الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان –
كلية الحقوق

قواعد التنا زع المتعلقة بالزواج وانحلاله

– دراسة مقارنة –

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

من إعداد الطالب:
دربة أمين

تحت إشراف:
أ.د. بن حمو عبد الله

لجنة المناقشة :

– أ.د. تشوار جيلالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
– أ.د. بن حمو عبد الله	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
– د. مامون عبد الكريم	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مناقشا
– د. بن مرزوق عبد القادر	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مناقشا

السنة الجامعية

2008 / 2007

شكر وعرفان

نشكر الله عز وجل على توفيقه لنا على إتمام هذا العمل.

كما نتقدّم بجزيل الشكر إلى كل الذين ساهموا من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل، وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور بن حمو عبد الله بإشرافه على هذه المذكرة، والذي لم يبخل عليّ بتوجيهاته ونصائحه القيمة رغم انشغالاته الكثيرة، وإلى الأساتذة الموقرين الذي قبلوا مناقشة هذا العمل وصرفوا جزءا من وقتهم الثمين في دراسته.

كما لا ننسى كافة أساتذتنا وعلى رأسهم عميد كلية الحقوق الأستاذ الدكتور كحلولة محمد، ونائب العميد المكلف بالدراسات ما بعد التدرج الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي ورئيس المجلس العلمي الأستاذ الدكتور بن عمار محمد، ورئيس قسم القانون العام الدكتور مامون عبد الكريم، ورئيس قسم القانون الخاص الدكتور بن مرزوق عبد القادر على ما قدموه لنا من تسهيلات جزاهم الله عنّا خير الجزاء.

وإلى كل موظفي كلية الحقوق، ومكتبة الحقوق وعلى رأسهم أمين المكتبة سليماني درويش، ومساعديه.

وإلى موظفي المكتبة المركزية وأخص بالذكر منهم بهيجة ونجاة.

وإلى موظفي مكتبة كلية الحقوق وبالأخص: قويدر، أحمد، هشام، عبد اللطيف، بومدين، جواد، فوزي.

الإهداء

إلى آية الوفاء والحنان أطال الله في عمرها... أمّي.

إلى الذي رعاني صغيرا وكان لي المثل الأعلى في الجدّ والعناء... أبي.

إلى روح المرحومين الحاج مختار وعبد القادر والحاجة خديجة وبدرة.

إلى إخوتي وإخواني وخاصة منهم بن يعقوب، وفاطمة الزهراء، وأمّ زكرياء، وأم عبد الرحمان، وإلى جميع عائلة دربة كبيرا وصغيرا.

وإلى من عايش معي كل صامتة وناطقة خلال مشوار دربي زميلي شبّة سفيان المدعو "مصطفى".

إلى كل الأصدقاء وأخص بالذكر منهم بن عيسى مختار المدعو "علي" وناضور محمد الأمين، وبن عبدي ياسين، وإلى بولنوار عبد الرزاق.

إلى عائلة موسي وخاصة منهم الأب الحبيب وأبنائه: نصر الدين ونجيب.

إلى دفعة الماجستير القانون الخاص، وأخص بالذكر محمد الأمين، بشير، أحمد، عبد القادر، عبد الرحمان، حمزة، وإسماعيل.

إلى دفعة الماجستير القانون العام وأخص بالذكر بركات أحمد، موساوي عبد الحليم، وبلماحي زين العابدين.

إلى كل من ساهم بطبع هذا العمل وإنجازه كمال، محمد، وإسماعيل.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع ثمرة جهد وعناء.

وفي الأخير، فإن أصبت فذلك توفيق من الله وإن أخطأت فذلك من سمات البشر.

قائمة المختصرات

1- المختصرات العربية :

ص. : صفحة.

ق.م.ج. : القانون المدني الجزائري.

ج.ر. : الجريدة الرسمية.

ط. : طبعة.

2- المختصرات باللغة الفرنسية :

Al. (al) : Alinéa

Art. (art) : Article

Cass. Civ. : Chambre civile de la cour de cassation française.

C. Civ. Fr. : Code civil français.

L. : loi.

L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence

N° : Numéro.

Op.Cit. : Option citée.

O.P.U. : Office des publications universitaires.

T. : Tome

v. : Voir.

p. (pp.) : page(s).

Ord. : Ordonnance.

Cass.Com. : Chambre commercial de la cour de cassation française.

Dr.In.P. : Droit International Privé.

Trib.Civ. : Tribunal Civil.

T.G.I. : Tribunaux de Grande Instance.

Cass.Req. : Chambre Requêtes de la cour de cassation française.

قائمة المختصرات

1- المختصرات العربية :

ص. : صفحة.

ق.م.ج. : القانون المدني الجزائري.

ج.ر. : الجريدة الرسمية.

ط. : طبعة.

2- المختصرات باللغة الفرنسية :

Al. (al) : Alinéa

Art. (art) : Article

Cass. Civ. : Chambre civile de la cour de cassation française.

C. Civ. Fr. : Code civil français.

L. : loi.

L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence

N° : Numéro.

Op.Cit. : Option citée.

O.P.U. : Office des publications universitaires.

T. : Tome

v. : Voir.

p. (pp.) : page(s).

Ord. : Ordonnance.

Cass.Com. : Chambre commercial de la cour de cassation française.

Dr.In.P. : Droit International Privé.

Trib.Civ. : Tribunal Civil.

T.G.I. : Tribunaux de Grande Instance.

Cass.Req. : Chambre Requêtes de la cour de cassation française.

مقدمة

مقدمة

كل دول العالم تأوي بالإضافة إلى مواطنيها، رعايا أجانب. هؤلاء الأجانب قد يقومون بإجراء تصرفات قانونية على إقليم تلك الدولة، فقد يبرمون عقود بيع، شراء، يتزوجون، يطلقون. وبمناسبة إجراءهم هذه التصرفات قد تثور منازعات فيما بينهم، أو فيما بينهم وبين مواطني تلك الدولة، وهنا تتدخل قواعد التنازع[1] لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا.

والهدف من وضع قواعد التنازع، هو تحديد القانون الواجب التطبيق الّذي قد يكون إمّا قانونا وطنيا أو قانونا أجنبيا. فعلى الرغم من أنّ الدولة ذات سيادة، ولها أنظمتها القانونية الخاصة بها، إلاّ أنّها تتنازل عن سيادتها وتقبل تطبيق قوانين الأجنبية على إقليمها. وهذا التنازل الّذي قدمته الدولة له أهمية بالغة على الصعيد الدولي، خصوصا فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، لأنّها تراعي خصوصيات الأجانب، وتترك الأمر لقوانينهم الشخصية بتنظيمها، إذ ليس لها مصلحة في فرض قانونها الوطني على الأجانب. فبعدما كانت في السابق لا تقبل بتطبيق القوانين الأجنبية، وتطبق القوانين الوطنية إعمالا لقاعدة إقليمية القوانين، أصبحت نتيجة لضرورات دولية، تسمح لقضائها الوطني بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها على أساس المجاملة الدولية، وكأنّ القاضي الوطني يجامل المشرع الأجنبي وهو بصدد إعمال القوانين الأجنبية، ممّا نتج عنه في الأخير تطبيق هذه القوانين على أساس المعاملة بالمثل بين الدول.

وبمناسبة التعديل الّذي جاء به المشرع الجزائري[2]، فيما يخص قواعد التنازع حاول سد مجموعة من الفراغات الّتي كانت موجودة في التشريع السابق.

---

[1] – مصطلح قواعد التنازع هو نفسه قواعد الإسناد، لأنّه إذا ثار نزاع لا بد من البحث عن القانون الّذي يسند له حكم هذه العلاقة، وقاعدة الإسناد هي الّتي تحدد القانون الواجب التطبيق، ويعتبر دورها غير مباشر، ويكمن في توجيه القاضي إلى القانون المختص.

[2] – انظر قانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، المعدل و المتمم للقانون المدني، والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 26 جوان 2005، رقم 44.

فمن بين هذه التعديلات الّتي تهمنا في مجال الأحوال الشخصية، أدرج قاعدة تنازع تحكم النسب، وتأثر في ذلك بالاتجاه الفقهي والقضائي الداعي بتطبيق القانون الشخصي للأب. وجاء أيضا بقاعدة تنازع تسري على الحالة الّتي يتعذر فيها إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق من طرف الخصوم أمام القضاء الوطني، وتأثر بالاجتهاد القضاء الفرنسي الّذي نادى بإحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المتعذر إثباته.

كما وضع قاعدة تنازع أخرى، تحكم الحالة الّتي يستبعد فيها القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام أمام القضاء الوطني[1]، وقضى بتطبيق القانون الجزائري. وأضاف قاعدة تنازع تتعلق بالغش نحو القانون، في حالة ما إذا تلاعب الخصوم بقواعد التنازع قصد التهرب من أحكام القانون المختص بحكم العلاقة القانونية.

كل هذا وذاك أدى بنا إلى معالجة هذا الموضوع على ضوء التعديلات الجديدة للقانون المدني الجزائري، ومقارنتها بالنظريات الفقهية السائدة، والاتفاقيات الدولية الّتي نظمت شؤون القانون الدولي الخاص[2]، والاجتهادات القضائية الّتي تعتبر أساس للقانون الدولي الخاص، خصوصا في فرنسا. لكن رغم غزارة القضاء الفرنسي في مجال تنازع القوانين، إلاّ إنّنا لقينا صعوبة في الحصول عليها قصد مناقشتها وتحليلها. أمّا في الجزائر فقواعد التنازع تعتبر تشريعية الأصل، والقضاء ليس له أثر كبير في هذا المجال وأحكامه جد قليلة[3].

وقد عرجنا من خلال بحثنا المتواضع، على قواعد التنازع الّتي تحكم رابطة الزواج وآثارها ثمّ انحلالها والآثار القانونية المترتبة عنه. كما تعرضنا كذلك للأسس الّتي يقوم عليها النظام القانوني الجزائري، بشأن معاملة القانون الأجنبي المراد تطبيقه.

---

[1] – أطلق الفقه على الحالة الّتي يعوض فيها القانون الأجنبي المخالف للنظام العام ،بالقانون الوطني بالأثر الإيجابي للنظام العام.

[2] – انظر الاتفاقيات الموجودة بقائمة الملاحق من ص. 119 إلى ص. 139.

[3] – في بحثنا المتواضع، لم نجد إلاّ قرارين للمحكمة العليا، ولا تعتبر هذه القرارات اجتهادات قضائية لأنّها لم تضع مبادئ، وأسس للقانون الدولي الخاص، وإنّما قضت بتطبيق النصوص التشريعية (راجع القرار المتعلق بالنسب بتاريخ 1991/04/23. نقلا عن عليوش قربوع كمال: " القانون الدولي الخاص الجزائري "، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة الجزائر، 2006، ص. 164، وأيضا القرار المتعلق بالحضانة. المحكمة العليا، ملف رقم 170082، قرار صادر بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية، العدد 1، 2000، ص. 167-170.

غير أنّ القاضي وهو في سبيله لتطبيق القوانين الأجنبية قد تعترضه مشاكل، إمّا لتعارضها مع الأسس الجوهرية لدولة القاضي المعروض أمامه النزاع (استبعاده باسم النظام العام)، أو يستبعدها من ميدان التطبيق نظرا لتلاعب الأشخاص بقواعد التنازع قصد التهرب من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة (الغش نحو القانون).

ولدراسة هذه المسائل اعتمدنا على المنهج المقارن، معتمدين في ذلك على النصوص القانونية المقارنة، لكل من التشريع الفرنسي والمصري، والقانون الكويتي والتونسي. وقد ركّزنا في مقارنتنا على التشريعين الكويتي والتونسي لسببين، السبب الأول يكمن في إعطاءهما حلول تتناسب مع المقاصد الدولية، والسبب الثاني: يتمثل في إفرادهما لقواعد التنازع في مدونة مستقلة، عكس التشريعات الأخرى الّتي ضمنتها ضمن القانون المدني.

اعتمدنا أيضا على المعاهدات الدولية بين الدول المبرمة في إطار الأمم المتحدة من أجل توحيد قواعد القانون الدولي الخاص، وبالأخص المتعلقة منها بالأحوال الشخصية على سبيل المثال (اتفاقية لاهاي المتعلقة بتنازع القوانين في مادة الزواج المبرمة بتاريخ 12 جوان 1902، اتفاقية لاهاي المتعلقة بالنظام المالي للزوجين المنعقدة بتاريخ 14 مارس 1978، والّتي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ 01 سبتمبر 1992).

ودفعتنا إلى إجراء هذه الدراسة، مجموعة من الإشكاليات الّتي قد تثيرها قواعد التنازع المتعلقة بالأحوال الشخصية، وإذا ما طرحت نزاعات متعلقة بالزواج وانحلاله للأجانب أمام القضاء الوطني، فما هو القانون الّذي يحكمها ؟

وكيف يمكن تحديد ما هو من قبيل الشروط الموضوعية، وما هو من الشروط الشكلية؟

وإذا تحدد القانون الواجب التطبيق بقانون أجنبي، فكيف يتعامل القاضي الوطني معه؟ فهل يطبق كما يطبق القانون الجزائري، أو يعامل معاملة خاصة؟ وما هو موقف المشرع من ذلك؟

وللإجابة على هذه الإشكاليات اتبعنا الخطة التالية، من أجل معالجة هذا الموضوع في فصلين.

الفصل الأول: عنوناه بتحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج وانحلاله. وقسمناه إلى مبحثين، عالجنا في المبحث الأول منه، القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره. ثمّ تعرضنا في المبحث الثاني، للقانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج وآثاره.

الفصل الثاني: فكان عنوانه معاملة القانون الواجب التطبيق على الزواج وانحلاله وموانع تطبيقه. تطرقنا في المبحث الأول منه، لمعاملة القانون الواجب التطبيق على الزواج وانحلاله. أمّا المبحث الثاني منه، خصصناه لموانع تطبيق القانون المختص.

الفصل الأوّل
تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج وانحلاله

الفصل الأوّل
تحديد القانون الواجب التطبيق
على الزواج وانحلاله

يعتبر الزواج من أفسح المجالات في العلاقات القانونية، سواء كانت على المستوى الداخلي أو على صعيد العلاقات الدولية الخاصة، الّتي تتعدّد فيها المسائل القانونية، ويثور بصددها تنازع القوانين. ومن ثمّة صعوبة تحديد القانون الذي يحكمها باعتبار أنّ الزواج هو المجال الخصب لتنازع القوانين.

وعليه سيقسم هذا الفصل الى مبحثين :نتطرق في المبحث الأول منه للقانون الواجب التطبيق على الزواج واثاره، وفي المبحث الثاني منه نتعرض للقانون الذي يسري على إنحلال الزواج وآثاره.

المبحث الأوّل
القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره

يبدأ الزواج عادة بمقدمات تسمى بالخطبة، والّتي تباينت التشريعات في تحديد طبيعتها القانونية. إلى جانب توافر شروط موضوعية وشكلية لانعقاد الزواج، وذلك حتّى يرتب عقد الزواج جميع آثاره القانونية من آثار شخصية وآثار مالية.

سنخصص هذا المبحث لدراسة القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وشروطه، في المطلب الأوّل. وكذلك القانون الذي يحكم آثار الزواج، في المطلب الثاني.

المطلب الأوّل
قواعد التنازع الّتي تحكم انعقاد الزواج وشروطه

نتعرض في الفرع الأول من هذا المطلب للطبيعة القانونية للخطبة، والقانون الذي يسري عليها. ثم نتناول في الفرع الثاني منه للقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية، والشكلية لعقد الزواج.

الفرع الأوّل

القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج

للتكييف أثر بالغ الأهمية بالنسبة لمسألة الخطبة. حيث أنّ تكييفها يختلف من قاضي لآخر، وبالتالي يؤثر على قواعد التنازع الّتي تحكمها، وينتج عنه في الأخير اختلاف في القانون الواجب التطبيق عليها. وعليه يوجد اتجاهين لتحديد القانون الذي يسري على الخطبة:

اتجاه اعتبرتها بمثابة عقد ملزم، ولا يمكن للأطراف العدول عنها، وإذا عدل أحد الأطراف عنها يسأل على أساس المسؤولية العقدية. ومن بين الأنظمة القانونية الّتي ذهبت هذا المذهب التشريع الألماني والإنجليزي، إذ اعتبرت العدول عنها نوعا من أنواع عدم التنفيذ، مما يترتب عليها أثار المسؤولية العقدية، أي بعبارة أخرى تسري عليها قواعد الإسناد الخاصة بالعقد[1].

ويرى جانب من الفقه[2]، بإخضاع الخطبة لقانون جنسية الخاطب قياسا على قواعد التنازع الّتي تحكم الزواج، بحيث يخضع العدول عنها لقانون جنسية كل من الخاطب وقت فسخها. وهو ما ذهب إليه المشرع الكويتي في نصّ المادة 35 من القانون الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي من القانون رقم 5 الصادر بـ 14 فبراير 1961

[1] – زروتي الطيب : " القانون الدولي الخاص الجزائري"، مقارنا بالقوانين العربي، الجزء الأوّل : تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 2000، ص. 149.

[2] – محمد المبروك اللافي : " تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي "، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 1994، ص. 119.

