مجلة الباحث في العلوم القانونية و السياسية
ISSN: 2676-1955 Al-Bahith journal in legal and political sciences الإيداع القانوني: جوان 2019
E-ISSN: 2716-7925 / العدد: الرابع الشهر: ديسمبر / السنة: 2020

إعمال قانون الإرادة للحد من تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية في التشريعات المقارنة

The implementation of the volition law to reduce laws conflict in matters of personal status In comparative legislation

تاريخ الإرسال: 2020/05/15 تاريخ القبول: 2020/06/28

د. سهام قواسمية(*) جامعة محمد الشريف مساعدية
Gouasmia.sihem@gmail.com.

ملخص

تحتل مسائل الأحوال الشخصية أهمية بالغة و مجالا خصبا في تنازع القوانين أبرزها: الطلاق و أثاره، البنوة، النظام المالي للزوجين ومسائل الميراث؛ هذه الأخيرة تُعدّ من أعقد المسائل في تنازع القوانين خاصة في ما يتعلق بـالتركات العابرة للحدود؛ إذ تعتمد التشريعات الدولية في بيان القانون الواجب التطبيق على ضابطين، منها من تعتمد على الجنسية كضابط إسناد ومنها من تعتمد على الموطن أو محل الإقامة المشترك، فيما يعتمد المشرع الجزائري على ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية في عدة تطبيقات ؛ و مع تطور السياسات التشريعية خاصة لدى الدول الجالبة للسكان كمقاطعة كيباك (كندا) ، القانون الأوربي وكذا الهندي، أصبحت الإرادة ضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية، حيث يستطيع الزوجين اختيار قانون يحكم النزاع المحتمل مستقبلا ، ليس بالضرورة قانون الدولة التي يتوطنون فيها، كما هو الحال في كيباك و البرلمان الأوربي خاصة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على التركات.

الكلمات الدالة: قانون الإرادة، التركة، الأحوال الشخصية.

Summary

Personal status issues have a great deal of space and a fertile ground in conflict of laws, most notably Divorce and its effects, filiation, the financial regulations of the spouses and inheritance issues; the latter is one of the most complex issues in conflict of law, especially with regard to transnational transborder succession; International legislations in the statement of applicable law depends on two factors, Some of them depend on nationality as a connecting factor, others Depends on the habitat connecting factor or common residence. the Algerian legislature depends on the nationality link in matters of personal status in several cases, But legislative policies have evolved, especially among the countries that polarised of a population, like Quebec (Canada), European and Indian law, that the will has become a attribution rulein matters of personal status, where the couple can choose a law to govern the potential future conflict that not necessarily the law of the country in which they are citizens, by amending the Civil Code in Quebec , several European Parliament regulations have also been issued, particularly with regard to the law applicable to inheritance.

(*)- د. سهام قواسمية

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

Keywords : *autonomy of will, succession, Personal status.*

مقدمة

إن الصعوبة الأساسية في موضوع تنازع القوانين كإحدى موضوعات القانون الدولي الخاص هي كيفية الوصول إلي القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة، كون العلاقات القانونية التي تندرج في مجال القانون الدولي الخاص ترتبط بأكثر من دولة و قانون، ويحتاج الأمر إلى تحديد قانون من بين هذه القوانين التي ترتبط بالعلا قة. والسؤال التقليدي الذي يثار هنا، يتمركز حول كيفية حل هذا التنازع في حالة ما إذا وضعنا فكرة الإقليمية جانباً بتعبير آخر، والحل أن لا تصر كل دولة على تطبيق قوانينها إنما تعت بتطبيق قوانين أجنبية إلى جانب قانونها. ويستلزم لحل هذا الإشكال أن نتحسس طبيعة النزاع محل البحث لتحديد القاعدة القانونية التي تنطبق على موضوع النزاع وحل مشكلة التنازع، عن طريق قواعد تسمى قواعد الإسناد. وإذا كانت هذه القواعد هي الطريقة الأساسية للحل، فقد تظهر للدولة مصالح أو اعتبارات خاصة تدعوها إلى تطبيق قانونها في مسائل معينه، لذلك يكتسي الموضوع أهمية بالغة، حيث أنه في هذه الحالة لا يكون هناك مجال للقول بأن التنازع يُحَل وفقا لقواعد الإسناد، لكون القاضي الوطني يطبق في هذه الحالة القواعد الموضوعية في قانونه مع ملاحظة أن تطبيق هذه القواعد يأتي على سبيل الاستثناء ، بلأخذ بقواعد الإسناد لاعتبارات تحد و بالدول إلى فرض قانونها الوطني لوجود مصالح محدده[1]. من ثم يهدف البحث إلى تبيان كيفية تعامل التشريعات المقارنة بخصوص تنازع القوانين في الأحوال الشخصية ومدى انطباق قانون الإرادة عليها مع إمكانية الأخذ به في التشريع الجزائري.

غير أن الطابع الدولي الموضوعي للأحوال الشخصية يجعل تدخل القانون الدولي الخاص أكثر شمولية في نهاية المطاف. أولا لأن تناول هذه المسألة سوف يُقدم لها عنصر أجنبي ، وثانيا قد يتخذ هذا القانون موقعه الأصلي، مما يؤدي بصفة خاصة إلى وضع قواعد موضوعية خاصة، أو الاعتراف بدور إرادة الأفراد. وبالتالي فإن المشاكل الرئيسية للقانون الدولي الخاص هي تنازع الاختصاص، الذي ينقسم إلى قضيتين منفصلتين: الولاية القضائية الدولية (في أي بلد يمكن الحكم على النزاع؟)، والاعتراف بالأحكام الأجنبية[2] .

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

إذ تتضمن الأحوال الشخصية ككل في المدرسة الفرنسية ما يتصل بالإنسان من أهلية وزواج وطلاق أُخضعت لقانون الموطن، وهذه القاعدة تشكل الأصل التاريخي لخضوع الأحوال الشخصية للقانون الشخصي (قانون الموطن) والذي هو قانون الجنسية بالنسبة لبعض الدول الأجنبية و الدول العربية، أما المدرسة الايطالية فقد اعتمدت على مبدأ الشخصية وهو الأصل في تطبيق القوانين والاستثناء هو تطبيق القوانين على أساس مبدأ الإقليمية، ومن رواد هذه النظرية الفقيه الإيطالي مانشيني الذي اعتمد مبدأ الجنسيات، الذي يقضي بأن لكل امة حق تكوين دولة، وعلى هذا الأساس جاء بقاعدة خضوع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية، أي أن القانون الأخير يمتد لحكم المواطنين وان كانوا في ظل قانون غير قانون دولتهم، وفي هذا السياق أكد بأن كل دولة لها سيادة شخصية تمارسها على المواطنين في الداخل و الخارج[3].

من ثم تطورت السياسات التشريعية خاصة لدى الدول الجالبة للسكان، منها مقاطعة كيباك (كندا) والقانون الأوربي، فأصبحت الإرادة ضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية، فيستطيع الزوجين اختيار قانون ليحكم النزاع المحتمل مستقبلا وليس بالضرورة أن يكون قانون الدولة التي يتوطنون فيها، حيث تم تعديل القانون المدني في كيباك ،كما صدرت عدة تنظيمات عن البرلمان الأوربي خاصة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على التركات، مما يجعل إشكالية الورقة البحثية تدور حول نقطتين:

1- ما هو دور قانون الإرادة في الحد من تنازع القوانين؟ والمفاضلة بين النتائج القانونية التي يرتبها قانون الإرادة كضابط جديد في مجال الأحوال الشخصية، وبين قانون الجنسية أو قانون الموطن؟

2- ما مدى استفادة الجالية المسلمة بكيباك وأوربا من ضابط قانون الإرادة؟ خاصة أن مسائل الأحوال الشخصية ترتبط بالدين في الدول الإسلامية.

ستكون الإجابة على هذه المسائل من خلال 03 نقاط: تحقيق الأمن القانوني، القضاء على تنازع القوانين، استفادة المسلمين الأوروبيين من قانون الإرادة؛ وذلك بإتباع المنهج المقارن والمنهج التحليلي.

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

أولا: دور قانون الإرادة في تحقيق الأمن القانوني

إن العقود التي تخضع للقانون المختار من قبل المتعاقدين هي في الأصل العقود التي تعتبر دولية وفقا للمعيارين الاقتصادي والقانوني ، فالعقد الدولي وفقا للمعيار الاقتصادي هو العقد الذي يكون موضوعه حركة رؤوس الأموال عبر الحدود ، أما المعيار القانوني ، فهو المعيار الذي تتحدّد من خلاله مدى دولية العقد، كلما اتصل هذا الأخير بأكثر من نظام قانوني واحد ، وذلك عن طريق توزّع العناصر المميزة المتعلقة بالرابطة التعاقدية، سواء في العقد نفسه أو في الأطراف على أنهيمكن أن يجتمع كلا من المعيارين في العقد الواحد ، وبذلك سيشمل قانون الإرادة المسائل الداخلة في تكوين العقد وفي آثاره وانقضائه[4]، وأول ما يمكن تحقيقه جرّاء إعمال قانون الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية هو الأمن القانوني والأمن القضائي.

