Université Abou Bekr Belkaid
Tlemcen Algérie
جامعة أبي بكر بلقايد
تلمسان الجزائر

-كلية الحقوق والعلوم السياسية-

الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص

من إعداد الطالبة:

رحاوي أمينة

تحت إشراف الأستاذة الدكتورة:

يوسف فتيحة

أعضاء لجنة المناقشة:

د.رايس محمد	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	رئيسا
د.يوسف فتيحة	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفة ومقررة
د.شهيدة قادة	أستاذالتعليم العالي	جامعة تلمسان	مناقشا
د.بن عصمان جمال	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مناقشا

السنة الدراسية:2010م-2011م

إهداء

إلى والدي العزيز أطال الله عمره ....

إلى والدتي أدام الله بقاءها .....

إلى إخوتي الأعزاء ...

إلى أساتذتي الأفاضل ... إعترافا مني بفضلهم ...

أهدي ثمرة مجهودي ...

قائمة المختصرات

- **باللغة العربية:**

ص: صفحة.

قا: قانون.

ف: فقرة.

ق.م.ج: قانون المدني الجزائري.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.ح.م.ج: قانون الحالة المدنية الجزائري.

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

ق.د.خ: القانون الدولي الخاص

ق.ج.ج: قانون الجنسية الجزائري.

- **باللغة الفرنسية:**

AL.(al): Alinéa.

ART. (art): Article.

N°: Numéro.

P: Page.

T: tome.

V: voir.

L: Loi.

O.P.U: Office publications universitaires.

OP.CIT: Option citée

D.I.P: Droit international privé.

C.CIV.Fr: code civil Français.

D.I.P.T: Droit international privé Tunisienne.

Cass.Civ: Chambre civil de la cour de cassation Française.

Cass.Com: Chombre commercial de la cour de cassation Française.

L.G.D.J: Librairie Générale de droit de jurisprudence.

لقد اختصرت المسافات في هذا العصر، وأصبح الإنتقال إلى أقصى الأرض بين أبناء المجتمع الدولي مسألة في غاية السهولة والسرعة، وأصبحت الدولة في وقتنا هذا تضمّ فضلا عن أبنائها، عددًا لا يستهان به من أبناء الدول الأخرى، ويرتبط هؤلاء الأجانب فيما بينهم أو فيما بينهم وبين أبناء الدولة التي وجدوا فيها بعلاقات قانونية، ولذلك تعقدّت العلاقات القانونية بين الجنس البشري، وتنوعت القواعد التي تحكمها، وأصبحت معرفة تلك القواعد ليس بالأمر اليسير في كل حين، ما دام أن كلّ مجتمع له نظامه القانوني الخاص به، وله سلطته الخاصة التي تسهر على إدارة شؤونه، ويخضع أفراده في علاقاتهم المتعددة الجوانب لقواعد وأنظمة تتناسب مع هذه العلاقات وتختلف باختلافها، ولربما تغيرت وتطورت في المجتمع الوطني للدولة بتغير الزمن وتطور العصر، فيظهر التباين في القواعد القانونية في المجتمع الواحد، على أن التباين يبدو واضحا حينما يتعلق الأمر بأكثر من مجتمع، بالنظر لإختلاف الدول في درجة تطورها و ظروفها وبالتالي في أنظمتها. [1]

هذا الاختلاف بين قوانين الدول وأنظمتها يثير بدون شك نزاعا فيما بينها، كلما اتصلت علاقة قانونية أو مركز قانوني بدولة أجنبية فأكثر، ممّا ترتب عنه أنّ النزاع أصبح في الوقت الحالي علما شائعا لتشابك العلاقات الدولية واتصالها نتيجة التطوّر الحضاري الهائل، الأمر الذي أدّى إلى اكتساب العنصر الأجنبي أهمية كبرى. وكما هو واضح فإنّ العلاقة القانونية إن لم تتصل بدولة أجنبية من أيّ ناحية، خضعت لقواعد القانون الوطني، ولكن الحال يختلف إذا اتصلت العلاقة القانونية بدولة أجنبية أو أكثر في أحد عناصرها.

ويظهر هذا التنازع في مسائل الأحوال الشخصية نتيجة تواجد الأجنبي على أرض الدولة والاعتراف له بمجموعة من الحقوق، لاسيما منها الحقوق المدنية كالحق في الزواج، الذي نصت عليه

[1] : حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، سنة 1997 ، ص 07 .

الإتفاقيات الدولية، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، إذ تنصّ المادّة 16 منه:[1] "للرجل والمرأة متى بلغا سنّ الزواج، حق التزوّج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، ولهما حقوق متساوية عند الزواج"، والزواج هو عقد رضائي،[2] يتم بين رجل وإمرأة على وجه شرعي، هدفه تكوين أسرة أساسها المودّة و الرحمةّ، وإحصان الزوجين والحفاظ على الأنساب من الإختلاط[3].

ومتى تم الإعتراف للأجنبي بإبرام عقد زواجه مع أحد مواطني الدولة المقيم فيها، أو أحد مواطني دولة أخرى لا يحمل جنسيتها، على إقليم الدول المستضيفة، فإنّ العلاقة القانونية في هذه الحالة، يتطرّق إليها العنصر الأجنبي في عنصر أشخاصها، وذلك لأنّ أطراف العلاقة مختلفي الجنسية، ممّا يضفي على هذه الرابطة وصـــف الزواج المختلط، فيظهر أكثر من قانون ممكن التطبيق عليها.

ويعتبر الزواج المختلط أهمّ مسائل الأحوال الشخصية قاطبة، ومن أفسح الروابط العائلية مجالا لتنازع القوانين، وهذا نظرًا لإعتبارات اجتماعية ودينية وخلقية يقوم عليها، ونظرًا لإختلاف نظرة المجتمع إليه ولتدخل القاضي عن طريق التكييف وتحكمه فيما يعتبر زواجا وما هو خارج عن[4]، ونظرا لتشعّب هذه العلاقة

---

[1]: المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، أعتمد بموجب قرار الجمعية العامة217ألف (د-3)، المؤرخ في 10كانون الأول، الموافق 10ديسمبر1948.

[2] : تنص المادة -01- من إتفاقية الرضا بالزواج، والحدّ الأدنى لسنّ الزواج وتسجيل عقود الزواج، عرضتها الجمعية العامّةللتوقيع والتصديق بقرارها (1763 ألف 170)، المؤرخ في 07 تشرين الثاني / نوفمبر 1962 تاريخ بدء النفاذ9 كانون الأول / ديسمبر 1964، تنص في مادتهاالأولى: " لا ينعقد الزواج قانونا إلاّ برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه، وبإعرابهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللاّزمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود، وفقا لأحكام القانون (فقرة أولى)".راجع في ذلك : لعسري عباسية،حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص51.

[3] : تنص المادّة 04 من أمر رقم05 -02، المؤرخ في 07 فبرايرسنة 2005 المعدل والمتمم لقانون رقم 84 -11، المؤرخ في 09يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري : " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودّة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

[4]: زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري ، مقارنا بالقوانين العربية ، الجزء الأول ، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، سنة 2000، ص147.

وترشيحها للإتصال بأكثر من قانون أو نظام قانوني، فكما أنّ عقد الزو اج ليس حكرًا على الأشخاص وفي الدولة الواحدة، كذلك فإنّ القانون الذي يحكم الزواج ليس من إحتكار قانون معيّن، وكما أنّ الزواج قد يكون مختلطا (بين أشخاص من جنسيات مختلفة)، وقد يحصل على أرض دولة ليست من صلة أساسية تربط المتزاوجين بها، وقد ينتج آثاره على أرض دولة أخرى، كذلك فإنّ قانون الزواج قد يكون أيضا مختلطا، فتحكم العلاقة الزوجية الواحدة قوانين مختلفة، بل إنّ ما يزيد في تعقيد هذه المؤسّسة في القانون الدولي الخاص هو تعدّد وإختلاف القوانين الشخصية أو الإقليمية في بعض الدول.

إنّ تنازع القوانين في مسائل الزواج، قد يعرض في مناسبات عديدة، خارج إطار كلّ نـــزاع، مـــثلا جزائري في الخارج أو أجنبي في الجزائر، قد يتجه إلى الإستفسار حول ما إذا كانت تتـــوافر فيـــه الشـــروط الموضوعية والشكلية اللاّزمة لإبرام عقد زواجه، كما أنّ السلطة المختصة لذلك والممثلة في ضابط الحالة المدنية، قد تواجه مشكل القانون الواجب التطبيق على هذه الرابطة القانونية التي يتنازع على تنظيمها أكثر من قـــانون واحد،كما يمكن أن يثار مشكل تنازع القوانين أمام القاضي المختص، وينصبّ حول تقرير صحّة زواج منعقد في دولة القاضي أو في الخارج، ويمكن طرح هذه الفرضية أثناء رفع دعوى بطلان عقد الزواج أو الطعـــن في صحّته، أو دعوى إثبات النسب أو إنكاره، وغيرها من الدعاوى المرتبطة بعقد الزواج بعد إنشائه والمصـــاحبة لآثاره.[1]

ومنه إن تنازع القوانين لا يبرز بشكله الواضح في حالة ما إذا كانت علاقة الزواج المختلط، موضوع دعوى تطرح أمام المحاكم للبت فيها عن طريق تطبيق القانون المختص عليها فحسب، بل إن التنازع قائم منذ اللّحظة التي تنشأ فيها العلاقة القانونية، لأن نشوءها وتكوينها يتطلب تحديد القانون الذي يحكم وضعها مـــن

[1] يوسف فتيحة: محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ملقاة على طلبة السنة الرابعة حقوق، مطبوعة، لسنة 2008، ص48.

الناحية الشكلية والموضوعية، وتحديد هذا القانون يثير منذ البداية التزاحم والتنافس بين قوانين الدول التي يعنيها الأمر.

ويتم حل هذا التنازع بترجيح أحد القوانين المتنازعة وتفضيله سواءا كان وطنيا أو أجنبيا، ويكـــون ذلك بالرجوع إلى قواعد قانونية يضعها المشرع الوطني لفض التنازع بإسناد العلاقة القانونية لقانون يحكمها .

يتضح من هذا أنه في كل حالة من أحوال تنازع القوانين، تمر العلاقة القانونية بمرحلتين، أولهما تعيين القانون الواجب التطبيق، وثانيهما تطبيق هذا القانون على العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

وفي جميع الأحوال لا يمكن للقاضي أن يطبّق على عقد الزواج المختلط القانون الوطني مباشـــرة، لمـــا يترتب على ذلك من ضرر يلحق أطراف العلاقة القانونية في فقدهم الثقة والإطمئنان، بتطبيق قـــانون أكثـــر ملاءمة وإتفاقا مع طبيعة العلاقة، ولدفع هذه الأضرار، وتمكينا للعلاقة من أن تشقّ طريقها في ثقة وإطمئنان مع فواصل الحدود وإختلاف النظم، يبذل فقه القانون الدولي الخاص جهده في وضع قو اعد قانونية فنيّة، تحكـــم العلاقات الخاصّة الدولية من حيث تحديد أصحاب الحقوق واستعمالها ونفادها، وهنا يبرز دور القانون الدولي الخاص في إيجاد حلول لما يرتبه الزواج من مشاكل في إطاره.[1]

إنّ الزواج ذي العنصر الأجنبي "المختلط"، لا يثير في دائرة القانون الدولي الخـــاص مشـــكل تنـــازع القوانين فحسب، بل يثير أيضا مشاكل في مجال الاختصاص القضائي، والبحث عن المحكمة المختصة بالنظر في النزاع المطروح، هل هي المحاكم الوطنية أو الأجنبية، لذا قد يكون موضوع التنازع هو اختصاص المحاكم وفيما إذا كانت محاكم الدولة المرفوع أمامها النزاع ذات اختصاص أو غير مختصة، فالمشرع في دولة من الدول يقتصر

[1] :حسن الهداوي : المرجع السابق ، ص 09

دوره بتحديد اختصاص أو عدم اختصاص سلطته أو محاكمه، دون أن يرشد إلى سلطة أو قضاء أجنبي يختص عندما تكون محاكمه غير مختصّة[1].

ويلحق مسألة تنازع الاختصاص القضائي، مسألة آثار الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية ومدى قوتها وإمكانية تنفيذها في دولة أخرى، ذلك لأنّ دراسة الموضوعات الداخلة في نطاق القانون الدولي الخاص، كتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ستصبح مجرّد دراسة نظرية، إذا ما انتهى الأمر إلى صدور حكم في دولة، مجرّد من كلّ قيمة في الخارج، وخاصّة في الوقت الحاضر الذي يشهد تطوّرًا ملحوظا في تشابك وازدياد العلاقات بين أفراد الدول المختلفة، ولذلك كان لزوما على كل قاض، أن يقبل تنفيذ الحكم الأجنبي في دولته .

وإذا كان الهدف من قواعد القانون الدولي الخاص، هو تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، وتحديد المحكمة المختصّة بالنظر في النزاعات المتعلّقة بها، كان من واجب القاضي البحث عن القانون الواجب التطبيق والأكثر ملاءمة، والبحث في اختصاصه من عدمه للفصل في المنازعات المعروضة عليه، وكذا البحث في مدى الإحتجاج بالحكم الأجنبي أمامه، فما هو القانون الذي يطبّقه على انعقاد الزواج ذي العنصر الأجنبي وآثاره ؟، وإذا أثارت هذه الرابطة العقدية مشاكل من حيث القانون الواجب التطبيق، فما هي الحلول التي يقترحها التشريع لذلك ؟، وإذا اتضح للقاضي أن القانون الأجنبي مختص بحكم العلاقة، فكيف يعامله، و متى يستبعد تطبيقه ؟، كما أنه إذا ثار نزاع يتعلّق بآنعقاد الزواج المختلط أو آثاره، فما هي المحكمة المختصة بنظره ؟، وأخيرًا متى صدر حكم أجنبي فاصل في نزاعاته، وكانت الدول تتباين في تبني الأنظمة السائدة لتنفيذه، فما هي هذه الأنظمة ؟، وما هي شروط وآثار تنفيذ هذا الحكم ؟

[1] :حسن الهداوي : المرجع السابق ، ص 09

ولّما كان الزواج يعدّ من أهم الروابط التي تحدّد مركز الشخص من أسرته، فقد حرصت مختلف التشريعات العربية والغربية على تنظيمه بقواعد خاصّة تشمل الجوانب المختلفة للعلاقة الزوجية من نشأتها حتى إنقضائها، لذلك سنحاول الإجابة على الإشكاليات المقدّمة سابقا، متبعين المنهج المقارن كلّما اقتضى الأمر ذلك، مبرزين موقف المشرّع الجزائري، مع توسّل المنهج التحليلي، لتحليل الأحكام علنا نساهم في إبراز بعض النقاط التي تناساها المشرّع الجزائري، وهذا ما سنحاول تفصيله بآتباع تقسيم ثنائي:

نتعرّض في الفصل الأول إلى:

الزواج المختلط وتنازع القوانين، معالجين فيه:

- القانون الو اجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط (مبحث أوّل)
- القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط (مبحث ثاني) .

ونتعرّض في الفصل الثاني إلى:

الزواج المختلط وتنازع الإختصاص القضائي الدولي معالجين في هذا الفصل:

- الإختصاص القضائي المباشر في مسائل الزواج المختلط (مبحث أول)
- تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط (مبحث ثاني) .

وقد دفعتنا لدراسة هذا الموضوع مجموعة من الدوافع والمبرّرات نذكر منها:

-الرغبة في التطلع على موقف التشريعات المقارنة من تنظيم مسائل الزواج المختلط.

- محاولة تجسيد مظاهر المساواة في موضوعنا من خلال الإشارة إلى بعض المواقف التشريعية التي أصبحت تأخذ بضوابط أكثر ملاءمة للمساواة.

- التوسّع في الموضوع، طالما أنّ الدراسات قد تنصبّ على جانب من جوانبه فقط.

- محاولة المساهمة في تحقيق نوع من التراكم المعرفي.

- كثرة حالات الزواج المختلط بين الوطنيين والأجانب، لاسيما بين الجزائريين والفرنسيين.

- كثرة المنازعات المرفوعة أمام القضاء والمتعلّقة بالزواج المختلط.

- تحديد القانون المناسب لحكم مسائل الزواج المختلط من بين القوانين المتنازعة .

- تحديد طبيعة القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط وحالات استبعاده.

- الرغبة في التعرف على المحكمة المختصة بالنظر في النزاعات المرتبطة بعقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والضوابط التي يتقرّر من خلالها عقد الاختصاص لها.

- تحديد حالات جلب الإختصاص التشريعي للإختصاص القضائي في مسائل الزواج المختلط.

- محاولة التعرف على الأنظمة السائدة بصدد تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط.

-مدى إمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في المنازعات المرتبطة بالزواج المختلط في التشريعات المقارنة.

- الاستفادة من مواقف التشريعات المقارنة ومحاولة إبراز بعض النقاط التي تناساها المشرّع الجزائري.

إنّ تنازع القوانين هي المشكلة الأم في القانون الدولي الخاص،[1] ويراد بها عند جمع الفقهاء لهذا القانون "تزاحم قانونين متعارضين أو أكثر لدولتين أو أكثر، بشأن حكم علاقة قانونية أجنبية في أحد عناصرها على الأقل"،[2] ولكن هذه العلاقة قابلة لإثارة التنازع أو التزاحم بين القوانين، وقد يكون التزاحم بين قانونين لدولتين مختلفتين أو بين أكثر من قانون، تبعا لتعدّد العناصر الأجنبية في العلاقة القانونية محلّ النزاع[3]. وهنا يثور التساؤل عن أيّ من هذه القوانين المتنازعة بحكم النزاع، ويكون البحث عن أنسب تلك القوانين صلاحية لحكم هذا النزاع المشتمل على العنصر الأجنبي، وعلى هذا يكون المقصود بتنازع القوانين، هو المفاضلة بين هذه القوانين، واختيار قانون من بينها، يكون أنسبها وأكثرها ملاءمة لحكم العلاقة القانونية محلّ النزاع، وعمليّة الإختيار هذه يطلق عليها (تنازع القوانين) [4].

ويعتبر الزواج من أهمّ المواضيع في مادّة الأحوال الشخصية، ويعكس العلاقات والروابط العائلية التي تشكّل حقلا خصبا لتنازع القوانين، نظرا لتشعّب هذه العلاقة وترشيحها للإتصال بأكثر من قانون أو نظام قانونية ،وذلك لأنّ العلاقات الزوجية الوطنية المحضة يحكمها القانون الوطني وحده، أمّا العلاقات الزوجية المشتملة على عنصر أجنبي، فلا يمكن تطبيق القانون الوطني عليها مباشرة، إذ تتنازع على حكمها قواعد عدّة دول تتصل بها في عنصر من عناصرها بسبب الصفة الأجنبية، وإنّ في تطبيق القانون الوطني مباشرة على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي قد يؤدي إلى الإضرار بأطراف العلاقة وإنتفاء العدالة وإعاقة التعامل بين أفراد الدول، ودفعا لهذه الأضرار يجب تعيين القانون الأنسب الواجب التطبيق.

---

[1] : جورج حزبون حزبون : قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، العدد الثاني، مجلة الحقوق، السنة السادس والعشرون، سنة 2002، ص 247.

[2] : رمزي محمد علي دراز : فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2004، ص 41.

[3] : طلعت محمد دويدار : القانون الدولي الخاص السعودي، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، تنازع الإختصاص، تنازع القوانين، الناشر، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1417ه- 1418ه، ص 295.

[4] : صلاح الدين جمال الدين : القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2008، ص 229.

ومتى كانت العلاقة الزوجية مشتملة على عنصر أجنبي يثير ذلك تنازعا بين القوانين، ويكون من واجب القاضي تحديد القانون الأنسب الواجب التطبيق، سواء كان النزاع المثار أمامه والمرتبط بالعلاقة الزوجية متعلقا بإبرام العقد أو بآثاره، وعلى هدي ذلك فما هو القانون الذي يطبقه القاضي على إنعقاد الزواج المختلط وآثاره في حالة تنازع القوانين؟، وإذا كان القاضي الجزائري هو المختص، فما هي أهم الصعوبات التي تعترضه وهو بصدد البحث عن القانون الواجب التطبيق ؟، وإذا تحدّد القانون الواجب التطبيق بقانون أجنبي، فكيف يتعامل القاضي الوطني معه؟ هل يعامله معاملة القانون الوطني، أو يعامله معاملة خاصّة؟، وما موقف المشرع الجزائري من ذلك ؟، وهل يمكن للقاضي أن يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولته أو الثابت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون؟

وللإجابة على هذه الإشكاليات سنبيّن القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط في المبحث الأول ، وسنحدّد مركز القانون الأجنبي إذا كان مختصا أمام القضاء الوطني في المبحث الثاني.

المبحث الأوّل : القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط:

إن الزواج المبرم بين أشخاص مختلفي الجنسية، يثير مشاكل عديدة في تحديد القانون الذي ينظم هـــذه الرابطة القانونية، إذ تتنازع القوانين حول حكم هذه الرابطة سواءًا تعلّق الأمر بانعقادها أو بآثارها ،ويتم حل مشكلة تنازع القوانين هنا بتطبيق قواعد قانونية فنية تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بتحديـــد القـــانون الواجب التطبيق عليها، وذلك إستنادا إلى ضابط شخصي، قد يكون ضابط الجنســـية أو ضـــابط المـــوطن ، ويصطلح عليهابقواعد الإسناد أو قواعد التنازع[1]، وهي قواعدغير محدّدة المضمون ، أي لا تقوم بتحديد قانون دولة معينة بالذات لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي ، فقاعدة الإسناد تتكفّل بالرّبط بشكل مجرّد بين طائفـــة معينة من العلاقات ذات الطابع الدولي وأحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة.[2]

وإستنادا لهذه القواعد ، ما هوالقانون الوا جب التطبيق على إنعقاد الزواج المختلط وآثاره ؟ ، ومـــاهي أهم الصعوبات التي قد يثيرها القانون الواجب التطبيق أمام القاضي الجزائري إذا كان مختصا ؟

المطلب الأوّل: إنعقاد الزواج المختلط وتنازع القوانين:

لإنعقاد الزواج صحيحا يجب أن تتوافر فيه شروطا موضوعية وأخرى شكلية، وتحديد ما يدخل في نطاق الشروط الموضوعية أو الشكلية موقوف على عملية التكييف، حيث يقوم القاضي بتحديد الطبيعة القانونية لواقعة معينة للتعرف على القانون الواجب التطبيق، وهو أوّل عملية يقوم بها القاضي متى طرح عليه نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، إذ يدخل هذا الأخير ضمن طائفة من النظم القانونية أو فئة من الفئات المسندة في قانونه، للتعرّف على القانون الذي يحكم هذه العلاقة.[3]

---

[1] : أحمد عبد الكريم سلامة : الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي ، جامعة الملك سعود سنة 1418ه ، ص526.

[2] : صلاح الدين جمال الدين : المرجع السابق ، ص 255.

[3] : عليوش قربوع كمال : القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأوّل، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2006، ص 93.

والرأي الرّاجح فقها وتشريعا يجري عملية التكييف وفقا لقانون القاضي تطبيقا- لنظرية بارتان،[1] مادام أنّ التنازع بين القوانين هو تنازع بين السيادات، ولا يتصوّر أن يتنازل المشرّع الوطني عن التكييف وهو مسألة مهمّة وخطيرة متعلّقة بالسيادة وذات صفة آمرة لصالح قانون أجنبي، كما أنّ بيان طبيعة المسألة التي تحكمها قاعدة الإسناد، هو بيان لهذه القاعدة ذاتها، ومادامت القاعدة من صنع المشرّع الوطني، فإنّ بيان تفسيرها يخضع أيضا لقانون القاضي[2].

ويترتب على عملية التكييف إختلاف القانون المختص بحكم الشروط الموضوعية عن القانون المختص بحكم الشروط الشكلية، فما هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية لإنعقاد الزواج ؟ وإذا فرضنا أن القاضي الجزائري هو المختص، فما هي أهم الصعوبات التي تواجهه وهو بصدد البحث عن القانون الواجب التطبيق ؟

الفرع الأوّل: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية:

يقصد بالشروط الموضوعية للزواج تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها، وينعدم في حالة إنعدامها، فهي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج.[3]

وتختلف التشريعات في إسناد الشروط الموضوعية لصحّة الزواج، فتوجد في القانون المقارن ثلاث إتجاهات للقانون المختصّ بحكمها[4]، أوّلهما يسند هذه الشروط لقانون كلّ من الزوجين، ومن هذا الإتجاه : القوانين العربية والقانون الألماني والقانون البولوني والتشيكوسلوفاكي، واتخاقية لاهاي المؤرخة بـــ12 جوان

[1] : نصت على ذلك المادة 9 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المواد: 10 مدني مصري 10 مدني ليبي، 11 مدني سوري، 17 فـ1 مدني عراقي، 11 مدني أردني، المادة 10 من القانون رقم 05 سنة 1985 بدولة الإمارات العربية المتحدة، المادة 23 من القانون اليمني، رقم 10 سنة 1979،

[2] : زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص96.

[3] : ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش : القانون الدولي الخاص، الأردني والمقارن، الجزء الأوّل، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 1998، ص 89.

[4] : زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 149.

1902، الخاصّة بتنازع القوانين في مادّة الزواج في مادّتها الأولى[1]. والاتجاه الثاني يخضع هذه الشروط لقانون موطن الزوجية، ومن ذلك القانون الإنجليزي والدول الإسكندنافية[2]، ويرى الأستاذ – ARMINJON – بأنّ الموطن يتحدّد طبقا لقانون القاضي المعروض عليه النزاع، لأنّ تحديد الموطن يتعلّق بالتكييف، وإنّ مسألة التكييف تخضع لقانون القاضي، إذ أنّ الموطن فكرة تمس بسيادة الدولة[3]. أمّا الإتجاه الثّالث فيسندها إلى قانون محلّ إبرام الزواج دون تمييز بين شكل وموضوع الزواج كالقانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاّتنية[4].

أمّا القانون الفرنسي، فلم يأت بقاعدة تنازع صريحة تحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج، مما جعل جانب من الفقه[5]، يقترح إخضاعها للقانون الشخصي للزوجين إستنادًا لنص المادّة 03 في فقرتها الثالثة التي نصّت على ما يلي: "القوانين الشخصية التي تحكم حالة الأشخاص وأهليتهم تتبع الفرنسيين ولو أقاموا في الخارج". [6]

وعليه لقد طبّق القضاء الفرنسي، قانون الجنسية المشتركة للزوجين في حالة إبرام زواج مدني بفرنسا بين أجانب يحملون نفس الجنسية، وفي حالة إختلاف الزوجين في الجنسية، يطبّق قانون الموطن المشترك، مسايرة لمبدأ المساواة[7].

---

[1] : Art. 01de convention du12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matiére de mariage qui dispose : Le droit de contracter mariage est régler par la loi nationale de chacun des futur époux, a moins qu'une disposition decette loi ne se réfère expressément à une autre loi .

هذه الإتفاقية موجودة بالموقع التالي : w .w.w.hcch .com

[2] :زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص149 .

[3] : ARMINJON : Précis de droit International privé, 3ème édition, Tom 2, Paris, 1947, p24.

[4] :زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 149.

[5] : GUTMAN DANIEL : Droit Intrnational privé, Dalloz, 3ème édition, 2002, p 143.

[6] : Art 03 Al.03 du C.CIV.Fr(1984-1985) qui dispose : « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résident en pays étrangers ».

[7] : LOUSSOUARN YVON, Bourel Pierre : Droit International privé – Dalloz, 7ème édition, 2001, p353.

وطبقا للرأي الأوّل السائد عندنا، نتولّى تبيان القاعدة العامّة التي تحكم الشروط الموضوعية للزواج والإستثناء الوارد عليها، إضافة إلى التعرّض إلى أهم الصعوبات التي قد تواجه القاضي الجزائري وهو بصدد البحث عن القانون الواجب التطبيق .

البند الأوّل: القاعدة العامّة:

إن المشرع الجزائري قد أسند الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون الجنسية، وعبّر عنه بالقانون الوطني وهذا ما أشار إليه في المادة 11 من القانون المدني الجزائري المعدلة بنصها : "يسري على الشروط الموضوعية الخاصّة بصحّة الزواج، القانون الوطني لكلّ من الزوجين "، أمّا الشروط الشكلية فتحكمها نصوص أخرى كما سوف نرى لاحقا.

كما أخضع المشرّع التونسي الشروط الموضوعية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كلّ على حدة، وذلك في الفصل 45 من الباب الثالث المتعلّق بحقوق العائلة، وسمّى هذه الشروط بالشروط الأصلية[1]، والخلاف بين المشرع الجزائري والتونسي هو أن هذا الأخير أوجد حلا لمشكلة إختلاف الزوجين في الجنسية، على خلاف المشرع الجزائري الذي لم ينص صراحة على ذلك في نص المادة 11من القانون المدني المعدلة، وتطبيقا لذلك لا يثور أيّ إشكال إذا كان الأطراف متحدي الجنسية، لكن المشكل يزيد حدة في حالة إختلاف الزوجين في الجنسية، فكيف يطبّق القاضي الجزائري قانون جنسية الزوجين في هذه الحالة؟

ولتحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، ظهر إتجاهان لدى الفقه : إتجاه يدعو إلى تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا جامعا، والإتجاه الآخر ينادي بتطبيقها تطبيقا موزّعًا.

[1] : قانون رقم 98- 07 الصادر في 27 نوفمبر 1998، المتعلّق بالمجلّة التونسية للقانون الدولي الخاص، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية التونسية، رقم 96، بتاريخ 01 ديسمبر 1998.

أوّلاً: التطبيق الجامع: " Application cumulative "

ينادي أنصار هذا الإتجاه بالتطبيق الجامع لكلا القانونين معا، باعتبار أنّ كلاّ من القانونين وضع شروطه لتظيم رابطة الزوجية التي لا تتحقّق إلاّ بين الزوجين، و لم يقصّر إهتمامه على ناحية واحدة من هذه الرابطة،[1] ومعنى ذلك أنّ الزواج لا يكون صحيحا من الناحية الموضوعية، إلاّ إذا استوفى كلّ زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني، وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون جنسية الطرف الآخر.[2]

وفرضا وفقا لنظرية التطبيق الجامع، إذا أريد إبرام عقد زواج بين جزائري وفرنسية في مصر، على الجزائري أن يستوفي الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون الجزائري، والشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون الفرنسي، وكذلك الأمر بالنسبة للزوجة الفرنسية، ويميل بعض الفقهاء إلى الأخذ بهذا الرأي، حتى لا يكون لأحد القانونين إمتياز على القانون الآخر.

غير أن هذا الرأي محلّ إنتقاد، ذلك لأنّه عسير التطبيق عمليًّا ويؤدي إلى التضييق من حالات إنعقاد الزواج المختلط صحيحا، ويجعل العلاقة القانونية مستحيلة الإنعقاد بمجرّد تخلّف شرط من الشروط المنصوص عليها في كلا القانونين[3].

وفي مقابل هذا الإتجاه يذهب إتجاه آخر إلى القول بالتطبيق الموزع.

ثانيا– التطبيق الموزّع: Application distribution

حسب التطبيق الموزّع، كل زوج يستوفي الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني فقط، فإذا أريد إبرام عقد زواج بين مصري وتونسي، فأخذًا بالتطبيق الموزّع، يستوفي الزوج المصري الشروط

[1] : علي علي سليمان : مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2003، ص69.

[2] : موحند إسعاد : القانون الدولي الخاص، الجزء الأوّل، قواعد التنازل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة سنة 1989، ص 295.

[3] : زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 150.

الموضوعية المنصوص عليها في القانون المصري، ويستوفي الزوج التونسي الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون التونسي.

وقد استقرّ القضاء الفرنسي على هذا الرأي[1]، وأخذ به المشرّعون في بعض الدول[2]، ومن ثم يكفي أن تتوافر في كلّ من الزوجين الشروط الموضوعية التي يتطلّبها قانونه وحده، ويستثنى من التطبيق الموزّع، موانع الزواج نظرًا لخطورتها[3]، لأنها تهدف لحماية الرابطة الزوجية في حدّ ذاتها، وليس لحماية شخص الزوج أو الزوجة.

وحجة الآخذين بالتطبيق الموزّع أنّ قانون كل دولة موضوع لحماية وطنييها، فلا مجال لتطبيقه على غيرهم. [4]

وقد ميّز الفقه الألماني في هذا الصدد بين الشروط التي لها صفة فردية وتلك التي لها صفة مزدوجة[5]، فالشروط التي لها صفة فردية تتعلّق بأحد الزوجين مثل: شروط السنّ، الرضا، الأهلية، وهنا لا يثير التطبيق الموزّع أيّة صعوبة، أمّا الشروط التي لها صفة مزدوجة مثل القرابة، فلا مفرّ من التطبيق الجامع بشأنها، وهناك

---

[1]: Jean Marc Bischoff : marriage, repertoire de droit international,Dalloz,Tom 02 , Paris, 1999, p.26.

[2] :من ذلك ما تقضي به المادة 03 فـ1 من القا. الألماني، المؤرخ في 25 يوليو 1986، المتضمن إصلاح القانون الدولي الخاص، المادة 116 من القانون المدني الإيطالي، المادة 07 من القانون السويسري، المؤرخ في 25 جوان 1891، المادة 13 من القا. المدني اليوناني، المادة 49 من القا. المدني البرتغالي، المادة 16 من القا. التشكوسلوفاكي (سابقا السنة 1963، المادّة 14 من القا. البولوني سنة 1965، المادة 17 فـ1 من القا. د.خ النمساوي لسنة 1978، فـ2 من المادة 44 ق.د.خ سويسري المؤرخ في 18 ديسمبر 1978، الم 11 فـ1 ق.د.خ تركي، المؤرخ في 20 ماي 1982، المادة 12 ق.م. مصري، الم 13 مدني سوري، الم 12 مدني ليبي، الم 19 فـ1 مدني عراقي، الم 13 فـ1 مدني أردني، الم 36 فـ1 من القا. الكويتي رقم 05 لسنة 1961، الفصل 45 من مجلّة القا.الد. الخ التونسي لسنة 1998، في حين أخذ القا. اليمني بقانون القاضي عند رفع الدعوى (المادة 25 من القا. المدني رقم 10 لسنة 1979). راجع في ذلك : زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسيلة، الدويرة، الطبعة الثانية، سنة 2008،ص 161.

[3] : مثل الموانع المنصوص عليها في القانون الاسرة الجزائري، موانع القرابة والمصاهرة والرضاع.

[4] : زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 150.

[5] : أعراب بلقاسم : القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأوّل، دار هومة، الطبعة العاشرة، سنة 2008، ص 233 ومابعدها.

شروط يصعب تصنيفها في إحدى الطائفتين كشرط عدم وجود مرض في أحد الزوجين، فغالبية الفقه اعتبره من الموانع المزدوجة، ونصّ التشريع اليوغسلافي والبلغاري على التطبيق الجامع بشأنه، وبالنسبة للمانع من الزواج في حالة وجود زواج سابق غير منحل، والذي تنص عليه بصفة خاصّة تشريعات الدول المعادية لتعدّد الزوجات، فقد اعتبره بعض الفقه من الموانع التي لها صفة مزدوجة واعتبره البعض الآخر من الموانع ذات الصفة الفردية. وقد حكمت محكمة استئناف باريس على ذلك وإعتبرته من الموانع المزدوجة، وأبطلت زواج فرنسية مع كمروني متزوّج على الرغم من أنّ قانونه الشخصي يبيح له تعدّد الزوجات، فطبقت بذلك القانون الوطني للزوجة تطبيقا جامعا. [1]

من هذه الأمثلة يتضح عجز هذه النظرية، إذ تقلّص من حالات الزواج المختلط في الحالات التي ترد فيها موانع زواج في قانون أحد الزوجين.[2]

وفي هذا الشأن، نجد أنّ المشرع الجزائري أخذ بالتطبيق الموزع في نص المادّة 11 من القانون المدني المعدّلة، وأكدّ على ذلك في نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية، فقد إعتبرت الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا، شريطة ألاّ يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلّبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج[3]، غير أنه إذا تعلّق الأمر بالموانع، فيطبّق بشأنها دائما التطبيق الجامع.[4]

---

[1] : أعراب بلقاسم : القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأوّل، دار هومة، الطبعة العاشرة، سنة 2008، ص 233 ومابعدها.

[2] سامي بديع منصور: الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1994 م/ 1414ه، ص 397.

[3] : تنص الم 97 من قا. الحالة المدينة الجزائري لسنة 1970: " إنّ الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية، يعتبر صحيحا إذا تمّ حسب الأوضاع المألوفة التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج."

[4] :دربة أمين : قواعد التنازع المتعلّقة بالزواج وإنحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، السنة الجامعية 2007-2008، ص 14.

البند الثاني: الإستثناء

إذا كانت القاعدة العامّة تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كلّ من الزوجين، بالنسبة للدول التي تأخذ بذلك إلاّ أنّ هذه القاعدة يرد عليها إستثناء يقضي بتطبيق القانون الوطني وحده، إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت إنعقاد الزواج باستثناء الأهلية التي تبقى خاضعة لقانون الجنسية، وهذا ما أكده المشرّع الجزائري في نص المادة 13 من القا. المدني الجزائري[1] بنصّها: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، إلاّ فيما يخصّ – أهلية الزواج". وطبقا لذلك يستثنى من تطبيق القانون الجزائري على الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج شرط الأهلية، إذ أنها تخضع لقانون الجنسية تطبيقا لنص المادة 10 ف 1 من القانون المدني الجزائري[2].

فالقاعدة العامّة بالنسبة للأهلية تقضي بخضوعها للقانون الشخصي، سواءًا كان هذا القانون، قانون الموطن كما هو الشأن بالنسبة للأرجنتين، البرازيل، إنجلترا أو قانون الموطن والجنسية معا، فتشريعات دول أمريكا اللاّتينية تخضع الأهلية لنظام مختلط، فأهلية رعاياها تخضع لقانون الجنسية، بينما أهلية الأجانب يسرى عليها قانون الموطن أو قانون الجنسية لوحده كما هو الحال بالنسبة لتشريعات الدول العربية.[3]

---

[1] : وقد أخذ المشرع المصري بذلك في المادة 14 من القانون المدني، والمشرّع الليبي في المادّة 14 من القانون المدني والمشرّع السوري في المادة 15 من القانون المدني، والمشرّع العراقي في المادّة 19 من القا.المدني، والملاحظ هو أنّ هناك بعض التشريعات العربية لم تتعرض لهذا الاستثناء، كما هو الشأن بالنسبة للقانون التونسي، والقانون اليمني، علمًا أنّ الزواج في القانون اليمني يسري عليه قانون القاضي طبقا للمادة 26 من القانون المدني اليمني.

[2] : تنص المادة 10 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى : "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم". ويقابلها في القوانين العربية : الم 11ف 1مدني مصري، الم 11ف1 مدني ليبي، الم12ف1مدني سوري، الم 12ف1 مدني أردني، الم 18ف1 مدني عراقي، الم24ف1 مدني يمني .
وتخضع الأهلية إستثناءًا لقانون الموطن تابيدًا لما تضمنّته قضيّة " LIZARDI" المشار إليها بالمرجع:
Jean Derruppé : Droit International privé, Dalloz 12ème édition, 2001, p.127.

[3] : أحمد عبد الحميد عشوش : تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة، مؤسّسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، بدون طبعة، سنة 1989، ص 25 وما بعدها.

وحسب ما تقضي به التشريعات العربية على العموم، والمشرّع الجزائري على وجه الخصوص، إذا تزوّج جزائري بفرنسية، وثار النزاع بشأن القانون الواجب التطبيق أمام القاضي الجزائري، تخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الجزائري وحده تطبيقا للإستثناء الوارد في المادّة 13 ق.م.ج، باستثناء أهلية الزوجة الفرنسية فتخضع للقانون الفرنسي، تطبيقا للمادة 10 ق.م.ج.

ومتى تقرر أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق بموجب تطبيق الإستثناء الوارد في نص المادة 13 ق.م.ج، فإن قانون الأسرة الجزائري هو الذي يحدد الشروط الموضوعية، وقد نصت عليها المواد، 9، 9 مكرّر، 25، 26، 27، ويستخلص من هذه المواد، أنّ عقد الزواج يشتمل على: الرضا- الأهلية -الصداق- الشهود – الولي وخلو الزوجين من الموانع الشرعية، المؤبدة والمؤقتة. ويجب أن تتوافر هذه الشروط لكي يرتب العقد جميع آثاره القانونية.

وهناك شروط خاصّة تتعلّق بأفراد الجيش الوطني الشعبي والأمن والزواج من الأجانب ونقص أهلية الزواج[1]، وهذه الشروط هي:

- الإذن لأفراد الجيش الوطني الشعبي من قادتهم المختصين.
- الإذن لأفراد الأمن الوطني من مديرية الأمن.
- الترخيص للأجنبي أو الأجنبية من طرف والي الولاية.
- الإعفاء من شرط سنّ الزواج من طرف رئيس المحكمة.

وعلى العموم متى كان القاضي الجزائري مختصا بالنظر في النزاع المرتبط بمدى صحة عقد الزواج من حيث توافر شروطه الموضوعية، فإن تطبيق القاعدة العامة أو الإستثناء قد يثير صعوبات أمامه.

[1] : بن عبيدة عبد الحفيظ : الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2005، ص 31.

البند الثالث: الصعوبات التي يثيرها القانون الواجب التطبيق أمام القضاء الجزائري:

إذا كانت قاعدة الإسناد الوطنية المستندة إلى ضابط الجنسية في القانون الجزائري، قد بيّنت القانون الواجب التطبيق، إلاّ أنّ هناك صعوبات قد تعترض القاضي وهو بصدد إعمال هذه القاعدة، إذ تعترضه صعوبات يثيرها ضابط الجنسية، فقد يكون أحد الزوجين متعدّد أو عديم الجنسية (أولا)، وقد يغيّر أحدهما أو كلاهما جنسيته (ثانيا)، كما قد قد يتوصّل القاضي إلى أنّ القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع أو الطوائف (ثالثا) هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يجد القاضي نفسه أمام مشكلة الإحالة الدولية (رابعا).

أوّلاً:تعدد و إنعدام الجنسية:

تثور هذه الصعوبات بالنسبة للتشريعات التي تعتدّ بضابط الجنسية في إسناد الأحوال الشخصية عموما ومسائل الزواج خصوصا، فإذا كانت القاعدة العامّة تقضي بإخضاع الشروط الموضوعية للقانون الوطني للزوجين، إلاّ أنّ القاضي المطروح أمامه النزاع قد تواجهه صعوبات ومشاكل في حال تعدّد الجنسيات أو إنعدام الجنسية، فما هي الجنسية التي يعتدّ بها القاضي في حالة تعدّد الجنسيات، وما هو الضابط الذي يعتدّ به القاضي كبديل عن ضابط الجنسية في حالة إنعدامها؟

1-تعدد الجنسيات:

في هذه الحالة يكون القاضي أمام فرضين:

- **في حال تعدّد الجنسية وكانت من بينها جنسية دولة القاضي:**

في هذا الفرض ليس هناك من تنازع بين الجنسيات، فجنسية دولة القاضي تلعب بالنسبةلجنسيات الدول المتواجدة دورا حاذفا، فتحذف مسبقا كل إمكانية للمفاضلة أو الإختيار، فهي تطبّق دون سواها، فقواعد الجنسية هي قواعد عامّة، إقليمية التطبيق، ترفض أيّ فكرة للتزاحم، فالمشرّع الوطني ينفرد بتحديد

شروط إكتساب جنسيته أو شروط زوالها، وإكتساب الفرد لجنسية دولته يمنع مسبقا كلّ بحث في توافر جنسية دولة أخرى.[1]

وتبعًا لذلك إذا وجد القاضي أنّ أحد الزوجين متعدّد الجنسيات، ومن بين جنسياته جنسية دولة القاضي، فإنه يطبّق قانون جنسية القاضي،[2] وهذا ما أيّده المشرّع الجزائري، ونصّ عليه في المادة 22 ف 02 ق.م.ج، وهذا الرأي معمول به لحلّ التنازع الإيجابي (تعدّد الجنسيات)[3]، وتطبيقا لذلك إذا عرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلّق بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لزواج يراد إبرامه بين زوجة مصرية وزوج فرنسي جزائري، فيعتد بالنسبة للزوج بالجنسية الجزائرية فقط، ويشير إلى تطبيق المادّة 13 ق.م.ج لحكم الشروط الموضوعية ما دام أنّ أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج.

- **تعدّد الجنسيات وليس من بينها جنسية دولة القاضي:**

في هذا الفرض يبرز التنازع بين الجنسيات، وجنسية دولة القاضي غير متواجدة، فلا مجال هنا للبحث عن حذف، وإنّما عن مفاضلة واختيار بين الجنسيات المختلفة والمطروحة، والحلول الفقهية المتعددة تقضي إمّا بتفضيل الجنسية التي تتفق أحكامها مع قانون جنسية دولة القاضي، أو ترك التحديد لصاحب العلاقة، أو تفضيل الجنسية الأقدم أو الجنسية الأحدث.[4]

[1] : سامي بديع منصور: المرجع السابق، ص 274.

[2] : حسن الهدّاوي : القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 87.

[3]: تنص المادة22ف 2 ق.م.ج : غير ان القانون الجزائري هوالذي يطبق إذا كان للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر، الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول." وتقابل هذه المادة : المادة 26ق.م.أردني وتنص على أن الاشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية الأردنية وجنسية دولة أجنبية أخرى فإن القانون الأردني هو الذي يجب تطبيقه.

[4] : سامي بديع منصور: المرجع السابق، ص 275.

ولكنّ الراجح هو أنّ العبرة تكون بالجنسية التي تكشف الوقائع والظروف أنّ الشخص كان أكثر إرتباطا بها، ويغلّب القاضي هذه الجنسية لإعطاء الإختصاص لها[1]. فإذا عرض نزاع على القاض الجزائري وتعلّق بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لزواج يراد إبرامه بين زوج مصري وتونسي، وكان الزوج يرتبط إرتباطًا حقيقيا مع المجتمع المصري، ففي هذه الحالة يعتدّ القاضي الجزائري بالجنسية المصرية بالنسبة للزوج باعتبارها الجنسية الحقيقية، تطبيقا لنص المادة 22 ف1 ق.م.ج[2]، إذ يأخذ القاضي بقانون الجنسية الفعالة التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، وذلك متى كانت الجنسيات المتنازعة جنسيات أجنبية.

2-إنعدام الجنسية:

يطلق على هذه الحالة، بحالة التنازع السلبي، ويذهب الرأي الراجح فقها إلى إسناد الأحوال الشخصية لمنعدم الجنسية لقانون الموطن، وقد أخذ بهذا الرأي الكثير من التشريعات الوطنية[3]، وتبناه المشرّع الجزائري بموجب تتميمه للمادة 22 ق.م.ج في فقرتها الثالثة : " في حالة إنعدام الجنسية يطبّق القاضي قانون الموطن أو قانون محلّ الإقامة".[4]ويميل الرأي الغالب إلى إعطاء الإختصاص في الأحوال الشخصية إلى قانون الموطن، فإن لم يكن له موطن، ينسب الإختصاص لقانون محلّ الإقامة[5]، وإن تعذّر تعيين موطن أو محلّ إقامة

---

[1] : حسن الهداوي : الجنسية ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، سنة 1980، ص 57.

[2] : تنص الم 22 ق.م.ج ف1 : "في حالة تعدّد الجنسيات يطبّق القاضي الجنسية الحقيقية."

[3] : ومن ذلك ما تقضي به الم 29 ق.م. إيطالي لسنة 1942، والمادة 32 من القا. المدني البرتغالي لسنة 1966، الم 33 من قانون 1963 التشيكو سلوفاكي الخاص بالقانون الدولي الخاص، الم 03 من قانون 1965 البولوني الخاص، راجع في ذلك : زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص142.

[4] : وقد نصّت على ذلك أيضا الم 12 من إتفاقية نيويورك المبرمة في 28 أوت 1954 والتي إنضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 64- 173، المؤرخ في 08 جوان 1964، وهي تقضي باسناد الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون الموطن.

[5] :Jean Marc Bischoff : op.cit,p.05.

عديم الجنسية، فقد استقرّ العرف الدولي على أنّ يطبّق القاضي في هذه الحالة قانونه في حكم الأحوال الشخصية لعديم الجنسية، وهناك من القوانين العربية أوكلت للقضاء مهمّة تحديد القانون الواجب ا لتطبيق في حالة إنعدام الجنسية[1].

ثانيا–التنازع المتحرك:

إنّ موضوع التنازع المتحرّك "Les conflits mobiles"، موضوع يكتسي أهمية بالغة، ويثير إشكالات عديدة وهو حديث النشأة، وتكوينه النظري تنقصه الدقّة والوضوح رغم جهود الفقه في إذلال الصعوبات التي تكتنفه، ذلك أنّ تنظيم العلاقات القانونية يخضع لإعتبارات الزمان والمكان في ذات الوقت، ممّا يقتضي تحديد وقت نشوء العلاقة ومكانها، وتكمن أهمية تحديد عنصر الزمان في تعيين القانون المطبّق حسب قواعد القانون الانتقالي "droit transitoire" أو تنازع القوانين من حيث الزمان، كما تكمن أهمية عنصر المكان في تعيين القانون المختص حسب قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص.

ويمكن تصوّر مشكل التنازع المتحرك أمام القاضي الجزائري، إذا تعلّق الأمر بإبرام عقد زواج، متى قام الزوج بتغيير جنسيته، فيكتسب بموجب هذا التغيير جنسية القاضي أو يتخلّى عنها، وبذلك يتم تغيير ضابط الإسناد الذي يتحدّد بموجبه القانون الواجب التطبيق، فيجد القاضي هنا إشكالا حول القانون الذي يعتدّ به، هل يطبّق قانون الجنسية الجديدة أو قانون الجنسية القديمة على الشروط الموضوعية للزواج حتى يتعقد صحيحا؟

ولحلّ مشكلة التنازع المتحرك، ومسايرة لموقف التشريعات في غالبية الدول، حلّ التنازع المتحرّك بين القوانين على أساس فكرة المفاضلة والملاءمة بين القوانين المتنازعة، وهذا الحلّ قد تبنّاه المشرّع الجزائري بالنسبة للتنازع الثابت حين وضع قواعد إسناد محدّدة (مثلا تفضيل قانون الجنسية على قانون الموطن)، وقد لجأ المشرع أحيانا لإجراء مفاضلة بين القانونين المتعاقبين (مثلا تفضيل قانون جنسية الزوج الجزائري وقت إنعقاد الزواج

[1]: المادة 25 فـ1 مدني مصري، الم 25 فـ1 مدني ليبي، الم 26 فـ1 مدني سوري، الم 33 فـ01 مدني عراقي، الم 26 مدني أردني.

إذا كان أحد الزوجين جزائريا، فيعتدّ القاضي تبعا لذلك بضابط الجنسية الجزائرية وقت إنعقاد الزواج لا غير).[1]

وقد يطرح فرضا أمام القاضي الجزائري نزاع حول إبرام عقد زواج فرنسي مع مغربية، غير أن الفرنسي لم يتمتع بالجنسية الفرنسية إلاّ وقت إبرام عقد الزواج، وكان قبل ذلك يتمتّع بالجنسية الجزائرية، غير أنّه تخلّى عنها بعد اكتسابه للجنسية الفرنسية، وفي هذه الحالة يعتد القاضي بالجنسية وقت إبرام عقد الزواج، ويبحث عن القانون الواجب التطبيق على أساس أنّ الزوج فرنسي الجنسية، كذلك لو ثار نزاع أمام القاضي الجزائري بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد زواج يراد إبرامه بين شخص كان جزائريا وقت إنعقاد الزواج، غير أنه قبل ذلك كان فرنسيا، وأراد الزواج بفرنسية، ففي هذه الحالة يعتد القاضي بالجنسية المتمتّع بها وقت إبرام عقد الزواج، ويشير إلى تطبيق القانون الجزائري وفقا لما تقضي به الم 13 ق.م.ج.

ثالثا–الصعوبات التي يثيرها التعدد التشريعي أو الطائفي:

قد تثور الصعوبة في حالة الإسناد إلى قانون بلد تتعدّد فيه الشرائع إقليميا أو طائفيا، ونكون بصدد تعدّدإقليمي عندما تختصّ كلّ شريعة بنطاق إقليمي معيّن، كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، ونكون بصدد تعدّد شخصي في حالة التعدّد الطائفي، كما هو الشأن في مصر ولبنان، ومعظم دول الشرق الأوسط، وغالبا ما يكون التعدّد الطائفي (الشخصي) على إعتبار الديانة أو الجنس.[2]

وقد نصّ المشرّع الجزائري في المادة 23 من القا. المدني الجزائري في فقرتها الأولى، على أنه في حالة التعدّد الإقليمي أو الطائفي، فالقانون الداخلي لتلك الدولة، هو الذي يقرّر النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه.[3]

[1] : زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 116 و123.

[2] : عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص 110.

[3] : تقابل الم 23 ق.م.ج، الم 26 ق.م. مصري، الم 26 مدني ليبي، الم 28 مدني سوري، الم 32 فـ2 مدني عراقي.

إنّ هذا النص يعالج ما يسمّى بالإحالة الدّاخلية أو التفويض، وبموجبه يتكفّل القانون الأجنبي المختصّ بتوزيع الإختصاص التشريعي داخليا، وتعيين شريعة الإقليم الواجبة التطبيق أو الشريعة الطائفية التي ينتمي إليها الشخص، ولا إشكال إذا وجد في القانون الأجنبي المختصّ حلّ لهذه المسألة، سواءًا كان البلد الذي يجب تطبيق قانونه به تعدّد إقليمي مثل: الولايات المتحدة الأمريكية، أو طائفي كالعراق، سوريا، لبنان، فقواعد التنازع لتلك الدول هي التي تحدّد التشريع الواجب التطبيق من بين التشريعات المتعدّدة[1]، وفي حالة عدم النصّ على ذلك، بيّن المشرّع الجزائري للقاضي الجزائري القانون الواجب التطبيق في الفقرة -2- من المادة 23 المعدّلة والمتممة من القانون المدني الجزائري: "إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبّق التشريع الغالب في البلد، في حالة التعدّد الطائفي، أو التشريع المطبّق في عاصمة البلد في حالة التعدّد الإقليمي".

وفرضا إذا عرض نزاع على القاضي الجزائري بشأن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لزواج مصريين، فإن القانون المصري هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق نظرا لوجود تعدد طائفي في مصر، أما إذا لم يوجد نص بشأن ذلك طبق القاضي الجزائري التشريع الغالب في مصر، كذلك لو تعلق الأمر بزواج أمريكيين، و لم ينص القانون الأمريكي على القانون الواجب التطبيق، يطبق القاضي الجزائري القانون المطبق في عاصمة أمريكا.

رابعا- الصعوبات التي يثيرها مشكل الإحالة:

ثمّة صعوبة أخرى تعترض تطبيق قانون الجنسية تتمثل في الإحالة، وتتحقق عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنيةإلى تطبيق القانون الأجنبي، في حين تشير قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختصّ إمّا إلى تطبيق قانون دولة القاضي، وإمّا إلى تطبيق قانون دولة أخرى غير قانون دولة القاضي[2]، ففي الحالة الأولى يكون القاضي

[1] : زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 133.

[2]: زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 114.

بصدد الإحالة من الدرجة الأولى، ومثال ذلك: أن يثور نزاع حول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج بين إنجليزي وفرنسي متوطنين في الجزائر أمام القاضي الجزائري، فتشير قاعدة الإسناد في القانون الجزائري إلى تطبيق القانون الوطني للزوجين، مع الأخذ بالتطبيق الموزّع يخضع الزوج الإنجليزي للقانون الإنجليزي، في حين أنّ قاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي تشير إلى تطبييق قانون الموطن، فتحيل الإختصاص إلى القانون الجزائري، وهو قانون دولة القاضي، أما في الحالة الثانية، فيكون بصدد الإحالة من الدرجة الثانية، ومثال ذلك: أن يثور التزاع حول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج بين إنجليزي وفرنسية غير أنهما متوطنان في فرنسا، وعرض التزاع على القاضي الجزائري، فتشير قاعدة الإسناد في القانون الجزائري إلى تطبيق القانون الإنجليزي بالنسبة للزوج، غير أن قاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي تشير إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الموطن.

وإنّ المشرع الجزائري يأخذ فقط بالإحالة من الدرجة الأولى ويرفض الإحالة من الدرجة الثانية[1]، فلو أراد إنجليزيين إبرام عقد زواجهما في الجزائر، وكانا متوطنان بها، ورجع القاضي الجزائري إلى قواعد الإسناد للقانون الإنجليزي، ووجدها تحيل إلى تطبيق قانون الموطن، فإنه يطبق القانون الجزائري على الشروط الموضوعية

[1] : تنص الم 23 مكرّر 1 من ق.م.ج : "إذا تقرّر أنّ قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبّق منه إلاّ أحكامه الداخلية دون تلك الخاصّة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبّق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص". ومن التشريعات التي أخذت بالإحالة بصفة مطلقة : القا.د.خ التركي لسنة1982(المادة 2 ف3)، وأخذ بها أيضا القضاء البلجيكي والنمساوي، كما أخذ بها في حدود القا.د.خ السويسري الصادر في 28 ديسمبر1987 (المادة 14)، وهناك بعض القوانين نصت على الأخذ بها إذا كانت من الدرجة الأولى كالقانون المجري لسنة1979 (المادة4)، والقانون المدني الإسباني بموجب تعديل 1974 ، ومشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي (المادة 22)، وفي المقابل رفض الأخذ بالإحالة القانون الإيطالي (المادة 30 من القانون المدني لسنة 1942)، كما رفضتها المجموعة الأمريكية لتنازع القوانين (المادة 17منها)، ويميل القضاء الأمريكي إلى رفضها، وهو الموقف نفسه بالنسبة لغالبية القوانين العربية (الم 27مدني مصري، الم 28مدني ليبي، الم 29مدني سوري، الم 32مدني عراقي، الم28مدني أردني)، أما قانون دولة اليمن والقانون المغربي فلم ينصا على الإحالة رفضا أو قبولا، في حين أن القانون التونسي قد أخد بهاإستثناءا إذا تقرر ذلك في قانون خاص (الفصل 35من مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998).

لإبرام عقد زواجهما في الجزائر، بينما إذا كانا متوطنان في فرنسا مثلا، فلا يطبق القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد الفرنسية، باعتبارالقانون الفرنسي قانون الموطن، وإنما يقتصر تطبيقه على القواعد الداخلية للقانون الإنجليزي دون تلك الخاصة بتنازع القوانين.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية:

إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية تقتضي التعرض أولا إلى ضبط مفهوم هذه الشروط، وثانيا إلى تحديد ضوابط الإسنا د التي تحكمها.

البندالأول:مفهوم الشروط الشكلية:

يدخل في الشروط الشكلية للزواج كلّ ما يتعلّق بالإجراءات ومسائل الإختصاص والزواج بالوكالة، وإشهار الزواج وتحرير عقده وإثباته[1]، فالشروط الشكلية هي الطرق اللاّزمة لإظهار الزواج والإفصاح عنه إلى العالم الخارجي كإشهاره وتحرير عقده وإثباته.[2]

وليس من السهل التمييز بين الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج، لأنّه لكلّ نظام قانوني فكرته المستقلة فيما يتعلق بالزواج، لذلك يلجأ القاضي لمسألة التكييف بقصد إعطاء وصف للوقائع أو التصرفات لإدراجها ضمن فكرة مسندة، وبالتالي إسنادها للقانون الذي يسري عليها.[3]

وتعتبر أغلب الدول المسيحية شهر الزواج في شكل ديني شرطا شكليا، في حين أن بعض البلدان كاليونان وإسبانيا وبلغاريا تعتبر شهر الزواج في شكل ديني شرطا موضوعيا، وباختلاف هذا التكييف، تختلف قواعد الإسناد، ويختلف القانون الواجب التطبيق.[4]

[1] : علي علي سليمان : المرجع السابق، ص 70.

[2] : حسن الهداوي : القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 109.

[3] : عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص 95.

[4] : نادية فوضيل : تطبيق قانون المحلّ على شكل التصرّف، دار هومة، الجزائر طبعة سنة 2006، ص 293.

وبالنسبة للدول الإسلامية، بما أنّ الزواج ليس في الشريعة الإسلامية نظامًا دينيا، وإنّما هو نظام مدني، إذ لا يشترط لإنعقاده رجل دين أو إحترام طقوس معيّنة، يمكن القول أنّ شرط المراسيم الدينية تعتبر من الشروط الشكلية في الجزائر، وقد قال بهذا التكييف الفقه المصري[1]، وكذلك الشأن بالنسبة للقضاء الفرنسي، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بأنّ الطابع الديني أو المدني للزواج مسألة شكلية تخضع لقانون المحلّ، وكان ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 22 جوان 1955[2] .

البند الثاني: ضوابط الإسناد التي تحكم الشروط الشكلية:

يخضع الزواج باعتباره تصرّفا قانونيا من الناحية الشكلية إلى القاعدة العامّة التقليدية التي تحكم التصرّفات القانونية من الناحية الشكلية، وهي قاعدة " Locus"، والتي تقضي بخضوع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمّت فيه، ويجوز أن يخضع شكل الزواج أيضا للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين.[3]

وقد أسند المشرع الجزائري الشروط الشكلية لأكثر من ضابط إسناد، ونص على ذلك في المادة 19 من القانون المدني الجزائري المعدلة والمتممة، باعتبارها تتناول كافة الأعمال التي تتم بين الأحياء، والتي أجازت تطبيق أربع قوانين على الشكل، وهي:

- إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل إبرام العقد.

- إخضاع الشروط الشكلية للزواج للقانون الوطني المشترك للزوجين، وهوقانون جنسيتهما إن إتحدا جنسية.

---

[1] : صلاح الدين جمال الدين : تنازع القوانين المرجع السابق، ص 211.

[2]: صدرقرار 12جوان 1955 في قضيّة طرحت أمام محكمة النقض الفرنسية، والتي تتلخص وقائعها فيما يلي: "**Dimitri Graslanis** " من أصل يوناني، تزوّج من " Maria Richard Dumoulin"، وهي فرنسية، بتاريخ 12 سبتمبر 1931 أمام ضابط الحالة المدنية بباريس، لكن الزوج ادّعى بأنّ هذا الزواج غير قائم لأنّ الكنيسة الأرثوذ كسية التي يخضع لها تشترط لإنعقاد الزواج، أن تتم مراسيمه على يد قسيس، وأنّ هذا الشرط يتعلّق بالناحيةالموضوعية للزواج، لكن محكمة النقض الفرنسية قضت بأنّ الطابع الديني للزواج مسألة متعلّقة بالشكل لا بالموضوع.راجع في ذلك:Rizkallah Nouhad : « Droit International privée », M.A.J.D, Beyrouth, édition 1985, P79

[3] : زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، المرجع السابق،ص153 .

- إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون الموطن المشترك للزوجين.

- إخضاع الشروط الشكلية للزواج للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية.

وقد وقع جدل فقهي حول هذه المادة، بحيث يرى البعض،[1] بأنّها لا تدخل ضمن مجال الزواج، إنّما جاءت ضمن القواعد المنظمة للعقود، بينما يرى جانب آخر أن المادة 20 قانون مدني مصري المقابلة للمادة 19 ق.م.ج تنطبق على الزواج باعتباره عقدًا مثل سائر العقود. وبالنتيجة في حالة عدم وجود نص خاص، يرجع إلى تطبيق القاعدة العامّة، أي تطبيق الم 19 ق.م.ج. وحسب رأي الأستاذ – عليوش قربوع كمال[2]، إنّ المادة 19 منه تتعلّق بالعقود باستثناء عقد الزواج. ومع هذا الجدل، وبوجود نصوص خاصة في قانون الحالة المدنية الجزائري، وإستنادا على وجه الخصوص لنصوص المواد 95،96،97، يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بضابط محل الإبرام (المادة 95 والمادة 97 ف1) وبضابط الجنسية المشتركة سواء الجنسية المشتركة بين الزوجين في المادة 96 أو الجنسية المشتركة بين أحد الزوجين والقنصل في المادة 97 ف2[3].

وفي الحقيقة قد لا نلمس في بعض التشريعات وبالخصوص ضمن قواعد التنازع، قاعدة إسناد خاصّة بتبيان القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، إلاّ أنّ ذلك لا يمنع من وجود تشريعات أخرى جاءت بقاعدة إسناد صريحة تحكم شكل الزواج، كما هو الحال بالنسبة للتشريع التونسي الذي نص في الفصل 46 ف 01 من مجلة القانون الدولي الخاص: "تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج".

وبناء على ذلك يستند إلى ضابطين أساسين لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، مع إختلاف مواقف التشريعات .

