16 ديسمبر 1966 ،بدأ سريان نفاذه في 23 مارس
1976 طبقا للمادة 49.
- 04- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ،اعتمدها الجمعية
العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها رقم 34/180 مؤرخ في 18

كانون الأول /ديسمبر 1979 ،بدأ سريان نفاذها في 3 أيلول /سبتمبر 1981 ،طبقا لأحكام المادة 27.

05- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال .

06- اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة بقرارها 25/44 المؤرخ في 20 تشرين الثاني /نوفمبر 1989 ،بدأ سريان نفاذها في 2 أيلول /سبتمبر 1990 بموجب المادة 49.

ج : نصوص تشريعية

01- قانون رقم 63-96 مؤرخ في 27 مارس 1963 يتضمن قانون الجنسية الجزائري، ج ر ج ج عدد 18، صادر بتاريخ 02 أبريل 1963 (ملغى بموجب الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 1 ديسمبر 1970).

02- أمر رقم 65-194 مؤرخ في 30 ربيع الأول عام 1385 الموافق 29 يوليو 1965 يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا ، ج ر ج ج عدد 68، صادر بتاريخ 19 أوت 1965 .

03- أمر رقم 66-154 مؤرخ في 18 صفر لعام 1386 الموافق 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الاجراءات المدنية ،ج ر ج ج عدد 47 ،صادر بتاريخ 09 يونيو 1966 معدل ومتمم ،(ملغى بموجب القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008)

04- قانون رقم 66-155 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائئية الجزائري ، ج ر ج ج عدد 48 ، صادر بتاريخ 10 يونيو 1966 ، معدل ومتمم .

- 05- **قانون رقم 66-156** مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج ر ج ج عدد 49، صادر بتاريخ 11 يونيو 1966، معدل ومتمم .
- 06- **أمر رقم 70-20** مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج ر ج ج عدد 21، صادر بتاريخ 27 فبراير 1970 معدل ومتمم .
- 07- **أمر رقم 70-86** مؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائري، ج ر ج ج عدد 105، صادر بتاريخ 18 ديسمبر 1970، معل ومتمم.
- 08- **أمر رقم 75-58** مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ج ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم .
- 09- **قانون رقم 84-11** مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر ج ج عدد 24، صادر بتاريخ 12 يونيو 1984، معدل ومتمم .
- 10- **مرسوم تشريعي رقم 92-06** مؤرخ في 22 جمادي الأولى عام 1413 الموافق 17 نوفمبر 1992، يتضمن موافقة الجزائر على اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، ج ر ج ج عدد 83، صادر بتاريخ 18 نوفمبر 1992.
- 11- **أمر رقم 96-03** مؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق 10 يناير 1996 يتضمن موافقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتحفظ على نص المادة 2/9 منها، ج ر ج ج عدد 03، صادر بتاريخ 14 جانفي 1996 .

- 12- أمر رقم 05-01 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فيفري 2005 يعدل ويتم الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 1 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائري، ج ر ج ج عدد 15، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005.
- 13- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005 ، ج ر ج ج ج عدد 15 ، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005 يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري ، ج ر ج ج عدد 15 ، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005.
- 14- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادي الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005، يعدل و يتم الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ج ج ج عدد 44، صادر بتاريخ 26 يونيو 2005 ، معدل ومتمم .
- 15- قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، ج ر ج ج ج عدد 21، صادر بتاريخ 23 أبريل 2008
- 16- قانون رقم 15-12 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو 2015 يتعلق بحماية الطفل ، ج ر ج ج ج عدد 39، صادر بتاريخ 19 يوليو 2015.

د- نصوص تنظيمية

- 01- مرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو 1988 يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين

والفرنسيين في حالة الانفصال ،الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988 ،
ج ر ج ج عدد 30 ،صادر بتاريخ 27 جويلية 1988.

02- مرسوم رئاسي رقم 89-67 مؤرخ في 11 شوال عام 1409 الموافق 16 ماي 1989 ،يتضمن انضمام الجزائر إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 ،منشور في ج ر ج ج عدد 20 ،صادر بتاريخ 17 ماي 1989 ،
وبملحق المرسوم الرئاسي ،والنص الكامل نشر في ج ر ج ج عدد 11 ،صادر بتاريخ 26 فيفري 1997 .

03- مرسوم رئاسي رقم 08-426 مؤرخ في 30 ذي الحجة عام 1429 الموافق 28 ديسمبر 2008 ، يتضمن رفع الجزائر التحفظ على نص المادة 2/9 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ،ج ر ج ج عدد 5 ،صادر بتاريخ 21 جانفي 2009 .

6- أحكام و قرارات قضائية

- أحكام قضائية

01- قضية رقم 05 /1797 ، حكم مؤرخ في 28 جوان 2005 ،قسم الأحوال الشخصية، محكمة وهران ، غير منشور.

02- قضية رقم 091842 ،حكم مؤرخ في 14 مارس 2010 ، ق أ ش ،محكمة أرزيو، غير منشور.

- قرارات قضائية

01- ملف رقم 52207 ،قرار المجلس الأعلى الصادر في 02 جانفي 1989 ،
غ أ ش ، المجلس الأعلى ، م ق ،الجزائر ، عدد 4/1990 .

02- **ملف رقم 84513** ، قرار مؤرخ في 2 جوان 1992 ، غ أ ش ، المحكمة العليا، م ق ، الجزائر ، عدد 3 / 1993.

03- **ملف رقم 111048** ، قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1995 ، غ أ ش ، المحكمة العليا، نشرة القضاة ، الجزائر ، عدد 52 / 1997.

