جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين

–دراسة مقارنة–

رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص

من إعداد الطالبة

شبورو نورية

تحت إشراف الأستاذ الدكتور

تشوار جيلالي

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د حميدو زكية	أستاذة	جامعة تلمسان	رئيسة
أ.د تشوار جيلالي	أستاذ	جامعة تلمسان	مقررا ومشرفا
أ.د قاسم العيد عبد القادر	أستاذ	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا
أ.د صاري نوال	أستاذة محاضرة"أ"	جامعة سيدي بلعباس	مناقشة

السنة الجامعية: 2016–2017

تشكـــــرات

إلى الأستاذ الدكتور الفاضل "تشوار الجيلالي" أوجه خالص شكري وعرفانيوفائق تقديري واحترامي لقبوله الاشراف على إنجاز هذا العمل،وعلى توجيهاته ونصائحه العلمية القيمة والسديدة طوال مدة إعداد هذه الرسالة.

كما أتقدم بأسمى آيات الشكر والعرفان للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه الرسالة.

إهـــــداء

إلى الوالـــدين الكـــريمين حفظـهما الله ورعاهـما

إلى إخـــوتي وأخـــواتي الأعـــزاء

قائمة أهم المختصرات

أولا– باللغة العربية

-ج.ر: جريدة رسمية

-ج: جزء

- ط:طبعة

- غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية

ثانيا–باللغة الفرنسية

- Art : Article
- C.A : Cour d'appel
- Cass : Cour de cassation
- Cass. Civ : Cassation civile
- Ch.civ : Chambre civile
- Cons : Consulter
- Gaz. Pal: Gazette du palais
- J.C.P : Juris classeur périodique
- J.D.I : journal du droit international
- L.G.D.J : Librairie générale de droit et de jurisprudence
- N : Numéro
- Op.cit : Operecitato

- O.P.U : Office des publications universitaires

- P : Page

- Req : Requêtes

- RCDIP : Revue critique de droit international privé

- RTD civ : Revue trimestrielle de droit civil

مقـــــــــــدمة

الزوجية سنة من سنن الله في الخلق والتكوين، وهي عامة مطردة لا يشذ عنها عالم الانسان ولا عالم الحيوان ولا عالم النبات لقوله تعالى:" وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ"[1]. وأيضا قوله عز وجل " سُبْحَانَ الَّذِي خَلَقَ الْأَزْوَاجَ كُلَّهَا مِمَّا تُنبِتُ الْأَرْضُ وَمِنْ أَنْفُسِهِمْ وَمِمَّا لَا يَعْلَمُونَ"[2].

وهي الأسلوب الذي اختاره الله للتوالد والتكاثر واستمرار الحياة بعد أن أعد الله كل زوجين وهيأهما بحيث يقوم كل منهما بدور إيجابي في تحقيق هذه الغاية لقوله تعالى:" يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ"[3]. وقوله جل وعلا " يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً"[4].

ولم يشأ الله أن يجعل الانسان كغيره من العوالم فيدع غرائزه تنطلق دون وعي ويترك اتصال الذكر والأنثى فوضى لا ضابط له، بل وضع النظام الملائم لسيادته الذي يحفظ شرفه وكرامته كونه خليفة الله في الأرض، فجعل اتصال الرجل بالمرأة اتصالا كريما مبنيا على رضاهما إيجابا وقبولا كمظهرين لهذا الرضا، وعلى إشهاد على أن كلا منهما قد أصبح للآخر. وبهذا وضع نواة الأسرة التي تحوطها غريزة الأمومة وترعاها عاطفة الأبوة.

فمن آيات الله الكبرى ونعمه العظمى أن خلق لنا من أنفسنا أزواجا لنسكن إليها وجعل بيننا مودة ورحمة، وعلى كلمة الله تعالى وشرعه تقوم الأسرة بالميثاق الغليظ الذي رضيه الله لعباده المؤمنين[5]. فالأسرة المثالية في الأصل هي ثمرة الزواج القائم على أساس المودة والرحمة والتعاون بين الزوجين في ظل الاحترام المتبادل والمحافظة على حقوق العائلة بمختلف صورها[6].

---

[1] سورة الذاريات، الآية 49.

[2] سورة يس، الآية 36.

[3] سورة الحجرات، الآية 13.

[4] سورة النساء، الآية 01.

[5] أنظر، خالد بوعروس، الزواج المختلط- الاشكالات القانونية والانعكاسات الاجتماعية-، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة عبد المالك السعدي طنجة- المغرب— 2006-2007 .04.

[6] أنظر، لاتي محمد، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2002/2001 ص. 5.

ويمتد تاريخ الزواج بين البشر إلى عهد آدم وحواء حيث مثلا أول لبنة زواج شرعي في تاريخ البشرية[1]. ثم بعد ذلك تطور مفهومه من حيث الطقوس والوسائل والأهداف عبر تاريخ المجتمعات الانسانية التي كانت عبارة عن تجمعات أو قبائل تعيش حالات صراع دائم فيما بينها من جهة؛ ومع الطبيعة من جهة أخرى، مما فرض شكل الزواج ضمن الجماعة أو القبيلة الواحدة. وإذا كان هناك زواج خارج القبيلة، فإنه كان امتدادا لحملات الغزو والنهب التي كانت سمة تلك المجتمعات في علاقتها لحين ظهور الديانات الوثنية ولاحقا السماوية كي تنظم العلاقة بين تلك الجماعات من جهة وبين أفراد الجماعة الواحدة من جهة أخرى، ومنها علاقات الزواج وهذا يفسر وفرة الطقوس الدينية التي تصاحب الزواج كجزء من التقليد قبل التسجيل في الدوائر الحكومية.

ويعرف الزواج في الفقه الاسلامي بأنه:" عقد يفيد ملك المتعة قصدا" أو هو: " عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الانساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات"[2]. أي يراد به حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات على الآخر لتحقيق أهداف وحكم متنوعة تعود بالخير على الفرد والمجتمع والنوع الانساني[3]. من أهمها أن يجد كل عاقد من العاقدين في صاحبه الأنس الروحي الذي يؤلف بينهما ويحقق لهما الراحة والدفء والأمان والاطمئنان وسط الحياة الدنيا وشدائدها. ودليل ذلك قول الحق سبحانه وتعالى:" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة"[4].

وتختلف طرق إبرام الزواج من عصر إلى آخر، حيث بدأت بشكل بسيط وهو القبول بين الذكر والأنثى وتطورت طرق إبرامه بتطور المجتمعات والعادات وتأثير الأديان.

---

[1] أنظر، رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010 .09.

[2] أنظر، محمد أبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، دون سنة نشر، ص. 44.

[3] أنظر، محمد يوسف، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، دار الكتاب العربي، مصر، 1956 . 38.

[4] سورة الروم، الآية 21.

فقد عرفت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري الزواج بقولها:" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

وفي العصر الحديث ونتيجة لتقدم المجتمعات والدول وفي ظل تطور وسائل الاتصال الحديثة وما صاحب الثورة التكنولوجية من كسر لكل الحدود بين الدول صار العالم كله قرية صغيرة. فتطورت العلاقات الدولية الخاصة واتجه العالم نحو الانفتاح الاقتصادي والتكامل والتعاون. فلم يعد يقتصر نشاط الفرد اليومي على النطاق الذي يعيش فيه أو على الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، بل امتد إلى دول أخرى لاسيما بعد انتشار ظاهرة الهجرة وكثرة نزوح وانتقال الأفراد من دولهم واستقرارهم في دول أخرى ودخولهم في علاقات عابرة لحدود الدولة الواحدة وفي مجالات متعددة وخاصة الأسرية، الأمر الذي أدى إلى نشوء نوع من الروابط القانونية ذات الطبيعة الدولية الخاصة[1].

وعليه، صار الزواج المختلط حقيقة لا يمكن تجاهلها ولم يعد من المستغرب زواج جزائري بفرنسية أو زواج جزائرية بسعودي. وإذا كان الحديث في القرن الماضي يدور حول سهولة التنقل في ظل تطور وسائل المواصلات، فإن الأمر أصبح أيسر من هذا بكثير في ظل عصرنة المعلوماتية والانترنت[2]. وإذا كان الزواج رابطة قانونية بين رجل وامرأة تقوم على أسس اجتماعية وأخلاقية ودينية، فإنه يعتبر زواجا مختلطا متى كان طرفاه ذا جنسيتين مختلفتين وقت انعقاد الزواج.

وبناء على ذلك، يقصد بالزواج المختلط ذلك الزواج الذي يتم بين طرفين يكون أحدهما وطنيا والآخر أجنبيا. فهو إذن، تلك الرابطة الزوجية التي تحتوي على عنصر أجنبي، فكل طرف فيها – الزوج والزوجة– يحمل جنسية خاصة به تختلف عن جنسية الطرف الآخر كالزواج الذي يتم بين فرنسية وجزائري بالنسبة للجزائر؛ فهذا زواج مختلط (mariage mixte) لأن الزوج يحمل جنسية الدولة التي ينتمي إليها وهي الجزائر، والزوجة من جهتها تحمل جنسية الدولة التي تنتمي إليها

[1] أنظر، سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2009/2008 . 06.

[2] رشا علي الدين، المرجع السابق، ص.09.

بجنسيتها وهي فرنسا. وبمعنى آخر كل من الزوج والزوجة أجنبي عن الآخر لحمله جنسية مغايرة لجنسية الطرف الآخر[1].

إذن، يعرف الزواج المختلط بأنه الزواج الذي يعقد بين طرفين من جنسيتين مختلفتين. وعليه، يفهم من هذا التعريف أن الزواج المختلط يقتصر على الزواج الذي ينعقد ابتداء بين طرفين أجنبيين، مع أن البعض لا يفرق بين هذا الزواج وبين حالة كون الزوجين من جنسية واحدة ثم تجنس أحدهما بجنسية أخرى[2].

وتعود أولى حالات الزواج المختلط إلى عهد الفتوحات الاسلامية انطلاقا من الجزيرة العربية شمالا، غربا وجنوبا، فما إن وطئت أقدام العرب الفاتحين الأندلس سنة 92هـ /710م حتى شاع الزواج المختلط وعلى نطاق واسع؛ فشمل كافة المستويات حكاما وعامة. وتشهد على ذلك الزيجات التي قامت بين الجانبين العربي الاسلامي والاسباني، ذلك لأن أفراد الفتح دخلوا الأندلس بصورة منظمة وعلى شكل سرايا. لهذا دخلوها دون نساء وعندها اضطرتهم الحاجة إلى الزواج من فتيات أهل البلاد المفتوحة واتخاذهن زوجات وأمهات لأولادهم. ومع طول الوقت عاشوا جميعا في ظلال وحدة واحدة؛ خاصة وأن المرأة قبل مجيء الجيوش الفاتحة كانت تعيش ظروفا سيئة للغاية، بعيدة عن الحياة الانسانية الكريمة فضلا عن حياة العبودية والذل التي كانت تعيش في ظلها ولا سيما نساء العبيد[3].

هكذا كانت المرأة محرومة من أبسط حقوقها الاجتماعية والانسانية إلى أن جاء الفتح الاسلامي، فأمر بالرفق واللطف ونهى عن العنف والخشونة في معاملة النساء، فللنساء حقوق وعليهن واجبات. ونستطيع القول أن مجيئ الفتح الاسلامي كان بمثابة عصر جديد خلص المرأة من كل

---

[1] أنظر، صفية بشاتن، أثر الزواج المختلط على جنسية المرأة، مذكرة ماجستير، جامعة مولودي معمري- تيزي وزو— 1997-1998 .1-2.

[2] أنظر، مجد الدين طاهر خربوط، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1997 ص.88.

[3] أنظر، خالد حسن حمد الجبالي، الزواج المختلط بين المسلمين والاسبان من الفتح الاسلامي وحتى سقوط الخلافة (92- 422هـ) ، مكتبة الآ997 القاهرة، 21995 4.9 8.

أشكال الاضطهاد التي كانت تشقى بها من قبل، ولهذا لمس الناس من غير المسلمين في الاسلام حسن معاملة المسلمين لهم فأثار دهشتهم وقادهم إلى تقبله وحب أهله فازدادت الصلات وثوقا وتماسكا[1]. وعليه، امتزجت دماء المسلمين الفاتحين بدماء أهل الأندلس، ونشأ من هذه المصاهرة جيل جديد انحدر من آباء المسلمين وأمهات إسبانيات حديثات العهد بالإسلام أو مسيحيات احتفظن بدينهن. وبذلك كان لهذا الزواج المختلط أثر كبير في سرعة انتشار الاسلام داخل الأسر المتصاهرة مع المسلمين لما كانوا يقفون عليه وعن كثب من تسامح وأخلاق رفيعة و الدعوة بالتي هي أحسن. وهذا ما جعل الزواج المختلط قناة مهمة لتغلغل الثقافة الاسلامية في الأعراق الأخرى.

أما عن أسباب الزواج المختلط في العصر الحديث وخاصة في الدول العربية ودول العالم الثالث، فترجع إلى الأزمة الاقتصادية التي تتخبط فيها هذه الدول وما صاحبها من انتشار البطالة ونقص فرص العمل، وموجات الهجرة الكبيرة نحو أوربا والغرب التي جعلت أوربا تقفل أبوابها أمام الراغبين في الهجرة إليها لانحصار فرص العمل في وجه العمالة غير المتخصصة. وعليه، لم يجد الراغب في العمل بها من وسيلة أسهل للحصول على وثائق الإقامة سوى الزواج بشخص يحمل جنسية الدولة المراد الهجرة إليها. إذن أصبح الشباب العربي يرى في هذا النوع من الزواج الوسيلة التي تحقق له الاستقرار المادي والنفسي ناهيك عن الجنسية الأوربية والغربية التي باتت حلما يسعى إليها الجميع. فأصبحت بذلك هذه الزيجات المختلطة تحركها دوافع اقتصادية بالدرجة الأولى نبعت من رغبة هذا الشباب في توفير مستقبل ميسور آمن[2]. وبالمقابل هناك صورة أخرى للزواج المختلط ترتبط فيها الوطنيات بأجانب اضطررتهم ظروف معينة للعمل بأرض الوطن.

"ولما كان الزواج المختلط إحدى الروافد التي تتلاقح فيه الحضارات وتتصادم فيما بينها وباعتباره النموذج الأمثل للعلاقات الدولية الخاصة والميدان الخصب للتنازع بين أنظمة قانونية علمانية وأنظمة

[1] خالد حسن حمد الجبالي، المرجع السابق، ص.99 10.

[2] أنظر، حسام الدين فتحي ناصيف، جنسية أبناء الأم المصرية المطلقة من أجنبي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة والثلاثون، مصر، 1993، العدد الثاني، ص.947.

قانونية إسلامية"[1]، وأمام ازدياد التعامل بين الدول وتعذر بقاء المجتمعات الوطنية في معزل عن بعضها البعض من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، فقد أدى ذلك إلى بروز ثقافة من نوع خاص؛ ثقافة مجتمع دولي تعرف العلاقات بين عناصره نوعا من الانسجام والتكامل الذي يؤدي بحكم تداخل المصالح وتصادم الرغبات إلى البحث عن نظام يكفل تطبيق مقتضيات القانون الأجنبي بناء على نسق قانوني يعتمد على مجموعة من المفاهيم المرتبطة بقواعد تنازع القوانين. بحيث لا يتأتى للقضاء الوطني الوصول للحلول الوضعية المقررة لمعالجة النزاعات الدولية إلا إذا كان يتوفر على قاعدة إسناد تعين بالنسبة لكل مجموعة من الروابط القانونية المتوفرة على عنصر أجنبي القانون الواجب تطبيقه. أما إذا كانت العلاقة القانونية وطنية في كل عناصرها، فلا تثير أي إشكال لأنها ستخضع حتما للقانون الوطني.

غير أن الأمر ليس بهذه البساطة لأن الأنظمة القانونية غير موحدة، لأن كل مجتمع له نظامه القانوني الخاص به وله سلطته الخاصة التي تستلم 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 لاختلاف الدول في درجة تطورها وظروفها وبالتالي في أنظمتها[2].

هذا الاختلاف بين قوانين الدول وأنظمتها يثير بدون شك نزاعا فيما بينها كلما اتصلت علاقة أو مركز قانوني بدولة أجنبية فأكثر، مما ترتب عنه أن النزاع أصبح علما شائعا لتشابك العلاقات الدولية واتصالها نتيجة التطور الحضاري الهائل. الأمر الذي أدى إلى اكتساب العنصر الأجنبي أهمية كبرى.

---

[1] خالد بوعروس، المرجع السابق، ص.04.

[2] أنظر، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997 .07.

ويظهر هذا التنازع في مسائل الأحوال الشخصية نتيجة تواجد الأجنبي على أرض الدولة والاعتراف له بمجموعة من الحقوق وخاصة منها الحقوق المدنية والشخصية، كالحق في الزواج الذي نصت عليه جل الشرائع السماوية والتشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية والمواثيق الدولية كالإعلان العالمي لحقوق الانسان[1] إذ تنص المادة 16 منه على أنه:" للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، ولهما حقوق متساوية عند الزواج".

ومتى تم الاعتراف للأجنبي بإبرام عقد زواجه مع أحد مواطني الدولة المقيم فيها أو أحد مواطني دولة أخرى لا يحمل جنسيتها على إقليم الدولة المستضيفة، فإن العلاقة القانونية في هذه الحالة يتطرق إليها العنصر الأجنبي في أشخاصها، وذلك لأن أطراف العلاقة مختلفي الجنسية. كما أن الزواج قد يبرم على أرض دولة لا تربطها أي صلة بالمتزاوجين بها، وأيضا قد ينتج الزواج آثاره على أرض دولة أخرى. ففي هذه الحالات كلها تحكم العلاقة الزوجية الواحدة قوانين مختلفة، بل إن ما يزيد في تعقيد هذه المسألة في القانون الدولي الخاص هو تعدد واختلاف القوانين الشخصية أو الاقليمية في بعض الدول[2].

وعليه، لم تعد الرابطة الزوجية وطنية خالصة، بل تخللها العنصر الأجنبي في جانب الأطراف أو المحل أو السبب وذلك راجع أساسا لاختلاط الأجانب بالوطنيين ووجود تعاملات بينهم بسبب نمو وتعدد مصالح وعلاقات الأفراد.

ومن هنا كانت الحاجة إلى البحث عن قواعد قانونية تتولى تنظيم هذه العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي. فمن غير المعقول أن تبقى تلك العلاقات خاضعة لأحكام القانون الداخلي، لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إهدار وضياع حقوق الأفراد وخاصة في مسائل الأحوال

---

[1] صادقت الجزائر على هذا الاعلان بعد الاستقلال مباشرة، حيث نصت المادة 11 من دستور 1963 على أنه: " توافق الجزائر على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ".

[2] أنظر، رحاوي آمنة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2010-2011 " . 07.

الشخصية. فلو أخضعنا مثلا زوجين جزائريين مسلمين مقيمين في الخارج لقانون أجنبي لا يبيح الطلاق أو يسوي في الميراث بين الذكور والإناث لأدركنا خطورة النتائج التي قد تترتب عن ذلك.

ومن هذا المنطلق وجب إخضاع العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي لقواعد تتفق وطبيعتها الخاصة[1]. وإذا كان الزواج المختلط مظهرا إيجابيا تنسجم فيه الأفكار والقناعات ووسيلة لانفتاح الأسر الوطنية على أسر أجنبية، فإنه في الوقت نفسه يعتبر من أكثر المواضيع أو العلاقات القانونية إثارة لتنازع القوانين لاختلاف مفهوم ذلك الأخير باختلاف الدول واختلاف أنظمتها القانونية ونظرتها له. فبينما تراه بعض الأنظمة رابطة دينية محضة تنعقد وفقا لمراسيم دينية معينة، تخالفها الرأي أنظمة أخرى وتراه رابطة مدنية بحتة تنعقد بالتقاء الايجاب والقبول أمام موظف عام مختص. وبينما تراه أنظمة رابطة أبدية غير قابلة للانحلال يحرم تعددها وإذا حدث يعتبر جريمة؛ تراه بعضها رابطة يمكن انحلالها بإرادة الزوج كما في الشريعة الاسلامية هذا من جهة [2]، ومن جهة أخرى لا يقتصر اختلاف الأنظمة القانونية على المفهوم أو الطبيعة ولا حتى الانعقاد بل يتعدى ذلك إلى آثاره. فمن الدول من ترتب على هذه الرابطة آثارا مالية وأخرى شخصية في حين أن هناك دول تقتصر على الروابط الشخصية.

من هذا المنطلق جاء اختيارنا لهذا الموضوع، وهو اختيار لم يكن من قبيل الصدفة وإنما تظافرت عدة اعتبارات فيما بينها لتخلق لدينا رغبة الخوض والتعمق في تفاصيله ولعل أهم هذه الاعتبارات تتمثل في:

– أن موضوع الزواج المختلط يعد من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص وتناوله أمر مشوق للغاية وهو دوما من مواضيع الساعة لكون الزواج المختلط ظاهرة لا تزول ولا تندثر حدثت في الماضي ومازالت تحدث في الوقت الحاضر وسيستمر حدوثها في المستقبل.

[1] أنظر، رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفكر الاسلامي، دار الجمعية الجديدة للنشر، 2004 " .13- 14.

[2] Cf. BELGACEM Arab, Les conflits de lois relatifs à la conclusion et aux effets personnels du mariage en droit international privé algérien et comparé, Thèse doctorat en droit, Université du Paris- Pantheon-Sorbonne, France, 1989, p.01.

– رصد المواقف الفقهية، التشريعية، القضائية الوطنية والمقارنة وكيفية تعاملها مع الإشكالات المترتبة عن الزواج المختلط.

– نتيجة للتزايد المستمر لظاهرة الزواج المختلط وما ولدته من مشاكل على مستوى العلاقات الأسرية.

– كثرة المنازعات المرفوعة أمام القضاء المتعلقة بالرابطة الزوجية ذات العنصر الأجنبي.

– إيجاد حلول لأهم الإشكالات التي يطرحها بروز العنصر الأجنبي في الرابطة الزوجية ألا وهي تنازع القوانين وضرورة تحديد القانون الأنسب الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط، تنازع الاختصاص القضائي وإلزامية تحديد المحكمة المختصة دوليا بنظر منازعات الزواج المختلط، وحتمية بحث شروط وإجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في مسائل الزواج المختلط. بالإضافة إلى وجوب كشف مدى تأثير هذا الزواج على حالة كل من الزوجين.

وفي هذه النقطة الأخيرة تبرز أهمية دراسة الموضوع كونه يعالج أسمى رابطة في المجتمع وهي رابطة الزواج التي تعتبر أساس الأسرة التي هي في الأصل أساس المجتمع كله، وذلك في كل الحالات التي تجمع بين رجل وامرأة ينتمي كل منهما بجنسيته إلى دولة مختلفة، ولم تبرز أهمية دراسة هذا النوع من الزواج إلا بعدما لحق العالم من سهولة في الاتصال والتواصل بين البشر والتي ألقت بظلالها على العلاقات الزوجية. ولهذا صار لزاما علينا أن نسلط الضوء على الزواج المختلط ومعالجة الاشكالات التي يثيرها هذا الأخير على ضوء قواعد القانون الدولي الخاص، ومن ثم إبراز مدى تأثير الزواج المختلط على حالة كل من الزوجين، كما أن بحث هذه التفاصيل يستوجب منا اتباع دراسة مقارنة، من خلال بحث موقف القانون الجزائري من الاشكالات التي يطرحها الزواج المختلط وكيفية معالجتها وإبراز الاختلافات الموجودة بينه وبين القوانين المقارنة.

وعليه، يثير الزواج المختلط عدة إشكالات[1] خاصة من الناحية القانونية، كتنازع القوانين بالنسبة لانعقاده وما يترتب عليه من آثار وعند انحلاله، وأسباب ذلك صفة الأجنبي التي يتمتع بها كل طرف عن الآخر فحتى لو كان الزوجان يعرفان بعضهما البعض غير أن قوانين دولتيهما قد تكون متنافرة في الأحكام، وذلك نظرا لتوجه كل دولة ونظرتها إلى الزواج فالدول الاسلامية ليست كالدول الغربية وما هو من النظام العام في الجزائر ليس من النظام العام في فرنسا.

وإذا كان المشرع الجزائري قد أشار في المادة 221 من قانون الأسرة[2] إلى نطاق تطبيق هذا القانون وأقر بأنه يسري على جميع المواطنين الجزائريين والمقيمين في الجزائر، فإنه أشار في ذات المادة إلى مراعاة قواعد التنازع في القانون المدني، وبالتالي خضوع الأجانب في أحوالهم الشخصية لقانونهم الوطني. ذلك أن تطبيق القانون الجزائري المستمد من الشريعة الاسلامية على أجانب لا يدينون بالدين الإسلامي قد يترتب عليه ضرر يلحق أطراف العلاقة القانونية في فقدهم الثقة والاطمئنان بتطبيق قانون أكثر ملاءمة واتفاقا مع طبيعة العلاقة[3]. ولدفع هذه الأضرار وتمكينا للعلاقة من أن تشق طريقها في ثقة واطمئنان مع فواصل الحدود واختلاف النظم يبذل فقه القانون الدولي الخاص جهده في وضع قواعد قانونية فنية تحكم العلاقات الخاصة الدولية من حيث تحديد أصحاب الحقوق واستعمالها ونفاذها. وهنا يبرز دور القانون الدولي الخاص في إيجاد حلول مناسبة لما يرتبه الزواج من مشاكل في إطاره.

وتكمن أهمية قواعد القانون الدولي الخاص في كون هذا الأخير المرجع الوحيد في معالجة مسائل الرابطة الزوجية المحتوية على عنصر أجنبي. فلو كنا بصدد حالة زواج بين جزائري وجزائرية انعقد في الجزائر فسنكون بصدد زواج وطني محض سيحكمه من دون شك القانون الوطني لانعدام العنصر

---

[1] Cf. CROTEAU Etienne, Du mariage dans le droit international privé de la province de QUEBEC, Thèse doctorat, Université de Toulouse, France, 1964, p.01.

[2] قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.

[3] أنظر، عبد الفتاح تقية، الاشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11(تشريع الأسرة الجزائري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2003، العدد 02 .88-89.

الأجنبي فيه. بينما لو تعلق الأمر بزواج جزائري ومغربية أبرم في فرنسا، ففي هذه الحالة يخرج الزواج عن نطاق القانون الداخلي ليدخل ضمن مجال القانون الدولي الخاص لاحتوائه على عنصر أجنبي على الأقل وارتباطه بأكثر من نظام قانوني واحد. وعليه، فإن أي نزاع سيثار بشأن هذا الزواج مستقبلا ستحكمه قواعد القانون الدولي الخاص.

وعليه، لنا أن نتساءل: كيف عالج القانون الدولي الخاص الجزائري والمقارن مسائل الزواج المختلط؟

هذا والزواج المختلط متى استوفى كافة أركانه وشروطه انعقد صحيحا وخلف وراءه مجموعة من الآثار والنتائج، وهذه الأخيرة قد تؤثر بشكل أو بآخر على حالة كل من الزوج والزوجة. وقد تمس هذه الآثار بداية جنسية الزوجين، ثم تنتقل لتترك بصمتها على أمور شخصية أخرى ومالية كحقوق والتزامات كل من الزوجين، وذمتهما المالية، اسم الزوجة وأهليتها .إلخ... فما مدى تأثير الزواج المختلط على حالة كل من الزوجين؟

ودراسة تفاصيل هاتين الإشكاليتين تتطلب منا اتباع من جهة المنهج التحليلي لأن الأمر يتعلق هنا بأكثر فروع القانون عرضة لاجتهاد الفقه والقضاء، وذلك إما لعدم توافر النصوص القانونية الكافية أو نقصها. ومن جهة أخرى، اتباع المنهج المقارن كلما دعت الضرورة إلى الوقوف على بعض النصوص القانونية، المواقف الفقهية، والاجتهادات القضائية المقارنة العربية منها والغربية كالمصرية والفرنسية وتشريعات أخرى مع إبراز موقف المشرع الجزائري. ويرجع ذلك أساسا إلى نقص النصوص القانونية والمواقف الفقهية والاجتهادات القضائية الجزائرية المنظمة لمواضيع القانون الدولي الخاص وخاصة منها موضوع الاختصاص القضائي الدولي.

وبناء على ما تقدم فإن دراستنا لموضوع الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين ستكون في بابين:

الباب الأول:

الزواج المختلط في ظل قواعد القانون الدولي الخاص.

إن الحاجة لمعالجة موضوع الزواج المختلط في إطار قواعد القانون الدولي الخاص لم تظهر إلا بعد تحسن وضعية الأجنبي في المجتمعات الحديثة. وذلك على عكس ما كان الحال عليه في ظل المجتمعات القديمة التي لم تعترف للأجنبي بالشخصية القانونية وحرمته من أن يكون طرفا في العلاقات القانونية المالية أو الشخصية. حيث ظل الأجنبي زمنا طويلا مجردا من أبسط الحقوق الملازمة لوجوده ولإنسانيته كحق الزواج والإرث والتصرف والتملك، وذلك نتيجة لبدائية هذه المجتمعات وضآلة اتصالاتها الخارجية وانغلاقها على نفسها واكتفاءها الذاتي وعدم اهتمامها بالتبادل والتعامل الخارجي.

إلا أن تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية ونشوء حاجات تستدعي تجارة خارجية أبت أن يستمر هذا الوضع الشاذ طويلا، فأفرزت واقعا جديدا فرض على المجتمعات تشريع أبوابها أمام الأشخاص والأموال والأجانب حتى يتم التكامل والتعايش فيما بينها على أفضل الوجوه الممكنة[1]. ومن الطبيعي أن يواكب هذا التطور الاقتصادي والاجتماعي اعتدال ملحوظ في النظرة إلى الأجنبي، وهو عماد العلاقة الخارجية فتطور مركزه وتغيرت النظرة إليه وبدأ يتحسن وضعه رويدا رويدا، وأصبح يتمتع بحقوق متزايدة إلى درجة أن تم اعتباره لاحقا من أشخاص القانون في الدولة.

وعليه. أصبح الأجنبي يتمتع بكافة الحقوق التي يتمتع بها الوطني باستثناء تلك التي حرم منها بنص قانوني خاص. ومن أهم الحقوق الخاصة التي يتمتع بها الأجانب الاعتراف لهم بالشخصية القانونية وحق الزواج، الطلاق، الولاية، الوصاية، القوامة وغيرها من حقوق الأسرة بما في ذلك حق

[1] أنظر، محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط .1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2009 :. 19.

الإرث والوصية وكل ذلك مع مراعاة اعتبارات النظام العام، وبالإضافة إلى ذلك يتمتع الأجنبي بحق التقاضي أمام المحاكم الوطنية[1].

ويترتب بداهة على اختلاط المجتمعات وتعايشها وانفتاحها نوع جديد من الروابط والعلاقات القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا. وعليه، لم تعد الحياة القانونية مجرد قواعد تحكم العلاقات الوطنية الداخلية، بل أصبحنا أمام مجتمع دولي يتميز بموضوعاته وقواعده القانونية الآخذة بالازدياد والتطور والتميز. كما لم تعد تقتصر الحياة الدولية على العلاقات القائمة بين الدول وإنما تعدتها إلى كافة العلاقات الناشئة بين الأفراد التابعين لدول مختلفة والذين يجرون تصرفاتهم وأموالهم خارج دولهم. ولذلك وجد إلى جانب المجتمع الدولي الذي يضم الدول والذي تحكمه مبادئ القانون الدولي العام مجتمع دولي آخر يسمى بالمجتمع الدولي للأفراد، هذا المجتمع الأخير هو الذي تحكم علاقاته ومراكزه القانونية قواعد القانون الدولي الخاص، وهذا الأخير باعتباره فرع من فروع القانون يبحث أساسا في النظام القانوني لحياة الأفراد وعلاقاتهم و مراكزهم القانونية التي يكون فيها بالنسبة لدولة معينة عنصر أجنبي أو ظرف خارجي[2]. أي هو الذي يتولى تنظيم ما قد تستحدثه الحياة الدولية الخاصة من علاقات ومراكز متزايدة كما ونوعا والتي تعتبر الناتج الطبيعي للتقدم التكنولوجي والاقتصادي العالمي المتسارع الذي نشهده في أيامنا الحاضرة والذي أسهم من دون شك في بروز العنصر الأجنبي في شتى المجالات والأحوال.

الأمر الذي كان له انعكاساته أيضا على مجال الأحوال الشخصية للأفراد حيث ظهر ما يسمى بالزواج المختلط الذي تولد عنه بالضرورة ظهور العنصر الأجنبي في الزواج لطلاق، النسب، الحضانة، الميراث. كما أن زيادة حجم المبادلات التجارية والاقتصادية بين الدول المختلفة. وما

[1] أنظر، محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، ط.1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،2007 0 7 . 39-43.

[2] أنظر، سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخا .1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009 9 2. 20-28.

استتبعه من تقدم وتطور وسائل النقل والاتصالات أدى إلى ازدياد حركة الأفراد عبر الحدود وانتقالهم من دولة إلى أخرى[1]. وهو الأمر الذي ساهم من جهة في إمكانية مباشرة الفرد لتصرفاته القانونية خارج إقليم وطنه1 ومن جهة أخرى يسمح بتوزيع تموقع الأموال سواء كانت منقولات أو عقارات على عدة دول.

كل هذه العوامل ساهمت بشكل أو بآخر في اقتحام العنصر الأجنبي مجال الرابطة الزوجية. الأمر الذي أصبح يستلزم طرح مسألة القانون الدولي الخاص في هذا المجال خاصة وأن الأمر يتعلق هنا بموضوع دقيق اختلفت فيه الشرائع قديما وحديثا. ولعل ذلك يرجع أساسا إلى اختلاف الفكرة الاجتماعية التي يقوم عليها الزواج، ويظهر هذا الاختلاف جليا سواء من ناحية انعقاده أم ناحية آثاره أم من ناحية انتهائه[2].

فالزواج في مفهوم الشريعة الإسلامية، هو عقد رضائي بين رجل وامرأة يصح الارتباط فيما بينهما. ويجعل منهما أساس الأسرة، ويرتب لكل منهما حقوقا ويحملها واجبات متبادلة. والزواج إذا انعقد صحيحا كانت له عدة خصائص، ورتب كذلك العديد من الآثار، فمن خصائص الزواج في الشريعة أنه عقد يفيد الدوام فلا يصح الزواج المؤقت أو زواج المتعة، وهو عقد يجوز إنهاؤه بالإرادة المنفردة لمن بيده العصمة وهو غالبا الزوج. كما يجوز شرعا للزوج أن يعقد على أكثر من زوجة في حدود الشرع بما لا يجاوز أربعة زوجات. أما الزواج في الشرائع غير الإسلامية يختلف عنه في الشريعة الإسلامية فهو عقد يشترط فيه التأبيد لا ينحل بإرادة الزوجين أحدهما أو كلاهما الأصل فيه

[1] أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، اتفاقية الرياض العربية 1983/1403والتعاون القضائي في مسائل الإجراءات القضائية الدولية، مجلة الحقوق، السنة 15، الكويت، 1991 العدد الأول5 ص. 39.

[2] أنظر، حسن الهداوي، المرجع السابق) . 103؛ جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر 1969 ص. 298.

الوحدانية وعدم القابلية للتعدد فلا يجوز للزوج أن يتخذ أكثر من زوجة واحدة[1]. فالزواج عند الكاثوليك مثلا يعد رابطة غير قابلة للانحلال على عكس الاسلام الذي شرع الطلاق – ولو أنه يعتبر أبغض الحلال عند الله عز وجل– وإعادة الزواج[2] .

تطرح مسألة القانون الدولي الخاص في مسائل الزواج عندما تتضمن عنصرا أجنبيا وسواء ظهرت صورة العنصر الأجنبي في الزوجين (عنصر أشخاص العلاقة أو الحالة القانونية)، أو في موقع المال (عنصر الموضوع)) وقد تلحق الصفة الأجنبية بعنصر الواقعة المنشئة للعلاقة الزوجية (محل إبرام عقد الزواج).

ومعالجة الإشكاليات التي يثيرها ظهور العنصر الأجنبي في مجال الزواج هو محور دراستنا في هذا الباب، أي أن تطرقنا لموضوع الرابطة الزوجية سيكون محصورا بما يثيره هذا الموضوع في إطار أهم مواضيع القانون الدولي الخاص المتمثلة في تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية.

ذلك أن تضمن النزاع المتعلق بالزواج عنصرا أجنبيا تثير مشكلة تنازع القوانين وضرورة البحث عن القانون الملائم لحكم هذا النزاع لأن تطبيق القانون الوطني دائما عليها يؤدي إلى نتائج غير عادلة ويهدر حقوق الأفراد ولذلك قد تستدعي مقتضيات الحياة الدولية أن يطبق القاضي الوطني قانون غير قانونه.

[1] أنظر أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، 2008، ص. 95؛ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف الإسكندرية، 2005، ص. 268 .

[2] Cf. AMOKRAN LEGUTOWSKA Grazyna, Le mariage islamo-chrétien en France: une approche anthropologique, Thèse doctorat, Université de GRENOBLE, 2012, p. 118.

وإذا كان ظهور العنصر الأجنبي في نزاعات الرابطة الزوجية يثير كما رأينا مشكلة تنازع القوانين، أي تحديد قانون ينبغي تطبيقه عليها من بين القوانين ذات القابلية لحكمها، فإنه يثير أيضا وقبل إثارة مشكلة تنازع القوانين مشكلة المحكمة المختصة بفض المنازعات المتعلقة بها، فاتصال رابطة الزواج بعدة دول يجعل محاكمها مرشحه لتتمتع جميعها باختصاص قضائي حياله، فأي محاكم الدول التي على صلة بالنزاع تكون أحق برفع الدعوى أمامها والفصل فيها؟.

فإذا حسمت تلك المشكلة وقبلت الدعوى وتم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوعها، ثم تابعت هذه الدعوى سيرها وإجراءاتها العادية حتى صدور الحكم، فإن مسألة مصير هذا الحكم ستثار عندما يراد تنفيذه في دولة أجنبية وهنا تبرز الأهمية البالغة لهذا الموضوع لأن الحكم ثمرة الإجراءات الطويلة والمعقدة هو غاية الأفراد النهائية في منازعاتهم، فهل يمكن الاحتجاج بذلك الحكم في دولة أخرى وطلب الأمر بتنفيذه؟

وبناء على ما تقدم فإن دراستنا لهذا الباب ستكون في فصلين أساسيين:

الفصل الأول: الزواج المختلط وتنازع القوانين.

الفصل الثاني: الزواج المختلط في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي.

الفصل الأول

الزواج المختلط وتنازع القوانين

تثار مشكلة تنازع القوانين في مجال الزواج عند توافر الشروط المتطلبة لقيام التنازع القانوني عموما أي عندما تتضمن المسألة محل النزاع عنصر أجنبيا بسبب اختلاف جنسية أطرافها، أو مكان انعقادها أو مكان تنفيذها أو مكان وجود المال، وتنازع وتزاحم قوانين أكثر من دولة واحدة لحكمها. فعندما تكون العلاقة القانونية أو المركز القانوني مشوب بعنصر أجنبي ترى كل دولة من الدول التي تتصل بها هذه العلاقة أن لها مصلحة في تطبيق قانونها عليها، كأن يتعلق الأمر بزواج إسباني وفرنسية متوطنان في انجلترا، فإذا وقع نزاع بشأن هذا الزواج يعد مشوبا بعنصر أجنبي مما يجعل القانون الفرنسي والقانون الإسباني والقانون الإنجليزي يتنازعون ويتزاحمون حكم هذا النزاع. بينما إذا كان المركز القانوني غير مشوب بعنصر أجنبي، فانه يعد وطنيا محض ويخضع للقضاء والقانون الوطني. وعليه لا تطرح مشكلة تنازع القوانين بصدد العلاقات الزوجية فيما لو كانت المسألة المطروحة أمام القضاء وطنية في كل عناصرها.

فهذه الحالة لا تثير أي إشكال حيث يطبق القاضي القانون الوطني، كما يجب لقيام حالة التنازع القانوني أن لا تجعل دولة القاضي اختصاص قانونها الوطني اختصاص مطلقا، بل يجب أن تفسح المجال لتطبيق القوانين الأجنبية وفق ما تقتضيه حاجات المعاملات الدولية، هذه الأخيرة التي تقضي بضرورة الأخذ بقواعد القانون الدولي الخاص ومن أهم هذه القواعد قواعد الإسناد[1]، التي تسند العلاقات القانونية التي تشمل على عنصر أجنبي إلى القانون المختص أصلا بحكمها. وقد

[1] قاعدة الإسناد: هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني وهدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي. أنظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج.1، ط.1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص. 67.

يؤدي هذا إلى تطبيق قانون أجنبي على إقليم الدولة، لذلك لا تستطيع الدولة المعاصرة أن تعتنق مبدأ الإقليمية المطلقة الذي يجعل حدود سيادتها كحاجز يمنع نفاذ القوانين الأجنبية على إقليمها.

وبالإضافة إلى ذلك لا تقوم حالة تنازع الاختصاص التشريعي إلا عندما تكون القوانين محل التنازع صادرة عن دول ذات سيادة وتتمتع بوصف الدولة طبقا لقواعد القانون الدولي العام[1] وعندما يكون الموضوع المطروح أمام القاضي داخلا في دائرة القانون الخاص.

ومتى تحققت هذه الشروط كنا أمام أقدم وأهم وأدق مشكلة في مجال العلاقات الخاصة الدولية وهي مشكلة تنازع القوانين والتي تعتبر المشكلة الأم في القانون الدولي الخاص[2]. لأنها تعنى بالبحث عن القانون الملائم لحكم النزاعات ذات العنصر الأجنبي، ومن بينها النزاعات المتعلقة بالزواج. وذلك لأن تشبث كل دولة بإخضاع هذه النزاعات ذات الطابع الدولي لقانونها الوطني سيؤدي حتما إلى إهدار الحقوق المكتسبة[3]، والإضرار بأطراف العلاقة وانتفاء العدالة وإعاقة التعامل بين أفراد الدول.

خاصة وأن الأمر يتعلق هنا بالزواج الذي يعد من أهم العلاقات التي يرتبط بها الإنسان، وهو من أهم المواضيع في مادة الأحوال الشخصية ويعكس العلاقات والروابط العائلية التي تشكل حقلا خصبا لتنازع القوانين نظرا لتشعب هذه العلاقات وترشيحها للاتصال بأكثر من قانون أو نظام قانوني. فإن كانت الأحوال الشخصية موضوعا يتسع فيه الخلاف فيما بين قوانين مختلف الدول بحسب تأثرها بالدين السائد فإن الزواج موضوع يبلغ فيه هذا الخلاف ذروته، ذلك لأن الفكرة

---

[1] أنظر، طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1418 . 297. وقد أقر القضاء الإنجليزي هذا المبدأ في قضية تتلخص وقائعها في أن مواطنا إنجليزيا تزوج بامرأة تنتمي إلي إحدى القبائل الإفريقية وأنجب منها ولدا، ولما توفى طالبت المرأة بنصيبها ونصيب ابنها من الميراث على أساس أن عقد الزواج كان صحيحا وفقا لعادات القبيلة الإفريقية وهو ما يتفق مع قاعدة الإسناد التي تخضع شكل الزواج إلي قانون بلد إبرامه، غير أن المحكمة العليا في إنجلترا طبقت القانون الإنجليزي ورفضت طلبات المدعية لأن عقد الزواج غير صحيح وكون المسألة لا تنطوي على أي تنازع لأنه لا يتصور أن ينشأ التنازع بين القانون الإنجليزي والأعراف المتبعة في قبيلة المدعية. هذا الاجتهاد القضائي مقتبس من

-http//Science juridiques , ahlamontada, net/ t 1465- topic

[2] أنظر جورج حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق، السنة السادسة والعشرون 20022 العدد الثاني ص. 247.

[3] محمود محمود المغربي المرجع السابق، ص. 45.

الاجتماعية التي تقوم عليها الزواج تختلف من مجتمع إلى مجتمع وهو في بعض المجتمعات متصل بالدين. ويبدأ ذلك الخلاف من فكرة الزواج ذاتها ويمتد إلى انعقاده وآثاره وانقضائه[1]. فمن زواج يقوم على وحدة الزوجة إلى زواج يقوم على تعدد الزوجات، ومن زواج تعتبر فيه الرابطة دينية محضة إلى زواج تعتبر فيه الرابطة مدنية بحتة. ومن زواج يسمح فيه بانحلال الرابطة إلى زواج تعتبر فيه الرابطة مؤبدة وغير قابلة للانحلال. ولقد أدى اختلاف النظم القانونية بشأن رابطة الزواج إلى جعل الزواج أفسح العلاقات القانونية مجالا لتنازع القوانين.

وإشكالية تنازع القوانين يراد بها عند جميع الفقهاء: " تزاحم قانونين متعارضين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية أجنبية في أحد عناصرها على الأقل"[2]. ومتى كنا بشأن تزاحم بين قانوني دولتين مختلفتين أو أكثر بسبب تعدد العناصر الأجنبية في العلاقة القانونية محل النزاع يثور التساؤل عن أي قانون من عدة قوانين متنازعة سيحكم النزاع. فيتم البحث عندئذ عن أنسب تلك القوانين صلاحية وأكثرها ملاءمة لحكم العلاقة القانونية محل النزاع. وقد يتم الزواج مع قيام عنصر أجنبي في العلاقة سواء كان إقليمي (بزواج رعايا إحدى الدول الإسلامية في الخارج) أو شخصي (بزواج الأجانب في إقليم إحدى الدول الإسلامية)[3] من ثم تثور مشكلة تنازع عدة قوانين حكم هذه الرابطة الزوجية فهل تخضع لقانون جنسية الزوجين أم لقانون موطنهما أم لقانون المكان الذي تم فيه الزواج؟.

ولحل هذه المشكلة يجب أولا ترجيح أحد القوانين المتنازعة وتقرير اختصاصه بحكم منازعة الزواج ذات العنصر الأجنبي (المبحث الأول)) ثم تطبيق هذا القانون أمام القضاء الوطني (المبحث الثاني).

---

[1] أنظر، صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2010 .06.

[2] رمزي محمد علي دراز، المرجع السابق ص .41.

[3] Cf. C. ORESCU Alexandre, le mariage en droit international privé, Thèse doctorat, librairie de la société du recueil j-b, Sirey du journal du palais, Paris, 1908, p.127.

المبحث الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط

عندما يتعلق الأمر بأحد مسائل الزواج المتضمنة عنصرا أجنبيا، بأن تتجاوز عناصر العلاقة إقليم الوطن لترتبط بدول أخرى ويتخطى الأمر بالتالي النظام القانوني الوطني لتثير تنازع بين عدة أنظمة قانونية فيستدعي الأمر هنا حل مشكلة التنازع القانوني. وذلك عن طريق تطبيق قواعد قانونية فنية تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها والتي تتضمن إلى جانب الفكرة المسندة ضابط الإسناد باعتباره أداة فنية للربط بين موضوع القاعدة والقانون المسند إليه.

ويصطلح على هذه القواعد بقواعد الإسناد أو قواعد التنازع. وهي قواعد قانونية وضعية ذات طبيعة فنية تسري على العلاقات الخاصة الدولية فتصطفي أكثر القوانين مناسبة وملائمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها. ومن ذلك نستنتج أن قاعدة التنازع هي القاعدة التي تحدد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لعلاقة قانونية أو مركز قانوني يشتمل على عنصر أجنبي وهي التي تبين ليس الحل الموضوعي للنزاع بل القانون الذي يمكن أن نجد ذلك الحل فيه[1].

فقواعد الإسناد غير محددة المضمون أي لا تقوم بتحديد قانون دولة معينة بالذات لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي بل تتكفل بالربط بشكل مجرد بين طائفة معينة من العلاقات ذات الطابع الدولي وأحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة[2].

[1] أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، مصر، 1995 العدد 151 ص .97-98.

[2] أنظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين ط.1، التركي للكمبيوتر وصناعة الأوفست، طنطا، مصر 2004 . 255.

واستنادا لهذه القواعد، سوف نحدد القانون المختص بحكم الشروط الموضوعية الواجب توافرها لانعقاد الزواج صحيحا (المطلب الأول) ثم ننتقل لتحديد القانون الواجب التطبيق على شروط عقد الزواج الشكلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

يقصد بالشروط الموضوعية للزواج تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها، وينعدم في حالة انعدامها، فهي الأسس الجوهرية التي تقوم عليها الرابطة الزوجية وتتوقف صحة انعقادها على مدى تحققها[1]. بحيث يؤدي تخلف أي شرط من هذه الشروط إلى بطلان الزواج[2].

إن تحديد ما يدخل في فكرة الشروط الموضوعية هي مسألة تكييف وللتكييف أهمية في مجال تنازع القوانين[2] ليس فقط بوصفه عملية ضرورية وسابقة لتحديد القانون المطبق وإنما بوصفه أيضا كخطوة حاسمة تتحدد بموجبها طبيعة الحل النهائي للنزاع وكيفية تحقيق العدالة[3] وذلك لأن التباين في التكييف يترتب عليه الاختلاف في تحديد قاعدة الإسناد وبالتالي في القانون المختص[4].

إذن يقصد بالتكييف في نطاق القانون الدولي الخاص: " تحديد طبيعة العلاقة الخاصة ذات العنصر الأجنبي بردها إلى فكرة مسندة معينة والتي تشكل بدورها عنصرا من عناصر قاعدة الإسناد

---

[1] أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، ج.1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع1 1998 : . 89.

[2] أنظر، غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، ط.4، دار وائل للنشر والتوزيع4 2005 ص. 164.

[3] أنظر صادق محمد محمد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص، ط.11 منشورات الحلبي الحقوقية 2006 ص. 20.

[4] طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 297.

حتى يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة محل الاهتمام وفقا لقاعدة الإسناد هذه"[1].

وقد ذهب الرأي الراجح والفقه الغالب إلى إخضاع التكييف كمبدأ عام لقانون القاضي أي لقانون دولة قاضي النزاع[2]. وقد كرست معظم التشريعات الوضعية هذا الاتجاه ومنها التشريع الجزائري من خلال المادة 09 من القانون المدني التي نصت على أنه: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوبة تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقه"[3]. وعليه، يخضع تكييف وتحديد ما يعتبر من الشروط الموضوعية للزواج لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة في التكييف[4].

ويعتبر من قبيل الشروط الموضوعية رضاء وأهلية الزوجين، وموافقة الأولياء على النفس إن لزم الأمر[5] المهر وتعادله مع مهر المثل ومدى توافر الكفاءة اللازمة للزواج[6]. وخلو الزوجين من الموانع الشرعية[7]. وانقضاء عدة المطلقة أو الأرملة[8]. ويحدد الفقه الإيطالي والفقه الفرنسي ما يعتبر من قبيل

---

[1] أنظر، رجا رشيد داوس، تنازع القوانين في فلسطين ط.11 دار الشروق للنشر والتوزيع، 2001 ص. 55.

[2] Cf. HAINAUT Julie, VILLELA Emmilie, Le cas pratique en droit international privé, Contrats internationaux, 2 édition, Ellipses, Paris, France, 2009, p. 39 ;

عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الرابعة والعشرون، مطبعة جامعة القاهرة مصر، 1954 العددان الأول والثاني ص. 55.

[3] ومن التشريعات العربية التي أخضعت التكييف أيضا لقانون القاضي نجد المشرع الأردني من خلال المادة 115من القانون المدني المشرع المصري من خلال المادة 03 من القانون المدني، المشرع السوري من خلال المادة 11 من القانون المدني، المشرع الكويتي من خلال المادة 315 من القانون الكويتي رقم 05 لعام 1961 لقانون المعاملات المدنية الإماراتي لعام 1986 في مادته العاشرة، المشرع الليبي من خلال المادة 10 من القانون المدني، المشرع السوداني من خلال المادة 14 من القانون المدني4 والمشرع التونسي من خلال المادة 275 فقرة 01 من مجلة القانون الدولي الخاص.

[4] أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين دار الفكر الجامعي، مصر، 1999 ص. 278؛ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر4 2006 ص. 69؛

ANCEL Bertrand, Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux, 1977, p. 240.

يرى الأستاذ "ARMIJON" بأن الموطن يتحدد طبقا لقانون القاضي المعروض عليه النزاع، لأن تحديد الموطن يتعلق بالتكييف ومسألة التكييف تخضع لقانون القاضي، إذ أن الموطن فكرة تمس بسيادة الدولة .

Cf. ARMINJON.P, Précis de droit international privé, 3 éme édition, librairie Dalloz, Paris, 1947, p. 24.

[5] Cf. TCHANG Ting Tchang, Le mariage et la situation de la femme mariée en Chine, Thèse doctorat, Université de PARIS, librairie Arthur Rousseau, Paris, 1930, pp. 37-42.

[6] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.69.

[7] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص.106؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.275.

[8] أنظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005 5 2.44-58.

الشروط الموضوعية للزواج بشرط رضا الزوجين سواء من حيث وجود هذا الرضا أو سلامته من العيوب[1]، بحيث يشترط في الزواج حرية إرادة الزوجين ولهذه الأخيرة أهمية بالغة في القانون الفرنسي كما اعتبرها الفقه الفرنسي من النظام العام[2] رضا الوالدين أو الأقارب في حالة عدم وجود الوالدين إذا كان الزوج المعني قاصرا[3] بلوغ السن القانوني للزواج، السلامة الطبية والعقلية، عدم وجود زواج سابق بالنسبة لكل زوج – الزوجة والزوج أيضا في الدول التي لا تجيز تعدد الزوجات– وفي حالة إعادة الزواج يجب إثبات نهاية الزواج الأول سواء من خلال تقديم شهادة وفاة الزوج الأول أو إظهار وثيقة حكم الطلاق بين الزوجين[4]. عدم وجود قرابة محرمة بين الزوجين[5] سواء بسبب صلة الدم أو المصاهرة أو التبني[6].

وتختلف التشريعات الوضعية في إسناد الشروط الموضوعية لصحة الزواج حيث توجد في القانون المقارن ثلاثة اتجاهات في تحديد القانون المختص بحكمها[7] ما بين قانون الجنسية والموطن[8] وقانون المحل؛ حيث يسند أولها هذه الشروط لقانون جنسية كل من الزوجين[9]. ويسير نحو هذه الاتجاه القوانين العربية والقانون الألماني والقانون البولوني والقانون التشيكوسلوفاكي. كما أخذت بهذا

---

[1] Cf. REGNAULT Pierre, le mariage, la séparation de corps et le divorce en droit international, Thèse doctorat, Université de Paris, Libraires de la cour de cassation, Paris, 1903, pp.10-11.

[2] كما أكد الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948 في مادته 06 على وجود صلة وثيقة بين احترام إرادة الزوجين والحرية الفردية حيث نصت المادة المذكورة على أنه :" لا يبرم عقد الزواج إلا بحرية وكامل موافقة الزوجين المستقبليين".

Cf. WEITZMAN-BISMUTH Avital, Le courtage matrimonial et la promesse de mariage en droit rabbinique, Français et israélien, Thèse doctorat, Université PARIS – EST, 2011, pp. 161, 169.

[3] Cf. MORRIS J.H.C, NORTH P.M, Cases and materials on private international law , Butterworths, London, 1984, p.241.

[4] Cf. ROY Odile, Droit de la famille, édition Archétype, Paris, 2014, p. 45.

[5] Cf. FOKKEMA P.C . CHORUS J.M. J.Chorus , HONDIUS E.H. and LISSER E.ch, Introduction to dutch law for forrign law yers, klawer-deventer, The Netherlands, 1978, p.49.

[6] Cf. WOLFF Martin, Private international laws, Oxfords university press, London, 1945, p.327.

[7] WOLFF Martin, op.cit., p. 327.

[8] Cf. BOUYAHIA Sabrine Maya, La proximité en droit international privé de la famille français et tunisien, Université Panthéon-Assas, Paris, 2014, p.495.

[9] وهذا ما جسدته محكمة استئناف أبيدجان في قرارها الصادر بتاريخ 1984/12/14 والتي قضت من خلاله بخضوع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الشخصي لكل من الزوجين المستقبليين.

Cité par, CLUNET Edouard, PRUDHOMME André, Journal du droit international, N° 4, octobre – décembre, 118 année 1991, édition TECHNIQUES S.A, Paris, 1991, pp.1012,1013.

الحكم اتفاقية لاهاي الخاصة بتنازع القوانين في مادة الزواج المؤرخة في 1902/06/12 م في مادتها الأولى. أما الاتجاه الثاني فيخضع هذه الشروط لقانون موطن الزوجين[1]. ومن ذلك القانون الإنجليزي، الدانماركي النرويجي ومعظم دول أمريكا اللاتينية[2].

بينما يسند الاتجاه الثالث شروط الزواج إلى قانون محل إبرام الزواج دون تمييز بين شكل وموضوع الزواج، وهو الحل المعتمد في القانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية[3].

أما القانون الفرنسي فلم يأت بقاعدة تنازع صريحة تحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج مم جعل جانب من الفقه ينادي بإخضاعها للقانون الوطني للزوجين[4] وذلك استنادا لنص المادة 03 من القانون المدني في فقرتها الثالثة التي نصت على أنه: "القوانين الشخصية التي تحكم حالة الأشخاص وأهليتهم تتبع الفرنسيين ولو أقاموا في الخارج "[5]. هذا وقد استقر القضاء الفرنسي على تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين في حالة إبرام زواج مدني بفرنسا بين أجانب يحملون نفس الجنسية[6] وفي حالة اختلاف جنسية الزوجين يطبق قانون الموطن المشترك مسايرة لمبدأ المساواة[7].

---

[1] زيروتي الطيب، المرجع السابق، ص.161. وقد صدر في هذا الشأن قراران الأول قرار Brook V. Brook وتعلق بزواج تم في الدنمارك، ووفقا للقانون هناك كان صحيحا في حين أنه باطل في إنجلترا لتحقق الحرمة بينهما وكان القانون الإنجليزي يمثل بالنسبة لها قانون الموطن قبل الزواج، وفي عام 1877صدر قرار في قضية Barnos De Sottomomaypr والتي تتعلق بزواج تم في إنجلترا وفق القانون الإنجليزي وكان صحيحا في إنجلترا إلا أنه قضي ببطلانه لأنه جاء مخالفا للقانون البرتغالي الذي كان يمثل بالنسبة لهما قانون الموطن قبل الحالة الزوجية . مقتبس عن ، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، ج.1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998 .156.

[2] Cf. GUTMAN Daniel, Droit international privé, 3 éme édition, Dalloz, 2002, p.143.

[3] Cf. WEISGERBER Marcel, Des conditions de fond du mariage en droit international privé, Thèse doctorat, Librairie de la société du recueil, J.B Sirey et du journal du palais, Paris, 1908, p. 47.

[4] Cf. BOURDELOIS Béatrice, Le mariage polygamique en droit international privé français, Thèse doctorat d'Etat, Université PANTHEON- ASSAS (PARIS), 1990-1991, p. 56 ; CLAVEL Sandrine, Droit international privé spécial, DALLOZ, Paris, 2014, p. 390.

[5] Art 03 du code civil Français (1984-1985) dispose que : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résidant en pays étrangers ».

[6] Cf. LE CARPENTIER Paul, Du conflit des lois françaises et étrangères en matière de mariage, sous le rapport des qualités requises chez les époux en droit international, Thèse doctorat, faculté de droit de Paris, Libraires du conseil d'état, Paris, 1879, pp.218,219.

[7] CF. LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, Droit international privé, Dalloz, 7éme édition, 2001, p .353.

أما التشريع الجزائري فقد أخذ بالاتجاه الأول بحيث أسند الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين كقاعدة عامة (الفرع الأول) واستثنى من تطبيق هذه القاعدة حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج (الفرع الثاني). من هنا يتضح أن المشرع الجزائري استند إلى ضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج وهذا ما يثير عدة صعوبات في التطبيق (الفرع الثالث).

الفرع الأول

القاعدة العامة: " خضوع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني لكل من للزوجين"

أسند المشرع الجزائري الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون الجنسية وعبر عنه بالقانون الوطني وهذا ما أشار إليه في المادة 11 من القانون المدني التي نصت على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"[1]. وخضوع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية نصت عليه أيضا المادة 97 من قانون الحالة المدنية بقولها: " إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين الجزائريين أو بين الجزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج".

[1] ويقابل هذه المادة المادة 12 من القانون المدني المصري، المادة 13من القانون المدني الأردني، المادة 12 من القانون المدني الليبي والمادة 11 من القانون المدني السوري.

ولقد ضبط المشرع الجزائري صياغة هذه المادة بموجب تعديل 20جوان 2005 بعد أن كانت تنص سابقا على الشروط الخاصة بصحة الزواج وهو حكم جامع لكل شروط الزواج الشكلية والموضوعية ، أما بعد التعديل فقد أصبحت الفكرة المسندة في المادة11 خاصة فقط بالشروط الموضوعية أما الشروط الشكلية فتحكمها نصوص أخرى. أنظر، زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، ج.1، مطبعة الفسيلة الدويرة، الجزائر، 2008 ' .161.

نستنتج من خلال قراءتنا لنص هذه المادة أنها اعتبرت أن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج .

وطبقا للمادتين المذكورتين أعلاه فإن الشروط الموضوعية لعقد الزواج المختلط تخضع للقانون الوطني لكل من الزوجين. أما الشروط الشكلية فتحكمها نصوص أخرى كما سنرى لاحقا[1].

هذا وتجدر الاشارة إلى أن تطبيق قاعدة الاسناد الواردة في المادة 11 من القانون المدني الجزائري مرهون بعدم وجود قاعدة أخرى تخالفها في تحديد القانون الواجب التطبيق على شروط الزواج الموضوعية في قانون خاص، أو في معاهدة دولية نافذة في الجزائر[2].

كما أن إعمال القاعدة المنصوص عليها في المادة 11 سالفة الذكر يؤدي إلى أحد الفرضين:

الفرض الأول: إذا كان الزوجان الأجنبيان من جنسية واحدة في هذه الحالة لا يثور أي إشكال في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لصحة الزواج إذ يخضع لقانون الجنسية المشتركة للزوجين[3].

الفرض الثاني: إذا كان الزوجان الأجنبيان من جنسيتين مختلفتين حينئذ يثور التساؤل حول المقصود باصطلاح قانون كل من الزوجين هل يتعلق الأمر بالشروط الموضوعية مجتمعة بالنسبة للزوجين معا أو يتعلق الأمر بالشروط الموضوعية لكل طرف على حدى[4]، فكيف سيطبق القاضي الجزائري قانون جنسية الزوجين في هذه الحالة؟ وهل سيخضع الشروط الموضوعية لقانون جنسية الزوجين معا؟ وهذا

---

[1] أنظر ص.55 من هذه الرسالة.

[2] وهذا ما نصت عليه المادة 21 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها:" لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

[3] أنظر، عكاشة محمد عبد العال القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، ج.11 تنازع القوانين مطبعة النجاح، دبي، 1997 . 455؛

VIGNAL Theirry, Droit international privé, 3e édition, DALLOZ, Paris, 2014, p. 161.

[4] VIGNAL Thierry, op.cit., p.161.

ما يسمى بالتطبيق الجامع، أو أنه يكفي أن تتوافر في كل منهما الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسية أحدهما فقط و هذا ما يسمى بالتطبيق الموزع[1].

وللإجابة على ذلك قد ظهر اتجاهان لدى الفقه بهذا الخصوص اتجاه نادى بالتطبيق الجامع لقانون جنسية الزوجين (أولا) واتجاه آخر قال بالتطبيق الموزع (ثانيا)[2].

أولا– التطبيق الجامع " Application cumulative"

تخضع الشروط الموضوعية وفقا لهذا الاتجاه لقانون جنسية كل من الزوجين معا، حيث يجب أن يستوفي كل زوج الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته وكذا كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسية الطرف الآخر[3].

ويرى الفقه المؤيد لفكرة التطبيق الجامع أنه يجب الأخذ بقانون جنسية الزوجين معا باعتبار أن كلا من القانونين وضع شروطه لرابطة الزوجية التي لا تتحقق إلا بين الزوجين ولم يقصر اهتمامه على ناحية واحدة من هذه الرابطة[4]. وقيل أيضا دفاعا عن هذا الرأي أنه الحل الذي لا يعطى امتيازا لأحد القوانين على الآخر[5].

ويعتبر الأستاذ " LEREBOURS Pigeonnière " من أبرز المدافعين على فكرة التطبيق الجامع وحجته في ذلك أن القانون الوطني لكل من الزوجين هدفه حماية الرابطة الزوجية ذاتها وليس حماية شخص الزوج أو الزوجة[6].

---

[1] علي علي سليمان المرجع السابق المرجع السابق ص. 69.

[2] أنظر، عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص ج.1 .1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006 ص. 216.

[3] أنظر موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج.11 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989 ص. 295؛ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 216.

[4] علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص. 69.

[5] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 213.

[6] En ce sens, cons. TOUATI Hiohel, Le caractère religieux de la formation du mariage en droit international privé, Thèse doctorat de droit privé, Université de Paris, 1963, p. 10.

غير أن فكرة التطبيق الجامع كانت محل انتقاد ذلك أنها عسيرة التطبيق عمليا وتؤدي إلى التضييق من حالات انعقاد الزواج المختلط صحيحا مادامت تعتبر الرابطة الزوجية غير صحيحة بمجرد تخلف شرط من الشروط المنصوص عليها في قانون الزوج أو الزوجة[1]. وبالتالي تقل فرصة قيام الزواج المختلط لاختلاف أحكام قوانين الأسرة فيما بين الدول عادة[2]. ولا شك أن هذه النتيجة تتنافى مع الغاية التي يستهدفها أنصار التطبيق الجامع أصلا وهي احترام قانون كل من الزوج والزوجة معا[3].

وقد أدت هذه الانتقادات إلى هجر الفقه الغالب لهذا الحل وميله إلى الأخذ بالتطبيق الموزع.

ثانيا– التطبيق الموزع " Application distributive"

إزاء الانتقادات التي وجهت لفكرة التطبيق الجامع، اتجه الفقهاء إلى ترجيح الاكتفاء بالتطبيق الموزع لقانون كل من الزوجين وقد استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بمبدأ التطبيق الموزع[4]، كما أخذ به المشرعون في بعض الدول[5].

ومقتضى فكرة التطبيق الموزع أنه يكفى لصحة الزواج أن تتوافر في الزوج الشروط التي يتطلبها قانونه وأن تستوفى الزوجة الشروط المقررة في قانونها[6]. فإذا كنا مثلا بصدد انعقاد زواج بين ألماني

---

[1] زيروتي الطيب، المرجع السابق ص .161؛ أعراب بلقاسم المرجع السابق، ص.232؛ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق. ص. 216.

[2] صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق، ص .216.

[3] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق .216-217.

[4] نقض مدني فرنسي صادر بتاريخ 1956/03/06/ وأيضا حكم صادر عن محكمة باريس بتاريخ 1972/03/15، مقتبس عن زيروتي الطيب، المرجع السابق ،ص. 161.

[5] من ذلك ما تقضي به المادة 03 فقرة 01 من القانون الألماني لعام 1986 المتضمن إصلاح القانون الدولي الخاص؛ المادة 116 من القانون المدني الإيطالي؛ المادة 12 من القانون المدني المصري؛ المادة 13 من القانون المدني السوري؛ المادة 12 من القانون المدني الليبي؛ المادة 13 فقرة 01 من القانون المدني الأردني؛ الفصل 45 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي6 كما قضت محكمة النقض بأبيجان– كوت ديفوار– صراحة في قرارها الصادر بتاريخ 1984/12/14 بخضوع الشروط الموضوعية لعقد الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين المستقبليين على حدى في حين تخضع الشروط الشكلية لقاعدة لوكوس أي لقانون محل إبرام الزواج .

Cité par CLUNET Edouard, PRUDHOMME André, op.cit., pp. 1012 -1013.

[6] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ص.273.

وفرنسية فإنه يكفى أن يتوفر في الزوج ما يشترطه القانون الألماني وحده، وأن يتوفر في الزوجة ما يشترطه القانون الفرنسي وحده. هذا وقد جسدت محكمة النقض الفرنسية فكرة التطبيق الموزع صراحة من خلال قرارها الصادر بتاريخ 2008/07/09 الذي قضى بضرورة خضوع ركن الرضى في الزواج لقانون جنسية الزوجين، وفي حالة اختلاف جنسية الزوجين يجب أن يستوفي كل زوج شروط توافر ركن الرضى في قانونه. أي أن القرار استلزم التطبيق الموزع للقانون الوطني للزوجين بخصوص رضى الزوجين الذي يدرج على رأس قائمة الشروط الموضوعية اللازمة لصحة عقد الزواج[1].

ورغم ترجيح الفكرة إلا أن أغلبية الفقه يشترط التطبيق الجامع فيما يتعلق بموانع الزواج لخطورتها[2]. ولأنها تهدف لحماية الرابطة الزوجية في حد ذاتها وليس لحماية تخص الزوج أو الزوجة[3]. وعليه يكفى أن يتضمن أحد القانونين على مانع من موانع الزواج لكي لا ينعقد الزواج صحيحا، فإذا نص قانون أحد الزوجين على منع الزواج لاختلاف الدين أو بسبب درجة القرابة وتحقق فعلا اختلاف الدين أو توافرت القرابة المانعة، فإن الزواج لا يقع صحيحا حتى ولو كان المنع غير مقرر في قانون الزوج الآخر[4].

غير أن بعض الفقهاء يفرق في موانع الزواج بين تلك التي تعتبر استجابة لمبادئ خلقية عليا كالقرابة واختلاف الدين ويشترط فيها التطبيق الجامع بين تلك التي تعتبر موانع إقليمية أو عنصرية لا تمتد إلى خارج الإقليم مثل موانع اللون أو الجنس[5].

---

[1] Civ. 1 er, 9 juill, 2008, n° 07-19.079, lorsque l'arrêt juger que : « selon l'article 3 du code civil, le consentement au mariage d'époux de nationalité différente doit être apprécié au vu de la loi personnelle de chacun d'eux ». Cf. Patrick COURBE, Fabienne JAULT- SESEKE, Droit international privé, panorama, droit international, Recueil Dalloz-2009-n°23, pp.1560-1561.

[2] مثل الموانع الواردة في المادة 24 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص على أنه: " موانع النكاح المؤبدة هي القرابة، المصاهرة: الرضاع"' وأيضا تلك الواردة في المادة 30 من ذات القانون التي تنص على أنه : " يحرم من النساء مؤقتا المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا .كما يحرم مؤقتا، الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، زواج المسلمة مع غير المسلم ".

[3] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق9 0 218.

[4] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ص. 273.

[5] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 69-78؛ زيروتي الطيب، المرجع السابق ص. 162.

ونشير في هذا الخصوص أن المشرع الجزائري وطبقا للمادة 11 من القانون المدني قد أخذ بالتطبيق الموزع فيما يخص الشروط الموضوعية للزواج ذي العنصر الأجنبي وقد أكد على هذا الحكم في المادة 97 من قانون الحالة المدنية لعام 1970 التي اعتبرت الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الجزائري لإمكان عقد الزواج[1] . غير أنه إذا تعلق الأمر بموانع الزواج فيتم إعمال التطبيق الجامع[2].

وبعد أن تعرضنا للقاعدة العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج فإننا سنتطرق في الفرع الموالي للاستثناء الذي يكون فيه أحد الزوجين وطنيا.

الفرع الثاني

الاستثناء الوارد على القاعدة العامة

أورد المشرع الجزائري استثناء على القاعدة العامة التي تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين ويقضي هذا الاستثناء باختصاص القانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام الزواج وذلك باستثناء الأهلية التي تبقى خاضعة لقانون الجنسية.

وهذا ما أقرته المادة 13 من القانون المدني الجزائري[3]حيث نصت على أنه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج".

---

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق ص .162.

[2] أنظر، دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، مذكرة ماجيستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2007-2008- ص. 14.

[3] تقابل هذه المادة المادة 14 من القانون المدني المصري؛ المادة 14 من القانون المدني الليبي؛ المادة 15 من القانون المدني السوري.

وطبقا لهذا النص إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند انعقاد الزواج خضعت الشروط الموضوعية في الزواج للقانون الجزائري وحده فيما عدا شرط الأهلية حيث تبقى أهلية كل من الزوجين خاضعة لقانون جنسيته طبقا لنص المادة 10 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري[1] وذلك بشرط أن يكون أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج حتى ولو تغيرت جنسيته بعد ذلك[2].

والمشرع الجزائري بإخضاعه الأهلية لقانون الجنسية يكون قد أخذ بالقاعدة العامة التي تقضي بخضوع الأهلية للقانون الشخصي[3] سواء كان هذا القانون قانون الموطن الذي تأخذ به بعض الدول كالأرجنتين، البرازيل، وإنجلترا[4]، أو قانون الموطن والجنسية معا كتشريعات أمريكا اللاتينية التي تخضع الأهلية لنظام مختلط فأهلية رعاياها تخضع لقانون الجنسية، في حين يسري على أهلية الأجانب قانون الموطن[5]، أو قانون الجنسية لوحده كما هو الحال بالنسبة لتشريعات الدول العربية[6].

وتطبيقا لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري لو تزوج جزائري بفرنسية لخضع الزواج للقانون الجزائري وحده من حيث كافة الشروط الموضوعية إلا فيما يخص أهلية الزواج فتخضع لقانون كل من الزوجين على حدى. وتسري القاعدة أيضا لو تزوجت جزائرية مسلمة أو كتابية

---

[1] إذ تنص هذه المادة على أنه " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1963/05/15 على ضرورة الرجوع للقانون الشخصي للزوجين لمعرفة مدى توافرهما على الأهلية اللازمة للزواج.

Cass. 1 er civ 15 mai 1963. Cité par, BATIFFOL Henri, FRANCE SCAKIS Ph., Ecrits, études et notes de droit international privé, Dalloz, Paris, 1978, p. 193.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص .70.

[3] Cf. GUINAND Jean, Les conflits de lois en matière de capacité, édition Ides et Calendes, NEUGHATEL, 1970, p.37 ; ARMINJON.P, Précis de droit international privé, T.2, troisième édition, librairie DALLOZ, Paris, 1958, pp. 562-563 .

[4] Cf. MORRIS J.H.C., D.C.L, F.B.A, Cases on private international law, fourth édition, At the clare London Press, Oxford, London, 1968, p.67.

[5] Cf. BECHAUX .A, Le mariage en droit français et en droit international, Thèse doctorat, Alphonse DERENNE, Paris, 1877, p.188.

[6] أنظر، عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، 1989 . 25.

بفرنسي مسلم فتخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الجزائري باستثناء أهلية الزوج فتخضع للقانون الفرنسي[1].

وبمقتضى هذا الاستثناء يستبعد القانون الأجنبي ويطبق القانون الجزائري وحده طالما كان أحد الزوجين أجنبيا وقت انعقاد الزواج، وعلى هذا الأساس إذا كان الزوجان أجنبيين وقت انعقاد الزواج ثم بعد ذلك اكتسب أحدهما الجنسية الجزائرية فإن ذلك يؤثر على القانون الواجب التطبيق فيبقى الاختصاص للقانون الأجنبي لأن الاستثناء واضح وصريح وهو أن يكون أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج كما يمتد هذا الاستثناء ليشمل آثار الزواج أيضا.

وفي الواقع إن هذا الاستثناء لا يجد مجال له إلا إذا كانت الزوجة جزائرية وقت انعقاد الزواج، أما لو كان الزوج جزائريا في هذا الوقت؛ فإن القانون الجزائري هو الذي ينطبق على الشروط الموضوعية بمقتضى القاعدة الوطنية الواردة في المادة 1/12 من القانون المدني دون الحاجة إلى الاستثناء الوارد في المادة 13[2].

وعليه، لو تقرر أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق بموجب المادة 13 من القانون المدني، فإن الشروط الموضوعية للزواج سوف تخضع للأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري الذي يستوجب لصحة هذا الزواج رضا الزوجين[3] أهلية الزواج، الصداق الولي، الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزواج[4].

---

[1] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق ص. 236.

[2] أنظر، علي حمدي علي حلمي، النظام العام ومسألة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، مذكرة ماجستير، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2008-2009 6 97.2.

[3] حيث تنص المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

[4] حيث تنص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدين، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

وعلى العموم متى كان القاضي الجزائري مختصا بالنظر في النزاع المرتبط بمدى صحة عقد الزواج من حيث توافر شروطه الموضوعية فإن إعماله لضابط الجنسية لحل هذه النزعات يثير عدة صعوبات من الناحية العملية.

الفرع الثالث

الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية

إن إعمال نص المادة 11 من القانون المدني الجزائري الذي يقضي بتطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج قد يثير عدة صعوبات في التطبيق- وهي صعوبات يثيرها ضابط الجنسية عموما- في حالة تمتع أحد الزوجين بأكثر من جنسية واحدة (تعدد الجنسيات) – أولا- وحالة عدم تمتع أحدهما بأية جنسية (انعدام الجنسية) – ثانيا –، وأيضا في حالة ما إذا غير أحدهما أو كلاهما جنسيته (التنازع المتحرك أو المتغير)- ثالثا –. كما قد يتوصل القاضي إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع والطوائف (رابعا) هذا من جهة ومن جهة أخرى قد يجد القاضي نفسه أمام مشكلة الإحالة الدولية (خامسا).

أولا – التنازع الإيجابي (تعدد الجنسيات)

التعدد في الجنسية أو ما يسمى بتنازع الجنسيات الايجابي، يقصد به أن يكون لدى الشخص أكثر من جنسية واحدة، أي حين تثبت للشخص جنسية دولتين أو أكثر في وقت واحد[1]. وبعبارة

[1] أنظر، أحمد ضاعن السمدان، المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي، مجلة الحقوق الكويت، 2007. العدد 1. ص. 17.

أخرى تتحقق هذه الظاهرة في الحالة التي ترى فيها قوانين الجنسية في دولتين أو أكثر أن شخص ما ينتمي إليها[1].

ويعتبر التعدد في الجنسية كنتيجة حتمية لحرية كل دولة في تنظيم جنسيتها على النحو الذي يتماشى مع مصالحها دون الاعتداد بمقتضيات الحياة المشركة في الجماعة الدولية[2].

يترتب عن تعدد الجنسيات قيام مشكلة هامة في مجال تنازع القوانين، وذلك بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بضابط الجنسية لمعالجة إشكالية تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية ومن بينها الزواج ذو العنصر الأجنبي[3]. إذ يتعين حينئذ اختيار قانون جنسية واحدة باعتباره القانون الشخصي للزوج متعدد الجنسيات نظرا لاستحالة تطبيق قوانين مختلف الجنسيات التي ينتمي إليها في نفس الوقت[4].

وعليه، نكون بصدد تنازع إيجابي للجنسيات إذا كان لأحد الزوجين أو كلاهما جنسيتين أو أكثر، فيطرح التساؤل في هذه الحالة حول الجنسية التي يعتد بها من أجل تطبيق قانونها على الشروط الموضوعية للزواج[5]. للإجابة عن هذه الإشكالية يجب التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: تعدد الجنسيات مع عدم وجود جنسية دولة القاضي من بينها

يكون التنازع في هذه الحالة بين جنسيات أجنبية، وقد تم اقتراح عدة معايير لحل التنازع الايجابي للجنسيات في هذه الحالة، كتفضيل الجنسية التي تتفق أحكامها مع قانون جنسية دولة

---

[1] Cf. SAVATIER René, Cours de droit international privé, deuxième édition, L.G.D.J, Paris, 1953, p .46 ; عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996، ص. 54.

[2] أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول – الجنسية ومركز الأجانب- ، دار الفكر الجامعي، مصر، 1995، ص. 276.

[3] Cf. FULCHIRON Hugues , La nationalité française entre identité et appartenance, études et commentaires, CHRONIQUES, Nationalité, Recueil Dalloz-28 juillet 2011-n°28, p. 1915.

[4] أنظر، العقون الأخضر، التنازع الايجابي والسلبي بين الجنسيات مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1975 6 2. 63.

[5] أنظر، إلياس ناصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص ج. 2، دون دار النشر ، 2003 . 447.

القاضي، أو منح الأولوية للجنسية الأقدم أو الأحدث[1]. أو منح الشخص حرية اختيار إحدى الجنسيات الثابتة. إلا أن الرأي الراجح ذهب إلى حسم التنازع بين الجنسيات الأجنبية باللجوء إلى نظرية الجنسية الفعلية أو الواقعية أو المهيمنة[2].

والجنسية الفعلية هي التي يكون الشخص أكثر ارتباط بها من غيرها[3]، ويستعين القاضي للكشف عن هذه الجنسية بعناصر موضوعية كموطن الشخص أو محل إقامته. كما له الاستعانة بغير ذلك من الملابسات والمؤثرات المتعلقة بالشخص ذاته كمركز مصالحه التجارية، روابطه العائلية، لغته محل مزاولة حقوقه السياسية أو العامة، وظائفه العامة وتأدية خدمته العسكرية ...إلخ. وعليه إذا كان القاضي أمام حالة من حالات تعدد جنسية أحد الزوجين أو كلاهما ولم تكن جنسيته من بينها فيبحث عن الجنسية الفعلية طبقا للوقائع والظروف ويطبق قانونها على الشروط الموضوعية للزواج[4].

وقد اعتمد المشرع الجزائري من خلال المادة 01/22 من القانون المدني على فكرة الجنسية الفعلية ووظفها كحل لفرضية تعدد الجنسيات مع عدم وجود الجنسية الجزائرية من بينها حيث نصت المادة على أنه: " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".

وهو الحل الذي اعتمده أيضا المشرع التونسي من خلال الفصل 29 من مجلة القانون الدولي الخاص الذي جاء فيه " تخضع الأحوال الشخصية للمعني لقانونه الشخصي وإذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية ...".

---

[1] أنظر، سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص دار العلوم العربية لبنان، 1994 . .. 275.

[2] Cf. BOSKOVIC Olivera, Droit des étrangers et de la nationalité, Droit des étrangers, Panorama, Recueil Dalloz, 9 décembre 2010, n° 43, p. 2868.

[3] BOSKOVIC Olivera, op.cit., p. 2869.

[4] أنظر، حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي، ط.4، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1980 . 57-73.

هذا في حين ذهبت بعض التشريعات العربية الأخرى[1] إلى منح القاضي صلاحية تحديد القانون الواجب تطبيقه في حالة تعدد الجنسيات الأجنبية وبالرغم من أنها لم تبين صراحة الجنسية التي يتقيد بها القاضي في هذه الحالة إلا أنه يجب على القاضي دائما عند تعيينه للقانون المختص أن يعتد بالجنسية الفعلية الذي يعيش المعني في كنفها ويفضلها على غيرها[2]. وأخذ اجتهاد المحاكم اللبنانية أيضا بفكرة الجنسية الفعلية وهذا ما جسدته محكمة الاستئناف اللبنانية في قرار لها صادر بتاريخ 1970/05/29[3].

كما آمنت أيضا بعض التشريعات الغربية[4] بنظرية الجنسية الفعلية واعتبرتها هي الأخرى كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية لمتعدد الجنسيات.

وقد تبنت هذا الحل كذلك اتفاقية لاهاي لعام 1930، حيث جاء في نص المادة الخامسة منها ما يلي:" يتعين على الدولة التي يوجد بإقليمها فرد يتمتع بعدة جنسيات، أن تعامله على أنه متمتع بجنسية واحدة، ويجوز لها في هذا الصدد أن تختار جنسية الدولة التي يوجد بها محل إقامة الشخص العادية أو جنسية الدولة التي يظهر من الملابسات تعلق الشخص بها فعلا"[5].

---

[1] ومن هذه التشريعات التشريع المصري حيث نصت المادة 01/25 من القانون المدني على أنه: " يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص ...، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد". وتقابل هذه المادة المادة 01/25 من القانون المدني الليبي؛ المادة 01/27 من القانون المدني السوري؛ المادة 26 من القانون المدني الأردني؛ المادة 70من القانون المدني الكويتي. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص.107.

[2] أنظر محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994 7 1. 51.

[3] حيث قضت بأنه:" المدعى كان بتاريخ وفاته يحمل جنسيتين إحداهما فلسطينية والأخرى إيرانية، لكنه عاش وتوفي في لبنان. إن الاجتهاد اللبناني قد استقر في مثل هذا الوضع على وجوب الأخذ بالجنسية الأكثر فعالية أي الجنسية الأكثر فعالية من النشاطات العملية التي مارسها المتوفي إبان حياته، ويستدل من المستندات التي أبرزها الطرفان أن المتوفي كان يتذرع في نشاطاته العملية بجنسيته الفلسطينية وتارة أخرى بجنسيته الايرانية . ولذلك لا يمكن اعتبار أيا من الجنسيتين اللتين يحملهما المتوفي بمثابة الجنسية الاكثر فعالية. وإن الاجتهاد مستقر على اعتبار الجنسيتين في مثل هذا الوضع تنهاران لعدم تطبيق قانونيهما معا، ويتوجب تطبيق قانون محل إقامة المتوفي". أنظر، محكمة الاستئناف اللبنانية، 1970/05/20، مقتبس عن، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.513.

[4] ومن بين هذه التشريعات التشريع السويسري الصادر عام 1987 و9قانون الجنسية البرتغالي الصادر في 1981/10/03 في مادته 28، القانون الاسباني في المادة 29/9 من الباب التمهيدي للقانون المدني لعام 1974 وأيضا القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 في مادته 11.

[5] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة ... المرجع السابق، ص. 130.

الحالة الثانية: تعدد الجنسيات مع وجود جنسية القاضي الناظر في النزاع من بينها

استقر الرأي الراجح في علم الجنسية وفي القانون الدولي لخاص أن الجنسية الوطنية في هذه الحالة تفضل على غيرها[1] بالتالي يؤخذ بجنسية دولة القاضي، ويطبق قانون هذا الأخير على المسألة المتنازع فيها بغض النظر عن قوانين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص في آن واحد إلى جنب جنسية دولة القاضي[2]: لأن هذه الأخيرة تلعب بالنسبة لجنسيات الدول المتواجدة دورا حاذفا فتحذف مسبقا كل إمكانية للمفاضلة أو الاختيار، فهي تطبق دون سواها على المسألة محل التنازع[3].

وهذا الحل جسده القضاء الجزائري[4] ونص عليه المشرع الجزائري صراحة في المادة 22 فقرة 02 من القانون المدني[5] وافقه في ذلك كل من المشرع المصري[6] التونسي[7]، الليبي[8] الإماراتي[9]. كما أخذ بنظرية ترجيح جنسية القاضي في هذه الحالة الكثير من التشريعات الغربية كالتشريع

[1] أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص :.1، دار النهضة العربية ، مصر ص. 101.

[2] أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية المقارنة ج.1، دون دار نشر 11975 ص. 71.

[3] أنظر، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص. 274.

[4] بحيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2013/03/14 بأنه:" القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول". محكمة عليا، 2013/03/14، ملف رقم 0753902، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2013 " .282.

[5] حيث نصت على أنه: " غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول". وتطبيقا لهذه المادة إذا عرض على القاضي الجزائري نزاع خاص بالبحث عن القانون المختص بحكم الشروط الموضوعية للزواج المختلط، وكان أحد الزوجين يحمل الجنسية الجزائرية بالإضافة إلى جنسيات أخرى، فإنه يعتد بالجنسية الجزائرية فقط.

[6] المادة 02/25 من القانون المدني.

[7] الفصل 39 من مجلة القانون الدولي الخاص.

[8] المادة 02/25 من القانون المدني.

[9] المادة 24 من تقنين المعاملات المدنية رقم 05 لعام 1985.

الاسباني[1] البولوني، البرتغالي[2] الكوري[3]، والسويسري[4]، واعتمدت هذا الحل أيضا اتفاقية لاهاي المبرمة في 1930/04/12[5].

ثانيا– التنازع السلبي (انعدام الجنسية)

يقصد بانعدام الجنسية عدم تمتع الفرد بأية جنسية[6]، كما يمكن تعريفه بأنه:"وضع قانوني لشخص لا يتمتع بجنسية أية دولة على الإطلاق"[7]. وعديم الجنسية هو الشخص الذي يجد نفسه منذ ميلاده أو في تاريخ لاحقا على الميلاد مجردا من حمل جنسية أية دولة من الدول[8].

إذن يحصل التنازع السلبي للجنسيات عندما لا تدعي أية دولة السيادة على جنسية شخص معين ولا تعترف باختصاص قانونها الوطني في مسائل أحواله الشخصية لوقوعه في حالة اللاجنسية[9]. وهذا ما يسبب مشكلة أساسية تظهر خاصة عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، وفي مقدمتها المسائل التي يثيرها الزواج المختلط.

قد تعددت المعايير المقترحة لحل هذه الإشكالية ومن بينها إعمال قانون آخر جنسية كان يحملها الشخص قبل انعدام جنسية[10]. بينما اتجه رأي آخر إلى الاعتداد بجنسية الدولة التي ولد فيها

---

[1] المادة 02/29 من القانون المدني.

[2] المادة 31 من القانون المدني.

[3] المادة 1/2 من القانون الدولي الخاص .

[4] المادة 1/23 من مجموعة القانون الدولي الخاص الصادر في 1987/12/18.

[5] حيث نصت المادة 03 من هذه الاتفاقية على أنه: " كل شخص يتمتع بجنسيتين أو أكثر يمكن أن تعتبره كل الدول التي له جنسيتها من رعاياها". أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 102 ؛ فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية، دار وائل للنشر، مصر، 2005. ص.141؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.207.

[6]Cf. LABORDE Jean Pierre, SANA CHAILLE de NERE Sandrine, Droit international privé, 18 édition, Dalloz, Paris, 2014, p.21 ; RIZKALLAH Nouhad, Droit international privé, 1 ère édition, N.A.J.D., Beyrouth, 1985, p.123.

[7] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص .120.

[8] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة ...، المرجع السابق، ص. 177؛ غالب علي الداوودي، المرجع السابق 7 1. 141.

[9] غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص.141.

[10] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 207؛ فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية...، المرجع السابق، ص.80.

عديم الجنسية إذا عرف مكان ميلاده إلا أن هذا الحل انتقد لأن واقعة الولادة قد تكون بصفة عرضية في دولة معينة، وبالتالي لا تعكس ارتباط الشخص بها[1].

إلا أن الرأي الراجح ذهب إلى إعمال فكرة شبيهة بفكرة الجنسية الفعلية، مقتضاها معاملة عديم الجنسية على أنه ينتمي إلى الدولة التي يتصل بها من الناحية العملية أكثر من سواها، وهي تمثل عادة الدولة التي يوجد بها موطن عديم الجنسية أو محل إقامته[2].

ولعل الدافع وراء ترجيح قانون الموطن أو محل الإقامة هو مدى تعلق وتشبث الشخص بالمكان الذي يعيش ويتواجد فيه، الأمر الذي يجعل درجة ارتباط الشخص بمكان معين تتوازى مع ارتباطه بالدولة التي ينتمي إليها بجنسيته[3].

وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الحل من خلال تعديله للقانون المدني[4] متجنبا بذلك الانتقادات التي وجهت إليه مسبقا، والمتمثلة في عدم تطابق النص الداخلي مع معاهدة نيويورك المنعقدة في 28 سبتمبر 1954 والمتعلقة بمركز عديمي الجنسية[5] المصادق عليها من قبل الجزائر في 8 جوان 1964[6] والتي تكرس في المادة 12 منها تطبيق قانون الموطن بالنسبة لعديمي الجنسية[7].

---

[1] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة، المرجع السابق، ص. 192.

[2] عكاشة محمد عبد العال. الاتجاهات الحديثة، المرجع السابق ص. 194.

[3] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة المرجع السابق، ص. 197.

[4] حيث نصت المادة 22 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 على أنه" وفي حالة انعدام الجنسية، يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة". كما أخذت بهذا الحل أيضا بعض التشريعات الغربية كالتشريع الاسباني (المادة 10/09من الباب التمهيدي للقانون المدني المضاف بالمرسوم الصادر في 1974/05/31. والتركي (المادة 04 من القانون الدولي الخاص)) والسويسري (المادة 24 من القانون الدولي الخاص الصادر في 1987/12/18)) والايطالي (المادة 29 من القانون المدني).

[5] كما أيدت هذا الحل أيضا اتفاقيتي جنيف لسنتي 1931 و 1951 بخصوص الحالة الدولية للأجنبين السياسيين حيث نصت المادة 12 من الاتفاقية الأخيرة على أنه: " الحالة الشخصية لكل لاجئ سياسي يحكمها قانون بلد موطنه، فإذا تخلف الموطن فيكون قانون بلد إقامته...". أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص. 136.

[6] الجريدة الرسمية رقم 57 الصادرة بتاريخ 14/ 07/ 1964.

[7] أنظر، جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2011/2010/ ص.55.

إن تطبيق قانون موطن عديم الجنسية أو محل إقامته قد يثير هو الآخر عدة إشكاليات في حالة ما إذا لم يكن لعديم الجنسية موطن معروف أو محل إقامة محدد، وكذا في حالة ما إذا كان لعديم الجنسية أكثر من موطن.

وكحل للإشكالية الأولى اقترح البعض[1] تطبيق قانون القاضي باعتباره صاحب الاختصاص الاحتياطي العام في حل التنازع الدولي بين القوانين[2].

أما بالنسبة للإشكالية الثانية، فيرى البعض[3] مواجهتها من خلال ترجيح قانون الموطن الأكثر فاعلية وهو الموطن الذي يحوى بذاته على درجة من الارتباط والفاعلية ترشحه لحكم العلاقة محل النزاع. وتفضيل قانون على آخر وفقا لهذا الرأي لا يتأثر إلا بالنظر إلى الهدف أو الغاية من قاعدة الإسناد وأيضا بالنظر إلى أنسب القوانين وأكثرها ملاءمة لحكم النزاع، وهذا يستوجب حتما عدم التقيد بحل واحد يجب إعماله في كل الحالات.

ثالثا– التنازع المتحرك أو المتغير

يتحقق التنازع المتحرك أو المتغير عندما يحدث تغيير واقعي في ظرف الإسناد يؤدي إلى انتقال شخص أو شيء معين من نطاق تطبيق قانون إلى نطاق تطبيق قانون آخر بمقتضى نفس قاعدة الإسناد[4]. وبعبارة أخرى يتحقق التنازع المتحرك عندما تكون هناك قابلية خضوع وضعية معينة

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص. 183.

[2] وقد تبنى هذا الحل صراحة القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 من خلال مادته الأولى في فقرتها الثالثة. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص. 138.

[3] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة ...، المرجع السابق، ص. 202.

[4] أنظر، عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، الوسيط في قانون المعاملات الدولة الخاصة، ط.11 دون دار النشر، جامعة القاهرة ، 1991 ص. 56.

لنمطين قانونين مختلفين[1]. وعليه نستنتج أن التنازع المتحرك ينشأ عن خضوع العلاقة لقانونين متتابعين يتنازعان لحكم موضوع واحد بفعل انتشار عنصر التغيير في الزمان والمكان[2].

ويعتبر ضابط الجنسية من بين الضوابط التي تثير مسألة التنازع المتحرك كونه من الضوابط القابلة للتغيير، فيستطيع الشخص تغيير جنسيته في الفترة ما بين نشوء العلاقة القانونية ورفع النزاع بشأنها أمام القضاء[3] وهذا ما يؤدي إلى تعاقب قانونين لحكم النزاع؛ قانون الجنسية القديمة وقانون الجنسية الجديدة مما يؤدي إلى تضارب الحقوق المكتسبة في قانون كلا الدولتين[4]. الأمر الذي يثير صعوبة عملية عند تطبيق قانون الجنسية باعتباره القانون الواجب التطبيق على النزاعات الدولية الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية ومنها الزواج المختلط وآثاره.

وتثور مسألة التنازع المتحرك في الزواج المختلط إذا قام أحد الزوجين مثلا بتغير جنسيته فيكتسب بموجب هذا التغير جنسية دولة أخرى وبذلك يتم تغيير ضابط الإسناد الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق[5]. وهذا ما يجعل القاضي المعروض أمامه النزاع يتساءل حول الجنسية التي يعتد بها في مثل الحالة، وهل يطبق أحكام قانون الجنسية القديمة أم أحكام قانون الجنسية الجديدة على الشروط الموضوعية للزواج حتى ينعقد صحيحا[6].

لقد أثارت هذه المسألة جدلا واسعا بين الفقهاء كما أدت إلى تضارب أحكام المحاكم ولهذا راعت معظم التشريعات اعتبار تغيير الجنسية عند ضبطها لقواعد الإسناد، فعالجت مسألة التنازع

---

[1] MELIN François, op.cit., p.128.

[2] أنظر، يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2009-2010 ص. 264.

[3] أنظر، جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية مصر، 1963 ص. 81.

[4] Cité par, HOLLEAUX Dominique, FOYER Jacques, DE LA PRADELLE Geouffre, Droit international privé, Masson, Paris, 1987, p.228.

[5] Cf. CACHARD Olivier, Droit international privé, 2 édition, collection Paradigne Strada, 2013, p. 243.

[6] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق 4 2. 108.

المتحرك بين القوانين على أساس المفاضلة والملاءمة بين القوانين المتنازعة وذلك بضبط وقت معين يعتد به لمعرفة القانون الواجب التطبيق[1].

ففيما يتعلق مثلا بآثار بالزواج، فقد رجح المشرع الجزائري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج ليحكم الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج[2]. واستثناءا تطبيق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج[3].

وعليه، يعتد القاضي بجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ويطبق قانون هذه الجنسية على كل ما يتعلق بآثار الزواج المالية والشخصية حتى ولو كان الزوج يتمتع بجنسية دولة أخرى قبل وقت انعقاد الزواج أو بعده، غير أنه يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج بغض النظر عن الجنسية التي كان يتمتع بها قبل ذلك.

رابعا – انتماء الشخص لدولة تتعدد فيها التشريعات

قد تعترض القاضي صعوبة في تطبيق قانون الجنسية في حالة ما إذا أحيل الحكم إلى قانون دولة تتعدد فيها شرائع الأحوال الشخصية[4]. فقد تشير قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون جنسية الزوجين على النزاع المتعلق بالشروط الموضوعية للزواج، أو بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على النزاع المتعلق بالآثار الشخصية أو المالية للزواج. فإذا رجع القاضي الوطني إلى هذا القانون وجده قانونا غير موحد بحيث تتعدد فيه التشريعات تعددا داخليا وسواء أكان تعددا إقليميا وهو

---

[1] Cf. FOYER Jacques, Filiation illégitime et changement de la loi applicable (conflits mobile), librairie Dalloz, Paris, 1964, p.21.

[2] حيث نصت المادة 12 من القانون المدني على أنه :" يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج ". و يقابل هذه المادة المادة 13 من القانون المدني المصري.

[3] حيث نصت المادة 13 من القانون المدني على أنه: " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج".

[4] العقون الأخضر، المرجع السابق، ص. 109.

الذي نلمحه في الدول التي تطبق على كل إقليم من أقاليمها شريعة خاصة. كما هو الشأن بالنسبة للدول المركبة كالولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا حيث يوجد في كل ولاية أو مقاطعة قانون ينظم الأحوال الشخصية أو كان تعددا طائفيا أو شخصيا وهو الذي نلحظه في الدول البسيطة التي تطبق على كل طائفة من الأشخاص قانون خاص بأحوالها الشخصية والذي يستمد من ديانتها كما هو الحال عليه في دول المشرق العربي كمصر ولبنان[1].

فإذا كان القاضي أمام واحدة من هذه الحالات، سوف يجد لا محالة صعوبة في تحديد القانون الواجب تطبيقه من بين القوانين المتعددة وأي قانون يعتبر قانون الجنسية المقصود في قاعدة الإسناد الوطنية؟[2]. وما هو القانون الذي سوف يعتد به لحل التنازع؟ وأي شريعة من الشرائع المتعددة سيتبع؟

إن الحل الراجح لهذه الاشكالية على مستوى الفقه والتشريع والقضاء يقضي بوجوب الأخذ بالقانون الداخلي الذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد الداخلية في البلد الذي أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانونه[3].

وقد أخذ المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية الأخرى بهذا الحل الذي جسدته المادة 01/23 من القانون المدني حيث نصت على أنه: " متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة

---

[1] أنظر، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص الكتاب الأول، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2004 ص. 217؛ زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2011 ص. 19؛ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق ص .110.

[2] أنظر، حسن أحمد بغدادي بك، الاسناد إلى قوانين الدول المتعددة الشرائع، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة الرابعة، مطبعة دار لنشر الثقافة بالإسكندرية، مصر، يونيو 1950، العددان الأول والثاني .159-160.

[3] أنظر، جابر جاد عبد الرحمان، القانون الدولي الخاص العربي، ج.03 1.1، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، 01960 1. 115.

أن القانون الواجب التطبيق، هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه"[1].

وبناء على مقتضى هذه المادة، فإنه إذا وجب تطبيق قانون أجنبي على نزاع متعلق بالشروط الموضوعية للزواج أو آثاره سواء أكانت شخصية أو مالية، وكان البلد الذي يجب تطبيق قانونه من الدول التي تتعدد فيها الشرائع الداخلية سواء أكان تعددا إقليميا أو طائفيا فإن قواعد التنازع الداخلي في هذه التشريعات هي التي تتولى مهمة تحديد التشريع الواجب التطبيق من بين التشريعات المتعددة[2].

إن إعمال هذا الحل الذي سمي"بالتفويض" أو "الإحالة الداخلية" يفترض بداهة أن القانون الأجنبي الذي تتعدد فيه الشرائع يتضمن قواعد إسناد خاصة بفض التنازع الداخلي والتي تتكفل بتحديد التشريع الواجب التطبيق من بين التشريعات المتعددة[3]. ولكن ما الحل فيما لو لم يتضمن القانون الأجنبي أي قواعد من هذا النوع؟[4].

لقد تعددت الاقتراحات لحل هذه الإشكالية. فمنها من نادت بوجوب الأخذ بالشريعة الرئيسية، وهي شريعة العاصمة ومنها من رجحت تحليل فكرة الجنسية بقصد كشف الوحدة

---

[1] تقابل هذه المادة المادة 26 من القانون المدني المصري؛ المادة 26 من القانون مدني الليبي؛ المادة 27 من القانون المدني الأردني؛ والمادة 28 من القانون المدني السوري؛ المادة 01/31 من القانون المدني العراقي. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 64. كما تبنى هذا الحل أيضا القضاء اللبناني حيث انتهت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز اللبنانية في قرارها الصادر في 1968/07/03 إلى أنه: " من المبادئ العامة المقررة في القانون الدولي الخاص أن المحكمة الوطنية عندما تكون مدعوة إلى تطبيق قانون بلد جنسية شخص فتجد نفسها أمام تعدد قوانين داخلية في ذلك البلد ناتج عن نظامه السياسي كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، تختار من بين هذه القوانين الداخلية ما تفرضه قواعد تنازع القوانين المطبقة هناك، بحيث تكون القاعدة المعتمدة من قبل القاضي الوطني لحل تنازع القوانين الداخلية في بلد أجنبي هي القاعدة المعمول بها في ذلك البلد أي القاعدة الأجنبية". أنظر ، محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية الأولى 1968/07/03، مقتبس عن، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص. 218.

[2] أنظر، يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ألقيت على طلبة السنة الرابعة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008-2009 ص.42.

[3] زيروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 133.

[4] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول 3 1. 227.

الإقليمية، وبعضها الآخر فضل الرجوع إلى قانون القاضي، في حين آثر الأغلبية قانون الموطن باعتباره أكثر القوانين تماشيا مع الواقع وأكثرها بعدا عن الشك والغموض[1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حسم موقفه بهذا الخصوص، بتتميمه للمادة 23 من القانون المدني وذلك بإضافة فقرة ثانية عالج فيها حالة عدم وجود نص ينظم هذه المسألة في القانون المختص، حيث نص على تطبيق التشريع الغالب في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي[2].

وبناء على ذلك إذا رفع أمام قاضي جزائري مثلا نزاع يتعلق بالشروط الموضوعية لزواج لبنانيين أو أمريكيين فوفقا للمادة 11 من القانون المدني سوف يقضي بتطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين أي القانون اللبناني أو الأمريكي. وبما أن لبنان تعد من البلدان المتعددة الطوائف والولايات المتحدة الأمريكية تعتبر من الدول المتعددة إقليميا، فإن القاضي الجزائري سيصعب عليه تحديد أي تشريع من التشريعات المتعددة يجب أن يتبع لحل النزاع. لكن بالرجوع إلى المادة 23 من القانون المدني تزول الإشكالية لأن القاضي سيستأنس بالقانون الداخلي لكل من لبنان والولايات المتحدة الأمريكية، فيتولى هذا الأخير مهمة تبيان التشريع الواجب اتباعه بشأن الشروط الموضوعية للزواج. وفي حالة تخلف أي نص مختص يطبق القاضي التشريع الغالب في لبنان، والتشريع المطبق في عاصمة الولايات المتحدة الأمريكية "واشنطن".

وعليه، أحسن المشرع الوطني بما نص عليه في المادة 23 من القانون المدني، إذ أنه جنب القاضي الجزائري صعوبة أو إشكالية تحديد أي قانون سيعتد به في حالة انتماء الشخص المعني بجنسيته لدولة تتعدد فيها التشريعات وذلك من خلال نصه صراحة على تطبيق التشريع الغالب في

---

[1] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق ص. 110؛ يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص المرجع السابق، ص. 42.

[2] حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا لم يوجد في القانون المختص نص بهذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلاد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الاقليمي".

حالة التعدد الطائفي، والتشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الاقليمي، وهذا طبعا في حالة ما لم يتضمن القانون الداخلي للدولة متعددة الشرائع أي نص يوضح أي تشريع يجب تطبيقه. أما إذا حدد القانون الداخلي لتلك الدولة التشريع الواجب التطبيق من بين التشريعات المتعددة، فلا إشكال يطرح في هذه الحالة لأن القاضي الوطني لزاما سيرجع لهذا القانون لكي يتعرف على التشريع الذي سيطبقه على النزاع.

خامسا– مشكلة الإحالة

إذا عرضت على المحاكم الجزائرية دعوى تتعلق بالشروط الموضوعية لزواج انجليزيين متوطنين في الجزائر مثلا، فإن القاضي الجزائري سيطبق قاعدة الإسناد الواردة في المادة 11 من القانون المدني والتي تقضي بإخضاع الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين وهو القانون الانجليزي وهنا يثور الإشكال أمام المحاكم الوطنية حول القواعد التي يتعين تطبيقها. هل هي تلك الخاصة بالشروط الموضوعية لصحة الزواج في انجلترا؟ أم هي قواعد الإسناد المعمول بها هناك؟[1].

إذا أخذ القاضي الجزائري بالفرض الأول يكون قد رفض الإحالة[2]. أما إذا أخذ بالثاني يكون قد قبل إحالة الاختصاص القانوني، ويكون عليه في هذه الحالة الخضوع لما تقضي به قواعد التنازع الانجليزية بما فيها إخضاع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون موطن الزوجين أي القانون الجزائري.

تنتج مشكلة الإحالة عن اختلاف قواعد الإسناد حول موضوع معين من دولة إلى أخرى[3] وخاصة في مجال الأحوال الشخصية[4]. فالإحالة إذن تنتج عن اختلاف القواعد الخاصة بتنازع

---

[1] أنظر، غالب علي الداوودي ، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص دار الطباعة الحديثة في البصرة العراق، 1965 ص 9. 09.

[2] أنظر، ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دون دار النشر 1997 ص. 109.

[3] أنظر، وائل أنور بندق، قضايا القانون الدولي الخاص، ط.3 دار النهضة العربية، مصر، 2004 ص. 25.

[4] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق ص. 79.

القوانين في قوانين الدول المختلفة[1]، فنجد مثلا بعض الدول تسند حكم الشروط الموضوعية للزواج وآثاره لقانون الجنسية وبعضها الآخر يسندها لقانون الموطن، الأمر الذي يؤدي إلى توليد تنازع بين قواعد الإسناد والتنازع قد يكون ايجابيا (أ) أو سلبيا (ب).

أ – التنازع الايجابي

يتحقق التنازع الايجابي إذا ما قرر كل من القانونين الوطني والأجنبي اختصاصه في حكم العلاقة محل النزاع[2]. كما لو كان هناك جزائري وجزائرية متوطنان في بريطانيا ورفع نزاع بشأن الشروط الموضوعية لزواجهما أمام المحاكم الانجليزية؛ فهذه الأخيرة ستطبق القانون الانجليزي إعمالا لقاعدة التنازع الانجليزية التي تقضي بإخضاع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون الموطن. أما إذا فرضنا أن ذات الدعوى رفعت أمام المحاكم الجزائرية فإن القاضي الجزائري إعمالا لما تقضي به المادة 11 من القانون المدني سيقضي بتطبيق القانون الجزائري.

ففي هذه الحالة يعتبر كل من القانونين الجزائري والإنجليزي مختصان بحكم النزاع، وذلك استنادا لقاعدة الإسناد المقررة في كل واحد منهما. وتمثل هذه الحالة ما يسمى بالتنازع الايجابي لقواعد الإسناد[3] وهذا النوع من التنازع لا يثير أي اشكال لأنه من المتفق عليه فقها وقضاء أن قاضي كل دولة يطبق قاعدة الإسناد في قانونه وذلك احتراما لمبدأ سيادة القانون على إقليم الدولة[4]. وفي المثال السابق لو عرض النزاع على القضاء الإنجليزي سيتم حله وفقا لقاعدة الإسناد الانجليزية التي تؤدي

[1] غالب علي الداوودي، نظرية الإحالة ...، المرجع السابق، ص. 11.

[2] Cf. DE LA PRADELLE A, NIBOYET J.P, Répertoire de droit international privé, Recueil Sirey, Paris, 1931, p.414.

[3] موحند اسعاد، المرجع السابق، ص. 194.

[4] أنظر، براسي محمد، الإحالة على ضوء القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2012 العدد 09 ص. 12.

إلى تطبيق القانون الانجليزي. أما إذا طرحت القضية أمام القضاء الجزائري، فستحل وفقا لقاعدة الإسناد الجزائرية التي تسند حكم النزاع للقانون الجزائري.

ب – التنازع السلبي

يتحقق التنازع السلبي إذا ما تخلى كل من القانونين عن اختصاصه في حكم المسألة محل النزاع[1] حيث تقرر قاعدة الاسناد في كل دولة لها علاقة بالنزاع إسناد الاختصاص إلى قانون أجنبي غير قانونها[2]. والتنازع السلبي هذا هو الذي يثير ما يسمى بنظرية الإحالة[3] والتي تثار عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، فتشير قاعدة الإسناد في هذا الأخير إلى تطبيق قانون قد يكون القانون الوطني – إحالة من الدرجة الأولى – وقد يكون قانون آخر – إحالة من الدرجة الثانية – [4].

ويمكن تعريفها بأنها الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص لحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبيا[5] ومن هنا نستخلص أن هناك صورتين للإحالة.

---

[1] DE LA PRADELLE.A et NIBOYET J.P, op.cit., p.414 ;

علي علي سليمان، مذكرات ...، المرجع السابق ص. 46.

[2] Cf. LAGARDE PauL, Renvoi, Rep, Intenat, Tome 3, J.C.P 1999-04, p.2 n°3 ; BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Traité de droit international privé, tome 1, 8e édition, L.G D.J, Paris, 1993, p.217 ; LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit., p.491.

[3] LAGARD Paul, op.cit., p .2.

[4] Cf. BISCHOFF Jean- Marc, La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois, L.G.D.J., Paris, 1959, p. 144 ;

صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق ص. 83.

[5] علي علي سليمان، المرجع السابق ص. 48.

الأولى – إحالة من الدرجة الأولى

تتحقق عندما تسند قاعدة التنازع الوطنية العلاقة محل النزاع إلى قانون أجنبي، فتحيل قاعدة الإسناد فيه الاختصاص لقانون القاضي[1]. وبعبارة أخرى هي تخلي قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي عن الاختصاص المنعقد لها إلى قانون القاضي[2] هي ما يطلق عليها الإحالة البسيطة أو الإحالة الحقيقية أو إحالة للرجوع[3]. ومثالها أن يثور نزاع حول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج بين انجليزي وفرنسية متوطنين في الجزائر أمام القاضي الجزائري، فتشير قاعدة الإسناد في القانون الجزائري إلى تطبيق القانون الوطني للزوجين ومع الأخذ بالتطبيق الموزع تخضع هذه الشروط لقانون الزوجة أي القانون الفرنسي وقانون الزوج أي القانون الانجليزي. في حين أن قاعدة الإسناد في القانون الانجليزي تشير إلى تطبيق قانون الموطن، فتحيل الاختصاص إلى القانون الجزائري وهو قانون دولة القاضي[4].

الثانية – إحالة من الدرجة الثانية

نكون أمام هذا النوع من الإحالة إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، فتحيل قاعدة الإسناد في هذا الأخير الاختصاص إلى قانون آخر غير قانون القاضي[5].

كما لو تعلق الأمر مثلا بنزاع حول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج بين إنجليزي وإيطالية متوطنان في إيطاليا وعرض هذا النزاع على القاضي الجزائري، فوفقا لقاعدة الإسناد

---

[1] Cf. MONEGER Françoise, Droit international privé, 6 édition, lexis Nexis, Paris, 2012, p.36; LOUSSOUARN Yvon, BOOREL Pierre, op.cit., p. 23 ;

أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 98؛ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق ص. 114؛ إلياس ناصف، المرجع السابق ص. 455.

[2] CACHARD Olivier, op.cit., p. 231.

[3] غالب علي الداوودي، نظرية الإحالة، المرجع السابق ص. 17.

[4] رحاوي آمنة، المرجع السابق ص. 25.

[5] LABORDE Jean Pierre, CHAILLE de NERE Sandrine Sana, op.cit., p. 117 ;

موحند إسعاد المرجع السابق ص. 297؛ غالب علي الداوودي، نظرية الإحالة، المرجع السابق ص. 19؛ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002 ص. 153.

الجزائرية الواردة في المادة 11 من القانون المدني سيقضي القاضي بتطبيق القانون الانجليزي بالنسبة للزوج، ولكن القانون الانجليزي يرفض الاختصاص ويسنده إلى القانون الإيطالي باعتباره قانون الموطن.

هذا وقد جاء القضاء الانجليزي بصورة أخرى للإحالة أطلق عليها اسم الإحالة المزدوجة (TOTAL RENVOI) أو نظرية المحكمة الأجنبية (FOREIGN COURTHEORY)[1]. وتختلف هذه الصورة عن سابقاتها في أن القاضي الوطني لا يطبق قواعد التنازع في القانون المختص أصلا[2] بل تقتضي أن يضع القاضي الانجليزي نفسه موضع قاضي الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد الانجليزية إلى تطبيق قانونها، ويفصل في النزاع كما كان سيفصل فيه القاضي الأجنبي ويأخذ بالحل النهائي الذي كان سيأخذ به قاضي الدولة التي يجب تطبيق قانونها فيما لو كان هذا النزاع قد عرض عليه[3].

ومثال ذلك أن ترفع دعوى تتعلق بالشروط الموضوعية للزواج بين زوجين إنجليزيين متوطنين في مصر أمام القضاء الانجليزي، فهنا إعمالا لقاعدة الاسناد الانجليزية سوف يقضي القاضي الانجليزي بتطبيق القانون المصري باعتباره قانون الموطن. ولكن برجوع القاضي إلى القانون المصري سيجد أن قاعدة الاسناد المصرية تحيل الاختصاص للقانون الانجليزي باعتباره قانون جنسية الزوجين فيضع نفسه مكان القاضي المصري ويتبنى ما قد يتوصل إليه هذا الأخير لو عرض عليه ذات النزاع. وبما أن القاضي المصري وفقا لما يقرره قانونه يرفض الاحالة (المادة 27 من القانون المدني المصري). وعليه، سيأخذ القاضي الانجليزي في هذه الحالة بالحل الذي كان القاضي المصري سيأخذ به لو عرض النزاع

[1] موحند إسعاد ، المرجع السابق ص .198.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص .710؛ علي علي سليمان، المرجع السابق ص. 54.

[3] إلياس ناصف، المرجع السابق0 7. 463.

عليه ومن ثم سيفصل القاضي الانجليزي في النزاع وفقا للقانون الانجليزي إعمالا لنظرية المحكمة الأجنبية.

وقد اختلفت الآراء الفقهية بشأن نظرية الاحالة بين مؤيدين ورافضين، وهو ما انعكس على التشريعات الداخلية. فنجد دولا نصت صراحة على الأخذ بها كألمانيا[1]، فرنسا[2]، اسبانيا[3]، تركيا[4]. سويسرا[5]، واليابان[6]. في حين رفضت دول أخرى الاحالة بشكل صريح كسوريا[7]، العراق[8]، ليبيا[9]. الكويت[10]، السودان[11]، ومصر[12].

أما المشرع الجزائري وبعدما أغفل التعرض لنظرية الاحالة، وتبيان موقفه المؤيد أو المعارض لها، استدرج الأمر بموجب القانون رقم 10/05. حيث جاء في المادة 20 مكرر من القانون المدني المعدل: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا احالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

لو توقفنا عند الفقرة الأولى من هذه المادة لقلنا أن المشرع الجزائري قرر الانضمام إلى صف معارضي نظرية الاحالة وأعلن عن رفضه المطلق للنظرية. ولكن برجوعنا إلى الفقرة الثانية من نفس

---

[1] المادة 4/1 من القانون الدولي الخاص الألماني. أنظر، حفيظة السيد الحداد، نظرية الاحالة في القانون الدولي الخاص الألماني الجديد، الفتح للطباعة والنشر، 1989: 09.

[2] المادة 52 من القانون المدني.

[3] المادة 2/12 من القانون المدني لعام 1974.

[4] المادة 3/2 من مجموعة القانون الدولي الخاص لعام 1982.

[5] المادة 14 من مجموعة القانون الدولي الخاص لعام 1987.

[6] المادة 29 من قانون 1989.

[7] المادة 29 من القانون المدني لعام 1949.

[8] المادة 1/31 من القانون المدني لعام 1951.

[9] المادة 27 من القانون المدني لعام 1953.

[10] المادة 72 من قانون 1961.

[11] المادة 1/16 من قانون المعاملات المدنية السوداني لعام 1984.

[12] المادة 27 من القانون المدني.

المادة يظهر لنا أن المشرع الجزائري صرح بالأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، أي في حالة ما إذا أحالت قاعدة الاسناد في القانون الأجنبي الاختصاص للقانون الجزائري.

وتطبيقا لذلك، إذا عرضت قضية أمام القضاء الجزائري بخصوص زواج انجليزيين متوطنان في الجزائر، فإن القاضي الجزائري سيستشير قواعد الإسناد في قانونه (المادة 11 من القانون المدني) التي تشير إلى تطبيق القانون الانجليزي باعتباره القانون الوطني لكل من الزوجين والقاضي الجزائري قبل أن يطبق الأحكام الموضوعية الداخلية في القانون الانجليزي يتوجب عليه استشارة قواعد الإسناد الواردة في القانون الانجليزي التي تحيل الاختصاص لقانون الموطن ألا وهو القانون الجزائري: وعليه فإن القاضي الجزائري سيقبل الإحالة ويفصل في النزاع وفقا للأحكام الموضوعية الداخلية في القانون الجزائري احتراما لنص المادة 23 فقرة 02 مكرر 1 من القانون المدني.

أما إذا تعلق الأمر بنزاع خاص بآثار الزواج بين انجليزي وفرنسية متوطنان بفرنسا وقضى القاضي الجزائري بتطبيق القانون الانجليزي باعتباره قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج وفقا لما تقضي به المادة 12 من فقرة 1 من القانون المدني 94 أحال القانون الانجليزي الاختصاص للقانون الفرنسي باعتباره قانون موطن الزوجين، فإن القاضي الجزائري يرفض الإحالة ويطبق الأحكام الداخلية الانجليزية التي تنظم آثار الزواج استناد إلى نص الفقرة 02 من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني.

وبالإضافة إلى هذه المواقف المطلقة من نظرية الإحالة ظهر موقف وسط ينادى بحل وظيفي في هذا المجال، ويقتضي هذا الأخير ربط الإحالة بمسألة الغاية أو الهدف من قاعدة الإسناد والوظيفة

التي تؤديها 4 9بالتالي لا يمكن التأكيد على قبول أو رفض الإحالة إلا بعد تحديد الغاية من قاعدة الإسناد وظيفتها[1].

وقد ظهرت ملامح هذا الاتجاه عند الكاتب الألماني "ZITELMAN"، الذي اعتبر أن قبول الإحالة أو رفضها مسألة تعود بالدرجة الأولى إلى مضمون قاعدة الإسناد الوطنية وتفسيرها، دون الأخذ بعين الاعتبار أي اعتبارات عامة أخرى[2].