بقولها:"تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة إلى كل خاطب، ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ ".

غير أنّنا لا نساير هذا الرأي، الذي يجعل قواعد التنازع الّتي تحكم الزواج نفسها قواعد التنازع الّتي تسري على الخطبة، لأنّه يجعل من الخطبة عقد ملزم مثل عقد الزواج.

أمّا الاتجاه الثاني[1]، فاعتبر الخطبة من مقدمات الزواج وهو لا يضفي عليها أثرا ملزما، إذ اعتبرها وعدا بالزواج وليست بعقد، أي ليست له قوة الإلزام والالتزام.

ويلاحظ بالنسبة للتشريع الفرنسي، أنّه لم يعط تعريفا للخطبة ولم يتعرّض لآثارها، رغم أنّ الفرنسيين لا يتمّ الزواج عندهم إلاّ بعد مرور بمرحلة الخطبة. وإعتبر القضاء الفرنسي الخطبة وعدا غير ملزم، بمعنى أنّه لا يتولد عنها التزامات قانونية في ذمة الخاطبين[2].

أمّا العدول عن الخطبة فتترتب عليه المسؤولية التقصيرية، لأنّه من حق كل من الطرفين العدول عنها، غير أنّه إذا حصل ضرر عن العدول جاز للطرف المضرور أن يطلب التعويض من جراء الأفعال المصاحبة للعدول.

إذن فالخطبة في حدّ ذاتها ليست التزام والعدول عنها لا يرتب أي أثر، لكن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول يسأل الشخص عنها على أساس المسؤولية التقصيرية.

والإلتزام بالتعويض مصدره الفعل الضار، ويتمّ تحديد التعويض طبقا لقانون البلد الذي تمّ فيه الفعل الضار، وبالتالي تخضع لقاعدة الإسناد الّتي تحكم الالتزامات غير التعاقدية، أي تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية.

وعلى هذا الأساس، إعتبر القضاء الفرنسي[1] العدول عن الخطبة أو الوعد بالزواج الذي يترتّب ضرر عنه للغير موجبا للتعويض على أساس المواد 1382 و1383 من القانون

---

[1] – وهبة الزحيلي : " الفقه الإسلامي وأدلته "، الجزء السابع، دار الفكر العربي دمشق، بالتعاون مع الملكية للإعلام والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 1992، ص. 28 .، انظر في هذا الشأن: عثمان التكروري : " شرح قانون الأحوال الشخصية "، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة سنة 2004، ص .24.

[2]- C.f .Trib.Civ.Seine,16 juin 1936. v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre :"Droit international privé", Dalloz, 7ème édition, 2001. p. 352

المدني الفرنسي، وإنّ تأسيس دعوى التعويض على المادة 1382 مدني فرنسي أوسع من غيرها تقضي بالتعويض عن كل خطأ يلحق بالغير ضررا، حتّى ولو كان هناك وعد بالزواج[2].

واعتبر القضاء المصري، أيضا الخطبة وعدا بالزواج وليس بعقد وذلك حسب ما قضت به محكمة النقض المصرية على أنّه:"العدول عن الخطبة قد يرتب المسؤولية، بشرط أن يقترن العدول بخطأ تقصيري"[3].

---

[1] – وهذا ما قضت به غرفة العرائض بتاريخ 1877/01/16. أشار إليه مقدم سعيد :" نظرية التعويض عن الضرر المعنوي "، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص. 245.

[2] – سعيد مقدم : " التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية المدنية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1984، ص. 232.

[3] – نقض في 1993/12/14. المحاماة، ص. 760. نقلا عن محمد حسين منصور: "النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص. 166.

ونلاحظ أيضا حكما آخر لمحكمة النقض المصرية[1]، يذهب في نفس السياق الذي ذكرناها في الحكم السالف الذكر، بحيث جاء بقوله :"إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال ألحقت ضررا بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية".

نستخلص مما سبق ذكره، أنّ التشريع المصري جاء خاليا من قاعدة التنازع الواجبة التطبيق على مسألة الخطبة لكن القضاء كيّفها على أنّها وعد بالزواج ولا ترقى إلى درجة العقد، وبالتالي تخضع لقواعد التنازع الّتي تسري على المسؤولية التقصيرية[2].

أما المشرع الجزائري، فلم يضع قاعدة تنازع تسري على الخطبة، وتبع في ذلك كلاّ من القانون الفرنسي والمصري في هذا الشأن، إذ اعتبر الخطبة عبارة عن وعد بالزواج. وذلك بصريح المادة 05 من قانون الأسرة المعدلة بقولها :"الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض "[3].

وتكييف الخطبة يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وذلك طبقا للمادة 09 من القانون المدني الجزائري التي تنص :"يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين "[4]. وعلى هذا الأساس تعتبر الخطبة طبقا للنظام القانوني الجزائري وعدا، فهي لا ترقى إلى درجة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من آثار عقد الزواج[5]. لكن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول يمكن مساءلة الشخص عنها

---

[1] – نقلا عن عبد الرزاق أحمد السنهوري : " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " (مصادر الالتزام)، المجلد الثاني، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، طبعة سنة 1998، ص. 340.

[2] – المادة 21 الفقرة الأولى من القانون المدني المصري تنصّ على أنّه : " يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام ".

[3] – المادة 05 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المعدّل والمتمّم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر. رقم 15.

[4] – اقتبست هذه المادة عن الفقه الفرنسي، بما يعرف بنظرية بارتان Bartin للتكييف والذي بنى نظريته على فكرة السيادة ، أي إخضاع التكييف لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.

[5] – سعيد خيدر : " التكييف القانوني للخطبة "، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1993، ص. 24.

على أساس المسؤولية التقصيرية. وبالتالي تطبق عليها قاعدة التنازع الّتي تحكم الالتزامات غير التعاقدية، وذلك طبقا لنص المادة 20 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى بقولها:"يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام".

الفرع الثاني

القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج.

ستكون دراسة هذا الفرع في ثلاث نقاط، تتمثل في القانون الذي يسري على الشروط الموضوعية (أوّلا). والقانون الذي يحكم الشروط الشكلية (ثانيا). وتحديد ما يعتبر شرطا من الشروط الموضوعية، وما هو شرط شكلي (ثالثا).

أوّلا : القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية.

يجب الإشارة إلى المقصود بهذه الشروط وبيانها، لتحديد القانون الذي يسري عليها، وتعرّف على أنّها تلك الشروط الأساسية لقيام رابطة الزواج، وإذا تخلف شرط من هذه الشروط يترتب عن هذه العلاقة البطلان [1]. ويقصد بها أيضا تلك الشروط الّتي يتوقف وجود الزواج على وجودها وينعدم في حالة إنعدامها، إذن هي الأسس الجوهرية الّتي يقوم عليها الزواج.

ومن هذه الشروط ما نصّت عليه المواد 9، 9 مكرر، 25، 26 ،27 من قانون الأسرة الجزائري. ويستخلص من هذه المواد أن عقد الزواج يشتمل على الرضا والأهلية والصداق وشهود ووليّ، وخلوّ الزوجين من الموانع الشرعيّة. ويجب أن تتوافر هذه الشروط لكي يرتب العقد جميع آثاره القانونية.

[1] – ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش : " القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن"، الجزء الأوّل : تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط. 1998، ص. 89.

أمّا فيما يتعلّق بالقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لعقد الزواج، فهناك ثلاثة اتجاهات تحدّد ذلك، وهي[1]:

اتجاه أوّل، يرى بإخضاع هذه الشروط لقانون موطن الزوجين. وأخذ بهذا الحكم كلا من القانون الإنجليزي والدول الإسكندنافية.

واتجاه ثاني، يسندها لقانون محل إبرام عقد الزواج، دون التمييز بين الشكل وموضوع الزواج. وهذا الحكم معتمد من قبل القانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية.

بينما هناك *اتجاه ثالث*، نادى بإخضاع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين. وأخذت به كل من الدول العربية والقانون الألماني، وأيضا اتفاقية لاهاي المؤرخة بتاريخ 12 جوان 1902 الخاصة بتنازع القوانين في مادة الزواج في المادة الأولى منها.

أمّا القانون الفرنسي، فلم يأت بقاعدة تنازع صريحة تحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج. ممّا جعل جانب من الفقه[2]، يقترح إخضاعها للقانون الشخصي للزوجين استنادا لنص المادة 03 في فقرتها الثالثة الّتي جاء نصها على ما يلي:"القوانين الشخصية الّتي تحكم حالة الأشخاص وأهليتهم تتبع الفرنسيين ولو أقاموا في الخارج"[3]. وعلى هذا الأساس، تعتبر هذه الشروط من مسائل حالة الأشخاص، لهذا يلاحظ أنّ الفقه الفرنسي يحبذ إخضاع هذه الشروط لقانون الجنسية المشتركة للزوجين.

وعليه لقد طبق القضاء الفرنسي، قانون الجنسية المشتركة للزوجين في حالة إبرام زواج مدني بفرنسا بين أجانب يحملون نفس الجنسية[4].

أمّا بخصوص المشرع المصري، فقد أخضع هذه الشروط لقانون جنسية الزوجين. حيث نصّ في المادة 12 من القانون المدني المصري على أنه:"يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين".

---

[1] – زروتي الطيب : المرجع السابق، ص. 149.

[2]- Gutmann Daniel : "Droit international privé", Dalloz, 3ème édition, 2002, p. 143.

[3]– C.f. Art. 03 Al. 03 du C.Civ.Fr. qui dispose : « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résident en pays étrangers » .

[4] - Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p. 353.

وما يلاحظ على نصّ هذه المادّة، أنّها لم تذكر الوقت الذي يعتدّ به بقانون كل من الزوجين. غير أنّه، يبدو أنّ العبرة بوقت انعقاد الزواج باعتباره الوقت الذي يتعيّن فيه توافر الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد الزواج صحيحا[1]. والقضاء المصري[2]، يطبق بشأن شروط الزواج المتعلقة بسن الزواج وصحة التراضي التطبيق الموزع، أي يكفي أن يكون كل زوج قد إحترم سن الزواج طبقا لقانونه الوطني. أما فيما يتعلق بموانع الزواج كالقرابة، فيطبق بشأنهما التطبيق الجامع.

أمّا بالنسبة للمشرع التونسي، فقد أخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كل على حدة، وذلك في الفصل 45 من الباب الثالث المتعلق بحقوق العائلة وسمّى هذه الشروط بالشروط الأصلية[3].

بينما المشرع الجزائري، فقد نصّ في المادة 11 من القانون المدني الجزائري المعدلة بإخضاع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين. ويلاحظ أنّ النص الجديد جاء أدق من النص القديم، الذي كان معيبا ولا يؤدّي المعنى المقصود منه، اذ كانت المادة 11 تتكلم عن القانون الواجب التطبيق على شروط الزواج دون تحديد نوع هذه الشروط، هل هي الشروط الموضوعية أم الشروط الشكلية؟. وقد تدارك المشرع هذا النقص من خلال التعديل الجديد للقانون المدني، ووّضح أنّ هذه المادة تعني الشروط الموضوعية دون الشروط الشكلية[4].

---

[1] – فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد : " الوسيط في القانون الدولي الخاص "، الجزء الثاني : تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1974، ص. 254.

[2] – حكم محكمة النقض المصرية في جلسة 01أفريل 1954، منشور في مجموعة الأحكام التي يصدرها المكتب الفني السنة 5، ص.747، نقلا عن صلاح الدين جمال الدين :" تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، طبعة 2006، ص. 218

[3] – قانون رقم 98-97 الصادر في 27 نوفمبر 1998، المتعلق بالمجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية التونسية رقم 96، بتاريخ 01 ديسمبر 1998، www.jurispedia.org

[4] – المادة 11 ق. م. ج. في صياغتها القديمة :" الشروط الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين ."

– المادة 11 ق. م. ج. بعد التعديل " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج، القانون الوطني لكل من الزوجين ."

يكون الأمر سهلا لتطبيق القانون المختص، إذا كان الأطراف متحدي الجنسية، لكن يطرح الإشكال إذا كان الزوجين مختلفي الجنسية، فكيف يطبق قانون جنسية الزوجين؟.

ظهر في هذا الخضم اتجاهان لدى الفقه:اتجاه يدعو إلى تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا جامعا، والاتجاه الآخر ينادي بتطبيقهما تطبيقا موزعا.

1- الاتجاه الأوّل : التطبيق الجامع Application cumulative.

وينادي أصحاب هذا الاتجاه بالتطبيق الجامع لكلا القانونين معا، ومعنى ذلك أنّ الزواج لا يكون صحيحا من الناحية الموضوعية، إلاّ إذا استوفى كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني، وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون جنسية الطرف الآخر.

غير أنّ هذا الرأي انتقد، لأنّه يجعل العلاقة القانونية مستحيلة الانعقاد، بمجرد تخلف شرط من الشروط المنصوص عليها في كلا القانونين[1].

2- الاتجاه الثاني : التطبيق الموزع Application distributive.

ومعنى ذلك، أنّ كل طرف عليه أن يستوفي جميع شروطه الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني. ويستثنى من التطبيق الموزع موانع الزواج نظرا لخطورتها[2]، لأنّها تهدف لحماية الرابطة الزوجية في حدّ ذاتها، وليس لحماية شخص الزوج أو الزوجة[3].

ويميز كذلك في هذا الصدد، الفقه الألماني بين الشروط الّتي لها صفة فردية والّتي عادة ما تتعلّق بالشخص، فيمكن تطبيق بشأنها التطبيق الموزع. وأمّا الشروط الّتي لها صفة مزدوجة والّتي تتعلّق بالرابطة الزوجية فيطبق بشأنها التطبيق الجامع[4].

وفي هذا الشأن نجد المشرع التونسي، ينص صراحة في المادة 45 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص على التطبيق الموزع لقانون جنسية الزوجين[1].

---

[1] – موحند إسعاد : " القانون الدولي الخاص"، الجزء الأوّل : قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة سنة 1989، ص. 295.

[2] – مثل الموانع المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري : موانع القرابة والمصاهرة، حسب المواد 23 و24.

[3] – حبار محمد : " محاضرات في القانون الدولي الخاص "، غير مطبوعة، كلية الحقوق، جامعة وهران، ، سنة 2005-2006.

[4] – أعراب بلقاسم : " القانون الدولي الخاص الجزائري"، الجزء الأوّل : تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2004، ص. 231.

والقانون الجزائري، أيضا أخذ بالتطبيق الموزع في نص المادة 11 من القانون المدني المعدلة. وأكّد على ذلك في نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية بقوله أنّه، يشترط ألاّ يخالف الطرف الجزائري شروط الأساس الّتي يتطلبها القانون الجزائري لإمكان عقد الزواج. غير أنه إذا تعلق الأمر بالموانع فيطبق، بشأنها دائما التطبيق الجامع[2].

ولكن هناك استثناء هام خروجا عن القاعدة السابقة، أقرّه المشرع الجزائري في المادة 13 مدني، حيث أعطى الاختصاص بالنسبة للشروط الموضوعية لعقد الزواج للقانون الجزائري وحده، شريطة أن يكون أحد طرفي العلاقة الزوجية جزائريا وقت إبرام الزواج. ويستثنى من ذلك شرط الأهلية، الذي يبقى دائما خاضعا لقانون جنسية كل من طرفي العلاقة الزوجية[3].

---

[1] – ينص الفصل 45 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه : " تخضع الشروط الأصلية للقانون الشخصي للزوجين على كل حدة ".

[2] – زروتي الطيب : المرجع السابق، ص. 150.

[3] – بلعيور عبد الكريم: "محاضرات في القانون الدولي الخاص"، مطبوعة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004-2005، ص. 80.، انظر، زورتي الطيب : المرجع السابق، ص. 150 – 151.

ثانيا : القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية.

بالنسبة لمعرفة المقصود بالشروط الشكلية، نعود لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، لتحديد ما يدخل ضمن الشروط الشكلية وما يخرج عنها. والشروط الشكلية هي الطرق اللازمة لإظهار الزواج والإفصاح عنه إلى العالم الخارجي،كإشهاره وتحرير عقده وإثباته[1].

وقد أكدت اتفاقية لاهاي المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته المؤرخة في 14 مارس 1978، في مادتها الثانية أنّ الشروط الشكلية تخضع لمكان إبرامها، أي لقاعدة لوكيس Locus والّتي دخلت حيّز التنفيذ ابتداء من 01 ماي 1991[2].

أمّا قاعدة التنازع الّتي تحكم الشروط الشكلية في القانون الفرنسي، فهي قانون محل الإبرام وذلك حسب المادة 170 فقرة أولى من القانون المدني الفرنسي، والّتي يستفاد منها أنّ الزواج المبرم في الخارج بين فرنسيين أو بين فرنسيين وأجانب يكون صحيحا طبقا لبلد الإبرام، لكن يجب أن يشهر هذا الزواج الذي تمّ في الخارج عند عودة المتعاقدين إلى البلد الأصلي لدى ضابط الحالة المدنية الذي يقع فيه موطن كل من الزوجين، وذلك ما قضت به المادة 63 من القانون المدني الفرنسي المعدلة[3].

