

جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

النظام العام في مجال شؤون الأسرة

محاضرات أقيمت على طلبه الدكتوراه، تخصص القانون الخاص

من إعداد
أ.د. تشوار جيلالي

السنة الجامعية 2018/2019

"النظام العام مسألة نسبية متطورة
تتأثر بالمكان وبالزمان"

مقدمة

في الوقت الحاضر، أصبح العالم يشهد تطورات في جميع الميادين، خاصة منها تلك المتعلقة بالأمور المدنية والتجارية. وما يجب ملاحظته، فإن هذه التطورات انعكست على قوانين الدول المختلفة من أجل وضع الضمانات والتسهيلات لتنقل الأشخاص من دولتهم إلى دول أخرى وذلك يظهر جلياً، من جهة، في ميدان القانون الدولي الخاص، ومن جهة أخرى، في الأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية¹.

والواقع، فإنه يحق لنا أن نتساءل في هذا المجال عما إذا كان قاضي الدعوى ملزم، حينما يعرض عليه النزاع، بتطبيق القانون الأجنبي؟ أم له السلطة الكافية في التحلي عن تطبيقه، أو أن يستبعده لأنه يتنافى ولا يتماشى مع ما يسمونه بالنظام العام؟

وما يجب توضيحه هنا هو أن القواعد المتعلقة بالنظام العام ليست هي تلك التي يقصد بها تحقيق النظام في المجتمع أو تحقيق المصلحة العامة، لأن كل قواعد القانون في مجموعها تهدف إلى تحقيق الأغراض السابق ذكرها. أما القواعد المتعلقة بالنظام العام فهي تلك التي تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى الذي لا يمكن الاستغناء عنه من هذه الأهداف².

أضف إلى ذلك، فإن الحد الأدنى للمصلحة يمكن أن يزيد أو ينقص بحسب ما إذا كان الاتجاه العائلي السائد في الدولة هو الاتجاه الديني أو الاتجاه اللائكي³.

وعليه، فإذا كان الاتجاه الديني هو السائد في الدولة، فإن دائرة النظام العام تتسع لتشمل كل ما يؤدي إلى حماية الأسرة وصيانة الأفراد من الانحلال والانحطاط الخلقي وغير ذلك⁴.

¹ Cf. H. Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, édit L.G.D.J., Paris, 1986 ; Y. Loussouarn, Droit international privé, édit. Dalloz, Paris, 1980, pp. 334 et s. ; A. Chapelle, Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, th. Paris 2, 1979

² Cf. Ph. Malaurie, L'ordre public et le contrat, p. 68 ; G. Marty et P. Raynaud, Droit civil., T. I, édit L.G.D.J., Paris, p. 164.

³ Cf. G. Ripert, L'ordre public et la liberté individuelle, in Recueil Gény, 1934, T. 2, pp. 347 et s.

⁴ Cf. M. Waline, L'individualisme et le droit, édit. Paris, 1949, pp. 48 et s.

أما إذا كان المذهب السائد في الدولة هو المذهب ألائكي، فإن دائرة النظام العام تضيق إلى أقصى حد، بحيث تطغى فيه الحرية الفردية في مسائل الأحوال الشخصية⁵.

وإزاء هذين الاتجاهين، يمكن القول أن "فكرة النظام العام من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها تحديدا دقيقا، وهي تعبر بصفة عامة من الأسس الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع"⁶.

إذن، ذلك كله يدفعنا إلى إثارة التساؤلات التالية:
ما هو العامل الديني في مادة الأحوال الشخصية، أيا كان النظام القانوني لائكيا كان أم دينيا؟ وما هي الغاية منه؟

ما هي الأسس التي تبنى عليها فكرة النظام العام في النظامين الديني واللائكي؟ وما هي الآثار المترتبة عنه في مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق...؟

وفي الأخير، يقتضي الأمر تبيان الحالات التي تخضع لنظرية الأثر المخفف للنظام العام في كل من النظامين السابقين؟

وللإجابة على هذه التساؤلات، نقول أن السير الحسن للمؤسسات بمختلف أنواعها يتطلب الاعتماد على عدد من الضوابط التي أصبحت تملها الحياة اليومية، وعليه لتحقيق أهداف الدراسة وأخذ بعين الاعتبار خصوصي تها الدراسة، سيتم الاعتماد في ها على المنهج القانوني التحليلي من خلال تحليل المبادئ الأساسية التي تبنى عليها فكرة النظام العام سواء على المستوى الداخلي أم الدولي.

⁵ Cf. A. Chapelle, Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, Th. Paris ; P. Lagarde, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, Paris 1959 ; Maury, L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi, édit. Valladolid, 1952.

⁶ انظر، سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، توزيع منشأة المعارف، الاسكندرية، ص 91

كما سيتم الاعتماد على المنهج الوصفي، وذلك من خلال ضبط مفهوم المعارف ذات الصلة بموضوع الدراسة في شقيه الخاص والعام.

وكما سيتم الاعتماد على المنهج المقارن الذي سنيين من خلاله المرنة التي تتمتع بها فكرة النظام بحكم اختلافها زمانا ومكانا.

ولذلك سوف نتعرض إلى هذا الموضوع ضمن نقطتين، سنتكلم في الأولى عن ضابط الإسناد، وفي الثانية عن الأثر المخفف للنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية.

المبحث الأول : النظام العام وضابط الإسناد

المبحث الثاني: الأثر المخفف للدفع بالنظام العام

المبحث الأول
النظام العام وضابط الإسناد

المطلب الأول

العامل الديني في مادة الأحوال الشخصية

سنتعرض إلى العامل الديني في النظامين اللائكي (الفرع الأول) والديني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

النظام اللائكي

تاريخياً، ظهر مفهوم الأحوال الشخصية لأول مرة في مجتمع أين كانت الكثير من المواد المتعلقة بهذه الأحوال لا تخضع لأحكام القانون المدني، وإنما لأحكام القانون الكنسي إذ أن أساس حالة الأشخاص، كالزواج والنسب، كان يخضع لهذا القانون.

كانت الكنيسة، في فرنسا مثلاً، تنظيم لغاية الثورة الفرنسية جزءاً كبيراً من حالة الأشخاص. كل ما كان يتعلق بالزواج والاحتفال به وببطلانه وبالتفريق الجسماني والنسب يخضع لأحكامها. فكانت الكنيسة أنداك وفي هذه المواد المشرع ذاته، وكانت كذلك هي القاضي إذ أن قضاؤها هو الذي كان المختص للنظر في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية.

فهذين الاختصاصين التشريعي والقضائي للكنيسة يفسران جلياً غياب مشكلة تنازع القوانين في المواد المرتبطة بحالة الأشخاص. وتوضيحا لذلك، يقول نيبوي Niboyet " كان القانون الكنسي واحداً بالنسبة لكل فرنسا ولجل الدول الخاضعة للتشريع الكتولكي، الأمر الذي أبعده كل تنازع ما بين المقاطعات ودولي في آن واحد"⁷.

فمن زاوية القانون، فإن هذه الحالة قد سهمت في إيهام العامل الديني الذي كان بإمكان أن يحتويه مفهوم الحالة الشخصية الناتج عن التقسيم الكلاسيكي للحالات. إلا أنه بعد ذلك، فاللائكية أو لائكية القانون، التي انتشرت بعد الثورة الفرنسية في العديد من الدول الغربية أسهلت استبعاد هذا العامل في الأحوال الشخصية. وبتعبير آخر، فالعامل الديني الذي كانت تنطوي عنه مواد الأحوال الشخصية قد أبعده يوم أن فقدت الكنيسة اختصاصيتها التشريعي والقضائي في هذا المجال، وبتفرقة عن الدولة.

فهذا التطور أدى إلى تحويل قانون الحالة الشخصية إلى قانون لائكي. وإذا بقيت، في الوقت الحاضر، بعض الآثار الدينية في النظم القانونية للأحوال الشخصية، التي عاجلها القانون المدني مثل الزواج، فإن تلك الآثار ليست لها استقلالية خاصة قادرة على مسح الطبيعة اللائكية لمواد الأحوال الشخصية.

⁷ Cf. Niboyet, Traité de droit international français, 1938-1950, T. 3, p. 78.

وهذا ما يؤكد كولومبل بقوله "أؤكد أنه لا يمكن للتشريع أن يعلق الآثار القانونية بالديانة في نظام التفرقة واللائكية"⁸. "في الواقع، يضيف قائلاً، انه لا يمكن اعتبار الدين كعامل للحالة في روح قانون متشعب بالمبادئ اللائكية والمساواة المدنية. وإلا فهذه النظرية ستؤدي حتماً بالتشريع والقضاء إلى سبل متناقضة مع تلك المبادئ"⁹. هل هذه النظرة هي ذاتها بالنسبة للنظام الديني؟

الفرع الثاني النظام الديني

ينفرد نظام القانون الإسلامي ببعض الميزات فيما يتعلق بمفهوم الأحوال الشخصية. فلو رجعنا إلى الفقه الإسلامي القديم، من أجل تحديد معنى الأحوال الشخصية، يتضح لنا أن تعبير "الأحوال الشخصية" ليس له مجال ولا فرع ضمن المصطلحات المستعملة في التشريع الإسلامي، وهو غريب كل الغرابة عن الفقه الإسلامي.

فمصطلح الأحوال الشخصية يعد مصطلحاً حديثاً، إذ أن استعماله قد ظهر بظهور التشريعات الوضعية في الدول الإسلامية، أي في القرن التاسع عشر¹⁰.

وعليه، فلم يكن الأمر يتعلق هنا بغياب مفهوم الأحوال الشخصية فحسب، وإنما بكل التقسيم الثنائي للأحوال إلى شخصية وعينية، تقسيم ثابت في الأنظمة الغربية اللائكية. والجدير بالذكر، إذا رجعنا إلى الفقه الإسلامي، فلا نجد قطاً أسباب غياب هذه التفرقة الغربية، ولكن فأساسها يتجلى في التقنية القانونية المستعملة من جهة إلى أخرى فيما يتعلق بالنظرية العامة للإلتزامات.

كما هو معروف، فإن المصدر التاريخي لهذه النظرية هو القانون الروماني؛ وأن الدول المتحضرة، أو على الأقل تلك التي تأثرت بهذا القانون اعتنقت التقنية القانونية لهذه النظرية القائمة على تقسيم الحقوق إلى حقوق عينية وحقوق شخصية. وعليه، يمكن أن نتمسك بدون ريب أن هذا التقسيم قد تولد عنه تقسيم الأحوال إلى أحوال عينية وأحوال شخصية.

ولكن فهذه التفرقة، كما سبق أن أشرنا إليه، فهي غريبة عن الفقه الإسلامي. "فالنظام القانوني الإسلامي لم يجعل من التقسيم الثنائي بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية، الأساس الفعلي للقانون

⁸ Cf. Coulombel, Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Eglises et de l'Etat, RTDCiv., 1956, p. 15.

⁹ Cf. Coulombel, op. cit., p. 15.

¹⁰ أنظر، توفيق فرج، أحكام الأحوال الشخصية للمصريين الغير المسلمين، القاهرة، ط.2، 1964، ص.33.

المالي... فالروح العامة التي كانت تسيطر على هذه المادة في التشريع الإسلامي، فهي ذات اتجاه موضوعي. يقال أنها تتشابه نوعاً ما مع تلك التي استلهمت واضعو القانون الألماني لسنة 1900¹¹.

ومع ذلك، ينفرد الفكر الإسلامي بعلم خاص لدراسة قواعد تصرف الإنسان أو أعماله. ينقسم هذا العلم، استناداً للفقهاء، إلى قسمين، الأول يتعلق بواجبات الإنسان نحو ربه، كالصلاة والصوم... والثاني ينظم علاقات الأشخاص داخل المجتمع، أي العقود والالتزامات، سواء أكان الأمر يتعلق بالأسرة وتكوينها، كالخطبة والزواج والطلاق، أو بالأموال كالبيع والإيجار... .

وعلى ضوء هذا التقسيم، قام الفقهاء الإسلامي بإعطاء الحلول فيما يتعلق بالعلاقات القانونية الأشخاص داخل المجتمع، انطلاقاً من المبادئ التي نص عليها القرآن الكريم والسنة النبوية، مع استعمال النهج الموضوعي للتفسير وللقياس¹².

وهذا الشمول والامتداد يؤكد لنا تكامل الأحكام التشريعية في الإسلام التي جاءت منظمة لكل ما يتعلق بحياة المكلف، ولكل ما يحتاج لذيده، ومن العيب أن نقصر الإسلام اليوم على جانب من الجوانب التي اشتمل عليها، ثم نقصيه عن الجوانب الأخرى وبخاصة فيما يتعلق منها بالعلاقات الاجتماعية في ميدان المعاملات كالبيع والإيجار الخ...¹³.

فإن ذلك الإقصاء في مجال الأحكام العملية في باب المعاملات المالية والمدنية والمنازعات هو الذي أدى بالدول الإسلامية إلى الأخذ بالتقسيم الثنائي الذي جاءت به الدول الغربية. وأن هذا التقسيم بين الأحوال الشخصية ظهر لأول مرة في مصر لما قام المشرع بتطبيق القوانين الأجنبية¹⁴، وخاصة القانون الفرنسي منها على معظم المعاملات التي تنظمها فروع القانون الخاص ما عدا قانون الأسرة الذي استطاع أن يحتفظ حتى الآن بطابعه الإسلامي، فهو قانون مستمد من الشريعة الإسلامية.

¹¹Cf. Ch. Chehata, Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien, in R.I.D.Comp., 1965, p.844.

¹² إذن، فهذه الحلول تشمل الأحكام المتعلقة بحياة الإنسان ومعاملاته وعلاقاته مع الآخرين، وتشمل هذه الأحكام كل أنواع الأحكام المتعلقة بالعبادات والأسرة والمعاملات المالية والمدنية والمنازعات والعقوبات وما يتعلق بالحكم أو الدولة سواء فيما يخص العلاقة بين الحاكم والمحكوم، أو بين الدولة والدول الأخرى. انظر، محمد فاروق النبهان، المدخل للتشريع الإسلامي، دار القلم، 1977، ص. 14.

¹³ انظر، محمد فاروق النبهان، المرجع السابق، ص. 14.

¹⁴ وإن كانت قد بادرت تركيا وأصدرت قانون حقوق العائلة في المحرم سنة 1918 وهو غير شامل لكل مسائل الأحوال الشخصية بعد أن أصدرت من قبل مجلة الأحكام العدلية التي تعتبر قانوناً مدنياً كاملاً فيه قليل من أحكام الأحوال الشخصية كأحكام الحجر والهبة، انظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط 4. الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص. 33.

ومن هذا المنطلق، فإن كل ما يدخل في دائرة الأسرة ينظمه قانون الأحوال الشخصية المسمى بقانون الأسرة في الجزائر¹⁵.

وأمام هذه الأحكام الفقهية وتلك النصوص التشريعية، فتطبيق القانون الأجنبي المعين بواسطة قواعد الإسناد يخضع لاستثناء عام وأساسي أخذت به كل التشريعات المعاصرة : فالقانون الأجنبي، مهما كان مصدر النظام الذي يخضع إليه¹⁶، لا يمكن تطبيقه في دولة يتعارض مع نظامها العام، إذ أن "على الباب المؤدي إلى الخارج فيوجد دائما مغلاق Verrou، الذي يغلقه كلما دعت الضرورة إلى ذلك"¹⁷.

في البنية العمومية لتنازع القوانين، يقول العميد ريني صافتي، أن "كل قانون يجمع تحت سيادته، مجموعة مواد. فأول مهمة يقوم بها القاضي في ظل القانون الدولي الخاص، هي أن يرجع إلى هذه البنية لتحديد مكانة النزاع حسب القانون الواجب التطبيق. ولكن إذا كان هذا القانون قانونا أجنبيا، فيجب على القاضي عندئذ أن يتساءل عما إذا كان هذا القانون الأجنبي لا يتعارض والنظام العام لبلده ؟ بحيث بمجرد ظهور هذا التعارض، فيجب على القاضي أن يستبعد القانون الأجنبي، حتى لو كان هو المختص وفقا لقواعد التنازع"¹⁸.

وهكذا، فصمام الأمن هذا "Soupape de Sûreté" والمتمثل في النظام العام، يظهر متطابق مع "الضرورة الحتمية بقبوله لتطبيق القوانين الأجنبية؛ فلا يمكن للمشرع أن يعطي توقيع على بياض لجل تشريعات الدول الأجنبية، مهما كان التطور اللاحق لحضارتهم الخاصة. حتى يمكن استبعاد الذي سميناه "بالقفز في الخفاء"، يجب حتما على القاضي أن يستبعد القانون الأجنبي عندما تبين له غير مقبول"¹⁹. وعلى أساس كل هذه المعطيات، فدراستنا هذه تتعلق خاصة بتبيان الدور الذي يلعبه النظام العام في العلاقات التي تربط العالمين الغربي والإسلامي. أساس الأول على العموم النظام القانوني على فكرة اللاتكسية، بينما الثاني خصص لنظامه القانوني مكانة مختارة لفكرة الدين في مادة الأحوال الشخصية. عليه، يقتضي الأمر هنا بتحليل فعالية النظام العام في النظام اللاتكسي تجاه النظام الديني عامة والإسلامي خاصة وعكسيا.

¹⁵ وقد عاب الأستاذ علي سليمان هذه التسمية على المشرع الجزائري، انظر، علي سليمان، تعليق على قانون الأسرة، مجلة الشرطة، عدد 25، ص 24.

¹⁶ أكان سواء نظاما لائكيا أم دينيا.

¹⁷ Cf. Rappe, cité par E. Tyan, Précis de droit international privé, Beyrouth, 1966, p. 350.

¹⁸ Cf. R. Savatier, Cours de droit international privé, édit. 1953, p. 233.

¹⁹ Cf. H. Batiffol, op. cit., p. 402.

المطلب الثاني

الاختلاف في التقنية القانونية

فاللائكية والديانة ما هما إلا تصرفان مختلفان لمفهوم واحد، وهو النظام العام. كلاهما اقتبس من النظام العام كل صفاته فيما يتعلق باستبعاد القانون الأجنبي واستبداله بقانون القاضي. الأمر الذي يسمح بالحديث حول النظام العام اللائكي تجاه النظام العام الديني، إذ أن كليهما يلعبا نفس الدور في ميدان تنازع القوانين، ولكن وفقا لأسباب مختلفة. يتدخل الأول لحل المشكل الذي تثيره في النظام ألائكي، الصفة الدينية للقانون الأجنبي، بينما الثاني يتدخل لاستبعاد القانون الأجنبي ذو الصبغة اللائكية.

وعلى العموم، فبين النظامين تبرز التقنية القانونية التي يركز عليها كل واحد منهما.

الفرع الأول

الاختلاف في التقنية القانونية

1. - معلم النظام العام " Point de repère de l'ordre public "

يختلف معلم النظام العام في النظام اللائكي عن ما هو عليه في النظام الديني. في الواقع، يستند النظام العام اللائكي على مضمون القاعدة القانونية التي نحن بصدددها وعلى علاقته مع مصلحة المجتمع. تعد القاعدة القانونية مخالفة للنظام العام ألائكي حينما تصطدم، نتيجة لمضمونها، بالمفاهيم الأساسية للمجتمع أو تخل بأخلاقه. وعليه، فإن تجميع مضمون القاعدة القانونية، محل الاعتبار، والمفاهيم العامة للنظام ألائكي هو الذي يسمح، بينهما تحديد قيام الوفاق أو الخلاف، متيحاً هكذا الفرصة لاستنكاف " Abstention " النظام العام أو لتدخله.

وعلى النقيض من ذلك، ففي النظام الديني يكمن أساس النظام العام في مصدر القاعدة القانونية. فالمصدر الديني لهذه القاعدة هو الذي يأمر بتدخل النظام العام الديني. فالمعلم، إذن، هي القاعدة القانونية التي تستنبط مصدرها من المفاهيم الدينية للنظام العام. نظراً لأصلها ومصدرها، فهذه القاعدة تفرض دوماً لإعطاً الحل للوضع القانوني، مع استبعاد إمكانية تطبيق أي نص قانوني آخر. وهكذا، لا يعد بتاتا تدخل النظام العام حصيلة " le résultat " تصادم، أو موازنة " comparaison " أو تجميع بين نصوص قانونية مختلفة تقضي كل واحدة منها تنظيم وضع قانوني.

وعلى هذا الأساس، فالقاعدة القانونية، التي تعد من النظام العام، كون أن مصدرها ديني، تطبق مباشرة من غير التفكير في تطبيق نصوص أخرى مثل تلك التي تتعلق بالتنازع الداخلي أو التنازع الدولي.

وتطبيقا لذلك، ففي نظام الشريعة الإسلامية، اتفق الفقه على اعتبار من النظام العام كل قاعدة استنبطت أحكامها من مصدر ديني (القرآن الكريم، والسنة والإجماع) ذات طبع ثابت وصريح، بحيث أنه لا يمكن خرقها.

إذن، لا يعتبر الفقه الإسلامي كل النصوص الشرعية من النظام العام. فقد أضفى هذه الصبغة، أي صبغة النظام العام، على تلك الأحكام التي تنحدر من مصدر ديني ثابت والتي تحتوي على صياغة لا تفتح بابا للخلافات التفسيرية أو التأويلية.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا الشرعية في مصر بقولها : "أن النظام العام لا يبيح الإخلاء بالاحترام الواجب للديانة، بخرق أحكامها ونصوصها المبنية في مصدر موثوق ومقبول من كافة المذاهب". وكذلك، فالقواعد التي تعد من النظام العام في النظام الديني، تفرض لتنظيم وضع قانوني بدون البحث عن تطبيق قاعدة أخرى لو كانت هذه الأخيرة قد حددها ضابط الإسناد. فقواعد النظام العام الديني، فهي قواعد ذات التطبيق المباشر، ولها الأولوية على قواعد تنازع القوانين²⁰.

وباختصار، تجاه تقنية النظام ألائكي التي تقدر النظام العام انطلاقا من مضمون النص أو القاعدة القانونية؛ فالنظام الديني يميل إلى اعتبار هذه القاعدة من زاوية النظام العام، ليس عبر مضمونها، وإنما استنادا إلى مصدرها الديني. ومن الاختلاف الأساسي بين النظامين، ينجم فارق آخر متعلق بثبات أو عدم ثبات النظام العام " la mobilité et l'immobilité de l'ordre public".

2. - ثبات النظام العام

يتفق الفقه، في النظام ألائكي، على أن النظام العام يحتوي على مفهوم غير ثابت أو قابل للتغير من حيث الزمن. في هذا الإطار، يتكلم الفقيه نيبوي " Niboyet " عن "تغيرية مقتضيات النظام العام حسب الزمن (العهد)"²¹. ويزيد قائلا أن "مقتضيات النظام العام ليست ثابتة. فالنظام العام ما هو إلا صدى لمقتضيات بيئة اجتماعية دائما معينة. فالذي كان في وقت ما يصطدم النظام العام يمكن ألا يكون كذلك غدا وعكسيا. يمكن أن تحدث تحركات دورية، إذ فكل هذه المادة، وخاصة في جميع علاقات العالم، متأثرة بتغير مستمر"²².

وتبين لerebours-Pigeonnière و Y.Loussouarn أن هذه اللاستقرارية وهذه الحالية "actualité" وعدم التوقع هذا للنظام العام قد أشار إليه كافة الفقهاء"²³.

²⁰ Cf. Francescakis, Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, Rev. Cri. Dr. Int. Privé, 1966, pp. 1 et s.

²¹ Cf. Niboyet, op. cit., p.492.

²² Cf. Niboyet, op. cit., p.492.

²³ Cf. Lerebours- Pigeonnière, Cours de droit international privé, Par Y. Loussouarn, p.464.

وهذا ما استقر عليه كذلك قضاء محكمة النقض الفرنسية الذي يرى أن "مفهوم النظام العام يخضع، إلى حد كبير، للرأي السائد في كل عهد"²⁴. ذلك يبرز جليا عدم استقرارية النظام العام ألائكي. بما أن معلم تدخل النظام العام محدد بمضمون القاعدة القانونية المرتقبة، يقتضي الأمر دوما بتقريب ومقارنة، في زمان معين، هذا المضمون بالمفاهيم السائدة في نظام قضائي. إذا كان النظام العام ألائكي يتميز بعدم ثباته، فإن النظام العام الديني، على النقيض من ذلك، يتميز باستقراره، فيخضع لقاعدة ذات مصدر ديني، يبقى أساسا ثابتا إذ أن هذه القاعدة بعينها ليست متغيرة وأن عامل الوقت لا يتدخل لتغيير أو لتعديل مضمونها أو قيمتها الأصلية. وفي هذا الإطار، يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن "القواعد المعتمدة من النظام العام في النظام الإسلامي، هي تلك القواعد التي، نظرا لمصدرها الديني، تخصص لتنظيم دوما وباستمرار وضع قانوني. هذه القواعد تعد بمثابة مذهب ثابت لا يمكن تغييرها أو استبدالها حسب الأزمنة أو الضرورات"²⁵.

الفرع الثاني

غياب الوحدة القانونية

استقبال القانون الأجنبي في دولة ما يتطلب مسبقا شرطا أساسيا، معترف به فقها، هو إقامة الوحدة القانونية بين نظام الدولة التابع لها هذا القانون ونظام الدولة التي سيطبق فيها. فهذه القاعدة أصبحت قاعدة ثابتة في القانون الدولي الخاص وهي متبعة منذ سافيني " Savigny ". فالعلة في ذلك أن الأخذ بقواعد تنازع القوانين يستلزم أصلا وحدة قانونية معينة، فإنه لا يمكن تطبيق كل القوانين لدولة ذات حضارة مختلفة"²⁶.

وفي هذا الصدد، اعتبر الفقيه سافيني أن " كل الأمم الوارثة للقانون الروماني متحدة فيما يتعلق بالثقافة القانونية، بالرباط الذي يسهل تطبيق القوانين الأجنبية في أقاليمها المتبادلة. أضيف إلى أن هذه الوحدة أصبحت موطدة (راسخة) بالمسيحية: فالمسيحية والقانون الروماني هما عنصرا وحدة الشعوب الغربية"²⁷. والجدير بالذكر، يرى نيبوي أنه "يجب وجود بين الدول وحدة معينة وتشابه كاف للقانون كي يمكن تطبيقه بالتبادل عند كل واحدة منهم"²⁸.

²⁴ Cf. Cass. 22 mars 1944, D.1944, p. 145, note P.L.P. ; S. 1945, 1, p.77, note Niboyet.

²⁵ راجع بشأن ذلك، عبد الوهاب خلاف، تفسير ومعنى القواعد القانونية، مجلة القانون والإقتصاد، ص. 177 وما بعدها.

²⁶ Cf. H. Batiffol, op. cit., p. 276.

²⁷ Cf. Savigny, Etudes de droit international privé, Paris, 1899, n° 217 et s.

²⁸ Cf. Niboyet, Cours de droit international privé, précité, p. 245.

والواقع، ففكرة واحدة للقانون، التي تدل عند البعض التشابه القانوني، وعند البعض الآخر، الوحدة الحضارية، تعد على العموم فكرة مقبولة بالرغم من وجود بعض التحفظات في مدلولها. ولذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التداول التي تربط الأمور الزمنية والدينية لا تكون في عداد وحدتنا القانونية، فاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي للنظام العام يمنح إذن وسيلة الرجوع لاختصاصنا. وفي هذا المجال، يتمسك الأستاذ صافيني بأن "الدول التي لها حضارة موحدة، ترى بدون انزعاج باهظ، تطبيق قوانينها من قبل المحاكم الفرنسية، في جميع النقاط والمجالات الخاصة بهذه الوحدة. إلا أن الأمر يكون على خلاف ذلك بالنسبة للدول الخاضعة، سواء أكان في بعض النقاط أو في مجموعة المفاهيم، لحضارة مختلفة. يستبعد النظام العام فطرية تطبيق هذه القوانين في فرنسا" ²⁹.

إذن الأمر، وفق هذا الاتجاه، يتعلق بمنهج تحديد النظام العام حسب أطواق الحضارة. "وهكذا تسود في عدة دول إسلامية، بصفة القانون المدني، الشريعة الإسلامية التي تعتبر القرآن الكريم المبدأ الأساسي لها. وكذلك، في عدة طوائف يهودية للدول الشرقية لا تزال خاضعة، فيما يتعلق بالزواج والأسرة عامة، للقانون ألتلمودي (مجموعة الشرائع اليهودية). فهذه التشريعات تعترض مع الطبع ألائكي للقانون المدني الفرنسي الذي يستبعد بموجب النظام العام فكرة خضوع الزواج والأسرة، بالنسبة للأجانب المقيمين بفرنسا، لديانتهم" ³⁰.

ولكن، استناداً لمبدأ التبادل، ففكرة الوحدة القانونية لم تصاغ في اتجاه واحد (Sens unique)، أي فقط في الدول ذات النظام ألائكي تجاه الكتلة الدينية. فهي منتشرة أيضاً في هذه الأخيرة لاعتراض النظام ألائكي. وعليه، فإن غياب الوحدة يتخذ إذن اتجاه تنازع الحضارات، ويتجلى بالقطع الذي ولده النظام العام بين النظم القانونية.

هذه الحالة تشغل خاصة ألائك الذين يرون أن هدف القانون الدولي الخاص يكمن تماماً في التنسيق بين هذه المذاهب. فغياب الوحدة، إن كان يحتوي على جزء من الحقيقة، فإنه لا يتضمنها مطلقاً. ينبغي، على كل حال، أن يعوض بفكرة أخرى، لا تقل أهمية عنه، وهي الوحدة الدولية التي تربط النظم القانونية على الرغم من ارتباطها لهذه أو تلك الحضارة.

وعلى العموم، توجد نقاط الموافقة والتقرب ويمكن تبلورها بين النظم المتضاربة بقصد تنسيقهم في المجال الدولي. وكفي نتقن بضرورة هذا التنسيق، يكتفي أن نرى عن قرب، حالة الاعتراض التي يؤدي إليها اللجوء إلى النظام العام تجاه النظام ألائكي والنظام الديني.

²⁹ Cf. J. Savatier, Cours de droit international privé, 1953, p. 236.

³⁰ Cf. J. Savatier, op. cit., p. 237.

المطلب الثالث

اعتراض النظام العام ألائكي إزاء النظام الديني

يخضع النظام العام ألائكي، كما سبقت الإشارة إليه، لجهاز ذات هيمنة لأئكيه. ففي ظل هذا الجهاز، فالدولة تظهر لأئكيه وتبدي حيادها تجاه الاعتقادات الدينية المختلفة. وأن هذا الحياد معترف به ومحميا دستوريا: الأحكام المتعلقة خاصة بالأسرة والأحوال الشخصية فهي ذات طابع مدني أو علماني "séculier" فهذه الأحكام تحكم الأشخاص دون التفرقة لانتمائهم الديني، أن هذه الأخيرة ما هي إلا صفة لا تعتبر عاملا لحالتهم المدنية.

ونجم على أساس هذه الهيمنة اللائكية عدة مبادئ، وإن كانت تحتوي على مفاهيم مختلفة، إلا أنها تتجه نحو نفس الهدف، وهو اللائكية: حرية العقيدة، المساواة، الحياد، الدنيوية "sécularisation" ، فهي مبادئ تستمد معناها من فكرة اللائكية.

إلا أن السؤال الذي يجب طرحه هنا يكمن في معرفة ما هي قيمة هذه اللائكية على صعيد القانون الدولي. وبتعبير آخر، فإذا كان النظام العام ألائكي يستبعد كل التفرقة ذات الطابع الديني بين الأشخاص الخاضعين لاختصاصه، فهل ينبغي كذلك أن يجهل، داخل إقليمه، هذه التفرقة بين رعايا الدول الأجنبية؟ باختصار هل تنطوي اللائكية في هذا النظام على ميزة لمبدأ النظام العام الدولي؟ للإجابة على هذه الأسئلة، نقول إذا كان هدف تدخل النظام العام يكمن في ضمان سيادة اللائكية على صعيد النزعات الدولية، كلما حاول القانون الأجنبي ذات الطابع الديني تهديدها (اللائكية)، فإن هذا التدخل يتم في حالات مختلفة وهذا ما سنحاول التعليق عليه في النقاط التالية.

الفرع الأول

تعيين القانون الأجنبي القائم على النظام التعددي "الطائفي"

ففي كل الحالات، تعيين القانون الأجنبي القائم على النظام الديني التعددي يتطلب البحث حول الانتماء الديني، في إطار هذا النظام، القانون الذي يجب تطبيقه نهائيا. فالانتماء الديني يتقلد هنا دور ركيزة إسناد متممة لضوابط الجنسية أو الإقليم.

فهذه العملية لم تخف رفع الاعتراضات في النظام ألائكي: يجب أن نتساءل عما إذا كانت معرفة الانتماء الديني من طرف القاضي ألائكي لا تعتبر مخالفة لمبدأ اللائكية، وبالتالي للنظام العام؟ وبمعنى آخر، هل تسمح اللائكية للمحاكم تحديد القانون الأجنبي الذي يطبق على شخص، مع الأخذ بعين الاعتبار ديانتته؟

طبقا للقانون المدني النمساوي القديم فالطلاق بين الكاثوليكيين كان أمرا محضرا (م. 111)، إلا أنه كان مسموح به بين أشخاص ينتمون لديانات أخرى أو لا ديانة لهم (م. 118). وأن نفس الحالة لازالت مطروحة في مصر بسبب إباحة الطلاق بين المسلمين واليهود والمسيحيين الذين ينتمون إلى مذاهب أخرى غير المذهب الكاثوليكي الذي يمنع الطلاق. وكما نرى، فإن معرفة ديانة الشخص تبقى أمرا ضروريا في هذه الحالة لفض النزاع الدولي.