نظرا لصعوبة تعريف الأمن القانوني حاول الفقه بداية قياسه على الثقة المشروعة رغم أن المجلس الدستوري الفرنسي يفرق بين الفكرتين؛ فالثقة كاعتقاد يتولد لدى الدائن من موقف المدين، تكون مشروعة لما تلتزم السلطات الإدارية باحترام تطلعات المجتمع ، كأن يحكم القاضي مثلا بـإلزامية العقد. ورغم أن الثقة المشروعة متولدة من مبدأ الأمن القانوني فهما ليسا متطابقين، فالأمن القانوني يضمن الحقوق المحصل عليها؛ بينما الثقة المشروعة وفقا لتعريف محكمة العدل للمجموعة الأوروبية هي كل وضعية في الواقع – ما لم يقرر خلاف ذلك –، تُقدر على ضوء قواعد القانون المطبق الذي يجب أن يكون واضحا ودقيقا، حتى يتمكن الفرد من معرفة حقوقه و واجباته ويحدد موقفه على ضوء هذه القواعد ؛ وقد ترسّخ مبدأ الأمن القانوني بداية في ألمانيا منذ سنة 1961، حيث أكدت المحكمة الدستورية الفدرالية بألمانيا دستورية المبدأ؛ وتم الاعتراف به دوليا من قبل محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قرارها لسنة 1962 بخصوص قضية bosch بتاريخ 1962/04/06. أما التعريف الذي أقرّه مجلس الدولة الفرنسي لمبدأ الأمن القانوني، فيعني أنه يقتضي أن يكون المواطنون في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق ؛ وللوصول إلى هذه النتيجة يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومة وألا تخضع إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة عبر الزمن[5].

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

يعتبر مبدأ الأمن القانوني [6] أحد أهم مقومات الدولة القانونية الحديثة القائمة على سيادة القانون ، مؤدى هذاّ المبدأ أن تلتزم السلطات العمومية بضمان قدر من الثبات للعلاقات يعمل على استقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة، كي يتمكن الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدي من القواعد والأنظمة القانونية القائمة بإعمالها وترتيب أوضاعهم على ضوئها، دون التعرض لتصرفات مباغتة تهدم توقعاتهم المشروعة وتزعزع استقرار أوضاعهم القانونية[7].

من متطلبات الأمن القانوني وضوح القاعدة القانونية لسهولة فهمها من طرف المخاطبين بها من اجل تفادي تناقض القواعد القانونية ؛ ومن المخاطر التي تهدد الأمن القانوني كثرة المنازعات ، لذلك يلعب الأمن القضائي دور مهم في تحقيق الأمن القانوني إذ أن هناك اقتران حتمي بين مبدأي الأمن القانوني والأمن القضائي من خلال إبراز الطابع الحِمائي للقضاء للسهر على حسن تطبيق القانون وحماية الحقوق، حيث يعكس الثقة في المؤسسة القضائية والاطمئنان إلى ما ينتج عنها، كما تتميز القاعدة القانونية بطابع الوقاية من النزاعات، وإثارتها أمام القضاء مفاده حل النزاع بين الأطراف، وهنا يبرز دور القضاء في حماية مبدأ الأمن القانوني؛ إذ أن الأمن القضائي يعتبر حاجزا وقائيا لفائدة الأشخاص ضد تجاوزات بعضهم البعض وحائلا دون تجاوز الإدارة ضد هؤلاء الأشخاص؛ كما انه يشكل حماية للسلطات العمومية ضد الدعاوى الكيدية أو التعسفية من طرف المتقاضين[8]، و طالما تتميز القاعدة القانونية بطابع الوقاية من النزاعات فالراجح هو إعمال قانون الإرادة أو القانون المختار الذي يجسّد حرية التعبير عن الرأي الذي يعتبر من أهم وظائف القانون، تفاديا للتنازع وتحقيق الاستقرار والأمن القانوني بالأساس.

ثانيا: الحد من تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية

يتوقف النظر عند المسائل الأسرية أو الأحوال الشخصية في نظام القانون الدولي الخاص أساسا على اختيار ضابط الإسناد، فهذه المسائل منصوص عليها إما في قاعدة سابقة لتنازع القوانين أو تحدد وفقا للظروف، وفي كلتا الحالتين الهدف هو البحث عن رابط للعلاقة القانونية بأقرب نظام قانوني ؛ وبما أن توزيع الأفراد في المجتمع الدولي يقوم على عنصرين: " الجنسية و الموطن"، فمن الضروري تحديد أي منهما الأنسب لتحقيق هذا الهدف ، حيث يمكن للمعيارين – الجنسية أو الموطن أو كذلك الموطن

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

المعتاد – أن يكونا مُسبقين، إذ يمكن أن يتجسدا في القضية المطروحة أو يدحضا الصلة بين العلاقات الأسرية وبين أضيق نظام قانوني؛ أين يمكن تحقيق الغلبة لأحد الرابطين بالنظر إلى خصوصية النظام القانوني وطبيعة فئة القانون[9].

في القانون الداخلي نلاحظ أن مجالات تطبيق ضابط الإرادة يقودنا خطوة بخطوة إلى تِبيان أنه يمكن أن يتسلل شيئا فشيئا إلى مجالات أخرى كالاتفاقات المتعلقة بالطلاق وحضانة الأطفال.....الخ، بعد أن كان نطاقه المتميّز هو العقد من خلال الاتفاق الذي يفرضه، كما يمكن التعبير عن الإرادة في أشكال أخرى مغايرة تختلف عن العقد[10].

إن النظم التي كان فيها قانون الأسرة موحدا، نجد أنه من الصعب حتى وقت قريب تصور روابط أخرى غير الجنسية أو الموطن، نتيجة لذلك كان مجرّد اعتماد واحد منهم يعني استبعاد الآخر بالضرورة؛ لكن من الآن فصاعدا من المقبول أن تكون هذه الروابط مجتمعة في نفس قاعدة التنازع، أو تتنافس أو تعزز بعامل آخر، وهو ضابط الإرادة الذي يرتبط ارتباطا وثيقا بالروابط المذكورة سابقا؛ الأمر الذي يعتبر صوابا بالنسبة لمبدأ الاختيار في الأحوال الشخصية، حيث يعتبر نتيجة لمكافأة الرابطين الرئيسيين السابقين لتحقيق أهداف القانون الدولي الخاص، أين تكون إرادة الأطراف في بعض الأحيان أفضل حكم لاتخاذ القرار من باقي الروابط[11].

حيث أنه وفقا للفقرة 2 من المادة 11 مثلا من القانون الكونغولي، ما لم يكن الطرفان ينويان خلاف ذلك، فإن الاتفاقات تُنظم من حيث مضمونها وآثارها وإثباتها بقانون المكان الذي تبرم فيه ، فعندما لا يختار الطرفان صراحة أو ضمنا القانون المنطبق على اتفاقهما، يطبق قانون مكان إبرام العقد؛ حيث تبدأ المادة 11 (2) بعبارة "ما لم تكن الأطراف تعتزم خلاف ذلك"؛ مما يعني أنه يمكن للطرفين اختيار القانون المنطبق على اتفاقهما. لكن هذا الاستقلال الذاتي للإرادة ليس مطلق لأن الطرفين لا يستطيعان اختيار قانون لا علاقة له بالعقد ، بالإضافة إلى ذلك يجوز للقاضي أن يتجاهل القانون الذي يختاره الطرفان بالإشارة إلى مساسه بالنظام العام أو بالقانون؛ وثمة قيد آخر لحرية الأطراف يتعلق بالعقد الذي يخضع بالضرورة بسبب طبيعته الخاصة، لقانون محدد كقانون البوليس والأمن. وهذا هو الحال بالنسبة

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

كذلك لعقد العمل أو الإيجارات الريفية أو التجارية ، وفيما يتعلق بقانون البوليس، ينبغي أن نذكر أنه بموجب المادة 14 من القانون الكونغولي السالف الذكر، فإن القوانين الجنائية وقوانين الشرطة والسلامة العامة تُلزِم كل المتواجدين على أراضي جمهورية الكونغو الديمقراطية[12].

تسمح هذه الفكرة إذًا للأشخاص باختيار قانونهم الشخصي ، لكن استقلالية هذه الإرادة مقيّدة، حيث يتعلق الاختيار بالمسائل المتعلقة بحياتهم الخاصة ولا تتعدى إلى المساس بالمصلحة العامة ولا بد من احترام مبدأ القرابة إذا ما تعلق الأمر بالأحوال الشخصية ، أين لا تكون بالضرورة شروط اختيار القانون والولاية القضائية متوقعة، ولا يبدو دائما أنها تحقق العدالة بقدر ما يُفرض الخيار من جانب قوي؛ لكن القانون المختار عادة ما يكون أكثر تكيّفا مع رغبات الأطراف من القانون المعيّن موضوعيا ، مما يجعل هذه الصيغة تعني ضمنا تقديم الحق على أي صيغة أخرى للتعبير عن الاختيار ، و إن كان ذلك بطريقة غير مباشرة، بالإشارة مثلا إلى إجراءات الزواج الأمر الذي يتطابق تماما مع أحد مفاهيم قانون الإرادة[13].

تقليديا تستبعد قوانين الأسرة المحليةِ والدوليةِ عادة أي تدخل لإرادة الأطراف المعنية وفي بعضها يكون الأمر محدودا نظرا لوجود آثار للمنظومة الأسرية على تنظيم المجتمع، الأمر الذي يفرض على الدولة تنظيما صارما وحتميا للمسألة و لا يمكن الاعتماد على إرادة الطرفين ؛ غير أن الجزء الممنوح لإرادة الأطراف في تنظيم الأحوال الشخصية في القانون المحلي الفرنسي والتونسي مثلا لا يزال يفرض نفسه، لكن إذا كان هذا هو الحال في القانون المحلي، فماذا عن الأحوال الشخصية الدولية؟ هل هناك تماثل بين حلول القانون المحلي وحلول القانون الدولي الخاص؟ لقد حصلت تغيرات كبيرة في القانون الدولي الخاص المقارن حيث ترك مكانة معتبرة للإرادة، في اختيار القانون المنطبق على الأحوال الشخصية، سواء بطريقة رئيسيةٍ أو فرعيةٍ، ولا يزال تطور هذه المسألة في بلدان العالم بطريقة متفاوتة؛ رغم أن التشريع الذي يقتصر على القوانين التي تُنظم الأحوال الشخصية يكتسب تقدما في القانون الدولي الخاص للأسرة الفرنسية [14]. رغم أن الإخفاق في الوفاء بمبادئ السيادة سيؤدي إلى الإطاحة بالطبيعة السيادية للتعلق بالجنسية[15].