[1] : من هذا الرأي فؤاد عبد المنعم الرياض وسامية راشد : المرجع السابق، ص 257.

[2] : عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص 222 .

[3] : وسنتعرض لتفصيل المواد 95، 96،97 من قانون الحالة المدنية فيما بعد.

أوّلا–ضابط محل الإبرام :

قد أكّدت إتفاقية لاهاي المتعلّقة بإبرام الزواج والإعتراف بصحّته، المؤرخة في 14 مارس 1978 والتي دخلت حيّز التنفيذ إبتداءًا من أوّل ماي 1991[1] في مادّتها الثانية، أنّ الشروط الشكلية تخضع لمكان إبرامها، أي لقاعدة لوكيس " LOCUS" .

وخضوع الزواج في شكله لقانون بلد إبرامه هو الحلّ الذي أخذت به بصفة صريحة تشريعات الكثير من الدول العربية نذكر منها : القا. المصري، القا. الكويتي، القا. التونسي، القا. اللبناني، القا. السوري، القانون العراقي، وكذلك الدول الإفريقية والدول الأوربية كفرنسا، إيطاليا، اليونان، ألمانيا، النمسا، تشيكوسلوفاكيا، ألبانيا، يوغسلافيا، بلغاريا، النمسا، تركيا، إنجلترا، وأمريكا[2].

غير أن الدول تختلف فيما بينها في إعتبار هذه القاعدة إختيارية أو إلزامية، فبعض الدول مثل الولايات المتحدة الأمريكية، إنجلترا و اليابان، تخضع الشروط الشكلية في الزواج لقاعدة Locus على سبيل الإلزام، بحيث لا يجوز تطبيق قانون آخر عليها، سواء تمّ إبرامه في إقليمها أو في الخارج، ويمكن إعتبار القانون الفرنسي ضمن هذه المجموعة[3]. وبعض الدول تجعل هذه القاعدة إختيارية، كالقانون المصري والعراقي والكويتي والسوري والإيطالي.[4] وهناك دول تجعل القاعدة إلزامية إذا أبرم الزواج على إقليمها، وإختيارية بالنسبة للزواج المبرم في الخارج كالقا. النمساوي، الألماني، البولوني.[5]

---

[1] : Art. 02 du convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages (conclu le 14 mars 1978) qui dispose : « les conditions de forme du mariage sont régies par le droit de l'état de la célébration ».

هذه الإتفاقيةالدولية موجودة بالموقع التالي: w.w.w.hcch.com

[2] : أعراب بلقاسم : القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 204.

[3] : علي علي سليمان : المرجع السابق، ص 70.

[4] : علي علي سليمان : المرجع السابق، ص 70.

[5] : زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص154.

أمّا فيما يخصّ قواعد التنازع التي تحكم الشروط الشكلية للزواج في التشريعات المختلفة والتي تسندها إلى قانون محلّ الإبرام، نذكر من ذلك القانون الفرنسي، حيث تنص المادة 47 من القا. المدني المعدّلة بقانون رقم 06-1376، المؤرخ في 14 نوفمبر 2006 : "إنّ كلّ تصرّف خاص بالحالة المدنية للفرنسين والأجانب تمّ في الخارج يكون صحيحا متى كان قد حرّر حسب الأشكال المنصوص عليها طبقا لقانون مكان الإبرام"، ويستفاد من هذا النصّ، أنّ الشروط الشكلية لعقد الزواج تخضع للمكان الذي تمت فيه. وبناء على ما تقدّم، نجد أنّ القانون الفرنسي يجعل من قاعدة محلّ الإبرام إلزامية، سواءًا تمّ إبرام الزواج في الإقليم الفرنسي أو خارجه.[1]

وبالمقابل نصت المجلّة التونسية للقانون الدولي الخاص على إسناد الشروط الشكلية لعقد الزواج في الفصل 46ف1: " تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج".ويستفاد من هذا النص أنّ المشرّع التونسي، أخضع الشروط الشكلية للزواج لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، أو لمكان إبرام الزواج، ولقد جعل المشرع التونسي قاعدة مكان الإبرام قاعدة احتياطية في حالة عدم إتحاد جنسية العاقدين .

كمانصّ القانون المدني القطري في المادة 14 منه: "يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج، كالتوثيق والمراسيم الدينية إلى قانون البلد الذي تمّ فيه الزواج أو لقانون جنسية كل من الزوجين أو قانون موطنهما المشترك"، وقد جعل المشرع القطري ضابط محل الإبرام إختيارية، وعلى خلاف غالبية التشريعات أخذ بضابط الموطن المشترك.

أمّا فيما يخصّ المشرّع الجزائري، فقد جسّد قاعدة محل الإبرام في المواد 95، 97، 71من قانون الحالة المدنية، فنصت المادّة 95 من قانون الحالة المدنية المتعلّقة بإبرام الزواج في شكله المحلّي، على أنّ كل عقد خاص

[1] : أعراب بلقاسم : القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 242.

بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب، يعتبر صحيحا إذا حرّر طبقا لمكان الإبرام. وبذلك منح المشرّع للجزائريين والأجانب الحق في تحرير عقودهم وفق قانون المحل[1]،ومنه تفصح المادة عن تبنّي المشرّع الجزائري لقاعدة Locus في مجال الشروط الشكلية، وذلك بإخضاعها لقانون المكان الذي تّمت فيه أو الشكل الذي يتطلبه القانون الجزائري باعتباره قانون محل الإبرام .

كما اعتبرت المادّة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائري الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا شريطة ألاّ يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلّبها القانون الوطني لإمكان الزواج.

والملاحظ أنّ النص قد سكت عن حالة زواج الجزائرية بالأجنبي في الخارج، ممّا يستنتج أنّه لا يجوز عقده في الشكل المحلّي، ويرجع ذلك إلى التخوّف من ذهاب الجزائريات إلى الخارج لعقد زواجهنّ، وقد يكون في ذلك تحايلا على القانون الجزائري الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم، غير أنّ هذا التخوّف ليس في محله، ذلك أنّ في إحترام الشروط الموضوعية من طرف الجزائرية، الضمان الكافي لعدم استطاعتها عقد الزواج مع غير مسلم.[2]

وأمّا فيما يتعلّق بزواج الأجانب في الجزائر، فلهم الخيار بين عقد زواجهم وفقا للشكل المحلّي وبين عقده وفق قانون جنسيتهم المشتركة كما سنرى، أمّا إذا كانا مختلفي الجنسية، فإنّ الشكل المحلّي يصبح إلزاميا بالنسبة لهم. ومتى تمّ زواج الأجانب في الجزائر وفق الشكل المحلّي، فإنه على الزوجين الأجنبيين إحترام الشروط

[1] : نادية فوضيل : المرجع السابق، ص 170.

[2] : أعراب بلقاسم القانون الدولي الخاص : تنازع القوانين ... المرجع السابق، ص 243.

الشكلية التي يستلزمها القانون الجزائري، والإقامة داخل الإقليم لمدّة لا تقلّ عن شهر، وقد نصت على ذلك المادة 71 من قانون الحالة المدنية.[1]

والملاحظ هو أنّ الم 19 من القانون المدني الجزائري، والمادة 95 من قانون الحالة المدنية الجزائرية يشتركان في أنّ الشروط الشكلية تخضع لقانون محلّ الإبرام، وقد جعل المشرّع هذه القاعدة إلزامية في حالة إختلاف الأطراف في الجنسية، وذلك إستنتاجا من نصوص قانون الحالة المدنية السالفة الذكر .

ثانيا: ضابط الجنسية المشتركة:

قد يخضع الزواج من حيث الشكل لقانون الجنسية المشتركة في حال إتحاد الزوجين في الجنسية، سواء تعلّق الأمر بالدول التي إعتبرت قاعدة خضوع الشكل لقانون محلّ إبرامه إختيارية، أو الدول التي إعتبرت خضوع الشكل للقانون المحلّي إلزامية، وذلك لأنّ غالبية الدول تسمح لرعاياها بإبرام زواجهم أمام بعثاتها الديبلوماسية والقنصلية في الدول المعتمدة فيها[2].

وقد أقرّت هذا الاختصاص بعض المعاهدات الدولية المتعددة الأطراف أو الثنائية[3]،فقد أجازت إتفاقية فيينا في مادّتها الخامسة للسلك الأجنبي إبرام زواج رعاياهم، كما أقرّت إتفاقية لاهاي لسنة 1978 صلاحية

---

[1]: الم 71 من ق.ح.م.ج تنصّ على أنّه : " يختصّ بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محلّ إقامةطالبي الزواج أو أحدهما أو السكن الذي يقيم فيه أحدهماباستمرار مند شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج، ولا تطبّق هذه المهلة على المواطنين".

[2] : زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية... المرجع السابق، ص 155.

[3] :من ذلك ما تقضي به إتفاقية لاهاي لسنة 1902 الخاصّة بالزواج(تحفظت هذه الإتفاقية بالنسبة للدول الأطراف بعدم الإعتراف بالزواج المبرم في الخارج حسب الشكل المحلّي إذا كان قانونها يتطلب الشكل الديني وكان الزوجان من رعاياها (الم 05 منها). وإتفاقية فيينا المبرمة في 2 أفريل 1963 (صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 64- 85، المؤرخ في 02 مارس 1964، المتضمن المصادقة على اتفاقية فيينا حول العلاقات القنصلية، الموقعة في 24 أبريل 1963، جريدة رسمية عدد 34 سنة1964). وكذلك معاهدة لاهاي لسنة 1978 الخاصّة بإبرام الزواج والإعتراف بصحته(دخلت حيز التنفيدفي 24مارس1978)، كذلك نصت عليه الإتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 24 ماي 1974(صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 74- 75، المؤرخ في 12 يوليو سنة 1974، جريدة رسمية عدد 62، سنة 1974).

إبرام الزواج من طرف السلك الديبلوماسي في الدول المعتمدين فيها، إذا كان الزوجين من رعاياهم، و لم يمنعهم القانون المحلّي، وأجازت الإتفاقية الجزائرية الفرنسية للقناصل عقد الزواج إذا كان الزوجان المستقبليان من دولة القنصل. كمانصّت عليه القوانين الداخلية مثل المادة 96 من قانون الحالة المدنية الجزائري : " إنّ كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي، يعتبر صحيحا إذا حرّره الأعوان الديبلوماسيين أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية"، ونصّت المادّة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائري على حالة الزواج المختلط: "على أن يجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتمّ أمام الأعوان الديبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية. غير أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإنّ هذا الزواج لا تتمّ مراسيمه إلاّ في البلد الذي سيحدّد بمرسوم". وحسب مفهوم المخالفة المستنتج من نص الم 97، يمكن لأجنبيين مختلفي الجنسية إبرام زواجهم أمام قنصل أجنبي شريطة أن تتحد جنسية أحدهما مع جنسية القنصل، وذلك أخذًا بمبدأ المعاملة بالمثل.

وإذا حلّلنا المادة 97 من قا. الحالة المدنية الجزائري، نجد أنّها من جهة عالجت الحالة التي يكون فيها الزوج جزائريا والزوجة أجنبية، ومن جهة أخرى، أنه حتى في مثل هذه الحالة التي تكون فيها الزوجة أجنبية، فإنها فرّقت بين وضعيتين، الوضعية الأولى إذا كانت الزوجة الأجنبية تحمل جنسية البلد المضيف، فهنا لا إشكال، ففي هذا الوضع ما على الممثل الديبلوماسي أو القنصلي إلاّ إبرام هذا النوع من الزواج باعتبار الزوجة حاملة لجنسية البلد المضيف. أمّا الوضعية الثانية، إذا لم تكن الزوجة تحمل جنسية البلد المضيف، فإنّ مثل هذا الزواج لا يبرم إلاّ في البلد الذي سيحدّد بمرسوم، مع ملاحظ أنّ هذا المرسوم لم يصدر لحدّ الآن.

وحسب ما جاء به المشرّع الجزائري في المادة97،فقد اعترف بقاعدة من القانون الدولي العام، وهي صلاحية الأعوان الديبلوماسيين والقناصل في عقد زواج رعايا دولهم في الجزائر،شريطة أن تسمح دولهم

بذلك[1]، ولكن الملاحظ هو أنّه في حالة الزواج المختلط وخضوعه من حيث شكله لقانون جنسية أحدهما، الذي تتفق جنسيته مع جنسية القنصل، يخالف القاعدة المقرّرة في الم 19 ق.م.ج.

وفي مصر أيضا[2]، يسمح للهيئات الديبلوماسية المصرية في الخارج، تحرير زواج رعاياها المصريين أو إذا كان أحدهما مصريا شريطة استيفاء إجراء شكلي وهو الحصول على ترخيص بالزواج مع أجنبي أو أجنبية يمنح من طرف وزير الخارجية.

وفي فرنسا[3]،يشترط لصحّة الزواج المبرم فيها أمام الهيئات القنصلية والدبلوماسية الأجنبية إتحاد جنسية الزوجين وانتمائهما إلى بلد الهيئة القنصلية المحرّرة للعقد، والشيء نفسه بالنسبة لزواج الفرنسيين في الخارج طبقا للشكل الفرنسي، غير أن قانونا صدر في 19 نوفمبر 1901، أباح للهيئات الديبلوماسية الفرنسية في الخارج القيام بعقد زواج فرنسي بأجنبية في بعض البلاد المحدّدة بمرسوم يصدره رئيس الجمهورية.[4]

ويثيرالزواج المبرم بهذه الطريقة مشكلتان تخصّان مدى الإحتجاج به في دولة محلّ الإبرام، و في دولة الممثّل الديبلوماسي، ففي الدولة الأولى، أي الدولة التي أبرم فيها الزواج، يتوقف الأمر على ما إذا كان قانون محلّ الإبرام يعترف بهذا الإختصاص للسلك السياسي الأجنبي، مثلا القانون الألماني لا يسمح به، ممّا يتوجب ضرورة مراعاة الشكل المحلّي لإبرام عقود الزواج التي يكون فيها الطرفان أو أحدهما أجنبيا، وإلاّ قضي ببطلانه شكلا. في حين تجيز قوانين أخرى،كالقانون الفرنسي للسلك الديبلوماسي الأجنبي، إبرام الزواج بين رعاياهم،

[1] : أعراب بلقاسم : القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين... المرجع السابق، ص 246.

[2] : عز الدين عبد الله : القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، سنة 1986، ص 278 ومابعدها.

[3]: Jean Marc Bischoff : op. Cit, p15

[4]: وقد صدر المرسوم المذكور في 26 أكتوبر 1939، محدّدًا بعض الدول التي يجوز فيها للسلك القنصلي الفرنسي أن يعقد زواجا أحد طرفيه فرنسيا، راجع في ذلك : زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 156.

ولكن لا يعترف به إذا كان أحد الزوجين أجنبيا أو فرنسيا، وتوجد دول أخرى لا تبيح لسلكها الديبلوماسي هذا الإختصاص أصلا كما هو الشأن في بعض دول أمريكا اللاّتينية.[1]

وفي جميع الأحوال متى إنعقد الزواج صحيحا وفقا للقانون المختص دوليا من الناحية الموضوعية والشكلية، فسوف يطرح التساؤل عن القانون الذي يحكم الآثار التي تترتب عنه.

المطلب الثاني: آثار الزواج المختلط وتنازع القوانين:

يقصد بآثار الزواج، الحقوق والإلتزامات التي تترتّب عليه، وما دامت رابطة الزواج، رابطة قانونية وإجتماعية، فإنّ آثارها تستند إلى أسس قانونية وأخلاقية ودينية، قوامها الإحترام المتبادل بين الزوجين والإخلاص والمساعدة بقصد تكوين أسرة.

ومن ثمّ هناك آثار شخصية، يعبّر عنها بحقوق وواجبات الزوجين، وآثار مالية تخصّ تنظيم أموالهما، وتسمّى في التشريعات الغربية بالنظم المالية للزوجين.

إنّ آثار الزواج المختلط سواء كانت شخصية أو مالية، قد لا تخضع لنفس القانون الذي يحكمها، وقد تثير مشكل تنازع القوانين، وهنا تظهر أهمية البحث عن القانون الواجب التطبيق على كلّ منها، وعلى هدي ذلك، فما هو القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية والمالية للزواج المختلط ؟

وللإجابة على ذلك سنتعرّض في الفرع الأوّل إلى القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية، وفي الفرع الثاني إلى القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية.

الفرع الأوّل: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية:

إنّ التعرّف على القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط، يستلزم أوّلا تحديد نطاق الآثار الشخصية، وثانيا تبيان قواعد التنازع التي تحكم هذه الآثار.

[1] : زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 116 وما بعدها.

البند الأوّل: تحديد نطاق الآثار الشخصية:

تتمثل هذه الآثار في: حقوق وواجبات الزوجين المتبادلة، النسب، تأثير الزواج على جنسية الطرفين.

أوّلاً: – حقوق وواجبات الزوجين:

بسبب عقد الزواج الصحيح تنشأ حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين، سواء كانا متحدا الجنسية أو مختلفين فيها، وهي تتمثل في القانون المقارن في : العشرة الزوجية، الطاعة، التعاون على مصلحة الأسرة، رعاية الأولاد، وحق الزوجة في النفقة والمهروالعدل في حالة التعدّد، وإنّ حقوق الزوجة على زوجها هي في نفس الوقت تمثّل واجبات الزوج.[1]

وفي هذا الصدد، نجد أنّ المشرع الفرنسي قد نصّ على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين من المادة 212 إلى 226 من القانون المدني الفرنسي، ونجد نص الم 213 ق.م تحث الزوجين على العمل معا من أجل إدارة وتسيير شؤون الأسرة.[2]

وإذا كانت بعض المسائل لا تطرح إشكالا في تكييفها، إن تدخل في نطاق الآثار الشخصية، وتدرج ضمن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، كواجب إخلاص الزوجين لبعضهما البعض، وواجب الزوجة في طاعة زوجها، ففي المقابل هناك مسألة بالغة الأهمية تطرح صعوبة في تكييفها وهي – مسألة النفقة–، والرأي الرّاجح يكيّف النفقة على أساس أنّها من آثار الزواج الشخصية ولا تدخل ضمن الآثار المالية ولو أنها ذات طابع مالي، لأنّ هذه الأخيرة تعتبر نظير حق الإحتباس الذي يمارسه الزوج على زوجته، كما لا تعدّ من النفقة بين الأقارب التي تخضع لقانون المدين بها، بل هي من الآثار الشخصية للزواج في ذاته، وهذا الرأي أخذ

[1] : جابر عبد الهادي سالم الشافعي : أحكام الأسرة الخاصّة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر سنة 2007، ص 287.

[2] : Art. 213 du C.CIV.Fr (L. N°70-459 du 04 Juin 1970) «les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille, ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ».

به القضاء الفرنسي في قضية شموني[1]، كما نصّت المادة 37 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بصريح العبارة على أنّ النفقة من الآثار الشخصية للزواج.

إذا كانت النفقة تكيّف على أساس أنّها من الآثار الشخصية للزواج، فهي تندرج حتما ضمن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين.

ثانيا: النسب الشرعي:

إنّ أحكام وقواعد النسب تقوم على حقيقة واحدة هي الإنجاب، فليس من وسيلة أخرى غير الإتصال الجنسي المباشر بين الرجل والمرأة، لأنه هو الفطرة وهو الطريقة الطبيعية للتناسل وإشباع رغبة الجنس، وعلى أساس ذلك بنت القوانين الوضعية أحكامها، وهي تقوم على إفتراض أنّ من تضع مولودًا، فهي أمّه الحقيقية ولا إشكال في إنتسابه إليها، كما تفترض أنّ الولد الذي يولد في ظل علاقة زوجية قائمة، هو إبن الزوج حقيقة وينسب إليه.[2]

ومتى وضع الطفل من بطن أمّه، قد تكون بنوّته شرعية filiation légitime، وقد تكون بنوّته طبيعية filiation naturelle، فالبنوّة الشرعية يقصد بها إنتساب الولد إلى أبوين تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج، أمّا النبوّة الطبيعية فهي ناتجة عن علاقة غير شرعية.[3]

[1] : نقض مدني فرنسي في 19 فبراير 1963، المجلة الانتقادية 1963، ص559، فقد طبقت محكمة النقض الفرنسية القانون الفرنسي على النفقة باعتبارها من آثار الزواج الشخصية بين زوجين تونسيين متوطنان بفرنسا، أحدهما تجنس بالجنسية الفرنسية، والآخر بقي محتفظا بجنسيته السابقة، راجع في ذلك : زروتي الطيب : القانون الدولي االخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية ... المرجع السابق، ص163.

[2] : محمد ولد عال ولد محمياي : أحكام النسب وطرق إثباته، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان 2007– 2008.

[3] : محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2009، ص 146 وما بعدها.

ومن خلال هذا التمييز يتضح أنّ البنوّة الشرعية (النسب الشرعي) هي وحدها التي تعتبر من آثار عقد الزواج، وإنّ واقعة الزواج لا تكفي لوحدها لثبوت النسب من جهة الأب، بل يقتضي الأمر فضلا عن إبرام عقد الزواج، إمكانية الإتصال بين الزوجين، حتى يثبت نسب الطفل من أبيه ومتى كان الولد نتيجة طبيعة لعلاقة الزواج، يعدّ في عداد أفراد الأسرة التي أساسها الزواج، إذ أنّ الولد للفراش.[1]

ويثير النسب مشكلة تنازع القوانين متى إختلفت جنسية الزوجين، وهو ماسنتطرق له حين التعرض لقواعد الإسناد التي تحكم الآثار الشخصية.

ثالثا: إكتساب الجنسية بالزواج المختلط

من بين الآثار المترتبة على عقد الزواج بصفة عامّة سواء كان مختلطًا أم لا، الآثار الشخصية المرتبطة بالحقوق والواجبات الزوجية، وإنتساب الولد لأبيه ولكن إلى جانب هذه الآثار، هناك أثر يختصّ به الزواج المختلط دون الزواج الذي يتمّ بين أشخاص متحدي الجنسية، هذا الأثر يتمثل في إكتساب الجنسية بالزواج المختلط. فمن المتصوّر أن يكون للزواج أثر في جنسية الزوجة، سواءًا بصفة مباشرة أو غير مباشرة عملا بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة[2]، إمّا بفرض جنسية الزوج على الزوجة بقوّة القانون دون إعتداد بإرادتها، أو منحها فرصة ردّ الجنسية المفروضة عليها لقاء إحتفاظها بجنسيتها السابقة[3]، أو جعل جنسية الزوج متوقفة على إبداء

[1] : محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2009، ص 146 وما بعدها.

[2] : تنص المادة 01 من الإتفاقية المتعلّقة بجنسية المرأة المتزوجة التي عرضت للتوقيع والتصديق بقرار الجمعية العامة 1040، يوم 29 كانون الثاني 1 يناير 1957 على ما يلي : "توافق كلّ الدول المتعاقدة على أنّه لا يجوز لإنعقاد الزواج أو انحلاله بين أحد مواطنيها وبين أجنبي، ولا لتغيير الزوج لجنسيته أثناء الحياة الزوجية، أن يكون بصورة آلية، ذا أثر على جنسية الزوجة". هذه الإتفاقية منشورة بالمرجع التالي: العسري عباسية، المرجع السابق، ص56 وما بعدها.

[3] : تنص الم 02 من الإتفاقية المذكورة أعلاه : "توافق كلّ من الدول المتعاقدة على أنه لا يجوز لإكتساب أحد مواطنيها بآختياره جنسية دولة أخرى، ولا لتخلّي أحد مواطنيها عن جنسيته، أن يمنع زوجة هذا المواطن من الإحتفاظ بجنسيتها.

رغبتها، أو بواسطة تخفيف شروط التجنّس لها وتمكينها من الإلتحاق بجنسية زوجها[1]، ويبدو غريبا في ظل مبدأ وحدة الجنسية أن يكون للزواج أثر مباشر في جنسية الزوج، لأنّ الزوج هو ربّ العائلة، ممّا يترتّب عليه عدم فرض جنسية زوجته عليه بفعل الزواج وحده ، بل إنّ هناك من القوانين من نصّت صراحة على هذا الحكم[2]، بيد أن وجه الغرابة ينتفي في ظلّ مبدأ استقلالية الجنسية الذي يتساوى فيه المركز القانوني للزوجين، ويتجسّد ذلك في الدول التي تجعل للزواج المختلط أثرًا غير مباشر على جنسية الزوجين معًا، الزوج والزوجة على قدم المساواة، كقانون الجنسية الفرنسية الحالي، ما دام تحقيق وحدة الجنسية في العائلة هو الهدف النهائي للزواج.[3]

وما يجري به العمل في أغلبية الدول[4]، أنّ أثر الزواج المختلط على جنسية الزوجين محدود الفاعلية، يشكّل غالبا مجرّد ظرف مخفف لشروط التجنّس العادي لاسيما تخفيف مدّة الإقامة اللاّزمة للتجنّس، وذلك بهدف تحقيق وحدة الجنسية داخل الأسرة ، هذه الأخيرة هي الخليّة الأساسية في المجتمع ويتعيّن إقامتها على أسس اجتماعية قوّية لتحقيق تماسكها ووحدتها، وفي حالة إختلاف الجنسية بين الزوجين يبقى الهدف منقوصا نظرًا لتوّزع الولاء السياسي لدولتين، وخير وسيلة لتلافي هذا النقص أن ينضم أحد الزوجين لجنسية الزوج الآخر بعد الزواج، كما أنّه من الناحية القانونية إنّ توحيد الجنسية في الأسرة هو قبل كلّ شيء وسيلة لتوحيد النظام القانوني لها في مسائل الأحوال الشخصية التي تسندها غالبية الدول إلى ضابط الجنسية، فتصبح العلاقة

---

[1] : تنص الم 03 من نفس الإتفاقية : " توافق كلّ من الدول المتعاقدة على أن الأجنبية المتزوجة من أحد مواطنيها إذا طلبت ذلك، أن تكتسب جنسية زوجها، من خلال إجراء تجنّس إمتيازي خاص، ويجوز إخضاع منح هذه الجنسية للقيود التي قد تفرضها مصلحة الأمن القومي النظام العام".

[2] : تنص الم 03 ف02 من قا.جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة، المعدلة بالقانون رقم 10 لسنة 1975 : " ... في جميع الأحوال لا يتبع الزوج جنسية زوجته."

[3] : CHEN Hongwn : Problèmes de droit International Privé, concernant les personnes physiques étrangères en CHINE, L.G.D.J, Tome 305,1998, p84.

راجع كذلك : حسن محمد الهداوي، إكتساب الأجنبية لجنسية زوجهافي التشريعات العربية، مجلة الحقوق، العدد الثاني، سنة 1977 ، ص56.

[4] : حسن محمد الهداوي، إكتساب الأجنبية لجنسية زوجهافي التشريعات العربية، مجلة الحقوق، العدد الثاني، سنة1977 ص56.

الزوجية منظمة بقانون واحد بدل توزيعها بين قانوني جنسية الزوجين اللذين قد يكونا متعارضين[1]، ومن ناحية أخرى إنّ توحيد جنسية الزوجين يساهم في وحدة جنسية أبنائهما، بينما في حالة إختلاف جنسيتهما سينعكس ذلك على أولادهما، فيصبحون مزدوجي الجنسية إذا كان كلّ من قانون جنسية الزوجين يضفي عليهم جنسيته[2].

ونظرا لأهمية توحيد الجنسية داخل الأسرة يقضي قانون الجنسية الفرنسي، بتمكين الأجنبي ذكرا أو أنثى الذي يبرم زواجا مع طرف فرنسي، بعد عامين من إبرام الزواج من إكتساب الجنسية الفرنسية، شريطة استمرار قيام الزوجية بتاريخ التصريح بين الزوجين واحتفاظ الطرف الفرنسي بجنسيته.[3]

كما أنّ المشرع الجزائري بموجب التعديلات الواردة على قانون الجنسية الجزائري الصادرة سنة 2005، إستحدث نص المادّة 9 مكرّر[4]، وقد نصّت هذه المادّة على إكتساب الجنسية بالزواج، حيث ورد فيها ما يلي: " يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية، بموجب مرسوم متى توافرت الشروط الآتية:

---

[1] : يوسف فتيحة : محاضرات في قانون الجنسية، ملقاة على طلبة ماجستير، فرع القانون الدولي الخاص، غير مطبوعة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، سنة 2009.

[2] : CHEN Hongwn : op.cit, p 84.

[3] : زروتي الطيب : الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر، بدون طبعة، سنة 2002، ص 172.

[4] : الم 09 مكرّر من أمر رقم 01-05 لسنة 27 فيفري 2005، المتضمن قانون الجنسية الجزائري، المعدّل والمتمم لقانون رقم 86- 70 / 15 ديسمبر 1970. والملاحظ فـــي هذه المادةهو أنّ المشرّع الجزائري لا يشترط سنّ الرشد في طالب التجنّس بسبب الزواج المختلط، بالرغم من أنّ الطلب يعدّ عملا إيراديا، ولعلّ السبب يرجع إلى بداهته لأنّ من يتزوّج أو يرخّص له بذلك وهو في سنّ السادسة عشر من عمره، لابّد وأن يكون قد أدرك سنّ التاسعة عشرة بعد مرور 3 سنوات على الزواج، ومن ثمّ يصبح بإمكانه طلب الدخول في جنسية الزوج الجزائري، أمّا إذا كان سنّ الزواج أقلّ من 16 سنة فلا يمكن أن يوافق على طلبه لتخلّف سنّ الرشد، وهذه الحالة يمكن إعتبارها مستحيلة لأنّ القانون الجزائري يشترط لإنعقاد الزواج أكثر من هذه السنّ.راجع في ذلك: صديقي أحمد : الجنسية الجزائرية بين الإكتساب والفقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان 2006- 2007.

-أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ (03) سنوات على الأقلّ، عند تقديم طلب التجنّس.

-الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدّة عامين (2) على الأقل.

-التمتع بحسن السيرة والسلوك.

-إثبات الوسائل الكافية للمعيشة.

يمكن ألاّ تؤخذ بعين الإعتبار العقوبة الصادرة في الخارج".

وعلى العموم إنّ إكتساب الجنسية بالزواج لا يثير مشكلا في مجال تنازع القوانين، فقانون جنسية الدولة التي يراد التمتع بجنسيتها هو الذي ينظم كافة الإجراءات المتعلقة بطلب التجنس، وذلك نظرا لإعتبار أنّ الجنسية هي مسألة مرتبطة بسيادة الدولة، وأنّ هذه الأخيرة هي التي تمنح جنسيتها لمن يريدها متى توافرت فيه شروط معينة، منصوص عليها في قانونها.[1]

ومادمنا قد استبعدنا مسألة التجنس بالزواج من مجال تنازع القوانين ، ستقتصر دراستنا في البند الموالي على قواعد التنازع التي تحكم الحقوق والواجبات الزوجية وكذا التي تنظم مسألة النسب.

البند الثاني: قواعد التنازع التي تحكم الآثار الشخصية للزواج المختلط:

يختلف القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية حسب إختلافها، لذلك سنتعرض أولا لقواعد التنازع التي تحكم الحقوق والواجبات الزوجية، وثانيا لقواعد التنازع التي تحكم النسب.

أولا:قواعد التنازع المتعلقة بالحقوق و الواجبات الزوجية:

إختلفت التشريعات في تحديد القانون الذي تخضع له الحقوق والواجبات الزوجية، فبعض الدول أسندها لقانون الإقامة وهو عادة قانون القاضي، ومن ذلك قانون الولايات المتحدة الأمريكية والقا. الإنجليزي والأرجنتيني، وبعض النظم أخضعتها لقانون موطن الزوجية مثل البرازيل والدنمارك، وبعضها الآخر أناطها

[1] : يوسف فتيحة : محاضرات في قانون الجنسية، المرجع السابق، غير مطبوعة.

بقانون الجنسية المشتركة مثل اليونان وبولونيا وتشيكوسلوفاكيا، وفي حالة عدم الإشتراك في الجنسية، إقترح الفقه تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا جامعا، ومن جهة أخرى نادى إتجاه آخر بإخضاعها لقانون آخر جنسية مشتركة للزوجين.[1]

وقد كان القانون الفرنسي سابقا يخضع آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج باعتباره هو ربّ الأسرة (م 213 ق.م.ف)، وبعد تعديل هذه المادّة في 7 يوليو 1970، أخذ بمبدأ مساواة الزوجين في إدارة وتسيير شؤون الأسرة، وعلى ذلك إذا كان الزوجان الأجنبيين من جنسية واحدة فلا إشكال، أمّا إذا اختلفت جنسيتهما أو كان أحدهما فرنسيا ومتوطنان في فرنسا فقد عمد إلى تطبيق قانون الموطن[2]، وقد أيدّ المشرّع الفرنسي هذا الإجتهاد القضائي، وعممه على إنحلال الزواج بأن أصدر قانون 11 يوليو 1975 عدّل بموجبه المادة 310 ق.م.ف الخاصّة بالقانون الواجب التطبيق على الطلاق والإنفصال الجسماني والتي أصبحت المادة309 بمقتضى التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي سنة 2006[3].

أمّا الدول العربية بما فيها المشرع الجزائري وبعض الدول الأوربية، فقد أسندت الحقوق والواجبات الزوجية إلى قانون جنسية الزوج، وإستثناءًا إلى القانون الوطني وحده إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج، ويستثنى من هذا الإتجاه المشرع التونسي الذي تأثر بالتشريع الفرنسي، وحاول الأخذ بضوابط أكثر ملاءمة لمبدأ المساواة، حيث نصّ في الفصل 47 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي على ما يلي: "تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك.وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة، يكون القانون المطبّق، هو قانون آخر مقرّ مشترك لهما، وإلاّ فقانون المحكمة".

---

[1] : زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي...، المرجع السابق، ص 170.

[2]: Jean Marc Bischoff :op.cit,p.25.

وقد طبّق القضاء الفرنسي قانون الموطن على قضيّة شيموني، السالفة الذكر.

[3] : Rizkallah Nouhad : op.cit, p85.

وتماشيا مع الاتجاه الغالب الذي تسير على وتيرته الدول العربية سنحاول تحديد القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط قاعدة، واستثناءًا.

1- القاعدة العامّة:

طبقا للقاعدة العامة التي تأخد بها مختلف التشريعات العربية، إنّ الحقوق والواجبات الزوجية تخضع لقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، باعتبار أنّ الزوج هو ربّ الأسرة، و قد أخذ المشرع الجزائري بذلك في الم 12 ق.م.ج : " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج ".[1]

ولعلّ تفضيل قانون جنسية الزوج مردّه هو مرتبته في الأسرة بصفة ربّ الأسرة و المكلّف بشؤونها، وإن كانت القوانين الغربية قد قلّلت من شأنه متأثرة بالأفكار التحررية.[2]

وما تجدر الإشارة إليه هو أنّ قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج يسري على الآثار الشخصية للزواج المختلط والمنحصرة بالضرورة في حقوق وواجبات الزوجين دون أن يمتدّ تطبيقه إلى النسب الشرعي أو إلى مسألة التجنّس بالزواج بالرغم من أنهما تدخلان في نطاق الآثار الشخصية للزواج.

إنّ تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج على الحقوق والواجبات الزوجية، قد يثير صعوبات إذا غيّر الزوج جنسيته بعد الزواج أو إذا غيّر الزوجان جنسيتهما، إذ أنّ القانون الواجب التطبيق يبقى قانون الزوج وقت إنعقاد الزواج، لذا قد يبدو من الغرابة تطبيق قانون أجنبي على الزوجين وهو قانون جنسية الزوج القديمة، أي وقت إنعقاد الزواج[3]. لذلك من بين المشاكل التي تطرحها القاعدة العامّة، تجميد

[1] : وتقابل هذه المادة في القوانين العربية مع إختلاف في الصياغة : المادة 13 فـ1 مدني مصري، المادّة 13 فـ1 مدني ليبي، المادة 14 فـ1 مدني سوري، المادة 19 فـ2 مدني عراقي، المادة 14 فـ1 مدني أردني.

[2] : محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2009، ص 146 وما بعدها.

[3] : عليوش قربوع كمال : المرجع السابق ص 229.

القانون الوطني للزوج بوقت إنعقاد الزواج، ويؤدي هذا إلى حلول قد لا تكون مجدية[1]، فهل من المعقول أن يخضع المصري الذي يتخلّى عن جنسيته ويتجنّس بالجنسية الجزائرية مثلا للقانون المصري، قانون جنسيته وقت إنعقاد الزواج، بالرغم من أنه أصبح جزائريا؟ وهل من المعقول في عقد زواج مبرم بين جزائري ومصرية، ويغيّر بعد إنعقاد الزواج كلاّ من الزوجين جنسيتهما فيصبحا فرنسيين، أن يسري على الآثار الشخصية لزواجهما القانون الجزائري باعتباره قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج ؟

وتجنبا لهذه الإنتقادات يميل الفقه والقضاء الفرنسيين إلى تطبيق القانون الجديد في هذا الصدد ما دام تغيير الجنسية لم يحصل بقصد الغش، والعكس صحيح أيضا فلا يعقل أن يبقى قانون الجنسية السابقة يسري على آثارالزواج المستقبلية إذا اكتسب الزوج الجنسية الجزائرية، لأن إكتساب الجنسية الجزائرية ينطوي على التمتع بكافة الحقوق المقررة طبقا للقانون الجزائري النافذ.[2]

2-الإستثناء:

إنّ الإستثناء الوارد على القاعدة العامّة يقضي بتطبيق القانون الوطني وحده متى كان أحد الزوجين وطنيا وقت إنعقاد الزواج، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في الم 13 ق.م.ج بنصها: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، إلاّ فيما يخصّ أهلية الزواج".[3] ومؤدّى الإستثناء هو أنه لو كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، فإنّ القانون الجزائري هو الذي يتعيّن تطبيقه على الآثار الشخصية للزواج، ويتم الرجوع لنص المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري لتحديد الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، وهي كما يلي:

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

[1] : موحند إسعاد : المرجع السابق، ص30

[2] : زروتي الطيب : القانون الدولي االخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية ... المرجع السابق، ص 161.

[3]: ويقابل نص المادة 13 مدني جزائري في القوانين العربية، الم 14 مدني مصري، الم 14 مدني ليبي، الم 15 مدني سوري، الم 19 مدني عراقي .

- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الإحترام والمودّة والرحمة.

- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

- حسن معاملة كلّ منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.

- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.

ـ زيارة كلّ منهما لأبوية وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.

والهدف من تقرير الإستثناء هو حماية الزوجة الوطنية، لأنّ الأمر لو تعلّق بالزوج فإنّ قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج هو الذي يطبّق طبقا للقاعدة العامّة.

ويتقرّر تطبيق الإستثناء على آثار الزواج الشخصية إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت إنعقاد الزواج، ولو تغيّرت جنسيته بعد ذلك، بينما لا يتقرّر تطبيقه إذا كان كلا الزوجين أجنبيا وقت إنعقاد الزواج، واكتسب أحدهما الجنسية الجزائرية بعد إنعقاد الزواج.

وإنّ هذا الاستثناء لا يتصّور تطبيقه من محكمة أجنبية ما دام يقرّر حلاّ وحيد الطرف، كما أنّه يثير صعوبة إذا أصبح كلا الزوجين أجنبيان، فكيف يتصوّر في هذه الحالة تطبيق القانون الوطني على آثار الزواج المستقبلية لشخص أصبح أجنبيا وانقطعت صلته بالقانون الوطني[1].

ثانيا_قواعد التنازع المتعلقة بالنسب:

إن النسب الشرعي قد خصّته التشريعات بقاعدة إسناد صريحة مستقلّة عن القاعدة التي تسري على الآثار الشخصية للزواج، بالرغم من أنّه أثر شخصي لهذه الرابطة القانونية، فالقانون الفرنسي كان قبل قانون 03 جانفي 1972 يفرّق بين النسب الشرعي وغير الشرعي، حيث كان الأوّل يخضع للقانون الذي يحكم آثار

[1] : يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 56.

الزواج، بينما الثاني كرّس القضاء بموجبه القانون الشخصي للطفل، وبصدور قانون 1972، وحّد المشرّع الفرنسي قواعد الإسناد سواء تعلّق الأمر بالولد الشرعي أو غير الشرعي، حيث أتى بنوعين من القواعد : قاعدة أساسية وأخرى إحتياطية بموجب المادّة 311 مكرّر 14 من القانون المدني.[1]

- **القاعدة الأساسية:** إعتدّ فيها بقانون الأمّ وقت الميلاد، وهذا على أساس أنّ الأم دائما معروفة.
- **القاعدة الإحتياطية:** القانون الشخصي للطفل في حالة عدم معرفة الأمّ، هذا وقد تبنّى القانون الفرنسي قواعد أخرى تتعلّق بالإعتراف بالولد الطبيعي، أي القانون الواجب التطبيق على صحّة الإقرار، إذيكفي أن يكون صحيحا وفقا لقانون الطفل أو المقرّ، ويستخلص من ذلك أنّ القانون الفرنسي يبحث عن القانون الأفضل لصحة الإعتراف.

وقد تأثر التشريع التونسي بما ذهب إليه التشريع الفرنسي، فنصّ في الفصل 52 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي على تطبيق القانون الأفضل لإثبات بنوّة الطفل من بين القانون الشخصي للطفل أو قانون مقرّة أو القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقرّه.[2]

أمّا المشرّع الجزائري فبعدما كان ملتزما السكوت إزّاء مسألة النسب، فإنه قد حسم ذلك بنص صريح في الم 13 مكرّرمن القانون المدني الجزائري التي تقضي بما يلي : " يسري على النسب والإعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل.

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

ومتى ظهر أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على النسب إستنادا للمادة 13مكرر السالفة الذكر، فإن المواد من 40 إلى 45 من قانون الأسرة الجزائري هي التي تنظم هذه المسألة.

[1] :Rubellin Devichi : Droit de la famille, édition Dalloz, Paris, 2001, p 475.

[2] : ينص الفصل 52 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي : " يطبّق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوّة الطفل من بين: القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقرّه، القانون الشخصي للطفل أو قانون مقرّه، وتخضع المنازعة في البنوّة للقانون الذي نشأت بمقتضاه".

غيرأنّ الصعوبة بالنسبة للنسب الشرعي في الزواج المختلط تثور في تلك الحالة التي يرفع فيها صاحب الشأن دعوى لتثبيت حاله ضدّ أبويه، بحيث يثور التساؤل عن الشخص الذي يتوجب الإعتداد بجنسيته في هذا الصدد، ويمكن تصور ذلك في التشريع الجزائري في الحالة المنصوص عليها في الم 07 المعدّلة والمتمّمة من قانون الجنسية في فقرتها الأولى[1]، ففي هذه الحالة قد يتنازع قانونين فأكثر، قانون الولد وقانون أبويه.

وفي هذا الشأن إن ثبوت النسب يجب أن يتم طبقا لقانون جنسية من يريد الإنتساب إليه من الأبوين، وذلك لأن تكييف إثبات النسب يعد من مسائل قانون الأسرة أي من ضمن الأحوال الشخصية، وبالتالي يخضع لقانون جنسية من يدعي إثبات النسب إليه، ومن جهة أخرى لاننسى أن القانون الأجنبي غير مختص تشريعيا أثناء نظر الدعوى، وذلك لعدم ثبوت البنوة المطالب بها بعد، ولهذا يرى موحند إسعاد أنّه من الأفضل تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لمصلحة الولد، اللهّم إلاّ إذا اصطدم ذلك بالنظام العام ودلك أخذا بالحل الوظيفي الذي يجعل مصلحة الطفل فوق كل اعتبار.[2]

إلى جانب الآثار الشخصية للزواج المختلط هناك آثار مالية، وهي ما يعبّر عنها في بعض الشرائع بالنظم المالية للزوجين، التي تبيّن حقوق وإلتزامات كلّ منهما، من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتها والإنتفاع بها.[3]

إن هذه الأخيرة قد تتنازع القوانين على حكمها، لذلك سنتعرض في الفرع الموالي إلى القانون الواجب التطبيق عليها.

---

[1] : تنصّ الم 7 المعدلة والمتممة من قانون الجنسية الجزائرية في فقرتها الأولى : "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر:1- الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين..."

[2] : يوسف فتيحة : محاضرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 68. راجع كذلك يوسف فتيحة : قواعد التنازع في المسائل الأسرية، المرجع السابق، ص 113.

[3] : غالب علي الداوودي : القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، سنة 2005، ص 170.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية:

إنّ التشريعات المختلفة تختلف في تحديد القانون الذي يسري على الآثار المالية التي قد تترتب عن الزواج المختلط في حال تنازع القوانين، فمن الدول من توحّد القانون الساري على الآثار الشخصية والمالية، وفي مقابل ذلك قد تفصل تشريعات دول أخرى بينهما، فتخضع الآثار المالية لقانون مستقل عن القانون الذي تخضع له الآثار الشخصية، لذلك سنحاول في هذا الفرع تحديد قواعد التنازع التي تحكم الآثار المالية للزواج المختلط، ولكن قبل ذلك سنحاول تبيان نطاق الآثار المالية.

البند الأوّل: تحديد نطاق الآثار المالية:

في الواقع إنّ الشريعة الإسلامية، لا تعرف نظامًا ماليا معقّدًا، فيما يخص أثر الزواج على أموال كلّ من الزوجين، لأنّ القاعدة العامّة هي انفصال الذمم المالية للزوجين، ففي الدول العربية الإسلامية كلّ من الزوجين يتصرّف بحرية كاملة في إدارة وتسيير أمواله، ويصطلح على ذلك- بنظام إنفصال الأموال-، وإنّ مبدأ الإستقلالية تقتضيه الذمة المستقلة للزوجين المقرّرة في الشريعة الإسلامية، فالمرأة طبقا لقواعد الشريعة لها الحق في أنّ تمتلك الثروة بكلّ أصنافها وأنواعها ولحسابها الخاص[1]. غير أن ذلك لا يمنع من أن يتفق الزوجان على كيفية إدارة أموالهما، بشرط ألاّ يؤدي ذلك إلى جعل أموالهما المشتركة على النحو المعروف لدى الدول الغربية، وبعبارة أخرى لكلّ طرف أمواله الخاصّة التي تكوّن ذمته المالية ولا يحق للطرف الآخر، أن يتصرّف في أموال الآخر، إلاّ في إطار الحقوق المالية التي يرتبها عقد الزواج.[2]

وقد كان المشرّع الجزائري، يقرّ مبدأ حرية تصرّف الزوجة في مالها ويتبنّى مبدأ الإستقلالية، وانفصال الأموال، إلاّ أنّ النتائج العملية برهنت عكس ذلك، بحيث ظهر بما يسمى باستقلالية قانونية وإتحاد

[1] : Kaouahnee Derder Malika : Les éffets du mariage dans les rapports entre époux, mémoire de magistére, université d'Alger, p 177.

[2] : لاتي محمد : المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2001- 2001، ص 07.

فعلي لذمم الزوجين[1]، ممّا جعل المشرّع الجزائري يعدّل نصّ المادّة 37 من قانون الأسرة الجزائري والتي أجازت للزوجين أن يتّفقا في عقد الزواج نفسه أو في عقد رسمي لاحق بشأن الأموال المشتركة التي يكتسبانها أثناء الحياة الزوجية و النّسب التي يملكها كلّ زوج.[2]

ويقصد بالنظام المالي للزوجين مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين، والتي من مقتضاها بيان حقوق وواجبات كلّ منهما من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتها والإنتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وأثناءه وبعد إنحلال عقدته، وتسوية حقوق كلّ من الزوجين بعد انتهاء الزوجية.[3]

وهذه النظم المالية معروفة في الدول الغربية، ونجدها في الدول الأوربية على وجه الخصوص، ويولي التشريع والفقه والقضاء أهمية قصوى لها. ومن أهم النظم السائدة في أوربا وعلى الأخصّ في فرنسا، هي النظم التي يسمّونها Les régimes matrimoniaux.

و تنقسم النظم المالية طبقا للتشريعات الحديثة في فرنسا إلى :

أوّلا: نظام الإشتراك المالي (نظام الإشتراك القانوني)

ويتم بمقتضاه التحديد المسبق لمسار العلاقات المالية ضمن بنود عقد الزواج، فكلّ طرف يساهم بماله في تكوين الثروة العائلية، ويكون على دراية بما يملك منها وما يملكه الطرف الآخر، وفي حالة النزاع وإنحلال الزواج، يستردّ كلّ طرف نصيبه ،وبموجب هذا النظام تكون أموال الزوجين مملوكة على الشيوع بينهما بنسبة

[1] : هجيرة دنوني : النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلّة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية جامعة الجزائر، العدد 1، سنة 1994، ص 159.

[2] : تنص الم 37 ق.أ.ج المعدّلة : " لكلّ واحد من الزوجين ذمّة مالية مستقلّة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كلّ واحد منهما". وتقابل هذه المادة نص الم 49 من المدوّنة المغربية لقانون الأسرة الصادر بتاريخ 03-02-2004.

[3] : هشام علي صادق : دروس في تنازع القوانين ... المرجع السابق، ص 275.

النصف، وتخصص هذه الأموال لإشباع حاجات الأسرة، والوفاء بالديون الناشئة عنها،كما يتمتع الزوج بصلاحية إدارة الأموال والظهور بمظهر المالك لها، وله أيضا أن يتولى إدارة أموال زوجته التي إحتفظت بها لنفسها، وعند انتهاء الزوجية يقسّم المال المشترك بين الزوجين أو بين ورثتهم[1].ولهذا النظام القانوني 3 صور:

- **الصورة الأولى**: نظام الإشتراك العام: La communauté universelle

وبمقتضى هذا النظام تكون كلّ أمو ال الزوجين مشتركة بينهما.

- **الصورة الثانية**: نظام الإشتراك في المنقولات والمكاسب: La communauté de meubles et acquêts وبموجب هذا النظام تكون الأموال التي يكتسبها الزوجان بعد الزواج شركة بينهما، كذلك تكون المنقولات دون العقارات العائدة لهما عند إبرام الزواج شركة بينهما. [2]

- **الصورة الثالثة**: نظام الإشتراك المخفّض: La communauté réduite aux acquêts

وفي ظلّ هذا النظام يحتفظ كلّ من الزوجين بأمواله المملوكة له عند إبرام الزواج من المنقولات والعقارات، ولكن ما يملكانه أثناء الزواج، وما يدّخرانه يكون شركة بينهما.[3]

ثانيا: نظام الإنفصال المالي: Régime de la séparation des biens

وبموجبه يستقّل كلّ من الزوجين بأمواله من حيث التصرّف والإدارة والإستغلال وكذلك يستقلّ كل من الزوجين، بما يكتسبانه خلال فترة الزواج، ولكن بشرط أن تقسّم مصاريف الأسرة وأعباؤها بين الزوجين، وهذا النظام شائع في القوانين الأنجلوسكسونية، وهو غير معمول به في القوانين اللاّتينية[1] .

[1] : Pierre Sipiteri : l'égalite des époux dans le régime matrimonial légal, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1965, p40

[2] : زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية ... المرجع السابق، ص 164. راجع كذلك زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي ... المرجع السابق، ص 175، راجع كذلك، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 74.

[3] : علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 74.

ثالثا: نظام الدوطة أو البائنة: Régime dotal

وبمقتضى هذا النظام، تقدّم الزوجة لزوجها بعض أموالها في شكل مهر ليتولّى إدارتها وإستغلال والانتفاع بأرباحها في نفقات الأسرة، ولكن هذه الأموال تصبح حبيسة لا يجوز له التصرّف فيها، ولا يجوز الحجز عليها، أمّا غيرها من أموال الزوجة فتستقلّ بها وحدها، ولها حرّية التصرّف فيها واستغلالها.

ولقد ألغي هذا النظام في فرنسا بقانون 13 يوليو 1965 من خلال الإصلاح الذي قام به المشرع في مجال نظام الأموال، وكان العقد في السابق يتصف بالجمود، إذ يعتبر دستورًا مقدّسًا جامدا للنظام المالي للأسرة، لا يمكن تعديله أصلا بعد العقد. أمّا حاليا فيمكن تعديل النظام المالي الإتفاقي أو القانوني من طرف الزوجين من أجل مصلحة الأسرة، عن طريق عقد توثيقي مصادق عليه من طرف محكمة محلّ إقامة الزوجين، طبقا لنص المادّة 1397 من القانون المدني الفرنسي.[2]

البند الثاني: قواعد التنازع التي تحكم الآثار المالية:

مهما تعدّدت الأنظمة المالية في الدول الغربية، فيبقى الإشكال مطروحا من حيث تنازع القوانين، فما هو القانون الواجب التطبيق عليها؟

هذه المسألة مختلف فيها فقها وقضاءًا لأنّها تتوقف على تكييف النظام نفسه، فإذا اعتبرت من الأحوال الشخصية يسري عليها القانون الشخصي، أمّا إذا كيفت على أنّها داخلة في نطاق الأحوال العينية، فتخضع إمّا لقانون موقع المال، ولو أدّى ذلك إلى تعدد القوانين التي تحكم أموال الزوجين بتعدّد مواقعها، وإمّا لقانون الإرادة أو لقانون موطن الزوجية.[3]

---

[1] : مسعودي رشيد : النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005– 2006، ص 07.

[2] : دربة أمين : المرجع السابق، ص 27.

[3] : زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 176.

وتوجد بعض الأنظمة القانونية تفصل بين الآثار الشخصية والمالية للزواج، وتخضع كلاّ منهما لقانون مختلف، ويرجع هذا إلى القانون الواجب التطبيق ومسألة التكييف.[1]

وقد إهتم مشرعوا الغرب إهتماما بالغا بتنظيم هذه المسألة، إذ أنّ المشرّع الفرنسي خصّص لها أكثر من 190 مادة، فالقانون الفرنسي في بداية الأمر كان متؤثرًا برأي الفقيه "Dumoulin" حينما فصل في القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين "جيني"، اللّذين لم يعتمدا نظاما ماليا إتفاقيا، وتوصّل إلى تكييفه على أنّه عقد ضمني بموجبه تكون إرادة الزوجين قد إتّجهت إلى إخضاعه لقانون أوّل موطن مشترك لهما بعد الزواج وهو " باريس"[2].

وقد كان القانون الفرنسي يخضع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة الصحيحة عند وجود عقد يحدّد النظام المالي، ويخضعه لقانون الإرادة الضمنية في حالة عدم وجود نظام مالي إتفاقي، ويطبّق في ذلك قانون أوّل موطن مشترك للزوجين، على أساس إفتراض إنصراف إرادتهما إلى تطبيق هذا القانون، ولكن الفقه الفرنسي الحديث يميل إلى إسناد النظام المالي للزوجين للقانون الشخصي للزوج[3].

وذهبت بعض دول القارة الأوربية إلى إعتبار النظام المالي للزوجين داخلا ضمن روابط الأسرة، وبالتالي يخضع لقانون الجنسية، كالقا الألماني مثلا، ففي حال إختلاف الزوجين في الجنسية، يطبّق قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج.

وفي الولايات المتحدة وإنجلترا يسري على آثار الزواج، فيما يخص المنقولات قانون موطن الزوجية، أمّا العقارات فتخضع لقانون موقعها. [4]

[1] : عز الدين عبد الله : المرجع السابق، ص 144.

[2] : Gutmann Daniel: op.cit, p. 213.

[3] : سامي بديع منصور: المرجع السابق، ص 399.

[4] : فؤاد عبد المنعم الرياض، وسامية راشد : المرجع السابق، ص 266.

أمّا إتفاقية لاهاي المتعلّقة بالنظام المالي للزوجين المنعقدة بتاريخ 14 مارس 1978، والتي دخلت حيّز التنفيذ ابتداءًا من 01 سبتمبر 1992[1]، تخضع النظام المالي للزوجين، فيما يتعلّق بالمنقولات لقانون الإرادة، وفي حالة عدمه لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت إبرام الزواج، وهو ما يتعذّر تصوّره في الزواج المختلط (إختلاف الزوجين في الجنسية وقت إبرام الزواج)، ولذلك جاءت الإتفاقية بحلول أخرى بنصّها على تطبيق قانون الدولة التي فيها للزوجين إقامة معتادة، أو قانون الموطن المشترك للزوجين المستقبلي بعد الزواج، وهو ما نصّت عليه الإ تفاقية السالفة الذكر في فقرتها الأولى من الم 03 من الفصل المتعلّق بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، أمّا الم 04 من الإتفاقية في فقرتها الأولى، فأسندت النظام المالي للزوجين لقانون الموطن المشترك بعد الزواج.

أمّا شكل المشارطة في الزواج، فالفقرة 01 من المادة السادسة من إتفاقية لاهاي المبرمة في 17 جويلية 1905[2]، تخضعها لقانون مكان الإبرام أو للقانون الوطني للزوجين وقت إبرام عقد الزواج، أو للقانون الوطني للزوجين أثناء الزواج، مما يعني أنه في حالة الزواج المختلط فشكل المشارطة في الزواج تخضع لقانون مكان الإبرام.

[1] : convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (Conclue le 14 mars 1978)
هذه الإتفاقية موجودة بالموقع التالي: www.hcch.com

[2] : Art. 06 AL .01 de la convention du 17 juillet 1905 concernant les conflits de la loi relatifs au effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux qui dispose : « le contrat de mariage est valable quand à la forme, s'il a été conclu soit conformément à la loi du pays ou il a été fait soit conformément à la loi nationale de chacun des futurs époux au moment de la célébration du mariage, ou encore s'il a été conclu au cours du mariage conformément à la loi nationale de chacun des époux ».
هذه الإتفاقية موجودة بالموقع التالي : w.w.w.hcch.com

ويمكن النظر إلى مشارطات الزواج على أنّها عقدًا من العقود المالية، وتخضع بالتالي للقانون الذي يحكم سائر العقود، وهو ما يعبّر عنه بقانون الإرادة، كما يمكن أن تخضع لقانون موقع المال إذا تعلّق الأمر بعقارات.[1]

أمّا المشرع التونسي فنص في الفصل 48 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي على أن القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين في حالة إختلاف الزوجين في الجنسية، هو قانون أوّل موطن مشترك لهما إن وجد وإلاّ يطبّق قانون مكان إبرام عقد الزواج.[2]

أمّا المشرع الجزائري على غرار غالبية التشريعات العربية، فقد أخضع الآثار المالية للزواج المختلط إلى ذات القانون الساري على الآثار الشخصية، قاعدة وإستثناءًا، وذلك في نصّ المادّة 12 من القانون المدني، المعدّلة بنصها على ما يلي : "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج"، وفي نص المادّة 13 من القانون المدني الجزائري يقرّر الإستثناء الوارد على نص المادّة 12.

والملاحظ هو أنّ المشرّع الجزائري لم يفرّق بين القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية والقانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية، عكس النظم الغربية إذ أخضعها لقانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج و إستثناءا للقانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، وهو أمر منتقد لأنّه يجمّد العلاقة الزوجية ويتجاهل آثارها عبر الزمن ،كما أنه يفضل قانون على حساب آخر.[3]

وترد بعض القيود الهامّة على إختصاص قانون جنسية الزوج عند الزواج وتتمثل فيما يلي:

---

[1] : إبراهيم أحمد ابراهيم : المرجع السابق، ص 240.

[2] : ينص الفصل 48 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي :" يخضع النظام المالي للزوجية للقانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة عند إنعقاد الزواج وعند إختلاف الجنسية، يخضع النظام المالي للزوجية لقانون أوّل مقرّ مشترك لهما إن وجد وإلاّ فلقانون مكان إبرام عقد الزواج" .

[3] : وقد سبق التعرض للإنتقادات الموجهة للقاعدة و الإستثناء.

- إختصاص قانون موقع المال فيما يرد على الأموال العقارية الداخلة في المشارطة الزوجية، مثلا في نظام الدوطة لا يمكن الإحتجاج به على أموال عقارية موجودة بالخارج، إذ لم تراع إجراءات الشهر المقرّرة في هذا البلد، ولا يمكن الإحتجاج به أيضا فيما يقرّه من عدم قابلية التصرّف والحجز على الأموال التي يتناولها إلاّ إذا تمّ قيده أيضا.

- لايجوز الإحتجاج بتصفية أموال الزوجين وتقسيمها بعد إنحلال الزواج في مواجهة الغير إلاّ إذا روعيت الإجراءات المقرّرة في قانون موقع المال.[1]

وعمومًا يثير القانون الواجب التطبيق على الآثار الزوجية صعوبات أمام القضاء الجزائري، وذلك في حال تعدّد جنسية الزوج أو إنعدامها أو تغييرها أو في حال ما إذا أشار القانون الجزائري بموجب تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الأجنبي، غير أنّ هذا القانون يدفع بعدم إختصاصه التشريعي ويحيل إلى تطبيق قانون آخر قد يكون قانون دولة القاضي أو قانون دولة أخرى، كما أنّ القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية قد يقبل الإختصاص ولكنه قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع أو الطوائف، وقد سبق أن عرفنا الحلول في هذه الحالات.

غير أن ما يمكن ملاحظته هو أن مشكلة التنازع المتحرك تزداد أكثر حدة في مجال آثار الزواج ،مادام الأمر يتعلق بحقوق مكتسبة،ولحل هذا المشكل ظهر جدل فقهي حول المسألة،لكنه كان محل إنتقاد[2]،وعلى هذا الأساس حل المشرع الجزائري التنازع المتحرك على أساس فكرة المفاضلة والملاءمة بين القوانين المتنازعة، ففضل قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج بالنسبة لآثاره.

[1] : زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 166.

[2] :هناك مذهبان مقترحان في هذا الشأن:- الأول يقوم على فكرة إحترام الحقوق المكتسبة وينادي بتطبيق القانون الذي نشأ في ظله الحق على آثاره، غير أن هذا الرأي تعرض لإنتقادات نتيجة عجزه عن تفسير بعض المراكز القانونية التي تتعلق بمدى سلطان القانون الجديد على الآثار المترتبة على الحق.- والثاني يقيس التنازع المتحرك على التنازع الزمنيذ، ويقترح إعمال الأثر الفوري للقانون الجديد على الحقوق المكتسبة، غير أن هذا الرأي أنتقد لخلطه بين العلاقات القانونية المنظمة تنظيما داخليا والعلاقات ذات العنصر الاجنبي التي تخضع لقواعد التنازع .راجع في ذلك:زروتي الطيب،القانون الدولي الخاص الجزائري ،مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، من ص 117إلى ص123.

من خلال ماسبق التعرض له يتبين أن القانون الواجب التطبيق على إنعقاد الزواج وآثاره ، المقرر بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي، قد يكون قانون القاضي أو قانونا أجنبيا، وهنا يثور الإشكال حول مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، وهو ما سيكون محل دراسة في المبحث الثاني.

المبحث الثاني:مركز القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط أمام القضاء الوطني:

من المعلوم أنّ قاعدة التنازع هي قاعدة مزدوجة تشير أحيانا إلى تطبيق القانون الوطني (قانون دولة القاضي)، وتشير أحيانا أخرى إلى تطبيق القانون الأجنبي، ومتى أدّى إعمالها إلى تطبيق القانون الوطني، فهنا لا تثور أيّة مشكلة، غير أنّه إذا أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي، فهنا يثور الإشكال ، وينصب بالضرورة حول كيفية معاملة هذا القانون، وذلك من حيث تحديد طبيعته، ومن حيث عملية إثباته، وكذا من حيث وضعيته أمام المحكمة العليا، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إنّ القاضي قد يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي المنعقد له الإختصاص أصلا نظرًا لمخالفته للنظام العام في دولته، أو المنعقد له الإختصاص غشا نتيجة غش نحو القانون.

ولذلك سنتعرض أوّلاً إلى معاملة القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط (مطلب أوّل)، وثانيا إلى إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل: معاملة القانون الأجنبي المختصّ بحكم مسائل الزواج المختلط

يقصد بالقانون الأجنبي مجموعة القواعد التي تصدر عن سلطة التشريع في بلد أجنبي، وتتصف بالإلزام، سواءًا كانت مدّونة كالقوانين والمراسيم، أو غير مدّونة مصدرها العرف أو الفقه أو الإجتهاد القضائي، ويحدّد كلّ قانون مصادره الخاصّة به، وأهمية كلّ مصدر، حيث يلزم الرجوع إليها حين تطبيق القانون الأجنبي، والعبرة في تحديد صفة القانون الأجنبي هي السلطة التي صدر عنها.[1]

[1] : محمد وليد المصري : المرجع السابق، ص 228.

ومتى عيّنت قاعدة التنازع إختصاص قانون أجنبي على مسائل الزواج المختلط، تطرح عدّة تساؤلات هامّة: هل يعتبر القانون الأجنبي المختصّ مجرّد واقعة أو قانونا بطبيعته؟، وهل يقع عبء إثبات القانون الأجنبي على القاضي أو على أطراف الخصومة ؟،وماهي طرق إثباته؟،وهل يخضع الخطأ في تفسير القانون الأجنبي المختص لرقابة المحكمة العليا؟

وعليه سنبحث تبعا في كلّ من:

- الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط وذلك في (الفرع الأول).