ولقبول الإحالة أو رفضها وفقا لهذا الاتجاه يتعين اتباع منهج تحليلي يرتكز على تفسير غائي لكل قاعدة من قواعد الإسناد، إذ لا يجب التقيد بحل مسبق بل يتعين النظر إلى المعطيات والظروف الخاصة بكل حالة على حدى والأخذ بعين الاعتبار طبيعة وغاية قاعدة الإسناد. فإذا كان الأخذ بالإحالة في مسألة معينة ملائما ويساعد على أن تحقق قاعدة الإسناد وظيفتها تعين الأخذ بها. أما إذا تبين للقاضي أن الأخذ بها قد يقف عائقا أمام الغاية التي تسعى قاعدة الإسناد الوطنية إلى تحقيقها، أو أن التسليم بها يؤدي إلى خروج قاعدة الإسناد عن وظيفتها وينتهك توقعات الأفراد ويمس بمصالح التجارة الدولية فينبغي عليه رفضها وهجرها تماما[3]. وذلك لأن اختيار قاعدة الإسناد الوطنية للقانون الأجنبي المختص تختلف دوافعه وأسبابه بحسب المسألة المطروحة على القاضي، ووفقا للغاية التي تهدف هذه القاعدة إلى تطبيقها. كما أن المشرع يسعى دائما إلى إخضاع العلاقة لأكثر القوانين توقعا بالنسبة للأفراد وذلك حتى لا تفاجأوا بتطبيق قانون لم يكن من السهل التنبؤ بإمكان خضوع علاقتهم له، وبذلك فإن الإحالة تصحح في بعض الفروض مسار قاعدة الإسناد [4].

---

[1] أنظر، عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1998 . 60.

[2] Cf. ZITEMAN Ernst, Internationales privatacht, 2 volume, VI leipzig 1897,volume 2, munchen Leipzig 1992 spec ,T1 p. 239, cité par,

حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص.41 .

[3] عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون ...، المرجع السابق ص. 29؛ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص.144.

[4] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين .. المرجع السابق، ص. 263.

ومن التشريعات التي تأثرت بهذه الاتجاه نجد القانون الدولي الخاص التشيكي الصادر عام 1963[1] والقانون الدولي الخاص الألماني الصادر عام 1986[2].

وبعد أن تعرفنا على القانون المختص بحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج. نتطرق فيما يلي لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لهذا العقد.

المطلب الثاني

القانون المختص بحكم الشروط الشكلية لعقد الزواج

إن البحث في مسألة القانون الذي يحكم الشروط الشكلية للزواج يتطلب توضيح مفهوم الشروط الشكلية للزواج (الفرع الأول) ثم الانتقال لتحديد ضوابط الإسناد التي تحكم هذه الشروط الشكلية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تحديد المقصود بالشروط الشكلية

يقصد بالشكل الإطار الذي يتم فيه إفراغ الإرادة أي إظهارها إلى العالم الخارجي أو القالب الذي يفرغ فيه ركن الرضا في العقد وهو يختلف من دولة إلى أخرى باختلاف التشريعات في تحديد نظام الزواج[3].

---

[1] حيث نصت المادة 35 من هذا القانون على أنه : " إذا عينت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي قانون دولة ما وأحالت نصوص هذا القانون الأخير إلى القانون التشيكي أو إلى قانون دولة أخرى في حالة الإحالة من الدرجة الثانية فان تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان ذلك القبول يؤدي إلى حل معقول و عادل للعلاقة المعينة". حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص.143.

[2] حيث نصت المادة الرابعة من هذا القانون في فقرتها الأولى على أنه : " إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية، فانه يجب أن تطبق أيضا قواعد الإسناد المعنية الموجودة في قانون هذه الدولة بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية ويجب أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني إذا أحالت قواعد الاسناد الأجنبية إلى القانون الألماني". حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص.144.

[3] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 98.

ومن ثم فإن الشروط الشكلية اللازمة لإبرام الزواج تتصل في الأصل بالقالب أو المظهر الخارجي الذي يتم فيه الزواج ويتجسد بهذه الشروط أمام الغير اقتران رجل بامرأة ويعتبران زوجين[1]. وبعبارة أخرى شكل الزواج يتمثل في اقتران الرجل بالمرأة في الصورة التي يرسمها القانون[2]. ويشمل الشكل عند إعمال قاعدة الإسناد الأوضاع اللازمة لانعقاد التصرف وإظهار الإرادة: كما يشمل وقفا للرأي السائد في البلاد اللاتينية الأوضاع اللازمة لإثبات التصرف علانية[3].

ويعد من قبيل الشروط الشكلية للزواج:

- استلزام ترديد صيغة معينة أثناء إتمام الزواج[4].
- إتباع إجراءات معينة للإعلان عن الزواج وإشهاره قصد إخطار الناس وإعلامهم به قبل قيامه.
- المعارضات التي تقدم في عقد الزواج، الزواج بوكالة الشهود على عقد الزواج وإثباته[5].
- اتباع إجراءات خاصة لتوثيق عقد الزواج وتحريره في وثيقة رسمية موقعة من الزوجين والشهود[6].
- تقديم الأوراق المثبتة لتوافر الشروط التي يستلزمها القانون إلى موثق الحالة المدنية، كتقديم المستندات التي تثبت أهلية الزوجين لعقد الزواج وتوافر رضا الأسرة عن الزواج إذا لم يكن قد بلغ الزوجين أو أحدهما سن الرشد[7] وتقديم شهادة ميلاد كل من الزوجين [8].
- وجوب إجراء الزواج في مكان معين كموطن الزوجين أو محل إقامتهما[9].

---

[1] أنظر، عادل أبو هشيمة محمود حوته، المساواة بين الزوجين في قواعد الإسناد المصرية لنهضة العربية، مصر، 2009 .36-37.

[2] رشا علي الدين ، المرجع السابق . 52-53.

[3] أنظر، مصطفى منصور ، مذكرات في القانون الدولي الخاص، دار المعارف ، مصر ، 1956-1957 . 208.

[4] أنظر، جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف الإسكندرية 2005 ص. 283.

[5] علي علي سليمان، المرجع السابق ص. 70.

[6] أنظر أحمد مسلم، بطلان الزواج وانحلاله في قواعد الإسناد المصرية وفي القانوني الموضوعي المقارن، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة الإسكندرية مطبعة جامعة القاهرة 1960 العدد الثاني ص.11.

[7] أنظر، عبد الفتاح عبد الباقي، الزواج، قيامه، آثاره، انقضاؤه في القانون الفرنسي، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1961 . 50-57.

[8] ROY Odile, op.cit., pp. 44-45.

[9] أنظر، حسين الأشموني، محمد عبد الكريم، مرجع القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب، الكتاب الأول، دار النشر للجامعات المصرية القاهرة، 1956 6 9 . 84-85.

- إبرام الزواج أمام جهة أو موظف مأذون له بذلك.
- تسجيل الزواج في دفاتر خاصة.
- موافقة سلطة إدارية أو عسكرية معينة على الزواج.

ليس من السهل التمييز بين الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج، لأن لكل 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[1].

ويرجع القاضي في تحديد ما يعتبر من الشروط الموضوعية وما يعتبر من الشروط الشكلية لقانونه وفقا للقاعدة العامة في التكييف التي تقضي بإخضاعه لقانون القاضي.

والواقع أن من أهم المسائل التي يجري الخلاف في تكييفها في هذا الصدد وهل تعتبر من الشروط الموضوعية للزواج أم من الشروط الشكلية هي المراسم الدينية للزواج[2]. ومرد هذا الخلاف هو اختلاف المبادئ العامة التي تحكم الزواج من بلد لآخر فالمسألة ترتبط إلى حد بعيد بموقف كل مشرع وهل ينظر إلى الزواج نظاما دينيا أم مدنيا. فالأنظمة التي ترى في الزواج نظاما مدنيا يتكون بإرادة أطرافه شأنه شأن العقود الأخرى تعتبر المراسيم الدينية وتدخل رجل الدين في الزواج شرط شكلي محض[3]. كما هو الشأن في بلجيكا، فرنسا[4]. وألمانيا[5].

---

[1] أنظر، ناصر عثمان محمد عثمان القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الأول، ط.1 دار النهضة العربية، مصر، 2009 ص. 131؛ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص. 109؛ أبو العلا النمر المختصر في تنازع القوانين ط.1 دار النهضة العربية 2006 0 6 .109.

[2] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق ص. 124.

[3] صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 98-99.

[4] المادة 156 من القانون المدني الصادر عام 1803 وهذا ما أيده أيضا القضاء الفرنسي وأكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 12 جوان 1955 في القضية التي تتلخص وقائعها فيما يلي: (Dimitri Gnaslan) من أصل يوناني تزوج من (Maria Richard DUMOULIN) وهي فرنسية بتاريخ 12 ديسمبر 1931 أمام ضابط الحالة المدنية بباريس، لكن الزوج ادعى بأن هذا الزواج غير قائم لأن الكنيسة الأرثودكسية التي يخضع لها تشترط لانعقاد الزواج أن تتم مراسيمه على يد قسيس، وأن هذا الشرط يتعلق بالشروط الموضوعية للزواج، لكن محكمة النقض الفرنسية قضت بأن الطابع الديني أو المدني للزواج مسألة متعلقة بالشكل لا بالموضوع وتخضع بالتالي لقانون محل إبرام الزواج.

RIZKALLAH Nouhad, op.cit., p. 79.

[5] المادتين 11 و 15 من القانون رقم 16 الصادر في 1946/02/20 الخاص بتنظيم الزواج والمادة 3/13 من مجموعة القانون الدولي الخاص الصادر عام 1986.

أما الأنظمة التي تعتبر الزواج نظاما دينيا وتشترط لانعقاده أن يتم على يد أحد رجال الدين فإنها تعتبر المراسيم الدينية من الشروط الموضوعية للزواج[1]، كما هو الحال في بلغاريا واليونان[2]. وباختلاف هذا التكييف تختلف قواعد الإسناد ويختلف القانون الواجب التطبيق[3].

أما الزواج في الشريعة الإسلامية فهو يعتبر من العقود الرضائية التي لا يلزم فيها أي إجراء شكلي سوى الإشهاد على الزواج الذي يتحقق به العلانية والإشهار[4]. غير أن القوانين الوضعية وتحت تأثير الاعتبارات الدينية غالبا، تجري على استلزام عدة أمور جعلت من الزواج عقدا أو تصرفا شكليا، ويعتبر الفقه والقضاء تلك الأمور شرطا شكليا يترتب على تخلفها جزاء معينا يحدده القانون[5].

وبناء على ذلك يذهب الرأي الراجح فقها[6] إلى أن المراسيم الدينية في البلاد الإسلامية ليست نظاما دينيا، ولذلك يجب أن تعتبر من شكل الزواج وليس من موضوعه وذلك أولا لأن القاضي يراعي في التكييف أحكام الشريعة الإسلامية بوصفها صاحبة الولاية العامة للأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية والزواج وفقا لأحكام هذه الشريعة نظام مدني مجرد من الطابع الديني، وبالتالي يعتبر شرط الانعقاد على يد رجل الدين شرطا شكليا في ظل أحكام الشريعة الإسلامية. وثانيا لأن المعتمد عند فقهاء الشريعة هو أن كل نكاح يجوز بين المسلمين فهو جائز بين أهل الذمة[7].

---

[1] أنظر، عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج.2، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ص. 210.

[2] حيث نصت المادة 1367 من القانون المدني اليوناني على أنه: " زواج اليوناني الأرثودوكسي رجلا كان أو امرأة يعتبر كأن لم يكن إذا لم يعقد على يد كاهن تابع لكنيسة الروم الأرثدوكس ".

[3] أنظر، نادية فوضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة، الجزائر 2006 : ". 293.

[4] أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص .109؛ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق ص .131.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1990/04/30 حيث قضت بأنه:" من المقرر شرعا وقانونا أن الزواج الشرعي يقوم على العلنية والشهرة ومراعاة شروطه وأركانه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام أو قصور وتناقض الأسباب في غير محله...". محكمة عليا، 1990/04/30، قرار رقم 75344، المجلة القضائية، 1992، العدد 4 : .65.

[5] جمال محمود الكردي، تنازع القانون، المرجع السابق ص. 283؛ رشا علي الدين المرجع السابق، ص. 53.

[6] هشام صادق: عكاشة عبد العال، المرجع السابق ص. 303؛ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق ،ص. 209؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق ص. 210؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق ص. 124؛ علي علي سليمان، المرجع السابق ص. 70؛ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القانون، المرجع السابق ص. 211.

[7] عز الدين عبد الله، المرجع السابق ص. 210.

وبعدما حددنا ماهية الشروط الشكلية لعقد الزواج المختلط؛ ننتقل فيما يلي لتحديد ضوابط الاسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج المختلط.

الفرع الثاني

تحديد ضوابط الاسناد التي تحكم الشروط الشكلية لعقد الزواج المختلط

تطرقنا فيما سبق لتكييف شكل الزواج، أما عن القانون الذي يحكم هذا الشكل، فنجد أن هناك بعض الدول التي خصت شكل الزواج بضابط إسناد مستقل عن قاعدة الإسناد التي تحكم الشكل عموما، ومن ذلك ما تقتضي به القوانين العربية في العراق[1]، الكويت[2]، الأردن[3]، الامارات العربية المتحدة[4]، تونس[5] والسودان[6].

وهناك نظم أخرى سوت بين الزواج والتصرفات الإدارية من حيث الشكل فأخضعته للقاعدة العامة التقليدية التي تحكم التصرفات القانونية من الناحية الشكلية[7]، وهو الحل المعمول في معظم الأنظمة القانونية. ومؤدى هذه القاعدة إخضاع شكل الزواج للقانون المحلي أي لقانون البلد الذي

---

[1] المادة 19 فقرة 02 من القانون المدني.

[2] المادة 37 فقرة 01 و02 من القانون رقم 05 لسنة 1961.

[3] المادة 13 فقرة 02 من القانون المدني.

[4] المادة 12 فقرة 2 من القانون رقم 05 لعام 1985.

[5] حيث نص المشرع في الفصل 46 فقرة 01 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنه : " تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو القانون مكان إبرام الزواج ".

[6] حيث نصت المادة 4/11 من القانون المدني على أنه :" يعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي و سوداني من حيث الشكل صحيحا إذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذي تم فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها كل من الزوجين ". وهذا النص يقابل المادة 28 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري. غير أن هذا النص قد حذف في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وبررت الحذف في هذا الصدد بالاكتفاء بالقواعد العامة، وبذلك أصبح شكل الزواج يخضع لقاعدة الإسناد العامة في القانون المصري. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 233.

[7] زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص. 165.

أبرم فيه طبقا للقاعدة العامة التي تقضي بخضوع شكل التصرف القانوني لقانون بلد إبرامه (Locus regit actum)[1].

على أن الأمر ليس سواء في قوانين مختلف الدول من حيث مدى التقيد بهذه القاعدة في شكل الزواج من حيث تحديد الشكل المحلي.

أولا – فيما يتعلق بمدى التقيد بقاعدة خضوع شكل الزواج لقانون بلد إبرامه

تجري قوانين بعض الدول مثل الولايات المتحدة الأمريكية، انجلترا، الدانمارك، استراليا، كندا واليابان على اعتبار هذه القاعدة قاعدة إلزامية. بمعنى أنه لا يجوز إجراء الزواج إلا في الشكل الذي يحدده قانون دولة الإبرام[2] بالتالي لا يجوز إجراء الزواج في الشكل الذي يرسمه القانون الشخصي للزوجين أو قانون موطنهما إذا كان مختلفا عن قانون دولة الإبرام[3] .

فإذا ما تزوج دانماركيان في ألمانيا أمام الكنيسة التي يتبعانها لما عد هذا الزواج صحيحا شكلا في الدانمارك لأن الشكل المحلي في ألمانيا هو الشكل المدني هو الذي يتعين عليهما مراعاته (قبل تعديل المادة 13 من القانون المدني الألماني). وذلك رغم أن قانون الزواج الدانماركي يبيح إجراء الزواج في الدانمرك في الشكل الديني.

هذا ويعتبر القانون الدولي الخاص الفرنسي الزواج المجال الوحيد الذي يعتبر فيه قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام قاعدة ذات صفة آمرة[4]. وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار زاجا (Zagha) الذي تدور وقائعه في أن الزوجين (زاجا) سوريين يهوديين تزوجا في إيطاليا طبقا

[1] Cf. GUILLAUME Le Baron, Le mariage en droit international privé et la conférence de la Haye, Librairie européenne c. muquardt, BRUXELLES, 1894, p. 184.

[2] Cf. DELPRAT Etienne, Les formalités civiles du mariage en droit comparé et en droit international moderne, Thèse doctorat, Université de TOULOUSE, Imprimerie Ouvrière, TOULOUSE, 1907, p. 245.

[3] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق ص.233-234.

[4] Cf. PERITCH.J , De la forme du mariage dans le droit international privé d'après la législation Serbe, Extrait de la « revue de droit international et de législation comparée », deuxième série tome 5 , 1911, 43° année, BRUXELLES, p.15.

للشكل المقرر في التوراة، ولما طرحت مسألة صحة الزواج على محكمة النقض طبقت قواعد الإسناد الايطالية (قانون مكان إشهار الزواج) التي أحالت إلى تطبيق القانون الوطني السوري وبذلك تكون المحكمة قد طبقت الإحالة من الدرجة الثانية واعترفت بالصفة الآمرة لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام[1].

وعلى النقيض من ذلك، جرت غالبية التشريعات على اعتبار هذه القاعدة اختيارية. بمعنى أن قانون دولة إبرام الزواج ليس وحده الذي يحكم شكل الزواج وإنما تزاحمه قوانين أخرى تتباين نوعا ونطاقا من دولة لأخرى ومن ذلك: قانون جنسية الزوجين أو قانون موطنهما والقانون الذي يحكم موضوع الزواج[2].

هذا الطابع الاختياري للقاعدة أخذت به العديد من التشريعات[3] كما جسدته أيضا اتفاقية لاهاي المبرمة سنة 1902 والخاصة بتنازع القوانين بشأن الزواج.

[1] هذا الاجتهاد القضائي مقتبس عن، محمد حمدي محمد بهنيس، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، المجلة القانونية الاقتصادية، جامعة الزقازيق دار النهضة العربية، مصر 2004 العدد 15 ص. 78-79.

[2] محمد حمدي محمد بهنيس، المرجع السابق، ص. 81؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 211؛ صلاح الدين جمال الدين، مشكلات... المرجع السابق، ص. 104.

[3] من ذلك المشرع الكويتي حيث نص في المادة 37 من القانون 05 لسنة 1961 على أنه: " يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج كالتوثيق والمراسيم الدينية إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو إلى قانون جنسية كل من الزوجين ". والمشرع القطري حيث نصت المادة 14 من القانون المدني القطري على أنه :" يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج كالتوثيق و المراسيم الدينية إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو إلى قانون جنسية كل من الزوجين أو قانون موطنهما المشترك". وأيضا المشرع الاماراتي حيث نصت الفقرة 02 من المادة 12 من القانون المدني الإماراتي على أنه: " أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبية أو ما بين أجنبي ووطني صحيحا إذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذي تمت فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين ". وكذلك المشرع السوداني من خلال المادة 11 فقرة 04 من قانون المعاملات المدنية السوداني لعام 1984.

ومن القوانين الغربية نجد: - القانون الألماني لسنة 1986 حيث تنص المادة 3/13 من القانون المدني أن الزواج المحتفل به في ألمانيا يتم وفقا للقانون الألماني (دولة الإبرام) و يمكن مع ذلك الاحتفال بالزواج الذي يتم بين الأجانب أمام الجهة المعتمدة قانونا من الدولة الذي ينتمي إليها أحد طرفي الزواج، وفي الشكل الذي يعرفه قانون هذه الدولة . - القانون المجري: المادة 37 الفقرة 08 من القانون الدولي الخاص عام 1979.- القانون التركي: المادة 12 فقرة 02 من القانون التركي لعام 1984. - النمساوي: المادة 16 من القانون النمساوي لعام 1979. - السويسري: المادة 45 فقرة 01 من قانون عام 1987. - الاسباني: المادة 50 من القانون المدني والمعدلة عام 1989.

وأيضا أكدت اتفاقية لاهاي المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته، المؤرخة في 14 مارس 1978 والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من أول ماي 1991 في مادتها الثانية أن الشروط الشكلية للزواج تخضع لمكان إبرامها[1].

وخضوع الزواج في شكله لقانون بلد إبرامه هو الحل الذي أخذت به تشريعات الكثير من الدول العربية[2] والأوروبية[3].

نلاحظ من خلال ما تقدم أن خضوع الزواج في شكله لقانون بلد إبرامه هو الحل السائد في أغلبية دول العالم لما فيه من التيسير على الزوجين، ذلك أنه لو ألزمنا الزوجين بعقد زواجهما في الشكل الذي قرره قانونهما لكان ذلك متعذر عليهما في الكثير من الأحيان[4].

ويبرر مؤيدو فكرة خضوع شكل الزواج لقانون محل الابرام رأيهم قائلين بأن ذلك يتفق مع الاتجاه العام الذي يذهب إلى تطبيق قانون الموطن في مسائل الأحوال الشخصية، وإذا كان قانون

---

[1] L'article 02 de la convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages (conclue le 14 mars 1978) dispose que: « les conditions de forme du mariage sont régies par le droit de l'Etat de la célébration ». DELPRAT Etienne, op.cit., p. 250.

[2] نذكر منها القانون المصري في المادة 20 من القانون المدني، والكويتي في المادة 37 فقرة 11 2 من القانون رقم 5 لسنة 1961، والتونسي حيث نص الفصل 46 فقرة 01 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص على أنه: " تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج". ويلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع التونسي أخضع شكل الزواج لقانون الجنسية المشتركة للزوجين أو لمكان إبرام الزواج، وهو بالتالي جعل قاعدة مكان الإبرام قاعدة احتياطية يؤخذ بها في حالة عدم تحاد جنسية العاقدين، والأردني في المادة 13 فقرة 02 من القانون المدني، والإماراتي في المادة 12 فقرة 02 من القانون الاماراتي رقم 5 لسنة 1985، والقطري حيث نصت المادة 14 من القانون المدني القطري على أنه: "يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج، كالتوثيق والمراسيم الدينية إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو لقانون جنسية كل من الزوجين أو قانون موطنهما المشترك"، والقانون المغربي كذلك من خلال الفصل 11 من ظهير 12 أوت 1913. أنظر، السعدية بلمير، الروابط العائلية في القانون الدولي الخاص المغربي، المغرب، 1988 ص.22.

[3] كفرنسا حيث تنص المادة 47 من القانون المدني المعدلة بقانون رقم 1376/06 المؤرخ في 2006/11/14 على أنه:" إن كل تصرف خاص بالحالة المدنية للفرنسيين والأجانب ثم في الخارج يكون صحيحا متى كان قد حرر حسب الأشكال المنصوص عليها طبقا لقانون مكان الإبرام". وأيضا ألمانيا في المادة 13 فقرة 03 من مجموعة القانون الدولي الخاص الصادرة عام 1986، والنمسا في المادة 16 من القانون الدولي الخاص الصادر 1979، ويوغسلافيا في المادة 33 من القانون المدني الصادر عام 1983، وتركيا في المادة 33 من القانون المدني الصادر عام 1983، واسبانيا في المادة 50 من القانون المدني الصادر عام 1974 والمعدل عام 1981، وسويسرا في المادة 45 فقرة 01 من قانون عام 1987، وانجلترا وأمريكا.

Cf. NORTH. P.M, The private international law of matrimonial causes in the British Island and the Republic of Irland, N.H.P.C. Oxford, 1977, p.118 ; DELPRAT Etienne, op.cit., p.245.

[4] Cf. PIC Paul, Du mariage en droit international et législation comparée, Thèse doctorat, Faculté de droit de Lyon, édition L. LAROSE ET FORCEL, Paris, 1885, pp.52-55.

محل الإبرام يحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج في هذه الأنظمة فمن باب أولى أن يحكم الشروط الشكلية لهذا العقد[1].

ثانيا – فيما يتعلق بتحديد الشكل المحلي

يختلف الشكل المحلي للزواج من دولة لأخرى، فهو في بعض الدول مثل فرنسا، ألمانيا وبلجيكا الشكل المدني[2]، سواء كان يلزم إجراؤه بواسطة موظف مختص أم لم يكن يلزم ذلك. وفي دول أخرى مثل ايطاليا وانجلترا يخير الأطراف بين الشكل المدني والشكل الديني. وهناك فريق ثالث من الدول مثل اليونان وبلغاريا يخضع شكل الزواج لأحكام القانون الكنسي مع اعتبار المراسيم الدينية من الشروط الموضوعية للزواج. وقد أخذت دول أخرى بحل وسط ففي اسبانيا مثلا يوجد الزواج الديني والزواج المدني[3]، على أن الأول واجب الإتباع لمن يدينون بالكاثوليكية.

وفي رومانيا يتعين إجراء الزواج الديني بعد إجراء الزواج المدني ولا يعتبر الشكل القبلي المتبع في البلاد غير المتمدنة شكلا محليا يصح إجراء الزواج فيه.

ويعتبر الزواج الذي يتم في الشكل المحلي صحيحا من حيث الشكل في البلد الذي أبرم فيه كما يعتبر صحيحا في كافة البلاد الأخرى التي تسلم بقاعدة خضوع شكل الزواج لقانون بلد إبرامه[4]: سواء منها من يعتبر هذه القاعدة إجبارية أو من يعتبرها اختيارية وسواء أكان الشكل المحلي دينيا

---

[1] Cf. MINOR.R, Conflict of laws on private international law, Bibliobazaar, LLC, 2009, pp. 182-184.

[2] وهذا ما جسدته محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 2010/04/01 حيث أكدت من خلاله على أن الزواج الذي يعقد أمام القاضي باطل ولا يرتب أي أثر، وحتى يكون الزواج صحيحا ويرتب جميع آثاره يجب أن يبرم أمام رئيس البلدية ويسجل في سجلات البلدية .

Paris, 1 er avril 2010, cité par, BERLAUD Catherine, Panorama de jurisprudence, cour de cassation, nationalité, Gaz. Pal - dimanche 7 - 11 aout 2011, pp. 2488,2489.

[3] وهناك من عرف الزواج المدني على أنه " عقد قانوني يتضمن واجبات الزوجين وحقوقهما. وهو على عكس العلاقات الحرة – التي لا تتضمن أي التزامات – هو يمنح للزوجين حماية متبادلة لحقوقهما المشتركة".

AMOKRAN LEGUTOWSKA Grazyna, op.cit., p. 129.

[4] Cf. DE BEVOTTE René, De la règle « locus régit actum » et du conflit des lois relatif a la forme des actes en droit maritime, Thèse doctorat, Librairie marescq ainé, Paris, 1895, pp. 07-08.

أم مدنيا. ولذلك قضت المحاكم الفرنسية بصحة الزواج الحاصل بين فرنسيين وأجانب خارج فرنسا في الشكل المحلي ولو كان هو الشكل الديني[1]. على أن الدول التي تعتبر الزواج نظاما دينيا لا تعترف بهذا الزواج إذا كان قد تم في الشكل المدني[2].

وهذا ما جسدته المادة 05 من اتفاقية لاهاي المنعقدة في سنة 1902 حيث نصت على أنه: "ومع ذلك فمن المتفق عليه أنه يجوز للبلاد التي يتطلب قانونها شكلا دينيا للزواج ألا تعترف بصحة الزواج المعقود بين رعاياها في الخارج في غير الشكل الديني المطلوب"[3].

ما تقدم جميعه هو حكم القواعد العامة في القانون المقارن فيما يتعلق بشكل الزواج وإذا ما بحثا هذا الأمر في القانون الجزائري لوجدنا أن قاعدة خضوع شكل الزواج للقانون المحلي مسلمة في الجزائر دون أن ينص عليها صراحة في شأن الزواج. وهي تعتبر قاعدة اختيارية، بمعنى أنه يجوز إجراء الزواج أيضا في الشكل الذي يقرره القانون الوطني المشترك للزوجين أو قانون موطنهما المشترك أو القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج.

وقد نص المشرع الجزائري على قاعدة خضوع شكل التصرفات لقانون بلد الإبرام في المادة 19 من القانون المدني المعدلة والمتممة التي تنص على أنه:" تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية "[4].

---

[1] حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 1955/06/22 بصحة زواج يوناني تم في فرنسا في شكل مدني فقط واستندت في ذلك إلى أن الشكل الديني في الزواج مسألة شكلية لا موضوعية، مقتبس عن، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص .71.

[2] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 211-213؛ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 234.

[3] علي علي سليمان، المرجع السابق ص. 71.

[4] وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1985/04/10 بحيث أكد من خلاله بأنه:" من المقرر قانونا أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد". مجلس أعلى4 1985/04/10، ملف رقم 48855، المجلة القضائية، 1992، العدد الثالث، ص.80 مقتبس عن، عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، دار الهدى، الجزائر، 2004 " .22.

وتقابل هذه المادة المادة 20 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه : "العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، و يجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو القانون الوطني المشترك". وقد ثار خلاف في الفقه حول إمكانية تطبيق هذا النص بخصوص شكل الزواج. بحيث يرى جانب من الفقه[1] بأنه لا يدخل ضمن مجال الزواج، وإنما هو موجه إلى شكل العقود الواقعة في نطاق المعاملات المالية.

في حين ذهب أغلبية الفقه المصري[2] إلى تفسير القواعد العامة التي أشارت إليها المادة 20 سالفة الذكر باعتبارها نصا عاما ينصرف إلى كافة التصرفات القانونية، فعقد الزواج يندرج تحت عموم عبارة النص "العقود ما بين الأحياء". وهو ما أيده القضاء المصري صراحة، بحيث ورد في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية الصادر في 5 جانفي 1954 أنه: " وبما أن المادة 20 من القانون المدني تنص على ... كما أجازت المادة في فقراتها عقد الزواج وفقا لـ... فإذا انعقد الزواج مستوفيا للشروط التي يستلزمها أي قانون من هذه القوانين الأربعة اعتبر صحيحا ولا يجوز إبطاله ولو خالف الشروط الخاصة بالقانون الشخصي لأحد الزوجين بل ولو كان في استطاعته أن يعقد زواجه وفقا للإجراءات التي يستلزمها هذا القانون الشخصي ..."[3] .

[1] أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص .279؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج.2، دار النهضة العربية، مصر، 1974 9 2. 257.

[2] ومن بينهم هشام علي صادق ، عكاشة محمد عبد العال. هشام على صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ، ص. 306؛ محمد حمدي بهنيس، المرجع السابق، ص. 82.

[3] مقتبس عن جمال محمود الكردي، المرجع السابق ص. 284 285.

كما قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 01 مارس 1978 بأنه "للزوجين أن يبرما زواجهما في الشكل الذي يقتضيه قانونهما الشخصي أو يبرما زواجهما في الشكل المقرر طبقا لقانون البلد الذي عقد فيه "[1].

وحسب رأي الأستاذ "عليوش قربوع كمال" إن المادة 19 من القانون المدني الجزائري تتعلق بكل العقود باستثناء عقد الزواج[2]. وفي القانون الجزائري فضلا عن نص المادة 19 التي تشكل القاعدة العامة هناك نصوص خاصة في قانون الحالة المدنية وهي المواد 95 و 97 وضمنيا المادة 71 من القانون نفسه.

حيث تنص المادة 95 على أنه:" إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا طبقا للأوضاع المألوفة في هذا البلد".

ويتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري منح للجزائريين والأجانب الحق في تحرير عقودهم وفقا لقانون المحل[3]. ومن ذلك نستنتج أن المشرع الجزائري قد تبنى قاعدة (locus regit actum) في مجال الشروط الشكلية للزواج وبالتالي أخضعها لقانون المكان الذي تم فيه إبرام الزواج 98استوجب إفراغ عقد الزواج في الشكل الذي يتطلبه القانون الجزائري باعتباره قانون محل الإبرام أي في الحالة التي يتم فيها إبرام الزواج في الجزائر.

هذا وقد نصت المادة 97 من نفس القانون على أنه: " إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج".

---

[1] مقتبس عن، أحمد إبراهيم أحمد، المرجع السابق، ص. 224-225.

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

[3] نادية فوضيل المرجع السابق ص . 25.

تبين هذه المادة أيضا أن شكل الزواج يخضع لقانون البلد الذي تم فيه الزواج أي تطبيق قاعدة (Locus regit actum) التي تقوم على أساس أن قانون مكان التصرف القانوني يحكمه من حيث الشكل[1].

والملاحظ أن النص قد سكت عن حالة زواج الجزائرية بالأجنبي في الخارج، مم يستنتج أنه لا يجوز عقد الزواج في مثل هذه الحالات وفقا للشكل المحلي.

ولعل السبب وراء ذلك يرجع إلى التخوف من ذهاب الجزائريات إلى الخارج لعقد زواجهن وقد يكون في ذلك تحايلا على القانون الجزائري الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم[2].

إلا أن هذا التخوف ليس في محله بحسب الأستاذ "أعراب بلقاسم" ذلك أن في احترام الشروط الموضوعية للزواج المقررة في قانون الأسرة الجزائري من طرف الجزائرية الضمان الكافي لعدم استطاعتها عقد الزواج مع غير المسلم[3].

وقد جاء في نص المادة 71 من قانون الحالة المدنية ما يلي: " يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج ...ويضيف النص ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين".

ويفيد هذا النص بمفهوم المخالفة بأن الأجانب يمكنهم عقد زواجهم في الجزائر أمام الجهات المذكورة في حالة ما إذا كانت لهم إقامة فيها منذ شهر واحد على الأقل[4].

واستثنى المشرع الجزائري المواطنين في حالة إقامة أحد الزوجين باستمرار منذ شهر واحد على الأقل من تاريخ الزواج بالجزائر. ففي هذه الحالة ينعقد الزواج وفقا للشكل الذي يحدده القانون الجزائري.

---

[1] GUILLAUME Le Baron, op.cit., p. 183 ; BECHAUX .A, op.cit., p. 193.
[2] Cf. ISSAD Mohand, Droit international privé, Tome. 1, O.P.U, Alger, 1983, p.254.
[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق ص. 243.
[4] أعراب بلقاسم، المرجع السابق ص. 239.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال المادة 97 من قانون الحالة المدنية نص على إخضاع الزواج الذي يكون أحد طرفيه جزائريا والذي يعقد في بلد أجنبي للشكل المحلي ولم ينص على الزواج الذي يعقد في الجزائر بين أجانب أو بين جزائريين وأجانب. ولكن يذهب البعض[1] إلى أنه يمكن للقاضي الجزائري أن يمنح الصفة المزدوجة لنص المادة 97 مثل ما فعل القضاء الفرنسي مع نص المادة 170 فقرة 01 من القانون المدني المماثل لنص المادة 97 الجزائرية فيكون بذلك زواج الأجانب الذي يتم انعقاده في الجزائر خاضعا من حيث شكله للقانون الجزائري.

كما يمكن الرجوع كذلك إلى نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري والتي تجيز إبرام الزواج حسب الشكل الوطني المحلي أو حسب الشكل المقرر في قانون جنسية الزوجين المشتركة أو حسب الشكل المقرر في موطنهما المشترك. أي يجوز إبرامه في هذه الحالة أمام الهيئة السياسية الأجنبية المعتمدة في الجزائر شريطة أن تكون جنسية الزوجين مشتركة وهي نفسها جنسية الهيئة المعتمدة[2]. كما يمكن أن تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الذي يحكم شروطه الموضوعية.

ومتى تم زواج الأجانب في الجزائر وفقا للشكل المحلي، فإن على الزوجين احترام الشروط الشكلية التي يستلزمها القانون الجزائري. هذا وقد أوردت المادة 71 من قانون الحالة المدنية قيدا وحيدا على اختصاص أعوان الحالة المدنية في هذا الشأن وهو ضرورة استمرار إقامة الأجنبيين أو أحدهما لمدة شهر على الأقل قبل الزواج في دائرة اختصاص ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يبرم عقد الزواج[3].

وبعد أن تعرفنا على تفاصيل قاعدة خضوع شكل الزواج لقانون محل إبرامه، ننتقل لبيان قاعدة إتمام الزواج وفقا للشكل الذي يقوم به الممثلون الدبلوماسيون والقنصليون وفقا للدول التي يتبعونها.

---

[1] أعراب بلقاسم، نفس المرجع ص.239؛ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق ص. 221؛ موحند إسعاد، المرجع السابق ص. 299-301.

[2] زيروتي الطيب، المرجع السابق ص. 167.

[3] زيروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 167-168؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 244.

ثالثا– اختصاص السك الدبلوماسي والقنصلي بإبرام الزواج المختلط

تعترف بعض الدول بالشكل الدبلوماسي أو القنصلي للزواج أي الشكل الذي يقوم به الممثلون الدبلوماسيون والقنصليون وفقا لقوانين الدول التي يتبعونها[1].

والواقع أن غالبية الدول تجيز اليوم لرجال السلك السياسي والقنصلي في الخارج أن يقوموا بعقد زواج رعايا دولهم ولو كان الشكل الذي تم فيه الزواج مخالفا لشكل الزواج في البلد الذي هم معتمدون لديه[2].

وأقرت هذا الاختصاص أيضا بعض المعاهدات الدولية المتعددة الأطراف أو الثنائية، كاتفاقية لاهاي لسنة 1902م[3] واتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية المبرمة في 24 أبريل 1963 التي أجازت في مادتها الخامسة للسلك الأجنبي إبرام زواج رعاياهم[4]. كما أقرت اتفاقية لاهاي لسنة 1978 صلاحية إبرام الزواج من طرف السلك الدبلوماسي في الدول المعتمدين فيها إذا كان الزوجان من رعاياهم ولا يمنعهم القانون المحلي، هذا وقد أجازت أيضا الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 24 ماي 1974 للقناصل عقد الزواج إذا كان الزوجان المستقبليين من دولة القنصل.

كما نص على هذا الاختصاص قانون الحالة المدنية الجزائري لسنة 1970م، حيث نصت المادة 96 من هذا القانون على أنه: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية".

---

[1] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق ، ص. 234.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 72.

[3] تحفظت هذه الاتفاقية بالنسبة للدول الأطراف بعدم الاعتراف بالزواج المبرم في الخارج حسب الشكل المحلي إذا كان قانونها يتطلب الشكل الديني وكان الزوجان من رعاياها (المادة 5 منها).

[4] CLAVEL Sandrine, op.cit., p. 391.

صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بوجب المرسوم رقم 64-85 المؤرخ في 4 مارس 1964.

استنادا إلى هذه المادة يعتبر صحيحا زواج الجزائريين المبرم طبقا للقانون الجزائري أمام الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل في الدول المعتمدة فيها.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال هذه المادة لم يعلق اختصاص رجال الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل على أي شرط. ولذلك لا يشترط في صحة العقد الذي يقومون بتحريره طبقا للقانون الجزائري أن تعترف لهم بهذه الصلاحية الدول المعتمدين فيها مثل ما يشرط ذلك القانون المدني المصري[1].

كما قضت المادة 97 من قانون الحالة المدنية في فقرتها الثانية على أنه:" يجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية". وبمقتضى هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري قد منح للأعوان الدبلوماسيين والقناصل صلاحية إبرام الزواج المختلط إذا كان الزوج جزائريا والزوجة أجنبية تتمتع بجنسية البلد المضيف. أما إذا كانت من غير جنسية البلد المضيف فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلد التي سيحدد بموجب مرسوم (الفقرة 03 من المادة 97).

وحسب مفهوم المخالفة نستنتج من نص المادة 97 أنه يمكن لأجنبيين مختلفي الجنسية إبرام زواجهما أمام قنصل أجنبي شريطة أن تتحدد جنسية أحدهما مع جنسية القنصل وذلك أخذا بمبدأ المعاملة بالمثل.

وفي فرنسا يشترط لصحة الزواج المبرم فيها أمام الهيئات القنصلية الدبلوماسية الأجنبية اتحاد جنسية الزوجين وانتمائهما إلي بلد الهيئة القنصلية المحررة للعقد. ونفس الشيء بالنسبة لزواج الفرنسيين في الخارج فيكون طبقا للشكل الفرنسي. غير أن المشرع الفرنسي أصدر قانون في

[1] فقد نصت المادة 64 من القانون رقم 166 لسنة 1954 الخاص بتنظيم السلكين الدبلوماسي والقنصلي على أنه: " يختص القناصل ... ثانيا... بتحرير عقود الزواج متى كان كلا الزوجين مصري الجنسية، ولهم أيضا إجراء ذلك من كان أحد الزوجين مصري الجنسية على شرط أن يحصلوا أولا على ترخيص من وزير الخارجية ". علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 72.

1901/11/19 أجاز من خلاله للهيئات الدبلوماسية الفرنسية في الخارج القيام بعقد زواج فرنسي بأجنبية في بعض البلاد المحددة بمرسوم يصدره رئيس الجمهورية[1]. أما الأجانب الذين يعقدون زواجهم في فرنسا فيخضع زواجهم هذا لقاعدة " لوكوس" باستثناء أهليتهم التي تبقى خاضعة لقانونهم الوطني[2].

إلا أنه تجدر الاشارة في هذا الصدد أن الزواج المبرم بهذه الطريقة يثير مشكلتين تخص الأولى مسألة الاحتجاج به في دولة القاضي وهي هنا الدولة التي أبرم فيها الزواج، أما الثانية فتتعلق بمدى الاحتجاج بهذا الزواج في دولة الممثل الدبلوماسي أو القنصلي.

أ – فيما يتعلق بمدى الاحتجاج بهذا الشكل في دولة محل الابرام

يتوقف الأمر على ما إذا كان قانون محل الابرام يعترف بهذا الاختصاص للسلك السياسي الأجنبي، مثلا القانون الألماني لا يعترف لممثلي الدول الأجنبية الدبلوماسيين والقنصليين بحق مباشرة زواج التابعين لدولهم، ومن تم فإنه لا يعترف بالزواج الحاصل لديهم. وبذلك يعتبر زواج بريطانيين لدى قنصلهم في ألمانيا باطلا في ألمانيا رغم اعتباره صحيحا في انجلترا. في حين تجيز قوانين أخرى كالقانون الفرنسي للسلك الدبلوماسي الأجنبي إبرام الزواج بين رعاياهم ولكن لا يعترف به إذا كان أحد الزوجين أجنبيا أو فرنسيا[3] بشرط أن يكون مختصا بذلك وفقا لقانون هذه الدول[4]. وتوجد دول

[1] وقد صدر المرسوم المذكور في 1939/10/26 محددا بعض الدول التي يجوز فيها للسلك القنصلي الفرنسي أن يعقد زواج أحد طرفيه فرنسيا.

[2] GUILLAUM Le baron, op.cit., p. 184.

[3] ففي فرنسا مثلا لا يجوز لقنصل الدولة الأجنبية أن يباشر الزواج بين أحد التابعين لدولته وبين فرنسية أو بينه وبين تابعة لدولة أجنبية أخرى، ولكن يجوز له مباشرة الزواج فيما بين تابعين لدولته، ويشترط أن يكون مختصا بذلك وفقا لقانون هذه الدولة . عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 214-215.

[4] DELPRAT Etienne, op.cit., p. 255.

أخرى لا تبيح لسلكها الدبلوماسي هذا الاختصاص أصلا كما هو شأن بعض دول أمريكا اللاتينية[1].

ب- فيما يتعلق بمدى الاحتجاج بالزواج الذي باشره الممثل الدبلوماسي أو القنصل في الخارج أي في الدولة التي أوفدته

تختلف الحال من دولة إلى دولة كذلك. فالبعض لا يصرح لممثليه بمباشرة الزواج في الدول المبعوثين إليها مثل جواتيمالا وبيرو وسلفادور، والبعض الآخر يصرح لممثليه بإجراء الزواج شرط أن يكون الطرفان من التابعين للدولة مثل هولندا والبرتغال أو بشرط أن يكون أحد الطرفين على الأقل من التابعين للدولة مثل ألمانيا وبريطانيا[2].

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل عقد الزواج أو موضوعه، ليس كافيا لوحده لحل تنازع الاختصاص التشريعي في هذا المجال، بل إن ذلك يتطلب الاسقاط الفعلي لأحكام هذا القانون على المسألة محل النزاع.

[1] زيروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 116.

[2] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 215؛ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق 5 2. 234-235.

المبحث الثاني

تطبيق القانون المختص بالزواج المختلط

لا ينتهي دور قاعدة الإسناد عند تعيين القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط، بل إن التطبيق الفعلي لهذه القاعدة يقضي بالإضافة إلى تعيين القانون المختص بمسائل الزواج ذو العنصر الأجنبي الوصول إلى التطبيق الفعلي لهذا القانون[1].

ونظرا لازدواجية قاعدة الإسناد فإنها تشير أحيانا إلى تطبيق القانون الوطني (قانون القاضي) وتشير أحيانا أخرى إلى تطبيق القانون الأجنبي. ومتى أدى إعمالها إلى تطبيق القانون الوطني، فليس هناك أي إشكال لأن القاضي يطبق قانونه الوطني على غرار ما يفعله بالنسبة للنزاعات الخالية من العنصر الأجنبي[2]. أما إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي، فسيطرح تطبيق القانون المختص في هذه الحالة عدة إشكالات وصعوبات من الناحية النظرية ومن الناحية العملية[3].

فقد تصطدم مرحلة التطبيق الفعلي للقانون الأجنبي المختص بمسائل الزواج المختلط بعقبات تحول دون إعماله، فتكون السبب وراء إبعاد هذا الأخير عن حكم المسألة محل النزاع (المطلب الأول). أما إذا انتفى أي سبب محرز لإبعاد القانون الأجنبي المختص، فيسعى القاضي في هذه الحالة إلى تطبيق هذا الأخير على النزاع الخاص بالزواج المختلط ولكن هذه الفرضية هي الأخرى، تطرح العديد من الإشكاليات من أهم الإشكالات التي اختلفت حولها المواقف الفقهية القضائية والتشريعية وضعية وكيفية معاملة هذا القانون أمام القضاء الوطني (المطلب الثاني).

---

[1] أنظر، سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004). 193.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 703.

[3] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 115.

المطلب الأول

عقبات تطبيق القانون الأجنبي المختص

إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي معين على مسائل الزواج المختلط، يتوجب عندئذ على القاضي العمل بمقتضى القواعد الموضوعية للقانون الذي رسا الإسناد إليه. ومع ذلك قد يتعذر تطبيق هذه القواعد إذا كانت أحكامها تتعارض مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني وهو ما يشكل عائقا يحول دون تطبيق هذا القانون فيستبعده القاضي إعمالا للدفع بالنظام العام[1](الفرع الأول). كما قد يتبين للقاضي بعد إعمال قاعدة الإسناد الوطنية أن ثبوت الاختصاص التشريعي كان نتيجة تحايل الأفراد على قاعدة الإسناد، بأن قاموا بتغيير ضابط الإسناد ليتمكنوا من الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا[2] مما يستوجب امتناعه عن تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد إعمالا للدفع بالتحايل على القانون أو الغش نحو القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الدفع بالنظام العام

نظرا لأهمية النظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة، فقد استقرت كل دول العالم على الأخذ به كوسيلة دفاعية في مواجهة القوانين الأجنبية التي لا تأتلف أحكامها وأحكام القوانين الداخلية[3]. فيلعب النظام العام دورا هاما في استبعاد القانون الأجنبي خاصة في مجال الأحوال

[1] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 78.

[2] LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit., p. 302.

[3] أنظر، نعوم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، مطبعة الشرق، حلب، 1966-1967 . 856.

الشخصية[1] بحيث تعتبر العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي أفسح مجال لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق[2]. ويرجع ذلك إلى أن العلاقات الأسرية وفي مقدمتها الزواج تقوم على مفاهيم اجتماعية وأخلاقية ودينية وكذلك لأن هذه العلاقات تنظم غالبا بقواعد آمرة كما هو الحال في قانون الأسرة الجزائري. ولذلك يتعين على القاضي الوطني عدم مخالفة هذه القواعد والنصوص ولو أشارت قاعدة الإسناد الوطنية في دولته باختصاص القانون الأجنبي[3] ذلك في حالات التعارض الصارخ بين المبادئ والقيم الذي يقوم عليها نظامه القانوني وبين أحكام هذا القانون. وهذا التعارض يظهر جليا بين النظم القانونية الأوروبية والنظم القانونية الإسلامية بالنظر إلى التنازع الفكري والثقافي بين مجموعة الدول الأوروبية والأجنبية ومجموعة الدول الإسلامية التي مازالت مجتمعاتها تقوم على أسس دينية[4].

وفي مثل هذه الحالات يتدخل النظام العام، الذي يعمل في مجال تنازع القوانين على تعطيل تطبيق القانون الأجنبي الذي يتضمن قواعد معارضة للقواعد القانونية في قانون القاضي[5]. وتعد فكرة النظام العام الاستبعادي ذي الوظيفة الحمائية فكرة تتسم بالغموض والتعقيد كما أنها فكرة صعبة

هذا وقد جرت محكمة النقض الفرنسية على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في كل مرة تتعارض أحكام هذا الأخير مع النظام العام الفرنسي وهذا ما جسدته صراحة في قرارها لها صادر بتاريخ 2010/12/01 وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2011/10/26 . حيث أكدت من خلال هاذين القرارين ضرورة استبعاد كل قانون أجنبي يحمل في طياته تعارض صارخ مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع الفرنسي .

Civ. 1 er déc.2010 et Civ. 1er, 26 oct. 2011, cité par, GAUDEMET-TALLON Hélène, Droit international privé, panorama, droit international, Recueil Dalloz- 10 mai 2012- n°19, pp.1229-1230.

[1] Cf. DECROUX Paul, Droit privé, Tome 2, éditions La Porte, Rabat, p.122.

[2] أنظر، يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، دراسات قانونية، تلمسان، 2008 العدد 05 . 211.

[3] ممدوح عبد الكريم عرموش، المرجع السابق، ص. 98.

[4] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص. 122-123.

[5] Cf. YAU Wangxiao, BELIARD Géraldine, RIOUIER Eric, Glossaire de droit international privé, Bruylant Eniele, Bruxelles, 1992, p.204.

الضبط والتحديد كونها تتغير من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان[1] وخاصة إذا ارتبطت بمسألة تتأصل جذورها بأحكام مستقاة من الشرائع الدينية كما هو الشأن بالنسبة للزواج وآثاره[2].

ولإيضاح هذه الفكرة يتعين البحث في مفهومها (أولا)، خصائصها (ثانيا)، شروط إعمالها (ثالثا) وآثارها (رابعا) مع التطرق لتطبيقات الدفع بالنظام العام في مجال الزواج المختلط (خامسا).

أولا – مفهوم الدفع بالنظام العام

لقد بدلت محاولات عدة فردية وجماعية في سبيل الوصول إلى تعريف مشترك لفكرة النظام العام، إلا أن الجهود التي بدلت بهذا الصدد لم تحقق هدفها المنشود فقد جاءت التعاريف غامضة لم تحدد بشكل دقيق المقصود من النظام العام، وذلك يرجع لسعة نطاق النظام العام مما يحول دون تحديدها وتعيينها بشكل ثابت، بالإضافة إلى أن فكرة النظام العام متغيرة تتطور وتختلف من مكان لمكان ومن زمان لزمان[3].

ولذلك ليس هناك مفهوم جامع ومانع لفكرة النظام العام رغم تحديد معالمه التي تدور في معظمها حول كونه مجموعة من القيم التي يؤمن بها المجتمع والخاصة بنظام الحكم في الدولة أو النظام الاقتصادي أو العلاقات الفردية[4].

ومن أهم ما قيل فقهيا في صدد تعريف النظام العام أنه: " مجموعة المبادئ والأفكار الأساسية المختلفة سياسية واقتصادية واجتماعية وخلقية التي يقوم عليها مجتمع معين في لحظة معينة من تاريخه، ولا يمكن السماح بمخالفتها من قبل القانون الأجنبي الواجب التطبيق سواء كانت هذه المبادئ أو

[1] ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص. 93.

[2] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 467.

[3] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص. 184.

[4] أنظر، دنوني هجيرة، التقرير التمهيدي للملتقى الدولي موضوع النظام العام والعلاقات القانونية، دراسات قانونية، تلمسان، 2008 العدد 05 ص. 11.

تلك الأفكار محددة بنصوص تشريعية أو كانت تشكل قواعد لتنظيم الأفراد أو كانت تهيمن على تنظيم المجتمع ككل"[1].

ورغم عدم تمكن الفقهاء من الاتفاق على تحديد فكرة النظام العام فإنه لا خلاف بينهم على مفعولها باعتبارها بمثابة دفع لاستبعاد القانون الأجنبي المختص[2]. فالنظام العام يعد كصمام الأمان الذي يحمي الأسس الجوهرية في المجتمع[3] وهو وسيلة تحمي المصالح العليا العامة سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية أو دينية والتي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلوا على مصلحة الفرد[4]. وعليه، يعتبر النظام العام الوسيلة التي تحمي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي من القانون الأجنبي الواجب التطبيق[5].

فمن المسلم به أنه كلما اتضح للقاضي في دولة ما أن تطبيق القانون الذي عينته قاعدة الإسناد تتعارض مع الأسس والمبادئ الجوهرية في مجتمعه، فيتعين عليه في هذه الحالة استبعاد هذا القانون باسم النظام العام[6]، الذي يلعب في مثل هذه الحالات دور المصحح لقاعدة الإسناد[7]. ويعتبر بالتالي كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، الذي يتقرر تطبيقه إشارة من قواعد الإسناد الوطنية واستبداله بقانون القاضي[8]. وعليه يتلخص دور النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص في منع

---

[1] أنظر، محمود لطفي محمود عبد العزيز، تنازع الاختصاص القانوني في خطابات الضمان الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2011. ص. 468-469.

[2] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص. 178.

[3] أنظر، أشرف عبد العلم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة منصورة، مصر، 1996 8 1. 23.

[4] ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص. 93.

[5] Cf. LAGARDE Paul, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, L.G.D.J, Soufflot, Paris, 1959, p. 219.

[6] Cf. BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, op.cit., p.569 ; HAINAUT Julie, VILLELA Émmilie, op.cit., p. 46.

[7] DECROUX Paul, op.cit., p.122.

[8] غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 243-244.

ولكن يجب على القاضي ألا يتشدد في إعمال الدفع بالنظام العام، وذلك مخافة أن يحول هذا الدفع دون تحقيق الهدف الذي تسعى إليه قاعدة الإسناد وهو تطبيق أكثر القوانين الملائمة لحكم النزاع المطروح. أنظر، أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط.11 إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2008 ص. 383.

تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية إذا كان في تطبيقه مساس بالأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني[1].

وعليه، يمكن تعريف الدفع بالنظام العام بالنظر إلى الوظيفة التي يؤديها في مجال العلاقات الخاصة الدولية على أنه: "يعد مانعا يحول دون تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد متى كان هذا القانون يتعارض بطريقة صارخة مع الركائز الأساسية والثوابت الرئيسية والمقومات العليا والمفاهيم الراسخة في مجتمع القاضي ونظامه القانوني"[2]. كما أنه: " عبارة عن تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وإحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جوهريا بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة"[3].

إذن النظام العام هو وسيلة دفاعية لمنع إدخال حلول تتعارض مع أسس النظام القانوني الوطني السياسة والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية[4].

ثانيا– خصائص الدفع بالنظام العام

من خلال التعاريف سالفة الذكر يتضح أن النظام العام في نطاق العلاقات الخاصة الدولية يتميز بمجموعة من الخصائص أهمها:

---

[1] Cf. COURTY Elodie, La mutabilité des conventions matrimoniales en droit international privé, mémoire de D.E.A, Université de Bourgogne -DIJON-, 1995-1996, p. 28.

[2] أنظر، محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، ط.2، دار النهضة العربية، مصر، 2013 . 230.

[3] أنظر، نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوريع، الجزائر، 2001 0 2. 112.

[4] WEISGERBER Marcel, op.cit., p. 97;

عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 93-95.

أ- الطبيعة الاستثنائية

الدفع بالنظام العام ما هو إلا استثناء على القاعدة الأصلية التي تقضي بتطبيق القانون الأجنبي[1]. وقد ظهرت هذه الخاصية بعد تطور مفهوم النظام العام الذي أصبح دفعا استثنائيا عاما، يقيد قواعد الإسناد ويستبعد القانون الأجنبي المختص اختصاصا عاديا طبقا لقواعد الإسناد في كل حالة يختلف فيها الاشتراك القانوني بين ذلك القانون وقانون القاضي[2].

ب- الصفة الوطنية للنظام العام

فكرة النظام العام هي فكرة وطنية[3]، تتعلق أساسا بالكيان الذي يقوم عليه المجتمع من أسس اجتماعية واقتصادية لدولة القاضي، وترمي خصيصا لحماية هذه الأسس الجوهرية بهدف حماية السياسية التشريعية لدولة القاضي المعروض عليه النزاع[4].

ويترتب على ذلك أن ما يعد مخالفا للنظام العام في دولة معينة قد لا يعد كذلك في دولة أخرى، فمثلا تعدد الزوجات غير مخالف للنظام العام في الدول الإسلامية في حين أنه يعتبر معارض للنظام العام في الدول الأوروبية[5].

[1] محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 474.

[2] أنظر، محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافية الجامعية، الإسكندرية، 2006 4 4. 215.

[3] يوسف فتيحة، النظام العام...، المرجع السابق، ص. 216؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 175.

[4] دربة أمين، المرجع السابق، ص. 93.

[5] محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 474-475.

ج- نسبية فكرة النظام العام

فكرة النظام العام فكرة ذات طابع نسبي تتسم بالمرونة والتطور، فقد تختلف من دولة لأخرى، بل وقد تتغير من زمان لآخر داخل نفس النظام القانوني[1]. وبذلك تمتاز فكرة النظام العام بنسبيتها من حيث الزمان والمكان.

حيث يترتب على إمكانية اختلاف مبادئ المجتمع بمرور الزمان أن ما يعد من النظام العام في وقت معين لا يعد كذلك في وقت آخر[2]. وعليه، قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر في 1944/03/22 أن تعريف النظام العام الوطني يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل عصر[3]. وتثير هذه الصفة النسبية التساؤل حول وقت تقدير مدى تعلق الأمر بالنظام العام. وقد اختلفت آراء الفقه بهذا الصدد لكن الرأي الراجح يقضي بتقدير القاضي مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولته بوقت رفع الدعوى وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع [4].

د- فكرة النظام العام فكرة ذات طابع قضائي

لأن القاضي هو من يتولى تقدير مدى تعارض القانون الأجنبي المختص مع النظام العام في دولته، ولو كانت هذه السلطة مقيدة غير مطلقة[5].

---

[1] أنظر، سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجيستير، تلمسان، 2008-2009 . 28.

[2] محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 475؛ نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي ...، المرجع السابق، ص. 119.

[3] محكمة النقض الفرنسية 22 مارس عام 1944) مقتبس عن، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 154.

[4] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 265؛ يوسف فتيحة، النظام العام ...، المرجع السابق، ص. 216.

[5] سنينات عبد الله، المرجع السابق، ص. 34.

ذ- النظام العام هو نظام عام وقائي

كونه يقوم على مجموعة من الركائز الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية[1].

وبعد إذ انتهينا من تبيان خصائص الدفع بالنظام العام ننتقل فيما يلي لتحديد شروط هذا الدفع.

ثالثا- شروط الدفع بالنظام العام

يشترط لجواز الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص توافر شروط قانونية تتمثل في:

1- أن يثبت الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي وسواء ثبت له ذلك بموجب قاعدة الإسناد الوطنية أو بموجب اتفاقية دولية[2].

2- أن يكون القانون الأجنبي الواجب تطبيقه متعارض في أحكامه مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون دولة القاضي أي أن يتعارض في حكمه مع مقتضيات النظام العام الوطني[3]. على أن مسألة تقدير مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وهو في ذلك خاضع لرقابة المحكمة العليا[4].

3- أن تكون مخالفة النظام العام حالية وقت رفع الدعوى: فالعبرة في تقدير مقتضيات النظام العام هي بلحظة الفصل في الدعوى. وعليه إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشأة

---

[1] أنظر، عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ط.2، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009 ( ).120.

[2] يوسف فتيحة، النظام العام...، المرجع السابق، ص. 214.

[3] أنظر، بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجيستير، جامعة الجزائر، 1986 4 2. 137.

[4] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص. 187؛ أمين رشيد داوس، المرجع السابق، ص. 236.

المركز القانوني ثم لم يعد كذلك عند رفع الدعوى على أثر تعديل القانون الأجنبي قبل الفصل في النزاع فإنه لا يمكن استبعاد تطبيق ذلك القانون[1].

رابعا – آثار الدفع بالنظام العام

إذا تبين للقاضي بعد فحصه للقانون الأجنبي الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية أنه يتعارض مع الأسس الجوهرية والأساسية التي يقوم عليها كيان مجتمعه، تعين عليه تحريك الدفع بالنظام العام، فما هي إذن النتائج المترتبة على إعمال الدفع بالنظام العام؟[2].

لقد ميزت بعض التشريعات على غرار التشريع الفرنسي في شأن الآثار التي تترتب على إعمال الدفع بالنظام العام بين وضعيتين. فإذا كان المطروح أمام القاضي هو إنشاء حق قانوني مخالف للنظام العام لبلد القاضي، فإن تدخل النظام العام في هذه الحالة يكون بشدة لحماية النظام القانوني للدولة[3]. أما إذا تعلق الأمر بالاحتجاج بحقوق اكتسبت في الخارج فإنه ليس من الضروري أن يحول النظام العام دون نفاذ هذه الحقوق في بلد القاضي وفي هذه الحالة يكون أثر النظام العام مخففا[4].

أ– آثار الدفع بالنظام العام عند إنشاء الحقوق

يمثل الأثر العام للنظام العام، ذلك الأثر المترتب على إعمال الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بتنظيم حقوق يراد إنشاؤها في دولة القاضي[5] إذا كان تكوين أو

---

[1] أنظر، صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية ط.1 الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004) . 30.

[2] أنظر، زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجيستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010 ص.146.

[3] HAINAUT Julie, VILLELA Émmilie, op.cit., p.47.

[4] أنظر، زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجيستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010 6 1. 54-55.

[5] نعوم سيوفي، المرجع السابق، ص. 877.

إنشاء هذا الحق يصطدم مع المبادئ الجوهرية والأساسية التي يقوم عليها كيان مجتمعه[1]. كما لو أراد مثلا جزائري مسلم أن يبرم عقد زواج ثاني في فرنسا، فلو عرض الأمر على القضاء الفرنسي: فإن القاضي الفرنسي سوف يستبعد القانون الجزائري المختص أصلا والذي يجيز تعدد الزوجات وبالتالي لا يمكن إبرام هذا الزواج في فرنسا باعتبار تعدد الزوجات مخالف للنظام العام الفرنسي.

وكنتيجة منطقية لمخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولة القاضي بشأن حقوق يراد إنشاؤها يستبعد تطبيق هذا القانون ويحل قانون القاضي محله[2].

وهذا الإحلال قد يتم بطريقة سلبية وقد يتم بطريقة ايجابية[3] وبمعنى آخر للدفع بالنظام العام على مستوى إنشاء الحقوق أثران أحدهما سلبي والآخر ايجابي[4].

يتضح الأثر السلبي كلما كانت قاعدة النظام العام في دولة القاضي ناهية فيقتصر دور القاضي عندئذ على استبعاد القانون الأجنبي والقضاء برفض الطلب دون إحلال قانون آخر محله لحكم العلاقة[5]. ومثال ذلك أن يكون القانون الأجنبي يجيز زواج المسلمة بغير المسلم فهذا الزواج يعتبر باطلا ومخالفا للنظام العام في الجزائر[6]. وعليه يرفض القضاء الوطني هذا الطلب تطبيقا لنص المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري التي تمنع زواج المسلمة بغير المسلم. ويقتصر الأمر على أن يقف قانون القاضي موقفا سلبيا لأنه لا حاجة لتطبيق قانون آخر مادامت الغاية المقصودة هي منع قيام هذا الزواج وقد تحققت باستبعاد القانون الأجنبي[7].

---

[1] بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 189.

[2] أنظر، بيار ماير، فانسان هوزية، ترجمة علي مقلد، القانون الدولي الخاص، ط.1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008 ص. 201.

[3] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 154.

[4] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 281.

[5] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 547.

[6] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 182.

[7] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 200-201.

أما الأثر الايجابي للدفع بالنظام العام فيتحقق إذا كان القانون الأجنبي يمنع أمرا يجيزه قانون القاضي وكان هذا المنع مخالفا للنظام العام في دولة القاضي، فإن أثر الدفع بالنظام العام في هذه الحالة يكون ايجابيا لأنه لا يقتصر على استبعاد القانون الأجنبي وإنما يؤدي كذلك إلى إحلال قانون آخر محله[1]. ومثال ذلك أن يعرض نزاع أمام القضاء الجزائري بشأن صحة زواج أجنبيين من جنسية واحدة يعتبر قانونهما الوطني اختلاف اللون مانع من موانع الزواج، ففي هذه الحالة سوف يستبعد القاضي الجزائري تطبيق هذا القانون باعتبار أن مانع اللون مخالفا للنظام العام في الجزائر ويطبق قانونه الوطني الذي يجيز هذا الزواج فيقضي بالتالي بصحة هذا الزواج[2].

ونخلص مم سبق إلى القول بأن الأثر الايجابي للنظام العام يظهر بعد أثره السلبي، ويمكن أن يظهر بصورة منفردة ودون أن يسبق بالأثر السلبي في حين يمكن أن يظهر الأثر السلبي لحاله بصورة منفردة[3].

وفي كلتا الحالتين يترتب على استبعاد القانون الأجنبي المختص بمسائل الزواج المختلط والمخالف للنظام العام حلول قانون القاضي محل القانون المستبعد. ففي الحالة الأولى طبق القاضي قانونه الذي يمنع إنشاء علاقة يجيزها القانون الأجنبي. وفي الحالة الثانية طبق القاضي قانونه الذي يسمح بنشوء علاقة يمنعها القانون الأجنبي[4]. ويعتبر تطبيق قانون القاضي بدلا من القانون الأجنبي أكثر الحلول ملاءمة لاعتبارات عملية على أساس أنه قانون معلوم ومعروف لدى القاضي مما يجنبه مشقة البحث عن مضمونه[5] كما أنه يتلاءم أيضا مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية[6].

---

[1] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 547-549.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 178.

[3] بيارماير، فانسان هوزيه ، المرجع السابق، ص. 201.

[4] زيدون بختة ، المرجع السابق، ص. 147.

[5] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 620.

[6] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص. 239.

وقد تبنت هذا الحل العديد من الدول، فنصت عليه صراحة في تشريعاتها كالكويت[1] تونس[2] ومصر[3]. كما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية بقوله: " يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة ".

كما أخذ بهذا الحل القضاء الفرنسي[4] يشترط لإعمال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد في فرنسا وجود رابطة بين القضية المطروحة وقانون القاضي وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج والطلاق والبنوة والتبني[4] فهي تشترط لإعمال الدفع بالنظام العام وجود رابطة حقيقية للنزاع بدولة القاضي كرابطة الموطن والجنسية فيحمل أحد الزوجين أو كلاهما الجنسية الفرنسية أو تكون فرنسا موطنا أو محل إقامة لهما[5].

يثير استبعاد القاضي للقانون الأجنبي عند تعارضه مع النظام العام إشكالية هامة تتعلق بمدى أو درجة الاستبعاد (étendue de l'éviction)[6]. فقد يتعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في جزئية معينية فقط، فهل يستبعد القاضي الوطني في هذه الحالة القانون الأجنبي برمته أم يستبعد فقط الجزء المخالف للنظام العام؟

لقد أثارت مسألة استبعاد القانون الأجنبي بصفة جزئية أو كلية جدلا فقهيا، فانقسم الفقهاء إلى فريقين. يرى الفريق الأول وعلى رأسهم الأستاذ " موحند إسعاد" أنه متى تعارضت بعض أحكام

---

[1] حيث نصت المادة 73 من القانون رقم 05 لسنة 1971 على أنه: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص الواردة في هذا الباب إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في الكويت ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي".

[2] حيث نص الفصل 36 فقرة 05 من القانون الدولي الخاص التونسي على أنه :" يطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلا عن أحكام القانون الأجنبي الذي استبعد تطبيقه ".

[3] المادة 08 من القانون المدني المصري.

[4] Cass. Civ. 30/05/1967N, cité par, BATIFFOUL Henri, LAGARDE Paul, op cit, p. 591 ; Cass. civ. 15/05/1963, Cité par, MAYER Pierre, HEUZE Vincent, Droit international Privé, 8° édition, Montchrestien, Delta, 2005, p.155 ;

محكمة النقض الفرنسية، 1930/04/08، مقتبس عن، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 154.

[5] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 262-263.

[6] Cf. DERRUPPE Jean, Droit international privé, 7° édition, Dalloz, 1984, p. 107.

القانون الأجنبي المختص مع النظام العام الوطني وجب على القاضي استبعاده برمته[1] لأن استبعاد جزء من القانون الأجنبي والاستبقاء على الجزء الآخر غير المخالف للنظام العام يعد حسب هذا الاتجاه تشويها للقانون الأجنبي. كما أن تطبيقه بهذا الشكل يتعارض مع إرادة المشرع الأجنبي الذي وضعه وبالتالي تطبيقه خارج الحدود التي رسمها له مشرعه[2]. كما يرى هذا الاتجاه أن تجزئة القانون الأجنبي فيها مساس بوحدته باعتباره كل لا يتجزأ، كما أنه يتنافى مع الحكمة من قاعدة الإسناد التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملا باعتباره القانون الأنسب لحل النزاع[3].

غير أن غالبية الفقه[4] ترى بوجوب استبعاد الجزء المخالف للنظام العام فقط، دون بقية الأجزاء الأخرى التي لا تتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، ذلك أن الاستبعاد الكلي يتعارض مع حكمة التشريع ويؤدي إلى إهدار قاعدة الإسناد[5].

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن هذا الحل يتماشى مع طبيعة النظام العام باعتباره دفعا استثنائيا لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة لذلك يجب أن ينحصر استبعاد القانون الأجنبي في الحدود اللازمة للمحافظة على مقتضيات النظام العام[6]. وبما أن الهدف من إعمال النظام العام هو حماية الأسس الجوهرية والقيم العليا السائدة في المجتمع6 وأن هذه الغاية يمكن أن تتحقق باستبعاد الجزء المتعارض مع مقتضيات النظام العام فلا يوجد مبرر لاستبعاد باقي أحكام القانون الأجنبي التي لا يتعارض مضمونها مع النظام العام[7]. والقول بأن في الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي مخالفة لقاعدة الإسناد

---

[1] ISSAD Mohand, op. cit., p.201.

[2] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 154.

[3] عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص. 214؛ بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 181.

[4] BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, op. cit., p. 592.

[5] صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات ...، المرجع السابق، ص. 50.

[6] ابراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 385.

[7] أنظر، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005 . 385.

الوطنية وإرادة المشرع الأجنبي هو أمر غير صحيح حسب هذا الاتجاه بل بالعكس هذا الحل يحفظ للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد التي قررت تطبيقه أكبر قدر من الفعالية[1].

غير أنه يجب التنويه بصعوبة تطبيق الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي في بعض الحالات التي يكون فيها ارتباط وثيق بين الجزء المخالف للنظام العام والأجزاء المتبقية[2] إذ يكون الجزء المستبعد هو الأهم في هذا القانون الأجنبي، بحيث يؤدي استبعاده إلى فقد القانون لسبب وجوده، ففي هذه الحالة ونظرا لتعذر فصل أجزاء القانون الأجنبي فإنه يتعين على القاضي أن يقوم باستبعاد القانون الأجنبي بأكمله.

فمثلا في مسألة زواج المسلمة بغير المسلم إذا كان القانون المختص بمقتضي قاعدة الإسناد الفرنسية يمنع هذا الزواج لاختلافهما في الدين، فإن هذا المانع لا يحول دون إبرام هذا الزواج في فرنسا لكون هذا المانع غير مخالف للنظام العام الفرنسي وفرضا إذا أثير في المستقبل نزاع أمام القضاء الفرنسي بشأن أثر من آثار هذا الزواج، فمن غير المعقول أن يطبق القاضي الفرنسي القانون الأجنبي المختص لكون هذا الزواج باطلا طبقا لأحكامه حتى وإن لم تكن آثار هذا الزواج تتعارض مع النظام العام الفرنسي[3].

وعليه، إن الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي متوقف على مدى أهمية الجزء الذي يتعين على القاضي أن يستبعده، فمتى كان هذا الجزء المستبعد يشكل روح القانون الأجنبي فإن إقصاؤه يستتبع بالنتيجة إقصاء الأجزاء الأخرى وهذا ما يؤيده أغلب الفقهاء[4].

---

[1] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 111؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 177.

[2] طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 312.

[3] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 202-203.

[4] أنظر، عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط.1 ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008 3 2. 216؛ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 202؛ إبراهيم احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.385؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.191.

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الحل في العديد من قراراتها من ذلك قرارها الصادر في 1943/11/08[1] و قرارها الصادر بتاريخ 1964/11/17[2].

كما أكد القضاء المصري في أحد قراراته على أن القانون الأجنبي الذي يخالف النظام العام المصري في أحد أجزائه فقط لا يستبعد بصفة شمولية بل يستبعد فقط الجزء المخالف للنظام العام المصري[3]. ولقد نصت بعض الدول صراحة في قوانينها على الأخذ بهذا الحل ومن ذلك القانون التونسي[4]، الكويتي[5] والنمساوي[6].

وخلافا لذلك التزم المشرع الجزائري الصمت إذ اقتصر على النص على استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام الجزائري دون أن يحدد نطاق ذلك الاستبعاد أيكون جزئيا أو كليا تاركا السلطة التقديرية لقاضي الموضوع. ولكن يقترح بعض الفقهاء الجزائريين[7] الأخذ بالحل الأخير أي استبعاد الجزء المخالف للنظام العام الوطني من القانون الأجنبي والإبقاء على اختصاص هذا القانون في الجزء الآخر الذي لا يتعارض مع النظام العام.

ب – آثار الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة

وفي هذه الحالة يبحث القاضي في إشكالية مدى الاحتجاج بحق اكتسب في الخارج ونشأ صحيحا طبقا للقانون الأجنبي المختص، مع العلم أن إنشاء هذا الحق في بلد القاضي غير ممكن

---

[1] Cass .civ 08 novembre 1943, cité par, BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, op.cit., p. 592.

[2] Cass.civ 17/11/1964 cité par , LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit. , p .319.

[3] محكمة استئناف الإسكندرية، دائرة الأحوال الشخصية للأجانب، 17 مارس 1969، غير منشور، مقتبس عن، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 188.

[4] حيث نص الفصل 04/36 من مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998 على أنه:" لا يستبعد تطبيق القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي".

[5] المادة 73 من القانون الخاص بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي .

[6] المادة 06 فقرة 01 من مجموعة القانون الدولي الخاص لسنة 1979.

[7] زيروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 284.

لتعارضه مع النظام العام الوطني، وفي هذه الحالة يكون أثر الدفع بالنظام العام أقل شدة وصرامة ولذلك اصطلح على تسميته "الأثر المخفف للنظام العام"[1].

ويقصد بنظرية الأثر المخفف للنظام العام عدم إعمال الدفع بالنظام العام إزاء المراكز القانونية التي نشأت في الخارج بنفس الدرجة التي يتم بها إعماله إزاء المراكز القانونية التي يراد إنشاءها في بلد القاضي[2]. ويرجع الفضل في ظهور هذه النظرية إلى القضاء الفرنسي بحيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن: " أثر النظام العام يختلف في حالة المنازعات المتعلقة بحق نشأ في فرنسا عنه في الفرض الذي اكتسب فيه الحق فعلا في الخارج وفقا للقانون الذي تشير قواعد التنازع الفرنسية باختصاصه"[3].

وتستند نظرية الأثر المخفف للنظام العام على المبررات التالية:

– إن تطبيق هذه النظرية يستجيب لمتطلبات الحياة الدولية لأنه أمر يقتضيه اضطراد وتطور العلاقات التي تمتد عبر الحدود[4]. ذلك أن ضمان استمرار المعاملات الدولية يتطلب احترام حقوق الأفراد المكتسبة في الخارج[5].

– لا يتأثر الشعور العام في دولة القاضي بخصوص علاقة قانونية نشأت في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر به إذا نشأت في دولة القاضي[6]، إذ متى تحققت إجراءات وظروف إنشاء هذا الحق على نحو صحيح في الخارج فلا يوجد بعد ذلك ما يستدعي إعمال الدفع النظام العام[7].

---

[1] Cf. FULCHIRON Hugues, NOURISSAT Cyril, TREPPOZ Edouard, Travaux dirigés de droit international privé, 4 édition, lexis nexis, litec, Paris, 2009, p. 116 ;

محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص. 99.

[2] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 205.

[3] محكمة النقض الفرنسية في قضية (Rivie) مقتبس عن، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص.406؛

LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit., p. 321.

[4] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص. 166-167.

[5] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 206.

[6] LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit., p.321.

[7] عز الدين عبد الله ، المرجع السابق، ص. 206.

– إن في تطبيق نظرية الأثر المخفق للنظام العام احترام للمراكز الواقعية وضمان الحقوق المكتسبة في الخارج مم يحافظ على استمرار ودوام حالة الأشخاص خاصة إذا ما تعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية[1].

وتطبيقا لذلك اعترف القضاء الفرنسي بصحة الزواج الديني المبرم في الخارج طبقا للقانون المحلي والاعتداد بكافة آثاره القانونية في فرنسا شأنه في ذلك شأن الزواج المدني المعمول به في فرنسا مع أنه لو أريد إنشاء زواج ديني في فرنسا بين أجانب ولو كان قانونهم الشخصي يسمح بذلك لما أجاز ذلك[2].

كما اعترف القضاء الفرنسي بآثار تعدد الزوجات الناجمة عن زواج مبرم في الخارج. فبالرغم من أن النظام العام الفرنسي يمنع إبرام زواج متعدد في فرنسا ولو بين أجانب يجيز قانونهم ذلك فهذا لا يحول دون الاعتراف ببعض آثاره[3]. ومن بين آثار الزواج المتعدد التي اعترفت بها المحاكم الفرنسية حق الزوجة الثانية في طلب النفقة[4] وحقها في الميراث[5]5 والحق في التعويض على وفاة زوجها[6].

كما أخذ بنظرية الأثر المخفق للنظام العام القضاء الانجليزي أيضا هذا الأخير الذي كان فيما مضى لا يعترف بآثار الزواج المتعدد بل يعتبره زواجا مزيفا مم يترتب عليه عدم شرعية البنوة الناشئة عنه. ولكن بعد ذلك وبعد تبنيه لنظرية الأثر المخفق للنظام العام أصبح يعترف بشرعية الأولاد الناجمين عن الزواج المتعدد وبحقهم وبحق الزوجة في الميراث بشرط أن يكون هذا الزواج قد نشأ صحيحا في الخارج طبقا لقانون أجنبي يقره[7].

---

[1] صلاح الدين جمال الدين، تنازع ...، المرجع السابق، ص. 142.

[2] زيروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 285.

[3] CA, Paris ,22 Février 1978, TGL , Paris , 17 juin 1972, cité par, FADLALAH Ibrahim, Polygamie, Rép, internat, J.C.P. 1998,Tome 3, 1999-4 , DALLOZ, p. o5, N°26.

[4] Cass. civ. 28 janvier 1958, Affaire CHEMOUNI, Cité par, ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, Grands arrêts de la Jurisprudence française de droit international privé , éditions Sirey, Paris, 1987, pp. 225-227.

[5] Cass. civ. 3 Janvier 1980, Cité par, ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, op.cit., p.235.

[6] Cass. civ. 23/04/1970, Cité par, ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, op.cit., p.350.

[7] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص. 193.

كما سلم الفقه اللبناني[1] بهذه النظرية، وسايره في ذلك القضاء اللبناني حيث جاء في قرار محكمة التمييز اللبنانية: " فالانتظام العام لا تمسه تصرفات أجنبي تحصل خارج لبنان وفقا لأحكام أجنبية تخضع لها تلك التصرفات كما لا تمسه تصفية تركة أجنبي تخضع لأحكام قانون أجنبي يسمح للمرء بالتصرف بحرية بأمواله تجري أثناء حياته وبأعمال مضافة إلى ما بعد الموت"[2].

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من هذه النظرية. فيتضح من خلال استقراء نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية أنها جاءت بعبارة النظام العام مطلقة دون أن يلحقها المشرع بأي وصف مطلق أو مخفق أنه لم ينص على الأخذ بفكرة الأثر العام المخفق للنظام العام. ومع ذلك يرى بعض الفقهاء[3] بحق أن ذلك لا يمنع القاضي الجزائري من الأخذ بالأثر المخفق للنظام العام احتراما للحق المكتسب الذي نشأ في الخارج، خاصة وأن المشرع الجزائري بتعديله وتتميمه للقانون المدني بموجب الأمر الصادر في 20 يونيو 2005، قد أشار بصريح العبارة إلى القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني[4] والتبني[5] في حال تنازع عدة قوانين حكم هذه المسائل.

---

[1] أنظر، إميل تيان، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات مكتبة أنطوان، 1966، فقرة 328 8 650.3؛ سامي بديع منصور، المرجع السابق 6 9 .494؛ عبده جميل غصوب، دروس... ، المرجع السابق، ص. 228.

[2] تميز مدني رقم 118 1964/10/27، مقتبس عن ، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 638-639.

[3] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 184.

[4] حيث نصت المادة 12 من القانون المدني في فقرتها الثانية على أنه:" ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

[5] حيث نصت المادة 13 مكرر1: " يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل.

وتطبق نفس الأحكام على التبني". وهذا بالرغم من أن المادة 46 من قانون الأسرة قد نصت على أن التبني ممنوع شرعا وقانونا، وهو الحكم الذي أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1995/05/02 حيث قضت أنه:" من المقرر قانونا أن التبني ممنوع شرعا وقانونا، وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج وأمكن الاتصال، ولو ينفه بالطرق المشروعة...". محكمة عليا، 1995/05/02، قرار رقم 103232، المجلة القضائية 1995 51 العدد 2 : .99. وهو نفس ما قضت به في قرار آخر صادر بتاريخ 2000/11/21، حيث أكدت على أنه:" يمنع التبني شرعا وقانونا...". محكمة عليا، 2000/11/21، قرار رقم 246924، المجلة القضائية 2001، العدد2 : .279.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن أغلبية تشريعات الدول الإسلامية التي تستند على أحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم مسائل الأحوال الشخصية لا يمكنها تطبيق نظرية الأثر المخفق للنظام العام بشأن هذه المسائل ذلك أن قواعد الشريعة الإسلامية تلزم القاضي بتطبيقها دون التمييز بين ما إذا كان الأمر يتعلق بحق نشأ في بلد القاضي أو خارجه[1].

لهذا نجد أن الأخذ بفكرة الأثر المخفق للنظام العام في التشريعات العربية الإسلامية فيما يتعلق بمسائل الزواج المختلط نادر الحدوث، لأنه في حالة كون أحد الطرفين مسلما، يكون القاضي ملزما بتطبيق قانونه المستوحى من الشريعة الإسلامية ولا يغير في الأمر ما إذا كان هذا الحق أو ذلك قد نشأ في الخارج أو داخل إقليم قانون القاضي[2].

فلا يستطيع مثلا القاضي في الدول الإسلامية الاعتراف بآثار زواج نشأ في الخارج بين شخصين من نفس الجنس لتعارض ذلك مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية بخصوص الزواج بغض النظر عما إذا كان قد وقع مثل هذا الزواج داخل بلد القاضي أو خارجه[3].

وعموما فإن حقيقة اضمحلال مفهوم النظام العام أمام الحقوق المكتسبة في الخارج لا تؤخذ على إطلاقها، فهو يستعيد دوره في الحالات الخطيرة بوصفه صمام الأمان اللازم لحماية الأسس الجوهرية في المجتمع[4].

وحتى القضاء الفرنسي الذي يرجع له الفضل في بروز هذه النظرية لم يلتزم بتطبيقها بشكل مطلق في جميع أحكامه وبصفة دائمة، ذلك أنه لا يمكن تجاهل مقتضيات النظام العام حتى لو تعلق

---

[1] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 272.

[2] أنظر، مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، الجزائر ،2011-2012 2 2. 76.

[3] أنظر، محمد وليد هشام المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق جامعة الكويت، 2003 العدد 204 2. 174.

[4] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 258.

الأمر بحقوق نشأت في الخارج وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقرير الاعتراف أو عدم الاعتراف بهذه الحقوق آخذا في عين الاعتبار مدى تقبل وتسامح الرأي العام بشأن نفاذ هذه الحقوق المكتسبة في دولة القاضي[1].

ولهذا رفض القضاء الفرنسي الاعتراف ببعض آثار الزواج المتعدد المبرم في الخارج، كعدم جواز إجبار الزوجة الثانية على السكن في مقام الزوجية[2]. كما قضى بعدم أحقية الزوجة الثانية في طلب المساعدة الاجتماعية في فرنسا إلا إذا غادرت الزوجة الأولى بصفة نهائية الإقليم الفرنسي، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية حين رفضت في قرارها الصادر بتاريخ 1973/03/01 طلب المعونة الاجتماعية للزوجة الثانية لزوج جزائري بحجة أنه قد سبق للزوجة الأولى أن حصلت على هذا الحق[3].

ج- الأثر الانعكاسي للنظام العام

يثار هذا المفهوم الجديد للنظام العام في حالة ما أريد الاحتجاج بالحق الناشئ عن علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي في بلد آخر غير بلد قانون القاضي وغير قانون البلد الذي استبعد قانونه[4]. فهل يجوز للقاضي المطروح أمامه النزاع أن يعتبر من النظام العام في دولته ما يعتبر من النظام العام في دولة أخرى؟

فمثلا لو أريد إبرام زواج في دولة القاضي مع العلم أن القانون الواجب التطبيق يمنع قيام هذه العلاقة لمانع اختلاف اللون ويعتبر هذا المانع مخالف للنظام العام الوطني في حين يجيز قانون

[1] محمود وليد المصري، المرجع السابق، ص. 270؛ بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 201-202.

[2] Trib. Verssaille, 31 Mars 1965, cité par, BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, op.cit., p.582.

[3] محكمة النقض الفرنسية، 1973/03/01، مقتبس عن، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 628.

[4] FULCHIRON Hugues, NOURISSAT Cyril, TREPPOZ Edouard, op.cit., p.116.

القاضي إبرام مثل هذا الزواج. فمن المسلم به في هذه الحالة أنه لا يمكن الاحتجاج بالزواج في الدولة التي تنص على هذا المانع[1].

ولكن هل يمكن الاحتجاج به في دولة ثالثة لا تعتد بهذا المانع وتعتبره مخالف للنظام العام؟

ولكي يتضح مفهوم الأثر الانعكاسي للنظام العام نعرض القضية المتعلقة بزواج تم إبرامه في بلجيكا بين بولونيين مختلفين في الدين، تم الطعن في صحة هذا الزواج أمام القضاء البلجيكي مع العلم أن القانون البولوني المختص يستلزم لصحة الزواج اتحاد ديانة الزوجين، إلا أن القضاء البلجيكي استبعد القانون البولوني لمخالفته النظام العام في بلجيكا وقضى بصحة الزواج، وبتاريخ 1922/02/15 عرض ذات النزاع على محكمة (La Seine) فقضت هي الأخرى بصحة الزواج على اعتبار أن النظام العام في بلجيكا يشبه النظام العام في فرنسا[2].

والحقيقة أن مسألة إقرار الاحتجاج بالحق في البلاد الأخرى من عدمه يتوقف على مدى توافق المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام العام في الدولة الثالثة مع أسس النظام العام في بلد القاضي أو في البلد الذي استبعد قانونه. فمتى تواجد اشتراك قانوني بين الدولتين وتوافق مفهوم النظام العام في شأن هذا الحق، فلا مانع من الاعتراف به والأخذ في كلا البلدين بما يعتبر من النظام العام في البلد الآخر. أما إذا لم يوجد المشترك قانوني بين الدولة الثالثة ودولة القاضي واختلف النظام العام في الدولتين اختلافا جوهريا فلا يمكن الاحتجاج في الدولة الثالثة بالحق الذي نشأ في دولة القاضي[3].

---

[1] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 206-207.

[2] محكمة (a seine) 1922/02/15، مقتبس عن، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 157.

[3] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 206.

خامسا – تطبيقات الدفع بالنظام العام في مسائل الزواج المختلط

لما كان الزواج يرتبط في كل دولة باعتبارات دينية واجتماعية معينة، فإن مسائله تعد ميدانا خصبا لإثارة الدفع بالنظام العام لمنع تطبيق القانون المختص الذي يصطدم بالأسس الجوهرية والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع[1].

وطبقا لنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته قاعدة الإسناد إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام في الجزائر. ويترتب على ذلك أن الزواج قد يعتبر باطلا بالرغم من أنه وفقا للقانون المختص أصلا صحيحا، وبالعكس قد يصح بالرغم من أنه يعتبر باطلا وفقا للقانون المختص أصلا[2].

إن فكرة النظام العام هي فكرة وطنية كما أشرنا سابقا تختلف من دولة إلى أخرى فما يعتبر من النظام العام في إحدى الدول قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى. وإن هذه الفكرة تبرز بشدة في مسائل الزواج المختلط لذلك سنبين حالات إعمال الدفع بالنظام العام في شأن الزواج من طرف الدول الإسلامية (أ) ثم من طرف الدول غير الإسلامية (ب).

أ- إعمال الدفع بالنظام العام في مسائل الزواج من طرف الدول الإسلامية

تعتبر الشريعة الإسلامية هي المادة الخام التي تستند إليها غالبة الدول العربية لتنظيم شؤون الأسرة بصفة عامة والزواج بصفة خاصة لذلك تحمل قوانين هذه الدول في طياتها مقاصد الشريعة الإسلامية التي تسعى لحماية صحة المجتمع ومنع التسيب في العلاقات الجنسية وصيانة حقوق المسلم[3].

[1] عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 300.

[2] منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص. 205.

[3] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 98.

وعلى هذا الأساس يتدخل النظام العام في هذه الدول لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يجيز للمسلم ما حرمته عليه الشريعة الإسلامية كأن يكون هذا القانون يجيز زواج المسلمة بغير المسلم، فهذا الزواج يعتبر شرعا باطلا بطلانا مطلقا[1] لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح أو الفاسد ويحكم القضاء ببطلانه من تلقائه أو بناء على طلب الزوجين أو ممن له مصلحة[2]، وذلك لورود النهي الصريح عنه بنصوص قطعية الثبوت والدلالة وذلك مصداقا لقوله تعالى: " ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا "[3].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها الصادر بتاريخ 1953/10/06 ببطلان زواج تركية مسلمة من بريطاني مسيحي لمخالفة هذا الزواج للنظام العام في مصر[4]. كما قضت نفس المحكمة في حكم لها بتاريخ 1952/05/13 ببطلان زواج إسرائيلية مسلمة من بريطاني مسيحي الديانة لمخالفة هذا الزواج النظام العام المصري[5].

فمن المقرر شرعا إذا أسلمت الزوجة وكان زوجها غير مسلم، فإنه يعرض عليه الإسلام فإن أسلم استمر الزواج. أما إذا رفض الإسلام فيجب التفريق بينهما لأن المسلمة لا تحل لغير المسلم[6]. وهذا ما أكده المجلس الأعلى الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 1982/02/06 حيث قضى بأنه: "حيث أنه مع اقتراض وجود هذا الزواج فإن عقده سواء كان عرفيا أو رسميا، يقع باطلا غير منعقد عملا بما هو مقرر شرعا من أنه يشترط لصحة الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا منها زواج المسلمة بغير المسلم وبالتالي إذا حدث هذا فإن القاضي ملزم بالتفريق بينهما"[7].

---

[1] Cf. CARLIER Jean - Yves, Autonomie de la volonté et statut personnel, BRUYLANT, Bruxelles, 1922, p.149.

[2] أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة ، الجزائر ،2007 . 57.

[3] سورة البقرة، الآية 221.

[4] محكمة القاهرة الابتدائية، 1953/10/06، مقتبس عن ، إبراهيم محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 219.

[5] محكمة القاهرة الابتدائية، 1952/05/13، مقتبس عن ، عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 300.

[6] أنظر، الإمام أحمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الحكم العربي، القاهرة، ص. 268.

[7] مجلس أعلى، 1982/02/06، مقتبس عن، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 217.

كما يستبعد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام الإسلامي إذا كان يبيح زواج المسلم بمشركة أو مرتدة أو ملحدة لقوله تعالى: " وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ.."[1]

كما يستبعد القانون الأجنبي الذي يجيز الزواج بين المسلمين بغير ولي أو شهود لأن القاعدة في الشريعة الإسلامية هي أنه:" لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل "[2].

وكذلك يستبعد القاضي القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا كان يجبر المرأة على الزواج دون رضاها أو كان يجيز الزواج المبرم تحت ضغط أو إكراه أو تدليس[3].

ويعتبر مخالفا للنظام العام القانون الأجنبي الذي يبيح الزواج بين المسلمين في فترة العدة أو يبيح زواج المحارم[4] وبالتالي يكون الزواج المبرم في الجزائر بين الأصول والفروع أو بين الأخ وأخته، أو بين العم أو الخال وابنة الأخ أو ابنة الأخت، أو بين الخالة أو العمة وابن الأخ أو ابن الأخت باطلا لمخالفته النظام العام الجزائري حتى ولو كان القانون الوطني للأطراف يسمح بذلك[5].

كما لا يسمح إطلاقا بتطبيق القانون الأجنبي الذي يجيز الزواج بين مثيلي الجنس[6]؛ لأن مثل هذا الزواج محرم شرعا وقانونا لما فيه من تعارض صارخ مع أسس وشروط ومبادئ تكوين الأسرة في المجتمعات العربية التي تسير وفق نهج الشريعة الاسلامية السمحاء. فالزواج في الجزائر وفي كافة الدول الاسلامية هو عقد بين شخصين مختلفي الجنس[7] وذلك على عكس المجتمعات الغربية التي أصبحت

---

[1] سورة البقرة، الآية 221.

[2] أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص. 107-108.

[3] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص. 283.

[4] محمد حمدي بهنيس، المرجع السابق، ص. 139.

[5] فقد نصت المادة 25 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" المحرمات بالقرابة هن: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت".

[6] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد: لمرجع السابق، ص. 249؛ محمود وليد المصري، المرجع السابق، ص. 134-135.

[7] Cf. TCHOUAR Djilali, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, O.P.U, Alger, 2004, p.113.

تجيز اليوم الزواج بين شخصين من نفس الجنس تحت شعار "الزواج للجميع" وفي مقدمتها المشرع الفرنسي الذي رخص الزواج لمثيلي الجنس من خلال المادة 202 –1 فقرة 2 من القانون المدني[1].

هذا ويذهب القاضي في الدول الإسلامية إلى استبعاد القانون الأجنبي الذي يؤدي تطبيقه إلى المساس بحقوق المسلم أيا كانت جنسيته، فالقواعد والأحكام الخاصة برعاية حقوق المسلمين تعد في هذه الدول من المبادئ الأساسية التي يجب صونها وحمايتها وعلى ذلك يستبعد باسم النظام العام الإسلامي أي قانون أجنبي يمنع عن المسلم ما هو جائز ومباح حسب الشريعة الإسلامية كأن يمنع هذا القانون تعدد الزوجات[2].

وتطبيقا لذلك استبعد القضاء المصري القانونين الانجليزي واليوناني لمنعهما تعدد الزوجات وقضي بصحة الزواج الثاني المبرم بين زوج انجليزي مسلم وزوجته الثانية اليونانية[3].

ويعد مخالفا للنظام العام في الدول الإسلامية الشرط الذي يرد في بعض القوانين الأجنبية بحظر زواج المسلم بالكتابية، فيصح شرعا زواج المسلم من مسيحية أو يهودية لكن لا يستطيع المسلم الزواج بامرأة لا ديانة لها[4]. وتطبيقا لذلك اعتبر القضاء المصري أن الزواج المبرم بين إنجليزي مسلم ويونانية مسيحية يعد صحيحا وأن ما ورد في القانون اليوناني بحظر هذا الزواج يعد مخالفا للنظام العام في مصر[5].

---

[1] Le nouvel article 202-1, alinéa 2 du code civil dispose que « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel a son domicile ou sa résidence le permet ». Cf. FULCHIRON Hugues, Le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière international, ENTRETIEN, Recueil Dalloz-7 novembre 2013- n°38, p.2576.

[2] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج ...، المرجع السابق، ص. 140.

[3] حكم منشور في مجلة التشريع والقضاء ، العدد 01، رقم 19 .357، مقتبس عن، صلاح الدين جمال الدين ، فكرة ...، المرجع السابق، ص. 56.

[4] Cf. MOSALLEM Ahmed, L'ordre public devant le juge égyptien, Le caire, 1950, p.132.

[5] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 68.

كما يستبعد القانون الأجنبي في الدول الإسلامية لمخالفته النظام العام إذا كان يمنع الزواج بين الأقارب وتطبيقا لذلك رفضت محكمة النقض المصرية اعتبار زواج الرجل بابنة خالته يتعارض مع النظام العام في مصر[1].

وبالإضافة إلى تدخل النظام العام في الدول العربية الإسلامية بهدف حماية حقوق المسلمين فهو يتدخل كذلك لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع مبادئ الحرية والمساواة[2]، كالقانون الذي يقرر مانعا من الموانع بسبب اعتبارات عرقية أو عنصرية كاختلاف اللون أو الجنس أو بسبب الرق[3] هذا ويستبعد القانون الأجنبي إذا كان يمنع الزواج بسبب اختلاف المركز الاجتماعي للزوجين كحظر زواج الأمراء والنبلاء عن غيرهم، أو كان يمنع زواج الدبلوماسيين والقناصل من أجنبيات.

كما يستبعد القانون الأجنبي إذا كان يحظر الزواج بسبب مرض أحد الزوجين كالقانون السويسري، بحيث لا يطبق القاضي المسلم القانون الأجنبي الذي يشترط لصحة الزواج أن يكون الزوجان في صحة تامة. فإذا أرادت امرأة تتمتع بجنسية هذه الدولة أن تتزوج من شخص معتل الصحة في ليبيا مثلا، فإن هذا الزواج يكون صحيحا لأن هذا الشرط يخالف الأخلاق والتقاليد الليبية بطريقة أساسية[4].

وعليه إذا توافرت إحدى مقتضيات النظام العام على هذا النحو فان للجهة المختصة بإبرام الزواج أو توثيقه الامتناع عن إتمام الزواج إذا وجد على سبيل المثال مانع كصلة قرابة محرمة ويتعين عليها كذلك استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وإتمام الزواج في حالة ما إذا كان ذلك القانون يفرض مانعا من الزواج لا يعترف به القانون الوطني كما لو منع هذا القانون مثلا زواج المسلم بغير

---

[1] محكمة النقض المصرية، 1972/04/12، مقتبس عن أحمد إبراهيم أحمد، المرجع السابق، ص. 222.

[2] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 268.

[3] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص. 283.

[4] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص.122.

مسلمة أو منع تعدد الزوجات. فيمتنع القاضي في هذه الحالات عن تطبيق القانون الأجنبي للزوج أو الزوجة وإحلال القانون الوطني محله والقضاء بصحة أو ببطلان الزواج على حسب الأحوال إذا ما توافرت حالة من الحالات المشار إليها سابقا [1].

ومما سبق نستنتج أن القانون الأجنبي واجب التطبيق على الزواج وآثاره يعد متعارضا مع النظام العام في الدول الإسلامية متى توافر شرطان:

- **الأول**: أن يتعلق الأمر بأحد المسلمين.
- **الثاني**: أن يخالف القانون الأجنبي أحكام الشريعة الإسلامية[2].

وعليه، إذا تعلق الأمر بزواج غير المسلمين فيستطيع القاضي الأخذ بما يرد في القانون الأجنبي المختص من موانع مبنية على القرابة أو العدة، فيصبح الزواج بينهم ولو قام عندهم مانع من القرابة أو العدة مم تقضي به الشريعة الإسلامية[3].

هذا وقد رأى جمهور رجال الفقه الإسلامي بأن نكاح غير المسلمين بغير شهود أو بغير ولي يعد صحيحا في نظر الإسلام متى كان له هذا الوصف في شرائعهم وقول بعض هؤلاء الفقهاء بأن نكاح غير المسلمين في العدة يعد صحيحا في نظر الإسلام متى كان هذا النكاح جائز في شرائعهم لا يعدو أن يكون أمرا موجها إلى القاضي المسلم بالرجوع إلى شرائع غير المسلمين في شأن تقرير صحة أو بطلان مناكحاتهم[4].

---

[1] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص. 283.

[2] أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص. 108.

[3] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 205.

[4] أنظر، عنايت ثابت، أساليب فض تنازع القوانين ذي الطابع الدولي في الإسلام، المجلة المصرية للقانون الدولي، مصر، 1997 العدد 553 2. 14.

ب- إعمال الدفع بالنظام العام في مسائل الزواج من طرف الدول غير الإسلامية

في فرنسا تعد الشروط الموضوعية للزواج من المسائل التي تمس صميم النظام العام[1] لإعمال فكرة النظام العام فيما يتعلق بالشروط التي يستلزمها القانون الأجنبي لإبرام الزواج يجب التمييز بين نوعين من الشروط[2].

- النوع الأول: الشروط المعروفة في القانون الفرنسي لكنها منظمة فيه تنظيما مختلفا عن تنظيم القانون الأجنبي لها

فإذا كانت هذه الشروط في القانون الأجنبي أكثر تشددا عنه في القانون الفرنسي، فإن ذلك لا يشكل مخالفة للنظام العام الفرنسي كما لو كان القانون الأجنبي يشترط بالنسبة لسن الزواج سنا أعلى من السن الذي يشترطه القانون الفرنسي. أما إذا كانت الشروط أقل تشددا في القانون الفرنسي كما لو اشترط القانون الأجنبي سنا للزواج أقل من السن التي يشترطها القانون الفرنسي، فإن ذلك يعد مخالفة للنظام العام[3].

- النوع الثاني: هي الشروط غير المعروفة في القانون الفرنسي

والمبدأ السائد بشأنها أنه لا يعتد بالشروط التي يؤدي تطبيقها إلى المساس بالنظام الاجتماعي القائم على مبدأ أحادية الزوجة وحرية الزواج وعلمانيته. وعلى هذا الأساس يعتبر مخالفا للنظام العام الفرنسي القانون الأجنبي الذي يبيح تعدد الزوجات[4] لأن الزواج المتعدد مخالف للنظام العام

[1] REGNAULT Pierre, op.cit., p.178 ; DEREPPE Jean, op.cit. , p.88 ; WEISGERBER Marcel, op.cit., p. 95,96.
[2] Cf. BISCHOFF Jean Marc, Mariage, Rép , internat , J.C.P , 1998, Tome II, 1999-2, Dalloz , p.12.
[3] LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit. , p. 310.
[4] Selon L'article 147 du code civil français « On ne peut contracter un second Mariage avant la dissolution du premier » Cf. RUBELLIN- DEVICHI Jacqueline, Droit de la famille, Dalloz, Paris, 2001, p. 29.

الفرنسي[1]. والقانون الذي يمنع الزواج بسبب اختلاف ديانة الزوجين أو بسبب اختلاف الطبقة الاجتماعية[2] وأيضا القانون الذي يشترط خلو الزوجين من الأمراض جسمانية كانت أم فعلية [3].

كما يستبعد القاضي الفرنسي القانون الأجنبي الذي يمنع الزواج من مطلق كالقانون الإسباني الذي كان يمنع قبل صدور قانون 07 جويلية 1981 زواج الإسبان مع المرأة المطلقة[4]. وكما أن القانون الفرنسي لا يأخذ بالاختلافات العرقية أو اللونية، وأي قانون يقرر هذه الاختلافات يعتبر مخالفا للنظام العام الفرنسي[5]. وعليه، فإن أي قانون أجنبي يمنع الزواج على أسس دينية أو سياسية أو عرقية يعد مخالفا للنظام العام الفرنسي وبذلك يستبعد القضاء الفرنسي أي قانون أجنبي يمنع زواج الكهنة، الأمراء[5] والدبلوماسيين[6].

وفي بلجيكا يعتبر معارضا للنظام العام أي شروط تقيد من حرية الزواج المقررة في بلجيكا. وذلك مثل موانع الزواج المبنية على أسس دينية أو عرقية كمنع رجال الدين من الزواج أو منع الزواج بسبب الاختلاف في الدين[7].كما يستبعد القضاء البلجيكي باسم النظام العام أي قانون أجنبي يسمح بالزواج المتعدد حيث نصت المادة 147 من القانون المدني البلجيكي على أنه: " لا يمكن عقد زواج ثاني قبل حل الزواج الأول"[8].

وبالإضافة إلى القانون البلجيكي تعتبر كل القوانين الغربية نظام تعدد الزوجات نظام منبوذ وغير معترف به ويستبعد بالتالي باسم نظامها العام كل قانون يسمح بالزواج المتعدد. ومن ذلك

---

[1] Cf. BOURDRLOIS Béatrice, Le mariage polygamique en droit international privé français, Thèse doctorat d'Etat, Tome 1, Université de Pantheon-Assas (Paris 2), 1991, p.145.

[2] Cf. GARIN Joseph, Validité du mariage en droit romain et en droit international moderne, Thèse doctorat, Faculté de droit de Paris, Imprimerie de A. PARENT, Paris, 1876, pp. 254-265.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.236.

[4] BISCHOFF Jean Marc, op.cit., p. 10.

[5] MOSALLEM Jean, op.cit., p. 133 ; GARIN Joseph, op.cit., p.262.

[6] DERRUPPE Jean, op.cit. , p. 88.

[7] إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.218-219.

[8] Cf. POULLET Le Vicomte, Manuel de Droit international privé Belge, Troisième édition, Librairie Judiciaire polydorépée, BELGIQUE, 1947, p.406.

القانون الانجليزي الذي يعتبر أن الزواج اتحاد طوعي من امرأة واحدة ورجل واحد، لذلك تتدخل المحاكم الانجليزية لمنع أي زواج يخرج عن نطاق هذا التعريف[1].

كما تنص المادة 101 من قانون الالتزامات السويسري على أن كل شخص يرغب في الزواج بامرأة ثانية عليه أن يثبت قبل ذلك انحلال الزواج بالمرأة الأولى. وأيضا القانون الألماني حيث تنص المادة 1326 من القانون المدني على بطلان الزواج الذي يتم بين زوجين يكون أحدهما يعيش مع الغير ضمن عقد زواج صحيح[2]. وتبنى القانون السويدي ذات الموقف بخصوص تعدد الزوجات حيث نصت المادة 04 من قانون الأسرة على عدم جواز تعدد الزوجات[3].

ويترتب على عدم اعتراف هذه الدول بنظام تعدد الزوجات الذي تأخذ به العديد من قوانين الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية[4] منع المسلم من إبرام عقد زواج ثان في هذه الدول ولو كان

---

[1] Cf. MORRIS J.H.C., D.C.L,F.B.A, Cases on private international law ,Fourth édition , OXFORD at the clarendon press, 1968, p. 89.

[2] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق، ص.81.

[3] أنظر، منذر الفضل، نظام الأسرة في القانون السويدي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 01 .310.

[4] وقد اختلفت الدول العربية بشأن هذا النظام، فمنها من تقيده بالعدد فقط كالمملكة العربية السعودية، الكويت، اليمن، السودان، ودول أخرى تجيزه ولكن تصنع قيودا مشددة عليه كما هو الشأن في المغرب، سوريا والعراق. أما تونس فمنعت تعدد الزوجات واعتبرته جريمة يعاقب عليها القانون من خلال الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية. أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 82-83.

وقد تبنى المشرع الجزائري الأساس الذي يأخذ به القانون الاسلامي في هذا المجال فأجاز تعدد الزوجات لكنه ربطه بشروط عدة من شأنها أن تعمل على تقليص حالات الزواج المتعدد في الجزائر، حيث ألزم المشرع من يريد الزواج بأكثر من امرأة أن يخبر الزوجة السابقة ويحصل على موافقتها، وأيضا المرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية، كما يجب عليه إثبات المبرر الشرعي الذي جعله يقدم على الزواج مرة أخرى بالإضافة إلى إثبات قدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، حيث نصت المادة08 من قانون الأسرة على أنه:" يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الاسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية ".

كما أجاز المشرع للمرأة من خلال المادة 19من قانون الأسرة أن تدرج في عقد زواجها شرط عدم تعدد الزوجات.

TCHOUAR Djilali, op.cit., pp.115-122.

قانون جنسيته يجيز له ذلك[1]. ولهذا نجد النظام العام الفرنسي يتدخل لإبطال كل زواج يبرم في فرنسا ينهك حظر تعدد الزوجات[2].

فقد استبعدت المحاكم الفرنسية في عدة حالات القوانين الأجنبية التي تعترف بنظام تعدد الزوجات بحجة تعارضه مع النظام العام الفرنسي[3] ومن ذلك ما حكمت به محكمة استئناف باريس عند ما قضت ببطلان زواج متعدد بين فرنسية وكمروني رغم اعتراف القانون الكمروني بنظام تعدد الزوجات[4]. وقد منعت نفس المحكمة مغربي من إبرام عقد زواج ثاني بفرنسا واستبعدت القانون المغربي ورفضت تطبيقه لتعارض تعدد الزوجات مع المفاهيم الأساسية للقانون الفرنسي[5].

ويطبق مبدأ وحدة الزوج في فرنسا على المرأة والرجل معا) فلا يجوز أن يكون للزوج أو الزوجة أكثر من شريك في آن واحد[6].كما يعتبر القانون الفرنسي تعدد الزوجات جنحة بحيث يعاقب القانون الزوج والموظف العام الذي يسمح بانعقاد الزواج المتعدد مع علمه بوجود زواج سابق عليه غير منحل[7]. وتطبيقا لذلك حكم القضاء الفرنسي على زوج جزائري تزوج مرة ثانية بفرنسا بغرامة مالية قدرها 500 فرنك فرنسي[8].

كما يتدخل النظام العام الفرنسي لرفض منح أي أثر للزواج المبرم خارج فرنسا والذي يتعارض مع الأسس الجوهرية للمجتمع الفرنسي[9]. كالزواج المتعدد فلا يعترف بآثار هذا الزواج بمواجهة الزوجة الفرنسية[10]. في حين أنه يعترف بآثار هذا الزواج إذا لم تكن الزوجة فرنسية[11].

---

[1] BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, op.cit., p. 574.
[2] MAYER Pierre, HEUZE Vincent, op.cit., p. 401.
[3] VIGNAL Thierry, op.cit., p. 165.
[4] Cass. civ.17 Février 1982,

مقتبس عن أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 234.

[5] Paris, 2 Avril 1956, cité par, LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit. , p. 367.
[6] Cf. CORNU Gérard, Droit civil, la famille ,7 éme édition, Paris, 2001, p. 295.
[7] FADLALLAH Ibrahim, op.cit., p. 2-3, N°09.
[8] Paris, 8 Avril 1987, cité par, RUBELLIN DEVICHI Jacqueline, op.cit., p. 30.
[9] Cf. WIGNY Pierre, BROCKEL BANK W, J., Exposé du droit international privé Américain, Libraire du RECUEL, SIREX, Paris, p. 192.

[10] وفي هذا السياق قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1988/07/06 أن النظام العام الفرنسي يعارض زواج ثاني يبرم في الخارج ولا ينتج آثاره في مواجهة الزوجة الأولى الفرنسية.

Cass. civ, 06/07/1988, cité par, RUBELLIN- DEVICHI Jacqueline, op.cit., p. 87.

[11] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 263.

وفي إطار الأثر المخفق للنظام العام سمحت محكمة النقض الفرنسية للزوجة الثانية التونسية بالمطالبة بحقها في النفقة اتجاه زوجها وفقا للقانون التونسي على أساس أن علاقة التعدد نشأت خارج التراب الفرنسي أي تمت علاقة الزواج الشرعي الثاني بتونس[1].

وإذا كانت كل الدول الإسلامية تمنع زواج المسلمة بغير مسلم، فإن هذا المانع لا يؤخذ به في فرنسا لتعارضه مع مبدأ الحرية الشخصية. لذلك يستبعد القضاء الفرنسي القانون الأجنبي الذي ينص على هذا المانع[2]. ومن ذلك استبعاده للقانون المغربي الذي لا يسمح بانعقاد الزواج بين المسلمة وغير المسلم[3].

هذا وتعتبر موانع القرابة من النظام العام الفرنسي، فطبقا للقانون المدني الفرنسي لا يجوز للخال أن يتزوج ابنة أخته[4]. فإذا كان القانون الأجنبي يجيز هذا الزواج كما هو شأن القانون الألماني، فإن القاضي الفرنسي سوف يستبعد هذا القانون ولا يسمح بانعقاد هذا الزواج.

وبالإضافة إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط لتعارضه مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي، هناك مانع آخر يؤدي بدوره إلى استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق ألا وهو الغش نحو القانون، أو التحايل على القانون.

[1] أنظر، قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1963/02/19 في قضية شموني.

[2] Trib. civ. Seine 15 Février 1922, cité par, LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit. p .309.

[3] Paris, 09 Juin 1995, cité par, GUTMAN Daniel, op.cit., p.140.

[4] L'article 163 du code civil Français dispose que: « Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ».

الفرع الثاني

الدفع بالغش نحو القانون

يتحقق الغش نحو القانون عن طريق قيام أحد الخصوم بتغيير ضابط الإسناد بهدف نقل الاختصاص التشريعي من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى[1] بغرض التهرب من أحكام القانون صاحب الاختصاص الأصلي والذي يحول دون تحقيق رغبات الخصم[2]، والتوصل إلى تطبيق القانون الأنفع الذي يحقق مصلحته الشخصية[3]. كأن يسمح هذا الأخير مثلا بإنشاء علاقة أو مركز قانوني لم يكن يسمح بإنشائه القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة[4]، أو كان هذا الأخير يتطلب شروط أو إجراءات أكثر شدة، أو وقتا طويلا أو جهود كبيرة، أو نفقات أو ضرائب أو رسوم باهضة[5].

ولتوضيح ذلك، سنتطرق إلى تحديد مفهوم الدفع بالغش نحو القانون (أولا)، وبيان شروطه (ثانيا)، وآثاره (ثالثا).

أولا– مفهوم الدفع بالغش نحو القانون

قد تتعارض مصالح الأفراد مع نصوص القانون المختص أصلا بحكم الزواج المختلط وآثاره فيعمدون إلى التحايل عليه بإيجاد مراكز قانونية مصطنعة للخلاص من قانون دولة لتصبح العلاقة من

---

[1] Cf. AUDIT Bernard, J' AVOUT Louis, Droit international privé, Economica, Paris, 2013, p. 268 ;
حسن الهداوي، المرجع السابق، ص .195؛ عبده جميل غصوب، محاضرات...، المرجع السابق، ص. 116؛ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 281.

[2] سعيد يوسف البستاني، القانون ... . .. 181.

[3] أنظر، نادية فضيل، الغش نحو القانون، ط.2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2005 . 52؛ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 754.

[4] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 216.

[5] غالب علي الداودي، المرجع السابق6 2. 20.

اختصاص قانون دولة أخرى تكون نصوصه أكثر تحقيقا للنتائج المتوخاة. ويعمد ذوو المصلحة في ذلك إلى تغيير عناصر العلاقة القانونية كي تصبح خاضعة لقانون آخر غير القانون المختص بحكمها. ويحدث هذا التغيير في القانون بتغير الجنسية أو الموطن، فمن حق كل شخص أن يغير جنسيته أو يغير موطنه ليكون عمله قانونيا لا غبار عليه، إذا لم تكن وراءه أية نية للتحايل على بعض القوانين الآمرة. أما إذا كان المقصود من تغيير الجنسية أو الموطن، الإفلات من القانون الواجب التطبيق فلا يكون للتغير أي أثر في البلد المراد التحايل على قانونه.

وعليه، يتحقق الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين من خلال التغيير العمدي الإرادي لضابط الإسناد من ذوي المصلحة بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم المراكز القانونية[1]. ومن ثم وضع أنفسهم بشكل مصطنع تحت سلطة قانون آخر يتوافق مع مصالحهم بصورة أفضل[2].

فقد عرف الأستاذ موسى عبود الغش نحو القانون بأنه: " استعمال الشخص بعض الوسائل المشروعة ظاهرا ليتمكن من إنجاز أفعال قانونية لم يكن يسمح بإنجازها القانون المختص، فمن ذلك تغير الجنسية أو الدين أو الموطن من أجل غرض معين"[3].

بينما عرفه الأستاذ عبده جميل غصوب على أنه:" التغيير الإرادي والمقصود لضابط الإسناد بهدف التهرب من تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية إحلال قانون آخر

[1] La cour du cassation française a jugé que il y a une fraude de la loi lorsque : « les parties ont volontairement modifié un rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente ». Cass. civ., 1 ere, 17 mai 1983. Cité par. BUREAU Dominique, MUIR WAT Horatia T, Droit international privé, tome 1, 3 édition, Thèmis droit puf, 2014, p.496.

[2] حسن الهداوي ، المرجع السابق، ص. 196.

[3] أنظر، موسى عبود ، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط.1، المركز الثقافي العربي، 1994 6 1. 216.

بدلا منه، من شأنه – أي من شأن هذا التغيير الإداري والمقصود – تحقيق الغاية التي يحصل التغيير بسببها"[1].

كما عرفه الأستاذ أمين رجا رشيد داوس بأنه " اتباع وسائل مشروعة للوصول إلى تطبيق قانون آخر غير الذي عينته قاعدة الإسناد وذلك بتغير وصف العلاقة القانونية محل الاهتمام أو بتغير ضابط الإسناد كتغير الجنسية أو الموطن وما يترتب عليه من تغير للقانون الشخصي"[2].

ويتم إعمال الغش نحو القانون في مسائل الزواج المختلط إذا لجأ أحد الطرفين قبل الزواج أو بعده إلى التلاعب في العناصر الواقعية لتحديد القانون الواجب التطبيق ليستبدل القانون المختص بالقانون الأكثر ملاءمة لتحقيق مصالحه كما لو غير ديانته أو موطنه أو جنسيته[3].

وعليه فإن الغش نحو القانون في مسائل الزواج المختلط يكون عن طريق تغيير أحد الزوجين عن قصد ضابط الإسناد الذي يحكم الزواج بغية الهروب من تطبيق أحكامه، كما لو كان قانون جنسية الزوج مثلا لا يسمح بإبرام عقد الزواج. فقد يعمد الزوج في هذه الحالة إلى تغيير جنسيته لكي يتوصل إلى تطبيق قانون يسمح له بذلك. كذلك قد يستلزم قانون دولة معينة شكلا خاص لإبرام الزواج فينتقل الطرفان إلى دولة أخرى تهربا من هذا الشكل وسعيا وراء تطبيق قانون آخر أكثر تحقيقا لمصالحهم.

لقد عرفت نظرية الغش نحو القانون في جل الأنظمة القانونية المعاصرة[4]. كما تبناها فقه القانون الدولي الخاص ومؤتمرات دولية عديدة وأصبحت واحدة من مبادئ القانون الدولي الخاص.

---

[1] عبده جميل غصوب، محاضرات ...، المرجع السابق، ص. 118.

[2] أمين رجا رشيد داوس، المرجع السابق، ص. 247.

[3] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص. 170.

[4] بحيث نص عليها القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1978 في المادة 15 منه، القانون المدني المكسيكي المعدل في 1987 في المادة 15 فقرة 01 منه، القانون المدني الاسباني المعدل في 1974 في المادة 4/12 منه ، و القانون التونسي حيث نص الفصل 30من مجلة القانون الدولي الخاص

كما استقر عليها القضاء الفرنسي منذ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ: 1878/03/18 في قضية الأميرة "دي بوفرمون" [1] « De Bauffremont »

والملاحظ هو أن القضاء الفرنسي خاصة محكمة النقض، قد أبطلت جميع عقود الزواج التي تمت بقصد التهرب من أحكام المادة 170 مدني فرنسي التي نصت على أنه:" الزواج المبرم في الخارج بين فرنسيين أو بين فرنسيين وأجانب يكون صحيحا متى تم طبقا للشكل المطلوب في البلد الذي تم فيه، بشرط أن يكون الإعلان عنه تم طبقا لما تقضي به المادة 63 بالنسبة إلى الأعمال التي تدخل في إطار الحالة المدنية"[2].

كما نص مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي على نظرية الغش نحو القانون في المادة 47 منه حيث قضت بأنه :" لا يجوز التمسك بمركز قانوني نشأ طبقا لقانون أجنبي لم ينعقد اختصاصه إلا غشا نحو القانون الفرنسي"[3].