04- **ملف رقم 170082** ، قرار مؤرخ في 17 فيفري 1998 ، غ أ ش ، المحكمة العليا، المجلة القضائية ، الجزائر ، عدد 1 / 2000 ،

05- **ملف رقم 334543** ، قرار مؤرخ في 12 أكتوبر 2005 ، غ أ ش ، المحكمة العليا، نشرة القضاة ، الجزائر ، عدد 62 / 2008 .

06- **قضية رقم 05 / 3493** ، قرار مؤرخ في 08 مارس 2006 ، غ أ ش ، مجلس قضاء وهران ، غير منشور .

07- **قضية رقم 1001193** ، قرار مؤرخ في 9 جوان 2010 ، غ أ ش ، مجلس قضاء وهران ، غير منشور .

7- نصوص قانونية أجنبية

أ - الاتفاقيات الدولية التي لم تصادق عليها الجزائر

01- اتفاقية لاهاي المؤرخة في 12 أبريل 1930 المتعلقة ببعض مسائل تنازع قوانين الجنسية، التي دخلت حيز التنفيذ في 1 جويلية 1937 .

02- اتفاقية بشأن جنسية أبناء الدول العربية المقيمين في بلاد غير التي ينتمون إليها بأصلهم ، المحررة بتاريخ 12 نوفمبر 1952 ، ووافق عليها مجلس جامعة الدول العربية في 23 سبتمبر 1952 ، بدأ تاريخ نفاذها في 05 جانفي 1956 .

03- اتفاقية لاهاي المؤرخة في 5 أكتوبر 1961 ، المتعلقة باختصاصات السلطات والقانون المطبق في مادة حماية القاصرين ، التي دخلت حيز التنفيذ في 24 جانفي 1965 .

04- اتفاقية بشأن خفض حالات انعدام الجنسية المؤرخة في 30 آب/أغسطس 1961،
بدأ تاريخ سريانها في 13 ديسمبر 1975.

05- اتفاقية لاهاي المؤرخة في 25 أكتوبر 1980، الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف
الدولي للأطفال .

06- اتفاقية لاهاي المؤرخة في 19 نوفمبر 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب
التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية و الإجراءات الحمائية
للأطفال ،التي دخلت حيز التنفيذ في 01 جانفي 2002.

ب-نصوص تشريعية

01- قانون رقم 14 لسنة 2002 المتعلق بالقانون المدني اليمني، ج ر عدد 1/7
الصادر في 10 أبريل 2002، متوفر على الموقع الالكتروني:

<http://www.zipo-ye.org › yemenilaws › 6.pdf>

02- قانون عدد 97 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 المتعلق بإصدار مجلة القانون
الدولي الخاص التونسية ،الرائد الرسمي عدد 96 بتاريخ 1 ديسمبر 1998،
متوفر على الموقع الالكتروني:

<https://legislation-securite.tn/ar/law/45218#:~:text>

03- القانون الكويتي رقم 5 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات
القانونية ذات العنصر الأجنبي المعدل ،متوفر على الموقع الالكتروني:

<https://world.moleg.go.kr › cms › commonDown pdf .>

04- قانون رقم 40 مؤرخ 09 أوت 1951 المتضمن القانون المدني العراقي ،متوفر
على الموقع الالكتروني:

<https://moshrig63.wordpress.com>.

05- قانون رقم 22 لسنة 2004 المتضمن القانون المدني القطري ،متوفر على الموقع
الالكتروني:

<https://www.almeezan.qa › LawPage>.

06- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 ،بدأ تاريخ سريانه بتاريخ 1977/01/01 ،جريدة رقم 2645 مؤرخة في 1976/08/01 ،متوفر على الموقع الإلكتروني :

<http://www.moj.gov.jo> › EchoBusV3.0 › SystemAssets PDF.

07- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل الصادر في 16 يوليو 1948 ،الوقائع المصرية عدد رقم 108 مكرر (أ)،صادر في 29 جويلية 1948، بدأ سريانه بتاريخ 15 اكتوبر 1949، متوفر على الموقع الإلكتروني :
<https://www.mof.gov.eg> .

08- القانون المدني الليبي الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 1953 المعدل ،متوفر على الموقع الإلكتروني :
<https://lawsociety.ly/legislation>

09- مجلة الجنسية التونسية الصادرة في 26 يناير 1956 بعد اعادة تنظيمها بموجب المرسوم رقم 6 المؤرخ في 28 فبراير 1963 المنشور بالرائد الرسمي عدد 11 الصادر في 5 مارس 1963 ص 320، متوفر على الموقع الإلكتروني :
<https://idaraty.tn/publications/jort-1963-011-9491>.

10- قانون الجنسية الكويتي رقم 15 لسنة 1959 المعدل، متوفر على الموقع الإلكتروني:
https://data.globalcit.eu/NationalDB/docs/KuwaitNationalityLaw_ORIGINAL.

11- قانون الجنسية البحريني لسنة 1963 المعدل ،متوفر على الموقع الإلكتروني :

<https://www.legalaffairs.gov.bh>.

12- ظهير شريف الصادر في 21 صفر 1378 الموافق 6 شتبر 1958 بمثابة قانون الجنسية المغربية ،ج ر عدد 2395 ،بتاريخ 19 شتبر 1958، ص 2190 ،متوفر على الموقع الإلكتروني :
<http://adala.justice.gov.ma>

13- قانون الجنسية المصري رقم 26 لسنة 1975 ، متوفر على الموقع الإلكتروني :
<http://site.eastlaws.com> .