- إثبات القانون الأجنبي المختصّ وتفسيره (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل: الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المختصّ بحكم مسائل الزواج المختلط:

تطرح مسألة تطبيق القانون الأجنبي، تحديد طبيعة هذا القانون أمام المحاكم، عندئذ فالسؤال المطروح هو عندما تعيّن قاعدة تنازع القوانين قانونا أجنبيا كقانون واجب التطبيق، فهل يعتبر هذا الأخير قانونا أم واقعة بالنسبة لقاضي الموضوع؟

فيما يتعلّق بتكييف هذا القانون وتحديد طبيعته، وجدت نظريات فقهية وآراء مختلفة، فمن الآراء من إعتبرته مجرّد واقعة، ومنها من إعتبرته قانونا بطبيعته.

البند أول: القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط مجرّد واقعة:

ينكر أنصار هذا الإتجاه الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، واعتبروه مجرّد عنصر من عناصر الواقع، وتزعّم هذا الرأي الفقيه "Batiffol "[1]، وتبعًا لذلك فالقاضي الوطني لا يطبّقه بوصفه قانون يلزمه به المشرع الأجنبي، لأنّه لا يذعن إلاّ لأوامر مشرّعه، فإذا كان

[1] : Batiffol Henri, lagarde Paul : Traité de droit International privé, L.G.D.J.T. 1,8ème édition, 1993, p531.

القاضي الوطني يطبّق القانون الأجنبي، فبصفته واقعة فقط، مع عدم قدرته على الإحتفاظ بأيّ صفة إلزام خارج حدود دولته.

ووفق هذا الإتجاه تتكوّن كلّ قاعدة قانونية من عنصرين، عنصر مادّي يتمثل في مضمونها، وعنصر معنوي يظهر من خلال الأمر بالتنفيذ، وهو الذي يكسبها القوّة التنفيدية اللاّزمة، وتتمتع القاعدة القانونية عادة بهذين العنصرين طالما إقتصر تطبيقها على حدود الدولة التي سنّتها، ولكنّها تفقد بمجرّد خروجها من هذه الدولة عنصر الإلزام وتصبح واقعة كبقية الوقائع.[1]

وإن إعتبار القانون الأجنبي مجرّد واقعة يقوم على مجموعة من الأسس (أوّلا)،كما أن إلحاق هذا الوصف به يترتب عنه بعض الآثار (ثانيا).

أوّلا: أساس إعتبار القانون الأجنبي مجرّد واقعة:

إنّ أنصار هذا الإتجاه إختلفوا حول الأساس الذي بني عليه تطبيق القانون الأجنبي:

1-تطبيق القانون الأجنبي على أساس المجاملة الدولية:

إنّ الرأي الراجح في الفقه الهولندي[2]، يرى أنّ أساس تطبيق القانون الأجنبي هو مبدأ المجاملة الدولية، حتى أن المدرسة الهولندية عرفت بمدرسة المجاملة، وهو كما يبدو أساس يقترب إلى الأخلاق أكثر منه إلى القانون الملزم، ما دام لا يوجد إلتزام في القانون الدولي يملي على الدولة أن تسمح للقانون الأجنبي بالإمتداد داخل إقليمها، ومع ذلك فإنّ المجاملة المقصودة، هي مجاملة المشرّع عند وضع قواعد الإسناد واختيار الضوابط المناسبة لكلّ طائفة من النظم، وليس مجاملة القاضي للقانون الأجنبي، لأنّ القول بذلك مدعاة لتحكّم القضاة

[1] : نادية فوضيل : تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، طبعة 2001، ص 27.

[2] : زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 253 ومابعدها .

حسب ميولهم، فيسمحون له بالتطبيق إن وافق ميزاجهم، أو يرفضون السماح له في الحالة العكسية، والمفروض أنّ القاضي ملزم بتطبيق ما تشير إليه قواعد التنازع الوطنية.

2- تطبيق القانون الأجنبي إحتراما للحق المكتسب:

سادت في الدول الأنجلوسكسونية نظرية الحق المكتسب، ومقتضاها أنّ القاضي الوطني وهو يطّبق القانون الأجنبي، إنّما يعترف بالحق المكتسب تحت سلطان هذا القانون، وكأنّ الإعتراف بهذا القانون، هو إعتراف بواقعة نتجت تحت سلطانه لصاحب الحق بواسطة قاعدة الإسناد الوطنية.[1]

وقد انتقدت هذه النظرية من حيث عدم الشمول، لأنّ تطبيق القانون الأجنبي لا يقتصر على حالات إحترام الحقوق المكتسبة، بل يتعيّن تطبيقه أيضا في حالة إنشاء حقوق ومراكز لم تكن موجودة من قبل، كإبرام عقد الزواج.[2]

3-تطبيق القانون الأجنبي على أساس التفويض:

يسود في الفقه الفرنسي والألماني إتجاه مبناه أنّ القانون الأجنبي يطبّق بموجب تفويض Délégation من المشرع الأجنبي الذي إختارت قاعدة التنازع الوطنية تطبيق قانونه، ولكن هذا الموقف يصطدم باجتهاد القضاء الفرنسي الذي يجعل القانون الأجنبي عنصرًا من عناصر الواقع، وفي محاولة للتوفيق بين الرأيين يذهب الفقيه Batiffol[3] إلى القول أن القانون الأجنبي يختلف عن قانون القاضي من ناحية مكان نشره ومن ناحية قوّة نفاده في الخارج، ولكن مع ذلك، يطبّقه القاضي الوطني مؤتمرًا بأمر مشرّعه عن طريق الإختيار التي أملته قاعدة التنازع الوطنية، باعتباره عنصرًا من عناصر الواقع وليس القانون.

---

[1] : سعيد يوسف البستاني: القانون الدولي الخاص، تطوّر وتعدّد طرق حلّ النزاعات الخاصّة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، طبعة 2004، ص 197.

[2] : علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 134- 135، راجع كذلك محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2006، ص 475.

[3] : Batiffol Henri, Lagarde Paul : op.cit, p .531.

ثانيا: الآثار المترتبة على إعتبار القانون الأجنبي مجرّد واقعة:

من الآثار المترتبة على الإتجاه الذي يجعل من القانون الأجنبي مجرّد واقعة عدّة نتائج نذكر منها:

– عدم تطبيق قاعدة الجهل بالقانون ليس بعذر في شأن القانون الأجنبي بما أنه واقعة، وبالتالي التمسك بجهله مقبول.

– لا يطبّقه القاضي من تلقاء نفسه، بل لابدّ من تمسك الخصوم به وإثارته صراحة أمامه، فالقاضي ليس ملزما بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ولو كان عالما بأحكامه، بل على الخصوم التمسّك بتطبيقه.

– إنّ الطرف الذي يتمسّك بتطبيق القانون الأجنبي، هو الذي يلتزم إثباته، فهو الذي يقيم الدليل على مضمونه[1]، ولا يمكن للقاضي البحث في مضمون القانون الأجنبي، وذلك لأنّه عمليا من العسير على القاضي أن يلمّ بكلّ قوانين العالم.[2]

– إن القاضي ليس ملزما بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، إلاّ إذا تمسّك أحد الخصوم بتطبيقها، والخصوم هم الذين يسردون الوقائع على القاضي، وهذا الأخير يقول كلمة القانون في هذه الوقائع.[3]

– لا يجوز للمحكمة أن تحكم بعلمها الشخصي بمضمون القانون الأجنبي.

– تتمتع المحكمة بسلطة كاملة في إثبات وتفسير القانون الأجنبي، ولا تخضع في هذا الشأن لأيّ رقابة.

– إذا تعذّر إثبات القانون الأجنبي من طرف أحد الخصوم، فالقاضي ملزما بالفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون الوطني، وإلاّ اعتبر مرتكبًا لجريمة إنكار العدالة[4].

وقد أخذ بهدا التكييف القضاء الأنجلوسكسوني، الذي رفض منح الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد، ويستند موقفه إلى عدم وجود ضرورة أصلا لتطيق هذه القاعدة بسبب إفتراض المطابقة التامّة بين القانون

[1] : Loussouarn Yvon : Bourel Pierre : op.cit, p.277.

[2] : علي علي سليمان : المرجع السابق، ص 137.

[3] : نادية فوضيل : الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص 29.

[4] : محمد وليد المصري : المرجع السابق، ص 232 ومابعدها.

الأجنبي والقانون الوطني، فالمبدأ يقضي بتطبيق القانون الوطني مباشرة على النزاع طالما أنّ القانونين متشابهان، ولا يمكن إذا إلاّ للخصوم بصفتهم أصحاب المصلحة التمسك بإثارة قاعدة الإسناد، إذا أثبتوا إختلاف مضمون القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني.[1]

البند الثاني: معاملة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط كقانون:

وفق هذا الرأي يحتفظ القانون الأجنبي بالصفة القانونية، غير أنّ أنصاره قد إختلفوا حول مسألة أساس تطبيق القانون الأجنبي.

أوّلاً: أساس معاملة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج كقانون:

تبنّت المدرسة الإيطالية الحديثة التطوّرات التي وصل إليها الفقيه" Anzilotti" في بداية القرن العشرين والمتمثلة في الإزدواجية الكاملة للنظام الداخلي والنظام الدولي، فاعتبر القانون الأجنبي قانونا لا واقعة، وحاول تفسير ذلك باستناده إلى نظرية الإستقبال والإستيعابLa réception et l'incorporation[2].

إنّ هذه القاعدة تستوعب القانون الأجنبي، فيندمج فيها، وكأنّ القاضي وهو يطبّق القانون الأجنبي، إنّما يطبّق قاعدة التنازع في قانونه، ولقد غالى بعض الفقهاء في هذه النظرية، وقالوا أنّ الإندماج مادّي La réception matérielle بحيث تفقد القاعدة الأجنبية صفتها الأجنبية وتندمج في القاعدة القانونية، وعندما يطبّق القاضي هذه القاعدة، فكأنه يطبق قاعدة التنازع في قانونه الوطني.

ولكن يؤخذ على هذا إتجاه أن القانون الأجنبي يتفرغ من محتواه ويصبح تفسيره كتفسير القانون الوطني.

[1] : ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش : المرجع السابق، ص 234.
- V.Henri Batiffol et Paul Lagard : Op.cit, p534.

[2] : علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 135.

والبعض الآخر قال أنّ الإندماج شكلي La Réception formelle[1] بحيث تحتفظ القاعدة الأجنبية بمعناها وبمقوّماتها وبطبيعتها الأجنبية، غير أنّ القاضي يطبّقها باعتبارها قد إندمجت شكلا فقط في قاعدة التنازع في قانونه.

ولكن عيب هذا الرأي من حيث أن قانون القاضي لا يستطيع أن يستوعب كافة القوانين ولو شكليا[2]، لذلك يرى أنصار نظرية التفويض أنّ القانون الأجنبي يحتفظ بصفته الأجنبية فهو يسري بقوّة إلزامية، أي بوصفه أمرًا صادرًا من المشرّع الأجنبي بناءًا على تفويض أو إنابة (Délégation) صادر من المشرع الوطني، ففي كلّ حالة يثبت فيها الإختصاص لقانون أجنبي طبقا لقاعدة الإسناد، يتخلّى المشرّع الوطني عن الإختصاص التشريعي للمشرّع الأجنبي وينيبه عنه في التشريع بالنسبة للحالة المعروضة عليه[3].

ثانيا: النتائج المترتبة على إعتبار القانون الأجنبي قانونا:

يترتب على إضفاء الصفة القانونية على القانون الأجنبي نتائج مخالفة للنتائج المترتبة عن إعتباره مجرّد واقعة وهي كالآتي:

- يطبّق القاضي المعروض عليه النزاع القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ويلتزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي.
- إنّ القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه.
- يحقّ للمحكمة العليا أن تمدّ رقابتها للتفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع بشأن تطبيقهم للقانون الأجنبي.
- إنّ العذر بجهل القانون الأجنبي غير مقبول.

[1] : محمد كمال فهمي: المرجع السابق، ص 476.

[2] : عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص 117.

[3] : نادية فوضيل : تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 25.

وقد أخذ بهذا التكييف القضاء الألماني منذ بداية القرن العشرين[1]، فالمشرع الوطني بسنّه قواعد الإسناد إنّما أراد أن يحلّ مشكلة تنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصّة، وعليه يأتي عنصر الإلزام لهذه القواعد من صفتها الوطنية، ممّا يستتبع تطبيق القاضي لها من تلقاء نفسه، ودون حاجة لتمسك أطراف الدعوى بها، كما قضت محكمة النقض الفرنسية بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي بدون تمسّك الخصوم بذلك حسب ما جاء في قرار(Rebouh) الصادر في 11 أكتوبر 1988[2]، إذ عاملت القانون الأجنبي معاملة قانون، ونقضت القرار على أساس أن قضاة الموضوع لم يطبّقوا القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الفرنسية، واعتبرت ذلك خرقا لنص المادّة 01/12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد[3].

غير أنّ القضاء الفرنسي تراجع عن التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي إذا تعلّق الأمر بحقوق يكون للأطراف حرية التصرّف فيها.[4]

البند الثالث: موقف التشريعات الوضعية من طبيعة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج:

إنّ القضاء الفرنسي يقضي بالصفة الإلزامية لقاعدة التنازع في بعض الحالات، مما يترتّب على ذلك إضفاء الطبيعة القانونية على القانون الأجنبي، بينما يكرّس في حالات أخرى الصفة الإختيارية لقاعدة التنازع، وهو بذلك يضفي الصفة الواقعية على القانون الأجنبي.

---

[1] : فؤاد رياض، سامية راشد : المرجع السابق، ص 53، راجع كذلك : ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص 220.

[2] : تتلخص وقائع قرارً ربوح : في طلب إثبات نسب طفل طبيعي من أم جزائرية، حيث أشارت قاعدة التنازع الفرنسية إلى تطبيق قانون جنسية الأم وفقا لنص المادة 311- 14 ق.م.ف، فطبّق قضاة الموضوع في هذه القضيّة القانون الفرنسي، فنقضت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار على أساس أنّ قضاة الموضوع تجاهلوا تطبيق القانون الجزائري باعتباره القانون الشخصي للأم راجع في ذلك:

Derruppé Jean, op.cit, p101.

[3] : Art. 12 al. 01 du nouveau code de procédure civile français qui dispose « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicable. »

[4] : عكاشة محمد عبد العال : تنازع القوانين دارسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2004، ص 348.

وتتمتّع قاعدة التنازع بالصفة الإلزامية إذا تعلّقت الدعوى بحقوق لا يمكن للخصوم التصرّف فيها[1]، أي عندما تتعلّق القضيّة بمسائل تتعلق بالنظام العام، فيتوجّب على قضاة الموضوع أن يطبّقوا من تلقاء أنفسهم قاعدة التنازع كالمسائل المتعلّقة بانعقاد الزواج وآثاره، وهذا ما قرّرته محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر في 06- 05- 1999[2] ، وكان قد سبق لمحكمة النقض أن قرّرت الصفة الإلزامية لقاعدة التنازع، ليس فقط إذا كان الحق المدّعى به غير قابل للتصرّف من قبل الخصوم، وإنّما أيضا إذا كان مصدر قاعدة التنازع إتفاقية دولية.وفي مقابل ذلك تتمتع قاعدة التنازع بالصفة الإختيارية، إذا تعلّقت الدعوى بحقوق يمكن للأطراف التصرّف فيها، وهنا يجوز للقاضي ولكنّه غير ملزم بذلك إثارة قاعدة التنازع التي تشير إلى إختصاص قانون أجنبي، إلاّ إذا إتفق الأطراف على خلاف ذلك، وفي هذه الحالة لا يمكن إعمال قاعدة التنازع، ويتوجب تطبيق القانون الوطني.[3]

وإستنتاجًا ممّا ذهب إليه القضاء الفرنسي، فإنّ هذا الأخير يكيّف القانون الواجب التطبيق على الزواج قانونا- لا واقعة- ويكون القاضي ملزما بتطبيقه من تلقاء نفسه.

أمّا القضاء المصري فتعرّض بصفة عرضية لمسألة إعمال قاعدة التنازع من طرف القاضي، وذلك في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية في 07 نوفمبر 1960، إذ إعتبرت المادّة 14 من القانون المدني المصري[4] من النظام العام، لأنّ نص هذه المادّة يقضي بتطبيق القانون الوطني في مسائل الأحوال الشخصية التي تندرج ضمن النظام العام للقانون الداخلي، والمحكمة هنا لم توضّح فيما إذا كان الوصف مرجعه جميع قواعد التنازع من النظام العام، أم أنّ هذا الوصف يرجع إلى إعتبارات تتعلّق بنص المادّة 14 من القانون المدني المصري فقط.[5]

[1] : عكاشة محمد عبد العال : تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 348.

[2] : Cass. Civil 1ère, 4 Décembre 1990, v.Gutman Daniel : op.cit, p 87.

[3] : محمد وليد المصري : المرجع السابق، ص 222.

[4] :وتقابل هذه المادة في التشريع الجزائري، المادة13 ق. م .ج.

[5] : فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد : مرجع سابق، ص 53 – 54.

أمّا المشرّع التونسي فقد سار على وتيرة القضاء الفرنسي، إذ نصّ في المادّة 28 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998[1] ، على أنّ قاعدة التنازع من النظام العام إذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي، وكان موضوع الحقوق المتنازع عليها بين الأفراد لا يجوز التصرّف فيها، وهي ليست من النظام العام إذا كان موضوع الحقوق المتنازع عليها، يمكن للأطراف التصرّف فيها، ومنه فإنّ المشرع التونسي يعامل القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج وآثاره معاملة قانون.

أمّا المشرّع الجزائري، فقد نص في المادّة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول في فقرتها الثامنة: " لا يبنى الطعن بالنقض إلاّ على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: ... 6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلّق بقانون الأسرة..."[2]، وطبقا لذلك هو يعامل القانون الأجنبي المتعلّق بقانون الأسرة كقانون، فمتى أشارت قاعدة التنازع الجزائرية إلى العمل بمقتضى هذا القانون، فيطبّقه القاضي من تلقاء نفسه، ويترتب على مخالفة تطبيقه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، أمّا إذا تعلّق الأمر بغير قانون الأسرة، فالقاضي غير ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه، وعلى هذا الأساس يعتبر القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج قانونا، لا واقعة.

المطلب الثاني: إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق

متى تقرّر أنّ القانون الواجب التطبيق على إنعقاد الزواج وآثاره، هو قانون أجنبي بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، تطرح تساؤلات بالغة الأهمية أهمّها : على من يقع عبء إثبات القانون الأجنبي المختص، ما

[1] : Art. 28 du loi N° 98- 97 Tunisienne, op.cit, qui dispose : « la règle du conflit est d'ordre public lorqu'elle a pour objet une catégorie de droits dont les parties n'ont pas la libre disposition.Dans les autre cas, la règle est obligatoire pour le juge à moins que les parties n'aient explicitement manifesté leur volonté de décliner son applications. »

[2] : قانون رقم 09- 08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429، المواقف 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

هي طرق الإثباته، وعلى هدي أيّ قانون يتمّ تفسير القانون الأجنبي المختص، وهل تخضع عملية التفسير لرقابة المحكمة العليا؟

وسنحاول الإجابة على هذه الإشكاليات المطروحة في الفرعين التاليين:

الفرع الأول : إثبات القانون الأجنبي المختصّ

الفرع الثاني : تفسير القانون الأجنبي المختص.

الفرع الأوّل: إثبات القانون الأجنبي المختص:

ليس كافيا أن تحدّد قاعدة التنازع القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط، بل يجب أن يقوم القاضي بتطبيقه على المنازعة المطروحة، وهذا يفترض معرفة القاضي بمضمون القواعد المادية للقانون الأجنبي، الأمر الذي يحملنا على التساؤل عن كيفية تكوين هذه المعرفة بالقانون الأجنبي[1]، لذلك سنتعرّض أوّلا، إلى عبء إثبات القانون الأجنبي، وثانيا إلى طرق إثباته.

البند الأوّل: عبء إثبات القانون الأجنبي المختصّ:

يقصد بإثبات القانون الأجنبي، إقامة الدليل على محتواه وبيان أحكامه القانونية، والقاضي قد تعترضه صعوبات للكشف عن أحكامه والتعرّف على مضمونه، لذلك يؤكد الفقه الحديث[2]، أنّ البحث عن مضمون القانون الأجنبي، إلتزام على القاضي بمعاونة الخصوم، وفي هذا الفرض قد يكون القاضي عالما بالقانون الأجنبي، إذ من الممكن نظرا لإتساع ثقافة القضاة، وتقدّم الطرق العملية والفنية، والإهتمام بالدراسات القانونية المقارنة، وإتساع المعارف وانتشارها، أن يحاط القاضي علما بالقانون الأجنبي. وفي هذ الوضع يمكن للقاضي من تلقاء نفسه أن يتحرّى عن مضمون القانون الأجنبي، ويطبّقه، ولا يقيّده في ذلك إلاّ إحترام مبدأ الوجاهية في

[1] : عبده جميل غصوب : دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 136.

[2] : سعيد يوسف البستاني : المرجع السابق، ص 206.

الدعوى، فيتيح للأطراف أن يناقشوا مضمون هذا القانون، كما أنه في هذا الفرض قد يكون القاضي جاهلا بالقانون الأجنبي، وفي هذه الحالة عليه أن يبحث عن مضمون هذا القانون، إذ يكون له دور إيجابي في إثباته، ويمكنه أن يستعين بجهد الخصوم، وله عند الإقتضاء أن يتخذ إجراءات التحقيق في الدعوى بقصد الوقوف على القانون الأجنبي، كما أنّ عناصر الإثبات التي يدلي بها أطراف النزاع لا تلزمه إن هو شكّ بشأنها، وله أن يعتمد في تقييم ذلك على معرفته الشخصية بالقانون الأجنبي[1]. وحسب هذا الإتجاه لا يمكن للقاضي أن يتنصّل عن الفصل في النزاع بمجرّد عجز الخصوم عن إثباته، ويكون من واجبه الفصل في الدعوى.[2]

إن محكمة النقض الإيطالية هي أوّل من إعتنق الإتجاه نحو إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي، مستخدما كافّة الوسائل المتاحة، بما في ذلك طلب معاونة الخصوم، وهو ما إنتهت إليه في حكمها الصّادر بدوائرها المجتمعة في 16 فبراير 1966[3]، بل إنّ القانون الألماني قد واجه المشكلة بنص صريح يلزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه مستخدما كافة الوسائل المتاحة[4]، كما ألزمت محكمة النقض المصرية القاضي المصري بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي، وله أن يستعين بجهد الخصوم ويكون ملزما بتطبيقه إذا علم بمضمونه.[5]

كما نص في هذا الصدد المشرع التونسي بصفة صريحة في الفصل 32 من مجّلة القانون الدولي الخاص التونسي على ما يلي : " يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعيّن بقاعدة

---

[1] : عبده جميل غصّوب : المرجع السابق، ص 139.

[2] : فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد : المرجع السابق، ص 89.

[3] : Cass.16 février 1966, journal, Droit International Privé 1968, 369, v. Batiffol Henri, lagarde Paul : op- cit, p 552.

[4] : تنص الم 293 من قانون الإجراءات المدنية الألماني على ما يلي: "إنّ القواعد العرفية والقواعد النظامية وكذلك القانون في دولة أخرى، ليست في حاجة إلى إثبات، إلاّ في حدود عدم علم المحكمة بها. وتلزم المحكمة في تحديد مضمون هذه القواعد بما قام الخصوم ببيانه، وإنّ لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم وأن تأمر بما تراه ضروريا لمعرفة هذا الهدف".

[5] : هشام علي صادق: دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 160.

الإسناد في حدود إمكانيات علمه به، وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الإقتضاء، وفي الحالات الأخرى فإنّ الطرف الذي تكون دعواه مستندة على القانون الأجنبي، مطالب بإثبات محتواه ... ويجب في جميع الأحوال إحترام مبدأ المواجهة".

أمّا موقف القانون الجزائري من هذه المسألة فيتمثّل في أن إثبات القانون الأجنبي المتعلّق بقانون الأسرة، يكون من طرف القاضي المعروض أمامه النزاع، وله أن يستعين بجهد الخصوم في ذلك، وإذا تعلّق الأمر بقانون غير متعلّق بالأسرة، فيكون إثباته من طرف الخصوم، وذلك إستنتاجا من نص المادّة 6/358 من قانون رقم 09-08 لسنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، إذ رتب المشرّع الجزائري على الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلّق بالأسرة، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، ومن الآثار المترتبة على ذلك ضمنيا، التطبيق التلقائي لقاعدة الإسناد التي تشير إلى تطبيق قانون أجنبي متعلّق بالأسرة، وإلتزام القاضي تبعا لذلك بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي.

أما في فرنسا[1] إن الخصم المتمسّك بتطبيق القانون الأجنبي، هو صاحب المصلحة الحقيقية في الكشف عن مضمون هذا القانون، ولذلك فمن الطبيعي أن يلقى عليه عبء إثبات القانون الذي يتمسّك بأحكامه.

وقد حاول البعض أن يستخلص من هذه الحقيقة أنّ القانون الأجنبي يعامل في فرنسا معاملة الوقائع، ولكن الواقع يبيّن عكس ذلك إذا تعلّق الأمر بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط، وذلك لأنّ القضاء الفرنسي قد خوّل للقاضي تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه متى ارتبط ذلك بالحقوق التي لا يجوز التصرف فيها.

إنّ إلزام الخصوم بإثبات القانون الأجنبي يتبنّاه أيضا النظام الإنجليزي الذي يلزم القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد.[2]

[1] : هشام علي صادق : دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 154.

[2] : نادية فوضيل : تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص206.

البند الثاني: طرق إثبات القانون الأجنبي:

ليس هناك نظام خاص بإثبات القانون الأجنبي المعيّن، وتستعمل مبدئيا كلّ وسائل الإثبات، غير أنه لقاضي الموضوع سلطة تقديرية بالأخذ أو عدم الأخذ بها،[1] والملاحظ في الدول التي تعتبر أنّ القاضي ملزم بأن يطبّق من تلقاء نفسه، ودون طلب من الخصوم في الدعوى، القانون الأجنبي الذي تعيّنه قاعدة الإسناد الوطنية.

ويسعى القضاة في هذه الدول بوسائلهم الخاصّة، ووسائل حكوماتهم للتعرّف على القانون الأجنبي المراد تطبيقه، ولهم أن يطلبوا من وزارة الخارجية، بواسطة وزارة العدل تزويدهم بالقانون الأجنبي المراد تطبيقهم، وبالإجتهادات الصادرة عن محاكم الدولة التي صدر فيها هذا القانون، وبآراء الفقهاء فيها، ولهم أيضا أن يستعينوا بجهود الخصوم ومساعيهم وذلك بالتقديم للمحكمة شهادة صادرة عن فقهاء من الدولة المراد تطبيق قانونها، يبينون فيها نصوص هذا القانون، وتسمّى هذا الشهادة – شهادة العرف- " Certificats de coutume"[2]،ويمكنهم اللّجوء إلى طرق أخرى كاللجوء إلى نصوص القانون الأجنبي أو ترجمتها، وإلى المؤلفات الفقهية والأحكام القضائية[3]، وللقاضي أن يستخلص الحكم الصحيح لنص القانون الأجنبي، ويتحقق من صحّة مصدره ويحدّد مجال تطبيقه من حيث الزمان كما هو مقرّر في البلد الأجنبي.[4]

وإن كان المبدأ يقضي بحرية القاضي في إثبات مضمون القانون الأجنبي، فيكون له الإتجاه إلى كافة الوسائل العلمية، التي تمكّنه الوقوف على مضمونه[5]، إلاّ أنّ الفقه والقضاء في فرنسا استقرّا على إستبعاد الإقرار واليمين من وسائل إثبات القانون الأجنبي رغم أنّها من أكثر الطرق استخداما لإثبات الوقائع، والأخذ

[1] : عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص 127.

[2] : عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص 127.

[3] : نعوم سيوفي: الحقوق الدولية الخاصّة، أمالي وماضرات للسنة الرابعة حقوق، جامعة حلب، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، سنة 1966 – 1967، ص 908 وما بعدها.

[4] : زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 260.

[5] : عبده جميل غصوب : المرجع السابق، ص 146.

بالشهادة والقرائن ووسائل المعرفة الأخرى، وعمليا يتم إثبات مضمون القانون الأجنبي إمّا عن طريق شهادة تصدر عن الجهات الديبلوماسية والقنصلية للدول الأجنبية، أو عن طريق شهادة من المختصين والخبراء[1]، أوبواسطة الشهادات العرفية، أو السعي نحو وزارة الخارجية وسؤالها عن رأيها بشأن حكم القانون الأجنبي في المنازعات التي تعرض أمام المحاكم الوطنية.[2]

وفي هذا الشأن أنشأت فرنسا جهاز خاص، مهّمته تلقي طلبات الإستعلام على القوانين الأجنبية، وذلك من خلال إستحداث مكتب للقانون الدولي تابع لوزارة العدل، تتمثل وظيفته في إعطاء تفسير للقانون الأجنبي للقاضي الفرنسي.[3]

أمّا المشرّع التونسي فقد إعتمد على الكتابة والشهادات العرفية كوسيلتي إثبات للقانون الأجنبي، وهو ما نصّ عليه صراحة في الفصل 32 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي في فقرتها الثالثة: "ويكون الإثبات كتابة بما في ذلك الشهادات العرفية".[4]

أمّا الإثبات في التشريع الجزائري فيكون بكافة طرق الإثبات ما عدا الإقرار واليمين، والسبب في استبعادهما ينطلق من أنّه لا يجوز للقاضي أن يأخذ باعتراف الخصوم، وإتفاقهم على مضمون معيّن للقانون الأجنبي، فواجبه يتمثّل في تطبيق القانون الأجنبي، لا تطبيق قانون وهمي فرضته إرادة الخصوم.[5]

ومتى تعذر إثبات القانون الأجنبي يتحتّم على القاضي الفصل في النزاع على أساس أنّ هذا الإلتزام الذي يقع على عاتقه على المستوى الداخلي، يفرض بالقوّة نفسها على صعيد العلاقة الدولية الخاصّة، ويطبّق

[1] : سعيد يوسف البستاني : المرجع السابق، ص 206.

[2] : هشام علي صادق وشمس الدين الوكيل : مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1968، ص 307.

[3] : سامي بديع منصور: المرجع السابق، ص 206.

[4] : Art .32 Al .03 du code de D.I.P tunisienne qui dispose : « la preuve est établie par écrit y compris les certificats de coutume »

[5] : عبده جميل غصوب :المرجع السابق، ص 146.

القانون الوطني هنا كصاحب إختصاص إحتياطي بعد تعذّر إثبات القانون الأجنبي ذو الإختصاص الأصيل لحكم المنازعة المطروحة.[1]

ويرى الفقيه "Batiffol" أنّ للقانون الوطني إختصاص عام لحكم جميع العلاقات الدولية الخاصّة، وبما أنّ القاضي لا يستطيع الإمتناع عن حسم النزاع بذريعة إستحالة إثبات القانون الأجنبي، إذ يؤدي ذلك إلى إنكار العدالة، وسيكون الحكم بمقتضى نصوص القانون الوطني أقرب إلى العدالة.[2]

وقد استقرّ على هذا الإتجاه معظم الفقه وتشريعات الدول في العالم[3]، غير أنّ دعاته، قد إختلفوا فيما بينهم حول أساس تطبيقه، فالقاضي الإنجليزي يطبّق القانون الإنجليزي في حالة تعذّر إثبات القانون الأجنبي، إستنادًا إلى القرينة التي بناها النظام الإنجليزي في هذا المجال، وهي أنّ مضمون القانون الأجنبي يعد مماثلا أو مشابها للقانون الإنجليزي طالما لم يلتزم الخصوم بتقديم الدليل على عكس ذلك[4]، وقد إنعقد هذا الأساس بآعتباره مجرّد حيلة لجأ إليها النظام الإنجليزي حتى يجنّب القاضي عبء البحث عن القانون الأجنبي[5]، غير أنّ البعض[6]، أشاروا إلى أنّ تطبيق قانون القاضي، يجد أساسه في كونه صاحب الإختصاص العام لحكم كافة علاقات القانون الخاص، متى تعذّر إثبات القانون الأجنبي المعيّن بموجب قاعدة الإسناد الوطنية.

[1] : محمد وليد المصري : المرجع السابق، ص 240.

[2] : Batiffol Henri, la garde Paul : op.cit. p 544.

[3] : نصّت عليه المادة 28 من القانون الإماراتي الإتحادي رقم 05 لسنة 1985، المادة 16 من القانون السويسري لعام 1987، المادة 04 من قانون 1978 لدولة النمسا.

[4] : نادية فوضيل : تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 37.

[5] : فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد : المرجع السابق، ص 80.

[6] : علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 136- 137.

وبناء على ذلك يثبت الإختصاص الإحتياطي لقانون القاضي، وهو ما نصّ عليه صراحة المشرّع التونسي في الفصل 32 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي في فقرتها الرابعة: "إدا تعذّر إثبات محتوى القانون الأجنبي، فإنه يقع العمل بالقانون التونسي".[1]

وتأييدا لهذا الإتجاه نصّ المشرّع الجزائري في المادة 23 مكرّر بمقتضى القانون رقم 10- 05 المعدّل والمتمّم للقانون المدني الجزائري، على ما يلي: " يطبّق القانون الجزائري إذا تعذّر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق."وطبقا لما تقدم،كلما إستحال على القاضي الجزائري إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط، يرجع إلى قانون الأسرة الجزائري ويطبق أحكامه على هذه العلاقة سواءا تعلق الأمر بانعقادها أو بآثارها.

الفرع الثاني: تفسير القانون الأجنبي:

إذا ثبت مضمون القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع، كان عليه أن يطبّقه على المنازعة المطروحة أمامه، ولكن على هدي أيّ قانون يقوم القاضي المعروض أمامه النزاع بتفسير القانون الأجنبي ؟، وهل تخضع عملية التفسير لرقابة محكمة القانون ؟، لذلك سنتعرّض أوّلا إلى دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي، وثانيا إلى مدى رقابة محكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي.

البند الأول: دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي:

إنّ القاضي متى تمّكن من التعرّف على القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط وأثبت مضمونه، فإنّه يطبّقه بالصورة والكيفية التي يطبّق بها أمام محاكم الدولة المشرعة له، فيتقيّد بالحلول القضائية والمبادئ العامّة الحاكمة لتفسير القانون في هذه الدولة[2].

[1] : Art. 32 AL .4 du loi N° 98- 97 Tunisienne, op.cit, qui dispose: « Si le contenu de la loi étrangère ne peut être établi il sera fait application de la loli Tunisienne ».

[2] : عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 406.

ويرى البعض أنّ دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا يختلف عن دوره في تفسير قانونه، فهو يبحث في الحالتين عن نيّة المشرّع، وما يستهدفه من وراء القواعد التي صدرت عنه، متحرّيا في ذلك قواعد العدالة وفقا للمفاهيم السائدة في دولة القاضي، فإذا كان للقاضي أن يستأنس في تفسيره للقوانين الأجنبية بالآراء السائدة في الفقه والقضاء الأجنبي، إلاّ أنّه غير ملزم بالأخذ بها، لأنّه إذ يحكم با لعدل، فإنّما يفعل ذلك باسم الدولة التي يتبعها وتحت مسؤوليتها.

غير أنّ هذا الرأي محلّ إنتقاد لأنّ حكمة التشريع تقتضي تقيّد القاضي بالحلول القضائية المستقرّة في الدولة التي يطبّق قانونها، حتى لو لم يكن القضاء هناك مصدرا رسميا لقواعد القانون[1]، ولعلّ في القول بغير ذلك إنحرافا بقاعدة الإسناد عن هدفها، وإعطاء القانون الأجنبي معنى ليس له، على نحو قد يؤدي إلى تطبيقه بصورة مشوّهة، فيخالف بذلك ليس إرادة المشرع الأجنبي واضع هذا القانون، وإنّما كذلك إرادة المشرّع من خلال قاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي بالمعنى المقرّر في الدولة المشرعة له[2]. لذلك يتوجّب على القاضي، إتباع أسلوب التفسير الذي تأخذ به المحاكم الأجنبية، والإبتعاد عن الإجتهاد الشخصي في التفسير، ويتوجّب عليه، تطبيق القانون الأجنبي كما هو مطبّق في بلاده الأصلية، آخذًا بعين الإعتبار ليس فقط نصوص قوانينها، وإنّما أيضا ما إستقرّ عليه قضاؤها، ونتيجة لذلك القاضي لا يكون ملزما بالتفسير الذي قد يتمسّك به أحد الخصوم لمعنى القانون الأجنبي.[3]

[1] : هشام علي صادق: دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 172.

[2] : عكاشة محمد عبد العال : المرجع السابق، ص 406.

[3] : سعيد يوسف البستاني : المرجع السابق، ص 210.

وقد نصّت بعض القوانين[1]، على وجوب التقيّد بالتفسير المقرّر في القانون الأجنبي، وخضوع القاضي في تفسيره لرقابة محكمة القانون، حيث أنّ المشرع التونسي نصّ في الفصل 34 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي: "يطبّق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه".

كما أنّ محكمة النقض الفرنسية تقرّ الرقابة على الأحكام التي تخطأفي تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره، وهو الموقف نفسه الذي تبنّته محكمة النقض المصرية كما سنرى.

البند الثاني: رقابة محكمة القانون على تفسير القانون الأجنبي:

بداهة إنّ الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد يخضع لرقابة المحكمة العليا، لأنّه خطأ في تطبيق القانون الوطني، ومثال ذلك أن يطبّق القاضي الجزائري على انعقاد الزواج أو آثاره قانون الموطن، بدلا من قانون الجنسية الذي تأخذ به قاعدة التنازع الوطنية[2]،غير أنّ الخطأ في تفسير القانون الأجنبي هو محلّ خلاف في القانون المقارن، فيما إذا كان يخضع أو لا لرقابة المحكمة العليا، فهناك دول ترفض مدّ رقابة المحكمة العليا على التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع، مثل: بلجيكا، هولندا، سويسرا، ومعظم قضاء الدول الأوربية، وذلك على أساس أنّ القانون الأجنبي طابقه، وأنّ مهمّة المحكمة العليا هي توحيد الإجتهاد القضائي الوطني ويصعب عليها عمليا التكفّل بهذه المهمّة بالنسبة لمختلف القوانين الأجنبية.[3]

[1] : راجع المادّة التاسعة من مجموعة القا .الد .الخ اليوغسلافية لسنة 1983، المادة 2055 من القانون المدني البيروفي المطبّق منذ 1984، المادّة 16 فـ01 من القانون المدني المكسيكي المعدّل في 11 ديسمبر 1987، راجع في ذلك : زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص265.

[2] : نعوم سيوفي: المرجع السابق، ص 312.

[3] : هشام علي صادق: دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 175.

غير أنّ هذا الموقف لا تحمد عقباه، وإن حاول أن يخفّف العبء على مهمّة القاضي إلاّ أنه يسمح لقضاة الموضوع من جهة أخرى بتفسير القانون الأجنبي على أهوائهم، وهم مقتنعون مسبقا بإفلات قضائهم من رقابة محكمة القانون.[1]

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية، مدّ رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، ومن أهم الحجج التي قالت لتبرير موقفها[2]، أنّ مهمّة محكمة النّقض هي المحافظة على وحدة تطبيق القانون الفرنسي وتحقيق الإنسجام بين أحكامه، فليس من وظيفة المحكمة الإشراف على تنسيق أحكام القوانين الأجنبية، كما أن تصدّي المحكمة لهذه المهمّة يعرضها لتحريات واقعية في سبيل البحث عن مضمون القانون الأجنبي، وهو ما يخرج عن إختصاصها، وأخيرا إنّ التعرّض لتفسير القوانين الأجنبية قد يوقع المحكمة في الخطأ والإنحراف عن فهم مضمونه الحقيقي، ممّا يؤثر على سمعتها وكرامتها.

غير أنّ هذه الحجج التي استند إليها الفقه القديم لتبرير موقف المحكمة العليا، ضربت في أساسها من قبل الفقه الحديث الذي نادى بممارسة الرقابة على القانون الأجنبي، ممّا دفع بمحكمة النقض الفرنسية إلى محاولة التصدّي لرقابة التفسير، مستترة وراء فكرة أخرى، هي فكرة الرقابة على مسخ القانون الأجنبي، كما أجازت الرقابة على القانون الأجنبي في القرار الشهير الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 1988 (ربوح)[3].

وفي إنجلترا يجوز للمحكمة العليا أن تقبل الطعن بالنقض أمامها لأوّل مرّة من طرف الخصوم بشأن القوانين الأجنبية، لأنّها تعدّ بمثابة محكمة درجة ثالثة من درجات المحاكم، وليس محكمة إجتهاد.[4]

---

[1] : زروتي الطيب:القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 265.

[2] : نعوم سيوفي: المرجع السابق، ص 312.

[3] :وقد سبق التعرض للقرار.

[4]: يوسف سعيد البستاني: المرجع السابق، ص 212.

أمّا القضاء المصري، فقد مرّ بنفس المرحلة التي مرّ بها القضاء الفرنسي، بحيث كانت محكمة النقض المصرية لا تبسط رقابتها على القوانين الأجنبية بشأن التفسير الّذي يعطيه قضاة الموضوع في حالة تطبيق القانون الأجنبي، وعلى إثر هذه المرحلة أصدر القضاء المصري حكما بتاريخ 14 أفريل 1970[1]، ولكن إستنادًا إلى نص المادّة 425 من قانون المرافعات المصري، أصبح من الجائز الطعن بالنقض إذا تعلّق الأمر "بمخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله".[2]

كما نصّ المشرّع التونسي صراحة في مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي في فصلها 34 فقرة 2: "يخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب".

أمّا بالنسبة للمشرع الجزائري، فمن خلال إستقراء نص المادة 358 /6 من قانون الإجراءات المدنية والإدراية يفهم منها أن المسائل المتعلقة بالأسرة، لا يشكل الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بها وسيلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا،كما ذهب إليه بعض شرّاح القانون الجزائري.[3] ومن ثمّ فالخطأ في تفسير القانون الواجب التطبيق على الأحوال الأسرية يخضع لرقابة المحكمة العليا، إذ سوّى المشرّع هنا بين القانون الداخلي والقانون الأجنبي، المتعلّق بالأحوال الأسرية، ويستنتج تبعا لذلك أنّ القاضي الجزائري إذا أخطأ في تفسير أو تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط، فإنّ ذلك يكون سببا من أسباب قبول الطعن بالنقض.

---

[1] : صدر حكم بتاريخ 14 أفريل 1970 جاء فيه : "إنّ الإستناد إلى قانون أجنبي هو وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها، ولمّا كانت الطاعنة، لم تقدّم ما يثبت أنّها تمسّكت بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع، فإنّه يكون سببا جديدًا، لا يجوز التحدّي به لأوّل مرّة أمام محكمة النقض "، راجع في ذلك عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص600.

[2] : وكتحليل لنص المادّة 425 قا. مرافعات مصري، إنّ عبارة القانون وردت مطلقة، إذ تشتمل على القوانين الوطنية والأجنبية على حدّ سواء.

[3] : ومن هذا الإتجاه عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص149، وأعراب بلقاسم، تنازع القوانين ...، المرجع السابق، ص 157.

ومتى أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي على انعقاد الزواج المختلط أوآثاره، يكيّفه القاضي على أساس أنه قانون، ويقع عليه عبء إثباته والتعرف على مضمونه، فيتوصل إلى محتواه، لكن قد يجد أن أحكامه مخالفة للنظام العام في دولته، أو يكتشف ضمنيا من خلال إستقرائها، أن أحد الزوجين قام بتغيير ضابط الإسناد للتهرب من القانون الواجب التطبيق، فيستبعد تبعا لذلك القانون الأجنبي الثابت له الإختصاص، وسنحاول تفصيل ذلك في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق:

إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق القانون الأجنبي على مسائل الزواج المختلط، يتوجّب عندئذ على القاضي، العمل بمقتضى القانون الذي رسا الإسناد إليه لتطبيق قواعده الموضوعية، ومع ذلك فإنّ تطبيق القواعد الموضوعية للقانون المعيّن، قد يصطدم واقعا بمانع يحول دون تحقيق تلك النتيجة، فقد يمتنع القاضي عن تطبيق القانون لوجود مانع يدعو إلى إستبعاده، فهو يمتنع عن التطبيق في الأحوال التي يتجافى فيها القانون الأجنبي مع قواعد النظام العام لقانونه، أو إذا كان القانون الأجنبي مختصا بسبب التحايل أو الغش نحو القانون، للتهرب من القانون الأصل الواجب التطبيق[1].

ولإستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، للقاضي أن يتمّسك بالدّفع بالنظام العام أو الدّفع بالغش نحو القانون، فما المقصود بالدفعين ؟، وما هي شروط تطبيقهما ؟، وما هي الآثار المترتبة عن إعمالهما؟، وما موقف التشريعات الوضعية منهما ؟

وسنحاول تفصيل ذلك في الفروع التالية :

[1] : Y von Loussouarn, Pierre Bourel : op.ci t, p 302.

الفرع الأوّل: الدّفع بالنظام العام

إنّ إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام، هو دفع مقرّر في كلّ النظم القانونية، ولكن لإعمال هذا الوضع، يتعيّن تحديد مفهوم الدفع بالنظام العام، وبيان شروطه، وآثار التمسّك به، مع إيراد تطبيقات عنه في مجال الزواج المختلط، تلك هي المسائل التي نحلّلها تباعا فيما يلي:

البند الأوّل: مفهوم الدفع بالنظام العام:

إنّ تطبيق القانون الأجنبي الذي عيّنته قاعدة الإسناد الوطنية على مسائل الزواج المختلط بموجب القاعدة العامة، قد يخالف المبادئ الرئيسية والأسس العامّة التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي، ويكون هذا القانون الأجنبي في حالة عدم توافق مطلق، وهو ما يعبّر عنه بالمخالفة للنظام العام، ومن ثمّ لا يمكن للقاضي أن يطبّق هذا القانون فيقوم باستبعاده[1].

ولقد بذلت محاولات عدّة فردية وجماعية في سبيل الوصول إلى تبنّي تعريف مشترك للنظام العام، إلاّ أنّ التعاريف المقدّمة كانت غامضة، و لم تحدّد بشكل دقيق المقصود بالنظام العام، وذلك لأنّ فكرة النظام العام متغيّرة وتختلف من مكان لآخر ومن زمان لآخر .

وقد حاول الدكتور"أحمد مسلم" تعريف النظام العام على أنه الكيان السياسي والإجتماعي والإقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلّق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات إجتماعية تتعلّق بالمساواة أمام القانون، أو إحترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالإشتراكية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الإقتصادية كالعدالة الإجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك.[2]

[1] : زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 265.

[2] : حسن الهدّاوي : المرجع السابق، ص 184 .

وفي إطار نظرية تنازع القوانين، يعرّف دور النظام العام بأنّه دفع يهدف إلى إستبعاد تطبيق القانون الموضوعي الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان حكمه يخالف الأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي.[1]

وينبني على ذلك أنّ تطبيق القانون الأجنبي المختص، أصبح يرد عليه قيد عام وهام في ذات الوقت، وهو عدم المخالفة للنظام العام الوطني، وكأنّ المشرّع الوطني عندما سمح للقانون الأجنبي بالإمتداد تحفظ ضمنا بعدم المخالفة للنظام العام.

ويجب أن يكون معيار الدفع بالنظام العام مبنيا على المنطق والضرورة، وأن تراعى عند إستعماله خصوصيات المعاملات الخاصّة الدولية وحاجاتها، ويتعيّن أن يكون القاضي الحاكم متفتحا على القانون الأجنبي، ومتفهمّا لدور قاعدة الإسناد الوطنية ودور الدفع بالنظام العام، لأنّ النظام العام أصبح يشكّل عنصرًا مشوّشا لآلية التنازع الطبيعية، بل إنّ التوسع من إستعمال الدفع به والإكثار من اللّجوء إليه يؤدّي حتما إلى شلّ المبادلات الدولية، وتعطيل قواعد الإسناد الوطنية وانتفاء الحكمة من إقرارها، لذلك يجب اللّجوء إليه بقدر الحاجة فقط عندما يتعلّق الأمر بمصالح جوهرية لقانون القاضي جديرة بالحماية ومعرّضة للخطر.[2]

وإذا كان من الصعوبة تعريف النظام العام تعريفا جامعا مانعا، إلاّ أنه يمكن الإشارة إلى خصائص تميزه، فهو فكرة وطنية نسبية ومتغيّرة.[3]

- فكرة النظام العام وطنية : تتعلّق أساسا بالكيان الذي يقوم عليه المجتمع الوطني من أسس إقتصادية وإجتماعية وسياسية لدولة القاضي.

- فكرة النظام العام مرنة ومتطوّرة تختلف حسب الزمان والمكان.

---

[1] : أحمد عبد الكريم سلامة : المرجع السابق، ص589.

[2] : موحند إسعاد : قواعد التنازل، المرجع السابق، ص 242.

[3] : يوسف فتيحة : النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلّة المخبر، القانون الخاص الأساسي، العدد 05، سنة 2008، ص 216.

– فكرة النظام العام وقتية، وتكون العبرة بتقدير مقتضيات النظام العام بلحظة الفصل في الدّعوى، وليس وقت إنشاء المراكز القانونية.

– فكرة النظام العام أداة لإستبعاد القانون الأجنبي بصفة إستثنائية.

وقد عمدت القوانين المختلفة[1] إلى الدفع بالنظام العام بوصفة دفعا عامًا، من ذلك القوانين العربية[2]، ومن ضمنها القانون الجزائري، فقد جاء في الفقرة الأولى المادة 24 مدني، المعدّلة بقانون 20 جوان 2005 ما يلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجزائر..."،[3] واستعمل المشرّع التونسي مصطلحا آخر للتعبير عن النظام العام، فجاء في المادة 36 من القانون الدولي الخاص التونسي ما يلي: " يلجأ القاضي إلى الدفع بالنظام العام، عندما يكون القانون الأجنبي المعيّن يتعارض مع الإختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي".[4]

ولإعمال الدفع بالنظام العام لإستبعادالقانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج لابد من مراعاة مجموعة من الشروط،وهو ما سنوضحه في البند الموالي.

البند الثاني: شروط الدفع بالنظام العام:

يشترط لإثارة الدفع بالنظام العام ثلاثة شروط:

[1] : القانون البولندي (المادة 06 من القا. الد الخ لسنة 1965)، القانون الإيطالي (الم 03 من القانون المدني سنة 1942)، القانون اليوناني (الما 33 من التقنين المدني لسنة 1946)، القانون الألماني (الما 06 من قانون 25 يوليو 1986، المتضمن القا. الد الخ في ألمانيا)، القانون الياباني (الما. 33 من القا.د.خ لسنة 1989).

[2] : المادة 30 مدني سوري، المادة 28 مدني ليبي المادّة 32 مدني عراقي، المادّة 29 مدني أردني المادة 35 من القانون المدني اليمني.

[3] : إنّ هذا النصّ قريب جدًا من المادّة 28 من القانون المدني المصري التي تقضي بأنه: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر".

[4] : Art. 36 du code de D.I.P.T qui dispose : « l'exeption d'ordre public ne peut être soulevée par le juge ; lorsque les dispositons du droit étranger s'opposent aux choix fondamentaux du système juridique Tunisiene »

أوّلا: أن يثبت الإختصاص التشريعي للقانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي:

يقتضي هذا الشرط أن يكون القانون الأجنبي مختصا طبقا لقاعدة الإسناد في دولة القاضي، ومثال ذلك: أن يثبت الإختصاص بموجب المادة 11 من القانون المدني الجزائري للقانون الفرنسي لحكم إنعقاد زواج فرنسيين في الجزائر.

وحسب مفهوم المخالفة إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الوطني كما هو الحال بالنسبة للمادة 13ق.م.ج، فلا يمكن إعمال الدفع بالنظام العام لتخلف الشرط المذكور.

ثانيا: أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق متعارضا مع الأسس الجوهرية لدولة القاضي:

يقتضي هذا الشرط أن يكون القانون الأجنبي مختلفا في حكمه الموضوعي مع نظيره في قانون القاضي، إختلافا جذريا بصفة كلية أو جزئية، بل إنّه لا جدوى لإجراء محاولات مسبقة للحدّ من نطاق تدخل النظام العام عن طريق تقسيم القوانين إلى القوانين من النظام العام وأخرى ليست منه.[1]

ومن المستقرّ عليه فقها، أنّه يعتبر من مقتضيات النظام العام كلّ ما يتعلّق بالأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع في عصر معيّن، ويختلف مفهوم النظام العام حتى في النظام القانوني الواحد من زمان لآخر، فقد يكون تعدّد الزوجات مخالفا للنظام العام في الدول المسيحية، بينما جائزًا في الدول الإسلامية، كما يعتبر زواج المسلمة بغير مسلم مخالفا للنظام العام الإسلامي[2]. وتثور الصعوبة في تحديد ما إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق مخالفا للنظام العام في دولة القاضي أم لا، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي المطروح أمامه النزاع.[3]

[1] : الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي... المرجع السابق، ص 279.

[2] : دربة أمين : المرجع السابق، ص 94.

[3] : محمد وليد المصري : المرجع السابق، ص 261.

ثالثا: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية (Actuel) وقت رفع الدّعوى:

يشترط أن تكون المخالفة للنظام العام وقت رفع الدعوى، ولو كان نشوء الحق قد تمّ دون أن يكون مخالفا للنظام العام، وهكذا تختلف فكرة النظام العام عن فكرة الإسناد إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند وقوع الحادث أو عند نشوء الحق[1]، فقد تتغير قاعدة التنازع بعد وقوع الحادث أو نشوء الحق وقبل رفع الدعوى، ومع ذلك فالقاضي ملزم بتطبيق القاعدة التي كانت سارية عند وقوع الحادث أو عند نشوء الحق، لا تلك التي حلّت محلّها وقت رفع الدّعوى.

إن فكرة النظام العام لا ينظر إليها إلاّ وقت رفع الدّعوى، فمثلا قبل سنة 1912 كان القانون الفرنسي يحرم رفع دعوى إثبات نسب الولد غير الشرعي، ويعتبر مثل هذه الدعوى مخالفة للنظام العام، ولكنه بعد ذلك صدر قانون يبيح رفع هذه الدّعوى، فتقدّم كثير من الأبناء غير الشرعيين إلى القضاء طالبين إثبات نسبهم في حين أنّ مولدهم كان قد حدث قبل سنة 1912[2]، وعلى ذلك إذا كان الحق عند نشوئه مخالفا للنظام العام في بلد القاضي، ثم تغيّر قانون القاضي حتى أصبح هذا الحق عند رفع الدّعوى غير مخالف للنظام العام في قانونه، فعليه أن يصرف النظر عن مخالفة هذا الحق للنظام العام عند نشوئه[3]، وقد أحسنت محكمة النقض الفرنسية حين قالت في حكم لها: "إنّ تعريف النظام العام الوطني، يتوقف إلى حدّ كبير على الرأي السائد في كلّ عصر".[4]

ولتوضيح هذا الشرط أكثر، نضرب المثال التالي: لنفترض أنه يراد إبرام عقد زواج فرنسيين بالجزائر، ولنفترض أن الزوج قد سبق له الزواج بجزائرية في فرنسا، فتطبيقا لنص المادة 11 من القانون المدني الجزائري،

[1] : يوسف فتيحة : النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 216.

[2] : علي علي سليمان :المرجع السابق، ص 153.

[3] : سعيد يوسف البستاني : المرجع السابق، ص 223.

[4] : حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 22 مارس سنة 1944، نقلا عن علي علي سليمان، المرجع السابق، ص154.

يطبق القانون الفرنسي باعتباره قانون الجنسية المشتركة، لكن القانون الفرنسي لا يبيح تعدد الزوجات ولا يسمح بمثل إنشاء هذه العلاقة، فرفع نزاع بشأن ذلك أمام القاضي الجزائري، فالقاضي هنا حتى يراعي الشرط المطلوب، عليه قبل أن يصدر الحكم بإبرام العلاقة أو عدم إبرامها أن يعتد بمضمون فكرة النظام العام الجزائري وقت رفع الدعوى، فإذا وجد أن القانون الجزائري وقت رفع الدعوى يبيح التعدد، يتحقق الشرط المذكور أعلاه، فالمخالفة للنظام العام حالية، ونتيجة لذلك يسمح بإبرام العلاقة نظرا لتدخل فكرة الدفع بالنظام العام.

ومتى توافرت شروط الدفع بالنظام العام، ترتب على ذلك منع تطبيق القانون الأجنبي الذي ثبت له الإختصاص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، كما يصاحب ذلك بعض الآثار التي تلحق العلاقة المراد إنشاؤها أو الحقوق المطالب بها، وهو ماسنتعرض له في البند الموالي.

البند الثالث: آثار الدفع بالنظام العام:

إنّ النظام العام قد يتدخّل بصورة رئيسية لإزاحة قانون أجنبي مختصّ عاديا، ويطلق أحيانا على هذا الأثر إسم الأثر السلبي للدفع بالنظام العام، وقد يتدخّل النظام العام أحيانا أخرى فيسمح بإنشاء العلاقة طبقا لقانون القاضي، وهو ما يطلق عليه بالأثر الإيجابي للنظام العام، كما أنّ الدفع بالنظام العام يمكن أن يتدخل بمناسبة تطبيق حق تمّ إكتسابه نظاميا في الخارج، وهذا ما يطلق عليه إسم الأثر المخفف للنظام العام، ويتعلّق الأمر حينئذ بمعرفة شدّة تدخّل النظام العام،[1] هل يتدخّل في حالة الحق المكتسب في الخارج بنفس الشدّة التي يتدخل بموجبها في حالة إنشاء الحق؟، وأخيرًا إنّ الدفع بالنظام العام يثير موضوع حق تم إكتسابه في الخارج بصورة مخالفة لنظام عام أجنبي، فهل يتعيّن على قاضي الدعوى أن يأخذ بعين الإعتبار موقف النظام العام الأجنبي أم لا؟، وهذا ما يطلق عليه إسم الأثر الإنعكاسي للنظام العام. وسنبحث في آثار الدفع بالنظام العام،

[1] : موحند إسعاد : قواعد التنازع، المرجع السابق، ص245 .

فنتعرّض أوّلا إلى الأثر العام للنظام العام، وثانيا إلى : الأثر المخفف للنظام العام، وثالثا إلى : الأثر الإنعكاسي للنظام العام.

أولا: الأثر العام للنظام العام:

يقصد بالأثر العام ذلك الأثر المترتب على إعمال الدفع بالنظام العام لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بتنظيم حقوق يراد إنشاؤها في دولة القاضي[1]،كعلاقة زواج مثلا يراد إبرامه بين المحارم أو بين مسلمة مع غير مسلم في دولة إسلامية، فالقاضي المطروح أمامه النزاع في هذه الحالة يرفض إنشاء العلاقة باعتبارها مخالفة للنظام العام ويستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي يكون قد سمح بإنشائها، وهذا ما يعبّرعنه بالأثر السلبي للنظام العام، وفي مقابل هذه الحالة هناك حالات أخرى يمنع فيها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة (علاقة الزواج) المراد إنشاؤها، غير أنّ القاضي من خلال الدفع بالنظام العام، يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق ويسمح بإنشائها، وهذا ما يعبر عنه بالأثر الإيجابي للنظام العام.[2]

وكنتيجة منطقية لمخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولة القاضي بشأن حقوق يراد إنشاؤها، إستبعاد تطبيق هذا القانون، وإحلال قانون القاضي محلّه[3]، غير أنّ هذا الإحلال قد يتم بطريقة سلبية، وقد يتمّ بطريقة إيجابية.

- فهو يتم بطريقة سلبية إذا اقتصر دور القاضي على إستبعاد القانون الأجنبي، لأنّ قاعدة النظام العام في بلده ناهية، ومثال ذلك أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق قد أجاز أمرًا، لا يقرّه النظام العام في بلد القاضي، كأن يجيز قانون الزوجين أو أحدهما زواج المسلمة بغير المسلم أمام القاضي الجزائري، فتستبعد المحكمة

[1] : نعوم السيوفي: المرجع السابق، ص 877.

[2] : Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, op.cit, p 318.

[3] : بيار ماير– فانسان هوزيه : القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدّراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 201.

الجزائرية تطبيق هذا القانون لمخالفته للنظام العام في الجزائر وترفض الطلب، ويقتصر الأمر على أن يقف قانون القاضي موقفا سلبيا.

● وهو يقف موقفا إيجابيا إذا كانت قاعدة النظام العام فيه آمرة.[1] ومثال ذلك أن يتقدّم أجنبيان من جنسية واحدة، مختلفا اللون، بطلب عقد زواجهما أمام القاضي الجزائري، وكان قانون جنسيتهما لا يجيز لهما ذلك، فيستبعد تطبيق هذا القانون لمخالفته للنظام العام في الجزائر، ويعقد زواجهما طبقا للقانون الجزائري.

ونخلص ممّا سبق إلى القول بأنّ الأثر الإيجابي للنظام العام ممكن الظهور بعد أثره السلبي ولكنه لا يظهر بصورة منفردة، ودون أن يسبق بالأثر السلبي، في حين يمكن أن يظهر الأثر السلبي لحاله وبصورة منفردة.[2]

ومهما يكن من أمر، فإنّ إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على علاقة الزواج المخالف للنظام العام، يترتّب عنه حلول قانون القاضي محلّ القانون المستبعد، وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي[3]. ويعتبر تطبيق قانون القاضي بدلا من القانون الأجنبي، أكثر الحلول ملاءمة لإعتبارات عملية، على أساس أنّ قانون القاضي يكون معلوما لدى القاضي المعروض أمامه النزاع، وينقص عليه مشقّة البحث عن مضمونه، ويتماشى أيضا مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية.[4]

وقد أخذت معظم التشريعات بهذا الحلّ[5]، ونص عليه المشرع الجزائري في المادّة 24 ق.م.ج في فقرتها الثانية: "يطبّق القانون الجزائري محلّ القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامّة".

---

[1] : علي علي سليمان : المرجع السابق، ص 154.

[2] : حسن الهدّاوي : المرجع السابق، ص192، بيارماير – فانسان هوزية، المرجع السابق، ص 201.

[3] : Cass civ, 30/05/1967, v.Batiffol Henri, La garde Paul : op.cit, p 591.

[4] : سعيد يوسف البستاني: المرجع السابق، ص 239.

[5] : نصّت على ذلك المادّة 36 ف 05 من القانون التونسي: "يطبّق القاضي أحكام القانون التونسي بدلا عن أحكام القانون الأجنبي التي أستبعد تطبيقها". كما نصّت المادة 73 من القانون الكويتي على ما يلي: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي، عيّنته النصوص الواردة في هذا الباب، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في الكويت، ويتعيّن في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي"، كما نصت على ذلك أيضا المادة 28 من القانون المدني المصري.

وفي فرنسا، يشترط لإعمال قانون القاضي محلّ القانون الأجنبي المستبعد- وجود رابطة بين القضيّة المطروحة وقانون القاضي وخاصّة في مسائل الأحوال الشخصية المتعلّقة بالزواج والطلاق، والبنوّة والتبنّي، فهي تشترط لإعمال الدفع بالنظام العام وجود رابطة حقيقية للتراع بدولة القاضي كرابطة الموطن أو الجنسية، فيحمل أحد الزوجين أو كلاهما الجنسية الفرنسية، أو تكون فرنسا موطنا أو محلّ إقامة لهما[1].

ثانيا: الأثر المخفف للنظام العام: L'éffet atténué de l'ordre public

يفرّق القضاء الفرنسي عادة، عند إعمال فكرة النظام العام كأداة لإستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، بين الفرض الخاص بالحقوق الناشئة في فرنسا من جهة، وبين حالة التمسّك في فرنسا بحق أكتسب في الخارج من جهة أخرى.[2]

فقد يتعارض إنشاء الحق في دولة القاضي مع إعتبارات النظام العام فيها، بينما لا يصطدم نفاذ هذا الحق في دولة القاضي بالضرورة مع هذه الإعتبارات، ما دام أنّ الحق قد نشأ واكتسب في الخارج، وبناء على ذلك لا يمكن للشخص في فرنسا إنشاء علاقة تعدّد الزوجات، لأنّ في ذلك مساس بالنظام العام الفرنسي، بينما يمكن له الاعتراف بالزواج الثاني، إذا تم في الخارج، وذلك إعمالاً للأثر المخفف للنظام العام وإحترامًا للحق المكتسب في الخارج.[3]

وقد ساير المشرّع التونسي ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، ونصّ صراحة على الأثر المخفّف للنظام العام في المادة 37 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي : "يتمّ الإعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بالخارج وفق القانون الذي عيّنته قاعدة التنازع التونسية، ما لم تكن هذه الآثار متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي".