أقرّت بعض المعاهدات وكذلك القوانين الداخلية، إختصاص البعثات الديبلوماسية والقنصلية المعتمدة في الدول المستضيفة بإبرام عقود الزواج رعايا دولهم في الدول المعتمدين فيها. وذلك ما أقرته المادة 09 من اتفاقية لاهاي المنعقدة سنة 14 مارس 1978، المتعلقة

---

[1] – حسن الهداوي : " القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة، والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص. 109.

[2] – Art. 02 du convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages qui dispose :" Les conditions de forme du mariage sont régies par le droit de l'Etat de la célébration ".

[3] – جاء قانون رقم 06-1376 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 01 بتاريخ 15 نوفمبر 2006، والذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ 01 مارس 2007 والذي عدل المواد 170 و63 من القانون المدني الفرنسي،
www.legifrance.gouv.fr

بإبرام الزواج والاعتراف بصحته[1]. واتفاقية فيينا المنعقدة في 24 أفريل 1963، الّتي أعطت صفة ضابط الحالة المدنية لرجال السلك الديبلوماسي والقنصلي[2].

وفيما يتعلّق بالإختصاص الإستثنائي الممنوح لرجال السلك الديبلوماسي والقنصلي الفرنسي، لإبرام زواج الفرنسيين بالخارج فهو منصوص عليه في المواد 48 و170 في فقرتها الثانية من القانون المدني الفرنسي، بحيث يستفاد من هذه النصوص، أنّ القانون الفرنسي يجيز للفرنسيين المقيمين بالخارج اللجوء لدى الموظفين الديبلوماسيين أو القناصل لتحرير تصرفاتهم المتعلقة بالحالة المدنية، يكون ذلك طبقا للقانون الفرنسي[3].

أمّا نص المادة 47 من القانون المدني الفرنسي المعدلة، بقانون رقم 06-1376 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006 بقولها:"إنّ كل تصرف خاص بالحالة المدنية للفرنسيين والأجانب تمّ في الخارج يكون صحيحا، متى كان قد حرر حسب الأشكال المنصوص عليها طبقا لقانون مكان الإبرام". ويستفاد من هذا النص، أنّ الشروط الشكلية لعقد الزواج تخضع للمكان الذي تمت فيه.

وبناء على ما تقدم، نجد أنّ القانون الفرنسي يجعل من قاعدة لوكيس Locus (محل الإبرام) إلزامية، سواء تمّ إبرام الزواج في الإقليم الفرنسي أو خارجه[4].

وبالمقابل أخضعت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، الشروط الشكلية لعقد الزواج من الفصل 46 في فقرته الأولى بقولها:"تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج"[5].

---

[1] – نجد بعض الدول، لا تسمح للسلك الديبلوماسي الأجنبي القيام بهذا الاختصاص مثل ألمانيا.

[2] – قد صادقت الجزائر على هذه المعاهدة ،بالمرسوم رقم 64-85 المؤرخ في 04 مارس 1964.

[3] – نجد أنّ القانون الفرنسي ابتداء من القانون الصادر 29 نوفمبر 1901 بتعديله للمادة 170 في فقرتها الثالثة، أجاز للهيئات الديبلوماسية الفرنسية بالخارج بإبرام عقد زواج فرنسي بأجنبية في بعض البلاد المحدّدة بمرسوم يصدره رئيس الجمهورية.

[4] – أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص. 242.

[5] – Art. 46/01 de la loi n° 98-97 du 27/11/1998 portant promulgation du code de droit international privé Tunisienne qui dispose :" Les conditions de forme du mariage sont soumises, soit à la loi nationale commune, soit à la loi de célébration du mariage ".

يستفاد من هذا النص أنّ المشرع التونسي، أخضع الشروط الشكلية للزواج لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، أو لمكان إبرام الزواج. ولقد جعل المشرع التونسي قاعدة مكان الإبرام قاعدة احتياطية في حالة عدم اتحاد جنسية العاقدين.

وجاء القانون المدني القطري، بقاعدة تنازع مستقلة تحكم الشروط الشكلية للزواج في مادته 14 بقولها:"يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج، كالتوثيق والمراسيم الدينية، إلى قانون البلد الذي تمّ فيه الزواج أو لقانون جنسية كل من الزوجين، أو قانون موطنهما المشترك".

أمّا فيما يخص القانون الجزائري، فقد أسند هذه الشروط في المادة 19 من القانون المدني المعدلة، إمّا لقانون المكان الذي تمّت فيه، أو للقانون الوطني للزوجين، أو لقانون موطنهما المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية[1].

وقع جدل فقهي حول هذه المادّة، والّتي تقابلها المادة 20 من القانون المدني المصري، بحيث يرى البعض[2]، بأنّ المادة 20 مدني مصري لا تدخل ضمن مجال الزواج، إنّما جاءت ضمن القواعد المنظمة للعقود. بينما يرى جانب آخر[3]، أنّ المادة 20 تنطبق أيضا على الزواج باعتباره عقدا مثل سائر العقود. وبالنتيجة أنه في حالة عدم وجود نص خاص، نرجع إلى تطبيق القاعدة العامة أي تطبيق نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

ونجد المادة 95 من قانون الحالة المدنية المتعلقة بإبرام الزواج في شكله المحلي تنص على، أنّ كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب يعتبر صحيحا إذا حرّر طبقا لمكان الإبرام. وهنا منح المشرع للمواطنين الجزائريين الحق، في الاختيار بين قانونهم الوطني وقانون المحل لإجراء تصرفاتهم القانونية[4].

---

[1] – التعديل الذي جاء بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 44 بتاريخ 26 جوان 2005، أضاف ضوابط إسناد جديدة وهي قانون الموطن المشترك والقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

[2] – إبراهيم أحمد إبراهيم : " القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1997، ص. 224-225.

[3] – انظر في هذا الشأن فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد : المرجع السابق، ص. 257.

[4] – نادية فضيل : " تطبيق قانون المحل على شكل التصرف "، دار هومة، الجزائر، طبعة سنة 2006، ص. 170.

وقد منح المشرع الجزائري، اختصاصا استثنائيا لرجال السّلك الديبلوماسي والقنصلي لإبرام عقد الزواج وذلك في المواد 96 و97 من قانون الحالة المدنية الجزائري، فنصّت المادة 96 على ما يلي:"كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين الصادر في بلد أجنبي، يعتبر صحيحا إذا حرّره الأعوان الديبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية".

وتفصح المواد 95 و96 عن تبني المشرع الجزائري لقاعدة Locus، في مجال الشروط الشكلية ولإخضاعها لقانون المكان الذي تمت فيه، أو للشكل الذي يتطلبه القانون الجزائري باعتباره القانون الوطني لأطراف العلاقة[1].

أمّا نص المادة 97 في فقرتها الثانية والثالثة من نفس القانون، فقد واجهت الحالة الّتي تتعلق بالوضعية الّتي يكون فيها أحد الطرفين جزائريا[2]، وإذا حللنا هذه المادة فإنّنا نقف على ملاحظتين وهما:

الأولى، أننا نجدها عالجت الحالة الّتي يكون فيها الزوج جزائريا والزوجة أجنبية، عكس ما هو عليه نص المادة 96 من ذات القانون بحيث جاءت شاملة للطرفين بما فيه الزوج والزوجة.

الثانية، أنّه حتّى في مثل هذه الحالة الّتي تكون فيها الزوجة أجنبية، فإنّها فرقت بين وضعيتين: *الوضعية الأولى*، إذا كانت الزوجة الأجنبية تحمل جنسية البلد المضيف فهنا لا إشكال. ففي هذا الوضع، ما على الممثل الدبلوماسي أو القنصلي إلاّ إبرام هذا النوع من الزواج، باعتبار الزوجة حاملة لجنسية البلد المضيف. *أمّا الوضعية الثانية*، إذا لم تكن الزوجة تحمل جنسية البلد المضيف، فإنّ مثل هذا الزواج لا يبرم إلاّ في البلد الذي سيحدّد بمرسوم. غير أنّه، يلاحظ أنّ هذا المرسوم لم يصدر لحدّ الساعة.

---

[1] – نادية فضيل : " تطبيق قانون المحل.. "، المرجع السابق، ص. 193.

[2] – المادة 02/97 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19-02-1970 : " يجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية، وتمّ أمام الأعوان الديبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية.

غير أنّه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإنّ هذا الزواج لا تتمّ مراسيمه إلاّ في البلد الذي سيحدّد بمرسوم ".

وأمّا فيما يتعلّق بزواج الأجانب في الجزائر، فلهم الخيار بين عقد زواجهم وفقا للشكل المحلي وبين عقده وفق قانون جنسيتهم المشتركة. أمّا إذا كانا مختلفي الجنسية، فإنّ الشكل المحلي يصبح إلزاميا بالنسبة لهم، وذلك ما يستخلص من نص المادة 19 مدني جزائري. وإذا تمّ زواج الأجانب في الجزائر وفق الشكل المحلي، فإنّه على الزوجين الأجنبيين احترام الشروط الشكلية الّتي يستلزمها القانون الجزائري كحضور الشاهدين، والإقامة داخل الإقليم لمدّة لا تقل عن شهر، ونصت على هذه المدّة المادة 71 من قانون الحالة المدنية[1].

ويستخلص مما سبق، أنّ الشروط الشكلية يحكمها إمّا قانون المحل، أو الجنسية المشتركة للأطراف في حالة إبرام زواجهم لدى قنصلياتهم. ويمكن أن يسري عليها قانون الموطن المشترك للزوجين، إذا اتحدا في الموطن ويمكن أيضا أن يحكمها، القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

ويلاحظ أنّ المادة 19 من القانون المدني والمادة 95 من قانون الحالة المدنية، يشتركان في أنّ الشروط الشكلية تخضع لقانون محل الإبرام. وقد جعل المشرع قاعدة محل الإبرام إلزامية في حالة اختلاف الأطراف في الجنسية، واختيارية في حالة تمتعهما بالجنسية المشتركة[2].

أمّا فيما يتعلّق بإثبات الزواج، فيخضع للقانون الذي يحكم شكل الزواج. فلو تمّ الزواج في الشكل المحلي، خضع إثباته للقانون المحلي. ولو تمّ وفقا للقانون الشخصي للزوجين، لخضع إثباته لقانون الجنسية المشتركة. وإذا تمّ أمام القناصل، لخضع الإثبات للقانون الذي أبرم القنصل الزواج وفقا له[3].

ثالثا : صعوبة التمييز بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية.

---

[1] – المادة 71 من قانون الحالة المدنية الجزائري، تنص على أنّه :"يختصّ بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو السكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج. ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين".

[2] – عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص. 370.

[3] – عزّ الدين عبد الله : " القانون الدولي الخاص "، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، سنة 1986، ص. 292 .، إسعاد موحند : المرجع السابق، ص. 303.

ليس من السهل التمييز بين الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج، لأنّ لكل نظام قانوني فكرته المستقلة فيما يتعلّق بالزواج. لذلك يلجأ القاضي لمسألة التكييف بقصد إعطاء وصف للوقائع أو التصرفات لإدراجها ضمن فكرة مسندة، وبالتالي إسنادها للقانون الذي يسري عليها. أو بعبارة أخرى، التكييف هو تحديد طبيعة المسألة الّتي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية يسند حكمها لقانون معين[1].

ويعتبر الشكل عبارة عن إظهار النشاط القانوني في مظهره الخارجي، بينما الموضوع يتعلّق بمضمون وجوهرهذا النشاط. وتحديد ما هو شرط موضوعي وما هو شكلي يبقى خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي، فهو يلعب دورا بارزا في هذا المجال، إمّا استنادا إلى نص قانوني، أو عن طريق البحث والتحري، أو عن طريق التفسير[2].

وتكييف هذه الشروط يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وذلك ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي "بارتان Bartin" بقوله: « بأنّ التكييف مرتبط، بفكرة السيادة »[3].

وفيما يتعلّق بتكييف هذه الشروط من موضوعية أو شكلية هي مسألة يختلف حولها من قاض لآخر، حيث أنّ كل قاضي يكيّف النزاع المطروح أمامه وفقا لقانونه. واختلاف التكييف على النحو السابق، يؤدي إلى اختلاف قاعدة الإسناد المختارة من جانب كل قاضي، مما يؤدي في النهاية إلى اختلاف الحل النهائي للنزاع المطروح أمام المحكمة[4].

وتباينت نظرة الأنظمة القانونية، فيما يخص إبرام الزواج في شكله الديني، مما نتج عنه تضارب في الحلول. فإذا كُيّف الشرط الديني على أساس أنّه شرط موضوعي مثل دولة اليونان وبلغاريا، فيخضع للقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية. وإذا كيّف على

---

[1] – علي علي سليمان : " مذكرات في القانون الدولي... "، المرجع السابق، ص. 43.

[2] – نادية فضيل : " تطبيق قانون المحل..."، المرجع السابق، ص. 293.

[3] – الفقيه بارتان (Bartin) : صاحب نظرية التكييف الذي أخضعه لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، عكس النظريات الأخرى التي تنادي إمّا :

– بإخضاع التكييف للقانون الأجنبي الذي حدّدته قاعدة الإسناد الوطنية.

– أو بإخضاعه للقوانين المقارنة.

[4] – هشام خالد: "المدخل للقانون الدولي الخاص العربي"، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة سنة 2003، ص. 297.

أساس أنّه من الشروط الشكلية، فيسري عليه القانون الذي يحكم شكل التصرفات. لذلك فبإختلاف هذا التكييف، تختلف قواعد الإسناد، ويختلف القانون الواجب التطبيق، وينجرّ عنه اختلاف في حلّ النزاع، وبالتّالي ليس هناك معيار جامع مانع يفصل بين ما هو شرط شكلي وما هو شرط موضوعي.

فمثلا زواج يوناني في الخارج وقانونه الشخصي يتطلب استيفاء تدخل السلطة الدينية لإبرام زواجه، فقد يعتبر هذا الزواج صحيحا طبقا لبلد الإبرام، لكنّه باطل وفقا لقانون جنسيته، بحيث النظام اليوناني يجعل من الزواج عبارة عن تصرف ديني يجب أنّ يتمّ أمام رجل الدّين، وهو ما تأخذ به بلغاريا أيضا.

أمّا الصنف الآخر، فيجعل من الزواج مجرّد تصرف مدني يُجرى أمام موظف عام، مثل فرنسا والجزائر والدول الإسلامية[1].

وكذلك الفقه المصري[2]، فيعتبر شرط إجراء مراسيم دينية معينة في الزواج أمرا شكليا يعبر عنه بالشكل الديني للزواج، لا ينزع عنه صفته المدنية.

وفيما يتعلّق بحضور رجل الدين أو احترام الطقوس الدينية، فهي في نظر القانون الجزائري بمثابة شرط شكلي، وتكييفها يخضع لنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري[3].

وكذلك الشأن بالنسبة للقضاء الفرنسي[4]، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بأنّ الطابع الديني أو المدني للزواج مسألة شكلية تخضع لقانون المحل، وكان ذلك في قرارها الصادربتاريخ 22 جوان 1955 في قضية طرحت أمامها، والّتي تتلخص وقائعها فيما يلي: ديمتري كراسلانيس Dimitri Craslanis من أصل يوناني، تزوج من ماريا ريشارد ديمولان Maria Richard Dumoulin وهي فرنسية بتاريخ 12 سبتمبر 1931 أمام ضابط الحالة

---

[1] – نادية فضيل : " تطبيق قانون المحل... "، المرجع السابق، ص. 178.

[2] – صلاح الدّين جمال الدّين :"تنازع القوانين..."، المرجع السابق، ص. 211.

[3] – المادة 09 من القانون المدني الجزائري مفادها : " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه ".

[4]- Cass.Civ., 22 juin 1955, Arrêt Craslanis,v. Rizkallah Nouhad : "Droit international privé", M.A.J.D., Beyrouth, édition 1985, p .79.

المدنية بباريس، لكن الزوج ادعى بأنّ هذا الزواج غير قائم لأنّ الكنيسة الأرثوذكسية الّتي يخضع لها تشترط لانعقاد الزواج أن تتمّ مراسيمه على يد قسيس Prêtre، وأنّ هذا الشرط يتعلّق بالناحية الموضوعية في الزواج. لكن محكمة النقض الفرنسية قضت بأنّ الطابع الديني للزواج مسألة متعلّقة بالشكل لا بالموضوع، وأنّ الزواج الذي تمّ بين كراسلانيس وماريا ديمولان يعتبر صحيحا طبقا لقاعدة المحل Locus Regit Actum، وعلى كل فإنّ الزواج الذي طعن في عدم صحّته طبقا للقانون الأجنبي، وعليه تكون للقاضي الفرنسي حرية تقدير صحته أو عدم صحته[1]. فلو اعتبرنا ذلك من قبيل الموضوع فسنخضعه لقانون جنسية الزوجين، ومن ثمّ يصبح الزواج باطلا. وإعتبرت محكمة النقض الفرنسية المسائل المتعلقة بتحديد ما إذا كان تدخل السلطة الدينية مسألة شكلية أو موضوعية، يجب أن يحدّد من طرف القضاة الفرنسيين طبقا للمفاهيم الفرنسية، الّتي تعتبر هذه المسألة مجرّد مسألة شكلية.