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

مع تحول القواعد التي تحكم الزواج والعلاقات الأسرية إلى مركز يمنح الأفراد مكانة مرموقة، لم يعد بوسع الأفراد أن يتمتعوا بحقوقهم خِلسة و لا حتى القيام بواجباتهم بشكل مستقل في العلاقات الأسرية، حيث أصبح الاعتراف بالحقوق والالتزامات في الزواج والأحوال الشخصية بصفة عامة متوقف على الاعتراف بقانون الأحوال الشخصية، إلا أن التفكير التقليدي استبعد عن الوعي القانوني فكرة أن عقد الزواج يحمل الشرعية الدولية وينتج حقوقا والتزامات لا بالقوة التي يتمتع بها مركز ما، بل بقوة إرادة الطرفين فحسب ، لذلك ينبغي للمحكمة الوطنية التي تواجه نزاعا عابرا للحدود يتعلق بالحالة المدنية لشخص ما، أن تعترف من حيث المبدأ بأن هذا المركز ينظمه قانون الأحوال الشخصية، بشرط أساسي ألا ينتهك هذا القانون مبدأ السيادة[16].

بما أنه لا يمكن تفضيل الإرادة بأن تحل محل مبدأ السيادة، فإن مبدأ الأحوال الشخصية وحده سيكون قابلا للتأثر لتبرير مثل هذا الاختيار. بالتالي فإن تحديد طبيعة التعلق بالجنسية يتم من خلال مؤشرات مختلفة قادرة على إعلامنا بأساس اختيار هذا المعيار؛ وقد تكون العلاقات الأسرية أيضا السبب الجذري لدوافع اختيار رابط الجنسية في الأحوال الشخصية ، أما إذا كانت الجنسية مجرد ارتباط سيادي، فإنه سيكون من الصعب في هذه الحالة استبعاده بمجرد إرادة الطرفين أو من طرف القاضي، من ثم يمكن تصنيف هذا المعيار في فئة الأحوال الشخصية ، عندما يكون ذلك نتيجة لخيار تشريعي تقدمه الأطراف المعنية[17].

أما القانون المختار فيكمن في "الاختيار بين تشريعين أو أكثر مُعيّنين بروابط موضوعية" ، حيث تتمثل خصوصية قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص، في السماح للأفراد باختيار قانون ينطبق على نزاعاتهم. ويأتي هذا المصطلح من العصور الوسطى في المناطق التي كانت تعاني من نزاعات الأحوال الشخصية مثل أفريقيا، أين كان يسمح للقانون المختار بالاختيار بين القانون العرفي والقانون المكتوب ؛ وقد استخدم النظام الاستعماري (خاصة فرنسا وبريطانيا) أسلوب القانون المختار أو مبدأ استقلالية الإرادة، نظرا للتعارض المعتاد بين الموط ن المعتاد والجنسية، كون القوانين التي يعينها هذين الرابطين تعتبر ممكنة، لكن المستفيد من ذلك هو البلد المُضيف وكذلك بلد المنشأ من جهة أخرى، وقد تم اقتراح

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

قانون الإرادة من قبل البلجيكي جان إيف كارلير كحل لمشاكل الأحوال الشخصية للمجتمع الإسلامي التي نشأت في الغرب[18].

بالنظر إلى استحالة إيجاد صلة موضوعية مُرضية حقا إلى درجة أن يكون من الصعب على المشرع أن يختار لصالح الجنسية أو الإقامة المعتادة، يُقترح التخلي عن هذه المهمة ل صالح الطرفين، ويأخذ بلختيار الأطراف رابطا واحدا مقارنة بالرابط الآخر، مما يسمح "بمراعاة الأحوال الشخصية، لذلك يعتبر الأشخاص المعنيون في وضع أفضل لتحديد أي من النظم القانونية ، الوطنية أو نظم الدولة التي يسكنون إقليمها الأقرب إليهم، أين يتعذّر اختيار أقرب رابط من طرف المشرع بطبيعة الحال، الأمر الذي يُعزى إلى الطرفين، ومن المسلم به أن هناك تأثير متبادل بين مبدأ الأحوال الشخصية ومبدأ استقلالية الإرادة، حيث يكون من مصلحة الأطراف اختيار قانون معين[19].

لكن باستثناء الحالات التي يسمح فيها بلقانون المختار، لا يكون للإرادة دور للسماح للأزواج بأن يحددوا في العقد ما هي التزاماتهم المتبادلة أثناء الزواج أو طرائق إنهاء علاقاتهم الزوجية ، حيث يتمثل دور رابط الإرادة في السماح بتعيين القانون المنطبق على كل أو جزء من وضعهم الشخصي؛ يأتي في شكل حل وسط يوفق بين القانون الوطني للمهاجر الذي يسعى إلى الحفاظ على قيم وثقافة بلد منشأ ه وقانون إقامته المعتادة ، التي تتجاهل هذه القيم و الثقافات؛ وكعامل ربط تتحقق مسألة الإرادة على مرحلتين: المرحلة الأولى تسمح لأطراف النزاع بالاختيار بين القانون الوطني وقانون الإقامة المعتادة ويتم هذا الاختيار في عقد الزواج، وفي حالة عدم وجود هذا الاختيار يطبق قانون الإقامة المعتادة كقاعدة فرعية للنزاع، أما المرحلة الثانية غير المجدية تماما فتسمح بحرية العقد من خلال إتاحة إمكانية إضافة أحكام إذا كان القانون المختار يسمح بذلك[20]. غاية ما في الأمر أنه عندما يفرض الطرفان خيارا لصالح قانون الإقامة المعتادة، يفترض ذلك أن الشخص أو الأشخاص المعنيين قد تم إدماجهم أو على الأقل رغبوا في الاندماج في بيئتهم الجديدة ، وسيتُعزِز أحوالهم الشخصية من الرابط الإقليمي المُعيّن بمعيار موضوعي وهو إرادة الأطراف. وفي الحالة المعاكسة عندما يلغي الطرفان قانون محل إقامتهما ويعبران عن تفضيلهما للقانون الوطني، يترتب عليهما إبقاء علاقاتهما مع بيئتهما الأصلية دون إقامة روابط مع

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

البيئة الجديدة؛ والعنصر الذي يحتفظون به لن يكون موضوعيا فحسب، بل له أيضا صلة وثيقة بالحالة المعنية[21].

ثالثا: استفادة المسلمون الأوروبيين من قانون الإرادة في الأحوال الشخصية بتطبيقهم قواعد الشريعة الإسلامية

هل يمكن تصور الاعتراف بقانون الإرادة (مبدأ استقلالية الإرادة) في المناطق التي لا يستطيع فيها الطرفان في القانون المحلي، التصرف بحرية في الحقوق والالتزامات المتعلقة بهما؟ يتعلق هذا السؤال بالعديد من جوانب قانون الأسرة خاصة قانون حرية الإرث، رهنا بحرية التصرف حسب الإرادة ؛ لكن قانون الإرادة كثيرا ما يُستبعد رسميا أو على الأقل يخضع لقيود شديدة، حيث يفترض أن يكون هناك استثناء منذ البداية فيما يتعلق بآثار عقد الزواج، ويؤكد التشريع المعاصر (اتفاقية لاهاي لعام 1978) هذا المبدأ، مع تحديد شروط تنفيذه بالتفصيل، بللحد من اختيار قوانين معينة ذات صلة وطيدة بالزواج؛ ومن ناحية أخرى من الشائع أن يتمكن الزوجان من اختيار القانون الذي يحكم الآثار الشخصية للزواج، مثل واجبات الحياة المشتركة والإخلاص أو مساهمة الزوجين في النفقات المعيشية للأسرة، كما هو الحال بالنسبة للقانون الألماني الذي يسمح للزوجين بأن يختاروا في ظروف دقيقة ، قانون الدولة التي يحمل أحد الزوجين جنسيتها في مسألة فسخ الزواج، الأمر الذي يعتبر من المسائل النادرة التي ينص عليها القانون الألماني[22].

كما أن قواعد القانون الدولي الخاص في كيبك التي تحكم الأحوال الشخصية للمسلمين تشهد على عدم كفاية قاعدة الإسناد، حيث يتجلى هذا القصور في عدم قدرتها على رفع التحديات الناشئة عن وجود مجتمع مسلم في كيبلك؛ فما هي وجهات النظر الجديدة إذن؟ هل هناك حلول أخرى يمكنها التوفيق بين نظام كيبك القانوني والنظام القانوني للبلدان الإسلامية؟ إذا وصلنا إلى هذا التوافق ، فهل يمكننا تحقيق الاستقرار للمجتمع الإسلامي دون كسر التماسك الأساسي لمجتمع كيبك؟ للإجابة عن هذه الأسئلة تم اقتراح ضابط الإرادة في أوروبا لحل المشاكل التي يطرحها الوضع الإسلامي في البلدان الأوروبية[23]. وحتى بعض الدول الأنجلوسكسونية.