- 14- قانون الجنسية الأردني رقم 6 لسنة 1954 المعدل، متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://lawpedia.jo> .
- 15- قانون الجنسية العراقي رقم 43 لسنة 1963 ،متوفر على الموقع الإلكتروني: <http://wiki.dorar-aliraq.net> › iraqilaws.
- 16- قانون الجنسية المصري رقم 154 لسنة 2004 ،متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://migrationpolicy.unescwa.org/ar/node/3566#:~:text>
- 17- مجلة الجنسية التونسية بعد صدور القانون عدد 55 لسنة 2010 المؤرخ في 01 ديسمبر 2010 المتعلق بتتقيح بعض أحكام المجلة ،متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://juriste.yoo7.com/t420-topic>.
- 18- ظهير شريف رقم 07-80 المؤرخ في 23 مارس 2007 المعدل لقانون الجنسية المغربي سنة 2007 ،جريدة رسمية عدد 5513 بتاريخ 02 أبريل 2007 ،ص 1116 ،متوفر على الموقع الإلكتروني: <http://adala.justice.gov.ma>
- 19- قانون الجنسية العراقي رقم 26 لسنة 2006 ،متوفر على الموقع الإلكتروني: <http://iraqinationality.gov.iq> › qanoon_aljinsiy .
- 20- قرار رقم 15 المؤرخ في 19/01/1925 المتضمن قانون الجنسية اللبناني المعدل والمتمم بالقانون المؤرخ في 11/01/1960 ،متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf>
- 21- قانون رقم 13 لسنة 1968 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري المعدل ،متوفر على الموقع الإلكتروني : https://www.cc.gov.eg/legislation_single?id=404681.
- 22- قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ،متوفر على الموقع الإلكتروني : <https://security-legislation.ly/ar/law/33296>.
- 23- قانون أصول المحاكمات السوري الجديد رقم 1 لعام 2016 ،متوفر على الموقع الإلكتروني :

<http://www.parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=5556&cat=15810>.

24- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ،متوفر على الموقع الالكتروني :
<http://77.42.251.205/Law.aspx?lawId=244565>.

25- قانون الإجراءات المدنية الإماراتي لسنة 1992 المعدل ،متوفر على الموقع الالكتروني:
<https://u.ae › litigation-procedures › general-provisions>.

26- قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني رقم 40 لسنة 2002 المعدل ،متوفر على الموقع الالكتروني :
<https://yemenparliament.gov.ye/Page?Sec=28>.

27- قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980 ،متوفر على الموقع الالكتروني :
<https://mesferlaw.com/new/?p=1741> .

28- قانون الميراث رقم 77 لسنة 1943، متوفر على الموقع الالكتروني:
<https://www.lawofegypt.net/forums/thread/19/-77-1943>

29- قانون حماية الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996 المعدل بالقانون 126 لسنة 2008 ،متوفر على الموقع الالكتروني :
<https://www.elwatannews.com/data/iframe/pdf> .

30- مجلة حماية الطفل التونسي الصادرة بموجب القانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في 09/11/1995 ،التي دخلت حيز التنفيذ في 11/11/1996 ،الرائد الرسمية للجمهورية التونسية عدد 90، السنة 138-10/11/1995، ص 2205 ،متوفر على الموقع الالكتروني :
<https://legislation-securite.tn/ar/law/44248>.

31- قانون حماية الطفل الاماراتي رقم 03 لسنة 2016 ،متوفر على الموقع الالكتروني:
https://zho.gChild_Projection_Law

ثانيا- باللغة الفرنسية :

1- ouvrages :

- 01- **AUDIT (Bernard)**, Droit international privé , 6ème édition , Economica ,Paris ,2010.
- 02- **BATTIFFOL (Henri)**, Traité élémentaire de droit international privé, nationalité , condition des étrangers , conflits de lois, conflits de juridictions ,Librairie générale de droit et de jurisprudence ,Paris , 1949.
- 03- _____, **LAGARDE (Paul)**, Droit international privé, 7ème éd, tome1, L.G.D.J, Paris, 1981.
- 04- **COURBED (Patrik)**, Droit international privé, 2ème éd, Dalloz, Paris , 2003.
- 05- **DERRUPPE (Jean)**, Droit international privé, 14ème éd, Dalloz, Paris ,2001.
- 06- **GUTMAN (Daniel)**, Droit International privé, 4ème éd, Dalloz. Paris ,2004
- 07- **HOLLEAUX (Dominique)**, **FOYER (Jacques)** , **GERAUD DE GEOUFFRE DE (La pradelle)** , Droit international privé, Masson, Paris, 1987
- 08- **ISSAD (Mohand)**, Droit international privé , les règles de conflits , 2ème éd ,O P U , Alger , 1983 .

- 09- **LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre)**, Droit international privé , 2éme éd , Dalloz , Paris , 1988.
- 10- **LOUSSOUARN (Yvon) , BOUREL (Pierre)**, Droit international privé , 4éme éd, Dalloz, Paris, 1993.
- 11- _____, _____, **DE VAREILLES - SOMMIERES (Pascal)**, Droit international privé, 4éme éd, Dalloz, Paris, 1993.
- 12- **MAYER (pierre)**,Droit international privé ,5éme édition , Éd montchrestien ,paris ,1994.
- 13- _____, **HEUZE (Vincent)**, Droit international privé , 8éme édition , Montchrestien ,Paris , 2004.
- 14- **MELIN (Françoi)**, Droit international privé, 3éme éd, Lextenso, Paris, 2008.
- 15- **MONEGER (Françoise)**, Droit international privé , éditions Litec ,Paris, 2001.
- 16- **MABROUKINE (Ali)et Autres** , « Le statut personnel des musulman », Droit comparé et Droit international privé, Travaux de la Faculté de Droit de L'université Catholique de Louvain Bruylant, imprimé en Belgique, 1992.
- 17- **SANDRINE (Clavel)** , Droit international privé, Dalloz, Paris , 2010 .