وإزاء هذا المشكل، فأجاب بعض الفقهاء بالنفي، رافضين بسبب اللائكية المبدأ ذاته لتطبيق القوانين الدينية، إذ أنه تبين لهم أن النظام العام يتعارض مع كل بحث هادف إلى تحديد ديانة الشخص³¹. ولكن أمام هذا الرأي المتطرف، يرفض الفقه الشائع في النظام ألائكي تدخل النظام العام في هذه المسألة. حقا، تم الاتفاق، على العموم، على أنه في حالة ما إذا حدد ضابط الإسناد القانون الأجنبي القائم على النظام التعددي، يجب مطالعة هذا النظام، أي يجب الأخذ هنا بعين الاعتبار عامل الإسناد الديني الذي استخدمه، لأجل تحديد نهائيا القانون الواجب التطبيق³².

وعاتب الفقيه قروليش "Graulich" الرأي المتمسك بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي، على أنه (الرأي) "قد أخفي عليه أن عامل الإسناد لقاعدة النزاع ما بين الأشخاص ليس الاعتقاد الديني للفرد، وإنما فقط انتمائه القطعي لطائفة دينية"³³.

يضاف إلى هذا، أنه من العيب أن ندعي النظام الطائفي الذي ينص على المعاملة القانونية للأشخاص، كل واحد حسب ديانته، يعد نظاما مخالفا في مبدئه للنظام العام ألائكي. ويقول الفقيه أوديني "Audinet" "أنه من المبلغ جدا وكذا غير صحيح التمسك بأن القانون الأجنبي لا يمكن تطبيقه في فرنسا، كون أنه خاص بأنصار ديانة ما وقائم على التفرقة فيما بينهم (بين الأنصار) وبين باقي الأشخاص الحاملين نفس الجنسية".

في كل الدول التي تعترف فيها قانونها بالآثار المدنية للزواج الديني، فإن القانون الكنسي الذي ينظم الشروط الجوهرية للزواج لأنصار كل كنيسة، وأنه يجب اعتبار هذا القانون مثل القانون الوطني. ولذلك إذا دعيت المحاكم الفرنسية لتقدير شكلا أو موضوعا، صحة الزواج المنعقد، في إيطاليا، بين إيطاليين³⁴، يجب، مما لاشك فيه، تطبيق القانون الكنسي للكنيسة الكاثوليكية، فنفس المحاكم لا يمكن لها

³¹ Cf. Rigaux, La théorie des qualifications en droit international privé, Paris 1956, p.400.

³² Cf. Gannage, La distinction des conflits internes et des conflits internationaux des lois, in Mélanges Roubier, p. 235 ; Arminjon, Le domaine du droit international privé, J.D.I.. 1922, p. 919.

³³ Cf. Graulich, Principes de droit international privé, 1961, p. 134.

³⁴ L'auteur fait allusion ici à l'ancien régime italien.

القضاء بالطلاق بين نمساويين من ديانة كاثوليكية، بينما يمكن لها الحكم به إذا كان الزوجان ينتميان للديانة اليهودية، أو ملحدين: إذن يوجد فعلا اختلاف ذات طابع ديني بين رعايا الدولة الواحدة " ³⁵. وأضيف إلى ذلك، فإنه يمكن توجيه نقدا أساسيا للرأي المعاكس لهذا الاتجاه: إذ أنه ينادي بتدخل النظام العام في ميدان غريب عنه كليتا. يمكن حقا للنظام العام أن يقاوم القانون الأجنبي الواجب التطبيق استنادا لقواعد إسناد القاضي؛ إلا أنه ما دام أن هذا القانون لم يتم تحديده بعد، فلا يمكن وقوع تدخله، وإلا فالنظام العام سيتدخل مباشرة ضد قاعدة إسناد ذاتها، ولاتجاه القانون الأجنبي « Sinon l'ordre public s'opérerait à l'encontre de la règle de rattachement, elle-même et non pas à l'égard de la loi étrangère » ³⁶.

فهذا الامتداد لميدان النظام العام يؤدي، من جهة أخرى، إلى إلغاء بلا قيد ولا شرط نظام التنازع. فهذا الامتداد سيؤدي حتما إلى الانقطاع الكلي بين النظام الألائكي والنظام الديني بسبب استبعاده بصفة مطلقة وأولية القانون الأجنبي الخاضع للنظام الديني.

الفرع الثاني

مانع الأهلية والمانع ذو الطابع الديني

فانعدام الأهلية والموانع القائمة على التفرقة الدينية يجعلها النظام الألائكي لأنها تتعارض مع الحرية الفردية ومع حرية العقيدة. فالقانون الذي يركز على مبادئها يستبعد باسم النظام العام.

في فرنسا لا يعترف الفقه السائد بمانع الزواج القائم على اختلاف الدين الذي يقتضي به القانون الكنسي بين المسيحيين وغير المسيحيين والشريعة الإسلامية بين المسلمة وغير المسلم. وينطبق عين الحكم بشأن مانع الزواج الناتج عن الرهبانية. يعتبر هذا المانع "مخالف لدينيوية القانون الفرنسي" " Sécularisation du droit français "، إذ أن التدخل الديني يرفع في هذا الصدد للزواج مفهومه الأخلاقي ".

إلا أن الفقيه أدبني قد اعترض على هذا الحل إذ يقول " على النقيض من المانع الذي يولد تطبيق ديانة ما أو مانع ديني، فالمانع الذي يتأسس عن نذيره العزوبة " vœu de célibat " ألا يعد مانعا للجميع فيما يتعلق بحرية الزواج. فهو في الواقع جزاء لتعهدهم تم إبرامه باختيار. وأننا لا نعتقد، يزيد قائلا، أن هذا التعهد لا يحتوي بذاته على ما هو مخالف للنظام العام. فالقانون الفرنسي لا يعلق أية صفة شرعية على

³⁵ L'auteur fait allusion ici à l'ancien code civil autrichien de 1811. Mais ces remarques restent valables en Egypte.

³⁶ Cf. Audinet, note sous Trib. Civ. Strasbourg 22/10/1930, in Rev. Crit. Dr. Int. Privé, 1935, p.752.

هذا التعهد، ولكن لا يمنعه، ومن ثم لا نرى بأية حجة لا ينطبق في فرنسا القانون الأجنبي الذي يعترف به ويعاقبه".

إلى جانب هذا المانع، فمانع اختلاف الدين نجده أيضا في مسائل أخرى. ففي مسألة الميراث، فأحكام الشريعة الإسلامية تمنع التوارث بين المسلمين وغير المسلمين. فهو مانع متبادل إذ أنه ينصرف اتجاه المسلم وغير المسلم. وهذا ما لم تأخذ به محكمة النقض الفرنسية. وفي هذا الإطار، رفضت المحكمة في قرارها الصادر بتاريخ 1964/11/17 تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي لم تعترف لفتاة غير مسلمة بحق الميراث من تركة أمها المسلمة الحاملة للجنسية الجيبوتية. فقضت بموجب هذا القرار أن " مانع الإرث القائم على عدم الانتماء لدين معين لا يتماشى بتاتا ومبادئ القانون الفرنسي، وخاصة مع مبدأ حرية العقيدة"³⁷.

وأخيرا يمكن أن يكتسي مانع الدين، وفق أحد التفاسير، سمة مانع تمييزي، ناتج من انحلالية الزواج "indissolubilité de mariage". حقا، ففي النظام الديني أين حظر الطلاق تقرره قاعدة عامة يخضع لها كل الأشخاص الكاثوليكين وغير الكاثوليكين، مثل ما كان عليه في القانون الإسباني القديم، فتطبيق هذا المانع يعتبر في مبدئه مقبولا إذ أن النظام العام لا يجيز الطلاق. وبالمقابل، اقتضت بعض القوانين ذات الصبغة الدينية تطبيق مانع الطلاق على عدد من المواطنين فقط، ولكن فهذا المانع المحدد أو الجزئي قد تم استبعاده من قبل بعض المحاكم على أساس أن منع الطلاق تقرره قاعدة قائمة على مميز ديني بين رعايا الدولة الأجنبية. فهذه القاعدة تتعارض مع النظام العام.

الفرع الثالث

الطلاق وتعدد الزوجات

في هذا الميدان الخاص والمتعلق بالطلاق وتعدد الزوجات يتدخل النظام العام بعزم في النظام ألائكي. باسمه يستبعد القانون الأجنبي الذي يعترف بهما. هنا، ليست اللائكية بالمعنى الضيق هي التي كانت من وراء تدخل النظام العام، وإنما يرجع الأمر إلى القانون الطبيعي وإلى النظام الاجتماعي اللذين ينفرا الطلاق وتعدد الزوجات. وإلى جانب هذا، فهناك عوامل أخرى سهمت بصفة فعلية في إقامة هذه الموانع، خاصة تعاليم الديانة المسيحية التي ترفض رفضا باتا هذين النظامين ولا تعترف بهما قط.

³⁷ Cf. Cass. 17/11/1964, J.C.P. 1964, 2, 13978, concl. Lindon; dans le même sens, Nice 09/03/1863, Gaz. Trib., 2/04/1863 ; Alger 05/04/1876, s. 1876, 1, p. 231.

فالمسألة إذن معقدة، إذ تخص أساس المجتمع، مثلما ما هو مصاغ في العالم الغربي، وفق لمفاهيم القانون الطبيعي والمسيحية.

ولهذا، يرى بعض الفقهاء أن معالجة المسائل المتعلقة بهذين الموضوعين، على الصعيد الدولي، يمكن أن تبرر على مستوى التكييف والأخذ بقواعد الإسناد³⁸. بينما يفضل الفقه الراجح في فرنسا وضع المسألة على صعيد النظام العام³⁹، الذي يتدخل سواء لحل صنف من نزاع الحضارات، أو سواء ليقر فكرة معينة للقانون الطبيعي.

والجدير بالذكر، يقول العميد كربوني " أن الزواج الفرنسي هو علاقة واحدة. كل واحد يمكن له أن يشاطر عدة أشخاص في حياتهم، إذ لا يوجد إلا موتا واحدا... عمق حضارتنا هو الزواج الأحادي. فالإسلام المقر لتعدد الزوجات، وإن كان نظريا، هو غريب عن ضميرنا... من موسكو إلى نيويورك، يضع نفور نظام تعدد الزوجات الحظ الحقيقي لوحدة الحضارة..."⁴⁰.

ويقتضي ذلك القانون الطبيعي للنظام العام لاستبعاد تعدد الزوجات، إذ أن "أحادية الزواج، يقول باتقول، هي فعلا إحدى تلك النظم التي يمكن اعتبارها على الأقل من النظام الطبيعي. تمنع الوصايا العشر الزنا، ولا تعدد الزوجات، ولكن المساواة العددية بين الرجال والنساء، حتى في الحضارات المباحة لنظام التعدد، هي إشارة بدون لبس على أن نظام الطبيعة يدعي أحادية الزواج..."⁴¹.

وأخيرا، يقول في نفس السياق الأستاذ مالوري "أن الطلاق يتعارض مع النظام العام في مضمونه الضيق على أساسين : أولا في مبدئه، يتعارض مع الفكرة أن في فرنسا نصنع علاقات الزواج؛ أكثر أيضا من تعدد الزوجات، فالطلاق يصطدم بأساس جوهري لحضارتنا، أو أنه بالأحرى غريب تماما عنا : فهو تعبير لرجل كفاء أو لنزوته، عامل لعدم استقرارية الزواج، وسيلة لخضوع المرأة. الطلاق يفرغ، في رأي الغربيين، الزواج من مبرر وجوده : الجدية، الإستقرارية، وكرامة الزوجين"⁴².

في الواقع، فإن اللجوء إلى القانون الطبيعي الذي يعتمد عليه النظام العام في هذا الميدان يصطدم مع هذا الاعتراض أن " القانون الطبيعي يعد مثالي وتسمى كل التشريعات الاستعانة به، إلا أن محتواه يبقى دائما غامض، ولا أحد من الاستدلال القانوني يمكن أن يعتمد عليه بصفة حقيقية "⁴³.

ومن جهة أخرى، فالاعتراف بهذا الدور هنا للقانون الطبيعي سيؤدي حتما إلى قبول "أنه مبدئيا، لما يتدخل النظام العام لسبب خاص بالقانون الطبيعي، يجب أن يتدخل ليس ضد اكتساب الحق في فرنسا فحسب، بل حتى ضد آثار الحق المكتسب في الخارج وعدم الاعتراف بها داخل التراب الفرنسي"⁴⁴.

³⁸ Cf. Francescakis, Droit naturel et droit international privé, in Mélanges Maury, T. 1, p.22.

³⁹ Cf. M. Weisgerber, Des condition de fond du mariage en droit international privé, th. Paris 1908, p. 118.

⁴⁰ Cf. J. Carbonnier, Terre et ciel dans le droit français du mariage, in Etudes G. Ripert, 1950, T. 1, p.325.

⁴¹ Cf. H. Batiffol, op. cit., p.410.

⁴² Cf ; Ph. Malaurie, note sous T.G.I. La Seine, 23/05/1960, D. 1960, p.715.

⁴³ Cf. P. Lagarde, Recherches sur l'ordre public en droit international, édit. L.G.D.J., Paris 1959, p. 169.

وإزاء هذه الملاحظات، يقضي القضاء في النظام اللاتيني، وخاصة في فرنسا، برفض بصفة قطعية هذه النتيجة الحتمية، ومن ثم بالاعتراف بأغلبية الحقوق المكتسبة عن طريق تعدد الزوجات أو بواسطة الطلاق الذي تم بالخارج.

بالرغم من هذا الموقف القضائي، فالشك والتردد لازالا متواصلان فيما يخص تحديد مفهوم الحضارات. فهذا الأخير، باستناده ضمنا أو صراحة على القاعدة التقليدية الخاصة بغياب الطائفة وعدم وجودها، يثير هذا الاحتفاظ بأنه يفترض وجود سلم للحضارات، بعضها عليا والأخرى سفلى. والواقع، فخطر هذه النظرية يكمن أساسا في الحكم بالإخفاق على كل محاولة رامية إلى التنسيق بين الأنظمة القانونية، في ميدان أين تعارض الحضارات سيؤدي لا محال لها إلى الفض والقضاء على كل رباط يمكن أن يربطهما.

وأن معالجة الطلاق، بداخل النظام اللاتيني، يجب أن تتم على صعيد التكيف دون أن يتدخل هنا النظام العام. ففي ظل هذا النظام، يحتكر القضاء مسألة فك الرابطة الزوجية، فهي من الاختصاص المطلق للقاضي. والحال أن الطلاق بالإرادة المنفردة الذي يطالب به الزوج المسلم أو اليهودي، أو الزوجة إذا كان لها الحق في ذلك، أمام محاكم النظام اللاتيني، لا يكتسي، برغم قبوله في القانون الوطني، أية قيمة في نظر هذا النظام، إذ أن الزوج، طالب الطلاق، لا يعتبر قضائيا وليست له الصفة للطلب به.

وعليه فالحل هنا شبيه بذلك الحل المعطى للاحتفال الديني للزواج أو إلى فكه من طرف الكاهن، دون اللجوء مسبقا إلى الضابط المختص أو القاضي. إذ أن كل من الزوج والكاهن هما شخصين غير مؤهلين قانونيا لتحرير العقود القانونية التي تختص بها الهيئة الإدارية ولا النطق بالأحكام القضائية.

ومن جهة أخرى، حتى لو تم الاعتراف، على أساس التكيف، أن الطلاق بالإرادة المنفردة يمكن اعتباره أحد أصناف الطلاق، إلا أن الاحتكار القضائي الذي يترجمه التكيف بقاعدة شكلية لا مفر منها، أو بالأحرى بقاعدة إجرائية، يفرض حل الرابطة الزوجية بوسيلة قضائية واحدة، وهي الطلاق وفقا للمفهوم الغربي. ومن ثم، فإن هذا الاحتكار يرفع عن الطلاق بالإرادة المنفردة كل قيمة عملية.

أما فيما يتعلق بمسألة تعدد الزوجات، التي أصبحت واقعا، مشكلة متجاوزة، فإن قصور الحجة المستخلصة من القانون الطبيعي ومن فكرة الحضارة في تدخل النظام العام، أدت بأحد كبار الفقهاء الفرنسيين " فرنسيس ككيس " إلى التعبير على بعض التحفظات، خاصة فيما يتعلق بتعدد الزوجات.

فالفكرة الأساسية التي جاء بها هذا الفقيه تنوه بضرورة تدويل " Internationalisation "

النظم القانونية، الذي يؤدي إلى انفتاح نظام تنازع القوانين باتجاه الأنظمة الأجنبية، بصرف النظر عن فحوى القانون الداخلي لنظام القاضي. "قاعدة النزاع الفرنسية المتعلقة بالقانون الواجب تطبيقه على الزواج

⁴⁴ Cf. P. Lagarde, op. cit., p. 44.

يجب أن تنطلق من نظرية شاملة لبناءات قانونية لعلاقة الزواج التي يمكن أن تكون، إلى حد كبير، مختلفة عن البناءات الفرنسية. إلى أي حد يمكن أن يتم هذا الامتداد؟ هل يمكن أن يؤدي مثلا إلى السماح بإدخال تعدد الزوجات ضمن مفهوم الزواج؟

فالإجابة على هذا السؤال تبقى مرتبطة بتفسير قاعدة النزاع. إذن، فهي (الإجابة) خارجة نوعا ما عن قاعدة النزاع. فهنا تتعلق الإجابة بقبول نصوص أجنبية مختلفة عن النصوص الداخلية للقاضي... ولذلك فحصر مفهوم الزواج، وفق قاعدة النزاع الفرنسية، في أحادية الزواج، يعني به، إذا كانت على صواب، رفض الاعتراف بتعدد الزوجات ضمن نظم الأحكام الدولية⁴⁵.
ومما لا ريب فيه أن هذا التحليل الذي جاء به الفقيه "فرنسيس ككسيس" يتعلق فقط بالتفسير أو التكييف، ومن ثم فإنه لا يتعدى هذا الحد. يعتبر القضاء في النظام ألائكي تعدد الزوجات صنف من أصناف الزواج.

في الواقع، يرى هذا الفقيه أنه يجب الاعتراف بنظام تعدد الزوجات داخل النظام ألائكي، بدون أن نتمسك بالنظام العام نحوه.

ولكن بالرغم من شجاعة هذه النظرية، إلا أنه لا يمكن الأخذ بها في النظام ألائكي بحجة أن تطبيقها في غياب أرضية ملائمة خاصة بالنظام الديني، حتى نتجنب خرق تقدير هذه الشروط محليا. أضف إلى ذلك، ففي رأي النظام ألائكي، أن استعمال هذه الوسيلة، في غياب محيطها المحلي، يجعلها قانونا غير قائمة على صواب ومغشوشة. إذ أن حالة المسلمين اللذين يريدان إبرام في فرنسا عقد زواج تعددي لا تعد حالة إسلامية "خالصة" بالطريقة نفسها التي يتم فيها زواج هذين الشخصين في بلدهما.

وعليه، في حالة ما إذا اعترفنا لها بالصفة الزوجية في فرنسا، تطبيقا لقانونهما الوطني، فإنه يمكن لهما المطالبة بتطبيق الأحكام الفرنسية الخاصة بالزواج والمرتبطة بالقانون الدولي الخاص ليس على أساس القانون الوطني وإنما على أساس قانون الموطن (نظام الضمان الاجتماعي، نظام الزواج) " Régime Matrimonial ".

ولكن بالرغم من هذا الموقف، سيؤدي حتما الفكر الحر إلى الاعتراف، في نطاق واسع، داخل إقليم النظام ألائكي، بآثار الزواج المتعدد الذي تم إبرامه بالخارج. وبمعنى أدق، فنظرية الحقوق المكتسبة يجب الاقتضاء بها بموجب الأثر المخفف للنظام العام. وعليه، فإن النظرية ذاتها يجب أن تأخذ بعين الاعتبار فيما يتعلق بآثار الطلاق بالإرادة المنفردة. فهي نقطة وصل بين النظام ألائكي والنظام الديني.

⁴⁵ Cf. Francescakis, La théorie du renvoi, 1958, pp. 21 et s.

المطلب الرابع

اعتراض النظام العام الديني إزاء النظام اللائكي

سنتناول في هذا المطلب النقاط التالية : التدخل للنظام العام في النظام التعددي (الفرع الأول)، ثم تدخل النظام العام بسبب اختلاف الدين (الفرع الثاني) وأخيرا تدخل النظام العام لحماية حقوق المسلمين الأجانب (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التدخل المحدد للنظام العام في النظام التعددي

يلعب النظام العام في النظام الديني دورا مماثلا للدور الذي يلعبه في النظام اللائكي، أي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المحدد بقواعد الإسناد لنظام القاضي، بحجة أن هذا القانون يتعارض مع المفاهيم الأساسية السائدة في هذا النظام. في النظام اللبناني مثلا، يمكن أن يكون القانون الأجنبي المنظم للأحوال الشخصية متعارضا مع النظام العام لطائفة أو أكثر، بدون أن يكون كذلك مع طائفة أخرى. وعليه، لا يمكن القضاء ببطان الزواج التعددي أو الطلاق بالإرادة المنفردة، ما دام أنهما قد تم وفق القانون الأجنبي، وأن القانون اللبناني يعترف بهما لطائفة خاصة من أفراد.

هكذا، فإن الميزة التعددية للقانون الداخلي في النظام الديني يظهر أثرها على الحلول التي يعتنقها القانون الدولي الخاص. تشريعات الطوائف الدينية المختلفة قد تم تقنينها عموما على أساس المفاهيم الدينية المختلفة. ما هو مسموح بهن يمكن ألا يكون كذلك للمسيحي أو اليهودي، والعكس صحيح. ولهذا، يرى جانب من الفقه عدم وجود، في النظام الديني، نظاما عاما ذو صبغة وطنية، عام ويخص كل القوانين الدينية. ويقول في هذا الصدد الأستاذ "كانجي P. Gannagé" بما أن كل واحدة منها تركز على مفاهيم دينية، واجتماعية وأخلاقية مختلفة، فإنه لا يمكن الكلام حول النظام العام اللبناني أو السوري في هذه المادة. لا يتدخل النظام العام بنفس الوتيرة أمام المحكمة الأسقفية المرونيّة وأمام المحكمة الأسقفية الأرثوذكسية وبالأحرى أمام المحكمة الشرعية⁴⁶.

⁴⁶ Cf. P. Gannagé, Le rôle de l'équité dans la solution des conflits de lois en jurisprudence française et libano-syrienne, th. Lyon 1947, p.27.

ومن ثم، فإن هذه الخصبة، الناتجة عن التعددية الدينية، تقلص تدخل النظام العام وتظهر غالباً على الصعيد الدولي بقبول واسع للقانون الأجنبي. والسبب في ذلك يرجع إلى أنه يمكن أن نجد دائماً عند بعض المذاهب قوانين تنصّ على الحلول الملائمة للحلول التي سنّها القانون الأجنبي⁴⁷.

وعليه، فالتفرقة بين النظام الديني والنظام ألائكي بشأن النظام العام تظهر هنا بجلاء: ففي لبنان مثلاً، مبدأ عدم انحلال الزواج يعد من النظام العام بالنسبة للمحكمة الأسقفية الكاثوليكية *Officialité catholique*، بينما على غير ذلك بالنسبة للمحاكم الأرثوذكسية أو المحاكم الشرعية. إلا أن في فرنسا فقواعد القانون التي تنظم أحكام الأسرة الفرنسية تعد من النظام العام بمجرد أن تسمح المصالح الأساسية لهذه الأسرة، وأنها تستبعد في هذه الحالة القانون الأجنبي المختص عادياً.

وعلى إثر ذلك، يمكن القول أن النظام العام يظهر في الدول الآخذة بنظام الطوائف بمظهر لين وأقل شدة مما هو عليه في الدول الأخرى، وليس له في حقيقة الأمر أن يكون متشدد ومن ثم لا يمكن له استبعاد القانون الأجنبي، في مجال الزواج والطلاق، للسبب الواحد بأنه يضر بالمصالح الأساسية للعائلة لهذه الدول. إذ أن هذه الدول تتكون من عدة عائلات خاضعة لقوانين، إن لم تكن متعارضة، على الأقل مختلفة.

ولكن بالرغم من مرونة النظام العام في النظام الديني، إلا أنه يمكن استبعاد القانون الأجنبي في حالة ما إذا كانت أحكامه تتناقض مع النظام العام في نظر كل الطوائف الدينية لدولة ما.

وتطبيقاً لذلك، إذا كان النسب غير الشرعي معترف به في الدول الغربية، فإنه لا يسمح، في ظل النظام اللبناني، للطفل الطبيعي أن يرث من أبيه. وهذا ما قضت به المحاكم اللبنانية في عدة قضايا، منها خاصة قضية اللبنانية التي تقدمت بدعوى قضائية ضد فرنسي على أساس أنه الأب الطبيعي لابنتها، فطلبت من المحكمة تقدير النسب وفق القانون الفرنسي الذي يعترف بهذه الدعوى. إلا أن المحكمة رأت عكس ذلك، ورفضت تطبيق القانون الفرنسي في هذه المسألة بحجة أن هذا القانون، بسماحة البحث عن النسب غير الشرعي، يتعارض مع كل التشريعات الدينية المنظمة لأحكام الأسرة والمعترف بها في لبنان⁴⁸.

وإلى جانب هذه الحالة، فإن القانون الذي لا يسمح بفك الرابطة الزوجية، ومن ثم لا يعترف لا بالطلاق ولا بالتفريق الجسماني، فإنه يتعارض هو الآخر مع النظام العام في النظام الديني، بدلالة أنه يتناقض ومفاهيم كل الحقوق الدينية في ظل هذا النظام.

وفضلاً عن ذلك، وبالرغم من المرونة التي يتميز بها النظام الديني، فإنه لا يمكن بتاتا الاحتجاج في بعض المواد بتعددية الطوائف كي يفسح المجال لتطبيق القانون الأجنبي بحجة أنه يتماشى والنظام العام.

⁴⁷ Cf. M. Dabbas, Etude comparative sur la notion d'ordre public en droit privé, Paris 1951, p. 65.

⁴⁸ Cf. Arrêt du 06/03/1946, cité par M. Dabbas, précité, p. 66.

وتطبيقاً لذلك تنصّ المادة 875 من القانون المدني المصري على أن تحديد الورثة وتقدير أسهمهم وحصر الحقوق الموروثة يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية. ومن ثم، فإنه لا مجال للبحث في مسائل الإرث عن القانون الواجب التطبيق من بين القوانين الطائفية. إذن، كل من يحمل الجنسية المصرية يخضع فيما يتعلق بهذه المسائل لأحكام التشريع الإسلامي، وذلك مهما كانت ديانته. وعليه، إذا تم استبعاد القانون الأجنبي، فيجب حتماً تطبيق هذه الأحكام باعتبارها قانون القاضي. تظهر هنا فعالية النظام العام بكل جلاء.

الفرع الثاني

تدخل النظام العام بسبب اختلاف الدين

باعترافه للموانع القائمة على اختلاف الدين، فالنظام الديني يأخذ بعين الاعتبار هذه الموانع في النزاعات ذات الصبغة الدولية إذا نص عليه القانون الأجنبي المعين بقواعد الإسناد. إذن، فالموانع الدينية للقانون الأجنبي لا تختلف بتاتا عن الروح الدينية التي تكتسي النظام الديني، وأنا لسنا تجاه هذه الموانع بحاجة إلى الاستناد على النظام العام. وقد استقر القضاء المصري على تطبيق الموانع الدينية التي جاء بها القانون الأجنبي.

وهذا ما يؤكده حكم أصدرته محكمة القاهرة في 1952/12/30 في قضية عرضت عليها وطلب بمقتضاها زوج تونسي من ديانة يهودية الحكم ببطلان زواجه المبرم أمام قنصل فرنسا بالقاهرة مع فرنسية من ديانة مسيحية، بحجة أن الديانة اليهودية تمنع هذا النوع من الزيجات. فاستجابت المحكمة لطلب الزوج على أساس أن المادة 12 من القانون المدني المصري تنص صراحة على أن الشروط الموضوعية للزواج تخضع للقانون الوطني للزوجين، آخذة في ذلك بعين الاعتبار التطبيق الجامع للقانونين الفرنسي والتونسي الذي يأخذ بنظام الطوائف ويمنع على إثر ذلك زواج اليهودي بالمسيحية⁴⁹.

وما يجب ملاحظته هنا، فاختلاف الدين لم يقتصر أثره على مسائل الزواج فحسب، بل ينصرف إلى حالات أخرى، كالميراث مثلاً. تنص أحكام الشريعة الإسلامية صراحة على أنه لا يرث المسلم الكافر ولا غير المسلم المسلم.

وعليه، فالقانون الأجنبي الخارق لهذه القاعدة بسماحة التوارث بين المسلمين وغير المسلمين لا يمكن تطبيقه في الجزائر إذ أنه يتعارض مع نظامنا العام. ولكن، بالرغم من صرامة هذه القاعدة، فإنه مع ذلك يمكن لغير المسلمين أن يتوارثوا بينهم، فالقانون الجزائري لا يتدخل في هذه الحالة باسم النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يعترف بهذا النوع من التوارث.

⁴⁹ انظر، محكمة القاهرة، 1952/12/30، قضية رقم 1950/86، غير منشور، مقتبس عن عز الدين عبد الله، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج. 2، ط. 9، الهيئة المصرية العامة، 1986، ص. 254.

وما يجب الإشارة إليه هو أن هذا المانع ذو الصبغة الدينية يقتصر، فيما يتعلق بالحقوق المكتسبة بعد الوفاة، إلا على الميراث، إذ أن مفعوله لا يسري بالنسبة للوصية. تنص المادة 200 من قانون الأسرة على أنه تصح الوصية مع اختلاف الدين.

ونضيف إلى ذلك أن أثر اختلاف الدين يظهر بجلاء في ميدان التبني. فهذا النظام، وإن كان معترف به في النظام المصري بين غير المسلمين مهما كانت جنسيتهم، يحرم تطبيقه على المسلمين بحكم القرآن الكريم وكذا الشأن بالنسبة للقانون الجزائري حيث نصت المادة 46 من قانون الأسرة على أنه "يمنع النبي شرعا وقانونا".

ويرى الفقه المصري أنه لا يمكن الاعتراف بهذا النظام في مصر في حالة ما إذا كان القانون الأجنبي يسمح به بين أجنبيين مسلمين، وذلك على أساس أنه يتعارض مع النظام العام المصري إذ أن مانع التبني يجب أن يلتزم به كل مسلم بغض النظر عن جنسيته⁵⁰. ومن جهة ثالثة، فإنه يمنع على المسلمة، في ظل النظام الديني، أن تتزوج بغير مسلم⁵¹، كما أنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج بالمشركة. هل ينصرف هذا المانع إلى كل المسلمين حتى ولو كانوا لا يخضعون لقانون القاضي.

الفرع الثالث

تدخل النظام العام لحماية حقوق المسلمين الأجانب

في النظام الديني، يمكن للنظام العام أن يتدخل بكل جدارة لحماية حقوق المسلمين. لقد سبق أن قلنا أن النظام الديني يعترف بالقاعدة التي تمنع الزواج بسبب اختلاف الدين بين الزوجين، إلا أنه قد علق اعترافه بهذه القاعدة على عدم خرقها لحقوق المسلمين.

وفي هذا المجال، تقضي النصوص القانونية في أغلبية الدول المتمسكة بالنظام الديني الإسلامي بالتزام المسلم فيما يتعلق بكل مسائل الأحوال الشخصية، بأحكام الشريعة مع استبعاد أي قانون آخر. فالقانون المصري مثلا، يعتبر هذه القاعدة بمثابة مبدأ عام.

ولكن، فإذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تعترف للمسلم ببعض الحقوق الخاصة في ميدان الزواج والطلاق، كحقه في تعدد زوجاته وكحقه في الطلاق بالإرادة المنفردة، فإن السؤال المطروح على الصعيد الدولي يكمن في معرفة عما إذا كان للقاضي الحق في حماية هذه الحقوق حتى ولو كان النزاع يتعلق بالأجانب الذين يعتقدون الدين الإسلامي؟ وللعلم، فإنه على النقيض من نظام تعدد الزوجات ومن نظام

⁵⁰ انظر، يوسف كمال المحلمي، التبني في الشريعة الإسلامية وفي القانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، 1959، ص. 34
⁵¹ انظر، المادة 30 فقرة 5 معدلة من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 39 فقرة 4 من مدونة الأسرة المغربية.

الطلاق بالإرادة المنفردة، فكل الأنظمة اللائكية تعترف بمبدأ الزواج الأحادي وتستلزم عموماً بتدخل القضاء من أجل فك الرابطة الزوجية.

وبعبارة أخرى، هل يطبق هنا القاضي الخاضع للنظام الديني القانون الوطني الأجنبي المسلم الخاضع للنظام اللائكي، أم سيقوم باستبعاده باسم النظام العام.

للإجابة على هذين السؤالين، لم يتردد القضاء في مصر في استبعاد القانون الأجنبي – القانون الوطني للمسلم –، وطبق قانون القاضي في مسائل الأحوال الشخصية، أي أحكام الشريعة الإسلامية بهدف حماية حقوق المسلم، وإن كان أجنبياً.

