تطبيق قانون القاضي(القانون الجزائري) على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي

أ: كمال سمية

جامعة أبو بكر بلقايد

الكلمات المفتاحية: التكييف، الإسناد، الإحالة من الدرجة الأولى، الجنسية، قانون القاضي، الطرف الوطني، الحالة المدنية، النظام العام، الغش نحو القانون، التطبيق الإستثنائي لقانون القاضي.

الملخص:

من المعلوم أن قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة تشير إما إلى تطبيق القانون الأجنبي أو قانون القاضي، لكن هناك حالات أين يطبق فيها قانون القاضي ويكون تطبيقه إمّا أصليا أو استثنائيا، ومن المعلوم كذلك أن القانون الواجب التطبيق في مجال الأحوال الشخصية هو قانون الجنسية، هذا الضابط المعتمد عليه قد يثير بعض الصعوبات عند إعماله، والقانون الدولي الخاص الجزائري يظهر في بعض الحالات هيمنته في مجال الأحوال الشخصية حيث أن تكييف العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي يكون وفق قانون القاضي، كما يطبق هذا الأخير بصفة انفرادية على علاقات الزواج والطلاق إذا كان أحد الطرفين جزائريا، وكذلك عند ترجيح جنسية القاضي في حالة تعدد الجنسيات، كما يكون تطبيقه استثنائيا عند قبول الإحالة من الدرجة الأولى وهذا ما يؤدي إلى إمكانية تطبيق الشريعة الإسلامية على الأجانب، وعند الدفع بالنظام العام.

Résumé :

la règle du conflit de lois est une règle bilatérale, désigne la loi étrangère ou la loi du for, et en matière de statut personnel, elle se base sur la nationalité comme critère de rattachement, celui-ci pose des problèmes pour le multinational ou le binational dont les législations ont choisi le principe de primauté de la nationalité du for. D'autre part, au niveau conflictuelle, la loi du for est dominante, au moment de la qualification d'une situation internationale, et lorsque la règle de conflit est unilatérale, désigne la loi du for quand l'un des parties (des époux) a la nationalité du for, le droit du for s'applique exceptionnellement, d'une façon subsidiaire quand les règles de conflit étrangère offre la compétence à la loi du for, on est devant un renvoi du premier degré, mais cela peut résulter l'application du droit musulman aux étrangers non musulmans. La loi du for est également appliquée aux situations internationales quand la loi étrangère désignée heurt les conceptions d'ordre public du droit du for.

مقدمة:

من خلال ثنائية قواعد الإسناد تظهر إمكانية تطبيق قانون القاضي على علاقات الأحوال الشخصية، بداية بالتكييف وقبول الإحالة من الدرجة الأولى الذي يؤدي إلى تطبيق قانون القاضي وإمكانية تطبيق الشريعة الإسلامية على الأجانب و لو كانوا غير مسلمين، و ترجيح جنسية دولة القاضي في حالة تعدد جنسية الشخص.
و قد اختلف الفقه في موقفه و في تقدير موقف المشرع الجزائري.

كما أن تطبيق القانون الجزائري على علاقات الزواج و الطلاق متى كان أحد الزوجين جزائريا قد يؤدي إلى تطبيق قانون غير ملائم خاصة إذا اكتسب الزوج الأجنبي الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى ليستفيد من حقه في الطلاق بإرادته المنفردة أو لتستفيد الزوجة من الخلع إذا اكتسبت الجنسية الجزائرية

الإشكالية: ماهو المجال المخصص لقانون القاضي، و فيما تظهر هيمنة قانون القاضي.

المبحث الأول: التطبيق الأصلي لقانون القاضي

يظهر التطبيق الأصلي من خلال إخضاع التكييف الأصلي لقانون القاضي وعند حماية الطرف الوطني من خلال قواعد الإسناد الإنفرادية، و كذلك عند ترجيح جنسية دولة القاضي.