وتبنى المشرع الجزائري هذه النظرية بعد تعديله وتتميمه للقانون المدني سنة 2005 حيث نصت المادة 01/24 المعدلة منه على أنه:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا ... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

ثانيا – شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون شرطان أحدهما يكتسي طابعا ماديا والآخر طابع معنوي[4].

التونسية لسنة 1998 على أنه: " يكون التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر الوضعية القانونية الواقعية بغية تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة . إذا توافرت شروط التحايل على القانون، فلا عبرة بتغير عنصر الإسناد ".

[1] Cass. civ. ,18 Mars 1878, cité par, BISCHOFF Jean- Marc, op.cit., p. 152 ; LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit., p. 32.

[2] Art 170 du code civil français dispose que : « Le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre fiançais et étranger sera valable s' il a été célébré dans les formes usitées dans le pays ,pourvu qu'il été précédé de la publication prescrite par l'article 63 au titre des actes de l'état civil ».

[3] زيروتي الطيب، القانون الدولي ...، المرجع السابق، ص. 289.

[4] BISCHOFF Jean-Marc, op.cit., pp.154-155.

أ– الشرط المادي: تغيير ضابط الإسناد

يشترط لإعمال الدفع بالغش أن يقوم أحد أطراف العلاقة بتغيير الضابط الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق[1]. وهذا يستلزم أن يكون ضابط الإسناد من الضوابط التي يمكن للإرادة أن تتدخل لتغييرها كالجنسية أو الموطن[2].

والتغيير في هذه الضوابط يترتب عنه بالضرورة تغيير في القانون الواجب التطبيق[3]. فتغيير الجنسية مثلا ينجم عنه تغيير القانون الشخصي في الدول التي تسند مسائل الأحوال الشخصية – ومنها الزواج المختلط وآثاره – إلى قانون الجنسية. فقد يعمد الأفراد إلى اكتساب جنسية جديدة تتلاءم أحكامها مع الهدف المراد تحقيقه[4]، كأن يغير أحد الزوجين جنسيته لمجرد التهرب من أحكام قانون الجنسية القديمة والاستفادة من أحكام قانون الجنسية الجديدة[5]. وذلك إذا كان قانون الجنسية القديم مثلا يشدد في شروط الزواج الموضوعية أو الشكلية، أو كان يمنع إبرام الزواج فقد تلجأ الزوجة المسلمة التي يمنع قانون جنسيتها الأصلية الزواج بغير مسلم إلى تغيير جنسيتها من أجل تجنب المنع الوارد في قانونها الوطني واكتساب جنسية أخرى يجيز قانونها زواج المسلمة بغير المسلم. وبالمثل قد يلجأ الزوج المسلم الذي يمنع قانون جنسيته تعدد الزوجات إلى تغيير جنسيته بجنسية دولة يبيح قانونها تعدد الزوجات[6].

---

[1] Cf. ARMINJON .P, Précis de droit international privé, Troisième édition, Librairie DALLOZ, Paris, 1947, p .265 ; MONEGER Françoise, op.cit., p.51.

[2] محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 524؛ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 394؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 218.

[3] عبده جميل غصوب، محاضرات ...، المرجع السابق، ص. 920.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 294؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص .219–220.

[5] سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص. 855.

[6] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 82.

وبالمثل يؤدي تغيير الموطن باعتباره من الضوابط التي يسهل تغييرها إلى تغيير القانون الشخصي في النظم التي تسند الأحوال الشخصية وعلى رأسها الزواج المختلط لقانون الموطن[1] كالدول الأنجلو أمريكية. فيكمن للزوجين تغيير موطنهما – ويعد هذا أقل صعوبة من تغير الجنسية – من أجل الهروب من قانون الموطن الأول[2] إذا كانت أحكامه غير متفقة مع مصالحهما 25 الاستفادة من أحكام قانون الموطن الثاني التي تتلاءم ومصالحهما الخاصة[3].

وكما يؤثر تغيير كل من الموطن والجنسية عن طريق التحايل في استبدال القانون الشخصي، فإن تغيير الديانة أو اعتناق الإسلام بقصد التهرب من القانون المختص وتحقيق مآرب معينة قد يؤدي إلى النتيجة ذاتها إذا كان قانون الدولة يعلق آثار على هذا الجانب[4] خاصة في الدول التي تجعل من الصفة الإسلامية في شخص كل من الزوجين ضابطا للإسناد[5].

وبالرغم من ذلك، فإن القضاء والفقه في بعض البلدان الإسلامية يتجاهل نظرية الغش نحو القانون، عندما يتعلق الأمر بالسعي نحو تغيير الاختصاص التشريعي من خلال اعتناق الإسلام. وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري الذي قرر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الأجانب حتى ولو تبين أن اعتناق الإسلام لم يكن إلا بغرض الإفلات من الأحكام المقررة في قانونهم الوطني[6].

ويرجع ذلك أساسا إلى أن الدين في الدول الإسلامية يعد من النظام العام، كما أن كل ما يتعلق بالدين يعد مسألة نفسية باطنية، لا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر

---

[1] AUDIT Bernard, La fraude de la loi, DALLOZ, Paris, 1974, p. 126.
[2] WIGNY Pierre, BROCKELBANK W.J , op.cit., pp. 184-185.
[3] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 220.
[4] زروتي الطيب، القانون الدولي ...، المرجع السابق، ص.294.
[5] أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص. 274.
[6] هذا الاجتهاد القضائي مقتبس عن، سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص. 191.

الرسمية[1]. فيكفي لاعتناق الإسلام والتمتع بالحقوق المقررة للمسلمين النطق بالشهادتين ولا يجوز للقضاء البحث عن الدوافع التي كانت وراء تغيير الديانة حتى ولو كان الشخص يرغب في تحقيق مكاسب معينة من وراء اعتناق الإسلام[2].

بالإضافة إلى ذلك وباعتبار أن معظم التشريعات قد أخضعت الشروط الشكلية للزواج لقانون محل الإبرام "قاعدة لوكوس" وجعلتها قاعدة اختيارية إذ يمكن للأفراد إبرام عقود زواجهم إما وفقا للشكل المحلي لقانون بلد الإبرام وإما وفقا لأحكام القانون الشخصي. فقد يعمد الأفراد إلى إخضاع شكل الزواج لقانون المحل تهربا من أحكام القانون الوطني[3] لأنه مثلا يتطلب إجراءات أكثر صعوبة لكي ينعقد الزواج صحيحا،كأن يفرض على الزوجين إتباع إجراءات شهر الزواج حتى ينعقد صحيحا من الناحية الشكلية.

وقد نادى الفقه التقليدي في هذه الحالة بتطبيق قاعدة الغش يفسد كل شيء، بحيث يرى الفقيه جان فويت « Jean Voet » بأن تطبيق قاعدة لوكيس يجب أن يتوقف في حالة الغش فلا يستفيد صاحب هذا التصرف من أي امتياز عقابا له على سوء نيته. كما يرى الفقه المعاصر الغالب أن التصرفات التي أنشأت في الخارج وكانت مشوبة بنية الغش لا يمكن أن تنتج أي أثر[4] فيحق

---

[1] وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1936/12/03 حيث قضت بأنه :" الاعتقاد الديني مسألة نفسية محضة لا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا من المظاهر الرسمية ، فمتى غير إنسان دينه أو مذهبه فلا يخضع من وقت التغير إلا لأحكام هذا الدين الجديد أو هذا المذهب الجديد". أنظر، محكمة النقض المصرية، 1936/12/03، مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج ، المرجع السابق ، ص. 1723.

[2] غالب علي الداوودي ، المرجع السابق، ص. 253-254؛ ممدوح عبد الكريم عرموش، المرجع السابق، ص. 207؛ زيروتي الطيب، القانون الدولي...، المرجع السابق، ط. 2. 2008 . .. 390.

[3] C. ORESCU Alexandre, Le mariage en droit international privé, Thèse doctorat, librairie de la société du recueil j-b, Sirey du journal du palais, Paris, 1908, p.374.

[4] نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص. 263-268.

للقاضي عندئذ أن يقوم باستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم شكل الزواج لأن اختصاصه كان نتيجة الغش نحو القانون[1].

ويشترط في تغيير ضابط الإسناد أن يكون:

- تغييرا حقيقيا فعليا لا صوريا.

- تغييرا مشروعا بإتباع طرق مشروعة [2].

- تغييرا إراديا أي أن يكون للإرادة دور في هذا التغير ، كما لو اكتسب الفرد جنسية جديدة عن طريق التجنس[3].

- تغييرا منتجا: من شأنه تعديل الاختصاص التشريعي[4].

ب- الشرط المعنوي: توافر نية الغش نحو القانون[5]

لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد ليتحقق الغش نحو القانون وإنما يجب أن يكون تغيير ضابط الإسناد بقصد الهروب من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة محل النزاع وجلب الاختصاص لصالح قانون آخر[6]. أي أن يكون تغيير ضابط الإسناد مقترنا بنية التحايل على

---

[1] هشام خالد ، المرجع السابق، ص. 449.

[2] عبده جميل غصوب، محاضرات ...، المرجع السابق، ص. 121؛ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 284.

[3] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص. 187.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 761.

[5] أنظر، جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج.13 2.7، المطبعة العالمية، القاهرة ، 21962 9 .96.

[6] LABORDE Jean Pierre, CHAILLE DE NERE Sandrine Sana, op.cit., pp.134-135 ;
إبراهيم احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 395.

القانون المختص أصلا وبصورة عادية لحكم النزاع[1] بغية تحقيق هدف لم يكن في الإمكان الوصول إليه وفقا لهذا الأخير[2].

فقيام أحد الزوجين بتغيير جنسيته مثلا لا يكفي لوحده لإعمال الدفع بالغش وإنما يجب أن يكون التغيير بقصد الهروب من القانون الواجب التطبيق أصلا على الزواج المختلط وتطبيق قانون آخر أكثر انسجاما مع المصالح الشخصية للزوجين. فتكون الرغبة في التملص من القانون صاحب الاختصاص الأصلي هي الباعث الرئيسي الذي أدى إلى تغيير الجنسية[3].

ولما كانت النية من الأمور الباطنية يصعب على القاضي الكشف عنها وإثباتها ولاسيما أن القاضي يتوقف عند الوقائع وليس النوايا[4]. إلا أن صعوبة إثبات نية الغش لا تعنى استحالته إذ يمكن للقاضي اكتشاف نية التحايل على القانون من خلال ظروف القضية وملابساتها واستعانته ببعض القرائن كالتلازم الزمني بين الإجراء المادي المتمثل في تغيير ضابط الإسناد، وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد فمثلا في قضية دي "بوفرمون" DE BAUFFREMONT » انكشفت نية الغش لديها بشروعها بإجراء التطليق من زوجها مباشرة بعد اكتسابها للجنسية الألمانية[5].

ثالثا– آثار أو جزاء الغش نحو القانون

للدفع بالغش نحو القانون أثران أحدهما سلبي والآخر ايجابي.

---

[1] Cf. FULCHIRON Hugues, NOORISSAT Cyril, TREPPOZ Edouard, DIVERS Alain, Travaux dirigés de droit international privé, 5 édition, lexis nexis, Paris, 2013, p.130.

[2] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 220.

[3] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 212.

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

[5] Cf. HOLLEAUX Dominique, FOYER Jacques, DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, Droit international privé, Masson, Paris, 1987, p. 233.

أ- الأثر السلبي

لقد اختلفت الآراء حول مدى الأثر السلبي المترتب على إعمال نظرية الغش نحو القانون، ويتجه الرأي الأول[1] إلى أن آثار الدفع بالتحايل على القانون هو عدم نفاذ النتيجة المبتغاة من وراء الغش[2]. وذلك عن طريق عدم الاعتداد بالتغيير الذي أجراه الأفراد وتطبيق القانون الأصلي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد بعد إغفال التغيير الحاصل على مستوى ضوابط الإسناد والأخذ بعين الاعتبار الضابط الأصلي قبل التغيير[3].

ونستنتج من ذلك أن جزاء الغش عند هذا الاتجاه يقتصر على النتيجة التي أراد الغاش تحقيقها دون الوسيلة[4]. وذلك لأن النتيجة هي التي تعتبر غير مشروعة4 أما الوسيلة – التجنس مثلا – فلا تنطوي على أي مخالفة للقانون[5].

وعلى هذا إذا قام شخص بالتجنس بجنسية جديدة وفقا للشروط المتطلبة قانونا. فيبقى هذا التجنس قائما وصحيحا. أما النتيجة المراد تحقيقها من وراء التجنس وهي الاستفادة من أحكام لا يسمح بها قانون الجنسية الأولى، كزواج المسلمة بغير المسلم أو تعدد الزوجات، فيقتضي إبطالها لأنها تمت بقصد التحايل على القانون.

---

[1] تزعمه أغلبية الفقهاء وعلى رأسهم الدكتور محمد كمال فهمي .محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 526 ؛ والأستاذ عز الدين عبد الله. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 568؛ والأستاذ إبراهيم احمد إبراهيم. إبراهيم احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 399.

كما سار القضاء الفرنسي نحو هذا الاتجاه، حيث اكتفت محكمة النقض الفرنسية في قضية السيدة "دي بوفرمون" بعدم الاعتداد بالتطليق في فرنسا، ودون التطرق إلى بطلان الجنسية الألمانية لأن الخوض في ذلك يؤدي إلى خلق مشكل قانوني يتمثل في التعدي على أحكام القانون الإداري الأجنبي. نادية فضيل الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص. 124.

[2] محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 526.

[3] Cf. DAVID Cyrille, La loi étrangère devant le juge du fond, libraire Dalloz, Paris, 1965, p. 75.

[4] موحند إسعاد، المرجع السابق، ص. 626.

[5] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 225.

وعلى عكس ما استقر عليه الرأي السابق، ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين وعلى رأسهم الأستاذ باتيفول BATIFFOL »» وأيده في ذلك الأستاذ " فؤاد عبد المنعم رياض" والأستاذة "سامية راشد" إلى أن أثر الغش يمس النتيجة والوسيلة على حد سواء[1]، فمن غير المتصور حسب هذا الاتجاه تجزئة العمل القانوني والاعتراف ببعض آثاره دون البعض الآخر[2] فما بني على باطل فهو باطل.

ومع ذلك يظهر بأن الاتجاه الأول أكثر منطقية فلا حاجة لإبطال الوسيلة كالتجنس مثلا مادامت الجنسية قد اكتسبت بطريقة شرعية ووفقا للشروط والاجراءات المتطلبة لاكتسابها وفقا لقانون الدولة المانحة. وبالتالي من المستحسن أن تقتصر آثار الدفع بالتحايل على القانون على تقرير عدم نفاذ النتيجة المبتغاة من وراء الغش، وذلك بإغفال التغيير الذي أجراه الأفراد وتطبيق القانون الأصلي الذي تشير إليه قاعدة الاسناد الوطنية، أي الأخذ بعين الاعتبار الضابط الأصلي قبل التغيير.

ب- الأثر الايجابي

باستبعاد القانون الذي سعى الأطراف إلى تطبيقه غشا ينشأ فراغ قانوني يتعين سده بإعادة الاختصاص إلى القانون الذي أرادوا التهرب من أحكامه. وفي ذلك درء للاعتداء على قاعدة التنازع

[1] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.225.

[2] محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 527.

الوطنية وإعادة لسلطانها بتطبيقها على النحو الذي كان يجب أن تطبق عليه لو لم يحدث تغيير أو تلاعب بضابط الإسناد فيها[1].

وبهذا يتضح أن أثر الدفع بالغش هو أثر حلولي أو استبدالي يسمح للقانون المختص أصلا بالحلول محل القانون الذي أراد الخصم تطبيقه عندما قام بتغير ضابط الإسناد تهربا من أحكام القانون الأول.

هذا وإن كان يجوز للجزائري الزواج بأجنبية. ويجوز للجزائرية الزواج من أجنبي، فإنه في حالة وجود تحايل على القانون كما لو ثبت أن الغرض من هذا الزواج هو الحصول على الإقامة أو على الجنسية الجزائرية أي اللجوء قصدا إلى ما يعرف باسم " الزواج الأبيض"[2]، فإن المشرع الجزائري قد عاقب على هذا التحايل حيث نص في المادة 48 من قانون تنظيم دخول وإقامة وتنقل الأجانب في الجزائر[3] على أنه " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات5 وبغرامة من 50.000دج إلى 500.000دج القيام بعقد زواج مختلط فقط من أجل الحصول على بطاقة المقيم أو جعل الغير يحصل عليها أو فقط من أجل اكتساب الجنسية الجزائرية أو جعل الغير يكتسبها.

ويعاقب بنفس العقوبات قيام أجنبي بعقد زواج مع أجنبية مقيمة للغايات نفسها. عندما ترتكب المخالفة من طرف جماعة منظمة، تكون عقوبتها الحبس لمدة عشرة (10) سنوات وغرامة من 500.000 دج إلى 2000.000 دج ويتعرض كذلك مرتكبو المخالفة لمصادرة كل ممتلكاتهم أو جزء منها ".

---

[1] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص. 190-191؛ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 156؛ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص. 805.

[2] أنظر، محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، ط.1، الجزائر، 2009 5 8. 321.

[3] أنظر، قانون رقم 08-11 مؤرخ في: 2008/06/25 يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، الجريدة الرسمية لسنة 2008، العدد 136 3. 10.

هذا وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أيضا الرابطة الزوجية التي يغيب فيها قصد الزواج الحقيقي من قبل الزوجين معا زواجا باطلا وهو ما يعرف بالزواج الأبيض (mariage blanc)) وأيضا قضت بعدم صحة الزواج الذي يغيب فيه قصد إنشاء رابطة زوجية حقيقية من قبل الزوج الأجنبي وهو ما يعرف بالزواج الرمادي (mariage gris)[1].

وبعد أن انتهينا من تبيان العقبات التي تحول دون تطبيق القانون المختص أصلا بحكم النزاعات المتعلقة بمسائل الزواج المختلط، ننتقل لمعالجة وضعية هذا القانون أمام القضاء الوطني في حالة انتفاء أي بسبب لإبعاده أو استبعاده.

المطلب الثاني

وضعية القانون الأجنبي المختص الذي يحكم مسائل الزواج المختلط أمام القضاء الوطني

إذا تقرر وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية اختصاص قانون أجنبي على مسائل الزواج المختلط، فإن تطبيق ذلك القانون أمام القضاء الوطني يطرح أولا إشكالية المعاملة التي يلقاها أمام قضاء أجنبي وهل يرقى إلى مستوى القانون الوطني ويحظى بنفس المعاملة؟ أم سينظر إليه كأي واقعة من وقائع النزاع المطروح أمام القاضي؟

بمعنى آخر هل سيستحفظ القضاء الوطني للقانون الأجنبي بطبيعته القانونية؟ أم أنه سيجرده منها (الفرع الأول). كما أن القانون الأجنبي وباعتباره صادر في دولة أجنبية وعن مشرع أجنبي يطرح

[1] Cass. 1 er civ, 9 juill, 2008 ; Cass. 1 er civ., 19 sept.2007 ; 1 er civ., 28 nov.2006 , cité par, CHEVALIER Pierre, Sélection de jurisprudence, mariage, Gaz. Pal., mercredi 20, jeudi 21 juillet 2011, édition générale, pp. 2176, 2179.

إشكالية المنهج الذي قد يسلكه القاضي الوطني عند تفسيره لهذا القانون ومدى تدخل المحكمة العليا لفرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي وتطبيقه بصفة عامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

طبيعة القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط

إذا ثبت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي بوصفه القانون الأقدر لحكم النزاع المتعلق بمسائل الزواج المختلط وتبين للقاضي عدم وجود أي مانع قد يحول دون تطبيقه التزم عندئذ بتطبيق هذا القانون على وقائع الدعوى. إلا أن الصفة الأجنبية لهذا القانون وصدوره عن دولة أجنبية لا تملك سلطة إصدار الأوامر للقاضي الوطني، تطرح العديد من الإشكالات فهل يقبل المشرع تطبيق هذا القانون ويعترف على إقليمه بسيادة قانون أجنبي لحكم النزاع المتعلق بالزواج المختلط والمطروح أمام المحاكم الوطنية؟ وعلى أي أساس وتحت أي عنوان يطبق هذا القانون؟ وإن تقرر تطبيقه من قبل القاضي الوطني فهل يحتفظ القانون الأجنبي كونه صادر عن سلطة أجنبية بصفته القانونية؟ أم انه يفقد هذه الصفة بمجرد تجاوزه حدود الدولة التي أصدرته؟

للإجابة عن هذه التساؤلات نشير فيما يلي لاتجاهين مختلفين قرر الأول منها الاعتراف للقانون الأجنبي بطبيعته القانونية الأصلية، بينما ذهب الثاني إلى اعتبار القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع[1].

[1] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 147.

أولا– الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط

يرى الرأي الراجح فقها أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج ذو العنصر الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية حتى خارج حدود الدولة الصادر عنها[1] أي عند تطبيقه أمام قاضي دولة أخرى. فالطبيعة القانونية تستخلص من قاعدة الإسناد الوطنية نفسها والقول بأن القانون يتجرد من طبيعته القانونية عندما يعبر حدود الدولة التي نشأ فيها غير صحيح، ذلك أن أثر انتقال القانون من دولته يقتصر على تجريده من عنصر الأمر والاجبار. أما طبيعته القانونية الأصلية فلا يطرأ عليها أي تغيير أو تعديل وإن القانون الأجنبي يسترد عنصر الاجبار المفقود بأمر من قاعدة الإسناد الوطنية التي تطلب إلى القاضي تطبيق قانون دولة معينة[2].

إلا أن مؤيدي هذا الاتجاه قد اختلفوا حول صفة أو أساس تطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانون وانفرد كل منهم بنظرية مستقلة.

أ– نظرية الحقوق المكتسبة (Théorie des droits acquis)

وقد تبنت هذه النظرية الدول الأنجلو أمريكية التي رأت أن تطبيق القانون الأجنبي يكون على أساس احترام الحقوق المكتسبة (Vested rights)[3]. ويعني بذلك أن القاضي يطبق القانون الأجنبي في بلده احتراما منه للحق المكتسب الذي رتبه القانون لصاحب الحق[4]، فالقاضي لا يطبق حقيقة القانون الأجنبي كل ما عليه هو الاعتراف بالحقوق التي أثبت الخصوم اكتسابهم لها وفقا لقانون

[1] أنظر، وائل أنور بندق، قضايا القانون الدولي الخاص، ط.3 ، دار النهضة العربية، مصر، 2004) i. 28.

[2] أنظر، شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1964 ص.4.

[3] Cf. BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Traité de droit international Privé, Tome1, 8é édition, L.G.D.J. Paris, 1999, p.526.

[4] Cf. ABDEL –WAHAB Salah- Eldin , The procedural treatment of foreign law
مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية والثلاثون، مطبعة جامعة القاهرة ، ديسمبر 1962 العدد الرابع ص. 350-354.

أجنبي[1]. ومن ثم يتعين على كل من يدعي حقا مكتسبا بموجب قانون أجنبي أن يثبت وجود هذا الحق من خلال إثبات القانون الأجنبي الذي قرره[2].

غير أن هذه النظرية انتقدت على أساس أنها غير شاملة لأن تطبيق القانون الأجنبي لا يقتصر على حالات احترام الحقوق المكتسبة، بل كذلك في حالات إنشاء حقوق ومراكز قانونية جديدة في دولة القاضي وفقا لأحكام القانون الأجنبي[3].

كما يعترض عليها كذلك لأنه لمعرفة ما إذا كان الحق قد صار مكتسبا أم لا يجب الرجوع إلى القانون الذي أكسبه هذه الصفة، فيكون معنى هذه النظرية أنها تعتبر الحق المكتسب واقعة في حين أنه يجب بحث صحته كواقعة طبقا للقانون الذي جعله مكتسبا[4].

كذلك أخذ على هذه النظرية عدم منطقيتها على اعتبار أن الاعتراف بالحق المكتسب في الخارج وفقا لقانون أجنبي يعني في واقع الأمر اعترافا بالقانون الأجنبي ذاته الذي طبقه القاضي الوطني والذي وفقا له نشأ هذا الحق[5].

ب- نظرية استقبال القانون الأجنبي (Théorie de la reception de la loi étranger)

أخذت بنظرية استقبال أو استيعاب القانون الوطني للقانون الأجنبي (La réception et L'incorporation) المدرسة الايطالية التي رأت أن القانون الأجنبي يندمج في القانون الوطني ويصبح جزءا منه باعتبار أن قاعدة الإسناد تشير أولا بتطبيق قانون أجنبي وتجدب ثانيا هذا القانون فتدمجه

[1] أنظر، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 2004 i. 358.

[2] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 230.

[3] LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit., p. 275 ; BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, traité …, op.cit., p. 526.

[4] علي علي سليمان، مذكرات...، المرجع السابق، ص. 134؛ نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي ...، المرجع السابق، ص. 24.

[5] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 359.

في القانون الوطني[1]. وبذلك فالقانون الأجنبي الواجب التطبيق لا تكون له قيمة إلا باندماجه في النظام القانوني الداخلي واستغراقه فيه[2].

وعليه فإن القاضي لا يطبق الأحكام التي يتضمنها القانون الأجنبي وإنما يطبق الأحكام الوطنية التي بسبب الإدماج أصبحت تتوافق مع أحكام القانون الأجنبي[3].

ووفقا لهذا التصور تصبح قاعدة الإسناد قاعدة موضوعية فتطبق على النزاع مباشرة، كما يقتصر دورها على امتصاص واستقبال مضمون القوانين الأجنبية التي تشير بتطبيقها[4].

واستقبال القانون الأجنبي بحسب هذه النظرية يكون إما استقبال مادي: نادى به الفقيه (Anzilotti)[5] بموجبه يندمج القانون الأجنبي في القانون الوطني اندماجا كليا وفيه تفقد قاعدة الإسناد صفتها الأجنبية[6] ويندمج محتواها في قانون القاضي الوطني اندماجا حقيقيا[7]. أو استقبال شكلي نادى به الفقيه (Roberto Ago) وبمقتضاه يندمج القانون الأجنبي في القانون الوطني ولكنه يبقى محتفظا بمقوماته التي يمنحها إياه النظام القانوني الأجنبي[8] إذ يطبق القاضي القانون الأجنبي باعتباره قد اندمج شكلا في قاعدة التنازع التي تظل محتفظة بطابعها الخاص الذي يميزها عن القواعد المادية[9].

---

[1] BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, traité …, op.cit., p.527 ;
محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص95.

[2] LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit. , p.276.

[3] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 362؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 362.

[4] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 95.

[5] بالإضافة إلى كل من "فيدوزي كسيوني" و"مارينوني" .أنظر، هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1968 " .. 105.

[6] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 95.

[7] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 231.

[8] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.362؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 231.

[9] بيار ماير، فانسية هوزيه، المرجع السابق، ص. 112.

تعرضت هذه النظرية لانتقاد لاذع لبعدها عن الواقع واستنادها على الخيال لتبرير تطبيق القانون الأجنبي[1]. كذلك لأنها تؤدي إلى نتائج غير مقبولة في شأن إثباته وتفسيره [2]، لأنه من الصعب التسليم بافتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي أسوة بالقانون الوطني، فالقانون الأجنبي غير منشور في دولة القاضي[3]. ومن جهة أخرى، التسليم بهذا الرأي يعطي للقاضي الحق في تفسير القانون الأجنبي على النحو الذي يفسر به القانون الوطني: وفي ذلك تجاهل لظروف البيئة التي نشأ فيها هذا القانون والتي تقضي بأن يلتزم القاضي بتفسير القانون الأجنبي على النحو الذي يفسره به القضاء الأجنبي[4] .

ج- نظرية التفويض (Théorie de la délégation)

رأى أغلبية الفقهاء الفرنسيين والألمانيين أن القاضي يطبق القانون الأجنبي بمقتضى تفويض من المشرع الأجنبي أملته قاعدة الإسناد في قانون القاضي[5]. ووفقا لهذه النظرية، يحافظ القانون الأجنبي على صفته الأجنبية ويسري بقوة إلزامية بوصفه أمر صادرا من مشرع أجنبي بناء على تفويض أو إنابة صادرة من المشرع الوطني[6].

ولكن اعترض على هذه النظرية بأن التفويض لا يكون إلا بمفوض معين والمفوض هنا غير معين[7].

---

[1] وبهذا الخصوص يقول الأستاذ فؤاد عبد المنعم رياض أنه : " من غير المتصور ... احتواء قانون القاضي لقوانين كل دول العالم ، هذا فضلا عن أنه من غير المعقول القول بإمكان احتواء قانون القاضي لقاعدة أجنبية إذا كانت هذه القاعدة تتنافى مع الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي، أي مع فكرة النظام العام في دولة القاضي". مقتبس عن، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 232.

[2] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 150؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 95.

[3] هشام علي صادق ، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.150.

[4] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 95.

[5] BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Traité…, op.cit. , p. 528.

[6] نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي، المرجع السابق، ص. 25.

[7] علي علي سليمان، مذكرات ...، المرجع السابق، ص. 135؛ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 363-364.

ورغم اختلاف النظريات السابقة حول الأساس الذي يبنى عليه تطبيق القانون الأجنبي، إلا أنها تجمع أن القانون الأجنبي يطبق بوصفه قانون لا واقعة وأهم ما يترتب على تأكيد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي:

– أن القاضي يكون ملزما بتطبيقه من تلقاء نفسه.

– كما يجب على القاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي وأحكامه الموضوعية[1] ولو كان ذلك بمساعدة الخصوم[2].

ثانيا– الطبيعة الواقعية للقانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط

أنكرت المدرسة الفرنسية وعلى رأسها الأستاذ "باتيفول" (BATIFFOL)[3]' على القانون الأجنبي صفته القانونية واعتبرته مجرد عنصر من عناصر الواقع، بحجة أن القاضي الوطني لا يطبق

---

[1] بطرس وديع كساب، تنازع القوانين في انعقاد الزواج وانحلاله، رسالة دكتوراه، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1944 .116.

[2] وهذا ما جسده القانون الألماني حيث نصت المادة 293 من قانون الإجراءات على أنه:" إن القواعد العرفية و القواعد النظامية ، وكذلك القانون في دولة أخرى ليست في حاجة إلى إثبات إلا في حدود عدم علم المحكمة بها، ولا تلزم المحكمة في تحديد مضمون هذه القواعد العامة القانونية بما قام الخصوم ببيانه وإنما لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم، وأن تأمر بما تراه ضروريا لمعرفة هذا الهدف ". نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي، المرجع السابق، ص. 38. وهذا أيضا ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية حيث ذهبت إلى إلزام القاضي بإثبات القانون الأجنبي من تلقاء نفسه أما استعانته بالخصوم فهي مسألة قانونية واحتياطية.

Cass.1 Février 1966, cité par, BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Traité… , op.cit., p. 552.

وكذلك كرست هذا الاتجاه محكمة النقض اللبنانية بحيث قضت في قرارها الصادر بتاريخ 1933/10/03 والمتعلق بإرث الأجانب بأنه:" للسلطة الناظرة في منازعات الإرث أن تتجه مباشرة إلى السلطات القنصلية للحصول على ما يلزم من إيضاحات حول مضمون القانون المختص". أنظر، محكمة النقض اللبنانية، 1933/10/03/ مقتبس عن، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 374.

كما تعتبر محكمة النقض الايطالية أول من اعتنق الاتجاه نحو إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي متخذا كافة الوسائل المتاحة، بما في ذلك طلب معاونة الخصوم، وهو ما انتهت إليه في حكمها الصادر في 16 فبراير 1966.

Cass. 16 Février 1966, cité par, BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Traité.. , op.cit. , p.552.

ونفس الموقف اتخذه المشرع التونسي حيث نص الفصل 32 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنه :" يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد في حدود إمكانيات علمه به، وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الاقتضاء...".

[3] BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Traité… , op.cit. , p.531.

القانون الأجنبي بوصفه قانونا، بناء على أمر من المشرع الأجنبي، لأن القاضي لا يخضع إلا لأوامر مشرعه، فإذا كان القاضي الوطني يطبق القانون الأجنبي فبصفته واقعة فقط، لعدم قدرته على الاحتفاظ بإلزاميته خارج حدود دولته. فحسب هذا الاتجاه تتكون كل قاعدة قانونية من عنصرين:

– **عنصر مادي**: يتمثل في مضمون القاعدة القانونية في كونها عامة أو مجردة.

– **عنصر معنوي**: يتمثل في الأمر بالتنفيذ والإلزام وهو الذي تستمد منه القاعدة قوتها الملزمة.

وإن كانت القاعدة القانونية تتمتع بهاذين العنصرين في حدود الدولة التي أصدرتها، فإنها تفقد عنصر الإلزام بمجرد خروجها من هذه الدولة، وتصبح واقعة كبقية الوقائع لأن عنصر الأمر والإلزام يتحدد بداهة بالإقليم الذي يتمتع فيه المشرع بسيادته، أما خارجه فلا يبقى للقاعدة القانونية سوى مضمونها، وبذلك تفقد صفتها كقاعدة قانونية[1].

ومن النتائج المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي كواقعة:

– أن القاضي لا يطبقه من تلقاء نفسه، بل يجب على الخصوم التمسك به وإثارته.

– كما يقع على عاتق الخصوم عبء إثبات أحكام القانون الأجنبي[2] يتعين عليهم في هذه الحالة أن يتمسكوا به أمام محاكم الموضوع سواء في الدرجة الأولى أو الثانية في شكل دفع إذ لا يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا.

---

[1] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 361؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 147؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 232؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 94-95.

[2] زيروتي الطيب ، القانون الدولي...، المرجع السابق، ط. 2. 2008 . .. 260.

وقد جسدت هذا الموقف محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ :1955/06/07 بحيث ذهبت إلى أن: " التمسك بتشريع أجنبي أساسا لا يعدو أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها". محكمة النقض المصرية ،1995/06/07، مقتبس عن، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.370. وجاءت بنفس الحكم في قرارها الصادر بتاريخ 1970/04/14 بحيث قضت بأن: "التمسك أمامها لأول مرة بقاعدة أجنبية يشكل دفاع يخالطه واقع يجب التمسك به أمام محكمة الموضوع". محكمة النقض المصرية 1970/04/14، مقتبس عن، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.370.

– تتمتع المحكمة بسلطة كاملة في تفسير القانون الأجنبي دون الخضوع لرقابة المحكمة العليا في هذا الشأن[1].

لكن بالرغم من هذه الركائز، أخذ على هذا الاتجاه أنه يقوم على الخيال والمجاز، لأنه يجرد القاعدة القانونية من صفتها القانونية ويحولها إلى واقعة، لا لشيء إلا لأن القاضي الأجنبي هو الذي يطبقها[2]. وحتى و إن كان صحيحا أن انتقال القاعدة القانونية عبر الحدود يجردها من عنصر الأمر2 فإن دور قاعدة الإسناد يكمن في أن ترد لها هذا العنصر الذي فقدته[3]. وكذلك لأن التسليم بما جاءت به يؤدي إلى نتائج لا تصب في صالح العلاقات الخاصة الدولية ومصالح الأفراد التي لا تعترف بفكرة السيادة إلا في مجال ضيق[4].

وبالرغم من الاعتراضات الموجهة للرأي القائل بتجريد القانون الأجنبي من صفته القانونية، إلا أن هناك بعض التشريعات تبنت هذا الرأي صراحة وعاملت القانون الأجنبي كواقعة مادية كالقانون التركي[5] واللبناني[6]، كما أخذت به أيضا محكمة النقض المصرية في بعض قراراتها[7].

وأخذ القضاء اللبناني أيضا بهذا الاتجاه بحيث قضت محكمة النقض اللبنانية: " إن المادة 134 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، التي تساوي المادة 142من القانون نفسه توجب إقامة البينة على مضمون القانون الأجنبي ، تلقي على عاتق من يدلي بهذا القانون عبء، إثباته بحيث لا يؤاخذ القاضي على عدم أخذه المبادرة في البحث عنه ...". محكمة النقض اللبنانية، 1958/04/38، مقتبس عن، عبده جميل غصوب، محاضرات..4 المرجع السابق، ص. 101. وجاء في حكم آخر لمحكمة بداية بيروت بتاريخ 21975/02/12 "إن من له مصلحة في الادعاء بقانون أجنبي، يقع عليه أن يقيم البينة على مضمون هذا القانون". أنظر، محكمة بداية بيروت، 1975/02/12، مقتبس عن، عبده جميل غصوب، محاضرات..2 المرجع السابق، ص.101.

[1] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 232-233؛ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 360.

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

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 145.

[4] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.233.

[5] حيث نصت المادة 76 من قانون أصول المحاكمات المدنية التركي على أنه:" يطبق القاضي التركي مباشرة من تلقاء نفسه على ما يعرض عليه من نزاع، وإذا تقرر تطبيق قانون أجنبي فإن إثبات ذلك القانون الأجنبي يقع على عاتق من يتمسك به ".

[6] حيث نصت المادة 134 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية القديم على أنه: " يجب إقامة البينة لدى المحاكم اللبنانية على مضمون كل قانون أجنبي ". محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.234.

[7] فقد جاء في قرار لها صادر بتاريخ 1960/11/07: " إن التمسك بتشريع أجنبي ...لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها ". محكمة النقض المصرية، 1960/11/07. مقتبس عن، علي علي سليمان، مذكرات ...، المرجع السابق، ص.138. كما قضت محكمة النقض

أما القضاء الفرنسي، فقد اعتبر في مرحلة أولى القانون الأجنبي كواقعة، لا يلزم القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه[1]. لكنه تراجع بعد ذلك عن موقفه التقليدي، وأجاز للقاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي[2]، ثم قضى في مرحلة أخرى بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي بدون تمسك الخصوم معتبرا إياه قانون وليس واقعة[3]. وبعد ذلك تراجع القضاء الفرنسي وقرر أن قاعدة الإسناد لا تكون ملزمة للقاضي إذا تعلق الأمر بالحقوق التي يكون للأطراف حرية التصرف فيها[4]. أي أن قاعدة التنازع لا تتمتع بالصفة الإلزامية إلا إذا تعلقت الدعوى بحقوق لا يمكن للخصوم التصرف فيها. وذلك عندما تتعلق القضية بمسائل تخص النظام العام، فيتوجب عندئذ على قضاة الموضوع أن يطبقوا قاعدة التنازع من تلقاء أنفسهم كأن يتعلق الأمر بمسائل انعقاد الزواج وآثاره. وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1999/05/06[5].

ولقد ساير المشرع التونسي القضاء الفرنسي في هذه النقطة إذ نص في المادة 28 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998 على أن قاعدة التنازع تعتبر من النظام العام إذا أشارت

المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1970/04/14 بأن: "... الإشارة إلى قانون أجنبي هو على ما أخذ به قضاء هذه المحكمة واقعة يجب على الخصم إقامة الدليل عليها ". محكمة النقض المصرية، 1970/04/14.

[1] وهذا ما جسده قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1959/05/12، في قضية زوجين إسبانيين "بيسبال " بحيث قضت أن: " قواعد التنازع في القانون الفرنسي حين تقضي بتطبيق قانون أجنبي لا تعتبر من النظام العام، بمعنى أن على الخصوم أن يتمسكوا بتطبيقه ولا ضير على القاضي إذا لم يطبقه من تلقاء نفسه ".

La cour de cassation avait jugé que : « les règles françaises de conflit de loi autant de moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges de fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère ». Cass, civ, 12Mai 1959 Arrêt Bisbal, cité par, BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Traité..., op.cit., p.531.

[2] وهذا ما جسده قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1960/03/02 في قضية " بنك الجزائر". محكمة النقض الفرنسية، 1960/03/02، مقتبس عن، درية أمين، المرجع السابق، ص. 66.

[3] وهذا ما جسدته محكمة النقض الفرنسية من خلال قرارين: الأول القرار المتعلق بقضية (REBOUH) الصادر في 1988/10/11. محكمة النقض الفرنسية، 1988/10/11، مقتبس عن، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 137. والقرار الثاني يتعلق بقضية (SHELE) الصادر في 1988/10/18. محكمة النقض الفرنسية ، 1988/10/18، مقتبس عن عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 137.

[4] وذلك وفقا لقرار COVECO » الصادر في 1990/12/04. محكمة النقض الفرنسية، 1990/12/04، مقتبس عن، درية أمين، المرجع السابق، ص. 68.

[5] Cass. civ. 1ére, 4/12/1999, cité par, GUTMAN Daniel, op.cit., p.87.

إلى تطبيق قانون أجنبي وكان موضوع الحقوق المتنازع عليها بين الأفراد لا يجوز التصرف فيها، وهي ليست من النظام العام إذا كان موضوع الحقوق المتنازع عليها يمكن للأطراف التصرف فيها.

أما المشرع الجزائري، فقرر من خلال المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها السادسة[1] التمييز بين القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة وغيره من القوانين الأجنبية، أما الأول فجعل مخالفته وجها من أوجه الطعن بالنقض أسوة بالقانون الوطني وبذلك يكون قد اعترف له بصفته القانونية المحضة وعليه يجب أن يعامل هذا القانون أمام المحاكم الجزائرية كقانون وليس كواقعة.

أما القوانين الأجنبية الأخرى. وما دام أن المشرع الجزائري لم يوكل إلى المحكمة العليا مهمة الرقابة على مخالفتها، فمن الواضح أنه قرر التسوية بينها وبين أي واقعة مادية، فتعامل أمام المحاكم الجزائرية على أنها واقعة مع كل ما يترتب على ذلك من آثار.

إن تحديد طبيعة القانون الأجنبي. وتقرير هل هو قانون متعلق بالأسرة أم لا هي مسألة تكييف يفصل فيها القاضي وفقا لقانونه الوطني إعمالا للقاعدة العامة في التكييف. وبما أن المشرع الجزائري اعتبر مسائل انعقاد الزواج وآثاره من مسائل الأحوال الشخصية وأدرج أحكمها ضمن قانون الأسرة، فهذا يعنى أنه كلما تعلق الأمر بتطبيق أحكام قانونية على هذه المسائل وطنية كانت أو أجنبية، فإن تلك الأحكام تدرج ضمن مفهوم قانون الأسرة.

---

[1] نصت المادة 356 فقرة 06 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه :" لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية: مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة ".

وفي ظل قانون الإجراءات المدنية القديم اعتبر المشرع الجزائري أن المخالفة أو الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية هي حالة تستوجب الطعن بالنقض (المادة 233 فقرة 05). الأمر الذي يجعلنا نتساءل حول السبب في استبدال القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية بالقانون الأجنبي المتعلق بالأسرة، هل لأن مفهوم الأحوال الشخصية أوسع من مفهوم " قانون الأسرة"، باعتبار أن الأول مفهوم غير دقيق فيضم كل من الحالة الفردية (الاسم ، الأهلية ...) والحالة الأسرية (زواج، طلاق، ميراث) فلو سلمنا بهذا الفرض لقلنا أن المشرع الجزائري يتجه نحو تضييق مجال رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي، أم لأن المشرع الجزائري اعتد بالقانون الأجنبي المتعلق بالأسرة، استنادا إلى تسمية " قانون الأسرة الجزائري " معتبرا مصطلح الأحوال الشخصية – بالرغم من اعتماده من قبل مجموعة من الدول العربية (كالمغرب، سوريا، اليمن)- مصطلح دخيل وغريب عن الشريعة الإسلامية.

وعليه كلما اقتضى الأمر تطبيق قانون أجنبي معين على أحد النزاعات المتعلقة بانعقاد الزواج المختلط أو آثاره أمام القضاء الجزائري اعتبره القاضي من القوانين المتعلقة بالأسرة وسيعامل هذا القانون أمام المحاكم الجزائرية كقانون وليس كواقعة. وبناء عليه، فإن القاضي الوطني يكون ملزما بإثارة تطبيقه من تلقاء نفسه، كما يقع على عاتقه عبء إثبات أحكامه[1].

ولكن قد يحدث وأن يستحيل على القاضي إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط، فكيف يمكن له حل التنازع التشريعي في هذه الحالة ؟ وأي قانون سيطبق على النزاع ؟.

لقد تعددت الحلول المقترحة لحل هذه المشكلة، فمنها من نادى بوجوب الامتناع عن الفصل في النزاع[2] وآخر قال بوجوب تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الذي تعذر إثباته. إلا أن الحل الراجح الذي تبنته غالبية التشريعات[3] بما فيها التشريع الجزائري[4] ينادي بتطبيق قانون القاضي باعتباره صاحب الولاية العامة ولأنه يجنب الخصوم النتائج المترتبة على رد دعواهم بحجة استحالة إثبات القانون الأجنبي. كما أن تطبيقه يحقق توقعات الأفراد، فلجوؤهم إلى القضاء الوطني يعني بالنسبة لهم وجود احتمال لتطبيق القانون الوطني[5].

---

[1] أنظر، شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجيستير، جامعة تلمسان، 2010-2011 . 129.

[2] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص، 391؛ زروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 258.

[3] ومن بينها التشريع اللبناني حيث نصت المادة 02/142 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه :" إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فعلى القاضي أن يحكم وفقا للقانون اللبناني". محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 240-341. كما أخذ به أيضا القانون الدولي الخاص التونسي في الفصل 32 منه حيث جاء فيه: " وإن تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فإنه يقع العمل بالقانون التونسي". أما المشرع المصري فلم يورد أي قاعدة قانونية تبين الحل الواجب الإتباع عند استحالة التعرف على القانون الأجنبي الذي حددته قاعدة التنازع. أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، خمسون عاما خلت من عمر قواعد التنازع المصرية، المجلة المصرية للقانون الدولي، لعام 1997. العدد 53 . 16.

[4] حيث نصت المادة 23 مكرر من القانون المدني على أنه: " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق ".

[5] أنظر، محمد وليد هشام المصري، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مجلة الشريعة والقانون، جويلية 2008 العدد 35 ' . 258.

ولهذه الأسباب ولأجلها استقر القضاء الفرنسي على ضرورة تطبيق القانون الفرنسي في حالة استحالة إثبات القانون الأجنبي[1].

هذا وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 2011 بضرورة تطبيق القانون الفرنسي في حالة ما لم يعترف أي قانون أجنبي باختصاصه بحكم أي مسألة من مسائل الأحوال الشخصية[2] ولعل هذا ما نصت عليه صراحة المادة 309 من القانون المدني الفرنسي[3] .

وبالإضافة إلى إشكالية تحديد طبيعة القانون الأجنبي المختص بحكم النزاعات الدولية الخاصة بالزواج، فإن تطبيق هذا القانون أمام القضاء الوطني يثير أيضا إشكالية تفسيره ومدى رقابة المحكمة العليا على تطبيقه.

الفرع الثاني

تفسير القانون الأجنبي المختص بمسائل الزواج المختلط والرقابة عليه

إذا ثبت مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط، كان عليه أن يطبقه على المنازعة المطروحة أمامه. ولكن هذه المرحلة تعترضها مشكلتان تتمثل الأولى في تفسير هذا القانون (أولا)) أما الثانية فتتعلق بحدود رقابة المحكمة العليا على تطبيقه (ثانيا).

[1] Cass. civ. 8 Janvier 1991, R.C D.I.P, 1991, n°3, pp. 569-570.
[2] Cass. 1 ere, civ. 23 nov 2011, n°10-25206, cité par, BERLAUD Catherine, Cour de cassation, Panorama de jurisprudence, Gaz. Pal, novembre-décembre 2011, pp. 3663,3664.
[3] Cf. GAUDMET- TALLON Hélène, op.cit., p.1228.

أولا – تفسير القانون الأجنبي المختص بمسائل الزواج المختلط

هل يقوم القاضي بتفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الرابطة الزوجية ذات العنصر الأجنبي وفقا لما يفسر به قانونه الوطني، أم يفسره طبقا لما هو سائد في النظام القانوني الأجنبي؟

اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا الإشكال اختلافا بينا متبنيين اتجاهات مختلفة بشأن دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي. فذهب الاتجاه الأول إلى أن القاضي يفسر القانون الأجنبي وفقا لنفس الأسلوب المتبع في دولة القاضي أي أنه يتبع في تفسيره لهذا القانون ذات المنهج الذي يتبعه في تفسير القانون الوطني، بحجة أنه ملزم في كلتى الحالتين بالبحث عن نية المشرع وما يستهدفه من وراء القواعد التي صدرت عنه[1].

وقال الثاني بضرورة تفسير القانون الأجنبي وفقا لما استقر عليه قضاء الدولة الأجنبية مع تقرير حرية نسبية له في تفسيره إن لم يستقر القضاء الأجنبي على تفسير محدد[2]. أما الثالث وهو الراجح فيرى أن يتم التفسير حسب المبادئ القانونية المعمول بها في نظام القانون الأجنبي وفقا لما استقر عليه الاجتهاد القضائي الأجنبي بحجة أن القانون الأجنبي قد حل – بموجب قاعدة الإسناد الوطنية – بأسره محل النظام القانوني الوطني بالنسبة للعلاقة محل النزاع المطروح [3].

والقول بعكس ذلك قد يؤدي إلى إعطاء النزاع حلا مخالفا لذلك الذي يقرره القانون الأجنبي المختص الأمر الذي ينتج عنه مخالفة قاعدة الإسناد ذاتها.

وتأييد هذا الاتجاه الأخير الذي يلزم القاضي الوطني وهو يفسر القانون الأجنبي باتباع ذات المنهج المتبع في قانون تلك الدولة الأجنبية مع الأخذ بعين الاعتبار ما استقر عليه قضاء هذه الدولة هو الأرجح؛ لأن ذلك يضمن التطبيق الفعلي والصحيح لقاعدة الاسناد الوطنية في كل الحالات التي

[1] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 100؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 152.
[2] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 99؛ زيروتي الطيب، القانون الدولي ...، المرجع السابق، ط.2 2008 0. 264.
[3] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 100.

تشير فيها هذه الأخيرة إلى قانون أجنبي، فالمشرع عندما ينص في قواعد الاسناد الوطنية على تطبيق قانون أجنبي يريد بذلك حقيقة اتباع نفس الحلول القانونية السائدة في دولة هذا القانون، لأن القاعدة القانونية لا تعني النص القانوني وحده، وإنما تتضمن مبادئ واتجاهات وتفسيرات خاصة به ولابد من الرجوع إليها ككل، لذلك من الضروري التقيد بذلك في تفسير القانون الأجنبي. إذ لا يمكن للقاضي الوطني أن يعطي للقانون الأجنبي معنى غير الذي أعطاه له مشرعه وقضاؤه. فقد يحدث أن القانون الأجنبي لم يكن محل لأي تفسير في بلده وفي هذه الحالة على القاضي الوطني أن يتقيد بما يتقيد به القاضي الأجنبي من مبادئ وأصول التفسير السائدة في بلده. وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا الدائمة للعدل الدولية إذ نصت بأنه: " لا يمكن إعطاء القانون الوطني والأجنبي معنى غير المعنى الذي أعطاه له قضاؤه "[1].

وقد أخذ القانون التونسي بهذا الاتجاه الأخير صراحة من خلال الفصل 34 من مجلة القانون الدولي الخاصة بنصه على ما يلي:" يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه".

ثانيا – رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط

قد يخطئ القاضي وهو بصدد حل التنازع القانوني في مسألة من مسائل الزواج المختلط في تطبيقه للقانون الأجنبي أو في تفسيره فهل يخضع هذا الخطأ لرقابة محكمة النقض؟

[1] أنظر، عكوش سهام، القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا – دراسة مقارنة–، مذكرة ماجستير، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2009-2010 ص.59.

للإجابة عن هذا التساؤل يجب التفرقة أولا بين خطأ القاضي في إعمال قاعدة الإسناد (أ) وخطئه في تفسير القانون الأجنبي (ب).

أ- الرقابة على تطبيق قاعدة الإسناد

تعد قواعد الإسناد شقا من القانون الداخلي لكل دولة، لذا أجمع الفقه في القانون المقارن على مبدأ رقابة المحكمة العليا على تطبيقها فلا تمييز في هذا الشأن بينها وبين القواعد المادية في ذلك القانون. وعليه، فإن مخالفة قاعدة الإسناد أو الخطأ في تطبيقها أو تفسيرها يخضع لرقابة محكمة النقض، لأن قاعدة التنازع هي قاعدة وطنية من وضع المشرع الوطني والخطأ في تطبيقها يعد خطأ في تطبيق القانون الوطني ويخضع بالتالي لرقابة محكمة النقض[1].

ويستوي في فرض الرقابة أن تكون محكمة الموضوع قد أخطأت فطبقت القانون الوطني على مسائل الزواج المختلط حيث يجب تطبيق قانون أجنبي أو أن تكون قد طبقت قانون أجنبي حيث يكون القانون الوطني هو الواجب التطبيق على هذه المسائل. أو أن تكون قد طبقت قانونا أجنبي معين حيث بثبت الاختصاص لقانون أجنبي آخر. كما لو طبق القاضي الجزائري قانون الموطن على انعقاد الزواج أو آثاره بدلا من قانون الجنسية الذي تأخذ به قاعدة التنازع الوطنية.

ب- الرقابة على تفسير القانون الأجنبي

لقد شكلت مسألة رقابة المحكمة العليا على الخطأ في إعمال القانون الأجنبي وتفسيره محل خلاف في القانون المقارن فنجد أن القضاء في معظم الدول الأوروبية مثل: إسبانيا، بلجيكا، هولندا، سويسرا، رومانيا واليونان قد اطرد على أن الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي لا يخضع لرقابة

[1] عبده جميل غصوب، محاضرات ...، المرجع السابق، ص .104؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 242.

محكمة النقض على أساس أن القانون الأجنبي واقعة وأن مهمة المحكمة العليا هي توحيد الاجتهاد القضائي الوطني والحرص على حسن تطبيق القانون الوطني ووحدة تفسيره لا السهر على توحيد اجتهادها مع اجتهاد المحاكم العليا في الدول الأجنبية[1].

كما أن التسليم بتولي محكمة النقض الرقابة على الخطأ في تفسير القانون الأجنبي قد يؤدي إلى اختلاف كلي أو جزئي مع اجتهاد محكمة النقض الأجنبية وهذا يشكل خرقا لمبدأ تطبيق وتفسير القانون الأجنبي كما هو مطبق في الدولة التي صدر فيها[2].

انتقد هذا الموقف لأنه يؤدي إلى نتائج لا تحمد عقباها 20نه وإن حاول من جهة تخفيف العبء على القاضي إلا أنه يسمح لقضاة الموضوع من جهة أخرى بتطبيق القانون الأجنبي وتفسيره حسب أهوائهم نتيجة إدراكهم المسبق بإفلات قضائهم من رقابة محكمة القانون[3].

لقد أيد القضاء اللبناني هذا الاتجاه، حيث قضت محكمة النقض في قرار لها صادر بتاريخ 1957/05/20 بأن: " المحكمة العليا في الدولة لا تراقب إلا تفسير القوانين الوطنية وتطبيقها ولا شأن لها بمراقبة وتفسير القوانين الأجنبية"[4].كما رفضت محكمة النقض الفرنسية فرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي[5] 9من أهم الحجج التي سيقت لتبرير موقفها:

– الحجة التقليدية التي تزعمها "باتيفول" وهي أن القانون الأجنبي يأخذ حكم الواقع من حيث المعاملة التي يلقاها، وعلى هذا لا يجوز لمحكمة النقض أن تراقب قاضي الموضوع في تفسيره

[1] هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 175؛ زيروتي الطيب ، المرجع السابق، ص. 265.

[2] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.243-244.

[3] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 100.

[4] محكمة النقض اللبنانية، 1957/05/20، مقتبس عن ، عبده جميل غصوب، المرجع السابق 7 9. 112-113.

[5] Cass. civ. 27 Juin 1950 ; civ. 11 décembre 1951.

مقتبس عن، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 155.

لهذا القانون[1]، على اعتبار أن دور محكمة النقض يكمن في مراقبة القانون الفرنسي وليس القانون الأجنبي[2].

– أن هناك بعض الاعتبارات الواقعية التي فرضت على محكمة النقض الفرنسية تبني هذا الوقف فلو أنها قبلت التدخل في تفسير القانون الأجنبي فإنها ستجد نفسها أمام الإشكال التالي: فإذا أعطت للقانون الأجنبي التفسير الذي تراه هو الأصوب عندها، فقد يتعارض هذا التفسير مع التفسير المعطى له في الخارج وهذا من شأنه أن يفقد أحكامها مصداقيتها مم يؤثر على سمعتها. وأما إذا أعطت للقانون الأجنبي نفس التفسير المعمول به في البلد الذي صدر فيه، ستؤدي بذلك وظيفة غير وظيفتها إذ أن وظيفتها تتمثل في فحص ما إذا كان قضاة الموضوع قد طبقوا على المسائل المطروحة عليهم القانون الذي تعرفه لا القانون الذي تجهله وتطالب بإثبات مضمونه[3]، فليس من صلاحياتها الإشراف على تنسيق أحكام القوانين الأجنبية.

– كما يميل الفقه الفرنسي الحديث لتبرير موقف محكمته على أسباب إجرائية بحتة تتعلق بتنظيم المحكمة ودورها في النظام القضائي الفرنسي الذي يتمثل في السهر على وحدة تطبيق القانون الفرنسي وإعطائه التفسير الصحيح. لذلك إذا وسعت من مهمتها بتفسير القانون الأجنبي تعين البحث عن تفسير ذلك القانون حسب التفسير السائد في دولته وهذا يدفعها إلى القيام بتحريات واقعية تخرج عن وظيفتها كمحكمة قانون[4]. ومع ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية قد فرضت رقابتها على تفسير القانون الأجنبي في حالة تحريفه وتشويه مضمونه من طرف قضاة الموضوع[5]. وهذا ما

---

[1] شمس الدين الوكيل، دراسة في إثبات القانون الأجنبي ...، المرجع السابق، ص. 47.

[2] Cf. MONEGER Françoise, op.cit., p.51.

[3] أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 156.

[4] LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit., pp.258-259.

[5] وهذا ما جسدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في:1961/11/21 التي نقضت من خلاله قرار لمحكمة الموضوع لتجاهله ومسخه المعنى الواضح المحدد لمستند تشريعي. مقتبس عن، عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق ، ص. 518؛

MONEGER Françoise, op.cit., p. 51.

أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 2011/06/01 حيث قضت من خلاله أن محكمة النقض لا تراقب تفسير أو تأويل القانون الأجنبي ولكن فقط مسخه[1]. وأيضا في حالة إذا لم تسبب الأحكام تسبيبا كافيا، بحيث قبلت هذه المحكمة الطعن بالنقض لقصور في تسبيب الأحكام[2].

وفي مقابل هذا الموقف الذي يرفض رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي هناك موقف آخر سوى بين القانون الوطني والقانون الأجنبي من حيث خضوع الخطأ فيهما لرقابة المحكمة العليا. وتبنت هذا الموقف الكثير من الدول كإيطاليا[3]، تركيا[4]، المغرب[5]، اليونان[6] ولبنان[7] كما أكدت محكمة النقض المصرية رقابتها على تفسير القانون الأجنبي من خلال قرارها الصادر بتاريخ: 1953/01/08[8].

وقد نص المشرع التونسي صراحة في الفصل 34 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنه: "يخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب ".

ومن أبرز الحجج التي قيلت دفاعا عن هذا الموقف أن القانون الأجنبي يصبح جزء من القانون الوطني لما تشير باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية. وعليه، فإن إساءة تفسير القانون الأجنبي لا يعد مجرد حكم خاطئ وإنما خرق للقانون الوطني الذي يحكم القاضي باسمه[9].

---

[1] Cass. civ. 1ère , 01/06/2011, cité par, GAUDEMET-TALLON Hélène , Les conflits de lois, n°09-67.805, Recueil Dalloz, 10 mais 2012, n°19 , p.1228.

[2] Concernant cette position, cons. Particulièrement, BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, op. cit., pp. 557-558 ; Cass. 1 ère civ. 10 octobre 1978, R.C.D.I.P, p. 775, note P. COURBE. cité par, MONEGER Françoise, op.cit., p. 51.

[3] Cass. 16 février 1966, journal droit international privé, p.368.

[4] Journal droit international privé, 1969, p.441.

[5] Journal droit international privé, 1976, p.178.

[6] المادة 557 من قانون الاجراءات المدنية لسنة 1968.

[7] ETYAN .E, Précis de droit international privé, librairie Antoine, Beyrouth, 1966, n°313, p.341.

[8] محكمة النقض المصرية، 1953/01/08، مقتبس عن، هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي ...، المرجع السابق، ص. 491.

[9] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.157.

أما موقف المشرع الجزائري بخصوص مدى رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره فنستخلصه من نص المادتين 358 و 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت الأولى على أنه:" لا ينبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية 6 – مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة ". ونصت الثانية على أنه :" يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض ".

يستفاد من المادة 358 سالفة الذكر أن المشرع الجزائري يعامل القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة كقانون لأنه يعتبره وجها من أوجه الطعن بالنقض. وبالتالي إذا ارتكب القاضي خطأ أو مخالفة في تطبيقه فيمكن للخصوم أن ينوا الطعن بالنقض على هذا الوجه. كما أن المادة 360 من ذات القانون تجيز للمحكمة العليا أن تنقض من تلقاء نفسها أي مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة. ويسري هذا الحكم على مسائل الزواج المختلط ما دامت تندرج في إطار قانون الأسرة.

وعليه يخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا في تطبيقه للقانون الأجنبي المختص بحكم النزاعات ذات الصلة بانعقاد الزواج ذو العنصر الأجنبي وآثاره، فيمكن للخصوم الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا إذا ارتكب القاضي أي خطأ أو مخالفة في تطبيق هذا القانون. أما القانون الخارج عن إطار قانون الأسرة، فنلاحظ أن المشرع الجزائري قرر معاملته كأي واقعة مادية: وبالتالي لا يخضع الخطأ في تطبيقه أو تفسيره لرقابة المحكمة العليا ولا يكون سببا من أسباب قبول الطعن بالنقض[1].

هذا وقد نصت المادة 04 من القانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا – تنظيمها وسيرها[2] على أنه: " تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون وتجازي كل انتهاك له " وكذلك جاء في المادة 06 من

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 157.

[2] أنظر، قانون رقم 89-22، المؤرخ في 12 ديسمبر 1989، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 53 الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1989، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 96-25 المؤرخ في 12-08-1996 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها

نفس القانون: " بوصفها جهازا مقوما لأعمال المجالس القضائية والمحاكم وفقا للأحكام المنصوص عليها في القواعد العامة للإجراءات، تمارس المحكمة العليا رقابة على تسبيب أحكام القضاء ورقابة معيارية تأخذ بعين الاعتبار تكييف الوقائع على ضوء القاعدة القانونية "[1].

كما تنص المادة 03 من القانون العضوي رقم 12/11 المؤرخ في 2011/07/26 الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها[2]على أن: " المحكمة العليا محكمة قانون، ويمكن أن تكون محكمة موضوع في الحالات المحددة في القانون.

تمارس المحكمة العليا الرقابة على الأوامر والأحكام والقرارات القضائية من حيث تطبيقها السليم للقانون واحترامها لأشكال وقواعد الإجراءات".

يستنتج من هاته المواد وما دام أن القوانين الأجنبية المتعلقة بالأسرة (بما فيها القانون الأجنبي الذي يؤول له الاختصاص بحكم الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج المختلط وآثاره) تحتفظ بصفتها القانونية المحضة أمام القضاء الجزائري، فإن الخطأ في تطبيقها أو تفسيرها يخضع لرقابة المحكمة العليا، كما لهذه الأخيرة أن تمد رقابتها على أي قصور في تسبيب أحكام القضاء الخاصة بهذه القوانين وأيضا على الخطأ في تكييف الوقائع المتعلقة بها.

إن تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج ذو العنصر الأجنبي أمام القضاء الوطني بعد ترجيحه من بين القوانين المتزاحمة من شأنه معالجة إشكالية تنازع الاختصاص التشريعي في هذا المجال. إلا أن إشكالية تنازع القوانين ليست الإشكالية الوحيدة التي يطرحها اقتحام العنصر الأجنبي مجال انعقاد الزواج وآثاره، بل إنه بالإضافة إلى ذلك يثير مسألة الاختصاص القضائي الدولي.

وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 48، المعدل بموجب القانون العضوي رقم 12-11 المؤرخ في 2011/07/26م والذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، الجريدة الرسمية عدد 42 الصادرة بتاريخ 2011/07/31.

[1] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 149.

[2] الجريدة الرسمية عدد 42 الصادرة بتاريخ 31 /2011/07.

الفصل الثاني

الزواج المختلط في ظل قواعد الاختصاص القضائي

يثير الزواج المختلط بالإضافة إلى إشكالية تنازع عدة قوانين حكم النزاع المتعلق به إشكالية أخرى تتمثل في تحديد المحكمة المختصة دوليا بالفصل في جميع المنازعات الخاصة بهذا الزواج. وسبب بروز هذه الإشكالية هو العنصر الأجنبي الذي تسلل إلى هذه الرابطة القانونية ومنحها الصفة الدولية. إذ أن العلاقة الزوجية إذا كانت وطنية داخلية بجميع عناصرها فإن القضاء الوطني هو المختص بالنظر فيها، فيفصل القاضي في مثل هذه الحالات في الدعاوى المتعلقة بانعقاد الزواج وآثاره وفقا لضوابط محددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتباره أداة يرسم من خلالها المشرع الحدود الإقليمية للمحاكم الوطنية. أما إذا عرضت أمام القاضي منازعة طابع دولي في مسألة من مسائل الزواج أي في حالة بروز العنصر الأجنبي في دعاوى الزواج، فيجب على القاضي عندئذ أن يفصل في مسألة أولية هامة وهي: هل هو مختص من الوجهة الدولية بالنظر في النزاع المعروض أمامه أم لا؟

وهذه المسألة تتولى الإجابة عنها قواعد تسمى بقواعد الاختصاص القضائي الدولي[1]، التي تتولى تحديد الحالات التي ينعقد فيها اختصاص قضاء دولة القاضي إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى بالمنازعات المتضمنة عنصر أجنبيا[2]. وعليه تتمثل وظيفة هذه القواعد في تبيان الحدود التي تباشر فيها الدول سلطتها القضائية، في مقابل الحدود التي تباشر فيها دول أخرى هذه السلطة[3]. أي أنها تبين للقاضي الوطني ما إذا كانت المحاكم الوطنية تختص بالنظر في النزاع المطروح أمامه

[1] أنظر، سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009 . 33.

[2] ويمكن تعريف الاختصاص بأنه الأهلية القانونية لجهة قضائية معينة للنظر في النزاع. أنظر، خلوفي رشيد، القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002 ص .230-232. وبعبارة أخرى هو الاختصاص الذي يخول بمقتضاه المشرع لهيئة من الهيئات القضائية سلطة الفصل في النزاع. علي الداوودي، المرجع السابق2 2. 276.

[3] أنظر، سهيل حسين الفتاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، 2002 6 2. 250.

والمتضمن عنصر أجنبيا من عدمه. إذن، قواعد الاختصاص القضائي الدولية قواعد وطنية بحتة فيقتصر دورها على تحديد اختصاص المحاكم الوطنية في العلائق القانونية الأجنبية[1]. وتعتبر هذه القواعد من الناحية العملية من أهم قواعد القانون الدولي الخاص على الإطلاق، ذلك أن تحديد الاختصاص الدولي لمحاكم دولة ما يكشف غالبا ومنذ البداية عن الحل النهائي للنزاع، لأن تحديد القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد الزواج وآثاره يتوقف على ما تقضي به قواعد التكييف وقواعد الإسناد في دولة القاضي المطروح عليه النزاع، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، إن تعيين المحكمة المختصة بنظر منازعة معينة يترتب عليه حتما معرفة الإجراءات الواجبة الإتباع أمام هذه المحكمة استنادا إلى مبدأ خضوع الإجراءات لقانون القاضي المنظور أمامه النزاع[2].

ومن ثم إذا اطرح على القاضي الوطني نزاع في مسألة من مسائل الزواج المشتمل على عنصر أجنبي، فإنه ينظر أولا إذا كان مختصا بالنظر فيه أم لا – الاختصاص القضائي الدولي المباشر – ويعتمد في تحديد ذلك على الضوابط والمعايير المقررة في قانونه والتي يبنى على أساسها اختصاص قضائه الوطني في هذه النزاعات.

أما إذا كان النزاع الدولي حول الرابطة الزوجية مطروحا على قضاء دولة أجنبية، فأصدر هذا الأخير حكما بشأنه وأراد أحد الخصوم تنفيذه في الجزائر، فإن ذلك يثير إشكالية أخرى وهي مدى جواز الاعتراف بآثار هذا الحكم في الجزائر؟ وهو تساؤل تتولى القواعد المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية الإجابة عنه.

---

[1] وهذا الوضع مخالف لما هو متبع في انجلترا، إذ استقر الفقه والقضاء هناك على منح قواعد الاختصاص القضائي الدولي مهمة تبيان الحالات التي تختص فيها المحاكم الانجليزية بنظر القضايا ذات العنصر الأجنبي من جهة وبيان الأحوال التي يعترف فيها باختصاص المحاكم الأجنبية من جهة أخرى. أي أن القانون الانجليزي يحدد الاختصاص من وجهته الايجابية والسلبية بخلاف الحال في البلاد اللاتينية فإن المشرع يعنى فقط ببيان الأحوال التي تختص فيها محاكمه. أنظر، حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، مطبعة نوري، القاهرة، 1936 . 380.

[2] أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006 0 3. 31.

وقد سميت هذه القواعد بقواعد الاختصاص القضائي الدولي غير المباشر على أساس أن القاضي الوطني قبل تبني أي حكم أجنبي ينظر فيما إذا كان القضاء الأجنبي الذي أصدره مختص أم غير مختص بنظر الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي المراد تنفيذه[1].

وعليه، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتطرق في المبحث الأول إلى تحديد حالات اختصاص المحاكم الوطنية بدعاوى الزواج المختلط ونخصص المبحث الثاني إلى مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط.

المبحث الأول

اختصاص المحاكم الوطنية في منازعات الزواج المختلط

إن أول ما يعرض له القاضي عندما يثار أمامه نزاع يتعلق بزواج ذو عنصر أجنبي هو بحث ما إذا كانت محكمته مختصة دوليا بالفصل في هذا النزاع أم لا فإذا وجدها مختصة انتقل عندئذ إلى إسناد النزاع إلى القانون الواجب التطبيق عليه. أما إذا وجدها غير مختصة فلا داعي عندئذ لإثارة مسألة الاختصاص التشريعي أمامه[2] أي أن الفصل في دعاوى الزواج المختلط يتطلب أولا رفع النزاع أمام جهة قضائية مختصة للفصل فيه[3]. ولكن كيف يمكن للقاضي أن يقضي باختصاصه من عدمه؟ وهل هناك قواعد خاصة بتحديد ولاية المحاكم الوطنية بالمنازعات الدولية الخاصة؟

[1] أنظر، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار الجامعية الجديدة للنشر، مصر، 1996 ص. 402 .

[2] أنظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج. 22 5.4، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 22008 4. 12.

[3] أنظر، هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 22003 4. 295.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تختلف من تشريع لآخر، فنجد أن من التشريعات وهي تمثل الأغلبية[1] جاءت بقواعد خاصة تتكفل بتحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها الوطنية. أما بعض التشريعات الأخرى كالتشريع الجزائري والفرنسي فلم تخصص للاختصاص القضائي الدولي سوى مادتين[2] بني على أساسهما اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى التي يكون أحد أطرافها من الوطنين، سواء كان مدعيا أو مدعى عليه.

ولكن هذه النصوص المرتكزة على امتياز الجنسية ليست إلا نصوصا استثنائية. وبذلك لم توفر هذه التشريعات أي نص تشريعي يتضمن القواعد العادية للاختصاص القضائي الدولي[3]. ولسد هذا الفراغ أجمع الفقه[4] والقضاء في الدولتين على ضرورة الرجوع إلى قواعد الاختصاص القضائي الداخلي ومدها إلى المجال الدولي[5]. وأيا كان نوع القواعد المعتمدة، فإنها ترشد القاضي لتحديد متى تختص محاكمه الوطنية بالنزاعات الدولية الخاصة ومن بينها تلك النزاعات الخاصة بمسائل انعقاد الرابطة الزوجية وآثارها. واختصاص المحاكم الوطنية بالفصل في هذه النزاعات الأخيرة قد يتحدد بناء على الضوابط الأصلية للاختصاص القضائي الدولي(المطلب الأول). كما قد يتقرر اختصاصها بهذه

---

[1] ومن بين هذه التشريعات، قانون المرافعات المصري، قانون أصول المحاكمات السوري، القانون الدولي الخاص التونسي.

[2] المادتين 41-42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والمادتين 14-15 من القانون المدني الفرنسي.

[3] أنظر، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج.2، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989 . 14؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق،ج.2 . 19.

[4] Cf. LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit., pp. 556-557 ; DERRUPPE Jean, op.cit., p.111 ; ISSAD Mohand, Droit international privé, Tome 2, O.P.U, p. 19 ;

أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ج.2 5. 19.

[5] حيث استقرت محكمة النقض الفرنسية منذ قرار Pelassa et Rauft بتاريخ 1959/10/19 على اختصاص المحاكم الفرنسية استنادا إلى قواعد الاختصاص المحلي حيث قضت بأنه :

« Le principe qui étend à l'ordre international les règles françaises internes de compétence ». Cass. 19/10/1959, cité par, DERRUPE Jean, op.cit. , p.111 ; MAYER Pierre, HEUZE Vincent, Droit international Privé, 8 éme édition, Montchrestien Delta, 2005, p.202.

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارات لاحقة كقرار « Scheffel » الصادر بتاريخ 1962/10/30، وقرارها الصادر بتاريخ 1981/01/13، مقتبس عن، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2 5. 19؛

LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit. , pp. 556-557.

الدعاوى في حالات أخرى تستدعي الخروج عن الاختصاص المقرر وفقا لتلك الضوابط والاستناد على معايير أو ضوابط استثنائية طارئة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الاختصاص الأصلي للمحاكم الوطنية في مسائل الزواج المختلط

إن تحديد القضاء المختص دوليا بنظر النزاعات الدولية المتعلقة بانعقاد الزواج وآثاره يعتمد على جملة من المعايير والضوابط عامة وخاصة، إقليمية وشخصية، والتي يبنى على أساسها اختصاص إحدى الدول قضائيا بنظر هذه النزاعات، وذلك لارتباطها بكيفية أو بأخرى بالنزاع أو بأطراف النزاع أوبهما معا. ونجد أن أغلبية التشريعات سواء التي خصت الاختصاص القضائي الدولي بقواعد خاصة أو تلك التي قررت إسقاط أحكام الاختصاص المحلي على المجال الدولي، قد تدخلت لوضع قواعد- دولية كانت أو محلية — تبين من خلالها القضاء المختص دوليا بمسائل الزواج. وعليه سوف نتعرف من خلال هذا المطلب على الضوابط التي يبنى على أساسها الاختصاص الأصلي لإحدى الدول قضائيا بالفصل في النزاعات الخاصة بالزواج. وتتمثل هذه الضوابط في ضابط الموطن (الفرع الأول)، ضابط الجنسية (الفرع الثاني)) وضابط موقع المال (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الاختصاص المبني على ضابط الموطن

قد يتقرر ثبوت الاختصاص الدولي لمحاكم دولة معينة في مسائل الزواج المختلط على أساس أن لأحد الخصوم في المنازعة موطن في هذه الدولة. ويستند ضابط الموطن في هذا الصدد إلى قيام رابطة إقليمية بين الخصم وإقليم الدولة بما يفسر اختصاص محاكمها بنظر المنازعة التي يكون هو طرفا فيها[1].

والموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وعليه فإن الموطن رابطة واقعية تربط الشخص بإقليم الدولة[2]. وحتى يتحقق توطن الشخص في دولة ما يجب توافر عنصران، أولهما ذو طابع مادي يتمثل في إقامة الشخص على وجه الاستمرار في الدولة المعنية، وثانيهما ذو طابع معنوي وقوامه أن تكون لهذا الشخص نية البقاء والاستقرار في الدولة المعينة وأن يتخذ فيها مستقرا ومسكنا على وجه الديمومة[3]. غير أنه لا يقصد بالاستقرار اتصال الإقامة دون انقطاع وإنما يقصد بها استمرارها بما يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبة[4].

هذا ويكفي توافر العنصر المادي لكي نقول أن للشخص محل إقامة معينة فتكون العبرة عندئذ بإقامة الشخص المادية سواء اقترنت بنية الاستقرار فيها أولا[5]. 5قد حدد المشرع الجزائري من خلال

---

[1] أنظر، أحمد قسمت الجداوي، مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، مصر، 1972 . 79.

[2] أنظر، عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد وقواعد الاختصاص القضائي في سواء الأحوال الشخصية، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة القاهرة ، 1957 العددان الثالث والرابع . 379.

[3] أنظر، محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم القانونية، 2006 . . 146.

[4] أنظر ، هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 2008 . . 52.

[5] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1048.

المادة 36 من القانون المدني مفهوم الموطن بقوله:" موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن".

ومن هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري تبنى معيارا مزدوجا لتحديد الموطن وأسسه على التصور الواقعي شأنه في ذلك شأن التشريعات الحديثة[1]. وعليه1 يتحدد الموطن وفقا للمادة 36 من القانون سالف الذكر على أساس محل وجود السكن الرئيسي وإن تعذر تطبيق هذا المعيار يطبق المعيار الثاني وهو مكان الإقامة العادي الذي يحل محل الموطن في هذه الحالة[2].

وتبني المشرع لمحل الإقامة كمعيار لعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية له ما يبرر لا سميا بعد فتح الحدود وتطور وسائل النقل وتبني مفهوم العولمة واستقطاب اليد العاملة الأجنبية، الأمر الذي أدى إلى ارتفاع عدد الأجانب في الجزائر وإن كان أغلبهم يهدف إلى العمل بصفة مؤقتة ودون أن تكون له نية الاستقرار في الدولة[3]. وهو الأمر الذي أيده أيضا المشرع المصري الذي اعتبر أن كون مصر محلا لإقامة المدعى عليه الأجنبي أساسا كافيا لاختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التي ترفع عليه[4].

إلا أن الاختصاص المبني على معيار الموطن أو محل الإقامة قد يثير التساؤل في حالتين:

---

[1] أنظر، فريحة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010 .38.

[2] أنظر، عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، الجزائر 2004- 2005 . . 108.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/10/27 حيث قضت بأن:" موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكنى يحل محله مكان الاقامة العادي". محكمة عليا، 1992/10/27، ملف رقم 86305 مقتبس عن، عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، ط.1، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001 " .14.

[3] أنظر، هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002 " . 209.

[4] أنظر، عادل محمد خير، حدود وحالات الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991 9 2. 48.

– الحالة الأولى: تعدد المواطن

تتحقق هذه الحالة عندما يكون للفرد أكثر من موطن، حيث تتعدد عندئذ المحاكم المختصة بتعدد مواطن الفرد[1]، وهو أمر يمكن تصوره خاصة وأن كل من ضابط الموطن أو محل الإقامة يصنفان ضمن قائمة الضوابط القابلة للتغيير والانتقال[2]. فيمكن أن يكون الخصم – المدعى أو المدعى عليه – متوطنا أو مقيما في دولة معينة وقت نشوء العلاقة ويقوم بنقل موطنه إلى دولة أخرى وقت قيام الخصومة أو بعدها[3]. ففي مثل هذا الفرض يثور التساؤل عن الوقت الذي يعتد فيه بتوافر ضابط الاختصاص – توطن المدعى عليه أو إقامته– حتى ينعقد الاختصاص لمحاكم دولة معينة. يذهب الرأي الراجح إلى أن العبرة في توافر الضابط الذي ينعقد بمقتضاه الاختصاص لمحاكم الدولة هو بوقت رفع الدعوى[4]. وبالتالي يجب أن يكون المدعى عليه متوطنا أو مقيما بالدولة صاحبة الشأن وقت افتتاح الدعوى حتى تختص محاكمها دوليا بنظر النزاع[5]. وأي تغير لاحق في هذا الضابط ليس من شأنه أن يؤثر على الاختصاص الذي انعقد لمحاكم الدولة عند رفع الدعوى[6].

– الحالة الثانية: انعدام الموطن

إذا كان التصور الواقعي للموطن يسمح بتعدد المواطن فإنه بالمقابل يسمح بانعدامها وتبرز هذه الحالة أيضا بالنسبة لمن كان له موطن ولكنه فقده بحثا عن موطن جديد لم تحقق شروط تحديده.

---

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 272-275؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 217.

[2] أنظر، عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، الدار الجامعية، دون سنة نشر، ص. 519.

[3] محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 653.

[4] عكاشة محمد عبد العال، أصول ... المرجع السابق، ص. 250؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 653.

[5] أنظر، أشرف وفاء محمد، آثار التوازن بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر، ص. 124.

[6] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 751.

أورد المشرع الجزائري حلا لهذه الإشكالية في المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي أكدت أن الاختصاص وإن كان كمبدأ عام يؤول للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، فإنه إن لم يكن للمدعى عليه موطن معروف يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها الموطن المختار، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك[1].

ومن هذه المادة نستنتج أنه إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فيتحدد الاختصاص القضائي بناء على معيار آخر موطن للمدعى عليه أو بناء على معيار الموطن المختار، على أن تطبيق هذه القاعدة مرتبط بعدم وجود نص قانوني يعقد الاختصاص لجهة قضائية معينة بالذات أي شريطة عدم وجود نص قانوني يخالف ذلك[2]. ويقصد بالموطن المختار المكان الذي يختاره الفرد لتنفيذ عمل قانوني معين) والمنازعات المتعلقة بما اتخذ في هذا الموطن من علاقات تختص بها محاكم دولة الموطن المختار، على أن اختيار هذا الموطن يكون إما بمقتضى الاتفاق المحدد في العقد وإما بالإدارة المنفردة للشخص[3].

فقد يتخذ الأجنبي من مكتب المحامي الذي يوكله بالجزائر لرفع الدعوى الخاصة بالزواج موطنا مختارا لاتخاذ جميع الإجراءات القانونية المتعلقة بانعقاد الرابطة الزوجية وآثارها والخاصة بالدعوى، ولا يقبل الاختصاص في هذه الحالة رغم اختيار دولة المحكمة كوطن مختار إلا إذا كان ثمة صلة تربط النزاع بإقليم الدولة بأي وجه من الوجوه، وذلك حتى يكون للحكم الصادر في شأنه قيمة فعلية[4].

---

[1] أنظر، أنور الخطيب، الأحوال الشخصية، ط.1، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، ص. 402.

[2] أنظر، سائح شنقوقة، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج.1، الجزائر، دار الهدى، 2011 2 99.4.

[3] أنظر، محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002 ص. 95.

[4] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 440.

قد يلعب ضابط الموطن دورا هاما في تحديد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة إذا كان أحد أطراف الدعوى – المدعي أو المدعى عليه– متوطنا أو مقيم في دولة المحكمة. وإن كان ثبوت الاختصاص للمحاكم الوطنية متى كان للمدعى عليه موطن في الدولة بمثابة قاعدة عامة في أغلبية التشريعات المقارنة (أولا)) فإن هناك بعض التشريعات الأخرى التي جعلت لضابط موطن المدعى أثره كذلك في الاختصاص الدولي [1](ثانيا) .

أولا – ضابط موطن المدعى عليه

تعد قاعدة الاختصاص التي على أساسها تختص محاكم الدولة التي يوجد بها موطن المدعى عليه من أقدم قواعد الاختصاص القضائي في مجال العلاقات الخاصة الدولية[2]. كما تعتبر من أكثر القواعد شيوعا في التشريعات الوضعية الحديثة، هذه الأخيرة التي جعلت منها أصلا عاما لتحديد الاختصاص القضائي المحلي والدولي على حد سواء[3].

---

[1] أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص. 81.

[2] أشرف وفا محمد، آثار التوارث.... ، المرجع السابق، ص. 124.

[3] أنظر، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002 4 1. 16 ؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 214.

ومن التشريعات العربية التي نصت صراحة على اعتماد قاعدة موطن المدعى عليه في مجال الاختصاص القضائي الدولي نجد قانون المرافعات المصري حيث نصت المادة 29 منه على أنه: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية ..." . أنظر، هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، ط.11 دار الفكر الجامعي، مصر، 2003 ص. 100. وأخذ بها أيضا القانون السوري (المادة 03 من قانون المرافعات)) القانون الكويتي لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي (المادة 07 منه)) القانون الليبي (المادة 1/3من قانون المرافعات المدنية والتجارية). محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 275-286-212- القانون الإماراتي (المادة 20من قانون الإجراءات المدنية). عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية في دولة الامارات العربية المتحدة، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000 ص. 148 والقانون التونسي (الفصل 3 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي). محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 104.

وهذا ونصت الاتفاقية العربية للتعاون القضائي في مادتها 28 على هذه القاعدة بقولها :" أن المحكمة تعتبر مختصة إذا كان موطن المدعى عليه أو محل إقامته وقت النظر في الدعوى في إقليم الدولة المصدرة للحكم " . طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 218.

وبناء على هذا الضابط ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد بها للمدعى عليه موطن أو محل إقامة. ومن ثم نستنتج أنه يشترط لإعمال هذه القاعدة أن يكون المدعى عليه متوطن أو مقيم في الدولة المعينة حتى ينعقد الاختصاص لمحاكمها الوطنية[1] وأيا ما كان نوع الدعوى المعنية شريطة عدم تعلق الأمر بدعوى عقارية متعلقة بعقار موجود خارج دولة المحكمة[2].

وعلى هذا الأساس يجوز مخاصمة الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية في دعاوى الزواج المختلط إذا كان له موطن في الجزائر أو إذا كان له محل إقامة فيها، أو إذا كانت الجزائر تمثل آخر موطنا له وكذا الحال إذا اختار الخصوم موطنا لهما في هذه الدولة.

فإذا قام مواطنان أجنبيان بالزواج في فرنسا على سبيل المثال، فمن حق أي من الزوجين رفع دعوى ضد الزوج الآخر أمام المحاكم الجزائرية وذلك بطلب الحكم ضده في دعوى صحة ونفاد عقد الزواج سالف الذكر، إذا كان الزوج الأجنبي المعني متوطنا في الجزائر أو مقيما على ترابها أو إذا سبق له التوطن في الجزائر وغادرها قبل رفع الدعوى ضده من قبل زوجه الآخر أو إذا اختار هذا الأخير

أما عن المشرع الجزائري فقد نصت المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه :" يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي تقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ". وهذه المادة بالرغم من أنها خصت لتنظيم الاختصاص الإقليمي الداخلي إلا أن حكمها يمتد إلى مجال العلاقات الخاصة الدولية. وهذا ما أكدته الغرفة المدنية التابعة لمحكمة قسنطينة في حكمها رقم 71/94 والصادر 1972/04/20 حيث قضت "حيث أن ... الهيئات القضائية الجزائرية... تعتبر مختصة تجاه الأجانب المدعوين للمثول أمامها، حين تنطوي المنازعات المرفوعة أمامها، كما هي الحال في الدعوى، على صلة تربطها بالجزائر، بسبب الإقامة أو الموطن...". محكمة قسنطينة، 1972/04/20/ مقتبس عن، موحند إسعاد، ترجمة فائز أنجق، المرجع السابق، ج.22 ص. 21. وبالإضافة إلى التشريعات العربية، هناك العديد من التشريعات الغربية التي منحت الاختصاص القضائي لمحاكمها الوطنية على أساس توطن الشخص أو إقامته على إقليمها الوطني ومن بينها القانون الدولي الخاص التركي (المادة 28 منه)) قانون المرافعات الألماني (المادة 20002/640)) القانون الدولي الخاص الإيطالي (المادة 1/3)) قانون المرافعات الفرنسي لعام 1975 (المادة 1/42)) القانون الانجليزي (القاعدة 52 من قواعد التنازع الخاصة بالمحاكم الانجليزية). أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1047-1048. وقد نصت على هذه القاعدة أيضا معاهدة بروكسل المبرمة بتاريخ 1968/09/27 . أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص. 124.

[1] أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999 4 1. 57.

[2] أنظر، مفوض عبد التواب، الوسيط في شرح قوانين الجنسية والأجانب والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط.1، مؤسسة سعيد للطباعة، مصر، 1983 4 1. 166.

موطنا له في الجزائر. وإذا تزوج مواطن جزائري من أجنبية خارج الديار الجزائرية، هنا يحق لهذا الجزائري أن يقوم برفع دعوى تتعلق بهذا الزواج ضد زوجته الأجنبية أمام المحاكم الجزائرية، إذا كانت الزوجة الأجنبية متوطنة في الجزائر لحظة رفع الدعوى عليها، أو مقيمة على ترابها في هذا الوقت أو إذا كانت قد اختارت الجزائر كموطن لها أو إذا سبق لها التوطن في الجزائر قبل رفع الدعوى. ففي هذه الحالة الأخيرة يظل الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية منعقدا بنظر الدعوى الماثلة حتى بعد انتهاء الموطن الدولي للمدعى عليه في الجزائر على أساس سبق توطنه هناك[1].

وتقرير قاعدة المدعى يسعى إلى المدعى عليه في محكمته تعود إلى عدة اعتبارات منها[2]:

– أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه لحين إثبات العكس وليس من العدالة تحميله مشقة ومصاريف الانتقال لمحكمة المدعى[3]، بل على المدعى أن يثبت دعواه ويلاحق المدعى عليه في موطنه[4]. وذلك تجسيدا للمبدأ المعروف " الدين مطلوب وليس محمول"[5].

– إن الأخذ بضابط موطن المدعى عليه يقوم أيضا على أساس عملي يهدف إلى تفادي ترك المدعى عليه تحت رحمة المدعي سيء النية الذي قد يتعمد رفع دعواه أمام المحكمة الأبعد عن موطن المدعى عليه بغرض تكليفه مصاريف إضافية[6].

– إن اختصاص محكمة موطن المدعى عليه من شأنه أيضا تكريس فعالية ونفاذ الأحكام الصادرة عنه، فتوطن الشخص أو إقامته في دولة معينة من شأنه أن يولد رابطا جديا بين الشخص والدولة[7].

---

[1] هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج...، المرجع السابق، ص. 128.

[2] أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر، ص. 70.

[3] طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 278؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق 8 2. 257.

[4] أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002 7 2. 98.

[5] أنظر، نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، شركة دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009 7 2.88.

[6] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص. 98.

[7] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 25.

وهذا الرباط هو الذي يمكن الدولة من إلزام المدعى عليه بالحكم الصادر من محاكمها نظرا لما لها من سلطة فعلية عليه[1]. هذا ويسهل على محكمة موطن المدعى عليه إجراءات التنفيذ في مواجهة المدعى عليه وعلى أمواله أيضا بحسبان أن الشخص عادة ما يمارس نشاطاته التجارية في المكان الذي يتخذه موطنا له[2].

وانطلاقا من ذلك، فإنه يحق لكل فرد رفع دعوى الزواج أمام القضاء الجزائري على زوجه الأجنبي المتوطن بالجزائر، تطبيقا للمعيار العام المتمثل في موطن المدعى عليه، ولكن قد يحدث وأن يرفع المدعى دعواه على أكثر من مدعى عليه ويكون لأحدهم فقط موطن في الدولة المعينة، فهل يكفي ذلك لعقد الاختصاص لمحاكمها الوطنية؟

لقد تصدت أغلبية التشريعات لهذه الفرضية بمنح الاختصاص لمحاكمها الوطنية إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة على ترابها الوطني[3]، والحكمة من اعتماد هذا الحل تكمن في ضمان حسن سير العدالة بالحفاظ على وحدة الخصومة وحتى لا تصدر في المنازعة الواحدة أحكام متضاربة ومتعارضة من عدة محاكم، الأمر الذي يتعذر معه تنفيذها في آن و احد[4].

---

[1] موسى عبود ، المرجع السابق، ص. 320.

[2] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية ...، المرجع السابق، ص. 43.

[3] قد اعتمد المشرع المصري هذا الحل صراحة من خلال المادة 09/30 من قانون المرافعات حيث جاء فيها: " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية : و / إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية ". هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص. 57.

وهذا الحل اعتمده أيضا المشرع الجزائري في إطار الاختصاص القضائي المحلي حيث نصت المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: " في حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحدهم ". وينصرف حكم هذه المادة إلى الاختصاص القضائي الدولي للأسباب المذكورة سابقا، فتختص عندئذ المحاكم الجزائرية في حالة تعدد المدعى عليهم إذا كان لأحدهم موطن بالجزائر.

[4] محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 627؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1059؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدينة والتجارية الدولية ...، المرجع السابق، ص. 51.

ثانيا – ضابط موطن المدعى

لقد جعلت بعض التشريعات[1] من موطن المدعي ضابط لعقد الاختصاص لمحاكمها الوطنية إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، ومن بينها مسائل الزواج المختلط وكان المدعي أجنبيا له موطن في دولة المحكمة وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق على النزاع المتعلق بانعقاد الرابطة الزوجية أو آثارها[2].

وعلى خلاف ذلك لم تجعل بعض الدول العربية الأخرى كالجزائر، ليبيا، الأردن، العراق، من توطن المدعي بأقاليمها ضابط لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها في مسائل الأحوال الشخصية[3].

وعموما يؤخذ بضابط الموطن أو محل الإقامة كمعيار لتحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة الوطنية[4] بحيث تختص المحاكم على أساس هذا الضابط بالنظر في المنازعات الدولية المرتبطة

[1] وعلى رأسها المشرع المصري في المادة 7/30 من قانون المرافعات، المشرع الكويتي في المادة 08 من قانون رقم 05 لعام 1961، المشرع اللبناني بموجب المادة 79 من قانون أصول المحاكمات اللبناني، المشرع السوداني بموجب المادة 10 من قانون الإجراءات المدنية، المشرع السوري من خلال المادة 07 من قانون أصول المحاكمات المدنية، والمشرع البحريني بموجب المادة 15 من قانون المرافعات.

[2] حيث تنص الفقرة السابعة من المادة 30 من قانون المرافعات المصري على أنه :" تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال التالية – إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى وطنيا أو أجنبيا له موطن في الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى". أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص – الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام- ، الناشر سيدي عبد الله وهبة ، 1997- ص. 169 .

[3] رحاوي آمنة، المرجع السابق، ص. 125-126.

[4] Cf. WOLFF Martin, Private international law, Ox Ford University Press, 1945, p. 69.

بمسائل انعقاد الرابطة الزوجية وآثارها0 كدعوى المعارضة في عقد الزواج (أ)، دعوى إثبات عقد الزواج (ب)) دعوى النفقة (ج)) ودعوى النسب(د).

أ- دعوى المعارضة في عقد الزواج

والاعتراض المقصود هنا هو ذلك المبني على تخلف شرط من الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج0 كما لو كان أحد طرفي العقد أو كلاهما عديم الأهلية أو كان هناك مانع يمنع الزواج كرابطة القرابة إلى درجة معينة أو عدم رضا من يوجب القانون رضاه بالزواج كالوالدين أو أحدهما[2] .

فعقد الزواج الصحيح هو كل عقد استوفى ركنه وشروط صحته المطلوبة المتمثلة في: رضا الزوجين، الولي، الصداق، الشاهدين، استكمال الزوجين العاقدين لشروط الأهلية، الخلو من الموانع الشرعية وإتمام الزواج للإثبات أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا[3]. وإن تخلف أي شرط من الشروط

---

[1] كدعوى العدول عن الخطبة حيث تنص المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: " تكون المحكمة مختصة إقليميا:
1- في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه ".

[2] أنظر، محمود لطفي محمود عبد العزيز، التنازع الدولي للاختصاص القضائي، ط.1، دار النهضة العربية، مصر ، 2013 6 4. 61؛ صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008 ». 107.

[3] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/02/23 حيث قضت بأنه:" من المستقر عليه قانونا وقضاء، أن عقد الزواج يعتبر صحيحا متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين وأبرم الزواج أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا...".محكمة عليا، 1993/02/23، قرار رقم 88856، المجلة القضائية 1996، العدد2 : 62.

وقضى المجلس الأعلى في قرار آخر صادر بتاريخ 1982/11/22 بأنه: " ...يعتبر كل زواج صحيح إذا توافرت أركانه ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وتترتب عليه آثاره وتنتج عنه كافة الحقوق". مجلس أعلى1 1982/11/22، قرار رقم 28784، نشرة القضاة 1986، العدد 2 " 232. مقتبس عن، سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ط.1 " 1.، منشورات كليك، الجزائر، 2013 " 174. ونفس الحكم أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2007/06/13 حيث قضت بأن عدم قيام الموثق بتسجيل عقد الزواج المبرم أمامه بدفتر الحالة المدنية بالبلدية لا يؤثر على صحة الزواج. محكمة عليا، 2007/06/13، قرار رقم 396339، مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد1 4 253.1.

الأساسية[1] للزواج كالولي، أو الشهود أو عدم تسمية الصداق، يكون عقد الزواج فاسدا وجزاؤه الفسخ قبل الدخول. أما إذا تخلف ركن من أركان عقد الزواج الأساسية كفقدان رضا الزوجين فيكون الزواج باطلا وجزاؤه البطلان ولو بعد الدخول[2].

وقد يحدث عندما يقوم الموثق بتوثيق الزواج أن يعترض على إبرامه من له الحق قانونا في الاعتراض عليه وذلك لوقف توثيق العقد لوجود مانع من موانع الزواج[3].

وقد عقد المشرع المصري الاختصاص لمحاكمه الوطنية في دعوى المعارضة في عقد زواج يراد إبرامه أمام مكاتب التوثيق المصرية[4]. حيث نصت المادة 3/30 من قانون المرافعات المصري على أنه: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق مصري"[5].

وتطبيقا لذلك إذا كان الزواج يراد إبرامه لدى موثق مصري وحدث أن عارض البعض هذا الزواج بهدف وقف العقد لوجود مانع من موانع الزواج، فإن المحاكم المصرية تختص بدعاوى المعارضة في هذه الحالة. والحكمة من عقد الاختصاص بهذه الدعاوى للمحاكم المصرية هي تمكين الموثق المصري من أداء مهامه وتحقيق سرعة الفصل في دعوى المعارضة بحسبان أن المحكمة المختصة بنظر

---

[1] وفي هذا الشأن قضى المجلس الأعلى في قرار له صادر بتاريخ 1984/09/24:" متى كان من المقرر شرعا أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا بأركان مبينة بوضوح، ويقول ابن زيد القيرواني في رسالته لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل وأيضا لا يزوج البنت أب ولا غيره إلا برضاها وتأذن بالقول ومن ثم فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الاسلامية.

ولما كان ثابتا – في فضية الحال– أن قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف، ومن جديد قضوا بصحة الزواج بين الطاعنين اعتمادا على تصريحات شهود، لا يتبين منها توافر هذه الأركان، فإنهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشرع". مجلس أعلى 1984/09/24، قرار رقم 34438، المجلة القضائية، 1990، العدد1 " .64.

[2] المواد 32- 34 من قانون الأسرة الجزائري.

[3] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية ...، المرجع السابق، ص.81؛ محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 61.

[4] عادل خير، المرجع السابق، ص. 52.

[5] صالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص.106. وتقابل هذه المادة المادة 78 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

هذه الدعوى توجد في ذات الدولة التي أبرم الزواج فيها. وهي مسألة ما كانت لتتحقق لو جعلنا أداء الموثق المصري لإعمال وظيفته معلقا على ما يتقرر في شأن المعارضة في الزواج من محكمة أجنبية[1]. بحيث يؤدي ذلك إلى تعطيل إبرام العقد حتى يتم الفصل في دعوى المعارضة من هذه المحكمة وهي نتيجة لا يمكن قبولها خاصة وأن العقد ذاته يخضع من الناحية الشكلية لقانون بلد الإبرام أين يتم توثيق عقد الزواج. كما أن الموثق يؤدي تلك الوظيفية وفقا لقانونه مم يدعو إلى البث في الاعتراض ويكون ذلك من اختصاص السلطة المختصة في دولته[2].

أما المشرع الجزائري. فقد بين المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة ببعض الشروط الموضوعية لعقد الزواج من خلال المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت الفقرة السابعة من هذه المادة على أنه: " في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص"؛ كما نصت الفقرة الثامنة من نفس المادة على أنه: "في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه "؛ ونصت الفقرة التاسعة من المادة سالفة الذكر على أنه : " في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية".

يستخلص من الفقرات السابقة أنه إذا تعلقت الدعوى بالترخيص بالزواج لمن لم يبلغ السن القانوني للزواج؛ فترفع أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن طالب الترخيص. أما إذا انصبت دعوى المعارضة على النزاع المتعلق بالصداق فترفع بمكان موطن المدعى عليه. وإذا تعلقت

[1] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية التجارية ...، المرجع السابق، ص. 94؛ محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 61.

[2] أنظر، حفيظة السيد الحداد، الوجيز في القانون الدولي الخاص- الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم-، منشورات الحلبي الحقوقية، دون سنة النشر، ص. 76.

الدعوى بنزاع حول الولاية، فترفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية[1].

إن تطبيق الفقرتان 8 و 9 من المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية لا يثير أي إشكال إذا وجد موطن المدعى عليه أو مكان ممارسة الولاية بالجزائر، لأن المحاكم الجزائرية هي المختصة لا محالة. لكن الإشكال يثور في الزواج المختلط إذا تم إبرامه في الجزائر وتخلف شرط الصداق ولم يوجد موطن للمدعى عليه بالجزائر، أو تخلف شرط الولاية ولم يوجد مكان ممارسة الولاية في الجزائر، فما هي المحكمة المختصة في هذه الحالة؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول إذا كان أحد أطراف الدعوى جزائريا، فالمحاكم الجزائرية تكون هي المختصة ولكن بناء على ضابط آخر غير الضوابط المنصوص عليها في هذه المادة وهو ضابط الجنسية المنصوص عليها في المادتين 41-42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]. ولكن تحتدم إشكالية المحكمة المختصة إذا كان الزوجين مختلفي الجنسية ولم يتمتع أحدهما بالجنسية الجزائرية، فلا يمكن في هذه الحالة للمحاكم الجزائرية أن تكون مختصة نظرا لتخلف الضوابط المنصوص عليها في الفقرتين 8 و 9 من المادة 426 وأيضا تخلف ضابط الجنسية المنصوص عليه في المواد 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك بالرغم من أن عقد الزواج قد تم إبرامه في الجزائر. وتفاديا لهذه الإشكالية كان على المشرع الجزائري أن يورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصا صريحا يقضي باختصاص المحاكم الجزائرية بدعاوى المعارضة في عقد الزواج متى تم إبرام عقد الزواج أمام موثق جزائري[3] استنادا إلى المبررات المقدمة سابقا[4].

---

[1] سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص.584.

[2] سنتطرق لدراسة هذا الضابط بالتفصيل في الفرع الثاني من هذا المطلب، ص.166.

[3] رحاوي آمنة، المرجع السابق، ص. 113.

[4] أنظر، ص. 154. 155 من هذه الرسالة.

ب- دعوى إثبات عقد الزواج

تظهر أهمية دعوى إثبات عقد الزواج إذا وقع نزاع حول واقعة الزواج بين الزوجين أو بين من لهم مصلحة شرعية وقانونية وكان أحد الطرفين يدعي قيام الزواج قانونا وشرعا والطرف الآخر ينفي هذا الزواج ويطعن في قيامه. في هذه الحالة الطريقة الوحيدة لإثبات ما يدعيه المدعي هي إقامة دعوى إثبات الزواج، وتظهر الحاجة إلى إثبات الزواج خاصة في حالة الاكتفاء بالشكل العرفي وعدم إبرام عقد الزواج أمام موثق أو ضابط الحالة المدنية.

ويثير الزواج العرفي[1] عدة إشكاليات خاصة في حالة النزاع والمطالبة بالحقوق المالية الناتجة عن هذا الزواج من صداق، نفقة، مسكن وغير ذلك فقد يلجأ الزوج إلى إنكار واقعة الزواج إذا كان مدينا بالصداق أو بنفقة متجمدة أو كان متزوجا بامرأة أخرى، دون علم الزوجة المطلقة ويزداد المشكل حدة عند ما يمتنع الزوج عن تسجيل الزواج العرفي في حالة الوفاة[2] أو الطلاق حيث لا تجد المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أو ورثتها في حالة وفاتها السند القانوني الذي يمكنهم من المطالبة بالحقوق الناتجة عن هذا الزواج[3].

---

[1] الزواج العرفي هو ذلك الزواج الذي يتم إبرامه أمام جماعة من المسلمين بحضور الطالب مستوفيا لأركانه الشرعية والقانونية دون أن يكون مقيد في سجلات الحالة المدنية.

[2] وقضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1985/09/23 بأنه: "إذا كان من المبادئ الشرعية السائدة فقها وقضاء أن إثبات عقد زواج في حالة وفاة أحد الزوجين، يكون مؤسسا على شهادة شهود يؤكدون صحة انعقاده وفقا لتعاليم الشريعة الاسلامية، وأن الاكتفاء بشهادة ثلاثة أشخاص كان أفضل من شهد منهم أنه حضر الفاتحة، فهي شهادة في غاية من الاجمال وليست مما يثبت بها عقد الزواج إذا ما كانت شهادة الآخرين أضعف منها فإن الا إثبات بالبينة على هذا النحو لا يكفي وحده إلا مع يمين المدعية.

لذلك يستوجب نقض القرار القاضي بإثبات عقد زواج المدعية بشخص متوفي تأسيسا على شهادة ثلاثة أشخاص ليست كافية لهذا الإثبات ودون تحليف المدعية اليمين...". مجلس أعلى 1985/09/23، قرار رقم 37501، المجلة القضائية، 1989، العدد 1 .95، مقتبس عن، سايس جمال، المرجع السابق، ج.1 .225.

[3] أنظر، لاتي محمد، المرجع السابق، ص. 99-100. وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2008/02/13 أنه يجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود واليمين المتممة. محكمة عليا، 2008/02/13، قرار رقم 424799، مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد 22 ص.307./2008/02، قرار رقم 424799، مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد 2 7 307.3.

ويمكن أن يتم إثبات الزواج حسب القواعد العامة بوسائل الإثبات المقررة في القانون الذي يحكم الشكل وذلك بناء على الصلة التامة بين إنشاء العقد وكيفية إثباته[1].

وعليه، يمكن أن يستند أحد الزوجين أو من له مصلحة في إثبات عقد الزواج إلى وسائل الإثبات[2] المتمثلة في الكتابة، اليمين أو اعترافات الزوجين المدعمة بالأدلة والحجج الشرعية[3]، وشهادة الشهود وهذا ما أكده المجلس الأعلى في العديد من قراراته ومن بينها: القرار الصادر بتاريخ

[1] حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/02/14 أنه:" يثبت الزواج العرفي بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل، ولا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط ...". محكمة عليا، 2002/02/14، قرار رقم 381880، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد 22 ص.483.

[2] وهو ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1986/12/15 حيث قضت بأنه:" من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الاسلامية.
ولما كان من الثابت – في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه جاء خاليا من أية حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة ومخطئ في فهم الشهادات في الفقه...". مجلس أعلى 1986/12/13، قرار رقم 43889، المجلة القضائية 1993، العدد الثاني، ص.37، مقتبس عن، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية،ج.2 : .1، إصدار منشورات كليك، الجزائر، 2013 : .659.

[3] أنظر، بن عائشة لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين – دراسة مقارنة نقدية تحليلية— مذكرة ماجيستير، جامعة تلمسان، 2011-2012- ص.19-26.
نصت المادة 07 من القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية الصادر عن مجلس وزراء العدل العرب المنعقد بالكويت في أوائل شهر أفريل 1988على أنه :" يثبت الزواج بحجة رسمية وأنه يجوز اعتبارا لواقع معين إثبات الزواج بالبينة أو بالتصادق".
وهذا ما أكدته المحكمة العليا أيضا من خلال قرارها الصادر بتاريخ 2000/11/21 حيث قضت بأنه:" ... بدعوى أن الطاعنة قد أثبتت دعوى زواجها العرفي بالمطعون ضده والقرار المنتقد قد ألغي الحكم المستأنف وقضى من جديد برفض دعواها. حيث أنه بالفعل فإن الطاعنة قد أثبتت دعوى زواجها العرفي بالمطعون ضده حسب التحقيق الذي قام به القاضي الأول وكذلك محضر التحقيق المؤرخ في :1997/10/21 الذي قام به رئيس الغرفة....تنفيذ القرار سابق صدر في 1989/04/15 خصوصا وأن الزواج قد أنجب ولدين وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة ...". محكمة عليا، 2000/11/21.

1984/11/05[1]، وفي قرار آخر صادر في 1988/02/29[2] وكذلك في قراره الصادر بتاريخ 1989/03/27[3] 1 هذا ما جسدته أيضا المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2001/01/21[4].

وترفع دعوى إثبات الزواج بمكان تواجد موطن المدعى عليه[5] وغالبا ما يكون موطن الزوجية، وقد أخذ المشرع الجزائري بذلك في نص المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثانية حيث نصت على أنه:" في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه".

---

[1] حيث قضى من خلاله أنه:" من المقرر شرعا أنه يجوز إثبات عقد الزواج بشهادة شهود تنفيذ شرعي ومن ثم فإن القضاء بإثبات عقد الزواج اعتمادا على شهود لا تفيد انعقاده شرعا يعد خرقا لمبادئ وأحكام الشريعة الاسلامية. ولما كان قضاة الاستئناف اكتفوا في قرارهم بالقول أن الزوج تارة ينكر الزواج وتارة يطلب التصريح بعدم الاختصاص وأن شهود المطعون ضدها صرحوا أمام القاضي الأول بأن الطرفين كانا متزوجين وعاشا عيشة الأ »فإنهم بقضائهم بإثبات عقد الزواج بين الطرفين خالفوا أحكام الشريعة باعتبار أن هذه التصريحات لا تكون كافية لإثبات عقد الزواج الشرعي". مجلس أعل، 1984/11/05، قرار رقم 34030، المجلة القضائية 1990، العدد 2 : .82.

[2] حيث جاء فيه:" من المقرر قانونا وشرعا أن الزواج يثبت بالشهود الذين حضروا العقد أو على الأقل الفاتحة إذا كانت مشتملة على أركانه أو شهادة السماع ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ومخالفة القواعد الشرعية غير مؤسس يستوجب الرفض. لما كان – في قضية الحال- أن الطاعنة أقرت على نفسها بأن علاقتها مع المطعون ضده لم تكن شرعية ولم تقم على عقد مبني على الأركان المعروفة في الزواج، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلب الطاعنة الرامي إلى إثبات زواجها لم يخالفوا الشريعة الاسلامية وانتهكوا القانون...". مجلس أعلى 1988/02/29، قرار رقم 48184، المجلة القضائية، 1991، العدد 1 : .49. مقتبس عن، سايس جمال، المرجع السابق، ج.1 .451.

[3] إذ قضى من خلاله بأنه:" من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأسس القانونية ومخالفة قواعد الإجراءات في غير محله، يستوجب الرفض.

لما كان من الثابت- في قضية الحال- أن الطاعن لم يأت بأي شهادة معاين أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن". مجلس أعلى. 1989/03/27، ملف رقم 53272، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثالث، ص.82.

[4] إذ قضت بأنه:" .. بدعوى أن الطاعنة كانت قدمت شهودا أثبتوا انعقاد الزواج واعتماد قضاة الموضوع في رفض الدعوى على عدم توفر ولي الزوجة يعد خطأ قانونيا وشرعيا إذ أنه يحق للمرأة زواج نفسها ما دامت ثيبا وسبق لها الزواج كما أن قاضي الدرجة الأولى لم يرد على طلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب البنت (ح) بأبيها المرحوم (م- ب- أ) مع أن النسب يثبت حتى في حالة اعتبار الزواج فاسد طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة مما يجعل القرار المطعون فيه منعدم الأساس القانوني مما يعرضه إلى النقض والإبطال.

حيث أنه فعلا بالرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع استمعوا إلى شهود أثبتوا في شهاداتهم أن الزواج العرفي تم بين الطرفين برضاهما وعلى صداق حدد مقداره أمام إمام المسجد و أن الزوجة ناقشت بنود عقد الزواج بنفسها دون حضور ولي عليها وأمام هذا فقضاة الموضوع برفض دعوى المدعية الرامية لإثبات الزواج العرفي يعتبر من غير أساس قانوني ما دام الدخول قد تم ونتج عن الزواج بنتا تسمى (ح) وذلك تأسيسا على المادة 33 من قانون الأسرة في نصها يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذ اختل ركن واحد وما دام ركن الولي هو وحده المختل فإن الزواج يثبت بعد الدخول طبقا للمادة المذكورة مما يجعل الوجه مؤسس الأمر الذي يتعين نقض وإبطال القرار المطعون فيه..". محكمة عليا، 2001/01/21.

[5] أنظر، عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2009 .278.

وعليه، إذا وقع نزاع حول واقعة الزواج المختلط بين الزوجين أو بين من لهم مصلحة شرعية وقانونية في ذلك. وكان أحدهما يدعي قيام الزواج قانونا وشرعا والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه أو في صحته فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه. فإذا تمكن المدعي من إثبات أن الزواج بين الطرفين قد حصل وفقا للقانون ولقواعد الشريعة الاسلامية وتمكنت المحكمة من الحكم بقيام مثل هذا الزواج وصحته[1] وأصبح حكمها نهائيا حائزا لقوة القضية المقضية فإنه يجب على ممثل النيابة العامة إرسال نسخة من الحكم إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية المعنية وتكليفه بتسجيل منطوق الحكم في سجلات الحالة المدنية وفقا للأوضاع والأشكال التي يتطلبها قانون الحالة المدنية[2]. وبعد ذلك فقط يستطيع الشخص المعني أن يستخرج نسخة عن عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية بالبلدية ويحتج به لدى كل من يهمه أمر إثبات عقد زواجه[3].

ج – دعوى النفقة

هناك حالات كثيرة في واقع الحياة الزوجية يحصل فيها أن يتخلى الزوج عن التزاماته تجاه زوجته وأولاده فيهملهم ولا ينفق عليهم ففي هذه الحالة من حق الزوجة شرعا وقانونا أن تطالب الزوج

[1] أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1989 ص. 368.

[2] وهو ما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ".

[3] أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 " .73.

بالإنفاق عليها وعلى أولاده معها. فالنفقة الزوجية واجبة على الزوج مادامت الزوجة في طاعته[1] وهذا نظير احتباسه لها وقصر نفسها عليه بحكم العقد الصحيح سواء كانت مسلمة أو غير مسلمة[2]. وقد أكد المجلس الأعلى على واجب الزوج في النفقة على زوجته في العديد من قراراته ومن بينها القرار الصادر بتاريخ 1989/10/02[3] وأيضا القرار الصادر عن المحكمة العليا في 2005/05/18[4].

وإذا تبين أن استحقاق النفقة تعرض إلى امتناع من هو واجب عليه أداؤها يرفع الطلب بأداء النفقة قضاء بعريضة افتتاحية طبقا للأشكال المنصوص عليها في قانون القاضي[5].

ويقدم الطلب ضد المدين بالنفقة إلى محكمة موطن الدائن بالنفقة لأنه محتاج وليس من المنطق تكبده مصاريف إضافية بسبب دعواه وذلك تطبيقا لما ورد في المادتين 40 فقرة 02 والمادة 426 في فقرتها الخامسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حيث نصت الأولى على أنه:"... النفقة الغذائية ... أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة"" ونصت الثانية على أنه: "في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها".

---

[1] وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2008/11/12 حيث قضت من خلاله بأن الزوج يبقى ملتزما بالإنفاق على زوجته المقيمة عند أهلها قائما مادام لم يثبت نشوزها بحكم قضائي. محكمة عليا، 2008/11/12، قرار رقم 466390، مجلة المحكمة العليا، 2008 العدد 2 . ..317.

[2] أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط.1، الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008 . 147.

[3] حيث جاء فيه: " من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليها وهو الذي ما يعبر عنه شرعا ب "ارخاء الستور" أو " خلوة الاهتداء" يعتبر دخولا فعليا يرتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها. ومن المقرر أيضا أن دخول المسلم به يوجب العدة حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطأ ويوجب النفقة ونفقة ما قبلها في غياب المسقط عليها ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه...".مجلس أعلى. 1989/10/02، ملف رقم 55116، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الأول، ص.34.

[4] حيث قضت من خلاله بأنه:" من المقرر قانونا أن اعتبار الزوج ممتنعا عن الإنفاق على زوجته وأولاده لا يشترط فيه وجود حكم قضائي مدان فيه من أجل ذلك، بل يثبت بكل وسائل الإثبات بعد صدور الحكم بوجوبها". محكمة عليا، 2005/05/18، قرار رقم 335844، نشرة القضاة، 2010، العدد 65 " .315.

[5] أنظر، غوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ج.51 3.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000 . 192.

من خلال استقراء هاتين المادتين نجد أن المشرع الجزائري عند تحديده للمحكمة المختصة بدعاوى النفقة راعى الجانب الضعيف في الدعوى وخرج عن القاعدة العامة التي تمنح الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه[1]. ومنح الاختصاص في هذه الدعاوى للمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن المدعي المطالب أو الدائن بالنفقة[2].

وإذا كانت هذه القاعدة الاستثنائية صالحة للتطبيق على المستوى المحلي، فمن باب أولى يصلح تطبيقها على المستوى الدولي. وبذلك تختص المحاكم الوطنية بالفصل في دعاوى النفقة[3] إذا كان الدائن بالنفقة متوطنا بالإقليم الجزائري ولا يهم في هذه الحالة أن يكون للمدعى عليه موطن أو محل إقامة بالجزائر لأن الأساس الذي بني لأجله حكم هذه المادة هو وضع المطالب بالنفقة وحالته المزرية التي لا تمكنه من التنقل لرفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه[4].

وهذا ما استقرت عليه المحاكم الفرنسية إذ منحت الاختصاص لمحكمة موطن الدائن بالنفقة. ذلك أن النفقات من الحقوق الطبيعية التي يترتب على الإخلال بها المساس بالنظام العام وتعكير صفو الأمن المدني[5].

ونفس الموقف تبنته أغلبية التشريعات وفي مقدمتها المشرع المصري حيث نصت المادة 30 في فقرتها الخامسة من قانون المرافعات على أنه :" تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم

---

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 302.

[2] أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط.2، دار هومة ، الجزائر، 2007 2 3. 108.

[3] وتجدر الإشارة أن المقصود بالنفقة هنا النفقة العادية وليس النفقة الوقتية التي لها حكم خاص إذ ينظر فيها القاضي الذي عرض عليه النزاع الأصلي ويطبق عليها القانون الوطني لارتباطها باعتبارات الأمن المدني.

[4] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 479.

[5] Pour plus de détails, cons. COURBE Patrick, Divorce et séparation de corps, Rep, International, Dalloz, 1998, p. 6.

أو للزوجة متى كان لها موطن في الجمهورية أو للصغير المقيم فيها ". كما أخذ بذات الحل المشرع اليمني حيث نصت المادة 58 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أنه:" تختص المحاكم اليمنية بالدعاوى التي تتعلق ...بطلب نفقة للأم أو للزوجة أو للصغير إذا كانوا مقيمين في اليمن ". وأيضا أعتمد المشرع التونسي على هذا الحل حيث نص في الفصل السادس من مجلة القانون الدولي الخاص على أنه :" كما تنظر المحاكم التونسية : 2- في دعاوى النفقة إذا كان الدائن مقيما بالبلاد التونسية".

د – دعوى النسب

دعوى النسب إما أن تكون دعوى أصلية تهدف أساسا إلى إثبات النسب ذاته دون أي نزاع أو خصام صريح حول موضوع محدد[1] 0إما 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

[1] وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/05/21 بأنه:" من المقرر قانونا أنه يثبت بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة، ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون.

ولما كان من الثابت– في قضية الحال– أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون...". محكمة عليا 1991/05/21، قرار رقم 47712، المجلة القضائية 1994، العدد الثاني، ص.56، مقتبس عن، سايس جمال، المرجع السابق، ج.02 : .741.

وقضت في قرار آخر بتاريخ 1997/10/28 أنه:" من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والاقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له...".محكمة عليا، 1997/10/28، قرار رقم 172333، المجلة القضائية 1997، العدد1 : .42.

كما قضت في قرارها الصادر بتاريخ 1999/06/15 بأنه:" من المقرر قانونا أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا ... ومن المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 33 34 من قانون الأسرة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون...". محكمة عليا، 1999/06/15، قرار رقم 222674، المجلة القضائية 1999، العدد 61 ص.126.