وتؤكد هذا النظر، الذي أيده الفقه السائد في مصر، في حكم أصدرته محكمة القاهرة في قضية خاصة بزواج إنجليزي مسلم مع يونانية مسيحية. فقضت المحكمة بصحة هذا الزواج حتى ولو تم في وقت أين زواج المسلم الأول لم يتم فكه بعد، ومن ثم استبعدت تطبيق القانونين الأجنبيين⁵² باسم النظام العام "إذ أن القضاء ببطالان هذا الزواج، بسبب التعدد، يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون المصري"⁵³.

وأن نفس الحل قد أخذت به المحاكم المصرية فيما يتعلق بالطلاق بالإرادة المنفردة. وهكذا رفضت محكمة القاهرة في حكمها الصادر في 1954/3/05 تطبيق القانون التركي الذي لا يعترف إلا بالطلاق القضائي⁵⁴.

وفي قضية أخرى، قضت محكمة القاهرة في حكمها الصادر في 5 يناير 1954 أن المانع الذي يقيد حق المسلم في الزواج بغير المسلمة يصطدم بالمبادئ الأساسية التي يركز عليها نظام الزواج في مصر. فقررت بما أن أحكام الشريعة الإسلامية تسمح للمسلم الزواج بالمسيحية، فإن البطلان الذي نص عليه القانون اليوناني⁵⁵ في هذه الحالة يتعارض مع النظام العام المصري، مما يستوجب القضاء بصحة هذا الزواج⁵⁶.

وفي نفس السياق، تقضي التشريعات الإسلامية بمنع زواج المسلمة بغير المسلم. وهذا ما استقر عليه القضاء في الدول التي استمدت أحكام الأحوال الشخصية من الشريعة الإسلامية، وذلك بصرف النظر عن جنسية الزوجين.

وتطبيقاً لذلك، عرضت قضية على محكمة القاهرة طلبت بمقتضاها الزوجة التركية المسلمة الطلاق بحجة أن زوجها البريطاني المسيحي قد هجرها لمدة تفوق الثلاث سنوات، فقضت المحكمة بأن الطلاق لا

⁵² فهذا الزواج يعد باطلاً في القانونين الإنجليزي واليوناني.

⁵³ انظر، محكمة القاهرة، 5 جانفي 1954، مجلة القانون والقضاء، السنة السادسة، ص. 357.

⁵⁴ انظر، قضية 1955/66، أخذ عن صالح الدين عبد الوهاب، مجلة المحاماة 1958، 2، ص. 203.

⁴¹ يثور النزاع في هذه القضية حول زواج إنجليزي مسلم مع يونانية مسيحية. وأنه طبقاً لنصوص المادتين 393 و1370 من القانون المدني اليوناني، يعد باطلاً زواج اليونانية المسيحية مع كل شخص من ديانة أخرى.

⁵⁶ انظر، محكمة القاهرة 1954/1/5، مجلة التشريع والقضاء، عدد 19، قرار 88، ص. 357.

يكون إلا في الزواج الصحيح، وأنه بالرغم من الاعتراف بهذا الزواج (زواج المسلمة بالمسيحي) في القانونين التركي والبريطاني، فإنه مع ذلك يتعارض مع النظام العام المصري، مما يستوجب القضاء بطلانه⁵⁷. ونحن نعتقد، أنه إذا عرض نفس النزاع على القضاء الجزائري سيأخذ القاضي بنفس الحل الذي اعتنقه القضاء المصري. بل والأكثر من ذلك فإذا كانت الزوجة جزائرية، فالقاضي الجزائري سيقضي حتما بطلان الزواج دون أن يستند على معيار النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي. وذلك تنفيذاً لنص المادة 13 من القانون المدني.

إذن يحصل بعد الشروح التي تسلسلت أعلاه، أن الحل المعمول به فيما يتعلق باستبدال الدين في القانون الداخلي في النظام الديني هو أن اعتناق الدين الإسلامي يقضي، بمكثم النظام العام، تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية للفرد الذي اعتنق الإسلام مع استبعاد كل القوانين الأخرى الدينية وغيرها.

ومع ذلك ينبغي أن نلاحظ أن محكمة القاهرة قد قضت بتاريخ 4 نوفمبر 1952، أن المساواة بين حصص الابن و البنت في الميراث المنصوص عليها في القانون التركي لا تعد مخالفة للنظام العام المصري، وأن تطبيق القانون المصري في هذه الحالة يؤدي إلى تحطيم ضابط الإسناد الذي نصت عليه المادة 17 من القانون المدني.

ولكن هذا الموقف لم يعمر طويلاً بحيث قد قضت محكمة النقض المصرية بتطبيق أحكام الميراث الإسلامية في قضية متعلقة بوفاة امرأة من جنسية فرنسية وديانة إسلامية تاركة كورثة الزوج، الابن والأخ الشقيق.

فالمشكل المطروح في هذه القضية ينحصر في تحديد الورثة وبعد ذلك أنسبهم. إعمالاً بضابط الإسناد القاضي بتطبيق قانون المالك وقت الوفاة (المادة 17 من القانون المدني⁵⁸ المصري)، يقضي القانون الفرنسي أن كل التركة تؤول هنا إلى البنت (المادتين 741 و 745 مدني فرنسي). إلا أنه طبقاً للقانون المصري، فإن التركة توزع، في قضية الحال، بين الورثة الثلاثة : 1/4 للزوج، 1/2 للبنت والباقي للأخ الشقيق⁵⁹. وحينما قررت محكمة القاهرة، ومن بعده المجلس، تطبيق القانون المصري، طعن البنت بالنقض ضد هذا القرار طالبة بمقتضاه تطبيق القانون الفرنسي.

وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الموقف في قرار أصدرته في 27 ماي 1964 وقالت فيه أن تطبيق القانون الفرنسي في هذه الحالة يؤدي إلى المنع من الميراث كل من الزوج والأخ الشقيق، ولكن

⁵⁷ انظر، محكمة القاهرة 1953/10/6، أخذ عن الجداوي، المرجع السابق.

⁵⁸ انظر، محكمة القاهرة، 1952/11/4، سابق ذكره.

⁵⁹ انظر، محكمة النقض المصرية، سابق ذكره

فأحكام الشريعة تعتبرهما كوارثين. وأن قواعد الميراث المستلهمة من أحكام الشريعة الإسلامية فهي من النظام العام المصري⁶⁰.

المبحث الثاني

الأثر المخفف للدفع للنظام العام

ولكن على الرغم مما هو سائد فقها وقضاء من حيث أن القاضي ملزم باستبعاد القاعدة القانونية كلما تبين له أنها مخالفة للنظام العام، فإن تطور الاجتهاد القضائي في مجال القانون الدولي الخاص قضى بوجوب التفرقة، فيما يتعلق بالنظام العام، بين اكتساب الحقوق وآثار الحقوق المكتسبة⁶¹. وتأيدا لذلك يرى الأستاذ هنري باتفول أنه "يمكن للنظام العام في فرنسا أن لا يعارض أثر الحقوق المكتسبة في الخارج بينما فإنه يعارض على اكتسابها في فرنسا"⁶²، وهذا ما يراد به بالأثر المخفف للنظام العام: "إذا كان إنشاء الحق مخالفا للنظام العام في دولة القاضي، فإن التمسك بنفاذه قد لا يكون مخالفا للنظام العام في هذه الدولة"⁶³.

في الواقع فإن بوادر هذه النظرية قد ظهرت لأول مرة في القضاء الفرنسي منذ القرن الماضي، وذلك حين قضت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 28 فبراير 1960 على أن "النظام العام في فرنسا لا يتعارض مع الزواج الثاني لمن حصل على الطلاق خارج فرنسا" (فأندك كان الطلاق محرما في فرنسا)⁶⁴. ولكن محكمة النقض الفرنسية لم تبلور هذه الفكرة باتخاذها سياسة أكثر مرونة إلا في قرارها الصادر بتاريخ 17 أبريل 1953 (قرار ريفيير Arrêt Rivière) والذي قضت فيه أن "دور النفع بالنظام العام يختلف باختلاف ما إذا كان المطلوب هو إنشاء الحق في فرنسا أو أن الأمر يقتصر فقط على التمسك بنفاذ في فرنسا. كأثر الحقوق المكتسبة في الخارج دون غش طبقا لقواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي"⁶⁵.

في الواقع فإن أهمية هذه النظرية تتجلى أولا وقبل كل شيء في أنها ترجمة للتسامح الذي يجب أن يتحلى به النظام العام ذو الصبغة الدولية. ومن ثم، فإنها تساهم باقترب وتنسيق القواعد القانونية للنظم

⁶⁰ انظر، محكمة النقض المصرية، 1964/05/27، سابق ذكره.

⁶¹ Cf. Al-Bassam, Etude sur le respect des droits acquis en droit international privé, th. Paris, 1956.

⁶² Cf. H. Batiffol, Traité de droit international privé, p. 415. Sur cette question, cons. Tiret, Essai sur la notion de droit internationalement acquis et sur son domaine d'application, th. Aix, 1930.

⁶³ انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 148.

⁶⁴ Cf. Cass. Civ. 28/02/1960.

⁶⁵ Cf. Cass. Civ. 17 avril 1953, Revue critique de droit international privé, 1953, p. 412 ; J.C.P. 1953 , 2, 7863, note J.Buchet ; Clunet 1953, 860, note Blaisant.

المختلفة. ولكن بالرغم من ذلك، يقتضي الأمر هنا معرفة عما إذا كان هذا الموقف منبعا لتنسيق النظامين الديني واللائكي من أجل التخفيف من حدة الاختلافات القائمة بينهما. إذا كانت نظرية الأثر المخفف للنظام العام قد أخذت في فرنسا طريقا لا يستهان به وطبقت في العديد من المسائل وفي مجالات عدة، فإن تطبيقها في الدول ذات الصبغة الدينية اقتصر على حالات معددة جدا. ولذلك سنقتصر في هذا المبحث على تبيان خاصة الحلول التي اعتنقها النظام اللائكي في مسائل تعدد الزوجات والطلاق والميراث.

المطلب الأول

الأثر المخفف للدفع بالنظام العام في مسائل تعدد الزوجات

في النظام اللائكي، إذا كان قد أثير في صدد تبرير المنع القطعي لتعدد الزوجات أنه يعد في شتى الحالات من العلاقات غير الشرعية وأنه من الروابط المتنافية للنظام العام، فإن ذلك كان نتيجة لتهجم الفقه الغربي عامة والفرنسي خاصة على شريعتنا في هذه المسألة - مسألة تعدد الزوجات - التي اعتبرها خطأ حينما أقرتها من الأحكام الآمرة المفروضة على كل شخص اعتنق الديانة الإسلامية، ولم يفهم عمدا أن في الشرع الإسلامي الزواج بواحدة هو المبدأ وما التعدد إلا استثناء وارد على هذا المبدأ. وتطبيقا لذلك، قضت محكمة رينيو Réunion في حكمها الصادر في 7 جويلية 1939 على أن "القانون الفرنسي لا يسمح، في أية حالة من الأحوال، للزوج المرتبط بعقد قران سابق، حتى ولو كان أجنبيا، بإبرام فوق التراب الفرنسي عقد زواج ثان صحيح"⁶⁶. وتأكيذا لذلك، قضت المحكمة العليا للمرافعة الكبرى بلاسين La Seine ببطلان زواج فرنسية بكامروني مرتبط بزواج أبرمه سابقا بالكامرون مع مواطنة له، وذلك حتى ولو أن القانون الكامروني يعترف بتعدد الزوجات⁶⁷، وأن بطلان هذا الزواج تم على أساس المادة 147 من القانون المدني الفرنسي التي تنص صراحة على أنه "لا يمكن إبرام عقد زواج ثان قبل انحلال الأول". وأن هذا النص القانوني يخضع له المواطنين الفرنسيين والأجانب معا ولا يقتصر قط على المواطنين دون الأجانب، إذ أن الأمر يتعلق بإنشاء عقد زواج أين يجب أن يكون فيه أهلا لذلك⁶⁸.

⁶⁶ Cf. Trib. de la Réunion, 7 juillet 1939, J.C.P. 1940-1944, p. 58.

⁶⁷ Cf. T.G. I. la seine, 21 juin 1967, Revue critique de droit international privé, 1968, p. 294, note H.Batiffol.

⁶⁸ Cf. H. Batiffol, op. cit., pp. 300 et s.

كما يتبين لنا من خلال هذه المواقف الصارمة للقضاء الفرنسي، فإن اللائكية بنت مبدأ أحادية الزواج ومنع التعدد على أساس القواعد الآمرة التي جاءت بها قوانينها، وهي قواعد لا يمكن خرقها بأية حجة من الحجج كون أنها من النظام العام الفرنسي⁶⁹.

ولكن بالرغم من هذا الموقف الصارم، فانتهى القضاء الفرنسي إلى الاعتراف بآثار التعدد الذي تم خارج فرنسا. طبعاً، فلو أمعنا النظر في هذا الحل بوجه عام لوجدنا أن موقفة القضاء على نفاذ هذه الآثار لا يعني بها ضمناً أن التعدد سيرتب كل آثاره في فرنسا، بل بالعكس فالمحاكم لم تعترف إلا بنفاذ بعض الآثار المترتبة على التعدد، مما يقتضي الأمر الأخذ بالترقية التي جاء بها الفقيه بارتين *Bartin* بين الأثر العام والآثر المخفف للنظام العام⁷⁰.

وتجدر الملاحظة هنا إلى أن هذه التفرقة لم تفصح عنها محكمة النقض الفرنسية بصفة مطلقة وواضحة إلا في قضية ريفيير السالفة الذكر. وعلى هذا تبرز أهمية هذه التفرقة في مجال التعدد، ومن ثم فيجب أن نتساءل أين يكمن الأثر المخفف للنظام العام في فرنسا.

في الميدان القضائي، ففكرة الأثر المخفف للنظام العام طبقت أولاً في الخمسينات في دعوى النفقة التي تقدمت بها الزوجة الثانية. وأشهر قضية برزت في الساحة القضائية بهذا الصدد هي قضية شيموني *Chemouni*، والتي تلخص وقائعها في أن شيموني هذا كان يهودياً من جنسية تونسية تزوج لأول مرة في تونس سنة 1940، ثم تزوج للمرة الثانية سنة 1945 طبقاً للشريعة اليهودية، ونزح بالزوجتين وبولد من الزوجة الثانية إلى فرنسا حيث استقر فيها واتخذها موطناً له وتجنس بالجنسية الفرنسية في سنة 1953. وعلى إثر النزاع الذي نشب بينه وبين زوجته الثانية، فهجرها ليقدم مع الزوجة الأولى، فرفعت عليه دعوى أمام محكمة لاسين *La seine* تطالبه فيها بالنفقة لها ولولديها، فصدر الحكم لصالحه بحجة أن زواجها باطل طبقاً للقانون الفرنسي، مما يستوجب عدم الاعتراف بالآثار التي ترتبها هذه العلاقة. وبموجب الطعن بالنقض، قضت المحكمة العليا بنقض هذا الحكم على أساس أن التماس السيدة شيموني : "ينصرف فقط إلى الاعتراف لها في فرنسا بالنفقة التي تستحقها بصفقتها الزوجة الشرعية، وهي الصفة التي اكتسبتها بدون غش في تونس طبقاً لقانونها الوطني المختص"⁷¹.

وعلى ذلك، يجب ألا يغيب عن البال أن المحكمة العليا لم تأت بهذا القرار إلا بعد أن استندت إلى نظرية الأثر المخفف للنظام العام ومن ثم إلى الحقوق المكتسبة دولياً. إذن، فإنها لم تعترف بتعدد الزوجات إلا بأحد آثاره المتمثل في النفقة.

⁶⁹ De même, v. Cass. 15 octobre, 1958, Revue de droit public et de la science politique, 1959, p.825-826.

⁷⁰ Cf. H. Batiffol, L'œuvre constructive récente de la jurisprudence française en droit international privé, in Mélanges R. Savatier, édit. Dalloz, Paris, 1965, p. 78.

⁷¹ Cf. Cass. Civ. 1^{ère} ch., 28 janvier 1958, J.C.P. 1958, 2, 10488, note P. Louis-Lucas ; D. 1958, 265, note R.Lenoan; Revue critique de droit international privé 1958, 110, note R. Jambu-Merlin ; Clunet 1958, 776, note A.Ponsard.

وأيد العميد لويس لوك P. Louis-Lucas هذا القرار بقوله : "أنه يحمي مصلحة شرعية. وأنه لم يهدد المبادئ الأساسية لقانوننا الوطني. وأنه، فوق هذا وذاك، يعترف خاصة بشمولية فعالية (نفاديه) الحقوق الشخصية المتماشية مع الاحتياجات المحضة ومع الطموح الطبيعية للقانون الدولي الخاص"⁷².

وبعد إحالة القضية إلى محكمة فرساي، قضت هذه الأخيرة بالنفقة المطلوبة، وذلك بالرغم من أن شيموني قد دفع بحجة أنه بمجرد حصوله على الجنسية الفرنسية أصبح زواجه الثاني باطلا طبقا لقانونه الوطني الجديد. فردت عليه المحكمة أن زواجه الثاني انعقد مستوفيا كل شروطه وأركانه المنصوص عليها في القانون التونسي الذي كان يبيح التعدد آنذاك وأضافت قائلة : "أن تنفيذ التزام طبيعي وأصلي لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي، كما أنه لا يتنافى مع حقوق الأشخاص ومع المبادئ والمفاهيم الأخلاقية المعترف بها عامة من طرف الأمم المتحضرة، كمثل ذلك الذي يساهم بمقتضاه الزوج في الإنفاق على أسرة تكونت بصفة شرعية من طرفه ووفقا لقانونه الوطني"⁷³. وأيدت محكمة النقض هذا الحكم في قرارها الصادر بتاريخ 19 فبراير 1963⁷⁴.

ويتضح لنا مما سبق أنه يمكن للزوج التعددي المبرم طبقا لقانون الأحوال الشخصية للزوج أن يرتب في فرنسا أثره فيما يتعلق بالنفقة. وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي⁷⁵.

وأما الفقه فقد أيدته من جانبه في ذلك إذ يقول الأستاذ جوبو مارلين R. Jambu-Merlin في هذا الصدد أنه : " ففي هذه القضية، أين هو الإشكال بالنسبة للقاضي لما يوافق على نفقة الزوجة الثانية في حالة التعدد، في حين أنه يوافق كل يوم للزوجة الأولى، الثانية أو الثالثة في هذا الخاص من التعدد المنجز بالطلاق؟"⁷⁶. ويقول لويس لوك P. Louis-Lucas " ما هو الأفضل ؟ النظام العام الفرنسي الذي يستنكر تعدد الزوجات لتعارضه مع مفهومنا للعائلة أم النظام العام الإنساني الذي يستنكر الحجر الحر من الزوج لزوجته؟"⁷⁷.

والواقع، فالاعتراف بآثار التعدد لم يقتصر على النفقة، بل تعدها بحيث وافق القضاء الفرنسي كذلك على أن للزوجة الثانية ولأبنائها الحق في الميراث، وذلك على غرار الزوجة الأولى وأبنائها⁷⁸.

⁷² Cf. P. Louis-Lucas, note précitée.

⁷³ Cf. Trib. Versailles 2 Février 1960, J.C.P., 1, 11625, conclusion P.Louis-Lucas. A ce propos, cons. P. Lagarde, L'ordre public en droit international privé, th. Paris 1959, pp. 35 et s. ; Revue critique du droit international privé, 1960, p. 370, note Ph. Francecakis.

⁷⁴ Cf. Cass. Civ. 19 février 1963, Rev. Cri. Dr. Int. Privé 1963, 559, note G. Holleaux ; Clunet 1963, 986, note A ; Ponsard.

⁷⁵ Cf. T.G. I. la Seine, 16 octobre 1967, J.C.P. 1968, 4, 105 ; Clunet, 1969, 406 note Ph. Kahn.

⁷⁶ Cf. R. Jambu-Merlin, note sous Cass. 28 janvier 1958, Rev. Cri. Dr. Int. 1958, p. 110.

⁷⁷ Cf. P. Louis-Lucas, note sous Cass. 28/01/1958, J. C. P. 1958, 2, 10488.

⁷⁸ رفضت محكمة المرافعة الكبرى بباريس بتاريخ 17 جوان 1972، الاعتراف للزوجة الثانية بحق الميراث من زوجها بسبب وجود الزوجة الأولى إذ أن: " طلب الزوجة باعتراف لها بحق الميراث عند وجود الزوجة الأولى يجب رده بسبب طبيعته المزعجة للأداب الفرنسية ولللقانون

الفرنسي الذي لا يعترف بحق الميراث إلا لزوج واحد ولا للزوجين في آن واحد من نفس الزوج ". انظر،

T.G. I, Paris, 17 juin 1972, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1975, note Fadlallah. Cet arrêt a fait l'objet de plusieurs critiques de la part de la doctrine, puisqu'il va à l'encontre de la jurisprudence, Chemouni,

تمشيا مع المبدأ الذي جاء به قرار شيموني قضت محكمة استئناف باريس، بتاريخ 22 فبراير 1978 بذلك الحق في قضية تلخص وقائعها في أن ل.ب. من جنسية جزائرية تزوج سنة 1932، ثم تزوج ثانية في الجزائر سنة 1979 وفق القانون الجزائري ونجم عن القران الأول سبع أطفال وعن الثاني طفلان. توفي الزوج سنة 1974 تاركا عدة عقارات بفرنسا، ونشب نزاع بين الزوجتين وأبنائهما بصدد معرفة أصحاب الحق في الميراث.

في هذه القضية تمسكت محكمة استئناف باريس، ومن بعدها المحكمة العليا بعد الطعن بالنقض، بالتفرقة بين حالتين :

من جهة، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بمحصر الإرث بالنسبة للعقارات الموجودة بفرنسا من اختصاص القانون الفرنسي.

ومن جهة أخرى، فإن تقدير صفة الزوجة وتحديد القرابة كسببين للميراث يخضع لاختصاص قانون جنسية المالك وقت موته، وهو القانون الجزائري في قضية الحال.

وعليه، فبتطبيق هذين المبدأين، أيدت المحكمة العليا قرار محكمة استئناف باريس بقولها " في حالة الزواج التعددي المبرم في الخارج طبقا لقانون جنسية الطرفين، فالزوجة الثانية وأبنائها الشرعيين يمكن لهم، بموجب صفتهم هذه، مزاحمة الزوجة الأولى وأبنائها في الحصول على الحقوق التي يعترف بها قانون الإرث الفرنسي"⁷⁹.

ومن ثم، ففي حالة ميراثها، يرى الأستاذ إبراهيم فضل الله إمكانية الأخذ بأحد الحلين⁸⁰ التاليين. يقودنا الحل الأول وفقا للمادة 767 من القانون المدني إلى جمع يمنح لكل واحدة منهما الربع في الاستغلال والانتفاع. بينما يقتضي الحل الثاني توزيع بينهما بالتساوي الحق المقرر قانونا للواحدة.

وإذا كان المعيار المنبثق من هذا الموقف الفقهي يقوم على الموازنة بين الزوجة الأولى وبين الزوجة الثانية من زاوية الميراث، نرى أن الحل الثاني يمتاز بمنطقية أكثر وعدالة أوفر إذ أنه لن يترك لأية واحدة منهما أية حجة للشكوى بحيث أنه في حالة التعدد حتى لو طبقنا القانون الجزائري، يقتسمن الزوجات بينهن بالتساوي الحصة المقررة للزوجة الواحدة (أي 1/4 أم 1/8)، كما أنه من ناحية ثانية لن يهدر حق باقي الورثة، منهم خاصة الأولاد.

cons. Bros, note sous cour de Paris, J. N. Aix 1978, 1110 ; A. Chapelle, Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, th. Paris 1979, n° 323.

⁷⁹ Cf. Cass. Civ. 3 janvier 1980, Rev. Cri. Dr. Int. Priv. 1980, 331, note H. Batiffol ; Clunet 1980, 327, note M. Simon-Depitre ; D. 1980, note E. Poisson Drocourt.

⁸⁰ Cf. I. Fadlallah, note précitée, Rev. Cri.... 1975, p. 71.

وفي زاوية هذا التساوي، يقول الأستاذ هنري باتفول Henry Batiffol "فالانتفاع بالربع يدخل في آثار الزواج، فالباقي يؤول إلى الأولاد. فتعدد الزوجات الذي أحل في محل الزواج الأحادي يجب أن يبقى في إطار آثار الزواج ويراعي حقوق الأولاد"⁸¹.

أضف إلى ذلك، فإن هذا الحل الأخير ليس غريب كلية عن القانون الداخلي الفرنسي فقد سبق أن طرح الإشكال بشأن تحديد حصة الإرث بالنسبة للزوجتين في حالة الاعتراف للزوجة الثانية بحق الاستفادة من الزواج الظني " le mariage putatif "⁸². ومن هنا كانت التفرقة التقليدية بين الزواج الباطل بسبب سوء نية الزوجة وبين الزواج الظني.

وقد وجدت هذه التفرقة في الفقه والقضاء من اعتمادها لتقدير حق الإرث، فإن ثبت حسن النية ترتب به حق الزوجة في الميراث، وأن تؤكد سوء النية انتفى بموجبه الحق.

من تحليل صور الاجتهاد الفرنسي فيما اعتمده من معيار للاعتراف بهذا الحق يتبين أن النظام العام لا يعارض في فرنسا نفاذية الزواج التعددي المبرم قانونا في الجزائر - أو في أية دولة تنتمي إلى النظام الديني - في مسألة الميراث. ولكن إزاء هذا المبدأ يبقى التساؤل عما إذا كان المعيار الذي أسس عليه الاجتهاد الفرنسي ذلك الحق يصبح أساسا في كل الحالات ؟

في الواقع، فالإجابة لا تكون هنا إلا بالنفي إذا أن الأمر يصبح معقدا في حالة ما إذا كانت إحدى الزوجات من جنسية فرنسية. ومن هنا ينبغي التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى هي أن تكون الفرنسية زوجة ثانية ومن ثم فإن المستقر عليه فقها واجتهادا فإن منع الزواج بسبب التعدد يكتسي طبيعة ثنائية (ملزم للطرفين)، مما يقتضي القول أنه يكفي للقضاء ببطلان الزواج التعددي أن يكون أحد الطرفين يخضع لقانون يمنع هذا النوع من الزواج⁸³. والحقيقة، فالحكمة من هذه القاعدة ترتكز أساسا على تحاشي (تجنب) زواج الفرنسية بشخص لا زال مرتبطا شرعا وتشريعا بعقد قران أول⁸⁴.

⁸¹ Cf. H. Batiffol, note sous C. A. Paris 22 février 1978, Rev. Cri. Dr. Inter. Priv., 1978, p. 515.

⁸² Cf. A. Rouast, M. Planiol et G. Ripert, Traité de droit civil, 2ème édit., n°329 ; G. Aubry et C. Rau, Droit civil, 7ème édit., T. 7 par P. Esmein, n° 84 ; F. Terré et Y. Lequette, Les successions, les libéralités n° 741. Dans ce cas, le bénéficiaire du mariage putatif est valable si le mariage est annulé après le décès du mari et la femme était de bonne foi.

⁸³ Cf. H. Batiffol et P. Lagarde, op. cit., n°414, p. 34 et s. ; Y. Loussouarn et P. Bourel, Droit international privé, 1980, n°303, p. 397 et s. ; Trib. Gr. Inst. 21 juin 1967, Rev. Cr. Dr. Int. Priv. 1968, note H. Batiffol ; Lyon 21/05/1974, D. 1975, note P. Guiho.

⁸⁴ Critiquant cette attitude, M. Droz estime qu'une « française libre de tout lien acceptant en pleine conscience les risques ou les lices du harem puisse contracter à l'étranger, dans un pays qui admet la polygamie, un mariage valable. Et cela justement parce que nous entendons protéger cette française et que plutôt que de la voir traitée en concubine ou en femme de second rang, nous préférons que son mari soit sujet à des obligations tirées du mariage". Cf. Droz, Rec. Gén. Lois, 1969, p. 80.

الحالة الثانية هي أن تكون الفرنسية زوجة أولى وأن زوجها جزائري - أو شخص آخر يخضع لقانون يسمح بالتعدد - يريد طبقا للشريعة الإسلامية الزواج بمواطنة له. ففي هذه الحالة، فالتطبيق الجامع لمانع التعدد يبقى خيالي وبدون جدوى.

فالقضاء الفرنسي عمد من جانبه إلى الاعتراف بصحة هذا الزواج. ففي قضية احتج بمقتضاها أولاد الزوجة الأولى (من جزائري توفي سنة 1970 بفرنسا على الزوجة الثانية، أوضحت محكمة استئناف باريس - بعد أن بطلت حكم محكمة كريتي⁸⁵ Créteil - في قرار أصدرته في 8 نوفمبر 1983 أنه "يمكن للفرنسية أن تصبح ضد رغبتها أحد نساء الشخص المعقد زوجاته، وقالت فيه بما أن الزواج المتعدد حق من حقوق الزوج، فإنه غير ملزم بإعلام الزوجة الثانية ولا أولادها (زواجه الأول قد تم حله) بزواجه مع امرأة ثالثة ولا تبرير قراره هذا أمامهم. وبعد أن ركزت قرارها على المبدأ التقليدي الذي ينص على أن الصفة الزوجية وإثبات القرابة كسببين للميراث يخضع للقانون الوطني للهالك، والحالة هذه القانون الجزائري، قضت بأن للزوجة الثالثة مزاحمة أبناء زوجها من الزوجات السابقة في تركته الخاصة بالعقارات والمنقولات الموجودة بفرنسا"⁸⁶.

ويرى الفقه أن هذه الوجهة فهي دون سند يبررها لا منطقيا ولا واقعا ومن ثم يجب القضاء ببطلان الزواج في هذه الحالة إذ أنه من غير المعقول القول أنه يمكن من زاوية القانون أنه تصبح الفرنسية، أنف إرادتها، إحدى الزوجات في مسألة التعدد. ولكن ثمة سؤال ما زال يطرح وهو الرامي إلى معرفة ما هو الأساس القانوني الذي يبنى عليه هذا البطلان ؟

والواقع، فالتنويه في هذه المادة باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب تعارضه مع النظام العام يقودنا إلى طرح الإشكال بطريقة منعدمة الصحة، وعليه، فإنه من المستحسن أن يفتح باب المناقشة والجدل في مرتعه الفعلي véritable terrain ، ألا وهو قاعدة التنازع règle de conflit .

وهكذا ستسمح لنا إعادة تنظيم قاعدة التنازع إيجاد هنا حل وسط. ذهب الأستاذ P. Mayer في كتابه "القانون الدولي الخاص"، إلى القول أن دواعي الزواج الأحادي l'exigence du mariage monogamique تعد خصية من خصائص الزواج الأول، التي ترمي إلى حماية الزوجة الأولى⁸⁷. ويرى

⁸⁵ En réalité, le T. G. I. de Créteil, saisi sur la question de savoir s'il est légitime de puiser dans le caractère monogamique du premier mariage un empêchement au second, et si la polygamie est par conséquence, sans effet pour la détermination de la dévolution successorale de cujus à l'égard des biens situés en France, répond dans un sens affirmatif au motif que le mariage avait été célébré en fraude de droits du conjoint français et de ses enfants.

⁸⁶ Cf. C.A. Paris 8 novembre 1983, Rev. Cr. Dr. Int. Priv. 1984, p. 477, note Y. Lequette ; dans ce sens, Cass. 17 février 1982, Rev. Cr. Dr. Int. Priv. 1983, note Y. Lequette.

⁸⁷ Cf. P. Mayer, Droit international privé, n° 530, p. 504 ; v. aussi J. M. Bischoff, Le mariage polygamique en droit international privé, in Tra. Comp. Fr. Dr. Int. Privé, 1980-1981, vol. 2, pp. 91 et s.

الأستاذ إبراهيم فضل الله فإنه من المبرر الشرعي اقتباس مانع الزواج الثاني من الصفة الأحاديّة للزواج الأول⁸⁸.

ولكن بالرغم من وقوع الاتفاق على أساس هذا المانع، فإن الفقه لم يجمع على رأي موحد فيما يتعلق بالقانون الذي يستخلص منه هذا المانع، فكان فيه من ربط القدرة على إبرام زواج ثاني بقانون آثار الزواج يرمي إلى تحديد حالة الشخص المتزوج ويمكن عندئذ أن يمنعه على إبرام زواج ثاني⁸⁹.
بينما يرى الاتجاه الثاني أنه يجب إخضاع مانع التعدد لقانون مكان إبرام العقد الأول " Locus Regit-actum"⁹⁰ ولا للقانون المختص لتنظيم تكوين العقد الثاني⁹¹.

مهما يكن من أمر، فإن جل هذه الحلول والاقتراحات قد ظهرت لبعض الفقهاء، وخاصة منهم الأستاذ ليكيط Y. Lequette، ناقصة ومرموقة إذ يرى أن مكان إبرام العقد يكتنف في بعض الأحيان اتجاه غربي Revêt un caractère occidental وأن هذا الضابط ce rattachement غير مستقر مثلما هو عليه لقانون الآثار⁹². إلا أنه يبدو أن هذا القانون هو الآخر غير ملائم بحيث لا يمنع الزواج التعددي إذا كان الزوجان، من جنسية مختلفة، يقيمان في دولة تعترف بتعدد الزوجات حتى لو أن الزوجة الأولى كانت تنوي إبرام زواج أحدي.