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

1- استفادة المسلمون الأوروبيين من إعمال قانون الإرادة في أحوالهم الشخصية في الاتحاد الأوروبي

دخل مبدأ الاستقلال الذاتي للإرادة أو قانون الإرادة حيّز النفاذ في النصف الثاني من القرن الماضي، مع القانون الهولندي لعام 1981 بشأن حالات الطلاق الدولية، وفُتح المجال أمام الزوجين للاختيار في عام 2004، إن القانون البلجيكي (القانون الدولي الخاص) يُتيح أيضا للزوجين الاختيار بين قانون الجنسية المشتركة والقانون البلجيكي، وأخيرا فإن لائحة الاتحاد الأوروبي "روما 3"، التي كانت مطبقة في أربع عشرة دولة عضو في الاتحاد الأوروبي منذ 21 يونيو 2012، تفتح الباب أمام خيارات أكبر[24].

لقد نصت اللائحة رقم 2012/1215 للبرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي الصادرة في 12 ديسمبر 2012، المتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام القضائية في المسائل المدنية والتجارية وتنفيذها، على أن الثقة المتبادلة في إقامة العدل داخل الاتحاد تبرر المبدأ القائل ، بأنه ينبغي الاعتراف بالأحكام المتخذة في أي دولة عضو في جميع الدول الأعضاء دون الحاجة إلى إجراء خاص ، بالإضافة إلى ذلك فإن الرغبة في تقليص مدة وتكاليف المنازعات العابرة للحدود، تُبرّر إلغاء إعلان وجوب الإنفاذ، قبل إنفاذ الحكم في الدولة العضو متلقية الطلب، وبناء على ذلك ينبغي أن يُعامل أي حكم تتخذه محاكم إحدى الدول الأعضاء كما لو كان قد صدر في الدولة العضو التي قدّمت الطلب، ولأغراض حرية نقل الأحكام، ينبغي الاعتراف بالحكم الصادر في إحدى الدول الأعضاء وإنفاذه في دولة عضو أخرى حتى إذا صدر ضد شخص ليس مقيما في دولة عضو[25].

إن مسألة الاستخلاف أو الميراث على المستوى الدولي قاومت منذ فترة طويلة مبدأ قانون الإرادة، فبعد تردّد الفقه في هولندا كان التشريع الألماني الذي افتتح في عام 1986 إمكانية اختيار المتوفى للقانون الألماني بشأن ميراث المباني الموجودة في ألمانيا ، ثم القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987، حيث سمح للمواطن الأجنبي بافتتاح التركة في إحدى الدول الوطنية، وفي إيطاليا نص قانون الإصلاح لعام 1995 على أنه يجوز لأي شخص موصي أن يعرض كامل تركته وفق قانون إقامته

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

المعتادة؛ و لا يزال وفقا للقانون الإيطالي يجوز أن تخضع تقسيم التركة بموافقة الأشخاص المعنيين، لقانون الدولة التي افتتحت فيها الإجراءات، وأخيرا صدر قانون الاتحاد الأوروبي الثاني في 04 جويلية 2012 المتعلق بقانون الإرادة في مسائل الميراث لخمسة وعشرين دولة أوروبية وسيتم النظر في تنفيذ مبدأ قانون الإرادة في قضايا الأسرة والميراث بشكل مُحكم[26] وذلك من خلال اللائحة الأخيرة في سنة 2014 التي دخلت حيز النفاذ سنة 2015.

تنص المادة الأولى من الفصل الأول المتعلق بمجال التطبيق من لائحة الاتحاد الأوروبي رقم 2012/650 للبرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي الصادرة في 4 يوليو 2012، المتعلقة بالاختصاص القضائي، والقانون الواجب التطبيق، والاعتراف بالأحكام وإنفاذها، وقبول وإنفاذ العقود الرسمية في مسائل الميراث، وإنشاء شهادة إرث[27] أوروبية على أنه:

1 – تنطبق هذه اللوائح على الميراث بسبب الوفاة ، و لا تنطبق على الضرائب والجمارك والمسائل الإدارية. كما نصت في الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه يُستثنى من هذا النظام ما يلي:

(أ) حالة الأشخاص الطبيعيين والعلاقات الأسرية والعلاقات التي تعتبر لها آثارا مماثلة بموجب القانون المنطبق؛

(ب) الأهلية القانونية للأشخاص الطبيعيين، دون الإخلال بالمادة 23 (2) (ج) والمادة 26؛

(ج) المسائل المتصلة باختفاء شخص طبيعي أو غيابه أو الوفاة الافتراضية لشخص طبيعي؛

د) تعتبر المسائل ذات الصلة بأنظمة الزواج والإرث طبقا للقانون المنطبق عليها ، لها آثار مماثلة على الزواج.

(هـ) التزامات الإعالة والنفقة غير الناجمة عن الوفاة؛

(و) صحة شكل الأحكام المتعلقة بالوفاة والتي صِيغت شفويا؛

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

ز) الحقوق والممتلكات التي أُنشئت أو تم نقلها بغير الميراث، على سبيل المثال عن طريق الهدايا أو الملكية المشتركة مع إمكانية استرجاعها لفائدة الورثة، أو خطط التقاعد وعقود التأمين واتفاقات مماثلة، دون المساس بالمادة 23 (2) '1'.

لقد نصت اللائحة على أنه لا ينبغي أن تطبق على المسائل المتعلقة بنظم الملكية الزوجية، بما في ذلك الاتفاقات الزوجية المألوفة في بعض النظم القانونية، حيث لا تتناول هذه النظم المسائل المتعلقة بالميراث، ولا على نظم الملكية المنطبقة على العلاقات التي لها آثار مماثلة لتلك التي تترتب على الزواج، مع ذلك فإن السلطات المسئولة عن تركة معيّنة بموجب هذه اللائحة ينبغي أن تأخذ بعين الاعتبار حسب الحالة تصفية نظام الممتلكات الزوجية أو أي نظام ممتلكات مماثل للمتوفى عند احتساب العقارات وأسهم مختلف المستفيدين منها[28].

كما ينبغي أن تفسر عبارة " الأفعال أو الأعمال القانونية أو العلاقات القانونية الواردة في عقد رسمي" على أنها تشير إلى مضمون المادة الواردة في العقد الرسمي، كما يمكن أن تكون الأعمال القانونية المسجلة في عقد رسمي، على سبيل المثال الاتفاق بين الطرفين على تقسيم أو توزيع الحوزة أو عقد التركة أو أي إعلان آخر عن الإرادة، حيث يمكن أن تكون العلاقات قانونية، على سبيل المثال حوزة أو تركة الورثة وغيرهم من المستفيدين الآخرين الناشئة بموجب القانون المنطبق على التركة، أو تحديد حصّتهم أو وجود تحفظ بشأن الميراث أو أي أمر آخر ينص عليه القانون؛ ويتعين على الطرف الراغب في الطعن في التصرفات القانونية أو العلاقات القانونية الواردة في السند الرسمي أن يفعل ذلك أمام المحاكم المختصة بموجب هذه اللائحة التي ينبغي أن تبت في هذا الطعن وفقا للقانون المنطبق على التركة[29].

كما نصت المادة 02 من اللائحة التنفيذية للهيئة (الإتحاد الأوروبي) رقم 2014/1329 المؤرخ 9 ديسمبر 2014 بشأن وضع النماذج المشار إليها في لائحة الاتحاد الأوروبي رقم 2012/650 للبرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي بشأن الاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف بالأحكام والقرارات وتنفيذها، وقبول وإنفاذ العقود الأصيلة في مسائل التركة، وإنشاء شهادة إرث أوروبية الذي دخل

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

حيز النفاذ في أوت 2015 على أنه يبدأ نفاذ هذه اللائحة في 17 آب / أغسطس(أوت) 2015 و تكون هذه اللائحة ملزمة بكاملها وتنطبق مباشرة على الدول الأعضاء طبقا للمعاهدات المعمول بها.

أما المادة الأولى فقد نصت على أن النموذج الذي سيتم استخدامه للحصول على شهادة تتعلق بقرار في مسائل الميراث والتركات المشار إليه في المادة 46 (3) (ب) من اللائحة رقم 2012/650 هو النموذج الأول (الملحق 1)، و الاستمارة التي يتعين استخدامه ا للشهادة المتعلقة بعقد رسمي في مسائل الميراث، المشار إليها في المادتين 59 (1) و 60 (2) من لائحة (الاتحاد الأوروبي) رقم 650 / 2012، هو النموذج الثاني (الملحق 2)؛ أما الاستمارة التي يتعين استخدامها للشهادة المتعلقة بالتسوية القضائية في مسائل الميراث، المشار إليها في المادة 61 (2) من لائحة (الاتحاد الأوروبي) رقم 2012/650، هو النموذج الثالث الذي يرد في (الملحق 3)، وبخصوص النموذج الذي سيتم استخدامه في طلب الحصول على شهادة الإرث الأوروبية، كما هو مشار إليه في المادة 65 (2) من اللائحة رقم 2012/650، هو النموذج الرابع المتمثل في(الملحق 4).

أما النموذج الذي سيستخدم لشهادة الإرث الأوروبية المشار إليها في المادة 67 (1) من لائحة الإتحاد الأوروبي رقم 2012/650 السالفة الذكر هو النموذج الخامس المتعلق بـ (الملحق 5). وبالرجوع إلى لائحة الاتحاد الأوروبي رقم 2012/650 للبرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي الصادرة في 4 يوليو 2012 بشأن الاختصاص القضائي، والقانون الواجب التطبيق ، والاعتراف بالأحكام وإنفاذها، وقبول وإنفاذ عقود التركة ذات الحُجيّة، وإنشاء شهادة إرث أوروبية، نجدها تنص على أن:

– يرفق الطلب بالوثائق التالية:

(أ) نسخة من القرار الذي يستوفي الشروط اللازمة لإثبات صحته؛

(ب) الشهادة الصادرة عن المحكمة أو السلطة المختصة في الدولة العضو في شكل النموذج أو الاستمارة المنشأة وفقا للإجراء الاستشاري المشار إليه في المادة 81 (2)، دون الإخلال بالمادة 47[30].