الزواج المقامة قبلها[1] أو كإثبات النسب للحصول على حق الإرث أو بعض الحقوق السياسية المتعلقة بالجنسية.

وقد منح المشرع الجزائري للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه الاختصاص للفصل في دعاوى: إثبات النسب أو الاعتراف به – بنوة كانت أم أبوة أم أمومة[2]– لشخص مجهول النسب؛ وأيضا في دعاوى إنكار الأبوة[3]. حيث نصت المادة 490 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" ترفع دعوى الاعتراف بالنسب بالبنوة أو بالأبوة أو بالأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة أمام محكمة موطن المدعى عليه"[4].

ومن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بضابط موطن المدعى عليه لتوزيع الاختصاص في دعاوى النسب، وبذلك يكون قد راعى قاعدة " الأصل براءة ذمة المدعى عليه لحين إثبات العكس"، ومبدأ "الدين مطلوب وليس محمول". وإذا كان ضابط موطن المدعى عليه في دعاوى النسب هو الذي يمنح على أساسه الاختصاص للمحاكم الوطنية؛ فإنه مادام الاختصاص الدولي في الجزائر هو امتداد للاختصاص المحلي فإنه تختص محاكم الدولة التي يوجد بها موطن المدعى

[1] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص .157.

[2] فقد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1988/12/19 بأنه:" من المقرر قانونا أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض. لما كان من الثابت– في قضية الحال– أن أم المطعون ضده اعترفت بأنه ابنها وأن اعترافها كان صحيحا، ومن ثم فإن قضاة المجلس بموافقتهم على الحكم المستأنف لديهم برفض الدعوى لعدم التأسيس طبقوا صحيح القانون...". مجلس أعلى– 1988/12/19، قرار رقم 51414، المجلة القضائية، 1991، العدد3 : .52.

[3] سائح شنقوقة، المرجع السابق، ص.663.

وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1998/10/20 بأنه:" من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وامكن الاتصال. ومن المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا...". محكمة عليا، 1998/10/20، قرار رقم 202430، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص.82.

[4] كما نصت المادة 491 من نفس القانون على أنه:" ينظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سرية". نستنتج من نص هذه المادة أن القضايا المتعلقة بالنسب ونظرا للطبيعة الخاصة لمثل هذه القضايا التي تتعلق بحالة الأشخاص وحفاظا على سمعتهم وشرفهم يتم النظر فيها بحضور ممثل النيابة العامة، ويجب أن تتم الجلسة بصفة سرية. أنظر، بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط.2، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009 .355.

عليه بالنظر والفصل في دعاوى الاعتراف بالنسب، إثباته أو إنكاره في حالة الزواج المختلط. فإذا كان المدعى عليه أجنبيا، ليس له موطن في دولة المحكمة، ينعقد الاختصاص للدولة الأجنبية التي يوجد بها موطن المدعى عليه. أما إذا كان المدعى عليه أجنبيا وله موطن في دولة المحكمة التي رفعت فيها الدعوى، فيتقرر الاختصاص في هذه الحالة لمحاكم هذه الدولة بالنظر إلى موطن المدعى عليه[1].

أما المشرع المصري فقد عقد اختصاص محاكمه الوطنية بالدعاوى المتعلقة بنسب الصغير متى كان المدعى عليه أجنبي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر وكان الصغير مقيما في الجمهورية المصرية[2] وسواء تعلقت الدعوى بإثبات النسب أو الإقرار به أو تعلقت بإنكاره وعدم الاعتراف به[3].

وبعد أن تطرقنا لمعيار الموطن والدور الذي قد يلعبه هذا الأخير في تقرير اختصاص المحاكم الوطنية بنظر دعاوى انعقاد الرابطة الزوجية وآثارها، ننتقل إلى تبيان الحالات التي قد ينعقد فيها اختصاص القضاء الوطني بالفصل في هذه الدعاوى بناء على ضابط شخصي آخر وهو ضابط الجنسية.

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، المرجع السابق، ص.360.

[2] محمد لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 70.

[3] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص. 97-98.

الفرع الثاني

الاختصاص المبني على معيار الجنسية

إن الجنسية، سواء كانت أصلية أو مكتسبة، قد تكون معيارا يبنى على أساسه الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته. ويعتبر الاختصاص المبني على أساس معيار الجنسية اختصاصا عاما جوازيا بحيث لا يقتصر على طائفة معينة من المنازعات دون غيرها بل يخص كافة الدعاوى – باستثناء الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج – بما فيها الدعاوى المتعلقة بانعقاد الزواج المختلط وآثاره وبذلك يثبت الاختصاص للمحاكم الوطنية إذا كان الزوج أو الزوجة متمتعا بالصفة الوطنية بناء على ضابط الجنسية.

وهناك من التشريعات من أعملت ضابط الجنسية كمعيار عام للاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، سواء كان الوطني الخصم في المنازعة مدعيا أو مدعى عليه كالتشريع الفرنسي[1] والتشريع الجزائري[2]. وهناك من التشريعات من اقتصرت على تقرير الاختصاص لمحاكمها الوطنية متى كان المدعى عليه من وطنييها وبذلك لم تجعل من جنسية المدعي ضابطا لمنح الاختصاص لمحاكمها وهو موقف التشريع المصري[3] وغالبية الدول العربية.

وعليه يعتبر التشريع الفرنسي من التشريعات التي جعلت من جنسية المدعى والمدعى عليه على السواء كضابط لمنح الاختصاص لمحاكمه الوطنية، إذ جسد ذلك في المادتين 14 و 15 من القانون

[1] المادة 14 و 15 من القانون المدني.

[2] المادة 41 و 42 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

[3] المادة 28 من قانون المرافعات.

المدني الفرنسي اللتين قررتا منح الاختصاص للمحاكم الوطنية متى كان أحد الخصوم فرنسيا[1]. ولإعمال حكم هاتين المادتين، يكفي توافر الجنسية الفرنسية لدى أحد المتقاضين- الزوج أو الزوجة في دعاوى الزواج المختلط— سواء كان مدعيا – المادة 14- أو مدعيا عليه – المادة 15- [2] بغض النظر عن موطن الفرنسي أو محل إقامته سواء كان داخل الإقليم الفرنسي أم خارجه[3].

إذن3 ينعقد اختصاص القاضي الفرنسي في هذه الحالة حتى ولو كانت جنسية المدعي أو المدعى عليه هي الصلة الوحيدة التي تربطه بالإقليم الفرنسي[4]. وتكون العبرة بجنسية المتقاضي الفرنسية وقت رفع الدعوى[5]، فينعقد الاختصاص عندئذ للمحاكم الفرنسية حتى ولو كانت هذه الجنسية غير متوفرة عند نشوء العلاقة محل النزاع، كما لا يؤثر على اختصاص المحاكم الفرنسية تغيير الجنسية الذي يكون لاحقا على رفع الدعوى[6].

---

[1] Cf. GOUSSARD Céline, La contribution aux charges du mariage en droit international privé, mémoire D.E.A, Université de bourgogne, France, 1993/1994, p.69 ; DERRUPE Jean, op.cit., p. 112 ; BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Droit …, op.cit., p.448.

حيث تنص المادة 14 من القانون المدني الفرنسي على أنه: " الأجنبي حتى ولو لم يكن مقيما بفرنسا، يجوز أن يكلف بالحضور أمام المحاكم كما يمكن أن يقدم أمام محاكم فرنسا من أجل التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع فرنسيين ". وتنص المادة 15 من ذات القانون على أنه:" يمكن تقديم فرنسي أمام محكمة فرنسية من أجل التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو تم ذلك مع أجنبي ". أنظر، حامد زكي، المرجع السابق، ص. 386.

L'article 14 du code civil français dispose que « L'étranger, même non résident en France pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des français ». Cf. NIBOYET Marie- Laure, DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, Droit international privé, 4 édition, L.G.D.J, lextenso édition, 2013, p.344.

L'Article 15 du code civil français dispose qu' « un Français pourra être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger même avec un étranger». Cf. MELIN François, Droit international privé, 5 édition, Gualino lextenso édition, France, 2012, pp.45-46 ; LOUSSOUARN Ivon, BOUREL Pierre, op. cit., pp. 570-571.

[2] MAYER Pierre, HEUZE Vincent, op.cit., p. 207 ; LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op. cit., p.573.

[3] أنظر، ماهر إبراهيم السداوي، جنسية الخصوم الوطنية كضابط للاختصاص القضائي الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 1978 6 3. 26؛

GOUSSARD Céline, op.cit., p.70,71.

[4] Cf. COURBE Patrick, Droit international privé, Recueil Dalloz- 1er juillet 2010- n°25, p. 1591.

[5] Cf. BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Droit …, op. cit ., p.480.

[6] بيار ماير، فانسان هوزية، ترجمة علي مقلد، المرجع السابق، ص. 272 ؛ بن عصمان جمال، بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2008-2009 . 349.

وتقابل نص المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي المادتان 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري اللتين جاءتا بنفس المعنى، بحيث اعتمد من خلالها المشرع صراحة على الجنسية الجزائرية كأساس لتحديد الاختصاص الدولي العام للمحاكم الجزائرية[1].

وعليه، ووفقا لنص المادتين المذكورتين يكفي لكي ينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية في دعاوى الزواج المختلط أن يكون أحد الخصوم جزائريا مدعيا كان أم مدعيا عليه، وبذلك لا يشترط أي شرط آخر إلى جانب الصفة الجزائرية كأن يشترط مثلا أن يكون للزوج الجزائري موطن بالجزائر أوله أموال بها[2] 0يكفي توافر الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى حتى تختص المحاكم الجزائرية، حتى ولو كان الخصم أجنبيا وقت نشوء الحق المتنازع فيه. كما لا يؤثر على اختصاص النظام القضائي الجزائري تغيير الجنسية اللاحق على رفع الدعوى[3].

إن التفسير الحرفي للمادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي والمادتين 41 و42[4] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري يحصر مجال تطبيقها على الالتزامات التعاقدية[5]. وهو الأمر الذي يعطل الفائدة المرجوة من هذه المواد، فإن هي وجدت أساسا من أجل حماية المواطن فلا شك

---

[1] تنص المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عل أنه :" يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية ، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري، كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين". أما المادة 42 من ذات القانون فتنص على أنه :" يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".

وقد فعل المشرع حسنا حينما أورد هذين النصين، وذلك لسد ثغرة كانت سببا في ضياع كثير من الحقوق. ومن ثم أصبح الأجنبي معني بهذا النص شأنه شأن المواطن الجزائري. وبالتالي أضحى الأمر ميسرا في هذا الخصوص على الأقل في الجانب القانوني منه.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2 ' . 20-39.

[3] Cf., ISSAD Mohand, op.cit., tome2, p. 33.

[4] وقد جسدت ما جاء في هذه المادة المحكمة العليا صراحة من خلال قرارها الصادر بتاريخ 03-02-2011. محكمة عليا، ملف رقم 938370. قرار بتاريخ 03-02-2011، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011 .259.

[5] NIBOYET Marie- laure, DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, op.cit., p. 346 ; GOUSSARD Céline, op.cit., p.69.

أن هذه الحماية ستكون ناقصة إذا اقتصرت على الالتزامات المالية العقدية دون المسائل الأخرى[1]. كما وأن الاختصاص المقرر في هذه المواد مبني على الجنسية وليس على طبيعة النزاع فقصره بالتالي على الالتزامات العقدية دون غيرها ليس له ما يبرره[2]. وهو الأمر الذي جعل القضاء الفرنسي يوسع من مجال الدعاوى المعنية بالاختصاص المقرر في المادتين 14 و 15 من القانون المدني، بحيث مد مجال تطبيقها إلى كل الدعاوى مالية كانت أو غير مالية[3]. ولم يستثن سوى الدعاوى العينية العقارية المتعلقة بعقار واقع بالخارج والدعاوى الخاصة بتقسيم هذه العقارات وأيضا الطلبات المتعلقة بطرق التنفيذ التي تجري خارج فرنسا[4].

وسبب استثناء هذه الدعاوى يرجع أساسا إلى كونها تتصل بسيادة الدولة الأجنبية، مما يجعل كل قرار صادر بشأنها من قضاء أجنبي غير قابل لتطبيقه فيها، فيبقى هذا الأخير بدون حجة أو فعالية تذكر[5]. وهذا الموقف تبنته صراحة محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ:1970/05/27 حيث قضت بموجبه أن: "للمادة 14 من القانون المدني مجال عام يشمل كل المسائل باستثناء الدعاوى العينية العقارية4 وطلبات القسمة بخصوص عقارات متواجدة بالخارج وكذا الطلبات الخاصة بطرق التنفيذ الممارسة خارج فرنسا"[6].

[1] Cf. DERRUPE Jean, LABORDE Jean Pierre, Droit international privé, 17 édition, Dalloz, Paris, 2011, pp.118-119.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق ج.2 .41 ؛ موحند إسعاد ، المرجع السابق، ج.2 . 36.

[3] AUDIT Bernard, J'AVOUT Louis, op.cit., p. 378 ; GOUSSARD Céline, op.cit., p.69.

[4] MAYER Pierre, HEUZE Vincent, op. cit., p. 208 ; LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit. , p .575 ; DERRUPE Jean, op.cit. , p .112.

[5] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2 . 41؛ بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 351.

[6] « L'article 14 du code civil a une portée générale s'étendant à toute matière à l'exclusion des actions réelles immobilières et des demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger ainsi que des demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France ». Cass, 27/05/1970, cité par, MAYER Pierre, HEUZE Vincent, op.cit. , p.208.

هذا ويتجه الاجتهاد القضائي الجزائري بدوره إلى توسيع مجال إعمال معيار الجنسية كضابط لتحديد الاختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1976/06/07[1].

وبناء على ما تقدم قوله يسري حكم تلك المواد على دعاوى انعقاد الرابطة الزوجية والآثار التي تترتب عليها وبالتالي تختص المحاكم الفرنسية أو الجزائرية بالفصل فيها متى كان المدعى أو المدعى عليه في هذه الدعاوى من الفرنسيين أو الجزائريين، وذلك باستثناء الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في بلد أجنبي[2]، حيث لا تختص المحاكم الجزائرية أو الفرنسية بالدعاوى العقارية إلا إذا كانت العقارات متواجدة في الجزائر أو فرنسا[3].

إن الاختصاص المنصوص عليه في المادتين 14 و 15 مدني فرنسي5 والمادتين 14 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية هو اختصاص جوازي اختياري، بحيث يتبين من صياغة هذه المواد أنها غير متعلقة بالنظام العام بل أنها تقرر امتيازا لمواطنيها[4]. ولعل السبب وراء تقرير المشرع الفرنسي ومن بعده المشرع الجزائري لهذا الامتياز هو الرغبة في توفير الحماية للوطني من جهة، وعدم ثقة قضائه الوطني في قضاء الدول الأخرى من جهة أخرى[5].

وما دام الأمر يتعلق هنا باختصاص جوازي اختياري، فليس للقاضي أن يتمسك بتطبيق المواد المقررة للامتياز من تلقاء نفسه[6]، كما عليه أن يلتزم بتطبيقها في حالة ما إذا تمسك بها أحد الخصوم[7]. وبما

---

[1] مجلس أعلى، غ .أ. 1976/06/07، غير منشور، مشار إليه في مؤلف:
ISSAD Mohand, op.cit., Tome02, p.34.

[2] بيار مايز، فانسان هوزيه، ترجمة علي مقلد، المرجع السابق، ص. 75.
BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Droit …, op. cit., p. 491.

[3] DERRUPPE Jean, op.cit. , p.111 ; ISSAD Mohand, op.cit. , Tome 02, p.33.

[4] DERRUPPE Jean, op.cit. , p.11 3; GOUSSARD Céline, op.cit., p. 71.

[5] بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص.343.

[6] ISSAD Mohand, op.cit., Tome.02, p.36.

[7] LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit. , p. 576 ; MAYER Pierre, HEUZE Vincent, op.cit. , p. 211.

أن الاختصاص المقرر في هذه المواد يعد بمثابة امتياز لمواطني كل دولة، فإنه يمكن للطرف الذي تقرر لصالحه هذا الامتياز أن يتنازل عنه.

وهذا التنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا[1]، فالتنازل الصريح يتقرر بموجب اتفاق صريح بين الطرف الذي تقرر الامتياز لصالحه والطرف الأجنبي يقضي باستبعاد الاختصاص المقرر في تلك المواد، وعقد الاختصاص بالتالي لمحكمة أجنبية[2]. أما التنازل الضمني، فنستخلصه إذا اختار أحد الأطراف رفع دعواه أمام محكمة أجنبية رغم أنه كان بإمكانه المثول أمام المحاكم الوطنية بناء على الامتياز المقرر لصالحه في المواد السالفة الذكر[3]. كما يمكن أن نستنتج تنازل الطرف الوطني عن الامتياز المقرر لصالحه إذا كانت الدعوى مرفوعة ضده أمام محكمة أجنبية ولم يدفع بعدم اختصاصها استنادا إلى الامتياز المقرر لصالحه في قانونه.

وعلى عكس اتجاه التشريعين الفرنسي والجزائري، سار التشريع المصري[4] الذي اعتد فقط بجنسية المدعى عليه المصرية وجعل منها معيارا يبنى على أساسها الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية. وفي هذا نصت المادة 28 من قانون المرافعات المصري على أنه:" تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج"[5].

---

[1] GOUSSARD Céline, op.cit., p. 71.

[2] موحند إسعاد، ترجمة فائز أنجق، المرجع السابق، ج.2 ' . 278.

[3] DERRUPPE Jean, op.cit., p.113.

[4] وسايره في ذلك التشريع التونسي حيث نصت المادة 02 من قانون المرافعات المدنية والتجارية التونسي على أنه: "... كما تنظر في الدعاوى التي ترفع إليها ضد التونسي المقيم في الخارج". وبناء على ذلك ينعقد الإختصاص للمحاكم التونسية متى تم إبرام عقد زواج بين مواطن تونسي ومواطنة أجنبية، سواء تم هذا الزواج خارج تونس أو داخلها، ورفعت الزوجة الأجنبية، دعوى ضد زوجها أمام المحاكم التونسية.

[5] حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة ...، المرجع السابق، ص. 76؛ ماهر ابراهيم السداوي، المرجع السابق، ص. 115-116.

ومن ذلك نستنتج أن المشرع المصري لم يعتبر أن مجرد انتماء المدعى إلى مصر بجنسيته مبررا كافيا لانعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية وذلك بخلاف ما جاءت به المادة 14 من القانون المدني الفرنسي والمادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. ورفض المشرع المصري الأخذ بضابط وطنية المدعي كمعيار لثبوت الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية يعد بمثابة قاعدة عامة لا يكمن الخروج عنها إلا في حالة استثنائية، أوردها المشرع المصري في المادة 7/30 من قانون المرافعات المصري والتي جاء فيها ما يلي: " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى وطنيا أو كان أجنبيا له موطن في الجمهورية أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى"[1].

ويلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع المصري قرر عقد الاختصاص للمحاكم المصرية في دعاوى الأحوال الشخصية – ومن أبرزها دعاوى الزواج المختلط- المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر وكان المدعي فيها مصري الجنسية[2].

ولعل السبب وراء استبعاد جنسية المدعي المصري كمعيار عام لتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية، يرجع إلى إيمان المشرع بما ذهب إليه قسم كبير من فقهاء القانون الدولي الخاص الذين اعتبروا أن معيار جنسية المدعي لا يصلح وحده لأن يكون أساسا لعقد الاختصاص الدولي[3]، خاصة وأن التسليم به يتعارض مع قاعدة عامة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 80.

[2] عكاشة محمد عبد العال ، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.44.

[3] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 306.

والتي استقرت عليها أغلبية تشريعات العالم ألا وهي أن على المدعى أن يسعى إلى محكمة المدعى عليه لا العكس لأن الأصل في المدعى عليه براءة الذمة[1].

الأمر الذي أدى بالمشرع المصري إلى اعتبار وطنية المدعى عليه سببا كافيا لاختصاص المحاكم المصرية، الاختصاص الذي اعتبرته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري في مصلحة المدعى عليه. ولكن هذا لم يرق جانب من الفقه المصري ومن بينهم الأستاذ "عز الدين عبد الله"[2]، الذي رأى أن الاختصاص على هذا النحو قد يتعارض مع مصلحة المدعى عليه المصري في الحالة التي يكون فيها هذا الأخير متوطنا أو مقيما في الخارج، إذ سيتحمل مشقة الانتقال إلى أرض الوطن للمثول أمام المحاكم المصرية[3] وهي مشقة تتعارض مع المبدأ القاضي بأن على المدعى أن يسعى إلي المدعى عليه[4]. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن محاكم الدولة التي يتوطن فيها المدعى عليه المصري والتي يرتكز فيها عادة نشاطه الاقتصادي تكون هي أقرب المحاكم إليه وأقدر من غيرها على نظر الدعوى[5].

وهذا الرأي أيده أيضا الأستاذ "فؤاد عبد المنعم رياض" والأساتذة "سامية راشد" حيث ذهبا إلى أن "الأخذ بهذا الضابط لا يستجيب للأساس الحقيقي الذي يقوم عليه توزيع الاختصاص القضائي بين الدول كما أنه ليس من شأنه تحقيق مصلحة المدعي أو حماية المدعى عليه وتسيير الأمور بالنسبة إليه"[6].

---

[1] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 622 ؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 79.

[2] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 675.

[3] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص. 44.

[4] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق، ص. 39؛ عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 48؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 246.

[5] هشام خالد، المرجع السابق، ص. 37؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.675.

[6] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 311.

يتضح من المادة 28 مرافعات مصري أنه متى كان المدعى عليه مصري الجنسية انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بالقضايا الخاصة بمسائل الزواج المختلط ويتم الاعتداد بجنسية المدعى عليه وقت رفع الدعوى، ففي هذا الوقت يتحدد توافر الاختصاص من عدمه، فإن غير الخصم جنسيته بعد رفع الدعوى فتظل المحكمة التي رفعت إليها الدعوى مختصة بنظر الدعوى مختصة رغم هذا التغيير الطارئ. وإذا كان المدعى عليه مصريا قبل رفع الدعوى ثم غير جنسيته عند رفع الدعوى فلا تختص المحاكم المصرية بنظر النزاع حتى ولو كان المدعى عليه وطنيا وقت نشوء العلاقة محل النزاع[1]. وبذلك لم تشترط المادة المذكورة إلى جانب الجنسية المصرية أي شرط آخر، فبمجرد ثبوت الجنسية المصرية للمدعى عليه ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر منازعات الزواج المختلط دون اقتضاء أي أمر آخر، كأن يكون المدعى عليه المصري متوطنا في مصر أو مقيما فيها أو له أموال بها وسواء كان المدعي مصريا أو أجنبيا متوطنا أو مقيما أو موجودا في مصر أو في الخارج[2].

---

[1] محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 653 ؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص.255؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 219.

[2] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 676؛ هشام خالد، المرجع السابق، ص. 39-46؛ هشام علي صادق، حفيظ السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص. 48؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 431.

وموقف المشرع المصري على هذا النحو تبنته أيضا العديد من الدول العربية ، منها ما نصت صراحة على اختصاص محاكمها الوطنية متى كان المدعى عليه من وطنييها، ومن بين هذه الدول نجد:

– الإمارات: حيث نصت المادة 20 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على ما يلي: " فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار في الخارج تختص المحاكم بنظر الدعاوى التي ترفع على المواطن، والدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الدولة". عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 36.

– لبنان: حيث نصت المادة 76 من أصول المحاكمات اللبناني على ما يلي: " تختص المحاكم اللبنانية بالنظر في أية قضية تتعلق بأحد اللبنانيين أو بمصالح كائنة في لبنان، إذا لم تكن هناك محاكم أخرى مختصة ". عبده جميل غصوب، دروس ...، المرجع السابق، ص. 393.

– الكويت: حيث نصت المادة 03 من القانون الكويتي رقم 05 لعام 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على ما يلي: "إذا كان المدعى عليه كويتيا، كانت المحاكم الكويتية مختصة ما لم تكن الدعوى متعلقة بعقار واقع في الخارج". محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 285.

– تونس: حيث نصت المادة 02 من قانون المرافعات المدنية والتجارية التونسية على أنه : "... كما تنظر في الدعاوى التي ترفع إليها ضد التونسي المقيم في الخارج ".

– السودان: حيث نصت المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية الإسلامية السوداني على أنه: " يجوز بموافقة المحكمة إقامة الدعوى على السوداني أمام المحاكم السودانية ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في السودان ما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار يقع في الخارج ". هشام خالد، المرجع السابق، ص.

الأمر الذي عارضه بعض الفقه المصري[1]، حيث ذهب إلى ضرورة تقييد اختصاص المحاكم المصرية على أساس جنسية المدعى عليه. بإضافة شرط توطن المدعى عليه المصري في مصر أو إقامته فيها أو أن يكون له أموال بها، لأن بناء الاختصاص على مجرد وطنية المدعى عليه يؤدي لا محالة إلى مساوئ عملية، لأن انعدام الرابطة بين المدعى عليه والدولة سوف ينفي في الغالب كل قيمة عملية للحكم الذي قد يصدر عن محاكمها لأنها لن تستطيع كفالة آثار هذا الحكم وهذا ما يتعارض مع مبدأ قوة النفاذ والفاعلية الدولية للأحكام[2].

وهناك بعض الدول العربية التي آمنت بهذا الرأي، فقيدت اختصاص محاكمها الوطنية على أساس جنسية المدعى عليه بشرط أن يكون لهذا الأخير موطن أو محل إقامة في الدولة، كاليمن[3] والأردن. وهذا ما أكدته محكمة النقض الأردنية حيث قضت: " إن الاتفاق بين المميزين والمميز ضدها على أن تختص محكمة الكويت بكل نزاع ينشأ بخصوص تنفيذ الاتفاقية. لا ينزع اختصاص المحاكم الأردنية في نظر النزاع ما دام أن المدعى عليهما أردنيان ومقيمان في الأردن، كما أنه لا مصلحة لهما في الدفع بعدم الاختصاص ما دام أن قضاءهما – الأردني- هو الذي سيفصل في الدعوى"[4].

---

62. هذا وهناك الكثير من الدول العربية لم تضع نصوص تقضي صراحة بإعطاء الاختصاص لمحاكمها الوطنية على أساس جنسية المدعى عليه كليبيا2 الأردن، سوريا، غير أن الشراح متفقون في هذه الدول على منح الاختصاص للمحاكم الوطنية متى كان المدعى عليه من حاملي جنسيتها كون القاعدة من القواعد العامة المسلم بها والمألوفة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي. محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 218؛ عصمان جمال، المرجع السابق، ص.361.

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 77-238؛ هشام علي صادق، حفيظ السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص. 75-77؛ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 1043.

[2] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 77-238؛ هشام علي صادق، حفيظ السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص. 75-77؛ أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص. 1043.

[3] حيث نصت المادة 58 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني على ما يلي: " تختص المحاكم اليمنية بالدعاوى إذا كان المدعى عليه يمنيا أو أجنبيا له موطن أو محل إقامة في اليمن ". سهيل حسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 263-264.

[4] أنظر، محكمة النقض الأردنية، قرار رقم 95/643 صادر عام 1997، مقتبس عن، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 305-306.

إن المادة 28 من قانون المرافعات المصري جاءت بحكم عام مؤداه اختصاص المحاكم المصرية بكل الدعاوى التي يكون فيها المدعى عليه من الوطنيين. وبذلك لم تخص المادة 28 هذا الاختصاص بنوع معين من الدعاوى بل عممته ليشمل كل الدعاوى المرفوعة على المدعى عليه المصري سواء ما تعلق منها بالأحوال العينية أو بالأحوال الشخصية – بما فيها دعاوى الزواج المختلط– ولن تستثني سوى الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج[1].

سبق أن رأينا[2] أن اعتماد الجنسية كضابط للإسناد في إطار تنازع الاختصاص التشريعي يثير عدة صعوبات من الناحية العملية، ولعل من بين أكثر هذه الصعوبات تعقيدا تنازع الجنسيات الذي يأخذ ثلاثة أشكال فيكون إما تنازعا ايجابيا، سلبيا أو متحركا. وقد بينا الإشكاليات المطروحة في هذا الصدد كما وضعنا الحلول المقترحة بشأنها ويبقى لنا في هذا المقام أن نتساءل عن مدى انعكاس هذه الإشكاليات على مجال الاختصاص القضائي الدولي المبني على معيار الجنسية؟

أولا– التنازع الإيجابي (تعدد الجنسيات)

إن التساؤل المطروح في هذه الحالة هو هل يمكن في حالة ما إذا تعددت جنسيات الشخص التي يبنى على أساسها اختصاص المحاكم الوطنية في دعاوى الزواج المختلط، أن نتصور أننا أمام حالة من حالات تنازع الجنسيات الايجابي؟

إن الإجابة ستكون حتما بالنفي لأنه من غير المتصور أن تثور مسألة تنازع الجنسيات وتحديد أي جنسية يعتد بها القاضي الوطني لتقرير ما إذا كان الاختصاص القضائي ينعقد لمحاكمه

[1] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 48؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 676؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 638؛ هشام خالد، المرجع السابق، ص. 47؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص. 51.

[2] أنظر، ص. 34-54 من هذه الرسالة.

الوطنية أم لا. ويرجع ذلك أساسا إلى أن الأصل في قواعد الاختصاص القضائي وعلى عكس قواعد الإسناد أنها قواعد منفردة، أي أن المشرع الوطني يحدد فقط الحالات التي يكون فيها القضاء الوطني مختصا ويبين الضوابط المعتمدة في هذا الصدد[1].

فإذا اعتمد تشريع الدولة على الجنسية كمعيار لتحديد الاختصاص القضائي الدولي، فإن محاكمها الوطنية ستعلن اختصاصها إذا كان الشخص المعني – مدعيا كان أو مدعى عليه– يحمل جنسية الدولة المعنية دون البحث عن الجنسيات الأخرى التي يحملها هذا الأخير. أما إذا لم ينتم هذا الشخص بجنسيته إلى الدولة المعنية، ولم يتوافر أي ضابط آخر يربط النزاع بإقليم الدولة، فتعلن عندئذ المحاكم الوطنية عن عدم اختصاصها دون أن تعنى بتعيين القضاء المختص دوليا بالفصل في النزاع.

ومع ذلك، هناك اتجاه حديث يرى أنه في حالة ما إذا انعقد الاختصاص مثلا للمحاكم الوطنية على أساس انتماء الشخص إليها بجنسيته بمعزل عن أية ضوابط أخرى، وكان هذا الأخير يحمل جنسية دولة أخرى يكون متوطنا أو مقيما فيها أو له أموال على إقليمها. فعندئذ تكون محاكم هذه الدولة هي الأقدر على الفصل في المنازعة بحكم مكفول النفاذ، نظرا لتوافر ضوابط أخرى بجواز الجنسية تسمح بربط النزاع بإقليمها. الأمر الذي يرجح اختصاصها ويجعلها الأقدر على إصدار الحكم، لذلك على محاكم الدولة الأولى أن تتخلى عن اختصاصها مباشرة أو عن طريق قبول الدفع بالإحالة لقيام المنازعة أمام محكمة أخرى أجنبية مختصة، أو عن طريق الاتفاق بين الطرفين على سلب الاختصاص للمحاكم الوطنية لمصلحة محكمة أجنبية أخرى أقدر على الفصل في المنازعة[2].

[1] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة ...، المرجع السابق، ص. 147.

[2] سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص. 2182-282؛ عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة ...، المرجع السابق، ص. 107-108.

ثانيا– التنازع السلبي للجنسيات (انعدام الجنسية)

في مجال الاختصاص القضائي الدولي في قضايا الزواج المختلط وفي حالة انعدام جنسية الشخص، لا نكون بصدد تطبيق قاعدة الاختصاص المبنية على الجنسية لأن ضابط القاعدة نفسها وهو الجنسية غير متوفر. والدليل على ذلك أننا هنا بصدد شخص لا جنسية له على الإطلاق وفي هذه الحالة لا مفر سوى الاستعانة بالضوابط العامة الأخرى لتحديد الاختصاص للمحاكم الوطنية كأن يكون عديم الجنسية متوطنا أو مقيما في الدولة المعنية أو أن تكون الأموال المتنازع عليها موجودة على إقليمها[1].

ثالثا– التنازع المتحرك (تغيير الجنسية)

إن الإشكالية التي تطرح نفسها في هذا الصدد تدور حول مدى تأثير تغيير الجنسية على تحديد القضاء المختص دوليا بنظر النزاعات الدولية الخاصة بالزواج. ولقد عولجت إشكالية تغيير الجنسية في مجال الاختصاص القضائي الدولي بضبط وقت معين يعتد فيه بالجنسية لتحديد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية. وفيما يخص دعاوى الزواج المختلط فقد سبق ورأينا[2] أن الاختصاص المني على الجنسية في هذا المجال هو اختصاص جوازي اختياري، ويقوم على أساس جنسية الخصوم (أي المدعى أو المدعى عليه). وفيه تكون العبرة بجنسية الخصم وقت رفع الدعوى، ففي هذا الوقت يتحدد توافر الاختصاص من عدمه، فإن غير الخصم جنسيته بعد رفع الدعوى فتظل المحكمة مختصة رغم التغيير الطارئ، أما إذا حدث تغيير الجنسية قبل رفع الدعوى، فإن الاختصاص يكون لمحكمة الجنسية

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 254؛ عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة ...، المرجع السابق، ص. 187.
[2] أنظر، ص. 170-171 من هذه الرسالة.

الجديدة ولكن بشرط أن تكون هذه الجنسية ثابتة وغير متنازع عليها، ولا عبرة بجنسية الخصوم وقت نشوء العلاقة محل النزاع[1].

وبعد أن بينا دور ضابط الجنسية في منح الاختصاص للقضاء الوطني للفصل في النزاعات الدولية الخاصة بالزواج، ننتقل فيما يلي إلى معيار موقع المال باعتباره من الضوابط المعتمدة أيضا لعقد اختصاص المحاكم الوطنية بدعاوى الزواج المختلط.

الفرع الثالث

الاختصاص المبني على ضابط موقع المال

إن عقد الزواج المختلط –كما سنرى في الباب الثاني – قد تصاحبه آثار ذو صبغة مالية أي تتعلق بالمال سواء كان عقار أو منقول، وقد تكون هذه الأخيرة محل نزاع وهنا تظهر أهمية دراسة هذا الضابط. فالمال يمكن أن يكون محلا لعلاقة قانونية دولية وسببا لتنازع الاختصاص القضائي الدولي وهو ما نلاحظه في المنازعات بين طرفي عقد الزواج ذو العنصر الأجنبي فيما يتعلق بالأموال المنقولة أو العقارية المشتركة بينهما. ولا شك أن وجود المال بإقليم الدولة يكشف عن ارتباط النزاع بها ويعبر عن سيطرتها على موضوع النزاع.

وعليه يختص قضاء دولة ما بالفصل في النزاعات المتعلقة بالزواج المختلط متى كانت هذه الدولة هي دولة موقع الأموال محل النزاع بين الزوجين. وعموما يعتبر اختصاص محاكم الدولة بالمنازعات المتعلقة بمال موجود على إقليمها من أكثر القواعد رسوخا في مختلف بلاد العالم، وترجع

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص.255.

أصولها إلى أحكام القانون الروماني[1] جسدتها معظم التشريعات الحديثة حيث اعتبرت ضابط موقع المال كمبدأ عام للاختصاص القضائي الدولي.

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الضابط في المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت على أنه: " في مواد الدعاوى المختلطة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال"[2]. كما نصت المادة 40 من القانون أعلاه على أنه:"... ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها ...1- في المواد العقارية ...أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار"[3].

---

[1] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص.254؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 219.

[2] والمقصود بالأموال المختلطة (العقارات والمنقولات) أي أنه إذا تعلق الأمر بنزاع يتضمن عقارا أو منقولا في آن واحد فإن الجهة المختصة وفقا لهذا النص هي المحكمة الواقعة في دائرة اختصاصها مقر الأموال. سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص.102.

[3] ومن التشريعات العربية التي نصت صراحة على منح الاختصاص لمحاكمها الوطنية على أساس موقع المال نجد:

- القانون المصري: حيث نصت المادة 2/30 من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه: " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية ". أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق ص. 162.

– القانون الأردني: من خلال المادة 2/28 من قانون أصول المحاكمات المدنية. غالب على الداوودي، المرجع السابق، ص. 285.

– القانون اللبناني: حيث نصت المادة 78 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه: " تختص المحاكم اللبنانية بالنظر في الدعاوى المقامة ضد أي شخص لبناني أو أجنبي ليس له محل إقامة حقيقي أو مختار أو سكني في لبنان إذا تعلقت الدعوى بمال واقع في لبنان عند تبليغ الادعاء ...". عبده جميل غصوب، محاضرات في ...، المرجع السابق، ص. 145-164 .

– القانون السوري: حيث نصت المادة 4 من قانون أصول المحاكمات السوري على أنه: "تختص المحاكم السورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو مسكن في سورية في الأحوال التالية : ب/ إذا كانت الدعوى متعلقة بمنقول أو بعقار موجود في سورية ...". محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 275.

– القانون التونسي: حيث جاء في نص الفصل الخامس من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ما يلي: " تنظر المحاكم التونسية أيضا: 03- في النزاعات التي يكون موضوعها حقا منقولا موجودا بالبلاد التونسية ...". وجاء أيضا في الفصل الثامن ما يلي : " تختص المحاكم التونسية دون سواها: 02- إذا تعلقت الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية ". محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 105.

ومن التشريعات الغربية التي اعتمدت أيضا على موقع المال كضابط لتوزيع الاختصاص القضائي الدولي: القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 في مادته 27، والقانون الدولي الخاص اليوغسلافي لعام 1983في مادته 17. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص. 162 . كما نصت القاعدة 24 من قواعد التنازع الخاصة بالمحاكم الانجليزية على أنه: " تتمتع المحكمة باختصاص النظر في الدعاوى حتى ولو كان المدعى عليه مقيما في خارج انجلترا أو وقت إتمام التبليغ القضائي: أ- إذا كانت الدعوى تخص أراضي في انجلترا أو الحصول على شهادة لصالح تلك الدعاوى المتعلقة بالأراضي.

ب- إذا كانت الدعوى متعلقة بفعل أو وثيقة أو عقد أو التزام أو وصية أو مسؤولية متعلقة بأراضي في انجلترا.

والنص على هذا المبدأ أخذ طابعا عاما، بحيث يشمل جميع الدعاوى التي تتصل بمنقول أو عقار كائن بإقليم الدولة بغض النظر عن طبيعة النزاع[1] وسواء تعلقت الدعوى بمسألة من مسائل الأحوال العينية، أو بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية كما إذا تعلق الأمر مثلا بنزاع خاص بزواج مختلط ويتعلق بأموال كائنة على إقليم الدولة[2].

وضابط موقع المال هو ضابط موضوعي لأنه يكفي لوحده لتقرير الاختصاص دون النظر إلى أشخاص الخصوم. كما أنه ضابط إقليمي لأنه يتحدد بالنظر إلى إقليم الدولة[3]. وبمقتضاه ينعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية بالنسبة للمنازعات المتعلقة بأموال موجودة في الدولة سواء كان هذا المال عقارا أو منقولا. وتقرير هذا المبدأ يرجع إلى عدة اعتبارات قانونية وعملية. فمن الناحية القانونية نجد أن سيادة الدولة على إقليمها تقتضي خضوع جميع المنازعات المتعلقة بأموال كائنة بها لولاية محاكمها بغض النظر عن جنسية أطراف العلاقة[4]، لأن وجود المال على إقليم الدولة يقيم رباطا بين النزاع المتعلق بهذه الأموال وإقليم الدولة، وهذا الرباط هو ما يبرر اختصاص محاكم هذه الأخيرة[5].

أما من الناحية العملية، فنجد أن محكمة موقع المال يسهل عليها اتخاذ إجراءات التحقيق والمعاينة والكشف وتعيين الخبراء والحارس القضائي على المال موضوع النزاع[6]، مما يجعلها دون أدنى

ج- إذا كانت الدعوى متعلقة بأراضي أو أموال واقعة في انجلترا ". ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص.285.

- وأخذ بهذا الضابط أيضا القانون الفرنسي حيث قضت المادة 03 من القانون المدني الفرنسي باختصاص المحاكم الفرنسية بخصوص عقارات واقعة في فرنسا حيث نصت على ما يلي:

"L'ordre Juridictionnel français est compétent lorsque l'immeuble est situé en France".

[1] مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 169.

[2] أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 713؛ عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، مصر ،2007-2008 . 24.

[3] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 88.

[4] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 219؛ غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 285.

[5] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية ...، المرجع السابق، ص. 30.

[6] غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 285؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 280؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص.219.

شك أقدر من غيرها على نظر الدعاوى المتعلقة بالمال الموضوع تحت سيطرتها وحسم النزاع المتعلق به بدون إطالة الوقت وتكبد نفقات زائدة[1].

كما أن منح الاختصاص لمحكمة موقع المال من شأنه أن يضمن فعالية الحكم الصادر في هذه الدعاوى على أساس أن محاكم هذه الدولة ستكون قادرة على اتخاذ إجراءات التنفيذ على هذا المال باعتباره في حوزتها وتحت سيطرتها[2] ويكفل أيضا آثار الحكم الصادر. وليس أدل على ذلك من أن محاكم دولة العقار لن تعترف بالحكم الصادر بشأنه من محكمة أجنبية، الأمر الذي يصبح معه ذلك الحكم عديم القيمة[3]. ولعل هذه الاعتبارات هي التي دفعت المشرع الفرنسي إلى النص صراحة في المادتين 14 و 15 من القانون المدني على استثناء الدعاوى العينية العقارية من اختصاص المحاكم الفرنسية المبني على جنسية المدعى أو المدعى عليه[4].

وهو الأمر الذي جسدته محكمة النقض الفرنسية التي أقرت بعدم اختصاص المحاكم الفرنسية بالدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج[5]. وبالمقابل اعتبرت أن اختصاص المحاكم الفرنسية بالدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع على الاقليم الفرنسي اختصاص حصري مطلق لمحاكمها دون سواها[6].

إن التسليم بمعيار ضابط موقع المال كضابط لتوزيع الاختصاص القضائي الدولي، يطرح إشكالية تحديد الوقت الذي يعتد فيه بتوافر المال موضوع النزاع على إقليم الدولة حتى ينعقد الاختصاص لمحاكمها الوطنية. وهذه الإشكالية لا تطرح بطبيعة الحال بالنسبة للأموال العقارية نظرا لطبيعتها الثابتة ولكنها تثار خاصة بالنسبة للمال المنقول الذي يمكن نقله من مكان لآخر، وبذلك

---

[1] عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 93-94؛ غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 285.

[2] عكاشة محمود عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.93-94.

[3] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 220.

[4] DERRUPPE Jean, op.cit., p.112.

[5] Concernant cette jurisprudence, BATIFFOL Henri, LAGARD Paul, Droit …, op.cit., p.56 ;
بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي ملقد، المرجع السابق، ص. 730.

[6] Com. 9 décembre.2008, n°07-18.597, inédit. Cité par, COURBE Patrick, JAULT-SESEKE Fabienne, op.cit., p. 1563.

قد يتغير مكان وجوده عدة مرات من وقت نشوء الالتزام به إلى وقت تنفيذ هذا الالتزام[1]، مما يثير التساؤل حول معرفة ما هو القضاء المختص في هذه الحالة؟ إن الشائع المعمول به هنا هو أن العبرة تكون بتحديد موقع المال المنقول وقت رفع الدعوى لأنه في هذا الوقت يتحدد اختصاص المحكمة ثبوتا أو نفيا[2].

وبذلك إذا نقل المنقول إلى دولة أخرى بعد رفع الدعوى فإن محكمة موقعه تظل مختصة وإذا نقل إلى دولة أخرى قبل رفع الدعوى فينعقد الاختصاص لمحكمة الموقع الجديد، حتى وإن كان النزاع بشأن المنقول قد نشأ بين الخصوم قبله[3]. وبذلك إذا ثار نزاع بين زوجين حول الآثار المالية للزواج تعلق الأمر بمشارطة زواج تشمل أموال منقولة موجودة في الجزائر مثلا وقت رفع الدعوى، فإن الاختصاص الدولي ينعقد للمحاكم الجزائرية لأن وجود المال وقت رفع الدعوى هو الذي يمنح المحاكم الوطنية حق النظر فيها [4].

وبعد أن فرغنا من الحديث عن موقع المال باعتباره ضابط يؤول بمقتضاه الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر في دعوى الزواج المختلط ذات الصلة بالأموال عقارية كانت أو منقولة وذلك متى تواجد المال على إقليم الدولة المعنية. فإننا سنتطرق في الفرع الموالي لدراسة دور ضابط آخر في توزيع الاختصاص القضائي الدولي في قضايا الزواج المختلط ألا وهو ضابط القانون المختص.

---

[1] غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص.285.

[2] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 253؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 629.

[3] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 221.

وهذا الرأي أيدته محكمة التمييز الأردنية بحيث قضت:" لم تفرق المادة 2/28 من قانون أصول المحاكمات المدنية بين التواجد الدائم للمال وبين التواجد المؤقت بسبب إطلاق النص، وعليه فإن مرور السيارات اللبنانية موضوع الدعوى في الأردن، يفيد تواجدها وفقا لأحكام المادة المشار إليها وتكون المحاكم الأردنية مختصة بنظر الدعوى في الأردن عند إقامة الدعوى ". محكمة التمييز اللبنانية، قرار رقم 93/548، صادر عام 1994، مقتبس عن، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 310.

[4] سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 268؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 309.

الفرع الرابع

الاختصاص المبني على ضابط القانون المختص

ينعقد الاختصاص بناء على هذا الضابط لمحاكم الدولة التي يتقرر تطبيق قانونها في النزاعات المشوبة بعنصر أجنبي بأمر من قواعد الإسناد الواردة في قانون القاضي. وقد أقر مؤتمر لاهاي لسنة 1875 هذا الضابط بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية، على أساس أن القاضي يستوعب ويفهم قانونه أكثر من استيعابه وفهمه للقانون الأجنبي في المسائل المشار إليها[1].

وعليه، يثبت الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية للنظر في النزاعات المرتبطة بالزواج المختلط، وذلك في الحالات التي ينعقد فيها اختصاص قانون القاضي بحكم هذه النزاعات بناء على قاعدة الإسناد الوطنية وهذا ما يؤدي إلى تحقيق التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي وإن كان الأصل هو عدم التلازم والاستقلالية[2].

والمشرع الجزائري لم يتبن هذا الضابط صراحة، خلافا للقانون المصري الذي جسده بوضوح في المادة 30 من قانون المرافعات حيث نصت على أنه :" تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال التالية:

إذا كانت الدعوى متعلقة 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 أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى".

[1] جندولي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص. 137.

[2] عكاشة محمود عبد العال، هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.14.

ويستنتج من هذه المادة أن المشرع المصري قد عقد الاختصاص للمحاكم المصرية على أساس أن القانون المصري هو الواجب التطبيق وذلك متى توافرت أربعة شروط وهي:

1- أن يكون المدعى مصريا أو أجنبيا متوطنا في مصر.

2- أن تكون الدعوى المرفوعة متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية – بما فيها مسائل انعقاد الزواج وآثاره – عدا الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج.

3- ألا يكون للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر.

4- أن يكون القانون المصري هو الواجب التطبيق على النزاع موضوع الدعوى[1].

ويلاحظ من مقتضى نص هذه المادة أن المشرع المصري قد ألزم القاضي في دولته وخلافا للمبادئ العامة بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على الدعوى التي رفعت إليه قبل أن يفصل في مسألة ما إذا كانت المحاكم المصرية مختصة أصلا بالنزاع أم غير مختصة. فإذا تبين للقاضي المصري أن القانون المصري هو القانون الواجب التطبيق على النزاع قضى باختصاصه أما إذا تبين له عكس ذلك كان عليه أن يحكم بعدم اختصاصه[2].

وبذلك نجد أن المشرع المصري قد قرر من خلال المادة سالفة الذكر حكما استثنائيا بمقتضاه يجلب الاختصاص التشريعي الاختصاص القضائي. والظاهر أن الذي دفع المشرع المصري إلى اعتناق هذا الحل اعتقاده بأن المحاكم المصرية هي الأقدر على كفالة تطبيق قانونها في مسائل الأحوال الشخصية خاصة وأن المادة 14 من القانون المدني المصري تقضي بعقد الاختصاص للقانون المصري في مسائل

[1] عكاشة محمود عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص. 79-80.

[2] محمود لطفي محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 59.

الزواج والطلاق والتطليق والانفصال إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج وذلك فيما عدا شرط أهلية للزواج[1].

وبناء عليه، يتضح أن المشرع المصري قد منح الاختصاص للمحاكم المصرية للنظر في دعاوى الأحوال الشخصية إذا كان المدعى وطنيا أو أجنبيا متوطنا بالإقليم المصري. وذلك لكفالة تطبيق القانون الوطني بمقتضي نص المادة 14 من القانون المدني المصري .

وهو بذلك يكون قد تبنى ما اتجه إليه القضاء الفرنسي الذي وسع من نطاق تطبيق المادة 14 من القانون المدني الفرنسي لتشمل دعاوى الأحوال الشخصية، وهو نفس موقف القضاء الجزائري الذي تبنى التفسير الموسع للمادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نتيجة لتأثره بمسلك القضاء الفرنسي ولكفالة تطبيق القانون الجزائري متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج تطبيقا للاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري[2].

وبذلك إذا ثار نزاع بشأن الشروط الموضوعية للزواج ورفعت دعوى طعن ببطلان عقد هذا الزواج لاختلال شروطه أمام القضاء الجزائري وكان أحد الزوجين جزائريا ففي هذه الحالة يقضى القاضي باختصاص قانونه الوطني إعمالا للاستثناء المنصوص عليه في المادة 13 من القانون المدني والذي يقضي بتطبيق القانون الوطني وحده إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج ويعقد القاضي تبعا لذلك اختصاص محاكمه الوطنية بالفصل في هذا النزاع.

وعليه، تكون المحاكم الجزائرية هي المختصة دون غيرها متى كان أحد أطراف الدعوى المتعلقة بشروط وآثار الزواج جزائريا. وتختص أيضا في حالة حلول القانون الجزائري محل القانون الأجنبي إما

[1] عكاشة محمود عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص. 80.

[2] جندولي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص. 137-138.

لمخالفته للنظام العام الوطني أو نتيجة اختصاصه بناء على غش نحو القانون وذلك تطبيقا للمادة 24 من القانون المدني الجزائري[1].

بالإضافة إلى الاختصاص الثابت للمحاكم الوطنية بناء على معيار القانون المختص وغيره من الضوابط الأصلية التي رأيناها في هذا المطلب، قد تختص المحاكم الوطنية في حالات استثنائية بالفصل في مسائل الزواج المختلط وينعقد اختصاصها في هذه الحالات بناء على معايير ذات طابع احتياطي أو استثنائي.

المطلب الثاني

الاختصاص الاستثنائي الطارئ للمحاكم الوطنية في مسائل الزواج المختلط

إن الدور الذي تلعبه المعايير سالفة الذكر في تحديد المحكمة المختصة دوليا بالفصل في دعاوى الزواج المختلط قد يتعطل وذلك لأن إرادة الخصوم قد تدخلت لتحدد بدورها القضاء المختص دوليا بنظر هذه النزاعات (الفرع الأول). هذا وقد تختص المحاكم الوطنية بغض النظر عن توافر أحد المعايير السابقة وذلك لضمان سير العدالة (الفرع الثاني) أو لتفادي إنكارها (الفرع الثالث).

واختصاص المحاكم الوطنية وفقا لهذه المعايير يعتبر اختصاص استثنائي أو طارئ، وهو الاختصاص الذي ينعقد بمقتضاه للمحاكم الوطنية سلطة النظر في الدعوى استنادا لمسألة فرعية ليست في الأصل من اختصاصها[2]. وبعبارة أخرى2 يمكن تعريفه بأنه الاختصاص الذي يمنح للمحكمة سلطة البث في الدعوى رغم عدم وجود ارتباط إقليمي أو شخصي يتأسس وفقا له اختصاصها.

---

[1] أنظر، يوسف فتيحة محاضرات في القانون الدولي الخاص، ألقيت على طلبة السنة الرابعة حقوق كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008-2009 ص.90.

[2] غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 291.

الفرع الأول

الاختصاص المبني على إرادة الخصوم

بعد أن تعرفنا في الجزء الأول من هذا المبحث على ضوابط أو معايير الاختصاص التي يبنى على أساسها الاختصاص القضائي بدعاوى الزواج المختلط، يبقى لنا أن نتساءل عن مدى تعلق هذا الاختصاص بالنظام العام وهل هناك إمكانية الاتفاق على مخالفته أم لا؟

إن مسألة تحديد مدى إلزامية قواعد الاختصاص القضائي كانت محل جدل واسع أدى إلى بلورة مجموعة من الآراء الفقهية والمواقف القضائية والتشريعية. وهذه الأخيرة كان لها الأثر البالغ على موقف المشرع الجزائري الذي خصص القسم الثالث من الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتحديد طبيعة الاختصاص القضائي الإقليمي وأدرجه بعنوان "في طبيعة الاختصاص الإقليمي". وينطوي تحت هذا العنوان ثلاث مواد تحمل في جعبتها موقف المشرع الجزائري المتناقض من طبيعة الاختصاص القضائي المحلي ومن ثم الدولي مادام أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي في الجزائر ما هي إلا امتداد لقواعد الاختصاص الداخلي.

إذ تنص المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار"[1]. إن نص هذه المادة يقرر صراحة إلغاء وإبطال كل اتفاق قد يهدف إلى تعديل أحكام الاختصاص القضائي ويمنح الاختصاص لجهة قضائية أخرى غير المختصة وفقا للقواعد المقررة قانونا ولم يستثن النص من الخضوع لهذا الحكم سوى الاتفاق الذي يتم بين التجار.

[1] يقابل هذه المادة المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

ومن هذا النص نستنتج أن قواعد الاختصاص المحلي ومن تم قواعد الاختصاص الدولي تعد من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها[1] وذلك باستثناء حالة واحدة يمكن الخروج فيها عن الاختصاص المقرر لهذه القواعد، وهي حالة ما إذا كان الاتفاق على منح الاختصاص لجهة قضائية غير مختصة يدور بين أشخاص يحملون صفة التجار. وإضفاء طابع الإلزامية على قواعد الاختصاص القضائي الدولي أمر أيده أيضا القضاء الفرنسي قديما[2]. وهو ما جسدته أيضا صراحة المادة 822 من القانون المدني الفرنسي لعام 1938 قد أخذت بهذا الاتجاه أيضا محكمة الاستئناف اللبنانية[3].

أما المادة 46 من قانون الإجراءات المدينة والإدارية الجزائرية فتشير إلى الاتجاه المعاكس، حيث تنص على أنه: " يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا". يبدو جليا من هذا النص أن المشرع قد أجاز صراحة للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا بنظر الدعوى. وعليه، يتناقض نص هذه المادة مع ما جاءت به المادة 45 ففيما منعت هذه الأخيرة مخالفة نص يحدد الاختصاص لجهة قضائية معينة، باستثناء التجار ها هي المادة الحالية تفتح أبواب مخالفة النصوص على مصرعيها، دون تحديد الطرف الذي يجوز له ذلك (تاجرا كان أم متقاض عادي). وهذا ما يثير تساؤلا حول المتقاضي المعني بهذا النص؟.

ولعل أهم ما نستشفه من نص هذه المادة أن قواعد الاختصاص القضائي المحلي ليست من النظام العام مادام الاتفاق على مخالفتها جائز[4] هو الأمر الذي أكدته أيضا المادة 47 من ذات

---

[1] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2012/01/12 حيث قضت بأنه:" الاختصاص الاقليمي في شأن مسائل الحالة المدنية من النظام العام". محكمة عليا، 2012/01/12، ملف رقم 654531، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2012 .243.

[2] Cass. civ. 20Juin 1989 ; 10Mars 1910 ; 4 novembre 1913 ;10 décembre 1919, cité par, إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 528.

[3] محكمة الاستئناف اللبنانية، 1957/02/08، مقتبس عن، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 530-529.

[4] وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/03/02 حيث جاء فيه: " متى كان من المقرر قانونا أنه يجوز لطرفي الخصومة الحضور باختيارهما أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا محليا بنظر الدعوى فإن الاختصاص المحلي ليس من النظام العام". محكمة عليا، 1992/03/02، المجلة القضائية، 1993، العدد الثالث، ص.40. كما قضى المجلس الأعلى بنفس الحكم في قراره الصادر بتاريخ

القانون التي أوجبت إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول.

ولما كانت قواعد الاختصاص القضائي الدولي في الجزائر، امتدادا لقواعد الاختصاص المحلي الداخلي، فهي وفقا لنص المادتين السابقتين لا تعتبر من النظام العام. ويمكن بالتالي الاتفاق على مخالفتها، وذلك إما بسلب الاختصاص من القضاء الجزائري رغم اختصاصه أو جلب الاختصاص له رغم عدم اختصاصه[1].

وهذا الموقف هو الذي كان سائدا في فرنسا قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي سنة 1972 2 9لكن تغير موقف القانون الفرنسي بعد هذا التعديل بموجب المادة 48 والمطابقة للمادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. وبالرغم من ذلك استمرت محكمة النقض الفرنسية على تأييد الطبيعة غير الإلزامية لقواعد الاختصاص القضائي الدولي بحيث قضت بصحة الاتفاق على تعديل أحكام الاختصاص القضائي لما يكون النزاع دوليا[2]. وهو الحل الذي تبنته أيضا محكمة التمييز اللبنانية التي أكدت الطابع الغير إلزامي لقاعدة الاختصاص الدولي وهذا ما جسدته صراحة في قرارها الصادر بتاريخ 2000/11/10[3].

ومن النتائج المترتبة على عدم إلزامية قواعد الاختصاص القضائي التي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية في النزاعات الدولية المتعلقة بالزواج وعدم تعلقها بالنظام العام. أنه يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها ومنح الاختصاص لغير المحكمة المختصة وفقا لهذه القواعد، وذلك استنادا إلى قاعدة مسلم بها فقها وقضاء؛ وهي قاعدة الاختصاص المبني على إرادة الخصوم أو ما يسمى بمبدأ الخضوع

1989/01/08. مجلس أعلى. 1989/01/08، قرار رقم 55818، المجلة القضائية، 1990، عدد 704 1 99. وأيضا في قرار آخر له صادر بتاريخ 31988/03/27 مجلس أعلى، 1988/03/27، قرار رقم 45651، المجلة القضائية، 1992، عدد 702 1 81.

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.72 1. 28.

[2] Concernant cette jurisprudence, cons. LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit. , pp. 564- 565.

[3] محكمة التميز اللبنانية، 2000/11/10/ مقتبس عن، إلياس ناصف، المرجع السابق، ص. 532-533.

الاختياري. والمراد بهذه القاعدة أنه يجوز للطرفين الاتفاق على اختيار محكمة معينة للفصل في النزاع القائم بينهما، أو النزاع الذي سوف يثور في المستقبل بصدد علاقة قانونية محددة، حتى وإن كانت هذه المحكمة المختارة غير مختصة أساسا بالدعاوى وفقا لإحدى قواعد الاختصاص القضائي الدولي[1].

ومع ذلك رفض بعض الفقه[2] إقامة مبدأ الخضوع الاختياري في المجال الدولي على أساس أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تعد من النظام العام، ذلك لأن هذه القواعد تعنى أساسا بتحديد مجال اختصاص النظام القضائي لكل دولة بالنسبة لمجال اختصاص النظم القضائية الأجنبية[3]. كما أنها تنظم مرفقا حيويا من المرافق الأساسية في الدولة وبذلك ترتبط بوظيفة أساسية من وظائف الدولة وهي أداء العدالة في إقليمها[4]، وهو ما يترتب عليه التسليم بأن هذه القواعد تمس سيادة الدولة وتعود في غالبيتها للنظام العام، وهذا يعني بالتالي أن كل مخالفة لهذه القواعد تكون حينئذ مستحيلة[5].

وأما عن التسليم بمبدأ الخضوع الاختياري، فبني على أساس أن أغلبية التشريعات التي أقرته[6] راعت بذلك هدف قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي ترمي في مجملها إلى حماية المصالح الخاصة، وأن هذا الهدف الأصيل يشكل بذاته أحد أهداف القانون الدولي الخاص في عمومه.

---

[1] طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 281.

[2] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص. 155؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1057؛ موحند إسعاد، المرجع السابق، ج.2 . 24.

[3] ISSAD Mohand, op.cit., pp. 24-25.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1057؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 155.

[5] موحند إسعاد، المرجع السابق، ج.2 5 1. 24.

[6] ومن التشريعات التي نصت صراحة على قاعدة الخضوع الاختياري واعتبرتها كضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي التي يبنى على أساسه اختصاص محاكمها الوطنية نجد التشريع المصري حيث نصت المادة 32 من قانون المرافعات على أنه :" تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا". مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 175. ويقابل هذه المادة المادة 27 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 312، والمادة 08 من قانون أصول المحاكمات السوري. محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 27. والمادة 19 من القانون الكويتي رقم 05 لعام 1961 لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي. محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 288. والمادة 59 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني. سهيل حسن الفتلاوي،

إن قبول الخصوم اختصاص محكمة معنية للفصل في دعاوى الزواج المختلط غير تلك المختصة أصلا بنظر النزاع، قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا وفي الحالتين قد يكون من جانب المدعي، كما قد يكون من جانب المدعى عليه لأن كلمة الخصم تنصرف في هذه الحالة إلى كل من المدعي والمدعى عليه[1].

والقبول الصريح يكون بإدراج شرط في العقد أو التصرف القائم بين الأطراف يتفقون من خلاله على منح الاختصاص لمحكمة معينة في حالة وقوع نزاع مستقبلي بشأن تنفيذ التزاماتهم المتبادلة. وهذا ما يسمى بالشرط المانح للاختصاص[2].

أما القبول الضمني. فيستخلص من أي موقف يدل بصفة قاطعة على قبول الخصوم الخضوع بإراداتهم لقضاء دولة معنية[3]. والقبول الضمني يستخلص من جهة المدعى عليه إذا قرر هذا الأخير

المرجع السابق، ص. 281. والمادة 1/3 من قانون المرافعات الليبي. محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 266، والفصل 4 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي. محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 104.

هذا وتم تقنين قاعدة الخضوع الاختياري في اتفاقية دولية أقرها مؤتمر لاهاي العاشر للقانون الدولي الخاص عام 1964 تحت عنوان : "اتفاقية بشأن الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة ". أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق، ص. 416؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 281. كما أخذت بمبدأ الخضوع الإرادي أيضا الاتفاقية المبرمة في 1968/09/27 والخاصة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام في المواد المدنية والتجارية بين دول السوق الأوروبية المشتركة من خلال المادتان 17 و 18 منها. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1057. ومع ذلك رفض جانب من الفقه وبعض التشريعات التسليم بالإرادة كضابط لتحديد الاختصاص القضائي الدولي مستندين في ذلك إلى أن القضاء يعد أحد المظاهر الهامة لسيادة الدولة ، ولذلك فإن منح أطراف النزاع سلطة تغيير أو تعديل قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة، فيه تأثير على سيادتها الوطنية لأن تلك القواعد تهدف إلى تنظيم وإدارة خدمة ومصلحة عامة . كما أن إقرار الإرادة في هذا المجال سيؤدي إلى تغيير القانون الواجب التطبيق على النزاع من جهة. ومن جهة أخرى قد يتعمد الخصوم الإفلات من اختصاص محكمة معينة وذلك عن طريق الخضوع باختيارهم لمحكمة أخرى، وذلك بهدف تطبيق قانون آخر غير القانون المختص أصلا بالنزاع مما يشكل غشا وتحايلا نحو القانون ، كما أن إطلاق إرادة الخصوم في تحديد المحكمة المختارة سيؤدي إلى المساس بالاستقرار في تحديد القانون المطبق على العلاقات القانونية ذات الصفة الأجنبية مع أن هذا الاستقرار يعد أحد الأهداف الأساسية للقانون الدولي الخاص .

ورغم هذه الاعتبارات فإن الرأي الراجح في الفقه والقضاء يسلم بتخويل الإرادة دورا في مجال الاختصاص القضائي الدولي، بحيث يجوز للخصوم أن يتفقوا على قبول ولاية قضاء الدولة حتى ولو لم تكن محاكمها مختصة أصلا بالنزاع وفقا لأي ضابط من ضوابط الاختصاص الذي يحددها المشرع. محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 227؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق، ص. 60؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 414-415؛ عكاشة محمد عبد العال، أصول ...، المرجع السابق، ص. 467.

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 416؛ عكاشة محمد عبد العال، أصول ...، المرجع السابق، ص.61.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 643؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 281.

[3] طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 280.

السير في إجراءات الخصومة دون أن يدفع بعدم الاختصاص عند بدء النزاع، وقبل التكلم في موضوع الدعوى[1]. أما غياب المدعى عليه فلا يمكن اعتباره قبولا ضمنيا للاختصاص ويتعين في هذه الحالة على المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها[2]. ويستفاد القبول الضمني من جانب المدعي من خلال رفعه الدعوى أمام محكمة معينة في غير الحالات التي تكون فيها هذه الأخيرة مختصة وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي[3].

ويشترط لقبول الاختصاص المبني على إرادة الخصوم في الدعاوى الخاصة بالزواج المختلط تحقق الشروط التالية:

أولا: أن تكون هناك رابطة جدية بين النزاع المطروح والمتعلق بأحد مسائل الزواج المختلط والمحاكم الذي اتفق الأطراف على الخضوع لولاية قضائها[4]. ويمكن أن تتحقق هذه الرابطة مثلا بسبب انتماء الأطراف بجنسيتهم إلى دولة القضاء المختار. كما يمكن أن تتحقق أيضا إذا كان للخصوم موطن أو محل إقامة بها، أو أن يكون لهم أموال فيها [5]. أما إذا ثبت عدم ارتباط النزاع بأي وجه بدولة القضاء المختار فعلى المحكمة المنظور أمامها النزاع بناء على الخضوع الاختياري أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها[6] يهدف هذا الشرط إلى تحقيق غايتين:

---

[1] محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 643؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 281.

[2] وهذا ما نصت عليه المادة 35 من قانون المرافعات المصري بقولها :" إذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة بنظر الدعوى طبقا للمواد السابقة تحكم بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها ". أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 417؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.1062.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 1062.

يرى الأستاذ عكاشة محمد عبد العال أن القبول الضمني للاختصاص لا يتصور إلا من جانب المدعى عليه، أما القبول الضمني من جانب المدعي فلا يتصور من الناحية المنطقية لأنه هو الذي يرفع الدعوى، ومتى رفعها فإنه يكون بذلك قد اتخذ سلوكا إجرائيا عبر به عن قبوله الخضوع لقضاء لم يكن مختصا من قبل. عكاشة محمد عبد العال، أصول ...، المرجع السابق، ص. 468-469.

[4] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 419؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.1059.

[5] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 319؛ عكاشة محمد عبد العال، أصول ...، المرجع السابق، ص. 471.

[6] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج.12 4. 461.

أولهما: إغلاق باب التحايل والغش نحو قواعد الاختصاص القضائي الدولي 0 9ذلك بمنع الأفراد من التهرب من ولاية المحكمة المختصة دوليا، والتي تربطها بالنزاع صلة وثيقة وعدم الانصياع وراء أهواء الخصوم ورغباتهم الخاصة[1].

وثانيهما: ضمان قوة وفعالية الأحكام القضائية، فالحكم الصادر من قضاء دولة معينة لا صلة لها بالنزاع سيكون حتما مجردا من أي قيمة فعلية، بحيث لن يكون قابلا للتنفيذ خارج دولة الإصدار نظرا لكونه صادر عن قضاء غير مختص[2].

ثانيا: أن لا يكون الخضوع الاختياري قائما على الغش أو التحايل[3]. ويمثل هذا الشرط الوجه الآخر للشرط السابق، فإعمال إرادة الخصوم بخصوص الاختصاص القضائي وعلى غرار الاختصاص التشريعي يفتح المجال أمام الخصوم للتحايل. فقد يتعمد الخصوم التهرب من المحكمة المختصة أصلا بالنزاع الخاص بواحدة من مسائل الزواج المختلط، فيختارون المحكمة التي يعلمون مسبقا أنها تطبق قانونا تمكن أحكامه من الحصول على الحكم الذي يتوافق ومصالحهم الخاصة. ولذلك يشترط للاعتداد بإرادة الخصوم في تحديد المحكمة المختصة أن لا ينطوي هذا الخضوع الإرادي على غش أو تحايل نحو القانون.

ثالثا: أن يكون النزاع ذو الصلة برابطة الزوجية والذي اتفق الأطراف على إخضاعه لقضاء دولة معينة ذو صفة دولية. ويعد هذا الشرط من أكثر الشروط التي أثارت الجدل بين فقهاء القانون الدولي الخاص، فذهب أغلبية الفقهاء إلى ضرورة أن يتضمن النزاع محل الاتفاق المانح للاختصاص عنصرا أجنبيا؛ أي أن يكون النزاع ذو صبغة دولية[4]. أما إذا كان الاتفاق المانح للاختصاص متعلقا بنزاع

---

[1] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 319؛ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص. 489.

[2] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق، ص. 65.

[3] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج.2 ص.481.

[4] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 97.

وطني بحت فإن هذا الاتفاق لن ينتج أي أثر قانوني[1]. وهو الأمر الذي جسدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1985/12/17، حيث قضت من خلاله بمشروعية الشروط المعدلة للاختصاص القضائي الدولي كأصل عام طالما كان الشرط منصبا على نزاع دولي[2]. ومع ذلك يشكك البعض[3] في ضرورة هذا الشرط خاصة وأن مشكلة الاختصاص القضائي الدولي شأنها في ذلك شأن كافة مشكلات القانون الدولي الخاص لا تثار إلا بصدد علاقة ذات عنصر أجنبي أي بصدد علاقة ذات طابع دولي[4].

فضوابط الاختصاص القضائي الدولي ومن بينها ضابط الخضوع الاختياري، هي ضوابط لا يتصور إعمالها أصلا إلا في صدد المنازعات التي تتسم بالصيغة الدولية في مفهوم القانون الدولي الخاص[5].

وبالإضافة إلى الشروط السابق ذكرها رأى بعض الفقه المصري[6] أن الخضوع الاختياري في دعاوى الزواج المختلط يجب أن يكون جالبا للاختصاص وليس سالبا له[7]. وهو شرط لم يوافق عليه جانب آخر من الفقه المصري[8]، الذي لم ير بأسا في تقرير حق الأفراد في سلب الاختصاص للمحاكم الوطنية لمصلحة قضاء دولة أجنبية ولكن بشرط أن يكون للخصوم مصلحة من عرض نزاعهم على القضاء الأجنبي وألا يكون النزاع مرتبطا ارتباطا وثيقا بالنظام القانوني المصري، فمتى

---

[1] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 97.

[2] محكمة النقض الفرنسية، 1985/01/17، مقتبس عن، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 93.

[3] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص. 99-102-100.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص .1061-1060؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 106.

[5] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 166.

[6] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 739-740.

[7] يكون الخضوع الاختياري جالبا للاختصاص، إذا كان انبنى عليه تخويل الاختصاص للمحاكم الوطنية في حالات لم يكن فيها هذا الاختصاص ثابتا أصلا لها، ويكون الخضوع الاختياري سالبا للاختصاص إذا ترتب عليه سلب أو نزع اختصاص كان ثابتا أصلا للمحاكم الوطنية. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق، ص. 96-86.

[8] عكاشة محمد عبد العال، أصول ...، المرجع السابق، ص. 473؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص.109.

تحقق ذلك تعين عندئذ على المحاكم الوطنية أن تتخلى عن الاختصاص الثابت أصلا لها. متى تبين لها أن حكمها سوف يكون معدوم القيمة لاعتبار أن المحكمة الأجنبية الذي نزع الاختصاص لصالحها ستكون أقدر على التصدي للنزاع وكفالة تنفيذ الحكم الصادر بشأنه وذلك مراعاة لمبدأ التعاون الدولي في هذا المجال والذي تفرضه مقتضيات التعايش المشترك في الجماعة الدولية[1].

تتصف قاعدة الخضوع الاختياري بالعمومية، حيث يدخل في نطاقها مواد الأحوال العينية وكذلك مواد الأحوال الشخصية[2]. وبذلك يمتد مجال قاعدة الخضوع الاختياري ليشمل أيضا الدعاوى المثارة بشأن انعقاد الرابطة الزوجية أو الآثار المترتبة عليها، فيمكن للإرادة أن تلعب دورا أساسيا في تحديد المحكمة المختصة دوليا بالنزاعات الخاصة بالزواج المختلط، وذلك باستثناء الدعاوى

---

[1] عكاشة محمد عبد العال ، أصول ...، المرجع السابق، ص. 477؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق، ص. 72؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص.110؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 110.

[2] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 402.

ومع ذلك ضيقت بعض التشريعات – كالتشريع الفرنس والايطالي – من مجال إعمال قاعدة الخضوع الاختياري باستثناء دعاوى الطلاق من الاختصاص المبني على إرادة الخصوم، وذلك تفاديا لأي غش أو تحايل من قبل الزوجين اللذين قد يتعمدان الإفلات من اختصاص المحكمة المختصة أصلا تهربا من القانون الواجب التطبيق، لأنه لا يجيز الطلاق أو يقيده بعدة شروط، واللجوء إلى محكمة دولة أجنبية تمكنها من الحصول على الهدف المطلوب من خلال تطبيق قانون يجيز لهما الطلاق أو لا يقيده بأي شرط. عكاشة محمد عبد العال، أصول ...، المرجع السابق، ص. 467.

وقد أيدت اتفاقية لاهاي للخضوع الاختياري هذا الاتجاه إذ نصت في المادة الثانية منها على أنه :" لا تسري على اتفاقات اختيار المحكمة في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وحقوق الأسرة بما في ذلك الحقوق والالتزامات الشخصية المالية بين الوالدين ، والأبناء والزوجين، وفي مادة الالتزام بالنفقة بين غير المذكورين، وفي مواد المواريث، وفي مواد الإفلاس والصلح الواقي منه، والإجراءات المماثلة بما في ذلك الأحكام المترتبة على هذه الإجراءات، والمتعلقة بصحة تصرفات المدين، وأخيرا في مادة الحقوق العينية العقارية ". أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 423. وقد كان المشرع المصري أيضا قبل تعديل قانون المرافعات من مؤيدي تضييق نطاق قاعدة الخضوع الاختياري، بحيث قصر مجالُ إعمالها على مسائل الأحوال الشخصية دون مسائل الأحوال العينية، إلا أنه وبعد تعديل قانون المرافعات قد وسع من نطاق القاعدة لتشمل كل الدعاوى شخصية كانت أم عينية ، وهذا ما جاء في نص المادة 32 التي تضم مبدأ الخضوع الاختياري كضابط لاختصاص المحاكم المصرية، بصفة عامة دون أي تفرقة بين مواد الأحوال الشخصية ومواد الأحوال العينية.

محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 639-638؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1056-1057؛ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 92؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص. 96؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 172. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري تعليقا على المادة 32 ما يلي:" وقد جعل المشرع اختصاص المحكمة في هذه الحالة اختصاصا عاما بحيث يسري على جميع الدعاوى سواء كانت عينية أم شخصية أم مختلطة، وذلك في حين أن تشريع المرافعات القديم كان يقصر هذا الاختصاص على المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية دون تلك المتعلقة بالأحوال العينية ". مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 176.

العقارية المتعلقة بعقار كائن في الخارج، بحيث يتعين على المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها متى تعلقت الدعوى بعقار كائن في دولة أجنبية رغم خضوع الخصوم اختياريا لولايتها وحتى لو كان ثمة رابطة بين النزاع والإقليم وذلك باعتبار أن محكمة موقع العقار هي الأكثر صلة به والأقدر على الفصل في المنازعات المتعلقة بهذا العقار[1].

فاستثناء الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار كائن في الخارج، يعد قيدا عاما يرد على جميع قواعد الاختصاص القضائي الدولي، بما فيها قاعدة الاختصاص الإرادي[2]. وهو الأمر الذي جسدته صراحة اتفاقية لاهاي للخضوع الاختياري حيث استثنت من خلال مادتها الثانية الدعاوى العينية العقارية من مجال إعمال قاعدة الخضوع الإرادي[3].

وبالإضافة إلى تقلص وامتداد الحالات التي تختص فيها المحاكم الوطنية بالنزاعات المتعلقة بالزواج ذو العنصر الأجنبي تأثرا بتدخل إرادة الخصوم في هذا المجال، فقد تتدخل المحاكم الوطنية أيضا تحت شعار حسن سير العدالة لتفصل في بعض المسائل المتعلقة بهذا الزواج.

الفرع الثاني

الاختصاص المبني على مبدأ حسن سير العدالة

ضمانا لحسن سير العدالة قد تختص المحاكم الوطنية بالفصل في قضايا الزواج المختلط دون أن يتحقق أي ضابط من ضوابط الاختصاص المقررة في قانونها. وذلك إما لاتصال الدعوى بدعوى

---

[1] هشام علي صادق ، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 175؛ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج.52 1. 481.

[2] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 92؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 96.

[3] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 423.

تدخل ضمن اختصاصها تحقيقا وضمانا لوحدة الخصومة (أولا). وإما لأن الأمر يتطلب سرعة تدخل القضاء من أجل اتخاذ إجراءات معينة لحماية حقوق الخصوم والأموال المتنازع عليها[1] (ثانيا) .

أولا – الدعاوى المرتبطة

استقر الفقه والقضاء في مختلف الدول على التسليم باختصاص المحاكم الوطنية بالدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية المطروحة أمامها بناء على أحد ضوابط الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها. ويتحقق لها هذا الاختصاص حتى ولو لم يكن ليتقرر اختصاصها بالدعاوى المرتبطة فيما لو رفعت إليها في صورة دعوة مبتدئة ذلك بناء على القاعدة القائلة بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع أو قاضي الموضوع هو قاضي الدفوع[2].

وهذا الاختصاص الثابت للمحاكم الوطنية بالدعاوى المرتبطة تمليه الاعتبارات العملية ويستجيب لحسن أداء العدالة، كما من شأنه الحفاظ على وحدة الخصومة، واقتصاد النفقات والإجراءات ويحول دون صدور أحكام متضاربة في ذات المنازعة[3]. واختصاص المحاكم الوطنية بالدعاوى الأصلية التي تدخل ضمن اختصاصها، هو اختصاص ذو طابع عام ينصرف حكمه إلى المنازعات في مواد الأحوال العينية وفي مواد الأحوال الشخصية[4]، بما فيها الدعاوى المتعلقة بالزواج المختلط. وتوجد ثلاث حالات للدعاوى المرتبطة وهي:

---

[1] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 123؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1090؛ عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 99-100.

[2] محمد ميروك اللافي، المرجع السابق، ص. 228؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 368؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 280؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 316.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.62 3. 31؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص .1095.

[4] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 369.

أ– المسائل الأولية

تعتبر مسألة أولية كل مسألة يتوقف الحكم في الدعوى على الفصل فيها[1]. وبمعنى آخر هي المسألة التي يتوجب على المحكمة البث فيها أولا حتى يتسنى لها الفصل في الموضوع الأصلي[2]. فإذا كانت المحاكم الوطنية مختصة بالدعوى الأصلية، فتختص أيضا بالنظر في كل مسألة أولية يقتضيها الفصل النهائي في الدعوى وحتى لو لم تكن هذه المسائل مم يدخل في ولايتها أصلا[3] ذلك بشرط أن تكون المحكمة الوطنية مختصة بالدعوى الأصلية وفقا لقواعد الاختصاص في قانونها حتى ولو لم تكن مختصة بنظر المسألة الأولية إذا ما رفعت إليها في صورة دعوى أصلية. كما يجب أن يكون الفصل في المسألة الأولية لازما للحكم في الدعوى الأصلية[4]. فمثلا تحديد جنسية الخصوم أو موطنهم يعتبر مسألة أولية يجب الفصل فيها أولا لتحديد مدى اختصاص المحاكم الوطنية بنظر دعوى صحة انعقاد الرابطة الزوجية أو آثارها متى تعلق الأمر بتطبيق قاعدة الاختصاص المبني على جنسية الخصوم أو موطنهم[5].

فمحكمة موضوع الدعوى الأصلية هي التي تنظر في هذه المسائل الفرعية وتفصل فيها تبعا للدعوى الأصلية، كما لو كانت المحكمة الوطنية تنظر في نزاع متعلق بالشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج وطرح تطبيق القانون الوطني للزوجين – حسب قاعد الإسناد الواردة في المادة 11 من القانون المدني – مشكلة تتعلق بتحديد جنسية الزوجين، فيجب في هذه الحالة على المحكمة أن تنظر في هذه

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1091.

[2] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 316؛ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج.2 . 484.

[3] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 187؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 641.

[4] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص. 113-114-316.

[5] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 126.

المسألة وتتثبت من جنسية الزوجين قبل الفصل في موضوع الشروط الموضوعية للزواج رغم أنها غير مختصة أصلا بالفصل في نظر دعاوى الجنسية فيما لو عرضت عليها بصورة أصلية[1].

وتحديد ما يعد مسألة أولية. ووزن مدى ارتباطها بالمسألة الأصلية ولزوم الفصل فيها للبت في تلك الأخيرة، أمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر الدعوى وينهض به وفقا لقانونه بحسبان أن ذلك في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، يعتبر مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي.

وفي هذا الخصوص نسوق أمثلة لما يعد مسألة أصلية وما يعتبر مسألة أولية، إذا رفعت دعوى ثبوت النسب الشرعي لشخص ما (مسألة أصلية)، فإنه يلزم أولا بحث مدى صحة رابطة الزوجية بين الوالدين (مسألة أولية) المدعى الانتساب إلى أحدهما أو كلاهما. أيضا إذا رفعت دعوى المطالبة بالحق في ميراث تركة زوج أو أب (مسألة أصلية) فإنه يلزم أولا بحث صفة الزوجية أو الولد الشرعي ثبوت قيام رابطة زوجية صحيحة أو ثبوت رابطة النسب (مسألة أولية) مع المتوفى. كذلك في النظم القانونية التي تحظر تعدد الزوجات، إذا رفعت دعوى ثبوت صحة الزواج الجديد (مسألة أصلية) فإنه يلزم التأكد من الانحلال السليم أو النظامي للزواج السابق (مسألة أولية)[2].

ب- الطلبات العارضة

الطلبات العارضة هي التي تبدى أثناء سير الخصومة من قبل احد أطراف الخصومة سواء كان المدعي أو المدعى عليه ويكون من شأنها تغيير نطاق الخصومة زيادة أو نقصان من جهة موضوعها أو سببها أو أطرافها[3]. وهذا ما يميزها عن المسائل العارضة الأخرى التي تنعقد بها إجراءات الدعوى

[1] غالب علي الداووي، المرجع السابق، ص. 292.

[2] أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المسائل الأولية في نظرية التنازع الدولي بين القوانين، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السابع والأربعون، السنة السابعة والأربعون، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة ، 1991 2 2. 2.

[3] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 369؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1093.

أو تحقيقها أو الحكم فيها فهذه الأخيرة ليس لها تأثير مباشر على موضوع الدعوى أو سببه أو موضوعه[1]، كطلب سقوط الخصومة أو تركها مثلا. فالمسائل العارضة تلازم الطلب الأصلي وجودا أو عدما، بخلاف الطلبات العارضة، كالطلب الذي يتضمن تصحيح الطلب الأصلي وتعديل موضوعه بسبب ظروف طرأت بعد رفع الدعوى أو الطلب الذي يتضمن تفسير أو إضافة لسبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي[2].

فتختص المحاكم الوطنية بالفصل في الطلبات العارضة المتصلة بدعوى زواج مختلط تدخل أصلا في اختصاصها، حتى ولو لم تكن هذه الطلبات مم يدخل في ولايتها أصلا، فيما لو أثيرت أمامها في صورة خصومة مستقلة[3] ذلك بشرط أن تكون المحاكم الوطنية مختصة ابتداء بالدعوى الأصلية وأن تكون الطلبات العارضة مرتبطة بالطلب الأصلي الذي تختص به أصلا المحاكم الوطنية[4]. فرفع الزوجة دعوى على زوجها لدفع مبلغ النفقة الزوجية في الزواج المختلط أمام المحكمة الوطنية باعتبارها محكمة موطن الدائن بالنفقة يمنح للزوج المتوطن بفرنسا حق تقديم طلب مقابل أمام ذات المحكمة لتخفيض ذلك المبلغ.

ج- الطلبات المرتبطة

الطلبات المرتبطة هي تلك الطلبات التي تكون على رباط وثيق بالدعوى الأصلية، بحيث يكون من حسن سير العدالة أن تجمعا معا أمام محكمة واحدة، لكي يفصل فيها في خصومة واحدة تلافيا

---

[1] عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 105.

[2] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 316.

[3] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج.62 3. 383-384؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 643. وقد أخذ المشرع المصري بهذا الحل من خلال المادة 33 من قانون المرافعات التي تنص على أنه : "إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلة في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية". مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 176.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1094؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 376.

لتضارب الأحكام القضائية[1]، فتحقيق حسن سير العدالة والاقتصاد في الوقت والنفقات يتطلبان التحقيق فيها والفصل معا[2]. ويتحقق الارتباط عادة متى كانت هناك وحدة في الموضوع[3] أو السبب. أو الأطراف بين الدعويين. وقد يقوم الارتباط في غير هذه الأحوال كما لو كان بين الدعويين صلة وثيقة تجعل من حسن سير العدالة الحكم فيهما معا. إذن يكون هناك ارتباط بين طلبين عموما إذا وجد بينهما علاقة بدرجة يكون من الفائدة لحسن سير العدالة أن ينظر ويفصل فيهما في نفس الوقت[4].

وعليه، تختص المحاكم الوطنية بالطلبات المرتبطة بالدعوى الأصلية المرفوعة أمامها ولو لم تكن مختصة بنظر تلك الطلبات إذا رفعت أمامها في شكل دعوى مستقلة[5]. وهذا الحل أخذ به المشرع الجزائري في المجال الداخلي حيث نصت المادة 207 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " إذا وجد ارتباط بين خصومتين أو أكثر معروضة أمام نفس القاضي، جاز له ولحسن سير العدالة ضمها من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم والفصل فيهما بحكم واحد"[6].

---

[1] حفيظة السيد الحداد، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 127؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص.115. وعرف المشرع الجزائري حالة الارتباط التي تقوم على المستوى المحلي من خلال المادة 55 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه: " تقوم حالة الارتباط عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس أو أمام جهات قضائية مختلفة، والتي تستلزم لحسن سير العدالة أن ينظر ويفصل فيها معا ".

[2] أنظر، عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002 ص 50.1.

[3] وهذا ما قضت به صراحة المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/07/14 حيث قضت من خلاله بأن: " من المقرر قانونا أنه لا يجوز للجهات القضائية ضم قضيتين غير مرتبطتين في موضوعيهما". محكمة عليا، 1992/07/14، ملف رقم 79677، المجلة القضائية، 1993، عدد 04 ص 50.1. مقتبس عن، عمر بن السعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الاجراءات المدنية، دار الهدى، الجزائر، 2004 ص 75.1.

[4] أنظر، محمد ابراهيمي، الوجيز في الاجراءات المدنية، ج.1 ص 33.1 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006 ص 66.1.

[5] عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 106.

[6] وجاء أيضا في المادة 56 من نفس القانون: " التخلي عن النزاع بسبب الارتباط بين القضايا يؤمر به من طرف آخر جهة قضائية أو آخر تشكيل طرح عليها النزاع لصالح جهة قضائية أو تشكيلة أخرى ، بموجب حكم مسبب بناء على طلب أحد الخصوم أو تلقائيا ". ونصت أيضا المادة 58 من ذات القانون على أنه: " تقضي جهة الإحالة بالضم تلقائيا في حالة وجود ارتباط بين خصومات مطروحة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية أو أمام جهات قضائية مختلفة بعد التخلي".

فمن خلال هذا النص تطرق المشرع للارتباط الذي يشمل قضيتين أو أكثر متواجدة بين يدي قاض واحد فقرر أنه يجوز لهذا الأخير، سواء بصفة تلقائية أو بناء على طلب الخصوم أن يأمر بضمها معا لتصبح وكأنها قضية واحدة، مما يسمح له بالفصل فيها بحكم واحد، وذلك لحسن سير مرفق العدالة[1].

كما تنص المواد من 55 إلى 58 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه إذا كان النزاع مرتبطا بقضية مطروحة فعلا أمام محكمة أخرى، وهو ما يسمى بالدفع بالارتباط، جاز إحالة الدعوى بناء على طلب الخصوم أمام محكمة واحدة للفصل فيها. وعليه، فإنه يمكن ضم الدعويين أمام جهة قضائية واحدة على الصعيد الداخلي. ولكن: هل يمكن تطبيق نفس الحكم على المستوى الدولي؟

ففي الجزائر وبما أن قواعد الاختصاص الداخلي هي التي تطبق في المجال الدولي، فإنه وطبقا للنصوص المذكورة أعلاه، تختص المحاكم الجزائرية بالقضايا المرتبطة بدعوى أصلية تدخل ضمن اختصاصها، حتى لو لم تكن مختصة بهذه الطلبات إذا ما عرضت عليها في صورة دعوى مستقلة.

وعليه، يؤول الاختصاص للمحاكم الجزائرية في النظر بالدعويين معا بالرغم من عدم اختصاصها في الدعوى المرفوعة أمام القضاء الأجنبي وذلك للارتباط الموجود بينهما وهو اختصاص يمليه حسن

[1] ويعاب على هذا النص أنه جاء على غير الصيغة التي يفترض أن يصاغ بها، ذلك أن الأمر يتعلق بارتباط القضايا فيما بينها، ومتى كان ذلك يتعين لحسن سير العدالة أن تضم تلك القضايا وجوبا، وليس جوازا، لأن العبارة الأخيرة تضفي صفة التراخي عن القيام بإجراءات الضم من طرف القاضي، في الوقت الذي يجب فيه إتيان تلك الإجراءات لضمان السير الحسن للعدالة.

أداء العدالة[1]. وأخذت بعض التشريعات العربية بهذا الاختصاص صراحة في المجال الدولي كمصر[2] الأردن[3]، سوريا [4] وتونس[5].

ويشترط لاختصاص المحاكم الوطنية بالطلبات المرتبطة أن تختص هذه الأخيرة بالدعوى الأصلية وفقا للقواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي بها وأن يكون هناك ارتباط واتصال بين الدعوى الأصلية والطلب اللاحق[6].

إن الاختصاص القائم على أساس الارتباط هو اختصاص عام ينصرف إلى سائر المنازعات سواء كانت من مسائل الأحوال العينية أو الشخصية. ولا يستثنى منه سوى الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج. وبناء على ذلك تختص المحاكم الوطنية بالطلبات المرتبطة بالدعاوى الخاصة بصحة انعقاد الرابطة الزوجية أو الآثار المترتبة عليها المعروضة أمامها بصفة أصلية، كالدعوى المرفوعة أمام المحاكم الوطنية بشأن أثر من آثار الزواج المختلط كالنسب مثلا أو نفقة الزوجة وأولادها، فيتقدم أحدهم إلى المحكمة ببطلان عقد الزواج لعدم استيفائه للشروط الموضوعية أو الشكلية المتطلبة قانونا ففي هذه الحالة تختص المحاكم الوطنية بالفصل في هذا الطلب لارتباطه بالدعوى الأصلية. ومع ذلك

---

[1] أنظر، محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009) . 182.

[2] حيث نصت المادة 33 من قانون المرافعات على أنه :" ... كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى، ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر معها ". محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 176.

[3] المادة 27/ 3 من قانون المحاكمات الأردني. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 268.

[4] حيث نصت المادة 10 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه:" إذا رفعت للمحاكم السورية دعوى الأحوال الشخصية الداخلية في اختصاصها، فإنها تكون مختصة بالفصل ...وفي كل طلب مرتبط في هذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر فيه ". محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص 277. وما يلاحظ على هذه المادة أنها قصرت اختصاص المحاكم السورية بالدعاوى المرتبطة على الدعاوى الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية دون غيرها، وذلك على عكس التشريعات الأخرى التي جعلت من هذا الاختصاص اختصاصا عاما يشمل على السواء مسائل الأحوال الشخصية والعينية.

[5] حيث ينص الفصل 07 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه :" تنظر المحاكم التونسية في الدعاوى التي لها ارتباط بقضايا منشورة لدى المحاكم التونسية ". محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 105.

[6] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 381.

لا يجوز للمحاكم الوطنية أن تنظر في الدعاوى الخاصة بالزواج المختلط وآثاره متى تعلقت بعقار كائن في الخارج ولو كانت مرتبطة بدعوى أصلية تدخل في اختصاصها أصلا[1].

هذا وقد اختلف الفقه حول مدى إعمال قاعدة الاختصاص المبنى على أساس الارتباط، فرأى جانب منه[2]. أن هذه القاعدة تطبق فقط إذا كان من شأنها جلب الاختصاص للمحاكم الوطنية بدعاوى لم تكن تدخل في ولايتها. أما إذا كان من شأنها سلب اختصاص المحاكم الوطنية الثابت لها بموجب إحدى قواعد الاختصاص القضائي الدولي لصالح قضاء أجنبي فلا مجال لإعمالها في هذه الحالة[3]. وبذلك لا يجوز الدفع أمام المحاكم الوطنية بطلب إحالة الدعوى المرفوعة أمامها إلى محكمة أجنبية على أساس ارتباطها بنزاع أصلي قائم أمام هذه الأخيرة. إلا أن هناك جانب آخر من الفقه[4]. لم ير أن هناك ما يحول دون قبول المحاكم الوطنية لمبدأ الدفع بالإحالة للارتباط متى تبين للقاضي أن المحكمة الأجنبية التي تنظر الدعوى الأصلية أكثر قدرة على الفصل في الدعوى المرتبطة وأقدر من غيرها على كفالة آثار الحكم الصادر بشأنها[5].

هذا عن الدفع بالإحالة للارتباط، فماذا عن الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع المتعلق بالزواج المختلط أمام محكمة أجنبية؟[6]. فهل يمكن للقاضي الوطني قبول الدفع بالإحالة في حالة ما إذا كان نفس النزاع معروض على محكمة أجنبية؟

---

[1] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج.2 . 452؛ عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 106.

[2] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 731؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 644.

[3] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 382.

[4] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 503؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 180.

[5] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 503؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 180.

[6] الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين، هو ذلك الدفع الذي يهدف إلى منع المحكمة المثار أمامها هذا الدفع من الفصل في الدعوى وإحالتها إلى محكمة أخرى مرفوع إليها النزاع. أنظر، محمد الروبي، الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية " دراسة مقارنة، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ' . 16.

لقد عالج المشرع الجزائري هذه الإشكالية على المستوى المحلي وذلك من خلال المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي نصت صراحة على أنه في حالة ما إذا رفع نفس النزاع إلى جهتين قضائيتين مختصين، يجب على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع أن تتخلى عن اختصاصها لصالح الجهة الأخرى: إذا طلب الخصوم ذلك، بل ويجوز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائيا إذا تبين له وحدة الموضوع[1]. ويشترط لقبول الدفع بالإحالة في هذه الحالة:

– أن تكون القضيتان دعوى واحدة: ويتحقق ذلك بوحدة الخصوم والسبب والمحل، مع العلم أنه لا يشترط لوحدة الموضوع أن يكون قدر المطلوب في الدعوتين واحدا، بل قد يكون المطلوب في إحدى الدعوتين جزء من المطلوب في الدعوى الأخرى، كما قد تكون إحدى الدعوتين مرفوعة بطلب أصلي والثانية في شكل طلب عارض.

– أن تكون الدعوتان قائمتين أمام المحكمتين، بمعنى عدم انقضاء إحداهما لأي سبب من أسباب الانقضاء.

– اختصاص كلتا المحكمتين بنظر الدعوى: لأنه في حالة عدم اختصاص إحدى المحكمتين، فالدفع الواجب تقديمه هو الدفع بعدم الاختصاص لا الإحالة[2].

لكن هل يجوز مد العمل بهذه المادة إلى المستوى الدولي والقول بجواز الدفع بالإحالة أمام المحاكم الوطنية في حالة قيام ذات النزاع المرتبط بالزواج المختلط أمام محكمة أجنبية؟

---

[1] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2008/02/10. محكمة عليا، 2008/02/10، قرار رقم 383156، مقتبس عن، عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2009 .72.

هذا الحل الأخير جسده القضاء الانجليزي صراحة في المجال الدولي، حيث ذهب إلى حد إقرار التخلي عن اختصاصه لصالح محكمة أجنبية متى تبين له أنها أقدر على الفصل في النزاع حتى ولو لم تكن الدعوى قد رفعت أمامها تأسيسا على نظرية " المحكمة غير الملائمة" التي ابتدعها القضاء وإلى كون التجاء المدعى إلى المحكمة الانجليزية في هذا الفرض يتضمن تعسفا في استعمال حقه في رفع الدعوى. هذا الاجتهاد القضائي، مقتبس عن، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 57-62.

[2] بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، دار الامل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002 . ..135.

بما أن قواعد الاختصاص الدولي في الجزائر ما هي إلا امتداد لقواعد الاختصاص المحلي فيمكن القول بأنه يجوز الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع في المجال الدولي. لكن القضاء الجزائري قد سار في الاتجاه المعاكس حيث لم يسلم بالدفع بالإحالة لوحدة الموضوع على المستوى الدولي[1]، متأثرا في ذلك بالقضاء الفرنسي الذي رفض بداية الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي.

وهو حل كان مستقرا عليه القضاء الفرنسي منذ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1809/09/17[2]، إلا أنه بدأ تدريجيا يتراجع عن رفضه المطلق للدفع بالإحالة حيث صدر عن محكمة النقض الفرنسية قرارين، الأول بتاريخ 1962/05/05[3] والثاني بتاريخ 1964/12/09[4] ففسر هذين القرارين على أنهما يعكسان قبولها الضمني للدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية. وبعد ذلك قطعت محكمة النقض الفرنسية الشك باليقين حين قضت صراحة في قرارها الصادر بتاريخ 1974/06/25[5] بجواز مبدأ الدفع بالإحالة. كما أكدت محكمة النقض الفرنسية استمرار موقفها هذا حيث قضت في قرارها الصادر في 1974/11/26[6] أن الدفع بالإحالة يمكن قبوله أمام القضاء الفرنس نظرا لقيام الدعوى أمام محكمة أجنبية مختصة هي الأخرى. وبذلك استقر القضاء الفرنسي نهائيا على مبدأ جواز الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية متى توافرت شروط التمسك بهذا الدفع[7].

---

[1] Concernant cette jurisprudence, ISSAD Mohand, op.cit. , tome 2, p. 28.

[2] محكمة النقض الفرنسية، 1809/09/17، مقتبس عن، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 65.

[3] محكمة النقض الفرنسية، 1962/05/05/ مقتبس عن، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 336.

[4] محكمة النقض الفرنسية، 1964/12/09/ مقتبس عن، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 336.

[5] محكمة النقض الفرنسية، 1974/06/25/ مقتبس عن، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 66.

[6] محكمة النقض الفرنسية، 1974/11/26/ مقتبس عن ، عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 138.

[7] ويشترط لقبول الدفع بالإحالة تحقق الشروط التالية:

– أن يكون هناك دعوتان مرفوعتين، إحداهما أمام المحاكم الأجنبية، والأخرى أمام المحاكم الوطنية.

– وحدة الأطراف والسبب في الدعوتين.

– أن تكون كل من المحكمتين الوطنية والأجنبية مختصة بنظر الدعوى. أنظر، أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في قانون الإجراءات المدنية الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2003: . 100.

وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر لها صادر بتاريخ 1980/06/17[1] وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد استجاب إلى الاتجاهات المعاصرة في القانون الدولي الخاص التي تؤكد على وجوب تخويل القاضي سلطة قبول الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص الدولي، نزولا على اعتبارات الملائمة والتعاون القضائي الدولي[2]، وتجسيدا لمبدأ قوة وفعالية الأحكام الدولية.

ولنفس الاعتبارات يجب على القضاء الجزائري أن يغير موقفه الرافض للإحالة لأن موقفه هذا لا يخدم على المستوى العملي أغراض التعاون القضائي الدولي[3]. كما أن رفضه للإحالة على هذا النحو من شأنه أن يؤدي إلى صدور أحكام متعارضة بين القضاء الأجنبي والقضاء الوطني[4]، هذا الأخير الذي سيصدر في النهاية أحكاما عديمة القيمة، غير مكفولة النفاذ، فلا شك أن الدولة الأجنبية المرفوع أمامها نفس النزاع سترفض الاعتراف وتنفيذا الحكم الصادر من القضاء الوطني ما دام أنه يتعارض مع الحكم الصادر عنها في شأن نفس النزاع.

– أن يكون الحكم الصادر من المحكمة الأجنبية قابل للتنفيذ، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1974/11/26 حيث أكدت ضرورة أن يكون الحكم الذي ستصدره المحاكم الأجنبية قابلا لأن يعترف به وينفذ في فرنسا. محكمة النقض الفرنسية، 1974/11/26، مقتبس عن، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص. 133؛ محمود جمال الكردي، المرجع السابق، ج.2 140.1-142.

[1] محكمة النقض الفرنسية، 1980/06/17، مقتبس عن، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 66-65؛ عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 138-139.

[2] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 60-61.

[3] موحند إسعاد، ترجمة فائز أنجق، المرجع السابق، ج.2 . .. 29.

[4] عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص.49.

ثانيا – الإجراءات التحفظية والإجراءات الوقتية

لقد استقرت أغلبية التشريعات[1] على تقرير اختصاص محاكمها الوطنية بالفصل في الدعاوى المستعجلة التي ترمي إلى اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية يراد تنفيذها في الدولة لحين الفصل في الخصومة الأصلية، حتى في حالة ما لم تكن هذه المحاكم مختصة بالدعوى الأصلية[2].

والإجراءات الوقتية والتحفظية هي عبارة عن تدابير مؤقتة تتم بصفة مستعجلة ولا تمس أصل الحق وتكون في صورة تحفظية للحفاظ على إمكانية تنفيذ الحق في المستقبل أو طلب مستعجل لتحقيق مصلحة آنية للطالب أو حمايتها[3].

ومن أمثلة الإجراءات الوقتية دعوى النفقة الوقتية التي ترفعها الزوجة أثناء نظر دعوى التطليق أو الانفصال. والإذن بتسليم الزوجة الأشياء اللازمة لاستعمالها اليومي أو الإذن لها بالإقامة في منزل يتفق عليه الطرفان أو يعينه القاضي.

---

[1] ومن بينها التشريع المصري من خلال المادة 34 من قانون المرافعات التي نصت على أنه :" تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية ". مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 177. وتقابل هذه المادة المادة 09 من قانون أصول المحاكمات السورية، المادة 21 من القانون الكويتي رقم 05 لعام 1961 لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي المادة 3/3 من قانون المرافعات الليبي. محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 229-289-288. وأيضا أقر المشرع اللبناني من خلال المادة 78 من أصول المحاكمات المدنية اللبناني اختصاص المحاكم اللبنانية بالدعاوى الرامية إلى اتخاذ تدابير مؤقتة أو احتياطية تتم في لبنان من إحدى حالات اختصاص المحاكم اللبنانية التي يكون فيها المدعى عليه لبناني الجنسية أو أجنبي ليس له محل إقامة حقيقي أو مختار أو سكن غي لبنان. عبده مجيل غصوب، دروس ...، المرجع السابق، ص. 385. هذا وقد نص المشرع التونسي على الاختصاص الحصري للمحاكم التونسية بالدعاوى التي يكون موضوعها طلب إجراء تحفظي بتونس، وذلك بشرط أن يستهدف هذا الأخير ما لا موجودا بها، بحيث جاء في الفصل 08 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ما يلي: " تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر :4- إذا كان موضوع الدعوى طلب إجراء تحفظي أو تنفيذي بالبلاد التونسية ويستهدف مالا موجودا بها ". محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 105.

وبالإضافة إلى ذلك قننت العديد من الاتفاقيات الدولية اختصاص المحاكم الوطنية بالإجراءات الوقتية والتحفظية، كالاتفاقية المبرمة في 1968/09/27 بين دول السوق الأوروبية المشتركة والخاصة بتنظيم الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية في المادة 24 منها. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1101.

[2] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 406؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 149؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 725.

[3] أنظر، عبد الكريم المداني، سلطة المحكم الأمرية في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، رسالة دبلوم ماستر في القضاء والتحكيم، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2013-2014 5 7. 4.

ومن أمثلة الإجراءات التحفظية تعيين حارس قضائي في حالة ما إذا كان هناك نزاع بين الزوجين حول ملكية عين وكان يخشى من بقائها في يد حائزها[1].

فالإجراءات التحفظية هي تلك الإجراءات التي تصدر عن القضاء بصفة مؤقتة لحين الفصل في الخصومة الأصلية ودون أن يكون لها تأثير على أصل الحق موضوع النزاع. وعادة ما تتخذ هذه الإجراءات بخصوص الأشياء أو الأموال التي يخشى عليها من خطر محدق أو من فوات الوقت إذا تم الانتظار لحين صدور حكم من المحكمة المختصة بالدعوى الأصلية[2].

وتقرير اختصاص القضاء الوطني بالإجراءات التحفظية على هذا النحو فيه مراعاة لمصالح الخصوم وتفاديا لضياع حقوقهم وأيضا من شأنه توفير الوقت والنفقات. فإجراءات الدعوى العادية قد تستمر وقتا طويل، وهو الأمر الذي قد يضر بمصلحة الخصوم، وبالأخص في الحالات التي يستلزم الفصل فيها السرعة ويخشى بشأنها من فوات الوقت. إذ يستوجب عندئذ منح الخصوم الحق في رفع دعوى مستعجلة تتضمن طلب اتخاذ إجراء وقتي معين، لتلافي خطر تأخير الفصل في الدعوى الأصلية[3]. وبناء على هذه الدعوى تقوم المحاكم الوطنية باتخاذ الإجراءات اللازمة والضرورية لحين الفصل في الدعوى الأصلية، وسواء كانت المحاكم الوطنية مختصة بالدعوى الأصلية أم لا، كما يستوي أن يكون الإجراء أو التحفظ متعلق بمواد الأحوال الشخصية أو بمواد الأحوال العينية.

وقد أسس الفقه والقضاء في فرنسا اختصاص المحاكم الفرنسية بنظر هذه المسائل على أساس أنها من إجراءات البوليس والأمن المدنيّ، أو على أساس اتصالها بالنظام العام والمحاكم مكلفة بالسهر على الأمن المدني والنظام العام في الدولة[4].

---

[1] صالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 157-158.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1101.

[3] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 409.

[4] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية ...، المرجع السابق، ص. 109.

ومما سبق، نستنتج أنه حتى يتحقق للمحاكم الوطنية هذا الاختصاص يجب: أولا يتعلق الأمر بدعوى مستعجلة يكون الغرض منها اتخاذ إجراء تحفظي، وثانيا، أن يراد تنفيذ هذه الإجراءات في دولة القاضي الذي قضى باتخاذها ذلك قبل صدور الحكم الموضوعي في الدعوى الأصلية من قبل المحكمة المختصة[1].

وبعد أن رأينا معظم الحالات التي يمكن أن ينعقد فيها اختصاص المحاكم الوطنية مراعاة لحسن سير العدالة ننتقل لمعالجة إمكانية اختصاص قضاء دولة ما بالفصل في النزاعات الخاصة بالزواج ذو الطابع الدولي لمجرد تفادي إنكار العدالة.

الفرع الثالث

الاختصاص المبني على مبدأ تفادي إنكار العدالة

تتميز قواعد الاختصاص القضائي الدولي عن قواعد تنازع القوانين بأنها منفردة أو أحادية الجانب، أي أنها تبين فقط ما إذا كان القضاء الوطني مختصا أم غير مختص، ودون أن تتعرض لبيان حالات اختصاص القضاء الأجنبي[2]. فإذا لم تخص المحاكم الوطنية بالدعوى المتعلقة بمسائل صحة انعقاد الرابطة الزوجية أو آثارها لعدم توافر أي ضابط من ضوابط الاختصاص المقررة في قانونها2 هناك احتمال أن تبقى هذه الدعوى من دون قضاء يفصل فيها لعدم اعتراف أي قضاء باختصاصه لنظرها. وهذا ما ينجم عنه إنكار العدالة[3].

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1101؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 412.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2 2 4. 10.

[3] ويعتبر مصطلح إنكار العدالة أحد الأفكار الكلاسيكية للتصرف عند المشروع الصادر عن دولة ما ضد أحد رعايا دولة له أخرى. ويؤكد جانب من الفقه الدولي بصدد تعريف مصطلح إنكار العدالة بأنه " وقد عرف إنكار العدالة تعريفات متعددة، فقيل أنه الظلم الظاهر، أو الخطأ الواضح في ممارسة العدالة أو التدليس في الحكم، أو سوء النية في الحكم، أو الحكم القائم على التحكم أو الهوى ". أنظر، مصطفى أحمد فؤاد، مفهوم إنكار العدالة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 61986 1. 60-61.

وتفاديا لهذا الوضع، قررت بعض الدول وفي مقدمتها فرنسا أن تجعل من تلافي إنكار العدالة سببا من أسباب عقد الاختصاص لمحاكمها الوطنية، بحيث استقر القضاء الفرنسي على تقرير اختصاصه متى تعلق الأمر بخصومة ضالة لا ينعقد الاختصاص بنظرها لأي محكمة بشرط أن يكون لهذه الخصومة صلة بالإقليم الفرنسي[1] كأن يكون المدعى متوطن في فرنسا في حالة لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في فرنسا أو في الخارج[2].

وقد استثنى القضاء الفرنسي من الاختصاص المبنى على تفادى إنكار العدالة الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج[3] وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد جعل الاختصاص المبنى على فكرة تلافي إنكار العدالة اختصاصا عاما يشمل على السواء مسائل الأحوال الشخصية والعينية مع استثناء الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج. وهو ما يعني انصراف حكم هذا الاختصاص إلى دعاوى صحة انعقاد الزواج المختلط وآثاره.

وعليه يمكن للمحاكم الفرنسية أن تفصل في هذه الدعاوى بغض النظر إن كانت مختصة أصلا بها أم لا، وذلك في حالة ما إذا لم يعترف أي قضاء آخر باختصاصه بهذه الدعاوى وذلك تفاديا لإنكار العدالة، بشرط أن يكون للنزاع صلة بالإقليم الفرنسي، وألا يتعلق الأمر بدعاوى عقارية واقعة خارج الأراضي الفرنسية.

وعلى نهج القضاء الفرنسي سارت بعض التشريعات العربية[4] التي اعتمدت هي الأخرى على مبدأ تلافي إنكار العدالة إلا أنها لم تجعل منه سببا عاما لعقد الاختصاص لمحاكمها الوطنية، وإنما

---

[1] Civ, 1er, 07/01/1982; 16/04/1985, cité par MAYER Pierre, HEUZE Vincent, op.cit., p. 206.

[2] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 128.

[3] Civ, 1er, 07/01/1982, cité par MAYER Pierre, HEUZE Vincent, op.cit., p. 206.

[4] وفي مقدمتها التشريع المصري حيث نصت المادة 7/30 من قانون المرافعات على أنه: " تختص محاكم الجمهورية ينظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية و ذلك في الأحوال الآتية:

إذا كان الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية و كان المدعى وطنيا أو كان أجنبيا له موطن في الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج. مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 168. وتقابل هذه المادة المادة 07 من أصول المحاكمات المدنية السوري،

قصرت الأمر على الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية[1] متى كان ثمة رابطة بين النزاع والإقليم. بما فيها الدعاوى المقامة بشأن صحة انعقاد الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عليها.

ومن تم يتعين لانعقاد الاختصاص بناء على فكرة تفادى إنكار العدالة في هذه الحالة توافر الشروط التالية:

– أن يكون المدعي في الدعوى وطنيا أو أجنبيا متوطنا في الدولة المعنية.

– أن لا يكون للأجنبي المدعى عليه موطن أو محل إقامة في الدولة المعنية ولا موطن معروف في الخارج.

– أن تتعلق الدعوى بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة[2](كدعوى إثبات الزواج أو فسخه أو الطعن ببطلانه أو دعوى النسب أو دعوى النفقة الزوجية)، وتحديد المقصود بالأحوال

والمادة 10/د من قانون الإجراءات المدنية السوداني. هشام خالد، المرجع السابق، ص .160-165 وكذلك المادة 6/21 من قانون الإجراءات الإماراتي. أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق، ص. 74.

[1] وهو أمر لم يرق بعض الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ هشام علي صادق الذي ذهب إلى ضرورة اعتماد مبدأ تلافي إنكار العدالة كسبب عام لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية، وإعماله سواء بالنسبة لمواد الأحوال الشخصية أو بالنسبة لمسائل الأحوال العينية، لأن تلافي إنكار العدالة كضابط للاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية يقوم على مبررات لا تخص مواد الأحوال الشخصية دون غيرها، ولذلك لابد من اختصاص المحاكم الوطنية بالدعوى فيما لو لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة معروف، ولم تكن هناك محكمة أخرى مختصة بالفصل في النزاع، ما دام أن للمدعى موطن أو محل إقامة في الدولة المعنية. وذلك سواء تعلق النزاع بمواد الأحوال الشخصية أو بمواد الأحوال العينية لأن ذلك حل تفرضه مقتضيات العدالة. هشام علي صادق، تنازع الأحوال ...، المرجع السابق، ص. 128-129.

وعلى خلاف الرأي السابق ذهب اتجاه آخر من الفقه ومن بينهم الأستاذ عكاشة محمد عبد العال إلى ضرورة قصر الاختصاص المبني على فكرة تلافي إنكار العدالة على مسائل الأحوال الشخصية وحدها، وبذلك أيد هذا الاتجاه موقف التشريعات العربية التي جعلت الاختصاص المبني على فكرة إنكار العدالة حكرا على مسائل الأحوال الشخصية، وبني موقفها على الاعتبارات التالية:

– أن الاهتمام بهذا النوع من المسائل يعكس في واقع الأمر فلسفة القانون العربي في مجمله حيث من المعروف أن التنظيم القانوني العربي في مجال الأحوال الشخصية تنظيم مركب يجد مصدره أساسا في الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة.

– أنه إذا تعلق الأمر بمسألة الأحوال العينية فإنه غالبا ما تكون هناك محكمة أخرى مختصة بهذه الدعاوى كمحكمة دولة موقع المال أو محل الالتزام وهذا اعتبار تنتفي معه حكمة اختصاص المحاكم الوطنية في هذه الحالة وهي تلافي إنكار العدالة. عكاشة محمد عبد العال، أصول ...، المرجع السابق، ص. 480-481؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق، ص. 76.

[2] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص .292-293.

الشخصية يرجع فيه للقانون الوطني باعتبار أن الأمر يتعلق بتفسير قاعدة من قواعد الاختصاص الوطنية[1].

وباعتبار مسائل الزواج وآثاره الشخصية والمالية من مسائل الأحوال الشخصية في أغلبية الدول العربية، فهذا يعني أن الاختصاص المقرر لمحاكمها الوطنية بناء على فكرة تلافي إنكار العدالة يشمل كذلك النزاعات الخاصة بالزواج ذو العنصر الأجنبي متى كان المدعى في هذه الدعاوى وطنيا أو أجنبيا متوطن في الدولة المعنية. وهذا في حالة ما لم يكن للمدعى عليه الأجنبي موطنا أو محل إقامة في الدولة المعينة ولا موطن معروف في الخارج وذلك تفاديا لإنكار العدالة إذ قد لا يجد المدعي في هذه الحالة محكمة أجنبية تختص بالدعوى[2].

ويستثنى من اختصاص المحاكم الوطنية في دعاوى الأحوال الشخصية والقائم على فكرة تلافي إنكار العدالة، الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج وذلك لأن وجود العقار في الخارج يعني أن هناك محكمة مختصة بالنزاع المتعلق به، الأمر الذي تنتفي معه حكمة الاختصاص القائم على فكرة تلافي إنكار العدالة[3].

وتجنبا لاحتمال أن تبقى دعوى الزواج المختلط من دون قضاء يفصل فيها نتيجة لعدم اعتراف أي قضاء باختصاصه، يجب على المشرع والقضاء الجزائريين السير على خطى القضاء الفرنسي والمشرع المصري، فيقضيان أيضا بمنح الاختصاص للمحاكم الوطنية للفصل في منازعات الزواج المختلط وغيرها على أساس مبدأ تفادي إنكار العدالة.

---

[1] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق، ص. 75.

[2] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 688.

[3] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 131؛ عكاشة محمد عبد العال، أصول ...، المرجع السابق، ص. 481.

وبعد أن تعرضنا لمجمل الضوابط التي يمكن أن تبني عليها محاكم أي دولة اختصاصها بالنزاعات الدولية المتعلقة بالزواج والآثار المترتبة عليه، نتساءل الآن حول مصير الأحكام الصادرة في هذا الشأن وبالخصوص عندما يراد تنفيذها في دولة أخرى.

المبحث الثاني

تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط

قد يحدث ويطرح النزاع المتعلق بصحة عقد الزواج أو آثاره على قضاء دولة أجنبية ويصدر بشأنه حكم، فيريد أحد الخصوم تنفيذه في الجزائر، ففي هذا الحالة هل يلقى هذه الحكم نفس المعاملة التي تلقاها الأحكام الوطنية؟

لقد سعت مختلف التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري إلى التوفيق بين اعتبارين متناقضين في إطار معاملتها للأحكام الأجنبية، الاعتبار الأول: هو مصالح الأطراف في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي؛ أما الثاني فهو سيادة الدولة التي يراد الحكم على إقليمها[1]. لذلك هي لم تهدر الحكم الأجنبي كلية باسم السيادة، ولم تعامله معاملة الحكم الوطني من جميع الجوانب اعتمادا على حاجات المعاملات الدولية واستقرارها، بل وضعت له شروطا وقيودا ليكون متمتعا فيها بالقوة التنفيذية وبحجية الأمر المقضي به[2]. وتختلف هذه القيود والشروط من دولة إلى أخرى[3] ففي الجزائر مثلا لا يمكن تنفيذ

[1] حفيظة السيد الحداد، هشام علي صادق، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص. 147.

[2] Cf. NORTH P.M, MA, DCL , J, J , Fawcett, LLB, PHD, Private international law, Eleventh édition, Butter worths, London, 1987, p.337.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2 . 50.

حكم أجنبي إلا إذا صدر حكم من قبل القضاء الجزائري يقضي بذلك[1]، فهي إذن قيدت تنفيذ الحكم الأجنبي بشرط حصوله على الأمر بالتنفيذ[2].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الأحكام الخاضعة لإجراء الأمر بالتنفيذ هي تلك الأحكام التي تصدر باسم سيادة أجنبية. وبغض النظر عن المكان الذي يصدر فيه الحكم ودون أن يكون لجنسية القضاة الذين يفصلون في الخصومة أي اعتبار. ويشترط بالإضافة إلى ذلك لإمكانية إخضاع الحكم للأمر بالتنفيذ أن يكون هذا الأخير صادرا في منازعة متعلقة بمسألة من مسائل القانون الخاص[3]. والعبرة في كونه كذلك هي بطبيعة المسألة التي فصل فيها وليس بنوع القضاء الذي أصدر الحكم [4].

---

[1] وهو ما جسدته المحكمة العليا صراحة في قرارها الصادر بتاريخ 1990/05/09 حيث قضت بأنه:" من المقرر قانونا أن الأحكام الصادرة من جهات قضائية أجنبية.....لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية إلا وفقا لما يقضي بتنفيذه من إحدى جهات القضاء الجزائرية ...". محكمة عليا، 1990/05/09، مقبس عن، ولد الشيخ الشريفة، المرجع السابق، ص.177 5178.

ونفس الحكم جسده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1985/06/10 حيث قضى بأنه:" من المقرر قانونا أن الأحكام الصادرة عن جهات قضائية أجنبية والعقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عمومين أو موظفين قضائيين أجانب لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية إلا وفقا لما يقضي بتنفيذه من إحدى جهات القضاء الجزائري دون الاخلال بما قد تنص عليه الاتفاقيات السياسية من أحكام مخالفة". مجلس أعلى6 1985/06/10، قرار رقم 3888، مقتبس عن، حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001 " .05.

