

جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان الدرس:

تنازع القوانين في مسائل قانون الأسرة

....

أستاذ الدرس: الدكتور عمارة عمارة أستاذ محاضر قسم "ب"

الفئة المستهدفة: : طلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون أسرة

الحجم الساعي: 01 ساعة و 30 دقيقة في الأسبوع

أهداف الدرس: تتمثل أهداف الدرس فيما يلي:

1- تعريف الطلبة على القانون الذي يحكم النسب والكفالة والتبني في القانون الجزائري

2- تعريف الطلبة على القانون الذي يحكم النفقة

3- تعريف الطلبة على القانون الذي يحكم الميراث والوصية

4- تعريف الطلبة على لقانون الذي يحكم الهبة والوقف

السنة الجامعية: 2020-2021

المحور الثامن: تنازع القوانين المتعلقة بأهم المسائل الأخرى في قانون الأسرة

أولاً: القانون الذي يحكم النسب

يعتبر النسب من المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية وهذا مانص عليه المشرع ونضمه في قانون الأسرة، غير أن موضوع النسب وخاصة مسألة إثباته لم يتناوله المشرع في قواعد الإسناد إلا بموجب القانون 10/05 حيث وضع قاعدة إسناد خاصة في المادة 13 مكرر بقولها: "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل".

وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة."

إذن فالمشرع أخذ في مسألة إثبات النسب بقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل مهما كانت الجنسية التي كان يحملها قبل ذلك.

أما في حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل فينظر إلى جنسية الأب وقت الوفاة.

ويتم إثبات النسب وفقاً لما نصت عليه المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة بكافة طرق الإثبات بما فيها الطرق العلمية الحديثة، وتنظم مسألة رفع الدعوى والاختصاص الاقليمي ومختلف الاجراءات المواد 423 إلى 425 من قانون الاجراءات المدنية والادارة.

وتجدر الإشارة إلى أن الأنظمة الغربية تسند مسألة إثبات النسب إلى قانون جنسية

الأم على أساس أنها المحور الأساسي في العلاقة الزوجية.

وذهب رأي آخر إلى إخضاع النسب إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج أما فيما يخص الولد الطبيعي فيخضع إثبات نسبه إلى قانون جنسية الطفل¹.

ثانيا: القانون الذي يحكم الكفالة والتبني

الكفالة التزام على وجه التبرع بموجبها يتم القيام بولد قاصر بنفقة وتربية ورعايته مثل قيام الوالد بابنه وتتم بعقد شرعي سواء وقعت على ولد شرعي أو غير شرعي دون أن ينسب الود إلى كفيل وتم الكفالة بعد رسمي أمم الموثق أو بموجب حكم من المحمة²، ولقد أدخلها المشرع في نطاق الأحوال الشخصية في مجال القانون الدولي الخاص وذلك بالنص عليها في المادة 13 مكرر 1 بقولها: "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل ...".

وملاحظ أن المشرع قد أخضع شروط صحة الكفالة إلى قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول ويكون تطبيق ذلك في حالة اختلاف جنسيتهما تطبيقا موزعا، وينظر إلى قانون الجنسية وقت إجراء الكفالة وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد شروط صحة الكفالة مبسطة في أحكام المادة 116 وما بعدها.

أما بالنسبة إلى آثار الكفالة المنصوص عليها في المادة 120 ق أ ج وما بعدها فقد أخضعها المشرع الجزائري إلى قانون جنسية الكفيل وقت إجرائها.

وملاحظ أن المشرع في هذا المجال قد أضاف مسألة التبني التي لايعترف بها قانون الأسرة الجزائري ورتب عليها نفس أحكام الكفالة وهذا الحكم ينطبق ويطبق على الأجانب دون الجزائريين باعتبار، أن القانون الجزائري يجعل التبني ممنوع شرعا وقانونا طبقا لنص المادة 46 من ق أ ج وهنا المشرع يضع نفسه في موقف محرج في حالة تطبيق أحكام التبني مع أن قانونه الداخلي يمنعه وهذا مايجعله يتأثر بالأنظمة الغربية

¹- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص264-265.
²- عبد الحميد تابلت، عبد العزيز نوري، حلة الأشخاص القانونية، المرجع السابق، ص67.