[1] : محمد وليد المصري : المرجع السابق، ص262- 263.

[2] : هشام علي صادق : تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 209.

[3] : Yvon loussouarn, Pierre Bourel : op.cit, p 321.

أمّا بالنسبة للمشرّع الجزائري، فمن خلال إستقراء نص المادّة 24 ق.م.ج. ف2، نستنتج أنّها جاءت بعبارة النظام العام مطلقة، دون أن تلحقها بأي وصف مطلق أو مخفف، ولكن ذلك لا يمنع القاضي من الأخذ بالأثر المخفف للنظام العام، إحترامًا للحق المكتسب الذي نشأ في الخارج، حتى ولو نشأ هذا الحق مخالفا للنظام العام الجزائري[1]، فالأثر المخفف لفكرة النظام العام في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني بداهة إنكار كلّ أثر للنظام العام بوصفه صمام الأمان اللاّزم لحماية الأسس الجوهرية في المجتمع.[2]

ثالثا– الأثر الإنعكاسي للنظام العام Effet reflexe de l'ordre public :

يثار في هذا الفرض مفهوم جديد للنظام العام هوالأثر الإنعكاسي للنظام العام، ولفهمه يطرح التساؤل التالي : هل يجوز للقاضي المطروح أمامه النزاع أن يعتبر من النظام العام في دولته ما يعتبر من النظام العام في دولة أخرى؟ ولتوضيح ذلك نضرب المثالين التاليين:

لنفترض أنّ شخصين أرادَا إبرام زواجهما في دولة ما، وكان قانونهما الشخصي الواجب التطبيق لا يسمح بإنشاء هذه العلاقة لقيام مانع، مثلا: (إختلاف اللّون)، فمثل هذا الزواج ينعقد في الجزائر، لأنّ هذا المانع يصطدم بالنظام العام في الجزائر، ولكن بالرّغم من إنعقاده في الجزائر تطبيقا لتدخّل فكرة النظام العام فيها، إلاّ أنه لا يحتّج بآثار هذا الزواج في الدول التي لا تسمح بانعقاده، وعلى عكس ذلك، يمكن الإحتجاج بآثاره في الدول التي تسمح بانعقاد الزواج، متخذة نفس الموقف الذي سار على هديه القاضي الجزائري، فيمكن مثلا التمسّك بآثار هذا الزواج في الدول العربية كمصر، نظرًا لإعتبار أنّ مضمون النظام العام فيها ما هو إلاّ تعبير عن مضمون النظام العام في الجزائر، فإذا أراد أحد الزوجين التمسّك بآثار هذا الزواج في مصر،

[1] : عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص 184 .

[2] : حفيظة السيد الحدّاد: الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامّة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة أولى، سنة 2004، المرجع السابق، ص 279.

فالقاضي المصري هو الذي ينظر في هذه المنازعة، ويتوجّب عليه إقرار هذه العلاقة التي نشأت في دولة أجنبية (الجزائر) إعمالا لما يسمى بالأثر الإنعكاسي للنظام العام الجزائري.

وفي مثال آخر : لو فرضنا أنّ جزائرية مسلمة تزوجت في فرنسا من غير مسلم، وعرض نزاع بصدد هذا الزواج أمام القاضي البلجيكي فلا شك أنّ القانون البلجيكي يجيز هذا الزواج مثل القانون الفرنسي، لأنّ مقتضيات النظام العام فيهما واحدة، ولا يعتدّ باختلاف الدّين كمانع للزو اج، في حين أنّ القانون الجزائري المختصّ أصلا يبطل هذا الزواج، ولو عرض التراع بشأن آثاره أمام القضاء المصري، فلن يعترف بها أخذًا بفكرة النظام العام أيضا، وذلك لأنّ الإعتراف بهذه الآثار يتطلّب توافق مقتضيات النظام العام في الدولة التي نشأت فيها العلاقة وبلد أو دولة القاضي.[1]

البند الرابع: تطبيقات الدفع بالنظام العام في مسائل الزواج المختلط:

إنّ فكرة النظام العام هي فكرة وطنية- كما أشرنا سابقا- تختلف من دولة لأخرى، فما يعتبر من النظام العام في إحدى الدول، قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى، وإنّ هذه الفكرة تبرز بشدّة في مسائل الزواج المختلط، لذلك سنورد في هذا الجزء بعض الصور التطبيقية للدفع بالنظام العام سواء أثناء إنعقاد الزواج، أو بعد إنعقاده.

في فرنسا[2]، يتم التمييز لإعمال فكرة النظام العام فيما يتعلّق بالشروط التي تستلزمها القوانين الأجنبية لإبرام الزواج بين نوعين من الشروط.

- **النوع الأوّل:** هي الشروط المعروفة في القانون الفرنسي، لكنها منظّمة فيه تنظيما مختلفا عن تنظيم القانون الأجنبي لها، فإمّا أن تكون أقلّ تشدّدًا فيه منه، فالنظام العام الفرنسي لا يقف حائلا أمام الشروط التي تكون أكثر تشدّدًا، لكنّه يقف حائلا أمام الشروط التي تكون أقلّ تشدّدا، فمثلا: إذا كان القانون الأجنبي يشترط

[1] : Yvon loussouarn, Pierre Bourel : op.cit, p324.
[2] :Jean Marc Bischoff : op.cit ,p.12.

سنّا أعلى من السنّ الذي يشترطه القانون الفرنسي، فلا يكون مخالفا للنظام العام الفرنسي، أمّا إذا كان يشترط سنّا أقل فيكون مخالفا للنظام العام.كذلك شرط رضا الوالدين، إذا كان القانون الأجنبي يشترط رضاهما بالنسبة للأشخاص الذين بلغوا سنّا تفوق السنّ المشترطة في القانون الفرنسي، فإنّ تطبيقه لا يكون مخالفا للنظام العام، أمّا إذا كان لا يشترط رضاهما حتّى بالنسبة للّذين لم يبلغوا سنّ الرشد، فإنّه يكون أقلّ تشدّدًا، ممّا يتعيّن إستبعاده باسم النظام العام.

- **النوع الثاني**: هي الشروط غير المعروفة في القانون الفرنسي، والمبدأ السائد بشأنها أنّه لا يعتدّ بالشروط التي يؤدّي تطبيقها إلى المساس بالنظام الإجتماعي القائم على حرية الزواج وعلمانيته، وعلى هذا أساس يعتبر مخالفا للنظام العام الفرنسي، القانون الأجنبي الذي لا يسمح بانعقاد الزواج بين زوجين مختلفي الديانة أو مختلفي اللّون، أوالقانون الأجنبي الذي يشترط خلوّ الزوجين من الأمراض جسمانية كانت أم عقلية.[1]

وفي إطار الأثر المخفف للنظام العام، سمحت محكمة النقض الفرنسية للزوجة الثانية التونسية بالمطالبة بحقّها في النفقة إتجاه زوجها وفقا للقانون التونسي، على أساس أنّ علاقة التعدّد نشأت خارج التراب الفرنسي، أي تمّت علاقة الزواج الشرعي الثاني بتونس[2].

إنّ النظام العام الفرنسي يتدخّل لرفض منح أيّ أثر للزواج الثاني المبرم خارج فرنسا بمواجهة الزوجة الفرنسية، في حين أنّه يعترف بآثار هذا الزواج في فرنسا، إن لم تكن الزوجة فرنسية[3]. ويعتبر مخالفا للنظام العام في فرنسا القانون الأجنبي الذي يمنح الزوجة أهلية غير محدودة في ممارسة مهنة التمثيل رغم معارضة زوجها، نظرًا لنيله من سلطة الزوج[4]. وتطبيقا للأثر العام للدفع بالنظام العام في فرنسا، يمنع إبرام عقد الزواج

[1] : أعراب بلقاسم : تنازع القوانين ... المرجع السابق، ص 236.

[2]: قضية شموني السالفة الذكر.

[3] : محمد وليد المصري: المرجع السابق، ص 263.

[4] : زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة القوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 283.

الثاني فيها، ويتدخّل النظام العام الفرنسي لإبطال مثل هذه العلاقة،كما تسمح بزواج الجزائرية المسلمة بغير المسلم، وذلك بتدخّل القانون الفرنسي إعمالاً للدفع بالنظام العام، وحلوله محلّ القانون الواجب التطبيق المستبعد الذي لا يجيز إنشاء هذه العلاقة (القانون الجزائري)، ويمكن التمسّك بآثار هذا الزواج في الدول الغربية التي تسمح بإنشاء مثل هذه العلاقة إعمالاً لفكرة الأثر الإنعكاسي للنظام العام، في حين لا يمكن التمسّك بآثار هذا الزواج في الجزائر أو الدول العربية التي لا تسمح بزواج مسلمة مع غير مسلم.[1]

وفي الدول الإسلامية، يجوز للمسلم أن يتزوّج إمرأة ثانية وثالثة ورابعة حتى ولو كان قانونه الشخصي لا يسمح بذلك، غير أنّ آثار هذا الزواج لا يمكن المطالبة بها خارج حدود الدول الإسلامية، متى نشأت هذه العلاقة نتيجة تدخّل لفكرة النظام العام.

وفي الجزائر إنّ قانون الأسرة الجزائري مستمدّ من الشريعة الإسلامية، ولذلك النظام العام في الجزائر أوسع من نطاقه في الدول العلمانية، فهو إضافة إلى حيلولته دون الأخذ بالشروط الواردة في القانون الأجنبي، والتي تنطوي على مساس بحقوق المسلم، فيستبعد باسم النظام العام الإسلامي القانون الأجنبي الذي يمنع تعدّد الزوجات إذا كان الزوج مسلمًا[2]، ويستبعد القانون الأجنبي الذي يجيز زواج مسلمة بغير مسلم[3].وقد قضت المحكمة المدنية في هذا الشأن قائلة: "حيث أنّه مع إفتراض وجود هذا الزواج، فإنّ عقده سواءًا كان عرفيا أو رسميا، يقع باطلا غير منعقد عملا بما هو مقرّر شرعا من أنّه يشترط لصحّة الزواج ألاّ تكون المرأة محرّمة على الرجل تحريما مؤبدًا أو مؤقتا، ومنها زواج المسلمة بغير المسلم وبالتالي، إذا حدث هذا فإنّ القاضي ملزم بالتفريق بينهما"[4].

[1] : نعوم سيوفي : المرجع السابق، ص 873.

[2] : أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص 237.

[3] : تنص المادّة 31 من ق.أ.ج : " لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم" .

[4] : أنظر المجلس الأعلى، قرار صادر بتاريخ 04/6/ 1982، ملف رقم 82/82، قضية أرملة ضدّ من له حق، نشر القضاة، العدد الأوّل، جانفي 1987، ص 79- 81، نقلا عن عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 217.

وقد تعرّض القضاء الجزائري، لمسألة الدفع بالنظام العام التي تتعلّق بإثبات النسب، إذ جاء في إحدى حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا : "الإعتراف بتثبيت النسب في ظلّ القانون الفرنسي، يخالف النظام العام بالجزائر، لأنّه لا يتماشي وأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقرّ النسب إلاّ بالزواج طبقا لأحكامه السمحة."[1]

هنا إستبعد القضاء الجزائري، القانون الفرنسي المراد تطبيقه لتعارضه مع النظام العام الجزائري، لأنّ تثبيت النسب لا يكون إلاّ بالزواج الصحيح، وبالتالي لا ينسب الولد لأبيه، بل لأمّه.

ويستبعد قضاء الدول الإسلامية القانون الفرنسي مثلا إذا كان يجيز إثبات النسب خارج الطرق المحدّدة في قوانينه، وهذا ماإتجه إليه القضاء الجزائري[2].وبالمقابل قد إستبعدت فرنسا تطبيق قوانين الدول الإسلامية حتى ولو كانت هي الواجبة التطبيق لمخالفتها للنظام العام الفرنسي، فالقانون الجزائري الذي لا يعترف إلاّ بالبنوّة الشرعية تطبيقا للمادة 41 من قانون الأسرة، إذا كان هو الواجب التطبيق في فرنسا، يستبعد تطبيقا لمبدأ المساواة بين الولد الشرعي وغير الشرعي المتبنّى من القانون الفرنسي بموجب قانون 03 جانفي 1972، حتى الناجمين عن الزنا (adultérin)، كما أنّ صدور قانون 08 جانفي 1993، حول البحث عن الحقيقة البيولوجية، قد وسع من مجال إثبات دعوى النسب الأبوي خارج إطار الزواج، بحيث أصبح معيار تدخّل النظام العام في القانون الفرنسي هو مصلحة الطفل[3]، وقد عبّر القضاء الفرنسي عن تدخّل النظام العام في القانون الدولي في هذا الصدد بقضية أساسية رأي فيها معيار مزدوج للنظام العام الموضوعي والإجرائي.[4]

---

[1] : قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1991/04/23، غير منشور، نقلا عن عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص164.

[2] : يوسف فتيحة: مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلّة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلممسان، العدد رقم 03، سنة 2005، ص 189.

[3] : يوسف فتيحة : مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 189.

[4] : نقض مدني فرنسي، الغرفة المدنية الأولى، 03 نوفمبر 1988، المجلّة النقدية للقانون الدولي الخاص، 495، سنة 1989، حيث جاء فيه:

«les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre publique international dont la seul exigence est d'assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires ».

وهذا نفس التوجّه للقانون التونسي، حيث يطبّق القاضي القانون الأصلح للطفل، بإخضاعه النسب لعدّة قواعد إسناد، مع منح القانون الأفضل للطفل، مجالا للتطبيق.

كما أنّ المفهوم الحديث للنظام العام القريب من قانون القاضي L'ordre public de proximité قد استعمل بكثرة في مجال إثبات النسب، فلكي يسمح للطفل المقيم بصورة معتادة في فرنسا، أو الذي له جنسية فرنسية عن طريق أمّه، أنّ يتمكّن من إثبات نسبه إتجاه والده الطبيعي والمنتمي إلى دول المغرب، فتطبيقا لفكرة النظام العام الفرنسي، أستبعد القانون العربي الإسلامي الواجب التطبيق، وإحلال محلّه القانون الفرنسي الذي يجيز هذا الإثبات.[1]

وإلى جانب التمسك بالدفع بالنظام العام لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط، يمكن للقاضي أن يتمسك أيضا بالدفع بالغش نحو القانون.

الفرع الثاني: الدفع بالغش نحو القانون:

إنّ قاعدة الإسناد التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق على الزواج، سترشد بضابط معيّن يشير إلى القانون المختص وهو الضابط الشخصي، هذا الضابط قابل للتغيير وفق إرادة الزوجين، ممّا يترتّب عنه، أنّه من المتصوّر أن يعمد الشخص إلى تغيير ضابط الإسناد لمجرّد التوصّل إلى تطبيق قانون معيّن، والتهرّب بذلك من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا. فإذا كان قانون جنسية الزوج مثلا لا يسمح بإبرام عقد الزواج، فقد يعمد الزوج في هذه الحالة إلى تغيير جنسيته لكي يتوصّل إلى تطبيق قانون يسمح له بذلك، كذلك قد يستلزم قانون دولة معينة شكلا خاصّا لإبرام الزواج، فينتقل الطرفان إلى دولة أخرى تهرّبا من هذا الشكل، وسعيا وراء تطبيق قانون آخر أكثر تحقيقا لمصالحهم، وبالمثل قد يعمد ا لزوج إلى تغيير جنسيته أو موطن الزوجية

[1] : يوسف فتيحة : النظام العام والعلاقات الأسرية...، المرجع السابق، ص 225، راجع كذلك : سنينات عبد الله، المرجع السابق، ص 120- 121.

للتهرّب من القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج – كالنسب–، وغنيّ عن البيان أنّه قد يكون القانون الذي قصد الأفراد التهرّب من أحكامه هو قانون القاضي وقد يكون قانونا أجنبيا.[1]

والملاحظ بشأن الأمثلة المتقدّمة أنّ التغيير الذي يقوم به الأفراد في ضابط الإسناد، لم يقصد بذاته، وإنّما قصد به أساسا الإفلات من أحكام قانون معيّن، فالتغيير يهدف إلى التحايل على أحكام قانون معيّن، وهو ما درج الفقه على تسميّته "الغش نحو القانون "Fraude à la loi[2]، وتبعًا لذلك : ما لمقصود بالغش نحو القانون؟، وما موقف التشريعات منه ؟، وما هي شروط الدفع بالغش نحو القانون ؟، وما هي الآثار المترتبة عن إعمال هذا الدّفع؟

وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في البنود التالية:

البند الأوّل: مفهوم الدّفع بالغش نحو القانون:

يعدّ القانون الدولي الخاص، المجال الخصب للغش نحو القانون، بسبب تنوّع الأنظمة القانونية للدول المعنية بالنزاع، ويستخدم الأفراد هذا التنوّع للتهرّب من القانون المختص لحكم العلاقة، بحيث يضعوا أنفسهم بشكل مصطنع تحت سلطة قانون آخر يتوافق مع مصالحهم بصورة أفضل[3].

والغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص عبارة عن تدبير إرادي لوسائل تؤدّي إلى الخلاص من قانون دولة لتصبح العلاقة من إختصاص قانون دولة أخرى، أكثر تحقيقا للنتائج المتوخّاة، ويعمد ذوو المصلحة في ذلك إلى تغيير عناصر للعلاقة القانونية لإنشاء ظروف تصبح معها العلاقة خاضعة لقانون آخر[4]، فمن حقّ كلّ شخص أن يغيّر جنسيته وأن يغيّر موطنه، ويكون عمله قانونيا لاغبار عليه، إذا لم تكن وراءه أيّة نيّة

[1] : حفيظة السيد الحدّاد : الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ... المرجع السابق، ص 281.
[2] : Yvon loussouarn, Pierre Bourel : op.cit, p325.
[3]: محمد وليد المصري: المرجع السابق، ص 274.
[4] : حسن الهداوي: المرجع السابق، ص 196.

بالتحايل على بعض القوانين الآمرة التي تعيقه، أمّا إذا كان المقصود من تغيير الجنسية أو الموطن، الإفلات من القانون الآمر المعيق الواجب التطبيق، فلا يكون للتغيير أي أثر في البلد المراد التحايل على قانونه.

وتكمن وظيفة الدفع بالغش نحو القانون في الدفاع عن قانون قاضي الدّعوى، ضدّ تطبيقات القانون الأجنبي الذي لا يكون مختصّا سوى إصطناعا، وثّمة من يشبّهه بالنظام العام الذي يقوم بذات المهمّة[1]، إذ أنّ كلاهما وسيلتين فنيتين لإقصاء القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وكلاهما ليس وسيلة فنية عادية بل إستثنائية لذلك الإقصاء، فلا يلجأ إليها القاضي إبتداءًا بل كعلاج أخير لا مفرّ منه أو علاج إحتياطي في مواجهة القانون الأجنبي، علاوة أنّ هدفهما واحد، وهو حماية الأسس التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي.

البند الثاني: موقف التشريعات من الدفع بالغش نحو القانون:

عرفت نظرية الغش نحو القانون في جلّ الأنظمة القانونية المعاصرة، فقد استقرّ عليها القضاء الفرنسي مند حكم محكمة النقض في قضية الأميرة- بوفرمون- التي كانت تعيش في فرنسا في النصف الثاني من القرن 19 م، منفصلة قضائيا عن زوجها الفرنسي، نظرًا لعدم سماح القانون الفرنسي بالطلاق في ذلك الوقت، ولكي تتمّكن الأميرة من الزواج بالأمير "بيبسكو"، حصلت على جنسية إحدى الدوقيات الألمانية التي يبيح قانونها الطلاق، وبالفعل طلّقت من زوجها الفرنسي بموجب هذا القانون، وتزوّجت مباشرة من الأمير المذكور، لم تعترف محكمة النقض الفرنسية بهذا الزواج في فرنسا، لأنّ الأميرة لم تغيّر جنسيتها إلاّ بقصد التحايل على أحكام القانون الفرنسي الذي يمنع الطلاق.[2]

كما أنّ الملاحظ هو أنّ القضاء الفرنسي، خاصة محكمة النقض، قد أبطلت جميع عقود الزواج التي تّمت بقصد التهرّب من أحكام المادّة 170 مدني فرنسي التي تنصّ على ما يلي[3]: "الزواج المبرم في الخارج بين

[1] : موحند إسعاد: قواعد التنازل، المرجع السابق، ص256 .

[2] : Cass.civ, 18 Mars 1878, v.yvon Loussouarn, Pierre Bourel : op.cit, p 325.

[3] : Art 170 du code civ.fr : « le mariage contracté en pays étranger entre français et entre français et étranger sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il été précédé de la publication perscrite par l'article 63 au titre des actes de l'états civil ».

فرنسيين أو بين فرنسيين وأجانب يكون صحيحا متى تمّ طبقا للشكل المطلوب في البلد الذي تمّ فيه، بشرط أن يكون الإعلان عنه تمّ طبقا لما تقضي به المادة 63 بالنسبة إلى الأعمال التي تدخل في إيطار الحالة المدنية."

وقد نصت معظم التشريعات الغربية على الغش نحو القانون باستثناء القانون الأرجنتيني والقانون الأمريكي[1]. أما الدول العربية، بالرغم من عدم النص على الغش نحو القانون في كلّ القوانين العربية، باستثناء القانون التونسي والجزائري، فإنّ الفقه والقضاء مستقرّان على إستبعاد القانون المختصّ بواسطة الغشّ ولعلّ الأساس القانوني لذلك هو أحكام القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية بوصفها مصدرًا للقوانين العربية.

وفي هذا الصدد نص القانون الجزائري في المادّة 24 مدني المعدّلة والمتممة بقانون 20 جوان 2005 على أنّه: "لا يجوز ... أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون".[2]

كذلك نص الفصل 30 فقرة -2- من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998 أنّه: "إذا توافرت شروط التحايل على القانون، فلا عبرة بتغيير عنصر الإسناد".[3]

هذا ونشير إلى أنّ تغيير الديانة في الدول العربية والإسلامية من غير الإسلام إلى الإسلام لا يشكّل غشا نحو القانون، وذلك لأنّ الدين الإسلامي في تلك الدول من النظام العام، وأنّه يكفي النطق بالشهادتين ليصبح الشخص مسلما، ولا يجوز للقضاء البحث فيما إذا حصل إعتناق الإسلام عن قناعة، أو أنّ هناك دوافع

---

[1] :نصّ على الغش نحو القانون، القانون السويسري (المادة 15 من القانون الدولي الخاص لسنة 1878)، ومشروع تعديل القانون المدني الفرنسي (الم 57 منه) التي تقضي "لا يجوز التمسك بمركز قانوني نشأ طبقا لقانون أجنبي لم ينعق إختصاصه إلاّ غشا نحو القانون الفرنسي")، وقانون مقاطعة كيبك (المادة 3082 من القانون المدني لسنة 1991)، والقانون المكسيكي (المادّة 15 فقرة 1- من القانون المدني المعدّل في 1987)، والقانون الإسباني (الم 12 ف4 من القانون المدني المعدّل في 1974)، والقانون الروماني (المادة 19 ف.ب من مجموعة القانون الدولي الخاص لسنة 1992) والقانون اليوغسلافي سابقا (المادة 05 من القانون الدولي الخاص لسنة 1983)، كما أخذ بالغش نحو القانون القضاء في بلجيكا وإيطاليا، أمّا في ألمانيا فلا يزال القضاء والفقه متردّدان وأكثر تضييقا للأخذ به وفي مقابل ذلك لم يأخذ بالغش نحو القانون القانون الأرجنتيني (المادة 99 مدني) والقانون الأمريكي (129 من المدونة الأمريكية).

[2] : مع ملاحظة أن نص الم 24 مدني قبل التعديل، لم تنص على الغش نحو القانون وإنّما إكتفت بحالة المخالفة للنظام العام، على غرار القوانين العربية التي أخذت عن القانون المصري.

[3] : ذكرت الفقرة الأولى من هذا الفصل شروط التحايل بنصها : " يتكوّن التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر الوضعية القانونية الواقعية بغية تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصّة. "

أخرى كامنة وراء تغيير الشخص دينه إلى الإسلام، بل ويجوز ذلك ولو كان الشخص يرغب في تحقيق مكاسب معينة.[1]

البند الثالث: شروط الدفع بالغش نحو القانون:

للتمسّك بالدفع بالغش نحو القانون في مسائل الزواج المختلط، كسبب لإستبعاد القانون الواجب التطبيق سواء من حيث الإنعقاد أو الآثار، يجب توافر شروط، منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه.

أوّلا – الشروط المتفق عليها:

إنعقد إجماع الفقه على ضرورة توافر شرطين أساسين للتمسّك بالغش نحو القانون، وهما أن يقوم ذو المصلحة بمناورات مادية تتوقف على إرادتهم، وتؤدي إلى عدم تطبيق القانون المختصّ أصلا، وهذا هو الركن المادّي للغش، وأن يكون القصد من وراء ذلك مقرونا بسوء النيّة، وصولا إلى نتائج غير مشروعة هي تجنّب الأحكام الآمرة في القانون المختصّ، وهذا هو الركن المعنوي المتمثّل في كون الباعث الدافع أصبح هدفا في ذاته لتغيير ظروف الإسناد.

1–الركن المادّي للغش (التغيير في الإختصاص التشريعي):

يشترط القضاء الفرنسي لإمكان الدفع بالغش نحو القانون، أنّ يتوافر العنصر المادّي في الغّش وهو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد، ويكون ذلك بتغيير الجنسية أو الموطن[2].

وينجم عن تغيير الجنسية، تغيير القانون الشخصي في الدول التي تسند الزواج لقانون الجنسية، فإذا كان قانون الجنسية مثلا يشدّد في شروط إبرام عقد الزواج أو يمنع قيامه، قد يعمد صاحب المصلحة إلى تغيير جنسيته من أجل تحقيق مآربه.

[1] : طيب زروتي : القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 290.

[2] :حفيظة السيد الحدّا د:الموجز في القانون الدولي الخاص،المبادئ العامّة في تنازع القوانين...، المرجع السابق،ص383.

وبالمثل يشكّل تغيير الموطن، وهو أيسر من تغيير الجنسيته، ظرف إسناد إرادي محض لتبديل القانون الشخصي في الدول التي تسند الزواج المختلط لقانون الموطن.[1]

ويشترط أن يكون التغيير فعليا،[2] إذ لو كان تغيير ضابط الإسناد صوريا، لما كنا في حاجة إلى إعمال الدفع بالغش نحو القانون، إذ يكفي في هذا الفرض التمسّك بأحكام الصورية لإهدار كلّ أثر لهذا التغيير، فإذا غيّر الشخص موطنه تغييرًا صوريا، فإنّ العبرة في هذه الحالة بالموطن الحقيقي، وكذلك تغيير جنسية أحد الزوجين مع بقاء الزواج محكوما بالقانون الذي كان يحكمه سابقا، قبل تغيير ظروف الإسناد، لا توجب الأخذ بنظرية الغشّ نحو القانون لعدم فعالية وسيلة الغش.[3]

ومن جهة أخرى يشترط أن يكون التغيير مشروعا، ولعلّ هذا هو وجه الطرافة في الغش، إذ لو كانت الوسيلة المستخدمة في التغيير غير مشروعة، كأن يقوم الزوج بتغيير جنسيته عن طريق الغش في أحكام قانون الجنسية، فإنه لا يجوز الإعتداد في هذه الحالة بالجنسية المكتسبة عن طريق الغشّ، وتكون العبرة بالجنسية الأولى[4]، ففي مثل هذا الفرض لا حاجة لنا بنظرية الغش نحو القانون على أساس أنّه يكفي لتلافي النتيجة التي يهدف إليها الشخص، أن يثبت لنا أنّ الوسيلة المستخدمة غير مشروعة في ذاتها. أمّا لو كانت الوسيلة المستخدمة مشروعة، فهنا تكمن الخطورة، إذ يهدف الشخص من وراء إستخدام هذه الوسيلة المشروعة إلى التوصّل إلى نتيجة غير مشروعة، وفي هذا الفرض وحده تبدو أهمية الدّفع بالغش لتلافي تحقيق هذه النتيجة، فالدّفع بالغش نحو القانون لا يتأتّى إلاّ في الأحوال التي ينعدم فيها وجود جزاء آخر يمكن عن طريقه تلافي النتيجة غير المشروعة التي يسعى الشخص إلى تحقيقها.

[1] : نادية فوضيل : تطبيق القانون الأجنبي ...، المرجع السابق، ص 129.

[2] : حسن الهداوي : المرجع السابق، ص 204 .

[3] : حسن الهداوي : المرجع السابق، ص 204 .

[4] : محمد مبروك اللاّفي : المرجع السابق، ص 89.

وأخيرًا يشترط أن يكون التغيير إراديا، ومعنى هذا أنه إذا فرض على الزوج أن يغيّر جنسيته، كأن تثبت له الجنسية الجديدة بالزواج من أجنبية، فإنّ تغيير القانون الواجب التطبيق كأثر لذلك، لا يسوغ إستبعاد هذا الأخير، إستنادًا للدفع بالغش نحو القانون، إذ أنّ التغيير في العنصر الواقعي الذي يستخدم في إيجاد ضابط الإسناد قد حدث عرضا بغير أن يكون مقصودًا لذاته. [1]

2-الركن المعنوي للغش (توافر نيّة التحايل):

لا يكفي حصول تغيير ظرف الإسناد كنتيجة عادية لتغيير عنصر من عناصر العلاقة القانونية، وإنّما يجب لتوافر الغش أن يصبح تغيير القانون المختص هدفا في ذاته، القصد من ورائه هو تجنب الأحكام الآمرة في القانون الواجب التطبيق.ويعدّ توافر نيّة الغش العنصر الوحيد عمليا الذي يتكوّن بموجبه الإحتيال على القانون، على أساس أنّ التغيير الإرادي لضابط الإسناد يتم بصورة مشروعة ولا يكشف عن التحايل بمفرده.[2]

ولا شك أنّه من الصعوبة البحث عن نيّة الغشّ وإثباتها، لاسيما وأنّ القاضي يتوقف عند الوقائع وليس النوايا[3].وفي كلّ الأحوال لا تعني صعوبة إثبات نيّة الغش إستحالته إذ يمكن للقاضي إستكشاف هذه النيّة بالرجوع إلى ظروف القضيّة وملابساتها، فمثلا في قضية الأميرة بوفرمون إنكشفت نيّة الغشّ لديها بشروعها بإجراء التطليق من زوجها مباشرة بعد إكتسابها للجنسية الألمانية[4].

[1] : حفيظة السيد الحدّاد : الموجز في القانون الدولي الخاص، النظرية العامّة في تنازع اقوانين، المرجع السابق، ص284.

[2] : صلاح الدين جمال الدين : المرجع السابق، ص 363.

[3] : عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص 563.

[4] : محمد وليد المصر: المرجع السابق، ص 279.

ثانيا – الشروط المختلف فيها:

- **أن يكون الغشّ نحو قانون القاضي:**

إذا إرتكب أحد الزوجين الغش نحو قانون أجنبي فلا يجوز التمسّك به، وقد استقرّ القضاء الفرنسي على ذلك في السابق مستندا إلى أنّ القانون الأجنبي لا سلطان له على القاضي الفرنسي، لاسيما وأنّ الغش نحو القانون الأجنبي كثيرًا ما يكون لصالح القانون الفرنسي[1]، وبهذا قصر القضاء الفرنسي إعمال الغشّ نحو القانون في الأحوال التي يتحايل الأفراد فيها على أحكام القانون الفرنسي، على أساس أنّ القضاء الفرنسي يعامل القوانين الأجنبية الواجبة التطبيق معاملة الوقائع[2]، لكن القضاء الفرنسي قد أخد يتّجه حديثا إلى قبول الدفع بالغش نحو القانون الأجنبي فأقرّ إبطال العقود التي تمّت بين الأفراد عن طريق الغش نحو القانون الأجنبي المختصّ.[3]

إنّ الرأي الراجح فقها[4] في القانون المعاصر، يقرّ الإعتداد بالغش نحو القانون الأجنبي أيضا، وحجّته في ذلك أن التحايل على القانون الأجنبي يشكل غشّا لقاعدة الإسناد الوطنية التي منحته الإختصاص والتي لها طبيعة إلزامية في مجال تطبيقها، لاسيما إذا كانت مزدوجة وكان القانون الأجنبي الذي حصل الغش نحوه، يأخذ هو أيضابهذا الدافع، ثم إنّ الفكرة الخلقية للغش تتحقق في الحالتين معا، حالة الغش نحو قانون القاضي، وحالة الغش نحو القانون الأجنبي ولا ينبغي للقاضي أن يحمي مرتكبي الغش مهما كانت نواياهم، ويسمح لهم بالتلاعب بقواعد الإسناد.

[1] : علي علي سليمان : المرجع السابق، ص 163.

[2] : عز الدين عبد الله : المرجع السابق، ص 565.

[3] : Cass.com, 07/03/1963, v. Batiffol Henri, lagarde Paul : op.cit, p 599.

[4] : موحند إسعاد : المرجع السابق، ص 261،راجع كذلك : علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 163.

- **أن يترتب على الغش نحو القانون ضرر:**

أي أن ينتهي الغش إلى الحصول على نتيجة غير مشروعة، بينما يرى آخرون أنّ الغش يجب أن يحبط في كلّ الأحوال ولو لم يحصل الزوج الغاش على النتيجة غير المشروعة.[1]

- **أن يكون الغش ضدّ القواعد الآمرة:**

إنّ الرأي التقليدي يتّجه إلى حصر أعمال الغش نحو القانون على الحالات التي يكون فيه التهرّب من النصوص الآمرة[2]، مما يعني أن حالة الغش نحو القانون ممكن تحققها في عقد الزواج، مادام أن التشريعات بما فيها المشرع الجزائري حددت مسبقا القانون الواجب التطبيق عليه دون ترك حرية للأفراد في إختيار القانون الواجب التطبيق.

البند الرابع: آثار الدفع بالغش نحو القانون:

إنّ الدفع بالغش نحو القانون يثير تساؤلا حول الآثار التي تترتّب عليه، والرّاجح أنّ للدفع بالغشّ أثران، أحدهما سلبي والآخر إيجابي.

أوّلا– الأثر السلبي: إستبعاد القانون الذي توصل الغشّ لتطبيقه:

لّما كان الهدف من قيام أطراف العلاقة الزوجية بالتلاعب في العناصر الواقعية التي تؤثر في تحديد ضابط الإسناد، هو التوصل إلى إستبعاد قانون لصالح قانون آخر، فإنّ الجزاء الواجب توقيعه إزاء هذه المخالفة لقانون القاضي، هو إحباط أثر ذلك التلاعب نحو الإختصاص باستبعاد القانون الذي حاول الأطراف التوصّل إلى تطبيق عدم نفاد أي أثر له[3].

[1] : هشام علي صادق : دروس في تنازع القوانين ... المرجع السابق، ص 215.

[2] : حسن الهداوي : تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 204 .

[3] : صلاح الدين جمال الدين : المرجع السابق، ص 365.

وعلى هدي ذلك، إذا كان قانون جنسية الزوج لا يسمح بإبرام عقد الزواج الثاني مثلا، وعمد الزوج إلى تغيير جنسيته لكي يتوصل إلى تطبيق قانون يسمح له بذلك، فجزاء الغش في هذه الحالة هو إستبعاد تطبيق قانون الجنسية الجديدة، والحكم يصدق أيضا على الزوج الذي يغيّر جنسيته للتخفيف من شروط إبرام عقد الزواج.

والهدف من إستبعاد القانون الذي ثبت له الإختصاص غشا، هو حماية سلطان القانون سواءًا كان قانون القاضي أو قانون آخر أجنبي، ويجوز الدفع بالغش نحو القانون حتى لو كان من تمسّك به طرفا فيه، ومعنى ذلك أنه إذا تواطأ زوجان على التجنّس بجنسية دولة أجنبية، للتوصّل إلى الحكم بالطلاق بينهما، وحصلا على الطلاق، ثمّ تزوّج أحدهما للمرّة الثانية، فإنّه يجوز للزوج الأوّل أن يتمسّك مع ذلك بالدفع بالغش حتى لا ينفّد الطلاق والزواج الثاني في مواجهته.[1]

ثانيا– الأثر الإيجابي: تطبيق القانون الذي قصد الأطراف التهرّب من أحكامه:

باستبعاد القانون الذي سعى الأطراف إلى تطبيقه غشا، ينشأ فراغ قانوني يتعيّن سدّه بإعادة الإختصاص إلى القانون الذي أرادوا التهرّب من أحكامه، وفي ذلك ذرء للإعتداء على قاعدة التنازع الوطنية وإعادة لسلطانها، بتطبيقها على النحو الذي كان يجب أن تطبّق عليه، لو لم يحدث تغيير أو تلاعب بضابط الإسناد فيها.[2]

ولما كان من أوصاف قاعدة الإسناد أنّها قاعدة مزدوجة الجانب، ومن ثمّ فقد تؤدّي إلى إختصاص القانون الوطني للقاضي أو قانون آخر أجنبي بحكم التراع، فإنّ الأثر الإيجابي للدفع بالغش نحو القانون قد يؤدي إلى حلول قانون القاضي أو قانون آخر أجنبي محلّ القانون الذي تمّ إستبعاده.[3]

[1] : محمد كمال فهمي : المرجع السابق، ص377.

[2] : يوسف البستاني : المرجع السابق، ص 190– 191.

[3] : صلاح الدين جمال الدين : المرجع السابق، ص 370.

وتبعا لذلك إذا أراد جزائري إبرام عقد زواج مع فرنسية أمام القاضي الجزائري، وعمد إلى التهرّب من القانون الواجب التطبيق أصلا على إنشاء العلاقة –وهو القانون الجزائري في هذا المثال تطبيقا للمادّة 13 ق.م.ج)– بالتخلي عن الجنسية الجزائرية وإكتسابه للجنسية الفرنسية، وعقب ذلك مباشرة أراد إنشاء العلاقة، فالقاضي الجزائري في هذه الحالة يستبعد تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الجنسية المشتركة والذي ثبت له الإختصاص إصطناعًا، ويطبّق القانون الجزائري باعتباره القانون الواجب التطبيق أصلا.

أمّا فيما يتعلّق بالوسيلة التي أعتمدت للتهرّب من القانون الواجب التطبيق، والتي ساهمت في تغيير ضابط الإسناد، فالرأي الغالب فقها[1]، يعتبر أنّ الأثر ينصرف إلى النتيجة دون الوسيلة، وهو الحكم بعدم نفاد النتيجة دون إبطال الوسيلة، على أساس أنّه لّما تطرّقت محكمة النقض الفرنسية في قضية السيدة "بوفرمون"، قضت بعدم تطليقها و لم تقض ببطلان تجنّسها بالجنسية الألمانية.

وكما يثير الزواج المختلط مشاكل في إطار تنازع القوانين، إذ تظهر صعوبة البحث عن القانون الواجب التطبيق، سواءًا تعلّق الأمر بانعقاده أو بآثاره كما رأينا سابقا في الفصل الأوّل، – يثير أيضا مشاكل في الإختصاص القضائي الدولي–، إذ تظهر ضرورة البحث عن المحكمة المختصّة في جميع المنازعات المتعلّقة به، والسّبب في هذه الصعوبة هي الصفة الدولية التي تضفى على هذه الرابطة القانونية، فالعلاقة الزوجية إذا كانت داخلية بجميع عناصرها، فإنّ القضاء الوطني هو المختصّ بالنظرفيها. ولكن قد يحدث وأن تكون مشتملة على عنصر أجنبي، وفي هذه الحالة يطرح النزاع المتعلّق بها على القضاء الوطني أوالقضاء الأجنبي، وذلك حسب ما تشير إليه قواعد الإختصاص القضائي الدولي بناء على ضابط معين مستمد من العلاقة محل النزاع،لينتهي الأمر بصدورحكم فاصل فيها قد يراد الإحتجاج به أمام قاض آخر غير القاضي الذي أصدره. وهو ما سنحاول تفصيله في الفصل الثاني.

[1] : عز الدين عبد الله : المرجع السابق، ص 568، راجع كذلك : إبراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 399.

يعتبر حق الأجانب في الإلتجاء إلى محاكم الدولة أحد الحقوق اللاّزمة لحياته في إقليمها، ويعدّ هذا الحق ضمن الحقوق التي تشكّل الحد الأدنى، وتقرّره المواثيق الدولية لحقوق الإنسان[1]، كما تكرّسه التشريعات الداخلية.[2]

فحق الإنسان في الحياة وفي أمنه الشخصي مرتبط بحقه في التقاضي، فلا يمكن حبسه بدون محاكمة، هذه الأخيرة هي التي ستمكنه من ممارسة حق الدفاع، سواء في الدولة التي ينتمي إليها أو يزورها أو يقيم على إقليمها بصفته أجنبيا.[3]

ومادام أن الزواج يعتبر حقا من الحقوق المعترفة للأجانب، قد تترتّب عنه منازعات سواءًا عند قيامه أو بعد ذلك، فترفع عدّة دعاوى متعلّقة به، كدعوى مدى صحّة عقد الزواج أو الطعن فيه بالبطلان أو دعوى النسب أو دعوى النفقة أو الدعاوى المرتبطة بالأموال المشتركة بين الزوجين، وهنا تظهر أهمية البحث عن المحكمة المختصّة للنظر في النزاع المطروح والفصل فيه بتطبيق القانون المختصّ بحكم العلاقة حسب ما تشير إليه قواعد تنازع القوانين.

إنّ إختصاص المحاكم في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، يكون بناء على قواعد قانونية تسمّى بقواعد تنازع الإختصاص القضائي الدولي، ويراد باصطلاح الإختصاص القضائي الدولي، بيان القواعد التي تحدّد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصرًا أجنبيا، إزّاء غيرها من محاكم الدول الأخرى، وذلك بالمقابلة لقواعد الإختصاص الدّاخلي التي تحدّد إختصاص كل محكمة من محاكم الدولة إزّاء غيرها من محاكم

[1] : نصّت المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10- 12- 1948 : " لكلّ شخص يتهم بجريمة معاقب عليها، الحق في إفتراض براءته حتى يثبت أنّه مدين وفقا للقانون في محاكمة علنية، تكون له فيها كلّ الضمانات الضرورية لدفاعه".

[2] : بالرجوع إلى الدستور الجزائري، الصادر بموجب استفتاء 28 نوفمبر 1996، تنص المادّة 140: "أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة، الكلّ سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع، ويجسّده إحترام القانون، " كما نصّت المادّة 68 من الدستور المصري على ذلك.

[3] : محمد سعادي : حقوق الإنسان، دار الريحانة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2002، ص 17.

نفس الدولة. فقواعد الإختصاص الدولي تبيّن للقاضي الوطني ما إذا كانت المحاكم الوطنية تختصّ بالنظر في النزاع المطروح أمامه، والمتضمن عنصرًا أجنبيا من عدمه، فإذا تبيّن له أنّ النزاع ممّا يدخل في إختصاصه الدّاخلي كان له الرجوع بعد ذلك إلى قواعد الإختصاص الداخلي لبيان المحكمة المرفوع أمامها النزاع إزّاء غيرها من محاكم نفس الدولة.[1]

وما تجدر إليه الإشارة، أن هذه القواعد تبيّن الحدود التي تباشر فيها الدول سلطتها القضائية، في مقابل الحدود التي تباشر فيها دول أخرى لهذه السلطة[2]، وهي على الرغم ممّا توحي به تسميتها ليست قواعد تنازع وإنّما قواعد مادية تحدّد بذاتها الإختصاص القضائي، حيث تعلن المحكمة التابعة لدولة معينة إختصاصها أم لا، تطبيقا لقواعد دولتها حصرًا [3].

والجدير بالذكر هو أن المشرّع الجزائري، على غرار القانون الفرنسي، وخلافا لبعض التشريعات العربية والأوربية، لم ينظّم هذه القواعد في قانون خاص، بل حاول أن يمد ما هو داخلي إلى العلاقات ذات العنصر الأجنبي.[4]

وقد يحدث وأن تفصل المحاكم تطبيقا لهذه القواعد في المنازعات المرتبطة بالزواج المختلط، وتصدر حكما فاصلا فيها، غير أنه يراد التمسّك والإحتجاج به في الخارج، فينظر القضاء الوطني قبل تبنّي هذا الحكم ومنحه الصيغة التنفيدية، فيما إذا كان متوافرا على الشروط المتطلّبة قانونا.

---

[1] : هشام علي صادق: تنازع الإختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، سنة 2002، ص05.

[2] : سهيل حسين الفتلاوي: القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، طبعة 2002، ص250.

[3] : موحند إسعاد: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1968، ص 09.

[4] :هناك بعض التشريعات التي خصت مواضيع القانون الدولي الخاص بقانون خاص بها كالقانون التونسي والقانون السويسري.

وبناء على ذلك، ماهي الضوابط التي يستند إليها القاضي ليقرّر مدى إختصاصه من عدمه ؟، وإذا وجد نفسه أمام حكم أجنبي، فهل يتطلب الأمر رفع دعوى جديدة أمامه أم أنه يكتفي فقط بطلب الأمر بالتنفيد ؟ وماهي الشروط التي يراعيها قبل منحه للصيغة التنفيدية ؟، وما هي أهم الآثار المصاحبة لتنفيد الحكم الأجنبي الفاصل في مسائل الزواج المختلط؟

لذلك نرى أنّ النزاعات المرتبطة بالزواج المختلط وبآثاره، تقتضي البحث في مسألتين، المسألة الأولى تتعلّق باختصاص المحاكم بالنظر في مثل هذه المنازعات، والمسألة الثانية تتعلّق بتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة بصددها.

المبحث الأوّل: الإختصاص القضائي المباشر في مسائل الزواج المختلط:

يعطي القانون الدولي العام لكلّ دولة، الحق في تحديد الأحوال أو الإعتبارات أو الضوابط أو الأسس في تحديد الإختصاص القضائي للمحاكم، حتى في العلاقات ذات الطابع الدولي أو التي لها إرتباط مع أكثر من دولة واحدة ولاسيما في الزواج المختلط.

ومن استقراء أحكام القانون المقارن، وبعض الإتفاقيات الدولية وأحكام القضاء ، يمكن القول بوجود بعض هذه القواعد العامّة التي تحكم الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم، ولو أنّ قضايا الأحوال الشخصية عامّة والزواج وما يرتبط بها على وجه الخصوص قد تكون له أحكامه الخاصّة به.

وقد نادى بعض الشرّاح[1]، بوجوب بناء نظرية الإختصاص العام المباشر على مبدأ عام، بمقتضاه يثبت الإختصاص لمحاكم الدولة التي تتوافر لديها عناصر الفصل في النزاع بحكم ميسور النفاد، وهذا ما يعرف بمبدأ الفاعلية "principe d'éffectivité"، هذا المبدأ ينبني على أسس فنية لقواعد الإختصاص الخاص، ويتّفق

[1]: محمد كمال فهمي : المرجع السابق، ص 617 .

وطبيعة المنازعات التي تثار بشأنها مسألة الإختصاص العام، وما تنطوي عليه تلك المنازعات من عنصر أجنبي نتيجة لتدخّل ظاهرة الحدود السياسية بين الدول.

والواقع أنّ نظرية الإختصاص العام المباشر، لم تؤسّس على مبدأ الفاعلية فحسب، بل بنيت على مزيج من الأصول الفنية، منها أصول إنفردت بها تلك النظرية، ومنها أصول أخرى استمدّت من نظرية الإختصاص الخاص.

فمن الأصول الفنية التي تستقلّ بها مسألة الإختصاص العام المباشر، المبدأ الذي يقضي باختصاص محاكم الدولة بالنسبة لرعاياها، ويردّ هذا المبدأ لفكرة سيادة الدولة الشخصية على رعاياها، وأيضا ثبوت الإختصاص لمحاكم الدولة متى كان للنزاع صلة بإقليمها أكثر من غيرها، كأن ينشأ النزاع في إقليم دولة أو يتعلّق بمال منقول، أو عقار يوجد بها، ويردّ ذلك إلى فكرة سيادة الدولة الإقليمية.

أمّا عن الأصول الفنية التي أستمدّت من نظرية الإختصاص الخاص، فمنها قواعد إمتدّ العمل بها إلى نطاق الإختصاص العام المباشر دون تعديل في شروط تطبيقها كقاعدة سعي المدعي إلى المدعى عليه في محكمته، ومنها قواعد أخرى أقتبست من نظرية الإختصاص الخاص مع تعديلها بما يتفق وطبيعة الإختصاص العام المباشر، كقاعدة الخضوع الإختياري .

وسنرى مدى العمل بهذه المبادئ، وشروط تطبيقها في تحديد إختصاص المحاكم الوطنية في النزاعات المتعلّقة بمسائل الزواج والمرتبطة سواءً بانعقاده أو بآثاره، وتقسّم حالات الإختصاص العام المباشر إلى طائفتين: حالات الإختصاص الأصلي وحالات الإختصاص الجوازي، وتظهر أهمية التفرقة بين الطائفتين من حيث مدى تعلّق الإختصاص العام المباشر بالنظام العام، وبناءً على ذلك قد يكون إختصاص المحاكم الوطنية في المنازعات الزوجية إختصاصا أصليا أو جوازيا، وتبعا لذلك فما هي الضوابط التي ينعقد بموجبها الإختصاص الأصلي والجوازي للمحاكم في مسائل الزواج المختلط ؟

وللإجابة على الإشكاليتين، سنتعرض في المطلب الأول إلى : الإختصاص الأصلي للمحاكم، وفي المطلب الثاني إلى الإحتصاص الجوازي للمحاكم.

المطلب الأوّل: الإختصاص الأصلي للمحاكم في مسائل الزواج:

يقصد بقواعد الإختصاص الأصلي،حالات الإختصاص الوجوبي أو الإلزامي، وهي متعلّقة بالنظام العام، ومن هذه الحالات ما يتقرّر بالنظر إلى نوعية الدعوى، ومنها ما يتقرّر بناء على ضوابط عامّة مجرّدة[1]، وسنخصّص الفرعين التاليين لهاتين الحالتين، فنتعرّض أوّلا لإختصاص المحاكم القائم على نوع الدعوى، وثانيا لإختصاص المحاكم المرتبط بإقليم الدولة.

الفرع الأوّل: إختصاص المحاكم المقيّد بنوع الدعوى:

يؤسّس إختصاص المحاكم في النزاعات المرتبطة بالزواج الذي سنشرع في دراسته، على معيار موضوعي منبثق من نوع الدعوى المتضمنة عنصرًا أجنبيا، والتي تطرح أمام القضاء الوطني، ويمكننا أن نفرّق في هذا الصدد بين إختصاص المحاكم الوطنية في مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامّة، وإختصاص المحاكم في مسائل الزواج بصفة خاصّة.

البند الأوّل: إختصاص المحاكم بالدعاوى المرتبطة بمسائل الأحوال الشخصية بصفة عامّة:

تختصّ المحاكم الوطنية في مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامّة في حالتين، لا تتقيّدان بنوع من الدعاوى في مسائل الأحوال الشخصية، إلاّ أنّ الإعتبار الذي من أجله يتقرّر الإختصاص في الحالة الأولى ليس هو نفس الإعتبار في الحالة الثانية، فاختصاص المحاكم الوطنية في الحالة الأولى، يهدف إلى تلافي إنكار العدالة، بينما الدافع في الحالة الثانية ينحصر في وطنية القانون الواجب التطبيق على الدعوى.[2]

[1] : محمد كمال فهمي : المرجع السابق، ص 617 .

[2] : هشام علي صادق : تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 127.

أوّلاً: الإختصاص القائم على فكرة تلافي إنكار العدالة:

ينعقد الإختصاص للمحاكم الوطنية في هذا الفرض، إذا كان المدّعي وطنيا أو أجنبيا متواجدا في دولة المحكمة، و لم يكن للمدّعى عليه موطن معروف في الخارج،[1] ويشترط لإنعقاد الإختصاص في هذه الحالة توافر الشروط الثلاثة الآتية:

– أن تكون الدعوى متعلّقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية كدعوى فسخ الزواج أو الطعن ببطلانه أو دعوى نسب، ويرجع إلى القانون الوطني من أجل تحديد المقصود بالأحوال الشخصية تطبيقا للقلعدة العامة في التكييف.

– أن يكون المدّعي وطنيا سواءًا كان موطنه أو محلّ إقامته في وطنه أو في الخارج أو كان أجنبيا متوطنا في دولة المحكمة، أمّا إذا كان له مجرّد إقامة عادية فلا يتحقق الشرط.

– أن لا يكون للأجنبي المدعى عليه موطن معروف في الخارج، والعلّة من وراء ذلك أنّ المدّعى عليه لا يوجد له موطن معروف في الخارج، وبالتالي لا يكون من السّهل تحديد محكمة مختصّة بالدعوى، فمراعاة تلافي إنكار العدالة، هي التي دعت إلى تقرير إختصاص المحاكم الوطنية، والملاحظ أنّ هذا الإختصاص لا يخلّ بقاعدة إختصاص محكمة موقع العقار.[2]

[1] : وقد نصّت المادّة 30 ف7 من قانون المرافعات المصري : " تختصّ محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس موطن أو محلّ إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال الآتية ...7– إذا كانت الدعوى متعلّقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وكان المدعي وطنيا أو كان أجنبيا له موطن في الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج". ولا مانع من أن تأخذ جميع التشريعات بذلك حتى لا تكون أمام إنكار للعدالة.

[2] : هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2006، ص 69 وما بعدها.

ثانيا: الإختصاص القائم على فكرة أنّ القانون الوطني هو الواجب التطبيق:

يثبت الإختصاص القضائي للمحاكم الوطنية في جميع المسائل المرتبطة بالزواج، وذلك متى أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون القاضي على النزاع المطروح، وهذا ما يؤدي إلى تحقق التلازم بين الإختصاص القضائي والإختصاص التشريعي، وإن كان الأصل هو عدم التلازم والإستقلالية.[1]

وترجع الإستقلالية بين الإختصاصين إلى أنّ الإعتبارات التي ينبني عليها تحديد المحكمة المختصّة، ليست هي ذاتها التي يتحدّد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق، فإذا كانت إعتبارات الأمن والسلام العام، وهي إعتبارات تطوي لاشك بين جنباتها مصالح خاصّة للمتقاضين، تقتضي العهدة بالإختصاص للمحاكم الوطنية، فإنّ فكرة إختيار أنسب القوانين وأكثرها إتصالا بالعلاقة محلّ النزاع، قد تقتضي جعل الإختصاص التشريعي لقانون آخر غير قانون الدولة.

إن الإختصاص التشريعي قد يطرد الإختصاص القضائي و في هذه الصورة يكون الإختصاص بنظر العلاقة ذات الطبيعة الدولية، منعقد لمحاكم دولة معينة، غير أنّ هذه المحاكم تعرض متنحية عن نظر النزاع باعتبار أنّ المنازعة المثارة أمامها غريبة عن قانونها[2]،ويمكننا أن ندلّ على ذلك، بما كانت تفعله المحاكم الإنجليزية في مواجهة الزواج المتعدّد المبرم بواسطة شخص يجيز قانونه الشخصي هذا النوع من الزواج، فقد ظلّت هذه المحاكم ولوقت قريب جدًّا تحجم عن نظر المنازعات المتعلّقة بالزواج المتعدّد، غير أنّ المشرّع الإنجليزي عدّل

[1] : عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق : القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 14.

[2] : عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الإختصاص ا لقضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 1996، ص 411 وما بعدها.

موقفه سنة 1973، فلم تعد المحاكم الإنجليزية تمتنع عن نظر هذه الدعاوى، متى أبرم الزواج صحيحا وفي ظلّ قانون يجيزه.[1]

ولكن إستثناءًا،الإختصاص التشريعي قد يجلب الإختصاص القضائي بصفة مباشرة، وهو ما يقضي تحرّي القاضي عن القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى، قبل أن يفصل في مسألة إختصاصه بنظرها خلافا للمبادئ العامة، ويترتب على ذلك إختصاص محاكم دولة القاضي، متى كان قانون القاضي هو الواجب التطبيق، ويقوم هذا الحلّ في رأي غالبية الفقه على أساس أنّ محاكم الدولة هي الأقدر على كفالة تطبيق قانونها، وهو وإن كان أساسا مذكورًا في مسائل الأحوال العينية، إلاّ أنّ له وجاهته في مسائل الأحوال الشخصية عامة، وفي مسائل الزواج بصفة خاصة، و هذا وضع إستثنائي نظرًا لأنّ مسألة الإختصاص القضائي أسبق زمنيا من مسألة الإختصاص التشريعي[2].

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الإتجاه، ولعلّ من بين الإعتبارات التي دفعته إلى الأخذ بهذا الحلّ، أنّ القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية.[3]

كما أخذ بهذا الإتجاه القضاء الجزائري، فإذا ثار نزاع بشأن الشروط الموضوعية للزواج، وتعلّق بدعوى الطعن بالبطلان في عقد الزواج نظرًا لإختلال شروطه، وكان أحد الزوجين متّحد الجنسية مع القاضي

---

[1] : عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 411 وما بعدها.

[2] : عز الدين عبد الله : القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 555. ويتكلم الشرّاح عن عدّة حالات يجلب فيها الإختصاص التشريعي الإختصاص القضائي، منها حالة الزواج الأعرج الذي يكون فيه الزواج صحيحا وفقا لقانون القاضي وباطلا من وجهة نظر القانون الشخصي للزوجين، فإذا تزوّج زوجان إسبانيان في الشكل المدني في فرنسا، على نحو مغاير لقانونهما الوطني الإسباني، وصحيحا وفقا للقانون الفرنسي، فإنّ الفقه الفرنسي والألماني يذهبان في هذا الفرض إلى أنّ الحكم بالطلاق بين هذين الزوجين يخضع لقانون الفرنسي والألماني الذي أضفى على زواجهما الشرعية، وبالتبعية تكون المحاكم الفرنسية والألمانية مختصّة بإيقاع الطلاق . راجع في ذلك : ممدوح حافظ عرموش، المرجع السابق، ص 381.

[3] : هشام علي صادق : تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 132.

الجزائري المرفوعة أمامه الدعوى، فهنا يقرّ القاضي الإختصاص التشريعي للقانون الوطني، عملاً بالإستثناء الذي يقضي بتطبيق القانون الوطني وحده إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت إنعقاد الزواج تطبيقا للمادة 13من القانون المدني الجزائري، ويقرّ تبعا لذلك الإختصاص القضائي لدولته، وبذلك تكون المحاكم الجزائرية هي المختصة دون غيرها، متى كان أحد أطراف الدعوى المرتبطة بشروط وآثار الزواج جزائريا. والأمر نفسه ينطبق على حالة إستبعاد القانون الأجنبي المختصّ المخالف للنظام العام أو الثابت له الإختصاص غشا، والذي يحلّ محلّه القانون الجزائري لحكم العلاقة تطبيقا للمادة24 من القانون المدني الجزائري[1].

البند الثاني: إختصاص المحاكم في مسائل الزواج بصفة خاصّة:

إنّ القضاء هو المختصّ دون غيره بالنظر في منازعات الأحوال الشخصية البحتة، كالزواج وما يثيره من مشاكل أثناء إنعقاده أو بعد ذلك، لما تصاحبه من آثار شخصية ومالية [2]،ويقرّ القضاء إختصاصه في هذه المنازعات بالنظر إلى نوع الدعوى.

أوّلا: دعوى المعارضة في عقد الزواج:

إنّ عقد الزواج إمّا أن يكون صحيحا أو غير صحيح، فالعقد الصحيح طبقا للقانون الجزائري متى كان هذاالأخير هو الواجب التطبيق على إبرامه باعتباره قانون جنسية الزوجين، هو كلّ عقد إستوفى أركانه وشروطه المطلوبة (الولي، الصداق، الشاهدين، واستكمل فيه العاقدين شروط الأهلية، وكان كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية، وتمّ أمام موثّق أو أمام موظّف مؤهل قانونا)، أمّا عقد الزواج غير الصحيح، فهو إمّا

[1] : يوسف فتيحة: محاضرات في القانون الدولي الخاص، السنة الرابعة حقوق، غير مطبوعة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2007، 2008.

[2] :لا يجوز اللّجوء إلى التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية البحتة، فلا يجوز التحكيم في خصومة تتصل بما إذا كان الولد شرعيا أم لا، أو تتصل بما إذا كان عقد الزواج صحيحا أو باطلا كما لا يجوز الإتفاق عى التحكيم على حق الزوجة في النفقة، أمّا المصالح المالية التي تترتّب على الحالة الشخصية فيصحّ الإتفاق على التحكيم في نزاع يتصل بها، راجع في ذلك: محمود عمر التحيوي، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحّته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية سنة 2001، ص 439 وما بعدها.

أن يكون فاسدًا أو باطلاً، فالعقد الفاسد يكون نتيجة تخلّف شرط من الشروط الأساسية، كالولي أو الشهود أو عدم تسمية الصداق وجزاءه الفسخ قبل الدخول، والتصحيح بعد الدخول، أمّا الزواج الباطل فهو كلّ عقد فقد ركنا من أركانه الأساسية، كفقدان رضا الزوجين، وجزاؤه البطلان ولو بعد الدخول.[1]

وقد يحدث عندما يقوم الموثّق بتوثيق الزواج، أن يعترض على إبرامه من له الحق قانونا في الإعتراض عليه، وينصبّ الإعتراض بطبيعة الحال على الشروط الموضوعية، كما لو كان أحد الطرفين عديم الأهلية أو لقيام مانع من موانع الزواج، وفي هذه الحالة، تختصّ المحاكم الوطنية بنظر الدعوى الماثلة متى تم إبرام هذا العقد أمام الموثّق الوطني[2]، فلو لم تختص المحاكم الوطنية بنظر دعوى المعارضة، لأدّى ذلك إلى تعطيل إبرام العقد، حتى يتمّ الفصل في المعارضة من محكمة أجنبية، وهي نتيجة لا يمكن قبولها خاصّة وأنّ العقد ذاته يخضع من الناحية الشكلية لقانون بلد الإبرام أين يتم توثيق عقد الزواج، كما أنّ الموثق يؤدّي تلك الوظيفة وفقا لقانونه، ممّا يدعو إلى البتّ في الإعتراض ويكون ذلك من اختصاص السلطة المختصّة في دولته.[3]

وفي هذا الصدد بيّن المشرع الجزائري المحكمة المختصّة بالنظر في المنازعات المتعلّقة ببعض الشروط الموضوعية لعقد الزواج، ولكنّه تعرّض سوى لشرطي الصداق والولاية، حيث نصّت المادّة 426 ق.إ.م.إ في فقرتها الثامنة:" في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدّعى عليه"، وفي فقرتها التاسعة: "في موضوع

[1] : بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأوّل، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2004، ص 151.

[2] : تنص الفقرة 3 من المادة 30 من قانون المرافعات المصري : " تختصّ محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أ ومحلّ إقامة في الجمهورية إذا كانت الدعوى معارضة في عقد الزواج، وكان العقد يراد إبرامه لدى الموثق المصري. "، وهذا الإختصاص تمليه إعتبارات الملاءمة، وتقابلهاهذه المادة : المادّة 78 فـ5 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

[3] : حفيظة السيد الحدّاد: الوجيز في القانون الدولي الخاص، الإخصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون سنة، ص 76.

الولاية بمكان ممارسة الولاية". واستنتاجًا من ذلك إذا إنصبت دعوى المعارضة على تخلف ركن الصداق، فترفع الدعوى بمكان موطن المدّعى عليه، وإذا انصبّت حول تخلف ركن الولي، ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع بدائرة إختصاصها مكان ممارسة الولاية.

إنّ تطبيق الفقرتين السابقتين لا يثير أي إشكال إذا وجد موطن المدّعى عليه أو مكان ممارسة الولاية بالجزائر، لأنّ المحاكم الجزائرية هي المختصة لا محالة، لكن الإشكال يثور في الزواج المختلط، إذا تمّ إبرامه في الجزائر وتخلف شرط الصداق، و لم يوجد موطن المدّعى عليه بالجزائر، أو تخلّف شرط الولاية، و لم يوجد مكان ممارسة الولاية في الجزائر، فما هي المحكمة المختصّة في هذه الحال ؟ هنا إذا كان أحد أطراف الدعوى جزائريا، فالمحاكم الجزائرية تكون هي المختصّة ولكن بناء على ضابط آخر غير الضوابط المنصوص عليها في الفقرتين الثامنة والتاسعة من المادة 426 ق.إ.م.إ[1]، ولكن إذا كان الزوجين مختلفي الجنسية و لم يتمتّع أحدهما بالجنسية الجزائرية، هنا يبرز الإشكال أكثر حول المحكمة المختصّة، ولا يمكن في هذه الحال للمحاكم الجزائرية أن تكون مختصّة نظرًا لتخلف الضوابط المنصوص عليها في الفقرتين 8و9 من المادّة 426 ق.إ.م.إ، بالرغم من أنّ عقد الزواج قد تمّ إبرامه في الجزائر، ولذلك كان على المشرّع الجزائري أن يورد في قانون الإجراءات المدنية والإدراية نصّا صريحا، يتعلّق برفع دعوى المعارضة في عقد الزواج أمام المحاكم الجزائرية متى تمّ إبرام عقد الزواج أمام الموثّق الجزائري عملا بالمبرّرات المقدّمةسابقا .[2]

[1] : تختص المحاكم الجزائرية هنا بناءًا على ضابط الجنسية المنصوص عليه في المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدراية الجزائري، وسيكون هذا الضابط محلّ دراسة في المطلب الثاني من هذا المبحث .

