الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي

كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Science
جامعة الشهيد حمة لخضر
الوادي الجزائر

جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
UNIVERSITY OF EL-OUED

كلية الحقوق والعلوم السياسية

وفرقة البحث prfu

نحو تجميع قواعد القانون الدولي الخاص الجزائري في قانون موحد

بالاشتراك مع مخبري

-التحولات القانونية الدولية وإنعكاساتها على التشريع الجزائري

-السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية في الجزائر

ينظمون

الملتقى الوطني الخامس والعشرون 25 حول

تنظيم العلاقات الخاصة الدولية في الجزائر

-الواقع والمأمول-

يوم الخميس 16 ماي 2024

حضوري وعبر التحاضر المرئي عن بعد

إصدارات مخبر

السياسات العامة وتحسين الخدمة
العمومية في الجزائر

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
وفرقة البحث prfu

نحو تجميع قواعد القانون الدولي الخاص الجزائري في قانون موحد

بالاشتراك مع مخبري

-التحولات القانونية الدولية وإنعكاساتها على التشريع الجزائري

-السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية في الجزائر

ينظمون

الملتقى الوطني الخامس والعشرون 25 حول تنظيم العلاقات الخاصة الدولية في الجزائر -الواقع والمأمول-

يوم الأربعاء 16 ماي 2024

حضوري وعبر التحاضر المرئي عن بعد

ISBN :
978-9969-986-10-5

الإيداع القانوني
ديسمبر 2024

إصدارات

إصدارات مخبر
السياسات العامة وتحسين الخدمة
العمومية في الجزائر

الطباعة

El-oued - Algerie
+213668005970
imprimerierimel39@gmail.com

إدارة الـملتقى

الرئيس الشرفي للملتقى: أ.د. عمر فرحاتي، مدير جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي

رئيس الملتقـــى: أ.د. المكي دراجي، عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية

مدير الملتقـــى : د.قريشي رزيقة

المشرف العام للملتقى: أ.د.كرام محمد الأخضر

رئيس اللجنة العلميـة : د.سعيدة العايبي

مقرر اللجنة العلميـة : د.ديدي ابراهيم د.لزهر لعبيدي

رئيس اللجنة التنظيمية : د.محده جلول، د.شريفي عماد

اللجنة العلمية للملتقى

الأساتذة من داخل الجامعة: أ.د.بوغزالة محمد الناصر، أ.د.بوساحة نجاة، أ.د.محمودي بشير، أد.غريسي جمال، أد.خلف بوبكر أ.د.عمار زعبي، أ.د.حوبة عبد القادر أد.بن خليفة إلهام، أ.د.جوادي إلياس، أ.د.كرام محمد الأخضر، أد.دريس كمال فتحي، أ.د. شبل بدر الدين، أ.د. مرغني حيزوم بدر الدين أ.د/جرمون محمدالطاهر أ.د.خلف فاروق، أ.د.عادل عميرات، أ.د.جروني فايزة، أد.سعود أحمد، د.سعيدة العايبي، د.لموشية سامية، د.ديدي إبراهيم، د.محده جلول، د.قني سعدية، د.رزيقة قريشي د.عمامره، د.دراجي بلخير د.شريفي عماد، د.حراش أحلام، د.خيرجه ميلود، د.زرقيني راضية، د.كمرشو الهاشمي د.محده عبد الباسط، .د بدر شنوف، د.سلخ محمد لمين، د.بطينة مليكة، د.وكواك الشريف، د.لعبيدي الأزهر، د.منصف عبدالعزيز لعرابه، د.سكفالي ريم، دحويذق عثمان، د.منصور محمد العروسي، دجعفر عرارم د.عمامرة امبارك، د.فريجات اسماعيل، د.حاقه العروسي.

الأساتذة من خارج الجامعة: أد. بن عيسى أحمد، أد. آيت منصور كمال، أد. عسالي عبد الكريم، د. مخالفة كريم، د. بهلولي فاتح د. عيد عبد الحفيظ، د. بنابي سعاد د. مراد مليكة، د. عكوش سهام .د. شمون علجية، د. آمال قاسمي، د. العيفاوي صبرينة د.شعوة مهدي.

اللجنة التنظيمية للملتقى

الأساتذة: د. بدر شنوف، د.عبد الحميد فرج، د.حمايتي صباح، د.عبد الباسط محدة، د.كمرشو الهاشمي، د.جابر صالح، د.العروسي منصوري، د.خيرجة ميلود، د.غنية نزلي، د.العايبي سعيدة، د قريشي رزيقة، د.ديدي إبراهيم، د.دهانة بشير، د.خلفاوي سعيدة د.احمودة خيرة، د.قيطوبي أسامة، د.غمام جريدي مليكة، أ.عطية صفاء أ.سارة شيبات، أ.بلجاني وردة، أ.محمد نعرورة، أ.محمد بجاق، أ.شربي مراد، د.غبش عز الدين، د.شعبان فضيلة، د.عطية سليمة، ط د طالبي أسماء، ط د.شبايكي ليلى ط د.مسعودة صحراوي، ط د.تواتي الطيب، ط د.فوزي بوديار. ط د.الموعد محمد عارف، ط.د.سميرة بلغواطي، ط.د.يسمة صيشي، ط.د.لوحيدي راضية، ط.د.خلف عبد السلام، ط.د.دحمري يمينة، حنين حساني.

لجنة التوصيات

رئيس لجنة التوصيات: - أ د.جرمون محمد الطاهر.

أعضاء لجنة التوصيات: أد.بن عيسى أحمد، أد.آيت منصور كمال، أد.عسالي عبد الكريم، أ د.لعجال ياسمينة، أد.حوبة عبد القادر، أد.كرام محمد الأخضر، د.قريشي رزيقة، د.ديدي إبراهيم، د.العايبي سعيدة، د.شريفي عماد.

أهمية الـملتقى

لطالما كانت الجزائر بلدا مصدرا للسكان، حيث كان يهاجر سكانها إلى مختلف دول العالم بحثا عن العمل أو الدراسة أو الاستقرار ولكن في السنوات الأخيرة، بدأت الجزائر تتحول إلى بلد مستورد للسكان، حيث أصبح عدد المهاجرين القادمين إليها أكبر من عدد المهاجرين الذين يغادرونها، ويرجع ذلك إلى عدة عوامل، منها: انخفاض معدل المواليد في الجزائر، تحسن الأوضاع الاقتصادية مما جعلها أكثر جاذبية للعمال المهاجرين، وكذلك انفتاح الجزائر على الإستثمار الأجنبي، حيث يتطلب هذا التحول إلى تنظيم العلاقات الخاصة الدولية في البلاد بشكل جديد، ومراجعة القوانين الداخلية، وذلك من أجل تحديثها وجعلها أكثر ملاءمة للواقع الجديد، وهذا في كل موضوع من مواضيع القانون الدولي الخاص الذي يحكم العلاقات الخاصة الدولية التي يكون الطرف الأجنبي طرفا فيها، وذلك بتعديل القوانين الداخلية حتى تتماشى مع الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر ورفعت التحفظ على بعض بنودها.

لذا يستوجب منا، تسليط الضوء على هذه المسائل والتطلع لرؤية مستقبلية من خلال عرض الواقع الحالي الخاص بجميع مواضيع القانون الدولي الخاص وتحليلها ومناقشتها وتبيان مراكز النقص فيها، واقتراح الحلول والتعديلات لمواكبة هذا التطور، ولدراسة هذا الموضوع بعمق طرحنا إشكالية ملتقانا هذا كالتالي:

ما هي التحديات التي تواجه الجزائر في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية في ظل تحول البلاد من بلد مُصَدِّر للسكان إلى بلد مستورد له، وماهي التعديلات المقترحة في القوانين الداخلية لمواجهة هذا التحول؟

محاور الملتقى

تم تقسيم الملتقى إلى ثلاثة محاور أساسية على النحو التالي:

المحور الأول : إشكالية تنازع القوانين والحلول الوضعية.

المحور الثاني: إثبات الجنسية الجزائرية والمنازعات الخاصة بها.

المحور الثالث: وضعية الأجانب في الجزائر.

المحور الرابع: تنازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر الأجنبية.

برنامج الملتقى

الجلسة الافتتاحية: 08:30 - 09:00

- تلاوة ما تيسر من القرآن الكريم،
- النشيد الوطني،
- كلمة د. قريشي رزيقة - مديرة الملتقى،
- كلمة أ.د/ المكي درّاجي - عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية،
- كلمة أ.د/عمر فرحاتي - مدير جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي،

الإعلان عن الافتتاح الرسمي للملتقى.

الجلسة العلمية: 09:00 -10:30 **رئيس الجلسة: أ د. كرام محمد الأخضر**

	المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
1	أد. كرام محمد الاخضر	جامعة الوادي	القانون الواجب التطبيق على الحضانة.
2	أد. بن عيسى احمد	نائب بالمجلس الشعبي الوطني	أثر الجنسية الأجنبية على تطبيق القانون 18/22 المتعلقة بالاستثمار.
3	أد.عسالي عبد الكريم العايبي البشير	جامعة بجاية	استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية
4	D.Zerguni radia D.laibi saida	Univ-eloued	Foreign judgments subject to the remforcement order system الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ
5	أد. آيت منصوركمال	جامعة بجاية	إشكاليات منهج قواعد الإسناد في حل مشكلة تنازع القوانين.
6	د. شنوف بدر	جامعة الوادي	الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية الجزائرية وخصوصية الدعاوى المثارة بشأنها.

مناقشات عامة

الورشة العلمية الأولـــــى

حضـــــوري

المحكمة الافتراضية: 11:00 -12:30

- رئيس الورشة: د. سامية لموشية - مقرر الورشة: د. خيرجة ميلود

	المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
1	د دهانة بشير	جامعة الوادي	The legal status of foreign traders in Algerian legislation
2	د. عبد الغني بشول	جامعة الوادي	وسائل إثبات الجنسية الأصلية وفقا للتشريع الجز ائري.
3	د. قريشي رزيقة ط د. شبايكي ليلى	جامعة الوادي	الوضعية القانونية للطالب الأجنبي في الجز ائر
4	د. رفرافي عبد الرحمان	جامعة الوادي	البعد المكاني وتنازع القو انين - دراسة في القانون الانتقالي.
5	د. سامية لموشية	جامعة الوادي	تنازع القو انين في المنازعات المدنية الإلكترونية.
6	د. ميلود خيرجة ط د. سمير مصباحي	جامعة الوادي جامعة بسكرة	الضمانات المالية الممنوحة للمستثمر الجز ائري
7	د. محدة حلول	جامعة الوادي	ضو ابط وحدود حق الأجنبي في الملكية العقارية في التشريع الجز ائري.
8	د، عماد شريفي	جامعة الوادي	تنازع القو انين في التصرفات التبرعية-الوصية نموذجا
9	ط د. خلف عبد السلام ط د. سميرة بلغواطي	جامعة الوادي	استبعاد تطبيق القانون الاجنبي أمام القضاء الوطني
10	د. ديدي ابراهيم	جامعة الوادي	الدفع بالنظام العام في استبعاد القانون الواجب التطبيق.
11	د.حضري حسان د. سليمة عطية	جامعة الوادي	أثر الحوكمة التشريعية على بعض حلول تنازع القو انين في القانون الدولي الخاص.

مناقشـات عامـــــة

الورشة العلمية الثانيـة

حضـــــوري

القاعـة (11): 11:00 -12:30

- رئيس الورشة: د عمامرة امباركة، - مقرر الورشة: د. زرقيني راضية

	المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
1	أد .غريسي جمال د. وكواك الشريف	جامعة الوادي	إشكالات تنازع القو انين حول مسائل الحضانة في التشريع الجز ائري.
2	طد.صيشي بسمة	جامعة الوادي	إثبات الجنسية الجز ائرية الأصلية – حيازة الحالة الظاهرة نموذجا-
3	د.فريجات إسماعيل	جامعة الوادي	النظام القانوني لوجود الشخص الأجنبي في الجز ائر
4	د.خيرة أحمودة د. نادية خراز	جامعة الوادي	الإجراءات القانونية لمنازعات الجنسية في التشريع الجز ائري.

5	د. شعبان فضيلة ط.د حمزة دوش	جامعة الوادي	آليات تقنين التكييف كآلية إعمال قواعد تنازع القوانين.
6	ط د. تواتي الطيب د.ديدي إبراهيم	جامعة الوادي	الإجراءات الإدارية المتعلقة بتواجد الأجانب في الإقليم الجزائري.
7	د.سلخ محمد لمين د.حويذق عثمان	جامعة الوادي	تملك الأجانب للعقارات في القانون الجزائري.
8	طد. طالبي أسماء ط.د.عبيد سعد ابراهيم	جامعة الوادي	احتفاظ الجزائر بحق منع الأجانب من الدخول إلى الإقليم الجزائري من منظور القانون 11/08.
9	د. عمامرة امباركة	جامعة الوادي	إثبات الجنسية الأصلية في القانون الجزائري بطريق الحالة الظاهرة.
10	د.حمايتي صباح	جامعة الوادي	تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية بين الاتفاقيات الدولية ومقتضيات القوانين الوطنية.
11	د. بوقنه عبد الله د. جغروري ليلى	جامعة الوادي جامعة بسكرة	تحديات إثبات الجنسية الجزائرية بين القانون والواقع.

مناقشـــات عامـــــة

الورشة العلمية الثالثة

عن بعـــــد

مكتب المخبر: 11:00- 12:30

- رئيس الورشة: د .عماد شريفي **- مقرر الورشة: أد.سعود احمد**

	المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
1	د.عيد عبد الحفيظ د.بهلولي فاتح	جامعة بجاية	الإعتبارات المؤثرة في صياغة قواعد الإسناد.
2	د.عكوش سهام	جامعة بومرداس	قواعد الإسناد كأداة لتحديد القانون الواجب التطبيق في النزاعات الخاصة الدولية وفقا للتشريع الجزائري.
3	د.مراد مليكة	جامعة الجزائر	الإطار القانوني لتشغيل الأجانب في القانون الجزائر.
4	د.صبرينة العيفاوي	المركز الجامعي النعامة	تنازع الإختصاص القضائي الدولي في المسائل ذات العنصر الأجنبي.
5	د.قاري علي	جامعة سكيكدة	ضابط الجنسية في مسائل تنازع القوانين.
6	د.عيشوبة فاطمة أ.د.راشدي حدهوم دليلة	جامعة تيارت جامعة وهران 2	تنازع الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية بمعناه الضيق.
7	ط.د.الموعد محمد عارف	جامعة الوادي	وضعية الأجانب في الجزائر.
8	د.مريني فاطمة الزهرة	جامعة بومرداس	عدم مخالفة النظام العام كشرط لتنفيذ الأحكام الأجنبية -دراسة مقارنة-

9	د.زناتي محمد السعيد	جامعة الوادي	نظام تسليم المجرمين واشكالات التنفيذ.
10	ط.د محمد الأمين وذان ط.د بن نوي عمر الفاروق	جامعة غرداية	تنازع القوانين حول حضانة الأطفال الناشئين عن الزيجات المختلطة
11	أ.د يسمينة لعجال د. دلال عبايدي	جامعة ورقلة	دور القواعد ذات التطبيق الضروري في حل مشكلة تنازع القوانين

مناقشـــات عامـــــة

الورشة العلمية الرابعة

عن بعـــــد

مكتب المخبر: 11:00 - 12:30

- رئيس الورشة: د. محدة جلول - مقرر الورشة: د.سلخ محمد لامين

	المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
1	أد. بن عصمان جمال ط.د.يحياوي ليلي	جامعة تلمسان	تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية وبوادر أزمة منهج التنازع.
2	د.بنابي سعاد	جامعة الجلفة	مدى ملائمة تعديلات قانون الجنسية لنصوص الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر- اتفاقية سيداو نموذجا-
3	د.زنداقي سهيلة	جامعة تلمسان	مدى تطبيق القاضي لخاصية الحياد في قواعد التنازع الخاصة بالانفصال الجسماني والتبني.
4	د.بوكر رشيدة	جامعة مستغانم	إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة
5	أ.د.عبد الكريم موكة	جامعة جيجل	المرافعة لأجل قاعدة تنازع القانون الجزائري خاصة بالقانون الواجب التطبيق على الخطبة.
6	أد.بلاق محمد	جامعة تيارت	حل إشكالية التنازع المتغير في علاقات الزواج المختلط.
7	د.كمال سمية	جامعة تلمسان	حق الطفل في الجنسية وانعكاسه على مركزه داخل الأسرة.
8	د.زناندة عبد الرحمان د.قرايع محمد	جامعة شلف	وسائل إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية والمكتسبة في ظل القانون الجزائري
9	د.كريمة رزاق بارة	جامعة عنابة	النظام القانوني لإقامة الأجانب في الجزائر
10	د. عون اصمهان د. مجيدي يحي	جامعة الوادي جامعة تيبازة	مقارنة بين قواعد تنازع القوانين في النظام القانوني الإسلامي والقانون الدولي الخاص .

مناقشـــات عامـــــة

ورشة تدريبية مصاحبة لأعمال الملتقى

موجهة لطلبة الدكتوراه في ميداني الحقوق والعلوم السياسية

القاعة رقم: 10 - من: 11:00 - 12:30

- رئيس الورشة: د. سعيدة العايبي

	المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
1	أ.د.بن عيسى أحمد	جامعة الجزائر	تنازع القوانين و أثرها على حقوق المستثمر الأجنبي
2	د. قريشي رزيقة	جامعة الوادي	القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية
3	د. العايبي سعيدة د. زرقيني راضية	جامعة الوادي	القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط
4	د. شريفي عماد	جامعة الوادي	تنازع القوانين في النظام المالي بين الزوجين والمواريث
5	د. بدر شنوف	جامعة الوادي	إشكالية تنازع القوانين في مجال العلاقات الخاصة الدولية - الأسباب والحلول -

❖❖❖❖❖ (الجلسة الختامية: من 12:30 – 13:00) ❖❖❖❖❖

تلاوة التوصيـــات

الاعـلان عن اختتام الملتقـــى

قائمة محتويات الكتاب

	عنوان المداخلة	المتدخل	الصفحة
1	استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية	أ.د. عبد الكريم عسالي د. البشير العايبي	10
2	Foreign judgments subject to the enforcement order system	D. Zerguini Radia D.laibi saida	18
3	اشكاليات منهج قواعد الاسناد في حل مشكلة تنازع القوانين	أ.د. كمال آيت منصور	39
4	الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية الجزائرية وخصوصية الدعاوى المثارة بشأنها.	د. شنوف بدر	49
5	THE LEGAL STATUS OF FOREIGN TRADERS IN ALGERIAN LEGISLATION.	د. دهانة بشير	65
6	وسائل إثبات الجنسية الأصلية وفقا للتشريع الجزائري	د. بوشول عبد الغني	70
7	الوضعية القانونية للطالب الأجنبي في الجزائر	د رزيقة قريشي ط.د شبايكي ليلى	81
8	تنازع القوانين في مجال المنازعات المدنية الالكترونية	د. سامية لموشية	111
9	ضوابط وحدود حق الأجنبي في الملكية العقارية في التشريع الجزائري.	د. جلول محده	128
10	الضمانات المالية الممنوحة للمستثمر الأجنبي في التشريع الجزائري	د. ميلود خيرجة ط.د. سمير مصباحي	140
11	تنازع القوانين في التصرفات التبرعية-الوصية نموذجا	د. عماد شريفي	146
12	استبعاد تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني	ط.د. عبد السلام خلف ط.د. سميرة بلغواطي	158
13	أثر الحوكمة التشريعية على بعض حلول تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص	د. حسان حضري د. سليمة عطية	167
14	اشكالات تنازع القوانين حول مسائل الحضانة في التشريع الجزائري	أ.د. غريسي جمال د. الشريف وكواك	176
15	اثبات الجنسية الجزائرية الأصلية "حيازة الحالة الظاهرة نموذجا "	د. بسمة صيشي	192
16	النظام القانوني لوجود الشخص الأجنبي في الجزائر	د. فريجات اسماعيل	204
17	الإجراءات الإدارية المتعلقة بتواجد الأجنبي في الإقليم الجزائري	ط.د. تواتي الطيب د. ديدي ابراهيم	216

18	الاعتبارات المؤثرة في صياغة قواعد الإسناد	د. عيد عبد الحفيظ د. بهلولي فاتح	234
19	قواعد الإسناد كأداة لتحديد القانون الواجب التطبيق في النزاعات الخاصة الدولية	د. عكوش سيهام	250
20	ضابط الجنسية في تنازع القوانين	د. قاري علي	264
21	تنازع الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية بمعناه الضيّق	د. عيشوبة فاطمة د. رشدي حدهوم دليلة	277
22	وضعية الأجانب في الجزائر	د. الموعد محمد عارف	288
23	عدم مخالفة النظام العام كشرط لتنفيذ الأحكام الأجنبية -دراسة مقارنة.	د. مريني فاطمة الزهرة	300
24	تنازع القوانين حول حضانة الأطفال الناشئين عن الزيجات المختلطة.	د. زذان محمد الأمين د. بن نوي عمر الفاروق	312
25	تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية وبوادر أزمة منهج التنازع	أ.د. بن عصمان جمال ط.د. يحياوي ليلى	324
26	مدى تطبيق القاضي لخاصية الحياد في قواعد التنازع الخاصة بالانفصال الجسماني والتبني	د. زنداقي سهيلة	339
27	إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة	د. بوكر رشيدة	351
28	المرافعة لأجل قاعدة تنازع في القانون الجزائري خاصة بالقانون الواجب التطبيق على الخطبة	أ.د. موكه عبد الكريم	360
29	حق الطفل في الجنسية وانعكاسه على مركزه داخل الأسرة	د. كمال سمية	370
30	وسائل إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية والمكتسبة في ظل القانون الجزائري	د. زناندة عبد الرحمان د. قرايع محمد	390
31	مقارنة بين قواعد تنازع القوانين في النظام القانوني الإسلامي والقانون الدولي الخاص	د. عون اصمهان د. مجيدي يحي	402
	توصيات الملتقى		411

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية

Excluding the application of foreign law in personal status matters

أ.د. عسالي عبد الكريم
جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية
abdelkim.assali@univ-bejaia.dz

د. العايبي البشير
جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية
bachir.laibi@univ-bejaia.dz

ملخص:

لم يعد تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني يثير مشكلة تماما في النزاعات ذات العنصر الأجنبي، الا أن موضوع الأحوال الشخصية في الجزائر على اعتبار أنه مرتبط بالشريعة الإسلامية ما دام مصدر احكام قانون الاسرة مستنبطة من الشريعة الإسلامية، لذلك يتم اعمال الدفع بالمساس بالنظام العام بموجب المادة 24 من القانون المدني في كل حالة يكون فيها القانون الأجنبي متعارضا مع الشريعة الإسلامية، ولم يكتف المشرع الجزائري بالدفع بالنظام العام فقط، بل أورد نص المادة 13 من القانون المدني و التي نصت على تطبيق القانون الجزائري في مسائل الأحوال الشخصية في كل نزاع يكون فيه أحد أطراف العلاقة الزوجية جزائريا.

كلمات مفتاحية: القانون الاجنبي؛ الأحوال الشخصية؛ استبعاد تطبيق القانون الاجنبي؛ الآداب العامة؛ القاضي الوطني.

Abstract:

The application of foreign law by the national judge no longer raises a problem at all in disputes with a foreign element. However، the issue of personal status in Algeria is considered to be linked to Islamic law as long as the source of the provisions of family law are derived from Islamic law. Therefore، the defense of infringement of public order is carried out in accordance with Article 24 of the Civil Code in every case in which foreign law conflicts with Islamic law. The Algerian legislator was not content with only advocating public order، but rather included the text of Article 13 of the Civil Code، which stipulates the application of Algerian law in matters of personal status in every dispute in which there is one of the parties to the marital relationship is Algerian.

Keywords: foreign law; Personal Status; Exclusion of the application of foreign law; Public morals; national judge..

مقدمة:

عرف المجتمع الدولي تطورات من عدة جوانب اثرت بشكل مباشر في حركة تنقل الأشخاص من والى مختلف دول العالم، فقد أدى تطور وسائل النقل الى تسهيل هجرة الأشخاص بشكل ملفت، مما أدى إلى ظهور علاقات قانونية تجمع بين اشخاص يحملون جنسيات مختلفة، الشيء الامر الذي استدعى ضرورة تأطير هذه العلاقات التي تعرف في القانون الدولي الخاص بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي.

إن وجود العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية يقتضي البحث عن القانون الأنسب لحكم هذه العلاقات فظهرت قواعد الاسناد او قواعد تنازع القوانين والتي تختص بإرشاد القاضي الوطني الى القانون الأنسب للحكم في النزاع، وهي قواعد تتصف بالحياد لكونها لا تفضل بين قانون واخر بل تختار الأنسب لحكم العلاقة.

لعل من أكثر القضايا التي اثارت جدالا واسعا لدى الفقهاء مشكلة تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، لكونها مسألة مرتبطة بعلاقة قانونية تهم الفرد والاسرة والمجتمع بصفة عامة، يتعلق الامر بعقد الزواج وانحلاله، وهي مسألة مرتبطة بالجانب الديني لذلك نجدها منضمة بأحكام مستوحاة من مختلف الديانات، وفي الجزائر ينظم بموجب قانون الاسرة الذي يتطابق في مجمل أحكامه مع الشريعة الإسلامية.

إن تنظيم مسائل الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الوطنية جاء بقواعد قانونية خاصة راعت هذا الارتباط بالجانب الديني، وقد وضع المشرع الجزائري فيها ما يسمى بالحصن المنيع للنظام العام والآداب العامة (المادة 24 من التقنين المدني)، إلا أن في مسائل الأحوال الشخصية يتضح أن توجه المشرع الجزائري يميل الى تطبيق القانون الجزائري، لذلك سنقوم في هذا البحث بالإجابة عن الإشكالية التالية:

لماذا لم يكتف المشرع الجزائري بالمادة 24 من التقنين المدني في قضايا الأحوال الشخصية وأضاف الاستثناء الوارد في المادة 13 والتي يطبق بموجبها القانون الجزائري بمجرد كون أحد الأطراف جزائريا؟

إن تطبيق المادة 24 يمنح للقاضي الوطني استبعاد كل قانون أجنبي يؤدي تطبيقه الى المساس بالنظام العام والآداب العامة في الجزائر (المبحث الاول)، ورغم وجود هذا الحصن أضاف المشرع الجزائري المادة 13 والتي تنص على تطبيق القانون الجزائري مباشرة، حتى ولو كان القانون الأجنبي لا يخالف النظام العام في الجزائر (المبحث الثاني).

المبحث الأول

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في حالة مخالفته للنظام العام والآداب العامة

تمر عملية حل النزاعات الخاصة ذات العنصر الأجنبي بتطبيق قواعد الاسناد من طرف القاضي الوطني، والتي ترشده الى القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية والذي قد يكون قانون القاضي أو قانون أجنبي، الا أن اختصاص هذا الأخير لا يعني بالضرورة تطبيقه من طرف القاضي، فاذا كان في تطبيقه مساس بالنظام العام والآداب العامة فان القاضي الجزائري سيستبعد تطبيقه ويطبق القانون الجزائري محلّه، وتعتبر قضايا الأحوال الشخصية المجال الخصب لاستعمال الدفع بالنظام العام نظرا خصوصية النظام العام والآداب العامة في مسائل الأحوال الشخصية (المطلب الأول)، مما سيؤدي الى ضرورة البحث عن القانون الذي يحل محل القانون المستبعد وهو ما يعتبر من أثار الدفع بالنظام العام(المطلب الثاني).

المطلب الأول: خصوصية النظام العام والآداب العامة في مسائل الأحوال الشخصية

إن اعمال الدفع بالنظام العام يكون من تلقاء القاضي حتى ولو لم يتمسك به أطراف النزاع، ويكون في جميع حالات تطبيق القانون الاجنبين الا أن المجال الأكثر استعمالا لهذا الدفع هو الأحوال الشخصية،

يعتبر النظام العام تلك القواعد التي يشعر الناس بانها ملزمة وهي تجمع بين الاخلاق والآداب التي تتحكم في العلاقات في المجتمع، والتي يشعر الافراد بأنهم لا يمكنهم الخروج عنها ولو بالاتفاق، ويعتبر الدفع بالنظام العام الوسيلة الفعالة من أجل حماية وتامين القيم العليا والمبادئ العقائدية والعرفية والأخلاقية في المجتمع.

إن خصوصية الدفع بالنظام العام في شؤون الاسرة والتي تتضمن عقد الزواج وضبطه من حيث شروطه الموضوعية والشكلية، وكذا انحلال عقد الزواج والاثار التي تترتب عن ذلك من حضانة ونفقة انما يعود بالأساس الى طبيعة المواضيع التي تدخل في قضايا شؤون الاسرة، وكذلك الى أهمية المرجعية الدينية في تنظيم تلك العلاقات، فهي من أكثر المواضيع ارتباطا بالشريعة الإسلامية في المجتمعات الإسلامية.

وبالرجوع الى قانون الاسرة الجزائري فإننا نلاحظ أنه استطاع من خلال قواعده ان يسد فراغا كبيرا لكونه يساعد القاضي على إيجاد القاعدة القانونية بكل يسر وسهولة، مما يغنيه عن البحث في المسائل

المبعثرة في كتب الفقه الإسلامي العديدة والمتنوعة بل حتى المختلفة، ولا يختلف اثنان في كون احكام قانون الاسرة مستوحاة من مبادئ الشريعة الإسلامية في عدة مسائل، كما نصت المادة 222 من قانون الاسرة على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية".

إن ارتباط المسائل المتعلقة بشؤون الاسرة بالشريعة الإسلامية جعل منها قواعد قانونية مرتبطة بالنظام العام والآداب العامة، وكل تطبيق لقانون أجنبي يخالفها يعد مرفوضا جملة وتفصيلا، وسيكون محلا لإعمال الدفع بالنظام العام.

المطلب الثاني: اثار اعمال الدفع بالنظام العام في القانون الجزائري

لا شك أن الحركية الاقتصادية المتزايدة التي يعيشها العالم خاصة في الدول المتقدمة نتجت عنها انتشار الهجرة اليها منذ عقود من الزمن، الا ان الملاحظ هو اقبال الأجانب للإقامة في الجزائر في السنوات الاخيرة لأسباب قد تكون اقتصادية او أمنية (عدم الاستقرار في كثير من الدول)، هؤلاء الأجانب لم تربطهم بالجزائر الإقامة فحسب بل تزوجوا بجزائريات كما تزوجت الاجنبيات بالجزائريين، وهي ظاهرة كانت منتشرة أيضا خارج الجزائر (الزواج المختلط الذي يكون أحد اطرافه جزائريا).

للحديث عن الأثار التي تترتب عن أعمال الدفع بالنظام العام يقودنا للحديث عن مسألة أثارت عدة نقاشات فقهية في القانون الدولي الخاص، إلا أننا أردنا أن نركز على جانب من الاثار التي تداولها الفقه والقضاء في عدة مناسبات، ويتعلق الأمر بالقانون الذي سيحل محل القانون الأجنبي المستبعد.

إن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بالفصل في النزاع سيؤدي الى ضرورة تطبيق قانون اخر محل القانون المستبعد، ولقد حدد المشرع الجزائري القانون الذي يطبق في هذه الحالة وهذا بموجب المادة 24 من القانون المدني والتي جاء فيها: "حيث يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة"، وهذا ما يسمى في القانون الدولي الخاص بالأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام.

في حين أن قبل تعديل القانون المدني في سنة 2005 كان المشرع الجزائري يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة دون أن يمنح الاختصاص للقانون الجزائري ودون أن يحدد ما هو القانون الذي سيحل محله، وهذا ما يسمى بالأثر السلبي للدفع بالنظام العام، وهو الحل الأكثر تبنيا من طرف اغلب التشريعات في العالم، على الرغم من أنه قد لا يؤدي الى الحل الأنسب لأطراف العلاقة القانونية في الحالة التي يكون فيها قانون القاضي لا يتناسب مع طبيعة العلاقة محل النزاع.

المبحث الثاني

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بموجب الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني

اذا كانت المادة 24 من القانون المدني تطبق على جميع قواعد الاسناد السابقة لها، بمعنى أن أي تطبيق للقانون الأجنبي المختص بالفصل في النزاع، والذي يؤدي الى المساس بالنظام العام و الداب العامة في الجزائر، سيؤدي الى استبعاده من طرف القاضي الوطني، الا أن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي و تطبيق القانون الجزائري مباشرة في حالة المادة 13 من القانون المدني مرتبطة فقط بشؤون الاسرة وبالضبط فهي استثناء لما ورد في المادتين 11 و 12 من القانون المدني و المرتبطة بانعقاد الزواج و اثاره وانحلاله(المطلب الأول)، وهو الاستثناء الذي يمكن تقييمه بالنظر الى النتائج التي تترتب عن تطبيقه(المطلب الثاني).

المطلب الأول: القانون الذي يحكم انعقاد الزواج واثاره وانحلاله

بالنسبة لإبرام عقد الزواج فقد نصت المادة 11 من القانون المدني على أنه: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكلا الزوجين"، والعبرة بجنسية الزوجين وقت ابرام العقد طبعا.

إن نص المادة جاءت واضحة وصريحة بكون المقصود هي الشروط الموضوعية لصحة الزواج دون الشروط الشكلية، هذه الأخيرة تبقى خاضعة لقاعدة محل الابرام وبالتالي تخضع لمكان ابرام العقد ، الا أن تطبيق القانون الوطني لكلا الزوجين اثارت هي الأخرى جدلا فقهيا واسعا بين من اقترح التطبيق الجامع ومن اقترح التطبيق الموزع وهو الرأي الراجح لدى أغلب الفقه.

أما عن اثار الزواج فإنها وردت في المادة 12 فقرة 1 من القانون المدني والتي نصت على: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج."

لذلك فانه بالنسبة لآثار الزواج فقد بين المشرع بأن المقصود هي الاثار الشخصية والمالية أيضا وأخضعها لقانون جنسية الزوج وقت ابرام العقد، وتعتبر مسالة تحديد ما يعتبر من الاثار الشخصية وما يعتبر من الاثار المالية، مسألة تكييف وبالتالي تخضع لقانون القاضي طبقا لنص المادة 9 من القانون المدني.

أما انحلال الزواج فقد اخضع المشرع الجزائري انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني للقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، وهي المسألة التي اثارت جدلا واسعا بسبب اختيار المشرع لقانون جنسية الزوج وليس قانون جنسية الزوجة، كما انتقدت مسألة الاخذ بقانون الجنسية وقت رفع الدعوى.

المطلب الثاني: تقييم الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني

بعدما أفرد المشرع الجزائري قاعدة اسناد خاصة لكل من ابرام الزواج واثاره وكذا انحلاله، وضع لنا استثناء في نص المادة 13، قام بموجبه بإخضاع كل من شروط ابرام الزواج واثار الزواج ثم انحلاله للقانون الجزائري، إذا كان أحد أطراف العلاقة جزائريا وقت ابرام الزواج، وسنقوم بدورنا بتقييم هذا الاستثناء حالة بحالة:

بالنسبة لشروط ابرام الزواج والتي تخضع للقانون الوطني لكلا الزوجين فان مجرد كون الزوج أو الزوجة جزائريا وقت ابرام عقد الزواج، فان القاضي الجزائري سيطبق مباشرة القانون الجزائري، وهنا جدير بالذكر أن الغاية كانت اخضاع زواج الطرف الجزائري رجلا كان أو امرأة للقانون الجزائري وهي حماية للطرف الوطني.

أما بالنسبة لآثار الزواج فقد أخضعها المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وبالتالي فان تطبيق الاستثناء الوارد في المادة 13 لا يقدم ولا يؤخر في حالة كون الزوج هو الجزائري (لان المادة 12 فقرة 1 تمنح الاختصاص للقانون الجزائري)، أما إذا كانت الزوجة هي الجزائرية ففي هذه الحالة قان المادة 13 تعد حماية لها لكونها ستخضع للقانون الجزائري بموجب هذا الاستثناء .

أما بالنسبة لانحلال الزواج والذي يخضع لقانون جنسية الزوج وقت فع الدعوى، فانه يمنح حماية للزوجة الجزائرية لأنها كانت ستخضع لقانون زوجها وقت رفع الدعوى، الا أنها ستخضع للقانون الجزائري بموجب هذا الاستثناء، أما بالنسبة لحالة كون الزوج هو الجزائري في العلاقة، فهنا سيخضع للأصل وهو قانون جنسيته وقت رفع الدعوى، إلا إذا كان جزائريا وقت ابرام عقد الزواج ثم فقد الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى، ففي هذه الحالة سيستفيد من الاستثناء الوارد في المادة 13.

خاتمة:

إن الغرض من وضع قواعد الاسناد هو ارشاد القاضي الوطني الى القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية، والقانون الأنسب هو القانون الذي يحمي أطراف العلاقة القانونية ضمانا لتحقيق الاستقرار في المعاملات والعلاقات القانونية، وتحقيقا للأمن القانوني والاستقرار في المعاملات الدولية ذات العنصر الأجنبي.

ولعل منح قاعدة الاسناد الوطنية الاختصاص لقانون أجنبي يؤدي الى ضرورة تطبيق هذا القانون الأجنبي المختص ضمانا لاحترام قاعدة الاسناد الوطنية، ولا يقف بين القاضي الوطني وتطبيق القانون الأجنبي المختص الا كون هذا الأخير يمس بالنظام العام والآداب العامة، وهو الدفع الذي نجده في كل التشريعات في العالم.

إلا أن المشرع الجزائري جاء باستثناء في المادة 13 يستبعد بموجبه تطبيق قانون أجنبي ليس لكونه مخالفا للنظام العام والآداب العامة، بل من أجل تطبيق القانون الجزائري لكون أحد أطراف العلاقة القانونية جزائريا.

لذلك فإننا نقول ان الدفع بالنظام العام يعمل به من اجل الحفاظ على النظام العام وهذا في كل الحالات التي يكون فيها القانون الأجنبي المختص مخالفا للنظام العام في الجزائر، أما الاستثناء الوارد في المادة 13 فليس له علاقة بمخالفة النظام العام في الجزائر، بل الغاية منه هو اخضاع الطرف الجزائري في مسائل الزواج واثاره وانحلاله للقانون الجزائري حماية له من تطبيق قانون أجنبي قد لا يضمن له حقوقه.

الهوامش:

2- إن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لا يعني بالضرورة استبعادا كليا، بل قد يكون استبعادا جزئيا يتعلق فقط بالشق الذي يخالف النظام العام والآداب العامة، للمزيد من التفاصيل، أنظر: حمادي عبد الفتاح،" آلية الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية –التبني والانفصال الجسماني نموذجا–"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، المجلد الأول، العدد السابع، سبتمبر 2017، ص 68.

3- مصيلحي، محمود صالح الدين، مبادئ تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص176.

4- درارجة عبد الجليل، "الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري ومدى مكنة القاضي على الاجتهاد فيما لا نص فيه"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة" المجلد 6 العدد 2 جامعة حسيبة بن بوعلي –الشلف، ديسمبر 2020، ص 490.

5- القانون رقم 84-11 يتضمن قانون الاسرة، المؤرخ في 7 جوان 1984 والمعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 15 فيفري 2005، ج ر عدد 15 لسنة 2005 .

6- نص المادة 24 من القانون رقم 10-05 مؤرخ في 20 يونيو ،2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 44 لسنة 2005.

7- نصت المادة 24 من امر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر عدد 78 لسنة 1975 على ما يلي: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجزائر."

8- للمزيد من التفاصيل انظر: عسالي عبد الكريم، "حياد قاعدة الاسناد الوطنية-دراسة في ضوء القانون رقم 05-10"، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية المجلد ،12 العدد 03 لسنة 2021، ص 16.

9- جاء في المادة 19 من القانون رقم 05-10 يتضمن القانون المدني ما يلي: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه."....

10- للمزيد من التفاصيل أنظر: عسالي عبد الكريم، " جدوى الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني"، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، عدد خاص 2015، ص 364.

11- نص المادة 12 فقرة 2 من القانون رقم 05-10 يتضمن القانون المدني، المرجع نفسه.

12- عسالي عبد الكريم، " جدوى الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني"، المرجع نفسه، ص365.

Foreign judgments subject to the enforcement order system

الأحكام الاجنبية المقابلة الأمر بالتنفيذ

D. Zerguini Radia
university of eloued
zerguini-radia@univ-eloued.dz

D.laibi saida
university of eloued
laibi-saida@ univ-eloued.dz

Abstract:

Foreign enforceable judgments are judicial decisions issued by courts in one country that can be enforced in another country، based on legal conditions and criteria. The enforcement of these judgments requires the existence of international agreements such as the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards، that the judgment be final and binding in the country where it was issued، and that it does not contradict public order or fundamental laws in the country where enforcement is sought. Additionally، the issuing courts must be competent. When these conditions are met، the concerned party can submit a request to local courts to obtain enforcement authorization، thereby enhancing international judicial cooperation and ensuring the rights of parties across borders.

Keywords: Judicial decisions، international agreements، Foreign enforceable judgments، public order، Fundamental laws.

ملخص:

الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ هي قرارات قضائية تصدرها المحاكم في دولة ما ويمكن تنفيذها في دولة أخرى، بناءً على شروط ومعايير قانونية محددة. يتطلب تنفيذ هذه الأحكام وجود اتفاقيات دولية مثل اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، كما يجب أن يكون الحكم نهائيًا وملزمًا في الدولة التي صدر فيها، وألا يتعارض مع النظام العام أو القوانين الأساسية في الدولة التي يُطلب التنفيذ فيها. علاوة على ذلك، يجب أن تكون المحاكم التي أصدرت الحكم مختصة. عندما يتم استيفاء هذه الشروط، يمكن للطرف المعني تقديم طلب إلى المحاكم المحلية للحصول على إذن بالتنفيذ، مما يعزز التعاون القضائي الدولي ويضمن حقوق الأطراف عبر الحدود.

الكلمات المفتاحية: القرارات القضائية، الاتفاقيات الدولية، الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ، النظام العام القوانين الأساسية.

Introduction:

Not all foreign judgments of all kinds are enforceable in the country، but rather، in principle، the matter should relate to a foreign judgment issued in relation to a private law dispute. Provided that these descriptions are fulfilled in the ruling، it does not reduce it to the status of a national government، but rather it must meet several conditions without which the order to implement it cannot be issued by the courts of this country، noting that countries do not follow the same pace when implementing foreign rulings، but rather differ among themselves according to their adherence to the rules. The principle of territorial sovereignty. To discuss these issues، we address in the first section the nature of foreign judgments subject to the enforcement order system، and in the second section، the prevailing systems in implementing a foreign judgment.

Problem Statement: How can countries ensure the effective enforcement of foreign judgments while respecting national sovereignty and adhering to public order and fundamental local laws?

To address this problem statement، we will divide this research paper into the following sections:

The first topic: The nature of foreign judgments subject to the enforcement order system

The foreign ruling is an element in the legal system of individuals because it is directed to them and the concept of acquired rights prevails in the field of conflict of laws (1). Issuing a ruling on the subject is the natural end to every dispute. The goal of presenting it to the judiciary and proceeding with it is to reach a ruling that is consistent with the reality of the opponents' position in it. Each person becomes clear about his rights and thus puts an end to the battle of rivalry that broke out between them.

The ruling intended in our study is every decision issued in the name of a foreign sovereign (2) and concerns a relationship governed by private law، whether it is a ruling or a state act. In order to become clearer about the nature of enforceable foreign rulings، we must address foreign rulings that are not subject to an implementation order. This is what we will explain in the following two requirements.

The first requirement: foreign judgments that can be ordered enforced.

Since the decisions issued by the judiciary are many and varied، and all of them are called in a general term "judgments،" we had to define the concept of judgment in the context of explaining the effects of foreign rulings، because the courts، in addition to their judicial function، have a jurisdictional function. Then we touch on foreign rulings that are

[1] - Repertoire of civil procedure today 03، date 2003، encyclopedia juridique Dalloz 03 April 2003.

authoritative without the need to order their implementation. What is Algeria's position on this، and everything mentioned will be discussed in the following:

First Section: Listing foreign judgments subject to the execution order system

First: judicial rulings

A ruling، or its equivalent in French، "judgment،" is every decision issued by a judicial authority in a dispute brought to it by litigants. It must be properly formed in a dispute held with it in accordance with the Civil Procedure Code. Judicial rulings are issued by judicial authorities of different types and degrees in the cases before them. For the benefit of one party، its implementation sometimes requires coercion through the use of public force.

The meaning of the rulings extends to include all the rulings that settled disputes existing between individuals among themselves or between individuals and the state، and the matter does not differ in this regard with regard to the source of those rulings or decisions، as it applies to the ruling issued by the court of first instance or the Judicial Council as second instance، whether related. Ordering a civil، commercial، or other obligation. It is agreed upon in jurisprudence and jurisprudence that the rulings that are compulsorily implemented are only binding rulings، without established or established rulings. Judgments may not be compulsorily implemented as long as challenging them through opposition and appeal is permissible and the deadline for appeal still exists، unless they are included. With expedited entry (3).

Explaining the meaning of the ruling is a matter of adaptation subject to the law of the judge، that is، the law of the state in which the effects of the foreign ruling are to be upheld. Some commentators add that the ruling must be considered as such not only according to the law of this state، but also according to the law of the judge who issued it. This is because when it comes to the effects of foreign judgments، we are in the field of international enforcement of the right "the judgment issued abroad" and not in the field of establishing the right "issuing a national judgment". It is sufficient for the procedure whose effects are to be upheld to be a ruling that it be issued by a body that has jurisdiction and has jurisdiction in accordance with the rules of the system. Its law is to issue decisions similar to so-called rulings in the country in which those effects are intended to be upheld.

The reference for determining whether a foreign ruling has the force of a res judicata or not is the law of the court that issued it. It is also the case that this foreign ruling to be implemented is a binding ruling، a prescribed ruling، or a constructive ruling.

This ruling must be foreign in the sense that it is issued by the sovereignty of a foreign country، without regard to the place where it is issued، nor to the nationality of the judges who decide the dispute (4)، and therefore by referring to the text of Article 325 of the Code of Civil Procedure، which corresponds to Article 509 of the French Code of Civil Procedure (

5We find that they did not specify what is considered a foreign judgment، unlike some laws that defined it، such as the Jordanian Law of 1952، relating to the implementation of foreign judgments، in Article 2 of it as follows: "It is every judgment issued by a court outside the Hashemite Kingdom of Jordan، including religious courts، relating to the procedures It is a legal matter and requires the payment of a sum of money، a ruling on a movable property، or the settling of an account."

As for the Egyptian and Libyan laws، they take the principle of reciprocity as a basis for implementing foreign judgments in everything related to the foreign judgment and its implementation، in Articles 296 and 405، respectively6.

Second: State actions.

The criterion for distinguishing between state actions and judicial rulings is the absence of a dispute، that is، the absence of two disputing parties in state actions. However، there is a jurisprudential trend that adds two criteria، which are the position of the judge who is required to perform the jurisdictional work، and the framework in which he begins his intervention. Otherwise، we would include all judgments in absentia within the state actions and the most important characteristic. What is unique about the latter is that it does not have the authority of the thing judged، and Professor Motulsky says that it is close to administrative actions، so he calls them "the actions of judicial administration." As for their implementation، jurisprudence distinguishes between two types of jurisdictional actions، those whose effect is compulsory execution and whose ruling is the same. Ruling on the enforcement of foreign judgments،

Meaning that they are not executed except by virtue of an execution order، and those that do not include any execution on persons and funds، and relate in particular to the situation and eligibility، and this type has an effect without the need for any execution order. Accordingly، jurisprudence tends to subject acts of loyalty to certain rules that may be close to the rules relating to the effects of rulings and may differ from them according to the type of act of loyalty، or according to the type of its effect (7).

State orders are issued by the judiciary at the request of an opponent without hearing the statements of the other opponent or assigning him to attend، and they do not apply the basic principles in the Civil Procedure Code that deal with organizing the judicial function of the courts، such as public hearings and the right to defense.

When the judge issues state orders، it is in the form of a command، but if he issues a ruling، he rules. In the first case، he orders according to the opponent's requests or rejects them، while in the second case، he rules according to what the opponent requested or rejects. Judicial rulings are subject to the rule of reasoning، but state orders do not. It is necessary to cause it، unless it violates a previously issued order. Unlike filing a lawsuit that interrupts the statute of limitations، even if it is done before a court without jurisdiction، a state order does

not interrupt the statute of limitations valid in favor of the debtor because it is not considered a judicial claim unless the law stipulates otherwise8.

Considering that state acts are not issued in a specific dispute، most jurists have believed that they can be implemented without subjecting them to the implementation order system. The Egyptian legislator، in successive procedural laws، including the current legislation، has made the rules for implementing foreign judgments apply to foreign orders، that is، to foreign jurisdictional acts. This is through9 the text of Article 296 of the Procedure Code، and this is what the Emirati legislator has adopted through Articles 235 and 237 of the Procedure Code. Emirati civil.

As for the French and Algerian legislation، state actions were not addressed، because the problem was raised with regard to the implementation of judicial rulings and foreign official bonds only، which led to jurisprudential and judicial fluctuations regarding state actions. We currently find that both French and Algerian jurisprudence subject state actions to the execution order system. Just like judicial rulings. The Algerian Minister of Justice sent a letter dated August 1، 1972، to the Attorney General of the Algerian Judicial Council، in order to remind him that these orders must be subject in their implementation on Algerian soil to the same rules that foreign judicial rulings are subject to، namely the necessity of issuing an order to implement it from the Algerian judicial authorities (10).

Section Two: Provisions excluded from the implementation order system

It is difficult for the provisions of status and capacity to be implemented in order to be able to have their effects within the national territory as a result of the difficulties that result from this. Perhaps it is not permissible for an adult who has been placed under guardianship under a foreign ruling to continue to act in Algeria as if he had full capacity and as if he had foreign rule does not exist.

The French Court of Cassation decided، in a famous decision issued in 1860، that a wife divorced under a foreign ruling could remarry in France without the need for an execution order. This decision was followed by several jurisprudence related to the status of persons and their eligibility، and related to the transfer of rights or the granting of status. Later، the Court of Cassation clarified its jurisprudence، which issued on March 3، 1930، stated the rule that these provisions produce their effect in France independently of any declaration of the executive formula، except in cases where these provisions must not lead to physical enforcement measures on funds or injunctive measures on persons such as the ruling Issued with a small delivery to the nursery (11).

This jurisprudence has been generalized to all rulings that create rights، such as rulings on divorce، wills، and sales، or those that appoint a liquidator or agent for creditors. Thus،

since the issuance of a ruling in 1860، the status and eligibility rulings in France have become valid without the need for an implementation order (12).

As for the jurisprudence in Egypt، we find a decision issued by the Court of Appeal on January 12، 1956، which ruled that "whenever the foreign ruling was issued regarding the status of persons in a final manner and by a body with jurisdiction، it should be issued in accordance with its law and in accordance with the rules of jurisdiction of private international law، and there is nothing in it that contravenes public order in Egypt، it is permissible to apply it before the Egyptian courts even if the executive formula has not been given in Egypt and even if the exchange condition is not available as long as no ruling has been issued by the Egyptian courts that must be implemented on the same subject and between the opponents themselves. So، when the contested ruling was... He concluded by taking into account the validity of the rulings issued by the Lebanese courts in their rulings denying the filiation of one person to another Lebanese. He has proven that these rulings have fulfilled the conditions presented، so the ruling has not erred in the law13.

As for Algeria's position on this issue، Ministerial Circular No. 382 dated March 15، 1968، issued by the Minister of Justice، emphasized that status and eligibility provisions are subject to the execution order system in Algeria and the Civil Status Law issued pursuant to Order No. 65-182 has jurisdiction over the registration of civil status contracts. Official documents issued abroad within the local and Algerian context shall be sent to the President of the Court of the City of Algiers، regardless of the student's domicile (14).

As for the Algerian jurisprudence، it did not enshrine the principle of validity of status and eligibility provisions. As for the treaty law، Algeria concluded several agreements without excluding this type of provisions، as is the case in Article 21 of the Algerian-Moroccan Agreement، Article 20 of the Algerian-Tunisian Agreement، Article 2 of the Algerian-French Agreement. Although these articles mention civil and commercial rulings، judicial rulings and state decisions، the provisions on status and eligibility are included within the civil rulings (15).

The bottom line is that the agreements concluded by Algeria refuse to allow this type of ruling to have any effect in Algeria، nor any restriction، registration or correction، if it does not obtain an implementation order. Accordingly، Algeria did not follow the example of the French judiciary، which arranges the effects of status and eligibility provisions even before granting it an implementation order. Provided that there is no enforcement against property or coercion against persons16.

The second requirement: The nature of the ruling subject to the implementation order system

The judgments subject to the enforcement order system are the judgments that have the status of foreigners، in addition to the fact that this judgment must be issued according to the articles of the private law. This is what we will explain below.

First section: The referee has the status of a foreigner

A foreign ruling is one that is issued by a foreign court in the name of a foreign sovereign without the nationality of the judges issuing it or the place in which they sit having any consideration. In addition، decisions issued by international courts are considered foreign rulings and are subject in this capacity to the condition of the executive formula. This is the solution given by a Belgian court regarding the decisions of the Permanent International Court of Justice. The court justified this position by saying that enforcement officials cannot receive orders from a foreign authority، whatever it may be، that they do not know or whose specifications they do not know، and therefore they need the national executive formula to move implementation procedures (17)، and accordingly، if issued Judgment in the name of the sovereignty of the foreign state. This condition is met if the state in which the judgment is to be implemented recognizes the state whose courts issued the judgment.

In application of the above، the French judiciary held that rulings issued by French consular courts in countries where France enjoyed privileges were not considered foreign rulings because they were issued in the name of French sovereignty.

Thus، the ruling is considered foreign if the judicial authority that issued it acts in the name of the authority of the state of this ruling. The criterion is the sovereignty in whose name the ruling is issued and not the location of the judicial authority that issued it. A ruling issued by a consul representing a foreign country is also considered foreign، even if the headquarters of his consulate is located in the country. In which the judgment is intended to be implemented، as the place where the judgment was issued does not matter، but rather the sovereignty in whose name the judgment was issued.

It is also required to obtain an execution order for judgments issued in the name of the protected state and intended to be implemented in the protecting state. As for the situation of occupation، the occupying enemy state considers the rulings to be national، so it implements them whether in its territory or in the territory of the occupying state. The latter may consider them foreign judgments and requires obtaining an order for their implementation. Implementation، or it has no effect and the dispute is returned again before its national judiciary. If implementation is delayed until the occupying state achieves its independence، it shall not implement it except on the condition of obtaining an order for implementation in accordance with the conditions determined by its laws.

The following was stated in a famous judicial decision issued by the Supreme Council on 02/05/1969: “If the law issued on 12/31/1962 abolished some legislative texts of a colonial nature by not renewing their application، then this law does not deny the decisions The final

judicial ruling issued in light of the aforementioned texts and the ruling that stipulates otherwise violates acquired rights and ignores the non-retroactivity of laws"(18).

The meaning of a foreign ruling in the composite state applies to judgments issued in the name of the sovereignty of another state، as well as judgments issued by the courts of a state with regard to any of their effects in another state within the composite state، even if the rulings issued by the courts of the various states are issued in the name of the sovereignty of one state، it is also considered Foreign rulings in the country in whose territory the effects of the ruling are intended to be upheld، rulings issued by internationally organized courts such as the mixed arbitration courts that were established after World War I، the courts formed in accordance with international river navigation agreements، the Permanent International Court of Justice (above) and the International Court of Justice (currently). (19).

The second section: its chapter on private law

Once we have finished explaining what is meant by a foreign ruling، it remains for us to add that this ruling that is to be implemented in Algeria must have decided on an issue of private law، and therefore foreign criminal، administrative and financial rulings are excluded from this scope (20)this is in accordance with what the jurisprudence and judiciary have established in Egypt and France، but that does not prevent the national judge from considering it as a fact or evidence of a fact that can be proven backwards (21).

The point is، given the nature of the dispute to which the ruling is related، not the party that issued it، and determining the nature of the issue is subject to the judge's law as the reference for interpretation. Likewise، the civil ruling related to the criminal case and issued by the criminal judiciary is enforceable in Algeria. In contrast، the ruling imposing a fine cannot be implemented in Egypt، even if it was issued by a foreign civil or commercial court (22). In this article، Algerian jurisprudence proceeded on this basis، so that we find that the decision issued by the Jijel Judicial Council is a decision dated in May 9، 1990 Judicial Journal 1992 No. 02 stipulates the order to implement the compensation ruling that was in the civil lawsuit subordinated to a criminal ruling.

The second section: The prevailing systems in implementing foreign judgments

In this section، we will address the systems adopted or in force in implementing foreign judgments in the absence of a special agreement on this subject، and that will be in the first requirement. Given the breadth of the subject، we limit our study to addressing how the Algerian judge deals with the implementation of the foreign judgment in the event that there is Judicial agreements linking his country with the country in whose name the foreign judgment was issued، and this is done through the second requirement.

The first requirement: the absence of judicial agreements.

Assuming that we are dealing with a foreign judgment that has the force of the judgment "passé en force de chose jugée"، meaning it is obligatory to implement it in the country that issued it، and what is required is to implement it locally in another country. There is no judicial agreement concluded between these two countries that regulates the issue of implementing this foreign judgment، and therefore it must We address the judge's powers when examining this ruling through the systems adopted in this field، which are the system for reviewing or reconsidering the ruling، the monitoring system، and finally the lawsuit filing system، and we present what was mentioned below:

First Section: Review System

Under this system، the court that is required to grant the foreign judgment an execution order examines its subject matter، and examines whether or not he was correct in applying the law and assessing the facts. If it finds that he was correct، it grants him an execution order، and if it sees that he made a mistake، it refuses to grant him the execution order (23).

The review system is based on the fact that a foreign judgment does not have any validity outside the country whose courts issued it. In this system، the judge may accept the submission of new requests، or the inclusion of third parties outside the dispute that was decided abroad. This system is based on the fact that a foreign judgment may be issued by an unfair judiciary that is far from objectivity، so the court required to implement it must address this so that justice can be achieved (24).

The judiciary of the French Court of Cassation had taken this trend for a long time (25)، which was expressed by the court by saying that the role of the judge when considering the request for an implementation order is limited to ruling on the foreign judgment (26).

As of the French Civil Code of 1804، it became permissible for foreign judicial decisions to have effect in France، provided that they were previously examined by a French court. This was the system that imposed itself at the time، and this principle، which grants the executive judge the broadest powers، was established for the first time by a decision issued by the French Court of Cassation in 1918. Jurisprudence worked on developing it based on the interpretation of some legislative texts (Articles 546 of the Code of Civil Procedure، 2123 and 2118 of the French Civil Code (27)، and this system is summed up in the necessity of providing 04 basic conditions in the foreign judgment in order for it to be skilled in the executive formula:

1- It must be issued by a foreign court considered competent in accordance with the French rules regarding conflicts of judicial bodies.

2- It must be issued based on the relevant French law in accordance with the French rules on conflict of laws.

3- It must not be in conflict with French public order.

4- It should not be tainted by clear injustice.

This fourth condition has been subjected to the most severe criticism، because it leaves room for arbitrary interpretations. The political basis that prompted the judiciary to apply full review to foreign judgments is the idea of sovereignty that is determined by the state's territory، and the meaning of recognizing foreign judgments is accepting the solutions reached by the foreign judge. As an effect of sovereignty، the idea of protecting nationals of the implementing state from the risk of executing foreign judgments emerged without conditions (28).

Section Two: The control system

According to this system، the validity of the res judicata of a foreign judgment is an acquired right that must be respected internationally. Therefore، the role of the judge who is required to order implementation stops at ensuring that the judgment is valid from an international standpoint and that certain conditions are met (29) and when this is proven to him، he issues the implementation order. Otherwise، he Procedure، refrains from issuing it and rejects the request، meaning that the court required to issue the execution order carries out a kind of external oversight of the ruling. However، by referring to comparative laws، we find that they almost agree on a set of conditions،

The most important of which is ensuring that the ruling was issued by an internationally competent court (30) and that it does not violate the public order in the country in which it is to be implemented. This condition appeared on the occasion of the implementation of the "Bulkley" ruling in 1860 (31) in addition to the necessity of the foreign ruling respecting the rights of the defense in order to achieve natural justice and that the ruling should not be the result of fraud or deception، with priority given to the national bond if it has faced the same dispute.

This is what was confirmed by the French judiciary and what is taken by the Egyptian and Lebanese legislation as introducing into the field of recognition of the private rights of individuals at the international level a condition of a political nature، which is a condition of exchange. In addition، under the Egyptian regime، which applies Islamic law in matters of personal status، every time... In which one of the parties to the relationship is a Muslim، the Egyptian judge must stipulate conformity between the solution that the foreign ruling says and the solution that he would have applied، and the reason for this is that the Egyptian judge

protects the Islamic system، whether the matter concerns a right acquired abroad or a right that is intended to be established for the first time in Egypt32.

In order to implement a foreign judgment under the surveillance system، the interested party must file a lawsuit before the first-instance court، through which he seeks the issuance of an implementation judgment. The purpose of this is not to review the content of the foreign judgment، but rather to approve its implementation on the territory of the foreign country. Among the countries that adopt this system are the countries of the Levant. Arab countries and some European countries such as Germany and Turkey33.

It is worth noting that in order to order the implementation of a foreign judgment in the country، it is not required that the solution decided by this judgment be identical to the solution that the judge would have reached assuming that he was the one who decided the issue in the first place (34).

This is supported by the fact that the national legislator، in the process of regulating the conflict of laws article، accepts the application of objective rules different from those established in its internal law، and as long as this is the case، there is no logical justification that requires conformity between foreign legal concepts and those established in Emirati law، and all that is possible for the national judge is To examine the issues presented to him case by case to determine whether the external conditions are met.

The monitoring system appears to be a framework of varying breadth according to the legal systems and concrete needs. Thus، while the Munzer decision sets five conditions that constitute، at once، an expression of the executive judge's oversight authority، subsequent decisions reduced the number of required conditions in the Bachir decision issued From the Civil Chamber، dated 10/04/1967، where the condition of regularity of procedures followed before the foreign judicial body was incorporated into the condition of conformity with public order and the absence of fraud towards the law (35).

The case concerns a decision issued by the Dakar Judicial Council ruling for divorce between the spouses، assigning custody of the child to the mother and ordering the father to pay food alimony. Mrs. Bashir wanted to implement this decision in France، so she filed an enforcement lawsuit. On November 30، 1965، the Aix Provence Appeals Council issued a decision. Rejected، and when the student filed an appeal in cassation، the French Court of Cassation issued the decision issued on 10/04/1967 rejecting the appeal. Thus، the monitoring system moved from rulings on status and eligibility to rulings related to money. This system developed، as Professor Holleaux says، "as an un contre poison." For review system.

These conditions represent the maximum at the present time for monitoring the validity of the foreign ruling. The first condition is that the foreign ruling be consistent with the general French system، while the second condition is represented by the jurisdiction of the

foreign judge، and the validity of the procedures that were followed، and on the occasion of the implementation of the "De Wrede" ruling، it was in the year 1990، in addition to the requirement of the jurisdiction of the applicable law regarding the subject matter of the dispute، and it was on the occasion of the implementation of two rulings issued in 1945 by the Court of Cassation. Both jurisprudence and the jurisprudence of the Seine Court added a fourth condition، which is that the ruling must not be tainted by gross injustice or apparent error36.

As for Algerian legislation، according to Article 325 of the Civil Procedure Code، when a ruling is issued by foreign judicial authorities and it is intended to be implemented within Algerian territory، this can only be done in accordance with what Algerian judicial authorities require for its implementation without prejudice to what may be stipulated in political agreements regarding provisions that contradict this. What we will study later: In other words، a foreign ruling cannot be implemented on the homeland except after it has been approved by the national executive formula.

This is done through a lawsuit initiated by the person in whose favor the judgment was decided، which includes a request to legalize the foreign ruling in the Algerian executive form، noting that the issue was not dealt with in detail by the Algerian legislator. Rather، judicial work has taken place regarding this، such that a lawsuit must be filed before the competent court، after which memorandums are exchanged by its parties، and after sufficiency، an issue is issued. Civil Disputes Judge ruled (37).

It was stated in one of the decisions issued by the Supreme Court that the judges of the matter followed the legal procedures in implementing the foreign ruling and therefore they applied the correct law (38) and the same principle was adopted in a decision dated 06/02/1992، file No. 84513 published in the Judicial Journal for the year 1993، third issue. Accordingly، the Algerian legislator has adopted the monitoring system، which only allows the judge the authority to give the order to implement the foreign judgment or refuse to implement it، without examining the facts or the interpretations reached by the foreign judge.

Third section: The lawsuit filing system

This system prevails in English law and in the countries that follow its approach in accordance with it، the foreign judgment itself is not implemented، but rather the interested party must file a new lawsuit before the English courts to claim the right included in the foreign judgment، and then submit the foreign judgment issued in his favor as decisive evidence in the case proving that The right claimed and the ruling issued in the new lawsuit by the national courts is the enforceable one.

English jurisprudence formulates this rule by saying that it is permissible for the convicted person to file a lawsuit based on the foreign ruling. What we notice here is that

when the English courts recognize the validity of the foreign ruling، they are in fact recognizing the right that results from this ruling.

English jurisprudence indicates that the basis for recognizing the ruling lies in the fact that the ruling issued by the competent court imposes on the defendant a duty or obligation to confront the plaintiff according to what the ruling stipulated.

English law has undergone a remarkable development in this regard. In the first half of the eighteenth century، the foreign judgment presented as evidence in the new lawsuit in England was viewed as a simple presumption that could be proven to the contrary. This is what Lord Brougham recorded in the year 1834 in the Hanldich case. However، this particular trend was soon abandoned since the year 1870، and foreign rule began to be viewed as decisive and conclusive evidence of the correctness of what it decreed abroad. The foundations of this prevailing system in England can be crystallized in two matters:

The first is that the foreign ruling presented as evidence in the case is viewed as decisive evidence that does not accept arguments to the contrary، even if it is flawed due to a mistake in fact or law. This is because the English courts are not courts of appeal with respect to the foreign courts that issued the ruling.

Second: The English judge does not always accept the foreign ruling as such without discussion in all circumstances. On the contrary، he does not believe in this foreign ruling as such unless it fulfills a set of conditions، the most important of which is that it be issued by an internationally competent court. This jurisdiction is determined according to the rules of English law. In any case، it is now common that some countries embrace the so-called review system، while others embrace the so-called monitoring system (39).

It is worth noting that countries that require reciprocity require، in turn، filing a new lawsuit regarding foreign judgments issued by countries that deny the executive effect of the judgments. They also require oversight of the matter with respect to foreign judgments when adopting the review system. However، the monitoring method is considered a compromise between the two systems.

The second requirement: the existence of judicial agreements

Algeria inherited the legal and judicial function that had prevailed in the period preceding independence، and the first reaction of the Algerian authorities occurred under Order No. 62/157، according to which the Algerian legislator stipulated that French laws should continue to be implemented except for those that were contrary to national sovereignty، and the agreements concluded by Algeria were The first dealt with the subject of implementing foreign judgments، then the codification of civil procedures was issued pursuant to Order No. 66/154، which dealt with the subject in Article 325 and Article 8، the last paragraph of the Civil Procedure Code.

However، the agreements concluded by Algeria dealt with the subject carefully، as they specified the provisions that may be implemented، the conditions that must be met، and the

procedures that must be followed to obtain the implementation order. Accordingly، it was necessary to limit these agreements and know what was stated in their content، and then explain the conditions for implementing the foreign judgment in the event of an agreement. A lawsuit concluded between Algeria and the foreign country issuing this ruling.

Section One: Content of agreements concluded between Algeria and foreign countries

In this case، the judge must follow the provisions contained in these judicial agreements، related to the implementation of foreign judgments. This is even if the ruling contradicts the conditions stipulated by law، so it is necessary to be guided by its provisions in accordance with the text of Article 325 BC (40) and this is what is called the “agreement enforcement” system. "Or the "Agree mental System of Implementation" and the agreements concluded in this field are:

1. . Agreement of March 15، 1963، regarding mutual cooperation in the judicial field between Algeria and Morocco، ratified by Order No. 68/69 of September 1969.

2. Agreement of March 15، 1963، regarding mutual cooperation in the judicial field between Algeria and Morocco، ratified by Order No. 68/69 of September 1969.

3. An agreement relating to judicial cooperation between Algeria and Mauritania ratified by Order No. 70-4 of 01/15/1970.

4. Judicial cooperation agreement between Algeria and Libya، ratified by Presidential Decree No. 95-367 dated 11/12/1995.

5. Presidential Decree No. 94/181 dated June 27، 1994، ratifying the Judicial Cooperation Agreement between the countries of the Arab Maghreb Union signed in the city of Lanuf (Libya) on March 9 and 10، 1991.

6. Judicial agreement between Algeria and Egypt، ratified by Order No. 65-195 dated June 29، 1965.

7. Presidential Decree No. 03-139 dated March 25، 2003 ratifying the agreement regarding legal and judicial cooperation between Algeria and Jordan.

8. Presidential Decree No. 01/47 dated February 11، 2001، which includes the ratification of the Riyadh Arab Agreement for Judicial Cooperation signed on April 6، 1983، as well as the amendment of Article 69 of the agreement corresponding to November 26، 1997، by the Council of Arab Ministers of Justice during its regular session. Thirteenth.

9. The Algerian-French Judicial Protocol amended and supplemented by Order No. 65/194 and Decree No. 66/313.

10. An agreement relating to mutual judicial cooperation in civil and commercial affairs between Algeria and Belgium ratified by Order No. 70/60 dated 10/8/1970.

---

[40] - Melzi Abdel Rahman، Lectures on Methods of Forced Execution in the Civil Procedure Code - National Office of University Publications - Year 2002-2003، p. 30.

11. An agreement for judicial and judicial cooperation in civil، commercial، family and penal matters between Algeria and Germany، ratified by Order No. 73/57 of 11/21/1973.

12. A judicial and legal cooperation agreement in civil، family and penal matters between Algeria and Romania ratified by Decree No. 84/178.

13. An agreement on judicial cooperation and justice in civil، commercial، family and penal matters between Algeria and Hungary ratified by Decree No. 84/25 dated February 11، 1984.

14. The agreement concluded on 12/20/1973 relating to judicial and judicial cooperation in civil، commercial، family and penal matters between Algeria and Bulgaria، ratified by Decree No. 77/191 dated 12/24/1977.

15. An agreement relating to judicial cooperation between Algeria and Turkey، ratified by presidential decree dated 11/16/2000.

16. An agreement regarding judicial cooperation between Algeria and Mali ratified by Decree No. 83/399 of June 18، 1983.

17. An agreement regarding judicial cooperation between Algeria and Niger ratified by Presidential Decree No. 02/102 dated March 6، 2002 (41).

It is noted that these bilateral agreements are characterized by a kind of similarity، and the Algerian-Moroccan agreement is considered the first to set the conditions for the implementation of foreign judgments، even though it was ratified in the year 1969، while the Algerian-French agreement is the first to be implemented.

It is clear from the agreements concluded by Algeria that they focused on implementing judicial rulings and state decisions issued in civil and commercial matters (42).

However، some agreements added a personal status article (43) or personal status and judicial rulings requiring compensation in criminal matters (44).

While some agreements did not stipulate state decisions (45)، as for the Algerian-Belgian agreement، it only aims to meet expenses and compensation without the principal of the debt، but civil provisions usually constitute the traditional scope of the executive formula. Also، the procedures noted under the text of Article 4/1 of this agreement، which include dispensing with hearing the parties، do not exist in the Algerian procedural law، in addition to the fact that the authority competent to decide on the request for an executive formula mentioned in Paragraph 02 of Article 04 has not yet been appointed by Algeria(46).

As for the status of the treaty in domestic legislation، it was stipulated in Articles 131، 132، 165 and 168 of the Constitution of 1996، making it superior to internal law after its

ratification. Article 21 of the Civil Code also stipulated: “The provisions of the previous articles shall not apply except where there is no provision for Otherwise، in a special law or international treaty in force in Algeria47.

Section Two: Conditions for implementing a foreign judgment in Algeria in accordance with judicial agreements

Article 20 of the Algerian-Moroccan Agreement، which is the first agreement in terms of chronological order، stipulates four conditions for granting the executive formula for civil and commercial decisions. These conditions are common to most agreements، in addition to a fifth condition related to the translation of documents in some agreements.

*** The first condition:** The ruling must be issued by a competent court in accordance with the laws applied in the state requesting implementation، unless the person concerned definitively waives his request. This condition is agreed upon in all agreements، and constitutes a kind of guarantee for the nationals of the implementing state. It is the first condition mentioned in the Munzer decision، which was previously mentioned. Jurisdiction is estimated from two aspects: general jurisdiction and special jurisdiction. As for general jurisdiction، it is divided into two types، direct and indirect. General jurisdiction is direct when the authority issuing the judgment subject to implementation examines whether it is internationally competent. In issuing it، general jurisdiction is indirect (when the judicial authority required to implement it examines the issue of whether the state issuing the ruling is competent to issue it.

Article 20 of the Algerian-Moroccan Agreement stipulates the following: “The ruling shall be issued by a competent court in accordance with the laws applied by the requesting state، unless the concerned party definitively waives his request.” We believe that applying this condition leads the Algerian judge to delve into the laws of the requesting state to ensure the validity of its jurisdiction، while according to the condition mentioned in the Algerian-French agreement، the Algerian judge answers an important question، which is: Was the state issuing the ruling competent from an international standpoint? Therefore، we believe that the condition mentioned in the Algerian-French agreement is the most appropriate for the implementing state.

As for special jurisdiction، it means that it is determined within the state that is internationally competent to issue a foreign judgment، which court belongs to it and is competent to issue this judgment. This jurisdiction does not pose any problem، and usually the judge in charge of implementation does not verify it، which is the position of the French judiciary since the issuance of the “Bashir” decision. ".

*** The second condition:** That the parties be notified، represented، and declared absent in a legal manner. This condition falls within the fifth condition mentioned in the “Munzer” decision under the title “Validity of procedures in issuing a foreign ruling.” In this regard، the Algerian-Mauritanian agreement suffices with requiring attendance or being required to appear in a formal manner. Regular، while the agreements concluded with Tunisia and Egypt

add the phrase "in accordance with the law in force in the place where the decision was issued،"

As for the Algerian-Moroccan agreement، it stipulated this condition in Article 20/B. The Algerian-Moroccan and Algerian-Mauritanian agreements did not refer to a law estimating this summons، is it according to the implementing state or the issuing state? As long as the judge refers to the law of the country issuing the judgment to ensure the validity of the summons or the validity of the appearance، this means that the enforcement judge is competent to monitor the foreign judgment within the country in which it was issued. However، the problem lies in the fact that the foreign judgment، when submitted for execution، has the force of the matter adjudicated. That is، exceeding the limits of the validity of the procedures، unless this condition is included in the violation of Algerian public order and the rights of defense (48).

In addition، according to Article 20/B of the Algerian-Moroccan Agreement، the French wording means that the parties are legally summoned، while the Arabic wording mentions the legal presence of both parties، and there is a difference between the validity of the summons and the presence. With reference to the agreements concluded by Algeria and the documents required to be submitted by the person seeking enforcement، an exact copy of the summons paper addressed to the civil party who failed to attend the plea must be submitted، and there are those who add "in the event that a judgment is issued in absentia."

As stated in the Algerian-French and Algerian-Nigerian agreement. Accordingly، we believe that the requirement to submit a summons document is in the event that a judgment is issued in absentia that has the force of res judicata in order to ensure the validity of the procedures. As for a judgment in the presence of a judge، this document is redundant as long as the person is present and defends his interests.

*** The third condition:** That the ruling has acquired the force of the ruling and is enforceable in accordance with the law in which it was issued. This condition included all agreements except the agreement concluded between Algeria and Egypt، which excludes the case of provisional or temporary decisions that are considered capable of obtaining an executive form even if they are subject to for opposition or appeal، since it is specifically aimed at dealing with urgent cases; Such as granting food expenses، for example. On this basis، the executive version must be submitted، not the regular version، for the rest of the agreements49.

*** Fourth condition:** The ruling must not contain anything that conflicts with the general law of the country in which it is taken into account، or with the principles of public law applicable in this country. It is also not permissible for it to conflict with a judicial ruling issued in this country، due to which it has acquired the force of res judicata. in it. All agreements included this condition. If the ruling violates public order or the principles of law، the judge of the implementing country has the right to refuse to grant the execution order or to grant the order

for part of the ruling only. In addition، it is not possible to implement a foreign ruling and leave behind a national ruling that has acquired the force of the ruling.

Each state is considered free to determine what is included within the public order and what is excluded from it، based on its political، religious and social principles... We believe that it is advisable to include this condition that the ruling not be contrary to another ruling issued in the implementing state and which has acquired the force of the thing ruled on - under the title "not to The ruling violates the public order and does not contain fraudulently regarding the law، because the phrase "to the principles of the law in the implementing state" is considered an achievement، and the requirement that the ruling not be in violation of another ruling issued in the implementing state that has acquired the force of the thing ruled on falls within the category of "not violating the public order."

*** Fifth condition**: Translation of documents. Since the official language in Algeria is Arabic، the court must، before issuing the order to implement the foreign judgment، verify the existence of an official Arabic translation of the judgment. In Egypt، if the court neglects to do so، the party against whom it is executed may have a problem regarding the implementation and must... In this case، the execution judge may order a stay of execution until an official translation of the executive document is provided. The basis for this is that the Arabic language is the official language of the country in accordance with what the Constitution stipulates، and it is not permissible to execute an executive document in a foreign language without attaching an official translation of it.

If the Egyptian Court of First Instance issues a ruling to implement the executive document issued in the foreign country، when announcing that document، an official translation of it in Arabic must be attached to it. Otherwise، the announcement will be invalid and the enforcement judge may order a temporary suspension of execution until the announcement of the executive document and its official translation (50).

With reference to the agreements concluded by Algeria with foreign countries، such as the agreement concluded with Mauritania، which stipulates in its Article 24/e the following: "And when necessary، a translation of all the elements stated above، recognized as valid according to the rules established in the law of the state to which the request is submitted،" we also have the agreement The agreement concluded with Germany، for example، which addressed this condition in Article 32/C، which states: "With a certified translation of the documents mentioned in Paragraphs A and B، in the language of the contracting party in whose territory the decision must be implemented."

Conclusion*:*

This research paper addressed the topic of foreign enforceable judgments، exploring the legal conditions and criteria necessary for the enforcement of these judgments across borders. We found that the enforcement of foreign judgments primarily depends on the existence of international agreements، such as the New York Convention، and that the judgment must be

final and binding in the country where it was issued. Additionally، it must not conflict with public order or fundamental laws in the country where enforcement is sought. The competence of the issuing courts is also crucial.

Findings:

1- International Cooperation The study shows that international cooperation between different judicial systems enhances the effective enforcement of foreign judgments.

2- International Agreements International agreements like the New York Convention are essential for providing a unified legal framework that facilitates the enforcement of foreign judgments.

3- Legal Challenges The enforcement of foreign judgments faces challenges related to legal complexities and disparities between judicial systems in different countries.

4- Public Order The study highlights the importance of respecting public order and fundamental laws in the country where the judgment is to be enforced to ensure fair and effective enforcement.

Recommendations

1- Enhancing International Cooperation: Strengthen cooperation between countries by signing new agreements and expanding the scope of existing agreements to include a larger number of countries.

2- Continuous Training: Provide continuous training for judges and lawyers on international standards and procedures for enforcing foreign judgments.

3- nitoring Mechanisms: Establish monitoring mechanisms to ensure the fair and effective enforcement of foreign judgments، thereby enhancing trust between different judicial systems.

4- Developing National Legislation: Work on developing national legislation to align with international standards and facilitate the enforcement of foreign judgments without compromising national sovereignty.

5. Protecting Parties' Rights Ensure the protection of the rights of disputing parties by implementing legal procedures that guarantee the fair enforcement of foreign judgments، taking into account all legal and humanitarian aspects

References:

1 - Repertoire of civil procedure today 03، date 2003، encyclopedia juridique Dalloz 03 April 2003.

2 - See on this: Danièle Gutman: Droit International privately 1999- Dalloz “The decisions concerned by the execution of their cells that have problems with them are very important to the lie or to them، they are on the outside.” The decision has been entered into a judgment call” P 99.

3 -Marouk Nasr al-Din: Methods of Implementation in Civil Matters، Dar Houma، 2005 edition، p. 66.

4 - Ezz El-Din Abdullah، Part Two، On Conflict of Laws and International Conflicts of Jurisdiction، Egyptian General Book Authority 1986، Ninth Edition، p. 823.

5- Nouveau civil procedural code 2000، Dalloz "The jugements are sent by the tribunaux étrangers and the actions are received by the officials who have created them on the territoire of the manière and in the house where they are located").

6 -Abdul Karim Hafez Armoush: Jordanian private international and comparative law، Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution، Amman 1998، p. 311.

7 - Izz al-Din Abdullah، op. cit.، pp. 822-823.

8 - Marouk Nasr al-Din، previous reference، pp. 80-81.

9 - Okasha Muhammad Abdel-Al، International Civil and Commercial Procedures in the United Arab Emirates، Al-Halabi Legal Publications، Beirut، first edition 2000، p. 389.

10 - Akroune Yakout: Execution of intervening jugements، National Institute of Magistrates، 2000، P 07

11 - Belkacem's Parsing: Algerian Private International Law، Part Two، Dar Houma for Printing، Publishing and Distribution، printed in 2003، p. 70.

12 - Mohand Isaad، Private International Law، Part Two، Material Rules، Diwan of University Publications، p91.

13 - Saeed Ahmed Shaala، The Civil Cassation Court in the Authenticity of Judgments، Manshaet Al-Maaref Alexandria، 1998، p. 225.

14 - ISSAD Mohaned: Droit international privé، 1986، OPU، P 86.

15 -Website www.justus.com pl

16 - Mohand Isad، previous reference، p. 60.

17 - Ould Sheikh Sharifa، Enforcement of Foreign Judgments، Dar Houma، 2004 edition، Algeria، p. 26.

18 - Izz al-Din Abdullah، op. cit.، p. 825.

19 - François Mélin، Droit Internationale Private، Casbah editions، p. 66.

20 - Hafiza Al-Sayyid Haddad، International Private Judicial Law، p. 318

21 - Sami Badie Mansour، Okasha Abdel-Al، Private International Law، University Press، Egypt، DSN، p. 553.

22 - Belkacem's parsing، previous reference، p. 56.

23 - Okasha Muhammad Abdel-Al، International Civil and Commercial Procedures in the United Arab Emirates، Al-Halabi Legal Publications، op. cit.، p. 181.

24 - Codes annotés: de Sirey maison principal: place dauphine، 1896. P 27

25 - Hisham Ali Sadiq، Conflict of International Jurisdiction، University Press House، p. 247.

26 - Codes Notes، New civil procedural code، Dalloz library، 1953

27 - ISSAD Mohaned، op.cit P54.

28 - Yvon Loussouarn-Pierre Boure: droit internationale privé، 1999، p 199.

29 - H.Mokhtari: Memory for the advanced developments privately: the recent evolution of the results March 1978.

30 - Pierre Mayer، private international publication، 5th edition Delta 1996، p 29.

31 - Sami Badie Mansour، Okasha Muhammad Abdel-Al، op. cit.، p. 563.

32 - Barbara Abdel Rahman: Methods of Implementation in Civil Matters، Baghdadi Publications، 2002 edition، p. 62.

33 -Pierre Mayer op. cit P 261.

34 - François Melin op. cit P 69.

35 - Pierre Mayer op. cit. P290.

36 - Al-Sahih Sanqouqa، Scientific Guide to Civil Case Procedures، Dar Al-Huda، 1996، p124.

37 - Published Resolution No. 5889 dated 05/09/1990.

38 - Sami Badie Mansour، Okasha Abdel-Al، previous reference، p. 559.

39 - Melzi Abdel Rahman، Lectures on Methods of Forced Execution in the Civil Procedure Code - National Office of University Publications - Year 2002-2003، p. 30.

40 - Youssef Dalandeh، Judicial and Legal Cooperation Agreements، Dar Houma، printed in 2005 (see the appendix).

41 - This is what we find in the Algerian-Moroccan، Algerian-Tunisian، Algerian-French، Algerian-Mauritanian and Algerian-Nigerian agreements.

42 - The Algerian-Egyptian agreement.

43 - The Algerian-Syrian agreement.

44 - The Algerian-Syrian Agreement، previous source.

45 -Muhand Isaad، previous reference، p. 80.

46 - Ould Sheikh Sharifa، op. cit.، p. 163

47 - Issad Mohaned، op. cit. P 7

اشكاليات منهج قواعد الاسناد في حل مشكلة تنازع القوانين

The problematique of the Methodology of Conflict-of-Laws Rules in Resolving the Issue of Legal Conflict

أ.د. آييت منصور كمال

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

aitmansour@univ-bejaia.dz

ملخص:

على الرغم من اهمية منهج قواعد الاسناد في حل مشكلة تنازع القوانين والفصل في النزاعات الخاصة ذات البعد الدولي، تطرح في تطبيقه اشكاليات متعددة تعد بمثابة صعوبات تظهر في مراحل البحث عن القانون الواجب التطبيق إلى غاية الفصل في النزاع وتعتبر سلبيات تمس بحقوق وحريات في نظر المتعاملين ذوي المصالح في العلاقات الخاصة الدولية وقد يمتد الوضع إلى إهدار أهم قواعد القانون الدولي الخاص.

ترتبط إشكاليات منهج قواعد التنازع بطبيعة المنهج المعتمد والمصدر الوطني لقواعد الاسناد، إلا أنه يتطلب الحفاظ على المنهج إذ يهدف اصلا إلى البحث عن القانون الأنسب وفي ذلك يحرص على ضوابط يتمسك بها المشرع ثم القاضي والتي تعد بمثابة ضمانات لحماية المصالح الخاصة،ولا ينبغي التفكير في إعادة النظر في قواعد الاسناد الجزائرية على أساس انها لم تشهد ممارسة تطبيقية.

كلمات مفتاحية: تنازع القوانين، منهج قواعد الاسناد، الاشكاليات، قانون القاضي،الاحالة، القانون الأجنبي.

Abstract:

Despite the importance of the methodology of conflict-of-laws rules in resolving the issue of legal conflicts and adjudicating private disputes with an international dimension, its application raises multiple problems. These problems manifest as difficulties at various stages, from identifying the applicable law to resolving the dispute. They are viewed as shortcomings that affect the rights and freedoms of parties involved in international private relationships. In some cases, the situation may lead to undermining fundamental principles of private international law.

The challenges of the conflict-of-laws methodology are linked to the nature of the adopted approach and the national origin of the conflict-of-laws rules. Nevertheless, maintaining this methodology is necessary, as its primary aim is to identify the most appropriate law. To this end, it ensures adherence to safeguards established by legislators and judges, which serve as guarantees for protecting private interests. It is therefore not advisable to reconsider Algeria's conflict-of-laws rules merely because they have not undergone extensive practical application.

Keywords: Conflict of laws, methodology of conflict-of-laws rules, challenges, lex fori, renvoi, foreign law.

مقدمة:

اعتبر منهج قواعد الاسناد الوسيلة الفنية الهامة لحل مشكلة تنازع القوانين في العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، حيث تعتمد مختلف التشريعات على حلول لمشكلة التنازع وتعد بمثابة قواعد منبثقة من التطورات الفقهية والقضائية المعروفة لا سيما تلك التي توصلت إليها مختلف المدارس الفقهية.

إلى جانب الحلول المتفق عليها في مختلف تشريعات الدول والتي تعد حلولا ملائمة وعادلة لحل مشكلة تنازع القوانين، تبقى نظرة المشرع في قاعدة التنازع مرتبطة بمختلف المعطيات لاجتماعية والسياسية والاقتصادية والتي تعد حسب تبريره من مصلحة الدولة ومتطلبات حماية النظام العام.

على الرغم من أهمية منهج قواعد الاسناد في تحديد القانون المناسب لحل النزاعات الخاصة ذات البعد الدولي، تطرح في تطبيقه اشكاليات متعددة مرتبطة بطبيعة المنهج المعتمد أو بمصدر قواعد الاسناد باعتبارها تشريع وطني تتدخل في تكوين الحلول ارادة المشرع لتجسيد اعتبارات المصلحة العامة والنظام العام، وتعتبر مهما كانت طبيعتها بمثابة صعوبات تظهر في مراحل تطبيق منهج قواعد الاسناد.

على أساس المعطيات السابقة تتضمن المداخلة ابراز مختلف الاشكاليات العالقة بمنهج قواعد الاسناد من خلال دراسة قواعد التنازع الجزائرية التي يتضمنها القانون المدني[1]حيث تثار الاشكاليات في مرحلتي تطبيق منهج قواعد الاسناد والمتمثلة في مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع **(أولا)** ومرحلة اعمال القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع **(ثانيا)** وقد تعد الاشكاليات بمثابة سلبيات تمس بحقوق وحريات في نظر المتعاملين ذوي المصالح في العلاقات الخاصة الدولية.

أولا-اشكاليات منهج قواعد الاسناد في مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق

يثير منهج قواعد الاسناد في مرحلة البحث عن القانون الواجب التطبيق اشكاليات خاصة بطبيعة المنهج حيث قد تبرز في مرحلة التكييف باعتبارها اول مرحلة لتطبيق المنهج اشكالية الاختلاف في التكييف(1) وفي إطار تعيين القانون الواجب التطبيق تتدخل قواعد الاسناد ذات المصدر الوطني والتي يمكن أن تثير اشكالية اعتماد قواعد ذات طابع احادي تقرر الفصل في النزاع وفق القانون الوطني(2) كما يمكن أن تثار كمرحلة اخيرة قبل أعمال القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع مشكلة الاحالة والتي تعد من ابرز مشاكل منهج قواعد الاسناد(3).

1- **الاختلاف في تكييف النزاع:** يعتبر التكييف اهم مرحلة في حل مشكلة تنازع القوانين إذ لا يمكن تعيين قاعدة الاسناد ما لم يتم تحديد طبيعة النزاع وإدخاله ضمن احدى الطوائف التي خص لها المشرع قاعدة اسناد،ويعتبر قانون القاضي المعروض امامه النزاع المرجع في التكييف حتى وان كان المفهوم يتضمن إمكانية الاعتماد على قانون اجنبي أو نظام اخر[2] وهو ما تتضمنه المادة 9 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:"يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه ".

يمكن أن ينتج عن الاعتماد على قانون القاضي في تحديد طبيعة النزاع مسالة الاختلاف بين القوانين المتنازعة في التكييف إذ كل قانون يدخل الموضوع محل النزاع في طائفة معينة وهو ما يشكل اشكالية الاختلاف في التكييف وقد اثبتت قضيتي زواج المالطي ووصية الهولندي باعتبارهما القضايا التقليدية في مادة التكييف عند الفقيه الفرنسي (Bartin)أهمية الاختلاف في تحديد طبيعة النزاع حيث كلما تغير التكييف يتغير القانون الواجب التطبيق[3].

2- **اعتماد قواعد اسناد ذات طابع احادي:** يلاحظ في العديد من التشريعات تفضيل القانون الوطني لحل النزاع ويعتبر الموقف خروجا عن الدور الصحيح لقواعد التنازع مهما كان تبرير المشرع لهذا الموقف،حيث يهدف منهج قواعد الاسناد إلى البحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي،وهو المقرر اصلا في منظور المدارس الفقهية لتنازع القوانين والتي اعتمدت على الدور المزدوج لقواعد الاسناد.

يبرز تكريس الطابع الاحادي لقواعد الاسناد في القانون الجزائري من خلال اعتماد المادة 13 من القانون المدني التي تنص على انه:"يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج،إلا فيما يخص أهلية الزواج " وتعد بمثابة استثناء على القانون الواجب التطبيق على مواضيع حساسة وتتعلق بالنظام العام في الأحوال الشخصية وهو نفس الموقف المعتمد في بعض التشريعات المقارنة كالقانون المصري[4].

إلى جانب بروز المادة 13 ذات الطابع الاستثنائي تتضمن قواعد الاسناد مواد أخرى ذات طابع احادي تلعب دورا هاما في إعمال القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع وتتمثل في تطبيق القانون الجزائري في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي وفي حالة استبعاد القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام،وهذا بالإضافة إلى النص الخاص بالإحالة من الدرجة الأولى.

تثير القواعد ذات الطابع الاحادي إشكالية مدى ملائمة تطبيق القانون الجزائري لا سيما إذا تعلق الأمر بمواضيع الأحوال الشخصية للأجانب حيث يصعب تقبل تطبيق القانون الجزائري على فئة من الاجانب على اساس الطابع الديني لقواعد الأحوال الشخصية.

3- **مشكلة الاحالة:** اعتبرت الاحالة من ابرز مشاكل منهج قواعد الاسناد وذلك منذ اعتراف محكمة النقض الفرنسية في سنة 1878 بالإحالة من الدرجة الأولى في القضية الشهيرة(Forgo)[5]حيث اثيرت حولها اختلافات فقهية[6]وقضائية واسعة وعميقة تنادي العديد منها برفضها،وعبرت اغلبية التشريعات التي يمكن أن تكون محل مقارنة على نفس الموقف مثل القانون المصري[7] والقانون التونسي[8].

يمكن ابراز اهم السلبيات التي تطرحها الإحالة في النقاط التالية:

أ- **الخروج عن وظيفة قاعدة الاسناد:** يحدد المشرع من خلال قاعدة الاسناد الوطنية القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع،وفي حالة اختياره للقانون الأجنبي يعني اعتبار هذا الأخير القانون المناسب لحل النزاع،والأخذ بالإحالة يعني قبول الفصل في النزاع بموجب قانون أخر سواء قانون القاضي أو قانون أجنبي اخر غير الذي اراده المشرع في قاعدة الاسناد الوطنية،وينتج عن قبول الإحالة الوصول إلى نتائج مهما كانت طبيعتها قد تختلف عن تلك التي ارادها المشرع الوطني ،وهي نتائج قد لا تحقق وظيفة قاعدة الاسناد الوطنية.

ب- **إمكانية عدم حل النزاع:** في حالة قبول المشرع الوطني الإحالة من الدرجة الثانية قد يرفض القانون الأجنبي المحال إليه الفصل في النزاع ويمنحه لقانون أخر يمكن أن يكون قانون القاضي أو قانون دولة ثالثة يحتمل أن ترفض تطبيق قواعدها الموضوعية للفصل في النزاع وتحيله إلى قانون أخر،ويعبر الفقه عن هذه الوضعية "الدوران في حلقة مفرغة"ينتج عنها عدم الفصل في النزاع بموجب أي قانون وهو ما يؤدي إلى المساس وإهدار حقوق المتعاملين في العلاقات الخاصة الدولية،

ج- **تطبيق القانون الوطني في الإحالة من الدرجة الأولى:** في حالة قبول الإحالة من الدرجة الأولى سيفصل القاضي في النزاع بموجب قانونه الوطني،وفي ذلك تنص الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 على انه:"غير انه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص"حيث يعبر النص على قبول تطبيق القانون الجزائري للفصل في النزاع.وعلى الرغم من تحرر المشرع من الموقف الكلاسيكي المعتمد قبل سنة 2005 و تكريس

الحل الوظيفي للإحالة[9]يمكن عدم تقبل تطبيق القانون الجزائري واعتباره قانونا غير ملائم للفصل في النزاع.

ثانيا- إشكاليات منهج قواعد الاسناد في مرحلة اعمال القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع

في إطار أعمال القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع والتي تعتبر المرحلة الأخيرة في منهج قواعد الاسناد يمكن أن تثار اشكاليات قد تكون مرتبطة بتطبيق القانون الأجنبي تتمثل في مشكلة تعذر اثبات القانون الأجنبي**(1)** وإمكانية استبعاد تطبيقه**(2)** كما يمكن أن ينتج عن تطبيق القانون المحدد وفق قواعد الاسناد الوطنية اشكالية اهدار الحقوق المكتسبة **(3)**.

1- **مشكلة تعذر اثبات القانون الأجنبي:** قد تطرح امام القاضي في حالة اختصاص القانون الاجنبي اشكالية غياب القاعدة الموضوعية الواجبة التطبيق للفصل في النزاع وهي مسالة عالجها الفقه تحت عنوان"تعذر اثبات القانون الأجنبي"،وعلى الرغم من مختلف الحلول الفقهية المقترحة تبقى من بين الصعوبات العالقة بمنهج قواعد الاسناد بالنظر إلى مدى ملائمة التوجه التشريعي لتكريس الحل المناسب حيث تظهر اغلبية القوانين تطبيق قانون القاضي بدلا عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق كما تبين بعض التشريعات تكليف الخصوم بإثبات القانون الاجنبي:

أ- **تطبيق قانون القاضي:** تتجه اغلبية القوانين إلى تطبيق القانون الوطني في حالة تعذر اثبات القانون الأجنبي وهو الموقف المعتمد من المشرع الجزائري في سنة 2005 بموجب المادة 23 مكرر تنص على انه:"يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

قد يعتبر تطبيق قانون القاضي من ابسط الحلول الفقهية في حالة تعذر اثبات القانون الأجنبي وتطبيق القانون الجزائري الحل الامثل للقاضي بالنظر إلى معطيات وتجربة القضاء الجزائري،إلا انه يتطلب طرح مدى ملائمة القانون الجزائري للفصل في النزاع بدلا عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

ب- **الزام الخصوم بإثبات القانون الأجنبي:** تلزم بعض القوانين الخصوم على اثبات القانون الأجنبي كالوضع مثلا في القانون التونسي حيث ينص الفصل 32 من مجلة القانون الدولي الخاص على انه:"يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد في حدود إمكانيات علمه به،وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الاقتضاء.وفي الحالات الأخرى فإن الطرف الذي تكون دعواه مستندة على القانون الأجنبي مطالب بإثبات محتواه.ويكون الإثبات كتابة بما في

ذلك الشهادات العرفية.وإن تعذر إثبات محتوى القانون لأجنبي فإنه يقع العمل بالقانون التونسي.ويجب في جميع الحالات احترام مبدأ المواجهة ".

تثير حالة الزام الخصوم بثبات القانون الأجنبي إشكالية انتقال عبئ الاثبات من القاضي إلى الخصوم وبالنظر إلى الامكانيات والمؤهلات التي يتمتع بها القاضي حديثا من الصعب تصور عدم تمكنه من الوصول إلى مضمون القانون الاجنبي اذ يعتبر موضوع الزام الخصوم بإثبات القانون الأجنبي مسالة كلاسيكية في تنازع القوانين ما عاد حالة غياب النص الواجب التطبيق في القانون الاجنبي.

2- **حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي:** قد تثير مرحلة الفصل في النزاع وفق القانون الأجنبي ضرورة استبعاد هذا الأخير حيث اتفق فقهاء القانون الدولي الخاص على استبعاد القانون الأجنبي في حالتين:في حالة مخالفته النظام العام و في حالة الغش نحو القانون:

أ- **استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالف النظام العام:** يستبعد القاضي تطبيق القانون الأجنبي في حالة مخالفة النظام العام في دولة القاضي[10]وكرست المادة 24 من القانون المدني الجزائري الموقف إذ تنص في فقرتها الاولى على أنه:"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر..."وهو الحل الذي أخذت به التشريعات المقارنة[11]ويثير استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفة النظام في دولة القاضي مسالتين:

- يتمتع القاضي بالسلطة التقديرية في تقدير مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام الوطني وذلك بالنظر إلى المفهوم النسبي للنظام العام[12]إذ يحدد المخالفة من خلال القواعد الأساسية التي يقوم عليها المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية.

- يطبق القاضي قانونه الوطني محل القانون الأجنبي المستبعد وهو الحل الذي نادى به جانب من فقهاء القانون الدولي الخاص حيث يعتبر النظام العام الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي وإحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافاً جوهرياً بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة[13]وهو الحل المعتمد في الفقرة الثانية من المادة 24 التي تنص على انه:"يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة"ويطرح الحل الفقهي والتشريعي مدى ملائمة قانون القاضي للفصل في النزاع لحماية العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي.

ب- استبعاد تطبق القانون الأجنبي للغش نحو القانون: قد يثير القاضي مسالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب سلوك احد اطراف النزاع الذي يقوم بالتغيير في ضابط الاسناد حتى يتغير وفق

ذلك القانون الواجب التطبيق كتغيير الجنسية أو الموطن أو مكان تواجد المنقول وقد تبلور الموضوع تحت مفهوم الغش نحو القانون لدى القضاء الفرنسي منذ سنة 1878 في قضية الاميرة(de Fauffremont)[14]وقد تطورت نظرية الغش نحو القانون لدى القضاء الفرنسي لتشمل حتى سلوك التغيير في طائفة الاسناد حتى يتغير القانون الواجب التطبيق وذلك منذ سنة 1985 في قضية(Caron)[15].وكرس المشرع الجزائري الغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي في تعديل المادة 24 سنة 2005 التي تنص في فقرتها الأولى على انه:"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر،أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون"وهو ما أخذت به التشريعات المقارنة[16].

ينتج عن ثبوت الغش نحو القانون عدم الاعتراف بالنتيجة التي ارادها الخصم من وراء التغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية القانونية الواقعية[17]وهي النتيجة التي يمكن التوصل إليها من خلال إعمال المادة 24 من القانون المدني الجزائري إذ تعتبر الجزاء في نظرية الغش نحو القانون على الرغم من عدم الافصاح عنها من طرف المشرع وهذا على خلاف مثلا الفصل 30 من القانون التونسي حيث لا يأخذ القاضي بتغيير عنصر الاسناد كجزاء للغش نحو القانون.

3- **إمكانية اهدار الحقوق المكتسبة:** في اطار تطبيق القاعدة الموضوعية للفصل في النزاع يمكن أن يصل القاضي إلى حلول لا تعترف بالحقوق المكتسبة في دولة أجنبية ووفقا للقانون الأجنبي،وفي هذه الأحوال لا يكمن سبب عدم الاعتراف التمسك بالنظام العام انما في الحل المعتمد في قاعدة الاسناد التي حددت قانونا يمكن أن نصل من خلال تطبيقه إلى اهدار الحقوق المكتسبة.

يمكن ابراز امكانية اهدار الحقوق المكتسبة من خلال دراسة الحل الذي تتضمنه قواعد الاسناد الجزائرية في تعديل سنة 2005 فيما يخص موضوعي الانفصال الجسماني والتبني باعتبارهما حقوقا مكتسبة في دولة اجنبية ويثار بشأنهما نزاع أمام القاضي الجزائري[18]:

أ- **عدم الاعتراف بالانفصال الجسماني:** تطبيقا لنص المادتين 2/12 فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني و 13 ذات الطابع الاستثنائي،يتم اهدار الحق المكتسب في حالتين:

- **إذا كان الزوج وقت رفع الدعوى من جنسية دولة لا تعترف بالانفصال الجسماني:**وفق الفقرة الثانية من المادة 12 التي تنص على انه:"ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون

الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"اذا كان الزوج وقت رفع الدعوى من جنسية جزائرية[19] أو من جنسية دولة اجنبية لا تعترف بنظام الانفصال الجسماني ينتج عن تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى عدم الاعتراف بالانفصال الجسماني باعتباره حق مكتسب.

– **إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت الزواج:**تطبيق احكام للمادة 13 التي تنص على انه:"يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج،إلا فيما يخص أهلية الزواج "على الانفصال الجسماني باعتباره حق مكتسب في دولة اجنبية ووفقا للقانون الأجنبي وذلك في حالة ما إذا كان احد الزوجين من جنسية جزائرية وقت عقد الزواج،وينتج عن تطبيق القانون الجزائري عدم الاعتراف بالانفصال الجسماني.

ب– عدم الاعتراف بالتبني: يطبق على التبني باعتباره حق مكتسب احكام المادة 13 مكرر 1 التي تنص على أنه:"يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها،ويسري على أثارها قانون جنسية الكفيل.

وتطبق نفس الأحكام على التبني " ووفق النص يسري على صحة التبني قانون جنسية كل من المتبني والمتبنّى وقت اجرائه،إذ ينشا تبني صحيحا في دولة اجنبية ووفقا لأحكام القانون الأجنبي،ونشير إلى انه يمكن التبني حتى إذا كانت دولة جنسية الولد لا تعترف بنظام التبني[20] ومن نتائج تطبيق نص المادة 13 مكرر 1 لا يعترف بالتبني على الرغم من انه حق مكتسب في دولة اجنبية ووفقا لأحكام القانون الأجنبي إذا كان احد طرفي عقد التبني وقت إنشاء الحق من جنسية جزائرية أو من جنسية دولة اجنبية لا تعترف بنظام التبني.

خـــاتمة:

يتبين من خلال دراسة موضوع اشكاليات منهج قواعد الاسناد في حل مشكلة تنازع القوانين بالاعتماد على قواعد التنازع الجزائرية أن المنهج تشوبه عدة اشكاليات تصعب مهام القاضي في ايجاد حلول للقضايا الخاصة ذات البعد الدولي،وهي بمثابة عوائق تبرز في مرحلتي تطبيق منهج قواعد الاسناد متعلقة بطبيعة المنهج باعتباره طريقة معقدة للوصول إلى حلول أو مرتبطة بقواعد الاسناد باعتبارها قواعد ذات مصدر وطني تعبر عن إرادة المشرع التي تخضع لمعطيات اجتماعية و سياسية واقتصادية قد ترقى إلى مفهوم النظام العام.

ومن خلال البحث يمكن تقديم الاقتراحات التالية:

– ضرورة الحفاظ على منهج قواعد الاسناد باعتباره وسيلة فنية لحل مشكلة تنازع القوانين والفصل في القضايا الخاصة ذات العنصر الأجنبي،إذ يهدف اصلا إلى البحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي وفي ذلك يحرص على مجموعة من الضوابط التي يتطلب أن يتمسك بها المشرع ثم القاضي والتي تعد بمثابة ضمانات لحماية المصالح الخاصة.

– محاولة التخفيف من شدة اشكاليات منهج قواعد الاسناد من خلال الانطلاق من التفكير في البحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي وهي مهمة تقع على عاتق كل من المشرع والقاضي لا سيما إعادة النظر في مهمة قواعد التنازع ذات الطابع الاحادي التي قد تهدف إلى حماية المصلحة الوطنية أو النظام العام دون الأخذ بعين الاعتبار الهدف الاسمى لقواعد الاسناد والمتمثل في البحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي.

الهوامش:

[1]– أمر رقم 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975،يتضمن القانون المدني،ج ر ج ج عدد 78 مؤرخ في 30 سبتمبر سنة 1975،معدل والمتمم،انظر الموقع الالكتروني للأمانة العامة للحكومة:www.joradp.dz

[2] – للتفصيل في الموضوع راجع:

RIGAUX François، La théorie des qualifications en droit international privé، Ferdinand Larcier، Bruxelles ،1956.

[3] – انظر في ذلك:المرجع نفسه ص ص 9–11.

pp ، 1949، Paris، Recueil Sirey، 2e édition، Cours de droit International privé Français،NIBOYET Jean–Paulin 458–460.

[4] – نص المادة 14 من القانون المدني المصري،القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني،الوقائع المصرية،العدد 108،صادر في 29 جويليه 1948.

[5] – انظر في ذلك:

Cour de cassation، ch.cv.24 juin 1978، in ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves، Les grands arrêts de la jurisprudence française de، droit international privé، 5e édition، Dalloz، Paris، 2006، pp 60–61.

[6] –راجع في ذلك:

pp 227–، 1999، Paris، Dalloz، 6e édition، Droit international privé،LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre 229.

[7] – المادة 28 من القانون المدني،السابق الذكر،وقد استقر القضاء المصري على عدم قبول الإحالة مهما كان نوعها وأكدت محكمة النقض هذا الموقف في سنة 1958 في حكم محكمة النقض المصرية الصادر في اول ماي سنة 1958 في الطعن رقم 11 لسنة 25 قضائية،انظر في ذلك:مجموعة احكام النقض،الدائرة المدنية،1958 السنة 9،ص 525.

[8] – الفصل 35 من مجلة القانون الدولي الخاص المؤرخة في 27 نوفمبر 1998، أنظر:

www.ar.jurispedia.org/index.

[9]–يعتمد الحل الوظيفي للإحالة على تقبلها افي حالة ما إذا كان سيؤدي تطبيقها إلى النتائج التي ارادها المشرع من خلال قاعدة الاسناد الوطنية،انظر:

p62، 2000، Paris، Dalloz، 2e édition، Droit international privé،GUTMANN Daniel

[10] – انظر في الموضوع:

LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre، op. Cit، pp.303 et 304.

[11] – مثال ذلك نص الفصل 36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ونص المادة 28 من القانون المدني المصري.

[12] – حول تأثير المفهوم النسبي للنظام العام على دور القاضي في تقرير مخالفة النظام العام راجع:بلمامي عمر،"اثر الاتفاقيات الدولية في إعمال فكرة النظام العام في الجزائر "،مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية ،العدد 4،1995،ص ص 35–53..

[13] انظر في ذلك:

BATIFFOL Henri، Aspects philosophiques du droit international privé، Dalloz، Paris، 2002، p 159، LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre، op. Cit، pp 304 – 312.

[14] – راجع:

Cour de cassation (Ch. civ.) — 18 mars 1878، http://www.uniset.ca/other/cs3/bauffremont.html.

وللتفصيل في الموضوع راجع:

ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves، op. Cit.

[15] – انظر في ذلك:

Cour de cassation (Ch. civ1)، du 20 mars 1985،

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007015476

[16] – مثال ذلك نص الفصل 30 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ونص المادة 28 من القانون المدني المصري.

[17] – أنظر :

ISSAD Mohand، Droit international privé :1–Les règles de conflits،2e édition، O . P. U، Alger، 1983، P 210، MEYZEAUD–GARAUD Marie–Christine، Droit international privé، Bréal، Paris، 2002.p 79.

[18] – للتفصيل في موضوع القانون الواجب التطبيق على موضوعي الانفصال الجسماني والتبني راجع:أيت منصور كمال،"اشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني"،المجلة الاكاديمية للبحث القانوني،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة بجاية،عدد 02 سنة 2010،ص ص 144–158.

[19] – يطبق القانون الجزائري حتى في حالة تعدد الجنسيات تطبيقا لنص المادة 22 من القانون المدني وهي حالة تعد من بين الآثار السلبية التي أثارها الفقهاء عند اعتماد ضابط الجنسية، انظر في ذلك:

BUREAU Dominique et WATT Horatia Muir، Droit international privé، Tom2، Partie spécial، 2éd، P U F، Paris، 2010، pp22 et 23.

[20] – في القانون الفرنسي مثلا وفقا لنص المادة 370–3 يسمح المشرع استثناء تبني ولد من جنسية دولة لا تعترف بنظام التبني إذا كان مولودا في فرنسا أو يعيش فيها،اذ تنص المادة على ما يلي:

« L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution، sauf si ce mineur est né ou réside habituellement en France »، voir : Code civil، www.legifrance.gouv.fr

وقد سمح القضاء الفرنسي منذ تاريخ 10 ماي 1995 للزوجين الفرنسيين بتبني ولدا من جنسية دولة لا تعرف أو ترفض صراحة نظام التبني،راجع في ذلك: COURBE Patrick،Droit international privé، Paris، DALLOZ، 2000،،، p254.

الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية الجزائرية وخصوصية الدعاوى المثارة بشأنها

Judicial Jurisdiction Over Algerian Nationality Disputes and The Specificity of The Lawsuits Raised in This Regard

د. شنوف بدر

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

baderchenouf@yahoo.com

ملخص:

الجنسية هي الوسيلة التي يمارس من خلالها الفرد حقوقه وتأدية واجباته، لكن قد ينكر عليه الغير تمتعه بها أو يكون هو في حاجة إلى نفيها عنه، وبالتالي سوف يكون مضطراً من جهة إلى البحث عن الجهة القضائية المختصة التي يلجأ إليها لحماية حقه في التمتع أو عدم التمتع بالجنسية، ومن جهة أخرى إلى البحث عن الوسيلة التي تُمكِّنه من ذلك. لهذا اهتم المشرع الجزائري على غرار بقية التشريعات المقارنة بتنظيم منازعات الجنسية بقواعد خاصة، ولم يتركها للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تكفل بذلك قانون الجنسية محددا الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعاتها، وأهم الدعاوى التي تُرفع بشأنها.

كلمات مفتاحية: الاختصاص القضائي؛ منازعات الجنسية؛ دعاوى الجنسية.

Abstract:

Nationality is the mechanism through which an individual exercises their rights and fulfills their duties. However, others may deny the individual their nationality, or the individual may need to renounce it. Consequently, they may be compelled, on the one hand, to identify the competent judicial authority to which they can turn to safeguard their right to acquire or renounce nationality, and on the other hand, to seek the appropriate legal mechanism to facilitate this process.

For this reason, the Algerian legislator, like its counterparts in comparative legal systems, has devoted special attention to regulating nationality disputes with specific provisions, rather than leaving them to the general rules provided for in the Code of Civil and Administrative Procedures. This regulation is enshrined in the Nationality Law, which defines the competent judicial authority for resolving such disputes and outlines the key claims that may be brought in this regard.

Keywords: Jurisdiction; nationality disputes; nationality claims.

مقدمة:

تُعدُّ الجنسية أداة أساسية لتحديد الهوية سواء بالنسبة للفرد أو للدولة؛ إذ بموجبها يتحدد المركز القانوني للفرد لا على مستوى دولة معينة فحسب بل على المستوى الدولي، وهي فضلاً عن ذلك حق من حقوق الإنسان الذي نادت به جميع المواثيق الدولية الوضعية، ومن بينها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948[21]، الذي نص في مادته 15 أن: "لكل فرد حق التمتع بجنسية ما، لا يجوز حرمان شخص من جنسيته تعسفاً أو إنكار حقه في تغييرها"، بل هي تُعدُّ بوابة التمتع ببقية الحقوق الأخرى المتعددة والمتنوعة.

أما بالنسبة للدولة فإنه عن طريقها يتحدد الركن الأول لقيامها وهو الشعب؛ إذ بموجبها تستطيع الدولة حصر عدد سكانها، وبالتالي تحديد الأفراد الذين يستفيدون من الثروات الموجودة في إقليمها وفي نفس الوقت يساهمون في الأعباء العامة هذا من جهة، ومن جهة أخرى تستطيع هي بسط حمايتها الدبلوماسية عليهم.

وما دامت الجنسية على هذه الدرجة من الأهمية باعتبارها أداة لا يمكن الاستغناء عنها سواء بالنسبة للفرد أو بالنسبة للدولة، فإنه من المتوقع نشوب منازعات بشأنها قد تكون بين الفرد والدولة مانحة الجنسية كما قد تكون فيما بين الأفراد أنفسهم، ذلك أن الجنسية هي الوسيلة التي يمارس من خلالها الفرد حقوقه وتأدية واجباته، وقد يتعرض لإنكارها أو يكون هو في حاجة إلى نفيها عنه، وبالتالي سوف يكون مضطراً من جهة إلى البحث عن الجهة القضائية المختصة التي يلجأ إليها لحماية حقه في التمتع أو عدم التمتع بالجنسية، ومن جهة أخرى إلى البحث عن الوسيلة التي تُمكِّنه من ذلك.

لهذا اهتم المشرع الجزائري على غرار بقية التشريعات المقارنة بتنظيم منازعات الجنسية بقواعد خاصة ضمَّنها في قانون الجنسية ذاته، ولم يتركها للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تولت المواد من: 37 إلى: 40 منه تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعاتها، وأهم الدعاوى التي تُرفع بشأنها.

لذلك سنسلط الضوء في هذه المداخلة على الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية الجزائرية وخصوصية الدعاوى المثارة بشأنها، حيث تستمد أهميتها من تلك الخصوصية التي تعامل بها المشرع مع هذا من المنازعات بتمييزها عن باقي منازعات الحالة المدنية، وذلك من خلال الإجابة عن إشكالية مفادها: **لماذا ميَّز المشرع الجزائري منازعات الجنسية عن باقي المنازعات المدنية بإجراءات خاصة؟**

تتطلب الإجابة عن هذا الإشكال تناول هذه المداخلة في مبحثين، نتطرق في الأول إلى الاختصاص القضائي في منازعات الجنسية الجزائرية، أما في الثاني نتناول خصوصية دعاوى الجنسية. وقد اقتضى منا ذلك الاستعانة بثلاث مناهج بحثية هي المنهج الوصفي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن.

المبحث الأول: الاختصاص القضائي في منازعات الجنسية الجزائرية

قبل الخوض في دعاوى الجنسية الجزائرية من حيث موضوعها وأطرافها وخصوصية إجراءاتها، لا بد من التطرق إلى الضوابط والمعايير التي تحكم الاختصاص النوعي والمحلي للمحكمة التي تنظر في المنازعات المتعلقة بالجنسية، وهذا في المطلبين المواليين.

المطلب الأول: الاختصاص النوعي في منازعات الجنسية الجزائرية

يختلف اختصاص النظر في منازعات الجنسية من دولة إلى أخرى حسب طبيعة نظامها القضائي، ففي الدول التي تتبنى النظام القضائي الموحد مثل الأردن والكويت والسعودية لا يثور أي إشكال بشأن تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر منازعات الجنسية؛ إذ هذه الأخيرة مثلها مثل بقية المنازعات الأخرى ينظر فيها هذا القضاء الموحد.

أما الدول التي تتبنى النظام القضائي المزدوج فإن موقفها من الجهة المختصة بمنازعات الجنسية يختلف من دولة إلى أخرى وهو يدور بين اتجاهين، هناك دول أسندت اختصاص الفصل في كل المنازعات التي تثور بشأن الجنسية إلى القضاء الإداري وحده مثل ما هو الحال في سوريا ومصر وألمانيا.

في حين هناك دول أخرى اعتبرت دعوى الجنسية دعوى عادية بحتة فأسندتها إلى القضاء العادي بصورة أصلية واستثناءً إلى القضاء الإداري كفرنسا وتونس والمغرب ولبنان على اعتبار أن الجنسية من عناصر الحالة المدنية وبالتالي تتعلق بالأحوال الشخصية، وهذه الأخيرة من اختصاص القضاء العادي[22].

أما الجزائر فقد انحازت إلى هذا الاتجاه الأخير، حيث أسندت منازعات الجنسية إلى القضاء العادي بشكل أساسي واستثناءً إلى القضاء الإداري، وهو ما سنوضحه في الفرعين المواليين:

الفرع الأول: الاختصاص الأصيل في منازعات الجنسية للقضاء العادي

نظم المشرع الجزائري القواعد التي تحكم الاختصاص النوعي في مجال منازعات الجنسية في (1/37) من قانون الجنسية[23]، حيث نصت فقرتها الأولى على: "تختص المحاكم وحدها بالنظر في المنازعات حول الجنسية الجزائرية"، وقد أكد تعديل 2005[24] هذا التوجه في مجال الاختصاص النوعي بمنازعات الجنسي، غير أن المشرع أضاف إلى هذه المادة فقرة جديدة جعل بموجبها النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع منازعات الجنسية، كما سنوضحه لاحقاً.

يتضح من خلال هذه الفقرة وخصوصاً لفظة "وحدها" أن المحاكم تتمتع باختصاص أصيل وحصري بالفصل في منازعات الجنسية سواء الرامية إلى إثبات التمتع أو عدم التمتع بالجنسية الجزائرية، وسواء كانت دعوى أصلية أو دعوى فرعية عن طريق الدفع.

والمقصود بالمحاكم هنا هي محاكم أول درجة في التنظيم القضائي العادي وهي المحاكم الابتدائية[25]، لكن السؤال المطروح ما هو القسم المختص داخل المحكمة بالفصل في منازعات الجنسية؟

ما يُلاحظ على الفقرة الأولى من المادة 37 سالفة الذكر، أنها اكتفت بذكر أن المحاكم وحدها هي المختصة في دعاوى الجنسية ولم تحدد لنا القسم المختص داخل المحكمة بالفصل في هذه الدعاوى، وذلك على اعتبار أن المحكمة الابتدائية في قانون التنظيم القضائي الجزائري القديم تتكون من ستة أقسام هي: القسم المدني والقسم الجزائي وقسم الأحوال الشخصية والقسم الاجتماعي والقسم التجاري وأخيراً قسم الأحداث، وبالتالي الاكتفاء بذكر أن المحكمة هي المختصة في نظر منازعات الجنسية غير كاف بل لا بد من التعرف على القسم المختص بذلك بداخلها.

لم يحدد قانون التنظيم القضائي الحالي[26] ولا السابق[27] الاختصاص النوعي كل قسم داخل المحكمة، لكن بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية[28] نجده اكتفى بتحديد الاختصاص النوعي لبعض الأقسام دون البعض الآخر، ومن بينها قسم شؤون الأسرة الذي يختص حسب المادة (423) بالمنازعات المترتبة عن تطبيق قانون الأسرة، سواء تلك المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها، أو دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة، أو دعاوى إثبات الزواج والنسب، أو الدعاوى المتعلقة بالولاية والكفالة، ولم يشر المشرع إلى دعاوى الجنسية.

وأمام عدم تحديد المشرع لأي قسم ينعقد الاختصاص في دعاوى الجنسية اختلف الفقه حول هذه المسألة وانقسم إلى اتجاهين، اتجاه يرى بأنه لا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تجعل القسم المدني هو صاحب الولاية العامة في المحكمة الابتدائية، وهو ما أشارت إليه المادة (5/32) بقولها: "غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية"، وما دام الأمر كذلك تُعتبر منازعات الجنسية هي منازعات مدنية محضة يختص القسم المدني فيها مباشرة[29].

بينما الاتجاه الآخر يرى بأن منازعات الجنسية من اختصاص قسم شؤون الأسرة[30]، وذلك على اعتبار أن المادة (423) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم تعدد القضايا التي يختص بها قسم شؤون الأسرة على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال؛ إذ جاء فيها: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:..."، لأن عبارة على الخصوص الواردة في النص تفيد التمثيل وليس التحديد. ويشمل اختصاص قسم الأسرة بهذه المنازعات سواء بطريق الدعوى الأصلية أو بطريق الدفع (الدعوى الفرعية)[31].

وقد كان بإمكان المشرع أن يتفادى هذه الثغرة الإجرائية لو أطلق على هذا القسم تسمية "قسم الجنسية وشؤون الأسرة"، ولكن لأنه لم يفعل نرى بأن الاتجاه الأولى بالإتباع هو الاتجاه الأول الذي يقول بأن الاختصاص النوعي في منازعات الجنسية يؤول للقسم المدني دون غيره باعتباره صاحب الاختصاص العام.

الفرع الثاني: الاختصاص الاستثنائي في منازعات الجنسية للقضاء الإداري

نظَّم المشرع الجزائري مجال اختصاص القضاء الإداري في منازعات الجنسية في المادة 30 من قانون الجنسية الصادر بموجب الأمر 86/70، لكن بعد تعديل هذا القانون سنة 2005 بموجب الأمر 01/05 أُلغيت هذه المادة، الأمر الذي يطرح التساؤل حول مدى اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الجنسية بعد هذا التعديل.

أولاً: مجال اختصاص القضاء الإداري في منازعات الجنسية قبل تعديل 2005

الوضع السائد قبل تعديل 2005 في مجال توزيع الاختصاص النوعي بمنازعات الجنسية بين القضاء العادي والقضاء الإداري، هو أن القاعدة العامة تقضي بأن المحاكم الابتدائية هي التي يعود إليها الاختصاص النوعي في المنازعات الخاصة بالجنسية، وهذا طبقاً للفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الجنسية، كما سبقت الإشارة إليه.

والاستثناء أيلولة الاختصاص النوعي في بعض منازعات الجنسية للقضاء الإداري، وهو ما نصَّت عليه المادة 30 من قانون الجنسية بقولها: "تختص المحكمة الإدارية بالبت في الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة ضد القرارات الإدارية في قضايا الجنسية".

وبناء على النص المتقدم فإن المشرع حصر مجال اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الجنسية في البت في الطعون بالإلغاء ضد كل القرارات الإدارية المتعلقة بالجنسية سواء كسباً أو فقداً، التي تصدرها الإدارة ممثلة في وزير العدل خلال ممارسة نشاطها الإداري في مجال الجنسية المخول لها قانوناً بموجب المواد 25 و26 و27 من قانون الجنسية.

وتجدر الإشارة هنا بأن المقصود من عبارة "المحكمة الإدارية" الواردة في النص هي الغرفة الإدارية المتواجدة على مستوى المحكمة العليا، لأن النظام القضائي في ظل الأمر 86/70 كان موحداً[32]، أما بعد صدور القانون رقم: 02/98 المؤرخ في: 1998/05/30 المنظم للمحاكم الإدارية، والقانون رقم: 01/98 المؤرخ في: 1998/05/30 المتضمن إنشاء مجلس الدولة باعتباره هيئة قضائية إدارية عليا تفصل بشكل ابتدائي نهائي في المنازعات الناشئة عن القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية كمحكمة موضوع من جهة، ومن جهة ثانية تفصل في الطعون بالنقض كمحكمة قانون في القرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية، فإن الاختصاص النوعي في مجال منازعات الجنسية يُصبح من صلاحيات مجلس الدولة وليس المحاكم الإدارية، على اعتبار أن القرارات المتعلقة بها تصدر عن وزير العدل وهو من السلطات الإدارية المركزية.

ويختص مجلس الدولة بالطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المتعلقة بالجنسية التي يشوبها عيب تجاوز السلطة كما أشارت إلى ذلك المادة 30 سالفة الذكر، مما يفيد أن القرارات الإدارية المتعلقة بالجنسية والتي تكون مشوبة بعيب التعسف في استعمال السلطة مثلاً أو عيب الشكل والإجراءات لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء.

وإذا كان الاختصاص النوعي المتعلق بمنازعات الجنسية موزعاً كما رأينا بين القضاء العادي كأصل عام والقضاء الإداري كاستثناء، فهل هذا التوجه بقي ساري المفعول بعد إلغاء المادة 30 بموجب تعديل 2005.

ثانياً: مدى اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الجنسية بعد تعديل 2005

بعد تعديل قانون الجنسية سنة 2005 بموجب الأمر 01/05 الذي ألغى المادة 30 أصبح من الضروري التساؤل عن مدى اختصاص القضاء الإداري بدعاوى الجنسية، خاصة وأن الإدارة لا زال يعترف لها قانون الجنسية المعدَّل بممارسة اختصاصات تتعلق بكسب وفقد الجنسية، وهي موزعة بين وزير العدل ورئيس الجمهورية.

إن الإجابة عن هذا التساؤل لا تخرج عن أحد احتمالين، إما أن المشرع الجزائري بإقدامه على إلغاء المادة 30 وعدم تعويضها بمادة أخرى كان يهدف إلى إسناد كل المنازعات الناجمة عن تطبيق قانون الجنسية إلى جهة القضاء العادي، وبالتالي المنازعات الرامية إلى إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بالجنسية أصبحت منازعات عادية يفصل فيها القضاء العادي وتطبق بشأنها المواد من: 37 إلى: 40، وهذا احتمال يتعارض من جهة مع طبيعة موضوع المنازعات العادية التي تهدف إلى استصدار حكم بتمتع أو عدم تمتع شخص بالجنسية الجزائرية، وهذه لا علاقة لها بمنازعات طلب إلغاء القرارات الإدارية.

ومن جهة أخرى يتعارض مع طبيعة النظام القضائي الجزائري القائم على الازدواجية؛ إذ في ظله يوجد فصل بين المنازعات العادية التي يختص بها القضاء العادي، والمنازعات الإدارية التي تكون فيها الإدارة طرفاً أصلياً في النزاع، وهذه الأخيرة تخضع للقضاء الإداري.

أو أن المشرع الجزائري كان يهدف إلى استبعاد القرارات الإدارية المتعلقة بالجنسية من رقابة القضاء سواء العادي أو الإداري، ليس لكونها من أعمال السيادة وإنما لكون الجنسية المكتسبة منحة من الدولة وليست حقاً، وبالتالي لا يحق للفرد الاحتجاج والطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القاضية بعدم منح الجنسية أو بفقدها بعد منحها، وهو الاحتمال الراجح الذي ينسجم مع طبيعة الجنسية المكتسبة.

وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري بإلغائه للمادة 30 يكون قد أسند كل المنازعات المتعلقة بالجنسية لجهة القضاء العادي، كما يعتبر بموقفه هذا قد أخرج القرارات الإدارية المتعلقة بالجنسية من رقابة القضاء الإداري، وخاصة قضاء الإلغاء[33].

المطلب الثاني: الاختصاص المحلي في منازعات الجنسية الجزائرية

اكتفى قانون الجنسية الجزائري الحالي والسابق بتحديد الجهة القضائية المختصة نوعياً بالفصل في دعاوى الجنسية وهي القسم المدني على مستوى المحكمة الابتدائية، غير أن هذا وحده لا يكفي لأنه بتعدد المحاكم الابتدائية يثور التساؤل حول أي منها يؤول له الاختصاص الإقليمي (المحلي) بنظر تلك الدعاوى.

وأمام هذا الوضع يُصبح الرجوع للقواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أمراً ضرورياً، وبتفحص هذا الأخير نجد أنه تطرق للاختصاص الإقليمي في المواد من: 37 إلى: 40 وهي المواد التي لم ترد فيها أية إشارة إلى الاختصاص الإقليمي في دعاوى الجنسية، ومن ثمة تطبق القاعدة العامة الواردة في المادة 37 التي تنص على: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"[34].

فطبقاً لهذا النص فإن المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الجنسية هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها الإقليمي موطن المدعى عليه سواء الموطن الذي اختاره بنفسه أو اختارته له المحكمة.

وتظهر سهولة وصعوبة تحديد موطن المدعى عليه حسب مركز النيابة العامة في الدعوى، وهنا نُميّز بين حالتين:

الفرع الأول: النيابة العامة مدعية

يكون تحديد موطن المدعى عليه ومن ثمة الاختصاص الإقليمي للمحكمة طبقاً للقواعد العامة ممكناً ويسيراً إذا كانت النيابة العامة هي المدعية؛ إذ في هذه الحالة سترفع دعواها في محكمة موطن الشخص المدعى عليه بكل صوره، لكن سيجد الشخص المدعي صعوبة في تحديد المحكمة المختصة محلياً إذا رفع دعواه ضد النيابة العامة (مدعى عليه) أملاً في استصدار حكم يقضي بتمتعه أو عدم تمتعه بالجنسية الجزائرية، خاصة وأن النيابة العامة أصبحت طرفاً أصلياً في جميع منازعات الجنسية بموجب الفقرة الثانية من المادة 37 المضافة بتعديل 2005.

الفرع الثاني: النيابة العامة مدعى عليها

هنا سيواجه المدعي صعوبة في تحديد موطن النيابة العامة، ومكمن الصعوبة يتمثل في أن كل المحاكم توجد بها نيابة عامة، وبالتالي أي المحاكم ستكون مختصة إقليمياً ما دام الاختصاص المحلي يتحدد على أساس موطن المدعى عليه، وعليه فإنه في الدعاوى المرفوعة ضد النيابة العامة لا يوجد مدعى عليه محدد إقليمياً[35]، وتعد هذه من الثغرات الموجودة سواء في قانون الإجراءات المدنية السابق أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الذي لا يضع استثناءً على قاعدة موطن المدعى عليه في تحديد الاختصاص المحلي للمحكمة.