المطلب الثاني
قواعد التنازع التي تحكم آثار عقد الزواج.

كقاعدة عامة، العقود حينما تنشأ صحيحة مستوفية جميع شروطها الموضوعية، وشروطها الشكلية، ترتب وتنتج آثارا قانونية. ونفس الشيء يقال بالنسبة لعقد الزواج باعتباره أنبل رابطة قانونية اجتماعية، فمتى انعقد صحيحا نتجت عنه آثار تتمثل في الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين. سنخصص هذا المطلب لدراسة مضمون آثار عقد الزواج (الفرع الأوّل)، ثمّ للقانون الواجب التطبيق عليها (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل

[1] – نادية فضيل : "الغش نحو القانون"، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1984، ص. 92.

مضمون آثار عقد الزواج.

يترتب عن عقد الزواج آثار شخصية وأخرى مالية، وسنتطرق لبيان كل واحدة منهما على حدة، حتّى يسهل علينا تحديد ما يدخل في مفهوم الآثار المترتبة عن الزواج.

أوّلا : الآثار الشخصية.

وتتمثل هذه الآثار في مجموعة من الحقوق والواجبات الملقاة على عاتق الزوجين، وهذه الحقوق والواجبات قد تكون ذات صبغة شخصية بحتة، ومثال ما تقرره الشريعة الإسلامية حق الزوجة على زوجها في العدل وحسن المعاشرة والإخلاص وثبوت النسب[1]. وآثار شخصية ذات طابع مالي كحق الزوجة في المهر، وحقها في النفقة الزوجية.

ومن هذه الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي حسب المواد من 212 إلى 226 منه، ونجد نصّ المادة 213 من القانون المدني الفرنسي تحث الزوجين على العمل معا من أجل إدارة وتسيير شؤون الأسرة[2].

ونجد كذلك قانون الأسرة الجزائري، ينص على مجموعة من الحقوق و الواجبات بين الزوجين، والّتي ورد ذكرها في المادة 36 منه والّتي تنص على ما يلي : " يجب على كل الزوجين:

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.
- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.
- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه، واحترامهم وزيارتهم.
- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.

---

[1] – فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد : المرجع السابق، ص. 265.

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

– زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف ".

ثانيا : الآثار المالية.

في الواقع أنّ الشريعة الإسلامية، لا تعرف نظاما ماليّا معقّدا فيما يخص أثر الزواج على أموال كل من الزّوجين، لأنّ القاعدة العامة هي انفصال الذّمم الماليّة للزّوجين. وهذا على خلاف ما هو حاصل في الدول الغربية الّتي تعرف ما يسمى بالنّظام المالي للزّوجين، والّذي يكون إمّا قانوني أو اتفاقي.

ففي الشريعة الإسلامية، لا يرتب عقد الزواج وفقا لأحكامها آثارا مالية بحتة، والعلّة أو الحكمة في ذلك هي استقلالية الذمة المالية لكل من الزوجين استقلالا تاما. أي في الدول العربية الإسلامية، نجد النظام المقرر هو في غاية البساطة[1]، بحيث كل أطراف العلاقة الزوجية يتصرف بحرية كاملة في إدارة وتسيير أمواله. أي ما يعرف في الشريعة الإسلامية بانفصال الأموال، ولكنّ ذلك لا يمنع من أن يتفق الزوجان على كيفية إدارة أموالهما، بشرط ألاّ يؤدّي ذلك إلى جعل أموالهما مشتركة على النحو المعروف لدى الدول الغربية، وبعبارة أخرى لكل طرف أمواله الخاصة الّتي تكوّن ذمّته المالية، ولا يحق للطرف الآخر أن يتصرف في أموال الآخر إلاّ في إطار الحقوق المالية الّتي يرتّبها عقد الزواج[2].

وكان المشرع الجزائري، يقرّ مبدأ حرية تصرف الزوجة في مالها ويتبنّى مبدأ الاستقلالية وانفصال الأموال، إلاّ أنّ النتائج العملية برهنت عكس ذلك بحيث ظهر بما يسمى بإستقلالية قانونية واتحاد فعلي لذمم الزوجين[3]، ممّا جعل المشرع الجزائري يعدّل من نصّ المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري والّتي أجازت للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج

[1] - زروتي الطيب : المرجع السابق، ص. 164.

[2] – لاتي محمد : " المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة "، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، سنة 2001-2002، ص. 07.

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

نفسه أو في عقد رسمي لاحق بشأن الأموال المشتركة الّتي يكتسبانها أثناء الحياة الزوجية، والنِّسب الّتي يملكها كل زوج[1].

أمّا لدى النظم الغربية، فيترتب عن الزواج من حيث ملكية هذه الأموال أو الانتفاع بها وإدارتها آثار تدخل في النظام المالي للزوجين، ونجده في الدول الأوروبية على وجه الخصوص. ويقصد بالنظام المالي للزوجين مجموعة القواعد القانونية أو الاتفاقية الّتي تبيّن حقوق كل من الزوجين والتزاماته، وذلك بالنسبة إلى كل من ملكية الأموال الّتي يملكها الطرفان وإدارتها والانتفاع بها[2].

كما يقصد به حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية الأموال وإدارتها والانتفاع بها أثناء الحياة الزوجية، وكيفية تصفيتها بعد انحلال العلاقة الزوجية. وقد يكون النظام المالّي للزوجين نظاما قانونيا، وبالتالي واجب الاتباع في جميع الحالات الّتي لا يتفق فيها الزوجان على نظام آخر. وقد يكون نظاما اتفاقيّا يعتمده الطرفان بمقتضى عقد خاص غير عقد الزواج[3].

توجد نظم اتفاقية يختارها الزوجان حسب النظام الذي يلائم اتفاقهما، لكن بشرط أن يتمّ الاختيار كتابة وقبل شهر الزواج. وتوجد عدّة نظم مالية قانونية وهي كالتالي[4]:

1- نظام الاشتراك القانوني: Régime en communauté:

وبموجبه تكون أموال الزوجين مملوكة على الشيوع بينهما بنسبة النصف، وتخصص هذه الأموال لإشباع حاجات الأسرة. و يتمتع الزوج بصلاحية إدارة الأموال، ويظهر بمظهر

---

[1] – يقابلها نص المادة 49 من المدونة المغربية لقانون الأسرة الصادرة بتاريخ 2004/02/03 بقولها : " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير أنّه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال الّتي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها، يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج ".

[2] – عز الدين عبد الله : المرجع السابق، ص. 300 .

[3] – سامي منصور بديع: " الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة "، دار العلوم العربية، بيروت، 1994، ص. 399.

[4] – زروتي الطيب : المرجع السابق، ص. 164.، انظر، علي علي سليمان: " مذكرات في القانون الدولي..."، المرجع السابق، ص .74.

المالك لها، وله أيضا أن يتولى إدارة أموال زوجته الّتي احتفظت بها لنفسها. وعند انتهاء الزوجية يقسّم المال المشترك بين الزوجين أو بين ورثتهما، وذلك حسب المواد 1421، 1422 من القانون المدني الفرنسي. اذ جاء نص المادة 1422 من ذات القانون بقولها: "لا يستطيع أحد الزوجين دون الآخر أن يتصرف في الأموال المشتركة على سبيل الهبة". ولهذا النظام القانوني ثلاث صور هي:

أ) الصورة الأولى: نظام الاشتراك : La communauté universelle : وبمقتضاه تكون كل أموال الزوجين مشتركة بينهما، ويسمى بنظام الاشتراك العام.

ب) الصورة الثانية: نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب: La communauté de meuble et acquêts : وبموجبه تكون الأموال الّتي يكتسبها الزوجان بعد الزواج مشتركة بينهما، وكذلك تكون المنقولات العائدة لهما عند إبرام الزواج مشتركة بينهما، أمّا العقارات الّتي اكتسباها قبل الزواج فتبقى مستقلّة عن النظام المالي المشترك، ولا تتأثر بالزواج ويبقى كل واحد محتفظا بما يملك.

ج) الصورة الثالثة: نظام الاشتراك المخفض: La communauté réduite aux acquêts : وفيه تبقى لكل من الزوجين أمواله المملوكة، عند إبرام الزواج في المنقولات والعقارات، ولكن ما يمتلكانه أثناء الزواج، وما يدخرانه يكون شركة بينهما وهذا النظام القانوني، هو المقرر في فرنسا للزوجين الذين لم يختارا نظاما آخر عند الزواج[1].

2- نظام انفصال الأموال Régime de la séparation de biens[2]:

وبموجبه يستقل كل من الزوجين بأمواله من حيث التصرف والإدارة والاستغلال، وكذلك يستقل كل من الزوجين بما يكتسبانه خلال فترة الزواج، ولكن بشرط أن تقسم مصاريف الأسرة وأعباؤها بين الزوجين. وهذا النظام شائع في القوانين الأنجلوسكسونية، وهو غير معمول به في القوانين اللاتينية.

---

[1] – علي علي سليمان :"مذكرات في القانون الدولي..." المرجع السابق، ص. 74.

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

3- نظام الدوطة أو البائنة : Régime dotal[1] :

وبمقتضاه كانت الزوجة تقدّم مهرا لزوجها، ليتولّى إدارتها واستغلالها، والانتفاع بأرباحها في نفقات الأسرة، غير أنّ هذه الأموال تبقى حبيسة لا يمكن التصرف فيها، ولا يجوز الحجز عليها أمّا غيرها من الأموال فتستقل به لوحدها، ولها حرية التصرف فيها واستغلالها.

ولقد ألغي هذا النظام في فرنسا، بقانون 13-07-1965 من خلال الإصلاح الذي قام به المشرع في مجال نظام الأموال، وكان العقد في السابق يتصف بالجمود « إذ يعتبر دستورا مقدسا جامد للنظام المالي للأسرة، لا يمكن تعديله أصلا بعد العقد »[2]. أمّا حاليّا فيمكن تعديل النظام المالي الاتفاقي أو القانوني من طرف الزوجين من أجل مصلحة الأسرة، عن طريق عقد توثيقي مصادق عليه من طرف محكمة محلّ إقامة الزوجين، طبقا لنص المادة 1397 من القانون المدني الفرنسي.

وإذا اختار الزوجان نظاما آخر غير النظام المالي القانوني، يجب أن يتمّ الاتفاق على النظام المختار كتابة قبل شهر الزواج، ولكنّه لا ينتج آثاره إلاّ بعد انعقاد الزواج، ولا يجوز تعديل النظام المالي بعد الزواج إلاّ بمقتضى حكم صادر من القضاء حسب المادة 1396 في الفقرة الثالثة من القانون المدني الفرنسي، ولا يجوز طلب هذا التعديل إلاّ بعد مضيّ سنتين من انعقاد الزواج، وذلك حسب المادة 1397 في فقرتها الأولى من القانون المدني الفرنسي[3].

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.

[1] – مسعودي رشيد : المرجع السابق، ص.27.

[2] – مسعودي رشيد : المرجع السابق، ص. 220.

[3] – علي علي سليمان : " مذكرات في القانون الدولي ..."، المرجع السابق، ص .75.

بعد تعرّضنا في الفرع الأوّل لمضمون آثار الزواج، وبيّنا مضمون الآثار الشخصية والآثار المالية لعقد الزواج، وما هي الأنظمة المالية في التشريعات الغربية، سيكون حديثنا في هذا الفرع بالكلام عن تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج بنوعيها، ثمّ بيان موقف المشرع الجزائري.

أوّلا : القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية.

لا تكاد التشريعات، تجمع في تحديد القانون الذي يحكم الآثار الشخصية للزواج. فبعض الدول أسندتها لقانون الإقامة، وهو عادة ما يعرف بقانون القاضي وأخذت بذلك الولايات المتحدة الأمريكية والقانون الإنجليزي.

ويرى اتجاه آخر، بإخضاعها لقانون الجنسية المشتركة للزوجين كاليونان، واتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 17 جويلية 1905 الخاصة بتنازع القوانين فيما يتعلّق بآثار الزواج من حقوق وواجبات خاصة بالزوجين في مادتها الأولى، ومن جهة أخرى نادى اتجاه آخر بإخضاعها لقانون آخر جنسية مشتركة للزوجين [1].

أما القانون الفرنسي، فلم يتضمن نص قانوني يحكم الآثار الشخصية للزواج بحيث كان القضاء الفرنسي[2]، يخضع للآثار الشخصية لقانون جنسية الزوج و بما في ذلك النسب.

ونادى الفقه[3] والقضاء الفرنسي، فيما بعد بإخضاع هذه الآثار إلى قانون جنسية الزوجين على أساس المادة 03/03 من القانون المدني الفرنسي، على اعتبار أنّ هذه الآثار تعتبر عنصرا من عناصر حالة الأشخاص، وبالتالي إخضاع الآثار الشخصية للزواج لجنسية الزوجين المشتركة. وفي حالة اختلافهما في الجنسية أو كان أحدهما فرنسيا ومستوطنا بفرنسا، يطبق قانون الموطن. وعليه تدخل المشرع الفرنسي بنص المادة 310 من القانون

[1] – زروتي الطيب : المرجع السابق، ص. 159.

[2] - Trib.Civ.Sienne, 31 mars 1952, v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p. 371

[3] - Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p. 371.

المدني الفرنسي، الخاص بالقانون الواجب التطبيق على الطلاق والإنفصال وعممه على القانون الذي يحكم آثار الزواج، والتي أصبحت المادة 309 بمقتضى التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي[1].

وفيما يتعلّق بالنسب، فقد أفرده المشرع الفرنسي بقاعدة إسناد تحكمه وهو نص المادة 311 مكرر 14، والذي أخضع النسب بنوعيه الطبيعي والشرعي لقانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل، وفي حالة عدم معرفة الأم فيسري قانون جنسية الطفل[2].

وكان القضاء الفرنسي، سابقا يعتبر النفقة كأثر من آثار الزواج قبل دخول اتفاقية لاهاي حيز التنفيذ المنعقدة بتاريخ 02 أكتوبر 1973 [3]، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النفقة والّتي أصبحت تخضع النفقة في مادتها الرابعة لموطن الدائن بالنفقة، وفي حالة عدمه لقانون الموطن الجديد.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 1963/02/19 في قضية "شموني"[4] المتعلقة بمسألة النفقة بتطبيق القانون الفرنسي، على النفقة باعتبارها من أثار الزواج بين زوجين تونسيين متوطّنان بفرنسا، أحدهما تجنس بالجنسية الفرنسية والآخر بقي محتفظا بجنسيته السابقة. وعلّل القضاء الفرنسي ذلك بأنّه لا يجوز تطبيق قانون الجنسية المشتركة السابقة على أثار الزواج المستقبلية، على أساس أنّ لهما موطن مشترك بفرنسا وغير متحدي الجنسية، فطبق القضاء القانون الفرنسي في هذه الحالة.

وأمّا القانون التونسي، فقد أخضع الآثار الشخصية للزواج لقانون الجنسية المشتركة للزوجين. وفي حالة اختلافهما في الجنسية يطبق قانون الموطن المشترك، أو قانون القاضي، وذلك ما نصّ عليه في الفصل 47 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي،إذ نصّت على ما يلي:"تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك.

---

[1] - Rizkallah Nouhad : Op.Cit., p. 85.

[2] - Art. 311-14 du C.Civ.Fr. (Ordonnance N° 2005-59 du 4 Juillet 2005) qui dispose : "La filiation est régie par la loi personnelle de la mère n'est pas connue par la loi personnelle de l'enfant".

[3]– أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص. 252.

[4] - Cass.Civ.,19 fév.1963 ,v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p. 376.

وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة، يكون القانون المطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلاّ فقانون المحكمة".

وأخضع المشرّع التونسي، النفقة لقانون جنسية الدائن أو لقانون موطنه، أو لقانون جنسية المدين بها أو لقانون موطنه. وذلك حسب الفصل 51 من القانون السالف الذكر.

أمّا النسب باعتباره من الآثار الشخصية البحتة، فيخضع لقانون جنسية أو موطن الشخص الذي يدّعي إثبات النسب، أو لقانون جنسية الطفل، أو لقانون موطنه. مع منح الأولويّة للقانون الأفضل للطفل إعمالا لنص الفصل 52 من القانون السالف الذكر.

ثانيا : القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية.

توجد بعض الأنظمة القانونية، تفصل بين الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج وتخضع كلا منهما لقانون مختلف، ويرجع هذا إلى القانون الواجب التطبيق وهذه المسألة مختلف فيها فقها وقضاء، لأنّها تتوقف على مسألة تكييف النظام نفسه[1].

وهذه الآثار غير معروفة عندنا، إذ لا ترتب الشريعة الإسلامية أي أثر مالي على ما يملك الزوجان من أموال. أمّا عند الغرب فقد عنى المشرعون بتنظيم هذه المسألة عناية كبرى. مما جعل المشرع الفرنسي على سبيل المثال يخصص لها أكثر من 190 مادة، والسبب في ذلك أنّ أموال الزوجة قد تختلط مع أموال الزوج، ويجعل الزوجة تشارك في تنظيم أعباء الأسرة من نفقات، وتختلط ديونها بديون زوجها[2].