[2] : حفيظة السيد الحدّاد: الوجيز في القانون الدولي الخاص، الإخصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، المرجع السابق، ص 76.

ثانيا: دعوى إثبات عقد الزواج:

إذا كان أحد الزوجين أو أحد ورثتهما، ينكر قيام الزواج أو يطعن في شرعيته وصحته، هناك سؤال يتعيّن طرحه في هذا المقام : ماذا يجب على الزوج أو الوارث أن يفعله، لإثبات قيام عقد زواجه بطريقة قانونية وشرعية، إذا لم يكن قد سبق له أن أبرم عقد زواجه أمام موثق أو ضابط الحالة المدنية، واكتفى بإبرامه أمام الجماعة بشكل عرفي؟

وتظهر مشكلة الزواج العرفي خاصّة في حالة التزاع والمطالبة بالحقوق المالية الناتجة عن هذا الزواج من صداق ونفقة وغير ذلك، ويزداد المشكل حدّة عندما يمتنع الزوج عن تسجيل الزواج العرفي في حالة الوفاة أو الطلاق، حيث لا تجد المطلّقة أو المتوفّى عنها زوجها أو ورثتها في حالة وفاتها، السند القانوني الذي يمكّنهم من المطالبة بالحقوق الناتجة عن هذا الزواج، ولهذه الحالة عدّة صور، فقد يلجأ الزوج إلى إنكار واقعة الزواج، إذا كان مدينا بالصداق أو بنفقة متجمّدة أو كان متزوّجا بإمرأة أخرى.[1] وهنا تظهر أهمية دعوى إثبات عقد الزواج، فإذا وقع نزاع حول واقعة الزواج بين الزوجين أو بين من لهم مصلحة شرعية وقانونية وكان أحدهما يدّعي قيام الزواج قانونا وشرعا والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه، فإنّ الطريق الوحيد لإثبات ما يدّعيه المدّعي، هو إقامة دعوى إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدّعى عليه، وغالبا ما يكون موطن الزوجية. وقد أخذ المشرع الجزائري بذلك في نص المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية في فقرتها الثانية: " تكون المحكمة مختصّة إقليميا: ... في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدّعى عليه "

[1] : لاتي محمد : مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، المرجع السابق، ص 100 .

إذا تمكّن المدّعي من إثبات أنّ الزواج حصل وفقا لقانون الشكل، أصدرت المحكمة حكما نهائيا حائزا لقوة القضية المقضية، ويستخرج المدّعي نسخة من هذا الحكم، ويتقدّم بها إلى رئيس المحكمة عن طريق وكيل الجمهورية، طالبا تقييد عقد الزواج في سجلاّت الحالة المدنية.[1]

ومن أهمّ وسائل إثبات الزواج : البيّنة ولاسيما شهادات الشهود، أو إعترافات الزوجين المدعّمة بالأدلّة والحجج الشرعية أو القانونية.[2]

ثالثا دعوى النسب:

تختصّ المحاكم بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي، الذي ليس له موطن أو محلّ إقامة في دولة المحكمة إذا تعلّقت الدعوى بشأن نسب صغير مقيم في دولة المحكمة، وذلك مراعاة لمصلحة الصغير المراد إثبات نسبه[3]، وقد نصّ على ذلك صراحة التشريع التونسي والمصري واللبناني.[4]

إنّ دعوى إثبات النسب، هي في الأساس دعوى مثل غيرها من الدعاوى المدنية، التي ترفع أمام المحاكم المدنية، وهي إمّا أن تكون دعوى أصلية، تهدف أساسا إلى إثبات النسب ذاته دون أي نزاع أو خصام

---

[1] : عبد العزيز سعد : الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث للطباعة والنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 1989، ص 368 وما بعدها.

[2] : نصّت المادّة 07 من القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية الصادر عن مجلس وزراء العدل العرب المنعقد بالكويت في أوائل شهر أفريل 1988: " يثبت الزواج بحجّة رسمية، وأنّه يجوزإعتبارًا لواقع معين إثبات الزواج بالبيّنة أو بالتصادق".

[3] : عبده جميل غصوب : محاضرات في القانون الدولي الخاص، نظرة عامة في القانون الوضعي، الجزء الأوّل، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية، سنة 2009، ص 149.

[4] : نص الفصل السادس من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي: "كما تنظر المحاكم التونسية: 1- في الدعاوى المتعلقة بالبنوّة أو بإجراء لحماية قاصر يكون موجودًا بالبلاد التونسية".
ونصّت الفقرة السادسة من المادة 30 من قانون المرافعات المصري على أنه تختص المحاكم المصرية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محلّ إقامة في مصر: "إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير مقيم في الجمهورية..."، ونص البند الرابع من المادّة 78 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني أنه: "تختص المحاكم اللبنانية بالنظر في الدعاوى المقامة ضدّ أي شخص لبناني أو أجنبي ليس له محلّ إقامة حقيقي أو مختار أو سكن في لبنان... إذا كانت الدعوى تتعلّق بنسب قاصر..."

صريح حول موضوع محدّد، وإمّا أن تكون دعوى تبعية، تهدف إلى إثبات النسب من أجل إثبات حق من الحقوق الشرعية والقانونية، وذلك مثل إقامة دعوى إثبات النسب تبعا لدعوى إثبات الزواج المقامة قبلها.[1]

فإذا كانت دعوى إثبات النسب دعوى أصلية، وكان المدعى عليه أجنبيا، ليس له موطن أو محلّ إقامة في دولة المحكمة، ينعقد الإختصاص لهذه الأخيرة، إذا كان الصغير مقيما في دولة المحكمة، أمّا إذا كان المدعى عليه أجنبيا وله محلّ إقامة في دولة المحكمة التي رفعت فيها الدعوى، فيتقرّر الإختصاص هنا لمحاكم هذه الدولة بالنظر إلى موطن المدعى عليه،[2] وقد أخذ المشرّع الجزائري بضابط موطن المدعى عليه، و نص عليه في المادة 490 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: " ترفع دعوى الإعتراف بالنسب، بالبنوة أو بالأبوّة أو بالأمومة لشخص مجهول النسب، أو إنكار الأبوّة، أمام محكمة موطن المدّعى عليه. "وتنص المادة 491 من نفس القانون: " ينظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه، بحضور ممثل النيابة العامّة وفي جلسة سرية".

ويتعيّن على المدّعي هنا رفع الدعوى، بموجب عريضة كتابية على نسختين، يذكر فيها أسباب إدّعائه وعنوانه وهويته وكذا عنوان وهوية المدّعى عليه، وتودع لدى رئيس مكتبة الضبط بالمحكمة مرفوقة بوصل الرسوم القضائية، حتى يتمكن هذا الأخير من إعداد ملف القضيّة، وتقديمه إلى القاضي المختصّ، بعد إعلامه هو نفسه بتاريخ الجلسة، وبعد إرسال نسخة من العريضة إلى المدعى عليه، ليجيب عنها كتابيا أو شفهيا قبل أو أثناء الجلسة.[3]

[1] : الغوثي بن ملحة : قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الكتاب الأوّل في الزواج إنحلاله، الجزء الأوّل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الأولى، بدون سنة، ص 157.

[2] : عبد العزيز سعد : الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 360.

[3] : عبد العزيز سعد : المرجع السابق، ص 360.

أمّا إذا كانت دعوى إثبات النسب دعوى تبعية، فإنّه يكفي أن تقدّم في شكل مذكّرة على نسختين، تتضمن الأدلّة والحجج التي يمكن أن يعتمد عليها مدّعي النسب من أجل إثبات النسب، حتى يتمكّن من الحصول على حق آخر مثل الإرث، وبعض الحقوق السياسية المتعلّقة بالجنسية، وذلك متى أقرّ المدعى عليه ثبوت النسب، وإذا أنكر، أتبعت في ذلك طرق الإثبات المقرّرة ،وتنحصر هذه الأخيرة في القانون الجزائري متى كان هو الواجب التطبيق على إثبات النسب في (الكتابة[1]، الإقرار[2]، البينة[3]).

وإذا إقتنعت المحكمة بأنّ الولد الفلاني هو إبن شرعي لفلان الفلاني، فإنها تحكم بإثبات نسبه إليه، وتأمر بتقييد المولود في سجلاّت الحالة المدنية على لقب وإسم أبيه، إلى جانب لقب وإسم أمّه، إذا لم يكن قد وقع تسجيله على هذا النحو قبل ذلك.

رابعًا – دعوى النفقة:

هناك حالات كثيرة في واقع الحياة الزوجية، يحصل فيها أن يتخلّى الزوج عن إلتزاماته إتجاه زوجته وأولاده، فلا يهتمّ بأحدهم ولا ينفق عليهم، وهنا لا يجب على الزوجة أن تصبر كثيرًا على الضيم، بل من حقها شرعا وقانونا أن تطالب الزوج بالإنفاق عليها وعلى أولاده معها، فالنفقة الزوجية واجبة على الزوج، ما

[1] : جاء في نص المادّة 26 من القانون المدني الجزائري : " تثبت الولادة بالسجلاّت المعدّة لذلك"، وطبقا للمادة 63 من الأمر رقم 70- 20، المؤرخ في 19- 02- 1970، المتعلّق بالحالة المدنية: " يبيّن في عقد الميلاد يوم الولادة والساعة والمكان وجنس الطفل والأسماء التي أعطيت له وأسماء وألقاب وأعمار ومهنة ومسكن الأب والأمّ".

[2] : نصّت المادّة 44 ق.أ.ج : " يثبت النسب بالإقرار بالبنوّة والأبوّة، والأمومة لمجهول النسب ولوفي مرض الموت، متى صدّقه العقل أو العادة".

[3] : حسب رأي الغوتي بن ملحة، إذا آختلف الزوجان في إثبات ولادة المولود، بأنّ إدعّت الزوجة الولادة في وقت معيّن وأنكر الزوج، يكفي إثبات ما ينكره الزوج شهادة القابلة متى كانت الزوجية قائمة، وإن كانت الزوجة معتدّة من طلاق أو وفاة فإنّ الولادة لا تثبت إلاّ بشهادة رجلين، أو رجل وإمرأتين، وذلك لأنّ آثار الزواج باقية في عدّة الطلاق أو الوفاة، راجع في ذلك : الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 156.

دامت الزوجة في طاعته، وهذا نظير إحتباسه لها، وقصر نفسها عليه بحكم العقد الصحيح، سواءًا كانت مسلمة أم غير مسلمة.[1]

إذا تبيّن أنّ إستحقاق النفقة تعرّض إلى إمتناع من هو واجب عليه آدائها، يرفع الطلب بآداء النفقة قضاءًا بعريضة إفتتاحية طبقا للأشكال المنصوص عليها في قانون القاضي[2]، ويقدّم الطلب ضدّ المدين بالنفقة إلى محكمة موطن الدّائن بالنفقة لأنّه محتاج وليس من المنطق تكبّده مصاريف إضافية بسبب دعواه، وبناءًا على ذلك ينعقد الإختصاص الدولي للمحاكم متى وجد موطن الدائن بالنفقة أو محلّ إقامته بدولة المحكمة، إذ تنص المادّة 40 ف02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري : " ... النفقة الغذائية... أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن الدائن بالنفقة."

وتتبنى غالبية التشريعات الموقف نفسه.[3] وطبقا لذلك، إنّ الإختصاص القضائي الدولي ينعقد للمحاكم الجزائرية بخصوص النفقة، وذلك عند تحقق الشروط الآتية :

1- أن يكون طلب النفقة للأمّ أو للزوجة أو للصغير.

2- أن يكون المدّعي مقيما في دولة المحكمة.

---

[1] : بن شويخ رشيد : شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 147.

[2] : الغوثي بن ملحة : قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 192.

[3] الفقرة 05 من المادّة 30 من قانون المرافعات المصري تقضي باختصاص المحاكم المصرية بالدعوى التي ترفع على الأجنبي ولو لم يكن له موطن أو محلّ إقامة في الجمهورية إذا كانت: ...5- متعلقة بطلب نفقة للأمّ أو الزوجة متى كان لها موطن في الجمهورية أو للصغير المقيم فيها"، وتنصّ المادّة 58 من قانون المرافعات والتنفيد المدني اليمني على: "تختصّ المحاكم اليمنية بالدعاوى التي تتعلّق ... بطلب نفقة للأم أو للزوجة أو للصغير إذا كانوا مقيمين في اليمن"[3]، كما نصّ المشرّع التونسي في الفصل السادس من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي :" كما تنظر المحاكم التونسية ... 2- في دعاوى النفقة إذا كان الدّائن مقيما بالبلاد التونسية."

و لم يأخذ المشرع الجزائري بعين الإعتبار جنسية أطراف العلاقة، فقد يكون المدعى عليه وطنيا، وقد يكون العكس، وذلك مراعاة لحالة المدّعي المطالب بالنفقة.

ويراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش وهو ما نصت عليه المادّة 79 ق.أ.ج: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش..." [1]، وتستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها لمدّة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى (المادة 80 ق.أ.ج)[2]، ولا يراجع القاضي تقدير النفقة قبل مضي سنة من الحكم (المادة 79 ق.أ.ج) [3]، والحكم الصادر في النفقة هو حامل للنفاد المعجل بقوّة القانون، أي ينفد حتى لو وقع الطعن فيه بالمعارضة أو الإستئناف من الزوج أو من محاميه.

الفرع الثاني: إختصاص المحاكم في مسائل الزواج المرتبط بإقليم الدولة:

قد يرتبط النزاع بالإقليم الوطني، ممّا يبرّر إنعقاد الإختصاص الدولي للمحاكم الوطنية بمثل هذا النزاع، وفي إطار هذا النظر تختصّ المحاكم الوطنية بالدعاوى المرفوعة على المتوطن في دولة المحكمة، وهو ما سنتصدّى له في البند الأوّل.

---

[1] : وتقابلها المادة 16 من قانون الأحوال الشخصية المصري الصادر سنة 1920، المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 25 لسنة 1929 والقانون رقم 100 لسنة 1985: "تقدّر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت إستحقاقها يسرًا أو عسرًا، على ألاّ تقلّ النفقة في حالة العسر على القدر الذي يقي بحاجتها الضرورية".
ونصّت المادّة 77 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 على أنه " أ- تجوز زيادة النفقة ونقصها بتغيير حال الزوج أو إعسار البلد"، وتقابلها المادّة 148 من مدوّنة الأحوال الشخصية الموريتانية، لسنة 2001، والمادة 192 من مدوّنة الأسرة المغربية لسنة 2004.

[2]: ويقابلها المادّة الأولى، الفقرة السابعة من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 100 لسنة 1985، أما المشرع المغربي فنصّ في المادّة 195 من مدونة الأسرة المغربية على استحقاق النفقة من تاريخ إمساك الزوج على الإنفاق الواجب عليه.

[3] : وتقابلها المادّة 77 فقرة ب من قانون الأحوال الشخصية الكويتي والمادّة 148 من القانون الموريتاني، أمّا القانون المغربي فحدّد هذه المدّة بـــ 6 أشهر فقط.

ومن جهة أخرى تختص المحاكم الوطنية بالمنازعات المنصبّة على مال موجود في دولة المحكمة، وهو ما سنتصدّى له في بند ثاني، بل إنّ هذه المحاكم تختصّ أيضا بالمنازعات التي يطبّق فيها القانون الوطني على إثر إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق أصلا على المنازعة، وهو ما سنتعرّض لدراسته في بند ثالث.

البند الأوّل: ضابط الموطن:

قد ينعقد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم بناء على ضابط الموطن، أيّا ما كان نوع الدعوى المعنية، شريطة عدم تعليق الأمر بدعوى عقارية متعلّقة بعقار موجود خارج دولة المحكمة،[1] وبناء على ذلك تختصّ المحاكم بالنظر في المنازعات الدولية المرتبطة بمسائل الأحوال الشخصية، كدعوى مدى صحّة عقد الزواج أو نفاده، أو دعوى المعارضة في عقد الزواج أو دعوى فسخه، أو دعوى النسب، أو دعوى النفقة أو الدعاوى المرتبطة بالآثار المالية المصاحبة لعقد الزواج باستثناء الدعاوى العقارية، وإنّ إختصاص المحاكم في مثل هذه النّزاعات قد يبنى إمّا على أساس توطّن المدّعي أو توطّن المدّعى عليه.

وعليه فما هو الموطن؟، ومتى يؤخذ الموطن بعين الإعتبار في تحديد الإختصاص القضائي في المسائل المرتبطة بالزواج ؟، وما موقف التشريعات من الضابط؟

أوّلا: الموطن:

بالرّجوع إلى أحكام التشريعات الداخية في هذا الشأن، نجد أن ثمّة عدّة أنواع للموطن:

1- الموطن العام:

وهو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وقيام الموطن بهذا المعنى يتطلّب توافر عنصرين: عنصر مادّي يتمثّل في الإقامة على وجه الإستمرار، وآخر معنوي، قوامه نيّة الشخص إلى البقاء ، أي نيّته في أن يتخذ مثلا دولة معينة ويوجد بها مقرّ سكناه على وجه الديمومة، غير أنه لا يقصد بالإستقرار إتصال الإقامة دون

[1] : محمد كمال فهمي: المرجع السابق، ص 121.

إنقطاع، وإنّما المراد هو استمرارها بما يتحقق معه شرط الإعتياد ولو تخلّلتها فترات غيبية[1]، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في جملة من أحكامها في أكثر من مناسبة، من ذلك حكمها الصادر في 16 ديسمبر 1954، حين قرّرت أنّ المادّة 40 من القانون المدني المصري أخذت بالتصوير الواقعي لفكرة الموطن الّذي يرتكز على الإقامة الفعلية على نحو من الإستقرار يبلغ أن يكون عادة، مع قيام النيّة على ذلك، وهو أمر يستقلّ بتقديره قاضي الموضوع.[2]

وينبني على هذا التصوير الواقعي، أنّه قد يكون للشخص أكثر من موطن واحد، أحدهما مثلا في الجزائر[3]، والآخر في الخارج والذي ينبغي ملاحظته هنا، أنّه متى تبيّن للقاضي الجزائري أنّ شخصا ما متوطنا في الجزائر وفقا للتصوير القانوني للموطن، إنعقد الإختصاص للمحاكم الجزائرية بصرف النظر عن أي موطن له في الخارج.[4]

---

[1] : هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 52.

[2] : حكم منشور في مجموعة أحكام النقض، السنة السادسة، العدد الأوّل، ص 332، وأنظر أيضا نقض مدني 1-6-1977، طعن رقم 32 لسنة 45 قضائية (أحوال شخصية أجانب)، مجموعة أحكام النقض 1977، لسنة 28، العدد الأوّل، ص 354. راجع في ذلك : هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 52.

[3] : تنص المادّة 36 ق.م.ج على أنّ الموطن العام معناه المحل الذي يوجد فيه السكن الرئيسي للشخص، وفي حالة عدم وجوده يحلّ محلّه مكان الإقامة العادي، ويتمثل الفرق بين الموطن ومحلّ الإقامة، في أنّ الأوّل هو المحلّ الذي يحتمل فيه إقامة الشخص قانونا (الموطن الحكمي)، أمّا الثاني فهو محل إقامته الفعلية، ونظرًا لإحتمال أن يكون الموطن مختلفا وبعيدا عن محلّ الإقامة، فمصلحة المدّعى عليه تتطلّب رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها محلّ إقامته، راجع في ذلك : بوبشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2003، ص 287.

[4] : عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 428.

1- الموطن القانوني:

إذا كانت الإقامة ونيّة الاستمرار، هما شرطا تحقق الموطن العام، فإنّ معنى ذلك أنّ إرادة الشخص تلعب دورًا هامّا في هذا التصوير الواقعي، وهكذا يبدو بجلاء أنّ من خصائص الموطن أنّه إختياري، غير أنّه لّما كان هناك أشخاص قد يكونون معدومي الأهلية أو ناقصيها، وتنتفي بالتالي عندهم مكنة الإختيار بأنفسهم، وجعل لهم المشرع موطنا قانونيا هو موطن النائب عنهم (المادة 38 ق.م.ج)[1]، وتظهر أهميّة هذا الموطن في الدعاوى المتعلّقة بالنسب التي يكون أحد أطرافها قاصر أحيانا.

2- موطن الأعمال:

يقصد به المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة، وهو لا يعتبر موطنا إلاّ بالنسبة لإدارة الأعمال المتعلّقة بهذه التجارة أو الحرفة[2]، ولا يهمنا هذا النوع من الموطن، ما دام أنّ الدعاوى محلّ الدراسة بعيدة عن المجال التجاري.

3- الموطن المختار:

هو المكان الذي يختاره الفرد لتنفيد عمل قانوني معين، والمنازعات المتعلّقة بما إتّخذ في هذا الموطن من علاقات تختص بها محاكم دولة الموطن المختار.[3]

ولا يقبل الإختصاص في هذه الحالة، رغم إختيار دولة المحكمة كموطن مختار، إلاّ إذا كانت ثمّة صلة تربط النزاع بإقليم الدولة بأي وجه من الوجوه، وذلك حتى يكون للحكم الصادر في شأنه قيمة فعلية[4].

---

[1] : ويقابلها نصّ المادّة 46 ف1 مدني مصري .

[2] : نصّت على ذلك المادّة 41 مدني مصري والمادة 37 ق.م.ج.

[3] : نصّت المادّة 30 مرافعات مصري على إختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي والتي تتصل بعمل قانوني معيّن، إختار المدعى عليه الأجنبي من مصر موطنا مختارًا لهذا العمل، وذلك بصرف النظر عن موطنه أو محلّ إقامته. ونصّت المادّة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في فقرتها الأخيرة : "يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

[4] : عكاشة عبد العال : القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الإختصاص القضائي الدولي...،المرجع السابق، ص 440.

ثانيا: موقف التشريعات من ضابط الموطن:

قد ينعقد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم إذا كان أحد أطرا ف الدعوى، مدّعيا كان أو مدعا عليه متوطّن أو مقيم في دولة المحكمة، وفي هذا الصدد نجد أن هناك بعض التشريعات اقتصرت على الأخذ بضابط موطن المدّعى عليه، في حين أنّ هناك تشريعات أخرى إعتدّت كذلك بضابط موطن المدّعي.

1- ضابط موطن المدعى عليه:

إنّ القاعدة الأساسية في الإختصاص القضائي، هي أنّ المدّعي يسعى إلى المدّعى عليه في أقرب المحاكم إلى موطنه، وعرفت هذه القاعدة في القانون الروماني، وكذلك في القانون الكنسي، وهي مبنية على أساس المثل الذي يقول بأنّ – الدين مطلوب لا محمول –، وعليه يتعين على صاحب الحق أن يقصد من هو مدين له، أو من يترتّب عليه إلتزام في صالح الآخر، في المكان الذي هو موجود فيه المدين أو من يقع عليه الإلتزام.[1]

وينعقد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم، إذا كان المدعى عليه أجنبي متوطن أو مقيم في دولة المحكمة، أيّا ما كان نوع الدعوى المعنية، شريطة عدم تعليق الأمر بدعوى عقارية متعلّقة بعقار موجود خارج دولة المحكمة، وقد أخذت بهذا مختلف التشريعات العربية[2]، ونصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 37من قانون

---

[1] : الغوثي بن ملحة : القانون القضائي الجزائري، طبعة منقحة ومزيدة، الطبعة الثانية، سنة 2000، ص 198.

[2]: إنّ القانون المصري نصّ على ذلك في المادّة 29 من قانون المرافعات المصري لسنة 1968: " تختصّ محاكم الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلّقة بعقار واقع في الخارج"، وتقابلها المادة 14 من قانون المرافعات البحريني، فينعقد الإختصاص للمحاكم البحرينية إذا كان المدعى عليه متوطن أو مقيم في البحرين، والمادة 28 من القانون الأردني رقم 24 سنة 1988، والفصل الثالث من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي: "تنظر المحاكم التونسية في النزاعات المدنية والتجارية بين جميع الأشخاص مهما كانت جنسيتهم".

الإجراءات المدنية والإدارية: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة إختيار موطن، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."

والقاعدة المنصوص عليها في المادة 37 ق.إ.م.إ.ج، تستخدم بصدد تنظيم الإختصاص المحلّي للمحاكم الجزائرية وبصدد تحديد الإختصاص القضائي الدولي للقضاء الجزائري بوجه عام، وهذا المسلك غير غريب، وعلى هذا الأساس يجوز مخاصمة الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية، إذا كان له موطن في الجزائر، كذا الحال إذا كان له محلّ إقامة معروف أو إذا سبق له التوطّن في الجزائر، فإذا قام مواطنان أجنبيان بالتزوّج في فرنسا على سبيل المثال، فمن حق أيّ زوج أن يقوم برفع دعوى ضدّ زوجه الآخر أمام المحاكم الجزائرية، وذلك بطلب الحكم ضدّه في دعوى صحّة ونفاذ عقد الزواج، إذا كان الزوج الأجنبي المعني متوطّنا في الجزائر، أو مقيما على ترابها أو إذا سبق له التوطّن في الجزائر وغادرها قبل ر فع الدعوى ضدّه من قبل زوجه الآخر.

وإذا قام مواطن جزائري بالتزوّج من أجنبية خارج الجزائر، يحق للجزائري أن يقوم برفع دعوى ضدّ زوجته الأجنبية أمام المحاكم الجزائرية، إذا كانت الزوجة الأجنبية متوطنة في الجزائر، لحظة رفع الدعوى عليها، أو مقيمة على ترابها في هذا الوقت، أو سبق لها التوطّن في الجزائر قبل رفع الدعوى، فحتى بعد إنتهاء الموطن للمدعى عليه في الجزائر، ينعقد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية على أساس سبق توطنه هناك[1].والموقف نفسه تؤيّده غالبية التشريعات العربية[2].

[1] : هشام خالد : دعوى صحة ونفاد عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصّة دوليا بنظرها، دار الفكر الجامعي، سنة 2003، ص 128.

[2] :نذكر منها **القانون السعودي، والقانون السوري، والقانون اليمني، والقانون الليبي، والقانون اللبناني، والقانون السوداني و القانون الكويتي.راجع في ذلك**: بدر الدين شوقي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بين الفقه الدولي والأنظمة

أمّا بالنسبة للنظم القانونية الغربية، فينعقد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكمها، إذا كان المدعى عليه الأجنبي متواجدًا في إقليمها، لحظة رفع الدعوى عليه، مع إستلامه لصحيفتها عند إعلانه بها.[1]

2- ضابط موطن المدعي:

قد ينعقد الإختصاص للمحاكم في بعض التشريعات، إذا كانت الدعوى متعلّقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وكان المدّعي وطنيا، أو كان أجنبيا له موطن في دولة المحكمة، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج، أو إذا كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق[2]،وهذا الإتجاه أيّدته غالبية التشريعات[3].

وتجدر الإشارة هنا أن بعض الدول العربية، لا تجعل من الصفة الوطنية للمدعي أو توطّنه في إقليم الدولة العربية المعنية ضابطا لإنعقاد الإختصاص القضائي الدولي لمحاكمها في مسائل الأحوال الشخصية، ومن

السعودية، سلسلة الكتاب الجامعي، الكتاب الثالث، جدّة 1393، ص 126. راجع كذلك: عدنان الخطيب: الوجيز في أصول المحاكمات، الجزء الأوّل، النظام القضائي في سورية، قواعد الإختصاص في القضايا المدنية، مطبعة الجامعة السورية، سنة 1958، ص 163.

[1] : **وهو ما يقرّره القانون الكندي والأسترالي والأمريكي، والقانون الفرنسي والإيطالي واليوناني والسويسري.راجع في ذلك** :هشام خالد ، المرجع السابق، ص 139، مع ملاحظته أنّ الكثير من دول القارة الأوربية وغالبية الدول العربية لا تشترط صحيفة الدعوى.

[2] : إبراهيم أحمد إبراهيم : القانون الدولي الخاص، الإختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام، الناشر سيدي عبد الله وهبة، سنة 1997، ص 169.

[3]: أخذ بذلك التشريع المصري في قانون المرافعات المصري في المادة 30 فـ5، والتشريع الكويتي في المادة 08 من القانون رقم 05 لسنة 1961، والقانون اللبناني بموجب المادّ 79 من قانون أصول المحاكمات اللبناني، والقانون السوداني بموجب المادة 10 من قانون الإجراءات المدنية السوداني، والمادة 07 من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري ، والمادة 15 من قانون المرا فعات البحريني.

الدول المعنيّة التي لا تأخذ بذلك: ليبيا[1]، الأردن[2]، الجزائر[3]، العراق[4].

البند الثاني: ضابط موقع المال:

إن عقد الزواج كما رأينا سابقا قد تصاحبه آثار مالية، وقد تكون هذه الأخيرة محل نزاع ، وهنا تظهر أهمية دراسة هذا الضابط.

إنّ المال هو كلّ شيء يتموّل به، ويمكن إدّخاره لوقت الحاجة، متى كان التعامل فيه مباحا شرعا، وكان غير خارج عن التعامل بطبيعته[5]، وتنقسم الأموال إلى منقولات وعقارات، والمال يمكن أن يكون محلاّ لعلاقة قانونية دولية، وسببا لتنازع الإختصاص القضائي الدولي، وهوما نلحظه في المنازعات بين الأزواج المختلطين فيما يتعلّق بالأموال المنقولة أو العقارية المشتركة بينهما.

ولاشك أن وجود المال بإقليم الدولة يكشف عن إرتباط النزاع بها، ويعبّر عن سيطرتها على موضوع النزاع، ويعتبر إختصاص محاكم الدولة بالمنازعات المتعلّقة بالمال الموجود على إقليمها، من أكثر القواعد رسوخا و المبادئ المقررة في مختلف بلاد العالم.

[1] : محمد عبد الخالق عمر : القانون الدولي الليبي الخاص، منشورات جامعة قاريونس، سنة 1978، ص 183، حيث لا يعرض سيادته للضابط محلّ الدّراسة، مع ملاحظته لعدم وجود نص تشريعي ليبي يقرّره.

[2] : حسن الهدّاوي : المرجع السابق، ص 247، مع عدم وجود نص تشريعي أردني.

[3] : لا يوجد نص تشريعي جزائري يقرّر الأخذ بضابط موطن المدّعي.

[4] : ممدوح حافظ عرموش : المرجع السابق، ص 381.

[5] : نصّت على ذلك المادّة 24 من القانون المدني اليمني والمادة 14 من القانون المدني العراقي.

أوّلا – تقرير المبدأ:

تختص محاكم الدولة بكافة المنازعات المنصبّة على مال موجود فيها، سواءًا كان عقارًا أو منقولا ماديّا، وهذه القاعدة مأخوذ بها في مجال الإختصاص الدّاخلي، وإن كان إعمالها في هذا المجال يقتصر عادة على المنازعات المتعلّقة بالعقارات، إذ تختصّ بالنظر في الدعاوى المنقولة محكمة موطن المدّعى عليه.[1]

أمّا في المجال الدولي، فيستوي كون المال عقارًا أو منقولاً، إذ أنّ ضابط الإختصاص الذي ينعقد بموجبه الإختصاص للمحاكم يتميّز بكونه ضابطا إقليميا واقعيا، وهو أيضا ضابط خاص، ولا يتقيّد هذا الإختصاص بنوع الدعوى فيصّح أن تكون متعلّقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية أو بمسألة من مسائل الأحوال العينية المدنية.[2]

وفي نطاق هذا الإختصاص، نصّ المشرع الجزائري في المادة 40 ق.إ.م .إ .ج .ف1: "...ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبيّنة أدناه دون سواها ... 1- في المواد العقارية ... أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار" [3]، ونصّ في المادّة 39 من القانون أعلاه: " ...- في مواد الدعاوى المختلطة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها مقرّ الأموال"[4].

---

[1] : هشام علي صادق : تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 115.

[2] : محمد مبروك اللاّفي : المرجع السابق، ص 221.

[3]: في مجال إختصاص محكمة مقر وجود الأموال نصّت المادّة 03 ف01 من قانون المرافعات الليبي: "يختصّ القضاء الليبي بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي ... إذ كانت الدعوى متعلّقة بأموال موجودة في ليبيا"، ونصّت الفقرة -2- من المادّة 30 من قانون المرافعات المصري على إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المتعلّقة بمال موجود في الجمهورية ولو لم يكن للمدعى عليه موطن أو محلّ إقامة في مصر، كما نصّت على ذلك المادة 58 من قانون المرافعات والتنفيد المدني اليمني، والفقرة (ب) من المادّة 10 من القانون المدني العراقي على الإختصاص الدولي للمحاكم الوطنية متى كان المال موجودًا بها، ونصّ الفصل الثامن فقرة -2- من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي: " تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر... 2- إذا تعلّقت الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية".

[4]: يقصد بالدعوى المختلطة، تلك الدعوى التي تجمع بين حق شخصي وحق عيني واردين على عقار أو منقول كدعوى فسخ بيع العقار أو المنقول(حق شخصي) وإسترداد ملكيته(حق عيني).

وفي نطاق القانون الداخلي ليس هناك وجه لآستثناء الدعاوى المنقولة من القاعدة العامة في إختصاص محكمة موطن المدّعى عليه، لعدم تحقق الحكمة التي إختصّ المشرع من أجلها العقارات بقاعدة خاصّة، ذلك أنه من الميسور دائما نقل المال المنقول إلى حيث توجد المحكمة المختصّة محليا . أمّا في المجال الدولي، فإنّ إختصاص محاكم دولة موقع المنقول يجد ما يبرّره، فمبدأ قوّة النفاد يقتضي إختصاص محاكم دولة الموقع لكونها الأقدر على تنفيذ الحكم الصادر عنها، وهذا الإعتبار متحقق دائما بالنسبة لكافة المحاكم في مجال الإختصاص الدّاخلي لكونها جميعا خاضعة لسيادة واحدة.[1]

والعبرة في تحديد الإختصاص القضائي الدولي بوجود المال لا وقت إنشاء الإلتزام، وإنّما بوقت إقامة الدعوى، فإذا ثار النزاع بين الزوجين حول الآثار المالية للزواج، أو تعلّق الأمر بمشارطة زواج تشمل أموال منقولة موجودة في الجزائر مثلا وقت رفع الدعوى، فإنّ الإختصاص الدولي ينعقد للمحاكم الجزائرية، فوجود المال وقت رفع الدعوى هو الذي يمنح المحاكم الوطنية حق النظر فيها.[2]

ثانيا : الحكمة من خضوع المال لقانون موقعه:

الحكمة من تقرير المبدأ تكمن في أنّ محاكم دولة موقع المال، تكون دون أدنى شبهة من شك، أقدر من غيرها على نظر الدعاوى المرتبطة بالمال موضوع النزاع، وهو الأمر الذي يضمن القوّة والفعالية للحكم الصادر على أساس أنّ محاكم هذه الدولة، ستكون قادرة على إتخاذ إجراءات التنفيذ على هذا المال، باعتباره في حوزتها وتحت سيطرتها[3]، ويستند هذا الإختصاص الإقليمي إلى فكرة سيادة الدولة، من خلال بسط ولاية

[1] : محمد مبروك اللافي : المرجع السابق، ص 221.

[2] : سهيل حسين الفتلاوي : المرجع السابق، ص 268، راجع كذلك: محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص309.

[3] : عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 488.

محاكمها على الأشخاص والأشياء الموجودة على إقليمها مهما كانت جنسية المتقاضين، وإذا كان العقار يعدّ من أكثر الأموال إلتصاقا بفكرة السيادة، فإنّ الإختصاص القائم عليه يؤول لمحاكم دولة العقار باعتبارها أجدر من غيرها على القيام بالإجراءات المتعلّقة به، كالكشف عليه أو تعيين الخبراء والحارس القضائي.[1]

وإنه من المبادئ المسيطرة على نظرية الإختصاص في القانون القضائي الخاص الدولي، بل وعليه بأكمله- مبدأ القوّة والفعالية- الذي ينبغي أن تتّسم بها الأحكام الدولية، فلو لم تقرّر التشريعات هذا الضابط، لصدر حكما مجردًا من كلّ قيمة وفعالية في مواجهة دولة الموقع التي يراد تنفيد الحكم فيها، ومن ثم لا يختص القضاء الوطني بنظر دعاوى يعلم مسبقا أنّ حكمه فيها والعدم سواء[2]، ولعلّ هذه الإعتبارات هي التي دعت الفقه والقضاء في فرنسا إلى عدم إختصاص المحاكم الفرنسية بالدعاوى العينية العقارية المتعلّقة بعقار كائن في الخارج.[3]

إن كان صحيحا أنّ إختصاص محكمة موقع العقار بالدعاوي العينية العقارية لا يعدّ اختصاصا مطلقا في الإختصاص المحلّي كما يفسّره البعض[4]، إلاّ أنّه في نطاق الإختصاص الدولي فهو إختصاص مطلق للأسباب التي أوضحناها.

---

[1] : محمد وليد المصري : المرجع السابق، ص 309.

[2] : حفيظة السيد الحدّاد : الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، المرجع السابق، ص67.

[3] : وقد حكم القضاء الفرنسي بعدم إختصاصه بالدعاوى العينية المتعلّقة بعقار كائن في الخارج حتى ولو كان النزاع بين فرنسيين ممّا كان يقتضي إختصاصه وفقا للمواد 14 و15 من القانون المدني الفرنسي كما سنرى في المطلب الثاني.

[4] : من هذا الرأي هشام علي صادق، ومردّ ذلك هو وجود العقار في إقليم نفس الدولة وهو الأمر الذي يجعل آثار الحكم الصادر من أيّ محكمة لدولة موقع العقار ومكفولة دائما ومع ذلك نجد أن المادة 40 ق.إ.م.إ.ج قد منعت الإتفاق مقدّما على ما يخالف الإختصاص . وتقابلها المادة 26 ف 2 من قانون المرافعات المصري، كما أنّ القانون الألماني قد جعل إختصاص محكمة موقع العقار محليا بالدعاوى العينية العقارية إختصاصا مطلقا، راجع في ذلك : هشام علي صادق، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 117.

البند الثالث: ضابط النظام العام

إن هذا الضابط قد سبق دراسته في الفصل السابق، ومن النتائج التي توصلنا إليها هو أن القواعد المتعلّقة بالنظام العام، هي قواعد تهدف إلى تحقيق المصلحة العامّة والتي هي عبارة عن الأمر المتعلّق بالنظام العام الأساسي للمجتمع بحيث يعطيها القانون الأفضلية أو الأولوية عن المصلحة الفردية ومن هنا كان واجب عدم مخالفتها، بل إحترامها.[1]

وفكرة النظام العام تبرز في مسائل الأحوال الشخصية ولاسيما في مسائل الزواج المختلط سواء تعلّق الأمر بإنعقاده أو آثاره، ممّا يترتّب عليه إمّا بطلان العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي والمخالفة للنظام العام في دولة القاضي، أو تدخّل فكرة النظام العام للسماح بقيام هذه العلاقة، ومتى تدخلّت فكرة النظام العام، يحلّ قانون القاضي محلّ القانون الأجنبي المختصّ الواجب التطبيق أصلا على مسائل الزواج بموجب قاعدة الإسناد الوطنية في دولة القاضي.

ويسلّم الشراح في مصر وفرنسا بإختصاص المحاكم الوطنية في كلّ مرّة يطبّق فيها القانون الوطني على إثر استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق أصلا على المنازعة وفق ما تشير إليه قواعد الإسناد لتعارضه مع النظام العام فيها[2]، وتبعا لذلك ينعقد الإختصاص للمحاكم الجزائرية في مسائل الزواج والدعاوى المرتبطة به كلّما كان القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على التزاع نظرًا لتدخل فكرة النظام العام الجزائري وإستبعاد القانون الأجنبي المختص تطبيقا للمادّة 24 ق.م.ج .وكمثال عن ذلك : إذا تدخل النظام العام

[1] : خليل أحمد حسن قدادة : شرح النظرية العامّة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2002، ص 70.

[2] : عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 416 .

الجزائري وسمح بإبرام عقد زواج بين زوجين مختلفي اللون ،لا يجيز قانونهما الوطني ذلك، فإن القانون الجزائري هو الذي ينظم قيام هذه العلاقة، وتبعا لذلك ينعقد الإختصاص للمحاكم الجزائرية في الدعاوى المرتبطة بها.والملاحظ هنا هو أن الإختصاص التشريعي يجلب الغختصاص القضائي.

المطلب الثاني: الإختصاص الجوازي للمحاكم في مسائل الزواج المختلط:

فضلا عن حالات الإختصاص الأصلي التي تمّ عرضها، توجد حالات أخرى تختّص فيها المحاكم بالدعوى جوازًا، وتثبت لها ولاية الفصل في النزاع ويطلق عليها حالات" الإختصاص الجوازي" أو " حالات الإختصاص المشترك"، إذ بموجبها ينعقد الإختصاص لأكثر من محكمة، فقد تختصّ محكمة معيّنة بالنظر في النزاع بناء على ضابط أصلي، في حين تختص محكمة دولة أخرى بالنظر في ذات النزاع بناء على ضابط إختياري (جوازي).

ويثبت الإختصاص الجوازي للمحاكم الوطنية في المنازعات المتعلّقة بالزواج سواءًا قامت أثناء إنعقاده أو تعلّقت بالآثار المصاحبة له، إذا كان أحد أطراف الدعوى وطنيا، أو إختار كلا المتخاصمين قضاء المحاكم الوطنية، فالإختصاص في الحالة الأولى مبني على ضابط الجنسية و في الحالة الثانية على الخضوع الإختياري.

الفرع الأوّل: ضابط الجنسية:

وفقا لقواعد الإختصاص القضائي الدولي القائمة على ضابط الجنسية، يتم تقرير الإختصاص للمحاكم بالنظر إلى المركز القانوني لأحد أطراف الدعوى، وهو إمّا المدّعي أو المدّعى عليه.[1]

وتبعا لذلك يثبت الإختصاص للمحاكم الوطنية، إذا كان الزوج أو الزوجة متمتعا بالصفة الوطنية بناءا على ضابط الجنسية، فما موقف التشريعات من هذا الضابط ؟، وما مجال تطبيقه ؟، وهل بالإمكان التنازل عنه؟ وماهي المحكمة المختصة محليا بالنظر في دعاوى الزواج المختلط المرفوعة على أساس هذا الضابط ؟، وإذا

[1] : وتختلف مواقف التشريعات من ذلك وهو ما سنبينه فيما بعد .

حدث أن إحتجّ أحد أطراف العلاقة بعدم تمتع الطرف الآخر بجنسية دولة المحكمة، ليدفع بعدم إختصاصها، فما هي الصور التي يتخذها هذا التراع ؟، وكيف يتم الفصل فيه؟

وللإجابة على هذه الإشكاليات سنتعرّض في البند الأول إلى موقف التشريعات من الضابط، وفي البند الثاني إلى نطاق الإمتياز، وفي البند الثالث إلى إمكانية التنازل عن الإمتياز، وفي البند الرابع إلى تحديد المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات المرفوعة على أساس هذا الضابط، وفي البند الخامس إلى منازعات الجنسية.

البند الأوّل: موقف التشريعات من الضابط:

وسنعرض أوّلا لموقف الدول العربية، وثانيا لموقف الدول الغربية.

أوّلا: الدول العربية:

لقد إعتدت التشريعات العربية بضابط الجنسية، حتى ينعقد الإختصاص لمحاكمها مع إختلاف في مواقفها، إذ نجد أنّ بعضها أخذ فقط بجنسية المدّعى عليه، في حين أنّ البعض الآخر ينعقد الإختصاص لمحاكمه متى تمتّع المدّعي أو المدّعى عليه بجنسية دولة المحكمة.

ومن التشريعات التي جسّدت الإتجاه الأوّل نذكر التشريع التونسي، حيث تنص المادة 2 من قانون المرافعات المدنية والتجارية التونسية[1] على أنّه: "... كما تنظر في الدعاوى التي ترفع إليها ضدّ التونسي المقيم في الخارج"، كما ساير الموقف نفسه المشرّع المصري في المادة 28 من قانون المرافعات لعام 1968، والتي نصّت : "تختصّ محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري، ولو لم يكن له موطن أو محلّ إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية."

[1] : المادّة 2 من قانون 1959/130 الصادر في 02 ربيع الثاني عام 1379هـ/ 05 أكتوبر 1959، والمتعلّق بإدراج مجلّة المرافعات المدنية والتجارية التونسية.

وطبقًا للنصين المتقدمين لا يهمّ نوع الدعوى المرفوعة ضدّ المدّعى عليه، فقد تكون مدنية أو تجارية أو أحوال شخصية، كالدعاوى المرتبطة بالزواج وآثاره.

وبناء على ذلك ينعقد الإختصاص للمحاكم التونسية متى تمّ إبرام عقد زواج بين مواطن تونسي ومواطنة أجنبية، سواء تمّ هذا الزواج خارج تونس أو داخلها، ورفعت الزوجة الأجنبية، دعوى ضد زوجها أمام المحاكم التونسية،[1] وقد جسّدت غالبية التشريعات هذا الموقف[2]، مكتفية فقط بجنسية المدعى عليه دون المدّعي، ممّا يترتب عليه إنعقاد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بنظر دعوى صحّة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصرالأجنبي، متى كان المدعى عليه يتمتّع بجنسية دولة المحكمة[3]، فينعقد مثلا الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم اليمنية إذا كان المدعى عليه يمني الجنسية، فإذا قام مواطن يمني بالزواج من مواطنة ايطالية، يحقّ للزوجة أن ترفع دعوى ضدّ زوجها اليمني أمام المحاكم اليمنية.[4]

وفي مقابل هذا الاتجاه، وخلافا له إعتدّ المشرّع الجزائري بضابط جنسية المدّعي أو المدّعى عليه، فمتى تمتع أحدهما بالجنسية الجزائرية، يجوز رفع الدعوى أمام المحاكم الجزائرية، وهذا ما نصّ عليه المشرّع الجزائري

---

[1] : هشام خالد: دعوى صحّة ونفاد عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصّة دوليا بنظرها، المرجع السابق، ص 33.

[2] : وهو ما نصّت عليه المادّة 03 من قانون أصول المحاكمات السوري، ويستفاد منها أنّ الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم السورية ينعقد كلّما كان المدّعى عليه سوري الجنسية، أيّاما كان نوع الدعوى التي عسى أن ترفع عليه، راجع في ذلك : عدنان الخطيب، الوجيز في أصول المحاكمات، المرجع السابق، ص 162، ويقابل هذه المادّة، نص المادة 23 من قانون المرافعات الكويتي، والمادة 03 من قانون المرافعات الليبي، كما أخذ بذلك أيضا القانون الأردني (راجع في ذلك : حسن الهدّاوي المرجع السابق، ص 248)، وأخذ به أيضا القانون اليمني (راجع في ذلك : محمد عبد اله المؤيد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامّة والحلول المقرّرة في القانون اليمني، أوان للخدمات الإعلامية، الطبعة الأولى، سنة 1998- 1999، ص 56/ وهذه القاعدة مستقرّ على العمل بها في المغرب مع عدم وجود نص صريح يقرّها (راجع في ذلك، موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي، بدون طبعة، بدون سنة، ص 330.

[3] : أحمد سلامة: الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، دراسة مقارنة، جامعة الملك سعود، 1418ه، ص468.

[4] : محمد عبد الله المؤيد : المرجع السابق، ص 56.

في المادّتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول حاليا، حيث نصّت المادّة 41 من هذا القانون على: "يجوز أن يكلّف بالحضور كلّ أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الإلتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.

كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين ونصّت المادّة 42 من ذات القانون: "يجوز أن يكلّف بالحضور كلّ جزائري، أمام الجهات القضائية الجزائرية، بشأن إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".

ومن ظاهر المادّتين، قد يستنتج أنّ مجال تطبيقها ينحصر في الإلتزامات التجارية دون غيرها، غير أن الإجتهاد[1] وسّع في تفسير المادّتين ليشمل مجال تطبيقهما دعاوى الأحوال الشخصية عموما، ودعاوى الزواج محلّ الدراسة خصوصا، وتبعا لذلك ينعقد الإختصاص للمحاكم الجزائرية، إذا كان أحد أطراف الدعوى جزائريا سواءًا كان مدّعيا أو مدّعا عليه، وأيّا ما كان نوع الدّعوى التي عسى أن يرفعها الجزائري أو ترفع عليه، وحتى لو كان متوطّنا أو مقيما في الخارج، باستثناء الدعاوى العينية العقارية.

ثانيا– الدول الغربية:

العديد من الدول الغربية، تذهب نظمها القانونية إلى إعتناق ضابط الجنسية كأساس لتبرير إختصاص محاكمها، فالقانون الأمريكي مثلا يجيز مخاصمة الأمريكيين أمام المحاكم الأمريكية حتى ولو كانوا متوطّنين أو مقيمين خارج الديار الأمريكية، حيث تتمع المحاكم هناك بسلطة تقديرية واسعة في تقرير إختصاصها الدولي عموما وفي الحالة الماثلة خصوصا (دعوى صحة أو نفاد عقد الزواج)[2].

[1] : من هذا الإتجاه الفقه الفرنسي، راجع في ذلك : بيار فانسان هوزيه، المرجع السابق، ص 273.

[2] : هشام خالد: دعوى صحة ونفاد عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، المرجع السابق، ص68 وما بعدها.

ويأخذ المشرّع الفرنسي بالضابط في المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي[1]، وحرّرت المادتين بكلمات مشدّدة حصريا، فهما تشيران إلى الدعاوى المتعلّقة " بالإلتزامات" من قبل الفرنسيين أو ضدهم، ولكن الإجتهاد إعتمد تأويلا موسّعا، وبالتالي فإختصاص المادّتين، يتسع ليشمل كلّ الدعاوى، باستثناء الدعاوى العينية العقارية، وطلبات القسمة التي تتناول العقارات في الخارج، وكذا الطلبات المتعلّقة بطرق التنفيذ المتبعة خارج فرنسا.

وينعقد الإختصاص القضائي للمحاكم الإيطالية، إذا كان المدعى عليه متمتّعا بالجنسية الإيطالية، رغم عدم وجود نص على ذلك في المادّة 04 من قانون المرافعات الإيطالي، ووفقا للمادّة 28 من قانون المرافعات اليوناني، يتقرر الإختصاص للمحاكم اليونانية إذا كان المدعى عليه يونانيا.[2]

والأكثر من ذلك ذهبت بعض الدول إلى المغالاة في حماية وطنيها، وذلك عن طريق تقرير قاعدة قانونية لديها، تفيد إعتبار الجنسية الوطنية للمدعي ضابط لإختصاص القضائي الدولي، ومنها نذكر: المادة 14 ق.م. فرنسي.[3]

ونخلص ممّا سبق أنّ القوانين الخاصّة بالعديد من الدول، تجعل من جنسية المدّعى عليه الوطنية ضابط عامّا للإختصاص القضائي الدولي لمحاكمها، وأنّ بعض الدول الأخرى تعتدّ كذلك بجنسية المدّعي، وقد نصّت إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي في المادة 26 منها على أنّه : " تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي يكون

[1] : تنص المادة 14 ق.م. فرنسي: "يستطيع الأجنبي، حتى ولو غير مقيم بفرنسا أن يستدعى أمام المحاكم الفرنسية، من أجل تنفيذ إلتزامات ترتبت عليه في بلد أجنبي لصالح الفرنسيين"، وتنص المادة 15 ق.م. فرنسي: "يستطيع الفرنسي أن يداعى أمام المحاكم الفرنسية بشأن التزامات عقدها في الخارج مع رجل أجنبي"، راجع في ذلك : بيار ماير فانسان هوزيه : المرجع السابق ، ص 273.راجع كذلك في تفسير المادتين : Jean Derreuppé : op.Cit,p. 112.

[2] : بيار ماير فانسان هوزيه : المرجع السابق ، ص 273.

[3] : وتقابل هذه المادة : المادة 14 من القانون المدني لدولة لكسميورغ، المادّتين 53 و54 من القانون البلجيكي المؤرخ في 25 مارس 1876، المادة 4/4 من قانون المرافعات الإيطالي، المادة 126 ف03 من قانون المرافعات الهولندي، المادة 67 من قانون المسطرة المدنية المغربي.راجع في ذلك :هشام خالد دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي...،المرجع السابق، ص78.

الشخص من مواطنيه وقت تقديم الطلب مختصّة في قضايا الأهلية والأحوال الشخصية، إذا كان النزاع يدورحول أهلية هذا الشخص أو حالته الشخصية"[1] .

البند الثاني: نطاق الإمتياز:

نتعرّض هنا لمجال تطبيق الإمتياز من حيث الأشخاص من جهة ومن حيث الدعاوى من جهة أخرى.

أوّلاً: الأشخاص المستفيدون من الإمتياز:

بالنسبة للتشريعات التي تمنح هذا الإمتياز لكلّ من أطراف الدعوى، مدّعي كان أو مدّعى عليه، فيكفي أن يكون أحد الطرفين وطنيا حتى يثبت لمحاكم الدولة الإختصاص، أمّا التشريعات التي تمنح الإمتياز فقط للمدعى عليه الوطني فالإمتياز قاصر عليه دون غيره،[2]ويعتدّ بالصفة الوطنية في أحد أطراف الدعوى وقت رفعها، فلا يؤثر بالتالي الإستفادة من هذا الإمتياز أن يكون أحد أطراف الدعوى أجنبيا وقت نشوء الحق المتنازع عليه إذا كان متمتّعا بالجنسية الوطنية وقت رفعها[3]، ولا يشترط إلى جانب الصفة الوطنية في أحد أطراف العلاقة للإستفادة من الإمتياز أيّ شرط آخر، كأن يشترط في الزوج أن يكون له موطن في الجزائر، أو يكون للزوجة موطن فيها، كما لا يشترط في النزاع أن يكون له إرتباط من حيث موضوعه بدولة المحكمة[4]، وبما أنّ الإمتياز يرتكز على الجنسية، فإنّه يكفي توافرها يوم تسجيل التكليف بالحضور، وأنّ التغيير الطارئ

---

[1] : المرسوم الرئاسي رقم 01- 47، المؤرخ في 17 ذي العقدة 1421 الموافق 11-02-2001، المتضمن التصديق على إتفاقية الريالعربية للتعاون القضائي،الموقعة في الرياض بتاريخ 23 جمادى الثانية عام 1403، الموافق 06 أبريل 1983.راجع في ذلك : **يوسف دلاندة، اتفاقيات التعاون القضائي والقانوني، دار هومة، الجزائر، طبعة 2005**).

[2] : وقد سبق التعرّض لموقف التشريعات.

[3] : موحند إسعاد : القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، المرجع السابق، ص34.

[4] : أعراب بلقاسم : القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، الجنسية، الجزء 2، دارهومةللطباعة، الطبعة الخامسة، سنة 2008، ص 39. راجع كذلك : حفيظة السيد الحدّاد، الإختصاص القضائي الدولي وتنفيد الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 40.

على الجنسية بصورة لاحقة لا يؤثر على إختصاص النظام القضائي وجنسية المتقاضي، هي التي تؤخذ بعين الإعتبار لا جنسية خلفه، وقد مدّ القضاء الفرنسي الإستفادة من هذا الإمتياز إلى عديمي الأهلية واللاّجئين.[1]

ثانيا: الدعاوى المشمولة بالإمتياز:

من خلال إستقراء نص المادتين41 و42 ق.إ.م.إ. الجزائري المقابلتين لنص المادتين 14 و15 مدني فرنسي، يظهر أنّ تطبيقهما قاصرًا فقط على الإلتزامات التعاقدية، ولكن هذا التفسير يعدّ تفسيرًا ضيّقا، وإنّ القضاء الفرنسي لم يلتزم بالتفسير الضيّق وعمّم تطبيق المادتين على جميع الإلتزامات، بل وطبّقهما حتى على الدعاوى غير المالية (الأحوال الشخصية)، وذلك لأنّ الإمتياز المقرّر في المادتين، مبني على الجنسية لا على طبيعة النزاع، ولا يستثنى من هذا التعميم إلاّ الدعاوى العينية العقارية[2]، والدعاوى المتعلّقة بطرق التنفيذ الممارسة في الخارج، ويجد هذا لإستثناء تبريره في كون المادّتين متعلّقتين بسيادة الدولة الأجنبية، ممّا يجعل الأحكام الصادرة بشأنها في الخارج لا تلقى تطبيقا لها فيها[3]، ولا مانع من أخذ القاضي الجزائري بالتفسير الموسّع.

البند الثالث: إمكانية التنازل عن الإمتياز:

إنّ الإختصاص المرتكز على الجنسية، هو إختصاص إختياري (جوازي)، ويترتب على ذلك منطقيا أنه لا يحقّ للمحاكم أن تثير تلقائيا تطبيق هذه النصوص، وممّا يزيد في وجوب إحترام هذه القاعدة ، أنّ المدّعي

---

[1] : وهو الحلّ الذي تمنّى الأستاذ" إسعاد" أن يأخذ به القضاء الجزائري لأنه من غير المعقول في رأيه أن لا نقبل على أرض الجزائر عديمي الأهلية واللاّجئين، ونحرمهم في ذات الوقت من بعض الحقوق التي يتمتع بها الوطنين، راجع في ذلك : أعراب بلقاسم، الإختصاص القضائي الدولي، الجنسية، المرجع السابق، ص 40.

[2] : المادة 28 مرافعات مصري جاء حكمها عامّا، من حيث الدعاوى التي يجوز رفعها بناءًا على جنسية المدعى عليه، سواءًا تعلّقت بالأحوال الشخصية أو بالأحوال العينية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلّقة بعقار واقع في الخارج، راجع في ذلك: حفيظة السيد الحدّاد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص48.

[3] : أعراب بلقاسم : الإختصاص القضائي الدولي، الجنسية، المرجع السابق، ص 41

قد يرغب في رفع دعواه أمام الهيئات القضائية الوطنية على أساس معيار إختصاص غير معيار إمتياز الجنسية[1]، كما يترتّب على ذلك إمكانية التنازل عن الإمتياز، ويكون ذلك إمّا بموجب إتفاق صريح بين الطرف الوطني والطرف الأجنبي على عقد الإختصاص لمحكمة أجنبية، وإمّا عن طريق رفع الطرف الوطني لدعواه أمام محكمة أجنبية، أو أنّ الدعوى مرفوعة ضدّه أمام محكمة أجنبية، ولا يدفع أمامها بعدم إختصاصها إستنادًا إلى الإمتياز المقرّر لصالحه في قانونه.[2]

ولكي يكون التخلّي فعالا، يجب أن يصدر عن الشخص المستفيد من عرض الصلاحية، فإذا كان الإمتياز ممنوح للمدّعي الوطني، فهو الذي يمكنه التخلّي عنه، وبوجهه يقدّم التخلّي. أمّا إذا كان الوطني مدّعى عليه، فيكون للخصمين مصلحة، والإمتياز مقرّر لكلا الطرفين، ولا يتصوّر التخلّي عن الإمتياز إلاّ بالإتفاق بينهما.[3]

ولا يؤخذ التنازل بعين الإعتبار إذا تبيّن أنّ المستفيد من الإمتياز لم يفعل ذلك سوى تحت ضغط الإكراه، ولكي يتحاشى مثلا تطبيق تدابير زجرية بحقه أو حجز أمواله.[4]

البند الرّابع: تحديد المحكمة المختصّة:

تثور الصعوبة في تحديد المحكمة المختصّة محليا، لّما يكون الإختصاص معقودًا للمحاكم بناء على ضابط الجنسية. وقد ترك القضاء الفرنسي في هذه الحالة الحرية للمدّعي في إختيار المحكمة التي يرفع إليها دعواه، شريطة ألاّ يكون متعسّفا في هذا الإختيار، ثم سرعان ما ربط هذا الإختيار، بما يمليه أداء العدالة. فللمدّعي أن يرفع دعواه أمام محكمة موطنه، أو المحكمة القريبة من حدود البلد الأجنبي الذي فيه موطن المدّعى

[1] : موحند إسعاد : القواعد المادية، المرجع السابق، ص 38.
[2] : أعراب بقاسم : الإختصاص القضائي الدولي، الجنسية، المرجع السابق، ص 37.
[3] : بيار ماير فانسان هوزيه : المرجع السابق، ص 277.
[4] : موحند إسعاد : القواعد المادية، المرجع السابق، ص 277.

عليه، أو أمام محكمة باريس نظرًا لموقعها الجغرافي. وهذا الحلّ الذي أخذ به القضاء الفرنسي نظرًا لواقعيته، وهو الحلّ الذي ينبغي أن نأخذ به في الجزائر.

وتتعقّد القضية حين لا يكون للمدّعي أو المدّعي عليه موطن أو إقامة في الجزائر، وفي هذه الحالة، يسمح الإجتهاد الفرنسي برفع الدعوى أمام المحكمة التي يمكن القيام بالتنفيذ الجبري في دائرة إختصاصها، وفي حالة إنعدام ذلك يقبل الإجتهاد المحكمة التي يختارها المدعي مع التحفظ فيما يتعلّق بالتحايل.

إن القضية المتعلّقة برفع الدعوى تحايليا أمام المحكمة تطرح نفسها بحدّة في الجزائر ولا يبدو أنها لفتت نظر هيئات القضاء في الأساس، والواقع أنّ عددًا من المتزوجين القاطنين في الخارج يفضّلون رفع دعواهم أمام القضاء الجزائري في حالات الطعن ببطلان الزواج أو فسخه، ويتعلّق الأمر غالبا بمبادرة صادرة عن الأزواج أكثر من الزوجات نظرًا لثقتهم، وهكذا فإنّ سفرة سريعة بالطائرة ، تسمح لهم بتوكيل محام وإختيار موطن في مكتبه، ومن ثم العودة في ذات المساء، ويترتب على ذلك أنّ الزوجة تضطرّ للدخول في عملية إجرائية شديدة التعقيد، في مدينة لم يسبق لها أن وطأت على أرضها، الأمر الذي يؤدي إمّا إلى صدور حكم غيابي أو الدخول في إجراءات تحضيرية مذهلة. ومن الأفضل في هذه الحالة أن يكلّف المدعي المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة التي تنطوي على أقل قسط من المزعجات بالنسبة لهذا الأخير، كالبلدة أو القرية الأصلية.[1]

البند الخامس: منازعات الجنسية:

قد يتمسّك أحد الزوجين، بتمتّعه بالجنسية الوطنية حتى يثبت الإختصاص للمحاكم الوطنية، سواءًا كان ذلك في المنازعات المتعلّقة بدعوى صحّة أو نفاد عقد الزواج، أو دعاوى النفقة الزوجية، أو الدعاوى المرتبطة بالنزاعات حول الأموال المنقولة المشتركة بين الزوجين، أو تعلّق الأمر بدعوى إثبات الزواج، غير أنّ الزوج الآخر يدفع بعدم إختصاص المحاكم الوطنية المبني على ضابط الجنسية بحجّة عدم تمتع زوجه بالجنسية

[1] : موحند إسعاد، القواعد المادية، المرجع السابق، ص 39.

الوطنية أصلا، وهنا تثور المنازعات المتعلّقة بالجنسية[1]، ويعدّ القضاء الحكم الوحيد المختصّ بالفصل في منازعات الجنسية[2]، هذه الأخيرة التي تطرح إشكالا فيما يتعلّق بصورها وكذا الفصل فيها.

أوّلاً: صور منازعات الجنسية:

تتّخذ منازعات الجنسية صورتين، صورة دعوى أصلية، صورة دعوى فرعية.

1-صورة الدعوى الأصلية:

هي تلك الدعوى التي يختصم فيها الفرد الدولة بصفة أصلية ويطلب فيها الحكم بثبوت الجنسية أو نفيها،[3]وقد أقرّ تنظيمها في التشريع الجزائري المادّة 38 من قانون الجنسية الجزائرية بنصّها: "لكلّ شخص الحق في إقامة دعوى تكون الغاية الرئيسية والمباشرة منها، إستصدار حكم بتمتعه أو عدم تمتعه بالجنسية الجزائرية...".[4]

2_صورة الدعوى الفرعية:

قد يحدث أن يثار الدفع الخاص بالجنسية بمناسبة نزاع أ صلي، كالمنازعات الخاصّة بالزواج المختلط (مدى صحّته أو بطلانه)، لتقرير مدى ثبوت الإختصاص للمحاكم الوطنية من عدمه، ويكون الفصل في الدفع المثار الخاص بالجنسية ضروريا قبل الفصل في النزاع الأصلي، لأنّ هذا الأخير يتوقف على البث في مسألة

---

[1] : هي منازعات مدنية ترفع إلى المحاكم العادية، وفقا لإجراءات رفع الدعوى المدنية وتخضع لشروط رفع الدعوى وقبولها، راجع في ذلك : بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2005، ص 194.