المطلب الأول: إخضاع تكييف علاقات الأحوال الشخصية لقانون القاضي

حسب المادة 9 من القانون المدني يتم تكييف العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي وفقا لقانون القاضي، فهو الذي يحدد المسائل التي تندرج ضمن الأحوال الشخصية، انطلاقا من التمييز بين الشروط الموضوعية و الشروط الشكلية عند إبرام عقد الزواج و تحديد المسائل التي تندرج ضمن آثاره والتفرقة بين الآثار الشخصية والآثار المالية، و كذلك ما يعدّ من موانع الزواج، و حالات انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الانفصال الجسماني، و ما يدخل ضمن آثاره.

1- المسائل التي تندرج ضمن الحالة المدنية:

يتفق الفقه على أن المقصود بحالة الشخص الطبيعي كل الصفات التي تحدده كالاسم والأهلية والموطن والجنسية، والمتفق عليه كذلك أن الجنسية لا تعتبر فئة إسناد وإنما ضابط إسناد.

يعتبر اللقب من عناصر الحالة المدنية لذلك رأى بعض الفقه الفرنسي أنه من مسائل الأمن المدني وبالتالي يخضع للقانون الإقليمي، غير أن القضاء الفرنسي أخضعه إلى القانون الشخصي باعتباره لصيقا بالشخص و يميزه عن غيره و أنه يجب أن يتصف بالثبات والاستقرار[1]. وأوجبت المادة 28 من القانون المدني الجزائري أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر، ولقب الشخص يلحق أولاده، كما يجب أن تكون الأسماء جزائرية، أما الأطفال المولودون من أبوين غير مسلمين فيمكن ألاّ تكون أسماؤهم جزائرية.

و الملاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بعين الاعتبار ديانة الشخص عند تحديد الاسم، فإذا تعلق الأمر بجزائري غير مسلم فيمكن أن يحمل اسما غير جزائري، و لكنه يخضع للقانون الجزائري. ومن هنا يظهر الاختلاف عند الاعتماد على الجنسية والديانة لتحديد القانون المطبق.

و بالنسبة للأطفال المولودون في الجزائر من أبوين مجهولين، فبالإضافة إلى ثبوت الجنسية الجزائرية لهم على أساس الإقليم، فتمنح لهم أسماء جزائرية و تخضع في هذه الحالة للقانون الإقليمي حيث يعتبر الاسم ضمن مسائل الأمن المدني.

أما الموطن، الذي يعتبر ضابط إسناد للأحوال الشخصية في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية، و نظرا لعدم وجود نص قانوني خاص فإنه يدخل ضمن الحالة المدنية.

و يعتبر الموطن من الوسائل القانونية لتركيز الشخص بوصفه يقيم فيه بصفة مستمرة، ولا تمنح الأنظمة القانونية نفس التعريف للموطن[2]، و مادام أنه يدخل ضمن الحالة الشخصية فهذا يعني خضوعه للقانون الشخصي أي قانون الجنسية، لكن ما يلاحظ هو أن فقه القانون الدولي الخاص الجزائري يتعرض للموطن في القانون الجزائري وكأنه يخضعه لقانون القاضي[3]. وقد يذهب إلى اعتباره متعلقا بحالة الشخص و بالتالي يخضع للقانون الشخصي خاصة فيما يتعلق بموطن القاصر والمرأة المتزوجة[4].

وفي هذا الصدد اختلفت الآراء الفقهية بين إخضاع الموطن للقانون الشخصي أو لقانون الإرادة أو لقانون القاضي أو للقانون الإقليمي، والراجح هو إخضاع الموطن لقانون القاضي وللقانون الإقليمي.

ففيما يخص تحديد الاختصاص القضائي المبني على أساس الموطن وتحديد مركز الأجانب من حيث الإقامة فإنه يخضع لقانون القاضي، أما فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على أساس الموطن فإن الموطن يخضع لقانون الدولة التي يدعي الشخص أنه متوطن فيها أي القانون الإقليمي، أي عندما يستعمل الموطن كضابط اسناد فإنه يتحدد بحسب القانون الذي حدد الاسناد بموجبه[5]، وكذلك عند الإحالة من القانون الشخصي إلى قانون الموطن.