2- thèses et Mémoires:

a- Thèses :

- 01- **DEBERNARDI (Giovanna)**, Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux, thèse de doctorat, droit université Cote d'Azur, France, 2017.
- 02- **ELQOTNI (Hanane)**, Les droits de l'enfant ,étude du droit français et du droit positif marocain à travers la source du droit musulman , thèse de doctorat en droit discipline ,droit de la famille ,université jean moulin Lyon 3 ,2013 .

b- Mémoires :

- 01- **KHELEF NE LAMOUDI (Nadhira)** ,La déchéance de la hadhana, mémoire de magister , institut de droit, université d'alger, 1984.

3- articles :

- 01- **Ait Zai (Nadia)**, « Territorialité ou Religion dans l'attribution du droit de garde des enfants issus de couples franco- algériens » ,Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques, Faculté de droit, Université d'Alger ,n° 4 /1991.

- 02- **BOUKHARI (Ridha)**, « La protection de l'enfant en droit international privé tunisien, l'exemple de la garde (ou hadhana) » ,revue québécoise de droit international , Vol 23, n° 1 /2010.
- 03- **LAGARDE (Paul)**, « Ordre public », répertoire international , tome 2 , Dalloz ,1998
- 04- **FIORINI (Aude)**, « Enlèvements internationaux d'enfants , solutions internationales et responsabilités étatique » ,revue de droit McGill ,VOL 51/2006 .
- 05- **LEQUETTE (Yves)**, Mineur ,répertoire international , Dalloz 1998 .
- 06- **LYN(François)**, « L'unité successorale en droit international privé »,recueil DALLOZ, 1er cahier, 09/10/2003, N35/7132.
- 07- **MABROUKINE (Ali)**,« La convention – algéro – française du 21 juin 1988 relative aux enfants issus de couples mixtes séparé » ,revue critique du droit international privé , Janv. mars 1991.
- 08- **MONEGER (Françoise)** , « La convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparé – algéro – française du 21 juin 1988 », journal du droit international , n°1 /1989.

4- rapports

- 01- **Ait Zai (Nadia)**, « Les droit de l'enfant en Algérie », Rapport alternatif 40ème pré- session du comité des droits de l'enfant ,8 juin 2005 , nations – unis Genève , Alger juin 2005 .
- 02- **Cabanel** , Rapport devant l'assemblée nationale français , n°321 ,discussion et adoption par sénat le 6 juill 1988.

5- textes juridique :

- 01- code civil français, Disponible sur le site internet :
<https://www.legifrance.gouv.fr/> .
- 02- code procédure civile français, Disponible sur le site internet :
<https://www.legifrance.gouv.fr/>.
- 03- code de la nationalité français (loi n° 73-42 du 9 janvier 1973), Disponible sur le site internet :
<https://www.legifrance.gouv.fr/>.
- 04- loi n° 93-933 du 22 juill 1993 qui modifie le code du nationalité français Disponible sur le site internet :
<https://www.legifrance.gouv.fr/>.
- 05- code procédure pénal français ,Disponible sur le site internet :
<https://www.legifrance.gouv.fr/>.

06- code Pénal français ,Disponible sur le site internet:
<https://www.legifrance.gouv.fr/>.

6- jugements et arrêts de la cour de cassation :

a- Jugements :

- 01- Jugement tribunal d’Alexandrie le 26 février 1952, revue égyptienne de droit international privé, volume 8 , 1992 .
- 02- Paris, 18 November 1980 .
- 03- Paris, 13 janv 2000 .
- 04- lyon , 12 dece 2000.

b- arrêts de la cour de cassation :

- 01- Cass, Civ le 09 mars 1910.
- 02- Cass, Civ, le 03 mars 1938.
- 03- Cass, 1^{er} Civ,22 janvier 1947.
- 04- Cass, Civ,3 juill 1951 .
- 05- Cass, Civ,24 nov 1953
- 06- Cass, Civ,21 juin 1955 .
- 07- Cass, Civ,22 mai 1957
- 08- Cass, 1^{er} Civ ,22 mais 1957 , Henrich .
- 09- Cass, Civ,04 Novembre 1958.
- 10- Cass, Civ, 19 octobre 1959, pelassa.

- 11- Cass, Civ,30 octobre 1962 ,scheffel.
- 12- Cass , 1^{er} Civ , 17 novembre 1964 ,bult .
- 13- Cass, Civ, le 21 mars 1966 .
- 14- Cass, 1^{er} Civ, 27 mai 1970 ,weiss
- 15- Cass, 1^{er} Civ ,déc ,1973.
- 16- Cass, Civ, 18 déc 1973.
- 17- Cass ,Civ 1^{er} juill 1974.
- 18- Jurisprudence français le 3 février 1982, Revue critique de droit international privé ,1982.
- 19- cass ,1^{er} civ ,20 mars 1985 ,caron.
- 20- Cass, Civ,15 juin 1887 , cibiens .
- 21- Cass, 1^{er} Civ juill 1987.
- 22- Cass, Civ, 03 nov 1888 .
- 23- Cass ,Civ , 10 fevr 1993 .
- 24- Cass,Civ, 11 juin 1996 .
- 25- Cass , 1^{er} Civ, 6 juill 1999.
- 26- Cass, Civ,21 mars 2000, BALLESTURO.
- 27- Cass ,Civ 1^{re} ,10 mais 2006 .

07- règlements :

- le règlement (UE) n ° 650/2012 du parlement européen et du conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et

l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen .

08– Sites Internet:

- 1– https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_240#Text.
- 2– <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf> .
- 3– <https://haqqi.info/ar/haqqi/legislation/convention-relating-nationality-arabs-residing-countries-other-their-homeland>.
- 4– <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions>
- 5– <http://ar.m.wikipedia.org>

الفهرس

مقدمة ص 01

الباب الأول

حقوق الطفل المترتبة على انعقاد الزواج المختلط في ظل قواعد القانون الدولي

الخاص..... ص 09

الفصل الأول

حق الطفل الناجم عن الزواج المختلط في النسب..... ص 11

المبحث الأول : اشكال القانون الواجب التطبيق على النسب..... ص 11

المطلب الأول: الخلاف الفقهي حول القانون الواجب التطبيق على النسب..... ص 12

الفرع الأول: الخلاف الفقهي حول القانون الواجب التطبيق على النسب

الشرعي..... ص 13

أولاً - تطبيق قانون جنسية الابن..... ص 13

ثانياً - تطبيق قانون جنسية الأب والابن معا..... ص 15

ثالثاً- تطبيق قانون جنسية الوالد المراد الانتساب له (الأب أو الأم)..... ص 15

رابعاً- تطبيق قانون جنسية الأم..... ص 16

خامساً- تطبيق قانون آثار الزواج..... ص 17

سادساً- تطبيق قانون جنسية الأب..... ص 18

الفرع الثاني: الخلاف الفقهي حول القانون الواجب التطبيق على النسب غير

الشرعي..... ص 19

- أولاً- تطبيق قانون جنسية الطفل.....ص19
- ثانيا- تطبيق قانون جنسية الوالد المراد الانتساب إليهص20
- ثالثا- تطبيق القانون الأصلح للطفل.....ص20
- المطلب الثاني** :اختلاف تشريعات الدول حول القانون الواجب التطبيق على النسب.....ص21
- الفرع الأول**: اختلاف تشريعات الدول حول القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي.....ص21
- أولاً - تطبيق قانون جنسية الابن.....ص22
- ثانيا - تطبيق قانون جنسية الوالد المراد الانتساب له (الأب أو الأم).....ص22
- ثالثا- تطبيق القانون الأصلح للطفل.....ص23
- رابعا- تطبيق قانون جنسية الأب.....ص24
- الفرع الثاني** :اختلاف تشريعات الدول حول القانون الواجب التطبيق على النسب غير الشرعي.....ص25
- الفرع الثالث** :الاختلاف بين القانون الجزائري والفرنسي حول القانون الواجب التطبيق على النسب.....ص27
- أولاً- موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على النسب.....ص27
- 1- قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10.....ص27
- 2- بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10ص28
- ثانيا- موقف المشرع الفرنسي من القانون الواجب التطبيق على النسبص31
- 1- مرحلة ما قبل صدور قانون 03 جانفي 1972.....ص32

- 2- مرحلة ما بعد صدور قانون 03 جانفي 1972ص33
- المبحث الثاني: إشكالات تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النسب.....ص37
- المطلب الأول: استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النسب.....ص37
- الفرع الأول: استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النسب لمخالفته للنظام العام.....ص38
- أولاً- مفهوم النظام العامص38
- 1- صعوبة ضبط تعريف النظام العامص39
- 2- شروط الدفع بالنظام العامص42
- أ- أن يكون قانون أجنبي واجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية.....ص42
- ب- وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي لإثارة الدفع بالنظام العامص43
- ج- توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام في دولة القاضيص44
- 3- آثار الدفع بالنظام العام.....ص44
- أ- أثر الدفع بالنظام العام بشأن حق يراد انشاؤه في دولة القاضي.....ص45
- الأثر السلبي للنظام العامص45
- الأثر الايجابي للنظام العامص47
- ب- أثر الدفع بالنظام العام بشأن حق اكتسب في الخارج وأريد التمسك بآثاره في دولة القاضي.....ص49
- ج- الأثر الانعكاسي للنظام العام.....ص50
- ثانياً: التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام على النسب.....ص50

1-التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام على النسب في الدول الاسلامية.....	ص51
2-التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام على النسب في الدول الغربية.....	ص53
الفرع الثاني:استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النسب لوجود غش نحو القانون	ص57
أولا - تعريف الغش نحو القانون.....	ص58
ثانيا - شروط الغش نحو القانون.....	ص60
1- الشروط المتفق عليها للدفع بالغش نحو القانون.....	ص60
أ-العنصر المادي.....	ص60
ب-العنصر المعنوي.....	ص62
2 - الشروط المختلف فيها للدفع بالغش نحو القانون	ص63
أ- الشرط الأول :أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي	ص64
ب- الشرط الثاني :أن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها أمرة	ص65
ثالثا -جزاء الغش نحو القانون	ص66
رابعا- تبني القضاء وتشريعات الدول لفكرة الغش نحو القانون.....	ص67
المطلب الثاني :الإحالة في مسألة النسب.....	ص68
الفرع الأول :مفهوم الإحالة.....	ص69
أولا- تعريف الإحالة.....	ص69

- ثانيا: أنواع الإحالة.....ص71
- 1- الإحالة من الدرجة الأولىص71
- 2- الإحالة من الدرجة الثانيةص72
- الفرع الثاني :الإحالة في النسب بين القبول والرفض.....ص73
- أولا- اختلاف تشريعات الدول حول الأخذ بالإحالة.....ص73
- 1 -موقف التشريعات المقارنة من الإحالةص73
- 2-موقف المشرع الجزائري من الإحالة.....ص74
- ثانيا - موقف الفقه والقضاء من الإحالة في النسب.....ص76

الفصل الثاني

- حق الطفل الناجم عن الزواج المختلط في الجنسية.....ص80
- المبحث الأول :تحديد جنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط.....ص81
- المطلب الأول: تحديد جنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط من الجانب الفقهي.....ص81
- الفرع الأول: الخلاف الفقهي حول تأثير الزواج المختلط على جنسية أفراد الأسرة.....ص81
- أولا- نظرية وحدة الجنسية في الأسرة.....ص82
- 1- اعتبارات قانونية.....ص82
- 2- اعتبارات سياسية.....ص83
- 3- اعتبارات اجتماعيةص84

