

إجتهااد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط

أ.د. الطيب زروتي: أستاذ التعليم العالي

كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة

ملخص

يتمحور الموضوع المعالج حول تطبيق القضاء للنصوص الثلاثة الخاصة بتنزع القوانين في مسألة الزواج المختلط من حيث انعقاده وآثاره وانحلاله (المواد 11، 12، 13 مدني). وقد تبين من تحليل تلك النصوص أنها عامة يتطلب تطبيقها على المسائل التفصيلية ترويضاً ملائماً لمختلف الحالات الواقعية. وهو ما عمد إليه القضاء الجزائري في المنازعات المطروحة عليه الخاصة بها، فمن خلال الأحكام القضائية المستشهد بها تبين أن أغلب الحلول التي انتهى إليها تتفق مع روح النصوص القانونية، وإن كان تسببها قانونياً وفنياً تعوزه الدقة وعدم التحكم التام في آليات تنازع القوانين. فضلاً عن عدم كفاية قواعد تنازع الاختصاص الدولي للقضاء الجزائري الحالية، مع أن ذلك يؤثر مباشرة في تحديد الاختصاص التشريعي الدولي. مما جعل موقف القضاء بالنسبة للاختصاصين القضائي والتشريعي غير مستقر على مبادئ أساسية.

الكلمات المفتاحية: الأحوال الشخصية- الاجتهد القضائي-الاختصاص الدولي- الزواج-الحضانة-الوصية والميراث.

مقدمة

يختلف نطاق الأحوال الشخصية من نظام قانوني لآخر، لعدم الضبط الدقيق لهذا المصطلح الذي يعتمد على التصور وما تقتضيه طبيعة الأشياء¹، وهو

¹ - هذا مصطلح دخيل على لغة القانون في قوانين الدول العربية، يرجع أصله إلى فقه المدرسة الإيطالية القديمة التي استعملت كلمة Statutum بمعنى القانون المحلي، ثم استعمل بمعنى القانون الخاص بالشخص Statut personnel، مقابل القانون المتعلق بالأموال Statut Réal.

عرفت محكمة النقض المصرية الأحوال الشخصية في حكم قديم لها (1934/6/21) بأنها "مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب عليها القانون أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو ابناً شرعياً وكونه تام الأهلية أو ناقصاً لصغر سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية"، وأضافت إلى هذا التعداد "بعض المسائل المتعلقة بالمال كالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها، باعتبارها تقوم على فكرة التصديق المندوب إليها ديانة". وعرف بعض الفقهاء الأحوال الشخصية بأنها

مصطلح مستورد من القوانين الغربية لا يعرفه فقهاء الشريعة الاسلامية، لذلك
تورد مسائل الأحوال الشخصية في القوانين العربية على سبيل التعداد ولكن دون
حصر. ففي القانون الجزائري تندرج كل النظم المذكورة في قانون الأسرة ضمن
الأحوال الشخصية يضاف إليها أحكام الأهلية المنظمة في القانون المدني. ويهمنا
بشأنها في هذه الدراسة الزواج المختلط بوصفه علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي.
ويتقاطع الزواج في ارتباطاته القانونية، ولاسيما بعد انحلاله مع الحضانة
والميراث والوصية.

ورغم تنظيم المشرع تنازع القوانين في مسائل الزواج، إلا أن ذلك التنظيم
يتصف بالعمومية، تعوزه الدقة والتفاصيل أحيانا، وفي أحيان أخرى يؤثر في
الرابطات الزوجية المختلطة النظام العام فيستبعد القانون الأجنبي المختص أصلا
باسم النظام العام.

سوف أحل في هذه المداخلة موقف الاجتهاد القضائي الجزائري بشأن
مسائل الزواج المختلط ضمن ثلاثة محاور، لتدخلها فيما بينها.

- 1- الزواج المختلط وانحلاله.
- 2- الحضانة بعد انحلال الزواج.
- 3- الميراث والوصية بوصفهما أثرا لانحلال الزواج.

المطلب الأول: الزواج وانحلاله

إن الزواج المختلط من مسائل الأحوال الشخصية التي تطرح بشأنها منازعات
بكثرة على القضاء، نظرا لإقبال الجزائريين والجزائريات على الزواج من طرف
أجنبي ونظرا لحجم الجالية الجزائرية في الخارج ولاسيما في الدول الأوروبية التي
تسند منازعاته لقانون الموطن في حالة اختلاف جنسية الزوجين.