إذا اعتبرنا النظام المالي ضمن الأحوال العينية، وأخرجناه من دائرة الأحوال الشخصية فيسري عليها قانون الإرادة [3].

وفيما يخصّ النظام المالي للزوجين، إذا كان هناك اتفاق بين الزوجين حول كيفية إدارة أموالهم نكون أمام نظام مالي اتفاقي، ويحصل هذا الاتفاق إمّا وقت الزواج أو بعد

---

[1] – عز الدين عبد الله : المرجع السابق، يعرف التكييف بأنّه : « تحديد طبيعة المسألة الّتي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية الّتي خصها المشرع بقاعدة إسناد »، ص. 144.

[2] – علي علي سليمان: "ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1992، ص. 193.

[3] – قانون الإرادة، هوذلك القانون المختار الذي يتفق الطرفان على تطبيقه صراحة في العقد، ويوجد إلى جانب قانون الإرادة الصريح قانون الإرادة الضمني، الذي يستخلص من بنود وظروف التعاقد مثل قانون الدولة التي تمّ فيها تنفيذ العقد، أوقانون الدولة التي تمّ التعامل بعملتها.

إبرام الزواج، أمّا إذا لم يتفق الزوجان على ذلك فإنّنا نأخذ بالنظام القانوني. ونجد الفقيه ديمولان Dumoulin، حينما فصل في القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين "جيني " Degainy، اللذين لم يعتمدا نظاما ماليا اتفاقيا وتوصل إلى تكييفه على أنّه، عقد ضمني بموجبه تكون إرادة الزوجين قد اتجهت إلى إخضاعه لقانون أوّل موطن مشترك لهما بعد الزواج أي " عرف مدينة باريس "[1].

كان المبدأ المستقر عليه لدى القضاء الفرنسي، هو إخضاع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة. وفي حالة عدم الاتفاق، فيخضع إمّا لقانون الجنسية المشتركة أو لقانون الموطن المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج[2].

ويلاحظ أنّ القانون الفرنسي، يخضع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة الصريحة عند وجود عقد يحدّد نظامها المالي. وفي حالة عدم وجود نظام مالي اتفاقي للزوجين يخضعه لقانون الإرادة الضمنية، ويطبق في ذلك قانون الموطن المشترك الأوّل للزوجين، على أساس قرينة قانونية، هي افتراض انصراف إرادتهما إلى تركيز ذلك النظام في مكان الإقامة[3].

ويمكن النظر إلى مشارطات الزواج على أنها عقدا من العقود المالية، وتخضع بالتالي للقانون الذي يحكم سائر العقود، وهو ما يعبّر عنه بقانون الإرادة. كما يمكن أن تخضع لقانون موقع المال إذا تعلّق الأمر بعقارات[4].

وكانت اتفاقية لاهاي المتعلقة بالنظام المالي للزوجين المنعقدة بتاريخ 14 مارس 1978، والّتي دخلت حيّز التنفيذ ابتداء من 01 سبتمبر 1992، تخضع النظام المالي للزوجين فيما يتعلّق بالمنقولات لقانون الإرادة كأصل، وفي حالة عدمه لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت إبرام الزواج، أو لقانون الدولة الّتي فيها للزوجين إقامة معتادة، أو لقانون الموطن المشترك للزوجين المستقبلي بعد الزواج، وهوما نصت عليه الاتفاقية السابقة الذكر في

---

[1] - Gutmann Daniel : Op.Cit., p. 213.

[2] - Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p. 479.

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

[4] – إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق، ص. 240.

فقرتها الأولى من المادة الثالثة، من الفصل الثاني المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين.

غيرأنّه، فيما يتعلّق بالحقوق العينية الواردة على العقارات أو على الأموال العقارية، فالقانون الواجب التطبيق عليها هو قانون موقعها.

أمّا المادة 04 من ذات الاتفاقية في فقرتها الأولى، فأسندت النظام المالي للزوجين لقانون الموطن المشترك بعد الزواج[1].

أمّا شكل المشارطة في الزواج، فالفقرة الأولى من المادة 06 من اتفاقية لاهاي المبرمة في 17 جويلية 1905 تخضعها لقانون مكان الإبرام أو للقانون الوطني للزوجين وقت إبرام عقد الزواج، أو للقانون الوطني للزوجين أثناء الزواج[2].

وذهبت بعض دول القارة الأوروبية، إلى اعتبار النظام المالي للزوجين داخلا ضمن روابط الأسرة، وبالتالي يخضع لقانون الجنسيةكالقانون الألماني مثلا[3]، وكذلك بعض الدول العربية كالقانون القطري في المادة 16 من القانون المدني، يخضع آثار الزواج الشخصية والمالية لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وإذا اتحدت جنسية الزوجين بعد الزواج يطبق قانون جنسيتهما المشتركة على آثار الزواج.

وأمّا في التشريع التونسي، فالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين هو قانون الجنسية المشتركة للزوجين، إذا كانا من جنسية واحدة عند انعقاد الزواج. وعند عدم

---

[1] – القانون الإنجليزي يخضع المنقولات الخاصة بآثار الزواج لقانون موطن الزوجية، والعقارات لقانون موقعها.

[2] - C.f .Art. 06 Al.01 de la convention du 17 Juillet 1905 concernant (les conflits de la lois relatifs aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux) qui dispose : " Le contrat de mariage est valable quand à la forme, s'il a été conclu soit conformément à la loi du pays où il a été fait soit conformément à la loi nationale de chacun des futurs époux au moment de la célébration du mariage, ou encore s'il a été conclu au cours du mariage conformément à la loi nationale de chacun des époux".

[3] – فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد : المرجع السابق، ص. 266.

اتحادهما في الجنسية فيسري قانون أوّل موطن مشترك لهما إن وجد، وإلاّ يطبق قانون مكان إبرام عقد الزواج[1].

أمّا موقف المشرع الجزائري، فقد أخضع الآثار المالية والشخصية في المادة 12 الفقرة الأولى من القانون المدني المعدلة، لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج بنصّها على ما يلي: "يسري قانون الدولة الّتي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية الّتي يرتّبها عقد الزواج".

وأخضعت المادة السالفة الذكر جميع آثار الزواج، من آثار شخصية ومالية لقاعدة إسناد واحدة، والقانون الواجب التطبيق عليها هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، على أساس ما يتمتع به الزوج من سلطات اتجاه الأسرة، عكس ما هو في التشريعات الغربية الّتي نادت بالمساواة بين الزوجين.

أما القانون الواجب التطبيق على النفقة، في القانون الجزائري فيثير إشكالا لتحديده. فهل تعتبر النفقة الزوجية من أثار الزواج، وبالتالي تخضع لنص المادة 12 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري، والتي تخضعها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. أم تعتبر من قبيل النفقة بين الأقارب، وبالتالي تخضع لنص المادة 14 من القانون المدني والتي تخضعها للقانون الوطني للمدين بها؟

برجوعنا لنص المادة 12 فقرة 1 نجدها، قد أخضعت النفقة لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، على أساس أن النفقة من الآثار الشخصية ذات الطابع المالي، تترتب كنتيجة مباشرة للزواج وهذا ما ذهب إليه الفقه الجزائري[2]. وهذا الرأي معمول به أيضا

[1] - Art. 48 du code de droit international privé Tunisienne qui dispose :"Le régime matrimonial est soumis à la loi nationale commune des époux de même nationalité au moment de la célébration du mariage, en cas de nationalité différente, le régime national est régi par la loi de leur premier domicile commun s'il y'en a ; ou par la loi du lieu conclusion du contrat du mariage ".

[2]– أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص. 252.، وانظر أيضا زروتي الطيب : المرجع السابق، ص. 162.

لدى الفقه المصري[1] وإستقر القضاء المصري[2] على هذا الحل، أي أن النفقة الزوجية هي أثر من أثار الزواج وتخضع لقانون جنسية الزوج.

ونص القانون الكويتي[3] السالف الذكر، بصراحة على أن النفقة من أثار الزواج، وتخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

لكن في القانون الجزائري، يمكن إخضاع النفقة للقانون الوطني للشخص الملزم بها، وهذا حسب المادة 14 من القانون المدني، وقانون جنسية الشخص هو الذي يحدد لنا من هو الملتزم بها.

أما القضاء الفرنسي[4]، فقد كان يعتبر النفقة من أثار الزواج قبل قرار "شيموني"، ويخضعها لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، في حالة اتحادهما في الجنسية وفي حالة اختلافهما في الجنسية فيطبق قانون الموطن المشترك للزوجين. ولكن بعد دخول اتفاقية لاهاي حيز التنفيذ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النفقة، أصبحت تخضع لقانون الدائن بالنفقة[5].

وتعتبر مسألة النفقة من النظام العام وهي آنية التطبيق، ويطبق بشأنها مبدأ إقليمية القوانين. ومع ذلك يمكن للقانون الجزائي الجزائري، أن يمارس تأثيره على دعوى قائمة بالجزائر متعلقة بالجرائم عن مخالفة قواعد قانون الأسرة وقانون العقوبات كهجر العائلة لعدم الإنفاق، أي متابعة الشخص على أساس جريمة الإهمال العائلي[6].

---

[1] – فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد : المرجع السابق، ص. 269. صلاح الدين جمال الدين :"تنازع القوانين..."، المرجع السابق، ص. 408.

[2] – نقض 14 جانفي 1954، نقلا عن صلاح الدين جمال الدين :"تنازع القوانين..."، المرجع السابق، ص. 249.

[3] – أنظر المادة 01/39 من القانون المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي السابق الذكر، التي تنص على ما يلي : "يرجع في الآثار التي يرتبها الزواج، كحل المعاشرة، والطّاعة والمهر والنّفقة والعدّة، إلى قانون جنسية الزّوج وقت انعقاد الزواج" .

[4] - Cass.Civ., 28 nov1958, v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p.375.

[5]- Art. 04 du convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires qui dispose :"La loi interne de la résidence habituelle du créancier d'aliments régit les obligations alimentaires visées à l'article premier

En cas de changement de la résidence habituelle du créancier, la loi interne de la nouvelle résidence habituelle s'applique à partir du moment où le changement est survenu ".

[6] – عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 86

أمّا مسألة النسب فكان جانب من الفقه[1]، ينادي بإخضاعها للقانون الذي يسري على آثار الزواج أي لقانون جنسية الزوج، ولكن مع التعديل جاء المشرع الجزائري بالمادة 13 مكرر من القانون المدني والّتي أخضعته لقانون جنسية الأب[2]. نرى أنّ المشرع قد تأثّر إلى حدّ كبير بالاتجاه الثالث، الذي ينادي بإخضاع النسب للقانون الشخصي للأب[3].

وراجع في هذا الصدد المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري والمتعلقة بجريمة الإهمال العائلي، وجاء في نص المادة ما يلي: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000دج كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاءا لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أي حال من الأحوال.

والمحكمة المختصة بالجنح المشار إليها في هذه المادة هي محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة. "

[1] – أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص. 265.

[2] – المادة 13 مكرر الّتي أضيفت بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 ونصّها على ما يلي : " يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة".

[3] – وتتمثل هذه الاتجاهات في :

– الاتجاه الأوّل : إخضاع النسب للقانون الشخصي للابن، وحجتهم في ذلك أنّ البنوة تعتبر من مسائل الحالة، وبالتالي تخضع حالة الابن لقانونه الشخصي.

– الاتجاه الثاني : إخضاعه لقانون جنسية الأب والابن مع تطبيقهما تطبيقا جامعا.

فإذا غيّر الزوجان جنسيتهما، أو غيّر الزوج جنسيته فانه لا يترتب على ذلك أي أثر بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على آثار الزواج، ومن هذا يتبيّن أنّ المشرع الجزائري اعتنق مبدأ ثبات نظام الزوجية، وتفادى مشكلة التنازع المتغيّر بحيث نصّ صراحة في الفقرة الأولى من المادة 12 من القانون المدني الجزائري، بإخضاع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. ولا يهمّنا إذا غيّر الزّوج جنسيته فيما بعد، فالعبرة بالجنسية وقت انعقاد الزّواج[1].

وفي كل الأحوال يمكن للقانون الجزائري، أن يسري على آثار الزواج إذا كان أحد الزوجين وقت انعقاد الزواج وذلك طبقا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري.

ومن بين الانتقادات الموجهة للمادة 12 في فقرتها الأولى نذكر ما يلي:

– إنّ المشرع الجزائري لم يفرق بين القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية والقانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج، عكس النظم الغربية إذ أخضعها

– الاتجاه الثالث : مأخوذ به فقها وقضاء وتشريعا، والقائل بإخضاع النسب للقانون الشخصي للأب (قانون جنسية الأب).

[1] – راجع في هذا الصدد نص المادة 01/12 من القانون المدني الجزائري.

لقانون واحد، وهو أمر ينتقده الكثير من الفقهاء لأنّه يجمد العلاقة الزوجية ويتجاهل آثارها عبر الزمن[1].

– إنّ اختيار المشرع الجزائري قانون جنسية الزوج يعتبر اختيارا غير ملائم ما دام القانون الوطني للزوج ليس بقانون محايد، وما دمنا أمام زوجين مختلفين، من الصعب تفسير اختيار قانون على حساب قانون آخر[2].

[1] – حبار محمد : المرجع السابق .

[2] – عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص. 233.

المبحث الثاني
القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج وآثاره.

الزواج كأي تصرف قانوني ينتهي وفق طرق معيّنة، طبيعية كالوفاة أو رضائية كالطلاق من قبل الزوج، كما هو معروف في الشريعة الإسلامية أو بالتفريق القضائي بقرار من المحكمة أي بما يسمّى بالتطليق. وسنتعرّض في هذا المبحث لحالات إنحلال الزواج، وقواعد التنازع الّتي تسري على هذه الحالات (المطلب الأوّل)، والآثار الّتي يرتبها انحلال الزواج والقانون الذي يحكم هذه الآثار (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل
قواعد التنازع الّتي تحكم انحلال الزواج.

نتناول في هذا المطلب حالات إنحلال الزواج (الفرع الأوّل)، ثمّ القانون الواجب التطبيق على كل حالة من حالات الانحلال (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل
حالات انحلال الزواج.

مما يجب التذكير به أوّلا هو التمييز بين حالات انحلال الزواج طلاقا أو تطليقا، وبين إبطال الزواج. فدعوى الإبطال ترمي إلى إنهاء زواج ظاهر لكنّه غير مستوفي لجميع شروط قيامه، أمّا الطلاق فهو فسخ زواج صحيح. والتمييز بين الطلاق وبطلان الزواج له آثار قانونية مهمة لاسيما في موضوع الالتزامات الّتي تنشأ عن كل واحد منهما، إذ في حالة

الطلاق يمكن الحكم على الزّوج بالنفقة على الزوجة، وهو غير ممكن في حالة الحكم ببطلان الزواج[1].

ولا تجمع التشريعات على مفهوم واحد لمسألة انحلال الزواج. بحيث ترى الشريعة الإسلامية بأنّ الزواج ليس رابطة أبدية، عكس ما هو الحال عند الطوائف المسيحية الكاثوليكية، إذ ترى بأنّ الرابطة الزوجية لا تنقضي إلاّ بالوفاة. وفي القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية يجوز انتهاء الزواج بالإرادة المنفردة للزوج، وبالتطليق في حالة معيّنة بناء على طلب الزوجة.

والطلاق Répudiation هو إنهاء الزوج للعلاقة الزوجية بإرادته المنفردة، وهذا ما أقرّته الشريعة الإسلامية، كحق الزوج لإيقاع الطلاق منه دون تدخل أي سلطة أخرى لفك الرابطة الزوجية[2].

وإلى جانب الطلاق، يوجد ما يعرف بالتطليق Divorce وفيه يمكن حل الزواج، لكن شريطة أن يصدر حكم قضائي عن المحكمة المختصة بناء على دعوى ترفع من أحد الزوجين أو كلاهما معا، استنادا إلى سبب من الأسباب الّتي تجعل استحالة استمرار الحياة الزوجية بين أطراف العلاقة الزوجية. وبعبارة أخرى، يعرف الطلاق على أنّه انقضاء إرادي للزواج، بينما التطليق هو إنقضاء يستلزم تدخل القضاء[3].

وقد عرفت بعض الأنظمة القانونية في بعض الدول الغربية إلى جانب هذه الحالات، نظاما آخر لا تعرفه التشريعات العربية يسمّى بالانفصال الجسماني أو التفريق البدني Séparation de corps[4]، بالنسبة للدول الّتي تحرّم الطلاق والذي هو عبارة عن مباعدة مادية بين الزوجين دون حل رابطة الزواج في الحال، ولكنّه قد يكون سببا للطلاق إذا استمرّ مدّة معيّنة. غير أنّ هذه الطريقة ليست دائما تؤدي إلى حل الرابطة الزوجية، فقد

---

[1] – موسى عبود : " الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي "، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، المغرب، طبعة 1994، ص. 252 – 253.

[2] – زروتي الطيب : المرجع السابق، ص. 168 .، انظر، محمد كمال فهمي : المرجع السابق، ص.547.