ثانيا - نظرية استقلالية الجنسية في الأسرة.....ص85

1-اعتبارات قانونيةص86

2- اعتبارات سياسية.....ص86

3- اعتبارات اجتماعية.....ص87

الفرع الثاني :الخلاف الفقهي حول دور الأم في منح جنسيتها الأصلية

للطفل.....ص88

أولا-اقتصار منح الجنسية الأصلية للطفل على الأب دون الأم.....ص89

1- اعتبارات معنوية أو نفسيةص89

2- اعتبارات دينية.....ص91

3- اعتبارات سكانية.....ص91

4 - اعتبارات اخلاقية.....ص92

5- ازدواج جنسية الطفل.....ص93

ثانيا - المساواة بين الأب والأم في منح الجنسية الأصلية للطفل.....ص93

1 - مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.....ص94

2- مواكبة التطورات الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع.....ص95

3- احترام الاتفاقيات الدولية.....ص96

المطلب الثاني :تحديد جنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط من الجانب

التشريعي.....ص97

الفرع الأول :تحديد جنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط في التشريع

الجزائري.....ص97

- أولاً- أحكام منح الجنسية الجزائرية الأصلية للطفل الناجم عن الزواج المختلط.....ص97
- 1- مرحلة ما قبل تعديل قانون الجنسية سنة 2005.....ص98
- 2- مرحلة ما بعد تعديل قانون الجنسية سنة 2005.....ص99
- ثانيا - أثر اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط على جنسية الطفل.....ص 104
- 1- موقف المشرع الجزائري من اكتساب أحد الزوجين للجنسية الجزائرية قبل وبعد تعديل قانون الجنسية لسنة 2005.....ص104
- أ- مرحلة ما قبل تعديل قانون الجنسية سنة 2005.....ص105
- ب- مرحلة ما بعد تعديل قانون الجنسية سنة 2005.....ص106
- 2 -أثر اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط على جنسية الطفل.....ص107
- أ- مرحلة ما قبل تعديل قانون الجنسية سنة 2005.....ص107
- ب- مرحلة ما بعد تعديل قانون الجنسية سنة 2005.....ص107
- ثالثا -أثر فقد الجنسية الجزائرية بسبب الزواج المختلط واستردادها على جنسية الطفل.....ص110
- 1- فقد الجنسية الجزائرية بسبب الزواج من أجنبي وأثره على جنسية الطفل.....ص110
- 2- استرداد الجنسية الجزائرية المفقودة وأثره على جنسية الطفل.....ص112
- أ- مرحلة ما قبل تعديل قانون الجنسية سنة 2005.....ص113
- ب- مرحلة ما بعد تعديل قانون الجنسية سنة 2005.....ص113

الفرع الثاني: تحديد جنسية الطفل الناجم عن الزواج المختلط في بعض التشريعات المقارنة.....ص115
أولاً- تغليب حق الدم من جهة الأب في منح الجنسية الأصلية في بعض التشريعات المقارنة.....ص116
ثانياً- اعتراف أغلب التشريعات المقارنة بالمساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية الأصلية للطفلص118
ثالثاً- موقف بعض التشريعات من أثر اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط على جنسية الطفل.....ص120
المبحث الثاني: إشكالات جنسية الطفل في الزواج المختلط وحلولها.....ص122
المطلب الأول :إشكال تعدد جنسية الطفل وحلوله.....ص123
الفرع الأول :اشكال تعدد جنسية الطفل.....ص124
أولاً- تعريف تعدد الجنسية.....ص124
ثانياً - أسباب تعدد جنسية الطفل.....ص125
1- أسباب تعدد جنسية الطفل المعاصر للميلاد.....ص125
2- أسباب تعدد جنسية الطفل اللاحق للميلاد.....ص127
ثالثاً - المشاكل الناجمة عن تعدد جنسية الطفل.....ص127
الفرع الثاني : الحلول المقترحة لمشكلة تعدد جنسية الطفل.....ص128
أولاً-الحلول الوقائية لمشكلة تعدد جنسية الطفل.....ص128
ثانياً- الحلول العلاجية لمشكلة تعدد جنسية الطفل.....ص131

- 1- الحالة التي تكون فيها جنسية دولة القاضي ضمن الجنسيات المتنازعة.....ص131
- 2- الحالة التي لا تكون فيها جنسية دولة القاضي ضمن الجنسيات المتنازعة.....ص138
- المطلب الثاني :إشكال انعدام جنسية الطفل وطوله.....ص142
- الفرع الأول :اشكال انعدام جنسية الطفل.....ص142
- أولاً- تعريف انعدام الجنسية.....ص143
- ثانياً-أسباب انعدام جنسية الطفل.....ص143
- 1- أسباب انعدام جنسية الطفل المعاصرة للميلاد.....ص144
- 2- أسباب انعدام جنسية الطفل اللاحق للميلاد.....ص145
- ثالثاً - المشاكل الناجمة عن انعدام جنسية الطفل.....ص145
- الفرع الثاني : الحلول المقترحة لمشكلة انعدام جنسية الطفل.....ص146
- أولاً-الحلول الوقائية.....ص146
- ثانياً -الحلول العلاجية.....ص147

الباب الثاني

- حقوق الطفل المترتبة على انحلال الزواج المختلط في ظل قواعد القانون الدولي الخاص.....ص151

