

بتاريخ: 2011/01/31

جامعة حسيبة بن بوعلي
كلية العلوم القانونية والإدارية
المستوى السنة الرابعة

امتحان في مقياس القانون الدولي الخاص (المجموعة الثانية)

أولاً- السؤال الإجباري (استشارة قانونية): (11 نقطة)

جاك أمريكي فرنسي الجنسية ولد في فرنسا وحصل فيها على شهادة الهندسة في الصناعات البترولية من الجامعة بستراسبورغ بفرنسا، وافتتح مكتب دراسات في تخصصه مقره باريس، تزوج بكريستين لها في نفس الوقت جنسية أمريكية وفرنسية وألمانية ورحلا للإقامة في الجزائر، وذلك بعد أن استعانت به إحدى الشركات البترولية الأمريكية لإنجاز مشروع خاص باستغلال إحدى حقول النفط على المدى الطويل في الصحراء الجزائرية، وبقي في الجزائر لمدة تزيد عن 12 سنة، حصل خلالها جاك على الجنسية الجزائرية، جرى نزاع بين الزوجين، مما أدى إلى اتفاق الطرفين على اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى لفك الرابطة الزوجية بينهما، بتاريخ 2010/03/06. في ضوء الوقائع السابقة:

- 1- استخرج أهم المسائل القانونية ثم قم بتكييفها محددًا القانون الذي يتعين على القاضي الجزائري تطبيقه على كل مسألة؟ مع التعليل؟
- 2- ما هي الصعوبات التي تعترض القاضي في تطبيق قاعدة الإسناد على هذا النزاع؟ وكيف سيحلها القاضي المعروض عليه النزاع؟
- 3- هل يتغير القانون الواجب التطبيق فيما لو كان الزوج بعد بدء الخصومة القضائية قد فقد الجنسية الجزائرية أو غيرها؟

ثانياً- أجب عن سؤالين من بين الأسئلة التالية:

- 1- قرر المشرع الجزائري استثناءات على القاعدة العامة التي تقرر إخضاع التكييف لقانون القاضي حددها وأذكر الأساس القانوني لكل منها عند المشرع الجزائري؟
- 2- هل يقتصر الدفع بالغش نحو القانون عند المشرع الجزائري حالات التهرب من قانون القاضي فقط أم يمكن أن يمتد فيشمل أيضا حالة التهرب من القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية ؟
- 3- من خلال المادة 11 من القانون المدني الجزائري، نجد أن ضابط إسناد الشروط الموضوعية لصحة الزواج هو الجنسية المشتركة، لكن المشكلة تثار عندما تختلف جنسية الزوجين، فما هو الحل في هذه الحالة؟
- 4- متى يستبعد قانون الجنسية الذي يتحدد به أهلية الأداء في القانون الجزائري ؟

بالتوفيق/ أ.أحمد بوزينة

الإجابة النموذجية عن امتحان مادة القانون الدولي الخاص (المجموعة الثانية)

العام الدراسي 2010/2011

الإجابة على السؤال الإجباري (حل الاستشارة 11 نقطة)

ج1: استخراج أهم المسائل القانونية ثم تكييفها :

أ- أهم المسائل القانونية الواردة في الاستشارة هي

المسألة الأولى، تتعلق بفك الرابطة الزوجية والتي تعتبر مسألة من المسائل التي تندرج ضمن الفئة المسندة المتعلقة بانحلال الزواج والتي تتضمن مجموعة من المسائل المتشابهة هي الطلاق والتطليق والخلع، وبالرجوع إلى تصنيف هذه الفئة، فإننا تندرج ضمن مسائل الأحوال الشخصية والتي ينطبق عليها القانون الشخصي لأطراف العلاقة، وبالرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الجزائري الخاصة بحل مشاكل الزواج المختلط، نجد أن قاعدة الإسناد الواردة في الفقرة الثانية من المادة 12 من القانون المدني الجزائري، تسند الاختصاص إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فقد جاء فيها: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