[2] وقد أخذ المشرع الجزائري بنظام الأمر بالتنفيذ في إحدى صوره وهي الصورة المعروفة بنظام المراقبة، وفي ظل هذا النظام تقوم المحكمة المطلوب إليها إصدار الأمر بالتنفيذ بنوع من الرقابة الخارجية للحكم، للتأكد من أنه قد استوفى الشروط الشكلية أو الخارجية دون أن تراجع الحكم من ناحية الموضوع. وذلك بخلاف الصورة الأخرى لنظام الأمر بالتنفيذ والمعروفة بنظام المراجعة والذي بمقتضاه لا تقف المحكمة عند حد التأكد من مجرد توافر الشروط اللازمة في الحكم الأجنبي، بل تذهب إلى حد مراقبة موضوع الحكم نفسه للتأكد من أن القاضي الأجنبي الذي أصدر الحكم قد فصل في النزاع على وجه سليم قانونا. وقد اعتنقت هذا النظام محكمة النقض الفرنسية منذ قرارها الصادر في 1819/04/19 إلا أنها عدلت عنه وتبنت نظام المراقبة من خلال قرارها الشهير في قضية MANZER الصادر بتاريخ 1964/01/07.

FULCHIRON Hugues, NOORISSAT Cyril , TREPPOZ Edouard, DIVERS Alain, op.cit., p. 170 ;

عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 583؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق ، ص. 148.

وبالإضافة إلى نظام الأمر بالتنفيذ هناك نظام آخر يعرف بنظام الدعوى الجديدة، وهو النظام المتبع في الدول الأنجلو أمريكية مثل انجلترا والولايات المتحدة والدول المتأثرة بها. ويقضي هذا النظام أن يقوم صاحب المصلحة برفع دعوى جديدة أمام القضاء الوطني للمطالبة بالحق الذي يتضمنه الحكم الأجنبي، ثم يقوم بتقديم الحكم الأجنبي الصادر لمصلحته بوصفه دليلا حاسما في الدعوى على ثبوت الحق المطالب به، ويكون الحكم الصادر في تلك الدعوى المرفوعة أمام المحاكم الوطنية وحده متمتعا بقوة التنفيذ. أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق، ص. 468-469.

[3] أنظر، بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.2، كليك للنشر، الجزائر، 2012 9 33.4.

[4] فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن الحكم الأجنبي الذي قضى بالطلاق يكون قابلا للتنفيذ في فرنسا حتى ولو كان صادرا عن سلطة إدارية أو هيئة دينية مختصة. مقتبس عن، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 570.

وبناء على ما تقدم، فإن الأمر بالتنفيذ هو إجراء يسري على جميع الأحكام الأجنبية الصادرة في إطار علاقات ترتبط بمصالح خاصة وصادرة في مادة من مواد القانون الخاص. فيجب إذن لتنفيذ أي حكم أجنبي صادر في مسألة من مسائل انعقاد الرابطة الزوجية أو آثارها في دعوى متعلقة مثلا بإثبات الزواج ومدى صحته أو النفقةالزوجية أو النسب؛ التقدم بطلب التنفيذ إلى القضاء الجزائري ولا يمنح الأمر بالتنفيذ لهذه الأحكام إلا إذا استوفت الشروط المتطلبة لتنفيذ أي حكم أجنبي في الجزائر (المطلب الأول)، كما أنه وككل دعوى مطروحة أمام القضاء تستوجب دعوى التنفيذ هذه إتباع إجراءات معينة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط

بخلاف ما كان عليه الحال في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم الذي لم يتضمن ما يبين الشروط التي يجب أن تتوافر في الحكم الأجنبي من أجل تنفيذه، فإن الوضع قد تغير بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تولى هذا الأخير النص صراحة في المادة 605 منه على الشروط التي يتوجب على قاضي التنفيذ التأكد من توافرها من أجل الأمر بالتنفيذ، حيث أوجبت هذه المادة في الحكم الأجنبي المراد تنفيذه ألا يتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص (الفرع الأول). وأن يكون حائزا لقوة الشيء المقضي به (الفرع الثاني)، وألا يكون متعارضا مع حكم صادر من جهات قضائية جزائرية (الفرع الثالث)، وأخيرا ألا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر (الفرع الرابع).

الفرع الأول

صدور الحكم من محكمة مختصة

يعتبر صدور الحكم من محكمة مختصة بالفصل في النزاعات الدولية المتعلقة بالزواج من الشروط الأساسية لتنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في هذا الصدد[1]. ونظرا لأهمية هذا الشرط، نجد أن التشريعات المختلفة تكاد تتفق على اشتراطه في خصوص تنفيذ الأحكام الأجنبية عموما[2] [3] لكنها اختلفت فيما بينها حول القانون الذي يتحدد بمقتضاه اختصاص المحكمة الصادر عنها الحكم المراد تنفيذه، وهل يتم ذلك وفقا لقواعد الاختصاص المقررة في الدولة الصادر عن محاكمها الحكم المراد تنفيذه؟ أم وفقا لقواعد الاختصاص المستقر عليها في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها؟

لقد تبنى القانون الاتفاقي الجزائري حلولا متباينة بهذا الخصوص وذلك حسب الاتفاقيات، فنجد أن الاتفاقيات الثنائية التي تربط الجزائر ببعض الدول العربية كالمغرب[3]، تونس[4] ومصر[5]، ذهبت إلى ضرورة صدور الحكم من محكمة مختصة حسب القوانين المطبقة من طرف الدولة طالبة التنفيذ[6].

---

[1] Cf. ABDEL MONEIM RIAD Fouad, Compétence étrangère et jugements étrangers dans la conception législative, revue al quanoun wal iqtisad,

السنة السادسة والعشرون، مطبعة جامعة القاهرة، 1957 العددان الأول والثاني ص.05؛ مفوض عبد التواب، الوسيط في شرح قوانين الجنسية والأجانب والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط.1، مؤسسة سعيد للطباعة، طنطا – مصر-5 1983 3 1. 199-200.

[2] Cf. ISSAD Mohand, Le jugement étranger devant le juge de l'exéquatur de la révision au contrôle, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Soufflot, 1970, p.115.

[3] الاتفاقية الجزائرية المغربية الموقع عليها في 15-03-1963 المصادق عليها بالأمر رقم 68-69 المؤرخ في 1969/09/02 المعدلة والمتممة بالبروتوكول الموقع عليه بإقرار يوم 1969/01/15 الجريدة الرسمية رقم 77.

[4] الاتفاقية الجزائرية التونسية الموقع عليه يوم 26-07-1963 المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 63-450 المؤرخ في 1963/11/14 الجريدة الرسمية رقم 87.

[5] الاتفاقية الجزائرية المصرية الموقع عليها يوم 29-02-1964 المصادق عليها بمقتضى الأمر رقم 65-195 المؤرخ في 1965/07/29.

[6] حيث نصت المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية المغربية على أنه: " أن يصدر الحكم من محكمة مختصة حسب القوانين المطبقة من طرف الدولة الطالبة إلا إذا تنازل المعنى بالأمر عن طلبه بصورة أكيدة". ويقابل هذه المادة المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية التونسية، المادة 17 من الاتفاقية الجزائرية المصرية، المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية، والمادة 18 فقرة 10 من الاتفاقية الجزائرية النيجرية.

أما الاتفاقية الجزائرية الفرنسية[1]، والاتفاقية الجزائرية المجرية[2] فقررتا اعتماد قواعد الدولة مانحة الصيغة التنفيذية من أجل تحديد ما إذا كانت المحكمة الأجنبية مختصة أم لا[3].

وهو الاتجاه الذي سارت نحوه اتفاقية الرياض للتعاون القضائي[4] والتي صادقت عليها الجزائر بتاريخ 20 -05-2001[5] بحيث اشترطت في مادتها 25/ ب أن تكون المحكمة التي أصدرت الحكم مختصة وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة لدى الدولة المطلوب منها الاعتراف أو التنفيذ أو وفقا لقواعد الاختصاص المقررة في المعاهدة. أي القواعد الواردة في المواد 26 إلى 28 من هذه الاتفاقية[6].

---

[1] الموقع عليها يوم 27-08-1965، المصادق عليها بالأمر رقم 65-194 المؤرخ في 29-07-1965 الجريدة الرسيمة رقم 68.

[2] اتفاقية التعاون القضائي والعدلي بين الجزائر والمجر، المرسوم رقم 84-25 الصادر بتاريخ 1984/02/11 المتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القضائي والعدلي في المواد المدنية والتجارية والجزائية بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية الشعبية المجرية الموقعة في 1976/02/07 بمدينة الجزائر، الاتفاقيات القضائية- وزارة العدل- .2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، طبعة 2003 .168.

حيث نصت المادة 29 من هذه الاتفاقية على أنه: " وتفاديا لانكار العدالة إن كانت الهيئة القضائية التابعة للطرف المتعاقد الذي صدر في إقليمه القرار مختصة في ذلك حسب قوانين الطرف الذي وقع طلب التنفيذ في إقليمه".

[3] موحند إسعاد، المرجع السابق، ص. 71. نصت المادة 01 من هذه الاتفاقية على أنه: " أن يصدر الحكم من محكمة مختصة وفقا للقواعد الخاصة بتنازع الاختصاص المطبقة في الدول التي سينفد الحكم لديها ". أنظر، ولد الشيخ الشريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 ' . 165.

[4] وقد حلت هذه الأخيرة محل اتفاقية جامعة الدول العربية لتنفيذ الأحكام الأجنبية والتي وافق عليها مجلس الجامعة العربية في 14-09-1952 وقد تم التوقيع عليها من قبل كل من الأردن ولبنان وسوريا والسعودية ومصر والعراق واليمن خلال سنة 1953 وتم إيداع وثائق التصديق عليها لدى الأمانة العامة للجامعة من قبل كل من السعودية ومصر والأردن في 5 من أفريل و 25 و 28 من جوان عام 1954 على التوالي وفي 29 من سبتمبر سنة 1956 أودعت سوريا وثائق تصديقها على هذه الاتفاقية كما صادقت عليها العراق في 3 من أكتوبر 1957. وانضمت إليها كل من ليبيا في 1957/05/19والكويت في 1962/05/20. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 957. وظلت هذه الاتفاقية سارية المفعول إلى أن حلت محلها اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، التي وافق عليها مجلس وزراء العرب بموجب قراره رقم 01 المؤرخ في 06-04-1983 في دورته العادية الأولى وتم التوقيع عليها في نفس التاريخ من قبل جميع الدول الأعضاء عدا مصر و جمهورية القمر الاتحادية الإسلامي، ودخلت حيز النفاذ في 30-10-1985، وذلك بعد استيفائها الشرط المقرر لذلك وفقا للمادة 69 وهو مرور 30 يوم من تاريخ إيداع وثائق التصديق عليها أو قبولها أو إقرارها من ثلث الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية. أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 311.

[5] مرسوم رئاسي رقم 01 – 47 مؤرخ في 11 فيفري 2001 يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 6 أفريل 1983 وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر 1997م من طرف مجلس وزراء العرب في دور انعقاده العادي الثالث عشر. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية، عدد 11 الصادرة بتاريخ 12 فيفري 2001م.

[6] وهذا بخلاف اتفاقية 1952 التي جعلت هي الأخرى عدم اختصاص الهيئة القضائية التي أصدرت الحكم بنظر الدعوى حالة من حالات رفض طلب تنفيذ الحكم غير أنها لم تبين القانون الذي يرجع إليه من اجل تحديد هذا الاختصاص. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 959-960.

ورغم أن هذه الاتفاقيات قصدت بالدرجة الأولى تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية والقرارات الولائية الصادرة في المواد المدنية والتجارية، إلا أن البعض منها قد أضافت أيضا مادة الأحوال الشخصية، كالاتفاقية الجزائرية المصرية من خلال المادة 16 التي ذكرت صراحة الأحكام الصادرة في مادة الأحوال العائلية والوراثية. وأيضا الاتفاقية الجزائرية السورية[1]. كما أن اتفاقية تنفيذ الأحكام الأجنبية بين الدول العربية (سواء اتفاقية 1952 أو اتفاقية 1983) قد مدت مجال إعمالها إلى الأحكام الأجنبية الصادرة في قضايا الأحوال الشخصية[2]. والقول بامتداد مفعول هذه الاتفاقية إلى مسائل الأحوال الشخصية يعنى أنها تسري أيضا على الأحكام الأجنبية الصادرة في قضايا الزواج المختلط وآثاره.

أما المشرع الجزائري فقد أدرج شرط اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم المراد تنفيذها ضمن المادة 01/605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي عبرت عنه بقولها، ألا تتضمن (أي الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة في جهات قضائية أجنبية) ما يخالف قواعد الاختصاص[3].

---

[1] أبرمت هذه الاتفاقية في 1981/04/27 وتم التصديق عليها بمقتضى المرسوم رقم 83-130 المؤرخ في 19-02-1983 الجديدة الرسمية رقم 08.

[2] حيث بينت المادة الأولى من اتفاقية جامعة الدول العربية، الأحكام التي تسري عليها وذلك بقولها : " كل حكم نهائي مقرر لحقوق مدنية أو تجارية أو قاض بتعويض من المحاكم الجنائية أو متعلق بالأحوال الشخصية، صادر من هيئة قضائية في إحدى دول الجامعة العربية يكون قابلا للتنفيذ في سائر دول الجامعة وفقا لأحكام هذه الاتفاقية. أنظر، عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دار الكتب القانونية، مصر، 2007) . 217-218. بينما قضت المادة 25/ب من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي بأنه: " كل حكم صادر عن محاكم أي طرف متعاقد آخر في القضايا المدنية بما في ذلك الأحكام المتعلقة بالحقوق المدنية الصادر عن محاكم جزائية، وفي القضايا الإدارية وقضايا الأحوال الشخصية". أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 312.

[3] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/05/09 حيث قضت من خلاله بأنه:" من المقرر قانونا أنه يجب إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي بشرط أن يكون صادرا عن الجهة القضائية المختصة محليا". محكمة عليا، 1990/05/09، قرار رقم 58890، المجلة القضائية 1992، العدد 02 " .20. وهو ما قضت به أيضا المحكمة العليا في قرار آخر صادر بتاريخ 2011/12/15 حيث جاء فيه:" لا تمنح محكمة مقر المجلس القضائي المختصة الصيغة التنفيذية لأمر استعجالي أجنبي فاصل في الموضوع لمخالفته قواعد الاختصاص". محكمة عليا، 2011/12/15، ملف رقم 697414، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2012 " .144.

ومن هذه الفقرة يتضح أن المشرع الجزائري لم يحدد القانون الذي يتوجب الرجوع إليه من أجل تحديد اختصاص المحكمة الأجنبية، هل هو القانون الجزائري باعتباره قانون بلد التنفيذ أم قانون الدولة التي أصدر قضاؤها الحكم[1]؟.

وإن كان المشرع الجزائري قد أغفل تبيان القانون الذي يرجع إليه لتحديد اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم فإن بعض الدول قد حسمت هذا الأمر إما في قوانينها أو من خلال الأحكام الصادرة عن قضائها، فكان لكل منها نظريته الخاصة بخصوص الحل المعتمد في هذا الصدد. فنجد أن البعض منها ذهبت إلى ضرورة اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه وفقا لقواعد الاختصاص القضائي المقررة في دولة القاضي الذي ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ وهذا هو الحل المعتمد في كل من سويسرا[2] وايطاليا[3]. بينما ذهب البعض الآخر إلى ضرورة الاستناد إلى قواعد الاختصاص المقررة في الدولة التي أصدر قضاؤها الحكم لتحديد ما إذا كانت مختصة بالفصل في النزاع أم لا[4] هو الحل الذي اعتمدته كل من ليبيا[5]سوريا[6] ولبنان[7].

وهذا بخلاف القضاء الفرنسي الذي حدد موقفه من هذه المسألة فكانت أحكامه في القديم توحي بعدم الاكتفاء باختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم من الوجهة الدولية بل تطلبت

---

[1] بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 394.

[2] المادة 26 من القانون الدولي الخاص لعام 1987.

[3] المادة 1/64/أ من القانون الدولي الخاص لعام 1995.

[4] Cf. DUTOIT Bernard, Les Conventions internationales en matière de droit privé, tome 2, Pedon, Paris, 1980, p. 151.

[5] حيث نصت المادة 407 من قانون المرافعات على أنه :" لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقيق مم يأتي أن الحكم أو الأمر صادر من هيئة قضائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه ..." .محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص 244.

[6] حيث جاء في المادة 308 من قانون أصول المحاكمات ما يلي:" لا يجوز الحكم بالتنفيذ إلا بعد التحقق مم يأتي – أن الحكم صادر عن هيئة قضائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه ...". محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 278.

[7] حيث قضت المادة 1014/ أ من قانون أصول المحاكمات المدنية بأنه :" تمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي إذا توافرت فيه الشروط التالية أ- أن يكون صادر عن قضاة مختصين بحسب قانون البلد الذي صدر فيه شرط ألا يكون اختصاصهم مقرر بالنظر إلى جنسية المدعى فقط ...". عبده جميل غصوب، محاضرات ...، المرجع السابق، ص. 189.

أيضا اختصاص هذه المحكمة من الوجهة الداخلية (محليا ونوعيا)[1]. واستقر على تحديد هذا الاختصاص استنادا إلى القانون الفرنسي[2]. ولكن يبدو أن القضاء الفرنسي قد تراجع عن موقفه هذا بعد ما أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرار « Bachir » بتاريخ 1967/10/04[3]، هذا القرار الذي ألغى كل رقابة على صحة الإجراءات إلا ما تعلق منها بالنظام العام الدولي، فقد رأى الفقه الفرنسي أن هذا القرار يستتبع منطقيا التخلي عن رقابة الاختصاص الداخلي للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم[4].

وقد سلك المشرع المصري هذا الاتجاه الأخير بحيث يتضح من نص المادة 298 من قانون المرافعات أن المشرع عندما تكلم عن اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم أو الأمر قد قصد اختصاصها الدولي دون الداخلي حيث عبر عن ذلك بقوله: "طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانونها". وهذا ما أكدته صراحة المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة 1/298 حيث قضت بأنه: "إن المقصود بالاختصاص هو الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية دون الاختصاص الداخلي فيها، إذ أن التطور الفقهي والقضائي في شأن هذا الأخير يذهب إلى أنه ليست كل مخالفة لقاعدة من قواعد الاختصاص الداخلي للمحكمة تؤدي إلى عدم صدور الأمر بالتنفيذ، بل أن الذي يؤدي إلى ذلك هو المخالفة التي تجعل الحكم عديم القيمة في بلد القاضي الذي أصدره".

وقد جسدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه صراحة في قرارها الصادر في 27-02-1990 حيث قضت بأن: " العبرة في ذلك بقواعد الاختصاص القضائي الدولي دون تدخل من جانب

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2 ص. 63.
[2] Cf. BATIFFOL Henri, Droit…,op.,cit. p. 570 ; LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op. cit., p.629.
[3] Cass .04/10/1967. cité par BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Droit …,op.cit., pp. 571-574.
[4] LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit. , p.629 ; NIBOYET, Traité…. op.cit., p. 109-110.

المحكمة المطلوب منها إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي في قواعد الاختصاص الداخلي للتحقق من أن المحكمة التي أصدرته نوعيا أو محليا مختصة بالفصل في النزاع"[1].

وقد أيد الفقه الراجح الاتجاه الذي يرمي إلى قصر رقابة قاضي التنفيذ على الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه دون اختصاصها الداخلي وذلك على أساس عدم جدوى هذه الرقابة باعتبار أن الحكم لا ينفذ إلا إذا كان نهائيا وفق قانون الدولة التي صدر بها وهو ما يفترض صدوره من محكمة مختصة داخليا[2]، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن رقابة قاضي التنفيذ للاختصاص المحلي للمحكمة الأجنبية على ضوء قواعدها الداخلية فيه مجافاة لحقيقة الواقع؛ فقاضي التنفيذ لن يكون أكثر علما من القاضي الأجنبي بقواعد الإجراءات والاختصاص في دولته ولا أكثر حرصا منه على تطبيقها على النحو السليم[3].

وبالإضافة إلى شرط اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي المراد تنفيذه والمتعلق بالزواج المختلط يجب أن يكون هذا الأخير حائزا لقوة الشيء المقتضي فيه.

الفرع الثاني

أن يكون الحكم الأجنبي حائزا لقوة الشيء المقضي به

ومؤدى هذا الشرط أنه يلزم لتنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في مسألة من مسائل انعقاد الرابطة الزوجية أو آثارها أن يكون نهائيا[4]. وتختفي هذه الصفة في الحكم متى استخدمت في شأنه طرق

---

[1] محكمة النقض المصرية ، 27-02-1990، مقتبس عن، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1129.

[2] BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Droit…,op.cit., p.571.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ص. 1128.

ISSAD Mohand, op.cit., tome2 , p. 68.

[4] أنظر، محمود مسعد، تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، 1990 العدد 46 . 6. 12؛

A.L. DROZ Georges, Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun, librairie Dalloz, Paris, 1972, p. 353.

الطعن العادية كالمعارضة أو الاستئناف حتى وإن أمكن الطعن فيه بطرق الطعن غير العادية كالطعن بالنقض، ومن باب أولى تكون قابلة للتنفيذ أحكام الزواج المختلط الباتة أي التي لا تقبل الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن العادية أو غير العادية[1].

وتعبر الفقرة الثانية للمادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن هذا الشرط بقولها : "حائزة لقوة الشيء المقتضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه ". ومن هذه الفقرة نستخلص ما يلي:

أولا: أن المشرع الجزائري وعلى غرار أغلبية التشريعات الأخرى[2]، قد استلزم في الحكم الأجنبي أن يكون حائزا لقوة الشيء المقضي به[3]. وهذه الأخيرة لا تثبت إلا للأحكام النهائية أي التي استنفذت طرق الطعن العادية. وهذا بخلاف القانون الانجليزي الذي يكتفي بأن يكون الحكم الأجنبي متمتعا بحجية الأمر المقضي به وتثبت هذه الأخيرة لكل حكم قطعي يحسم موضوع النزاع كله أو بعضه حتى ولو كان قابلا للطعن فيه بالطرق العادية، أي حتى ولو لم يكن نهائيا. وبناء عليه. يكفي أن يكون الحكم الأجنبي حاسما لموضوع النزاع حتى يمكن الاعتراف به كأساس لرفع الدعوى في انجلترا والاستناد إليه كدليل حاسم[4]. كما يكفي في فرنسا أن يكون الحكم الأجنبي قابلا للتنفيذ في الدولة التي صدر عنها وبصرف النظر إذا كان حائزا لقوة الأمر المقضي به[5].

---

[1] حفيظة السيد الحداد، الكتاب الثاني، ص. 222؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص .285؛ محمود جمال الكردي، المرجع السابق، ج.2. ص .556؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 917؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ،ص. 620.

[2] من بينها التشريع المصري (المادة 298 فقرة 3 من قانون المرافعات). أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 132. التشريع الليبي (المادة 407 من قانون المرافعات). محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 246؛ التشريع الألماني (المادة 328 من قانون المرافعات). والتشريع ايطالي (المادة 164 من القانون الدولي الخاص لعام 1995). أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1134-1135، وأيضا استوجبت هذا الشرط المادة 25/ ب من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي.

[3] أنظر، طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية .1، دار الخلدونية، الجزائر، 2012 .270.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1133-1134؛ عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 421.

[5] A.L. DROZ Georges, op.cit., p. 351 ;

عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص .621.

ثانيا: أن المشرع الجزائري وبخلاف شرط الاختصاص قد حدد هذه المرة القانون الذي يرجع إليه من أجل الوقوف على مدى تمتع الحكم الأجنبي لقوة الشيء المقضي فيه، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية صراحة على الرجوع إلى قانون البلد الذي أصدر قضاؤه الحكم[1]. وهذا ما يتفق مع المبدأ المستقر عليه فقها تشريعا وقضاء في غالبية الدول؛ ألا وهو خضوع قواعد المرافعات لقانون القاضي[2].

وترجع علة اشتراط قوة الشيء المقضي فيه في الحكم الأجنبي الفاصل في مسألة من مسائل رابطة الزوجية إلى فكرة توفير الاستقرار اللازم للمعاملات الدولية. والذي لا يتوافر في حالة جواز الأمر بتنفيذ حكم لم يحز بعد قوة الأمر المقضي فيه، خاصة إذا ما ألغي هذا الحكم لدى محاكم البلد الذي أصدرته بعد صدور الأمر بتنفيذه من محاكم بلد التنفيذ[3].

ويترتب على اشتراط حيازة الحكم المرتبط بالزواج ذو العنصر الأجنبي لقوة الشيء المقضي فيه من أجل إمكانية الأمر بتنفيذه نتائج عديدة، من أهمها عدم جواز تنفيذ الأحكام غير القطعية أي تلك الصادرة قبل الفصل في الموضوع، وأيضا الأحكام المشمولة بالنفاد المعجل باعتبارها أحكام تحتمل الإلغاء أو التعديل. كما لا يجوز تنفيذ الأحكام الوقتية لأنها لا تحوز قوة الأمر المقضي به هي أحكام غير قطعية. الغرض منها اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لحماية مصالح الخصوم أو لحفظ أموالهم إلى حين الفصل في نزاعهم[4].

---

[1] بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 399.

[2] وهو المبدأ الذي نصت عليه صراحة المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها: " يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات ".

[3] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 134؛ محمود جمال الكردي، ج.2، المرجع السابق، ص. 556؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 916-917.

[4] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 612-622.

ويجب بالإضافة إلى حيازة الحكم الأجنبي الفاصل في قضية من قضايا الزواج المختلط لقوة الشيء المقضي فيه أن لا يتعارض هذا الحكم مع حكم آخر صادر عن القضاء الوطني.

الفرع الثالث

عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم صادر عن الجهات القضائية الوطنية

أدرج المشرع الجزائري هذا الشرط في الفقرة الثالثة من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي عبرت عنه بقولها ألا يتعارض الحكم الأجنبي مع " أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية وأثير من المدعى عليه"[1]. ومن هذا النص يتضح أنه لإمكان تنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بالزواج المختلط في الجزائر يجب ألا يكون متعارضا مع حكم أو أمر آخر سبق صدوره عن المحاكم الجزائرية[2].

إذن يكمن هذا الشرط في ضرورة عدم تعارض الحكم أو القرار الأجنبي الفاصل في قضية من قضايا الزواج المختلط مع ما تم إصداره من حكم أو قرار قضائي من طرف جهة قضائية جزائرية، ولا يشترط أن يكون التعارض من حيث المنطوق فقط بل قد يكون التعارض في الهدف أو في جعل الحكم أو القرار القضائي الصادر من جهة قضائية جزائرية مستحيل التنفيذ في ضوء تنفيذ الحكم أو القرار القضائي الأجنبي، كما قد يحصل التعارض إذا كرس كل منها أمرين متناقضين ...إلخ، مم قد ينجم عنه عدم إمكانية تنفيذ الحكم أو القرار القضائي الصادر داخل التراب الوطني.

---

[1] وقد أكدت المحكمة العليا على هذا الشرط صراحة من خلال قرارها الصادر بتاريخ 2009/09/16 حيث قضت بأنه لا يجوز إضفاء الصيغة التنفيذية على حكم أجنبي متعارض مع حكم جزائري. محكمة عليا، 2009/09/16، قرار رقم 509000، مجلة المحكمة العليا، 2010، العدد 1 ص.223. مقتبس عن، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ط.3 1 3.2، منشورات كليك، الجزائر، 2013 ص.1483.

[2] وهذا الشرط أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/02/23 حيث قضت بأنه:" لا يجوز للقضاء الجزائري الحكم بالنفقة مرة ثانية في حالة سبق الحكم الأجنبي بها". محكمة عليا، 2005/02/23/ قرار رقم 331696، مجلة المحكمة العليا، 2011، العدد الثاني، ص.29.

ولكن ما يلاحظ على الفقرة الثالثة من المادة 605 سالفة الذكر أن المشرع لم يبين لنا ما إذا كان التعارض مشروط فقط بين الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي فيه في الجزائر أم يكفي أن تحوز حجية الشيء المقضي فيه؟ وإن كان الكثير يرجح أن يكون الحكم أو القرار قد اكتسب قوة الشيء المقضي فيه[1]، ويبقى على الخصم في الدعوى المرفوعة أمام القضاء الوطني من أجل منح الصيغة التنفيذية للحكم أو القرار القضائي الأجنبي إثارة الدفع بهذا التعارض. وليس للمحكمة أن تثير ذلك من تلقاء نفسها مادام المشرع لم يشر إلى ذلك صراحة وترك ذلك معلق على إثارة المدعى عليه وهو صاحب الدعوى التي كان الهدف منها هو منح الصيغة التنفيذية للحكم أو القرار القضائي الأجنبي.

ويرى الفقه الغالب في مصر[2] وفرنسا أن إعمال هذا الشرط ما هو في حقيقة الأمر إلا تطبيقا لفكرة النظام العام، ذلك لأن السماح بتنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع حكم سبق صدوره عن القضاء الوطني هو أمر يتعارض مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم الأجنبي فيها[3] خاصة وأن الحكم الوطني وهو يحمل قرينة الصحة والحقيقة يعتبر عنوانا لأداء العدالة كما هي مقدرة في دولة القاضي[4]. ومن ثم يكون الاعتراف بما يناقض ذلك ماسا بالنظام العام في هذه الدولة الأخيرة، ولذا يتعين على دولة القاضي في سبيل المحافظة على سيادتها على إقليمها أن ترفض تنفيذ الأحكام الأجنبية المخالفة لأحكامها الوطنية وتمنح أولوية التنفيذ للحكم الوطني وذلك متى تحققت

[1] بوضياف عادل، المرجع السابق، ص.35.

[2] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 282؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 624.

[3] A.L DROZ Georges, op.cit., p. 155.

[4] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 138.

وحدة الموضوع، السبب والخصوم في كلى الدعويين[1]، ذلك أن كل دولة هي أولى بتحقيق العدالة على إقليمها طبقا لمفهوم العدالة السائد لديها[2].

إذا كان نص المادة 3/605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يفيد بعدم تنفيذ الحكم المرتبط بمسائل الزواج والصادر عن جهة قضائية أجنبية إذا كان متعارض مع حكم سبق صدوره عن المحاكم الجزائرية، فهل يسري هذا الحكم لوجود دعوى مرفوعة أمام هذه المحاكم بين نفس الأطراف وفي ذات الموضوع؟

لقد أثار هذا التساؤل جدلا فقهيا واسعا تمخض عنه ظهور أراء فقهية متباينة[3]، حسم المشرع الجزائري موقفه إزاءها ولم يترك مجالا للجدل ولا للاختلاف فالفقرة الثالثة من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية واضحة الدلالة على أن المطلوب هو عدم تعارض الحكم أو الأمر الأجنبي مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره في الجزائر. ومن الجلي ووفقا لما هو مقرر في قواعد الإجراءات المدنية أن مفهوم الحكم أو الأمر أو القرار لا ينصرف في أية حال إلى مجرد دعوى مرفوعة أو إجراءات متبعة أمام المحاكم الوطنية دون أن يتم الفصل فيها.

وبذلك يكون المشرع الجزائري من خلال رفضه اعتبار مجرد رفع دعوى متعلقة بمسائل الزواج أمام المحاكم الوطنية في نفس النزاع كسبب يكفي لوحده لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي، قد غلق باب التحايل أمام الخصوم سيئي النية أنه لو اعتمد الرأي المعاكس القائل برفض تنفيذ الحكم الأجنبي ذو العلاقة بقضايا الرابطة الزوجية في حالة وجود دعوى مرفوعة أمام القضاء الجزائري في نفس النزاع، فسيمكن بذلك الخصم الذي صدر الحكم ضده من رفع دعواه عن سوء نية أمام

[1] أنظر، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 624؛ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 138؛ هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، منشأة المعارف، مصر، 2006 8 1. 487.

[2] محمود مسعد، المرجع السابق، ص. 120.

[3] في تفاصيل هذه الاتجاهات الفقهية أنظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 225-228؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 625-627.

القضاء الجزائري حتى يعرقل سير دعوى التنفيذ في الجزائر[1]. ولا يخفى ما في ذلك من إضرار بمصالح الأفراد الخاصة على مستوى العلاقات الدولية[2].

وقد آمن المشرع المصري أيضا بهذا الاتجاه وجسده من خلال الفقرة 4 من المادة 298 مرافعات[3] هذا بخلاف التشريعات الأخرى التي فضلت السير صوب الاتجاه المعاكس بحيث أوجبت صراحة أن لا تكون هناك دعوى قائمة أمام دولة القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ في ذات الموضوع وبين نفس الخصوم واعتبرت ذلك شرطا ضروريا لإمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي. وهو ما تبناه المشرع اللبناني حيث نصت المادة 1016/ب من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية على أنه: " على المحاكم اللبنانية أن ترفض الصيغة التنفيذية في الحالات التالية:

ب- إذا كانت لا تزال عالقة أمام القضاء اللبناني دعوى بذات النزاع بين ذات الخصوم تقدمت بتاريخ سابق للدعوى التي اقترنت بالحكم الأجنبي "[4].

ويتضح من هذا النص أنه يجب على القاضي اللبناني أن يمتنع عن إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي إذا كانت هناك دعوى مرفوعة أمام المحاكم اللبنانية وذلك بشرط أن يسبق تاريخ رفعها تاريخ رفع الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في لبنان[5]. وهو الاتجاه الذي تبنته أيضا صراحة المادة 30 من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي. وشرط الأسبقية هذا أخذ به المشرع الجزائري

---

[1] بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 400-401.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ص. 1138.

[3] حيث جاء فيها: " لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي 4- أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدروه من محاكم الجمهورية". أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 498.

[4] عبده جميل غصوب، محاضرات ...، المرجع السابق، ص. 189. وقد أخذ بهذا الاتجاه أيضا القانون الايطالي الذي جسده صراحة في المادة 64-1 من قانون المرافعات لعام 1995.

[5] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 228-229.

ولكن في مجال الأحكام لا الدعاوى، بحيث اشترط أن يكون الحكم الصادر من قبل القضاء الجزائري سابقا عن الحكم المراد تنفيذه في الجزائر[1].

هذا وقد أضاف المشرع الجزائري إلى جانب شرط عدم تعارض الحكم الأجنبي الفاصل في قضايا الزواج مع حكم سبق صدوره عن جهات قضائية جزائرية قيدا آخر يمنع قاضي التنفيذ من أن يتأكد من تلقاء نفسه من أن هذا الحكم الأجنبي يتعارض أم لا يتعارض مع الحكم الوطني، كما ليس له أن يقضي بالرفض حتى ولو كان عالما بوجود هذا التعارض وإنما عليه أن ينتظر أن يثير المدعى عليه مثل هذا الدفع. وهذا ما عبرت عنه المادة 3/605 بقولها: " ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية وأثير من المدعى عليه ". وهذا القيد أو الشرط يؤدي إلى نتيجة مرفوضة تماما، إذ أن التسليم به قد يمكن من تنفيذ حكم أجنبي يتعارض تماما مع حكم وطني فقط لأن المدعي عليه له يثر الدفع بالتعارض.

ويجب بالإضافة إلى عدم تعارض الحكم الأجنبي المتعلق بالزواج المختلط مع حكم صادر عن المحاكم الوطنية ألا يتعارض هذا الأخير مع النظام العام والآداب العامة في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها.

الفرع الرابع

عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام والآداب العامة في الجزائر

إن فكرة النظام العام تحتل مركزا خاصا في القانون الدولي الخاص بحيث يصفها فقه هذا القانون كصمام أمان ضروري لحماية المبادئ والأسس التي يقوم عليها كل مجتمع[2].

[1] بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 401.

[2] أنظر، عبد النور أحمد، إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2009-2010 1 4. 79.

ففي مجال تنازع القوانين يعد النظام العام بمثابة الأداة الفنية التي يمكن بواسطتها استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على شروط انعقاد الزواج وآثاره وذلك في كل مرة يتبين فيها أن مضمون هذا القانون الأجنبي يتعارض مع المبادئ الأساسية، الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية السائدة في دولة القاضي. أما في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية فيتدخل النظام العام للحيلولة دون إصدار الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في قضايا الزواج المختلط التي تبدو متعارضة مع الأسس الجوهرية المتعارف عليها في الدولة المراد تنفيذ الحكم الأجنبي فيها[1].

وقد استلزم المشرع الجزائري صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الحكم المراد تنفيذه في الجزائر: " ألا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر". وهو ما جسده القضاء الجزائري في قراراته بحيث رفض إصدار الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية في كل مرة تتضمن هذه الأخيرة ما يتعارض مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع الجزائري[2]

[1] DERRUPE Jean, op.cit., p. 276 ; ISSAD Mohand, Le jugement étranger…op.cit., pp.127-129.
أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1139؛ عكاشة محمد عبد العال، أصول ...، المرجع السابق، ص. 614؛ حفيظة السيد الحداد، هشام علي صادق، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص. 178؛ هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص. 487.

وهذا ما جسدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 2010/12/01 حيث رفضت إصدار الأمر بتنفيذ حكم أجنبي صادر عن المحكمة العليا لولاية كاليفورنيا لمخالفته النظام العام الفرنسي.

Cass. 1er civ, 1er décembre 2010, cité par, LICARI François-Xavier, Exécution des jugements et actes, Recueil Dalloz - 10/02/2011- n° 6, p. 423.

[2] فقد أكد على ضرورة عدم مخالفة الحكم للنظام العام الجزائري المجلس الأعلى في قرار له صادر بتاريخ 02/01/ 1989. قرار رقم 52207 منشور في المجلة القضائية لسنة 1990 العدد4 مشار إليه في مؤلف، ولد الشيخ الشريفة، المرجع السابق، ص. 176. وهو ما أكده المجلس أيضا في قرار آخر صادر بتاريخ 1988/11/13 حيث قضى بأنه:" من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرق للقانون". مجلس أعلى" 1988/11/13 ملف رقم 51066، المجلة القضائية، 1996، العدد الثالث، ص.95. وأيضا أكد المجلس الأعلى على هذا الشرط في قرار آخر صادر بتاريخ 1984/06/23 حيث قضى من خلاله على عدم جواز منح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية لمخالفته النظام العام الجزائري. مجلس أعلى. 1984/06/23، قرار رقم 32463، مجلة المحكمة العليا، 2011 العدد الثاني6 ص.30. كما قضى المجلس الأعلى في 1983/06/23 بنقض وإبطال قرار صادر عن المجلس القضائي بتيزي وزو في 1982/04/19 والقاضي بإصدار الأمر بتنفيذ حكم أجنبي وذلك لأن هذا الأخير يحمل في طياته ما يخالف النظام العام الجزائري. مجلس أعلى 1983/06/23 ملف رقم 32463. مقتبس عن، عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص.200.

وهو شرط تكاد تجمع التشريعات المعاصرة على تطلبه[1]. ويتحقق التعارض بين الحكم الأجنبي الفاصل في مسألة من مسائل الزواج المختلط وفكرة النظام العام في دولة القاضي في صورتين:

أولا – الصورة الأولى

يكون فيها مصدر التعارض مع النظام العام نابعا من الإجراءات التي اتبعت في إصداره[2]. فهناك بعض المبادئ الأساسية في الاجراءات يتعين على القاضي الأجنبي مراعاتها في الحكم الأجنبي الذي أصدره ليفصل في نزاع متعلق بالزواج المختلط وإلا اعتبر هذا الحكم مخالفا للنظام العام بمعناه الدولي[3]. ومن أهمها أن يكون المدعى عليه في دعاوى الزواج المختلط قد كلف بالحضور تكليفا صحيحا وأنه مثل تمثيلا صحيحا ومكن من إبداء دفاعه[4]. وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2009/06/17 حيث قضت من خلاله بأنه:" تتأكد الجهة القضائية وجوبا قبل إمهار الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية من قانونية محضري التبليغ والتكليف بالحضور إلى الجلسة المنطوق فيها بهذا الحكم الأجنبي"[5]. فالحكم الأجنبي الذي لم تتبع بشأنه الإجراءات الصحيحة

---

[1] ومن بينها: قانون المرافعات المصري في مادته 298 فقرة أخيرة، قانون المرافعات الليبي في مادته 4/407، قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في مادته 1014/ هـ، قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني في مادته السابعة /01، قانون الإجراءات المدينة الإماراتي في مادته 2/235.
هذا وأكدت على ضرورة هذا الشرط اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983 (المادة 30/أ)، كما استلزمته أيضا معظم التشريعات الغربية كالقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 (المادة 1/27)، القانون الدولي الخاص الايطالي لعام 1995(المادة 1/64–ر)، قانون المرافعات الألماني (المادة 4/328)، القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 (المادة 38/ج). أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1140؛ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 231.

[2] حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة ...، المرجع السابق، ص. 364–365.

[3] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2009/06/17 حيث قضت بأنه:" تتأكد الجهة القضائية وجوبا قبل إمهار الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية من قانونية التبليغ والتكليف بالحضور إلى الجلسة المنطوق فيها بهذا الحكم الأجنبي". محكمة عليا، 2009/06/17، ملف رقم 482270، مجلة المحكمة العليا، 2010، العدد الثاني، ص.141.

[4] Cf. JAULT-SESEKE Fabienne, Droit international privé, études et commentaires/ panorama, Recueil Dalloz- 20 juin 2013- n° 22, p. 1513.

[5] محكمة عليا، 2009/06/17، ملف رقم 482270، مجلة المحكمة العليا، 2010، العدد الثاني، ص.141.

اللازمة، أو لم تحترم الإجراءات المتبعة في إصداره حقوق الدفاع يعد حكما ماسا بالنظام العام[1] ومن ثم غير قابل للتنفيذ في دولة القاضي[2].

والقضاء الفرنسي من خلال قرار Munzer الصادر بتاريخ 1964/01/07 أدرج شرط التأكد من صحة الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم، ضمن قائمة شروط التنفيذ الخمسة[3].

ولكن بعد ذلك ألغت محكمة النقض الفرنسية في قرار Bachir الصادر بتاريخ 1967/10/04 هذا الشرط وأدمجته ضمن شرط عدم مخالفة الحكم للنظام العام بحيث قضت بأنه: " إذا كان من واجب قاضي التنفيذ أن يتأكد من أن الدعوى المقامة أمام الجهة القضائية الأجنبية تمت بشكل سليم، فإن شرط السلامة هذا يجب أن يقدر بالنظر إلى النظام العام الفرنسي فقط واحترام حقوق الدفاع"[4].

من خلال ما تقدم نلاحظ مدى الأهمية التي أولتها محكمة النقض الفرنسية لشرط سلامة الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم الأجنبي، فجعلته بداية كشرط مستقل من بين شروط تنفيذ

---

[1] وهذا ما جسدته محكمة النقض الفرنسية من خلال قرارها الصادر بتاريخ 2011/02/23 الذي أكد على وجوب احترام مبدأ المساواة بين الزوجين وضرورة مراعاة حقوق الدفاع.

Cass. 1er civ, 23 février 2011. Cité par, BERLAUD Catherine, Panorama de jurisprudence, Cour de cassation, Conflits de juridiction, Gaz. Pal - mercredi 2, jeudi 3 mars 2011, p. 1134.

[2] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 285؛ محمود مسعد، المرجع السابق، ص. 120.

[3] Cass. 07/01/1964, cité par LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit., p. 630-631.

وهذا النهج أخذت به بعض التشريعات صراحة وفي مقدمتها التشريع المصري حيث قضت المادة 2/298 من قانون المرافعات بإلزامية تأكد القاضي من: " أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا ". أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 494، وتقابل هذه المادة المادة 2/235 ج من قانون الإجراءات الإماراتي. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق، ص. 271، وأيضا المادة 2/407 من قانون المرافعات الليبي. محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 245. وهذا ما أخذ به المشرع الأردني أيضا حيث أجاز بمقتضى الفقرة (ج) من المادة 07 لقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية للمحكمة الأردنية رفض إصدار الأمر بالتنفيذ إذا كان المحكوم عليه لم يبلغ مذكرة الحضور من المحكمة التي أصدرت الحكم ولم يحضر أمامها رغما عن كونه كان يقطن داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة أو كان يتعاطى أعماله فيها ". محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 369. ويأخذ القانون التونسي بنفس الاتجاه حيث جاء في الفصل 3/11 من القانون الدولي الخاص ما يلي: "لا يؤذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية :3-...أو كان صدر وفق إجراءات لو تحترم حقوق الدفاع ". محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 106، كما اعتبرت المادة 30/ ب من اتفاقية الرياض القضائي عدم إعلان الخصوم على الوجه الصحيح سببا من أسباب رفض التنفيذ.

[4] « Si le juge de l'exequatur doit vérifier si le déroulement du procès devant la juridiction étrangère a été régulier, cette condition de régularité doit s'apprécier uniquement par rapport à l'ordre public français et au respect des droits de la défense », cass. 04/10/1967, cité par, NIBOYET Marie-Laure, Droit international privé, 3 édition, L.G.D.J, lex tenso édition, 2011, p.606.

الأحكام الأجنبية الخمسة، ثم أجرت بعد ذلك تعديل لموقفها إزاء هذا الشرط، فلم تلغه كلية بل أدمجته ضمن شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام الفرنسي.

وعليه، يظهر جليا أن محكمة النقض الفرنسية قد تبنت الحل الأكثر منطقية، إذ مادام أن هناك شرط ينص على ضرورة عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام الفرنسي فهذا يكفي، لأن القاضي الفرنسي وهو يتأكد من توافر هذا الشرط سيعرج لا محالة للتأكد من سلامة الإجراءات التي اتبعت في إصدار الحكم الأجنبي المراد تنفيذه على اعتبار أن تعارض هذا الأخير مع النظام العام الوطني في حقيقة الأمر يكون إما تعارضا نابعا من الإجراءات المتبعة في إصداره أو من حيث مضمون ما قضى به.

ثانيا – الصورة الثانية

ويكون فيها الحكم الأجنبي المتعلق بمسألة من مسائل الزواج المختلط متعارض مع النظام العام في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها من حيث مضمون ما قضي به. وفي حقيقة الأمر فإن تعارض الحكم الأجنبي في هذه الحالة هو ناتج عن تعارض أحكام القانون المطبق على موضوع النزاع مع المبادئ الأساسية، الاقتصادية، الاجتماعية والروحية لمجتمع دولة القاضي. وهذا أمر بديهي فمضمون الحكم هو تجسيد للنصوص القانونية الواجبة التطبيق على موضوع الدعوى التي صدر فيها[1]. وعليه تتدخل فكرة النظام العام لتحول دون تنفيذ الحكم الأجنبي في كل مرة يتعارض فيها الحل الذي يتضمنه مع المبادئ والمثل السائدة في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها[2].

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.1140.

[2] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 234-235.

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية حيث قضت في قرارها الصادر بتاريخ 2012/06/07 برفض تنفيذ حكم أجنبي يخص منح حق الحضانة لزوجين من نفس الجنس وذلك لكون الحضانة من قبل زوجين مثليين غير منطقية ومستحيلة ومخالفة للنظام العام الفرنسي.

Cf. HAUSER Jean, Personnes et droit de la famille : l'exequatur des décisions d'adoption prononcées à l'étranger dans le cadre d'un couple homosexuel, RTD civ. Juillet/septembre 2012,n °3, Dalloz, pp. 522, 523.

وفي ظل هيمنة أحكام الشريعة الإسلامية على مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين وعلى رأسها مسائل انعقاد الزواج وآثاره في الجزائر وفي كافة الدول الإسلامية، فسوف تجد أحكام هذه الشريعة تطبيقا واسعا متى كان أحد أطراف العلاقة مسلما. الأمر الذي سيتم معه تعطيل تنفيذ الأحكام الأجنبية التي لا تحترم الأحكام التي تقررها الشريعة الإسلامية، كالحكم الأجنبي الذي يجيز زواج المسلمة بغير المسلم في حالة الزواج المختلط وكذا الحكم الذي يعترف بصحة زواج مثيلي الجنس بين شخصين من جنسيتين مختلفتين.

إن نسبية فكرة النظام العام وتطورها يدفعنا إلى التساؤل عن الوقت الذي يعتد به القاضي لتقدير مدى تعارض الأحكام الأجنبية ذات الصلة بمسائل الرابطة الزوجية المختلطة مع مقتضيات النظام العام الوطني؟

يذهب الرأي الراجح إلى أن العبرة في كون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه يتعارض أو لا مع النظام العام تكون بوقت التقدم بطلب تنفيذ هذا الحكم لا بوقت صدوره في الخارج[1]. وهذا الحل يتفق من ناحية مع كون فكرة النظام العام فكرة مرنة، نسبية ومتطورة، ومن ناحية أخرى مع اعتبار أن الهدف ليس التحقق من أن الحكم قد فصل في النزاع على نحو سليم من الناحية الموضوعية. وإنما هو التحقق من أن الحكم المراد تنفيذه لا يتعارض مع المبادئ الأساسية المستقرة في دولة القاضي. ولذلك يجب أن تقدر مقتضيات النظام العام وقت تحقق هذا التعارض وهو وقت الأمر بتنفيذ

[1] عكاشة محمد عبد العال، أصول ... ، المرجع السابق، ص. 614-615؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 641-642؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 372.

هذا وقد نص القانون اليمني صراحة في المادة 4/284 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني على أنه لا يجوز الأمر إلا بعد التحقق من أن الحكم أو الأمر لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية. سهيل حسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 308-309، وهو الحكم الذي جسدته أيضا اتفاقية الرياض للتعاون القضائي من خلال المادة 30/أ التي قضت بعدم الاعتراف بالحكم الأجنبي إذا كان مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية أو الدستور أو لمبادئ النظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب فيها الاعتراف بالحكم. طلعت محمود دويدار، المرجع السابق، ص. 287.

الحكم الأجنبي والاعتراف بآثاره في داخل النظام القانون الوطني[1]. لأن تنفيذ الحكم الأجنبي ضمن التراب الوطني هو الذي ينطوي على إمكانية إثارة المشاكل عن طريق تعارضه مع النظام العام الوطني وليس مجرد صدور الحكم في الخارج[2].

ويترتب على إعمال فكرة النظام العام رفض تنفيذ الحكم الأجنبي الفاصل في القضايا المتعلقة بانعقاد الزواج المختلط أو الآثار الناتجة عنه والذي يحوي على ما يخالف النظام العام الوطني سواء من حيث الإجراءات المتبعة في إصداره أو من حيث مضمونه[3]. وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 2011/04/06 بحيث قضت بضرورة الامتثال للنظام العام الدولي في الموضوع والاجراءات من أجل تنفيذ أي حكم أجنبي[4].

والرفض في هذه الحالة قد يكون كاملا ويؤدي إلى استبعاد تنفيذ الحكم الأجنبي بكامله فيستبعد الحكم الأجنبي برمته إذا كان يقضي بصحة زواج مختلط يتوفر على موانع شرعية مؤبدة أو مؤقتة، كأن يكون هناك قرابة أو مصاهرة أو رضاع بين الزوجين، أو يكون الزوج مسلم والزوجة مشركة أو ملحدة، أو تكون الزوجة مسلمة والزوج غير مسلم. كما قد يكون جزئيا، بحيث يقتصر الرفض على جزء من الحكم الأجنبي وذلك في حالة ما إذا كان الحكم الأجنبي متعارضا في جزء منه فقط مع النظام العام في الدولة المراد تنفيذه فيها. كأن يتعلق الأمر مثلا بحكم أجنبي يقضي بصحة انعقاد زواج بين شخصين من جنسيتين مختلفتين، وفي نفس الوقت يمنع حق التوارث بين الزوجين، وفي هذه الحالة أجاز الفقه الراجح الأمر بتنفيذ الجزئية التي لا تتعارض مع النظام العام ورفض تنفيذ العناصر الأخرى التي تتضمن تعارضا مع هذا الأخير. وذلك بشرط أن يكون ممكنا الفصل بين الجزء

[1] محمود جمال الكردي، المرجع السابق، ص. 557؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 284-285.

[2] موحند إسعاد، المرجع السابق، ج.2 52. 76.

[3] Cf. GALLMEISTER. I, Exequatur et révision au fond du jugement étranger, Recueil Dalloz-2009- n°5, p. 303.

[4] Cass. 1 ere civ, 6 avr 2011, n°10-19053, Avis de DOMINGO Marc, Gaz. Pal, recueil mai-juin 2011, Edition Cénéraliste, Sélection de jurisprudence, pp.1429, 1490.

المتعارض مع النظام العام والجزء غير المتعارض معه، وألا يترتب على تجزئة الحكم – إن أمكن ذلك – تعديله أو تشويهه[1].

وبهذا الشرط نكون قد استوفينا مجمل الشروط التي ورد ذكرها في التشريع الجزائري من أجل إمكانية الأمر بتنفيذ أي حكم أجنبي متعلق بالزواج المختلط في الجزائر[2]. وتجدر الإشارة هنا إلى أن

---

[1] ISSAD Mohand, op.cit., Tome 2, p.70 ;

عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص. 114؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 643.

وهذا الشرط استلزمته صراحة المادة 1018 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية التي نصت على أنه :" للمحكمة أن تمنح الصيغة التنفيذية للحكم بكامله أو لناحية جزئية منه متى كانت هذه الناحية قابلة للانفصال عن النواحي الأخرى، وليس لها أن تدخل عليه أي تعديل من شأنه أن يوسع من مداه سواء بالنسبة للموضوع أو بالنسبة للخصوم ". عكاشة محمد عبد العال، أصول ...، المرجع السابق، ص. 629.

[2] هذا وقد نص المشرع الجزائري في المادة 606 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه لا يجوز تنفيذ العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي – ومن بينها عقد الزواج المحرر من طرف موثق أو موظف عمومي، وأيضا العقود والسندات الرسمية المحررة من قبل الموثق الوطني، والمتعلقة بالأموال المشتركة بين الزوجين– في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط التالية:

- توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه.
- توفره على صفة السند التنفيذي وقابليته للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه.
- خلوه مما يخالف القوانين الجزائرية والنظام العام والآداب العامة في الجزائر.

كما نص المشرع في المادة 608 من نفس القانون أن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605 و 606؛ لا يعني تجاوز الاتفاقيات القضائية التي تعقدها الجزائر مع الدول الأخرى، وبعبارة أخرى إن المادة المذكورة أعلاه تسمح بالخروج على الأحكام الواردة في المادتين 605a 606 وإعمال ما تضمنته الاتفاقيات القضائية، ولأن المادة 132 من الدستور تجعل المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون مما يحتم إعمال مضمون المعاهدة على النص القانوني العادي وهو ما يعرف عند الفقهاء بالتنفيذ الاتفاقي. ومثال الاتفاقيات القضائية في مجال التعاون القضائي الدولي:

- اتفاقية التعاون القضائي بين دول المغرب العربي الموقعة بمدينة لانوف (ليبيا) في 09 و 10 مارس 1991– صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 181/94 المؤرخ في 27 يونيو 1994– .
- اتفاقية التعاون القضائي المتبادل بين الجزائر وبلجيكا في الشؤون المدنية والتجارية، مصادق عليها بالأمر رقم 60/70 مؤرخ في 1970/10/08.
- اتفاقية التعاون القضائي والقانوني في المواد المدنية والعائلية والجزائية بين الجزائر ورومانيا مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 178/84.
- اتفاقية التعاون القضائي والعدل في المواد المدنية والتجارية والعائلية والجزائية بين الجزائر والمجر مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 25/84 مؤرخ في 11 فبراير 1984.
- اتفاقية التعاون القضائي بين الجزائر والمالي مصادق عليها بموجب الأمر الرئاسي رقم 399/83 مؤرخ في 18 يونيو 1983.
- اتفاقية التعاون القضائي بين الجزائر والنيجر مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 102/02 مؤرخ في 06 مارس2002...إلخ.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2011/03/03 حيث قضت بأنه:

" ... لا تمنح الصيغة التنفيذية لحكم قضائي غيابي صادر في المملكة البلجيكية إلا بعد مراعاة مقتضيات اتفاقية التعاون القضائي المتبادل في الشؤون المدنية والتجارية...". محكمة عليا، 2011/03/03، ملف رقم 681500، مجلة المحكمة العليا3 2012 العدد الثاني ص.184.

هناك شروطا أخرى يستلزمها القاضي والتشريع في الكثير من الدول لم ينص عليها القانون الجزائري. الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول إمكانية الأخذ بها في الجزائر خاصة وأن صياغة المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية توحي بأنها لم تورد شروط التنفيذ على سبيل الحصر بل على سبيل المثال[1].

أول هذه الشروط شرط المعاملة بالمثل أو التبادل[2]، هذا الشرط التي اعتبرته بعض التشريعات – العربية خاصة[3] – كشرط مبدئي أولي يجب على المحكمة التثبيت من تحققه قبل أي شرط آخر[4].

ويقصد بهذا الشرط أن يعامل القاضي الوطني الحكم الأجنبي الفاصل في مسألة من مسائل الزواج المختلط والمراد تنفيذه في دولته — وفيما يتعلق بقابليته للتنفيذ– ذات المعاملة التي تلقاها الأحكام الوطنية في الدولة الصادر عن قضائها الحكم المراد تنفيذه[5]، فإن كانت هذه الأخيرة تجيز

كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1994/09/27 ما يلي: " من المقرر قانونا أن العقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين قضائيين أجانب لا تكون قابلة للتنفيذ في الجزائر إلا وفقا لما تقتضي بتنفيذه إحدى الجهات القضائية الجزائرية ودون الاخلال بأحكام الاتفاقيات السياسية". محكمة عليا، 1994/09/27، ملف رقم 11687، المجلة القضائية، 1994، العدد الثالث، ص.146.

[1] بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 403-404.

[2] وقد نصت محكمة تيزي وزو صراحة على هذا الشرط في حكمها الصادر بتاريخ 1980/06/10 حيث قضت بأنه:" ....وحيث أن قانون البلد الصادر فيه الحكم المطلوب تنفيذه إكساؤه الصيغة التنفيذية يجيز الأحكام الصادرة من محاكم الجمهورية الجزائرية...".محكمة تيزي وزو، القسم المدني، 1980/06/10، مقتبس عن، ولد الشيخ الشريفة، المرجع السابق، ص.182.

[3] ومنها التشريع المصري حيث نصت المادة 296 من قانون المرافعات على أنه :" الأحكام و الأوامر الصادرة في بد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه ". مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 195. ونصت على هذا الشرط أيضا المادة 2/7 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 363. المادة 235 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق، ص. 187. المادة 1014/ د من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني. عبده جميل غصوب، محاضرات ...، المرجع السابق، ص. 184. الفصل 5/11 من القانون الدولي الخاص التونسي. محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 106.

ولم تنفرد الدول العربية بتبني هذا المبدأ بل تبنته أيضا الدول الأنجلو سكسونية حيث أخذت الولايات المتحدة الأمريكية بشرط المعاملة بالمثل منذ حكم المحكمة العليا الفيدرالية في عام 1895، وكذلك قرر الأخذ به قانون 13 أبريل 1933 في انجلترا. كما أخذ به أيضا التشريع الإسباني (المادة 952-953 من قانون المرافعات المدنية)، والتشريع التركي (المادة 38/أ من القانون الدولي الخاص لعام 1982). أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1112.

[4] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 243؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 672.

[5] أنظر، محمود مسعد، تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية على أساس المعاملة بالمثل، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السادس والأربعون، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، مصر، 21990 126.6 125.

تنفيذها فإنه يجوز الأمر بتنفيذها وبنفس الشروط المقررة في قانون تلك الدولة لتنفيذ الأحكام الوطنية فيها[1].

وقد قال الدكتور "جابر جاد" في صدد تعريفه لشرط التبادل:" أن التشريعات العربية والشراح قد اختلفوا فيه ومع ذلك يمكن القول أن الحكم الأجنبي يعامل في البلاد العربية نفس المعاملة التي يلقاها الحكم العربي في البلد الذي صدر فيه هذا الحكم الأجنبي، فإذا كانت الدولة التي صدر فيها هذا الحكم لا تبيح تنفيذ الأحكام العربية مثلا وإنما تستلزم رفع دعوى جديدة، وكان الحكم الأجنبي فيها بمثابة دليل قابل لإثبات العكس عومل حكمها نفس المعاملة أمام المحاكم العربية وإذا كانت تبيح التنفيذ وإنما طبقا لنظام معين كنظام المراجعة أو نظام الرقابة غير المحدودة عومل الحكم أيضا بنفس المعاملة"[2].

ومع ذلك يرى الفقه الراجح أن شرط التبادل يعد متحققا من حيث المبدأ متى كانت الدولة الأجنبية تعترف بالحكم الوطني عندها أيا كانت وسيلتها في ذلك، وذلك على أساس أن تقدير التبادل لا يجب أن يقوم على أساس المعاملة الشكلية بل يجب أن يتم هذا التقدير على أساس القيمة التنفيذية الفعلية التي تعطيها المحاكم الأجنبية للأحكام الوطنية وذلك بغض النظر عن الوسيلة التي تتبعها في هذا الصدد، أي حتى ولو لم تكن تتبع نفس الطريقة المتبعة لتنفيذ الأحكام الأجنبية في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها[3].

وهو الرأي الذي آمن به المشرع الأردني إذ اعتبر أن شرط المعاملة بالمثل يعد متحققا في الأردن بمجرد اعتراف الدولة الأجنبية بالحكم الأردني بغض النظر عن النظام التي تتبناه. وهو ما جسدته

---

[1] مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 195؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.1111؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق، ص. 189.

[2] أنظر، جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج.4، القاهرة، 1964 9 1. 163.

[3] محمود جمال الكردي، المرجع السابق، ج.32 1. 544؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 591؛ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 194.

صراحة المادة 2/07 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية، بحيث لم تستلزم أن يكون تنفيذ الحكم الأجنبي في الأردن بنفس الشروط التي ينفذ فيها الحكم الأردني لدى الدولة الأجنبية. وعليه، إذا رفع أمام القضاء الأردني طلب لتنفيذ حكم أجنبي متعلق مثلا بشروط انعقاد الرابطة الزوجية ذات العنصر الأجنبي أو آثارها صادر عن القضاء الجزائري، فإن القاضي الأردني حتى يعترف بهذا الحكم وأخذا بمبدأ المعاملة بالمثل ينظر أولا إن كان القاضي الجزائري سيعترف بتنفيذ مثل هذا الحكم على أراضي الدولة الجزائرية في حالة صدوره عن القضاء الأردني.

وذلك بخلاف المادة 296 من قانون المرافعات المصري وما يقابلها في التشريعات العربية الأخرى التي اشترطت تحقيق المعاملة بالمثل حتى في الشروط الواجب توافرها في الحكم[1].

إن شرط المعاملة بالمثل كان ولا يزال محل انتقاد شديد. بسبب طبيعته السياسية التي لا تتلاءم والهدف الذي يعمل على تحقيقه القانون الدولي الخاص والمتمثل في ضمان أمن واستقرار العلاقات الخاصة الدولية وذلك من خلال حفظ مصالح الأفراد سواء كانوا وطنيين أم أجانب. فهذا الهدف سيتعطل حتما إذا تمسكنا بشرط ذو طابع سياسي محض كشرط المعاملة بالمثل الذي من شأنه تهديد مصالح الأفراد في حالة ما إذا تم رفض تنفيذ الحكم الأجنبي الذي تسمك صاحب المصلحة في تنفيذه فقط لأنه حصل على الحكم من قضاء دولة قانونها لا يجيز تنفيذ أحكام الدولة الأخرى. وما يزيد الأمر سوءا أن هذا الشرط لا يضر وحسب بحقوق الأجانب بل قد يضر بالمواطنين أيضا وذلك في الفرضية التي يصدر فيها حكم أجنبي لصالح أحد مواطني الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها[2].

ولهذه الاعتبارات ولأجلها نادى بعض الفقه المصري وعلى رأسهم الأستاذ هشام علي الصادق بضرورة إلغاء شرط التبادل كونه:" لا يتماشى مع التطور المعاصر لفلسفة القانون الدولي

[1] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 364.

[2] محمود جمال الكردي، المرجع السابق، ص. 549؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1112؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق، ص. 195؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 364.

الخاص والذي باتت أحكامه التي تسعى إلى استقرار المعاملات الدولية تقوم على أفكار مختلفة من أهمها تكريس فكرة التعاون الدولي والتعايش المشترك بين الدول الأعضاء في الجماعة الدولية"[1].

الشرط الآخر هو شرط الرقابة التشريعية الذي تبناه القضاء الفرنسي قديما، حيث استقر منذ قرار "Munzer" الصادر بتاريخ 1964/10/06 على أن مراقبة الاختصاص التشريعي يجب أن تتم على ضوء قاعدة الإسناد الفرنسية لا على ضوء قاعدة الإسناد الأجنبية[2]. وبمعنى آخر فإنه اشترط لمنح الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي أن يكون القاضي الأجنبي قد طبق على النزاع نفس القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الفرنسية[3]، فيشترط مثلا أن يكون القاضي الأجنبي قد طبق على الشروط الشكلية للزواج المختلط نفس القانون المختص وفقا لقاعدة الاسناد الفرنسية[4]. وهذا يعنى أن الحكم الأجنبي لا ينفد في فرنسا إلا إذا كان هناك تطابق بين قاعدة الإسناد للمحكمة التي أصدرت هذا الحكم وقاعدة الإسناد الفرنسية[5].

وقد تعرض هذا الشرط لكثير من الانتقادات كونه يضيق إلى حد كبير من الحالات التي يمنح فيها الأمر بالتنفيذ. فالتسليم به يؤدي إلى رفض تنفيذ الحكم الأجنبي في كل مرة لا تتوافق فيها

---

[1] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 259.

[2] DERRUPE Jean, op. cit., p. 119.

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه:

« Vérifier L'application de la loi compétente d'après les régles françaises de conflit ». cass, 06/10/1964, cité par, LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit. , p. 629.

[3] ISSAD Mohand, op.cit., p. 68;

عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، آثار الأحكام الأجنبية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثالثة، مطبعة جامعة عين شمس، 1961، العدد الثاني ص. 200.

[4] وقد جسدت محكمة سيدي محمد بتاريخ 1975/05/08 صراحة هذا الشرط حيث قضت بأنه: "حيث إن المهمة الرئيسية للمحكمة في هذا المجال هي التثبت من سلامة القرار موضوع طلب الأمر بالتنفيذ. وحيث إن الفقه والاجتهاد مجمعان ومستقران على أن القاضي يتأكد من توافر الشروط الخمسة التالية لمنح أمر التنفيذ لحكم أجنبي وهي: .....تطبيق القانون المختص حسب قواعد التنازع الجزائرية". محكمة سيدي محمد، 1975/05/08، مقتبس عن، ولد الشيخ الشريفة، المرجع السابق، ص.181 180.

[5] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 143.

قاعدة الإسناد الأجنبية مع قاعدة الإسناد الفرنسية[1]. ولا يخفى ما في ذلك من إضرار بحقوق الأفراد حسني النية الذين لا شأن لهم بالاختلاف القائم بين الأنظمة الوضعية بخصوص حل تنازع القوانين.

هذه النتائج السلبية شكلت دافعا لمحكمة النقض الفرنسية لمحاولة التخفيف من صرامة هذا الشرط، وذلك من خلال إعمال ما يعرف بنظرية التوازن « Théorie de l'équivalence »[2] ويقصد بها أنه يكفي من أجل الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي أن يكون هناك تشابه وتوافق بين القانون المختص وفق لقاعدة الإسناد الفرنسية وبين القانون المطبق من قبل القاضي الأجنبي، الأمر الذي ينتج عنه توافق بين النتيجة التي توصل إليها الحكم الأجنبي وبين النتيجة التي كان سيصل إليها القاضي الفرنسي عند تطبيقه القانون المختص الذي تحدده قاعدة الإسناد الفرنسية[3]. ولكن لم يكتف الفقه الفرنسي بهذا التخفيف فطالب بضرورة إلغاء هذا الشرط نهائيا[4]. ويبدو أن القضاء الفرنسي قد استجاب للنداء أخيرا حيث ألغى في قراره الصادر بتاريخ 2007/02/20 شرط مراقبة الاختصاص التشريعي[5].

وأيضا استبعدت هذا الشرط الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع غيرها من الدول بخصوص تنفيذ الأحكام الأجنبية مما يعني عدم اعتباره في الجزائر من شروط الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية[6].

الشرط الثالث الذي لم ينص عليه المشرع الجزائري هو انعدام الغش والتحايل، والغش الذي يمكن أن يشكل سببا لرفض الأمر بالتنفيذ قد يكون:

---

[1] DERRUPE Jean, op.cit. , p. 119.
[2] ISSAD Mohand, Le jugement étranger…, op.cit., p.122.
[3] LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit., p.630 ; DERRUPE Jean, op.cit., p. 119.
[4] LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit., p.630.
[5] محكمة النقض الفرنسية، 2007/02/20، مقتبس عن، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 404.
[6] موحند إسعاد، المرجع السابق، ج.4 2 4. 75؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق،ج.4 2 4. 65.

أولا – غشا نحو القانون[1]

وهو ما يتحقق عن طريق قيام الخصوم بالتحايل على ضابط الإسناد المعتمد في الدولة الصادر عن قضائها الحكم الأجنبي كالقيام بتغيير الجنسية أو الموطن باعتبارهما ضابطين معتمدين لحل التنازع في مسائل الزواج المختلط، وذلك من أجل التهرب من أحكام القانون الأجنبي المختص ومنح الاختصاص لقانون تتفق أحكامه ومصالحهم الخاصة، مم يمكنهم من الحصول على حكم لصالحهم فهنا إذا تأكد القاضي المطلوب منه الأمر بتنفيذ هذا الحكم من وجود غش نحو القانون رفض منح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ[2].

وهذا ما جسده القضاء الفرنسي صراحة من خلال قرار Munzer حيث استلزم لتنفيذ الحكم الأجنبي في فرنسا غياب أي غش نحو القانون، واعتبر ذلك شرط مستقل من شروط التنفيذ، حيث يتم رفض تنفيذ أي حكم أجنبي إذا تبين أن الخصوم قد قاموا بتغيير ضابط الإسناد للتهرب من أحكام القانون المختص[3].

ثانيا – كما يمكن أن يتم الغش عن طريق التحايل على قواعد الاختصاص القضائي الدولي

ويتحقق ذلك في حالات انعقاد اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم في مسألة من مسائل الزواج المختلط بناء على الخضوع الاختياري للأطراف رغم عدم وجود صلة بين النزاع ودولة المحكمة التي فصلت في الدعوى[4] ذلك إذا كان هذا الاختيار مبني على سوء نية الخصوم الذين يهدفون من وراء منح الاختصاص لهذه المحاكم التهرب من أحكام القانون المختص أصلا بالنزاع[5].

---

[1] وقد نصت محكمة سيدي محمد في حكمها الصادر بتاريخ 1975/05/08 صراحة على أن من شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية انتفاء كل غش نحو القانون. محكمة سيدي محمد، 1975/05/08، مقتبس عن، ولد الشيخ الشريفة، المرجع السابق، ص. 181.

[2] ISSAD Mohand, op.cit., Tome 2, p.72

[3] MELIN François, op.cit., p.65-66. ; LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit., p.632.

[4] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 287.

[5] بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص .406.

وبالإضافة إلى ذلك هناك أنواع أخرى للتحايل، كتحايل الخصوم في دعاوى الزواج المختلط على القواعد الإجرائية المتبعة في الدولة التي أصدرت الحكم كاستخدام أحد الخصوم وسائل احتيالية تؤدي إلى حرمان خصمه من حقه في الدفاع مثلا، أو أن يعمد بوسائل غير مشروعة ألا يصل التبليغ للطرف الثاني في الوقت المناسب ككتمان المدعي لموطن المدعى عليه الفعلي لتلافي تبليغه الدعوى بالحضور[1].

فمتى كنا بصدد إحدى هذه الحالات، فلن يقبل تنفيذ الحكم الصادر في مثل هذه الظروف على أساس عدم شرعية أو سلامة الإجراءات التي اتبعت في إصداره، وهو ما يعد بذاته تعارضا مع النظام العام[2].

وفي حقيقة الأمر) فإن شرط انعدام التحايل وإن كان يرد أحيانا كشرط مستقل من شروط منح الأمر بالتنفيذ[3]، إلا أنه يبقى عبارة عن شرط يدخل ضمن مفهوم أعم وأشمل وهو عدم تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام[4]، خاصة وأن الغش في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية يتمثل في مجرد رفض تنفيذ الحكم الأجنبي المنطوي على غش وهو أثر يمكن تحقيقه عن طريق إعمال شرط النظام العام[5]. ولما كان الأمر كذلك فليس هناك ما يمنع من الأخذ بهذا الشرط في الجزائر.

وبعد أن تعرضنا لمجمل الشروط المتطلبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في مسائل الزواج المختلط نتنقل لتبيان الإجراءات الواجب إتباعها لتنفيذ هذه الأحكام.

---

[1] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 406.

[2] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق، ص. 292.

[3] كما هو الحال عليه في فرنسا حيث أن القضاء الفرنسي قد أورد من خلال قرار Munzer شرط غياب الغش نحو القانون كآخر شرط من شروط التنفيذ.

LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit., p.632

كما نص على هذا الشرط صراحة قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني من خلال المادة 3/07 منه. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 371.

[4] بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 405.

[5] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 286.

المطلب الثاني

إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في مسائل الزواج المختلط

لتنفيذ أي حكم أجنبي صادر في مسألة من مسائل الزواج وآثاره يجب التقدم بطلب الأمر بالتنفيذ أو ما يسميه المشرع الجزائري بطلب منح الصيغة التنفيذية إلى الجهة القضائية المختصة[1] بإتباع إجراءات رفع الدعوى السائدة في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها (الفرع الأول). فإذا ما تم ذلك جاء دور القاضي الوطني للبت في دعوى التنفيذ بحكم إما يمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي أو يرفض منحه إياها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الجهة المختصة بدعوى الأمر بالتنفيذ والإجراءات الخاصة بها

سنقسم هذا الفرع إلى قسمين نتطرق في الأول منهما إلى تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في قضايا الزواج المختلط (أولا) نخصص القسم الثاني إلى إجراءات رفع هذه الدعوى (ثانيا).

[1] وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها: " لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائية...." وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر بتاريخ 2011/07/14 حيث أكدت من خلاله أنه لا يمكن لأي جهة قضائية جزائرية الاستناد للفصل في قضية مطروحة عليه إلى حكم أجنبي غير ممهور بالصيغة التنفيذية لما في ذلك من خرق للسيادة الوطنية، حيث قضت بأنه:" ...استناد جهة قضائية جزائرية إلى حكم أجنبي غير ممهور بالصيغة التنفيذية للفصل في قضية معروضة عليه خرق للسيادة الوطنية". محكمة عليا، 2011/07/14، ملف رقم 655755 مجلة المحكمة العليا، 2011، العدد الثاني، ص.298.

أولا– الجهة المختصة بدعوى الأمر بالتنفيذ

تنص المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ".

يتضح من هذا النص أن الاختصاص بإصدار أمر التنفيذ للأحكام الأجنبية ذات الصلة بالزواج المختلط والمطلوب تنفيذها داخل الإقليم الجزائري ينعقد إما للمحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي والتي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه، أو للمحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي التي يوجد في دائرة اختصاصها محل التنفيذ[1]. وذلك بإخطار الجهة القضائية المختصة بموجب طلب بمنح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية، وكما هو المعمول به في إجراءات رفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية المدنية، ويتم تبليغ جميع الأطراف المعنية بالتنفيذ بهذا الطلب وتقديم مذكرات جوابية مثلما هو معمول به في المنازعات الاستعجالية والأوامر الصادرة فيها[2].

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد اعتمد ضابطين لتحديد الجهة المختصة بدعوى طلب التنفيذ، أولهما موطن المنفذ عليه، الذي جاء النص عليه تكريسا للقاعدة العامة في الاختصاص المحلي، وذلك لأن المنفذ عليه سيكون بدون شك في مركز المدعى عليه. أما الضابط الثاني فهو موطن محل تنفيذ الحكم الأجنبي الذي سيتطابق في أغلب الأحيان مع مكان تواجد الأموال[3].

---

[1] وقد أخذ المشرع المصري بهذا المعيار الأخير حيث نصت المادة 297 من قانون المرافعات المصري على أنه: " يقدم طلب التنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها ...". مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص .198. وتقابل هذه المادة المادة 2/235 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق، ص. 294.

[2] أنظر، قويدري محمد، تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر، مجلة المحكمة العليا، 2011 العدد 402 28.2. فقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2003/02/18 بأنه:" يجب تبليغ جميع الأطراف المدعى عليهم بالطلب". محكمة عليا، 2003/02/18، قرار رقم 286232 مقتبس عن، قويدري محمد، المرجع السابق، ص.28.

[3] بوضياف عادل، المرجع السابق، ص.37.

ويتبين من صياغة المادة 607 أن المعيارين السابقين ينزلان في نفس المرتبة فكلاهما أصلي، ولطالب التنفيذ الاختيار بينهما مع مراعاة ما قضت به المادة سالفة الذكر، من وجوب رفع دعوى طلب الأمر بالتنفيذ أمام المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ[1].

أما بالنسبة للقسم القضائي المختص بنظر طلب التنفيذ داخل هذه المحاكم، فلا يوجد أي نص قانوني يحدده، فذهب البعض[2] إلى أن القسم المدني منها هو الذي يرفع إليه طلب منح الأمر بالتنفيذ حتى ولو كان الحكم الأجنبي صادرا عن محكمة تجارية أو محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة جزائية. في حين رأى البعض الآخر[3] أن منطق الأمور يفترض في هذه الحالة أن يرجع الاختصاص للقسم المماثل لذلك الذي أصدر الحكم الأجنبي.

وعليه، فالأخذ بالرأي الأخير هو الأكثر توفقا لما فيه من مراعاة لمبدأ التخصص القضائي، إذ لا يعقل أن نقدم طلب تنفيذ حكم أجنبي متعلق بالأحوال الشخصية، كحكم فاصل مثلا في مسألة من مسائل الزواج المختلط (كأن يتعلق الأمر بمدى صحة هذا الزواج أو إثباته أو أي أثر من آثاره)) صادر عن محكمة الأحوال الشخصية أمام قسم مدني غير مختص في مثل هذه المسائل. أما لو أرجعنا اختصاص نظر طلب تنفيذ الحكم الأجنبي للقسم المماثل لذلك الذي أصدر الحكم الأجنبي فسيكون الأمر أكثر منطقية، وعليه، سيقدم كل طلب تنفيذ أمام القسم القضائي المختص، فيقدم طلب تنفيذ حكم صادر عن محكمة تجارية أمام القسم التجاري، ويقدم طلب تنفيذ حكم صادر عن محكمة الأحوال الشخصية متعلق مثلا بشروط صحة انعقاد الزواج المختلط أمام قسم الأحوال الشخصية...إلخ.

---

[1] بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 408-409.

[2] موحند إسعاد، المرجع السابق، ج.92 4. 84؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.92 4.74؛ محمد سعادي، المرجع السابق، ص.196.

[3] ولد الشيخ الشريفة، المرجع السابق، ص. 175.

ثانيا – إجراءات رفع دعوى الأمر بالتنفيذ

إن طلب الأمر بتنفيذ حكم أجنبي فاصل في قضية من قضايا الزواج المختلط يتم عن طريق رفع دعوى قضائية بالطرق المعتادة لرفع أي دعوى في الجزائر وبإتباع نفس الإجراءات المقررة وفقا للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]. أي عن طريق تكليف بالحضور ومواجهة الأطراف ويجب على طالب التنفيذ أن يرفق طلبه بكافة الوثائق والمستندات القانونية الضرورية1 وأهم هذه الوثائق:

– صورة رسمية كاملة للحكم المطلوب تنفيذه مطابقة للأصل.

– نسخة تنفيذية للحكم المراد تنفيذه تثبت أن هذا الأخير قابل للتنفيذ.

– تقديم محضر تبليغ الحكم المطلوب تنفيذه، أو أي شهادة رسمية دالة على أن الحكم قد تم تبليغه على وجه صحيح.

– صورة طبق الأصل لورقة التكليف بالحضور وذلك إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه قد صدر غيابيا[2].

وبعد رفع الخصم – صاحب المصلحة في تنفيذ الحكم الأجنبي – دعوى الأمر بالتنفيذ أمام الجهة القضائية المختصة بإتباع الإجراءات اللازمة، يقوم القاضي بالفصل في هذه الدعوى آخذا بعين الاعتبار مدى توافر الشروط المتطلبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية في دولته.

---

[1] وذلك تماشيا مع المبدأ العام المستقر عليه دوليا و القائل بخضوع إجراءات المرافعات لقانون القاضي الوطني، وهذا ما أكدته صراحة اتفاقية الرياض للتعاون القضائي حيث نصت المادة 31/ب على أنه :" تخضع الإجراءات الخاصة بالاعتراف بالحكم أو تنفيذه لقانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم وذلك في الحدود التي لا تقضي فيها الاتفاقية بغير ذلك ". طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 285؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1147.

[2] بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 407-408؛ ولد الشيخ الشريفة، المرجع السابق، ص. 192-187؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 379؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 298.

الفرع الثاني

البت في دعوى التنفيذ

يتمثل موضع دعوى التنفيذ في طلب الأمر بتنفيذ حكم فاصل في مسألة من مسائل انعقاد الزواج المختلط أو آثاره صادر من محاكم دولة أجنبية. أي أن موضوعها هو الحكم الأجنبي وليس النزاع الذي فصل فيه هذا الأخير[1]. ولما كان الأمر كذلك فإن دور قاضي التنفيذ يقتصر على التحقق من مدى توافر الشروط المتطلبة للأمر بالتنفيذ وليس له في سبيل ذلك الحق في تعديل مضمون هذا الحكم بالإضافة أو الإنقاص[2].

فإذا تأكد من توافر الشروط اللازمة للأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالزواج المختلط كما أوردتها المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قضي بمنح الحكم الأجنبي للصيغة التنفيذية[3]. وهو ما يترتب عليه تقرير جميع الآثار التي يرتبها الحكم الأجنبي بمقتضى منطوقة، وذلك على أساس أن القاضي الذي ينظر دعوى التنفيذ ليس له أن يعدل بالزيادة أو الإنقاص في مضمون الحكم الأجنبي[4] يصبح الحكم قابلا للتنفيذ في كل الإقليم الجزائري وذلك بإتباع طرق التنفيذ المقررة في القانون الجزائري.

---

[1] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص. 560؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 295.

[2] وهذا ما أكدته اتفاقية الرياض للتعاون القضائي في مادتها 3 حيث جاء فيها: " تقتصر مهمة الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المطلوب إليه الاعتراف بالحكم أو تنفيذه على التحقق إذا كان الحكم قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، وذلك دون التعرض لفحص الموضوع". محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.380.

[3] وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري وخلافا لأغلبية التشريعات قد تكلم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على منح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية وليس الأمر بالتنفيذ. وبذلك قد خلط بين الأمر بالتنفيذ ووضع الصيغة التنفيذية لأن الأمر بالتنفيذ هو الذي يترتب على دعوى التنفيذ وهو بمثابة الضوء الأخضر للاعتراف بالحكم الأجنبي وتنفيذه. أما وضع الصيغة التنفيذية فهو إجراء لاحق للأمر بالتنفيذ وضروري حتى يمكن اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري التي يقتضيها الحكم، فالمشرع الجزائري بما ذهب إليه كأنه يجعل موضوع دعوى التنفيذ هو الطلب المباشر بمهر الحكم بالصيغة التنفيذية وهو أمر غير صحيح وتنقصه الدقة القانونية، فمنح الأمر بالتنفيذ يسبق مهر الحكم بالصيغة التنفيذية. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1146-1147؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2 . 75.

[4] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 301.

أما إذا لم تتوفر في الحكم الأجنبي المتعلق بالرابطة الزوجية المختلطة الشروط المتطلبة للأمر بالتنفيذ فيرفض القاضي منحه الصيغة التنفيذية ويكون هذا الأمر الصادر بالرفض حائزا لحجية الأمر المقضي فيه[1]، فيكون من غير الجائز التقدم بطلب جديد بغية الأمر بتنفيذ ذات الحكم تأسيسا على حيازة الحكم الصادر برفض التنفيذ لحجية الشيء المقضي فيه. غير أن ذلك لا يمنع من رفع دعوى مبتدئة أمام القضاء الجزائري للمطالبة بنفس الحق الذي تقرر بمقتضى الحكم الأجنبي الذي رفض تنفيذه[2].

إن رفض تنفيذ الحكم الأجنبي الذي فصل في قضية من قضايا الزواج المختلط المتعددة لا يعني تجريد هذا الأخير من كل قيمة قانونية في الدول المطلوب تنفيذ الحكم فيها، بحيث يذهب الفقه الغالب إلى أن الحكم الأجنبي مجردا من الأمر بالتنفيذ يمكن أن ينهض كوسيلة في الإثبات، بحيث يجوز للقضاء أن يستخلص من هذا الحكم معلومات أو قرائن يعتمد عليها أو يقدمها في نزاع معروض عليه. وعلى ذلك يمكن الاعتماد على ما جاء في الحكم الأجنبي من مستندات أو أوراق كما يمكن أن يكون دليلا على ما ثبت فيه من وسائل الإثبات، كالإقرار واليمين وسماع الشهادة، والانتقال للمعاينة وأداء الخبرة وللقاضي الوطني في هذه الحالة حرية تقدير ما أثبت في الحكم الأجنبي[3].

بالإضافة إلى ذلك يرى الكثير من الفقه أن الحكم الأجنبي مجردا من الأمر بالتنفيذ يعتبر كواقعة قانونية معترف بها دون الحاجة إلى تدخل القضاء الوطني، والحكم الأجنبي بوصفه كواقعة يمكن أن تبنى عليه حالات قانونية جديدة كأن يعتبر سببا لقيام دعوى أو لانعقاد عقد معين[4].

---

[1] Cf. KITIC Dusan, droit international privé, Ellipses, Paris, 2003, p.136.

[2] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج.2 7 2. 562؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ... . .. 320.

[3] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 509، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 165، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.52 1. 73.

[4] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 205؛ عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، المرجع السابق، ص. 214-215.

وعليه، يفضل في الحالة التي يرفض فيها القضاء الوطني منح الأمر بالتنفيذ لحكم أجنبي فصل في قضية من قضايا انعقاد الزواج المختلط أو آثاره (شروط انعقاد الزواج الموضوعية والشكلية، حقوق وواجبات الزوجين، النسب، آثار الزواج المالية)، لتخلف شرط من شروط التنفيذ التي نص عليها المشرع الوطني؛ أن لا يفقد هذا الحكم كل قيمته القانونية في الدولة المطلوب تنفيذه فيها، بل يمكن للقضاء والخصوم الاستفادة منه من خلال اقتباس مجموعة المعلومات والقرائن الواردة فيه وأيضا الاعتماد على ما جاء فيه من مستندات وأوراق.

كما يمكن الاعتماد عليه كدليل لما ورد فيه من وسائل الاثبات كالإقرار، اليمين، سماع الشهود، ونتائج الانتقال للمعاينة والخبرة، وبذلك يشكل الحكم الأجنبي وسيلة للإثبات ويكون له قيمة مماثلة لقيمة أي وثيقة يقوم القاضي بتدقيقها بصورة مستقلة عن الصيغة التنفيذية.

وهذا لا يمنع أن يعتبر الحكم الأجنبي المجرد من الأمر بالتنفيذ كواقعة قانونية معترف بها تترتب عليها بهذا الوصف آثار تخص العلاقة القانونية التي صدر الحكم بشأنها، وهي تختلف عن الآثار القانونية التي يولدها الحكم بوصفه حكما قضائيا في البلد الذي صدر فيه، فالحكم الأجنبي في هذه الحالة خلق في الخارج آثارا لا رجعة فيها يتعذر على القاضي الوطني تجاهلها وهذا حتى في حالة عدم تبنيه ذات الحل فلابد أن يأخذ بالحسبان الآثار التي قد تنجم عنه في الخارج فهو يلعب دور السبب المشروع بالنسبة للأوضاع الجديدة التي قد تنشأ بصورة لاحقة لصدوره، والتي تشكل واقعا يجب بحكم الضرورة أن يأخذ بعين الاعتبار. وهكذا فإن الزواج الجديد الذي يعقب حكما بالطلاق لم يحصل على الصيغة التنفيذية من قبل المحاكم الوطنية لا يعتبر باطلا. وقد ينفذ المحكوم عليه الحكم الأجنبي تنفيذا إراديا أو نتيجة اتفاق بين الطرفين، وفي كلتا الحالتين لا تعتبر الصيغة التنفيذية ضرورية.

وتجدر الإشارة في الأخير أن الحكم الصادر في دعوى التنفيذ سواء أكان برفض طلب التنفيذ أو قبوله يكون قابلا للطعن بكافة طرق الطعن المقررة في القانون الجزائري[1].

وبعد أن عالجنا أهم الاشكالات التي يطرحها الزواج المختلط في مجال تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، وتنفيذ الأحكام الأجنبية ننتقل فيما يلي لبحث مدى تأثير هذا الزواج على الحالة العامة والخاصة لكل من الزوجين.

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2 .75.

البـــاب الثاني

مــدى تأثيــر الـــــزواج المختلـــــط

عـــلى حـــالة الـــزوجين

متى استقام الزواج واستوفى شروطه الموضوعية والشكلية وفقا للقانون الواجب التطبيق فإنه يولد آثاره القانونية، ولا شك أن هذه النتائج التي يرتبها عقد الزواج ستؤثر لا محالة على حالة الزوجين بشكل أو بآخر. وحالة أي من الزوجين هي بطبيعة الحال كحالة أي شخص طبيعي والتي هي عبارة عن جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص من أسرته ودولته وهي صفات تقوم على أسس من الواقع كالسن، الذكورة، الأنوثة، والصحة، أو على أسس من القانون كالزواج، الحجر والجنسية[1].

فتشمل إذن حالة الشخص مجموعة الصفات المتعلقة بالتعريف بالشخص نفسه (الاسم، الموطن) والمتعلقة كذلك بمركزه من أسرته كالزواج، الطلاق، النفقة والميراث. وتشمل أيضا الصفات المتعلقة ببيان مركزه من دولته والتي تتحدد عن طريق الجنسية، وتسمى بالحالة العامة[2].كما تعبر حالة الشخص الطبيعي عن مجموعة الخصائص التي تحدد وضع الشخص ومركزه القانوني، وتتأثر بها مجموعة الحقوق والواجبات المحددة له أو عليه[3].

ومن هذه التعريفات، نستخلص أن هناك نوعين من الحالة:

1/ الحالة العامة أي تبعية الفرد للدولة تبعية سياسية وذلك عن طريق الجنسية[4].

2/ الحالة الخاصة أو المدنية وهي التي تحدد مركز الشخص من الأسرة أي هي التي تجسد الوضع القانوني للشخص بالنسبة لأسرته (متزوج، أب، ابن، أخ(...)[5].

---

[1] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص .74؛ سهيل حسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 222.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.201 2. 210.

[3] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 165.

[4] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 168.

[5] منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص.111.

ومن بين الآثار المترتبة على عقد الزواج بصفة عامة سواء كان مختلطا أم لا مجموعة من الآثار المالية والآثار الشخصية المرتبطة بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين[1]، وانتساب الولد لأبيه. وإلى جانب هذه الآثار هناك آثار يختص بها الزواج المختلط دون الزواج الذي يتم بين أشخاص متحدي الجنسية، ويتمثل هذا الأثر في إمكانية اكتساب الزوج لجنسية زوجه بمقتضى رابطة الزوجية[2]، وهنا يثور التساؤل حول مدى تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين- الحالة العامة- ؟

وهو ما سنحاول الإجابة عنه في الفصل الأول من هذا الباب، ثم ننتقل في الفصل الثاني إلى بحث الآثار المالية والآثار الشخصية الأخرى التي يُرتبها عقد الزواج المختلط.

الفصل الأول

مدى تأثير الزواج المختلط على الحالة العامة للزوجين – الجنسية –

الجنسية هي نظام قانوني يضبط انتماء الشخص إلى دولة معينة وينظم تكوين ركن الشعب في تلك الدولة. أما الزواج فهو نظام قانوني يضبط علاقة رجل بامرأة وينظم تكوين الأسرة على نحو شرعي، والنظامان بذلك يفترقان سواء من حيث هدفهما أو من حيث طبيعة القواعد القانونية المنظمة لأحكامهما.

ومن هنا قد يبدو غريبا أن يكون بينهما تداخل أو تأثير متبادل، غير أن الواقع أثبت أن هذا التداخل أو التأثير المتبادل قائم ولا يمكن جحوده.

[1] فؤاد عبد المنعم رياض، المرجع السابق، ص.201.

[2] رحاوي آمنة، المرجع السابق، ص. 38.

ومع تزايد ظاهرة الزواج المختلط « Le mariage mixte » الذي يتم بين أشخاص من جنسيات مختلفة يثور التساؤل عن أثر قيام مثل هذا الزواج على جنسية الزوجين أتتغير جنسية أحدهما بفعل الزواج، بحيث ينضم إلى جنسية الزوج الآخر. أم لا أثر مطلقا لقيام الزواج على الجنسية؟

إذا سلمنا بالفرض الأول وقلنا أن الزواج يؤثر على جنسية الزوجين بحيث يكتسب بمقتضاه الزوج جنسية الزوج الآخر، فالسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة يدور حول ما هي الآثار الناجمة على اكتساب الجنسية بمقتضى رابطة الزوجية على الزوج الذي اكتسبها وعلى عائلته؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات تستدعي أن نتناول في مبحث أول: اكتساب الجنسية بمقتضى رابطة الزوجية، وفي مبحث ثاني: آثار اكتساب الجنسية بمقتضى رابطة الزوجية.

المبحث الأول

اكتساب الجنسية بمقتضى رابطة الزوجية

الزواج المختلط هو ذلك الزواج الذي يعقد بين أفراد من جنسيات مختلفة. والزواج على هذا النحو قد يرتب آثارا هامة بالنسبة لجنسية كل من طرفيه. ولذلك ثار التساؤل عن أثر قيام الزواج بين رجل وامرأة كل منهما ينتمي بجنسيته إلى دولة مختلفة على جنسيتيهما ثبوتا أو فقدا. أتتغير جنسية أحد الزوجين – وبخاصة الزوجة- بفعل الزواج بحيث ينضم إلى جنسية الزوج الآخر؟ بما يعكس ذلك التأثير المتبادل بين نظامي الزواج والجنسية، أم أن الأمر يتوقف على اعتبارات أخرى[1].

[1] أنظر، مصطفى محمد الباز، جنسية المرأة المتزوجة في القانون الدولي الخاص المقارن والفقه الاسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001 . 149.

إن اكتساب الجنسية على أساس الزواج المختلط يعتبر من الموضوعات الحيوية في مادة الجنسية، إذ تختلف الحلول والاتجاهات التي تأخذ بها التشريعات المقارنة في هذا المجال تبعا لاختلاف الاعتبارات الفلسفية أو العملية أو السياسية التي يمكن أن تحكم هذا الموضوع أو التي يجري ترجيحها من دولة إلى أخرى بحسب مصالحها، ظروفها وأحوالها[1].

والواقع أن الصعوبة التي تحيط بهذا الموضوع والتي أدت وما زالت تؤدي إلى اختلاف الحلول في شأنها بين الدول، بل وإلى تغير تلك الحلول في نطاق الدولة الواحدة من زمن إلى آخر؛ مردها الأساسي إلى أن موضوع الزواج المختلط وما يمكن أن يحدثه من أثر على جنسية كل من الزوجين، وسواء بإمكانية اكتساب الزوج جنسية زوجته أو بالعكس اكتساب الزوجة جنسية زوجها تتنازعه في الفكر القانوني جملة اعتبارات تبدو في كثير من الأحيان متعارضة أو بالأقل غير منسجمة مع بعضها. وهو ما يؤدي في الغالب من الأمر إلى ترجيح بعض تلك الاعتبارات على غيرها من دولة إلى أخرى وبالتالي إلى تعدد التصورات أو الحلول التي تأخذ بها التشريعات المقارنة في هذا المجال[2].

وللإلمام بمواقف الفقه والتشريعات المختلفة بخصوص مدى تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين فنتطرق في الأول منهما إلى مدى تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين في الفقه والقانون المقارن، أما الثاني فسنخصصه إلى بحث مدى تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين في القانون الجزائري.

[1] أنظر، حسن الممي، الجنسية في القانون التونسي، مصنع الكتاب للشركة التونسية للتوزيع، تونس، 1971 1 9 .32.

[2] أنظر، أحمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج.1، دار النهضة العربية، مصر، 1977 . . 135. 136.

المطلب الأول

الجنسية المكتسبة بناء على رابطة الزوجية في الفقه والقانون المقارن

تتفق التشريعات المقارنة على تأثير قيام علاقة الزوجية على جنسية الزوجين وإن اختلفت في مدى هذا التأثير بين فرضي الأجنبي الذي يتزوج وطنية وفرض الأجنبية التي تتزوج وطنيا.

وعلى ذلك ستكون دراستنا مقسمة في هذا المطلب إلى قسمين سنحاول في القسم الأول تسليط الضوء على موقف الفقه والتشريع المقارن حول أثر الزواج المختلط على جنسية الزوج، ومن ثم ننتقل في القسم الثاني لبحث المواقف الفقهية والتشريعية بشأن تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجة.

الفرع الأول

مدى تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوج

إذا تزوجت امرأة متمتعة بالجنسية الوطنية بأجنبي، فإن التساؤل يثور حول مدى استفادة ذلك الزوج الأجنبي من هذا الزواج في اكتساب الجنسية الوطنية، والانضمام بالتالي إلى شعب دولة زوجته[1]. ويمكن التمييز في هذا الفرض بين اتجاهين لتشريعات الجنسية على النحو التالي:

[1] أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، محمد الروبي، قانون الجنسية المصرية ومراكز الأجانب، دار النهضة العربية، مصر، 2003 5 2. 221.

أولا– الاتجاه الأول: عدم تأثير الزواج على جنسية الأجنبي المتزوج بوطنية

وتمثله الغالبية العظمى من تشريعات الجنسية في الدول العربية، بحيث ينكر هذا الاتجاه وجود أي تأثير لزواج الوطنية من أجنبي على جنسية هذا الأخير، ومن ثم فباب اكتساب جنسية دولة الزوجة عن طريق الزواج موصدا تماما أمامه. وعليه، إن أراد اكتساب جنسية دولة الزوجة أن يسلك سبيل التجنس العادي الذي يستلزم توافر عدة شروط بشأنه وتقديم طلب للتجنس، وأخيرا موافقة الدولة التي تتبعها الزوجة[1].

والأكيد أن الأسباب التي منعت معظم التشريعات العربية من الاعتراف بتأثير الزواج المختلط على جنسية الزوج الأجنبي تكمن أساسا في مكانة الرجل عموما في الأسرة العربية المسلمة والشرقية. فاعتباره رب الأسرة وراعيها يقود إلى جعل قرار تغيير جنسيته متوقفا على إرادته المستقلة لا تبعا لزوجته[2].

وقد عبر عن ذلك صراحة قانون جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة المعدل سنة 1975 بنصه في المادة 3/3 منه على أنه: "في جميع الأحوال لا يتبع الزوج جنسية زوجته"[3]. ومن الدول العربية التي أقرت أيضا عدم الاستفادة المطلقة للزوج الأجنبي من جنسية زوجته الوطنية: المملكة العربية السعودية[4]، والسودان[5].

---

[1] أنظر، حسام الدين فتحي ناصيف، نظام الجنسية في القانون المقارن، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2007 : ". 127.

[2] أنظر، صوفي حسين أبو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني، ج.1، دار النهضة العربية، بيروت، 1972 7 1. 206 . 207.

[3] أنظر، حسام الدين فتحي ناصيف، أثر انعقاد الزواج وانحلاله على جنسية أفراد أسرة الوطنية والأجنبي، مصر، 1996 7 2. 28.

[4] المادة 16 من نظام الجنسية العربي السعودي. أنظر، أحمد عبد الحميد، عشوش عمر أبو بكر باخشب، أحكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990 7 2. 223.

[5] المادة 09 من تشريع الجنسية السوداني.

بحيث لم يميز تشريع الجنسية السوداني بين الأجنبي المتزوج من سودانية وبين غيره من الأجانب فيما يتعلق بالدخول في هذه الجنسية. وقد انتقده في ذلك كثير من الفقهاء، وعلى رأسهم الأستاذ "عنايت عبد الحميد ثابت" الذي رأى أنه: " كان على المشرع السوداني أن لا يحصر تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجة الأجنبية فحسب بل كان عليه أن يمد تأثير هذا الزواج ليشمل جنسية الزوج الأجنبي أيضا، لا سيما وأن كفالة أسباب الاستقرار للأسرة تقتضي في فرض الزوج الأجنبي إتاحة فرص العمل له بالسودان. وهو الأمر الذي قد تحول دونه قيام الصفة الأجنبية له. ولو أنه فعل لأضاف إلى أسباب التجنس بالجنسية السودانية سببا مستقلا عن سببه المتحصل في علاقة التبعية العائلية بأحد السودانيين قوامه الارتباط عائليا بسوداني"[1].

ونفس الموقف تبناه المشرع المصري[2] الذي لم يجعل للزواج أي أثر على جنسية الزوج. فزواج الأجنبي من مصرية لا يؤثر البتة على جنسيته[3]. فهو لا يخوله حق طلب الدخول في الجنسية المصرية كما هو الحال بالنسبة للزوجة، بل أنه لا يعطيه أي امتياز على الأجانب العاديين إذا ما أراد طلب التجنس بالجنسية المصرية[4]، وبذلك لا يكون أمام الزوج الأجنبي الذي يتزوج من مصرية إلا إتباع التجنس العادي طويل المدة مثله مثل سائر الأجانب الذين لا تربطهم بالدولة أي صلة[5].

وقد رأى الأستاذ "فؤاد عبد المنعم رياض":" أنه كان أحرى بالمشرع المصري أن يحذو حذو غالبية تشريعات الجنسية الحديثة التي تعتبر الزواج من وطنية سببا للتخفيف من شروط التجنس فتشترط بالنسبة للأجنبي المتزوج من وطنية مدة إقامة أقصر من تلك التي تشترطها بالنسبة للأجنبي

---

[1] أنظر، عنايت عبد الحميد ثابت، التجنس في تشريع الجنسية السودانية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع والثلاثون، 1983، العدد 39 . 243.

[2] قانون الجنسية المصري رقم 26 لعام 1975 (المادة 07).

[3] أنظر، صلاح الدين جمال الدين، النظام القانوني للجنسية في الدولة الاسلامية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004 3 2. 101.

[4] أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب، ط.5، دار النهضة العربية، مصر، 1988 1 1. 188.

[5] أنظر، عبد المنعم زمرم، أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011 8 1. 197.

العادي. ولا شك أن تسيير دخول الزوج الأجنبي في جنسية زوجته المصرية أمر لازم لاستقرار الأسرة إذ أن عدم تمتع الزوج بالجنسية المصرية قد يحول دون إمكانية الاقامة أو العمل في مصر"[1].

هذا وقد اعتبر الأستاذ "فؤاد عبد المنعم رياض" والأستاذ "هشام علي صادق" أن المشرع المصري لما جعل زواج المصري من أجنبية سببا من أسباب دخول الزوجة في الجنسية المصرية دون أن يجعل لزواج الوطنية من أجنبي أي أثر مباشر في اكتساب الزوج الأجنبي للجنسية المصرية قد أخل بمبدأ المساواة الدستورية بين الرجل والمرأة في مسائل الجنسية[2].

ثانيا– الاتجاه الثاني: تأثير الزواج على جنسية الأجنبي المتزوج بوطنية

لقد أولى جانب كبير من النظم القانونية الأخرى فكرة مصلحة الأسرة ووحدتها اهتماما خاصا، فقرر تيسير طريق التجنس أمام الأجنبي الذي يتزوج بوطنية، بتخفيف الشروط المتطلبة في التجنس العادي أو بالاستغناء عن بعض تلك الشروط، لا سيما شرط الإقامة العادية في دولة الزوجة[3].

فمن النظم التي خفضت شرط الإقامة، نذكر قانون الجنسية الياباني لعام 1985 حيث نصت المادة 07 منه على تخفيض مدة الاقامة إلى ثلاثة سنوات. كما قضى قانون الجنسية الانجليزي لعام 1981 (المادة 6 فقرة 02) بتخفيض مدة الاقامة للأجنبي الذي يتزوج بإنجليزية من خمس سنوات إلى ثلاثة

---

[1] فؤاد عبد المنعم رياض، المرجع السابق، ص. 188.

[2] أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، نحو تعديل قانون الجنسية المصرية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخمسون، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، مصر، 1994، العدد 850 1. 17-18؛ هشام علي صادق، الجنسية المصرية، القطبية للتوزيع والنشر، الاسكندرية، مصر، 81995 ص.104.

ومن الدول الأجنبية الأخرى التي أقرت عدم استفادة الزوج المطلق من جنسية زوجته الوطنية: كولومبيا، شيلي، فينزويلا، أرجواي، الهند، إندونيسيا. حسام الدين فتحي ناصف، أثر انعقاد الزواج وانحلاله...، المرجع السابق، ص. 28.

[3] أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، الاتجاهات المعاصرة في مسائل الجنسية، مجلة القانون والاقتصاد، سبتمبر سنة 1959، السنة التاسعة والعشرون، مطبعة جامعة القاهرة، 1959، العدد الثالث، ص.665.

فقط. وذات الحل تبناه قانون الجنسية الصيني لعام 1980 (المادة 7)، وكذلك القانون الايطالي رقم 123 الصادر في 21 أبريل 1968 والمعدل في عامي 1975 1977 الذي يخفض مدة الاقامة من عشر سنوات إلى خمسة للأجنبي الذي يتزوج بمواطنة إيطالية.

ومن القوانين العربية، نذكر قانون الجنسية العماني. الذي يخفض مدة الاقامة المتطلبة للتجنس من عشرين عاما إلى عشرة أعوام ميلادية إذا كان متزوجا بعمانية (المادة 2/2). والقانون اللبناني الذي يخفض مدة الاقامة من خمس سنوات إلى سنة واحدة للأجنبي المتزوج بلبنانية (ملحق 03 للقرار 15/S الصادر في 19 جانفي 1925)[1].

ومن النظم التي أعفت تماما الزوج الأجنبي من شرط الاقامة في دولة الزوجة، نذكر قانون الجنسية الهولندي لعام 1985 (المادة 2/8) التي تنص على إعفاء الأجنبي الذي يتزوج بهولندية منذ ثلاث سنوات على الأقل من شرط الاقامة الخمسية المتطلب للتجنس العادي. وكذلك قانون الجنسية التركي الصادر سنة 1964 والمعدل عام 1981 في المادة 07/ب.

ونضيف كذلك قانون الجنسية الفرنسي لعام 1973، حيث يكتسب بمقتضاه الزوج الأجنبي الجنسية الفرنسية إذا اقترن بفرنسية دون تطلب شرط الاقامة، وهو يكتسبها إذا أعلن رغبته في ذلك بعد مضي سنتين من الزواج ما لم يكن قد رزق الزوجان بولد قبل مضي تلك المدة، وطالما كانت الزوجية مازالت قائمة بينهما وقت الاعلان ولم تعترض جهة الادارة خلال سنة من تاريخ إعلان

[1] وتجدر الاشارة إلى أنه تم قد تم إلغاء المادة 03 من القرار رقم 15 الصادر في 1925/01/19 بموجب القرار رقم 122 والصادر بتاريخ 1939/6/19. أحمد عبد الكريم سلامة، محمد الروبي، المرجع السابق، ص. 222-223؛ حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص. 129. حيث نصت المادة المذكورة أعلاه على أنه:" يجوز أن يتخذ التابعية اللبنانية بموجب قرار من رئيس الدولة بعد التحقيق وبناء على طلب يقدمه الأجنبي الذي يقترن بلبنانية ويثبت أنه أقام مدة سنة في لبنان إقامة غير منقطعة منذ اقترانه". أحمد مسلم، المرجع السابق، ص76 75.

الرغبة[1] . ونفس الحكم أقره قانون الجنسية الفرنسي الصادر في 1993/07/22 بحيث أجاز التجنس بدون شرط الاقامة الخمسية للزوج الأجنبي لفرنسية.

إلا أن المادة 21-2 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب القانون رقم 06-911 بتاريخ 2006/07/24 قد نصت على أن الأجنبي أو عديم الجنسية الذي يعقد زواجا مع قرين من الجنسية الفرنسية يمكنه بعد مدة أربع سنوات من تاريخ الزواج، اكتساب الجنسية الفرنسية بموجب تصريح بشرط أن تكون بتاريخ هذا التصريح الحياة المشتركة قائمة فعليا بين الزوجين ولم تتوقف منذ الزواج، وأن يحتفظ الزوج الفرنسي بجنسيته. ويجب أن تمتد الحياة المشتركة 4 سنوات في حالة ما إذا أثبت الأجنبي في وقت التصريح:

– إقامته المتواصلة وغير المنقطعة في الاقليم الفرنسي خلال 3 سنوات على الأقل تحسب من تاريخ الزواج.

– أو يثبت التسجيل المستمر لزوجه في الجنسية الفرنسية في سجلات الفرنسيين التي أنشأت خارج فرنسا أثناء الزواج.

وإلا يستلزم استمرار الحياة الزوجية لمدة 5 سنوات[2].

[1] المادة 21 فقرة 22 33 4 من القانون المدني.

[2] L'article 21-2 du code civil français dispose que : « L'étranger ou apatride qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française peut, après un délai de quatre ans à compter du mariage, acquérir la nationalité française par déclaration à condition qu'à la date de cette déclaration la communauté de vie tant affective que matérielle n'ait pas cessé entre les époux depuis le mariage et que le conjoint français ait conservé sa nationalité.
Le délai de communauté de vie est porté à cinq ans lorsque l'étranger, au moment de la déclaration, soit ne justifie pas avoir résidé de manière ininterrompue et régulière pendant au moins trois ans en France à compter du mariage, soit n'est pas en mesure d'apporter la preuve que son conjoint français a été inscrit pendant la durée de leur communauté de vie à l'étranger au registre des Français établis hors de France. En outre, le mariage célébré à l'étranger doit avoir fait l'objet d'une transcription préalable sur les registres de l'état civil français.
Le conjoint étranger doit en outre justifier d'une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française.
La déclaration est faite dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants. Par dérogation aux dispositions de l'article 26-1, elle est enregistrée par le ministre chargé des naturalisations ».

وبالإضافة إلى ذلك يجب على الزوج الفرنسي الذي يقدم طلبا للحصول على الجنسية الفرنسية أن يثبت المعرفة الكافية للغة الفرنسية[1]، فيجب عليه أن يثبت حصوله على دبلوم يشهد على معرفته للغة الفرنسية يعادل على الأقل دبلوم الدراسات الفرنسية للغة الأجنبية (DELF)، وأن يكون حاصلا على درجة توازن على الأقل درجة B1 في الإطار الأوربي.

كما أعفى المشرع التونسي أيضا طالب التجنس المتزوج من تونسية بشكل مطلق من شرط الاقامة بشرط أن يكون الزوجان مقيمين بتونس عند تقديم الزوج لطلب التجنس[2].

هذا بخصوص الزوج فما بال الأمر بالنسبة لتأثير الزواج على جنسية الزوجة؟

الفرع الثاني

مدى تأثير الزواج على جنسية الزوجة

تتفق تشريعات الجنسية في مختلف دول العالم على أن زواج الأجنبية بوطني يمكن أن يحدث أثره على جنسية الزوجة فيفتح لها الطريق لاكتساب جنسية زوجها الوطني. وفي شأن أثر زواج الأجنبية من وطني على جنسيتها وجدت نظريتان إحداهما تقليدية تقتضي بوجوب توحيد جنسية

[1] وشرط تقييم معرفة اللغة الفرنسية وضع بموجب القانون رقم 2011-672 بتاريخ 2011/06/16، دخل حيز التنفيذ في 2012/01/01، وتم بأحكام المرسوم 2013-794 بتاريخ 2013/08/30 والذي دخل حيز التنفيذ في 2013/09/01.

[2] حيث نص الفصل 21 من مجلة الجنسية التونسية على أنه: " يمكن أن يتجنس بالجنسية التونسية بدون شرط الإقامة المنصوص عليها بالفصل المتقدّم: 2- والأجنبي المتزوج بتونسية إذا كان الزوجان مقيمين بتونس حين تقديم المطلب ". وقد جاء في الفصل 20 من نفس المجلة ما يلي: " لا يمكن منح الأجنبي الجنسية التونسية بطريق التجّنس إلا إذا أثبت أنه اعتاد الإقامة بتونس منذ خمسة أعوام سابقة عن تقديم طلبه وذلك مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها بالفصل 21 الآتي".

الزوجين كأثر للزواج، والأخرى معاصرة وتأخذ بمبدأ استقلال جنسية الزوجة كنقطة بداية[1]، وفيما يلي إيضاح للنظريتين:

أولا– النظرية التقليدية: وحدة جنسية الزوجين أو تبعية الزوجة للزوج في جنسيته

ومقتضى هذه النظرية أن قيام علاقة الزوجية بين الأجنبية والوطني يحدث أثرا مباشرا في جنسية الزوجة. إذ يوجب دخولها تلقائيا بمجرد الزواج وبقوة القانون في جنسية زوجها وذلك دون الاعتداد بإرادتها[2]. وقد اتكأ أصحاب هذه النظرية على جملة من الحجج للدفاع عن موقفهم يمكن حوصلتها فيما يلي:

أ– مصلحة الأسرة

يرى أتباع مبدأ وحدة الجنسية في العائلة أنه باعتبار أن الأسرة هي النواة الأولى في المجتمع، يجب أولا وقبل كل شيء مراعاة مصلحة هذه الأسرة. وليس هناك أدنى شك أن مصلحة هذه الأسرة لا تتحقق إلا إذا توحدت من حيث الجنسية[3]، لأن هذه الوحدة من شأنها أن تحقق الانسجام والتعاطف الروحي والوجداني بين أفراد الأسرة الواحدة[4]. وذلك نظرا لما تعبر عنه فكرة الجنسية ذاتها من معنى الولاء والصلة الروحية والمعنوية بالوطن وبالجماعة الوطنية[5]، وولاء الزوجين لوطن واحد يبعد

[1] حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 130.

[2] أنظر، رشا بشار اسماعيل الصياغ، موقف القانون من جنسية أبناء الأم المتزوجة من أجنبي، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012 0 1. 36.

[3] Cf. BMOHR JC, SIEBECH Ruil, Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne, Recueil Sirey, Paris, 1954, p .51.

[4] أنظر، صفية بشاتن، أثر الزواج المختلط على جنسية المرأة، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 1997) . 92.

[5] أنظر، أحمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج.1 ار النهضة العربية، مصر، 1977) . .137

عنهما عوامل التفرقة والانفصال ويحقق لهما توحيد الشعور الوطني أي التوافق الروحي والفكري والأدبي في نطاق الأسرة الواحدة[1].

فالزواج يجب إذن أن ينشئ وطنا واحدا تنتمي إليه الأسرة ويتحقق بفضله الامتزاج الروحي والفكري بين الزوجين[2]. ولما كان الزوج هو رب العائلة، فيجب أن تكون جنسية المرأة تابعة لجنسيته كما تستقر في موطنه بل وقد تحمل اسمه وفقا لبعض التشريعات[3].

ويواصل أصحاب هذا الرأي القول إن الزوجة الأجنبية إذا ظلت محتفظة بجنسيتها المختلفة عن جنسية زوجها سيؤدي ذلك إلى خضوعها لسلطة دولتها السياسية بينما يخضع الزوج لسلطة دولته؛ ومن ثم سيختلف الولاء وتختلف المشاعر، وهذا أمر قد يؤدي إلى هدم كيان الأسرة، فعدم انتماء الزوجة إلى جنسية دولة الزوج يجعل من الممكن إبعادها عن إقليم هذه الدولة، فيتشتت بذلك شمل العائلة. وتظهر خطورة خضوع كل من الزوجين لسلطة دولة مختلفة بصفة خاصة في حالة نشوب حرب بين دولتي الزوج والزوجة، إذ سيضطر كل منهما إلى تلبية نداء الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته فتنقصم بذلك عرى الأسرة[4].

وحتى في حالة السلم، فإن احتفاظ الزوجة بجنسيتها سيحرمها من حقوق الوطنيين إن كانت تقيم في دولة الزوج[5]. زد على ذلك أن مبدأ وحدة الجنسية في العائلة يحقق الانسجام القانوني في روابط الأسرة وتخضع العلاقات الشخصية والمالية بين الزوجين لقانون واحد هو القانون الوطني لطرفا

---

[1] حسن الممي، الجنسية في القانون التونسي، المرجع السابق، ص. 32.

[2] أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية المقارنة، ج.1، دون دار النشر، 1975: . 49. .

[3] أنظر، بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية .3 ، مطبعة العشري، 2005 : . 186. .

[4] فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية المقارنة، المرجع السابق، ص. 50 49.

[5] بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص. 186.

الرابطة الزوجية[1]. فاختلاف جنسية الزوجين قد تنشأ معه حالات تعدد الجنسية إذا كانت دولة الأب تأخذ بالنسب من الأب ودولة الأم تأخذ بالنسب من الأم[2].

والأهم من ذلك تطبيق قانون واحد هو قانون الزوج على الزواج وآثاره وخاصة بالنسبة لنظام الأموال، لأن العديد من الدول تأخذ بالجنسية كضابط لتطبيق القانون الشخصي في مسائل الأحوال الشخصية[3].

ب- مصلحة الدولة

زيادة لما قدمه أنصار مبدأ وحدة الجنسية في العائلة من حجج، يضيفون دعامة أخرى تتمثل في أنه من مصلحة كل دولة أن تكون وطنية في جميع عناصرها لا يشوبها عنصر أجنبي يمكن الشك في ولائه للدولة، وهو أمر من شأنه أن يزيد ترابط المجتمع وتماسك عنصر السكان في الدولة ووحدته[4].

من الناحية النظرية، هذه الحجج التي أوردها مؤيدو مبدأ وحدة الجنسية في العائلة والتي أولتها بعض الدول الأهمية الوافرة فيما مضى، بل إن بعض التشريعات ما زالت إلى حد الآن تؤمن بتلك الأفكار، وأبرز دليل على ذلك هو بقاء آثار هذه الأفكار في النصوص التشريعية للبعض من هذه الدول[5].

وتطبيق هذا المبدأ بكل حذافيره ينتج عنه الآثار التالية:

---

[1] Cf. SERIN Maurice, Les conflits de lois dans les rapports Franco- Espagnols en matière de mariage , de divorce et de séparation de corps, Thèse doctorat, Université de TOULOUSE, 1929 , p. 176.

[2] حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية ...، المرجع السابق، ص.131.

[3] بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص. 186.

[4] فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية المقارنة، المرجع السابق، ص. 131 .

[5] كما سيأتي تفصيله عند التعرض لموقف التشريعات المقارنة من هذه المسألة، ص.274.

– من جهة، الزوجة الأجنبية تكتسب تلقائيا جنسية زوجها الوطني بسبب زواجها منه.

– ومن جهة أخرى: تفقد الوطنية تلقائيا جنسيتها بسبب زواجها من أجنبي.

ولا شك أن تطبيق المبدأ بهذه الصورة يؤدي لا محالة إلى عواقب وخيمة من النواحي القانونية والاجتماعية والإنسانية. حيث أنه في بعض الحالات تكون للزوجة جنسيتان وذلك في الحالة التي تكتسب فيها الزوجة جنسية زوجها، دون أن يفقدها قانونها الوطني جنسيتها الأصلية إثر زواجها من أجنبي. وفي بعض الحالات تصبح عديمة الجنسية[1]؛ وذلك عندما تفقد الزوجة جنسيتها الأصلية بزواجها من أجنبي، ويرفض قانون زوجها إدخالها في جنسيته رغم زواجها. وهذه الأوضاع المؤسفة ناتجة عن عدم انسجام تشريعات الجنسية في الدول التي ينتمي إليها الزوجين[2].

غير أن هذا المبدأ التقليدي القديم فقد الكثير من فعاليته وصداه بسبب مهاجمته فقهيا وانتقاده من طرف الحركات النسوية التي انتشرت مع بداية القرن العشرين مطالبة بضرورة المساواة بين الرجل والمرأة بأن يكون لها ما للرجل من حقوق وعليها ما عليه من واجبات. ومن هنا ولد المبدأ الجديد الذي يرفض أي تأثير للزواج على جنسية الزوجة، وبالتالي لم تعد تفرض عليها جنسية الزوج بقوة القانون.

ثانيا: النظرية المعاصرة. استقلال جنسية الزوجين

إذا كانت نظرية التضامن أو التبعية في الجنسية بين الأزواج، قد وجدت طريقها إلى النظم القانونية، بالنظر إلى المفاهيم والأفكار القانونية السائدة آنذاك سواء بالنسبة لنظام الأسرة، أم بالنسبة

[1] Cf. GAY (D), VANDEVELD (T), La nationalité de la femme mariée , Librairie Droz , Genève , 1980, p. 145.
[2] صفية بشاتن، المرجع السابق، ص . 35.