2-التمييز بين الشروط الموضوعية و الشروط الشكلية في الزواج

يختلف مفهوم الزواج باختلاف الدول، فيعتبر في بعض الدول الرابطة المؤبدة وغير متعددة و في دول أخرى يمكن أن يكون الرابطة التي تنحل بدون ترتيب أي التزام وفي الدول الإسلامية يعتبر الزواج قابلا للتعدد و للانحلال[6]، ويتأثر مفهوم الزواج بالدين و الظروف الاجتماعية السائدة في كل دولة لهذا يقتضي من القاضي أن يبحث عن هذا المفهوم ليحدد طبيعته القانونية و ليميزه عن غيره من العلاقات[7]. و تختلف الدول كذلك في طريقة انعقاد الزواج و يمتد الاختلاف إلى آثاره و انحلاله، ففي بعض الأنظمة القانونية يرتب آثارا مالية و شخصية في حين أنه في أنظمة أخرى لا يرتب إلاّ آثارا شخصية، و تختلف الدول في مدى اعتباره رابطة مؤبدة أو لا، كما تختلف في طريقة انحلاله باتفاق طرفيه أو أحدهما أو عن طريق القضاء[8].

ويتدخل قانون القاضي ليحكم ما يعتبر زواجا وما هو خارج عنه، وما إذا كان قابلا للانحلال أو أنه رابطة أبدية تنحل بالطلاق باتفاق الزوجين أو بالإرادة المنفردة لأحدهما، وما إذا كان رابطة مؤقتة، على سبيل المتعة، وما إذا كان عقدا دينيا يقوم على طقوس و شعائر دينية معينة أو رابطة مدنية، وما إذا كان يسمح بتعدده(حسب القانون أو الشريعة الإسلامية أو العادات) أو قائما على أساس الوحدانية، فتحديد طبيعة الزواج و شروطه يندرج ضمن عملية التكييف التي تخضع لقانون القاضي، ومن المفروض على القاضي أن يحدد الزواج بمفهومه العام المجرد في القانون المقارن و لا يتقيد بالتفاصيل المقررة في قانونه[9]. وهذه القاعدة العامة المتمثلة في إخضاع التكييف لقانون

القاضي مقررة في أغلب الأنظمة القانونية، لكن قد يختلف الفقه في نطاق تطبيق قانون القاضي في تكييف ووصف شروط انعقاد الزواج[10].

و تكييف ما يعد من الشروط الموضوعية وما يعتبر من الشروط الشكلية يخضع لقانون القاضي[11]، و لم يفرق المشرع الجزائري بينها في قانون الأسرة، غير أنه في نطاق القانون الدولي الخاص تتم التفرقة بينهما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق حيث تخضع الشروط الموضوعية لقانون غير القانون الذي يحكم الشروط الشكلية[12]، كما لم يميز فقهاء الشريعة الإسلامية بينهما[13]، ويختص قانون القاضي بتفسير اصطلاح الشروط الموضوعية وتمييزها عن الشروط الشكلية.

ويرى الأستاذ زروتي الطيب أن ما"يدخل ضمن الشروط الموضوعية لصحة الزواج طبقا للقانون الجزائري رضا الزوجين وموافقة الولي على النفس للزوجة أو القاضي إذا اقتضى الأمر وشاهدان وصداق و تخلف الموانع الشرعية، أما طرق إظهار الزواج وإعلانه للغير وإثباته فتدخل ضمن الشكل"[14].

وتتمثل الشروط الموضوعية في الشروط اللازمة لقيام رابطة الزوجية والتي يؤدي تخلفها إلى انتفاء الزواج وهي تتعلق بأركان عقد الزواج من تراض ومحل وسبب، في حين أن الشروط الشكلية فهي لازمة لإبرام الزواج وتكوينه وتتصل أساسا بالمظهر الخارجي للزواج وبها يتجسد لدى الغير اقتران الرجل بالمرأة شرعا[15].