وأوردت المادة 13 استثناء هام بقولها: " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11،12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج. " وبما كلا الزوجين لم يكونا جزائريين أثناء انعقاد الزواج، ومن ثم لا يطبق الاستثناء الوارد في المادة 13 على انحلاله، لأن المادة ربطت أعمال الاستثناء بأن يكون أحد الزوجين جزائري أثناء العقد، في المقابل لا يسري حكم الاستثناء إذا كان الزوجان أجنبيان عند إبرام الزواج ثم تجنس أحدهما أو هما معا بالجنسية الجزائرية بعد عقد الزواج كما هو الحال بالنسبة لجاك، وبما أن جاك لم يكن جزائريا أثناء العقد، وإنما اكتسب الجنسية الجزائرية في وقت لاحق، فإنه يطبق على انحلال الزواج ما ورد في المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني، وبالرجوع إلى وقائع النزاع نجد أن القانون الجزائري مختص، وبالتالي يطبق القانون الجزائري على الطلاق عملا بالفقرة الثانية من المادة 12 من ق. م. الجزائري.

وبما أن جاك متعدد جنسيات، وأن من بين الجنسيات التي يحوزها الجنسية الجزائرية فان القاضي يحل هذه المشكلة بإعطاء الأولوية للجنسية الجزائرية وذلك بتطبيق ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 22 من القانون المدني الجزائري، وتطبيقا لما ورد في المادة 12 من اتفاقية نيويورك المبرمة في 28 أوت 1954 والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 173/64 المؤرخ في 8 جوان 1964.

المسألة الثانية: تتعلق بإجراءات رفع الدعوى الرامية إلى فك الرابطة الزوجية بالطلاق، ولقد قرر المشرع الجزائري صراحة في المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري، على أنه يطبق القانون الجزائري على

إجراءات رفع دعوى الطلاق الذي قرر صراحة أن هذه الإجراءات تخضع لقانون القاضي وبما أن القاضي المعروف عليه النزاع هو القاضي الجزائري فيطبق على تلك الإجراءات القانون الجزائري.

ب- أما بالنسبة للقانون الذي يخضع له تكيف المسائل الواردة في النزاع فهو القانون الجزائري سواء بالنسبة لمسألة فك الرابطة الزوجية أو بالنسبة للإجراءات المتبعة لفك الرابطة الزوجية، فكلتا المسألتين تخضع للقاعدة العامة للتكيف والتي تخضع تكيف المسائل المعروضة على القاضي وتحديد طبيعتها للقانون القاضي وفقا لما نادى به المدافعين على فكرة إخضاع التكيف لقانون القاضي، وهو ما قرره المشرع الجزائري صراحة في المادة 9 من القانون المدني الجزائري.

ج2: الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية على انحلال الزواج هي:

أ- حالة تعدد الجنسية: بمعنى أن يكون لأطراف العلاقة جنسيات متعددة ويكون ضابط الإسناد الذي يتحدد من خلاله القانون الواجب التطبيق جنسية المعني، لحل هذا الإشكال ميز المشرع الجزائري في نص المادة 22 من القانون المدني الجزائري بين الفرضين التاليين:

الأول: عندما تكون كل الجنسيات التي تثبت للشخص أجنبية ولا توجد من بين الجنسيات التي يملكها الشخص الجنسية الجزائرية، أوجب المشرع الجزائري على القاضي من خلال الفقرة الأولى من المادة 22 من القانون المدني الجزائري والمادة 12 من اتفاقية نيويورك المذكورة سابقا، أن يأخذ بقانون الجنسية الفعلية للشخص وهي الجنسية التي يرتبط بها أكثر من غيرها: بالإقامة في إقليم دولة ما أو اتخاذ إقليم ما موطنًا لممارسة جميع نشاطات الشخص أو درس فيها، وقد أيد معظم الفقه هذا الحل على أساس أن مسألة تعدد الجنسيات هي مسألة واقع وليس قانون.