وكان الأولى بالمشرع أن يتفادى هذه الثغرة بأن ينص مثلاً على أن الاختصاص المحلي للمحكمة عندما تكون النيابة العامة مدعى عليه يتحدد بموطن المدعي، فإن لم يكن له موطن في الجزائر فإن المحكمة المختصة هي المحكمة التي أقام بدائرة اختصاصها بالجزائر لآخر مرة.

وبعد أن تحدثنا عن الاختصاص القضائي في منازعات الجنسية بنوعيه العادي والإداري سواء قبل التعديل أو بعده وكذا الاختصاص المحلي، لا بد من التطرق إلى الوسيلة التي يتم من خلالها حماية

الحقوق أمام الجهات القضائية المختصة، ويتعلق الأمر بالدعاوى القضائية التي يمكن استعمالها من طرف الأفراد في مجال منازعات الجنسية، وهو ما سنستعرضه فيما يلي:

المبحث الثاني: خصوصية دعاوى الجنسية

تنقسم الدعاوى القضائية المتعلقة بمنازعات الجنسية في الحقيقية إلى عدة أنواع بحسب طبيعة كل منازعة بالنظر إلى محلها أو موضوعها، لكن الرأي الراجح في الفقه حصرها في ثلاث أنواع من الدعاوى هي: الدعوى الأصلية، الدعوى الفرعية، ودعوى الإلغاء.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده حصر دعاوى الجنسية في نوعين فقط هما: الدعوى الأصلية، والدعوى الفرعية، بعد أن تخلى عن دعوى الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة بإلغائه للمادة 30 بموجب تعديل 2005، وهو ما نتولى بيانه في المطلبين المواليين:

المطلب الأول: الدعوى الأصلية

نص المشرع الجزائري على الدعوى الأصلية في المادة (1/38) المعدلة بالقول: "لكل شخص الحق في إقامة دعوى يكون موضوعها الأصلي استصدار حكم بتمتعه أو عدم تمتعه بالجنسية الجزائرية"، حيث استعمل عبارة "يكون موضوعها الأصلي" للدلالة عليها، لذلك عرَّف الفقه هذه الدعوى بأنها: "الدعوى التي يختصم فيها الفرد والدولة بصفة أصلية ومستقلة، ويطلب فيها الحكم بثبوت الجنسية أو نفيها"[36]. وسُمِّيت بالأصلية أو المجردة لأنها التي تُرفع أمام المحكمة الابتدائية بشكل مستقل، أي لا تكون مرتبطة بوجود نزاع قضائي سابق حول الجنسية، وقد تطرقت المادة 38 من قانون الجنسية الجزائرية سواء قبل التعديل أو بعده لهذه الدعوى وحددت مجالها من حيث موضوعها وأطرافها، بينما المواد 37 و39 و40 من ذات القانون تضمنت بعض الإجراءات التي تختص بها هذه الدعوى، وتفصيل ذلك كما يلي:

الفرع الأول: مجال الدعوى الأصلية

يتحدد مجال الدعوى الأصلية بالتعرف على موضوعها أولاً، وتحديد أطرافها ثانياً.

أولاً: موضوع الدعوى الأصلية

نستشف موضوع الدعوى الأصلية من عبارة "استصدار حكم بتمتعه أو عدم تمتعه بالجنسية الجزائرية" الواردة في المادة 38 المعدَّلة، وعليه فإن الدعوى الأصلية أو المجردة التي تُثار في مجال منازعات الجنسية هي دعوى شخصية لا عينية، لأنها ترتبط بحالة الشخص، وما دام الأمر كذلك فهي من دعاوى النظام العام، وفضلاً عن ذلك فهي تتميز عن غيرها من الدعاوى الأخرى بأنها مستقلة لا ترتبط بأي نزاع آخر، وبأنها دعوى تقريرية ووقائية في نفس الوقت الهدف منها هو نفي الشك حول مسألة تمتع أو عدم تمتع الشخص بالجنسية حاضراً ومستقبلاً[37].

وبالتالي فطبقاً للنص المتقدم يكون موضوع الدعوى الأصلية إما استصدار حكم بتمتع شخص ما بالجنسية الجزائرية، أو استصدار حكم يقضي بعدم تمتعه بها، ويفصل فيها القاضي بمقتضى سلطته

التقديرية وليس بموجب سلطته الولائية، لأن الحكم الذي يصدره يكون بناءً على دعوى مرفوعة من المعني بالأمر.

وما دام الأمر كذلك فإن النزاع حول التمتع أو عدم التمتع بالجنسية الجزائرية المكتسبة لا يكون مطلقاً محلاً للدعوى الأصلية، لأن هذه الأخيرة تتم بمنحة من الدولة بموجب مرسوم، وبالتالي الدليل الكتابي للإثبات متوفر.

ثانياً: أطراف الدعوى الأصلية

تضمنت المادة (1/38، 2) 38 من قانون الجنسية الإشارة إلى أطراف دعوى الجنسية، ويتعلق الأمر بطرفين أصليين هما الدولة ممثلة في النيابة العامة والفرد المعني بالدعوى، بالإضافة إلى طرف غير أصلي هو الغير المتدخل أو المُدخل في الدعوى.

1- الفرد المعني بالدعوى: القاعدة العامة في منازعات الجنسية أن الفرد هو صاحب الحق أو المركز القانوني المراد حمايته بواسطة رفع الدعوى الأصلية، وفي غالب الأحيان يكون هذا الفرد في مركز المدعي فإنه مطالب برفعها على النيابة العامة باعتبارها في مركز المدعى عليها[38]، وهو ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 38 سالفة الذكر بقولها: "لكل شخص الحق في إقامة دعوى...".

لكن ما يُلاحظ على هذه الفقرة أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح شخص للدلالة على صاحب الحق في رفع الدعوى، وهو تعبير معيب لأن مصطلح الشخص في لغة القانون يطلق على الشخص الطبيعي والمعنوي، ولا أظن أن مضمون المادة 38 ينصرف إلى هذا الأخير لأن قانون الجنسية ينظم جنسية الأشخاص الطبيعية لا المعنوية[39].

كما يُلاحظ أن لفظ "شخص" الوارد في النص جاء عاماً دون تحديد الأمر الذي يُفهم منه أنه قد يكون شخصاً أجنبياً أو عديم الجنسية ظاهرياً ورفع أو رُفعت ضده دعوى لاستصدار حكم يقضي بتمتعه بالجنسية الجزائرية، كما قد يكون هذا الشخص جزائرياً ويرفع أو تُرفع ضده دعوى لاستصدار حكم يقضي بعدم تمتعه بالجنسية الجزائرية.

وبتفحص نص المادة 38 نستنتج أن الفرد في الدعوى الأصلية غالباً ما يكون في مركز المدعي وبالتالي يرفع دعواه ضد النيابة العامة باعتبارها في أغلب الحالات تكون في مركز المدعى عليه، وهذا في ظل الأنظمة القانونية التي تسند الاختصاص النوعي في منازعات الجنسية لجهة القضاء العادي التي تعتبر الجزائر من بينها، بينما في الأنظمة التي تسند هذا الاختصاص إلى القضاء الإداري فإن المدعى عليه هي الإدارة[40].

لكن في بعض الحالات يحتل الفرد مركز المدعى عليه ويكون ذلك في الحالات التي ترفع فيها النيابة العامة الدعوى ضده بغية استصدار حكم يقضي بتمتعه أو عدم تمتعه بالجنسية الجزائرية، وهو ما أشارت إليه الفقرة الثالثة من المادة 38.

وغني عن البيان أن الفرد بصفته مدعياً في الدعوى الأصلية يجب أن تتوافر فيه الشروط العامة الموضوعية المطلوبة في رفع الدعوى والمحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي الصفة والمصلحة والأهلية[41].

2- النيابة العامة ممثلة للدولة: تعتبر النيابة العامة طرفاً أصلياً في كل منازعات الجنسية، وذلك بصريح نص الفقرة الثانية من المادة 37 التي جاء فيها: "...وتعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"، والتي استحدثت بموجب تعديل 2005 لتؤكد وبشكل واضح وقاطع أن النيابة العامة يجب أن تكون طرفاً أصلياً في جميع دعاوى الجنسية، بعد أن كان مركز النيابة العامة في هذه الدعاوى طبقاً للمادة 39 قبل التعديل يكتنفه الغموض.

وتجدر الملاحظة أنه من الطبيعي جداً أن تكون الدولة خصم للفرد في جميع دعاوى الجنسية، باعتبارها الركن الثاني والأساسي الذي تقوم عليه رابطة الجنسية، وقد اختار قانون الجنسية أن تمثلها النيابة العامة كطرف أصلي في الدعوى.

وقد أشارت الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 38 المعدَّلة أن النيابة العامة قد تحتل مركز المدعى عليه – وهذه هي الحالة الغالبة –، ويكون هذا في حالة رفع شخص لدعوى يهدف من ورائها استصدار حكم يقضي بتمتعه أو عدم تمتعه بالجنسية الجزائرية فيرفع هذه الدعوى ضد النيابة العامة، وهو ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 38 بقولها: "ويرفع المعني بالأمر الدعوى ضد النيابة العامة...".

كما قد تحتل مركز المدعي ويتحقق ذلك إذا ما طلبت منها إحدى السلطات الإدارية العمومية رفع دعوى أصلية يكون الغرض منها إما إثبات تمتع شخص معين أو عدم تمتعه بالجنسية الجزائرية[42]، وهو ما قررته الفقرة الثالثة من المادة 38 بقولها: "وللنيابة العامة وحدها الحق في أن ترفع ضد أي شخص كان دعوى يكون موضوعها الأصلي إثبات تمتع المدعى عليه بالجنسية الجزائرية أو عدم تمتعه بها، وهي ملزمة بإقامة الدعوى في حالة ما إذا طلبت منها ذلك إحدى السلطات العمومية".

هذا ونشير أن وجود النيابة العامة كطرف أصيل في دعوى الجنسية الأصلية سواء كانت مدعى عليها أو مدعية، جاء تطبيقاً للقواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات المدنية الإدارية الذي جاء فيه بأن النيابة العامة تتدخل تلقائياً في القضايا التي يحددها القانون، أو للدفاع عن النظام العام[43].

3- الغير المتدخل أو المُدخل: يُقصد بالغير في دعاوى الجنسية وغيرها من الدعاوى المدنية كل شخص له مصلحة غير مباشرة في الدعوى ولا يمكن له أن يكون طرفاً أصلياً فيها لعدم توفر شرط الصفة فيه، وإنما اعتبر المشرع النيابة العامة دون غيرها هي صاحبة الصفة دون غيرها بحسب المادة (2/38) من قانون الجنسية[44]، لذلك أجاز له المشرع الدخول في الخصام، سواء بتدخله من تلقاء نفسه أو إدخاله من قبل أحد طرفي الدعوى الأصليين.

ويعود سبب حرمان الغير من رفع دعوى الجنسية كمدعي رغم توفر شرط المصلحة فيه، إلى كون مسائل الجنسية من مسائل الحالة المدنية الخاصة للشخص فلا يمكن إعطاء حق لغير النيابة العامة

للتدخل في حالته المدنية[45]، كما لا يُستساغ أن يكون مدعى عليه في دعاوى الجنسية التي يرفعها شخص ما لإثبات تمتعه أو عدم تمتعه هو بالجنسية الجزائرية، إذ في هذه الحالة ستكون النيابة العامة خصمه في هذه الدعوى.

وحماية لما قد يكون للغير من مصلحة في دعوى الجنسية فقد ألزم المشرع الشخص الذي يرفع دعوى ضد النيابة العامة بغية استصدار حكم يثبت تمتعه أو ينفي تمتعه بالجنسية الجزائرية بعدم الاضرار بحقوق الغير، وهو ما أكدت عليه العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة 38 بقولها: "...مع عدم الاضرار بحق تدخل الغير"، ولهذا السبب سمح له المشرع بالتدخل في الدعوى.

وإذا كان هذا هو مجال دعوى الجنسية الأصلية من حيث موضوعها وأطرافها، فإن المشرع خصها ببعض الإجراءات الخاصة التي تميزها عن باقي الدعاوى المدنية، وفيما يلي بيان ذلك.

الفرع الثاني: خصوصية إجراءات دعوى الجنسية الأصلية

الأصل أن دعوى الجنسية تمر بنفس الإجراءات والمراحل التي تمر بها كل الدعاوى المدنية، ابتداءً بالعريضة الافتتاحية وتقديم الطلبات والدفوع وفتح باب المرافعة الشفوية، وأخيراً التداول وإصدار الحكم، لكن بالنظر لخصوصية منازعات الجنسية، فقد خصها المشرع في المواد 37 و39 و40 من قانون الجنسية ببعض الإجراءات سواءً في مرحلة رفع الدعوى أو في مرحلة الفصل فيها.

أولاً: خصوصية الإجراءات المتعلقة برفع الدعوى

يظهر ذلك أولاً من خلال وجود النيابة العامة كطرف أصلي في الدعوى، وهذا الإجراء تتميز بهد دعاوى الجنسية دون غيرها من الدعاوى المدنية باستثناء دعاوى الأسرة، إذ من المتعارف عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن النيابة العامة لا يحق لها الاتصال بالدعوى سواء بصفتها مدعية أو مدعى عليها، إلا في حالات خاصة منصوص عليها قانوناً.

وقد نص قانون الجنسية صراحة على أن النيابة العامة تكون طرفاً أصلياً في جميع دعاوى الجنسية، والهدف من تدخلها في دعوى الجنسية ليس تحقيق مصلحة ذاتية أو منفعة مادية، وإنما تحقيق الدفاع الاجتماعي من خلال الدفاع عن الشرعية والتطبيق السليم للقانون.

وما دام هذا هو حال النيابة العامة في دعاوى الجنسية فإنها تُعتبر شريكاً فيها من بدايتها إلى غاية الفصل فيها، وبالتالي يجب تبليغها بنسخة من العريضة الافتتاحية وتكليفها بالحضور إلى الجلسات إذا كانت مدعى عليها، أما إذا كانت مدعية فهي ملزمة بتمكين الخصم من الوثائق والمستندات التي تستعملها في الدعوى.

كما تتجلى خصوصية الإجراءات المتعلقة برفع الدعوى في إلزامية إخطار وزير العدل بنسخة من عريضة الدعوى في حالة رفعها من قبل شخص غير النيابة العامة، وهو ما أكدت عليه الفقرة الثانية من المادة 39 المعدَّلة، ويقع هذا الالتزام على عاتق النيابة العامة في الحالات التي يكون فيها الشخص هو المدعي، ولا تملك المحكمة النظر في الدعوى إلا بعد مرور 30 يوماً من تاريخ الإخطار، ولعل السبب

في ذلك هو إتاحة الفرصة لوزير العدل حتى يتمكن من تزويد النيابة العامة بكل البيانات والمستندات الخاصة بالجنسية المتنازع عليها أمام المحكمة[46].

ثانياً: خصوصية الإجراءات المتعلقة بالفصل في الدعوى

نلمس خصوصية إجراءات دعوى الجنسية المتعلقة بالفصل في الدعوى في مرحلتين من مراحلها، ألا وهما مرحلة التحقيق ومرحلة الحكم، ففي مرحلة التحقيق إذا طُرح على القاضي مشكل تفسير اتفاقية دولية فإنه يتوقف عن السير في إجراءات التحقيق، وتتولى النيابة العامة إرسال طلب لوزارة الشؤون الخارجية يتضمن إعطاء تفسير لنصوص تلك الاتفاقية على أن يلتزم القاضي بذلك التفسير، وهو ما أكَّدت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 37 من قانون الجنسية، وهو الوضع الذي يجعل من النيابة العامة طرفاً ممتازاً في الدعوى باعتباره يمثل الدولة.

أما في مرحلة الحكم يضفي قانون الجنسية بعض الخصوصية في دعاوى الجنسية تتمثل أساساً في أن الأحكام والقرارات النهائية الصادرة في المنازعات المتعلقة بالجنسية يجب أن تنشر بإحدى الجرائد اليومية الوطنية وتعلق بلوحة الإعلانات بالمحكمة، وهو ما نوهت به المادة 40 المعدَّلة من قانون الجنسية، ولعل السبب في ذلك أن مسائل الجنسية من علاقات القانون العام، وبالتالي يصبح الحكم النهائي الصادر في مسائل الجنسية بمثابة دليل إثبات، وهو ما أشارت إليه المادة 36 المعدَّلة بقولها: "يتم في كل الحالات، إثبات تمتع الشخص بالجنسية الجزائرية أو عدم تمتعه بها بالإدلاء بنسخة من حكم قضائي بُتَّ فيه نهائيا وبصورة أساسية".

المطلب الثاني: الدعوى الفرعية

يُقصد بالدعوى الفرعية هو ذلك الدفع الذي يُثار أمام القاضي عندما يكون بصدد النظر في دعوى أخرى أصلية قد تتعلق بالأحوال الشخصية أو المالية أو تتعلق بمدى أحقية ممارسة حق من الحقوق العامة أو الخاصة، ويكون الفصل في هذه الأخيرة متوقفاً على الفصل في تمتع أو عدم تمتع أحد الخصوم بالجنسية[47].

وقد تناول المشرع الجزائري هذه الدعوى في الفقرة الثالثة من المادة 37 المعدَّلة، وقد خصَّها بأحكام تعكس خصوصيتها من حيث مفهومها وشروطها، وبيان ذلك كما يلي:

الفرع الأول: خصوصية الدعوى الفرعية

يجيز قانون الجنسية الجزائري إثارة مسألة الجنسية كدفع أمام القاضي الناظر في دعوى أخرى، وذلك طبقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة 37 المعدَّلة بقولها: "وعندما تُثار هذه المنازعات عن طريق الدفع أمام المحاكم الأخرى تؤجل هذه الأخيرة الفصل فيها حتى يبت فيها من قبل المحكمة المختصة محلياً، التي يجب أن يرفع إليها الأمر خلال شهر من قرار التأجيل من قبل الطرف الذي ينازع في الجنسية وإلا أهمل الدفع".

ويعتبر هذا الحكم من الأحكام غير المألوفة في قانون الإجراءات المدنية وهو نص خاص ورد في قانون خاص، لأن المعمول به في مجال الإجراءات أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، لكن في قانون الجنسية هو ليس كذلك؛ إذ يجب على القاضي الناظر في الدعوى الأصلية وقف النظر فيها إلى غاية الفصل في الدفع المثار بشأن الجنسية من قبل القاضي المختص[48].

ويستخلص من مفهوم النص المتقدم أن الدفع في الدعوى الأولى يثيره طرف ينكر تمتعه هو بالجنسية الجزائرية، أو تمتع خصمه أو عدم تمتعه بها، وفي هذه الحالة يكون صاحب الدفع ملزماً برفع دعوى الجنسية الفرعية أمام المكمة المختصة، بمعنى إن كانت مسألة الجنسية تتعلق بالطرف الذي يدَّعي أنه جزائري أو أنه ليس كذلك، فهنا يرفع دعوى الجنسية الفرعية مباشرة كمدعي، أما إن كان صاحب الدفع يدعي أن خصمه يتمتع أو لا يتمتع بالجنسية الجزائرية فهنا لا يستطيع أن يرفع دعوى الجنسية بشكل مباشر بل يعتبر من الغير وبالتالي يجب عليه إدخال النيابة العامة في الخصومة بأن يتقدم إلى وكيل الجمهورية المختص إقليمياً بطلب رفع الدعوى، الذي يبقى له سلطة تقدير ذلك.

ومنح المشرع الجزائري لصاحب الدفع مدة شهر لرفع دعوى الجنسية الفرعية أمام الجهة القضائية المختصة محلياً، وفي هذه الأثناء يؤجل قاضي الدعوى الأصلية النظر فيها لمدة شهر ولا يأمر بوقفها، وبحلول تاريخ الجلسة المؤجلة بانقضاء مدة الشهر، يتوجب على الطرف الذي تمسك بالدفع تقديم للقاضي ما يثبت أنه رفع دعوى متعلقة بالجنسية، وإن لم يفعل يهمل القاضي دفعه ويستمر في إجراءات الدعوى الأولى.

لكن إذا رفع صاحب الدفع الدعوى الفرعية يعني أن هناك دعوى ثانية موازية للدعوى التي أُثير فيها الدفع وهي دعوى الجنسية الفرعية، التي ستنظر فيها المحكمة المختصة وتتبع بشأنها إجراءات عادية لأنها ليست دعوى استعجالية، كما يمكن الطعن فيها بالاستئناف مما يعني أنها ستستغرق وقتاً طويلاً، فماذا يفعل القاضي الذي عُرض عليه النزاع الأول؟، فهل سيستمر في منح تأجيلات حتى يُبت في دعوى الجنسية الفرعية بحكم نهائي؟

ولكون هذا الأمر غير معقول فإنه سيضطر إلى وقف الخصومة بإرجاء الفصل فيها تطبيقاً للمادة 213 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن يتم ذلك بطلب من الطرف الذي تمسك بالدفع ورفع دعوى الجنسية.

الفرع الثاني: شروط الدعوى الفرعية

بالإضافة إلى الشروط العامة التي يجب أن تتوافر في رافع الدعوى والتي أشرنا إليها آنفاً، يجب توافر شروط أخرى خاصة نستشفها من نص الفقرة الثالثة من المادة 37، وهي كما يلي[49]:

أولاً: ضرورة وجود دعوى أصلية سابقة

لرفع الدعوى الفرعية يجب أن تسبقها دعوى أصلية غير متعلقة بالجنسية مهما كان موضوعها سواء مدنية أو إدارية أو جنائية يتوقف الفصل فيها على تمتع أو عدم تمتع أحد الخصوم بالجنسية

الجزائرية، وهنا يجب على المحكمة المعروض عليها النزاع تأجيل النظر في الدعوى إلى حين الفصل في الدفع.

ثانياً: جدية الدعوى الفرعية

يجب أن يكون الدفع المُثار في الدعوى الأولى – والذي على أساسه ترفع الدعوى الفرعية – جدياً، وهذا يعني أن المحكمة التي أُثير أمامها الدفع في مسألة الجنسية لا تستجيب له بمجرد إثارته من أحد الخصوم، بل يجب عليها النظر في جدية الدفع من عدمه، ويُقدر ذلك بالنظر إلى مدى تأثيره في الدعوى الأصلية المطروحة أمامها، وبالتالي إذا تبين لها أن الغرض من الدفع هو مجرد المماطلة لربح الوقت فلها أن تصرف عنه النظر.

ثالثاً: مدة رفع الدعوى الفرعية

يجب أن يرفع صاحب الدفع الدعوى الفرعية خلال شهر من تأجيل النظر في الدعوى الأولى، وإلا سقط حقه فيها.

الخاتمة:

لم يترك المشرع الجزائري تنظيم منازعات الجنسية للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بل نظمها بقواعد خاصة تستجيب لخصوصية هذا النوع من المنازعات، وذلك في المواد من (37) إلى (40) من قانون الجنسية.

ومن خلال ما تم استعراضه في هذه المداخلة نخلص إلى جملة من النتائج ونقدم مجموعة من الاقتراحات نراها ضرورية لسد بعض الثغرات القانونية ورفع الغموض عن بعض النصوص.

أولاً: النتائج

1- أن المشرع الجزائري بإلغائه للمادة (30) من قانون الجنسية السابق، يكون قد أسند كل المنازعات المتعلقة بالجنسية لجهة القضاء العادي، كما يُفهم من موقفه هذا أنه أخرج القرارات الإدارية المتعلقة بالجنسية من رقابة القضاء الإداري، وخاصة قضاء الإلغاء.

2- لم يُحدّد المشرع الجزائري القسم المختص بمنازعات الجنسية داخل المحكمة، لكن الرأي الراجح يرى بإسنادها إلى قسم شؤون الأسرة، ذلك أن المادة (423) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اكتفت بذكر بعض القضايا التي يختص بها هذا القسم.

3- إن الاعتماد على موطن المدعى عليه كمعيار لتحديد الاختصاص المحلي في منازعات الجنسية لا يصلح في الحالة التي تكون فيها النيابة العامة مدعى عليه، لأنه يوجد مدعى عليه محدد إقليمياً، على اعتبار أن النيابة العامة متواجدة في كل المحاكم.

4- أن المشرع الجزائري بعد تخليه عن دعوى الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة بإلغائه للمادة 30 بموجب تعديل 2005، يكون قد أبقى على دعويين من دعاوى الجنسية هما: الدعوى الأصلية والدعوى الفرعية.

5- تم إقحام النيابة العامة (ممثلة للدولة) بشكل واضح وصريح كطرف أصلي في جميع دعاوى الجنسية، بعدما كان مركزها في هذه الدعاوى قبل التعديل يكتنفه الغموض، وهو موقف سليم من لدن المشرع باعتبار الدولة ركن أساسي في رابطة الجنسية.

6- تظهر خصوصية دعاوى الجنسية في خصوصية إجراءات الدعوى الأصلية سواء أثناء رفع الدعوى أو عند الفصل فيها، وتتمثل تلك الخصوصية أولاً في إلزامية إخطار وزير العدل من قبل النيابة العامة بالعريضة الافتتاحية للدعوى في حال رفعها من غير النيابة العامة، وثانياً توقف القاضي عن الفصل في الدعوى، إذا صادفه إشكال يتعلق بتفسير نص في اتفاقية، إلى موافاته بتفسيره من طرف وزارة الخارجية بناء على طلب من النيابة العامة.

ثانياً: الاقتراحات

1- تعديل المادة (423) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بإدراج دعاوى الجنسية ضمن الدعاوى التي ينظر فيها قسم شؤون الأسرة بشكل صريح، أو تسمية هذا القسم بـ: "قسم الجنسية وشؤون الأسرة".

2- ضرورة افصاح المشرع عن موقفه من إمكانية الطعن أو عدم الطعن في القرارات الإدارية الصادرة في مسائل الجنسية، خصوصاً بعد إلغائه للمادة (30) من قانون الجنسية السابق.

3- ضرورة تحديد الاختصاص المحلي للمحكمة عندما تكون النيابة العامة مدعى عليه، كأن يتم النص مثلاً على أن الاختصاص المحلي يتحدد بموطن المدعي.

الهوامش:

(21) اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في باريس بتاريخ: 1948/12/10 بموجب القرار 217 ألف (د-3).

(22) بلعيور عبد الكريم، محاضرات في قانون الجنسية على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-01 لسنة 2005، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011/2010، ص 146.

(23) الأمر رقم 70-86 مؤرخ في: 15 ديسمبر 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج ر عدد 105، بتاريخ: 18 ديسمبر 1970.

(24) الأمر رقم 05-01 مؤرخ في: 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-86 المؤرخ في: 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج ر عدد 15، بتاريخ: 27 فبراير 2005.

(25) بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 147.

(26) القانون العضوي رقم 22-10 المؤرخ في: 2022/06/09، يتعلق بالتنظيم القضائي، ج ر عدد 41 بتاريخ: 2022/06/16.

(27) القانون رقم 05-11 المؤرخ في: 2005/07/17، يتعلق بالتنظيم القضائي، ج ر عدد 51 بتاريخ: 2005/07/20.

(28) القانون رقم 08-09 المؤرخ في: 2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 بتاريخ: 2008/04/23.

(29) بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، 2005، الجزائر، ص 194.

(30) الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائري، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002، ص 579.

(31) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 298.

(32) بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 148.

(33) حسان نادية، دراسة تحليلية للأمر رقم 05-01 المعدل لقانون الجنسية الجزائرية: استعمال تقنية التعديل لوضع أحكام جديدة جوهرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، حجم 50، عدد 04، ديسمبر 2013، انظر في هذا المعنى: ص 349.

(34) انظر: المادة (37) من القانون 08-09، مرجع سابق.

(35) نبيلة عيساوي، خصوصية منازعات الجنسية الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، مجلد 12، عدد 02، سبتمبر 2021، ص 413.

(36) هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 379.

(37) بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 151.

(38) الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائري، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002، ص 587.

(39) نادية حسان، تحديد اختصاص الفصل في منازعات الجنسية داخل النظام القضائي الجزائري، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر، جامعة ورقلة، 21 و22 أفريل 2010، الجزائر، ص 261.

(40) بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 152.

(41) انظر: المادة (13) من القانون 08-09، مرجع سابق.

(42) حميدي هشام، دور النيابة العامة في دعاوى الجنسية وفقاً للتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة تسمسيلت، الجزائر، مجلد 07، عدد 01، جوان 2022، ص ص 08، 09.

(43) انظر: المادة (257) من القانون 08-09، مرجع سابق.

(44) بوجلال صلاح الدين، محاضرات في مادة الجنسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، الجزائر، 2014/2013، ص ص 34، 35.

(45) علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 228.

(46) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص علماً وعملاً، ط1، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص 113.

(47) بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 154.

(48) نبيلة عيساوي، مرجع سابق، ص ص 411.

(49) للتفصيل أكثر في هذه الشروط انظر: بلعور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 15.

The Legal Status of Foreign Traders in Algerian Legislation.

الوضعية القانونية للتاجر الأجنبي في التشريع الجزائري

د. دهانة بشير

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

dahana-bachir@univ-eloued.dz

Abstract:

Foreign trade plays a pivotal role in the economic development of nations, fostering global connections and facilitating the exchange of goods and services across borders. Algeria, as a prominent player in the international market, has established legal frameworks to regulate the activities of foreign traders within its jurisdiction. This study provides a comprehensive examination of the legal status of foreign traders in Algerian legislation, exploring the rights, obligations, and regulatory mechanisms governing their operations.

Keywords: Foreign trader; Commercial eligibility; Commercial Register; Algerian Legislation.

ملخص:

تلعب التجارة الخارجية دورًا حيويًا في التنمية الاقتصادية للدول، حيث تعزز الروابط العالمية وتسهل تبادل السلع والخدمات عبر الحدود. وقد أنشأت الجزائر، باعتبارها لاعبًا بارزًا في السوق الدولية أطراً قانونية لتنظيم أنشطة التجار الأجانب داخل نطاق سلطتها، يوفر هذا المقال فحصًا شاملاً للوضع القانوني للتجار الأجانب في التشريع الجزائري، مستكشفًا الحقوق والالتزامات والآليات التنظيمية التي تحكم عملياته.

كلمات مفتاحية: التاجر الأجنبي; الأهلية التجارية; السجل التجاري; التشريع الجزائري.

Introduction:

The practice of any commercial activity necessitates a series of procedures that must be fulfilled. Similarly, there are specific conditions for individuals wishing to engage in commercial activities in order to acquire the status of a merchant, whether national or foreign. These conditions pertain to the commercial activity itself, akin to the practices of national traders. Most global legislations, including Algerian law, grant privileges to foreigners for engaging in commercial activities without any constraints or impediments, in line with the constitutional call for freedom in investment and trade under Article 61 of the 2020 Constitution.

Algeria, after its independence, has signed several commercial and industrial agreements that granted rights to foreigners, thus ensuring equality with citizens. Algerian

legislators have adopted the principle of non-discrimination between national and foreign merchants.

The objectives of this study are to understand the provisions related to the foreign merchant's practice of trade according to Algerian commercial law and special regulations, including Law 22-18 concerning investment, Law 04-08 concerning commercial activities, and Law 08-11 concerning the conditions for foreigners entering Algeria. This is achieved through an analytical study of the legal framework governing the foreign merchant, procedurally enabling foreigners, upon entering Algeria and completing the required legal procedures for residence, to enjoy freedom of residence and movement.

Algerian legislators have also emphasized the importance of caring for foreign merchants compared to national traders by informing and fully engaging them in commercial transactions, treating them similarly to Algerian merchants in terms of rights acquisition and obligations.

The Algerian legislator has regulated the provisions regarding foreign merchants in Executive Decree No. 06-454 dated December 11, 2006, concerning the professional card issued to foreigners practicing commercial, industrial, artisanal activities, or freelance professions on national territory, and Executive Decree No. 38-97 dated January 18, 1997, detailing the procedures for granting merchant cards to representatives of foreign commercial companies.

Given the importance the Algerian state places on developing the national economy and achieving equality between national and foreign traders, the problem revolves around**:**

How the Algerian legislator regulates the procedures for foreign traders to practice trade? and whether there is discrimination between national and foreign traders in trading in Algeria?.

To answer this problem, the analytical method was adopted, analyzing the texts of the articles related to the laws relevant to the study topic.

Regarding the study's division, a binary division was adopted, consisting of two axes: the formal conditions for practicing trade in Algeria by foreign merchants, and the procedural framework for practicing trade by foreign merchants.

Chapter One:

Formal Conditions for Practicing Trade in Algeria by Foreign Traders

Between the constitutionally mandated freedom of trade and investment, there are regulations that a trader must adhere to in order to engage in commercial activities. Similarly, this applies to foreign traders who are subject to a set of conditions imposed by Algerian law in order to qualify as traders.

First: Commercial Capacity

Before engaging in commercial activities and acquiring the status of a trader, which is proven for every individual whether national or foreign, natural or legal, who undertakes commercial activities, whether occasional or regular, the commercial legislator has defined

the legal conditions that must be met to acquire the status of a foreign trader, similar to any person residing in a country of which they are not a national.

1- For Natural Persons: Algerian law treats Algerian and foreign traders equally in practicing trade, regardless of gender. Any foreign trader can engage in trade in Algeria and acquire the status of a trader once they reach the age of nineteen, qualifying them commercially to conduct business. The laws regarding capacity apply to them when their conditions are met, in accordance with Article 06 of the Algerian Civil Code. Algerian law is the sole reference for determining the type of relationships when there is a conflict of laws to determine the applicable law according to Article 09 of the Algerian Civil Code. The Algerian legislator requires the application of Algerian law to foreigners in general, even if they are subject to the law of their country but lack capacity.

2- For Legal Persons: Article 50 of the Algerian Civil Code stipulates that legal persons have legal capacity within the limits defined by their establishment contract or by law. Therefore, a legal entity enjoys legal capacity when it engages in commercial activities, considering it a trader when it professionally conducts commercial activities.

Chapter Two:

Procedural Framework for Foreign Traders

In order to monitor foreigners within national territory, national legislation mandates that upon their entry and residence, they must obtain a foreign resident card, through which they obtain a foreign trader card, allowing them to be registered in the commercial registry.

First: Obtaining the Foreign Resident Card

1- A request submitted on a special form obtained from the relevant police precinct regionally or from the municipality of residence. 2- Five (5) recent identical passport-size photos. 3- A fiscal stamp worth 3000 DZD as determined by fiscal law. 4- A medical certificate specific to the individual (general and chest examination). 5- A copy of the valid passport, entry visa, and extension if necessary. 6- A vaccination certificate for children aged 01-14 years. 7- Rental agreement for accommodation.

Additionally, depending on the situation:

- Work visa
- Work permit or temporary work permit or permit to employ a foreign worker not subject to a work permit (for wage workers) issued by the Ministry responsible for labor.
- Certificate of enrollment in a school or university.
- Proof of engagement in industrial, artisanal, commercial, or freelance activities issued by the competent authorities.
- Proof of sufficient means of subsistence during the stay in Algeria if the individual does not intend to engage in any activity.

Second: Obtaining the Professional Card for Foreign Traders: Foreigners are not permitted to engage in trade on Algerian territory without obtaining the professional card for

foreign traders. To obtain this card, an application must be submitted to the directorate responsible for regulation and public affairs in the province of residence or the location of the commercial premises or company headquarters, regarding managing members of commercial companies.

The application for the professional trader card is drafted on a special form delivered to the directorate responsible for regulation and public affairs in the relevant province. A joint decision is issued by the Minister of Interior and Local Authorities and the Minister of Commerce to determine the documents required for the application, in exchange for which the directorate issues a receipt to the applicant.

Article 04 of the law stipulates the necessity of obtaining a trader, artisan, or industrialist card to engage in these professions. The professional card contains information related to civil status, professional address, and nationality of the holder, ensuring consistency between the provisions related to the profession and those related to residence.

As for the validity period of this card, it is set at two years, renewable under the same conditions. The foreign trader must submit a renewal application within a maximum period of sixty (60) days before the expiry date. The cardholder must return it to the administrative authority that issued it upon leaving national territory permanently.

The foreign trader who engages in commercial activities privately must contact the authorities of the province that issued the professional card to request its cancellation within thirty (30) days or return it immediately in cases of bankruptcy, deletion from the commercial registry, submission of false statements, conviction of a crime or misdemeanor related to public law, loss of trader status, death, termination of administrative manager or company director mandates, resignation, or cessation of the company's activities for which the professional card was issued. Failure to take these actions results in the withdrawal of the professional card, regardless of any expulsion measures that may be issued due to the occurrence of any of the aforementioned situations.

Third: Obligations Imposed on Foreign Traders 1- Registration in the commercial registry. 2- Regular maintenance of commercial records. 3- Conducting commercial activities within the boundaries of the province that issued the professional card for the foreign trader.

Conclusion: The regulatory framework governing foreign traders in Algeria establishes a set of rules governing the legal status of foreign traders and their activities within the state's territory, granting them rights and imposing duties not far from the principles of international law and in line with the state's policies, including the constitutional principle of freedom of trade and investment, within diverse frameworks and under restricted freedom. However, over time and due to various transformations, it has become imperative for Algerian legislators to introduce some flexibility into this system to align with these changes, as seen in Law No. 22-18 on investment, particularly concerning the freedom to transfer capital to and from abroad.

Based on the above, and in the context of attempting to evaluate the legal system related to foreign trade practice in Algeria, the following recommendations are proposed:

1- To improve the business environment, transition from complex procedures to digitalization for obtaining the foreign resident card, foreign trader card, and

registration in the electronic commercial registry, for simplification, acceleration, and attraction of businessmen.

2- The national legislature should adopt a unified legal system that combines the enjoyment of trader status by both national and foreign traders without discrimination, both in procedures and activities. 3- To enhance the business environment, security and political stability must be provided to encourage foreign traders to embark on their projects, thereby achieving economic development for the country.

List of Sources and References:

1- Law No. 22-18 relating to investment, dated (July 24, 2022), Official Gazette of the People's Democratic Republic of Algeria, No. 50, issued on (July 28, 2022).

2- Law No. 23-09 on monetary and banking law, dated (June 21, 2023), Official Gazette of the People's Democratic Republic of Algeria, No. 43, issued on (June 27, 2023).

3- Executive Decree No. 22-300 specifying the lists of activities, goods, and services ineligible for benefits and the minimum thresholds for financing to benefit from transfer guarantee, dated (September 8, 2022), Official Gazette of the People's Democratic Republic of Algeria, No. 60, issued on (September 18, 2022).

4- Executive Decree No. 22-298 specifying the organization of the Algerian Investment Promotion Agency and its management, dated (September 8, 2022), Official Gazette of the People's Democratic Republic of Algeria, No. 60, issued on (September 18, 2022).

5- Digital Investor Platform website, https://invest.gov.dz/presentation, accessed on February 25, 2024, at 13:55.

وسائل إثبات الجنسية الأصلية وفقا للتشريع الجزائري

Means of proving original nationality in accordance with Algerian legislation

د. بوشول عبد الغني

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

korichirazika39@mail.com

ملخص:

الجنسية هي الرابطة القانونية والسياسية التي تربط الفرد بدولة ما، وهذا الرابطة تكون إما على أساس الدم أو الإقليم، ومن الناحية القانونية فإن رابطة الجنسية تجعل الفرد يتمتع بمجموعة من الحقوق كحق الانتخاب وحق الترشح ...، وكذا الواجبات كواجب أداء الخدمة الوطنية، فالجنسية هي الركيزة التي تميز بين الوطني والأجنبي داخل الدولة الواحدة.

والجنسية كباقي الحقوق قد تكون محلا للنزاع، بحيث يضطر الفرد لإثبات جنسيته الوطنية، ليعامل معاملة الوطني، ولكي يتمتع بكامل حقوقه وواجباته الدستورية، وهذا لا يتأتى إلا بإثبات صفته الوطنية بكل وسائل الاثبات التي نص عليها المشرع الجزائري.

كلمات مفتاحية: الجنسية، وسائل الإثبات، النسب، الإقليم، الحالة الظاهرة

Abstract:

Nationality is the legal and political association that connects an individual to a State. This association is either based on blood or territory. Legally, the association of nationality makes the individual enjoy a range of rights such as the right to vote and the right to stand for election..., as well as duties as the duty to perform national service. Nationality is the pillar that distinguishes between national and alien within a State.

Nationality, like other rights, may be the subject of conflict, so that an individual is obliged to prove his or her national nationality, to be treated as a national and to enjoy his or her full constitutional rights and duties. This can only be done by establishing his or her national status by all the means of proof provided for in Algerian legislation

Keywords: Nationality, means of proof, descent, territory, apparent situation.

مقدمة:

نصت المادة الخامسة عشر من الإعلان العالمي لحقوق الانسان[50] على أنه: " 1- لكل فرد حق التمتع بجنسية ما، 2- لا يجوز حرمان شخص من جنسيته تعسفا أو إنكار حقه في تغييرها"، وبناء على نص هذه المادة يمكن القول أنه لا يحق للدولة أن تقوم بنزع جنسية الفرد دون رضاه، كما أنه لا يمكن لها حرمانه من الحق في تغيير جنسيته.

والجنسية هي الرابطة القانونية والسياسية التي تحدد المركز القانوني للأفراد، فهي تدل على انتماء الفرد لدولة ما، وهي التي تحدد ما إذا كان الفرد وطنيا أو أجنبيا.

ومنه يمكن القول أنه لكل فرد الحق في الجنسية وله أن يدافع عنها إذا كانت محلا للنزاع، وهذا النزاع قد ينشأ بين الفرد والدولة بصفة مباشرة إذا ما أدعى هذا الفرد ثبوت الجنسية أو من عدمها، ونازعته الدولة فيما يدعيه، وقد تنشأ هذه المنازعة بين الأفراد دون أن تكون الدولة خصما مباشرا.

فحق الفرد في شيء ما قد يكون موجودا رغم تعذر إقامة الدليل على وجوده، ومع هذا فلا قيمة لوجود هذا الحق على هذا النحو مجردا من الدليل، ولهذا كان لقواعد الاثبات الأهمية البالغة كونها السبيل العملي للاعتراف بالحقوق وتأكيد وجودها، هذا بالنسبة للحقوق بصفة عامة، وتزداد أهمية الاثبات إذا كان في مجال الجنسية.

إن ما يتمتع به الفرد من حقوق داخل الدولة يفرق بين ما إذا كان هذا الفرد وطنيا أو اجنبيا، ذلك أن الوطني يتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها الأجنبي، لهذا نقول أن اثبات الجنسية شرط جوهري لتحديد نطاق ما يتمتع به الفرد من حقوق، وعلى ذلك نجد الفرد يسعى دائما لإثبات صفته الوطنية ليتمكن من التمتع بأي حق له كمواطن، كحق الانتخاب أو حق الاستقرار في إقليم الدولة بصفة دائمة...إلخ أو أي حق يخوله القانون للوطني دون الأجنبي، كما قد يسعى الفرد إلى نفي الصفة الوطنية أو إقامة الدليل على تمتعه بجنسية أجنبية، وهذا حتى يتخلص من بعض الأعباء والتكاليف التي قد تفرض على الوطني دون الأجنبي، كالتزام أداء الخدمة الوطنية.

نظرا لأهمية الجنسية في تمكين الفرد من التمتع بجملة من الحقوق وتميزه عن الأجنبي، فإنه لكل فرد الحق في إثبات جنسيته، وانطلاقا مما سبق ذكره يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما هي الوسائل التي يتم بها إثبات الجنسية الأصلية وفقا للتشريع الجزائري؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية انتهجنا في هذه الورقة البحثية المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية المعالجة للجنسية، وكذا المنهج الوصفي في جمع مختلف المعلومات المتعلقة بموضوع الورقة.

ولقد قسمنا هذه الورقة البحثية إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق النسب والاقليم، من خلال مطالبين نتناول في الأول الجنسية المبنية على أساس النسب، والثاني المبنية على أساس الإقليم، أما في المبحث الثاني تناولنا فيه إثبات الجنسية الجزائرية

الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة، من خلال مطالبين، تناولنا في الأول مفهوم الحالة الظاهرة، والثاني إثباتها الحالة الظاهرة، وفي الأخير ختمنا هذه الورقة بجملة من النتائج الموصل إليها.

المبحث الأول: إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية عن طرق النسب والاقليم

الجنسية الأصلية هي الجنسية التي تثبت للفرد منذ ميلاده ولو كان إثباتها متأخرا إلى ما بعدة حادثة الميلاد، ومن أهم مميزاتها أنها تفرض على الفرد بقوة القانون وتمنح بصفة نهائية.

ولإثبات الجنسية الأصلية عدة وسائل ومعايير، منها تثبت عن طريق النسب (المطلب الأول)، ومنها ما تثبت عن طريق الميلاد (المطلب الثاني)، كما يمكن أن تثبت على أساس الحالة الظاهرة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: إثبات الجنسية الأصلية على أساس النسب

نص المشرع الجزائري في الأمر رقم: 70-86 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم[51]، في مادته السادسة[52] على الحالات التي تكتسب بها الجنسية الأصلية بناء على حق الدم، وهي حالة المولود من أب جزائري وحالة المولود من أم جزائرية، حيث أن المشرع الجزائري أبقى على حالتين بموجب تعديل 2005 تكتسب بهما الجنسية الجزائرية الأصلية، بعدما كانت هناك أكثر من هذه الحالتين قبل التعديل، وهي المولود من أب جزائري، والمولود من أم جزائرية وأب مجهول، والمولود من أم جزائرية وأب عديم الجنسية، ونقول أن المشرع الجزائري حسنا فعل بتعديل هذه المادة وابقائه على حالتين فقط وهذا ما يزيد للمادة أمنا قانونيا، أي أنه يكفي للفرد أن يكون أحد والديه جزائريا حتى يكتسب الجنسية الجزائرية الأصلية، وهناك دلالة أخرى على هذا التعديل والمتمثلة في المساواة بين الرجل والمرأة في حق الأبناء في اكتساب الجنسية الجزائرية الأصلية.

الفرع الأول: إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق الميلاد من أب جزائري

طبقا لنص المادة السادسة سالفة الذكر، نجد أن المشرع الجزائري اعتبر كل فرد مولود من أب جزائري تثبت له الجنسية الأصلية، وذلك مهما كانت جنسية أمه، ولا يهم إن كانت جنسية الأب أصلية أو مكتسبة، وكذا لا يهم إن ولد الفرد بالإقليم الجزائري أو خارجه، ولكي يكتسب الفرد الجنسية الجزائرية الاصلية عن طريق الأب لابد من توافر شرطين أساسيين، وهذا يفهم من نص المادة السادسة سالفة الذكر، وهما:

أولا- أن يكون الأب ذو جنسية جزائرية وقت ولادة الابن

إن الجنسية التي يعتد بها من أجل ثبوت الجنسية الأصلية للابن هي جنسية الأب وقت ميلاد الابن، فإذا كانت الجنسية جزائرية وقت الميلاد تثبت للمولود الجنسية، فإذا كان الأب جزائري عند الحمل وبعدها فقد الجنسية، ففي هذه الحالة فلا تثبت للابن الجنسية، أما إذا كان الأب أجنبيا عند الحمل ثم أصبح جزائريا وقت الولادة ففي هذه الحالة تثبت له الجنسية، ويكفي لثبوت الجنسية الجزائرية أن تكون الرابطة الزوجية قائمة وقت الحمل فلا يشترط أن تبقى قائمة إلى غاية الولادة، فوقوع الطلاق لا يؤثر في ثبوت الجنسية الجزائرية للابن[53]، وفي هذه الحالة لا يهم إن كانت جنسية الأب أصلية أم مكتسبة وقت ولادة الابن.

ثانيا- أن يكون الابن ثابت النسب لأبيه الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة، المعدل والمتمم على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب"[54].

ومنه نجد أن المشرع لا يعتد في اكتساب الجنسية الجزائرية الأصلية للابن كون الأب متمتعا بالجنسية الجزائرية، بل لابد أن يكون الشخص المعني قد ثبت نسبه من والده بالطرق القانونية، فثبوت النسب في القانون الجزائري، إنما يتم من خلال الفراش أو الإقرار أو البينة[55]، ومنه لا مجال لاكتساب الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق الزنا أ التبني.

كما لا يهم إن كانت جنسية الأب أصلية أو مكتسبة، وحمله لجنسيات أخرى أجنبية لا يؤثر كذلك في ثبوت الجنسية الأصلية للمولود.

الفرع الثاني: إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق الميلاد من أم جزائرية

إن اثبات الجنسية الجزائرية الأصلية للمولود من أم جزائرية تخضع لنفس الشروط التي اشترطها المشرع لاكتساب الجنسية من جهة الأب، أي أنه لا يوجد شرط إضافي يميز اكتساب الجنسية عن طريق الميلاد من أم جزائرية، فيكفي أن تكون هذه الأم جزائرية وقت الميلاد حتى ولو لم تكن كذلك أثناء الحمل.

إن ثبوت النسب للفرد عن طريق الميلاد مرتبط بالولادة البيولوجية، والمشرع الجزائري لم يعطي اعتبار لمكان الولادة، فيعتبر الابن جزائري أصيل الجنسية سواء ولد في الجزائر أو خارجها، ومهما كانت وضعية الأب، عديم الجنسية أو ذو جنسية أجنبية أو مجهول أصلا، ما دامت الأم جزائرية.

كما جاء في حالة الأب في مسألة ثبوت النسب، فيستوي أن يثبت النسب إلى الأم لحظة الميلاد أو في فترة لاحقة، ما دام المشرع الجزائري لم يضع سنا معينا لإثبات النسب، ومتى ثبت نسب الابن لأمه ثبوتا قانونيا تثبت معه الجنسية الجزائرية الأصلية للابن ابتداء من لحظة الميلاد، دون الاضرار بحقوق الغير حسني النية.

وثبوت الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق الميلاد من أم جزائرية دون أي شرط آخر، جاء بعد التعديل الذي طرأ على المادة السادسة، سالفة الذكر بموجب الأمر 05-01، ولعل هذا التعديل في هذه المادة جاء ليعالج عدة إشكالات، كما أن لهذا التعديل مجموعة من الحجج أهمها[56]:

- معالجة مشكلة الأفراد المولودين من أم جزائرية وأب أجنبي غادر التراب الجزائري وترك الولد ولم يسعى إلى تسوية وضعية ابنه على جنسيته.

- احترام مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في نقل جنسيتهم إلى الأبناء دون أي تمييز، تواكبا مع كل اتفاقيات حقوق الانسان التي صادقت عليها الجزائر منذ أواخر الثمانينات.

المطلب الثاني: إثبات الجنسية الأصلية على أساس الإقليم

الإقليم يحدده القانون الدولي العام فيدخل ضمن الإقليم الأراضي والأجواء والمياه الإقليمية وما يتبع ذلك من سفن وطائرات وهو ما جاء في نص المادة الخامسة من الأمر 70-86، المعدل والمتمم سالف الذكر، والتي تنص على: "يقصد بعبارة "بالجزائر" مجموع التراب الجزائري والمياه الإقليمية الجزائرية والسفن والطائرات الجزائرية".

المشرع الجزائري اعترف بحق الإقليم لاكتساب الجنسية الأصلية بقوة القانون، لكل من يولد بالجزائر، وذلك في حالات محدودة واستثنائية من الأصل في التشريع الجزائري والذي هو الاعتماد على حق النسب[57]، ويظهر هذا بموجب نص المادة السابعة من الأمر 70-86 المعدل والمتمم سالف الذكر، والتي تنص على:" 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 إثبات جنسيتها".

من خلال هذه المادة يتبين أن المشرع الجزائري اعتمد اكتساب الجنسية الجزائرية الأصلية على أساس الإقليم بصفة احتياطية في حال تخلف حق الدم سواء من ناحية الأب أو الأم كما ذكرنا سابقا.

إن إثبات اكتساب الجنسية الأصلية على أساس الاقليم يكون بأحد حالتين، وهذا وفقا لنص المادة السابعة سالفة الذكر، وهما:

الفرع الأول: أن يكون المولود بالجزائر من أبوين مجهولين

وفي هذه الحالة يجب أن تكون ولادة الطفل على الإقليم الجزائري ومن دون معرفة والديه معا، وهي حالة اللقيط الذي وجد بالإقليم الجزائري وكان حديث الولادة فتمنح له الجنسية الجزائرية الأصلية بموجب الميلاد بالجزائر تفاديا لانعدام الجنسية[58]، وكذا مسايرة للمعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان والطفل والتي تقضي أن تمنح الدولة جنسيتها لمن يولد في اقليمها من أبوين مجهولين، أما إذا كان أحدهما معلوما والآخر مجهول فلا تمنح له الجنسية الأصلية طبقا لهذه الحالة، لذا يجب أن تشمل الجهالة والدي الطفل حتى تثبت له الجنسية الأصلية، وتتحقق جهالة الام بعدم معرفتها من حيث الواقع، فهي جهالة واقعية، أما جهالة الأب فهي جهالة قانونية تتحقق في كل مرة لا يثبت فيها نسب المولود إلى أبيه قانونا.

كما يجب في هذه الحالة أن تكون ولادة الطفل على الإقليم الجزائري، وهي قرينة بسيطة على ولادته من أب أو أم جزائرية إلا أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس بكافة الطرق، فإذا ثبت أن الطفل ولد في إقليم آخر ثم نقل الى الجزائر فإنه يترتب على ذلك عدم ثبوت الجنسية الأصلية له[59].

أما في حال ما ثبت أن هذا المولود ينتسب إلى أب أجنبي أو أم أجنبية ومنحه قانون جنسيتهما جنسية تلك الدولة، وهذا خلال فترة قصوره فإنه سوف يعد كأن لم يكن جزائري منذ الولادة، أي أن المولود يفقد الجنسية الجزائرية بأثر رجعي، وهذا راجع للاستجابة لما يحبذه القانون الدولي في منح جنسية لكل

شخص، فعدم الاعتداد بموقف القانون الأجنبي من جنسية المولود من أجنبي سوف يؤدي في بعض الأحيان إلى جعله عديم الجنسية.

الفرع الثاني: المولد في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون ثبوت جنسيتها

وهذا يكون في حالة الولد المولود بالجزائر من أم معروف اسمها وموجود في شهادة ميلاد الولد، ولكن جنسيتها غير مثبتة بينما الأب مجهول.

وتشمل هذه الحالة المستحدثة بموجب الأمر 05-01، كل حالات ولادة الأطفال مجهولي الأب قانونا، ومجهولي جنسية الأم قانونا، كالحالات التي يتم فيها الوضع في مصحة للأمومة مثلا، حيث لا تقدم الأم المعلومات الصحيحة بشأن هويتها أو تقدم وثائق مزورة لإثبات الهوية، وهنا نكون أمام حالة عرفت فيها الأم اسما ثم اختفت، وما دام الوضع كذلك فإن هذا الولد لن يستفيد من أحكام الفقرة الأولى من المادة السابعة والتي تشترط جهالة الأب والام معا، وتجنبا لانعدام الجنسية في هذه الحالة تدخل المشرع الجزائري ومنح المولود الجنسية الجزائرية الأصلية.

وإثبات هذه الحالة نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة 32 من قانون الجنسية سالف الذكر، حيث يتم بتقديم شهادة ميلاد المعني وشهادة أخرى تسلمها الهيئات المختصة والتي تتمثل في المديرية المكلفة بالطفولة المسعفة.

المبحث الأول: إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية عن طرق حيازة الحالة الظاهرة

المشرع الجزائري أجاز إثبات الجنسية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة، وهذا وفقا لما جاء في الفقرة الثانية من نص المادة 32 من قانون الجنسية سالف الذكر،ومن خلال هذا المبحث سوف نتطرق إلى مفهوم الحالة الظاهرة (المطلب الأول)، وكذا إثبات الحالة الظاهرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الحالة الظاهرة

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الحالة الظاهرة ثم عناصر الحالة الظاهرة.

الفرع الأول: تعريف الحالة الظاهرة

الحالة الظاهرة هي الحالة الفعلية أو الواقعية التي يظهر بها الشخص كوطني بين أفراد الشعب[60] أي أن الحالة الظاهرة تعني الحالة التي يظهر عليها الشخص في سلوكياته وعلاقاته مع الوسط الذي يعيش فيه، وذلك من حيث اعتباره أو عدم اعتباره من المواطنين وأفاد المجتمع الذي يعيش فيه.

حدد المشرع الجزائري من خلال الفقرة الثانية من المادة 32 من قانون الجنسية معالم الحالة الظاهرة دون تعريفها، ولكن من خلال التي حددها يمكن أن نستنتج تعريفا للحالة الظاهرة، حيث يمكننا القول، بأنها: اعتماد المدعي في حيازة جنسيته الجزائرية الأصلية على وسائل أو قرائن مادية بأنه من أصل جزائري على نحو يمكن للقاضي أن يستنبط منها تمتعه بالجنسية الجزائرية.

والحالة الظاهرة هي وسيلة مقررة أصلا في القانون الخاص تقوم على فكرة التقادم وإقرار الوضع الظاهر في مجال الحقوق، فكما أن حيازة المال والظهور بمظهر المالك قد يقوم دليلا على الملكية، كذلك يجوز إثبات الجنسية عن طريق حيازة الشخص للحالة الظاهرة أي ظهوره بمظهر الوطني[61].

الفرع الثاني: عناصر الحالة الظاهرة

حدد المشرع الجزائري عناصر الحالة الظاهرة في الفقرة الثالثة من المادة 32 من قانون الجنسية حيث نص على: " تنجم الحالة الظاهرة للمواطن الجزائري عن مجموعة من الوقائع العلنية المشهورة المجردة من كل التباس والتي تثبت أن المعني بالأمر وأبويه كانوا يتظاهرون بالصفة الجزائرية وكان يعترف لهم بهذه الصفة لا من طرف السلطات العمومية فحسب بل وحتى من طرف الأفراد".

إذن تكون حيازة الحالة الظاهرة بالظهور بمظهر الوطني، والمستخلص من ثلاث عناصر وهي:

أولا- الاسم: وهو أن يحمل الشخص اسما من الأسماء الوطنية أي التي يتسنى بها الوطنيون عادة وشمل الاسم بوصفه عنصرا من الحالة الظاهرة الاسم الشخصي واللقب وكنية الجزائري أو الجزائرية التي يلقب بها كثير من الأشخاص تدخل ضمن عناصر الاسم، والمهم في الاسم هو الاسم العائلي أو اللقب الذي يفيد الانتماء إلى شعب دولة معينة أما الاسم الشخصي مثل (محمد)، فقيمته في تأكيد الحالة الظاهرة غير معتبرة[62].

ثانيا- الشهرة: وتعني الشهرة الحالة التي اشتهر بها الشخص بين الناس، فمن اشتهر عنه أنه جزائري فإنه تظل متمتعا بهذه الصفة.

ثالثا- معاملة: وهي معاملة شخص على أنه جزائري، فيما يتعلق بحياته الشخصية والمهنية ولهجته وطريقة كلامه وعاداته حيث يتمتع الشخص بالحقوق التي لا يتمتع بها إلا الوطنيين مثل تولي الوظائف العامة وممارسة الحقوق السياسية بالإضافة على تحمل الالتزامات المفروضة عليهم، كأداء الخدمة الوطنية... فهي حقوق وواجبات لا يتمتع بها سوى الوطنيين وتشهد له الحالة الظاهرة بأنه وطني[63].

ومنه فمن كان اسمه وطنيا واشتهر بين الناس أنه وطني وعومل على هذا الأساس، فيعتبر من حيث المظهر حاملا للصفة الوطنية، إلا أن يثبت العكس، فيظهر من خلال المظاهر العامة أنه وأبويه يتصرفون تصرف باعتبارهم جزائريين وتعامله السلطات العمومية على أساس أنه قد توافرت فيه عناصر الحالة الظاهرة كقرينة حال على تمتعه بالجنسية الجزائرية والفقرة الثانية من المادة 32 من قانون الجنسية لم تجعل الإقرار بالصفة الجزائرية قاصرا على السلطات العمومية الجزائرية والأشخاص الجزائريين وحدهم، بل اكتفت بالاعتراف والمعاملة على أساسه من طرف السلطات العمومية والأفراد مهما كانوا.

المطلب الثاني: إثبات الجنسية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة

للتمسك بقرينة الحالة الظاهرة وفقا للفقرة الثانية من المادة 32 من قانون الجنسية، أنها تستلزم لإمكان التمسك بهذه القرينة أن تكون الحالة الظاهرة ثابتة لدى صاحب الشأن ذاته ولدى أبويه، وكذلك أن يثبت نسب صاحب الشأن.

إن حيازة الحالة الظاهرة تعد طبقا للمشرع الجزائري وسيلة خاصة من وسائل إثبات الجنسية الأصلية، وذلك من خلال نص المادة 32 من قانون الجنسية والتي تنص:" عندما يدعي شخص الجنسية الجزائرية كجنسية أصلية يمكن إثباتها عن طريق النسب بوجود أصلين ذكرين من جهة الأب والأم مولودين في الجزائر، ويمكن أيضا إثباتها بكل وسائل الاثبات وخاصة عن طريق حيازة الحالة الظاهرة".

وتظهر الحالة الظاهرة للمواطن الجزائري عن مجموعة من الوقائع العلنية المجردة من كل التباس والتي تثبت أن أبوي المعني كانوا يتظاهرون بالصفة الجزائرية وكان يعترف لهم بالصفة الجزائرية وكان يعترف لهم بالصفة الجزائرية لا من طرف الأفراد فقط بل حتى من طرف السلطات العمومية.

من خلال ما سبق يتضح أن المشرع الجزائري جعل من حيازة الحالة الظاهرة قرينة قانونية تثبت بها الجنسية الجزائرية الأصلية، ولكن ميزها عن باقي وسائل الاثبات بمجموعة من الوقائع المشهورة والمجردة من كل التباس، حيث بموجبها يكتسب المعني بالأمر الجنسية الاصلية، ومنه يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالاتجاه الشائع في التشريعات العربية والأجنبية[64].

ويتم اثبات الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة عندما يكون أصول المعني غير مقيدة في تسجيلات الحالة المدنية، ولا يستطيع الحصول على شهادة ميلادهم أو وفاتهم، مع مراعاة عناصر الحالة الظاهرة التي يجب أن تتوفر في المعني وأصوله الذين يستمد منهم الجنسية الجزائرية.

الخاتمة:

الجنسية هي العلاقة التي تربط بين الفرد الذي يتلقى الجنسية والدولة التي تمنحها إذ لابد من وجود رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة كي يتمتع هذا الفرد بجنسيتها، وقد وضع المشرع الجزائري عدة وسائل وطرق لإثبات الجنسية الأصلية، ومن خلال ما تم استعراضه في هذه الورقة البحثية توصلنا إلى النتائج التالية:

– يكتسب الشخص الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق حق الدم، في حالة المولود من أب جزائري، وكذا حالة المولود من أم جزائرية.

– المساواة بين الرجل والمرأة في حق الأبناء في اكتساب الجنسية الجزائرية الأصلية.

– الجنسية التي يعتد بها من أجل ثبوت الجنسية الأصلية للابن هي جنسية الأب وقت ميلاد الابن، وأن يكون الابن ثابت النسب لأبه الجزائري.

– إن إثبات الجنسية الأصلية للمولود من أم جزائرية يخضع لنفس الشروط التي اشترطها المشرع لاكتساب الجنسية من جهة الأب.

– المشرع الجزائري اعتمد اكتساب الجنسية الأصلية على أساس الإقليم بصفة احتياطية في حال تخلف حق الدم.

– اكتساب الجنسية الأصلية على أساس الإقليم يكون بأحد حالتين، أن يكون المولود بالجزائر من أبوين مجهولين أو المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون ثبوت جنسيتها.

– المشرع الجزائري أجاز إثبات الجنسية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة.

– الحالة الظاهرة هي الحالة الفعلية أو الواقعية التي يظهر بها الشخص كوطني بين أفراد الشعب.

– تكون حيازة الحالة الظاهرة بالظهور بمظهر الوطني، والمستخلص من ثلاث عناصر وهي: الاسم، الشهرة والمعاملة.

– حيازة الحالة الظاهرة تعد طبقا للمشرع الجزائري وسيلة خاصة من وسائل إثبات الجنسية الأصلية.

الهوامش:

50 – اعتمدت الجمعية العامة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في باريس في 10 كانون الأول/ ديسمبر 1948 بموجب القرار 217 ألف.

51 – أمر رقم: 70–86 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، الجريدة الرسمية عدد 105، الصادرة بتاريخ 18 ديسمبر 1970.

52 – تنص المادة 06 على أنه: " يعتبر جزائريا المولود من أب جزائري وأم جزائرية".

53– بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري– تنازع الاختصاص القضائي الدولي (الجنسية)، الجزء 2، الطبعة 5، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 179.

54 – قانون رقم: 84–11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24، الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05–02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

55– خالد هاشم، اكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لأب وطني (دراسة مقارنة في قانون الجنسية العربي)،الطبعة 2، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، ص 205.

56– بوجلال صلاح الدين، محاضرات في مادة الجنسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة سطيف، 2014/2013، ص 12.

57 – صديقي أحمد، الجنسية الجزائرية ما بين الاكتساب والفقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2007/2006، ص 29.

58– عبد الحفيظ بن عبيدة، الجنسية ومركز الاجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 112.

59– بوجلال صلاح الدين، المرجع السابق، ص 13.

60 – عبد المنعم زمزم، (الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية واثباتها، تطور القضاء الإداري بشأن الحالة الظاهرة)، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، المجلد 03، العدد 03، 2018، ص 18.

61 – حورية غربي، الطيب زروتي، (اثبات الجنسية الجزائرية الاصلية عن طريق الحالة الظاهرة)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، المجلد 10، العدد 03، 2019، ص 929.

62– الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص 616.

63 – عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 18.

64 – بلعرج محم أمين، (اثبات الجنسية الجزائرية الاصلية في التشريع الجزائري حيازة الحالة الظاهرة نموذجا)، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة مستغانم، المجلد 05، العدد 02، 2020، ص 14.

الوضعية القانونية للطالب الأجنبي في الجزائر

The legal status of the foreign student in Algeria

د. قريشي رزيقة

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

korichirazika39@mail.com

ط.د. شبايكي ليلى

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

Leila-chebaiki@univ-eloued.dz

ملخص:

تقدم الحكومة الجزائرية ممثلة في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بالتعاون مع وزارة الخارجية فرصاً للطلبة الأجانب للانضمام إلى الجامعات الجزائرية من أجل الدراسة والتقدم في مجال التخصصات المتاحة، حيث يتم ذلك من خلال توفير التأشيرات اللازمة والمعلومات الضرورية للطلبة الراغبين في الالتحاق بالتعليم العالي في الجزائر، وتقديم الدعم والإرشاد فيما يتعلق بعمليات القبول والتسجيل في الجامعات والمعاهد الجزائرية، لكن كيف يتم ذلك؟ يتم ذلك بناءً على إجراءات للتسجيل والانتقاء، من خلال التزامهم بما تفرضه النصوص القانونية من شروط وإجراءات الحصول على تأشيرة دراسية والتسجيل في الموقع الإلكتروني لوزارة التعليم العالي، وتقديم الوثائق والرسوم اللازمة للتسجيل، فالهدف من ذلك يكمن في رغبة الطالب الأجنبي في الحصول على شهادات عليا جزائرية، أو حتى التخمين في فرص عمل أفضل بالجزائر مقارنة بما هو موجود في بلده مع اكتسابه لمجموعة من الحقوق سواء كانت مالية أو سياسية.

كلمات مفتاحية: الطالب الأجنبي؛ إجراءات التسجيل؛ إجراءات الانتقاء؛ الحقوق المالية؛ الحقوق السياسية.

Abstract:

The Algerian government، represented by the Ministry of Higher Education and Scientific Research in cooperation with the Ministry of Foreign Affairs، provides opportunities for non-Algerian foreign students to join Algerian universities in order to study and advance in the field of available specializations. This is done by providing the necessary visas and necessary information for students wishing to enroll in higher education. In Algeria، providing support and guidance regarding admission and registration processes in Algerian universities and institutes، but how is this done? This is done based on procedures for registration and selection، through their commitment to what the legal texts impose regarding the conditions and procedures for obtaining a study visa and registering on the website of the Ministry of Higher Education، and submitting the necessary documents and fees for registration. The goal of this may be represented by the student's desire. The foreigner can obtain Algerian higher degrees، or even guess at better job opportunities in Algeria compared to what exists in his country، while acquiring a set of rights، whether financial. or political.

Keywords: Foreign student; registration procedures; selection procedures; financial rights; political.

مقدمة:

إن عملية لجوء الطلبة الأجانب إلى الجزائر من أجل استكمال شهاداتهم عبر مختلف مؤسساتها وتخصصاتها يعد بمثابة نقطة مهمة للحكومة الجزائرية من أجل العمل على فكرة التبادل المعرفي وحتى الثقافي بينها وبين مختلف جامعات الوطن، الأمر الذي جعل من المشرع الجزائري يعمل على ضرورة وضع ترسانة من القوانين المنظمة لهذه الفئة من أجل رفع اللبس عن مختلف الشروط والإجراءات اللازمة للالتحاق بالجامعات الجزائرية.

حيث يلزم بها كل أجنبي يقدم طلب الدراسة بالجزائر، حيث يظهر ذلك جليا من خلال صدور المرسوم رقم 61/86 المؤرخ في 25 مارس 1986 المحدد لشروط قبول الطلبة والمتدربين الأجانب ودراستهم والتكفل بهم، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 137/10 المؤرخ في 13 ماي 2010، وأيضا التعليمة الصادرة عن مديرية التعاون والتبادل ما بين الجامعات عن وزارة التعليم العالي والبحث العلمي تحت رقم 2019/1399 الصادرة بتاريخ 2019/10/14 والمتعلقة بإجراءات وشروط تسجيل الطلبة الأجانب في المؤسسات الجامعية الجزائرية في ليسانس، الماستر، الدكتوراه.

ويهدف ذلك إلى توسيع نطاق استقبال الطلبة الأجانب وتسهيل إجراءات الحصول على التأشيرات الدراسية كما جاء على لسان وزير التعليم العالي في العديد من المناسبات، إذ يتطلب تسجيل الطلبة الأجانب إلى ضرورة المرور بإجراءات الحصول على تأشيرة دراسية وأيضا وضع منصة رقمية خاصة بهم من أجل الولوج إليها وإدراج كل المعلومات والوثائق المتعلقة بالطالب سواء كانت شخصية أو متعلقة بالشهادات المتحصل عليها أو المراد الحصول عليها من الجزائر، ثم تأتي مرحلة دراسة الطلبات والانتقاء لكل من تتوفر فيهم شروط الالتحاق بالجامعات الجزائرية للدخول في الفضاء التعليمي الجزائري مع الطلبة الجزائريين في جميع التخصصات والتمتع بجملة من الحقوق المختلفة.

وعلى هذا تظهر الأهداف الرئيسية للبحث في هذا الموضوع من خلال محاولة الاطلاع على مجموع النصوص القانونية المختلفة وتحليلها تحليلا قانونيا، للوصول إلى معرفة مجمل الإجراءات والشروط المتعلقة بالطالب الأجنبي الذي يود الحصول على شهادات جزائرية في العديد من التخصصات، وأيضا معرفة الوضعية القانونية له بعد قبوله واندماجه في الوسط الجامعي وما يرتب عن ذلك من حقوق

له، ومن هذا المنطلق فإن طبيعة موضوعنا تقوم على تحليل مجموعة من النصوص القانونية فقد اعتمدنا على المنهج التحليلي فقط وهذا ما سيظهر جليا من خلال هذه الدراسة، أما الإشكالية التي تبادرت في أذهاننا عند تحليلنا لهذا الموضوع فتتمثل في: **كيف نظم المشرع الجزائري إجراءات تسجيل الطالب الأجنبي في الجزائر؟ وما هي الحقوق المخولة له عند قبوله؟**

ومن أجل دراسة هذا الموضوع فقد اعتمدنا في ذلك على خطة ثنائية متكونة من مبحثين ومطلبين لكل مبحث بالإضافة إلى وجود ثلاث فروع في كل مطلب كالتالي:

حيث تم البحث في الإجراءات المتعلقة بتسجيل الطلبة الأجانب في الجزائر من خلال المبحث الأول، تطرقنا من خلاله إلى الإجراءات الأولية للتسجيل من خلال المطلب الأول، والإجراءات النهائية للتسجيل من خلال المطلب الثاني.

وتطرقنا من خلال المبحث الثاني إلى الحقوق المخولة للطلبة الأجانب في الجزائر بالتطرق أولا إلى الحقوق المالية من خلال المطلب الأول، والحقوق السياسية من خلال المطلب الثاني.

المبحث الأول: الإجراءات المتعلقة بتسجيل الطلبة الأجانب في الجزائر.

تظهر مساعي المشرع الجزائري نحو تحقيق فكرة الاندماج الأكاديمي والثقافي من خلال استقبال الطلبة الأجانب في البلاد أهميتها البالغة، وذلك من خلال تنظيم عمليات دراسة الطلبة الأجانب ودمجهم مع زملائهم الجزائريين، فقد تم إصدار مجموعة من النصوص القانونية، بما في ذلك المراسيم والتعليمات المختلفة، التي توضح إجراءات تسجيل وانتقاء هذه الفئة من الطلبة، إذ ترتكز هذه الإجراءات على تسجيلهم الأولي، وتتضمن تعليمات متعلقة بعمليات الانتقاء في الأطوار الثلاث، والتي تختلف عن الإجراءات التقليدية لتسجيل الطلبة الوطنيين.

من خلال هذا المبحث، سنقوم بدراسة وتحليل كل الإجراءات المتعلقة بتسجيل الأجانب في الجزائر، بهدف فهم الجوانب القانونية المتعلقة بهم، بدايةً من مراحل التسجيل الأولي للطلبة الأجانب من خلال (المطلب الأول)، ثم التطرق إلى إجراءات التسجيل النهائي من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإجراءات الأولية للتسجيل

يحتاج البحث في كيفية تسجيل الطلبة الأجانب في المؤسسات الجامعية الجزائرية إلى تحليل شامل للمراسيم والقوانين والتعليمات المعمول بها. يساعد هذا التحليل على فهم إجراءات التسجيل الأولي، بما في

ذلك دراسة شروط الحصول على التأشيرة الدراسية في الفرع الأول، بعد ذلك ينبغي التركيز على إجراءات التسجيل الإلكتروني في الفرع الثاني في النهاية، يتعين معرفة الوثائق الواجب تقديمها من قبل الطالب للتسجيل، ويتم ذلك من خلال الفرع الثالث.

الفـرع الأول: شروط الحصول على التأشيرة الدراسية

زيادة على ما تقضي به القواعد العامة في تسجيل الطلبة الجزائريين فقد أضاف المشرع الجزائري مجموعة من الشروط الخاصة بالطالب الأجنبي الذي يريد الدراسة في الجزائر، حيث تم اعتبارها إجراءات لا تتم عملية التسجيل من دونها ومن ذلك ضرورة الحصول على تأشيرة دراسية في الجزائر، قبل القيام أصلا بعملية التسجيل الأولي؛ أي تعتبر بمثابة مرحلة تمهيدية لهذه العملية.

ومن أجل الإحاطة بهذه المرحلة لابد من التطرق إلى مجموعة من العناصر المتعلقة بها من خلال هذا الفرع؛ إذ سنحاول التطرق إلى معرفة معنى التأشيرة الدراسية ثم دراسة شروط الحصول عليها.

أولا: معنى التأشيرة الدراسية: قبل تقديم معنى عام للتأشيرة الدراسية سنقوم بتوضيح معنى التأشيرة بصفة عامة ثم ندمج معناها بالنسبة للتأشيرة الدراسية وفق ما يلي:

1- معنى التأشيرة: هي ترخيص مشروط تمنحه دولة معينة للأجانب، يسمح لهم بالدخول إلى أراضيها، البقاء فيها، أو مغادرتها، تشمل التأشيرات عادة قيودًا على مدة البقاء، والمناطق التي يمكن للفرد دخولها، والمواعيد المسموح بها للدخول، وعدد الزيارات المسموح بها، وأحيانًا إذا كان الفرد مسموحًا له بمزاولة العمل في البلد المعني، وترتبط التأشيرات بطلب إذن دخول المنطقة، ولذلك تختلف في معظم البلدان عن الإذن الفعلي للأجنبي.[1]

كما تعرف أيضا بأنها" الترخيص الذي يمنح لشخص أجنبي من قبل البعثة الدبلوماسية لدخول إقليمها الوطني". [2]

ومنه نجد بأن التأشيرة أو ما يطلق عليها بـ (الفيزا) عبارة عن رخصة تسلم من الجهات المختصة إلى الأجنبي من أجل السماح له بالدخول إلى الوطن بناءً على شروط لابد أن تتوفر في الأجنبي.

2- معنى التأشيرة الدراسية: تأشيرة الدراسة أو ما يطلق عليها (بتأشيرة الطالب) هي وثيقة رسمية صادرة عن الحكومة، وتُمنح من قبل السلطات القنصلية أو السفارة، تسمح لحاملها بالدراسة بشكل قانوني

في بلد معين لمدة زمنية محددة، تتطلب هذه الوثيقة امتثالاً للقوانين واللوائح المحددة من قبل البلد المضيف، وتعتبر ضرورية للطلبة الذين يرغبون في الدراسة في الخارج بشكل قانوني.[3]

بمعنى أن التأشيرة تمنحها الجهة المختصة بالجزائر، (مركز دبلوماسي أو قنصلي جزائري)، للطالب الأجنبي الذي يود الالتحاق بالمؤسسات التعليمية الجزائرية، وفق شروط معينة.

ثانيا: شروط الحصول على تأشيرة دراسية للأجانب: حتى يلتحق الطلبة الأجانب بالتكوين في الجزائر لابد أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط، حيث لا تختلف في جوهرها عن شروط طلب التأشيرات الأخرى إلا في نقاط والمتمثلة فيما يلي حسب ما هو مصرح به في الموقع الرسمي لوزارة الشؤون الخارجية بالجزائر:[4]

- لابد من تقديم شهادة تسجيل: يتعين تقديم شهادة تسجيل من مؤسسة تعليمية معتمدة من الحكومة الجزائرية أو السلطات المحلية، تثبت قبول الطالب في البرنامج الدراسي المرغوب.
- لابد من الحصول على شهادة منحة دراسية : يجب الحصول على شهادة منحة دراسية من السلطات الجزائرية أو المحلية، أو تقديم وثائق تثبت القدرة على تغطية تكاليف الدراسة والإقامة.
- الالتزام بتقديم الوثائق اللازمة : قد تطلب السلطات القنصلية وثائق إضافية مثل إثباتات الموارد المالية والضمانات البنكية لضمان قدرة الطالب على البقاء والدراسة في البلد المقصود.
- التأكد من صحة المعلومات : يجب التأكد من صحة وموثوقية المعلومات المقدمة والتحقق من استيفاء جميع متطلبات السلطات القنصلية المعنية.
- لابد من تحضير الطلب : ينبغي على الطالب الاطلاع بدقة على جميع الشروط والمتطلبات والتحضير بشكل جيد قبل تقديم الطلب، حيث أن عدم تقديم الوثائق المطلوبة بشكل صحيح وفي الوقت المناسب قد يؤدي إلى رفض طلب التأشيرة الدراسية.

ومنه نجد بأن عمليات الحصول على تأشيرة للطالب الأجنبي يستوجب توافر ستة شروط أساسية حسب ما تم التصريح به في موقع وزارة الشؤون الخارجية الجزائرية.

الفرع الثاني: إجراءات التسجيل الإلكتروني

تعتبر بمثابة مرحلة ثانية بعد تقديم طلب تأشيرة دراسية لدى الجهات المختصة، ويتعين على الطالب التسجيل عبر بوابة الطلبة الأجانب لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي، وارفاق هذا التسجيل بمجموعة من الوثائق اللازمة لعملية التسجيل، وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا الفرع تباعا.

أولا: إجراءات التسجيل الإلكتروني الأولي: تمر عملية التسجيل حسب ما هو مبين ضمن بوابة التسجيل التالية: https://progres.mesrs.dz/webetrangers/ [5] حيث تمر بخطوتين رئيسيتين تتمثلان فيما يلي:

- **الخطوة الأولى** : فتح حساب شخصي في البوابة : إن عملية تنفيذ أي عملية على منصة التعليم العالي والبحث العلمي، يتوجب على مقدم الطلب إنشاء حساب شخصي على المنصة، وهذا يتطلب توفير معلومات شخصية وإعداد بيانات الدخول لبدء العملية، ينبغي على المستخدم الذهاب إلى صفحة التسجيل عبر النقر على زر "تسجيل" المتواجد في القائمة الجانبية على الجانب الأيسر من الصفحة، بعد ذلك يجب على المستخدم ملء الاستمارة المقدمة بالمعلومات الشخصية المطلوبة مثل الاسم الكامل، تاريخ الميلاد، والعنوان البريدي. يُطلب أيضًا توفير عنوان بريد إلكتروني صحيح وموثوق به لاستقبال المراسلات اللاحقة، وبعدها يتم ملء الاستمارة مع تأكيد البيانات المقدمة وتقديم الطلب للتسجيل، في حالة قبول الطلب، يتم إنشاء حساب للمستخدم وإرسال بيانات الدخول (اسم المستخدم وكلمة المرور) إلى عنوان البريد الإلكتروني المُقدم.

- **الخطوة الثانية:** عملية الدخول إلى المنصة: للوصول إلى منصة التعليم العالي والبحث العلمي، يتم استخدام اسم المستخدم الذي يعادل عنوان البريد الإلكتروني الخاص بالمستخدم وكلمة المرور المرتبطة بهذا الحساب، بحيث يُطلب من المستخدم في هذه المرحلة إدخال هذه المعلومات في النموذج المخصص لتسجيل الدخول، والذي يكون متاحًا في الجزء العلوي من الصفحة الرئيسية للمنصة، بمجرد إدخال اسم المستخدم وكلمة المرور الصحيحة، يتم الضغط على زر "تسجيل الدخول" للدخول إلى حساب المستخدم.، مع ملاحظة وجود رقم التسجيل الخاص بالمستخدم معروضًا في الجزء العلوي من الصفحة كمرجع للتعرف على الحساب.

ثانيا: إجراءات التسجيل الإلكتروني النهائي: تمر هذه المرحلة أيضا بخطوتين رئيسيتين يتمثلان فيما يلي:

- **الخطوة الثالثة** : ملء الاستمارات المقترحة : بحيث توجد ثلاث استمارات مقترحة :

أ/ الاستمارة الأولى: "استعلم معلوماتي الشخصية" حيث يتطلب منه في هذه الخطوة ما يلي:

01 / يتم النقر فوق "استعلم معلوماتي الشخصية".

02/ القيام بإدخال جميع المعلومات المطلوبة، في حالة وجود أي خطأ، يمكنه العودة بالنقر على زر "رجوع".

03/ القيام بتسجيل معلوماته، كما يمكنه دائمًا تصحيح البيانات الخاصة به طالما أنه لم يقم بتأكيد التحقق من صحتها.

04/ بعد التثبيت النهائي، يمكنه الانتقال إلى المرحلة التالية.

ب/ الاستمارة الثانية: "تسجيل الشهادة وتقديم الوثائق الأصلية" حيث يتطلب منه في هذه الخطوة ما يلي:

01/ يتم النقر على "أسجل شهادتي وأقدم الوثائق الأصلية" في القائمة.

02 / يتم فيها التسجيل بعناية جميع المعلومات الخاصة بشهادة الدخول.

03/ يتم إدخال وثيقتين إلزاميتين، وهما "الشهادة" و"كشف النقاط"، في قاعدة البيانات بالنقر على زر "إيداع"، وبذلك يختار النوع المناسب للملف. (PDF/JPG/PNG/JPEG)

04/في حالة وجود أي خطأ، يمكنه الضغط على زر "العودة" لتصحيحه.

05/ بعد الانتهاء، يقوم بحفظ المعلومات الخاصة به بالنقر على زر التسجيل، كما يمكنه دائمًا تصحيح البيانات الخاصة به طالما أنه لم يقم بالتحقق من صحتها.

06/ بعد التسجيل النهائي، يمكنه الانتقال إلى المرحلة القادمة.

ج/ الاستمارة الثالثة: "أملأ بطاقة الرغبات" حيث يتطلب منه في هذه الخطوة ما يلي:

01/ يتم النقر على "أملأ بطاقة الرغبات".

02/ يتم اختيار أربع رغبات على الأكثر.

03/ يتم النقر على زر "إضافة"، ويتم اختيار المؤسسة والتكوين المناسب من الاقتراحات المتاحة.

04 / يقوم بحفظ المعلومات.

05/ يكرر الإجراءات نفسها حتى تكتمل أربعة اختيارات على الأكثر.

• **الخطوة الرابعة** : تأكيد الاستمارات : عند الانتهاء من تعبئة الملف الإلكتروني، يجب التأكد من اكتماله واتباع الخطوات التالية لتأكيد التسجيل باتباع ما يلي:

أ/ المصادقة على المعلومات الشخصية: لابد من التحقق من صحة واكتمال المعلومات الشخصية التي تم إدخالها مع تأكيد عدم وجود أي أخطاء أو تحديثات تحتاج إلى تصحيح.

ب/ المصادقة على المعلومات الخاصة بالشهادة: بحيث يتم التحقق من دقة وصحة المعلومات المتعلقة بالشهادة الدراسية والتأكد من رفع جميع الوثائق الضرورية والمطلوبة بشكل كامل وصحيح.

ج/ المصادقة على بطاقة الرغبات: يتم من خلالها التحقق من صحة الاختيارات التي قام بتحديدها في بطاقة الرغبات مع التأكد من تسجيل جميع الخيارات المرغوبة بشكل كامل ودقيق.

ومنه فبمجرد التحقق والتأكيد على صحة جميع البيانات المدخلة، يمكنه اعتبار أن استمارته جاهزة للتقديم والمراجعة النهائية.

الفرع الثالث: إجراءات تقديم الوثائق

بعد الانتهاء من عملية التسجيل الإلكتروني يستوجب تقديم مجموع الوثائق اللازمة والمطلوبة ضمن ما هو محدد في المرسوم تنفيذي رقم 137/10 من خلال نص المادة 03 منه المعدلة للمادة 06 من المرسوم رقم 61/86 حيث يجب أن يشتمل ملف الترشح من مجموعة من الوثائق سواء المتعلقة بالطالب الأجنبي أو المتعلقة بمؤهلاته حيث تتمثل فيما يلي:[6]

أولا: الوثائق المتعلقة بالطالب الأجنبي:

• **01/** نسخة من شهادة ميلاد المتقدم أو أي وثيقة أخرى ذات صلة : إذ يجب تقديم نسخة من شهادة الميلاد أو أي وثيقة أخرى تؤكد هوية المتقدم للتكوين المطلوب، على أن تكون النسخة مصادق عليها قانونا ومعتمدة من السلطات المعنية.

• 02/ تقديم شهادة طبية : لابد أن تثبت سلامة المتقدم من الأمراض الجرثومية و/أو المعدية، وتؤكد أن المتقدم قادر على متابعة التكوين المخصص له.

• 03/ تقديم شهادة الجنسية : يجب تقديم نسخة من شهادة الجنسية كوثيقة مع تقديم نسخة مطابقة لأصل جواز السفر للطالب.

• 04/ تقديم أربعة (4) صور شخصية حديثة : يجب تقديم أربعة صور شخصية حديثة للطالب تكون ملونة وبحجم 5*5.

ثانيا: الوثائق المتعلقة بالمؤهلات

• 01/ نسخة مصادق عليها قانونيا أو تكون بترجمة معتمدة : من الشهادة أو المؤهل الذي يخول الالتحاق بالتكوين المطلوب حيث يجب تقديم نسخة مصادق عليها قانونيا من الشهادة الأصلية أو ترجمتها الرسمية إذا كانت بلغة غير معترف بها كما يجب أن تكون النسخة المقدمة معتمدة ومصادق عليها من السلطات المختصة أو المؤسسة التعليمية.

• 02/ كشف نقاط المترشحين للتكوين المطلوب بعد التدرج : من خلال تقديم كشف نقاط المترشحين الذين يتنافسون على الالتحاق بالتكوين المطلوب بعد الانتهاء من التدرج الدراسي.

• 03/ رسالة القبول : ضرورة تقديم رسالتا توصية صادرتان عن أستاذين من التخصص نفسه بالنسبة للمتقدمين لما بعد التدرج (دكتوراه) معنى ذلك لابد أن يكون هناك أستاذين مشرفين عليه في الجزائر.

إذ تعتبر هذه الوثائق ضرورية لإتمام عملية التقديم وتحقيق الأهلية للالتحاق بالتكوين المطلوب، يجب أن تكون النسخ المقدمة مصادق عليها ومطابقة للأصل وفقًا للمتطلبات القانونية والإدارية.

تلك الوثائق ضرورية للتأكد من مؤهلات وهوية المتقدم للتكوين المقصود، ويجب تقديمها وفقاً للمتطلبات القانونية والإدارية المعمول بها.

المطلب الثاني: الإجراءات النهائية للتسجيل

بعد الحصول على التأشيرة الدراسية يبدأ الطالب الأجنبي بتسجيل نفسه عبر البوابة الإلكترونية لوزارة التعليم العالي، فيتقدم بجميع الوثائق المطلوبة ويكمل الإجراءات الإدارية، ثم يتم تقديم ملف الطالب للجنة تدريب الطلبة الأجانب لدراسته ومراجعته بعناية، تشمل هذه العملية فحص جميع الوثائق المقدمة للتأكد من صحتها واكتمالها، بالإضافة إلى التحقق من مطابقتها للمعايير والمتطلبات المحددة، كما يتم فحص البيانات المقدمة عبر البوابة الإلكترونية لضمان دقتها وصحتها، بناءً على نتائج الفحص والتقييم،

يتخذ قرار بشأن منح رخصة التسجيل للطالب، وذلك في حال استيفائه لجميع الشروط والمتطلبات المحددة بعد الحصول على رخصة التسجيل، يمكن للطالب استكمال إجراءات التسجيل في المراحل الدراسية المختلفة، مما يمهد الطريق لبدء رحلته الأكاديمية في الجامعة، وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال هذا المطلب ضمن ثلاثة فروع، خصصنا دراسة الهيئات المختصة بدراسة وتقديم رخصة التسجيل ضمن (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى إجراءات التسجيل لطوري ليسانس والماستر من خلال (الفرع الثاني)، وصولا إلى دراسة إجراءات التسجيل لطور الدكتوراه ضمن (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الهيئات المختصة بدراسة وتقديم رخصة التسجيل

يتم دراسة الملف المقدم من قبل الطالب الأجنبي أمام مديرية التعاون والتبادل تحت وصاية لجنة تكوين الطلبة الأجانب لدى وزارة الشؤون الخارجية والمتمثلة حسب ما تضمنته المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 137/10 المعدلة لنص المادة 27 من المرسوم رقم 61/86 السالف الذكر ومن أجل التعرف على هذه الهيئات لابد من التطرق إلى معرفة كل من تشكيلة لجنة تكوين الطلبة الأجانب، وثانيا التطرق إلى معرفة مديرية التعاون والتبادل كالتالي[7]:

أولا: تشكيلة لجنة تكوين الطلبة الأجانب: عند تحليلنا لمضمون المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 137/10 المعدلة لنص المادة 27 من المرسوم رقم 61/86 السالف الذكر نجدها تتكون مما يلي:

- 01/ رئيس اللجنة : يتمثل في وزير الشؤون الخارجية يشغل هذا المنصب ويتولى إدارة اللجنة وتنسيق أعمالها.
- 02/ نائب رئيس اللجنة : يتمثل في وزير التعليم العالي والبحث العلمي، ويساعد في قيادة اللجنة ويمثلها في حال غياب رئيس اللجنة.
- 03/ أعضاء اللجنة:

• وزارة المالية : تشارك في اللجنة لتوفير الدعم المالي والماليات اللازمة لتنفيذ البرامج والمشاريع التعليمية.

• وزارة الداخلية والجماعات المحلية : تساهم في تنظيم الشؤون الداخلية للجنة وتوفير الدعم الإداري اللازم.

- وزارة التربية الوطنية : تعمل على توجيه السياسات التعليمية وتطوير البرامج الدراسية المناسبة للمتربصين الأجانب.

- وزارة التعليم والتكوين المهني : تساهم في تنظيم البرامج التدريبية وتطوير المهارات والمعارف اللازمة للمتربصين الأجانب في مجالات مختلفة.

- الدوائر الوزارية المعنية الأخرى : تشارك حسب الحاجة والاقتضاء، وتقدم الدعم والخدمات في المجالات ذات الصلة بتعليم المتربصين الأجانب.

هذه الهيكلة تهدف إلى ضمان توجيه فعال للسياسات والبرامج التعليمية للمتربصين الأجانب وتوفير الدعم اللازم لهم خلال فترة تدريبهم في البلاد، ومنه نجد بأنها تتكون من ممثلي الوزارات التي لها علاقة وطيدة بمجال التعليم والتكوين حتى يتسنى لهم اتخاذ القرارات الدقيقة بشأن استقبال الطلبة الأجانب في الجزائر.

حيث يتم قبول الطلبة الأجانب الذين يحصلون على منح دراسية من الحكومة الجزائرية في مؤسسات التكوين الوطنية وفقًا لقرار من لجنة تكوين الطلبة والمتدربين الأجانب، وهذا ما قضت به المادة 03 من المرسوم رقم 61/86 السالف الذكر.[8]

كما تجتمع ثلاث مرات في السنة في دورات عادية، كما يمكنها أن تنعقد في حالات استثنائية، ويحدد نظامها الداخلي كيفية سير أشغالها وتنظيمها[9].

ثانيا: مديرية التعاون والتبادل: تعتبر من بين الهيئات التي لها دور أساسي من خلال متابعة إجراءات تسجيل الطلبة الأجانب، وتوجد على مستوى وزارة التعليم العالي، تتكون من أربعة مديريات فرعية، من بينها المديرية الفرعية للطلبة الأجانب، تكلف حسب ما جاء به المرسوم رقم 134/21، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي، من خلال نص المادة 07 فقرة "ب" بما يلي:[10]

• 01/ تحديد البرنامج السنوي لتكوين الطلبة الأجانب في الجزائر : وهذا يكون بالتعاون مع المؤسسات الجامعية والهيئات المعنية، هذا يتضمن تخطيط وتنظيم البرامج التعليمية والتدريبية للطلبة الأجانب.

• 02/ دراسة واقتراح أي عملية تهدف إلى تنظيم التعاون في مجال تكوين الطلبة الأجانب وتشجيعه: بما في ذلك تقديم المشورة والدعم للمؤسسات التعليمية والطلبة.

• 03/ تنفيذ البرنامج السنوي للمنح لفائدة الطلبة الأجانب : وهذا بالتعاون مع وزارة الخارجية وبالتنسيق مع مؤسسات التعليم العالي وإدارة الخدمات الجامعية، يتضمن تقديم الدعم المالي للطلبة الأجانب.

• 04/ متابعة تنفيذ نشاطات تكوين الطلبة الأجانب وضمان المتابعة البيداغوجية : ومن بين ذلك تقديم الدعم الأكاديمي والاستشارات الطلابية.

• 05/ إعداد بطاقية الطلبة والمتربصين والمتخرجين الأجانب وضبطها دوريًا: يشمل هذا تنظيم وتحديث بيانات الطلبة الأجانب وإصدار الوثائق الرسمية المتعلقة بهم.

ومنه يمكن القول: إن المديرية الفرعية للطلبة الأجانب تتولى مهام تنظيم وتنسيق تكوين الطلبة الأجانب في الجزائر وتقديم الدعم اللازم لهم خلال فترة دراستهم.

الفرع الثاني: إجراءات التسجيل لطوري ليسانس والماستر

بناءً على نتائج الفحص والتقييم يتخذ قرار بمنح رخصة التسجيل للطالب في حال استيفائه لجميع الشروط والمتطلبات المحددة، بعد الحصول على رخصة التسجيل يمكن للطالب استكمال إجراءات التسجيل في المراحل الدراسية المختلفة، مما يسمح له بالبدء في رحلته الأكاديمية في الجامعة، ومن أجل توضيح إجراءات تسجيل الطلبة الأجانب في الجزائر في مختلف الاطوار سواء كانت قبل التدرج أو بعده فقد تم استصدار تعليمة توضح الإجراءات الكاملة لتسجيل هذه الفئة، ومنه سنحاول تحليل إجراءات التسجيل النهائية للطلبة الأجانب في طوري ليسانس والماستر أي مرحلة ما قبل التدرج من خلال هذا الفرع.

أولا: تسجيل الطالب في طور ليسانس: بالرجوع إلى ما جاء في تعليمة صادرة عن مديرية التبادل والتعاون عن وزارة التعليم العالي التي تحدد إجراءات وشروط تسجيل الطالب الأجنبي في كل الأطوار من بينها طور ليسانس، حيث تستلزم عملية التسجيل في هذا الطور ضرورة التمييز بين ما إذا كانت البكالوريا المتحصل عليها جزائرية أو أجنبية وهذا ما سنوضحه تباعا:[11]

01/ تسجيل الطلبة الأجانب الحاصلين على بكالوريا جزائرية:

أ/ التسجيل المباشر بناءً على التخصص: حيث يتم تسجيل الطلبة الأجانب الحاصلين على بكالوريا جزائرية مباشرة وفقًا للتخصصات المتاحة لهم في القاعدة الرقمية المخصصة لتوجيهات الطلبة الحاصلين على بكالوريا جزائرية.

ب/ الإجراءات بعد التسجيل: يتم التواصل من قِبَل الدراسة الجامعية مع الطلبة خلال السنة الأولى من تسجيلهم، لاستخراج الرخصة الوزارية المطلوبة، وذلك من خلال التبادل بين الجامعات ومديرية التعاون والتبادل.

ج/ تسوية وضعية الطلبة الأجانب الحاصلين على بكالوريا جزائرية: في حال تأخر إبلاغ وزارة التعليم العالي بتسجيل الطالب الأجنبي الحاصل على بكالوريا جزائرية، يتم معالجة ملفه ضمن حالات تسوية الوضعية لضمان تسجيله بالجامعة.

02/ تسجيل الطلبة الأجانب الحاصلين على بكالوريا أجنبية:

أ/ التسجيل بناء على رخصة: حيث يسجَّل الطلبة الأجانب الحاصلين على بكالوريا أجنبية بناءً على رخصة وزارية تُصدر من مديرية التعاون والتبادل بين الجامعات، حيث يُدرج اسمهم في قاعدة بيانات الطلبة الأجانب.

ب/ إجراءات التسجيل: يمكن للجامعة تسجيل الطلبة بناءً على ظهورهم في قاعدة البيانات أو بناءً على رخصة التسجيل، أو يمكن أن يكون الأمر مشتركًا بين الاثنين، حيث يُلزم الطلبة الأجانب بالوصول إلى الجامعة وتسجيل أنفسهم في يوم واحد من وصولهم، لتجنب أية مشاكل أو مخاطر قد تنشأ.

ج/ وصول الوثائق للتسجيل: إذ يجب على مراسل الجامعة زيارة مديرية التعاون بشكل دوري لاستلام الرخص الوزارية والمعادلات اللازمة، ولا يُطلب من الطلبة تقديم شهادات المعادلة بأنفسهم، حيث يُنفَّذ هذا الإجراء داخليًا بين الوزارة والجامعة.

كما تجدر الإشارة بأن التعليمة قد تضمنت في هذا الصدد أنه يتم تحديد حالة الطالب وتسجيله في الجامعة وفقًا لأحد الشرطين المذكورين **Progress** أو الرخصة الوزارية، أو الاثنين معًا في بعض الحالات المحددة.

ثانيا: تسجيل الطالب في طور ماستر: قد حددت عمليات التسجيل في هذا الطور أيضا ضمن التعليمة رقم 2019/1399 حيث تستلزم عملية التسجيل في هذا الطور ضرورة التمييز بين ما إذا كانت شهادة ليسانس المتحصل عليها جزائرية أو أجنبية حيث تتم هذه العملية وفقا لما يلي:[12]

01/ الطالب الحاصل على شهادة ليسانس جزائرية:

أ/ معايير التسجيل: يجب على الطلبة الأجانب الحاصلين على شهادة ليسانس جزائرية الالتزام بالشروط المعمول بها للتسجيل في برنامج الماستر، مع ضرورة تقديم الطلبة الحاصلين على شهادة ليسانس جزائرية الوثائق المطلوبة وفقًا للإجراءات المعمول بها.

ب/ الإجراءات في حالة صعوبة التسجيل: في حالة واجه الطالب صعوبات في التسجيل عبر القاعدة الرقمية، يمكن لمديري الجامعات النظر في دراسة وثائقهم والرد عليهم مباشرة، كما يتعين على مديري الجامعات تقديم الدعم والمساعدة للطلبة في حالة واجهوا صعوبات في التسجيل، ويمكنهم قبول وثائقهم في شكلها الورقي وتسليم الإجابة لهم بالتسجيل.

02/ الطالب الحاصل على شهادة ليسانس أجنبية:

أ/ الحصول على رخصة التسجيل: يجب على الطلبة الأجانب الحاصلين على شهادة ليسانس أجنبية الحصول على رخصة تسجيل من مديرية التعاون والتبادل بين الجامعات، ثم يقوم مراسل الجامعة بمتابعة إجراءات الحصول على الرخصة واستلامها لتمكين تسجيل الطالب.

ب/ إجراءات تسجيل الطالب: يتعين على الطالب الأجنبي تقديم الوثائق المطلوبة وفقًا لشروط الجامعة والوزارة، لا يجب من الطلبة الأجانب تقديم شهادات المعادلة، بل يقوم مراسل الجامعة باستلام الشهادات المعادلة من مصالح مديرية المعادلات داخليًا.

الفرع الثالث: إجراءات التسجيل لطور الدكتوراه

بعد اجتياز الطالب لجميع مراحل الفحص والتقييم، وتأكيد استيفائه لجميع الشروط المطلوبة، يصدر قرار بمنحه رخصة التسجيل في طور الدكتوراه، وبعدها يُطلب من الطالب الأجنبي استكمال إجراءات التسجيل النهائية في البرنامج الدراسي للدكتوراه، بما في ذلك تقديم المستندات المطلوبة والإجراءات الإدارية اللازمة لبدء مسيرته الأكاديمية في الجامعة، حيث يمكنه المشاركة في البحوث والدراسات العليا في مجالاته المتخصصة، وهذا ما سيتم توضيحه من خلال هذا الفرع تبعا لما جاءت به التعليمة الصادرة عن مديرية التبادل والتعاون السالفة الذكر وفقا لما يلي[13] :

أولا: بالنسبة للطلبة الحاصلين على شهادة ماستر جزائرية:

01/ الشروط الأساسية:

أ/ يتوجب على الطالب الأجنبي الذي يمتلك شهادة ماستر جزائرية أن يكون قد تحصل على هذه الشهادة وفقاً للمعايير والشروط المحددة من قبل الجامعة أو المؤسسة التعليمية المعترف بها.

ب/ يجب عليه أيضاً أن يستوفي جميع الشروط الأخرى المطلوبة للطلبة الجزائريين للالتحاق ببرنامج الدكتوراه، مثل تقديم الوثائق اللازمة، وتحقيق الدرجات المطلوبة في الدراسات السابقة.

02/ عملية التسجيل:

يتم تسجيل الطالب بعد تقديمه لرخصة تسجيل للدكتوراه، وهي وثيقة صادرة من مصالح المديرية المعنية في الجامعة، كما يجب على مراسل الجامعة استلام هذه الوثيقة والتأكد من صحتها واكتمالها، وتُعتبر مفتاحاً لإكمال إجراءات التسجيل.

ثانيا: للطلبة الحاصلين على شهادة ماستر أجنبية:

01/ الشروط الأساسية:

أ/ يتوجب على الطالب الأجنبي الذي يمتلك شهادة ماستر أجنبية أن يكون تحصل على هذه الشهادة من جامعة أو مؤسسة تعليمية معترف بها دولياً، وفقاً للمعايير المقبولة دولياً.

ب/ يجب عليه مراجعة مديرية التعاون والتبادل بين الجامعات لتقديم مسابقة خاصة تثبت مستواه وجدارته.

02/ عملية التسجيل: يتم تسجيل الطالب بعد تقديمه لرخصة تسجيل للدكتوراه، وهي وثيقة صادرة من مديرية التعاون والتبادل بين الجامعات، ولا يطالب الطالب شهادة المعادلة بل إنه من واجب الجامعة استلام شهادات المعادلة من مصالح مديرية المعادلات؛ أي إن الإجراء داخلي ولما نقول (دكتوراه) فالمقصود بها دكتوراه طور ثالث فقط لا غير.

إضافة إلى ما سبق يذكر أن تدريس التخصصات العلمية يكون باللغة الفرنسية فقط ويصعب على الطالب الأجنبي متابعة الشرح باللهجة الجزائرية أو اللغة العربية، ونقصد هنا بالخصوص الطلبة الأفارقة

كما أشارت هذه التعليمة في الأخير أن السنة التي يقضيها الطالب الأجنبي في مركز التعليم المكثف للغات في أي من المؤسسات التعليمية الجزائرية لا تعد سنة ضائعة، بل يسجل الطالب على أساس رخصة التسجيل بالتخصص، الصادرة منذ سنة ولا يطلب منه الإتيان برخصة جديدة في أي حال من الأحوال، لأنه يبرر وجوده في الجزائر خلال سنته.

المبحث الثاني: الحقوق المخولة للطلبة الأجانب في الجزائر

هذا المبحث يعتبر بمثابة تحصيل حاصل على تسجيل الطالب الأجنبي ودخوله للفضاء التعليمي الجزائري، حيث إذا تمت عمليات التسجيل وفق الشروط والإجراءات التي سبق وأن تطرقنا إليها من خلال المبحث الأول، وما إذا التزم بها الطالب المسجل فإنه في هذه الحالة اعتبر تسجيله صحيحا ويترتب على ذلك نشوء مجموعة من الحقوق التي يتمتع بها كل طالب سواء كان جزائريا أو أجنبيا ومن خلال ذلك سنحاول في هذا المبحث تسليط الضوء على أهم الحقوق المخولة للطالب الأجنبي بمجرد تسجيله في المؤسسات الجامعية الجزائرية بما في ذلك المالية ضمن (المطلب الأول) أو حقوقه السياسية ضمن)المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحقوق المالية المخولة للطالب الأجنبي

بما أن الطالب الجزائري له الحق في الحصول على حقوق مالية من الجامعة وفق لما هو معمول به ضمن القوانين واللوائح المختلفة، فإن الطالب الأجنبي المسجل في الجزائر له حق ذلك، ومنه سنحاول تسليط الضوء في هذا المطلب على أهم الحقوق التي كرسها القانون للطلبة الأجانب المسجلين في المؤسسات الجامعية الجزائرية، حيث سنحاول التطرق إلى حق الإيواء ضمن (الفرع الأول)، وحق المنحة الدراسية ضمن (الفرع الثاني)، ثم حق الحصول على الإعانات بموجب اتفاقيات ضمن (الفرع الثالث).

الفرع الأول: حق الإيواء

لا يختلف تنظيم إيواء الطلبة الجزائريين عن إيواء الطلبة الأجانب؛ حيث يخضع في ذلك إلى القانون الداخلي للإقامات الجامعية، ومنه سنحاول من خلال هذا الفرع حصر أهم الشروط التي يجب أن يلتزم بها الطالب المستفيد من خدمة الإيواء الجامعي سواء كان أجنبيا أو جزائريا، ثم معرفة أنواع الخدمات المقدمة لهم ضمن خدمة الإيواء كالتالي:

أولا: شروط الاستفادة من الإيواء: بعد حصولنا على مستخرج من النظام الداخلي للإقامات الجامعية وتحليله تبين لنا ضرورة توافر مجموعة من الشروط اللازمة للاستفادة من الإيواء، وتتمثل فيما يلي:[14]

01/ يجب أن يكون الطالب/الطالبة مسجلاً بالتدرج في مؤسسة تعليمية تابعة لقطاع التعليم العالي.

02/ يتطلب الاستفادة من الإيواء الحصول على قرار القبول أو إعادة الالتحاق بالإقامة الجامعية.

03/ أن يتم تقديم طلبات الالتحاق بمديرية الخدمات الجامعية من طرف الطالب، على أن يرفق الطلب بالملف.

04/أن تتم الاستفادة من خدمات الإيواء حسب الأولوية على النحو التالي:

- المعوقون جسديا
- والطلبة الأجانب المستفيدون من المنحة الجامعية من قبل الدولة الجزائرية.
- الطلبة المستفيدون من المنحة الجامعية الذين يسكنون على بعد مسافة تساوي أو تفوق 50كلم بالنسبة للذكور و30 كلم بالنسبة للإناث من المؤسسات البيداغوجية التي يدرسون بها حسب كل جهة وفي حدود طاقة الاستيعاب المتوفرة.
- يجب ألا يكون للطالب تأخر دراسي يفوق سنتين، وألا يتجاوز سنه الثامنة والعشرون سنة، إلا أنه على اللجنة المكلفة بدراسة طلبات الإيواء على مستوى كل إقامة معالجة حالات الإيواء وفقا لأولويات ومعايير تحددها حسب خصوصياتها.
- أن يتم الدخول والتسجيل في الإيواء عبر الموقع التالي:

https://progres.mesrs.dz/webonou

ومنه يتبين لنا من خلال مضمون المادة 03 من القانون الداخلي للإقامات الجامعية قد أعطى أولوية استفادة الطالب الأجنبي من هذه الخدمات في المرتبة الثانية والتي تسبق استفادة الطالب الجزائري.

ثانيا: أنواع الخدمات المقدمة للطلبة

سنحاول تقديم أهم الخدمات المقدمة للطلبة بصورة موجزة من خلال ما يلي:

01/ خدمة الإطعام:

تعتبر أحد أهم الجوانب في حياة الطالب، على اعتبار أن الطعام أساسي لصحة الجسم وعافية العقل، كما تعتبر خدمات الإطعام أساسية جدًا في السياق الجامعي في الجزائر، إذ تُخصص نسبة كبيرة من الميزانية الجامعية لتلبية احتياجات الطلبة في هذا الجانب، فالوجبات الغذائية في المطاعم الجامعية تُقدم للطلبة بتكلفة معتدلة جدًا، وتُعتبر هذه الخدمة الغذائية جزءًا لا يتجزأ من السياسة التعليمية التي تنتهجها الحكومة الجزائرية منذ فترة طويلة.[15]

ولا تتوقف عملية تقديم الطعام إلى للطلبة الجزائريين فقط، بل يقدم إلى كل طالب استوفى شروط التسجيل الصحيح في مصالح الإيواء حسب ما هو مقرر في دليل الطالب داخل الإقامات الجامعية، على أن يقدم في ذلك مجموعة من الوثائق (طلب خطي– نسخة من شهادة التسجيل– صور شمسية).[16]

02/ خدمة النقل: يعتبر النقل الجامعي واحدًا من أبرز التحديات التي تواجهها الجامعات، حيث يعاني الطلبة من مشاكل في الوصول إلى الجامعة نتيجة لعدم قدرة وسائل النقل العامة على تلبية احتياجاتهم، خاصة مع زيادة عدد الطلبة، فتم تخصيص النقل الجامعي كوسيلة لحل هذه المشاكل، ويُمكن تعريف النقل الجامعي على أنه "توفير حافلات مناسبة لنقل الطلبة من وإلى أماكن إقامتهم إلى مواقع دراستهم"، ويهدف ذلك إلى توفير وسيلة نقل ملائمة وفعالة للطلبة في الوقت المناسب، ولضمان وصولهم إلى الجامعة بسهولة ويسر.[17]

ويتم الاستفادة من النقل الجامعي مقابل دفع اشتراك سنوي رمزي، ودفع ملف خاص به يتمثل أساسا (نسخة من شهادة التسجيل – بطاقة إقامة– نسخة من شهادة التسجيل – صورة شمسية– حقوق النقل = 135دج)

حسب ما هو منصوص ضمن دليل الطالب داخل الإقامات الجامعية، كما يحصل الطالب المقيم على هذه الخدمة عليها عند استفادته من الإيواء.[18]

ويستفيد الطالب الأجنبي المسجل من خدمات النقل الجامعي بمجرد تسجيله. فبالنسبة لبطاقة الإقامة يتم تقديم رخصة تسجيله.

ثالثا: خدمة الرعاية الصحية: تقوم خدمة الرعاية الصحية في الوسط الجامعي بتقديم الرعاية الطبية اللازمة للطلبة، وتوفير العلاج المناسب لحالاتهم المرضية، بالإضافة إلى اكتشاف أية أمراض أو وباء قد يظهر بين الطلبة، وذلك لعزل الحالات المصابة وتقديم العلاج اللازم أو تحويلها إلى المستشفى.

يعمل طب الوقاية في الإقامات الجامعية على توفير الرعاية الصحية للطلبة المقيمين، من خلال النشاطات الوقائية والعلاجية، وتنظيم فعاليات توعوية بواسطة مواد تثقيفية مثل المطويات والملصقات والمعارض والندوات، لتسليط الضوء على قضايا الصحة العامة مثل الأمراض المنقولة جنسياً وفيروس نقص المناعة البشرية (الإيدز) وفقاً للبرنامج الوطني، إذ يقوم الطاقم الطبي بمرافقة الطلبة على الصعيد النفسي لتعزيز صحتهم الجسدية والعقلية وتسهيل اندماجهم في الحياة الجامعية، بالإضافة إلى الكشف

المبكر عن الأمراض المزمنة والمعدية، وتقديم الاستشارات الطبية وشبه الطبية حسب طلب الطالب أو إدارة الإقامة، وضمان مراقبة النظافة في البيئة الجامعية.[19]

فيستفيد كل الطلبة من العلاج سواء كانوا وطنيين أو حتى أجانب بمجرد تقديم الملف أمام مصلحة الطب الوقائي، (فصيلة الدم، التحاليل الطبية، ملف طبي في حالة وجود مرض أو عجز، صورتان شمسيتان)[20]، ذلك لخضوع الأجانب في ذلك إلى الشروط نفسها التي يخضع لها الطالب الجزائري.[21]

الفرع الثاني: حق المنحة الجامعية

حق الحصول على منحة جامعية يُعَدُّ من بين الحقوق المالية الأساسية التي يتمتع بها الطلبة حيث تُعَدُّ هذه المنحة خدمة جامعية يتلقاها الطلبة بصفة دورية، سواء شهرياً أو في كل فصل دراسي، كما أنه لا يقتصر هذا الحق على الطلبة المحليين فقط، بل يشمل أيضًا الطلبة الأجانب وفقًا للمرسوم التنفيذي رقم 137/10. تُحدَّد شروط الاستحقاق للحصول على المنحة الجامعية وفقًا للقانون، ويتم تحديد مقدار المنحة التي يتلقاها الطالب الأجنبي المسجل في الجزائر استنادًا إلى هذه الشروط، ومنه سنحاول من خلال هذا الفرع التطرق إلى شروط الاستفادة من المنحة الجامعية حسب ما هو متفق عليها قانونا، ثم التطرق إلى معرفة مقدار المنحة التي يتقاضاها الطالب الأجنبي المسجل في الجزائر من خلال ما يلي:

أولا: شروط الحصول على المنحة الجامعية

بالرجوع إلى دليل الطالب داخل الإقامات الجامعية، من خلال الفصل المتعلق بالخدمات الجامعية المقدمة للطالب نجد أنه يشترط للحصول على المنحة ما يلي:[22]

01/ يجب على الطالب أن يكون متحصلا على شهادة البكالوريا ومسجلا في الجامعة.

02/ يجب ألا يتعدى الدخل الشهري للوالدين 144.000.000 دج.

03/ الالتزام بتقديم الوثائق المطلوبة بالنسبة للمنحة:

– نسخة من كشف البكالوريا.

– نسخة من شهادة التسجيل للسنة الجامعية الحالية.

– صورة شمسية.

– صك مشطوب لحساب البريد الجاري للطالب.

- شهادة الجنسية للأجانب.
- الأبوين العاملين: كشف الراتب السنوي الصافي للأبوين
- الأبوين غير العاملين: شهادة عدم الإخضاع من مصلحة الضرائب "بدون عمل" تصريح من مصالح البلدية "بدون عمل".
- الأبوين التجار أو ذوي المهن الحرة: شهادة مداخيل التجار من مصلحة الضرائب.
- الأبوين المتوفين: شهادة الوفاة
- الأبوين المتقاعدين: يقّدم كشف التقاعد
- الأبوين المطلقين: تقديم حكم الطلاق

وعليه عند قراءتنا لفحوى النص نجد أنها تؤكد على ضرورة تقديم الأجانب لشهادة الجنسية ليستفيدوا من المنحة.

كما أنه يجب على الطالب الأجنبي للاستفادة من هذه المنحة أن يتحصل على نتائج دراسية مرضية وفي الحالة العكسية من الممكن استثناء تجديد المنحة لسنة جامعية إضافية بناءً على تقييم من مدير المؤسسة إذا كانت مدة الدراسة تتجاوز سنتين، أو تمديدها لفترة تكوين إضافية إذا كانت مدة التدريب أقل من سنتين.[23]

كما تجدر الإشارة أنه للحصول على المنحة الجامعية يتقدم الطالب بطلب على الأرضية المخصصة لطلبات المنحة عبر خط نظام PROGRES لاسيما الطلبة الجدد عبر الموقع الإلكتروني التالي: https://progres.mesrs.dz/webonou

ومنه فإن كل هذا يؤكد على أهمية تحقيق النجاح الأكاديمي للطلبة الأجانب المستفيدين من المنح الحكومية، مع فرض إجراءات لضمان استمراريتهم في التعليم.

ثانيا: مقدار المنحة التي يتقاضاها الطالب الأجنبي

حددت المادة 05 من المرسوم رقم 137/10 السالف الذكر مبلغ المنحة الشهرية التي يتقاضاها الطالب الأجنبي، وقد تحدد كما يلي:[24]

01/ التكوين في مستوى المرحلة الثالثة من التعليم الأساسي:

حيث تكون قيمة المنحة فيها..... 600 دج.

02/ التكوين في مستوى التعليم الذي يكون بعد التعليم الأساسي:

حيث تكون قيمة المنحة فيها..... 700 دج.

03/ التكوين في مستوى التدرج:

حيث تقدر قيمة المنحة فيه بـ.....1350دج

04/ التكوين في مستوى الدراسات العليا:

النظام الجديد ليسانس – ماستر – دكتوراه..... 1650 دج".

ما يلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع قد خصص قيمة مالية متقاربة نوعا ما من قيمة المنحة المخصصة للطلبة الجزائريين، الأمر الذي يظهر أن الطالب الأجنبي يتمتع مثله مثل الطالب الجزائري بحقه في الحصول على منحة شهرية.

يتم دفع هذ المنحة إما آخر كل شهر أو آخر كل ثلاثة أشهر حسب النظام المتبع في المؤسسة المستقبلة للطالب وهذا ما عبرت عليه المادة 15 من المرسوم رقم 61/86 السالف الذكر[25] .

الفرع الثالث: الاعانة المالية للطالب الأجنبي في إطار المرسوم رقم 61/86

بالإضافة إلى المنحة الدراسية يمكن للطلبة الأجانب الاستفادة من دعم مالي إضافي من الدولة، وهذا يعتبر نقطة إضافية تجعل تجربتهم الجامعية أكثر اكتمالًا، فبوجب المرسوم رقم 61/86 الذي يحدد شروط قبول الطلبة والمتدربين الأجانب ودراستهم والتكفل بهم، فقد تضمن توفير إعانات مالية تسهم في تخفيف الضغط المالي ويمنحهم فرصة أكبر للاستفادة الكاملة من فترة دراستهم في البلاد، هذا الدعم يعكس التزام الحكومة بتوفير بيئة تعليمية شاملة ومواتية للطلبة الدوليين، ويعزز من جاذبية الجامعات الجزائرية على الصعيدين المحلي والدولي، ومن خلال هذا الفرع سنحاول شرح هذه الخاصية التي يتميز بها الطلبة الأجانب دون غيرهم وفق ما يلي:

أولا: الحصول على علاوة التحاق: حيث تنص المادة 17 من المرسوم رقم 61/86 على أنه "يستفيد الطالب أو المتدرب الأجنبي الممنوح من الحكومة الجزائرية الذي تزيد مدة تكوينه على ستة أشهر، علاوة التحاق مبلغها 1000 دج."

ومنه فعند تحليلنا لفحوى هذه المادة تتبين لنا العناصر التالية:

- **01/** أن يكون المستفيد منها الطلبة أو المتدربون الأجانب الممنوحون من قبل الحكومة الجزائرية.
- **02/** أنه من شروط الاستحقاق أن تكون مدة التكوين تزيد على ستة أشهر.
- **03/** أن مبلغ علاوة الالتحاق تقدر بقيمة 1000 دينار جزائري.[26]
- **04/** أن الهدف من تقديم هذه العلاوة يتمثل في تشجيع المستفيدين على الالتحاق ببرامج تعليمية تتجاوز ستة أشهر، مما يعزز فرص نجاحهم وتحقيق أهدافهم التعليمية.
- **05/** كما أنه يتم صرف العلاوة بناءً على تحقق الشرط المحدد وفقًا لإجراءات وضوابط معينة تحددها الجهات المختصة.

ومنه نجد أن هذه العلاوة تعتبر بمثابة ميزة تقدم للأجانب دون غيرهم فيعتبر بذلك من بين الحقوق المالية المخولة لهم من الحكومة الجزائرية.

ثانيا: الحصول على تذاكر عودة: تنص المادة 20 من المرسوم رقم 61/86 على أنه "يستفيد الممنوحون الأجانب لدى عودتهم إلى بلدانهم نهائيا تذاكر عودة بالوسيلة الأكثر اقتصادا، تتحمل مبلغها الإدارة أو المؤسسة المستقبلة، مع مراعاة أحكام المادة الأولى أعلاه."[27]

ومن خلال تحليلنا لنص المادة تم استنتاج مجموعة من النقاط المتمثلة فيما يلي:

- **01/** أولا أن مصطلح "الممنوحون الأجانب" يشير إلى الطلبة أو المتدربين الأجانب الذين تحصلوا على منح دراسية من الحكومة الجزائرية.
- **02/** تتضمن هذه المادة توفير تذاكر العودة بالوسيلة الأكثر اقتصادًا إلى بلدانهم بما يسهل عملية عودتهم نهائياً بعد انتهاء فترة دراستهم في الجزائر.
- **03/** أن الجهة المسؤولة عن التكاليف تقع على الإدارة أو المؤسسة المستقبلة للممنوحين، وهذا يعني أن الجهة التي منحت المنحة تكون مسؤولة عن تكاليف تذاكر العودة.
- **04/** يتم تحمل تكاليف تذاكر العودة بالوسيلة الأكثر اقتصادًا كاملًا من قبل الجهة المسؤولة مع مراعاة العوامل الاقتصادية والميزانية.

هذا التدبير يعكس رغبة الحكومة الجزائرية في تقديم دعم كامل للطلبة الأجانب وتسهيل عملية عودتهم إلى بلدانهم بشكل يضمن راحتهم ويساعدهم على استكمال مسارهم الأكاديمي بنجاح.

المطلب الثاني: الحقوق السياسية المخولة للطالب الأجنبي

مثل ما هو الحال بالنسبة للحقوق المالية فإن الطالب الأجنبي له الحق أيضا في التمتع بالحقوق السياسية في البلاد، فهذه الحقوق تشكل جزءًا أساسيًا من الإطار القانوني والمؤسساتي الذي يحكم وضعهم وتجربتهم في البلاد، بموجب القوانين واللوائح، حيث يتمتع الطلبة الأجانب في الجزائر بحقوق سياسية معينة تضمن لهم المشاركة الفعّالة في الحياة السياسية والمجتمعية، والجدير بالذكر أن الحكومة الجزائرية تعمل على تعزيز هذه الحقوق وتوفير بيئة ملائمة لتمتع الطلبة الأجانب بها دون تمييز أو عرقلة، بهدف تعزيز التفاهم الثقافي وتبادل الآراء بين الطلبة المحليين والأجانب وتعزيز الديمقراطية والمشاركة المدنية في البلاد، ومن خلال هذا المطلب سنحاول دراسة وتحليل أهم هذه الحقوق من بينها: الحق في الانضمام إلى المنظمات الطلابية ضمن (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى الحق في ممارسة واجبهم الوطني ضمن (الفرع الثاني)، وصولا إلى الحق في التعبير عن آراءهم بحرية ضمن)الفرع الثالث).

الفرع الأول: حق الانضمام إلى التنظيمات الطلابية

إن عملية الانضمام إلى المنظمات الطلابية يمثل جزءًا حيويًا من تجربة الطلبة الأجانب في الجزائر، حيث يتيح لهم فرصة للمشاركة الفعالة في الحياة الجامعية والثقافية والاجتماعية، إذ تعتبر هذه المنظمات بيئة مثالية للتفاعل مع الطلبة المحليين والتعرف على ثقافتهم وتقاليدهم، بالإضافة إلى تقديم فرص لتطوير المهارات القيادية والتنظيمية والتعبير عن الأفكار والمواقف، ومن خلال هذا الفرع سنحاول تقديم أهم ما يمكن أن يحظى به الطالب الأجنبي عند انضمامه إليها، لكن قبل ذلك لابد من تقديم مفهوم عام للتنظيمات الطلابية.

أولا: مفهوم التنظيمات الطلابية: هي عبارة عن جمعية تتألف من مجموعة من الطلبة الجامعيين الذين انتخبوا بطريقة شرعية من قبل الطلبة لتمثيلهم والعمل معهم نحو تحقيق أهداف مشتركة، حيث يهدف وجود هذه المنظمة إلى تحسين الخدمات المقدمة للطلبة وللبيئة الجامعية بشكل عام، وتعزيز حقوق الطلبة ومطالبتهم كما تتميز المنظمة الطلابية بطابعها النقابي، إذ تسعى لتمثيل مصالح الطلبة والدفاع عن حقوقهم في الجامعة أو المجتمع الجامعي.[28]

وبما أن الطالب الأجنبي يحمل صفة الطالب داخل الجامعة الجزائرية، فله حق الانضمام لهذه النوادي والنقابات الطلابية من أجل الدفاع عن حق الطالب الأجنبي في إطار التشريع والقوانين الجزائرية، ما يميز النظام الطالب الأجنبي أنه لا يمكن أن يكون بصفة مستقلة لوحده، وانما يكون في إطار تنظيم

طالب مدمج بين الطلبة الجزائريين والأجانب، لأن الهدف واحد ألا وهو حماية حقوق الطالب الذي يدرس تحت رسمية الدولة الجزائرية.

ثانيا: أهداف انضمام الأجنبي للتنظيمات الطلابية: عند انخراط الطالب الأجنبي في المنظمات الطلابية في الجزائر، يستفيد من عدة جوانب تسهم في تحسين تجربته الجامعية وتعزيز اندماجه في المجتمع الجامعي والثقافي ومع ذلك، قد يتم تهميش الطلبة الأجانب في بعض الأحيان نظرًا للتحديات الثقافية واللغوية التي قد يواجهونها، لذلك يُعتبر تشجيع وتمكين المشاركة الفعّالة للطلبة الأجانب في المنظمات الطلابية أمرًا مهمًا لتعزيز شمولية وتنوع البيئة الجامعية.

بينما يُمكن تحقيق فائدة كبيرة للطلبة الأجانب من المشاركة في المنظمات الطلابية في الجزائر، وهي كالتالي:[29]

01/ توسيع الشبكة الاجتماعية: من خلال المشاركة في المنظمات الطلابية، يمكن للطلبة الأجانب التواصل مع الطلبة الجزائريين والطلبة من مختلف الجنسيات، مما يسهم في توسيع دائرة علاقاتهم الاجتماعية والثقافية.

02/ المهارات القيادية: المشاركة في الأنشطة والفعاليات المنظمة من قبل المنظمات الطلابية يمكن أن تساعد الطلبة الأجانب في تطوير مهارات القيادة والتنظيم وحل المشكلات، مما يعزز تنميتهم الشخصية والمهنية.

03/ المساهمة في المجتمع الجامعي: بمشاركتهم في المنظمات الطلابية، يمكن للطلبة الأجانب أن يساهموا في تنظيم الفعاليات والأنشطة التي تعزز الحياة الجامعية وتثري الثقافة الجامعية.

04/ التعرف على الثقافة الجزائرية: من خلال المشاركة في المنظمات الطلابية، يمكن للطلبة الأجانب التعرف على الثقافة والتقاليد الجزائرية، وتبادل الخبرات والمعارف مع الطلبة الجزائريين.

05/ تحسين مستوى اللغة: المشاركة في الأنشطة الطلابية قد تسهم في تحسين مستوى اللغة العربية أو الفرنسية لدى الطلبة الأجانب، وهو أمر مهم لتحقيق النجاح الأكاديمي والتواصل الفعّال في البيئة الجامعية.

الفرع الثاني: الحق في ممارسة واجبهم الوطني: للطلبة الأجانب الحق في ممارسة واجبهم الوطني لبلادهم حيث يعكس التزامهم بتعزيز العلاقات الثقافية والاجتماعية والاقتصادية بين بلدهم وبين الجزائر،

من خلال مساهمتهم في تعزيز الفهم والتبادل الثقافي بين الثقافات، إذ يمكن للطلبة الأجانب تعزيز الصداقة والتعاون بين بلدهم وبين الجزائر في مجالات متعددة، مما يسهم في تحقيق التنمية المستدامة والسلام العالمي، هذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال هذا الفرع بشيء من التفصيل.

أولا: مفهوم الحق في ممارسة الواجب الوطني: أو ما يطلق عليه بحق المواطنة، ومن المعاجم القانونية والسياسية والاجتماعية يمكن تعريف المواطنة على أنها الانتماء الكامل والمشاركة الفعَّالة في الحياة السياسية والاجتماعية للدولة، حيث يتمتع المواطن بحقوق معينة ويتحمل واجبات ومسؤوليات تجاه المجتمع والدولة. تُعتبر المواطنة أحد أشكال الانتماء العضوي في المجتمع السياسي، حيث يساهم المواطن في تشكيل القرار وتحقيق الصالح العام للمجتمع، كما أن المواطنة هي مبدأ قانوني مستقر ومؤثر ينظم العديد من الأوضاع القانونية، ويرتبط بالجماعة التي يديرها القانون في الدولة، وتعني المواطنة الارتباط السياسي والاجتماعي والقانوني للفرد بدولته، وتشمل جوانب متعددة مثل الاجتماعية والسياسية والقانونية والاقتصادية، كما تعتبر نمط حياة يشمل المشاركة الواعية في جميع المجالات، والانتماء، والولاء، والقبول للآخر، وحقوق وواجبات، والمساواة بين المواطنين بغض النظر عن الصبغات الدينية أو المذهبية أو القبلية أو العرقية أو الجنسية أو المكانة الاجتماعية.[30]

كما هو الحال بالنسبة للطالب الأجنبي لابد أن يكون له ارتباط سياسي بدولته ويمارس بذلك هذا الحق من بينه حق الانتخاب، وحق تنظيم المسيرات السلمية كما سيأتي بيانه لاحقا.