لنظام الجنسية، فإن تلك المفاهيم قد تغيرت بفعل الأفكار والايديولوجيات السياسية والاجتماعية التي بدأت تظهر مع نهاية الربع الأول من القرن العشرين. فظهر اتجاه ينادي بالاستقلال بين جنسية الزوجين، وتجريد الزواج من كل أثر على جنسية الزوجة. فالأجنبية التي تتزوج بأحد المواطنين لا تسبغ عليها جنسيته كنتيجة لازمة للزواج، بل يجب أن يتوقف تمتعها أو لحاقها بجنسية زوجها على رغبتها وإرادتها الحرة، فإن لم ترغب ظلت على جنسيتها الأجنبية مستقلة عن جنسية زوجها[1].

وقد ازداد تقييد الدول للأثر المباشر للزواج على جنسية المرأة تدريجيا خلال القرن العشرين بظهور الحركات النسائية التحريرية التي نبهت الأذهان إلى ضرورة المساواة بين الرجل والمرأة والاعتراف لها بشخصية مستقلة[2].

وأيضا ساهم في انتشار مبدأ استقلال الجنسية في العائلة، الاعلان العالمي لحقوق الانسان[3] الذي نص في مادته الخامسة عشرة على أنه: " لكل فرد حق التمتع بجنسية ما ". ونص في مادته الثانية على أنه: "لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان ...دون أية تفرقة بين الرجال والنساء".

وأقرت نفس المبدأ أيضا معاهدة نيويورك لسنة 1957[4] حيث نفت أن يكون للزواج أثر حتمي أو تلقائي على جنسية الزوجة[5].

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، محمد الروبي، قانون الجنسية ...، المرجع السابق، ص. 225. 226.

[2] فؤاد عبد المنعم رياض، الاتجاهات المعاصرة... ، المرجع السابق، ص. 658. 659.

[3] انضمت الجزائر إلى هذا الاعلان بعد الاستقلال مباشرة، حيث نصت المادة 11 من دستور 1963 على أنه: " توافق الجزائر على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ". كما صادقت الجزائر على العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بتاريخ 16 ماي 1989 بموجب المرسوم الرئاسي 89-67 أنظر، شاشوا نور الدين، الحقوق السياسية والمدنية وحمايتها في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2006-2007 " 24-25.

[4] وهي اتفاقية دولية صدرت عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1957/01/29، ودخلت حيز التنفيذ في 1958/08/11. وحتى 2013 وصل عدد الدول الأطراف فيها إلى 74 دولة.

[5] أنظر، ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الأول، الجنسية ومركز الأجانب، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009 " .86.

إذن تنادي هذه النظرية – بعكس سابقتها- باستقلال جنسية المرأة وعدم تأثرها بجنسية زوجها نتيجة أو كأثر حتمي للزواج المختلط[1]. فهي تستند بالدرجة الأولى على وجود مساواة بين المرأة والرجل في التمتع بالحقوق وتحمل التكاليف[2]. ومادام أن المرأة تتمتع في المجتمع الحديث بكافة الحقوق القانونية، فهذا يستتبع حتما وجوب تمتعها بجنسية مستقلة وعدم فرض جنسية زوجها عليها[3]. فلا يمكن إجبار الزوجة على الدخول في جنسية زوجها لمجرد ارتباطها بعلاقة زوجية، بل لا بد من احترام إرادة الزوجة بأن تعلن عن إرادتها في اكتساب جنسية زوجها حتى يتحقق ذلك الاكتساب[4].

وبالإضافة إلى أن هذه النظرية تهدف بالدرجة الأولى إلى احترام إرادة المرأة، فإنها تساهم بقسط كبير في تفادي مشكل عويص يعاني منه بعض الأفراد وهو مشكل انعدام الجنسية[5].

وللدفاع عن رأيهم، صاغ أنصار مبدأ استقلال الجنسية في العائلة مجموعة من الحجج تتمثل أبرزها فيما يلي:

أ– إن فكرة التبعية العائلية للمرأة ونقصان أهليتها واعتبارها في دونية عن الرجل من الناحية الاجتماعية لم تعد تتماشى مع تطور المفاهيم الاجتماعية والقانونية، التي نمت مع بدايات القرن العشرين، بحيث قيدت أو أضعفت سلطات الرجل باعتباره ربا للأسرة. ومع ظهور التنظيمات النسائية بعد الحرب العالمية الأولى قويت حركة المطالبة بمساواة النساء بالرجال في كافة نشاطات الحياة

[1] بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة... ، المرجع السابق، ص. 187.

[2] ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص. 86.

[3] فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات...، المرجع السابق، ص .50.

[4] حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية ...، المرجع السابق، ص. 132.

[5] أنظر، شعبان أو رمضيني، انعدام الجنسية ومشاكله، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 1986 2 32.1.

الاجتماعية والسياسية[1]، وفي مجال الجنسية باستقلال جنسية المرأة عن زوجها وعدم فرض جنسيته عليها وإنما يجب أن يكون تمتعها بجنسية دولة الزوج متوقف على إرادتها. فكما أن المرأة تشارك في الوظائف العامة والانتخابات وغيرها فإنه من الأنسب احتفاظها بجنسيتها عند الزواج المختلط[2].

ب- إن التجانس والتوافق الروحي والمعنوي بين أفراد الأسرة يستسقي وجوده بالدرجة الأولى من الميول والعواطف الشخصية لا من وحدة الجنسية التي هي عامل خارجي عن الحياة الزوجية.

وعليه، فإن الادعاء بأن الانسجام والتوافق العائلي يستلزم وحدة الجنسية لا أساس له من الصحة، فاتحاد جنسية الزوجين لا يعني بالضرورة الانسجام والتوافق العائلي[3]. وبمعنى المخالفة التجانس والتوافق الروحي والمعنوي بين أفراد الأسرة لا يلزم لتحقيقه وحدة جنسية الزوجين؛ فالمشاهد وجوده بالرغم من اختلافهما في الجنسية "إذ لم تكن الجنسية عائقا أمام العواطف الشخصية التي أدت إلى الزواج بين أجنبيين"، وليس الشقاق بينهما راجع بصفة خاصة لاختلاف الجنسية[4].

ج- إن فرض جنسية الزوج على زوجته الأجنبية قد يؤدي إلى دخول عناصر غير مرغوب فيها في الجماعة الوطنية، ولذلك فمبدأ استقلال الجنسية يمكن دولة الزوج من منع الزوجات غير المرغوب فيهن أو اللاتي لا يحملن الولاء لها من دخول جنسيتها. فقد لوحظ خلال الحروب أن كثيرا من النساء اللاتي يكتسبن جنسية أزواجهن يبقين مواليات لدولتهن الأصلية. وفي ذلك خطر كبير على

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، محمد الروبي، المرجع السابق، ص .226.

[2] بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص. 187.

[3] صفية بشاتن، الرجع السابق، ص. 39.

[4] بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص.187.

الدولة إذا كانت الزوجة تنتمي أصلا إلى دولة من دول الأعداء، إذ لا تستطيع الدولة أن تتخذ حيالها بعض الاجراءات الضرورية كالإبعاد لتمتعها بالجنسية الوطنية[1].

د– إذا كان من مصلحة دولة الزوج أن تكتسب الزوجة الأجنبية جنسية زوجها، فذلك قد لا يحقق مصلحة دولة الزوجة لا سيما إذا كانت من الدول المستوردة للسكان ككندا مثلا، وتحرص على بقاء الزوجة متمتعة بجنسيتها رغم زواجها من أجنبي. كما أن بقاء الزوجة على جنسيتها قد يؤدي إلى دخول الزوج في تلك الجنسية إذا كان مقيما في إقليم دولة الزوجة وكان الأبناء قد ثبتت لهم جنسية تلك الدولة على أساس حق الاقليم[2].

ذ– الحجة الأخيرة التي استند إليها أنصار مبدأ استقلال الجنسية هي ضرورة عدم التذرع بالاعتبارات القانونية التي تستدعي الأخذ بمبدأ وحدة الجنسية لتفادي مسألة تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، حيث أن هذه الاعتبارات القانونية قد لا تؤثر إطلاقا على القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، وذلك لأن الكثير من الدول[3] لا تأخذ بالجنسية ضابطا لتطبيق القانون الشخصي في مسائل الأحوال الشخصية وتأخذ بضابط الموطن، وبالتالي فلا تكون الجنسية محل أي اعتبار[4].

ثالثا: تقدير النظريتين

مما لا شك فيه، وبعد سرد حجج وآراء أنصار المبدأين اللذين تبنى على أساسهما جنسية المرأة المتزوجة، أن الاتجاهين السابقين على حد سواء ينطوي كل منهما على مبالغة واضحة في النظر لا

---

[1] حسام الدين ناصف، نظام الجنسية ...، المرجع السابق، ص. 133 132.

[2] حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية ...، المرجع السابق، ص.133؛ بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص.188.

[3] وهي الدول الأنجلوسكسونية (les pays Anglo-saxons).

[4] صفية بشاتن، المرجع السابق، ص.41؛ بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة ... ، المرجع السابق، ص .188.

يمكن إنكارها. إلا أنه من جهة أخرى، ظاهر أن كل منهما يحمل بين طياته مزايا لا يمكن تجاهلها. وعليه فلا يمكن الانحياز كلية ولا الهجر التام لأي منهما بصورة مطلقة.

فالزوجة إذا كانت تقيم أو ستقيم بعد الزواج في دولة الزوج، فمبدأ وحدة الجنسية هو الأصلح والمفيد لها، لأن ذلك سيسمح لها بالتمتع – بصفتها وطنية – بكافة الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون داخل الدولة. بالإضافة إلى أن ذلك يساهم في تحقيق الانسجام والتماسك داخل العائلة، كما أن الوحدة في الجنسية يؤدي إلى توحيد القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع.

أما من حيث احترام المبادئ الأساسية في مادة الجنسية، فإن مبدأ استقلال الجنسية في العائلة هو الأنسب من دون شك. كما أن هذا المبدأ هو الأصلح على اعتبار أنه يمكن الدولة المستقبلة من مراقبة وغربلة الزوجات الأجنبيات اللاتي ترغب في إدخالهن في جنسيتها واللاتي تفضل استبعادهن، فتدخل من تراها منهن جديرة بجنسيتها وتبعد تلك التي ترى أن إدماجها خطر على مجتمعها.

وعلى أية حال، فإن الأنسب عمليا هو الخلط بين الرأيين أو المبدأين السابقين، وهذا الخلط يؤدي إلى التوفيق بين عوامل جوهرية تتلخص في الآتي:

أ– احترام إرادة الزوجة: وذلك من خلال الاعتداد بإرادتها في كسب جنسية زوجها وعدم فرضها عليها ويتحقق ذلك بإحدى الطريقتين التاليتين:

1. تعليق كسب جنسية زوجها على طلبها.
2. فرض جنسية زوجها عليها مع تمكينها من ردها.

ويتضح جليا من هاتين الحالتين أن لإرادة الزوجة- مهما كانت الطريقة التي تعبر بها عنها- دورا فعالا في اكتساب جنسية زوجها[1].

ب – تفادي ظاهرتي انعدام وازدواج الجنسية: وذلك باللجوء إلى تحقيق الانسجام التشريعي بين قوانين الجنسية لمختلف الدول. ومن أهم الاقتراحات لتحقيق هذا الغرض ضرورة تجاوب الصياغة التشريعية في كسب الجنسية وفقدها في كل من قانون الزوجة وقانون الزوج؛ فلا تفقد الوطنية جنسيتها بزواجها من أجنبي إلا إذا كان قانون زوجها يكسبها جنسيته.

كما لا تكتسب الأجنبية جنسية الوطني إلا إذا كان قانونها يفقدها جنسيتها الأصلية بحصولها على جنسية الزوج[2].

والواقع أن أحد المبدأين لم يسد على إطلاقه، فتختلف طريقة الدول في إعمال كل مبدأ منهما وفقا لمصالحها الوطنية. فنجد مثلا قوانين بعض الدول التي تأخذ بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة تقرر أن الزوجة لا تفقد جنسيتها بالزواج إلا إذا كان قانون الزوج يكسبها جنسيته. ومنها من لا يكسب الزوجة الأجنبية جنسية الزوج الوطني إلا إذا كان قانونها يفقدها جنسيتها الأصلية بحصولها على جنسية زوجها[3].

ويلاحظ أيضا أن اتجاه الدولة الواحدة قد يتغير تبعا لأحوالها وما تمر به من ظروف مختلفة، لذلك قد نجد أن مسألة تفضيل مبدأ على آخر قد يختلف ويتأرجح حتى داخل الدولة الواحدة من

[1] صفية بشاتن، المرجع السابق، ص .44.

[2] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 257.

[3] بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص .188.

زمن إلى زمن آخر[1]. كما هو عليه الحال مثلا في النهج الذي سطرته كل من فرنسا ومصر عبر تشريعاتها المختلفة والمتتالية كما سيأتي تفصيله لاحقا.

رابعا – موقف التشريعات المقارنة من جنسية المرأة المتزوجة

تختلف التشريعات المقارنة من حيث الاعتراف بتأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجة، فمنها ما يأخذ:

أ/ بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة

ومن ثم تبعية الزوجة لجنسية زوجها[2]، فتنص عادة هذه التشريعات على دخول الأجنبية في جنسية الدولة بمجرد زواجها من وطني كما كانت تنص على فقد الوطنية لجنسيتها بمجرد الزواج من أجنبي[3].

ويعتبر مبدأ وحدة الجنسية في العائلة من أقدم الاتجاهات الفكرية التي ظهرت في مجال بيان تأثير الزواج على جنسية الزوجة[4]، فأصوله البعيدة – كما ذكر بعض الفقهاء[5]– ترجع إلى عهد القانون الروماني وقبل أن تتبلور فكرة التبعية السياسية أو الجنسية حيث كان عندما يعترف لأحد الأجانب –

[1] صفية بشاتن، المرجع السابق . 45.

[2] أنظر، صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج.1، دار النهضة العربية، بيروت، 21972 9 .207.

[3] فؤاد عبد المنعم رياض، الاتجاهات المعاصرة... ، المرجع السابق، ص. 34.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، محمد الروبي، المرجع السابق، ص.224.

[5] أنظر، صوفي أبو طالب، تطبيق القانون الروماني في مصر الرومانية، مجلة القانون والاقتصاد، دار النهضة العربية، مصر، 41958 2.572.

وهم سكان البلاد أو المدن التي خضعت لروما وأصبحت جزءا من الإمبراطورية الرومانية دون أن تمنح لهم الجنسية الرومانية – بأهلية التمتع ببعض الحقوق كان يعترف بها أيضا لزوجته[1].

كما عرف هذا المبدأ في الفقه الاسلامي للجنسية، فالمرأة تابعة لزوجها في المقام والموطن[2]. ومع ظهور فكرة الجنسية بالمفهوم الفني المعاصر في أواخر القرن الثامن عشر استلهمت العديد من النظم القانونية هذا المبدأ، حيث كان مبدأ وحدة الجنسية هو السائد في القانون القديم، وكانت الأمم كلها تؤمن بالاكتساب الضروري لجنسية الزوج من جانب المرأة وفيما يلي نذكر بعضا من هذه التشريعات:

ما جاء في المادة 12 من القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 (قانون نابليون) والتي كانت تقضي بأن الأجنبية التي تتزوج من فرنسي تتبع مركز زوجها[3]، فإذا تقتضي هذه المادة اكتساب المرأة الأجنبية الجنسية الفرنسية بزواجها من فرنسي فتصبح عندئذ فرنسية[4]. كما قضت المادة 19 من القانون سالف الذكر بأن الفرنسية التي تتزوج من أجنبي تفقد جنسيتها الفرنسية[5]. فهذا القانون كان يؤكد على وحدة العائلة وتماسكها وذلك وفقا للمعقدات السائدة، والتي كان يهيمن عليها مبدأ خضوع الزوجة لحكم زوجها[6]، التي يستتبع بالضرورة أن تتبع زوجها إلى وطنه.

[1] صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص.572.

[2] أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، مبادئ القانون الدولي الخاص الاسلامي المقارن، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، 1989 2 100.5.

[3] L'article 12, alinéa 1 du code civil français disposait que « l'étrangère qui aura épousé un français suit la condition de son mari ». (abrogé par la loi du 10 aout 1927, art.13).

[4] Cf. LAGADRE Paul, Droit international privé et communautaire, 7°édition, DEFRENOIS, Lextenso édition, France, 2010, p.39.

[5] SERIN Maurice, op.cit., p.177.

[6] Cf. LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, Droit international privé, DALLOZ, 1980, p.76 ; LAGARDE Paul, La nationalité française, Dalloz, 1975, p.17.

وكان من مزاياه أنه يؤدي إلى وحدة الجنسية في العائلة وبالتالي إلى توحيد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج[1].

كذلك ما جاء في قانون الجنسية الفرنسي الصادر سنة 1945 حيث قضت المادة 37 منه على أن الأجنبية التي تتزوج فرنسيا تكتسب الجنسية الفرنسية لحظة إبرام الزواج[2]. أما الفرنسية التي تتزوج أجنبيا فتحتفظ بجنسيتها الفرنسية. فالأخذ بوحدة الجنسية في العائلة، من شأنه أن يتفق مع المصلحة العامة وتكثير أعداد الفرنسيين وزيادته. ولقد نقد قانون سنة 1945 ما كان مقررا في قانون سنة 1927 (مبدأ استقلال الجنسية) الذي لم يجعل للزواج أي تأثير على جنسية الزوجة لا بالنسبة للفرنسية التي تتزوج أجنبيا ولا بالنسبة للأجنبية التي تتزوج فرنسيا[3]، ثم عاد المشرع الفرنسي وأخذ بمبدأ وحدة الجنسية، وإن كان هذا القانون يعطي الأجنبية الحق في رفض الجنسية الفرنسية[4]. كما يعطي للحكومة خلال مدة معينة حق الاعتراض على اكتسابها الجنسية الفرنسية[5].

كذلك ما كانت تقضي به المادة العاشرة من قانون الجنسية الايطالي الصادر سنة 1912 من أنه لا يجوز للمرأة أن تتقلد جنسية غير جنسية زوجها، وأن الأجنبية التي تتزوج من إيطالي تكتسب الجنسية الايطالية ولا تفتقدها عند ترملها إلا إذا استردت جنسيتها الأصلية[6].

بالإضافة إلى المادة 22 من القانون المدني الاسباني الصادر سنة 1931 التي قضت بأن على المرأة المتزوجة أن تتبع جنسية زوجها[7]. وما كانت به تقتضي المادة 21 من القانون المدني اليوناني

---

[1] Cf. HOLLEAUX Dominique, FOYER Jacques, De GEOUFFRE La PRADELLE Géraud, Droit international privé, édition Masson, 1987, p.44.

[2] SAVATIER René, Cours …, op.cit., p.75.

[3] LAGADRE Paul, Droit … et communautaire, op.cit., p.40.

[4] أنظر، مصطفى محمد الباز، جنسية المرأة المتزوجة في القانون الدولي الخاص المقارن والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001. 158.

[5] LAGARDE Paul, La nationalité…, op.cit., p. 226.

[6] حسام الدين فتحي ناصف، أثر انعقاد الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص .10.

[7] مصطفى محمد مصطفى الباز، المرجع السابق، ص .159.

الصادر سنة 1856 والمعدل بقانوني سنتي 1926 و 1927 من أن الأجنبية التي تتزوج من يوناني تكتسب الجنسية اليونانية بمقتضى هذا الزواج[1].

وأيضا أخذت بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة وقضت باكتساب الأجنبية جنسية زوجها كأثر مباشر للزواج تشريعات كل من بلجيكا[2]، فنلندا[3] سويسرا[4]، أفغانستان[5]، المجر[6]، البرتغال[7] الفلبين[8]، هولندا[9]، وتركيا[10].

وبالإضافة إلى التشريعات الغربية، هناك بعض التشريعات العربية التي آمنت أيضا بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة وجسدته صراحة في قوانينها ولعل من أبرزها:

1. قانون الجنسية البحريني لسنة 1963 حيث نصت المادة 1/7 منه على أنه:" إذا تزوجت امرأة أجنبية ببحريني بعد تاريخ العمل بهذا القانون تصبح بحرينية".

2. قانون الجنسية الأردنية الصادر سنة 1928 حيث نصت المادة 10 منه على أنه: "تعتبر زوجة الأردني أردنية وزوجة الأجنبي أجنبية". وبمثل هذا الحل أخذت المادة 08 من القانون رقم 6 لسنة 1954، والمستبدلة بالقانون رقم 7 لسنة 1963.

---

[1] فؤاد عبد المنعم رياض، الاتجاهات المعاصرة ...، المرجع السابق، ص . 661.

[2] المادة 04 من قانون الجنسية لسنة 1932.

[3] المادة 3 من تشريع الجنسية لسنة 1941.

[4] المادة 03 من تشريع الجنسية لسنة 1952.

[5] المادة 10 من تشريع الجنسية لسنة 1936.

[6] المادة 3/1 من قانون الجنسية لسنة 1948.

[7] المادة 6/18 من القانون المدني لسنة 1930.

[8] المادة 15 من القانون رقم 473 الصادر سنة 1939.

[9] المادة 05 من قانون الجنسية لسنة 1949.

[10] المادة 13 من القانون لسنة 1928 .

3. القانون اللبناني حيث قضت المادة الخامسة من القرار رقم 15/S لسنة 1925 بأن:" المرأة الأجنبية التي تقترن بلبناني تصير لبنانية"[1].

4. القانون الكويتي الصادر سنة 1959 حيث نصت المادة 08 منه على أنه: "إن المرأة الأجنبية التي تتزوج من كويتي تصبح كويتية".

5. القانون السعودي الصادر سنة 1957 حيث قضت المادة 16 منه باكتساب المرأة الأجنبية بالزواج جنسية زوجها السعودي[2].

6. كما أخذ تشريع الجنسية المصري الصادر سنة 1929 بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة في صورته المطلقة[3]، حيث نصت المادة 14 منه على أنه:" المرأة الأجنبية التي تتزوج من مصري تصير مصرية ولا تفقد الجنسية المصرية عند انتهاء الزوجية إلا إذا جعلت إقامتها العادية في الخارج واستردت جنسيتها الأصلية عملا بالقانون الخاص بهذه الجنسية"[4].

ونفس الحكم جسدته الاتفاقية التي أبرمتها جامعة الدول العربية في 15 أبريل 1954 والخاصة بشأن بعض أحكام الجنسية بين دول الجامعة العربية حيث ذكرت المادة الثانية منها أنه: "تكتسب المرأة العربية بالزواج جنسية زوجها العربي، وتسقط عنها به جنسيتها السابقة ما لم تطلب الزوجة الاحتفاظ بجنسيتها في عقد الزواج أو بإعلان لاحق خلال ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج"[5].

---

[1] أحمد مسلم، موجز القانون الدولي .... المرجع السابق، ص. 72 .

[2] أنظر، ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، 2007 . 231.

[3] ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المرجع السابق، ص.231.

[4] فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في الجنسية ...، المرجع السابق، ص.188.

[5] مصطفى محمد مصطفى الباز، المرجع السابق، ص. 165-166 .

ب/ مبدأ استقلال الجنسية في العائلة

نظرية استقلال جنسية الزوجين بمفهومها السابق[1] قد اعتنقتها الاتفاقيات الدولية والتشريعات المعاصرة، ونبين ذلك فيما يلي:

1- الاتفاقيات الدولية ونظرية استقلال جنسية الزوجين

من الاتفاقيات الدولية التي أخذت بنظرية استقلال جنسية الزوجين نجد:

- **اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة**

صدرت هذه الاتفاقية عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1957/01/29 وبدأ سريانها في 1958/08/11 التي تنص في مادتها الأولى على أنه: " تقبل كل دولة متعاقدة بألا يؤثر انعقاد أو انحلال الزواج بين أحد رعاياها وأحد الأجانب، كما لا يؤثر تغيير الزوج لجنسيته أثناء الزواج على جنسية الزوجة بطريقة آلية". وعليه، جسدت هذه المادة صراحة مبدأ أن لا يكون للزواج أثر تلقائي على جنسية الزوجة[2].

كما تنص المادة الثانية من هذه الاتفاقية على أنه:" لا يحول الدخول الإرادي لأحد الوطنيين في جنسية دولة أخرى ولا تنازله عن جنسيته دون أن تحتفظ زوجته بجنسيتها".

[1] أنظر، ص. 267-271 من هذه الرسالة.

[2] حسام الدين فتحي ناصف، أثر انعقاد الزواج ...، المرجع السابق، ص. 11.

وهكذا أخذت هذه الاتفاقية بنقطة البداية وهي استقلال جنسية الزوجين وأتاحت الفرصة للوصول إلى وحدة الجنسية بينهما بنصها في مادتها الثالثة على أنه: " الزوجة الأجنبية لأحد الوطنيين يمكنها بناء على طلبها أن تكتسب جنسية زوجها من خلال إجراءات تجنس خاصة متميزة"[1].

– اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[2]

وهي الاتفاقية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1979/12/18 والسارية المفعول ابتداء من تاريخ 1981/09/03[3]. وتنص المادة 1/9 منها على أنه " تمنح الدول الأطراف المرأة حقا مساويا لحق الرجل في اكتساب جنسيتها أو الاحتفاظ بها أو تغييرها. وتضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج من أجنبي، أو تغير جنسية الزوج أثناء الزواج أن تتغير تلقائيا جنسية الزوجة، أو أن تصبح بلا جنسية، أو أن تفرض عليها جنسية الزوج".

– اتفاقية لاهاي لسنة 1930 المتعلقة بتنازع القوانين في شأن الجنسية

حيث أقرت هذه الاتفاقية مبدأ عاما مقتضاه ألا يكون للزواج أثر حتمي أو تلقائي على جنسية الزوجة [4].

– اتفاقية عام 1962

حاولت الأمم المتحدة تحقيق نوع من الانسجام بين تشريعات الدول في خصوص جنسية الزوجة مراعية في ذلك العديد من الاعتبارات فوضعت هذه الاتفاقية بحيث تضمنت مادتها الأولى مبدأ عدم جواز فرض جنسية الزوج على الزوجة الأجنبية بقوة القانون. وتضمنت مادتها الثانية مبدأ

---

[1] حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية ...، المرجع السابق، ص.133-134 .

[2] صادقت عليها الجزائر في 1996/01/22، الجريدة الرسمية رقم 06 بتاريخ 1996/01/24.

[3] أنظر، وحياني جيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2009/2008 ص 20.2.

[4] حسام الدين فتحي ناصف، أثر انعقاد الزواج ... المرجع السابق، ص. 11.

فتح باب الجنسية للزوجة الأجنبية بحيث تدخله إذا أرادت مع منح دولة الزوج سلطة تقديرية في منح جنسيتها لها أو رفضها استجابة لدواعي الأمن القومي والنظام العام فيها[1].

2- تشريعات الجنسية المعاصرة ونظرية استقلال جنسية الزوجين

لقيت نظرية استقلال جنسية الزوجين رواجا لدى التشريعات المعاصرة، بل إن التشريعات التي كانت تأخذ بنظرية الوحدة والتي أشرنا إلى بعض منها، بدأت تتحول إليها[2]. ومع ذلك فاستقراء تشريعات الجنسية المقارنة يبرز تباين تلك التشريعات في كيفية إعمال نظرية الاستقلال بحيث يمكن أن نميز بشأنها بين أربعة اتجاهات:

1/ **الاتجاه الأول**: وفيه يتم إعمال نظرية الاستقلال في صورتها المطلقة، بحيث لا يكون لزواج المرأة الأجنبية بأحد الوطنيين أي أثر على جنسيتها. فلا تثبت لها جنسية دولة الزوج إلا بطريق التجنس شأنها في ذلك شأن أي أجنبي. ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه، نذكر قانون الجنسية الصيني الصادر في 10 سبتمبر 1980 (المادة 8-9)، وقانون الجنسية الكندي النافذ في 15 فبراير 1977 (المادة 05)[3] وكذلك قانون الجنسية الفرنسي لعام 1973، بحيث كانت تنص مادته 37 على أن الزواج لا يحدث أي تأثير على الجنسية[4].

2/ **الاتجاه الثاني**: وهو أقل تشددا، فالأصل فيه أنه لا أثر للزواج على جنسية الزوجة، بل تبقى على جنسيتها. ولكن يكون لها حق طلب اكتساب جنسية الزوج الوطني طبقا لشروط التجنس التي

---

[1] صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.208.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، محمد الروبي، المرجع السابق، ص .227.

[3] حسام الدين فتحي ناصيف، نظام الجنسية في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.135.

[4] LAGARDE Paul, Le droit ... et communauté, op.cit. , p.40.

يقررها قانون تلك الجنسية، ولكن مع بعض التيسير أو التخفيف، لاسيما بشأن شرط الإقامة بتخفيض مدة الإقامة المطلوبة أو الاعفاء منها[1].

[1] أنظر، أحمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج.1، دار النهضة العربية، مصر، 01977 142.2.

ومن القوانين التي سارت في هذا الاتجاه نجد:

– قانون الجنسية الياباني لعام 1985 (المادة 07) الذي يقرر تخفيض مدة الإقامة أو التوطن في اليابان بالنسبة لها من خمس سنوات – وهي مدة التجنس العادي– إلى ثلاث سنوات فقط .

– قانون الجنسية النمساوي الصادر في 3 مارس 1983 (المادة 11) التي تنص على أن الأجنبية التي تتزوج من نمساوي لا تكتسب جنسيته بقوة القانون، بل لها إن أرادات أن تطلب ذلك بشروط التجنس الميسرة، وهي وجود زواج صحيح وقائم منذ عام على الأقل، وأن تكون الزوجة متوطنة في النمسا مدة أربع سنوات متتالية على الأقل (مع ملاحظة أن مدة الإقامة المتطلبة للتجنس العادي هي عشر سنوات)، وإذا كان عمر الزواج سنتين فقط تكفي مدة ثلاث سنوات من التوطن. حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية... ، المرجع السابق، ص .136.

– المادة الأولى من قانون الجنسية الايطالي رقم 123 الصادر سنة 1983 والتي تنص على أنه: " الزوج الأجنبي أو عديم الجنسية مواطن ايطالي يكتسب الجنسية الايطالية إذا كان مقيما منذ ستة أشهر على الأقل في إيطاليا، أو بعد ثلاث سنوات تحسب من تاريخ الزواج، إذا لم يكن هناك انحلال أو بطلان أو وقف لآثاره المدنية ولم يوجد انفصال قانوني". وكذلك قضى القانون الايطالي رقم 91 الصادر بتاريخ 1992/02/05 أن الأجنبي الذي يتزوج بمواطن إيطالي يكتسب الجنسية الايطالية بتقديم طلب بعد 6 أشهر من الاقامة بإيطاليا أو بعد 3 سنوات من الزواج إذا كان المعني بالأمر مقيما بالخارج.

– المادة 30 من قانون الجنسية البلجيكي التي تنص على أنه: " يمكن للأجنبية التي تتزوج بلجيكيا أن تكتسب الجنسية البلجيكية إذا أقام الزوجان في بلجيكا مدة ستة أشهر على الأقل".

– المادة 319 من القانون العام الأمريكي رقم 414 لسنة 1952، والتي تنقص مدة الاقامة اللازمة لتجنس الزوجة الأجنبية من خمس سنوات إلى ثلاث سنوات. ومن هذه المادة نستخلص أن الزواج لا يمارس أي تأثير على جنسية المرأة الأجنبية التي تتزوج بمواطن أمريكي، فهي لا تكتسب بحكم القانون جنسية زوجها. وإذا أرادت اكتساب هذه الجنسية تلجأ عندئذ إلى التجنس وتخضع لشروطه المنصوص عليها قانونا، إلا أن المرأة في هذه الحالة تستفيد من تخفيض مدة التدريب المطلوبة عادة.

Cf. DUTOIT Bernard, La nationalité de la femme mariée, Librairie, Droz, Genève, 1980, p.179.

– قانون الجنسية المغربي المعدل بتاريخ 23 مارس 2007. حيث تنص مادته العاشرة على أنه: " يمكن للمرأة الأجنبية المتزوجة من مغربي بعد مرور خمس سنوات على الأقل على إقامتها في المغرب بكيفية اعتيادية ومنتظمة أن تتقدم أثناء قيام العلاقة الزوجية إلى وزير العدل بتصريح لاكتساب الجنسية المغربية ".

– قانون الجنسية التونسي لسنة 1963 في الفصل 14 منه. حيث ينص على أنه " يمكن للمرأة الأجنبية المتزوجة من تونسي ....أن تطلب الجنسية التونسية بتصريح يقع طبق الشروط المنصوص عليها بالفصل 39 من هذه المجلة، وذلك إذا كان الزوجان مقيمين بتونس منذ عامين على الأقل. وهي تكتسب الجنسية التونسية من تاريخ تسجيل التصريح ...".

– المرسوم التشريعي السوري رقم 276 لسنة 1969. حيث انطلق من مبدأ استقلال الجنسية بين الزوجين وكرسه بقوله:" المرأة الأجنبية التي تتزوج من شخص يتمتع بالجنسية العربية السورية لا تكتسبها إلا ضمن الشروط والأحكام المنصوص عليها في الفقرة 01 من المادة 08. وهذه الشروط هي:

أ– أن تقدم طلبا بذلك إلى وزارة الداخلية.

ب– أن تستمر الزوجية قائمة مدة سنتين من تاريخ الطلب.

ت– أن تكون مقيمة في القطر بصورة مشروعة خلال المدة المذكورة في الفقرة (ب) السابقة .

ث– أن يصدر قرار عن الوزير بإكسابها الجنسية. أنظر، فؤاد شباط، دراسات مقارنة في الجنسية وإقامة الاجانب في سورية ولبنان، مطبعة الحبلاوي، دار الكتب، 1970 .53.

ومن القوانين التي أعفت الزوجة الأجنبية من مدة الإقامة المطلوبة للتجنس: قانون الجنسية الفرنسي لسنة 1993 وحكمه المدرج في القانون المدني(المادة 21)[1]، الذي ينطبق على الزوج الأجنبي أو الزوجة الأجنبية لطرف فرنسي حيث يجوز وفقا لهذه المادة تجنس الزوجة الأجنبية بالجنسية الفرنسية مع إعفائها من شرط الإقامة الخمسية المطلوبة للتجنس العادي[2].

3- الاتجاه الثالث: وفيه اكتفت بعض التشريعات باستلزام استمرار الزواج قائما بين الأجنبية والطرف الوطني فترة معينة قبل إعلان الرغبة في الحصول على جنسية الزوج، - من ذلك قانون الجنسية الفرنسي لعام 1973 المعدل[3]— أو من تاريخ إعلان الرغبة في اكتساب جنسية دولة الزوج، ومن تلك التشريعات نذكر:

- نظام الجنسية العربية السعودي لعام 1374 هـ (م 16).

- قانون الجنسية البحريني لعام 1963 المعدل عام 1981[4].

- قانون الجنسية الكويتي (المادة 08 معدلة بالمرسوم رقم 100 لسنة 1980).

- قانون الجنسية السوداني رقم 19 لسنة 1993. حيث تجيز المادة 18/ ب منه حصول الأجنبية زوجة السوداني على الجنسية السودانية إذا أقامت بالسودان مع زوجها السوداني لمدة سنتين على الأقل من تاريخ تقديم الطلب، على أنه يجوز لرئيس الدولة بناء على توصية الوزير إعفاؤها من مدة الاقامة هذه ...إذا كانت قد أقامت بالسودان مع زوجها السوداني لمدة سنتين على الأقل قبل تاريخ تقديم ذلك الطلب.

[1] تم تعديل هذه المادة بموجب القانون رقم 06-911 بتاريخ 2006/07/24، أنظر، ص. 262 263 من هذه الرسالة.

[2] Cass.1er civ, 29 février 2012, N° 11-10970, Gaz. Pal, Recueil mars- avril, 2012, p.1117.

[3] وهذا ما جسدته المادة 2/21 المعدلة من القانون المدني التي نصت على أن الأجنبي الذي يتزوج بزوج من جنسية فرنسية يستطيع بعد عامين تحسب من تاريخ الزواج؛ أن يكتسب الجنسية الفرنسية من خلال تقديم طلب إلى الجهات المختصة، بشرط أن تكون في تاريخ تقديم هذا الطلب الحياة المشتركة مستمرة ولم تتوقف بين الزوجين وأن يكون الزوج الفرنسي محتفظا بجنسيته ".

L'article 12-2 du code civil français disposait que : « l'étranger ….qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française peut après un délai de deux ans à compter du mariage acquérir la nationalité française par déclaration à condition qu'à la date de cette déclaration, la communauté de vie n'ait pas cessé entre les époux et que le conjoint français ait conservé sa nationalité » .Cf. VALLAR Christian, Le radicalisme religieux et le refus fondé d'acquisition de la nationalité, recueil Dalloz, 2009, N°5 , p .345.

وقد تم تعديل هذه المادة بموجب القانون رقم 06-911 بتاريخ 2006/07/24، أنظر، ص. 262 263 من هذه الرسالة.

[4] حيث تنص مادته السابعة على أنه:" المرأة الأجنبية التي تتزوج من بحريني ....لا تصبح بحرينية إلا إذا أعلمت وزير الداخلية برغبتها في كسب هذه الجنسية واستمرت علاقة الزوجية قائمة لمدة خمس سنوات من تاريخ إعلان رغبتها، ويجوز لوزير الداخلية الإعفاء من كل هذه المدة أو بعضها، كما يجوز له خلال هذه المدة ولأسباب تتعلق بالأمن القومي والنظام العام حرمان المرأة الأجنبية من كسب الجنسية البحرينية بالتبعية لزوجه ".

– قانون جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة لعام 1975 المعدل (المادة 3 فقرة 01).

– قانون الجنسية القطري رقم 38 لسنة 2005 (المادة 08).

– قانون الجنسية اليمني رقم 06 لسنة 1990 في المادة 11 التي اشترطت الفقرة (ب) منها مرور أربع سنوات على الأقل من تاريخ الزواج.

والملاحظ أن جميع القوانين السابقة لا تشترط إقامة الزوجة الأجنبية في إقليم دولة زوجها خلال المدة التي يجب أن تكون الزوجية قائمة فيها، والتي تحسب من تاريخ تقديم طلب اكتساب الجنسية إلى جهة المختصة. وهذا على خلاف الوضع في قانون الجنسية العربية السوري لسنة 1969[1] الذي قرر من خلال مادته التاسعة أن المرأة الأجنبية التي تتزوج من شخص سوري لا تكتسب الجنسية السورية إلا إذا قدمت طلبا بذلك واستمرت الزوجية قائمة مدة سنتين من تاريخ الطلب وكانت الزوجة مقيمة في سوريا بصورة مشروعة خلال المدة المذكورة[2].

كذلك ما قضت به المادة 05 من قانون الجنسية العماني لسنة 1983 والتي تقرر أنه يجوز للمرأة الأجنبية التي تتزوج من عماني طلب الحصول على الجنسية العمانية شريطة أن ينقضي على زواجها منه وإقامتها معه في عمان خمس سنوات على الأقل .

وأيضا ما نصت عليه المادة 8/ب من قانون الجنسية السوداني رقم 19 لسنة 1993 والتي تؤكد أهمية الإقامة مع الزوج باشتراطه أن تكون الزوجة الأجنبية قد أقامت بالسودان مع زوجها السوداني لمدة سنتين على الأقل من تاريخ تقديم الطلب، على أنه يجوز لرئيس الدولة بناء على توصية

[1] أنظر، عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، جنسية المرأة المتزوجة وآثارها في محيط الأسرة في القانون المصري والفرنسي والسوداني، مكتبة النصر، جامعة القاهرة، 1991 » .58.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، محمد الروبي، المرجع السابق، ص. 228.

الوزير إعفاؤها من مدة الإقامة هذه إذا كانت قد أقامت بالسودان مع زوجها السوداني لمدة سنتين على الأقل قبل تاريخ تقديم ذلك الطلب[1].

4- الاتجاه الرابع: وهذا هو الاتجاه الأخير، ونجد فيه أن بعض التشريعات التي اعتنقت نظرية استقلال الجنسية في الأسرة، لم تستلزم شيئا لاكتساب الزوجة لجنسية زوجها سوى إعلان رغبتها في ذلك. ومن بينها نذكر قانون الجنسية الفرنسي لعام 1927 الذي قضى باحتفاظ المرأة المتزوجة بجنسيتها، وبالتالي لم يرتب أي أثر للزواج المختلط على جنسية الزوجة إلا إذا اختارت هذه الأخيرة – فرنسية كانت أو أجنبية- بإرادتها الحرة اكتساب جنسية زوجها[2].

ومن خلال ما تقدم ذكره، نستنتج أن نظرية وحدة الجنسية في العائلة لم يبق لها سوى قيمة تاريخية فقد أبانت لنا تشريعات الجنسية التي استعرضناها آنفا؛ غلبة الاتجاه نحو تأكيد استقلال الزوجة بجنسيتها وعدم إلحاقها بجنسية زوجها إلا إذا رغبت هي في ذلك، وأعربت عن تلك الرغبة صراحة[3].

ج- الجمع بين مبدأي الوحدة والاستقلال

إن استقراءنا للاتجاهات التشريعات السابقة يوضح لنا أرجحية النظرية المعاصرة التي تؤكد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مجال الجنسية، الأمر الذي يتوفر معه احترام إرادة المرأة، وعدم ترتيب أي

---

[1] حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية ...، المرجع السابق، ص.140.

[2] Cf. LEREBOURS-PIGEONNIERE Paul, Précis de droit international privé, Librairie Dalloz, Paris, 1946, pp.128-129 ; LAGARDE Paul, La nationalité …, op.cit., p.221.

وأيضا أخذ بهذا الاتجاه قانون الجنسية الزائيري الصادر في 29 يونيو 1981 (المادة 19)، قانون الجنسية البرتغالي لعام 1981 (المادة 1/3)، وقانون الجنسية التركي الصادر في 11 فبراير 1964 المعدل في 1981/02/13 (المادة 05).

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، محمد الروبي، المرجع السابق، ص. 229.

تأثير للزواج على جنسيتها إلا إذا رغبت في ذلك وأعلنت بإرادتها الحرة رغبتها في الدخول في جنسية زوجها[1].

ومع ذلك فإنه لا يمكن القول بأن مشرعي تلك الدول قد رغبوا عن مبدأ الوحدة، بل على العكس، فإنه يمكن القول بأنهم يميلون إليه دون أن يصرحوا بذلك. ولا نجاوز الحقيقة إذا قلنا أنهم يزاوجون هذين المبدأين، ويجعلون وحدة الجنسية في النهاية غاية مذهبهم؛ ذلك أن مبدأ استقلال الجنسية إنما جاء ليعالج القصور الناتج عن تطبيق مبدأ الوحدة[2]. الأمر الذي لا يتوافر معه إلا احترام إرادة المرأة في مجال الجنسية كسبا وفقدا بما يتماشى مع معطيات فكرة الجنسية ذاتها، فإذا ما تحقق ذلك الاحترام فإنه يزول كل خلاف بين المبدأين[3].

إزاء ذلك، فإنه يمكن القول بأن الاستقلال في الجنسية يجب أن يكون ابتداء، وأن الوحدة في الجنسية يجب أن يكون انتهاء (المزج بين المبدأين)، فمجرد الزواج وحده لا يكفي لدخول الزوجة في جنسية زوجها وهو لا يؤثر على جنسيتها، إلا إذا طلبت ذلك صراحة، فإذا ما طلبت ذلك ووافقت دولة الزوج على طلبها تحققت وحدة الجنسية بين أفراد المنزل العائلي.

ولعل من أبرز التشريعات التي اعتنقت هذا المذهب الأخير صراحة؛ قانون الجنسية المصري رقم 26 لعام 1975 التي نصت مادته السابعة على أنه: "لا تكتسب الأجنبية التي تتزوج من مصري جنسيته بالزواج إلا إذا أعلنت لوزير الداخلية برغبتها في ذلك ولم تنته الزوجية قبل انقضاء سنتين من

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، محمد الروبي، المرجع السابق، ص. 229-230.

[2] مصطفى محمد مصطفى الباز، المرجع السابق، ص. 211-212.

[3] فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات... ، المرجع السابق، ص. 53 .

تاريخ الإعلان لغير وفاة الزوج. ويجوز لوزير الداخلية بقرار مسبب قبل فوات مدة السنتين حرمان الزوجة من اكتساب الجنسية المصرية"[1].

من خلال استقراء هذا النص يتضح لنا أن المشرع المصري قد اتخذ موقفا وسطا بين كل من مبدأي وحدة الجنسية واستقلال الجنسية في العائلة. حيث لم يتبن أي منهما على إطلاقه، فهو يعتد بإرادة المرأة المتزوجة وذلك بعدم منحها الجنسية المصرية دون تعبير صريح من جانبها، وفي المقابل ترك لها الباب مفتوحا للدخول في الجنسية المصرية وذلك لتوفير نوع من التوافق الروحي والفكري في النطاق العائلي[2].

وبذلك وضع المشرع المصري الزوجة الأجنبية التي تتزوج من مصري في مركز قانوني متميز عن سائر الأجانب العاديين. وتبدو ملامح هذا التمييز عندما سمح لها المشرع بالدخول في الجنسية المصرية بشروط ميسرة نتيجة للزواج من مصري[3]. وتتمثل تلك الشروط في:

1- أن يكون الزواج من مصري زواج رسمي صحيح من الناحيتين الموضوعية والشكلية[4]. .ذلك وفقا للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد المصرية[5].

2- إعلان الزوجة لرغبتها في اكتساب الجنسية المصرية، ويتم توجيه هذا الإعلان إلى وزير الداخلية. ولا يشترط إبداء الرغبة فور انعقاد الزواج، بل يجوز أن يتم ذلك في أي تاريخ لاحق[6].

3- استمرار الزوجية لمدة سنتين من تاريخ إعلان الرغبة[7].

---

[1] عمر الغزاوي، المركز القانوني للطفل ... ، المرجع السابق، ص. 231؛ فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في الجنسية...، المرجع السابق، ص. 87.

[2] ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص .87.

[3] أنظر، عبد المنعم زمزم، أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011 . .. 197.

[4] صلاح الدين جمال الدين، النظام القانوني للجنسية ... ، المرجع السابق، ص.103.

[5] أنظر، حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، دون سنة نشر، ص. 224.

[6] أنظر، شمس الدين الوكيل، الجنسية ومركز الأجانب، ط.1 ، دار المعارف، مصر، 1959 2 4. 304.

[7] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، جنسية المرأة المتزوجة ...، المرجع السابق، ص.61؛ هشام علي صادق، الجنسية المصرية، المرجع السابق، ص. 113.

4- عدم صدور قرار مسبب عن وزير الداخلية خلال مدة السنتين يحرمان الزوجة من الدخول في الجنسية المصرية[1].

وأيضا آثر المشرع السعودي التوسط بين مبدأ تبعية الزوجة واستقلالها، فلم يأخذ بأحد المبدأين على إطلاقه، فهو لم يجبر الزوجة الأجنبية على الدخول في جنسية زوجها السعودي بمجرد الزواج كأثر مباشر له. ولكنه أباح لها اكتساب الجنسية السعودية بالتبعية لزوجها إن أبدت رغبتها في ذلك. حيث تنص المادة 16 المعدلة من نظام الجنسية العربي السعودي الصادر عام 1374 هـ على أنه: "تكتسب المرأة الأجنبية جنسية زوجها السعودي إذا تنازلت على جنسيتها السابقة وقررت رغبتها في اكتساب الجنسية العربية السعودية".

ومن هذا النص نستنتج أنه يشترط لاكتساب الزوجة الأجنبية لجنسية زوجها السعودي ما يلي:

1- أن يكون عقد الزواج صحيحا ثابتا في وثيقة رسمية.

2- أن يكون الزوج سعوديا لحظة تمام الزواج.

3- أن تتنازل الزوجة عن جنسيتها الأجنبية.

4- استمرار الزوجية قائمة مدة خمس سنوات.

5- إعلان الزوجة عن رغبتها في الحصول على الجنسية السعودية[2].

كما اتخذ المشرع التونسي أيضا موقفا وسطا، فحاول التوفيق بين مبدأ وحدة الجنسية في العائلة ومبدأ المساواة بين الجنسين مع مراعاة عدة اعتبارات لاتقاء الوقوع في حالات انعدام الجنسية أو

[1] عبد المنعم زمزم، أحكام الجنسية ...، المرجع السابق، ص.204.

[2] أحمد عبد الحميد عشوش، عمر أبو بكر باخشب، المرجع السابق، ص.223-228.

ازدواجها؛ لما نص على أن المرأة الأجنبية التي تتزوج بتونسي تكتسب الجنسية التونسية إذا كان قانونها الوطني يجردها من جنسيتها. أما إذا كان قانونها الوطني ينص على أنها تحتفظ بجنسيتها فلا تكتسب جنسية زوجها التونسي إلا بطلب منها وهذا ما أكده صراحة الفصلين 13 و 14 من مجلة الجنسية التونسية[1].

وإذا كانت المواقف الفقهية والتشريعية السابقة تبين موقف القانون المقارن من مدى تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين فما هو موقف القانون الجزائري بهذا الخصوص؟

المطلب الثاني

الجنسية المكتسبة بناء على رابطة الزوجية في القانون الجزائري

بعدما تعرفنا على الاتجاهات الفقهية المتباينة بشأن مدى تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوج والزوجة، وأيضا موقف التشريعات الوضعية المقارنة من هذه المسألة؛ بقي لنا أن نتساءل عن موقف المشرع الجزائري حول مدى إمكانية اكتساب الجنسية الجزائرية بمقتضى رابطة الزوجية. وهذا ما سنحاول الاجابة عنه في فرع أول ثم ننتقل في فرع ثان إلى بحث شروط اكتساب الجنسية الجزائرية على أساس الزواج المختلط.

---

[1] أنظر، ابراهيم عبد الباقي، الجنسية في قوانين دول المغرب العربي الكبير، معهد البحوث والدراسات العربية، 1971 1 9 .151.

حيث ينص الفصل 13 من مجلة الجنسية التونسية على أنه:" تصبح تونسية من تاريخ عقد زواجها المرأة التي تتزوج بتونسي إذا كان قانونها الوطني يجردها من جنسيتها الاصلية متى تزوجت بأجنبي".

كما ينص الفصل 14 من نفس المجلة على أنه:" يمكن للمرأة الأجنبية المتزوجة بتونسي والتي بموجب قانونها الوطني تحتفظ بجنسيتها الأصلية رغم تزوجها بأجنبي أن تطلب الجنسية التونسية بتصريح يقع طبق الشروط المنصوص عليها بالفصل 39 من هذه المجلة وذلك إذا كان الزوجان مقيمين في بتونس منذ عامين على الأقل.

وهي تكتسب الجنسية التونسية من تاريخ تسجيل التصريح مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها بالفصلين 15 و41 من هذه المجلة".

Cf.http://www.ejustice.tn/fileadmin/fichiers_site_arabe/codes_juridiques/code_nationale_arabe_07_06_2013.pdf

الفرع الأول

مدى تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين في القانون الجزائري

إن الجزائر قبل الاحتلال الفرنسي لها وأثناءه لم تعرف الجنسية بمفهومها الحديث، لذلك كانت من أولى اهتمامات المشرع الجزائري بعد الاستقلال، حيث سارع بإصدار تشريع خاص بالجنسية بتاريخ 27 مارس 1963 لتجسيد الشخصية والسيادة الوطنية. ونحن في هذا المقام لن نعالج قانون الجنسية بأكمله، وإنما سنخصص الدراسة لبحث موقف المشرع الجزائري بخصوص مسألة تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين لاستخلاص المبدأ الذي تبناه من بين المبادئ السالف ذكرها في المبحث الأول مع تقييمه والالمام بجميع جوانبه في كل من قانون الجنسية الأول سنة 1963، وقانون الجنسية لعام 1970، ثم قانون الجنسية لسنة 1970 المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/05.

أولا– موقف قانون الجنسية الجزائري لعام 1963 من أثر الزواج المختلط على جنسية الزوجين

كانت المادة 12 من قانون الجنسية الجزائري لعام 1963 تنص على أنه: " المرأة الأجنبية التي تتزوج من جزائري يمكنها أن تكتسب الجنسية الجزائرية بفعل الزواج. يجب عليها أن تعلن صراحة، وقبل عقد الزواج أنها تتخلى عن جنسيتها الأصلية. يمكن القيام بهذا الاعلان دون ترخيص حتى ولو كانت المرأة قاصرا . يوجه الطلب إلى وزير العدل الذي يمكنه رفضه، وإذا لم يرفض خلال ستة أشهر تكتسب الجنسية الجزائرية ابتداء من تاريخ قبول وزير العدل الصريح أو الضمني. والتصرفات التي

تكون المرأة الأجنبية قد أبرمتها مع الغير وفقا لقانونها الوطني قبل الطلب تبقى صحيحة. تطبق نفس الأحكام على الزوجات الأجنبيات اللاتي تزوجن من جزائريين قبل العمل بهذا القانون".

يستنتج من هذه المادة أن الأصل في الأجنبية التي تتزوج من جزائري احتفاظها بجنسيتها الأصلية، واستثناء يمكنها طلب اكتساب الجنسية الجزائرية مع مراعاة الشروط التي تتطلبها المادة المذكورة أعلاه ألا وهي:

1- إعلان المرأة الأجنبية صراحة وقبل عقد الزواج عن تخليها عن جنسيتها الأصلية، هذا ويمكن القيام بهذا الاعلان بدون ترخيص حتى ولو كانت المرأة قاصرا.

ولهذا الغرض يجب على ضباط الحالة المدنية قبل إبرام عقود الزواج بين جزائريين وأجنبيات، أن يسألوا الزوجة إن كانت ترغب في التخلي عن جنسيتها، وأن يشيروا إلى هذا الاجراء، وإلى جواب الزوجة في هامش عقد الزواج[1].

2- توجيه الزوجة الأجنبية طلب إلى وزير العدل لاكتساب الجنسية الجزائرية، والنص لم يذكر الوقت الذي ينبغي فيه تقديم الطلب، إلا أن منطق الأمر يستوجب تقديم الطلب قبل إبرام عقد الزواج أو بعده أي خلال قيام رابطة الزوجية.

3- عدم معارضة وزير العدل طلب الزوجة الأجنبية في اكتساب الجنسية الجزائرية خلال ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب. وإذا مرت تلك المدة ولم يرفض الطلب فيعتبر هذا قبول ضمني فتكتسب الزوجة عندئذ الجنسية الجزائرية ابتداء من تاريخ عقد الزواج بشرط أن يكون الزواج صحيحا؛ أي لا يكون قد أبطل أو انحل في تاريخ قبول وزير العدل الصريح أو الضمني.

[1] أنظر، قريشي رزيقة، أثر الزواج المختلط على جنسية أفراد الأسرة- دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة أمحمد بوقرة- بومرداس-. 2009-2010. 30.

هذا وتجدر الاشارة إلى أن اكتساب الجنسية الجزائرية بأثر رجعي من تاريخ الزواج لا يمس بصحة التصرفات التي تكون الزوجة الأجنبية قد أبرمتها مع الغير وفقا لقانونها الوطني قبل تقديم طلب اكتساب الجنسية الجزائرية، حيث تبقى صحيحة وتلتزم بتنفيذها.

مما سبق يتضح أن المشرع الجزائري قد ضم صوته إلى صوت التشريعات المقارنة التي أقرت بانعدام الأثر المباشر للزواج المختلط على جنسية الزوجة، فتبنى المشرع الجزائري الاتجاه الذي يوفق بين مبدأ وحدة الجنسية في العائلة ومبدأ استقلال الجنسية فيها مراعيا بذلك مصلحة الأسرة، ومصلحة المرأة، ومصلحة الدولة. فمصلحة الأسرة تكمن في أن المبدأ الذي تبناه المشرع الوطني يحقق الانسجام بين أفراد الأسرة الواحدة ويسعى لتوحيد القانون الواجب التطبيق على أحوالها الشخصية. ومصلحة الزوجة تكمن في احتفاظها بجنسيتها الأصلية وأن دخولها في جنسية زوجها مرهون بإرادتها وطلبها. أما مصلحة الدولة فتتمثل في سلطة الرقابة الممنوحة لوزير العدل، الذي يمكنه الاعتراض على دخول الزوجة الأجنبية في جنسية دولته إذا كانت من النساء الغير المرغوب فيهن لاعتبارات مختلفة.

ثانيا– موقف قانون الجنسية الجزائري لسنة 1970 من أثر الزواج المختلط على جنسية الزوجين

إن المشرع الجزائري في قانون الجنسية لعام 1970[1] عدل عن موقفه الذي لمسناه في قانون الجنسية لعام 1963، فيما يخص أثر الزواج المختلط على جنسية الزوجة فسكت تماما عن تبيان أثر زواج الأجنبية بجزائري على جنسيتها، وسكوته هذا يفهم منه أن الزواج في قانون الجنسية الجزائرية لا يرتب أي أثر على جنسية الزوجة فتبقى محتفظة بجنسيتها الأصلية، وما عليها إن أرادت الدخول في

[1] أمر رقم 70- 86، مؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، جريدة رسمية عدد 105 الصادرة في 18 ديسمبر 1970.

جنسية زوجها الجزائري إلا سلوك طريق التجنس وفقا لشروط التجنس العادية ودون الاستفادة من أي شرط مخفف لأن المشرع لم يستثنها بحكم ولم يورد شروط مخففة خاصة بها[1]. ما يعني أن هذا القانون قد سمح بسيادة مبدأ ازدواج الجنسية في الأسرة بشكل صارم، وبالتالي ليس للزواج أي أثر على جنسية الزوجة سواء كان أثرا مباشرا أو أثرا غير مباشر[2].

إذن إذا أرادت الزوجة الأجنبية لجزائري اكتساب جنسيته فما عليها إلا التقدم بطلب لاكتساب هذه الجنسية وستخضع كغيرها من الأجانب لشروط التجنس العادية التي أوردها المشرع الجزائري في المادة 10 من القانون المذكور أعلاه والتي تتمثل في ما يلي:

1- الاقامة في الجزائر مدة 7 سنوات على الأقل بتاريخ تقديم الطلب.

2- الاقامة في الجزائر وقت التوقيع على المرسوم الذي يمنح التجنس.

3- بلوغها سن الرشد.

4- التمتع بحسن السيرة وعدم سبق الحكم عليه بعقوبة مخلة بالشرف.

5- اثبات الوسائل الكافية للمعيشة.

6- سلامة الجسد والعقل.

7- اثبات اندماجه في المجتمع الجزائري.

ويقدم طلب التجنس إلى وزير العدل الذي لديه سلطة القبول أو الرفض ضمن شروط المادة 26 من قانون الجنسية الجزائري ولوزير العدل مهلة 12 شهرا ابتداء من إعداد الملف وتقديمه حسب نص المادة 27 من نفس القانون.

---

[1] أنظر، بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005 . 132 133.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2 .137 .

وفي حالة توفر جميع شروط التجنس فعلى الزوجة الأجنبية القيام بإجراء آخر تضمنته المادة 03 من قانون الجنسية وهو التصريح بالتخلي عن الجنسية الأصلية. وهذا دليل على رغبة المشرع الجزائري تلافي ظاهرة ازدواج الجنسية؛ حيث نصت المادة الأخيرة على أنه:" يشترط في اكتساب الجنسية الجزائرية تقديم تصريح بالتخلي عن الجنسية الأصلية ويسري مفعول هذا التصريح من يوم اكتساب الجنسية الجزائرية".

ثالثا– موقف قانون الجنسية الجزائري لعام 1970 المعدل والمتمم بموجب الأمر 01/05

جاء الأمر 05-01 المعدل والمتمم للأمر 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية بهدف مسايرة التطور الذي عرفه المجتمع الجزائري، وما طرأ عليه من تغييرات في شتى مناحي الحياة تماشيا مع الأنظمة التقدمية في مجال الجنسية لاستيعاب حالات الأشخاص والتكفل بها و إزالة كل العقبات التي تعيق تفتح شخصية الانسان وتحول دون المشاركة الفعلية في بناء مجتمع إنساني ينبذ كل أشكال التمييز، خاصة التمييز ضد المرأة الذي أحدث ضجة كبيرة من أجل المساواة بين الرجل والمرأة في كافة الحقوق والواجبات[1].

هذا الحق الذي جسده الدستور الجزائري في نص المادة 32 من الدستور بنصها على أنه: "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد" أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي". وكذا المادة 34 التي تنص على أنه:" تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الانسان وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية". وكذا المادة 35 منه بنصها على أنه:" تعمل الدولة على ترقية

[1] قريشي رزيقة، المرجع السابق، ص.37.

الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة..."[1]. كما تنص المادة 36 من الدستور على أنه:" تعمل الدولة على ترقية التناصف بين الرجال والنساء في سوق التشغيل. تشجع الدولة ترقية المرأة في مناصب المسؤولية في الهيئات والادارات العمومية وعلى مستوى المؤسسات"[2].

وبعدما كان المشرع الجزائري في إطار قانون الجنسية لعام 1970 لا يرتب أي أثر للزواج المختلط على جنسية الزوجة على حسب ما سبق قوله، فإنه بعد التعديل عدل كذلك موقفه بهذا الخصوص بحيث جعل الزواج سبب من أسباب اكتساب الجنسية بتعديل عنوان الفصل الثالث من "اكتساب الجنسية بفضل القانون" إلى " اكتساب الجنسية بالزواج"، فلم يجعل المشرع الجزائري دخول الأجنبية التي تتزوج من جزائري في الجنسية الجزائرية بقوة القانون وإنما تبقى محتفظة بجنسيتها الأصلية، ويمكنها اكتساب جنسية زوجها الجزائري بناء على طلبها ومع مطابقة الشروط التي أوردها قانون الجنسية الجزائري في المادة المضافة بالتعديل وهي المادة 09 مكرر.

هذا كله يدل على أن المشرع الجزائري لم يجعل للزواج المختلط أثرا مباشرا وحتميا على جنسية الزوجين وإنما جعل له أثرا غير مباشر على جنسية الزوجين. حيث نصت المادة 9 مكرر المعدلة على أنه:" يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية، بموجب مرسوم متى توفرت الشروط الآتية: – أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث (3) سنوات على الأقل عند طلب تقديم طب التجنس، الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين (2) على الأقل، التمتع بحسن السيرة والسلوك، إثبات الوسائل الكافية للمعيشة[3]. يمكن ألا تؤخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة في الخارج".

---

[1] دستور عام 1996 الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 المعدل بموجب قانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

[2] دستور عام 1996 الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 المعدل بموجب قانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

[3] ومن بين الشروط التي استلزمها المشرع الفرنسي لاكتساب الجنسية الفرنسية على أساس رابطة الزواج اثبات اتقان اللغة الفرنسية ليتمكن الزوج المعني من مواكبة ظروف الحياة اليومية. وهذا ما نصت عليه المادة 21-2 من القانون رقم 2011-672 الصادر في 16 جوان 2011.

ويستخلص من هذه المادة أن المشرع الجزائري أعاد إدراج إمكانية اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية واشترط شروطا لاكتسابها بموجب مرسوم بعد أن كان ينص عليها قانون الجنسية الجزائري الصادر في 1963/03/27 الملغى بقانون 1970 والذي نص في المادة 12 منه على أنه: " يمكن للمرأة الأجنبية التي تتزوج جزائريا أن تحصل على الجنسية الجزائرية بمفعول زواجها ويجب التصريح قبل الزواج برفضها لجنسيتها الأصلية..."[1].

يلاحظ أن هذه المادة حصرت اكتساب الجنسية الجزائرية على المرأة الأجنبية التي تتزوج بجزائري وألزمتها بالتصريح برفضها لجنسيتها الأصلية. بينما المادة 09 مكرر من الأمر01/05 تقضي باكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية على حد سواء، فالمشرع قد سوى هذه المرة بين الرجل والمرأة، وعلى ذلك يمكن للأجنبي الذي يتزوج من جزائرية أن يكتسب الجنسية الجزائرية، كما يمكن للأجنبية التي تتزوج من جزائري اكتساب جنسية زوجها الجزائري، وهذا بهدف تحقيق وحدة جنسية الأسرة بما ينجر عن ذلك تطبيق قانون واحد على الزوجين وعلى الخصوص بشأن الأحوال الشخصية من زواج ونسب وطلاق وميراث ...إلخ. مع الإشارة بأن النص لم يشترط أن يتخلى الزوج أو الزوجة على الجنسية الأجنبية (الأصلية).

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أدرك الواقع المعاش لجزء من الأسرة الجزائرية، خاصة إذا علمنا أن كثير من المواطنين الجزائريين متزوجون بأجنبيات ويعانون من بعض المشاكل الإدارية، الاجتماعية والنفسية، وبقاء الزوجة تحتفظ بجنسيتها الأجنبية يترتب عليها سلبيات عديدة نذكر منها:

1- تفكك العائلة واختلافها في التقاليد والأخلاق.

Cf. BOSKOVIC Olive, La nationalité – l'acquisition de la nationalité-, Recueil, Dalloz, 9 février 2012, n°6, p.392.

[1] أنظر، محمد طيبة، الجديد في الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، ط.2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005) ص.36.

2- عدم خضوع الأحوال الشخصية للزوجين لنظام قانوني واحد خاصة في حالة نشوء خلافات ونزاعات بين الزوجين أو وفاة أحدهما[1].

ويلاحظ أن المشرع الجزائري تطرق في قانون الجنسية الجزائري لعام 1970 المعدل والمتمم بالأمر 01/05 لمسألة أثر الزواج على جنسية الزوجة أو الزوج الأجنبي على السواء، ولكنه لم يتطرق لحالة الجزائرية التي تتزوج من أجنبي وأثر الزواج على جنسيتها فأبقى على الحكم الوارد قبل التعديل، بحيث تبقى محتفظة بجنسيتها الجزائرية بالرغم من زواجها من أجنبي مع إمكانية فقدها للجنسية الجزائرية بإثبات اكتسابها لجنسية زوجها الأجنبي ورغبتها في التخلي عن جنسيتها الجزائرية وصدور إذن من وزير العدل بمرسوم يسمح لها فيه بالتخلي عن الجنسية الجزائرية وله في ذلك كامل السلطة التقديرية في القبول والرفض.

وبعد أن توضح لنا موقف المشرع الجزائري بخصوص تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين في قوانين الجنسية المختلفة؛ ننتقل فيما يلي لتحديد شروط اكتساب الجنسية الجزائرية على أساس الزواج المختلط وفقا للأمر 01/05.

الفرع الثاني

شروط اكتساب الجنسية الجزائرية بمقتضى رابطة الزوجية وفقا للأمر 01/05

بموجب أحكام المادة 09 مكرر من قانون الجنسية، بدى المشرع أقل تشددا، بحيث جعل الأصل أنه لا أثر للزواج على جنسية الأجنبي، بحيث يبقى محتفظا بجنسيته الأصلية، ولكن يحق له طلب اكتساب جنسية زوجه طبقا للشروط التي يقررها قانون الزوج بخصوص التجنس[2].

[1] محمد طيبة، المرجع السابق . .37.

[2] أنظر، جبار صلاح الدين، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري، مجلة المفكر، العدد الحادي عشر، ص.147.

وعلى ضوء نص المادة 09 مكرر سنقوم بتحليل شروط اكتساب الجنسية الجزائرية بمقتضى رابطة الزوجية على النحو التالي:

الشرط الأول– الزواج بجزائري أو جزائرية

هذا هو الشرط الأساسي والسبب الفعال لاكتساب الزوج الأجنبي الجنسية الجزائرية، فيلاحظ في هذا المقام مساواة المشرع الجزائري بين زواج أجنبي بجزائرية وزواج أجنبية بجزائري وهذا الزواج ليرتب آثاره لا بد أن يكون:

1– زواجا قانونيا

بمعنى أن يكون قد تم صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروطه طبقا لما يستلزمه قانون الأسرة والقانون المدني. هذا وتثير صحة الزواج بين مختلفي الجنسية مسألة تحديد القانون الذي يرجع إليه اختصاص الفصل في صحة هذا الزواج، فهل يرجع في مثل هذه الحالة إلى القواعد الداخلية في القانون الجزائري، أم لقواعد تنازع القوانين فيه؟

ذهب فريق من الفقه إلى القول بوجوب انعقاد الزواج صحيحا وفقا للقانون الجزائري، أي طبقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري. حتى يرتب أثره بالنسبة لجنسية الزوج الأجنبي، كون هذه المسألة تتعلق بالقانون العام ومادام أن المشرع رتب على الزواج الصحيح إمكانية اكتساب الجنسية الجزائرية، وبهذا المفهوم لا يعتبر تقدير انعقاد الزواج وصحته من القانون الخاص، لأن الأمر يتعلق بسيادة الدولة

ومصالحها العليا[1]، ومنه لا يمكن إخضاع مسألة الزواج أو بطلانه إلى قانون دولة أجنبية ولو بطريق غير مباشر[2].

أما الفقه الراجح، فقد ذهب إلى اعتبار مسألة التحقق من صحة انعقاد الزواج مسألة أولية، تخضع من حيث الشكل ومن حيث الموضوع للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد الوطنية، وسواء قضت هذه القواعد بتطبيق القانون الوطني أو قانون الزوج الأجنبي أو القانونين معا[3].

وعلى ذلك يجب أن يكون الزواج صحيحا طبقا للقانون الواجب التطبيق بموجب المبادئ العامة في تنازع القوانين[4] .

2- أن يكون الزواج قائما فعليا منذ ثلاث سنوات على الأقل

إلى جانب وجوب انعقاد الزواج قانونيا صحيحا وفقا لقواعد الاسناد الجزائرية، استلزمت الفقرة الأولى من المادة 09 مكرر من قانون الجنسية الجزائري أن يكون الزواج قائما فعليا منذ ثلاث سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس، أي يجب أن تستمر الحياة الزوجية لمدة ثلاث سنوات على الأقل ودون انقطاع بتاريخ تقديم طلب التجنس. فإذا وقع طلاق قبل اكتمال مدة الثلاث سنوات ثم راجع الزوج زوجته بعد ذلك، فلا بد من الاستمرار في الزواج لمدة ثلاث سنوات جديدة على الأقل وتقديم طلب التجنس بعد ذلك. وهذا هو المقصود في النص الذي أوجب أن يكون الزواج قائما

[1] جبار صلاح الدين، المرجع السابق، ص.148.

[2] أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، ط.1، دار الفكر العربي، القاهرة، ص. 640.

[3] أنظر، مقني بن عامر، إجراءات التقاضي والاثبات في منازعات الجنسية، دار الجامعة الجديدة، 2009 0 180.6.

[4] أنظر، لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الجنسية الجزائرية ط.1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010 0 1. 100.101.

فعليا 0على ذلك لا يكون الزواج قائما فعليا في حالة الطلاق الرجعي[1]، حتى ولو كان في مقدور الزوج مراجعة زوجته خلال فترة العدة دون عقد جديد.

وتكمن الحكمة من تقرير هذا الشرط في إعطاء الجهة المختصة الفرصة الكافية للتعرف على هوية الأجنبي، وكذا الاستدلال على جدية العلاقة الزوجية وقابليتها للدوام، حتى يتسنى لها اكتشاف الحالات التي يتخذ فيها الزواج حيلة للانضمام إلى المجتمع الوطني للقيام بنشاط سياسي أو اجتماعي لا يتفق ومصلحة البلاد[2] وبذلك يكون المشرع قد تفادى الزواج الصوري أو على بياض للتحايل على قانون الجنسية[3].

الشرط الثاني – الاقامة المعتادة والمنتظمة في الجزائر منذ عامين على الأقل

أي أن يكون الزوج أو الزوجة الطالبة للجنسية الجزائرية مقيما مع الزوج الآخر بالجزائر لمدة سنتين على الأقل، ويجب أن تكون تلك المدة قد اكتملت عند تقديم طلب التجنس وأن تكون معتادة ومنتظمة.

[1] الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج حق مراجعة زوجته بدون عقد وصداق جديدين، وهو الطلاق الذي يحصل قبل انتهاء فترة العدة. أما عن موقف المشرع الجزائري بخصوص هذا النوع من الطلاق فنجد أن المادة 49 من قانون الأسرة تنص على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر (3) ابتداء من تاريخ رفع الدعوى...". كما تنص المادة 50 من ذات القانون على أنه:" من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد". ومن قراءة هذين النصين يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالطلاق الرجعي وإنما أخذ فقط بالطلاق البائن بحيث أن الطلاق لا يقع في نظره إلا بحكم قضائي ومتى صدر ذلك الحكم فإنه لا يمكن للزوج إرجاع زوجته إلا بعقد جديد.

[2] جبار صلاح الدين، المرجع السابق، ص.149.

[3] قريشي رزيقة، المرجع السابق، ص.38.

إن شرط الإقامة يفرض عادة للتأكد من اندماج الأجنبي في المجتمع الجزائري، فهذه الفترة التجريبية فرصة لمراقبة سلوك طالب الجنسية، ومدى اندماجه في المجتمع ودرجة تراخي روابطه بالدولة الأجنبية[1].

فالإقامة تمنح لرابطة الجنسية واقعية وحجية في مواجهة الدول الأخرى، بحيث دون هذا الشرط لا توجد أية رابطة تبرر منح الدولة جنسيتها لطالبها، إذ لا يمكن لدولة أن تفرض جنسيتها على شخص غير مقيم فيها، لأن ذلك يشكل مساسا بحقوق دولة ذلك الأجنبي[2].

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط ضمن الفقرة الثانية من المادة 09 من الأمر 01/05 "الاقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين على الأقل". والإقامة المقصودة هي الإقامة المتكونة من عنصرين أحدهما مادي متمثل في الإقامة الفعلية بالجزائر، والثاني معنوي يتمثل في توافر نية الاستقرار بها. وبذلك يجب:

أ- أن تكون الاقامة لمدة سنتين قد اكتملت عند تقديم الطلب

أي أن الحد الأدنى للإقامة هو سنتين، في حين أنه اشترط مدة 07 سنوات على الأقل لطالب الجنسية في غير حالة الزواج المختلط. إذن فقد خفف المشرع من شدة الشروط للحصول الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط مقارنة بشروط الحصول عليها عن طريق التجنس، وذلك مراعاة لظروف الزوجين وحرصا على الوحدة العائلية.

[1] محمد طيبة، المرجع السابق، ص.36.

[2] جبار صلاح الدين، المرجع السابق، ص.150.

وعلى ذلك، إن كانت مدة الإقامة أقل من سنتين فإن الشرط ينتفي. كما لو أقام الزوج أو الزوجة سنة في الجزائر ثم توجه إلى الخارج للإقامة هناك ولم يرجع إليها إلا عند تقديم طلب التجنس فهنا لا بد من البدأ في حساب مدة جديدة.

ب– أن تكون الاقامة معتادة

بمعنى أن يتخذ طالب التجنس من الجزائر موطنا له، ولم يشترط النص أن تكون الإقامة قانونية؛ بمعنى أن يحصل الأجنبي على بطاقة الإقامة، بل المقصود هو الإقامة الفعلية والتي تؤكد اندماجه في المجتمع الجزائري[1].

ج.– أن تكون الاقامة منتظمة

بمعنى أن تستمر لمدة سنتين على الأقل بدون انقطاع، وعلى ذلك لو غادر الأجنبي أو الأجنبية الجزائر قبل انقضاء مدة السنتين ثم عاد للجزائر ليطلب الجنسية بعد ذلك، فإنه لا بد من بدأ حساب مدة جديدة لطلب التجنس وهذا لإثبات رغبته في الاندماج ضمن المجتمع الجزائري.

أما إذا كانت مغادرة الجزائر قبل انتهاء مدة السنتين بسبب قوة قاهرة أو لضرورة أو لأسباب مؤقتة مثل السفر إلى الخارج للعلاج؛ ففي مثل هذه الحالات مدة العامين لا تنقطع ولا يحتاج طالب التجنس مدة جديدة لأن خروجه من الجزائر كان بنية العودة إليها، وبالتالي فإن نيته في الاندماج متوفرة وليست له رغبة في الاستقرار خارج الجزائر[2].

[1] لحسين بن شيخ آت ملويا ، المرجع السابق، ص .101.

[2] لحسين بن شيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص .102.

وأما نية الاستقرار أو العودة إلى الجزائر، فهي مسألة موضوعية يستنبطها قاضي الموضوع من الظروف الملابسة لكل حالة على حدة، كأن يسجل طالب الجنسية أبناءه في المدارس الجزائرية أو يقيم مشروعا استثماريا فيها[1].

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه يشترط أن تكون الإقامة مشروعة ومرخص بها كي ترتب آثارها، بمعنى أنه يجب أن يكون الأجنبي قد دخل الجزائر وأقام فيها وفقا للتنظيم الساري المفعول بالنسبة للأجانب على أرض الجزائر، وبالتالي فالإقامة غير المشروعة لا يعتد بها مهما طالت مدتها[2].

الشرط الثالث– التمتع بحسن السيرة والسلوك

يجب أن يتمتع الزوج أو الزوجة الطالبة للتجنس بسلوك لائق وأخلاق حسنة. والهدف من تقرير هذا الشرط هو حرص المشرع على حماية سلامة المجتمع الجزائري من خلال استبعاد العناصر غير الصالحة ذات السمعة والأخلاق السيئة كونها قد تشكل خطورة تهدد أمن وهدوء المجتمع، فضلا عن أن حسن السمعة والسلوك دلائل تعبر عن صلاحية الشخص للانضمام إلى المجتمع الجزائري ومدى اندماجه فيه.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع هنا لم يشترط كما في الحالة المنصوص عليها في المادة 10 الخاصة بشروط التجنس انعدام الحكم على الأجنبي بعقوبة مخلة بالشرف. وعلى ذلك، فإنه يكتفي بالتحقيق الاجتماعي الذي تقوم به مصالح الأمن حول سيرة وسلوك المعني، وهذا بواسطة سماع الجيران أو

[1] أنظر، الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2009 . 336.
[2] جبار صلاح الدين، المرجع السابق، ص. 150.

الزملاء في العمل وكذا التأكد من خلال الأرشيف من عدم تورطه في أية قضية، ولوزير العدل السلطة التقديرية في أن لا يأخذ بعين الاعتبار العقوبة الجزائية الصادرة في الخارج [1].

الشرط الرابع– إثبات الوسيلة الكافية للمعيشة

اشترط المشرع أن يثبت طالب الجنسية الوطنية الوسائل الكافية للمعيشة، وتكمن الحكمة من سن هذا الشرط في التأكد من أن طالب الجنسية الوطنية لن يكون عبء على المجتمع الجزائري ولا يشكل عالة على الدولة بفقره، ويقصد بهذا الشرط أن يثبت الشخص قدرته على الكسب المشروع ووجود مصدر مشروع للاسترزاق كأن يكون عاملا في إحدى الشركات أو ممارسا لحرفة أو تجارة[2]. ويكون الاستشهاد بعقد عمل أو شهادة توظيف مؤسسا وكذا بوجود رصيد مصرفي معتبر. ويصدق هذا الشرط إذا كان طالب التجنس بسبب الزواج رجلا، أما إذا كانت امرأة فإنها تكون عادة تحت رعاية زوجها الجزائري[3].

ومن ثم يلاحظ أنه بالرغم من أن المشرع الجزائري قد أدرج هذا الشرط بصفة عامة بحيث ينطبق على الأجنبي الذي يتزوج جزائرية وأيضا على المرأة الأجنبية التي تتزوج جزائريا مراعيا بذلك مبدأ المساواة في إثبات وسائل المعيشة بين الرجل والمرأة؛ إلا أنه يصلح بالدرجة الأولى للأجنبي الذي يتزوج بجزائرية باعتباره المسؤول على الانفاق على عائلته طبقا لقانون الأسرة الجزائري[4]، ولا يتصور بالنسبة

[1] لحسين بن شيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص.103.

[2] جبار صلاح الدين، المرجع السابق، ص.151.

[3] لحسين بن شيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص.103.

[4] حيث تنص المادة 74 من هذا القانون على أنه:" تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78و 79 و80 من هذا القانون".

للأجنبية التي تتزوج جزائريا لأن نفقتها تقع على زوجها الجزائري فلم يجب عليها إثبات الوسائل الكافية للمعيشة؟

الشرط الخامس– تقديم الزوج الأجنبي طلب اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج المختلط

قيد المشرع الجزائري اكتساب الزوج الأجنبي الجنسية الجزائرية بالزواج، إضافة إلى الشروط السابقة بإعلان الزوج الأجنبي عن رغبته في اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق تقديم طلب إلى وزير العدل مشمولا بالمستندات والوثائق التي تدل على استيفاء الشروط القانونية. حيث نصت المادة 25 من قانون الجنسية على أنه:" ترفع طلبات اكتساب الجنسية الجزائرية أو التخلي عنها أو استردادها إلى وزير العدل، مصحوبة بالعقود والوثائق والمستندات التي تثبت استيفاء الشروط القانونية".

وباعتباره تصرفا قانونيا يتطلب بلوغ سن الرشد ولعل سبب عدم ذكر المشرع الجزائري هذا الشرط يعود إلى بداهة الامر، لأن الزوج إن لم يكن بالغا سن الرشد وقت إبرام الزواج يرخص له بذلك، وبعد مرور الثلاث سنوات اللازمة لتقديم الطلب، يكون قد بلغ سن الرشد[1] ومن ثم يصبح بإمكانه طلب الدخول في جنسية الزوج الجزائري[2].

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشترط في ظل قانون 96/63 بلوغ الأجنبية سن الرشد وقت الاعلان عن رغبتها في كسب جنسية زوجها الجزائري، إذ نص في المادة 12 أنه يمكن للمرأة القاصرة أن تعلن عن رغبتها في ذلك بدون ترخيص[3].

[1] أنظر، قصي محمد العيون، شرح أحكام الجنسية، دار الثقافة للنشر، بيروت، 2009 . 11.

[2] أنظر، صديقي أحمد، الجنسية الجزائرية بين الإكتساب والفقد، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2006-2007 . 95.

[3] جبار صلاح الدين، المرجع السابق، ص.152.

الشرط السادس– صدور مرسوم يقضي بالموافقة على طلب التجنس

أما الشرط الأخير لاكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج المختلط؛ فيتمثل في موافقة الدولة الجزائرية صراحة على طلب الدخول في جنسيتها بصدور مرسوم يتضمن قبول الطلب. وهذا يعتبر أمر خاص بسيادة الدولة. إذن، الجنسية لا تكتسب بقوة القانون بل لا بد من صدور مرسوم التجنس كما جاء في الفقرة الأولى من المادة 09 مكرر أعلاه بعد تأكد وزير العدل من توفر الشروط القانونية.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد لوزير العدل الأجل القانوني الذي يجب أن يرد خلاله على طلب طالب الجنسية الجزائرية بعد تعديله للمادة 27 التي كانت قبل التعديل تتضمن أجل 12 شهرا، وهذا يجعل الأجل مفتوح لوزير العدل للبث في الطلب. وما على طالب الجنسية في هذه الحالة إلا انتظار الرد الصريح من وزير العدل لأن الرد الضمني لم يعد ممكنا تصور وجوده ما دام لا يوجد أجل[1].

وفي حالة ما إذا لم تتوفر الشروط القانونية يعلن وزير العدل عدم قبول الطلب بموجب قرار معلل يبلغ إلى المعني طبقا لما جاء في نص المادة 1/26 من قانون الجنسية. كما نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه يمكن لوزير العدل رغم توفر الشروط القانونية أن يرفض الطلب بموجب قرار يبلغ إلى المعني. ما يعني أن المشرع الجزائري منح لوزير العدل سلطة تقديرية واسعة للبث في مسألة طلب اكتساب الجنسية الجزائرية، أو التخلي عنها أو استردادها.

عند استقراء الشروط سابقة الذكر، يتجلى بوضوح النهج الذي سار عليه قانون الجنسية الحالي بخصوص مدى تأثير الزواج المختلط حيث تبنى مبدأ استقلال الجنسية في العائلة بشكل مخفف. أي أنه جعل اكتساب الجنسية الجزائرية ظرف مخفف لشروط التجنس، فخفف مدة الاقامة من 07

[1] قريشي رزيقة، المرجع السابق، ص.41.

سنوات إلى سنتين. وبتبنيه لهذا المبدأ يكون المشرع الجزائري قد احترم إرادة المرأة الأجنبية وجعل اكتسابها للجنسية الجزائرية مرهون برغبتها وطلبها وليس مفروض عليها، واحترم مصلحة الأسرة أيضا بتحقيقه وحدة الجنسية فيها في الحالة التي تطلب الزوجة الدخول في الجنسية الجزائرية وأجيب طلبها. ويحقق كذلك مصلحة الدولة الجزائرية بإعطائها سلطة رقابية على دخول الأجنبية في جنسيتها من خلال إمكانية رفض طلب اكتسابها الجنسية الجزائرية إذا رأت أنها من النساء غير المرغوب فيهن في المجتمع الجزائري وكان تواجدها فيه يضر بمصلحته.

ولكن من الناحية الواقعية يبدو أن التعديل باستثناء تخفيض مدة الاقامة من 7 سنوات إلى سنتين، لم يأت بأي جديد يذكر فيما يخص الزوجة الأجنبية لجزائري حيث أن الإجراءات الادارية لمنحها الجنسية مازالت بالتعقيد التي كانت عليه، حيث قد تنتظر الأجنبية الجنسية الجزائرية لمدة سنوات وقد يرد على طلبها وقد لا يرد خصوصا بعد إلغاء أجل وزير العدل للرد على طلبها فهي منحة من الدولة فلا تستطيع إجبارها على ذلك، فما عليها سوى الانتظار الذي قد يطول دون الرد عليه.

وبعد أن انتهينا من تحديد موقف القانون الجزائري والقوانين المقارنة من قضية الأثر الذي يرتبه الزواج المختلط على جنسية الزوجين وشروطه؛ نتطرق في المبحث التالي لتبيان أهم الآثار الناجمة على اكتساب الجنسية بمقتضى رابطة الزوجية.

المبحث الثاني

آثار اكتساب الجنسية بمقتضى الزواج المختلط

إذا تيسر لأحد الزوجين الحصول على الجنسية الوطنية على أساس الزواج المختلط، صار وطنيا ومع ذلك يتعين بحث مركز هذا الوطني الجديد، إذ تتفق جل تشريعات الجنسية عبر العالم على أن اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط يترتب عليه مركزا قانونيا تتعلق به آثار قانونية وسياسية تخص الفرد وتتأثر بها أسرته.

وعليه، يثير البحث في المركز القانوني للزوج الذي اكتسب الجنسية الوطنية بناء على رابطة الزوجية التساؤل حول أمرين، الأول الآثار الفردية لاكتساب الجنسية الوطنية بمقتضى رابطة الزوجية (المطلب الأول). أما الثاني فيتعلق بآثار اكتساب الجنسية الوطنية بالنسبة لأولاد الزوجين من زواج سابق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الآثار الشخصية المترتبة على اكتساب الجنسية بناء على رابطة الزوجية

إن التطرق لبحث تأثير اكتساب الجنسية الوطنية على أساس الرابطة الزوجية على الزوج يستدعي منا الوقوف على ثلاث نقاط رئيسية وهي، ما مدى تأثير اكتساب الجنسية بمقتضى رابطة الزوجية على الجنسية الوطنية الأصلية للزوج. وهل يمكن أن يصل تأثير الجنسية المكتسبة إلى حد فقد الجنسية الوطنية (الفرع الأول)، ثم اكتساب الصفة الوطنية وما يتمتع به الزوج الذي منح الجنسية

الوطنية من حقوق وما يتحمله من التزامات (الفرع الثاني)، وأخيرا مدى تأثير انتهاء رابطة الزوجية على جنسية من كسبها بالزواج (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الأثر السلبي للزواج على جنسية الوطنية المتزوجة بأجنبي

هذا الأثر السلبي يعني إمكانية فقدان المرأة جنسيتها الوطنية بالزواج من أجنبي[1] والبحث في هذا الأثر يرتبط بالمفاضلة بين مبدأي وحدة الجنسية واستقلالها في الأسرة. بيد أنه إذا كانت بعض الدول تأخذ بمبدأ وحدة الجنسية لإحداث أثر إيجابي بشأن جنسية الزوجة يتمثل في اكتسابها جنسية الزوج الجديدة. إلا أنها قيدت الأخذ بنفس المبدأ – بالنسبة لفقد الوطنية جنسيتها بالزواج من أجنبي– نظرا لما قد يترتب على فقد الوطنية جنسيتها كأثر مباشر للزواج من انعدام جنسيتها إذا لم تدخلها دولة الزوج في جنسيتها[2].

ومهما يكن الأمر فإن استقراء مواقف التشريعات المقارنة بشأن أثر الزواج المختلط على فقد الزوجة جنسيتها الوطنية يكشف عن وجود اتجاهات تشريعية متباينة نعرضها فيما يلي:

الاتجاه الأول: يترتب على الزواج المختلط فقد الزوجة لجنسيتها الوطنية كأثر مباشر للزواج ولكن بشرط أن يدخلها قانون الدولة التي يتبعها الزوج في جنسيته. بمعنى أن الزوجة الوطنية تفقد جنسيتها

[1] وتجدر الاشارة في هذا الصدد أن جل التشريعات – وعلى رأسها التشريع الجزائري– قد قصرت أثر الزواج السلبي على جنسية الوطنية التي تزوجت أجنبي دون الوطني الذي تزوج أجنبية. وعليه، ليس للزواج أي أثر سلبي على جنسية الزوج الوطني فلا يفقد هذا الأخير جنسيته الأصلية حتى لو اكتسب جنسية زوجته الأجنبية على أساس رابطة الزوجية.

[2] حسام الدين فتحي ناصف، أثر انعقاد الزواج ... ، المرجع السابق، ص. 17؛ فؤاد عبد المنعم رياض، الاتجاهات المعاصرة ... ، المرجع السابق، ص.50.

الوطنية حتما بمجرد إتمام الزواج ودخولها فعلا في جنسية زوجها وفقا لقانون دولته وذلك تحقيقا لمبدأ وحدة الجنسية في العائلة[1].

وقد أطلق على هذا الشرط اسم الشرط السلبي إذ أنه يؤدي إلى تفادي نشوب تنازع سلبي بين جنسية المرأة الأصلية وجنسية الزوج[2]، بمعنى أنه يهدف إلى تجنب وقوع تلك المرأة في حالة انعدام الجنسية بخروجها من جنسيتها الوطنية وعدم اكتسابها جنسية الزوج الأجنبي.

فإذا توافر هذا الشرط فقدت الزوجة جنسيتها حتما، أي حتى ولو لم تطلب الدخول في جنسية زوجها، فلا يكون لها الحق في الاحتفاظ بجنسيتها[3].

وقد أخذت بهذا الاتجاه اتفاقية لاهاي لسنة 1930 الخاصة بتنازع القوانين بشأن الجنسية عندما نصت في المادة 08 على أنه: " إذا قضى القانون الوطني للمرأة بأنها تفقد جنستها على أثر الزواج بأجنبي، فهذا الفقد يظل معلق على شرط حصولها على جنسية زوجها"[4].

الاتجاه الثاني: وهو يوفق بين مبدأ وحدة جنسية الزوجين واحترام إرادة الزوجة[5]. ووفقا له تفقد الوطنية التي تتزوج من أجنبي جنسيتها كأثر مباشر للزواج ولكن بصورة غير حتمية، بمعنى أن الزوجة تفقد جنسيتها الوطنية بمجرد الزواج وبدخولها فعلا في جنسية زوجها ولكن للزوجة الحق في الاحتفاظ

---

[1] بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص.244.

[2] فؤاد عبد المنعم رياض، الاتجاهات المعاصرة في مسائل الجنسية، المرجع السابق، ص.50-51.

[3] حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.154.

[4] فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات...، المرجع السابق، ص.90.

ومن أمثلة التشريعات التي سارت في هذا الاتجاه نجد: تشريع الجنسية الايطالي (المادة 10 من قانون الجنسية الايطالي لسنة 1912Q التشريع اليوناني (المادة 25 من القانون المدني اليوناني المعدل بقانون 12 أوت سنة 1948)2 تشريع الجنسية اللبناني من خلال المادة 06 من قانون الجنسية اللبناني لسنة 1925 المعدل بقانون سنة 1960 التي كانت تنص على أنه :" المرأة اللبنانية التي تقترن بأجنبي تتخذ تابعيته بشرط أن تمنحها قوانين زوجها الوطنية تابعية زوجها وإلا فإنها تبقى لبنانية". أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص المقارن، المرجع السابق، ص.74، وأيضا تشريع الجنسية الأردني (المادة 10 من قانون الجنسية الأردني لسنة 1928 والمعدل بقانون سنة 1944 وسنة 1949 وسنة 1954).

[5] حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية ...، المرجع السابق، ص . 155.

بجنسيتها الوطنية إن أرادت ذلك. وهذا الاتجاه يعتد بإرادة الزوجة، فإن أرادت الاحتفاظ بجنسيتها كان لها ذلك وإلا فقدت جنسيتها نتيجة للزواج المختلط واكتسابها لجنسية الزوج[1].

الاتجاه الثالث: ويمثل أوضح صور مبدأ استقلال جنسية الزوجين واحترام إرادة الزوجة[2]. ووفقا له لا يكون لزواج الوطنية من أجنبي أثر مباشر في جنسيتها؛ بحيث تبقى متمتعة بتلك الجنسية رغم زواجها بأجنبي. ومع ذلك يمكن أن تفقد جنسيتها إذا طلبت صراحة اكتساب جنسية زوجها الأجنبي، مع مراعاة أن التشريعات التي تأخذ بهذا الاتجاه تستلزم أن يكون قانون جنسية الزوج الأجنبي يدخل الزوجة في جنسيته إذا طلبت ذلك[3]. وسار نحو هذا الاتجاه: القانون المدني الفرنسي المعدل في يناير 1973[4].

---

[1] بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة ... ، المرجع السابق، ص. 244.

ومن التشريعات التي اعتنقت هذا الاتجاه: تشريع الجنسية السويسري الصادر في 29 سبتمبر سنة 1952 (في مادته التاسعة الفقرة الأولى)؛ تشريع الجنسية البلجيكي الصادر سنة 1932(في مادته الثانية عشرة)؛ وتشريع الجنسية المصري الصادر سنة 1975(في المادة 12 التي تقرر أن المصرية التي تتزوج أجنبي تظل محتفظة بجنسيتها المصرية إذا أعلنت رغبتها في ذلك خلال سنة من تاريخ دخولها في جنسية زوجها).

[2] حسام الدين فتحي ناصف، أثر انعقاد الزواج وانحلاله ...، المرجع السابق، ص. 17.

[3] حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية ...، المرجع السابق، ص. 156.

[4] المادة 5/23 منه التي تنص على أنه: " في حالة الزواج بأجنبي يجوز للزوج الفرنسي أن يتنازل عن الجنسية الفرنسية شريطة أن يكون قد اكتسب جنسية الزوج الأجنبي وأن يكون قد اتخذا محل إقامتهما العادية في الخارج".

وقد تم تعديل هذه المادة بموجب القانون رقم 170/98 والصادر في 1998/03/16 حيث أصبحت تنص على أنه في حالة الزواج من أجنبي، يستطيع الزوج الفرنسي التنازل عن الجنسية الفرنسية وفقا لأحكام المادة 26 وما بعدها بشرط أن يكتسب الزوج الجنسية الأجنبية لزوجه وأن تكون الإقامة المعتادة للأسرة ثابتة في الخارج.

L'article 23-5 disposait que :« En cas de mariage avec un étranger, le conjoint français peut répudier la nationalité française selon les dispositions des articles 26 et suivants à la condition qu'il ait acquis la nationalité étrangère de son conjoint et que la résidence habituelle du ménage ait été fixée à l'étranger ».

وأخذ بهذا الاتجاه أيضا:

– نظام الجنسية العربي السعودي لسنة 1374 هجرية في المادة 17 منه والتي تنص على أنه لا تفقد المرأة العربية السعودية جنسيتها إذا تزوجت أجنبي إلا إذا قررت وأعلنت التحاقها بجنسية زوجها، ودخلت في هذه الجنسية بحكم القانون الخاص بها".

– قانون الجنسية العماني (المادة 11 منه التي نصت على أنه: " المرأة العمانية التي تتزوج من اجنبي تحتفظ بجنسيتها العمانية الا اذا قدمت طلبا لوزير الداخلية بالتنازل عنها لاكتساب جنسية زوجها وكان قانون زوجها يسمح بمنحها جنسيته، وعلى أن يرخص لها في ذلك طبقا لنص المادة الثامنة من هذا القانون، ويجوز لها في حالة انتهاء الزوجية لأى سبب كان طلب استرداد جنسيتها العمانية اذا قدمت طلبا لوزير الداخلية وكانت اقامتها العادية في عمان أو كانت قد عادت اليها وأقرت برغبتها في الاستقرار فيها).

وتجدر الإشارة أخيرا إلى اتجاه تشريعات الجنسية الحديثة إلى تطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين بصورة كاملة في هذا المجال. فلا تجعل لزواج الوطنية من أجنبي أي تأثير على جنسيتها أسوة بالوطني المتزوج من أجنبية. وعلى ذلك تظل المرأة الوطنية محتفظة بجنسيتها، وذلك حتى ولو أدخلتها دولة الزوج في جنسيتها كأثر للزواج[1]، ومن ثم فعلى الزوجة إذا أرادت فقد جنسيتها أن تسلك الطريق الذي يجيزه قانونها لذلك، كالتنازل عن الجنسية أو الاستئذان في اكتساب جنسية أجنبية[2].

أما موقف المشرع المصري بشأن الأثر السلبي للزواج على جنسية الوطنية المتزوجة بأجنبي، فنلاحظ أن تشريعات الجنسية المصرية المتعددة مرت بمرحلتين رئيسيتين في هذا الصدد. فكان تشريع الجنسية الصادر سنة 1929 يأخذ بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة على إطلاقه إذ كان يرتب على

– قانون الجنسية السوري لسنة 1963 (في المادة 12 منه والتي تقضي باحتفاظ المرأة العربية السورية التي تتزوج من أجنبي بجنسيتها ما لم تحصل الأمور الآتية:

(أ) أن تكون قد أبدت رغبتها في اكتساب جنسية زوجها.

(ب) وأن يدخلها قانون زوجها في جنسيته.

(ج) وأن يكون عقد زواجها صحيحا طبقا لأحكام القوانين السارية في الجمهورية العربية السورية ... أنظر، فؤاد شباط، دراسات مقارنة في الجنسية وإقامة الأجانب في سورية ولبنان، مطبعة الحبلاوي، دار الكتب القانونية، 1970 ص.67.68.

وقد تم تعديل هذه المادة بموجب المرسوم التشريعي رقم 276 للعام 1969 المتعلق بالجنسية العربية السورية حيث أصبحت تنص على أنه:" تحتفظ المرأة العربية السورية التي تتزوج من أجنبي بجنسيتها إلا إذا طلبت اكتساب جنسية زوجها وكان قانون هذه الجنسية بكسبها إياها .وإذا كان عقد الزواج باطلاً وفقاً لأحكام القوانين السورية وصحيحاً طبقاً لأحكام القانون الناظم لعقد الزواج فإنها تظل متمتعة بجنسيتها ".

– قانون الجنسية الليبي لسنة 1980 (المادة 6 منه. وقد ألغي هذا القانون بموجب القانون رقم 24 لسنة 2010 الخاص بأحكام الجنسية الليبية).

– قانون الجنسية اليمني لسنة 1990 (المادة 10 منه حيث تنص على أنه:" المرأة اليمنية التي تتزوج من أجنبي مسلم تحتفظ بالجنسية اليمنية إلا إذا رغبت في التخلي عن جنسيتها وأثبتت هذه الرغبة عند الزواج أو أثناء قيام الزوجية وكان قانون بلد زوجها يدخلها في جنسيته..."). وتجدر الاشارة أنه قد تم تعديل هذا القانون بالقانون رقم (24) لسنة 2003م وبالقانون رقم (17) لسنة 2009م وبالقانون رقم (25) لسنة 2010م.

– قانون الجنسية الكويتي المعدل بالمرسوم رقم 100 لسنة 1980 (المادة 10 منه).

– وقانون الجنسية اللبناني الصادر لسنة 1960 حيث نصت المادة 06 منه على أنه: " المرأة اللبنانية التي تقترن بأجنبي تبقى لبنانية إلى أن تطلب شطب قيدها من سجلات الإحصاء لاكتسابها جنسية زوجها". أحمد مسلم، موجز القانون ... المرجع السابق، ص. 74.

[1] DUTOIT Bernard, op. cit., p.185.

[2] ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه:

– قانون الجنسية العراقي رقم 26 لسنة 2006 حيث تنص المادة 12 منه على أنه:" إذا تزوجت المرأة العراقية من غير العراقي واكتسبت جنسية زوجها فإنها لا تفقد جنسيتها العراقية ما لم تعلن تحريريا تخليها عن الجنسية العراقية".

– قانون الجنسية الصيني لسنة 1980 قانون الجنسية البولندي لسنة 1951 في المادة الخامسة منه.

– والمادة 16 من دستور كوبا الصادر سنة 1952. حسام الدين فتحي ناصف نظام الجنسية ... المرجع السابق، ص.157.

مجرد زواج الوطنية من أجنبي فقدها الجنسية المصرية إذا كانت بمقتضى هذا الزواج تدخل في جنسية زوجها. غير أن المشرع عدل عن هذا الاتجاه في تشريع الجنسية الصادر سنة 1950 وسنة 1956 وسنة 1958، فلم يرتب على زواج الوطنية من أجنبي كقاعدة عامة فقدها الجنسية المصرية، بل علق هذا الفقد على تعبيرها الصريح عن رغبتها في الدخول في جنسية زوجها وعلى دخولها فعلا في هذه الجنسية[1].

وقد سار تشريع الجنسية المصري الصادر سنة 1975 على نهج هذه التشريعات الأخيرة، فنص في المادة 12 منه على أنه: " المصرية التي تتزوج من أجنبي تظل محتفظة بجنسيتها المصرية إلا إذا رغبت في اكتساب جنسية زوجها وأثبتت رغبتها هذه عند الزواج أو أثناء قيام الزوجية وكان قانون جنسية زوجها يدخلها في هذه الجنسية، ومع ذلك تظل محتفظة بجنسيتها المصرية إلا إذا رغبت في اكتساب جنسية زوجها وأثبتت رغبتها هذه عند الزواج أو أثناء قيام الزوجية وكان قانون جنسية زوجها يدخلها في هذه الجنسية، ومع ذلك تظل محتفظة بجنسيتها إذا أعلنت رغبتها في ذلك خلال سنة من تاريخ دخولها جنسية زوجها. وإذا كان عقد زواجها باطلا طبقا لأحكام القانون المصري وصحيحا طبقا لأحكام قانون الزوج، ظلت من جميع الوجوه وفي جميع الأحوال مصرية ومع ذلك يجوز بقرار من وزير الداخلية اعتبارها فاقدة للجنسية المصرية إذا كانت اكتسبت جنسية زوجها"[2].

ومن خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع قد اشترط عدة شروط لفقد الجنسية المصرية نتيجة للزواج بأجنبي يمكن حصرها فيما يلي:

---

[1] أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، أحمد عبد الكريم سلامة، الوسيط في قانون الجنسية المصرية، مكتبة حقوق المنصورة، مصر، 1995 . 316.315.

[2] أنظر، عكاشة محمد عبد العال، النظام القانوني لأحكام الجنسية المصرية دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2012 ص. 24؛ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص .108 .

1- إعلان الزوجة رغبتها في اكتساب جنسية زوجها.

2- أن يمنحها قانون جنسية الزوج هذه الجنسية.

3- أن يكون الزواج ثابتا في وثيقة رسمية[1].

4- أن يكون عقد الزواج صحيحا وفقا لأحكام القوانين السارية في القانون المصري أي وفقا لقاعدة الإسناد المصرية الخاصة بالشروط الموضوعية والشكلية للزواج[2].

ويلاحظ أن تشريع 1975 قد استحدث حكما جديدا بمقتضاه يجوز للزوجة الوطنية في هذه الحالة أن تطلب من وزير الداخلية خلال سنة من تاريخ دخولها في جنسية الزوج الاحتفاظ بالجنسية المصرية. ويكون للزوجة الاحتفاظ بالجنسية المصرية بمجرد الإعلان عن رغبتها دون أي شرط آخر ودون أي سلطة لوزير الداخلية[3].

أما المشرع الجزائري، فقد بين موقفه من مسألة الأثر السلبي للزواج على جنسية الوطنية المتزوجة بأجنبي من خلال الفقرة الثالثة من المادة 18 من قانون الجنسية حيث نصت على أنه: "يفقد الجنسية الجزائرية : 3 – المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي وتكتسب من جراء زواجها جنسية زوجها وأذن لها بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية".

ومن خلال هذا النص نستنتج أن المشرع الجزائري قد اشترط لفقدان جنسية المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي ما يلي:

---

[1] ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص .108- 109 .

[2] فؤاد عبد المنعم رياض، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.316 .

[3] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.66.

الشرط الأول– اكتساب المرأة الجزائرية جنسية زوجها الأجنبي من جراء زواجها به

يكون اكتساب المرأة الجزائرية لجنسية زوجها الأجنبي بسبب الزواج، وهذا يعني أنه يشترط بداية أن يكون هناك زواج جزائرية بأجنبي وأن يكون هذا الزواج صحيحا، ومن ثم أن يكون قانون زوجها يفتح لها الباب للدخول في جنسيته سواء كأثر مباشر لزواجها أو بناء على طلبها احتراما لإرادتها. أما إذا كان دخولها في جنسيته بالتجنس، ووفقا للشروط العادية للتجنس لا كأثر لزواجها به، فإن هذا الشرط يعد متخلفا.

الشرط الثاني– تقديم طلب بالتخلي عن الجنسية الوطنية

يفترض الإذن وجود استئذان قبله، وعليه، فالفقد لا يكون تلقائيا، وإنما بناء على طلب تتقدم به الزوجة إلى السلطة المختصة.

الشرط الثالث– صدور إذن من السلطة بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية

قد جاء في النص "وأذن له بموجب مرسوم"[1]، فالتعبير يفيد أنه يمكن ألا يصدر هذا الإذن لها في التخلي عن الجنسية الجزائرية، فتبقى بذلك مزدوجة الجنسية[2]. ونشير إلى أن المشرع الجزائري لم يشترط في هذه الحالة الإذن للدخول في الجنسية الأجنبية، وإنما اشترطه للتخلي عن الجنسية الجزائرية.

[1] هذا وكان قانون الجنسية الجزائري لعام 1963 يشترط صدور الإذن للجزائرية الذي تزوجت بأجنبي بالتخلي عن الجنسية الجزائرية بموجب مرسوم يصدر قبل عقد الزواج. بحيث نصت المادة 3/21 من القانون السالف الذكر:" ...3- المرأة الجزائرية التي تكتسب فعلا جنسية زوجها بزواجها منه والتي يؤذن لها بالتخلي عن جنسيتها الأصلية بموجب مرسوم يصدر قبل عقد الزواج".

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2).224 .

ففي الحالة العكسية، فإن الجزائرية تبقى محتفظة بجنسيتها الجزائرية بالرغم من زواجها من أجنبي، واكتسابها جنسيته، وذلك إذا لم تقدم طلب تعلن فيه عن رغبتها في التخلي عن الجنسية الجزائرية وصدور مرسوم بذلك؛ ففي هذه الحالة ستصبح الزوجة الجزائرية مزدوجة الجنسية لأنه نادرا ما تطلب الجزائرية الإذن من الحكومة في التخلي عنها إلا في الحالة التي يشترط فيها قانون الزوج الأجنبي التخلي عن جنسيتها الأصلية لاكتساب جنسيته.

وأخيرا يمكن للجزائرية التي فقدت جنسيتها الأصلية – أي الجنسية الجزائرية- استردادها بموجب مرسوم وذلك عن طريق تقديم طلب بعد مرور 18 شهر على الأقل على الإقامة المعتادة والمنتظمة في الجزائر. وهذا ما نصت عليه المادة 14 من قانون الجنسية التي جاء فيها:" يمكن استرداد الجنسية الجزائرية بموجب مرسوم لكل شخص كان متمتعا بها كجنسية أصلية وفقدها وذلك عن طريق تقديم طلب بعد 18 شهرا على الأقل من الإقامة المعتادة والمنتظمة في الجزائر".

وبالإضافة إلى الأثر السلبي لاكتساب الجنسية بالزواج والمتمثل في إمكانية فقد الزوجة لجنسيتها الوطنية، هناك أثر إيجابي يتمثل في اكتساب هذا الأخير الصفة الوطنية.

الفرع الثاني

اكتساب الصفة الوطنية

يترتب على اكتساب الجنسية الوطنية بمقتضى رابطة الزوجية أن يصبح الزوج أو الزوجة متمتعا بالصفة الوطنية فتنتفي بذلك الصفة الأجنبية عنهما[1]، ويعاملان على هذا الأساس من وقت ثبوت الجنسية الوطنية لهما، فيدخلان في عداد شعب الدولة، ولا يجوز تسليمها إلى دولة أجنبية إذا ارتكبا

[1] أحمد عبد الحميد عشوش، عمر أبو بكر باخشب، المرجع السابق، ص.230.

جريمة، كما لا يجوز إبعادهما عن إقليم الدولة. إذ من الثابت في القانون الدولي عدم جواز تسليم أو إبعاد الوطنيين. كما يصير القانون الوطني هو قانونهما الشخصي وواجب التطبيق على منازعات أحوالهما الشخصية، ويمكن أن ينعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية بنظر المنازعات التي يكونان طرفا فيها[1]. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو هل تجعل هذه الصفة الوطنية زوجان ذو أصل أجنبي يتمتعان بكافة الحقوق التي يتمتع بها الوطني الأصيل أم أن هناك حقوقا يبقيان محرومين من التمتع بها؟

بالرجوع إلى المادة 15 من قانون الجنسية نجد أن المشرع الجزائري قد اعترف للشخص الذي يكتسب الجنسية الجزائرية بأي طريقة كانت – بما فيها اكتساب الجنسية الجزائرية على أساس الزواج المختلط– بالتمتع بجميع الحقوق المتعلقة بالصفة الجزائرية[2].

ومن خلال هذه المادة، نستنتج أن المشرع قد جعل الأجنبي الذي يكتسب الجنسية الجزائرية يحظى بحقوق الوطنيين ويتحمل التزاماتهم دون تمييز أو تفرقة بين وطني منح جنسية أصلية أو وطنيا اكتسب جنسية طارئة[3]. وعليه، يتمتع الزوج الأجنبي الذي اكتسب الجنسية الجزائرية على أساس الزواج المختلط بكل حقوق المواطنة المدنية والسياسية، كما يمكنه الدخول أو الخروج من التراب الوطني بكل حرية، ويمكنه أيضا ممارسة حقوقه السياسية، كالانتخاب والترشح للمناصب السياسية متى توفرت فيه الشروط المنصوص عليها طبقا للتشريع الداخلي. كما يمكنه بناء على طلبه تغيير اسمه ولقبه، فيتضمن مرسوم اكتساب الجنسية الجزائرية ذلك التغيير طبقا لنص المادة 27 من نفس الأمر،

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، محمد الروبي، المرجع السابق، ص.249.

[2] حيث تنص هذه المادة على أنه: " الآثار الفردية: يتمتع الشخص الذي يكتسب الجنسية الجزائرية بجميع الحقوق المتعلقة بالصفة الجزائرية ابتداء من تاريخ اكتسابها ".

[3] ومن التشريعات المقارنة التي اعترفت أيضا بالمساواة المطلقة بين المتجنس وبين الوطني الأصيل في التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات: التشريع الفرنسي (المادة 22 من القانون المدني)، قانون الجنسية المصري الصادر في 1929، قانون الجنسية السوداني الصادر سنة 1957 (المادة 09)، وقانون الجنسية العراقية لسنة 1924 (المادة 12).

ويتولى ضابط الحالة المدنية التأشير في سجلات الحالة المدنية بالبيانات المتعلقة باكتساب الجنسية، وعند الاقتضاء تغيير الاسم واللقب بناء على أمر من النيابة العامة[1].

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري بعد تعديله لقانون الجنسية بموجب الأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 قد ألغى المادة 16 من هذا القانون والذي كانت تحرم الأجنبي المتجنس بالجنسية الجزائرية من تولى أي نيابة انتخابية لمدة 5 سنوات، على أنه يجوز أن يعفى من هذا الشرط بموجب مرسوم التجنس[2].

وبالرجوع إلى الدستور، نجد أن الترشح إلى منصب رئاسة الجمهورية قاصر على حاملي الجنسية الجزائرية الأصلية، مما يجعل الشخص الذي اكتسب الجنسية الجزائرية الطارئة محروما من هذا الحق طوال حياته[3].

أما عن موقف المشرع المصري بهذا الخصوص، فنجد أنه وعلى خلاف بعض القوانين المقارنة قد اعتبر ثبوت الجنسية المصرية للمرأة بطريق الزواج كالتجنس تماما في خصوص أهلية التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات. فالمادة 09 من قانون الجنسية تنص على أنه: " لا يكون للأجنبي الذي اكتسب الجنسية المصرية طبقا للمواد 3446677 حق التمتع بمباشرة الحقوق السياسية قبل انقضاء خمس سنوات من تاريخ اكتسابه لهذه الجنسية، كما لا يجوز انتخابه أو تعيينه عضوا في هيئة نيابة قبل مضي عشر سنوات من التاريخ المذكور ...".

---

[1] جبار صلاح الدين، المرجع السابق، ص. 154.

[2] حيث جاء في هذه المادة: " غير أنه ولمدة 5 سنوات لا يجوز للأجنبي المتجنس بالجنسية الجزائرية أن تسند إليه نيابة انتخابية، على أنه يجوز أن يعفي من هذا الشرط بموجب مرسوم التجنس ".

[3] حيث تنص المادة 87 من الدستور – المعدلة بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016- على أنه:" لا يحق أن ينتخب لرئاسة الجمهورية إلا المترشح الذي:

- لم يتجنس بجنسية أجنبية،

– يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية فقط، ويثبت الجنسية الجزائرية الأصلية للأب والأم...".

والملاحظ أن النص يتكلم بصفة عامة عن كل " أجنبي" بما يعني شموله للرجل والمرأة كما صرح بشمول انعدام أهلية التمع بالحقوق السياسية والانتخاب أو التعيين عضوا في هيئة نيابة لكل من اكتسب الجنسية المصرية طبقا للمادتين 66 77 و تتعلق المادة 6 بحالة المرأة الأجنبية التي تجنس زوجها بالجنسية المصرية، أما المادة 07 فخاصة بحالة الأجنبية التي تتزوج ابتداء من مصري[1].

طبقا لذلك يمتنع على المرأة التي تكسب الجنسية المصرية على أساس زواجها من مصري لمدة خمس سنوات التمتع بالحقوق الخاصة بالمصريين، وخلال عشر سنوات الترشيح في إحدى المجالس النيابية. كما تتعرض أيضا لجواز سحب الجنسية منها إذا ما توافر سبب من الأسباب المبينة في القانون، وذلك خلال فترة الخمس سنوات التي تحرم خلالها من حقوق المصريين[2].

وبعد أن بينا ما قد يرتبه اكتساب الجنسية بالزواج من حقوق وواجبات وطنية نتيجة لاكتساب الصفة الوطنية؛ ننتقل في الفرع الموالي لتبيان أثر انتهاء الزواج على جنسية من كسبها بالزواج.

الفرع الثالث

أثر انتهاء رابطة الزوجية على جنسية من كسبها بالزواج

قد تنتهي رابطة الزوجية لأسباب غير إرادية أو طبيعية كالوفاة أو لأسباب إرادية كالطلاق والتطليق، وهنا يطرح السؤال: إذا توفرت شروط ثبوت الجنسية الوطنية للمرأة الأجنبية واكتسبت فعلا

[1] أحمد عبدالكريم سلامة، محمد الروبي، المرجع السابق، ص.249 : 250.

[2] شمس الدين الوكيل، الجنسية ...، المرجع السابق، ص .305.

تلك الجنسية ثم توفي زوجها، أو طلقها؛ فهل يؤثر ذلك على دوام واستقرار صفتها الوطنية بحيث تزول عنها مثلا تلك الصفة لزوال السند القانوني؛ وهو الزواج لثبوت الجنسية الوطنية لها؟

يرى أغلبية الفقهاء[1] أن انتهاء رابطة الزوجية بالوفاة أو بالطلاق أو بالتطليق، لا يؤثر على المركز القانوني للمرأة التي صارت وطنية، فهي تظل محتفظة بجنسيتها ولا تزول عنها.

وهذا ما سار عليه المشرع المصري الذي نص في المادة العاشرة من قانون الجنسية على أنه:" إذا اكتسبت الزوجة الأجنبية الجنسية المصرية طبقا لأحكام المادتين 988 فإنها لا تفقدها عند انتهاء الزوجية إلا إذا تزوجت من أجنبي ودخلت في جنسيته عملا بالقانون الخاص بهذه الجنسية أو جعلت إقامتها العادية في الخارج أو استردت جنسيتها الأجنبية"[2].

فالأصل وفقا لهذه المادة أن انقضاء الزوجية لا يترتب عليه زوال الجنسية المصرية عن المرأة. وإنما تزول هذه الجنسية وفقا لنص القانون في الأحوال الآتية:

1- زواجها من أجنبي وحصولها على جنسيته.

2- استرداد جنسيتها الأجنبية.

3- إقامتها العادية في الخارج.

أما المشرع الجزائري فسكت ولم ينص على مدى تأثير انتهاء رابطة الزوجية على جنسية من كسبها بالزواج، وكان الأجدر به أن يبين صراحة أن الزوج الأجنبي الذي اكتسب الجنسية الجزائرية من جراء الزواج من مواطن جزائري يظل محتفظا بجنسيته الجزائرية بالرغم من انتهاء الزواج، إلا إذا

[1] وعلى رأسهم الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة والأستاذ محمد الروبي. أحمد عبد الكريم سلامة، محمد الروبي، المرجع السابق، ص. 251؛ والأستاذ علي علي سليمان، علي علي سليمان: المرجع السابق .210.

[2] شمس الدين الوكيل، الجنسية ...، المرجع السابق، ص .320.

صدر عنه ما يدل على استغنائه عن هذه الجنسية، كما فعل المشرع المصري في المادة 10 من قانون الجنسية.

هذا وقد يحدث أن ينتهي الزواج ليس بسبب الوفاة، وإنما ببطلانه كأن تحكم به إحدى المحاكم سواء كانت وطنية أو أجنبية. فإذا كان هذا الزواج الباطل قد تم بحسن نية وهو ما يسمى بالزواج الضني « le mariage putatif »، فإن الجنسية التي اكتسبتها المرأة بناء عليه تبقى محتفظة بها رغم بطلانه. وهذا ما أخذ به القانون الفرنسي في المادة 05/21 من القانون المدني. وهو ما أخذ به أيضا القانون السويسري الصادر سنة 1952[1].

إلا أنه في حالات أخرى قد تغيب حسن النية عن بعض الزيجات التي تتم بغية تحقيق أحد الزوجين أو كلاهما أهداف خاصة بعيدة كل البعد عن الرغبة في تكوين أسرة وعيش حياة زوجية مشتركة ثابتة ومستقرة، كالرغبة في الحصول على التصريح بالإقامة في إقليم دولة الزوج، أو اكتساب جنسية هذا الأخير، أو من أجل الاستفادة من الامتيازات الزوجية المقررة في دولة الزوج، هذا ما يسمى " بالزواج الأبيض". وقد استقر القضاء الفرنسي على أن هذا النوع من الزواج باطل لغياب نية الزواج الحقيقي لدى الزوج[2]، كما قضى كذلك ببطلان كل الآثار المترتبة على هذا الزواج ومن أبرزها الجنسية الفرنسية المكتسبة بناء على رابطة الزوجية[3]، بالإضافة إلى الحكم بعقوبات جنائية على كل من الزوجين[4]. فالقانون الفرنسي يشترط وجود حياة مشتركة فعالة وحقيقية ومدة ثابتة للحياة الزوجية حتى يستطيع الزوج التقدم بطلب الجنسية الفرنسية، هذه المدة تمثلت في سنة واحدة عام 1998) وسنتين عام 2003، وأخيرا 4 سنوات عام 2006 أو 5 سنوات في حالة ما لم تكن للزوجين إقامة

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي ... 2. ، المرجع السابق، ص.141.

[2] Civ. 1ère novembre 1963 ; 1ère, 8 juin 1990 ; Civ. 1ère, 1er juin 2011. Cf. http://www.dalloz-actualite.fr

[3] Civ. 1ere 06 mai 2009, n° 07-21.826.
actu.dalloz- etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/OCTOBRE_2013/Civ6mai2009.pdf

[4] Cf.CLEMENT Christèle, Le mariage simulé, www.francejus.ru/upload/fiches_fr/Le%20mariage%20simule.pdf.