و بالاستناد إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع نص في المادة 4 أن الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة، وفي المادة 7 أكد سن الزواج بقدرة الشخص عليه، وفي المادة 9 اعتبر أن الزواج ينعقد برضا الطرفين، وفي المادة 9 مكرر حدد شروط صحة عقد الزواج في الولي و الصداق و الشاهدين. فمن خلال هذه النصوص يتبين أن الرضا والأهلية ركنان أساسيان في الزواج بالإضافة إلى الاختلاف في الجنس و انعدام الموانع الشرعية وبالتالي تعتبر شروطا موضوعية أما شروط الولي والصداق والشاهدان فهي شروط صحة إذا انعقد الزواج بدون مراعاتها يبقى صحيحا و يثبت بعد الدخول بصداق المثل لكن بشرط ألاّ ينعقد الزواج بدون هذه الشروط مجتمعة أي إذا اختل شرط واحد فقط و هذا حسبما ورد في المادة33-2 من قانون الأسرة، وبالتالي لا يمكن اعتبارها شروطا موضوعية و إنما من الشروط الشكلية مادام أن الزواج قد ينعقد بدونها(بدون أحدها)، بالإضافة إلى تسجيل العقد أو توثيقه و تحريره أمام هيئة إدارية.

و لم يميز المشرع الجزائري بين الآثار الشخصية و الآثار المالية فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق وتبقى خاضعة فيما يتعلق بتكييفها لقانون القاضي، و تجدر الإشارة إلى مسائل مثل اسم الزوجة وأهليتها لممارسة بعض التصرفات تندرج في الأصل ضمن الحالة الشخصية و يطبق عليها بالتالي القانون الشخصي وبعد الزواج يتم تكييفها على أنها من آثار الزواج و تخضع بالتالي للقانون الذي يحكم آثاره و هذا ما أخذ به الفقه الفرنسي[16].

وفيما يتعلق بانحلال الزواج فيكيف وفقا للقاعدة العامة وفقا لقانون القاضي والجدير بالملاحظة أن المشرع الجزائري وسع فئة الإسناد في المادة 12 من القانون المدني من خلال النص على الانفصال الجسماني المعروف في بعض الأنظمة القانونية الأجنبية وبالتالي يكون قد أخضع تكييف الانفصال الجسماني للقانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة[17].

المطلب الثاني: حماية الطرف الوطني

بعدما بينت المادتين 11 و12 على التوالي القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج وعلى آثاره والقانون المطبق على انحلال الزواج، أوردت المادة 13 استثناءا بتطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين جزائريا، وتعتبر قاعدة الإسناد هذه قاعدة انفرادية لأنها تشير إلى حالة تطبيق قانون القاضي فقط، و يسري هذا الاستثناء إذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج.

وقد تقرر هذا الحل لمواجهة بعض الحالات العملية التي يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري وباطلا طبقا للقانون الأجنبي مثل زواج الجزائري المسلم من كتابية يمنع قانونها زواجها مع غير من ينتمي إلى طائفتها أو العكس، باطلا طبقا للقانون الجزائري وصحيحا طبقا للقانون الأجنبي مثل زواج جزائرية مسلمة مغ غير مسلم، و يسري الاستثناء و لو غيّر الزوج أو الزوجة جنسيته بعد الزواج، وفي المقابل لا يسري إذا كان الزوجان أجنبيان وقت إبرام الزواج ثم تجنس أحدهما أو كلاهما بالجنسية الجزائرية[18]، لأن العبرة بوقت انعقاد الزواج، وهذا الاستثناء مقرر في معظم قوانين الدول العربية وقد تعرض للنقد لأنه إذا كان الهدف من تقريره هو حماية الطرف الوطني المسلم فإن الأخذ بفكرة النظام العام ما يحقق نفس النتيجة، كما أن الاسترسال في الأخذ به قد يؤدي لنتائج غريبة عندما يطبق القانون الجزائري على انحلال زواج بين أجنبية و جزائري قد زالت عنه الجنسية الجزائري بعد زواجه في حين لا يطبق على انحلال زواج تم بين أجنبيين إذا اكتسب أحدهما أو كلاهما الجنسية الجزائرية بعد الزواج[19].