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

كما نص البند رقم 20 من اللائحة (2012/650) السالفة الذكر على أنه ينبغي أن تحترم هذه اللائحة النظم المختلفة لتسوية التركات المعمول بها في الدول الأعضاء، ولأغراض هذه اللائحة ينبغي أن يعطى مصطلح "الولاية القضائية" معنى واسع، بحيث لا تشمل الولاية القضائية بالمعنى الدقيق فقط، بل يشمل أيضا كُتاب العدل أو مكاتب الأحوال المدنية في بعض الدول الأعضاء ، التي تمارسها في بعض مسائل التركة ، أين يمارسون وظائف قضائية بنفس الطريقة التي تمارسها الجهات القضائية أو المحاكم ، وكُتّاب العدل والمختصون القانونيون الذين يمارسون في بعض الدول الأعضاء مهام قضائية بخصوص تركة معيّنة بموجب تفويض السلطة الذي تمنحه المحكمة.

إضافة إلى أنه ينبغي أن تكون جميع المحاكم بالمعنى المقصود في هذه اللائحة ملزمة بقواعد الاختصاص المنصوص عليها في هذه اللائحة ، وعلى النقيض من ذلك يجب ألا ينطبق مصطلح "الاختصاص القضائي أو الولاية القضائية " على السلطات غير القضائية لدولة عضو مخوّلة بموجب القانون الوطني تسوية التركات ، مثل الموثقين في معظم الدول الأعضاء الذين لا يمارسون وظائف قضائية كما هو الحال عموما.

2- استفادة المسلمين الأوروبيين من إعمال قانون الإرادة في أحوالهم الشخصية في مقاطعة كيباك والهند

إن مشاكل الأحوال الشخصية التي يعاني منها المسلمين المقيمين في أوروبا ترتبط ارتباطا وثيقا بأحكام قانونهم الوطني، مما يؤثر ضمنا على المسلمين في الغرب لاختيار قانون يحكم نزاعاتهم، فحتى لو كان المهاجر المسلم في الغرب يعبر عن إرادته بطريقة حرة وحقيقية، فإن موقف البلدان الإسلامية لن يتغير فيما يتعلق برفض تطبيق قانون علماني على أحد رعاياها ، لأن مثل هذا التطبيق يتجاهل أحكام الشريعة الإسلامية، وأمام الاختلال الاقتصادي بين بلدان الشمال و الجنوب، يبدو أن قانون الإرادة يُفضّل القانون المحلي الخاص بمحل ا لإقامة المعتادة للمهاجر ، الأمر الذي يعتبر بعيد عن أهداف القانون الدولي الخاص[31].

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

أما بالنسبة للأحوال الشخصية في مقاطعة كيبلك، فإن قانون الإرادة يُستمد بقدر أكبر من حرية الفرد المعترف بها في مواثيق الحقوق والحريات في كندا و كيبلك، و ازدواجية ضوابط الإسناد التي تسببها ظاهرة الهجرة ، إن استقلالية الإرادة أكثر قابلية للتقدير في مقاطعة متعددة الثقافات مثل كيب اك[32]، ومع ذلك فإن هذه الممارسة تكشف أن هذا الحل لا يضمن استمرارية الوضع الشخصي للمهاجر المقيم في كيبلك ويزيد من خطر الاحتيال على القانون ، لذلك فللاعتراض الرئيسي على تكامل قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص في كيبلك، يكمن في عدم قدرته على التوفيق بين أهداف القانون الدولي الخاص على الصعيد الداخلي وأهداف القانون الدولي الخاص على الصعيد الدولي[33].

يبدو أن قانون الإرادة غير كاف لمعالجة الحالات المعيبة الناجمة عن قاعدة التنازع الثنائي، خاصة فيما يتعلق برابط الإقامة الذي أُعتمد في كيبلك بالتحديد، الذي تعرض للانتقاد باعتباره يشجع على إعمال النظام العام فيما يتعلق بالبلدان المعنية بالنزاع، لاستبعاد تطبيق أحكام القانون المختار ، وإذا كان القانون المختار هو القانون الوطني للطرف المسلم، فإن النظام العام الدولي للبلد المضيف لن يتردد في استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية التي تتنافى مع المبادئ الأساسية للنظام الغربي ، بالمقابل إذا كان القانون المختار هو قانون الإقامة المعتادة، فإنه لا يمكن إنكار أن النظام العام الإسلامي سيرفض تطبيق أحكام القانون العلماني على المسلمين ، وبالتالي سيرفض حتما الاعتراف بالأوضاع التي تم إنشاؤها و الأحكام الصادرة في بلدان المهجر[34].

أ- أساس إعمال قانون الإرادة في قانون كيبلك

يستند مبدأ استقلالية الإرادة في القانون الكيبيكي إلى عدة مفاهيم أهمها حقوق الإنسان، الفلسفة الحديثة، العلاقات المختلطة وازدواجية ضوابط الإسناد؛ فبالنسبة لحقوق الإنسان لا يزال أساس قانون الإرادة هو حرية الفرد المعترف بها في مختلف المواثيق والإعلانات التي تنص على الحقوق الأساسية للفرد كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 18 منه. الميثاق الكندي للحقوق والحريات في المادة 2 منه و ميثاق كيبلك للحقوق والحريات في مادته 3.[35]

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

فيما تنص الفقرة الأولى من المادة رقم 22 من لائحة روما الرابعة على أنه يجوز للمتوفى أن يخرج عن مبدأ اختصاص قانون إقامته المعتادة الأخيرة ، باختياره قانونه الوطني لحظة وفاته ، وسيحكم هذا القانون التركة كاملة بعد ذلك، وقد وضعت في النهاية الصيغة الأخيرة " لأنظمة الزواج" و "الشراكات المسجلة بينهما" على نفس النموذج، ويجوز للأطراف أن يختارا إخضاع النظام المالي للزوجين أو الآثار المترتبة على ممتلكاتهما المشتركة المسجلة، لأحد الأحكام المدرجة في المادة 22.[36]

في مقاطعة متعددة الثقافات مثل كيباك، حيث تكثر الزيجات المختلطة خاصة بين نساء كيباك و مواطني الدول الإسلامية، يمكن أن يلعب قانون الإرادة دورًا متزايد الأهمية في حل تنازع القوانين المتعلقة بالعلاقات المختلطة ، كما أن العنصر الخاص يدعو إلى تفضيل قانون الإرادة، إذ نجد هذه الأهمية للفرد في البحوث الاجتماعية المعاصرة في كيباك؛ إن وجود المسلمين في إقليم كيبك يجعلهم خاضعين لعدة قواعد قانونية ، والنظام القانوني للدولة لا يحتكر تنظيم وضعهم الشخصي، بل يمكن للقواعد القانونية لبلد المنشأ أن تفهمها على هذا الأساس. وقد أثر قانون الإرادة على قانون كيبك حيث أدخل النظام القانوني قانون إرادة الأشخاص في اختيار القانون المنطبق على مسائل التركة، مضمون العقود القانونية وحتى نظام الزواج[37]، في القانون المدني.

فبالنسبة للتركة ينص قانون كيبك على أنه "يجوز للشخص، أن يعين القانون الواجب التطبيق على تركته وفق إرادته عن طريق الوصية، شريطة أن يكون هذا القانون هو قانون دولة جنسيته أو محل إقامته وقت تعيينه للقانون أو وقت وفاته، أو عقار يملكه بالنسبة لذلك العقار فقط. أما بالنسبة لجوهر أو مضمون العقود فقد نص قانون كيباك على أنه يخضع التصرف القانوني الذي يتضمن أو لا يتضمن عنصرا أجنبيا للقانون المنصوص عليه صراحة في العقد أو الذي يتم تحديده بطريقة مؤكّدة في أحكام هذا القانون . وبخصوص نظام الزواج فقد نص على أنه "يُحدّد القانون الواجب التطبيق على نظام الملكية الزوجية أو الزواج المدني بالقواعد العامة المنطبقة على مضمون التصرفات أو العقود القانونية"، أي القانون المعين صراحة في العقد[38].

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

ب- أساس إعمال قانون الإرادة في الهند

يشكل الميراث أهمية كبرى في الهند حيث يمكن الاختيار بين عادات شوندابات *Chondapatt* (وهو قانون قبلي ينطبق على أبناء قبائل راجبوت *Rajputs* في قرى مقاطعة ميروت Meerut) وقواعد الميراث المعروفة بالقانون الهندوسي العرفي، رغم أن القانون الأول يسمح بحصة للزوجة الحكيمة -wife wise في الممتلكات، والثاني يسمح بحصة مساوية لحصة المرأة في الإنجاب ؛ لذلك فإن الخلاف ينشأ بعد ذلك بين تقسيم الملكية إما إلى شقين (بين زوجتين) أو إلى خمسة أسهم (حالة وجود خمسة أبناء في كل الأحوال)؛ وتطبق محكمة الاستئناف قانون محل الإقامة ، أي قانون الأحوال الشخصية السابق في القضية، دون أن تحدد القانون من حيث مبادئ المنازعات رغم أن القضية تقع في نطاق تنازع القوانين[39].