دائمة في فرنسا من تاريخ الزواج (المادة 21-2 من القانون المدني)، وتستطيع السلطات المعنية رفض طلب الزوج على أساس الكذب والغش المتعمد من الزوج المعني، وذلك عندما تلاحظ غياب حياة زوجية مشتركة حقيقية وفعالة بين الزوجين[1] (المادة 23-4 من القانون المدني).

وبعد أن انتهينا من تحديد الآثار الفردية المترتبة على اكتساب الجنسية على أساس الزواج المختلط، ننتقل فيما يلي لتحديد الآثار العائلية الناتجة عن اكتساب الجنسية الوطنية في هذه الحالة.

المطلب الثاني

الآثار العائلية

الآثار العائلية أو الجماعية لاكتساب الجنسية هي التي تترتب في ظل مبدأ التبعية العائلية، وبمقتضاها يلحق رب الأسرة تابعوه عند تغييره لجنسيته، هؤلاء التابعون هم الزوجة والأولاد القصر، ويختلف كل تشريع في تنظيم هذا الأمر، فهناك من جعل تبعية واكتساب الجنسية بحكم القانون وهناك من ربطها بضرورة تقديم طلب التجنس[2].

فإذا تحصلت زوجة أجنبية أو زوج أجنبي على الجنسية الوطنية عن طريق الزواج؛ فهل يمكن أن يكتسب أولادهما الجنسية الوطنية، بالتبعية لاكتسابهما لها وبقوة القانون؟

لقد انقسمت التشريعات المقارنة إلى قسمين متعارضين في الإجابة عن هذه الإشكالية، فنجد أن غالبية التشريعات العربية لم تجعل لاكتساب المرأة الأجنبية الجنسية بالزواج أي أثر جماعي أو عائلي (الفرع الأول). أما القسم الثاني فتمثله أغلبية التشريعات الغربية التي قررت التسوية بين الأب

[1] Civ. 28 mars 2012. Cf. www.courdecassation.fr.

[2] جبار صلاح الدين، المرجع السابق، ص.154.

والأم في تحديد جنسية الأبناء، فتستطيع عندئذ أن تنقل الأم جنسيتها المكتسبة بمقتضى رابطة الزوجية إلى أبنائها القصر عملا بالأثر الجماعي للجنسية المكتسبة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مدى تمتع الأبناء بجنسية الأم المكتسبة بمقتضى رابطة الزوجية

في القوانين العربية

تقتضي القاعدة العامة عند أغلبية التشريعات العربية وعلى رأسها التشريع المصري عدم تبعية الأبناء للأم التي اكتسبت الجنسية عن طريق الزواج المختلط. فالأصل هو تبعية الأولاد القصر لتجنس الأب. وهكذا فالأجنبي الذي يكتسب الجنسية الوطنية لأي سبب، يكتسب أولاده القصر الجنسية الوطنية معه بالتبعية وبقوة القانون من يوم اكتسابه لها ولا مجال للسلطة التقديرية للجهة المختصة بمنح الجنسية[1].

وبالتالي لم تجعل هذه القوانين لاكتساب المرأة الأجنبية الجنسية الوطنية بالزواج أي أثر جماعي أو عائلي بالنسبة لأولاد تلك المرأة من زواج سابق، فهم لا يكتسبون الجنسية الوطنية بالتبعية للأم[2].

وقد أيد بعض الفقه وعلى رأسهم الأستاذ "عبد الكريم سلامة" والأستاذ "أحمد الروبي" موقف هذه التشريعات على أساس أن هؤلاء الأولاد بحسب الأصل والغالب لهم جنسية دولة الأب الذي توفي أو الذي طلق الأم. وبالتالي تنتفي علة منح الجنسية الوطنية، بل إن منحهم تلك الجنسية، قد

[1] حسام الدين فتحي ناصف، أثر انعقاد الزواج و انحلاله ...، المرجع السابق، ص.42.

[2] صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.250.

يثير مشكلة تعدد الجنسيات. أضف إلى ذلك أن الجماعة الوطنية في بعض الأحيان لا تحتمل مزيدا من الأفراد الذين لا تربطهم بالدولة غير جنسية والدتهم. وعليه، لا يكون أمام هؤلاء الأولاد إن رغبوا في الالتحاق بجنسية أمهم الوطنية، غير ولوج طريق التجنس العادي[1].

والمشرع الجزائري بالرغم من أنه قد خالف أغلبية التشريعات العربية بخصوص أثر الزواج المختلط على جنسية الزوج، فسوى بين الرجل والمرأة في حق اكتساب الجنسية الجزائرية بمقتضى رابطة الزوجية. إلا أنه بخصوص الآثار العائلية لاكتساب الجنسية الجزائرية فلم يذكر سوى تلك الآثار الجماعية لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية بموجب التجنس فقرر أن يصبح أولاده القصر جزائريون في نفس الوقت كوالدهم. على أن لهم حرية التنازل عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين ابتداء من بلوغهم سن الرشد[2]. فلم يعد ذلك يخضع للسلطة التقديرية للسلطة المختصة، كما أنه منح الطفل الذي امتد إليه أثر تجنس أبيه أو أمه فرصة للتخلي عن الجنسية الجزائرية المكتسبة خلال سنتين من بلوغه سن الرشد.

ولعل عدم ترتيب المشرع الجزائري أي أثر على جنسية الأولاد من جراء اكتساب أحد والديهم الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط مقصود مادام أنه في ظل أمر 01/05 وعملا بمبدأ المساواة التامة بين الرجل والمرأة في نقل جنسية الأولاد، فتح طريق اكتساب الجنسية الجزائرية بمجرد الانتساب إلى أم جزائرية أو أب جزائري على حد سواء[3]. إذ أصبحت الأم الجزائرية مثلها مثل الأب الجزائري تنقل جنسيتها الأصلية والمكتسبة لأبنائها بصفة مطلقة، سواء حصل الميلاد بالجزائر أو خارج الجزائر،

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، محمد الروبي، المرجع السابق، ص .250-251 .

[2] حيث نصت المادة 17 من قانون الجنسية على أنه :" الآثار الجماعية: يصبح الأولاد القصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية بموجب المادة 10 من القانون، جزائريين في نفس الوقت كوالدهم. على أن لهم حرية التنازل عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين ابتداء من بلوغهم سن الرشد".

[3] حيث نصت المادة 06 من قانون الجنسية على أنه:" يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية".

فلم يعد يشترط أن يكون الزوج عديم الجنسية أو مجهول الجنسية سواء كان الزوج أجنبيا أو وطنيا، وحتى ولو كان الطفل غير شرعي.

إذن الأولاد الذين يولدون بعد انعقاد الزواج المختلط يكتسبون الجنسية الجزائرية بناء على حق النسب من جهة الأب أو الأم على حد سواء حسب الحالة.

لكن قد يكون للزوج المتحصل على الجنسية الجزائرية بسبب الزواج أبناء من زوج أجنبي سابق قبل زواجه من الزوج الجزائري، فهل يكتسب هؤلاء الأبناء الجنسية الجزائرية؟

سكت المشرع عن هذه المسألة ولم ينص على حكمها صراحة، وعليه، يمكننا القول أن المشرع لم يجعل لاكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج أي أثر على جنسية الأولاد السابقين لأحد الزوجين من زواج سابق. وبالتالي إذا أرادوا اكتساب الجنسية الجزائرية ما عليهم إلا سلوك طريق التجنس العادي وفقا للشروط المقررة في المادة 10 من قانون الجنسية[1].

وبذلك يكون المشرع من خلال الأمر 01/05 قد ضيق آثار امتداد اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط لكنه أقر باكتساب الأولاد الجنسية الجزائرية عن طريق انتسابهم إلى أم جزائرية دون قيد.

---

[1] تنص المادة 10 من قانون الجنسية على أنه :" يمكن للأجنبي الذي يقدم طلبا لاكتساب الجنسية الجزائرية أن يحصل عليها بشرط:
1- أن يكون مقيما في الجزائر مدة 07 سنوات على الأقل بتاريخ تقديم الطلب.
2- أن يكون مقيما في الجزائر وقت التوقيع على المرسوم الذي يمنح التجنس.
3- أن يكون بالغا سن الرشد.
4- أن تكون سيرته حسنة و لم يسبق الحكم عليه بعقوبة تخل بالشرف.
5- أن يثبت الوسائل الكافية لمعيشته.
6- أن يكون سليم الجسد والعقل.
7- أن يثبت اندماجه في المجتمع الجزائري.
ويقدم الطلب إلى وزير العدل الذي يستطيع دائما رفضه ضمن شروط المادة 26 بعده".

وذلك على عكس المشرع الفرنسي الذي كان قد أقر بموجب أحكام المادة 48[1] من قانون الجنسية الفرنسي لسنة 1973 على أنه: " إذا اكتسب أحد الوالدين الجنسية الفرنسية فإن الطفل القاصر يصبح فرنسيا بقوة القانون".

هذا وقد خالف التشريع اللبناني اتجاه أغلبية التشريعات العربية فقرر الاعتراف بالأثر الجماعي لاكتساب الجنسية اللبنانية. فطبقا للفقرة الأخيرة للمادة الرابعة من القرار 15 لسنة 1925، فإنه يكتسب الأبناء القصر جنسية أمهم التي دخلت في التابعية اللبنانية ولكن بشرط أن تظل الأم على قيد الحياة بعد وفاة الأب مع منحهم خيار ردها في السنة التالية لبلوغهم سن الرشد.

وبذلك فإنه حتى يكتسب الابن الجنسية اللبنانية استنادا للأم التي دخلت في الجنسية اللبنانية يشترط أن يكون الولد لم يبلغ سن الثامنة عشرة وأن تكتسب الأم التابعية اللبنانية، وتبقى على قيد الحياة بعد وفاة زوجها، فهم يكتسبون الجنسية اللبنانية بقوة القانون، دون حاجة لصدور قرار بذلك.

أما إذا انتهت علاقة الزوجية لغير وفاة الزوج سواء للطلاق أو التطليق أو الحكم ببطلان الزواج، فقد قضت محكمة التمييز المدنية اللبنانية بأنه بما أن المادة الرابعة من القرار 15 بتاريخ 1925/01/19 لم تحصر إعطاء الجنسية اللبنانية في هذه الحالة بصيغة معينة فلا ضرورة لاستصدار مرسوم أو قرار إداري بالنسبة للقصر من أولاد المرأة التي تتخذ الجنسية اللبنانية بعد وفاة زوجها الأجنبي، بل أن هؤلاء القصر تكون لهم الجنسية كنتيجة من نتائج المرسوم أو القرار القاضي بمنح الجنسية اللبنانية لوالدتهم، فإذا امتنعت الدوائر الرسمية عن مدها لهم كان لهم حق اللجوء إلى القاضي

[1] والتي تم تعديلها بموجب القانون رقم 73-42 الصادر بتاريخ 1973/01/09، وتم إلغاؤها بموجب القانون رقم 93-933 الصادر بتاريخ 1993/07/22.

العدلي لحسم هذا النزاع. لأن هذه الدعوى من دعاوي الجنسية التي تدخل في صلاحية القضاء العدلي دون سواه عملا بأحكام المادة التاسعة من القرار 15 بتاريخ 1925/01/19[1].

وبعد أن بينا موقف أهم القوانين العربية من مدى تمتع الأبناء بجنسية الأم المكتسبة بمقتضى رابطة الزوجية؛ ننتقل في الفرع التالي لتبيان موقف القوانين الغربية بهذا الخصوص.

الفرع الثاني

مدى تمتع الأبناء بجنسية الأم المكتسبة بمقتضى رابطة الزوجية

في القوانين الغربية

لا توجد مخالفة للقاعدة السابقة – والتي أشرنا إليها في الفرع الأول– إلا في الدول التي تأخذ تشريعاتها بالمساواة بين الأب والأم في تحديد جنسية الأبناء، ففي هذه الدول قد تنقل الأم جنسيتها المكتسبة بناء على رابطة الزوجية إلى أبنائها القصر عملا بالأثر الجماعي للتجنس.

1/ ومن ذلك ما تنص عليه المادة (1/22)[2] من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها: " الطفل القاصر الذي يكتسب أحد والديه الجنسية الفرنسية، يصبح فرنسيا بقوة القانون إذا كانت إقامته المعتادة مع هذا الوالد، أو إذا كان يقيم بالتناوب مع هذا الوالد في حالة الانفصال أو الطلاق"[3].

[1] محكمة التمييز المدنية اللبنانية، قرار رقم 15 صادر بتاريخ 1925/01/19، مقتبس عن، عبد الحميد محمود محمد عليو، اكتساب الجنسية عن طريق الأم في القانونين المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005 . .143.

[2] المعدلة بموجب القانون رقم 2005- 759 الصادر في 2005/07/04 والذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من 2006/07/01.

[3] L'article 22-1 de code civil français disposait que: « L'enfant mineur dont l'un des deux parents acquiert la nationalité française, devient français de plein droit s'il a la même résidence habituelle que ce parent ou s'il réside alternativement avec ce parent dans le cas de séparation ou divorce ». CF. https://www.legifrance.gouv.fr

وعليه، اشترط المشرع الفرنسي لكي يستفيد الأبناء من الأثر الجماعي لاكتساب الجنسية على أساس الزواج المختلط، أن يكون الابن قاصرا مقيما مع والده الذي اكتسب الجنسية الفرنسية بصفة دائمة في فرنسا، أو أن يقيم بالتناوب مع هذا الوالد في حالة الانفصال أو الطلاق.

وتجدر الاشارة إلى أن هذه المادة قبل تعديلها كانت تشترط بالإضافة إلى ذلك أن يكون اسم الابن قد أدرج في مرسوم التجنس وذلك منذ قانون 1993، وأن يكون عمره لم يتجاوز الثامنة عشرة عاما[1].

وبديهي أن التابع الذي يمكن أن تنتقل إليه جنسية الوالد أو الوالدة لا بد أن يكون قاصرا. يستوي بعد ذلك أن يكون ذكرا أم أنثى. وحكمة ذلك أن القصر لا إرادة لهم يعتد بها قانونا فتحل إرادة الوالد محل إرادتهم تحقيقا لوحدة المركز القانوني من حيث الانتماء السياسي والدولي للأسرة التي يرعاها[2]. والعبرة بلحظة الموافقة وصدور مرسوم التجنس. وعلى ذلك لو كان الشخص قاصرا عند تقديم الطلب أو في الفترة ما بين تقديم الطلب وحتى ما قبل صدور قرار التجنس، فإن ذلك لن يكون مجديا، وألا يكون الابن القاصر متزوجا، فالمشرع الفرنسي استبعد من الأثر الجماعي للتجنس الأبناء القصر المتزوجين وإن كان أتاح للابن غير القاصر أو المتزوج أن يتقدم بطلب مستقل لاكتساب الجنسية الفرنسية مع التساهل في شرط المدة[3].

2/ كذلك ما جاء في قانون الجنسية التركي لعام 1964 والمعدل بالقانون رقم 1981/06/13 فقد نصت المادة 16 منه على أن الأبناء القصر من أم أجنبية اكتسبت الجنسية التركية بالزواج من تركي يكتسبون الجنسية التركية إذا كان الأب توفي أو غير معروف أو بدون جنسية، أو في الحالة التي يكون

[1] حيث كانت تنص على أنه:" أنه " إذا أدرج اسمه في إعلان التجنس أو في طلب الجنسية فإن الابن القاصر الذي لم يبلغ سن الثامنة عشر من عمره إذا اكتسب أحد والديه الجنسية الفرنسية يصبح فرنسيا بقوة القانون إذا كانت إقامته مع هذا الوَالِد".

[2] حسام الدين فتحي ناصف، أثر انعقاد الزواج وانحلاله ... ، المرجع السابق، ص.43.

[3] LAGARDE Pau, la nationalité française, op.cit. , p.223.

فيها الابن بدون جنسية إذا كان سوف يتبع أباه وكانت الولاية على الابن للأم، شريطة أن يكون قانون دولة الابن لا يتعارض مع تغيير الجنسية. وهذا الموقف يتعارض مع ما هو مقرر بالنسبة للأب الذي يتجنس بالجنسية التركية فإن الأبناء القصر يكتسبون الجنسية التركية مع حقهم في الاحتفاظ بالجنسية التي كانت ثابتة لهم من قبل[1].

3/ أيضا ما جاء في قانون الجنسية الهولندي لعام 1985 والمعدل في 2003/04/01 الذي نص على أن الطفل القاصر– أقل من 16 سنة– يدرج في مرسوم تجنس والده إذا كان لهذا الطفل تصريح بإقامة غير محدودة وموطن في هولندا (المادة 1-3)، أما إذا كان الطفل قد بلغ 16 أو 17 سنة فيجب أن يكون له موطن في هولندا منذ 3 سنوات على الأقل في وقت تقديم الوالد طلب التجنس(المادة 11)[2].

4/ وكذلك قرر قانون الجنسية اليوناني أن للأبناء القصر أو غير المتزوجين الحق في أن يكتسبون جنسية اليونان إذا اكتسب أحد الوالدين هذه الجنسية طبقا لما تقتضي به المادة (5) من قانون الجنسية وذلك في نفس الوقت، ولكن يجوز لهم أن يتنازلوا عن هذه الجنسية بعد بلوغهم سن الثامنة عشرة بشرط أن تكون هناك جنسية أخرى ثابتة لهم.

5/ وهو نفس الوضع المقرر في قانون الجنسية الايطالي لسنة 1992 فقد نصت المادة 14 على أن الأبناء القصر للشخص الذي يكتسب أو يستعيد الجنسية الايطالية، إذا كانوا يعيشون مع والدهم يكتسبون الجنسية الايطالية ولكن بإمكانهم ردها عند بلوغ سن الرشد، إذا كانت تثبت لهم جنسية أخرى.

[1] عبد الحميد محمود محمد عليو، المرجع السابق، ص .139 .

[2] Cf. DE GROOT Gérard-René, VRINDS Erik, La nationalité et l'enfant, 3e Conférence Européenne sur la nationalité, Strasbourg, 11-12 octobre 2004, pp.09-10.
www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/Bulletin.../Pays%20Bas%202004.pdf

فالملاحظ أن المشرع الايطالي وإن كان يعطي الأبناء القصر الجنسية الايطالية عندما تكتسب أمهم هذه الجنسية، إلا أنه يخول لهم رخصة التخلي عن هذه الجنسية بعد بلوغهم سن الرشد، شريطة أن تكون هناك جنسية أخرى ثابتة لهم، حتى لا يكونوا عديمي الجنسية، ولكن يستوي لدى المشرع هنا أن تكون الجنسية الأخرى أصلية أم جنسية طارئة أيضا[1].

6/ كما ينص قانون الجنسية الخاص بالولايات المتحدة الأمريكية الصادر في 2000/10/30 على أن ابن المتجنس يحصل تلقائيا على الجنسية الأمريكية ولكن بشرط أن يكون مقيما مع والده، ولا يتجاوز سن الثامنة عشرة على أن تكون حضانة الابن للوالد الذي يتمتع بالجنسية الامريكية، وتكون إقامته بطريقة شرعية. وهنا لا يكون الابن أو والده محتاجا لتقديم طلب ولكن تثبت له الجنسية بقوة القانون[2]. ويلاحظ أن القانون لا يسري بأثر رجعي فالأبناء الذين وصلوا لسن الثامنة عشر في تاريخ نفاذ هذا القانون وهو 2001/02/27 لا يستفيدوا من هذا الحكم ولكن يتعين عليهم تقديم طلب للتجنس خاص بهم [3].

وبالإضافة إلى ما يرتبه الزواج المختلط من أثر على الحالة العامة لكل من الزوجين، فله أيضا تأثير على حالتهما الخاصة.

[1] عبد الحميد محمود محمد عليو، المرجع السابق، ص.141.

[2] المادة 320 322 من قانون الجنسية الأمريكية.

[3] عبد الحميد محمود محمد عليو، المرجع السابق، ص.142 .

الفصل الثاني

مدى تأثير الزواج المختلط على الحالة الخاصة لكل من الزوجين

متى استوفى الزواج الشروط الموضوعية لصحته وفقا للقانون المختص دوليا، وتم في الشكل الذي يستلزمه القانون الواجب التطبيق على شروط الزواج الشكلية؛ ولد آثاره القانونية بالنسبة للأشخاص وآثارا بالنسبة للأموال[1].

إذ يترتب على عقد الزواج الذي استوفى أركانه وشروطه وصار نافذا العديد من الآثار القانونية، من هذه الآثار ما يخص الزوجين معا كحل المعاشرة والمساكنة والاخلاص وحرمة المصاهرة، وانتساب الأولاد ....إلخ. ومنها ما يخص كل واحد منهما على حدة دون الآخر كالمهر، النفقة والطاعة[2].

ويقسم الفقه آثار رابطة الزوجية بصفة عامة إلى قسمين، الأول يخص الآثار الشخصية وتشمل تلك الآثار التي تترتب مباشرة على عقد الزواج وتتعلق بشخص كل من الزوجين[3]. أما القسم الثاني من الآثار، فيخص الآثار المالية أي التي تتعلق بالذمة المالية، والأموال التي يملكها كل من الزوجين قبل الزواج وبعده، ونظامها القانوني من حيث ملكيتها وكيفية إدارتها والانتفاع بها أو التصرف فيها. وتجدر الاشارة في هذا الصدد أن ما يعد أثرا ماليا أو أثرا شخصيا للزواج هو مسألة تكييف تخضع طبقا للقاعدة العامة في التكييف لقانون القاضي.

وللإلمام أكثر بماهية ما ترتبه أو ما تنتجه الرابطة الزوجية من آثار سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: الآثار الشخصية للزواج (المبحث الأول)، ثم الآثار ذات الطابع المالي (المبحث الثاني).

---

[1] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، المرجع السابق، ص.226؛ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.242؛ هشام صادق، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص.319.

[2] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص.287.

[3] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي ...، المرجع السابق، ص .481.

المبحث الأول

الآثار الشخصية

الآثار الشخصية للزواج يقصد بها تلك الآثار التي تتصل بشخص الزوجين وتتناول علاقتهما الشخصية وما يرتبط بهذه العلاقات من حقوق وواجبات شخصية متبادلة[1]. ولا جدال أن رابطة الزوجية ترتب في مختلف النظم القانونية مجموعة من الحقوق والواجبات سواء بالنسبة الزوج أو بالنسبة للزوجة، إلا أننا عندما نكون أمام حالة من حالات الزواج المختلط أو الزواج الذي يتخلله عنصر أجنبي فلا شك أنه ستعترضنا مشكلة تنازع عدة قوانين حكم هذه الآثار الشخصية[2].

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة: ما هو القانون المختص بحكم آثار الزواج ذي الطابع الشخصي[3]؟. وقبل التعرف على القانون الواجب التطبيق على هذه الآثار يجب علينا أن نحدد نطاق الآثار الشخصية لعقد الزواج المختلط.

ولذلك سندرس هذا المبحث عبر مرحلتين اثنتين نعرج في المرحلة الأولى على المسائل التي تدخل في فكرة الآثار الشخصية للزواج (المطلب الأول)، ثم ننتقل في المرحلة الثانية إلى بحث القانون المختص بحكم هذه الآثار (المطلب الثاني)[4].

---

[1] Cf. VISCHER Frank, Droit international privée, éditions universitaires fribourg, 1974, p.106.

[2] باستثناء اكتساب الجنسية بالزواج لا يثير مشكلا في مجال تنازع القوانين، فقانون الدولة التي يراد التمتع بجنسيتها هو الذي ينظم كافة الاجراءات المتعلقة بطلب التجنس، وذلك نظرا لاعتبار أن الجنسية هي مسألة مرتبطة بسيادة الدولة، وأن هذه الأخيرة هي التي تمنح جنسيتها لمن يريدها متى توافرت فيه شروط معينة منصوص عليها في قانونها.

[3] هشام صادق، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص. 321؛ غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص.170؛ جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 312 .

[4] Cf. ROCHAT Christian, La dislocation du statut personnel, thèse de doctorat, imprimerie vaudoise, Université de LAUSANNE, 1986, p.305.

المطلب الأول

تحديد نطاق الآثار الشخصية لعقد الزواج المختلط

يرتب عقد الزواج لكل من الزوجين حقوقا معينة، كما يقرر بعض الالتزامات على كل منهما. ومجموع الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين على هذا النحو هي التي نطلق عليها تعبير آثار الزواج الشخصية[1]، مضافا إليها ما قد تنتجه الرابطة الزوجية من ذرية تنسب إلى الزوجين وهذا ما يعبر عنه بالنسب الشرعي أو البنوة الشرعية[2].

ورغم أن دخول معظم المسائل السابقة في فكرة آثار الزواج الشخصية لم يكن محلا للشك لدى الفقه الغالب، إلا أن الأمر قد يدق بصفة خاصة بالنسبة للنفقة الوقتية؛ أثر الزواج على أهلية المرأة المتزوجة؛ والمسؤولية المترتبة على الإخلال بالالتزامات المتبادلة بين الزوجين.

ولذلك سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، حيث سيخصص الأول منهم إلى: حقوق وواجبات الزوجين (الفرع الأول)، والثاني إلى النسب الشرعي (الفرع الثاني)، وأخيرا، الثالث إلى مسائل تثير الجدل حول اعتبارها من آثار الزواج الشخصية (الفرع الثالث).

[1] Cf. FADLALLAH Ibrahim, Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage en droit international privé, Tome 1, Thèse doctorat, Université de Paris II, 1975, p.295.
[2] Cf. CROTEAU Etienne, Du mariage dans le droit international privé de la province de QUEBEC, Thèse doctorat, Université de Toulouse, France, 1964, p.15.

الفرع الأول

حقوق وواجبات الزوجين

إذا تم عقد الزواج؛ يستحق شرعا كل واحد من الزوجين على الآخر حقوقا ويجب على كل منهما أن يوفي صاحبه حقه[1]. فمن المعلوم أن رابطة الزوجية ترتب في مختلف النظم القانونية مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين سواء كانا متحدا الجنسية أو مختلفين فيها[2].

وإن كانت هذه الحقوق والالتزامات مشتركة بين قوانين أغلب الدول إلا أنه توجد اختلافات في شأنها من قانون لآخر. وسنتولى فيما يلي بيان كل من الالتزامات التي تقع على عاتق الزوجة ثم تلك التي تقع على عاتق الزوج ثم تنتقل إلى بيان الالتزامات المشتركة.

أولا– التزامات الزوجة

تلتزم الزوجة أساسا بطاعة زوجها ولكن في غير معصية الله، ذلك أن الأسرة هي الخلية الأولى في المجتمع. ولا يمكن أن يستقيم حال جماعة أو ينتظم أمرها إلا إذا كان لها رئيس يدبر أمورها ويصرف شؤونها، والأصل في ذلك في الشريعة الاسلامية قول الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[3].

[1] حسن الأشموني ، محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص.121.

[2] فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.216 .

[3] سورة البقرة: الآية 228.

وإذا كان الرجل أصلح شرعا وبحكم الطبيعة لقيادة الأسرة؛ فإن على الزوجة احترام زوجها وطاعته[1]. ولقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أنه لا يحق للزوجة ولو كانت أجنبية أن تتحدى إرادة زوجها وذلك في الحكم الذي أصدرته محكمة La Seine الفرنسية بتاريخ 30 أبريل 1930[2].

وذلك على أساس أنه من بين الآثار الشخصية التي تترتب على عقد الزواج أن يكون للزوج سلطة زوجية عليها[3] وبهذا فإن مخالفة المرأة علانية سلطة زوجها في ظل ذلك الوضع كان يعد اعتداء على السلطة الشخصية للأزواج الفرنسيين. إلا أن القوانين الصادرة فيما بعد[4] نصت على أن الزوجين معا يكفلان القيادة المعنوية والمادية للأسرة، وبهذا أصبح للمرأة الفرنسية حرية العمل. وعليه، تبنت القوانين الفرنسية بعد ذلك[5] مبدأ إدارة الأسرة معنويا وماديا بواسطة الزوجين بدلا من رئاسة الزوج لها وبهذه النصوص فإن المشرع الفرنسي قد ألغى تبعية المرأة المتزوجة للزوج لمخالفتها لمبدأ من أهم المبادئ وهو المساواة بين الجنسين، ويعتبر هذا المبدأ من مبادئ النظام العام في القانون الفرنسي[6].

---

[1] ابراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص.235.

[2] وذلك بمناسبة قضية تتلخص وقائعها في أن زوجا أمريكيا رفض أن تعمل زوجته في أحد المسارح في فرنسا و لكنها مارست هذا العمل بدون موافقته، فلجأ الزوج إلى محكمة السين مطالبا بالتعويض مختصا مدير المسرح الذي سمح بتشغيل زوجته بدون موافقته، فقضت المحكمة لصالح الزوج على أساس أنه ليس مقبولا أن تخرج الزوجة عن إرادة زوجها ولو كانت أجنبية ولو كان قانون جنسيتها لا يقضي بخضوعها لهذا الزوج. مقتبس عن، ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص.137.

[3] القانون الفرنسي القديم لعام 1942 المادة 213 .

[4] القانون الصادر في 1965/07/13 المادة 223.

[5] القانون الصادر في 1970/06/04 والقانون الصادر في 1975/07/11.

[6] أنظر، مريم عبد الله أحمد الجوفي، أنظر، مريم عبد الله أحمد الجوفي، القانون الواجب التطبيق على الزواج في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، 1998 3 199.2.

هذا وقد نصت العديد من التشريعات على حقوق الزوج، وبينت أن على الزوجة الالتزام بطاعة الزوج بوصفه رب الأسرة، ورأس العائلة[1]. ومن بين هذه التشريعات القانون الأردني[2]. السوري[3]، العماني[4]، وقانون الأسرة الجزائري لسنة 1984[5].

ومن حق الزوج على زوجته أيضا حق المساكنة وأن تقيم معه في موطن الزوجية[6]، وأن تقوم على رعايته وتدبير شؤون البيت[7]، وأن تبقى مخلصة له[8]. إضافة إلى ما تقرره بعض الشرائع مثل الشريعة الإسلامية من حق الزوج في تأديب زوجته[9]، والأصل في ذلك قول الله تعالى : ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ على بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ

---

[1] Cf. BELGASM Arab, Les conflit de lois relatifs à la conclusion et aux effets personnels du mariage en droit international privé algérien et comparé, Thèse doctorat en droit, Université du Paris- Pantheon-Sorbonne, France, 1989, p.156.

[2] حيث نصت المادة 39 من القانون رقم 02 لسنة 1976: " ... وعلى المرأة أن تطيع زوجها في الأمور المباحة".

[3] فقد نصت المادة 70 من القانون السوري رقم 59 لسنة 1953 على أنه: " تجبر الزوجة على السفر مع زوجها إلا إذا اشترط في العقد غير ذلك أو وجد القاضي مانعا من السفر ".

[4] فقد نصت المادة 38 من القانون العماني رقم 32 لسنة 1997 على أنه: " حقوق الزوج على زوجته : العناية به باعتباره رب الأسرة".

[5] حيث كانت المادة 39 منه تنص على أنه: " يجب على الزوجة:1- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة ".

أما قانون الأسرة الأخير فلم ينص على واجب الزوجة في طاعة زوجها، وبالتالي فقد سحب هذا الأخير من الزوج مركز رب الأسرة ورئيسها، ولعل تراجع المشرع الجزائري عن إقرار حق الطاعة الزوجية راجع أساسا إلى رغبته في تجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.

[6] Cf. BENMELHA Ghaouti, Le droit algérien de la famille, Office des publications universitaires, Alger, 1993, p.128.

وهو التزام أكد عليه المجلس الأعلى صراحة في قراره الصادر بتاريخ 1984/04/02 حيث قضى من خلاله بأنه:" متى كان من المقرر شرعا- وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى- أن الشريعة الاسلامية تفرض على الزوجة الالتحاق بمنزل زوجها فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لقاعدة مقررة شرعا. إذا كان من الثابت شرعا أن المحل الزوجي هو منزل الزوج وليس منزل الزوجة، فإن قضاة الاستئناف بقضائهم عكس ذلك خرقوا قاعدة مقررة شرعا وعملا، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ...". مجلس أعلى. 1984/04/02، قرار رقم 32653، المجلة القضائية، 1989، العدد 2 : .59.

[7] عز الدين عبد الله، في تطبيق قواعد الإسناد ...، المرجع السابق، ص.22.

[8] BELGASM Arab, Les conflits de lois relatifs..., op.cit., p.156.

[9] أنظر، محمود سلام زناتي، حقوق وواجبات الزوجين بين الماضي والحاضر، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جانفي 1970، السنة 12، الهيئة العامة للكتب والأجهزة العلمية، مطبعة عين شمس، مصر، 1970، العددان الأول والثاني، ص.457.

حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴾[1].

وقد نشأ عن هذا الحق أن الزوج إذا تمردت عليه زوجته وامتنعت عن أداء حقوقه عليها كزوج؛ بأن لم تمكنه من المعاشرة كان للزوج تأديبها لهذا السبب. بشرط ألا يتجاوز حدود التأديب التي حددها الشارع[2]. ولكن يجب على الزوج أن يستنفذ طرق العلاج الممكنة قبل الالتجاء إلى ضرب زوجته، كما عليه ألا يزيد في استعمال حقه على القدر اللازم لإصلاحها وإلا كان متعديا. والأصل في هذه القاعدة الوضعية هو أن الرسول عليه الصلاة والسلام قد قال بعد الإذن بضرب الزوجات: "لن يضرب خياركم"، أي أن الرجل إذ يؤدب زوجته كان له أن يدعها وكان الترك خيرا له[3].

وتجدر الاشارة هنا أن الالتزامات السابق الحديث عنها هي في نفس الوقت حقوق للزوج وذلك على عكس التزامات الزوج والتي تعتبر حقوقا للزوجة[4].

ثانيا – التزامات الزوج

في مقابل ما للزوج من حقوق، فإن عليه أيضا بعض الالتزامات حيال زوجته كالإحسان والعدل[5] إذا تعددت زوجاته[6]. وأيضا توجب عليه الشريعة الاسلامية دفع المهر لزوجته[7]؛ وهو الحق

---

[1] سورة النساء الآية 34 .

[2] رشا علي الدين، المرجع السابق، ص.88.

[3] ابراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص. 236 .

[4] أنظر، ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص. 137؛ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007 7 1. 287 .

[5] وهو ما أكدت عليه صراحة المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري حين جعلت توفر شروط ونية العدل من أهم شروط تعددالزوجات.

[6] BENMELHA Ghaouti, op.cit., p.126.

ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص.138.

[7] وهو ما جسدته المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري حيث اعتبرت الصداق من الشروط الواجب توافرها لعقد الزواج، كما عرفت المادة 14 من ذات القانون الصداق على أنه:" الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

المالي الذي يجب على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو بالدخول عليها مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾[1]، وقد أوجبه الله سبحانه وتعالى إظهارا لمكانة الزواج وتقديرا منه للمرأة[2].

كما يقع على عاتق الزوج التزام توفير سكن الزوجية[3]، وأيضا واجب الإنفاق على زوجته وأولاده[4]، ونفقة الزوجة هي ما يلزم للوفاء بمعيشتها بحسب ما هو متعارف عليه بين الناس[5].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن نفقة الزوجة لا تعتبر من النفقة بين الأقارب، وإنما تعتبر من آثار الزواج الشخصية وليس المالية ولو أنها ذات طابع مالي، لأن هذه الأخيرة تعتبر نظير حق الاحتباس الذي يمارسه الزوج على زوجته وهذا ما جسده القضاء الفرنسي في قضية شموني[6]. كما نصت المادة 37 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بصريح العبارة على أن النفقة تعد من الآثار الشخصية للزواج.

هذا ونصت المادة 16 من نفس القانون على أنه: " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

[1] سورة النساء الآية 04.

[2] رشا علي الدين، المرجع السابق، ص.82.

[3] وهو ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1971/03/03 حيث قضى من خلاله على أنه من حقوق الزوجة حق المطالبة بسكن ولو لم تحتفظ بهذا الحق في عقد الزواج. مجلس أعلى. 1971/03/03، مقتبس عن، سايس جمال ، المرجع السابق، ج.1 ».88.

كما قضى في قرار آخر صادر بتاريخ 1985/11/04 أنه: " متى كان من الأحكام الشرعية أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لما أقرته من مبادئ...". مجلس أعلى1 1985/11/04، قرار رقم 38331، المجلة القضائية، 1989، العدد 1 ».101.

[4] وهو ما نصت عله المادة 74 و 75 من قانون الأسرة الجزائري.

[5] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 244.

[6] فقد طبقت محكمة النقض الفرنسية القانون الفرنسي على النفقة باعتبارها من آثار الزواج الشخصية لزواج ثم بين زوجين تونسيين متوطنان بفرنسا، أحدهما تجنس بالجنسية الفرنسية، والآخر بقى محتفظا بجنسيته السابقة. نقض مدني فرنسي في 1963/02/19، مقتبس عن، زيروتي الطيب، المرجع السابق، ص.163.

إذا كانت النفقة تكيف على أساس أنها من الآثار الشخصية للزواج، فهي تندرج حتما ضمن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وتخضع للقانون الذي يحكم هذه الآثار، فيحدد هذا الأخير وجوب النفقة من عدمه ومدتها وأسس تقديرها وجزاء الامتناع عن أدائها وتقادمها وانقضائها[1].

بالإضافة إلى ذلك ذهبت بعض التشريعات الغربية إلى أن للزواج تأثير على لقب الزوجة[2] بحيث تكتسب بمقتضاه حق التسمي باسم زوجها[3]. ورغم عدم شيوع هذا الأمر في عالمنا العربي الاسلامي حيث لا يؤثر الزواج على اسم المرأة المتزوجة[4]، إلا أننا نجد أن هناك من التشريعات العربية التي نصت صراحة على حق المرأة المتزوجة في الاحتفاظ باسمها، كما هو الحال في القانون العماني، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة 37 من القانون 32 لسنة 1987 على حق الزوجة في الاحتفاظ باسم عائلتها[5]. وإن كان هذا لا يتعارض مع ما جرى عليه العرف من اقتران اسم الزوجة باسم عائلة زوجها[6].

وكما أن هناك بعض التشريعات التي توجب على المرأة المتزوجة حمل اسم زوجها كأثر من آثار الزواج[7]، وفي مقدمة هذه التشريعات القانون التركي الذي يلزم المرأة المتزوجة باستخدام لقب زوجها في الوثائق الرسمية. وكذا حذا حذوه القانون الفرنسي الذي أقر هو الآخر باكتساب الزوجة من خلال

---

[1] ابراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص.238؛ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص.138 .

وقد جرى القضاء المصري على تكييف النفقة على أنها من آثار الزواج التي يجب أن تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها صادر بتاريخ 14 يناير سنة 1954. مقتبس عن، جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.313.

[2] موحند اسعاد، المرجع السابق، ج.31 305.3؛ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.244؛ هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.322؛ جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.312؛ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص.217.

[3] BMOHR .JC, SIEBECH Ruil, op.cit., p. 62.

[4] Cf. WATTE Nadine, Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé, maison Ferdinand LARCIER,S,A, BRUXELLES, 1987, p.183; MALAURIE VIGNAL Marié, où le non d'usage et prisonnier des règles de droit , recueil Dalloz 2009- N° 20 p.1385.

[5] فقد نصت هذه المادة على أنه: " حقوق الزوجة على زوجها:... 3- الاحتفاظ باسمها العائلي".

[6] Cf. BELGACEM Arab, op.cit., pp.143.144.

[7] مريم عبد الله أحمد الجوفي، المرجع السابق، ص.199.

الزواج حق استخدام اسم زوجها تحت راية تحقيق الوحدة الزوجية[1]. الأمر الذي اعتبره البعض إخلال بمبدأ المساواة بين الزوجين باعتبار أن القاعدة التقليدية تقر بأن الزوجة دون الزوج تكتسب اسم زوجها بمقتضى رابطة الزوجية[2]. إلا أن انتشار الزواج المثلي والاقرار بشرعيته في فرنسا على غرار بعض الدول الغربية؛ جعل المشرع الفرنسي يتبنى قاعدة لا تقر تمييزا على أساس الجنس، وبهذه المناسبة ألغى فكرة انعدام المساواة بين الزوجين فيما يتعلق بالاسم وهذا ما جسده قانون 2013/05/17، حيث نصت المادة 225 فقرة أولى من القانون المدني على أنه: " كل من الزوجين يستطيع كالعادة أن يحمل اسم الزوج الآخر بالتعويض أو إضافة إلى اسمه الحقيقي في إطار النظام المختار"[3].

وبذلك أصبح المشرع الفرنسي لا يرتب على الزواج أي أثر على اسم الزوجة فكل من الزوجين يحتفظ باسمه المسجل في عقد ميلاده. ومن باب المساواة يستطيع أي من الزوجين إن أراد ذلك استخدام اسم زوجه إلى جانب اسمه الأصلي.

وقد أكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قرارها الصادر بتاريخ 2010/11/09 على حق كل من الزوجين في الاحتفاظ باسمه الأصلي بعد الزواج، كما يحق للزوجين اختيار اسم عائلي مشترك احتراما لمبدأ المساواة بين الزوجين[4].

أما البعض الآخر فيجعلها محتفظة باسمها[5] كالدول الاسلامية؛ كما توجد تشريعات أخرى تترك للزوجين حرية اختيار اسم عائلي مشترك يتكون من إسميهما معا[6].

---

[1] Cf. GAVELEAU Philippe, Nom et prénom, Gaz. Pal, recueil novembre- Décembre 2011, p. 3660.
[2] FADLALLAH Ibrahim, le domaine…., Tome 1 , op.cit., p.289.
[3] ROY Odile, Droit de la famille, éditions Archétype 82, Paris, 2014, pp.62.63.
[4] Cf. BRIERE Carine, Les couples binationaux et le choix du nom de famille, Recueil Dalloz - 17 mars 2011- n° 11, pp. 804-806.
[5] كقانون دولة لكسمبورغ الذي يقرر للمرأة المتزوجة الاحتفاظ باسمها، وإن كان يعترف لها بحق استعمال اسم زوجها في العلاقات الاجتماعية.
Cf. VERWILGHEN Michel, Nationalité et statut personnel, L.G.D.J, Paris, 1984, p.161.
[6] MALAURIE VIGNAL Marie, Ou le nom.., op.cit., p.1385.

وسارت شرائع أخرى شوطا أبعد في سبيل المساواة بين الزوجين فيما يتعلق باختيار اسم الأسرة فكان الاتحاد السفياتي سابقا مثلا يمنح للزوجين الحق في أن يحملا اسما مشتركا سواء كان اسم الزوج أو اسم الزوجة كما أن لكل منهما أن يحتفظ باسمه الخاص، ويعلن الزوجان الاسم الذي يقع عليه اختيارهما عند تسجيل الزواج بل يعترف للزوجين بالحق في تغيير الاسم بعد الزواج وليس من الضروري أن يكون الاسم الجديد مشترك.

وفي الصين كانت الزوجة تعتبر عضوا في أسرة زوجها وكانت تحمل اسم هذه الأسرة. وفي قانون الزواج الصادر سنة 1950 لم تعد للأب هيمنة على الأسرة ولم يعد لاسم الرجل أو اسم أسرته أي امتياز على اسم الزوجة وأسرتها. وفي اليابان كانت الزوجة ملزمة بأن تحمل اسم زوجها ونص قانون الأسرة في مادته 750 على أن للزوجين أن يختارا اسم أسرة الزوج أو اسم أسرة الزوجة[1].

وبذلك نلاحظ في الوقت الحاضر وجود اتجاها في الشرائع الحديثة نحو عدم إلزام الزوجة بحمل اسم زوجها باعتبار أن الزامها يحتوي على نوع من عدم المساواة بينهما.

أما في الجزائر، فاهتداءا بأحكام الشريعة الاسلامية وتنفيذا لأحكام قانون الأسرة، تبقى الزوجة محتفظة باسمها فلا يتأثر اسمها بزواجها، إلا أنه في حقيقة الأمر اقتبس واقع المجتمع الجزائري عرفا عن القانون الفرنسي بخصوص اسم الزوجة، فتحمل الزوجة عادة إضافة إلى لقب عائلتها لقب زوجها[2]. أما بالنسبة لاسم الزوج فلا يتأثر مطلقا بالزواج، فيبقى الزوج محتفظا باسمه بعد زواجه[3].

[1] أنظر، حسن الهداوي، تنازع القوانين في موضوع الاسم، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثانية، جوان 1978، العدد الثاني، ص.69-70.

[2] أنظر، تشوار حميدو زكية، الحق في الاسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية الادارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، العدد 06 .146.

[3] تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.146.

ثالثا- الالتزامات المشتركة

ذكر المشرع الجزائري في المادة 36 من قانون الأسرة مجموعة من الواجبات المشتركة بين الزوجين بحيث نصت المادة على أنه:" يجب على الزوجين:

1- المحافظة على الرابطة الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

2- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.

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

7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف".

بالإضافة إلى ذلك يستحق كل منهما على الآخر حق الاستمتاع وحسن المعاشرة والمعيشة والمساكنة والإخلاص[1]، وحرمة المصاهرة والاحترام والمساعدة المتبادلة[2]. كما يوجب الزواج حق التوارث بين الزوجين[3]. ويثبت هذا الحق في الزواج الصحيح. فإذا مات أحد الزوجين حال قيام الرابطة الزوجية حقيقة أو حكما بأن كانت الزوجة في العدة، فإنها ترث زوجها، والعكس صحيح. وقد حدد القرآن هذا الحق في الآية الكريمة : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ۚ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا

[1] BENMALHA Ghaouti, op.cit., p.130.

هشام علي صادق، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص.321 ؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.217.

[2] Cf. ROY Odille, op.cit., pp.63-65 ; FADLALLAH Ibrahim, La famille légitime en droit international privée, Dalloz, Paris, 1977, p. 166.

[3] حسن الأشموني، محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص.121.

تَرَكْتُمْ إِنْ لَّمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ ۚ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ﴾[1].

وقد نص المشرع الجزائري شأنه في ذلك شأن غالبية التشريعات العربية الاسلامية على أن النكاح يوجب التوارث بين الزوجين[2] كما حدد الأنصبة الشرعية بين الزوجين. إلا أنه لم ينص صراحة على كون هذا حق بين الزوجين؛ فتحديد الأنصبة والنص على أن النكاح يوجب التوارث بين الزوجين يكشف عن هذا الحق فلا داع لوجود نص خاص. وهو الاتجاه التي سارت نحوه غالبية التشريعات العربية فلم تنص صراحة على حق التوارث بين الزوجين. إلا أن مدونة الأسرة المغربية سارت في الاتجاه المعاكس فنصت في مادتها 51 على أن من بين الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين حق التوارث بينهما[3].

هذا وتمنح المادة 213 من القانون المدني الفرنسي للزوجين معا حق إدارة العائلة معنويا وماديا[4]. وهذا يعني أنهما يتخذان معا القرارات التي تهم حياتهما المشتركة وحياة أطفالهما أيضا. ولكل من الزوجين حق اتخاذ قرارات شخصية ولكن بشرط ألا تمس آثار هذه القرارات الطرف الآخر ولا تسبب له أي ضرر[5].

زيادة على ما يرتبه الزواج المختلط من حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين فإن له أثر شخصي آخر يتمثل في ما ينتجه هذا الأخير من بنوة شرعية.

---

[1] سورة النساء، الآية 12.

[2] حيث نصت المادة 130 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء ". كما تنص المادة 132 من نفس القانون على أنه: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الارث".

[3] رشا علي الدين، المرجع السابق2 89.1 .

[4] L'article 213 du code civil dispose que : « les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille ».

[5] Cf. RENAULT – BRAHINSKY Corinne, L'essentiel du droit de la famille, 12° édition, Gualino, lextenso éditions, 2013-2014, p.12.

الفرع الثاني

النسب الشرعي

يعتبر من الآثار الشخصية للزواج شرعية البنوة وعلاقة الأولاد بالوالدين[1]، بحيث يترتب على الزواج ظهور علائق قانونية تتولد من نشوء الأولاد في الأسرة؛ مما يستلزم معرفة نسبهم ومالهم من حقوق كحق الحضانة والرضاعة والنفقة وحق تربية الأولاد وتهذيبهم وإدارة شؤونهم .....إلخ[2].

ويقصد بالبنوة الشرعية أو النسب الشرعي نسبة الولد لأبويه نتيجة لعقد زواج بينهما[3]. وبمعنى آخر هو انتساب الولد إلى أب وأم تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج[4].

كما تستلزم البنوة الشرعية عقد زواج صحيح[5]، إذن ينجر عن هذا أن الزواج غير الصحيح لا يعتد به؛ كأن يتعلق الأمر مثلا بالنكاح الفاسد أو الباطل[6]، أو كأن يتضمن الزواج مانع من موانع الزواج[7]. فالنسب له علاقة وطيدة بصحة الزواج لذا يثبت النسب بإثبات صحة الزواج[8]. وذلك ما

---

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.170.

[2] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص.115.

[3] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص .245؛ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص.235 .

[4] Cf. HUET –WEILLER Danièle, LABRUSSE Catherine, VANCAMELBEKE Micheline, La filiation, libraires techniques (LITEC), Paris, 1981, p .63 .

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2004/02/25 حيث قضت بأنه:" من المقرر شرعا وقانونا أنه متى ولد الطفل من زواج شرعي ومسجل في الحالة المدنية ولم ينكره الأب بالطرق المشروعة كان نسبه لأبيه صحيحا...". محكمة عليا، 2004/02/25، قرار رقم 309543، نشرة القضاة، 2010، العدد 65 : .307.

[5] محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص.136.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/10/20 حيث قضت من خلاله أن :" من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال...". محكمة عليا، 1998/10/20، قرار رقم 204821، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص.82.

[6] المنصوص عليه في المواد من 32 إلى 35 من قانون الأسرة الجزائري.

[7] المنصوص عليه في المواد من 23 إلى 31 من قانون الأسرة الجزائري.

[8] وهو ما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها:" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الاقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33و34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

قرره القضاء الجزائري في بعض القضايا، حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى أنه: " من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش"[1].

ومع أن هذه القضية طرحت بين جزائريين غير أنه يمكن أن تطرح بين جزائريين وأجنبيات فيبقى الحل نفسه. ذلك ما طرح في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23 حيث جاء في إحدى حيثياته: "حيث أن القرار المطعون فيه ناقش في إطار السلطة التقديرية المخولة له قانونا واقعة الزواج المزعوم من الزوج قبل ولادة البنتين. هذا الزواج الذي تنكره المطعون ضدها. وقد ثبت القرار في حيثياته أن البنتان ولدتا خارج أية علاقة (قانونية) بين الطرفين وقبل زواجهما وأن الاعتراف بثبوت نسبهما في ظل القانون الفرنسي، يخالف النظام العام بالجزائر لأنه لا يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا بالزواج طبقا لأحكامها السمحاء"[2].

إذن يبين هذا القرار أن النسب في الشريعة الاسلامية لا يكون إلا كنتيجة لزواج صحيح[3].

وبالإضافة إلى البنوة الشرعية هناك البنوة "غير الشرعية" أو "البنوة الطبيعية" التي تكون ثمرة علاقة غير شرعية بين الوالدين[4]. وهذا النوع من البنوة لا تعترف به الشريعة الاسلامية التي تأخذ بقاعدة "الولد للفراش وللعاهر الحجر"[5]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ

---

[1] مجلس أعلى، 1984/12/17، ملف رقم 35087، المجلة القضائية، 1990، العدد الأول، ص.86-88.

كما قضى نفس المجلس في قرار آخر صادر في 1984/12/03 بأنه: " من المقرر شرعا أن النسب يثبت بالفراش الصحيح...". مجلس أعلى2 1984/12/03، قرار رقم 35326، المجلة القضائية، 1990، العدد1 a .83.

[2] محكمة عليا، 1991/04/23، مقتبس عن، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص.247 .

[3] ALI ROBLEH Yousouf, Le droit Français confronté à la conception musulmane de la filiation, Thèse doctorat, Université de GRENOBLE, 2014, p.01.

[4] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.146 .

[5] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص.137 .

1997/07/08، حيث قضت من خلاله أنه:" من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر. ومتى تبين – في قضية الحال- أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين، وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة، وأن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة. وأن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون.."[1]. وتختلف البنوة الطبيعية عن البنوة الشرعية في أنها قد تكون قاصرة على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر، في حين أن البنوة الشرعية ينتمي فيها الفرد إلى الأب والأم معا نتيجة لكونه ثمرة لعلاقة زوجية[2].

ومن خلال هذا التمييز يتضح أن البنوة الشرعية (النسب الشرعي) هي وحدها التي تعتبر من آثار عقد الزواج. وإن واقعة الزواج لا تكفي لوحدها لثبوت النسب من جهة الأب، بل يقتضي الأمر فضلا عن إبرام عقد الزواج، إمكانية الاتصال بين الزوجين[3]، حتى يثبت نسب الطفل لأبيه إذ أن الولد للفراش[4] ، ومتى كان الولد نتيجة طبيعية لعلاقة زوجية يعد في عداد أفراد الأسرة التي أساسها الزواج.

بعدما بينا مجمل الآثار المتفق على اعتبارها من الآثار الشخصية للزواج المختلط، ننتقل في الفرع الموالي لبحث بعض المسائل التي تثير الجدل حول اعتبارها من آثار الزواج الشخصية.

ففي الشريعة الاسلامية لا يثبت المولود إلا بالفراش الصحيح، أي متى كان هناك علاقة زوجية قائمة بين الرجل والمرأة من وقت إبرام الزواج وأمكن الدخول، وأساسهذا الحكم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم:" الولد للفراش وللعاهر الحجر". تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.151.

[1] محكمة عليا، 1997/07/08 قرار رقم 165408 اجتهاد قضائي، 2001 عدد خاص، ص.67.

[2] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.247.

[3] وهو ما أكدته المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت على أنه:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

[4] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.38 .

الفرع الثالث

مسائل تثير الجدل حول اعتبارها من آثار الزواج الشخصية

إذا كان دخول المسائل السابق ذكرها في فكرة آثار الزواج الشخصية جازما ولم يكن أبدا محلا للشك لدى الفقه الغالب[1]. إلا أن الأمر قد يدق بصفة خاصة بالنسبة للنفقة الوقتية، كما قام الخلاف كذلك بالنسبة لأثر الزواج على أهلية المرأة المتزوجة وأيضا المسؤولية المترتبة على الإخلال بالالتزامات المتبادلة بين الزوجين[2].

أولا– النفقة الوقتية

تعد النفقة الزوجية من آثار الزواج وتخضع من ثم لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. وهذه النفقة تخرج من مضمون النفقة بين الأقارب والتي تخضع لقانون المدين بها[3]. ومن جهة أخرى، فإن هذه النفقة تخرج بداهة من مضمون فكرة آثار الطلاق أو التطليق خلافا للأمر بالنسبة لنفقة المرأة المطلقة والتي تدخل في مضمون هذه الفكرة وتخضع بالتالي لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق[4].

---

[1] أبو العلا النمر، المختصر .... المرجع السابق، ص.117 .

[2] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص.127.

[3] منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص.217 .

[4] أبو العلا النمر، المختصر...، المرجع السابق، ص .117.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو ما حكم النفقة الوقتية التي قد تطالب بها الزوجة عند رفع دعوى التطليق، أو أثناء نظرها لتقرير نفقة مؤقتة لها لأسباب قوامها الحاجة والعوز وتدبير حل عاجل تفرضه اعتبارات الضرورة، وذلك بمقتضى حكم وقتي لا يؤثر على جوهر النزاع؟[1].

اختلفت مناحي الشراح في الإجابة عن هذا التساؤل فقد ذهب بعضهم إلى إدخال النفقة المؤقتة في مضمون فكرة التطليق وإخضاعها بالتالي لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وفقا لنص المادة 12 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري وتقابلها المادة 3/13 من القانون المدني المصري[2].

وقد انتقد هذا الاتجاه على أساس أن نفقة التطليق لا تستحق إلا بصدور الحكم بالتطليق، وعندئذ نكون بصدد نفقة المرأة المطلقة. أما قبل ذلك، فلا يجوز القول بنفقة المطلقة قبل أن تُطلق[3].

وعلى عكس ذلك فقد ذهبت محكمة الإسكندرية الابتدائية في حكمها الصادر في 18 مارس سنة 1950 إلى تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الزواج على النفقة الوقتية التي طالبت بها الزوجة أثناء دعوى التطليق، وهي بذلك تشير إلى اعتبار هذه النفقة من آثار الزواج [4].

وقد أيد بعض الفقهاء[5] موقف هذه المحكمة على اعتبار أن وجود النفقة المؤقتة مرتبط بقيام رابطة الزوجية ومن ثم فإنها تخضع لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج. بينما انتقد البعض[6] هذا النظر على أساس أن النفقة الوقتية ليست من قبيل الحقوق التي يقررها قانون الموضوع، فهي ليست حتى في اقتضاء مقابل الإنفاق بسبب قيام رابطة مصاهرة أو قرابة، وإنما هي إجراء يطلب إلى القضاء اتخاذه

[1] عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص ...، المرجع السابق ، ص.485.

[2] وهذا هو رأي الأستاذ الدكتور أحمد مسلم. أنظر، أحمد مسلم، النفقة الوقتية: تكييفها والقانون الذي يحكمها، مجلة التشريع والقضاء، السنة الرابعة، ص.9 .

[3] شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص.122.

[4] محكمة الاسكندرية الابتدائية، 18 مارس 1950، مجلة التشريع والقضاء المصرية، السنة الثالثة، رقم 011 9 .29 .

[5] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.815؛ رشا علي الدين، المرجع السابق، ص.100.

[6] وعلى رأسهم الأستاذ وائل أنور بندق. أنظر، وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص. 38 .

بصفة مؤقتة لأسباب ترجع إلى عوز الخصم من ناحية ومصلحة الدولة في تدبير حل سريع لحالة من حالات الضرورة من ناحية أخرى[1].

وينتهي هذا الرأي بذلك إلى اعتبار النفقة الوقتية من قبيل الإجراءات الوقتية التي يتعين على القاضي اتخاذها لاعتبارات تتعلق بسيادة الدولة، وعلى هذا الأساس فإنها تخضع لقاعدة الإسناد الخاصة بقواعد الاختصاص والمسائل الإجرائية[2]؛ مما يعني أنها تخضع لقانون دولة القاضي [3].

ويرفض فريق آخر من الفقه هذا الرأي الأخير على أساس أن النفقة الوقتية وإن تعين إخضاعها لقانون القاضي، إلا أنها لا تعد مع ذلك من مسائل الإجراءات إذ هي لا تتصل بكيفية عرض النزاع أمام القضاء ولا بتحقيقه ولا بالفصل فيه[4]. وينتهي هذا الرأي إلى وجوب تطبيق قانون القاضي على أساس أن النفقة الوقتية تدخل فيما يسمى بتدابير الأمن المدني[5]؛ وهي الإجراءات التي يقصد بها المحافظة على السلام العام أو السكينة العامة في الدولة[6]. ولا شك أن النفقة الوقتية تهدف بصرف النظر عن البث في النزاع الأصلي إلى درء الضرر البالغ الذي قد يلحق بمن كان في حالة العوز واشتدت به الحاجة إلى القوت، وتلك اعتبارات تتصل بالسلام العام في الدولة[7].

وقد ذهب أغلبية الفقهاء إلى تأييد هذا الرأي الأخير قائلين بضرورة تطبيق قانون القاضي على النفقة الوقتية التي قد تطالب بها الزوجة أثناء رفع دعوى التطليق لسد حاجاتها العاجلة؛ فالأمر يتعلق

---

[1] أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 118-119.

[2] أنظر، حسن البغدادي، القانون الواجب تطبيقه على النفقة الوقتية، مجلة الحقوق، الاسكندرية، السنة الرابعة، 91950 1. 147 .

[3] حيث نصت المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه:" يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات". وتقابل هذه المادة 22 من القانون المدني المصري.

[4] عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص ...، المرجع السابق، ص. 486؛ فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.222.

[5] عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.212، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص.339 .

[6] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص.128.

[7] أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص.119 .

باعتبارات الأمن والسكينة على إقليم الدولة وتعتبر القواعد المنظمة لها من القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر[1]. ذلك أن النفقة الوقتية تعتبر من التدابير الضرورية التي يطلب من القضاء اتخاذها بغض النظر عن النزاع الأصلي نفسه، ولا فرق في ذلك بين كون النزاع الأصلي مشتملا على عنصر أجنبي أو كونه وطنيا من جميع عناصره، فالقاضي عندما يقرر مثل هذه التدابير الضرورية إنما يلجأ إلى القواعد المقررة لهذه التدابير في قانونه، وليس من شأن اتخاذ هذه التدابير إثارة مشكلة تنازع القوانين، فتطبيق القاضي للقواعد المقررة في قانونه بصدد التدابير الوقتية إنما يتم بشكل مباشر وليس إعمالا لقواعد الإسناد[2].

وعليه، يفضل تطبيق القانون الجزائري على النفقة الوقتية – بوصفه قانون القاضي– التي قد تطالب بها الزوجة أثناء رفع دعوى التطليق لسد حاجتها العاجلة، وهذا النظر يمكن دعمه بالاعتبارات الإنسانية التي تقتضي ذلك.

ثانيا– أثر الزواج على أهلية المرأة المتزوجة

المبدأ العام في سائر التشريعات العربية المتأثرة بالشريعة الإسلامية أن ليس للزواج أثر على أهلية المرأة. ومع ذلك فإن بعض التشريعات تنحو منحى آخر مختلفا فتجعل للزواج أثرا على أهليتها. فلا يكون لها مثلا أن تتصرف إلا بإذن زوجها[3].

[1] أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.119،120.

[2] فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.223– 224، عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 247. 248؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص ...، المرجع السابق، ص.486؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص.128.

[3] عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص ... ، المرجع السابق 8 487.1 .

ولذلك يثور التساؤل عما إذا كان نقص أهليتها في هذا الفرض مما يدخل في فكرة الأهلية بوجه عام، والتي يحكمها القانون الشخصي لناقص الأهلية أم أن نقص الأهلية يعد أثرا من آثار الزواج[1]، ويخضع بالتالي للقانون الذي يحكم هذه الآثار؟[2].

رأى البعض أن أهلية المرأة المتزوجة تندرج في مثل هذه الحالات في فكرة الأهلية بوجه عام، ومن ثم وجب إخضاعها للقانون الوطني للزوجة[3]. إلا أن الفقه الراجح [4] يذهب إلى أن نقص الأهلية في هذه الحالة يعتبر أثرا من آثار الزواج[5] ويخضع بالتالي للقانون الذي يحكم هذه الآثار[6]، فيتعين إذن الرجوع لهذا القانون لمعرفة ما إذا كان من اللازم حصولها على إذن من زوجها عند مباشرة التصرفات القانونية من عدمه[7]. وذلك أن نقص الأهلية مقرر هنا لا لمصلحة الزوجة حماية لها من ضعفها، بل لحماية الأسرة، ويتصل أوثق اتصال بنظام السلطة الزوجية[8].

ويذهب الأستاذ "هشام علي صادق" إلى وجوب الاستئناس بالقانون الأجنبي المحتمل التطبيق في تكييف هذه المسألة[9]، فإذا تبين أن نقص أهلية المرأة المتزوجة وفقا لهذا القانون قد قصد به حماية الأسرة، فلا شك سوف نعتبر المسألة داخلة في فكرة آثار الزواج. أما لو تبين للقاضي أن نقص

---

[1] Cf. FADLALLAH Ibrahim , op.cit., p .171.

[2] Cf. Congrès des notaires de France, le conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux et de successions, centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Nice, 1960 ,p.80-81.

[3] WATTE Nadine, Les droits et devoirs…., op.cit., p.159.

[4] MAYER Pierre, op.cit., p.407 ; Etienne CROTEAU, op.cit., p.171.

[5] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.184 185 .

[6] Cf. FADLALLAH Ibrahim, op.cit., p.44.

[7] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص.129.

[8] منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص. 220؛ وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص.38؛ أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.120-121 .

[9] ويؤيده في ذلك كل من الأستاذ أبو العلا النمر، والأستاذ وائل أنور بندق، أنظر، أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 121؛ وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص.39 .

الأهلية يستهدف غاية أخرى تتعلق بالمرأة بالذات، كما لو كان يهدف إلى حمايتها بالنظر إلى جنسها، فيكون الأوفق إخضاع الأهلية في هذه الحالة لقانون جنسية الزوجة[1].

ويرى البعض الآخر[2]، أن نقص أهلية المرأة المتزوجة إذا لم يكن عاما بل خاصا ببعض التصرفات القانونية؛ فإنه يعتبر حالة من حالات عدم الأهلية الخاصة، فلا يخضع للقانون الشخصي للزوجة ولا للقانون الذي يحكم آثار الزواج بل للقانون الذي يحكم العلاقة التي تكون الزوجة طرفا فيها.

ولتحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية المرأة المتزوجة يميز بعض الفقهاء بين فرضين:

الأول: إذا كان تقرير نقص أهلية المرأة المتزوجة هدفه المحافظة على سلطة الزوج داخل الأسرة باعتباره رئيسها فإنه يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج[3].

الثاني: إذا كان هدف تقرير نقص أهلية المرأة المتزوجة هو حمايتها ضد ضعفها بالنظر إلى جنسها، فإن قانونها الشخصي هو الذي يختص عندئذ[4].

كما يرى الأستاذ "أعراب بلقاسم" أن من الصعب القبول في الجزائر بإخضاع أهلية المرأة المتزوجة للقانون الذي يحكم آثار الزواج في حالة كون الزوجين مختلفي الجنسية، ذلك أن المرأة قد تكون كاملة الأهلية وفقا لقانونها، فتصبح بالزواج ناقصة الأهلية وفقا لقانون الزوج الذي هو القانون الذي تخضع له آثار الزواج في القانون الجزائري[5].

---

[1] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.515 .

[2] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص... ، المرجع السابق، ص.231 .

[3] Cf. AUDIT Bernard, D'AVOOT Louis, Droit international privé, septième édition, Economica, Paris, 2013, p.654.

[4] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.1 1 .254 .

[5] BELGACEM Arab, op.cit., pp.162-163.

وبناء على ذلك، يفضل أن تخضع أهلية المرأة المتزوجة في الجزائر لقانونها الشخصي فلا يرتب الزواج أي أثر عليها.

ثالثا - حكم المسؤولية المترتبة على إخلال أحد الزوجين بالالتزامات المتبادلة

يرتب عقد الزواج كما رأينا في الفرع الأول حقوقا والتزامات متبادلة بين طرفيه. وقد يحدث أن يخل أحد الزوجين أو كلاهما بهذه الالتزامات المفروضة عليه، كأن يتجاوز الزوج المسلم في حق التأديب المسموح له به على زوجته بأن يضربها ضربا مبرحا أو يسئ إليها بما يجرح كرامتها. وقد يخل أحد الزوجين بواجب الإخلاص الواقع على عاتقه، بأن تصدر منه خيانة زوجه مع شخص آخر[1]؛ متناسيا ما يفرضه الزواج من التزام على الزوجين من الإخلاص المتبادل بحيث يلتزم الزوج بأن يقتصر على زوجته دون غيرها من النساء، وتلتزم المرأة بأن تهب نفسها لزوجها دون غيره من الرجال[2].

في هذه الحالات وغيرها، إذا رفع المضرور من جراء الإخلال بالالتزام دعوى في مواجهة الطرف الآخر المتسبب في الضرر مطالبا إياه بالتعويض، فما هو القانون الذي يحكم المسؤولية في هذه الحالة؟ هل تطبق القاعدة العامة المتمثلة في إعمال قانون محل وقوع الفعل الضار[3]؟ أم أن الأمر يندرج في فكرة آثار الزواج ويخضع بالتالي للقانون الذي يحكم هذه الآثار؟.

يتوقف الأمر في تقديرنا على التكييف الذي يضفيه القاضي على المسألة المطروحة، فمن يرى في هذا المسلك فعلا ضارا يخضعه لقانون "الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام"، ومن

[1] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات ....، المرجع السابق، ص.490 .

[2] ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص.144.

[3] حيث نصت المادة 20 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام. غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

يتجاوز هذا التكييف ويدخل المسألة في آثار الزواج يطبق القانون الذي يحكم هذه الآثار على المسؤولية الناتجة عن إخلال أحد الزوجين بالتزاماته اتجاه الزوج الآخر.

لقد اتجه معظم الفقه والقضاء في فرنسا إلى تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار (القانون المحلي) بوصفه القانون المختص بحكم شروط المسؤولية التقصيرية[1].

ويذهب رأي في الفقه المصري[2] إلى أنه وإن كان أساس المسؤولية في هذه الحالة هو الفعل الضار، إلا أن الأمر يتصل هنا بآثار الزواج أكثر من اتصاله بالمسؤولية التقصيرية، وهو ما يقتضي الرجوع إلى قانون جنسية الزوج وقت الزواج باعتباره القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.

هذا الأخير بالإضافة إلى كونه يكفل وحدة القانون المطبق على آثار الزواج والإخلال بها؛ فإنه يتلافى ما قد يترتب على إخضاع دعوى المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات المتبادلة للقانون المحلي من نتائج غير مقبولة نتيجة لتغير القانون الواجب التطبيق بتغير المكان الذي يحدث فيه الإخلال بالالتزامات الزوجية، مما يؤدي إلى ربط الإسناد بظروف عارضة، كما لو حدث الفعل الضار في دولة يمر بها الزوجان مصادفة أثناء رحلة معينة، فتطبيق القانون المحلي في مثل هذا الفرض يخلو من أي معنى لعدم ارتباطه بحقيقة العلاقة محل البحث[3].

بعد أن حددنا نطاق الآثار الشخصية للزواج المختلط بقي لنا أن نتساءل عن القانون المختص بحكم هذه الآثار في حالة ما إذا تنازعت عدة قوانين حكمها؟

---

[1] BATIFFOL Henrie, LAGARDE Paul, op.cit. pp.68-69.

[2] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.510 511؛ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص.144-145؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص ... ، المرجع السابق، ص. 491 .

[3] محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 127. 128.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية لعقد الزواج

بينا في المطلب السابق ماهية الآثار الشخصية المترتبة على قيام عقد الزواج المختلط صحيحا. وهذه الآثار لا بد لها من قانون يحكمها ويسري عليها؛ فما دام أننا في صدد الحديث عن الزواج الدولي فسنبحث طبعا عن القانون الذي سيحكم هذه الآثار[1]. بحيث قد يظهر تنازع بين قوانين عديدة في حالة وجود عنصر أجنبي في العلاقة الزوجية[2]، فما هو القانون الواجب التطبيق في مثل هذه الحالات؟

يختلف القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية حسب اختلافها، لذلك سنتعرض في فرع أول لقواعد التنازع التي تحكم الحقوق والواجبات الزوجية، ثم تنتقل في فرع ثاني لبيان قواعد التنازع التي تحكم النسب.

[1] CLAVEL Sandrine, droit ..., op.cit., p.395.

[2] حسن الهداوي المرجع السابق، ص.111.

الفرع الأول

قواعد التنازع المتعلقة بالحقوق والواجبات الزوجية

اختلفت مَناحي المشرعين في اختيار القانون الواجب التطبيق على الحقوق والواجبات الزوجية، فبعض الدول[1] أسندتها لقانون محل الإقامة وهو عادة قانون القاضي، وهناك فريق ثان من الدول[2] أخضعتها لقانون الموطن[3]؛ وهو قانون موطن الزوجية كإيطاليا (المادة 29 من القانون الدولي الخاص).

ويرى جانب من الفقه أن هذه القاعدة تكشف عن سعي المشرع الايطالي إلى تحقيق نوع من التوازن بين الرجل والمرأة[4]. وفي نفس الوقت رأى أن المشكلة قد تثور حول تحديد ماهية موطن الزوجية، وهو ما حدث عند نظر النزاعات أمام القضاء الايطالي، فوجد البعض أنه يقصد به المكان الذي يقيم به الزوجان البعض الآخر استند إلى كونه مكان إبرام عقد الزواج ونشأته[5].

ولكن الأرجح أن المقصود به هو قانون الدولة التي يقيم فيها الزوجان بصفة مستمرة أو تتجه نيتهم إلى ذلك، وهو ما يمكن أن تكشف عنه ملابسات وظروف النزاع كوجود مسكن دائم أو عملهما في بلد واحد مدة طويلة أو غيرها من الأمور التي يستطيع القاضي استنباطها. ولكن لا

---

[1] وهذا هو المتبع في بلجيكا بحيث أخذ القانون البلجيكي بتطبيق قانون الاقامة المعتادة للزوجين على آثار زواجهما الشخصية، كما يمكن أن تخضع هذه الأخيرة لقانون جنسية الزوجين المشتركة.

Cf. CACHARD Olivier, Droit international privé, 2° édition, Collection Paradigue, STRADA, 2013, p. 181.

وأيضا هذا هو المتبع في كل من الولايات المتحدة الأمريكية، الأرجنتين، إنجلترا.

MORRIS J.H.C, North P.M, op.cit., p.295.

[2] مثل البرازيل، الدانمارك، وسويسرا.

[3] VISCHER Frank, op.cit., pp.106-107.

[4] Cf. TORTORICIE.F, The choise of law rule on the legal effects of mariage in italian private international law , Petermining the law applicable. To sposes with different nationlities, the european legal forum, ISSUE 1, 2003. p.1. Cf. http://www.simons-law.com /library/ pdf/e/356-pdf, 2-3-2008, p.2.

[5] Cf. LAKSHMANAN, MAHMOOD.F, Laws of civil mariages in india- Aproposal to resolve certain conflicts, p.4. Cf. http://lawcommissionofindia.nic.in/reports/report 212.pdf, 12-2-2009, p.3.

يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون بلد إبرام العقد هي بلد موطن الزوجية هذا ما لم يكن هناك نية للاستقرار، فقد يكون الإبرام في هذه الدولة مرجعه الصدفة كإبرامه خلال رحلة سياحية مثلا[1].

ويختلف القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج في بعض التشريعات، عما إذا كان الزواج مدني أم ديني. فقد فرق القانون الهندي بين الزواج المدني والديني، ففي الزواج الديني للمسلمين تطبق القواعد والنصوص الاسلامية. أما لو وافق الطرفان على الزواج المدني فيطبق القانون العام والصادر سنة 1976[2].

كما أن هناك بعض التشريعات التي نصت على مكنة الزوجين في اختيار القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج[3]؛ كالقانون الألماني حيث نصت المادة 14 من القانون الدولي الخاص بخضوع آثار الزواج لقانون الجنسية المشتركة وإلا لقانون الموطن المشترك للزوجين[4]. وفي حالة تمتع أحد الزوجين بأكثر من جنسية، فللزوجين اختيار أحد هذه القوانين شريطة أن يكون هذا القانون هو القانون الوطني للطرف الآخر، أي أنه يطبق قانون الجنسية المشتركة سواء أكانت هي الجنسية الفعلية من عدمه[5]. إذ يجوز للزوجين اختيار قانون الجنسية الأقل فعالية، طالما كانت الجنسية التي يحملها الزوج الآخر. ولا ريب أن منح الزوجين مكنة اختيار القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج في غياب الجنسية المشتركة والموطن المشترك لهما من شأنه أن يدعم الاسناد غير القوي، بسبب عدم اشتراك الزوجين لا في الجنسية ولا في الموطن.

---

[1] Cf. SARCEVIC.P, WOLKEN.P, Yearbook of private international law, Kluwer law international, 2004, p.104.
[2] LAKSHMANAN, MOHMOOD.T, op, cit., p.2.
[3] WIGNY Pierre, BROCKELBANK W.J., op.cit. p.191.
[4] Cf. VAN DEN EYNDE Pierre, Les donations entre époux, BRUYCANT, Bruxelles, 1993, p.11.
[5] ويعد ذلك استثناء على القاعدة العامة التي تقتضي بأنه عندما تتعدد جنسيات الشخص يتعين الاعتداد بالجنسية الفعلية لهذا الشخص، وهي الجنسية التي يربطه بها روابط وثيقة أكثر من غيرها. أنظر، ابراهيم أحمد ابراهيم، أحمد قسمت الجداوي، القانون الدولي الخاص، ج.1. "الجنسية "، دار النهضة العربية، 1997 . 226.

ويقضي القانون الدولي الخاص الاسباني لسنة 1990 بخضوع آثار الزواج للقانون الوطني المشترك للزوجين، وفي غياب الجنسية المشتركة يسمح للزوجين بإخضاع آثار الزواج للقانون الوطني لأحدهما، أو لقانون الإقامة المعتادة لأحد الزوجين دون تطلب شروط خاصة، ويتعين أن يكون هذا الاختيار موثقا. وهو ما يعطي دورا للإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج في غياب الجنسية المشتركة للزوجين[1].

هذا وقد نصت المادة 39 من القانون الدولي الخاص المجري الصادر عام 1979 على أنه: "تخضع الروابط القانونية الشخصية والمالية للزوجين بما في ذلك حمل اسم الزوجية وكذلك مساعدات النفقة، والاتفاقات حول النظام المالي للقانون الشخصي المشترك للزوجين لحظة الحكم..."[2].

ومن ذلك نستنتج أن المشرع المجري قد آثر إخضاع الآثار الشخصية للزواج للقانون الشخصي المشترك للزوجين، سواء أكان قانون الموطن أو قانون الجنسية المشتركين.

هذا في حين أخضع القانون اليوغسلافي الصادر بتاريخ 15/07/ 1982 آثار الزواج الشخصية لقانون آخر موطن مشترك للزوجين[3].

وقد كان القانون الفرنسي سابقا يخضع آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج باعتباره هو رب الأسرة[4] (المادة 213 من القانون المدني الفرنسي). وهذا ما أيده أيضا الفقه الفرنسي الذي نبه إلى خطورة تطبيق أكثر من قانون على آثار الزواج حيث إنه سيتعذر في هذه الحالة تطبيق أيهما عندما يختلفان، فليس من الممكن أن تخضع آثار الزواج مثلها في ذلك مثل آثار أي علاقة لغير قانون واحد

[1] محمد حمدي بهنيسي، دور الارادة ...، المرجع السابق، ص.40.
[2] عادل أبوهشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص.52 .
[3] MONEGER Françoise, op.cit., p.107.
[4] MONEGER Françoise, op.cit., p.108.

ذلك أن الآثار تقتضي الوحدة في النظام القانوني الذي يحكمها وتنفر بالضرورة من التعدد[1]. وإن كان من المتعين أن نختار بين قانون جنسية كل من الزوجين، فإن الأولى أن يحكم آثار الزواج قانون الزوج بوصفه رب العائلة بالإضافة إلى أن هذا غالبا ما يكون قانون الجنسية التي يتمتع بها أفراد الأسرة[2].

إلا أنه بعد تعديل المشرع الفرنسي هذه المادة في 7 جويلية 1970 أصبح يأخذ بمبدأ المساواة بين الزوجين في إدارة وتسيير شؤون الأسرة[3]. وعلى ذلك إذا كان الزوجان الأجنبيين من جنسية واحدة فلا إشكال بحيث يطبق قانون الجنسية المشتركة[4]. أما إذا اختلفت جنسيتهما أو كان أحدهما فرنسيا ومتوطنان في فرنسا فقد عمد إلى تطبيق قانون الموطن[5]. وبذلك أخضعت قاعدة الإسناد الفرنسية آثار الزواج إلى القانون الوطني المشترك للزوجين، وهو إما قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك[6]. وإذا لم يشترك الزوجين لا في الجنسية ولا في الموطن تخضع آثار الزواج وفقا للاجتهاد القضائي الفرنسي إلى قانون القاضي[7].

---

[1] Cf, les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé, étude des solutions en vigueur dans les six pays du marché commun, BRUXELLIS MCMLX III, BELGIQUE, 1963, p.731.

[2] GOUSSARD Céline, op.cit., p.27.

[3] MELIN Francois, op.cit., p. 167.

وهذا ما جسدته صراحة محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/03.

Cass 1re ch. civ, 3 avril 1990, cité par, ANCE Bertrand, RCDIP, 1991, N° 1, p. 104.

[4] MARC BISCHOFF Jean, op.cit., p.25.

[5] DERRUPPE Jean, op. cit., p. 93.

[6] Cf. RALSER Elise, La célébration du mariage en droit international privé, Tome 1, Thèse doctorat, Université Panthéon ASSAS (Paris II), 1998, p. 165.

وهذا ما جسدته صراحة محكمة النقض الفرنسية في قرار شموني chemouni » الصادر بتاريخ 1963/02/19 قرار

«Campbell-Johnston» الصادر بتاريخ 1966/02/15. بحيث قضت من خلالهما بتطبيق قانون الموطن المشترك على الآثار الشخصية للزواج نظرا لاختلاف جنسية الزوجين، مقتبس عن/

GOUSSARD Céline, op.cit., p.27.

[7] L'arrêt Tarwid, cité par, CLAVEL Sandrine, op. cit, p. 395 ; Mayer Pierre, op. cit, p.407.

والذي تأخذ به معظم الدول العربية هو إخضاع آثار الزواج التي نحن بصددها لقانون جنسية الزوج. وهذا ما أخذ به المشرع السوداني[1]، الليبي[2]، الإماراتي[3]، المصري[4]، الأردني[5]، الكويتي[6] والسوري[7].

بذلك تكون هذه التشريعات قد أسندت آثار الزواج لقانون واحد هو قانون جنسية الزوج. وهذه القاعدة تختلف عن تلك التي نصت عليها هذه التشريعات بصدد إنشاء الزواج، فقد سبق أن رأينا أن أغلبية التشريعات العربية قد أخضعت الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين[8].

والواقع أنه إذا كان إنشاء رابطة قانونية بين شخصين يقتضي الرجوع إلى قانون كل من الطرفين فإن إنتاج هذه الرابطة لآثارها القانونية يتطلب وحدة في النظام القانوني الذي يحكمها. فمن العسير إخضاع آثار الرابطة القانونية لقانونين في ذات الوقت، إذ لن يتسنى تطبيق أيهما عند الاختلاف إلا بمخالفة الآخر[9]، لذلك رأت هذه التشريعات الأخذ بقانون جنسية الزوج وحده لحكم آثار الزواج مفضلة إياه على قانون جنسية الزوجة باعتبار الزوج هو رب العائلة[10]، والمكلف بشؤونها وفق ما

---

[1] المادة 11 فقرة 05 من القانون المدني.

[2] المادة 12 من القانون المدني.

[3] المادة 13 فقرة 01 من قانون المعاملات المدنية.

[4] حيث نصت المادة 13 فقرة 01 من القانون المدني على أنه: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال ". أنظر، هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 319 .

[5] المادة 13 من القانون المدني.

[6] المادة 39 من المرسوم الأميري لسنة 1961 .

[7] المادة 1/14 من القانون المدني.

[8] أنظر، ص. 26 من هذه الرسالة.

[9] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 219.

[10] منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص.215؛ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص ...، المرجع السابق . .. 229.

تقضي به أحكام الشريعة الاسلامية، وإن كانت القوانين الغربية قد قللت من شأنه متأثرة بالأفكار التحررية[1].

وإذا ما غير الزوج جنسيته بعد الزواج تثور مشكلة التنازع المتغير[2]، وقد حسمتها التشريعات السابقة بالنص على أن العبرة بقانون الجنسية يكون بوقت الزواج. فإذا غير الزوج جنسيته أو غير الزوجان جنسيتهما، فلا أثر لهذا التغيير على القانون الواجب التطبيق على آثار الزوج[3]. ويطبق قانون الزوج وقت الزواج ولو كان قانون الجنسية الجديدة هو قانون جنسية الزوجة في الوقت نفسه، بأن غير الزوجان جنسيتهما إلى جنسية مشتركة أو اكتسب الزوج جنسية الزوجة[4]. ومثاله أن يتزوج فرنسي بفيتنامية ثم حصل الزوج على الجنسية الفيتنامية بعد الزواج ليصبح متحدا مع زوجته في الجنسية، فإن آثار الزواج تظل خاضعة لقانون جنسية الزوج القديمة وهو القانون الفرنسي وذلك لأن هذا القانون هو قانون جنسية الزوج عند الزواج[5].

ولهذا الحل عند هذه التشريعات ما يبرره فهو أولا يكرس مبدأ ثبات نظام الزوجية ثباتا مطلقا ومن غير أن يكون للتغيير اللاحق في جنسية الزوجين أي تأثير[6].

---

[1] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.43.

[2] وهي مشكلة تثور أيضا في حالة تغيير الزوجين لجنسيتهما المشتركة أو لموطنهما المشترك فهذا بطبيعة الحال يؤثر على القانون المختص بحكم مسائل الآثار الشخصية لعقد الزواج في الدول التي تأخذ بضابط الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك كفرنسا، وذهب الفقه الراجح إلى الاعتداد في مثل هذه الحالات بقانون الجنسية الجديدة أو الموطن الجديد وتطبيق أحكامها على آثار الزواج الشخصية ولكن بشرط أن لا يكون في تغيير الجنسية أو الموطن أي غش نحو القانون.

Cf. CROTEAU Etienne, op. cit, p.162 ; LABORDE Jean- Pierre, Droit international privé, 18° édition, Dalloz, Paris, 2014, p.173 ; AUDIT Bernard, D'AVOUT Louis, op. cit., p. 653 ; MELIN François, Droit international privé, op. cit, p.167.

[3] هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 320.

[4] منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص.215 .

[5] ابراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص.234.

[6] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص في دولة الامارات ...، المرجع السابق، ص. 479.

هذا بالإضافة إلى أن حقوق الزوجين وواجباتهما قد تحددت وقت نشأة الزواج[1]، ثم إن هذا القانون من شأنه أن يحقق حماية أكيدة للزوجة، فهي تكون على دراية بمضمون هذا القانون وأحكامه ما دامت قد قبلت الخضوع لنظام الزوجية الذي يكرسه، وليس من العدل أن تتعدل هذه الحقوق والواجبات نتيجة لعمل إرادي من جانب الزوج وحده[2].

إلا أن الاعتداد بقانون جنسية الزوج وقت الزواج في جميع الفروض، كان محل انتقاد في الحالة التي يصبح فيها للزوجين – في تاريخ لاحق على الزواج– جنسية مشتركة–. فكيف تخضع آثار الزواج عندئذ لقانون جنسية الزوج والفرض أنها جنسية لم يعد لها في الواقع وجود؟

ويرى بعض الفقه[3] أنه كان من الأفضل أن تخضع آثار الزواج في هذه الحالة لقانون الجنسية المشتركة باعتبار أنه قد صار للزوجين جنسية موحدة مما يوحي بتفضيل الزوجين الخضوع للنظام القانوني لدولة الجنسية المشتركة[4].

هذا وقد أخضع المشرع الجزائري أيضا كقاعدة عامة آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، حيث نصت المادة 12 من القانون المدني على أنه :" يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج"[5].

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو أن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج يسري على الآثار الشخصية للزواج المختلط والمنحصرة بالضرورة في حقوق وواجبات الزوجين دون أن يمتد تطبيقه

---

[1] جمال محمد الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.289.

[2] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.220 219؛ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 289.

[3] محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص.310؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 220 ؛ هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.320 .

[4] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص.289 .

[5] BELGACEM ARAB, op.cit., p.13.

إلى النسب الشرعي بالرغم من أنه يندرج في نطاق الآثار الشخصية للزواج[1]، وذلك لأن المشرع الجزائري على غرار أغلبية التشريعات المقارنة قد خص النسب بقاعدة إسناد خاصة وأدرجها في المادة 13 مكرر من القانون المدني.

هذا وقد رأينا في المطلب السابق[2] أن هناك اختلافا بين التشريعات المقارنة حول مدى تأثير الزواج على اسم المرأة المتزوجة، ولا شك أن هذا الاختلاف بين التشريعات يطرح تنازعا حادا بين القوانين، فهل يخضع اسم المرأة المتزوجة لقانونها الشخصي باعتباره عنصرا من عناصر حالتها المدنية[3] أم أنه يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج؟[4]

إن القضاء الفرنسي قد اختار في الحالات النادرة التي عرضت عليه القانون الذي يحكم آثار الزواج[5] ويؤيد غالبية الفقه الفرنسي هذا الحل[6]. كما تبنى هذا الحل أيضا بعض الفقه المصري الذي نادى بدوره بضرورة تطبيق قانون آثار الزواج على اسم المرأة المتزوجة[7].

غير أنه قد صدر قرار وزاري عام 1978 صرح بأنه يجب أن تخضع لقانون جنسية الزوجة الفرنسية؛ مسألة معرفة ما إذا كان باستطاعتها حمل الاسم المتكون من اسمها واسم زوجها[8]. وهو الحل المأخوذ به في ألمانيا[9].

---

[1] رحاوي آمنة، المرجع السابق، ص.43.

[2] أنظر، 339-341 من هذه الرسالة.

[3] VERWILGHEN Michel, op.cit., p.161.

[4] FADLALLAH Ibrahim, Le domaine…., Tome 1 ,op.cit., p.289 .

[5] Trib. civil, Tunis, 22 Mars 1899, Clunet, 349, Trib, cive, Seine, 22 fev 1902, et Paris 15 juin 1904, Rev, crit, dr, int, privé, 1905, p. 146.

[6] Cf. NIBOYET, Traité de droit international privé français, 6 volumes ,1938-1950, p.369 ; LOUSSOUARN Ivon, BOUREL Pierre, op. cit, p. 485 ; MAYER Pierre, op.cit., p.407.

[7] BELGACEM ARAB, op.cit., p.160.

[8] R.C.D.I.P, 1978, p.593.

[9] Cf. MAYER Pierre, op.cit., p.341.

وقد اعتبر الأستاذ أعرا ب بلقاسم أن الحل الأول هو الحل الأمثل لأن الأمر يتعلق بصفة واضحة ببيان ما إذا كان للزواج أثر على اسم الزوجة[1].

وبالإضافة إلى أن الزواج في بعض التشريعات يؤثر على حالة المرأة فيما يتعلق باسمها، فقد يؤثر أيضا على موطنها، فهل موطنها هو موطن زوجها أن أم أنه يمكن أن يكون لها موطن مستقل؟ وهل يجب عليها الامتثال لقرار زوجها في اختيار مكان إقامتها؟[2]

يرى البعض[3] أنه باعتبار أن الشريعة الإسلامية التي منها استمد قانون الأسرة الجزائري أحكامه قد أعطى للزوج الحق في اختيار موطن الزوجية باعتباره رب العائلة؛ فإن للزواج بذلك أثر على موطن المرأة المتزوجة[4]. وعليه فهو يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج، فهذا الأخير هو الذي يبين ما إذا كان للزواج أثر على موطن المرأة المتزوجة، وما مدى سلطة الزوج في اختيار موطن الزوجية[5].

ولعل من أبرز المشاكل التي تطرحها القاعدة العامة المعنية بتحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج تتمثل في: تجميد القانون الوطني للزوج بوقت انعقاد الزواج، ويؤدي هذا إلى حلول قد لا تكون مجدية[6]. فهل من المعقول أن يخضع المصري الذي يتخلى عن جنسيته ويتجنس بالجنسية الجزائرية مثلا للقانون المصري – قانون جنسيته وقت انعقاد الزواج– بالرغم من أنه أصبح جزائريا؟

---

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.252-253.

[2] BMOHR Jc. SIEBECH Rwil, op.cit., p.63.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.254.

[4] BELGACEM Arab, op.cit., p.161.

[5] هذا وتجدر الإشارة أن الموطن يعتبر من العناصر المميزة لشخصية الشخص لأنه هو الذي يتيح لنا العثور على مكانه، فيعتبر بذلك متعلقا بحالة الشخص فيخضع بالتالي تحديده لقانون الجنسية وفقا لما جاء في المادة 10 من القانون المدني وهذا ما أخذت به بعض الأحكام القضائية الفرنسية فيما يتعلق بموطن القصر موطن النساء المتزوجات.

- Paris 26 Juin 1943, Gaz. Pal. 1943, 2, p.201.

[6] موحند إسعاد، المرجع السابق، ج.1 .30.

وهل من المنطقي أن يسري على الآثار الشخصية لزواج مبرم بين جزائري وفرنسية القانون الجزائري باعتباره قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بالرغم من أن كلا من الزوجين قد غير جنسيته بعد انعقاد الزواج فأصبح فرنسيا ؟

وتجنبا للوقوع في مثل هذه الإشكاليات نادى الفقه والقضاء الفرنسيين بتطبيق قانون الجنسية الجديدة ما دام تغيير الجنسية لم يحصل بقصد الغش.

والعكس صحيح فلا يعقل أيضا أن يبقى قانون الجنسية السابقة يسري على آثار الزواج المستقبلية إذا اكتسب الزوج الجنسية الجزائرية لأن اكتساب الجنسية الجزائرية ينطوي عليه التمتع بكافة الحقوق المقررة طبقا للقانون الجزائري النافذ[1].

هذا وتعتبر قاعدة خضوع آثار الزواج لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج قاعدة عامة أورد المشرع الجزائري استثناء عليها يقضي بضرورة تطبيق القانون الوطني وحده متى كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج. وهو ما جسدته المادة 13 من القانون المدني حيث نصت على أنه :" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج ، إلا فيما يخص أهلية الزواج "[2].

 يقتضي الاستثناء المذكور أعلاه تطبيق القانون الجزائري على الآثار الشخصية للزواج في الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج. ومعنى ذلك أن تخضع الآثار

[1] زيروتي الطيب ، القانون الدولي ... ، المرجع السابق، ص.161.

[2] ويقابل نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري في القوانين العربية، المادة 14 من القانون المدني المصري، المادة 14 من القانون المدني الليبي، المادة 15 من القانون المدني السوري والمادة 19 من القانون المدني العراقي.

وهو ما أكدته أيضا محكمة استئناف القاهرة في قرارها الصادر في تاريخ 1956/05/09.

Cf. MOKHTAR DBDALLA Mohamed, Cour d'appel du caire -9 mai 1956, Revue égyptienne de droit international, n° 12, Tome 1, Imprimerie El bassir , 1956 , pp. 40-43 .

الشخصية للقانون الجزائري إذا كانت الزوجة جزائرية وقت إبرام الزواج وكان زوجها أجنبيا، أما إذا كان الزوج وحده جزائريا فإن القانون الجزائري هو الذي يسري طبقا للأصل[1]. فالواضح أن الهدف من تقرير الاستثناء هو حماية الزوجة الوطنية، لأن الأمر لو تعلق بالزوج فإن الاختصاص سيؤول لقانون جنسيته وقت انعقاد الزواج طبقا للقاعدة العامة. وبالتالي يجب الرجوع في مثل هذه الحالات إلى المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري لتحديد الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين.

ويتقرر تطبيق الاستثناء على آثار الزواج إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج، ولو تغيرت جنسيته بعد ذلك. في حين يستبعد تطبيق هذا الاستثناء إذا كان كلا الزوجين أجنبيا وقت انعقاد الزواج، واكتسب أحدهما الجنسية الجزائرية بعد ذلك[2] .

وهذا الاستثناء المذكور تطبيقه من محكمة أجنبية ما دام يقرر حلا وحيد الطرف، كما أنه يثير صعوبة إذا أصبح كلا الزوجين أجنبيين، فكيف يتصور في هذه الحالة تطبيق القانون الوطني على آثار الزواج المستقبلية لشخص أصبح أجنبيا وانقطعت صلته بالقانون الوطني[3].

وإذا كانت أغلبية التشريعات العربية وعلى رأسها التشريع الجزائري قد أخضعت آثار الزواج الشخصية لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، فإن المشرع التونسي قد سلكا مسلكا مختلفا في حله لمسألة تنازع القوانين بشأن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين. فحاول الأخذ بضوابط أكثر ملاءمة لمبدأ المساواة متأثرا في ذلك بالتشريع الفرنسي، حيث نص في الفصل 47 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنه:" تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك، وإذا لم يكن

[1] علي علي سليمان، مذكرات في القانون، المرجع السابق، ص.73.
[2] رحاوي آمنة، المرجع السابق، ص.45 .
[3] يوسف فتيحة، محاضرات ... ، المرجع السابق، ص.56.

الزوجان من جنسية واحدة، يكون القانون المطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما، وإلا فقانون المحكمة ".

وبعد أن فرغنا من تحديد قواعد التنازع التي تحدد القانون الواجب التطبيق على حقوق وواجبات الزوجين، ننتقل لبحث القانون المختص بحكم النسب الشرعي على هدي قواعد التنازع الخاصة بهذه المسألة.

الفرع الثاني

قواعد التنازع المتعلقة بالنسب

يقصد بالبنوة أو النسب الشرعي نسبة الولد لأبويه متى كان هناك عقد زواج بينهما. ولا شك أن البنوة من مسائل الحالة وبالتالي فإنها تخضع لقانون الجنسية وفقا للمادة 10 من القانون المدني الجزائري، ولكن من هو الشخص الذي يعتد بجنسيته[1]؟

لا وجود لمشكلة تنازع القوانين بخصوص البنوة حال اتحاد جنسية طرفي التبني الولد (ذكر كان أم أنثى)، والوالد المراد الانتساب إليه، حيث سيطبق على المسألة قانونهما المشترك.

غير أن مواقف التشريعات المختلفة قد تباينت إزاء حل مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق على البنوة الشرعية في حالة اختلاف جنسية الشخص المراد إثبات بنوته، عن جنسية أحد أبويه (الأب أو الأم) الذي يراد الانتساب إليه[2].

[1] ابراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص.266 .

[2] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص. 335 .

يتجه فريق من التشريعات الوطنية، كالقانون الدولي الخاص المجرى لعام 1979 (المادة 42)، نحو إخضاع البنوة في حالة اختلاف جنسية الشخص المراد إثبات بنوته عن جنسية المراد الانتساب إليه من أحد الأبوين (الأب أو الأم) لقانون جنسية الابن، بغض النظر عن جنسية الأبوين[1]. ويؤسس هذا الاتجاه على أن البنوة هي صفة في الشخص تشكل جزءا من حالته، وينبغي بالتالي تطبيق قانون جنسيته عليها. وبعكس ذلك نادى القانون السويسري بتطبيق قانون مكان إقامة الطفل وقت الازدياد على مسألة النسب[2].

وعلى العموم كان الاتجاه الذي قال بتطبيق قانون الطفل–سواء كان قانون جنسيته أو موطنه– على البنوة محل انتقاد على اعتبار أن البنوة تخلق أيضا رابطة قانونية بين الأب والابن يترتب عليها حقوق والتزامات، وبذلك فإن أهميتها بالنسبة للأب لا تقل عن أهميتها بالنسبة للابن لذا لا تصح التضحية بمصلحة شخص لصالح آخر[3].

ويتجه جانب آخر، نحو تطبيق القانون الشخصي للوالدين (الأب والأم معا) إذا كانت الزوجية قائمة[4]) أو وقت انحلالها إن كان الزواج غير قائم، أو قانون موطنهما المشترك إن اختلفت جنسيتهما[5]، أو القانون الذي يحكم آثار الزواج وقت ميلاد الطفل[6].

ويذهب فريق ثالث إلى ضرورة إخضاع البنوة لقانون الأب وقانون الابن مع تطبيقهما تطبيقا جامعا[7]، طالما كانت البنوة عنصر من عناصر حالة الابن، والأبوة عنصرا من عناصر حالة الأب.

---

[1] Cf. FOYER Jacques, Filiation illégitime et changement de la loi applicable, Librairie Dalloz, Paris, 1964, p. 38

[2] Cf. FALLON Marc, La filiation internationale, BRULANT, BRUXELLES, 1993, p.100.

[3] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 136 -137 .

[4] أخذ المشرع النمساوي بذلك في المادة 21 من القانون الدولي الخاص لعام 1979، والمشرع السويسري في المادة 2/68 من القانون الدولي الخاص لعام 1987

[5] أخذ به المشرع اليوغسلافي سابقا في المادة 40 من القانون الدولي الخاص.

[6] كما هو الحال في القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982، المادة 15.

[7] Cf. CLUVALLIER Jean, Filiation naturelle simple et filiation alimentaire en droit international privé français, LGDJ, Paris, 1967, p.17.

ويؤخذ على هذا الاتجاه أنه صعب التطبيق من الناحية العملية إذ أنه لا بد لثبوت النسب من توافق أحكام التشريعين وهذا قد يكون أمرا مستحيلا[1]، مما قد يؤدي إلى تطبيق الأحكام المتوافقة في القانونين دون تلك المتعارضة [2].

ويتجه فريق آخر إلى تفضيل الاعتداد بقانون أحد الوالدين، فيما اختلفوا بشأن أي الوالدين يرجح قانونه. إذ يرجح أحدهما القانون الشخصي للأب[3] في تحديد القانون الواجب التطبيق على البنوة الشرعية[4]، وأساس ذلك أن الأب هو الذي أوجد الابن وإثبات البنوة يهم الأب أكثر من الابن. كما أن البنوة في حقيقتها ما هي إلا أثر من آثار الزواج فيتعين أن يحكمها القانون الذي يحكم هذه الآثار وهو قانون جنسية الأب وهو رب الأسرة[5]، كما أن إثبات البنوة سيؤثر في حالة الأب ويترتب عليها حقوق والتزامات بالنسبة له، ضف إلى ذلك أن تطبيق هذا القانون سيضمن وحدة القانون الواجب التطبيق في حال تعدد الأولاد[6].

وعلى خلاف ذلك، يأخذ اتجاه آخر بقانون جنسية الأم كالقانون الدولي الخاص الفرنسي (المادة 311 مكرر 14 من القانون المدني)[7]، هذا بعدما كان المشرع الفرنسي قبل قانون 03 جانفي 1972 يفرق بين النسب الشرعي وغير الشرعي[8] حيث كان الأول يخضع للقانون الذي يحكم آثار

---

[1] محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص.136.

[2] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 271 .

[3] والمراد به قانون جنسية الأب في القانون الاسباني (المادة 984 من القانون المدني)، وقانون موطن الأب في النظام الانجليزي، الأمريكي، الكندي، والدانماركي. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.876 .

[4] VISCHER Frank, op.cit., p. 119.

[5] عز الدين عبد الله، القانون ...، المرجع السابق، ص.323 324.

[6] ابراهيم احمد ابراهيم، المرجع السابق، ص.267 ؛ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص.137.

وقد أخذ بهذا الرأي القانون الايطالي (المادة 20 من القواعد العامة في التقنين المدني)، والقانون المدني الألماني (المادة 18)، والمادة 18 من القانون المدني البولوني لعام 1926 وإن كان المشرع قد عاد في القانون الدولي الخاص الصادر عام 1965 وقرر الأخذ بقانون جنسية الولد.

[7] Cf. DEVICHI RUBELLIN Jacqueline, Droit de la famille, édition Dalloz, Paris, 2001, p.475.

[8] Cf. VIGNAL Thierry, Droit international privé, 3° édition, Dalloz, Paris, 2014, p. 196.

الزواج، بينما أخضع القضاء الثاني للقانون الشخصي للطفل[1]. وبصدور قانون 1972 وحد المشرع الفرنسي قواعد الإسناد التي تحكم النسب سواء تعلق الأمر بالولد الشرعي أو غير الشرعي[2]، حيث أتى بنوعين من القواعد، قاعدة أساسية وأخرى احتياطية بموجب المادة المذكورة أعلاه.

- **القاعدة الأساسية**: اعتد فيها بقانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل[3] هذا على أساس أن الأم دائما معروفة.
- **القاعدة الاحتياطية**: ويعتد فيها بالقانون الشخصي للطفل في حالة عدم معرفة الأم[4].

وأخيرا تذهب بعض التشريعات الحديثة نسبيا، كالقانون الدولي الخاص النمساوي (المادة 21) إلى إخضاع البنوة الشرعية للقانون الأصلح أو الذي يحقق مصلحة الابن سواء كان قانون الأب أو الأم. هذا وقد ظهر اتجاه في القضاء الفرنسي يقضي بوجوب الأخذ في تحديد البنوة الغير شرعية بالقانون الأكثر تحقيقا لمصلحة الابن[5].

---

[1] RALSER Elise, op, cit, p.166 ; Jean DERRUPPE, op.cit., p.94.

[2] وهذا ما أيدته أيضا اتفاقية لاهاي المنعقدة في 05 أكتوبر 1981 والمتعلقة بحماية القصر حيث نادت بعدم التفريق بين النسب الشرعي النسب الطبيعي وإخضاعها على حد سواء لقانون محل الاقامة المعتادة للطفل.

RALSER Elise, op, cit, p.167.

وهذا ما أقرته صراحة محكمة النقض الفرنسية في قراراها الصادر بتاريخ 1949/12/05.

Cass. civ, 1°ere ch, 05/12/1949, cité par MOTULSKY Henri, Etudes de droit international privé, Dalloz, Paris, 1978, p.177.

[3] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص. 337.

وهذا ما أكدته صراحة محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 2011/10/26.

Cass. 1 er, 26 oct, 2011, n°09- 71369, cité par BERLAUD Catherine, Conflits de lois, Gaz. Pal, recueil novembre- décembre 2011, p. 2630.

[4] LABORDE Jean- Pierre, op.cit., p. 175.

[5] محكمة استئناف باريس، 29 جانفي 1964 والمنشور في revue critique سنة 1964 7 300.3.

هذا وقد يتدخل القاضي الفرنسي لإبعاد تطبيق أي قانون أجنبي تتعارض أحكامه المنظمة للنسب مع النظام العام الفرنسي. وفي هذا السياق استبعدت محكمة النقض في قرارها الصادر في 1993/02/10 تطبيق القانون التونسي لمخالفته النظام العام الفرنسي باعتباره يحرم الطفل الفرنسي من حقه في النسب.

Cass. Civ 1er 10 fevrier 1993,

مقتبس عن، ميكالي الهواري، أبعاد وانعكاسات ضوابط الاسناد في الزواج وانحلاله (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة جيلالي اليابس– سيدي بلعباس– 2010-2011 : 340.

وهذا ما نص عليه المشرع التونسي صراحة في الفصل 52 من مجلة القانون الدولي الخاص، حيث قضى بتطبيق القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره أو القانون الشخصي للمطلوب الانتساب إليه أو قانون مقره[1].

هذا بينما ذهب جانب من الفقه المصري[2] إلى وجوب خضوع البنوة لقانون جنسية من يراد الانتساب إليه من الوالدين سواء كان الأب أو الأم؛ لأن البنوة تتعلق بحالة من يراد الانتساب إليه. وهذا ما أخذ به المشرع المصري في قانون المرافعات الصادر سنة 1949 والذي ينص في مادته 905 على أنه: " ترفع الدعوى بإثبات النسب وفقا للأحكام والشروط وفي المواعيد التي ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين، وتتبع في إثباتها القواعد التي يقررها القانون المذكور".

ويتضح أن هذه المادة تقرر قاعدة إسناد تقضي بتطبيق قانون جنسية الأب إذا كان المراد هو إثبات النسب من الأب، وتطبيق قانون جنسية الأم إذا كان المراد هو إثبات النسب من الأم [3]. ويرجح الفقه المصري الغالب الاعتداد بجنسية من يراد الانتساب إليه من الوالدين وقت الميلاد على أساس أن هذا الوقت هو الوقت الذي تتكون فيه رابطة النسب[4].

بينما يؤيد بعض الفقه المصري[5] اتجاها آخرا يستند إلى ما ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني[6] والذي يفيد صراحة اعتبار البنوة الشرعية " أثر من آثار الزواج تسري عليه القواعد العامة بشأن الزواج " – أي تخضع لقانون الزوج وقت الزواج – ودون الاعتداد في ذلك بالتغيير الذي قد

---

[1] حيث ينص الفصل 52 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه:" يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره، القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، وتخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأت بمقتضاه ".

[2] ابراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص. 267؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.246.

[3] منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص. 236 .

[4] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.273.

[5] وعلى رأسهم، عز الدين عبد الله، القانون الدولي ...، المرجع السابق، ص.322؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.326 .

[6] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج.1 6 3. 260-261.

يطرأ على جنسية الزوج فيما بين وقت الزواج ولحظة ميلاد الطفل[1]. وإذا كان أحد الزوجين مصريا وقت الزواج فينطبق حينئذ القانون المصري وفقا للاستثناء المنصوص عليه في المادة 14 من القانون المدني. ويبرر هذا الفقه إخضاع البنوة الشرعية للقانون الذي يحكم آثار الزواج وهو قانون جنسية الزوج وقت الزواج بحجة منطقية مقتضاها أن النسب الشرعي من تعريفه هو الذي يترتب على عقد زواج صحيح، وهو يرتبط بالتالي بالزواج وجودا وعدما ويعد لذلك أثرا من آثاره، مما يستلزم إخضاعه بالتالي للقانون الذي يحكم آثار الزواج[2].

ويحكم هذا القانون إثبات نسب الولد إلى أبيه أو إلى أمه كذلك الإقرار بالنسب أو إنكاره كما يحدد مواعيد رفع دعوى إثبات النسب وطرق إثباته أو إنكاره والآثار المترتبة عليه[3] .

أما المشرع الجزائري فبعدما كان ملتزما السكوت إزاء مسألة تنازع القوانين بشأن النسب فإنه قد حسم أمره بنص صريح في المادة 13 مكرر من القانون المدني التي تنص على أنه:" يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وفي حال وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة".

ووفقا لما جاء في نص المادة المذكورة أعلاه يطبق قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل في حال تنازع القوانين بشأن مسألة النسب والاعتراف به، كما يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة في الحالة التي يتوفى فيها الأب قبل ميلاد الطفل.

---

[1] وأيد المشرع الألماني الأخذ بهذا الحل بشرط تحقيقه مصلحة الطفل في ثبوت نسبه الشرعي (المادة 14 من القانون الدولي الخاص لألمانيا الاتحادية بعد تعديل سنة 1986)، وإلا يطبق نص المادة 19 والذي يتضمن قاعدة أسناد احتياطية تشير بتطبيق قانون جنسية الأب أو الأم حسبما تتحقق كذلك مصلحة الطفل.

[2] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص.339 .

[3] ابراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص.268.

هذا ويرى بحق بعض الفقه الجزائري[1] أنه من الأفضل أن يخضع النسب للقانون الأكثر ملاءمة لمصلحة الولد اللهم إلا إذا اصطدم ذلك بالنظام العام، وذلك أخذا بالحل الوظيفي الذي يجعل مصلحة الطفل فوق كل اعتبار[2].

وذلك لأن النسب يجب أن يخضع للقانون الذي يحمل في طياته القواعد الأكثر تحقيقا لمصلحة الطفل سواء كان قانون الأب أو قانون الأم أو قانون الابن، ولكن بشرط عدم مساسه بالأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي.

وبعد أن بينا آثار الزواج الشخصية والقانون المختص دوليا بحكمها؛ ننتقل في المبحث الموالي لبحث ما قد يرتبه الزواج المختلط من آثار ذات صبغة مالية.

المبحث الثاني

الآثار المالية لعقد الزواج المختلط

بالإضافة إلى الآثار الشخصية الناتجة عن الزواج المختلط هناك آثار أخرى ذات طابع مالي وهي ما يعبر عنها في بعض الشرائع بالنظام المالي للزوجين الذي يبين حقوق والتزامات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الاموال وإدارتها والانتفاع بها[3].

[1] موحند اسعاد، المرجع السابق، ص.251.

[2] يوسف فتيحة، قواعد التنازع ...، المرجع السابق، ص.113 .

[3] غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص. 170.

إذن النظام المالي هو عبارة عن قواعد تنظم العلاقات المالية للزوجين بين بعضهما البعض وبينهما وبين الغير أيضا[1]. وعليه، فالنظام المالي هو مجموعة القواعد التي تحكم أو تنظم أموال الزوجين خلال زواجهما[2].

وهذه الآثار قد تتنازع عدة قوانين على حكمها في حالة ما إذا تسلل عنصر أجنبي إلى الرابطة الزوجية، وقد اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد القانون الذي يحكم هذه الآثار المالية، فهناك من التشريعات من ساوى بين الآثار الشخصية والآثار المالية من حيث إخضاعها لقانون موحد، وفي المقابل هناك تشريعات أخرى تفصل بين آثار الزواج فتخضع ذات الطابع الشخصي لقانون وذات الطابع المالي لقانون آخر مستقل عن الأول. لذلك سنعمل في هذا المبحث على تبيان القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المالية (المطلب الثاني) ولكن قبل ذلك سنحاول تحديد نطاق الآثار المالية (المطلب الأول).

المطلب الأول

تحديد نطاق الآثار المالية للزواج

تختلف تشريعات الدول المختلفة في تحديد مدى ما يرتبه الزواج من آثار ذات طابع مالي، فنجد أن هناك تباين واضح ما بين موقف الشريعة الإسلامية وجل التشريعات العربية الاسلامية التي بنت أحكام قانون أسرتها على المبادئ السمحة لهذه الشريعة وما بين موقف التشريعات الأجنبية الغربية حول هل وكيف وإلى أي مدى يؤثر الزواج على الذمة المالية لكل من الزوجين.

[1] Cf. RENAULT- BRAHINSKY Corinne, L'essentiel du droit des régimes matrimoniaux, 7°édition, Gualino, LEXTENSO édition, 2013, p.02.
[2] Cf. DECROUX Paul, Droit privé, Tome 2, Droit international privé, Libraire de Médicis, Paris, 1963, p. 205.

وبناء على ذلك سنتعرف في فرع أول على موقف الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري من مسألة الآثار المالية للزواج، ثم نتطرق في فرع ثان إلى آثار الزواج المالية في التشريعات الغربية.

الفرع الأول

موقف الشريعة الاسلامية والتشريع الجزائري

من الآثار المالية للزواج

إن الشريعة الإسلامية في حقيقة الأمر لا ترتب على الزواج أي أثر مالي، بل يحتفظ كل من الزوجين بحقه وحريته في التصرف في أمواله وإدارتها[1]، إذ أن الإسلام لم يعترف بفكرة الذمة المالية المشتركة للزوجين، فلا يترتب على قيام الزواج أي أثر على استقلال الذمة المالية للزوجين[2]. فذمة أحد الزوجين تظل منفصلة عن ذمة الزوج الآخر[3]. ويصطلح على ذلك بنظام "انفصال الأموال" أو "مبدأ الاستقلال المالي للزوجين"[4]، فالمرأة طبقا لقواعد الشريعة لها الحق في أن تمتلك الثروة بكل أصنافها وأنواعها ولحسابها الخاص[5].

إذن الأصل في الشريعة الإسلامية استقلال الذمم المالية للزوجين فكل من الزوجين حر في التصرف في أمواله الخاصة وتسييرها وإدارتها. غير أن ذلك لا يمنع من أن يتفق الزوجان على كيفية إدارة أموالهما بشرط ألا يؤدي ذلك إلى جعل أموالهما مشتركة على النحو المعروف لدى الدول

---

[1] علي علي سليمان، مذكرات ....، المرجع السابق، ص. 74.

[2] رشا علي الدين، المرجع السابق، ص.85؛ عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات ...، المرجع السابق، ص.482 .

[3] أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.123 .

[4] غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص.170.

[5] Cf. KAOUAHNEE Derder Malika, Les effets du mariage dans les rapports entre époux, Mémoire de magistère, Université d'Alger, 1988, p. 177.

الغربية. وبعبارة أخرى: لكل طرف أمواله الخاصة التي تكون ذمته المالية ولا يحق لأي طرف أن يتصرف في أموال الآخر، إلا في إطار الحقوق المالية التي يرتبها عقد الزواج [1]. ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يتفق الزوجان على وجود ذمة مالية مشتركة بعد زواجهما، ويعد هذا من شروط الزواج التي تجيز التشريعات المقارنة إدراجها في عقود الزواج[2].

والواضح أن المشرع الجزائري يتبنى مبدأ حرية تصرف الزوجة في مالها في إطار الإيمان بنظام انفصال الأموال أو استقلال الذمة المالية للزوجين[3]. وهذا ما جسدته صراحة الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت على أنه:" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر".

إلا أن النتائج العملية برهنت عكس ذلك، بحيث ظهر ما يسمى باستقلالية قانونية واتحاد فعلي لذمم الزوجين[4]. ولعل هذا ما جعل المشرع الجزائري يعدل نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري بحيث أجازت الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي بشأن الأموال المشتركة التي يكتسبانها أثناء الحياة الزوجية والنسب التي تؤول إلى كل واحد منهما[5].

---

[1] لاتي محمد، المرجع السابق، ص.07 .

[2] رشا علي الدين، المرجع السابق، ص. 86 .

[3] موحند اسعاد، المرجع السابق، ج.1 " .307 .

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

[5] حيث نصت الفقرة الثانية للمادة 37 من قانون الأسرة الجزائري على أنه :" 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 كل واحد منهما".

وتقابل هذه المادة المادة 49 من المدونة المغربية لقانون الأسرة الصادر بتاريخ 2004/02/03. هذا وقد أقر المشرع التونسي بحرية المرأة في التصرف في مالها حيث نص الفصل 24 من مجلة الأحوال الشخصية رقم 2 لسنة 1956 على أنه: " لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها". وهو ما كانت تقره المادة 38 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11 لسنة 1984 التي كانت تنص على أنه: " للزوجة الحق في ....حرية التصرف في مالها ". وتجدر الاشارة إلى أن المشرع التونسي بالرغم من أنه تبنى مبدأ استقلالية الذمم المالية للزوجين إلا أنه سمح للزوجين باختيارهما تبني نظام الاشتراك في الأملاك

هذا عن موقف التشريعات الاسلامية والتشريع الجزائري بخصوص آثار الزواج المالية فما هو يا ترى موقف التشريعات الغربية من هذه المسألة؟

الفرع الثاني

الآثار المالية للزواج في التشريعات الغربية

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد حصرت آثار الزواج في تلك الآثار الشخصية المتمثلة خاصة في حقوق وواجبات الزوجين المتبادلة[1]، دون أن يكون في ذلك مساس باستقلال الذمة المالية لكل من الزوجين[2] إلا أن بعض التشريعات الأجنبية لا تكتفي بهذه الآثار إذ ترتب على الزواج آثار أخرى تتناول أموال الزوجين، وهي ما يعبر عنها بالعلاقات المالية بين الزوجين، أو بالنظام المالي للزوجين (régime matrimonial)[3].

وهو ما نظمه قانون 98-91 الصادر في 09 نوفمبر 1998 المتعلق بنظام الأموال المشتركة بين الزوجين، حيث نص الفصل الأول منه على أنه:"نظام الاشتراك في الأملاك هو نظام اختياري يجوز للزوجين اختياره عند إبرام عقد الزواج أو بتاريخ لا حق، وهو يهدف إلى جعل عقار أو جملة من العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة". كما نص الفصل 10 منه على أنه:" تعتبر مشتركة بين الزوجين العقارات المكتسبة بعد الزواج أو بعد إبرام عقد الاشتراك ما لم تؤل ملكيتها إلى أحدهما بوجه الإرث أو الهبة أو الوصية، بشرط أن تكون مخصصة لاستعمال العائلة أو لمصلحتها، سواء كان الاستعمال مستمرا أو موسميا أو عرضيا.

كما تعد مشتركة بالتبعية توابع ذلك العقار وغلته مهما كانت طبيعتها.

ولا تعد كذلك العقارات المعدة لاستعمال مهني بحت.

وفي صورة الاتفاق علي الاشتراك بمقتضى عقد لاحق لعقد الزواج، يمكن للزوجين، إن صرحا بذلك في العقد، اعتبار الاشتراك شاملا للعقارات التي تم اكتسابها بداية من تاريخ عقد الزواج.

كما يمكنهما الاتفاق علي جعل الاشتراك شاملا لجميع عقاراتهما، بما فيها تلك المكتسبة ملكيتها قبل الزواج وتلك المتأتية ملكيتها من هبة أو إرث أو وصية".

[1] عز الدين عبد الله، القانون الدولي ...، المرجع السابق، ص.227 .

[2] ابراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص.239 .

[3] جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.324 .

ويقصد بهذا النظام مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين، والتي تعمل على تبيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتها[1]، والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وأثناءه وبعد انحلال عقدته[2]، وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزوجية.

ويظهر من هذا التعريف أن النظام المالي قد يكون قانونيا واجب الإتباع بنص القانون[3]، وقد يكون اتفاقيا يختاره الزوجان بمقتضى عقد خاص مختلف عن وثيقة الزواج يسمى بعقد الزواج أو مشارطة الزواج[4]؛ وهو عقد ذو شكل خاص ويجب أن يكون طرفاه أهلا للتعاقد والتصرف طبقا لقانون جنسية كل منهما[5].

وتجدر الاشارة هنا أن خضوع الزوجان للنظام المالي القانوني يكون غالبا في حالة ما إذا لم يتفقا على النظام المالي الذي سينظم علاقتهما المالية[6].