الثاني: عندما تكون من بين الجنسيات التي تثبت للشخص وللشخص الجنسية الجزائرية، فعلى القاضي إعطاء الأولوية للجنسية الجزائرية وتطبيق القانون الجزائري طبق لما قرره الفقرة 2 من المادة 22 من القانون المدني الجزائري وكذا نص المادة 12 من اتفاقية نيويورك المذكورة سابقا والمادة 12 من اتفاقية فيينا المؤرخة في 28 جويلية 1951 والتي إنظمت إليها الجزائر بموجب المرسوم المؤرخ في 7 فبراير 1963، وقد أخذت بهذا الحل أيضا القوانين العربية واتفاقية لاهاي 1930 الخاصة ببعض مسائل تنازع القوانين في الجنسية في المادة الثالثة منها.

ب- حالة انعدام الجنسية: المشرع الجزائري مثله مثل القوانين العربية الأخرى ترك تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الاحوال الشخصية لعديم الجنسية للسلطة التقديرية للقاضي في المادة 22 قبل تعديلها، لكن بعد التعديل قررت المادة أنه في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة، وهذا ما دلت عليه

صراحة الفقرة الثالثة من المادة 22 من القانون المدني الجزائري، وتقرر في وقت سابق في المادة 12 من اتفاقتي نيويورك وفيينا المذكورتين سابقا.

ج- حالة تغيير الجنسية: قد يقوم الشخص بتغيير جنسيته بين وقت نشوء العلاقة القانونية ووقت رفع النزاع بشأنها أمام القضاء مما يجعل القاضي محتارا بين العمل بجنسية الشخص وقت نشوء العلاقة في قانون الجنسية القديمة أم يطبق على العلاقة قانون الجنسية الجديدة؟ بما تعرف بمشكلة التنازع المتحرك ولتفادي أي صعوبة تعترض القاضي المعروض عليه النزاع فإن المشرع الجزائري حل هذه المسألة برأي واضح في عدة نصوص منها، بأن قيد ضابط الجنسية في الزمان وحدد الإطار الزمني الذي تكون فيها الجنسية المختارة محل اعتبار، فأخذ بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بالنسبة لإنحلال الزواج والانفصال الجسماني (م.2/12)، لكن اسند الشروط الموضوعية للزواج وأثاره وانحلاله إلى القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج باستثناء شرط الأهلية يبقى خاضعا للقاعدة العامة أي قانون الجنسية (المادة 13).

د- قد يكون قانون الزوج التطبيق على النزاع هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، وقد حل المشرع الجزائري في إطار المادة 23 من القانون المدني الجزائري، حيث يتكفل القانون الأجنبي المختص بتوزيع الاختصاص التشريعي داخليا وتعيين شريعة الإقليم الواجبة التطبيق، هذا وفي حالة وجود حل للمسألة في القانون الأجنبي المختص، فنصت المادة 2/23 على الحل: نص في هذا الشأن على تطبيق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي كما هو الحال في الدول المتعددة الطوائف أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي.

هـ- يؤدي تطبيق المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري إلى التنازع بين القانون الذي يحكم الطلاق وبين القانون الذي يحكم آثار الطلاق في حالة تغيير جنسية الزوج ما بين وقت رفع الدعوى وقبل الحكم في الطلاق، ولكن تم حل هذه المشكلة بأن قيد الجنسية التي تكون محل اعتبار سواء بالنسبة للطلاق الذي قرر أنها جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، أما بالنسبة لآثار الطلاق فقد قرر لها ضوابط أخرى.

ج3: هل يتغير القانون الواجب التطبيق فيما لو كان الزوج عند بدء الخصومة القضائية قد فقد الجنسية الجزائرية؟

لا يتغير القانون الواجب التطبيق على النزاع ألا وهو القانون الجزائري، إعمالا لما ورد في المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني، لأن النص كان صريحا ولو فقد الزوج الجنسية الجزائرية عند بدء الخصومة القضائية، فالنص اعتبر أن الوقت الذي تكون فيه جنسية الزوج محل اعتبار في تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لانحلال الزواج، هي جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ومن ثم فقدان الجنسية للزوج أو تغييرها ما بين تاريخ رفع الدعوى والحكم فيها لا يؤثر على اختصاص القانون الجزائري بالبت في دعوى الطلاق وفقا لجنسية الزوج الجزائري، لأن

العبرة بأن يكون الزوج جزائرياً وقت رفع الدعوى، ولكن لا يبقى القانون الجزائري مختصاً بالنسبة للأثار الأخرى لانحلال الزواج، بل يتوقف أثره عند البت في دعوى الطلاق.