ويرى الأستاذ زروتي الطيب أن المادة 13 لا تطبق في حالة انحلال الزواج و إنما تبقى المادة 12 هي السارية بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بقوله:"...إلاّ فيما يخص انحلال الزواج الذي يطبق عليه قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للفقرة الثانية من المادة 12 و ليس المادة 13"[20]. فإذا كان الزوج جزائريا وقت انعقاد الزواج ثم فقد جنسيته واكتسب جنسية أجنبية وقت رفع الدعوى فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق لأن العبرة بوقت انعقاد الزواج، أما إذا كان أجنبيا وقت انعقاد الزواج ثم اكتسب الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى فإن القانون الجزائري لا يطبق وفقا للمادة 13 و إنما يطبق وفقا للمادة 12، في حين يرى الأستاذ أعراب بلقاسم أن " من الأوفق أن يخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت رفع الدعوى"[21].

لكن تطبيق القانون الجزائري على الطلاق متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت رفع الدعوى قد يؤدي إلى تطبيق قانون غير ملائم خاصة إذا اكتسب الزوج الأجنبي الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى ليستفيد من حقه في الطلاق بإرادته المنفردة أو لتستفيد الزوجة من الخلع إذا اكتسبت الجنسية الجزائرية مما يؤدي إلى مفاجأة الطرف الآخر بتطبيق قانون لم يكن يتوقعه عند انعقاد الزواج.

المطلب الثالث: ترجيح جنسية دولة القاضي

يعترض تطبيق قانون الجنسية في مجال الأحوال الشخصية صعوبات لا يمكن تصورها عند تطبيق قانون الموطن، و تتمثل هذه الصعوبات عندما يكون الشخص يحمل أكثر من جنسية، و الرأي المعمول به هو أن يعتمد القاضي بقانون جنسيته إذا كانت ضمن الجنسيات المتزاحمة و هذا حسب المادة 22فقرة 2 من القانون المدني.

والجدير بالذكر أن هذا الحل مجرد موحد لجميع المشاكل المترتبة يتميز بأنه مطلق و عام، كما أنه يمثل الاتجاه الغالب في القانون المقارن، ويبرر على أساس أن كل دولة تضع قواعدها الخاصة بتحديد جنسيتها وفقا لظروفها و مصالحها و بالتالي يتعين على القاضي متى تبين له أن الشخص يحمل جنسية دولته أن يطبق قانونه، لكن هذا الحل منتقد لأنه يعطي الهيمنة و الغلبة لقانون القاضي بغض النظر عن ارتباط الشخص أو عيشه أو ولائه لدولة القاضي، فهذا الحل يكرس عدم واقعية الجنسية، كما أن هذا الحل يؤدي إلى اختلاف الحلول في الأحكام القضائية بحسب المحكمة التي تنظر النزاع، و هذا ما يؤدي بالتبعية إلى عدم إمكانية تنفيذها في الدولة الثانية التي يحمل الشخص جنسيتها[22].

المبحث الثاني: التطبيق الاستثنائي لقانون القاضي

الأصل أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق لكن قد يطبق قانون القاضي في حالات خاصة و بصفة استثنائية، لأن قاعدة الإسناد تشير إلى تطبيق قانون القاضي بسبب رفض الاختصاص من جانب القانون الأجنبي ، بالإضافة لحلول قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد بسبب مخالفته للنظام العام.