هذا ويستطيع الزوجان تعديل أو تغيير النظام المالي أثناء الزواج، وهذا ما نصت عليه المادة 1397 من القانون المدني الفرنسي التي منحت للزوجين حق تعديل أو تغيير النظام المالي بعد مدة لا تتجاوز عامين من تطبيق نظامهما المالي من خلال عقد موثق[7].

---

[1] وفي هذا المعنى قضت المادة 1421 من القانون المدني الفرنسي بأن لكل من الزوجين بحسب قدرته أن يدير الأموال المشتركة وله الحق في الدفاع منفردا أو بالمساهمة على الأموال المشتركة. وهذا ما جسدته صراحة محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 2010/12/02.
Cass 2° civ, 2 décembre 2010, N° 09-68094, Gaz. Pal, recueil, janvier- février 2011, p. 365.

[2] Cf. CASEY Jérom, Régimes matrimoniaux, Gaz. Pal, recueil, novembre- décembre, 2011, p.3499.

[3] DECROUX Paul, op. cit, p. 205.

[4] GOUSSARD Céline, op.cit., p.18.

[5] جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.325؛ هشام علي صادق، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص.322.

[6] ROY Odile, op.cit., p. 59.

[7] L'article 1397 du code civil français :après une période minimale de deux ans de l'application de leur régime matrimonial, les époux « peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de modifier ce régime ou même d'en changer entièrement, par acte notarié ». ROY Odile, op. cit, p.60.

إذن هذه النظم المالية معروفة في الدول الغربية التي تقتضي كلما تزوج اثنان وجود نظام مالي سواء أكان قانوني أو اتفاقي من أجل تسوية أمورهما المالية[1] ويولي هناك التشريع الفقه والقضاء أهمية قصوى لها. ومن أهم النظم السائدة في أوروبا وعلى الأخص في فرنسا وفي الدول التي حذت حذوها النظم الآتية والتي يسمونها « Les régimes matrimoniaux[2]» . وهي تنقسم طبقا للتشريعات الحديثة في فرنسا إلى:

نظام الاشتراك المالي (أولا)، نظام الانفصال المالي (ثانيا)؛ ونظام الدوطة أو البائنة (ثالثا).

أولا– نظام الاشتراك المالي (régime en communauté)

تصبح بمقتضى نظام اشتراك الأموال أو اتحداها بين الزوجين، أموال الزوجين مشتركة بينهما وتؤلف كتلة أو وحدة مشتركة (masse commune) مملوكة على الشيوع مناصفة بينهما[3]، وتخصص هذه الأموال لإشباع حاجات الأسرة، والوفاء بالديون الناشئة عنها.

وإذا اختار الزوجان نظام الاشتراك المالي لينظم أمورهما المالية، فإنه يقع على كل منهما واجب التزام الشفافية التامة إزاء أموالهما المشتركة، وتوفير المعلومات اللازمة للطرف الثاني. فأي تستر أو إخفاء سيكون إخلالا بالتزام الزوج مما سيعرضه للعقاب. كما يمنع استخدام المال المشترك لتحقيق مصلحة شخصية لأحد الزوجين على حساب الزوج الآخر[4].

---

[1] Cf. TCHANG Ting Tchang, op.cit., p. 73.

[2] علي علي سليمان، مذكرات ...، المرجع السابق، ص. 74.

[3] حسن الأشموني، محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص.131.

[4] Cf. REVEL Janine, Pouvoirs des époux, Droit patrimonial de la famille, Recueil Dalloz, 25 octobre 2012, N°37, p.2480.

ويتولى الزوج في هذا النظام إدارة الشؤون المالية مادام الزواج قائما[1]. وتكون له عليها سلطة أشبه بسلطة المالك، كما يتولى إدارة أموال الزوجة التي تحتفظ بها لنفسها فيضيف أرباحها للمال المشترك.

وفي حالة انتهاء الزوجية. يقسم هذا المال المشترك بين الزوجين أو بين ورثتهما في حالة الوفاة[2] ويأخذ نظام الاشتراك المالي ثلاث صور:

أ– الصورة الأولى: نظام الاشتراك العام (la communauté universelle)[3]

ويقتضي هذا النظام أن تكون كل أموال الزوجين مشتركة بينهما[4]، وهذا النوع من النظم المالية لا يمنح الزوجين أي امتيازات زوجية[5].

ب- الصورة الثانية: نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب (la communauté des meubles et acquêts)

وبمقتضاه تكون فقط المنقولات المملوكة للزوجين عند الزواج مشتركة بينهما[6]، وتكون كل الأموال التي تؤول إليهما بعد انعقاد الزواج شركة بينهما سواء كانت منقولات أو عقارات[7]، وذلك باستثناء المكافآت الذي يستفاد منها الزوجين[8].

---

[1] هشام صادق، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص.323.

[2] Cf. SIPITERI Pierre, L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal, LGDJ, Paris, 1965, p.40.

[3] Cf. VAREILLE Bernard, Régimes matrimoniaux, RTD Civ, octobre- décembre 2013, N° 04, Dalloz, p.885.

[4] علي علي سليمان، مذكرات ...، المرجع السابق، ص. 74.

[5] Cf. FOKKEMA P.C, CHORUS. J.M.J, HONDIUS E.H. and LISSER E.ch, Introduction to dutch law for Foreign law yer, Kluwer, Deventer, the NETHERLANDS, 1978, p.52.53.

[6] زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 164.

[7] وهذا ما نصت عليه المادة 1436 من القانون المدني الفرنسي، وجسدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 2011/09/28.

Cass, 1ère civ, 28 sept 2011, n°10-18290, Gaz. Pal, recueil, novembre-décembre, 2011, p.3491.

[8] Cf. CASEY Jérome, Avantages matrimoniaux, Gaz. Pal, recueil, janvier- février 2011, p. 377.

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 2010/11/17.

Cass, 1ère, 17 novembre 2010, n°09-68292, Gaz. Pal, recueil, janvier-février 2011, p.377.

ج- الصورة الثالثة: نظام الاشتراك المنخفض للمكاسب (la communauté réduite aux acquêts)

وفي ظل هذا النظام يستأثر كل من الزوجين بأمواله المنقولة والعقارية التي كان يملكها عند الزواج ولا يشتركان إلا فيما يكسبانه أو يذخرانه بعد انعقاد الزواج[1].

ثانيا- نظام الانفصال المالي (régime de la séparation des biens)

يستقل بمقتضى نظام فصل أموال الزوجين كل من الزوجين بملكية جميع أمواله وينفرد بحق إدارتها واستغلالها[2] ولكن بشرط أن يساهم كل منهما في أعباء المعيشة المشتركة، فيتعاونان على النفقات المنزلية ومصاريف الأسرة[3]. والأساس الذي يقوم عليه نظام الفصل بين أموال الزوجين أن لا يرتبط أو يقترن ازدهار مال أي من الزوجين بالزوج الآخر[4]. وهذا النظام شائع في القوانين الأنجلو سكسونية. وهو غير معمول به في القوانين اللاتينية[5].

وإذا نص الزوجان في عقد الزواج على نظام فصل الأموال سمي اتفاقي (conventionnel). أما إذا كان نظام زواجهما غير نظام فصل الأموال وأساء الزوج إدارة أموالهما، جاز للزوجة مطالبته أمام القضاء بفصلها. فإذا حكمت المحكمة بذلك،كان نظام الفصل قضائيا (judiciaire)[6].

---

[1] Cf. VAREILLE Bernard, Régimes matrimoniaux, RTD Civ, juillet- septembre 2013, N° 03, Dalloz, pp. 581-582.

[2] Cf. BAYSSAT Felix, Du contrat de mariage en droit international privé, Thèse doctorat, faculté de droit de Poitiers, le PUY, TYPOGRAPHIE Prades- Freydier, Pelage du breuil, 1887, p. 119.

[3] حسن الأشموني ، محمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص. 131 ؛ علي علي سليمان ، مذكرات .....، المرجع السابق، ص. 15.

[4] Cf. BREMOND Vincent, Droit patrimonial de la famille, Régimes matrimoniaux, Recueil Dalloz, 21 octobre 2010, N° 36, p. 2392.

[5] أنظر، مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2005-2006 1 131.1.

[6] حسن الأشموني، محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 131.

ثالثا – نظام الدوطة (régime dotal)

في ظل نظام الدوطة أو البائنة تقدم الزوجة لزوجها بعض أموالها على سبيل الدوطة أي في شكل مهر ليتولى إدارتها واستغلالها والانتفاع بأرباحها في نفقات الأسرة دون أن يكون له بحسب الأصل التصرف فيها[1]. وتسمى هذه الأموال بالأموال البائنية أو أموال الدوطة (les biens dotaux)[2].

أما غيرها من أموال الزوجة فتستقل بها وحدها ولها كامل الحرية في إدارتها والتصرف فيها واستغلالها والانتفاع بها وتسمى أموال الزوجة الخاصة (paraphernaux) أو غير البائنية (Extra- dotaux)[3].

وقد ألغي هذا النظام في فرنسا بموجب قانون 13 جويلية 1965 بالإضافة إلى إلغائه لنظام عدم الاشتراك[4] (régime sans communauté) في ظل الإصلاحات التي قام بها المشرع في مجال نظام الاموال. وبعدما كان العقد في السابق يتصف بالجمود، إذ يعتبر دستورا مقدسا جامدا للنظام المالي للأسرة، لا يمكن تعديله أصلا، أصبح حاليا من الممكن تعديل أو تغيير النظام المالي الاتفاقي أو القانوني من طرف الزوجين من أجل مصلحة الأسرة [5] عن طريق عقد توثيقي مصادق عليه من طرف محكمة محل إقامة الزوجين[6]، طبقا لنص المادة 1397 من القانون المدني الفرنسي[7].

مما سبق نستنتج أن النظم المالية التي عرفها القانون الفرنسي باختلاف أنواعها تعمل على تنظيم علاقة كل زوج بأمواله وأموال الزوج الآخر، وعلاقة كل من هذين الزوجين بالديون العالقة في

---

[1] هشام صادق، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص. 323.

[2] TCHANG Ting Tchang, op.cit., p.47.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.131؛

BAYSSAT Félix, op.cit., p.120

[4] وتبقى أموال الزوجين في ظل هذا النظام منفصلة ولا يكون هناك اشتراك مالي بينهما وتكون الذمة المالية لكل منهما منفصلة عن الأخرى ومستقلة عنها في أصولها وخصومها، ولكن يبقى للزوج حق إدارة أموال زوجته والاستمتاع بها. حسن الأشموني، محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص .131؛ هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 323.

[5] Cf. CASEY Jérôme, Régimes matrimoniaux, Gaz. Pal, recueil, novembre- Décembre, 2011, p. 3497.

[6] دربة أمين، المرجع السابق، ص.27.

[7] سبق ذكر نص هذه المادة في الصفحة 378 من هذه الرسالة.

ذمة الزوج الآخر من جهة وعلاقته بها في مواجهة الغير من جهة أخرى. كما تحدد مدى مساهمة كل واحد منهما في تكاليف ونفقات الأسرة، إذن يتحدد بمقتضى هذه الأنظمة المالية المركز القانوني الجديد لأموالهما ومدى استخدام هذه الأموال في حياتهما المشتركة. علما أن العلاقات المالية بين الزوجين تختلف باختلاف النظام المتبنى من طرفهما[1].

وفي النظام الاسلامي علاقات مالية بين الزوجين أيضا وهي لا تقل أهمية عن تلك العلاقات الموجودة في القوانين الغربية، لكنها لا تخضع إلى تلك الأنظمة المالية المعروفة في القانون الفرنسي. فالشريعة الإسلامية والقوانين العربية تعرف أصلا نظاما واحدا فقط ألا وهو انفصال الذمم المالية للزوجين فلا يؤثر الزواج على أموال الزوجين، بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة. وقد سوى القانون الجزائري مثلا في التصرفات المالية بين المرأة والرجل[2] سواء كانت بعوض أو بدون عوض مستمداً هذه الأحكام من الشريعة الإسلامية. فهذه الأخيرة منحت للمرأة الأهلية الكاملة فيما يخص الملكية والتصرف) تظل الزوجة في الشريعة الإسلامية سيدة أموالها والمالكة الوحيدة لكل ما كانت تملكه قبل الزواج، ولكل ما يؤول إليها بعده من مال منقول أو عقار وليس لزوجها التدخل في إدارة أموالها المالية، بل لها مطلق الحرية في كل ما يتعلق بأموالها. كما وجعلت الشريعة الإنفاق واجباً على الزوج[3] فلا يجوز إلزام الزوجة بالإنفاق على زوجها وأسرتها، ولكن إذا

---

[1] مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص06 05.

[2] وهو ما أكدته المواثيق الدولية التي حرصت على تجسيد المساواة بين الرجل و المرأة في الحقوق والواجبات حيث نص الفصل 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه: " تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما عند الزواج وخلال قيامه وعند انحلاله..."، كما توصي الاتفاقية الدولية المتعلقة بإلغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة في فصلها السادس على: " أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليهما وإدارتها والتصرف فيها".

[3] وهو ما نصت عليه المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري. كما رتبت المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري عقوبة جنائية على الزوج الذي يمتنع عن دفع نفقة زوجته، أو أحد أصوله أو فروعه بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 دج. فدلت هذه النصوص على أنه لا يمكن إلزام الزوجة على المساهمة في الإنفاق الزوجي. وهذا بعكس القانون التونسي الذي خرج على هذا الأصل وألزم الزوجة بالمساهمة في الإنفاق

أرادت الزوجة أن تساهم بمحض إرادتها في الإنفاق الزوجي خصوصاً إذا كانت عاملة، فيكون لها ذلك.

والمشرع الجزائري كما رأينا سابقا[1] قد حسم هذه المسألة تشريعياً، وهو يتجه تدريجياً نحو الأخذ بنفس مفهوم النظام المالي للزوجين في القانون الفرنسي وخاصة نظام اشتراك الأموال، وهذا ما يظهر جلياً من المادة 37 من قانون الأسرة[2].

فالمشرع الجزائري من خلال هذه المادة أبقى على القاعدة الأصل وهي استقلال الذمم المالية للزوجين وأباح في نفس الوقت للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقدٍ رسمي لاحق على ما يملكه كل واحد منهما من الأموال المكتسبة بعد الزواج على سبيل الاشتراك، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما[3]. وهذا يعني أنه في حالة عدم وجود اتفاق، فالعبرة تكون باستقلال الذمم المالية للزوجين. ومع ذلك لازال التشريع الجزائري بحاجة إلى نظام خاص يبين الأحكام القانونية التي يخضع لها النظام المالي كما هو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي.

والجدير بالذكر أن هذه المادة قد جاءت استجابة للواقع المعاش للأسرة الجزائرية فاستقلال الذمم المالية للزوجين يبقى نظرياً إلى حدٍ كبير؛ فهذا الانفصال الظاهر لأموال الزوجين تحده بعض

إذا كانت الزوجة ذات مال أو دخل كما أشار إلى ذلك الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية. كما نصت المادة 199 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: " إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب".

[1] أنظر، ص. 376 من هذه الرسالة.

[2] ويقابل هذا النص نص المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها. يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج. يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر. إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة ".

[3] وتبرز أهمية هذه الاتفاقات المالية بين الزوجين في كونها تشكل ضمانة كبيرة لحماية حقوق الزوجين، فقد تساهم الزوجة بقيمة ما تملكه من ذهب في بناء منزل جديد يؤويهما، أو سيارة جديدة لهما. ثم يحدث وأن تنفك الرابطة الزوجية فيحتمل في هذه الحالة أن يستولي الزوج على نصيبها من المال الذي دفعته لبناء المنزل أو شراء سيارة، إذا لم تكن الزوجة تملك بينة أو وسيلة إثبات.

الأعراف المحلية التي تقضي بضرورة التعاون بين الزوجين على تحمل تكاليف وأعباء الأسرة. فبالرغم من إقرار الشريعة الإسلامية لمبدأ انفصال الذمة المالية للزوجين، إلا أن الحياة الزوجية المشتركة تفرض على الزوجين وضع كل مواردهما المادية من أجل رعاية مصلحة الأسرة. وهذا يعني وجود اتحاد فعلي أو واقعي لذمم الزوجين على الرغم من الانفصال النظري، فمن الصعب التعبير عن الحياة الزوجية المشتركة القائمة على المودة والتعاون دون مساهمة كل من الزوجين بأمواله في نفقات الأسرة.

وبعد أن حددنا ماهية آثار الزواج ذات الصبغة المالية، ننتقل في المطلب التالي لتحديد القانون المختص بحكم هذه الأخيرة في حال تنازع عدة قوانين حكمها.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية لعقد الزواج

بعد أن تعرفنا في المطلب السابق على الآثار المالية للزواج في كل من الشريعة الاسلامية والتشريعات الغربية يبقى التساؤل مطروحا حول القانون الذي يحكم نظام الزوجية المالي في حالة ما إذا تنازعت عدة قوانين حكم هذا النظام؟

للإجابة عن هذا التساؤل ستقسم دراسة هذا المطلب إلى فرعين، نتعرض في الأول منهما إلى تحديد القانون المختص بحكم آثار الزواج المالية في التشريع الجزائري وفي مختلف التشريعات المقارنة، ثم ننتقل في الفرع الثاني إلى تبيان أهم القيود الواردة على إعمال القانون الواجب التطبيق أصلا على هذه الآثار.

الفرع الأول

تحديد القانون المختص بحكم الآثار المالية لعقد الزواج

إن الزواج إذا ما اشتمل على عنصر أجنبي فسيثير لا محالة إشكالية تنازع عدة قوانين حكم آثار هذا الزواج، فما هو يا ترى القانون المختص بحكم النظام المالي للزوجين في هذه الحالة؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تتوقف على تكييف هذا النظام هل هو من الأحوال الشخصية أم من الأحوال العينية[1]؟.

لقد اختلف الفقه والقضاء، والتشريع المقارن في تكييف وتحديد طبيعة العلاقات المالية بين الزوجين[2]. وهذا الخلاف يعتبر كنتيجة منطقية للطبيعة المختلطة للنظام المالي للزوجين[3]، والذي لم تحل طبيعته الاتفاقية دون ايصاله بمركز الأموال وبالأحوال الشخصية في نفس الوقت[4]. ولذلك جرت كثير من القوانين على اعتبار هذه الآثار من الأحوال الشخصية وأخضعتها للقانون الشخصي[5]، وهذا

[1] جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 328 .

[2] عز الدين عبد الله، القانون الدولي ... ، المرجع السابق، ص. 227.

[3] AUDIT Bernard, D'AVOUT Louis, op.cit., pp.848-849.

[4] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 283 .

[5] Cf. WATTE Nadine, Les régimes matrimoniaux dans les relations internationales, BRUYLANT, BRUXELLES, 1993, p.242.

الأخير يمثل في القانون الجزائري[1]، القانون المصري[2]، القانون السوري[3]، القانون الأردني[4]، القانون الليبي[5]، القانون اليوناني[6]، القانون الايطالي[7]، والقانون الاسباني[8] قانون الزوج وقت انعقاد الزواج[9].

غير أن البعض الآخر من القوانين، رغم اعتبارها النظام المالي للزوجين من آثار الزواج، إلا أنها ألقت به في دائرة الأحوال العينية وأخضعته للقانون الذي تخضع له العقود على العموم، وهو قانون إرادة المتعاقدين وهذا هو حال القانون الفرنسي[10]، وإن كانت الإرادة في شأن النظام المالي مقيدة بالحدود التي يرسمها القانون. كما أن هناك طائفة من الفقهاء الفرنسيين تدخل نظام الاشتراك القانوني في دائرة الأحوال العينية؛ وتخضعه بالتالي لقانون الموطن الذي استقر فيه الزوجان بعد الزوا على افتراض أن إرادتهما قد انصرفت إلى اختيار قانون الموطن الذي استقرا فيه لكي يسري على نظامهما المالي القانوني[11].

---

[1]– المادة 12 من القانون المدني. وهو ما أكدته المحكمة العليا صراحة في قرارها الصادر بتاريخ 1998/02/17 حيث قضت من خلاله بأنه:" من المقرر شرعا أنه يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال...". محكمة عليا، 1998/02/17، قرار رقم 170082، المجلة القضائية، 2000، العدد1 : .167.

[2] المادة 14 من القانون المدني.

[3] المادة 14 من القانون المدني.

[4] المادة 1/14 من القانون المدني.

[5] المادة 2/13 من القانون المدني.

[6] المادة 15 من القانون المدني.

[7] المادة 19 من القانون المدني.

[8] المادة 1325 من القانون المدني.

كما أخذ بهذا الحل أيضا المؤتمر الرابع للقانون الدولي الخاص المنعقد بمدينة لاهاي سنة 1959. محمد المبروك اللافي، المرجع السابق. ص. 130.

[9] وهذا ما أكدته أيضا محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 26 جوان 1963 حيث نصت على أنه: " المنازعات المتعلقة بالنظام المالي بين الزوجين هي من مسائل الاحوال الشخصية و من ثم فكل ما اتصل بهذا النظام من قواعد خاصة بتقرير حقوق الزوجين ومدى هذه الحقوق وماهيتها والمواعيد الخاصة ببقائها أو سقوطها يخضع لقواعد الإسناد الواردة في المادة 13 من القانون المدني ....". مقتبس عن، ابراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق ص. 241؛ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص. 139 .

[10] VERWILGEN Michel, op.cit., p. 160.

[11] Cf. WIEDERKEHR Georges, Les conflits en matière de régime matrimonial, Libraire Dalloz, Paris, 1967, p.24.

وهو ما جسدته أيضا محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 2011/05/04.

Cass. 1ère civ, 4 mai 2011, n°10-16086, Gaz. Pal, recueil, juillet- aout, 2011, tome 2, p.2436.

أما النظم المالية الاتفاقية فيجمع القضاء والفقه الفرنسي على اعتبارها عقودا تخضع لقانون الإرادة التي تخضع له العقود بصفة عامة[1].

إلا أن إرادة الزوجين ليست حرة تماما في اختيار أي قانون تريده لحكم نظامها المالي، بل إن المادة 03 فقرة 02 من اتفاقية لاهاي قد قيدت الزوجين باختيار واحد من القوانين التالية:

– قانون دولة ينتمي إليها أحد الزوجين بجنسيته.

– قانون دولة تمثل محل الإقامة المعتادة والثابتة لأحد الزوجين بعد الزواج[2].

هذا ويتجه الفقه الفرنسي الحديث إلى ضرورة إخضاع النظام المالي للزوجين للقانون الشخصي للزوج شأنه شأن الآثار الشخصية للزواج[3]. على اعتبار أن النظام المالي للزوجين يرتبط ارتباطا وثيقا بالزواج إذ يعتبر من نتائجه وآثاره ومن ثم يجب أن يسند إلى القانون الذي يحكم هذه الآثار[4].

أما الدول الأنجلو سكسونية. فكان لها موقف مغاير إزاء القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المالية، فنجد أن الولايات المتحدة الامريكية ميزت بين الأموال العقارية والمنقولة، فأخضعت آثار الزواج بالنسبة للعقار لقانون موقعه، وبالنسبة للمنقول لقانون موطن الزوجية، وهذا أيضا هو المتبع في القانون الانجليزي في حالة ما إذا لم يتفق الزوجان على نظام مالي[5].

---

[1] WATTE Nadine, op.cit., p.250 ;

عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص المصري، 2003 2002).852؛ علي علي سليمان، مذكرات...، المرجع السابق، ص.75.

[2] Cf. CLAVEL Sandrine, Droit international privée, Dalloz, 2012, p. 428 ; LABORDE Jean Pierre, Droit international privé, op. cit., p. 171 ; BERNAND Youne, Les revues, jurisprudence classeur, droit de la famille, 20 avril 2015, N° 4, p. 50.

[3] Cf. GUTMAN Daniel, op.cit., p. 213 ;

عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، المرجع السابق، ص.233.

[4] جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.328.

[5] Cf. M.SCHMITTHOFF Clive, A text book of the english conflict of laws, Second édition, Siri SAACPITMAN, LONDON, 1984, pp.297,298.

هذا وقد أخضعت اتفاقية لاهاي المتعلقة بالنظام المالي للزوجين المنعقدة بتاريخ 1978/03/14 والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من 1992/09/01[1] العلاقات المالية للزوجين، فيما يتعلق بالمنقولات لقانون الإرادة، وفي حالة عدم وجوده لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت إبرام الزواج، وهو ما يتعذر تصوره في الزواج المختلط.

ولذلك جاءت الاتفاقية بحلول أخرى، فنصت على تطبيق قانون الإقامة المعتادة للزوجين، أو قانون الموطن المستقبلي المشترك للزوجين بعد الزواج[2]، وهو ما نصت عليه المادة 04 فقرة أولى من الاتفاقية المذكورة أعلاه[3]. كما أخضعت الاتفاقية مسألة تغيير النظام المالي للزوجين لنفس القانون الذي يحكم هذا النظام[4]. هذا وقد أجازت هذه الاتفاقية للزوجين تعديل القانون الواجب التطبيق على نظامهما المالي[5].

وونظرا لدخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في 1992/09/01، وبذلك تطبق على كل الزيجات التي انعقدت بعد هذا التاريخ حتى وإن كانت الجنسية، والاقامة المعتادة للزوجين أو كان القانون المطبق وفقا لهذه الاتفاقية لا يخص بأي شكل من الأشكال أي دولة متعاقدة، وهذا ما نصت عليه المادة 02 من هذه الاتفاقية[6].

---

[1] GOUSSARD Céline, op.cit., p.19.

[2] VIGNAL Thierry, op.cit., pp.289-291.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على اختصاص قانون أول إقامة مشتركة للزوجين لحكم نظامهما المالي وذلك من خلال قرارين صادرين عن الغرفة الأولى المدنية، الأول صادر بتاريخ 2011/05/04 والثاني بتاريخ 2011/10/26.

Civ, 1ère, 4 mai 2011, n°10-16.086 ; Civ 1er 26 octobre 2011, n°10.23.298, cités par, GAUDEMET-TALLON Hélène, Régimes matrimoniaux, Recueil Dalloz, 10mai 2012, n°19, p.1231.

[3] Cf. JAULT-SESEKE Fabienne, Régimes matrimoniaux, Droit international privé, Recueil Dalloz, 20 juin 2013, n°22, pp. 1506-1507.

[4] Cf. COURBE Patrik, Les conflits de lois, « Régimes matrimoniaux », Recueil Dalloz, 2009, n° 23, p. 1561. P.2808.

[5] RENAULT- BRAHINSKY Corinne, L'essentiel du droit des régimes matrimoniaux, op.cit., p.19.

[6] LABORDE Jean- Pierre, Droit…, op.cit., p.201.

وهذا ما أكدته أيضا محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 2009/11/12

Cass, 1er civ, 12 novembre 2009, n°08-18.343, cité par, GALIMEISTER .I, Régimes matrimoniaux, Convocation universelle de la convention de la Haye, Recueil Dalloz, 2009, n° 42, p. 2808.

وقد انقسم موقف التشريعات المقارنة ما بين وضع قانون واحد يحكم آثار الزواج برمتها، وما بين تحديد قانونين مستقلين أولهما ليطبق على الآثار المالية، وثانيهما ليختص بحكم الآثار الشخصية[1].

وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب وحدانية القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج جميعها سواء أكانت آثارا مالية أم آثارا شخصية[2]؛ وأخضعها لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج[3]. واستثناء تخضع هذه الآثار للقانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج[4].

وبذلك يكون المشرع قد أكد على أن الآثار المالية للزواج بالرغم من تعلقها بالأموال إلا أنها لا تخرج بذلك من دائرة الأحوال الشخصية. وقد خالف المشرع بذلك ما يجري عليه العمل في فرنسا على سبيل المثال من اعتبار النظام المالي للزوجين من الأحوال العينية وإخضاعه بهذا التكييف لقانون إرادة الزوجين الصريحة أو الضمنية[5].

---

[1] رشا علي الدين، المرجع السابق، ص.90.

[2] ونفس الأمر، أي الأخذ بمبدأ وحدانية القانون الواجب التطبيق، نجده في العديد من القوانين المقارنة مثل القانون الاسباني الصادر في 13 ماي 1974، حيث جاء فيه أن الآثار الشخصية والمالية للزواج تخضع للقانون الوطني المشترك للزوجين، فإن اختلفا في الجنسية طبق قانون جنسية الزوج .
Cf. BUIGAUX José Iglésais, Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol, R.C.D.I.P, 1976, p.397.
وكذلك القانون الدولي الخاص المجري الصادر عام 1979 حيث جاء في المادة 39 منه:" تخضع الروابط القانونية الشخصية والمالية للزوجين بما في ذلك حمل اسم الزوجية وكذلك مساعدات النفقة، والاتفاقات حول النظام المالي للقانون الشخصي المشترك للزوجين لحظة الحكم...".
وأيضا القانون الدولي الخاص اليوغوسلافي لعام 1983 حيث نص في المادة 36 على أنه:" يحكم الروابط الشخصية والمالية للزوجين بقانون الدولة التي هما من رعاياها...".

[3] وهو ما تضمنته المادة 12 من القانون المدني حيث نصت على أنه: يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج».

[4] وهو استثناء أقرته المادة 13 من القانون المدني.

[5] عادل أبو هشيمة محمود حوتة، المرجع السابق، ص.050 51؛
VIGNAL Thierry, op.cit., p.290.

وفي حالة عدم اختيار الزوجين أي قانون لحكم نظامهما المالي فضل الاجتهاد القضائي الفرنسي تطبيق أحكام قانون الدولة التي أسس فيها الزوجان أول موطن مشترك لهما بعد الزواج[1].

ويرمي هذا الحل الذي أخذ به المشرع الجزائري إلى تحقيق ما يلي:

– تجنب مشكلة التنازع المتغير أو التنازع المتحرك التي قد تظهر في حالة ما إذا غير الزوج لجنسيته بعد الزواج، بحيث تنص على أن العبرة بالوقت الذي يعتد به بجنسية الزوج وقت انعقاد وليس وقت رفع الدعوى؛ مما مفاده أنه إذا قام الزوج بتغيير جنسيته بعد الزواج فإن ذلك لا يؤثر في القانون الواجب التطبيق إذ سيظل قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج هو الواجب التطبيق[2].

– تأمين استقرار آثار الزواج، وفي ذلك استقرار للأسرة فلا تتغير هذه الآثار بتغير جنسية الزوج، فتبقى هي نفسها باستمرار[3].

– إن تطبيق قانونين على آثار الزواج يؤدي في غالبية الأحيان إلى تعذر تطبيق أحدهما عند اختلافهما. وتجنبا لهذا المشكل فقد آثر المشرع الجزائري وغيره من التشريعات – التي أخذت بمذهب وحدانية القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج– أن تكون آثار الزواج خاضعة لقانون واحد. وهذا السبب هو الذي دفع القضاء الفرنسي كذلك إلى اختيار قانون معين تخضع له آثار الزواج في حالة اختلاف جنسية الزوجين وهو قانون موطنهما المشترك[4].

---

[1] Cf. REVEL Janine, Les régimes matrimoniaux, 7º édition, Dalloz, Paris, 2014, pp.80-81 ; RENAULT-BRAHINSKY Corinne, L'essentiel…, op.cit., p.19.

[2] عادل أبو هشيمة محمود حوتة، المرجع السابق، ص.51.

[3] علي علي سليمان، المذكرات....، المرجع السابق، ص.50.

[4] Civ.19 février 1963, R.C.D.I.P, 1963, p.559, note G.H, 1963, p.986.

ولعل اختيار المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج ليحكم آثار الزواج المالية وأيضا الشخصية يرجع أساسا إلى الدور المعترف به في المجتمع الإسلامي للرجل داخل الأسرة باعتباره رئيسها[1]. وهذا ما يفسر بالطبع اختيار الدول العربية الاسلامية لقانون جنسية الزوج دون جنسية الزوجة أو قانون الموطن المشترك لهما. ويوم أن كانت فرنسا تعتبر الزوج هو رب الأسرة فقد أخضعت هي الأخرى آثار الزواج لقانون جنسية الزوج[2].

هذا ويرى الأستاذ "عصام الدين القصبي" أن: " اختيار قانون جنسية الزوج دون جنسية الزوجة لكي يحكم آثار الزواج لا يخل بمبدأ المساواة فيما بينهما. بل إن احتفاظ الزوجة بجنسيتها بالرغم من هذا الزواج المختلط، إنما هو تعبير عن وجود هذه المساواة وليس فقدانها. ومن ناحية أخرى فإن تطبيق قانون جنسية طرف لا يعبر عن ميزة أو فضيلة معينة لهذا الطرف على الطرف الآخر، وإنما يعبر عن اختيار موضوعي لقانون رب العائلة يتحقق بإعماله وحدة النظام القانوني الواجب التطبيق"[3].

وعلى خلاف هذا الرأي. يرى البعض الآخر[4] أن تطبيق قانون جنسية الزوج دون الزوجة يشكل في ذاته ضررا على هذه الأخيرة والتي لها مصلحة في تطبيق قانونها بصرف النظر عن مضمونه.

هذا واعتبر أيضا الأستاذ "موحند إسعاد" أن تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على آثار الزواج يؤدي إلى تجميد النظام الزوجي أو العلاقات الزوجية بصورة مشابهة لتجميد الاتفاقات

---

[1] ولو أن المشرع الجزائري قد ألغى بمقتضى الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المادة 39 من قانون الأسرة التي كانت تنص على أنه:" يجب على الزوجة:

- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة.
- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم.
- احترام والدي الزوج وأقاربه.

[2] C. A. Paris 15 février 1950, R.C.D.I.P, 1950, p.5518.

[3] عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص.28.

[4] أنظر، هشام صادق، حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2000 ص.22.

الزواجية المعروفة سابقا في القانون الفرنسي[1]، لذلك سيكون من باب المفارقات أن يقوم القاضي الجزائري الناظر في الدعوى المرفوعة إليه من قبل الزوجين بتطبيق قانون لم يعد نافذا لدى المتقاضين بالذات[2].

ولذلك ذهب جانب من الفقه المصري إلى أنه يتعين النص على أنه في حالة اتحاد جنسية الزوجين وقت رفع الدعوى يجب الرجوع وعلى سبيل الاستثناء لقانون الجنسية المشتركة الجديدة، ولا يعيب هذا الحل لجوء الزوج أحيانا إلى تغيير جنسيته لتصبح متفقة مع جنسية الزوجة، والتي وجد في قانونها ما يتفق مع مصالحه، لأن القاضي يستطيع في هذه الحالة أن يعطل تطبيق هذا القانون إعمالا للدفع بالغش نحو القانون[3].

وهذا ما نص عليه المشرع القطري صراحة في المادة 16 من القانون المدني التي نصت على أنه:

"1- يرجع في الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج... إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

2- على أنه إذا اتحدت جنسية الزوجين بعد الزواج، يطبق قانون جنسيتهما على آثار الزواج".

يتضح من هذا النص أن المشرع القطري فرق بين حالتين:

- الحالة الأولى: وهي حالة اختلاف جنسية الزوجين وقت رفع الدعوى فهنا يطبق قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج.

- الحالة الثانية: وهي حالة اتحاد جنسية الزوجين بعد الزواج، وهنا يطبق قانون جنسيتهما المشتركة.

---

[1] حيث كان العقد المحرر من قبل الزوجين الفرنسيين قبل الزواج يعتبر إلى حين صدور قانون 13 جويلية 1965 عقدا نهائيا لا يمكن المساس به، وقد أصبح بوسع الزوجين من صدور هذا القانون تغيير علاقتهما المالية عن طريق تعديل الاتفاق المبرم أثناء الزواج.

[2] موحند إسعاد، المرجع السابق، ص.308.

[3] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.220؛ رشا علي الدين، المرجع السابق، ص.92.

وعلى خلاف القانونين القطري والجزائري وجل التشريعات التي تبنت مذهب وحدانية القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج الشخصية والمالية، نجد المشرع التونسي قد أخذ بمبدأ ازدواجية القانون الواجب التطبيق عل آثار الزواج ففرق بين الآثار الشخصية غير المالية والآثار المالية من حيث القانون الواجب التطبيق عليها[1] فخصص لكل منهما قاعدة إسناد خاصة فأدرج قاعدة الاسناد المتعلقة بالآثار الشخصية في الفصل 47 من مجلة القانون الدولي الخاص الصادرة عام 1998[2]. أما قاعدة الاسناد الخاصة بالآثار ذات الطابع المالي لعقد الزواج فقد نص عليها في الفصل 48 من نفس المجلة والذي نص على أنه: "يخضع النظام المالي للزوجية للقانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة عند انعقاد الزواج وعند اختلاف الجنسية يخضع النظام المالي للزوجية لقانون أول مقر مشترك لهما إن وجد وإلا فلقانون مكان إبرام عقد الزواج".

يلاحظ من خلال قراءة هذا النص أن على القاضي التونسي أن يفرق بين ثلاث حالات مختلفة وهو بصدد تحديد القانون الذي يختص بحكم الآثار المالية لعقد الزواج وهي:

- في حالة اتحاد جنسية الزوجين عند إبرام عقد الزواج، يطبق القانون الشخصي المشترك.
- في حالة اختلاف جنسية الزوجين، تخضع الآثار المالية لقانون أول مقر مشترك لهما.
- وفي حالة ما إذا لم يتوصل القاضي لأول مقر مشترك يطبق قانون دولة إبرام عقد الزواج.

---

[1] وهو الحل الذي أخذ به أيضا القانون النمساوي الذي أخضع الآثار الشخصية لقانون الجنسية المشترك للزوجين بينما أخضع الآثار المالية للقانون الذي يختاره طرفي الزواج أي فانون الإرادة. جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص.286.

[2] حيث ينص هذا الفصل على أنه: " تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك، وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا فقانون المحكمة". وهذا يعني أن المشرع التونسي قد أخضع الآثار الشخصية لعقد الزواج لأحد القوانين الثلاثة، وفقا للترتيب التالي:

- القانون اشخصي المشترك للزوجين، أي قانون جنسيتيهما المشتركة.
- في حالة اختلاف الزوجين في الجنسية، يكون القانون المطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما.
- في حالة عدم استطاعة القاضي التوصل إلى قانون آخر مقر مشترك، فيطبق القاضي قانون دولته، أي القانون التونسي.

ويمكننا القول بأن هذا الحل الذي أورده المشرع التونسي يجعل الزوجين يتوقعان القانون الواجب التطبيق على آثار زواجهما المالية. كما أنه يعد أكثر اتصالا أو التصاقا بمسائلهما المالية، وذلك أفضل من الخضوع لقانون ليس له أي صلة بها أو يكون بعيد كل البعد عن توقعاتهما.

وبعد أن حددنا القانون المختص دوليا بحكم آثار الزواج المالية؛ نتجه الآن لبحث العوائق التي قد تحول دون تطبيق هذا القانون ألا وهو قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج في الكثير من التشريعات[1].

الفرع الثاني

القيود التي ترد على تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج

هناك حالات يتعطل فيها تطبيق القانون المختص أصلا بحكم آثار الزواج المالية ألا وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وتتمثل فيما يلي:

أولا– أثر قانون موقع المال

إذا كان قانون دولة الزوج هو الذي يحكم الآثار المالية للزواج، فلا يجب أن تتعارض أحكام هذا مع أحكام قانون موقع الأموال التي يمتلكها الزوجين[2].

[1] سبق ذكر هذه التشريعات في الصفحة 387 من هذه الرسالة.

[2] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، المرجع السابق، ص.233.

فالأصل أن المركز القانون للأموال يخضع لقانون موقعها[1](المادة 17 من القانون المدني). فإذا كانت أموال الزوجين تقع في إقليم دولة معينة، وكان قانون الزوج وقت الزواج يقرر أو يعترف بحقوق معينة على هذه الأموال فلا يجب أن تتعارض هذه الحقوق مع أحكام قانون الموقع[2] الذي يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى[3].

فأحكام الملكية العقارية يجب إخضاعها لقانون موقع المال[4] وعليه، إذا تعارضت أحكام قانون جنسية الزوج مع أحكام قانون موقع المال فإن العبرة بهذا القانون الأخير لأن الحقوق العينية التي قد يقررها قانون جنسية الزوج لا يمكن ترتيبها على أموال موجودة في دولة أجنبية إلا إذا أقرها قانون هذه الأموال[5].

وبالتالي يمكن القول أن تطبيق قانون جنسية الزوج على الآثار المالية لعقد الزواج مقيد بمراعاة المجال الذي يعمل فيه قانون موقع المال كبيان الحقوق العينية التي تكتسب فيه وأحوال عدم التصرف فيه[6].

وبالتطبيق لذلك فإن المشرع الوطني قد حدد الحقوق العينية الأصلية والتبعية، كما بين الآثار التي تترتب عليها. فإذا قرر قانون جنسية الزوج وقت الزواج حقوقا عينية على الأموال الموجودة في الجزائر

---

[1] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي ...، المرجع السابق، ص.483.

[2] أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص.123-124 .

[3] هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص.284.

[4] وهذا ما أكدته أيضا اتفاقية لاهاي المنعقدة في 1978/03/14 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النظم المالية للزوجين بحيث نصت في مادتها 3 فقرة 4 على وجوب تطبيق قانون الموقع على الأموال العقارية للزوجين.

GOUSSARD Céline, op. cit., p.20.

وأيضا جسدت هذا الحل صراحة المادة 03 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه تخضع للقانون الفرنسي كافة العقارات التي تقع على الإقليم الفرنسي.

WIEDER KEHR Georges, op. cit., p.24.

[5] ابراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 242.

[6] عز الدين عبد الله، القانون الدولي ...، المرجع السابق، ص.233.

أو أورد على الحقوق العينية غير تلك الحقوق التي قررها المشرع الجزائري أو القيود التي أوردها فإنه يتعين عدم الاعتراف بهذه الحقوق أو تلك القيود في الجزائر.

ثانيا– الدفع بالنظام العام يعطل العمل بقانون جنسية الزوج

يتعطل تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج المختص أصلا بحكم العلاقات المالية بين الزوجين إذا كان قانونا أجنبيا تخالف أحكامه المنظمة لآثار الزواج المالية النظام العام والآداب العامة في الجزائر[1]، وذلك عملا بنص المادة 24 من القانون المدني[2].

ثالثا– دور الإحالة في استبعاد قانون جنسية الزوج

لا يطبق قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج على آثار الزواج المالية إذا كان هذا القانون يدفع بعدم اختصاصه التشريعي ويحيل الاختصاص إلى قانون آخر؛ قد يكون قانون دولة القاضي أو قانون دولة أخرى. فإذا كانت الإحالة إلى قانون دولة القاضي فسوف يطبق القاضي الجزائري القانون الوطني لأن المشرع الجزائري يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى طبقا لنص المادة 23 مكرر 1 الفقرة الثانية من القانون المدني.

---

[1] هذا ويستبعد أيضا القانون الأجنبي الواجب التطبيق على آثار الزواج الشخصية إذا كان مخالفا للنظام العام كأن يكون هذا القانون مثلا لا يلزم الزوجة بمساكنة زوجها أو الإخلاص له، أو كان يلزم الزوج بالإنفاق على زوجته، أو إذا كان هذا القانون يعطي للزوج الحق في تأديب زوجته. المسلمة بوسائل تخرج عن إطار حق التأديب أو بوسائل غير مشروعة وأيضا إذا كان القانون الأجنبي يفرض حدا أقصي للنفقة لا يمكن تجاوزه وهذا ما أكدته محكمة التمييز اللبنانية في حكمها رقم 46 الصادر في 1973/12/27 بحيث استبعدت فيه القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي يفرض نفقة حدها الأقصى عشرة دولارات أسبوعيا، مقتبس عن، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص ...، المرجع السابق، ص. 484؛ هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.326.

[2] حيث نصت على أنه:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...".

رابعا– تدخل قانون الموطن أو قانون محل الإقامة في حالة انعدام جنسية الزوج

يستحيل إخضاع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج إذا كان هذا الأخير عديم الجنسية، لذلك سيحل محله قانون موطن الزوج أو محل إقامته تطبيقا للحكم المتضمن في المادة 22 فقرة 03 من القانون المدني.

خامسا– تطبيق القانون الوطني إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج

بمقتضى الاستثناء المقرر في نص المادة 13 من القانون المدني سيطبق القانون الوطني وحده على الآثار المالية للزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج[1]. وسينتج هذا الاستثناء مفعوله في حالة ما إذا كان الزوج أجنبيا وقت انعقاد الزواج وكانت الزوجة جزائرية في هذا الوقت ففي هذه الحالة وخلافا للقاعدة العامة ستطبق أحكام القانون الجزائري المتعلقة بآثار الزواج المالية. أما إذا كان الزوج جزائريا وقت انعقاد الزواج فسيطبق القانون الوطني طبقا للقاعدة العامة الواردة في المادة 1/12 من القانون المدني.

وفي الواقع يترتب على إعمال هذا الاستثناء نتائج غير منطقية، حيث تنص المادة 13 سالفة الذكر على أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على آثار الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج حتى ولو تغيرت جنسيته بعد ذلك، بينما لا يطبق القانون الوطني إذا كان أحد الزوجين أجنبيا واكتسب الجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزواج.

[1] وهذا ما جسدته المحكمة العليا صراحة في قرارها الصادر بتاريخ 1998/02/17 حيث قضت بأنه:" من المقرر شرعا أنه يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال...ومن المقرر أيضا أنه يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزوج. ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد مخالفة للقانون". محكمة عليا، 1998/02/17، قرار رقم 170032، المجلة القضائية، 2000، العدد 1 " .167.

خاتـــــــــــمة

تم التعرض من خلال دراسة موضوع " الزواج المختلط ومدى تأثيره على حالة الزوجين–دراسة مقارنة–" لأهم الاشكالات التي يطرحها الزواج المختلط وعالجناها على ضوء قواعد القانون الدولي الخاص، ثم انتقلنا إلى تبيان مدى تأثير هذا الزواج على حالة كل من الزوجين متى انعقد صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروطه. ويستنتج منها أن قواعد القانون الدولي الخاص، سواء تلك المصبوغة بصبغة تشريعية أو فقهية أو قضائية أو اتفاقية، تلعب دورا رئيسيا في حل جل الاشكاليات التي يطرحها اقتحام العنصر الأجنبي مجال الرابطة الزوجية.

وأبرز هذه الاشكالات وأكثرها تعقيدا إشكالية تنازع عدة قوانين حكم النزاع المتعلق بالزواج المختلط، وحل هذه الاشكالية يتطلب أولا المفاضلة بين القوانين المتزاحمة لحكمه واختيار أنسبها ثم إسقاط أحكامه على النزاع. وعليه، إن معالجة هذه الاشكالية يتم عبر مرحلتين، الأولى هي مرحلة اختيار أو تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، أما المرحلة الثانية فهي مرحلة التطبيق الفعلي لهذا القانون.

والقاضي الوطني وهو في طريق البحث عن هذا القانون تعترضه مسألة التكييف واجتيازها لأمر لازم من أجل متابعة المشوار وصولا إلى القانون المختص. ولذلك لابد للقاضي أن يتوقف ليصنف المسألة محل النزاع وفقا لقانونه الوطني إعمالا لنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري على أساس أن التكييف يخضع وفقا للقاعدة العامة لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.

والمشرع الجزائري، وعلى غرار أغلبية التشريعات العربية، يفرق بين الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج وبين شروطه الشكلية، فأخضع الشروط الموضوعية للقانون الوطني لكل من الزوجين كقاعدة عامة واستثناء للقانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام الزواج. وهذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني. وكان هدف المشرع من وراء تقرير هذا الاستثناء تسهيل مهمة القاضي الجزائري في تطبيق القانون الوطني من جهة، ومن جهة أخرى حماية مصلحة الوطنيين.

بينما أسند الشروط الشكلية لقانون محل إبرام عقد الزواج، إضافة إلى نصه على ضوابط إسناد احتياطية قد تحكم هذه الشروط الشكلية وهي: قانون الجنسية المشتركة، قانون الموطن المشترك، والقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج.

أما المرحلة الثانية، وهي مرحلة إعمال أو تطبيق القانون المختص؛ فقد تصطدم هذه الأخيرة بعقبات تحول دون إعمال القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط. وذلك فيما لو كانت أحكام هذا القانون تتعارض مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها نظام الزواج في دولة القاضي، فللقاضي المعروض أمامه النزاع في هذه الحالة أن يستبعد هذا القانون ويستبدله بالقانون الجزائري وذلك إعمالا لما نصت عليه المادة 2/24 معدلة من القانون المدني.

وإذا تبين للقاضي الجزائري أن ثبوت الاختصاص التشريعي لهذا القانون كان نتيجة تحايل الأفراد على قاعدة الاسناد الخاصة بالشروط الموضوعية أو الشكلية لصحة الزواج، من خلال تغيير ضابط الاسناد فيها قصد التهرب من أحكام القانون المختص، فيمكنه عندئذ الامتناع عن تطبيق هذا القانون وتطبيق القانون الأصلي الذي تشير إليه قاعدة الاسناد بعد إغفال التغيير الحاصل على مستوى ضابط الاسناد والأخذ بعين الاعتبار الضابط الأصلي قبل التغيير.

أما إذا تحدد القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط بقانون أجنبي، ولم يوجد ما يوجب إبعاده أو استبعاده فيشرع القاضي الوطني عندئذ في تطبيقه.

وقد تبين أن وضعية القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني تتحدد وفقا للمادة 358 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية عل حسب ما إذا كان هذا الأخير يندرج ضمن مفهوم قانون الأسرة أم أنه غير كذلك. ومادام أن المشرع الجزائري قد اعتبر القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط من القوانين المتعلقة بالأسرة، فإنه يحتفظ أمام القضاء الوطني بصفته القانونية، وهو الأمر الذي ينتج عنه أن القاضي الوطني مكلف بتطبيقه من نفسه، كما يتولى إثباته ويخضع لرقابة المحكمة العليا إذا ارتكب أي خطأ أو مخالفة في تطبيقه.

ويمكن القول أن معالجة المشرع الجزائري لإشكالية تنازع القوانين في مسائل انعقاد الرابطة الزوجية كانت نسبية، فمن جهة أحسن المشرع لما خص الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط بقاعدة إسناد خاصة تعنى أساسا بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها في حال تنازع عدة قوانين حكمها. ولكن من جهة أخرى لا يزال الغموض يحوم حول هذه القاعدة الواردة في المادة 11 من القانون المدني وكيفية تطبيقها، لذلك يجب على المشرع أن يعيد صياغة هذه المادة بما لا يترك مجالا للشك فينص من خلالها على وجوب خضوع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين في حال اتحاد الجنسية، أما إذا اختلفا الزوجان في الجنسية فيجب الرجوع في مثل هذه الحالة للقانون الشخصي للزوجين كل على حدى كما فعل المشرع التونسي في المادة 45 من مجلة القانون الدولي الخاص.

بالإضافة إلى ذلك أغفل المشرع الجزائري النص على قاعدة إسناد خاصة بشكل الزواج؛ ما يضطرنا إلى الرجوع إلى نص المادة 19 من القانون المدني التي تحكم شكل العقود بصفة عامة لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل عقد الزواج. ولهذا يجب على المشرع أن يتدارك النقص الحاصل في هذا المجال ويتدخل بنص تشريعي صريح يدرج فيه قاعدة إسناد خاصة بشكل الزواج. كما هو حال بعض التشريعات العربية كالقانون الكويتي والتونسي.

وفيما يتعلق بمعالجة مشرعنا لمسألة الاختصاص القضائي الدولي، ظهر أن القانون الجزائري لا يتوافر إلا على قاعدتين في هذا الخصوص، ويبنى على أساسها اختصاص المحاكم الوطنية متى كان المدعي أو المدعى عليه جزائريا. ومن ثم تعبر هاتين القاعدتين عن امتياز منح للجزائريين للمثول أمام القضاء الوطني سواء كانوا في الدعوى مدعين أو مدعى عليهم. ومن ذلك يتضح أن مشرعنا لم يتدخل ليضع قواعد اختصاص عادية تعنى أساسا بتحديد حالات اختصاص المحاكم الوطنية بالنزاعات الدولية الخاصة ومن بينها النزاعات الدولية المتعلقة بانعقاد الرابطة الزوجية وآثارها. وبالرغم من تبني سياسة مد العمل بقواعد الاختصاص المحلية إلى المجال الدولي، إلا أن ذلك لم يسد النقص الحاصل في هذا المجال، وذلك نظرا لخصوصية العلاقات الدولية الخاصة وتميزها عن العلاقات الوطنية

المحضة التي وضعت قواعد الاختصاص المحلية أساسا لتنظيمها. لذلك لابد للمشرع الجزائري أن يتدخل لسد الفراغ التشريعي بهذا الخصوص، لأن تدويل العلاقات والمراكز القانونية يتطلب بالضرورة تقنين يتلاءم وخصوصية هذه العلاقات والمراكز القانونية ذات الطابع الدولي.

وفيما يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في مواد الزواج المختلط، فقد غطى المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية النقص الذي صاحب فترة سريان قانون الإجراءات المدنية. حيث نص صراحة على الشروط الواجب توافرها في الحكم الأجنبي ليصبح قابلا للتنفيذ في الجزائر. لكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري في هذا الشأن أنه وبصدد معالجة مسألة تنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية عموما قد تكلم عن منح هذه الأخيرة الصيغة التنفيذية بدل الأمر بالتنفيذ. وهذا ما قد يجعل موضوع دعوى التنفيذ هو الطلب المباشر بمهر الحكم بالصيغة التنفيذية، وهو أمر غير صحيح وتنقصه الدقة القانونية، لأن منح الأمر بالتنفيذ يسبق مهر الحكم بالصيغة التنفيذية.

وفي مجال الآثار التي يرتبها الزواج المختلط والتي ينفرد بها عن الزواج ذو الصبغة الوطنية، تأثيره على جنسية الزوجين، حيث يمكن بمقتضاه اكتساب أحد الزوجين جنسية الزوج الآخر. والمشرع الجزائري من خلال الأمر 01/05 واكب أغلب التشريعات المقارنة التي أخذت بالنظرية المعاصرة لاستقلال الجنسية في العائلة، بحيث استحدث طريقا جديدا لاكتساب الجنسية هو "الزواج المختلط" الذي لم يكن ينص عليه الأمر 86/70، إذ أنه اعتنق مبدأ استقلال الجنسية بشكله المخفف حيث قرر إمكانية اكتساب الجنسية الجزائرية بالنسبة للزوج الأجنبي أو الزوجة الأجنبية على السواء، وبذلك يكون قد احترم إرادة المرأة وجسد مبدأ المساواة التامة بين الجنسين في مجال الجنسية على غرار مجالات أخرى.

ونستنتج مما سبق أن المشرع الجزائري من خلال هذه الأحكام قد جعل من الزواج المختلط مجرد ظرف مسهل لاكتساب الجنسية الجزائرية، فيمكن للزوجة الأجنبية الاحتفاظ بجنسيتها السابقة وخول

لها إمكانية الدخول في جنسية زوجها إذا أبدت رغبتها في ذلك كما منح الأجنبي المتزوج من جزائرية كذلك حق اكتساب الجنسية الجزائرية مثله مثل الأجنبية المتزوجة بجزائري.

وعليه، نستخلص أن الأمر 01/05 حاول التخلص من الآثار السلبية لقوانين الجنسية الجزائرية السابقة، حيث بدى المشرع الجزائري أقل شدة في المادة 09 مكرر من قانون الجنسية إذ أنه جعل للزواج أثرا غير مباشر على جنسية الزوجين، فلا يدخل الزوجين الأجنبيين في الجنسية الجزائرية بقوة القانون وإنما يحتفظان بجنسيتهما الأصلية ويمكنهما اكتساب الجنسية الجزائرية بناء على طلبهما وطبقا للشروط التي أوردها قانون الجنسية الجزائرية في المادة المضافة بالتعديل وهي المادة 09 مكرر، وما يلاحظ على هذه الشروط أنها شروط مبالغ فيها تشبه إلى حد كبير شروط التجنس باستثناء تخفيض شرط مدة الاقامة من 7 سنوات إلى سنتين، خصوصا شرط إثبات الوسائل الكافية للمعيشة التي تصلح للأجنبي الذي يتزوج بجزائرية على خلاف الأجنبية التي تتزوج جزائريا، فالزوج هو الملزم بالإنفاق عليها، فلم يلزم عليها إثبات الوسائل الكافية للمعيشة؟

وفي حقيقة الأمر إن التعديل باستثناء تخفيض مدة الاقامة من 7 سنوات إل سنتين لم يأت بأي جديد يذكر فيما يخص الزوج الأجنبي لمواطن جزائري حيث أن الاجراءات الادارية لمنحها الجنسية ما زالت معقدة كما كانت حيث قد ينتظر الجنسية الجزائرية لمدة سنوات وقد يجاب على طلبه أو لا يجاب، خصوصا بعد إلغاء أجل وزير العدل للرد على طلبها، لأنها منحة من الدولة فلا يستطيع إجبارها على ذلك ، وبالتالي ما عليه سوى الانتظار الذي قد يطول دون الرد عليه.

هذا ويلاحظ أن المشرع لم يتطرق لتبيان آثار اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج على أبناء الزوج الأجنبي من زواج سابق، وبذلك يكون قد ضيق آثار امتداد اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط لكنه في المقابل أقر باكتساب الأولاد الجنسية الجزائرية عن طريق الانتساب إلى أم جزائرية أو أب جزائري على حد سواء.

كما يلاحظ أن المشرع تطرق في قانون الجنسية لعام 1970 المعدل والمتمم لمسألة أثر الزواج على جنسية الزوجة أو الزوج الأجنبي على السواء، ولكنه لم يتطرق لحالة الجزائرية التي تتزوج من أجنبي وأثر الزواج على جنسيتها فأبقى على الحكم الوارد قبل التعديل، بحيث تبقى محتفظة بجنسيتها الجزائرية بالرغم من زواجها من أجنبي مع إمكانية فقدها للجنسية الجزائرية بإثبات اكتسابها لجنسية زوجها الأجنبي ورغبتها في التخلي عن جنسيتها الجزائرية وصدور إذن من وزير العدل بمرسوم يسمح لها فيه بالتخلي عن الجنسية الجزائرية وله في ذلك كامل السلطة التقديرية.

وبالإضافة إلى إمكانية تأثير الزواج المختلط على جنسية أحد الزوجين أو كلاهما، فللزواج آثار أخرى شخصية كالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، النسب الشرعي، ومالية وهي ما يعبر عنها في بعض الشرائع الغربية بالنظم المالية للزوجين التي تحدد أساسا حقوق والتزامات كل من الزوجين من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتها والانتفاع بها. وهي معروفة عند التشريعات الغربية كالتشريع الفرنسي. أما التشريعات التي استمدت أحكامها من الشريعة الاسلامية» فلا تؤمن بها لأنها تقصر تأثير الزواج على مسائل ذات صبغة شخصية محضة أما الجانب المالي فهي لم تجعل للزواج أي تأثير عليه، لأنها تبنت مبدأ استقلال الذمم المالية للزوجين. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 37 فقرة أولى من قانون الأسرة الجزائري إذ نصت على أنه لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر. ورغم ذلك نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على 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 كل واحد منهما.

ورأينا أن المشرع الجزائري قد اختار التسوية بين الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج من حيث القانون الواجب التطبيق عليها في حال تنازع عدة قوانين حكمها؛ فأخضعها كلية لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج. و ينتج عن هذا الحل تجميد القانون الوطني للزوج بوقت انعقاد الزواج، ويؤدي هذا إلى حلول قد لا تكون مجدية، إذ يثير صعوبات إذا غير الزوج جنسيته بعد الزواج أو إذا غير الزوجان جنسيتهما، إذ يبقى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج أن

القانون الواجب التطبيق، فيبدو من الغرابة حينئذ تطبيق قانون جنسية الزوج السابقة والقديمة على آثار الزواج المستقبلية.

وإذا كانت القاعدة العامة تقضي بإخضاع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج؛ فاستثناء تخضع هذه الآثار للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج. والهدف من تقرير هذا الاستثناء هو حماية الزوجة الوطنية لأن الأمر لو تعلق بالزوج، فإن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج هو الذي يطبق طبقا للقاعدة العامة. ومع ذلك، فإن تطبيق هذا الاستثناء يثير صعوبة في الحالة التي يصبح فيها كلا الزوجين أجنبيين، فكيف يتصور تطبيق القانون الوطني على آثار الزواج المستقبلية لشخص أصبح أجنبيا وانقطعت صلته بالقانون الوطني.

لذلك من الأفضل أن يتدخل المشرع بتعديلات في المستقبل قد يترتب عليها تغيير الوقت الذي يعتد به في تحديد قانون جنسية الزوج فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية والمالية والمنصوص عليها في المادة 1/12 من القانون المدني، أو مسايرة الآراء الفقهية الحديثة التي تخضع الآثار الشخصية للزواج لقانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك، وهو الاتجاه التي سار نحوه كل من المشرعين الفرنسي والتونسي.

وبالرغم من أن النسب الشرعي يعد أثرا من آثار الزواج الشخصية، إلا أن أغلبية التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري قد خصه بقاعدة إسناد خاصة مستقلة عن القاعدة التي تسري على آثار الزواج الشخصية الأخرى: وأدرجها المشرع الوطني في المادة 13 مكرر من القانون المدني التي نصت على إخضاع النسب والاعتراف به وإنكاره لقانون جنسية الأب قبل ميلاد الطفل، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة.

إلا أنه يجب على المشرع أن يراعي مصلحة الطفل بالدرجة الأولى ويخضع النسب للقانون الذي يحمل في جعبته القواعد الأكثر ملاءمة والأكثر تحقيقا لمصلحة الولد سواء كان قانون الأب أو قانون الأم أو قانون الابن، ولكن بشرط عدم مساس هذا الأخير بالنظام العام والأسس الجوهرية التي يقوم

عليها المجتمع في دولة القاضي وذلك أخذا بالحل الوظيفي الذي يجعل مصلحة الطفل فوق كل اعتبار.

قائـــــمة المراجـــــع

أولا– الكتب

أ– باللغة العربية

1– المراجع العامة

1– ابراهيم أحمد ابراهيم، أحمد قسمت الجداوي، القانون الدولي الخاص، ج.11 "الجنسية"" دار النهضة العربية، 1997.

2– ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص – الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام– الناشر سيدي عبد الله وهبة، 1997.

3– ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دون دار النشر، 1997.

4– ابراهيم حسن محمد عمر الغزاو– المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2007 .

5– ابراهيم عبد الباقي، الجنسية في قوانين دول المغرب العربي الكبير، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 1971.

6– أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في قانون الإجراءات المدنية الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.

7– أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، ط.11 دار النهضة العربية، مصر، 2006.

8– أحمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الحكم العربي، القاهرة، دون سنة نشر.

9– أحمد عبد الحميد عشوش عمر أبو بكر باخشب، أحكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.

10–أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط.11 دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر.

11–أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاسلامي والمقارن، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، 1989.

12–أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط.11 دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر.

13–أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، ط.11 دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر.

14–أحمد عبد الكريم سلامة، مبادئ القانون الدولي الخاص الاسلامي المقار– ط.11 دار النهضة العربية، مصر، 1989.

15–أحمد عبد الكريم سلامة، محمد الروبي، قانون الجنسية المصرية ومراكز الأجانب، دار النهضة العربية، مصر، 2003.

16–أحمد قسمت الجداوي، مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، مصر، 1972.

17–أحمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص،ج.11 دار النهضة العربية، مصر، 1977.

18–أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط.11 إثراء للنشر والتوزيع، الأردن 2008.

19–أحمد مسلم، موجز في القانون الدولي الخاص المقارن(في مصر ولبنان)) دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة نشر.

20–أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

21–أشرف وفاء محمد، آثار التوارث بين الدول على إعمال القواعد القانون الدولي الخاص، ط.11 دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر.

22– أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج.1 و ج.2 ط.1 دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

23– أنور الخطيب، الأحوال الشخصية، ط.1 منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، دون سنة نشر.

24– إلياس ناصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، ج. 2 دون دار النشر، 2003.

25– إميل تيان، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات مكتبة أنطوان، لبنان، 1966.

26– بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية، ط.3 مطبعة العشري، مصر، 2005.

27– بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط.2 دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

28– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط.1 الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

29– بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

30– بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، دار الامل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

31– بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.2 كليك للنشر، الجزائر، 2012.

32– بيار ماير، فانسان هوزيه ترجمة علي مقلد، القانون الدولي الخاص، ط.1 مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.

33– جابر جاد عبد الرحمان، القانون الدولي الخاص العربي، ج.3 ط.1 جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، 1960.

34– جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج.3 ط.2 المطبعة العالمية، القاهرة، 1962.

35– جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج.4 دون دار النشر، القاهرة، 1964.

36– جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 1963.

37– جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 1969.

38– جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.

39– جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

40– حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، مطبعة نوري، القاهرة، 1936.

41– حسام الدين فتحي ناصيف، نظام الجنسية في القانون المقارن، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2007.

42– حسن الممي، الجنسية في القانون التونسي، مصنع الكتاب للشركة التونسية للتوزيع، تونس، 1971.

43– حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، ط.4 دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1980.

44– حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

45– حسين الأشموني، محمد عبد الكريم، مرجع القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب، الكتاب الأول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1956.

46– حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، دون سنة نشر.

47– حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

48– حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ط.11 منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

49– حفيظة السيد الحداد، الوجيز في القانون الدولي الخاص – الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم– منشورات الحلي الحقوقية، دون سنة النشر.

50– حفيظة السيد الحداد، نظرية الاحالة في القانون الدولي الخاص الألماني الجديد، الفتح للطباعة والنشر، 1989.

51– حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

52– خلوفي رشيد، القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

53– رجا رشيد تنازع القوانين في فلسطين، ط.11 دار الشروق للنشر والتوزيع، نابلس، 2001.

54– رمزي محمد علي فكرة تنازع القوانين في الفكر الاسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.

55– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص،ج.11 مطبعة الفسيلة الدويرة، الجزائر، 2008.

56– زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2009.

57– زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

58– سائح شنقوقة، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية،ج.11 الجزائر، دار الهدى، 2011.

59– سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، لبنان، 1994.

60– سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج.1– 2– 13 1.4، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

61– سعدية بلمير، الروابط العائلية في القانون الدولي الخاص المغربي، المغرب، 1988.

62– سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، ط.11 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

63– سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، ط.11 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

64– سهيل حسين الفتاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، 2002.

65– شمس الدين الوكيل، الجنسية ومركز الأجانب، ط.11 دار المعارف بمصر، 1959.

66– شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1964.

67– صادق محمد محمد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص، ط.11 منشورات الحلبي الحقوقية، 2006.

68– صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2008.

69– صلاح الدين جمال الدين، النظام القانوني للجنسية في الدولة الاسلامية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004.

70– صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، ط.11 التركي للكمبيوتر وصناعة الأوفست، طنطا، مصر، 2004.

71– صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط.11 دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

72– صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج.11 دار النهضة العربية، بيروت، 1972.

73– طاهر يحسين، الإجراءات المدنية والإدارية، ج.11 دار الخلدونية، الجزائر، 2012.

74–طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1418هـ.

75–عادل محمد خير، حدود وحالات الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، ط.11 دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.

76–عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة، ط.11 دوندار النشر، جامعة القاهرة، 1991.

77–عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، 1989.

78–عبد الحميد محمود محمد عليو، اكتساب الجنسية عن طريق الأم في القانونين المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

79–عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2009.

80–عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1989.

81–عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007.

82–عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

83–عبد الفتاح عبد الباقي، الزواج، قيامه، آثاره، انقضاؤه في القانون الفرنسي، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1961.

84–عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، الجزائر، 2004- 2005.

85–عبد المنعم زمزم، أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

86–عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط.11 مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

87–عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ط.22 منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009.

88–عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج.22 مكتبة النهضة المصرية، القاهرة سنة نشر.

89–عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، الدار الجامعية، دون سنة نشر.

90–عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية في دولة الامارات العربية المتحدة، ط.11 منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

91–عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996.

92–عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار الجامعية الجديدة للنشر، مصر، 1996.

93–عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، ج.11 تنازع القوانين مطبعة النجاح، دبي، 1997.

94–عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1998.

95–عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ط.11 منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

96–عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007-2008.

97–عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، ج.11 ط.11 دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

98–علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط.4 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

99–عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

100– عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، دار الهدى، الجزائر، 2004.

101– عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفق الأحكام القانون المدني، ط.1 مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

102– عمر بن السعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الاجراءات المدنية، دار الهدى، الجزائر، 2004.

103– غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، ط.4 دار وائل للنشر والتوزيع، 2005.

104– غالب علي الداوودي، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، دار الطباعة الحديثة في البصرة، العراق، 1965.

105– غوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ج.1 ط.1 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

106– فؤاد شباط، دراسات مقارنة في الجنسية وإقامة الاجانب في سورية ولبنان، مطبعة الحبلاوي، دار الكتب، 1970.

107– فؤاد عبد المنعم رياض، أحمد عبد الكريم سلامة، الوسيط في قانون الجنسية المصرية، مكتبة حقوق المنصورة، 1995.

108– فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية المقارنة، ج.1 دون دار نشر، 1975.

109– فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية، دار وائل للنشر، مصر، 2005.

110– فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب، ط.5 دار النهضة العربية، مصر، 1988.

111– فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج.22 دار النهضة العربية، مصر، 1974.

112– فريحة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

113– قصي محمد العيون، شرح أحكام الجنسية، دار الثقافة للنشر، بير113 2009.

114– لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الجنسية الجزائرية ط.11 دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

115– لطفي محمود عبد العزيز، التنازع الدولي للاختصاص القضائي، ط.11 دار النهضة العربية، مصر، 2013.

116– محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، ط.11 دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

117– محمد ابراهيمي، الوجيز في الاجراءات المدنية،ج.11 ط.33 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

118– محمد أبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، دون سنة نشر.

119– محمد الروبي، الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية–دراسة مقارنة– ط.11 دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

120– محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، ط.22 دار النهضة العربية، مصر، 2013.

121– محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم القانونية، 2006.

122– محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، ط.11 الجزائر، 2009.

123– محمد طيبة، الجديد في الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، ط.22 دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

124– محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافية الجامعية، الإسكندرية، 2006.

125– محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994.

126– محمدي فريدة المدخل للعلوم القانونية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002.

127– محمد يوسف، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، دار الكتاب العربي، مصر، 1956.

128– محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، ط.11 المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2007.

129– محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط.11 دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

130– مصطفى أحمد فؤاد، مفهوم إنكار العدالة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986.

131– مفوض عبد التواب، الوسيط في شرح قوانين الجنسية والأجانب والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط.11 مؤسسة سعيد للطباعة، مصر، 1983.

132– مقني بن عامر، إجراءات التقاضي والاثبات في منازعات الجنسية، دار الجامعة الجديدة، 2009.

133– ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، ج.11 مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998.

134– موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج.11 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989.

135– موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج.2 ترجمة فائز أنجق ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

136– موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط.1 المركز الثقافي العربي، 1994.

137– نادية فضيل، الغش نحو القانون، ط.2 دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2005.

138– نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

139– نادية فوضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة، الجزائر، 2006.

140– ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الأول، ط.1 دار النهضة العربية، مصر، 2009.

141– نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، شركة دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

142– نعوم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، مطبعة الشرق، حلب، 1966-1967.

143– هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

144– هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، منشأة المعارف، مصر، 2006.

145– هشام علي صادق، الجنسية المصرية، القطبية للتوزيع والنشر، الاسكندرية، مصر، 1995.

146– هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول – الجنسية ومركز الأجانب- دار الفكر الجامعي، مصر، 1995.

147– هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999.

148– هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999.

149– هشام صادق، حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2000.

150– هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002.

151– هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية مصر، 2008.

152– هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1968.

153– وائل أنور بندق، قضايا القانون الدولي الخاص، ط1968 النهضة العربية، مصر، 2004.

154– ولد الشيخ الشريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

155– يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ألقيت على طلبة السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008-2009.

2– المراجع المتخصصة

1– حسام الدين فتحي ناصيف، أثر انعقاد الزواج وانحلاله على جنسية أفراد أسرة الوطنية والأجنبي، مصر، 1996.

2– خالد حسن حمد الجبالي، الزواج المختلط بين المسلمين والاسبان من الفتح الاسلامي وحتى سقوط الخلافة (92- 422هـ)) مكتبة الآداب، القاهرة2 2004.

3– رشا بشار اسماعيل الصياغ، موقف القانون من جنسية أبناء الأم المتزوجة من أجنبي، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012.

4– رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010.

5– صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.

6– عادل أبو هشيمة محمود حوته، المساواة بين الزوجين في قواعد الإسناد المصرية، دار النهضة العربية، مصر، 2009.

7– عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، جنسية المرأة المتزوجة وآثارها في محيط الأسرة في القانون المصري والفرنسي والسوداني، مكتبة النصر، جامعة القاهرة، 1991.

8– مصطفى محمد مصطفى الباز، جنسية المرأة المتزوجة في القانون الدولي الخاص المقارن والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.

9– هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005.

10– هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، ط.11 دار الفكر الجامعي، مصر، 2003.

ب– باللغتين الأجنبيتين

1- Ouvrages Généraux

1– A.L. DROZ Georges, Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun, librairie Dalloz, Paris, 1972.

2– ANCEL Bertrand, Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux, DALLOZ, Paris, 1977.

3– ANCEL Bertrand, Yves LEQUETTE, Grands arrêts de la Jurisprudence française de droit international privé, éditions Sirey, Paris, 1987.

4– ARMINJON.P, Précis de droit international privé, Troisième édition, Librairie DALLOZ, Paris, 1947.

5– ARMINJON .P, Précis de droit international privé, T.2, troisième édition, librairie DALLOZ, Paris, 1958.

6– ARMINJON, Précis de droit international privé, 2002.

7– AUDIT Bernard, J'AVOUT Louis, Droit international privé, septième édition, Economica, Paris, 2013.

8– AUDIT Bernard, La fraude de la loi , DALLOZ , Paris , 1974.

9– BATIFFOL Henri, FRANCESCAKIS .Ph, Ecrits, études et notes de droit international privé, Dalloz, Paris, 1978.

10– BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Traité de droit international privé, tome 1, 8e édition, L.G D.J, Paris, 1993.

11– BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Traité de droit international Privé, Tome1, 8é édition, L.G.D.J. Paris ,1999.

12– BENMELHA Ghaouti, Le droit algérien de la famille, Office des publications universitaires, Ager, 1993.

13– BISCHOFF Jean- Marc, La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois, L.G.D.J., Paris, 1959.

14– BMOHR JC, SIEBECH Ruil, Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne, Recueil Sihey, Paris, 1954.

15– BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, Droit international privé, tome 1, 3 édition, Thèmis droit puf, 2014.

16– CACHARD Olivier, Droit international privé, 2 édition, collection paradign estrada, 2013.

17– CARLIER Jean - Yves, Autonomie de la volonté et statut personnel, BRUYLANT, Bruxelles, 1922.

18– CLAVEL Sandrine, Droit international privée, Dalloz, 2012.

19– CLAVEL Sandrine, Droit international privé spécial, DALLOZ, Paris, 2014.

20– CLUNET Edouard, PRUDHOMME André, Journal du droit international, éditions Techmiques S.A, 118 Années, Paris, 1991.

21– CLUVALLIER Jean, Filiation naturelle simple et filiation alimentaire en droit international privé français, Librairie cenerale de droit et de jurisprudence, Paris, 1967.

22– CORNU Gérard, Droit civil, la famille ,7 éme édition, Paris, 2001.

23– COURBE Patrick, Divorce et séparation de corps, Rep, International, Dalloz, 1998.

24– DAVID Cyrille, La loi étrangère devant le juge du fond, libraire Dalloz, Paris, 1965.

25– DECROUX Paul, Droit privé, Tome 2, Droit international privé, Libraire de Médicis, Paris, 1963.

26– DECROUX Paul, Droit privé, Tome 2, éditions la porte, Rabat.

27– De La PRADELLE A. et NIBOYET J.P, Répertoire de droit international privé, Recueil Sirey, Paris, 1931.

28– DERRUPPE Jean, Droit international privé, 7° édition, Dalloz, 1984.

29– DERRUPE Jean, LABORDE Jean Pierre, Droit international privé, 17 édition, Dalloz, Paris, 2011.

30– DUTOIT Bernard, Les Conventions internationales en matière de droit privé, tome 2, Pedon, Paris, 1980.

31– ETYAN .E, Précis de droit international privé, librairie Antoine, Beyrouth, 1966.

32– FALLON Marc, La filiation internationale, BRULANT, BRUXELLES, 1993.

33– FOKKEMA D.C, CHORUS J.M.J, HONDIUS E.H LISSER E.CH, Introduction to dutchlaw for Foreign law yer, Kluwer- Deventer, the NETHERLANDS, 1978.

34– FOKKEMA P.C, CHORUS. J.M.J, HONDIUS E.H. and LISSER E.ch, Introduction to dutchlaw for forrign lawyers, klawer-deventer- the netherlands, 1978.

35– FOYER Jacques, Filiation illégitime et changement de la loi applicable (conflits mobile), librairie Dalloz, Paris, 1964.

36– FULCHIRON Hugues, NOORISSAT Cyril, TREPPOZ Edouard, DIVERS Alain, Travaux dirigés de droit international privé, 5 édition, lexis nexis, Paris, 2013.

37– FULCHIRON Hugues, NOURISSAT Cyril, TREPPOZ Edouard, Travaux dirigés de droit international privé, 4 édition, lexis nexis, litec, Paris, 2009.

38– GUTMAN Daniel, Droit international privé, 3 éme édition, Dalloz, 2002.

39– GUINAND Jean, Les conflits de lois en matière de capacité, édition ides et calendes, NEUGHATEL, 1970.

40– HAINAUT Julie, VILLELA Emmilie, Le cas pratique en droit international privé, Contrats internationaux, 2 édition, Ellipses, Paris, France.

41– HOLLEAUX Dominique, FOYER Jacques, De GEOUFFRE La PRADELLE Géraud, Droit international privé, Masson, Paris, 1987.

42– HUET–WEILLER Danièle, LABRUSSE Catherine, VANCAMELBEKE Micheline, La filiation, libraires techniques (LITEC) Paris, 1981.

43– ISSAD Mohand, Droit international privé, Tome. 1, O.P.U, Alger, 1983.

44– ISSAD Mohand, Droit international privé, Tome 2, O.P.U, Alger, 1989.

45– ISSAD Mohand, Le jugement étranger devant le juge de l'exéquatur de la révision au contrôle, L.G.D.J, Soufflot, 1970.

46– KITIC Dusan, Droit international privé, Ellipses, Paris, 2003.

47– LABORDE Jean Pierre, CHAILLE de NERE Sandrine Sana, Droit international privé, 18 édition, Dalloz, Paris, 2014.

48– LABORDE Jean Pierre, Droit international privé, 18° édition, Dalloz, Paris, 2014.

49– LAGADRE Paul, Droit international privé et communautaire, 7°édition, DEFRENOIS, Lextenso édition, France, 2010.

50– LAGARDE Paul, la nationalité française, Dalloz, Paris, 1975.

51– LAGARDE Paul, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, L.G.D.J, Soufflot, Paris, 1959.

52– LEREBOURS-PIGEONNIERE Paul, Précis de droit international privé, librairie Dalloz, Paris, 1946.

53– LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, droit international privé, DALLOZ, 1980.

54– LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, Droit international privé, Dalloz, 7éme édition, 2001.

55– MAYER Pierre, HEUZE Vincent, Droit international Privé, 8° édition, Montchrestien, Delta, 2005.

56– MELIN François, Droit international privé, 5 édition, Gualino lextenso édition, France, 2012.

57– MINOR .R, Conflict of laws on private international law, Bibliobazaar, LLC, 2009.

58– MONEGER Françoise, Droit international privé, 6 édition, lexis nexis, Paris, 2012.

59– MORRIS J.H.C., D.C.L, F.B.A, Cases on private international law, fourth édition, at the clarendonpress, Oxford, London, 1968.

60– MORRIS J.H.C, NORTH P.M, Cases and materials on private international law, Butterworths, London, 1984.

61– MOSALLEM Ahmed, L'ordre public devant le juge égyptien, IMP. Université Fouad 1er, Le Caire, 1950.

62– MOTULSKY Henri, Etudes de droit international privé, Dalloz, Paris, 1978.

63– M. SCHMITTHOFF Clive, A text book of the englishconflict of laws, Second édition, Siri SAACPITMAN, LONDON, 1984.

64– NIBOYET J.P., Traité de droit international privé français, tome 8, Librairie de recueil Sirey, Paris, 1950.

65– NIBOYET Marie-Laure, Droit international privé, 3 édition, L.G.D.J, lextenso édition, 2011.

66– NIBOYET Marie- Laure, DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, Droit international privé, 4 édition, L.G.D.J, lextenso édition, 2013.

67– NORTH P.M, MA, DCL, J, Fawcett, LLB, PHD, Private international law, Eleventh édition, Butterworths, London , 1987.

68– NORTH P.M , The private international law of matrimonial causes in the British Islands and the Republic of Irland, N.H.P.C. Oxford, 1977.

69– POULLET Le Vicomte, Manuel de Droit international privé Belge, Troisième édition, Librairie Judiciaire polydorépée, BELGIQUE, 1947.

70– RENAULT- BRAHINSKY Corinne, L'essentiel du droit des régimes matrimoniaux, 7°édition, Gualino, LEXTENSO édition, 2013.

71– RENAULT – BRAHINSKY Corinne, L'essentiel du droit de la famille, 12° édition, Gualino, lextenso éditions, 2013-2014.

72– REVEL Janine, Les régimes matrimoniaux, 7º édition, Dalloz, Paris, 2014.

73– RIZKALLAH Nouhad, Droit international privé, 1 ère édition, N.A.J.D., Beyrouth, 1985.

74– ROY Odile, Droit de la famille, édition Archétype, Paris, 2014.

75– RUBELLIN- DEVICHI Jacqueline, Droit de la famille, Dalloz, Paris, 2001.

76– SARCEVIC .P, WOLKEN .P, Yearbook of private international law, Kluwer law international, 2004.

77– SAVATIER Rene, Cours de droit international privé, deuxième édition, L.G.D.J, Paris, 1953.

78– SIPITERI Pierre, L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal, Librairie générale de droit et de jurisprudence Paris, 1965.

79– TCHOUAR Djilali, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, Office des publications universitaires, Alger, 2004.

80– Thierry VIGNAL, Droit international privé, 3° édition, Dalloz, Paris, 2014.

81– VAN DEN EYNDE Pierre, Les donations entre époux, BRUYCANT, Bruxelles, 1993.

82– VERWILGHEN Michel, Nationalité et statut personnel, L.G.D.J., Paris, 1984.

83– VIGNAL Theirry, Droit international privé, 3e édition, DALLOZ, Paris, 2014.

84– VISCHER Frank, Droit international privé, éditions universitaires fribourg, 1974.

85– WIGNY Pierre, BROCKEL BANK W.J, Exposé du droit international privé Américain, Libraire du RECUEL, SIREX, Paris.

86– WOLFF Martin, Private international laws, Oxfords university press, London, 1945.

87– YAU Wangxiao, BELIARD Géraldine, RIOUIER Eric, Glossaire de droit international privé, Bruylant Eniele, Bruxelles, 1992.

2- Ouvrages Spéciaux

1- Congrès des notaires de France, le conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux et de successions, centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Nice, 1960.

2- DUTOIT Bernard, La nationalité de la femme mariée, librairie, Droz, Genève, 1980.

3- FADLALLAH Ibrahim, La famille légitime en droit international privée, Dalloz, Paris, 1977.

4- GAY (D), VANDEVELD (T), La nationalité de la femme mariée, librairie Droz, Genève, 1980.

5- GUILLAUME Le Baron, Le mariage en droit international privé et la conférence de la Haye, librairie européenne c. muquardt, BRUXELLES, 1894.

6- Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé, étude des solutions en vigueur dans les six pays du marché commun, BRUXELLES MCMLX III, BELGIQUE, 1963.

7- TORTORICIE .F, The choise of lawrule on the legaleffects of mariage in italianprivate international law, Petermining the law applicable. To sposeswithdifferentnationlities, the europeanlegal forum, ISSUE 1, 2003.

8- WATTE Nadine, Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé, Maison Ferdinand LARCIER, S, A, BRUXELLES, 1987.

9- WATTE Nadine, Les régimes matrimoniaux dans les relations internationales, BRUYLANT, BRUXELLES, 1993.

10- WIEDERKEHR Georges, Les conflits en matière de régime matrimonial, Libraire Dalloz, Paris, 1967.

ثانيا– رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

أ– باللغة العربية

1– رسائل الدكتوراه

1– أشرف عبد العلم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة منصورة، مصر، 1996.

2– بطرس وديع كساب، تنازع القوانين في انعقاد الزواج وانحلاله، رسالة دكتوراه، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1944.

3– بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2008-2009.

4– ماهر إبراهيم السداوي، جنسية الخصوم الوطنية كضابط للاختصاص القضائي الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 1978.

5– مجد الدين طاهر خربوط، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1997.

6– محمود لطفي محمود عبد العزيز، تنازع الاختصاص القانوني في خطابات الضمان الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2011.

7– مريم عبد الله أحمد الجوفي، القانون الواجب التطبيق على الزواج في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة صنعاء، 1998.

8– مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)) رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2005 2006.

9– مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق(دراسة مقارنة)) رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2011-2012.

10– ميكالي الهواري، أبعاد وانعكاسات ضوابط الاسناد في الزواج وانحلاله – دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه، جامعة جيلالي اليابس–سيدي بلعباس– 2010-2011.

2– مذكرات الماجستير ودبلوم الدراسات العليا المعمقة

1– العقون الأخضر، التنازع الايجابي والسلبي بين الجنسيات، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1975.

2– بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجيستير، جامعة الجزائر، 1986.

3– بن عائشة لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين –دراسة مقارنة نقدية تحليلية— مذكرة ماجيستير، جامعة تلمسان، 2011-2012.

4– جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2011/2010.

5– خالد بوعروس، الزواج المختلط الاشكالات القانونية والانعكاسات الاجتماعية، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة عبد المالك السعد- طنجة —المغرب، 2006-2007.

6– دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2007-2008.

7– رحاوي آمنة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2010-2011.

8– زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجيستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010.

9– زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجيستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010.

10– سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2008-2009.

11– شاشوا نور الدين، الحقوق السياسية والمدنية وحمايتها في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2006-2007.

12– شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجيستير، جامعة تلمسان، 2010-2011.

13– شعبان أورمضيني، انعدام الجنسية ومشاكله، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي 2011 1986.

14– صديقي أحمد، الجنسية الجزائرية بين الإكتساب والفقد، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2006-2007.

15– صفية بشاتن، أثر الزواج المختلط على جنسية المرأة، مذكرة ماجستير، جامعة مولودي معمري- تيزي وزو- 1997-1998.

16– عبد الكريم المداني، سلطة المحكم الأمرية في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، رسالة دبلوم ماستر في القضاء والتحكيم، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2013-2014.

17– عبد النور أحمد، إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية(دراسة مقارنة)) مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2009-2010.

18– علي حمدي علي حلمي، النظام العام ومسألة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، مذكرة ماجستير، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2008-2009.

19– عكوش سهام، القانون الأجنبي إثبات وتفسيرا – دراسة مقارنة— مذكرة ماجستير، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2009-2010.

20– قريشي رزيقة، أثر الزواج المختلط على جنسية أفراد الأسرة- دراسة مقارنة— مذكرة ماجستير، جامعة أمحمد بوقرة- بومرداس— 2009-2010.

21– لاتي محمد، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2002/2001.

22– موشعل فطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2012-2011.

23– وحياني جيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2008-2009.

24– يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.

ب– باللغة الفرنسية

1- Thèses de doctorat

1- ALI ROBLEH Yousouf, Le droit Français confronté à la conception musulmane de la filiation, Thèse doctorat, Université de GRENOBLE, 2014.

2- AMOKRAN LEGUTOWSKA Grazyna, Le mariage islamo-chrétien en France: une approche anthropologique, Thèse doctorat, Université de GRENOBLE, 2012.

3- BAYSSAT Felix, Du contrat de mariage en droit international privé, Thèse doctorat, faculté de droit de Poitiers, le PUY, TYPOGRAPHIE Prades- Freydier, Pelage du breuil, 1887.

4- BECHAUX .A, Le mariage en droit français et en droit international, Thèse doctorat, Alphonse DERENNE, Paris, 1877.

5- BELGASM Arab, Les conflits de lois relatifs à la conclution et aux effets personnels du mariage en droit international privé algérien et comparé, Thèse doctorat en droit, Université du Paris- Pantheon-Sorbonne, France, 1989.

6- BOURDRLOIS Béatrice, Le mariage polygamique en droit international privé français, Thèse doctorat d'Etat, Université de Pantheon-Assas (Paris2), 1991.

7- BOUYAHIA Sabrine Maya, La proximité en droit international privé de la famille français et tunisien, Thèse doctorat, Université Panthéon-Assas, Paris 2, 2014.

8- C.ORESCU Alexandre, Le mariage en droit international privé, Thèse doctorat, librairie de la société du recueil j-b, Sirey du journal du palais, Paris, 1908.

9- CROTEAU Etienne, Du mariage dans le droit international privé de la province du QUEBEC, Thèse doctorat, Université de Toulouse, France, 1964.

10- DE BEVOTTE René, De la règle « locus régit actum » et du conflit des lois relatif à la forme des actes en droit maritime, Thèse doctorat, Librairie MARESCQ Ainé, Paris, 1895.

11- DELPRAT Etienne, Les formalités civiles du mariage en droit comparé et en droit international moderne, Thèse doctorat, Université de TOULOUSE, imprimerie ouvrière, TOULOUSE, 1907.

12- FADLALLAH Ibrahim, Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage en droit international privé, Tome 1et 2, Thèse doctorat, Université de Paris II, 1975.

13- GARIN Joseph, Validité du mariage en droit romain et en droit international moderne, Thèse doctorat, Faculté de droit de Paris, Imprimerie de A. PARENT, Paris, 1876.

14- LE CARPENTIER Paul, Du conflit des lois françaises et etrangères en matière de mariage, sous le rapport des qualités requises chez les époux en droit international, Thèse doctorat, faculté de droit de Paris, Libraires du conseil d'état, Paris, 1879.

15- PIC Paul, Du mariage en droit international et législation comparée, Thèse doctorat, Faculté de droit de Lyon, édition L. LAROSE ET FORCEL, Paris, 1885.

16- RALSER Elise, La célébration du mariage en droit international privé, Tome 1, Thèse doctorat, Université Panthéon ASSAS (Paris II) , 1998.

17- REGNAULT Pierre, Le mariage, la séparation de corps et le divorce en droit international, Thèse doctorat, Université de Paris, Libraires de la cour de cassation, Paris, 1903.

18- ROCHAT Christian, La dislocation du statut personnel, Thèse de doctorat, Imprimerie Vaudoise, Université de LAUSANNE, 1986.

19- SERIN Maurice, Les conflits de lois dans les rapports Franco- Espagnols en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps, Thèse doctorat, Université de TOULOUSE, 1929.

20- TCHANG Ting Tchang, Le mariage et la situation de la femme mariée en Chine, Thèse doctorat, Université de PARIS, librairie Arthur Rousseau, Paris, 1930.

21- TOUATI Hiohel, Le caractère religieux de la formation du mariage en droit international privé, Thèse doctorat de droit privé, Université de Paris, 1963.

22- WEISGERBER Marcel, Des conditions de fond du mariage en droit international privé, Thèse doctorat, Librairie de la société du recueil, J.B Sirey et du journal du palais, Paris, 1908.

23- WEITZMAN-BISMUTH Avital, Le courtage matrimonial et la promesse de mariage en droit rabbinique, Français et israélien, Thèse doctorat, Université PARIS – EST, 2011.

2- Mémoires de D.E.A et de Magistèr

1- COURTY Elodie, La mutabilité des conventions matrimoniales en droit international privé, mémoire de D.E.A, Université de bourgogne, DIJON, France, 1995-1996.

2- GOUSSARD Céline, La contribution aux charges du mariage en droit international privé, mémoire D.E.A, Université de bourgogne, France, 1993/1994.

3- KAOUAHNEE Derder Malika, Les effets du mariage dans les rapports entre époux, Mémoire de magistère, Université d'Alger, 1988.

ثالثا– المقالات

أ– باللغة العربية

1- أحمد عبد الكريم سلامة، اتفاقية الرياض العربية 1983/1403 والتعاون القضائي في مسائل الإجراءات القضائية الدولية، مجلة الحقوق، السنة 15 الكويت، 1991 العدد الأول.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، المسائل الأولية في نظرية التنازع الدولي بين القوانين، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السابع والأربعون، السنة السابعة والأربعون، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، 1991.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، مصر، 1995 العدد 51.

4- أحمد عبد الكريم سلامة، خمسون عاما خلت من عمر قواعد التنازع المصرية، المجلة المصرية للقانون الدولي، 1997، العدد 53.

5- أحمد ضاعن السمدان، المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي، مجلة الحقوق، الكويت، 2007، العدد 1.

6- أحمد مسلم، النفقة الوقتية: تكييفها والقانون الذي يحكمها، مجلة التشريع والقضاء، تونس، السنة الرابعة.

7- أحمد مسلم، بطلان الزواج انحلاله في قواعد الإسناد المصرية وفي القانون الموضوعي المقارن، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة الإسكندرية، مطبعة جامعة القاهرة، 1960 العدد الثاني.

8- براسي محمد، الإحالة على ضوء القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، العدد 09.

9- بليعقوبي بلخير، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، دراسات قانونية، تلمسان9 2008، العدد 05.

10- جبار صلاح الدين، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري، مجلة المفكر، العدد الحادي عشر.

11- تشوار حميدو زكية، الحق في الاسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية الادارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008 العدد 06.

12- جورج حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق، السنة السادسة والعشرون، 2002، العدد الثاني.

13- حسام الدين فتحي ناصيف، جنسية أبناء الأم المصرية المطلقة من أجنبي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة والثلاثون، مصر، 1993 العدد الثاني.

14- حسن البغدادي، القانون الواجب تطبيقه على النفقة الوقتية، مجلة الحقوق، الاسكندرية، السنة الرابعة، 1950.

15- حسن أحمد بغدادي بك، الاسناد إلى قوانين الدول المتعددة الشرائع، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة الرابعة، مطبعة دار لنشر الثقافة بالإسكندرية، مصر، جوان 1950 العددان الأول والثاني.

16- حسن الهداوي، تنازع القوانين في موضوع الاسم، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثانية، جوان 1978 العدد الثاني.

17- دنوني هجيرة، التقرير التمهيدي للملتقى الدولي موضوع النظام العام والعلاقات القانونية، دراسات قانونية، تلمسان، 2008 العدد 05.

18- دنوني هجيرة النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 1994، العدد 1.

19- صوفي أبو طالب، تطبيق القانون الروماني في مصر الرومانية، مجلة القانون والاقتصاد، دار النهضة العربية، مصر، 1958.

20- عبد الفتاح تقية، الاشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11 (تشريع الأسرة الجزائري)) المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2003، العدد 02.

21- عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، آثار الأحكام الأجنبية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثالثة، مطبعة جامعة عين شمس، 1961، العدد الثاني.

22- عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية، مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة والعشرون، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1954، العددان الأول والثاني.

23- عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد وقواعد الاختصاص القضائي في مواد الأحوال الشخصية، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة القاهرة، 1957 العددان الثالث والرابع.

24- عنايت عبد الحميد ثابت، أساليب فض تنازع القوانين ذي الطابع الدولي في الإسلام، المجلة المصرية للقانون الدولي، مصر، 1997 العدد 53.

25- عنايت عبد الحميد ثابت، التجنس في تشريع الجنسية السودانية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع والثلاثون- 1983، العدد 39.

26- فؤاد عبد المنعم رياض، الاتجاهات المعاصرة في مسائل الجنسية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة التاسعة والعشرون، مطبعة جامعة القاهرة، سبتمبر 1959 العدد الثالث.

27- فؤاد عبد المنعم رياض، نحو تعديل قانون الجنسية المصرية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخمسون، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، مصر، 1994 العدد 50.

28- قويدري محمد، تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر، مجلة المحكمة العليا، 2011، العدد الثاني.

29- محمد حمدي محمد بهنيس، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، المجلة القانونية الاقتصادية، جامعة الزقازيق، دار النهضة العربية، مصر، 2004، العدد 15.

30- محمد وليد هشام المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق جامعة الكويت، 2003 العدد 04.

31- محمد وليد هشام المصري، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مجلة الشريعة والقانون، جويلية 2008، العدد 35.

32- محمود سلام زناتي، حقوق وواجبات الزوجين بين الماضي والحاضر، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة 12 الهيئة العامة للكتب والأجهزة العلمية، مطبعة عين شمس، مصر، 1970 العددان الأول والثاني.

33- محمود مسعد، تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، 1990 العدد 46.

34- محمود مسعد، تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية على أساس المعاملة بالمثل، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السادس والأربعون، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، مصر، 1990.

35- منذر الفضل، نظام الأسرة في القانون السويدي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2001 العدد 01.

36- يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخا – دراسات قانونية تلمسان– 2008 العدد 05.

ب– باللغتين الأجنبيتين

1- ABDEL MONEIM RIAD Fouad, Compétence étrangère et jugements étrangers dans la conception législative, revue al quanoun waliqtisad, 1957, n°1 et 2, 26 ème année.

2- ABDEL WAHAB Salah Eldin, The procedural treatment of foreign law,

مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية والثلاثون، مطبعة جامعة القاهرة، ديسمبر 1962، العدد الرابع.

3- BERLAUD Catherine, Conflits de lois, Gaz. Pal, recueil 2011, novembre-décembre.

4- BERLAUD Catherine, Cour de cassation, Panorama de jurisprudence, Gaz. Pal, 2011, novembre-décembre.

5- BERLAUD Catherine, Panorama de jurisprudence, cour de cassation, conflits de juridiction, Gaz. Pal, mercredi- jeudi 2- 3 mars 2011.

6- BERLAUD Catherine, Panorama de jurisprudence, cour de cassation, nationalité, Gaz. Pal, 7 - 11 août 2011.

7- BERNAND Youne, Les revues jurisprudence classeur -droit de la famille-, 20 avril 2015, N°4.

8- BISCHOFF Jean Marc, Mariage, Rép, internat, J.C.P, 1998, Tome II, 1999,2, Dalloz.

9- BOSKOVIC Olivera, Droit des étrangers et de la nationalité, droit des étrangers, panorama, Recueil Dalloz, 9 décembre 2010, n° 43.

10- BOSKOVIC Olivera, La nationalité – l'acquisition de la nationalité-, recueil, Dalloz, 9 février, 2012, n°6.

11- BREMOND Vincent, Droit patrimonial de la famille, Régimes matrimoniaux, Recueil Dalloz, 21 octobre 2010, N° 36.

12- BRIERE Carine, Les couples binationaux et le choix du nom de famille, Recueil Dalloz, 17 mars 2011, n° 11.

13- BUIGAUX José Iglésais, Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol, R.C.D.I.P, 1976.

14- CASEY Jérome, Avantages matrimoniaux, Gaz. Pal, janvier- février 2011.

15- CASEY Jérôme, Régimes matrimoniaux, Gaz. Pal, Recueil novembre-Décembre, 2011.

16- CHEVALIER Pierre, Sélection de jurisprudence, mariage, Gaz. Pal, mercredi 20, jeudi 21 juillet 2011.

17- COURBE Patrick, JAULT- SESEKE Fabienne, Droit international privé, panorama, Droit international, Recueil Dalloz, 2009, n°23.

18- COURBE Patrick, Les conflits de lois, « Régimes matrimoniaux », Recueil Dalloz, 2009, n° 2.

19- DE GROOT Gérard-René, VRINDS Erik, La nationalité et l'enfant, 3e Conférence Européenne sur la nationalité, Strasbourg, 11-12 octobre 2004.

20- DOMINGO Marc, Gaz. Pal, recueil mai-juin 2011, Edition Cénéraliste, Sélection de jurisprudence.

21- FADLALAH Ibrahim, Polygamie, Rép, internat, J.C.P. 1998, Tome 3, 1999, 4.

22- FULCHIRON Hugues, La nationalité française entre identité et appartenance, études et commentaires, CHRONIQUES, Nationalité, Recueil Dalloz, 28 juillet 2011, n°28.

23- FULCHIRON Hugues, Le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière international, ENTRETIEN, Recueil Dalloz, 7 novembre 2013, n°38.

24- GALLMEISTER .I, Exequatur et révision au fond du jugement étranger, Recueil Dalloz, 2009, n°5.

25- GALIMEISTER .I, Régimes matrimoniaux, Vocation universelle de la convention de la Haye, Recueil Dalloz, 2009, n° 42.

26- GAUDEMET TALLON Hélène, Droit international privé, panorama, droit international, Recueil Dalloz- 10 mai 2012, n°19.

27- GAUDEMET-TALLON Hélène, Les conflits de lois, Recueil Dalloz, 10 mai 2012, n°19.

28- GAUDEMET-TALLON Hélène, Régimes matrimoniaux, Recueil Dalloz, 10mai 2012, n°19.

29- GAVELEAU Philippe, Nom et prénom, Gaz. Pal, Recueil, novembre-Décembre, 2011.

30- HAUSER Jean, Personnes et droit de la famille: l'exequatur des décisions d'adoption prononcées à l'étranger dans le cadre d'un couple homosexuel, RTD civ. Juillet-septembre 2012, n °3.

31- JAULT-SESEKE Fabienne, Droit international privé, études et commentaires/ panorama, Recueil Dalloz- 20 juin 2013, n° 22.

32- JAULT-SESEKE Fabienne, Régimes matrimoniaux, Droit international privé, Recueil Dalloz, 20 juin 2013, n°22.

33- LAGARDE Paul, Renvoi, Rep, Intenat, Tome 3, J.C.P, 1999, 04.

34- LICARI François-Xavier, Exécution des jugements et actes, Recueil Dalloz, 10/02/2011, n° 6.

35- MALAURIE VIGNAL Marie, Où le non d'usage et prisonnier des règles de droit, recueil Dalloz, 2009, N° 20.

36- MOKHTAR DBDALLA Mohamed, Cour d'appel du Caire -9 mai 1956, Revue égyptienne de droit international, novembre 12, Tome 1, Imprimerie El bassir, 1956.

37- PERITCH G.H J., De la forme du mariage dans le droit international privé d'après la législation Serbe, Extrait de la « revue de droit international et de législation comparée », deuxième série tome 5, 1911, 43° année, BRUXELLES. clunet, R.C.D.I.P., 1993.

38- REVEL Janine, Pouvoirs des époux, Droit patrimonial de la famille, Recueil Dalloz, 25 octobre 2012, N°37.

39- VALLAR Christian, Le radicalisme religieux et le refus fondé d'acquisition de la nationalité, recueil Dalloz, 2009, N°5.

40- VAREILLE Bernard, Régimes matrimoniaux, RTD Civ, juillet- septembre 2013, N° 03 et n°04.

رابعا– القوانين

1– دستور عام 1996 الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 المعدل بموجب قانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008؛ وبموجب قانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

2– أمر رقم 66- 154 مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الاجراءات المدنية.

3– أمر رقم 20/70 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق لـ 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014.

4– أمر رقم 86/70 بتاريخ 17 شوال عام 1390 الموافق لـ 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، معدل ومتمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

5– أمر رقم 75- 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 06/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 و بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

6– قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1104 الموافق لـ 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

7– قانون رقم 89-22 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 53 الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1989 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 96-25 المؤرخ في 12-08-1996 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 48 المعدل بموجب القانون العضوي رقم 12-11 المؤرخ في 2011/07/26م/ والذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، الجريدة الرسمية عدد 42 الصادرة بتاريخ 2011/07/31.

8– قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير عام 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

9– قانون رقم 08-11 مؤرخ في 25 جوان 2008 يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، الجريدة الرسمية لسنة 2008 العدد 36.

خامسا– مواقع الانترنت

1- http//Science juridiques,ahlamontada,net/ t 1465- topic

2- http://www.simons-law.com

3- http://lawcommissionofindia.nic.in/reports/report 212.pdf,

4- http://www.dalloz-actualite.fr

5- actu.dallozetudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/OCTOBRE_2013/Civ6mai2009.pdf
6- www.francejus.ru/upload/fiches_fr/Le%20mariage%20simule.pdf.
7- www.courdecassation.fr.
8- https://www.legifrance.gouv.fr
9- www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/Bulletin.../Pays%20Bas%202004.pdf
10- Cf.http://www.ejustice.tn/fileadmin/fichiers_site_arabe/codes_juridiques/code_nationale_arabe_07_06_2013.pdf

الفهرس

مقدمة.....**01**

الباب الأول: الزواج المختلط في ظل قواعد القانون الدولي الخاص.....**13**

الفصل الأول: الزواج المختلط ومشكلة تنازع القوانين..... **18**

المبحث الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط.....**21**

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية.....**22**

الفرع الأول: القاعدة العامة: " خضوع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين.....**26**

أولا– التطبيق الجامع " pplication cumulative "..... **28**

ثانيا– التطبيق الموزع " pplication dist ibutive "..... **29**

الفرع الثاني :الاستثناء الوارد على القاعدة العامة.....**31**

الفرع الثالث :الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية.....**34**

أولا – التنازع الإيجابي (تعدد الجنسيات).....**34**

ثانيا– التنازع السلبي (انعدام الجنسية).....**39**

ثالثا– التنازع المتحرك أو المتغير.....**41**

رابعا – انتماء الشخص لدولة تتعدد فيها التشريعات.....**43**

خامسا– مشكلة الإحالة.....**47**

المطلب الثاني: القانون المختص بحكم الشروط الشكلية لعقد الزواج.....**55**

الفرع الأول: تحديد المقصود بالشروط الشكلية.....**55**

الفرع الثاني :تحديد ضوابط الاسناد التي تحكم الشروط الشكلية لعقد الزواج المختلط.....**59**

أولا – فيما يتعلق بمدى التقيد بقاعدة خضوع شكل الزواج لقانون بلد إبرام.....**60**

ثانيا – فيما يتعلق بتحديد الشكل المحلي.....**63**

ثالثا– اختصاص السك الدبلوماسي والقنصلي بإبرام الزواج المختلط.....**69**

المبحث الثاني: تطبيق القانون المختص بالزواج المختلط.....**73**

المطلب الأول : عقبات تطبيق القانون الأجنبي المختص.....**74**

الفرع الأول : الدفع بالنظام العام.....**74**

أولا – مفهوم الدفع بالنظام العام.....**74**

ثانيا– خصائص الدفع بالنظام العام.....**78**

ثالثا– شروط الدفع بالنظام العام.....**81**

رابعا – آثار الدفع بالنظام العام.....**82**

أ– آثار الدفع بالنظام العام عند إنشاء الحقوق.....**82**

ب–آثار الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة.....**88**

ج– الأثر الانعكاسي للنظام العام.....**93**

خامسا – تطبيقات الدفع بالنظام العام في مسائل الزواج المختلط.....**95**

أ– إعمال الدفع بالنظام العام في مسائل الزواج من طرف الدول الإسلامية.....**95**

ب– إعمال الدفع بالنظام العام في مسائل الزواج من طرف الدول غير الإسلامية.....**101**

الفرع الثاني: الدفع بالغش نحو القانون.....**106**

أولا– مفهوم الدفع بالغش نحو القانون.....**106**

ثانيا – شروط الدفع بالغش نحو القانون **109**

أ– الشرط المادي: تغيير ضابط الإسناد.....**110**

ب– الشرط المعنوي: توافر نية الغش نحو القانون.....**113**

ثالثا– آثار أو جزاء الغش نحو القانون.....**114**

أ–الأثر السلبي.....**115**

ب– الأثر الايجابي.....**116**

المطلب الثاني: وضعية القانون الأجنبي المختص الذي يحكم مسائل الزواج المختلط أمام القضاء الوطني.....**118**

الفرع الأول :طبيعة القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط.....**119**

أولا– الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط.....**120**

أ– نظرية الحقوق المكتسبة **120**

ب– نظرية استقبال القانون الأجنبي.....**121**

ج– نظرية التفويض.....**123**

ثانيا– الطبيعة الواقعية للقانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط.....**124**

الفرع الثاني:تفسير القانون الأجنبي المختص والرقابة عليه.....**130**

أولا – تفسير القانون الأجنبي المختص بمسائل الزواج المختلط..... **131**

ثانيا – رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط.....**132**

أ– الرقابة على تطبيق قاعدة الإسناد.....**133**

ب– الرقابة على تفسير القانون الأجنبي.....**133**

الفصل الثاني: الزواج المختلط في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي.....**139**

المبحث الأول: اختصاص المحاكم الوطنية في منازعات الزواج المختلط.....**141**

المطلب الأول:الاختصاص الأصلي للمحاكم الوطنية في مسائل الزواج المختلط.....**143**

الفرع الأول:الاختصاص المبني على ضابط الموطن.....**144**

أولا – ضابط موطن المدعى عليه.....**148**

ثانيا – ضابط موطن المدعى.....**152**

أ– دعوى المعارضة في عقد الزواج.....**153**

ب– دعوى إثبات عقد الزواج.....**157**

ج– دعوى النفقة.....**160**

د– دعوى النسب.....**163**

الفرع الثاني:الاختصاص المبني على معيار الجنسية.....**166**

أولا- التنازع الإيجابي(تعدد الجنسيات).....**176**

ثانيا- التنازع السلبي للجنسيات(انعدام الجنسية).....**178**

ثالثا- التنازع المتحرك(تغيير الجنسية).....**178**

الفرع الثالث: الاختصاص المبني على ضابط موقع المال.....**179**

الفرع الرابع :الاختصاص المبني على ضابط القانون المختص.....**184**

المطلب الثاني: الاختصاص الاستثنائي الطارئ للمحاكم الوطنية في مسائل الزواج المختلط.....**187**

الفرع الأول: الاختصاص المبني على إرادة الخصوم.....**188**

الفرع الثاني: الاختصاص المبني على مبدأ حسن سير العدالة.....**197**

أولا – الدعاوى المرتبطة.....**198**

أ- المسائل الأولية.....**199**

ب- الطلبات العارضة.....**200**

ج- الطلبات المرتبطة.....**201**

ثانيا - الإجراءات التحفظية والإجراءات الوقتية.....**209**

الفرع الثالث: الاختصاص المبني على مبدأ تفادي إنكار العدالة.....**211**

المبحث الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط.....**215**

المطلب الأول: شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط.....**217**

الفرع الأول: صدور الحكم من محكمة مختصة.....**218**

الفرع الثاني: أن يكون الحكم الأجنبي حائزا لقوة الشيء المقضي به.....**223**

الفرع الثالث: عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم صادر عن الجهات القضائية الوطنية.....**226**

الفرع الرابع: عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام والآداب العامة في الجزائر.....**230**

المطلب الثاني: إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في مسائل الزواج المختلط.....**245**

الفرع الأول :الجهة المختصة بدعوى الأمر بالتنفيذ والإجراءات الخاصة بها.....**245**

أولا– الجهة المختصة بدعوى الأمر بالتنفيذ.....**246**

ثانيا – إجراءات رفع دعوى الأمر بالتنفيذ.....**248**

الفرع الثاني: البت في دعوى التنفيذ.....**249**

الباب الثاني:مدى تأثير الزواج المختلط على حالة الزوجين.....**253**

الفصل الأول: مدى تأثير الزواج المختلط على الحالة العامة للزوجين – الجنسية – **254**

المبحث الأول: اكتساب الجنسية بمقتضى رابطة الزوجية.....**255**

المطلب الأول: الجنسية المكتسبة بناء على رابطة الزوجية في الفقه والقانون المقارن.....**257**

الفرع الأول: مدى تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوج **257**

أولا– الاتجاه الأول: عدم تأثير الزواج على جنسية الأجنبي المتزوج بوطنية.....**258**

ثانيا– الاتجاه الثاني: تأثير الزواج على جنسية الأجنبي المتزوج بوطنية.....**260**

الفرع الثاني: مدى تأثير الزواج على جنسية الزوجة.....**263**

أولا– النظرية التقليدية: وحدة جنسية الزوجين أو تبعية الزوجة للزوج في جنسيته.....**264**

ثانيا– النظرية المعاصرة استقلال جنسية الزوجين.....**267**

ثالثا– تقدير النظريتين.....**271**

رابعا– موقف التشريعات المقارنة من جنسية المرأة المتزوجة.....**274**

المطلب الثاني: الجنسية المكتسبة بناء على رابطة الزوجية في القانون الجزائري.....**289**

الفرع الأول: مدى تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين في القانون الجزائري.....**290**

أولا– موقف قانون الجنسية الجزائرية لعام 1963 من أثر الزواج المختلط على جنسية الزوجين.....**290**

ثانيا– موقف قانون الجنسية الجزائرية لسنة 1970 من أثر الزواج المختلط على جنسية الزوجين.....**292**

ثالثا– موقف قانون الجنسية الجزائرية لعام 1970 المعدل والمتمم بموجب الأمر 01/05.....**294**

الفرع الثاني: شروط اكتساب الجنسية الجزائرية بمقتضى رابطة الزوجية وفقا للأمر 01/05.....**297**

المبحث الثاني: آثار اكتساب الجنسية بمقتضى الزواج المختلط.....**308**

المطلب الأول: الآثار الشخصية.....**308**

الفرع الأول: الأثر السلبي للزواج على جنسية الوطنية المتزوجة بأجنبي.....**309**

الفرع الثاني: اكتساب الصفة الوطنية.....**316**

الفرع الثالث: أثر انتهاء رابطة الزوجية على جنسية من كسبها بالزواج.....**319**

المطلب الثاني: الآثار العائلية.....**322**

الفرع الأول: مدى تمتع الأبناء بجنسية الأم المكتسبة بمقتضى رابطة الزوجية في القوانين العربية.....**323**

الفرع الثاني: مدى تمتع الأبناء بجنسية الأم المكتسبة بمقتضى رابطة الزوجية في القوانين الغربية.....**327**

الفصل الثاني: مدى تأثير الزواج المختلط على الحالة الخاصة لكل من الزوجين.....**331**

المبحث الأول: الآثار الشخصية.....**332**

المطلب الأول: تحديد نطاق الآثار الشخصية لعقد الزواج.....**333**

الفرع الأول: حقوق وواجبات الزوجين.....**334**

أولا– التزامات الزوجة.....**334**

ثانيا – التزامات الزوج.....**337**

ثالثا– الالتزامات المشتركة.....**342**

الفرع الثاني:النسب الشرعي.....**344**

الفرع الثالث: مسائل تثير الجدل حول اعتبارها من آثار الزواج الشخصية.....**347**

أولا– النفقة الوقتية.....**347**

ثانيا–أثر الزواج على أهلية المرأة المتزوجة.....**350**

ثالثا – حكم المسؤولية المترتبة على إخلال أحد الزوجين بالالتزامات المتبادلة.....**353**

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية لعقد الزواج.....**355**

الفرع الأول: قواعد التنازع المتعلقة بالحقوق و الواجبات الزوجية.....**356**

الفرع الثاني: قواعد التنازع المتعلقة بالنسب.....**367**

المبحث الثاني: الآثار المالية لعقد الزواج.....**373**

المطلب الأول: تحديد نطاق الآثار المالية للزواج.....**374**

الفرع الأول: موقف الشريعة الاسلامية والتشريع الجزائري من مسألة الآثار المالية للزواج.....**375**

الفرع الثاني: الآثار المالية للزواج في التشريعات الغربية.....**377**

أولا– نظام الاشتراك المالي(régime en communauté)..... .....**379**

ثانيا– نظام الانفصال المالي(régime de la sépa ation des biens)..... **381**

ثالثا– نظام الدوطة(régime dotal)..... **381**

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية لعقد الزواج.....**385**

الفرع الأول: تحديد القانون المختص بحكم الآثار المالية لعقد الزواج.....**386**

الفرع الثاني: القيود التي ترد على تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج.....**395**

أولا– أثر قانون موقع المال.....**395**

ثانيا– الدفع بالنظام العام يعطل العمل بقانون جنسية الزوج.....**397**

ثالثا– دور الإحالة في استبعاد قانون جنسية الزوج.....**397**

رابعا– تدخل قانون الموطن أو قانون محل الإقامة في حالة انعدام جنسية الزوج.....**398**

خامسا– تطبيق القانون الوطني إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقادالزواج.....**398**

خاتمة.....**399**

قائمة المراجع.....**407**

الفهرس.....**442**

الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، دراسة مقارنة

ملخص:

الزواج المختلط هو ذلك الزواج الذي يتم بين طرفين من جنسيتين مختلفتين، ويثير هذا النوع من الزواج ثلاث إشكاليات رئيسية تتولى قواعد القانون الدولي الخاص معالجتها. أول هذه الاشكاليات وأكثرها تعقيدا مشكلة تنازع عدة قوانين حكم النزاعات الدولية الخاصة بالزواج، وتتكفل قواعد الاسناد في دولة القاضي معالجة هذه الاشكالية من خلال إسناد هذه النزاعات للقانون الأنسب لحكمها. أما الإشكالية الثانية فتتعلق بتنازع اختصاص محاكم عدة دول بنظر النزاعات الخاصة بالرابطة الزوجية المختلطة. وتتولى قواعد الاختصاص القضائي الدولي حل هذه الاشكالية من خلال تحديدها للمحكمة المختصة بالفصل في هذه النزاعات. وبالإضافة إلى ذلك فإن الأحكام الصادرة في مسائل الزواج تثير إشكالية أخرى عندما يراد تنفيذها خارج الدولة التي صدرت عن قضائها؛ وتعنى قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية في دولة القاضي بمعالجة هذه الاشكالية من خلال تحديد شروط وإجراءات تنفيذ هذه الأحكام.

والزواج المختلط متى استوفى كافة أركانه وشروطه الموضوعية والشكلية وفقا للقانون المختص قام صحيحا وترتبت عليه آثار مختلفة شخصية ومالية لها انعكاسات واضحة على حالة كل من الزوجين كاكتساب أحد الزوجين جنسية الزوج الآخر، بالإضافة إلى ما قد يرتبه عقد الزواج من التزامات وحقوق متبادلة بين الزوجين.

الكلمات المفتاحية:زواج مختلط، قانون دولي خاص، تنازع قوانين، اختصاص قضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، جنسية، آثار .

Le mariage mixte et son impact sur l'état des conjoints, étude comparée

Résumé :

Le mariage mixte est le mariage contracté entre deux parties de nationalités différentes.Un tel mariage pose trois principales problématiques dont leur règlement est soumis aux règles du droit international privé. La première problématique étant la plus complexe, porte sur le conflit de plusieurs lois internationales sur le mariage. Les règles de rattachement du pays du fortraitent cette question par le renvoi à l'application de loi la plus conforme quant à son règlement. Quant à la seconde problématique, celle-ci concerne le conflit des compétences juridictionnelles de plusieurs pays. Les règles se rapportant à la compétence des juridictions, sur le plan international, prévoient la résolution d'un tel litige en déterminantle tribunal compétent à cet égard. En outre, ces décisions, une fois rendues, suscitent la problématiquede leur exéquatur, laquelle est soumise à la sujétion de certaines conditions aussi bien sur le forme que sur le fond.

Mais, le mariage mixte n'est valide qu'une fois ses éléments et ses conditions sont remplis conformément à la loi compétente. Ainsi considéré, il produit des effets distincts, personnels et financiers ayant des répercussions claires sur l'état des époux, telles que l'acquisition par l'un des époux de la nationalité de l'autre, en plus des obligations et des droits alternés entre eux.

Mots-clés : mariage mixte, droit international, conflit des lois, compétence judiciaire, exéquatur, nationalité, conséquences.

Mixed marriage and its impact on the situation of spouses, comparative study

Abstract:

Mixed marriage is the marriage between two parts of two different nationalities, this kind of marriage raises three main issues that are subject to private international law. The first one is more complex, it concerns the conflict between international marriage laws. The attribution rules of the judging country take charge of the treatment of this problem by returning these disputes to the appropriate law.

As to the second issue, it is about the conflict of jurisdiction of several countries. Pertaining to the jurisdiction of the courts, at the international level, rules the resolution of such dispute by determining the competent court in this regard. In addition, these decisions raise the issue of their enforcement, which is subject to the subordination of certain conditions on both the form and the content. But the mixed marriage is valid that once its elements and its conditions are filled according to the relevant law. Thus considered, it produces separate, personal and financial effects with clear implications on the status of the spouses, such as the acquisition by one of the spouses of the nationality of the other, in addition to the obligations and rights alternated between them.

Keyword: mixed marriage, international law, conflict of laws, judicial competence, exequatur, nationality, consequences.