[3] – هشام علي صادق : "دروس في تنازع القوانين "، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، طبعة 2003، ص. 282.

[4] – محمد حسين منصور : المرجع السابق، ص. 388 - 389.

يعود الزوجان إلى ما كانا عليه من قبل انتهاء فترة التفريق الجسماني. وقد لا يعودان إلى ذلك، ويتحوّل هذا الانفصال إلى انحلال الزواج بصفة نهائية عن طريق القضاء[1].

وكيفت بعض التشريعات مسألة الانفصال الجثماني، على أنّه إجراء وحيد لتراخي الرابطة الزوجية تدريجيا، إلى أن تنقضي نهائيا بوفاة أحد الزوجين وهذا هو حكم التّشريعات الّتي تحظر الطلاق. ومنها ما تعتبره بمثابة إجراء وقائي، يقصد به محاولة الإبقاء على الرابطة الزوجية والتريث في الحكم بالتطليق[2].

وقد كان الطلاق لدى الديانات السابقة، كالديانة اليهودية نادر الوقوع إلاّ في حالات محصورة تترك مسألة تقديرها للقاضي، سواء بطلب من الزوج أو من الزوجة. مع العلم أنّ الزوجة لم يسمح لها بطلب الطلاق إلاّ في عهد متأخر من التاريخ وقضت الديانة المسيحية بتحريم الطلاق، ومنع إنحلال الزواج مهما كانت الأسباب الداعية إليه إلاّ في حالات نادرة وضيقة جدا. زد على ذلك أنّه، ما زالت قوانين بعض الدول تأخذ بمبدأ تحريم الطلاق في أوروبا كإيرلندا وفي أمريكا الجنوبية كالبرازيل[3].

أمّا الدول العربية، فتسمح بالطلاق حسبما جاءت به الشريعة الإسلامية من طلاق بإرادة منفردة للزوج، أو عن طريق الطلاق بالتراضي بين الزوجين[4].

الفرع الثاني

[1] – فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد : المرجع السابق، ص. 275 - 276.

[2] – محمد كمال فهمي : المرجع السابق، ص. 547.

[3] – العربي بلحاج : " الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "، الجزء الأوّل : الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة لسنة 2004، ص. 212.

[4] – توجد أسباب خاصة تؤدي إلى انحلال الزواج وهي : الخلع، الإيلاء، واللعان.

القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج.

لقد أشارت اتفاقية لاهاي المبرمة بتاريخ 12 جوان 1902 المتعلقة بتنازع القوانين في مجال التطليق والانفصال الجثماني، بقولها في مادتها الأولى: "لا تقبل دعوى التطليق إلاّ إذا اتفق قانون جنسية الزوجين وقانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى على إجازة التطليق وكذلك الحال بالنسبة لدعوى الانفصال"[1].

والجدير بالذكر، أنّ اتفاقية لاهاي لا تسمح بالتطليق وفقا للأسباب التي يحدّدها قانون جنسية الأطراف، إلاّ إذا كان قانون القاضي يسمح بالتطليق. وذلك حسبما نصّت عليه المادة 02 بقولها:"لا يحكم بالتطليق إلاّ إذا توافرت أسبابه المبررة له طبقا لقانون جنسية الزوجين ولقانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، وكذلك نفس الأمر بالنسبة لدعوى الإنفصال".

وأخضعت اتفاقية لاهاي السالفة الذكر، في مادتها الثامنة الطلاق والانفصال الجسماني لقانون آخر جنسية مشتركة بين الزوجين، في حالة إذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة[2].

بينما أسندت القوانين الأنجلوسكسونية، الطلاق والانفصال الجسماني لقانون القاضي، وذلك إمّا على اعتبار توطن الزوجين أو إحداهما في بلد القاضي. وقانون القاضي في القوانين الأنجلوسكسونية يكون غالبا هو قانون موطن الزوجين، وبالتالي يتحدّد ضابط الإسناد الخاص بانحلال الزواج بضابط الإسناد الخاص بالأحوال الشخصية عموما (قانون الموطن). على عكس التشريعات الأخرى، الّتي تسند مسائل الأحوال الشخصية لقانون جنسية الأشخاص.

---

[1] - www.hcch.com

[2] – C.f. convention du 12 Juin 1902 pour régler les conflits de loi et de juridictions en matière de divorce et de séparations de corps, Art 08 qui dispose :"Si les époux n'ont pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra pour l'application des articles précédents, être considérée comme leur loi nationale".

ويمكن إسناده لقانون القاضي، على أساس أنّ حل الرابطة الزوجية يمسّ بالآداب والنظام العام في بلد القاضي[1].

وأسندت بعض الدول، إنحلال الزواج إلى قانون آخر جنسية مشتركة للزوجين أو لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج[2]. في حين قوانين أخرى تخضع إنحلال الزواج لقانون الجنسية المشتركة، وإلاّ فقانون الموطن المشترك وإلاّ فقانون القاضي[3].

ونادت تشريعات أخرى، بتطبيق قانون الجنسية المشتركة في حالة اشتراكهم في الجنسية وفي حالة اختلافهم فقانون الموطن المشترك، وفي حالة عدم الاشتراك في الموطن يطبق قانون القاضي[4].

في حين ميّزت بعض القوانين العربية[5]، بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني فأخضعت الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت النطق بالطلاق، أمّا التطليق والانفصال الجسماني فأسندته لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

وما تجدر الإشارة إليه، أنّ القانون الفرنسي لم يكن ينصّ على قاعدة إسناد تسري على انحلال الزواج، لذلك كان القضاء الفرنسي يخضع انحلال الزواج لقانون الجنسية

---

[1] – محمد المبروك اللافي : المرجع السابق، ص. 132 .، زروتي الطيب: المرجع السابق، ص. 168.

[2]– راجع المادة 40 من القانون الكويتي السابق الذكر و التي تنصّ : " يسري على الطلاق والتطليق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال. فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة، يسري قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ".

[3] – أنظر الفقرة الأولى من الفصل 49 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، والتي جاءت صياغتها على النحو التالي: "الطلاق والتفريق الجسدي ينظّمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلاّ تطبّق المحكمة قانونها".

[4] - C.f. Art. 309 du C.Civ.Fr. (inséré pour ordonnance n° 2005-759 du 4 Juillet 2005 art. 2 journal officiel du 6 Juillet 2005 en vigueur la 1er Juillet 2006) qui dispose :"Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :

-Lorsque les époux ont de nationalité française.

-Lorsque les époux ont , l'un et autre, leur domicile sur le territoire français.

-Lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps".

[5] – المادة 13 فقرة 02 من القانون المدني المصري بقولها : " أمّا الطلاق فيسري عليه قانون الدولة الّتي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال الجسماني قانون الدولة الّتي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى". تقابلها أيضا المادة 14 في فقرتها الثانية من القانون المدني السوري.

المشتركة للزوجين، وإذا اختلفا في الجنسية طبّق هذان القانونين تطبيقا موزعا، فإذا كان قانون أحد الزوجين يبيح الطلاق والآخر يحظره كان يقضي القضاء الفرنسي بالطلاق لصالح الزوج الذي يسمح قانونه بذلك[1]. وذلك حسب ما قضت به الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في قضية السيدة فيراري Ferrari [2] والّتي كانت متزوجة بإيطالي، حصل بينهما وبين زوجها تفريق جسماني رضائي ثمّ ذهبت إلى فرنسا وطلبت تحويل الانفصال الجسماني إلى طلاق طبقا للقانون الفرنسي، فرفضت محكمة النقض طلبها، فأستردّت جنسيتها الفرنسية وطلبت الطلاق مباشرة طبقا للقانون الفرنسي فقُضي لها بالطلاق تطبيقا لفكرة التطبيق الموزع، وإخضاع التطليق لقانون جنسية الزوجة أو الزوج وقت رفع الدعوى[3].

وإذا كان الزوجان من جنسية مختلفة وأدّى انفصالهما إلى رجوع المدعي إلى الإقامة بفرنسا، وكان للزوجين موطنا مشتركا بفرنسا وذلك حسب ما جاءت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 أفريل 1953 في قضية ريفير Rivière [4] والذّي رأى فيها القضاء الفرنسي، بتطبيق قانون الموطن المشترك على طلاق زوجين مختلفي الجنسية.

وقررت أيضا محكمة النقض الفرنسية، بقرارها في 1961/05/15[5] بأنّه في حالة عدم اشتراك في الموطن والجنسية يخضع الطلاق لقانون القاضي المرفوع أمامه النزاع. وقد استقر القضاء الفرنسي على هذا الرأي، إلى أن تدخل المشرع الفرنسي فعدل المادة 310 من القانون المدني الفرنسي، مكرسا الاجتهادات والحلول الّتي أتت بها محكمة النقض الفرنسية بمقتضى قانون رقم 75-617 الصادر بـ 11 جويلية 1975 والّتي مفادها:"يطبق القانون الفرنسي فيما يتعلّق بالطلاق والتطليق والانفصال الجثماني في الحالات التالية:

– إذا كان كل من أحد الزوجين يتمتعان بالجنسية الفرنسية.

---

[1] – علي علي سليمان : "مذكرات في القانون الدولي ..."، المرجع السابق، ص. 70.

[2] - Cass.Civ., 25 fèv.1947,v. Derruppé Jean :" Droit international privé "Dalloz, 14ème édition, 2001, p.135.

[3] – نادية فضيل : " الغش نحو القانون "، دار هومة ، الجزائر، طبعة سنة 2005، ص. 136.

[4] - Cass.Civ., 1ère section, 17/04/1953. v. Gutmann Daniel : Op.Cit., p. 149

[5] - Cass.Civ., 15/05/1961, v. Rizkallah Nouhad : Op.Cit., p. 82.

– إذا كان موطن كل من الزوجين بفرنسا.

– حين لا يعترف أي قانون أجنبي باختصاصه، وتكون المحاكم الفرنسية مختصة، ففي هذه الحالة يعود الاختصاص للقانون الفرنسي للنظر في الطلاق والتفريق الجثماني".

وأصبحت المادة 310 هي نفسها المادة 309 من القانون المدني الفرنسي، والّتي أدمجت بمقتضى الأمر رقم 05-759 الصادر بتاريخ 04 جويلية 2005.

بينما نص المشرع الكويتي، في المادة 40 من القانون الخاص بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بقولها: "يسري على الطلاق والتطليق والانفصال، قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال. فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة، يسري قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج".

أمّا القانون الكويتي، فقد أخضع إنحلال الزواج لقانون آخر جنسية مشتركة للزوجين كسباها أثناء الزواج وقبل الطلاق، أو قبل رفع دعوى بالتطليق أو بالانفصال. فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة، يسري قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزوج، ويعتبر هذا الحكم الأخير، ضابط إسناد احتياطي في حالة تخلف الجنسية المشتركة للزوجين. ولم يفرق القانون الكويتي بين مسألة الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج مع الحالات الأخرى وبالتالي لم يفرده بقاعدة إسناد تحكمه، بل أسند فكرة انحلال الزواج (الطلاق، التطليق، الانفصال الجسماني) لقانون واحد.

هذا الحكم الذي أتى به القانون الكويتي، هو نفسه منصوص عليه في المادة 16 من التقنين المدني اليوناني. ولا شك أنّ تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين، يحقق وحدة القانون الذي يحلّ رابطة الزواج الّتي انعقدت وفقا لقانون الطرفين.كما أنّ تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج في حالة عدم وجود الجنسية المشتركة، فيه تبصرة كافية لكل من الطرفين بالقانون الذي يحل هذه الرابطة[1].

[1] – عز الدين عبد الله : المرجع السابق، ص. 309.

أمّا بخصوص مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، فقد أخضعت مسألة انحلال الزواج لقانون الجنسية المشتركة للزوجين عند رفع الدعوى. وفي حالة اختلاف الجنسية، يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون آخر موطن مشترك للزوجين. وفي حالة عدمه يكون قانون القاضي هو المختص للنظر في مسألة انحلال الزواج[1].

بينما القانون الجزائري، قد أسند مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى دون تمييز بين الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج، والتطليق والإنفصال الجثماني، وسوّى المشرع في انحلال الزواج، بين الطلاق والتطليق الذي يتمّ بناء على طلب الزوجة. ويرى البعض في هذا الصدد، أنّ المشرع بإسناده الطلاق إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى يكون قد رفض الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة كما تقضي بذلك الشريعة الإسلامية، بحيث لا يمكن الاعتداد بالطلاق الصادر عن الزوج بإرادته المنفردة إلاّ عن طريق حكم صادر عن المحكمة، ويعتبر حكم المحكمة كاشفا وليس منشئا "[2]. في حين يرى الرأي الراجح، بأنّ حكم المحكمة منشئا وليس كاشفا[3] ، وذلك حسب المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:"لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم....".

ووحّد المشرع الجزائري، ضابط الإسناد الخاص بانحلال الزواج خلافا للقوانين العربية. ففي مصر مثلا[4]، تتمّ التفرقة بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وباقي طرق فك الرابطة الزوجية الأخرى، فتخضع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لقانون جنسية الزوج وقت صدور الطلاق منه وتسند باقي الطرق الأخرى لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

---

[1] – Art. 49 Al. 1 du code de droit international privé Tunisienne qui dispose : "Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi nationale commune des époux, en vigueur au moment où l'instance est introduite. A défaut de nationalité commune, la loi applicable est la loi du dernier domicile commun des époux s'il y en a, si non, la loi du for ".

[2] – زروتي الطيب : المرجع السابق، ص. 170 - 171.

[3] – تشوار الجيلالي : "محاضرات في قانون الأسرة "، ألقيت على طلبة ماجستير القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، سنة 2005 – 2006.

[4] – راجع في هذا الشّأن المادة 01/13 من القانون المدني المصري.

أمّا في الجزائر فقد مرّت الجزائر بمرحلتين[1]:

- *المرحلة الأولى:* سابقة على إصدار القانون المدني، وهنا كان القضاء الجزائري يعتمد على الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي كان يفرّق بين حالتين: *الحالة الأولى*، إذا كان الزوجان متحدي الجنسية فكان يخضعها لقانون جنسيتهما المشتركة. *أما الحالة الثانية*، إذا كان الزوجان مختلفي الجنسية فكان يتمّ إخضاعهما لقانون موطنهما المشترك، وإذا لم يكن للزوجين موطن مشترك فكان القضاء الفرنسي يخضعهما لقانون موطن الزوج على أساس، أنّ الزوجة أصلا تصحب زوجها.

- *المرحلة الثانية*، مابعد 1975: أصدر المشرع الجزائري القانون المدني الذي ألغى هذه التفرقة، فنصّ في المادة 12 في فقرتها الثانية على:"يخضع انحلال الزواج للقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

نجد أنّ المشرع يخضع مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، دون التمييز بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطرق الأخرى لانحلال الزواج. ولكن بعد تعديل هذه المادة، بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 أضاف مسألة الانفصال الجسماني.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري، أنّه أسند فكرة انحلال الزواج لقانون واحد هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، عكس بعض التشريعات العربية الّتي أفردت كل حالة لضابط إسناد خاص بها. فمثلا، من باب المقارنة نجد المشرع السوري في المادة 14 من القانون المدني في فقرتها الثانية والّتي نصّت على ما يلي: "أمّا الطلاق فيسري عليه قانون الدولة الّتي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والإنفصال قانون الدولة الّتي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

والعبرة بإسناد الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق. بحيث جعل المشرع السوري، إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بالوقت الذي تتحرك فيه

[1] - حبار محمد : المرجع السابق .

إرادة الزوج بطلبه والاعتداد بقانون جنسية الزوج وقت الطلاق، ويعتدّ في مسألة التطليق والانفصال الجسماني بوقت رفع الدعوى، بإعتباره الوقت الّذي تتحرّك فيه إرادة الطرفين بطلبه معا[1].

وما يلاحظ على المادة 12، في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري ما يلي[2]:

– يترتب على إعمال هذه القاعدة، خضوع انحلال الزواج لقانون قد لا يكون معروفا للزوجين وقت انعقاد الزواج ولم يكن داخلا في توقعات أي منهما، فقد يغيّر الزوج جنسيته بعد الزواج ويكتسب جنسية جديدة ويسمح له القانون الجديد بفك الرابطة الزوجية في حين أنّ قانون الجنسية الّتي كان يتمتع به وقت إنشاء الزواج كان لا يسمح بحل الزواج[3].

– إنّ إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، من شأنه أن يجعل الرابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة، ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزوج ويؤدي ذلك إلى مفاجأة الزوجة ويتأثر مركز المرأة فيكون أكثر إضرارا بمصالحها، فكان من الأجدر على المشرّع إخضاع مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، باعتباره القانون الذي يكون معلوما و متوقعا للأطراف وقت إنشاء علاقة الزواج[4].

غير أنّه يجب التذكير، دائما بأنّ للقانون الجزائري يسري وحده على انحلال الزواج، في حالة ما إذا كان أحد الأطراف جزائريا وقت انعقاد الزواج طبقا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري. باستثناء شرط الأهلية، الذي يظل خاضعا للقانون الوطني للشخص حسب المادة 10 من القانون المدني الجزائري.

---

[1] – فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد : المرجع السابق، ص. 277.