ونظرا للاعتبارات الاجتماعية، الدينية، الخلقية، والقانونية التي يقوم عليها
الزواج فقد اختلفت القوانين في تنظيمه وإسناده، كما أن تدخل قانون القاضي باسم
النظام العام يؤدي إلى شل تطبيق القانون الأجنبي المختص واستبعاده من التطبيق.

القوانين أو النصوص التشريعية وقواعد العادات التي تنظم حالة الاشخاص واهليتهم. كما عرفها آخرون بانها مجموعة المواد
الخاصة بالقانون الذي يتبع الشخص.

راجع كتابنا، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، طبعة 2013، ص 144 و 145.

H.Batiffol ; P.Lagarde, Droit international privé, T2, 1967, n°386.

أولا - الإشكالات القانونية المطروحة

لقد وضع المشرع الجزائري قواعد إسناد خاصة بالزواج المختلط (المواد 11، 12، 13 مدني) ولكن عمومية تلك القواعد وعدم كفايتها، يطرح إشكالات قانونية على القضاء لإيجاد الحلول للمشاكل الواقعية، أهمها:

1- بأي طريقة يعمل بشأن الشروط الموضوعية لصحة الزواج، التطبيق الجامع أو التطبيق الموزع، لاسيما بالنسبة للمسائل الأساسية، كاختلاف الدين وشرط المحرمات وشرط الخلو من بعض الأمراض الخطيرة المعدية؟
2- إن تغيير الجنسية بعد إبرام الزواج الوطني، من أحد الزوجين أو هما معا، يحوله إلى زواج مختلط، فما آثار ذلك عليه مستقبلا؟

3- المعروف أن الاختصاص القضائي الدولي يؤثر في تحديد القانون المختص، وهكذا سوف يختلف القانون الواجب التطبيق، بحسب البلد الذي رفعت فيه الدعوى، فقد يلجأ أحد الزوجين الذي من مصلحته ألا يطبق عليه القانون الجزائري إلى افتعال اختصاص قضائي لدولة أخرى تهربا من تطبيق القانون الواجب التطبيق: الوطني عليه، والعكس صحيح.

4- بعض الجزائريات يتزوجن في الخارج من أجنبي غير مسلمين، قطعاً طبقاً للقانون الجزائري هذا زواج باطل، ولكن تترتب عليه آثار واقعية، بل وقانونية². فكيف يكون حكمها؟

هذه الإشكالات الواقعية والاعتبارات القانونية، جعلت الزواج المختلط من أكثر المسائل القانونية تعقيدا في تنازع القوانين. وتحليل اجتهاد المحكمة العليا في هذا الخصوص يكشف عن مدى تحكمها في آليات تنازع القوانين في الزواج المختلط.

ثانيا - الأحكام والنصوص القانونية

خص المشرع الجزائري تنازع القوانين في الزواج المختلط بالمواد 11 و 12 و 13 و 19 مدني، ونصوص أخرى واردة في قانون الحالة المدنية تتعلق باختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي الجزائري بإبرام عقود الزواج.

² - من ذلك اكتساب الجنسية الجزائرية، مع أنه ناتج عن زواج باطل.

المادة 11 مدني تنص: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين". والراجح هو الأخذ بالتطبيق الموزع، فيطبق على كل طرف قانونه الوطني، إلا بشأن موانع الزواج وشرط الخلو من بعض الأمراض المعدية الخطيرة، حيث يعمل بالتطبيق الجامع. ونصت المادة 12 مدني: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها الزواج... ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

هذا النص خاص بآثار الزواج الشخصية والمالية (الفقرة الأولى) وانحلاله (الفقرة الثانية) مع الإشارة أنه بموجب تعديل 2005 تم إدراج أيضا الانفصال الجسماني ولو أنه نظام مقرر في القوانين الغربية ولكن يثير منازعات في روابط الزواج المختلط خاصة بتنفيذ آثاره في الجزائر خلال فترة الانفصال بشأن الحضانة المؤقتة ونظام الأموال المشتركة بين الزوجين³.

أما المادة 13 مدني فتتص: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص شرط أهلية الزواج".