ثانيا: صور الحق في ممارسة الواجب الوطني: قد يأخذ هذا الحق عدة صور يمكن للطالب الأجنبي ممارسته لا سيما:

01/ الحق في الانتخاب

– يسمح للطلبة الأجانب المقيمين في الجزائر بالمشاركة في العمليات الانتخابية لبلدهم، وذلك عن طريق التصويت في السفارات والقنصليات الممثلة لدولهم داخل الجزائر.

– تقوم الحكومة الجزائرية بتوفير البنية التحتية اللازمة والإجراءات الرسمية لضمان سهولة وسلاسة عملية التصويت والمشاركة السياسية للطلبة الأجانب.[31]

02/ الحق في تنظيم المسيرات السلمية:

– يُعَدُّ الحق في التجمع والتظاهر السلمي من الحقوق الأساسية التي يحظى بها الأفراد دوليًا ووطنيًا.

– يضمَن القانون الجزائري للطلبة الأجانب الحق في التظاهر والاحتجاج وفقًا للإطار القانوني المحدد.

– ينبغي أن يتم تنظيم التظاهرات والاحتجاجات أمام السفارات والقنصليات التي تمثل دول الطلبة الأجانب، مما يسمح لهم بالتعبير عن آرائهم ومطالبهم بشكل مسالم ومنظم.

– تهدف هذه التظاهرات إلى إيصال الرسائل والمطالب للجهات الرسمية في بلدان الطلبة الأجانب بطريقة فعَّالة وسلمية.[32]

الفرع الثالث: الحق في التعبير عن آراءهم بحرية

هذا الحق مخول دستوريا ضمن نص المادة 52 منه حيث تنص على أن "حرية التعبير مضمونة"[33] وقد جاءت صياغتها عامة، حيث يشمل هذا الحق الجميع دون استثناء بما فيهم الأجانب، ومنه فحق التعبير عن الآراء بحرية يعد أحد الحقوق الأساسية التي يتمتع بها أيضا الطلبة الأجانب في الجزائر، وهو جزء لا يتجزأ من الحريات الأساسية التي يجب أن تكون مضمونة لضمان تجربة تعليمية وثقافية مثمرة، وعليه سنحاول من خلال هذا الفرع تحليل هذا الحق وما يحمله من معاني داخل الوسط الجامعي.

أولا: مفهوم حرية الرأي والتعبير: كما سبق القول بأن هذا الحق هو مخول دستوريا دون استثناء ولفهمه أكثر وجب التطرق إلى مجموعة من التعريفات من بينها:

يمكن تعريف حرية الرأي والتعبير كقدرة كل فرد على التعبير عن آرائه وأفكاره دون التدخل في نظام الحكم أو حقوق الآخرين، وهذه الحرية تتضمن الحق في التعبير عما يعتقده الشخص صحيحًا، والجهر بذلك بما يخدم مصالح الناس ويحترم كرامتهم ويحفظ النظام العام، حيث تعتبر هذه الحرية جزءًا من حقوق الإنسان وتتطلب حماية قانونية لمنع مساسها أو انتهاكها[34].

كما يمكن تعريفها أيضا بأنها الحق بمنح الإنسان حرية التعبير عن آرائه وأفكاره بأي وسيلة يراها مناسبة، سواء كانت شفهية أو كتابية، مما يتيح له فرصة البوح بأفكاره في قضايا خاصة أو عامة، بهدف تحقيق مصلحة الأفراد أو المجتمع.[35]

ثانيا: الحماية الوطنية والدولية لحرية التعبير: مادام أن حرية الرأي مكفولة لكل شخص فإن ضرورة حمايتها مكرسة أيضا سواء على المستوى الوطني أو حتى الدولي.

أ/ حماية حرية الرأي والتعبير في القانون الجزائري: تم تأكيد أهمية حرية الرأي والتعبير في القوانين الجزائرية، بما في ذلك الدساتير والتعديلات اللاحقة، حيث تم تكريس هذه الحرية بوضوح، من خلال دستوري 2016، والتعديل الدستوري لعام 2020، تم التأكيد على حق الأفراد في نشر المعلومات والأفكار بحرية، مع الالتزام بالقانون واحترام القيم الدينية والأخلاقية والثقافية للمجتمع. وتم تأكيد حرية التعبير أيضًا في القوانين المتعلقة بالإعلام والإنترنت، مما يظهر التزام المشرع الجزائري بحماية هذا الحق الأساسي[36].

ب/ حماية حرية الرأي والتعبير في المواثيق الدولية: إن حق كل فرد في التعبير عن آرائه وأفكاره بحرية تامة، ويعتبر ذلك من أساسيات الديمقراطية وحقوق الإنسان حيث يستند ذلك إلى عدة مواثيق دولية وإقليمية تؤكد على هذا الحق، مثل العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات، والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، كما يؤكد النص على أن حرية التعبير تشمل حرية الرأي وحرية تلقي ونقل المعلومات والأفكار دون عوائق أو حدود جغرافية، وأن هذا الحق ينبغي تأكيده وتعزيزه بغض النظر عن الحدود الجغرافية.[37]

هذا ما يظهر أهمية هذا الحق الذي يكون مخول لكل شخص بغض النظر عن عرقه أو دينه فهو محمي دستوريا وحتى دوليا.

خاتمة:

في ختام هذه الورقة البحثية تم استعراض وتحليل الوضعية القانونية للطلبة الأجانب في الوسط الجامعي في الجزائر، من خلال تحليل مجموعة من النصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع، بما في ذلك المرسومان الرئيسيان، رقم 137/10 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 61/86 الذي يحدد شروط قبول الطلبة والمتدربين الأجانب ودراستهم والتكفل بهم وذلك بهدف تحقيق عدة أهداف رئيسية، من بينها تنظيم الحياة الطلابية للطلبة الأجانب، وذلك من خلال وضع شروط وإجراءات واضحة لقبولهم وتسجيلهم في الجامعات الجزائرية. هذا يساهم في توفير بيئة دراسية ملائمة ومنظمة لهم، تسهم في تحقيق أهدافهم التعليمية بنجاح، وأيضا العمل على تطوير وترقية نظام تسجيل الطلبة الأجانب عبر منصات رقمية، بهدف تسهيل وتسريع عملية التسجيل وتقديم خدمات أفضل لهم، لتعزيز المساواة بين الطلبة الجزائريين والطلبة الأجانب في الوصول إلى الخدمات الجامعية، وأخيرا محاولة تحقيق مزيد من الشفافية والنزاهة في عملية تسجيل الطلبة الأجانب، من خلال متابعة عملية تسجيلهم من قبل هيئات استشرافية تابعة

لوزارتي الشؤون الخارجية والتعليم العالي والبحث العلمي، من أجل التقليل من البيروقراطية ويضمن إجراءات تسجيل موحدة وعادلة لجميع الطلبة الأجانب، وباختصار فإن الحكومة الجزائرية تسعى إلى تحسين وضعية الطلبة الأجانب في الجزائر ودمجهم بشكل أفضل في الفضاء التعليمي الوطني، من خلال توفير بيئة دراسية مناسبة وتوفير الدعم اللازم لهم، بالإضافة إلى تطوير وتحسين الإجراءات الإدارية المتعلقة بتسجيلهم ومتابعتهم.

ومن خلال ذلك فقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج التي يمكننا إيجازها فيما يلي:

01/ إن المشرع الجزائري يعمل على توفير بيئة مناسبة لاستقبال الطلبة الأجانب وتطوير الحياة التعليمية في الجزائر.

02 / تحديد شروط وإجراءات واجبة الاتباع عند قيام الطالب الأجنبي بعملية التسجيل.

03/ تكريس مجموعة من الحقوق للطالب الأجنبي منها ما يمكن اعتباره حقا ماليا، وآخر سياسيا.

04/ محاربة البيروقراطية وإضفاء الشفافية والنزاهة من خلال فتح المجال للطلبة الأجانب بالتسجيل عبر بوابات رقمية تابعة لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي.

أما عن مجمل الاقتراحات التي يمكننا طرحها في هذا الصدد فيمكننا صياغتها على النحو المفصل التالي:

01/ تنظيم ملتقيات وطنية ودولية: ضرورة تنظيم ملتقيات بخصوص هذا الموضوع لما له من أهمية نظرا لانعدام الدراسات المتخصصة فيه.

02/ تحسين الإجراءات الإدارية: ينبغي تبسيط الإجراءات الإدارية للطلبة الأجانب الراغبين في الدراسة في الجزائر، بما في ذلك الحصول على تأشيرات الدخول والإقامة وتسجيل الدروس وغيرها من الإجراءات اللازمة.

03/ تقديم دعم للطلبة الأجانب : بحيث ينبغي أن توفر الحكومة الجزائرية دعما كافيا للطلبة الأجانب، بما في ذلك خدمات الإسكان، والرعاية الصحية، والدعم الاجتماعي؛ لضمان تكاملهم بشكل أفضل في المجتمع الجزائري.

04/ تعزيز الحقوق القانونية: يجب على الحكومة الجزائرية ضمان حقوق الطلبة الأجانب وحمايتها، بما في ذلك حقوقهم في المساواة أمام القانون.

05/ تعزيز التفاهم الثقافي: إذ ينبغي تعزيز التفاهم والتعايش الثقافي بين الطلبة الجزائريين والطلبة الأجانب، من خلال تنظيم فعاليات ثقافية وتبادلات أكاديمية تعزز التفاهم وتقوي العلاقات بين الطرفين.

06/ تطوير السياسات القانونية: يجب على الحكومة الجزائرية تطوير سياسات قانونية واضحة وشاملة تنظم وضعية الطلبة الأجانب، مع مراعاة الاحتياجات الخاصة والتحديات التي قد يواجهونها.

07/ إصدار قوانين تنظيمية: العمل على وضع ترسانة من النصوص القانونية التي تنظم إجراءات التسجيل من مراحلها الأولى إلى غاية المرحلة النهائية وهذا لرفع اللبس الذي قد يقع فيه الطالب الأجنبي عند قيامه بعملية التسجيل.

الهوامش:

[1] – تعريف مقتبس من موقع الكتروني:
https://ar.m.wikipedia.org/wiki/%D8%AA%D8%A3%D8%B4%D9%8A%D8%B1%D8%B9%D9%84%D9%89%20%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%85%D9%84%20%D9%81 بتاريخ، 2024/05/04 على الساعة 13:40.

[2] – تعريف مقتبس من معجم المعاني الجامع، معجم عربي عربي ، موقع –https://www.almaany.com/ar/dict/ar ، بتاريخ 04/05/2024 على الساعة 14:20.

[3] – تعريف مقتبس من موقع https://www.northwestern.edu/abroad/study-abroad/prepare-and-go/student-visas.html تم الاطلاع بتاريخ 2024/05/04، على الساعة 15:05.

[4] – بتاريخ : 2024/05/04 على الساعة 18:50 تم الاطلاع على موقع وزارة الشؤون الخارجية https://www.mfa.gov.dz/ar/services-for-foreigners/entry-visa-to-algeri.

[5] – تم أخذ هذه المعلومات من موقع الكتروني وتحليلها https://eddirasa.com/httpsprogres-mesrs-dzwebetrangers تم الاطلاع على الموقع بتاريخ،04/05/2024: على الساعة 19:40

[6] – ينظر نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 137/10 الصادر في 13 ماي 2010 المعدلة والمتممة لنص المادة 05 من المرسوم رقم 61/86 الصادر بتاريخ 25 مارس 1986 الذي يحدد شروط قبول الطلبة والمتدربين الأجانب ودراستهم والتكفل بهم، جريدة رسمية عدد 32 الصادرة بتاريخ 16 ماي سنة 2010، ص 08.

[7] – ينظر نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 137/10 المعدلة لنص المادة 27 من المرسوم رقم 61/86 السالف الذكر. ص 09.

[8] – ينظر نص المادة 03 من المرسوم، رقم 61/86 رقم 61/86 الصادر بتاريخ 25 مارس 1986 الذي يحدد شروط قبول الطلبة والمتدربين الأجانب ودراستهم والتكفل بهم، جريدة رسمية، دون عدد، صادرة بتاريخ 26 مارس 1986. ص 454

[9] – ينظر المادتين 29-30 من المرسوم رقم 61/86 السالف الذكر، ص 457.

[10] – ينظر المادة 07 فقرة "ب "من المرسوم التنفيذي رقم 134/21، المؤرخ في 07 أفريل 2021، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جريدة رسمية العدد رقم 27، الصادرة بتاريخ 11 أفريل سنة 2021، ص 12.

[11] – ينظر التعليمة الصادرة عن مديرية التعاون والتبادل ما بين الجامعات عن وزارة التعليم العالي والبحث العلمي تحت رقم 2019/1399 الصادرة بتاريخ 2019/10/14 والمتعلقة بإجراءات وشروط تسجيل الطلبة الأجانب في المؤسسات الجامعية الجزائرية في ليسانس، الماستر الدكتوراه، يمكن تحميلها عبر الموقع التالي: https://fsssh.univ-skikda.dz/index.php/ar /.

[12] – ينظر الشطر الثاني من التعليمة الصادرة عن مديرية التعاون والتبادل ما بين الجامعات عن وزارة التعليم العالي والبحث العلمي تحت رقم 2019/1399، السالفة الذكر.

[13] – ينظر الشطر الثالث من التعليمة الصادرة عن مديرية التعاون والتبادل ما بين الجامعات عن وزارة التعليم العالي والبحث العلمي تحت رقم 2019/1399، السالفة الذكر.

[14] – ينظر المواد 01-02-03-06 من القانون الداخلي للإقامات الجامعية، يمكن تحميله من موقع وزارة التعليم العالي والبحث العالي: https://www.mesrs.dz/wp-content/uploads/2022/04 تم الاطلاع عليه تاريخ 2024/06/05، على الساعة 13:10. ص 15.

[15] – صونيه صاوشي، عبد النور موساوي، جامعة عبد الحميد مهري قسنطينة 2، مقال بعنوان" خدمة الإطعام الجامعي بين التكلفة ورضا الطلبة –دراسة حالة"، منشور في مجلة دراسات في الاقتصاد وإدارة الأعمال، العدد 03– جو ان 2019، ص 166.

[16] – ينظر الشرح المتعلق بالإطعام على مستوى دليل الطالب داخل الاقامات الجامعية، يتم تحميله من موقع: https://www.mesrs.dz/wp -content/uploads/ ، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2024/05/06، على الساعة: 14:30، ص 11.

[17] – جابر بن عويشة، كيموش سيف الدين، مذكرة ماستر " أثر جودة خدمة النقل الجامعي على رضا الطلبة دراسة حالة عينة من طلبة المركز الجامعي عبد الحفيظ بولصوف–ميلة"، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي عبد الحفيظ بالصوف–ميلة، ص 17.

[18] – ينظر الشرح المتعلق بالنقل الموجود على مستوى دليل الطالب داخل الاقامات الجامعية، السالف الذكر، ص 11.

[19] – ينظر الشرح المتعلق بوحدات الطب الوقائي الموجود على مستوى دليل الطالب داخل الاقامات الجامعية، السالف الذكر، ص 13.

[20] ينظر الشرح المتعلق بوحدات الطب الوقائي (ملف الطبي) الموجود على مستوى دليل الطالب داخل الاقامات الجامعية، سالف الذكر، ص13.

[21] – ينظر المادة 2/18 من المرسوم رقم 61/86 السالف الذكر، ص 456.

[22] – ينظر الشرح المتعلق بالمنحة الموجود على مستوى دليل الطالب داخل الاقامات الجامعية، السالف الذكر، ص 04.

[23] – ينظر المادة 16 فقرة1 و2 من المرسوم رقم 61/86 السالف الذكر، ص 455.

[24] – ينظر نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 137/10 المعدلة لنص المادة 14 من المرسوم رقم 61/86 السالف الذكر. ص 08.

[25] – ينظر المادة 15 من المرسوم رقم 61/86 السالف الذكر، ص 455.

[26] – ينظر المادة 17 من المرسوم رقم 61/86 السالف الذكر، ص 455.

[27] – ينظر المادة 20 من المرسوم رقم 61/86 السالف الذكر، ص 456.

[28] – ركاب أنيسة مقال بعنوان " التنظيمات الطلابية ودورها في التنشئة الاجتماعية والسياسية لمنخرطيها"، منشور بمجلة الدراسات في التنمية والمجتمع، العدد 05، الصادرة في 01 جوان 2018، جامعة حسيبة بن بو علي الشلف، ص233.

[29] – دراسة تحليلية لفحوى مقال بعنوان " سيسيولوجيا انخراط الطلبة في التنظيمات الطلابية دراسة ميدانية بجامعة الجلفة"، من اعداد كل من زيان بختة وعز الدين بوكربوط، مقال منشور بمجلة آفاق للعلوم المجلد 07، العدد 01، سنة 2022، ص من 244 إلى غاية ص 254.

[30] – نهلة محمد مصطفى جندية، "مفهوم المواطنة والأسس التي تقوم عليها "، في المانيا، ومصر"، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ص 14، ص 102.

[31] – ينظر الدليل الدراسي للحق في التصويت، جامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الانسان، يمكن الاطلاع عليه عبر الرابط التالي: http://hrlibrary.umn.edu/arabic/SGvotingrights.html ، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2024/05/06، على الساعة 22:10.

[32] – بوطيب بن ناصر، مقال بعنوان" الحق في التجمع السلمي في النظام القانوني الجزائري"، منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 15، جوان 2016، ص 625.

[33] – ينظر نص المادة 52 من التعديل الدستوري الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 20-442 في 30-12-2020، جريدة رسمية عدد 82 الصادرة في 30 ديسمبر لسنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، ص 14.

[34] – جندلي وريدة، مقال بعنوان، "حرية الرأي والتعبير في ظل التشريع الجزائري والقانون الدولي بين الحماية والتقييد"، منشور في مجلة البحوث والدراسات المعاصرة، المجلد 01، العدد 01/ الصادر سنة 2021، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، ص 81.

[35] – شيخ سناء، شيخ نسيمة، مقال بعنوان" الحق في حرية التعبير في القانون الجزائري "، منشور في مجلة حقوق الانسان والحريات العامة، جامعة مستغانم، العدد السادس، جوان سنة 2018، ص،26

[36] – جندلي وريدة، المقال السابق ذكره، ص ص 84، 85.

[37] – جندلي وريدة، المقال السابق ذكره، ص 86.

تنازع القوانين في مجال المنازعات المدنية الالكترونية

Conflict of laws in the field of electronic civil disputes

د. لموشية سامية

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

lemouchia-samia@univ-eloued.dz

ملخص:

تعد المنازعة المدنية الالكترونية تحدي قانوني تواجه تطور التكنولوجيا في العصر الحديث خاصة مع تشعب المعاملات المدنية والعقود التي تبرم الكترونيا. وأمام الضرورة الحتمية إلى حماية حقوق الأفراد محل المنازعة في المجال الإلكتروني، والبحث عن مدى توفير التشريعات لآليات القانونية لحل هذا النوع من المنازعات بشكل سريع وفعال، في ظل عدم وجود مستند ورقي وانتقال العملية عبر الحدود بالنظر إلى تنوع جنسيات أطراف العلاقة العقدية وارتباطها على الأغلب بأكثر من دولة، تأتي هذه الدراسة للوقوف على طرق تسوية المنازعة المدنية الالكترونية من الناحية التشريعية والقضائية. تجمع النظم القانونية على خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة الذي يعد من أولويات القوانين التي يتحرى عنها القاضي، ولأن هذه العقود قد تتضمن في نصوصها تحديد الجهة المختصة في حالة حدوث نزاع، وقد لا تتضمن ذلك. وقد يتفق أطرافها على القانون الواجب التطبيق والنص عليه في العقد وقد لا يتفقا على هذا القانون أو المحكمة المختصة بنظر النزاع أو الخروج عن ذلك.

كلمات مفتاحية: المنازعة المدنية؛ الاختصاص القضائي، تنازع القوانين.

Abstract:

Electronic civil disputes represent a legal challenge to the development of technology in the modern era، especially with the complexity of civil transactions and contracts concluded electronically. Given the pressing need to protect the rights of individuals involved in electronic disputes and to explore the extent to which legislation provides legal mechanisms for resolving this type of dispute quickly and effectively، in the absence of paper documentation and the cross-border nature of the process، considering the diversity of nationalities of the contracting parties، which are often linked to more than one country، this study aims to examine methods of resolving electronic civil disputes from legislative، judicial، and even arbitral perspectives. Legal systems generally subject international contracts to the law of will، which is one of the key legal principles that a judge investigates. These contracts may specify the competent authority in case of a dispute، or they may not. The parties may agree on the applicable law and include it in the contract، or they may not agree on the applicable law or the court with jurisdiction over the dispute.

Keywords: Civil dispute; judicial jurisdiction; conflict of laws.

مقدمة:

كان للتقدم في مجال المعلوماتية والاتصالات الالكترونية وسهولة الإبحار في صفحات الويب من خلال الانترنت إلى تزايد الضغوط على المستهلك محاولة لاستقطابه واغراقه بالدخول في عالم التجارة الالكترونية واقناعه بالتعاقد عبر وسيط الكتروني، ولما كان المستهلك الحلقة الأضعف والحاجة إلى حمايته تشكل ضرورة ملحة في ظل تطور التكنولوجيا الحديثة. ولذلك ظهرت الحاجة إلى ضرورة وجود حلول وقواعد موضوعية تتفق وتلائم المعطيات الجديدة للتجارة الالكترونية تعمل على حل المنازعات المتعلقة بها، ونظرا لعدم وجود مستندات ورقية وانتقال التعاقد عبر الحدود وتنوع جنسيات العلاقة القانونية وارتباطها بأكثر من دولة البا وهي عملية ضرورية وصعبة.

بذلك تظهر أهمية هذه الدراسة عندما يتعلق أمر بتنازع قوانين في مجال المنازعات التي تنشا عن تعامل تم الكترونيا، وبهذا الخصوص تجمع الأنظمة القانونية على خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة أي القانون الذي يختاره الأطراف المتخاصمة صراحة أو ضمناً وينطبق ذات المبدأ على كل عقد من طبيعة المعاملة الالكترونية ذات الطابع الدولي حيث يمكن أن يتم الاختيار عبر الانترنت من خلال رسالة الكترونية متبادلة، وعلى فرض اختيار المتعاقد للقانون الواجب التطبيق، أو أن اختيار المتعاقدين لهذا القانون ليس صريحا ويعتريه غموض ولبس عند التعبير عن إرادة المتعاقدين ، في هذه الحالة يتم الاهتداء إلى القانون الواجب التطبيق من خلال الوقوف على ظروف التعاقد والاستعانة في ذلك بالقرائن.

وعليه نطرح الإشكال التالي: **ما هي المبادئ القانونية الكفيلة بضمان حماية أطراف الخصومة في حالة تنازع القوانين في مجال المنازعات المدنية الالكترونية؟**

للإجابة عن الاشكال الرئيسي اتبعنا المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية، والبحث فيما كرسته بعض التشريعات المقارنة من احكام خاصة في مجال تنازع القوانين فكانت الضرورة اعتماد المنهج المقارن بالنظر لخصوصية وطبيعة النزاع المترتب عن تعاقد الكتروني.

في إطار الاجابة عن الإشكالية جاء تقسيم الدراسة إلى مبحثين، نتطرق في البداية إلى دور مبدأ سلطان الإرادة في المنازعة المدنية الالكترونية، بينما ندرس دور القضاء المختص في المنازعة المدنية الالكترونية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: دور مبدأ سلطان الإرادة في المنازعة المدنية الالكترونية.

من المتصور أنه في حالة تنازع القوانين اتجاه الفكر القانوني نحو القبول بتطبيق قوانين أخرى غير قانون القاضي المطروح أمامه نزاع مدني الكتروني، في هذه الحالة ليس أمام القاضي سوى التحري عن قانون الإرادة كونه قانون أطراف المنازعة المراد تطبيقه على النزاع، وقد لا يتفقون على اختياره، هذا ما يصعب الأمر على قاضي الموضوع في الكشف عن القصد الضمني لهم – أي نية كل طرف–، لذلك يسعى القاضي لأجل الوصول إلى حل قضائي الاستعانة بقواعد احتياطية والعمل على تطبيقها. وعليه نتطرق من خلال هذا المبحث في تسوية المنازعات المدنية الالكترونية باللجوء إلى مبدأ سلطان الإرادة (المطلب الأول)، موقف التشريعات من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التنازع المدني الالكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تسوية المنازعات المدنية الالكترونية باللجوء إلى مبدأ سلطان الإرادة

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ القانونية التي يقوم عليه كل عقد إن لم نقل جوهر وعما كل عقد، لذلك نتساءل عن دور هذا المبدأ متى تم اللجوء إليه في تسوية المنازعات المدنية الالكترونية ومن ثم آلية قانونية لحماية حقوق الأطراف عند تنازع القوانين، لذلك يتم التطرق في هذا الصدد إلى حرية أطراف النزاع في اختيار القانون الواجب التطبيق (الفرع الأول)، وعدم اختياره (الفرع الثاني)، موقف المشرع الجزائري من عدم اختيار أطراف المنازعة للقانون الواجب التطبيق (الفرع الثالث).

الفرع الأول: اختيار أطراف المنازعة للقانون الواجب التطبيق

المسلم به أن لمبدأ سلطان الإرادة أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال المنازعات المدنية الالكترونية، لذلك نتعرض إلى المقصود بهذا المبدأ، وإشكالات تطبيقه.

أولا: المقصود بمبدأ سلطان الإرادة:

إن للعقد وجودا حقيقيا بمجرد تراضي الطرفين، حيث تتمتع الإرادة لبا بأن لها القدرة على إنشاء العود التصرفات، وعليه جاء المقصود بهذا المبدأ الذي يسود العقود في العصر الحديث، قدرة الأطراف المتعاقدة على إنشاء عقد فيما بينهم بمجرد التراضي، يحتوي على كل التفاصيل في حدود القانون[102]. ومن الطبيعي أن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في موضوعه هو قانون إرادة طرفي العقد، ما يفيد أن القانون محل تطبيق هو القانون المتفق عليه لدى طرفي العقد، ويرجع ذلك إلى ما يُثيره التعاقد الالكتروني من منازعات باعتبار التعامل تم عبر وسيلة اتصال الكترونية أي عقد دولي لعدم تقييد نشاط

شبكة الانترنت بحدود مكانية[103]. أشار الفقه إلى أن الإرادة الصريحة هي التي تم التعبير عنها من خلال سند الكتروني، بينما تكون ضمنية بالرجوع إلى ملابسات العقد وظروف الواقع[104]، واستقر أغلب الفقه والتشريعات على أنه من غير الجائز أن يرافق اختيار أطراف العقد للقانون الواجب التطبيق المساس بأمن المستهلك وحرمانه من الحماية القانونية المكرسة بموجب أحكام آمرة تسنها قانون الدولة التي بها محل إقامته العادية، لذلك يعتبر هذا المبدأ بمثابة قاعدة قانونية دولية نظمتها سائر التشريعات الوطنية، ومنه يتم اختيار القانون عبر شبكة الويب من خلال رسائل الكترونية متبادلة عبر البريد الالكتروني[105].

ثانيا: إشكالات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة:

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يُرافق العقد من وقت تكوينه إلى بعد تكوينه، إلا أن تطبيقه عرف بروز إشكاليات:

أ- اختيار أطراف العقد لقانون لا يمت لهم بأي صلة: يثور هذا الإشكال نتيجة عدم انتماء أطراف العقد لدولة واحدة، فيكون اتجاههم نحو اختيار قانون ما بدون ارتباط موضوعي أو حتى شخصي بالعقد، وأحيانا يتم التعبير عن إرادة المتعاقد بهدف تدارك تجاوز واحد أو أكثر من القوانين واجبة التطبيق، يحدث ذلك عبر رسائل الكترونية متبادلة والاتفاق على بنود العقد الأخرى[106]، لذلك هناك من لم يقتضي وجود هذا الارتباط بين العقد المبرم والقانون المختار خاصة في الاتفاقيات المبرمة دوليا المتعلقة بالعقود، منها **اتفاقية روما لعام 1980** عندما قررت مبدأ حرية الاختيار بدون تحديد مدى دولية العقد الخاضع للقانون المختار عن طريق الأطراف، على اعتبار أن الارتباط الشخصي بدوره يؤدي إلى تطبيق قانون غير معلوم للأطراف[107]، إذن الاتفاقية لم تعالج هذا الإشكال.

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، استنادا إلى نص المادة 18[108] من تشريعه المدني أقر مجموعة من الشروط التي تسمح للمتعاقدين باختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم، شرط أن يكون العقد دولياً، بحيث وجوب أن يحتوي العقد على عنصر أجنبي سواء كان موضوعه أو أن سبب العقد أجنبياً، شرط خضوع العقود للشكل المتفق عليه قانونا[109]، وشرط وجود صلة حقيقية بين القانون المختار المتعاقدين والمقصود بذلك أن لا مكان لتطبيق قانون الإرادة وفقا للتشريع الجزائري إلا إن كان يمثل صلة بالمتعاقدين كأن يكون قانون موطنهما أو جنسيتهما، أو أن يمثل صلة بالعقد مثلا يكون قانون مكان إبرامه أو تنفيذه، هذا ما يؤكد أن شرط وجود الصلة الحقيقية يفيد أن قانون الإرادة يمثل مركز الثقل الفعلي في العلاقة، بحيث يكون الأوثق إما إلى المتعاقدين أو إلى العقد، أي يخذ بالقانون الذل له صلة أكبر، وفي هذه الحالة

لا يوجد إلا قانون واحد فقط له مثل هذا الطابع الوصفي عندما يكون على صلة حقيقية بالأطراف المتعاقدة أو بالعقد ذاته[110].

ب- خطورة الاعتماد على الإرادة تجاه المستهلك: غالبا ما تبرم عقود التجارة الالكترونية بين موردين ومستهلكين الكترونيين، فكان حرص التشريعات على حماية المستهلك الالكتروني من خلال عدم تضمن العقد شروط تعسفية[111]. في هذا الصدد اتجه أحدهم[112] إلى ضرورة تواجد علاقة بين القانون المختار من قبل المتعاقدين وبين العقد، هي مسألة يقف عندها قاضي الموضوع بإعادة النظر في هذا القانون من خلال التأكد من مدى توافر الصلة بينه وبين العقد والجدية في ذلك من خلال مؤشرات تُعينه على ذلك، هذا ما يُفيد أن الإرادة بذاتها ليست كافية لاختيار القانون الواجب التطبيق، إنما هناك ضوابط أخرى تساهم في مساعدة القاضي على هذا الاختيار.

ت- استبعاد قانون العقد لحماية السوق الوطني من الممارسات التقييدية لحرية المنافسة: إذا كان العقد هو الضابط لتنفيذ التزامات أطرافه، إلا أن هناك قوانين ذات طبيعة حماية وهي قوانين البوليس الاقتصادية مهمتها مواجهة كل ممارسة تجارية تضر بحركة المنافسة في السوق الوطنية، من خلال منع الممارسات التعاقدية الضارة بالمعاملات التجارية داخل إقليم الدولة، فتطبق أحكامها بشكل مباشر على كل منازعة تعاقدية بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق، طالما الهدف حماية السوق الوطني[113].

الفرع الثاني: عدم اختيار أطراف المنازعة للقانون الواجب التطبيق

قد لا ينطوي العقد على شرط يحدد القانون الواجب التطبيق في مجال منازعة مدنية، هذا ما يجعل الأنظمة القانونية تلجأ إلى استخدام ظروف اسناد تختلف من نظام إلى آخر، نذكر البعض منها.

أولا: موقف المعاهدات الدولية:

أ- **اتفاقية لاهاي 1955:** تضمنت في أحد بنودها أنه ف حالة غياب الاتفاق بين المتعاقدين يطبق القانون الداخلي للبلد التي يوجد فيها محل إقامة البائع وهذا في اللحظة التي يسلم فيها الطلبية للمشتري، وفي حالة عدم تعيين القانون يتم الإشارة إلى قانون آخر لتطبيقه على المنازعة[114].

ب-**اتفاقية بروكسل 1968:** أوردت حماية خاصة للمستهلك عندما منحته دون العون الاقتصادي حق الخيار بين اللجوء إلى محاكم الدولة المقيم فيها أو محاكم دولة المورد المتعاقد معه.

ت-اتفاقية روما 1980: أقرت بخضوع جميع العقود لقانون الإرادة بما في ذلك عقود الاستهلاك، ما لم يكن هذا القانون يحرم المستهلك من الحماية المقررة له في قانون الدولة التي بها موطنه العادي ومسائل أخرى قد تضر بمصالحه، في هذه الحالة يستبعد قانون الإرادة[115].

ثانيا: موقف الولايات المتحدة الامريكية من القانون الواجب التطبيق:

المبدأ لديهم أن الأفضلية تكون لقانون دولة المهني والمحترف، تيسيرا لنشاطه، خاصة وأن تفضيل قانون دولة المستهلك من شأنه ايجاد عقبات مصدرها القوانين الداخلية في كل دولة، هذا ما يحول دون فاعلية ونشاط التجارة الالكترونية[116].

المطلب الثاني: موقف التشريعات من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التنازع المدني الالكتروني

تضمنت أغلب التشريعات المدنية في نصوصها تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية، سواء في التشريع الوطني (الفرع الأول)، أو التشريع المقارن ومنها المعاهدات الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التنازع العقدي الالكتروني

استنادا الى نص المادة 18 المعدلة من القانون المدني يتضح أن المشرع أرجع اسناد العقد إلى ظروف ثلاث، الأول قانون الإرادة، أما الثاني تعلق بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، بينما تمثل الثالث في قانون محل العقد. وفي هذا الشأن وبالرجوع إلى القواعد العامة الواردة في النص القانوني السابق، إذا كنا بصدد التزام الكتروني تم داخل حدود الدولة الواحدة عبر الانترنت لأشخاص تختلف جنسياتهم، فإن القانون المختص في فصل المنازعة هو قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدين أو تين من الظروف وجود قانون آخر هو محل التطبيق. وقد تتعلق المنازعة الالكترونية بعقار مرهون فقانون موقع العقار هو الذي يسري على العقد الذي أبرم فيه العقار.

قد يتم التصرف الالكتروني في بلد ما مغاير لجنسية أطرافه نكون بذلك أمام تنازع قوانين، وقد عالج المشرع الجزائري هذه الحالة من خلال نص المادة 20 الفقرة الأولى بإقراره أن قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام هو الذي يسري على هكذا تصرفات، وقد تنشأ التزامات عن أفعال ضارة، فلا يسري بشأنها الحكم السابق إذا وقعت في الخارج وتعتبر مشروعة في الجزائر على الرغم من اعتبارها غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه، كذلك نظم المشرع الجزائري فكرة تطبيق الأحكام السابقة كلما تعلق الأمر بحالة تنازع في مجال التعامل المدني الالكتروني وهذا ما لم يوجد نص يخالف ذلك في تشريع خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر، وهو المكرس في نص المادة 21 من القانون المدني.

بالرجوع إلى القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية أتى المشرع الجزائري[117] من خلاله بإيجابيات من خلال نص المادة 02 منه عندما يتعلق الأمر بالتزامات تعاقدية تنشأ عبر وسيط الكتروني بم تحدث منازعة مدنية الكترونية، في هذا الشأن أصدر المشرع حكما خاصا بتحديد القانون الواجب التطبيق في الحالة التي يكون فيها أحد أطراف العقد الالكتروني وهو القانون الجزائري، ويتحقق ذلك تبعا لحالات معينة جاء تضمينها ف النص القانون سابق الذكر، بحيث إذا كان المتعاقد شخصا طبيعيا أوجب القانون إما أن يكون متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو أن يكون مقيما إقامة شرعية في القطر الجزائري، وقد يكون المتعاقد شخصا معنويا فإنه بالضرورة يخضع للقانون الجزائري، أو بالنظر إلى محل ابرام العقد أو تنفيذه في الجزائر.

وبالنسبة لشرط تطبيق القانون الجزائري في حالة تنازع قوانين في مجال المنازعة المدنية الالكترونية وجوب إقامة أحد الأطراف متى كان شخصا طبيعيا بصفة شرعية في الجزائر، إذ أن العبرة بقانون بلد الإقامة العادية للمستهلك الالكتروني وذلك لمنع الغش أو التحايل نحو تطبيق قوانين قد لا توفر الحماية الكافية له، كما أن عدم اختيار القانون الواجب التطبيق قد يثير صعوبة تحديده في حالة وجود مصنفات مشتركة بين مؤلفين متواجدين في دول مختلفة وقد يترتب عليه تعدد وتشابك الأنظمة القانونية الواجبة التطبيق ، لذلك فإن من مصلحة الأطراف المعنية أن يتضمن العقد شرطاً صريحاً يحدد القانون الواجب التطبيق.

وإذا كان الالتزام الالكتروني قد تم داخل حدود الدولة الواحدة عبر الانترنت للأشخاص تختلف جنسياتهم فإن القانون المختص بالفصل في النزاع هو قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان، وتبين من ظروف التعاقد أن قانوناً آخر هو المراد تطبيقه، أما إذا كانت المنازعة الالكترونية متعلقة بعقار فقانون موقع العقار هو محل التطبيق ويسري على العقد المشار فيه هذا العقار.

الفرع الثاني: موقف التشريع المقارن من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التنازع العقدي الالكتروني

سبق الإشارة إلى تضمن البعض من الاتفاقيات في مجال المنازعات المدنية مبدأ سلطان الإرادة، والبعض من التشريعات منها المشرع المصري.

أولا: الاتفاقات الدولية[118]:

نجد اتفاقية لاهاي المبرمة سنة 1955 التي نصت على حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد. وهناك اتفاقية فيينا للبيوع الدولية سنة 1980 سابق الإشارة إليها، تضمنت هي

الأخرى على حرية الأطراف المتعاقدة في التعبير عن إرادتها في اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعة مت نشأت في إطار التعامل الساري بينهم سواء كان ذلك التعبير صريحا أو ضمنيا. كما نشير إلى اتفاقية روما لعام 1980 والخاصة بالعقود الدولية التي رغم تضمنها لأحكام تنص على إخضاع جميع العقود لقانون الإرادة بما في ذلك عقود الاستهلاك، إلا أنها تحفظت من خلال نص المادة 05 في فقرتها الثانية فيما يتعلق بقانون الإرادة، بقرار استبعادها لهذا القانون متى كان التطبيق له يحرم المستهلك من الحماية القانونية العادية المقررة له في قانون الدولة التي بها موطنه العادي، وهذا في الحالة التي يكون قد سبق ابرام العقد في هذه الدولة التي يقيم فيها تقديم عرض خاص أو اعلان وكان المستهلك في هذه الدولة قد استنفذ الإجراءات الضرورية اللازمة لإبرام العقد أو كان المتعاقد الآخر أو ممثله القانوني قد تلقى طلب المستهلك في الدولة المذكورة، أو تعلق الأمر بعقد بيع سلع وكان المستهلك قد اتجه إلى دولة أخرى أجنبية وأتم فيها تقديم طلبيته، لأن الرحلة كانت من تنظيم الباع بهدف اغراء المستهل والمضي في ابرام العقد[119].

ثانيا: التشريع المصري:

جاء النص على مبدأ سلطان الإرادة في العقد الدولي من خلال المادة 19 فقرة 01 من تشريعه المدني، حيث أقر المشرع المصري بسريان قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المُشترك للمتعاقدين وهذا على كل التزام تعاقدي ذا كانا في موطن واحد، بينما عند اختلاف الموطن يسري قانون الدولة محل ابرام العقد، إلا إذا اتفق المتعاقدان أو ما تبينه ظروف التعاقد بوجود قانون آخر محل التطبيق. كذلك ما أقره المشرع من خلال نص المادة 67 من اعتبار التعاقد عن بعد في المكان والزمان يتم في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بقبول القابل ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بير ذلك، كذلك ما جاء النص عليه من خلال المادة147 والخاصة بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا بموافقة أطراف العقد.

المبحث الثاني: دور القضاء المختص في المنازعة المدنية الالكترونية

المسلم به أن عقد التجارة الالكترونية عقد ذو طابع دولي يتلاقى فيه عروض سلع وخدمات، يتم التعبير عنها عبر وساط تكنولوجية مرورا عبر شبكة معلومات دولية وهير الانترنت من جانب اشخاص متواجدين في دول ة أو دول أخرى، بهدف التفاعل بينمهم من أجل اشباع حاجتهم المتبادلة. وإذا كان الهدف الطبيعي من ابرام العقد السعي إلى تنفيذه ويتم ذلك عن طواعية وهذا ما نسميه التنفيذ الاختياري، فقد لا يتحقق ذلك كله أو يتحقق ولكن على نحو غير مطابق لشروط العقد. في هذه الحالة يقع على

عاتق الدائن تحريك القوة الملزمة للعقد لأجل إرغام المدين على التنفيذ وتعويضه عما يكون قد لحقه من ضرر، هذا ما يُسمى بالتنفيذ الجبري الذي يقتضي تدخل سلطة عامة وهي سلطة القضاء، ونظرا لأن النزاع غالبا ما يكتسيه الطابع الدولي أمام عالمية الانترنت من ناحية، ومن ناحية أخرى الطابع الطليق لنشاط عقد التجارة الالكترونية وعولمة وشائل الاتصال وتبادل المعلومات حيث دخول أشخاص لدول متنوعة، ولأن العقود الدولية قد تتضمن في نصوصها تحديد المحكمة المختص. لذلك نعمل على توضيح مسألتين هامتين تعلقت بهذا الجانب، الأول خاص تعلق بالاختصاص الرضائي للمحكمة (المطلب الأول)، ثم التعرض إلى المحكمة المختصة في حالة غياب الاتفاق (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاختصاص الرضائي للمحكمة

يجوز في المعاملات الدولية لأطراف العقد تحديد السلطة المختصة بنظر نزاع قائم أو محتمل، عادة ما يحدث ذلك عند إدراج شرط يسمح للمتعاقدين بالاتفاق على تحديد اختصاص محكمة دولة ما بنظر النزاع[120].

وإذا كانت القاعدة العامة في الاختصاص الدولي تسمح بأن يتم رفع الدعوى أمام قاضي محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه، فهذا لا يمنع من جواز اتفاق الخصوم على تقرير الاختصاص لمحكمة أخرى، هذا ما يطلق عليه مبدأ الخضوع الإرادي، أو الخضوع الاختياري، أو الاتفاق على الاختصاص في المنازعات ذات الطابع الدولي121. وعليه نتعرض إلى اعتماد هذا المبدأ (الفرع الأول)، موقف المشرع الجزائري منه في طار المعاملات التجارية الالكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اعتماد مبدأ الخضوع الإرادي في مجال المنازعة المدنية الالكترونية

من الأهداف التي رسخت في فقه القانون الدولي الخاص مراعاة مصالح الأفراد، على النحو الذي يُساهم في تيسير حرية التجارة الدولية، فنشأ ما يُعرف بضابط الخضوع الإرادي المعتمد في تحديد الاختصاص الدولي. فنتعرض لمضمونه، وصوره وآثاره، وصولا إلى شروط الإعمال به في مجال المنازعات المدنية الالكترونية.

أولا: مضمون ضابط الخضوع الارادي والتوجه التشريعي نحو اعتماده

يقصد بهذا المبدأ الاختصاص القائم على الإرادة من جانب أطراف الخصومة لقضاء دولة معينة، لما في لهم من دور في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة الدولية[122]، ولأهمية هذا المبدأ تم تمديد العمل به حتى في مجال عقود التجارة الالكترونية. ما يفيد أن هذا المبدأ يقوم على التصرف

القانوني الذي بموجبه يقوم الأطراف بمنح الاختصاص القضائي لمحمة هي أصلا ير مختصة بالنتر في منازعاتهم طبقا لقواعد الاختصاص في قانونها، وفي ذات الوقت يستبعدون اختصاص المحكمة التي هي أصلا مختصة بالنظر في هكذا نزاع[123].

أصطلح هذا المبدأ بعدة تسميت نذكر منها، على أنه الاتفاق الحصري بين طرفين أو أكثر، هذا ما صرحت به نص المادة 03 من اتفاقية لاهاي بخصوص شرط المحكمة المختصة في المسائل التجارية لسنة 2005[124]، وسُميَّ فقها بالشرط المانح للاختصاص القضائي كلما تعلق الأمر بالطبيعة القانونية له[125]، كونه يمثل في الأصل شرطا سالبا لاختصاص المحكمة المختصة أصلا بالنزاع، ويمثل شرطا جالبا لاختصاص محكمة الدولة المتفق عليها تعاقديا على الخضوع لها عند النزاع. كما سمي بالاختصاص القضائي الدولي الطارئ[126]، بناء على قبول الخصوم في الدعوى عن اختيار ورادة اختصاص محكمة دولة معينة ضمنا أو صراحة الخضوع لولايتها رغم عدم اختصاصها.

رغم أهمية هذا المبدأ، كان محل تنازع لدى الفقه، هناك من رفض الفكرة على أساس أن الإرادة لا تؤدي دورا في تقرير القضاء المختص دوليا بالنزاع، لأن سلطة القضاء هي أحد سلطات الدولة وتمثل مظهر سيادتها، ومن غير الجائز السماح للأطراف المتخاصمة حرية تعديل قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم هذه الدولة، هذا رأي[127]. بينما نادى فقه آخر بأهمية هذا المبدأ وضرورة الاعتراف به من خلال الاعتراف برادة الخصوم في تعيين المحكمة المختصة دوليا بالنظر في نزاعهم، لاعتباره أمرا طبيعيا وتوافقه مع قواعد تنازع القوانين، أي الاعتراف بدور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، لما للشرط المتفق عليه من تأثير ملموس في التقليل من عدم الضمان المتعلق بغياب تنظيم المجتمع الدولي في حالة وجود تنازع قضاب دولي[128]. من هذا المنطلق، كان التوجه لدى التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية نحو الاعتراف بهذا الضابط وتنظيمه قانونا، ومن ثم تمديد العمل به في مجال التنازع التجاري الالكتروني.

ثانيا: صور وآثار ضابط الخضوع الإرادي

بلا شك أن دور ضابط الخضوع الإرادي في المنازعات الالكترونية يظهر من خلال صوره وآثار الأخذ به. بحيث يمكن أن يكون اتفاق أطراف النزاع على قبول الخضوع لسلطة المحكمة المختارة في مرحلة سابقة على قيام النزاع أو لاحقة عليه، فقد يصدر التعبير عنه صراحة أو أن يكون ضمنياً، فيتم صراحة عند النص عليه صراحة في صلب العقد المبرم بين أطراف العلاقة القانونية، أما ضمنيا كما في حالة رفع المدعي دعواه أمام محاكم إحدى الدول ثم حضر المدعى عليه وأبدى دفاعه في موضوع

الدعوى وهذا دون دفعه بعدم اختصاص محاكم الدولة المرفوع أمامها النزاع حتى في حالة عدم حضور المدعى عليه، إذ لا يعتبر ذلك تفسيرا على أنه قبول ضمني باختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع، من هنا نؤكد على أهمية هذا الضابط في مجال العقود الالكترونية سواء تم الاتفاق عليه صراحة أو ضمنيا في تعزيز ضمان حماية حقوق أطرافها متى نشأ فيما بينهم نزاع.

يبرز دور مبدأ الخضوع الإرادي من خلال ما يرتبه من أثرين، تمثل الأول في استقطابه للاختصاص عندما تصبح محكمة دولة ما مخول لها الاختصاص بالنظر في النزاع، في حالات لم يكن فيها الاختصاص ثابت لها أصلا مما سيوسع في اختصاصها بعد ذلك، كالاتفاق الحصري على خضوع الأطراف المتخاصمة لولاية القضاء الجزائري، هذا ما سيجلب الاختصاص لمحاكمها. والأثر الثاني تمثل في سلب أو سحب الاختصاص من محاكم دولة ما تكون هي المختصة أصلا للنظر في النزاع[129].

ثالثا: شروط الاعمال بالمبدأ في مجال المنازعات المدنية الالكترونية

هي مجموعة شروط وجب توافرها كلما نشأ اتفاق فعال يقضي باختصاص محكمة معينة، تتنوع بين شروط موضوعيه وأخرى شكلية.

أ- شروط موضوعية: اتجه أغلب الفقه [130]إلى اشتراط الصفة الدولية للنزاع، ما يفيد وجوب تعلق الاتفاق الرضائي بنزاع يتضمن عنصراً أجنبيا، بصرف النظر عما إذا تم التعاقد بآلية مادية أو الكترونية، ولكن يعتبر باطلا وعديم الأثر اتفاق أطراف متحدب الجنسية على منح الاختصاص لمحاكم دولة أخرى بنظر المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد المبرم بينهما في الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتهما والمراد تنفيذه بها. كما اشترط الفقه المعاصر [131] ضرورة قيام علاقة جدية بين النزاع ومحكمة الدولة التي اتفق الخصوم على اسناد الاختصاص لها، بحيث وجودها يستند إلى توافر عنصرين: تمثل الأول في العنصر الشخصي وهو جنسية الأطراف أو موطنهم، وتعلق الثاني بعنصر موضوعي مستمد من العلاقة القانونية محل النزاع، كاتصال أحد عناصر تلك العلاقة مثلا محل تنفيذ العقد بالدولة التابع لها اختصاص المحكمة محل الاختيار، اعتبر هذا الشرط ضروري لاعتبار الحكم الأجنبي الصادر من محكمة مختصة حتى يمكن الأمر بتنفيذه. وأخيرا، الاشتراط بوجوب ألا يكون هذا الاتفاق منطويا على غش أو تحايل[132]، لأنه قد يسلك أطراف النزاع طريقا بهدف التهرب من تطبيق بعض القواعد القانونية التي يخضع النزاع طبيعيا من خلال اللجوء إلى محكمة أخرى، لذلك وجب الفحص للاتفاق والتحقق من عدم التحايل والغش نحو الاختصاص، بحيث متى تأكد القاضي من أن اختيار أطراف النزاع قد لابسه غش أو تحايل، أصدر حكما بعدم الاختصاص لهذا السبب وبالتالي بطلان شرط الاختيار للمحكمة للنظر في النزاع.

ب- **شروط شكلية:** هي شروط تعلقت بمسألة الكتابة التي تحتل مكانة هامة في الاثبات واعتبارها من الطرق المباشرة لذلك، نظرا لسهولة اعدادها مقدما منذ نشوء الحق ولأن دلالتها يكون بشكل مباشر على الواقعة أو التصرف المراد إثباته. لذلك كانت شروط الاختصاص القضائي متى تعلقت بالجانب الشكلي ونخص الكتابة محل اعتراف تشريعي واتفاقيات حديثة[133]، منها مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص من خلال نص المادة04 من مشروع الاتفاقية، وسايره في ذلك تشريع بروكسل سنة 2001 من خلال نصا صريحا يقضي بقبول هذه الشروط في العقود المبرمة عبر وسيط الكتروني[134]. كما اهتم القانون النموذجي للتجارة الالكترونية[135] بمضمون الكتابة عندما وازن بين الدعائم الورقية والرسائل المعلوماتية مؤكدا في نصوصه ضرورة البحث عن وسيلة الكترونية مساوية في قيمتها الوظيفية الكتابة على الدعامة الورقية. كذلك اشترطت صراحة اتفاقيه لاهاي لسنة 2005 وجوب أن يتم التنصيص صراحة في العقد على شرط الاتفاق بخصوص الخضوع الإرادي لمحاكم معينة، من خلال الكتابة أو أي وسيلة أخرى من شأنها إثبات الاتفاق بين الطرفين[136].

أما بالنسبة لموقف التشريع الجزائري حول مدى إمكانية اعتبار الكتابة الالكترونية وسيلة لاثبات الاتفاق المحدد للمحكمة المختصة دوليا في النزاع، لم يحدد المشرع شروطا لصحة هذا البند بالنظر لخطورة هذا الضابط كإجراء يتطلب توافر شروط صارمة ومنها شرط الكتابة. وبالرجوع إلى نص المادة 323 مكرر 1 يتضح إقرار المشرع الجزائري للمساواة في الاثبات بين الكتابة التقليدية بخط اليد والتي تتم الكترونيا شرط أن تستوفي الشروط القانونية والتقنية لضمان سلامتها واعتبارها دليل إثبات[137].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من مبدأ الخضوع الارادي في مجال المنازعة المدنية الالكترونية

استنادا إلى المادة 02 من القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية[138] جاء ذكر القانون الواجب التطبيق في مسألة الاختصاص، وأيضا المادة 13 من نفس القانون حيث صرح المشرع بضرورة تضمن العقد الالكتروني لمعلومات من بينها الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع، هذا ما يفيد عدم تنصيص المشرع الجزائري على ضابط الخضوع الإداري كضابط لتحديد الاختصاص القضائي في قانون التجارة الالكترونية الجديد، ولكن بالرجوع إلى النصوص القانونية وتحديداً المادتين 45 و46 من القانون رقم: 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتبين اتجاه المشرع إلى أن القانون الجزائري هو المطبق على الدوام حتى لوكنا بصدد تعامل الكتروني تجاري عابر للحدود، كذلك يتضح تكريسه مبدأ الخضوع الإرادي خاصة في نص المادة 46 من ذات القانون، والتي تفيدنا أيضا إلى أن قواعد

الاختصاص القضائي المحلي ليست من النظام العام مما يسمح لأطراف التعامل الاتفاق على مخالفتها[139].

وعليه يتم امتداد قواعد القانون الداخلي وتطبيقها على المستوى الدولي في ظل غياب نصوص قانونية تضبط الاختصاص القضائي الدولي، يترتب على ذلك في حالة قيام نزاع حول معاملة قانونية أحد عناصرها أجنبيا يكون لأطراف الخصومة اختيار الجهة القضائية التي يرفع أمامها النزاع[140].

ولكن بالنظر لانتشار التجارة الالكترونية المعتمدة أساسا على وسيلة الكترونية في الجزائر، هذا ما يطرح إشكالية إمكانية لجوء أطراف هذا التعامل إلى إدراج هذا الشرط وبالتالي تفعيل ضابط الخضوع الإداري، وهو ما يقتضي تكريس المشرع لهذه الالية من خلال النص عليه في تنظيم طالما أن حماية المصالح الخاصة للأفراد والتوسيع فبها وتعزيزها هو ما يبرر اختصاص محاكم الدولة تبعا لهذا الضابط، حيث لا يرغب كل مورد الكتروني أو حتى المنتج أن يتم مقاضاته من قبل محكمة أجنبية، ونجد في المقابل مشتري بفضل اللجوء إلى محاكم قريبة له لأجل المطالبة بحقوقه في مواجهة المورد الالكتروني، ومن ثم عدم وجود اتفاق حول الاختصاص القضائي خاصة في التعامل الالكتروني، هذا ما يُعرض المورد الالكتروني لمجال الاختصاص القضائي في كل بلد يصل إليه نشاطه التجاري، من هذا المنطلق تبرز أهمية إدراج هذا الشرط في العقد والذي يمنح الاختصاص في مجال المعاملات الالكترونية، ومنه كان الاعتماد عليه من قبل أصحاب المواقع التجارية الالكترونية بإدراجه في الشروط العامة للبيع، إذ يقتضي لصحة هذا الاتفاق في هكذا حالة أن يتم قبول المستخدم بشكل صريح وواضح لا يدع مجالا للشك فيه من خلال الضغط على أيقونة مخصصة لذلك[141].

المطلب الثاني: المحكمة المختصة في حالة غياب الاتفاق

إن القول بتطبيق القواعد العامة للاختصاص القضائي على العقود في مجال التجارة الالكترونية تطرح إشكالية صعوبة الخروج عليها، وبالتالي ينعقد الاختصاص القضائي للنظر والفصل في المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود لمحكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو المحكمة التي تم الاتفاق على اختصاصها أو تنفيذ العقد[142].

تم تبني هذه القاعدة في أغلب التشريعات المعاصرة ومنها المشرع الجزائري، التي تحرص على وضع أحكام قانونية خاصة لحماية المستهلك وهي قاعدة ملزمة لصالحه، إذ يجب الأخذ بعين الاعتبار خصوصية وطبيعة التعامل الالكتروني حيث ينعقد العقد بين حاضرين في الزمان وغائبين في المكان،

والعبرة في المكان حيث تحقق شرط علم الموجب وهو المورد الالكتروني بقبول المستهلك الالكتروني، هذا ما لم يتفق طرفا العقد أو يوجد نص يقضي بغير ذلك[143].

في ذات السياق، في العقد الالكتروني رغم وجود المورد الالكتروني كطرف موجب في بلد والمستهلك الالكتروني طرف قبول في بلد آخر، إلا أن اقتران وتطابق الإرادتين يمكن أن يتم في أي لحظة، لارتباط الأمر بالعرض الالكتروني حيث يتم عرض السلعة بواسطة شاشة جهاز الكمبيوتر عبر الانترنت ومن ثم جواز أن يتم الاقتران في أي وقت وهو ما يمكن افتراضه ومن ثم صحته بالنسبة لاختصاص محاكم دولة تنفيذ العقد[144].

اتجه الفقه في رأي آخر، حالة انعدام اتفاق صريح من طرفي العقد الدولي على القانون الواجب التطبيق عند النزاع، واستعصى الأمر التوصل إلى الإرادة الضمنية لهم بخصوص هذا الأمر، قد يقوم القاضي بالتحديد للقانون الواجب التطبيق على الأغلب يكون قانون الدولة التي يكون العقد على صلة بها، لاعتماده في هذا التحديد على عناصر هامة مثل مكان التعاقد ومكان أداء الالتزامات المترتبة عنه، مكان الإقامة، أو عمل أطراف الخصومة، أو طبيعة وموضوع العقد.

الخاتمة:

لا ننكر أن تقدم التكنولوجيا كان لها الأثر الواضح في تطور عالم التجارة عبر وسائط الكترونية، وامتداد هذا التطور نحو إبرام عقود الكترونية، ومن الطبيعي أن تنشأ منازعات في هذا النوع من المعاملات المدنية الالكترونية، وفي ظل غياب القواعد المنظمة لتحديد المحكمة المختصة في مجال هذا النوع من المنازعات، فإنه يبقى الحل كما اتجه ليه الفقه وما فرضته القواعد العامة من العمل والأخذ بالضوابط التقليدية للاختصاص القضائي الدولي ومحاولة تطويعها عليها، في هذا الصدد درسنا دور كلا من مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ الخضوع الإرادي وما يؤديه كلا منهم من دور إيجابي في انعقاد الاختصاص القضائي للمحاكم الدولية أو الوطنية من خلال اتفاق أطراف الخصومة أمام محكمة أو محاكم دولة بذاتها واسناد النزاع إليها، ومنه توصلنا إلى عدة نتائج متبوعة باقتراحات نوردها تباعا.

النتائج:

1- أمكن خضوع العقد المبرم الكترونيا لقانون الإرادة أي القانون الذب يتاره الأطراف صراحة أ ضمناً، فيتم الاختيار عبر شبكة الانترنت من خلال رسالة الكترونية متبادلة، وقد يتم الاستعانة للتحقق من توجه إرادة الأطراف لهذا الحل عن طريق ظروف التعاقد مع الاستعانة بالقرائن.

2- لا تقتصر حماية أطراف التعامل الالكتروني خاصة المستهلك الالكتروني على قواعد الاختصاص التشريعي في مجال المنازعة المدنية إنما تمتد إلى قواعد الاختصاص القضائي.

3- اعتبار ضابط الخضوع الإرادي من قواعد الاختصاص القضائي الأكثر تناسبا لانعقاد الاختصاص في مجال المنازعات المدنية الالكترونية.

4- إن تعزيز حماية فعالة للمستهلك الالكتروني لا يقف عند حد دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي، بل يمتد الأمر إلى الدور الاستثنائي الذي يؤديه ضابط الخضوع الإرادي في تحديد الاختصاص القضائي الدولي في المنازعات التي تنشأ عن هذا التعامل، هذا ما يوفر حماية فعالة للمستهلك متى تم تطبيق هذا الضابط.

الاقتراحات:

1- ضرورة سن اتفاقيات دولية خاصة بقواعد الاختصاص القضائي الدولي في مجال تنازع العقود المدنية الالكترونية بهدف توفير أكبر حماية للمستهلك الالكتروني.

2- ضرورة تأسيس القانون الجزائري للاختصاص القضائي الدولي في مجال المنازعات المدنية الالكترونية، ونقترح بهذا الخصوص سن قاعدة قانونية تنص على عقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية بناء على مبدأ الخضوع الإداري في مجال التنازع التجاري الالكتروني.

الهوامش:

[102] – جاك غستان، المطول في القانون المدني-تكوين العقد-، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، 2000، ص 19.

[103] – عبد الفتاح محمود الكيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، ص 376.

[104] – هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، مصر، 2001، 421.

[105] – عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 169.

[106] – عبد الفتاح محمود كيلاني، مرجع سابق، ص 378.

[107]– يراجع نص المادة 04 في فقرتها الأولى من هذه الاتفاقية بأنه" حينما لا يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد فإن العقد سوف يُحكم باسطة قانون الدولة الأكثر ارتباطا بها ومع ذلك يمكن على سبيل الاستثناء أن يُحكم باسطة قانون هذه الدولة".

[108] – المادة معدلة بالقانون رقم: 05 – 10 المؤرخ في 26 يونيو 2005 المتمم للأمر رقم: 75 – 58 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 44، سنة 2005.

[109] – تجدر الإشارة أن الأصل في التعبير عن الإرادة في التشريع الجزائري يصدر في شكله الرضائي وقد يتطلب القانون الشكل الكتابي، ولكن المشرع من خلال نص المادة 18 لم يذكر شكلا خاصا للاتفاق ما يُفيد جوازه أن تصدر الموافقة بالتراضي أو كتابة، كما أن القواعد العامة من خلال نص المادة 60 من القانون المدن الجزائري أشارت إلى جواز المشرع أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمنياً.

[110] – بلميهوب عبد الناصر، حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، جامعة جيجل، الجزائر، 12-2013/04، ص 08.

[111] – التوجهات الأوروبية وخاصة التوجيه الأوروبي رقم: 2/93/13 الخاص بالشروط التعسفية ف عقود الاستهلاك.

[112] – فاروق محمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 259.

[113] – المرجع السابق، ص 297.

[114] – محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت– دراسة مقارنة في ضوء التوقيع الالكتروني، الطبعة الأولى، دار النشر الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 219.

[115] – انظر نصوص اتفاقية روما 1980 على الموقع التالي: – www.hmso.gov.uk/ac1990/Ukpga_19900036_en_1.htm

[116] – أسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، –دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 237.

[117] – القانون رقم: 18-05 المؤرخ في 2018/05/10 يتعلق بالتجارة الالكترونية الجريدة الرسمية عدد 28 المؤرخة في 2018/05/16.

[118] – انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 72 وما يليها0. أسامة احمد بدر، مرجع سبق، ص 239.

[119] – أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 293.

[120] – عبد الفتاح محمود كيلاني، مرجع سابق، ص 388.

[121] – محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 415.

[122] – خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاظم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 153.

[123] – عبد النور احمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان السنة الجامعية 2015-2016، ص 12.

[124] – عبد الباسط جسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص229.

[125] – المرجع السابق، ص 230.

[126] – نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص201.

[127] – عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص المصري، دار النسر الذهبي، القاهرة، 2003، ص 920.

[128] – صفاء فتوح جمعة، قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمنازعات الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، المركز القومي للاصدارات القانونية، الطبعة الألى، القاهرة، 2013، ص 116.

[129] – نبيل زيد مقابلة، المرجع السابق، ص 201.

[130] – هشام علي صادق و حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999، ص 97.

[131] – محمد محمد حسن الحسني، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 94.

[132] – المرجع نفسه.

[133] – عصام الدين القصبي، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الالكترونية، مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المنظم من كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، ماي 2003، ص 1629.

[134] –المرجع نفسه.

[135] – الصادر عن منظمة الأمم المتحدة المتمثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال سنة 1996.

[136] – مراد صاب محمود، هلو محمد الصالح، فاعلية مبدأ الخضوع الارادي في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية، مجلة القادسية للقانون العلوم السياسية، جامعة القادسية، العراق، عدد 01، المجلد 10، جوان 2019، ص 531.

[137] – يوسف زروق، مكانة الكتابة الالكترونية في الاثبات، دراسة مقارنة، مجلة المعيار في الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية والثقافية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، العدد 13، جوان 2016، ص 264.

[138] – القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، مصدر سابق.

[139] – رحاوي آمنة، الاختصاص القضائي الدولي المبني على ضابط الخضوع الإرادي، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والقضائية، العدد 01، المجلد 05، 2022، ص 1756.

[140] – المرجع نفسه.

[141] – محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 88.

[142] – عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 74.

[143] – يراجع نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سابق.

[144] – محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 96.

ضوابط وحدود حق الأجنبي في الملكية العقارية في التشريع الجزائري.

Controls and limits of the foreigner's right to real estate ownership in Algerian legislation

د. محده جلول

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

mehda-djelloul@univ-eloued.dz

ملخص:

تعد المليكية العقارية من أهم الحقوق التي جبل الإنسان على الحصول عليها، لذلك تسعى كل التشريعات لتنظيمها وضبطها وفرض احترام الغير لها من خلال جملة الحقوق المتصلة بالملكية، وقد تدرج المشرع الجزائري في التعريف هذا الحق باعتباره حقا عينيا أصليا وتبيان طرق اكتسابه، والتي تعد المسوغات المضبوطة تشريعيا للحصول عليه بالنسبة للأشخاص الوطنيين ومن ذلك العقد سواء كان بعوض كعقد البيع وعقد التبادل أو دون عوض كعقد الهبة والوصية، أو عن طريق الميراث، أو عن طريق التقادم المكسب أو الالتصاق أو الشفعة، وغيرها من طرق الاكتساب المقررة قانونا، وفي هذا الخصوص تثور مسألة حق الأجنبي في التملك فهل يعامل مثل ما يعامل الوطني في هذا الحق أم أن هناك شروطا وضوابط لا بد من توافرها حتى يتمكن من الحصول على حق الملكية العقارية، هذا ما سنحاول أن نميط اللثام في ورقتنا البحثية هذه.

كلمات مفتاحية: حق الملكية، الاكتساب، الأجنبي، شروط التملك، التصرف القانوني.

Abstract:

Real estate ownership is one of the most important rights that a person has the ability to obtain. Therefore, all legislation seeks to regulate and control it and impose respect for it by others through the set of rights related to the right of ownership. The Algerian legislator has included in the definition this right as an original real right and explaining the ways of acquiring it, which are the justifications. Legislatively determined to obtain it for national persons, including that contract, whether it is for consideration, such as a contract of sale or an exchange contract, or without consideration, such as a contract of gift and will, or through inheritance, Or through the statute of limitations, gain, attachment, pre-emption, and other legally prescribed methods of acquisition. In this regard, the issue of a foreigner's right to own property arises. Is he treated the same as a national in this right, or are there conditions and controls that must be met in order for him to be able to obtain the right? Real estate ownership, this is what we will try to uncover in our research paper.

Keywords: Ownership right, acquisition, foreign, ownership conditions, legal disposition.

مقدمة:

يرتبط حق الملكية بالشخصية القانونية التي يعد من أهم الحقوق التي يمكنها أن تكتسبها وتحميها النصوص القانونية الدولية والوطنية بنسب متفاوتة بين ما إذا كان الشخص وطنيا أم أجنبيا، وبما أن كل الشرائع تقر بحقوق الشخص بغض النظر عن جنسيته متى ولد حيا واستمر كيانه إلى غاية وفاته ماديا أو حكميا فالمركز القانوني للأجنبي يتحدد وفقا لما تمليه قواعد القانون الدولي ومباديء الإعلان العالمي لحقوق الانسان التي تبقى مبادئ عامة قد لا تلزم كلها الدول في هذا الخصوص، كما أن التشريعات الداخلية للدول تسطر أحكاما خاصة بحقوق الأجانب على أراضيها وكيفيات اكتسابها والتعامل في ما يدخل في دائرة التعامل ومن أهمها حق تملك العقارات التي قد ترد عليه قيودا خاصة.

إن تمتع الشخص الأجنبي بالحقوق اللصيقة به أو الحقوق الشخصية والعينية تحددها النصوص القانونية للدولة التي تستلهم من القانون الدولي والاتفاقيات الدولية الجماعية أو الثنائية بعض الأحكام والمبادئ العامة آخذة في الاعتبار مصالحها العليا كالحفاظ على الثروات وحفظ النظام العام بأبعاده الثلاث الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة، ومن ثم قد يكون هناك تمييز في بعض الحقوق بين الشخص الوطني والأجنبي.

إن تشعب العلاقات الدولية البينية بين الدولة وغيرها من الدول والانفتاح الاقتصادي وحركة رؤوس الأموال والأخاص من وإلى الدول الأخرى فتح المجال واسعا لتفعيل قواعد القانون الدولي العام منه والخاص الذي يتم تطبيقه بالشكل المتقابل حتى وإن كان هناك من يرى بالانتقاص من عنصر السيادة الوطنية غير أن وطأة هذا المنحى تقلصه المصالح العامة أو الخاصة المتبادلة في ذات المسألة الواحدة.

وتسعى الجزائر من خلال ضبطها للوجود الأجنبي على أراضيها من خلال ضبط دخول وخروج الأشخاص وحق الإقامة المؤقتة أو الدائمة وكذا حقوق العمل بالنسبة للعمالة الأجنبية وما يتعلق بحقوقهم الشخصية والعينية، بما ينعكس إيجابا على استقرار حقوق الأجانب وتفعيل دورهم في الاقتصاد الوطني الذي أصبح لزاما الانفتاح على الاستثمار الأجنبي المباشر لترقية الصادرات والتقليل من الواردات.

ولدراسة أحكام حق ملكية الأجنبي في الجزائر وما يتعلق بها من انتقال وقيود ترد عليها إرتأينا طرح الاشكالية التالية:

إلى أي مدى يسمح المشرع الجزائري بحرية تملك الأجنبي للأموال العقارية؟.

وللإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا ورقتنا البحثية هذه إلى محورين اثنين نتناول في المحور الأول التعريف بالشخص الأجنبي وتحديد مركزه القانوني وحقوقه في حين نتناول في المحور الآخر مبدأ حرية التملك والقيود والواردة عليه، مستعملين في ذلك المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية ذات الصلة.

المحور الأول: المركز القانوني للأجنبي وما يتمتع به من حقوق

يُعَدُّ الشخص الأجنبي حالة خاصة من حالات الفرد داخل الدولة، فهو إنسان بطبيعته أو شخصا معنويا بمتضى القانون، يمنحه المشرع حقوقا وفسحة من الحرية في بعض المجالات ويقيدها تارة أخرى شيئا ما بالنظر لاعتبارات خاصة بالنظام العام، وهذا ما هو معمولا به في أغلب الدول لا سيما منها لدى المشرع الوطني وللوقوف على مدى تكريس المشرع لحقوق الأجانب وحرياتهم لا بد من التعرف أولا على مفهوم الشخص الأجنبي ثم نعرج على التعريف بحقوقه وحرياته التي يمكن أن يتمتع بها داخل الدولة، وذلك من خلال ما يلي:

أولا: مفهوم الشخص الأجنبي

بالرجوع للنص القانوني رقم: 11/08 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها[1]، نجده قد عَرَّفَ الشخص الأجنبي في نص المادة الثالثة منه بأنه "كل فرد يحمل جنسية غير الجنسية الجزائرية أو الذي لا يحمل أية جنسية"، ومن خلال هذا التعريف نستنتج أن المشرع أخذ بمعيار الجنسية في التمييز بين الشخص الأجنبي والشخص الوطني، هذا الوصف ينصرف إلى كل شخص وطني يتمتع بكامل الحقوق التي يخولها له الدستور، والجنسية هي تلك الرابطة القانونية التي يرتبط بها كل شخص بالدولة التي ينتمي إليها، ولا يكفي الموطن والإقامة ليتمتع الفرد بالجنسية إذ يعتبر الأجنبي المقيم في الجزائر ويتخذها موطنا له أجنبي ما لم يتحصل على جنسيتها بالطرق القانونية.

ومنه فالأجنبي هو ذلك الشخص الذي لا يتمتع بالجنسية الجزائرية سواء كانت لديه جنسية دولة أخرى أو ليس له جنسية حتى، ذلك ما يسمى قانونا بعديم الجنسية[2]، وقد يكون الأجنبي في الجزائر إما مقيما مؤقتا أو دائما:

1- الأجنبي المقيم بصفة مؤقتة: وهو الشخص الذي لا يحمل الجنسية الجزائرية ويقدم في الجزائر بنية الإقامة المؤقتة وليست على سبيل الدوام، وقد نصت المادة الرابعة من القانون رقم: 11/08

المذكور أعلاه على أنه يجب أن يقدم عند طلبه الدخول للتراب الوطني ضمانا لإمكانيات العيش حسب مدة إقامته، حيث لا تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر[3].

2- الأجنبي المقيم بصفة دائمة: وهو ذلك الشخص الذي لا يتمتع بالجنسية الجزائرية ويقيم على سبيل الدوام في الجزائر ويتخذها موطنا فعليا له، حيث تمنح له بطاقة الإقامة من طرف الولاية التي يقطن في نطاق إقليمها الجغرافي، وتكون صالحة لمدة ستين، ذلك ما نصت عليه المادة 16 من القانون رقم: 11/08 سابق الذكر، على أن يطلب تجديدها قبل خمسة عشرة يوم قبل تاريخ انتهاء صلاحيتها.

وللإشارة فإن بعض الأجانب تجدهم معفيين من إلزامية إثبات إقامتهم ببطاقة الإقامة وهم الأجانب المقيمين تحت غطاء شهادة السفر، الأجانب المقيمين تحت غطاء التأشيرة القنصلية، أعضاء البعثات الدبلوماسية والقنصلية وأفراد عائلاتهم[4]، رعايا الدول التي تربطها بالجزائر علاقات خاصة في إطار تطبيقات مبدأ المعاملة بالمثل، والتي تجسدها الإتفاقيات الثنائية بين البلدين كالاتفاقية بين الجزائر وموريتانيا مثلا[5].

وقد يكون الشخص الأجنبي معنويا كالشركات المتعددة الجنسيات أو الشركات التي تتخذ من الجزائر موطنا لها سوا كان موطنا رئيسيا أو فرعيا، أو فروعا للمنظمات الدولية والجمعيات، أو يكون الشخص معنويا عاما كالسفارات والبعثات الدبلوماسية وغيرها، فهي تتمتع بالحقوق والحريات التي يمنحها إياها القانون الداخلي أو تلك القواعد القانونية التي تتضمنها الإتفاقيات والمعاهدات الدولية، بالإضافة لمبدأ المعاملة بالمثل في مثل هذه الحالات[6].

ثانيا/ حقوق الأجنبي وحرياته داخل الجزائر

يتمتع الشخص الأجنبي في الجزائر بكل الحقوق المتعلقة بشخصه كإنسان كالحقوق اللصيقة بالشخصية وحقوقه الأسرية وحرية المعتقد وحرية التعبير وحقه في العمل وغيرها من الحقوق التي يكفلها الدستور ويمارسها وفقا لما تقتضيه القواعد القانونية المقررة لهذه الحقوق التي منها ما يصنف ضمن الحقوق التي يتساوى فيها مع الشخص الوطني، ومنها ما يقيدها القانون لاعتبارات خاصة بالأجانب، وسنوضح بعض الحقوق المرتبطة بموضوع الدراسة فيما يلي:

1- **تمتع الأجنبي بحقوق الملكية الفكرية والصناعية:** تعد الملكية الفكرية الأدبية منها والفنية مكونا من مكونات حقوق الإنسان، لا يتمتع بها الشخص الوطني فحسب بل يعترف بها الدستور الجزائري للأجنبي كذلك على غرار التشريعات الدولية الأخرى، التي تعمل على حماية الإبداع والاختراعات في كل

مجالات الفكر حيث انضمت الجزائر إلى عدة اتفاقيات دولية، أهمها معاهدة برن سنة 1886 لحماية الأعمال الأدبية والفنية واتفاقية جنيف لعام 1952، واتفاقية روما لعام 1961، وكذلك اتفاقية مراكش لعام 1994 وهذه الإتفاقيات تساوي بين حقوق المواطنين والأجانب في هذا الخصوص، وقد كرس المشرع تلك القواعد المستنبطة من المواثيق والاتفاقيات الدولية وضمنها في التشريع الوطني، وذلك بموجب الأمر رقم: 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة[7].

وكذلك الحال بالنسبة للملكية الصناعية فإن التشريع المعمول به يحمي الإبتكارات والإختراعات التي يقدمها الأفراد والشركات في المجال الصناعي والتجاري، وتضمن حقوق المخترعين والمبدعين وتمنع التعدي عليها، وقد صادقت الجزائر على الإتفاقيات الدولية في هذا الخصوص، ومنها اتفاق التعاون في ميدان براءات الاختراع (PCT) في 15 أبريل 1999، الذي يهدف إلى تسهيل إجراءات تقديم وحماية براءات الإختراع على الصعيد الدولي، اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية التي صادقت عليها الجزائر عام 1966، وهي من أقدم الإتفاقيات التي وضعت الإطار القانوني الدولي لحماية حقوق الملكية الصناعية، اتفاق مدريد للتسجيل الدولي للعلامات في 1972، والذي يسهل عملية تسجيل العلامات التجارية في عدة دول، اتفاق لشبونة لحماية تسميات المنشأ وتسجيلها على المستوى الدولي، الذي صادقت عليه الجزائر عام 1972، كما أن التشريع الوطني كرس هذه الحماية في الأمر رقم: 86/66 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية[8]، والأمر رقم: 65/76 المتعلق بتسميات المنشأ[9]، والأمر رقم: 07/03 المتعلق بحماية براءات الاختراع، والأمر رقم: 06/03 المتعلق بالعلامات التجارية[10].

2- **تمتع الأجنبي بحق الإيجار**: يُعَدُّ حق الإيجار من الحقوق الأساسية المقررة قانونا للأجنبي المقيم داخل إقليم الدولة، فهذا الحق يضمن للأجانب إمكانية استئجار مساكن أو محلات لممارسة نشاطاتهم المهنية مما يتيح لهم الإندماج والمساهمة الإقتصادية في المجتمع المضيف، شرط التزامهم بالقوانين الوطنية المتعلقة بشروط العمل والإقامة، وحسب القانون رقم: 11/08 المذكور سلفا فإنه يمكن للأجنبي الحصول على حق الإيجار في حال استوفى شروط الاقامة وحق العمل، وهذا ما يجعل الأجنبي قادرا على استئجار أماكن للسكن أو العمل حسب مقتضيات التصريحات الخاصة بذلك.

3- **تمتع الأجنبي بحق ممارسة نشاط مهني:** يحدد القانون رقم: 11/08 المذكور سلفا إطار عمل الأجانب في الجزائر حيث يُلْزمُ الأجنبي الراغب في ممارسة أي نشاط مهني بالحصول على تصريح إقامة وتصريح عمل دائمًا أو مؤقتًا، من الجهة المختصة ذلك بحسب ما نصّت عليه المادة 17 من هذا

القانون، ووفقا لضوابط خاصة منصوص عليها في القرار المؤرخ في 1983/10/26 الذي يحدد النموذج والمتطلبات التي ينبغي توافرها في التصريح.

4- **تمتع الأجنبي بحق التملك:** يُسْمَحُ للأجانب تملك المنقولات، كالأشياء القابلة للنقل، وذلك عن طريق الشراء، وعند عرضها للبيع يجب أن يتحصل على ترخيص بذلك من وزارة المالية إذا كان لهذا البيع تأثير على الاقتصاد الوطني، ذلكما نصت عليه المادة الثانية من المرسوم رقم 32/72 المتعلق بالتحويلات العقارية والحقوق العقارية والاكتسابات وتحويلات القيم المنقولة أو المرهونة أو المرتهنة أو الحصص في شركات جزائرية أو أجنبية موجودة في الجزائر[11]، وبالنسبة لحق تملك الأموال العقارية فقد يُسْمَحُ للأجنبي بتملك العقارات في حالات خاصة سنأتي على تفصيلها في المحور الموالي.

5- **تمتع الأجنبي بحق التقاضي:** يُعد حق التقاضي من الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الفرد وطنيا كان أم أجنبيا، وهو حق تكفله المواثيق الدولة لا سيما اتفاقيات حقوق الإنسان، لأن حرمان الأجنبي من هذا الحق يعتبر إنكارا للعدالة، وقد نظم المشرّع هذا الحق للأجانب من خلال المادتين 41 و 42 من القانون رقم: 09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية[12].

المحور الثاني: أحكام حق تملك الأجنبي للأموال العقارية

يتعلق تملك الشخص الأجنبي في الجزائر بعدة نقاط مهمة منها علانية حرية التملك التي لا تُأْخَذُ على إطلاقها وإنما هي مقيدة بضوابط قانونية مقررة للمصلحة الوطنية العليا، وفي هذا الخصوص قد يكتسب الأجنبي الملكية العقارية بأكثر من وسيلة وأهمها العقد، ويرد على ذلك الترخيص الإداري المسبق، وهو ما سنشرحه بالتفصيل فيما يلي:

أولا: مبدأ حرية تملك الشخص الأجنبي

يدخل حق التملك ضمن الحقوق الملازمة للشخصية القانونية التي يتمتع بها الفرد سواء كان وطنيا أم أجنبيا، غير أن وجهة نظر الفقه إلى حرية أو حق التملك بالنسبة للشخص الذي يعتبر أجنبيا عن الدولة المضيفة تراوحت بين الإطلاق والتقييد.

لذلك يرى جانب من الفقه أنه يجب معاملة الأجانب كالوطنيين في حرية اكتساب الملكية العقارية والتصرف فيها بالبيع والشراء دون قيود، لأن هذا الحق يعد لصيقا بالشخصية القانونية كما أسلفنا الذكر وبالتالي يتعين على الدولة أن تضمن هذا الحق بالنسبة للأجنبي، لذلك تنص المادة السابعة عشر من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[13] على أنه "لكل فرد حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره"، كما

تُقَرِّرُ حكما آخر يمنع تجريد أحد من ملكه تعسفا، وهذه قواعد عامة غير ملزمة للدول وإنما هي مباديء ترسم من خلالها السياسات التشريعية للدول قوانينها الداخلية بالنسبة لمعاملة الأشخاص الأجانب، لذلك نجد أن نص الفقرة الثانية من المادة 29 من هذا الاعلان تنص على أنه يخضع التمتع بالحقوق التي يضمنها إلى القيود التي تفرضها القوانين الداخلية للدول التي تسعى من خلالها إلى ضمان الحقوق والحريات وما يتطلبه النظام العام الداخلي للدولة[14].

لذلك يرى الجانب الآخر من الفقه بأن الدولة لا يمكنها منح حرية التملك على إطلاقها وإنما يجب أن تقيدها لعدة مقتضيات خاصة بها منها النظام العام والأداب العامة ومسألة السيادة الوطنية وغيرها، حتى وإن وصل الأمر إلى حظر التملك أصلا، لأن الملكية العقارية تعتبر جزءً من الإقليم الذي تمارس عليه الدولة سيادتها وبالتالي فإن لم تحظر التملك يمكنها أن تضبطه بجملة من القيود القانونية التي تراها الدولة مناسبة لها ويعزز هذا الرأي ما قررته المادة الثانية من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت رقم 3281 الصادر بتاريخ 1974/12/12[15] إذ تنص على أنه من حق كل دولة أن تمارس بحرية سيادتها الكاملة والدائمة على جميع ثرواتها ومواردها الطبيعية واستخدامها والتصرف فيها، ومن بين هذه الثروات الأموال العقارية.

ومن هذا المنطلق اختلفت الدول في هذه المسألة إذ أقرت بعض الدول الحرية المطلقة للأجانب في ممارسة حق التملك وتشبيههم في ذلك بالوطنيين دون تمييز، وعلى الوجه النقيض منعت بعض الدول الأخرى حق تملك الأجانب على أراضيها على وجه الإطلاق، في حين اتجهت أغلب الدول إلى تقييد هذا الحق لفائدة مبدأ المعاملة بالمثل، الحصول على ترخيص مسبق، اشتراط الإقامة الدائمة[16]، وما إلى ذلك من شروط، ومن تلك الدول نجد الجزائر التي تعامل الأجانب على أساس حرية التملك المقيدة بجملة من القيود التي سنأتي على شرحها.

ثانيا: طرق اكتساب الأجنبي للملكية العقارية

يمكن للشخص الأجنبي أن يتحصل على الملكية العقارية في الجزائر وفقا للقواعد العامة ومن ذلك الميراث والوصية والهبة والعقد كالبيع والتبادل وغيرها، ذلك ما سنوضحه باختصار فيما يلي:

1- تملك الأجنبي عن طريق الميراث: من المعلوم أنه بمجرد حدوث واقعة الوفاة المادية أو الحكمية تنتقل كل الحقوق المتعلقة بالتركة للورثة، حتى وإن كان من بين الورثة أجانب كلهم أو جلهم لا يحملون جنسية بلد مورثهم، لأن الشريعة الاسلامية لا تمنع ذلك، وكذلك الحال بالنسبة لقانون الأسرة

الجزائري، ما دام لا يوجد مانع من موانع الإرث كما نصت عليها المادة 128 من القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة[17]، التي تنص على أنه يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من موانع الميراث، وموانع الميراث هي: قاتل المورث، شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية، والردة واللعان[18].

ويراعى في انتقال الملكية العقارية للعنصر الأجنبي إجراءات الشهر العقاري فإذا كان المورث وطنيا والوارث أجنبي يحرر العقد (الشهادة التوثيقية) حسب النصوص القانونية الوطنية لا سيما ما تنص عليه المادة 16 من القانون المدني[19] وأحكام المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري[20]، أما إذا كان المورث أجنبيا والوارث جزائريا فتخضع إجراءات نقل الملكية للوارث وفقا لما ينص عليه قانون البلد الذي تتواجد فيه أعيان التركة ذات الطبيعة العقارية.

2- تملك الأجنبي عن طريق الوصية: الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع وهي كذلك تصح أن تكون سببا من أسباب كسب الملكية بالنسبة للشخص الأجنبي، إذ تنص المادة 200 من قانون الأسرة المذكور سابقا أن الوصية تصح مع اختلاف الدين، أي الوصية يمكن أن تكون لغير المسلم ناهيك عن كونه وطنيا أم أجنبيا.

3- تملك الأجنبي عن طريق العقد: ونقصد بالعقد كل العقود الناقلة للملكية العقارية كعقد الهبة وعقد البيع وعقد التبادل وغيرها من العقود الأخرى، على أن تنتج هذه العقود أثارها القانونية حال حياة المتعاقدين، إذ تنص المادة الأولى من المرسوم رقم: 15/64 المتعلق بحرية المعاملات[21]، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 344/83، على ضمان حرية المعاملات التي تتم بين الأحيا يقوم بها أشخاص طبيعيون أو معنويون من جنسية أجنبية والتي تهدف إلى إنشاء أو إنهاء أو اكتساب أو تحويل حقوق عينية عقارية أو حقوق الملكية والارتفاق والاستغلال والتنازل عن الحصص والرهون العقارية[22].

4- تملك الأجنبي عن طريق الاستثمار: تحاول الجزائر جاهدة على استقطاب المستثمرين الأجانب لتنشيط الاقتصاد الوطني من خلال توطين الاستثمارات المتنوعة التي يأتي بها الرأس المال الأجنبي، لذلك سنت عدة نصوص قانونية لتنظيم مجال الاستثمار في الجزائر، كان أولها المرسوم التشريعي رقم: 12/93 المتعلق بترقية الإستثمار[23] ثم الأمر رقم: 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار[24] ثم القانون رقم: 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار[25]، ثم القانون رقم: 18/22 المتعلق بترقية الإستثمار[26]، وقد تضمنت النصوص التطبيقية لهذه القوانين كلها منح الإمتياز الذي يعد نمطا من أنماط تملك الوطني

والأجنبي على حد سواء لحق الانتفاع الوارد على الوعاء العقاري الموطن عليه المشروع الإستثماري، ومن هذا المنطلق فإنه من حق الأجانب اقتناء حق الإمتياز والتنازل عليه وفقا لما ينص عليه قانون الإستثمار الساري المفعول.

وقد كان يعاب على المشرع الوطني تمييزه المستثمر الوطني عن المستثمر الأجنبي في مسألة تحويل الإمتياز الوارد على العقار الصناعي الذي كان المشرع يقرره بموجب المرسوم التشريعي رقم 12/93 والأمر رقم 03/01 المذكورين أعلاه لفائدة المستثمر الوطني دون الأجنبي، وهو الأمر الذي تداركه المشرع من خلال الأمر رقم: 04/08 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية[27]، حين وحد التطبيق على كل المستثمرين الذين يستفيدون من الإمتياز غير القابل للتحويل إلى تنازل مهما كانت جنسية المستثمر وطنيا أم أجنبيا.

غير أن المشرع زاد من حزمة الحوافز الإستثمارية ليقرر في القانون رقم 17/23 المتعلق بمنح الإمتياز على الأراضي التابعة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية[28]، حيث أصبح كل مستثمر وطني أو أجنبي ينجز مشروعه الاستثماري من حقه أن يطلب تحويل الإمتياز إلى تنازل حسب ما نصت عليه المادة الخامسة من هذا القانون، ويبقى التعامل في هذه الملكية بعد ذلك يخضع لمبدأ الترخيص المسبق.

ثالثا: القيود الواردة على حرية المعاملات ذات الطرف الأجنبي

يسمح المشرع للشخص الأجنبي بحرية التملك وفقا للقواعد العامة غير أنه يُخْضِعُ ذلك لقيود قانونية تتعلق بطبيعة العقارات التي لا يمكن تملكها كالأملاك الوطنية العمومية أو الأملاك الوطنية الخاصة لا سيما العقار الفلاحي الذي لا يخضع إلا لمنح الإمتياز غير القابل للتحويل إلى تنازل حسب ما ينص عليه قانون التوجيه الفلاحي وكذا القانون 03/10 المتعلق بكيفيات منح الامتياز على المستثمرات الفلاحية وتحويل حق الانتفاع الدائم الذي كان واردا عليها إلى إمتياز، وغيرها من العقارات لذات طبيعتها.

وقد قيد المشرع المعاملات العقارية التي يكون أحد أطرافها عنصرا أجنبيا بنظام الرخصة المسبقة، التي يجب أن يتحصل عليها المتصرف قبل أي تعاقد في الملكية العقارية، ذلك ما نصت عليه المادتين الأولى والثانية من المرسوم رقم: 344/83 المذكور سابقا، وهذه الرخصة يسلمها الوالي المختص إقليميا،

على أن يتم تقييم أعيان المعاملة العقارية لتقدير مدى إمكانية أخذ الدولة بحق الشفعة الإدارية في هذا الخصوص[29]

وقد تقرر بطلان المعاملات العقارية المنصبة على حقوق عينية عقارية تعود للأشخاص الأجانب سواء كانو طبيعيين أو معنويين، إذا لم يرخص بها مسبقا من طرف وزارة المالية، ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من المرسوم رقم: 32/72 المتعلق بالتحويلات العقارية والحقوق العقارية والإكتسابات وتحويلات القيم المنقولة أو المرهونة أو المرتهنة أو الحصص في شركات جزائرية أو أجنبية موجودة في الجزائر[30].

الخاتمة:

من خلال ما تقدم يتضح جليا أن المشرع يأخذ بمبدأ حرية التملك للأشخاص الوطنيين والأجانب على حد سواء غير أن ذلك مرتبط بعدة مباديء وقيود قررت للمصلحة العامة، إذ تراعي في ذلك المباديء التي تأخذ بها أغلب الدول لا سيما إذا تعلق الأمر بما يمس بالسيادة الوطنية، وذلك ما لمسناه من خلال النصوص القانونية التي ترمي إلى إبطال المعاملات العقارية التي أبرمت بين المعمرين والجزائريين أواخر الثورة التحريرية إلى غاية بداية الاستقلال، بالإضافة إلى مبدأ المعاملة بالمثل الذي يُعَدُّ مبدءً ساسيا أكثر منه قانوني تقيد به حرية التملك بالنسبة للشخص الأجنبي المقيم في الجزائر.

إن إخضاع التصرفات القانونية لقيد الترخيص المسبق لا يثير كثيرا من الإشكالات إذ أن المعاملة العقارية ذات الطرف الأجنبي تمر بمرحلة تحقيق إداري بسيط يهدف إلى التحقق من جدية المعاملة من جهة وابتعادها عن الصورية، وكذا لتقييم مدى إمكانية أخذ الدولة بحق الشفعة إذا لزم الأمر ذلك، ما عدا ذلك فالمعاملة تبقى مشروعة ويعطى لها الإذن بإتمامها دون عوائق أخرى.

وفي هذا الخصوص يمكننا أن نقدم الاقتراحات التالية:

1- ضرورة الابقاء على قيد الترخيص المسبق للتملك بالنسبة للأجنبي لما له من أثر قانوني في حماية الثروة الوطنية ولما يتمتع به من انتقاء الجنسيات التي يمكن قبولها وتلك التي يمكن رفضها إعمالا لمبدأ السيادة الوطنية وما تتطلبه من حفظ للنظام العام.

2- ضرورة المراجعة التشريعية للنظام القانوني الضابط لحقوق الأجانب في نص قانوني يكون مرجعا موحدا بدلا من النصوص القانونية والتنظيمية المتعددة.

3- ضبط مواعيد الإجراءات الإدارية التي يستغرقها الإذن المسبق أو الترخيص الإداري بإتمام المعاملة العقارية، وذلك تحت طائلة اعتبار الموافقة في حالة انقضاء الميعاد دون رد، والذي نقترح له شهرا واحدا من تاريخ إلتماس منح الترخيص.

الهوامش:

[1] القانون رقم: 11/08 المؤرخ في 2008/06/25 الذي يحدد شروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، ج ر عدد 2008/02.

[2] جمال محمود الكردي، الجنسية والقانون المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص03.

[3] محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدزنية، الجزائر، ص244.

[4] المرجع نفسه، ص310.

[5] الإتفاقية المصادق عليها بموجب الأمر رقم: 04/70 المؤرخ في 1970/01/15، المتضمن المصادقة على الإتفاقية بين الجزائر وموريتانيا ج ر عدد 1970/14.

[6] بكاري محمد رفيق، أثر نشاط الشركات متعددة الجنسيات على البيئة، مذكرة ماجستير، في القانون الدولي، جامعة مستغانم، 2012، ص41.

[7] الأمر رقم: 05/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجأورة، ج ر عدد 2003/44.

[8] الأمر رقم: 86/66 المؤرخ في 1966/04/28 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، ج ر عدد 1966/35.

[9] والأمر رقم: 65/76 المؤرخ في 1976/07/16 المتعلق بتسميات المنشأ، ج ر عدد 1976/59.

[10] والأمر رقم: 06/03 المؤرخ في 2006/07/19 المتعلق بالعلامات التجارية، ج ر عدد 2006/44.

[11] المرسوم رقم: 32/72 المؤرخ في 1972/01/21 المتعلق بالتحويلات العقارية والحقوق العقارية والاكتسابات وتحويلات القيم المنقولة أو المرهونة أو المرتهنة أو الحصص في شركات جزائرية أو أجنبية موجودة في الجزائر، ج ر عدد 1972/08

[12] القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 2008/21، المعدل والمتمم بالقانون رقم 13/22 المؤرخ في 2022/07/12، ج ر عدد 2022/48.

[13] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم: 217 بتاريخ 1948/12/10.

[14] مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المكتبة الجامعية الحديثة، الإسكندرية، مصر 2007، ص24.

[15] القرار رقم: 3281 المؤرخ في 1974/12/12، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، المتضمن ميثاق حقوق الدول وواجباتها الإقتصادية.

[16] مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، مرجع سابق، ص64.

[17] القانون رقم: 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 1984/24، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، ج ر عدد 2005/15.

[18] يراجع في ذلك المواد من 135 إلى 138 من قانون الأسرة المذكور أعلاه.

[19] الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 1975/78، المعدل والمتمم لا سيما بالقانون رقم 2007/05/07 المؤرخ في 2007/05/13، ج ر عدد 2007/31.

[20] المرسوم رقم: 63/76 المؤرخ في 05/03/1976، المتضمن تأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم لا سيما بالمرسوم التنفيذي رقم: 123/93 المؤرخ في 1993/05/19، الجريدة الرسمية عدد 1993/34..

[21] المرسوم رقم: 15/64 المؤرخ في 1964/01/20 المتعلق بحرية المعاملات، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم: 344/83 المؤرخ في 1983/05/21، ج ر عدد 1983/21.

[22] سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، الجزائر، 2002، ص66.

[23] المرسوم التشريعي رقم: 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 المتعلق بترقية الإستثمار، ج ر عدد 1993/64، الملغى بالأمر رقم: 03/01.

[24] الأمر رقم: 03/01 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الإستثمار، ج ر عدد 2001/47، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 08/06 المؤرخ في 2006/06/15، ج ر عدد2006/47، الملغى بالقانون رقم: 09/16.

[25] القانون رقم: 09/16 المؤرخ في 2016/08/03 المتعلق بترقية الإستثمار، ج ر عدد 2016/46، الملغى كذلك بالقانون رقم: 18/22 المؤرخ في 2022/07/24، ج ر عدد 2022/50، الملغى بالقانون رقم: 18/22.

[26] القانون رقم: 18/22 المؤرخ في 2022/07/24، المتعلق بترقية الإستثمار، ج ر عدد 2022/50، الساري المفعول الآن

[27] الأمر رقم: 04/08 المؤرخ في 2008/09/10 المتضمن شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 2008/49، الملغى بالقانون 17/23.

[28] القانون رقم: 17/23 المؤرخ في 2023/11/15 الذي يحدد شروط وكيفيات منح العقار الاقتصادي التابع للأملاك الخاصة للدولة الموجه لإنجاز مشاريع لاستثمارية، ج ر عدد 2023/73، الساري المفعول الآن.

[29] توفيق زيداني، حق الأجانب في التملك العقاري في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الاستراتيجية، العدد: 13، 2018، ص 07.

[30] المرسوم رقم: 32/72 المؤرخ في 1972/01/21 المتعلق بالتحويلات العقارية والحقوق العقارية والاكتسابات وتحويلات القيم المنقولة أو المرهونة أو المرتهنة أو الحصص في شركات جزائرية أو أجنبية موجودة في الجزائر، ج ر عدد 1972/08.

الضمانات المالية الممنوحة للمستثمر الأجنبي في التشريع الجزائري

Financial guarantees granted to foreign investors in Algerian legislation

د. خيرجة ميلود ،
جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
khirdjamiloud@gmail.com

ط.د. مصباحي سمير
جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
Mosbahisami@gmail.com

ملخص:

تعتبر الاستثمارات الأجنبية و سيلة فعالة لتحقيق التنمية الاقتصادية في الدول، لاسيما للدول المضيفة للاستثمار، لهذا فالمستثمر يبحث عن فرص للاستثمار في الدول التي توفر أحسن الضمانات وهي متنوعة ومختلفة من بينها الضمانات المالية، و الدولة الجزائرية عملت من خلال قوانينها المختلفة على منح الضماناتاللازمة للمستثمرين الأجانب قصد الحصول على العملة الصعبة والكفاءة العمالية

كلمات مفتاحية: الاستثمار الاجنبي، الضمانات، الاقتصاد الوطني.

Abstract:

Foreigninvestments are considered an effective means of achieving economic development in countries، especially for countries hostinginvestment. Therefore، the investorsearches for opportunities to invest in countries thatprovide the best guarantees، which are diverse and different، includingfinancialguarantees. The Algerian state has worked، throughitsvariouslaws، to grantguarantees. Necessary for foreigninvestors to obtain hard currency and laborefficiency.

Keywords: foreign investment، guarantees، national economy.

مقدمة:

إن الدول النامية التي تمتلك رؤوس الأموال والكفاءة اللازمة للنهوض بالاقتصاد الوطني، وبالتالي لابد ولزاما على الدول التفتح على الاسواق الخارجية وتشجيع الاستثمارات الاجنبيةمن أجل النهوض بالاقتصاد الوطني.

ويعرف الاستثمار الأجنبي بأنه كل استثمار يتم خارج موطنه بحثا عن دولة مضيفة سعيا وراء تحقيق جملة من الاهداف الاقتصادية والسياسية والمالية والحصول على اليد العاملة المؤهلة، وبالرجوع إلى القانون الجزائري، فقد عرف الاستثمار الأجنبي وهذا وفقا لنص المادة 02 من قانون 09/16 "يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ما يأتي:

1- اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة،وتوسيع قدرات الإنتاج و إعادة التأهيل.

2- المساهمات في رأسمال شركة".

كما حدد مجال تطبيق هذا القانون من خلال المادة 01 منه، بحيث يطبق على الاستثمارات الوطنية والاجنبية المنجزة في المجال الاقتصادي للإنتاج السلع والخدمات.

ونظرا لأهمية هذه الاستثمارات بالنسبة للطرفين، فالدول المضيفة هدفها النهوض بالاقتصاد الوطني والحصول على العملة الصعبة والكفاءات العمالية، و أما المستثمرين الاجانب هدفهم الحصول على صفقات استثمارية، لكن يبحث دائما عن الدول التي توفر لهم أحسن الضمانات لأموالهم، ومن كل ما تقدم يمكن طرح التساؤل التالي: ماهي الضمانات المالية التي من خلالها يضمن المستثمر الاجنبي حقوقه؟.

ومن خلال هذه الورقة البحثية ومعالجتها لهذا الموضوع نسعى إلى تحقيق جملة من الأهداف:

تسليط الضوء على مختلف الضمانات التي كرسها المشرع الجزائري في النصوص التشريعية والتنظيمية التي لها علاقة بالاستثمار ومدى فعاليتها في جذب رؤوس الأموال لأجنبية وتشجيع الاستثمار في الجزائر.

ضرورة جلب الاستثمار إلى الجزائر بما يحقق تنمية اقتصادية عامة.

وللإجابة على التساؤل المطروح تم تقسيم الورقة البحثية إلى محورين أساسين:

المبحث الأول : ضمانات تحويل الأموال إلى الخارج والتنازل عن المشاريع الاستثمارية

نص المشرع الجزائري في القانون المنظم لترقية الاستثمار على العديد من الضمانات التي تمنح للمستثمرين سواء كانوا وطنيين أو أجانب، ذلك في الفصل الرابع تحت عنوان" الضمانات الممنوحة للاستثمارات " أين قام المشرع الجزائري بسن قواعد تحفيزية وحمائية في نفس الوقت التي تهدف إلى ضمانات تحويل الأموال إلى الخارج والتنازل عن المشاريع الاستثمارية لصالح المستثمر الاجنبي[175]، وكل هذا من أجل تشجيع المستثمرين للاستثمار في الجزائر، وتحسين الاقتصاد الوطني من وراء ذلك، وسوف نتطرق في هذا المحور إلى المقصود بتحويل رؤوس الأموال (أولا)، شروط وقواعد تحويل رؤوس الاموال (ثانيا).

المطلب الأول: المقصود بتحويل رؤوس الأموال

يعد تحويل رؤوس الأموال الأجنبية من أهم الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، إذ لا يمكن أن تتحقق الحماية الفعلية إذا لم يتمكن المستثمر الأجنبي من تحويل أمواله الموظفة في إقليم الدول المضيفة، ويشمل هذا الصنف من الأموال جميع الأموال المستثمرة، بما فيها العوائد المعادة استثمارها لغرض صيانة الاستثمار الأصلي أو زيادته، وغيره[176].

وعملا لذلك عكفت العديد من التشريعات على إقرار نصوص قانونية تتضمن مبدأ حرية التحويل المالي سواء تعلق ذلك بالعائد المالي، أو ضمان إعادة رأس المال إلى الوطن الأصلي، أو حتى مرتبات العمال الأجانب.

لقد اهتمت العديد من التشريعات المقارنة بالنص على قوانين تكفل الحق في تحويل الأموال المستثمرة وعوائدها، ذلك ان إعاقة هذا التحويل يعتبر عقبة كبيرة أمام المستثمرين، أما التكريس المطلق لهذا المبدأ يعد غير وارد بسبب تأثيره على موازنة الدولة واستقرارها المالي وفي الإطار نجد بعض التشريعات كالقانون للبناني أعطى ضمانات مالية للمستثمر تبنى بعض الحلول المبتكرة بحيث منح:

- إمكانية فتح حساب متحرك بمجرد توقيع صاحبه يسمح بتنقل الأموال بشكل قانوني
- مكانية فتح حساب مصرفي يمكن أن يكون بأية عملة من العملات

المطلب الثاني: شروط وقواعد تحويل رؤوس الأموال

تعد ضمانة تحويل رؤوس الأموال المستثمرة إلى الخارج من أبرز عوامل جذب المستثمرين الأجانب وتشجيعهم مما جعل المشرع الجزائري في سبيل ترسيخ هذه الضمانة إلى سن من التشريعات الوطنية وإبرام الاتفاقيات ما يحققها، غير أنه وفي سعي منه لحماية الاقتصاد الوطني من خلال الحفاظ على احتياطات الدولة من العملة الصعبة قيد هذه الضمانة بضوابط حتى يخلق توازنا بين مصلحة المستثمر في تحويل أمواله وضمان نمو الاقتصاد من خلال استقرار سعر الصرف والحفاظ على العملة الصعبة ومن أبرز هذه الضوابط ضابط العملة الحرة في التمويل والتحويل وأن يكون أصل رأس المال المستثمر من مصدر خارجي إلى جانب ضوابط شكلية يقتضيها غالبا التنظيم للسير الحسن للعملية.

المبحث الثاني : ضمانات ضد نزع الملكية (التعويض عن المخاطر الغير تجارية).

تعتبر الملكية شيئا مقدسا بالنسبة للمستثمر بصفة عامة والمستثمر الأجنبي بصفة خاصة، إذ ما الفائدة من الاستثمار إذا كانت ملكيته ستعود لطرف آخر غير المستثمر ذاته، وعلى الرغم من فكرة تقديس الملكية إلا أنها لم تحل دون الاعتراف للدولة بالقدرة على نزع الملكية الخاصة مؤقتا نهائيا في حالات معينة لدواعي الصالح العام.

وأن التزام الدولة بحماية الملكية الخاصة للمستثمر من أجل تشجيعه وحمايته، إلا أنها لا تكون على حساب حق الدولة في نزع الملكية، وهو حق معترف به دوليا من خلال النص عيه فيه في المواثيق والهيئات الدولية.

وحق الدولة في نزع الملكية هو إجراء إداري استثنائي تقوم به الدولة لاكتساب حقوق وأملاك عقارية نظمها إلى ممتلكاتها الخاصة، في مقابل ذلك يحرم المستثمر الأجنبي من ممتلكاته وأمواله جبرا لصالح المصلحة العامة في مقابل تعويض زهيد من الإدارة.

المطلب الأول: صور نزع الملكية للمنفعة العامة

من بين مبادئ النظام الرأسمالي الليبرالي حماية الملكية الفردية للفرد، بشرط يكون تحصل عليها بطريقة شرعية غير مخالفة للقوانين والتنظيمات المعمول بها، لكن حماية الملكية الفردية لا تكون على حساب المصلحة العامة لأن المصلحة العامة لها الأفضلية على المصلحة الخاصة، ولنزع الملكية هناك عدة صور ومن بينها:

1- التأميم
2- نزع الملكية
3- المصادرة
4- الاستيلاء

المطلب الثاني : الحق في التعويض عن نزع الملكية

يشكّل التعويض على هذا النحو، إحدى الضمانات القانونية الهامة للمستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة، هذه الأخيرة حتى وإن كان لها الحق في الاستيلاء على المشاريع الاستثمارية الأجنبية التي

تمارس نشاطًا على إقليمها، ذلك باستخدام أدوات قانونية مختلفة (التأميم، نزع الملكية للمنفعة العمومية، المصادرة).

فالتعويض العادل والمنصف حق تكفله القوانين والاتفاقيات الدولية للمستثمر الأجنبي متى سلبت منه ملكية مشروعه الاستثماري لدواعي المنفعة العامة بأي صورة من صور نزع الملكية، وكرس المشرع الجزائري هذا الحق في القوانين المتعلقة بالاستثمار ومثال ذلك القانون رقم 09/16 الذي جاء في المادة 23 منه" يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكة تعويض عادل ومنصف".

الخاتمة:

لقد عملت الدولة الجزائرية على تبني مجموعة من المبادئ الليبرالية الرأسمالية ومن بينها التفتح على الأسواق الخارجية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية، وهذا بهدف الحصول على العملة الصعبة والكفاءة العمالية، وهذا ما يؤدي إلى تحسين مستوى الاقتصاد الوطني.

وفي مقابل ذلك توفير ضمانات كافية للمستثمر الأجنبي من أجل تشجيعه على القيام بمشاريع داخل الوطن، ومن بين هذه الضمانات، الضمانات المالية التي غالب ما تشكل تخوف لدى المستثمر باعتبارها مرتبطة أساسا بمشروعه الاستثماري، ومدى إمكانية تحويل رؤوس أمواله إلى بلده، وكذلك الحماية التي توفرها الدولة عندما تعمل على نزع الملكية الفردية لصالح المصلحة العامة.

لكن هذه الضمانات غير كافية، لأن المستثمر الأجنبي أصبح يأخذ بعين الاعتبار المحيط العام للاستثمار، بالإضافة إلى البيروقراطية التي يعاني منها المستثمر الأجنبي وصعوبة تحويل أمواله إلى الخارج.

وحتى تتمكن الجزائر من جذب المستثمرين الأجانب، لابد من وضع ضمانات أوفر خاصة فيما يتضمن تسهيل تحويل الأموال إلى الخارج، والتي تعتبر عائق بالنسبة للمستثمرين الأجانب.

قائمة المراجع:

175 النظام 90-03، المؤرخ في 08سبتمبر 1990، المحدد لشروط تحويل رؤوس الأموال من وإلى الجزائر لتمويل النشاطات الإقتصادية وإعادة تحويلها إلى الخارج ومداخيلها، ج.ر.ج عدد 45 الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1990.

176 القانون 18/22، المؤرخ في 2022/07/24، المتعلق بالاستثمار، ج.ر.ج عدد 50، الصادرة بتاريخ 2022/07/28.

3- أسماء عكوش، سوهيلة عكوش، حقوق المستثمر الأجنبي في القانون الجزائري بين القانون والتطبيق، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015.

4- رفيقة قصوري، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010-2011.

5- فضيلة سنيسنة، الضمانات والحماية المقررة للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مجلة البشائر الاقتصادية جامعة طاهري محمد، بشار، المجلد05، العدد02، 2019.

6- ليلى سالم، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، رسالة ماجستير، تخصص قانون عام إقتصادي، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012/2011.

مراد سي نور الدين، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، دار الخلدونية، ب.ط، الجزائر، 2014

تنازع القوانين في التصرفات التبرعية–الوصية نموذجا

Conflict of Laws in Gratuitous Acts – A Case Study of Wills

د. شريفي عماد

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

cherifi-imad@univ-eloued.dz

ملخص:

يتناول هذا المقال تنازع القوانين في مجال الوصية في القانون الجزائري، حيث يُستعرض كيف يُمكن أن تطرأ تعارضات بين القوانين الوطنية والدولية في قضايا الوصية، خاصة عندما يتعامل الأفراد مع قوانين متعددة بسبب الجنسية أو الموطن أو مكان تنفيذ الوصية، يُناقش المقال كيف يُحدد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالات، مع التركيز على الشريعة الإسلامية ودورها في تحديد كيفية توزيع التركة في القانون الجزائري.

يتم تحليل كيفية تأثير المبادئ القانونية مثل الاختصاص الشخصي ومكان إبرام الوصية في تحديد القوانين المعمول بها، بالإضافة إلى تقديم أمثلة عملية توضح كيفية تطبيق هذه القواعد في حالات تتضمن ممتلكات في دول متعددة، كما يناقش التحديات القانونية مثل التضارب بين القوانين والتفسير المزدوج لها.

كلمات مفتاحية: تنازع القوانين، الأحوال الشخصية، الوصية، القانون الوطني، القانون الأجنبي.

Abstract:

This article addresses the conflict of laws in the field of wills under Algerian law, examining how conflicts may arise between national and international laws in will-related cases, especially when individuals are dealing with multiple legal systems due to nationality, domicile, or the place of execution of the will. The article discusses how the applicable law is determined in such cases, with a focus on Islamic law and its role in determining how the inheritance is distributed under Algerian law.

The analysis includes how legal principles such as personal jurisdiction and the place of executing the will affect the applicable laws. Practical examples are provided to illustrate how these rules are applied in cases involving assets in multiple countries. Additionally, the article addresses legal challenges such as conflicts between laws and the potential for dual interpretations.

Keywords: conflict of laws, personal status, will, national law, foreign law.

مقدمة:

تُعد مسألة تنازع القوانين واحدة من القضايا الأكثر تعقيدًا في مجال القانون الدولي الخاص، حيث تثير العديد من الإشكاليات القانونية التي تتعلق بتحديد القانون الواجب تطبيقه في الحالات التي تتداخل فيها القوانين الوطنية لدول متعددة، سواء كان ذلك بسبب تعدد الجنسيات أو اختلاف مكان الإقامة أو وقوع الفعل في أكثر من دولة. ويظهر هذا التنازع بشكل أكثر وضوحًا عندما يتعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية، التي تعد من أكثر المجالات التي تتأثر بالاختلافات الثقافية والدينية والتشريعية بين الدول.

على الرغم من أن قوانين الأحوال الشخصية تُعنى بالحقوق الشخصية للأفراد، فإنها في العديد من الحالات تتداخل مع قضايا أخرى تتعلق بالمواريث، الزواج، الطلاق، والوصية، وغيرها من المواضيع التي تنطوي على مواقف قانونية ذات صبغة دولية، وتزداد هذه الإشكالية تعقيدًا عندما يرتبط النزاع بعناصر خارجية، مثل أن يكون أحد الأطراف أو جميع الأطراف المعنية في النزاع من جنسيات مختلفة أو مقيمين في دول مختلفة، أو عندما يتعلق النزاع بأموال أو ممتلكات تقع في دول متعددة، وفي مثل هذه الحالات، قد يختلف تحديد القانون الذي يجب أن يُطبق بناءً على المعايير المختلفة التي تعتمد عليها القوانين الوطنية والدولية، ما يجعل الأمر غاية في التعقيد.

الوصية هي إحدى أبرز القضايا التي تثير إشكالية تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، حيث يُمكن أن تتعلق الوصية بممتلكات في دول متعددة، مما يتطلب تحديد القانون الذي يجب أن يحكم صحة الوصية وتنفيذها، على سبيل المثال، قد يكون الموصي جزائريًا يقيم في فرنسا، ويقرر توزيع ممتلكاته بين أفراد في الجزائر وفرنسا، مما يثير مسألة تطبيق أي قانون في تحديد صحة الوصية وتنفيذها، بينما يمكن أن تكون الوصية قد أُبرمت في دولة معينة (مثلاً فرنسا) بينما يجب تنفيذها في دولة أخرى (مثلاً الجزائر)، وبالتالي يطرح سؤالًا محوريًا حول أي من القوانين يجب أن يُعتمد.

تكمن أهمية هذا الموضوع في كونه يتيح فهم كيفية تعامل القانون الجزائري مع مسألة تنازع القوانين في سياق أحكام الوصية، فضلاً عن توضيح المبادئ الأساسية التي يعتمد عليها القانون الجزائري في تحديد القانون الواجب التطبيق على الوصية، كما أنه يعكس التحديات التي قد يواجهها الموصي والورثة في إطار العولمة والتعددية القانونية في العلاقات الدولية، يهدف هذا المقال إلى تحليل مفهوم تنازع

القوانين في مجال الأحوال الشخصية، مع التركيز على مسألة الوصية، والتحديات القانونية التي تطرحها هذه المسألة، مقارنة النظام الجزائري مع الأنظمة القانونية الأخرى في معالجة مسألة تنازع القوانين، وسيتبع هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، الذي يقوم على دراسة النصوص القانونية المتعلقة بتنازع القوانين في الوصية في القانون الجزائري مقارنة بالقوانين الدولية ذات الصلة، أما إشكالية البحث تتجسد في كيفية معالجة مشكلة تنازع القوانين في الوصية في سياق قانون الأحوال الشخصية، خاصة في الحالات التي تكون فيها أطراف النزاع مرتبطين بعدد من الأنظمة القانونية المختلفة، وعليه يطرح الإشكال التالي: كيف يمكن تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على الوصية في حال كان الموصي ينتمي إلى دولة معينة في حين أن تنفيذ الوصية يتعلق بممتلكات في دول أخرى؟ وما هو أثر هذا التنازع على حقوق الموصي وحقوق الورثة؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة تم تقسيم البحث إلى محورين، المحور الأول يتطرق إلى مفهوم تنازع القوانين في الأحوال الشخصية وتطبيقاته في الوصية، أما المحور الثاني فيتضمن أمثلة عملية وأبعاد تنازع القوانين في الوصية في النظام القانوني الجزائري.

المحور الأول: مفهوم تنازع القوانين في الأحوال الشخصية وتطبيقاته في الوصية

المطلب الأول : مفهوم تنازع القوانين في الأحوال الشخصية

تنازع القوانين هو مبدأ قانوني يُثار في الحالات التي تتداخل فيها قوانين دولتين أو أكثر فيما يتعلق بنزاع قانوني واحد. يحدث ذلك عندما تتشابك التشريعات الوطنية المختلفة في حالة قانونية معينة، مما يثير التساؤلات حول القانون الذي ينبغي تطبيقه. يُعتبر تنازع القوانين أحد أبرز القضايا التي يواجهها القانون الدولي الخاص، ويُعد من التحديات الكبرى في تحديد نطاق تطبيق كل قانون في الحالات ذات الطابع الدولي، مثل الأحوال الشخصية.

في سياق الأحوال الشخصية، تكون هذه المشكلة أكثر وضوحًا. فالأحوال الشخصية تشمل مسائل عدة تتعلق بالحقوق الشخصية للفرد، مثل الزواج، الطلاق، الوصية، الإرث، الحضانة، وغيرها من المسائل التي يختلف فيها التشريع من دولة إلى أخرى،وبالنظر إلى تنوع الأنظمة القانونية التي تحكم هذه المسائل بين الدول، يصبح من الضروري تحديد أي القوانين يجب تطبيقه عند حدوث نزاع يرتبط بأطراف أو وقائع في دول متعددة.

مسائل الأحوال الشخصية، مثل الوصية، هي واحدة من أبرز المجالات التي تثير مشكلة تنازع القوانين، حيث قد يتعامل الأفراد مع قوانين متعددة نظرًا لاختلاف الجنسية أو الإقامة أو مكان وقوع الفعل، على سبيل المثال قد يقرر شخص جزائري يقيم في دولة أخرى كتابة وصية بخصوص ممتلكاته في الجزائر وأموال أخرى في الدولة التي يقيم فيها، في هذه الحالة تظهر إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق: هل يُطبق القانون الجزائري باعتباره قانون الدولة الأصلية للموصي؟ أم أن القوانين الأخرى التي تنتمي إليها الأموال أو مكان الإقامة تلعب دورًا في تحديد القانون الذي يجب أن يُطبق؟

من المهم أيضًا الإشارة إلى أن التشريعات الوطنية الخاصة بالوصية تختلف بشكل كبير بين الدول، مما يزيد من تعقيد المسألة، فبعض الدول قد تسمح للموصي بتوزيع كامل تركته وفقًا لرغبته، بينما قد تضع دول أخرى قيودًا على الوصية مثل ما هو معمول به في الشريعة الإسلامية من عدم تجاوزها لثلث التركة، وهذا يعكس اختلافات جوهرية بين النظم القانونية التي تتعامل مع مسائل الأحوال الشخصية في أبعادها الدولية.

تتزايد أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالات بشكل خاص عندما يتعلق الأمر بتركة الموصي في أكثر من دولة، في مثل هذه الحالات، قد يتوجب على المحاكم التعامل مع مجموعة من القوانين المتشابكة التي تتعلق بمختلف جوانب النزاع، مثل مكان كتابة الوصية، مكان الإقامة، مكان تنفيذ الوصية، أو مكان وجود الأموال الموصى بها، هذه المسائل تستدعي فحصًا دقيقًا للمبادئ التي تحكم كل نظام قانوني، وكذلك مراعاة التحديات التي قد تطرأ عند محاولة تطبيق القوانين الوطنية في ظل الواقع الدولي المتعدد والمتنوع.

المطلب الثاني: الوصية في النظام القانوني الجزائري

الوصية تعد من التصرفات القانونية التي تتم أثناء حياة الفرد، حيث يتخذ الموصي قرارات تتعلق بكيفية توزيع ممتلكاته أو تنظيم حقوقه بعد وفاته. وتعتبر الوصية في النظام القانوني الجزائري موضوعًا بالغ الأهمية ضمن قانون الأسرة الجزائري، حيث تم تنظيمها بشكل مفصل، وذلك في إطار الأحكام القانونية التي تهدف إلى حماية الإرادة الأخيرة للفرد وضمان تنفيذها على النحو الذي يريده الموصي، مع مراعاة الحقوق الشرعية للورثة.

في النظام الجزائري، تحظى الوصية باهتمام خاص لما لها من تأثير كبير على توزيع التركة بعد وفاة الشخص. وقد خصص قانون الأسرة الجزائري قسمًا كاملًا للوصية، حيث تم تحديد عدد من القواعد التي يجب اتباعها لضمان صحتها وتنفيذها بشكل يتماشى مع القيم الشرعية والاجتماعية.

وقد تطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة 84–11 المعدل والمتمم من المادة 184 إلى غاية المادة 201 عن الوصية وأحكامها، وجاء في المادة 184 مفهوم الوصية على أنها

وتنص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري على "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة" حيث بينت قيود محددة تتعلق بالوصية، حيث لا يجوز للموصي أن يتجاوز ثلث التركة في وصيته إلا إذا وافق الورثة على ذلك، وهذا يشير إلى أن المشرع الجزائري وضع حدودًا واضحة على حرية الفرد في التصرف في تركته، وذلك من أجل حماية حقوق الورثة الشرعيين الذين لهم نصيب ثابت في الإرث بموجب أحكام الشريعة الإسلامية.

اما شروط الموصي فتتمثل في بلوغ السن القانونية وهي 19 سنة كاملة، مع سلامة العقل، وهو ما نصت عليه المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري المعدل، أما بخصوص الموصى لهم حددت المادة 187 أن الوصية تصح للحمل بشرط أن يولد حيا، واذا كان توأما قسمت بينهم بالتساوي، وأضافت المادة 188 أن قاتل الموصي عمدا لا يستحق الوصية، واستبعدت المادة 189 الورثة من الوصية بشرط واحد حيث نصت على : " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي."

وتجدر الإشارة إلى أن الوصية في القانون الجزائري تتسم بطابع خاص، حيث يتم تحديد قدر كبير من المرونة وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في توزيع التركة والحقوق بعد الوفاة، ولكن في نفس الوقت، هناك قيود تتعلق بتوزيع أكثر من ثلث التركة بدون موافقة الورثة.

إجمالًا، يمكن القول أن الوصية في النظام القانوني الجزائري لا تقتصر على كونها أداة قانونية لتنظيم توزيع التركة بعد وفاة الفرد، بل هي أيضًا آلية لضمان توازن بين حقوق الأفراد في التعبير عن إرادتهم وتنفيذها، وبين الحفاظ على حقوق الورثة الذين قد يكون لهم حق ثابت في الإرث وفقًا للأحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث: قواعد تنازع القوانين في الوصية

يعد موضوع تنازع القوانين في الوصية من أكثر القضايا القانونية تعقيدًا في إطار القانون الدولي الخاص، حيث تنشأ الصعوبة عندما يتداخل أكثر من قانون أو نظام قانوني في نفس المسألة القانونية بسبب تعدد

الجنسيات أو الأماكن التي يتم فيها إبرام أو تنفيذ الوصية. وفي هذا السياق، يسعى القانون الجزائري إلى تحديد المبادئ التي يمكن من خلالها فض النزاعات القانونية المتعلقة بالوصية، بما يضمن احترام إرادة الموصي وفي نفس الوقت حماية حقوق الورثة وفقًا للقانون الوطني، ويمكن تلخيص قواعد تنازع القوانين المتعلقة بالوصية في النظام القانوني الجزائري في ثلاثة معايير رئيسية:

1- قانون جنسية الموصي(القانون الشخصي):

يعد القانون الشخصي للموصي من أبرز المعايير التي يعتمد عليها القانون الجزائري في تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الوصية، القانون الشخصي يشير إلى القانون الذي يطبق بناءً على جنسية الفرد أو مكان إقامته، مما يساهم في تحديد الاختصاص في القضايا الدولية.

الجنسية: إذا كان الموصي جزائريًا، فالقانون الجزائري هو الذي يُطبق على الوصية بشكل أساسي، بغض النظر عن مكان إبرامها أو تنفيذها، هذا يعكس مبدأ الولاء الوطني الذي يتبناه العديد من الأنظمة القانونية في التعامل مع مسائل الأحوال الشخصية.

الأجانب: إذا كان الموصي أجنبيًا، يختلف الأمر بشكل كبير، حيث قد تتعدد الخيارات القانونية وفقًا لمعايير أخرى مثل جنسية الموصي أو مكان إقامته، ففي هذه الحالات، قد يُتبع قانون الجنسية أو قانون مكان إقامة الموصي، ويجب تحديد القاعدة القانونية التي يوجبها القانون الدولي الخاص في مثل هذه المسائل.

هذا التحديد يستهدف تقليل الارتباك القانوني الذي قد ينشأ عند تعارض القوانين بين مختلف الدول، ويحاول توفير حلول متوازنة تحفظ حقوق الأفراد دون تعسف.

2-مكان إبرام الوصية أو تنفيذها:

مكان إبرام الوصية أو مكان تنفيذها يعتبر من العوامل المهمة التي تحدد القانون الواجب التطبيق في القضايا التي تشهد تنازعًا في القوانين. ففي بعض الحالات، قد تطبق القوانين المحلية في الدولة التي يتم فيها إبرام الوصية أو في الدولة التي يتم فيها تنفيذ الوصية، خاصة عندما يكون هناك ارتباط مباشر بالمكان الذي تنفذ فيه الوصية أو الذي يوجد فيه المال الموصى به.

على سبيل المثال:

إذا كانت الوصية قد كُتبت في الجزائر ولكنها تتعلق بممتلكات أو أموال موجودة في دولة أخرى، مثل فرنسا، فإن تنفيذ الوصية قد يخضع للقانون الفرنسي فيما يتعلق بالممتلكات الموجودة في فرنسا، بينما تبقى الوصية تخضع للقانون الجزائري في ما يتعلق بالجزء المتعلق بالممتلكات في الجزائر.

هذا المبدأ يساعد في تنظيم العلاقة بين الدول التي تكون لها علاقة بالوصية ويضمن تنفيذ الوصية وفقًا للأحكام المعمول بها في الأماكن التي يتم فيها تنفيذ التوجيهات الواردة فيها.

3- مبدأ الاختصاص الدولي:

إلى جانب القانون الشخصي للموصي ومكان إبرام أو تنفيذ الوصية، يأتي مبدأ الاختصاص الدولي كمبدأ هام في معالجة مسألة تنازع القوانين في الوصية، الاختصاص الدولي يشير إلى القاعدة التي تحدد أي قانون يجب أن يُطبق في الحالات التي تكون فيها الوصية قد تم إبرامها في دولة معينة، ولكنها تتعلق بممتلكات في دول أخرى.

ينطلق مبدأ الاختصاص الدولي من مبدأ السيادة الوطنية، الذي يسمح للدول بفرض قوانينها على المسائل التي تتعلق بالوصية وفقًا للأماكن التي يترتب على هذه المسائل أن تُنفّذ فيها، لذلك قد يفرض القانون الجزائري تطبيق قوانين أخرى، مثل قوانين الدولة التي يتم فيها تنفيذ الوصية أو الدولة التي توجد فيها الأموال، إذا كانت هذه الدولة قد تبنت مبدأ يسمح لها بالتدخل في تنفيذ الوصية.

مثال على ذلك: إذا تم تنفيذ وصية لأشخاص ذوي جنسيات متعددة في دولة ثالثة، قد يتعين تحديد القانون المطبق بناءً على قواعد الاختصاص الدولية، بما في ذلك المكان الذي يُتوقع أن تتم فيه الإجراءات التنفيذية للوصية.

هذا المبدأ يهدف إلى ضمان استقرار تطبيق الأحكام القانونية في المسائل ذات الطابع الدولي، بحيث لا يحدث تعارض أو تعسف بين الدول في تنفيذ الحقوق المتعلقة بالوصية.

التحديات المتعلقة بتطبيق هذه القواعد:

تطبيق قواعد تنازع القوانين في الوصية يثير العديد من التحديات العملية في حالات وجود عناصر متعددة دوليًا، فالقوانين المحلية في كل دولة قد تحدد قواعد مختلفة بشأن كيفية تنفيذ الوصية، كما أن وجود أكثر من قانون يمكن أن يؤدي إلى تضارب في الحقوق المقررة لأفراد مختلفين. لذلك، فإن إيجاد حلول توافقية بين الدول حول كيفية التعامل مع الوصية وتوزيع التركة أمر بالغ الأهمية.

وتعد المحاكم الدولية والمحاكم الجزائرية في هذا السياق الجهات التي يمكن أن تلعب دورًا حاسمًا في تسوية النزاعات المتعلقة بتنازع القوانين في الوصية، إذ يتم تحديد مبدأ التطبيق الأمثل للقوانين وفقًا لكل حالة على حدة، وذلك بناءً على الجنسيات، المكان، والاختصاص الدولي.

المحور الثاني : أمثلة عملية وأبعاد تنازع القوانين في الوصية في النظام القانوني الجزائري.

المطلب الأول: أمثلة عملية لتنازع القوانين في الوصية

لتوضيح كيفية تطبيق قواعد تنازع القوانين في الوصية، يمكننا النظر في بعض الأمثلة العملية التي تبرز تعقيدات المسألة وأهمية تحديد القانون الواجب التطبيق. فمثل هذه الأمثلة تساعد في فهم كيفية تأثير مختلف العوامل على تحديد القانون الذي سيحكم الوصية، وكيفية التعامل مع القوانين المتعددة في القضايا ذات الطابع الدولي.

المثال الأول: شخص جزائري يقيم في فرنسا

افترض أن شخصًا جزائريًا يقيم في فرنسا ويرغب في كتابة وصية تتعلق بتوزيع ثروته بين أفراد عائلته في الجزائر وفرنسا. في هذه الحالة، تنشأ مسألة تنازع القوانين على النحو التالي:

بالنسبة للأموال الموجودة في الجزائر: ستخضع الوصية للقانون الجزائري طبقا للمادة 16 من القانون المدني الجزائري وهي جنسية الموصي وقت موته، وبناءً على ذلك، سيتم تطبيق أحكام قانون الأسرة الجزائري الذي يشمل التوزيع طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، كما أن الوصية في الجزائر لا يمكن أن تتجاوز ثلث التركة، ما لم يتفق الورثة على خلاف ذلك.