إزاء هذه الحلول المختلفة والمتشعبة، وإزاء عدم جدوى النظريات المقترحة، نقول مع الأستاذ ليكيط Y. Lequette أنه من المستحسن إيجاد مانع الزواج الثاني في القانون الوطني للزوجة الأولى. فالعمل بهذا الحل سيسمح، وفي كل الحالات، للمحكمة استبعاد الموافقة على صحة الزواج الثاني لأجنبي سبق له أن عقد على فرنسية بحيث " تأخذ الجنسية الفرنسية للزوجة الأولى بعين الاعتبار لتقدير العلاقات المطروحة مع قانون القاضي ومن ثم أثارت تدخل النظام العام"⁹³.
والملاحظ أن هذا الرأي يركز على منطوية فعلية، مادام أن الحل المقترح لا يسعى إلا لضمان حماية المرأة الفرنسية.

كما أن هذا الحل لا يمس بالشعور العام لدى الناس، وهو الشعور الطبيعي بأنه كان من الواجب منع هذا الزواج، فإن زواجها من مسلم لا ينبغي أن يلازمها ظلامه تلحق امرأة لا شأن لها في مصدر الإباحة. إذ ليس من الإنصاف تحميل زوجة حالة غير راضية بها في وقت أصبح فيه نظام تعدد الزوجات في الدول المعترف به في حالة انكفاء.

⁸⁸ Cf. I Fadlallah, op. cit., n° 414, p. 40.

⁸⁹ Cf. I Fadlallah, op. cit., n° 414, p. 40.

⁹⁰ Sur cette question, cons. M. Issad, Droit international privé, I- Règles de conflits, edit. O.P.U., Alger, p. 177 ; Y. Lousouarn et P. Bourel, op. cit., edit. Dalloz, Paris 1983.

⁹¹ Cf. J. M. Biscoff, op. cit., edit. 1981, p. 91.

⁹² Cf. H. Batiffol et P. Lagarde, op. cit., n°414, p. 40.

⁹³ Cf. Y. Lequette, note sous Cass. Civ. 17 février 1982, Rev. Crit. Dr. Int. Privé, 1983, 217 ; note sous C.A. Paris 8 novembre 1983, Rev. Crit. Dr. Int. Privé, 1984, 482.

وعلى كل، إزاء بطلان الزواج الثاني، مما يجب ملاحظته هو أنه يمكن للزوجة الثانية في حالة منعها من ميراث زوجها، أن تطلب، نتيجة لحسن نيته، الاستفادة من الزواج الظني طبقا للقانون الفرنسي. إذ أنه في حالة بطلان الزواج بعد وفاة الزوج، يمكن للزوجة إثبات حسن نيتها والاستفادة عندئذ بحقها في الميراث دون البحث والمناقشة عن القانون الواجب التطبيق، ما دام أنه قد قضي ببطلان الزواج باسم القانون الفرنسي المختص في هذه الحالة⁹⁴.

أضف إلى ذلك، ففي فرنسا لم تقتصر فعالية الزواج التعددي المبرم قانونا في الخارج على حق الزوجة الثانية في النفقة وفي الميراث، بل تعدتها إذ أن النظام العام لا يعارض الموافقة على مزاحمة الزوجات في التعويض عن الأضرار اللاحقة بهن بسبب وفاة زوجهن من جراء الحوادث. ويمكن كذلك بالمقابل، للزوج المعدد زوجاته أن يطلب ذلك التعويض عند وفاة إحداهن.

والواقع أن فكرة الأثر المخفف للنظام العام في هذه الحالة بمعنى أن التعويض لا يتعارض مع الأخلاق ولا يضطرم بالشعور العام لم يصدر، على ما نعتقد، في شأنها أي حكم قضائي في فرنسا، ولكن قد دفعت بكثير من الشراح⁹⁵ الذين تعرضوا لبحث موضوع هذا الأثر إلى قبول هذه الفكرة، تأسيسا على قرار أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 4 أكتوبر 1965⁹⁶. ومع ذلك فإننا نعتقد أن هذا القرار غير حازم تجاه الإشكال المطروح إذ أن موافقته قد اقتضت على تأييد قرار محكمة استئناف لما وافقت فيه على طلب التعويض الذي تقدمت به أرملة (زوجة أولى) لمتعدد زوجاته، الذي قضى ببطلان زواجه الثاني بسبب إبرامه في فرنسا.

غير أن في بلجيكا، وافقت محكمة لياج Liège على تعويض الزوجتين في آن واحد عن الضرر الذي لحقهما بسبب وفاة زوجها في حادث، تأسيسا على أن "الاعتراف للأرملة بحق الانتفاع بمقتضيات المادة 1382 من القانون المدني وحاجات (متطلبات) النظام الاجتماعي البلجيكي"⁹⁷.
والحقيقة، أمام هذا الموقف الشجاع، فما على القضاء الفرنسي - القضاء المنتمي للنظام اللائكي - إلا أن يجدو حدوه إذ أن هناك عدة حجج وأسباب تساعد في الاقتضاء بهذا الحل:

⁹⁴ Cf. T. G. I. la seine 21 juin 1967, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1968, 301, note H. Batiffol ; arrêt Moreau de la cour de cassation du 6 mars 1956, D ; 1958, 709, note H. Batiffol ; J. C. P. 1956, 2, 9549, note A. Weill ; Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1956, note Francescakis ; Cass. Civ. 14 décembre 1971, Clunet 1972, 591, note A. P.

Dans l'arrêt Moreau, il s'agissait en fait d'une nullité de fond, mais la généralité de l'arrêt en question, vaut aussi, selon la doctrine pour les nullités de forme. Cf. H. Batiffol, op. cit. , T. 2, n°429 ; F. Terré et Y. Lequette, Successions et libéralités, édit. 1983, n° 74, p. 75.

⁹⁵ Cf. H. Batiffol, note sous C. A. Paris 22 février 1978, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1978, 514 ; A. Chapelle, Les fonctions de l'ordre public..., th. Précitée, n° 322 ; P. Mercier, op. cit. , p. 33 ; I. Fadlallah, op. cit. , p. 184.

⁹⁶ Cf. Cass. Civ. 4 octobre 1965, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1966, 688 ; J.C.P. 1965, IV, 137, Bull. civ. 1965, I, 377, n°500.

⁹⁷ Cf. Liège 23 avril 1970, Rev. Crit. Dr. Int. Privé, 1975, 55, note P. Graulich.

ومن جهة، ففي الزواج الظني، يجوز للزوجة الثانية الحصول عن التعويض عن الضرر الذي لحق بها بسبب وفاة زوجها من جراء الحوادث بمختلف أنواعها⁹⁸.

من جهة ثانية، فالقضاء الفرنسي أصبح يعترف في الوقت الحاضر بحق التعويض، بسبب الضرر محل الاعتبار، لزوجة الضحية وخليلة في آن واحد. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 27 فبراير 1970⁹⁹.

كما أن محكمة ريوم Riom قضت في حكمها الصادر في 9 نوفمبر 1978 على أنه "حينما تطلب معا الزوجة والخليلة لنفس الرجل المتوفى في حادث سيارة، لفائدتهما ولأبنايتهما - اثنين ناجم عن الزواج والثالث عن العلاقة الحرة واعترف به الضحية - تعويضات عظيمة، فالضرر العاطفي والضرر المادي اللذين لحق كل واحدة منهما يجب أن يقدر على أساس أن الضحية كان يشاركهما حياته وموته، وأن كلاهما تعترف بذلك وأن الضحية كان عادلا اتجاههما وينفق على أبنائه الثلاث"¹⁰⁰.

ومن جهة ثالثة، فالمحاكم الفرنسية قد وافقت على التعويض، موضع الاعتبار، حتى في حالة تعدد أزواج فعلي Polyandrie de fait. بعد أن نوهت بعدم تجريم فعل الزنا، قضت محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر في 10 نوفمبر 1976، على أن "حالة الشخص المتزوج والمرتبط بالعلاقة الحرة لا يتعارض مع النظام العام، وأن المشرع قد أخذها مرات عديدة بعين الاعتبار في المسائل الاجتماعية.

حقا، إذا ما رعينا الآداب والأخلاق المعاصرة، فإنه مزعج أن تعوض امرأة متزوجة بسبب وفاة خليلها، ثم بسبب وفاة زوجها. ولكن، فإنه مزعج كذلك أن لا تعوض لا بسبب وفاة خليلها لأنها متزوجة، ولا بسبب وفاة زوجها لأنها كانت تعيش معاشرة حرة"¹⁰¹.

إذن في هذه الحالة، وأمام قبول القضاء دعوى تعويض الضرر اللاحق بالخليلة من جراء وفاة خليلها في حادث، وذلك حتى في حالة تعدد الأزواج، وكذا الشأن بالنسبة للزوجة الثانية في حالة الزواج الظني، فإنه من باب أولى أن نطبق نفس المبدأ في حالة تعدد الزوجات إذ أنه من غير المعقول أن لا يقبل جمع التعويض La réparation cumulative عن الضرر اللاحق بالزوجتين الشرعيتين للضحية، وخاصة وأن هذا الأخير كان يتم على عاتقه تحمل نفقتهما. فهذه النتيجة في مدلولها المادي ليست سوى انتقاء الخطر على المصلحة المحمية، وهي هنا المحافظة على الروابط الشرعية.

⁹⁸ Cf. F. Terré et Y. Lequette, op. cit., n° 74, p. 75.

⁹⁹ Cf. Cass. Civ. 27 février 1970, J. C. P. 1970, 2, 16-306, note Parlange ; D. S. 1970, I, 201 note Combaldien. Sur cette question, cons. F. Chabas, Le coeur de la cour de cassation, le droit de réparation à la concubine adultère, D. 1973, 211.

¹⁰⁰ Cf. Riom 9 novembre 1978, J. C. P. 1979, I, 19107, note G. Amaïrac.

¹⁰¹ Cf. C. A. Paris 10 novembre 1976, J.C.P. 1978, 18859, note R. Savatier ; R.T.D.Civ. 1977, 325, obs. G.Durry.

وعلى النقيض من ذلك، فإذا بررنا الرفض على أساس فكرة النظام العام، فإن حالة الزوج المعدد زوجاته أقل انزعاج في الواقع عن حالة الفرنسي المتزوج والمنغمس في آن واحد في العلاقة الحرة أو عن الفرنسية المتزوجة والحليلة في الوقت ذاته.

كما أنه إذا كانت فكرة التعويض المكلف " تبرر عدم الأخذ هنا بالأثر المخفف للنظام العام، فإن ذلك لا يصدق على جميع الحالات من حيث التبرير. فهذا السند يفقد نوع من المنطقية ويرتكز على أساس غير معقول إذ أنه لا يمكن الأخذ به إذا كان في الزواج الأحادي على عاتق الضحية أعباء أسرة غزيرة¹⁰².

ولكن بعد الاعتراف بهذا الحل، فالإشكال الثاني المرتبط بالأول يكمن في تحديد كيفية تعويض الزوجة الثانية. في الواقع، برجعنا إلى مبدأ التعويض الجمعي ثانية، فإننا نعتقد أن هذه الزوجة غير مجبرة على إثبات أنه قد لحقتها فعلا خسائر مادية بسبب وفاة زوجها من جراء الحادث. بما أنها زوجة شرعية لمتعدد زوجاته، فإن قيام الرابطة الزوجية المبرمة قانونا في الخارج تبرر لوحدها تعويض ليس فقط الضرر المادي بل أيضا المعنوي.

والذي نراه، هو أن ما قلناه بالنسبة للتعويضات السابقة ينطبق لنفس المبررات على الضمان الاجتماعي الذي هو في الواقع ليس أكثر من إعانات اجتماعية، ومن ثم يقتضي القضاء الفرنسي بنفس الاستنتاج ليقرب قبول الاستفادة من الضمان الاجتماعي لنساء متعدد الزوجات، التي تحت رعايته ويتحمل نفقاتهن.

ولكن للأسف، فإن المحاكم الفرنسية بقيت على رفضها القطعي في هذه المسألة، ومن ثم لم تعترف للزوجة الثانية بالحقوق المقررة قانونا في مجال الضمان الاجتماعي¹⁰³.

ويتضح ذلك جليا في قرار أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1 مارس 1973 إذ قضت فيه على أنه "حتى لو أن الأجنبي من جنسية جزائرية يتمتع، تطبيقا لقانونه الوطني، بحالة زوجية قانونية، فإنه مع ذلك لا يمكن له الاستفادة من إعانات الضمان الاجتماعي لزوجته الثانية"¹⁰⁴. تأسيسا على أنه من جهة "لا يعترف القانون الفرنسي إلا بشرعية زوجة واحدة، وأنه لا يعترف في عداد الحقوق للمؤمن

¹⁰² Cf. H.K. Ahwany, Les dommages résultant des accidents corporels, étude comparée du droit français, anglais et égyptien, th. Paris 1968, p. 220 ; A. Okasha, op. cit., p. 306 ; A. S. Hassan Mohamed, La réparation judiciaire du préjudice patrimonial dans le droit commun de la responsabilité civile, th. Rennes 1977, p. 201 ; M.A. Mohamed Ali, L'assurance automobile obligatoire, étude comparée droits anglais, égyptien et français, th. Rennes 1981, pp. 36 et s.

¹⁰³ A cet égard, les caisses de la sécurité sociale ne prennent en considération qu'une seule femme, la première qui demande des droits (lettre CNAVTS du 27/08/1984), celle qui est à la charge de son mari , l'autre ayant des droits propres du fait d'une activité salariée (lettre ministérielle du 5 août 1965, Traité de la sécurité sociale, t. II, titre IV, chapitre 1 et 2), celle qui est en France, l'autre à l'étranger (Cf. Cassation sociale 8 mars 1990, J.C.P. 1990, IV, p. 171.

¹⁰⁴ Cf. Cass. Soc. 1^{er} mars 1973, Clunet 1974, 834, note Gérard de la Pradelle, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1975, p. 54, note P. Graulich, Rev. Dr. Soc. 1973, 535, Obs. R. Bounet (aff. Sefouni Ben Amar).

الاجتماعي إلا بهذه الزوجة، ومن جهة أخرى، على أن " الاتفاقية الفرنسية الجزائرية حول الضمان الاجتماعي تعترف للجزائريين العاملين بفرنسا بنفس التعويضات المقررة للفرنسيين " ¹⁰⁵.

وعلى الرغم من هذه الأسانيد القانونية، فليس من شك في أن هذا القرار لا يخلو من النقد إذ أن الإسناد الضيق ليس هو كل الجهد القانوني للوصول إلى انتقاء الحقوق، بل هو إحدى خطوات السعي في هذا السبيل. ويلزم بعد ذلك أن نبحت عن أساس رفض الاعتراف بالحقوق، فتحليل عدم الموافقة لا يتقلص هنا في مجرد المقارنة بين نظامين قانونيين مختلفين، ولكنه يشمل في أمر آخر، هو تقدير قانوني عام وشامل للنصوص التشريعية على المسألة المطروحة.

لذلك، فنحن نرى أن الحجة الأولى تبدو واهية *argument boiteux* والواقع يمكننا أن نفهم السبب الذي أدى إلى عدم الاعتراف للزوجة الثانية بحق الاستفادة من الضمان الاجتماعي، إلا أن الإشكال لا يطرح ثانية، في رأي محكمة استئناف باريس، إذا كان الأمر يتعلق بشخص متزوج ومرتبطة بعلاقة حرة في آن واحد إذ ترى أنه "غالبا ما أخذت حالة الخلية بعين الاعتبار في مجال الضمانات الاجتماعية" ¹⁰⁶.

أضف إلى ذلك، فإن قانون رقم 78-2 الصادر في 2 يناير 1978 وحد في مادته 13 *Article 161-14 Code sécurité sociale* بين حالة الزوج (أو الزوجة) وحالة الشخص المرتبط بالعلاقة الحرة مع المؤمن ¹⁰⁷. كما أن قانون جويلية 1996 قد اعترف بحق الضمان الاجتماعي حتى للشخص المرتبط بتلك العلاقة مع شخص آخر من جنسه. ويرى الأستاذ لوسو *Lusseau* أنه بمقتضى هذه المادة "يمكن للزوجة وخليلة المؤمن أن تستفيد في آن واحد بنفس المعاملة، الأولى كخليلة إذا لم تكن مؤمنة شخصيا، والثانية كون أنها تعيش معه" ¹⁰⁸. ولذلك إزاء هذه الاعتبارات فقد قرار محكمة النقض الفرنسية كل قيمته مع المعطيات التشريعية الجديدة.

أما الحجة الثانية التي نستدل بها هنا هي أنه بما أن النظام العائلي الجزائري يختلف عن النظام الفرنسي، فالأخذ بقواعد التنزع العادية يبيح للنظام القانوني إظهار الخصوصيات الاجتماعية. وأن الحل قد جاءت به المادة 42 بالنسبة لحوادث العمل ¹⁰⁹. فهذا النص التشريعي تأهب، فيما يتعلق بدخول الزوج

¹⁰⁵ Cf. Cass. Soc. 1^{er} mars 1973, 834 note G de la Pradelle (clunet 1974).

¹⁰⁶ Cf. C A Paris 10 novembre 1976, J.C.P. 1978, 18859, note R. Savatier. A props d'une opinion hésitante, V.R. Thierry, Les pensions à charge et le droit de la famille, J.C.P. 1948, 739.

¹⁰⁷ A cette fin, la circulaire d'application a déduit qu'un mari pouvait assurer en même temps sa femme légitime et sa maîtresse. Cf. Cir. S.D.A.M. n°794/78 du 4/10/1978. Sur l'ensemble de cette question, voir F. Monéger, L'émigré et sa famille ; l'incidence du statut personnel sur la protection sociale des émigrés, Rev. Dr. San. Soc. 1987, p. 246 ; J. Rubellin-Devichi, R.T.D.Civ. 1990, p.62.

¹⁰⁸ Cf. J.M. Lusseau, La vie maritale et droit de la sécurité sociale, Dr. Soc. N°80, p. 213.

¹⁰⁹ Cf. Décret n°82-166 du 10 février 1982 portant publication de la convention générale entre la France et l'Algérie sur la sécurité sociale, J.O.R.F. 1982, 590. Cette convention a abrogé la convention générale de la sécurité sociale du 19 janvier 1965 à laquelle l'arrêt de la cour de cassation se réfère.

الباقى على قيد الحياة، للحالة التي " يكون فيها للمؤمن، طبقا لحالته المدنية، عدة زوجات، وكذلك فتحديد علاقة النسب¹¹⁰ أو المصاهرة¹¹¹ يكون من اختصاص القانون الوطني للمؤمن، وهو القانون الجزائري في هذه الحالة.

وفوق هذا وذاك، فإن الاتفاقية، محل الاعتبار، قد قامت بإدخال، وفي نقاط متعددة، تغيير مبادئ النظام الفرنسي أخذتا في ذلك بعين الاعتبار الحالة المدنية للعامل الأجنبي¹¹².

وعليه فإن كل هذه الأسانيد والحجج تبين بجلاء عدم منطوقية قرار محكمة النقض الذي يتعرض في آن واحد لانتقادات ثلاثة : فحرف، من جهة التساوي في المعاملة المنصوص عليه في الاتفاقية، كما رفض، من جهة ثانية، تطبيق قواعد التنازع العادية التي دعت إليها هذه الاتفاقية، وتوصل، أخيرا، إلى حلول مقحمة (خطيرة)¹¹³.

ومن الأثر المخفف للنظام العام الذي أقره القضاء الفرنسي في مجال تعدد الزوجات، نضيف أخيرا أن أبناء الزوجة الثانية لمتعدد الزوجات لا يختلفون من حيث شرعيتهم عن أبناء الزوجة الأولى ؟ ويكتسبون هذه الصفة بصرف النظر عن مكان والدتهم¹¹⁴.

والواقع، فإن هذا الحل لا يتعارض تماما مع النظام العام الفرنسي وخاصة في الحالة الراهنة للقانون أين اعترف المشرع بموجب قانون 3 يناير 1972 للعلاقة غير الشرعية، فيما يتعلق بالأطفال، تقريبا بنفس الآثار التي ترتبها العلاقة الشرعية¹¹⁵.

¹¹⁰ Les enfants de l'assuré résidant en France, v. art. 45 § 1^{ère}.

¹¹¹ Membres de la famille qui, outre les enfants, résidant habituellement avec l'assuré (Art. 7).

¹¹² Cf. D. Tchouar, Causes de nullité de mariage et causes de divorce en droit algérien, th. Rennes 1987, p. 177.

¹¹³ Cf. G. de la Pradelle, note sous cass. Sos. 1^{er} mars 1973, Clunet 1974, p. 834.

¹¹⁴ Soutenant cette légitimité des enfants des polygames, M. Poissarie se demande « quel scandale, quel scandale, quel intérêt supérieur invoquerait-on pour condamner au discrédit de l'opinion et au discrédit de la loi ce père et ce fils qui non seulement n'ont commis aucune faute, mais encore se trouvent en parfaite conformité avec les mœurs et les institutions de leur pays ? Le juge pourrait prononcer une sentence ; la conscience générale ne la ratifierait pas. Avons-nous le monopole de la vérité ? Avons-nous surtout celui de la morale ? ». Cf. Poissarie, La notion de l'ordre public en droit international privé, th. Paris 1888, p. 174 et s.

¹¹⁵ Selon M. Griotteray, « un certain nombre de procureurs ont estimé que faire bénéficier ces enfants du statut d'enfant légitime était contraire à l'ordre public, puisque l'Etat n'autorise que la monogamie. Les communes averties dressent donc désormais des actes d'enfants naturels pour les enfants issus de ces unions. Le père doit ensuite venir à la mairie reconnaître l'enfant afin que ce dernier porte son nom... ». Pour Monéger, cette pratique appelle deux remarques : « la première est que la reconnaissance d'enfant naturel demandée au père sera en principe soumise à une loi qui ignore la filiation naturelle (art. 311-17 code civil). Or, le droit musulman auquel sera soumis le plus souvent le père s'il s'agit de mariages polygamiques, ignore la filiation naturelle... Il peut donc, paraître curieux de lui demander cette reconnaissance pour que l'enfant porte son nom... La seconde remarque concerne le droit de la sécurité sociale et des prestations familiales... Tous les enfants d'un assuré social sont ses ayants droit quelle que soit la qualité de leur filiation (Art. L. 313-3 C. sec soc. Cf. F. Monéger, La polygamie en question, J.C.P. 1990, 2, 3460.

وفي النهاية، مهما كان الحل الذي اقتضى به القضاء الفرنسي في الوقت الحاضر بشأن تعدد الزوجات، فنحن نعتقد من جانبنا أنه لا يعقل منح النظام العام دور المصفاة Le rôle d'un filtre، تاركاً نفاذية بعض آثار تعدد الزوجات ورفضاً البعض الآخر¹¹⁶. فالملاحظ أن الأثر المخفف للنظام الهام فيما يتعلق بآثار تعدد الزوجات أدى في فرنسا إلى نتائج غريبة في مسائل قانون الزواج، مما يقتضي توجيه النقدين التاليين له:

فقبول، من جهة، التفرقة في مجال آثار تعدد الزوجات يعني به قبول إنشاء شكل جديد من الزيجات، وهو "الزواج المتقطع" "un mariage intermittent"، يكون الشخص بمقتضاه تارة متزوج وتارة غير متزوج. في حين أن هذا الشكل من الزواج لم يعترف به لا القانون الوطني للأجنبي ولا قانون القاضي.

ومن جهة أخرى، فنحن لا نرى ما هو أساس تبرير هذه السياسة القضائية، هل على أساس الأخلاق، هذا غير أكيد؛ أم على أساس منطقية القانون، هذا هو الآخر غير مقنع إذ أنه إذا كان تعدد الزوجات يتعارض و لا يتماشى مع النظام العام؛ فيجب أن يكون كذلك في جملته ولا فقط في بعض آثاره. لذلك، قد رأى بعض الشراح عدم جدوى هذا التمييز، بمعنى أنه "إذا كنا حساسين allergiques لتعدد الزوجات، فيجب أن لا نقره جملة وبلا تمييز بدلا من الأخذ بالتفريقات الخيالية والاصطناعية"¹¹⁷ إذ أن الأثر المخفف للنظام العام يجب أن يحترم في الوقت ذاته، كما يقول باتيفول ولقارص H.Batiffol et P. Lagarde ترابط قانون القاضي وترابط القانون الأجنبي¹¹⁸.

المطلب الثاني

الأمر بالتنفيذ في مسائل حل الرابطة الزوجية

على ضوء الفكرة الرئيسية للأثر المخفف للنظام العام، نعتبر عامة أن تنفيذ الأحكام يعد صورة من صور الآثار القانونية، أي يمكن في أحد أطوار الآثار القانونية مما يجعل الاستفادة بالأثر المخفف.

¹¹⁶ Déjà en 1905, Pillet écrivait « le mari polygame réclame-t-il le secours de la loi pour exercer en France son autorité maritale sur son troupeau de femmes, on considère sans doute cette situation comme immorale et on lui refusera ce concours. S'agit-il au contraire d'une question de légitimité d'enfants, d'un différent en matière de succession, d'un point touchant au régime pécuniaire des époux, on ne voit vraiment pourquoi l'appui de la justice manquerait alors aux intéressés ». Cf. Pillet, Principes de droit international privé, p. 520.

Comme on l'a vu, c'est cette solution qui domine actuellement la jurisprudence française. Ainsi, le tribunal de grande instance de Versailles a estimé dans ce contexte : « Si l'ordre public français ne s'oppose pas à la reconnaissance de certains effets pécuniaires d'une union bigamique valablement formée, il n'en est pas de même à l'égard des effets personnels d'une telle union ». Cf. T.G.I. de Versailles 21 avril 1965, Gaz. Pal. 1965, 2, 278 ; Clunet 1966, 97 note A. Poisard. Dans ce sens cons. Aussi T.G.I. la seine 12 novembre 1965, Rev. Cr. Dr. Int. Privé, 1966, 624, note P.Decroux ; Clunet 1966, 858, note S.Goldman.

¹¹⁷ Cf. G. de la Pradelle, note sous cass. Soc. 1^{er} mars 1973, précitée.

¹¹⁸ Cf. H. Batiffol et P. Lagarde, Traité élémentaire du droit international privé, n°365, p. 422 et s.

وعليه، كي يحصل على الأمر بالتنفيذ، يجب أن يخضع الحكم الأجنبي لرقابة النظام العام فيما يتعلق بموضوعه. فهذه القاعدة معترف بها في أغلبية الدول، منها خاصة الجزائر وفرنسا. ولكن الأمر يتعلق هنا بالأثر المخفف للنظام العام، كون أن تنفيذ الحكم الأجنبي ينصب فقط على الاعتراف، داخل نظام القاضي، بأثر الحقوق المكتسبة في الخارج¹¹⁹.

بناء على ما تقدم، ولما كانت لحالات انحلال الرابطة الزوجية أهمية عظمى وعلاقة وطيدة بالأحوال الشخصية للأفراد، فسنعطيها قسطا وافرا من العناية، سندرس أولا، الطلاق بمعناه الضيق، وثانيا، الطلاق بالإرادة المنفردة.

الفرع الأول

الطلاق بمعناه الضيق

لقد جرى العمل في الدول التابعة للنظام الألائكي أن الطلاق بين الزوجين، حتى لو كانا أجنبيين، لا يتم إلا بحكم قضائي أمام المحاكم المدنية، كون أن النطق به من طرف سلطة دينية يعد باطلا وبدون أثر¹²⁰.

ولكن بالرغم من هذا الموقف الواضح، قضت محكمة لاسن La Seine في حكمها الصادر بتاريخ 16 مارس 1935، على أن "الطلاق الذي نطقت به، خارج التراب الفرنسي، السلطات الدينية المختصة، يجب الاعتراف به في فرنسا، بدون الأمر بالتنفيذ المسبق..."¹²¹.

كما قضت نفس المحكمة في حكمها الصادر في 26 فبراير 1886 بالأمر بالتنفيذ في فرنسا لقرار أصدرته ربابي في ألمانيا، تم بمقتضاه حل زواج روسيين يهوديين¹²².

فإذا كانت هذه الأحكام القضائية قد انصبت حول بعض القضايا الواضحة، إلا أن الأمر لا يقتصر هنا على هذه النوعية من الأمر بالتنفيذ، بل قد تثير في بعض المرات بعض الإشكاليات. ففي قضية متعلقة بمصري من ديانة يهودية، بعدما تحصل من المحكمة الربانية بالقاهرة سنة 1939 على قرار طلاق زوجته، بعث لها الرسالة الخاصة بهذا الطلاق التي سلمت إليها في نيس Nice بمجرد إقامتها بهذه المدينة من طرف السلطات الربانية الفرنسية. قام الزوج بعد ذلك بإبرام عقد زواج بباريس. إلا أن أم زوجته الثانية قد تقدمت بشكوى ضده محتواها تعدد الزوجات، بحجة أن تسليم الرسالة الخاصة بالطلاق من طرف السلطات الدينية الإسرائيلية بقي منعدم الصحة على أساس مبدأ دنيوية الزواج في القانون الفرنسي، ومن ثم فإن الزوج لا زال مرتبط بالعلاقة الأولى غير المنحلة.

¹¹⁹ Cf. H. Batiffol, Traité..., précité, p. 828.

¹²⁰ Cf. Seine 25 avril 1938, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1939, p.103. comparer, Nancy 17 juin 1922, S. 1924, 2, p.14.

¹²¹ Cf. Trib. Civ. Seine 16 mars 1935, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1936, p. 519.

¹²² Cf. Trib. Civ. Seine 26 février 1886, Rev. Crit. Dr. Int. Privé, 1921, p. 68.

ولكن أمام هذه الحجج وتلك الأسانيد، رفضت محكمة استئناف باريس (غرفة الاتهام) الشكوى بتاريخ 31 أبريل 1949 على أساس أنه لم يتبين لها، بمقتضى الوثائق المقدمة، أن الزوج قد ارتكب جريمة تعدد الزوجات¹²³.

وأما الفقه الفرنسي، قد أيد، من جانبه، هذا الاتجاه، وفي هذا يقول العميد لوسوارن Le Doyen Y. Loussouarn "فالحالة هنا تختلف كلية عن تلك الحالة التي تتعلق بإسرائيليين أجنيين يريد النطق بالطلاق في فرنسا من طرف الرباني"¹²⁴.

ومن جانب آخر، فإنه يمكن ألا يتم الأمر بالتنفيذ بسبب أسباب الطلاق التي صدر الحكم بمقتضاها.

وتطبيقاً لذلك، تمت الموافقة على الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي الذي اعتمد، في النطق ببطان الزواج، على الغلط الذي وقعت فيه الزوجة الجديدة بسبب زوجها الذي ادعى أن زواجه السابق كان مدنياً فقط، ويمكن له عندئذ أن يبرم عقد زواج ديني، وأن هذه الزوجة لو كانت عاملة بهذه الحقيقة لما وافقت على ذلك العقد معه : "حتى ولو أن الزواج الديني لا يرتب في فرنسا أي أثر مدني، إلا أن الاعتقاد الخاطيء كون أن زوجها ليس مرتبط بزواج ديني، لما يكون حاسم، ينشأ عيب الغلط في الشخص بمفهوم المادة 180 من القانون المدني"¹²⁵.

بينما رفض الأمر بالتنفيذ لحكم قضى ببطان الزواج نطقت به محكمة دينية التي قالت فيه أن الزواج يعد باطلاً، ومن ثم فإنه لا يمكن للطرفين إبرام عقد زواج جديد بدون الموافقة المسببة للأسقف المختص...، وذلك على أساس أن " هذا القرار، بمقتضى المنع، يتعارض مع النظام العام الفرنسي... ويتنافى مع سيادة الدولة الفرنسية بإلزامه للزوج المطلق الحصول على إذن من سلطة أجنبية كي يتسنى له الزواج مرة أخرى بفرنسا"¹²⁶.

أما في لبنان، فقد رفض الأمر بالتنفيذ لحكم أصدرته إحدى المحاكم الأمريكية والقاضي بالطلاق بسبب " EXTREM CRUELTY "، بين أمريكي ولبنانية، مقيمة بأمريكا بعدما تزوجا بلبنان أمام رجل دين بروتستانتي. فهذا السبب لفك الرابطة الزوجية معترف به في القانون الأمريكي، ولكن يجمله القانون البروتستانتي اللبناني الذي لا يعترف بالطلاق إلا بسبب الزنا. وعليه، و"طبقاً لمبدأ النظام العام المعترف

¹²³ Cf. Cour d'appel de Paris 31 avril 1949, Rev. Crit. Dr. Int. Privé, 1950, p. 57, note Y ; Loussouarn.

¹²⁴ Cf. Y. Loussouarn, note sous C. A. Paris, précitée, p. 63.

¹²⁵ Cf. Trib. Civ. La Seine 4 avril 1951, J.C.P. 1953, 2, 7408.

¹²⁶ Cf. Trib. Civ. Marseille, 25 novembre 1925, J. 1926, p.388, note J. Perrond.

به في لبنان، يخضع لتكوين وانحلال الزواج لقواعد وأحكام الطائفة الدينية التي ينتمي إليها الزوجين، ومن ثم فإن الطلاق التام بأمريكا لسبب غير الزنا لا يعتد به في لبنان"¹²⁷.

وبذلك يمكن القول أن القضاء الأجنبي لم يفتح باب الأثر المخفف للنظام العام على مصرعيه، بل أنه أخرج من اختار هذه الوسيلة من بادئ الأمر من الأحكام التي أوردها في هذا الشأن وجعلهم بمثابة استثناء يرد على القاعدة العامة. وذلك ما سنراه أيضا في مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة.