يجسد هذا الأمر الصراعات بين المدارس بشأن تنازع القوانين بين الأشخاص، وفي سارلا مودغال *Sarla Mudgal* مثلا كانت صحة زواج ثان من زوج هندوسي بعد دخوله إلى الإسلام موضع بحث ، ومن المثير للاهتمام أن المحكمة العليا كانت في معضلة بخصوص هذه القضية، ورغم أنها قضت بأن الزواج الثاني "غير صحيح"، فإنها لا تستطيع أن تعلن إلغاءه لأن القانون الإسلامي يسمح بزواج ثان ، وبالتالي فإن الحل الأفضل الذي تعتقدهالمحكمة هو التوصية بوضع قانون مدني موحد ، وربما الجواب القانوني الوحيد الذي كان ممكنا في س ارلا مودغال فيما يتعلق بصحة الزواج الثاني، يتفق مع مبادئ القانون الدولي الخاص المتعلقة فقط بقدرة الطرفين على الزواج[40].

لقد نص البند الثلاثون من قانون الميراث الهندي المتعلق بالإيصاء في الإرث على أنه يجوز لأي هندوسي أن يتصرف بإرادته أو بأحكام الوصية في أي ممتلكات يكون قادرا على التصرف فيها على هذا النحو، وفقا لأحكام قانون الميراث الهندي لعام 1925، أو أي قانون آخر يسري على الهندوس في الوقت الراهن، مما يعني أن هذا القانون يسمح لقانون الإرادة بأن يحكم مسائل التركات والميراث عموما[41].

كما تضمن الفصل الثاني المتعلق بالميراث دون وصية أحكام بموجب الفقرة الأولى من المادة 14 تنظم ملكية الأنثى الهندوسية ملكية مطلقة، ومن ثم فإن أي ممتلكات تمتلكها أنثى الهندوس و تحتفظ بها بوصفها ملكية مطلقة وليست محدودة طبقا لهذا القانون، – سواء كانت قد حصلت عليها قبل بدء سريان

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

هذا القانون أو بعده ؛ والتي تشمل "الممتلكات" سواء كانت منقولة أو غير منقولة – حصلت عليها هندوسية من قبل أنثى من الميراث أو من خلال تقسيم تركة أو بدلا عن الصيانة أو متأخرات أو هدية من قبل أي شخص، سواء كان قريب أو غير قريب، قبل أو عند أو بعد زواجها، أو بمهارة منها، أو عن طريق الشراء، أو بأي طريقة أخرى على الإطلاق، وكذلك أي ممتلكات تملكها أو كانت تحتفظ بها بوصفها "ستريدانا"[42] قبل بدء هذا القانون مباشرة، فهي ملكية مطلقة لها. غير أن ذلك لا ينطبق على أي ممتلكات يتم الحصول عليها عن طريق الهدية أو عن طريق الإرادة أو أي صك آخر أو بموجب مرسوم أو أمر صادر عن محكمة مدنية أو بموجب قرار يصدر فيه حكم ينص على شروط الهدية أو الإرادة أو أي صك آخر ينص على حوزة أو تركة مقيدة في مثل هذه الممتلكات[43]. الأمر الذي يفهم منه أن المشرع الهندي قد أخذ بقانون الإرادة في بعض مسائل الأحوال الشخصية و تقسيم التركات، ما يجعل قسمة التركة والميراث مرهون ومقيّد بقانون الإرادة لا غير في حالة الاتفاق عليه مسبقا.

تم الأخذ بهذه القاعدة في قضية رجل مسلم مقيم في الهند متزوج هناك، ثم سافر غرب استراليا وأقام هناك وطلق الزوجة الثانية ثم تزوجها ثانية لكن الزواج بها للمرة الثانية كان غير قانوني طبقا للشريعة الإسلامية، وبعد وفاته أقرت المحكمة عدم استفادة هذه الزوجة من الإرث كما هو معترف به في الشريعة الذي ينطبق بموجب قانون موطن المتوفى، فيما ترث الزوجة الأولى والأولاد من الزيجتين كل الأملاك المنقولة، أولا لان الزواج الثاني لم يتم الاعتراف به في استراليا على أنه زواج صحيح، ثانيا إذا كان الزواج صحيحا فسيتم الاعتراف بالطلاق بموجب قواعد القانون العام لأنه تم في الهند مكان إقامة الزوجين، ومع ذلك فضلت المحكمة العليا في غرب استراليا تطبيق القانون المختار، على عكس السلطات الانجليزية التي أقرّت الغلبة لقانون الإرث على قانون الإرادة في مثل هذه المسائل[44].

الخاتمة

خلص البحث إلى نتيجة مفادها أن أغلب قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية والإسلامية مصدرها الشريعة الإسلامية فهي قوانين دينية ؛ وبالتالي فالجاليات المسلمة في الدول التي تطبق ضابط الموطن لا تستفيد من قانون جنسيتها الذي مصدره الشريعة الإسلامية ، كما أن المسلمين ذوي الجنسيات

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

غير العربية أو الدول الإسلامية (مثل المسلمين الأوربيين وفي كل بقاع العالم) لا يستفيدون من أحكام الشريعة الإسلامية في نزاعات الأحوال الشخصية ، لذلك فعند تحليلنا لقاعدة الإسناد يمكننا التعرف على الفكرة المسندة وهل ترتبط بديانة الأطراف أم لا؛ إذا كانت ترتبط بديانة الأطراف (مثل الميراث ، البنوة، الطلاق ، الزواج) ، نربطها بضابط الإرادة كضابط للإسناد ، حتى يتمكن الأطراف من اختيار القانون الواجب التطبيق على نزاعاتهم والذي مصدره الشريعة الإسلامية ؛ أي أن الشريعة الإسلامية هي الأكثر صلةً وارتباطا بمنازعات المسلمين في مسائل الأحوال الشخصية، الأمر الذي جعل الباحثة تقترح:

– ضرورة أخذ المشرع بقانون الإرادة في مجال الأحوال الشخصية في العلاقة ذات العنصر الأجنبي دون الإخلال بمبدأ الجنسية، استنادا على حقوق الإنسان، باستثناء الميراث والوصية وما يتعلق بقواعد النظام العام، وهي المسائل التي تنتمي لقانون القاضي التي يجب إعمالها على كافة الوقائع والتصرفات القانونية التي تتم في إقليم دولة القاضي، على كافة المقيمين فيها والأموال الموجودة بها، دون الأخذ بعين الاعتبار لما تشير إليه قواعد الإسناد من اختصاص لقانون أجنبي معيّن؛ ذلك أن الأصل العام هو تطبيق القاضي للقانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد بشأن العلاقات ذات الطابع الدولي أو العنصر الأجنبي والتي قد يكون قانون الإرادة واحد منها، لكن هناك قواعد آمرة تتعلق بقانون القاضي تنظم العلاقات الداخلية وهي قواعد النظام العام التي تمتد إلى الروابط الخاصة ذات الطبيعة الدولية.

---

[1]– إن قواعد الإسناد هي قواعد وطنية أو دولية المصدر يسترشد القاضي عن طريقها إلي القانون الواجب التطبيق. راجع كريم مزعل شبي الساعدي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، مجلة جامعة كربلاء، المجلد الثالث، العدد 13، 2005، ص 01، ص 25.

[2] - Dr maitre yav katshung joseph, les conférences de droit international privé, faculté de droit, université de lubumbashi, 2012 – 2013, p 06.

[3] - L. V. Bar, the theory and practice of private international law, 2nd edition, Edinburgh William green & sons law publishers, translated by G. R. Gillesple, USA, 1892, pp 62, 63.

[4]– مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة ، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، العدد 02، 2014، ص 1347.

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

[5]– عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مداخلة قُدمت في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة ، الدار البيضاء، 28 مارس 2008، ص– ص 03 – 07.

[6]– لقد عرّف PIAZZON.T الأمن القانوني على أنه ": الفعالية المثلى لقانون يمكن الوصول إليه و فهمه ، و الذي يسمح لأشخاص القانون بأن يتوقعوا بدرجة معقولة، الآثار القانونية لتصرفاتهم و يحترم التوقعات المشروعة المبنية مسبقا من قبلهم، و بذلك يعزز تحقيقها ". راجع: بوزيد صبرينة، قانون المنافسة لا أمن قانوني أم تصور جديد للأمن القانوني، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة قالمة، الجزائر، 2015 – 2016، ص 05.

[7]– محمد منير حساني، آليات عمل المجلس الدستوري لتحقيق الأمن القانوني، مداخلة ألقيت بالملتقى الوطني للأمن القانوني، جامعة ورقلة، ديسمبر 2012، ص 01.

[8]– عبد المجيد غميجة، المرجع السابق، ص – ص، 13 – 17.

[9] - Sabrine maya bouyahia, la proximité en droit international privé de la famille francais et tunisien : actualité et perspectives (etude des conflits de lois), thèse de doctorat en droit, université panthèon assas, 2012,pp 15, 16.

[10] - Gérald Goldstein, l'autonomie de la volonté dans le statut personnel, lecture critique de la thèse de jean – yves carlier, revue quebecoise de droit international, vol 10, 1997, p 201.

[11] - Sabrine maya bouyahia, op cit, P 16.

[12]- Dr maitre yav katshung joseph, op cit, pp 50 - 52.

[13] - Gérald Goldstein, op cit, pp 204, 205.

[14] - Sabrine maya bouyahia, op cit, p 78.