بالنسبة للأموال الموجودة في فرنسا: ستخضع الوصية للقانون الفرنسي، الذي يعتمد على القانون المدني الفرنسي في تنظيم الوصايا، في هذا النظام، يجوز للموصي أن يوزع أمواله كما يشاء، بشرط ألا يؤثر ذلك على حقوق الورثة الذين لهم حقًا ثابتًا في الإرث.

المثال الثاني: الموصي أجنبي يقيم في الجزائر

في حالة كان الموصي أجنبيًا، مثل شخص من تونس يقيم في الجزائر ويرغب في كتابة وصية تتعلق بتوزيع ممتلكاته في الجزائر، قد تكون هناك بعض التحديات في تحديد القانون الواجب تطبيقه. كما هو الحال مع الجزائري المقيم في الخارج، في هذه الحالة سيتم تحديد القانون الواجب تطبيقه بناءً على عدة عوامل:

في حالة كانت الوصية تشمل ممتلكات في تونس: سيكون من المحتمل أن تُطبق القوانين التونسية نظرًا لأن الموصي تونسي الجنسية. لكن، قد يكون من الصعب تطبيق القانون التونسي في الدولة التي يقع فيها المال.

من هنا، نرى كيف أن الوصية الخاصة بأموال في دولة معينة قد تخضع لقانون الدولة التي توجد فيها تلك الأموال، حتى إذا كان الموصي ينتمي إلى دولة أخرى. هذا يبرز التحدي الذي يواجه القضاء في تحديد أي من القوانين يجب أن يُطبق على الممتلكات التي توجد في دول متعددة.

المطلب الثاني: القانون الجزائري في معالجة تنازع القوانين المتعلقة بالوصية:

يُعتبر القانون الجزائري من الأنظمة القانونية التي تأخذ بعين الاعتبار المبادئ التقليدية لتنازع القوانين، حيث يركز على تحديد القانون الواجب التطبيق في القضايا المتعلقة بالوصية بناءً على عدة معايير جوهرية، من أبرز هذه المعايير هو مبدأ الاختصاص الشخصي.

–مبدأ الاختصاص الشخصي

وفقا للمادة 16 من القانون المدني الجزائري على أنه يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته" إن تطبيق قانون جنسية المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت وفاته يضمن وحدة القانون الذي يُطبَّق على التركة. وبذلك تتجنب التشريعات التي تبنت هذا المبدأ تعدد القوانين التي قد تحكم التركة في حال كانت الأموال موزعة على عدة دول أو كان الورثة أو الموصى لهم ينتمون إلى جنسيات مختلفة، حيث يتم اعتماد قانون جنسية المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف دون سواه.

بناءً على هذا المبدأ، إذا كان الموصي جزائريًا ويقيم في الجزائر، فإن الوصية ستخضع لقانون الأسرة الجزائري بغض النظر عن مكان الأموال الموصى بها، سواء كانت في الجزائر أو في دولة أخرى. أما إذا كان الموصي أجنبيًا يقيم في الجزائر، فإن الوصية قد تخضع لقانون موطنه الأصلي، بناءً على الجنسية أو الموطن الأصلي.

–إشكالية تطبيق القانون الجزائري في حالة تعدد الأماكن

رغم وضوح قواعد تنازع القوانين في الوصية في الجزائر، فإن المشكلة تزداد تعقيدًا عندما يكون للوصية طابع دولي، كما في حالة وجود ممتلكات للموصي في أكثر من دولة، في هذه الحالات، يمكن أن تتداخل

قوانين عدة دول، مما يثير إشكاليات قانونية عملية تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة وجود عناصر خارجية كالمكان الذي أُبرمت فيه الوصية أو مكان تنفيذها.

وفي هذا السياق، قد يفرض القانون الجزائري تطبيقه على الأموال التي تقع ضمن حدود الجزائر، إلا أن الدول الأخرى التي تحتوي على ممتلكات الموصي قد تطبق قوانينها الخاصة إذا كانت تملك اختصاصًا دوليًا على تلك الأموال، يمكن أن ينعكس هذا التعدد في القوانين في الصعوبة التي يواجهها القضاء الجزائري في تنفيذ الوصية، خاصة إذا كانت الوصية تتعلق بأموال في دول تتبع أنظمة قانونية مختلفة.

المطلب الثالث :التحديات القانونية في تنازع القوانين والوصية

تعد مسألة تنازع القوانين في قضايا الوصية من أكثر القضايا القانونية تعقيدًا في القانون الدولي الخاص، وتثير العديد من التحديات القانونية التي قد تؤثر على تنفيذ الوصية وحماية إرادة الموصي. وفيما يلي أبرز التحديات التي تواجه قوانين تنازع القوانين في هذا المجال:

1– التضارب بين القوانين الوطنية والأجنبية:

يعد التضارب بين القوانين الوطنية للدول المختلفة من أبرز التحديات التي يمكن أن تطرأ عند النظر في تنفيذ الوصية، في حالات تعدد الجنسيات أو الإقامات المتنوعة للأطراف المعنية (مثل الموصي أو الموصى لهم)، قد تبرز تباينات كبيرة بين القوانين الوطنية، ما يؤدي إلى تعقيد عملية تحديد القانون الواجب التطبيق. ففي بعض الحالات، قد ينص القانون الوطني على أحكام خاصة تتعلق بحماية حقوق الورثة، مثل تلك التي تنظم أحكام الوصية وفقًا للشريعة الإسلامية أو قوانين مدنية تختلف عن قوانين الدول الأخرى، يصبح من الصعب التوفيق بين قوانين متعددة تسعى إلى تطبيق أحكامها على ذات الواقعة.

2 –الاختلاف في تفسير القوانين:

من التحديات القانونية الكبرى التي يمكن أن تطرأ في قضايا الوصية هو الاختلاف في تفسير القوانين المتعلقة بالوصية، القوانين التي تحكم الوصية في دول متعددة قد تتباين ليس فقط في نصوصها، بل في طريقة تفسيرها وتطبيقها من قبل المحاكم، قد يحدث في بعض الأحيان أن تقوم محكمة في دولة ما بتفسير أحكام الوصية بطرق مختلفة عن محكمة أخرى في دولة ثانية، مما يؤدي إلى تباين في الأحكام القضائية المتعلقة بنفس الوصية، على سبيل المثال، قد تختلف محكمة جزائرية مع محكمة فرنسية حول شروط تنفيذ وصية تتضمن ممتلكات في كلا البلدين، بسبب الفروق في كيفية تفسير الشروط القانونية

المتعلقة بتوزيع التركة وفقًا للقانون المدني أو القانون الأسرة، وهذا التباين قد يؤدي إلى تعطيل تنفيذ الوصية بشكل صحيح في أكثر من دولة، ويخلق مشاكل عملية في تطبيق الإرادة الأخيرة للموصي.

3 –تحديات تطبيق قوانين مختلطة في الوصية:

أحيانًا قد يواجه القانون الدولي الخاص تحديًا آخر عند التعامل مع قوانين مختلطة، حيث تقوم الدول بدمج عدة قوانين في نظام قانوني واحد، وفي هذا السياق، قد تنشأ صعوبة عند تحديد أي قانون هو الأولى بالتطبيق عندما تتداخل معايير جنسية الموصي، مكان كتابة الوصية، والأموال الموصى بها. على سبيل المثال، قد يتعامل الموصي مع أموال متعددة موجودة في دول مختلفة ويكون لديه جنسيات مختلفة أو يقطن في أكثر من دولة، مما قد يخلق حالة من التداخل القانوني بين قوانين هذه الدول.

الخاتمة :

يُعد موضوع تنازع القوانين في مسائل الوصية معقدة ومتعددة الأبعاد، تتطلب فحصًا دقيقًا وشاملاً للمبادئ القانونية المختلفة المتعلقة بالقانون الشخصي، الموطن، والاختصاص الدولي. بالنظر إلى أن مسألة الوصية تتداخل مع جوانب متعددة من الحياة القانونية، من الضروري إدراك أن هذه القضايا لا تقتصر على النطاق الوطني فحسب، بل تمتد إلى البُعد الدولي حيث قد تشمل دولًا متعددة بمختلف قوانينها، وفي هذا السياق، تلعب الشريعة الإسلامية دورًا محوريًا في تنظيم الوصية بما يحفظ حقوق الورثة الشرعيين ويوازن بين إرادة الموصي وحقوق الأسرة. وبالتالي، يصبح من الضروري التنسيق بين القوانين الوطنية والدولية لضمان تطبيق العدالة وحماية الحقوق في إطار من التناغم القانوني.

وفي نهاية الدراسة توصلنا إلى النتائج التالية :

1. وفقا للمادة 16 من القانون المدني الجزائري على أنه يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.

2. التعقيدات القانونية: من الواضح أن تنازع القوانين في الوصية يعد من القضايا القانونية الأكثر تعقيدًا، خاصة عندما يتداخل القانون الوطني مع القوانين الأجنبية، قد يؤدي ذلك إلى صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق في قضايا الوصية التي تشمل أطرافًا متعددة الجنسيات أو عندما توجد ممتلكات في دول مختلفة.

3. دور الشريعة الإسلامية: برغم أن الشريعة الإسلامية تعتبر المرجعية الأساسية في تنظيم الوصية في الجزائر، فإن التطبيق العملي لقواعد الوصية والمدونة في قانون الأسرة قد تواجه تحديات في حالة وجود أطراف أو ممتلكات في دول لا تعتمد نفس النظام القانوني.

الاقتراحات:

1. تطوير آليات قانونية مرنة: من الضروري أن يقوم المشرع الجزائري بتطوير آليات قانونية مرنة تسمح بتطبيق القوانين الدولية دون الإخلال بالحقوق الشرعية للورثة، يمكن دراسة إمكانية إدخال بعض التعديلات على القانون الجزائري لمواكبة التغيرات القانونية الدولية.

2. تطوير إطار تشريعي محلي: على مستوى القانون الداخلي، قد يكون من المفيد تطوير إطار تشريعي يتناول بشكل دقيق مسائل الوصية التي تتداخل مع قوانين دول أخرى، بحيث يتم تحديد القوانين المعمول بها في هذه الحالات بوضوح ودون لبس، كما يمكن إضافة بعض النصوص التي تنظم تنفيذ الوصايا عبر الحدود بمرونة تضمن حقوق الجميع وفقًا لأحكام القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية.

قائمة المراجع:

–أمر رقم 75–58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

– قانون رقم 84–11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج عدد 24 صادر في 12 رمضان عام 1404 الموافق 12 يونيو سنة 1984، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 05–02، مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج ر ج ج عدد 15 صادر في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة **2005** .

–أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، (د.ط)، 2002.

–شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010–2011.

–

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني

Excluding the implement of foreign law facing the national judiciary

ط.د. خلف عبد السلام

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

abdessalem-khelef@univ-eloued.dz

ط.د. بلغواطي سميرة

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

belaghouati-samira@univ-eloued.dz

ملخص:

قد تشير قاعدة الإسناد في القانون الوطني بتطبيق قانون دولة أجنبية، ويسمى بالقانون الأجنبي المختص. هذا القانون الذي تقرر تطبيقه ، وعندما يتعرف القاضي على مضمونه يحدث وأن يجده يتعارض مع المبادئ الأساسية في دولته، أو يتبين للقاضي أن اختصاص القانون الأجنبي في حكم النزاع المعروض عليه كان نتيجة تحايل الأفراد على قاعدة الإسناد بأن قاموا بتغيير دلالة ضابط الإسناد ليتمكنوا من الإفلات من أحكام القانون المختص حقيقة مما يؤدي إلى استبعاده.

كلمات مفتاحية: النظام العام، الغش نحو القانون، قواعد الإسناد، القانون الوطني، القانون الأجنبي.

Abstract: : The rule of attribution in national law may refer to the application of the law of a foreign country، and it is called the relevant foreign law. This is the law that was decided to be applied، and when the judge learns about its content، he finds that it contradicts the basic principles in his country، or it becomes clear to the judge that the jurisdiction of foreign law in ruling on the dispute before him was the result of individuals circumventing the rule of attribution by changing the meaning of the attribution officer so that they can evade The provisions of the relevant law are true، which leads to its exclusion.

Keywords: public order، fraud towards the law، rules of attribution، national law، foreign law.

مقدمة:

يشكل موضوع تنازع القوانين صميم القانون الدولي الخاص، بل انه المحور الرئيسي الذي انطلق منه الفقه منذ القرون الوسطى لمعالجة استعمال الحقوق في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، ومن هذا المنطلق، فقد تشير قاعدة الاسناد في قانون القاضي بتطبيق قانون دولة أجنبية، ويسمى بالقانون الأجنبي المختص.

هذا القانون الذي يتقرر تطبيقه، وعندما يتعرف القاضي على مضمونه يحدث وأن يجده يتعارض مع المبادئ الأساسية في دولته.

وقد يتبين كذلك للقاضي أن اختصاص القانون الأجنبي في حكم النزاع المعروض عليه، كان نتيجة تحايل الأفراد على قاعدة الاسناد بأن قاموا بتغيير دلالة ضابط الاسناد ليتمكنوا من الافلات من أحكام القانون المختص حقيقة، لأنه كما نعرف بتغيير دلالة ضابط الاسناد يتغير القانون المختص في حكم النزاع، ومن هنا يكون التساؤل قائما حول:

هل يطبق القاضي القانون الأجنبي المختص في حل النزاع مطلقا؟

يتضح من خلال ما سبق أن هناك حالتين يتم فيهما استبعاد تطبيق القانون الأجنبي رغم اختصاصه، حالة اعمال فكرة النظام العام، وحالة اعمال فكرة الغش نحو القانون، من خلال اتباع المنهج الوصفي نتطرق لكل حالة في مبحث كالآتي:

المبحث الأول: مخالفة النظام العام

سنحاول من خلال هذا المبحث التعرف على النظام العام من خلال تعريفه وتبيان نطاقه ومن ثم الآثار المترتبة عن الدفع به في القانون الدولي الخاص.

المطلب الأول: تعريف النظام العام

نتطرق في هذا المطلب إلى المقصود بالنظام العام، ونحاول التمييز بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي.

الفرع الأول: المقصود بالنظام العام

يرد مصطلح النظام العام كثيرا في دراسة القانون رغم أن مفهومه يستعصي على التحديد الدقيق بحيث لا نجد له تعريف دقيق وجامع يحدد المقصود به.

ويمكن تعريفه على أنه مجموع المصالح الجوهرية الأساسية و المثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها ويتأسس كيانها كما يرسمه نظامها القانوني، سواء كانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أو اجتماعية أو خلقية او اقتصادية أو خلقية أو دينية. ويعرض الاخلال بها كيان الجماعة إلى التصدع والانهيار[177].

وقد جاء في نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة اذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر... . وعليه فان على القاضي الجزائري وفقا لنص المادة 24 من ق م لما يجد القانون الأجنبي وفقا لقواعد الإسناد في دولته مخالفا للنظام العام و الآداب العامة أن يقوم باستبعاده[178].

الفرع الثاني: التمييز بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي

من خلال تعريف النظام العام، نميز بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي.

فكرة النظام العام فكرة معروفة في القانون الداخلي غير أنها تختلف في هدفها عن فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص، فبينما هدفها في القانون الداخلي هو استبعاد تطبيق اتفاقات الأطراف المخالفة للنصوص الآمرة، فان هدفها في القانون الدولي الخاص هو استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية اذا كان تطبيقه يؤدي إلى المساس بالأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني. ويترتب على هذا الاختلاف في الهدف نتيجة هامة هي اختلاف نطاق إعمال كل منهما.

وتجدر الإشارة إلى أن مصطلح النظام العام الدولي قد يفيد بأن هناك نظاما عاما مشتركا بين الدول، وهذا غير صحيح فالنظام العام دائما وطني وتحديده يكون بواسطة القاضي الوطني في المجتمع الوطني[179].

المطلب الثاني: نطاق النظام العام

مفهوم النظام العام ليس مطلقا ولا جامدا بل هو نسبي ومتغير بحسب الزمان والمكان، فهو يتفاوت باختلاف الأنظمة والتيارات الفكرية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تسود المجتمعات، لأنه المنفذ الذي تتسرب منه النظريات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية الى علم القانون، ويتسع مفهومه ويضيق بحسب حجم تدخل الدولة في تنظيم العلاقات بقواعد قانونية آمرة وناهية بوصفها صاحبة السيادة والسلطة العامة، وقيامها بوظائف جديدة غير وظائفها التقليدية التي كانت متروكة سابقا لحرية الأفراد واتفاقاتهم الخاصة استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة.

وما يعد من النظام العام في مجتمع ما قد لا يعد هكذا في مجتمع اخر، فمثلا يباح تعدد الزوجات في القانون الجزائري وفي الشريعة الاسلامية باعتباره من النظام العام، بينما يعد الزواج بأكثر من واحدة مخالفا للنظام العام في القوانين الأوروبية[180].

المطلب الثالث: آثار الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص

يختلف اثر الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص باختلاف النظر اليه.1 فيفرق الفقهاء بين أثره بالنسبة لإنشاء حق في دولة القاضي، وأثره بالنسبة لحق اكتسب في الخارج وأريد التمسك بآثاره في بلد القاضي[181].

الفرع الأول: الدفع بالنظام العام بشأن علاقة يراد انشاؤها في دولة القاضي

يترتب على اعمال هذا الدفع أثران أحدهما سلبي والآخر ايجابي

أولا: الأثر السلبي

يتمثل الأثر السلبي للنظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الاسناد الوطنية .لكن قد يحدث وأن يكون القانون الأجنبي برمته غير مخالف للنظام العام الأمر الذي يطرح التساؤل، هل القاضي يستبعد من القانون الأجنبي الجزء فقط المخالف للنظام العام أم أنه يستبعد القانون الأجنبي بأكمله؟.

يرى بعض الفقه بأن استبعاد القانون الأجنبي المختص المخالف للنظام العام يجب أن يكون كليا لأن الاستبعاد الجزئي يؤدي الى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف ارادة المشرع الذي وضعه ويرى الفقه الغالب بأن الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي هو الذي يستبعد دون بقية الأجزاء الأخرى، فنكون بذلك قد احتفظنا للقانون الأجنبي ولقاعدة الاسناد التي قررت تطبيقه بأكبر قدر من الفعالية[182].

ثانيا: الأثر الايجابي

يتمثل الاثر الايجابي للنظام العام في احلال قانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام.

وقد استقر القضاء الجزائري مؤيدا من الفقه على احلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته النظام العام، مادة 24 ق م ج يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام و الآداب العامة. وتطبيقا لهذا الحل اذا كان القانون الأجنبي يمنع الزواج بين مختلفي الألوان فان القاضي الجزائري يستبعده لمخالفته النظام العام ، ويطبق بدله القانون الجزائري الذي يجيز هذا الزواج[183].

الفرع الثاني: الدفع بالنظام العام بالنسبة لحق اكتسب في الخارج وأُريدَ التمسك بآثاره في دولة القاضي

قد يتعارض انشاء مركز قانوني في دولة القاضي مع النظام العام ولكن في نفس هذا المركز قد لا تتعارض آثاره مع النظام العام في دولة القاضي لو أن نشؤه تم في الخارج.

فالنظام العام لا يتم اعماله بنفس الدرجة في الحالتين رغم أن اعماله يتعلق بنفس المركز القانوني المراد انشاؤه، وقد عبر الفقه عن أثر النظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج بالأثر المخفف للنظام العام، لأن النظام العام لا يسمح بنشؤها في دولة القاضي، ولكن يمكن الاحتجاج بها لو أن نشؤها تم في الخارج[184].

الفرع الثالث: الأثر الانعكاسي للنظام العام

قد ينشأ حق في دولة أجنبية وفق لنظامها العام وخلافا لما يقضي به القانون الأجنبي المختص فهل يمكن الاحتجاج بهذا الحق في بلد القاضي الوطني؟.

تزوج مثلا بولونيان في بلجيكا وفقا للقانون البلجيكي الذي حل محل قانونهما البولوني المختص والذي استبعد لمخالفة النظام العام ، لأنه لا يسمح بالزواج بين مختلفي الديانة. فهل يجوز التمسك بهذا الزواج في فرنسا؟.

يذهب جانب من الفقه الى القول بأن فكرة النظام العام فكرة وطنية، وأن قانون الدولة الأجنبية الذي يطبق إعمالا لفكرة النظام العام لا يتعدى أثره إلى دولة اخرى حتى ولو كان مفهوم النظام العام في كلتيهما غير مختلف، وعليه لا يمكن التمسك في بلد القاضي بآثار الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية وفقا لقواعد الاسناد في قانون القاضي، ففي المثال السابق لا يمكن للزوجين البولونيين التمسك بآثار زواجهما في فرنسا على الرغم من اتحاد مفهوم النظام العام بين فرنسا وبلجيكا.

ويذهب الفقه الحديث الى التفرقة بين الحالة التي يكون فيها النظام العام للدولة الأجنبية متطابقا مع النظام العام في دولة القاضي والحالة التي لا يكون فيها متطابقا معه.

ففي الحالة الأولى يصبح الاحتجاج في دولة القاضي بآثار الحق المكتسب في الدولة الأجنبية وفقا لمقتضيات نظامها العام وخلافا لما يقضي القانون المختص، وعليه فانه يمكن في المثال السابق للزوجين البولونيين التمسك في فرنسا بآثار زواجهما الذي تم وفقا لمقتضيات النظام العم البلجيكي والتي هي نفسها في فرنسا.

أما في الحالة الثانية فانه لا يصح الاحتجاج بآثار الحق المكتسب في دولة أجنبية طبقا لمقتضيات نظامها العام لعدم تطابق هذه المقتضيات مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي[185].

المبحث الثاني: الغش نحو القانون

سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق الى فكرة الغش نحو القانون، من خلال تعريفه وتبيان شروط الدفع به، إضافة إلى طبيعته القانونية والآثار المترتبة عنه.

المطلب الأول: تعريف الغش نحو القانون

يراد بالغش نحو القانون التحايل على ضوابط قواعد التنازع بقصد التهرب عن القانون الواجب التطبيق. وقد يقع هذا التحايل، وهو الغالب، بتغيير الجنسية حتى يتهرب من يغير جنسيته من حكم قانون أحواله الشخصية إلى قانون يتيح له غرضا يرمي إليه، وقد يتم التهرب أيضا بتغيير الموطن إذا كان

قانون الموطن هو الذي يحكم الأحوال الشخصية ، وتغيير الموطن لا شك أيسر من تغيير الجنسية، وقد يتم بتغيير موقع المنقول بنقله إلى إقليم آخر كما أنه قد يتم باختيار المتعاقدين قانونا غير القانون الواجب التطبيق تهربا من الضرائب أو من الشكل الرسمي أو من حكم موضوعي أخر.

وقد عرف بعض الفقهاء الغش نحو القانون بما يلي "هو عبارة عن اتخاذ أعمال إرادية حقيقة، عمدا أو غير عمدا لإيجاد مركز يتفق وحرفية القانون ولكن يخالف غرضه" وعرفه أيضا "ينحصر في الوسائل يتخذها شخص ليتهرب من حكم القواعد القانونية الآمرة أو الناهية، التي يخضع لها، بواسطة استخدام قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على إرادته مع الانحراف بها عن معناها الحقيقي.

استقر الفقه والقضاء لمدة طويلة على حصر نطاق تطبيق الدفع بالغش نحو القانون على حالة التي يتهرب فيها الأفراد من قانون القاضي وقد استند الفقه في ذالك إلى أن وظيفة القاضي هي كفالة تطبيق قانونه الوطني ومنع الأفراد من مخافته بالتهرب من أحكامه أما الدفاع عن القانون الأجنبي فلا يدخل في نطاق وظيفته.

غير أن الفقه الحديث يميل إلى تطبيق نظرية الغش نحو القانون سواء أكان القانون المتهرب منه هو قانون القاضي أو قانون أجنبيا مستندا في ذالك إلى أن نظرية الغش نحو القانون تستجب المبدأ العام وهو مطاردة الغش نحو القانون بكل صوره سواء قصد به التهرب من أحكام قانون الوطني أو قانون أجنبيا أخر وهذا الاتجاه تبنه للقضاء الفرنسي مؤخرا[186].

المطلب الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون

لابد من توافر عنصرين اساسيين للدفع بالغش نحو القانون نتطرق لكل واحد منهما في فرع كالآتي:

الفرع الأول: التغيير الإرادي في ضابط الإسناد

يشترط لدفع الغش نحو القانون أن يتوافر عنصر مادي في الغش وهو إجراء تغيير في ضابط الإسناد ويكون ذالك على سبيل المثال : تغيير الجنسية أو موطن أو موقع المنقول .

كما يشترك أن يكون هذا التغير فعليا إذ لو كان تغيير ضابط الإسناد صوريا فهنا لا حاجة الإعمال الدفع بالغش نحو القانون ويكفي بهذه الحالة التمسك أحكام الصورية لإحداث كل أثر لهذا التغير، فإذا غير شخص موطنه صوريا فلاه عبرة في هذا التغيير فالعبرة في الموطن الحقيقي.

كما يشترط أن يكون التغيير مشروعا إذ لو كانت الطريقة مستخدمة في تغيير غير مشروعة كأن يتم تغيير الجنسية عن طريق الغش في أحكام قانون الجنسية، فانه لا يجوز في هذه الحالة الاعتداد بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش وتكون العبرة بالجنسية الأولى.

الفرع الثاني: نية التحايل أو الغش نحو القانون

يشترط أن يكون الباعث الرئيسي من تغيير ضوابط الإسناد هو نقل الاختصاص من قانون دولة الى قانون دولة أخرى أي التهرب من أحكام قانون والالتجاء إلى قانون أخر تعيينه قاعدة الإسناد وللقاضي السلطة تقديرية في تقرير وجود نية الغش من عدمها وهذا ما قد يثير صعوبة من ناحية نظرية إذ أن المعيار الشخصي في البحث عن نية صعب تحقيق ولذلك يلجأ القاضي إلى معيار موضوعي بحيث يستخلص النية من وقائع كل قضية على حده ومن خلال بعض القرائن مثل:

التزامن بين تغيير ضابط الإسناد وبين طلب تطبيق القانون الذي يشير إليه هذا ضابط التسهيلات الذي ينطوي عليها القانون الجديد لصالح الشخص الدي قام بتغيير ضابط الإسناد[187].

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للغش نحو القانون وآثاره

سنبين في هذا المطلب الطبيعة القانونية للغش نحو القانون ونتطرق للآثار المترتبة عن الدفع به.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للغش نحو القانون

إن للغش نحو القانون طبيعة خاصة تختلف عن النظام العام وعن التعسف باستعمال الحق .ذلك أن الغش نحو القانون يقوم على فكرة أساسية وضميرية في الوقت ذاته .وهي أن يقوم أحد الأطراف العلاقة التي يشوبها عنصر أجنبي بارتكاب فعل مادي نية التحايل على قاعدة الإسناد الوطنية ويكون هذا فعل مشروعا في أغلب الأحوال المتصورة حيث لا يشكل الفعل المادي الذي ارتكبه" المتحايل "مخالفة للقانون حيث أنه وفي حال أن يكون الفعل غير مشروعا جزئيا فيرتب عليه مسؤولية جزائية وأن لم يكن الفعل مشروعا مدنيا وقد أدى إلى الحق ضرر لحق خصمه فيترتب عليه مسؤولية المتحايل المدنية المتمثلة بالتعويض أي بمقتضى قانون أخر، غير أنهي حالة الغش نحو القانون الدولي الخاص فائه يترتب جزاء من نوع أخر يصح أنه من جنس عمله الذي ارتكبه قاصدا التهرب من أحكام قاعدة الاستناد الوطنية باستبعاد تطبيق أحكام القانون الذي عينته قاعدة الإسناد وهذا الجزاء ذو طبيعة خاصة.

الفرع الثاني: اثار الغش نحو القانون

إن للغش نحو القانون أثرين أو وجهين أحدهما سلبي وأخر ايجابي.

الأثر السلبي: استبعاد القانون الذي تم الغش توصلا لتطبيقه

وفقا لهذا الأثر يتم استبعاد القانون الذي تم الغش بقصد تطبيقه، حيث يرى بعض الفقهاء أن هذا الاستعباد يشمل النتيجة فقط دون الوسيلة ذلك أن الوسيلة مادامت من حق الشخص وغير مخالفة لنظام العام والآداب وبما أن الدولة قررتها فيعترف بها دون ترتيب نتيجة نقل الاختصاص إلى أخر، وهذا هو التوجه الغالب في التشريعات والفقه والقضاء أن الحكم بصحة الوسيلة يجوز تقريرها للقاضي الوطني بما أن هذه الوسيلة قد منحت بمقتضى قانون أجنبي يجيزها.

الأثر الايجابي: يرى البعض الأخر من الفقهاء أن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي توصل إليه نتيجة تحايل على ضابط الإسناد يشمل النتيجة والوسيلة معا . وهذا هو الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي حيث يرى الفقه الغالب في فرنسا أن جزاء الغش يشمل الغاية والوسيلة معا .ففي قضية " دي بوفرمون " مثلا يجب ألا يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني الذي أبرمته وفقا لقانون جنسيتها الجديدة وإنما يجب أيضا أن يمتد إلى الوسيلة التي استعملتها وهي تجنسها بجنسية ألمانية فتبقى بذالك فرنسية ليس بالنسبة لتنازع القوانين وإنما أيضا بالنسبة لمجالات أخرى[188].

الخاتمة:

وفي الختام ومن خلال ما تم التطرق اليه من دراسة لموانع تطبيق القانون الأجنبي المختص في حل النزاع وحالات استبعاده، نجد أن الفقه والقضاء في غالبية الدول قد استقر على استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وسد الطريق أمام تحايل الخصوم باستبعاد القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الاسناد باختصاصه نتيجة لهذا التحايل.

الهوامش:

177 غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط3، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن،2001، ص 144-145.

178 أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، ج1، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص167.

179 أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 174-175.

180 غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص145-146.

181 غالب علي الداوودي، المرجع نفسه، ص150.

182 أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص176-177.

183 أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص179.

184 أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص181.

185 أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 183-184.

186 علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط2، الجزائر، 2003، ص159.

187 علي سليمان، المرجع نفسه، ص 162.

188 حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الجزائر، 2013، ص 161-164.

قائمة المراجع:

1/- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، ج1، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

2/- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الجزائر، 2013.

3/- علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط2، الجزائر، 2003.

4/- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط3، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن،2001

أثر الحوكمة التشريعية على بعض حلول تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص

د. حضري حسان
جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
hassanmastr187@gmail.com

د. عطية سليمة
جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
sasoua88@gmail.com

ملخص:

تستعرض هذه الدراسة مسألة تنازع القوانين في إطار قانون الدولي الخاص وأثر الحوكمة التشريعية في ضبط قواعد التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي درجة مساهمتها في تسيير إيجاد حلول للإشكالات التي قد تصادف القاضي حال فصله في النزاعات التي يكون أحد أطرافها عنصر أجنبي فالتطور الحاصل في تنظيم العلاقات الدولية الخاصة بات يستلزم ضرورة استيعابه لمفاهيم جديدة على غرار الحوكمة التشريعية التي تهدف للارتقاء بالتشريعات الوطنية بجعلها أكثر دقة ووضوح وملائمة للواقع المعاش لتحقيق متطلبات دولة الحق والقانون.

الكلمات المفتاحية: الحوكمة التشريعية ، تنازع القوانين ، ضبط التشريع، القانون الدولي الخاص.

Abstract: :

This study reviews the issue of conflict of laws within the framework of private international law and the impact of legislative governance in controlling the rules of conflict to determine the applicable law، and thus the degree of its contribution to facilitating the finding of solutions to the problems that may encounter the judge when he decides on disputes in which one of the parties is a foreign element. The development that has occurred in the organization of private international relations has become necessary for it to absorb new concepts such as legislative governance، which aims to improve national legislation by making it more accurate، clear and appropriate to the lived reality to achieve the requirements of the state of law and justice.

Keywords; Legislative governance، conflict of laws، legislative control، private international law.

مقدمة:

تتأثر الوظيفة التشريعية في الدولة كغيرها من الوظائف الأخرى بدرجة الإهتمام بالآليات التي تضبط المنظومة القانونية الخاصة بها خاصة في ميدان الذي يتنازع فيه عدة قوانين تحكم العلاقة الدولية الخاصة والتي يجد القاضي فيها نفسه مضطرا لاختيار نظام قانوني معين لتطبيقه على النزاعات المعروض أمامه ذات العنصر الأجنبي، فالهدف هنا هو البحث عن أكثر القوانين ملائمة لحل النزاعات التي قد تنجم حال النظر في موضوع ما من أجل عدم إهدار الحقوق، وبالتالي فإن وظيفة القاضي هنا

جد حساسة كونه مجبرا عن البحث بين مختلف النصوص والقوانين الملائمة للنظر في النزاع، لذلك فإن مسألة تناع القوانين قد لاقت اهتماما من قبل تشريعات المقارنة من أجل البحث عن الحلول الممكنة لها نتيجة تزايد نطاق العلاقات الدولية وتشعبها وتحقيق الملائمة بين ما يتطلبه ضرورة الحفاظ عن مصالح الأفراد وعدم التفريط في المصلحة العامة للدولة.

ومع ظهور الحوكمة والتي ما فتئت تثبت نجاحها على مختلف المجالات الاقتصادية والسياسية بدأ التكفير في نقل تطبيقاتها في الجوانب القانونية والتشريعية دمج هذه مبادئها في العملية التشريعية، حيث نشأ مفهوم الحوكمة التشريعية وتصب اهتمامها على تحسين عملية صياغة النص القانوني وضبط آليات التشريع بغية الوصول إلى تشريعات دقيقة تكرس دولة الحق والقانون ومنه إيجاد حلول أكثر ملائمة لمسألة تنازع القوانين، من خلال وضوح واستقرار التشريع وعدم تعارض النصوص القانونية، والذي لابد وأن يمر عبر ترقية القوانين الداخلية وانسجامها مع المعاهدات والاتفاقيات الدولية المصادق عليها.

وبناءا على هذه المعطيات ارتأينا معالجة الإشكالية التالية :

إلى أي مدى يمكن للحوكمة التشريعية المساهمة في تسيير مهمة القاضي في إيجاد حلول لمسألة تنازع القوانين؟ .

ومن أجل الإجابة عن هذه الإشكالية ، تم تقسيم هذه الدراسة لمحورين كما يلي : حيث تناولنا في المحور الأول للإطار المفاهيمي للحوكمة التشريعية وتنازع القوانين، أما المحور الثاني فقد تطرقنا فيه لدور الحوكمة التشريعية في تسهيل إيجاد حلول لتنازع القوانين

المحور الأول: الإطار المفاهيمي للحوكمة التشريعية وتنازع القوانين

لفهم العلاقة الوطيدة بين الحوكمة التشريعية ومسألة تنازع القوانين في إطار القانون الدولي الخاص، لابد من التطرق إلى مفهوم كليهما وضبط الإطار العام الذي يمكن من خلاله إيجاد علاقة بين الدور الذي يمكن أن تؤديه الحوكمة في إطار القانون الخاص ومساهمتها في حل مسألة تنازع القوانين.

أولا– مفهوم الحوكمة التشريعية:

من أجل الوصول إلى التحديد الدقيق لمفهوم الحوكمة التشريعية لابد لنا من التطرق إلى تعريفها وثم إبراز أهم العناصر والخصائص التي تميزها عن باقي مظاهر ومجالات الحوكمة.

1- تعريف الحوكمة التشريعية: إن مصطلح الحوكمة قد ظهر في بادئ الأمر في كتابات البنك الدولي وتم طرحه كطريق بديل لإدارة المجتمع وانتقل بعد ذلك إلى عدة مجالات سياسية واقتصادية واجتماعية ليصل لمجال صياغة النصوص والقوانين الداخلية ، وذلك من أجل الوصول لجودة في التشريع وعناصر أخرى كاليقين القانوني والأمن القانوني وغيرها من المفاهيم ذات الصلة.

1-1- تعريف الحوكمة: إن الحوكمة كما سبق وأن اشرنا تعنى في البداية في المجال الاقتصادي والسياسي وتم استخدامها في العديد من المجالات الحيوية لهدا فقد تعدد تعاريفها تبعا لنطاق استخدامها ومجال تطبيقها.

ولقد عرفها البنك الدولي على أنها: "الطريقة التي تمارس بها السلطة في إدارة الموارد الاقتصادية والاجتماعية لبلد ما من اجل التنمية " كما عرفها أيضا على أنها " التقاليد والمؤسسات التي من خلالها تتم ممارسة السلطة في الدول من أجل الصالح العام ، وهذا التعريف يشمل :

_ عملية اختيار القائمين على السلطة ورصدهم واستبدالهم ،

– قدرة الحكومات على أدارة الموارد وتنفيذ السياسات السلمية بفاعلية ،

– احترام كل من المواطنين والدولة والمؤسسات التي تحكم التفاعلات الاقتصادية والاجتماعية فيما بينهم "[189]

كما يمكن تعريف الحوكمة بأنها نظام القيم والسياسات والمؤسسات التي ينظم المجتمع من خلالها اتخاذ القرارات المتعلق بالجوانب السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والشؤون البيئة من خلال تفاعل الحكومات مع المجتمع المدني والقطاع الخاص[190].

أما تقرير التنمية الإنسانية العربية لسنة 2002 يعرف الحوكمة (الحكم الراشد) من منظور التنمية الإنسانية على أنها "الحكم الذي يعزز ويدعم ويصون رفاهة الإنسان ويقوم على توسيع قدرات البشر وخياراتهم وفرصهم وحرياتهم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لاسيما بالنسبة لأكثر أفراد المجتمع فقرا وتهميشا "[191]، في حين أن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي الحوكمة على أنها : "ممارسة السلطة الاقتصادية والسياسية والإدارية لإدارة شؤون الدولة على كافة المستويات ، ويشمل الآليات والعمليات والمؤسسات التي من خلالها يعبر المواطنون والمجموعات عن مصالحهم ويمارسون حقوقهم القانونية ويوفون بالتزاماتهم ويقبلون الوساطة لحل خلافاتهم"[192].

ثم أصبح المفهوم الأكثر حداثة للحكم الراشد يعني: "الحكم التي تقوم به قيادات سياسية منتخبة وإطارات إدارية كفاءة لتحسين نوعية حياة المواطنين وتحقيق رفاهيتهم وذلك برضاهم وعبر مشاركتهم ودعمهم" [193].

وما يستفاد من خلال ما سبق أن الحوكمة هي أحد الأساليب التي يمكن من خلالها تجاوز عقبات التي قد تصادف جهود النهوض بالتنمية سواء أكان ذلك مرتبط بالتنمية الاقتصادية أو السياسية أو حتى القانونية منها ، وهو ما يقودنا إلى الحوكمة في مجال صياغة القوانين التي تؤطر نشاط المجتمع وتحدد القواعد التي يخضع لها الأفراد في إطار دولة ما، وذلك من أجل الوصول لقواعد قانونية ضابطة وفعالة لتكريس دولة الحق والقانون وتعزيز قواعد العدالة.

1-2- تعريف الحوكمة التشريعية: تعرف الحوكمة التشريعية على أنها "التشريع الجيد أو الرشيد الذي يمكن تحقيقه من خلال وضع آليات محكمة تؤمن مشاركة النواب بشكل فعلي في الصياغة التشريعية وتحقيق مشاركة القوى الاجتماعية في عملية صناعة التشريع وتعزيز سيادة القانون من خلال إصدار تشريعات محايدة ومتوازنة وقابلة للتطبيق وعادلة"[194].

وما يستفاد من خلال هذا التعريف أن الحوكمة التشريعية تختص بمجال وكيفيات صياغة القواعد القانونية لكي تكون أكثر ملائمة للواقع المعاش والتي يمكن أن تنتج قواعد قانونية دقيقة وواضحة وعادلة بين أفراد المجتمع الواحد، ويدخل في هذا الباب عدة عناصر تسعى الحوكمة التشريعية لتحقيقها من بينها جودة التشريع وملائمته ودرجة استقراره .. الخ.

وبالتالي فإن عملية ضبط التشريع من أجل ضمان جودته وفاعليته لابد لها من المرور عبر ضبط آلياتها وحوكمتها لضمان جودة المخرجات التشريعية خاصة لو علما أن العملية التشريعية في حد ذاتها عملية مقعدة ومتداخلة تتشارك فيها كل من السلطة التنفيذية إلى جانب السلطة التشريعية، وهو ما يتطلب تنسيق وضبط جيد لآليات التعاون بين تلك الأجهزة، أما على المستوى الفني فإن التشريع الجيد يحتاج إلى احترافية في الصياغة وإدراك جيد للواقع التشريعي، كما يشمل مفهوم الحوكمة التشريعية أيضا التوسع باستخدام الأساليب الحديثة وتبادل المعارف والخبرات التشريعية للوصول إلى فاعلية وجودة التشريع وملائمته لقواعد القانون الدولي والمعاهدات والاتفاقيات الدولية[195].

ولفهم أكثر للحوكمة التشريعية وعلاقتها بقواعد القانون الدولي الخاص لابد من تحديد بعض عناصرها الأساسية.

2- عناصر الحوكمة التشريعية: يمكن من خلال تعريف الحوكمة التشريعية والذي سبق بيانه استخلاص أهم العناصر التي تقوم عليها كما يلي[196]:

- هي نظام يستند على وجود مجموعة من التشريعات واللوائح والقوانين، ذلك أن التشريع الجيد يعبر عن وجود برلمان جيد،

- الحوكمة التشريعية هي نظام يتضمن معايير واضحة ودقيقة وشفافة لضبط العملية التشريعية على الصعيد الموضوعي والفني الصياغي،

- يهدف نظام الحوكمة التشريعية إلى تحقيق المشاركة في صنع التشريعات والمشاركة هي حجر الأساس في نظام الحوكمة ككل كونها تضمن التنسيق والتعاون بين أطراف العملية التشريعية،

- هي نظام يهدف إلى تحقيق الشفافية من خلال جعل البيانات والإحصائيات ومشاريع القوانين وعمليات التصويت عليها متوفرة ومتاحة للمخاطبين بذلك القانون ومراقبتها ومتابعة مدى احترام الهيئات التشريعية لسيادة القانون،

- تضمن الحوكمة التشريعية إعمال معايير المساءلة والمحاسبة على مخرجات ونتائج العملية التشريعية التي تقوم بها الهيئات المكلفة بخلق القاعدة القانونية وهو ما يضمن حق الاستفسار عن أداء وأعمال أعضاء البرلمان والحكومة،

- يساهم هذا النظام في ترقيت العدالة وسيادة القانون من خلال المساهمة في خلق قواعد قانونية ذات شرعية وقابلة للتنفيذ.

ثانيا- مفهوم تنازع القوانين:

إن مجال القانون الدولي الخاص مجال خصب لإعمال معايير الحوكمة التشريعية خاصة في القواعد التي يشملها القانون الدولي وكذا في الحلول الوضعية لتنازع القوانين، هذا الأخير والذي لا بد لفهم جوانبه والقواعد التي يقوم عليها، لذلك إرتئينا أن نتطرق لتعريف نظام تنازع القوانين ثم نتطرق لقواعد وشروط تنازع القوانين.

1- تعريف تنازع القوانين: يقصد بتنازع القوانين: " تزاحم أو تفاضل قانونين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم أو علاقة أو وضع قانوني له صلة بأكثر من دولة واحدة"[197].

ونكون بصدد تراحم قانونين لدولتين مختلفتين أو أكثر بسبب تعدد العناصر الأجنبية في العلاقة القانونية محل النزاع، وبالتالي يطرح دائما التساؤل عن أي قانون يحكم النزاع ليتم خلاله البحث عن أنسب القوانين التي لها الصلاحية والملائمة أكثر لحكم تلك العلاقة القانونية، بمعنى أن إثارة إشكالية تنازع القوانين لابد من علاقة قانونية أخرى مصاحبة وهي كيفية إسنادها كونها مشوبة بعنصر أجنبي استنادا لعدة قواعد كقاعدة الإسناد أو قاعدة تنازع القانون القاضي والتي تنعى أساسا بالقانون الواجب التطبيق[198].

وبالتالي فإن تنازع القوانين هو نظام يقوم بغرض تحديد الوضع القانوني في إطار القانون الخاص والذي يشمل أحد أطرافه عنصر أجنبي ، كما يقوم بدوره على قاعدة الإسناد لتحديد القانون المختص[199].

وما نستفاد من خلال ما سبق أنه لابد من القوانين المتنازعة فيما بينها أن تجمع صنفين أساسيين هما:

– **الصفة الدولية:** ومفادها أن تكون القوانين المتنازعة هي القوانين التابعة لدولة ومعترف بها،

– **الصفة الخاصة:** وهي أن تكون تلك القوانين من فروع القانون الخاص مثل القانون المدني، القانون التجاري، قانون الأحوال الشخصية، مما يعني استبعاد فروع القانون العام للإرتباطها بسيادة الدولة.

2– عناصر تنازع القوانين: إن مسألة تنازع القوانين في إطار القانون الدولي الخاص تقوم على مجموعة من العناصر الضرورية من بينها نذكر ما يلي[200]:

– أن تتضمن المسألة مجل النزاع عنصر أجنبي والذي يتسبب بالضرورة في اختلاف جنسية الأطراف أو مكان انعقادها أو تنفيذها أو مكان تواجد المال مع تزاحم قانونين أو لأكثر من دولة، وفيه ترى كل دولة من هذه الدول لها علاقة ومصلحة في تطبيق قانونها عليه، في حين أن أي مركز قانوني غير مشوب بعنصر أجنبي يعد وطنيا خالصا ويخضع للقانون الوطني.

– لابد لقيام التنازع القانوني في إطار القانون الدولي الخاص أن لا تجعل أي دولة للقاضي اختصاصا قانونيا مطلقا بل لابد من إتاحة المجال لتطبيق القوانين الأجنبية وفق ما تتطلبه المعاملات الدولية، وبالتالي لا تستطيع أي دولة حالية معاصرة أن تتشبث بمبدأ الإقليمية المطلقة الذي يمنع سريان القوانين الأجنبية على إقليمها.

– أن تكون القوانين المتنازعة صادرة عن دولة ذات سيادة طبقا للقانون الدولي العام.

– أن يكون الموضوع المطروح أمام القاضي في نطاق القانون الخاص.

– ضرورة اختلاف القواعد القانونية التي تنظم العلاقة محل النزاع في قوانين الدول التي تتزاحم لحكم العلاقة الدولية الخاصة.

المحور الثاني: دور الحوكمة التشريعية في تسهيل إيجاد حلول لتنازع القوانين

إن مساهمة الحوكمة التشريعية في تسهيل عملية إيجاد حلول لمسألة تنازع القوانين عديدة ومتنوعة خاصة وأن مفهوم الحوكمة التشريعية يشمل مرحلة صياغة القوانين ويمتد إلى مرحلة أخرى في تطبيق القاعدة القانونية وسريانها، غير أننا يمكن أن نحصر ذلك الدور في ثلاث نقاط أساسية لها علاقة وطيدة بقواعد الإسناد في إطار القانون الدولي الخاص، طالما أن قواعد الإسناد هي عبارة قواعد قانونية وضعية وذات طبيعة فنية ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية.

أولا– الحوكمة التشريعية وسيلة للحد من الإغفال التشريعي:

إن الإغفال التشريعي يقصد به إغفال المشرع وهو بصدد تنظيم موضوع أو حق أو ضمانة ببعض جوانبه، وهو ما من شأنه أن يحد من فاعلية هذا الموضوع أو الحق محل التنظيم[201].

وإذا ما عدنا لقواعد الإسناد في إطار القانون الدولي الخاص نجدها بحاجة ماسة للحوكمة التشريعية فهي وسيلة لتحقيق جودة القواعد القانونية وسن التشريع الجيد من حيث المعالجة والصياغة والمعروف أن النقص أو القصور في الصياغة القانونية أحد عيوب التشريع، لذلك فإن تطبيق عناصر الحوكمة التشريعية سيساهم من دون شك في تسهيل مهمة القاضي المناط به تطبيق قواعد الإسناد وكذا الوصول للتكييف القانوني السليم للنزاع المعروض أمامه.

ثانيا– الحوكمة التشريعية وسيلة للحد من الانحراف التشريعية:

إن ظاهرت الانحراف التشريعي تبرز حينما يتولى المشرع إصدار بعض التشريعات بصورة عامة ومجردة، مع علمه التام أنه لن يطبق في الواقع إلا على حالة فردية واحدة ومثال ذلك أن يتجه البرلمان للإصدار تشريع عام مجرد لن يطبق إلا على حالة فردية أو لا ينطبق على حالات يمكن أن تستجد في المستقبل رغم تماثل وضعها القانوني، وهنا يكون البرلمان قد أنحرف في استعمال السلطة التشريعية بشكل لا يخدم جانب مسألة تيسير إيجاد حلول موضوعية لمسألة تنازع القوانين ويعرقل من مهمة القاضي في التكييف الصحيح لنزاع المعروض أمامه[202].

لذلك تعمل الحوكمة التشريعية على الحد من هذه الظاهرة كونها تؤذي إلى ضبط آليات التشريع وتهدف للحيلولة دون إصدار تشريعات ذات طابع شخصي لا تتسم بالعمومية والتجريد المناسبين.

ثالثا: الحوكمة التشريعية وسيلة للحد من الغش نحو القانون

إن قاعدة الإسناد لحل تنازع القوانين حين إعمالها تظهر معيارا يسمى بضابط الإسناد وهو ذالك الضابط الذي يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق، لكن غالبا ما تكون قابلة بطبيعتها للتبدل والتغيير بإرادة الأطراف مثل ضابط الجنسية والموطن،وظاهرة العش نحو القانون وتظهر حينما يتعمد الشخص تغيير ضابط إسناد معين للإفلات من قواعد قانون معين، وبالتالي فإن التحايل في مجال تنازع القوانين يرجع للطبيعة الخاصة لبعض ضوابط الإسناد فقد يعمد شخص لتغيير جنسيته حتى يفلت من القانون الذي يجيز الطلاق على سبيل المثال وهنا يكون ذلك الشخص قد تحايل على القانون الواجب التطبيق[203].

وبهذا الخصوص تعمل الحوكمة التشريعية على المساهمة في خلق قواعد قانونية دقيقة ومحددة الأمر الذي يحد من صياغة وسن قواعد قانونية التي قد تسهل عملية التحايل والغش في القانون من خلال الثغرات التي يخلفها التشريع غير الدقيق أو الواضح والذي قد يستفاد منه البعض في ممارسة بع الحيل لتهرب من تطبيق قانون لا يخدم مصالحه الشخصية، وبالتالي فإن الحوكمة تعمل على تحقيق الاستقرار والأمن القانوني الذي بات أحد أهم أولويات أهداف التشريعات المقارنة.

الخاتمة:

وفي الختام نخلص إلى أن مسألة التوصل إلى حلول في تنازع القوانين هي وضيفة يتولها القاضي المعروض أمامه النزاع والذي يتولى مهمة البحث عن أفضل القوانين ملائمة لحكم مختلف النزاعات التي قد تنجم عن العلاقات التي يؤطرها القانون الدولي الخاص وهي الكشف عن القانون المختص بكيفية موضوعية وتجريدية، وهذه الوظيفة لا يمكن أن تتحقق إلا في ظل وضوح التشريع واستقراره إلى جانب تفعيل الآليات التي من شأنها التخلص من ظاهرة الإغفال والانحراف التشريعي والغش نحو القانون.

أما عن الدور والأثر الذي يترتب عن إعمال معايير الحوكمة التشريعية هي أنها تساهم وتندرج في صميم الصياغة السليمة للنصوص القانونية بشكل الذي يؤذي لتحسين العملية التشريعية، وهو ما سيسهل لا محالة مهمة القاضي في إيجاد حلول موضوعية للنزاع المعروض أمامه وتحقيق التوازن بين ما يتطلبه ضرورة الحفاظ على حقوق المواطنين وحماية المصالح العامة للدولة وفق قواعد محددة للإسناد

والتكييف لهذا بات لزاما إعمال معايير الحوكمة في مختلف مراحل العملية التشريعية للوصول إلى التشريع الجيد الذي يحقق الأمن القانوني ووضوح وعدم ملائمة القوانين.

الهوامش:

[189] – فريدة ابراشة ، الحكم الرشيد في الجزائر في ظل الحزب الواحد والتعددية الحزبية ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في العلوم السياسية والعلاقات الدولية ، جماعة الجزائر 3 ، كلية العلوم السياسية والعلاقات الدولية ، جوان 2014 ، ص29.

[190] – Edward Mugabi ،Decentralization for Good Governance: Policies Legal Frameworks and Implementation ، Development ، peace، Collective author under the title : Decentralized Governance for Democracy ،Strategies and Effective Service Delivery ،United Nations Department of Economics and Social Affairs ،Available on : https://digitallibrary.un.org Published in: 2005 : ، Date of visit : 11/12/ 2020 ،. P23

[191] – فريدة ابراشة ، المرجع السابق، ص28.

[192]– ليلى بن عيسى، الحكم الراشد أحد مقومات التسيير العمومي الجديد، مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 14/ديسمبر2013، ص 199.

[193]– فريدة ابراشة، المرجع السابق، ص28.

[194] – أحمد طلال عبد الحميد البدري، إستراتيجية حوكمة التشريعات الإدارية (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، ط الأولى 2022، ص41.

[195] – المرجع نفسه، ص ص 42/41.

[196] – أحمد طلال عبد الحميد البدري، المرجع السابق ، ص 43 وما يليها.

[197] – نورية شبورو، التكييف وتنازع القوانين، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي ببريكة، المجلد 05، العدد01، ص 1308.

[198] – المرجع نفسه، ص1308.

[199] –عيد عبد الحفيظ، حل النزاعات الخاصة الدولية وفقا لمنهج تنازع القوانين، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، المجلد 10، العدد03–2019، ص 348.

[200] – نورية شبورو ، المرجع السابق، ص 1309.

[201] – أحمد طلال عبد الحميد البدري، المرجع السابق ،ص58.

[202] – أحمد طلال عبد الحميد البدري، المرجع السابق ،ص58.

[203] –عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص350.

اشكالات تنازع القوانين حول مسائل الحضانة في التشريع الجزائري

Problems of conflict of laws regarding custody issues in Algerian legislation

أ.د. غريسي جمال

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

ghressi83@gmail.com

د. وكواك الشريف

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

ouakouakcherif@gmail.com

ملخص:

تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أولتها التشريعات عناية خاصة لما تخلفه من آثار ايجابية أو سلبية في حياة الفرد والأسرة والمجتمع، لأنها تختص بالصغير من خلال تربيته ورعاية جميع شؤونه، وهي ناتجة عن آثار انحلال الزواج، وتثير مسألة الحضانة اشكالات عديدة في مجال تنازع القوانين خاصة عند الزواج المختلط نتيجة لاختلاف التشريعات حول القانون الواجب التطبيق.

وفي هذا الاطار سعت مختلف التشريعات ومنها المشرع الجزائري إلى وضع قواعد لحل مشكلة تنازع القوانين في مسائل الحضانة، سواء في القانون أو من خلال الاجتهاد القضائي مع مراعاة مصلحة المحضون باعتبار الحضانة حق من حقوقه الأساسية.

كلمات مفتاحية: الحضانة، تنازع القوانين، التشريع الجزائري.

Abstract:

Custody is considered one of the most important issues to which legislation has given special attention due to the positive or negative effects it has on the life of the individual، the family، and society، because it concerns the child through his upbringing and care of all his affairs، and it results from the effects of the dissolution of marriage، and the issue of custody raises many problems in the field of conflict of laws. Especially in the case of mixed marriages، as a result of differences in legislation regarding the applicable law.

In this context، various legislations، including the Algerian legislator، sought to establish rules to resolve the problem of conflict of laws in custody matters، whether in law or through judicial jurisprudence، taking into account the interest of the child، considering custody as one of his basic rights.

Keywords: Custody، conflict of laws، Algerian legislation.

مقدمة:

تعد الحضانة من أعقد المسائل التي تطرح اشكالات تمس بمصلحة المحضون، هذا لأنها تعتبر من أبرز الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية، ولأن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل إنه حتى عند اللجوء إلى القضاء تجد القاضي يتعامل مع هذه المسائل بكل جدية مراعيا قدر الامكان تحقيق مصلحة المحضون.

وقد حرص المشرّع الجزائري وباقي التّشريعات على تنظيم المسائل المتعلقة بالحضانة في نصوص قانونية تضمّنها قانون الأسرة، ومن ثمّ لا يطرح أي إشكال حينما يكون انحلال الزّواج بين زوجين يحملان نفس الجنسية ويقيمان بصفة دائمة داخل الوطن الذّي ينتميان إليه بجنسيتهما لكن الاشكال يظهر في حالة انحلال الزواج المختلط عند التّنازع حول القانون الواجب التّطبيق على حضانة الأولاد النّاتجين عن ذلك الزّواج، أي أن يكون أحد الزّوجين أجنبيا أو كلا الزّوجين من جنسيتين مختلفتين أو كلّ من الزّوجين عديم الجنسية، وهذا ما يضعنا أمام تنازع القوانين ممّا يستوجب اختيار القانون الأنسب من بين القوانين المتزاحمة.

وتبرز أهمية هذا الموضوع في كون الحضانة مسائل الحضانة مجال واسع وخصب في تنازع القوانين، وذلك نظرا لحساسية الموضوع المتعلق بالطفل المحضون وكذا مختلف الاشكالات التي ينطوي عليها، بالاضافة إلى ارتباطه بفكرة النظام العام، وهو ما دفعنا لدراسة الموضوع من أجل الوقوف على أهم المسائل والاشكالات التي يطرحها ومعرفة الحلول التي توصل إليها والتشريع والقضاء في هذا الأمر.

من خلال ما سبق، ونظرا للأهمية التّي احتلها موضوع تنازع القوانين في مسائل الحضانة، ومن هنا نطرح الإشكالية الرئيسية التالية:

- إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في حل الاشكالات المتعلقة بتنازع القوانين في مسائل الحضانة في اطار الزواج المختلط؟

وللإجابة على هذه الإشكالية رأينا الزامية تسليط الضوء على هذا الموضوع، وذلك بالاعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي، وذلك بذكر النصوص القانونية المنظمة لمسائل الحضانة وأحكامها سواء في قانون الأسرة الجزائري أو القانون المدني، بالإضافة إلى بيان الاجراءات اللازم اتباعها عند اللجوء للقضاء، وتحليل وشرح النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة ومدى تناسب القرارات القضائية المتعلقة بتنازع القوانين في مسائل الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون، وذلك من خلال خطة معتمدة على المحورين التاليين:

المحور الأول: القانون الواجب التطبيق على تنازع القوانين في مسائل الحضانة

المحور الثاني: إشكالات قواعد إسناد الحضانة

المحور الأول: القانون الواجب التطبيق على تنازع القوانين في مسائل الحضانة

سعت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض المعضلات التي تعتري الزواج المختلط خاصة بعد انحلال الرابطة الزوجية والآثار التي تترتب عن هذا الأخير خاص على حضانة الأولاد، والمسائل الموضوعية الكثيرة المتعلقة بالحضانة، وعليه سيتم التطرق في هذا المحور إلى قواعد الاسناد الخاصة بالحضانة، ثم حلول تنازع القوانين في مسائل الحضانة .

أولا: قواعد الاسناد الخاصة بالحضانة

اختلفت التشريعات في موقفها حول القانون الواجب التطبيق على مسائل الحضانة، فهناك من لم يحدد قاعدة اسناد خاصة بالحضانة، في حين هناك من وضع قاعدة اسناد خاصة بها، ثم نبين موقف المشرع الجزائري من هذه القواعد من خلال النقاط التالية.

1-غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة: توجد عدة تشريعات لم تخصص قاعدة اسناد خاصة بالحضانة وألحقتها بالقانون الذي يحكم انحلال الزواج باعتبار الحضانة أثر من آثاره وهو قانون جنسية الزوج، وهو ما أخذت به بعض التشريعات العربية، كالمشرع المصري والسوري والليبي وغيرهم، وكذا بعض التشريعات الغربية كالمشرعين الانجليزي والأمريكي[204] وغيرهم.

واستندوا في ذلك على أن مسألة الحضانة لا تثار إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج، وهذا الحل يعتبر ضابط إسناد أصلي[205].

2- وضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة: توجد هناك بعض التشريعات التي خصت الحضانة بقاعدة اسناد خاصة، ومن بين هذه التشريعات *الكويتي والتونسي.*

فنجد المشرع الكويتي أخضع الحضانة لقاعدة إسناد خاصّة بها بمقتضى المادة 43 من القانون المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي لسنة 1961 بنصها:" يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة"[206]، يفهم من نص هذه المادة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الأب، إلا أنها لم تحدد الوقت الذي يقدر بشأنه القانون الواجب التطبيق، هل هو وقت ميلاد الطفل

تماشيا مع قاعد الاسناد المتعلقة بالنسب، أو وقت رفع دعوى الطلاق إذا ما طرح النزاع على مسألة الحضانة إلى جانب دعوى للطلاق، فهنا تبقى مسألة الحكم خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي[207].

أما المشرع التونسي فقد خص قاعدة اسناد خاصة بالحضانة في الفصل 50 من القانون الدولي الخاص بنصها:" "تخضع الحضانة للقانون الذّي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقرّه، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل"[208]. يفهم من نص هذه المادة أن الحضانة تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، والملاحظ استعمال عبارة "أو" دلالة على منح القاضي الحق في اختيار القانون الأكثر ملائمة والأفضل للمحضون .

3- **موقف المشرع الجزائري من قواعد الاسناد الخاصة بالحضانة:** بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده لم ينص صراحة على القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة، وأسنده للقانون الذي يسري على انحلال الرابطة الزوجية بالتالي يطبق عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى كأصل عام طبقا للمادة 2/12 من القانون المدني[209]، واستثناءا يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج استنادا للمادة 13 من نفس القانون[210]، وعليه يرجع إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بها، كتحديد من تثبت له الحضانة، أسباب انقضائها وسقوطها، وتحديد نفقة المحضون ، وهو حل مستقر في القانون المقارن والأحكام القضائية.

فهنا يتضح لنا أن المادة 13 من القانون المدني الجزائري جاءت كإستثناء على المادة 12/02 من نفس القانون، فبالنسبة للآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية تارة تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج وتارة تخضع للقانون الشخصي للمطلقين كالعدة وحضانة الأولاد، والتي يخضعها غالبية الفقه إلى قانون القاضي بدل القانون الأجنبي على أساس فكرة النظام العام[211].

ثانيا: حلول تنازع القوانين في مسائل الحضانة

سيتم التطرق من خلال هذا العنصر إلى اشكالية اسناد الحضانة في الزواج المختلط عند وجود اتفاقية مع الجزائر، ثم إلى اشكالية اسناد الحضانة في الزواج المختلط عند عدم وجود اتفاقية مع الجزائر.

1- **إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط عند وجود اتفاقية مع الجزائر:** حتى تحافظ أي دولة على مصلحة أبناءها نتيجة الزواج المختلط، عليها أن تبرم اتفاقيات تتعلق بحمايتهم في حالة انحلال الرابطة الزوجية، وهو ما قامت به الجزائر مع فرنسا بحكم هجرة كثير من الجزائريين إليها بعد الاستقلال والاستقرار هناك مما نتج عن ذلك قيام علاقات زواج بين الجزائريين والفرنسيين، حيث تم إبرام

اتفاقية في 21 جوان 1988 المتعلقة بوضع أطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال[212] قصد تحقيق أحسن حماية لهم وذلك لتسهيل عملية التنقل بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى في مسائل الحضانة والأمور المرتبطة بها.

وألزمت الاتفاقية القاضي، عند إصدار حكم قضائي ينص على إسناد الحضانة، ولمن تؤول أن يمنح في الوقت نفسه إلى الطرف الآخر حق الزيارة، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري بموجب المادة 64من قانون الأسرة الجزائري[213] التي تنص:" وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

غير أن معظم هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو الفرنسية، قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ، لاختلاف مضمون فكرة النظام العام بين الدولتين، ومن بين المشاكل التي قد نصادفها هي إسناد الحضانة من طرف القاضي الفرنسي إلى الأم لكونها أولى بحضانة الطفل من الغير على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا[214]، وهذا لا يتماشى مع مضمون الماد 62 من قانون الأسرة التي تقر بتربية الولد على دين أبيه على اعتبار أن الأم فرنسية وغير مسلمة.

عند الرجوع لبنود الاتفاقية وخاصة المادة 7[215] منها نجد أنه لا يوجد فيها نصوص للإجابة على الإشكالية السابقة، وهذا ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص أو إلى عدم منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لتعارضه مع النظام العام الجزائري طبقا لمقتضيات المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

ورغم معالجة الاتفاقية الثنائية لمشكلة الزيارة، إلا أنه بقيت بعض المسائل عالقة، فقد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة لا يعيد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن، ورغم ما نوهت إليه الاتفاقية في المادة 11 من حلول إلا أنها تبقى قاصرة لأنه حتى وإن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري، لكن كل ذلك يبقى مجرد حبر على و رق لا لشيء، إلا لعدم قبول تلقي الأوامر من دولة أخرى وتنفيذها بحجة النظام العام، وهو الأمر الذي يودي إلى عدم تنفيذ الإنابة القضائية الدولية، وبالنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون[216].

اضافة كذلك إلى أن بنود الاتفاقية لم تعالج مسألة مراجعة حكم الحضانة للأب من قبل قاضي فرنسي أسند الحضانة إلى الأم وهذا أمام نفس القاضي حتى يكون له الحق في تربية أبنائه على دينه، مستندا في ذلك على أحكام المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.

وفقا لنص المادة 62 يعتبر حق الأب قائما في المراجعة ولكن واقعيا لن يحكم القاضي الفرنسي باعادة اسنادها له من منطلق تلك الأسس لاختلاف النظام العام في فرنسا في مسائل الأحوال الشخصية بما فيها الحضانة عن النظام العام في الجزائر[217].

2- **إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط عند عدم وجود اتفاقية مع الجزائر:** على اعتبار أن الحضانة تعتبر من أعقد وأبرز المشاكل الناجمة عن الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والأجانب، لذا سنحاول الوقوف على أغلب المشاكل التي تقف حجر عثرة أمام القاضي المختص بفض تنازع القوانين في مسائل الحضانة في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر.

أ- **حالة الزوجين الوطنيين اللذين يكون أحدهما يريد الإقامة في بلد أجنبي:** المشرع الجزائري اعتبر الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج وأخضعها لأحكام القانون المدني بمقتضى المادتين 2/12 و13 منه، وبالتالي إذا عرضت على القاضي قضية بين شخصين من جنسيتين مختلفتين يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وفي هذه الحالة إذا كان الزوج جزائري يطبق القانون الجزائري، ونفس الأمر إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج طبقا للمادة 13 من القانون المدني، ففي كلتا الحالتين إذا كان الزوج جزائري وقت رفع الدعوى أو كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج يطبق القاضي القانون الجزائري مراعاة لنص المادة 69 من قانون الأسرة التي تنص:" إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في اثبات الحضانة له أو يسقطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

ما يلاحظ أن المشرع أعطى للقاضي صلاحية اعمال سلطته التقديرية في تحديد مصلحة المحضون ووضع هذه الأخيرة فوق كل اعتبار، وبالتالي ترجع السلطة التقديرية للقاضي في اسناد الحضانة لصاحبها الذي يريد الانتقال إلى بلد أجنبي أو اسقاطها عنه مراعاة لمصلحة المحضون.

وهذا الأمر أكدته المحكمة العليا في أحد قرارتها حيث جاء فيه:" متى كان من المقرر شرعا وقانون أن اسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون، والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء باسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالف للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه"[218].

ب- **حالة حضانة الأولاد الناجمين عن زواج مختلط مع الأجنبيات:** تمنح حضانة الأولاد الناجمين عن زواج مختلط مع الأجنبيات كأصل عام للأم طبقا لمقتضى المادة 64 من قانون الأسرة، إلا أن الأم الأجنبية غالبا ما تسعى للعودة إلى بلدها حال انحلال الزواج، الأمر الذي يؤدي حتما لتنشئة الولد تنشئة

غير دينية في أغلب الحالات[219]، وهو ما يخالف أحكام المادة 62 من قانون الأسرة التي تنص:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، وهذا ما يستوجب اسقاط الحضانة عنها إذا تأكد عدم توفرها على الشروط الواجبة لممارسة الحضانة كالإسلام والأمانة وغيرهما.

وهذا الأمر أكدته كذلك المحكمة العليا في كثير من قراراتها حيث جاء في أحد منها[220]:" من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون، وأن اسنادها لأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم الذي له حق الرقابة والزيارة والتربية على دينه يتعارض مع المبدأ الذي أقرته المادة 62 من قانون الأسر والاجتهاد القضائي".

المحور الثاني: إشكالات قواعد إسناد الحضانة

سعت العديد من التشريعات ومن بينها الجزائر لإيجاد حلول للمشاكل التي قد تعتري انحلال الرابطة الزوجية الناتجة عن اختلاط الأزواج ومن بينها مسائل الحضانة، وذلك عن طريق سن قوانين أو ابرام اتفاقيات من أجل توفير حماية لازمة للمحضون، غير أنه قد يكون هناك انحلال للزواج بين شخصين من جنسيتين مختلفتين لا توجد اتفاقيات بينهم، فهنا القاضي يطبق القواعد العام الموجودة في القانون المدني، وعليه سيتم التطرق في هذا المحور إلى مضمون المسائل التي يشملها الحكم بالحضانة، ثم صعوبات إعمال قواعد التنازع الخاصة بالحضانة.

أولا: مضمون المسائل التي يشملها الحكم بالحضانة

سوف يتم التطرق من خلال هذ العنصر إلى بعض الإشكالات العملية كالحق في رؤية المحضون وزيارته، وإمكانية السفر بالمحضون ونقلة إلى بلد أخر، ونفق الطفل المحضون وغيرها من المسائل التي يثيرها نطاق إعمال قاعدة الإسناد في منازعات مسائل الحضانة في التشريع الجزائري.

1- **رؤية المحضون وزيارته:** يعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تساهم في شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطا بأبويه، إلا أن حق الزيارة كثيرا ما يسيء الأبوين استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف، حيث يذهب الأولاد المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات[221].

والمشرع الجزائري تطرق إلى حق الزيارة بمقتضى الماد 64 الفقرة الأخيرة بنصها:" وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، فبالرغم من أن المشرع قد منح لكل طرف حق الزيارة

في العطل والأعياد، إلا أنه كان عليه أن يوسع من مفهوم الزيارة لتشمل الزيارة القصيرة، وحتى أيضا حق استضافة الأبناء خلال العطل الفصلية والسنوية، وهذا حتى يتعود الأطفال العيش مع الأبوين بصورة تجعلهم لا يفرقون بينهما.

ولما كان حق الزيارة من الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية، يطبق بشأنها المادة 12 من القانون المدني، بمعنى قانون جنسية الزوج، مع خضوع القاعدة العامة إلى الاستثناء في حالة أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج طبقا للمادة 13 من نفس القانون.

يطرح في هذا الشأن الإشكال المتعلق بالزيارة، ما دام الطفل يقيم في الخارج مع أمه، وقد صدرت أحكام قضائية في هذا الشأن، تبين أن حق الحضانة الذي يرجع للأم مقيد بتربية الولد على دين أبيه وبحق الزيارة، عندما لا يقيم الأبوان في بلد واحد، ونجد المجلس الأعلى أخذ بمبدأ في الحضانة مفاده: "أن تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا"[222].

إذا كان الأبوان يقيمان في بلاد أجنبية معا، فذلك لا يطرح إشكالا بالنسبة للرقابة والزيارة وتربية الأولاد على دين أبيهم، ويطرح الإشكال عندما لا يقيم الأبوان في بلد واحد، أي أن أحدهما يقيم ببلد أجنبي، حيث جاء في حيثيات المجلس الأعلى ما يأتي: وحيث أن المجلس الأعلى قد سبق له وأن أصدر قرارا ت في مسألة الحضانة واتخذ مبدأ وهو أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد منهما بها، يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ويتأكد كل هذا إذا كان كل من الأبوين مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه".

وعليه ما ذهب إليه المجلس لموافقته على الحكم الرافض لطلب وضع الصيغة التنفيذية على الحكم أو القرار الأجنبي المستدل بمقتضاه حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا كان على صواب، فإبقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعن عادات قومهما ويمس بقواعد النظام العام، فضلا عن ذلك أن الأب له الحق في الرقابة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق، ومن ثم النعي عن القرار بما ورد في السبب غير معقول[223]" .

2- السفر بالمحضون ونقله إلى الخارج: المشرع الجزائري جعل من أسباب سقوط الحضانة بتقدير من القاضي ومراعاة لمصلحة المحضون السفر به ونقله إلى بلد أجنبي وهو ما جاء ضمن أحكام المادة 69 من قانون الأسرة بنصها: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في أثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون". من

خلال نص المادة يظهر أن المقصود بالسفر بالمحضون هو الانتقال به من بلد إلى آخر، فمصلحة المحضون تقتضي عدم الانتقال به إلى بلد أجنبي إلا بإذن القاضي، ومنح هذه الرخصة من عدمها خاصة بالحضانة، لأن الأمر يتعلق بالتربية الدينية للطفل جنسية تأثره بدين في بلد أجنبي وعاداته وتقاليده هذا التصريح يتمثل في انتقال للإقامة الدائمة والمستمرة بغية الاستقرار[224]، أما الاقامة لمدة معينة في بلد أجنبي فلا يخضع لأحكام المادة 69 السالفة الذكر.

ويطرح الاشكال هنا هل البلد الأجنبي المقصود به البلد غير المسلم أم أي بلد خارج التراب الوطني، فالمشرع أجاب على الاشكال بمقتضى قرار صادر عن المجلس الأعلى سنة 1989 قضى بأنه:" من المقرر قضاء في مسألة الحضانة وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة تسقط عنه الحضانة"[225]، ومع ذلك فإن هذا التفسير غير الصائب لنص المادة لم يدم طويلا فقد جدت الظروف دفعت القضاء الجزائري إلى أن يتراجع عن موقفه ويحل محله موقف أخر من مقتضاه جعل إسناد الحضانة في هذه الحالة مرهون يطلب من له مصلحة في ذلك مع التأكيد على أن شرط الإقامة في الجزائر لا يقرره القاضي تلقائيا[226].

ومما يؤكد على أن شرط الإقامة بالجزائر لممارسة الحضانة ليس واجب يلتزم القاضي بتطبيقه، فقد يرى القاضي بأن مصلحة المحضون هي في السفر به إلى الخارج فما على الحاضن إلا طلب الإذن منه ومن ذلك قرار المحكمة العليا الذي قضى بأنه:".... غير أنه وفيما يخص شرط ممارسة الحضانة بالجزائر الذي قضى به الحكم المستأنف وأيده القرار المحضون فيه لم يراع فيه قضاء الموضوع أحكام المادة 69 من القانون الأسرة...، ذلك أن شرط الإقامة بالمحضون في الجزائر أو إسقاطها عن الشخص الموكول له إذا أراد أن يستوطن بالمحضون في بلد أجنبي يستدعى طلب ذلك عن الحاضن ومراعاة كمصلحة المحضون ذاته..."[227].

ومن خلال القرارات التي عرضناها نستنتج أن الإقامة في الجزائر تكون واجبة لممارسة الحضانة إذ طلب من له مصلحة في ذلك وهو غالبا صاحب سلطة الرقابة، كأن يقيم هذا الأخير بالجزائر ، لكن نظرا لكون الأولاد غالبا ما يحملون جنسيتين، فإن القضاء الجزائري مستقر على أن الحق في الحضانة يعود للأب إذا كانت الأم تقيم في بلد أجنبي[228]، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره: ".....حيث أنه من المقرر قضاء في مسألة الحضانة وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة"[229].

3- نفقة الطّفل المحضون: المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يعرف النفقة وإنما تطرق بالتفصيل إلى مشتملاتها من خلال نص المادة(78) كما يلي:" تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، وهي واجبة على الأب حسب مقتضيات نص المادة 75 من نفس القانون[230].

وفي مجال تنازع القوانين أخضعها المشرع الجزائري لقانون جنسية المدين بالنفقة طبقا لأحكام المادة 14 من القانون المدني بنصها:" يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها"، والمقصود بالنفقة هنا، هي النفقة الواجبة بين الأصول والفروع كنفقة الأب، غير أن نص المادة 14 السالف الذكر لم يكن دقيقا في الصياغة حيث حدد القانون المختص بها بقانون المدين بها، والمفروض ألا يكون مدينا مسبقا إلا إذا قضى بذلك القانون المختص أي قانون جنسية هو الذي يحدد إذا كان الشخص مدين بالنفقة أم لا، وقد تفادى المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة هذا العيب في الصياغة باستعمال لفظ المكلف بها بدل المدين على أولاده القصر[231].

لكن المشرّع أورد استثناءً على قاعدة إخضاع النّفقة لقانون جنسية المدين بها، وذلك بنصّ المادة 21 من القانون المدني وبالتّالي يستغنى عن تطبيق جنسية المدين فيما يخصّ تحصيل النّفقة، فهي تخضع لإجراءات قانون مكان المباشرة، وبالتّالي إذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري يتعلّق موضوعه بتحصيل النّفقة للقاصر، فإنّه يخضع للإجراءات المقرّرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[232]، وقد يتطلّب ذلك طبقا لهذا القانون استبقاء إجراءات منح الصّيغة التّنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بالنّفقة، إلاّ إذا وجدت اتّفاقية ثنائية أو جماعية تنظّم هذه المسألة، وانضمّت إليها الدّول المراد تحصيل النّفقة فيها[233].

4- إسقاط الحضانة ومخالفة الترتيب في حالة تنازع القوانين: المشرع الجزائري لم يحدد موقفه من هذه المسألة، حيث أنه تارة جعل من قاعدة إسقاط الحضانة بسبب تزوجها بغير قريب محرم آمرة[234]، وتارة أخرى جعل منها قاعدة جوازية، عندما قضى أن زواج الحاضنة الذي يسقط حقها في الحضانة لا يعتبر قاعدة مطلقة ويجب أن تخفف أمام متطلبات مصلحة الطفل المحضون التي يجب أن تقدم على كل اعتبار آخر[235].

وتراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وهو ما قررته المحكمة العليا بموجب القرار الصادر بتاريخ 2011/03/10 جاء فيه:" أن مدار الحضانة مصلحة المحضون وليس بالترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة وأن تقدير المصلحة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة

الموضوع وقد عبروا عن هذه السلطة بأسباب كافية وسائغة من خلال المفاضلة بين الأب والجدة وترجيحهم بأن مصلحة البنت تقضي بقاءها مع جدتها التي تعيش معها منذ وفاة والدتها عام 2001 وطبقوا بذلك نص المادة 64 تطبيقا سليما مما يجعل الوجه غير سديد يستوجب الرفض"[236].

ثانيا: صعوبات إعمال قواعد التنازع الخاصة بالحضانة

المشرع الجزائري أخضع قواعد التنازع الخاصة بمسائل الحضانة لا لقانون الموطن، كما يظهر من قراءة النصوص الخاصة بحل تنازع القوانين، كما نجد أنه عند تطبيق هذه النصوص قد تعترض القاضي صعوبات تحديد قانون جنسية شخص من الأشخاص بسبب تعدد الجنسيات أو انعدامها أو بسبب تغييره لجنسيته، مما يتطلب بحث هذه المسائل في النقاط التالية.

1- **الثغرات القانونية التي تشوب تطبيق المادتين 12 و13 من القانون المدني:** إن اختيار ضابط جنسية الزوج كحل لتنازع القوانين في مسألة الحضانة يترتب عليه الاخلال بمبدأ المساواة بين الطرفين وهو ما اعتمده المشرع الجزائري بمقتضى المادة 2/12 من القانون المدني، وبالتالي فان اختيار المشرع يعتبر غير صائب مادام القانون الوطني للزوج ليس بقانون محايد، ومادمنا أمام زوجين يتمتعان بجنسيتين مختلفتين فهو من الصعب تفسير اختيار قانون على آخر، فاختيار قانون جنسية الزوج يعتبر إلى حد متعارض مع مبدأ المساواة بين الجنسين المعترف به في التشريع الجزائري[237].

وبالتالي لعل أفضل قانون يمكن اختياره هو قانون آخر جنسية مشتركة للزوجين الذي يستجيب لمبدأ المساواة بين الجنسين، وإذا لم يكن للزوجين جنسية مشتركة يكون قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج إذ يكون الزوجين على علم به، و هو ما ذهبت إليه بعض التشريعات كالمشرع الكويتي وغيره[238].

أما الاستثناء الوارد في المادة (13) من القانون المدني فتشوبه ثغرة قانونية فلم يسلم أيضا من النقد، وذلك لأن غرضه حماية الطرف الوطني المسلم، والأخذ بهذا الاستثناء قد يؤدي إلى نتائج غريبة، فنجد القانون الجزائري يطبق على انحلال الرابطة الزوجية بين أجنبية وجزائري قد زالت عنه الجنسية الجزائرية بعد انعقاد زواجه، في حين لا يطبق على انحلال الزواج بين أجنبيين قد اكتسب كل منهما الجنسية الجزائري بعد عقد زواجهما، فالأصل أن يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

2- **مشكلة تعدد الجنسيات وانعدامها في مسائل الحضانة:** تعترض القاضي عند محاولة حل النزاع المتعلق في مسائل الحضانة صعوبات إنعدام وتعدد الجنسية، فإذا كان التنازع بين جنسيتين أجنبيتين فأكثر ليس من بينهما جنسية دولة القاضي، فعليه أن يبحث عن الجنسية الفعلية من خلال عدة

معايير، كاللّغة التّي يتكلّم بها الشّخص، المكان الذّي يمارس فيه وظيفته خاصّة، أو له منصب أو وظيفة في دولة معيّنة، البلد الذّي أدى فيه واجب الخدمة الوطنية، وهذا الحلّ كرّسته اتفاقية لاهاي في المادة 05منها[239]، وهو الذي سار عليه المشرع الجزائري بمقتضى المادة 22 /01 من القانون المدني بتحديد الجنسية الفعلية من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص يعتبر مسألة واقع، لذلك فهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا بالجزائر.

في حين يختلف الحل عندما توجد جنسية القاضي بين الجنسيات المتنازعة، فإنه لا يعتد بغيرها مهما كانت علاقة الشخص بالدول الأخرى التي يحمل جنسيتها، فعلى القاضي تطبيق قانونه[240].

وهذا الأمر تبناه المشرع الجزائري من خلال الفقرة الثانية من المادة 22 من القانون المدني بنصها:" غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية"، أما بالنسبة لعديم عديم الجنسية، أي الشّخص الذّي لا تعتبره أيّ دولة مواطنا فيها بمقتضى تشريعها، فإنّ الرّأي الرّاجح ذهب إلى تطبيق قانون الموطن لمنعدم الجنسية[241]، باعتباره أقرب القوانين إلى الشخص صلة، وأنّ من يتمتّع بحماية دولة معيّنة لابد من خضوعه لقوانينها، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري بمقتضى المادة 03/22 بنصها: " في حالة انعدام الجنسية يطبّق القاضي قانون الموطن أو قانون محلّ الإقامة".

3- حالة تغيير الجنسية(التنازع المتحرك): القاعدة العامة خضوع الحضانة لقانون جنسية الزوج، تثير إشكاليات متعددة في حالة تغيير ضابط الإسناد(التنازع المتحرك) في الفترة المتراوحة بين إيداع عريضة الدعوى وصدور الحكم، القاضي يجد نفسه بين قاعدتي إسناد[242].

المشرع الجزائري حسم المسألة، ولكّن حكمه جاء قاصرا على بعض مواد الأحوال الشّخصية دون أخرى، فأخذ بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بالنّسبة للآثار الشّخصية والمالية التّي يرتّبها عقد الزواج حسب نص المادة 01/12، وأسند انحلال الزواج والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدّعوى كما جاء في المادة 02/12، أن إسناد الشّروط الموضوعية للزواج وآثاره وانحلاله إلى القانون المدني وحده، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج باستثناء شرط الأهلية، يبقى خاضعا للقاعدة العامة، أي قانون الجنسية وذلك وفقا للمادة 13 من القانون المدني.

4- حالة تعذر تفسير القانون الأجنبي الخاص بالحضانة: إذا تمكن القاضي من الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي، انتقل إلى تطبيقه على النّزاع المطروح أمامه، غير أنّ القاضي وهو يطبّق هذا القانون قد يبدو له معناه غامضا غير واضح، فيتوجّب عليه تطبيق القانون الأجنبي كما هو مطبّق في

بلده الأصلي، آخذا بعين الاعتبار ليس فقط نصوص قوانينها، وإنّما ما استقرّ عليه قضاؤها، إلاّ أنّ هذا التّفسير يخضع لرقابة المحكمة[243].

أمّا بالنّسبة للمشرع الجزائري فمن خلال استقراء قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنّه حدّد موقفه حول هذه النّقطة من حيث أنّها تبسّط الرّقابة إلاّ فيما يخصّ الخطأ في تطبيق قانون أجنبي متعلق بالأحوال الشّخصية[244].

الخاتمة:

نخلص من خلال هذا البحث أن المشرع الجزائري لم يحدد للحضانة قاعدة إسناد خاصة بها في حالة الزّواج المختلط، بل اكتفى بإدراجها كأثر من آثار انحلال الرابطة الزّوجية، بحيث يطبّق عيها قانون جنسية الأب وقت رفع الدّعوى كأصل عام واستثناءا يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.

ونظرا لأهمية موضع الحضانة من جهة، وحساسيته من جهة أخرى كونه يعتبر حق من حقوق الطفل المحضون حاول المشرع الجزائري معالجة تنازع القوانين في مسائل الحضانة من خلال الحلول المستقرة في مجال الاجتهاد القضائي التي حاولت أن تراعي خصوصية المجتمع الجزائري والحكم بالحضانة وفقا لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون وتربيته على دين آبيه.

وقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج نبرز أهمها:

1- اعتبر المشرع الجزائري الحضانة أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية، ولم يحدد لها قاعدة اسناد خاصة بها.

2- معظم القواعد المستند عليها في حل إشكالات التي تثيرها مسائل الحضانة هي مؤسسة على الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

3- تنازع القوانين في مسائل الحضان يثير اشكالات متعددة، لاسيما اشكالية اسناد الحضانة في الزواج المختلط وعند غياب اتفاقية بين دول الأطراف المتنازعة، فحاول المشرع معالجتها قضائيا لاعتبارات تراعي مصلحة المحضون.

4- إذا كان أحد أطراف النزاع جزائري الجنسية يطبق القانون الجزائري لكن هذا الأمر يبقي مطبق فقط على مستوى الجزائر ولو كان النزاع أما قاضي غير جزائري لكان الحكم مخالف تماما.

وهذه بعض الاقتراحات التي من شأنها سد الثغرات الموجودة في النصوص القانونية والأحكام القضائية المتعلقة بتنظيم مسائل تنازع الحضانة، والتي نأمل أن تساهم في الارتقاء بمصلحة المحضون والمتمثلة في:

1- وضع ضوابط ومعايير تضبط مفهوم مصلحة المحضون، يستدل بها القاضي عند حل تنازع القوانين في مسائل الحضانة كونها تتغير بتغير المكان والزمان وبذلك لا يمكن أن نضع معيار لمصلحة المحضون يتقيد به القاضي علي وجه الإطلاق.

2- يجب على المشرع الجزائري احداث نصوص مستقلة تنظم موضوع تنازع القوانين في مسائل الحضانة باعتبارها من حقوق الطفل المحضون ويجب مراعاة مصلحته في الحضانة كما فعلت بعض التشريعات العربية.

3- مراعاة لمبدأ مصلحة المحضون في حالة تنازع مسائل الحضانة في الزواج المختلط وعند عدم وجود اتفاقية مبرمة يطبق القانون الأصلح للمحضون بما في ذلك قانون جنسية الطفل وقت رفع الدعوى أو قانون موطنه المعتاد كاستثناء على أحكام المادة 2/12 من القانون المدني.

الهوامش:

[204]- ينظر: سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، (مذكرة ماجستير تخصص أحوال شخصية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2015/2014، ص145.

[205]- ينظر: دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، الجزائر، العدد 04، جانفي 2011، ص ص247، 248.

[206]- سناء عماري، مرجع سابق، ص148.

[207]- خديجة حمادي، كمال مخلوف، اشكالية تنازع القوانين في الحضانة -دراسة مقارنة-، مجلة معارف، المجلد 17، العدد02، 2022، ص07.

[208]- سناء عماري، مرجع سابق، ص147.

[209]- ينظر الماد 2/12 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 09/26/ 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78، سنة 1975.

[210]- ينظر المادة 13 من نفس القانون.

[211]- امحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، المجلد 12، العدد 02، 2019، ص189.

[212]- اتفاقية ثنائية جزائرية فرنسية المتعلقة بوضعية الأطفال الناتجة عن الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة بمدينة الجزائر يوم 21 جوان1988 المصادق عليها بالمرسوم رقم 88 /144 المؤرخ في 26 جوان 1988 ، الجريدة الرسمية العدد 30 ، سنة 1988، خاصة بحل بعض الصعوبات التي يلاقيها الأولاد المولودون من زواج مختلط بين جزائريين وفرنسيات بعد انحلال الزواج أو انفصال الزوجين.

[213]- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15، الصادرة سنة 2005.

[214]– امحمدي بوزينة آمنة، الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة (دراسة مقارنة على ضوء التشريعات العربية والاجتهاد القضائي بالجزائر)،المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، المجلد 03، العدد05، جوان 2018، ص242.

[215]– ينظر المادة 07 من اتفاقية أطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال عام 1988.

[216]– امحمدي بوزينة آمنة، الإجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين وقرارات المحكمة العليا بالجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والإقتصادية ، المجلد 56، العدد 02، 2019، ص57.

[217]– المرجع نفسه، ص58.

[218]– قرار رقم 59013 الصادر بتاريخ 19 /1990/02 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد04، 1991، الجزائر، ص116.

[219]– خديجة حمادي، كمال مخلوف، مرجع سابق، ص16.

[220]– قرار رقم 334543 الصادر بتاريخ 12 /2005/10 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكم العليا، العدد02، 2008، الجزائر، ص381.

221– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط1، 2008، ص258.

[222]– قرار رقم 56597 الصادر بتاريخ 1989/12/25 عن المجلس الأعلى للقضاء، المجلة القضائية، العدد03، 1991، الجزائر، ص ص61–64.

[223]– قرار رقم 52207 الصادر بتاريخ 1990/01/28 عن المجلس الأعلى للقضاء، المجلة القضائية، العدد04، 1990، الجزائر، ص ص74–76.

[224]– إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987، ص ص232، 233.

[225]– قرار رقم 52207 الصادر بتاريخ 1989/01/02 عن المجلس الأعلى للقضاء، المجلة القضائية، العدد04، 1990، الجزائر، ص 74.

[226]– امحمدي بوزينة آمنة، الإجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين وقرارات المحكمة العليا بالجزائر، مرجع سابق، ص ص63، 64.

[227]– قرار رقم 91671 الصادر بتاريخ 23 /1993/06 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد01، 1994، الجزائر، ص ص77، 78.

[228]– امحمدي بوزينة آمنة، مرجع سابق، ص64.

[229]– قرار رقم 52207 الصادر بتاريخ 1989/01/02 عن المجلس الأعلى للقضاء، المجلة القضائية، العدد04، 1990، الجزائر، ص 74.

[230]– ينظر المادة 75 من قانون الأسرة السالف الذكر..

[231]– امحمدي بوزينة آمنة، الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة (دراسة مقارنة على ضوء التشريعات العربية والاجتهاد القضائي بالجزائر)، مرجع سابق، ص260.

[232]– ينظر 423 إلى 426 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد21، سنة 2008.

[233]– امحمدي بوزينة آمنة، الإجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين وقرارات المحكمة العليا بالجزائر، مرجع سابق، ص67.

[234]– ينظر تشوا حميدوا زكية، مصلحة المحضون في قوانين الأسرة، أطروحة دكتواره في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، 2005/2004، ص575.

[235]– ينظر المرجع نفسه، ص594.

[236]– قرار رقم 613469 الصادر بتاريخ 2011/03/10 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد01، 2012، الجزائر، ص285.

[237]– خديجة حمادي، كمال مخلوف، مرجع سابق، ص10.

[238]– أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، دار هومة، الجزائر، ص 256، 257.

[239]– ينظر نص المادة 05 من اتفاقية لاهاي سنة 1930.

[240]– ينظر أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 165.

[241]– الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، دار هومة، الجزائر، ط03، 2011، ص 130.

[242]– امحمدي بوزينة آمنة، الإجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين وقرارات المحكمة العليا بالجزائر، مرجع سابق، ص68.

[243]– امحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص186.

[244]– ينظر المادة 358 من القانون 09/08، السالف الذكر.

اثبات الجنسية الجزائرية الأصلية " حيازة الحالة الظاهرة نموذجا "

Proof of Algerian nationality of origin “possession of apparent status as an example ”

ط.د. صيشي بسمة

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

sichibasma@gmail.com

ملخص:

يعتبر الاثبات ذا أهمية كبيرة في مجال الجنسية، وإن كانت هذه الأخيرة علاقة قانونية وسياسية تجمع بين الفرد والدولة، والتي بمقتضاها يصير الفرد عضوا في شعب الدولة، ويقتضي الأمر على من أراد اثبات تمتعه بالجنسية الجزائرية الأصلية اللجوء إلى مجموعة الوسائل التي حددها المشرع الجزائري، وذلك في المادة 32 من قانون الجنسية، وذلك لتحديد نطاق ما يتمتع به هذا الأخير من حقوق وواجبات.

من بين الوسائل التي نصت عليها المادة 32من قانون الجنسية هي الحالة الظاهرة، والتي يقصد بها ظهور الشخص بمظهر وطني، فيبدو وكأنه متمتع بالجنسية الوطنية، وتعتبر أهم وسيلة يمكن الاثبات بها الجنسية الجزائرية كجنسية أصلية.

كلمات مفتاحية: الجنسية الجزائرية، الحالة الظاهرة، اثبات الجنسية، الحيازة.

Abstract:

Proof is considered of great importance in the field of nationality، even though nationality is a legal and political relationship that unites the individual and the State، according to which the individual becomes a member of the people of the State، and this question requires that anyone who wants to prove that they enjoy Algerian nationality of origin must resort to a set of means specified by the Algerian legislator، and that in article 32 of the law on nationality، in order to to determine the extent of the rights and duties enjoyed by the latter. Among the means provided for in Article 32 of the Nationality Law، there is apparent status، which means that the person appears in a national guise، so that he appears as if he had national citizenship، and is considered the most important means by which Algerian nationality can be proven as an original nationality..

Keywords: Algerian nationality، apparent status، proof of nationality، possession

مقدمة:

اعتبر المشرع الجزائري اثبات الجنسية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة من أهم هذه الوسائل، بحيث نصت المادة 32 في الفقرة الثانية والثالثة على وجه الخصوص باعتبارها وسيلة خاصة يتم بموجبها إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية، وغني عن البيان، أن موضوع إثبات الجنسية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة من المواضيع التي شغلت بال رجال الفقه والتشريع، باعتبارها قرينة قانونية أو قضائية يتم بموجبها إثبات الجنسية الأصلية، ويستمد موضوع حيازة الحالة الظاهرة في قضايا الجنسية أهميته من أهمية الجنسية نفسها، كونها أهم وسيلة يتم اللجوء إليها لإثبات هذه الرابطة القانونية، والتي تمكن الفرد من التمتع بحقوقه والتزاماته في دولته.

ومن هنا نتساءل: ما المقصود بحيازة الحالة الظاهرة في قضايا الجنسية؟ وما موقف المشرع الجزائري منها كوسيلة لإثبات الجنسية الأصلية؟

المبحث الأول: ماهية حيازة الحالة الظاهرة

على الرغم من اختلاف الآراء فيما يخص بعض الجوانب التي لها علاقة بالجنسية الجزائرية إلا أن الأمر هنا على خلاف ذلك، لأن هناك اتفاقا على أن إثبات الجنسية الأصلية صعب جدا، فالصعوبة لا تكمن في إثبات علاقة البنوة بين المتمسك بالجنسية الجزائرية ووالديه بقدر ما تكمن في إثبات أن ذلك الأصل كان جزائريا يوم الميلاد، ومن أجل التخفيف من عبء الإثبات وللخروج من هذا المأزق أقرت كثير من النظم القانونية من بينها القانون الجزائري وسيلة يمكن بمقتضاها إثبات الجنسية الأصلية وهي الحالة الظاهرة.

المطلب الأول: مفهوم الحالة الظاهرة

تضمن تشريع الجنسية الساري المفعول على غرار تشريعات الجنسية الجزائرية السابقة نصا يجيز إثبات الجنسية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة، وقد تم الحفاظ على ذات الصياغة شكلا ومضمونا.

إن الأخذ بفكرة الحالة الظاهرة فيما يتعلق بإثبات التمتع بالجنسية متى دلت ظواهر الأمور بتمتع الشخص بجنسية الدولة، يفترض أنه متمتع بها إلى أن يقام الدليل على العكس.

الفرع الأول: تعريف الحالة الظاهرة

يقصد بالحالة الظاهرة ، حيازة مركز فعلي بحسن نية أو بسوء نية، ونعني بذلك الظاهر المادي باعتباره التعبير عن الحقيقة والكشف عنها، ولما كان القانون يهتم بحماية الحقيقة سواء كانت فعلية أو حقيقة اعتبارية التي قد تتعارض في بعض الأحيان مع الحقيقة الفعلية، ومنه فإن الحماية الحالة الظاهرة ومراعاتها يؤدي إلى إنشاء الحق، مما يجعل التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر هي الحقيقة الفعلية حتى لو كانت مخالفة لها، متى كانت الشواهد والأدلة المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد اعتقاد عام بمطابقة هذا المركز بالحقيقة.[1]

وفكرة حيازة الحالة الظاهرة بالمفهوم المتقدم، يمكن أن تكون دليلا على إثبات الجنسية، وهي تقابل فكرة حيازة المنقول والظهور بمظهر المالك، بحيث يعتمد على الحالة الظاهرة كقرينة بسيطة في مجال الملكية، قصد إثبات الحيازة لفائدة واضع اليد، باعتبارها دليلا على إثبات الملكية حتى لو لم يكن مالكا له إذا استمرت حيازته له مدة معينة من الزمن، كما تم استعانة بها أيضا كوسيلة من وسائل إثبات النسب، كذلك يحق للشخص أن يثبت جنسيته عن طريق حيازته لها إذا كان يتمتع بالمظاهر الدالة عليها وكان معروفا بها بين الناس[2].

والجنسية الظاهرة هي جنسية يبدو الشخص بشأنها أمام الغير وكأنه يتمتع بها، دون أن يعتبر كذلك وفقا لقواعد الجنسية التي يظهر على أنه من مواطنيها، وتعتبر هذه كجنسية واقع التي تعني الانتماء الواقعي الاجتماعي والروحي لمجتمع معين، وذلك عن طريق وحدة الديانة، واللغة، والتاريخ المشترك، غير أن هذا الانتماء لا يتجسد ولا يعترف به القانون إلا بمجموعة من الوقائع والأعمال والأمارات التي قد تضفي عليه وصف الجنسية القانونية[3].

ويمكن تعريف الحالة الظاهرة أو الحالة الوطنية في قضايا الجنسية كما يلي: أنها الظهور بمظهر خارجي الوطني، شرط أن يكون الوضع الظاهر قائم على مجموعة من الوقائع والدلائل والأمارات، المشهورة والمجردة والخالية من كل التباس، مما يرتب على كل شخص يظهر بمظهر وطني الحائز لجنسية معينة، متمتعا بهذه الجنسية حتى يثبت العكس[4].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من الحالة الظاهرة

اعتمد المشرع الجزائري على حيازة الحالة الظاهرة كوسيلة خاصة من وسائل إثبات الجنسية الأصلية، وذلك من خلال نص المادة 32 من قانون الجنسية والتي تنص على أنه: "عندما يدعي شخص

الجنسية الجزائرية كجنسية أصلية يمكن إثباتها عن طريق النسب بوجود أصلين ذكرين من جهة الأب أو الأم مولودين في الجزائر...، ويمكن أيضا إثباتها بكل وسائل الإثبات وخاصة عن طريق حيازة الحالة الظاهرة".

تنجم الحالة الظاهرة للمواطن الجزائري عن مجموعة من الوقائع العلنية المشهورة المجردة من كل التباس والتي تثبت أن المعني بالأمر وأبويه كانوا يتظاهرون بالصفة الجزائرية وكان يعترف لهم بهذه الصفة الجزائرية لا من طرف السلطات العمومية فحسب، بل وحتى من طرف الأفراد.

ويتضح مما سبق أن المشرع الجزائري جعل من حيازة الحالة الظاهرة كقرينة قانونية تثبت بها الجنسية الأصلية وميزها عن باقي وسائل الإثبات الأخرى، وذلك من خلال مجموعة من الوقائع المشهورة والمجردة من كل التباس يتم بموجبها منح الجنسية الأصلية للمعني بالأمر على أساس حيازة الحالة الظاهرة، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تبنى الاتجاه السائد في التشريعات العربية الأجنبية، والتي اعترفت بدورها بحجية حيازة الحالة الظاهرة في قضايا الجنسية.

ويلجأ إلى إثبات الجنسية على أساس حيازة الحالة الظاهرة عندما يكون أصول الشخص المعني غير مسجلين بسجلات الحالة المدنية، ولا يتمكن من الحصول على شهادة ميلادهم أو شهادة وفاتهم، مع مراعاة عناصر الحالة الظاهرة التي يشترط أن تتوفر في المعني بالأمر، وأصوله الذين يستمد منهم الجنسية الجزائرية.

المطلب الثاني: العناصر اللازمة لحيازة الحالة الظاهرة

تنجم الحالة الظاهرة للمواطن الجزائري عن مجموعة من الوقائع العلنية المشهورة المجردة من كل التباس، والتي تثبت أن المعني بالأمر وأبويه كانوا يتظاهرون بالصفة الجزائرية وكان يعترف لهم بهذه الصفة من طرف السلط العمومية والأفراد، فالحالة الظاهرة ما هي إلا مجموعة من العناصر تتوافر في حق شخصي فيستشف منها ممارسة فعلية للجنسية الوطنية، وهو استنباط يقوم على افتراض ترجمة الحالة الظاهر للمعني بالأمر إلى الحقيقة الفعلية، يتسب من خلالها المعني بالأمر الجنسية الوطنية بناء على حيازته للحالة الظاهرة[5].

لقد أقر المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 32 الفقرة الثالثة من قانون الجنسية على قيام مجموعة من الوقائع بعناصر المجتمعة والمحددة، والتي من شأنها أن تحدد مدى حيازة المعني بالأمر وأبويه للحالة الظاهرة من عدمها، ويستدل على حيازة الحالة الظاهرة بعناصر مجتمعة (الاسم، الشهرة،

المعاملة)، ويعني العنصر الأول حيازة الشخص لاسم جزائري، أما المعاملة فمعناها معاملة الشخص على أنه جزائري، وتتجلى مظاهر هذه المعاملة وممارسة الحقوق والسياسية وتملك العقارات والمنقولات، كما يتضح أيضا من خلال الالتزامات التي لا يتحمل بها إلا الوطنيون كالالتزام بأداء الخدمة العسكرية، في حين تعني الشهرة الحالة التي اشتهر بها الشخص بين الناس، فمن اشتهر عنه أنه جزائري فإنه يظل متمتعا بهذه الصفة[6].

كما يشترط أيضا، أن تكون هذه العناصر والوقائع متلائمة مع بعضها البعض، بمعنى أن لا يكون اجتماع الوقائع والتصرفات الصادرة عن الشخص مثيرة للتناقض فيما بينها، كما يتعين أن تكتسي هذه التصرفات الصادرة عن المعني بالأمر، صفة العلنية، والشهرة، والخلو من اللبس والغموض، بحيث لا يمكن إعطاؤها تفسيرا آخر.

الفرع الأول: توفر الحالة الظاهرة في المعني بالأمر وأبويه

أن يشتهر المعني بالأمر وأبويه بين الناس على أنهم من مواطنين تلك الدولة، بمعنى أنهم كانوا يتصرفون في حياتهم كجزائريين ويتظاهرون بهذه الصفة أمام جميع سكان المنطقة التي كانوا يقيمون فيها.

كما يجب أن تبرز في المعني بالأمر تصرفات يستشف منها أنه مواطن جزائري، وأن تكون موصوفة بالعلنية والدوام، بحيث تشكل هذه التصرفات ضروبا من الممارسة التي يختص بها الجزائريون وحدهم وتميزهم عن غيرهم من أبناء الدول الأخرى، مثل: واقعة الميلاد، الإقامة الثابتة والدائمة، والمستمرة في الجزائر، التحدث باللهجات والسمات المحلية، داخل بيئة إسلامية، أو تعاطي بعض المهن والفنون الخاصة بالجزائريين[7].

الفرع الثاني: اعتراف السلطات العمومية بتلك الحالة الظاهرة

هو أن يعترف المؤسسات والسلط العمومية للمعني بالأمر وأبويه بصفة المواطنة، وأن تتعامل معهم على هذا الأساس، وذلك عن طريق تسليمهم وثائق رسمية، مثل: جواز السفر، بطاقة التعريف، بطاقة الناخب، دفتر العائلي، بطاقة الخدمة العسكرية، على اعتبار أنها وثائق رسمية لا تسلم لغير المواطنين.

والمقصود هنا، بالوثائق الرسمية هي الوثائق المعدة لإثبات الجنسية الصادرة عن هيئات عمومية مختصة، والتي تقر فيها هذه الأخيرة صراحة أو ضمنيا على المعني بالأمر وأبويه كانوا يعاملون كمواطنين[8].

الفرع الثالث: اعتراف الجمهور بالحالة الظاهرة

أن يعامل المعني بالأمر وأبويه من طرف سكان المنطقة، معاملة مواطنين عاديين على أنهم يتمتعون بالجنسية الجزائرية، وكذا اعتراف لهم بهذه الصفة، ويكون ذلك عبر تقديم شهادة لفيفية مستفيضة تؤكد الحالة الظاهرة في المعني بالأمر[9].

على أن معرفة الغير بالمعني بالأمر بأنه جزائري لا يمثل حجة قاطعة على تمتعه بالجنسية الجزائرية، إذ تبقى المحكمة في نهاية المطاف سلطة تقديرية مطلقة في هذا الشأن.

ولا يكفي توفر واحد أو أكثر من هذه العناصر، بل يجب أن تتوفر كلها وأن تكون علنية ومشهورة ومجردة من كل التباس، كما تتطلب تحقق الحالة الظاهرة توافر مجموعة من الوقائع والتصرفات وأنواعى السلوك والتي يمكن تقسيمها إلى صنفين: أحدها يخص المعني بالأمر وثانيهما يهم الغير الذين يتعامل معهم، وعلى كل حال ليس توفر هذه العناصر المكونة للحالة الظاهرة حجة قاطعة لا تقبل العكس، بل تؤلف حجة بسيطة يعود للقضاة الحق في تقدير قيمتها الإثباتية عملا بسلطتهم التقديرية المطلقة، إلا أنه متى كانت جميع عناصر الحالة الظاهرة أو بعضها فقط مفقودة[10]، فإنه يتعين القيام بإجراء تحقيق ملائم من أجل إقامة هذه العناصر أو تكملتها طبقا لأحكام المادة 39 من قانون الجنسية، والمادة 146 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمقصود هنا بإجراء التحقيق هو تحقق من عناصر حيازة الحالة الظاهرة ومدى توفرها في المعني بالأمر وأبويه[11].

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للحالة الظاهرة

تعتبر حيازة الحالة الظاهرة من أهم القرائن المعمول بها في إثبات الجنسية الأصلية في التشريع الجزائري كما تبين سابقا، لكن في المقابل تبقى إشكالية الأساس القانوني التي تنبني عليه هذه الجنسية الأصلية، وحجية ثبوتها وعبء إثباتها، محل نقاش بين الفقه، وهذا سنتناوله في هذا المبحث.

المطلب الأول: الأساس القانوني للجنسية الظاهرة

نجد أن المشرع الجزائري حين اعتبر أن حيازة الحالة الظاهرة وفق الشروط معينة المنصوص عليها في مقتضيات المادة 32 السالفة الذكر يستوجب من خلالها منح الجنسية الجزائرية الأصلية للمعني بالأمر بموجب حكم قضائي نهائي، غير أمه لم يتطرق لأساس هذه الجنسية.

والظاهر لما جاءت به المادة 32 السالفة الذكر، اعتبر المشرع الجزائري أن اثبات الجنسية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة مبني على أساس الرابطة الدموية، لأن أحكام المادة جاءت في سياق الأحكام العامة لقانون الجنسية وليس بمعزل عنها.

ومما لا شك فيه أن المادة السابقة الذكر لا تتضمن أحكام مستقلة، أو منعزلة عن باقي الأحكام قانون الجنسية، فهي ترتبط ارتباطا وثيقا، وعلى وجه الخصوص بالمقتضيات المنصوص عليها في المادة 06 من نفس القانون، والاتجاه الذي أخذ به المشرع الجزائري هو نفسه الاتجاه السائد في باقي البلدان العربية، فالأساس هنا أن اثبات الجنسية الأصلية تقوم على الرابطة الدموية، إلا أن البعض ذهب إلى إثبات الحالة الظاهرة عي أساس الإقليم استثناء للاتجاه الأول، وذليلنا على ذلك ما جاءت به المادة 07 من القانون السابق أنه: "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر".

ومنه نستنتج أن المشرع الجزائري أخذ باتجاه الرابطة الدموية وجعله الأصل في ثبوت الجنسية الجزائرية الأصلية، أما الاستثناء فهو الأخذ بالرابطة الترابية وذلك للوقاية من انعدام الجنسية المعاصرة للميلاد، فهذه الأخيرة لا تفيد كثيرا في إثبات الجنسية الأصلية، التي يتم منها بناء على حق الإقليم، باعتبار أن المعني يقدم الحجة عن طريق وثائق رسمية تثبت ميلاده على إقليم هذه الدولة، كشهادة الميلاد، ولا يهم إن كان من أبوين مجهولين، أو أب مجهول فقط.

ومنه، يمكننا القول أن طريق إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة يكون حسب الأساس الذي فرضت عليه، فإذا فرضت على أساس الرابطة الدموية، فالمعني بالأمر هنا يثبت جنسيته من خلال إثبات جنسية أصوله التي ينحدر منها، فيكون بطريقة غير مباشرة قد أثبت جنسيته الوطنية، ونظرا للصعوبات التي تثيرها هذه الطريقة حيث إرهاق المعني بالأمر بإثبات الحالة الظاهرة التي كان عليها أصوله وأنهم كانوا يتظاهرون بوطنيتهم أمام المؤسسات العمومية والأفراد[12]، هذا ما دفع بعض القوانين الوضعية الحديثة إلى تبني الجنسية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة المبنية على أساس الرابطة الترابية، واكتفاء بإثبات واقعة الميلاد باعتبارها قرينة قانونية أساسية لإثبات الجنسية، أما إذا كانت واقعة الميلاد مجرد قرينة بسيطة، لابد أن تكون مقترنة بأدلة ثبوتية أخرى.

المطلب الثاني: حجية حيازة الحالة الظاهرة وكيفية إثباتها

تعتبر مسألة حجية حيازة الحالة الظاهرة، وعبء إثباتها أمام المحكمة، من أهم النقاط التي يمكنها أن تحدد مدى إمكانية إثبات الجنسية الأصلية للمعني بالأمر من عدمها.

الفرع الأول: حجية حيازة الحالة الظاهرة في قضايا الجنسية

تعتبر الحالة الظاهرة طبقا لأحكام المادة 32 الفقرة الثالثة من قانون الجنسية السابق الذكر بمثابة قرينة قانونية يستطيع الفرد الاستناد إليها لإقامة الدليل على تمتعه بالجنسية الأصلية.

فالحالة الظاهرة تعد وحدها دليلا كافيا على إثبات الجنسية الأصلية، فهذه القرينة تعين صاحب الشأن في إثبات جنسيته لأنها تقررت أساسا لصالحه، بحيث لا يطالب بعد ذلك بتقديم دليل آخر على تمتعه بهذه الجنسية، سواء أكان ذلك في مواجهة السلطات العامة أم في مواجهة الأفراد الذين ينازعونه في جنسيته.

غير أن حجية قرينة الحالة الظاهرة ليست قاطعة وإنما هي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، فالحالة الظاهرة لا تعدو أن تكون مظهرا خارجيا لممارسة الجنسية يفترض بالنسبة لها قانونا أنها تعبر عن الواقع إلى أن يثبت عكس ذلك بدليل مقبول أمام القضاء، فإذا كان الواقع المستمد من القانون يناقض ما تفيده الحالة الظاهرة فإنها تفقد حينئذ حجيتها كقرينة قانونية، ومن ثم يجوز إثبات عكس هذه الحالة الظاهرة عن طريق إثبات أن الشخص غير متمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية، ولو كانت هذه الأخيرة تشهد له بتمتعه بها.

فمن الواضح أن مختلف العناصر التي تتألف منها الحالة الظاهرة، رغم قيمتها، وتدخل السلطة العامة في تثبيتها لا تكتسي سوى قيمة قرينة قانونية بسيطة، بحيث يمكن إثبات عكسها فهي لا تعدو أن تكون حجة بسيطة يعود للقضاة الحق في تقدير قيمتها الإثباتية عملا بسلطاتهم التقديرية المطلقة التي منحها المشرع الجزائري للقاضي في الأخذ أو عدم الأخذ بها. وذلك بالشكل الذي أعطى به للمدعى حرية إثبات جنسيته الأصلية، وعندئذ يتعين على المعني بالأمر الدفاع عن نفسه وتفنيد الادعاء الموجه إليه بأنه أجنبي رغم ظاهر الحال أو حالته الظاهرة التي تفيد أنه مواطن[13].

الفرع الثاني: كيفية إثبات الحالة الظاهرة في قضايا الجنسية

إذا ادعى شخص تمتعه بالجنسية الجزائرية الأصلية تعين عليه أن يثبت الوقائع التي تمكنه من حمل هذه الجنسية، ومجموع هذه الأدلة تشكل ما يعرف بالحالة الظاهرة والتي لها قوة ثبوتية في إثبات الجنسية الأصلية، فعليه أن يقيم الدليل على توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقيامها، ويستفاد من المادة 32 الفقرة الثالثة السابقة الذكر، أنها تستلزم لإمكان التمسك بقرينة الحالة الظاهرة أن تكون هذه الأخيرة ثابتة لدى صاحب الشأن ذاته ولدى أبويه، وكذلك أن يثبت نسب صاحب الشأن.

إن إثبات الجنسية الأصلية عن طريق الحالة الظاهرة يتطلب مقدما وبصفة أولية إثبات المصدر الذي يدعي الشخص أنه يستقي منه الجنسية الوطنية، بحيث يتعين إقامة الدليل على الميلاد لأب وطني أو أم وطنية، بمعنى أن يثبت أن نسبه ينحدر من أب جزائري أو من أم جزائرية، وتتبع في هذا الصدد القواعد المقررة في قانون الأسرة[14]، ويتم إثبات ذلك بموجب تقديم المعني شهادة الميلاد، ليس هذا فقط وحتى شهادة الميلاد الخاصة بوالده أو والدته المدعى اكتسابه لجنسيته.

ولا يكفي أن يقيم الشخص الدليل على أنه ينحدر من أصل جزائري كي يعترف له بالجنسية الجزائرية بل يتعين عليه وفق ذلك، أن يثبت توفر عناصر الحالة الظاهرة كما حددتها المادة 32 السالفة الذكر، والتي يستفاد منها أن إقامة الدليل على التمتع بالجنسية الجزائرية عن طريق الحالة الظاهرة تقتضي من المعني بالأمر إثبات مجموعة من الوقائع التي تتوفر فيها بعض الشروط كما يلي: "وتنجم الحالة الظاهرة للمواطن الجزائري عن مجموعة من الوقائع".

وتجدر الإشارة إلى أن توافر هذه الشروط لا يكفي توفرها في المعني بالأمر وحده، أي في الشخص من يدعي الجنسية الجزائرية فحسب، بل ينبغي قيامها أيضا في أبويه كما جاء في الفقرة الثالثة من نفس المادة بقولها:"...والتي تثبت أن المعني وأبويه كانوا يتظاهرون بالصفة الجزائرية"، إلا أن هذا يتناقض مع ما جاءت به المادة السادسة من نفس القانون والتي تنص بثبوت الجنسية الجزائرية للولد من جهة الأب والأم، فيكفي أن يكون أحدهما جزائريا حتى يستمد منه الجنسية الجزائرية.

والوسائل المعتمد عليها في استخلاص الحالة الظاهرة هي القرائن ولكن للوثائق الإدارية أيضا أهميتها، وبالتالي يصح الاستناد في إثبات قيام الحالة الظاهرة بأية مستندات رسمية، التي تعتبر صاحب الشأن من الوطنيين مثل جواز السفر، بطاقة التعريف الوطنية، بطاقة الانتخاب...، فهذه المستندات لا تسلم إلا للجزائريين، وبالتالي تكشف عن جانب من الحالة الظاهرة، فهذه الوثائق جميعها مجرد قرائن بسيطة قابلة لإثبات العكس، ولكنها تتكامل فيما بينها لتشكل أحد عناصر الحالة الظاهرة وهو عنصر الشهرة وكذلك عنصر المعاملة.

كذلك يمكن الأخذ في الاعتبار سلوك صاحب الشأن باعتباره وطنيا خاصة أداؤه الالتزامات العسكرية الواجبة اتجاه الدولة، أو كون السلطات العامة في الدولة قد عاملته بهذه الصفة، كتعيينه مثلا في إحدى الوظائف العامة الممنوعة على الأجانب.

ولكن إن أيا من هذه العناصر لا يكفي وحده لقيام الحالة الظاهرة، فهي ليست باتة في إثبات حيازة الحالة الجزائرية، وإنما المقصود أن القاضي يستخلص منها أو من بعضها أن هذا الشخص قد سلك مسلك الوطني وعومل على هذا الأساس، وعليه يبقى القاضي سلطة تقديرية في اختيار الأدلة التي تعبر بصفة حقيقية عن الحالة الظاهرة من بين المستندات والوثائق المقدمة إليه والدالة على حيازة هذه الحالة لدى المعني وأبويه.

الخاتمة:

وفي الأخير نصل إلى أن الحالة الظاهرة كفكرة ومفهوم، تقوم في خصوص إثبات الجنسية الوطنية الأصلية، شرط أن تتوفر عناصر حيازتها(الاسم، الشهرة، المعاملة)، وبعض القرائن الأخرى(الوثائق، المستندات، الوقائع)، كما أن هذه الجنسية ثنائية الأساس، سواء تعلق الأمر بالرابطة الدموية أو الترابية، وسواء كان المعني بالأمر وطني أو أجنبي.

وعليه، يمكن حصر دور حيازة الحالة في قضايا الجنسية في ثلاث نقاط، الأولى: أنها دليل لإثبات التمتع بالجنسية الوطنية أو الأجنبية، غير أنها لا ترقى إلى الدليل القاطع، لذلك تبقى مجرد قرينة بسيطة قابلة لإثبات عكسها، والثانية: لابد أن تتوفر حيازة هذه القرينة في المعني بالأمر وأصوله وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري، عكس بعض التشريعات الأخرى التي اشترطت حيازة الحالة في المعني بالأمر وأحد أصوله من الدرجة الأولى كما تبين سابقا، والثالثة: أنها تنقل عبء الإثبات من على عاتق من تتوافر فيه حيازتها إلى عاتق الطرف الآخر في الخصومة الذي يدعي عكسها.

وبناء على ما سبق، نختم هذه الورقة البحثية بجملة من التوصيات:

1- إعادة النظر في مسألة عبء الإثبات في الجنسية الظاهرة، لأن المشرع الجزائري لم يستثنها من قواعد الإثبات الجنسية المنصوص عليها في المادة 31 من قانون الجنسية، وذلك من أجل نقل عبء إثباتها من على عاتق المعني بالأمر إلى النيابة العامة.

2- حسم مسألة حجية بعض الوثائق والمستندات والشهود في إثبات حيازة الحالة الظاهرة في قضايا الجنسية، وتوضيح مدى نطاق مدلول الوقائع العلنية المشهورة المنصوص عليها في المادة 32 من قانون الجنسية.

المراجع:

القوانين:

1- الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر والمتضمن قانون الجنسية، المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.

الكتب:

1- أحمد زوكاغي، وثائق الجنسية المغربية، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى، 1994.
2- أحمد زوكاغي، إثبات الجنسية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة، مجلة الملحق القضائي، المعهد الوطني للدراسات القضائية، العدد19، 1988.
3- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص علما وعملا، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010.
4- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010.
5- جمال سلامة أخمد الوقيد، تعدد الجنسية في القوانين العربية آثاره الأمنية، مركز الدراسات العربية، مصر، الطبعة الأولى، 2018.
6- عادل عبد المقصود عفيفي، إثبات الجنسية في النظام القانوني المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2005.
7- صادق هشام، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، منشأة المعارف، مصر، 1997.
8- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مطابع مؤسسة الوحدة، دون سنة طبع، الجزء الأول.
9- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، في الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة الثالثة.
10- مصطفى سدني، إثبات الجنسية المغربية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة، مجلة الباحث لدراسات القانونية والقضائية، المغرب، العدد 05، 2018.

المقالات:

1- حورية غربي، الطيب زروتي، إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد03، 2019.
2- بلعراج محمد أمين، إثبات الجنسية الأصلية في التشريع الجزائري " حيازة الحالة الظاهرة نموذجا"، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد05، العدد02، 2020.

الهوامش:

[1] أحمد زوكاغي، وثائق الجنسية المغربية، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى، 1994.
[2] فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مطابع مؤسسة الوحدة، دون سنة طبع، الجزء الأول، ص214.
[3] مصطفى سدني، إثبات الجنسية المغربية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة، مجلة الباحث لدراسات القانونية والقضائية، المغرب، العدد 05، 2018، ص74.
[4] صادق هشام، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، منشأة المعارف، مصر، 1997، ص553.
[5] أحمد زوكاغي، إثبات الجنسية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة، مجلة الملحق القضائي، المعهد الوطني للدراسات القضائية، العدد19، 1988، ص28.
[6] جمال سلامة أخمد الوقيد، تعدد الجنسية في القوانين العربية آثاره الأمنية، مركز الدراسات العربية، مصر، الطبعة الأولى، 2018، ص66.
[7] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص علما وعملا، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010، ص110.
[8] محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، في الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة الثالثة، ص242.
[9] أحمد زوكاغي، مرجع سابق، ص29.
[10] جمال سلامة أحمد الوقيد، مرجع سابق، ص68.

[11] أحمد زوكاغي، مرجع سابق، ص30.

[12] عادل عبد المقصود عفيفي، إثبات الجنسية في النظام القانوني المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2005، ص200.

[13] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص110.

[14] مقني بن عمار، إجراءات التقاضي والإثبات في منازعات الجنسية وفا للقانون الجزائري المقارن، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص156.

النظـام القانوني لوجـود الشخـص الأجنبي في الجزائر

The legal system for the presence of a foreign person in Algeria

د. فريجات إسماعيل

جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي

benmoussasafa348@gmail.com

ملخص:

استحدثت الجزائر جملة من الاليات القانونية لتنظيم مركز الأجانب في الجزائر وذلك من خلال القانون 11/08 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، فقد كفل لهم جملة من الحقوق لعل أهمها حرّية الدخول إلى الإقليم الجزائري والخروج منه، فيحق للأجانب الدخول إلى الأراضي الجزائرية بكل حرّية ولكن باحترام مجموعة من الشروط والإجراءات القانونّية، كما يحق للدولة سياديا منع دخول أي أجنبي لإقليمها، وهذا لما لها من سلطة فًي تنظيم مركز الأجانب قانونيا، وضمانا لحق الأجنبي الذي صدر قرار منع الدخول ضده فإن المشرع الجزائري أقر مجموعة من الحقوق للأجانب موضوع قرار منع الدخول.

يحق للأجنبي مغادرة الإقليم الوطنًي متى شاء طالما يوجد فًي وضعًة قانونية وفقا للطرق والإجراءات المتعلقة بخروجه، غير انه في بعض الأحوال يغادر الأجنبي الإقليم الوطني عنوة عنه، ولقد نظم القانون الجزائري عملية الإبعاد والطرد إلى الحدود بجملة من الإجراءات التي تكفل حق الأجنبي المعني بها.

الكلمات المفتاحية: وضعية الاجانب، تنظيم مركز الأجانب، دخول الاجانب وخروجهم، الإبعاد والطرد.

abstract

Algeria has introduced a set of legal mechanisms to regulate the status of foreigners in Algeria، through Law 08/11 relating to the conditions of entry، residence and movement of foreigners into Algeria. It has guaranteed them a set of rights، perhaps the most important of which is the freedom to enter and leave the Algerian territory، so foreigners have the right to enter the lands. Algerian citizens freely، but with respect for a set of legal conditions and procedures. The state also has the sovereign right to prevent the entry of any foreigner into its territory. This is because it has the authority to legally regulate the status of foreigners، and to guarantee the right of the foreigner against whom the entry ban decision was issued، the Algerian legislator has approved a set of rights for foreigners subject Entry ban decision.

The foreigner has the right to leave the national territory whenever he wishes as long as he is in a legal situation in accordance with the methods and procedures related to his exit. However، in some cases the foreigner leaves the national territory by force. Algerian law has regulated the process of deportation and expulsion to the borders with a set of procedures that guarantee the right of the foreigner concerned.

Keywords: *status of foreigners، organization of foreigners' status، entry and exit of foreigners، deportation and expulsio.*

مقدمة:

نتاج التحولات القانونية والاقتصادية وكذا الجيوسياسية، ونظير ما تشهده الجزائر من امتيازات او مؤهلات جغرافية، سياحية، اجتماعية واقتصادية، فضلا عن انخراطها في المنظومة الدولية لحقوق الانسان وحرياتهم، فقد باتت وجهة نشطة للأفراد الاجانب الذين يقصدونها لأغراض متعددة، كالإقامة والشغل والسياحة وغيرها.

تتسق فكرة الاجنبي كمناقض للوطني الحامل لجنسية الدولة الوطنية، والذي تأتي كاثر لها اي الجنسية التي تعد معيارا حاسما في التمييز بينهما وما يترتب عن ذلك من احكام واثار، مما يستلزم ايجاد النصوص القانونية الملائمة لذلك، لتمكينهم من ذلك وحمايتهم، على غرار تامين الدولة لمسارات اوضاعهم وما تملكه من سلطات لتطبيق القانون حماية للداخل كذلك، لذلك فقد ظهرت عدة إشكالات قانونية بخصوص تواجد الأجنبي في اوضاع قانونية او غير قانونية، مما يحتم وضع احكام تنظم ضبطية الاجنبي على التراب الوطني الجزائري.

إن تحديد الوضع القانوني للأجنبي في اي دولة من دول العالم، يقتضي معه تحديد معناه اي هذا الاجنبي، ثم التعرض للقواعد الناظمة اثناء حركته عبر الحدود الدولية، ببيان احكام دخوله، وخروجه من الاقليم الوطني لها، وما يترتب عن ذلك من حقوق والتزامات كنتيجة لتلك الحركة، الأمر الذي سعت التشريعات الوطنية وكذا القانون الدولي تأطيره، سعيا لضمان ممارسة الافراد لحرياتهم الاساسية وفقا لما تقتضيه المنظومة القانونية لحقوق الانسان، على ضوء ما تقدم نرى ان الاشكالية تتمثل في:

كيف عالج المشرع الجزائري الوضعية القانونية للأجنبي، بالنظر لحقوق الانسان والحفاظ على امن الدولة ونظامها العام؟

لذلك سنعالج هذه الاشكالية وفق الخطة التالية:

- المبحث الاول: قواعد دخول الاجنبي للتراب الوطني
- المطلب الاول: اجراءات دخول الاجنبي للجزائر.
- المطلب الثاني: التأشيرة كوسيلة لعبور الاقليم الجزائري.
- المبحث الثاني: قواعد واحكام مغادرة الاجنبي للتراب الوطني

- المطلب الاول: الخروج الارادي او الاختياري
- المطلب الثاني: الخروج الاجباري

المبحث الاول: قواعد دخول الاجنبي للتراب الوطني

يقصد بالحالة القانونية للأجنبي أو وضعية الاجانب تعني هذه الحالة بأنها مجموعة ما يتمتع به الأجنبي من حقوق، ويلزم به من واجبات أمام الدولة التي يوجد على أراضيها والدولة التي لا يرتبط بها بواسطة الجنسية انما بواسطة الاقامة او الموطن، وهذه الحقوق والالتزامات الأصل أنها اقل ما يكون عليها الوطني والاستثناء يمكن أن يتفوق فيها الأجنبي على الوطني وخاصة في مجال الحقوق[1].

بداية الاجنبي هو ذلك الشخص الذي لا يحمل الجنسية الوطنية، أي لا تتوفر فيه الشروط المطلوبة للتمتع بالجنسية[2]، كما ان المشرع الجزائري قد عرف الأجنبي في المادة الثالثة من قانون 11 – 08 بقوله ":يعتبر أجنبيا كل فرد يحمل جنسية غير الجنسية الجزائرية، أو الذي لا يحمل أية جنسية، وعليه فالأجنبي هو كل شخص لا يملك الجنسية الجزائرية، اما انه يحمل جنسية اخرى، واما لكونه ليست له اي جنية اخرى (حالة عديم الجنسية).

المطلب الاول: اجراءات دخول الاجنبي للجزائر

تنظيم دخول واقامة الأجانب وخروجهم من الإقليم الجزائري من خلال القانون 11/08 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر واقامتهم بها وتنقلهم فيها، حيث كفل للأجانب من خلال هذا القانون جملة من الحقوق لعل أهمها حرية دخولهم إلى التراب الجزائري، ويحق لهم الدخول بكل حرية لكن وفق شروط واجراءات نظمتها الدولة الجزائرية حتى لا يكون الدخول غير قانوني فالغاية من وضع مثل هذه الاجراءات هو تنظيم دخول القانوني للتراب الجزائري ومكافحة الهجرة غير الشرعية.

حيث أوضح المشرع دائما بأن الأجنبي ملزم بإتمام اجراءات مختلفة تخص دخوله إلى الجزائر أو خروجه منها أو إقامته بها بصفة مؤقتة أو دائمة حيث تتولى مصلحة مختصة على مستوى مراكز الحدود والمعابر الدولية تأمين مراقبة دخول الأجانب إلى الإقليم الجزائري المعروفة بشرطة الحدود، وهي كذلك تحتفظ لديها هذه المصلحة ببطاقات فئة الأجانب المبعدين والمطرودين وغير المرغوب فيهم.