[2] – عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص. 233.

[3] – فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد : المرجع السابق، ص. 277.

[4] – عز الدين عبد الله : المرجع السابق، ص .309. وانظر أيضا إسعاد موحند : المرجع السابق، ص .311. ، وهشام علي صادق : المرجع السابق، ص. 283.

المطلب الثاني
قواعد التنازع الّتي تحكم آثار انحلال الزواج.

سيكون كلامنا في هذا المطلب، بالتعرّض للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات الوقتية (الفرع الأوّل)، والقانون الذي يسري على مسألة الحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل
القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الوقتية.

تعتبر النفقة الوقتية الّتي يحكم بها القاضي لصالح الزوجة المطلقة ريثما يفصل في الدعوى الأصلية المتعلقة بالطلاق، بمثابة إجراء يقوم به القاضي لصالح الزوجة من أجل المحافظة على الحدّ الأدنى لمعيشتها والقانون الذي يحكمها هو قانون القاضي[1]، لاعتبارات لها علاقة بالأمن لدولة القاضي لأنّها تعتبر في بعض الأنظمة القانونية من النظام العام. ونادى جانب من الفقه[2]، بإخضاع الإجراءات الوقتية للقانون الذي يحكم انحلال الزواج، وأنتقدوا القضاء بإخضاعه الإجراءات الوقتية كلّها لقانون القاضي، بحيث يجب إخضاعها للقانون الّذي يسري على انحلال الزواج، ويمكن القبول بصفة استثنائية إخضاعها لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وذلك باسم النظام العام أو باسم قوانين البوليس والأمن[3].

ويسود اتجاه فقهي[4]، على اعتبار النفقة عموما بأنّها من اختصاص قانون القاضي بوصفه قانونا للبوليس والأمن المدني لتعلّقها بالنظام العام، ويطبق بشأنها مبدأ إقليمية القوانين.

---

[1] – محمد المبروك اللافي : المرجع السابق، ص. 141.

[2] – أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص. 259.

[3] – Trib. Gr. Ins. Sienne,10/04/1962,v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.cit., p. 405.

[4] – زروتي الطيب: المرجع السابق، ص. 181؛ وانظر أيضا علي علي سليمان: "مذكرات في القانون الدولي.."، المرجع السابق، ص. 78.

أمّا بخصوص إجراءات الطلاق والتطليق، فهي مسائل تخضع لقانون القاضي[1] بوصفها من مواد الإجراءات، وتحديدها يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع ومن ضمنها كيفية الإثبات، تقديم الأدلة في الدعوى ومدى قوّتها، شهر الطلاق أو التطليق[2].

وقد أعطى القضاء الفرنسي، الحق لنفسه للنظر في المنازعات المتعلقة بالأجانب على أساس أنّ للأجانب حقوقا وليس لهم وسيلة لحمايتها، ومن شأن ذلك أن يؤدي إلى عدم الاستقرار والمساس بالأمن المدني بفرنسا. وعليه أقرّ القضاء الفرنسي، إختصاصه الشامل بالنظر في كل المنازعات المتعلقة بالأجانب، وذلك بموجب القرار الشهير الصادر سنة 1948 والمعروف بقرار " باتينو Patino " [3] وذلك على أساس المواد 14 و15 من القانون المدني الفرنسي، الّتي كان يحصر تفسيرها على المنازعات المتعلقة بالالتزامات التعاقدية، ولكن بعد هذا القرار الشهير، قد وسع من مفهوم هاتين المادتين[4]. وأصبحت تنصرف إلى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، وهذه المواد أخذها المشرع الجزائري عن المشرع الفرنسي بنفس الصياغة في قانون الإجراءات المدنية في المواد 10 و11.

يوجد إلى جانب هذه الإجراءات، إجراء الطلاق أمام سلطة دينية أوتشريعية وتعتبر في نظر قانون القاضي مسألة إجرائية أي شكلية، وبالتالي تخضع لمسألة التكييف.

وعلى ذلك يمكن للمحاكم، النظر في منازعات الأجانب المتعلقة بالطلاق أو التطليق. وذلك ما إستقرّ عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي، لأنّ هذه الشروط لا تتعلّق بالعناصر الموضوعية للتطليق، وإنّما يتعلّق الأمربالوسيلة الّتي يلجأ إليها الزوجان للحصول

---

[1] – محمد كمال فهمي : المرجع السابق، ص. 549.

[2] – هشام علي صادق : المرجع السابق، ص. 284.

[3] - Cass.Civ., 21/06/1948 ,v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p. 555.

[4] - Art. 14 du C.Civ.Fr. qui dispose : "L'étranger, même non résident en France, pourra être cité dans les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un français, il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des français".

- Art. 15 du C.Civ.Fr. qui dispose : "Le français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger".

على انحلال الزواج[1]، ونادى القضاء الفرنسي[2] بإخضاع الدعاوى المتعلّقة بالطلاق أو التطليق لقانون القاضي، على أساس أنّها تتعلّق بسير مرفق العدالة.

وقد أسند القانون المصري، هذه الإجراءات لقانون القاضي إعمالا لنص المادة 22 من القانون المدني المصري بقولها:"يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات، قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات".

ونصت المادة 34 من قانون المرافعات المصري الصادر في سنة 1968 على أنّه:"تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية الّتي تنفذ في الجمهورية، ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية ".

ويمكن لرئيس المحكمة، السماع لأقوال الزوجين في طلب التفريق أو التطليق ويأمر بالإجراءات التحفظية أو الوقتية الّتي يراها لازمة للمحافظة على مصالح كل من الزوجين والأولاد، بوجه خاص تقدير نفقة وقتية[3].

أمّا بخصوص المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، فقد أخضعت الإجراءات الوقتية لقانون القاضي أثناء سير الدعوى، وذلك حسب ما هو منصوص عليه في الفصل 49 في فقرته الثانية[4].

ونصّ القانون الكويتي في المادة 21 من القانون السالف الذكر، على أنّه:"تختصّ المحاكم الكويتية بالإجراءات الوقتية والتحفظية الّتي تنفذ في الكويت، ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية".

أمّا القانون الجزائري، فلم يكن يحدّد القانون الواجب التطبيق على الاجراءات الوقتية، إلى حين صدور التعديل الجديد للقانون المدني، الّذي أضاف المادة 21 مكرر 1

---

[1] – فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد : المرجع السابق، ص. 280.

[2] - Cass. Civ. 04/12/1935,v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p. 562.

[3] – عز الدين عبد الله : المرجع السابق، ص. 335.

[4] - Art. 49 Al. 02 du code de droit international privé Tunisienne qui dispose : "Les mesures provisoires en cours d'instance sont régis par le droit tunisien ".

والّتي مفادها[1]: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة الّتي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات ".

وفيما يتعلّق بمسألة أموال الزوجين في حالة إنفصال الزوجين، فتخرج عن الفكرة المسندة لآثار انحلال الزواج. وبالتّالي لا يسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الزواج، وإنّما يسري عليها القانون الّذي يحكم آثار الزواج، ويرتّب القانون الفرنسي عن انفصال الزوجين، إنفصال أموالهما طبقا للمادة 302 مدني فرنسي في فقرتها الأولى[2].

ونفس الشيء يقال بالنسبة للقانون المصري[3]، إذ يُخرج مسألة الآثار المالية للطلاق من القانون الذي يسري على انحلال الزواج، ويخضع هذه الآثار للقانون الذي يحكم آثار عقد الزواج، أي يسندها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، ونفس الأمر بالنسبة للقانون الجزائري في مادته 12 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري.

وفيما يتعلّق بمسألة طلاق الزوجة من زوجها طلاقا تعسفيا، يرى الرأي الراجح بأنّ هذا العمل الذي قام به الزوج خطأ موجب للتعويض، ويطبق بشأنه قواعد المسؤولية التقصيرية، وبالتالي يخضع لقانون البلد الذي وقع فيه الضرر[4].

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

---

[1] – أضيفت المادة بمقتضى قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2006 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري.

[2] – Art. 302 Al. 01 du C.Civ.Fr. qui dispose : "La séparation de corps entraîne toujours séparation de biens".

[3] – تنص المادة 02/13 مدني مصري، على ما يلي: " أمّا الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق و الانفصال قانون الدولة الّتي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى ."

[4] – Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p. 407.

– وانظر أيضا عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص. 232.

إنّ من أهمّ الآثار الّتي يخلفها الانفصال بين الزوجين مسألة الحضانة، وينظر فيها القاضي بمناسبة الدعوى المرفوعة أمامه. إذ تمثل الحضانة مرحلة من مراحل الولاية على النفس[1].

وتباينت التكييفات في شأنها، فمنهم من رأى[2] أنّ الحضانة كأثر من آثار الزواج، بحيث تتعلّق بالبنوة، وأكّد على ذلك القضاء المصري بعدة أحكام قضائية، منها حكم صادر عن محكمة الإسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1952/02/26 منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي مجلد 8 لسنة 1952 صفحة 165 [3].

في حين يرى رأي خلاف ذلك[4]، ويعتبر الحضانة كأثر من آثار الطلاق أو التطليق، على اعتبار التنازع حولها لا يثور إلاّ بمناسبة انحلال الزوجية بالطلاق أو التطليق.

ونجد اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، تنادي بإخضاع مسألة الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل [5]، على أساس أنّ ذلك المكان هو الذي تتركز في حياة الطفل وعلاقاته بالغير، لأنّ فلسفة اتفاقية لاهاي جاءت تعتني بشخص الطفل أكثر من الشخص الحاضن. ونجد القانون الإنجليزي أيضا تأثر بنفس الاتجاه، الّتي أخذت به اتفاقية لاهاي وأخضع الحضانة لقانون موطن الطفل.

وفيما يخص القانون المصري، كان اتجاه من الفقه يكيف الحضانة على أنّها ولاية على المال، وكان ينادي بإخضاعها لقانون الشخص الذي يجب حمايته، إعمالا لنص المادة 16 من القانون المدني المصري والّتي مفادها:"يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية

---

[1] – عز الدين عبد الله : المرجع السابق، ص. 331.

[2] – فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد: المرجع السابق، ص. 282.

[3] – نقلا عن صلاح الدين جمال الدين : "مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب " دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة لسنة 2004، ص. 32 - 33.

[4] – صلاح الدين جمال الدين:"تنازع القوانين.." : المرجع السابق،ص. 294.

[5] - Art. 01 du convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs qui dispose : « Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat de la résidence habituelle d'un mineur sont, sous réserve des dispositions des articles 3, 4 et 5, alinéa 3, de la présente Convention, compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens. »

والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجور عليهم والغائبين قانون الشخص الّتي تجب حمايته" [1].

غير أنّ غالبية الفقه المصري[2]، يجمع على أنّ الحضانة كأثر من آثار انحلال الزواج، ويسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية، أي قانون جنسية الزوج.

أمّا بخصوص القانون الفرنسي، فقد جاء خاليا من أحكام الحضانة، إذ كيف القضاء الفرنسي[3] الحضانة على أنّها من آثار انحلال الزواج، فيسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الزواج.

ولكن الرأي الراجح لدى القضاء الفرنسي[4]، ينادي بإخضاع الحضانة للقانون الشخصي للطفل، باعتباره القانون الّذي يحقق مصلحة المحضون.

ومن المستقر عليه في قضاء المحاكم[5]، أنّ القواعد المتعلقة بالأمن والبوليس هي قواعد آمرة ذات تطبيق آني، على كافة العلاقات القانونية سواء كانت وطنية أو دولية حسب نص المادة الثالثة في فقرتها الأولى والّتي مفادها : " قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الإقليم "[6].

ووسّع القضاء الفرنسي[7]، بتطبيق القانون الفرنسي بشأن مشكلات الحضانة بين الأجانب المقيمين بفرنسا. والتدابير التحفظية للحضانة قد أخضعها لقانون القاضي، أمّا الإجراءات الموضوعية الخاصّة بالحضانة فتخضع دائما للقانون الذي يسري عليها.

---

[1] – إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق، ص. 273.

[2] – صلاح الدين جمال الدين : " مشكلات حضانة الأطفال..."، المرجع السابق، ص. 97.

[3] - Paris, 23/11/1954,v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p.406.

[4] - Cass.Civ., 03/02/1982. v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p. 406.

[5] - Trib.Civ.Sienne, 29/11/1904.Trib.Toulon,05/08/1980. v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p. 406.

[6] - Art.03 Al.01 du C.Civ.Fr. qui dispose : « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

[7] - Cass.Req., 26/12/1917. v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p.563.

ومن الثابت أيضا أنّ الأجانب مثلهم مثل الوطنيين، يجب عليهم الخضوع لقانون العقوبات الوطني الذي يحمي بنصوصه الحق في الحضانة، ويعاقب على جرائم خطف الطفل المحضون وعدم تسليمه[1].

أمّا بالنسبة للقوانين العربية، فقد خصّ كل من التشريع الكويتي والتونسي مسألة الحضانة بقاعدة إسناد، فالقانون الكويتي نصّ على ذلك صراحة في المادة 43 من القانون رقم 5 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بقولها:"يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة "[2].

ونصّت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، في الفصل 50 بقولها:"تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل".

يُفهم من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، على أنّ الحضانة هي من آثار انحلال الزواج، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج ويعتبر هذا الحل كضابط إسناد أصلي. وفي حالة عدمه، يطبق القاضي القانون الشخصي للطفل أو موطنه. مع منح القاضي مجالا لتطبيق القانون الأفضل للطفل.

أمّا القانون الجزائري، فلم يخص الحضانة بقاعدة إسناد صريحة توضح القانون الواجب التطبيق عليها، وبما أنّ تكييفها يخضع لقانون القاضي طبقا للمادة 09 من القانون المدني الجزائري، فإنّ الحضانة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، لأنّ المشرع الجزائري قد تناولها في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري المتعلّق بآثار الطلاق[3]. وباعتبار الحضانة من آثار انحلال الزواج، فانّه يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، طبقا لنص المادة 02/12 مدني جزائري.

---

[1] – راجع المواد من326 إلى 329 من قانون العقوبات الجزائري، التي تعاقب على خطف القصر و عدم تسليمهم.

[2] – تقابلها المادة 20 من القانون المدني القطري.

[3] – يوسف فتيحة : " مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص "، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد رقم 03، 2005، ص. 193.

ويمكن سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وذلك حسب ما جاءت به المادة 13 من القانون المدني الجزائري. ولقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلّق بطلاق جزائرية وإيطالي، بحيث أنّ المحكمة الابتدائية للمدية أسندت الحضانة للقانون الإيطالي على أساس المادة 12 الفقرة الثانية، أي لقانون جنسية الزوج، وطعنت الزوجة في حكم المحكمة لدى المحكمة العليا على أساس أنّها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج، ولم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية.

وقررت المحكمة العليا على هذا الأساس نقض هذا الحكم، واعتبرت الحضانة من آثار انحلال الزواج تخضع هي كذلك للقانون الجزائري، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وعلى هذا تخضع الحضانة للقانون الجزائري[1].

وبسبب المشاكل الّتي تثيرها الحضانة، عمدت الدول إلى تنظيم معاهدات دولية، كمعاهدة لاهاي المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر[2]، الّتي دخلت حيّز التنفيذ ابتداء من تاريخ 04 فيفري 1969. إلى جانب المعاهدات الثنائية، ومنها المعاهدة المبرمة بين الجزائر وفرنسا المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في الجزائر يوم 21 جوان 1988[3]. جاءت هذه المعاهدة الثنائية نتيجة المشاكل الّتي ثارت بين الآباء الجزائريين والأمهات الأجنبيات، المتعلقة بحضانة الأولاد وبحق الزيارة للأبوين. وقد أراد واضعي هذه الاتفاقية أساسا حماية الطفل ذاته، وتحديد ضمانات لممارسة حق الحضانة، وزيارة المحضون وحرية تنقله بين

[1] – المحكمة العليا، ملف رقم 170082، قرار صادر بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية، العدد 1، 2000، ص. 167-170.

[2] – أنظر الملحق رقم 02 : الخاص باتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية القصر، ص. 123 إلى ص. 126.

[3] – انظر المرسوم 88-144 المؤرخ في 26 جويلية 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، ج.ر. رقم 30، الصادرة بتاريخ 1988/07/27.

البلدين، إذ تسيطر عليها فكرة مصلحة المحضون وحماية القاصر بالدرجة الأولى، دون اهتمام لشروط الحاضن خلافا للقوانين الداخلية[1].

ومن المبادئ الّتي أتت بها الاتفاقية:

– تنظيم حق الزيارة من طرف البلدين حسب المادة الثانية.

– تعدّ الأحكام قابلة للتنفيذ أو الّتي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة، رخصة للخروج من التراب الوطني.

– وضعت هذه الاتفاقية نظاما فعالا لتسهيل حق الزيارة، وذلك لتفادي مشكلة اختطاف الأطفال من قبل آبائهم وأمهاتهم، إستجابة لرعايتهم وحمايتهم.

[1] – معوان مصطفى : " الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 01، 2000، ص. 134.