[15]– إن قانون الجنسية هو مجموعة القواعد التي تسمح للدولة بتحديد سكانها، وفيه تُحدد الدولة شروط منح الجنسية (بالولادة على وجه الخصوص) واكتسابها خلال الحياة، ويمكننا أن نُعرّف الجنسية بوصفها الرابطة القانونية التي تربط شخصا طبيعيا أو اعتباريا بدولة ما، أو "الانتماء القانوني والسياسي لشخص ما إلى السكان المكونين لدولة ما". كما ذكرت محكمة العدل الدولية، في حكمها الصادر في 6 نيسان / أبريل 1955، في "قضية نوتبوم"، "الجنسية هي رابطة قانونية لها في الواقع حقيقة اجتماعية تتطبق عليها، وتضامن فعال مع الوجود والمصالح والمشاعر والمعاملة بالمثل في الحقوق والواجبات، وهو التعبير القانوني عن حقيقة الفرد الذي مُنحت له مباشرة بموجب القانون، أو عن طريق السلطة See,Dr maitre yav katshung joseph, op cit, p56 .

[16] - Alberto Horst Neidhardt, the transformation of european private international law, a genealogy of the family anomaly, doctorate thesis, department of law, european university institute, florence, 23 october 2018, pp 281, 282.

[17] - Sabrine maya bouyahia, op cit, pp 28, 29.

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

[18] -kamal yassine, rajaa naji, l'autonomie de la volonté en droit international privé québécois, international journal of innovation and applied studies, vol. 12, N° 04, 2015, p 992.

[19]–إذا كان رابطي الجنسية أو الموطن روابط مُرضية بالنسبة لعامل العلاقة الأسرية، فإن اختيار الأطراف لصالح أحدهما يعزز طبيعة هذه العلاقة، بتأكيد النظام القانوني المعين موضوعيا، باعتباره الأقرب للمشرع على هذا النحو من قبل خيار الأطراف، التي عندما تختار الرابط الإقليمي، يرتبط الرابط الجغرافي بصلة غير مادية مع إرادة الأطراف، أما بالنسبة للروابط الروحية المفترضة فيما يتعلق بالجنسية، فإن إرادة الأطراف لن تجعلها أكثر وضوحا، حيث وسع بعض المؤلفين مجال الخيار إلى مجالات السيادة لتخفيف نطاقه، ومنح الأطراف حرية اختيار النظام القانوني الذي يحكم علاقاتها الأسرية، مما يُزيل بالضرورة أي أساس سيادي لقاعدة التنازع؛ وبالتالي فإن ممارسة سيادة الدولة يمكن أن تُحفّز اختيار المشرع لإخضاع العلاقات الأسرية لكل من الجنسية ومكان الإقامة المعتاد، إن توهين الطبيعة السيادية لأي رابط يتم تصوره في تخفيف قاعدة التنازع التي يتم إدراجها فيها، وبما أن أفضل شيء لتحقيق مبدأ السيادة هو بلا شك قاعدة التنازع الصارمة والحرية الممنوحة للأطراف، فإن مرونة قاعدة التنازع لا تتفق مع هذا المبدأ، وهو ما يعكس رغبة الدولة في ممارسة السيطرة على جميع المقيمين في الإقليم؛ وبطبيعة الحال لا يمكن للدولة أن تدعي ممارسة السيادة على سكانها عن طريق إخضاع وضعهم العائلي لقانون الموطن، إذا سمح لإرادة الطرفين بالتعارض مع هذا الشرط، أما فيما يتعلق بالجنسية، فإن الخيار الذي يترك للأطراف للبت فيما إذا كان قانون الإقامة ينطبق على علاقاتهم الأسرية هو نتيجة لعدم اهتمام الدولة بالسيطرة والرقابة على الأجانب المقيمين فيها على أراضيها فقط، ومن المسلم به عموما أن "عدم الاهتمام" لا يتفق مع مبدأ السيادة.

- Sabrine maya bouyahia, op cit, pp 77, 78. pp 81 - 83.

[20] - kamal yassine, rajaa naji, op cit, pp 992, 993.

[21] - Sabrine maya bouyahia, op cit, p 81.

– يستند تطبيق ضابط الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية على الجوانب الاجتماعية و العنصر الخاص و جوانب القانون الدولي الخاص كون العنصر الأجنبي يتعارض مع العنصر الوطني، والعنصر الخاص يتعارض مع العام، وهذان العنصران يسلطان الضوء على الجانب الاجتماعي للأحوال الشخصية والاستقلال الذاتي للإرادة، فيما يتعلق بالعنصر الخاص فإن الأهمية التي يعطيها الفرد في التحليلات الاجتماعية والسياسية المعاصرة مؤكدة، فالدين مثلا (المجال الخاص) عامل هام في تحديد هوية الجالية المسلمة المهاجرة في الغرب وهو الشيء الوحيد الذي ينتمي إليه حقا؛ إذ يجب ألا يغيب عن بالنا هذا الواقع الاجتماعي الجديد الذي يتمثل في وجود هذه الأقلية المسلمة في أوروبا، وفقا لما ذكره البروفسور جان إيف كارلير، فإن المسؤولية عن هذا الواقع ستتيسّر من خلال تنفيذ الوسائل التي تُمكّن الأطراف المعنية نفسها من الخنوع إلى الإرادة والاستماع إليها وتحقيقها.

- kamal yassine, rajaa naji, op cit, pp 992, 993.

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

[22] - Christian kohler, l'autonomie de la volonté en droit internatiional privé : un principe universel entre libéralisme et etatisme, dans : académie de droit international de layaye, une collection de cours de droit en livres de poche, recueil des cours, tome 359, adi – poche, juin 2013, pp 34 – 37.

[23] - kamal yassine, rajaa naji, op cit, p 992.

[24] – christian kohler, lop cit, pp 34 – 37.

[25] - Clauses N° 26, 27 du règlement (UE) N o 1215/2012 du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012 , concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

– وافق البرلمان اليوناني ، الثلاثاء ، على مشروع قانون يلغي نظاما خاصا يجعل الشريعة الإسلامية مرجعا للفصل في أمور الزواج والطلاق والإرث للمسلمين في البلاد، وأصبحت المحاكم المدنية، بحسب القانون الجديد، صاحبة الفصل في هذه القضايا، لكن القانون سمح بإمكانية اللجوء للشريعة الإسلامية، عبر ثلاثة مفتين تختارهم الدولة، فقط في حال موافقة جميع الأطراف المعنية؛ وقبل إقرار هذا التعديل، كانت السلطات اليونانية تجعل شؤون الزواج والطلاق والإرث لدى الأقلية المسلمة حصرا بأيدي مفتين، وذلك منذ إقرار معاهدة لوزان عام 1923. وفي نوفمبر الماضي، صرح رئيس الوزراء اليوناني لدى زيارته تراقيا، التي تتركز فيها الأقلية المسلمة، بأن "النظام الحالي لا يشرفنا كبلد في الاتحاد الأوروبي، مقال الكتروني بعنوان: إلغاء تطبيق الشريعة الإسلامية على الأحوال الشخصية للمسلمين في اليونان منشور بتاريخ: 2018/01/10، متوفر على الرابط:

http://islam.assawsana.com/pages.php?newsid=7408، تاريخ الزيارة: 2020/03/15.

– لقد استقلت اليونان عن الدولة العثمانية بعد أن حكمها العثمانيون لأكثر من أربعة قرون، بعد حرب الاستقلال اليونانية سنة 1821، وفي أعقاب حرب البلقان، وسّعت اليونان أراضيها من خلال حكمها لإيوانيا، وثيساليا، وكريت، وجزر بحر إيجه، ورودس وتراقيا الغربية، التي كانت معظمها مأهولةً من قبل المسلمين . ومع معاهدة أثينا في عام 1913، تم الإقرارُ بأن مئات الآلاف من المسلمين الذين يعيشون في اليونان سيخضعون لسلطة مجلس المجتمع الإسلامي في جميع قضاياهم، حيث يتم تأسيس المجتمع من قبلهم، وقد تم قبوله ككيانٍ قانوني. وتم تأكيد هذا القرار بموجب معاهدة لوزان سنة 1923. ومع انتخاب المفتي سنة 1920، قبلت اليونان أحكام معاهدة أثينا كجزءٍ من سيادة القانون المحلية، وقد تم اختيارُ المفتي وممثله من قبل مجلس المجتمع الإسلامي، وأبلغ مبعوثٌ يوناني نتائج الانتخابات لشيخ الإسلام في إسطنبول. ومع انهيار الإمبراطورية العثمانية، تم التخلي عن هذا الإجراء سنة 1922 وألغي منصب شيخ الإسلام . كما مُنح المجتمع المسلم في اليونان حقوقًا لم تمنح له في الجمهورية التركية، فقضايا الزواج والميراث والطلاق وغيرها من قضايا الأحوال الشخصية، كانت تحدث جميعها بحضور المفتي الذي يقوم بتطبيق قوانين الشريعة الإسلامية عليها. وتتم كتابة العقود جميعها بالأبجدية العثمانية لتقوم السلطات الرسمية بالتحقق منها وترجمتها لليونانية، مقال الكتروني بعنوان: الشريعة الإسلامية في الاتحاد الأوروبي، منشور بتاريخ: 2017/12/26، متوفر على الرابط:

ttps://www.turkpress.co/node/43292، تاريخ الزيارة: 2020/03/15.

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

[26] - christian kohler, op cit, pp 34 – 37.

[27]– تمت إثارة موضوع شهادة الإرث لأول مرة في أكتوبر 2009 حيث نشرت المفوضية الأوروبية اقتراحا لتنظيم البرلمان الأوروبي بشأن الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق والاعتراف بالأحكام والعقود الرسمية وتنفيذها في مسائل الميراث وإنشاء شهادة إرث أوروبية، وقبلها كانت ما يسم ى بالورقة الخضراء بشأن الوصية والتركة نشرت سنة 2005 تم تجديدها سنة 2008 كورقة نقاش غير رسمية.