يجب على الأجنبي عند دخوله الإقليم الجزائري أن يمتثل أمام مركز شرطة الحدود البرية والبحرية والجوية، وفق الشكليات التي تنص عليه المواد 04، 07، 08 من القانون 11/08 وتتمثل هده الشكليات فيما يلي[3]:

1- **جواز السفر:** يعد جواز السفر الوثيقة الرسمية المعترف بها دوليا والأكثر تداولا لتنقل الأفراد بين العديد من الدول، تصدر من قبل السلطة الإدارية المختصة في البلد سواء الإدارة المختصة أو السلطات القنصلية أو الهيئات الدبلوماسية المعتمدة في الخارج، وهو وثيقة رسمية تصدرها سلطة إدارية مختصة لإثبات هوية صاحبها وترخص له السفر والتنقل عبر الحدود، تقوم الإدارة المختصة بتسليمها لكل شخص يرغب في الحصول عليها على اعتبار أن حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه غير مضمون[4].

2- الوثائق التي تقوم مقامها:

أ -**وثيقة السفر:** هي عبارة عن وثيقة رسمية معترف بها دوليا، يجب على كل أجنبي يريد الدخول إلى الإقليم الجزائري أن يكون مزودا بجواز سفر كما سبق الذكر أو بوثيقة سفر التي هي بمثابة جواز سفر خاص تسلمه الدولة المستقبلة للأجانب الذين لا يستفيدون من حماية سلطات بلدهم الأصلي منهم اللاجئون السياسيون أو عديمو الجنسية وبالرجوع إلى نص المادة 28 من معاهدة جنيف لسنة 1951 الخاصة باللاجئين، والمادة 28 من معاهدة نيويورك لسنة 1954 المتعلقة بعديمي الجنسية على منح وثيقة سفر لهاتين الفئتين قصد تمكينهم من التنقل للخارج لقضاء مصالحهم[5].

ب-**رخصة المرور :أو الوثيقة البديلة:** وهي عبارة عن وثيقة مؤقتة تسمح بالمرور الدولي للأشخاص بصفة استثنائية الذين يتعذر عليهم الحصول على جواز السفر أو كان لديه وضاع منه.

ج-**الدفتر الصحي:** يجب أن يكون هذا الأجنبي مزودا بدفتر صحي مطابق للتنظيم الصحي الجاري به العمل دوليا وفي الجزائر لاسيما لسلامته من الامراض المعدية، يشترط الدفتر الصحي في حالة انتشار أوبئة وأمراض خطيرة، فقد ألزمت المادة السابعة من قانون 11 - 08 على الأجنبي الراغب في دخول الإقليم الجزائري، أن يكون حائزا على دفتر صحي طبقا للتنظيم الصحي، وغالبا ما يوجب تقديم هذه الوثيقة عند الحاجة لإثبات خلو الأجنبي من بعض الأمراض الخطيرة والمعدية للتأكد من اجراء اللقاحات المطلوبة حفاظا على الصحة العامة.

د-اكتتاب تأمين على السفر: وهي وثيقة خاصة يتكفل بموجبها الأجنبي لتغطية كل المصاريف المحتملة لإعادته إلى بلده، أو الناتجة عن التكفل به صحيا أثناء مرضه في الجزائر خلال مدة إقامته في الإقليم الوطني.

المطلب الثاني :التأشيرة كوسيلة لعبور الاقليم الجزائري

التأشيرة هي عبارة عن اجراء إداري يتضمن منح الجهات المختصة بالأجانب موافقة سلطات البلد على دخولهم إقليم الدولة، ويعود الاختصاص في منحها إلى مراكز البعثات الدبلوماسية الموجودة في الخارج وهي السفارات والقنصليات، وإما في نقاط المرور، وهي تعد بمثابة إذن لدخول دولة معينة من خلال وضع ختم على ورقة الدخول كي يؤذن للشخص بدخول حدود معينة، فعلى من يرغب بزيارة دولة للعمل أو للسياحة الحصول على هذه التأشيرة، فهي تصريح بدخول أو اجتياز الحدود للإقامة لمدة تكون محددة في هذه التأشيرة، وتحتوي على معلومات أو شروط معينة للحصول عليها من خلال تقديم الطلب أو تقديم الأوراق والوثائق المطلوبة لذلك، وذلك عن طريق القنصلية أو سفارة البلد المراد زيارته.

انواع التأشيرات

تأشيرة الدخول لمدة قصيرة: وتسمى أيضا التأشيرة القنصلية تمنحها الممثليات الدبلوماسية والقنصلية الجزائرية المعتمدة في البلد الذي يقيم فيه الأجنبي طالب التأشيرة، إذا لم يكن في نيته تثبيت إقامته في الجزائر.

- **تأشيرة العبور:** الأجنبي العابر إلى الإقليم الجزائري يعتبر غير مقيم، أو الذي تقدم إليها للإقامة بها طيلة مدة لا تتعدى ثلاثة أشهر من غير أن تكون في نيته الاستقرار بها أو ممارسة أي نشاط مهني.

- **تأشيرة تسوية الوضعية:** طبقا للمادة 12 من قانون 11 - 08 التي تنص على أنه ":يمكن في الحالات الاستعجالية أن تمنح شرطة الحدود بصفة استثنائية تأشيرة تسوية الوضعية للأجنبي الذي يتقدم إلى مركز الحدود بدون تأشيرة وتحدد مدة صلاحية هذه التأشيرة عن طريق التنظيم."

- **التأشيرة الاستثنائية** :هي التأشيرة التي تمنح للأجنبي الذي يتقدم بدون تأشيرة في حالة الاستعجال من طرف شرطة الحدود مع إعلام السلطات الإدارية المعنية بالأمر، ويمكن منح تأشيرة الأجنبي العابر للإقليم الجزائري لمدة سبعة 07 أيام، الحامل لتأشيرة البلد المتوجه إليه، مع تقديم إمكانيات إقامته بالجزائر. كما

يمكن لسلطات مراقبة الحدود منح الأجنبي Un sauf-conduit لمدة تتراوح بين 02 و07 أيام لأعضاء طاقم السفينة أو الطائرة حسب ما ورد في القانون.

– تأشيرة السياحة: تسلم التأشيرة للأجنبي الحائز على بيان حجز في الفندق أو شهادة إيواء مصادق عليها من رئيس المجلس الشعبي البلدي لمقر السكن المضيف، ووثائق تثبت وسائل المعيشة لمدة الإقامة وتذكرة أو وسيلة النقل ذهابا أو إيابا[6].

المبحث الثاني: قواعد واحكام مغادرة الاجنبي للتراب الوطني

لا مراء في أنه يحق للأجانب مغادرة التراب الوطني بصورة طبيعية مع رقابة بسيطة بالرغم من عدم اكتمال اقامته، وهو خروج طوعي ارادي، غير انه في بعض الحالات يجبر الاجانب على مغادرة البلاد عنوة او ما يعرف بالخروج اللاإرادي.

المطلب الاول: الخروج الارادي او الاختياري

يعتبر الخروج الاختياري أو النظامي حقا للأجنبي وقت ما شاء و بمحض إرادته، وهذا ما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام في مادته الثالثة عشر " يحق لكل فرد أن يغادر أية بلد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة إليه "... وبناء على ذلك لا يعتبر الخروج الاختياري مشكلة بالنسبة للدولة لأن الأمور تسير فيه بصفة نظامية، لكن تكمن المشكلة في حال كون الأجنبي يشكل تهديدا لمصالح الدولة خاصة منها الأمنية، ففي هذه الحالة تلجأ الإدارة إلى استعمال سلطتها في إخراج الأجانب من الإقليم[7].

إذا كان الأجنبي غير مقيم، فإنه يحق له المغادرة خلال المدة المقررة لصلاحية التأشيرة القانونية الممنوحة له أو تمديدها أو المدة المقررة للإقامة في اتفاقية المعاملة بالمثل، فحق الأجنبي في مغادرة إقليم الدولة من الحقوق التي يتمتع بها كأصل عام، والتي نصت عليها العديد من المواثيق الدولية كالإعلان العالمي لحقوق الانسان، فهذا الخروج الارادي أو الاختياري المتمثل في مغادرة الأجنبي بإرادته لإقليم الدولة التي يقيم فيها لا يثير صعوبة تذكر على الصعيد النظري أو العملي، فيكفي عند مغادرة اب ا رز جواز سفره وختمه من مصالح الشرطة، أما إذا كان مقيما فهو الآخر له الحرية في وضع حد لإقامته في الج ا زئر والذهاب وقت ما شاء شريطة أن يصرح بذهابه النهائي واعادة بطاقة المقيم الخاصة به إلى الولاية التي أصدرتها.

يجب على الأجنبي المقيم الخروج من الإقليم الجزائري أن يقدم طلب إلى السلطات الجزائرية قبل المغادرة ويجب أن يتضمن الملف عددا من الوثائق من بينها(شهادة براءة الذمة المالية، وثيقة تسديد الإيجار)...حيث تقوم هذه المصالح سواء الدائرة أو الولاية مباشرة فتح تحقيق حول طلب المعني بالأمر، فإذا لم يكن هناك مانع في خروجه تقوم هذه المصالح بتسليم تأشيرة للمعني مع تسديد رسم التأشيرة وذلك في شكل طابع جبائي[8].

المطلب الثاني: الخروج الاجباري

لا يثر عادة الخروج الارادي اي اشكالات للأجنبي في الجزائر، بيد انه قد يصبح امر وجوده فوق التراب الوطني غير مرغوب فيه لدواع تراها الدولة كافية لمنع استمرار اقامته، تمارس من خلالها سلطتها في حماية كيانها من اي مخاطر تلحق بها.

أولا: الابعاد: هو اجراء مقتصر على الأجانب، فلا يجوز للدولة ابعاد رعاياها، اذ ان القاعدة ان الدولة تتحمل اعباء رعاياها وتستفيد من اقامتهم طبقا للقواعد الدستورية العامة، حيث لا يجوز لها ابعاد مواطنيها أو منعهم من العودة اليها، لاعتبار حرية التنقل مكفولة ومحمية قانونا[9].

يعرف على انه اجراء تتخذه الدولة في مواجهة الاجنبي المقيم لكي يغادر الاقليم الوطني في اجل قصير والا اجبرته على الخروج بالإكراه، والاصل فيه هو انه اجراء فرديا لا يقع الا على فرد او عدة افراد محددين، لكن قد تلجا الى الابعاد الجماعي اي ابعاد كل من يحمل جنسية دولة معينة، وذلك في حالة نشوب حرب او مناوشات بين الدولتين او قيام حرب اهلية[10].

ويعرف ايضا على انه قرار صادر من الجهة الادارية او القضائية في الدولة، بإبعاد الاجنبي المقيم الذي يشكل خطورة في تواجده داخل الدولة او ارتكب جريمة يعاقب عليها القانون الداخلي لدولة وعدم العودة اليها ثانيا[11].

وقد حصر المشرع الجزائري الجهة المختصة باتخاذ إجراء الإبعاد من الإقليم الوطني في وزير الداخلية، مقرا بذلك في المادة 30 من القانون 11/08، وتتعدد الاسباب الداعية للأبعاد الى ما تملكه الدولة من سلطات تجاه الاجانب:

بسبب تهديد الامن العام والنظام العام: يحق للسلطات الجزائرية أن تبعد أي أجنبي سواء المقيم أو غير المقيم لدواعي الأمن وحماية النظام العام بالجزائر وذلك بموجب قرار صادر عن وزير الداخلية، حيث يبلغ

قرار الإبعاد للأجنبي بمقتضيات المادة 31 من القانون 08/11، كما تمنح له مهلة تتراوح بين – 48 ساعة إلى 15 يوم، حسب خطورة الوقائع المنسوبة إليه، وتبدأ من يوم تبليغه بقرار الإبعاد من الإقليم الجزائري[12].

بسبب عقوبة سالبة للحرية نتيجة ارتكاب جناية أو جنحة: نصت عليه المادة 03/30 من القانون 11/08 بالقول[13]: اذا صدر في حقه حكم او قرار قضائي نهائي يتضمن عقوبة سالبة للحرية بسبب ارتكابه جناية أو جنحة، وتتحقق هذه الحالة عند متابعة الأجنبي جزائيا لارتكابه جناية او جنحة.

بسبب عدم مغادرة الإقليم الوطني في المواعيد المحددة: في حالة عدم مغادرة الأجنبي الإقليم الجزائري في المواعيد المحددة له طبقا لأحكام المادة 22 فقرتان 1 و 2، وما لم يثبت أن تأخره يعود لقوة قاهرة، حيث يعني هذا أن الأجنبي الذي استحال عليه مغادرة الإقليم الجزائري خلال المواعيد المحددة له نتيجة قوة قاهرة خارج عن إرادته يحول بينه وبين مغادرة الإقليم الجزائري، كالفيضانات والحروب والزلازل...إلخ، يصدر وزير الداخلية قرار بإبعاد هذا الأجنبي من الإقليم الوطني، وتتمثل هذه الأسباب في هذه الحالة وحسب المادة الذكورة سابقا في:

- حالة سحب بطاقة الإقامة من الأجنبي عندما يعود لا يستوفي الشروط القانونية المطلوبة.
- عدم مغادرة الجزائر في مدة 30 يوم دون تبرير أن ذلك كان بسبب قوة قاهرة[14].

الفرع الثاني: الطرد

للدولة الحق في طرد الاجانب وفق ما تملكه من سلطات تتيح لها ذلك، بيد انها تخضع لقيود مصدرها القانون الدولي وحقوق الانسان، علاوة على مراعاة الجانب الانساني وكرامة الاجنبي عند تطبيقه في كل مراحله[15].

أولا: تعريف الطرد: هو إجراء شرطي بحت يتم تحت إشراف الشرطة ويتخذ دائما شكل التدبير الأمني الحال والتقديري، ويعد الطرد إجراء أمنيا للحفاظ على الأمن العام ويكون الهدف منه حماية المصلحة العليا للبلاد[16].

طرد الأجنبي أو إبعاده عن إقليم الدولة يتخذ عدة حالات نص عليها المشرّع الجزائري في القانون رقم 11/08 والتي تظم عدة حالات للطرد، هي:

- عندما يهدد الأجنبي النظام العام أو أمن الدولة وهذا ما نصت عليه 1/30 من القانون رقم 11/08.

– إذا لم يغادر الأجنبي الإقليم الجزائري وفقا للمادة 1/22 من نفس القانون في حالة سحب الإقامة منه أو في حالة عدم مغادرته الجزائر مدة 30 يوما دون تبرير أن ذلك كان بسبب قوة قاهرة حسب المادة 3/30 من نفس القانون.

ويمكن للأجنبي أن يستفيد حسب خطورة الفعل من مهلة تتراوح من 48 ساعة إلى 15 يوما ابتداء من تاريخ تبليغه بالقرار (م2/31 من نفس القانون)[17]. ويقرر الوزير المختص حالة الطرد هذه كأصل عام وفقا للمادة 30 من نفس القانون، ويوصل إلى الحدود بقرار من الوالي المختص إقليميا (المادة 36 والمادة 42 من نفس القانون).

غير أنه يمكن للقاضي الاستعجالي أن يوقف تنفيذ قرار الطرد بسب القوة القاهرة للأسباب التالية:

1 – أب أو أم الطفل المقيم في الجزائر إذا تبين أنه أو أنها تسهم في تعليمه وحاجاته (المادة 5/32 قانون 11/08).

2– الأجنبي القاصر وقت اتخاذ قرار الطرد (المادة 6/32 من نفس القانون).

3– الأجنبي اليتيم القاصر وقت اتخاذ قرار الطرد (المادة 7/32 من نفس القانون).

4–المرأة الحامل وقت اتخاذ قرار الطرد (المادة 9/32 من قانون 11/08).

ثانيا: حالات الطرد: يتعرض الاجنبي للطرد في حالة دخوله البلاد بطريقة غير شرعية، وكذا اقامته بصفة غير قانونية على الاقليم الجزائري.

1– يتضمن الدخول غير الشرعي للبلاد حالتين، فالحالة الأولى تتمثل في الدخول من غير الأماكن المخصصة لذلك، أما الحالة الثانية فتتمثل في عدم استيفاء الشروط القانونية المقررة لدخول الأجانب للإقليم الوطني ، وتندرج الحالتين في ظاهرة الهجرة غير الشرعية.

2– الاقامة غير القانونية: يعتبر الأجنبي في وضعية غير قانونية بخصوص إقامته على الإقليم الجزائري، إذا امتنعت الدولة تسليمه بطاقة المقيم أو قامت بسحبها منه لسبب من الأسباب، أو انتهت مدة إقامته و لم يقم بتجديدها أو رفضت الإدارة تجديدها، ومن الأمثلة على ذلك الأجانب العمال المقيمين الذين تنتهي عقود عملهم أو ال يملكون رخصة لمزواله أعمالهم[18].

وعليه فالطرد من الآليات المجابهة لإقامة غير القانونية بغض النظر عن الوضعية التي تعتري الأجنبي، وذلك راجع لصياغة المادة 36 من القانون 11/08 التي جاءت على صيغة العموم لتحمل جميع صور الإقامة غير القانونية " يمكن طرد الأجنبي الذي يدخل إلى الجزائر بصفة غير شرعية أو يقيم بصفة غير قانونية على الإقليم الجزائري"[19].

جزاء الامتناع عن تنفيذ قرار الطرد: نص المشرع الجزائري على معاقبة الأجنبي الذي يمتنع عن تنفيذ قرار الطرد أو التوصيل إلى الحدود، ودخل مرة أخرى إلى الإقليم الجزائري دون تصريح بذلك؛ فتكون عقوبته الحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات إلا إذا برر عدم إمكانيته الرجوع إلى بلده الأجنبي أو الذهاب إلى بلد آخر[20]، وفقا للإجراءات المعمول بها في اتفاقيات اللاجئين، واتفاقيات الأجانب بدون جنسية[21]، كما تقرر نفس العقوبة على الأجنبي الذي أخفى وثائق تنفيذ قرار الطرد أو التوصيل إلى الحدود على السلطات المختصة[22].

الخاتمة:

إن القواعد القانونية المنظمة لحالة الأجنبي يضعها المشرع الوطني في كل دولة وهي تنظم آلية دخول وخروجهم كما تعنى ببيان ما لهم من حقوق وعليهم من التزامات وعلى المشرع في كل دولة ان يراعي عند وضع هذه القواعد ما استقر عليه العرف الدولي من مبادئ وما ارتبطت به الدولة من اتفاقيات أي ان مشرع القواعد القانونية ذات الصلة بالأجنبي عليه ان يحترم القواعد الاتفاقية(الاتفاقيات والمعاهدات) المصادق عليها من قبل دولته والقواعد العرفية وهي احترام الحد الادنى من الحقوق للأجنبي.

نتائج:

- ضمان الجزائر لحقوق الأجانب، لا سيما المتعلقة بالوضعية الإدارية كالدخول والخروج.
- إن النظام الإداري للأجانب في الجزائر، يقوم على التوزان بين تقرير حقوق الأجانب من جهة، وبين تكريس السلطات الواسعة لإدارة في مجابهة كل ما هو غير شرعي من جهة أخرى.
- الضبطية الادارية المسيطرة على القرارات المتعلقة بوضع الاجانب في الجزائر، وما تملكه من سلطة تقديرية في ذلك.
- الاعتماد على المعيار المرن في تقدير حالات الإبعاد، وهذا ما يفسح المجال للسلطة التقديرية للإدارة مما قد يعر ض الأجنبي للتعسف، ولكن من زاوية أخرى لا يمكن للدولة أن تحدد حالات الإبعاد بدقة وعلى سبيل الحصر، خاصة في ظل الأوضاع الدولية الراهنة وسلوك جل الدول الاعتماد المعيار المرن في تقدير حالات الإبعاد حفاظا على أمنها.

توصيات:

- ضرورة تحيين الترسانة القانونية المؤسسة للنظام الإداري للأجانب، حتى تتساير وتتلاءم مع الأوضاع الراهنة، لان أهم الأسباب الداعية للتعديل والتحيين موجودة، وأهمها الأوضاع الأمنية التي ازدادت سوءا في ظل الحروب والأزمات الدبلوماسية بين الدول، مما يتطلب تضييقا أكبر على العمالة الأجنبية.
- اعطاء دور اكبر للقضاء للنظر في القرارات الادارية المتعلقة بحالات الاجانب، لا سيما عند رفض دخولهم او تعرضهم للطرد او الإبعاد.
- معالجة مسالة الهجرة غير الشرعية وملاءمتها مع نظيرتها في اوروبا، بإيجاد سبل ووسائل اكثر نجاعة وتحترم كرامة الافراد حين تطبيق قرارات ضدهم، بتهيئة مقرات آمنة وصحية لتجميعهم ومن ثم ترحيلهم.

الهوامش:

[1] احمد لحمر، النظام القانوني للأجانب في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2003/2002، ص08.

[2] هشام صادق، الجنسية ومركز الاجانب دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006، ص437.

[3] للمزيد انظر: محمد رفيق بكاي، نسيمة قناوي، مركز الأجنبيّ في القانون الجزائريّ، مجلة جيل الابحاث القانونية المعمقة، العدد28، الجزائر، 2018، ص12.

[4] نور الإسلام نقيب، النظام الاداري للأجانب في الجزائر، اطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر1، 2021/2020، ص83.

[5] بن زيادة أم السعد، الوضعية الإدارية لدخول وتنقل الأجانب في الإقليم الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 59، العدد 02، 2022، ص 728.

[6] نور الاسلام نقيب، المرجع السابق، ص92.

[7] نور الاسلام نقيب، المرجع السابق ، ص224.

[8] احمد لحمر، المرجع السابق، ص 44.

[9] عبد الباسط احمد علي سالم، النظام القانوني لإبعاد الاجانب، مجلة الدراسات القانونية، العدد 59، الجزء 2، مصر، 2023، ص 588.

[10] احمد لحمر، المرجع السابق، ص55.

[11] عبد الباسط احمد علي سالم، المرجع السابق، ص 589.

[12] مراد بسعيد، مراد بسعيد ، الإبعاد والطرد إلى الحدود في ظل قانون 08-11 ، ملتقى وطني حول تنظيم حول العالقات الدولية الخاصة في الجزائر، جامعة ورقمة ، 2010، ص345.

[13] المادة 30 من القانون 11/08 المؤرّخ في 25 جوان 2008 المتعلّق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها،

[14] المادة 03/30 من القانون 11/08 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها.

[15] لقد أقرت النصوص الدولية حق الدول في إجبار الأجانب على مغادرة أراضيها، ونص في هذا الشأن العهد الدولي الخاص للحقوق المدنية والسياسية في مادته 13 على أنه: " لا يجوز إبعاد الأجنبي المقيم بصفة قانونية في إقليم الدولة طرف في هذا العهد، إلا تنفيذا لقرار اتخذ وفقا للقانون "، ونص أيضا الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان في المادة 12 منه على أنه: " ..... لا يجوز طرد الأجنبي الذي يدخل بصفة قانونية إلى أرض دولة طرف في هذا الميثاق إلا بقرار مطابق للقانون.....

[16] مراد بسعيد، المرجع السابق، ص229.

[17] المادة 02/31 من القانون 11/08 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها.

[18] نور الاسلام نقيب، المرجع السابق ، ص295.

[19] المادة 36 من القانون 11/08 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها.

[20] محمد رفيق بكاي، نسيمة قناوي، المرجع السابق، ص16.

[21] المادة 42 من قانون11/08 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها.

[22] المادة 3/42 من القانون 11/08 المتعلق ب بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها.

المصادر والمراجع:

1. القانون 11/08 المؤرّخ في 25 /2008/06 المتعلّق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 36، المؤرخة في 2008/07/02.
2. احمد لحمر، النظام القانوني للأجانب في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2003/2002.
3. هشام صادق، الجنسية ومركز الاجانب دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006.
4. محمد رفيق بكاي، نسيمة قناوي، مركز الأجنبيّ في القانون الجزائريّ، مجلة جيل الابحاث القانونية المعمقة، العدد28، الجزائر، 2018.
5. نور الإسلام نقيب، النظام الاداري للأجانب في الجزائر، اطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر1، 2021/2020.
6. بن زيادة أم السعد، الوضعية الإدارية لدخول وتنقل الأجانب في الإقليم الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 59، العدد 02، 2022.
7. عبد الباسط احمد علي سالم، النظام القانوني لإبعاد الاجانب، مجلة الدراسات القانونية، العدد 59، الجزء 2، مصر، 2023، ص 588.
8. مراد بسعيد، مراد بسعيد ، الإبعاد والطرد إلى الحدود في ظل قانون 08-11 ، ملتقى وطني حول تنظيم حول العالقات الدولية الخاصة في الجزائر، جامعة ورقمة ، 2010.

الإجراءات الإدارية المتعلقة بتواجد الأجنبي في الإقليم الجزائري

Administrative procedures related to the presence of a foreigner in Algerian territory

د. ديدي ابراهيم
جامعة الشهيد حمّه لخضر – الوادي
didi-brahim@univ-eloued.dz

ط.د. تواتي الطيب
جامعة الشهيد حمّه لخضر – الوادي
Tayeb-touati@univ-eloued.dz

ملخص:

تمارس الدول سيادتها داخل إقليمها بكل حرية، لذلك تحدد نظاما خاصا بدخول الأجانب إلى إقليمها، ولإقامتهم فيه، غير أنه و مع زوال النظام الدولي التقليدي، أصبحت الدول مقيدة إلى حد ما في مواجهة بعضها البعض، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مصادقة الدول على معاهدات و اتفاقيات دولية تتعلق بحقوق الأجانب بما في ذلك حرية التنقل، ألقت بضلالها على أحكام وشروط التعامل مع الأجانب.

والجزائر من الدول التي بادرت مبكرا إلى الالتحاق والمصادقة على معظم المعاهدات والاتفاقيات في هذا المجال، وفي هذه الورقة البحثية، سنسلط الضوء على أهم الأحكام الواردة في التشريع الجزائري، والتي تنظم دخول وإقامة و خروج الأجانب، من الإقليم الوطني الجزائري.

الكلمات المفتاحية: الأجنبي، الإقامة الدائمة للأجنبي، التأشيرة، الجنسية، الإبعاد، الاقتياد إلى الحدود.

Abstract:

States exercise their sovereignty within their territory with complete freedom. Therefore، they determine a special system for the entry of foreigners into their territory and for their residence therein. However، with the disappearance of the traditional international system، countries have become somewhat restricted in confronting each other. This is on the one hand، and on the other hand، the ratification of Countries have international treaties and agreements related to the rights of foreigners، including freedom of movement، which have cast their shadow on the terms and conditions of dealing with foreigners.

Algeria is one of the countries that took the early initiative to join and ratify most of the treaties and agreements in this field. In this research paper، we will shed light on the most important provisions contained in Algerian legislation، which regulate the entry، residence، and exit of foreigners from the Algerian national territory.

.**Keywords:** - Foreigner - permanent residence of the foreigner - visa - nationality - deportation - taking to the border.

مقدمة:

لقد قلبت الثورة التكنولوجية العارمة كل الموازين، فسادت العولمة وأصبح التعامل عن بعد بين البشر من مختلف الدول والقارات، وانتشر التعامل الالكتروني وغزى معظم الميادين الإجتماعية والاقتصادية للبشر ولم يعد بإمكان أي دولة الانغلاق على نفسها والانعزال عن المجتمع الدولي، وزحفت العولمة على حساب مبادئ ظلت لقرون من الزمن، وكانت فيه أقرب إلى التقديس، لتجعلها تتلاشى شيئا فشيئا، من أهمها مبدأ سيادة الدول على أراضيها.

لكن، وبالرغم من كل ذلك، ومادامت الحدود الجغرافية قائمة، ستبقى كل دولة تمارس سيادتها على إقليمها، و لأن الحق في التنقل من الحقوق الأساسية للإنسان ضمن المعاهدات والمواثيق الدولية، ولأن كل دولة تحرص على إن يتلقى رعاياها خارج إقليم دولتهم المعاملة الحسنة واللائقة بهم، وفي إطار المبدأ الشهير في العلاقات الدولية المتمثل في المعاملة بالمثل، فقد حرصت الدول على إيجاد منظومة قانونية شاملة تخص الأجانب في جميع مراحل تواجدهم بإقليم الدولة، من الدخول والإقامة والنشاط، إلى غاية المغادرة، وذلك وفقا للمفهوم الدولي للحد الأدنى من الحقوق المعترف بها للأجانب، طبقا للمادة السابعة من الإعلان العالمي لحقوق للإنسان.

وفي هذا الإطار، حرصت الجزائر على ضمان معاملة حسنة لكل مواطن جزائري، يتواجد بالخارج، بتبني نظام إداري يضمن معاملة حسنة لكل أجنبي يتواجد على إقليمها، ضمن ممارسة الحق الذي يقره القانون الدولي في تنظيم المركز القانوني للأجانب، مع مراعاة مصالحها، وتماشيا مع الظروف السياسية والاقتصادية و الديمغرافية للدولة الجزائرية.

فكيف تم تنظيم الإجراءات الإدارية المتعلقة بتواجد الأجنبي فوق الإقليم الجزائري ؟

وهل وفق المشرع الجزائري في الموازنة بين مصلحة الدولة من جهة و نفاذ حقوق الإنسان المقررة دوليا تجاه الأجانب من جهة أخرى؟

وللإجابة على هذه الإشكالية الرئيسية، وما قد ينبثق منها من إشكاليات فرعية، فقد وضعنا محل الإختبار الفرضيات التالية :

1- الجزائر تمنح الأجنبي الحد الأدنى لحقوق الإنسان.

2- المشرع الجزائري ضمن للأجنبي حقوقا أكثر من الحد الأدنى لحقوق الإنسان.

3- المواطن الجزائري و الأجنبي سواسية أمام القانون الجزائري؟.

كما تهدف ورقتنا البحثية هذه، إلى إبراز النظام القانوني الجزائري المتعلق بمسألة دخول وخروج وإقامة الشخص الطبيعي الأجنبي، بالإقليم الجزائري.

ومن أجل ذلك الهدف، اعتمدنا المنهج التحليلي، وقسمنا موضوع بحثنا هذا إلى مبحثين، حيث خصصنا الأول لدراسة النظام الإداري الجزائري الخاص بدخول وإقامة الأجانب، عبر مطلبين، أولهما يوضح الشروط المتعلقة بالدخول، وثانيهما يتعلق بإقامة الأجنبي داخل الإقليم الجزائري، وأما المبحث الثاني فيسلط الضوء على خروج الأجنبي من الإقليم الجزائري، عبر مطلبين، أولهما يتعلق بالخروج الإرادي أو الاختياري، والأخر حول الخروج الإجباري للأجنبي من الإقليم الجزائري.

المبحث الأول: النظام الإداري الجزائري الخاص بدخول و إقامة الأجانب.

النظام الإداري الخاص بالأجانب هو مجموعة القواعد والإجراءات الشكلية والموضوعية المتعلقة بالشخص الأجنبي، طيلة تواجده بإقليم الدولة الجزائرية، من الدخول والإقامة إلى المغادرة.

وقبل الخوض في هذا النظام وتبيان قواعده ينبغي التوقف عند مصطلح الأجنبي، فما المقصود بالأجنبي ؟ وما هو المعيار لتحديده ؟

إن الجنسية هي معيار توزيع الأشخاص دوليا، على مختلف الوحدات السياسية في المجتمع الدولي، فمن يتمتع بجنسية دولة معينة يعد وطنيا ومن رعاياها، ومن لا يحمل جنسيتها يكون أجنبيا. [1]

فقد اتفق التشريع المقارن والفقه والقضاء على تعريف الأجنبي سلبيا بمفهوم المخالفة وذلك بتحديد من هو الوطني، ففي التشريع المقارن، فإن الأجنبي هو من لا يحمل جنسية الدولة، أما في القانون ألاتفاقي فقد نصت المادة الأولى من إعلان الأمم المتحدة المتعلق بحقوق الأفراد الذين ليسوا من مواطني البلد الذي يعيشون فيه، على ما يلي "ينطبق مصطلح أجنبي على كل فرد يوجد في دولة لا يكون من رعاياها "[2].

أما المشرع الجزائري، فقد عرف الأجنبي كما يلي :"يعتبر أجنبيا كل فرد يحمل جنسية غير الجنسية الجزائرية أو الذي لا يحمل أية جنسية"[3].

وتعرف الجنسية، على أنها رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة، بحيث يصير بموجبها أحد مواطنيها، أو هي نظام قانوني تضعه الدولة، لتحدد به ركن الشعب فيها، ويكتسب الفرد صفة تفيد انتسابه إليها.[4]

من كل ما سبق يتبين ما يلي:

- إن تعريف الأجنبي يتم بطريقة سلبية وبمفهوم المخالفة للوطني.
- لا يعتبر أجنبيا، من كان متعدد أو مزدوج الجنسية، إذا كانت الجنسية الوطنية، هي إحدى الجنسيات التي يتمتع بها.
- الجنسية لها دلالة قانونية سياسية صرفة، و هي رابطة سياسية.
- أساس العلاقة بين الدولة والأجنبي، هي واقعة مادية نفعية.
- من لا يعد وطنيا فهو أجنبي، إلا أنه يفترض أن يكون الأجنبي متمتعا بجنسية بلده، فهو وطني نسبة لبلده وأجنبي نسبة إلى أي دولة أخرى، بيد أن بعض الأفراد لا يتمتعون بأية جنسية، فهم أجانب تجاه كل الدول، هؤلاء هم عديمو الجنسية، و نظرا لوضعهم الخاص، فقد أوجبت الاتفاقيات الدولية، على الدول المتواجدين فيها معاملتهم معاملة خاصة، بما يحفظ كرامتهم ومصالحهم.[5]

المطلب الأول : الشروط المتعلقة بالدخول إلى الجزائر.

إن حرية التنقل من الدولة الأصلية إلى أي دولة أخرى من الحقوق الأساسية للإنسان ضمن المعاهدات و المواثيق الدولية، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، فلكل دولة الحق في تنظيم و اشتراط أحكام خاصة لدخول الأجانب، لذلك تختلف التشريعات الداخلية المتعلقة بالأجانب من دولة إلى أخرى وتخضع لعدة اعتبارات وطنية و دولية.

فأما الوطنية منها، فهي الاعتبار الأمني والسياسي الاقتصادي الديمغرافي الاجتماعي القومي وغيرها، وأما القيود الدولية فتتمثل في مراعاة الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي.

فكيف نظم المشرع الجزائري دخول الأجانب و إقامتهم في الجزائر؟.

ومن خلال هذا المطلب سنجيب على هذا التساؤل عبر الفرعين التاليين:

لقد كفل المشرع الجزائري حرية الدخول إلى الإقليم الجزائري من طرف الأجانب طبقا للعرف الدولي والمعاهدات الدولية (الاتفاقيات الدولية التي تكون الجزائر طرفا فيها و تتعلق بمعاملة الأجانب) وفي إطار المعاملة بالمثل، والتشريع الداخلي.

فجاء القانون رقم 08-11، الخاص بدخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها والتنقل فيها لينص في المادتين 04 و 07 على الوثائق الواجب حملها من طرف الأجنبي و حددها في جواز السفر أو أي وثيقة أخرى معترف بها قيد الصلاحية (تعوض جواز السفر) الدفتر الصحي اكتتاب تامين على السفر إضافة إلى شروط أخرى سنعرضها فيما يلي.

الفرع الأول: حيازة الوثائق الضرورية.

1 : جواز السفر: وثيقة رسمية معترف بها دوليا و الأكثر تداولا للتنقل، تسلم من طرف الجهات المختصة للبلد الأصلي للأجنبي، يتضمن هوية حامله، صورته، ومدة صلاحيته، و توقيع حامله والجهة التي أصدرته، وبالتالي ومن خلال جواز السفر، يمكن مراقبة هوية وجنسية الأجنبي، القادم إلى الجزائر[6].

كما نظم المشرع الجزائري الشروط والأحكام الخاصة بسندات السفر في القانون رقم 14-03 في المادة الثانية منه، و ألزم كل جزائري يرغب في السفر إلى الخارج أن يكون حاملا لإحدى وثائق السفر التالية[7]:

أ- جواز السفر العادي. المادة 02 و 08 من القانون رقم 14-03.

ب- جواز السفر لمهمة رسمية. المواد من 11 الى 15 من القانون رقم 97-02. المتعلق بمنح وثائق رسمية من طرف وزارة الخارجية.

ج – جوازات السفر الدبلوماسية.

2 : إجازة المرور Laisser Passer. Give Way: تمنح لبعض الأشخاص الذين يتعذر عليهم الحصول على جواز السفر، و يتعلق الأمر هنا خاصة بوضعية اللاجئين وعديمي الجنسية، حيث تتولى الدولة التي يتواجد في إقليمها هؤلاء، تسليمهم هذه الوثيقة، وهي وثيقة معترف بها دوليا تقوم مقام جواز السفر. وأساس اعتراف الدول بهذه الوثيقة المادة 28 من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باللاجئين المبرمة في جنيف 1951/97/28. [8]

3 : الدفتر الصحي: ألزم المشرع الجزائري كل من يرغب في الدخول إلى الجزائر بحمل دفتر صحي يطلب عند الضرورة خاصة أثناء انتشار الأوبئة مثل كوفيد 19، و يثبت هذا الدفتر أن حامله قد تم تلقيه لقاحات مضادة للأمراض الخطيرة و المعدية.[9]

4 : اكتتاب تامين على السفر: وهي وثيقة خاصة بتغطية النفقات المحتملة للتكفل بالأجنبي صحيا في حالة المرض أو لإعادته الى بلده وتغطي هذه الوثيقة المدة التي يقضيها الأجنبي في الجزائر[10].

5 : تأشيرة الدخول: هي إذن مسبق أو موافقة مسبقة، من الدولة التي يرغب الأجنبي في الدخول إليها، لهذا أوجب المشرع الجزائري على الأجنبي، قبل دخوله التراب الوطني، الحصول على رخصة تسمح له بذلك، وهذه الرخصة تتمثل في تأشيرة الدخول، وهي عبارة عن تصريح يوضع على جواز السفر ليسمح لحامله بالدخول إلى بلد معين حسب شروط محددة.[11]

وتمنح التأشيرة من طرف السلطات الدبلوماسية أو القنصلية المعتمدة بالخارج، وهناك عدة أصناف للتأشيرة، منها:

أ – التأشيرة القنصلية : تمنح من طرف القنصلية الجزائرية المعتمدة بالخارج، و تشمل التأشيرة القنصلية عدة أنواع، منها، التأشيرة الصحافية، السياحية، الدراسية، العائلية،الطبية،.لخ [12]

ب – تأشيرة التسوية: تمنح من طرف شرطة الحدود بصفة استثنائية (المادة 12 من القانون 08-11). لمدة لا تتجاوز سبعة أيام.

ج – تأشيرة العبور: صالحة لمدة أقصاها سبعة أيام. قابلة للتمديد مرة واحدة (المادة 14).

د – التأشيرة الدبلوماسية، وتأشيرة المجاملة: وقد يتم الإعفاء من التأشيرة لرعايا بعض الدول من طرف دول أخرى، إما لوجود اتفاقيات دولية بينها، و إما إعمالا لمبدأ المعاملة بالمثل.

الفرع الثاني: عدم وجود اسم الأجنبي في قائمة الممنوعين من الدخول.

إن الجزائر و كمعظم باقي الدول، لا سيما العربية والأوروبية منها، تلجأ إلى وضع قوائم بأسماء الأجانب الممنوعين من دخول أراضيها لعدة اعتبارات ونلمس ذلك بوضوح من خلال نص المادة الخامسة من القانون رقم 08-09 و التي جاء نصها كما يلي : "يمكن لوزير الداخلية منع أي أجنبي من الدخول إلى الإقليم الجزائري لأسباب تتعلق بالنظام العام و /أو بأمن الدولة أو تمس بالمصالح السياسية

والدبلوماسية للدولة الجزائرية. ولنفس الأسباب يمكن للوالي المختص إقليميا أن يقرر فورا، منع دخول الأجنبي إلى الإقليم الجزائري". [13]

وعلى مستوى دول الاتحاد الأوروبي، فان كافة الدول الأعضاء، تلتزم، وعند منحها تأشيرة الدخول للأجنبي، بمراعاة عدم وجود اسم الأجنبي، في قوائم الممنوعين من الدخول،لأي من الدول الأعضاء، وأن لا يشكل وجوده، تهديدا للنظام العام، والسلامة الوطنية، أو العلاقات الدولية لأي منها.[14]

الفرع الثالث: الدخول النظامي إلى إقليم الدولة.

الغرض من توفر هذا الشرط، هو جعل الدخول يتم برضا السلطة المختصة، ويتمثل في أن يتم دخول الأجنبي إلى الدولة، عبر المراكز العبور المحددة قانونا، بريا، من خلال المعابر البرية الحدودية والتي تشكل منفذا للتنقل البري للدول المجاورة، وبحريا، الموانئ المدنية، وجويا، المطارات المدنية المستقبلة للرحلات الأجنبية.

إن اشتراط الدخول النظامي للدولة ضروري، لأن السلطات المختصة برقابة العبور الدولي متواجدة بتلك المنافذ البرية والبحرية والجوية، لتراقب مدى توافر الشروط التي حددها المشرع لدخول الأجنبي، فإن استوفى الأجنبي جميع الشروط اللازمة للدخول، بحيازته لكل الوثائق اللازمة، والتأكد من عدم وجود اسمه في قائمة الممنوعين من الدخول، عندها يسمح له بالدخول و يتم ختم جواز سفره أو وثيقة سفره.

وجدير بالذكر الإشارة إلى بعض الاستثناءات الواردة على شروط دخول الأجنبي، نوردها كما جاءت في القانون 08-11، المتعلق بدخول وأقامة الأجانب وتنقلهم في الإقليم الجزائري.

"يعفى من التأشيرة القنصلية:

01- الأجنبي الذي يتواجد على متن سفينة راسية في ميناء جزائري.

02 - البحار الأجنبي العامل على متن سفينة راسية في ميناء جزائري، والمستفيد من أجازة على اليابسة، طبقا للاتفاقيات الدولية التي صادق عليها الجزائر.

03- الأجنبي العابر للإقليم الجزائري جوا.

04 - الأجنبي عضو طاقم الطائرة المتوقفة بأحد مطارات الجزائر،

05 – الأجنبي المستفيد من أحكام الاتفاقيات الدولية أو من اتفاقيات المعاملة بالمثل في هذا المجال"[15].

المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بإقامة الأجنبي بالإقليم الوطني الجزائري.

بناءا على التأشيرة المتحصل عليها لدخول الجزائر، فان الأجنبي يتحصل على ترخيص بالإقامة، يغطي مدة قضاء حاجته فيها، إلا أن هذه المدة، مرتبطة بالغرض من الدخول، فمدة الإقامة المرخص بها للعلاج مثلا، تختلف عن تلك المتعلقة بالدراسة، أو ملتقى علمي، أو نشاط مهني.

والسياسة الوطنية المنتهجة، هي التي تحدد أحكام إقامة الأجنبي بالجزائر، فحاجة البلاد إلى اليد العاملة، أو تشجيع السياحة، أو جذب الاستثمار الأجنبي، والكثافة السكانية للدولة، عادة ما تلقي بضلالها على مضمون القوانين المتعلقة بإقامة الأجنبي.

فكيف نظم المشرع الجزائري أحكام إقامة الأجنبي في الإقليم الجزائري؟.

للإجابة على هذا الإشكال، قمنا بتصنيف الإقامة إلى نوعين، إقامة مؤقتة، وإقامة دائمة.

الفرع الأول: الإقامة المؤقتة.

في الأصل، إن المهمة التي جاء من أجلها الأجنبي إلى الجزائر، تكتسي طابعا مؤقتا، وبذلك تستلزم إقامة مؤقتة، وقد منحه المشرع الجزائري مدة إقامة كافية لقضاء حاجته، وتمنح هذه الإقامة المؤقتة، للأجانب السياح أو القادمون إلى الجزائر لأغراض خاصة.

وخلافا لبعض القوانين الأجنبية، لم يشترط المشرع الجزائري لهذا النوع من الإقامة، إجراءات خاصة، مثل التردد الدوري على مصالح الأمن، أو حيازة وثائق معينة أو خاصة، فيكفي الترخيص الضمني بواسطة تأشيرة الدخول[16].

وتشمل الإقامة المؤقتة:

01 – السياح الأجانب، بمناسبة زيارة الأقارب و الأصدقاء، أو قضاء مهمة معينة، أو المشاركة في ملتقى أو مؤتمر علمي، أو تظاهرة اقتصادية.

02 – الأجانب العابرون للإقليم الجزائري، برا، بحرا، أو جوا، لان وجودهم بالجزائر إنما هو بغرض العبور، وليس الإقامة، وبالتالي يرخص لهم بالتواجد المؤقت، واستغراق الوقت الكافي لذلك.

03- الأجانب أعضاء أطقم السفن والطائرات، الراسية في الموانئ والمطارات الجزائرية، عند نزولهم منها للاستراحة، في انتظار استكمال رحلاتهم.

وبخصوص مدة الإقامة المؤقتة في الإقليم الجزائري، فان المشرع الجزائري، حدد مدة الإقامة المسموح بها، في التأشيرة القنصلية و تأشيرة التسوية، ب 90 يوما كحد أقصى[17].

كما يمكن تمديد الإقامة المؤقتة، ب 90 يوما أخرى، عند طلب الأجنبي ذلك، مع تقديم مبرر كاف، وقد يكون التمديد بسبب أحد المبررات التالية:

- مبرر إنساني: دواعي طبية، أو صحية، كمرض خطير.
- مبرر عائلي: وفاة، زواج، وقوع حادث لأحد الأقارب.
- مبرر مهني: عقد صفقة لم تتم في الآجال المحددة.
- مبرر تعليمي: متابعة تربص، تكوين، أو مشاركة في ملتقيات علمية.

ويصدر هذا التمديد، عن مكتب الأجانب بالولاية التي يقيم بها الأجنبي[18].

أما بالنسبة للأجانب العابرون للإقليم الجزائري، فمدة الإقامة هي 07 أيام قابلة للتجديد مرة واحدة، محددة في تأشيرة العبور، و تمنح من طرف شرطة الحدود.

وبالنسبة لأعضاء أطقم السفن والطائرات، فهي من 02 إلى 07 أيام، تمنح من طرف شرطة الحدود، و قد سماها المشرع، أجازة تجوال[19].

الفرع الثاني: تثبيت الإقامة أو الإقامة الدائمة.

أولا: شروط الاستفادة من بطاقة الإقامة للأجنبي: وجب في بادئ الأمر، التمييز بين الأجنبي غير المقيم، والأجنبي المقيم، فالأجنبي غير المقيم هو الأجنبي الذي يدخل الإقليم الجزائري، وليس له القصد في تثبيت إقامته فيه، دون أن تتجاوز إقامته 90 يوما، وأما الأجنبي المقيم، فهو الأجنبي الذي يرغب في تثبيت إقامته الفعلية، و المعتادة في الجزائر، بشرط الحصول مسبقا، على بطاقة الإقامة، من طرف مصالح الأمن، التي يقع في إقليم اختصاصها، محل إقامة الأجنبي[20].

وعند حصول الأجنبي على هذه البطاقة، تكون إقامته قانونية، وذلك بعد انقضاء مدة التأشيرة، وهي صالحة لمدة سنتين، قابلة للتجديد[21].

وبصفة استثنائية، يمكن أن تتعدى صلاحية بطاقة الإقامة الممنوحة للأجانب، مدة سنتين، وهذا بالنسبة للعمال، أو الطلبة، الذين يستفيدون من بطاقة إقامة، صالحة لمدة تعادل المدة المخصصة لإتمام نشاطهم، الدراسي أو العملي في الجزائر.

وإذا أقام الأجنبي، في التراب الوطني لمدة 07 سنوات، بصفة نظامية ومستمرة، فبإمكانه أن يستفيد من بطاقة إقامة، له ولأبنائه، الذين تبلغ، أو تفوق أعمارهم 18 سنة، صالحة لمدة 10(عشرة) سنوات.[22]

ثانيا: حالات الإعفاء من بطاقة الإقامة للأجانب المقيمين بالجزائر: لقد أعفى المشرع الجزائري من شرط الاستفادة من بطاقة الإقامة، بعض الفئات من الأجانب، و اعتبر إقامتهم شرعية دون الحصول على هذه البطاقة، وهم:

- أبناء الأجنبي المقيم، الذين تقل أعمارهم عن 18 سنة.
- أعضاء البعثات الدبلوماسية أو القنصلية، المعتمدة بالجزائر، وأفراد عائلاتهم.
- الأجانب المقيمين مؤقتا، لأقل من 90 يوما، والحاصلين على تأشيرة قنصلية، أو تأشيرة التسوية، و/ أو المستفيدين من تمديد لتلك المدة.
- رعايا الدول التي تربطها مع الجزائر، اتفاقيات المعاملة بالمثل.

ثالثا: أسباب سحب بطاقة الإقامة من الأجنبي المقيم: يمكن سحب بطاقة الإقامة، من الأجانب المقيمين بالجزائر، إذا توفر على الأقل أحد الأسباب التالية:

- غياب الأجنبي عن الإقليم الجزائري، لمدة سنة كاملة أو أكثر.
- إذا ثبت أن نشاط الأجنبي، فيه مساس بالمصالح الوطنية، أو تهديد للنظام العام، أو منافي للآداب العامة.
- إذا تمت إدانة الأجنبي جزائيا.
- إذا لم يعد الأجنبي المقيم، يستوفي شروط الاستفادة، من بطاقة الإقامة.
- وفاة صاحب البطاقة.

المبحث الثاني: الإجراءات المتعلقة بخروج الأجنبي من الإقليم الجزائري.

إن سماح الدول بدخول الأجانب إلى أقاليمها، لا يعطي لهم الحق في الإقامة الدائمة، والاستقرار بأراضيها، ولا بد لعلاقة الأجنبي بالدولة المضيفة، من نهاية، وذلك بمغادرتها، وقد تكون هذه النهاية إرادية وطوعية، من طرف الأجنبي، أو إجبارية من طرف الدولة التي يتواجد على أراضيها الأجنبي.

فإذا كان خروج الأجنبي من إقليم الدولة المضيفة، ضمن الآجال الممنوحة له للإقامة، عد هذا الخروج إراديا وطوعيا، و يمكننا أن نميز بين حالتين اثنين، وهما، خروج الأجنبي غير المقيم، وخروج الأجنبي المقيم.

أما عندما تقوم الدولة بإخراج الأجنبي من إقليمها، يسمى خروج إجباري، و إخراج الأجنبي من إقليم الدولة، يعتبر مظهرا من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، وهو إجراء تلجأ إليه الدولة، عندما يكون الأجنبي شخصا غير مرغوب فيه، ويتجلى هذا الإجراء في مظهرين اثنين، وهما الإبعاد والطرد أو الرد.

لذلك سنتعرض نشئ من التفصيل لمظاهر الخروج الأجنبي من الإقليم الجزائري في مطلبين ونخصص المطلب الأول للخروج الإرادي، والمطالب الثاني للخروج الإجباري.

المطلب الأول: الخروج الإرادي للأجنبي.

أقر المشرع الجزائري بأنه، ينبغي على الأجنبي غير المقيم، والأجنبي المقيم، مغادرة الإقليم الجزائري، بمجرد انقضاء مدة التأشيرة، أو بطاقة الإقامة، أو المدة المرخص بها للإقامة بالجزائر[23].

وفي إطار المعاملة بالمثل، قد يعفى رعايا بعض الدول، التي تربطها مع الجزائر اتفاقيات في هذا الإطار، من التأشيرة و/ أو من بطاقة الإقامة، فهؤلاء الرعايا أيضا، مطلوب منهم المغادرة عندما تنتهي المدة المصرح لهم بها للإقامة بالجزائر.

الفرع الأول: مظاهر الخروج الاختياري للأجنبي من الإقليم الجزائري.

ومن خلال ما سبق، فإننا نميز بين حالتين للخروج الاختياري، وهما خروج الأجنبي غير المقيم، و خروج الأجنبي المقيم.

الحالة الأولى: خروج الأجنبي غير المقيم.

ينبغي على الأجنبي غير المقيم، المتواجد بالإقليم الجزائري، المغادرة، قبل انتهاء المدة المصرح بها لإقامته في الجزائر، وعند انتهائها، فهو ملزم بالمغادرة فورا، سواء كان مستفيدا من تأشيرة قنصلية، أو تأشيرة تسوية، أو معفي من التأشيرة.

الحالة الثانية: خروج الأجنبي المقيم.

يمكن للأجنبي الحائز على بطاقة القامة، المغادرة بصفة اختيارية، خلال مدة صلاحية بطاقة الإقامة، و لكن قد يكون الخروج مؤقتا، وقد يكون الخروج نهائيا.

01 – الخروج المؤقت بنية العودة مجددا: لا يمكن للأجنبي المقيم الخروج مؤقتا، إلا بعد تقربه من مصلحة الأجانب بالولاية، التي يقع في إقليمها محل إقامته، و تقديم طلب تأشيرة الخروج و العودة، وبعد حصوله على ذلك، يمكنه المغادرة في أجل لا يتعدى 15 يوما، من تاريخ تسلمه التأشيرة الخاصة بالخروج والعودة، والغياب عن الإقليم الجزائري مدة أقصاها 03 أشهر.

02– الخروج النهائي مع نية عدم العودة: لقد ألغى المشرع الجزائري في القانون 08-11، المتعلق بدخول و إقامة وخروج الأجانب من الإقليم الجزائري، ألغى ما كان يعرف بتأشيرة الخروج النهائي، وتم رفع هذا القيد الذي لا يتفق مع الأصول العامة للقانون الدولي، والذي كان مفروضا على الأجانب عند مغادرتهم البلاد، مع العلم أن العديد من الدول مازالت تتمسك به، و من بينها الدول العربية.

الفرع الثاني : القيود الواردة على الخروج الاختياري للأجنبي.

إن خروج الأجنبي من أي بلد يتواجد فيه الأجنبي، يعتبرا حقا من الحقوق التي يكفلها القانون الدولي، [24] لكن استثناءا، يجوز للدولة المضيفة، منع الأجنبي من المغادرة لظروف خاصة، وفي الحالات التالية:

– إذا كانت الدولة المضيفة، في حالة حرب مع الدولة التي يحمل جنسيتها الأجنبي الراغب في المغادرة، وذلك بصفته رعية لدولة عدوة.

– إذا كان الأجنبي متابعا في جريمة قيد التحقيق.

– إذا صدر حكم جزائي ضد الأجنبي الراغب في المغادرة.

– إذا كان الأجنبي مدينا للدولة، بالضرائب أو أي حقوق أخرى.

– إذا كان الأجنبي مطلوب تسليمه لدولة أخرى، تربطها مع الجزائر اتفاقيات في هذا الإطار[25].

المطلب الثاني: الخروج الإجباري للأجنبي من الإقليم الجزائري.

بعد زوال النظام الدولي التقليدي، الذي كان يعطي للدولة الحق المطلق في تنظيم دخول وإقامة وخروج الأجانب من أراضيها، أصبح من الواجب على الدول مراعاة الحد الأدنى لحقوق الأجانب، فالدول تربطها مجموعة مشتركة من المصالح، تفرض عليها التعاون فيما بينها، وأصبحت تدرك بأنها مقيدة إلى حد ما، في مواجهة بعضها البعض، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فهي ملزمة بمراعاة المعاهدات والاتفاقيات الدولية.

ومما لاشك فيه أن الدولة المضيفة هي التي تحدد مدة الإقامة المسموح بها للأجنبي، ومن المفروض أن تتم المغادرة طواعية، عند انقضاء تلك المدة المحددة، لكن وفي حالة عدم التزام الأجنبي بتلك الآجال، فإن للدولة الحق في إرغامه على الخروج، وهذا ما يعرف بالخروج الإجباري، وهو إجراء تلجأ إليه الدولة أيضا، في حالات أخرى معينة ومحددة.

ويمكن للخروج الإجباري أن يتمثل في أحد المظهرين، الإبعاد، أو الطرد.

فكيف تناول المشرع الجزائري مسألة الخروج الإجباري للأجانب المتواجدين بالإقليم الجزائري؟.

سنجيب عن الإشكال من خلال الفرعين التاليين، أولهما الإبعاد، وثانيهما الطرد.

الفرع الأول: الإبعاد

الإبعاد هو أحد مظاهر الخروج الإجباري من إقليم الدولة المضيفة، وهو إجراء إداري وليس عقوبة تتخذه الدولة بقصد الحفاظ على مصالحها أو سلامة أراضيها، تطلب بمقتضاه من الاجنبي المتواجد في إقليمها، المغادرة خلال مهلة محددة، و إلا تعرض للجزاء والإخراج بالقوة[26].

ويصدر قرار الإبعاد من طرف وزير الداخلية، ويتم إبلاغ المعني بصفة رسمية، ويستفيد من مهلة تتراوح من 02 يوما إلى 15 يوما، حسب خطورة الوقائع المنسوبة إليه، وإذا انقضت المدة المحددة للخروج ولم يمتثل الأجنبي لذلك، تقوم السلطات الأمنية بتنفيذ قرار الإبعاد، وإذا استحال الإبعاد، يقوم وزير الداخلية بقرار تحديد الإقامة لغاية زوال المانع. [27]

والإبعاد ليس عقوبة جنائية، فلا يجوز معاملة المبعد كمجرم، بل يجب ترك فرصة كافية لتقاضي حقوقه، وتصفية إقامته هو و المنتمين له من أفراد أسرته،و له الحق في الطعن ضد قرار الإبعاد، وذلك عن طريق رفع دعوى أمام القضاء ألاستعجالي الإداري في أجل أقصاه 5 أيام تسري من تاريخ تبليغه

بهذا القرار، وفي هذه الحالة، فإنه ينبغي على القاضي الإستعجالي، أن يفصل في الدعوى في أجل أقصاه 20 يوما، ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى.

ويمكن للدولة اتخاذ إجراء الإبعاد ضد فرد أو مجموعة من الأفراد كما يمكن إن يكون إبعاد جماعي في بعض الظروف الاستثنائية.

وقد حدد المشرع الجزائري الأسباب التي قد تؤدي إلى الإبعاد، نوجزها فيما يلي:[28]

- القيام بنشاط منافي للأخلاق و السكينة العامة، أو يمس بالمصالح الوطنية.
- إذا كان وجود الأجنبي يشكل تهديدا للنظام العام، أو لأمن الدولة.
- في حالة صدور حكم جزائي يتضمن عقوبة سالبة للحرية بسبب ارتكاب جناية أو جنحة.
- إذا امتنع الأجنبي عن مغادرة البلاد في الآجال المحددة.

ويمدد أجل تقديم الطعن إلى ثلاثين يوما بالنسبة لبعض الأشخاص وهم:

- الأجنبي المتزوج أو الأجنبية المتزوجة منذ سنتين على الأقل مع جزائري أو جزائرية، بشرط أن يكون الزواج قد تم عقده بصورة قانونية، وأن يثبت بصفة فعلية أنهما يعيشان معا.
- الأجنبي الذي يثبت بالوسائل الشرعية إقامته المعتادة في الجزائر قبل سن 18 مع أبويه الذين لهم صفة مقيم.
- الأجنبي الحائز على بطاقة مقيم ذات صلاحية 10 سنوات.

ويمكن للقاضي الإستعجالي أن يأمر مؤقتا بوقف تنفيذ قرار الإبعاد لاعتبارات إنسانية ونظرا للوضعيات الخاصة التي تكون عليها بعض الفئات من الأجانب أين تقتضي مصلحة الأجنبي المعني بوقف التنفيذ في بعض الحالات وهي: [29]

- أحد الوالدين (الأب الأجنبي أو الأم الأجنبية) الذي يساهم في رعاية وتربية طفل جزائري قاصر مقيم في الجزائر.
- الأجنبي القاصر عند اتخاذ قرار الإبعاد أو الأجنبي اليتيم القاصر.
- المرأة الحامل عند صدور قرار الإبعاد.

الفرع الثاني: الطرد أو الرد

إذا كان الإبعاد هو المظهر الأول للإخراج الإجباري للأجنبي، فإن الطرد أو الاقتياد إلى الحدود هو المظهر الثاني لهذا الإجراء، فما هو مفهوم الطرد والاقتياد إلى الحدود؟ ومن هم الأجانب المعنيين بهذا الإجراء؟ وما هي الأسباب التي تؤدي إلى ذلك ؟ وما هي الآثار المترتبة عن الطرد؟، ذلك ما سنستعرضه من خلال هذا الفرع.

أولا: مفهوم الطرد أو الاقتياد إلى الحدود: الثابت أن الطرد أو الاقتياد إلى الحدود، هو إجراء تتخذه السلطة الإدارية المختصة، لإخراج الأجنبي رغما عنه من الإقليم الوطني، ويدخل ضمن التدابير الأمنية للحفاظ على الأمن العام، ويكون الهدف منه، المصلحة العليا للبلاد.[30]

ويصدر قرار الطرد أو الاقتياد إلى الحدود، من طرف الوالي المختص إقليميا، حسب المادة 36 من القانون رقم 08-11، وبعد التأكد من هوية وجنسية الأجنبي المعني بالطرد، يتم ترحيله إلى بلده أو البلد الذي يريد التوجه إليه.[31]

وعادة ما يتم اقتياد الأجنبي إلى الحدود وترحيله دون محاكمة، خاصة إذا تم إلقاء القبض عليه متسللا، في الأماكن القريبة من الحدود، أو يكون وجوده في الإقليم الوطني عقب انتهاء مدة تأشيرته بفترة قصيرة، وهذا الإجراء معمول به في كثير من الدول.

ففي حالة الإقامة غير النظامية، لا ينفذ قرار الاقتياد إلى الحدود إلا بعد إعذار الأجنبي بالخروج من الإقليم الوطني طواعية، ويعطى مهلة 30 يوما.[32]

وإذا لم تكن هذه المهلة كافية لتسوية شؤونه، يمكن أن يستفيد من مهلة أخرى، قدرها 15 يوما، وأما بالنسبة للأجنبي المقيم بصفة غير شرعية، وبعد اكتشافه من طرف مصالح الأمن، وإلقاء القبض عليه يوجه إلى مركز الانتظار، وذلك في انتظار استكمال إجراءات ترحيله، لأنه في غالب الأحوال، لا توجد لديه وثائق هوية أو جواز سفر، وينبغي التأكد من هويته وجنسيته أولا، قبل اقتياده إلى الحدود.

وقد تم إنشاء مراكز انتظار بالقانون 08-11، والذي نص في المادة 37، على "يمكن ا، تحدث مراكز انتظار تخصص لإيواء الرعايا الأجانب الموجودين في وضعية غير قانونية، في انتظار طردهم إلى الحدود أو تحويلهم إلى بلدهم الأصلي".

ويختلف الطر د عن الإبعاد في عدة نقاط، فمن حيث الجهة المختصة، الإبعاد قرار يصدر عن وزير الداخلية، أما الطرد فيتم عن طريق قرار من الوالي المختص إقليميا، وأما من حيث الأشخاص المعنيون، فالإبعاد يخص الأجانب المقيمين بصفة قانونية، والطرد يخص الأجانب الذين دخلوا أو أقاموا بالإقليم الوطني بصفة غير قانونية.

ثانيا: أسباب الطرد أو الاقتياد إلى الحدود: من خلال المادة 36 من القانون 08-11، تتمثل أسباب الطرد أو الاقتياد إلى الحدود حسب المشرع الجزائري، فيما يلي:

- دخول الأجنبي إلى الجزائر بصفة غير شرعية، أو ما يسمى بالهجرة السرية، أو غير قانونية.
- الأجنبي المقيم بصفة غير قانونية.

ثالثا: آثار الطرد أو الاقتياد إلى الحدود: تتمثل أهم الآثار المترتبة عن الطرد أو الاقتياد إلى الحدود في:

- إجباره على المغادرة و ترك الإقليم الوطني.
- لا يجوز له أن يعود مرة أخرى إلا بالطرق النظامية.
- عادة ما يتم تسجيله في قائمة الممنوعين من الدخول.
- إذا عاد الأجنبي المطرود، بطرقة غير شرعية، يتعرض لعقوبة الحبس من 02 سنتين إلى 05 سنوات، حسب المادة 42 من القانون 08-11.

الخاتمة:

لقد حرص المشرع الجزائري على تكريس مرونة كبيرة في علاقة الدولة مع الأجنبي، وهو يساير بشكل واضح المستجدات العصرية والراهنة التي أصبحت تميز العلاقات الدولية، فأعطى القانون الدولي الخاص الجزائري نطاقا واسعا من الحقوق للأجانب خلال تواجدهم بالإقليم الوطني، متبعة العرف الدولي السائد في هذا المجال، وحرصا بالغا في التقيد بالمعاهدات و الاتفاقيات الدولية، المتعلقة بالأجانب، كما ضمن حدا يفوق بكثير الحد الأدنى لحقوق الأجانب، الذي يقره القانون الدولي، والذي يحفظ كرامة الأجنبي و حقوق، ففي موضوع الدخول إلى الدولة الجزائرية، نلاحظ أن هناك إجراءات شفافة ومناسبة تسهل دخول الأجانب، عدا فئة محدودة و هم الممنوعون من الدخول إلى الوطن لأسباب تتعلق أساسا بالسيادة الوطنية، وحماية المصالح العليا للدولة، أما بخصوص الإقامة فإنها تمنح أجال قابلة للتمديد

وتسمح بالإقامة الدائمة شريطة الحفاظ على النظام العام، والأخلاق و الآداب العامة وعدم المساس بأمن الدولة.

وأما بخصوص خروج الأجنبي من الإقليم الوطني، فإننا نلاحظ امتيازات إنسانية واسعة تمنح للأجانب حتى في حالة تورطهم في جرائم أو جنح تؤدي إلى إبعادهم من البلاد، كما يعطي القانون الجزائري لهؤلاء المبعدون، الحق في الطعن في قرار الإبعاد، كما يمنحهم تمديدا لمهلة المغادرة لأسباب صحية، واجتماعية، وعائلية وإنسانية.

ومن كل ما سبق، فإن المشرع الجزائري و في إطار تنظيمه لتواجد الأجانب في التراب الوطني، قد رفع من حد الحقوق المضمونة للأجانب مقارنة ببعض الدول الأخرى خاصة العربية منها.

وفي الأخير نكون قد توصلنا إلى إثبات الفرضية الثانية، والتي مفادها أن الجزائر تضمن حقوقا أكثر من الحد الأدنى المتعارف عليه دوليا.

ولا يمكن أبدا لأي دولة كانت أن تسوي بين مواطنيها و الأجانب الوافدين إليها.

الهوامش:

[1] – الطيب زروتي، مركز الأجانب في القانون الجزائري وقوانين الدول العربية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2017،ج 1،ص 15.

[2] – الجمعية العامة للأمم المتحدة قرار رقم 144/40 المؤرخ في 1985/12/13.

[3] – القانون رقم 11/08 المؤرخ في 2008/06/25، المتعلق بدخول و أقامة الأجانب و تنقلهم في الإقليم الجزائري.

[4] – بوجلال صلاح الدين، محاضرات في مقياس الجنسية ، جامعة سطيف 2، كلية الحقوق،2013 ، ص2

[5] – الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 18.

[6] – محند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية ،(ترجمة فائز أنجق) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1989 ، ص 181

[7] – قانون رقم 14–03 مؤرخ في 14 فيفري 2014 يتعلق بسندات ووثائق السفر، ج .ر.ع 16 ، مؤرخة في 23 مارس 2014، ص 04

[8] – الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 99

[9] – المادة 07 من القانون 08–11، مرجع سابق.

[10] – المادة 04، الفقرة الأخيرة، من القانون رقم 08–11 نفس المرجع.

[11] – أمقران طيبي، حرية التنقل في النظام القانوني الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2014، ص 177.

[12] – مرسوم رئاسي رقم 251–03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يعدل ويتمم المرسوم رقم 66–212 المؤرخ في 2 ربيع الثاني عام 1386 الموافق 21 يوليو سنة 1966 و المتضمن تطبيق الأمر رقم 66–211 المؤرخ في 2 ربيع الثاني عام 1386 الموافق 21 يوليو سنة 1966 و المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر.

[13] – المادة 05 من القانون رقم 08–09 المؤرخ25 في فبراير سنة 2008. ،. يتضمن .قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[14] – اتفاقية شنغن المؤرخة في 1985/06/14، المادة 05.

[15] – المادة 11 من القانون رقم 08–11 مرجع سابق.

[16] – المواد من 10 الى 15 من القانون رقم 08–11، المرجع نفسه.

[17] – المادة 10 و المادة 12 من القانون رقم 08–11، المرجع نفسه.

[18] – المادة 13 من القانون رقم 08–11، المرجع نفسه.

[19] – الفقرة الثالثة من المادة 14 من القانون رقم 08-11، المرجع نفسه.

[20] – عبد الحفيظ بن عبيدة،الجنسية ومركز الأجانب في الفقه و التشريع الجزائري،دار هومة، 2005، ص 242.

[21] – المادة 16 من القانون رقم 08-11، مرجع سابق.

[22] – الفقرة السادسة من المادة 16 من القانون رقم 08-11، المرجع نفسه.

[23] – المادة 09 من القانون رقم 08-11، المرجع نفسه.

[24] – الفقرة الثانية من المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

[25] – الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 178و179.

[26] – وهيب حسن أحمد خدابخش، إقامة و إبعاد الأجانب (دراسة مقارنة بين التشريعات العربية و الفقه الإسلامي)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي الخاص، عين شمس، مصر، 2014، ص 05.

[27] – الفقرة الأولى من المادة 31 من القانون رقم 08-11، مرجع سابق.

[28] – المادة 30 من القانون رقم 08-11، المرجع نفسه.

[29]– الفقرة الثالثة من المادة 32 من القانون رقم 08-11، المرجع نفسه.

[30] – الطيب زروتي، مركز الأجانب في القانون الجزائري وقوانين الدول العربية، مرجع سابق، ص 185.

[31] – الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري (علما و عملا)، مطبعة الفسيلة، ط1، الجزائر، 2010، ص 167.

[32] – الفقرة الثالثة من المادة 22 من القانون رقم 08-11، مرجع سابق.

الاعتبارات المؤثرة في صياغة قواعد الإسناد

Considerations affecting the formulation of attribution rules

د.عيد عبد الحفيظ
جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية
abdelhafid.aid@univ-bejaia.dz

د. بهلولي فاتح
جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية
fatah.bahlouli@univ-bejaia.dz

ملخص:

توضع قواعد الإسناد من أجل تنظيم العلاقات الخاصة الدولية المترتبة عن انتقال الأشخاص والسلع عبر الحدود، ويفترض فيها أن تنظم مثل هذه العلاقات على نحو يتماشى مع طبيعة العلاقات ذات الارتباط بمختلف الأنظمة القانونية، ولكن هذا يجب أن يتوافق مع الاعتبارات التي يأخذها المشرع بعين الاعتبار عند صياغة مثل هذه القواعد لضمان نوعا من التوافق والانسجام بين مختلف الأنظمة القانونية والتي تظهر في اختلاف ضوابط الإسناد التي تركز النزاع في أحد الأنظمة القانونية وذلك حسب اختلاف الهدف الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه.

تتنوع هذه الاعتبارات بين تلك المتعلقة بسيادة الدولة على قانونها والتي تزيد من نطاق تطبيق القانون الوطني، وكذا بين تلك المتعلقة بالأمن المدني والتي تقوم بتطبيق القانون الإقليمي، أو تلك المتعلقة استقرار المعاملات وتقلل من تدخل القضاء؛ وفي كل الحالات لا يجب نتجاهل دور النظام العام وما له من تأثير في تغيير الاختصاص التشريعي لمصلحة القانون الوطني.

كلمات مفتاحية: قاعدة الإسناد؛ النظام العام؛ التطبيق الإقليمي للقوانين؛ ضابط الجنسية؛ استقرار المعاملات.

Abstract:

The connecting rules, in principle falling within the internal legislative regime of the state, however the legislator must take into account several considerations when formulating these rules, so as to ensure a certain harmony between the different legal systems adopting multiple rules, and which accentuate conflicts of laws on a very specific basis and according to the objectives.

In a global way, the elements to be taken into consideration, and which limit the song of intervention of judicial bodies, are divided into three categories; the first relating to the sovereignty of the state; which favors the wide application of

national law, the second on civil security, based on the principle of territoriality of laws, and finally on the stability of transactionns.

In any case, the role of public order and its impact on the change of legislative powers in favour of national law must hardly be ignored.

Keywords: rule of attachment ; public order; stability of transactions; ationality territoriality of laws.

مقدمة:

لا تخلو عملية تنظيم العلاقات الخاصة الدولية على نحو عام، وتنازع القوانين على نحو خاص، من مختلف الاعتبارات التي تؤُخذ بعين الاعتبار عند وضع قواعد قانونية تنظم مثل هذه العلاقات ذات الطبيعة الخاصة، التي تختلف على نحو مطلق مع تلك التي تنتمي إلى المحيط الداخلي التي يراعي فيها المشرع مجموعة من الاعتبارات ذات الارتباط الوثيق مع التوجهات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تنتمي إلى المحيط الداخلي لأي دولة، وتتكفل القواعد الموضوعية بنوعيها، الآمرة والمكلة في تجسيد مثل هذه التوجهات.

يتأثر المشرع الوطني بمجموعة من المقتضيات تؤثر على نحو مباشر على القانون الواجب التطبيق، والتي تظهر في مختلف ضوابط الإسناد التي تركز التصرف أو العلاقة في أحد القوانين ذات الصلة بالنزاع، والتي تتنوع – على نحو عام– بين تلك التي تقتضي تطبيق قانونه أو قانون آخر يجسد مثل هذه الاعتبارات.

رافقت هذه الاعتبارات مختلف مراحل تطور نظرية تنازع القوانين والتي تستخلص من التبريرات التي ساقها الفقه بمناسبة وضع الحلول المناسبة لتنازع القوانين، والتي زاد نطاقها وأهميتها بعد ظهور الدولة كوحدة سياسية مستقلة إقليميا وتشريعيا؛ كون المسألة متعلقة بتطبيق قوانين خارج نطاق الدولة التي أصدرتها.

بما أن قاعدة الإسناد، هي قاعدة وطنية لها طابع دولي، تقوم على حلول داخلية لمواجهة علاقات دولية، هذا ما يجعلها تجمع بين اعتبارات تنتمي إلى القانون الوطني، والأخرى تنتمي إلى عالم يتجاوز نطاق تطبيق القوانين الوطنية؛ وهذا ما يقتضي التوفيق بين كل هذه الاعتبارات وجعلها تتماشى مع الوضع الراهن للعلاقات الدولية.

ونحن في هذه الدراسة سنسعى إلى إبراز هذه الاعتبارات، وإظهار مداها في تحديد القانون المختص. وذلك وفقا للإشكالية التالية: ما مدى تأثير الاعتبارات التي تقوم عليها الدولة في تحديد نطاق القوانين من حيث التطبيق؟.

من خلال هذه الإشكالية سنحاول إبراز أهم هذه الاعتبارات التي لا يمكن تجاهلها عند وضع قواعد الإسناد، والتي تظهر في بعض الحالات فيما تقتضيه سيادة الدولة على إقليمها وقانونها (أولا)، أو بين تلك التي تسعى إلى حماية بعض المصالح سواء كانت مرتبطة بالمصلحة العامة أو الخاصة (ثانيا) بالإضافة إلى ذلك، هناك حالات يرغب المشرع في تجسيد بعض الاعتبارات التي تهدف إلى استقرار مثل هذه المعاملات (ثالثا) .

ستكون هذه الدراسة وفقا للمنهج التحليلي الذي يمكننا من استخلاص مثل هذه الاعتبارات التي تؤثر بكيفيات مختلفة في تكون قواعد الإسناد ومدى تأثيرها على الحلول المقررة لتنازع القوانين.

أولا: تأثير مقتضيات السيادة في الحلول المقررة لتنازع القوانين:

لا تخلوا قواعد الإسناد من بعض اعتبارات السيادة التي يولي لها المشرع اهتماما بالغا عند وضع قواعد الإسناد، والتي تؤثر على نحو مباشر على القانون الواجب التطبيق، والتي تتنوع بين تلك تقوم على ضرورة إخضاع العقار لقانون مكان تواجده (أ)، وبين من يؤكد على ضرورة الاقتصار على إظهار حالات اختصاص القانون الوطني (ب)؛ وأكثر من ذلك، قد يتطلب الأمر في بعض الحالات توسيع من نطاق القانون الوطني من حيث التطبيق لتمتد سيادته خارج الدولة (ج).

أ- **إخضاع العقار لقانون مكان تواجده:** يعود أصل هذه القاعدة إلى ما قاله الفقه القديم مع نهاية القرن الثاني عشر وبداية القرن الثالث عشر، والتي توارثها الفقه عبر مختلف مراحل تطوره، لتستقر بعد ذلك في مختلف القوانين.

استند فقه تنازع القوانين إلى مجموعة من الحجج تبيّن في مجملها مبررات إخضاع العقارات لقانون مكان تواجدها، والتي تتنوع بين تلك التي تخص استقرار المعاملات وسلامتها، وبين تلك المتعلقة بالجانب الاقتصادي وذلك بالنظر إلى أهمية العقار في مجال الاستثمارات؛ أو تلك المرتبطة بسيادة الدولة على إقليمها والتي تشكل الحجة الأساسية التي تفسر صمود هذه القاعدة عبر مراحل زمنية مختلفة.

كشفت التطورات التاريخية لنظرية تنازع القوانين، كيفية تأثير السيادة على الحلول المقررة لتنازع القوانين في مرحلة سابقة عن ظهور الدولة بمفهومها الحديث، والتي تقوم على التطبيق الإقليمي للقوانين

خاصة تلك المرتبطة بالعقار، ففي الوقت الذي اتجهت فيه المدرسة الإيطالية القديمة إلى تكريس بعض الحلول مستمدة من الاعتبارات العملية وحاجة المعاملات من خلالها يتم التوصل إلى القانون الأنسب لحكم العلاقة، ظهرت مدارس فقهية أخرى خلال القرن السادس عشر أعادت إحياء مبدأ الإقليمية من جديد كونه يتماشى مع المقتضيات السياسية السائدة آنذاك، فظهر في فرنسا الفقيه دارجنتريه ذو النزعة الإقطاعية الذي جعل من مبدأ إقليمية القوانين كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال[1].

هذا مع الإشارة إلى أن هذا الاتجاه كان يتماشى مع التوجهات السياسية للفقيه دارجنتريه الرافضة لتطبيق الأعراف الأجنبية للحفاظ على السيادة الإقليمية والعرفية لمقاطعة بريتانياالتي ينتمي إليها، والتي حظيت باستقلال سياسي من جهة، ورفض سكانها أي محاولات تؤدي إلى ضمها إلى المملكة الفرنسية التي كانت في بداية تشكلها، من جهة أخرى[2].

في الوقت الذي لم يجد هذا الفقه نجاحا في فرنسا، وجد بالمقابل اهتماما كبيرا من الدول الأخرى التي سادت فيها النزعة الاستقلالية وتبلور فكرة السيادة الوطنية التي تقوم على التطبيق الإقليمي للقوانين؛ من هذا الجانب، يظهر تأثير فقه داجنتريه على الفقه الهولندي الذي برز هو الآخر دور السيادة وعلاقتها بالتطبيق الإقليمي المطلق للقوانين. والسبب في ذلك يعود إلى كون الظروف السياسية السائدة في هولندا آنذاك تتشابه إلى حد ما مع تلك السائدة في مقاطعة بريتانيا، التي انفصلت عن حكم الإسبان[3].

بعد ذلك، انقل هذا الفقه إلى كل من بريطانيا وبعض الدول الأمريكية التي تأثرت هي الأخرى بالفقه الهولندي تماشيا مع النزعة الاستقلالية لهذه الدول والمجسدة من ناحية تنازع القوانين في التطبيق الإقليمي للقوانين.

كما أضاف البعض حجة أخرى مفادها أن إخضاع العقار لقانون مكان تواجده، يتفق مع المبدأ الأساسي الذي يقرره القانون الدولي العام وهو سيادة الدولة على إقليمها، وبما أن العقارات جزءا من إقليم الدولة ، فهي تدخل ضمن ركن الإقليم، لهذا يجب أن تخضع لقانون مكان تواجدها. ويرى البعض الآخر أن الإقليم وعاء لسيادة الدولة، فإنه من غير المنطقي أن يخضع جزء من إقليمها لقانون آخر[4].

من المنطقي أن تتأثر القوانين الحالية بمختلف التطورات الفقهية التي برزت دور سيادة الدولة على إقليمها، واعتبار هذا الأخير كوعاء تمارس فيه الدولة سلطتها، ومن مظاهر هذه السيادة من جهة تنازع القوانين، هو إخضاع العقار لقانون مكان تواجده، هذا المسلك أخذت به مختلف القوانين بما فيه القانون المدني الجزائري[5] .

كما وسع المشرع من نطاق تطبيق القانون الإقليمي وذلك في الحالات التي يكون فيها التصرف له علاقة بالعقار، ويظهر في بعض الاستثناءات التي تحد من نطاق إعمال بعض قواعد الإسناد، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لتكييف المال إذا ما كان عقار أو منقول الذي يخضع لقانون مكان تواجده (المادة 1/17 ق.م.ج)[6]، خلافا للقاعدة العامة في التكييف التي تخضعه لقانون القاضي (المادة 09 من القانون المدني)، كذلك إخضاع العقود المتعلقة بالعقار لقانون موقع العقار (المادة 4/18)، وذلك بعد أن أخضعها المشرع لقانون الإرادة في الفقرة الأولى من المادة 18 من نفس القانون[7].

يتبيّن من كل ما سبق أن قانون موقع العقار يهيمن على مختلف الجوانب القانونية لهذا العقار وهذا ما أكد عليه البعض حينما قال: "أن قانون الموقع مهيمن على معظم جوانب النظام القانوني للأموال العقارية، فقوة الجذب التي يمارسها ذلك القانون لا تقاوم، وهذا ليس فقط فيما يخص المسائل العينية في نظام الأموال العقارية، بل تجاوزتها إلى المسائل والالتزامات الشخصية بين الأطراف في المعاملات الواردة على العقار"[8].

ب- الاكتفاء بإظهار حالات اختصاص القانون الوطني: يتماشى هذا النوع من الإسناد مع مقتضيات سيادة الدولة على قانونها، فيتولى المشرع تحديد حالات اختصاص القانون الوطني دون أن يبيّن حالات اختصاص القانون الأجنبي، فلا تمتد سلطة المشرع الوطني خارج حدود دولته ليقرر حالات اختصاص القانون الأجنبي من عدمه حتى لا يتعدى على السيادة التشريعية للدولة الأجنبية[9].

تتولى قاعدة الإسناد الأحادية الجانب أو كما تعرف بقواعد الإسناد ذات الشق الواحد في قانون القاضي رسم مجال تطبيق القانون الوطني دون أن يتعدى ذلك إلى تحديد حالات اختصاص القانون الأجنبي، حتى لا يتم الاعتداء على السيادة التشريعية لتلك الدولة[10]، في الحالة التي لا يكون فيها القانون الوطني مختصا، يتعين الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي ذات الصلة بالنزاع لتبيّن إذا ما كان يريد الانطباق أو غير ذلك.

من هذا الجانب، تختلف هذه القواعد عن مثيلاتها – قواعد الإسناد المزدوجة الجانب- التي تسوي بين القانون الوطني والقانون الأجنبي من حيث التطبيق، ويكون عن طريق ضوابط مجردة تبحث عن أكثر القوانين ملائمة لحكم النزاع، فهي لا تنحاز مسبقا للقانون الوطني، لأن الأمر يتعلق بتنظيم علاقات مرتبطة بأكثر من قانون واحد. ما يترتب من إعمال مثل هذه القواعد هو إمكانية تطبيق القانون الأجنبي بالرغم من أنه لم يقرر مثل هذا الاختصاص لنفسه.

من هذه الناحية، أدى بالبعض إلى القول بضرورة العمل بقواعد الإسناد الأحادية الجانب التي تكتفي بإظهار حالات تطبيق القانون الوطني، احتراما لإرادة المشرع الأجنبي في تحديد نطاق تطبيق القوانين التي يصدرها على إقليمه[11].

ومن هذه الناحية يكون الإسناد الأحادي الجانب كغيره من القواعد المنظمة لمواضيع القانون الدولي الخاص، من حيث أنها قواعد موضوعية ذات الشق الواحد، فقد تتولى قواعد الجنسية في القانون الوطني تحديد الشروط اللازمة لاكتساب جنسية الدولة وفقدها، ولا يمكن أن تتعرض لبيان شروط اكتساب أو فقد جنسية الدول الأخرى، كما تتولى القواعد المنظمة للاختصاص القضائي رسم معالم اختصاص القضاء الوطني دون أن تبيّن بالمقابل حالات اختصاص المحاكم الأجنبية، والأمر ذاته بالنسبة لتحديد أثار الأحكام الأجنبية ، حيث يقتصر المشرع على تحديد أثار الحكم الأجنبي داخل إقليم دولته ، ولا يقوم بتحديد أثار التي ترتبها الأحكام الوطنية خارج الإقليم الوطني، ونفس الشيء بالنسبة لقواعد المنظمة لمركز الأجانب، فهي تقوم بتحديد الحقوق التي يتمتع بها الأجانب في إقليم الدولة، ولا تبيّن بالمقابل ما يتمتع به الوطنيون من حقوق في إقليم الدولة الأجنبية.

يتماشى هذا التنظيم الانفرادي لمختلف مواضيع قانون الدولي – بما فيه موضوع تنازع القوانين– مع الاتجاه الفقهي الذي أضفى الصفة الدولية على هذا الفرع القانوني، حيث أكد الفقيه الفرنسي NIBOYET أن كافة مواضيع القانون الدولي الخاص تهدف في مجملها إلى تحديد مجال تطبيق القوانين من حيث المكان والتي تنبع من سيادة الدولة[12].

إذا كان الأسلوب الأحادي الجانب يتماشى مع الاتجاه الذي يرى أن تنازع القوانين ما هو في حقيقة الأمر إلا تنازع بين سيادات الدول، إلا أنه في واقع الأمر لا يتلاءم مع طبيعة العلاقات الخاصة المشتملة على العنصر الأجنبي، فينبغي أن تتولى قاعدة الإسناد البحث عن القانون الملائم دون الانحياز المسبق للقانون الوطني، ويكون عن طريق تبني ضوابط فنية يتساوى من خلالها القانون الوطني والقانون الأجنبي من حيث التطبيق. يعتبر هذا الإسناد هو السائد حاليا من الناحية القانونية وذلك بعدما أن قام فقه تنازع القوانين بناء أسسه الفنية خلال مراحل زمنية مختلفة.

لم يترتب من هذا الانتقاد الهجر الكلي لإسناد الأحادي الجانب على نحو كلي، وإنما بقي العمل به في بعض الحالات يريد المشرع من خلالها تطبيق القانون الوطني، ومن الأمثلة على ذلك ما أخذ به المشرع الفرنسي في نص المادة 310 من القانون المدني التي جعلت من القانون الفرنسي صاحب

الاختصاص الوحيد بشأن الطلاق والانفصال الجسماني إذا ما تحققت شروط تطبيق النص[13]، كما تضمنت القوانين العربية مثل هذه القواعد، أهما تلك التي تخضع الشروط الموضوعية لعقد الزواج والآثار التي تترتب عنه إلى قانون دولة القاضي كلما كان أحد الأطراف يحمل الجنسية الوطنية باستثناء أهلية الزواج، وذلك لتحقيق مجموعة من الأهداف لا يتسع المجال لذكرها في هذه الدراسة[14].

ج- توسيع من نطاق تطبيق القانون الوطني من خلال ضابط الجنسية: لا تقوم سيادة الدولة على تطبيق القوانين تطبيقا إقليميا فحسب، وإنما لها طابع شخصي تفرض مقتضياتها المتمثلة في تطبيق قانون الجنسية على رعاياها المتواجدين في الدول الأجنبية، فإخضاعهم لقانون مكان تواجدهم ما هو في حقيقة الأمر إلا اعتداء على السيادة التشريعية لدولتهم[15]، وهذا ما يقتضي تطبيق قوانينها تطبيقا ممتدا يضمن استمرار سيادة الدولة على أفرادها في الخارج[16].

يعود أصل تطبيق القوانين تطبيقا شخصيا، إلى ما جاء به الفقيه الإيطالي مانشيني خلال القرن التاسع عشر، وكانت الاعتبارات السياسية من بين أهم الدوافع في ظهور هذه النظرية، ويريد من خلالها توحيد إيطاليا واستقلالها [17] ، ولا يتحقق ذلك إلا عن طريق وضع قوانين تتبع الأشخاص في حالة تواجدهم في الدول الأجنبية؛ وعلى هذا الأساس، لم تعد السيادة تقوم على التطبيق القوانين تطبيقا إقليميا فحسب، وإنما لها طابع شخصي تفرض مقتضياتها المتمثلة في تطبيق قانون الجنسية على رعاياها المتواجدين في الدول الأجنبية، فإخضاعهم لقانون مكان تواجدهم ما هو في حقيقة الأمر إلا اعتداء على السيادة التشريعية لدولتهم[18]، وهذا ما يقتضي تطبيق القوانين تطبيقا ممتدا يضمن استمرار سيادة الدولة على أفرادها في الخارج[19].

ما يضمن تطبيق القوانين الوطنية خارج الدولة التي أصدرتها، هو الاعتماد على ضابط الجنسية الذي يربط الأشخاص بالمنظومة القانونية للدولة التي ينتمون إليها، فهذه الرابطة تكفل بتطبيق القوانين التي روعيت فيها مصالحهم، لأن الجنسية ذات علاقة وثيقة مع ركن الشعب، فمن خلالها يتم توزيعهم جغرافيا، ما يترتب من حق أي دولة في منح جنسيتها هو استمرار نطاق هذه السيادة على أفرادها ولو كانوا متواجدين في الخارج.

كما يتدخل البعد التاريخي لأي مجتمع من المجتمعات في تعزيز تطبيق القانون الوطني وذلك بالنظر إلى ارتباطه الوثيق مع السيادة، ومن ثمة يفرض نفسه على المشرع خلال مرحلة وضع قاعدة التنازع، فالبعد الإسلامي للمجتمعات العربية يفرض نفسه في اختيار ضابط الإسناد يضمن تطبيق قوانينها

خاصة تلك المتعلقة بتنظيم شؤون الأسرة، لأن الدين الإسلامي هو من مقومات هذه المجتمعات، والذي يدخل ضمن مقتضيات سيادة الدولة والذي أكدته الدساتير الوطنية.

اتجهت بعض الدول إلى توسيع من نطاق تطبيق قوانينها إلى أقصى حدود، ويظهر ذلك في حالة تعدد الجنسيات، وكانت الجنسية الوطنية من بين الجنسيات المتنازعة، فيأخذ بعين الاعتبار الجنسية الوطنية حتى لو لم تكن فعلية[20]، إضافة إلى الحالة السابقة، يتجه المشرع في بعض الحالات إلى توسيع من نطاق تطبيق القانون الوطني من خلال قواعد الإسناد الأحادية الجانب السابقة الذكر التي تلغي تنازع القوانين كما لو كان الأمر متعلق بالشروط الموضوعية لعقد الزواج والآثار المترتبة عنه كلما كان هناك طرف يحمل الجنسية الوطنية وذلك على النحو السالف الذكر.

ثانيا : تدخل الاعتبارات المتعلقة بحماية المصالح ذات أولوية خاصة:

لا يمكن أن يتجاهل المشرع عند وضعه لقواعد الإسناد بعض الاعتبارات التي تقوم على حماية بعض المصالح الجديرة بالحماية، فقد تهدف في بعض الحالات إلى حماية القواعد الآمرة التي تنتمي إلى قانونه وهي ذات الارتباط الوثيق مع المقومات الأساسية للدولة (1)، كما تمتد أثار هذه الحماية لتحصين بعض المبادئ التي كرسها القانون، كتلك المتعلقة باستبعاد الغش من كل التصرفات التي يجريها الأفراد(2)، أكثر من ذلك، قد تتدخل بعض الاعتبارات المرتبطة بحماية مصالح الأطراف على نحو لا تتطلب التأخير (3).

أ- **حماية النظام العام الوطني وتأثيره على القانون المختص:** رافقت فكرة النظام مختلف االتطورات التي عرفتها نظرية تنازع القوانين منذ القدم، والتي عرفت تطورات مرتبطة أساسا بالتطور الحاصل في مختلف المجتمعات البشرية، فقد تصدى فقه تنازع القوانين لهذه الفكرة وتحت تسميات مختلفة، منذ أن كان التنازع قائم بين الأعراف التي تنتمي إلى مقاطعات مختلفة.

وكانت البداية إلى ما أشار إليه الفقيه بارتول الذي ينتمي إلى المدرسة الإيطالية القديمة، عندما أشار إلى وجود أحوال مستهجنة لا ينبغي أن تتعدى نطاق مكان تواجدها، فيجب أن تبقى حبيسة حدود الإقليم الذي تنمي إليه، فهي لا تتبع الأشخاص خارج المقاطعة التي ينتمون إليها، كما أشار الفقيه الفرنسي BOUHIER خلال القرن الثامن عشر إلى إمكانية امتداد الأعراف باستثناء تلك يرى فيها القاضي غير عادلة[21]؛ كما استعمل الفقيه الإيطالي مانشيني النظام العام كمرادف لفكرة الإقليمية وتظم القانون العام والقوانين الخاصة بنظام الملكية العقارية. خلال القرن التاسع عشر، برز الفقيه الألماني

سافيني الذي بنى نظريته على فكرة الاشتراك القانوني في المجتمعات الغربية، وفي حالة وجود تنازع بين القوانين لم يجمعها مثل هذا الاشتراك يتعين في هذه الحالة استبعادها[22].

يتبيّن من مختلف التطورات السابقة لفكرة النظام العام، أن تطبيق القانون الأجنبي مرتبط بعدم المساس بمختلف المقومات الأساسية التي يقوم عليه أي مجتمع من المجتمعات؛ والوسيلة القانونية التي أقرّتها القوانين في وقتنا الحالي لضمان عدم المساس بهذه المقومات، هو استبعاد أحكامها من قبل القاضي الوطني إذا ما تبيّن له ذلك، ومن هذا الجانب يصف البعض الدفع النظام العام بأنه صمام الأمان يمنع تسريب أحكام القانون الأجنبي التي تمس الأسس الجوهرية في الدولة القاضي.

هذا ما يجعل قواعد الإسناد من ناحية الواقع، تنطوي على شقين، الأول يتمثل في الشق الإيجابي وهو الذي يبيّن القانون الواجب التطبيق على العلاقة، وشق سلبي، وهو الذي يقضي بعدم تطبيق القوانين الأجنبية في حالة ما إذا كانت تخاف النظام العام الوطني[23].

يعتبر الدفع بالنظام العام من مستلزمات قواعد الإسناد في وقتنا الحالي، ويتجلى دوره في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي حالة مخالفته لمختلف الأسس الجوهرية التي تقوم عليها الدولة[24]، فالمشرع عندما سمح بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمه، قرر لمصلحة قانونه استثناء يتمثل في إمكانية استبعاد هذه القوانين، وذلك في قاعدة من قواعد التنازع في قانونه التي تغير الاختصاص لمصلحة القانون الوطني وهذا ما يعرف بالدور الإيجابي للنظام العام[25].

ب- حماية القوانين حالة وجود الغش نحوها: تظهر إمكانية وجود الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين، في إمكانية تغيير أحد ضوابط الإسناد بغرض التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق وهذا العمل الذي يقوم به الأطراف لا يتوافق مع طبيعة قواعد الإسناد التي تسعى إلى تركيز العلاقة في أحد الأنظمة القانونية ذات العلاقة بالنزاع بكيفية مجردة، ويفترض في هذا القانون أن يكون أنسب القوانين لحكم العلاقة أو التصرف.

يتحقق هذا الغش عن طريق تغيير يحدث في ضوابط الإسناد التي تستمد من الظروف الواقعية أو القانونية المحيطة بالعنصر الرئيسي في العلاقة، وهذه الظروف كثيرا ما تتدخل إرادة الفرد بقصد تغيير القانون المختص، كما لو قام أحد الأطراف بتغيير جنسيته أو موطنه أو دينه، أو مكان تواجد المنقول، كما يمكن للأطراف اصطناع ظروف جديدة تؤثر بدورها في طبيعة العلاقة، كما لو تم إبرام العقد في دولة

الأجنبية لإضفاء عليه الصفة الدولية ومن ثمة يتولون اختيار القانون الواجب التطبيق عليه، بالرغم من أن كل ظروف التعاقد تنتمي إلى القانون الداخلي.

والغش على نحو عام هو عمل غير مشروع في ذاته، كونه يمس أحد المبادئ الأساسية المستقرة في القانون، والمتمثل في أن تكون جميع العلاقات القانونية تقوم على الصدق والأمانة في مواجهة بعضهم البعض وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في التعامل؛ هذا بالإضافة إلى أن الغش يتنافى مع مبادئ الأخلاق والعدالة. لهذا تصدت كل القوانين إلى تقرير أحكام خاصة لحماية المتضرر من حالات اللجوء إلى الغش، في أي مرحلة من مراحل التعاقد[26]، حيث يفترض في فالتصرفات التي يبرمها الأفراد أن تكون بحسن نية[27].

في حالة وجود الغش نحو القانون ، يتعين في هذه الحالة استبعاد القانون الذي تقرر له الاختصاص عن طريق الغش[28]، كجزاء لهذا السلوك غير القانوني عملا بالقاعدة الفقهية في الفقه اللاتيني التي تقول أن: "الغش يفسد كل شيئ"؛ ويستوي الأمر في هذه أن يكون الغش تجاه القانون الوطني أو القانون الأجنبي.

ج- تدخل اعتبارات الأمن المدني في تبني الحلول المقررة لحالات التنازع: كثيرا ما تتدخل اعتبارات تطبيق القوانين المرتبطة بالأمن المدني في تقرير بعض الحلول المقررة لتنازع القوانين، وتقوم هذه الأخيرة على التطبيق الإقليمي تحقيقا لمجموعة من الأهداف تسعى الدول إلى حمايتها، فمن خلالها يتم الحفاظ على حقوق الأشخاص والمصلحة العامة من أي اعتداء يؤدي إلى الإخلال بها، فلتحقيق التوازن بين هذه الأخيرة، لا يكون إلا بفرض مثل هذه القوانين وتطبيقها تطبيقا آمرا ولا يعطى فيها المجال للأطراف اختيار قانون آخر، يستمد هذا التطبيق الإقليمي لمثل هذه القوانين في ما جاء في نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون الفرنسي والتي تنص على أن:

« *Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire* »

ويقابل هذا النص المادة الخامسة من القانون المدني الجزائي والتي تنص: "يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن".

إذا كان أسلوب تطبيق مثل هذه القواعد يخرج من مجال تنازع القوانين، فتفرض مضمونها الآمر كلما تعلق الأمر بمجال إعمالها؛ وهذا دون التمييز بين التصرفات التي تشمل على عنصر أجنبي أو أنها تنتمي بكل عناصرها إلى القانون الوطني. من هذا الجانب، ذهب البعض إلى اعتبار أن إخضاع

التصرفات التي تدخل ضمن مفهوم قواعد الأمن المدني إلى القانون الإقليمي، وعلى هذا الاعتبار يتم تبرير إخضاع بعض التصرفات في مجال تنازع القوانين إلى القانون المحلي.

من هنا تكمن الحجة القانونية التي تقوم على إخضاع أحكام المسؤولية التقصيرية للقانون المحلي والمتمثل في قانون الدولة التي وقع فيها العمل الضار المنشئ للالتزام بالتعويض، لأن هذا الفعل يدخل في نطاق قواعد الأمن المدني[29]؛ والذي كان في وقت سابق يخض قانون القاضي على أساس أنه يدخل ضمن القواعد ذات التطبيق الضروري، وإستمر هذا الأمر إلى غاية النصف الثاني من القرن التاسع عشر حيث كانت التقنينات المدنية تصدر وهي خالية من أي نص يحدد القانون واجب التطبيق على المسؤولية، فكان يسري عليها بداهة قانون القاضي[30].

أما في الوقت الحالي، أصبحت مختلف القوانين تأخذ بتطبيق القانون المحلي على أحكام المسؤولية التقصيرية مع إدخال بعض التعديلات عليها ولذلك لمصلحة القانون الوطني، بمعنى أن يكون هذا الفعل غير مشروع في كل من القانون الأجنبي والقانون الوطني وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 20 من القانون المدني[31].

كما تؤثر مقتضيات الأمن المدني في اتخاذ بعض التدابير الإستعجالية تقرّر حماية خاصة لا تتطلب أي تأخير، فقد تهدف في مجملها إلى حماية الزوجين والأولاد أثناء نظر الدعوى والتطليق أو الانفصال، ومنها مثلا إعطاء إذن للمرأة للإقامة في منزل يتفق عليه الطرفان أو يعينه القاضي من تلقاء نفسه، والأمر الذي يقضي تسليم للزوجة كل ما هو ضروري للاستعمال اليومي، وكذا إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين بالحضانة المؤقتة للأولاد، وكذلك تقريري النفقة الوقتية للمطلقة ولأولادها؛ وتأخذ كل هذه التدابير بصفة مؤقتة إلى غاية الفصل في الدعوى بصفة نهائية[32].

فقد ذهب غالبية الفقه والقضاء إلى إخراج هذه الحالات من حكم القانون الذي يحكم انحلال الزواج وإدخالها في نطاق تطبيق قانون المحكمة التي تنظر في الدعوى، وهو في هذه الحالة هو قانون القاضي من بين التفسيرات التي قدمت التي بشأن هذا الإسناد هو أنها هذه الحالات لها علاقة باعتبارات الأمن والسلام العام في بلد القاضي وهي ذات صلة مع الأمن والبوليس ذات الانطباق المباشر[33].

ثالثا : تدخل اعتبارات المتعلقة بتطوير المعاملات واستقرارها:

مع تنوع العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي ، أدى إلى تنوع الحلول المقررة لمثل هذه العلاقات والمجسدة في ضوابط الإسناد المختلفة. ففي الوقت التي تتولى بعض قواعد الإسناد تركيز العلاقة في أحد

الأنظمة القانونية على نحو إلزامي لا مجال لإرادة الأطراف في ذلك، تحقيقا للاعتبارات السابقة الذكر هناك حالات أخرى يبرز فيها دور الإرادة في تحديد القانون المختص كما لو تعلق الأمر بعقود التجارة الدولية(1)، أو كان الأمر يتعلق باستقرار المعاملات وذلك عن طريق اختيار القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات(2).

أ- **تدخل اعتبارات المتعلقة بتطوير الاقتصاد الوطني:** يعتبر التجارة من أقدم الأنشطة التي مارسها الإنسان منذ القدم، فهي الوسيلة الفنية التي من خلالها يتم بيع الفائض من متوجاته، والحصول في الوقت ذاته إلى ما يفتقر إليه من السلع، مع تطور المجتمعات إلى كيانات سياسية المتمثلة في الدول، زادت الحاجة إلى تطوير هذه التجارة سواء كان ذلك على الصعيد الداخلي أو على الصعيد الدولي.

يعتبر النشاط التجاري من بين أهم الأنشطة التي تربط مختلف الأجناس البشرية وفي كل الأوقات ومتجاوزة في ذلك كل ما يفرق بينها كاللغة والدين واختلاف السياسية والمسافة التي تفصل فيما بينها ودون التمييز بين أوقات الحرب والسلم، فقد كشف لنا ماضي البشرية أن الحملات الاستعمارية كثيرا ما تكون مصحوبة بحملات تجارية، والأكثر من ذلك، قد يكون سبب هذه الحملات هو البحث عن أسواق تجارية خارج حدود الدولة المستعمرة.

تسعى الدول في وقتنا الحالي إلى وضع تشريعات داخلية مرتبطة بالنشاط التجاري، وذلك بقصد إحداث تنمية اقتصادية شاملة، ويتحقق ذلك عن طريق قواعد قانونية محفزة تتماشى مع التطورات الراهنة للاقتصاد العالمي، ومن خلالها تجذب متعاملين سواء كانوا من الوطنيين أو الأجانب، أو كانوا من القانون الخاص أو من القانون العام.

لا تكفي القواعد الموضوعية الداخلية لقانون القاضي المشجعة للنشاط التجاري أن تحقق الهدف المنتظر منها دون أن تكون مقرونة بإمكانية اختيار القانون المختص، فالدور الذي تؤديه قواعد الإسناد في هذا الجانب ذات أهمية بالغة لأنها مرتبطة بالمعاملات الدولية التي لا يمكن لأية دولة أن تتجاهلها وحتى لو بلغت درجات كبيرة من التطور.

في هذا الإطار، اتجهت الدول وبمختلف توجهاتها السياسية والاقتصادية إلى تبني ما يعرف بقانون الإرادة الذي يمكن للأطراف من اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية[34]، والذي يفترض فيه أنه يتماشى مع مصالحهم الاقتصادية.

من هذه الناحية، يظهر الفرق بين مثل هذه القواعد وبقية قواعد الإسناد الأخرى، التي يتولى من خلالها المشرع تحديد القانون المختص دون أن يراعي مدى قبول أو رفض الأطراف لمثل هذا القانون كما لو كان الأمر مثلا متعلق بالأحوال الشخصية التي تخضع لقانون الجنسية، أو أنها متعلقة بالأموال التي تخضع لقانون الموقع.

إذا كان ضابط الإرادة ودوره في اختيار القانون الواجب التطبيق يخدم مصالح الأطراف من الناحية الاقتصادية، إلا أنه يخدم مصلحة الدول من جهة أخرى، حيث يساهم في انتقال السلع ورؤوس الأموال من وإلى الخارج، لأن الأطراف لهم ضمانات قانونية تكفل لهم حل النزاعات وفقا للقوانين تتكفل بحماية مصالهم .

ب- تدخل اعتبارات المتعلقة باستقرار المعاملات: إذا كانت قواعد الإسناد في مجملها تسعى إلى استقرار المعاملات على المستوى الدولي وهذا من ناحية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، تظهر كذلك مثل هذه الاعتبارات من حيث القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات والتي أولى لها الفقه اهتماما بالغا منذ ظهور نظرية تنازع القوانين، حيث كانت التصرفات القانونية آنذاك تخضع لقانون مكان الإبرام على نحو إلزامي وذلك دون التفرقة بين موضوع التصرف وشكله.

بعد التطور الحاصل في نظرية تنازع القوانين، أخذ موضوع العقد ينفصل عن شكله، عندما بدأت معالم إخضاع موضوع العقد لقانون الإرادة، وبقاء قاعدة إخضاع شكل التصرفات لقانون مكان الإبرام صامدة في مختلف التوجهات الفقهية لقرون عديدة، كونها تستجيب لحاجة المعاملات الدولية، لأنها تمكن الأطراف من الإطلاع على القوانين المحلية ومن ثمة يجعلون شكل تصرفاتهم تتماشى مع هذه القوانين، فكثيرا ما تكون القوانين المحلية في متناول الأطراف بحكم تواجدهم على إقليم الدولة التي أبرم فيها التصرف.

هناك حالات يقتضي الأمر الخروج عن حكم القاعدة وبنفس الحجة السابقة المتمثلة في التيسير على المتعاقدين وذلك في الحالات التي يتبيّن فيها أن هناك قانون آخر هو الأيسر لتطبيقه على شكل تصرفاتهم، وهذا ما أخذت به القوانين الحالية بعد أن حولت هذه القاعدة من طابعها الإلزامي إلى قاعدة اختيارية، من خلالها يمكن اختيار القوانين الأخرى التي جاءت بها قواعد الإسناد، ولا يترتب بطلان التصرف أو عدم إثباته حالة عدم إتباع الأشكال المطلوبة في قانون مكان الإبرام.

تبقى اعتبارات التيسير على المتعاقدين وتفادي بطلان تصرفاتهم من حيث الشكل من الحجج الأساسية التي تفسر تحويل هذه القاعدة من طابعها الآمر إلى طابعها الاختياري، فللأطراف الحرية الكاملة في اختيار أحد القوانين التي تتنوع بين قانون مكان إبرام العقد أو قانون موطنهما المشترك أو لقانون جنسيتهما المشتركة، أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية[35].

خـاتمة:

يتبيّن من الدراسة السابقة أن عملية تنظيم العلاقات الخاصة الدولية كثيرا ما تقوم على اعتبارات مختلفة، قد تكون في بعض الحالات متكاملة تدعم في مجملها نفس الهدف الذي يرغب المشرع في تحقيقه من وراء وضع قاعدة إسناد معينة، كما هو الشأن بالنسبة للعقارات، الذي يجمع بين اعتبارات السيادة وإستقرارات المعاملات وتطوير الاقتصاد الوطني عن طريق وضع تشريعات عقارية تجذب المستثمرين من خارج الدولة.

على خلاف حالة السابقة، قد تكون هذه الاعتبارات متناقضة، والتي تظهر مثلا بين الاتجاه الذي يسعى إلى تطبيق القوانين تطبيقا إقليميا– حسب الأصل –، كونه يتماشى سيادة الدولة على إقليمها، وبين الاتجاه الذي يفضل تطبيق هذه القوانين تطبيقا ممتدا، كونه يخضع الوطنيين إلى القانون الوطني بغض النظر عن مكان تواجدهم. كما تظهر هذه التناقضات كذلك بين من يفضل الأخذ بضابط الموطن باعتباره يتوافق مع الاعتبارات العملية في مجال الأحوال الشخصية، وذلك على خلاف من يرى أن بضابط الجنسية يضمن عدم الخروج عن الأهداف الاجتماعية والدينية التي يقوم عليها القانون الوطني.

بما أن قواعد الإسناد تنمي إلى المحيط الداخلي لأي دولة، فيصبح من البديهي أن تختلف هذه الاعتبارات ومدى تأثيرها على الحلول المقررة لتنازع القوانين، ولكن ما لا يجب أن يكون هو المساس بمصالح الأطراف على المستوى الدولي وذلك لتحقيق الأهداف التي حرص عليها فقه قانون الدولي الخاص إرساءها منذ ظهور نظرية تنازع القوانين.

الهوامش:

[1] – فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 96.

[2] – عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986، ص 29–30.

[3] – أدرك الفقه الهولندي استحالة تطبيق القوانين تطبيقا إقليميا من الناحية العملية، ولذلك سمحوا بتطبيق القوانين الأجنبية مجاملة في بعض الحالات، فمقتضيات السيادة وفقا لهذا الفقه تستبعد أي التزام دولي يلزم المشرع الوطني بتطبيق القوانين الأجنبية، وإنما هذه الإمكانية يتمتع بها المشرع الوطني في مرحلة وضع قواعد الإسناد استجابة لبعض الاعتبارات العملية.

[4] – صالح مهدي كحيط، "تنازع القوانين في مسائل الأموال المادية "، مجلة رسالة الحقوق ، السنة الثالثة، العدد الثالث، 2011، كلية القانون، جامعة كربلاء، ص192.

[5] – تنص المادة 2/17 من القانون المدني الجزائري على أنك" يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها " .

– أمر رقم 75–58 مؤرّخ في 26 سبتمبر والمتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 المؤرّخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–10 مؤرّخ في 20 جوان ، جريدة رسمية عدد 44 المؤرّخة في 26 جوان 2005.

[6] – تنص المادة 1/17 من القانون المدني على أن ك " يخضع تكييف المال سواء عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

[7] – تنص المادة 4/18 من القانون المدني على أن : " غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار، قانون موقعه ".

[8] – نقلا عن أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين،دار النهضة العربية، القاهرة ، 2008، ص 982.

[9] – صاري نوال، " السيادة التشريعية على الأحوال الشخصية للجزائريين المقيمين في الخارج "، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد06، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، ص 147.

[10] – فهي على خلاف قواعد الإسناد المزدوجة أو الثنائية الجانب التي تقوم على ضوابط إسناد مجرّدة تسوي بين القانون الوطني والقانون الأجنبي من حيث التطبيق؛ ويترتب عن هذه الازدواجية إمكانية تطبيق القانون الأجنبي الذي تقرر له الاختصاص من خلال إعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي و يتم تطبيق الأحكام الموضوعية لهذا القانون في الحالات ربما لا تريد فيها الانطباق.

– في هذا الإطار كان الفقيه الفرنسي Niboyet يتمنى أن تتولى كل دولة تحديد نطاق تطبيق قانونها دون أن يكون من شأنها تحديد اختصاص قوانين الدول الأخرى احتراما لسيادة هذه الدول الأخيرة.

[11] – صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص36–37.

[12] – إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع القوانين، (ترجمة فائز أنجق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 22.

[13] – تنص المادة 310 من القانون المدني الفرنسي على أن:

« Le divorce et le séparation de corps sont régis par **la loi française** :

– lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;

– lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;

– lorsque aucune loi étrangère ne se reconnait compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaitre du divorce ou de la séparation de cors ».

– Code civil français, édition 2006.

[14] – تنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري على أن:" يسري القانون الجزائري في الأحوال المنصوص عليه في المادتين 11و12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج ".

[15] – فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 270.

[16] – صاري نوال، المرجع السابق، ص 145.

[17] – عزالدين عبد الله، 53المرجع السابق ، ص54.

[18] – فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 270.

[19] – صاري نوال، المرجع السابق، ص 145.

[20] – في هذا الإطار تنص المادة 22 /1 – 2 من القانون المدني على مايلي: " في حالة تعدد الجنسيات ، يطبق القاضي قانون الجنسية الحقيقية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة ".

[21] – عزالدين عبد الله، المرجع السابق، ص 528.

[22] –أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، دار هومة، 2002،ص 169.

[23] – فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 216.

[24] – في هذا الإطار تنص المادة 1/24 من القانون المدني على أن:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر....."

[25] – تنص الفقرة الثانية من المادة24 من القانون المدني على أن:" يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".

[26] – يؤثر الغش في العقود في جميع مراحله، قبل إبرامه، عند إبرامه، وفي مرحلة تنفيذه.

[27] – في الحالة تنص المادة 1/107من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية" .

[28] – تنص المادة 1/24 من القانون المدني على أن:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة.....، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ".

[29] – عزالدين عبد الله، المرجع السابق، ص 510.

كذلك موحند إسعاد، المرجع السابق، ص 346.

[30] – أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين،دار النهضة العربية، القاهرة،2008، ص 1175.

[31] – " يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام؛

غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

[32] – أحمد عبد الكريم سلامة، ص 850.

[33] – أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ، ص 850.

[34] – تنص المادة 1/18 من القانون المدني على أن:" يسري على الالتزامات التعاقدية، القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ".

[35] – تنص المادة 19 من القانون المدني على أن:" تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون مكان الذي تمت فيه؛

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

قواعد الإسناد كأداة لتحديد القانون الواجب التطبيق في النزاعات الخاصة الدولية وفقا للتشريع الجزائري

Rules of attibution as a tool for determining the applicable law in international private disputes According to Algerian legislation.

د. عكوش سيهام

جامعة امحمد بوقرة – بومرداس

s.akkouche@univ-boumderdes.dz

ملخص:

قواعد الإسناد هي قواعد وطنية وضعها المشرع الوطني من أجل اختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا، بعد إعمال القاضي الوطني لقاعدة الاستناد على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، فإن هذه القواعد قد تشير إلى اختصاص قانون القاضي ففي هذه الحالة لا توجد آية مشكلة حيث يقوم القاضي بتطبيقه لكونه عالما بمضمونه، أما إذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي فتثور معه مشكلة طبيعة هذا القانون هل يتم معاملته معاملة الوقائع أن أنه يحتفظ بطبيعته القانونية، إلا أن تطبيق القاضي الجزائري للقانون الأجنبي المختص لا يكون إلا إذا كان غير مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

كلمات مفتاحية: عنصر أجنبي، قواعد الإسناد، القانون الأجنبي الواجب التطبيق، النظام العام، الغش نحو القانون.

Abstract:

The rules of attribution are national rules established by the national legislator in order to choose the most appropriate competing laws to govern the special relationship that includes a foreign element, after the national judge implements the rule of reliance on the dispute that includes a foreign element. These rules may indicate the jurisdiction of the judge's law. In this case, there is no verse A problem where the judge applies it because he is aware of its content. However, if it refers to the application of a foreign law, then the problem of the nature of this law arises. Is it treated as the facts are, that it maintains its legal nature? However, the Algerian judge's application of the relevant foreign law is only if it is not in violation of public order. And public morals.

keyword: Foreign element, Attribution rules, Applicable foreign, Exclusion of application of foreign law, General system, Fraud towards the law.

مقدمة

إن العلاقات القانونية التي تنشأ بين الأفراد تنقسم إلى نوعين، علاقات وطنية وأخرى يتخللها عنصر أجنبي فالعلاقات الخاصة الدولية تم تنظيمها من طرف القانون الدولي الخاص، الذي هو من صميم تنازع القوانين الذي يقصد به تزاحم عدة قوانين بشأن حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، فيتم حل تنازع القوانين وفقا لمنهج الإسناد، فعند كل مرة يطرح نزاع ذو عنصر أجنبي أمام القاضي الوطني يتعين على هذا الأخير إعمال قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، تعتبر تنازع القوانين من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص لأن الدول فتحت أبوابها للأجانب، فلكل دولة قواعد تنازع خاصة بها يعود إليها القاضي لتحديد القانون الأكثر اتصالا بالعلاقة القانونية، المشرع الجزائري وبموجب تعديل القانون المدني بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005[1] أدخل تعديلا يمس قواعد التنازع أصبحت بموجبه أكثر وضوحا، فكيف يتم إعمال قواعد الإسناد من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا إتباع المنهج الوصفي من خلال التعريف بقواعد الإسناد وتبان خصائصها ومكوناتها، وتحديد طبيعة القانون الأجنبي المختص وحالات استبعاده، والمنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية الجزائرية الواردة في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المبحث الأول: حل تنازع القوانين بواسطة قواعد الإسناد

تثار مشكلة تنازع القوانين إذا طرح على القضاء الوطني نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، ويكون النزاع أجنبيا إما عن طريق أشخاصه أو محله أو سببه، وإذا اشتمل النزاع على عنصر أجنبي يكون بالتالي متصلا بقوانين عدة دول مما يطرح معه إشكالية تحديد القانون المختص والأجدر بحكمه، وتحل هذه الإشكالية عن طريق قواعد الإسناد (المطلب الأول)، كما تتكون هذه القواعد من عناصر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم قواعد الإسناد

تعتبر قواعد الإسناد قواعد وطنية تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق (الفرع الأول)، كما أن لهذه القواعد خصائص تتميز بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف قواعد الإسناد

هناك عدة تعريفات لقواعد الإسناد نذكر منها: "قاعدة قانونية فنية تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بتحديدها للقانون الواجب التطبيق على منازعات تلك العلاقات"[2]، وفي تعريف آخر لها نجد: "قاعدة الإسناد هي القاعدة القانونية، التي تشرد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي وهي قاعدة من صنع المشرع الوطني، وبمقتضاها يختار من بين القوانين المتزاحمة أكثرها ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية، بما يحقق مصالحه الاقتصادية والسياسية والاجتماعية"[3].

لتطبيق قواعد الإسناد يجب توفر الطابع الخاص للعلاقة موضوع النزاع، إذ لا يثور تنازع القوانين إلا بصدد علاقات القانون الخاص التي تطرح مشكلة عملية اختيار أحد القوانين المرشحة لحكم النزاع لارتباطها به، كما يشترط كذلك اتصال العلاقة القانونية بأكثر من نظام قانوني، ويتحقق ذلك في كل مرة تتعدى فيها المسألة القانونية نطاق حدود قانون القاضي وتتصل بنظام أجنبي آخر، فإذا اتصلت المسألة بروابط مع دولتين أو أكثر اعتبرت دولية ويثار بشأنها تنازع القوانين، فتكون العلاقة دولية عندما يتداخل معها عنصر أجنبي عبر أطرافها أو موضوعها أو السبب المنشئ لها[4].

الفرع الثاني: خصائص قواعد الإسناد

تتمثل أهم خصائص قواعد الإسناد في:

- قاعدة الإسناد قاعدة وطنية: القانون الدولي الخاص قانون داخلي من صنع المشرع الوطني بصفة عامة وتعتبر قاعدة الإسناد أداة يستخدمها القانون الدولي الخاص للكشف عن القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي، فلكل دولة قواعد إسناد خاصة بها تختلف من دولة إلى أخرى[5].
- قاعدة الإسناد قاعدة إرشادية: بمعنى أنها تشير إلى القانون الواجب التطبيق وترشد إليه، ثم بعد ذلك يتولى هذا القانون إعطاء الحل النهائي للنزاع، فقاعدة الإسناد لا تقوم بالفصل في النزاع وإنما ينحصر دورها في الإرشاد إلى القانون الذي يتكفل بدوره إعطاء الحل النهائي للنزاع[6].
- قاعدة الإسناد مزدوجة الجانب: أي أنها قد تشير باختصاص القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع، وقد تشير إلى تطبيق قانون أجنبي، وبالتالي ازدواجية قواعد الإسناد تتيح الفرصة للقانون الأجنبي للتطبيق ولا يتحقق ذلك إلا بصياغة ضابط الإسناد بطريقة مجردة، غير أنه قد تصاغ قواعد

الإسناد في شكل منفرد مكتفية بتبيان حالة اختصاص القانون الوطني وحده[7]، ومثال ذلك المادة 9 من القانون المدني الجزائري التي جاءت بصيغة منفردة، وأيضا المادة 10 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري التي تنص على:" يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم". غير أنه وبالرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الجزائري نجد أن معظمها مزدوجة.

- قاعدة الإسناد قاعدة محايدة: خاصية الحياد تعني أنها تشير إلى أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي بغض النظر عن مضمون هذا القانون، ويستوي أن يكون هذا القانون قانون القاضي أو قانونا أجنبيا آخر، أي أنها لا تفاضل بين قانون وأخر. ينتهي دور قاعدة الإسناد بمجرد تعيين القانون الواجب التطبيق، إذ ليس لها مضمون موضوعي يلتزم القاضي بالبحث عنه، فهي لا تعطي حلا للنزاع المطروح ولا تقيم وزنا لمضمون الحل المقرر في القانون المختص[8].

المطلب الثاني: العناصر المكونة لقواعد الإسناد

تتكون قاعدة الإسناد من عناصر هي: الفئة المسندة **(الفرع الأول)** ضابط الإسناد **(الفرع الثاني)** والقانون المسند إليه **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: الفئة المسندة

أو ما يعرف بالفكرة المسندة، إن كثرة المسائل القانونية يجعل من المستحيل وضع قاعدة إسناد لكل واحدة منها، فلا يمكن للمشرع حصر المراكز والعلاقات القانونية الدولية، لذا يذهب إلى جمع المسائل المتشابهة والمتقاربة في أوصافها ضمن فئة مسندة، ثم يربط كل فئة بقانون معين عن طريق ضابط الإسناد، ويجب على القاضي المعروض عليه النزاع المشتمل على عنصر أجنبي أن يدرج النزاع في إحدى الفئات المسندة، ومثال ذلك الفئة المسندة المتعلقة بالالتزامات التعاقدية التي نصت عليها المادة 18 من القانون المدني الجزائري[9].

وعليه فالفئة المسندة هي عبارة عن مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة التي وضع لها المشرع ضابطا خاصا بها ليسنده به إلى قانون معين[10].

الفرع الثاني: ضابط الإسناد

هو عبارة هن أداة يربط بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه، فكل فئة مسندة لها ضابط إسناد خاص بها قد تتضمن قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد، ومثال ذلك ما أخذ به المشرع الجزائري حيث ربط فئة الأحوال الشخصية بضابط الجنسية في المادة 12 من القانون المدني[11] في مسألة الطلاق وآثاره،

التي جاء فيها بضابط إسناد واحد وهو قانون جنسية الزوج، كما قد يمنح المشرع لأطراف العلاقة فرصة الاختيار بين عدة ضوابط وفي حالات أخرى قد يعتمد المشرع على ضابط أصلي وضابط احتياطي، كما جاء في المادة في المادتين 18 و19 من القانون المدني المتعلقة بموضوع التصرف وشكله، ففي حالة تعذر إعمال الضابط الأصلي يتم اللجوء إلى الضابط الاحتياطي[12].

غير أنه هناك حالات تحتوي على ضابط إسناد واحد وتكون هناك إمكانية تطبيق أكثر من قانون في الوقت نفسه، وذلك في كل من الإسناد الموزع والإسناد الجامع وذلك كما يلي[13]:

–الإسناد الموزع: وهو ما جاء في المادة 11 من القانون المدني الجزائري، حيث يتم تطبيق قانونين في آن واحد وعلى نفس المسألة القانونية موضوع النزاع ويكون على طرفين مختلفين، فتخضع الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون جنسية الزوجين، مما يؤدي إلى تطبيق قانون جنسية الزوجة عليها وقانون جنسية الزوج عليه.

– الإسناد الجامع: فحسب هذا الإسناد يجب أن تتوفر كل الشروط التي يستلزمها قانون جنسية الزوجين لصحة الزواج في آن واحد، بمعنى أن تتوفر في الزوج الشروط الموضوعية في قانونه وكذلك حسب قانون جنسية الزوجة، كما يجب أن تتوفر في الزوجة كل الشروط التي يتطلبها قانون جنسيتها بالإضافة إلى قانون جنسية الزوج.

الفرع الثالث: القانون المسند إليه

إن القانون المسند إليه هو القانون المطبق على الفكرة المسندة، أي القانون الذي يثبت له الاختصاص.

المبحث الثاني: تطبيق قواعد الإسناد من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق

إذا طرح على القاضي الوطني نزاع يشتمل على عنصر أجنبي فإنه يرجع إلى قواعد الإسناد (المطلب الأول) من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق (المطلب الثاني).

المطلب الأول: في تطبيق قواعد الإسناد

يجب على القاضي المعروض عليه النزاع أن يحدد طبيعة هذا الأخير، فيقوم أولا بالبحث عن الفئة المسندة التي يندرج تحتها من مجموع الفئات التي تحتويها ضوابط الإسناد في قانونه، وهذا ما يعرف

بالتكييف (الفرع الأول)، ثم يقوم بعد ذلك بربط الفئة المسندة بضابط إسناد يشير إلى القانون المختص (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تكييف القاضي للنزاع المعروض عليه

إن عملية التكييف تسبقها مرحلة إعمال قاعدة الإسناد ثم فيما بعد تدرج العلاقة القانونية في نطاقها، لأن التكييف في الأساس ما هو إلا تفسير لقواعد الإسناد المرتبطة بعملية التكييف[14]، فالتكييف إذن هو العملية الأولية التي يجريها القاضي من أجل تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في إحدى الفئات القانونية التي وضع ربطها المشرع بقاعدة إسناد[15].

إن التكييف في العلاقات الدولية له أهمية بسبب وجود أكثر من قانون واحد لحكم العلاقة موضوع النزاع فالقانون الواجب التطبيق يتوقف على ما تذهب إليه محكمة الموضوع في تكييف النزاع وذلك لاختلاف المفاهيم القانونية للتصرف الواحد، فالتكييف هو إعطاء الوصف القانوني المطلوب، فالعلاقات القانونية تختلف من دولة إلى أخرى فهي لا تخضع إلى معنى واحد من حيث التكييف، فعن طريق التكييف تعطي المحكمة التفسير الصحيح وتحديد الوصف القانوني وذكر طبيعة ذلك النزاع[16].

فلمعرفة القانون الواجب التطبيق لا بد من القيام بمسألة أولية هي تحليل المسألة القانونية موضوع النزاع وبيان أوصافها وخصائصها وطبيعتها، لوضعها بعد ذلك في طائفة من الطوائف القانونية التي خصص لها المشرع قاعدة إسناد، إلا أن الإشكال المطروح هنا يتمثل في ما هو القانون الذي يرجع إليه لإجراء التكييف الأولي؟

ما تجدر الإشارة إليه أن الفقيه الفرنسي Bartin بارتن قد لفت الأنظار إلى أهمية التكييف وضرورة خضوعه لقانون القاضي، إلا أنه استثنى تصنيف المال وأخضعه لقانون موقعه، كما استثنى ما أسماه هو بالتكييفات الثانوية وأخضعها للقانون الذي تحدد لحكم النزاع[17].

يفرق بارتن بين التكييف الأولي والتكييف اللاحق، فالأول غرضه الاهتداء إلى قاعدة الإسناد التي تندرج تحتها المسألة المعروضة لمعرفة القانون المختص ليحكمها، والثاني هو الذي يتطلبه القانون الذي عينته قاعدة الإسناد بعد الاهتداء إليها، فالتكييف الأولي هو الذي يخضع لقانون القاضي أما الثاني فيخضع للقانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد، فلو عرض نزاع على القاضي حول علاقة اتفاقية فإنه يقوم بتكييفها وفقا لقانونه فإذا خلص إلى أنها تدخل في فئة الالتزامات التعاقدية أخضعها لقانون

الإرادة، وهذا هو التكييف الأولي الذي بواسطته يكون قد عرف القانون المختص بحكمها، ليأتي بعد ذلك دور القانون الأجنبي المختص ليكف العلاقة التعاقدية إذا ما كانت مثلا عقيد بيع أو عقد إيجار... إلخ[18].

فالتكييف هو إذن عبارة عن تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية الذي لا يمكن تصور إخضاعه لغير قانون القاضي، وبالتالي فلا بد من الرجوع إلى قانون القاضي لإجراء التكييف الأولي اللازم لتحديد القانون المختص فهذا التكييف وحده الذي يتصل بتفسير قاعدة الإسناد[19].

لقد استقر الفقه والقضاء على خضوع التكييف لقانون القاضي كما تبنتها أغلب الدول في تشريعاتها، منها المشرع الجزائري حيث أنه وبالرجوع إلى المادة التاسعة من القانون المدني نجدها تنص على: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

من خلال نص المادة السابقة يفهم أم المشرع الجزائري قد أخضع التكييف الأولي لقانون القاضي، وهذا ما يستنتج من خلال عبارة لمعرفة القانون الواجب التطبيق، كما أن المشرع الجزائري بعد تعديل القانون المدني سنة 2005 أدخل تعديلا على قواعد الإسناد وأخذ بالاستثناء الذي جاء به بارتن فيما يخص بتكييف المال عقارا كان أو منقولا إلى قانون مكان تواجد المال، وذلك في المادة 17 فقرة واحد من القانون المدني التي تنص على: "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

الفرع الثاني: إسناد النزاع إلى القانون الذي يحكمه

عندما ينتهي القاضي المعروض عليه النزاع من التكييف الأول ينتقل إلى مرحلة تحديد القانون الذي يحكم النزاع المعروض عليه عن طريق قواعد الإسناد، أي إسناد النزاع إلى قانون دولة معينة، وعليه فعملية الإسناد تعتبر لاحقة على عملية التكييف الأولي، فإذا كان هذا الأخير يخضع إلى قانون القاضي فإن تحديد مفهوم ضابط الإسناد يكون كذلك وفقا لهذا القانون باعتباره جزء من قاعدة الإسناد، فإذا كان ضابط الإسناد مثلا ضابط الجنسية يتوجب في هذه الحالة العودة إلى قانون القاضي الوطني للبحث عن مفهوم الجنسية[20].