واستجابة لمراعاة مصالح الأجانب نتيجة النداءات الدولية، ويستبعد تطبيقه على الجزائريين مادام أن شروطه الموضوعية تخضع لقانون جنسية الطرفين فإذا كان أحدها جزائراً فلا تتحقق الشروط ويصبح باطلا بموجب قانون الأسرة.

ثالثاً: القانون الذي يحكم النفقة بين الأقارب

أدرج المشرع الجزائري النفقة بين الأقارب ضمن الأحوال الشخصية ووضع لها قاعدة إسناد خاصة بها في المادة 14 ق م ج التي تنص: " يطبق القانون الوطني على الإلزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها " .

وقبل دراسة القانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة يجدر بنا معرفة مايلي:

1- المقصود بالنفقة

النفقة بين الأقارب هي تلك النفقة التي تقرر وفقا للقواعد الموضوعية العادية التي تحددها القوانين في مختلف الدول والتي يكون الهدف منها حماية أطراف العلاقة العائلية المعوزة التي لاتقدر على الحياة بمفردها³ ومن ذلك تخرج كل من:

أ- النفقة الوقتية التي يقرها القاضي أثناء نظر الدعوى للزوجة وهذه النفقة يحكمها قانون القاضي وليست المقصودة في نص المادة 14 ق م ج.

ب- وتخرج أيضا النفقة الزوجية والتي تكون واجبة على الزوج اتجاه زوجته فهذه النفقة تعتبر من أثار الزواج تقوم بقيامه وتتعهد بانعدامه.

وتختص المحمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الدائن بها وفقا لنص المادة 5/426، من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

³ - عبد الحميد تابنيت، عبد العزيز نويري، حالة الأشخاص القانونية، المرجع السابق، ص66.

2- المقصود بالقرابة

المقصود بالقرابة في نص المادة 14 ق م ج الصلة التي تقوم بين الأقارب والمبنية تارة على رابطة الدم أو الأصل المشترك الذي يجمع بين الأشخاص، وتارة أخرى على المصاهرة وقد تكون هذه القرابة مباشرة أو قرابة حواشي أو مصاهرة⁴ مثل: قرابة الابن بزوجة أبيه وقرابة الأب بزوجة ابنه فكلها قرابة مصاهرة.

3- القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب

أسند المشرع الجزائري الحكم الوارد في المادة 14 إلى قانون المدين بها أي قانون جنسية الشخص المطالب بهذا الالتزام المتمثل في النفقة على أقاربه، إذن قانون جنسية المدين بالنفقة هو القانون الواجب التطبيق وليس قانون جنسية الشخص الذي وجدت النفقة من أجله.

وبالرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي نجد أنه كان يعتبر النفقة من النظام العام لذا يجب أن يسري عليها القانون الفرنسي حتى ولو تعلقت بالأجانب، إلا أن الفقه الحديث يميل إلى جعل الاختصاص للقانون الذي يحكم آثار الزواج أو القانون الذي يسري على علاقة النبوة.

وقد قررت اتفاقية لاهي لسنة 1956 الالتزام بالنفقة نحو الأولاد وجعلت الاختصاص لقانون الموطن العادي للولد، فإذا كان هذا الموطن يرفض الحق في النفقة فإن الاختصاص يكون للقانون الذي تعينه قواعد التنازع في دولة القاضي المعروض عليه النزاع⁵.

رابعاً: القانون الذي يحكم حماية القاصر

1- في القانون الجزائري

⁴- أنظر المادة 33 والمادة 34 والمادة 35 من القانون المدني الجزائري.
⁵- اتفاقية لاهي، الصادرة بتاريخ 24-0-15 والخاصة بالالتزام بالنفقة نحو الأولاد.

وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بالوصاية والولاية والقوامة وحدد القانون الواجب التطبيق عليها فتنص المادة 15 من ق م ج 10/05 على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالوصاية والولاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايه ...".

والمقصود من الولاية في هذا النص الولاية على المال وليست الولاية على النفس لأن هذه الأخيرة تدخل في آثار الزواج وبالتالي يطبق عليها القانون الذي يحكم آثار الزواج.

والحكمة من الولاية على المال المقصودة في هذا المجال أن ناقص الأهلية يحتاج إلى نظام يحميه وإلى من يتولى أمر شؤونه المالية التي يحتاج إلى من يسيروها ويديرها وقد يكون ذلك عن طريق الوصاية أو الولاية أو القوامة.