الفرع الثاني

الطلاق بالإرادة المنفردة

ففي النظام ألائكي، يعتبر الطلاق بالإرادة المنفردة التام بدون النطق به من قبل المحاكم باطلا وكان لم يكن بسبب أن انحلال الزواج يعد من الاختصاص المطلق للسلطة القضائية¹²⁸.

وعليه، يحق لنا أن نتساءل عن حكم الطلاق الذي تم صحيحا خارج النظام ألائكي، ونريد تسجيله في إحدى الدول التابعة لهذا النظام.

للإجابة على هذا السؤال، طرحت قضية في الساحة القضائية تتلخص وقائعها في أن مصري تزوج بسويسرية بقيت محتفظة بجنسيتها، ثم بعد أن نشب نزاع بينهما قام بطلاقها وفق القانون المصري، أمام موظف قنصلي بسفارة مصر بموسكو أمام شاهدين. طلبت الزوجة تسجيل هذا الطلاق في سجلات الحالة المدنية لمقاطعتها الأصلية.

وإزاء هذا النزاع، قضت المحكمة الفيدرالية السويسرية بتاريخ 8 فبراير 1962 على أن الموظف القنصلي المصري "قام فقط بتسجيل قرار الزوج وحرر أمام الشاهدين شهادة الطلاق، وبموجبها تم الطلاق. ومن ثم فإن إجراءات الطلاق الحضورية *Contradictoire* لم تتم وأنه بمقتضاها يتسنى للزوجة الدفاع عن نفسها، كما أنه لم يبحث عما إذا كان الطلاق مسبب (طبقا للقانون المصري)، فإنه لم تنطق بالحكم بالطلاق أية سلطة... وطبقا لموقف قضائي مستقر فإن الاعتراف (للقرار الأجنبي) لا يمتد لمثل هذا الحل للزواج بالإرادة المنفردة. فهذا الأخير الذي لا يسمح للزوجين بحق الدفاع أمام سلطة تدرس السبب، يتعارض مع المبادئ الأساسية للنظام القنتوني السويسري"¹²⁹.

مما يجب ملاحظته هنا هو أن هذا الموقف لقي تجاوبا في فرنسا إذ أن العميد إيفون لسوارن Le Doyen Y. Loussouarn يرى أن " بالفعل، يعد الطلاق بالإرادة المنفردة، من بين أنواع انحلال الزواج،

¹²⁷ Cf. Trib. Mixte Beyrouth 20 novembre 1932, cité par A. Gannagé, Le rôle de l'équité dans la solution des conflits de lois en jurisprudence française et libano-syrienne, Lyon 1947, p. 95.

¹²⁸ Cf. Paris 7 juillet 1959, Rev. Crit. Dr. Int. Privé, 1960, note Y. Loussouarn.

¹²⁹ Cf. Trib. Féd. Suisse 8 février 1962, J. 1965, p. 919, note A. Lalive.

النوع البعيد كلية عن نظريتنا للطلاق والشيء الخطير، لنظريتنا للعائلة القائمة على المساواة بين الرجل والمرأة. قبول صحة الطلاق بالإرادة المنفردة في ساحة الحقوق المكتسبة، فهو في مجال الطلاق ليس الأخذ بالأثر المخفف للنظام العام، وإنما زوال كل النظام العام¹³⁰.

ففي الوقت الحاضر، فجعل هذه الانتقادات، يقول الأستاذ الجوادى، المتعرضة لتدويل النظم القانونية قصد التنسيق بين القواعد القانونية قد فقدت من ذروتها، وذلك حتى داخل الفقه الغربي عامة والفرنسي خاصة.

ويتضح ذلك جليا في قرار أصدرته محكمة استئناف لندن بتاريخ 7 جوان 1962 وقضت بموجبه أن الطلاق الديني الذي تم بالخارج من قبل الزوج، طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، قانون الطرفين، أمام موظف للمحكمة الدينية المختصة وفق القانون، ومسجل في سجلات هذه المحكمة، يعترف به في إنجلترا وكذا الشأن بالنسبة للزواج اللاحق لأحد الأطراف¹³¹.

والواقع، ففي المجال التطبيقي للأثر، محل الاعتبار، كان القضاء الفرنسي السابق للأخذ بهذه النظرية، وذلك في عدة قضايا طرحت عليه. آخذا في ذلك بهذا المبدأ أن الزوج الذي طلق زوجته في بلده طبقا لقوانين هذا البلد، وأبرم عقد زواج جديد مع مواطنة له في بلده، لا يتعرض لأي نقد من قبل القاضي الفرنسي¹³².

وما تجدر ملاحظته أن التساؤل يبقى قائم حول معرفة عما إذا يمكن لهذا الزوج إبرام عقد زواج جديد بفرنسا؟

للإجابة على ذلك، فإن محكمة المرافعة الكبرى للاسن La seine لم تتردد في الاعتراف بالأمر بالتنفيذ في هذه الحالة، وذلك في قضية تتلخص وقائعها فيما يلي : تزوج شخصان بباريس وهاجرا إلى إسرائيل سنة 1947 وتحصلا على جنسية هذا البلد. نطق الزوج رسميا بالطلاق سنة 1950 أمام شاهدين وطبقا للقانون الإسرائيلي. وبعد ما تبين للمحكمة أن هذا القرار قد وافقت عليه الزوجة، قضت بتاريخ 26 أكتوبر 1959 أن "النظام العام الفرنسي لا يعارض بفرنسا على أن ترتب عن هذه الفرقة أثرها في فرنسا، كون أنها قد تمت وفق القانون الوطني للزوجين، بدون غش، خارج التراب الفرنسي، وأنه لم يتم أي خرق لحق من الحقوق الأساسية لأحد الزوجين"¹³³.

¹³⁰ Cf. Y. Loussouarn, note sous T.G.I. La seine 26 octobre 1959, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1960, p. 354. Sur l'ensemble de cette question, cons. M. Poultais-Fillaud, La procédure du divorce en droit international privé, th. Paris 1967, pp. 41 et s.

¹³¹ Cf. C. A. Londres 7 juin 1962, S. 1965, p. 422, note Lipstein.

¹³² Cf. Y. Loussouarn, note sous Paris 31 mai 1949, Rev. Crit. Dr. Int. Privé, 1950, p. 55 ; T.G.I., la Seine 23 avril 1960, D ; 1960, 714.

¹³³ Cf. T.G.I. La Seine, 26 octobre 1959, Rev. Crit. Dr. Int. Privé, 1960 p. 354.

مما سبق قوله يتضح لنا أن موافقة الزوجة على الطلاق قد لعبت دورا هاما وأساسيا في دفع المحاكم الفرنسية بقبول الأمر بالتنفيذ فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالطلاق بالإرادة المنفردة الصادرة بالخارج، وذلك حتى لو كانت الزوجة من جنسية فرنسية.

وذلك ما أكدته مرة أخرى محكمة لاسن في قرارها الصادر بتاريخ 23 ماي 1960 الذي قضت فيه على أنه "حيث أن الطرفين قد لجأ إلى الطلاق بدون غش، وحيث أن النظام العام الفرنسي لا يعارض الأمر بالتنفيذ الملتزم بمجرد أن طلاق المرأة من الزوج قد تم بالخارج، وطبقا للشروط القانونية، مما يجعله مساوي للطلاق بالتراضي"¹³⁴.

ويلاحظ في النهاية أنه قد تم في هذا المجال التقرب بين الطلاق بالإرادة المنفردة والطلاق بالتراضي. وأن كليهما يعدان نوعين من الطلاق وفق المفهوم المعترف به في القانون الفرنسي. وعليه، فإن هذا التقرب سيساعد حتما إلى التنسيق بين النظامين اللائكي والديني. هذا، ويرى الأستاذ إبراهيم فضل الله أن القضاء الفرنسي يتجه حاليا إلى الاعتراف بالطلاق بالإرادة المنفردة المعترف به في الشريعة الإسلامية،¹³⁵ إذ حتى "لو أن المرأة لا تلعب إلا دورا سلبيا في الطلاق بالإرادة المنفردة وآخر إيجابي في الطلاق بالتراضي، إلا أن واقعا، يقول الأستاذ فيليب مالوري Philippe Malaurie، فالتفرقة أكثر ما هي نظرية كسكولوجيا صحيحة : إذ أن التراضي هنا هو عدم التراضي النهائي إذ أنه لا نفع فيه فيما يتعلق بمعرفة الشخص الذي التماسه أولا، كذلك ففي الطلاق بالإرادة المنفردة يمكن أن يتم نتيجة للطلب الشخصي للزوجة"¹³⁶.

¹³⁴ Cf. T.G.I. La seine, 23 mai 1960, D. 1960, 714, note Ph. Malaurie ; J. 1961, p. 750, note J.D. Bredin.

¹³⁵ Cf. I. Fadlallah, Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français ? Rev. Crit. Dr. Int. Privé, 1981, pp.17-30.

¹³⁶ Cf. Ph. Malaurie, note sous T.G.I. La Seine 23 mai 1960, précitée.

خاتمة

أن التأمّلات المعروضة أعلاه أوضحت الأهمية البالغة التي يكتسبها النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية في النظامين الديني واللائكي إذ على ضوء هذا العرض نلخص إلى أن الحياة الزوجية تتطلب بالضرورة المناخ الطيب الذي يهيئ لها الازدهار والاستقرار، ولعل أبرز ذلك الاستقرار يكمن في الأسس الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع.

الواقع أن النظام العام في ذاته يعتبر فكرة مرنة يصعب تحديد مدلولها تحديدا دقيقا، بالنظر لما يترتب على الأخذ بها من مشاكل لا حصر لها في مسائل الأحوال الشخصية، أي بالنسبة للفرد ذاته أم بالنسبة للمجتمع.

فالدفع بالنظام العام، في هذا المجال، يؤدي حتما إلى القول أن النظام الديني يختلف في الكثير من الأمور عن النظام ألائكي.

أضف إلى ذلك، فإذا كانت القاعدة القانونية تنبع من مصدر ديني بحث في النظام الأول، مما يترتب عنها عدم الأخذ بما يخالفها، إلا أن القاعدة القانونية في النظام الثاني تخضع لاعتبارات أخرى مصدرها في أغلبية الأحيان يكمن في العمل البشري.

إزاء كل هذه الاعتبارات تشرع أغلبية الدول في الوقت الحاضر في محاولة التنسيق والانسجام بين قوانينها لأسباب عديدة، مما دفعها إلى الأخذ بما يسمى اليوم بالآثر المخفف للنظام العام. ولكن، بالرغم من هذه المحاولات، فإن فعالية هذا الأثر تبرز فقط في الدول المنتمية إلى النظام ألائكي.

الملاحق

**Arrêt n° 1018 du 26 octobre 2011 (10-25.285) –
Cour de cassation - Première chambre civile**

Mariage

Cassation

Demandeur(s) : Mme Nathalie X..., épouse Y...

Défendeur(s) : M. Eric X...

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme Y... s'est mariée, le 20 juillet 1991, avec M. Z... dont elle a divorcé le 29 octobre 1999 ; que, le 9 décembre 1995, faisant usage d'un extrait d'acte de naissance falsifié, elle s'était mariée avec M. A... dont elle a divorcé le 27 juin 2000 ; que, le 11 décembre 1999, elle avait épousé M. X... dont elle a divorcé le 20 mars 2006 ; que, saisi par ce dernier d'une demande en annulation de son mariage, le tribunal de grande instance de Nîmes, par jugement du 4 mars 2009, a accueilli sa demande ; que Mme Y..., appelante de cette décision, a produit devant la cour d'appel une assignation, enrôlée le 12 avril 2010, tendant au prononcé de la nullité de son mariage avec M. A... et a demandé qu'il soit sursis à statuer dans l'attente de l'issue de cette procédure ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

Vu l'article 189 du code civil ;

Attendu que, si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement ;

Attendu que, pour rejeter la demande de sursis à statuer de Mme Y... dans l'attente de la décision à intervenir sur l'action en nullité de son mariage avec M. A... et déclarer M. X... recevable à invoquer une situation de bigamie, l'arrêt retient que, même si le mariage de Mme Y... avec M. A... était annulé, cette annulation ne permettrait pas de régulariser a posteriori son mariage avec M. X..., la procédure pendante étant sans incidence ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la demande en nullité du mariage de Mme Y... et de M. A... devait préalablement être jugée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 8 septembre 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Nîmes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier

Cour de cassation Chambre civile 2 Audience publique 12 février 2015

N° de pourvoi: 13-19751 Inédit

Président : Mme Flise (président); **Avocat(s)** : Me Foussard, SCP Bénabent et Jéhannin;

la cour de cassation, deuxième chambre civile, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Riom, 16 avril 2013), que la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail d'Auvergne (la caisse) ayant refusé le versement d'une pension de réversion sollicitée le 14 mars 2010 par Mme X... du chef de Rezki Y..., décédé le 27 décembre 2009, au motif que leur mariage avait été célébré avant qu'un précédent ne fût dissous, l'intéressée a saisi d'un recours une juridiction de sécurité sociale ;

Attendu que la caisse fait grief à l'arrêt d'accueillir celui-ci, alors, selon le moyen, que si un mariage, même affecté d'un vice de bigamie, ne peut être tenu pour nul tant qu'une action en annulation n'a pas prospéré, il ne peut produire effet, dans l'ordre juridique français, que dans la limite de ce que tolère l'ordre public international ; que l'ordre public international s'oppose à ce que le juge français fasse produire effet à une union célébrée à l'étranger, avec une ressortissante étrangère, dès lors que le mari, à la date de cette seconde union, était encore dans les liens d'un premier mariage, contracté en France, avec une ressortissante française, peu important que, douze ans après cette seconde union, le premier mariage ait été dissous par un jugement de divorce ; qu'en statuant comme ils l'ont fait quand, en 1979, date de son union avec Mme X..., Rezki Y...était dans les liens d'un mariage célébré en France avec une ressortissante française, la dissolution n'étant intervenue qu'en 1991 et qu'il le savait, les juges du fond ont violé l'article L. 353-1 du code de la sécurité sociale, ensemble les règles de l'ordre public international ;

Mais attendu qu'en l'absence d'annulation du mariage, la cour d'appel a, sans méconnaître la conception française de l'ordre public international, exactement déduit que Mme X... a la qualité de conjoint survivant au sens de l'article L. 353-1 du code de la sécurité sociale ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail d'Auvergne aux dépens;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, deuxième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du douze février deux mille quinze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par Me Foussard, avocat aux Conseils, pour la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail (CARSAT) Auvergne

L'arrêt attaqué encourt la censure ;

EN CE QU'il a décidé que Madame X... pouvait prétendre à une pension de réversion et l'a renvoyée devant la CARSAT AUVERGNE pour la liquidation de ses droits ;

AUX MOTIFS PROPRES QU'« aux tenues de l'article L. 353-1 du code de la sécurité sociale : « En cas de décès de l'assuré, son conjoint survivant a droit à une pension de réversion à partir d'un âge et dans des conditions déterminées par décret » ; qu'en l'espèce il est constant que l'assuré M. Rezki Y..., ressortissant algérien, décédé le 27 décembre 2009, avait contracté un premier mariage en France le 28 juillet 1958 avec Mme Jeanine Z..., ressortissante française puis un second mariage en Algérie le 9 décembre 1979 avec Mme Sadia X... ressortissante algérienne, engendrant ainsi une situation de bigamie ; que si en application de l'article 147 du Code civil on ne peut

contracter un second mariage avant la dissolution du premier, un mariage contracté à l'étranger en état de bigamie n'est pas nul en France si la loi nationale et le statut personnel des époux autorise la bigamie ; que le mariage contracté en Algérie, pays n'interdisant pas la polygamie, entre Mme Sadia X... et M. Rezki Y... tous deux ressortissants algériens, n'étant pas susceptible d'annulation en France et la situation de bigamie n'existant plus à la date du décès de M. Y..., et ce depuis le divorce prononcé le 21 juin 1991 par le Tribunal de Grande Instance de Montluçon, la qualité de conjoint survivant au sens de l'article L. 353-1 du code de la sécurité sociale ne peut être contestée à Mme Sadia X... ; que dans ces conditions cette dernière est fondée à obtenir le bénéfice d'une pension de réversion calculée au prorata de la durée de son mariage avec M. Y..., prise seulement à compter du 21 juin 1991, date du divorce de celui-ci, afin que cela ne puisse nuire aux droits de la première épouse, même si celle-ci a déclaré y renoncer » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QU'« il résulte de l'article L. 353-1 du Code de la Sécurité Sociale qu'en cas de décès de l'assuré, son conjoint survivant a droit à une pension de réversion ; qu'en l'occurrence Mme X..., de nationalité algérienne, a contracté mariage en Algérie avec M. Rezki Y..., également de nationalité algérienne, le 9 décembre 1979 ; que M. Y... avait précédemment contracté mariage en France avec une ressortissante française, Mme Jeanine Z..., le 28 juillet 1958 ; que ce mariage a été dissout par un jugement de divorce prononcé par le Tribunal de Grande Instance de MONTLUÇON le 21 juin 1991 ; que M. Y... est décédé le 27 décembre 2009 ; que la C. A. R. S. A. T. a refusé à Mme X... le bénéfice de la pension de réversion en considérant qu'elle n'était pas mariée avec le défunt, à raison de la situation de bigamie de ce dernier ; que cependant d'une part, s'il est vrai qu'à la date du mariage avec Mme X... le 9 décembre 1979, M. Y... était encore dans les liens d'une précédente union, à la date de son décès, il ne l'était plus par suite du divorce prononcé ; que d'autre part, si l'article 147 du Code Civil prohibe le fait de contracter un second mariage avant la dissolution du premier, l'ordre public français ne fait pas obstacle à l'acquisition de droits en France sur le fondement d'une situation créée sans fraude à l'étranger, en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé ; que le mariage contracté en Algérie entre deux ressortissants algériens, doit être considéré comme valable selon leur statut personnel, qui n'interdit pas la polygamie ; que Mme Y... doit en conséquence se voir reconnaître la qualité de conjoint survivant et doit pouvoir bénéficier de la pension de réversion de son époux décédé » ;

ALORS QUE, si un mariage, même affecté d'un vice de bigamie, ne peut être tenu pour nul, tant qu'une action en annulation n'a pas prospéré, il ne peut produire effet, dans l'ordre juridique français, que dans la limite de ce que tolère l'ordre public international ; que l'ordre public international s'oppose à ce que le juge français fasse produire effet à une union célébrée à l'étranger, avec une ressortissante étrangère, dès lors que le mari, à la date de cette seconde union, était encore dans les liens d'un premier mariage, contracté en France, avec une ressortissante française, peu important que, douze ans après cette seconde union, le premier mariage ait été dissout par un jugement de divorce ; qu'en statuant comme ils l'ont fait quand en 1979, date de son union avec Madame X..., Monsieur Y... était dans les liens d'un mariage célébré en France avec une ressortissante française, la dissolution n'étant intervenue qu'en 1991 et qu'il le savait, les juges du fond ont violé l'article L. 353-1 du Code de la sécurité sociale, ensemble les règles de l'ordre public international ;

Publication : Décision attaquée : Cour d'appel de Riom du 12 Février 2015

**Arrêt n° 951 du 25 septembre 2013 (12-26.041) - Cour de cassation -
Première chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2013:C100951**

Mariage

Cassation partielle

Demandeur(s) : Mme X, épouse Y...

Défendeur(s) : M. Y... ; et autres

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... et M. Y..., se sont mariés successivement, le 2 juillet 2001 en Algérie et le 9 avril 2005 en France ; que M. Y... s'est marié le 30 mars 1998 avec Mme Z..., dont il a divorcé le 26 mars 2002 ; que, saisi par le procureur de la République en annulation du mariage du 9 avril 2005 pour bigamie, et à titre reconventionnel, par Mme X... en annulation du mariage du 2 juillet 2001, le tribunal de grande instance a accueilli ces demandes ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident, pris en ses deux branches, ci-après annexé :

Attendu que ce moyen n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi principal, pris en sa première branche :

Vu les articles 147 et 189 du code civil ;

Attendu que pour prononcer la nullité du mariage du 9 avril 2005 entre Mme X... et M. Y..., l'arrêt retient que si le prononcé de la nullité du mariage du 2 juillet 2001 le fait disparaître rétroactivement, la validité du mariage du 9 avril 2005 doit s'apprécier au jour de sa célébration ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la nullité du premier mariage entraînant sa disparition rétroactive, le second mariage célébré entre les mêmes personnes ne peut être annulé du chef de bigamie, quand bien même la nullité du premier serait prononcée après la célébration du second, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du moyen du pourvoi principal :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a prononcé la nullité du mariage célébré le 9 avril 2005 entre Mme X... et M. Y..., l'arrêt rendu le 21 juin 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris .

Cour de cassation chambre civile 2
Audience publique du jeudi 5 novembre 2015
N° de pourvoi: 14-25565

Non publié au bulletin **Cassation**
Mme Flise (président), président
SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, SCP Piwnica et Molinié, avocat(s)

Texte intégral

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS
LA COUR DE CASSATION, DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt
suivant :
Sur le moyen unique, pris en sa première branche :
Vu l'article L. 353-1 du code de la sécurité sociale ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme Zohra X..., qui a épousé le 31 octobre 1988 en Algérie Mokrane Y..., décédé le 8 septembre 2008, a demandé **le versement d'une pension de réversion dont la caisse d'assurance retraite** et de la santé au travail de Normandie **lui a refusé le bénéfice au motif que l'époux était, lors de son second mariage, engagé dans les liens d'une précédente union contractée en France le 29 avril 1967** qui n'a été dissoute par divorce que le 11 avril 2007 ; que l'intéressée a saisi d'un recours une juridiction de sécurité sociale ;

Attendu que, pour rejeter celui-ci, l'arrêt retient que si la convention franco-algérienne reconnaît la validité des mariages polygames, c'est à la condition que le statut personnel des parties le permette ; qu'en conséquence, les mariages, réguliers au regard de la loi algérienne, le sont également au regard de la loi française, mais à la condition qu'ils ne concernent que des conjoints de statut personnel polygame, de sorte que, si la loi du statut personnel de l'un des conjoints, la loi française en l'espèce, interdit la polygamie, cette convention ne peut être valablement invoquée ; qu'en effet, de tels mariages polygames sont contraires à l'ordre public international s'ils sont de nature à produire des effets à l'encontre d'un conjoint de nationalité française qui est en droit d'invoquer l'interdiction de la bigamie résultant de l'article 147 du code civil français aux termes duquel on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ;

Qu'en privant d'effets le mariage conclu entre Mokrane Y... et Mme X... pour cause de bigamie, alors qu'en l'absence d'annulation de ce mariage, la veuve avait la qualité de conjoint survivant, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 13 mars 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Rouen ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Caen ;
Condamne la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail de Normandie aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;
Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, deuxième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du cinq novembre deux mille quinze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, avocat aux Conseils, pour Mme Y...

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué D'AVOIR débouté Madame Y... de l'ensemble de ses demandes,

AUX MOTIFS PROPRES QUE « Attendu que Mokrane Y... s'est marié en France avec Mme Arlette Z..., de nationalité française, et a épousé en Algérie Mme Zohra X..., de nationalité algérienne, alors que son premier mariage n'avait pas été dissout ; Que cette dernière considère que la convention franco-algérienne du 1er octobre 1980 reconnaît la régularité des mariages polygames et que la répartition des pensions de réversion entre les deux épouses du défunt est parfaitement fondée ; Attendu que l'article 34 de la convention francoalgérienne prévoit que si, conformément à son statut personnel, l'assuré avait, au moment de son décès, plusieurs épouses, la prestation due au conjoint survivant est liquidée dès lors que l'une des épouses remplit les conditions requises pour avoir droit à cette prestation..... Lorsque toutes les épouses ne résident pas en Algérie au moment de la liquidation de la pension de survivant ". et s'il existe plusieurs épouses dont le droit est ouvert, la prestation est répartie entre elles par parts égales.... ; Qu'ainsi, si cette convention franco-algérienne reconnaît la validité des mariages polygames, c'est à la condition que le statut personnel des parties le permette ; qu'en conséquence, les mariages, réguliers au regard de la loi algérienne, le sont également au regard de la loi française, mais à la condition qu'ils ne concernent que des conjoints de statut personnel polygamique ; de sorte que si la loi du statut personnel de l'un des conjoints, la loi française en l'espèce, interdit la polygamie, cette convention ne peut être valablement invoquée ; qu'en effet, de tels mariages polygamiques sont contraires à l'ordre public international s'ils sont de nature à produire des effets à l'encontre d'un conjoint de nationalité française qui est en droit d'invoquer l'interdiction de la bigamie résultant de l'article 147 du Code civil français aux termes duquel On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ; Attendu que l'appelante invoque à son bénéfice sa bonne foi, la caisse ayant eu, selon elle, forcément connaissance de l'existence du mariage de Mokrane Y... avec Mme Z... au moment où son propre mariage a été célébré ; Attendu, cependant, que la bonne foi de l'épouse seule ne peut suffire à lui reconnaître ce droit qu'elle tient du chef de son mari ; Qu'en effet la pension de réversion résulte de droits contributifs, versés en contrepartie du montant des cotisations versées par l'assuré ; Que c'est Mokrane Y... qui par le versement des cotisations a contribué à la création d'un droit à pension pour sa veuve ; Qu'en conséquence si la bonne foi de celle-ci peut être admise, tel n'est pas le cas de son époux qui se savait en état de bigamie au regard de la loi française ; Que reconnaître à Mme Zohra X... le droit à pension de réversion reviendrait à légitimer l'état de bigamie de Mokrane Y... au regard du droit civil français ; Qu'aussi, sans discrimination, ni atteinte au principe d'égalité, la conception française de l'ordre public international s'opposant à ce que le mariage polygamique contracté en Algérie par celui qui savait être encore l'époux d'une personne de nationalité française, produise des effets en France, la décision déférée sera confirmée » ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE « Dans le souci d'une bonne administration de la justice il convient d'ordonner la jonction des procédures n° 21000485, n° 21000227 et n° 21000457. Madame Z... Arlette perçoit une pension de réversion auprès de la CARSAT depuis le 1er octobre 2008 du chef de Monsieur Y... décédé le 8 septembre 2008 ce qui établi qu'ils ont été mariés. Il résulte des écritures de la caisse que Mr Y... a contracté deux mariages :- en France avec Z... Arlette le 25 janvier 1964 de nationalité française et dont le divorce a été prononcé le 11 avril 2007.- en Algérie avec Mme X...Zohra le 31 octobre 2008 (sic) de nationalité algérienne. En application de l'article 147 du code civil on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Il a été jugé que la conception française de l'ordre public international s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une française produise ses effets à l'encontre de celle-ci (cour de cassation, 1ère civile 24/ 09/ 2002, n° 0015. 789). Par conséquent le mariage contracté le 31 octobre 1988 n'ayant pas d'effet en France, seule Madame Z... peut bénéficier des prestations de survivant de l'assurance vieillesse. Par conséquent il y a lieu de rejeter la demande de Madame Y... Zohra » ;

1°) ALORS, A TITRE PRINCIPAL, QU'en cas de décès de l'assuré, son conjoint survivant a droit à une pension de réversion ; que lorsque l'assuré a conclu un second mariage avant que le premier ne soit dissout, la veuve de ce second mariage, lorsqu'il n'a pas été annulé, a la qualité de conjoint survivant au sens de l'article L. 353-1 du code de la sécurité sociale ; qu'en l'espèce, en privant d'effet le mariage toujours valide conclu entre Madame Zohra X...et Monsieur Y..., la cour d'appel a violé l'article L. 353-1 du code de la sécurité sociale ;

2°) ALORS, A TITRE SUBSIDIAIRE, QUE le mariage doit être déclaré putatif à l'égard de l'époux qui l'a contracté de bonne foi ; qu'en cas de mariage d'un assuré suivi d'un second mariage nul mais déclaré putatif à l'égard du second époux, celui-ci à la qualité de conjoint survivant au sens de l'article L. 353-1 du code de la sécurité sociale ; qu'il appartient à la juridiction de la sécurité sociale, appelée à se prononcer sur la qualité de conjoint survivant de la seconde épouse, de surseoir à statuer en réservant à celle-ci la possibilité de saisir la juridiction compétente de la question de la nullité et de l'éventuelle putativité de son mariage ; qu'en s'abstenant de le faire, la cour d'appel a violé les articles 201 du code civil et L. 353-1 du code de la sécurité sociale ;

3°) ALORS, A TITRE SUBSIDIAIRE, QUE le mariage doit être déclaré putatif à l'égard de l'époux qui l'a contracté de bonne foi ; que la Cour d'appel, qui a admis la bonne foi de Madame X... veuve Y..., a refusé de lui reconnaître la qualité de conjoint survivant au motif que son époux n'était pas de bonne foi ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 201 du code civil et L. 353-1 du code de la sécurité sociale.

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 19 octobre 2016, 15-50.098,

Publié au bulletin

Cour de cassation

CHAMBRE_CIVILE_1

Audience publique du 19 octobre 2016

N° de pourvoi : 15-50098

Publié au bulletin

Mme Batut (président), président

SCP Potier de La Varde et Buk Lament, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant

:

Sur le moyen unique :

Vu l'article 6 du code civil, ensemble l'article 423 du code de procédure civile ;
Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X..., de nationalité française, marié depuis le 4 avril 1964, a épousé, en 1971, en Algérie, Mme Y..., de nationalité algérienne ; que son divorce d'avec sa première épouse a été prononcé le 9 mars 1973 ; que le 3 janvier 2014, M. X... et Mme Y... ont assigné le ministère public pour voir ordonner la transcription de leur acte de mariage sur les[...]

Cour de cassation, chambre civile 1, 10 janvier 2018

N° de pourvoi: 16-26001

« la caisse régionale d'assurance maladie des Pays de la Loire (CRAM), après avoir versé, à compter du 1er février 2009, une pension de réversion à Mme X..., veuve de Abdelhamid Y... qu'elle avait épousé à Nantes le 21 octobre 1977, a été saisie, en mars 2009, d'une demande de pension de réversion au profit de Mme A..., dont l'union avec Abdelhamid Y... aurait été célébrée en Algérie par un *cadi* le [...]; que la CRAM a assigné Mme X... en nullité de son mariage (...) ».

En cas de bigamie, c'est en effet le second mariage qui doit être annulé. Selon la Cour de cassation, « la cour d'appel a estimé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que la preuve du mariage de Mme A... avec Abdelhamid Y... n'était pas établie en raison des incohérences et discordances des documents produits ».

Cette affaire permet en tous cas de rappeler à quel point la « colonisation » algérienne fut douce, puisque les Algériens pouvaient décider de garder leurs mœurs ainsi que le reconnaissait la seconde femme dans ses écritures :

« en vertu du sénatus-consulte du 14 juillet 1865 qui prévoit que l'indigène musulman est français ; néanmoins il continuera à être régi par la loi musulmane et de l'ordonnance du 7 mars 1947 relative au statut des français musulmans d'Algérie auxquels s'appliquent, selon l'article 2 de ce dernier texte, le droit musulman et les coutumes berbères en matière de statut personnel, dès lors qu'ils n'ont pas expressément déclaré leur volonté d'être placés sous l'empire intégral de la loi française ».

La France à la carte, ils en avaient de la chance, les indigènes musulmans. C'est ça, Macron, un « crime contre l'humanité » ?

Enfin, naturellement, puisque « l'horrible colonisation » a pris fin, que l'Algérie est devenue indépendante, quoiqu'elle contribue massivement à l'immigration française, il n'est plus envisageable de venir réclamer sur notre sol une « France à la carte » où les musulmans pourraient continuer à vivre selon la charia si bon leur plaît...

La deuxième affaire concerne le [procès fait à Eric Zemmour et](#) qu'il a gagné en cassation (Cour de cassation, chambre criminelle, 23 janvier 2018, n° de pourvoi: 17-80323).

L'affaire ayant été largement médiatisée et M. Zemmour ayant pu s'exprimer publiquement à son sujet, je n'en dirai pas autre chose que signaler que **la Cour ne la publiera pas à son bulletin officiel**. Ce bulletin recense à l'usage des professionnels ses décisions les plus importantes pour les aider à se repérer dans la jurisprudence. C'est vraiment dommage de ne pas donner plus d'importance à cette décision compte tenu de la politique actuelle de poursuite du ministère public.

Qui plus est, il faut savoir que la Cour de cassation ne considère pas que les propos tenus étaient licites (pour rappel, c'étaient les suivants: « » Les musulmans ont leur code civil, c'est le Coran. Ils vivent entre eux, dans les périphéries. Les Français ont été obligés de s'en aller ». « Je pense que nous nous dirigeons vers le chaos. Cette situation d'un peuple dans le peuple, des musulmans dans le peuple français, nous conduira au chaos et à la guerre civile. Des millions de personnes vivent ici, en France, et ne veulent pas vivre, à la française »).

Si Eric Zemmour n'a pas été condamné finalement, c'est, selon la Cour, parce que la cour d'appel aurait dû « mieux caractériser la participation personnelle de M. Y..., qui la contestait dans ses conclusions, au fait de publication sur le territoire national du quotidien étranger et de sa mise en ligne sur le site de ce quotidien et alors qu'il lui appartenait de rechercher, dans les termes du droit commun, en ayant le pouvoir d'apprécier le mode de participation du prévenu aux faits poursuivis, s'il avait contribué ou s'il savait que les propos litigieux donnés au quotidien italien, étaient aussi destinés à être publiés en France et diffusés sur le site du journal, accessible par le réseau internet ».