وكما أشرت سابقا ولو أن هذا النص ورد كاستثناء على المادتين 11 و12 إلا أنه أولى بالتطبيق كلما كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرام الزواج، ولو غير الطرف الجزائري جنسيته لاحقا. وبالتالي فالعبرة في صحة وآثار وانحلال الزواج بما يقضي به القانون الجزائري وحده إلا فيما يخص أهلية الزواج الذي يظل الطرف الأجنبي خاضعا لقانونه، ولا ينفرد بهذا الاستثناء القانون الجزائري وحده وإنما مقرر في جل القوانين الأخرى⁴، وتكمن أهميته في تقرير صحة الزواج وبيان آثاره وطرق حله إذا

³ - أقر القانون الجزائري هذا النظام الاتفاقي: استثناء على النظام القانوني المعمول به مبدئيا وهو استقلال وانفصال ذمم الزوجين، وذلك بموجب المادة 37 ف 2 من قانون الأسرة بعد تعديلها سنة 2005.

⁴ - راجع بشأن، القوانين العربية: م 14 مدني مصري، م 14 مدني ليبي، م 14 من القانون الاماراتي رقم 5 لسنة 1985، م 15 مدني سوري، م 19 مدني عراقي، م 36/ من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961، م 7/ المعاملات السوداني لسنة 1984، م 13 مدني أردني، راجع في تحليل النص كتابنا القانون الدولي الخاص الجزائري ج 1، م، س، ص 163. موحد إيسعد، القانون الدولي الخاص، ج 1، ترجمة فائز أنجك، ديوان المطبوعات الجامعية 1989، ص 297. وراجع في القانون المصري، أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مكتبة الجلاء الجديدة، 1996، ص 862.

كان القانون الأجنبي يقضي بخلاف ما هو مقرر في القانون الجزائري، فالعبرة بما هو مقرر في القانون الوطني.

وبخصوص شكل الزواج، يخضع طبقا للمادة 19 مدني إلى قانون محل إبرامه أو قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك. ويختص السلك الدبلوماسي والقنصلي الجزائري المعتمد في الخارج بإبرام الزواج الذي يكون أحد طرفيه جزائريا، وهذا طبقا لقانون الحالة المدنية.

ثالثا - حلول القضاء الجزائري المعتمدة بشأن الإشكالات السابقة

ولو أن القضاء الجزائري يطبق غالبا أحكام التنازع الواردة في المادتين 11 و12 المذكورتين⁵، إلا أن التحليل الدقيق لأحكام المحكمة العليا يكشف عن عدم استقراره على قواعد مبدئية وتطبيقها بإطراد كما أنها قلما تشير إلى تطبيق المادة 13 مدني مع أنها ضابط الإسناد الأولى بالتطبيق كلما كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرام الزواج. سوف أحلل عينات من مبادئ المحكمة العليا في هذا الشأن.

1- بالنسبة للطلاق خاصة، إن المحلل لاجتهاد المحكمة العليا يكتشف حرصها ورقابتها لضرورة تطبيق القانون الجزائري إذا كان الزوج جزائريا، وذلك عملا بالمادة 12 / 2 مدني⁶.

2- بالنسبة لاختصاص القضاء الجزائري في منازعات الزواج المختلط، يلاحظ عدم استقرار المحكمة العليا على قواعد مبدئية، فلا نجد تعليلا قانونيا سليما لأحكامها في هذا الشأن، ويرجع ذلك في اعتقادي إلى خلو القانون الجزائري من قواعد تشريعية كافية على غرار القوانين الأخرى، فهناك فقط المادتان 41 و42 إجراءات مدنية وإدارية المستسختين من المادتين 14 و15 مدني فرنسي. هكذا نجد المحكمة العليا في حكم صادر عنها في 12/3/2008⁷ والظاهر أنه حكم مبدئي بالنظر لتشكيلة المحكمة (8 قضاة)، نقضت الحكم المطعون فيه مستبعدة اختصاص القضاء الجزائري في مسألة هي من صميم

⁵ -راجع قرار المحكمة العليا رقم 170082 المؤرخ في 1998/2/17، المجلة القضائية 2000، عدد1، ص167. ورقم 753902 المؤرخ في 2013/3/14، مجلة المحكمة العليا 2013، عدد1، ص282.