[2] : تعتبر الجنسية من المسائل المتعلّقة بالنظام العام، ولا يجوز اللّجوء إلى التحكيم في منازعاتها، بآعتبارها مظهر من مظاهر سيادة الدولة، راجع في ذلك محمود عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 442.

[3] : هشام علي صادق، حفيظة السيد الحدّاد : القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل، الجنسية ومركز الأجانب، دار الفكر الجامعي، سنة 1998- 1999، ص 250.

[4] : ويقابل المادة 38 من قا.ج.ج الفصل 36 من قانون الجنسية المغربية، والفصلان 51 و52 من قانون الجنسية التونسية، والمادة 129 من قانون الجنسية الفرنسية (المادة 29 مكرّر 3 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديل 22 جويلية 1993).

الجنسية المتنازع فيها،[1] ونصّ على هذه الصورة المشرّع الجزائري في المادة 37 ف 02 من قانون الجنسية بنصّها: "عندما تثار هذه المنازعات عن طريق الدفع أمام المحاكم الأخرى، تؤجّل هذه الأخيرة الفصل فيها، حتى يبتّ فيها من قبل المحكمة المختصّة محليا، التي يجب أن يرفع إليها الأمر خلال شهر من قرار التأجيل من قبل الشخص الّذي ينازع في الجنسية وإلاّ أهمل الدفع".[2]

ثانيا: الفصل في منازعات الجنسية:

إنّ إشكال الفصل في منازعات الجنسية، يدفعنا أوّلاً إلى دراسة نظام إثبات الجنسية، وثانيا إلى مدى حجيّة الحكم الصادر والفاصل في منازعاتها.

1_ إثبات الجنسية:

إنّ مبدأ إستقلالية كلّ دولة بتنظيم جنسيتها، يقتضي في إثبات الجنسية، الرجوع إلى قانون جنسية الدولة التي يدّعي الشخص تمتّعه بها أو نفيها عنه، أو عدم الدخول فيها، ويجري الإثبات وفق أحكام هذا القانون[3]، وتقضي القاعدة العامّة بأنّ الإثبات يقع على عاتق المدّعي، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 31 قا.ج.ج: "يتحمّل الإثبات في قضايا الجنسية، كلّ شخص سواءًا بواسطة الدعوى أو عن طريق الدفع، يدّعي هو نفسه أو شخص آخر، بأنه يحمل أولا يحمل الجنسية الجزائرية"[4]. غير أنّ نصّ المادة 138 ف1 من قانون الجنسية الفرنسية، المعدلّة بموجب قانون 09-01-1973 جاء فيها: " عبء الإثبات في مسألة

---

[1] : زروتي الطيب : الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص58.

[2] : يقابلها الفصل 37 ف1 من قانون الجنسية المغربية، والمادة50 ف1 من قانون الجنسية التونسية، والمادة 124 ف02 من قانون الجنسية الفرنسية لسنة 1945.

[3] : مقني بن عمّار : إجراءات التقاضي والإثبات في منازعات الجنسية وفقا للقانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، سنة 2009، ص 145.

[4] : ومن الدول العربية التي لم تخص إثبات الجنسية بقواعد خاصة : العراق، السعودية، الأردن، لبنان، السودان، قطر، عمّان، البحرين، وهناك قلّة من الدول العربية كمصر والكويت وسوريا واليمن إكتفت ببيان من يقع عليه عبء الإثبات (المدّعي).

الجنسية الفرنسية يقع على عاتق من كانت جنسيته محلّ نزاع"[1]، ويفيد ذلك أن عبء الإثبات يقع على عاتق من كانت جنسيته محلّ نزاع، مدّعيا كان أو مدّعى عليه.

وفيما يخصّ طرق إثبات التمتع أو عدم التمتع بالجنسية الوطنية، هنا يجب التمييز بين إثبات الجنسية الأصلية وإثبات الجنسية المكتسبة،[2] وإثبات فقدان الجنسية.

أ- إثبات الجنسية الأصلية:

إذا ادّعى شخص الجنسية الوطنية كجنسية أصلية، يمكن إثباتها عن طريق النسب بوجود أصلين ذكرين من جهة الأب والأم، كما يمكن إثباتها بكافة الوسائل، وخاصّة عن طريق حيازة الحالة الظاهرة[3]، وتتكوّن الحالة الظاهرة للشخص من ثلاث عناصر : الإسم والشهرة والمعاملة، فمن يحمل إسما يدلّ على إنتمائه إلى دول معينة، وأشتهر في محيطه الإجتماعي على إنتمائه إلى تلك الدولة، وعومل من قبل السلطات العمومية لتلك الدولة، ومن قبل الأفراد على أنّه ينتمي إليها، توافرت لديه عناصر الحالة الظاهرة وتسري نفس الأحكام إذا أراد أحد الزوجين إثبات جنسيته الأصلية.

ب – إثبات الجنسية المكتسبة:

إذا كانت الجنسية الوطنية محلّ نزاع هي جنسية مكتسبة، فيتطلّب إثباتها تقديم وثائق الحالة المدنية للمعني مرفقة بمرسوم التجنّس، وعند الإقتضاء إرفاق نسخة من الجريدة الرسمية التي تتضمن مرسوم تجنّسه، كما يثبت إكتساب الجنسية بنظير المرسوم المانح للجنسية، أو بالإدلاء بشهادة الجنسية، يسلّمها وزير العدل أو

---

[1] : Art.138 al.1 du code nationalité francais : « La charge de la preuve en matière de nationalité incombe à celui dans la nationalité est en cause. »

[2] : الجنسية الأصلية هي الجنسية التي يتمتع بها الشخص بمجرّد ميلاده، أما الجنسية المكتسبة فيكتسبها الشخص لاحقا إمّا عن طريق التجنّس أو بواسطة الزواج، راجع في ذلك:
Yvon loussouarn, Pierre Bourel : Op. Ci t, p.712-713.

[3] : وقد نصّت على ذلك المادّة 32 ق.ج.ج، وتقابلها المادة 30 مكرّر 2 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 21 ف1، من قا.الجنسية الكويتي.

السلطات المؤهّلة لذلك، أمّا إذا كانت الجنسية الوطنية مكتسبة بمقتضى معاهدة يجب أن يتمّ الإثبات وفقا لهذه المعاهدة.[1]

ج _إثبات زوال الجنسية الوطنية:

هنا يجب على من ينازع في الصفة الوطنية للزوج عن يثبت زوالها عنه، وإثبات الزوال يتحقّق بتقديم القرار المرخّص بالتخلّي عن الجنسية، أو القاضي بالتجريد أو السحب، أو تقديم نسخة من الجريدة الرسمية التي نشر فيها، ولأحد الزوجين أن يعمد إلى هذه الوسيلة الأخيرة لإثبات زوال الجنسية عن الزوج الآخر،[2] وقد يحدث وأن تفقد الزوجة جنسيتها بسبب زواجها بأجنبي، وهنا يكتفي الزوج بإثبات تحقق السبب المؤدّي إلى الفقد.[3]

2-حجية الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية:

يتضمن الحكم الصادر عن القضاء بالفصل في نزاع معين، قرينة على أنه يعبر عن الحقيقة، وهي قرينة لا تقبل إثبات العكس، أساسها أنّ ما فصل فيه يعدّ صحيحا من الناحية الشكلية ويمثل الحقيقة موضوعا، ولا يجوز إلغاء الحكم أو إبطاله إلاّ بمراعاة طرق الطعن المقرّرة قانونا.[4]

---

[1] : محمد طيبة : الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدّد الجنسيات، المرجع السابق، ص 54. وقد أخذ المشرع الجزائري بذلك في المادة 32 ق.ج.ج المعدّلة.

[2] : نصّت على ذلك المادّة 35 ق.ج.ج ويقابلها الفصل 34 من قانون الجنسية المغربية والفصل 42 من قانون الجنسية التونسية.

[3] : زروتي الطيب : الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص 626، وتجدر الملاحظة أنه لا يكفي إثبات التمتع بالجنسية الأجنبية لنفي الصفة الوطنية أو زوالها عن الشخص، فمن المحتمل أن يكون الشخص مزدوج الجنسية وتتحدّد معاملته عندئذ حسب المادّة 22 من القانون المدني الجزائري.

[4] : هشام علي صادق، حفيظة السيد الحدّاد : دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل، الجنسية، المرجع السابق، ص 223.

إذا كان الأصل هو الحجية النسبية للأحكام، إلاّ أنّ هذا المبدأ يتقرّر عنه أوضاع غير مقبولة، تجعل مركز الشخص في الجماعة الوطنية مضطربا، مرّة يعتبر وطنيا بموجب حكم، وأخرى غير وطني بموجب حكم آخر، والحال أنّ هذا المشكل يقتضي أن يفصل فيه على وجه واحد لا يتغيّر ما دامت الوقائع المؤسس عليها لم تتغيّر، وهو ما تقتضيه طبيعة الجنسية، ولذلك تتقرّر الحجية المطلقة للأحكام الصادرة بصددها[1]، وتبعا لذلك، متى فصلت المحكمة في مسألة مدى تمتع أحد الزوجين بجنسيتها في الدعوى الفرعية أمامها، أصبح من الجائز النظر في الدعوى الأصلية بناءا على ضابط الجنسية .

وعلى العموم لا ينعقد الإختصاص الجوازي للمحاكم بناءا على ضابط الجنسية فقط، وإنما ينعقد الإختصاص لها أيضا إذا إختار أطراف الخصومة إختصاصها حتى ولو لم تكن مختصّة، وهو ما تجسّده فكرة الخضوع الإختياري.

الفرع الثاني: الخضوع الإختياري:

يسلّم الفقه والقضاء في عصرنا الرّاهن، بإعطاء الإرادة دورًا هامّا في مجال الإختصاص القضائي الدولي، بحيث يمكن للخصوم الإتّفاق على قبول ولاية قضاء دولة ما حتى ولو لم تكن محاكمها مختصّة أصلا بالنزاع، وفق الضوابط السائدة[2]، وذلك تجسيدا لضابط الخضوع الإختياري، فما موقف التشريعات من الضابط ؟، وماهي أشكال الخضوع الإختياري ؟، وهل يتطلب إعماله توافر شروط معينة ؟

[1] : بعوني خالد وبن عيادجليلة : الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، بدون طبعة، سنة 2009، ص 163.

[2] : محمد وليد المصري : المرجع السابق، ص312.

البند الأول :موقف التشريعات من الخضوع الإختياري :

قد كرّست معظم التشريعات[1]، الإختصاص القضائي المستند إلى الخضوع الإرادي وجعلته إختصاصا عامّا يسري على جميع الدعاوى، سواءًا كانت عينية أم شخصية أم مختلطة.

وقد إعترض البعض على أن يكون للإرادة دور في مجال الإختصاص القضائي الدولي، وقد بنوا إعتراضهم على حجّتين : **أولهما**، أنّه لما كان القضاء في الدولة يعدّ بمثابة مظهر من مظاهر سيادتها، فإنّ منطق الأمور يأبى أن يكون للخصوم حرية تعديل الإختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة، **وثانيهما**، أنّه ينبغي على الإعتراف لإرادة الخصوم بدور في نطاق الإختصاص القضائي الدولي، الإعتراف لهم بتعديل قواعد الإختصاص التشريعي التي تضعها كلّ دولة من الدول[2]، وقد تأثرت بعض التشريعات بهذه الأفكار،[3] ولكن بالرغم من ذلك فإنّ غالبية التشريعات إعتنقت المبدأ[4]، وكرّسه المشرع الجزائري في المادة 46 من قانون

---

[1] : طبق هذا المبدأ المشرّع المصري في المادة 32، والمشرع اليمني في المادّة 59 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني، والمشرع الأردني في المادة 27 من قانون أصول المحاكمات المدنية، وأخذ به المشرع الفرنسي (مع استثناء دعاوى الطلاق).

[2] : عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 404.

[3] : بعض التشريعات رفضت فكرة الخضوع الإختياري من ذلك التشريع الإسباني والأرجنتيني، كما يضيّق المشرّع الإيطالي من نطاق المبدأ فلا يجيزه إلاّ إذا كان الإتّفاق بين أجانب أو بين أجنبي وإيطالي غير متوطّن أو مقيم في إيطاليا، راجع في ذلك : عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 454.

[4] نصّت المادّة 32 مرافعات مصري على أنّه : " تختصّ محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في إختصاصها طبقا للمو اد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا".وقد جاء النص عامّا ينصرف إلى منازعات الأحوال العينية والأحوال الشخصية على السواء، بعد أن كان نصّ المادّة 762 من قانون المرافعات القديم مقصورًا على الأحوال الشخصية.

ونصّ المشرّع الأردني في المادة 27 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنّه : " تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في إختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا". ونصّ المشرّع اليمني في المادّة 59 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني على ما يأتي : " تختص المحاكم اليمنية بالفصل في الدعوى، ولو لم تكن داخلة في إختصاصها طبقا للمادّة السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا"، و نص الفصل الرابع من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي : " تنظر المحاكم التونسية في النزاع أو إذا قبل المطلوب التقاضي لديها إلاّ إذا كان موضوع النزاع حقّا عينيا متعلّقا بعقار كائن خارج البلاد التونسية".

الإجراءات المدنية الإدارية بنصها : "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصاإقليميا.

يوقّع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، و إذا تعذّر التوقيع يشار إلى ذلك .

يكون القاضي مختصّا طيلة الخصومة، ويمتدّ الإختصاص في حالة الإستئناف إلى المجلس القضائي التّابع له".

كما تبنّى التشريع الفرنسي المبدأ مع إستثناء دعاوى الطلاق وذلك على ما يظهر، خشية التحايل على أحكام القانون الواجب التطبيق، فيما لو أبيح لزوجين لا يجيز قانونهما الشخصي الطلاق أصلا أو يضيّق فيما يجيزه منه، أن يلجأ إلى محاكم بلد أجنبي يجدان عنده بغيتهما من إجازة الطلاق أو التوسعة فيه،[1] وقد قصر التشريع الفرنسي الخضوع الإختياري على المجال التجاري، و لم تأخذ محكمة النقض الفرنسية بذلك، وحكمت بصحّة الإتّفاق على تعديل أحكام الإختصاص القضائي، لما يكون النزاع دوليا، لكن بشروط : أن يكون النزاع له طابع دولي، وله علاقة معتبرة بقضاء الدولة التي عقد الإختصاص له، وألاّ يكون الإختصاص المعقود للقضاء الفرنسي إختصاصا مقصورًا عليه، والشرط الثالث: ألاّ يكون النزاع متعلّقا بحالة الأشخاص. [2]

وما دام أنّ الزواج يندرج ضمن حالة الأشخاص فإنّ المنازعات الشخصية المحضة المرتبطة به، قد تستثنى من الخضوع الإختياري في الدول التي لم تسمح به في النزاعات المتلّعقة بحالة الأشخاص كفرنسا، غير أنّ المنازعات المالية المرتبطة بالزواج كالأموال المشتركة بين الزوجين والنزاعات المتعلّقة بها، تخرج من هذا التصنيف لتدخل ضمن الأحوال العينية ويستجيب لها مبدأ الخضوع الإختياري.

---

[1] : عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 454.

[2] : وقد كان سائدًا في فرنسا قبل تعديل 1972 لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي صحة الإتفاق على تعديل أحكام الإختصاص القضائي المحلّي الداخلي، لكن المادّة 48 من قانون الإجراءات المدنية الجديد تبطل كل إتفاق على تعديل أحكام الإختصاص المحلّي الداخلي باستثناء إذا كان مبرما بين أشخاص لهم جميعا صفة التجار، ممّا يستنتج أن الخضوع الإرادي في غير المجال التجاري يعتبر باطلا، غير أنّ محكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بهذا الإستنتاج، راجع في ذلك : أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 28.

البند الثاني: أشكال الخضوع الإختياري:

من خلال إستقراء النصوص التشريعية السابق الإشارة إليها، يتّضح أنّ التشريعات لا تشترط لإنعقاد الإختصاص للمحاكم أن يكون الإتفاق صريحا وإنّما يكفي أن يكون ضمنيا يستشفّ من واقع الحال.

ويكون القبول صريحا في صورة شرط مانح للإختصاص، وذلك بتضمين التصرّف المبرم بين الأطراف شرطا ينعقد بمقتضاه الإختصاص بالمنازعات المتولّدة عن هذا الإلتزام لمحكمة معينة، كما يمكن أن نتصوّر الإتفاق الصريح على إحالة النزاع على محكمة معيّنة قبل نشوء النّزاع أو بعده[1]، وبذلك يمكن للزوجين الإتّفاق صراحة على منح الإختصاص لمحكمة معينة في المنازعات التي تنشأ بينهما، سواءًا تعلّق الأمر بدعوى صحّة عقد الزواج أو نفاذه أو بالدعاوى المرتبطة بالآثار الشخصية أو المالية المترتبة عن عقد الزواج.

وقد يكون القبول ضمنيا[2]يستنتج من ظروف الحال التي يجب تقديرها بالنظر إلى كلّ حالة على حدة، ويرى الأستاذ "عكاشة محمد عبد العال"، أنّ القبول الضمني للإختصاص لا يتصوّر إلاّ من جانب المدعى عليه، كما لو حضر الزوج أو الزوجة بصفته أو بصفتها مدعى عليها الدعوى وتمّ السّير في إجراءات الخصومة دون أن يدفع بعدم الإختصاص عند بدء النزاع وقبل التكلّم في موضوع الدعوى، أمّا القبول الضمني من جانب المدّعي فلا يتصوّر من الناحية المنطقية لأنه هو الذي يرفع الدعوى، ومتى رفعها فإنه يكون بذلك قد إتّخذ سلوكا إجرائيا عبّر به عن قبوله الخضوع لقضاء لم يكن مختصّا من قبل، كما يتصوّر أن يكون خضوع الخصوم لولاية قضاء الدولة ضمنيا، ويحدث ذلك عندما يعيّن الخصوم موطنا مختارًا لهم في دولة معينة.[3]

[1] : سهيل حسين الفتلاوي : المرجع السابق، ص 271.

[2] : عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 456.

[3] : هشام علي صادق : تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 152.

فليس ما يمنع من حيث المبدأ، من إعتبار إختيار المدّعى عليه للجزائر مثلا، كموطن مختار من قبيل الخضوع الإختياري للقضاء الجزائري، شريطة أن يكون المدّعى عليه (الزوج أو الزوجة) قصد ذلك فعلا، وكانت هناك صلة بين الإقليم الجزائري والنزاع المعروض.

ونشير أخيرًا إلى أنّه لا يجب التوسّع في فهم مضمون القبول الضمني – بصفة عامّة- في الخضوع لولاية القضاء، إذ يجب التحرّي عند تفسير إرادة الخصوم، بحيث يلزم أن تكون هناك قرائن وأدلّة تساند وتدعّم ذلك.

البند الثالث: شروط الخضوع الإختياري:

على الرغم من أنّ المادة 46 ق.إ.م.إ.ج وما يقابلها، لم تضع شروطا خاصّة لصحّة الإتفاق الإرادي المانح الإختصاص للمحاكم الوطنية، إلاّ أن قبول هذا الإختصاص يتوقف على تحقق الشروط التالية:

أوّلا: وجود رابطة للنزاع مع القضاء الوطني:

ومعنى ذلك هو ضرورة توافر رابطة جدّية بين المحكمة المختارة المعهود إليها بالإختصاص، والنزاع المطروح أمامها[1]، وهذه العلاقة الجدية، قد تستمدّ من عناصر شخصية كجنسية الأطراف، كأن يكون أحد الزوجين متمتّعا بجنسية دولة المحكمة، أو يكون أحدهما متوطّنا بدولة المحكمة[2]، فيجب أن يكون للنزاع رابطة حقيقية وجديّة مع المحكمة المختارة، وفي حال إنتفاء هذه الرابطة على المحكمة أن تعلن عدم إختصاصها من

[1] : هشام خالد: قواعد الإختصاص القضائي الدولي وتعلّقها بالنظام العام، دراسة مقارنة في قوانين مصر والإمارات والبحرين، الناشر منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2000، ص 297.

[2]: هشام علي صادق، حفيظة السيد الحدّاد: القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، سنة 1998، 1999، ص 104.

تلقاء نفسها[1]، ويمكن أن تتحقق هذه الرابطة في مسائل الزواج، إضافة إلى رابطة الجنسية والتوطّن، إذ وجد المال محلّ النزاع بدولة المحكمة.

وقد إنقسم الفقه بصدد هذا الشرط إلى جانبين، ذهب أحدهما إلى ضرورة إشتراط توافر هذه الرابطة الجدية بين المحكمة المختارة والنزاع المطروح، والآخر إقترح اللّجوء إلى فكرة أخرى، وهي فكرة المصلحة المشروعة بدلا من فكرة الرابطة الجدية.

وقدعلل الإتجاه الأول وجهة نظره بما يلي:

- إذا كان المشرّع قد جعل من إرادة الخصوم، ضابط للإختصاص القضائي الدولي للقضاء الوطني، فإنه يتعيّن أن يكون هذا الضابط قائما على أسس ثابتة، حتى لا ينتهي الأمر بإنصياع القضاء إلى أهواء الخصوم على نحو يخلّ بحق الدولة الأصيل في تنظيم إختصاص محاكمها بما يتّفق ومبدأ سيادتها على إقليمها.[2]
- إحترام مبدأ قوّة النفاذ، فإختصاص محاكم الدولة بنظر نزاع منبت الصلة بها، لإنعدام وجود أي رابطة مادية بين النزاع وإقليم الدولة سوف يؤدي إلى صدور أحكام غير قابلة للتنفيذ، فما الذي يدعو المحاكم الجزائرية مثلا للنظر في نزاع بين زوجين غير متوطنين في الجزائر، يتعلّق بحق عيني على مال كائن في الخارج؟، فإختصاص المحاكم الجزائرية بنظر مثل هذا النزاع يتعارض تماما مع مبدأ قوّة النفاذ، لإنعدام وجود رابطة مادية بين النزاع في هذه الحالة وإقليم الدولة، بل إنّ الحكم الجزائري الذي يصدر في دعوى مماثلة، قد لا يلقى التنفيذ في الخارج، لأنّ الدولة الأجنبية المختصّة بالدعوى أصلا قد ترفض الإعتراف بآثار هذا الحكم لصدوره من قضاء غير مختصّ من وجهة نظرها، ولاشك أنّه من غير المقبول أن يصدر القضاء حكما، يعلم مقدّما أنّه معدوم

[1] : هذا الشرط قد إستلزمه القضاء الإنجليزي بصفة خاصّة، والذي أتاح للقاضي هناك حال تخلّفه أن يتخلّى عن نظر الدعوى، عملا بنظرية المحكمة غير الملائمة وبالتالي يحيل الخصوم إلى المحكمة المختصّة التي يرتبط بها النزاع برابطة جدّية، راجع في ذلك :هشام علي صادق، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 166.

[2] : هشام علي صادق، حفيظة السد الحدّ اد : القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 102.

القيمة حقيقة، وقد أكّدت أحكام القضاء الفرنسي والهولندي بدورها هذا النظر، كما إستقرّ عليه القضاء في إيطاليا وإنجلترا. [1]

- إغلاق باب التحايل على قواعد الإختصاص القضائي، وذلك بمنع الأفراد من التهرّب من ولاية المحكمة المختصّة دوليا والتي تربطها بالنزاع صلة وثيقة،[2] فإذا كان المشرّع قد إعتدّ بإرادة الأفراد وجعل منها ضابطا للإختصاص القضائي الدولي، إلاّ أنه لم يشأ أن يترك لهم الحبل على الغارب بحيث يكون لهم تحديد المحكمة المختصّة.[3]

إنّ إنعدام الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المختارة المعهود إليها بالإختصاص، يعني أنّ هذه المحكمة غير صالحة أو غير ملائمة للفصل في النزاع، ممّا يستتبع أن تتخلّى عن نظره، حيث أنّ تلك النظرية تسمح للقاضي المعروض عليه النزاع بالتخلي عن نظر الدعوى، إذا إتّضح له أنّ الدعوى لا ترتبط بالمحكمة المختارة إرتباطًا معقولاً وأنّه من الأكثر ملاءمة أن يعرض النزاع أمام محكمة دولة أخرى.[4]

وعلى الرغم من قوّة هذا الرأي الذي ينادي بضرورة توافر رابطة جدية بين المحكمة المختارة والنزاع المطروح أمامها، فإنّ جانبا من الفقه قد إقترح اللّجوء إلى فكرة أخرى، وهي فكرة المصلحة المشروعة بدلا من فكرة الرابطة الجدية وذلك للأسباب التالية:

- صعوبة وضع معيار منضبط، يتمّ على ضوئه تحديد مضمون فكرة الرابطة الجدية أو الصلة المعقولة بين النزاع والمحكمة المختارة، وهو ما إنتهت إليه بالفعل بعض أحكام القضاء الفرنسي، فليس هناك ما يمنع

[1] : هشام علي صادق : تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 168.
[2] : محمد وليد المصري : المرجع السابق، ص 313.
[3] : عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 459.
[4] : هشام علي صادق، حفيظة السيد الحدّاد : القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 103.

الخضوع الإختياري لقضاء دولة محايدة لا ترتبط بالمنازعة بأيّ صلة[1]، وقد فضّل القضاء الفرنسي أن يستعاض عن فكرة الرابطة المشار إليها بفكرة أخرى أكثر إتّساعا، يتحقق معها الهدف المتوخّى من وراء هذا الضابط وهي فكرة المصلحة المشروعة، ومؤدّى هذه الفكرة أنّه يجوز للخصوم الإتّفاق على الخضوع الإختياري لولاية قضاء دولة معينة ولو لم يكن بينها وبين النزاع رابطة جدية، بشرط أن تكون للخصوم مصلحة مشروعة في ذلك.[2]

- من الأمور التي تدعّم إستبدال فكرة المصلحة المشروعة بالرابطة الجدية حجّة مستمدّة من المعاهدات الدولية، فمعاهدة لاهاي سنة 1965 الخاصّة بالإتفاقات المانحة للإختصاص، لم تعلّق صحّة الإتفاق المانح للإختصاص على ضرورة توافر رابط جدّي بين القاضي المختار والمنازعة المطروحة أمامه، إذ أن المادّة 15 من تلك المعاهدة نصّت على تحفّظ يعطي للدولة المتعاقدة الحق في عدم الإعتراف بالإتفاق المانح للإختصاص، إذا كان النزاع لا يتّصل بأيّ صلة بالقاضي المختار، إلاّ أنّ إيراد مثل هذا التحفّظ، يؤكّد المبدأ العام، الذي انطلقت منه هذه المعاهدة، وهو مبدأ عدم إشتراط وجود صلة بين النّزاع والمحكمة المختارة والإستعانة بفكرة المصلحة المشروعة، كذلك لم تشترط معاهدة بروكسل المبرمة بين دول السوق الأوربية المشتركة ضرورة توافر رباط جدّي بين القاضي المختار والنزاع المطروح أمامه.[3]

وأيّا ما كان من أمر، فهذا الرأي لا يخلو إعماله أمام القضاء من صعوبة الكشف عن مدى مشروعية المصلحة، بوصفها شرطا لصحّة الإتفاق المانح للإختصاص، ولذلك يرى الدكتور هشام علي صادق في هذا الصدد ضرورة وجود إرتباط بين النزاع وبين الإقليم، وذلك رغم عدم إشارة نص المادّة 32 من قانون المرافعات المصري لهذا الشرط الذي تأخذ به الكثير من الأنظمة القانونية، دون حاجة لنصّ صريح، ولهذا يكون

[1] : هشام علي صادق : تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 170.

[2] : عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص460.

[3] : هشام علي صادق، حفيظة السيد الحدّ اد : القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 104.

من حقّ المحكمة أن تتخلّى عن إختصاصها من تلقاء نفسها، إذا تبيّن أنّ النزاع لا يرتبط بإقليم الدولة تطبيقا لمبدأ- قوة النفاد- وتلافيا للإنصياع وراء أهواء الخصوم ورغباتهم غير المشروعة، فحتى يأخذ بالخضوع الإختياري في النّزاعات الزوجية لابّد من توافر رابطة جديّة كأن يكون موطن الزوجية متواجدًا في إقليم الدولة التي إختارا الزوجين قضاءها، أو كان أحدهما يحمل جنسية هذه الدولة، أو وجد المال محلّ النزاع بينهما على أرض هذه الدولة، ويتعيّن على المحكمة أن تقضي بعدم إختصاصها إذا تعلّقت الدعوى بعقار كائن في دولة أجنبية، رغم خضوع الزوجين إختياريا لولايتها وحتى لو كانت ثمّة رابطة بين النزاع والإقليم.[1]

ثانيا: أن يكون الخضوع الإختياري جالبا للإختصاص:

إنّ الإتجاه الغالب في التشريعات المقارنة، يقرّ الخضوع الإختياري حين يؤدي إلى جلب إختصاص جديد للمحاكم الوطنية، ولا يقرّه إذا كان يؤدي إلى سلب إختصاص ثابت لهذه المحاكم، ويبرّر ذلك على أساس أنّ الإختصاص الدولي للمحاكم الوطنية يتعلّق بالنظام العام، ولذلك لا يجوز الإعتداد بإرادة الخصوم، إذا كان من شأنها إنقاص هذا الإختصاص أو سلبه، أمّا إذا كانت هذه الإرادة، تجلب إختصاصا جديدًا للمحاكم الوطنية، فلا بأس الإعتداد بها باعتبارها تمثّل ضابطا إضافيا لإختصاص هذه المحاكم[2]، غير أنّ ذلك يؤدي بالدولة إلى إحتكار الإختصاص بكلّ المنازعات الدولية التي تطرح عليها، ممّا يترتّب عليه المساس بحقوق الدولة الأخرى في المشاركة بنصيب في الإختصاص بالمنازعات الدولية التي تطرح أمام محاكمها، وبالإضافة إلى ذلك، إنّ هذا الإحتكار يحمل في طيّاته تجريد الأحكام التي تصدرها الدولة من كلّ أثر لها في أيّة دولة أجنبية تكون على صلة بالنزاع[3]، كما أنّ الإعتراف للإرادة بدور جالب للإختصاص فقط يحمل بين جنباته نزعة وطنية أنانية هدفها توسيع حالات الإختصاص للمحاكم الوطنية، وهي نزعة لا تتلاءم مع طبيعة القانون الدولي الخاص

[1] : هشام علي صادق، تنازع الإختصاص القضائي الدولي : المرجع السابق، ص 174 وما بعدها .

[2] : أشرف عبد العليم الرفاعي : المرجع السابق، ص 96.

[3] : عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 466.

بوصفه القانون الذي يحكم العلاقات الخاصّة الدولية، ومن ثمّ إذا كان للزوجين الحق في أنّ يخضعوا المنازعات الناشئة بينهم إلى المحاكم الوطنية بناء على الخضوع الإختياري، فإنّ لهم الحق أيضا في سلب الإختصاص من المحاكم الوطنية، والعهد بالمنازعات التي تنشأ بينهم لمحاكم دولة أجنبية، ويمكن الإعتداد بإرادة الخصوم في سلب الإختصاص الثابت أصلا لمحاكم الدولة في الحالات التي يكون فيها هذا الإختصاص قد ثبت بمقتضى معايير ضعيفة كمعيار جنسية الخصوم مثلا[1] ،مما يستنتج منه أنه إذا كان أحد الزوجين جزائريا ،فإن له إمكانية سلب الإختصاص من المحاكم الجزائرية،والعهد بالمنازعات التي تنشأ بينه وبين زوجه الآخر لمحاكم دولة أجنبية ،وهنا يتم الإعتداد بإرادته في سلب الإختصاص الثابت لمحاكم دولته.

ثالثا: ضرورة إتصاف النزاع بالصفة الدولية:

رغم إتّفاق غالبية الشرّاح على وجوب أن يكون الإتّفاق المانح للإختصاص وارد بصدد نزاع يتضمن عنصرًا أجنبيا، ومتّصفا على هذا النحو بالصفة الدولية فإنّ البعض قد ذهب إلى عدم إستلزام هذا الشرط، متصورًا أنّه يجوز للخصوم في نزاع محض داخلي أن يتفقا على الخضوع الإختياري لقضاء أجنبي، وقد إستند هذا الرأي الأخير على حجج يهون الردّ عليها، فضوابط الإختصاص الدولي للمحاكم الوطنية ومن بينها ضابط الخضوع الإختياري، هي ضوابط لا يتصوّر إعمالها أصلا إلا في صدد المنازعات التي تتّسم بالصبغة الدولية في مفهوم القانون الدولي الخاص.[2] وقد تبنّت ذلك محكمة النّقض الفرنسية وحكمت بصحّة الإتفاق على تعديل أحكام الإختصاص القضائي لمّا يكون النزاع دوليا[3]، وإنّ الصفة الدولية لا محالة متوافرة في عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي.

---

[1] : هشام علي صادق، حفيظة ا لسيد الحدّاد : القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، المرجع السابق، ص 109 وما بعدها.

[2] : هشام علي صادق : تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص165.

[3] : أعراب بلقاسم : القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 29.

ومتى صدر حكم من المحاكم المختصّة أصليا أو جوازيا-على حسب التفصيل السالف الذكر-، قد يراد التمسك والإحتجاج به في دولة أخرى غير دولة القاضي الفاصل في النزاع، وهذا مايدفعنا إلى دراسة تنفيذ الأحكام الأجنبية في مسائل الزواج المختلط .

المبحث الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط:

يعدّ موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، من بين المواضيع البالغة الأهمية في القانون الدولي الخاص، ذلك لأنّ دراسة الموضوعات الداخلة في نطاق القانون الدولي الخاص، كتنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي ستصبح مجرّد دراسة نظرية، إذا ما إنتهى الأمر إلى صدور حكم في دولة، مجرّد من كلّ قيمة في الخارج، وخاصّة في الوقت الحاضر الذي يشهد تطوّرًا ملحوظا في تشابك وإزدياد العلاقات بين أفراد الدول المختلفة، ولذلك كان لزوما على كل قاض، أن يقبل تنفيذ الحكم الأجنبي في دولته، مع الأخذ بعين الإعتبار طبيعة النظام الذي يأخذ به، والشروط التي ينص عليها قانونه، وكذا الآثار المترتبة على منحه للصيغة التنفيذية.

وتبعا لذلك، إذا صدر حكم فاصل في النزاعات المرتبطة بمسائل الزواج المختلط من محكمة مختصة، وكان القاضي قد طبّق فيه القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد في دولته، وتمّ الإحتجاج بهذا الحكم في الخارج، فهل هذا الحكم قابل للتنفيذ ؟، وإذا كانت الإجابة بنعم، فما هي الأنظمة السائدة في مختلف التشريعات لتنفيذه ؟ وما هي الشروط التي يراعيها قاضي التنفيذ ؟، وهل يمكن تصور قيمة لهذا الحكم قبل منحه للصيغة التنفيذية؟ وفيما تتمثل الآثارالمترتبة على منحه للقوة التنفيذية؟

لذلك سنتطرق لدراسة هذا الموضوع ونخصّص له مبحثا مستقلاّ، وسنعتمد في دراستنا على المنهج التحليلي والمقارن، مستندين إلى قوانين بعض الدول العربية بما فيها الجزائر، وبعض الدول الغربية كفرنسا، إيطاليا، ألمانيا، وإنجلترا، آخذين بعين الإعتبار موقف الفقه والقضاء في حالة سكوت التشريعات، وكذا موقف الإتفاقيات الدولية، مركّزين على أهمّ النقاط في هذا الموضوع وذلك من خلال التعرّض في المطلب الأوّل إلى :

الأحكام الأجنبية والأنظمة السائدة لتنفيذها، وفي المطلب الثاني إلى : شروط وآثار تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط.

المطلب الأوّل: الأحكام الأجنبية والأنظمة السائدة لتنفيذها:

قد يصدر في المنازعات المتعلّقة بمسائل الزواج المختلفة أحكاما أجنبية، سواءًا تعلّق الأمر بإنعقاده أو آثاره، إذ قد يصدر القاضي المعروض عليه النزاع، سواءًا في إطار دعوى مدى صحّة، أو نفاد عقد الزواج، أو في دعوى نسب أو نفقة أو دعوى إثبات زواج، أو دعوى تدّعي فيها الزوجة ملكيتها لعقار أو منقول ضد زوجها، وغيرها من الدعاوى التي قد سبق التصدّي لها في المبحث الأوّل ــ حكما قضائيا ــ، غير أنّه يراد التمسّك بهذا الحكم خارج حدود الدولة التي أصدرته، فيوصف هذا الحكم بأنّه أجنبيا، فما المقصود بالحكم الأجنبي ؟، وما هي أنواع الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ ؟، وللإجابة على ذلك، سنتعرّض في الفرع الأوّل من هذا المطلب إلى: مفهوم الحكم الأجنبي.

كما تختلف الدول وحسب الأنظمة التي تسير على وتيرتها في مواقفها، إتجاه الدعوى المتعلّقة بتنفيذ الحكم الأجنبي المرفوعة أمام قضائها، فما هي أهم الأنظمة السائدة لتنفيذ الأحكام الأجنبية؟، وهو ما سنتعرّض له في الفرع الثاني.

الفرع الأوّل: مفهوم الحكم الأجنبي:

من أجل تحديد مفهوم الحكم الأجنبي، وضبط هذا المصطلح ضبطا دقيقا، يتعيّن علينا أوّلا- تعريف الحكم الأجنبي، وثانيا- التطرّق إلى أنواع الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ، وذلك في البندين التاليين:

البند الأوّل: تعريف الحكم الأجنبي:

إنّ تحديد المقصود بالحكم، هو مسألة تفسير تخضع لقانون القاضي أي لقانون الدولة التي يراد التمسّك فيها بآثار الحكم الأجنبي، والمقصود بالحكم بصفة عامّة، هو كلّ قرار صادر عن المحاكم في خصومة أو في غير خصومة، ولو لم يكن فاصلا في النزاع[1].

وتختلف التّعبيرات التي تطلق على الأحكام، حسب درجة الجهة التي تصدرها، وأنواع الجهات، ويكون ذلك كالآتي: [2]

أ- الأوامر الإستعجالية التي تصدرها الأقسام الإستعجالية، عندما تتوفّر عناصر الإستعجال.

ب- الأحكام القضائية (Jugements)، وهي الأحكام التي تصدر بصفة إبتدائية من المحاكم بمختلف أنواعها.

جـ القرارات القضائية (Arrêts)، وهي الصادرة من المجالس القضائية على مستوى الإستئناف أو من المحكمة العليا ومجلس الدولة.

وإلى جانب المنازعات التي يفصل فيها القضاء على النحو المبيّن أعلاه، قد يحرّر شخصان تصرّفهما في وثيقة رسمية، فيسمّى العقد حينئذ بالعقد الرسمي (Les actes authentiques)، وحين يحصل العقد على الصيغة التنفيذية، يصبح صالحا للتنفيذ على غرار الحكم القضائي.[3]

ولكن ما لمقصود بالحكم الأجنبي؟، ومتى يكون قابلا للتنفيذ؟

---

[1] : عكاشة محمد عبد العا ل : الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، المرجع السابق، ص 169.

[2] : عز الدين عبد الله : القانون الدولي الخاص،. المرجع السابق، ص 824.

[3] : ولد الشيخ شريفة : تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للطباعة والنشروالتوزيع الجزائر، بدون طبعة، سنة 2004، ص 7.

إنّ معيار التفرقة بين الحكم الوطني والحكم الأجنبي، لا يتجسّد في المكان الذي صدر فيه الحكم، بل يتجسّد باسم سيادة من أصدر الحكم، فإذا صدر باسم سيادة أجنبية فهو أجنبي، أمّا إذا صدر باسم سيادة وطنية فهو وطني، لذا فإنّ العبرة في تحديد الصفة الأجنبية للحكم من عدمها، تتعلّق بالسيادة التي صدر عنها، دون الأخذ بعين الإعتبار المكان الذي صدر فيه،[1] ومنه يكون الحكم أجنبيا متى صدر باسم سيادة دولة أجنبية بغضّ النظر عن مكان صدوره وعن جنسية القضاة الذين يفصلون فيه.

وتطبيقا لما تقدّم، ذهب القضاء الفرنسي إلى إعتبار الأحكام التي كانت تصدر من المحاكم القنصلية الفرنسية، في البلد الذي تتمتّع فيها فرنسا بإمتيازات، لم تكن تعتبر من قبيل الأحكام الأجنبية، لكونها صادرة باسم السيادة الفرنسية،[2] وحتى يعتدّ بالحكم الأجنبي، يجب أن تكون المحكمة الأجنبية المصدرة للحكم لها سلطة إصدار هذا القرار وفقا لما يرسمه النظام الأجنبي من قواعد وأحكام، وإذا كان الأصل أنّ الحكم يصدر من المحاكم الأجنبية، أي السلطة القضائية، إلاّ أنّ القضاء الفرنسي، إعتبر أنّ الحكم يكون أجنبيا، ولو صدر من هيئة دينية أو إدارية متى خوّل لهذه الأخيرة بعض إختصاصات السلطة القضائية، للفصل في المنازعات وفق ما رسمه مشرّع الدولة.[3]

ومن المسلّم به أن ليس كل حكم أجنبي يكون قابلا للتنفيذ، وإنّما ينبغي من حيث المبدأ – أن يتعلّق الأمر بحكم أجنبي صادر في شأن منازعة من منازعات القانون الخاص الدولية–، كالمنازعات المرتبطة بالزواج المختلط ذي العنصر الأجنبي، وأن تتوافر في الحكم عدّة شروط بدونها لا يمكن صدور الأمر بتنفيذه.[4]

---

[1] : Loussouarn et Bourel, op. Cit , p.519

[2] : عكاشة محمد عبد العال : الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، المرجع السابق، ص 169.

[3] : موحند إسعاد : المرجع السابق، ص 172.

[4] : عبد الفتاح بيومي حجازي : النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دراسة متعمقة في القانون الدولي الخاص، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2007، ص 7.

البند الثاني: أنواع الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ:

الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيد، قد تكون أحكاما قضائية، أو أعمالاً ولائية، أو سندات رسمية.[1]

أوّلا: الأحكام القضائية:

الأحكام القضائية الأجنبية القابلة للتنفيذ، تتعلّق بمسألة من مسائل القانون الخاص، فلا بدّ أن يكون الحكم الأجنبي فصل في مسألة من مسائل القانون الخاص، وعلى ذلك يخرج من نطاق تنفيذ الأحكام الأجنبية: الأحكام الجنائية والإدارية، لأنّ هذه الأحكام يحكمها مبدأ الإقليمية، ومن هنا فالمهّم هو طبيعة الحكم وليست طبيعة الهيئة التي أصدرته، فالحكم الذي يفصل في مسألة ذات طبيعة مدنية، يعتبر حكما مدنيا يمكن تنفيذه، ولو كان صادرًا عن جهة القضاء الإيداري أو بواسطة هيئة تشريعية.[2]

وقضي في فرنسا أنّ الحكم الأجنبي الذي قضى بالطلاق يكون قابلا للإعتراف به في فرنسا ، حتى لو كان صادرًا عن سلطة إدارية، أو هيئة دينية مختصة بإصداره، كما قضي بأنّ الحكم الأجنبي الصادر من محكمة إدارية والقاضي بتعويض مالي لمصلحة شخص في مواجهة مقاول، بسبب الأضرار التي لحقت به من جرّاء الأعمال التي قام بها وهو بصدد تنفيذ الأشغال، يعدّ حكما مدنيا قابلا للتنفيذ، وخلافا لذلك فإنّ الحكم الصادر بالغرامة لا يمكن تنفيذه ولو كان صادرًا من محكمة مدنية أو تجارية أجنبية.[3]

---

[1] : Jean Derruppé, op.cit, p117.

[2] : إستقر الرأي الراجح فقها وقضاءًا في فرنسا إلى أنّ الحكم الجنائي والإداري، وإن كان لا يمكن الإعتداد به وبآثاره باعتباره كحكم أجنبي، لكن يمكن الإعتداد به كواقعة أو دليل يقبل إثبات العكس (مثلا: إذا حكمت الزوجة على زوجها، ولها حكم أجنبي يقضي بعقوبة المدعى لإرتكابه جريمة الزنا، هنا الزوجة لا يمكنها تنفيذ الحكم الأجنبي، ولكن تستطيع إستخدامه كدليل إثبات أمام القضاء الوطني في رفعها لدعوى التطليق).

[3] : موحند إسعاد: القواعد المادية، المرجع السابق، ص 172.

وتكييف المسألة التي فصل فيها القضاء الأجنبي، هل هي مسألة مدنية أم لا، يخضع إلى قانون قاضي التنفيذ، فإن إعتبرها مسألة مدنية، ترتّب على الحكم أثره بعد الأمر بالتنفيذ، وإذا لم يعتبرها مسألة مدنية لم يولّد الحكم أثره.[1]

وقد نصّت العديد من الإتفاقيات المتعلّقة بالتعاون القانوني والقضائي، على ضرورة الإعتراف بالأحكام القضائية الصادرة عن محاكم الطرف الآخر في القضايا المدنية، بما في ذلك الأحكام المتعلّقة بالحقوق المدنية الصادرة عن محاكم جزائية، وفي القضايا التجارية والقضايا الإدارية وقضايا الأحوال الشخصية، الحائزة لقوّة الأمر المقضي به.[2]

ويستنتج من خلال دراسة مجال الأحكام القضائية الأجنبية القابلة للتنفيذ، أنّ جميع الأحكام الصادرة من أي قضاء أجنبي والمرتبطة بالنزاعات المتعلّقة بمسائل الزواج، باعتبارها تندرج ضمن قضايا الأحوال الشخصية ، هي قابلة للتنفيذ خارج حدود الدولة التي أصدرتها، وسواءاً تعلّقت هذه الأحكام بالأحوال الشخصية البحتة كالحالة والأهلية أو تعلّقت بالأحوال الشخصية في جانبها المالي، كالحكم الذي يقضي بدفع مبلغ النفقة، أو الحكم القاضي بالإعتراف بملكية الزوج أو الزوجة لأمو ال منقولة أو عقارية مشتركة بينهما.

ثانيا – الأعمال الولائية:

بالإضافة إلى الأحكام القضائية التي يصدرها القضاء في علاقته مع المتقاضين المتنازعين، يصدر قرارات لا تتعلّق بأيّة منازعة، بل يكتفي فيها القاضي بتأكيد أمر ما أو تغيير حالة معينة أو تثبيت مركز قانوني معيّن، وهذه هي الأعمال الولائية " La juridiction gracieuse ".

[1] : أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، الجنسية، المرجع السابق، ص 54.

[2] : المادّة 30 من إتفاقية الرياض للتعاون القضائي، المادّة الأولى من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلّقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، المادّة 37 من إتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول المغرب العربي، المادة 16 من الإتفاقية الجزائرية المصرية، وسنتعرض لهذه الإتفاقيات فيما بعد.

وباعتبار الأعمال الولائية لا تدخل في نطاق الوظيفة القضائية للقضاء، لم يطرح تنفيذها بنفس الحدّة التي طرح بها تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، ولكن أمام التطوّر الهائل الذي عرفته هذه الطائفة من القرارات، نادى الفقه بالإعتراف بها، وعمد القضاء إلى إخضاعها لنفس الشروط والإجراءات التي تخضع لها الأحكام القضائية الأجنبية. [1]

إنّ معيار التفرقّة بين الأعمال الولائية والأحكام القضائية، هو عدم وجود مواجهة في إجراءات العمل الولائي لأنه لا يوجد طرفان بالمعنى الصحيح، كما أنّ العمل الولائي بعكس الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضي به، ولو صدر بعد تحقيق يجريه القاضي، ويجوز رفع دعوى أصلية ببطلان العمل الولائي، الأمر الذي لا يمكن إعماله بالنسبة للأحكام، بالإضافة إلى أنّه لا يقبل التدّخل في إجراءات العمل الولائي، زد على ذلك أنّ الأعمال الولائية لا تخضع لطرق الطعن التي تخضع لها الأعمال القضائية.[2]

أماّ بالنسبة لتنفيذها، فيفرّق الفقه بين نوعين من الأعمال الولائية، تلك التي يكون أثرها التنفيذ الجبري، وحكمها هو نفس حكم تنفيذ الأحكام الأجنبية، بمعنى أنّها لا تنفّد إلاّ بمقتضى الأمر بالتّنفيذ- كبيع أموال القاصر، وتلك التي لا تتضمن أي تنفيذ على الأشخاص أو الأموال، وتتعلّق على الأخصّ بالحالة والأهلية، ويكون لهذا النوع أثر دون حاجة لأي أمر بالتنفيد، ومن أمثلة ذلك الإعتراف بالولد الطبيعي وتصحيح شهادة الميلاد، ممّا يعني أنه في إيطار قضايا الزواج قد يحدث وأن تصدر أعمالا ولائية، كما هو الشأن في حالة إعتراف كلا الزوجين أو أحدهما بإنتساب الولد الطبيعي إليهما.

وبالنسبة للتشريع، فلا المشرّع الفرنسي ولا المشرّع الجزائري، تكلّم عن تنفيذ الأعمال الولائية، لأنّ المشكل طرح بالنسبة لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية والسّندات الرسمية الأجنبية فقط، ممّا أدّى إلى تذبذب

[1] : ولد الشيخ شريفة : المرجع السابق، ص 45.

[2] : عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 573.

فقهي وقضائي فيما يتعلّق بالأعمال الولائية، ولكن ما لبث القضاء في تطوّره أن إتّبع ما سلكه الفقه، فأخضع الأعمال الولائية التي تتضمن تنفيذًا جبريا على الأشخاص أو الأموال لنفس حكم الأحكام القضائية الأجنبية، أمّا الأعمال الولائية التي لا تتضمن تنفيذًا جبريا على الأشخاص والأموال، فقد أخضعها لنفس حكم الأحكام الخاصّة بالحالة والأهلية. [1]

كما أنّ المشرّع المصري نصّ صراحة على إخضاعها لنظام الأمر بالتنفيذ، مساويا بينها وبين الأحكام القضائية الأجنبية وذلك في نصوص المواد من 296 إلى 301 مرافعات مصري، ونصّ عليها المشرّع التونسي في الفصل 12 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي.

ثالثا: – السندات الرسمية الأجنبية : Les actes officiels étrangèrs

أحيانا لا يحتاج الأشخاص إلى حكم لحسم النزاع، ولكن يحتاجون إلى وثيقة رسمية تثبت تصرّفاتهم وتؤكّد حقوقهم، ولذلك يلجأون إمّا إلى توثيق هذه التصرّفات أمام موظّف رسمي، أو إلى تأكيد الحق في سند يزوّده بقوّة قانونية أكبر، وعادّة ما يلجأ الزوجان إلى ا لسندات الرسمية فيما يتعلّق بالأموال المشتركة بينهما.

وتنقسم السّندات المكتوبة إلى نوعين: السّندات الرسمية[2]، والسّندات العرفية[3]، فالسّندات الرسمية، هي وحدها التي تعتبر سندات تنفيذية.

---

[1] : ولد الشيخ شريفة : المرجع السابق، ص 47.

[2] : السندات الرسمية هي التي تثبت تصرّفات حرّرت أمام موظفين عموميين أو موظفين قضائين، وقد نص عليها المشرع الفرنسي في المادة 1317من القانون المدني :

«L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publique ayant le droit d'instrumenter dans le lieu ou l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.»

[3]: السندات العرفية هي التي تثبت تصرفات حرّرت بين المعنيين بالأمر فقط دون حضور موظفين رسميين أو قضائيين، وقد نص عليها المشرع الفرنسي في المادة 1322 من القانون المدني:

« L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu a entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayant cause , la meme foi que l'acte authentique. »

وقد نصّ التشريع الفرنسي على تنفيذ السّندات الرسمية مند أمر 1629 بموجب المادّة 121، كما نصّت على ذلك المادة 509 من تقنين الإجراءات المدنية الفرنسي.[1]

وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الجزائري، فقد نصّت المادّة 606 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

"لا يجوز تنفيذ العقود والسّندات الرسمية المحرّرة في بلد أجنبي في الإقليم الجزائري، إلاّ بعد منحها الصيفية التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى إستوفت الشروط الآتية ..."

ويعترف في الجزائر بالقوّة التنفيذية للسّند الرسمي، بمجرّد أن يتمتّع بها في دولته الأصلية، ولذلك تختلف شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية عن شروط تنفيذ السّندات الرسمية، ففي هذه الأخيرة، يكتفي قاضي التنفيذ بالبحث عن تحرير السند من موظف رسمي، وعن عدم مخالفة السّند للنظام العام لدولة التنفيذ.

وفي مصر قوّة إثبات السّندات الرسمية تتحدّد بالقانون الذي تّمت تحت سلطانه، وهو ما نصّت عليه المادة 300 مرافعات مصري.

الفرع الثاني: الأنظمة السائدة لتنفيذ الأحكام الأجنبية:

متى صدر حكم في المنازعات المرتبطة بمسائل الزواج، سواءًا تعلّق بالأحوال الشخصية البحتة كالحالة والأهلية أو إرتبط بالجانب المالي المتعلّق بها، وأريد تنفيذه خارج حدود الدولة التي أصدرته، يطرح التساؤل عن كيفية طلب الأمر بالتنفيذ : هل يتم رفع دعوى جديدة، أو يقتضي الأمر فقط اللّجوء إلى القضاء لإستصدار أمر بالتنفيذ ؟

[1] : تنص المادة 509من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية:

« Les jugement rendus par les tribunaux étrangers et les actes recus par les officiers étrangers sont exécutoires sur les territoires de la république de la manière et dans les cas prévus par la loi ».

وفي حقيقة الأمر لا تسير الدول على وتيرة واحدة عند تنفيذها للحكم الأجنبي، وهي تختلف حسب تمسّكها بمبدأ السيادة الإقليمية، فبعض النظم القانونية، تقتضي ممّن صدر الحكم لصالحه في الخارج، أن يرفع دعوى جديدة على ذات الحق المتعلّق به النزاع، والبعض الآخر يقتضي فقط ممّن صدر الحكم لصالحه اللّجوء إلى القضاء لإستصدار أمر بالتنفيذ.

البند الأوّل: نظام رفع الدعوى:

هذا ما أخذت به إنجلترا [1]، وحسب هذا النظام يتعيّن على صاحب المصلحة، رفع دعوى جديدة أمام المحكمة الإنجليزية، للمطالبة بالحق الذي ينظّمه الحكم الأجنبي الصادر لمصلحته، كدليل حاسم في الدعوى على ثبوت الحق المطالب به، ويكون بذلك الحكم الصادر عن المحكمة الإنجليزية هو القابل للتنفيذ، وهذا المعنى يعبر عنه الفقه الإنجلزي بقوله أنه لا يجوز للمحكوم له أن يرفع دعوى بناءًا على الحكم الأجنبي، ويلاحظ أنّ المحاكم الإنجليزية حين تعترف بحجية الحكم الأجنبي، إنّما تعترف في واقع الحال بالحق الذي تولّد عنه هذا الحكم.

وقد مرّ القانون الإنجليزي بتطوّر ملحوظ في هذا الشأن، ففي النصف الأوّل من القرن 18 كان الحكم الأجنبي يعتبر دليل عن الدعوى الجديدة بوصفه قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها[2]، ولكن في سنة 1870 أصبح ينظر إلى الحكم الأجنبي بأنه دليل قاطع وحاسم على صحّة ما قضي به في الخارج.[3]

وكان الأساس الذي يقوم عليه الإعتراف بالحكم الأجنبي، الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة بالخارج، ولكن ذلك أصبح مهجورًا، و لم يعد ينظر إلى الأجنبي الذي يأتي وبيده حكم يريد تنفيذه في إنجلترا،

[1] : هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2007، ص 344.

[2] : هذا ما سجله اللورد Brougham في سنة 1834 في قضية Hauldich . Donegal حين قال :

« A Foreign judgement is only prima facie, not conclusive, evidence of a dept".

[3] : محمد عبد العال عكاشة : الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، المرجع السابق، ص 177.

على إعتبار أنّه يطالب بحق أكتسب في الخارج، بل أصبح الحق الذي يراد الإعتراف به وتنفيذه في انجلترا أثرًا، فيكون الإعتراف للحكم الإنجليزي وليس للحكم الأجنبي[1]. فحسب القانون الإنجليزي يتعيّن على المحاكم الإنجليزية الإعتراف بالحكم الأجنبي، وهذا الإعتراف ينصرف إلى مدى صلاحية الحكم كسبب في الدعوى، وصلاحيته ليتّخذ كأساس لدفع تدفع به دعوى مرفوعة لد المحاكم الإنجليزية، فالإعتراف ينصبّ على الحق الذي ولّده الحكم.

أمّا تنفيذ الحكم الأجنبي، فلا يسلّم به القانون الإنجليزي لأنّ الأمر بالتنفيذ جبرًا، لا يحدث أثره خارج إقليم الدولة التي أصدرته محاكمها، وذلك بالنّظر إلى إقليمية السيادة[2]، لذلك في إنجلترا هناك فرق بين الإعتراف بالحكم وتنفيذ الحكم.[3]

وحسب الفقه الإنجليزي، يجوز لصاحب المصلحة، رفع دعوى أمام القضاء الإنجليزي، يستند فيها إلى حقه الأصلي الذي سبق أن طالب به في الدعوى التي رفعها في الخارج، وصدر فيها حكم أجنبي، ودون أن يستند إلى الحكم الأجنبي.

ويمكن بلورة دعائم هذا النظام السائد في إنجلترا في أمرين:

أوّلهما: أنه ينظر إلى الحكم الأجنبي المقدّم كدليل في الدعوى، بوصفه دليلا حاسما لا يقبل إثبات العكس حتى ولو كان معيبا بخطأ في الواقع أو القانون، وذلك لأنّ المحاكم الإنجليزية ليست محاكم إستئنافية بالنسبة للمحاكم الأجنبية التي أصدرت الحكم.[4]

---

[1] : عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة متعمقة في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، سنة 2004، ص 32.

[2] : عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة متعمقة في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، سنة 2004، ص 32.

[3] : ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش : المرجع السابق، ص 32 .

[4] : هشام صادق، عكاشة محمد عبدالعال : الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 325.

ثانيهما: إنّ القضاء الإنجليزي لا يقبل الحكم الأجنبي باعتباره دليلا حاسما إلاّ إذا توافرت فيه مجموعة من الشروط أهمها:أن يكون صادرًا من محكمة مختصّة دوليا ويتحدّد هذا الإختصاص وفقا لقواعد القانون الإنجليزي، وأن تراعى في إصداره العدالة الطبيعية، وأن يكون نهائيا، أي حائزًا لقوّة الأمر المقضي به، وأن لا يكون قد صدر بناء على غش، سواء وقع الغش على المحكمة ذاتها، أو على أحد أطراف الخصومة، وألاّ ينطوي على مخالفة للنظام العام الإنجليزي[1].

هذا ويشير الفقهاء الإنجليز إلى أنه يجوز لصاحب المصلحة، أن يرفع دعوى أمام القضاء الإنجليزي، يستند فيها هذه المرّة إلى حقّه الأصلي الذي سبق أن طالب به في الدعوى التي رفعها في الخارج، وصدر فيها حكم أجنبي، ودون أن يستند بالمرّة إلى الحكم الأجنبي، وذلك لأنّه في نطاق الإجراءات الخاصّة الدولية لا يفنى سبب الدعوى في الحكم على نقيض ما هو مقرّر في القانون الداخلي الإنجليزي.[2]

وحسب ما يأخذ به النظام الإنجليزي، إذا صدر حكم من الجزائر يقضي ببطلان زواج جزائري بإنجليزية، أو يثبت نسب طفل لأبيه، أو يقضي بدفع مبلغ النفقة للزوجة الإنجليزية، أو يقضي بإثبات الزواج أو كان فاصلا في ملكية كلّ منهم ونصيب كل واحد منهما في الأموال المشتركة، وأريد تنفيذ هذا الحكم في انجلترا لسبب من الأسباب، فالمطلوب هو رفع دعوى من جديد، وللزوجين الإستناد إلى الحكم الجزائري الفاصل في النزاع، باعتباره دليلا حاسما وقاطعا، كما لهم الإستغناء عنه، وذلك لأنّ المحاكم الإنجليزية ليست محاكم إستئنافية بالنسبة للمحاكم الأجنبية التي أصدرت الحكم[3].

[1] : عكاشة محمد عبد العال : الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، المرجع السابق، ص 179.

[2] : : هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال : الإجراءات ا لمدنية والتجارية الدولية، المرجع السابق، ص 346.

[3] : هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال : الإجراءات ا لمدنية والتجارية الدولية، المرجع السابق، ص 346، راجع كذلك : عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 587.

البند الثاني: نظام الأمر بالتنفيذ:

يسود هذا النظام بصفة خاصّة في بلاد القارة الأوربية والبلاد العربية التي تحدوحذوها، كمصر والجزائر وتونس والمغرب ولبنان، وحسب هذا النظام يتعيّن على صاحب المصلحة، اللّجوء إلى القضاء في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ليستصدر منه أمر بالتنفيذ، والذي بصدوره يرقى الحكم الأجنبي إلى مصاف الحكم الوطني، وقبل صدور الأمر بالتنفيذ لا يترل الحكم الأجنبي مترلة الحكم الوطني.

وتختلف الدول فيما بينها من حيث السلطات التي تخوّلها لمحاكمها في نظر دعوى الأمر بالتنفيذ، والسائد الآن أن بعض الدول تعتنق نظام المراجعة، بينما يعتنق البعض الآخر نظام المراقبة فما المقصود بالنظامين؟

أوّلا : نظام المراجعة: Système de la révision

في ظلّ هذا النظام، يتم مراجعة الحكم من حيث التعرّض للوقائع وتفسيرها[1]،كما أنه للمحكمة أن تعدّل من الحكم الأجنبي، كأن تعيد تقدير مبلغ التعويض المحكوم به للزوجة، أو تعيد تقدير مبلغ النفقة مثلا، أو تقوم بتفسير عقد على نحو مغاير للتفسير الذي أعمله القاضي، أو تعيد تقدير جسامة الضرر، بل أكثر من ذلك يمكن للمحكمة أن تقبل طلبات جديدة، أو إدخال الغير الذي لم يسبق إختصامه في الدعوى الأصلية التي تمّ

[1] : هناك بعض الأنظمة ما تزال تعتنق هذا النظام مثل المادة 570 من القانون البلجيكي، وفي لوكسمبورغ يتخبط القضاء بين مؤيد لنظام المراجعة ورافض له، وفي القانون الإيطالي لا يجوز اللجوء إلى نظام المراجعة كقاعدة غير أنه يمكن اللجوء إليه في بعض الحالات الخاصّة لحماية حقوق الدفاع (الم 798 من قانون المرافعات)، وإذا كان القانون الألماني قد حضر اللجوء إلى نظام المراجعة إلاّ أن ذلك لا يمنع القاضي من التحقق أنّ الحكم الأجنبي قد إحترم قواعد التنازع الألمانية المتعلّقة بالأسرة شريطة أن يترتّب على عدم إحترام قواعد التنازع الألمانية الإضرار بالطرف الألماني (الم 29 من إتفاقية بروكسل المبرمة في 27 سبتمبر 1978 بين دول السوق الأوربية المشتركة والمتعلّقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية التي أشارت صراحة إلى الرجوع إلى النظام المراجعة)، راجع في ذلك :
Jean Pierre Puissochet, les éffets des jugement nationaux dans les autres états nembres de l'union Européenne, convention de Bruxelles, Université Jean Moulin Lyon 3 , faculté de droit, 2001, p11.

الفصل فيها في الخارج، وهذا على أساس أنّ الحكم الأجنبي قد يصدر عن قضاء غير نزيه، بعيدا عن الحيدة والموضوعية، كما أنّ هذا الحكم قد يكون مبنيا على الغشّ والتّدليس[1] .

وقد تعرّض هذا النظام للنّقد لأنه ينكر على الحكم الأجنبي قيمته، كما أنّه يضع القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ أمام صعوبات لا يمكن تخطّيها، لاسيما عندما يتعرّض لتقديره للوقائع للخوض في ظروف بعيدة عنه، فيتعذّر عليه التأكّد من أدلّة وقعت في الخارج، كذلك نظام المراجعة لا يوفّر الحماية الكافية لعلاقات الأفراد الخاصّة الدولية (كالزواج المختلط)، ويمسّ بالحقوق المكتسبة بالخارج.[2]

وقد إستقرّ القضاء الفرنسي على تطبيق نظام المراجعة على جميع الأحكام، وقد مرّ القضاء الفرنسي خلال تطوّره في تطبيق المراجعة بثلاث مراحل أساسية[3]، سميت المرحلة الأولى بمرحلة المراجعة الواسعة أو الكاملة، وإمتدت من سنة 1819 إلى 1933، وكان القاضي الفرنسي يتمتع خلالها بجميع السلطات، وسميت المرحلة الثانية بمرحلة المراجعة الضيقة أو المحدودة (من سنة 1933 إلى 1955)، وحدّدت خلالها سلطات قاضي التنفيذ بتنفيذ الحكم الأجنبي الذي لا يمكن إنكاره، أمّا المرحلة الثالثة فآمتدت من سنة 1955، وتميّزت بإلغاء نظام المراجعة، واحترام الحكم الأجنبي بآعتباره صادرًا من دولة ذات سيادة، نظرًا لمجهودات الفقه التي فرضت نظام المراجعة والتي دفعت محكمة النقض إلى إتخاد موقف ضدّ نظام المراجعة، وإخضاع الأحكام

---

[1] : عكاشة محمد عبد العال : الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، المرجع السابق، ص 170، راجع كذلك :
Y von loussouarn, pierre Bourel, op.Cit, p.623.