إن تحديد مفهوم ضابط الإسناد يتطلب في بعض الحالات تحديدا لمعناه، مثلا المقصود باصطلاح الموطن أو الجنسية هي اصطلاحات كرسها المشرع الوطني بوصفها ضوابط إسناد، فالأمر يتعلق هنا

بتحديد معنى ضابط من ضوابط الإسناد أي تفسيره، فيكون من البديهي الرجوع إلى من وضع الضابط للوقوف على حقيقة معناه الذي قصده[21].

فضباط الإسناد هو المعيار الذي يعتمد عليه المشرع بوصفه مرشدا إلى القانون الواجب التطبيق على الفئة المسندة، فهو أداة وصل بين موضوع القاعدة والقانون المسند إليه أي القانون الواجب التطبيق على النزاع وبالتالي فضابط الإسناد يقوم بإسناد المسألة المطروحة إلى نظام قانوني معين[22].

يستمد ضابط الإسناد من أحد عناصر المسألة القانونية محل الإسناد والمتمثلة في: أطرافها، موضوعها أو مصدرها، فضابط الإسناد يستمد من العنصر الذي يمثل مركز الثقل في العلاقة القانونية ذات الطبيعة الدولية[23].

لقد سبق الحديث عن ضابط الإسناد وموقف المشرع الجزائري منه عند التكلم عن مكونات قاعدة الإسناد.

المطلب الثاني: في القانون الواجب التطبيق

قد تشير قواعد الإسناد الجزائرية إلى تطبيق القانون الوطني فلا يثور هنا أي إشكال ويكون القاضي ملزما بتطبيقه ، أما إذا أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي فإن ذلك يختلف باختلاف طبيعة هذا القانون أمام القاضي الوطني (الطلب الأول)، غير أن إعمال هذا القانون قد يتعطل مما يؤدي إلى استبعاده في حالات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

ما يجب التنويه إليه أولا أنه عندما يكون القانون الأجنبي هو المختص بحكم النزاع تثار إشكالية ما إذا كان القاضي الوطني ملزما بتطبيق القواعد الموضوعية في ذلك القانون أم يقوم بتطبيق قواعد الإسناد الموجودة فيه قبل كل شيء، مما يترتب عنه إشكالية أخرى تتعلق بالإحالة، فبالرجوع إلى المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني لسنة 2005 نجدها تنص على: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبيق منه إلا أحكامه الداخلية دون تل الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

يفهم من المادة السابقة أن القاضي الجزائري يجب أن يرجع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، فإذا قبل الاختصاص طبق القاضي أحكامه الموضوعية، أما إذا رفض القانون الأجنبي

الاختصاص وأحالت قواعد الإسناد فيه إلى تطبيق قانون القاضي تم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الجزائري فالمشرع الجزائري أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى التي تعيد الاختصاص له دون الإحالة من الدرجة الثانية التي تحيل الاختصاص لقانون أجنبي آخر[24].

هناك من اتجه إلى اعتبار القانون الأجنبي عنصرا من عناصر الواقع (الفرع الأول)، بينما البعض الآخر أبقاه محتفظا بطبيعته القانونية الأصلية أمام القضاء الوطني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اعتبار القانون الأجنبي كواقعة

ينكر البعض على القانون الأجنبي صفته القانونية، فهو في نظرهم لا يعدو أن يكون عنصرا من عناصر الواقع وقد تزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي **باتيفول Batiffol**، معتبرا في ذلك أن كل قاعدة قانونية تتكون من عنصرين هما العنصر العقلي أو مضمون القاعدة كونها عامة ومجردة، وعنصر الأمر والإلزام الذي تستمد منه القاعدة قوتها الملزمة، وإذا كانت القاعدة الأجنبية تمتلك هذين العنصرين في بلد المشرع الذي أصدرها، فإنها تفقد العنصر الأخير في حالة تطبيقها أمام القضاء الوطني، لأن عنصر الأمر يتحدد بالإقليم الذي يزاول فيه المشرع سيادته، ولا يتبقى لها سوى العنصر العقلي ومن ثم تفقد صفتها كقاعدة قانونية[25].

يترتب على اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة مايلي[26]:

- لا يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك به الخصوم أو أحدهما.
- على الطرف الذي يتمسك بتطبيقه إثبات مضمونه.
- لا تبسط المحكمة العليا رقابتها على تفسير القانون الأجنبي من طرف قضاة الموضوع.

الفرع الثاني: اعتبار القانون الأجنبي كقانون

يتجه الفقه الراجح إلى أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية عند تطبيقه أمام القاضي الوطني، فهو ليس مجرد عنصر من عناصر الواقع، فالفقه الايطالي يذهب إلى فكرة الاندماج التام وأن القانون الأجنبي يصبح جزء من القانون الوطني، أما الفقه الألماني فإنه يؤكد على الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي مع كونه قانونا أجنبيا، فقاعدة الإسناد تمنح هذه القوة للقانون الأجنبي إلا أنه يبقى مع ذلك محتفظا بصفته الأجنبية لأنه جاء من خارج حدود دولة المحكمة الوطنية ولا يجوز أن يعامل تماما كالقانون الوطني[27].

يترتب على اعتبار القانون الأجنبي كقانون ما يلي:

- التزام القاضي الوطني بتطبيقه من تلقاء نفسه.
- التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي.
- خضوع القاضي الوطني لرقابة المحكمة العليا عند تفسير القانون الأجنبي

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري بخصوص طبيعة القانون الأجنبي هل يعتبره واقعة أم قانون يمكن استخلاصه بطريقة ضمنية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[28] في نص المادة 358 منه، التي تنص على أوجه الطعن بالنقض، حيث استنادا للفقرة 6 من نفس المادة نجدها تنص على مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة يعتبر كوجه من أوجه الطعن بالنقض، فبمفهوم المخالفة لهذه الفقرة فالمشرع الجزائري اعتبر القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة بمثابة قانون لأن الوقائع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، أما القانون الأجنبي غير المتعلق به فهو لا يعدو أن يكون مجرد واقعة.

المطلب الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص

قد يستبعد تطبيق القانون الأجنبي[29] رغم انعقاد اختصاصه إذا كان مخالفا للنظام العام في بلد قانون القاضي (الفرع الأول)، وإذا كان تطبيقه جاء نتيجة الغش نحو القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النظام العام

لقد تعددت التعريفات الخاصة لمفهوم النظام لعدم وجود تعريف موحد متفق عليه له، فهو يختلف من بلد إلى آخر ومن زمن إلى آخر، فهناك من عرفه على أنه مجموع المبادئ الأساسية العليا للنظام القانوني النافذ في الدولة والتي يقوم عليها نظام المجتمع سياسيا ودينيا وقانونيا وأخلاقيا ويكون للدستور الدور الحاسم في تكوين النظام العام[30]، يلعب النظام العام في مجال تنازع القوانين دورا استبعاديا حيث يتم استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة[31].

لا يمكن الحصر مسبقا حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص لمخالفته النظام العام نظرا لكثرة المعايير التي جاء بها الفقه، فهناك من يعتبر أن القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام إذا اشتمل على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي، وعند البعض يعتبر القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام إذا كان متعارضا مع السياسة التشريعية للدولة، أما البعض الآخر يرى إلزام استبعاد القانون الأجنبي المختص إذا كان يصطدم بالمبادئ العامة المتعارف عليها في جامعة الأمم المتحضرة أو كان يصطدم بمبادئ القانون الطبيعي، وأمام صعوبة تحديد الحالات التي يستبعد بموجبها القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام، يكون

للقاضي مهمة تحديد فيما إذا كان القانون الأجنبي المختص مخالفا للنظام العام وفقا لمعايير عامة موضوعية[32].

اكتفى المشرع الجزائري بالنص على النظام العام دون تعريفه وذلك في المادة 24 من القانوني المدني التي تنص على: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

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

طبقا للمادة السابقة الذكر إذا كان القانون الأجنبي هو المختص وفقا لقواعد الإسناد الجزائرية، وكان مخالفا للنظام العام والآداب العامة يجب على القاضي استبعاده، كما تضيف نفس المادة في فقرتها الثانية على تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة.

الفرع الثاني: الغش نحو القانون

كان الفضل للفقه والقضاء الفرنسي في اكتشاف نظرية الغش نحو القانون، والتي تبلورت بعد منتصف القرن التاسع عشر في قضية مشهورة اسمها مدام دي بوفرمون، ولقد عرف بعض الفقه الغش نحو القانون كما يلي: هو عبارة عن اتخاذ أعمال إرادية حقيقية، عمدا أو غير عمد لإيجاد مركز يتفق وحرفية القانون ولكن يخالف غرضه، وتم تعريفه أيضا بأنه ينحصر في وسائل يتخذها شخص ليتهرب من حكم القواعد القانونية الآمرة أو الناهية، التي يخضع لها، بواسطة استخدام قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على إرادته مع الانحراف بها عن معناها الحقيقي[33].

فكلما ثبت أنه تم تغيير بعض ظروف الإسناد من أجل الهروب من القواعد الآمرة في القانون الواجب التطبيق، يجب التصدي لمواجهة ذلك عن طريق استبعاد القانون المختص عن طريق الغش، ومن ثم تطبيق القانون الذي تم التحايل على أحكامه، بغض النظر إن كان هذا الأخير القانون الوطني أو قانون أجنبي آخر[34].

نص المشرع الجزائري على الغش نحو القانون بموجب تعديل القانون المدني لسنة 2005 في المادة في نص المادة 24 فقرة 1 التي تنص على ما يلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أم الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

خاتمة:

حتى يتوصل القاضي الجزائري إلى إيجاد حل للنزاع الدولي المشتمل على عنصر أجنبي، لا بد أن يستعين بقواعد الإسناد الموجودة في قانونه الوطني، فعبد أن يقوم القاضي بتحديد الفئة التي تندرج تحتها المسألة القانونية المطروحة عليه عن طريق عملية التكييف، يستطيع معرفة القانون الواجب التطبيق عليها، الذي يكون القانون الأكثر صلة وملائمة بالنزاع المطروح.

إن حل مشكلة تنازع القوانين يكون عن طريق قواعد الإسناد فهي ترشد القاصي إلى القانون الواجب التطبيق لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي في العلاقات الخاصة الدولية، سواء كان هذا القانون قانونا وطنيا أم أجنبيا فذا الأخير هناك من عامله معاملة الوقائع وأما البعض نادى بضرورة احتفاظه بطبيعته القانونية، ولقد ذهبت الأغلبية إلى تفسير موقف المشرع الجزائري بخصوص معاملته للقانون الأجنبي استنادا إلى المادة 358 فقرة 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية معتبرين أن القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة يعتر قانون وما غير ذلك يعتبر مجرد واقعة.

إذا كان المشرع الجزائري المعروض عليه النزاع قد سمح بتطبيق القانون الأجنبي إذا أشارت قواعد الإسناد باختصاصه، إلا أنه قد يكون أمام مانع يحول دون تطبيقه، إذا كان يتعارض مع النظام العام أو حالة الغش نحو القانون مما يؤدي إلى استبعاده.

تعتبر قواعد الإسناد في العلاقات الخاصة الدولية أداة فعالة نظرا للحلول التي تقدمها في مجال تنازع القوانين، حيث تتساوى هذا القوانين من حيث إمكانية التطبيق على أساس القانون الأكثر صلة، مما يحقق العدالة اتجاه أطراف المسألة القانونية، ولد قام المشرع الجزائري بتعديل أحكام تنازع القوانين بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المتعلق بالقانون المدني، مضيفا في ذلك أحكاما مزيلا بذلك الغموض الذي كان سائدا من قبل بخصوص تنازع القوانين.

وبناءا على ذلك نقترح التوصيات التالية:

- حل النزاعات الخاصة الدولية عن طريق قواعد الإسناد لحديد القانون الواجب التطبيق.
- التوسع في الفئات المسندة.

– عدم رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي إذا لم يكن متعلقا بقانون الأسرة قد يؤدي بقضاة الموضوع إلى سوء تطبيقه، فلا بد من الأخذ بعين الاعتبار الجانب الدولي للنزاع المشتمل على عنصر أجنبي.

– اعتبار القانون الأجنبي كقانون.

الهوامش:

[1]– أمر رقم 58 – 75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 متضمن القانون المدني الجزائري جريدة رسمية عدد 78، صادرة في 30 سبتمبر 1975 ، معدل ومتمم بالقانون رقم 10 – 05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، جريدة رسمية عدد 44 ، صادرة بتاريخ 26 يونيو 2005.

[2]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين (في ضوء القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005) دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص91.

[3] – حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص23.

[4]– عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد، لبنان، 2008، ص33، 34.

[5]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص27، 28.

[6]– عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 23.

[7]– زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 95.

[8]– عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص25.

[9]– تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

[10]– بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة العاشرة، دار هومه، الجزائر، 2008، ص68.

[11]– تنص المادة 12 من القانون المدني الجزائري على: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج.

ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى ".

[12]– زروتي الطيب، المرجع السابق، ص97

[13]– عيد عبد الحفيظ، حل النزاعات الخاصة الدولية وفقا لمنهج تنازع القوانين،المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، الجزائر، المجلد 10ن العدد 03، 2019 ص365

[14]– المرجع نفسه، ص 361.

[15]– بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص75.

[16]– ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 36، 37).

[17]– المرجع نفسه، ص111.

[18]– بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص83.

[19]– هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص65.

[20]– عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص364.

[21]– عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص19، 20

[22]– المرجع نفسه، ص19.

[23]– المرجع نفسه، ص21.

[24]– زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 126

[25]– هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص147.

[26]– بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 144

[27]– ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص221.

[28]– أمر 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

[29]– يستبعد كذلك إذا اقتضت المصلحة الوطنية تطبيق قانون القاضي بالأفضلية ولو كان القانون الأجنبي مختصا، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 267

[30] – مريني فاطمة الزهرة، النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، فرع عقود ومسؤولية، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق، 2009، 2010، ص20.

[31] –المرجع نفسه، ص 23.

[32]– بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 170، 171.

[33]– مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص38.

[34]– عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 371.

ضابط الجنسية في تنازع القوانين

Nationality officer in conflict of laws

د. قـاري علـي

جامعة 20 أوت 1955- سكيكدة

a.garri@univ-skikda.dz

ملخص:

تعد الجنسية رابطة قانونية بين الفرد والدولة، فهي تعتبر ضابط الإسناد الذي يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، إلا أنه وفي بعض الأحيان قد تعتري تطبيق هذا الضابط بعض الإشكالات بسبب كون الفرد يحمل أكثر من جنسية واحدة أو عديم الجنسية، أو بسبب تطبيق قانون جنسيتين في نفس الوقت على مسألة قانونية واحدة.

وقد وضع المشرع الجزائري لكل هذه الإشكالات حلولاً كرّست في معظمها تطبيق قانون الجنسية غير أنه لا تزال بعض الإشكالات لا تتضمن نصوصاً صريحة لحلها، كالقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج ، مما يقتضي تدخل المشرع بما يضمن الحل الأفضل لها.

كلمات مفتاحية: ضابط الإسناد- تنازع القوانين – القانون الأجنبي.

Abstract:

Nationality is a legal bond between the individual and the state. It is considered a reference factor that guides the judge to the law applicable to disputes involving a foreign element. However, sometimes some problems may arise in the application of this control due to the fact that the individual holds more than one nationality or is stateless. Or because the law of two nationalities was applied at the same time to one legal issue.

The Algerian legislator has developed solutions for all of these problems, most of which enshrined the application of the nationality law. However, some problems still do not include explicit texts to solve them in the law that governs the substantive conditions of marriage, which requires the legislator to intervene in a way that Ensures the best solution for her.

Keywords: Foreign law ; Nationality ; Support Officer ; Conflict of Laws.

مقدمة:

في الماضي لم تكن الدول تقبل بتطبيق القوانين الأجنبية على اقليمها على اعتبار أن هذا العمل يتعارض مع سيادتها، ومع مرور الوقت وبتطور حركة تنقل الأشخاص والأموال بين الدول، أصبحت الدول تُبدي مرونة في قبول تطبيق القوانين الأجنبية الخاصة على أراضيها استناداً إلى مبدأ المعاملة

بالمثل، وبالمحافظة على مبدأ أن النظام العام الدي يبقى كصمام أمان بغرض استبعاد القوانين الأجنبية التي تمس الأسس والمبادئ الأساسية في دولة القاضي.

ولقد نظم المشرع الجزائري قواعد التنازع التي يوجد فيها عنصر أجنبي في القانون المدني في المواد من 09 إلى 24، من القانون المدني، وكانت الجنسية من بين ضوابط الاسناد المعتمدة في مسائل الأحوال الشخصية بشكل كبير، ولقد فضل المشرع الجزائري اعتماد ضابط الجنسية، على اعتبار أن صلة الفرد بجنسيته جد متينة حتى ولو كان بالخارج فليس من السهل على الفرد أن يكتسب جنسية أخرى، أو أن يتخلى عنها بمحض إرادته، بل عليه أن يمر بإجراءات طويلة لتحقيق ذلك.

وتهدف الدراسة إلى التعرف على أسباب اعتماد الجنسية كضابط اسناد في تنازع القوانين، وبيان كذلك الإشكالات التي يثيرها هذا الضابط عند تطبيقه، وتوضيح الحلول الفقهية لهذه الإشكاليات، مع تحديد الحل المتبع من طرف المشرع الجزائري.

وبناء على ما سبق نطرح الإشكالية الاتية: **كيف اعتمد المشرع الجزائري الجنسية كضابط اسناد في تنازع القوانين، وماهي الإشكالات التي قد يعتريها اعتماد هذا الضابط؟.**

ولقد أُعتمِد في هذه الدراسة على كل من المنهج التحليلي لتحليل القواعد القانونية والآراء الفقهية التي لها صلة بموضوع المداخلة، كما تم الاعتماد أيضا على المنهج الوصفي لحصر الاشكالات التطبيقية التي يثيرها إعمال ضابط الجنسية في تنازع القوانين، وقد اعتمدنا في هذه الدراسة على خطة مشكلة من مبحثين:

الأول تحت عنوان "الإطار العام لإعمال ضابط الجنسية في تنازع القوانين"، أما الثاني فهو موسوم بـــ" إشكالات تطبيق ضابط الجنسية في تنازع القوانين"

المبحث الأول: نماذج لتطبيق ضابط الجنسية في تنازع القوانين

تكتسي الجنسية أهمية ودور كبير جداً على الصعيدين الدولي والداخلي، سواءً بالنسبة للفرد أو الدولة، ففي المجال الداخلي فهي تميز بين الوطني والأجنبي، وما يستتبع ذلك من تبيان الحقوق والالتزامات الممنوحة أو المفروضة على كل منهما. أما في المجال الدولي فتعد الجنسية أهم معيار لتقسيم الأفراد بين الدول.

يمكن تعريف الجنسية على أنها " علاقة قانونية بمعنى أن القانون هو الذي يحدد كيف تنشأ وكيف تزول كما يحدد الآثار المترتبة عليها، غير أن هذه الرابطة القانونية تختلف عن غيرها من الروابط القانونية بقيامها على اعتبارات سياسية واجتماعيـــة، فهي تقوم في الأصل على فكرة الولاء للدولــة وعلى توافر نوع من الصلــة الروحية والاجتماعية[1]، وسيتم التطرق في المطلب الأول لنماذج لتطبيق ضابط الجنسية في تنازع القوانين في الزواج وتطبيق ضابط الجنسية على التصرفات النافذة فيما بعد الموت في المطلب الثاني.

المطلب الأول: نماذج لتطبيق ضابط الجنسية في تنازع القوانين في الزواج

إن معظم الأفراد اليوم يحملون جنسية واحدة هي التي ولدوا بها، إذ على الرغم من أنه هناك من يكتسب جنسية أخرى نتيجة لعمله واقامته في دولة معينة وقبول طلب تجنسه، إلا أن هذه الأعداد تبقى قليلة مقارنة بالحالة الطبيعية العامة التي تجعل معظم الأفراد يحملون جنسية واحدة، فالجنسية ضابط ثابت ومستقر مقارنة مع غيره من الضوابط الأخرى التي يسهل تغييرها وتعدّدها كالموطن مثلا.

حتى تتضح الصورة أكثر لدور ضابط الجنسية في تنازع القوانين سنستعرض مجال تطبيق هذا الضابط في مسألتين من أهم مسائل تنازع القوانين، وهما الزواج من خلال الفرع الأول، والتصرفات النافذة فيما بعد الموت في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تطبيق ضابط الجنسية على مسائل الزواج.

عرّفت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري الزواج بأنه "عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي"[2]، ويختلف الزواج من بلد إلى آخر، فمن البلدان من يعتبره رابطة مؤبدة وغير قابلة للتعدد ومن البلدان من يعتبر الزواج رابطة يمكن حلها و تعددها.

كما تختلف البلدان في طريقة انعقاد الزواج فمنها من يعتبره نظاما مدنيا يخضع لقاعدة الإيجاب والقبول ومنها من يعتبره نظاما دينيا لابد أن تراعى فيه مراسيم دينية معينة، ويمتد الاختلاف في الزواج إلى حد آثاره فبعض تشريعات الدول ترى أن الزواج يخلف آثار مالية وأخرى شخصية، ومنها من يرى بأن الزواج لا يخلف إلا آثاراً شخصية فقط[3]سيتم التطرق إلى نطاق القانون الواجب التطبيق آثار الزواج في الفرع الأول، ثم إلى القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في الفرع الثاني .

أولا : نطاق القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج: لقد أخضع المشرع الجزائري آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج طبقاً لنص المادة 12 ق م والتي تنص على أنه "يسري قانون الدولة التي

ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج". وفيما يلي سيتم تحديد القانون الذي يحكم كل أثر من هذه الآثار.

1- **آثار الزواج الشخصية:** يقصد بآثار الزواج الشخصية تلك المتعلقة بحقوق وواجبات الزوجين المتبادلة، ومن بينها:

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

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

ج- حقوق الزوجة على زوجها مثل عدم الإضرار بها، السماح لها بزيارة أهلها، العدل في حالة التعدد.

جاءت المادة 12 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري لتبين أن هذه الأثار الشخصية التي يرتبها عقد الزواج في جانب الزوجين. أكانت آثارا شخصية محضة أو آثارا شخصية ذات طابع مالي، فإنها تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

2- آثار الزواج المالية: كما يرتب الزواج آثاراً شخصية متعلقة بشخص كل من الزوجين وتتصل بحالته كزوج، يرتب كذلك آثاراً ذات طابع مالي، أي تتعلق بالذمة المالية، فالأموال التي يملكها أي من الزوجين، قبيل الزواج وبعده، من حيث ملكيتها وإدارتها والانتفاع بها أو التصرف فيها، سواء أكانت أموالا منقولة أم عقارية، ومجموع القواعد والأحكام المنظمة لذلك، يطلق عليها اصطلاحا النظام المالي للزوجية[4]، وهده الاثار أيضا تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج طبقا لما نصت عليه المادة 12 فقرة 01 من القانون المدني.

ثانيا: نطاق القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج: الزواج كأي علاقة قانونية أخري ينتهي بطرق غير إرادية أو طبيعية كالوفاة، أو بطرق إرادية يترتب عليها انحلال الرابطة إما انحلالاً فعلياً كالبطلان والفسخ، أو الطلاق والتطليق، وإما انحلالاً حكمياً كالانفصال الجسماني، فـهو نظام تقره القوانين الغربـــية كمـــا في واسبانيا و أمريكا ويؤدي إلى انقطاع التعايش وانفصال الحياة المشتركة بين الزوجين، دون أن يترتب على ذلك انتهاء الحياة إلا بعد صدور قرار قضائي بذلك[5]، وسيتم التحدث عن الجنسية كضابط إسناد بخصوص انحلال الزواج وبعدها إلى الآثار المترتبة عن انحلاله

1- **الجنسية كضابط إسناد بخصوص انحلال الزواج:** نص المشرع الجزائري في الفقرة 02 من المادة 12 ق م ج " يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع

الدعوى" ونلاحظ من هذا النص أن المشرع الجزائري أسند مسألة انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وليس إلى قانون جنسية الزوجـــة، وذلك دون التمييـــز بين الطلاق والتطليـــق والانفصال الجسماني وقد ساير المشرع أغلبية الدول العربية بإخضاع هذه المسألة لقانون جنسية الزوج وذلك يعود إلى ما يتمتع به الزوج في المجتمع من سلطات واسعة داخل الأسرة إلى كونه يملك إنهاء زواجه بإرادة منفردة كما تقضي بها الشريعة الإسلامية[6]

2- **الآثار المترتبة عن انحلال الزواج:** بالنسبة للآثار المترتبة على انحلال الزواج، فمنها ما يخضع لقانون الذي يحكم انحلال الزواج، ومنها مالا يخضع له، فالآثار التي تتعلق بعلاقة المطلقة بالمطلق هي التي تدخل في نطاق القانون الذي يحكم انحلال الزواج، وحقها في الاحتفاظ باسم زوجها، وحقها أيضا في الحصول على التعويض إذا كان طلاقها من زوجها تعسفياً، و نفقة الزوجة المطلقة من حيث شروطها ومقدارها، تحديد فترة الانفصال، شروطه، تقرير العودة إلى الحياة الزوجية، و جواز حمل الزوجة لاسم زوجها خلال فترة الانفصال[7].

المطلب الثاني: تطبيق ضابط الجنسية على التصرفات النافذة فيما بعد الموت

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

الفرع الأول: الميـــراث

المقصود بالميراث هو خلافة الشخص بحكم القانون فيما ترك بسبب موته[8]، فهو وسيلة طبيعية لانتقال الأموال، حسب ما ينظمه القانون بعد وفاة الشخص، دون دخل لإرادة الفرد فيها. وبما أن مسألة الميراث تتعلق بأموال يتركها المتوفى فقد نعتبر الميراث من مسائل الأموال، ولكن من الملاحظ أيضاً، أن مضمون موضوع الميراث يرتبط بعلاقات عائلية حيث أن انتقال الأموال بالميراث لا يكون إلا بين الأقارب، مما يدخله ضمن مواضيع الأحوال الشخصية، وعلى هذا الأساس اختلفت التشريعات المقارنة حول القانون الواجب التطبيق في مسائل الميراث بين القانون الشخصي وقانون موقع المال.[9]

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

أولا: بيان الورثة وترتيبهم: يتكفل قانون جنسية المورث وقت الوفاة بتحديد من هم الورثة، وقد حددتهم المادة 139 ق أج " ينقسم الورثة إلى: أصحاب الفروض، عصبة، ذوي الأرحام."

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

إذ تنص المادة 127من ق أ ج على ما يلي: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي"، أي أن المشرع الجزائري يأخذ بالموت الحكمي كسبب من أسباب استحقاق الميراث. غير أن ذلك قد يطرح الإشكال بالنسبة لمسألتين :

– في حال كان كون الشخص مفقودا فقد نصت المادة 115ق أج 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."

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

إذاً فبصدور الحكم بموت المفقود يصبح قابلا للإرث وتقسم أمواله، والمشرع الجزائري حدد المدة لإصدار الحكم بموت المفقود بـ 04 سنوات بعد التحري في الحروب والحالات الاستثنائية وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات طبقا للمادة 113 من قانون الأسرة.

كما يحدد مراتبهم فيبين مثلا درجة القرابة التي تخول حق الإرث و قد نصت المادة 32 ق م على أنه: "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد". كما يحدد أيضا نصيب كل وارث من التركة.

ثالثا: موانع الإرث: كاختلاف الدين بين الوارث ومورثه، وقتل الوارث لمورثه، فقد حدد قانون الأسرة الجزائري الممنوعين من الإرث طبقا للمادة 135 منه وهم: قاتل المورث عمداً أو عدوانا سواءً كان فاعلا أصليا أو شريكا، شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، والعالم بالقتل أو تدبيره.

الفرع الثاني: الوصيــة

لقد عرّفت المادة 184من ق أج الوصية بأنها " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع". ولذلك تعتبر الوصية وثيقة الصلة بالميراث، باعتبارها تؤول عن طريق الخلافة بسبب الموت، فقد أخضعها المشرع الجزائري لنفس قاعدة التنازع التي أخضع لها الميراث[10] وإذا رجعنا للشريعة الإسلامية التي تعتبر مصدراً مباشراً لقانون الأسرة عندنا عملاً بالمادة 222 من ق أج، فإننا سنلاحظ أن الوصية ترتب آثارها قانوناً بصدورها من الموصي، غير أن نفادها يتوقف على وفاة الموصي وقبول الموصى له بها[11]، وقد وضع المشرع الجزائري قاعدة اسناد فيما يتعلق بالشروط الموضوعية للوصية.

حيث تنص المادة 16 من القانون المدني على أنه " يسري على الميراث، والوصية، وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته". ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع أخضع الشروط الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت لذات القانون الذي تخضع له الشروط الموضوعية للإرث، وذلك نظراً للصلة الوثيقة التي تربط بينها، وبعبارة أخرى تخضع الوصية من حيث الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية الموصي وقت الوفاة[12]

المبحث الثاني: إشكالات تطبيق ضابط الجنسية في تنازع القوانين

لقد أناط المشرع الجزائري بالرغم من أن هذا التطبيق له ايجابيات على مستوى تنازع القوانين، إلا أن تطبيق هذا القانون قد تعترضه صعوبات من بينها أن يكون الشخص متمتعاً بجنسية أكثر من دولة في نفس الوقت، وتُعرف هذه الظاهرة بظاهرة ازدواج الجنسية أو تعدد الجنسيات، وفي مقابل وجود أشخاص يحملون عدة جنسيات في وقت واحد، هناك آخرين لا يتمتعون بجنسية أية دولة على الإطلاق. وأحيانا يكون قانون الجنسية الواجب التطبيق واضحا ومحددا، لكن مضمونه يخالف النظام العام أو الآداب العامة لدولة القاضي، وقد يثبت له الاختصاص بموجب الغش نحو القانون.

لحل هذه الإشكالات سيتم التطرق في هذا المبحث لمطلبين الأول يخصص للإشكالات المتعلقة بوجود ضابط الجنسية، والثاني الإشكالات المتعلقة بمضمون ضابط الجنسية.

المطلب الأول: الإشكالات المتعلقة بوجود ضابط الجنسية

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

الفرع الأول: تــعــدد الجنسيــة

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

وقد وضع المشرع الجزائري من خلال المادة 22 من ق م ج حلاً لتعدد الجنسيات، سواءً أكان التعدد بدون وجود الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات التي يحملها الشخص، أو في حالة وجودها أيضاً ، كما ألزام المشرع بتطبيق قانون جنسيتين لشخصين مختلفين، على مسألة قانونية واحدة، كما هو الحال في الشروط الموضوعية للزواج.

أولا: تعدد جنسية الشخص الواحد: ونكون أمام حالتين، تعدد الجنسيات ليس من بينها الجنسية الجزائرية، وتعدد الجنسيات بوجود الجنسية الجزائرية، ولكل مسألة حلها.

الحالة الأولى: في حالة تعدد الجنسيات وليس من بينها الجنسية الجزائرية، هنا على القاضي أن يطبق الجنسية الحقيقية، أو كما يسميها البعض الجنسية الفعلية وهي التي يكون فيها الشخص مرتبطاً بها أكثر من الجنسيات الأخرى، وتحدد الجنسية الفعلية من خلال معايير واقعية كالالتحاق بإحدى الوظائف العامة للدولة، الإقامة في إقليم دولة إقامة طويلة، أو إقامة مشروع تجاري بها .

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

ثانيا: تعدد الجنسيات بسبب تطبيق قانون جنسيتين لشخصين مختلفين على مسألة قانونية واحدة

من الحالات المذكورة في القانون الجزائري التي توجب تطبيق قانون جنسيتين لشخصين مختلفين، على مسألة قانونية واحدة نجد مسألة الشروط الموضوعية للزواج، ولتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية ظهر اتجاهان في الفقه: الأول ينادي بالتطبيق الجامع للقانونين، أما الثاني فينادي بالتطبيق الموزع للقانونين.

1- **التطبيق الجامع:** ويقصد بالتطبيق الجامع وجوب توافر شروط صحة الزواج الموضوعية في كل زوج وفقاً للقانونين معاً. ومعنى ذلك لا ينعقد عقد الزواج إلا إذا كان كل من القانونين يعتبره صحيحاً. إلا أن هذا الرأي انتقد باعتباره يؤدي إلى تطبيق القانون الأكثر تشدداً في قانون الزوجين، وهذا لا يتفق مع مفهوم تطبيق قانون كل من الزوجين، وبالتالي تقل فرصة قيام الزواج المختلط لاختلاف أحكام قوانين الأسرة فيما بين الدول عادةً في تحديد الشروط الموضوعية المطلوبة لصحة الزواج[13]

2- التطبيق الموزع: ويذهب هدا الاتجاه من الفقه إلى أنه يكفي لصحة الزواج من حيث الموضوع أن تتوفر في كل من الزوجين الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه، دون تطلب استيفاء الشروط الموضوعية التي يقررها قانون الطرف الآخر، فمثلا الأهلية كل قانون يحددها بسن معينة فيكفي أن تتوفر في كل منهما السن التي يحدده قانونه ويعني ذلك يكفي أن يكون الزوج كامل الأهلية وفقاً لقانونه، وكذلك الزوجة يكفي أن تكون كاملة الأهلية وفقاً لقانونها، بغض النظر عن السن الذي يحدده قانون الطرف الآخر.[14]

غير أنه بعض الأحيان يتعذر إعمال التطبيق الموزع لقانون كل من الزوج والزوجة ونرى ذلك خصوصاً بالنسبة لبعض الشروط التي اصطلح عليها الفقه بموانع الزواج ومنها: (اختلاف الدين، وجود قرابة موجبة للتحريم سواء قرابة مصاهرة أو قرابة رضاع، خلو الزوجين من الأمراض)، فهنا يشترط لصحة الزواج عدم قيام المانع بالنسبة لكل من الزوجين أي حتى بالنسبة للزوج الذي لا يفرض قانونه ذلك المانع، وكمثال على ذلك، إذا نص قانون أحد الزوجين على منع الزواج بسبب اختلاف الدين فإن الزواج لا يكون صحيحاً حتى ولو كان المنع غير مقرر في قانون الزوج الآخر.

الفرع الثاني: انعدام الجنسية

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

لقد انضمت الجزائر بالمرسوم المؤرخ في1964/06/08 إلى اتفاقية نيويورك المؤرخة في 1954/09/28 المتعلقة بعديم الجنسية، والتي نصت على تطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة على عديمي الجنسية فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية، وعلى إثرها قام المشرع الجزائري بتعديل القانون المدني عام 2005 بالقانون 10/05 المؤرخ في 2005/07/20 بنصه في المادة 03/22 التي جاء فيها "... وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة.

المطلب الثاني: إشكالات عامة متعلقة بمضمون قانون الجنسية

لقد استقر الفقه والقضاء حديثا لدى معظم الدول على اعتماد حالتين رئيسيتين يلجأ إليها القاضي من أجل استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص على النزاع المعروض أمامه و المشتمل على عنصر أجنبي، والحالتين هما النظام العام و الغش نحو القانون، ولقد اصطلح على هذه الموانع بالإشكالات العامة لأن جل التشريعات تقرها وتستند إليها في غياب النص لتكون بمثابة الحد الفاصل بين تطبيق القانون الأجنبي على دولة القاضي، فنصت في تشريعاتها بموجب قواعد الإسناد الخاصة بها على ضرورة استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية كلما اصطدمت بدعائم النظام العام لدولة القاضي ومن جهة أخرى استبعادها على أساس أن اختصاصها كان بطريقة استعمال الغش نحو القانون.[15]

وسيتم التطرق لمسألة النظام العام والغش نحو القانون في فرعيين متتالين.

الفرع الأول: النظام العام

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

وتعتبر فكرة النظام العام، من المسائل الهامة المقررة في مختلف النظم القانونية كوسيلة لاستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية، إلا أن مفهوم النظام العام لم يعرّفه المشرع وإنما متروك أمره للقضاء والفقه. فمفهوم النظام العام نسبي متطور متغير من زمان إلى زمان ومن مكان إلى آخرّ لتعلّقه بصميم المصالح العليا للمجتمع[16].

ومن خلال هذه المادة 24 من القانون المدني السابق ذكرها نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالنظام العام الذي يستبعد القاضي بموجبه القانون الأجنبي، ويحل محله قانونه الوطني، وبذلك يكون المشرع قد ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة من أجل تحديد مقتضيات النظام العام وأسسه ونطاقه طبقا لقانونه الوطني.

فالنظام العام يتدخل في الدول الإسلامية لحماية الطرف المسلم ولو كان أجنبياً، فيستبعد في الدول الإسلامية القانون الأجنبي الذي يبيح زواج المثليين، أو يبيح زواج المسلمة من غير المسلم، كما يتدخل النظام العام في الدول الغربية كفرنسا لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يمنع الزواج أو الميراث لاختلاف الدين، كما يستبعد أيضا، القانون الذي يسمح للزوج بإيقاع الطلاق بإرادته المنفردة أو الذي يبيح تعدد الزوجات.

الفرع الثاني: الغش نحو القانون

إن فكرة الغش نحو القانون هي أن يتعمد أطراف العلاقة إلى تغيير ضابط الإسناد وبتغييره يتغير معه القانون الواجب التطبيق، وذلك بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة، أما الأحوال الشخصية فتعتبر المجال الرئيسي لإعمال فكرة الغش نحو القانون، وذلك لأن هذه المسائل تعتمد عموماً على ضابطين، ضابط الجنسية كما في بعض الدول كالجزائر وفرنسا، وضابط الموطن في كما في الدول الأنجلوساكسونية، وهما من أكثر الضوابط التي يكون للأفراد دخل في اختيارهما أو تغييرهما، ومثال ذلك كأن تكون جنسية الشخص ألمانية، فيكون القانون الواجب التطبيق على أهليته القانون الألماني فيقوم بتغيير جنسيته إلى الجنسية الفرنسية، فيصبح القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق عليه بدل الألماني وذلك قصد التهرب من أحكام القانون المختص بحكم العلاقة[17] ولإعمال الغش نحو القانون هناك شروط ينبغي توافرها وهي التغيير الإرادي لضابط الإسناد، و توافر نية الغش نحو القانون.

أولا: التغيير الإرادي لضابط الإسناد: من الضوابط التي تقبل التغيير الجنسية ، حيث يقوم الشخص بتغيير جنسيته للتهرب من أحكام القانون الواجب أصلا على حكم العلاقة، لمونه يقف مانعا دون تحقيق مصلحته، وضابط الموطن أيضا بالنسبة للدول التي تجعل قانون الموطن هو القانون الشخصي.

ثانيا: توافر نية الغش نحو القانون: لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للقول بأن هناك غشا نحو القانون، وإنما ينبغي أن يكون هذا التغيير بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة.

والجزاء المترتب على ثبوت الغش نحو القانون نصت عليه المادة 24 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: أنه لا يجوز تطبيق القانون المختص إذا ثبت له الاختصاص بموجب الغش نحو القانون.

والجزاء هنا يشمل الغاية فقط دون الوسيلة، والمتمثل في عدم نفاذ أحكام القانون الجديد الذي ثبت له الاختصاص بموجب الغش نحو القانون في المسألة التي حصل الغش بالنسبة لها، فالشخص هنا يعامل بعكس نقيضه، ويطبق عليه أحكام القانون الذي تهرب منه، دون أن يمتد الجزاء لإبطال وسيلة الغش كالجنسية الجديدة لأن هذا ليس من صلاحية القضاء.

الخاتمة:

تعد الجنسية أحد ضوابط الإسناد التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات المتضمنة عنصرا أجنبياً وقد اختارها المشرع الجزائري كضابط اسناد، اختارها من أجل تمتين علاقة الجزائريين بقانونهم خصوصاً عندما يتواجدون في الخارج وهم بصدد إجراء تصرفات تدخل ضمن مسائل الأحوال الشخصية.

وعلى الرغم من ايجابيات اعتماد الجنسية كضابط إسناد، فهذا لا ينفي وجود بعض الإشكالات عند تطبيقها، وذلك بسبب تمتع الفرد في بعض الحالات بأكثر من جنسية، أو انعدامها أصلاً، أو بسبب تطبيق قانون جنسيتين على مسألة قانونية واحدة كما هو الحال في الشروط الموضوعية للزواج.

وعلى ضوء هذه المداخلة تم التوصل إلى جملة من الاقتراحات كانت على النحو الآتي:

– على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في نص المادة 02/12 من القانون المدني، وذلك من خلال إخضاع انحلال الزواج للقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت انعقاد الزواج، بدلاً من الضابط

الحالي المتمثل في قانون الزوج وقت رفع الدعوى، لأن هذا الضابط سيجعل الزوجة تتفاجأ باختصاص قانون يحكم فك رابطتها الزوجيـــة لم تكن تعلمــه أثناء ابرامها لعقد الزواج.

– تعديل القانون المدني بأن يتضمن حلاً صريحا لمعالجة الإشكال الناجم عن تطبيق قانون جنسيتين على مسألة قانونية واحدة، كما هو الحال في الشروط الموضوعية للزواج، من خلال تكريس الحل الذي ينص على إعمال التطبيق الموزع في الشروط الفردية والتطبيـــق الجامع في الصفات المزدوجة، وذلك من أجل تجنب حلول قضائية مختلفة في ظل عدم نص المشرع على اتباع حل معين.

الهوامش:

[1] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، **تنازع القوانين**، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 12

[2] قانون رقم 84–11، المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ9 جوان 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05–02، المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 15.

[3] محمد سعادي، **القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري**، الطبعة الاولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، القبة، الجزائر، 2009، ص ص 111، 112.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في تنازع الدولي للقوانين**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص804.

[5] ممدوح عبد الكريم، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيد الأحكام الأجنبية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، 2005، ص 97.

[6] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء 1**، الطبعة 11، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2009، ص 256.

[7] عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص 214

[8] أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 268.

[9] أحمد الفضلي، أحمد الفضلى، **الموجز في القانون الدولي الخاص، دار قنديل للنشر والتوزيع**، عمان، 2004.ص 121.

[10] محمد سعادي، مرجع سابق، ص 127.

[11] حبار محمد، محمد حبار، **القانون الدولي الخاص** ، الرؤى للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الجزائر، 2013.ص 142.

[12] فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص 284.

[13] نفس المرجع، 207.

[14] أحمد عبد الكريم سلامة/ مرجع سابق، ص 777.

[15] أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 268.

[16] ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 195.

[17] أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص ص 186 –187

تنازع الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية بمعناه الضيّق

Conflict of international jurisdiction of Algerian courts in its narrow sense

د. عيشوبة فاطمة
جامعة تيارت
aichouba.fatma14@gmail.com

د. رشدي حدهوم دليلة
جامعة وهران 2
dalilarachedi74@gmail.com

ملخص:

مصطلح تنازع الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية يندرج ضمن شقين، يتعلق الشق الأول بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، والشق الثاني يخص تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية والسندات الرسمية الأجنبية وقرارات التحكيم التجاري الدولي.

يقصد بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بمعناه الضيق بيان المحكمة المختصة دوليا بالفصل في النزاع المتضمن عنصرا أجنبيا مع ملاحظة أن عبارة المحكمة المختصة دوليا، لا تعني إطلاقا أمام نزاع تتولى الفصل فيه محكمة العدل الدولية، وإنما يقصد بذلك أن المحكمة تفصل في نزاع يتضمن عنصرا أجنبيا، وهي محكمة وطنية تابعة لقضاء دولة ما. وعليه ما هو التنظيم التشريعي للاختصاص القضائي الدولي في القانون الجزائري، وهل المعتمد في المادتين 41 و42 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 كاف لحل إشكالية القضاء الجزائري في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي .

الكلمات المفتاحية: تنازع الاختصاص- اختصاص قضائي دولي- المحكمة المختصة- النزاعات الدولية -عنصر أجنبي.

Abstract:

The term conflict of international jurisdiction for national courts falls into two parts. The first part is related to the international jurisdiction of national courts. the second part is related to the implementation of foreign judicial rulings, foreign official bonds, and international commercial arbitration decisions. In its narrow sense, the international judicial jurisdiction of national courts means the statement of the international competent court to decide on a dispute that includes a foreign element, noting that the phrase “internationally competent court” does not mean at all a dispute that is decided by the International Court of Justice. Rather, it means that the court decides on a dispute that includes a foreign element. It is a national court affiliated with the judiciary of a given country. Accordingly, what is the legislative organization of the international judicial jurisdiction in the Algerian judiciary, and is what is approved in Articles 41 and 42 of the Civil and Administrative Procedures Law of 2008 sufficient to solve the problem of the Algerian judiciary in disputes involving a foreign element?

Keywords: Conflict of jurisdiction - International jurisdiction - competent court - international disputes - foreign element.

مقدمة:

يقصد بالاختصاص القضائي الدولي القواعد التي تتحدّد بمقتضاها ولاية محاكم الدولة بنظر المنازعات التي تتضمّن عنصرا أجنبيا إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى. فإذا انتقلنا من هذا التعميم إلى حيّز التخصيص قلنا أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي الجزائرية تعني الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص للمحاكم الجزائري بنظر المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي.

يقابل الاختصاص القضائي الدولي الاختصاص الداخلي، الأول يتحدّد جملة بأن ينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية في مجموعا أمّا الثاني وهو المرتبط بنزاع وطني في كافة عناصره وله نوعان: اختصاص محلّي وآخر نوعي. ويترتّب على التمييز بين الاختصاص المحلّي والدولي أنه ينبغي أولا معرفة ما إذا كان القضاء الجزائري مختصا بالنزاع المعروض من عدمه قبل معرف أي محكمة من المحاكم هي التي تكون صاحبة الولاية بنظر هذا النزاع ذي الطبيعة الدولية. ولقد دفع ذلك بعض الفقهاء[1] الفرنسيين إلى تسمية الاختصاص الدولي بالاختصاص العام وبينما يكون الاختصاص الداخلي اختصاصا خاصا.

ومهما يكن من أمر، فإذا تعلّق الأمر ببيان الحالات التي تكون فيها المحاكم الجزائرية مختصة عند رفع النزاع إليها بداءة، فإنّ ذلك يسمّى بالاختصاص القضائي بمعناه الضيق(الفقه المصري يسميه الاختصاص العام المباشر)، أما إذا كان النزاع قد أثير أمام محاكم دولة أجنبية وصدر حكما فاصلا فيه ثمّ أريد تنفيذ هذا الحكم في الجزائر عن طريق الحصول على أمر بالتنفيذ، فإن اختصاص المحاكم الأجنبية سوف يثور أمام القضاء الجزائري، فمن شروط تنفيذ الحكم الأجنبي في الجزائر أن يكون هذا الحكم صادرا عن محكمة مختصة دوليا طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقرّرة في قانونها، وألا تكون المحاكم الجزائرية مختصة بنظر هذه المنازعة ويسمّى اختصاص المحاكم الجزائرية في هذه الحالة ب: تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية والسندات الرسمية الأجنبية وقرارات التحكيم التجاري الدولي، ويسميه الفقه المصري الاختصاص العام غير المباشر.[2]

تتمحور هذه الورقة البحثية حول الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية بمعناه الضيق. وبعبارة أدق البحث في الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص للقضاء الجزائري، وبناء عليه:

ما هو التنظيم التشريعي للاختصاص القضائي الدولي في القانون الجزائري؟وهل الحل المعتمد في المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لعام 2008 كاف لحلّ إشكالية اختصاص القضاء الجزائري في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي؟

إذن سوف نحّل هذا الموضوع ضمن محورين:

المحور الأول: القواعد العامة التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية.

المحور الثاني: القواعد الاستثنائية التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية.

وسنحلل هذه الإشكالية باستخدام المنهج التحليلي والمقارن بالتطرق إلى وضع التشريع الجزائري من خلال استقراء النصوص القانونية التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية، ومقارنتها مع نظيراتها في التشريعات المقارنة.

المبحث الأول: القواعد العامة التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية

نلاحظ هنا بداءة وقبل تصدّينا لهذه القواعد العامة أن المشرع الفرنسي سبق له أن سكت كلية عن بيان القواعد العامة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية، وهو نفس المسلك الذي اعتمده مشرّعنا بدوره بسكوته كلية عن وضعه لمثل هذه القواعد سواء في ظل قانون الإجراءات المدنية السابق لعام 1966، أو حين إصداره لقانون الإجراءات المدنية والإدارية لعام 2008.

لقد أدّى ذلك بكل من القضاءين الفرنسي والجزائري للتدخّل لسدّ هذا النقص التشريعي الذي شاب كلا القانونين الفرنسي والجزائري[3]، وهو ما سنتناوله بالتحليل فيما يلي:

المطلب الأول: وضع المسألة في القانون الفرنسي

قبل تحليل موقف القضاء بشأن هذه المسألة، نرى من الضروري الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي كان يفسّر في البداية المادتين 14 و15 من القانون المدني تفسيرا ضيقا، وتبعا لذلك فإنه كان يقرّر عدم اختصاصه القضاء الدولي بنظر الدعوى المعروضة أمامه متى انعدم فيها العنصر الفرنسي.

إن القضاء الفرنسي باعتماده لهذا الموقف، فإنه سبق أن تعرّض لنقد شديد من طرف الفقه الذي ارتكز في نقده له لثلاث حجج أساسية تتمثل في ما يلي:

1- إن موقف القضاء الفرنسي كان موقفا متناقضا لأن ليس من المعقول أن يمنح الأجنبي حقوقا في فرنسا ولا تعطي له الوسيلة لحماية هذه الحقوق.

2- إن موقف القضاء الفرنسي كان يتضمن مساسا بقواعد العدالة لأنه كان من شأن تفسير الضيق للمادتين 14 و15 من القانون المدني إلزام الأجانب بالتوجه إلى قضاء دولة أخرى للدفاع عن حقوق تثبت لهم بفرنسا.

3- موقف القضاء الفرنسي المتشدّد من شأنه المساس بمعطيات الأمن المدني في فرنسا نفسها وصورة ذلك مثلا أن يحتاج الأمر لتنظيم ولاية قاصر بفرنسا أو تقرير نفقة وقتية لزوجة من مواجهة زوجها فقد من شأن موقف القضاء الفرنسي المتشدّد وحكمه بعدم الاختصاص في حالة انعدام العنصر الفرنسي المتشدّد وحكمه بعدم الاختصاص في حالة انعدام العنصر الفرنسي[4]، وإن كان قد مرّ في ذلك بمراحل خمس.

المرحلة 01: تخص العقارات: قرّر القضاء الفرنسي اختصاصه بنظر المنازعات المتعلقة بها بين الأجانب شريطة أن يكون العقار موجود بفرنسا وذلك حتى يخضع هذه المنازعة للقانون الفرنسي على اعتبار أن العقار يخضع لقانون موقعه.

المرحلة 02: تخص دعاوى المسؤولية التقصيرية: اشترط القضاء الفرنسي لإقرار اختصاصه القضائي بدعاوى المسؤولية التقصيرية أن يكون الفعل الضار قد ارتكب بفرنسا.

المرحلة 03: تخص الدعاوى التجارية: أقر القضاء الفرنسي اختصاصه بنظر هذه الدعاوى إذا توافرت فيها إحدى الشروط التالية:

أ- إذا كان للمدعي عليه في الدعوى موطن أو محل إقامة بفرنسا.

ب- إذا كان للمدعي عليه في الدعوى موطن أو محل إقامة بفرنسا.

ج- إذا كانت فرنسا مكان التنفيذ أي مكان تسليم البضاعة أو الوفاء بالثمن.

المرحلة 04: إذا كان الأمن المدني بفرنسا محل اعتبار.[5]

المرحلة 05: في هذه المرحلة أقر القضاء الفرنسي اختصاصه بنظر منازعات الأحوال الشخصية بين الأجانب سنة 1948 حيث وضع مبدأ شاملا إذ قرّرت محكمة النقض الفرنسية ما يلي:" أن كون طرفي الخصومة معا من الأجانب لا يعتبر مانعا لاختصاص القضاء الفرنسي.

لكن ما هي طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي؟

إذا حلّلنا هذه القواعد نجدها تمتاز بخاصيتين:

1- أنها قواعد أحادية أي يقتصر مجال إعمالها على إقليم الدولة التي أصدرتها.

ويترتّب على ذلك أن كل قاضي يرجع إلى قواعد الاختصاص القضائي الدولي المنصوص عليها في قانون دولته فإذا أعطته حق الفصل في الدعوى قام بالفصل فيها في الدعوى قام بالفصل فيها أما إذا كان غير مختص طبقا لهذه القواعد فإنه يكتفي بالحكم بعدم الاختصاص دون أن يتعدّى ذلك إلى تحديد الجهة القضائية الأجنبية المختصّة لأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تتعلق بسير مرفق عام أي مرفق القضاء وهو مرفق يخضع لمبدأ الإقليمية لتعلقه بسيادة الدولة، فإن قام القاضي الجزائري بالقول: بأن القضاء الفرنسي هو المختص بنظر الدعوى، فكأنما يكون قد اعتدى على سيادة الدولة الأجنبية.

ولكن أمام الفراغ التشريعي الذي يعرفه قانونا فيما يخص منازعات الأجانب. كيف نحدّد هذه القواعد؟

هذا التساؤل الذي الذي نطرحه في ظل القضاء الجزائري سبق وأن ثار في ظل القضاء الفرنسي، وقد توصّلت محكمة النقض الفرنسية للإجابة عن هذا التساؤل بمقتضى حكمين شهيرين هما حكم بيلاسا الصادر بتاريخ 1959/10/19 من الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الذي صرّح بمد قواعد الاختصاص[6] المحلي الداخلي ليتم تطبيقها في مجال الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية، وحكم شيفيل الصادر بدوره عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1962/10/30، الذي أكد المبدأين السابقين وهما: " إنّ كون طرفي النزاع من الأجانب لا يعتبر مانعا لاختصاص جهات القضاء الفرنسي بنظر هذا النزاع، وأنه يتم استخلاص قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية من قواعد الاختصاص القضائي المحلي الداخلية.[7]

المطلب الثاني: حكم المسألة في القانون الجزائري

نظرا لخلو قانون الإجرءات المدنية السابق لعام 1966 بدوره من أحكام قانونية تتعلق بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية بشأن منازعات الأجانب، فإن القضاء الجزائري اضطرّ بدوره للتدخّل لسدّ هذا النقص التشريعي معتمدا في ذلك نفس الحل الذي سبق الأخذ به في ضل القضاء الفرنسي.

وقد تأكّد ذلك بحكمين قضائيين شهيرين:

الحكم الأول: إلي سبق إصداره من محكمة استئناف الجزائر العاصمة بتاريخ 1966/01/13، هذا الحكم أكّد على " إمكانية الأجانب رفع دعوى أمام القضاء الجزائري، كما اعتبر أن هذه المسألة تعتبر لصيقة بقانون الشعوب وهي ليست حقا مدنيا مقصورا على الجزائريين وحدهم، وليرتب على ذلك بأنه لا يوجد في

القانون الجزائري ما يمنع الأجانب من التقاضي أمام القضاء الجزائري سواء بصفتهم مدّعين أو بصفتهم مدعى عليهم، وكون أن طرفي الدعوى من الأجانب لا يعتبر سببا لعدم الاختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية".

الحكم الثاني: الذي صدر عن محكمة قسنطينة بتاريخ 1972/04/20، حيث أكد " أن المحاكم الجزائرية يمكن أن تكون مختصة بالفصل في الدعوى المعروضة أمامها ضد الأجانب متى كان للمدعى عليه الأجنبي موطنا أو محل إقامة بالجزائر، حيث جاء في القرار: " ما دام الثابت من عناصر الملف أن للمدعى عليه الأجنبي موطنا في الجزائر باعتباره يمارس بها وظيفة طبيب لمدة تزيد عن الثلاث سنوات السابقة لتاريخ قيد الدعوى ضده، فإن ذلك يعتبر عنصرا إقليميا كافيا يسمح للمحكمة التي تم عرض الدعوى أمامها بالتصريح باختصاصها القضائي الدولي بالفصل في هذا النزاع المعروض أمامها"

ويستخلص من هذين الحكمين القضائيين الصادرين عن القضاء الجزائري أن قضاءنا سبق له التصريح بالاختصاص القضائي الدولي الشامل بنظر المنازعات القضائية المعروضة أمامه حتى لو تعلق الأمر بطرفين من الأجانب فيها.

غير أنه أمام خلو القانون الجزائري من كل حكم تشرعي ينظم هذه المسألة، فإن القضاء الجزائري كان يقوم بسدّه لهذا النقص التشريعي باللجوء لاستخلاص هذه الأحكام القانونية من القواعد الإجرائية التي ورد النص عليها في المادة 8 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية السابق إصداره عام 1966، ويوقم حاليا باستخلاصه لها[8] من المادة 37 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لعام 2008.[9]

على أننا نلاحظ أ،ه في الحالات التي لم ينظم فيها المشرع قواعد الاختصاص المحلي فإن القضاء الجزائري والمقارن عادة ما يعتمد إحدى المبادئ التالية:

* قوة النفاذ * اختصاص محكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته

* اختصاص محكمة موقع المال * اختصاص محكمة محل الالتزام.

* مبدأ الخضوع الاختياري لمحكمة جزائرية.

تشكل هذه المبادئ الخمسة مبادئ أساسية يمكن للمحاكم الجزائرية الاستعانة بها لاستخلاص القواعد العامة التي تحكم اختصاصها القضائي الدولي للفصل في المنازعات المتعلقة بطرفين من الأجانب.[10]

المبحث الثاني: القواعد الاستثنائية التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية

نص المشرع الجزائري على هذه القواعد في المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فـما هو مضمون هاتين المادتين: تنص المادة 41 على" كل أجنبي ولو لم يكن مقيما في الجزائر يجوز أن يكلّف بالحضور أمام المحاكم الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.

كما يجوز أيضا أن يقدم أمام المحاكم الجزائرية بشأن عقود أبرمها في بلد أجنبي مع جزائري" المادة 42 تنص على " يجوز تقديم كل جزائري للجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان ذلك مع أجنبي"، فما هو مصدر هاتين المادتين؟

هاتان المادتان تجدان مصدرهما في المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي.

وقد تساءل الفقه الفرنسي في سبب إيراد المشرع الفرنسي لهتين المادتين وتوصّل إلى أنه يمكن تفسير ذلك باعتبارين:

1- عدم الثقة في القضاء الأجنبي.

2- أن القضاء الفرنسي كان يرى نفسه مختصا بنظر كل المنازعات التي تهم الفرنسيين حتى في إطار علاقاتهم مع الأجانب سواء أن تمّ إجراء المعاملة داخل أو خارج فـرنسا، ولكن الفقه انتقد هاتين المادتين لأنهما تتعارضان مع قواعد العدالة وخاصة المادة 14 من القانون المدني الفرنسي لأنها تعطي الفرنسي إمكانية مقاضاة الأجنبي أمام القضاء الفرنسي مع أنه غير مقيم بفرنسا.

إن هاتين المادتان معا تتعارضان مع المبدأ العام في الاختصاص القضائي أن المحكمة المختصة هي محكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته.

وإذا رجعنا إلى القانون الجزائري فيبدو أن سبب اعتماد مشرعنا للمادتين 41 و42 ق.إج.م.إ هو مبدأ المعاملة بالمثل خاصة وأن اغلب العلاقات عام 1966 كانت جزائرية فرنسية، فما هي شروط تطبيق هاتين المادتين؟

المطلب الأول: الشروط الموضوعية

في إطار هذه الشروط نحصر دراستنا في نقطتين هما:

الفرع الأول: بيان الأشخاص الخاضعين لتطبيق هاتين المادتين:

إذا رجعنا إلى المادتين 41 و42 ق.إج.م.إ نجد أن تطبيقهما يشمل الحالات التي يكون أحد طرفي الخصومة فيها جزائريا هو المدعي في المادة 41 والمدعى عليه في المادة 42 مع ملاحظة أن المحكمة العليا عندنا استقرت على تطبيق المادتين متى كان الطرفين معا جزائريا، ولو لم يكن لأي منهما لا موطن ولا محل إقامة بالجزائر، وهذا الإستثناء يخص دعاوى شؤون الأسرة وخاصة فك الرابطة الزوجية بين زوجين جزائريين يقيمان بفرنسا، ولكن تشترط الجنسية الجزائرية في هذه الحالة وقت رفع الدعوى.

هناك تساؤلات تثار بخصوص بعض الصور الخاصة وهذه التساؤلات تثار بغرض فرضيات ثلاث تتمثل في:

النيابة في التعاقد، الدعوى غير المباشرة و حوالة الحق وحوالة الدين

والسؤال المطروح في هذه الصور الثلاث يتحدّد ببيان من هو الشخص الذي يجب أن تتوارف فيه الجنسية الجزائرية لكي ينعقد الاختصاص للقضاء الجزائري.

أ- **النيابة في التعاقد:** نظّمها المشرع في المادة 74 ق.م.

وفي هذه الصورة فإن الجنسية الجزائرية يشترط توافرها في الأصيل على اعتبار أن آثار التصرف تنصرف إليه وحده.

ب- الدعوى غير المباشرة: وهي الدعوى التي يرفعها الدائنن باسم مدينه في مواجهة الغير للمطالبة بالحقوق المقرّرة لمدينه في مواجهة الغير رة لمدينه في مواجهة الغيرللمطالبة الحقوق المقرّرة لمدينه في مواجهة الغي، ونلاحظ هنا أن مشرعنا بمقتضى المادتين 189 و190 ق.م. يعتبر المدين الأصلي هو الطرف الأصلي الخصام بدليل أن الدائن هنا يبقى مجرّد نائب عن مدينه الأصلي، ولذلك فإن، الجنسية الجزائرية متطلبة في المدين الأصلي وليس كذلك في الدائن.

ج- حوالة الحق وحوالة الدين

* **حوالة الحق:** بمقتضاها يتنازل الدائن (المحيل) عن الحق في المطالبة بدينه لشخص (محال إليه)، في مواجهة المدين الأصلي للمحيل، بحيث تنشأ علاقة جديدة بين المحال إليه والمدين الأصلي. إذن تتطلب الجنسية في الدائن الجديد.

* **حوالة الدين:** هنا تحدث صورة عكسية وهي أن المدين يتنازل عن دينه لمدين جديد بمقتضاه تنشأ علاقة جديدة بين الدائن والمدين الجديد (المحال عليه)، فهنا الجنسية متطلّبة في المدين الجديد.

الفرع الثاني: الدعاوى القضائية التي تدخل في مجال تطبيق المادتين

إذا رجعنا للمادتين 41 و42 ق.إج.م.إ نلاحظ أنهما تقصدان نوعا معينا من الدعاوى هي الالتزامات التعاقدية غير أن القضاء الفرنسي توسع في تفسير هتين المادتين بحيث مدّ من مجال تطبيقهما لكل الدعاوى التي يكون أحد طرفيها فرنسيا، سواء أكانت دعاوى تعاقدية أم غير تعاقدية أم دعاوى شؤون الأسرة. وسنده في ذلك أن المشرع الفرنسي اعتمد هاتين المادتين لحماية الطرف الفرنسي ومثل هذه الحماية قد تكون أقوى في الدعاوى الأخرى منه في الدعاوى التعاقدية، إلا أن القضاء الفرنسي أورد استثناءين على هذا التفسير الموسّع بحيث قرّر عدم تطبيقهما في نوعين من الدعاوى وهي:

1- الدعاوى العينية المتعلقة بعقار متى كان هذا العقار موجودا غير فرنسا.

2- يخص طرق التنفيذ التي يتم إجراؤها خارج فرنسا على عقار.

وليس يخفى أن مثل هذا التفسير الموسع يجب أن يؤخذ به في القانون الجزائري.

المطلب الثاني: الشروط الإجرائية (الشكلية) لتطبيق المادتين.

في تحديد هذه الشروط نلاحظ أن المادتين 41 و42 ق.إج.م.إ جوازيتان أي يمكن العدول عنهما، بمعنى يجوز التمسك بتطبيقهما ، كما يجوز للطرف الجزائري أن يتنازل عن تطبيقهما ويترتب على هذا الطابع الجوازي للمادتين نتيجتين:

1- القاضي غير ملزم بتطبيقهما من تلقاء نفسه

2- أنهما ما دامتا جوازيتان، فإنه يجوز التنازل عنهما ومثل هذا التنازل قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا.

الفرع الأول: التنازل الصريح

ويتحقق ذلك بموجب اتفاق بين الطرفين بمقتضاه يتنازل الطرف الجزائري عن التمسك بالامتياز المقرر له في هتين المادتين، وقد استقر القضاء المقارن على أن مثل هذا التنازل الصريح لا يرتّب آثاره القانونية إلا إذا توافرت فيه شروط ثلاثة:

أ- أن يكون النزاع منطويا على عنصلر أجنبي.

ب- ألا يكون النزاع متعلّقا بالأحوال الشخصية أو بمسألة تخص النظام العا. مثلا قواعد المسؤولية التقصيرية.

ج- أن يتم التمسك بهذا الشرط قبل أي دفاع في الموضوع.

الفرع الثاني: التنازل الضمني

معناه أن الطرف الجزائري يتخذ موقفا يستفاد منه ضمنا أنه تنازل عن التمسك بالمادتين 41 و42 ق.إج.م.إ ويختلف ذلك بحسب ما إذا كان الطرف الجزائري مدعى أو مدعى عليه، فإن كان مدعيا فإننا نستخلص تنازله إذا لجأ إلى رفع دعواه أمام جهة قضائية أجنبية.

وإذا كان مدعيا عليه فإن تنازله يستخلص من مثوله أمام القضاء الأجنبي والدفاع عن نفسه أمامه غير أن القضاء الفرنسي ارتأى أن الأمر يتعلق هنا بقرينة بسيطة أي قابلة لإثبات العكس، وترتيبا على ذلك قد قرر القضاء الفرنسي إلى أنه ليس هناك ما يمنع الموطن الفرنسي من أن يعود ويرفع دعواه أمام القضاء الأجنبي إذا أثبت مثلا أن لجوءه أمام القضاء الأجنبي راجعا إلى جهله بأن لخصمه أموالا بفرنسا يجوز له الحجز عليه.

من قبيل الأمثلة أيضا أن يلجأ الفرنسي للدفاع عن نفسه أمام قضاء أجنبي، فمن حقه أنه إذا ما أريد تنفيذ هذا الحكم الأجنبي ضده أن يتمسّك بالمادة 15 ق.م. فرنسي إذا أثبت أن لجوءه أمام القضاء الأجنبي كان راجعا إلى تخوّفه من أن يحجز على أمواله الموجودة في خارج فرنسا.

خاتمة

نختتم هذا البحث ببعض النتائج والاقتراحات:

1) نري ضرورة تدخل المشرع لسنّ نصوص تتعلق بالاختصاص القضائي الدولي بمعناه الضيق على غرار المعايير المعتمدة في القوانين الحديثة.

2) مسألة الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية مسألة أوّلية فهي تسبق الاختصاص التشريعي، وإفراد مشرعنا مادتين فقط وهما المادتان 41 و42 ق.إج.م.إ لها يعدّ نقص فيما يخص هذه المسألة.

3) أعاد المشرع الجزائري نسخ المادتين 10 و11 من ق.إ.م لعام 1966 إلى المادتين 41 و42 من ق.إج.م.إ لعام 2008، وهذا يوحي بأنه لم يأخذ بعين الاعتبار عيوب امتياز الجنسية.

الهوامش:

[1] الفقيه الفرنسي بارتان.

[2] هشام علي صادق، عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص.13.

[3] قانون الإجراءات المدني والإدارية لعام 2008.

[4] محاضرات الأستاذ حبار محمد، ألقيت على طلبة السنة الثالثة ليسانس قانون خاص لعام 2012/2011.

[5] كأن يهمل أب أجنبي أولاده الأجانب المقيمين في فرنسا وعندما يرفع هؤلاء دعوى نفقة ضدّ والدهم يعلن القضاء الفرنسي عدم اختصاصه، وهذا ما يأدي إلى وضع هؤلاء الأبناء في وضع اجتماعي صعب قد يأدي بهم إلى ارتكاب أفعال تمس بالأمن المدني الفرنسي.

[6]

[7] حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى، الجزائر، 2013، ص. 197.

[8] تطبيقا لذلك، فلو عرضت دعوى طلاق أو رجوع بين أجنبيين أمام القضاء الجزائري فإن القضاء الجزائري لا يكون مختصا بنظرها إلا إذا كان المسكن الزوجي موجودا بالجزائر، كما أن القضاء الجزائري لا يكون مختصا بمسائل التركات إلا إذا كان محل افتتاح التركة موجودا بالجزائر وهكذا.

[9] حبار محمد، مرجع سابق، ص.192.

[10] حبار محمد، محاضرات قانون الدولي الخاص.

وضعية الأجانب في الجزائر
The Situation of Foreigners in Algeria

د. الموعد محمد عارف
جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي،
almawed-mohammedaref@univ-eloued.dz

ملخص:

تمارس الجزائر الحق السيادي في تسيير وتأطير حرية تنقل الأجانب من خلال قمة الهرم القانوني للدستور حيث استحدثت جملة من الآليات القانونية ويأتي في مقدمتها القانون رقم 08/11 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الأجانب وإقامتهم بها والتنقل فيها، ومن هذا المنطلق تهدف هاته الدراسة الى فهم دور المشرع الجزائري بتنظيم دخول وخروج وإقامة الأجانب داخل إقليمها، خاصة لما تعرفه من توافد عدد كبير من الأجانب من مختلف الجنسيات في الآونة الأخيرة بعد ما كانت في زمن غير بعيد واحدة من البلاد المصدرة للسكان.

كلمات مفتاحية: الجنسية – الأجانب – القانون الدولي – حق – المواثيق – الوطنية

Abstract:
Algeria exercises the sovereign right to manage and regulate the freedom of movement of foreigners through the top of the legal pyramid of the Constitution, where it has introduced a number of legal mechanisms, the most important of which is Law No. 11/08 relating to the conditions of foreigners' entry, residence and movement therein. From this standpoint, this study aims to understand the role of The Algerian legislator regulates the entry, exit and residence of foreigners within its territory, especially due to the recent influx of a large number of foreigners of various nationalities after it was not long ago one of the countries exporting population.
Keywords: Nationality - foreigners - international law - right - national conventions

مقدمة:

في ديناميكيات التحولات السياسية والاقتصادية الحديثة في الجزائر، تشهد العلاقات الدولية للبلاد تطورات مهمة بين الواقع الحالي والمأمول، وترتبط هذه التحولات بشكل كبير بمدى انفتاح الجزائر على العالم لاستقطاب الأجانب إليها، يشهد العالم اليوم تغيرات سريعة في المشهد الدولي، وتصاعد العولمة والتكنولوجيا وتبادل المعرفة والخبرات، وهذا يعكس تحولاً في النهج السياسي والاقتصادي للدول.

فيما يتعلق بالجزائر، فإن تاريخها السياسي والاقتصادي يتميز بالعديد من التحولات والتغييرات، ومع ذلك، فإن البلاد تعتبر واحدة من اللاعبين الهامين على الساحة الدولية في منطقة شمال إفريقيا، على الرغم من تاريخها الطويل من التعقيدات الداخلية والتحديات الخارجية، فإن الجزائر تسعى جاهدة لتحقيق الاستقرار السياسي والاقتصادي، والانفتاح على العالم يعتبر جزءًا أساسيًا من هذا السعي.

على الرغم من هذه الجهود، فإن هناك تحديات متعددة تواجه الجزائر في مسعاها لاستقطاب الأجانب إليها. من بين هذه التحديات، يمكن ذكر البيروقراطية، ونقص التمويل، والتحديات الأمنية، وعدم الاستقرار السياسي. إلا أن التزام الحكومة بتحسين بيئة الاستثمار وجذب الاستثمارات الأجنبية يبقى على قيد الحياة، وهذا يشير إلى تفاؤل متزايد بمستقبل العلاقات الدولية للجزائر ومدى انفتاحها المتزايد على العالم، هذا يدفعنا إلى طرح السؤال ومحاولة الاجابة عن الاشكالية التالية:

كيف نظم المشرع الجزائري حركة الأجانب في الجزائر؟

استدعت طبيعة الإجابة عن هذه الإشكالية الاعتماد على المنهج التحليلي القانوني في جل موضوعات الدراسة خاصة فيما يتعلق بتحليل النصوص القانونية، كما اعتمدنا في بعض الأحيان على المنهج المقارن فقد وظفنا عند الحديث عن مدى احترام المشرع الجزائري للاتفاقيات الدولية.

يعتبر هذا الموضوع من مواضيع الساعة خاصة فـي ظل توافد عدد لا يستهان به من الأجانب للإقليم الجزائري مما استحدثت الجزائر إجراءات وآليات قانونية تهدف إلى حماية مصالحها من جهة ومصالح الأجانب من جهة أخرى. فأهمية الموضوع تكمن في الكشف عن الواقع القانوني للأجانب المتواجدين في الجزائر.

تهدف هذه الدراسة إلى ترسيخ الرؤية القانونية لمركز الأجانب في المنظومة القانونية الجزائرية من خلال قانون 11/08 وكذلك إلقاء الضوء على أهم الإشكالات القانونية الناتجة عن تواجد الأجانب بالإقليم الجزائري، وابراز ومدى احترام المشرع الجزائري للحد الأدنى من الحقوق الذي يضمن للأجنبي حياة كريمة تتفق مع القيم الإنسانية.

المبحث الأول: التنظيم الإداري الجزائري للأجنبي

كان لزاماً على الجزائر أن تجدد منظومتها الادارية والقانونية الخاصة بالأجانب لتناسب مع هذا الوضع الجديد فأصدرت العديد من النصوص المنقحة والعدلة لما كان عليه، وفي مقدمة تلك النصوص

يأتي القانون رقم 11/08 الخاص بدخول وخروج الأجانب من الجزائر وإقامتهم وتنقلهم فيها والذي يعد الإطار العام والأساس القانوني المنظم لتواجد الأجانب على الإقليم الجزائري.

سنقوم من خلال هذا المبحث بالتطرق لتعريف الأجنبي من منظور القانون الجزائري من خلال المطلب الأول المعنون بأحوال الأجنبي في الجزائري، والمطلب الثاني القواعد المنظمة لمنع دخول الأجنبي للجزائر.

المطلب الأول: أحوال الأجنبي في الجزائر

إن البحث في أحوال الأجنبي داخل التراب الوطني يقتضي بالضرورة البحث عن التشريعات الوطنية التي نظمت مركزه منذ دخوله الإقليم الجزائري إلى حين خروجه منه، والأجنبي صنفان: شخص طبيعي وشخص معنوي.

حيث أختلف الفقهاء والمشرعون وكثير من القضاة في تحديد معنى الأجنبي لكن اختلافاتهم تلك لم تحل دون الوصول إلى فكرة عامة مفادها أن الأجنبي هو كل شخص موجود على إقليم دون أن يكون من المتمتعين بجنسيتها، ويتساوى في ذلك كونه شخصاً طبيعياً كان أو اعتبارياً. فالمشرع الجزائري يعرف الأجنبي في المادة الثالثة من القانون 11/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008 والمتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها بأنه: "يعتبر أجنبيا كل فرد يحمل جنسية غير الجنسية الجزائرية أو الذي لا يحمل أي جنسية".

الفرع الأول: القواعد المنظمة لدخول الأجانب للجزائر

هنالك مجموعة من القواعد الهامة المنظمة لدخول الأجانب الى الجزائر وهي ما يلي:

أ- **جواز السفر:** يجب على كل أجنبي يريد الدخول إلى التراب الوطني الجزائري أن يكون حاملاً لجواز سفر ساري المفعول، أو وثيقة سارية المفعول ، و وثيقة السفر هي وثيقة معتمدة دولياً بشأن تنقل اللاجئين السياسيين وعديمي الجنسية وتمنحها الدولة التي قبلت استقبالهم وإقامتهم فيها طالما أنهم لا يملكون الحماية من طرف بلدانهم الأصلية، وهي تقوم مقام جواز السفر .

ب - **الدفتر الصحي:** يشترط في الأجنبي أن يكون مزودًا بدفتر صحي ، ويعد هذا الدفتر وسيلة للتأكد من خلو الأجنبي من أمراض معينة خاصة المعدية منها ،و التي تؤثر سلبا على الصحة العامة وهذا الإجراء يكفل حماية موانئ الجزائر صحيا وكذلك الأجانب الموجودين في الإقليم الجزائري .

ج- تأشيرة السفر: وجب الإشارة أن جواز السفر وبطاقة السفر المتعلقين بالأجنبي قد لا تكفي لدخول الأجنبي إلى الإقليم الجزائري، بحيث أوجب المشرع على الأجنبي حصوله على تأشيرة السفر التي تمنحها السلطات القنصلية أو الهيئات الدبلوماسية الجزائرية المعتمدة بالخارج مع الإشارة إلى أن مدة صلاحية التأشيرة بحدها الأقصى تتحدد طبقا للقانون 11/08 بسنتين على الأكثر.

وتتحدد مدة الإقامة المرخص بها لهذا الأجنبي، عند كل دخول إلى الإقليم الجزائري بمدّة أقصاها 90 يوما، وفق ما جاءت به المادة 08 من قانون 11/08.

غير أن المشرع أورد في المادة 11 من قانون 11/08 خمس (5) حالات يتم فيها إعفاء الأجنبي من الحصول على هذه التأشيرة، وهذه الاستثناءات ذكرها المشرع الجزائري على سبيل الحصر وهي:

1. الأجنبي الذي يتواجد على متن سفينة راسية في ميناء الجزائر، كما يطبق هذا الحكم القانوني أيضا على الأجنبي الذي يتواجد بمطار جزائري في الجناح الدولي منه متى توقفت الطائرة التي تنقله لسبب من الأسباب.
2. البحار الأجنبي العامل على متن سفينة راسية في ميناء جزائري المستفيد من إجازة على اليابسة طبقاً للاتفاقيات البحرية التي صدقت عليها الدولة الجزائرية.
3. الأجنبي العابر للإقليم الجزائري جوا.
4. الأجنبي عضو طاقم الطائرة المتوقفة بأحد مطارات الجزائر.
5. الأجنبي المستفيد من أحكام الاتفاقيات الدولية أو من اتفاقيات المعاملة.

وفي حالة عدم احترام الاجراءات الخاصة بجواز السفر والتأشيرة، يعاقب الشخص بالحبس من 06 أشهر إلى سنتين وبغرامة ما بين 10.000 دج إلى 30.000 دج حسب نص المادة 44 من نفس القانون.

الفرع الثاني: القواعد المنظمة لإقامة الأجانب في الجزائر

نظم المشرع الجزائري أحكامًا تتعلق بإقامة الأجنبي على التراب الجزائري اقامة تحترم فيها انسانية هذا الأجنبي من جهة ، وحفاظا منه على الأمن الوطني والسكينة العامة من جهة آخري.

1/ الأجانب المقيمين في الجزائر: يوجد حالتان للأجنبي المقيم في الجزائر، فيمكن للأجنبي أن يكون مقيما بصفة مؤقتة، ويمكن أن يكون مقيما بصورة دائمة، كما سيتم بيانه:

أ / **الأجنبي المقيم بصفة مؤقتة:** هو الشخص الذي لا ينوي الاستقرار بصورة دائمة فوق الإقليم الجزائري بل يرغب في الإقامة المؤقتة التي تفوق المدة التي يقيم فيها الشخص الأجنبي غير المقيم والتي لا تتعدى مدة إقامته أكثر من 90 يوما غير أنه يجب عليه الحصول على ضمان سفر Assurance de voyageوهذا ما نصت عليه المادة 4/4 من قانون 11/08 كما يجب عليه أن يقدم إمكانيات للعيش حسب مدة إقامته فوق الإقليم الجزائري.

ب/ الأجنبي المقيم بصورة دائمة : وهو الشخص الأجنبي الذي يريد تحديد إقامته الفعلية والمعتادة والدائمة في الجزائر والذي يمنح له من طرف الولاية التي يقيم فيها بطاقة الإقامة يكون مدة صلاحيتها سنتين حسب المادة 1/16من قانون رقم 11/08ويجب على هذا الأجنبي أن يطلب بطاقة الإقامة خلال 15 يوم قبل انتهاء صلاحية التأشيرة، وهذا ما نصت عليه المادة 18 من قانون 11/08 بذلك يصبح الأجنبي مقيما بصفة دائمة في حالة قبول طلبه كما يجب عليه الخضوع لإجراءات الإقامة في الجزائر عن طريق حصوله على بطاقة الأجنبي.

2/ شروط وإجراءات الحصول على بطاقة الإقامة: من أجل الحصول على بطاقة الإقامة يجب أن تتوافر شروط، فيجب أن يوضح طالب الإقامة في طلبه، وهو الأساسي، هدف الإقامة، ويجب أن يرفق معه الحالة المدنية له، والحالة العائلية، وشهادة طبية. وعلى الأجنبي أن يبرر دخوله العادي والقانوني للجزائر (جواز السفر وتأشيرة الدخول)، كما يجب أن يقدم ضمان فيما إذا كان له مصدر رزق أو تصريح بالعمل. وبعد تحرير هذا الطلب يقدمه إلى محافظة الشرطة، أو إلى مستوى المجلس الشعبي البلدي وتمنح بطاقة الإقامة إلى والي الولاية.

غير أنه: يمكن سحب بطاقة الأجنبي للسبب التالي:

- إذا لم يستوفي الأجنبي شروط منح البطاقة المادة 1/22 من القانون رقم 11/08 ففي هذه الحالة يخطر الأجنبي المعني وتعطى له مهلة 30 يوما ابتداء من تاريخ الإخطار المادة 2/22 من قانون 08/11، غير أنه يمكن تمديد مهلة 30 يوما الى 15 يوم أخرى بموجب طلب مسبب صادر من الأجنبي (المادة 3/22 من قانون 11/08) .

المطلب الثاني: القواعد المنظمة لمنع دخول الأجنبي للجزائر

دخول الأجنبي إلى إقليم دولة ما لا يعني إعطاء حق له يتمته به فـي كل الظروف بل بإمكان السلطات المختصة المكلفة بالمراقبة فـي المراكز الحدودية أن ترفض دخوله إلى الإقليم الجزائري.

بالرجوع إلى ما ورد فـي نص المادة 05 من القانون 08/11 فإنه يمكن لوزير الداخلية منع أي أجنبـي من الدخول إلى الجزائر، كما يمكن لوالي الولاية التي يريد الأجنبي الدخول إليها منعه من ذلك، في حالات معينة وهي: إذا كان يهدد النظام العام وإذا كان يهدد أمن الدولة ، واذا كان يمس بمصالح الجزائر الأساسية والدبلوماسية.

ينفذ قرار رفض الدخول إلى الجزائر الصادر بحق الأجنبي من طرف السلطات الإدارية المختصة فتقوم شرطة الحدود التي منعت الأجنبي من الدخول سواء عن طريق الجو أو البحر بإعادته بنفس الوسيلة التي قدم بها.

حيث تقوم مؤسسة النقل بنقله و هذا بطلب من السلطات المختصة و المكلفة بالمراقبة عبر المراكز الحدودية بإعادته إلى البلد القادم منه، وفي حالة استحالة ذلك فإلى البلد الذي سلمه وثيقة السفر أو إلى أي بلد أخري قبل دخوله ، و هذا طبقا للمادة 34 من القانون 11/08.

الفرع الأول: القواعد المنظمة لخروج الأجانب من الإقليم الجزائري

يحق للأجنبي مغادرة التراب الوطني بصورة طبيعية وبمحض إرادته وتتم رقابة بسيطة على الخروج ويسمى هذا الخروج الإرادي، غير أنه في بعض الأحيان يجبر الأجنبي على مغادرة البلد عنوه عنه وهو ما يعرف بالخروج اللاإرادي.

الفرع الثاني: القواعد القانونية المنظمة لتشغيل الأجانب في الجزائر

هنالك مجموعة من القواعد القانونية التي تلعب دوراً هاماً لتشغيل الأجانب في الجزائر وهي:

1- **شروط تشغيل للأجانب:** يتوقف مزاولة العامل الأجنبي لنشاط مأجور في الجزائر على شروط وإجراءات جوهرية تضمنتها مختلف النصوص القانونية والتنظيمية منها القانون 10/81 والقرار 510/82 والقانون رقم 11/08 ومن هذه الشروط ما هو موضوعي ومنها ما هو شكلي.

2- **الشروط الموضوعية لتشغيل الأجنبي:** أن يكون تشغيل الأجنبي وفقا لاحتياجات التنمية الوطنية (المادة 01 من قانون رقم 10/81)

3- وجوب تمتع الأجنبي لمستوى تأهيل يساوي على الأقل المستوى التقني ما عدا حالة رعايا دولة أبرمت معها الجزائر معاهدة أو اتفاقية، وكذا الأشخاص الذين يتمتعون بصفة اللاجئ السياسي (المادة 3 من قانون 10/81 - (وجوب التصريح الصادر من هيئة صاحبة العمل لدى مصالح العمل المختصة إقليميا بكل أجنبي يمارس نشاط مدفوع الأجر ويكون غير ملزم بجواز السفر.

4- يجب على العامل الأجنبي أن يكون حائزا على الشهادات المهنية اللازمة، والمؤهلات المهنية للوظيفة الواجب شغلها وهذا ما نصت عليه المادة 3/5 من قانون 10/80

5- وجوب تمتع الأجنبي بالسلامة البدنية؛ لذا اشترط خضوعه للمراقبة الصحية التي تثبت توفر الشروط المحددة للتنظيم المعمول به.

1. **الشروط الشكلية لتشغيل العمال الأجانب:** يخضع عقد العمل في الجزائر مع أجنبي إلى شرطين شكليين يتمثلان في رخصة العمل المؤقتة وجواز العمل.

- **رخصة العمل المؤقتة:** هذه الرخصة تمنح للعمال الأجانب المدعوون لممارسة نشاط مدفوع الأجر ويكون هذا لمدة تقل عن ثلاثة أشهر أو تساويها ويتم عن طريق تحرير طلب معلل من الهيئة بعد أخذ رأي ممثلين، وهذه الرخصة لا يمكن تجديدها أكثر من مرة واحدة في السنة (المادة 08من قانون 10/81)
- **جواز العمل:** يمنح جواز العمل حسب المادة 11 من قانون 10/81 للأزواج الأجانب للمواطنين والمواطنات الجزائريين

المبحث الثاني: حقوق وواجبات الأجنبي في القانون الجزائري

تمتلك الدولة في معاملاتها للأجانب سلطة واسعة النطاق لا تحدها إلا الاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية التي تسود إقليمها، حيث يكفل القانون الجزائري طائفة من الحقوق تجد أساسها في الدستور في مادته السابعة والستين على حماية شخص وممتلكات الأجانب الموجودين بطريقة قانونية على الإقليم الجزائري، وعلى الجانب الآخر على الأجنبي مجموعة من الواجبات عليه اتباعها اتجاه الدولة الجزائرية، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المطلب الأول حقوق الأجنبي والمطلب الثاني واجبات الأجنبي.

المطلب الأول: حقوق الأجانب في وفق القانون الجزائري

لقد أورد القانون 11/08 جملة من الحقوق والواجبات لتي يتمتع بها الأجنبي خلال إقامته بالجزائر نوردها كالآتي:

الفرع الأول: حقوق الأجانب

1. **الحقوق السياسية و الوظائف العمومية:** تقتصر على الجزائريين فقط ، مع الاشارة الى ان الاجنبي بمجرد حصوله على الجنسية الجزائرية يمكنه ممارسة هذه الحقوق.

2. **الحريات العامة:** نص المشرع الجزائري على حرية التنقل في القانون رقم 11/08 المتعلق بشروط دخول إقامة الأجانب وتنقلهم في الجزائر دون المساس بالسكينة العامة والآداب العامة، كما مكَّن المشرِّع الجزائري الشخص الأجنبي من اللجوء إلى القضاء للحصول على حقوقه ، و من بين الحريات مثلا الحق في الزواج سواء بين الاجانب او بين جزائري او جزائرية بأجنبي او اجنبية و التي درسناها بالتفصيل عند الحديث عن تنازع القوانين في مسائل الاحوال الشخصية .

أما عن الحريات الجمعوية فان تكوين الجمعيات والقيام بنشاطاتها وفق القانون الجزائري يقتصر على الوطنيين دون الأجانب؛ فلا يجوز للأجانب تكوين أية جمعية مهما كان نشاطها، ولا يمكن لأية جمعية أن تنشط داخل التراب الوطني إلا في حالة وجود الاتفاقات الثنائية التي تبرمها الجزائر.

3. **الحقوق الاجتماعية:** إن اقامة الأجنبي بصفة شرعية في أي بلد تكفل له نفس الحقوق التي يتمتع بها الوطني كالتمتع بالخدمات العمومية كالتعليم وخدمات الضمان الاجتماعي، والمساعدات العائلية، والتعويض عن حوادث العمل فيما يخص تشغيل الأجانب، والمساعدات الاجتماعية كالمساعدة الصحية ومنح التقاعد والمساعدة القضائية. وتعد هذه الحقوق من قبيل الحقوق التي تدخل ضمن حقوق الإنسان عامة والتي نص عليها العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، والتي انضمت إليها الجزائر بتاريخ 16 مايو 1989.

4. **حق الإيجار و حق التملك:** مهما كانت طبيعة الإيجار سواء أكان إيجار مسكن أم إيجار محل مهني فإنه يعد حقًّا من حقوق الشخص الأجنبي.

أما عن حق التملك ،فانه يحق للأجنبي تملك الأشياء يمكن أن ينصب على المنقولات كما يمكن أن ينصب على الملكية الفكرية .فيجوز للأجنبي أن يتملك المنقولات عن طريق الشراء، أما بخصوص

بيعه لهذه المنقولات فإن هذا الأمر متعلق بأهمية الموضوع بالنسبة للتأثير على أهمية الاقتصاد؛ ففي هذه الحالة يتطلب الأمر الحصول على ترخيص من وزارة المالية وفقا للمادة الثانية من المرسوم رقم 32/72 المؤرخ في 21 جانفي 1972فالشخص الأجنبي، له الحق في تملك الحقوق الأدبية والفنية والحق في تملك الملكية الصناعية، يحق له ذلك وفقا للقواعد العامة.

إن حق تملك العقارات مقتصر على الجزائريين فقط دون الأجانب، سواء تعلق الأمر بتملك العقارات الخاصة بالسكن أو بالمهنة أو بالتجارة أو بالحرفة، وسواء كان ذلك عن طريق التنازل (المرسوم رقم 32/72 المؤرخ في 21 جانفي 1972) أو عن طريق الشراء (المادة 5 و07 من قانون رقم 10/81 المؤرخ في 07 جانفي 1981.

5. **الحق التقاضي:** من حق الأجنبي اللجوء إلى القضاء عن طريق محاكم الدولة التي يوجد فيها ،و قد نص القانون الجزائري على حق الأجنبي ونظَّمه بموجب المادة 41 والمادة 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يتعلق بالدعاوى المرفوعة من الأجانب أو ضدهم كما سبق الاشارة اليه و دراسته في مواضيع القانون الدولي الخاص

المطلب الثاني: واجبات الأجنبي فوق الاقليم الجزائري

إن المشرع الجزائري في تنظيمه لوضع الأجانب وفقاً للقانون 11/08 قد راعى الحد الأدنى من الحقوق الإنسانية لـلأجنبي بوصفه إنساناً قبل أن يكون أجنبي وقد جاء هذا فـي اطار احترام الجزائر لمبادئ القانون الدولي لحقوق الإنسان، وعلى الصعيد الآخر هنالك عدة واجبات وجب على الأجنبي المتواجد فوق الاقليم الجزائري اتباعها وهي كالتالي:

الفرع الثاني: واجبات الأجنبي داخل الاقليم الجزائري

هنالك مجموعة من الواجبات على الأجنبي المقيم بطريقة قانونية داخل الاقليم الجزائري عليه اتباعها وهي كالآتي:

1. **احترام قوانين الدولة ونظامها العام والخضوع لسلطاتها:** إن الأجانب ملزمون شأنهم شأن الوطنيين باحترام القوانين و اللوائح المعمول بها في الدولة التي يتواجدون على إقليمها، كما يجب ألا يتضمن معاملاتهم وسائر تصرفاتهم خروجا عن قوانين تلك الدولة ،كذلك يجب أن يخضع الأجانب، كالوطنيين لسلطات الدولة القضائية والإدارية، باستثناء العاملين في السلك الدبلوماسي والقنصلي.

2. أداء التكاليف المالية (الضرائب): إن قاعدة الأعباء التي يتحملها الأجنبي في ماله كالضرائب والرسوم و الجمارك في القانون الجزائري هي أن الأجانب متى توفرت فيهم شروط الخضوع لتلك التكاليف يلتزمون بأدائها كالوطنيين ،و العلة في ذلك أن الأجنبي يستفيد كالوطني من المرافق العامة للدولة، كما أنها تمثل مصدر دخل الأجنبي طوال إقامته، وكذلك هي موقع المال الخاضع للضريبة.

الخاتمة:

في الختام وبعج اطلاعنا على الموضوع المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر والذي حاولنا من خلاله إلقاء الضوء على وضع الأجانب الوافدين إلى الجزائر وفقا للقانون 11/08 ومن خلال معالجة الإشكالية المطروحة، خلصنا إلى نقطتين أساسيين أولهما حوصلة للموضوع والنتائج المتوصل إليها، وثانيهما التوصيات.

إن القانون 08/11 قد ساير الاتجاهات الحديثة في شان قبول دخول وخروج وإقامة الأجانب في الأراضي الجزائرية وتمتع الأجنبي بسائر الحقوق اللازمة لحياته وكيانه الإنساني، فقد اشترط القانون 11/08 مجموعة من الشروط لدخول الأجنبي للإقليم الجزائري، بالمقابل يحق لسلطات الجزائرية منع دخول أي أجنبي غير مرغوب فيه لأسباب ودوافع مختلفة.

فضلا على ما تقدم فإن سياسة الدولة في معاملة الأجانب تختلف بالضرورة طبقا لظروفها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، ولا شك أن الدولة تتمتع بحرية مطلقة في معاملة الأجانب في إقليمها وفقا لما تراه محققا لمصالحها السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تسعى إلى تحقيقها.

وقد أرينا أن الدولة قد ترى لاعتبارات خاصة بسياستها التشريعية أن تعامل الأجانب معاملة الوطنيين، إن امتداد العلاقات التجارية وتوسعها وانتشارها وتشابك مصالح الدولة يحتم على كل دولة تحسين مركز الأجانب فيها ومنحهم قدراً من الحقوق يتناسب وكرامتهم.

بناء على النتائج السابقة يمكن تقديم بعض **التوصيات:**

1/ تجميع النصوص القانونية الخاصة بالأجانب في تقنين واحد يشمل جميع المسائل المتعلقة بوجود الأجانب طبيعيين كانوا أو معنويين على الإقليم الجزائري.

2/ العمل على تعميم محتوى النصوص القانونية الناطقة لحقوق الأجنبي في الجزائري ليس على مستوى الأجانب فحسب بل ضمان وصولها أيضا إلى جميع الجزائريين سواء كانوا مواطنين عاديين أو حتى موظفين تابعين لدولة أو القطاع الخاص سيما الذين يكونون في تماس مباشر مع الأجانب.

3/ اعادة النظر فيما يتعلق بتشغيل اليد العاملة الأجنبية في الجزائر خاصة فيما يتعلق بتشغيل غير القانوني للأجانب مع تشديد العقوبات بهذا الخصوص.

المصادر والمراجع:

النصوص القانونية

- الدستور الجزائري
- قانون رقم 11/08 المؤرخ في 2008/04/25 والمتعلق بشروط دخول الأجناب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها الصادر بالجريدة الرسمية رقم سنة 2008
- الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/2 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

الكتب:

- حفيظة السيد حداد، **المدخل إلى الجنسية ومركز الأجانب**، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2010. ص302
- عليوش قربوع كمال ، **القانون الدولي الخاص الجزائري** ، **تنازع القوانين** ، الجزء الأول ، دار هومة للنشر والتوزيع ، ط8، الجزائر
- الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا**، ديوان المطبوعات الجامعية ط1، الجزائر، 2010
- عكاشة حمد عبد العال، **تنازع القوانين** ,دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر

المقالات:

- محمد رفيق بكاي ونسيمة قناوي، مركز الأجنبي في القانون الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 28 سنة 2018

- بولرباح غريب، " العوامل المحفزة لجذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة و طرق تقييمها (دراسة مقارنة) "، مجلة الباحث، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة قاصدي مرباح – ورقلة، عدد 10، 2012 ص99_ 110.
- ساحل محمد، " تجربة الجزائر في مجال جذب الاستثمار الأجنبي المباشر– دراسة تقييمية ، " – مجلة علوم إنسانية، عدد 41، 2009 ص 49
- عبدون عبدان، رفض دخول الأجانب و تهريب المهاجرين، مجلة الشرطة، العدد 86، الجزائر، 2010، ص19
- سعية حمود، **الهجرة وقانون الأجانب في الجزائر**، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، جامعة الجلفة العدد السادي/ سبتمبر 2019

الرسائل والمذكرات

- اقلولي محمد، **النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار" التجربة الجزائرية نموذجا"**، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدول في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، 2006.
- قصوري رفيقة، **النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر – باتنة، 2011.
- حمزة عبابسة، **الجماية القانونية للمهاجرين في القانون الدولي**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017/2016

عدم مخالفة النظام العام كشرط لتنفيذ الأحكام الأجنبية –دراسة مقارنة.

Not violating public order as a condition for implementing foreign judgments-a comparative study.

د. مريني فاطمة الزهرة

جامعة محمد بوقرة – بومرداس

f.merini@univ-boumerdes.dz

ملخص:

إن تنفيذ الأحكام الأجنبية في التشريع والقضاء الجزائري والتشريعات المقارنة لديه أهمية بالغة، فتنفيذ الأحكام الأجنبية والاعتراف بها يخضع إلى إجراءات معينة تفرضها تشريعات مختلف الدول بما فيها التشريع الجزائري، كما أن تنفيذ هذه الأحكام يخضع إلى شروط معينة.

من أهم الشروط التي تقف أمام تنفيذ الأحكام الأجنبية هو عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة، فالنظام العام يعتبر من أهم الأسباب الذي تؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وذلك بطبيعة الحال عندما تشير قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي إلى تطبيق القانون الأجنبي ولكن تطبيق الدفع بالنظام العام يكون أيضا عند تنفيذ الأحكام الأجنبية.

كلمات مفتاحية: مخالفة، النظام العام، تنفيذ، الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة.

كلمات مفتاحية: عقد الامتياز؛ المنازعات؛ العقار الصناعي؛ الاستثمار، القضاء.

Abstract:

The enforcement of foreign judgments in the Algerian legislation, judiciary, and comparative legislation is of great importance. The enforcement and recognition of foreign judgments is subject to certain procedures imposed by the legislation , and the enforcement of these judgments is subject to certain conditions.

One of the most important conditions that stand in the way of implementing foreign rulings is that these rulings violate public order is considered one of the most important reasons that lead to excluding the enforcement of foreign rulings.This is of course when the rule of attribution in the law of the judge s country refers to the application of foreign law , but the application public order also applies when enforcing foreign judgments.

Keywords: public order; to implement; foreign judgments; condition; a comparative study.

مقدمة:

توسع العلاقات وزيادة حركة انتقال الأشخاص من بلد إلى بلد أخر سمح بظهور علاقات خاصة دولية، وبظهور هذه العلاقات لابد من وضع قوانين وأحكام تنظمها.

وجود هذه العلاقات أدى إلى وجود أحكام تصدر في دولة أجنبية ويراد تنفيذها في دولة أخرى وهذا ما قد يؤدي إلى المساس بسيادة الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها من جهة، ومن جهة أخرى قد يمس بالمبادئ السائدة والآداب العامة في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه، وكون أن تنفيذ هذه الأحكام يمس بسيادة الدولة والمبادئ العامة فلابد من وضع شروط لحماية سيادة الدولة ومبادئها.

المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى ومن أجل تنفيذ الأحكام الأجنبية وضع مجموعة من الشروط، وفي مقدمتها عدم مخالفة النظام العام، فالدفع بالنظام العام عند تنفيذ الأحكام الأجنبية يعتبر وسيلة قانونية فعالة.

فكيف يكون الدفع بالنظام العام عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة؟

من أجل الإجابة على هذه الإشكالية نعتمد المنهج الوصفي والمنهج المقارن ونقسم الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم النظام العام والأحكام الأجنبية في القانون الدولي الخاص.

المبحث الثاني: أثر تطبيق فكرة النظام العام على تنفيذ الأحكام الأجنبية.

المبحث الأول: مفهوم النظام العام و الأحكام الأجنبية في القانون الدولي الخاص.

يعتبر ضبط فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص من أصعب الأمور، و من أجل فهم النظام العام في القانون الدولي الخاص نحاول البحث عن تحديد مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص(المطلب الأول)، ثم إلى مفهوم الأحكام الأجنبية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص.

من أجل فهم النظام العام في القانون الدولي الخاص يجب البحث في تعريف النظام العام الفرع الأول، ثم إلى تحديد خصائص النظام العام الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف النظام العام.

هناك عدة تعاريف للنظام العام ومن بينها (مجموعة من المباديء والمفاهيم المتعلقة بالأخلاق والعادات المتأصلة في المجتمع والتي تسعى إلى تحقيق العدالة، وأن تلك القواعد الدولية المشتركة تنشأ من اللحظة التي يعتبر فيها مجموعة من الدول أحد المبادئ متعلقا بالنظام العام أيا كان مصدر هذه القواعد).[1]

(مجموعة من المبادئ والمفاهيم المتعلقة بالأحداث والعادات المتأصلة في المجتمع والتي تسعى إلى تحقيق العدالة، وأن تلك القواعد المشتركة تنشأ من اللحظة التي يعتبر فيها مجموعة من الدول ذات تنظيم سياسي أواقتصادي أو اجتماعي مشترك بأن هذه أحد المباديء متعلقا بالنظام العام أيا كان مصدر هذه القواعد).[2]

كما عرفه الفقيه عزالدين عبد الله 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]

عرفه الفقيه جمال محمود الكردي بأنه(صمام الأمن الذي يحمي المجتمع الوطني من القوانين الأجنبية التي تتعارض أحكامه مع المبادئ الأساسية أو القيم العليا التي يقوم عليها المجتمع الوطني)[4].

عرفه جانب من الفقهاء (يتمثل في مجموعة القواعد التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة، سياسية أواجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة و تحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقيات فيما بينهم، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة).[5]

بالنسبة للنظام العام لا يمكن وضع تعريف جامع ومحدد و دقيق للنظام العام كما يستحيل وضع قائمة تشمل ما يعتبر من النظام العام وما لا يعتبر من النظام العام، لكن أقرب تعريف للنظام العام في القانون الدولي الخاص (هو ما يعتبره مجموعة المباديء والأسس الجوهرية السياسية والاقتصادية

والاجتماعية والدينية التي يقوم عليها مجتمع معين في لحظة معينة، والتي لا يسمح بمخالفتها من قبل القانون الواجب التطبيق، سواءا أكانت تلك المبادئ مجسدة بنصوص تشريعية أم لم تكن كذلك).[6]

يجب الإشارة إلى أن فكرة النظام العام معروفة في القانون الداخلي، لكن فكرة النظام العام في القانون الداخلي يختلف دورها عن القانون الدولي الخاص، فالهدف الأساسي للنظام العام في القانون الداخلي هو استبعاد تطبيق اتفاقات الأفراد المخالفة للنصوص الأمرة ، بينما في القانون الدولي الخاص يعمل النظام العام على استبعاد ومنع تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية إذا كان تطبيقه يمس بالمبادئ والأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني.[7]

من خلال التعاريف السابقة يتضح بأنه لا يوجد تعريف موحد للنظام العام، ولا توجد قائمة محددة في مختلف التشريعات لتحديد ما يعتبر من النظام العام وما لا يعتبر من النظام العام.

الفرع الثاني: خصائص النظام العام

يتمتع النظام العام بمجموعة من الخصائص ومن أهمها:

أولا: النظام العام فكرة وطنية: من أهم خصائص النظام العام أنه فكرة وطنية، فيرتبط النظام العام بالدعائم والأركان الأساسية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي الناظر في النزاع، وهذه الدعائم سواء السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الدينية، ففكرة النظام العام فكرة تختلف من دولة لأخرى.[8]

ثانيا: نسبية النظام العام: النظام العام في القانون الدولي الخاص فكرة متغيرة، أي فكرة نسبية وهذه النسبية هي نسبية من حيث المكان ومن حيث الزمان، فنسبية النظام العام من حيث المكان يقصد بها أن النظام العام يختلف من دولة إلى أخرى فما يعتبر من النظام العام في هذه الدولة قد لا يعتبر من النظام العام في دولة أخرى، فزواج المسلمة من غير المسلم مثلا يعد مخالفا للنظام العام في سورية عكس زواج المسلم من غير المسلمة في حين الزواج الأول يعد موافقا للنظام في دول أخرى.[9]

توجد العديد من الأمثلة و التي تدل على اختلاف مفهوم النظام العام من دولة إلى أخرى ومن بين أهم هذه الأمثلة:[10]

– اعتبار فرنسا القانون الأجنبي الذي يسمح بتعدد الزوجات مخالف للنظام العام الفرنسي.

– اعتبار فرنسا القانون الجزائري الذي يرفض ويحرم زواج المسلمة بغير المسلم مخالفا للنظام العام الفرنسي.

– اعتبار الجزائر كل قانون أجنبي لا يسمح بزواج مختلفي اللون مخالفا للنظام العام في الجزائر.

فيما يخص تغيير فكرة النظام العام من حيث الزمان، يعني أن فكرة النظام العام تختلف داخل الدولة الواحدة من زمن إلى أخر فمثلا لو كانت الدولة تسمح بنظام التبني ثم أصبح التبني مخالفا للنظام العام.[11]

ثالثا: النظام العام ذو طابع قضائي: يلعب القاضي دورا مهما في تحديد مدى تعارض القانون الأجنبي المختص مع النظام العام في دولة القاضي، لكن يجب الإشارة إلى أن القاضي وهو بصدد استبعاد القانون الاجنبي لمخالفته للنظام العام يجب أن يكون تقديره على أسس موضوعية بحتة مأخوذة من الشعور العام للجماعة الوطنية و لا يخضع في ذلك لميولاته الشخصية، وهذا ما وضحته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري(و يخلق بالقاضي أن يتحرر من إحلال أرائه الخاصة في العدد الإجتماعي محل ذلك التيار الجامح للنظام العام أو الأداب فالواجب يقتضي أن يطبق مذهبا تدين به الجماعة بأسرها لا مذهبا فرديا خاصا).[12]

المطلب الثاني: مفهوم الأحكام الأجنبية.

من خلال نص المادتين 605 والمادة 606 التي جاءتا في الفصل الثاني تحت عنوان في تنفيذ السندات الأجنبية، وضح ما يعتبر من السندات الأجنبية.[13]

وعليه يشترط للإعتراف بالحكم الأجنبي أن تتوفر فيه مجموعة من الخصائص ومن أهمها:

الفرع الأول: صفة الحكم.

(يقصد بالحكم السند الفاصل قضائيا أو ولائيا في نزاع والصادر عن هيئة نظامية مختصة تملك سلطة إصدار الأحكام وظيفيا وموضوعيا طبقا لقانون أجنبي وتتحدد مقومات الحكم حسب قانون القاضي المصدر له وليس قانون القاضي المراد تنفيذ الحكم في إقليمه ومن ثمة تعد حكما الوثائق الأجنبية المعبرة عن تصريح بالإرادة المنفردة المصادق عليها بحكم أجنبي كتصريحات الطلاق في الدول التي تعتد بالطلاق الانفرادي ولا تهم في الحكم جنسية الخصوم ما اذا كانوا وطنيين أم أجانب أم مختلطين وينصرف معنى القرار إلى الحكم الصادر عن درجة التقاضي الثانية أو الصادر عن محكمة القانون)[14]

الفرع الثاني:صفة الأجنبي.

بالنسبة للحكم الأجنبي هناك من عرفه (الحكم الصادر من هيئة قضائية باسم سلطان دولة أجنبية بمقتضى ما لها من وظيفة قضائية بصرف النظر عن مكان صدوره)[15]، يكون الحكم أجنبيا إذا صدر من جهة قضائية لها سلطة الفصل في النزاعات المعروضة أمامها باسم سيادة أجنبية، لا تقتصر صفة الأجنبية على مكان صدور الحكم، فمثلا الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية تعد أجنبية بالنسبة لدولة هولندا حتى وإن صدرت فيها، فصفة الأجنبية تثبت بالمقارنة للصفة الوطنية، فيعتبر قرار التحكيم أجنبيا إذا كان مثلا خاضعا لقانون أجنبي أو صدر في الخارج.[16]

الفرع الثالث: تعلق الحكم بمواد أو مسائل القانون الخاص.

الحكم الأجنبي القابل للتنفيذ في الخارج هو الحكم الذي يتعلق بمسائل القانون الدولي الخاص وكذلك الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، أما الأحكام الجزائية فهي إقليمية التنفيذ إلا في حالة وجود اتفاقية دولية خاصة أو أنها تعلقت بمصالح مدنية أو تجارية ففي هذه الحالة يجوز تنفيذها في الخارج.[17]

الأحكام الإدارية والجزائية، لا تمهر بالصيغة التنفيذية، ويرجع ذلك إلى قاعدة إقليمية القوانين، لكن السؤال المطروح بالنسبة للقرارات المدنية الصادرة عن المحاكم الجزائية والإدارية، فمثلا الحكم المدني الذي ينص على تعويض عن ضرر بسبب دعوى عمومية صادرة من القضاء الجزائي يكون قابل للتنفيذ والأمر نفسه يطبق على الأحكام الصادرة في القضاء الإداري، فمثلا لو أصدرت المحكمة الإدارية قرار يقضي بتعويض مالي لصالح أحد الأفراد ضد مؤسسة عمومية، فالعبرة تكمن في طبيعة القرار وليس نوع الهيئة التي أصدرت الحكم.[18]

المبحث الثاني: علاقة النظام العام بتنفيذ الأحكام الأجنبية.

إن تنفيذ الأحكام الأجنبية في دولة القاضي الوطني يخضع لشروط معينة نصت عليها أغلب التشريعات،شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية (المطلب الأول)، ومن أهم هذه الشروط الدفع بالنظام العام وعليه أثر تطبيق فكرة النظام العام على تنفيذ الأحكام الأجنبية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية.

إن تنفيذ الأحكام الأجنبية يخضع لشروط معينة هذه شروط نصت عليها تشريعات أغلب الدول وعمل بها أيضا قضاء مختلف الدول، من أهم هذه الشروط الإختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية الفرع

الأول، شرط المعاملة بالمثل الفرع الثاني، عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدوره من القضاء الجزائري الفرع الثالث، حيازة الحكم لقوة الأمر المقضي فيه الفرع الرابع.

الفرع الأول: الإختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية.

يقصد به أنه يجب على القاضي الذي أصدر الحكم الأجنبي أن يقوم بتحديد اختصاصه وفقا لقانون الدولة التي سينفذ فيها الحكم، وهذا ما يعتبر صعب من الناحية العملية، فالقاضي لا يأخذ إلا بأوامر المشرع الذي ينتمي إلى دولته وبالتالي الفقه الحديث استبعد هذه الفكرة واكتفى بأن يكون القاضي مصدر الحكم مختصا وفقا لقواعد الاختصاص في الدولة التي ينتمي إليها.[19]

الفرع الثاني: شرط المعاملة بالمثل.

يقصد بهذا الشرط معاملة القاضي الوطني للأحكام الأجنبية المراد تنفيذها في الجزائر نفس المعاملة التي يعامل بها القضاء الأجنبي للأحكام الوطنية المراد تنفيذها في هده الدولة الأجنبية، ومثال على ذلك إذا كان قضاء الدولة الأجنبية يأخذ بنظام الدعوى الجديدة يتعامل القضاء الجزائري مع أحكام تلك الدولة بنفس المعاملة أي ضرورة وضع دعوى جديدة.[20]

هناك العديد من التشريعات التي أخدت بمبدأ المعاملة بالمثل صراحة و من أهم هذه التشريعات القانون التونسي المادة 319، المادة 296 من قانون المرافعات المصري، المادة 306 من قانون المرافعات السوري، المادة 405 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي.[21]

شرط المعاملة بالمثل يأخذ عدة صور، من بين هذه الصور، الصورة الأولى وهي الصورة الدبلوماسية، حيث يتم النص على هذا الشرط في معاهدة دولية، إذ يلتزم الأطراف المتعاقدة بمعاملة الأحكام الصادرة من الدول المتعاقدة بنفس المعاملة، أما الصورة الثانية هي الصورة التشريعية، إذ يربط تنفيذ الحكم الأجنبي بضرورة أن يكون تشريع الدولة التي صدر الحكم من محاكمها يسمح بتنفيذ أحكام الدول الأخرى، كما أن هناك مجموعة من الدول تقوم بوضع أنظمة تحدد من خلالها أسماد الدول التي تعاملها بالمثل.[22]

يجب الإشارة إلى أن هذا الشرط أخذت به بعض التشريعات وتشريعات لم تأخذ به، المشرع الجزائري لم يأخذ به، وقد أصاب في ذلك لأن هذا الشرط مقبول في العلاقات السياسية والإقتصادية بين الدول ووجود هذا النص يؤثر سلبا على مصالح الأفراد، بالإضافة إلى صعوبة إثباته من طرف طالب التنفيذ.[23]

الفرع الثالث: عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدوره من القضاء الجزائري.

لقد أقر هذا المبدأ القانون و القضاء، فبالرجوع إلى النصوص القانونية ومن خلال نص المادة 605 ق إ م إ نصت على ضرورة عدم التعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، فبالنسبة للقضاء الجزائري أكد على شرط عدم تعارض الحكم الأجنبي المراد تنفيذه مع حكم سبق وأن أصدرته المحاكم الجزائرية، وهذا المبدأ أقر ته المحكمة العليا في قراراتها.[24]

الفرع الرابع: حيازة الحكم لقوة الأمر المقضي فيه.

من خلال نص المادة 605 من ق إ م إ، نجد أنه من بين شروط تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري، أن يكون الحكم حائز لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه.[25]

بالنسبة لشرط حيازة الحكم لقوة الأمر المقضي فيه، فيه تشريعات تشددت فيه إذ لم تكتفي هذه التشريعات بحيازة الحكم لقوة الأمر المقضي فيه وإنما اشترطت أن يكون الحكم الأجنبي حائزا للصفة التنفيذية في الدولة التي صدر فيها.[26]

بالإضافة للشروط السابقة هناك شرط أخر وهو عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة في الجزائر وهذا ما سنوضح من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني: أثر تطبيق فكرة النظام العام على تنفيذ الأحكام الأجنبية

يخضع تنفيذ الأحكام الأجنبية إلى الشروط التي سبق الإشارة إليها بالإضافة إلى شرط أساسي وهو عدم مخالفة النظام العام، وتطبيق الدفع بالنظام العام عند تنفيذ الأحكام الأجنبية يكون من الناحية الفقهية عدم مخالفة النظام العام فقها الفرع الأول، وكذلك أثبت القضاء استخدام فكرة النظام العام كصمام الأمن عدم مخالفة النظام العام قضاءا الفرع الثاني.

الفرع الأول: عدم مخالفة النظام العام فقها

يعتبر شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام و الأداب في الجزائر من الشروط الأساسية من أجل تنفيذ الأحكام والقرارات الأجنبية في الجزائر، فلا يجوز تطبيق القانون الأجنبي ولا يعترف بالأحكام المخالفة له، فيؤخذ بالنسبة للنظام العام بمفهومه في القانون الدولي الخاص، فالنظام العام يلعب دورا في مجال إنشاء الحقوق وفي التمسك بأثارها، ومن القواعد المتعلقة بتطبيق النظام العام هو الجواز بالتخفيف

من إعماله إذا لم تكن المخالفة جوهرية، لكن في حالة مخالفة الأسس العامة للمجتمع و قيمه الدينية والخلقية، فمثلا لا يجوز تنفيذ حكم يقر دين قمار. [27]

إذا كان الحكم الأجنبي متعارضا في جزء منه مع النظام العام فيتم استبعاد الجزء المتعارض فقط وذلك بطبيعة الحال في حالة إمكانية الفصل بين أجزائه،[28] ففي مجال منح الصيغة التنفيذية، لتنفيذ الأحكام الأجنبية النظام العام يكون بأثره المخفف لأن الأمر لا يتعلق بنشوء حق في الجزائر وإنما الأمر يتعلق بإعطاء أثر لحق نشأ في الخارج طبقا لقانون أجنبي مختص ودون غش نحو القانون، وهذا ما توجهت إليه وأكدته محكمة النقض الفرنسية (أن رد الفعل تجاه حكم النظام العام بالنسبة لحق نشأ في الخارج بدون غش نحو القانون ووفق القانون المختص و ينتج أثاره في فرنسا، لا يكون له نفس الأثر بالنسبة لحق يراد إنشاؤه في فرنسا ويتعارض مع النظام العام الفرنسي).[29]

كما يجب الإشارة إلى أن القاضي يجب أن يتقيد بمفهوم النظام العام وقت الفصل الدعوى ولا يأخذ بمفهوم النظام العام السائد عند صدور الحكم الأجنبي، فيجب على القاضي أن يقوم بفحص الحكم الأجنبي من ناحية منطوقه وحيثياته للتأكد من عدم تضمنه ما يتنافى والنظام العام، ففي حالة وجود تعارض مع النظام العام يمتنع عن منح الصيغة التنفيذية لتنفيذه، فأثر الدفع بالنظام العام هنا أثر سلبي فالقاضي في هذه الحالة إما أن يأمر بمنح الصيغة التنفيذية أو يرفض ذلك ، فلا يجوز له أن يقوم الفصل في الموضوع أو تعديل الحكم الاجنبي.[30]

الفرع الثاني: عدم مخالفة النظام العام قضاءا.

بالنسبة لشرط عدم مخالفة النظام العام في تنفيذ الأحكام الاجنبية أقره القضاء الجزائري في العديد من القرارات والأحكام القضائية من بينها قرار صادر عن الغرفة المدنية ملف رقم 1233649 بتاريخ 2018/12/05 والمبدأ الذي أقره هذا القرار(لا يتعارض النظام العام والأداب العامة مع إمهار الصيغة التنفيذية لتنفيذ حكم أجنبي بإضافة إسم ثان أجنبي للإسم الأصلي الجزائري والذي تقره المصلحة المشروعة في البلد الاجنبي).[31]

لدينا أيضا القرار الصادر بتاريخ 2018/07/04 ملف رقم 1258812 الغرفة المدنية وبعض ما جاء في هذا القرار(لكن حيث إن البين من القرار محل الطعن أن قضاة المجلس كيفوا موضوع الدعوى التي صدر بشأنها الحكم الأجنبي المطلوب إضفاؤه بالصيغة التنفيذية بأنه تغيير للجنس من ذكر إلى أنثى و خلصوا إلى أن الطلب بذلك يتعارض مع النظام العام والأداب العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية

والمجتمع الجزائري وانتهوا استنادا إلى ذلك إلى رفض الطلب، حيث أنه من الشروط الواجب توافرها لإمكان تنفيذ الحكم الأجنبي في الجزائر وفقا لنص المادة 4/605 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ألا يتضمن ما يخالف النظام العام والأداب العامة في الجزائر .....)[32]

بالرجوع إلى القرار الصادر بتاريخ 2018/12/05 والقرار الصادر بتاريخ 2018/07/04، نجد بأن مسألة تحديد ما يعتبر من النظام العام كان من طرف القاضي الناظر في النزاع، فبالنسبة للقرار الثاني يتعلق الأمر بتغيير الجنس وهي من الظواهر المنتشرة في البلدان الأروبية حيث توجد الجالية الجزائرية، بالتالي يجب على القاضي أن يكون صارم في هذه المسألة لأنها تمس بمبادئ الشريعة الإسلامية و النظام العام في الجزائر.

القرار الأول يتعلق بإضافة إسم ثاني أجنبي، وفي هذا القرار أيضا مسألة تحديد ما يعتبر من النظام العام من اختصاص القاضي، فنجد أن القاضي أحسن عندما لم يستعمل النظام العام كسبب لرفض تطبيق الحكم الأجنبي، فالقاضي الوطني يجب أن يحسن إستعمال شرط عدم مخالفة النظام العام، ولا يستعمله في كل مرة لرفض تنفيذ الأحكام الأجنبية.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة يتبين أن تنفيذ الأحكام الأجنبية يخضع لشروط معينة هذه شروط نصت عليها تشريعات أغلب الدول وعمل بها أيضا قضاء مختلف الدول، من أهم هذه الشروط الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية، شرط المعاملة بالمثل، عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدوره من القضاء الجزائري، حيازة الحكم لقوة الأمر المقضي فيه، عدم مخالفة النظام العام.

من أهم شروط تنفيذ الحكم الأجنبي عدم مخالفة النظام العام، هذا المفهوم الذي يتغير من حيث المكان و الزمان إذ يصعب ضبطه و تحديده، كما يختلف النظام العام عندما نكون أمام نشوء الحق، أو عندما نكون أمام حق نشأ في الخارج طبقا لقانون أجنبي مختص.

وعليه أهم التوصيات:

–تحديد مفهوم النظام العام يخضع لتقدير القاضي و لهذا يجب أن يكون على دراية ما يدخل في إطار مفهوم النظام العام خاصة وأن هذا المصطلح يصعب تحديده.

–أن يخضع القاضي في تقدير مفهوم النظام العام وقت الفصل في الدعوى.

الهوامش

[1]–عبد الكريم حسن علي شيحة، النظام العام في القانون الدولي، مجلة أبحاث قانونيه، جامعة سرت، مجلد 8،العدد الثاني، ديسمبر 2021، ص ص 163–185،ص 170.

[2] – عبد الكريم حسن علي شيحة، مرجع سابق، ص 170.

[3] – كمال كيحل، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية و الاجتماعية، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلد 16، العدد 42، سبتمبر 2017،ص ص 482–500، ص 489.

[4] – كمال كيحل، مرجع سابق، ص 489.

[5] –عيسى طيبعة، جيلالي تشوار، النظام العام و منح الحكم الأجنبي الأسري الصيغة التنفيذية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة محمد بوضياف مسيلة،المجلد 04، العدد 02، السنة 2019، ص ص 1009–1032، ص 1012.

[6] – وفاء مزيد فلحوط، النظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية لنص المادة 30 من القانون المدني السوري، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد 2، العدد 2، 2022، ص ص 298–333، ص 305.

[7] -أعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء 1، ط10، دار هومه، الجزائر ، ص ص 174-175.

[8] – بدر شنوف، الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث و الوصية ذات البعد الدولي، مجلة الدراسات الفقهية و القضائية، جامعة الوادي، المجلد 1، العدد 1، ديسمبر 2015، ص ص 177–208، ص 184.

[9] – وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 312.

[10] - أعراب بلقاسم، ، ص ص 1173-174.

[11] – وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 312.

[12] – بدر شنوف، مرجع سابق، ص ص 184–185.

[13] –المادة 605(لا يجوز تنفيذ الأوامر و الأحكام و القرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الأتية:

1–ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص

2–حائز لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه

3–ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، و أثير من المدعي عليه

4–ألا تتضمن ما يخالف النظام العام و الأداب العامة في الجزائر)

المادة 606(لا يجوز تنفيذ العقود و السندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الاتية:

1–توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه

2– توفره على صفة السند التنفيدي و قابليته للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه

"– خلوه مما يخالف القوانين الجزائرية و النظام العام و الأداب العامة في الجزائر)

[14] –الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، الطبعة الأولى،2010 ، ص 243.

[15] – عمر بلمامي، أثر تنفيد الأحكام الأجنبية على إعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، مجلة العلوم الإجتماعية و الانسانية لجامعة باتنة، عدد 2، 1994، ص ص 51–66، ص 53.

[16] - الطيب زروتي، مرجع سابق،ص 243.

[17] –الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 244.

[18] - أحمد عبد النور، إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009–2010، ص ص17–19.

[19] – عمر بلمامي، مرجع سابق، ص ص 54–55.

[20] – ساميةعبد اللاوي ، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية وفقا للقانون الجزائري، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، المجلد 1،العدد الثاني، جويلية 2014، ص ص 186–200، ص 191.

[21] – ساميةعبد اللاوي ، مرجع سابق، ص 191.

[22] –أحمد عبد النور، مرجع سابق، ص ص 76–77.

[23] -الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 250.

[24] – سامية عبد اللاوي ، مرجع سابق، ص 192.

[25] – قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،الصادر بموجب قانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

[26] –أحمد عبد النور، مرجع سابق، ص 103.

[27] – الطيب زروتي،مرجع سابق، ص 249.

[28] – الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 250.

[29] – عمر بلمامي، مرجع سابق، 63.

[30] - عمر بلمامي، مرجع سابق، ص 63.

[31] –الموقع الإلكتروني:coursupreme.dz

[32] –الموقع الالكتروني:coursupreme.dz

تنازع القوانين حول حضانة الأطفال الناشئين عن الزيجات المختلطة.

Conflict of Laws Regarding Child Custody in Mixed Marriages

د. وذان محمد الأمين
جامعة غرداية
ouaddane.lamine@univ-ghardaia.dz

د. بن نوي عمر الفاروق
جامعة غرداية
bennoui.omarelfarouk@univ-ghardaia.dz

ملخص:

يعد موضوع الحضانة من المواضيع التي أثارت اهتمام الباحثين والمفكرين، سواء الفقهاء أو رجال القانون، نظرًا للإشكاليات الكبيرة التي قد تنشأ، خاصةً عندما يتعلق الأمر بالحضانة في حالات الزواج المختلط على المستوى الدولي، تتعلق هذه الإشكاليات بالقوانين التي يجب تطبيقها، ومن هم الجهات المخولة باتخاذ القرارات، وما هي الضوابط التي يجب أن تنظم هذه العملية ففي هذا السياق، سعت بعض التشريعات إلى وضع قواعد خاصة بها تتعلق بالحضانة، وربطتها بضوابط تناسب مصلحة الطفل المحضون. ومن ناحية أخرى أدركت غالبية الدول أهمية الاتفاقيات الدولية في محاولة إيجاد حلول للنزاعات التي تنشأ نتيجة العلاقات الأسرية التي تحتوي عناصر أجنبية، وقد قامت العديد من الدول بإبرام اتفاقيات دولية أو ثنائية تسعى لإيجاد حلول لتنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية عموما وبالحضانة خصوصا

كلمات مفتاحية: الزواج المختلط؛ الجنسية؛ الحضانة ؛ تنازع القوانين؛ المعاهدات الدولية.

Abstract:

Children nursery is a significant topic that incentivized researchers and thinkers, be them jurists or lawmakers, considering the considerable problem that would arise, particularly when it comes to children nursery in mixed marriage at the international level. These problems correlate to enforceable laws, and the competent authorities to make decisions, together with the rules to organize this particular process.

In this context, legislation sought to set rules related to children nursery, linking them to the rules appropriate for the nursed child. On another side, most of states have recognized the significance of international conventions attempting to find solutions for conflicts that shall arise as a result of family relationships including foreign elements. Several states concluded international or bilateral conventions seeking to find solutions to laws conflicts in personal status in general terms, and nursery in particular.

Keywords: Mixed Marriage, Nationality, Children Nursery, Nursed, Laws Conflict, International Treaties.

مقدمة:

يثير الزواج المختلط بين جنسيتين مختلفتين او ديانتين مختلفتين مجموعة من الإشكاليات القانونية المعقدة، خاصة عندما يتعلق الأمر بالنزاعات والخلافات المترتبة عن هذا النكاح، ومن بين هذه الإشكاليات تأتي حضانة الأطفال الناشئين عن هذه الزيجات كإحدى المسائل التي تتطلب معالجة دقيقة قانونية وعملية.

فعندما يحدث نزاع بين زوجين جزائريين حول تبعات الطلاق ويتقدمان بالدعوى أمام القاضي الجزائري، يكون تطبيق القانون بسيطا نسبيًا إذ أن القانون المشترك بين بلديهما هو القانون الواجب التطبيق وكل منهما على علم أو يفترض أنهما على علم بأحكامه الأساسية، وتتعقد الأمور عندما يكون أحد الزوجين أو كلاهما أجنبيين، فقد لا يكون من العدل تطبيق القانون الجزائري على الأجانب مباشرة فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية التي ينظمها قانون بلادهم، والذي يحيل في كثير من الأحيان إلى القانون المدني الجزائري وفقًا لمبدأ الإسناد وقد يحدث العكس في الإحالة ولئن كانت مسألة بحث القانون الأنسب للتطبيق عادة يتوخى منها النظر في القانون الأصلح لطرفي العلاقة، فإن مسألة الحضانة يكون فيها أيضا نظر لمصلحة الولد الناشئ عن هذه العلاقة.

وعلى الرغم من أهمية العلاقة بين الوالدين وأبنائهم بعد الطلاق، فإن كثيرا من التشريعات، بما في ذلك التشريع الجزائري، لم تحدد بوضوح قواعد الإسناد المتعلقة بآثار انحلال الرابطة الزوجية، وخاصة فيما يتعلق بمسألة الحضانة.

ونظرًا للجدل الفقهي المثار، وتحيز كل قاض لتطبيق قانون بلاده، رغم وجود اتفاقيات بين الدول كاتفاقية الجزائر الفرنسية، كان من الضروري تحديد القانون المناسب لتطبيقه في شؤون الحضانة، نظرًا لأهميتها كإحدى الآثار الشخصية لانحلال الرابطة الزوجية.

فما الإشكالات المترتبة عن الزيجات المختلطة في باب الحضانة؟ وما مدى نجاعة الإجراءات المتبعة من طرف المشرع الجزائري لحل إشكالية تنازع القوانين في الحضانة؟

ولحل الإشكالية، اعتمدنا الخطة التالية:

المبحث الأول: إشكالات تحديد طبيعة الحضانة والقانون المطبق عليها.

المبحث الثاني: الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988الخاصة بالحضانة.

معتمدين في بحثنا على منهجي الاستقراء والتحليل لتتبع النصوص القانونية والأحكام القضائية الواردة في هذه المسألة وتحليلها لاستقاء الأحكام القانونية التي تضبط هذه المسألة مع الاستعانة بالمنهج التاريخي لبيان تطور التعامل التشريعي مع هذه المسألة.

ولا يخفى ما لهذه المسألة من الأهمية نظرا لكثرة الزيجات المختلطة التي يكون الجزائريون أحد أطرافها وما يتبع ذلك من مشاكل في حال انحلال هذا النكاح، لذا كان لزاما أن تدرس هذه المسألة فقها وقضاء وقانونا محاولة لسد الفجوات الموجودة في القانون مع هذه المسألة.

المبحث الأول: إشكالات تحديد طبيعة الحضانة والقانون المطبق عليها.