⁶ -راجع القرار رقم 91144 المؤرخ في 1993/6/23، المجلة القضائية، 1994، عدد 1 ص 63، والقرار رقم 170082، المؤرخ في 1998/2/17، المجلة القضائية 2000، عدد 1، ص167.

⁷ -مجلة المحكمة العليا، سنة 2008، عدد1، ص257.

اختصاصه، واضعة المبدأ الآتي "لا يختص القضاء الجزائري بالمنازعات المنصبة على الجوانب المادية للطلاق بين زوجين جزائريين مقيمين في دولة أجنبية".

طبعاً هذا المبدأ ليس له أساس قانوني، وبالتالي على أي أساس رفضت الدعوى كون إقامة الزوجين في الخارج، مع العلم أن المحكمة العليا قبلت الاختصاص في نفس النزاع فيما يخص الحكم بالطلاق ورفضته بشأن الجوانب المادية، فعلى أي أساس قررت التفرقة بين المسألتين⁸، مع العلم أن امتياز الجنسية الجزائرية (م 41 و 42 من إجراءات مدنية وإدارية) معيار عام للتقاضي أمام القضاء الجزائري.

3- في اجتهاد حديث (قرار 2013/3/14)⁹، أكدت المحكمة العليا تطبيق المادتين 22 و 12 مدني في نزاع زواج مختلط تقاطع فيه الاختصاصان القضائي والتشريعي الدوليين. ونظراً لأهمية هذا القرار والنتائج التي انتهى إليها أتناوله بشيء من التفصيل.

أ- الوقائع والإشكال القانوني المطروح

يستخلص من القرار أن زواجا أبرم بين جزائريين في الجزائر، ومقيمين في الخارج، وبحكم اكتساب الزوج الجنسية الفرنسية (سنة 2004) سجل زواجه لدى مصالح وزارة الخارجية الفرنسية، وعلى إثر نزاع بين الزوجين، رفع الزوج دعوى في الجزائر طالبا بالطلاق بالإرادة المنفردة، ورفضت الزوجة دعوى أخرى أمام القضاء الفرنسي طالبة الطلاق وتوابع العصمة، ودفعت في الدعوى المرفوعة أمام القضاء الجزائري بعدم الاختصاص لوجود دعوى بين نفس الاطراف وحول نفس الموضوع منشورة أمام القضاء الفرنسي.

وبتاريخ 2010/10/27 أصدرت محكمة الدرجة الاولى الجزائرية (محكمة بجاية) حكماً نهائياً قضت فيه بالطلاق، فطعن المصلحة بالنقض أمام المحكمة العليا في هذا الحكم، متمسكة بدفعين، الأول مؤداه عدم الاختصاص (ويظهر من سياق الدفع أنها تقصد عدم الاختصاص القضائي والتشريعي معاً)، والثاني خاص بالقصور في التسييب.

⁸ راجع التعليق على هذا القرار، زيروتي الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقاً عليه، دار هومة 2014، ص 140.

⁹ - القرار 0753902، منشور بمجلة المحكمة العليا 2013، عدد 1، ص 282.

ب - الاشكال القانوني المطروح

نظرا لتداخل مضمون الوجهين لتعلقهما بالاختصاصين القضائي والتشريعي الجزائري والهدف منهما استبعاد الاختصاص لصالح القضاء والقانون الفرنسي، فالإشكال القانوني يدور حول أي جهة قضائية مختصة دوليا ويستتبع حل هذا الإشكال تحديد القانون المختص أيضا. وهذا بعد طرؤء الصفة الاجنبية على العلاقة القانونية التي كانت سابقا وطنية محضة بسبب اكتساب الزوج الجنسية الفرنسية (التنازع التشريعي) والإقامة في فرنسا (التنازع القضائي والتنازع التشريعي أيضا طبقا للقانون الفرنسي).

ج - تقدير الحل المعتمد

ج-1: بالنسبة للمسألة الأولى (الاختصاص القضائي) من المعروف ان القانون الجزائري نص في على ضابط واحد لاختصاص القضاء الجزائري دوليا وهو امتياز الجنسية الجزائرية (المادتان 41 و 42 من إجراءات مدنية وإدارية) وفيما عدا ذلك درج القضاء الجزائري¹⁰، واستقر شراح القانون الدولي الخاص الجزائري¹¹ على التوسع في تطبيق قواعد الاختصاص المحلي والقياس عليها دوليا. وعليه فالقضاء الجزائري مختص طبقا للمادة 41 المشار إليها ما دام الزوج جزائريا بغض النظر عن جنسية الزوجة وموطن الزوجية.