- See, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession , Max Planck Institute for Comparative and International Private law, Rabels Zeitschrift issue 74, Section 03, 2009 - 2010, p 04.

[28] - Clause N° 12 du règlement (UE) N o 650/2012 du parlement européen et du conseil du 4 juillet 2012 , relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

[29] – Clause N° 63 du règlement (UE) N o 650/2012 du parlement européen et du conseil du 4 juillet 2012 , relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

[30] – article N° 46/03 du règlement (UE) N o 650/2012 du parlement européen et du conseil du 4 juillet 2012 , relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

– تنص المادة 47 المذكورة أعلاه على مسالة الأخطاء الواردة عند إصدار الشهادة:

1– إذا لم تصدر الشهادة المشار إليها في الفقرة (ب) من المادة 46 (3)، يجوز للمحكمة المختصة أو السلطة المختصة أن تحدد فترة زمنية يمكن أن تصدر خلالها أو تقبل وثيقة معادلة، أو إذا رأت أن من المناسب الاستغناء عنها.

أما المادة 81 فقرة 2: فتنص على أنه عند الإشارة إلى هذه الفقرة، تنطبق المادة 4 من اللائحة رقم 2011/182.

– المادة 4 بخصوص الإجراء الاستشاري:

1– عندما ينطبق الإجراء الاستشاري، تقدم اللجنة رأيها إذا اقتضى الأمر، بإجراء تصويت، وإذا ما أجرت اللجنة تصويتا، يصدر الرأي بأغلبية بسيطة من أعضائها.

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

2- تبت اللجنة في مشروع القانون التنفيذي الذي سيعتمد، مع مراعاة الاستنتاجات المستخلصة من المناقشات التي دارت داخل اللجنة والرأي الذي تم التوصل إليه.

[31] - kamal yassine, rajaa naji, op cit, p 1003.

[32]- لدى كندا ميثاق الحقوق والحريات الذي يضمن حقوق الإنسان وحرياته الأساسية للجميع، إضافة إلى قانون التعددية الثقافية الذي يُفصِّل حقوق الجماعات الثقافية والدينية داخل إطار الميثاق الكندي؛ كما يوفر للأقليات الحماية ويسمح لها بتطوير هويات متعددة بوصفهم كنديين ومسلمين ومختلفي الأصول العرقية . راجع: حقائق من الداخل، تقرير عالمي عن المساواة في الأسرة المسلمة، منظمة مساواة، ماليزيا، 2009، ص 07.

[33]- تفرض قاعدة التنازع في الفقرة الأولى من المادة 3088 من القانون المدني في كيباك أن القوانين المنطبقة، فيما يتعلق بالشروط الموضوعية للزواج، هي قوانين محل إقامة الطرفين وقت الزواج ، بصرف النظر عن معتقداتهم الدينية، الأمر الذي يؤدي إلى استحالة الاعتراف رسميا بتعدد الزوجات بين شخصين مقيمين في كندا، حيث تجرّم المادة 293 من القانون الجنائي تعدد الزوجات على الرغم من أنه قد يكون مرتبطا بالمعتقدات الدينية، وتشكل هذه القاعدة التشريعية انتهاكا قاطعا لحرية الدين، مما يبدو استحالة التوافق مع الحق في المساواة .

- Ariane Leduc, Mélanie Raby, Valérie Scott, le mariage polygame et le droit international privé québécois dans une perspective de droit comparé, Revue québécoise de droit international, vol 21, 2008, p-p 200 – 202.

[34] - kamal yassine, rajaa naji, op cit, p 1003.

- إن الغرض من فرض أي دولة لقاعدة التنازع في القانون الدولي الخاص هو تعيين قانون يرتبط ارتباطا وثيقا بحالة الأطراف ، وفي هذه الحالة تنص الفقرة الأولى من المادة 3088 السالفة الذكر على أن القوانين المنطبقة، فيما يتعلق بالشروط الموضوعية للزواج، هي قوانين محل إقامة الطرفين وقت الزواج ، الذي يطبق على الزوجين المقيمين في كندا مستقبلا، أما الذين يبرمون عقد الزواج في الخارج، فإنه ينص على تطبيق القانون الكندي ؛ وفيما يتعلق بالظروف الموضوعية فإن اختيار المشرع في كيبك لمكان الإقامة يكشف بلا شك عن هدف الاندماج، وفرض تعريف مشترك للزواج، على كل من يختار محل إقامته داخل أراضيه، بغض النظر عن أصله أو دينه أو ثقافته.

- Gérald Goldstein, l'autonomie de la volonté dans le statut personnel, lecture critique de la thèse de jean yves carlier, revue québécoise de droit international, vol 10, 1997, p - p 200 – 204.

- voir aussi, Ariane Leduc, Mélanie Raby, Valérie Scott, op cit, p 202.

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

– إن أنصار نظرية القانون العام يقولون بأن لكل دولة اختصاصات حصرية تُعنى بتحديد سكانها، والمعاهدات في هذا المجال نادرة لان موضوعها بالأساس تنظيم عواقب ازدواج الجنسية ، علاوة على ذلك تلعب الإرادة الفردية دورا محدودا بتدخل السلطة الإدارية في معظم الأحيان؛ أما أنصار نظرية القانون الخاص، فيقولون إن الجنسية هي معيار التمتع بالحقوق المدنية كاملة ، وبالتالي فهي التي تضفي عليها صفة الشخص القانوني كاملة، و هي عنصر من عناصر الأحوال الشخصية للفرد محلها القانون المدني ، مما يُمكّن من إدماج أحكام الجنسية في القوانين المدنية للعديد من البلدان وفي قانون الأسرة كذلك.

- Dr maitre yav katshung joseph, op cit, p62.

[35] – kamal yassine, rajaa naji, op cit, p 993.

[36]– حيث تنص المادة 22 أعلاه على أنه ينطبق قانون الدولة التي يكون فيها أحد الزوجين على الأقل أو الزوج المستقبلي في محل إقامته المعتاد وقت إبرام الاتفاق، أو قانون الدولة التي يكون فيها أحد الزوجين على الأقل أو الزوج المستقبلي يحمل جنسيتها وقت إبرام الاتفاقية .

– Samuel fulli – lemaire, l'autonomie de la volonté en droit international privé européen de la famille, max planck private law research paper, N° 17/8, max planck institute for comparative and international private law, Hamburg, 2017, pp 09, 10.

[37] – kamal yassine, rajaa naji, op cit, p 997.

[38] –articles : 3098/2, 3111, 3122 de code civil du quebec, 1991.

http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/pdf/cs/CCQ-1991.pdf تاريخ الزيارة: 2020/03/20

[39]– إن النزاع بين عائلتين في الهند كان يدور بين مدرسة بومباي للقانون الهندوسي ومدرسة باناراس للقانون الهندوسي فيما يتعلق بالميراث، فقضت محكمة الاستئناف وبعد دراسة مستفيضة لنصوص القانون الهندوسي والسوابق القضائية السائدة ، بالقانون السائد في الهند و هو أن الهندوس يخضعون لفرع قانون الأحوال الشخصية الذي يحمل معهم أينما ذهبوا، لكن يحكمه قانون المقاطعة التي يقيم فيها من البداية، مما يعني أن قانون الإقامة يحظى بالأهمية القصوى في هذا المجال.

– See, Lakshmi jambholkar, Conflict of laws, in : fifty years of the supreme court, annual survey of indian law, vol. L, the indian law institute, oxford university press, 2014, 680.

[40] – ibid, p 680.

[41] - See, Chapter III, item 30, concerning inheritance testamentary, hindu succession act, 1956, Act No. 30 of Year 1956, dated 17th. June, 1956, Available at :

https://web.archive.org/web/20140801065654/http://chanda.nic.in/htmldocs/elibrary-new/e%20Library/hindu%20succession%20act-1956.pdf تاريخ الزيارة: 2020/03/20

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542

−See also : Vibha Sirothiya, Stridhan And Womans' Estate Under Section 14 of Hindu Succession Act 1956, at :

http://www.498a.org/contents/general/streedhan.pdf تاريخ الزيارة: 2020/03/20

[42]– ستريدانا stridhana مصطلح مرتبط بالقانون الهندوسي، لأن طبيعة الملكية التي ما إذا كانت ثروة مطلقة أو تركة لامرأة تعتمد على المصدر الذي تم الحصول عليها منه، و للمرأة حقوق غير قابلة للتصرف من خلال ستريدانا ويمكنها أن تطالب بها حتى بعد انفصالها عن زوجها، كونها ثروة مطلقة للمرأة غير قابلة للتصرف.

− See, Amit Anand Choudhary , Women can claim stridhan even after separation from husband, November 21, 2015 , at :

https://timesofindia.indiatimes.com/india/Womencan-claim-stridhan-even-after-separation-from-husband-Supreme-Court/articleshow/49872639.cms

Published on: 21/11/2015, visited on: 22/03/2020.

[43] - See, Item 14 paragraph 02 of hindu succession act, concerning the absolute Ownership of Hindu female.

[44] - Rhona G. Schuz, conflicts between choice of law rules and recognition of judgments rules in private international law with particular reference to cases involving determination of status, doctorate thesis, London School of Economics, university of london, 2014, pp 228, *229.*

University of Souk Ahras - Université Mohamed Chérif Messaadia de Souk-Ahras
http://www.univ-soukahras.dz/en/publication/article/2542