L'affaire est renvoyée devant la Cour d'appel de Paris. Le procès n'est donc pas terminé et Eric Zemmour pourrait encore être condamné. Par conséquent, il est dangereux de reprendre à son compte ses propos tant que l'ambiguïté n'aura pas été levée.

France, Cour de cassation,

Chambre civile 2, 20 décembre 2018, 17-27987



Sens de l'arrêt : [Rejet](#)

Type d'affaire : [Civile](#)

Numérotation :

Numéro d'arrêt : 17-27987

Numéro NOR : JURITEXT000037900297

Numéro d'affaire : 17-27987

Numéro de décision : 21801542

Identifiant URN:LEX : urn:lex;fr;cour.cassation;arret;2018-12-20;17.27987

Texte :

LA COUR DE CASSATION, DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Donne acte à la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail du Sud-Est du désistement de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre le ministre chargé de la sécurité sociale ;

Sur le moyen unique, pris en ses deuxième et troisième branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 20 septembre 2017), que Mme X..., qui a épousé le [...] en Algérie C... Y... , décédé le [...] , a demandé le versement d'une pension de réversion dont la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail du Sud-Est (la caisse) lui a refusé le bénéfice au motif que l'époux était, lors de ce mariage, engagé dans les liens d'une précédente union contractée en 1958 qui n'a été dissoute par divorce que le 1er février 2000 ; que l'intéressée a saisi d'un recours une juridiction de sécurité sociale ;

Attendu que la caisse fait grief à l'arrêt de dire que Mme X..., veuve Y... a la qualité de conjoint survivant et a droit à une pension de réversion du chef de C... Y... , en concours avec Mme D... Y..., née Z... et de l'inviter à remplir la requérante de ses droits selon les modalités prévues par l'article L. 353-3 du code de la sécurité sociale, alors, selon le moyen :

1°/ qu'un second mariage ne pouvant être contracté avant la dissolution du premier, le mariage contracté en contravention de la loi française ne peut donner d'effets à une situation qu'elle ne reconnaît pas et ne peut ouvrir droit à une pension de réversion en faveur de la seconde épouse ; qu'en l'espèce, M. Y..., de nationalité française depuis 2004, décédé le [...] , avait contracté un second mariage le [...] en Algérie avec Mme Farida X..., également de nationalité française depuis 2003, tandis qu'il était encore dans les liens d'un premier mariage avec Mme D... Z..., mariage qui n'a été dissous, par divorce, que le 1er février 2000 ; que cette situation de bigamie, contraire à l'ordre public français, faisait obstacle à ce que le second mariage en Algérie de M. Y... avec Mme X..., tous deux depuis lors de nationalité française, produise des effets en France ; qu'en décidant que la seconde épouse de M. Y..., Mme X..., avait la qualité de conjoint survivant au sens de l'article L. 353-1 du code de la sécurité sociale et devait bénéficier de la pension de réversion, en concours avec la première épouse, Mme D... Z..., la cour d'appel a violé les articles L. 353-1 et L. 353-3 du code de la sécurité sociale et 147 du code civil ;

2°/ qu'en tout état de cause, le mariage contracté en état de polygamie et en violation de la loi française de la seconde épouse, de nationalité française, mais dont la nullité n'a pas été prononcée, ne peut pas être opposé à une caisse de sécurité sociale pour prétendre bénéficier d'une pension de réversion ; qu'aucun texte n'organise le partage de cette pension de réversion dans le cas d'un tel mariage polygame en raison de l'interdiction de celui-ci par la loi française ; qu'en retenant au contraire qu'en l'absence d'annulation du second mariage de M. Y..., la seconde épouse, Mme X..., de nationalité française, a la qualité de conjoint survivant au sens de l'article L. 353-1 du code de la sécurité sociale et que ce mariage était opposable à la Carsat qui devait, en conséquence, lui verser une pension de réversion en concours avec la première épouse, Mme D... Z..., la cour d'appel a violé derechef les articles L. 353-1 et L. 353-3 du code de la sécurité sociale et 147 du code civil ;

Mais attendu qu'en l'absence d'annulation du mariage, la cour d'appel a, sans méconnaître la conception française de l'ordre public international, exactement déduit que Mme X... a la qualité de conjoint survivant au sens de l'article L. 353-1 du code de la sécurité sociale, de sorte qu'elle doit bénéficier de la pension de réversion, en concours avec la première épouse, selon les modalités prévues par l'article L. 353-3 du même code ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur la première branche du moyen annexé, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail du Sud-Est aux dépens ;
Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail du Sud-Est ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, deuxième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt décembre deux mille dix-huit.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt :

Moyen produit par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail Sud-Est

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR dit que Mme Farida X... veuve Y... a la qualité de conjoint survivant et a droit à une pension de réversion du chef de M. C... Y... décédé le [...], en concours avec Mme D... Y... née Z... et invité la Carsat à la remplir de ses droits selon les modalités prévues par l'article L 353-3 du code de la sécurité sociale français.

AUX MOTIFS QUE l'appelante a demandé à percevoir une pension de réversion suite au décès de M. Y..., le [...], avec lequel elle s'était mariée le [...], en Algérie ; que le 4 juin 2012, la CARSAT lui a opposé un refus car M. Y... était marié avec D... Z... depuis 1958, ce mariage n'ayant été dissous, par divorce, que le 1er février 2000 ; que la commission de recours amiable a rejeté le recours de Mme Y..., le 6 décembre 2012 ; que l'appelante et M. Y... ont obtenu la nationalité française par l'effet des « décrets de réintégration » dans la nationalité française en 2003 puis en 2004 ; qu'au jour de son décès, la loi réglant le statut personnel de M. Y... était la loi française. ; que certes, la loi française prohibe la bigamie puisque l'article 147 du code civil prévoit que « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier » ; que toutefois en l'absence d'annulation du second mariage, la seconde épouse a la qualité de conjoint survivant au sens de l'article L 353-1 du code de la sécurité sociale et doit bénéficier de la pension de réversion, en concours avec la première épouse, Mme D... Y... née Z... ;

que l'article 34 de la convention franco-algérienne du 1er octobre 1980, invoquée par l'appelante pour solliciter à titre subsidiaire un partage de la pension par moitié entre les deux épouses, n'est applicable que « si, conformément à son statut personnel, l'assuré avait au moment de son décès, plusieurs épouses »; qu'or, au moment de son décès, le statut personnel de M. Y... relevant de la loi française, il ne pouvait pas avoir « plusieurs épouses » ; que le partage de la pension sera opéré au prorata de la durée respective de chaque mariage, conformément à l'article L 353-3 du code précité.

1) ALORS QU'un second mariage ne pouvant être contracté avant la dissolution du premier, le mariage contracté en contravention de la loi française ne peut donner d'effets à une situation qu'elle ne reconnaît pas et ne peut ouvrir droit à une pension de réversion en faveur de la seconde épouse ; qu'en l'espèce, M. Y..., de nationalité française depuis 2004, décédé le [...], avait contracté un second mariage le [...] en Algérie avec Mme Farida X..., également de nationalité française depuis 2003, tandis qu'il était encore dans les liens d'un premier mariage avec Mme D... Z..., mariage qui n'a été dissous, par divorce, que le 1er février 2000 ; que cette situation de bigamie, contraire à l'ordre public français, faisait obstacle à ce que le second mariage en Algérie de M. Y... avec Mme X..., tous deux depuis lors de nationalité française, produise des effets en France ; qu'en décidant que la seconde épouse de M. Y..., Mme X..., avait la qualité de conjoint survivant au sens de l'article L 353-1 du code de la sécurité sociale et devait bénéficier de la pension de réversion, en concours avec la première épouse, Mme D... Z..., la cour d'appel a violé les articles L 353-1 et L 353-3 du code de la sécurité sociale et 147 du code civil.

2) ALORS QUE le juge doit en toute circonstance, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction et qu'il ne peut fonder sa décision sur un moyen de droit qu'il a relevé d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ; qu'en l'espèce, il ne résulte ni de l'exposé des prétentions de Mme X... veuve Y... devant la cour d'appel ni de ses conclusions d'appel que celle-ci ait soutenu qu'en l'absence d'annulation du second mariage, la seconde épouse a la qualité de conjoint survivant au sens de l'article L 353-1 du code de la sécurité sociale et doit bénéficier de la pension de réversion, en concours avec la première épouse ; qu'en relevant d'office ce moyen, sans le soumettre à la discussion des parties, pour dire que Mme X... veuve Y... a la qualité de conjoint survivant et a droit à une pension de réversion du chef de M. Y..., en concours avec la seconde épouse de ce dernier, Mme Z..., la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile.

3) ALORS QU'en tout état de cause, le mariage contracté en état de polygamie et en violation de la loi française de la seconde épouse, de nationalité française, mais dont la nullité n'a pas été prononcée, ne peut pas être opposé à une caisse de sécurité sociale pour prétendre bénéficier d'une pension de réversion ; qu'aucun texte n'organise le partage de cette pension de réversion dans le cas d'un tel mariage polygame en raison de l'interdiction de celui-ci par la loi française ; qu'en retenant au contraire qu'en l'absence d'annulation du second mariage de M. Y..., la seconde épouse, Mme X..., de nationalité française, a la qualité de conjoint survivant au sens de l'article L 353-1 du code de la sécurité sociale et que ce mariage était opposable à la Carsat qui devait, en conséquence, lui verser une pension de réversion en concours avec la première épouse, Mme D... Z..., la cour d'appel a violé derechef les articles L 353-1 et L 353-3 du code de la sécurité sociale et 147 du code civil.

Décision attaquée : [Cour d'appel d'Aix-en-Provence](#), 20 septembre 2017.

La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français : une question théorique controversée

Validity and Reception of Polygamy by the French Judicial Order : a Theoretical and Controversial Question

Edwige Rude-Antoine

p. 39-56

Résumés

- 1 Il s'avère difficile de quantifier le nombre de familles polygames vivant en France. Selon les aut (...) [...](#)

1Le phénomène migratoire soulève un ensemble d'interrogations sur la capacité d'un État de droit à gérer, tout en respectant les principes démocratiques, la présence d'institutions étrangères. Dans l'expérience juridique française, les situations de polygamie ne sont pas nouvelles. La politique coloniale préservant « les statuts locaux », « les coutumes », reconnaissait (sans doute pour des raisons d'opportunité politique) le mariage polygamique. Les pays anciennement colonisés ou sous protectorat, devenus États indépendants, ont gardé des liens avec la France ; l'immigration a projeté la question de la polygamie dans l'hexagone. Elle y touche des familles originaires d'Afrique sub-saharienne, d'appartenance soninké, alpujar, toucouleur, de trois nationalités (maliennne, sénégalaise, mauritanienne) et de manière périphérique les familles algériennes, marocaines et turques¹.

2Le juriste doit, malgré les risques, évaluer l'incompatibilité de cette institution avec les exigences du système juridique français. Comment comprendre la place réservée à la polygamie sans la rapporter aux discussions sur la spécificité de la culture ? Comment ne pas penser que ce modèle d'alliance matrimoniale n'a *a priori* aucune valeur en France en raison d'une atteinte aux rapports égalitaires entre l'homme et la femme ? Comment ne pas penser que le simple fait de masculinité assure le droit à des prérogatives ? La France n'échappe pas à ce débat et le juriste internationaliste, placé au coeur de contradictions entre tolérance et refus de l'intolérance, peut refuser la polygamie et ses effets. Toutefois, il est nécessaire de souligner que, dans la société française, le mariage monogamique s'est désacralisé. Les juristes font même remarquer que depuis quelques décennies, une polygamie de fait se développe : polygamie successive que le divorce autorise, union libre à caractère adultérin. J'ai choisi volontairement, pour ne pas me laisser emporter dans un débat passionnel, d'aborder cette institution en termes juridiques et de tenter de montrer comment l'anthropologie peut guider le juriste dans sa réflexion.

Monogamie et polygamie

3Pour le juriste, la polygamie n'est pas facile à définir entre son sens étymologique et son acception commune. Le terme « polygamie » est souvent confondu avec celui de « bigamie » : l'époux bigame est celui qui contracte un second mariage avant la dissolution du précédent alors que sa loi personnelle lui impose la monogamie. L'époux polygame est celui dont les mariages simultanés sont autorisés par son statut personnel. A travers la notion de polygamie, c'est la pratique de la polygynie dont il est question ici.

4 Dans l'immigration, certaines femmes vivent très difficilement cette situation polygame. Au contact des travailleurs sociaux en particulier, elles prennent conscience de la dualité des systèmes, ce qui peut les amener à entreprendre des démarches devant la loi française (en vue d'une séparation ou d'un divorce), mais aussi à une contestation des pratiques légitimées dans le contexte d'origine. Cette prise de conscience n'exclut pas la nécessité pour le juriste de rechercher des solutions aux problèmes juridiques et sociaux posés. Le magistrat est pris entre deux logiques juridiques, deux législations, et doit trancher la question.

- 2 L'argument d'une polygamie imposée par le Coran est d'ailleurs fortement contesté. « Épousez ce qu ([...](#))

5 Rien n'est plus éclairant qu'une lecture de diverses législations. Dans certains pays, le législateur permet aux époux de choisir entre l'union monogamique ou polygamique. Seul le code de statut personnel tunisien, parmi tous ceux des pays arabes, a aboli en 1957 ce modèle matrimonial et se rapproche ainsi des exigences énoncées dans le code civil français. La pratique de la polygamie y est considérée comme une infraction pénale réprimée par une peine d'amende et d'emprisonnement ou par l'une de ces deux peines. Son interdiction est légitimée par l'impossibilité d'observer une équité parfaite entre les épouses². Estimant que les conditions sociales et les mœurs ont évolué, le législateur tunisien considère que la polygamie ne correspond plus aux idées actuelles et provoque souvent des ruptures dans les liens familiaux. Ainsi, le code tunisien a été le premier texte dans un pays arabo-musulman à adopter une position audacieuse et controversée sur une question sociale aussi sensible. Le code marocain justifie le maintien de la polygamie pour tenir compte du respect des « croyances » et ne pas brusquer les « valeurs traditionnelles ». Le code algérien de la famille l'a permise malgré les constantes protestations des mouvements féministes.

6 Si la polygamie demeure ainsi autorisée en **Algérie** comme au Maroc, elle est soumise à une condition d'équité, laissée à la libre appréciation du mari, en son for et conscience. Le code marocain régit l'union polygamique en exigeant que la première épouse soit consultée sur un deuxième mariage projeté (c'est-à-dire qu'elle accepte de devenir co-épouse) et que la seconde femme soit avertie du mariage déjà existant (c'est-à-dire qu'elle accepte aussi de devenir co-épouse). Si l'une ou l'autre n'ont pas été informées de cette réalité, elles sont habilitées à requérir le divorce pour dol évident et/ou préjudice grave. Le code marocain permet également un droit d'option pour la femme à la condition de monogamie : ceci doit être mentionné dans le contrat. Le code algérien exige également l'information préalable et le consentement des épouses. La polygamie au Maroc est d'une fréquence décroissante ; en Algérie elle est quasiment tombée en désuétude. Lorsqu'elle est maintenue, elle est surtout liée à la possibilité pour le mari de bénéficier d'un remariage anticipé.

7 Dans les États d'Afrique sub-saharienne, la polygamie est une institution de droit coutumier qui a été reconnue par les autorités coloniales. Les lois actuelles ne sont pas convergentes. La loi ivoirienne a supprimé la polygamie et reprend la formulation du Code civil français « Nul ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution du précédent » (Article 147 du Code civil français). Selon le Code civil sénégalais (Article 133), il est possible de conclure son mariage sous trois régimes : celui de la polygamie, auquel cas l'homme ne peut avoir simultanément plus de quatre épouses ; celui de la limitation de polygamie et celui de la monogamie. Si l'homme ne souscrit pas à l'une de

ces options, le mariage est placé sous le régime de la polygamie. Ces options sont définitives. L'homme peut seulement restreindre par une nouvelle option une limitation antérieure de polygamie. La nullité doit être prononcée lorsque le mari ne peut plus contracter une nouvelle union en raison de ces dispositions (Article 141-6 du Code civil sénégalais). Le Mali limite également à quatre le nombre d'épouses (Article 7 du code malien). Si un homme contracte une cinquième union, elle sera nulle (Article 8). Il est possible d'opter pour le mariage monogamique. L'homme peut toutefois réviser son contrat avec le consentement exprès de son épouse (Article 7 alinéa 2).

8Ainsi, du fait de l'immigration, des droits et des coutumes étrangers pénètrent l'ordre juridique français. En effet, selon l'article 3 du Code civil français, par réciprocité, la jurisprudence déduit que toute personne étrangère, quel que soit son lieu de résidence est soumise pour son statut personnel à la loi du pays dont elle possède la nationalité. Toutefois, si l'étranger est autorisé à demander le bénéfice de sa loi personnelle, cette loi étrangère considérée non conforme aux exigences de l'ordre public international peut être évincée partiellement ou totalement. Apparaît alors un véritable dilemme : doit-on tolérer des situations de polygamie sur le territoire français au nom du respect des cultures, ou les refuser au risque de porter atteinte aux droits des femmes et de nier l'effectivité d'une situation juridique étrangère. C'est sans doute là où l'anthropologie du droit montre tout son intérêt en permettant de mieux comprendre l'institution étrangère et par ricochet de trouver des solutions plus adaptées à la réalité sociale.

Débats sur la validité du mariage polygamique

- **3 TGI Paris, 22 janvier 1968, *Clunet*, 1969.406, note Ph. Kahn ; Lyon, 21 mai 1974, *D.*, 1975.9, note P (...)**

9La recherche d'une adaptation des systèmes juridiques est facilitée si les critères d'interprétation sont clairs. Ainsi, en France, un officier d'état civil ne peut pas célébrer le mariage d'un étranger engagé dans les liens d'un mariage antérieur non dissout³. Ce mariage serait nul, même si les lois personnelles des futurs époux admettent la polygamie. Le mariage célébré dans les locaux des services consulaires étrangers en France et enregistré par le consul est valable au regard de l'ordre juridique étranger, mais nul au regard de l'ordre juridique français.

- **4 TGI Créteil, 26 avril 1989, *Edi-Data*, n° 89-43658 ; TGI Paris, 9 mai 1989, *Edi-Data*, n° 89-23337 ; (...)**

10Le Code pénal, dans son article 340, considère le mariage bigame célébré en France comme un délit instantané, le délai de prescription étant de trois ans à partir du jour de la célébration du mariage. Souligner cette infraction, c'est insister sur les difficultés liées à la poursuite de tout polygame s'engageant dans un lien de mariage en France alors que la loi française interdit cette célébration. Du fait des complications internationales de transcription, ou encore des difficultés à établir un élément intentionnel, bien souvent le polygame est relaxé. Ceci peut avoir des incidences sur la transcription du mariage polygame à l'état civil. Il en a été ainsi dans une décision du Tribunal de grande instance de Créteil du 26 avril 1989⁴. Selon le vieil adage, « le criminel tient le civil en état », le juge pénal est aussi le juge civil. Autrement dit, dans ce jugement, le tribunal correctionnel ayant prononcé la relaxe, rien ne s'oppose à ce que soit transcrite en marge de l'état civil français la seconde union.

- **5 TGI Paris, 21 juin 1967, RCDIP, 1968.294, note H. Battifol ; Rec. gen. lois, 1969.77, note Droz.**

11 Toutefois, si la loi française interdit cette célébration en France, les juges admettent que le second mariage régulièrement célébré à l'étranger n'est pas nul. L'ordre public dont l'effet se trouve atténué ne s'oppose pas à ce que ce mariage produise un certain nombre de conséquences sur le sol français. Cependant, ceci doit être nuancé. Ainsi, le 21 juin 1967, le Tribunal de grande instance de la Seine⁵ n'a pas reconnu le mariage célébré au Cameroun entre une Française célibataire et un Camerounais déjà marié, bien que les lois du mari et de la première épouse permettent l'union avec une deuxième femme : « Ce serait faire une distinction entre la polygamie active interdite aux Français de sexe masculin et la polygamie passive admise de la Française... Ce que ne veut pas l'article 147 du code civil, c'est qu'un Français, qu'il soit homme ou femme, se trouve engagé dans les liens d'un mariage polygamique » (Bischoff, 1980 : 91). Ce serait remettre en cause la vision légale française du mariage.

12 La validité du mariage polygamique est appréciée au regard de la situation des époux au moment de la célébration. Or, ne devrait-on pas considérer que chacune des épouses est concernée par les autres unions contractées par le mari ? Cette remarque explique le courant actuel des juristes hostiles à la compétence du principe de la loi nationale des époux pour régir les conditions de fond du mariage. Une lecture détaillée des décisions jurisprudentielles montre une absence de consensus des juges sur l'interprétation de l'article 147 du Code civil. L'empêchement de bigamie bilatéral prévu par cet article n'a pas toujours protégé la femme de nationalité française, première épouse d'un mari dont le statut autorise la polygamie et qui contracte une seconde union.

Femme de nationalité française et polygamie passive

- **6 Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 1988, RCDIP, 1989.70, note Y. Lequette.**
- **7 A propos de l'action en nullité, on notera un arrêt de la Cour de cassation en date du 31 janvier 1**
- **8 Cass. civ. 1^{re}, 23 octobre 1990, JCP, 1991.II.21774, note F. Moneger. En dépit d'une décision le fr (...)**
- **9 Cass. civ. 1^{re}, 23 octobre 1990, JCP, 1991.II.21774, note F. Moneger.**
- **10 Selon ces dispositions, en cas de dissolution du mariage par divorce, l'un des époux peut être tenu (...)**
- **11 H. Battifol & P. Lagarde, *Traité*, t. 2, n° 414 ; TGI Lyon, 21 mai 1974, D., 1975.9, note Guiho ; TG (...)**
- **12 I. Fadlallah, 1977 ; M. Ponsard sous arrêt Chemouni, C. Cass. civ. 1^{re}, 19 février 1963, *Clunet*, 19 (...)**

13 L'affaire Baaziz fait généralement référence : après l'accession de l'Algérie à l'indépendance, un mari français de confession musulmane retourne en Algérie, acquiert la nationalité algérienne et contracte, sans que le précédent mariage n'ait été dissout, une seconde union avec une femme algérienne, conformément à la loi de ce pays. Au décès du mari, la première épouse obtient du Tribunal de grande instance de Lyon, le 11 juin 1979, que soit supprimée sur l'acte de décès la mention du second mariage. Saisie, la Cour d'appel de Lyon reconnaît la validité de principe du deuxième mariage sans d'ailleurs préciser dans quelles limites la seconde épouse peut faire usage de sa qualité de veuve sur le territoire français. Le 17 février 1982, la Cour de cassation

confirme que l'exception d'ordre public n'empêche pas la seconde union d'être valide et rejette le pourvoi formulé par la première épouse. Les aléas de la procédure ont conduit cette affaire devant la **Cour de cassation le 6 juillet 1988**⁶ : ce mariage polygame contracté à l'étranger ne peut produire des effets en France. La Cour estime que l'article 29 de la **Convention franco-algérienne du 19 janvier 1965**, prévoyant en cas de décès de l'époux bigame le partage de la rente due au conjoint survivant à parts égales entre les deux épouses, ne peut être appliqué. Elle marque une limite à la reconnaissance du mariage polygamique. Ne pouvant se placer sur le terrain de la validité du second mariage, elle intervient sur la compatibilité des effets de celui-ci avec l'ordre public français. Toutefois, on peut regretter que la Cour n'ait pas choisi tout simplement de prononcer la nullité⁷ de la seconde union et d'autoriser la seconde épouse de bonne foi à se prévaloir du bénéfice du mariage putatif⁸. Cette solution aurait eu l'avantage de sauvegarder les grands principes de la société française sans causer un préjudice à une seconde épouse, veuve et de bonne foi. Évaluée en vertu d'un critère spatio-temporel, la contrariété à l'ordre public d'un mariage polygame doit-elle être appréciée avec d'autant plus de fermeté que l'une des épouses est de nationalité française ? N'y-a-t-il pas risque d'un subjectivisme excessif ?

L'arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 1990⁹ encourage en outre les juges à tenir compte de la bonne foi des époux. Ainsi a-t-il été admis, en application des dispositions des articles 270 et suivants du Code civil¹⁰, à la suite de l'annulation d'un mariage pour bigamie, que la femme puisse toucher une prestation compensatoire. Ce problème a multiplié les propositions doctrinales. L'inégalité de l'union polygamique dans le cas d'une femme de nationalité française a été ressentie comme inadmissible, dans le cas d'une femme étrangère dont la loi personnelle admet la polygamie comme tolérable. En droit français, traditionnellement, l'interdiction du mariage polygamique est un empêchement bilatéral susceptible de résulter de la loi personnelle des futurs époux¹¹. L'exigence de la monogamie vise à protéger la première épouse¹². Elle puise alors dans le caractère monogamique du premier mariage un empêchement au second. C'est ainsi qu'en l'état actuel du droit, une femme française ne peut épouser un homme déjà marié. Par contre, il peut arriver qu'elle contracte un mariage avec un homme qui, par la suite, épousera une autre femme dans un pays qui l'y autorise. Dans ce dernier cas, la Cour de cassation en a également limité les effets.

Difficulté de la recherche d'une règle pour résoudre le conflit de lois

- 13 TGI Paris, 17^e ch., 8 avril 1987, *RCDIP*, 1988.73, note Y. Lequette.

14La polygamie implique, si on veut bien y réfléchir, une redéfinition de la loi qui détermine sa validité : ne serait-il pas préférable, plutôt que de ne considérer que le second mariage, de s'interroger sur le caractère du premier ? L'exigence monogamique doit-elle se déduire de la loi régissant les effets du premier mariage, de la loi du lieu de sa célébration ou de la loi personnelle de la première épouse ? La doctrine diverge. Les juristes ont ainsi recherché une loi mieux adaptée à la réalité du caractère polygamique du mariage. Aucune solution n'est totalement satisfaisante : ni la loi du lieu de célébration, dite trop fortuite, ni la loi personnelle de la première épouse. La possibilité pour un homme de statut polygamique de contracter une seconde union est subordonnée à l'aptitude du mari à devenir polygame, mais aussi à la nature du premier mariage. La décision de **la Cour de cassation du 17 février 1982 (affaire Baaziz)** révèle bien les failles du système qui retient la loi personnelle des futurs époux : en

l'espèce, ni la loi du mari, ni celle de la seconde épouse ne s'opposaient à cette union plurale. Seule, la loi régissant la première épouse aurait pu l'empêcher. Mais cette application de la loi personnelle ne protégerait pas de la polygamie une femme étrangère dépendant d'un statut personnel autorisant cette forme matrimoniale, quand bien même elle vivrait en France et la refuserait. Le rattachement à la loi du domicile commun régissant les effets du premier mariage de deux époux de nationalités différentes présente aussi des inconvénients. Le transfert de domicile est chose facile, la loi du domicile peut quant à son contenu être fort discordante avec les lois nationales des époux (en l'espèce de l'épouse).

Dans un jugement du 8 avril 1987, le Tribunal de grande instance de Paris a choisi cette solution : un Algérien contracte un premier mariage devant l'officier d'état civil français avec une Libanaise de confession chrétienne, puis un second mariage avec une Algérienne au consulat d'Algérie. Le juge a recherché la loi applicable aux effets du premier mariage¹³. Dans cette même décision, le tribunal fait aussi référence, à titre subsidiaire, à la loi du lieu de célébration : « il convient au surplus d'observer que la situation serait identique si la compétence de la loi du lieu de célébration était retenue puisque dans cette hypothèse la loi française s'appliquerait nécessairement ». Le rattachement à la loi du lieu de célébration éviterait les cas de polygamie passive. Mais si l'épouse peut s'en remettre à la nature même de l'autorité célébrant le mariage, il peut être encore reproché le caractère fortuit du lieu de sa célébration.

- 14 *Rév. Crit.*, 1983.277 et 1989.78, notes Y. Lequette ; H. Gaudemet-Tallon, « La désunion du couple en (...) »

15 Béatrice Bourdelois (1993) propose la « *lex matrimonii* », c'est-à-dire la loi de localisation objective du premier mariage. Sa proposition s'appuie sur l'analyse de diverses législations de pays arabes à obédience musulmane et de pays d'Afrique subsaharienne qui permettent aux époux d'opter au moment du mariage entre un statut polygame et un statut monogame. Elle repose encore sur le constat d'une place grandissante de l'application du principe de l'autonomie de la volonté dans les rapports personnels et familiaux. Elle préconise alors de rechercher si objectivement le premier mariage permet ou non la réalisation de la seconde union. Il serait possible de se rallier à cette proposition fort séduisante si l'égalité des époux à tous les instants de la constitution de leur mariage était pleinement assurée. Mais nous l'avons constaté, il n'en est pas toujours ainsi. De plus, comme l'affirment très justement Bertrand Ancel et d'autres juristes, la théorie de la localisation objective est délicate à mettre en oeuvre et demande beaucoup au juge pour que soit déterminée la loi applicable (Ancel, 1993 : 121). Yves Lequette, Hélène Gaudemet-Tallon présentent une autre solution, celle de la « multilatéralisation » de cet empêchement¹⁴. Ils s'appuient sur l'article 3 alinéa 3 du Code civil. Ainsi, la validité de la polygamie ne pourrait être reconnue que si les lois du mari et des épouses ne s'y opposent pas. L'ordre des mariages est ainsi sans importance. Si l'une des épouses du premier ou du second mariage est monogame, la polygamie serait interdite.

16 La solution choisie aura un impact considérable puisqu'elle répondra à la présence d'une institution étrangère que la société française réprouve. Comment concilier le droit reconnu au polygame par son statut personnel et la réalité vécue des femmes et des enfants ?

La polygamie : une reconnaissance mitigée

- 15 Le Conseil d'état (arrêt Montcho, 11 juillet 1980, *Ajda*, 1980.548) a approuvé le jugement d'un trib ([...](#))

17 Certains des effets psychologiques et sociaux des situations de polygamie dans le contexte de l'immigration ont été mis en évidence par des enquêtes sociologiques et anthropologiques, en particulier la velléité des femmes à reconquérir une marge d'autonomie. La polygamie ne peut cependant pas être juridiquement reprochée au mari qui exerce des droits reconnus par sa loi personnelle. Le législateur français ne peut pas dicter un modèle familial au législateur étranger. Il peut cependant limiter la venue des familles polygames sur son territoire. Ainsi, avec la loi du 24 août 1993, a été restreint le regroupement familial des familles polygames¹⁵. Les juges français peuvent reconnaître certains effets du mariage polygamique régulièrement célébré à l'étranger et apporter ainsi une protection aux familles polygames.

La reconnaissance en France des unions célébrées à l'étranger, entre libéralisme et tolérance

[c.anno](#) 20 octobre 2014 [Droit civil](#), [Droit de la famille](#), [Droit international privé](#)

Article finaliste du concours « Décrochez la une » des éditions LexisNexis, publié dans La Semaine Juridique Notariale et Immobilière (JCP N).

Depuis la fin des années 1990, la conception française du couple s'est libéralisée. Au cours des différentes évolutions juridiques, de nouvelles règles de conflits de lois sont apparues pour régir la reconnaissance des unions célébrées à l'étranger. Entre la loi du 15 novembre 1999 ayant consacré en droit français le Pacte civil de solidarité (PACS) et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, la conception française s'est adaptée à l'évolution de la société. Cette étude a pour vocation de dresser un état des lieux de ces différentes étapes et d'appréhender la méthode française de résolution des problèmes de droit international privé concernant les différents types d'unions.

Trois types de couples sont reconnus en droit français : les époux, les partenaires de pacs et les concubins. Les cadres légaux donnés à ces trois types de couples leur permettent de jouir des prérogatives offertes à leur statut, en matière patrimoniale, successorale ou sociale, auxquelles sont associées des devoirs. C'est donc avant tout pour jouir de ces prérogatives ou nier l'existence de ces obligations que les couples ont intérêt ou non à faire reconnaître leur union.

Contrairement aux concubins, les époux et partenaires enregistrés ont l'ambition d'une reconnaissance universelle, a minima trans-étatique. Pour être reconnu, les époux procèdent à une célébration, un ensemble de rites, religieux ou institutionnels^[1]. L'enregistrement d'un partenariat répond également à certaines formes bien qu'il ne soit pas habituel de parler de célébration en France^[2].

Le respect d'un rituel n'a pas seulement des enjeux patrimoniaux, il permet de vérifier que les conditions de fond sont réunies, certaines unions se heurtant à des interdits moraux plus ou moins universels. Aux questions actuelles de polygamie et d'unions homosexuelles, s'ajoutent d'autres empêchements dit dirimants, c'est à dire **qui heurtent de manière insupportable les valeurs d'un Etat**. Il s'agit notamment de l'inceste et du mariage des impubères.

L'ordre public français, en qualité d'ordre moral, tend à reconnaître le plus possible les unions célébrées à l'étranger. Il s'agit en réalité de mettre en balance les avantages et les inconvénients de la reconnaissance d'une union. Parfois, ne pas reconnaître peut produire des effets plus pervers que reconnaître. Cela se traduit par le principe dit de faveur au mariage.

L'importance des flux migratoires a favorisé la formation de couples mixtes – de nationalités différentes – et de couples ne résidant pas sur le territoire dont ils ont la nationalité. De plus, l'essor du tourisme encourage la célébration de mariages exotiques. Ces couples ont légitimement vocation à faire reconnaître leur mariage à l'égard des Etats dans lesquels ils ont un point d'attache^[3].