المطلب الأول: قبول الإحالة من الدرجة الأولى

يرى الأستاذ إسعاد بأنه لا يمكن قبول الإحالة في الأحوال الشخصية لأن هذه الأخيرة مستمدة من الشريعة الإسلامية التي تعرف تطبيقاتها تعددا طائفيا(سني، درزي، شيعي، مالكي، حنفي) وأن قبول الإحالة من الدرجة الأولى يؤدي إلى تطبيق الشريعة الإسلامية على الأجانب مما يؤدي إلى استفادتهم من نظم غير مقررة في قوانينهم الشخصية مثل تعدد الزوجات، وطالما لم يتحول قانون الأحوال الشخصية إلى قانون علماني فإن اعتماد الإحالة يبدو مستحيلا، وينتقد بعض الفقه[23] هذا الرأي بسبب أن الخلاف بين المذاهب الإسلامية لا يرقى إلى مرتبة الخلاف التشريعي لأنها تستنبط أحكامها من الشريعة الإسلامية، ولأن الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية يوسع مجال تطبيق القانون الجزائري على الأجانب المتوطنين في الجزائر مادام أن قانونهم هو الذي يحيل على القانون الجزائري فلا خطر من ذلك.

أما الأستاذ علي سليمان فيرى العكس بضرورة الأخذ بالإحالة في مجال الأحوال الشخصية بحجة أن الجزائر مستوردة للسكان و كثير من الأجانب من أصل أنجلوأمريكي، ويلاحظ بعض الفقه[24] أن هذا الرأي يجهل الواقع الجزائري لأن الحقيقة أنها ليست مستوردة للسكان بل العكس هي مصدرة لرعاياها كما أنه غير صحيح أن الأجانب المقيمين فيها من أصل أنجلوأمريكي، ويذهب الرأي السابق إلى عدم قبول الإحالة في الأحوال الشخصية لأن أحكامها مستمدة في غالبية الدول من ديانتها وأن الأشخاص يريدون دائما الخضوع بشأنها إلى ما تمليه أحكام الديانة التي يعتنقونها.

و يمكن القول أنه في مجال الأحوال الشخصية التي تتعلق بحقوق لا يمكن للأفراد التنازل عنها و الاتفاق على ما يخالفها يعتبر موقف المشرع الجزائري واضحا عند معاملة القانون الأجنبي كقانون و يمنح المحكمة العليا الحق في رقابة صحة تطبيقه، من هنا يلزم القاضي تطبيق القانون الأجنبي و البحث عن مضمونه و بالتالي حتى و لو أحالت قواعد الإسناد في هذا القانون إلى تطبيق قانون القاضي فينبغي عدم قبول ذلك و تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة و هذا ما تقضي به قواعد الإسناد في قانون القاضي مادام أن المشرع قد اختار الجنسية كضابط إسناد فيجب احترامه، و بالتالي ينبغي رفض الإحالة في مجال الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: حلول قانون القاضي محل القانون الأجنبي

يستبعد القانون الأجنبي بسبب مخالفته للنظام العام في دولة القاضي و كذلك عند ثبوت الاختصاص له نتيجة الغش و التحايل.

إذا تم استبعاد القانون الأجنبي على إثر الدفع بالنظام العام فعلى القاضي أن يفصل في النزاع المعروض عليه و إلاّ يعدّ منكرا للعدالة لأن الدفع بالنظام العام يؤدي إلى وضعية عدم وجود قانون يطبق على العلاقة خاصة إذا كان الاستبعاد كليا، و يذهب القانون المقارن إلى إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، الذي قد يتم بصفة ضمنية أو صريحة، فيتدخل قانون القاضي ضمنيا عندما يسمح القانون الأجنبي بقيام علاقة يمنعها قانون القاضي مثل زواج مثلي الجنس فيمنع قيام هذه العلاقة، و قد يتدخل بصفة صريحة عندما يترتب على تطبيقه أنشاء علاقة يرفضها القانون الأجنبي المستبعد كأن يمنع القانون الأجنبي الزواج بسبب الاختلاف في اللون، فهنا يستبعد و يطبق قانون القاضي[25].