ثانياً- الإجابة على الأسئلة الاختيارية (7 نقاط)

ج1: قرر المشرع الجزائري استثناءات على القاعدة العامة التي تقرر إخضاع التكييف لقانون القاضي حدها وأذكر الأساس القانوني لكل منها عند المشرع الجزائري؟

أخذ المشرع الجزائري بالاستثناءات على التكييف وفقاً لقانون القاضي فيكون المشرع الجزائري قد ساير الفقه الحديث لنظرية إخضاع التكييف لقانون آخر غير قانون القاضي في الحالات التي يؤدي فيها التكييف وفقاً لقانون القاضي إلى تشويه العلاقة، بإخضاعها لقانون لا تنتمي إليه في الأصل، وقد وردت في التشريع الجزائري على النحو التالي:

1- ورود نص في معاهدة دولية أو نص خاص يخضع التكييف لقانون آخر غير قانون القاضي لأنه يؤدي إلى الاختلاف في تحديد نطاقها نتيجة الاختلاف في التكييف من دولة متعاهدة لأخرى وفي ذلك تعطيل لأحكام المعاهدة وتحل من أحكامها وفقاً لنص المادة 21 من ق.م.ج، و في الحقيقة لا يعد هذا الا تطبيقاً لنص المادة 132 من الدستور الجزائري الذي قرر سمو نصوص المعاهدة على التشريعات الداخلية و كذلك تطبيقاً لقواعد الحل المباشر مما لا يجعل لقواعد التنازع أي دور في حالة وجود هذه الأخيرة ضمن التشريعات الوطنية.

2- تحديد طبيعة المال هل هو عقار أو منقول يخضع لقانون موقعه وفقاً لنص المادة 17 من ق.م.ج.

3_ الاستحالة المادية: وذلك عندما تواجه القاضي مسألة غير معروفة في نظامه القانوني فهو يجب عليه تكييفها وفقاً للنظم القانونية التي تعرف المسألة وفقاً لنص المادة 23 مكرر 2 من ق.م.ج.

4- يخضع تكييف الفعل الضار لقانون محل وقوع الفعل المنشأ للالتزام وفقاً لنص المادة 20 من ق.م.ج.

ج2 : هل يقتصر الدفع بالغش نحو القانون عند المشرع الجزائري حالات التهرب من قانون القاضي فقط أم يمكن أن يمتد فيشمل أيضاً حالة التهرب من القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية ؟

وهو ما نادى به الفقهاء وعمل به القضاء في فرنسا في بداية الأمر، لكن بعد سنة 1961 حكم القضاء الفرنسي بإبطال كل العقود المشتملة على الغش نحو القوانين الأجنبية في 07 مارس 1961 وتوالت بعدها الأحكام القضائية المقررة لنفس الحكم، أما المشرع الجزائري فقد خرج عن صمته فيما يتعلق بهذا الشرط وقرر صراحة من خلال الفقرة الأولى للمادة 24 من القانون المدني إثر التعديل الأخير لهذا القانون مسايرته للقضاء الفرنسي الحديث، بأن أجاز أعمال الدفع بالغش نحو القانون بصورة عامة دون أن يربط جواز الدفع بهذه القاعدة لصالح القانون الجزائري فقط، بل يشمل في لغة تفسير النصوص القانونية كل القوانين، سواء تعلق الأمر بقانون مصطلح

القاضي أم كان قانونًا أجنبيًا لأن المطلق يُعمل على إطلاقه حتى يرد ما يقيدته والعام يُحمل على عمومته حتى يرد ما يخصه.