والملاحظ أن المشرع قد قرر الأخذ بقانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته فيما يتعلق بالشروط الموضوعية دون قانون جنسية الشخص الذي يقوم بالحماية المقررة قانونا على ناقص الأهلية، ويبدو أن المشرع قد فضل قانون جنسية المحمي لأن هذه النظم القانونية إنما جاءت لحماية ناقص الأهلية والغائبين وسد عجزهم الذي يصادفهم عند القيام بالتصرفات القانونية مما يستلزم الأمر خضوع تلك الحماية إلى قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته باعتباره القانون الذي يحكم أهليته.

وعليه يجب الرجوع إلى قانون جنسية المحمي لمعرفة كل المسائل المتعلقة بالوصاية والولاية والقوامة، غير أنه في بعض الحالات يتمتع الوصي أو القيم عن قبول الوصاية والولاية والقوامة فيثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق ؟

أ- ذهب رأي إلى الأخذ بقانون جنسية الشخص المحمي لتحديد أسباب الامتناع.

ب- ذهب رأي ثان إلى الأخذ بقانون جنسية الشخص الذي يقوم بالحماية لتقدير أسباب الامتناع لأنه من غير المعقول أن يكلف شخص بالولاية على مال الغير خلافا لما يقضي به قانون جنسية وهذا الرأي هو الأقرب للصواب.

ج- الاستثناء الوارد في المادة 15

نص المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 15 على أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق بالنسبة للتدابير المستعجلة في الحالة التي يكون فيها القصر وعديمي الأهلية والغائبين موجودين في الجزائر وقت اتخاذ التدابير أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر،

إذن يشترط لتطبيق هذا الاستثناء أن تتوفر حالة الاستعجال أن يكونوا في الجزائر أو أموالهم موجودة في الجزائر وقت الأخذ بالتدابير.

2- القانون الذي يحكم حماية القصر في النظم الغربية

أخذت الدول اللاتينية وفرنسا بإخضاع المسائل الموضوعية إلى قانون جنسية ناقص الأهلية، أما بالنسبة للدول الأنجلو أمريكية فهي تخضع هذه المسألة لقانون موقع المال وبالنسبة للإجراءات فهي تخضع لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة⁶.

خامسا: القانون الذي يحكم الميراث والوصية

1- الميراث

أ- نظم المشرع الجزائري وكذا الدول العربية مسألة الميراث وأدخلها ضمن نطاق الأحوال الشخصية وبالتالي أخضعها إلى قانون الجنسية سواء كان الميراث واقعا على عقار أو منقول بحيث تنص المادة 16 ق م ج من قانون 10/05 بقولها: "يسري على الميراث

⁶ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص79.

والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته ".

وعليه يبين قانون جنسية المتوفي شرط استحقاق الإرث ومن هم الورثة وماهي مرتبة كل منهم وماهو نصيبهويبين موانع الإرث وحالات الحجب ...

ويستبعد تطبيق قانون الجنسية إذا كان مخالفا للنظام العام كتوريث غير مسلم للمسلم أما التركة التي لاوارث لها فهي تؤول إلى بيت المال أو الخزينة العامة وفق ما نص عليه القانون المدني⁷.

ب- القانون الذي يحكم الميراث في الدول الغربية⁸

تدخل بعض التشريعات الميراث في الأحوال العينية وتخضعه لقانون موطن المتوفي، وبعض التشريعات تفرق بين الميراث في العقار والمنقول. فيخضع الميراث في العقار لقانون موطن العقار والميراث في المنقول لقانون موطن المورث، وهذا ماأخذت به فرنسا وانجلترا وبلجيكا والولايات المتحدة الأمريكية، أما إيطاليا وألمانيا واليونان فقد أخضعتة كله إلى قانون الجنسية بالنسبة للمورث سواء وقع على عقار أو منقول، بينما يرى نبواييه أن الميراث يجب أن يخضع كله لقانون موقع المال لعوامل اقتصادية وسياسية واجتماعية، إذ أن خضوع العقار لقانون والمنقول لقانون قد يربط مشاكل من حيث تطبيق القانون مثلما حدث في إيضاء حفيده جورج ساند بمنزل للأكاديمية الفرنسية في فرنسا لكنها توفيت في إيطاليا فخضع الأثاث للقانون الإيطالي بينما المنزل للقانون الفرنسي.