و بالتالي يكون تدخل قانون القاضي سلبيا أو ايجابيا، فإذا كانت قاعدة النظام العام ناهية يكون تدخل النظام العام سلبيا فيستبعد القانون الأجنبي و يرفض الطلب مثل أن يطالب فرنسي مسيحي نصيبه من الإرث من قريبه الفرنسي المسلم أمام القاضي الجزائري الذي يرفض طلبه لعدم جواز التوارث بين مسلم و غير مسلم و هي قاعدة ناهية من النظام العام[26]، و إذا كانت قاعدة النظام العام آمرة مثل القاعدة التي تجبر إبرام الزواج في شكل ديني فيكون تدخل قانون القاضي ايجابيا لفرض هذا الشكل.

و هناك من الفقه[27] من يرى أن قانون القاضي لا يطبق في حالة استبعاد القانون الأجنبي الذي يسمح بنشوء علاقة لا يسمح بها قانون القاضي مثل زواج المسلمة مع غير المسلم، أي عندما تكون قاعدة النظام العام ناهية، و الاكتفاء بالأثر السلبي للنظام العام.

لكن عندما يعجز القاضي عن إحلال قانونه محل القانون الأجنبي المستبعد في حالة عدم وجود قاعدة قانونية أو لعدم ملائمة القاعدة القانونية الموجودة في قانون القاضي مع المنازعة المعروضة أمامه، فهنا يجب عليه أن يفصل في المنازعة و إلاّ كان منكرا للعدالة، و يذهب الفقه[28] إلى إمكانية تطبيق المبادئ العامة لقانون القاضي أو المبادئ القانونية الموجودة في القوانين الأجنبية.

و أخذ المشرع الجزائري بما هو سائد في أغلب التشريعات و تطبيق القانون الجزائري بعد استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام و هذا ما جاء في تعديل 2005 في المادة 24 من القانون المدني.

خاتمة:

من خلال التعرض لحالات تطبيق قانون القاضي، نجد أن المشرع الجزائري حاول إعطاء الهيمنة لقانونه ليطبق في مجال الأحوال الشخصية ، و إن كان لهذا التوجه مبرراته فإن له سيئاته و التي تتمثل في احتمال عدم ملائمة قانون القاضي لحكم العلاقة المعروضة عليه، مثلا عند التكييف قد يؤدي إخضاعه لقانون القاضي إلى تطبيق هذا الأخير، و في قبول الإحالة من الدرجة الأولى ما يؤدي إلى نتائج غير ملائمة، و لهذا تم انتقادها، كما أن ترجيح جنسية دولة القاضي و تطبيقه بصفة انفرادية ما يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأفراد و عدم الثقة في الزواج المختلط، بالإضافة إلى أن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد قد يؤدي إلى عدم وجود أو إلى تطبيق قاعدة قانونية غير ملائمة.

الهوامش:

[1]الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الدويرة، 2008، ص 148.
[2]- أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، 2003، ص 211.
[3]- من خلال التعرض لتعريف الموطن و أنواعه في القانون الجزائري، انظر زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 149، أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 211، 212، عليوش قربوع كمال: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 193، 194.
[4]- أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 212.
[5]- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 149.
[6]- أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 227.
[7]- صلاح الدين جمال الدين: تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، 2007، ص 8.
[8]- أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 227.
[9]- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 158، 159.
[10]- صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص 9.
[11]- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 160.
[12]- أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 228،229.
[13]- صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص 25.
[14]- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 160.
[15]- صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص 25.
[16]- انظر أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 253، 254.
[17]- لا يمكن تكييف الهجر في المضجع على أنه انفصال جسماني بسبب أن هذا الأخير يجب أن يثبت بموجب حكم قضائي.
[18]- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 163.
[19]- أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 258.
[20]- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 163.
[21]- أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 258.
[22]- انظر عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 661، 662، 670، 671، 672.
[23]- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 125.
[24]- أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 110.
[25]- عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق،206، 607، 608.
[26]- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 281.
[27]- أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 179.
[28]- عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 617.

قائمة المراجع:

1- بلقاسم أعراب: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، 2003.

2- جمال الدين صلاح الدين: تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، 2007.

3- زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الفسيلة، الدويرة، 2008.

4- عليوش قربوع كمال: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2006.

5- عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.