الفصل الأول

- حق الطفل الناجم عن الزواج المختلط في الحضانة.....ص153

- المبحث الأول: إشكال القانون الواجب التطبيق على الحضانة.....ص154
- المطلب الأول: قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة.....ص154
- الفرع الأول: الخلاف الفقهي حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة.....ص155
- أولاً - تعريف التكييف.....ص156
- ثانياً- اختلاف الفقه في تكييف الحضانة وأثره في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها.....ص157
- 1- تطبيق القانون الذي يحكم آثار انعقاد الزواج على الحضانة.....ص158
- 2 - تطبيق القانون الذي يحكم آثار انحلال الزواج على الحضانةص159
- 3 - تطبيق القانون الذي يحكم آثار النسب على الحضانة.....ص161
- 4- تطبيق القانون الذي يحكم الولاية على المال على الحضانة.....ص166
- 5 - تطبيق قانون الموطن الفعلي أو الاعتيادي للطفل على الحضانةص167
- 6- تطبيق القانون الأصلح للطفل على الحضانةص168
- الفرع الثاني: اختلاف تشريعات الدول حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة.....ص169
- أولاً: تخصيص بعض التشريعات لقاعدة إسناد خاصة بالحضانةص169
- ثانياً : غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في معظم التشريعات وموقف القضاء من ذلكص172
- المطلب الثاني: اشكالات تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم الحضانة.....ص187
- الفرع الأول: استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم الحضانة.....ص188
- أولاً: استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم الحضانة لمخالفته للنظام العام....ص188

ثانيا - استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم الحضانة لوجود غش نحو القانون.....	194ص
الفرع الثاني: اشكال تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بالحضانة في دولة محل التنفيذ.....	196ص
المبحث الثاني: الجهود الدولية لحماية المحضون عند انحلال الزواج المختلط.....	211ص
المطلب الأول: الاتفاقيات المتعددة الأطراف.....	212ص
الفرع الأول : اتفاقيات لاهاي.....	212ص
أولا: اتفاقيتي لاهاي لتوحيد القانون الواجب التطبيق على الحضانة لسنة 1961 و 1996	212ص
1-اتفاقية لاهاي لسنة 1961.....	212ص
2-اتفاقية لاهاي لسنة 1996.....	215ص
ثانيا - اتفاقية لاهاي لسنة 1980 الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال.....	220ص
الفرع الثاني : اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.....	224ص
المطلب الثاني :الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988.....	226ص
الفرع الأول :أهداف ومجال تطبيق الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988.....	227ص
أولا- أهدافها.....	227ص
ثانيا- مجال تطبيقها.....	227ص
الفرع الثاني :أحكام الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988.....	229ص

- أولاً - التعاون القضائي والإداري الدولي.....ص 229
- ثانياً- آليات المحافظة على علاقات الطفل بوالديه.....ص 231
- 1- قاعدة الاختصاص القضائي الدولي الوحيد.....ص 232
- 2- الربط الإلزامي بين حق الحضانة و حق الزيارة عبر الحدود.....ص 232
- 3- الضمانات القضائية التي تحيط بحق الزيارة خارج الحدود.....ص 233

الفصل الثاني

حق الطفل الناجم عن الزواج المختلط في ميراث الطفل ..ص 238

- المبحث الأول: تنازع الاختصاص القضائي الدولي في ميراث الطفلص 239
- المطلب الأول: ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بشأن ميراث الطفلص 240
- الفرع الأول: ضوابط الاختصاص القضائي الدولي الخاصة بمادة الميراث.....ص 241
- أولاً- ضابط افتتاح التركة.....ص 241
- ثانياً- ضابط موقع المال.....ص 248
- ثالثاً- ضابط جنسية المورث.....ص 260
- الفرع الثاني: الضوابط العامة للاختصاص القضائي الدولي المطبقة في مادة الميراث.....ص 261
- أولاً: ضابط جنسية أطراف الدعوى.....ص 262
- ثانياً- ضابط موطن المدعى عليه.....ص 271
- المطلب الثاني: توحيد الاختصاص القضائي الدولي في مادة الميراث بين الدول الأوروبية.....ص 275

- الفرع الأول: ضابط الإقامة الاعتيادية للمتوفي.....ص276
- الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على ضابط الإقامة الاعتيادية للمتوفي.....ص278
- أولا - ضابط موقع المالص279
- ثانيا - ضابط الجنسية.....ص280
- المبحث الثاني: تنازع الاختصاص التشريعي الدولي في ميراث الطفل.....ص283
- المطلب الأول: اشكال القانون الواجب التطبيق على الميراث.....ص283
- الفرع الأول: الخلاف الفقهي والتشريعي حول تكييف الميراث.....ص284
- أولا - تكييف الميراث ضمن مسائل الأحوال الشخصية.....ص285
- ثانيا - تكييف الميراث ضمن مسائل الأحوال العينية.....ص289
- ثالثا - تكييف الميراث ضمن فئة قانونية مستقلةص291
- الفرع الثاني: قاعدة الإسناد المطبقة على ميراث الطفل في الزواج المختلط.....ص292
- أولا- الخلاف الفقهي والتشريعي حول القانون الواجب التطبيق على ميراث الطفل في الزواج المختلط.....ص292
- 1- تطبيق قانون واحد على ميراث المنقول والعقارص293
- أ-تطبيق القانون الشخصي للمورث.....ص293
- الاتجاه القائل بتطبيق قانون جنسية المورثص293
- الاتجاه القائل بتطبيق قانون موطن المورث.....ص297
- ب- تطبيق قانون موقع المال.....ص299
- 2- تطبيق قانونين مختلفين على ميراث المنقول والعقار.....ص299

- ثانيا - نطاق تطبيق القانون المختص بحكم الميراث.....ص 303
- 1- المسائل التي تدخل في نطاق القانون المختص بحكم الميراث.....ص 304
- أ- وقت استحقاق الإرث (وقت افتتاح التركة).....ص 304
- ب- أسباب الإرث.....ص 305
- ج- شروط استحقاق الإرثص 306
- د- أصول انتقال الإرث.....ص 308
- 2- المسائل المستبعدة من نطاق القانون المختص بحكم الميراثص 309
- أ- تطبيق قانون موقع المالص 310
- تعلق حقوق دائني المورث بأموال التركة.....ص 310
- حالة الشيوخ بين الورثةص 311
- نقل ملكية حق الإرث وكافة الحقوق العينية الأخرىص 311
- ب- تطبيق القانون الشخصي للورثةص 312
- ج- تطبيق قانون القاضيص 313
- ثالثا - توحيد القانون الواجب التطبيق على الميراث بين الدول الأوروبيةص 313
- المطلب الثاني :اشكالات تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم ميراث**
الطفل.....ص 315
- الفرع الأول: استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم ميراث الطفل الناجم عن الزواج**
المختلط.....ص 315
- أولا :استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم ميراث الطفل لمخالفته للنظام العام**
.....ص 315