يعتبر توحيد القوانين التي تنظم أحوال الأسرة من أهم العوامل التي تساهم في استقرارها، ورغم أنه من السهل في بعض الأحيان توحيد موطن الأسرة، إلا أن توحيد جنسيتها يكون أمرًا صعبًا في كثير من الأحيان، خاصة في حالات الزواج المختلط، لذلك سعت معظم التشريعات إلى وضع حلول للمشاكل التي تنشأ في حالات الزواج المختلط، وخاصة بعد الانفصال وما يتبعه من تأثيرات على حضانة الأطفال والمسائل المتعلقة بها مثل تحديد من يكون الوالد المحتضن، وتحديد أوقات ومدة الزيارات.

ونظرًا لاختلاف الدول في تحديد طبيعة الحضانة، فقد اختلفت أيضًا في تحديد القانون المطبق، حيث توجد دول وضعت قواعد إسناد خاصة بالحضانة، وأخرى لم تخصصها بقاعدة إسناد خاصة بل ألحقتها بقاعدة الإسناد التي تحكم انحلال الزواج باعتبارها آثارًا له[1]، مما أدى إلى تعقيدات في تطبيق أحكامها. وقد اتجهت بعض التشريعات، وخاصة التشريع الجزائري، نحو هذا التعقيد، مما أثار صعوبات في تطبيقها.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة في الفقه والقانون الجزائري.

تعتبر الحضانة جزءًا من رعاية الأطفال، حيث يحتاج الطفل بشدة إلى شخص يعتني به ويدير أموره ويحافظ على سلامته ويسعى لتحقيق مصالحه، لذا تُعد الحضانة أساسًا لرعاية الطفولة، حيث تهدف إلى ضمان تلقي الطفل التربية الصحية والخلقية السوية، وتعتبر هذه الرعاية جزءًا من اهتمامات الشريعة الإسلامية والتشريع القانوني.

الفرع الأول: التعريف الفقهي للحضانة

الحضانة بكسر الحاء مصدر من حضن الصبي حضنا وحضانة ،جعله في حضنه أوربّاه فاحتضنه، وتحمّل مؤنّة المحضون وتربيته، والحضن هو ما دون الإبط إلى الكشح والصد، وهو الجنب لأن المربي يضم الطفل إلى جنبه، وفي الشرع هي حفظ من لا يستقل بأمره عما يهلكه أو يضره وتربيته لعمل ما يُصلحه.[2]

وقد عرف الإمام مالك الحضانة بأنها: "تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء ".[3]

والشافعية عرفوها بأنها: "حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره".[4]

وعرفها وهبة الزحيلي من المعاصرين بأنها: " تربية الولد لمن له حق الحضانة، أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وذلك برعاية شؤونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ووقايته مما يهلكه أو يضره"[5].

الفرع الثاني: مفهوم الحضانة في القانون الجزائري

عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أنها: رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.[6]

فيلاحظ هنا أن المشرع الجزائري استعمل لفظ الولد بدلاً عن الصغير، واختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير الذي لم يبلغ بعد، وحسب المادة 56 من قانون الأسرة أجاز للقاضي تحديد سن الحضانة بالنسبة للذكر بستة عشر سنة أما الأنثى فإلى أن تبلغ سن الزواج أي بلوغها تسعة عشر سنة.[7]

المطلب الثاني: الحضانة وقاعدة الإسناد.

بما أن التكييف هو تحديد طبيعة المسألة المتنازع عليها وردها إلى إحدى الفروع المعتمدة تمهيدًا لإسنادها إلى قانون معين، ونظرًا لاختلاف الدول في تحديد طبيعة الحضانة، فإنها اختلفت أيضًا في تحديد القانون المطبق، فقد تعددت أحكام الحضانة بين تشريعات الدول العربية والغربية، وعلى الرغم من ذلك، قامت بعض الدول بوضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة وعالجت مشكلتها، لكن بشكل غير نهائي حيث أبقت على القاضي دوره في اختيار الخيار الأنسب لمصلحة الطفل، وفي المقابل غفلت بعض

التشريعات عن وضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، وأسندت حكمها للقضاة الذين يحكمون في قضايا انحلال الزواج باعتبارها أحد الآثار التي تنتج عنه.[8]

الفرع الأول: الحضانة وقانون الجنسية

تعتبر الجنسية علاقة تربط الفرد بدولة معينة، أو الأداة المثلى لحل مشاكل تنازع القوانين، لأنها تمثل ضابط الإسناد الذي يتحدد بواسطته القانون الواجب التطبيق على جميع علاقات الأحوال الشخصية، فقد اعتمدتها أغلب التشريعات العربية بما فيها التشريع الجزائري.

القانون الجزائري لا يحدد قاعدة واضحة لتحديد القانون المطبق في قضايا الحضانة، فوفقًا للمادة 09 من القانون المدني الجزائري، يُعتبر القانون الجزائري المرجع في تحديد القواعد المطبقة على العلاقات الشخصية، بما في ذلك قضايا الحضانة.

ومن ثم، يتم تطبيق قواعد القانون المتعلقة بانحلال الزواج في حالة وقوع الطلاق، وتنص المادة 12 بند 2 على أن الأمور تُحكم وفقًا للقانون الذي يُحكم انحلال الزواج ولكن إذا نظرنا للواقع فإن الأطفال الناتجين من زواج مختلط غالبًا ما يحملون جنسيتين، ففي هذه الحالة القاعدة القانونية في القضايا المتعلقة بالحضانة تعود للأب في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي.[9]

ويُمكن تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريًا عند توقيع عقد الزواج، وهذا وفقًا للمادة 13 التي تنص على أن القانون الجزائري يسري في الحالات المبينة في المواد 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريًا عند توقيع الزواج، مع استثناء أهلية الزواج.

في حالة الطلاق بين زوجين واحد منهم جزائري والآخر أجنبي، وإذا لم تبرم الجزائر اتفاقية مع دولة الزوج الأجنبي بشأن الحضانة والزيارة، يتم تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج عند رفع الدعوى أو عند النطق بالطلاق، وفي حالة كون الزوج جزائري، يُطبق قانون الأسرة مع مراعاة مصلحة الأطفال دائمًا.

وبشكل عام، يُعفى القانون الجزائري من ضابط المادة 12 في حال كون أحد الزوجين جزائريًا عند توقيع الزواج، حيث يُطبق القانون الجزائري على الزواج بأكمله.[10]

الفرع الثاني: قرارات المحكمة العليا.

نظرت المحكمة العليا في قضية طلاق بين جزائرية وإيطالي[11]، حيث قامت المحكمة الابتدائية في المدية بمنح حضانة الأطفال وفقًا للقانون الإيطالي استنادًا إلى المادة 12 البند الثاني، والتي تُعتبر مبدأ الحكم بموجب قانون جنسية الزوج.

قامت الزوجة بالطعن في هذا الحكم أمام المحكمة العليا، مُشيرة إلى أنها كانت تحمل الجنسية الجزائرية عندما تمت مراسم الزواج، ولم يتم سحب جنسيتها الأصلية رسميًا بعد حصولها على الجنسية الإيطالية. وقررت المحكمة العليا، بناءً على هذه النقطة، إلغاء الحكم السابق واعتبار الحضانة جزءًا من آثار انحلال الزواج، مُعلنة أنها تُخضع للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريًا عند توقيع عقد الزواج.

بشكل عام، فإن الحكم بناءً على جنسية الزوج يتطلب صدور مرسوم رسمي بسحب الجنسية الأصلية في حال تغيير الجنسية، وفي غياب ذلك، يُعتبر الزواج خاضعًا للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريًا عند توقيع الزواج.[12]

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 1992 /10/27 قولها : من المقرر قانونا أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى وأن موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكنى يحل محله مكان الإقامة العادي ولما ثبت في قضية الحال أن المتخاصمان جزائري وجزائرية يقيمان مؤقتا ببلد أجنبي وطلبا التقاضي أمام محكمة جزائرية فان قضاة الموضوع عندما قضوا بعدم الاختصاص المحلي فإنهم بذلك دفعوا الطرفين للتقاضي أمام القضاء الأجنبي وأن المسالة تتعلق بسيادة القانون الوطني مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المطعون فيه.[13]

وتعقيبا على ما سبق فاعتماد مبدأ الحكم بناءً على جنسية الفرد يمكن أن يكون له عواقب سلبية أكثر من فوائده، حيث يمكن للأفراد تغيير جنسيتهم لاكتساب حقوق غير قابلة للاكتساب بواسطة الجنسية الأصلية.

كما يمكن للأفراد التنازل نهائيًا عن جنسيتهم الأصلية واكتساب جنسية جديدة، وهو ما يمكن تسميته بالتحايل على القانون.

استثناء المادة 13 من القانون المدني الجزائري يُعتبر ثغرة قانونية، حيث قد لا يُطبق القانون الجزائري في بعض العلاقات الدولية الخاصة، سواءً حسب الأصل العام الوارد في المادة 12 من القانون المدني أو حسب الاستثناء الوارد في المادة 13

على سبيل المثال، إذا كانت امرأة مغربية تزوجت من رجل تونسي واستقرا في الجزائر وأنجبا طفلًا من هذا الزواج، ثم اكتسبت الجنسية الجزائرية، وحدث نزاع بشأن حضانة الطفل بعد الطلاق، فإنه قد لا يُطبق القانون الجزائري في هذه الحالة. فالأصل هو تطبيق قانون جنسية الزوجة عند رفع الدعوى، ولن يُطبق الاستثناء لأن الزوجة لم تكن جزائرية عند توقيع عقد الزواج.

كان من الأفضل وضع ضابط محدد للقانون الشخصي للطفل، حيث يكتسب الطفل الجنسية الجزائرية من والدته ويُعتبر جزائريًا وفقًا للمادة 17 من قانون الجنسية الجزائرية، هذا سيساعد في تفادي الثغرات القانونية التي قد تحدث في حالات مثل النزاعات الزوجية الدولية.

المبحث الثاني: الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988الخاصة بالحضانة.

قامت بعض التشريعات القانونية بوضع حلول مناسبة لحماية الأطفال بعد انفصال أبويهم، وذلك من خلال إبرام عدة اتفاقيات دولية، من بين هذه الاتفاقيات، اتفاقية لاهاي التي عُقدت في 15 أكتوبر 1961 والمتعلقة بحماية القاصرين، حيث تُحدد الحضانة بقانون البلد الذي يعتبر موطن الإقامة المعتاد للطفل، لأنه المكان الذي يرتبط به وترتكز فيه حياته اليومية.

كما تشمل الاتفاقيات الدولية الأخرى اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاعتراف بالأحكام وتنفيذها في مجال الحضانة، والتي وُقعت في لوكسمبورغ في 20 مايو 1980. وتشمل أيضًا اتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال، والتي وُقعت في 25 أكتوبر 1980.

قد حققت هذه الاتفاقيات نجاحًا كبيرًا، حيث وافقت عليها حوالي 49 دولة في عام 1988. وتهدف هذه الاتفاقيات إلى توفير حماية للأطفال في حالات الانفصال الأسري الدولي، وتنظيم قواعد تحديد الحضانة وتنفيذ الأحكام بشكل فعال.[14]

على غرار باقي الدول، قامت الجزائر بإبرام معاهدة مع فرنسا تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين والفرنسيين في حالات الانفصال، وقعت هذه المعاهدة في الجزائر في 21 يونيو 1988.

تهدف هذه المعاهدة إلى حماية حقوق الطفل، وتحديد الضمانات لممارسة حق الحضانة وزيارة المحضون، وحقه في التنقل بين البلدين.

تُعتبر مصلحة الطفل وحمايته هي الأساس في هذه المعاهدة، حيث يُولى اهتمام كبير لحماية القاصر في المقام الأول دون الاهتمام بالظروف القانونية للحاضن.

المطلب الأول: أسباب وأهداف الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

بعد الاستقلال، شهدت فرنسا تدفقًا كبيرًا من المهاجرين الجزائريين، مما أدى إلى زيادة عدد الزيجات المختلطة بين جزائريين وفرنسيات. ومع ذلك، لم تستمر أغلب هذه الزيجات بسبب اختلاف العادات والتقاليد وأهداف الزواج، مما أدى إلى انفصالها وتركت مشاكل صعبة الحل فيما يتعلق بحضانة الأطفال الناتجة عن هذه الزيجات.

هذه المشاكل أثرت سلبًا على العلاقات الدبلوماسية بين البلدين، وأدت في النهاية إلى توصل الجزائر وفرنسا إلى توقيع اتفاقية ثنائية حول الأطفال الناتجين عن الزيجات المختلطة في عام 1988. دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في الجزائر بموجب المرسوم 144-88 الصادر في 26 يوليو 1988. تضمنت الاتفاقية 14 مادة تتعلق بحقوق الحضانة وزيارة الأولاد، وكانت نتيجة للمشاكل التي واجهها الآباء الجزائريون والأمهات الأجنبيات في هذا الصدد.[15]

الفرع الأول: أسباب الاتفاقية الجزائرية الفرنسية .

بسبب الصعوبات التي واجهها الآباء الجزائريون في ممارسة حق الزيارة لأطفالهم المحضونين، والتي أدت في بعض الحالات إلى حالات اختطاف الأطفال وتعقيدات إعلامية، قرر القضاء الفرنسي منح حق الحضانة للأم الفرنسية دون منح حق الزيارة للأب الجزائري. يعود سبب ذلك إلى عدم وجود ضمانات كافية لعودة الأطفال بعد الزيارة، وكذلك لتقييد حق الزيارة بشروط مثل إقامة الأب في الإقليم الفرنسي والإبلاغ للسلطات الفرنسية حتى سحب جواز سفره.

بالإضافة إلى ذلك، تأسست "مجموعة أمهات الجزائر" في عام 1984، حيث نظمن احتجاجات مثل الإضراب عن الطعام في السفارة الفرنسية بالجزائر. كانت هذه الاحتجاجات رد فعل على التمييز القضائي الذي يحرم الآباء الجزائريين من حق الزيارة خارج الإقليم الفرنسي، مما دفع بعض الآباء إلى

اختطاف الأطفال كوسيلة للحفاظ عليهم في الجزائر. ونتيجة لهذه المشاكل، لجأت الأمهات إلى القضاء الجزائري لاسترداد أطفالهن وحصولهن على حق الحضانة.[16]

اتفقت الجزائر وفرنسا على توقيع اتفاقية لحل هذه المشاكل، حيث جاءت هذه الاتفاقية نتيجة لعدم فعالية الاتفاقيات السابقة في مجال الحضانة. تهدف الاتفاقية إلى السماح للمهاجرين باختيار نظام تشريعي يتناسب مع النظام الأوروبي، وذلك لتجنب التعقيدات التي قد تحدث بين القوانين الإسلامية والقوانين الأوروبية في مجال الأحوال الشخصية.

الفرع الثاني: أهداف الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

الهدف الرئيسي من إبرام هذه الاتفاقية هو حماية مصلحة الطفل وضمان استقرار نفسيته، وهذا لا يتحقق إلا بوجود والديه بقربه، مما يعني أن حياته يجب أن تكون قائمة على علاقة مستمرة واتصال مباشر بوالديه. ويمكن فصل الطفل عن والديه فقط في حالة صدور قرار من السلطات المختصة يكون ذلك ضرورياً لمصلحة الطفل، كما أكدت المادة 09 من اتفاقية حقوق الطفل والفقرة الثانية من المادة 10 من نفس الاتفاقية، وتهدف أيضا:

البحث عن مكان وجود الطفل في حالة النزاع.

إعلام الأبوين بالإجراءات القضائية المتعلقة بالموضوع وإرسال نسخة من الأحكام القضائية.

تسهيل وتنظيم حق الزيارة للطفل وضمان تسليم الطفل للطالب عندما يُمنح حق تنفيذ الحكم.

التعهد بضمان عودة الطفل إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة الفعلية وتنظيم كل الإجراءات الخاصة بحماية الطفل من الناحية القضائية والإدارية بالتشاور مع القنصلية المختصة.[17]

المطلب الثاني: الأطفال والآباء المعنيين بتطبيق الاتفاقية

الفرع الأول: الأطفال المعنيين بتطبيق الاتفاقية

الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 21 جوان 1988 تهدف إلى حماية الأطفال الناجمين عن علاقة زواج مختلط شرعي فقط، وهذا يعكس التركيز الأساسي لهذه الاتفاقيات على حماية حياة الأسرة بينما العلاقات غير الشرعية ليست لها نفس الحماية. وبالتالي لا يمكن للأم الفرنسية، في حالة ولادة طفل غير شرعي من أب جزائري، الاستناد إلى هذه الاتفاقية لاستعادة طفلها، حيث يعتبر الأب الجزائري

الحاضن للطفل بشكل غير شرعي في الجزائر. وقد رفض القضاء الفرنسي تطبيق أحكام هذه الاتفاقية على الأطفال غير الشرعيين المولودين من أمهات فرنسيات وآباء جزائريين، ولم يمنح لهم حق الزيارة.

أما بالنسبة للأطفال المتبنيين، فإن القانون الفرنسي يعترف بالتبني، في حين أن القانون الجزائري لا يعترف به ويمنعه شرعًا وقانونًا. وبذلك، يُعتبر الأطفال المتبنون خارج نطاق الحماية التي تقدمها هذه الاتفاقية. ومع ذلك، فإن القانون الجزائري قد وضع نظام كفالة بديل للتبني، حيث يتم تكليف شخص بالعناية بولد قاصر من ناحية النفقة والتربية والرعاية، ويتم ذلك من خلال عقد شرعي، لكن هذه الكفالة لا تؤثر على النسب بحسب أحكام المادتين 119 و 120 من قانون الأسرة الجزائري.[18]

الفرع الثاني: الآباء المعنيون بتطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

إن اختلاف الجنسية بين الزوجين وانحصارها بين البلدين يعتبر شرط جوهري من أجل تطبيق هذه الاتفاقية فهي فقط خاصة بالزوجين ذوي الجنسية الجزائرية والفرنسية ووقع بينهما انفصال ، فلا تطبق على غير الأخيرين، ولا على الزوجين الجزائريين المقيمين في فرنسا أو فرنسيين مقيمين في الجزائر فهؤلاء يخضعون للاتفاقية القضائية المبرمة في 1964التي تنص على إمكانية تنفيذ الأحكام، فالجزائرية التي تتزوج بفرنسي يعتبر زواجها مختلط لكن هذه العلاقة تثير إشكالا في القانون الوضعي الجزائري من قانون الجنسية الجزائري فالأم لا تمنح جنسيتها لأطفالها إلا في حالة ما إذا كان الأب عديم الجنسية أو مجهولا طبقا للمادة6،بالإضافة إلى أن زواج الجزائرية بغير مسلم يعتبر ممنوع شرعا و قانونا في الجزائر حسب نص المادة 31من قانون الأسرة [19].

وتعقيبا على ما سبق فإن اتفاقية التفاهم الجزائرية الفرنسية لم تحقق كافة الأهداف المتوقعة منها بسبب عدة عيوب في تنفيذها، خاصة فيما يتعلق بتفضيل الأم الحاضنة التي غالبا ما تكون من جنسية فرنسية ومقيمة في فرنسا، كما استبعدت بعض المبادئ العامة المعترف بها في القانون الدولي والجزائري للأسرة.

الاتفاقية لم توضح بشكل كافٍ حقوق الطفل، مثل تحديد جنسيته وتحديد مكان ممارسة حق الزيارة. كما أنها لم توفر حماية كافية لحقوق الوالدين في الحضانة، حيث لا يُعاد الطفل إلى الوالد المحضن بعد انتهاء الزيارة. وهذا يعد نقصًا كبيرًا في الحماية القانونية المقدمة للأطفال المحضونين.

في العديد من الحالات، تتعارض أحكام الاتفاقية مع القوانين الجزائرية، خاصة عندما يُسند حق الحضانة للأم الفرنسية في فرنسا، والتي قد لا تكون على دراية بالدين الإسلامي الذي يجب تعليمه للطفل بموجب القانون الجزائري. هذه التناقضات تقلل من فعالية الاتفاقية في حماية حقوق الأطفال المحضونين.

الخاتمة:

من خلال ما سبق، يظهر أن مسألة حضانة الأطفال تعتبر واحدة من القضايا المهمة في قانون الأحوال الشخصية، فهي تحدد مصير الأبناء بعد انتهاء علاقة الزواج، ولا تثير هذه المسألة مشاكل كبيرة إذا كان الزوجان يعيشان في نفس البلد أو ينتميان إلى نفس الجنسية. إلا أن العكس يجر لمشاكل عديدة حالة انهيار الزواج المختلط.

وعلى الرغم من أهميتها الكبيرة، إلا أن قضية حضانة الأطفال لم تحظَ بمستوى كافٍ من الاهتمام في التشريعات المعمول بها. وقد أثارت عدة تساؤلات حول النظام القانوني الذي ينظم مسألة الحضانة.

من خلال دراستنا، توصلنا إلى بعض النتائج التي نوردها كما يلي:

يخول المشرع للقاضي مهمة رعاية مصلحة الطفل، والاهتمام به وبمصالحه، والقدرة على تربيته على دين أبيه من خلال وضعه مع من يُعتبر الأنسب لهذا الدور.

اعتمدت بعض الدول العربية قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، في حين لم يضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد تخص الحضانة في حالات الزواج المختلط، بل ينظر إليها كأحد آثار انحلال الرابطة الزوجية، حيث يُطبق قانون جنسية الأب في وقت رفع الدعوى وفقًا لنص المادة 02/12 من القانون المدني الجزائري.

بالرغم من وجود اتفاقيات دولية وثنائية، إلا أن مشاكل التطبيق ما زالت موجودة، حيث يتشدد كل قاضٍ في تطبيق قانون بلده ويعتبر هذا الأمر قضية سيادية، ويسعى القاضي الجزائري إلى تطبيق قواعد القانون الجزائري مع مراعاة مصلحة الطفل.

التوصيات:

إعادة صياغة المادة 64 من قانون الأسرة لتحديد وحصر الشروط اللازم توافرها في الحاضن لتحقيق مصلحة الطفل، بهدف إزالة أي غموض حول هذه الشروط.

توحيد ضوابط الإسناد في مسائل الحضانة بين التشريعات العربية، حيث أن الحضانة تخضع للقانون الذي ينظم حل العلاقة الزوجية أو لقانون الشخصية للطفل أو للقانون الذي ينظم مقره أو موطنه، ويُطبق القاضي القانون الأنسب لمصلحة الطفل.

إعادة النظر في الاتفاقيات الدولية والثنائية المتعلقة بالحضانة وبالأخص الاتفاقية بين الجزائر وفرنسا، وتحديد القانون الذي ينبغي تطبيقه عليها بوضوح، مع تدارك أي نقائص في هذه الاتفاقيات.

الهوامش:

[1] أمحمدي بوزينة آمنة ، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط دراسة مقارنة، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 1 2، العدد 02، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019. ص187.

2 بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية ،شرح قانون الأسرة، دار الألمعية، الطبعة 01،الجزائر ،2015، ص346.

3 عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار المعرفة للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2010ص204.

[4] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 124.

[5] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة 02، دار الفكر، بيروت، 1985، ص 717.

[6] حسين طاهري، قانون الأسرة في ظل اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر ومحكمة النقد المصرية في مسائل: الزوا ج وانحلاله_ الخطبة_ عقد الزواج وإثباته_ الطلاق وآثاره_ النيابة الشرعية_ التبرعات_ الوصية_ الهبة والوقف. دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر ،2015، ص 39.

[7] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 125.

[8] عماد اشوي، تنازع القوانين في الحضانة "دراسة مقارنة"، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2014، ص210

[9]الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، مطبعة الفسيلة، الطبعة 02، الجزائر، 2010، ص 185.

[10] طاهري آسية، تنازع القوانين في الحضانة، مجلة المفكر، المجلد الرابع، العدد الرابع،جامعة الجزائر ،2020ص150

[11] القرار رقم 170082 الصادر عن المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 17 فيفري 1998.

[12] دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر ،2011، ص 248.

[13] القرار رقم 86305 الصادر عن المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 27 أكتوبر1992.

[14] جندولي فاطمة الزهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة شهادة الماجستير، القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر ،2011/2010. ص146

[15]عبد الهادي بن زيطة، تنظيم حق الزيارة في الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين في حالة الانفصال ، حوليات جامعة الجزائر المجلد: 35، العدد:02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، الجزائر، 2021، ص267.

[16]بوبكر مولود، الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي من خلال دراسة حالة ازدواج الجنسية بين الجزائر والعلاقات الدولية، مذكرة شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، الجزائر ،2008/ 2009، ص 69.

[17] حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة شهادة الماجستير في عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001/2000، ص 65، 66.

[18] غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، العدد:09، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران02، ص151.152.

[19] عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص268.

تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية وبوادر أزمة منهج التنازع

Determine the law applicable to tort liability and the signs of a conflict approach crisis.

أ.د. بن عصمان جمال
جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان

ط.د. يحياوي ليلى
جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان

ملخص:

كل تنازع للقوانين يتم حله مبدئيا عن طريق اعتماد منهج قواعد الإسناد أو قواعد التنازع، وهي قواعد تضعها الدول بكل حرية مراعية في ذلك مصالحها، كما أنّ هذه القواعد قد تكون تشريعية من وضع المشرع، وقد تكون كلها أو بعضها ثمرة اجتهادات قضائية كما هو الحال في فرنسا مثلا. في إطار المسؤولية التقصيرية المبدأ الذي كان، وما يزال سائدا هو إخضاع هذه الأخيرة للمكان الذي وقع فيه الفعل الضار، وهذا ما يسمى بالقانون المحلي. على أنّه إذا كان هذا هو الاتجاه الغالب، فإنّ ذلك لم يمنع من ظهور اتجاهات أخرى حاولت الخروج عما هو مستقر عليه في هذا المجال، اتجاهات نادى بها الفقه ولقيت صدى عند قضاء وتشريعات الكثير من الدول، ولعل أهمها هو ما جاء من الولايات المتحدة الأمريكية حيث ذهب الفقه هناك إلى حد التمرد على طريقة حل التنازع في حد ذاتها وانتقاد منهج التنازع ثم عرض منهج جديد لم يتردد البعض بوصفه بالثورة الأمريكية.

كلمات مفتاحية: القانون المحلي، القانون الملائم، تنازع القوانين، القانون الوطني، الفعل الضار.

Abstract:

Every conflict of laws is resolved in principle by adopting the approach of attribution rules or conflict rules, which are rules that states set freely, taking into account their interests. Also, these rules may be legislative established by the legislator, and all or some of them may be the result of judicial jurisprudence, as is the case in France, for example. Within the framework of tort liability, the principle that was, and still is, prevailing is to subject the latter to the place where the harmful act occurred, and this is called local law. However, if this was the predominant trend, that did not prevent the emergence of other trends that attempted to deviate from what was established in this field, trends that were called for by jurisprudence and resonated with the judiciary and legislation of many countries, and perhaps the most important of them is what came from the United States of America, where Jurisprudence there went to the point of rebellion against the method of conflict resolution itself and criticizing the conflict approach, then presenting a new approach that some did not hesitate to describe as the american revolution.

Keywords: conflict of laws, proper law of the tort, appropriate law, Nationality law, conflict rules.

مقدمة:

كل تنازع للقوانين يتم حله مبدئيا عن طرق اعتماد منهج قواعد الإسناد أو قواعد التنازع، وهي قواعد تضعها الدول بكل حرية مراعية في ذلك مصالحها، كما أنّ هذه القواعد قد تكون تشريعية من وضع المشرع[1]، وقد تكون كلها أو بعضها ثمرة اجتهادات قضائية كما هو الحال في فرنسا مثلا[2]. في إطار المسؤولية التقصيرية المبدأ الذي كان، وما يزال سائدا هو إخضاع هذه الأخيرة للمكان الذي وقع فيه الفعل الضار، وهذا ما يسمى بالقانون المحلي[3]، ورغم أنّ تطبيق القانون المحلي في مجال المسؤولية التقصيرية ينادي به الكثير من الفقه ويلقى تكريسا تشريعيا وقضائيا في العديد من الدول، فإنّ ذلك لم يحل دون ظهور بعض الآراء والمواقف الفقهية المعارضة التي أثّرت إلى حد كبير على القضاء والتشريع في بعض الدول. ولقد ارتكز الفقه المعارض على طريقة الانتقاد وإبراز المساوئ والنقائص مع محاولة إعطاء البديل بعدها.

على أنه إذا ما كان يجمع أنصار هذا الاتجاه هو فكرة رفض تطبيق القانون المحلي فإنه بالمقابل تحديد البديل كان محل خلاف، والمتأمل لآراء ومواقف هذا الفقه يجد أنّها تأخذ ثلاثة اتجاهات رئيسية اتجاه يُغلب قواعد الاختصاص القضائي على تنازع القوانين ليصل في النهاية إلى القول بتطبيق قانون القاضي، واتجاه آخر يرى أنّ الحل يبقى دائما في إطار منهج قواعد الإسناد لكن مع تقديم ضوابط إسناد أخرى غير ضابط مكان وقوع الفعل الضار، وأخيرا هناك اتجاه ثالث يرفض أصلا فكرة قواعد الإسناد كمنهج لحل تنازع القوانين ويرى أنه على القاضي بدل أن يتقيد بقواعد الإسناد فيعمد إلى تطبيق قانون معيّن بطريقة آلية عليه أن يقوم بالبحث عن عناصر النزاع ويحاول ربطه بقانون يكون هو الأكثر ملاءمة وهذا هو الاتجاه الأمريكي الحديث الذي بدأ بالظهور بداية من منتصف القرن العشرين. والحقيقة أنه كان لهذا الاتجاه الكثير من الأنصار واستطاع أن يؤثر على القضاء الأمريكي بالثورة الأمريكية[4]، حيث تمّ اعتبار الأفكار التي نادى بها فقهاء هذا الاتجاه بمثابة ثورة على وضع كان قد ترسخ قضاء وتشريعا وهو أنّ كل تنازع للقوانين يتم حله مبدئيا عن طريق قاعدة الإسناد، وطبعا كان لهذه الأفكار أثر في مجال المسؤولية التقصيرية بل لنَقُل أنّ مثل هذا المنهج إنّما كانت بدايته أساسا ونقطة انطلاقه هي المسؤولية التقصيرية، ومنه كان التساؤل حول معطيات هذا المنهج ومدى تأثيره على القضاء والتشريع في الدول المختلفة، وهي تساؤلات تفرض الإجابة عنها إتباع مناهج مختلفة بدءا بالوصف ثم المقارنة والتحليل ما يسمح بالوصل إلى استخلاص النتائج المناسبة.

المبحث الأول: معطيات الاتجاه الحديث في حل تنازع القوانين

يقوم هذا الاتجاه كما سبقت الإشارة إلى ذلك على فكرة نبذ منهج قواعد الإسناد فهي قواعد عمياء وجامدة تبيّن القانون الواجب التطبيق فقط دون أن تكترث كثيرا حول ما إذا كان ذلك القانون هو فعلا أنسب القوانين لحكم النزاع، وهذا ما يجعل منها قواعد لا تتأقلم مع ظروف كل نزاع وتجعل القاضي يطبّق القانون الذي تشير إليه بصفة آلية دون أن تسمح له حتى أن يتساءل، وبالنظر إلى ظروف النزاع المعروض، ما إذا كان فعلا هذا القانون مناسبا أم لا[5]، إنّ هذه الاعتبارات هي التي جعلت بض الفقهاء في الولايات المتحدة الأمريكية يرفضون منهج قواعد الإسناد وينادون بمنهج جديد يقوم على فكرة أنّه على القاضي أن يبحث في كلّ حالة تُعرَض عليه عن الحلّ الأفضل والذي يكون عن طريق تطبيق القانون الأكثر ملاءمة، ومن هنا سُمّي هذا المنهج بمنهج القانون الملائم وهي تسمية استعملها لأول مرة الأستاذ MORRIS في مقال له صادر سنة 1951 في مجلة Harvard law بعنوان " The proper law of the tort"[6]، لكن أليس من شأن هذا الموقف أن يفتح الباب أمام تحكم القضاة فيطبقون أيّ قانون شاؤوا بحجة أنّه الأكثر ملاءمة؟ فعلا هذه نتيجة يمكن تصورها ومن أجل اتقائها يرى الفقه المؤيد أنّه يجب وضع توجيهات على القاضي مراعاتها وهو بصدد البحث عن القانون الملائم، ولقد تعددت هذه التوجيهات وإن كان يمكن حصرها وفقا لمضمونها إلى توجيهات تتعلق بالوسيلة التي على القاضي اعتمادها والتي يمكن تسميتها بالتوجيهات الفنية، وتوجيهات تفرض الأخذ بعين الاعتبار الغاية أو الهدف الذي يسعى القاضي لتحقيقه بمناسبة فصله في النزاع[7].

المطلب الأول: فكرة تجميع نقاط الارتباط (التوجيهات الخاصة بالوسيلة الفنية المعتمدة)

قام بصياغة هذه الطريقة الأستاذ MORRIS الذي بدأ شرح نظريته بالإشارة إلى أنّ المكان الذي يحدث فيه الفعل الضار ما هو إلاّ عنصر يرتبط مع عناصر أخرى، إذ إضافة إلى هذا العنصر هناك أيضا جنسية الأطراف وموطنهم وشركات التأمين في بعض الحالات إلى غير ذلك من العناصر الأخرى وعليه فبدل التطبيق التلقائي لقانون مكان وقوع الفعل الضار الذي قد يكون دون معنى في بعض الحالات وجب على القاضي أن يأخذ كلّ تلك العناصر بعين الاعتبار ويقوم بتطبيق القانون الذي يكون أكثر اتصالا بالعلاقة محل النزاع، ويكون بالتالي قد طبّق القانون الأكثر ملائمة[8].

ويجد هذا الحل تطبيقا له في مجال العقود إذ عادة ما تُؤخذ بعين الاعتبار عدة عناصر كمكان إبرام العقد وتنفيذه أو العملة المعتمدة أو اللغة المُحرَّر بها من أجل تركيز هذا العقد في مكان معيّن

وإخضاعه بالتالي لقانون يكون هو الأنسب، مثل هذا الحل وإن كان معتمدا في مجال العقود فإنّه عند MORRIS ليس هناك ما يمنع من اعتماده أيضا في مجال المسؤولية التقصيرية، ومادام أنّ الأمر هنا لا يختلف كثيرا عما هو مقرر في الالتزامات التعاقدية فهذا يعني أنّه يجب الاستعانة بفكرة "مركز الثقل" أو "طريقة جمع نقاط الارتباط" المعروفة في مجال العقود ومنه، فإنّه في مجال الفعل الضار يتعيّن على القاضي الأخذ بعين الاعتبار نقاط الارتباط الموجودة بين هذا الفعل ومختلف القوانين التي ترتبط به وتطبيق قانون الدولة الذي يكون أكثر ارتباطا بالنزاع[9].

لكن كيف يمكن الجزم والتأكد من أنّ عنصرا من العناصر هو الأكثر ارتباطا، وبمعنى آخر كيف يمكن تحديد أيّ عنصر هو الأكثر ثقلا في نزاع يتعلق بالمسؤولية التقصيرية؟ هنا يأتي دور الوسيلة الفنية التي يقترحها الأستاذ MORRIS إذ يرى أنّه يجب اعتماد طريقتين في هذا الصدد، الطريقة العددية أو الكمية والطريقة النوعية، فأمّا الأولى فهي طريقة بسيطة تعتمد على إحصاء لعناصر الارتباط بحيث يتم تعداد هذه العناصر ليُطبَّق في النهاية القانون الذي يرتبط به أكبر عدد من العناصر أو النقاط، فعلى سبيل المثال لو ألحق جزائري نتيجة حادث مرور وقع في تونس بسيارته المسجلة والمُؤمَن عليها بالجزائر أضرارا بجزائري آخر فإنّه ووفقا لهذه الطريقة الحسابية سيُعطى الاختصاص للقانون الجزائري باعتبار أنّ العناصر التي ترتبط به تتفوق عدديا إذ هناك أربع عناصر تتصل بالجزائر (المسؤول جزائري والمضرور كذلك، السيارة مسجلة في الجزائر، وشركة التأمين التي قد تدفع التأمين في الجزائر)، في حين لا يربط النزاع بتونس سوى أنّ الفعل الضار وقع هناك. لكن ورغم البساطة التي تتسم بها هذه الطريقة فإنّه يجب الاعتراف بأنّها تقوم على أساس خاطئ، فالقول بتطبيق قانون الدولة الذي يرتبط به أكبر عدد من النقاط أو العناصر يفترض أنّ جميع هذه العناصر متساوية من حيث القيمة وهذا منطق لا يمكن التسليم به، أضف إلى ذلك أنّه حتى ولو سلّمنا بالتساوي في القيمة فإنّ هذه الطريقة تبقى عديمة الفائدة في الحالة التي تتعادل فيها نقاط الارتباط بحيث لا يتفوق أيّ عنصر عدديا.

من أجل تفادي هذه العيوب والنقائص يُقدِم MORRIS الطريقة الثانية المسماة بالطريقة النوعية وهي تعتبر مكملة للطريقة الأولى إذ في هذه الحالة وبعد عملية الإحصاء والتعداد يتم البحث عن النقاط الأكثر بروزا والتي يتمحور حولها النزاع وهي عملية تتطلب الكثير من الدقة والتمحيص من قبل القاضي[10].

المطلب الثاني: نظرية الغاية والهدف من تطبيق القانون

إذا كان MORRIS يرى أنّ الوصول إلى القانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع في مجال المسؤولية التقصيرية يتم عن طريق اعتماد توجيهات فنية، فإنّ فقهاء آخرين في الولايات المتحدة الأمريكية رأوا أنّ الوصول إلى القانون الملائم يتم عن طريق البحث في الهدف أو الغاية المبتغاة من تطبيق قانون من القوانين التي تتنازع حكم النزاع الخاص بالمسؤولية التقصيرية، ولقد صيغت الكثير من النظريات في هذا المجال وسنحاول الوقوف عند أهمها.

الفرع الأول: نظرية المصالح الحكومية: Gouvernemental interests analysis

تُنسَب هذه النظرية للفقيه BRAINARD CURRIE حيث صاغها في مؤلفه "محاولات في تنازع القوانين " (Selected essays on conflicts of law) المنشور سنة 1963.

الفكرة الرئيسية التي ينطلق منها CURRIE هي أنّ كل تنازع للقوانين هو عبارة عن تنازع لمصالح الدول، فكل قانون تصدره الدولة إنّما الهدف منه هو تحقيق سياسة معينة وهو أمر لا يكتمل إلاّ إذا طُبِّق هذا القانون على المسائل التي يحكمها ومنه، فإنّه في كلّ تنازع للقوانين يجب مراعاة المصالح التي قد تتحقق لكلّ دولة نتيجة تطبيق قانونها وتغليب قانون الدولة الذي يكون له مصلحة أكبر في حكم النزاع. لكن كيف يمكن الوصول إلى تحديد هذا القانون؟ الوسيلة إلى ذلك تكون حسب CURRIE عن طريق التمييز بداءة بين التنازع الحقيقي والتنازع غير الحقيقي أو الوهمي واستبعاد هذا الأخير، ويكون التنازع وهميا إذا كان بين قانونين لهما نفس المحتوى أو أنّهما يؤديان إلى نفس النتيجة[11]، أماّ إذا كان التنازع بين قوانين مختلفة لكل منها مصلحة في حكم النزاع كنا هنا أمام تنازع حقيقي يجب الفصل فيه، وهنا يأتي دور التوجيهات والتي توجب على القاضي المرور بمرحلتين، تبدأ الأولى بوجوب تحليل المصالح الحكومية ويُقصَد بها البحث في القوانين التي تتنازع حكم العلاقة المعروضة عن السياسة التي يهدف إليها كل مشرِع عند وضعه لتلك القوانين وهو ما يتطلب من القاضي فحصا دقيقا لكل القوانين المرتبطة بالنزاع، فإذا ما تمّ ذلك وجب الانتقال إلى المرحلة الثانية وهو وجوب تحديد قانون الدولة الذي تكون له مصلحة أكبر في حكم النزاع ويكون كذلك إذا كان تجاهل هذا القانون وعدم تطبيقه من شأنه المساس بالسياسة التشريعية التي يهدف القانون إلى تحقيقها[12].

على أنّ CURRIE يعطي دورا هاما لقانون القاضي إذ يرى أنّه إذا كان من بين القوانين المتنازعة وجود لقانون القاضي وجب على هذا الأخير تغليب قانونه وتطبيقه على اعتبار أنّه إذا كان

الأصل تحليل مصالح الدول وتغليب إحداها فإنّه مع ذلك ليس للقاضي أن يضحي بمصلحة دولته في مقابل مصالح دول أخرى[13].

غير أنّ هذه النظرية تعرضت لبعض الانتقادات، فالقول بوجوب أن يقوم القاضي بالبحث والتدقيق في مختلف القوانين التي تتنازع العلاقة والبحث في سياسة التشريع لكل قانون هو قول، وإن كان يصدق نظريا، فإنّه عمليا يثير الكثير من الصعوبات. حقيقة قد يتمكن القاضي من إجراء هذا البحث عندما يتعلق الأمر بتنازع داخلي بين قوانين عدة ولايات كما هو الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية وباقي الذول المركبة، إذ يبقى في نهاية الأمر أنّ تلك القوانين تكون في متناول القاضي وبإمكانه أن يصل إلى مضمونها ومن ثمّ يبحث في السياسة التشريعية الخاصة بها، لكن هل الأمر سيكون بهذه السهولة عندما يتعلق بقوانين تخص دولا مختلفة؟ لاشك أنّ الجواب سيكون بالنفي إذ ما تزال العقبة الأساسية في مجال تطبيق القوانين الأجنبية هو جهل القاضي الوطني بمضمون هذه القوانين وصعوبة التوصل إليها وإمكانية إساءة فهمها وبالتالي إساءة تفسيرها وتطبيقها، ومادام الأمر كذلك فكيف يمكن أن نلزم قاضي أن يبحث في الهدف المبتغى من وراء إصدار تشريع ما وهو أصلا يجهل هذا التشريع والمعطيات المحيطة به والتي استدعت وضعه.

كما يُعاب على هذه النظرية إمكانية تحولها إلى وسيلة تحكمية بيد القاضي إذ يعمد إلى تطبيق أيّ قانون شاء بحجة أنّه قانون له مصلحة أكبر في حكم النزاع. كذلك فإنّ هذه النظرية وبطرحها فكرة المصالح الحكومية والبحث عن الهدف من التشريع تكون قد أخذت بعين الاعتبار عناصر تندرج ضمن القانون العام متجاهلة بذلك الطابع الخاص لتنازع القوانين الذي يبقى تنازعا يتعلق بالعلاقات الخاصة[14].

الفرع الثاني: نظرية تحقيق العدالة بصدد كلّ حالة ومبادئ التفضيل:

في سنة 1933 ظهر مقال في المجلة القانونية بجامعة Harvard تحت عنوان "نقد مسألة اختيار القانون"[15]، حيث قام فيه صاحب المقال العميد CAVERS بإرساء دعائم نظريته الجديدة ليقوم بتطويرها لاحقا سنة 1965 تحت عنوان " محاكمة مسألة اختيار القانون" (The choice of law process).

يبدأ CAVERS شرح نظريته بانتقاد قواعد الإسناد حيث يعتبرها قواعد عمياء تشير إلى تطبيق قانون معيّن دون أن تأخذ بعين الاعتبار مضمون هذا القانون مما يؤدي في أحوال كثيرة إلى عدم تلاءم القوانين المطبقة مع النزاع المطروح[16]، ويقابل هذا الانتقاد البديل الذي يجب أن يتمثل في طريقة مرنة قوامها البحث في كل حالة عن النتيجة الأكثر تحقيقا للعدالة، وهو ما يتم عن طريق إجراء القاضي

لدراسة دقيقة لوقائع النزاع ثمّ التعرف على القوانين التي تتنازع حكم هذا النزاع ودراسة أحكامها الموضوعية من أجل استخلاص النتائج التي قد تترتب على تطبيق كل قانون من هذه القوانين، فإذا ما تمّ للقاضي استخلاص هذه النتائج راح يُقيّمها ويقارن بينها ليستخلص، وعلى ضوء النتيجة المادية لكل قانون، ما هو القانون الأكثر تحقيقا للعدالة من أجل تطبيقه[17].

غير أنّ مثل هذه الطريقة تمّ انتقادها من قبل الكثير على أساس أنّها تعطي سلطة تقديرية جدّ واسعة للقاضي مما قد يؤدي إلى اختلاف الحلول وبالتالي المساس بمبدأ الاستقرار الذي يجب أن يسود العلاقات الدولية الخاصة.

هذه الانتقادات حملت CAVERS على تطوير نظريته حيث طرح فكرة مبادئ التفضيل، إذ وحتّى يتم تفادي ما قد توصل إليه سلطة التقدير الواسعة الممنوحة للقاضي في البحث في كل حالة عن القانون الأكثر تحقيقا للعدالة، يقترح هذا الأخير وضع بعض المبادئ على القاضي أن يسترشد بها أثناء مقارنته للقوانين المختلفة حيث أنّ التقيد بها سيؤدي في النهاية إلى تفضيل قانون على بقية القوانين الأخرى ويقدّم CAVERSسبعة مبادئ، خمسة منها في مجال المسؤولية التقصيرية واثنان في مجال العقود، على أنّها تظل على سبيل المثال لا الحصر إذ يمكن للاجتهاد القضائي أن يستخلص مبادئ أخرى[18].

وإذا ما توقفنا عند المبادئ المقررة بخصوص المسؤولية التقصيرية فسنجدها تتمثل في ما يلي:

– المبدأ الأول تفضيل قانون محل وقوع الضرر إذا كان هذا القانون يُلزم المسؤول باتخاذ حيطة أكبر أو ينص على دفع مبلغ تعويض أكبر مما هو مقرر في قانون مكان ارتكاب الفعل أو قانون الموطن المتسبب في الضرر.

– المبدأ الثاني تفضيل قانون مكان وقوع الفعل الضار (أي المكان الذي وقع فيه كلّ من الفعل والضرر) إذا كان هذا القانون يُلزم المسؤول باتخاذ حيطة أقل أو يقضي بدفع مبلغ أقل مما هو مقرر وفقا لقانون موطن المضرور.

– المبدأ الثالث يخص الحالة التي يختلف فيها مكان وقوع الخطأ عن مكان تحقق الضرر ويتضمن قانون مكان وقوع الخطأ أحكاما مشددة خاصة بحالات معينة للمسؤولية التقصيرية كالقواعد المنظمة لبيع الخمور أو القواعد المنظمة لاستعمال المتفجرات، ففي مثل هذه الحالة يتم تفضيل قانون مكان الخطأ عن قانون مكان حدوث الضرر حتى ولو كان هذا الأخير لا يتضمن مثل هذه الأحكام المشددة الموجودة في قانون مكان الخطأ.

– أما المبدأ الرابع والخامس فهما بمثابة استثناء عن المبدأ الأول والثاني ويشملان الحالة التي تكون فيه هناك علاقة خاصة ومسبقة بين أطراف النزاع، فيتم وفقا للمبدأ الرابع تفضيل القانون الذي يحكم العلاقة على قانون مكان وقوع الضرر متى كان القانون الأول يفرض اتخاذ حيطة أكبر او يقضي بدفع مبلغ تعويض أكبر مما هو مقرر في القانون الثاني، أماّ وفقا للمبدأ الخامس فيتم أيضا تفضيل قانون العلاقة الخاصة على قانون مكان وقوع الفعل الضار متى كان القانون الأول يقضي باتخاذ حيطة أقل أو بدفع مبلغ تعويض أقل مما هو مقرر في القانون الثاني[19].

هذه هي إذن مبادئ التفضيل الخمس الخاصة بالمسؤولية التقصيرية التي ساقها الأستاذ CAVERS، على أنّه وكما سبقت الإشارة فإنّ هذه المبادئ تبقى على سبيل المثال وللقضاء أن يستخلص مبادئ أخرى في قضايا لا تنطبق عليها تلك المبادئ الخمس.

ويظهر الفرق بين هذه المبادئ وقواعد الإسناد التقليدية، فالأولى دورها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق لكن مع الأخذ بعين الاعتبار مضمون القوانين التي تتنازع حكم العلاقة وهذا ما لا نجده في قواعد الإسناد فهي وإن كانت تُرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق فإنّها تقوم بذلك بشكل مجرد دون مراعاة لمضمون القوانين المتنازعة.

الفرع الثالث: نظرية الاعتبارات المؤثرة على تحديد الاختيار: (Choice influencing considerations)

يرى الأستاذ ROBERT LEFLAR صاحب هذه النظرية أنّه في كل نزاع يتعلق بالعلاقات الدولية الخاصة هناك بعض الاعتبارات على القضاة أخذها بعين الاعتبار وهم يفصلون في النزاع، هذه الاعتبارات تتمثل في خمس، أولا توقعات الأفراد، ثانيا تنوع العلاقات الدولية، ثالثا تسهيل مهمة القاضي رابعا تغليب مصالح دولة القاضي وأخيرا تطبيق القاعدة الأفضل في القوانين المتنازعة. على أنّ هذه الاعتبارات ليست متساوية وإنّما تختلف قيمتها بحسب كلّ حالة ونزاع معروض ومنه، ففي مجال المسؤولية التقصيرية الاعتبار الأول حسب LEFLAR ليس لديه أيّ دور على أساس أنه عادة ما لا يهتم الأطراف بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار. ومادام إذن أنّ قيمة الاعتبارات تختلف بحسب الحالة المعروضة فإنه يتوجب على القاضي أن يبحث في الاعتبارات الأكثر تأثيرا ويُقصي تلك التي ليس لها أي دور وبذلك يصل إلى القاعدة القانونية الأفضل ويقوم بتطبيقها.

ولقد أشاد الفقه بسهولة هذه النظرية والمرونة التي تتميّز بها وكذا أخذها بعين الاعتبار الأهداف الأساسية التي ترمي إليها قواعد القانون الدولي الخاص، وإن كان هناك من عاب عليها وضعها لحقائق فقط على القاضي أخذها بعين الاعتبار[20].

المبحث الثاني: أثر الاتجاه الحديث في القضاء والتشريع

اتجاه القانون الملائم نشأ وتطور في الولايات المتحدة الأمريكية، ومنه فيبدو من الطبيعي أن يبرز تأثيره في تشريع وقضاء هذه الدولة، ومع ذلك فإننا نجد أيضا معالم هذا الاتجاه بارزة في بعض الدول الأوروبية.

المطلب الأول: منهج القانون الملائم في الولايات المتحدة وأوربا:

لقد أوجدت النتائج غير المرضية التي كانت تصل إليها المحاكم في بعض الأحيان عند تطبيقها للقانون المحلي رغبة عند بعض القضاة في محاولة الابتعاد عن هذا القانون، غير أنّ أمرا كهذا لم يكن بالهيّن إذ كانت قاعدة احترام السوابق القضائية تفرض على القضاة إتباع ما هو مستقر عليه، وطبعا المستقر عليه عند القضاء الأمريكي كان، وحتى النصف الثاني من القرن 20، هو تطبيق مكان وقوع الفعل الضار وبالضبط مكان تحقق الضرر[21] ومنه، فقد سارت الأمور تدريجيا وكانت البداية هو محاولة التهرب عن طريق وسائل قانونية دون أن تصل إلى حدّ المساس بالمبدأ، إذ يبقى القانون المحلي هو الأصل لكن متى اتضح للقضاة أنّ نتائج تطبيقه غير مرضية عملوا على استبعاده إما عن طريق تكييف النزاع من مسؤولية تقصيرية إلى مسؤولية تعاقدية، ويتم تبعا لذلك تطبيق قانون مكان إبرام العقد، وإما إدراج النزاع ضمن المسائل الإجرائية فيتم بالتالي تطبيق قانون القاضي[22]. واستمر الأمر على هذا الحال إلى أن قطعت محكمة استئناف New York الخطوة الأخيرة معلنة رفضها تطبيق قاعدة القانون المحلي في قضية شهيرة فصلت فيها بتاريخ 1963/05/09 تعرف بقضية BABCOK V.S. JACKSON.

وترجع وقائع القضية إلى يوم الجمعة 16 سبتمبر 1960 حيث غادر في ذلك اليوم كل من السيد والسيدة JACKSON بسيارتهما مدينة Rochester الموجودة في New York حيث يقيمان مصطحبين معهم صديقتهم GEORGIA JACKSON متوجهين نحو Canada في رحلة من المقرر أن تستغرق أسبوعين. ساعات بعد ذلك وفي الوقت الذي كان فيه السيّد JACKSON يسوق سيارته عابرا ولاية Ontario فَقَدَ هذا الأخير التحكم في القيادة لتنتهي السيارة مرتطمة بجدار وهو ما ألحق

جروحا بليغة بـ BABCOK والتي قامت مباشرة بعد رجوعها إلى New York برفع دعوى على السيد WILLIAM JACKSON مدعية أنّ الحادث وقع نتيجة رعونته وعدم احتياطه في القيادة.

محكمة الدرجة الأولى، وإعمالا لما هو مستقر عليه حتى ذلك الوقت رأت أن تفصل في النزاع وفق قانون ولاية Ontario باعتباره القانون المحلي، وكانت لذلك القانون نصوص تختلف عما هو مقرر في قانون ولاية New York، إذ كان لديه تشريع يُعرَف بقانون الضيوف (Guest statute) الذي كان يمنع الراكب بالمجان الحصول على أيّ تعويض نتيجة حادث مرور[23]، وانطلاقا من ذلك حكمت المحكمة برفض طلب المدعي وحرمانها من أيّ تعويض، وهو حكم أكدته وأقرته من جديد جهة الاستئناف (Appealate division) رغم المعارضة الشديدة التي أبداها أحد القضاة وهو القاضي HALPERN. غير أنّ محكمة الاستئناف الفيدرالية (Court of appeals) كان لها رأي آخر مخالف لما قد تقرر من قبل، فلقد أبدى القاضي FULD معارضة للقانون المحلي وذلك حين قام بإبراز أهم العيوب وتوجيه الكثير من الانتقادات ورأى أنّ تحقيق العدالة والوصول إلى نتائج عملية جيّدة لا يتم إلاّ عن طريق تغليب قانون الجهة التي تكون لديها مصلحة في حكم النزاع وذلك لارتباطها بالأطراف[24]. ومن أجل الوصول إلى هذا القانون قامت المحكمة في مرحلة أولى بتجميع نقاط الارتباط فتبيّن أنّ قانون ولاية New York يتغلب عدديا، فأطراف الدعوى من هذه الولاية والسيارة التي كانت سببا في الحادث مسجلة بها، كما أنّ الرحلة انطلقت منها وكان من المقرر أن تنتهي هناك، أما ولاية Ontario فلا يربطها بالنزاع إلاّ نقطة واحدة وهي أنّ الحادث وقع بها.

بعد ذلك وفي مرحلة ثانية قامت المحكمة بالبحث في السياسة التشريعية لكل من القانونين، قانون ولاية New York وقانون ولاية Ontario فاتضح أنّ تاريخ التشريع في الولاية الأولى كان دائما رافضا لفكرة قانون الضيوف، أماّ في الولاية الثانية فإنّ سبب وضع هذا القانون الأخير إنّما يرجع إلى محاولة منع التحايل على شركات التأمين من قبل مالكي السيارات المُؤَمنين سياراتهم بهذه الولاية. وبما أنّ السيّد JACKSON لا يقيم بـ Ontario، ولا سيارته مُؤَمنة بإحدى شركات التأمين المتواجدة هناك، فإنّ فكرة التحايل على هذه الشركات غير واردة وبالتالي تطبيق قانون الضيوف لن يفيد في شيء[25]، وطالما أنّ هذا القانون ليست له مصلحة في حكم النزاع، وطالما أنّه أيضا هو قانون كان تاريخيا دائما محل رفض في تشريع ولاية New York، وبما أنّه عدديا قاون هذه الولاية ترتبط به أغلب نقاط الالتقاء فقد رأى القاضي FULD أنّ القانون المطبّق في هذه القضية يجب أن يكون قانون ولاية New York.

ويُلاحَظ من خلال وقائع القضية وما انتهت إليه المحكمة مدى تأثر هذه الأخيرة بنظريات الفقه الأمريكي وبالأخص فقه MORRIS وCURRIE حيث استعملت المحكمة طريقة جمع نقاط الارتباط مضاف إليها تحليل للسياسة التشريعية لكل من القانونين محل التنازع والبحث عن القانون الذي تكون له مصلحة في حكم النزاع وهذا يذكر بنظرية MORRIS التي نادى فيها بفكرة تجميع نقاط الارتباط كمّا ونوعا وكذا نظرية المصالح الحكومية التي ينادي فيها صاحبها CURRIE بوجوب مراعاة المصالح التي قد تتحقق لكل دولة نتيجة تطبيق قانونها.

الموقف الجديد المُعتمَد في قضية BABCOK V.S. JACKSON اعتمده قضاء ولايات أخرى، ففي ولاية Californie أعلنت أعلى هيئة قضائية هناك في حكم صادر سنة 1967 يُعرَف بحكم REICH V.S. PARCELLE، ونتيجة تأثر واضح بنظرية المصالح الحكومية، رفضها تطبيق قانون مكان وقوع الحادث ومفضلة تطبيق قانون موطن الضحية أثناء وقوع هذا الحادث، حيث اتضح للمحكمة وبعد تحليل لمختلف القوانين المتنازعة أنّ قانون الموطن سيكون هو الأكثر ملاءمة على أساس أنّه يضع سقفا للتعويض وفي ذلك حماية للمسؤول، وهذا بخلاف قانون مكان وقوع الحادث الذي لا يعرف مثل هذا التحديد[26].

ولا يقتصر تأثير الاتجاه الحديث على كل من New York وِCalifornie بل نجد معالمه أيضا في قضاء ولاية Wisconsin [27]، وفي قضاء New Jersey [28] وأيضا في ولاية Minnesota [29].

هذا عن الولايات المتحدة الأمريكية أماّ في أوربا، ورغم أنّ قواعد الإسناد نشأت هناك، ومع أنّ قاعدة تطبيق القانون المحلي ما تزال معتمدة تشريعا وقضاء في الكثير من الدول الأوربية فإنّ ذلك لم يمنع بعض الدول من الالتفات إلى الأفكار التي صار ينادي بها جانب من الفقه الأمريكي ويعتمدها قضاء بعض الولايات الأمريكية.

ففي انجلترا يرى البعض [30] أنّ قضية BOYS V.S. CHAPLIN، التي فصلت فيها غرفة اللوردات بتاريخ 1969/09/25 تحمل دلائل على محاولة القضاء الانجليزي إضفاء بعض المرونة على قواعد الإسناد التقليدية واستقبال الأفكار الأمريكية الحديثة[31]. وفي النمسا، نجد المادة 48 فقرة 1 من قانون 1978/06/15 تنص على "أنّ دعاوى التعويض الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية يحكمها قانون الدولة التي وقع بها التصرف الذي أدى إلى إحداث الضرر، غير أنّه إذا وُجد بالنسبة للأطراف علاقة أكبر مع قانون دولة ما وجب تطبيق هذا القانون". وتعطي المادة 25 من قانون 1982/05/20 التركي

حلا مماثلا إذ يبقى المبدأ هو تطبيق القانون المحلي غير أنّه " إذا كانت العلاقة القانونية الناتجة عن الفعل غير المشروع أكثر ارتباطا مع دولة أخرى فإنّ قانون هذه الدولة هو الذي يُطبَّق".

المطلب الثاني: تقدير الاتجاه الحديث

إنّ جميع النظريات التي جاءت بها أنصار الاتجاه الحديث تشترك في فكرة واحدة وهي رفض المنهج التقليدي في حل تنلزع القوانين الذي يقوم على فكرة إسناد العلاقات القانونية إلى قانون معيّن، فيتم تطبيق ذلك القانون بصفة آلية دونما مراعاة وأخذ بعين الاعتبار لظروف كل نزاع ومضمون كل قانون من القوانين المتنازعة مما يؤدي في بعض الأحيان إلى عدم ملاءمة القانون المطبّق لحكم النزاع. هذه النتيجة هي التي جعلت جانبا من الفقه في الولايات المتحدة ينادي بوجوب الابتعاد عن قواعد الإسناد الجامدة والبحث في كل نزاع عن القانون الذي يكون هو الأنسب والأكثر ملاءمة لحكم النزاع، ولم يشأ هذا الفقه أن يترك المجال مفتوحا للقاضي في عملية البحث عن هذا القانون فعمل من خلال النظريات المطروحة والمقدمة على وضع توجيهات وإيضاحات يتوجب على هذا القاضي أخذها بعين الاعتبار وهو بصدد البحث عن القانون الأنسب والأكثر ملاءمة.

ومع هذا فإنّ أفكار هذا الاتجاه لم تكن لتسلم من النقد، وكان مبدأ الأمن القانوني أهم ثغرة نفذ منها المنتقدون، إذ أهم ما واجهته هو قضاؤها على الحماية التي تضمنها وتوفرها قواعد الإسناد لكل من القاضي والأطراف، فالقاضي بحاجة إلى طريق ذو معالم واضحة يحميه من أي انحراف وهذا ما لا يضمنه المنهج الحديث حيث فيه لا يتقيد هذا القاضي بقاعدة مسبقة تملي عليه القانون الواجب التطبيق مما يفسح له مجالا واسعا للتقدير قد يصل به إلى تطبيق قانونه الوطني بحجة أنه الأنسب مع أنه قد لا يكون كذلك، وهذا ما يؤدي في النهاية إلى المساس بتوقعات الأطراف. هذه النتيجة هي التي جعلت الكثير من الفقهاء خاصة في فرنسا مع اعترافهم ببعض مزايا هذا الاتجاه يفضلون منهج قواعد الإسناد كونه منهج يضمن الحماية والاستقرار لكل من القاضي والأطراف وفي ذلك يقوا الأستاذان LOUSSOUARN وBOUREL: "بين حل يتميز بالمرونة لكن غير مؤكد، وقاعدة قد لا تكون مناسبة دائما غير أنه يمكن بكل سهولة معرفتها وتسمح بالوصول إلى الحل، وجب تفضيل هذه الأخيرة"[32].

الخاتمة:

لقد أثارت مسألة القانون المطبّق على المسؤولية التقصيرية الكثير من الجدل الفقهي، وكان لكل هذه الآراء الفقهية صدى في تشريع أو قضاء دولة من الدول. وإذا رجعنا إلى القانون الجزائري، فإنّنا نجده ما يزال وفيّا لمنهج التنازع ولمبدأ القانون المحلي فهو طبقا للمادة 20 قانون مدني[33] القاعدة التي لا يرد عليها أي استثناء إلاّ فيما يتعلق بتقدير مشروعية الفعل إذ يرجع فيه للقانون الوطني. وما عدا ذلك ومتى أعتبر الفعل غير مشروع في كلا القانونين، توجب الرجوع إلى أحكام قانون مكان وقوع الفعل الضار وهذا موقف منتقد، فقد يكون هذا المكان مجرد عنصر عارض وبالتالي تطبيق قانون هذا المكان يصير دون معنى خاصة في الأحوال التي يكون فيها للخصمين جنسية مشتركة، وأكثر من ذلك أن تتطابق جنسيتهما مع جنسية القاضي. يجب أن نعترف إذن أنّ موقف المشرع الجزائري موقف معيب قد يؤدي في بعض الحالات إلى تطبيق قانون ليست له أيّ علاقة بجميع عناصر النزاع، وهي نتيجة يمكن تفاديها إذا أدخلنا بعض التعديل على المادة 20. نرى بداءةً أنّه يجب الابتعاد عن الأفكار الأمريكية الحديثة وأنّ الحل يجب أن يبقى دائما في إطار قواعد الإسناد وما تحتويه من ضوابط إسناد، ففي مجال المسؤولية التقصيرية حيث كثيرا ما تتدخل شركات التأمين من أجل التعويض نجد من مصلحة هذه الأخيرة، وكذا الخصوم معرفة أيّ قانون سيخضعون له إذ في ذلك حماية لهم وعدم مساس بتوقعاتهم وهذه مسألة جوهرية لا تضمنها للأسف أفكار الاتجاه الأمريكي. فمن خلال قواعد الإسناد يمكن سلفا معرفة أيّ قانون قد يكون مختصا، في حين أنّه في المنهج الحديث القانون الذي قد يُطبَّق يكون غير معلوم سلفا ويتوقف على ما يخلص إليه القاضي من نتائج. من أجل ذلك كلّه نعتقد أنّ الحل يجب أن يكون دائما في إطار منهج قواعد الإسناد ويجب أن يكون دائما وفقا لضابط مكان وقوع الفعل إذ لهذا القانون مزاياه التي لا يمكن إنكارها أهمها تكريسه للأمن القانون من خلال المحافظة على توقعات الأطراف ولاعتباره القانون الأنسب لإعادة التوازن الذي يكون قد اختل بين المسؤول والمضرور نتيجة وقوع الفعل الضار. لكن كلّ هذا يصدق شريطة أن لا يكون هناك قانون آخر هو أكثر ارتباطا بالنزاع وهو قانون لا يقوم هنا القاضي بالبحث عنه واستخلاصه كما نادى بذلك الاتجاه الأمريكي، وإنّما يجب أن يكون محددا بحيث يمكن معرفته سلفا من قبل القاضي والخصوم فلا نطلق بالتالي يد القاضي وبالمقابل لا نفاجئ الأطراف بقانون لم يكن ليتوقعوه، وهذه النتيجة نصل إليها عن طريق وضع ضابط إسناد آخر إلى جانب القانون المحلي وهذا الضابط في رأينا يجب أن يكون قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك متى تطابقت هذه الجنسية أو الموطن مع جنسية القاضي. وبمعنى آخر نعتقد أنّ القانون الذي يكون أكثر ارتباطا هو

القانون الجزائري متى كان القضاء الجزائري هو الناظر في الدعوى وكان لأطراف النزاع الجنسية الجزائرية أو كان موطنهم بالجزائر إذ لاشك أنّه في مثل هذه الحالة توقعات الأطراف ستتجه نحو احتمال تطبيق القانون الجزائري أكثر من توقعهم تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار الذي سيُعتبَر بالنسبة لهم مجرد ظرف عارض.

الهوامش:

[1] هذا هو الوضع عندنا في الجزائر إذ جاء النص على قواعد التنازع في المواد من 09 إلى 24 من القانون المدني، وقد تمّ تعديل أغلب هذه المواد بمقتضى قانون رقم 01/05 المؤرخ في 2005/06/20، ج. ر. عدد 44.

[2] Cf. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, Droit International privé, 6ème éd., Dalloz, 1999, n° 63, p 48.

[3] يرجع أصل مصطلح القانون المحلي للأستاذ الفقيه BARTIN حيث عرّفه بأنّه مجموع القواعد القانونية التي تطبّق على كل شخص مقيم أو عابر لإقليم دولة ما بحيث يلتزم ذلك الشخص بالخضوع لقوانين بوليس تلك الدولة المتواجد فوق إقليمها وذلك في مجال علاقات القانون الخاص. انظر:

E. BARTIN, Principes de droit international privé, éd. Domat Montchrestien, Paris, 1932, n° 330, p. 387.

[4] Cf. B. AUDIT, Flux et reflux de la crise des conflits de lois, Travaux du comité français de droit international privé, Journée du 23/11/1985, p. 63 ; B. AUDIT, Le caractère fonctionnel de la règle de conflit de loi, R. C. D. I., T. III, 1984, p. 243.

[5] انظر بخصوص هذه الانتقادات:

A. B. CONSTANTIN, La codification du droit international prive français, thèse doctorat, paris X, 2005, n° 167. P. 171; G. M. EL KOURDY, Les règles matérielles en droit international privé, thèse doctorat, Toulouse I, 1993, n° 43, p. 30 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, op. cit., n° 135, p. 139.

[6] Cf. B. HANOTIAU, op., cit., n° 261, p. 175.

[7] Cf. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, op., cit., n° 137, p. 141.

حبّار محمد، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مطبوعات جامعة وهران، كلية الحقوق، 1981، ص. 152.

[8] Cf. B. AUDIT, Droit international prive, 4éme éd., Economica, 2007, n° 261, p. 175 ; F. VISCHER, Traité de droit international privé suisse, T. I, V. 4, éd. universitaire Fribourg, 1974, p. 200.

[9] L. FORGET, Les conflits de lois en matière d'accidents de la circulation routière, Thèse Doctorat, Paris, 1973., n° 56, p. 39.

[10] علي علي سليمان، المرجع السابق، رقم 46، ص. 92؛ زيروتي الطيّب، ، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، 2000، ص. 204؛

Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, op. cit., n° 137, p. 142.

[11] L. FORGET, op. cit., n° 59, p. 40 ; B. AUDIT, Droit international privé, op. cit., n° 184, p. 164.

[12] Cf. G. LEGIER, Sources extracontractuelles des obligations, J. C. P., 1993, n° 2, p. 15;

محمد ماجد محمود أحمد، محمد ماجد محمود أحمد، المسؤولية عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، عين الشمس القاهرة، 1987، ص. 118.

[13] Cf. B. AUDIT, Flux et reflux..., op. cit., p. 63; B. AUDIT, Le caractère fonctionnel de la règle de conflits de lois, op. cit., p. 245 ; L. FORGET, op. Cit., n° 60, p. 43.

[14] Cf. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, op. cit., n° 138, p. 145;

[15] CAVERS, A critique of the choice of law problem, Harvard law review, T. 47, 1933, pp. 73 et s.

[16] Cf. B. AUDIT, Flux et reflux de la crise des conflits des lois, op. cit., p. 63.

[17] محمد ماجد محود أحمد، المرجع السابق، ص 109؛

Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, op. cit., n° 139, p. 145 ; L. FORGET, op. cit., n° 62, p. 145.

[18] B. AUDIT, Le caractère fonctionnel de la règle de conflits de lois, op. cit, p. 247.

[19] يُراجَع بخصوص هذه المبادئ:

B. HANOTIAUX, op. cit, n° 294 et s. ; G. LEGIER, op. cit., n° 56, p. 16 ;

محمد ماجد محمود أحمد، المرجع السابق، ص. 112، 113.

[20] Cf. G. LEGIER, op. cit., n° 57, p. 16; B. HANOTIAUX, op. cit., n° 303, p. 204;

محمد ماجد محمود أحمد، المرجع السابق، ص 133.

[21] Cf. J. G. CASTEL, Note sous cass. 09/05/1963, R. C.D. I. P., 1964, p. 286.

[22] من أمثلة ذلك حكم GRANT V. S. M. C AULIFFE سنة 1953 حيث كانت القضية تتعلق بحادث مرور وقع في ولاية Arizona بين سيارتين مسجلتين في ولاية Californie وكل ركابها يقيمون في هذه الولاية، و كان من نتيجة هذا الحادث وفاة احد السائقين والذي تبيّن أنّه كان ونتيجة إهمال منه مسؤولا عما وقع، ورغم وفاة المسؤول فإن ّذلك لم يمنع المضرور من رفع دعوى التعويض ضد الورثة، غير أنه عند إعمال قانون ولاية Arisona أتضح أنّ هذا الأخير تقضي أحكامه بعدم إمكانية رفع دعوى التعويض بعد وفاة المسؤول، وهذا بخلاف ما هو مقرر في قانون ولاية Californie، تفاديا للوصول إلى هذه النتيجة وحرمان المتضررين من التعويض فقط لأنّ الحادث وقع في Arizona رأى القاضي TRAYNOR اعتبار قبول الدعوى بعد الوفاة من عدمه مسألة إجراءات تخضع لقانون القاضي، واستطاع بهذه الوسيلة أن يصل إلى تطبيق قانون Californie الذي يسمح برفع دعوى التعويض. انظر بخصوص هذا الحكم :

J. CASTEL, op. cit., p. 289 ; B. HANOTIAUX, op. cit., n° 264, p. 179; L. FORGET, op. cit., n° 68, p. 48.

[23] وهو الحكم المقرر بموجب نص الفصل 172، المادة 105 فقرة 2 من قانون المرور لولاية Ontario الصادر سنة 1960 حيث جاء فيه أنّ: " كلّ مالك أو سائق لمركبة ذات محرك غير تلك المستعملة لنقل الركاب بمقابل ليس مسؤولا عن فقدان أو أضرار ناتجة عن جروح جسمانية أو وفاة تحصل لكل شخص كان راكبا في العربة ". أنظر :

J. G. CASTEL, op., cit, p. 285.

[24] وهذا ما جاء في عبارة الحكم التالية:

“ Justice, Fairness and « the best practical result” may best be achieved by giving controlling effect to the law of the jurisdiction which, because of its relation ships or contact with occurrence or the parties, has the greatest concern with the specific issue raised in the litigation”. V. B. HANOTIAUX, op. cit., n° 269, p. 182;

[25] Cf. L. FORGET, op. cit., n° 58, p. 41.

[26] Cf. L. FORGET, op. cit., n° 68, p. 48; B. HANOTIAUX, op. cit., n° 287, p. 194.

[27] حكم WILCOX V. S. WILCOX سنة 1965، مشار إليه عند:

L. FORGET, op. cit., n° 69, p. 48.

[28] حكم BECK WITH V. BETHLEKEM STEEL CORPS سنة 1982، مشار إليه عند:

G. LEGIER, op. cit., n° 53, p. 15.

[29] حكم STANDAL V. S. ARMSTRONG CORK سنة 1984، مشار إليه عند:

G. LEGIER, op. cit., n° 57, p. 16.

[30] Cf. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, op. cit., n° 146, p. 155.

أنظر في تفاصيل هذه القضية: . L. FORGET, op. cit., n° 74, p. 52

[31]

[32] « Entre une solution raffinée, mais incertaine, et une règle peut être moins bien adaptée mais que l’on peut aisément connaître et qui permet de prévoir la solution, la préférence doit être accordé à la seconde ».
Cf. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, op. cit., n° 147, p. 157.

ويُراجع أيضا في الدفاع عن منهج قواعد الإسناد B. AUDIT, Flux et reflux…, op. cit., p. 66.

[33] تنصّ المادة 20 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم على ما يلي: " يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

غير أنّه فيما يتعلّق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع الّتي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعدّ غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه ".

مدى تطبيق القاضي لخاصية الحياد في قواعد التنازع الخاصة بالانفصال الجسماني والتبني

Judge's application of neutrality in conflict rules on physical separation and adoption

د. زنداقي سهيلة

جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان

souhila.zendagui@univ-tlemcen.dz

ملخص:

استحدث المشرع الجزائري قواعد إسناد خاصة بالتبني والإنفصال الجسماني في المادتين 12 و13 مكرر1 من القانون المدني الجزائري، هاتين المسألتين دخيلتين علي القانون الداخلي، يصعب على القاضي تكييفها وتطبيقها خاصة إذا تخلل العلاقة طرف جزائري، فسينحاز القاضي حتما إلى الحكم وفقا لقانونه والخروج عن أهم خاصية لقاعدة الإسناد ألا وهي خاصية الحياد وعن الغاية من تشريع المادتين ألا وهي ضمان حقوق الأجانب على أرض الوطن، في ظل تطور العلاقات التجارية الدولية ورغبة الجزائر في الإنضمام إليها .

كلمات مفتاحية: قواعد الإسناد؛ خاصية الحياد؛ الإنفصال الجسماني؛ التبني؛ قانون القاضي.

Abstract:

Algerian legislation has introduced rules of attribution for physical separation and adoption in articles 12 and 13 bis of the Algerian Civil Code. These two issues are intrinsic to domestic law, which it is difficult for a judge to adapt and apply, especially if the relationship is interspersed with an Algerian party. the judge will inevitably take the decision in accordance with his law and depart from the most important characteristic of the attribution rule, namely, that of impartiality and the purpose of the legislation of the two articles, namely, to guarantee the rights of foreigners on home soil, in light of the development of international trade relations and Algeria's desire to join them.

Keywords: attribution rules;neutrality feature; physical separation; adoption; judge's act.

مقدمة:

عملت الدول على تنظيم وتيسير حركة تنقل الأشخاص والأموال تبعا لتطوّر وتشعّب العلاقات التجارية الدولية الأمر الذي أفرز تداخل العلاقات بين الأشخاص من مختلف الجنسيات في نطاقات شتّى يحكمها القانون الخاص والتي تحمل في طياتها عنصرا أجنبيا، تحتاج إلى قواعد خاصة لتنظيمها وحل لنزاعاتها نظرا لإرتباط العلاقة بدولتين أو أكثر، يعدّ الشخص فيها عنصرا فعّالا قد يدخل في علاقات شخصية مع الأجانب بإختلافها وتعارض المصالح فيها، لا يمكن ضبطها بالقانون الداخلي للدول فإذا ما

تمسّك كل طرف بقانونه يحدث ما يسمى بتنازع القوانين، آستحدث فرع من فروع القانون الخاص ذات طابع دولي هو القانون الدولي الخاص الذي يعرّف على أنه "مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي"[1].

عمل هذا الفرع من القانون على ايجاد وسائل لحل مشكلة التنازع من خلال قواعد يضعها تسعى الى تحقيق التوفيق بين المصالح المتعارضة لمختلف الأنظمة القانونية الوطنية وفقا لضوابط لا تخل بالنظام العام الداخلي من دولة لأخرى وبتعدد عوامل اختلافه، إما على أساس الدين والعقيدة أو العرق أو الأفكار الإقتصادية والإجتماعية .

تضارب المصالح في العلاقات الشخصية ذات العنصر الأجنبي يفترض حسما للنزاعات الناشئة والمتمثلة أساسا في ايجاد القانون الواجب التطبيق أولا، وقد أجمعت مختلف الآراء الفقهية والتي تم صبّها في نصوص قانونية على أن قواعد الإسناد هي الأنسب لحل مشكلة تنازع القوانين والتي تسند العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى قانون مختص في مسائل الأسرة وغيرها [2] .

أصبحت الجزائر تشهد حركة للأجانب داخل الوطن لأسباب تجارية وإقتصادية، يجب ضبطها اذا ما أقترنت به علاقة مع الوطني خاصة في مجال الأحوال الشخصية، ارتفعت عقود الزواج بين الجزائريين والأجانب داخل الوطن وحتما ستحدث نزاعات يجب احتوائها وحلها بقواعد الإسناد .

استحدث القانون المدني الجزائري قواعد التنازع بموجب القانون رقم 05-10 [3] وأضاف مسائل في الأحوال الشخصية هي دخيلة على المجتمع الجزائري كالإنفصال الجسماني والتبني ترضية للأجانب الذي يسمح قانونهم بها ولكنها قد تطال حتى العلاقات التي يكون أحد أطرافها جزائريا فهل يطبق القاضي القانون الأجنبي أم ينحاز إلى القانون الجزائري؟ .

المبحث الأول

مدى تطبيق القاضي الجزائري لخاصية الحياد في قواعد الإسناد الخاصة بالإنفصال الجسماني

يفترض في نشوء تنازع القوانين قبول قانون القاضي لفكرة إمكانية تطبيق القوانين الأجنبية عن طريق قاعدة الإسناد، تعرّف على أنها "قاعدة قانونية فنية ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي"[4].

المطلب الأول: أسلوب حل تنازع القوانين في مسائل الإنفصال الجسماني

لقاعدة الإسناد عناصر وخصائص فما هو مجال تطبيقها على الإنفصال الجسماني؟

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للإنفصال الجسماني

يقصد به على أنه وقف المعيشة المشتركة بين الزوجين وتعليق الإلتزامات المتبادلة مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة، يتأسس على المباعدة المادية والإفتراق الجسدي في المساكنة، يكيّف على أنه مرحلة تريّث وإصطبار مؤقتة لمدة زمنية معينة تختلف حسب التشريعات (من سنتين الى خمسة سنوات) بانقضائها يُسمح للزوجين باختيار أحد الطريقين إما الصلح أو التطليق.

يعدّ أحد الحلول المقتبسة من التنظيم الكنسي الكاثوليكي الذي كان يعتقد فكرة أبدية الزواج وهو مظهر مخفف لإنحلال الرابطة الزوجية، كما يطلق عليه بالطلاق الكاثوليكي[5] .

إن نظام الإنفصال الجسماني لا يمت بصلة لا للمجتمع الجزائري ولا لقانونه فان وردت في قواعد تنازعه قاعدة خاصة بمسألة الإنفصال الأصوب أنها تكون خدمة للأجانب .

تعرف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة نظام واحد لإنتهاء العلاقة الزوجية ألا وهو الطلاق باختلاف صوره (إما أن يكون بإرادة من الزوج أو بإرادتهما المشتركة أو بالتطليق أو بالخلع) وتعدد أحكامه المضبوطة التي لا تسمح بحدوث أي انحلال خلقي في فترة حدوثه[6] .

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الإنفصال الجسماني .

تنص م2/12: "ويسري على انحلال الزواج والإنفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

لقاعدة الإسناد ثلاثة أركان :

1- **الفئة المسندة:** هي المسألة التي سيبحث القاضي الوطني في حلها، ومادام أن المسائل القانونية كثيرة فيستحيل وضع قاعدة إسناد لكل واحدة منها، لذا عمد المشرع الى وضع فئات معينة تسمّى بالفئة المسندة بحيث أن كل واحدة منها تتضمن مسائل قانونية متشابهة وضع لها المشرع ضابطا خاصا بها.

كحال المشرع الجزائري الذي ربط الطلاق والإنفصال الجسماني بفئة مسندة واحدة.

2- **ضابط الإسناد:** هو الوسيلة أو الأداة التي يحدد بموجبها القانون الواجب التطبيق واستبعاد غيره من القوانين الأخرى .

ضوابط الإسناد متعددة منها : ضابط الجنسية، ضابط الإرادة، ضابط الموطن.

كفلت م12 الجنسية كضابط إسناد خاص بالإنفصال الجسماني بالتحديد جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

3- **القانون المسند إليه:** هو القانون الذي تكفل له قاعدة الإسناد حل النزاع، إما القانون الأجنبي أو القانون الوطني[7].

م12 تسند حل النزاع للقانون الوطني للزوج وقت رفع الدعوى.

المطلب الثاني: حكم إعمال القاضي لقاعدة التنازع في مسائل الإنفصال الجسماني

أخضع المشرع الجزائري مسألة الإنفصال إلى ذات قواعد الإسناد التي تخص انحلال الزواج بضابط الجنسية، هذا المصطلح دخيل على التشريع الجزائري، فكيف للقاضي أن يفصل في المسألة المعروضة عليه إن كانت انفصالا جسمانيا أم لا؟.

إذن تثار في هاته الحالة مشكلة تكييف الأمر المتنازع فيه.

الفرع الأول: الفصل في تكييف مسألة الإنفصال

يعرّف التكييف[8] على أنه: "العملية الأولية التي يجريها القاضي بقصد معرفة الفئة التي تندرج تحتها المسألة ومعرفة بالتالي قاعدة التنازع التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق وصولا إلى الحل النهائي".

عرف التكييف على صعيد القانون الدولي الخاص اهتماما واسعا بسبب وجود أكثر من قانون يحكم النزاع وليسمح من معرفة قاعدة الإسناد المطبقة .

تطرح مسألة تكييف انحلال العلاقة الزوجية بصورة الإنفصال الجسماني في القانون الجزائري عدة اشكاليات، منها أن القاضي سيتمسّك بقانونه في عملية التكييف طبقا لما ورد في نص المادة 9 من القانون المدني الجزائري: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه" حتما سينحاز القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية وللنظام العام بالجزائر لأنه لا وجود للإنفصال الجسدي كصورة من صور إنحلال عقد الزواج في شريعتنا الغرّاء.

فرضا أنه عرض على القضاء نزاع ذات عنصر أجنبي متعلق بخلاف حاد بين زوجين أدّى الى الفرقة بينهما دون الوصول الى انحلال العلاقة الزوجية، فيمكن للقاضي أن يكيّفه وفقا للمادة 9 على أنه هجر عائلي، أو الشقاق المستمر المنصوص عليه في م8/53 من قانون الأسرة الذي يؤدي الى التطليق أو الإهمال العائلي، أو الهجر في المضاجع، أو الفترة المفترض فيها قيام الصلح بين الزوجين وفقا للقانون الجزائري أو غيرها...، ولن يكون له الميول في تكييف مرحلة الخلاف هذه على أنها انفصال جسماني بحجة أن مصدرها كاثوليكي ولا تمت بصلة الى قانون الأسرة الجزائري المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ، حتى وإن تمثّلت صورة انحلال الزواج على أنها انفصال جسماني وتمسّك الأطراف بها فلن يعطيها القاضي حظّها في التكييف وهذا هو العائق الأول المتمثل في تطبيق القانون الأجنبي وصورة من صور انحياز القاضي الى قانونه وخرق واضح لخاصية حياد قواعد الإسناد.

الفرع الثاني: خرق لحياد قاعدة الإسناد الخاصة بالإنفصال الجسماني

يختلف الطلاق كثيرا عن الإنفصال الجسماني، إذ يعتبر وسيلة لإنحلال العلاقة الزوجية وفضا للنزاعات بين الزوجين، يمكّنهما بعد ذلك من ابرام عقد زواج آخر استمرارا لحياتهما هو يقوم على قاعدة إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، أما الإنفصال الجسماني فلا تنقضي بموجبه الرابطة الزوجية بل يلغى التزام المساكنة والمعاشرة بين الزوجين ويبقى واجب الأمانة والوفاء قائما بينهما لمدة معينة من الزمن وفقا لمنطقهم المسيحي، ما يحول دون إمكانيتهما لإبرام عقد زواج جديد، لا هما كالأزواج ولا كالمطلقين من حيث الإفتراق وهذا الوضع المختلط الغير مستقرّ ترفضه النفوس السوية، فيه خطر على القيم الأسرية ومهدد من مهددات أمنها واستقرارها تعرّض المجتمعات الغربية إلى الإنزلاقات الغير أخلاقية ولا محالة أنها ستعبر الحدود إلى المجتمعات العربية.

إن السبب الذي أدّى بالمشرع الجزائري إلى جعل الإنفصال في فئة مسندة واحدة مع الطلاق يرجع الى الأثر المترتب على كليهما وهو بالنتيجة انحلال العلاقة الزوجية بحكم نهائي بشأن الطلاق وبحكم القانون بالتطليق عند استنفاذ فترة الإنفصال.

في المادتين 2/12 و13 من القانون المدني الجزائري خروج عن خاصية الحياد لقاعدة الإسناد وفقا لهذه الصور:

1- بشأن ضابط الجنسية الذي يعدّ ضابطا متحركا، فرضا أن القاضي كيّف النزاع بشأن الإنحلال على أنه انفصال جسماني فضابط الإسناد هو القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

قد يحدث أن يغيّر الزوج من جنسيته التي أبرم بها عقد الزواج الى جنسية أخرى وقت رفع الدعوى فتفاجئ الزوجة بمطالبة الزوج تطبيق الإنفصال الجسماني على أساس أن قانون جنسيته وقت رفع الدعوى يسمح بذلك، فتجد نفسها بعد مرور مدة زمنية معينة تواجه حكم التطليق في حين أن قانونها لا يسمح بذلك، اذن من الأحسن أن يكون ضابط الإسناد هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد عقد الزواج لم فيه للزوجين الأجنبيين من كفاية العلم بالقانون الواجب التطبيق، وليحدث تجانس بين المادتين 2/12 والمادة13.

2- أما اذا كان أحد الزوجين جزائريا كفلت المادة 13 من القانون المدني الحق للقاضي خرق خاصية الحياد في قاعدة الإسناد وانحياز القاضي لقانونه بنصها "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 وقت انعقاد الزواج".

إذن في أغلب الأحوال لن يحكم القاضي يالإنفصال الجسماني على نزاع ذات عنصر أجنبي لم فيه من مضار وسينحاز الى تطبيق القانون الوطني الذي لا يعترف بهذا النظام الكاثوليكي، فما الجدوى من تشريعه؟

الغاية بيّنة حتى يظهر للجميع بأن قواعد الإسناد الجزائرية تحترم حقوق الأجانب وتمجّد خصوصياتهم فتعدّ ورقة رابحة لجلب الإستثمار الأجنبي.

المبحث الثاني

مدى تطبيق القاضي الجزائري لخاصية الحياد في قواعد الإسناد الخاصة بالتبني.

يعتبر التبني من القضايا الخاصة التي يثار بشأنها تنازع القوانين فهناك دول ترفضه تماما وأخرى تسمح به ولكل منهما اعتباراتها الدينية والعقائدية، فما كان موقف القانون الدولي الخاص الجزائري من مسألة تنظيم التبني؟.

المطلب الأول: حكم إعمال القاضي لقاعدة التنازع على التبني.

أغلب نصوص قانون الأسرة مستوحاة من الشريعة الإسلامية، فالتبني حرام شرعا وقانونا بنص المادة 46 منه، لكن القانون الدولي الخاص وضع قاعدة إسناد خاصة لتبني وألحقها في فئة مسندة بالكفالة.

الفرع الأول: ماهية التبني

هو إلحاق قانوني لنسب صوري يترتب عنه أحكام البنوة الشرعية، فهو استحقاق شخص ولدا معروف النسب لغيره أو مجهول النسب ويصرّح أنه يتخذه ولدا مع كونه ليس ولدا له في الحقيقة، أو اصطناع لعلاقة نسبية لا أصل لها بين شخصين وتترتب عليها جميع الآثار القانونية والشرعية [9]، للتبني مصلحة للمتبني وللطفل المتبنى:

فالأول إذا لم يكن له ولد يبحث فيمن يخلفه ويرثه.

أما الثاني إذا لم يكن له نسب فيتحصل على نسب صوري ويوهم الكثير بأنه حقيقي ما قد يتسبب في اختلاط الأنساب وانتهاك الحرمات وضياع للحقوق.

للتبني مضارّ كثيرة تؤثر على الفرد والمجتمع ;

على الفرد في مجال الميراث فالطفل المتبنى يكون له الحق في الإرث كباقي الورثة الآخرين، ما قد يثير النزاعات بينهم.

على المجتمع في اختلاط الأنساب وعقود الزواج، فقد يصل الأمر إلى زيجات بين إخوة طبيعيين بيولوجيين وهي علاقات محرمة، أو إلى تحريم عقود زواج كان من الممكن إبرامها لولا حصول التبني[10].

هذه وتلك أسباب دعت الشريعة الإسلامية إلى تحريم التبني، والتي تسعى قدر الإمكان إلى الحفاظ على الأنساب.

أكثر من ذلك التبني نظام قانوني روماني قديم يقوم على تنحية سلطة رئيس عائلة عن شخص ومنحها لشخص آخر على ولد الأول، أعيد احياؤه وتشريعه بسن القانون الفرنسي سنة 1804 وأجيز بتدخل شخصي من نابوليون الذي رغب في الحصول على خلف يحمل إسمه ويرث عرشه.

للتبني صورتان في القوانين الغربية:

- التبني الكامل: هو الذي تتأسس به قانونا الأبوة الشرعية للمتبني على المتبنى ليصبح كولده من صلبه لتنقطع كل رابطة دموية بعائلته الأولى.
- التبني البسيط: هو مظهر مخفف للصورة الأولى، يحتفظ المتبنى برابطته البيولوجية بالأسرة الأصلية ويلحق بموجبه لقب المتبني بلقب المتبنى، يمارس بموجبه المتبني النيابة الشرعية على نفس ومال المتبنى ما دام قاصرا[11].

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على التبني

أسند المشرع الجزائري حكم مسائل التبني في التنازع الدولي إلى ضابط الجنسية وأخضعها في فئة مسندة واحدة مع الكفالة بنص م 13 مكرر1 من القانون المدني "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت اجرائها ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل وتطبّق نفس الأحكام على التبنّي"

عرّفت المادة 116 من قانون الأسرة الكفالة على أنها "الإلتزام على وجه الشرع بالقيام بولد قاصر، من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي".

عرضت المادة 118 من ذات القانون شروط الكفالة: بأن يكون الكافل مسلما، عاقلا وأهلا للقيام بشروط المكفول، قادرا على رعايته وأن يكون ذا مال حتى يقوم بالإنفاق على المكفول سواء أكان مجهول النسب أو معلوم النسب[12].

أوجد المشرع الجزائري نظام الكفالة لمصلحة طرفيها:

- للكافل العقيم الذي لم يرزق بالولد، فيكون له الحق في رعاية طفل رعاية أبوية لكن يتوقف الأمر عند هذا الحد دون أن يلحقه بنسبه .

- للطفل مجهول النسب الذي لا يقدر على ممارسة حقوقه المدنية والسياسية، فتمكّنه الكفالة من ذلك، أو يكون معلوم النسب فيتحصل على رعاية كافية بالمقارنة مع تلك التي لم يكفلها له والديه البيولوجيين.

تتم الكفالة بعقد شرعي وتخول للكافل التمتع بكل الصلاحيات التي تتصل بالولاية على النفس من تربية للمكفول ورعايته، كما له أن يدير أموال المكفول المكتسبة من الإرث أو الوصية أو الهبة[13].

يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي ان كان معلوم النسب، كما له الحق في الرجوع الى والديه بنص المادة 124 من قانون الأسرة، في هذا السياق قرار للمحكمة للعليا "يخيّر الولد المكفول البالغ سن التمييز بين الإلتحاق بوالديه البيولوجيين أو البقاء مع كافليه، أما إذا لم يكن مميّزا فلا يسلّم إلا بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحته على أن يمنح حق الزيارة لوالديه البيولوجيين" [14].

أما ان كان مجهول النسب فتطبق عليه أحكام قانون الحالة المدنية ولا يلحق أبدا بنسب واسم الكفيل.

الكفالة والتبني نظامين مختلفين لا يتشابهان رغم ذلك وضعهما المشرع الجزائري في فئة مسندة واحدة بضابط اسناد هو الجنسية.

المطلب الثاني: دوافع خرق القاضي لخاصية الحياد بشأن التبني

مصطلح التبني ورد في القانون الدولي الخاص الجزائري وتم منعه في القانون الداخلي، فما هي وسيلة القاضي لتطبيق القانون الأجنبي؟.

تنص المادة 13 مكرر1 على أنه" يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت اجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل .

وتطبق نفس الأحكام على التبني".

الملاحظ أن المشرع الجزائري فصّل في قاعدة الإسناد الخاصة بالكفالة واكتفى باسقاط نفس الحكم على التبني دون أي اهتمام، إذن حتى نتمكّن من التعرّف على القانون الواجب التطبيق بشأن التبني يجب أولا تحليل ضابط الإسناد الخاص بالكفالة.

أفرد المشرع الجزائري التطبيق الموزع لقانون جنسية كل من الكفيل والمكفول، إذ ورد في نص م13مكرر1 بأنه يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت اجرائها نفس الأمر بالنسبة للتبني، يسري على صحته قانون جنسية كل من المتبني والمتبنى وقت إجرائها.

مفاد التطبيق الموزع بشأن التبني أن كلا الطرفين يجب أن يستوفي الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني فقط وقت اجرائه بحجة أن قانون كل دولة موضوع لحماية وطنييها فلا مجال لتطبيقه على غيره.

أما التنازع بشأن آثار التبني فيسري عليه قانون جنسية المتبني كونه الطرف الذي يتحمل أعباء والتزامات العقد من انفاق ورعاية وتربية وأنه المستفيد من امتيازاته القانونية والحاصل للسلطة الولائية على نفس ومال المتبنى القاصر الذي يحمل لقبه واسمه.

للتطبيق الموزع آثار، فاذا كان طرفي التبني من جنسية يسمح قانونها بالتبني فلا مشكلة يطبق القاضي القانون الأجنبي، أما اذا كان أحد طرفيه جزائريا فحتما القاضي سينحاز الى القانون الجزائري وسيؤثر حكمه على عقد التبني بإلغائه كونه ممنوع في قانون الأسرة ومخالف للنظام العام في الجزائر.

بمجرد أن يلحق شخصا نسبه بولد ليس من صلبه يعد تبنيا، وم 9 من القانون المدني تحيل بشأن تكييف نزاع ذات عنصر أجنبي معروض على القضاء الجزائري الى قانون القاضي، في المقابل إن القانون الجزائري لا يعترف بالتبني فحتما سيرفض من طرف القاضي في مرحة التكييف.

فصلا عن ذلك، ان القرارات الصادرة عن القضاء الجزائري بشأن التبني قليلة جدا بمعنى أن الأسر الجزائرية قليلا ما تتعامل به.

إن روح القوانين الجزائرية مستمدة من الشريعة الإسلامية التي ترى بأن التبني أثر من آثار الجاهلية، استمر مدة من الزمن بعد الإسلام حتى أبطله الله تعالى في قوله: "ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ" سورة الأحزاب الآية 5.

إنّ ادعاء الإبن من التبني باطل وزور فيه تغيير للأحكام والحقوق، تترتب عليه مفاسد أخلاقية وإجتماعية ، فهذا الشخص الدخيل يشارك العائلة في نسبها بدون سند قانوني ما يشكّل تعدّيا على اللقب العائلي، كما أنه يؤدّي إلى اختلاط الأنساب;

يشاركها في إرثها ما يؤدي إلى حدوث نزاعات بين هذا الوريث الدخيل والورثة الشرعيين للمتبني;

فضلا عن ذلك يعرّض الأطفال الى خطر الإتجار بهم واستخدامهم في أمور غير مشروعة عن طريق التبني.

نص المادة 13 مكرر1 يثير تساؤلات فيما يخص المغزى من وجودها، هي شرّعت من أجل الأجانب ولكن لا محالة قد تجد لها تطبيقا على نزاع بشأن آثار التبني يكون فيه الطفل المتبنى جزائريا فكيف يتم التوافق بين هذا النص وما جاء في المادة 46 من قانون الأسرة التي تمنع التبني والإجتهادات القضائية الصارخة التي ترفضه؟[15].

حتما سيسقط القاضي عقد التبني، ويدفع بالنظام العام وينحاز إلى القانون الجزائري.

الخاتمة:

عدّل المشرع الجزائري قواعد القانون الدولي الخاص مراعاة للتحولات الدولية الحاصلة في مجال العلاقات الخاصة.

نظّمت قواعد اسناده مسائل دخيلة لا تمت لا للمجتمع الجزائري ولا لنظامه العام بصلة، فضلا عن ذلك هي ممنوعة في القانون الداخلي وغريبة عنه ومنبوذة، شرّعت بغية اظهار للقوانين المقارنة أن

القانون الجزائري متفتح وبأن هناك امكانية للقاضي الجزائري من تطبيق القانون الأجنبي الذي يسمح بالتبني والإنفصال الجسماني ولكن لن يمكّنهم من ذلك فهو سيعمل قدر الإمكان على الإنحياز للقانون الجزائري بحجة النظام العام وإلى الخروج عن أهم خاصية لقواعد الإسناد ألا وهي الحياد، لكن قد يؤدي الأمر بالمادتين 12 و13 مكرر1 الى الإنحراف عن الغاية التي من أجلها شرّعت، ويجد القاضي لها تطبيقا على علاقة يكون أحد أطرافها جزائريا – على الأخص– بشأن التبني اذ لم يضع المشرع نصا خاصا اذا كان أحد أطراف التبني جزائريا كما فعل بشأن الإنفصال الجسماني في المادة 13 من القانون المدني، ان ضابط الجنسية متحرك سهل تغييره يتسبب في اشكاليات شتى ما يؤثر سلبا على عمل القضاة من حيث التضارب في اصدار الأحكام والقرارات القضائية منها تلك التي تطبق النصوص بحذافرها وأخرى تسعى للأخذ بعين الإعتبار خصوصيات المجتمع الجزائري .

إذن لا بد من تدارك هذه النقائص وسدّ الثغرات القانونية وأن لا يُحكم بالتيار العالمي واسقاطه على القوانين الداخلية، لا يجب أن تؤثر العولمة التجارية على العولمة الثقافية.

يكون على القوانين الداخلية أن تصون الأسر الجزائرية من التيار الجارف للأنظمة الغربية الذي لا يحافظ على الثوابت الأصيلة ولا على قيمها، وأن تعمل قدر الإمكان على احتواء النزاعات وحلها في اطار الشريعة الإسلامية.

على ذلك يجب التغيير في ضوابط الإسناد حتى تصبح للقاعدة القانونية فعّالية:

– بدءا بتعديل م 9 من القانون المدني فيما يخص التكييف أنه يكون وفقا للقانون الجزائري إذا كان أحد طرفي النزاع جزائريا حتى وإن غيّر من جنسيته فيما بعد آخذين بعين الإعتبار الغش نحو تطبيق القانون؛ وإذا اقتصر النزاع على أجانب فقط فيكون التكييف وفقا لقانونهم لتتحقق الجدوى من تشريع مسائل دخيلة على القانون الجزائري ولا تكون لها علاقة بالوطني.

– يطال التعديل كذلك قاعدة الإسناد، إذا عرض على القاضي نزاع ذات عنصر أجنبي يتخلله طرف جزائري يخص الإنفصال الجسماني أو التبني فيجب التمسك بالجنسية الجزائرية كضابط إسناد، أما إذا تعلق النزاع بأجانب فضابط الإسناد المعتمد يكون قائم على إرادة الطرفين حتى تصبح هذه القواعد القانونية قابلة للتطبيق.

الهوامش:

[1] – عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 2008، ص 7.

محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي) دار الثقافة، عمان 2009، ص 20.

[2] – صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، الطبعة الأولى 2007، ص251.

عبده جميل غصوب، المرجع السابق،ص 23.

[3] – الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المنشور في الجريدة الرسمية رقم44لسنة 2005.

[4] – محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص58-61

إيناس محمد البهجي، يوسف المصري تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة،مصر ،الطبعة الأولى 2013 ص14.

[5] – المحامي نزيه نعيم شلالا، الطلاق وبطلان الزواج لدى الطوائف المسيحية، منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان،2005، ص102.

زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، الجزء الأول تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة ،الجزائر 2000، ص168.

محمد وليد المصري، المرجع السابق،ص 142.

François Terré ,DominiqueFenouillet , droit civil , les personnes, la famille, les incapacités 7 éditions Dalloz 2005

[6] – الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى2005، ص 91.

[7] – عبده جميل غصوب، الرجع السابق، ص 27.

[8] – محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص73.

بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2008،ص282.

عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 47.

[9] – صلاح الدين جمال الدين ،المرجع السابق، ص434.

François terré, op cit,p821

بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2013،ص 711.

يحي أحمد زكريا الشامي، التبني في الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة ،مصر 2009 ص 08.

محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص148.

طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية ،مصر 2009،ص95.

أحمد نصر الجندي ،شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر ،2009،ص76.

[10] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص716.

يحي أحمد زكريا الشامي ،المرجع السابق، ص147.

[11] – بلحاج العربي، المرجع السابق،ص 715.

François Terré,op cit, p815

Marie-Pierre Marmier, sociologie de l'adoption , librairie générale de droit et de jurisprudence , paris 1969 p07.

[12] – القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المعدل بالأمر الرئاسي 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

[13] – شبايكي نزهة، قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية ، الجزائر ،ص 206.

الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص168.

بلحاج العربي، المرجع السابق،ص717.

[14] – القرار رقم 1202787 بتاريخ: 2018/06/06 منشور في مجلة المحكمة العليا العدد 1 لسنة 2018.

[15]– القرار رقم 103232 بتاريخ 1995/05/02، منشور في المجلة القضائية العدد2 /1995 . " من المقرر قانونا أن التبني ممنوع شرعا وقانونا وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج و أمكن الإتصال، ولم ينفه بالطرق المشروعة".

إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة

Proving Original Algerian Nationality through the Possession of Apparent Status.

د. بوكر رشيدة

جامعة عبد الحميد بن باديس– مستغانم

rachida.bouker@univ-mosta.dz

الملخص:

نتناول في هده المداخلة إحدى أهم قضايا الجنسية، الا وهي إثبات الجنسية الجزائية الأصلية عن طريق الحالة الظاهرة، والتي اعتبرها المشرع الجزائري من أهم وسائل اثبات الفرد لصفته الوطنية في حالة نزاع أو خصومة، لكي يمارس حقوقه وواجباته الدستورية ويعامل معاملة المواطني، ونبحث في هده المداخلة إشكالا ننطلق منه، وهو ما المقصود بالحالة الظاهرة؟ وهل تعتبر وحدها كافية كدليل لإثبات الجنسية الجزائرية الأصلية؟.

وللإجابة على هده الإشكالية فإننا قسمنا هده الدراسة إلى محورين: تناولنا في المحور الأول دراسة مفهوم حيازة الحالة الظاهرة مرورا الى دراسة كيفية اثباتها للجنسية الجزائرية الأصلية في محور ثان.

كلمات مفتاحية: الجنسية الجزائرية، الوضع الظاهر ، اثبات الجنسية، قانون الجنسية، الهوية الوطنية.

Abstract*:*

This paper examines one of the most crucial issues related to nationality, namely, proving original Algerian nationality through "apparent status." The Algerian legislator considers this one of the key means by which an individual may establish their national identity in the event of a dispute, thereby enabling them to exercise their constitutional rights and duties and to be treated as a citizen, In this paper, we address the central question: What is the meaning of "apparent status," and is it sufficient on its own as evidence to prove original Algerian nationality?.

To answer this question, the study is divided into two main sections: The first explores the concept of "apparent status," while the second examines how it can be used as proof of original Algerian nationality.

Keywords: Algerian nationality, Apparent status , Proving nationality , Nationality law , National identity,.

مقدمة:

وفقًا للفيلسوف اليوناني أرسطو، يُعتبر الإنسان كائنًا اجتماعيًا، مما يجعل من الصعب عليه العيش بمفرده، فيسعى إلى التجمع والاشتراك مع الآخرين. بدءًا من تكوين الأسرة، مرورًا بالعشيرة والقبيلة، وصولًا إلى المجتمع المنظم أو الدولة، أصبح الفرد مرتبطًا بمجتمعه السياسي المنظم من خلال رابطة سياسية وقانونية تُعرف بالجنسية.

الجنسية هي المصطلح القانوني الحديث الذي يعبّر عن خضوع الفرد لسلطة دولة معينة وانتمائه لشعبها. وتتميز الجنسية عن مفهوم الانتماء العرقي أو الجنسي، إذ إنها لا تعبر عن الرابطة القانونية التي تعبّر عنها الجنسية، على الرغم من أن الفرد قد يرتبط بجنس أو عرق معين بروابط اجتماعية أو نفسية.

في القانون المدني والقانون الدولي الخاص، تُستخدم الجنسية كمرجع لتحديد حالة الشخص وانتمائه إلى دولة معينة. كما تُستخدم في القانون العام الداخلي لتحديد الأفراد المؤهلين لممارسة الحقوق السياسية داخل الدولة[1].

على الصعيد الدولي، يُدين الفرد لدولته، التي يرتبط بها عبر رابطة الجنسية، بالتزامات تحددها قوانينها الداخلية. في المقابل، يتمتع الفرد بالحقوق المقررة لأفراد شعب الدولة، ومن أبرزها الحق في الحماية القانونية، سواء على المستوى الداخلي أو الدولي[2].

إلا أن هذه الجنسية يمكن أن تكون محل نزاع وخصومة ويضطر الفرد حينها لإثبات الجنسية الوطنية، وفي هدا الصدد اعتبر المشرع الجزائري حيازة الحالة الظاهرة أهم وسائل اثبات الجنسية الجزائرية الأصلية بمقتضى المادة 32 من قانون الجنسية.

نبحث في هده المداخلة إشكالا ننطلق منه، وهو ما المقصود بالحالة الظاهرة؟ وهل تعتبر وحدها كافية كدليل لإثبات الجنسية الجزائرية الأصلية؟.

وللإجابة على هده الإشكالية فإننا اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي كونه يتناسب وموضوع الدراسة معتمدين التصميم الثنائي من خلال محورين: تناولنا في المحور الأول دراسة مفهوم حيازة الحالة الظاهرة مرورا إلى دراسة دور الحالة الظاهرة في اثبات الجنسية الجزائرية الأصلية في محور ثاني.

المبحث الأول: مفهوم حيازة الحالة الظاهرة

في سياق النزاعات المتعلقة بالجنسية، يمكن اللجوء إلى "الحالة الظاهرة" كوسيلة لإثبات الجنسية الأصلية للشخص، سنتطرق في هدا المبحث الى مفهومها و مكوناتها.

المطلب الأول: تعريف الحالة الظاهرة

الأصل ان تقرير حيازة الحالة الظاهرة كوسيلة للإثبات في القانون الخاص، تقوم على فكرة التقادم وإقرار الوضع الظاهر في مجال الحقوق[3]، أما في قضايا الجنسية فلم يتعرض المشرع الجزائري من جهته الى وضع تعريف محدد للحالة الظاهرة في مجال الجنسية، تاركا دلك للقواعد العامة.

إلا أنه حدد معالمها بمقتضى المادة 32 فقرة 3 من قانون الجنسية الجزائرية حيث تنص على أنه: "وتنجم الحالة الظاهرة للمواطن الجزائري عن مجموعة من الوقائع العلنية المشهورة المجردة من كل التباس والتي تثبت أن المعني بالأمر وأبويه كانوا يتظاهرون بالصفة الجزائرية وكان يعترف لهم بهذه الصفة لا من طرف السلطات العمومية فحسب بل وحتى من طرف الأفراد."

في المقابل نص المشرع الفرنسي على اثبات الجنسية الفرنسية بالحالة الظاهرة كاحدى سائل اثبات الجنسية الفرنسية الأصلية المبنية على حق الدم و لم يعرف مع دلك الحالة الظاهرة، ليتولى الفقه والقضاء تحديد المقصود منها.

هذا ويسميها البعض "جنسية الظاهر" La notionalité apparente ويعرفها على أنها [4] ظهور شخص بمظهر وطني وهو استنتاج قائم على افتراض مطابقة الظاهر للحقيقة [5]، ويكون هدا التطابق قائم على أساس وقائع وشواهد ودلائل تفيد أن شكل الخارجي للمعني بالأمر يوحي بأنه مواطن حامل لجنسية وطنية، من خلال تصرفاته ومعاملاته مع الأفراد والمؤسسات الوطنية المتواجدة في وطنه[6]، كما تم تعريفها على أنه "جنسية يبدو الشخص بشأنها امام الغير وكأنه يتمتع بها دون ان يعتبر كدلك وفق لقواعد الجنسية التي يظهر على أنه من مواطنيها، وتعتبر هده الجنسية كجنسية واقع التي تعني الانتماء الواقعي الاجتماعي والروحي لمجتمع معين، ودلك عن طريف وحدة الديانة، واللغة والتاريخ المشترك[7].

أو انها الظهور بمظهر الوطني ويمكن استخلاص هذا الوضع الظاهر من عناصر متعددة أهمها الاسم والشهرة والمعاملة.[8]

ومن تم يمكن القول أن جنسية الظاهر هي الحالة الظاهرة، هي جنسية يبدو الشخص بشانها أمام الغير وكانه يتمتع بها دون ان يعتبر كدلك وفقا لقواعد قانون الجنسية التي يظهر على أنه من مواطنيها،[9] هذا ويلجأ الى اثبات الجنسية على أساس الحالة الظاهرة عندما يكون الشخص غير مسجل بسجلات الحالة المدنية، ولا يستطيع الحصول على شهادة ميلاده أو وفاته، مع مراعاة عناصر الحالة الظاهرة التي يشترط أن توفر في المعني بالأمر وأصوله الدين يستمد منهم الجنسية الجزائرية.[10]

المطلب الثاني: مكونات الحالة الظاهرة

بالرجوع الى مقتضيات المادة 32 من قانون الجنسية في فقرتها 3، نخلص أن حيازة الحالة الظاهرة تكون بالظهور بمظهر الوطني والمستخلص من عناصر ثلاث: الاسم الشهرة و المعاملة.

الإسم: بأن يحمل الشخص اسما من السماء الوطنية أي التي يتسمى بها المواطنين عادة، ويشمل الإسم بوصفه عنصرا من الحالة الظاهرة الإسم الشخصي واللقب وكنية الجزائري أو الجزائري التي يلقب بها كثيرمن الأشخاص تدخل ضمن عناصر الإسم.[11]

الشهرة: ان يشتهر الشخص بين الناس بصفته الوطنية، بحيث يتسامع هذا الشخص على نحو دائم ومستمر بانه يحمل جنسية هذه الدوله، ويعد من رعاياها.

وتتكون الشهرة من ظهور الفرد امام الناس على نحو دائم بصفه الوطني، واعتقاد الناس على نحو مستمر ومتكرر بأن هذا الشخص يعد من المكونين لشعب الدولة، فهو يظهر بمظهر الوطني بان يمارس عاداته وتقاليده، ويعتنق معتقداته، ويرتبط بهذا المجتمع بروابط فعليه وقانونيه، ويظهر أمام الناس في صوره الوطني.

ومن ثم فان الشهرة العامة تستند ليس فقط الى جانب معنوي يتكون من اعتقاد الناس واعتبارهم لهذا الشخص بأنه وطني، ولكن الى ركن مادي يتكون من قيام هذا الشخص واسلافه القريبين بالظهور بمظهر الوطني من الناحية الفعلية بأداء الالتزامات الوطنية الواجبة عليهم: كخدمه العلم وأداء الالتزامات الضريبية وتمتعهم في المقابل بحقوق الوطنيين واخصها الحقوق العامة اي الحقوق السياسية.

ويقدر عنصر الشهرة تقدير موضوعي مجرد، بمعنى ان حسن النية الشخص صاحب الشأن أو سوؤها لا يدخل في هذا التقدير.

العنصر الثالث من عناصر حيازة الحالة "المعاملة: بأن يعامل الشخص من قبل الناس كافه على أنه من الوطنيين، كما يجب ان يعامل الشخص بهذه الصفة من قبل جهات الإدارة في الدولة.

ولا يكفي في رأينا أن يعامل على هذا النحو من مجموعه معينه من الأفراد بل يجب أن يكون:

_ هذا التعامل بالصفة الوطنية متبادلا من جانب الشخص ذاته باشتهاره بالوطني، وبتعامله بهذه الصفة، وبمعامله الاخرين له كذلك.

بأن يعامل بهذه الصفة من قبل جهة الإدارة، كان يقيد في جداول الناخبين، أو تمنح له بطاقة التعريف الوطنية.

إذا فان السمعة العامة والعيش بصفه الوطني واعتبار الشخص كذلك من قبل الراي العام تؤدى إلى إثبات الصفة الوطنية[12].

وتجدر الإشارة في هدا المقام، إلى أن المشرع الجزائري لم يشترط ان يكون المعني أو اصوله مولودين بالجزائر أو مستقرين في أرض الوطن، بما يعني منح الجنسية الجزائرية بمجر حيازة اثبات حيازة المعني للحالة الجزائرية وفي ابويه، بغض النظر عن مكان الميلاد أو الإقامة، وهو ما يترتب عليه تخلف عنصر المعاملة المطلوب، ومن تم يصبح الإثبات بوسائل أخرى باستثناء اليمين والإقرار، عملا بالمادة 32 من قانون الجنسية في فقرتها 2 [13].

المبحث الثاني: دور الحالة الظاهرة في اثبات الجنسية الجزائرية الأصلية

سنتناول في هدا المحور طبيعة قرينة الحالة الظاهرة وحجيتها، مرورا الى عبء اثباتها.

المطلب الأول: طبيعة قرينة الحالة الظاهرة وحجيتها

الفرع الأول: طبيعة قرينة الحالة الظاهرة لأثبات الجنسية الجزائرية الأصلية

القرينة هي الصلة الضرورية التي قد ينشئها القانون بين وقائع معينة، أو هي نتيجة يتحتم على القاضي أن يستخلصها من واقعة معينة[14]"

فعملية الإثبات بالقرينة هي تقتضي وجود واقعتين: الأولى مجهولة وهي المراد الكشف عنها والأخرى معلومة وهي المستنبط منها للوصول لإثبات الواقعة الأولى, ومن تم فالقرينة نوعان: قانونية وقضائية.

القرينة القانونية: وهي القرينة التي نص عليها المشرع الوضعي في القانون نصا صريحا بما لا يدع مجالا للمجادلة في صحتها، وهده القرائن تقيد القاضي و الخصوم معا"[15]

القرينة القضائية: يعرفها البعض من الفقه على أنه استنباط القاضي لواقعة غير ثابتة من واقعة ثابتة استنادا إلى ماهو راجح الوقوع في حدود سلطته التقديرية ودلك في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود."[16]

بالرجوع الى مقتضيات المادة 32 من قانون الجنسية، نستشف أن المشرع الجزائري اعتد بحيازة الحالة الظاهرة كونها قرينة قانونية لا قضائية، تجد مصرها في القانون أي لصاحب الشأن التمسك بها وليس للقاضي اهدارها مالم يكن هناك دليل مخالف، يتقيد القاضي في دلك بالقيد الزمني الذي أشارت إليه المادة السابقة في فقرتها لثالثة. مكتفيا المشرع بتوافر حيازة الحالة في جيلين فقط.

وكدلك فعلت البعض من التشريعات، على غرار المشرع الفرنسي، حيث قرر هذا الأخير في المادة 143من تقنين الجنسية الإستناد الى حيازة الحالة الفرنسية والتي نصت:

Lorsque la nationalité francaise ne peut avoir sa source que dans la filiation, elle est tenue pour établie, sauf la prevue contraire, si l'interessé et celui de ses père et mère qui a été susciptble de la lui tranamettre ont joui d'une façon constante de la possession d'ètat.

هذا وقد استلزم تقنين الجنسية الفرنسية لسنة 1945 إثبات حالة حيازة الحالة الظاهرة لدى ثلاث أجيال على خلاف القضاء السابق، وبعد التعديل 1961 اكتفى المشرع بجيلين فقط، متوسطا بذلك اتجاه القضاء وتقنين 1945.[17]

الفرع الثاني: حجية قرينة الحالة الظاهرة لأثبات الجنسية الجزائرية الأصلية

إن كان الحالة الظاهرة قرينة قانونية يستطيع الفرد الاستناد اليها لأقامه الدليل على تمتع بالجنسية الجزائرية، إلا أنها قرينة قانونية بسيطة لا قاطعة، قابلة لإثبات العكس.

فالحالة الظاهرة لا تعدو أن تكون مظهرا خارجيا لممارسة الجنسية يفترض بالنسبة لها قانونا أنها تعبر عن الواقع الى أن يثبت عكس دلك، بدليل مقبول أمام القضاء.

فإدا كان الواقع المستمد من القانون يناقض ما تفيده الحالة الظاهرة فإنها تفقد حينئذ حجيتها كقرينة قانونية، ومن ثم يجوز اثبات العكس هده الحالة الظاهرة عن طريق اثبات أن الشخص غير متمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية، ولو كانت الحالة الظاهرة تشهد له بتمتعه بها[18].

فهذه الحيازة تبقى تحت السلطة التقديرية المطلقة لقاضي الموضوع، الذي يكون له القول الفصل في مسالة حجية هده القرينة في اثبات الجنسية على أساس الحالة الظاهرة من عدمها من خلال الوقائع والمستندات والحيثيات المقدمة في الدفوع، وتكون قابلة لإثبات العكس في جميع الأحوال[19].

المطلب الثاني: عبء اثبات الحالة الظاهرة

في قضايا الجنسية، يقع عبء الإثبات على المدعي، تماشيًا مع القاعدة العامة في الإثبات التي تنص على أن "البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر"، حيث يعني ذلك أن الشخص الذي يدعي شيئًا عليه إثباته وفقًا لمتطلبات القانون.

في تطبيق هذه القاعدة على قضايا الجنسية، يتحمل عبء الإثبات الشخص الذي يُبحث في جنسيته، سواء كان المدعي أو المدعى عليه، وسواء ادعى أنه مواطن جزائري أو أجنبي، وبذلك يكون عبء الإثبات في قضايا الجنسية دائمًا على الشخص الذي يدعي، وتظهر هذه الحالة بشكل خاص عند إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية من خلال الحالة الظاهرة، حيث يجب على المدعي تقديم أدلة وحجج تبرهن على توافر شروط حيازة الحالة الظاهرة وإثبات استيفائه للعناصر المحددة في المادة 32 من قانون الجنسية.

هذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 31، التي تنص على أن عبء الإثبات في قضايا الجنسية يقع على كل من يدعي لنفسه أو لشخص آخر امتلاك أو عدم امتلاك الجنسية الجزائرية، سواء كان ذلك من خلال الدعوى أو الدفع.

يتضح من نص المادة أن عبء الإثبات في الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق الحالة الظاهرة يقع على الشخص الذي يدعي حيازتها، خاصة في حالات النزاع بين الشخص والدولة، عندما تدعي النيابة العامة أن الشخص أجنبي، بينما يدعي الشخص أنه جزائري، في هذه الحالة، يقع عبء الإثبات على من يدعي امتلاك الجنسية الجزائرية، حيث يجب عليه تقديم دليل على استيفاء الشروط والعناصر اللازمة للحالة الظاهرة.

يتضمن ذلك تقديم مجموعة من المستندات والوثائق والحقائق المادية التي تؤكد توافر شروط وعناصر الحالة الظاهرة في الشخص المعني، ومع ذلك، تعرض هذا الموقف للانتقاد من قبل الفقه، حيث يعتبر عبء الإثبات الذي فرضه المشرع على الشخص المعني ثقيلًا ويشكل ما يسمى بـ "الإثبات الجهنمي"، مما يجعل من الصعب تحقيقه.

من ثم، كان من المفترض أن يقع عبء الإثبات على الطرف الذي ينكر أو يدعي خلاف الوضع الظاهر، وهي النيابة العامة، لأنها الخصم في دعوى إثبات الجنسية عبر حيازة الحالة الظاهرة. بالنظر إلى أن الجنسية الفعلية تستلزم حقوقًا وواجبات حتى وإن لم تكن حقيقية، ينبغي على الطرف الذي يدعي خلاف الوضع الظاهر تقديم الدليل على ذلك.

في هذا الصدد، اعترفت المحكمة الإدارية العليا المصرية بتأثير نقل عبء الإثبات عبر الحالة الظاهرة، حيث حكمت في 21 مارس 1970 بأنه ومن حيث ان المدعى عليه يستند في المطالبة بالاعتراف له بجنسيه الجمهورية العربية المتحدة بصفه أساسيه إلى توطنه هو ووالده وجده من قبل برفح سيناء حالته الظاهرة التي تؤيدها المستندات المقدمة منه، وكان عبء الاثبات في مسائل الجنسية يقع على عاتق من يدعي انه يتمتع بالجنسية المصرية، وأن المدعي لم يقدم من الأدلة والمستندات ما يثبت على وجه التحديد بدء الإقامة اسرته بالجمهورية، وبذلك تكون الحالة الظاهرة التي أبدتها المستندات العديدة المقدمة منها تفيد أن الجهة الإدارية كانت تعامله على انه مصري، ومن شان الحالة الظاهرة طبقا لما هو مستقر عليه قانونا، أنها تنقل الاثبات في مسائل الجنسية على عاتق من يدعي خلاف القرينة المستفادة من هذه الحالة، والجهة الإدارية لم تفيد ما يثبت عكس ما هو مستفاد من حاله المدعي الظاهرة ومن حيث أنه تأسيسا على ما تقدم يكون الحكم المطعون عليه قد طبق القانون تطبيقا سليما حيث قضى باعتبار المدعي متمتعا بجنسيه الجمهورية."[20]

الخاتمة:

في الختام، يظل إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية عبر حيازة الحالة الظاهرة مسألة ذات أهمية كبيرة لتعزيز العلاقة القانونية بين الفرد والدولة، وقد توصلت الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات:

1. تُعد الحالة الظاهرة وسيلة قانونية فعالة في إثبات الجنسية الأصلية وفقًا للمادة 32 من قانون الجنسية الجزائري، حيث تعكس مجموعة من الوقائع والشواهد التي تشير إلى انتماء الشخص إلى المجتمع الجزائري، إلا أنها لا ترقى إلى الدليل القاطع.

2. تعتبر الحالة الظاهرة قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات عكسها، مع ضرورة توفر حيازة هذه القرينة لدى المعني بالأمر وأصوله.

3. يقع عبء إثبات الحالة الظاهرة على الشخص الذي يدعي حيازة الجنسية الجزائرية الأصلية ويحتاج إلى تقديم أدلة كافية على استيفاء الشروط المحددة.

التوصيات:

1. يوصى بوضع معايير قانونية أكثر وضوحًا لتعريف وتطبيق الحالة الظاهرة في قضايا الجنسية، بهدف تقليل النزاعات وتوفير إطار عمل ثابت للقضاء.

2. يوصى بتخفيف عبء الإثبات عن الأفراد، بنقل عبء اثبات الجنسية الظاهرة إلى النيابة العامة بدل تركها على عاتق المعني بالأمر.

3. يجب تعزيز الوعي القانوني لدى المواطنين بوسائل إثبات الجنسية، بما في ذلك استخدام الحالة الظاهرة، لحماية حقوقهم وتعزيز ارتباطهم بالدولة.

4. تطوير نظام التسجيل المدني ليشمل جميع المواطنين، لتقليل الحاجة إلى الاعتماد على وسائل إثبات بديلة مثل الحالة الظاهرة.

الهوامش:

[1] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، نظرية الجنسية في القانون المقارن، وحدة الطبع و التصوير، جامعة القاهرة، 1989، ص01 .

[2] F.M. Dufour, La double nationalité, Thèse, Lausanne, 1993, P. 4.

[3] الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010 ، ص. 616.

[4] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 4

[5] سدني، مصطفى" ..إثبات الحيازة الأصلية "...مجلة الباحث للدراسات القانونية، العدد 5 ، 2018 ، ص60.

[6] بلعرج محمد الأمين، اثبات الجنسية الأصلية في التشريع الجزائري، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد 5العدد 2 ، ص13.

[7] M.N. Jobard Ba Cheillier, L'apparence en droit international privé, L-G.D.J, 1984, P.222-223.

[8] بلعرج محمد أمين، المرجع السابق، ص15.

[9] M.N. Jobard Ba cheillier, L'apparence en droit international privé, L-G. D. J., 1984, P. 222-223.

[10] بلعرج محمد أمين، ص13.

[11] الطيب زيروتي، الجالية المنسية في قانون الجنسية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية ، الجزء 31 ، رقم 02، 2001، ص49.

[12] La prauve de la nationalité par Martin, dans la nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain, Institut de droit Comparé de l'universite de paris, sirey, 1933, P. 336.)37(Affaire Lsrael, cass civ. 22-3-1960, JCP, 1967, 11, n. 11917 note P. Aymond Juriss Classeur, d. I. fasc. 502, n'. 197.

عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص21.

[13] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص41.

[14] نبيل إبراهيم، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1995، ص 183.

[15] أبو غابة، حجية الشهادة والقرائن، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى، مصر، ص67.

[16] قضاة مفلح ، البيانات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، ص 4، منصور أنيس منصور، شرح أحكام قانون البينات، الطبعة الأولى، أثراء للنشر و التوزيع، مكتبة لجامعة، الشارقة، ، ص7.

[1717] عبد الحكيم مصطفة عبد الرحمن، ص 21 ، حورية غربي، الطيب زروتي ص932.

[18] عادل عبد المقصود عفيفي، إثبات الجنسية في النظام القانوني المصري" دراسة مقارنة"، دار الكتب والوثائق القومية، مصر، 2005 ، ص 216 ، حورية غربي، ,,الطيب زروتي، أثبات الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة، مجلة العلوم القانونية و السياسية، المجلد 10، العدد 3، 2019، ص 933

[19] بلعرج محمد الأمين، المرجع السابق، ص18.

[20] انظر على الخصوص: المرجع نفسه، ص21.

المرافعة لأجل قاعدة تنازع في القانون الجزائري خاصة بالقانون الواجب التطبيق على الخطبة

Plea for a conflict rule in Algerian law establishing the law applicable to betrothals

أ.د. موكه عبد الكريم

جامعة محمد الصديق بن يحي – جيجل

moukaabdelkrim@univ-jijel.dz

الملخص:

تعتبر المرحلة ما قبل العقدية في عقود الزواج من المراحل المهمة لنجاح العقد، خاصة عندما يتعلق الأمر بالزواج المختلط، نظرا للاختلاف الموجود خاصة بين التشريعات التي ينتمي إليها الزوجين، هذا الأمر سيثير إشكالات قانونية من حيث القانون الذي يحكم هذه المرحلة، بالإضافة إلى إشكالية التعامل مع المسالة من طرف القضاء في حالة ما إذا طرح الأمر عليه، خاصة عند غياب قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق ، وهو الأمر محل الدراسة الخاص بالقانون الجزائري.

كلمات مفتاحية: المرحلة ما قبل العقدية ؛ الزواج المختلط ؛ تنازع القوانين ؛ الخطبة ؛ القانون الواجب التطبيق

Abstract*:*

The pre-contractual stage in marriage contracts is considered one of the important stages for the success of the contract, especially when it comes to mixed marriages, given the difference that exists, in particular between the legislation to which belong the spouses .Legal problems with regard to the law which governs this stage, in addition to the problem of the treatment of the case by the judge in the event that the case is referred to him. Especially in the absence of a conflict rule determining the applicable law, which is the case in this approach concerns Algerian law.

Keywords: pre-contractual stage; mixed marriage; keywords conflict of laws; applicable.

مقدمة:

يعتبر موضوع الأحوال الشخصية المجال الخصب لتنازع القوانين، ويعود السبب في ذلك إلى تشعب مواضيعها، وتعلقها بالنظام العام الذي يميزها عن باقي المجالات حيث يعد الانتماء الديني مصدرها في معظم قوانين الدول، وعلى أساس المعطيات السابقة، تحتل قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية مكانة هامة في مختلف التشريعات الوطنية.

وقد برزت المكانة السابقة لقواعد تنازع القوانين الخاصة بمختلف مواضيع الأحوال الشخصية في التقنين المدني الجزائري منذ سنة 1975، وتطور الاهتمام بها بموجب تعديل سنة 2005 إذ تم إعادة النظر في بعض الحلول لمشاكل تنازع القوانين، وأدرجت في النص قواعد إسناد لمواضيع جديدة. استمرت مكانة الأحوال الشخصية إلى الوقت الحاضر، وتعتبر الموضوع الخصب لتنازع القوانين، على أساس معطيات تتمثل، أولا في تشعب المواضيع الي تكونها على الرغم من اختلاف كل من النظم القانونية اللاتينية، والانجلوسكسونية، والعربية، حول تعداد المسائل التي تنطوي تحتها، فمثلا تدخل في اطارها مسائل الخطبة والزواج، الميراث والوصية في النظم القانونية العربية، على خلاف معظم القوانين الأوروبية، وهي مسالة تكييف تخضع لقانون القاضي بحسب تاريخ القانون، وحاجيات الدولة، الدين.وثانيا تعلقها بالنظام العام بالنظر إلى البعد الديني.

يوحي مصطلح تنازع القوانين أن هناك صراعا بينها وأن كل منها يدعي الحق في حكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي لعلاقته بها عن طريق احد عناصرها في حين أن قانون كل دولة محدود بسيادة دولته ولا يستطيع تعدي هده الحدود بقوته الذاتية ومنازعة قانون القاضي في انطباعه على النزاع.

وعليه فإنه لا ينبغي أن نفهم مصطلح تنازع القوانين على هذا النحو فالمسالة لا تتعدى أن تكون مجرد مفاضلة بين القوانين المتعلقة بالعلاقة المشتملة على عنصر أجنبي لاختيار أنسبها.