ج-2: فيما يخص المسألة الثانية (الاختصاص التشريعي)، ضابط الاسناد الخاص بانحلال الزواج هو المادتان 12 / 2 و 13 مدني، ويطبق القانون الجزائري عملا بالمادة 13 مدني، مادام الزوجان جزائريين عند إبرام الزواج، بغض النظر ما اذا حصل الزوجان أو أحدهما لاحقا على جنسية أجنبية.

ج-3: بالنسبة لأثر ازدواج جنسية الزوج على الاختصاص التشريعي والقضائي الجزائري، إن المادة 22 مدني حسمت المشكل:

- إذا كانت الجنسيات التي يحملها الشخص أجنبية عن جنسية القاضي، فالعبرة بالجنسية الواقعية أو الفعالة (م 22 ف1).

¹⁰- راجع اجتهاد القضاء الجزائري، المرجع السابق.

¹¹- راجع موحند إسعد، المرجع السابق، ص 31. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 2، دار هومة 2008، ص 30.

وكتابتنا دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، طبعة دار هومة 2010، ص 315.

- إذا كانت من ضمن الجنسيات التي يحملها المعني بالأمر الجنسية الجزائرية، فالعبرة بها وحدها ويعامل بهذه الصفة ويطبق عليه القانون الجزائري وكفى.

على هذا الأساس ننتهي الى اختصاص القضاء والقانون الجزائري لحكم هذا النزاع، وهوما انتهت اليه المحكمة العليا لكون الزوج جزائري الجنسية.

المطلب الثاني: الحضانة

من مسائل الأحوال الشخصية التي يثور بشأنها تنازع القوانين بعد انحلال الزواج، بعض القوانين العربية خصتها بضابط إسناد خاص¹². بينما اعتبرتها قوانين أخرى من آثار انحلال الزواج ويسري عليها القانون المطبق عليه. ولكن هناك مبدأ عام في شأن الحضانة وهو مراعاة مصلحة المحضون (المادتان 67 / 2، 69 من أسرة) عند إسنادها لمن يستحقها.

ولم يخص القانون الجزائري الحضانة بقاعدة إسناد خاصة، وبالتالي قاعدة الإسناد المناسبة هي القانون المطبق على انحلال الزواج باعتبارها من آثاره. وهو الرأي الراجح في القانون المقارن¹³.

وتشير الحضانة مشاكل قانونية في الزواج المختلط، تتعلق بمستحقها من الأبوين إذا كان غير مسلم أو يقيم في الخارج. ويتضح فيما يلي تطور موقف المحكمة العليا في هذا الشأن من خلال تحليل بعض أحكامها.

ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى في 1989/1/2¹⁴. وافق على القرار المطعون فيه الذي رفض إعطاء صيغة تنفيذية لحكم أجنبي قضى بإسناد الحضانة للأم المقيمة في الخارج، مذكرا بمبدأ مستقر عليه اجتهاده وهو "في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة" معتبرا وجود المحضون

¹² - المادة 43 من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961، وقد أسندت الحضانة لقانون جنسية الأب. الفصل 50 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998، الذي حدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة بـ : - القانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية. - قانون جنسية المحضون. - قانون مقر سكناه. - على أن يطبق القاضي القانون الافضل للطفل من بينها.

¹³ - راجع في القانون الفرنسي، باتيفول ولاجارد، المرجع السابق، ص85. وفي القانون المصري، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 846.

¹⁴ - القرار رقم 52207، المجلة القضائية، 1990، عدد4، ص 74.

في الخارج يغير من اعتقاده ويبعده عن دينه وعادات قومه، ويحرم الأب من ممارسة حقه في الزيارة ورقابة ابنه، وقد اعتبر المجلس الأعلى هذه المسائل من النظام العام الذي يحول دون منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي.