2- الوصية

⁷- تنص المادة 773 من القانون المدني عل أنه: ق تعبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي لي لها مالك، وذلك أموال الناس الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم".

⁸- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص80-81.

هي كل تصرف في التركة يضاف إلى مابعد الموت وهي تتعقد عند صدورها من الموصي ولكن يتوقف نفاذها على موته وقبول الموصي له، وعليه يجب أن تتوفر لدى الموصي أهلية التبرع عند صدورها بما أن الوصية عمل إرادي، لذا فالرأي السائد أن أهلية الموصي تخضع لقانون جنسيته وقت عمل الوصية وهو الرأي المعمول به في فرنسا وهو أيضا المستخلص من نص المادة 16 ق م ج والمادة 17 من ق م المصري باعتبارهما مستمدتان من المادة 29 من القانون البولوني⁹.

وطبقا لنص المادة 16 من ق م ج تخضع الوصية من حيث شروطها الموضوعية إلى قانون الجنسية بالنسبة للموصي وقت وفاته، أما في فرنسا وانجلترا والولايات المتحدة وبعض التشريعات التي تلحق الوصية بالميراث وبالتالي تدخلها في نظام الأحوال العينية، فتخضع الوصية المتعلقة بال عقار لقانون الموقع، والوصية بالمنقول لقانون موطن الموصي وقت وفاته.

شكل الوصية : يلاحظ أن المشرع في نص المادة 16 قبل التعديل كان يخضع شكل الوصية إما لقانون جنسية الوصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه وهذا طبقا للفقرة الثانية من المادة 16 ق م ج، غير أنه بتعديل القانون المدني بالقانون 10/05 حذف هذه الفقرة وهذا يدل على أن شكل الوصية يخضع للقاعدة العامة الواردة في المادة 19 التي تنظم القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف.

كما أن للأجانب في الجزائر أن يحرروا وصاياهم في الشكل المعمول به في الجزائر، أما رعايا الجزائر في الخارج فإن لهم أن يقوموا بعمل وصاياهم سواء طبقا لشكل المحل أو للشكل الذي يتطلبه القانون الجزائري وأن يودعوا وصاياهم على سبيل الأمانة بالقنصليات الجزائرية¹⁰.

⁹- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق ص81.
¹⁰- راجع القسم الثاني الحالة المدنية القنصلية لمواد من 104 إلى 111 من قانون احالة المدنية.

وقد أضاف المشرع الجزائري التصرفات التي تنفذ بعد الموت وهي تصرف المريض مرض الموت المقصود بها التبرع الذي تنص عليه المادة 1/776 من ق م ج. وكذلك التصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بحق الانتفاع في نص المادة 777 من ق م ج وقد ألحقها المشرع بالوصية وبالتالي تسري عليها نفس الأحكام الخاصة بالوصية سواء فيما يتعلق بالشروط الموضوعية أو الشكلية¹¹.

سادسا- القانون الذي يحكم الهبة والوقف

أدخل المشرع الجزائري كل من الهبة والوقف في نطاق الأحوال الشخصية وبالتالي أخضعها للقانون الذي يحكم الأحوال الشخصية وهو قانون الجنسية وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 16 من ق م ج بقولها: "يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الوهاب أو الواقف وقت إجرائها".

وينظر إلى قانون الجنسية وقت إجراء التصرف أو وقت القيام بالهبة والوقف باعتبار أنها تنفذ في ذلك الوقت، وبالتالي فهي تختلف عن الميراث والوصية باعتبار أنهما ينفذان بعد الموت فيطبق عليها قانون الجنسية وقت الوفاة.

ونلاحظ أن كلا من القانون المصري والليبي قد أخرج الهبة من نطاق الأحوال الشخصية وأدرجاها في القانون المدني كعقد من العقود الناقلة للملكية وعليه فطبقا للقانون المصري والليبي تخضع الهبة لقانون العقد.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتناول الهبة والوقف إلا بموجب القانون 10/05 وبالتالي كانت تدرج ضمن القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية في مجال القانون الدولي الخاص انطلاقا من نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية والمادة

11 - نصت المادة 775 من القانون المدني على أنه: "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها".

23 مكرر2 من القانون المدني التي تنص على أنه: " تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".