Pourtant, la conception du couple connaît d'importantes variations selon les civilisations[4]. La reconnaissance en France des unions célébrées à l'étranger s'articule autour de principes contradictoires traduits par des règles de conflit de loi. Quelles sont ces règles ? Elles favorisent par principes la reconnaissance des unions sur le territoire français (I), mais comportent des particularismes pour les des unions polygames et homosexuelles (II).

1. Principe de reconnaissance des unions célébrées à l'étranger

Pour être reconnue en France, l'union célébrée à l'étranger doit satisfaire à des conditions de forme (A) et à des conditions de fond (B).

A) Conditions de forme

En matière de mariage (1) comme de partenariat enregistré (2), la France a choisi d'examiner le respect des formalités exigées au regard de la loi de l'État qui a célébré le mariage, à l'exclusion des mariages et PACS consulaires.

1° - Les conditions de forme du mariage

Parangon du contrat solennel, le mariage est moins qualifié de contrat que d'institution. Si les consentements des époux demeurent la condition *sine qua non* du mariage[5], le respect du rituel qui permet de les recueillir. Il faut donc étudier si les formes accomplies ont été de nature à recueillir les consentements[6]. Pragmatique, le droit français laisse le soin à la loi de célébration du mariage de régir les formes[7].

Des difficultés peuvent provenir des lois étrangères. En effet, la loi française indique seulement qu'il faut se référer à la loi du lieu de célébration, donc à la loi étrangère pour apprécier la validité des formes du mariage. Or, cette loi peut elle-même renvoyer à une autre, la loi personnelle des époux par exemple. Saisie de la question, la Cour de cassation[8], a décidé que la règle française avait un caractère facultatif dans cette situation : un mariage religieux, bien qu'inconnu de la loi italienne, a pu être reconnu par l'Etat français par le truchement de cette loi italienne.

La règle de conflit est presque similaire en matière de partenariat organisé.

2° - Conditions de forme des partenariats enregistrés

En raison de la grande diversité de contrats à travers les Etats, il est plus opportun d'envisager le partenariat enregistré au pluriel[9]. La loi du 15 novembre 1999 ayant soulevé d'innombrables questions de droit international privé[10], une catégorie de rattachement nouvelle a été créée.

Le législateur, après avoir laissé la main à la doctrine et la jurisprudence apporté une solution ferme avec la loi du 12 mai 2009. Elle est à l'origine de l'article 515-7-1 de Code Civil selon lequel « *les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré [...] sont soumis aux dispositions matérielles de l'Etat (...) qui a procédé à son enregistrement* ». Comme en matière de mariage, la *lex loci celebrationis* apparaît comme la plus commode à appliquer.

Cependant, le texte semble ignorer l'existence des règles de conflit des autres Etats. Selon le Professeur AUDIT[11], le législateur aurait cru prévoir une règle unilatérale alors qu'il pratiquait « *inconsciemment l'unilatéralisme* ». L'emploi des termes « *dispositions matérielles* » exclurait donc le renvoi[12]. Malgré la critique faite à l'article 513-3-1 du Code Civil de favoriser le *law shopping* en permettant aux Français de conclure un partenariat à l'étranger, l'ensemble des Etats européens prévoient soit une condition de nationalité, soit une condition de résidence, ce qui exclut les cas de fraude à la loi, française ou étrangère.

Bien que les conditions de forme pour le mariage et les partenariats enregistrés soient régies par des règles de conflit similaires, elles divergent pour le fond.

B) Les conditions de fond

En matière d'empêchements, le Code Civil prévoit des règles très similaires pour le mariage (1) et pour les partenariats enregistrés (2) avec des règles de conflit différentes.

1° - Le mariage

Les tabous de la culture occidentale sont entrés dans le Code civil en prohibant le mariage œdipien, polygamique, le mariage des mineurs et jusqu'à récemment, le mariage entre personnes de même sexe. Or, certains de ces principes sont ignorés ou minimisés par des Etats de cultures différentes[13].

En droit français, c'est la loi personnelle qui régit les Français et les étrangers désireux de faire reconnaître leur union[14]. des mariages valablement célébrés à l'étranger peuvent donc ne pas être reconnus en France. De plus, les conditions de validité s'apprécient de manière distributive. Or, la règle se heurte toujours à l'ordre public international français. Par exemple, il ne serait pas admissible qu'un français épouse un impubère ou une personne déjà mariée au prétexte que la loi personnel de son conjoint le permet. En réalité, il s'agit plus souvent d'un conflit d'ordres publics internationaux. Selon l'analyse du Professeur AUDIT[15], la solution française consiste plus à chercher « *la limite de la permissivité et des exigences raisonnables* ». Enfin, le concept de mariage putatif empêche les époux de profiter de la nullité de leur mariage dans un Etat pour recourir à une forme hybride de polygamie[16].

Des empêchements similaires au mariage existent en matière de partenariats enregistrés[17] mêmes s'ils ne constituent pas la loi personnelle des Français à l'étranger.

2° - Le partenariat enregistré

La règle de conflit donnée par l'article 515-7-1 du Code civil prévoit que les règles de fond du partenariat sont régies par la loi de l'Etat d'enregistrement. Paradoxalement, en dehors hors la fraude à la loi française et si la loi de l'Etat d'enregistrement le permet, un majeur sous tutelle pourra conclure un partenariat sans autorisation du juge, ce qu'il ne peut pas faire s'il conclut un PACS en France. De plus, l'article 515-7-1 du Code

civil a vocation à régir « un » partenariat enregistré : l'Etat français permet donc à ses ressortissants de conclure toute sorte de partenariats étrangers.

Il n'existe aujourd'hui aucune jurisprudence publiée au visa de l'article 515-7-1 du Code civil, les questionnement restent sans réponse ferme : comme l'a souligné le Professeur CLAVEL, « *il ne suffit pas que le juge français s'assure que, du point de vue de l'Etat où le partenariat a été enregistré, celui-ci est valable, fût-ce par référence à une autre loi ; il faut qu'il vérifie que les conditions prévues par les dispositions matérielles de la loi de l'Etat d'enregistrement ont bien été respectées* »[\[18\]](#). La règle est donc de nature à empêcher la reconnaissance sur le territoire français de partenariats légalement formés à l'étranger en vertu d'une loi divergente à la *lex celebrationis*.

Peut-être verra-t-on émerger en matière de partenariat des principes similaires au mariage, tel celui de « partenariat putatif » ou de « faveur au partenariat ». Aujourd'hui les différences de conceptions entre civilisations font débat en question de mariage quasi exclusivement (II).

1. Principes dérogatoires pour les mariage polygamique et homosexuel

Deux cas particuliers de mariage sont révélateurs d'une rencontre de cultures hétérogènes : le mariage homosexuel (A) et la polygamie (B).

A) Le mariage entre personnes de même sexe

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013[\[19\]](#) est à l'origine d'une nouvelle rédaction de l'article 143 du Code civil : « *le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ». Cette option est catégoriquement rejetée dans de nombreux Etats, rendant incompatibles les législations. Il faut distinguer la situation antérieure à l'entrée en vigueur de la loi (1) de celle qui lui a succédé (2). Au demeurant, pour les conditions de forme, il n'y a pas de cas particulier pour le mariage entre personnes de même sexe.

1° - Avant le 19 mai 2013

Avant cette loi, le droit français était muet lorsqu'un Français contractait valablement à l'étranger un mariage avec une personne du même sexe. Certains auteurs étaient favorables à ce qu'il produise des effets en France[\[20\]](#). Pour d'autres, ses effets ne pouvaient être que limités[\[21\]](#).

Une réponse ministérielle[\[22\]](#) était venue apporter quelques éclaircissements : la validité du mariage devait être appréciée au regard de la loi personnelle de chacun des époux ; il était exclu d'assimiler ce mariage à un PACS. Aujourd'hui, l'article 21 de la loi du 17 mai 2013 prévoit une règle de droit transitoire pour reconnaître la validité de ces unions.

De même, le législateur a pris soin d'anticiper les problèmes de droit international privé pour les mariages postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, ce qu'il n'avait fait que dix ans après l'entrée en vigueur de la loi créant le PACS.

2° – Après le 19 mai 2013

La nouvelle loi a été l'occasion de fixer des règles générales en matière de mariage et des règles particulières concernant le mariage entre personnes de même sexe. Pour le fond, l'article 202-1§2 du Code Civil apporte une exception à la règle de prise en compte de la loi personnelle du premier aliéna : « *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'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* ». L'exception est d'ordre public, elle permet d'écarter la loi étrangère prohibitive[23].

L'ouverture du droit français incite donc un certain « tourisme matrimonial » : « *lorsque l'on comprend que ledit mariage sera radicalement nul dans la plupart des autres pays, on saisit combien ces règles « extraordinaires » de conflit peuvent être source de discontinuité dans l'état des personnes* »[24].

De plus, **la France a passé des conventions avec certains Etats qui prohibent le mariage homosexuel**[25]. Or, les lois de conflit renvoient à la loi personnelle des époux. **Une circulaire du 29 mai 2013** a rappelé que le mariage ne pourra être valablement célébré lorsqu'un époux est ressortissant d'un de ces Etats, conformément à l'article 55 de la Constitution. **Cependant, un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry du 22 octobre 2013**[26] a autorisé un couple franco-marocain à se marier, estimant que l'application de la Convention franco-marocaine applicable pouvait être écartée « *si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public* ». Un pourvoi a été formé par le ministère public.

Les différences culturelles entre États se traduisent par des disparités dans les lois personnelles des couples internationaux. Elles sont également visibles en matière de polygamie.

B) Le mariage polygamique

L'article 147 du Code civil interdit le mariage polygamique sur le sol français. L'article 433-20 du code pénal fait de sa célébration un délit. Pourtant, alors qu'elle est inconnue de la loi du for et contraire à ses valeurs, les liens diplomatiques et migratoires importants avec les Etats qui l'autorisent ont imposé un compromis : les mariages polygamiques valablement célébrés à l'étranger sont en principe reconnus (1), mais leurs effets sont limités (2).

1° – Reconnaissance de l'union

La reconnaissance de ces unions repose sur le fondement de l'effet atténué de l'ordre public : la notion d'ordre public international permet au juge d'écarter toute loi étrangère aux dispositions contraires aux valeurs morales protégées par sa loi. Il faut donc distinguer l'acquisition en France d'un droit étranger et la reconnaissance d'un droit acquis à l'étranger pour opter respectivement pour l'ordre public international à effet plein ou atténué. Dans le premier cas, le droit que le polygame prétend acquérir lui sera refusé, alors qu'il sera reconnu dans le deuxième. Pour les conditions de forme, il n'y a pas de cas particulier pour le mariage entre personnes de même sexe.

Selon M. GRIOTTERAY, cette solution pourrait créer des cas de Français polygame si un étranger polygame acquiert la nationalité française. Toutefois, pour prétendre à la naturalisation, il est nécessaire de justifier « *de son assimilation à la communauté française* »[27].

Le droit français reste cependant réticent à l'idée de faire produire tous les effets des mariages polygamiques.

2° – Reconnaissance partielle des effets

Le droit français ne reconnaît pas les effets du mariage polygamique par libéralisme idéologique mais pour en protéger ses victimes, les femmes, sans cela privées leurs droits à pension alimentaire notamment.

En ce sens, les effets patrimoniaux des mariages polygamiques sont reconnus par les juges français depuis **les deux arrêts CHEMOUNI**[28]. Depuis, « *la jurisprudence n'a eu de cesse d'étendre les effets qu'un mariage polygamique peut produire en France* »[29]. Ceci ne vaut pas cependant lorsqu'un Français est partie au conflit depuis l'arrêt BAAZIZ[30]. En pratique, il existe d'autres limites à cette reconnaissance : les organismes de sécurité sociale ne prennent en compte qu'une seule épouse, l'attribution cumulée de deux prestations sociales à des veuves de mariage polygamique n'est pas admise[31]. En outre, la loi du 24 août 1993 illustre le souci de l'ordre juridique français de ne plus voir se développer une institution qu'il réprouve. Cette loi ne permet plus l'entrée et l'installation sur le sol français de plusieurs épouses et d'enfants de différents lits.

Cet enchevêtrement d'intérêts moraux divergents des Etats pour régir les couples fait cependant la richesse et la complexité des règles de reconnaissance en France des unions célébrées à l'étranger.

MARTENS Marine
MONASSIER Thomas

[1] Étymologiquement, la célébration un événement qui se déroule face à un grand nombre de personnes.

[2] Certains Etats ont fait un choix différent en exigeant une cérémonie devant un officier d'État civil. Les pays européens, notamment : Belgique, Danemark, Norvège, Pays-Bas, Suède, Islande.

[3] Nationalité, domicile, résidence habituelle etc...

[4] Les questions de droit international privé en matière de mariage sont relativement récentes. Jusqu'aux années 1930, existait une sorte de consensus international prévoyant que la femme mariée suivait la loi de son époux en prenant sa nationalité.

[5] Art. 146 du Code civil : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ».

[6] Le droit français se prémunit d'ailleurs contre l'éventualité de formalités étrangères de nature à marier un Français contre son consentement : art. 146-1 du Code civil.

[7] Articles 171-1 et 202-2 du Code Civil.

[8] Arrêt ZAGHA : Cass. civ. 1ère, 15 juin 1982, Bull. civ. I n° 224, n° 81-12.611.

- [9] Si en Norvège ou en Suède, le partenariat enregistré est réservé aux couples homosexuels et le soumet à un régime identique au mariage, le PACS propose un régime *sui generis* entre la convention de concubinage et le mariage.
- [10] Il fallait savoir si l'on pouvait reconnaître tous ces partenariats, et à quelle catégorie de rattachement il fallait les assimiler. Alors que certains avaient une apparence de mariage, la nature contractuelle des autres prévalaient.
- [11] AUDIT B., *Droit international privé*, Economica, Corpus Droit Privé, 6ème éd., 2010, spéc. 642 bis.
- [12] C'est du moins l'interprétation du Professeur CLAVEL : CLAVEL S., *Droit international privé*, Dalloz, HyperCours, 3ème éd., 2012.
- [13] Ainsi, nombreux Etats africains et d'Asie du Sud-Ouest reconnaissent la polygynie. De même, le Yémen ne prévoit aucun âge minimum pour se marier.
- [14] Art. 202-1 du Code civil : « *Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle. / Toutefois, 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 elle a son domicile ou sa résidence le permet* ».
- [15] AUDIT B., *Droit international privé*, précité, spéc. 649.
- [16] Cass. civ. 1ère, 6 mars 1956, D. 1958, p. 709.
- [17] Art. 512-2 du Code civil.
- [18] CLAVEL S., *Droit international privé*, Dalloz, HyperCours, 3ème éd., 2012.
- [19] V. sur ce point : LEROYER A.-M., « La loi n° 2013-44 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *Rec. Dalloz*, 2013, p. 1697.
- [20] V. sur ce point : REVILLARD M., « Le PACS, les partenariats enregistrés et les mariages homosexuels dans la pratique de droit international privé », *Deffrénois*, 2005, art. 38128.
- [21] V. sur ce point : FONGARO E., « Le mariage homosexuel à l'épreuve du droit international privé », *JDI*, 2006, p. 477.
- [22] Rép. min. à QE n° 1127S, JO Sénat Q. 19 janv. 2011.
- [23] Cette règle s'inscrit dans une tendance générale du droit international privé de prendre en considération plus volontiers le domicile que la nationalité mais il est intéressant de remarquer qu'avant la promulgation de sa propre loi, la France refusait d'appliquer la réciprocité.
- [24] FULCHIRON H., « Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur français à la peine... », *Droit de la famille*, n°1, Janvier 2013, dossier 9.
- [25] Notamment le Maroc, l'Algérie ou la Pologne.
- [26] CA Chambéry, 22 octobre 2013, n° RG 13/02258.
- [27] Art. 69 du code de la nationalité.
- [28] Cass. civ. 1ère, 28 janvier 1958 et Cass. civ. 1ère, 19 février 1963, n° 60-11.930.
- [29] FONGARO E., « L'adaptation du droit patrimonial de la famille au mariage polygamique », *Revue Lamy Droit Civil*, 2007.
- [30] Cass. civ. 1ère, 6 juillet 1988, précité.
- [31] Cass. civ. 2ème, 19 janvier 2006, n° 04-30.397.

La Cour de cassation déboute le seconde épouse d'un polygame de sa demande de pension de réversion

03 Mar 2018 [Maxime Femme et islam](#), [Liberté d'expression](#), [Loi](#)

Les décisions intéressant l'islamisation de la France proviennent en général des juridictions administratives, celles qui connaissent du droit public intéressant les relations de la puissance publique et de l'individu. Le Conseil d'Etat dispose d'un point d'autant plus important dans ce domaine qu'il est la juridiction suprême de l'ordre juridictionnel administratif. La Cour de cassation, dont les juges n'ont en général pas la même formation ni tout à fait la même culture professionnelle a moins souvent l'occasion de statuer dans ce domaine.

Cependant, le début de l'année 2018 révèle plusieurs affaires intéressantes décidées devant elle.

Outre la décision confirmant qu'il n'y a pas lieu de poursuivre dans [l'affaire de Vitry-sur-Seine](#), quatre autres arrêts ont été rendus en janvier et février.

Une première affaire présente une originalité certaine car il s'agissait d'un recours d'une caisse régionale d'assurance maladie (Pays de la Loire) confrontée à une **seconde demande de pension de réversion de la part d'une prétendue épouse algérienne d'un ayant droit**. Donc une difficulté juridique très concrète découlant de **l'éventuelle polygamie de l'intéressé**.

Cependant, la question n'est pas vraiment tranchée par la Cour qui considère que la preuve du second mariage n'était pas rapportée... On ne saura donc pas si la seconde épouse pouvait réclamer une pension de réversion à la suite du décès du défunt mari à la caisse de retraite, de même que dans l'affaire de Vitry-sur-Seine on ne sait pas finalement si « salafiste » est une injure pour une raison procédurale.

La prétendue seconde femme faisait pourtant valoir un texte de 1865 prévoyant des règles particulières dans le domaine du droit de la famille pour « l'indigène musulman ».

A l'époque, la protection sociale n'étant pas ce qu'elle est devenue, reconnaître l'état de polygamie ne coûtait rien aux finances publiques. Désormais, le contexte a changé avec l'institution de la protection sociale, mais de mon point de vue, si on devait reconnaître à quelques dinosaures algériens mariés avant l'indépendance le droit d'avoir été polygame, cela supposerait non pas de cumuler la pension mais de la partager.

Toute solution contraire violerait le principe d'égalité républicain. Et si la pension en devenait ridiculement saucissonnée, ce n'est pas le problème de la Nation.

SESSION ORDINAIRE DE 1995-1996

Annexe au procès-verbal de la séance du 22 novembre 1995

PROPOSITION DE LOI

relative à la polygamie,

PRÉSENTÉE

Par M. Serge MATHIEU,

Sénateur.

(Renvoyée à la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)

Étrangers. - *Polygamie - Code civil - Code pénal.*

EXPOSÉ DES MOTIFS

MESDAMES, MESSIEURS,

Malgré les dispositions légales interdisant la polygamie, il existe encore en France beaucoup d'étrangers, voire d'étrangers devenus Français, qui vivent sur notre territoire en état de polygamie.

Cette situation porte avant tout atteinte aux lois de la République et donc à notre système juridique, qui n'admet que la famille monogamique.

La coexistence sur notre territoire de familles monogamiques et de familles polygamiques pose le problème de l'inégalité entre ces deux types de famille. Et cela est surtout perceptible dans le domaine des droits sociaux.

Afin d'essayer d'enrayer cette situation, il est nécessaire de renforcer les lois françaises, même si elles comportent déjà des dispositions condamnant la polygamie.

En effet, le code civil établit dans son article 147 qu'on « *ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* ».

Le nouveau code pénal dispose dans son article 433-20 : « *Le fait pour une personne engagée dans les liens du mariage d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent est puni d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende.* »

Ces dispositions constituent le fondement juridique de l'interdiction de la polygamie en France.

En outre, l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France a été modifiée en 1993 et l'interdiction de la polygamie clairement inscrite dans ce texte.

En effet, l'article 30 de l'ordonnance dispose :

« *Lorsqu'un étranger polygame réside sur le territoire français avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé à un autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial.*

« *Le titre de séjour sollicité ou obtenu par un autre conjoint est, selon le cas, refusé ou retiré. Le titre de séjour du ressortissant étranger polygame qui a fait venir auprès de lui plus d'un conjoint, ou des enfants autres que ceux du premier conjoint ou d'un autre conjoint décédé ou déchu de ses droits parentaux, lui est retiré.* »

Cependant, l'ensemble de ce dispositif législatif paraît aujourd'hui insuffisant pour enrayer les pratiques polygamiques sur notre territoire.

C'est pourquoi cette proposition de loi modifie certaines dispositions afin de les renforcer.

Tout d'abord, il est proposé de soumettre la délivrance des cartes de séjour temporaire à la condition de ne pas être polygame.

En outre, l'étranger qui est marié à un Français pourra faire l'objet d'une expulsion s'il vit en état de polygamie.

La loi du 24 août 1993 relative à l'immigration avait prévu le retrait des titres de séjour (carte de résident) aux étrangers polygames; toutefois, cette disposition n'était applicable qu'à partir de l'entrée en vigueur de cette loi. Il est proposé de supprimer cette disposition afin de rendre possible le retrait du titre à toute personne polygame, quelle que soit la date de sa délivrance.

Par ailleurs, il est proposé de modifier le code de la nationalité afin, d'une part, que la nationalité française ne soit pas octroyée aux étrangers mariés à des Français qui vivent en état de polygamie. D'autre part, en cas de condamnation pénale pour polygamie, la personne condamnée sera déchue de la nationalité française.

Les dispositions contenues dans cette proposition de loi devraient permettre de mieux lutter contre la polygamie sur notre territoire.

C'est pour ces raisons que nous vous demandons, Mesdames, Messieurs, de bien vouloir adopter la présente proposition de loi.

PROPOSITION DE LOI

Article premier.

Après l'article 13 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, il est inséré un article additionnel ainsi rédigé :

« Art. 13 bis. - La carte de séjour temporaire ne peut être délivrée à un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie ni aux conjoints d'un tel ressortissant. Une carte de séjour temporaire délivrée en méconnaissance de ces dispositions doit être retirée. »

Art. 2.

Le cinquième alinéa (4°) de l'article 25 de l'ordonnance n° 45-2658 précitée est complété comme suit : « , sauf si l'étranger est en situation de polygamie ; ».

Art. 3.

L'article 37 de l'ordonnance n° 45-2658 précitée est supprimé.

Art. 4.

L'article 38 de l'ordonnance n° 45-2658 précitée est complété comme suit : « et qui ne vit pas en état de polygamie ».

Art. 5.

Le premier alinéa de l'article 21-2 du code civil est complété comme suit : « et que l'étranger ou apatride ne vive pas en état de polygamie ».

Art. 6.

L'article 21-27 du code civil est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Il en est de même de celui qui vit en état de polygamie. »

Art. 7.

L'article 25 du code civil est complété, *in fine*, par un alinéa ainsi rédigé :

« 6° s'il a été condamné en France en application de l'article 433-20 du nouveau code pénal. »

Quand la polygamie est entrée dans la loi¹³⁷

Nathalie Ferré

Maître de conférence en droit privé à l'Université Paris XIII.

L'impossibilité de délivrer une carte de résident ou, le cas échéant, le devoir de la retirer **aux étrangers vivant en état de polygamie** a été prévue par l'article 8 de la loi Pasqua du 24 août 1993. C'est l'histoire de cette disposition que nous essayons de retracer ici à la lumière – parfois peu éclairante ! – des débats parlementaires.

C'est la loi du 24 août 1993, « loi Pasqua » qui a fait entrer, pour la première fois, dans l'ordonnance du 2 novembre 1945, des dispositions relatives à la polygamie. C'est ainsi qu'on peut lire à l'article 15 bis de l'ordonnance que « ... *la carte de résident ne peut être délivrée à un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie ni aux conjoints d'un tel ressortissant. Une carte de résident délivrée en méconnaissance de ces dispositions doit être retirée* » ; de son côté, l'article 30 interdit le regroupement familial polygamique en France. Par la suite, **les lois du 24 avril 1997**, « loi Debré » et **du 11 mai 1998**, « loi Chevènement », prendront le même chemin en posant comme condition générale préalable à la délivrance de plein droit d'un titre de séjour le fait de ne pas vivre en état de polygamie.

Dans le projet initial du gouvernement, la faculté de refuser la délivrance de la carte de dix ans à un ressortissant étranger polygame et au conjoint, comme celle de la retirer, était brandie au nom des valeurs républicaines et de l'égalité entre les sexes. La commission des lois, présidée par Jean-Pierre Philibert, avait toutefois proposé de supprimer cette disposition et, dans son rapport du 10 juin 1993, faisait le point sur l'état du droit positif français en rappelant les incidences du « statut personnel » sur la situation des étrangers en France.

S'il est clair que la polygamie n'est pas « légalisée » en France, les règles du droit international privé permettent néanmoins à des situations polygamiques formées à l'étranger de produire certains effets sur le territoire national, comme la possibilité, pour une seconde épouse, d'obtenir une pension alimentaire ou de prétendre à des droits successoraux. La commission, qui décrivait le phénomène comme « *selon toute vraisemblance marginal* », précisait qu'accepter de faire produire de tels effets à des situations polygamiques ne signifie pas leur compatibilité avec les valeurs de la société française. La proposition de la commission sera écartée par le parlement.

Devant l'Assemblée nationale, on entend tout et n'importe quoi. Chacun y va de son sentiment sur le phénomène et ses effets dévastateurs, et crie la nécessité d'y mettre fin : « *la vie de la famille organisée doit être compatible avec nos propres valeurs, ce qui exclut la polygamie, ses abus, ses fraudes au séjour et aux prestations sociales* » (Alain Marsaud, AN 15 juin 1993). Les situations polygamiques sont si nombreuses que l'équilibre social en est menacé dans les petites communes où « *l'arrivée de familles polygames a complètement modifié la vie scolaire et sociale de ces agglomérations* », au point de « *déstabiliser les consciences les mieux disposées à l'accueil des étrangers* ». Parmi les arguments les plus souvent invoqués pour justifier

¹³⁷ Article extrait du *Plein droit* n° 51, novembre 2001

« [Entre ailleurs et ici : Quels droits pour les femmes et les enfants étrangers ?](#) »

l'incompatibilité entre la polygamie et la possession d'une carte de résident, on trouve de façon récurrente la nécessité légitime de protéger les valeurs essentielles de la société française : « *considérant que la polygamie est incompatible avec un certain nombre de nos principes fondamentaux, tels l'égalité des sexes et les droits de la femme, le projet de loi interdit la délivrance d'une carte de résident, c'est-à-dire du titre de séjour de longue durée, à l'étranger polygame, et limite le bénéfice du regroupement familial à un seul conjoint et aux enfants de celui-ci* » (J-P Philibert, AN 15 juin 1993). Nicole Catala mentionne le respect impérieux de l'institution du mariage et précise qu'elle est « *persuadée que ce n'est pas rendre service aux jeunes filles de confession islamique demeurant chez nous, et plus largement à la cause des femmes que de ne pas combattre résolument la polygamie* » (AN 16 juin 1993). Mais aucun député ne s'interroge vraiment sur la pertinence de l'outil pour combattre les situations polygamiques, et ainsi protéger les valeurs considérées comme fondamentales...

Le prétexte du vide juridique

On parle avec facilité de « *vide juridique* » pour justifier l'intervention législative ou encore de contradiction entre la présence de polygames sur le sol national et les lois et les valeurs de la République. La confusion entre droit au séjour et traitement juridique de l'état et de la capacité des personnes par le droit international privé ne sera levée par aucun des intervenants.

En fait, il n'y avait ni vide ni contradiction avec la loi, le Conseil d'Etat ayant admis, dans un arrêt *Montcho* du 11 juillet 1980, que le fait de faire venir une seconde épouse ne heurtait pas l'ordre public français. Quant à l'ordonnance du 2 novembre 1945, elle se bornait, avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993, à définir des catégories d'étrangers candidats à la délivrance de plein droit d'un titre de séjour, sans se préoccuper d'un éventuel état polygamique, le législateur estimant que cette question relevait de leur loi nationale et n'avait pas sa place dans les questions de police des étrangers.

Lors de la séance du 17 juin, les députés discutent plus avant de la formulation proposée par l'article 8. Deux points sont alors abordés et donnent lieu à amendement. Le premier déterminera le champ d'application de la restriction : est-ce que sont concernés tous les étrangers polygames ou seulement ceux qui vivent en état de polygamie ? Finalement, c'est la seconde formule qui sera adoptée puisque, comme le dit le ministre de l'intérieur, « *le gouvernement n'entend pénaliser que les unions polygamiques effectives en France* » (AN 17 juin)... même si un peu plus tard, devant le Sénat, il dira le contraire (« *c'est la raison pour laquelle le gouvernement souhaite que puisse être refusée, le cas échéant, la carte de résident à une personne qui a le statut de polygame, y compris dans son pays d'origine* », 8 juillet). M. Pasqua déclarera d'ailleurs : « *je m'en remets à la sagesse de l'Assemblée, après ce débat intéressant, qui, je dois le reconnaître, ne m'a pas totalement éclairé* ». Nous non plus.

Du côté de l'opposition, les résistances sont faibles. On peut citer – pas tout à fait au hasard – M. Hage qui, après avoir rappelé que la polygamie constitue un phénomène très marginal, affirme que « *dès lors que la polygamie est une réalité en France, elle va à l'encontre de la loi* », pour conclure par une démonstration on ne peut plus fumeuse, et sous le contrôle de M. Mazeaud (sic) : « *si la loi française... n'interdit pas*

explicitement la polygamie mais seulement le remariage tant que le mariage précédent n'a pas été rompu par le décès du conjoint ou le divorce, c'est que cela n'a jamais eu aucun sens » (AN 17 juin). Julien Dray considère que c'est au nom de droits universels – ceux de la femme – qu'il faut se battre contre la polygamie et qu'il ne s'agit pas dans cette lutte de choisir une civilisation contre une autre (AN 17 juin). M. Lederman pose devant les sénateurs une question pratique très importante, tenant à l'effet rétroactif de la loi : *« que se passera-t-il pour les étrangers déjà dans cette situation – jusqu'à présent considérée comme ne portant pas atteinte à l'ordre public – et qui ont été admis, en toute connaissance de cause, sur le territoire national ? »* (Sénat 8 juillet). Le rapporteur de la commission des lois au Sénat se veut rassurant en affirmant clairement que les mesures ne seront pas rétroactives. Le Conseil d'Etat, quelque temps plus tard, va dire exactement le contraire et donc admettre le refus de renouvellement des cartes de résident délivrées pourtant avant l'entrée en vigueur de la **loi du 24 août 1993**.

Des arguments inconsistants

Un nouveau pas est franchi avec le deuxième amendement à l'article 8 qui propose une autre rédaction consistant à obliger les préfetures à retirer les cartes de résident aux étrangers vivant en état de polygamie. Simple faculté, le retrait de titre devient donc dans cette hypothèse obligatoire. Cela semble logique pour l'auteur de l'amendement : *« notre société repose sur la monogamie. Aussi, si nous voulons intégrer les étrangers résidant en France, nous devons sanctionner la polygamie »* (AN 17 juin). M. Philibert est hostile à l'amendement car il est important, selon lui, de laisser à l'administration un pouvoir d'appréciation en la matière. Cette fois encore, il ne l'emportera pas.

Au bout du compte, très peu de choses se sont dites sur les risques que pouvait produire le retrait de titre ou son non renouvellement pour les maris bien sûr, mais avant tout pour les épouses que l'on affirmait vouloir d'abord protéger. Il faut bien avouer que les débats n'ont guère pris de l'altitude.

Prohibition catégorique de la répudiation : la Cour de cassation est intransigeante.

Par Nisrine Ez-Zahoud, Avocat.

- mardi 21 janvier 2014

Le principe de la Haute Juridiction est sans appel « *la décision, qui constate la répudiation unilatérale par le mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme, était contraire au principe d'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage, énoncé par l'article 5 du protocole 7 du 22 novembre 1984, additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à la conception française de l'ordre public international* »

image:<https://www.village-justice.com/articles/local/cache-gd2/247dc3c1473a05f76f2fc57969eccf32.jpg>

En savoir plus sur <https://www.village-justice.com/articles/Prohibition-categorique-Repudiation,16022.html#6igFCWf2VA9XDomX.99>

Un rapide rappel de la position de la Haute Juridiction semble s'imposer...

Pour mémoire et/ou pour information, **par cinq arrêts de 2004**, d'une importance considérable, la Cour de cassation affirmait avec fermeté la contrariété au principe d'égalité des époux et à l'ordre public international de la répudiation unilatérale et discrétionnaire par le mari de son épouse dès lors que la femme répudiée était domiciliée sur le territoire français (Civ. 1re, 17 févr. 2004).

Deux de ces arrêts de principes concernaient des répudiations marocaines en application de l'ancienne Moudawanna.

Plus récemment, par deux arrêts, du 4 novembre 2009, la première Chambre civile de la Cour de cassation confrontait certaines dispositions du nouveau Code de la famille marocain en matière de divorce à l'ordre public international.

Seule la première affaire (pourvoi n° 08-20.574) retiendra notre attention, puisque à nouveau, la Haute Juridiction a été saisie et confrontée à la fâcheuse et épineuse question de la « Répudiation » qui a du mal à s'effacer des mœurs, bien qu'il y ait eu une certaine atténuation en la matière.