1- تطبيق الدفع بالنظام العام.....	ص316
أ-تطبيق الدفع بالنظام العام في الدول الإسلامية	ص316
-أحكام ميراث الطفل المتعلقة بالنظام العام	ص317
-أحكام ميراث الطفل المختلف بشأن ارتباطها بالنظام العام (بيان الورثة وأنصبتهم).....	ص319
ب-تطبيق الدفع بالنظام العام في الدول الغربية (العلمانية).....	ص324
2-أثر الدفع بالنظام العام على تنفيذ الأحكام القضائية الخاصة بميراث الطفل في دولة محل التنفيذ.....	ص326
3-آثار الدفع بالنظام العام.....	ص328
أ- مرحلة نشوء الحق في دولة القاضي	ص328
ب- مرحلة نشوء الحق صحيحا في الخارج وأريد التمسك بآثاره في دولة القاضي (الأثر المخفف للنظام العام).....	ص330
ج-الأثر الانعكاسي للنظام العام.....	ص331
ثانيا- استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم ميراث الطفل لوجود الغش نحو القانون.....	ص331
الفرع الثاني:الإحالة.....	ص333
أولا-الإحالة من الدرجة الأولى(الإحالة إلى قانون القاضي).....	ص335
ثانيا-الإحالة من الدرجة الثانية(الإحالة إلى قانون دولة ثالثة).....	ص339
خاتمة.....	ص345
قائمة المراجع.....	ص357
الفهرس.....	ص393

ملخص :

يعتبر موضوع حقوق الطفل (الجنسية ، النسب ،الحضانة والميراث) المترتبة على الزواج المختلط في ضل قواعد القانون الدولي الخاص من أهم المواضيع القانونية الشائكة والمتشعبة لما تثيره من إشكالات حادة ومعقدة من شأنها المساس بهذه الحقوق، نتيجة تحريك التنازع الدولي للقوانين ،وتزداد هذه الاشكالات حدة سواء بالنظر إلى اختلاف الدول في تنظيم هذه الحقوق في قواعدها الموضوعية لاسيما بين الدول الاسلامية والدول العلمانية أو اختلافها في قواعد الاسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق ،بل وحتى في تحديد اختصاصها القضائي والذي يبرز أكثر في مسألة الميراث.

ورغم سعي الفقه والفضاء وتشريعات الدول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الطفل إلا أنه قد تعترضه صعوبات تجعل من العسير تطبيقه على أكمل وجه والتي قد ترجع إما إلى استخدام آلية الدفع بالنظام العام أو وجود غش نحو القانون أو نتيجة استعمال الإحالة.

أمام هذه الإشكالات المتشعبة أصبحت حماية حقوق الطفل التي تأخذ أبعادا دولية نتيجة الصفة الدولية للزواج المختلط ضرورة ملحة تقتضي إبرام اتفاقيات دولية وهو ما سعت إليه الدول من أجل ضمان تمتع الطفل بحقوقه بصفة مستقرة .

Résumé:

La question des droits des enfants (nationalité, filiation, garde d'enfant et succession) issus de mariages mixtes, auegard des règles du droit international privé, est considérée parmi les sujets juridiques les plus importants et pointilleux et épineux du fait de ce qu'ils soulèvent comme problèmes aigus et complexes qui peuvent porter préjudice à ces droits, du fait du conflit international de lois, et ces problèmes s'intensifient Que ce soit au vu des différents pays dans la réglementation de ces droits dans leurs règles objectives, notamment entre pays islamiques et pays laïcs, ou de leur différence dans les règles De Rattachement qui déterminer la loi applicable, et même dans la détermination de leur compétence, ce qui est plus important en matière de succession.

Bien que la doctrine et la jurisprudence, et la législation étatique cherchent à déterminer la loi applicable aux droits de l'enfant, elle peut rencontrer des difficultés qui rendent difficile sa pleine application, qui peuvent être dues soit à l'utilisation du mécanisme d'ordre public ou à la présence d'une fraude de loi, soit à la suite de l'utilisation de renvoi.

Face à ces problèmes complexes, la protection des droits de l'enfant, qui a pris une dimension internationale du fait du caractère international du mariage mixte, est devenue une nécessité urgente qui nécessite la conclusion des conventions internationales, que les États ont visait à garantir à l'enfant la jouissance de ses droits de manière stable .

Abstract :

The question of the rights of children (nationality, filiation, child custody and inheritance) resulting from mixed marriages, with regard to the rules of private international law, is considered among the most important and detailed and thorny legal subjects because of the fact that they raise as acute and complex problems which can prejudice these rights, because of the international conflict of laws, and these problems intensify Whether in view of the different countries in the regulation of these rights in their objective rules, in particular between Islamic countries and secular countries, or their difference in the rules of attachment which determine the applicable law, and even in the determination of their jurisdiction, which is more important in matters of succession.

Although doctrine and case law, and state legislation seek to determine the law applicable to the rights of the child, it may encounter difficulties that make its full application difficult, which may be due either to the use of the mechanism of public order or the presence of fraud of law, either as a result of the use of removal.

Faced with these complex problems, the protection of the rights of the child, which has taken on an international dimension due to the international nature of mixed marriage, has become an urgent necessity which requires the conclusion of international conventions, which States have sought to guarantee the child the enjoyment of his rights in a stable manner.