ج 3 : القاعدة أن قانون الجنسية المشتركة بين الزوجين هو الذي يسرى على زواجهما ويقيد به وقت إبرام العقد، فإذا كان الزوجان يتمتعان بنفس الجنسية هنا لا توجد أي صعوبة إذ يطبق قانون جنسيتهما المشتركة، ولكن تظهر الصعوبة عند اختلاف جنسية طرفا العقد حيث نجد أن القانون الوطني لكل منهما ينص على شروط خاصة به لا يتضمنها أو ينص عليها القانون الآخر، وحل هذه المشكلة يتوقف على الفرضين التاليين:.

• **في حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائريًا نص المشرع الجزائري على إختصاص القانون الجزائري، كما جاء في نص المادة 13 ق م (يسرى القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريًا، وقت انعقاد الزواج، إلا فيما تخص أهلية الزواج) .**

• **وإذا ما كان كلا الزوجان أجنبيان في هذه الحالة ، هل يطبق قانون جنسية كل منهما تطبيقًا جامعا ؟ أم يطبق تطبيقًا موزعا ؟**

التطبيق الجامع للقانون مفاده أن يتوفر في الزوج كل الشروط التي سيلزمها قانون جنسيته وكذلك كل الشروط التي سيلزمها قانون جنسية زوجته، وكذلك بالنسبة للزوجة يجب أن يتوفر فيها الشروط التي يتضمنها قانونها وقانون جنسية زوجها.

أما التطبيق الموزع للقانون مفاده أن تتوفر في الزوج الشروط التي سيلزمها قانون جنسيته فقط، وأن تتوفر في الزوجة الشروط التي سيلزمها قانون جنسيته فقط .

والمشرع الجزائري يطبق في هذه الحالة على الشروط العامة لعقد الزواج القانونين تطبيقًا موزعا بأن ينظر في مدى توافر الشروط التي سيلزمها قانون جنسية كل من الزوج والزوجة من خلال قانون جنسية كل واحد منهما على حدا ، أما بالنسبة للموانع فيطبق القانونين تطبيقًا جامعا وذلك بأن يبحث في مدى وجود موانع في الزوجين تبطل الزواج من خلال كلا القانونين.

ج 4: حالة استبعاد قانون الجنسية الذي تتحدد به أهلية الأداء في القانون الجزائري

أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لصدور التصرف الإرادي منه أو هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية كالبيع، والإيجار وغير ذلك، وقد أخضعها المشرع الجزائري إلى قانون جنسية الشخص كقاعدة عامة وردت صراحة في الفقرة الأولى من المادة 10 من القانون المدني الجزائري.

إلا أن هناك استثناءات وردت على خضوع الأهلية لقانون الجنسية، وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري فإنه يتضح من المادة 10 في فقرتها الثانية والتي أدخلت الاستثناء على القاعدة العامة أنه يشترط لإعماله الشروط التالية :

- أن يكون التصرف الذي أبرمه الأجنبي من التصرفات المالية، فتخرج بذلك من نطاق الاستثناء التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج مثلا .
- أن تعقد هذه التصرفات في الجزائر وتنتج أثارها فيها، وعليه لا مجال لإعمال هذا الاستثناء في الحالة التي يتم فيها التصرف في الجزائر وينتج أثره في الخارج، وكذلك لا مجال لإعماله في الحالة التي يتم فيها التصرف في الخارج وينتج أثره في الجزائر.
- أن يكون الطرف الآخر في العلاقة وطنيا وهو ما يبرز بوضوح من خلال عبارة "....." "إذا كان أحد الطرفين أجنبيا" والتي تدل على أنه بمفهوم المخالفة أن الطرف الأول هو وطني.
- أن يكون المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري وناقصها وفقا لقانونه الوطني.
- أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجعا إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه، أي أن يكون المتعاقد مع الأجنبي معذورا في جهله بنقص أهلية الأجنبي الذي تعاقد معه ، ولقضاة الموضوع سلطة تقديرية في ذلك ، ويكون ذلك وفقا لمعيار الرجل العادي.
- ومتى توافرت الشروط السابقة جميعا مع أجنبي معذور يحق له حينئذ التمسك بهذا الاستثناء، ويعتبر التصرف الذي أبرمه معه صحيحا ومنتجا لأثاره.