وهو نفس المبدأ الذي اعتمدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ 1990/2/19¹⁵، وقرارها المؤرخ في 2001/12/26¹⁶. مؤكدة أن تربية المحضون على دين أبيه من مصلحته ومعتبرة سكن الأم في بلد أجنبي يحرم الأب حقه في رقابة أبنائه، وإمكانية زيارتهم دوريا. واعتبرت في قرار آخر¹⁷ أن منح الحضانة لمستحقها مشروط ضمنيا بالسكن في الجزائر، وأن انتقال الحاضنة للتوطن في بلد أجنبي مشروط بموافقة القاضي لإثبات الحضانة لها أو إسقاطها عنها بالمراعاة لمصلحة المحضون طبقا للمادة 69 من قانون الأسرة.

ولكن في قرار حديث¹⁸. بالرغم من كون الحاضنة اكتسبت جنسية أجنبية وتقيم في بلد أجنبي غير مسلم، وافقت المحكمة العليا على حكم الموضوع الذي أسند إليها الحضانة مادامت هي مسلمة، وهكذا لم يعد اختلاف جنسية الحاضنة عن المحضونين (خمسة أولاد) وبعد المسافة بين مقر إقامة الأب في الجزائر ومقر ممارسة الحضانة في الخارج، وكأن الصفة الدينية للحاضنة تغني عن حق الأب في رقابة أبنائه وحرمانه من حق الزيارة عمليا. هذا تطور ملفت للقضاء الجزائري في هذا الشأن.

المطلب الثالث: الوصية والميراث

الوصية والميراث من المسائل القانونية المتعلقة بالمال ذات الصبغة الشخصية، تصنف في القانون الجزائري والقوانين العربية ضمن الأحوال الشخصية. فنصت المادة 1/16 مدني على أنه "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"¹⁹.

¹⁵ - القرار رقم 59013، المجلة القضائية 1991، عدد 4، ص 117.

¹⁶ - المجلة القضائية، سنة 2004، عدد 1، ص 264.

¹⁷ - القرار رقم 91671، المؤرخ في 1993/6/23، المجلة القضائية، 1994، عدد 1، ص 72.

¹⁸ - القرار رقم 57038، المؤرخ في 2008/9/10، مجلة المحكمة العليا 2008، عدد 2 ص 313.

¹⁹ - يقابل هذا النص في القوانين العربية: 17 فـ 1 مدني ليبي، م 17 فـ 1 مدني مصري، م 18 فـ 1 مدني أردني، م 18 فـ 1 مدني سوري، م 23 فـ 1 مدني عراقي، م 10 فـ 1 من قانون المعاملات السوداني لسنة 1984. م 48 من القانون الكويتي رقم 5 لسنة

بينما تدرج في القوانين الغربية ضمن التصرفات والأموال. ويتدخل قانون القاضي باسم النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، كأن يحرم البنات من الإرث أو يحرم بعض الورثة بسبب اللون أو يجيز التوارث بين المسلمين وغير المسلمين أو يقر لولد الزنا أو الولد المتبنى حق الإرث. إن هذه المسائل مخالفة لأحكام قطعية في الشريعة الإسلامية التي تعد من النظام العام²⁰.

ومن القواعد الأساسية بشأن الميراث والوصية عدم جواز التوارث بين المسلمين وغيرهم، ولو بين زوجين، وعدم جواز الوصية فيما يجاوز الثلث، وعدم جواز الوصية لوارث إلا إذا قبلها الورثة، واعتبار كل التصرفات المضافة لما بعد الموت ولو كانت بين الأحياء كالبيع في مرض الموت تصرفات مضافة لما بعد الموت، تخضع لأحكام الوصية.

وفي هذا الصدد يحاول الأفراد التحايل على أحكام الميراث والوصية بافتعال مراكز قانونية صورية تخالف أحكام تلك النظم. وقد فصل القضاء الجزائري في قضيتين تخصان هذه المسألة، من المهم تحليلهما والوقوف على موقفه منهما²¹، ورغم تشابه موضوع النزاع فيهما وصحة الحل الذي انتهى إليه، إلا أن تسببيه غير دقيق، واعتقد أن السبب يرجع لعدم تحكمه الكافي في تطبيق آليات تنازع القوانين.

القضية الأولى فصل فيها المجلس الأعلى بتاريخ 1968/3/20²²، ملخص وقائعها أن امرأة أوصت لأخرى بوصية رسمية محررة سنة 1941 بكامل تركتها معلنة اختيار تطبيق التشريع الفرنسي الذي يجيز ذلك. والقضية الثانية فصلت فيها المحكمة العليا بتاريخ 1990/10/17²³. تتمثل وقائعها، أن زوجا من أصل جزائري مسلم أوصى لزوجته بتاريخ 1952/10/10 بكامل تركته، معلنا اختياره تطبيق القانون الفرنسي الذي يجيز ذلك، وتوفي سنة 1956.