[2] : عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص581.

[3] : نص حكم محكمة إستئناف باريس، المؤرخ في 05-05-1846 على ما يلي :" يعتبر حكم التنفيذ الذي ينطق به القاضي حكما حقيقيا في الموضوع وليس أمرًا بالتنفيذ من إختصاص رئيس المحكمة"، كما قضى حكم من محكمة " نيم NIMES " سنة 1829 بمراجعة الأحكام الأجنبية من حيث الشكل أوالموضوع، كما أصدرت محكمة النقض الفرنسية ثلاثة أحكام متتالية :
(1930- 1932- 1933) وضعت بواسطتها حدودًا لنظام المراجعة، و أصدرت محكمة استئناف باريس سنة 1955 حكما في قضية السيد Weiller " وليز"، وجد فيه الفقه بداية لإلغاء نظام المراجعة، راجع في ذلك : ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص 116.

الأجنبية للمراقبة فقط دون مراجعتها في الموضوع، و لم يكن نظام ا لمراقبة في الحقيقة نظامًا جديدًا، بل كان يعمل به في الوقت الذي كان نظام المراجعة في أوج تطوّر، حيث كان القضاء يقصر نظام المراقبة على الأحكام التي كان لا يجوز مراجعتها، أي أحكام الحالة والأهلية حين لا يقصد منها التنفيد المادّي على الأموال أو الإكراه على الأشخاص،كالأحكام القاضية بصحّة الزواج أو بطلانه أو إثباته أو القاضية بتثبيت الجنسية أو الفاصلة في مسائل الأهلية.[1]

ثانيا: نظام المراقبة:

يفترض نظام المراقبة أنّ الحكم الأجنبي صحيح من الوجهة الدولية، ويتمتّع بالتالي بحجيّة الشيء المحكوم به، ولا تتأكّد صحّة الحكم بهذا المعنى، ولا ينفّد إلاّ بعد تأكّد القاضي المطلوب منه التنفيد من أنّ الحكم الأجنبي مستوفيا لمجموعة من الشروط[2]، وبمقتضى هذا النظام فإنّ المحكمة المطلوب منها منح الأمر بالتنفيد للحكم الأجنبي لا تتعرّض إلى فحص موضوعه إلاّ بالقدر اللاّزم للتحقّق من أ نّه لا يتعارض مع النظام العام، وينحصر دورها فقط في التأكّد من توافر شروط معينة فيه لا تمسّ موضوعه.[3]

وقد أستعمل مصطلح المراقبة في بادئ الأمر من قبل ا لفقهاء، وأوّل من إقترحه "Batiffol"، وطبّقه القضاء الفرنسي بمناسبة تنفيد أحكام الحالة والأهلية في غير أحوال التنفيد المادّي على الأموال أو الإكراه على الأشخاص، وتحدّدت شروط نظام المراقبة تدريجيا إبتداءًا من سنة 1860، تاريخ البدء في تنفيد أحكام الحالة والأهلية، حتى سنة 1964، تاريخ صدور حكم " Munzer"، الفاصل نهائيا في أخذ القضاء الفرنسي بنظام المراقبة، ويرجع حكم مترر إلى حكمين، صدر الأوّل منهما في سنة 1926، وصدر الثاني سنة 1958 من

[1] : ولد الشيخ شريفة : المرجع السابق، ص 116.

[2] : ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش : المرجع السابق، ص 302.

[3] : أعراب بلقاسم : الاختصاص القظائي الدولي، الجنسية، المرجع السابق، ص 57 . راجع كذلك:
.Yvon Loussouarn,pierre Bourel : op.cit, p.

محكمتين أمريكيتين لصالح السيدة " Munzer"، فطلبت التنفيد في فرنسا باعتبار أنّ زوجها- السيد مترر- يقيم فيها، وكان الحكم الأوّل يقضي بالتفريق الجسماني بين الزوجين على أن يدفع السيد مترر نفقة غذائية للسيدة مترر، أمّا الحكم الثاني صدر في سنة 1958 وألزم السيد "مترر" بدفع متأخر النفقة لمطلّقته وذلك منذ 1930.[1]

رفع السيد مترر إستئنافا يطالب فيه إعادة النظر في الحكم لأنّ النفقة المحكوم بها مرتفعة جدًّا، فأصدرت محكمة إستئنافAIX حكما، بتأييد الحكم الأوّل الخاص با لتفريق الجسماني، دون النظر في الحكم الثاني الخاص بالنفقة على أساس أنّه يجب الحصول على الأمر بالتنفيذ، فضلا على أنه يخضع لنظام المراجعة، فرفع الأمر إلى محكمة النقض، هذه الأخيرة أصدرت حكما في 07- 01-1964[2]، حدّدت بواسطته 05 شروط يجب على قاضي التنفيد التأكّد من توافرها:

- الشرط الأوّل : إختصاص الجهة القضائية الأجنبية من الوجهة الدولية.
- الشرط الثاني : أن يكون القانون المطبّق على الموضوع قانونا مختصّا.
- الشرط الثالث : ألاّ يكون الحكم مخالفا للنظام العا م بمعناه الدولي.
- الشرط الرابع : غياب الغش نحو القانون.
- الشرط الخامس : سلامة الإجراءات.

[1] : ولد الشيخ شريفة : المرجع السابق، ص 117 وما بعدها.

[2] : جاء في منطوق الحكم الصادر في 07-01-1964: " يتعيّن على القاضي الفرنسي لإعطاء الأمر بالتنفيد أن يتحقق من توافر الشروط الخمسة- ... وانّ هذا التحقق وهو موضوع نظام الأمر بالتنفيد، يكفي لحماية النظام القضائي الفرنسي والمصالح الفرنسية، وهو يعبّر في كافة المواد عن سلطة الرقابة التي يبد القاضي المنوط به الأمر بتنفيد حكم أجنبي في فرنسا دون أن يكون له مراجعة هذا الحكم من حيث الموضوع "، راجع في ذلك: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص849.

هذه الشروط قد خفّضها حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية، هو الحكم الصادر بتاريخ 04 أكتوبر 1967 إلى أربعة شروط[1]، فقد حذف الشرط الخامس وهو سلامة الإجراءات على إعتبار أنّ هذا الشرط لا يمكن إعتباره شرطا مستقلاً، وإنّما هو شرط يمكن إدراجه ضمن شرط عدم المخالفة للنظام العام الإجرائي.

وهناك شرط آخر لم يذكره الحكمان السابقان، وهو شرط المعاملة بالمثل، وإن كان هذا الشرط قد أخذت به الكثير من القوانين كالقانون المغربي والمصري والقانون التونسي والقانون الألماني والإنجليزي مثلا.

وقد حذت الدول العربية، حذو المشرّع الفرنسي وأخذت بنظام المراقبة، ونصّت في تشريعاتها على شروط تنفيذ الحكم الأجنبي، كتونس ومصر وسوريا ولبنان والمغرب[2]، في حين التشريع الفرنسي، لم ينص عليها وترك الأمر بتحديدها مفتوحا للمجال القضائي، وبذلك إكتفت هذه الدول بمراقبة الحكم الأجنبي الصادر خارج حدود دولتها، والمرتبط بمسائل الزواج والفاصل في المنازعات المتعلّقة به، سواءًا إرتبطت بمسائل الحالة والأهلية أو تعلّقت بالتنفيد على الأموال أو الإكراه على الأشخاص، حيث يخضع هذا الحكم فيها فقط للتأكّد من مدى توافر هذه الشروط أم لا، ليكون قابلا للتنفيذ فيها.

ويؤيد المشرع الجزائري كباقي التشريعات العربية الأخرى"نظام المراقبة"، إذ اكتفى بالنص على شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في المادة605 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ونص على شروط تنفيذ العقود والسندات الرسمية في المادة 606 من القانون السالف الذكر،كما سنرى لاحقا.

[1] : صدر حكم في 04-10-1967 في قضية السيد بشير، وتتعلّق القضية بقرار صادر من مجلس قضاء داكار، حكم بالطلاق بين الزوجين مع إسناد حضانة الطفل للأم والحكم على الأب بدفع نفقة غذائية فأرادت السيدة بشير تنفيد هذا القرار في فرنسا، وبتاريخ 30 نوفمبر 1965 أصدر مجلس استئناف AIX قرارًا بالرفض، فرفعت الطالبة طعنا بالنقض فأصدرت محمكة النقض الفرنسية القرار الصادر في 04-10- 1967، رافضة الطعن وهكذا إنتقل نظام المراقبة من أحكام الحالة والأهلية إلى الأحكام المتعلّقة بالمال. راجع في ذلك : ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص180.

[2] :وسنتعرض لتفصيل هذه الشروط في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: شروط وآثار تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط:

إنّ الأحكام القضائية الوطنية الصادرة في مسائل الزواج والفاصلة في النزاعات المتعلّقة به كدعوى النفقة الزوجية ودعوى النسب ودعاوى إثبات الزواج ومدى صحته، وكذا العقود والسندات الرسمية المحررة من قبل الموثق الوطني، والمتعلقة بالأموال المشتركة بين الزوجين، لا تكون قابلة للتنفيذ خارج حدود الدولة التي أصدرتها إلاّ إذا توافرت فيها شروط معينة، فما هي هذه الشروط؟، وسنتعرّض لتبيانها في الفرع الأول.

وممّا لاشكّ فيه أنّ الحكم الأجنبي يرتب آثارًا، سواءًا قبل الأمر بتنفيده أو بعد الأمر بتنفيده، فما هي هذه الآثار ؟، وسنبيّن الآثار التي تخلّفها الأحكام الأجنبيةالفاصلة في مسائل الزواج المختلط في الفرع الثاني.

الفرع الأوّل: شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط:

لقد رأينا سابقا أن الحكم الأجنبي يتسع ليشمل الأحكام القضائية الأجنبية، وكذا العقود والسندات الرسمية الأجنبية، لذلك لذلك سنتعرض إلى تبيان شروط كل نوع على حدة.

البند الأوّل: شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط:

لكي يكون الحكم القضائي الأجنبي الفاصل في المنازعات المرتبطة بالعلاقة الزوجية قابلا للتنفيذ، لابدّ أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط، ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى نوعين:

الشروط الموضوعية المتطلّبة في الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ، والشروط الشكلية أو الإجرائية الواجب إتباعها، واللاّزمة لطلب الأمر بالتنفيذ.

أوّلا: الشروط الموضوعية:

وسنعالج هذه الشروط على التوالي:

1: الإختصاص الدولي للمحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي:

كلّ الدول التي أخذت بنظام الأمر بالتنفيذ بما فيها الجزائر، تشترط في الحكم الأجنبي أن يكون صادرًا من محكمة مختصة دوليا،وهذا مانص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 605 من ق.إ.م.إ.ج :"...1- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الإختصاص". ولكن السؤال المطروح : وفقا لأي قانون يتم تحديد هذا الإختصاص، هل يتم وفقا لقانون البلد الذي أصدر قضاؤه الحكم، أم وفقا لقانون البلد المطلوب فيه تنفيد هذا الحكم؟

تذهب بعض الدول كسوريا[1]وليبيا[2]، إلى أنّ الإختصاص الدولي للمحكمة يتحدّد وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه، وقد أخذت أيضا بهذا الحلّ محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 04 فبراير 1964، وقيل في تبرير هذا الحلّ بأنه من غير المعقول مطالبة القاضي الأجنبي بتطبيق قواعد الإختصاص القضائي الدولي المقرّرة في قانون غير قانونه، فقاضي كلّ دولة يطبّق قواعد الإختصاص في قانونه وكلّ ما يطلب منه هو أن يكون قد طبّق هذه القواعد تطبيقا صحيحا.[3]

وتذهب دول أخرى إلى أنّ الإختصاص القضائي الدولي للمحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي، يتم وفقا لقانون القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيد، وهذا الحلّ هو المتّبع في كلّ من فرنسا [4]وألمانيا [5]وإنجليترا[6]، ويقوم هذا الحلّ على مجموعة من الأسس، منها ما يتّسم بالطابع النظري، ومنها ما يغلب عليها الطابع العملي.

---

[1] : المادة 308 من قانون أصول المرافعات السوري.

[2] : المادة 407 من قانون المرافعات المدنية الليبي الصادر سنة 1953.

[3] : أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري : تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 60.

[4] : وقد تجسّد هذا الشرط في فرنسا مند صدور قرار – منزر- " Munzer" .

[5] : تقضي المادّة 328 مرافعات ألماني بأنه : " لا يعترف بالحكم الصادر من محكمة أجنبية : 1- إذا كانت محاكم الدولة التي تتبعها المحكمة الأجنبية غير مختصّة وفقا للقوانين الألمانية... "

[6] : لكي يتم الإستناد إلى الحكم الأجنبي كدليل إثبات في الدعوى المرفوعة أمام القضاء الإنجليزي يتعين أن تتوافر فيه مجموعة من

- **الأسس ذات الطابع النظري:**

يرجع خضوع تحديد إختصاص المحكمة الأجنبية لقواعد الإختصاص في دولة قاضي التنفيد، إلى أنّ القواعد المنظّمة للإختصاص القضائي لا تختلف عن القواعد المنظّمة لتنازع القوانين، وبما أنّ الأمر كذلك، فإنه لا يوجد ما يمنع من إضفاء الصفة المزدوجة عليها، وبالتالي فإنّ دورها لا يقتصر فقط على تحديد الحالات التي تكون فيها المحاكم الوطنية مختصة، بل وأيضا يشمل تحديد الحالات التي يعترف فيها بالإختصاص للمحاكم الأجنبية وذلك عند تنفيذ الأحكام الصادرة عنها.

- **الأسس ذات الطابع العملي:**

إنها تستمدّ من الصعوبة التي سوف يواجهها القاضي الوطني في حالة لجوئه إلى تحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية وفقا للقواعد السارية في دولة تلك المحكمة، وتكليف القاضي بمعرفة القواعد المنظّمة للإختصاص القضائي الدولي للدول المختلفة يبدو أمرًا صعبا.[1]

ولكن في حقيقة الأمر إنّ النظرة المتعمّقة لهذه الأسس تنبّئ على أنها لا تقوم على منطق سليم، والواقع أنّ جانبا من الفقه والقضاء في فرنسا، قد أدرك مدى يتسم به هذا الشرط من مبالغة وغير واقعية، فأخضع بدوره مشكلة تحديد الاختصاص للقواعد السائدة في قانونها بشرط ألاّ تكون المحكمة الفرنسية مختصّة بنظر النزاع إختصاصًا قاصرًا.[2]

بينها : أن يصدر الحكم من محكمة مختصّة دوليا، ويتحدّد هذا الإختصاص حسب قواعد القانون الإنجليزي، راجع في ذلك : عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 33.

[1] : حفيظة السيد الحدّاد: الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 198.

[2] : يميّز الفقه والقضاء في فرنسا بين صورتين : الأولى عندما يكون إختصاص المحاكم الفرنسية بالمنازعة قاصرًا عليها كإختصاصها بالمنازعات المرتبطة بعقار موجود بها، ففي هذه الصورة يرفض القاضي حتما طلب الأمر بالتنفيد، والثانية لما يكون إختصاص المحاكم الفرنسية بالمنازعة إختصاصًا جوازيا كالإختصاص المبني على ضابط الجنسية، وفي هذه الصورة يجيب الأمر بالتنفيد .

وحسب هذا المنطق، متى صدر حكما يقضي بصحّة زواج جزائري من فرنسية من المحاكم الجزائرية، وعقد الإختصاص إليها بموجب ضابط الجنسية، يكون قابلا للتنفيذ في فرنسا، وذلك لأنّ إختصاص المحاكم الفرنسية بالمنازعة، يعدّ إختصاصا جوازيا هو أيضا، إذ أنه مبني على ضابط الجنسية، ولكن متى دار النزاع بين هذين الزوجين حول عقارات مشتركة بينهما موجودة في فرنسا، وأصدر القاضي الجزائري حكما فاصلا في النزاع، فمثل هذا الحكم لا يعتدّ به، وذلك لأنّ المحاكم الفرنسية مختصّة بنظر النزاع إختصاصا قاصرًا.

هذه النظرة المتّخذة من القضاء الفرنسي، أيدها المشرّع المصري في نصّ المادّة 298 مرافعات، الفقرة الأولى[1]، فإذا كانت المنازعة تدخل في إختصاص المحاكم المصرية، كان القضاء الأجنبي الذي أصدر الحكم غير مختصّ دوليا بإصداره، أمّا إذا كانت لا تدخل في إختصاصها، فإنّ الإختصاص القضائي الدولي للمحكمة التي أصدرته يتحدّد وفقا لقواعد الإختصاص القضائي الدولي المقرّرة في قانونها.

وفي الجزائر، لم يحدّد المشرّع صراحة وفقا لأي قانون يتحدّد الإختصاص، وذلك حسب نص المادّة 605 ق.إ.م.إ.ج: "... 1- ألاّ تتضمن ما يخالف قواعد الإختصاص"، إذ لم يبين المقصود بقواعد الإختصاص، هل هي قواعد الإختصاص للدولة المطلوب منها التنفيذ، أو قواعد الإختصاص للدولة المصدرة للحكم؟.

وحسب رأي الدكتور أعراب بلقاسم، يجب التمييز بين حالتين : - إذا كان الإختصاص جوازيا يتم الرجوع إلى قواعد الإختصاص القضائي الدولي لقانون البلد الذي أصدر قضاؤه الحكم، وإذا كان الإختصاص ثابت أصلا للمحاكم الجزائرية، يعتبر الحكم الأجنبي صادر من محكمة غير مختصّة دوليا.[2]

[1] : تنص المادة 298 مرافعات مصري ف 1: " إنّ محاكم الجمهورية غير مختصّة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر وإنّ المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصّة بها طبقا لقواعد الإختصاص القضائي الدولي المقرّرة في قانونها."

[2] : أعراب بلقاسم : القانون الدولي الخاص، الإختصاص القضائي الدولي، الجنسية، المرجع السابق، ص 62.

وقد أبرمت الجزائر عدّة إتفاقيات ثنائية في مجال التعاون القانوني والقضائي[1]، بيّنت من خلالها موقفها من هذا الشرط، واشترطت غالبية هذه الإتفاقيات وجوب صدور الحكم من محكمة مختصّة حسب القوانين

[1] : عقدت الجزائر اتفاقيات ثنائية هي:

- الاتفاقية ا لجزائرية المغربية الموقع عليها في 1963/03/15، المصادق عليها بالأمر رقم 69/68، المؤرخ في 1969/09/02، المعدّلة والمتممّة بالبروتوكول الموقع عليه بإقرار يوم 1969/01/15، الجريدة الرسمية رقم 77.
- الإتفاقية الجزائرية التونسية، الموقع عليها يوم 07/26/ 1963، المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 450/63 المؤرخ في 1963/11/14 الجريدة الرسمية رقم 87.
- الاتفاقية الجزائرية المصرية، الموقع عليها يوم 1964/02/29، المصادق عليها بالأمر رقم 195/65، المؤرخ في 1965/07/29، الجريدة الرسمية رقم 68.
- الإتفاقية الجزائرية الموريتانية، الموقع عليها يوم 03-1969/12، المصادق عليها بالأمر رقم 4/70، المؤرخ في 15-01-1970، الجريدة الرسمية رقم 14.
- الإتفاقية الجزائرية البلجيكية،الموقع عليها يوم 12-06-1970،المصادق عليها بموجب الأمر رقم 70/60 والأمر رقم 70/61 المؤرخين يوم 1970/10/08 الجريدة الرسمية رقم 92.
- الإتفاقية الجزائرية مع ألمانيا الديمقراطية (سابقا)، الموقع عليها يوم 1972/10/02، المصادق عليها بالأمر رقم 57/73، المؤرخ في 1973/11/21.
- الإتفاقية الجزائرية البلغارية، المبرمة بتاريخ 1973/12/20، المصادق عليها مقتضى المرسوم رقم 191/77، المؤرخ في 1983/07/27، الجريدة الرسمية رقم 31.
- الإتفاقية الجزائرية اليوغسلافية، المبرمة في 1981/04/27، المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 453/83،المؤرخ في 1983/07/27، الجريدة الرسمية رقم 31.
- الإتفاقية الجزائرية السورية ، المبرمة في 1981/04/27، المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 130/83، المؤرخ في 1983/02/19، الجريدة الرسمية رقم 8.
- الإتفاقية الجزائرية الرومانية، المبرمة يوم 28-06-1979، المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 178/84، المؤرخ في 1984/07/28، الجريدة الرسمية رقم 31.
- الا تفاقية الجزائرية السوفياتية (سابقا) المبرمة يوم 1982/02/23 المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 423/83 المؤرخ في 09-07-1983، الجريدة الرسمية رقم 29.
- الإتفاقية الجزائرية النيجيرية،الموقعة يوم 12-04-1984، المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 77/85، المؤرخ في23 /1985/04، الجريدة الرسمية رقم 18.
- المرسوم رقم 233/88، المؤرخ في 1988/11/05، المتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية مؤتمر الأمم المتحدة، المنعقدة في نيويورك بتاريخ 10-07-1958، والخاصّة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيدها (بتحفظ)، الجريدة الرسمية رقم 48.

المطبقة في الدول الطالبة[1]، إلاّ إذا تنازل المعني عن طلبه بصورة أكيدة، في حين إشترطت في إتفاقيات أخرى، أن يصدر الحكم من محكمة مختصّة، وفقا للقواعد الخاصّة بتنازع الإختصاص، المطبّق في الدولة التي سينفّذ الحكم لديها.[2]

2: شرط صحّة الإجراءات القضائية في إصدار الحكم الأجنبي[3]:

متى صدر حكم يقضي بصحّة الزواج أو بطلانه أو يقضي بتقدير النفقة الزوجية، أو كان فاصلا في أي منازعة من المنازعات المرتبطة بالزواج والتي سبق التصدّي لها، لا يكون قابلا للتنفيذ خارج حدود الدولة التي أصدرته، إلاّ إذا كانت الإجراءات المتّبعة أمام القاضي الذي أصدر الحكم صحيحة.وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،ولكن تم النص عليه في الإتفاقيات الدولية التي كانت الجزائر طرفا فيها[4]،فقاضي التنفيذ يرجع إلى قانون الدولة المصدرة للحكم للتأكد من صحّة

- المرسوم التشريعي رقم 06/94 الذي يتضمكن الموافقة على اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، الموقعة في مدينة رأي لانوف (ليبيا)، بتاريخ 09 و10 مارس 1991، المصادق عليها بموجب، المرسوم الرئاسي رقم 181/94، المؤرخ في 1994/04/13، الجريدة الرسمية رقم 43.
- ملاحظة : هذه الإتفاقيات منشورة بالمرجع التا لي : يوسف دلاندة، إتفاقيات التعاون القانوني والقضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2005.

[1] : من هذا الإتجاه نذكر المادة 20 من الإتفاقية الجزائرية المغربية، الم 19 من الإتفاقية الجزائرية التونسية، الم 17 من الإتفاقية الجزائرية المصرية، الم 19 من الإتفاقية الجزائرية الموريتانية، الم 18 ف1 من الإتفاقية الجزائرية النيجيرية.

[2] : المادّة 1/ أ من الإتفاقية الجزائرية الفرنسي، الإتفاقية القضائية بين الجزائر وألمانيا، المادة 30 ف ب، الإتفاقية الجزائرية الرومانية، المادة 22 ف ب، الإتفاقية الجزائرية البلغارية المادة 30 ف ب.

[3] : يدخل هذا الشرط ضمن الشرط الخامس المذكور في قرار "Munzer" .

[4] : نصّت على ذلك المادّة 20 من الإتفاقية الجزائرية المغربية، الم 19 من الإتفاقية الجزائرية التونسية، الم 17 من الإتفاقية الجزائرية المصرية، الم 19 من الإتفاقية الجزائرية الموريتانية، المادّة الأولى من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية.
أمّا فيما يتعلّق بموقف التشريعات، فقد نصّ على ذلك القانون الإيطالي في المادة 797 مرافعات ايطالي، والقانون الانجليزي يشترط إحترام قواعد العدالة الطبيعية، و المقصود بها مراعاة إجراءات المرافعات بطريقة تكفل للمدعى عليه إبداء دفاعه، كما نصّ على هذا الشرط التشريع التونسي في الفصل 11 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي، والتشريع المصري في الفقرة 2 من الم/ 298 مرافعات مصري، والتشريع السوري في المادة 308 من قانون أصول المحاكمات الصادر في سنة 1953، والتشريع العراقي في المادّة 06 من القانون الخاص بتنفيد الأحكام الأجنبية.

الإستدعاء أو صحّة المثول، معناه أنّ قاضي التنفيد مختص بمراقبة الحكم الأجنبي داخل الدولة التي صدر فيها، وللتأكد من توافر هذا الشرط على طالب التنفيد أن يقدّم وثيقة التكليف بالحضور للجلسة، حتى يمكن للقاضي أن يتأكّد ممّا إذا كان الإستدعاء قد تم بطريقة قانونية[1]، وقد قضى القضاء الفرنسي بأنّ الحكم الغيابي الذي لا يتمّ إعلانه للمحكوم عليه خلال المدّة القانونية المقرّرة للطعن، لا يمكن تنفيده لما يتضمّنه هذا المسلك من إهدار لحقوق الدفاع، وهذا يفيد أن الصفة الغيابية للحكم لا تمنع كأصل عام من شموله بأمر التنفيد، ما دامت المحكمة قد تأكدّت من أنّ المحكوم عليه، قد كلف بالحضور ومثّل في الدعوى تمثيلاً صحيحا. [2]

3: عدم مخالفة النظام العام[3]:

يجب على الحكم الأجنبي الفاصل في النزاعات الزوجية، أن لا يكون معارضا للنظام العام في دولة القاضي المطلوب منه النفاذ، وقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في الفقرة الرابعة من المادة 605 ق.إ.م.إ: "ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر".[4]

وفي انجلترا مثلا في سنة 1960 أستبعد تنفيد حكم أجنبي يعطي للبنت مطالبة الأب أن يدفع لها ما يقارب نظام مهرها عند زواجها، وذلك لإعتباره مخالفا للنظام العام الإنجليزي.[5]

---

[1] : ولد الشيخ شريفة : المرجع السابق، ص 168.

[2] : حفيظة السيد الحداد : الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 214.

[3] : هذا الشرط نصّت عليه المادّة 20 من الإتفاقية الجزائرية المغربية فقرة ب، المادّة 19 من الإتفاقية الجزائرية التونسية، المادة 17 من الإتفاقية الجزائرية المصرية، الم 19 من الإتفاقية الجزائرية الموريتانية المادّة 01 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية، كما نصّت على هذا الشرط الم 605 ق.إ.م.إ.ج ف4، الفصل 11 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي والفقرة 4 من المادّة 298 مرافعات مصري، والفقرة 04 من المادة 407 مرافعات لبيبي، والفقرة (د) من المادة 308 من قانون أصول المحاكمات السوري.

[4] :ونصت جل الإتفاقيات النافذة في الجزائر على هذا الشرط.

[5] : ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش : المرجع السابق، ص 369. راجع كذلك :
Y von loussouarn, Pierre Bourel, op.cit, p631.

ويعتبر مخالفا للنظام العام في فرنسا، تعارض الحكم الأجنبي مع حكم صادر من المحاكم الفرنسية[1]، فلا يمكن تنفيد حكم أجنبي يتعارض مع حكم وطني سابق في الصدور عليه، ويتعلّق بالخصومة ذاتها، بحجّة أنه لا يتصوّر أن يهدر القاضي حكما وطنيا صادرًا عن محاكمه، ومعتبرا في ذاته عنوانا لأداء العدالة في بلد القاضي من أجل حكم أجنبي[2]، فقد يصدر مثلا عن المحاكم الجزائرية حكما، يقضي بصحّة الزواج المبرم بين جزائري وفرنسية، بتاريخ 2002/10/04، ويصدر حكما حول ذات القضية من المحاكم الفرنسية، يقضي ببطلان الزواج، بتاريخ 2001/09/04، فيراد تنفيذ الحكم الأوّل في فرنسا، والنتيجة هنا هي رفض تنفيد هذا الحكم لتعارضه مع حكم وطني سابق في الصدور عليه، والنتيجة نفسها إذا ما أريد تنفيد الحكم الفرنسي في الجزائر، وكان هذا الحكم صادرًا في وقت لاحق لصدور الحكم الجزائري، تطبيقا للمادة 605 ق.إ.م.إ ف.3 التي تنص :" ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعي عليه"[3]، وقد إعتبر المشرع الجزائري شرط عدم التعارض مع حكم وطني، شرطا مستقلا عن شرط النظام العام الذي نص عليه في المادة 605 ق.إ.م.إ، ف4.

4: كون الحكم قد إكتسب قوّة الأمر المقضي به:

يجب أن يستنفد الحكم كلّ طرق الطعن طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه، وهو مانص عليه المشرع الجزائري في المادة 605 من ق.إ.م .إ، ف2 بنصّها "... حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي

[1] : عبد الفتاح بيومي حجازي : النظام القانوني لتنفيد الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص24.

[2] : نور حمد مسلم الحجايا : التناقض بين الأحكام القضائية وأثره على التنفيد في القانون الدولي الخاص الأردني، مجلّة الحقوق، مجلس النشر العلمي، كليّة الحقوق، جامعة مؤتة، المملكة الأردنية الهاشمية، العدد 4، السنة التاسع والعشرون، طبعة 2005/ ذو القعدة 1428ه، ص 241 .

[3] : ونص عليه التشريع التونسي في المادة 11 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، والمشرّع المصري في المادة 298 ف4 من قانون المرافعات، كما نصت على هذا الشرط جلّ الإتفاقيات النافدة التي عقدتها الجزائر.

صدرت فيه"[1]، وعلى هذا الأساس يجب تقديم النسخة التنفيدية لا العادية[2]، فإذا صدر حكم من المحاكم الجزائرية يقضي بإثبات نسب شخص معيّن من أب فرنسي، وأريد تنفيد هذ الحكم في فرنسا، فيشترط فيه أن يكون قد إكتسب قوّة الأمر المقضي به طبقا للقانون الجزائري.

5: شرط إنتفاء حالة الغش:

للقاضي أن يرفض تنفيد الحكم الأجنبي المرتبط بمسائل الزواج حتى ولو كانت المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم مختصة، إذا تبيّن له من ظروف الحال، أنّ إختصاص تلك المحكمة، قد تقرّر بناءًا على غش من جانب الخصوم الذين جلبوا لها الإختصاص بطريقة تدليسية[3]، ويوجد في الغالب هذا الشرط في النظام القانوني الذي يمارس رقابته على القانون المطبّق على النزاع.[4]

[1] : نصّت عى ذلك المادة 20 فقرة "ج" من الإتفاقية الجزائرية الليبية، المادّة 37 فقرة "ج" من إتفاقية التعاون القانوني بين دول المغرب العربي، المادّة 20 فقرة "ب" من الإتفاقية الجزائرية المغربية، المادّة 19 من الإتفاقية الجزائرية التونسية، المادة 17 من الإتفاقية الجزائرية المصرية، المادّة 19 من الإتفاقية الجزائرية التونسية، المادة 17 من الإتفاقية الجزائرية المصرية، المادة 01 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية، المادة 19 من الإتفافية الجزائرية الموريتانية، ونص عليه المشرّع المصري في الفقرة 3 من المادّة 298 مرافعات ونصت على ذلك أيضا المادة 797 مرافعات إيطالي.

[2] : ولد الشيخ شريفة : المرجع السابق، ص 170.

[3] : حفيظة السيد الحدّاد: الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 20، ففي القضية المعروفة باسم: "Simith" قرّرت المحكمة العليا الفرنسية بأنه في جميع الأحوال التي لا تمنح فيها قاعدة الإسناد الفرنسية لتنا زع الإختصاص إختصاصا قاصرًا للمحاكم الفرنسية بنظر النزاع، فإنه يجب أن يعترف للمحاكم الأجنبية بنظره، وذلك إذا كان هذا النزاع متّصلا بطريقة واضحة بالدولة التي رفع النزاع أمام قضائها، وإذا لم يكن إختيار هذا القانون قد تم بطريقة تنطوي على الغش.

[4] : أعراب بلقاسم : تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 67.

6 : **شرط التبادل:** (شرط المعاملة بالمثل)

وبمقتضى هذا الشرط، يعامل القاضي الوطني الأحكام الأجنبية المراد تنفيدها في دولته، نفس المعاملة التي تلقاها الأحكام ا لوطنية المراد تنفيدها في هذه الدولة الأجنبية،[1]وعلى ذلك إذا كان قانون الدولة الأجنبية التي صدر عنها الحكم المراد تنفيذه، ينظر إلى الأحكام الوطنية بوصفها دليلا قابلا لإثبات العكس، ويلزم بذلك المحكوم له أن يرفع دعوى جديدة للمطالبة بحقّه الصادر بصدده الحكم، فإنّ القاضي الوطني يجب أن يعامل الحكم الأجنبي نفس المعاملة، أمّا إذا كانت الدولة الأجنبية المراد تنفيد أحكامها، تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ في مواجهة الأحكام الوطنية، فقاضي التنفيد ما عليه سوى أن يعامل الأحكام الأجنبية معاملة مماثلة.[2]

وإنّ شرط المعاملة بالمثل، هو أمر معروف في بعض القوانين كالقانون المصري،والتونسي[3]، والقانون الألماني والأمريكي، وأمر منكور، بل ومرفوض بالنسبة لقوانين أخرى كالقانون الفرنسي، إذ يرى القضاء الفرنسي بأنّ شرط التبادل ليس شرطا في تنفيد الأحكام الأجنبية في فرنسا، أما الفقه فلقد إنقسم بخصوص هذه المسألة فمنهم من يرى أنّ هذه المسألة متعلّقة بحقوق الأفراد، ولا يؤخذ فيها بمبدأ التبادل، و إنّما يؤخذ بها

[1] : حفيظة السيد الحدّد : الموجز في القانون الدولي الخاص، الإختصاص القضائي الدولي وتنفيد الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، المرجع السابق، ص 192.

[2] : هشام علي صادق، حفيظة السيد الحدّاد، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي : المرجع السابق، ص149.

[3] : تنص المادة 296 من قانون المرافعات المصري على أنّ الأمر بتنفيد الحكم الأجنبي في مصر يكون "بنفس الشروط التي يقرّرها قانون الدولة الصادر منها لتنفيد الأحكام المصرية في هذه الدولة ". وتقابلها المادّة 276 من قانون المرافعات الكويتي. و ينص الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي: "لا يؤذن بتنفيذ القرارات الأجنبية ... إذ لم تحترم الدولة الصادر بها الحكم أو القرار قواعد المعاملة بالمثل".

في محيط المصالح السياسية وعلاقات القانون العام، وهناك من يرى أنّه وإن كان التشريع الحالي لا يأخذ بمبدأ التبادل، إلاّ أنّ ذلك لا يمنع من أنّه يجب أن يأخذ التشريع به في المستقبل.[1]

وفي ألمانيا يرى القضاء الألماني، أنّ التبادل يكون متوافرًا ما بين ألمانيا والدولة التي أصدرت محاكمها الحكم المراد الإعتراف به في ألمانيا، إذا كانت هذه الدولة تعترف بالأحكام الألمانية بنفس الشروط، وبذات الآثار الخاصّة بالإعتراف بالأحكام الأجنبية في ألمانيا.[2]

أمّا في الجزائر، فمن خلال إستقراء نص المادّة 605 من ق. إ. م. إ ، يتّضح أنّ المشرّع الجزائري قد أغفل النصّ على هذا الشرط،ممّا يعني أنّ التشريع الجزائري لا يأخذ بشرط المعاملة بالمثل في مجال تنفيذالأحكام الأجنبية،مالم توجد إتفاقية دولية،أمّا إذا وجدت إتفاقية دولية صادقت عليها الجزائر،ونصّت على هذا الشرط،فتطبّق أحكام هذه الإتفاقية باعتبار أنّ الإتفاقية تسمو عن القانون.

7: القانون الواجب التطبيق:

الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسي، أن يكون القاضي الذي أصدر الحكم المراد تنفيذه، قد طبّق قواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون الفرنسي، وإزاء غلوّ هذا الرأي، تكتفي محكمة النقض الفرنسية بأن تكون القواعد التي طبّقها القاضي الذي أصدر الحكم تؤدي إلى ذات النتيجة التي يؤدي إليها تطبيق القانون الفرنسي.[3]

ولم تنصّ غالبية التشريعات على هذا الشرط، والمنطق هو أن يطبّق القاضي قواعد الإسناد المنصوص عليها في قانونه، فكيف إذا كان يعترف له باختصاصه، لا يعترف له بتطبيق قانونه؟ .

---

[1] : عبد الفتّاح بيومي حجازي : النظام القانوني لتنفيد الأحكام الجنبية، دراسة متعمّقة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 22.

[2] : عبد الفتاح بيومي حجازي: المرجع السابق، ص 30.

[3] : عبد الفتاح بيومي حجازي : النظام القانوني لتنفيد الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 24.

ثانيا: الشروط الإجرائية (الشكلية):

يرفع طلب الأمر بالتنفيد إلى الجهة القضائية المختصّة لدى الدولة المطلوب إليها التنفيد[1]،وقد حدد المشرع الجزائري المحكمة المختصة بمنح الأمر بتنفيد الحكم الأجنبي في المادّة 607 ق.إ.م.إ، فالمحاكم المنعقدة في مقرّ المجالس القضائية التي يوجد في دائرة إختصاصها موطن المنفّد عليه أو محلّ التنفيد هي التي تكون مختصّة بمنح الأمر بالتنفيد للأحكام الأجنبية، ويبقى القسم المدني للمحكمة هو المختصّ بمنح الأمر بالتنفيد أيّا كانت درجة الجهة القضائية الأجنبية التي أصدرت الحكم.[2]

وفي فرنسا يطلب الأمر بالتنفيد بدعوى تختص بها المحاكم المدنية كلية، أيّا كانت درجة المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم، وأيّا كانت طبيعة المسألة التي قضي فيها، و المحكمة المختصّة مكانيا هي محكمة موطن المدعى عليه، فإذا لم يكن للمدعى عليه موطن، ولا مكان إقامة في فرنسا إختصّت بها المحكمة التي يراد التنفيد في دائرتها.[3]

وفي مصر يقدّم طلب الأمر بالتنفيد إلى المحكمة الإبتدائية التي يراد التنفيد في دائرتها، وذلك حسب الأوضاع المعتادة لرفع الدعوى (م 297 مرافعات)، وإذا كان المحكوم به موجودًا بعينه في مكان ما، أو كان عملا مقتضيا إجراءه في مكان معيّن، رفعت الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها هذا المكان أو ذاك، أمّا لوكان المحكوم به مبلغا من النقود، كان الإختصاص للمحكمة التي تقع في دائرتها أموال المحكوم عليه.[4]

---

[1] : حسن الهداوي : تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 285 .

[2] : أعراب بلقاسم : تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 74.

[3] : بيومي حجازي : النظام القانوني لتنفيد الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 22، راجع كذلك :
Yvon Loussouarn, Pierre Bourel : op.cit, p 633

[4] : بيومي حجازي : النظام القانوني لتنفيد الأحكام الأجنبية في مصر، المرجع السابق، ص 183.

وفي تونس، طبقا للفصل 16 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي، ترفع الدعاوى المتعلّقة بطلب الإذن بالتنفيذ أمام المحكمة الإبتدائية التي بدائرتها مقرّ الطرف المحتجّ ضدّه بالقرار الأجنبي، وعند إنعدام المقرّ بالبلاد التونسية فأمام المحكمة الإبتدائية بتونس العاصمة.

ويرفق طلب الأمر بالتنفيذ بما يأتي من السندات:

- صورة كاملة رسمية من الحكم مصدّقا على التوقيعات فيه من الجهة المختصّة.[1]
- شهادة بأنّ الحكم أصبح نهائيا وحائزا لقوّة الأمر المقضي به، ما لم يكن ذلك منصوص عليه في الحكم.[2]
- صورة من مستند تبليغ الحكم مصادقا عليها بمطابقتها للأصل أو أي مستند آخر من شأنه إثبات إعلان المدّعى عليه إعلانا صحيحا بالدعوى الصادر فيها الحكم وذلك في حالة الحكم الغيابي.[3]
- نسخة طبق للأصل من ورقة التكليف بالحضور الموجهة للطرف الذي تخلّف عن حضور المرافعة[4].

وتشترط هذه الوثيقة إذا كان الحكم غيابيا.

وفي حالة طلب تنفيذ الحكم تضاف إلى الوثائق المذكورة أعلاه، صورة مصادق عليها للحكم القضائي بوجوب التنفيذ، وجميع الدول متّفقة على أنّ الأمر بالتنفيذ، يمنح بناءًا على طلب يقدّمه الطالب، وتخضع إجراءات رفع الدعوى لقانون دولة التنفيذ تطبيقا لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي.

---

[1] : نصت على هذا الشرط الإتفاقية الجزائرية التونسية (المادة 24 ف.أ)، الإتفاقية الجزائرية الموريتانية (الم 24 ق.أ)، الإتفاقية الجزائرية الفرنسية (الم 06 ف.أ)، الإتفاقية الجزائرية المصرية (الم 21 ف.أ)، كما نصت على هذا الشرط الماد ة 06 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني.

[2] : وقد نصت على توافر هذه الوثيقة– جميع الإتفاقيات–.

[3] : نصّت على ذلك الإتفاقية الجزائرية الفرنسية.

[4] : إنّ الإتفاقيات لم تفصح القول، فبعضها إشترطها في حالة صدور حكم غيابي (الإتفاقية الجزائرية التونسية (المادة 24/د) والجزائرية المصرية (المادة 21/د) ، والجزائرية الفرنسية (الم 06/د)، وبعضها الآخر إشترطها دون أن يعلّقها على حالة صدور حكم غيابي (الإتفاقية الجزائرية المغربية، في الم 25/د)

البند الثاني:شروط تنفيذ السندات الرسمية الأجنبية :

يراقب قاضي التنفيذ توافر بعض الشروط في العقود الرسمية التي تتم بين الزوجين حول الأموال المشتركة بينهما قبل الأمر بتنفيدها، وقد خصّ المشرّع الجزائري هذه الأخيرة بشروط مستقلة عن شروط تنفيد الأحكام القضائية الأجنبية في المادّة 606 ق.إ.م.إ وهي كالآتي:

1- توافر الشروط المطلوبة لرسمية السّند وفقا لقانون البلد الذي حرّر فيه.

2- توافره على صفة السّند التنفيذي وقابليته للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي حرّر فيه.

3- خلوّه ممّا يخالف القوانين الجزائرية والنظام العام والأداب العامّة في الجزائر.

وفي هذا الصدد نصّت المادّة 27 من الإتفاقية الجزائرية المغربية على: "إنّ العقود الرسمية وخاصّة العقود الموثّقة النّافذة الإجراء في أحد البلدين، تعتبر نافذة الإجراء في البلد الآخر بموجب إعلان من السلطة المختصّة حسب قانون البلد الذي يجب أن يتابع فيه التنفيد..." [1]، وتنص المادّة 804 مرافعات إيطالي: "يتقرّر في المملكة قوّة التنفيد للأعمال التعاقدية التي تمّت لدى موظفين عامّين في بلد أجنبي بحكم من محكمة الإستئناف التي يتعيّن تنفيد العمل في دائرتها، ويجب أن تكون للعمل قوّة التنفيد في البلد الأجنبي الذي تمّ فيه، وأن لا يضمّ ما يخالف النظام العام الإيطالي."

ويرفع طلب الأمر بتنفيذ العقود الرسمية الأجنبية إلى نفس الجهة المختصة بمنح الأمر بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية،وبإستنتاجا من الشروط الواجب توافرها في العقد الرسمي، فطلب الأمر بالتنفيذ يكون مرفوقا بالوثائق التالية:

- نسخة مطابقة للأصل للسند الرسمي.

[1] : نفس النص مذكور في الإتفاقية الجزائرية الفرنسية (المادة 08)، و الجزائرية الموريتانية (المادة 26)، في حين لم تتطرّق له الإتفاقية الجزائرية التونسية، ولا الإتفاقية الجزائرية المصرية.

- شهادة مسلمة من الهيئة المختصة تبين توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه.

ومتى توافرت الشروط المتطلّبة قانونا في الحكم الأجنبي الفاصل في المنازعات المرتبطة بالزواج المختلط، وتم منحه للصيغة التنفيدية، فما هي الآثار التي يرتبها ؟، وهل يمكن أن يرتب آثارا قبل منحه للصيغة التنفيدية؟ وسنتعرض للإجابة على الإشكاليتين في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: آثار الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط:

الحديث عن الآثار التي ترتّبها الأحكام الأجنبية الفاصلة في المنازعات المتعلّقة بمسائل الزواج، تقتضي منّا أن نقسّم الدراسة إلى بندين:

البند الأول: آثار الحكم الصادر بالأمر بالتنفيد:

تتلخص هذه الآثار فيما يلي:

أوّلا: قوّة التنفيذ:

والمقصود بها قابلية الحكم للتنفيذ الجبري على الأموال أو على الأشخاص بواسطة الجهة التي يناط بها التنفيد وبمعاونة السلطات المختصّة ولو باستعمال القوّة عند اللّزوم، والرّاجح فقها[1] هو أنّ القوّة التنفيدية تكون للحكم من وقت صدور الأمر بالتنفيد لأنّ آثار هذا الأمر بالنسبة لتلك القوّة أثر منشئ، وشأن هذه القوة هي ذات القوّة التي يتمتّع بها أي حكم وطني، وهنا يجب عدم الخلط بين الأثر المنشئ لحكم الأمر بالتنفيد من حيث القوّة التنفيدية والذي بمقتضاه عدم الإحتجاج بالحكم الأجنبي قبل صدور هذا الأمر، وبين تحديد الوقت الذي تقرّر فيه حق الخصوم من حيث الموضوع، وعلى ذلك تصحّ المطالبة بعد الأمر بالتنفيد بما استحق من نفقة عن مدّة سابقة على صدور الأمر ولاحقه على صدور الحكم، ولو لم يحصل الوفاء بها.

[1] : هشام صادق : عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 456 .

والقوّة التنفيذية للحكم هي الغاية من شمول الحكم الأجنبي بالأمر بالتنفيد، ومن الجدير ذكره أنّ القوة التنفيدية لا تتحقق إلاّ متى تم تزييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيدية[1].

ثانيا: حجية الأمر المقضي به[2]:

مفاد هذه الحجية، أنّ الأحكام التي تصدر عن القضاء الوطني يكون من أثرها حسم المنازعات، فلا تجوز إثارتها مرّة أخرى أمام القضاء، وجدير بالذّكر أنّ هناك فارق بين حجية الأمر المقضي به وقوّة الأمر المقضي، فالحجية تثبت للحكم القطعي بمجرّد صدوره سواءًا كان قابلا للطعن أم لا، أمّا قوّة الأمر المقضي فهي وصف لا يلحق إلاّ الأحكام غير قابلة للطعن فيها بطرق الطعن العادية.

ويعتبر القضاء الفرنسي أنّ حجية الشيء المحكوم فيه لا تثبت للحكم الأجنبي إلاّ بعد شموله بالأمر بالتنفيد، مع إستثناء الأحكام الخاصّة بحالة الشخص وأهليته، فهو لا يستلزم شمول هذه الأحكام بالأمر بالتنفيد إلاّ إذا تطلّبت إجراء عمل تنفيذي، كالحكم الصادر بالنفقة كأثر من آثار الزواج.[3]

البند الثاني: الإعتراف المجرّد بالأحكام الأجنبية:

الحكم الأجنبي من الممكن أن يرتّب آثارًا بعيدًا عن القوّة التنفيدية، أي خارج قابلية الحكم للتنفيد الجبري، وهذه الآثار منها ما يتعلّق بحجية الأمر المقضي، ومنها ما يتعلّق بقوّة التدليل (الإثبات)، ومنها ما يمثّل واقعا ينظر فيه إلى الحكم القضائي كمجرّد واقعة قانونية.

[1] : تنص المادة 29 من قانون رقم 5 سنة 1961، المتعلّق بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي (الكويتي) على أنّ الحكم الأجنبي يتمتّع بحجية الشيء المقضي به وذلك دون حاجة للحصول على الأمر بالتنفيد.

[2] : تنص المادة 29 من قانون رقم 5 سنة 1961، المتعلّق بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي (الكويتي) على أنّ الحكم الأجنبي يتمتّع بحجية الشيء المقضي به وذلك دن حاجة للحصل على الأمر بالتنفيد.

[3] : هشام صادق : عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 456 .

أوّلا: حجية الحكم الأجنبي:

إنّ المرافعة في الدعوى هي صميم نشاط الخصوم، والدّفوع الشّكلية والموضوعية والطلبات العارضة هي أدوات المرافعة، وللخصم الحق في التعرّض للحجج والأدلّة والبيانات التي يقدّمها الطرف الآخر، وله أن ينقضها بدعوى تزويرها، ولو أنّ قاضيا منع أحد الخصوم من هذه الحقوق، وأصدر حكمه القضائي بصدده، لم يكن لمثل هذا الحكم حجية قضائية، لأنّ حقّ الخصوم في الدّفاع أمام القاضي أصل من أصول التقاضي في التشريعات الوضعية[1].

وتتباين القوانين المقارنة في شأن الإعتراف بالحجية للحكم الأجنبي، فمنها القانون الفرنسي الذي يرفض هذا الإعتراف، ما لم يكن الحكم الأجنبي قد شمل الأمر بالتنفيد في فرنسا، وسند هذا الرفض أنّ قوّة التنفيد وحجية الأمر المقضي به هما وجهان لمسألة واحدة هي تنفيد الحكم، فقوّة التنفيد حين تستعمل، يصل بها صاحب الحق إلى حقه جبرًا، والحجية حين يتمسّك بها تؤدي إلى إقرار الحق، ولكن من القوانين الأخرى من يقبل الإعتراف للحكم الأجنبي بالحجية بعيدا عن تنفيده الجبري ولكن بشروط معينة كالقانون الألماني.[2]

وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى التّفرقة ما بين الأحكام الأجنبية الخاصّة بالحالة والأهلية وغيرها من الأحكام، فالأولى تتمتّع بحجية الأمر المقضي به، قبل صدور الأمر بتنفيذها، بينما الثانية لا تتمتع بهذا الأثر إلاّ بعد شمولها بالأمر بالتنفيد.[3]

---

[1] : محمد نعيم ياسين : حجية الحكم القضائي بين التشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلّة الحقوق، العدد الأوّل، السنة السادس والعشرون، الطبعة الثانية، سنة 1994، ص 135.

[2] : عبد الفتاح بيومي حجازي : النظام القانوني لتنفيد الأحكام الأجنبية في مصر، المرجع السابق، ص 159.

[3] : أعراب بلقاسم : تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 69. راجع كذلك:
Jean Deruppé :op.cit, p.117

وفي مصر أمام عدم وجود نصوص تشريعية، من الفقه من قال بالتّمييز الوارد في القضاء الفرنسي بين الأحكام الخاصّة بالحالة والأهلية وغيرها من الأحكام.[1]

ومن ثمّ فالأحكام المرتبطة بالعلاقة الزوجية، والمرتبطة إرتباطا وثيقا بأحكام الحالة والأهلية البحثة، كالحكم القاضي بصحّة الزواج أو بطلانه أو القاضي بإثبات الزواج أو إثبات النّسب أو الحكم الفاصل في مدى توافر الأهلية من عدمها لإبرام عقد الزواج، يتمتّع بحجية الأمر المقضي به قبل صدور الأمر بتنفيده، فإذا صدر حكما من الجزائر مثلا يقضي ببطلان زواج جزائرية مع فرنسي، فيمكن للزوج الفرنسي إبرام عقد زواج ثاني في فرنسا باعتبار أنّ الحكم الجزائري يتمتع بحجية الأمر المقضي به قبل صدور الأمر بتنفيذه.

لكن إذا كانت الأحكام الأجنبية الصادرة في مواد الحالة والأهلية، تتضمن الإكراه على الأشخاص أو التنفيذ على الأموال، كالحكم بالنفقة الزوجية، أو تقرير نصيب الزوج أو الزوجة في الأموال المشتركة بينهما، فإنّ تنفيذها يتطلّب إجراء عمل تنفيذي ويستلزم الأمر شمولها بالأمر بالتنفيذ.

ولابّد من التنبيه إلى أنّ الأحكام الخاصّة بالحالة والأهلية لا تتمتّع بالحجية قبل الأمر بالتنفيذ بدون قيد أو شرط، وإنّما تخضع لنظام المراقبة لإستصدار الأمر بالتنفيذ.

وفي الجزائر أمام عدم وجود نص تشريعي، يتحدث عن هذا الأثر – يرى أعراب بلقاسم[2]، عدم إقامة التّفرقة بين الأحكام القضائية الأجنبية وجعلها جميعها تتمتّع بالحجية، لكن بشرط أن يتوافر فيها جميع الشروط المتطلّبة في الحكم الأجنبي لمنحه الأمر بالتنفيذ، والتي سبق دراستها، وإنّ في ذلك تحقيق راحة للمتقاضي من شكليات لا مبرّر لها، فإذا كان الحكم يتطلّب إجراءًا تنفيديا، ففي هذه الحالة لا مناصّ من إستصدار الأمر بالتنفيذ، لأنه في هذه الحالة لا يمكن للسلطات العامّة أن تتلقّى أمرا من السلطات الأجنبية.

[1] : هشام علي صادق : تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 309.

[2] : أعراب بلقاسم : الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 72.

ثانيا: قوّة التدليل أو الإثبات:

يتّفق الفقه والقضاء في فرنسا على أنّ الحكم الأجنبي مجرّدًا عن الأمر بتنفيده في الدولة، يمكن أن يكون دليلا في الإثبات[1]، بحيث أنّه يجوز لقضاء هذه الدولة أن يستخلص من هذا الحكم معلومات أو قرائن يعتمد عليها في نزاع معروض عليه[2].

ويؤيّد الفقه الراجح هذا الإتجاه على أساس أنّ الحكم الأجنبي، وإن لم يكن سندًا واجب التنفيد، إلاّ أنه يعدّ مع ذلك محرّرًا رسميا تتحدد قوّته في الإثبات وفقا لقانون السلطة التي قامت بتحريره، وعلى ذلك يعدّ الحكم الأجنبي دليلا على ما ورد فيه من وسائل الإثبات، كالإقرار واليمين والبينة والمعاينة وآداء الخبرة، كل ما في الأمر هو أنّ القاضي لا يتقيّد بما إستخلصته المحكمة الأجنبية من هذه الأدلة، و إنّما تبقى له حريّة تقدير الأدلّة الثّابتة في الحكم الأجنبي[3]، ويرى الأستاذ إسعاد أنه يمكن للحكم الأجنبي تزويد القاضي الجزائري بمعلومات تفيده في القضيّة المطروحة أمامه، وهكذا يشكّل الحكم الأجنبي قبل تنفيذه سندًا للإثبات.[4]

ثالثا: الحكم الأجنبي كواقعة قانونية:

يذهب الفقه والقضاء في فرنسا[5]، إلى أنّه يمكن النظر إلى الحكم الأجنبي مجرّدًا من الأمر بتنفيذه، بوصفه واقعة قانونية، لا بوصفه حكما، ويرجع الفضل في بادئ الأمر في رسم ملامح هذه الفكرة بصفة عامّة إلى الحكم الصادر عن محكمة إستئناف Nancy الصادر في 08 يونيو 1961، والذي تتلخّص وقائعه في أنّ

[1] : تنص المادة 30 من قانون رقم 5 لسنة ، 1961 المتعلّق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي (الكويتي): "يعتبر كلّ من الحكم أو الأمر الصادر في بلد أجنبي وحكم المحكين الأجنبي والسند الرسمي الأجنبي، محرّرًا رسميا يتمتع في إثبات الوقائع التي قرّرها بالقوّة التي يعطيها له قانون الدولة التي صدر منها".

[2] : عبد الفتاح بيومي حجازي : النظام القانون لتنفيد الأحكام الأجنبية في مصر، المرجع السابق، ص 165.

[3] : هشام علي صادق : تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 211.

[4] : ولد الشيخ شريفة : المرجع السابق، ص 197.

[5] : هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيد الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 468.

عاملا بلجيكيا يعمل لدى شركة أجنبية في فرنسا كان قد أصيب بحادثة عمل تخضع للقانون الفرنسي، الصادر في 09 أفريل 1898، المتعلّق بالمسؤولية عن حوادث العمل، رفع المضرور دعوى تعويض على الشركة أمام المحاكم الفرنسية، غير أنه تبيّن عند نظر الدعوى، أنّ هذا العامل سبق له أن رفع دعوى تعويض ضدّ الشركة المذكورة عن ذات الفعل في لكسمبورج، وأنّ القضاء في هذه الدولة كان قد حكم له بتعويض أقل من ذلك الذي يطالب به أمام القضاء الفرنسي، فما كان من محكمة Nancy إلاّ أنها إستنزلت من التّعويض الذي قدّرت أحقية العامل فيه مبلغ التعويض الذي سبق للقضاء في لكسمبورج أنّ قضى له به، وذلك على الرّغم من عدم صدور حكم بالأمر بتنفيد الحكم الأجنبي في فرنسا.[1]

وقياسا على ذلك، إنّ القاضي الجزائري لا يمكنه أن يتجاهل الحكم الأجنبي إذا ما تعلّق بقضيّة مطروحة أمامه، فمثلا إذا صدر حكما فرنسيا يقضي بتقدير مبلغ النفقة المستحقة للزوجة ،غير أنه تم رفع دعوى المطالبة بالنفقة من جديد أمام المحاكم الجزائرية، وتبين للقاضي عند نظر الدعوى أنه قد سبق الحكم للزوجة بمبلغ نفقة أقل من المبلغ الذي سيحكم به، فهنا يخصم القاضي الجزائري مبلغ النفقة الذي حكم به قضاء فرنسا من مبلغ النفقة الذي سيحكم به، حتى ولو لم يطلب تنفيذ هذا الحكم في الجزائر. وبهذا يكون القاضي قد إعتبر الحكم الأجنبي كواقعة قانونية.

[1] : هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيد الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 468.

إنّ قواعد القانون الدولي الخاص وأحكامه، لها أهمية بالغة تبرز متى اشتملت العلاقة القانونية على صفة أجنبية في أحد عناصرها (موضوع العلاقة- سبب العلاقة – أطراف العلاقة)، هذه الأهمية تزداد بروزا وحدّة في مسائل الزواج المختلط الذي يتم بين المواطنين والأجانب، أو بين أجانب مختلفي الجنسية، والذي تتخلّله الصفة الأجنبية في عنصر" أطراف العلاقة "، هذه العلاقة القانونية التي باتت في الوقت الحاضر تثير مشاكل من النّاحية الواقعية والقانونية والقضائية، والتي أصبحت تمسّ كلّ من الزوجين والقاضي المعروض عليه النزاع.

وفي مجال القانون الدولي الخاص، حاولت مختلف التشريعات تنظيم مسألة الزواج المختلط ووضع أحكام له، سواء كان ذلك من خلال عملية التّقنين الجزئي، وذلك بإدراج قواعد القانون الدولي الخاص ضمن فروع القانون الدّاخلي كما هو الحال بالنسبة لغالبية التشريعات العربية والغربية، أو من خلال عملية التقنين الكلي، بوضع قانون واحد له فرع مستقلّ، ويأخذ تسمية القانون الدولي الخاص كما هو الشّأن بالنسبة للقانون التّونسي.

وأمام هذين المنهجين المتّبعين، اختار المشرّع الجزائري- التقنين الجزئي-، فأورد أحكام القانون الدولي الخاص ضمن عدّة فروع من القانون الداخلي، و أورد قواعد التنازع في مسائل الزواج في المواد 11-12 و13 من القانون المدني الجزائري، وخصّ النّسب بقاعدة إسناد صريحة في المادة 13مكرّر، و نص في المادّة 09 على إخضاع التكييف لقانون القاضي المعروض عليه النزاع،وأشار إلى قاعدة الإسناد التي تحكم شكل العقود في المادة 19، وبيّن الحلول للقاضي، إذا ما أثار ضابط الجنسية صعوبات أثناء البحث عن القانون الواجب التطبيق في المادة 22، و نصّ على موقفه من الإحالة في المادة 23 المعدّلة والمتمّمة (الإحالة الداخلية)، والمادة 23 مكرّر1 (الإحالة الدولية)، كما بيّن موقفه من القانون الأجنبي المخالف للنظام العام الجزائري أو الثابت له الإختصاص عمدًا واصطناعا في نصّ المادّة 24 ق.م.ج، كما أورد تكييفه للقانون الأجنبي على

أساس أنه قانون لا واقعة في المادة 358 ف6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ونصّ على أنه في حالة تعذّر إثباته يطبق القانون الجزائري في المادة 23 مكرر ق.م.ج.

والملاحظ هو أنّ المشرّع الجزائري، قد أسند الأحوال الشخصية لقانون الجنسية، وحسنا ما فعل، ذلك أنّ قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، هي أولى القوانين بحكم المسائل المتعلّقة بالأحوال الشخصية، كما أنّ التحقّق من انتماء الشخص إلى دولة معينة، هو أمر ليس بالعسير، غير أنّ ذلك لا يعني أنّ ضابط الموطن الذي تأخذ به الدول الأنجلو سكسونية يسير تغييره في جميع الأحوال، إذ أنّ الموطن لا يخضع في تغييره لسلطان الإرادة وحدها.

كما أنّ تنظيم المشرع الجزائري لقواعد التنازع الخاصّة بمسائل الزواج المختلط، لا يعني أنّ هذا التنظيم جاء متكاملا و غير ناقص، وإنّما في الحقيقة كان على المشرّع الجزائري أن يتدخّل بقاعدة إسناد صريحة ينصّ فيها بصريح العبارة على القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج في حالة اختلاف الزوجين في الجنسية، كما فعل المشرّع التونسي في المادة 45 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي، فيأخذ بالتطبيق الموزع صراحة لأن موانع الزواج التي يلزم أن يكون بشأنها التطبيق جامعا تتدخل من خلال فكرة النظام العام.

ضف إلى ذلك أن المادة 12 ف1 والمادة 13 ق.م.ج، وجّهت لهما انتقادات مضروبة في الصميم والأساس، ممّا يستلزم الأمر على المشرّع أن يتدخّل بتعديلات في المستقبل، قد يترتّب عنها إلغاء الإستثناء الوارد في نص المادّة 13 ق.م.ج، وتغيير الوقت الذي يعتدّ به في قانون جنسية الزوج فيما يتعلّق بالقانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية والمالية، والمنصوص عليه في نص المادّة 12 ف1 من القانون المدني، أو مسايرة الآراء الفقهية الحديثة التي تخضع الآثار الشخصية للزواج لقانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك، وهو ما يتبنّاه المشرّع الفرنسي وكذا المشرّع التونسي.

ومن الملاحظات الموجّهة للمشرع الجزائري، هو أنه لم يخص شكل الزواج بقاعدة إسناد صريحة ومستقلة عن نص المادة 19 ق.م.ج التي تحكم شكل العقود، فحبذا لو يتدخل بنص تشريعي صريح يبين فيه قاعدة الإسناد الخاصة بشكل الزواج،كما هو الحال بالنسبة لبعض التشريعات العربية الأخرى كالقانون الكويتي والتونسي.

وإضافة إلى تنازع القوانين، عالج المشرّع الجزائري مسألة تأثير الجنسية على الزواج المختلط في قانون الجنسية الجزائري، إذ نصّ على حق الأجنبي في اكتساب الجنسية بالزواج من جزائري، في المادة 09 مكرّر، مسايرة لما يأخذ به المشرّع الفرنسي وتجسيدًا لمبدأ المساواة بين الزوجين وتحقيقا لوحدة الجنسية داخل الأسرة .

وزيادة على ذلك، نظّم مسألة الإختصاص القضائي الدولي في مسائل الزواج المختلط في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول، وذلك في نصوص المواد 40، 41، 42، 46،426، 429، 605، 606، 607، إذ حدّد المشرّع الجزائري بموجب المواد 41، 42 اختصاصه في مسائل الزواج المختلط بناء على ضابط الجنسية، ويعتدّ بالجنسية الجزائرية سواء كانت للمدّعي أو المدّعى عليه، خلافا لبعض التشريعات التي تعتدّ فقط بضابط جنسية المدّعي دون المدّعى عليه كالتشريع المصري،كمايأخذ كغيره من التشريعات بضابط الخضوع الإرادي المنصوص عليه في المادة 46.