La Cour de cassation estime donc que le jugement marocain de divorce de deux époux marocains domiciliés en France, rendu en application des dispositions du nouveau Code marocain de la famille relatives au « divorce sous contrôle judiciaire » est contraire au principe d'égalité des époux énoncé **par l'article 5 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et donc à l'ordre public international.**

L'intérêt de cette décision (du 4 novembre 2009) est qu'elle est ici rendue en application du nouveau Code marocain de la famille.

Promulgué le 4 février 2004, le Code de la famille marocain, a conservé le talaq appelé désormais « divorce sous contrôle judiciaire », qui permet au mari de mettre fin au mariage par sa seule volonté. L'exercice de ce droit est conditionné par l'obtention d'une autorisation du tribunal, destinée à permettre à la femme d'être entendue et de garantir ses droits ainsi que ceux des enfants. Malgré une procédure marocaine plus rigoureuse, la Cour de cassation estime ces garanties insuffisantes car elles méconnaissent le principe d'égalité des époux et sont donc contraires à l'ordre public international. Ceci bien que l'autorisation de dresser l'acte n'est délivrée qu'après la

consignation au secrétariat-greffe par le mari de la somme, fixée par le tribunal, couvrant les droits de l'épouse.

Si la promulgation de ce Code fut une révolution au Maroc, pays de droit musulman, la Haute Juridiction française n'adhère pourtant pas au divorce sous contrôle judiciaire, qui reste au sens du droit français assimilé à une répudiation malgré l'effort du législateur marocain s'agissant de l'encadrement au niveau de la procédure.

Ceci rappelé, le principe est sans appel et restera à mon sens, sans appel pour l'avenir « *la décision, qui constate la répudiation unilatérale par le mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme, était contraire au principe d'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage, énoncé par l'article 5 du protocole 7 du 22 novembre 1984, additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à la conception française de l'ordre public international s'agissant d'époux qui y étaient domiciliés* »

C'est donc en ce sens que par **deux arrêts récents rendus le 23 Octobre 2013 [1] la Cour de cassation fidèle et sans la ligné de sa jurisprudence depuis 1994**, a refusé la reconnaissance de décisions l'une algérienne et l'autre marocaine, qui constataient la répudiation unilatérale par les maris.

Ces messieurs n'ont pas encore compris qu'il ne servait strictement à rien de s'empresser de se rendre devant le Juge de son pays d'origine pour y obtenir une décision en fraude aux droits de l'épouse : elle n'aura aucun effet en France ! Si pour certains l'intention frauduleuse est manifeste, pour d'autres c'est en toute bonne foi qu'ils saisiront le Juge de leur pays d'origine, en l'état gardons le cas de la saisine du juge marocain, l'expérience de ce contentieux me fait dire que cette seconde catégorie ne fait pas la majorité (malheureusement...).

In fine la procédure de divorce devra à nouveau être initiée en France. De fait, l'effet escompté à savoir, rapidité et gain de l'indemnité éventuelle à verser à l'épouse, n'aura pas été obtenu. Tout sera à refaire en France.

Attention, le principe doit être bien compris, ce qui est reproché n'est pas la saisine du Juge marocain mais bel et bien la procédure choisie et comment celle-ci est instrumentée.

Une récente et agréable consultation en Cabinet, me conduit à terminer mon propos en prenant l'exemple du divorce marocain pour discorde dit « CHIQAQ » (non contraire à l'ordre public français) qui est aujourd'hui le plus utilisé au Maroc. Par ce divorce, le justiciable est assuré d'obtenir l'exequatur de la décision marocaine en France, mais encore faut-il que la procédure soit poursuivie de manière régulière, c'est-à-dire que l'épouse soit régulièrement citée (à la dernière adresse et non à l'adresse de ses parents au Maroc), qu'elle est représentée par un avocat, que l'ensemble des débats se soient fait de manière contradictoire, que les droits de chacune des parties soient préservés et en particulier ceux de l'épouse.

En savoir plus sur <https://www.village-justice.com/articles/Prohibition-categorique-Repudiation,16022.html#6igFCWf2VA9XDomX.99>

France, Cour de cassation, Chambre civile 1, 04 juillet 2018, 17-16102

Sens de l'arrêt : [Cassation](#)

Type d'affaire : [Civile](#)

Numérotation :

Numéro d'arrêt : 17-16102

Numéro NOR : JURITEXT000037196765 [?](#)

Numéro d'affaire : 17-16102

Numéro de décision : 11800709

Identifiant URN:LEX : urn:lex;fr;cour.cassation;arret;2018-07-04;17.16102 [?](#)

Texte :

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, pris en sa troisième branche :

Vu l'article 1er, d), de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, ensemble l'article 5 du Protocole du 22 novembre 1984, n° VII, additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu qu'il résulte du premier de ces textes que les décisions gracieuses ou contentieuses rendues par les juridictions algériennes ont, de plein droit, l'autorité de la chose jugée si elles ne contiennent rien de contraire à l'ordre public ; que, selon le second, les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilité lors de la dissolution du mariage ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... a saisi le juge aux affaires familiales d'une requête en séparation de corps ; que M. Y... a soulevé l'autorité de chose jugée d'un jugement algérien ayant prononcé la dissolution de leur union par la volonté unilatérale de l'époux ;

Attendu que, pour déclarer la demande irrecevable, l'arrêt retient que la juridiction étrangère est compétente en raison de la nationalité algérienne des époux, que les parties ont été légalement citées, que la décision passée en force de chose jugée et exécutée n'est pas contraire à l'ordre public français et qu'aucune décision contraire possédant l'autorité de chose jugée n'est intervenue en France ; qu'il ajoute que Mme X... a sollicité et obtenu de la juridiction étrangère des réparations financières ce qui exclut qu'elle ait méconnu les décisions ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le jugement algérien, fondé sur le droit pour le mari de mettre fin de façon discrétionnaire au mariage, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international, dès lors que

les époux de nationalité algérienne sont domiciliés sur le territoire d'un Etat contractant, même s'ils sont séparés, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 15 décembre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nancy ;

Condamne M. Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, le condamne à payer à la SCP Didier et Pinet la somme de 3 000 euros et rejette l'autre demande ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quatre juillet deux mille dix-huit.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt :

Moyen produit par la SCP Didier et Pinet, avocat aux Conseils, pour Mme X...

Le pourvoi fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR déclaré la demande en séparation de corps de Mme X... irrecevable au regard du jugement de divorce ayant autorité de la chose jugée rendue par le tribunal de Ben Badis en Algérie le 18 janvier 2011.

AUX MOTIFS QUE « la convention franco-algérienne du 29 août 1964 exige, pour que les décisions rendues par les juridictions françaises ou algériennes aient de plein droit autorité de la chose jugée sur le territoire de l'autre Etat, les conditions suivantes : - que la juridiction soit compétente selon les règles concernant les conflits de compétence admise dans l'Etat où la décision doit être exécutée, - que les parties aient été également citées, représentées ou déclarées défaillantes selon la loi de l'Etat où la décision a été rendue, - que la décision soit, d'après la loi de l'Etat où elle a été rendue, passée en force de chose jugée et susceptible d'exécution, - qu'elle ne contienne rien de contraire à l'ordre public de l'Etat où elle est invoquée ni qu'elle soit contraire à une décision judiciaire prononcée dans cet Etat et possédant l'autorité de la chose jugée ; que la juridiction algérienne était compétente, du fait de la nationalité algérienne des deux époux ; les parties étaient légalement citées ; la décision est passée en force de chose jugée et est exécutée ; elle n'est pas contraire à l'ordre public français et aucune décision contraire possédant l'autorité de chose jugée n'est intervenue en France : Mme X... a obtenu le 11 mai 2011 un jugement lui octroyant des réparations financières, à son initiative, ce qui exclut sa méconnaissance des décisions algériennes et son acceptation de la compétence des juridictions algériennes ; que la juridiction algérienne avait déjà statué au fond, puisque le jugement date du 18 janvier 2011, lorsque Mme X... a assigné le 9 juillet 2012 M. Y... devant la juridiction française en séparation de corps et de biens ; que le jugement prononcé le 24 février 2014 par le juge aux affaires

familiales de Colmar doit être infirmé et la demande en séparation de corps de Mme X... déclarée irrecevable au regard du jugement de divorce ayant autorité de la chose jugée rendu par le tribunal de Ben Badis en Algérie le 18 janvier 2011 » ;

1°) ALORS QU'au terme de l'article 1er litt. a) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, les décisions rendues par les juridictions algériennes produisent effet en France, à condition notamment qu'elles émanent d'une juridiction compétente, selon les règles françaises posées par l'article 1070 du code de procédure civile ; que pour retenir l'autorité de la chose jugée du jugement de divorce algérien du 18 janvier 2011 et déclarer en conséquence irrecevable la demande de séparation de corps de l'épouse, la cour d'appel a énoncé que la juridiction algérienne était compétente du fait de la nationalité algérienne des époux ; qu'en statuant ainsi alors que les deux époux étaient domiciliés en France de sorte que leur nationalité algérienne commune ne suffisait pas à rattacher le litige d'une manière caractérisée à l'Algérie, la cour d'appel a violé l'article 1er litt. a) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, ensemble l'article 1070 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE pour déclarer irrecevable l'action en séparation de corps intentée par Mme X..., la cour d'appel a retenu que cette dernière avait obtenu le 11 mai 2011 un jugement lui octroyant des réparations financières, à son initiative, « ce qui exclut sa méconnaissance des décisions algériennes et son acceptation de la compétence des juridictions algériennes » ; qu'en statuant aussi quand le seul fait pour l'épouse d'avoir voulu préserver ses droits patrimoniaux ne pouvait caractériser l'acquiescement sans équivoque de celle-ci au jugement de divorce algérien, la cour d'appel a violé l'article 1er d) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, ensemble l'article 5 du Protocole du 22 novembre 1984, n° VII, additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme ;

3°) ALORS QU'il résulte de l'article 1er d) **de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964**, que les décisions rendues par les juridictions algériennes n'ont de plein droit autorité de la chose jugée que si elles ne contiennent rien de contraire à l'ordre public français ; **que selon l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984**, n° VII, additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilité lors de la dissolution du mariage ; que pour retenir l'autorité de la chose jugée du jugement de divorce algérien du 18 janvier 2011 et déclarer en conséquence irrecevable la demande de séparation de corps de l'épouse, la cour d'appel a énoncé que cette décision, passée en force de chose jugée et exécutée n'est pas contraire à l'ordre public français ; qu'en statuant ainsi quand le jugement algérien prononcé « à la volonté de l'époux » et sans énoncé d'aucun grief, caractérisait une répudiation unilatérale contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, partant, à l'ordre public français, la cour d'appel a violé l'article 1er d) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, ensemble l'article 5 du Protocole du 22 novembre 1984, n° VII additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme ;

4°) ALORS QU'en matière de divorce, le tribunal étranger est reconnu compétent si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux ; que pour déclarer irrecevable la requête en séparation de corps formée par Mme X..., la cour d'appel a retenu que la juridiction algérienne avait déjà statué au fond, puisque le jugement date du 18 janvier 2011,

lorsque Mme X... a assigné le 9 juillet 2012 M. Y... devant la juridiction française en séparation de corps et de biens ; qu'en statuant ainsi quand Mme X... avait déposé une requête en séparation de corps et de biens le 16 octobre 2009 et qu'une ordonnance de non-conciliation avait été rendue le 14 janvier 2010, condamnant M. Y... au titre du devoir de secours, de sorte que cette procédure était pendante en France quand M. Y... **a introduit sa demande en divorce en Algérie, la cour d'appel a violé l'article 1er de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964.**

Références :

Décision attaquée : [Cour d'appel de Colmar](#), 15 décembre 2015

Publications :

Proposition de citation: Cass. Civ. 1re, 04 juillet 2018, pourvoi n°17-16102

 [Télécharger au format RTF](#)

Composition du Tribunal :

Président : [Mme Batut \(président\)](#)

Avocat(s) : [SCP Didier et Pinet, SCP Gatineau et Fattaccini](#)

Origine de la décision

Pays : FranceJuridiction : *Cour de cassation*

Formation : *Chambre civile 1*

Date de la décision : 04/07/2018

Date de l'import : 17/07/2018

أحكام وقرارات قضائية حول

زواج التونسية المسلمة بغير المسلم في النظام القانوني التونسي

31 أوت 2017

أثارت مبادرة رئيس الجمهورية التي أعلن عنها يوم عيد المرأة والرامية إلى إلغاء منشور 1973 المتعلق بتحرير عقود زواج المرأة التونسية المسلمة بغير المسلم، ردود فعل متباينة بين مناصر لهذه المبادرة ومناهض لها. ويقطع النظر عن خلفيات وتوقيت هذه المبادرة التي تناولت أيضا مسألة الميراث، فإن هذا الموضوع فيه جانبان أولهما ديني وثانيهما قانوني.

ففي خصوص الجانب الأول، هناك إجماع على أن الشريعة الإسلامية لا تسمح بزواج المسلمة بغير المسلم طبق ما استقر عليه رأي الفقهاء.

جاء في كتاب «الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة» تأليف عبد الرحمن الجزيري، حيث ذكر في الجزء الرابع منه أنه «يحلّ للمؤمن أن يتزوج الكتابية ولا يحلّ للمسلمة أن تتزوج الكتابي، كما لا يحلّ لها أن تتزوج غيره. فالشرط في صحة نكاح المسلمة أن يكون الزوج مسلما». كما ورد في كتاب «الفقه الإسلامي وأدلته» تأليف الدكتور وهبة الزحيلي في جزئه السابع أنه «يحرم بالإجماع زواج المسلمة بالكافر» استنادا إلى الآية الكريمة «ولا تُنكحوا المشركين حتى يؤمنوا». وكذلك إلى آيات أخرى والملاحظ أن المادة 39 من المدونة الجديدة للأسرة المغربية نصت صراحة على أن من موانع الزواج المسلمة بغير المسلم والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية.

ولا شك أن هذا الجانب هو من إختصاص أهل الذكر، وخاصة «علماء الشريعة الإسلامية» شريطة أن يكونوا فعلا راسخين في علم أصول الفقه والشريعة وليس من المتطفلين عليها.

والذي يهتمنا في هذه الدراسة هو الجانب القانوني لهذا الموضوع الدقيق. وتجدر الإشارة إلى أن هناك منشورا آخر مسكوتا عنه يتعلق بالموضوع ذاته، صدر عن كاتب الدولة للدخالية في

17 مارس 1962 وتضمن أن إبرام عقود زواج مسلمات بغير مسلمين هو إجراء غير قانوني يتنافى مع ما جاءت به مجلة الأحوال الشخصية. وبين ضرورة التحري التام في هذا الموضوع والعدول عن تحرير عقود زواج بين المسلمة وغير المسلم.

وبعد ذلك صدر المنشور المؤرخ في 5 نوفمبر 1973 تحت عدد 216 عن الوزير الأول وأمضاه نيابة عنه وزير العدل آنذاك وقد تضمن أن المشرع بادر إلى إصدار مجلة الأحوال الشخصية معتمدا فيها على الأسس الإسلامية وأن الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية منذ وضعه الأول قضى بفساد زواج المسلمة بغير المسلم، إذ اشترط في فقرته الأولى على الزوجين أن يكون كل واحد منهما خلوا من الموانع الشرعية، وأن تزوج بعض التونسيات المسلمات بالأجانب من غير المسلمين يتعارض جزما مع القانون ويتجافى والسياسة التشريعية للبلاد التونسية، وأن الفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية نص على فساد هذا الزواج، كما نصت بفصلها 22 على بطلانه وجوبا بدون طلاق (هذا ما ورد بالمنشور المذكور).

وبالتعمّن في فصول مجلة الأحوال الشخصية يتبين أنها لم تنص صراحة على منع تزوج المسلمة بغير المسلم، غير أن الفصل الخامس منها ينص على أنه «يجب أن يكون لك من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية». كما أن الفصل 14 من نفس المجلة حدّد موانع الزواج وقسمها إلى صنفين: أولهما موانع مؤبّدة وثانيهما مؤقتة. ولم ينص هذا الفصل صراحة على الموانع المأخوذة من اختلاف الدين بين المرأة المسلمة والزوج غير المسلم. وأمام سكوت المشرع وعدم تعرّضه صراحة لحكم زواج المسلمة بغير المسلم، ظهر جدال كبير بشأن حكم هذا الزواج هل هو صحيح أم باطل؟

موقف فقه القضاء التونسي من حكم زواج المرأة المسلمة بغير المسلم
لقد تباينت الآراء حول هذا الموضوع الهام، وتجلّى هذا التباين بالخصوص في فقه القضاء التونسي، أي مجموع الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم التونسية وخاصة قرارات محكمة التعقيب.

والجدير بالملاحظة أن فقه القضاء تطوّر في خصوص مدى صحة زواج المسلمة بغير المسلم ومرّ بمرحلتين: ففي مرحلة أولى إعتبرت محكمة التعقيب في قرارها الشهير المعروف بقرار «حورية» والصادر في 31 جانفي 1966 تحت عدد 3384 أن زواج المسلمة بغير المسلم هو زواج باطل ووصفته بكونه «من المعاصي العظمى»، مضيفة أن الشريعة الإسلامية تعتبر الزواج باطلا من أساسه. وذهبت محكمة التعقيب في هذا القرار إلى أبعد من ذلك، إذ إعتبرت أن «المسلم الذي يتجنس اختيارا منه بجنسية تُخرجه عن أحكام دينه يكون مرتدا».

في مرحلة ثانية، غير فقه القضاء التونسي موقفه من هذه القضية، وأقر أن زواج المسلمة بغير المسلم هو زواج صحيح. وتجلّى هذا الموقف الجديد في عدة قرارات منها القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 29 جوان

1999 تحت عدد 26855 وجاء فيه «أن الفصل 14 من مجلة الأحوال الشخصية عرّف الموانع الشرعية للزواج بأنها مؤبّدة ومؤقتة، ولا وجود لزواج المسلمة بغير المسلم ضمن موانع الزواج». كما صدر أيضا عن محكمة التعقيب قرارا آخر في نفس الاتجاه بتاريخ 5 فيفري 2009 عدد 31115. وهو قرار هامّ ارتكز على جملة من الأسانيد الثابتة المأخوذة من الدستور والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها تونس والنصوص القانونية الأخرى. وجاء في هذا القرار «أن ضمان حرية زواج المرأة على قدم المساواة مع الرجل يمنع من القول بوجود أي تأثير لمعتقد المرأة على حريتها في الزواج وبالأثر على حقها في الميراث». وفي نفس هذا الاتجاه، أكدت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 73928 المؤرخ في 15 جويلية 2008 أنه «لا يمكن للمحكمة أن تبحث في عقيدة الأشخاص احتراماً لمعتقداتهم التي هي من أهم مقومات حياتهم الخاصة، ومادام المبدأ هو حرية الإنسان فإن كل تقييد لها يجب أن يكون بنصّ خاص وصریح. وتأسيساً على ذلك، فإنّ خلوّ مجلة الأحوال الشخصية من كل قاعدة مكرّسة للدين كمانع للزواج أو الإرث يدلّ بوضوح على إرادة المشرّع إقصاء الموانع.»

واعتبرت المحكمة الابتدائية بتونس في حكمها عدد 66229 الصادر يوم غرة مارس 2008 «في أنّ الانتساب لملة أو لأخرى هو مسألة عقائدية باطنية، الأمر الذي لا يمكن معه إعتبار أنّ مجرد زواج المرأة بشخص من غير دينها أو معاشرتها له يترتب عنه حتماً وبالضرورة خروجها عن دينها واعتناقها ديناً آخر، طالما لم يثبت ممارستها لشعائر دينية مغايرة لدينها.»

يتبين من هذه القرارات والأحكام أنّ فقه القضاء التونسي تخلّى عن موقفه الأول، ولم يعد يعتبر زواج المسلمة بغير المسلم باطلاً.

المبررات القانونية للاتجاه الثاني لفقه القضاء إنّ النظام القانوني التونسي يتمثل في الدستور وهو يأتي في أعلى هرم هذا النظام، تليه المعاهدات الدولية التي صادقت عليها تونس، وهي أعلى من القوانين وأدنى من الدستور طبق الفصل 20 منه، ثم القوانين الأساسية والعادية والمراسيم والأوامر والمناشير والمفروض انه لا يمكن ان تكون القوانين أو المراسيم أو الأوامر مخالفة للدستور أو للاتفاقيات الدولية الموافق عليها من قبل مجلس الشعب.

-فيما يتعلّق بالدستور:

أقرّ الدستور الجديد في فصله السادس حرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية. كما أقرّ أيضاً الفصل 21 منه مساواة المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات وهم سواء أمام القانون من غير تمييز.

-فيما يتعلّق بالمعاهدات المصادق عليها من قبل الجمهورية التونسية:

نشير الى إتفاقية نيويورك المؤرخة في 2 نوفمبر 1963 والمتعلقة بالرضاء بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، وقد صادقت عليها بلادنا وتمّ نشرها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بموجب أمر مؤرخ في 4 ماي 1968 وبالتالي فإنّ ما جاء في هذه المعاهدة ملزم للبلاد التونسية وأنّ أحكامها أعلى من القوانين وبالتالي لا يمكن سن أي قانون مخالف لما جاء للاتفاقية المذكورة والتي إشتملت على توطئة هامة تمّ فيها التذكير بأنّ «بعض الأعراف» والقوانين والعادات القديمة المتعلقة بالزواج وبالأسرة تتنافى مع المبادئ المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة وفي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي نص في فصله 16 أنّ «للرجل والمرأة متى أدركا من البلوغ حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد، بسبب العرق والجنسية أو الدين.»

وبقطع النظر عن أنّ هذا الاعلان ليس له قوة إلزامية، باعتباره لا يشكل معاهدة أو اتفاقية فان توطئة اتفاقية نيويورك المذكورة أعلاه احتوت على فقرة هامة جاء فيها التأكيد على كافة الدول «إتخاذ جميع التدابير المناسبة لإلغاء مثل تلك الأعراف والقوانين والعادات القديمة وذلك بصورة خاصة بتأمين الحرية التامة في اختيار الزوج.» وإنّ هذه الفقرة جزء لا يتجزأ من الاتفاقية طبق ما استقرّ عليه فقهاء القانون الدولي العام مثل الأستاذ Michel DURUPTY، وكذلك آراء محكمة العدل الدولية ولجنة القانون الدولي.

وبالإضافة الى اتفاقية نيويورك الملزمة للدولة التونسية والتي تعلق أحكامها القانون التونسي، فإنّ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 18 ديسمبر 1979، والتي صادقت عليها الجمهورية التونسية بمقتضى القانون المؤرخ في 12 جويلية 1985، وقد أقرت الفقرة 1-ب من الفصل 16 من هذه الاتفاقية ضمان حرية زواج المرأة على قدم المساواة مع الرجل كما أنّ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تضمن بالمادة 23 حق الرجل والمرأة في التزوج وتأسيس أسرة مع وجوب توفر رضاء الطرفين بدون أي إكراه.

لقد سبق لمحكمة الاستئناف بتونس أن أشارت في قرارها عدد 120 المؤرخ في 06 جاني 2004 إلى «أن احكام العامل الديني بالفصلين 5 و88 من مجلة الأحوال الشخصية المتعلقة بموانع الزواج والميراث يؤدي حتماً الى خرق مبدأ المساواة، وذلك بجعل الأشخاص أصنافاً مختلفين في الحقوق، فيكون للرجال حرية التزوج بغير المسلمات بعكس النساء.»

غير أنّ بعضهم يعتبر أنه يتعيّن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وخاصة في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية غير انه ردا على هذا الراي، نلاحظ أنه ولئن نصّ الفصل الاول من الدستور على أنّ تونس دولة دينها الإسلام، فإنه لم ينصّ على تطبيق الشريعة الإسلامية أو حتى على كونها مصدراً أساسياً من مصادر التشريع، خلافاً لما ورد

في بعض الدساتير الأخرى. من ذلك المادة 2 من الدستور المصري الجديد الذي ينص على «أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع.» كما أنه ينبغي التذكير بأنه عند مناقشة الفصل الأول من الدستور في الجلسات العامة التي عقدها المجلس الوطني التأسيسي، اقترح بعض النواب التنصيص على أن الإسلام هو المصدر الأساسي للتشريع، إلا أنه لم تقع المصادقة على هذا الاقتراح بعد أن صوتت ضده أغلبية الأعضاء.

كما أن ما جاء بالفصل الأول من الدستور من كون الإسلام هو دين الدولة فإن ذلك لا يعني بدهاءة وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية لسببين، أولهما أن هناك فرقا بين الدولة الإسلامية والدولة التي يكون دينها الإسلام. وثانيهما أن الفصل 2 من الدستور نص صراحة على أن تونس دولة مدنية وبالتالي فإنه لا شيء يفرض تطبيق الشريعة الإسلامية بحذافيرها في مجال الأحوال الشخصية، حتى في صورة وجود فراغ تشريعي حول هذا الموضوع وذلك عملا بأحكام الفصل 535 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه «إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس فان بقي شك جرى العمل على مقتضى قواعد القانون العمومية.» وهناك جدال حول مفهوم صراحة على الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية والمهم هو أنه في صورة وجود فراغ تشريعي فإنه يجب الرجوع الى قواعد القانون الطبيعية خلافا لما اقرته بعض تقنينات الدول العربية مثل المادة الأولى من المجلة المدنية المصرية التي نصت على انه «إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.»

وتجدر الإشارة الى ان المشرع التونسي منع صراحة تعدد الزوجات واعتبر ذلك جريمة موجبة للعقاب كما ان بعض قواعد الميراث تبدو مختلفة نسبيا مع أحكام الشريعة الإسلامية مثل الفصل 143 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية المتعلقة بقاعدة الرد واختار المشرع أيضا سياسة تشريعية خاصة في مادة العقوبات باعتبار ان المجلة الجزائية التونسية لا تسلط العقوبات الواردة في التشريع الجنائي الإسلامي على مرتكبي الجرائم الواردة بالمجلة مثل الزنا والسرقه وغير ذلك من الجرائم الأخرى التي اقر لها المشرع عقوبات بالسجن تختلف طبعاً عن العقوبات التي جاءت بها الشريعة الإسلامية.

كما أن المجلة الجزائية التونسية التي مضى على صدورها أكثر من قرن لم تتضمن أحكاما تعاقب المرتد، فضلا على ان الفصل 165 منها نص على معاقبة كل من يتعرض لممارسة الشعائر أو الاحتفالات الدينية أو يثير بها تشويشا كما أن الفصل 166 من نفس المجلة يعاقب كل من يجبر بالعنف أو التهديد على مباشرة دينه أو تركها. وتأسيسا على كل ما تقدم، فإن منشور 5 نوفمبر 1973 منازع فيه لأنه أضاف لشروط إبرام عقد الزواج اجراء لم يأت به أي نص سواء بمجلة الأحوال الشخصية أو بأي قانون اخر ويتمثل ذلك الاجراء في انه في صورة زواج تونسية مسلمة بغير مسلم لا بد من الادلاء بما يفيد اعتناق الزوج للدين الإسلامي.

وقد أثارت تلك الشهادة بعض الصعوبات أحيانا فيما يتعلق بكيفية اثبات اعتناق الدين الإسلامي رغم ان هناك منشورا صدر عن الوزير الأول تحت عدد 39 بتاريخ 14 ماي 1988 أقر ان شهادة اعتناق الدين الإسلامي يجب ان تُسلم من قبل مفتي الجمهورية وأنه لا يُقبل أي شهادة مُسلمة من مصدر آخر غير أن محكمة التعقيب اكدت في قرارها عدد 3396 المؤرخ في 02 جانفي 2001 ان اعتناق الإسلام هو واقعة قانونية يمكن إثباتها بجميع الوسائل وأن الشهادة التي يسلمها المفتي ليست الوسيلة الوحيدة لإثبات اعتناق الدين الإسلامي.

ومن ناحية أخرى فان البعض من الشهادات المتضمنة اعتناق الزوج الأجنبي غير المسلم الذي يتزوج بامرأة تونسية مسلمة تكاد تكون شكلية، اذ عادة ما يقتصر المترشح للزواج على النطق بالشهادة امام من له النظر، دون ان يكون ذلك مطابقا لسيرته الباطنية العفائية، وقد لا ينطق بتلك الشهادة إلا مرة واحدة في حياته الأمر الذي يقلل من جدية هذا الإجراء.

وقد اعتمدنا في هذه الدراسة، على مكونات النظام القانوني التونسي من زاوية العلوم القانونية المحضة والمبادئ العامة التي تحكم ذلك النظام والمعمول بها حتى في سائر دول العالم التي تركز مفهوم دولة القانون والتقيّد بالقانون الوضعي، وخاصة أحكام الدستور الذي يأتي في أعلى هرم ذلك النظام والذي يقر كما أسلفنا حرية المعتقد وحماية المقدسات ومنع دعوات التكفير طبق الفصل السادس منه، فضلا على أن القانون الوضعي التونسي الحالي لم يتضمن أحكاما واضحة تقرّ منع زواج التونسية المسلمة بغير المسلم، وقد اصبح جانب من فقه القضاء التونسي يقر صحة هذا الزواج من الناحية القانونية اعتمادا بالخصوص على احكام الدستور وخاصة المعاهدات الدولية التي صادقت عليها البلاد التونسية والتي تمثل جزءا من الشريعة الدولية لحقوق الانسان دون الخوض في هذه المسألة من الزاوية الدينية إذ يبقى هذا الموضوع من اختصاص أهل الذكر.

قائمة المراجع

1. - القرآن الكريم.

1. - صحيح البخاري وصحيح مسلم.

2. - محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، ط. 1985.

3. - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984.

4. - محمد إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج. 1، قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجزائرية، 1990.

5. - عزالدين عبد الله، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج. 2، ط. 9، الهيئة المصرية العامة، 1986.

6. - Mohand Issad, Droit international privé, T.I, Les règles de conflits, édit. O.P.U., 1986.

7. - Henry Batiffol, Traité élémentaire du droit international privé, 6è.édit, L.G.D.J., Paris, 1959.

8. - Y. Loussouarn et P.Bourel, Droit international privé, Dalloz, Paris, 1978.

9. -P. Mayer, Droit international privé, Précis Domas, Paris, 1977.

10. -P. Lagarde, Recherches sur l'ordre public en droit international, édit.L.G.D.J.,Paris,1959

11. -I. Fadlallah, Vers la connaissance de la répudiation musulmane par le juge français, Rev.Cr.Dr.Int.Privé, 1981, pp.17-30.

12. -M. Pounais-Fillaud, La procédure du divorce en droit international privé, th. Paris, 1977.

13. -A.Gannagé, Le rôle de l'équité dans la solution des conflits des lois en jurisprudence française et libano-syrienne, Lyon, 1947.

14. -D. Tchouar, Causes de nullité de mariage et causes de divorce en droit algérien, th. Rennes, 1987.

15. -Al-Bassam, Etude sur le respect des droits acquis en droit international privé, th. Paris, 1956.

16. -Tiret, Essai sur la notion de droit internationalement acquis et sur son domaine d'application, th. Aix, 1930.

17. -H. Batiffol, L'œuvre constructive récente de la jurisprudence française en droit international privé, in Mélanges René Savatier, Dalloz, 1965.

18. -A. Capelle, Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, th. Paris, 1979.

19. -G. Ripert, L'ordre public et la liberté individuelle, Recueil Geny, T.2, 1934.

الفهرس التفصلي

| صفحة | بند |
|------|--|
| 1 | مقدمة |
| | المبحث الأول |
| | النظام العام وضابط الإسناد |
| 8 | المطلب الأول : العامل الديني في مادة الأحوال الشخصية ... |
| 8 | الفرع الأول : النظام ألائكي |
| 9 | الفرع الثاني : النظام الديني |
| 11 | المطلب الثاني : النظام العام اللائكي والنظام العام الديني |
| 12 | الفرع الأول :الاختلاف في التقنية القانونية |
| 12 | 1- معلم النظام العام |
| 13 | 2- ثبات النظام العام |
| 14 | الفرع الثاني : غياب الوحدة القانونية |
| 15 | المطلب الثالث : اعتراض النظام العام ألائكي إزاء النظام الديني |
| 16 | الفرع الأول : تعيين القانون الأجنبي القائم على النظام الطائفي |
| 18 | الفرع الثاني : مانع الأهلية والموانع ذات الطابع الديني |
| 19 | الفرع الثالث : الطلاق وتعدد الزوجات |
| 23 | المطلب الرابع : اعتراض النظام العام الديني إزاء النظام ألائكي |
| 23 | الفرع الأول : التدخل المحدد للنظام العام في النظام ألتعددي |
| 25 | الفرع الثاني : تدخل النظام العام بسبب اختلاف الدين |
| 26 | الفرع الثالث : تدخل النظام العام لحماية حقوق المسلمين الأجانب |
| | المبحث الثاني |
| | الأثر المخفف للدفع بالنظام العام |
| 30 | المطلب الأول : الأثر المخفف للنظام العام في مسائل تعدد الزوجات |
| 42 | المطلب الثاني : الأمر بالتنفيذ في مسائل حل الرابطة الزوجية |
| 43 | الفرع الأول : الطلاق بمعناه الضيق |
| 45 | الفرع الثاني : الطلاق بالإرادة المنفردة |
| 48 | خاتمة |
| 49 | الملاحق |
| 91 | قائمة المراجع |
| 92 | الفهرس التفصلي |