1961، م 17 ف1 من القانون الاماراتي رقم 5 لسنة 1985. الفصل 55 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998. الفصل 18 من ظهير 1913/8/12 المغربي.

²⁰ - راجع في تفاصيل أحكام التنازع في الميراث والوصية كتاب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، م، س، ص 7 وما بعدها.

²¹ - المرجع السابق، ج 2، ص 41.

²² - القرار منشور ضمن مجموعة الاحكام الصادرة عن وزارة العدل، المجموعة الاولى، ص 21.

²³ - القرار رقم 63219، منشور في المجلة القضائية 1991، عدد 2، ص 79.

رغم تشابه الوقائع ووحدة الإشكال القانوني المطروح والحل الموحد الذي انتهى اليه القراران إلا أن التأسيس القانوني مختلف، ولم يتحكم فيه كما ينبغي. في القضية الأولى علل المجلس الأعلى قراره القاضي باستبعاد خيار تطبيق القانون الفرنسي على أساس "عدم جوازه في العقود أحادية الجانب التي تمس بحقوق الغير المثبتة بالقانون المطبق طبيعياً"، بمعنى جواز الاختيار طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة في العقود التبادلية، أما العقود أحادية الجانب (الوصية) فيسري عليها القانون الشخصي (أي أحكام الشريعة الإسلامية في حينه) ومن ثم وافق المجلس على الحكم المطعون فيه ورد الوصية إلى الثلث الجائز شرعاً.

وفي القضية الثانية، ومن خلال تحليل دفع وطرف النزاع، اللذين تمسكا بتطبيق المادة 16 مدني، ولكن كل طرف أعطى لها تأويلاً حسبما يتفق ومصلحته، يلاحظ أن المحكمة العليا لم تعلل قضاءها طبقاً لمضمون النص وكيفية تطبيقه، وتعيين أساس استبعاد القانون الأجنبي، فجاء تأويلها غامضاً لتسبب قرارها مع أنها ألغت القرار المطعون فيه الذي أقر صحة الوصية، وبالتالي أيلولة كل التركة للزوجة وحدها. إن الإشكال القانوني الحقيقي المطروح في الحالتين، يخص أساس استبعاد القانون المختار، مع العلم أن اختيار القانون السابق (القانون الفرنسي) في حينه جائز، وبالتالي فالوصيتين صحيحتين²⁴.

إن تنازع القوانين في الحالتين حصل بتعاقب اختصاص قانونين في وقتين مختلفين، حول تنظيم مركز قانوني واحد، أحدهما عند إنشائه (القانون الفرنسي) والثاني (القانون الجزائري الحالي) عند المنازعة في آثاره أو التمسك بتطبيق القانون الأول الذي نشأ الحق في ظله، كحق مكتسب Droit Acquis.

ومن المعروف طبقاً لمبادئ تنازع القوانين، أنه لا يجوز التمسك بحق مكتسب طبقاً لقانون معين إذا كان مخالفاً للنظام العام في غير الدولة التي نشأ فيها. يتضح من هذين القرارين أن أساس استبعاد القانون المختص هو مخالفته للنظام العام. وقد أشار القراران لذلك ولكن بصفة غير مباشرة²⁵.

²⁴ - وهذا بغض النظر عن الهدف الاستعماري من وراء ذلك، وهو التضييق من نطاق تطبيق القانون المحلي (الشريعة الإسلامية) على الأهالي لصالح القانون الفرنسي.

²⁵ - رار الأول ذكر أنه "لايسوغ مد آثاره (أي الاختيار) إلى عقد أحادي الجانب يمس بحقوق الغير المثبتة بالقانون المطبق طبيعياً". والقرار الثاني جاء فيه "إن الموصي رجل مسلم وجزائري، وتطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الجزائر. حتى في العهد الاستعماري الفرنسي إن شرط تطبيق القانون الفرنسي هو شرط ملغى لأنه مخالف للشريعة الإسلامية. راجع تحليلاً أوفى للقرارين كتاب دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ج 2، ص 47 وما بعدها.