لأجل ذلك اقترح الفقهاء استبدال اصطلاح تنازع القوانين بعبارة "تناسق القوانين" تنازع الاختصاص التشريعي "سلطان القانون" إلا أن كل هذه المصطلحات لم تسد وظل اصطلاح تنازع القوانين هو السائد في مختلف الدول.

وفقا لما سبق فانه من بين المواضيع التي تثير إشكالات قانونية من الناحية العملية خاصة تلك الفترة السابقة لعقد الزواج وهي الخطبة، هذه الأخيرة يختلف مضمونها وشكلها باختلاف النظم القانونية التي تنظمها أو الطرق يتم إجرائها وفقها. ويصعب الأمر عندما يتعلق الأمر بزواج مختلط، لذلك فان هذه المداخلة ستحاول الإجابة على إشكالية أساسية تتمثل في: ما الحلول القانونية والعملية لإشكالية القانون الواجب لتطبيق على الخطبة في حالات الزواج المختلط بناء على قواعد التنازع الجزائرية؟ أكثر من ذلك مدى اعتبار سكوت المشرع الجزائري على القانون الذي يحكم الخطبة في علاقات الزواج المختلط عائقا امام الممارسة العملية للقضاء في الموضوع؟.

تتم الإجابة على الإشكالية أعلاه من خلال التطرق إلى ثلاث نقاط أساسية: **الطبيعة القانونية للخطبة، القانون الواجب التطبيق على شروط الخطبة والقانون الواجب التطبيق على آثار الخطبة والعدول عنها.**

قبل التطرق إلى تحديد القانون الذي يحكم الخطبة وجب التطرق أولا إلى تحديد الطبيعة القانونية لهذه الفترة ما قبل العقدية وما هي الآثار المترتبة عليها.

أولا: عن الطبيعة القانونية للخطبة

عند تفحص قواعد الإسناد الموجودة في القانون المدني الجزائري، نجد انعدام قاعدة تنازع خاصة بالخطبة، لكن مع إعمال المادة 09 من القانون المدني التي تنص على أن "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه" بمعنى أنه لتحديد الطبيعة القانونية لمسألة الخطبة يجب الرجوع دائما إلى النظام القانوني الجزائري يستوجب إخضاع هذه المرحلة ما قبل العقدية للقانون الجزائري من حيث تحديد طبيعتها القانونية حتى يتحدد القانون المختص.

أ/ تعريف الخطبة: الخطبة في القانون هي مجرد وعد بالزواج ولا ترتقي إلى درجة العقد وذلك وفقا للمادة 5 من قانون الأسرة التي جاء فيها "**الخطبة وعد بالزواج**[1]"، هي فترة تكون بين طلب زواج الرجل من المرأة وبين الزواج, يتضمّنها وعد يصدر من الرّجل للمرأة بزواج قريب منها, مع وجود نية صادقة ورغبة حقيقية بالزواج, ويتعارف الرجل والمرأة في فترة الخطبة, ويحاول كل منهما فهم الطّرف الآخر وتمييز طباعه, ومعرفة إذا كان كل منهما مُناسباً للآخر، تختلف فترة الخطوبة من شخصٍ إلى آخر حسب ما يستدعيه قرار المخطوبين وظروفهما وعادتهما المُتّبعة في المكان الذي يعيشانِ فيه, فقد تكون فترة الخطبة بضعة أسابيع وقد تمتدّ إلى عدّة سنوات. كما عرفها المشرع الجزائري في المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري، القانون 84-11 المعدل والمتمم خاصة بالأمر 05-02 لسنة 2005.

بالتالي فإن الخطبة ليست زواجا، كما أنها ليست شرطا من شروط انعقاد الزواج، وهو الأمر الذي يتأكد من خلال التقسيم الذي جاء به المشرع في قانون الأسرة، حيث وضع **الفصل الأول** منه تحت عنوان "**الخطبة والزواج**"، فهذا دليل على أن الخطبة من مقدمات الزواج دون أن ترتقي إلى درجة عقد الزواج فالخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، فهي تخضع عند وجود عنصر أجنبي لقانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها، لان هذا القانون هو الذي يحدد شروط الزواج.

ب/ الطبيعة القانونية للخطبة (خضوع تكييف الخطبة لقانون القاضي): المركز المطروح أمام القاضي يقتضي بداهة معرفة معالمه الأساسية وفقا لأحكام القانون الذي يستند إليه، وإذا ما تم للقاضي الاستئناس بالقانون الأجنبي على هذا النحو أمكنه بعد ذلك أن يرد المسألة المعروضة بعد أن برزت معالمها إلى الفكرة المسندة الملائمة ليتبين مدى تضمينها للعلاقة المطروحة أمامه، ويتم الاستعانة بالقانون المقارن للتوسع في مفهوم قانون القاضي استجابة للاعتبارات الدولية وحتى يشمل العلاقات التي يجهلها القانون الوطني[2] ومثل هذه المرونة يجسدها القانون الجزائري في المادة 09 من القانون المدني: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

وهي مرونة اعتبرها البعض غير كافية لا بد من التدخل لمنح إمكانية الاستعانة بالقانون المقارن لتتحقق فكرة التعايش بين النظم القانونية المختلفة وإخضاع التكييف لقانون القاضي لا يقصد منه تجاهل القانون الأجنبي الذي تمسك به الأطراف بل يرجع إليه ليفهم حقيقة المركز أو العلاقة المراد تكييفها وذلك بالتحليل ثم يقوم برد المسألة محل البحث إلى الفكرة المسندة الملائمة لها وفقا لمفهوم القانون الوطني خاصة إذا كان القانون الوطني لا يعرف تلك المسألة أو العلاقة فيستدل بأفكار القانون الذي تنتمي إليه إلا انه يبقى السؤال المطروح هو أنه كيف يتصرف القاضي الجزائري في حالة ما عرض عليه نزاع متعلق بالخطبة، فأمام سكوت القانون الجزائري عن تحديد القانون الواجب التطبيق[3]، يمكن الاعتماد على المادة 23مكرر 2 من القانون المدني التي تحيل إلى الاعتماد على المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص[4].

لذلك استوجب الرجوع إلى الأحكام المنظمة للزواج، هذه الأخيرة تؤكد بأن الخطبة تعد مجرد تمهيد لعقد الزواج، نظمها المشرع في المادتين 05 ، 06 من قانون الأسرة ساري المفعول[5]، كما تعد كذلك الخطبة من الإجراءات السابقة للزواج وإذا وصلت إلى مرحلة الوعد ذي القيمة القانونية فلا شك في أنها تعتبر كمقدمة للزواج و تدخل في نطاق الأحوال الشخصية و بالتالي تخضع لنفس القانون الذي يخضع له الزواج نفسه[6].

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على شروط الخطبة

على اعتبار الخطبة تمهيد لعقد الزواج، فهي لا تقوم إلا بتوافر شروط موضوعية لصحتها وبالتالي التمهيد للزواج، وقد يشترط حسب بعض التشريعات ووفقا لبعض الأعراف والتقاليد شروط شكلية معينة لذلك سيتم تحديد القانون الذي يحكم شروط الخطبة موضوعية أو شكلية.

أ/ القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للخطبة: فاعتبار الخطبة تمهيد للزواج فإنه لا يوجد ما يمنع من قيام عقد الزواج فورا، فلا يصح خطبة إلا من يمكن الزواج بها في الحال، لان الخطبة ما هي إلا وسيلة لغاية هي الزواج فإذا كانت الغاية ممنوعة فالوسيلة غير جائزة فلا بد من إخضاع الخطبة لنفس قواعد إسناد الزواج فيما يتعلق بالشروط الموضوعية و ذلك بالتمييز بين حالتين:

1/ إذا كان الخاطبان من جنسية دولة واحدة: يرجع الاختصاص لقانون جنسيتهما، تحديد الأهلية وباقي الشروط والآثار ما لم يكن هذا القانون مخالفا للنظام العام في دولة القاضي[7]، مثلا في القانون الأردني وعملا بأحكام للمادة 04 من قانون الأحوال الشخصية فلكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الزواج ولا يجوز إكراه أي واحد منهما على إتمام الزواج، ويعد من قبيل الإكراه على إتمام الزواج كل شرط جزائي يلزم بتنفيذ الخطبة وإتمام الزواج، لأن مثل هذا الشرط باطل. ولكن الاعتراف بحق العدول عن الخطبة مقيد بعدم إساءة استعمال هذا الحق. فإذا أسيء استعماله وترتب على ذلك إلحاق الضرر بالطرف الأخر، كان للمتضرر حق طلب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية التي يحكمها قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار المنشئ للالتزام. أكثر تفصيل في الموضوع.

2/ إذا كان الخاطبان من جنسيتين مختلفتين: تثار هنا مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعهما مستقبلا في الخطبة و آثارها وقد اختلفت الآراء الفقهية في تحديد ذلك خاصة فيما يتعلق بالآثار، أما ما يتعلق بالشروط الموضوعية، من إيجاب و قبول وموانع الخطبة تخضع لقانون جنسية الخاطبين بحيث يلزم توافر شروط الخاطب الذي نص عليها قانونه وشروط المخطوبة التي نص عليها قانونها و ذلك تطبيقا جامعا للقوانين[8].

في هذا الصدد نجد العديد الآراء الفقهية[9] التي تنادي إلى إخضاع الخطبة إلى قانون محدد يمكن تلخيصها فيما يلي:

- **تطبيق القانون الوطني للمدين:** على مسالة ترتب أو عدم ترتب تعويض مادي أو معنوي على الضرر الناشئ عن فسخ الخطبة وإعادة أو عدم إعادة الهدايا المتبادلة بين الخاطبين. وقد انتقد هذا الرأي، لأنه يؤدي إلى استحالة حل النزاع إذا كان موضوعه طلب إعادة الهدايا المتبادلة بين الخاطبين لأن كلا منهما يعتبر مدينا للأخر، ويكون القانون الوطني لكل واحد منهما هو الواجب تطبيقه على النزاع، مما يجعل حل النزاع مستحيلا. كما لا يوجد سبب قانوني مبرر لترجيح القانون الوطني للمدين في النزاع.

– **تطبيق قانون الرجل:** يذهب هذا الرأي إلى ضرورة تطبيق قانون الرجل في النزاع المتعلق بالخطبة وآثارها، وهذا ما أخذ به القانون المجري، وهو مستمد من مبدأ تطبيق قانون الزوج على عقد الزواج في حالة اختلاف جنسية الزوجين، وقد انتقد هذا الرأي أيضا لأنه لا يمكن تطبيق نفس المبدأ المطبق في عقد الزواج عند اختلاف جنسية الزوجين، على الخطبة عند اختلاف جنسية الخاطبين، لأن الخطبة ليست زواجا ولا يوجد أي سبب قانوني لإعطاء الاختصاص في النزاع المتعلق بها القانون (الزوج المستقبلي).

– **تطبيق القانون المحلي:** يذهب هذا الرأي إلى ضرورة إعطاء الاختصاص في حل النزاع المتعلق بها، خاصة إذا كان متعلقا بطلب التعويض عن الضرر الناتج من فسخ الخطية على أساس الفعل الضار، إلى قانون محل وقوع الفعل الضار (Lex Loei Delicti Commissi)، وقد أخذ القانون الفرنسي بهذا الرأي.

د– تطبيق قانون القاضي: يذهب هذا الرأي إلى ضرورة إخضاع النزاع في مثل هذه الحالة إلى قانون القاضي (Lex Fori)، وهذا ما أخذ به القانون الفنلندي على أساس عدم وجود سبب قانوني يبرر ترجيح قانون أحد الخاطبين في النزاع[10].

ب/ القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للخطبة: القانون الذي يحكم الشروط الشكلية هو قانون البلد الذي تمت فيه الخطبة كقاعدة عامة، أو قانون كل من الطرفين قياسا على الأحكام المنظمة للشكليات في الزواج، فالقانون الجزائري كنظيره القانون الأردني[11] لا يفرض شكلية معينة للخطبة، لكنها تتم باحترام مراسيم مختلفة ترتبط أكثر بالأعراف والتقاليد المستقرة في منطقة معينة، فتعتبر الخطبة صحيحة باحترام تلك الأوضاع التي يقررها قانونها بمعنى قانون مكان إجراء وقيام الخطبة، عملا بأحكام المادة 19 قانون مدني (خضوع شكل التصرفات القانونية إلى قانون بلد الإبرام).

ثالثا: القانون الواجب التطبيق على آثار الخطبة والعدول عنها

الخطبة ترتب آثارا قانونية على الجانبين ولكن احتار الفقه والقانون حول القانون الواجب التطبيق على آثار الخطبة في حال النزاع.

كما أن الخطبة في حد ذاتها ليس بالتزام والعدول عنها لا يرتب أي أثر، لكن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول يسأل الشخص عنها على أساس المسؤولية التقصيرية.

أ/ القانون الواجب التطبيق على آثار الخطبة: سكت القانون الجزائري على غرار معظم التشريعات العربية المقارنة في تحديد القانون الذي يحكم الخطبة أو بآثار الخطبة، على خلاف القانون الكويتي الذي يميز بين الخطبة وفسخها من حيث القانون الواجب التطبيق[12]، وقد حاول الفقه تحديد القانون الذي يحكم الآثار فمنهم من جعل القانون المشترك للخاطبين هو الذي يطبق، أما إذا اختلفت الجنسيتين فقد وجد هذا الفقه صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعهما مستقبلا في الخطبة و آثارها، وقد تعددت الاقتراحات التي يمكن حصرها فيما يلي:

- **تطبيق القانون الوطني للمدين:** فيما يتعلق بالتعويض الناجم عن الضرر الناشئ عن فسخ الخطبة وإعادة الهدايا، لكن يصعب تطبيقه فيما يتعلق بإرجاع الهدايا المتبادلة، فيطبق قانونهما معا.
- **تطبيق قانون الرجل الخاطب:** وذلك إعمالا على قاعدة :تطبيق قانون الزوج على عقد الزواج عند اختلاف جنسية الزوجين وهو ما أخذ به القانون المجري، ولكن الخطبة ليست زواجا لتطبق نفس القاعدة على زوج المستقبل.
- **تطبيق قانون القاضي** :أخذ به القانون الفنلندي فيطبق قانون القاضي على أساس عدم وجود سبب قانوني لترجيح قانون أحد الخاطبين[13].

ب/ القانون الواجب التطبيق على العدول عن الخطبة: في هذه النقطة استوجب طرح التساؤل الأتي: ما هي قاعدة الإسناد التي يطبقها القاضي الجزائري في حالة ما طُرح أمامه نزاع يتمثل في عدول أحد الخاطبين عن الخطبة؟، إن الإجابة المبدئية على هذا السؤال تكون بعدم قدرة القاضي الجزائري على إعمال قواعد الإسناد على مسألة العدول عن الخطبة، والسبب في ذلك هو أن العدول عن الخطبة لا يولد أية مسؤولية عقدية بحيث يجوز لكلا الطرفين العدول عنها، فبما أنها لا تدخل ضمن الشروط المتطلبة لإبرام عقد الزواج فلا يمكن للقاضي أن يطبق عليها قاعدة الإسناد المخصصة لذلك، كما لا يجوز له أن يطبق عليها القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية المنصوص عليه في المادة 18 من القانون المدني مادام أنها لا ترتقي إلى مرتبة العقد[14].

أما فيما يخص القانون الذي يحكم العدول عن الخطبة، ما دامت الخطبة لا تترتب عنها التزامات عقدية لأنها وعد بالزواج غير ملزم فلا يمكن أن يتم تأسيس الحصول على التعويض اعتمادا على المسؤولية العقدية، إنما تعتبر من قبيل المسؤولية التقصيرية في حالة تضرر الطرف الآخر والمشرع الجزائري أخضع الأفعال الضارة المنشئة للمسؤولية التقصيرية لأحكام المادة 20 ق م[15]، إذا كان العدول

حق فهو مقيد بعدم إساءة استعمال الحق بمفهوم المادة 124 مكرر من القانون المدني وإلا ترتب عنه تعويض ما ألحق من ضرر للطرف الآخر اعتمادا على قواعد المسؤولية التقصيرية والتي يحكمها قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار المنشئ للالتزام.

الخاتمة:

من خلال الدراسة التحليلية لمختلف الإشكالات القانونية والعملية التي يثيرها موضوع الخطبة في علاقات الزواج المختلط، يظهر جليا الموقف المبهم للمشرع الجزائري سواء في قانون الأسرة عند عدم تفصيله في الأحكام المرتبطة به، أكثر تعقيدا من ذلك موقفه الغير المبرر في قواعد التنازع التي تجاهل فيها المشرع وضع قاعدة تنازع خاصة بهذه المرحلة الحساسة في علاقات الزواج، لاسيما عندما يتعلق الأمر بالعدول عن الزواج مما يلحق الطرف الآخر ضررا ويستوجب التعويض.

لذلك وجب على المشرع الجزائري في هذا الصدد:

- استحداث مادة قانونية في قواعد الإسناد المذكورة في القانون المدني خاصة بالخطبة بما يتوافق مع التشريعات المقارنة.
- يجب على المشرع أن يحدد القانون الذي تخضع له الآثار المترتبة خاصة عن العدول كون الأمر مرتبط بحماية حقوق الطرف المتضرر.
- على المشرع الجزائري أن يأخذ بموقف المشرع الكويتي الذي أحسن الموقف في التعامل مع القانون الواجب التطبيق على الخطبة وآثارها، على اعتبار أن القانون الكويتي يميز بين الخطبة وفسخها من حيث القانون الواجب التطبيق.

الهوامش:

[1] – كما تنص المادة (03) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1979على انه: "لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بالوعد ولا بقراءة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية".

[2] – دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، جانفي 2011، ص 237 و 238.

[3] – عكس المشرع الجزائري نجد بعض التشريعات العربية نظمت الخطبة وحددت لها نصا خاصا يحدد القانون المختص نستدل بالقانون الكويتي القانون رقم 5 لسنة 1961 بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي 5 / 1961 ، المادة 35 منه: " تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية ، ويسرى عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة

إلي كل خاطب ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة ، ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ ".

[4] – تنص المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

[5] – الأمر رقم 70–86 المؤرخ في 1970/12/15 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–01 المؤرخ في 2005/02/27. ج ر عدد 15 لسنة 2005.

[6] – دربة أمين، المرجع السابق ،ص 237.

[7] – راجع: حسن الهداوي و غالب الداودي –القانون الدولي الخاص – القسم الثاني – تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل 1982 ، ص ص 102–103.

[8] – بلعيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05–10 لسنة 2005، كلية الحقوق، بن عكنون، 2007، 81.

[9] – حسن الهداوي و غالب الداودي –القانون الدولي الخاص...، المرجع السابق، ص ص 97–100.

[10] – حسن الهداوي و غالب الداودي –القانون الدولي الخاص...، المرجع السابق ، ص 100.

[11] – انظر قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لعام 2019 تنص المادة 02 منه على أن" الخطبة طلب التزوج أو الوعد به". أما المادة 3 منه فلقد نصت على ما يلي:" لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بقراءة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية."

[12] – رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج، دراسة في إطار التشريعات العربية ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010 ،ص 44–45.

[13] – عبد الرزاق الشيخ نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة 25، جامعة الكويت، مارس 2001، ص359.

[14] – زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين في ضوء القانون 05–10 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون التونسي، المسيلة، الجزائر، 2008، ص 160.

[15] – عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

قائمة المراجع:

الكتب:

– حسن الهداوي و غالب الداودي –القانون الدولي الخاص – القسم الثاني – تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل 1982 .

– بلعيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05–10 لسنة 2005، كلية الحقوق، بن عكنون، 2007.

- رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج، دراسة في إطار التشريعات العربية ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010
- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون التونسي، المسيلة، الجزائر، 2008..
- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

المقال:

- دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، جانفي 2011، ص 237 و 238.
- عبد الرزاق الشيخ نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة 25، جامعة الكويت، مارس 2001، ص359.

النصوص القانونية:

- الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد17 لسنة 1975، معدل ومتمم لاسيما القانون رقم 05-01 ، معدل ومتمم.
- الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 1970/12/15 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 2005/02/27. ج ر عدد 15 لسنة 2005.
- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لعام 2019.

حق الطفل في الجنسية وانعكاسه على مركزه داخل الأسرة

The right for a child to enjoy nationality and it effects to his position in his family

د. كمال سمية

جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان

الملخص:

من حق الطفل الانتماء إلى دولة والانتماء إلى أسرة، يتحدد الانتماء للدولة وفق قانون الجنسية أمّا الانتماء لأسرة فيكون وفقا للنسب، تخضع العلاقات الأسرية المشتملة على عنصر أجنبي لقانون الجنسية الهدف من البحث إبراز حق الطفل في التمتع بجنسية سواء كانت أصلية بناء على رابطة الدم أو الإقليم أو مكتسبة كأثر جماعي لتجنس والده، وقد تثار مشكلة انعدام جنسية الطفل في حالات معينة.

يترتب على تمتع الطفل بالجنسية تطبيق قانون جنسيته على اسمه وأهليته في حين أنه لا يطبق على مسألة حضانته واثبات نسبه.

كلمات مفتاحية: الجنسية الأصلية ؛ الجنسية المكتسبة ؛ الطفل ؛ الأهلية ؛ الاسم ؛ الحضانة ؛ النسب.

Abstract:

The child has the right to enjoy a nationality that may be original based on blood ties or territory or acquired as a collective effect of naturization. Family relations that include a foreign element are subject to national law determined based on the nationality officer. The law of his nationality applies to his name and eligibility(capacity) but not apply to guardianship and filiation.

Keywords: Nationality; original; acquired; child; name ; eligibility ; guardianship ; filiation

مقدمة:

اهتم المشرع الجزائري بحماية حقوق الطفل سواء أكانت حقوقا شخصية كالحق في الاسم واللقب والحق في الجنسية والحق في الانتماء لأسرة أو حقوقا مالية كالحق في النفقة والحق في حماية أمواله بموجب الوصاية والقوامة والحق في الإرث.

وحماية هذه الحقوق مكرسة دستوريا بموجب الفقرة الثانية من المادة 71 من دستور 2020[1] التي جسدت مراعاة المصلحة العليا للطفل بنصها:" حقوق الطفل محمية من طرف الدولة والأسرة مع مراعاة المصلحة العليا للطفل".

كما اعترفت اتفاقية حقوق الطفل[2] لسنة 1989 المصادق عليها، مع تصريحات تفسيرية، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 461/92 الممضي في 19 ديسمبر 1992[3] بهذه الحقوق حيث نصت المادة 7 على أن: "يسجل الطفل بعد ولادته فورا ويكون له الحق منذ ولادته في إسم والحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما.

تكفل الدول الأطراف إعمال هذه الحقوق وفقا لقانونها الوطني والتزاماتها بموجب الصكوك الدولية المتصلة بهذا الميدان ولا سيما حيثما يعتبر الطفل عديم الجنسية..."

وجاء في المادة 8 بأن "تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته واسمه وصلاته العائلية على النحو الذي يقره القانون ..." كما تضمنت المادة 9 من الاتفاقية معيار مصالح الطفل الفضلى وضرورة حمايتها.

في إطار القانون الدولي الخاص الذي تتعدد مواضيعه فمن أهمها موضوع الجنسية وموضوع تنازع القوانين الذي يهتم بالبحث عن تطبيق أنسب القوانين على العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي من بينها علاقات الأحوال الشخصية، وقد تثار إشكالية تمتع الطفل بحق الجنسية وبحقوقه في إطار البحث عن القانون الملائم.

فماهي حقوق الطفل في القانون الدولي الخاص، هل له الحق في الجنسية وما هو إطارها القانوني؟ وهل له الحق أن يستفيد من تطبيق القانون الملائم على حالته الشخصية المرتبطة بمركزه في الأسرة خاصة ما يتعلق بالنسب بسبب ارتباطه بالجنسية؟

تكمن أهمية البحث في إبراز حالات تمتع الطفل بالجنسية الجزائرية وفقا لقانون الجنسية سواء كانت أصلية على أساس الدم أو النسب أو على أساس الولادة في الإقليم الجزائري أو مكتسبة كأثر جماعي لاكتساب والده الجنسية الجزائرية، وإبراز أن هناك حالات قد لا يتمتع فيها الطفل بالجنسية الجزائرية كالولادة من أبوين عديمي الجنسية أو عدم اكتسابه الجنسية كأثر جماعي لاكتساب والده الجنسية الجزائرية بسبب الزواج، بالإضافة إلى أن جنسية الطفل تعتبر ضابط إسناد لحالته المدنية من خلال خضوع الاسم والأهلية لقانون الجنسية، أمّا عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على الحضانة فإنه يرجع لقانون جنسية الأب وقت رفع دعوى الطلاق وعندما يتعلق الأمر بإثبات النسب فإن القانون المطبق هو قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل.

يكمن الهدف من البحث التعرض لنقص التشريع في مسألة الجنسية وعدم التناسق بين نصوص قانون الجنسية وقانون الأسرة وقواعد التنازع في القانون المدني.

ولهذا فإن المنهج المتبع في الدراسة هو المنهج التحليلي.

ومن هنا تقسم المداخلة إلى مبحثين، في الأول: حق الطفل في الجنسية، وفي الثاني: القانون المطبق على مركز الطفل ضمن الأسرة.

المبحث الأول: حق الطفل في الجنسية

تعرف الجنسية بأنها رابطة سياسية وقانونية بين الدولة والفرد وهي تجسد الانتماء السياسي والوطني بالإضافة في بعض الحالات الانتماء الديني خاصة بالنسبة للدول المصدرة للسكان، كما هو الحال بالنسبة للجزائر، والتي تخضع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية وهو قانون الأسرة المستمد من الشريعة الاسلامية، فمن خلال الرجوع لقواعد تنازع القوانين في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني اعتمد المشرع بالأساس على ضابط الجنسية وبصفة أصلية، وبالرجوع للمادة الأولى من نفس القانون التي تعتبر الشريعة الاسلامية مصدرا احتياطيا بعد التشريع مباشرة يمكن اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا لحلّ مشاكل تنازع القوانين، وبالرجوع إلى المادة 221 من قانون الأسرة التي تشير صراحة إلى تطبيق قانون الأسرة على كل المواطنين الجزائريين المقيمين وغير المقيمين في الجزائر، فقد تمّ تفضيل ضابط الجنسية على ضابط الموطن لأنه يضمن استقرار القانون المطبق واستمراريته وتوحيد جنسية الأسرة[4]، ولأنه انعكاس للقيم السائدة في الدولة، فالجنسية ثابتة ودائمة ومن الصعب تغييرها مقارنة بالموطن ومن السهل تحديدها بسبب أن عناصرها مادية قانونية مقارنة بالموطن الذي يتضمن العنصر المعنوي وهو نية الاستقرار التي يصعب تحديدها[5]، كما أن الاعتماد على ضابط الجنسية يضمن ارتباط الشخص بوطنه وبقانونه مهما كان موطنه.

قد تكون الجنسية الجزائرية أصلية أو مكتسبة وفقا لقانون الجنسية[6] الذي نظمها.

المطلب الأول: حق الطفل في الجنسية الأصلية

تثبت الجنسية الجزائرية الأصلية للولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية عن طريق الدم أو النسب كما تثبت للولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين عن طريق رابطة الإقليم أو من أم غير معروفة الجنسية.

الفرع الأول: الجنسية الجزائرية للطفل من جهة الأب أو الأم

جاء في المادة 6 من قانون الجنسية على أنه يكون جزائريا أصلا من ولد من أب جزائري أو من أم جزائرية، فهذا النص كما هو واضح يقر المساواة بين المرأة والرجل من حيث منح الجنسية الجزائرية الأصلية بالإضافة إلى أنه لم يميز بين الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي، وفي هذه الحالة تثبت الجنسية الأصلية بناء على رابطة البنوة[7] من جهة الأب في الحالة التي يكون فيها معروفا ومعلوم الجنسية وله جنسية جزائرية سواء أصلية أو مكتسبة وقت ميلاد الطفل عندما يولد الطفل من علاقة زواج شرعية أو في حالة إقرار الأب بالنسب، وفي الحالة التي يكون فيها الأب معروفا وله جنسية أجنبية أو أن يكون مجهول الجنسية أو في الحالة التي يكون فيها الأب مجهولا إذا كان الطفل من علاقة غير شرعية وكانت الأم معروفة وتتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية أو المكتسبة وقت ميلاد الطفل فإنه يتمتع بجنسية أمّه.

فالمشرع الجزائري من خلال التعديل بموجب الأمر رقم 01/05 لم يتشدد في مسألة ثبوت الجنسية الأصلية حيث أنه جعل تمتع الطفل بالجنسية الأصلية بناء على رابطة الدم من جهة الأب أو من جهة الأم وليس من كليهما معا، على ما كان منصوصا عليه في ظل الأمر رقم 70/ 86 حيث أن الجنسية الجزائرية كانت تثبت بصفة أصلية من جهة الأب وحده للطفل المولود من علاقة شرعية، وبصفة استثنائية كانت الجنسية الجزائرية الأصلية تثبت من جهة الأم للولد المولود من أب مجهول أي غير معروف وليس مجهول الجنسية فقط، وهنا تكون العلاقة التي ولد منها الطفل غير شرعية، أو من أب معروف لكنه عديم الجنسية، تفاديا لأن يكون الطفل عديم الجنسية، أو الولد المولود في الجزائر من أمّ جزائرية ومن أب أجنبي مولود في الجزائر أو ما يعرف بالميلاد المضاعف، كما أن الطفل المولود في الجزائر من أم جزائرية وأب أجنبي مولود خارج الجزائر يكتسب الجنسية الجزائرية بفضل القانون إذا أعلن عن رغبته في ذلك خلال 12 شهرا من بلوغه 21 سنة (سن الرشد وفق قانون الجنسية 86/70 كان 21 سنة وفقا للمادة 4) وهذا ما كان يعرف باكتساب الجنسية بالولادة أو البنوة والإقليم (المادة 9 من قانون 86/70 التي ألغيت بموجب الأمر 01/05)

فعند إجراء المقارنة بين النص القديم والنص الجديد نستنتج أن المشرع الجزائري من خلال التعديل جمع حالات تمتع الطفل بالجنسية الجزائرية الأصلية من جهة الأم إذا كان الأب مجهولا أو عديم الجنسية أو إذا كان الأب أجنبيا مولودا في الجزائر واكتساب الجنسية بفضل القانون إذا كان الأب أجنبيا غير مولود في الجزائر في حالة واحدة فقط وهي أن تكون الأم جزائرية ولا يهم مركز الأب، كما أنه رفع من درجة الجنسية المكتسبة بفضل القانون لتكون جنسية أصلية.

جدير بالذكر أن الأمر 01/05 يطبق تطبيقا رجعيا على الأشخاص المولودين من أم جزائرية وأب أجنبي غير مولود في الجزائر ليتمتعوا بالجنسية الأصلية وفقا للمادة 2 من الأمر 86/70، فإعمال المادة 6 من الأمر 01/05 يتجنب حالة عديم الجنسية لكنه قد يؤدي إلى حالة تعدد الجنسية.

الفرع الثاني: الجنسية الجزائرية للطفل بالولادة في الإقليم

وهو ما نصت عليه المادة 7 من الأمر 01/05 حيث يعتبر جزائريا أصلا الولد المولود في الإقليم الجزائري من أبوين مجهولين ويعتبر الطفل مولودا في الجزائر إذا عثر عليه في الإقليم الجزائري سواء البري أو البحري أو في إحدى السفن أو الطائرات الجزائرية التي تحمل العلم الجزائري حسب المادة 5 من الأمر 01/05.

كما يعتبر جزائريا أصلا الولد المولود في الإقليم الجزائري من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده لكنها غير معروفة الجنسية أو عديمة الجنسية، وهذه الحالة الأخيرة تمت إضافتها بموجب التعديل حيث تذكر المادة 7 فقرة 2 أن الأم تكون مسماة في شهادة ميلاد الطفل دون بيانات أخرى تمكّن من إثبات جنسيتها حيث يتمتع الطفل المولود في الجزائر في هذه الحالة بالجنسية الجزائرية الأصلية منذ ميلاده وتمّ إقرارها حتى لا يكون عديم الجنسية[8].

لكن من خلال تحليل النصوص السابقة المتعلقة بثبوت الجنسية الجزائرية الأصلية يلاحظ أنه لا يمكن تفادي حالة انعدام الجنسية في حالة الولد المولود في الجزائر من أبوين معروفين ومذكورين في شهادة ميلاد الطفل دون بيانات تتعلق بجنسيتهما كأن يكون الأبوين مجهولي الجنسية أو عديمي الجنسية، أو حالة الولد المولود في الجزائر من أبوين أجنبيين لا يمنح قانونهما الجنسية الأصلية بسبب الدم إذا ولد طفلهما في الخارج.

ويكون من حق الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين أن يتنازل عن الجنسية الجزائرية إذا ثبت خلال فترة قصره أي قبل بلوغه 19 سنة أنه ينتسب لأب أجنبي أو لأم أجنبية وكان قانونهما يمنح له الجنسية الأجنبية ولهذا التنازل أثر رجعي، فالمشرع الجزائري أخذ بمبدأ إقليمية القانون فيما يتعلق بالجنسية وكذلك فيما يتعلق بسن الرشد كأثر لها، وفي هذه الحالة يؤذن له بموجب مرسوم التخلي عن الجنسية الجزائرية الأصلية ويقبل طلبه مادام قاصرا وفقا للمادة 18 /2 من قانون الجنسية.

لكن بالنسبة للولد المولود في الجزائر من أمّ مسماة في شهادة الميلاد دون بيانات تثبت جنسيتها فلا يحق له التنازل عن الجنسية الجزائرية، حيث أن المشرع الجزائري أغفل حالة أن يثبت نسب الطفل

لأب أجنبي أو عند اثبات جنسية الأم فلم ينص –قياسا على حالة الولد المولود من أبوين مجهولين– أن يكون للطفل قبل بلوغه سن 19 أن يتنازل عن الجنسية الجزائرية الأصلية أو يتخلى عنها إذا أثبت جنسية أمه الأجنبية وكان قانونها يمنحه جنسيتها أو يثبت انتسابه لأب أجنبي وكان قانونه يمنحه جنسيته.

المطلب الثاني: حق الطفل في الجنسية المكتسبة

الجنسية المكتسبة هي ما يعرف بالجنسية الطارئة والتي يكتسبها الشخص بعد ميلاده وتثبت له بموجب مرسوم التجنس الصادر من السلطة المختصة بعد إجراءات فحص الطلب من طرف وزير العدل والتأكد من شروط التجنس الذي قد يكون بموجب طلب أو بسبب الزواج من جزائري أو جزائرية.

الفرع الأول: حق الطفل في الجنسية المكتسبة كأثر جماعي لإكتساب والده الجنسية الجزائرية

وفقا للمادة 10 من قانون الجنسية يجب توفر مجموعة من الشروط في الأجنبي الذي يرغب في التجنس بالجنسية الجزائرية حيث يعلن عن إرادته صراحة فيثبت إقامته المشروعة والقانونية والمستمرة لمدة 7 سنوات وبلوغه سن الرشد وأن يثبت وسائل معيشته وأن يكون سليم العقل والجسد وأن تكون سيرته حسنة، ولا يمنح التجنس تلقائيا بل لابد من فحصه حيث يخضع للسلطة التقديرية لوزير العدل الذي يمكن أن يرفضه، وفي هذه الحالة نكون بصدد التجنس العادي، أمّا التجنس الاستثنائي فهو الذي يمنح لبعض فئات الأجانب الذين قدموا خدمات استثنائية للجزائر أو الذين أصيبوا بعاهة أو مرض نتيجة عمل قاموا به خدمة للجزائر أو لفائدتها من بينهم الذين ساهموا في الثورة التحريرية، كما يمنح التجنس الاستثنائي للأجنبي الذي يكون في تجنسه فائدة استثنائية للجزائر، وفي التجنس الاستثنائي لا يمكن لوزير العدل أن يرفضه بحيث لا يتطلب الشروط المنصوص عليها في المادة 10، لكن من خلال قراءة المادة 11 قد يفهم أن التجنس الاستثنائي يكون تلقائيا ولا يشترط فيه تقديم طلب والتجنس يكون بموجب مرسوم رئاسي حيث قد لا يتدخل فيه وزير العدل.

نصت المادة 17 من قانون الجنسية على أن الأولاد القصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية وفقا للمادة 10 يصبحون جزائريين في نفس الوقت كوالدهم، حيث يقدم الوالد المتمثل في الأب أو الأم طلب التجنس مرفقا بشهادة عائلية تتضمن أسماء أبناءه القصر الأقل من 19 سنة وعندما يصدر مرسوم التجنس وينشر في الجريدة الرسمية يكون متضمنا منح الجنسية الجزائرية المكتسبة لهؤلاء الأطفال القصر دون حاجة أن يقدموا طلبات التجنس بصفة انفرادية وهذا ما يعرف بالأثر الجماعي للتجنس حيث تكون الجنسية المكتسبة مفروضة عليهم، فيصبح الطفل القاصر جزائريا للشخص المكتسب الجنسية الجزائرية

في نفس الوقت كوالده بقوّة القانون ودون حاجة إلى ذكرهم في مرسوم التجنس وإن جرت العادة على ذكرهم فيه[9]، كما يمتد أثر اكتساب الجنسية على القاصر المرشد بالزواج والذي أذن له بالزواج قبل بلوغه سن 19 وفقا لما تنص عليه المادة 7 من قانون الأسرة[10] المعدل بالأمر 02/05.

ويترتب على ذلك أنه ليس من حق الطفل أن يتنازل أو يتخلى عن جنسيته الجزائرية المكتسبة ما دام قاصرا ولم يبلغ سن الرشد وفقا لقانون الجنسية وهو 19 سنة، لكن بعد بلوغه سن الرشد يحق له أن يتنازل عليها خلال سنتين من بلوغه سن الرشد أي قبل أن يكمل 21 سنة، فإذا تجاوز سنه 21 سنة فلا يحق له أن يتخلى عن جنسيته المكتسبة ويسقط حقه في طلب التنازل عن الجنسية الجزائرية المكتسبة وفقا للمادة 17 الفقرة الثانية من قانون الجنسية، لكن لا يعني هذا أنها تتحول إلى جنسية أصلية وإنما تظل مكتسبة، وهذا على خلاف حالة الطفل الذي يتمتع بالجنسية الأصلية بناء على ولادته في الإقليم الجزائري من ألوين مجهولين حيث يحق له أن يتنازل عن جنسيته الجزائرية الأصلية إذا ثبت أنه ينتسب إلى أب أو أم أجنبية وكان قانون جنسيتهما يمنحه الجنسية الأجنبية ويجوز له ذلك على أساس المادة 18 الفقرة 2 من قانون الجنسية.

أمّا بالنسبة للتجنس الاستثنائي فلا يترتب عليه أن يكتسب الطفل القاصر للمتجنس الجنسية الجزائرية في نفس الوقت كوالده وإنما يحق له أن يطلب تجنسه بصفة عادية، وهذا ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة 11 حيث أنه في حالة وفاة الأجنبي الذي قدم خدمات استثنائية للجزائر وكان في إمكانه أن يتجنس بالجنسية الجزائرية فإنه يمكن لإبنه أن يطلب تجنس والده بعد الوفاة وفي نفس الوقت يمكن له أن يطلب تجنسه بموجب طلب.

الفرع الثاني: اكتساب الجنسية الجزائرية بسبب الزواج المختلط

نص المشرع على هذه الحالة باعتبارها أثرا للزواج المختلط وبهدف توحيد الجنسية داخل الأسرة وبالتالي توحيد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية كما أنه لم يميز بين المرأة والرجل ولم يجبر اكتساب الجنسية الجزائرية على المرأة الأجنبية المتزوجة بجزائري، وتمّ إضافة هذه الحالة في تعديل 2005 بموجب المادة 9 مكرر من الأمر 01/05 مع التخفيف من حدّة شروط اكتساب الجنسية بموجب طلب عادي، وتتمثل شروط اكتساب الجنسية بالزواج من جزائري أو جزائرية فيما يلي:

أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس دون اشتراط أن يتم إبرامه في الجزائر ولا أن يكون صحيحا وفقا القانون الجزائري وإنما يكفي أن يكون صحيحا

وفق قانون الدولة التي أبرم فيها وحسب قواعد تنازع القوانين، الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر منذ عامين على الأقل إذ يجب أن تكون الإقامة قانونية ومشروعة ويكون الطرف الأجنبي مقيما في الجزائر وفق القانون، وهناك من يرى عدم ضرورة أن يحصل الأجنبي على بطاقة الإقامة[11]، فالمشرع خفف وقلص مدّة الإقامة مقارنة بالتجنس العادي الذي تشترط فيه مدّة 7 سنوات، التمتع بحسن السيرة والسلوك وإثبات الوسائل الكافية للمعيشة بالإضافة إلى أنه قد لا تؤخذ بعين الاعتبار الإدانة والعقوبة الصادرة في الدولة الأجنبية من القضاء الأجنبي عن فعل ارتكبه الشخص الأجنبي في الخارج.

إذا توفرت الشروط يصدر مرسوم التجنس وينشر في الجريدة الرسمية بعد أن يقدم طلب التجنس إلى وزير العدل مرفقا بالوثائق الثبوتية ومقارنة بالمادة 10 الخاصة بطلب التجنس العادي حيث يمكن في هذه الحالة أن يرفض وزير العدل طلب التجنس وهذا بالنص الصريح للمادة[12] فإنه لا يمكن رفض طلب اكتساب الجنسية الجزائري بالزواج من جزائري أو جزائرية لأن نص المادة 9 مكرر من قانون الجنسية لم تتضمن صراحة ما يفيد ذلك[13].

قد يطرح التساؤل حول أثر التجنس بالزواج على الطفل القاصر وفيما إذا يكتسب الجنسية الجزائرية أو لا، من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالتجنس نستنتج أن الطفل القاصر لأجنبي أو أجنبية من زواج سابق لا يكتسب الجنسية الجزائرية في نفس الوقت كوالده الذي اكتسبها بسبب الزواج، وهذا على خلاف التجنس العادي أين يكتسب الولد القاصر الجنسية الجزائرية إذا قدم والده طلب التجنس العادي وفق المادة 10 من قانون الجنسية.

من خلال ما سبق نستنتج أن الطفل القاصر له الحق في الحصول على الجنسية الجزائرية المكتسبة إذا قدم والده طلب التجنس العادي كأثر جماعي لكن ليس له الحق في الحصول على الجنسية الجزائرية المكتسبة إذا اكتسبها والده بسبب الزواج، كما أنه لا يكتسب الطفل الجنسية الجزائرية كأثر جماعي لاكتساب والده الجنسية الجزائرية بصفة استثنائية.

الفرع الثالث: أثر فقد الجنسية واستردادها على الطفل

تفقد الجنسية الجزائرية بإرادة الشخص عندما يقدم طلب التخلي أو التنازل عنها أو رغما عن إرادته كعقوبة إدارية من خلال سحب الجنسية المكتسبة أو نتيجة ارتكاب المتجنس جريمة معاقب عليها قانونا من خلال التجريد.

تنص الفقرة الثانية من المادة 18 من قانون الجنسية على أنه يمكن للجزائري ولو كان قاصرا والذي له جنسية أجنبية أن يتخلى عن جنسيته الجزائرية إذا أذن له بذلك بموجب مرسوم، يفهم من هذه المادة أن الطفل القاصر يحق له أن يتنازل عن جنسيته الجزائرية إذا كان يتمتع بالجنسية الأجنبية، هذه الحالة تخص الطفل القاصر الذي يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية بسبب ميلاده في الإقليم الجزائري إذا كان هذا الطفل مجهول الأبوين وهو ما نصت عليه المادة 7 من قانون الجنسية، ثم يتبين أنه ينتسب لأب أجنبي أو لأم أجنبية وأنه يتمتع بجنسيتهما، فالفقرة الثانية من المادة 18 تخص المادة 7 الفقرة الأولى و لا يمتد تطبيقها إلى الفقرة الثانية من المادة 7 والتي تخص حالة الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأمّ مسماة في شهادة ميلاده دون تحديد أو اثبات جنسيتها.

وفي حالة تنازل الطفل القاصر عن جنسيته الجزائرية الأصلية لا يثبت التنازل إلاّ بعد نشر المرسوم الذي يأذن له التخلي عن الجنسية الجزائرية في الجريدة الرسمية ويكون له أثر رجعي حيث يعتبر كأنه لم يكن جزائريا قط بحسب ما ورد في المادة 7 الفقرة الأولى من قانون الجنسية.

كما يمكن للقاصر بعد عامين من بلوغه سن الرشد أن يتنازل عن جنسيته الجزائرية المكتسبة التي تحصل عليها كأثر جماعي لاكتساب والده الجنسية حسب المادة 18 الفقرة الرابعة، وفي هذه الحالة يكفي تقديم طلب التخلي عن الجنسية إلى وزير العدل دون اشتراط نشر مرسوم التخلي في الجريدة الرسمية ويكون له أثر منذ تاريخ تقديم طلب التخلي دون أن يؤثر في صحة العقود التي أبرمها المعني وهذا ما نصت عليه المادة 8 من قانون الجنسية، مع ملاحظة ورود خطأ في صياغة المادة 8 حيث ذكرت "الجنسية المكتسبة سابقا من قبل الولد" والصحيح هو "الجنسية المتمتع بها..." والمقصود هو الجنسية الجزائرية الأصلية التي تحصل عليها منذ ميلاده في الجزائر من أبوين مجهولين.

في حالة التنازل عن الجنسية الجزائرية من طرف الجزائري الذي اكتسب عن طواعية في الخارج جنسية أجنبية ومن طرف المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي وتكتسب نتيجة لزواجها من أجنبي جنسية هذا الأخير وفقا لما نصت عليه المادة 18 الفقرتين الأولى والثالثة فإن أثر هذا التنازل لا يمتد إلى الأطفال القصر على أساس ما نصت عليه المادة 21 من قانون الجنسية.

كما لا يمتد أثر التخلي عن الجنسية إلى الأولاد القصر في حالة الولد القاصر الذي اكتسب الجنسية الجزائرية كأثر لاكتساب والده لها وتخلى عنها بعد سنتين من بلوغه سن الرشد إذا كان له أولاد قصر لأنهم يتمتعون بالجنسية الجزائرية الأصلية، بسبب ميلادهم من أب له جنسية جزائرية مكتسبة وقت ميلادهم تطبيقا للمادة 6 من قانون الجنسية.

ولا يمتد أثر التجريد من الجنسية المكتسبة إلى الأولاد القصر وفقا للمادة 24 من قانون الجنسية إلاّ إذا كان التجريد يمس الأبوين معا اللذان اكتسبا الجنسية الجزائرية، وفي هذه الحالة قد يصبح الشخص الذي جرد من جنسيته عديم الجنسية إذا كان قد تخلى عن جنسيته الأجنبية الأولى.

ويكمن سبب الاختلاف بين عدم امتداد التخلي عن الجنسية إلى الأطفال القصر لأنه يتم بإرادة الشخص ولا دخل لأطفاله القصر في ذلك بسبب نقص أهليتهم وعدم امتداد أثر التجريد من الجنسية إلى الأولاد القصر تطبيقا لمبدأ شخصية العقوبة[14] وبين امتداد أثر التجريد من الجنسية إلى الأولاد القصر إذا كان شاملا للأبوين لأن التجريد عقوبة تبعية في حالة ثبوت ارتكاب المتجنس لأعمال تتنافى مع صفته كجزائري أو إدانته بجنحة أو جناية تمس المصالح الحيوية للجزائر أو صدور عقوبة ضده لأكثر من 5 سنوات بسبب ارتكابه جناية، وبالرغم من ذلك أحاط القانون المتجنس بمجموعة من الضمانات بحيث أنه لا يمكن التجريد من الجنسية المكتسبة إلاّ إذا ارتكب المتجنس هذه الأفعال خلال 10 سنوات من تاريخ اكتساب الجنسية وأن يتم إعلان التجريد من الجنسية بموجب مرسوم خلال 5 سنوات من تاريخ ارتكاب تلك الأفعال بعد أن تمنح مهلة شهرين للمعني لتقديم ملاحظاته.

أمّا بالنسبة لسحب الجنسية فإن المشرع لم يضع نصا صريحا كما في التنازل أو التخلي عن الجنسية والتجريد منها بالنسبة لأثره على الأولاد القصر، ويمكن تفسير ذلك بمفهوم المخالفة والقول بإمكانية امتداد أثر سحب الجنسية على الأولاد القصر والعلّة في ذلك أن سحب الجنسية يعتبر عقوبة إدارية نتيجة عدم توفر شروط التجنس المنصوص عليها قانونا أو استعمال وسائل الغش في الحصول على الجنسية المكتسبة، مع ملاحظة أن عدم توفر شروط التجنس لا يتعلق فقط بالمعني وإنما تشترك معه السلطة المختصة التي يقع على عاتقها فحص شروط التجنس والتأكد من توفرها والتثبت من الوثائق المقدمة، هذا من جهة ومن جهة أخرى بالنسبة لاستعمال وسائل الغش فيقصد بها استعمال وثائق مزورة وهنا يمكن إدانة الشخص المعني بجنحة التزوير ويكون سببا لسحب الجنسية أمّا النص على مجرد استعمال وسائل الغش فهو غير كاف، وبالتالي إذا سحبت الجنسية من الشخص فتسحب كذلك من الأطفال القصر إذا كان مرسوم التجنس قد شملهم، لكن المشرع قد أحاطه بالرغم من خطورته بإجراءات معينة وهي أن تسحب الجنسية خلال عامين من نشر مرسوم التجنس بعد إعلام المعني بذلك قانونا ومنحه مهلة شهرين (2) لتقديم دفاعه وهذا ما ورد في المادة 13 من قانون الجنسية.

إذن يمكن سحب الجنسية المكتسبة من الطفل القاصر ، لكن إذا ولد الطفل القاصر خلال مدة السنتين قبل سحب الجنسية من والده فلا يمكن أن يمتد أثر السحب إليه لأنه يتمتع بالجنسية الأصلية وفقا للمادة 6 من قانون الجنسية.

في حالة استرداد الجنسية بالنسبة للجزائري أصلا الذي أذن له بموجب مرسوم التخلي عن الجنسية ثم طلب استردادها بعد إقامته العادية والمنتظمة في الجزائر خلال مدّة 18 شهرا على الأقل وفقا للمادة 14 من قانون الجنسية حيث يصبح في هذه الحالة مكتسبا لها ولا ترجع له كجنسية أصلية فإن أثر الاسترداد لا يمتد إلى أولاده القصر الذي ولدوا له بعد أن تخلى عن جنسيته وقبل أن يطلب استردادها أي أنهم لا يكتسبون الجنسية الجزائرية في نفس الوقت كوالدهم فليس للاسترداد أثر جماعي كما في حالة التجنس العادي المنصوص عليه في المادة 10 من قانون الجنسية.

المبحث الثاني: انعكاس تمتع الطفل بالجنسية الجزائرية على مركزه في الأسرة

يندرج ضمن موضوع تنازع القوانين بحث القانون الواجب التطبيق على العلاقات الأسرية المشتملة على عنصر أجنبي التي تعتبر من أكثر العلاقات إثارة لتزاحم القوانين بسبب اختلاف الأنظمة القانونية المتأثرة بقيم اجتماعية ودينية وسياسية وبسبب إسنادها بضابط الجنسية أو الموطن وتعلقها بالنظام العام.

فالزواج المختلط الذي يتم بين شخصين مختلفين في الجنسية وفي بعض الحالات يكونان مختلفين في الديانة وقد يتم الزواج بين وطنيين في الخارج في دولة تختلف جذريا عن دولتهما الأصلية خاصة من حيث ارتباط قانونهما الوطني بقيم دينية إسلامية يثير العديد من الإشكالات القانونية ليس فقط في إطار العلاقات بين الزوجين وإنما يتعداها إلى العلاقات مع الأبناء ومركز الطفل في الأسرة.

وإذا كان مركز الطفل أثناء قيام العلاقة الزوجية لا يتضرر إلاّ عند انهاءها بالطلاق حيث تثار مسألة الحضانة والقانون الواجب التطبيق عليها، فإنه يحتاج إلى الحماية خارج إطار الزواج حيث تثار مسألة النسب.بالإضافة إلى مسألة الأهلية وحماية ناقصيها.

من خلال تحليل نصوص تنازع القوانين الواردة في عدّة مواد من القانون المدني[15]، خاصة المواد 10 و11 و12 و13 و13 مكرر و13 مكرر1 و15، في هذه المسائل يمكن القول أن المشرع الجزائري اعتمد على ضابط الجنسية كأصل عام لتحديد القانون الواجب التطبيق، فهل يعتبر قانونا ملائما يأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطفل المكرسة دستوريا وفي اتفاقية حقوق الطفل؟

المطلب الأول: تطبيق قانون جنسية الطفل

أخذ المشرع الجزائري بعين الاعتبار قانون جنسية الطفل في عدّة مسائل من أهمها مسألة الأهلية حيث تنص المادة 10 من القانون المدني على أن القانون الذي يحكم الحالة المدنية والأهلية هو قانون الجنسية.

الفرع الأول: القانون المطبق على أهلية الطفل

إذا كان الطفل يتمتع بالجنسية الجزائرية سواء الأصلية أو المكتسبة فإنه يخضع للقانون الجزائري وفقا لنص المادة 10 من القانون المدني من حيث سن الرشد المدني (المادة 40 من القانون المدني) أو عند الزواج (المادة 7 من قانون الأسرة) أو بالنسبة للجنسية (المادة 4 من قانون الجنسية) كما تطبق عليه الأحكام المتعلقة بالترشيد.

إذا بلغ الطفل 19 سنة يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، ولا يتمكن من ذلك إذا كان فاقد التمييز لأنه لم يبلغ 13 سنة فيكون عديم الأهلية، ويكون ناقص الأهلية إذا بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد (المادتين 42 و43 من القانون المدني)

ونظرا لتعلق الأهلية بالنظام العام فلا يمكن التنازل عنها ولا تغيير أحكامها (المادة 45 من القانون المدني) لكن يمكن الترخيص بالزواج قبل أن يبلغ الطفل 19 سنة من طرف القاضي لمصلحة أو ضرورة إذا تأكد من قدرته على ذلك ويكتسب القاصر نتيجة لترشيده بالزواج أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج كالمطالبة بالنفقة من طرف الزوجة القاصرة (المادة 7 من قانون الأسرة)، ويتولى إبرام زواج القاصرة أبوها أو أحد أقاربها الأولين كالعم والخال والجد وفي حالة عدم وجودهم يكون القاضي وليها (المادة 11 من قانون الأسرة)، وليس للأب أو غيره أن يجبر القاصرة على الزواج ولا أن يزوجها دون موافقتها (المادة 13 من قانون الأسرة) ولم ينص القانون على حالة منعها من الزواج إذا لم يكن أصلح لها، وهنا يمكن القول أن القاصرة التي تحصل على الإذن بالزواج يمكن أن يكون الترخيص القضائي بمثابة الولاية لأن القاضي وليها، ونطاق الولاية يقتصر على الزواج دون الولاية على النفس إذ تنص المادة 87 من قانون الأسرة أن الأب هو الولي الشرعي على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأمّ محله قانونا، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة، فإذا منحت الولاية للأمّ الحاضنة هل يحق لها أن تكون ولي ابنتها القاصرة عند زواجها؟

قد تثار مسألة التكييف القانوني للترخيص بالزواج فيما إذا يعتبر من الشروط الموضوعية ويخضع لقانون جنسية الطفل أو القاصرة أو يعتبر شرطا شكليا يخضع لقانون مكان إبرام الزواج.

وبالنسبة لعيوب الإرادة عند إبرام الزواج فإنها تتعلق بالعقد وبشروطه الموضوعية وبالتالي تخضع لقانون جنسية الزوجين المطبق تطبيقا توزيعيا أي بخضوع الزوج لقانون جنسيته وخضوع الزوجة لقانون جنسيتها أي إذا كانت عيوب الإرادة منصوصا عليها في قانون جنسية الزوجة القاصرة فيترتب على وقوعها الجزاء المنصوص عليه كالإبطال.

وبالنسبة للأنظمة القانونية المتعلقة بحماية عديم الأهلية أو ناقصها في نفسه وماله نصت المادة 15 من القانون المدني على أن القواعد الموضوعية المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة تخضع لقانون الشخص الواجب حمايته أي الطفل، وهو منصوص عليه في قانون الأسرة أن هذه الأنظمة تندرج ضمن النيابة الشرعية وهي مقررة لحماية القاصر بالرغم من أن بعض الفقه يحصر الولاية في الولاية على المال وليس الولاية على النفس ويخضعها للقانون الذي يحكم آثار الزواج بسبب تعلقها بالتنظيم العائلي[16]، وهناك من يرى أن المشرع قرن الولاية بالوصاية والقوامة وهي نظم مقررة في الأصل لحماية مال القاصر وتخضع لقانون جنسيته[17].

لكن إذا كان محل الولاية والوصاية والقوامة هو مال الطفل القاصر فلم لا تخضع للقانون الذي يحكم المال وفقا لمبادئ تنازع القوانين التي تخضع المال لقانون موقعه حسب المادة 17 من القانون المدني، خاصة وأن التدابير المستعجلة إذا تعلقت بأموال القاصر الموجودة في الجزائر تخضع للقانون الجزائري باعتباره قانون موقع المال وباعتباره قانون القاضي، كما أن التدابير المستعجلة المتعلقة بالقاصر وعديم الأهلية تخضع لقانون تواجد الطفل إذا كان موجودا في الجزائر ويطبق القانون الجزائري لهذا السبب وبسبب أنه قانون القاضي وهذا ما نصت عليه المادة 15 الفقرة الثانية من القانون المدني.

ومن أجل رفع اللبس حول تكييف الولاية والوصاية والقوامة كان على المشرع أن يفصل بوضوح طبيعتها وبالتالي القانون الواجب التطبيق عليها، فإذا تعلق الأمر بالولاية على النفس فتخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج مادام أن العلاقة الزوجية قائمة، وفي حالة الطلاق تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، أمّا إذا تعلق الأمر بالولاية على المال أو الوصاية أو القوامة باعتبار أنها مقررة لحماية مال القاصر من خلال تحليل مواد قانون الأسرة (من المادة 88 إلى المادة 98).

وبالتالي فإن تطبيق قانون جنسية الطفل على الشروط الموضوعية للولاية والوصاية والقوامة قد لا يكون ملائما وقد يصطدم مع تطبيق قوانين أخرى خاصة قانون جنسية الأب في حالة الاختلاف في جنسيتهما.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على إسم الطفل

تنص المادة 28 من القانون المدني على إلزامية أن يكون لكل شخص لقب وإسم وأن لقب الشخص يلحق أولاده، وهذه قاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام لا يجوز للشخص أن يتنازل عن إسمه أو لقبه، لكن يمكن له أن يغيّر لقبه وفق قانون الحالة المدنية، كما يجب أن تكون الأسماء جزائرية وبالنسبة للمولودين من أبوين غير مسلمين فيجوز أن تكون أسمائهم غير جزائرية وهذا ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 28 من القانون المدني.

وبالتالي فإن الإسم باعتبار أنه يندرج ضمن الحالة المدنية للشخص فإنه يخضع لقانون جنسيته وفقا للمادة 10 من القانون المدني وفي حالة تغيير الجنسية قد يترتب عليه تغيير الاسم واللقب حيث نصت المادة 27 من قانون الجنسية أنه يمكن بناء على طالب التجنس أن يطلب تغيير إسمه ولقبه خاصة في حالة اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج، فلو تزوجت طفلة قاصرة أجنبية مع جزائري يمكن أن تطلب اكتساب الجنسية الجزائرية وتطلب في نفس الطلب تغيير اسمها أو لقبها وإذا صدر مرسوم التجنس وتمّ نشره فيتضمن تغيير اسمها إلى اسم جزائري أو ليطابق لقبها لقب زوجها،مثلا المرسوم الرئاسي المتضمن التجنس بالجنسية الجزائرية ضمن شروط المادة 9 مكرر من قانون الجنسية وإن كان لا يخص قاصرا.

وبالنسبة للطفل القاصر الذي يتجنس بالجنسية الجزائرية كأثر جماعي لتجنس والده فيمكن أن يتضمن مرسوم التجنس تغيير أسماء ولقب الأطفال القصر بناء على طلب الوالد لأن تغيير الاسم واللقب لا يتم تلقائيا حيث يتولى ضابط الحالة المدنية التأشير في سجلات الحالة المدنية البيانات المتعلقة باكتساب الجنسية وعند الاقتضاء تغيير الاسم واللقب بناء على أمر من النيابة العامة (المادة 2/27 من قانون الجنسية) كما قد يتضمن مرسوم التجنس بالجنسية الجزائرية ضمن شروط المادة 10 من قانون الجنسية تغيير لقب الوالد وأولاده القصر.

ويخضع تغيير الاسم واللقب لقانون الحالة المدنية[18] وللمرسوم التنفيذي 223/20 المؤرخ في 8 غشت 2020 المتعلق بتغيير اللقب[19]، فوفقا للمادة الأولى منه يمكن أن يودع طلب تغيير اللقب بالنسبة

للمولودين في الخارج لدى المركز الدبلوماسي أو القنصلي لمقر إقامة المعني ويتم إرساله بالطريق الإلكتروني إلى وكيل الجمهورية لدى محكمة سيدي امحمد بالجزائر العاصمة، وفي غير ذلك يودع الطلب لدى وكيل الجمهورية لدى المحكمة التي ولد فيها المعني، كما أن يودع لدى وكيل الجمهورية بأي محكمة عبر التراب الوطني.

تبقى الإشارة إلى موطن القاصر حيث تنص المادة 38 من القانون المدني على أن موطن القاصر هو موطن من ينوب عنه قانونا، أي أن موطن القاصر هو موطن ممثله القانوني سواء كان وليه أو الوصي أو القيم، والقانون المطبق على الموطن هو قانون القاضي أو القانون الإقليمي أو قانون الدولة التي يدعي الشخص أن له موطن فيها، وإن كان بعض الفقه يرى أن القانون المطبق على الموطن هو القانون الشخصي أي قانون جنسية الشخص[20].

المطلب الثاني: تطبيق قانون جنسية الأب على الحضانة والنسب

من أكثر المسائل التي تتعلق بمركز الطفل داخل أسرته وفي إطار علاقته بأبويه تثار مسألة الحضانة عند انحلال الزواج ومسألة اثبات النسب خارج إطار الزواج ولكل منهما نصيبه من تحديد القانون الواجب التطبيق إذا اشتملت العلاقة على عنصر أجنبي.

الفرع الأول: تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى الطلاق على مسألة الحضانة

في إطار العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي لم يخصص المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، ويمكن القول أنها تندرج ضمن آثار الطلاق نظمها المشرع في قانون الأسرة في المواد من 62 إلى 72 وفقا للمادة 9 من القانون المدني المتعلقة بالتكييف، ووفقا للمادة 12 من القانون المدني يخضع الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وقاعدة الإسناد هذه تعتمد على الزوج باعتباره ربّ الأسرة وعلى أساس القوامة فهي لا تأخذ بعين الاعتبار لا مركز الزوجة ولا مركز الطفل المحضون ودون التأكد من ملائمة قانون جنسية الأب ومراعاته مصلحة الطفل المحضون، ويطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا حسب المادة 13 من القانون المدني وغالبا ما يكون هو نفسه قانون القاضي حتى ولو كان الطرف الجزائري يحمل جنسية أخرى.

وإذا تمّ تكييف الحضانة ضمن الولاية على النفس فيكون القانون المطبق هو قانون جنسية الطفل المحضون وفقا للمادة 15 من القانون المدني، وعلى أساس فكرة النظام العام تخضع لقانون القاضي[21].

ومن الإشكالات القانونية التي تثيرها الحضانة تتعلق بالشخص الذي يمارسها وحق الزيارة ومسألة تنقل الطفل المحضون مع حاضنه إلى الخارج التي قد تعالجها الاتفاقيات الثنائية، مثل الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال[22] التي حرصت على وضع مصلحة الطفل فوق كل اعتبار عند إقرار حق الزيارة وحق الحضانة والمحافظة على علاقة الطفل مع أبويه بالإضافة إلى حرص الاتفاقية على ضرورة تنفيذ الأحكام القضائية بمجرد صدورها رغم ممارسة الطعن إلاّ أنها لا تخلو من المشاكل[23]، كتحديد القضاء المختص بمحكمة المسكن الزوجي باعتباره مكان الحياة العائلية المشتركة فهذا الاختصاص منتقد على أساس أنه يميل لمنح الاختصاص للقضاء الفرنسي لأن الغالب وقوع مسكن الزوجية المشترك في فرنسا وهذا قد يؤثر على القانون الواجب التطبيق، وكان من الأفضل منح الاختصاص للجهة القضائية لمكان ممارسة الحضانة أو لمحل إقامة الطفل المحضون.

الفرع الثاني: تطبيق قانون جنسية الأب عند إثبات النسب

يرتبط النسب بمركز الطفل وانتمائه لأسرة وله في نفس الوقت علاقة بالجنسية، في داخل الأسرة يعتبر تحديد القانون الواجب التطبيق مبنيا على الأب والأم والطفل فعند الاتحاد في الجنسية لا يثار أي خلاف لكن عند الاختلاف في الجنسية بين الأبوين والطفل أو بين الأب والأم والطفل اختلفت الآراء الفقهية فيما يتعلق بالنسب الشرعي فهناك من يرى تطبيق قانون جنسية الوالد والولد تطبيقا جامعا غير أن هذا الاتجاه صعب التطبيق[24]، وهناك من يخضعه للقانون الذي يحكم آثار الزواج من أجل توحيد القانون المطبق على العلاقات بين الآباء والأبناء[25]وهو قانون جنسية الزوج أي الأب وقت انعقاد الزواج تطبيقا للمادة 12 الفقرة الأولى من القانون المدني بغض النظر عن جنسيته وقت ميلاد الطفل إذا غيّر الزوج أو الأب جنسيته ما بين انعقاد الزواج وتاريخ ميلاد الطفل وهذا التغيير في الجنسية قد يؤثر على نسب الطفل الذي يحمل جنسية أبيه وقت ميلاده (الطفل) في حين أن القانون المطبق على آثار الزواج هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

وحسما لهذه الخلافات صدر القانون 10/05 ليعدل القانون المدني وتضمن المادة 13 مكرر لتنص على القانون الواجب التطبيق على مسألة النسب وهو قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل حيث يسري على الاعتراف بالنسب أو انكاره، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل فيطبق قانون جنسية الأب وقت وفاته. لكن هذه المادة ارتكزت على الأب ولم تأخذ بعين الاعتبار الطفل كما يمكن القول أنها اعتبرت أن الأب معروف وتهتم بالانتساب للأب ولا تكترث لحالة الانتساب لأم في الحالة التي يكون فيها

الأب مجهولا، وهذا ما جعل الفقه يلاحظ أن المشرع اهتم بالنسب الشرعي وأهمل النسب الطبيعي عندما يكون الطفل نتيجة علاقة غير شرعية أي خارج إطار الزواج[26]، وهذا الموقف يناقض نص المادة 7 من قانون الجنسية التي تمنح للطفل المولود من أبوين مجهولين الجنسية الجزائرية الأصلية ويكون له الحق في التنازل عنها إذا ثبت انتسابه لأب أجنبي أو لأم أجنبية وكان يحمل جنسيتهما وفقا لقانونهما، فكيف يتم الانتساب لأم أجنبية وقاعدة الإسناد تنص على الانتساب للأب، فهذا يعبر عن عدم التناسق بين القانون المدني وقانون الجنسية بالإضافة إلى عدم التناسق مع قانون الأسرة حيث تنص المادة 44 منه على أن يثبت النسب بالإقرار ...بالأمومة لمجهول النسب...

لهذا من الأفضل تطبيق قانون جنسية الطفل لأنه الأولى بالاعتبار في مسألة النسب وتطبيق قانون جنسية من يريد الانتساب إليه سواء كان أبا أو أما أ يهما أصلح للطفل أي الذي يؤدي إلى الاعتراف له بنسبه.

الخاتمة:

يمكن القول أن حق الطفل في الجنسية يرتبط بنسبه وحقه في النسب يرتبط بالزواج الشرعي، وفي حالة الولد المولود من أبوين مجهولين يتمتع بالجنسية الأصلية على أساس رابطة الاقليم لكنه قد لا يتمكن من إثبات نسبه بسبب اقتصار قاعدة الإسناد على النسب الشرعي وعند معرفة الأب، فإقرار هذه القاعدة قد يكون مرتبطا بالنظام العام لأن اثبات النسب وفق قانون الأسرة يكون بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تمّ فسخه بعد الدخول، وهذا ما يؤدي إلى استنتاج عدم التناسق بين قانون الجنسية وقانون الأسرة.

أقر المشرع حق الجنسية للطفل إلاّ أن قانون جنسيته لا يطبق في بعض الحالات خاصة في مسألة الحضانة والنسب، ويطبق على المسائل المالية في إطار الولاية والوصاية والقوامة.

أهم النتائج:

1- حق الطفل في الجنسية يبقى حقا ناقصا لأن قانون الجنسية لا يأخذ بعين الاعتبار حالة الطفل المولود من أبوين معروفين لكنهما مجهولي أو عديمي الجنسية.

2- عدم التناسق بين المادة 7 من قانون الجنسية مع المادة 13 مكرر من القانون المدني لأن هذه الأخيرة تشير إلى تطبيق قانون جنسية الأب عند تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب في حين أن المادة 7 من قانون الجنسية تجيز للولد المولود من أبوين مجهولين إذا ثبت خلال

فترة قصره انتسابه إلى أب أو أم أجنبية أن يتنازل عن الجنسية الجزائرية لكن المادة 13 مكرر من القانون المدني لا تأخذ بعين الاعتبار جنسية الأم بالإضافة إلى أن المادة 44 من قانون الأسرة تنص على أن النسب قد يثبت بالإقرار بالأمومة.

3- ينعكس حق الطفل في الجنسية على مركزه في الأسرة في مسألة الاسم والأهلية وحماية أمواله بموجب الولاية أو الوصاية أو القوامة لكن هناك مسائل أخرى لا تخضع لقانون جنسية الطفل مثل الموطن حيث أنه يخضع لقانون ممثله القانوني والحضانة والنسب اللتان تخضعان لقانون جنسية الأب.

4- قواعد تنازع القوانين وقانون الجنسية لا يأخذ بعين الاعتبار مسألة المصلحة العليا للطفل التي أقرها الدستور الجزائري لسنة 2020 وتعترف بها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

أهم التوصيات أو الاقتراحات:

1- اقتراح الفصل في مسألة التنازل عن الجنسية الجزائرية الأصلية للطفل المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة الميلاد دون بيانات تتعلق بجنسيتها، على المشرع أن يبيّن فيما إذا يمكن الطفل أن يتنازل عن الجنسية الجزائرية إذا ثبتت جنسية أمّه أو ثبت انتسابه لأب أجنبي وكان قانون جنسية الأم أو الأب يمنحه الجنسية لأن المادة 7 الفقرة 2 من قانون الجنسية لم تتضمن الحل إذا عرفت جنسية الأم وهذا على عكس المادة 7 الفقرة الأولى من قانون الجنسية.

2- اقتراح الفصل في مسألة اكتساب الطفل القاصر الجنسية الجزائرية كأثر جماعي لاكتساب والده الأجنبي أو أمّه الأجنبية الجنسية الجزائرية بالزواج.

3- اقتراح الفصل في مسألة امتداد أثر سحب الجنسية المكتسبة على الطفل الخاص لأن قانون الجنسية لم يتضمن أي نص يتعلق بهذه المسألة.

4- اقتراح الأخذ بعين الاعتبار جنسية الطفل في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب واختيار القانون الملائم الذي يراعي مصلحة الطفل والذي يؤدي إلى الاعتراف له بالنسب.

5- اقتراح سدّ النقص فيما يخص حالة الطفل المولود من أبوين مجهولي الجنسية أو عديمي الجنسية فيما يخص جنسيته خاصة في حالة ولادته في الإقليم.

6- ضرورة تحقيق التناسق بين المادة 7 من قانون الجنسية والمادة 13 مكرر من القانون المدني والمادة 44 من قانون الأسرة في حالة ثبوت خلال فترة القصر أن الطفل المولود في الإقليم

الجزائري من أبوين مجهولين وكان ينتسب لأم أجنبية وتطبيق قانون جنسية الأم على نسب الطفل.

7- ضرورة الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطفل في قانون الجنسية وفي قواعد تنازع القوانين ليتم اختيار القانون الملائم للطفل في مركزه داخل الأسرة.

الهوامش:

[1] – المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في إستفتاء أول نوفمبر 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

[2] – التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989 ووافقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم 06/92 الممضي في 17 نوفمبر 1992 مع تصريحات تفسيرية، ج ر عدد 83 المؤرخة في 18 نوفمبر 1989، ص 2123.

[3] – الجريدة الرسمية عدد 91 المؤرخة في 23 ديسمبر 1992، ص 2318.

[4] – أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع القوانين، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 203.

[5] – عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 657.

[6] – الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، ج ر عدد 105، ص 1570، المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر عدد 15 المؤرخة في 2005/02/27، ص 15.

[7] – أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع الاختصاص القضائي الدولي–الجنسية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 109.

[8] – حبار محمد: القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 284.

[9] – لحسين بن شيخ آث ملويا: قانون الجنسية الجزائرية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 96.

[10] – قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ج ر عدد 24 المؤرخة في 1984/06/12، ص 910، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر عدد 15 المؤرخة في 2005/02/27، ص 18.

[11] – لحسين بن شيخ آث ملويا: المرجع السابق، ص 80.

[12] – جاء في المادة 10 الفقرة الأخيرة: " ويقدم الطلب إلى وزير العدل الذي يستطيع دائما رفضه ضمن شروط المادة 26 أدناه".

[13] – انظر لحسين بن شيخ آث ملويا: المرجع السابق، ص 79.

[14] – المرجع نفسه، ص 107.

[15] – الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 المؤرخة في 1975/09/30، ص 2 وما يليها، المعدل والمتمم بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر عدد 44 المؤرخة في 26 يونيو 2005، ص 17.

[16] – أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 225.

[17] – حبار محمد: المرجع السابق، ص 139.

[18] – الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، ج ر عدد 21 المؤرخة في 27 فبراير 1970، ص 274.

[19] – الجريدة الرسمية عدد 47 المؤرخة في 11 غشت 2020، ص 9.

[20] – أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 212.

[21] – أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع الاختصاص القضائي الدولي–الجنسية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 261.

[22] – مرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 26 يوليو 1988 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988، ج ر عدد 28 المؤرخة في 27 يوليو 1988، ص 1097.

[23] – يوسف فتيحة: مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد 3 سنة 2005، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد– تلمسان، ص 196، 197.

[24] – زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص 187.

[25] – أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجوائري، الجزء الأول، ص 263.

[26] – حبار محمد: المرجع السابق، ص 134، 135.

وسائل إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية والمكتسبة في ظل القانون الجزائري

Means of proof of Algerian nationality acquired under Algerian law

د. زناندة عبد الرحمن
جامعة حسيبة بن بوعلي – الشلف
a.zenanda@univ-chlef.dz

د. قرايع محمد
جامعة حسيبة بن بوعلي – الشلف
moh.graia@gmail.com

الملخص:

لكون الجنسية حق معنوي يتعلق بالشخص، تترتب إما عن وقائع مادية يرتب عليها القانون اثار أو على أعمال قانونية ترتب اثر، فإن إثباتها يكون تارة بالطرق غير المباشرة بالنسبة للنوع الأول وهو إثبات صعب نوع ما، لأنه ينصب على المسائل الأولية التي تبنى عليها الجنسية الأصلية كالنسب وواقعة الميلاد في الأقليم أو بالطرق الغير مباشرة بالنسبة للنوع الثاني من الجنسية وهو إثبات سهل بالمقارنة مع النوع الأول لكونه ينصب على الأعمال القانونية التي ترتب هذا النوع من الجنسية.

كلمات مفتاحية: الجنسية؛ قاعدة الإسناد ؛ رابطة الدم ؛ رابطة الأقليم ؛ الجنسية الأصلية؛ الجنسية المكتسبة

Abstract:

Because nationality is a moral right in relation to the person, it results either from material facts that give rise to effects by law or from legal acts that give rise to effect, The proof is in indirect ways for the first type, and it's a hard proof of some kind. as it focuses on the primary issues on which the original nationality is based, such as descent and the fact of birth in the territory or by indirect means in relation to the second type of nationality and is an easy proof in comparison to the first type of nationality as it focuses on the legal acts that give rise to this type of nationality.

Keywords: Nationality; attribution rule; Blood Association; The Territory's Association; authentic nationality; Acquired nationality.

مقدمة:

يعتبر القانون الجزائري من القوانين التي نظمت إثبات الجنسية في قانون الجنسية على خلاف معظم القوانين العربية التي تركت امر إثبات الجنسية إلى القواعد العامة، وتنصب ورقتنا البحثية على طرق إثبات الجنسية بنوعيها الأصلية والمكتسبة وهذا لاختلاف طرق إثبات كل منهما.

وقبل الدخول في صلب الموضوع ينبغي الإشارة أن القانون المختص بإثبات الجنسية حسب الرأي الراجح هو القانون المنظم للجنسية محل الإثبات سواء كان وطنيا أو أجنبيا.

ومحل الإثبات في الجنسية لكون الحق في الجنسية شيء معنوي، ينصب على المصدر المنشى لهذا الحق والذي يكون واقعة قانونية او تصرف قانوني، ويترتب على ذلك اختلاف طرق إثبات الجنسية الأصلية عن تلك المقرر لإثبات الجنسية المكتسبة.

أما عبء الإثبات فيخضع للقاعدة العامة، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، مع الأخذ في عين الاعتبار القرائن التي تنقل عبء الإثبات كالحالة الظاهرة وشهادة الجنسية وامتياز التنفيذ المباشر الذي تتمتع به الدولة.

والتساؤل الذي يطرح نفسه في هذا الشأن هو : **هل نظام الإثبات الذي جاء به المشرع الجزائري في قانون الجنسية يختلف عن القواعد العامة في الإثبات أم جاء مكرسا له؟ وهل طرق إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية يخضع لنفس طرق إثبات ونفي الجنسية الجزائرية المكتسبة؟**

للإجابة عن هذه التساؤلات قسمنا هذه الورقة البحثية إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول: إثبات الجنسية الأصلية وفي المبحث الثاني تناول إثبات الجنسية المكتسبة.

المبحث الأول: طرق إثبات الجنسية الأصلية

من المعلوم أن الجنسية الأصلية في القانون الجزائري تقوم كمبدأ عام على حق الدم[1]، واستثناءا تقوم على حق الأقليم[2]، وقد نظم المشرع الجزائري إثبات الجنسية الأصلية المبنية على حق الدم بموجب المادة 32 من قانون الجنسية الجزائري[3]، أما إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية القائمة على أساس حق الأقليم فإن إثباتها يتم وفق السند الذي يرتكز إليه الشخص، وبناءا على ما سبق ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول لطرق إثبات الجنسية الأصلية المبينة على حق الدم ونخصص المطلب الثاني لإثبات الجنسية الأصلية المبنية على حق الأقليم.

المطلب الأول: طرق إثبات الجنسية الأصلية المبنية على حق الدم.

كما سبق الإشارة إليه، فإن المشرع الجزائري نظم إثبات هذا النوع من الجنسية بموجب المادة 32 من قانون الجنسية، والتي بقرائتها نستخلص أن إثبات الجنسية الأصلية المبنية على حق الدم يتم بثلاثة طرق والتي نخصص لكل طريقة منها فرع مستقل.

الفرع الأول: الإثبات عن طريق الانتساب إلى أصلين ذكرين.

كان المشرع الجزائري في المادة 32 من الأمر 86/70 المعدل والمتمم، ينص على أنه "عندما يدعي شخص الجنسية الجزائرية كجنسية أصلية يمكن إثباتها عن طريق النسب بوجود أصليين ذكرين من جهة الاب.."، وبعد تعديل هذا القانون بموجب الأمر 05-01 أضاف لهذه المادة عبارة من **جهة الاب أو من جهة الأم.**

وهكذا يبدو أن المشرع الجزائري في المادة 32 من قانون 1970، جعل أساس الإثبات قائم على أساس سوسيولوجي وقانوني محصور في الإنتساب لأصلين ذكرين من جهة الأب مولودين في الجزائر ويتمتعون بالشريعة الإسلامية، دون أي تقييد في تحديد الأصلين الذكرين، متيحا الفرصة للفروع إثبات تمتعهم بالجنسية الجزائرية على أساس هذه المادة حتى ولو كان أصولهم من جهة الاب غير مباشرين وإن كان ذلك من الناحية العملية تعترضه صعوبات واقعية في إثبات الانتساب لأصلين ذكرين غير مباشرين[4].

وبعد التعديل الذي طرا على هذه المادة سنة 2005، أمتد الإثبات إلى أصلين ذكرين من جهة الأم بعد أن كان محصورا في الأصلين الذكرين من جهة الأب، وهكذا أصبح إثبات الجنسية الأصلية المبينة على رابطة الدم بموجب هذه الطريقة أصلين ذكرين متمتعين بالشريعة الإسلامية سواء كانوا من جهة الاب أو من جهة الأم.

الفرع الثاني: إثبات الجنسية بكل وسائل الإثبات

يبدو من خلال نص المادة 34 من الأمر 05-01، أن المشرع الجزائري أطلق العنان للإفراد في إثبات الجنسية القائمة على حق الدم بكل الوسائل، لكنه وبالنظر إلى كون الجنسية رابطة قانونية وسياسية بين الشخص والدولة، وتخضع لمبدأ حرية الدولة في تنظيم جنسيتها والذي يعتبر من النتائج المترتبة على مبدأ سيادة الدولة على إقليمها، وعلى الأشخاص المتواجدين به، لهذه الاعتبارات السابقة ينبغي فهم نص المادة المنوه عنها أعلاه، أن بعض وسائل الإثبات الخاصة بإثبات الوقائع المتعارف عليها في القانون لا تصلح كلها لإثبات الجنسية، كالإقرار القضائي المنصوص عليه في المادتين 341 و342، فانه لا يصلح لإقرار الجنسية أو نفيها.لأن حجته قاصرة على المقر، وكذلك الحال بالنسبة إلى اليمين المنصوص عليه في المادة من 343 إلى 350 من القانون المدني الجزائري، فهو أيضا لا يصلح لإثبات الجنسية أو نفيها، لأنه لا ينسجم مع إثبات الجنسية التي تنفرد الدولة بتنظيمها لما لها من سيادة على

إقليمها ورعاياها، في حين أن الغرض من الإثبات باليمين هو الاحتكام إلى ذمة الخصم وضميره[5]، ولهذا يجب استبعاد وسائل الإثبات الشخصية المذكورين أعلاه – الإقرار واليمين–.

مع العلم أن هذه الطريقة في الإثبات مستقلة عن طريقة الإثبات بحيازة الحالة الظاهرة، التي سنتولى بيانها في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: حيازة الحالة الظاهرة

نص عليها المشرع الجزائري في المادة 32 فقرة 02، دون أن يتصدى إلى تعريفها ورغم ذلك يمكن من خلال العناصر التي اعتمدها للوصول إلى تعريفها بأنها " اعتماد المدعي في حيازة جنسيته الجزائرية على وسائل أو قرائن مادية تثبت بأنه من أصل جزائري، تمكن القاضي المعروض عليه النزاع من خلالها على استنباط تمتعه بالجنسية الجزائرية"[6].

والحالة الظاهرة هي وسيلة مقررة للإثبات أصلا في القانون الخاص، تقوم على فكرة التقادم وإقرار الوضع الظاهر في الحقوق[7]،فكما يؤخذ الظاهر في الحيازة كدليل لإثبات الملكية كذلك تأخذ الحالة الظاهرة كدليل لإثبات الجنسية.

ومن خلال المادة 32 فقرة 03 من قانون الجنسية، يستخلص أن للحالة الظاهرة ثلاثة عناصر: هي الاسم والشهرة والمعاملة، فالاسم هو ان يحمل شخصا اسما من الأسماء الوطنية المتداولة، ويشمل الاسم واللقب والكنية. أما الشهرة فتعني اشتهار الشخص في المجتمع بوصفه وطنيا ورسوخ هذه الصفة لدى أفراد المجتمع الذي يعيش فيه، أما عنصر المعاملة فيعني معاملة الأفراد والسلطات للشخص بهذه الصفة[8]، وحتى يمكن ترجيح الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية الأصلية كقرينة مادية يجب توافر عناصرها مجتمعة[9].

والإثبات عن طريق الحالة الظاهرة يقتضي إثبات مجموعة من الوقائع المتلائمة مع بعضها كما يجب أن تتصف هذه الوقائع المشكلة للحالة الظاهرة بالعلانية والوضوح على ألا يقتصر توافر هذه العناصر في من يدعي الجنسية الجزائرية فقط بل يجب قيامها في ابويه أيضا.و الحالة الظاهرة لا تشكل قرينة مطلقة بل تخضع لتقدير القاضي كسائر القرائن الأخرى، وقد تباين موقف القضاء الجزائري في الاعتماد على الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية الأصلية[10].

المطلب الثاني: طرق إثبات الجنسية الأصلية المبنية على حق الأقليم.

ورد النص على ثبوت الجنسية الجزائري على أساس حق الأقليم في المادة 07 فقرة 01 و02 من قانون الجنسية الجزائرية، تتعلق الحالة الأولى بحالة الولد المولود في الجزائر من ابوين مجهولين أما الحالة الثانية فتتعلق بالولد المولود بالجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى، ولذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الفرع الأول للحالة الأولى المحددة بموجب الفقرة الأولى من المادة 07، أما الفرع الثاني فنخصصه للحالة الثانية المحددة بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة.

الفرع الأول: حالة الولد المولود في الأقليم الجزائري وكيفية إثباتها

يستخلص من الفقرة الأولى من المادة 07 انه يشترط لثبوت هذه الحالة توافر شرطين: الشرط الأول تحقق واقعة الميلاد في الأقليم الجزائري حتى تثبت الجنسية الأصلية للولد المولود في الأقليم الجزائري، حقيقة أو تقديرا، والمقصود هنا بالإقليم ما حددته المادة 05 من قانون الجنسية الجزائرية وحسب الفقرة الأولى من المادة 07 فإن المشرع الجزائري افترض ميلاد الطفل بالإقليم الجزائري، أي أن واقعة الميلاد بالإقليم الجزائري تعتبر قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، وإثبات هذه الحالة يتم بإثبات الواقعة المنشئة للحق المراد إثباته، أي أن الطريقة المناسبة لإثباتها هي طريقة الإثبات بالطرق غير المباشرة، كشهادة الميلاد أو وسائل أخرى[11].

والشرط الثاني أن يكون الأبوين مجهولين، ولتحقق هذه الحالة يجب أن تلحق الجهالة كلا الأبوين(الاب والأم)، فإذا كان أحدهما مجهولا والآخر معلوما تعطل العمل بهذا النص وتحدد وضع الولد بالنسبة لجنسيته الجزائرية على أساس قانون جنسية الوالد المعلومة، وإثبات هذه الحالة، وجهالة الابوين ليست مطلقة، حيث يمكن ظهور أحدهما او كلاهما قبل بلوغ الطفل سن الرشد، فإذا ظهر أن الاب هذا الطفل يحمل الجنسية الجزائرية، فتبقى الجنسية الجزائرية ثابتة لهذا الطفل، كل ما في الأمر هو الأساس الذي تقوم عليه هذه الجنسية من حق الأقليم إلى حق الدم، ونفس الحكم ينسحب على ظهور الأم الجزائرية، أما إذا ظهر أحد الابوين وكان يحمل جنسية أجنبية ففي هذه الحالة يتعين الرجوع إلى القانون الوطني لهذا الأخير لمعرفة ان كان ينقل الجنسية من الاب إلى الولد، فإذا تبين انه يثبت الجنسية للولد بناءا على نسبه لأبيه الأجنبي في هذه الحالة تسقط عنه الجنسية الجزائرية بأثر رجعي، تثبت جنسية الاب الأجنبية للطفل بناءا على حق الدم، أما إذا كان القانون الوطني للأب لا ينقل جنسية الاب إلى ولده تبقى الجنسية الجزائرية على أساس الأقليم ثابتة لهذا الطفل حتى لا يكون عديم الجنسية[12].

أما إذا ظهر أحد الابوين الأجنبيين بعد بلوغ الولد سن الرشد ففي هذه الحالة يمكن أن يصبح مزدوج الجنسية إذا كان القانون الوطني لأحد الابوين ينقل له الجنسية.

وإثبات جنسية حالة الولد مجهول الابوين، تكون بوسائل الإثبات غير المباشرة كشهادة الميلاد التي يظهر من خلالها أن هذا الولد مولود في الأقليم الجزائري دون الإشارة إلى نسبه.

الفرع الثاني: حالة الولد المولود في الجزائر من اب مجهول وام مسماة

ولثبوت الجنسية في هذه الحالة يجب توافر الشروط التالية[13]:

الشرط الأول :الولادة في الأقليم الجزائري، وهو شرط مشترك مع حالة مجهول الأبوين، ولكي يتحقق هذا الشرط يجب ان يولد الولد في الأقليم الجزائري المعرف من طرف المشرع الجزائري في المادة 05 من قانون الجنسية الجزائري، لذلك فكل ولد يولد في التراب الجزائري او في المياه ٱلإقليمية الجزائري او على متن السفن والطائرات الجزائرية، يتحقق هذا الشرط .

الشرط الثاني: جهالة الأب: ويقصد بهذا الشرط أن يكون آب هذا المولود مجهول قانونا وواقعا وهذا لكون الأم تركت هذا الطفل ولم تكشف عن هوية أبوه القانونية أو الواقعية.

الشرط الثالث: ان تكون الأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تثبت جنسيتها،في هذه الحالة يعرف إسم الأم من خلال شهادة ميلاد الولد دون توفر بيانات أخرى يمكن أن تثبت بها جنسية الأم حتى تنقل إلى ولدها، وهذه الحالة تشبه حالة اللقيط الذي يعثر عليه في قارعة الطريق او يوضع من طرف امرأة مجهولة في المستشفى.مع الإشارة أن ثبوت الجنسية الجزائرية الأصلية في الحالتين – ولد مجهول البوين، الولد مجهول الأب والأم مسماة . يتم بأثر رجعي أي منذ ولادة الطفل وليس من تاريخ اكتشافه، وإثبات هذه الحالة يتم إثبات واقعة الميلاد في الأقليم الجزائري لم مسماة يجهل جنسيتها.

المبحث الثاني طرق إثبات ونفي الجنسية الجزائرية المكتسبة

عادت يتم إثبات ونفي الجنسية المكتسبة وفق الطريق المباشر الذي يستند إلى دليل معد سلفا وبناءا على ذلك نحاول من خلال هذا المبحث الذي سنقسمه إلى مطلبين، التعريج على وسائل إثبات الجنسية المكتسبة في المطلب الأول ونتناول في المطلب الثاني وسائل إثبات فقد الجنسية الجزائرية المكتسبة.

المطلب الأول: طرق إثبات الجنسية الجزائرية المكتسبة

بالرجوع إلى قانون الجنسية 05-01 السالف ذكره، في فصله الثالث المعنون باكتساب الجنسية الجزائرية نلاحظ أن المشرع الجزائري نص بموجب المادة 09 مكرر على الزواج كسبب لاكتساب الجنسية الجزائرية، وبموجب المادة 10 نص على التجنس كسبب ثاني لاكتساب الجنسية، وفي المادة 14 من نفس القانون نص المشرع الجزائري على الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب الجنسية الجزائرية، وهي الأسباب التي نتناولها في فرع متتالية.

الفرع الأول: إثبات الجنسية الجزائرية المكتسبة بالزواج المختلط

بالاطلاع على الحكام الواردة في المادة 09 مكرر يثبت ان الزواج المختلط في القانون الجزائري لا يعتبر سببا مباشرا في اكتساب الجنسية الجزائرية وهذا لكون المشرع الجزائري نص ان اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية يكون بمرسوم متى توافرت الشروط الواردة في هذه المادة، والواقع في النظرية العامة للجنسية أن أثر الزواج يقتصر على الزوج الأجنبي الذي يتزوج بوطنية لكن المشرع الجزائري ولكونه تأثر باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرآة لسنة 1979، والتي أنظمت إليها الجزائر بتحفظ، بموجب مرسوم رئاسي [14].

لذلك فإن إثبات الجنسية الجزائرية المكتسبة بالزواج المختلط، يتم بموجب مرسوم التجنس الصادر عن السلطات المختصة وليس بعقد الزواج.

الفرع الثاني: إثبات الجنسية الجزائرية المكتسبة عن طريق التجنس

بعد ان أصبح حق تغيير الجنسية حقا مقرر للفرد بموجب المواثيق الدولية، نصت معظم القوانين المقارنة على التجنس كسبب من أسباب اكتساب الجنسية .

نظم المشرع الجزائري شروط التجنس بموجب المادتين10 و11 من القانون 05-01 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، والتي بتوافر الشروط الواردة بهما واحترام الإجراءات الإدارية المنصوص عليها في المواد من 25 إلى 29، يتم التجنس بموجب مرسوم رئاسي ينشر في الجريدة الرسمية ويرتب آثاره من تاريخ نشره، ونشر مرسوم التجنس في الجريدة الرسمية الغرض منه أعلام الغير باكتساب الجنسية للتيسير عليه في الإثبات، ولذلك لا يجوز للغير الاحتجاج بعدم علمه بقرار التجنس.

الفرع الثالث: إثبات الجنسية الجزائرية المكتسبة عن طريق الاسترداد .

لكون رابطة الجنسية ليست علاقة أبدية بين الشخص والدولة، لذلك نجد التشريعات المقارنة تنص على أسباب مختلفة لفقد الجنسية، وقد سار المشرع الجزائري على هذا النهج وحدد بموجب المادة 18 أربعة حالات لفقد الجنسية الجزائرية:

- حالة الجزائري الذي اكتسب عن طواعية في الخارج جنسية أجنبية.
- حالة الجزائري ولو كان قاصرا الذي له جنسية أجنبية أصلية.
- المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي التي تكتسب جنسية زوجها بالزواج.
- الجزائري الذي يعلن تخليه عن الجنسية الجزائرية التي اكتسبها كأثر جماعي للتجنس.

ويتم الفقد المحدد في الفقرات السابقة بموجب طلب تخلي من المعني وإذن السلطة المختصة له بذلك، ويمكن دائما لمن كان يتمتع بالجنسية الجزائرية كجنسية أصلية وفقدها لسبب من الأسباب المذكورة أعلاه وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 14 من قانون الجنسية ان يستردها.

والجنسية المستردة في القانون الجزائري تسترد كجنسية مكتسبة وليس كجنسية أصلية كما هو الشأن في بعض التشريعات المقارنة. ولكون الاسترداد يتم بموجب مرسوم فإنه ينشر في الجريدة الرسمية ولذلك فان إثبات الجنسية المستردة يتم بموجب مرسوم التجنس المنشور بالجريدة الرسمية .

المطلب الثاني: طرق إثبات نفي الجنسية الجزائرية المكتسبة

إن إثبات نفي الجنسية الجزائرية المكتسبة يتم وفق الطرق المباشرة في الإثبات أسوة بإثبات اكتساب الجنسية الجزائرية، ومن خلال استقراء نصوص قانون الجنسية قرر المشرع ثلاث طرق لفقد لزوال الجنسية الجزائرية المكتسبة، تتمثل في السحب والتجريد والفقد، والتي نتولى بيانها في الفروع التالية.

الفرع الأول :إثبات سحب الجنسية الجزائرية المكتسبة

نص عليه المشرع في المادة 13 من قانون الجنسية[15]، ولتطبيق هذه المادة يجب توافر الشروط التالية :

- **الشرط الأول : اكتشاف عدم توفر الشروط القانونية في المتجنس او استعماله للغش**، تقوم هذه الحالة على سببين : **السبب الأول** إذا اكتشفت السلطة المختصة بان الجنسية التي منحت للمتجنس تمت بصفة غير قانونية لكون هذا الأخير، ثبت خلال عامين أنه لم يكن يتمتع بكل الشروط القانونية أو ببعضها كأن يقدم ضمن ملفه شهادة إقامة تثبت إقامته في الجزائر لمدة أكثر من 07 سنوات لكنه يتبين

أنه لم يقيم كل هذه المدة في الجزائر، أول كأن يقدم ضمن ملفه شهادة طبية تثبت خلوه من أي مرض عقلي، ويتبين خلال عامين انه مصاب بمرض عقلي وهكذا بالنسبة لكل الشروط، فإذا تم اكتشاف مثل هذه الحالات يمكن للسلطة المختصة ان تباشر إجراءات سحب الجنسية من هذا المتجنس، بشرط ان يتم اكتشاف عدم توفر الشروط خلال عامين من نشر مرسوم التجنس. وهذا يعني انه بعد مرور هذه المدة يسقط حق السلطة في سحب الجنسية منه.

أما **السبب الثاني** هو اكتشاف المتجنس للغش للحصول على الجنسية الجزائرية، كأن يقوم بتزوير شهادة الإقامة او الوثيقة التي تثبت الوسائل الكافية للمعيشة

- **الشرط الثاني: اتخاذ السلطة المختصة لإجراء السحب** احتراما لقاعدة توازي الإشكال من جهة ولكون السحب في القانون الجزائري ينصب على الجنسية المكتسبة دون الجنسية الأصلية، فإن تحقق أسباب السحب لا تكفي لزوال الجنسية عن الشخص، بل يجب أن تتخذ السلطة المختصة إجراء السحب وهذا لأن هذا الإجراء جوازي، فيمكن للسلطة المختصة رغم اكتشافها لمبررات السحب، التغاضي عن ممارسة حقها في السحب.

الفرع الثاني: إثبات التجريد من الجنسية الجزائرية المكتسبة

يقصد بالتجريد قيام الدولة بإرادتها المنفردة بحرمان الشخص من جنسيتها لعدم ولائه لها، وورد النص على التجريد في المواد من 22 إلى 24 من قانون الجنسية الجزائري، وهو أيضا حالة جوازية للسلطة المختصة كالسحب وهو قاصر على الدخلاء دون الأصلاء، وأسباب التجريد حددها المشرع بثلاثة أسباب ورد تحديدها في المادة 22 وهذه الحالات هي[16] :

أ- صدور حكم من اجل فعل يعد جناية أو جنحة تمس بالمصالح الحيوية للجزائر ضد شخص اكتسب الجنسية الجزائرية.

تتحقق هذه الحالة عندما يصدر ضد شخص اكتسب الجنسية الجزائرية حكم قضائي من المحاكم الجزائرية بسبب ارتكابه أعمال إجرامية تكيف على أنها جنايات أو جنح في ظل القانون الجزائري وتكون ماسة بالمصالح الحيوية للدولة، بعد ان كان المشرع الجزائري يستعمل في القانون القديم 70-86 مصطلح جرائم أمن الدولة، ونعتقد أن المصطلح المستعمل في القانون الجديد 05-01 – جرائم ماسة بالمصالح الحيوية للدولة- أشمل من المصطلح المستعمل في ظل القانون القديم – جرائم امن الدولة- لكن هذا المصطلح يحتاج إلى تفسير من طرف القضاء لتحديد الجنايات والجنح الماسة بالمصالح الحيوية للدولة

ب- صدور ضد مكتسب الجنسية الجزائرية حكم قضائي في الجزائر أو في الخارج يقضي عليه بعقوبة أكثر من 05 سنوات سجن من أجل جناية، مع ملاحظة ان تكييف الجريمة التي يرتكبها مكتسب الجنسية الجزائرية يجب أن يتم وفقا للقانون الجزائري سواء ارتكبت الجريمة في الجزائر أو في الخارج.

ت- القيام لفائدة جهة أجنبية بأعمال تتنافى مع صفته كجزائري تضر بمصالح الجهة الجزائرية هذه الحالة كانت في ظل القانون 70-86 تنص عليها المادة 19 والتي كانت ترتب إسقاط الجنسية الأصلية لمن يقوم بهذه الأفعال وقد تم إلغائها بموجب الأمر 05-01 وضمت إلى المادة 22 فقرة 02. والحكمة من هذا النص واضحة تتمثل في قيام مكتسب الجنسية الجزائرية بأفعال أو أعمال في أي مجال سواء كان في الداخل أو في الخارج لفائدة دولة أجنبية تتعارض مع صفته كجزائري، لإلحاق أضرار بمصالح الدولة الجزائرية، كأن يقوم مكتسب الجنسية الجزائرية بجريمة التخابر مع دولة معادية للجزائر.

ستخلص من الحالات السابقة أن الأسباب المؤدية إلى التجريد الذي كون بموجب مرسوم، تشكل جرائم جزائية في ذاتها ويأتي التجريد كعقوبة تبعية لهذه الجرائم، وينصب التجريد على كل من اكتسب الجنسية الجزائرية سواء بالتجنس أو بالزواج المختلط او بالاسترداد.

ويتم إثبات التجريد طبقا للمادة 33 من القانون 05-01 المتضمن الجنسية الجزائرية بنظير مرسوم التجريد.

الفرع الثالث: إثبات فقد الجنسية الجزائرية المكتسبة

يخضع فقد الجنسية الجزائرية للقواعد المنصوص عليها في المادة 25 والتي تقضي بتقديم طلبات اكتساب الجنسية الجزائرية والتخلي عنها واستردادها إلى وزير العدل، مصحوبة بالعقود والوثائق والمستندات التي تثبت استفاء الشروط القانونية.

حيث أنه وبالنظر إلى حالات الفقد المذكورة في المادة 18 فقرة 01 و02 و03 و04 التي تكون بناء على رغبة المعني لأنه يجب على كل راغب في التخلي عن جنسيته الجزائرية الأصلية أو المكتسبة أن يوجه طلبه إلى وزير العدل ليؤكد رغبته في التخلي عن الجنسية الجزائرية مثبتا طلبه بالوثائق والمستندات التي تثبت توفر حالة من حالات الفقد [17].

حيث يلتزم الجزائري الذي يكتسب جنسية دولة أجنبية بالتجنس، تقديم شهادة الجنسية والقاصر المتمتع بجنسية أجنبية أصلية بإثبات ذلك، والمرأة الجزائرية التي تكتسب جنسية زوجها بالزواج تقديم وثيقة زواجها بأجنبي وحصولها على جنسيته، أما بالنسبة للقصر المذكورين في الفقرة الرابعة فيكفي تصريحهم

بالتخلي عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين من بلوغهم سن الرشد وإثبات عدم فقدهم لجنسيتهم السابقة أو استردادها، حيث يتم تقديم هذا التصريح إلى وزير العدل أو يسلم إلى ممثلي الجزائر الدبلوماسيين والقنصليين في الخارج مقابل وصل التسليم أو يرسل عن طريق البريد المضمون مع الإشعار بالوصول، فيكون التاريخ المدون في الوصل أو الإشعار بالوصول هو تاريخ الطلب وتاريخ الفقد[18].

الخاتمة:

نستخلص من هذه الدراسة أنه ورغم نص المشرع الجزائري على إثبات الجنسية في صلب هذا القانون فإن الأحكام التي جاء بها جاءت مطابقة للقواعد العامة للإثبات.

كما نستخلص ان إثبات الجنسية الجزائرية المبينة على حق الدم، من السهل إثباتها اذا كان الاب او الأم قد اكتسب الجنسية الجزائرية بالتجنس أو بالزواج ...

أما إذا كان الاب وطنيا بالنسب فيجب تتبع تسلسل وإقامة الدليل على أن الجد أو اب الجد ينحدرون من أصل وطني وهي عملية عسيرة خاصة إذا أخذنا في الاعتبار الأوضاع الاستعمارية التي مرت بها الجزائر.

وحسن ما فعل المشرع الجزائري لما أتاح إثبات الجنسية بحيازة الحالة الظاهرة، التي تصلح كقرينة لإثبات الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة.

كما نستخلص من المادة 32 فقرة 02 من القانون 05-01 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية التي أتاحت المجال في إثبات الجنسية الأصلية بوسائل الإثبات الملائمة انه يمكن استعمال وسائل الإثبات العلمية كالبصمة الوراثية باعتبارها دليل علمي.

كما نستخلص من خلال هذه الدراسة أن إثبات الجنسية المكتسبة او نفيها ولكونه يتم بموجب عمل قانوني – مرسوم رئاسي– فهو أسهل للمدعي وللغير .وتفعيل وسائل إثبات الجنسية يتطلب قضاء نوعيا.

الهوامش:

[1]– المادة 06 من الأمر 05-01 الصادر 27 أفريل 2005 المتضمن قانون الجنسية.

[2]– المادة 07 فقرة 01، 02 من الأمر 05-01 المرجع نفسه

[3]– المادة 32 من الأمر 05-01 " عندما يدعي شخص الجنسية الجزائرية كجنسية أصلية يمكن إثباتها عن طريق النسب بوجود أصليين ذكريي من جهة الاب او الأم مولودين في الجزائر ومتمتعين بالشريعة الإسلامية.

ويمكن أيضا إثباتها بكل الوسائل وخاصة عن طريق الحالة الظاهرة....."

[4]– زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مطبعة الفسيلة، الدويرة، الجزائر، ط2، 2010، ص 615.

[5]– صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في النظام القانوني للجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب، منشورات زين الحقوقية بيروت لبنان، ط1، 2016، ص 267.

[6]– زروتي الطيب،حورية غربي، إثبات الجنسية الجزائرية الاصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 10، العدد 03، لجزائر، 2019، ص 929.

[7]– الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص 616.

[8]– الطيب زروتي، الجالية المنسية في قانون الجنسية الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء31، رقم 02، 2001، ص 49.

[9]– مقني بن عمار، إجراءات التقاضي والإثبات في منازعات الجنسية وفقا للقانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، مصر 2009، ص 156.

[10]– أنظر قرار المحكمة العليا رقم 136077 المؤرخ في 21 ماي 1996، المنشور في المجلة القضائية العدد 01 لسنة 1996، ص 120. والقرار رقم 0826448 مؤرخ في 11 جويلية 2013، غير منشور – مشار اليهما في مقال زروتي الطيب،حورية غربي، المرجع السابق، ص 936-935.

[11]– بلعيور عبد الكريم، الجنسية الأصلية الجزائرية على ضوء التعديل الجديد لقانون الجنسية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، الجلد 48 العدد 01، الجزائر، 2011، ص ص 127-162.

[12]– محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 253.

13– بن عياد جليلة، بعوني خالد، الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، المدينة الجديدة تيزي وزو، الجزائر، 2016، ص ص، 91 –94.

[14]– اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المراة لسنة 1979، والتي انظمت إليها الجزائر بتحفظ، بموجب مرسوم رئاسي رقم 51/96 الممضي في 22 يناير 1996 جر العدد 06 مؤرخة في 24 يناير 1996

[15]– المادة 13 من القانون 05-01 التي نصت في ف-قرتها الاولى على انه " يمكن سحب الجنسية من المستفيد إذا تبين خلال عامين من نشر مرسوم التجنس في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بأنه لم تكن تتوفر فيه الشروط المنصوص عليه في القانون او انه استعمل وسائل غش في الحصول عليها "

[16]– سعيد بوعلي ونسرين شريقي، سلسلة مباحث في القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين والجنسية، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2021، ص ص،119-122.

[17]– مقني بن عمار، طرق إثبات الجنسية وفقا للقانون الجزائري والمقارن، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراي أدرار، المجد 11 العدد 02، الجزائر، ص ص، 254-256.

[18]– أنظر المادة 18 فقرة 01 و02 و03 و04 من القانون 05-01 المتضمن قانون الجنسية الجزائري .

مقارنة بين قواعد تنازع القوانين في النظام القانوني الإسلامي والقانون الدولي الخاص

A comparison between the rules of conflict of laws in the Islamic legal system and private international law

د. عون اصمهان
المركز الجامعي مرسلي عبد الله – تيبازة
Ismahane.aoun@yahoo.com

د. مجيدي يحي
جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي
yahia-madjidi@univ-eloued.dz

الملخص:

يشكل تنازع القوانين إحدى القضايا الحيوية في النظم القانونية المختلفة، حيث يتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق في القضايا المتعدد الأبعاد، لذا يعد الموضوع محل الدراسة بالغ الأهمية في ظل تزايد التفاعل بين الأفراد من جنسيات وخلفيات قانونية متنوعة. ويعتمد النظام القانوني الإسلامي بشكل رئيسي على الشريعة الإسلامية ويطبق القوانين بشكل إقليمي على من يعيشون في دار السلام، بينما القانوي الدولي الخاص يستخدم مبادئ متنوعة مثل الجنسية وموطن الإقامة، والأكثر ارتباطا لتحديد القانون الواجب التطبيق في النزاعات الدولية، ممّا يوفر مرونة أكبر في معالجة القضايا ذات الطابع الدولي.

كلمات مفتاحية: تنازع القوانين، الجنسية، الشريعة الإسلامية، القانون الدولي الخاص، القضايا

Abstract:

Conflict of laws constitutes one of the vital issues in different legal systems, as it requires determining the applicable law in multidimensional cases. Therefore, the topic under study is extremely important in light of the increasing interaction between individuals of diverse na-tionalities and legal backgrounds. The Islamic legal system relies mainly on Islamic law and applies laws regionally to those living in Dar es Salaam, while private international law uses various principles such as nationality and place of residence, which are most closely related to determining the applicable law in international disputes, which provides greater flexibility in dealing with relevant issues. International character.

Keywords: conflict of laws, nationality, Islamic law, private international law, issues..

مقدمة:

تعد قواعد تنازع القوانين من أبرز المواضيع التي تعالجها النظم القانونية المعاصرة، سواء في الشريعة الإسلامية أو في القانون الدولي الخاص. تهدف هذه القواعد إلى تحديد القانون الواجب تطبيقه في النزاعات ذات الطابع الدولي أو التي تتضمن عناصر أجنبية، مثل القضايا التي تتعلق بأشخاص من

جنسيات مختلفة أو عقود مبرمة عبر الحدود الوطنية، وقضايا الميراث التي تشتمل على أصولا في أكثر من دولة.

ويهدف القانون الدولي الخاص إلى تحديد القواعد التي تستخدم لحل تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهناك عدة أسس وقواعد تستخدم لتحقيق هذا الهدف كالإسناد، أمّا تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية هو موضوع يتناول كيفية التعامل مع النزاعات التي تنشأ عندما تتداخل أنظمة قانونية مختلفة ضمن الإطار الشرعي، ورغم أن الشريعة الإسلامية تشكل نظاما قانونيا مستقلا، إلا أنها تواجه في العصر الحديث قضايا تتعلق بالعلاقات الدولية والتداخل مع أنظمة قانونية أخرى.

تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع في توضيح الفروقات القانونية والثقافية بين المجتمعات الإسلامية والمجتمعات الأخرى، كما أن الفهم المتبادل بين الأنظمة القانونية يسهم في تعزيز العدالة وتطوير الأنظمة القانونية المحلية

ولدراسة هذا الموضوع والإحاطة بجميع جوانبه، قمنا بتقسيم البحث إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأوّل: قواعد تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني: قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص

المبحث الأول: تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية

مسألة تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية يشير إلى الحالة التي تتعارض فيها أحكام الشريعة مع القوانين الوضعية في دولة معينة، وفيما يلي سنتطرق إلى تعريف الشريعة الإسلامية، أسس التنازع في مجال الشريعة الإسلامية وأخيرا سنقوم بتقديم حالة من حالات التنازع في هذا النظام.

المطلب الأول: تعريف الشريعة الإسلامية

الشرع والشريعة والتشريع معناها واحد في اللغة، فهي مصدر من شرع بمعنى سنّ الأحكام والقواعد للناس[1]، ومن معاني الشريعة أيضا مورد الشاربة، ويقصد به مورد الماء الذي يقصده العامة للشرب، وفي هذا السياق يذكر ابن منظور أن: "الشريعة والشراع والمشرعة المواضيع التي ينحدر منها الماء، وبه سمي ما شرعه الله لعباده شريعة، وهي مورد الشاربة التي يشرعها الناس فيشربون منها ويسقون، والشارع هو الطريق الأعظم الذي يشرع فيه كافة الناس[2].

أمّا اصطلاحا فقد عرفها القرطبي بأنّها " ما شرع الله لعباده من الدين، والجمع شرائع، والشرائع في الدين، المذاهب التي شرعها الله لخلقه، فمعنى جعلناك على شريعة من الأمر، أي: على منهاج واضح من أمر الدين يشرع بك إلى الحق.

المطلب الثاني: أسس تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية

الفرع الأوّل: الخلاف الفقهي حول فكرة تنازع القوانين

اختلف الفقهاء المعاصرون حول هذا الإشكال، فذهب بعضهم إلى القول بأن الشريعة الإسلامية لم تعرف فكرة تنازع القوانين، وذهب البعض إلى خلاف ذلك.

فأصحاب الرأي المنكر لمعرفة الشريعة الإسلامية لتنازع القوانين، استند إلى الحجج التالية:

أنّ الإسلام قسم العالم إلى دارين: دار إسلام ودار حرب، وفي دار الإسلام الحكم للشريعة الإسلامية على الجميع مهما كانت ديانتهم أو جنسيتهم، فهي إقليمية التطبيق، حيث تنزل على كل نزاع يرفع إلى القاضي مصداقا لقوله تعالى: "وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه، فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم هما جاء من الحق، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا"، وقوله عز وجل "وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك" وقوله جل علاه: "أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يقنون"[3].

أحكام الشريعة المتعلقة بالعبادات والمعاملات على حد سواء تعتبر غي نظر الفقهاء الشرعيين أحكاما ذات صبغة دينية خاصة، تخاطب الناس كافة، ولا تقبل مزاحمة من القوانين الأجنبية التي لا تقرها، ولذلك يعتبر هؤلاء الفقهاء أن الحكم بما أنزل الله واجب قطعا وأن الحكم بغير ما أنزل الله يعنبر كفرا وظلما وفسقا.

أمّا الاتجاه الثاني فذهب بالقول إلى احتمال وجود تنازع بين القوانين الأجنبية والشريعة الإسلامية ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى قولهم بأن للقاضي في الدولة الإسلامية تطبيق قوانين أخرى غير الشريعة الإسلامية لأن تحقيق العدالة على وجه كامل يستلزم ذلك، وإزاء ذلك يمكن تصور حدوث تعارض بين القانون أو التشريع الأجنبي والأحكام الكلية التي تتضمنها الشريعة الإسلامية مما يستوجب إعمال النافع بالنظام العام[4].

الفرع الثاني: أحكام الشريعة الإسلامية

القرآن الكريم أشهر من أن يعرف، لأنه كما يقول الشاطبي: "أصل الأصول والدعاية التي تنتهي إليها الأنظار، ومدارك أهل الاجتهاد، وليس وراءه مرمى لأنه كلام الله القديم قال تعالى "وأن إلى ربك المنتهى[5]، ومع ذلك فإن المسلمين قد اختلفوا إلى مذاهب في الاعتقاد والسياسة والفقه، ويروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "اقترفت اليهود على إحدى وسبعين فرقة، واغترقت النصارى على اثنتين وسبعين فرقة، سنفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة"[6].

وإن المذاهب الفقهية الأربعة عي المذاهب التي تلقتها الأمّة بالقبول جيلا بعد جيل) الحنفي المالكي، الشافعي والحنبلي، فقد امتازت أقوال هذه المذاهب في المسائل الخلافية، واختياراتهم الحكمية بالموافقة لأصول الشريعة وقواعدها، ومقاصدها العامة وروحها، ولهذا لا يكاد الحق في المسائل الشرعية يخرج عن هذه المذاهب الأربعة الفقهية[7]

المطلب الثالث: دراسة حالة من حالات تطبيق قواعد التنازع في الشريعة الإسلامية

واحدة من المسائل المهمة في الميراث هي تأثير اختلاف الديانة على حق الورثة في الميراث في الشريعة الإسلامية، لذلك سنخصص هذا المطلب لدراسة الضوابط والأحكام التي تضمن توزيع الثروة بشكل عادل ومنصف.

ينشأ اختلاف الدين بين المسلم وغير المسلم، إنا بكفر أصلي أو ارتداد المسلم أو إسلام الكافر يحتل مكانة كبيرة في التشريع الإسلامي. وقد انعقد الإجماع على عدم جواز إرث الكافر من المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم"، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة ومروي عن كبار الصحابة والتابعين أجمعين[8].

لكن هناك خلاف في حالة ما أسلم الكافر قبل تقسيم التركة، فذهب جمهور الفقهاء الحنفية المالكية، الشافعية إلى أن العبرة بالمنع من الميراث لاختلاف الدين عند الوفاة، ولا عبرة لوقت قسمة التركة، وخالفهم الحنابلة في ذلك، فإذا أسلم الكافر قبل قسمة التركة ورث المسلم لأن المال لا يتقرر في ملك الورثة قبل القسمة، لا عبرة لمخالفته عند الوفاة، وترغيبا وتأليفا له على إسلامه[9].

وبخصوص إرث المسلم من الكافر فقد اتفق جمهور الفقهاء على أن المسلم لا يرث من الكافر شيئا بسبب القرابة أو الزوجية وهذا ما عليه الخلفاء الأربعة – رضي الله عنهم– فجاء في المعنى: "ويروى هذا

عن أبي بكر وعمر وعلي وأسامة بن زيد، وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم وبه قال عمر بن عثمان وعروة والزهري وعطاء وطاوس والحسن عمرو بن عبد العزيز والثوري، وعمامة الفقهاء وعليه العمل.

أمّا بالنسبة لميراث بين المسلم والمرتد، فرّق العلماء في توريث مال الكافر والمرتد، وسبب خلافهم في كون المرتد، عل يعتبر مسلما قد مات أو كافرا قد مات، فمن قال بميراث المسلم من المرتد مسلما قد مات والمسلم يرث المسلم، ومن قال بعدم التوارث بينهما، اعتبر المرتد كافرا والمسلم لا يرث الكافر، وفي ذلك ثلاثة:

القول الأوّل: تركة المرتد كلها فيء للمسلمين، فلا يرث أحد المرتد، سواء اكتسب ماله حال إسلامه، أو حال ردته، وهو قول المالكية والشافعية.

القول الثاني: إن المسلم يرث مورثه المرتد، وهو قول الحنفية الرواية الثانية عن أحمد.

الرأي الراجح: بعد استعراض الأدلة، إن حجو القائلين بأن المسلم لا يرث المرتد أقوى، وحديث "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم"، صحيح وصريح في الدلالة على ذلك، والمرتد كافر بلا خلاف[10].

المبحث الثاني: تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص

تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص يشير إلى الحالة التي تتعلق بقضية ذات صلة بأكثر من نظام قانوني واحد، ممّا يؤدي إلى التساؤل عن القانون الواجب تطبيقه، لذا سنتناول في هذا المبحث مفهوم القانون الدولي الخاص وأسسه، وإعطاء بعض الأمثلة عن حالات التنازع في مجاله.

المطلب الأول: مفهوم القانون الدولي الخاص

لم يتوصل الفقهاء إلى تعريف القانون الدولي الخاص، حيث ظهر اتجاهين أحدهما ضيق والآخر واسع.

بالنسبة للاتجاه الضيق، ظهرت مدرسة التي تضم ألمانيا وإيطاليا، والتي عرفته بأنه ذلك الفرع من القانون الذي يبحث في تحديد النظام القانوني الذي يحكم العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي[11].

بينما ذهب الاتجاه الآخر المتمثل بالفقه اللاتيني والمطبق من قبل فرنسا والدول التي سارت على نفس المنهج مثل مصر ولبنان والكويت والجزائر والعراق، فهذا الإتجاه يعرفه بالإضافة إلى المواضيع التي أشارت إليها المدرسة السابقة، إلا أنّه يضم إليه موضوعات التوزيع الجغرافي الدولي للأفراد الجنسية

والموطن ومركز الأجانب، وذلك لوجود صلة وثيقة معهما. وعرفة الفقيه بيليه بأنّه "العلم الذي موضوعه تنظيم العلاقات الدولية الخاصة بالأفراد تنظيما قانونيا"[12].

أمّا عن طبيعة القانون الدولي الخاص فهناك من الفقهاء من يعتبره قانون دولي، مثل الفقيه فوليكس الألماني صافينيي والإيطالي مانشيني، مفندين حجج الذين يرون فيه أنه قانون داخلي حيث يذهبون إلى أن فكرة السيادة والطبيعة الوطنية لكل نظام خاص بحلول تنازع القوانين لا يبعد احترام إرادة الدول الأخرى. فإذا لم يظهر هذا الاحترام في التنازع الإيجابي فهو يظهر في التنازع السلبي في الحالة التي يرفض القانون الأجنبي الاختصاص في الفصل المسألة المحالة إليه، كما أن مسألة مركز الأجانب والجنسية أيضا تخضع في معظما لبعض القواعد الدولية حتى ولو كانت تسير على مستوى الأنظمة القانونية الوطنية[13].

المطلب الثاني: الأسس القانونية لفكرة تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص

الفرع الأول: الإسناد

قاعدة الإسناد عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي[14]، وتتميز قاعدة الإسناد من حيث مضمونها بعدة مميزات منها:

إنّها قاعدة قانونية غير مباشرة، أي أنّها لا تطبق على النزاع مباشرة، ولكنها تحدد فقط القانون الذي يجب أن يطبق على النزاع المتضمن لعنصر أجنبي.

إلى جانب أنّها قاعدة إرشاد، فهي كذلك أداة مفاضلة بين القوانين التي تتداعى إلى العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، فعن طريقها يتم الموازنة والترجيح بين القوانين واختيار الحل الأمثل لحل النزاع الدولي[15].

الفرع الثاني: التكييف

يقصد بالتكييف تحديد طبيعة المسألة التي يتعرض لها القاضي عندما تقدم ل مسألة مشتملة على عنصر أجنبي[16]، أمّا في تنازع القوانين فقد عرفة الدكتور عز الدين عبد الله بأنه تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصصها المشرع بقاعدة إسناد وعرفه أيضا المرحوم الدكتور علي علي سليمان بأنه تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية لكي يسند حكمها إلى قانون معين[17].

المطلب الثالث: أمثلة عن تطبيق قواعد تنازع الإختصاص في القانون الدولي الخاص

أوّلا- ميراث المالطي: تتلخص وقائع هذه القضية في أن روجين مالطي وبريطانية تزوجا في مالطا وهاجرا إلى الجزائر التي كانت آنذاك مستعمرة فرنسية خاضعة للقانون والقضاء الفرنسيين، واستقرا فيها واكتسب الزوج عقارات ثم توفي بها، وبعد وفاته طالبت أرملته بهذه العقارات مستندة إلى حق يعرف في القانون المالطي ب "ربع الزوج الفقير"، أو نصيب الزوج المحتاج على العقارات الموجودة في الجزائر فرفض باقي الورثة ذلك، فقامت الزوجة برفع القضية أمام القضاء الفرنسي معتمدة على القانون المالطي أين كان نظام الأموال يدخل في طائفة الأحوال الشخصية، والتي يطبق عليها قانون الجنسية أي القانون المالطي. لكن القضاء الفرنسي رفض طلب الزوجة باعتبار الإرث في القانون الفرنسي يدخل ضمن طائفة الأحوال العينية، ويخضع القضاء بالتالي لقانون موقعه، فيطبق إذن القانون الفرنسي الذي لا يغترف للزوجة بهذا الحق. وقد اعتبرت محكمة استئناف الجزائر طلب الزوجة في الميراث وأخضعته للقانون الفرنسي، على عكس إذا فرضنا أن النزاع ذاته عرض على المحاكم المالطية فإنها ستعتبره من النظام المالي للزوجين[18].

العمل بقاعدة الإسناد في الحضانة: توجد هناك بعض التشريعات خصت الحضانة بقاعدة إسناد خاصة، مثل المشع الكويتي، وفقا لنص المادة 43 من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي رقم 5 لسنة 1961، والتي نصت على أنه: "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة" وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق على الحضانة طبقا لهذه المادة هو قانون جنسية الأب، إلا أنّها لم تحدد الوقت الذي يقدر بشأنه القانون الواجب التطبيق، ممّا يدفع للتساؤل هل هو وقت رفع دعوى الطلاق، وبالتالي تبقى المسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي للحكم بما يراه مناسبا[19].

أمّا بالنسبة للقانون الجزائري، ونظرا لخلو التشريع من نص خاص يحكم تنازع القوانين في مسائل الحضانة، ولأنّها تعد أثرا لانحلال الزواج، فإنها تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للمادة 2/12 من القانون المدني الجزائري، ويطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج استنادا للمادة 13 من القانون المدني، وعليه يرجع إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بها كتحديد من تثبت له الحضانة، أسباب انقضائها أو سقوطها، وتحديد نفقة المحضون، وهو حل مستقر في القانون المقارن والأحكام القضائية[20].

الخاتمة:

تنازع القوانين هو قضية معقدة تواجهها الأنظمة القانونية المختلفة، سواء في الشريعة الإسلامية أو في القانون الدولي الخاص، ويمكن تلخيص نتائج الدراسة كالتالي:

- في الشريعة الإسلامية، يعتمد حل تنازع القوانين بشكل رئيسي على المبادئ الفقهية المستمدة من القرآن والسنة، إضافة إلى الاجتهاد القضائي.
- التعامل مع تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص يعتمد على مجموعة من القواعد والإجراءات التي وضعتها الدول والمنظمات الدولية.
- كل من النظامين، الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الخاص، يقدمان آليات محددة لمعالجة تنازع القوانين، لكن بطرق وأسس مختلفة، في حين أن الشريعة الإسلامية ترتكز على المبادئ الدينية والقيم الأخلاقية لتحقيق العدالة.

وبناء على نتائج الدراسة نقدم نقترح جملة من التوصيات من أجل العمل على تطوير تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية، والقانون الدولي الخاص والمتمثلة في:

- تشجيع الدراسات والبحوث الأكاديمية التي تعزز الفهم المتبادل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الخاص.
- ضرورة تنظيم مؤتمرات وورش عمل تجمع بين الفقهاء الشرعيين وخبراء القانون الدولي الخاص لتبادل الخبرات والنقاش حول التحديات المشتركة وكيفية معالجتها بشكل يحقق العدالة ويعزز التفاهم بين الأنظمة القانونية المختلفة.
- تعزيز التعاون بين الدول الإسلامية والدول الأخرى في مجال القانون الدولي الخاص، من خلال اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف، ممّا يسهم في تسهيل حل النزاعات وتجنب تنازع القوانين.
- تحديث وتطوير القوانين المحلية في الدول الإسلامية بحيث تأخذ في الحسبان المستجدات الحديثة في القانون الدولي الخاص، دون الإخلال بالمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية.

الهوامش:

1- فهد مسلم الرحيلي، مصطلحات مقاصد الشريعة "جمعا ودراسة"، تاريخ الإطلاع2024/05/25، متاح على الموقع:
https://mkda.journals.ekb.eg/article_123848_e8459db240cd6e87ac4ba2f932d8989a.pdf

2- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثامن، دار صادر، بيروت، 2009، ص176.

3- محمد ايت عدي، الشريعة الإسلامية وتناع القوانين، المجلة الشاملة للحقوق، العدد 01، المجلد 01 لسنة 2021، ص126.

4 صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص29.

5 الآية 43 من سورة النجم.

6 محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسة والعقائد وتاريخ المذاهب الفقهية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2015، ص11.

7 أحمد الحجّي الكردي وآخرون، المذاهب الفقهية الأربعة، الطبعة الأولى، إدارة إفتاء، الكويت، 2015، ص1.

8 عبد الجليل عبد الله، علاقة نظرية تنازع القوانين باعتبار المألات وتطبيقاتها على قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية–أدرار–، 2016–2017، ص 348.

9 محمودي سليم، اختلاف الدين وأثره في الميراث، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2015، ص46.

11 حفيظة السيد حداد، الموجز في شرح القانون الدولي الخاص "المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص4.

12 آمنة أمحمدي بوزينة، مطبوعة بيداغوجية بعنوان: محاضرات في القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين–، موجهة لطلبة السنة المستور الثالث ليسانس تخصص إدارة أعمال، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2015–2016، ص 5.

13 محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2019، ص9.

14 يوسف محمد أمين، أحكام الإرث في الزواج المختلط، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، 2022–2023، ص8.

15 علي الهادي الأسود، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري –قواعد البوليس والأمن–، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع لسنة 2015، ص36.

16 نورية شبرور، التكييف والتنازع، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 05، العدد 01، ص 1390.

17– عبد الرحمن زناندة، التكييف في تنازع القوانين المقارنة، المجلد 07، العدد 01 لسنة 2021، ص2240.

18– نورية شيرور، مرجع سابق، ص1312– 1313.

19– خديجة حمادي وكمال مخلوف، إشكالية تنازع القوانين في الحضانة –دراسة مقارنة–، مجلة معارف، المجلد 17، العدد 2 لسنة 2022، ص7.

20– أمنة أمحدي بوزينة، الإشكالات التي تثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة –دراسة مقارنة على ضوء التشريعات العربية والاجتهاد القضائي بالجزائر، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد الخامس لسنة 2018، ص242.

توصيات الملتقى

في يوم الخميس السادس عشر من شهر ماي سنة ألفين وأربعة وعشرين، اجتمعت لجنة صياغة توصيات الملتقى الوطني الموسوم بـ : تنظيم العلاقات الخاصة الدولية - الو اقع والمأمول، تحت رئاسة الأستاذ الدكتور جرمون محمد الطاهر، المنظم من طرف فرقة البحث المسماة "- نحو تجميع قواعد القانون الدولي الخاص الجزائري في قانون موحد" في كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، بالاشتراك مع مخبر السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية في الجزائر ومخبر التحولات القانونية الدولية و انعكاساتها على التشريع الجزائري، وبحضور أعضاء لجنة التوصيات.

بداية تثني لجنة التوصيات على حسن اختيار الموضوع بالنظر للاعتبارات التالية:

- ✓ أن العلاقات الخاصة الدولية من المواضيع المهمة التي تشغل الباحثين وتثير عديد الاشكالات المستجدة دائما.
- ✓ لأنه أصبح من الضروري إعادة النظر في أحكام وقواعد القانون الدولي الخاص بشكل أكثر تفصيلا.

وعلى ضوء ما تقدم يوصي المشاركون في هذا الملتقى بما يلي:

1- التوجه نحو ايجاد تقنين خاص بقواعد القانون الدولي الخاص في الجزائر.
2- الإستعانة بضابط الموطن في بعض حالات الأحوال الشخصية.
3- تعميم رقابة المحكمة العليا للخطأ في تفسيروتطبيق القانون الأجنبي.
4- تمكين الولد القاصر من اكتساب الجنسية الجزائرية من جراء اكتساب أحد والديه الجنسية الجزائرية بسبب الزواج المختلط.
5- الحفاظ على الحقوق المكتسبة باختصاص القانون الذي أنشأ الحق.
6- توسيع مجالات دراسة مواضيع القانون الدولي الخاص لمواكبة التطورات المعاصرة.
7- اقامة طبعة جديدة للملتقى ونشر أعماله الكترونيا وورقيا.