ونص في المواد 40، 426، 429 على اختصاص المحاكم الجزائرية في مسائل الزواج المختلط المبني على ضوابط موضوعية أو المقيّد بنوع الدّعوى، وهو يعتدّ في كافة الأحوال بضابط النظام العام، وإنعقاد الإختصاص للمحاكم الجزائرية متى تمّ إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام الجزائري، وإحلال محلّه قانون القاضي، كما يتقرّر إختصاص المحاكم الجزائرية متى تبيّن أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني، وفي هذه الحالة يجلب الإختصاص التشريعي الإختصاص القضائي.

وأمام إختلاف النظم التي تسير على وتيرتها الدول في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية ، إكتفى المشرع الجزائري بنظام المراقبة، ونص في المادّة 605 على شروط تنفيذ الحكم الأجنبي، مع ملاحظة إغفاله لشرط المعاملة بالمثل،الذي نصت عليه صراحة تشريعات العديد من الدول، ولعلّ في ذلك ميزة للمشرّع الجزائري، إذ يفتح بذلك السلطة التقديرية للقاضي، فإذا كانت الدولة المراد تنفيذ حكمها تأخذ بهذا الشرط فقد يعتدّ به، حتى يعامل أحكامها نفس المعاملة التي تلقاها الأحكام الجزائرية في هذه الدولة.

وإلى جانب ذلك أغفل المشرّع بيان طبيعة قواعد الإختصاص التي يجب أن لا تخالفها الأحكام الأجنبية الصادرة، في حين أنّ غالبية التشريعات قد بيّنت طبيعتها، حيث أنّ بعض الدول تأخذ بعين الإعتبار قواعد الإختصاص للدولة المراد تنفيذ حكمها، وبعضها تأخذ بقواعد الإختصاص للدولة المراد فيها التّنفيد، ولعلّ الحكمة من وراء ذلك هو معاملة الأحكام الأجنبية معاملة المثل، ومراعاة الإتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر، والتي تتباين في تحديد طبيعة قواعد الإختصاص، فبعضها تمّ النصّ فيها على عدم مخالفة قواعد الإختصاص للدولة المراد تنفيذ الحكم فيها،كالإتفاقية الجزائرية الفرنسية، وبعضها تمّ النصّ فيها على عدم مخالفة قواعد الاختصاص للدولة طالبة النفاذ، كالإتفاقية الجزائرية المصرية مثلا.

كم أغفل النص على شرط القانون الواجب التطبيق على منازعات الزواج المرفوعة أمام القاضي الأجنبي، و لم تنصّ غالبية التشريعات على هذا الشرط، والمنطق هو أن يطبّق القاضي قواعد الإسناد المنصوص عليها في قانونه، فكيف إذا كان يعترف له باختصاصه، لا يعترف له بتطبيق قانونه؟ .

وإلى جانب شروط تنفيذ الحكم الأجنبي، حدّد المشرّع الجزائري في المادّة 606 من ذات القانون شروط تنفيذ العقود والسندات الرسمية، المحرّرة في بلد أجنبي، وحدّد الجهة القضائية المختصة التي يقدّم أمامها طلب منح الصيغة التنفيذية في نص المادّة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وبصفة عامّة، إنّ المشرّع الجزائري نظّم مسائل الزواج المختلط في مجال القانون الدولي الخاص، وأوجد حلولا للمنازعات والمشاكل التي يثيرها من الناحية القانونية والقضائية، دون أن يجعل لأحكام القانون الدولي الخاص تشريعا خاصا ومستقلا، وإنّ ذلك يفتح المجال لمسايرة التطوّرات المستمرّة والأحداث المستجدّة التي يقتضيها هذا الفرع من القانون ويؤدي إلى تفادي الجمود.

وفي الأخير نتمنّى أن يكون هذا البحث المتواضع في المستوى، وإن كان في الحقيقة ما من عمل لا يخلو من النقائص والأخطاء، فالكمال لوجه الله تعالى وحده.

– تمّ بحمد الله–

أولا: المؤلفات:

1- باللغة العربية:

- إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1997.
- إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي، الآثار الدولية للأحكام، الناشر سيدي عبد الله وهبة، سنة 1997.
- أحمد عبد الحميد عشوش: تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، بدون طبعة، سنة 1989.
- أحمد عبد الكريم سلامة: الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، جامعة الملك سعود، سنة 1418هـ.
- أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، معاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، بدون سنة.
- أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة العاشرة، سنة 2008.
- أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة، الجزائر، الطبعة الخامسة، سنة 2008.
- بدر الدين شوقي: الموجز في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بين الفقه الدولي والأنظمة السعودية، سلسلة الكتاب الجامعي، جدة، سنة 1393هـ.
- بعوني خالد وبن عياد دليلة: الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، بدون طبعة، سنة 2009.

- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2004.
- بن شويخ رشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائ ر، الطبعة الأولى، سنة 2008.
- بن عبيدة عبد الحفيظ: الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2009.
- بن عبيدة عبد الحفيظ: الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2005.
- بوبشير موحند أمقران: النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2003.
- بيار ماير فانسان هوزيه: القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2008.
- جابر عبد الهادي سالم الشافعي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2007.
- حفيظة السيد الحداد: الوجيز في القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات المحلبي الحقوقية، بدون طبعة، بدون سنة.
- حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1997.

- خليل أحمد حسن قدادة: شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2002.
- رمزي محمد علي دراز: فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 2002.
- زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسيلة، الدويرة، بدون طبعة، سنة 2008.
- زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، بدون طبعة، سنة 2000.
- زروتي الطيب: الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر، بدون طبعة، سنة 2002.
- سامي بديع منصور: الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، بدون طبعة، سنة 1994.
- سعيد يوسف البستاني: القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون طبعة، سنة 2004.
- سهيل حسين الفتلاوي: القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، بدون طبعة، سنة 2002.
- صلاح الدين جمال الدين: تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، التركي للكومبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، الطبعة الأولى، سنة 2004.

- طلعت محمد دويدار: القانون الدولي الخاص السعودي، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، تنازع القوانين، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 1417هـ-1418هـ.
- عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دراسة متعمقة في القانون الدولي الخاص، دار الكتب القانونية، مصر، بدون طبعة، سنة 2007.
- عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة متعمقة في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، سنة 2004.
- عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث للطباعة وانشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 1989.
- عبد العزيز سعد: نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة للطباعة، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 1995.
- عبده جميل غصوب: محاضرات في القانون الدولي الخاص، نظرة عامة في القانون الوضعي، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية، سنة 2009.
- عبده جميل غصوب: دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2008.
- عدنان الخطيب: الوجيز في أصول المحاكمات، الجزء الأول، النظام القضائي في سورية، قواعد الاختصاص في القضايا المدنية، مطبعة الجامعة السورية، سنة 1958.
- عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، سنة 1986.

- عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2004.
- عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية،دار الجامعة الجديدة للنشر،سنة 1996.
- عكاشة محمد عبد العال: الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية، بدون طبعة، سنة 1986.
- علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2003.
- عليوش قربوع كمال: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، سنة 2006.
- غوثي بن ملحة: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الكتاب الأول في الزواج وإنحلاله، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2000.
- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد: الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، بدون طبعة، سنة 1996.
- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد: الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانينوتنازع الاختصاص القضائي الدولي،دار النهضة العربية،سنة 1996.
- كمال أنور محمد: تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، سنة 1965.
- محمد سعادي: حقوق الإنسان، دار الريحانة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2002.

- محمد طيبة: الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2005.
- محمد عبد الخالق عمر: القانون الدولي الليبي الخاص، منشورات جامعة قاريونس، بدون طبعة، سنة 1978.
- محمد عبد الله المؤيد: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول المقررة في القانون اليمني، أوان للخدمات الإعلامية، بدون طبعة، بدون سنة.
- محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، بدون طبعة، سنة 1997.
- محمد مبروك اللافي: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي دار الكتب الوطنية، ليبيا، بدون طبعة، سنة 1994.
- محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع،2009.
- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش: القانون الدولي الخاص، الأردني والمقارن، الجزء الأول، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بدون طبعة، سنة 1998.
- محمود عمر التحيوي: أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، سنة 2001.
- مقني بن عمار: إجراءات التقاضي والإثبات في منازعات الجنسية وفقا للقانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، سنة 2005.

- موحند إسعاد: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون طبعة، سنة 1989.
- موحند إسعاد: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون طبعة، سنة 1968.
- موسى عبود: الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي، بدون طبعة، بدون سنة.
- نادية فوضيل: الغش نحو القانون، دار هومة، الجزائر، بدون طبعة، سنة 2005.
- نادية فوضيل: تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2006.
- نادية فوضيل: تطبيق قانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة،الجزائر،طبعة 2001.
- نعوم سيوفي: الحقوق الدولية الخاصة، أمالي ومحاضرات للسنة الرابعة حقوق، جامعة حلب، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، بدون طبعة، سنة 1966-1967.
- هشام خالد: قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتعلقها بالنظام العام، دراسة مقارنة في قوانين مصر والإمارات والبحرين،الناشر منشاة المعارف، الاسكندرية، سنة 2000.
- هشام خالد: دعوى صحة ونفاد عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، دار الفكر الجامعي، سنة 2003.
- هشام علي صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، سنة 2002.
- هشام علي صادق: دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2003.
- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الجنسية ومركز الأجانب، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، سنة 1998-1999.

- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد: القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 1998-1999.
- هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل: مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 1998.
- هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 2007.
- هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 2006.
- هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 2008.
- ولد الشيخ شريفة: تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون طبعة، سنة 2004.
- يوسف دلاندة: اتفاقيات التعاون القانوني والقضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة سنة 2005.
- يوسف فتيحة: محاضرات في القانون الدولي الخاص، ملقاة على طلبة السنة الرابعة حقوق، غير مطبوعة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، سنة 2007-2008.

- يوسف فتيحة: محاضرات في قانون الجنسية، ملقاة على طلبة ماجستير، فرع القانون الدولي الخاص، غير مطبوعة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، سنة 2008-2009.
- يوسف فتيحة: محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، السنة الرابعة حقوق، مطبوعة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، سنة 2006-2007.

1-باللغة الفرنسية:

- Arminjon: « précis de droit international prive », 3ème édition, tome 111, Paris, 1947.
- Batiffol Henri, lagarde Paul: « traité de droit international privé », L.G.D.J. tome 1, 8ème édition, 1993.
- Chen Hongwn: « problèmes de droit international privé concernant les personnes physiques étrangères en Chine », L.G.D.J, tome 305, 1998.
- Derruppé Jean: « droit international privé », Dalloz, 14ème édition, 2001.
- Gutmann Daniel: « Droit international privé », Dalloz, 3ème édition, 2002 .
- Jean pierre: les effets des jugement nationaux dans les autres états membres de l'union Européenne, convention de Bruxelles, université jean moulin Lyon 3, faculté de droit, 2001 .
- Loussouarn Yvon, Bourel Pierre: « Droit international privé », Dalloz, 7ème édition, 2001.
- Rizkallal Nouhad: « Droit international privé », M.A.J.D, Beyrouth, 1ère édition, 1985.
- Rubellin Devichi, Droit de la famille, Dalloz, édition 2001 .
- Pierre Sipiteri: l'égalité des époux dans le régime matrimonial légal, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1946 .

ثانيا: الموسوعات:

- Jean Marc Bischoff: Mariage, répertoire de droit international, Dalloz, Tom 02, Paris, 1999.

ثالثا: المقالات والرسائل:

1- المقالات:

- جورج حزبون حزبون: قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق، السنة السادسة والعشرون، العدد الثاني، سنة 2002.
- حسن محمد الهداوي: اكتساب الأجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية، مجلة الحقوق، السنة الأولى، العدد الثاني، سنة 2009.
- محمد نعيم ياسين: حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الحقوق، السنة السادس والعشرون، العدد الأول، الطبعة الثانية، سنة 1994.
- نور حمد مسلم الحجايا: التناقض بين الأحكام القضائية وأثره على التنفيذ في القانون الدولي الخاص الأردني، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة مؤتة، المملكة الأردنية الهاشمية، السنة التاسع والعشرون، العدد الرابع، طبعة 2008/ دو القعدة 1428هـ.
- هجيرة دنوني: النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد الأول، سنة 1994.
- يوسف فتيحة: النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، دراسات قانونية، مجلة سداسية، مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق، العدد 05، سنة 2008.
- يوسف فتيحة: قواعد التنازع في المسائل الأسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 37، العدد الثاني، سنة 1999.

- يوسف فتيحة: مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، العدد رقم 03، سنة 2005.

2- الرسائل:

***باللغة العربية:**

- دربة أمين: "قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وإنحلاله، دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، السنة الجامعية2007-2008.
- سنينات عبد الله: "دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وإنحلالها في إطار القانون الدولي الخاص"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، السنة الجامعية 2008-2009.
- صديقي أحمد: "الجنسية الجزائرية بين الإكتساب والفقد"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، السنة الجامعية 2006-2007.
- لحمر أحمد: "النظام القانوني للأجانب في الجزائر"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، السنة الجامعية 2002-2003.
- محمد ولد عال ولد محماي: "أحكام النسب وطرق إثباته"، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، السنة الجامعية 2007-2008.
- مسعودي رشيد: "النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري"، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، السنة الجامعية 2005-2006.

***باللغة الفرنسية:**

- Kaouahnee Derder Malika, les effets du mariage dans les rapports entre époux, mémoire de magistère, université d'Alger, 1988.

رابعا: النصوص:

1-الاتفاقيات الدولية:

***باللغة العربية:**

- إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، الموقعة في الرياض بتاريخ 23 جمادى الثانية، عام 1403هـ/06 أفريل 1983، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-47/ المؤرخ في 17 ذي القعدة 1421 هـ/ الموافق 11-02-2002.

- إتفاقية بروكسل المبرمة في 27 سبتمبر 1978 بين دول السوق الأوربية المشتركة والمتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية.

- إتفاقيات التعاون القانوني والقضائي الثنائية المصادق عليها من طرف الجزائر:

- الإتفاقية القضائية بين الجزائر ومصر، الموقع عليها يوم 29-02-1964، المصادق عليها بالأمر رقم 65-195، المؤرخ في 29-07-1965، الجريدة الرسمية رقم 68.
- الإتفاقية القضائية بين الجزائر والمغرب، الموقع عليها يوم 15-03-1963، المصادق عليها بالأمر رقم 68-69 المؤرخ في 02-09- 1969، المعدلة والمتممة بالبروتوكول الموقع عليه يوم 01/15/ 1969، الجريدة الرسمية رقم 77.
- الإتفاقية القضائية بين الجزائر وتونس، الموقع عليها يوم 07/26/ 1963، المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 450/63، المؤرخ في 11/14/ 1963، الجريدة الرسمية رقم 87 .

- الإتفاقية القضائية بين الجزائر وفرنسا، المصادق عليها بأمر رقم 65-194، المؤرخ في 30 ربيع الأول عام 1385 الموافق 29 يوليو 1965 والمتعلقة بتنفيد الأحكام وتسليم المجرمين.
- الإتفاقية القضائية بين الجزائر وليبيا، الموقعة في مدينة بنغازي يوم 29 محرم عام 1415 الموافق 08 يوليو، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-367 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1416 الموافق 12 نوفمبر سنة 1995.
- إتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي، الموقعة في مدينة رأس لانوف (ليبيا) بتاريخ 09 و10 مارس 1991، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 181/94، المؤرخ في 13-04-1994، الجريدة الرسمية رقم 34. (هذه الاتفاقيات منشورة بالمرجع التالي: يوسف دلاندة، اتفاقيات التعاون القضائي والقانوني، دار هومة، الجزائر، طبعة 2005).

- إتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، عرضتها الجمعية العامة للتوقيع والتصديق بقرارها (1763 ألف د_17)، المؤرخ في 07 تشرين الثاني/ نوفمبر 1962، تاريخ بدء النفاد: 09 كانون الأول/ ديسمبر 1964 وفقا للمادة 06 منها.

- إتفاقية بشأن جنسية المرأة المتزوجة، عرضت للتوقيع والتصديق بقرار الجمعية العامة 1040 (د_11)، يوم 29 كانون الثاني/ يناير 1957، تاريخ بدء النفاذ: 11 آب/ أغسطس 1958، طبقا للمادة 06 منها.

(الإتفاقيتان منشورتان بالمرجع التالي: لعسري عباسية: "حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني"، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، بدون طبعة، سنة 2006).

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948، أعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3)، المؤرخ في 10 كانون الأول / ديسمبر 1948.

*** باللغة الفرنسية:**

الإتفاقيات التي عقدها مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص:

- Convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de loi en matière de mariage.
- Convention du 17 juillet 1905 concernant les de loi relatifs aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux.
- Convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.
- Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (Conclue le 14 mars 1978*)*

(هذه الاتفاقيات موجودة بالموقع التالي: www.hcch.com).

1-التشريعات الوطنية:

أ-الأوامر:

- الأمر رقم 70- 20، المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري.
- الأمر رقم 75- 58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري.
- الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية رقم 15.
- الأمر رقم 05-01، المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم لقانون الجنسية الجزائري، جريدة رسمية رقم 43.

ب_القوانين:

- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 فيفري 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- قانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، جريدة رسمية رقم 44.
- قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 21.
- قانون رقم 70-86، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري.

3 –التشريعات الأخرى:

أ–العربية:

- القانون المدني السوري.
- القانون المدني العراقي.
- القانون المدني الليبي.
- القانون المدني المصري.
- القانون المدني اليمني.
- القانون المدني الأردني.
- مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998.
- القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1978.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لسنة 1968.
- قانون أصول المحاكمات السورية لسنة 1953.

- قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي لسنة 1960.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة 1953.
- قانون الجنسية المغربية.
- قانون الجنسية التونسية.
- القانون الكويتي الخاص بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي لعام 1961.
- قانون جنسية دولة الإمارات العربية لسنة 1975.
- قانون الأحوال الشخصية المصري الصادر سنة 1920، المعدل والمتمم بالقانون رقم 25 لسنة 1929 والقانون رقم 100 لسنة 1985.
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984.

ب–الأجنبية:

- قانون المرافعات الإيطالي.
- قانون المرافعات الألماني.
- القانون المدني الفرنسي.
- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.
- قانون الجنسية الفرنسي.
- القانون المدني الإسباني.

ملاحظة:هذه النصوص موجودة بالموقع التالي :www.jurispedia.org

الملحق رقم 01:

CONVENTION DU 12 JUIN 1902 POUR RÉGLER LES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE MARIAGE

Sa Majesté l'Empereur d'Allemagne, Roi de Prusse, au nom de l'Empire Allemand, Sa Majesté l'Empereur d'Autriche, Roi de Bohême, etc., etc., et Roi Apostolique de Hongrie, Sa Majesté le Roi des Belges, Sa Majesté le Roi d'Espagne, Le Président de la République Française, Sa Majesté le Roi d'Italie, Son Altesse Royale le Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau, Sa Majesté la Reine des Pays-Bas, Sa Majesté le Roi de Portugal et des Algarves, etc. etc., Sa Majesté le Roi de Roumanie, Sa Majesté le Roi de Suède et de Norvège, au nom de la Suède, et le Conseil Fédéral Suisse,

Désirant établir des dispositions communes pour régler les conflits de lois concernant les conditions pour la validité du mariage,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et ont nommé pour Leurs plénipotentiaires, savoir:

Sa Majesté l'Empereur d'Allemagne, Roi de Prusse, au nom de l'Empire Allemand :
MM. le Comte de Pourtalès, Son Envoyé Extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire près Sa Majesté la Reine des Pays-Bas, le Docteur Hermann Dungs, Son Conseiller Supérieur Intime de Régence, et le Docteur Johannes Kriege, Son Conseiller Intime de Légation;
Sa Majesté l'Empereur d'Autriche, Roi de Bohême, etc. etc., et Roi Apostolique de Hongrie:
M. Okolicsányi d'Okolicsna, Son Envoyé Extraordinaire, et Ministre Plénipotentiaire près Sa Majesté la Reine des Pays-Bas;
Sa Majesté le Roi des Belges:
MM. le Comte de Grelle Rogier, Son Envoyé Extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire près Sa Majesté la Reine des Pays-Bas, et Alfred van den Bulcke, Son Envoyé Extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire, Directeur-Général au Ministère des Affaires Etrangères;
Sa Majesté le Roi d'Espagne:
M. Carlos Crespi de Valldanza y Fortuny, Son Chargé d'Affaires intérimaire à La Haye ;
Le Président de la République Française :
MM. de Monbel, Envoyé Extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire de la République Française près Sa Majesté la Reine des Pays-Bas, et Louis Renault, Professeur de Droit

International à l'Université de Paris, Jurisconsulte du Ministère des Affaires Etrangères;
Sa Majesté le Roi d'Italie :
M. Salvatore Tugini, Son Envoyé Extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire près Sa Majesté la Reine des Pays-Bas;
Son Altesse Royale le Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau:
M. le Comte de Villers, Son Chargé d'Affaires à Berlin;
Sa Majesté la Reine des Pays-Bas:
MM. le Baron R. Melvil de Lynden, Son Ministre des Affaires Etrangères, J. A. Loeff, Son Ministre de la Justice, et T.M.C. Asser, Membre du Conseil d'Etat, Président de la Commission Royale pour le Droit International Privé, Président des Conférences de Droit International Privé; Sa Majesté le Roi de Portugal et des Algarves, etc., etc., :
M. le Comte de Sélir, Son Envoyé Extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire près Sa Majesté la Reine des Pays-Bas ;
Sa Majesté le Roi de Roumanie :
M. Jean N. Papiniu, Son Envoyé Extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire près Sa Majesté la Reine des Pays-Bas;
Sa Majesté le Roi de Suède et de Norvège, au nom de la Suède:
M. le Comte Wrangel, Son Envoyé Extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire près Sa Majesté la Reine des Pays-Bas,
et Le Conseil Fédéral Suisse :
M. Ferdinand Koch, Vice-Consul de la Confédération Suisse à Rotterdam;

Lesquels, après s'être communiqué leurs pleins pouvoirs, trouvés en bonne et due forme, sont convenus des dispositions suivantes:

Article 1
Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi.

Article 2
La loi du lieu de la célébration peut interdire le mariage des étrangers qui serait contraire à ses dispositions concernant:

1. les degrés de parenté ou d'alliance pour lesquels il y a une prohibition absolue;
2. la prohibition absolue de se marier, édictée contre les coupables de l'adultère à raison

duquel le mariage de l'un d'eux a été dissous;
3. la prohibition absolue de se marier, édictée contre des personnes condamnées pour avoir de concert attenté à la vie du conjoint de l'une d'elles.

Le mariage célébré contrairement à une des prohibitions mentionnées ci-dessus ne sera pas frappé de nullité, pourvu qu'il soit valable d'après la loi indiquée par l'article 1er.
Sous la réserve de l'application du premier alinéa de l'article 6 de la présente Convention, aucun Etat contractant ne s'oblige à faire célébrer un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois. La violation d'un empêchement de cette nature ne pourrait pas entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui où le mariage a été célébré.

Article 3
La loi du lieu de la célébration peut permettre le mariage des étrangers nonobstant les prohibitions de la loi indiquée par l'article 1er, lorsque ces prohibitions sont exclusivement fondées sur des motifs d'ordre religieux.
Les autres Etats ont le droit de ne pas reconnaître comme valable le mariage célébré dans ces circonstances.

Article 4
Les étrangers doivent, pour se marier, établir qu'ils remplissent les conditions nécessaires d'après la loi indiquée par l'article 1er. Cette justification se fera, soit par un certificat des agents diplomatiques ou consulaires autorisés par l'Etat dont les contractants sont les ressortissants, soit par tout autre mode de preuve, pourvu que les conventions internationales ou les autorités du pays de la célébration reconnaissent la justification comme suffisante.

Article 5
Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré suivant la loi du pays où il a eu lieu.
Il est toutefois entendu que les pays dont la législation exige une célébration religieuse, pourront ne pas reconnaître comme valables les mariages contractés par leurs nationaux à l'étranger sans que cette prescription ait été observée.
Les dispositions de la loi nationale, en matière de publications, devront être respectées; mais le défaut de ces publications ne pourra pas entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui dont la loi aurait été violée.

Une copie authentique de l'acte de mariage sera transmise aux autorités du pays de chacun des époux.

Article 6

Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré devant un agent diplomatique ou consulaire, conformément à sa législation, si aucune des parties contractantes n'est ressortissante de l'Etat où le mariage a été célébré et si cet Etat ne s'y oppose pas. Il ne peut pas s'y opposer quand il s'agit d'un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois.
La réserve du second alinéa de l'article 5 est applicable aux mariages diplomatiques ou consulaires.

Article 7

Le mariage, nul quant à la forme dans le pays où il a été célébré, pourra néanmoins être reconnu comme valable dans les autres pays, si la forme prescrite par la loi nationale de chacune des parties a été observée.

Article 8

La présente Convention ne s'applique qu'aux mariages célébrés sur le territoire des Etats contractants entre personnes dont une au moins est ressortissante d'un de ces Etats.
Aucun Etat ne s'oblige, par la présente Convention, à appliquer une loi qui ne serait pas celle d'un Etat contractant.

Article 9

La présente Convention, qui ne s'applique qu'aux territoires européens des Etats contractants, sera ratifiée et les ratifications en seront déposées à La Haye, dès que la majorité des Hautes Parties contractantes sera en mesure de le faire.
Il sera dressé de ce dépôt un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à chacun des Etats contractants.

Article 10

Les Etats non signataires qui ont été représentés à la troisième Conférence de Droit International Privé sont admis à adhérer purement et simplement à la présente Convention.
L'Etat qui désire adhérer notifiera, au plus tard le 31 décembre 1904, son intention par un acte qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas.

Celui-ci en enverra une copie, certifiée conforme, par la voie diplomatique à chacun des Etats contractants.

Article 11

La présente Convention entrera en vigueur le soixantième jour à partir du dépôt des ratifications ou de la date de la notification des adhésions.

Article 12

La présente Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date du dépôt des ratifications.

Ce terme commencera à courir de cette date, même pour les Etats qui auront fait le dépôt après cette date ou qui auraient adhéré plus tard.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation devra être notifiée, au moins six mois avant l'expiration du terme visé aux alinéas précédents, au Gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance à tous les autres Etats contractants.

La dénonciation ne produira son effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera exécutoire pour les autres Etats.

En foi de quoi les plénipotentiaires respectifs ont signé la présente Convention et l'ont revêtue de leurs sceaux.

Fait à La Haye, le douze Juin Mil Neuf Cent Deux, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas et dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à chacun des Etats qui ont été représentés à la troisième Conférence de Droit International Privé.

الملحق رقم 02:

CONVENTION DU 17 JUILLET 1905 CONCERNANT LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS AUX EFFETS DU MARIAGE SUR LES DROITS ET LES DEVOIRS DES ÉPOUX DANS LEURS RAPPORTS PERSONNELS ET SUR LES BIENS DES ÉPOUX

Sa Majesté l'Empereur d'Allemagne, Roi de Prusse, au nom de l'Empire Allemand, le Président de la République Française, Sa Majesté le Roi d'Italie, Sa Majesté la Reine des Pays-Bas, Sa Majesté le Roi de Portugal et des Algarves, etc. etc., Sa Majesté le Roi de Roumanie, et Sa Majesté le Roi de Suède et de Norvège, au nom de la Suède:

Désirant établir des dispositions communes concernant les effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et ont, en conséquence, nommé pour leurs plénipotentiaires, savoir:
Sa Majesté l'Empereur d'Allemagne, Roi de Prusse, au nom de l'Empire Allemand:
MM. de Schloezer, Son Envoyé Extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire près Sa Majesté la Reine des Pays-Bas, et le Docteur Johannes Kriege, Son Conseiller Intime de Légation;
Le Président de la République Française:
MM. de Monbel, Envoyé Extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire de la République Française près Sa Majesté la Reine des Pays-Bas, et Louis Renault, Professeur de Droit International à l'Université de Paris, Jurisconsulte du Ministère des Affaires Etrangères;
Sa Majesté le Roi d'Italie:
M. Salvatore Tugini, Son Envoyé Extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire près Sa Majesté la Reine des Pays-Bas;
Sa Majesté la Reine des Pays-Bas:
MM. le Jonkheer W.M. de Weede de Berencamp, Son Ministre des Affaires Etrangères, J. A. Loeff, Son Ministre de la Justice, et T.M.C. Asser, Ministre d'Etat, Membre du Conseil d'Etat, Président de la Commission Royale de Droit International Privé, Président des Conférences de Droit International Privé;
Sa Majesté le Roi de Portugal et des Algarves, etc. etc. :
M. le Comte de Sélir, Son Envoyé Extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire près Sa Majesté

la Reine des Pays-Bas;

Sa Majesté le Roi de Roumanie:

M. E. Mavrocordato, Son Envoyé Extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire près Sa Majesté la Reine, des Pays-Bas;

Sa Majesté le Roi de Suède et de Norvège, au nom de la Suède:

M. le Baron Falkenberg, Son Envoyé Extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire près Sa Majesté la Reine des Pays-Bas,

Lesquels, après s'être communiqué leurs pleins pouvoirs, trouvés en bonne et due forme, sont convenus des dispositions suivantes:

I. LES DROITS ET LES DEVOIRS DES ÉPOUX DANS LEURS RAPPORTS PERSONNELS

Article 1
Les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels sont régis par leur loi nationale.
Toutefois, ces droits et ces devoirs ne peuvent être sanctionnés que par les moyens que permet également la loi du pays où la sanction est requise.

II. LES BIENS DES ÉPOUX

Article 2
En l'absence de contrat, les effets du mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage.
Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux n'aura pas d'influence sur le régime des biens.

Article 3
La capacité de chacun des futurs époux pour conclure un contrat de mariage est déterminée par sa loi nationale au moment de la célébration du mariage.

Article 4
La loi nationale des époux décide s'ils peuvent, au cours du mariage, soit faire un contrat de mariage, soit résilier ou modifier leurs conventions matrimoniales.
Le changement qui serait fait au régime des biens ne peut pas avoir d'effet rétroactif au préjudice des tiers.

Article 5
La validité intrinsèque d'un contrat de mariage et ses effets sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage, ou, s'il a été conclu au cours du mariage, par la loi nationale des époux au moment du contrat.
La même loi décide si et dans quelle mesure les époux ont liberté de se référer à une autre loi; lorsqu'ils s'y sont référés, c'est cette dernière loi qui détermine les effets du contrat de mariage.

Article 6
Le contrat de mariage est valable quant à la forme, s'il a été conclu soit conformément à la loi du pays où il a été fait, soit conformément à la loi nationale de chacun des futurs époux au moment de la célébration du mariage, ou encore, s'il a été conclu au cours du mariage, conformément à la loi nationale de chacun des époux.
Lorsque la loi nationale de l'un des futurs époux ou, si le contrat est conclu au cours du mariage, la loi nationale de l'un des époux exige comme condition de validité que le contrat, même s'il est conclu en pays étranger, ait une forme déterminée, ses dispositions doivent être observées.

Article 7
Les dispositions de la présente Convention ne sont pas applicables aux immeubles placés par la loi de leur situation sous un régime foncier spécial.

Article 8
Chacun des Etats contractants se réserve:
1. d'exiger des formalités spéciales pour que le régime des biens puisse être invoqué contre les tiers;
2. d'appliquer des dispositions ayant pour but de protéger les tiers dans leurs relations avec une femme mariée exerçant une profession sur le territoire de cet Etat.
Les Etats contractants s'engagent à se communiquer les dispositions légales applicables d'après le présent article.

III. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 9
Si les époux ont acquis, au cours du mariage, une nouvelle et même nationalité, c'est leur nouvelle loi nationale qui sera appliquée dans les cas visés aux articles 1, 4 et 5.
S'il advient, au cours du mariage, que les époux n'aient pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra, pour l'application des articles précités, être considérée comme leur loi nationale.

Article 10
La présente Convention n'aura pas d'application lorsque, d'après les articles précédents, la loi qui devrait être appliquée ne serait pas celle d'un Etat contractant.

IV. DISPOSITIONS FINALES

Article 11
La présente Convention sera ratifiée et les ratifications en seront déposées à La Haye, dès que six des Hautes Parties Contractantes seront en mesure de le faire.
Il sera dressé de tout dépôt de ratifications un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à chacun des Etats contractants.

Article 12
La présente Convention s'applique de plein droit aux territoires européens des Etats contractants.
Si un Etat contractant en désire la mise en vigueur dans ses territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, ou dans ses circonscriptions consulaires judiciaires, il notifiera son intention à cet effet par un acte, qui sera déposé dans les archives du

Gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des Etats contractants. La Convention entrera en vigueur dans les rapports entre les Etats qui répondront par une déclaration affirmative à cette notification et les territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, et les circonscriptions consulaires judiciaires, pour lesquels la notification aura été faite. La déclaration affirmative sera déposée, de même, dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas, qui en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des Etats contractants.

Article 13
Les Etats représentés à la quatrième Conférence de droit international privé sont admis à signer la présente Convention jusqu'au dépôt des ratifications prévu par l'article 11, alinéa 1er. Après ce dépôt ils seront toujours admis à y adhérer purement et simplement. L'Etat qui désire adhérer notifie son intention par un acte qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des Etats contractants.

Article 14
La présente Convention entrera en vigueur le soixantième jour à partir du dépôt des ratifications prévu par l'article 11, alinéa 1er.
Dans le cas de l'article 12, alinéa 2, elle entrera en vigueur quatre mois après la date de la déclaration affirmative et, dans le cas de l'article 13, alinéa 2, le soixantième jour après la notification des adhésions.
Il est entendu que les notifications prévues par l'article 12, alinéa 2, ne pourront avoir lieu qu'après que la présente Convention aura été mise en vigueur conformément à l'alinéa 1 du présent article.

Article 15
La présente Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date indiquée dans l'article 14, alinéa 1er.
Ce terme commencera à courir de cette date, même pour les Etats qui auront adhéré postérieurement et aussi en ce qui concerne les déclarations affirmatives faites en vertu de l'article 12, alinéa 2.
La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.
La dénonciation devra être notifiée, au moins six mois avant l'expiration du terme visé aux alinéas 2 et 3, au Gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance à tous les autres Etats.
La dénonciation peut ne s'appliquer qu'aux territoires, possessions, ou colonies, situés hors de l'Europe, ou aussi aux circonscriptions consulaires judiciaires, compris dans une notification faite en vertu de l'article 12, alinéa 2.
La dénonciation ne produira son effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera exécutoire pour les autres Etats contractants.

En foi de quoi, les plénipotentiaires respectifs ont signé la présente Convention et l'ont revêtue de leurs sceaux.
Fait à La Haye, le 17 juillet Mil Neuf Cent Cinq, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays- Bas et dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique, à chacun des Etats qui ont été représentés à la quatrième Conférence de Droit International Privé.

الملحق رقم : 03

CONVENTION SUR LA CÉLÉBRATION ET LA RECONNAISSANCE DE LA VALIDITÉ DES MARIAGES

(Conclue le 14 mars 1978)

Les Etats signataires de la présente Convention,

Désirant faciliter la célébration des mariages et la reconnaissance de la validité des mariages,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et sont convenus des dispositions suivantes :

CHAPITRE I - CELEBRATION DU MARIAGE

Article premier

Ce chapitre s'applique aux conditions requises dans un Etat contractant pour la célébration du mariage.

Article 2

Les conditions de forme du mariage sont régies par le droit de l'Etat de la célébration.

Article 3

Le mariage doit être célébré :

1. lorsque les futurs époux répondent aux conditions de fond prévues par la loi interne de l'Etat de la célébration, et que l'un d'eux a la nationalité de cet Etat ou y réside habituellement ; ou
2. lorsque chacun des futurs époux répond aux conditions de fond prévues par la loi interne désignée par les règles de conflit de lois de l'Etat de la célébration.

Article 4

L'Etat de la célébration peut exiger des futurs époux toutes justifications utiles du contenu de toute loi étrangère applicable selon les articles précédents.

Article 5

L'application d'une loi étrangère déclarée compétente par ce chapitre ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat de la célébration.

Article 6

Un Etat contractant pourra se réserver le droit, par dérogation à l'article 3, chiffre 1, de ne pas appliquer sa loi interne aux conditions de fond du mariage à celui des époux qui n'aurait pas la nationalité de cet Etat et n'y aurait pas sa résidence habituelle.

CHAPITRE II - RECONNAISSANCE DE LA VALIDITE DU MARIAGE

Article 7

Ce chapitre s'applique à la reconnaissance dans un Etat contractant de la validité d'un mariage conclu dans un autre Etat.

Article 8

Ce chapitre ne s'applique pas :

1. aux mariages célébrés par une autorité militaire ;
2. aux mariages célébrés à bord d'un navire ou d'un aéronef ;
3. aux mariages par procuration ;
4. aux mariages posthumes ;
5. aux mariages informels.

Article 9

Le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'Etat de la célébration, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout Etat contractant sous réserve des dispositions de ce chapitre.

Est également considéré comme valable le mariage célébré par un agent diplomatique ou un fonctionnaire consulaire conformément à son droit, à condition que cette célébration ne soit pas interdite par l'Etat de la célébration.

Article 10

Lorsqu'un certificat de mariage a été délivré par une autorité compétente, le mariage est présumé être valable jusqu'à preuve du contraire.

Article 11

Un Etat contractant ne peut refuser de reconnaître la validité d'un mariage que si, selon le droit de cet Etat, un des époux, au moment de ce mariage :

1. était déjà marié ; ou
2. était à un degré de parenté en ligne directe avec l'autre époux ou était son frère ou sa sœur, par le sang ou par adoption ; ou
3. n'avait pas atteint l'âge minimum requis pour se marier et n'avait pas obtenu la dispense nécessaire ; ou
4. n'était pas mentalement capable de donner son consentement ; ou
5. n'avait pas librement consenti au mariage.

Toutefois, la reconnaissance ne peut être refusée dans le cas prévu au chiffre 1 de l'alinéa précédent si le mariage est devenu ultérieurement valable par suite de la dissolution ou de l'annulation du mariage précédent.

Article 12

Les règles de ce chapitre s'appliquent même si la question de la reconnaissance de la validité du mariage doit être tranchée, à titre incident, dans le contexte d'une autre question.

Toutefois, ces règles peuvent ne pas être appliquées lorsque cette autre question est régie, d'après les règles de conflit de lois du for, par le droit d'un Etat non contractant.

Article 13

La présente Convention ne fait pas obstacle dans un Etat contractant à l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance des mariages conclus à l'étranger.

Article 14

Un Etat contractant peut refuser la reconnaissance de la validité d'un mariage si cette reconnaissance est manifestement incompatible avec son ordre public.

Article 15

Ce chapitre est applicable quelle que soit la date à laquelle le mariage a été célébré.

Toutefois, un Etat contractant pourra se réserver le droit de ne pas appliquer ce chapitre à un mariage célébré avant la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat.

CHAPITRE III - DISPOSITIONS GENERALES

Article 16

Un Etat contractant pourra se réserver le droit d'exclure l'application du chapitre I.

Article 17

Lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de mariage, toute référence au droit de l'Etat de la célébration est entendue comme visant le droit de l'unité territoriale dans laquelle le mariage est ou a été célébré.

Article 18

Lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de mariage, toute référence au droit de cet Etat en ce qui concerne la reconnaissance de la validité d'un mariage est entendue comme visant le droit de l'unité territoriale dans laquelle la reconnaissance est invoquée.

Article 19

Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de mariage n'est pas tenu d'appliquer la Convention à la reconnaissance, dans une unité territoriale, de la validité d'un mariage conclu dans une autre unité territoriale.

Article 20

Lorsqu'un Etat connaît en matière de mariage deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes, toute référence au droit de cet Etat est entendue comme visant le système de droit désigné par les règles en vigueur dans cet Etat.

Article 21

La Convention ne porte pas atteinte à l'application de toute convention, contenant des dispositions sur la célébration ou la reconnaissance de la validité du mariage, à laquelle un Etat contractant est Partie au moment où la présente Convention entre en vigueur pour lui.

La présente Convention n'affecte pas le droit d'un Etat contractant de devenir Partie à une convention, fondée sur des liens particuliers de caractère régional ou autre, contenant des dispositions sur la célébration ou la reconnaissance de la validité du mariage.

Article 22

La présente Convention remplace, dans les rapports entre les Etats qui y sont Parties, la Convention pour régler les conflits de lois en matière de mariage, conclue à La Haye le 12 juin 1902.

Article 23

Chaque Etat contractant, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, fera connaître au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas les autorités qui sont compétentes selon son droit pour délivrer le certificat de mariage visé à l'article 10, et ultérieurement tous changements concernant ces autorités.

CHAPITRE IV - CLAUSES FINALES

Article 24

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 25

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention.

L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 26

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, pourra déclarer que la Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration aura effet au moment où elle entre en vigueur pour cet Etat.

Cette déclaration, ainsi que toute extension ultérieure, seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 27

Un Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de mariage pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment étendre cette déclaration.

Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas et indiqueront expressément l'unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

Article 28

Tout Etat contractant pourra, au plus tard au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, faire une ou plusieurs des réserves prévues aux articles 6, 15 et 16. Aucune autre réserve ne sera admise.

Tout Etat pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite. Ce retrait sera notifié au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

L'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification mentionnée à l'alinéa précédent.

Article 29

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par les articles 24 et 25.

Ensuite, la Convention entrera en vigueur :

1. pour chaque Etat ratifiant, acceptant, approuvant ou adhérant postérieurement le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ;
2. pour les territoires auxquels la Convention a été étendue conformément à l'article 26, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Article 30

La Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date de son entrée en vigueur conformément à l'article 29, alinéa premier, même pour les Etats qui l'auront postérieurement ratifiée, acceptée ou approuvée ou qui y auront adhéré.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation sera, au moins six mois avant l'expiration du délai de cinq ans, notifiée au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas. Elle pourra se limiter à certains territoires ou unités territoriales auxquels s'applique la Convention.

La dénonciation n'aura d'effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera en vigueur pour les autres Etats contractants.

Article 31

Le Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 25 :

1. les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 24 ;
2. les adhésions visées à l'article 25 ;
3. la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 29 ;
4. les extensions visées à l'article 26 ;
5. les déclarations mentionnées à l'article 27 ;
6. les réserves prévues aux articles 6, 15 et 16, et le retrait des réserves prévu à l'article 28 ;
7. les communications notifiées en application de l'article 23 ;
8. les dénonciations visées à l'article 30.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le 14 mars 1978, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.

الملحق رقم: 04

CONVENTION SUR LA LOI APPLICABLE AUX RÉGIMES MATRIMONIAUX

(Conclue le 14 mars 1978)

Les Etats signataires de la présente Convention,

Désirant établir des dispositions communes concernant la loi applicable aux régimes matrimoniaux,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et sont convenus des dispositions suivantes :

CHAPITRE I - CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

Elle ne s'applique pas :

1. aux obligations alimentaires entre époux ;
2. aux droits successoraux du conjoint survivant ;
3. à la capacité des époux.

Article 2

La Convention s'applique même si la nationalité ou la résidence habituelle des époux ou la loi applicable en vertu des articles ci-dessous ne sont pas celles d'un Etat contractant.

CHAPITRE II - LOI APPLICABLE

Article 3

Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux avant le mariage.

Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes :

1. la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;
2. la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ;
3. la loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage.

La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens.

Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents, ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation.

Article 4

Si les époux n'ont pas, avant le mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage.

Toutefois, dans les cas suivants, le régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat de la nationalité commune des époux :

1. lorsque la déclaration prévue par l'article 5 a été faite par cet Etat et que son effet n'est pas exclu par l'alinéa 2 de cet article ;
2. lorsque cet Etat n'est pas Partie à la Convention, que sa loi interne est applicable selon son droit international privé, et que les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage :

a) dans un Etat ayant fait la déclaration prévue par l'article 5, ou
b) dans un Etat qui n'est pas Partie à la Convention et dont le droit international privé prescrit également l'application de leur loi nationale ;

3. lorsque les époux n'établissent pas sur le territoire du même Etat leur première résidence habituelle après le mariage.

A défaut de résidence habituelle des époux sur le territoire du même Etat et à défaut de nationalité commune, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits.

Article 5

Tout Etat pourra, au plus tard au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, faire une déclaration entraînant l'application de sa loi interne, selon l'article 4, alinéa 2, chiffre 1.

Cette déclaration n'aura pas d'effet pour des époux qui conservent tous deux leur résidence habituelle sur le territoire de l'Etat où, au moment du mariage, l'un et l'autre avaient leur résidence habituelle depuis cinq ans au moins, sauf si cet Etat est un Etat contractant ayant fait la déclaration prévue par l'alinéa premier du présent article, ou un Etat non Partie à la Convention et dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale.

Article 6

Les époux peuvent, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable.

Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes :

1. la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;
2. la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation.

La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens.

Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents ou par l'article 3, ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation.

Article 7

La loi compétente en vertu des dispositions de la Convention demeure applicable aussi longtemps que les époux n'en ont désigné aucune autre et même s'ils changent de nationalité ou de résidence habituelle.

Toutefois, si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'Etat où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, aux lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis :

1. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si la nationalité de cet Etat est leur nationalité commune, ou dès qu'ils acquièrent cette nationalité, ou
2. lorsque, après le mariage, cette résidence habituelle a duré plus de dix ans, ou
3. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si le régime matrimonial était soumis à la loi de l'Etat de la nationalité commune uniquement en vertu de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3.

Article 8

Le changement de la loi applicable en vertu de l'article 7, alinéa 2, n'a d'effet que pour l'avenir, et les biens appartenant aux époux antérieurement à ce changement ne sont pas soumis à la loi désormais applicable.

Toutefois, les époux peuvent, à tout moment et dans les formes prévues à l'article 13, soumettre l'ensemble de leurs biens à la nouvelle loi, sans préjudice, en ce qui concerne les immeubles, des dispositions de l'article 3, alinéa 4, et de l'article 6, alinéa 4. L'exercice de cette faculté ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

Article 9

Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont soumis à la loi applicable au régime matrimonial en vertu de la Convention.

Toutefois, le droit d'un Etat contractant peut prévoir que la loi applicable au régime matrimonial ne peut être opposée par un époux à un tiers lorsque l'un ou l'autre a sa résidence habituelle sur son territoire, à moins :

1. que des conditions de publicité ou d'enregistrement prévues par ce droit aient été remplies, ou
2. que le rapport juridique entre cet époux et le tiers ait pris naissance alors que le tiers connaissait ou devait connaître la loi applicable au régime matrimonial.

Le droit de l'Etat contractant où un immeuble est situé peut prévoir une règle analogue pour les rapports juridiques entre un époux et un tiers concernant cet immeuble.

Tout Etat contractant a la possibilité de spécifier au moyen d'une déclaration la portée des alinéas 2 et 3 du présent article.

Article 10

Les conditions relatives au consentement des époux quant à la loi déclarée applicable sont déterminées par cette loi.

Article 11

La désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage.

Article 12

Le contrat de mariage est valable quant à la forme si celle-ci répond soit à la loi interne applicable au régime matrimonial, soit à la loi interne en vigueur au lieu où le contrat a été passé. Il doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux.

Article 13

La désignation par stipulation expresse de la loi applicable doit revêtir la forme prescrite pour les contrats de mariage, soit par la loi interne désignée, soit par la loi interne du lieu où intervient cette désignation. Elle doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux.

Article 14

L'application de la loi déterminée par la Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public.

CHAPITRE III - DISPOSITIONS DIVERSES

Article 15

Aux fins de la Convention, une nationalité n'est considérée comme nationalité commune des époux que dans les cas suivants :

1. les deux époux avaient cette nationalité avant le mariage ;
2. un époux a volontairement acquis la nationalité de l'autre au moment du mariage ou ultérieurement, soit par une déclaration prévue à cet effet, soit en ne déclinant pas cette

acquisition alors qu'il savait que ce droit lui était ouvert ;
3. les deux époux ont volontairement acquis cette nationalité après le mariage.

Sauf dans les cas visés par l'article 7, alinéa 2, chiffre 1, les dispositions se référant à la nationalité commune ne sont pas applicables lorsque les époux ont plus d'une nationalité commune.

Article 16

Aux fins de la Convention, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux, toute référence à la loi nationale d'un tel Etat est entendue comme visant le système déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat.

A défaut de telles règles, on entend par Etat dont un époux a la nationalité, au sens des articles 3, alinéa 2, chiffre 1, et 6, alinéa 2, chiffre 1, l'unité territoriale où cet époux a eu en dernier lieu sa résidence habituelle ; de même, pour l'application de l'article 4, alinéa 2, on entend par Etat de la nationalité commune des époux l'unité territoriale où l'un et l'autre a eu, en dernier lieu, une résidence habituelle.

Article 17

Aux fins de la Convention, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux, toute référence à la résidence habituelle dans un tel Etat est interprétée comme visant la résidence habituelle dans une unité territoriale de cet Etat.

Article 18

Un Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux n'est pas tenu d'appliquer les règles de la Convention aux conflits entre les lois de ces unités, lorsque la loi d'aucun autre Etat n'est applicable en vertu de la Convention.

Article 19

Aux fins de la Convention, lorsqu'un Etat connaît, en matière de régimes matrimoniaux, deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes, toute référence à la loi d'un tel Etat est entendue comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat.

A défaut de telles règles, la loi interne de l'Etat de la nationalité commune des époux s'applique dans le cas prévu à l'article 4, alinéa premier, et la loi interne de l'Etat dans lequel ils avaient tous deux leur résidence habituelle reste applicable dans le cas prévu à l'article 7, alinéa 2, chiffre 2. A défaut de nationalité commune des époux, l'article 4, alinéa 3, s'applique.

Article 20

La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

Article 21

La Convention ne s'applique, dans chaque Etat contractant, qu'aux époux qui se sont mariés ou qui désignent la loi applicable à leur régime matrimonial après son entrée en vigueur pour cet Etat.

Tout Etat contractant pourra, par déclaration, étendre l'application de la Convention à d'autres époux.

CHAPITRE IV - CLAUSES FINALES

Article 22

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 23

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention.

L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 24

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, pourra déclarer que la Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration aura effet au moment où elle entre en vigueur pour cet Etat.

Cette déclaration, ainsi que toute extension ultérieure, seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 25

Un Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment étendre cette déclaration.

Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas et indiqueront expressément l'unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

Article 26

Un Etat contractant qui connaît, à la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat, un système complexe d'allégeance nationale peut spécifier à tout moment, par déclaration, comment une référence à sa loi nationale doit être entendue aux fins de la Convention.

Article 27

Aucune réserve à la Convention n'est admise.

Article 28

Tout Etat contractant qui désire faire l'une des déclarations prévues aux articles 5, 9, alinéas 4, 21 et 26 la notifiera au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Toute modification ou retrait d'une déclaration sera notifié de la même manière.

Article 29

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par les articles 22 et 23.

Par la suite, la Convention entrera en vigueur :

1. pour chaque Etat ratifiant, acceptant, approuvant ou adhérant postérieurement, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ;
2. pour les territoires auxquels la Convention a été étendue conformément à l'article 24, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Article 30

La Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date de son entrée en vigueur conformément à l'article 29, alinéa premier, même pour les Etats qui l'auront postérieurement ratifiée, acceptée ou approuvée, ou qui y auront adhéré.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation sera, au moins six mois avant l'expiration du délai de cinq ans, notifiée au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas. Elle pourra se limiter à certains territoires ou unités territoriales auxquels s'applique la Convention.

La dénonciation n'aura d'effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera en vigueur pour les autres Etats contractants.

Article 31

Le Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 23 :

1. les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 22 ;
2. les adhésions visées à l'article 23 ;
3. la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 29 ;
4. les extensions visées à l'article 24 ;
5. les dénonciations visées à l'article 30 ;
6. les déclarations mentionnées aux articles 25, 26 et 28.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le 14 mars 1978, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.

الفهرس

مقدّمة.....ص01.

الفصل الأوّل : الزواج المختلط وتنازع القوانين.....ص08.

المبحث الأوّل : القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط .....ص10.

المطلب الأول : إنعقاد الزواج المختلط وتنازع القوانين .....ص10.

الفرع الأوّل: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية .....ص11.

البند الأوّل: القاعدة العامّة .....ص13.

أوّلا: التطبيق الجامع..... ص14.

ثانيا : التطبيق الموزع.....ص14.

البند الثاني : الاستثناء .....ص17.

البند الثالث : الصعوبات التي يثيرها القانون الواجب التطبيق أمام القضاء الجزائري. .....ص19.

أوّلا: تعدد وانعدام الجنسية الجنسية.....ص19.

ثانيا : التنازع المتحرك .....ص22.

ثالثا :الصعوبات التي يثيرها التعدد التشريعي أو الطائفي.....ص23.

رابعا : الصعوبات التي يثيرها مشكل الإحالة.....ص24.

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية .....ص26.

البند الأوّل : مفهوم الشروط الشكلية.....ص26.

البند الثاني : ضوابط الإسناد التي تحكم الشروط الشكلية.....ص27.

أوّلا : ضابط محل الإبرام.....ص29.

ثانيا : ضابط الجنسية المشتركة.....ص32.

المطلب الثاني : آثار الزواج المختلط وتنازع القوانين.....ص35.

الفرع الأوّل : القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية .....ص35.

البند الأوّل : تحديد نطاق الآثار الشخصية .....ص36.

أوّلا : حقوق وواجبات الزوجين .....ص36.

ثانيا : النسب الشرعي .....ص37.

ثالثا : إكتساب الجنسية بالزواج .....ص38.

البند الثاني : قواعد التنازع التي تحكم الآثار الشخصية للزواج المختلط.....ص41.

أوّلا : قواعد التنازع المتعلقة بالحقوق والواجبات الزوجية.....ص41.

1-القاعدة العامة.....ص43.

2- الاستثناء .....ص44.

ثانيا : قواعد التنازع المتعلقة بالنسب.....ص45.

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية .....ص48.

البند الأوّل: تحديد نطاق الآثار المالية .....ص48.

أوّلا : نظام الاشتراك المالي..... ص49.

ثانيا : نظام الانفصال المالي .....ص50.

ثالثا : نظام الدوطة أو البائنة .....ص51.

البند الثاني : قواعد التنازع التي تحكم الآثار المالية .....ص51.

المبحث الثاني :مركز القانون الأجنبي المختصّ بحكم مسائل الزواج ا لمختلط أمام القضاء الوطني .....ص56.

المطلب الأوّل : معاملة القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط .....ص56.

الفرع الأوّل : الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المختصّ بحكم مسائل الزواج المختلط. .....ص57.

البند الأوّل : القانون الواجب التطبيق على الزواج مجرّد واقعة .....ص57.

أوّلا : أساس إعتبار القانون الأجنبي مجرّد واقعة .....ص58.

ثانيا : الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي مجرّد واقعة .....ص60.

البند الثاني : معاملة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط كقانون .....ص61.

أوّلا : أساس معاملة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج كقانون .....ص61.

ثانيا : النتائج المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي قانونا .....ص62.

البند الثالث : موقف التشريعات الوضعية من طبيعة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج.....ص63.

المطلب الثاني : إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق وتفسيره.....ص65.

الفرع الأوّل : إثبات القانون الأجنبي المختص.....ص66.

البند الأوّل : عبء إثبات القانون الأجنبي المختص..... ص66.

البند الثاني : طرق إثبات القانون الأجنبي .....ص69.

البند الثاني : تفسير القانون الأجنبي .....ص72.

أوّلا : دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي .....ص72.

ثانيا : رقابة محكمة القانون على تفسير القانون الأجنبي .....ص74.

المطلب الثاني : إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق .....ص77.

الفرع الأوّل : الدّفع با لنظام العام .....ص78.

البند الأوّل : مفهوم الدّفع بالنظام العام .....ص78.

البند الثاني : شروط الدّفع بالنظام العام..... ص80.
البند الثالث : آثار الدفع بالنظام العام..... ص83.
أوّلا : الأثر العام للنظام العام .....ص84.
ثانيا: الأثر المخّفف للنظام العام .....ص86.
ثالثا : الأثر الإنعكاسي للنظام العام..... ص87.
البند الرابع : تطبيقات الدّفع بالنظام العام في مسائل الزواج المختلط .....ص88.
الفرع الثاني: الدّفع بالغش نحو القانون .....ص92.
البند الأوّل : مفهوم الدفع بالغش نحو القانون..... ص93.
البند الثاني : موقف التشريعات من الدفع بالغش نحو القانون..... ص94.
البند الثالث : شروط الدفع بالغش نحو القانون .....ص96.
أوّلا : الشروط المتفق عليها .....ص96.
ثانيا : الشروط المختلف فيها .....ص99.
البند الرابع : آثار الدفع بالغش نحو القانون .....ص100.
أوّلا : الأثر السلبي ص100
ثانيا : الأثر الإيجابي .....ص101.
الفصل الثاني : الزواج المختلط وتنازع الإختصاص القضائي الدولي .....ص103.
المبحث الأوّل : الإختصاص القضائي المباشر في مسائل الزواج المختلط .....ص105.
المطلب الأوّل : الإختصاص الأصلي للمحاكم في مسائل الزواج المختلط .....ص107.
الفرع الأوّل : إختصاص المحاكم المقيّد بنوع الدّعوى .....ص107.

البند الأوّل : إختصاص المحاكم بالدّعاوى المرتبطة بمسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة. .....ص107.
أوّلا: الإختصاص القائم على فكرة تلافي العدالة..... ص108.
ثانيا : الإختصاص القائم على فكرة أنّ القانون الوطني هو الواجب التطبيق .....ص109.
البند الثاني : إختصاص المحاكم في مسائل الزواج بصفة خاصّة .....ص111.
أوّلا : دعوى المعارضة في عقد الزواج .....ص111.
ثانيا : دعوى إثبات عقد الزواج .....ص114.
ثالثا : دعوى النسب .....ص115.
رابعا : دعوى النفقة .....ص117.
الفرع الثاني : إختصاص المحاكم في مسائل الزواج المرتبط بإقليم الدولة .....ص119.
البند الأوّل : ضابط الموطن.....ص120.
أوّلا: الموطن .....ص120.
ثانيا: موقف التشريعات من ضابط الموطن .....ص123.
البند الثاني: ضابط موقع المال .....126.
أوّلا: تقرير المبدأ .....ص127.
ثانيا: الحكمة من خضوع المال لقانون موقعه .....ص128.
البند الثالث: ضابط النظام العام .....ص130.
المطلب الثاني: الاختصاص الجوازي للمحاكم في مسائل الزواج المختلط .....ص131.
الفرع الأوّل: ضابط الجنسية .....ص131.
البند الأوّل: موقف التشريعات من الضابط .....ص132.

أوّلا: الدول العربية .....ص132.

ثانيا: الدول الغربية .....ص134.

البند الثاني: نطاق الإمتياز .....ص136.

أوّلا: الأشخاص المستفدين من الإمتياز .....ص136.

ثانيا: الدعاوى المشمولة بالإمتياز..... ص137.

البند الثالث: إمكانية التنازل عن الإمتياز..... ص137.

البند الرابع: تحديد المحكمة المختصّة.....ص138.

البند الخامس: منازعات الجنسية .....ص139.

أوّلا: صور منازعات الجنسية .....ص140.

ثانيا : الفصل في منازعات الجنسية .....ص141.

الفرع الثاني : الخضوع الإختياري .....ص144.

البند الأوّل : موقف التشريعات من الخضوع الإختياري.....ص145.

البند الثاني : أشكال الخضوع الإختياري .....ص147.

البند الثالث : شروط الخضوع الإختياري.....ص148.

أوّلا : وجود رابطة للتراع مع القضاء الوطني .....ص148.

ثانيا : أن يكون الخضوع الاختياري جالبا للإختصاص .....ص152.

ثالثا : ضرورة اتصاف التراع بالصفة الدولية. .....ص153.

المبحث الثاني: تنفيذالأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط.....ص154.

المطلب الأوّل : الأحكام الأجنبية والأنظمة السائدة لتنفيذها .....ص155.

الفرع الأوّل : مفهوم الحكم الأجنبي .....
البند الأوّل : تعريف الحكم الأجنبي .....ص156.
البند الثاني : أنواع الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ.....ص158.
أوّلا : الأحكام القضائية .....ص158.
ثانيا : الأعمال الولائية .....159.
ثالث : السندات الرسمية الأجنبية.....ص161.
الفرع الثاني : الأنظمة السائدة لتنفيذ الأحكام الأجنبية.....ص162.
البند الأوّل : نظام رفع الدّعوى .....ص163.
البند الثاني : نظام الأمر بالتنفيذ .....ص166.
أوّلا : نظام المراجعة .....ص166.
ثانيا : نظام المراقبة .....ص168.
المطلب الثاني : شروط وآثار تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط.....ص171.
الفرع الأوّل : شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط.....ص171.
البند الأوّل : الشروط تنفيذ الأحكام القضائية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط .....ص171.
أولا: الشروط الموضوعية..... ص171.
ثانيا : الشروط الإجرائية (الشكلية) .....ص182.
البند الثاني :شروط تنفيذ السندات الرسمية الأجنبية.....ص184.
الفرع الثاني : آثار الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط.....ص185.
البند الأوّل : آثار الحكم ا لصادر بالأمر بالتنفيذ.....ص185.

أوّلا : قوّة التنفيذ .....ص185.

ثانيا : حجيّة الأمر المقضي به.....ص186.

البند الثاني : الاعتراف المجرّد بالأحكام الأجنبية .....ص186.

أوّلا : حجية الحكم الأجنبي .....ص187.

ثانيا : قوّة التدليل أو الإثبات .....ص189.

ثالثا : الحكم الأجنبي كواقعة قانونية .....ص189.

الخاتمة.....ص191.

قائمة المراجع.....ص196.

الملاحق.....

الملحق الأول.....ص212.

الملحق الثاني ..... ص 217.

الملحق الثالث.....ص221.

الملحق الرابع..... .....ص227.

الفهرس.....

الملخص:

إنّ الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص يثير مشاكل في مجال تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي، ولحلّ هذه المشاكل يطبّق القاضي في الحالة الأولى قواعد الإسناد لدولته للتعرّف على القانون الواجب التطبيق، ومتى إنعقد الإختصاص لقانون أجنبي يتعيّن عليه معاملته كقانون، ويستبعد تطبيقه متى خالف النظام العام في دولته أو ثبت له الإختصاص غشا.

أمّا في الحالة الثانية يطبّق القاضي قو اعد الإختصاص القضائي الدولي المنصوص عليها في قانونه لتحديد مدى إختصاصه من عدمه، ومتى أصدر حكما فاصلا في النزاع، يمكن الإحتجاج به في الخارج إذا توافرت فيه شروط معينة.

الكلمات المفتاحية:

الزواج المختلط– تنازع القوانين– قاعدة الإسناد– ضوابط الإسناد– التكييف – الإحالة — الجنسية– القانون الأجنبي– النظام العام– الغش نحو القانون– تنازع الإختصاص القضائي الدولي– قانون القاضي– الإختصاص القضائي الأصلي– الإختصاص القضائي الإرادي– تنفيذ الأحكام الأجنبية.

-Traduction au français :

Le résumé :

Le mariage mixte en droit International privé indique des problèmes dans le domaine de conflits de lois et de juridictions .pour résoudre ces problèmes, le juge applique dans le premier cas les règles de rattachement de leur l'état pour Conner la loi appliquable. Lorsque la loi étrangère est compété au mariage ,il doit étre considéré comme la loi ,mais il n'applique pas ce dernier quand il est contre l'ordre public de leur propre pays ou il est compété à cause d'un fraude à la loi.

Et dans le second cas , le juge applique les règles de compétence judiciare International de son droit pour déterminer sa compétence au non , et quand il a rendu un jugement tournant dans le conflit, l'éxécution de sa jugement est possible à l'étranger s'il répond aux certain conditions.

Les mots clés :

Le mariage mixte - Conflits de lois - La règle de rattachement - Les facteurs de rattachement - Qualification- Renvoi- Nationalité - La loi étranger - L'ordre public - Fraude à la loi - Conflits de juridictions international - La loi de fori – La juridiction d'origine- La juridiction volontaire - l'éxécution des jugements étrangéres.

-Translate into English :

The summary :

The mixed marriage in privat international law indicates many problemes in conflits of law and judictions. For resolve these problemes, a juge applies in first case connecting rules in his state for identify the law applicable. When the foreign law applies to marriage, the juge treates this last like law, and he canceles if it is contrary to public order in his state or the competence is fixed by fraud of law.

But in the second case, the juge applies the rules of juridiction outlined in his legislation to determine the exetent of its juridiction or not, and when he made the jugement at conflict of marriage, l'exequature of this last in foreign state is possible if they meet certain conditions .

The keywords :

The mixed marriage- conflits of law - Connecting rules - Connecting factors - Qualification- Renvoi – Nationality - The foreign law - Order public - Fraud of law - Conflits of international juridictions - The lex fori - Original juridiction - Volontary juridiction - l'exequature.