الفصل الثاني
معاملة القانون الواجب التطبيق على الزواج وانحلاله وموانع تطبيقه

الفصل الثاني
معاملة القانون الواجب التطبيق
على الزواج وانحلاله وموانع تطبيقه.

بعد تعرضنا في الفصل الأوّل، للقانون الواجب التطبيق على العلاقات الدولية الخاصة المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، من القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج وانعقاده وآثاره، إلى القانون الواجب التطبيق على انحلاله و آثاره. سيكون هذا الفصل مخصصا للحديث عن معاملة القانون الواجب التطبيق المحدد من طرف قاعدة التنازع، الذي إذا تحدد بالقانون الوطني فإنّه لا يثير أي إشكال أثناء تطبيقه، أما إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الأجنبي فإن تطبيقه يثير مجموعة من الإشكاليات، تتعلق بإثبات وجوده، وبكيفية تفسيره وبرقابة المحكمة العليا على التفسير الذي أعطاه قضاة الموضوع لهذا القانون.

وفي هذا الصدد ظهرت مجموعة من النظريات والآراء الفقهية التي تبحث في مسألة معاملة القانون الأجنبي، وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الأول من هذا الفصل. أما المبحث الثاني، فنخصصه لدراسة موانع تطبيق القانون الأجنبي من طرف القضاء الوطني. ويثور ذلك عندما يكون مخالفا للنظام العام لدولة القاضي المعروض أمامه النزاع، وكذلك حينما يرتكب أطراف العلاقة القانونية غشا نحو القانون.

المبحث الأوّل
معاملة القانون الواجب التطبيق على الزواج وانحلاله.

من المعلوم أنّ قاعدة التنازع هي قاعدة مزدوجة، قد يؤدي إعمالها إلى تطبيق القانون الوطني وهنا لا يثار أيّ إشكال، ولكن إذا تحدّد القانون الواجب التطبيق بقانون أجنبي. فعلى أي أساس يعامل هذا القانون، وهو ما نحاول التفصيل فيه في المطلب الأوّل. أما المطلب الثاني، فسنخصصه للحديث عن مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني.

المطلب الأوّل
الطبيعة القانونية للقانون الواجب التطبيق على الزواج وانحلاله.

يقصد بالقانون الأجنبي النظام القانوني الساري المفعول في الدولة، الّتي أشارت قاعدة التنازع إلى تطبيق قانونها، من تشريع وعرف وكذا السوابق القضائية بالنسبة للدول الّتي تأخذ بهذا النظام الأخير.

ولإعمال هذا القانون المحدّد من طرف قاعدة التنازع الوطنية، وجدت نظريات فقهية وآراء مختلفة، فهناك من الآراء من اعتبرته عنصرا من عناصر الواقع وأنكروا عليه صفته القانونية وكان لهم أدلتهم التي إستندوا عليها في تبنيهم لهذا الموقف وهو ما سنعرضه في الفرع الأوّل. وأراء أخرى كان لها موقف مخالف، حيث عاملته مثل القانون الوطني، والقاضي هنا يبحث عن مضمونه وهو ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه، وهو ما سنعرضه في الفرع الثاني.

الفرع الأوّل

معاملة القانون الواجب التطبيق كواقعة.

يرى هذا الاتجاه[1]، بإنكار الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المحدّد من طرف قاعدة الإسناد الوطنية، ويعتبره مجرّد عنصر من عناصر الواقع.

ومن التطبيقات التي أخذت بهذا الرأي نجد القضاء الفرنسي، رغم أنه لم يصرح في يوم ما أنّه يعامل القانون الأجنبي كواقعة. لكن الفقه، بنظرته للشروط التي يشترطها القضاء الفرنسي في مسألة تطبيق القانون الأجنبي، جعلته – أي الفقه – يستخلص من ذلك أن القضاء الفرنسي يتبنى هذا الرأي. وهذه الشروط تتلخص فيما يلي[2]:

أولا، إن الطرف الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي هو الذي يلزم بإثباته وهويقيم الدليل على مضمونه، أي على الشخص المتمسك بتطبيق القانون الأجنبي هو الذي يقيم الدليل على محتواه.

ثانيا، أنّ القاضي الفرنسي ليس ملزما بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ولو كان عالما بأحكامه، وبعبارة أخرى لو كان القاضي عالما بأحكام القانون الأجنبي فهو في هذه الحالة ليس ملزما بتطبيقه، بل على الخصوم التمسك بتطبيقه.

ثالثا، أنّ محكمة النقض الفرنسية لا تبسط رقابتها للتفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع الفرنسيون للقانون الأجنبي، بمعنى أن التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع للقانون الأجنبي المراد تطبيقه، لا يخضع لرقابة محكمة النقض الفرنسية.

وأنكر أصحاب هذا الاتجاه، الصفة القانونية للقانون الأجنبي واعتبروه مجرّد واقعة ويتزعم هذا الاتجاه في فرنسا الأستاذ باتيفول Batiffol [3]، إذ يرى أنّ القاعدة القانونية تتكوّن من عنصرين:

---

[1] - Batiffol Henri, Lagarde Paul : "Traité de droit international privé", L.G.D.J., T.1, 8ème édition, 1993, p.528.
[2] - Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.cit., p. 277.
[3] - Batiffol Henri, Lagarde Paul : Op.cit., p.531.

عنصرالعقل، وهو عبارة عن مضمون أو محتوى القاعدة القانونية، وهذا يعني بأنّها قاعدة عامة ومجردة.

عنصرالجزاء، وهو عنصر الأمر والإلزام الذي تحتاجه القاعدة القانونية، لكي تستمد منه القوة الملزمة.

بالمقابل إذا كانت القاعدة الأجنبية تمتلك هذين العنصرين في بلد إصدارها، فهي تفقد عنصر الأمر والإلزام خارج حدود إقليم إصدارها، وتتحول بالتالي إلى مجرّد واقعة[1]. ولم يسلم هذا الاتجاه من النقد، لأنّه في نظر بعض الفقه ليس من المعقول أن يعامل قانون في دولة ما كقانون، ثمّ يفقد هذه الصفة حينما يطبق من طرف القاضي الفرنسي. ويشبه البعض، تطبيق القاضي للقوانين الأجنبية بتطبيقه للعقد التأسيسي للشركات، فكلاهما قواعد عامة تطبق على حالات خاصة، ولكنّها غير صادرة عن المشرع الوطني، فينقصها عنصر الأمر والإلزام، وبالتالي لا تمتلك صفة القانون من تلقاء نفسها[2].

وإعتبر الفقهاء الإنجليز القانون الأجنبي كواقعة، يطبق في بلد القاضي المعروض أمامه النزاع إحتراما للحقوق المكتسبة في الخارج، فالقاضي هنا لا يمكنه النظر في حق مكتسب نشأ في الخارج، إلاّ بالرجوع إلى القانون الأجنبي الذي ينشأ هذا الحق تحت سلطانه. وبناء على ذلك، يظهر القانون الأجنبي كمجرد واقعة مجرّدة من أية قوة في حدّ ذاتها لكنّها تستمدّ قوّتها القانونية من مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في قانون القاضي، وبهذا التحليل يوجد حالات تخرج عن نطاق الحقوق المكتسبة وتدخل ضمن مجموعة إنشاء الحقوق أو الوضعيات الجديدة، أي نظرية الحقوق المكتسبة لا تفسّر تطبيق القانون الأجنبي على وضعية قانونية نشأت في دولة قاضي النزاع، مثل إنشاء علاقة زواج أو طلاق إعمالا للقانون الأجنبي[3].

---

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

[2] – هشام علي صادق : المرجع السابق، ص. 141.

[3] – سعيد يوسف البستاني : "القانون الدولي الخاص، تطور وتعدّد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية" منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2004، ص. 197.

وعيب على نظرية الحقوق المكتسبة، أنه لمعرفة ما إذا صار الحق مكتسبا أم لا، يجب الرجوع إلى القانون الذي أكسبه هذه الصفة ويبحث القاضي في وجوده، وهو بالتالي يقترب من معاملته كقانون وليس كواقعة[1].

ومن الآثار المترتبة على الاتجاه، الذي يجعل من القانون الأجنبي مجرد واقعة، وليس قانونا عدّة نتائج منها :

– لا يجوز للقاضي المعروض أمامه النزاع تطبيق القانون الأجنبي، باعتباره واقعة من تلقاء نفسه، ولا يمكنه أيضا البحث في مضمون القانون الأجنبي، بل يجب على الخصوم التمسك بهذا التطبيق. وبرّر جانب من الفقه[2]، ذهابهم إلى اعتبار القانون الأجنبي كواقعة، بضرورة عملية مفادها أنه من العسير على القاضي أن يلمّ بكل قوانين العالم.

– يجب على الخصوم أن يقدموا أدلة الإثبات الّتي تثبت مضمون القانون الأجنبي، لأنّه واقعة وعليهم إثباته أمام القاضي، بحيث عليهم تجميع الوقائع في الدعوى وإقامة الأدلة عليها، وهذا يؤدي إلى أنّ القاضي ليس ملزما بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، إلاّ إذا تمسك أحد الخصوم بتطبيقها، والخصوم هم الذين يسردون الوقائع على القاضي، وهذا الأخير يقول كلمة القانون في هذه الوقائع، ولا تسري قاعدة علم القاضي بالقانون[3].

– والأهم من ذلك، إذا تمسك الخصوم بتطبيق القانون الأجنبي فهم مكلفون بإثبات مضمونه ويتحملون عبء الإثبات، وإذا تعذّر إثباته من طرف أحد الخصوم، فالقاضي ملزم بالفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون الوطني، وإلاّ اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة [4].

---

[1] – نادية فضيل : " الغش نحو القانون.."، المرجع السابق، ص. 30.

– وانظر أيضا،أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص . 142.

[2] – علي علي سليمان : " مذكرات في القانون الدولي.."، المرجع السابق، ص. 137.

[3] – نادية فضيل : " الغش نحو القانون.."، المرجع السابق، ص. 29.

[4]– استبعدت محكمة الاستئناف الفرنسية كان Caen القانون الإسباني الواجب التطبيق في قضية حادث مرور، وطبقت القانون الفرنسي بسبب عدم إثبات القانون الإسباني من طرف المدعي، وطبقت المادة 01/1386 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالمسؤولية عن فعل الأشياء، باعتبار أنّ القانون الإسباني يجهل المسؤولية المفترضة، وأكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارات من أهمها قرار لوتور الصادر في 25 ماي 1948، أنظر

– لا يحق للمحكمة العليا، أن تمدّ رقابتها للتفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع بشأن تطبيقهم للقانون الأجنبي، لأنّه يعتبر من الوقائع الّتي تخرج عن اختصاصها، بحيث أصبح الرأي المستقر عليه هو عدم الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي، على أساس أنّ هذا الأخير هو واقعة من وقائع الدعوى وتنحصر وظيفة المحاكم العليا في توحيد اجتهادات محاكم الوطنية فحسب، ولا تنصرف إلى القانون الأجنبي[1].

-L'arrêt Lautour: Cass.Civ.,25 Mai 1948, v. Batiffol Henri, Lagarde Paul, Op.cit., p. 538.

– وساير المشرع التونسي الاجتهاد القضاء الفرنسي، إذ نصت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص في فقرتها الرابعة من الفصل 32 على ما يلي :"وإن تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فإنّه يقع العمل بالقانون التونسي ".

– بالمقابل أيضا أضاف المشرع الجزائري المادة 23 مكرر بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي يطبق القانون الجزائري، والّتي مفادها : " يطبق القانون الجزائري، إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه ".

[1] – علي علي سليمان : " مذكرات في القانون الدولي..."، المرجع السابق، ص .141.

الفرع الثاني

معاملة القانون الواجب التطبيق كقانون.

يرى أصحاب هذا الاتجاه[1]، أنّ القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية أمام القضاء الوطني، ويدمج القانون الأجنبي في النظام القانوني التي أشارت إلى تطبيقه قاعدة التنازع الوطنية ويتحول إلى جزء منه [2].

غير أن أنصار هذا الاتجاه انقسموا إلى فريقين:

الفريق الأول: بزعامة الفقيه الإيطالي ***"أنزلوتي Anzilotti"*** الذي نادى بفكرة الإدماج أو الاستقبال، إذ شبه قواعد التنازع في قانون القاضي على أنها قواعد بيضاء أو فارغة المضمون تستقبل وتمتص محتوى ومضمون القوانين الأجنبية، التي تأمر أو تشير بتطبيقها أمام القضاء الوطني، ويقوم القاضي بتطبيق القاعدة الوطنية على أساس تشابه مضمونها مع أحكام القانون الأجنبي[3].

وبناء على هذا الأساس، لا يمكن الاعتراف للقانون الأجنبي بطبيعته القانونية إلاّ إذا تمّ دمجه بالقانون الوطني ويترتب على هذه أن تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، لا يمكن تفسيره طبقا لمفاهيم قانون القاضي، إلا إذا اعتبر جزءا من القانون الداخلي[4].

وتفقد قاعدة التنازع بهذا التحليل خاصيتين: *الخاصية الأولى*، تتمثل في نزع طابعها غير المباشر، الذي يكمن في توجيه القاضي إلى القانون المختص، ويحوّلها بالتالي إلى قاعدة

---

[1]- Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.cit., p.276

[2] – على غرار هذه النظريات ظهرت نظريات أخرى :

– النظرية الهولندية : أساس هذه النظرية يطبق القانون الأجنبي إلاّ على سبيل المجاملة، وأنتقدت هذه النظرية، لأنّ قضاة يطبقون القانون الأجنبي إلاّ حسب أهوائهم.

– النظرية التفويض : يطبق القاضي القانون الأجنبي بناء على تفويض صادر من المشرع الأجنبي، وقبلت قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي بتطبيقه.

[3] – محمد المبروك اللافي : المرجع السابق، ص. 95.

[4] – أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص. 142.

مادية وموضوعية مثلها مثل باقي قواعد القانون الداخلي (الاستقبال المادي)، مما يجعل في النهاية أنّ القانون المطبق هو القانون الوطني. *أما الخاصية الثانية*، فتتمثل في جعل قاعدة التنازع أحادية عند التطبيق، بدل من أنّها قاعدة مزدوجة يؤدي إعمالها إمّا بتطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي، ويكون في الأخير هو تطبيق القانون الوطني[1].

ومن النتائج المترتبة، عن نظرية الاستقبال أو الإدماج هي كالتالي:[2]

– عندما تشير قاعدة التنازع إلى تطبيق القانون الأجنبي، تستقبله على أساس أنه قانون وطني وليس بقانون أجنبي.

– افتراض علم القاضي بأحكام القانون الأجنبي،كما يعلم أحكام قانونه الوطني، ويكون بالتالي القاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه.

– القاضي الوطني له الصلاحية الكاملة للقيام بتفسير القانون الأجنبي على نفس الطريقة الّتي يفسر بها قانونه الوطني، و إذا أخطأ في تطبيقه يعد خطأه من قبيل الخطأ في تطبيق القانون وليس في تقدير الوقائع، وبالتالي يخضع لرقابة المحكمة العليا.

على الرغم من هذه النتائج، إلاّ أنّ هذه النظرية تشوبها بعض العيوب ومنها[3]:

– أنّها تفقد للقانون الأجنبي مفهومه وقيمته الأجنبية، بمجرد تطبيقه أمام القاضي الوطني.

– يعتبر القانون الأجنبي طبقا لهذه النظرية جزءا من القانون الوطني، ويخضع تفسيره وفقا لمفاهيم قانون القاضي المعروض أمامه النزاع.

أما الفريق الثاني: بزعامة الفقيه ***روبرتوآقو " Roberto Ago"*** [4] إعتبروا القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة التنازع، قد اندمج شكلا في النظام القانوني الوطني، بحيث يستقبله القاضي المعروض أمامه النزاع على أنه قواعد قانونية صادرة

[1] – سعيد يوسف البستاني : المرجع السابق، ص . 199.

[2] – فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد: المرجع السابق، ص. 105.

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

[4] – Derruppé Jean : Op.Cit., p.89.

عن سلطة أجنبية، ويبقى القانون الأجنبي محتفظا بكيانه القانوني وبطبيعته الأجنبية، وفقا للنظام الذي نشأ في ظلّه.

وانطلاقا من تحليل هذا الفريق، فإن تفسير القانون الأجنبي يبقى خاضعا لمفاهيم القوانين الأجنبية وعبء إثباته يتحمله الخصوم. فإذا وقع خطأ في تطبيق القانون الأجنبي، لا يعتبر خطأ في القانون موجبا لنقض الحكم[1].

على الرغم من هذا التحليل، لا يمكن بأي حال من الأحوال إدماج كافة قوانين العالم في أحكام القانون الوطني، لما ما يوجد من تنافر وإختلاف بين قوانين العالم[2].

على عكس من ذلك، يرى الكثير من الفقهاء أنّ القانون الأجنبي لايندمج في القانون الوطني، بل يحتفظ بصفته الأجنبية، فهو يسري بقوة إلزامه أي بوصفه أمرا صادرا من مشرع أجنبي[3].

المطلب الثاني

مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني.

نعالج في هذا المطلب وضعية القانون الأجنبي أمام قضاة الموضوع وإثباته من طرف الخصوم بالنسبة للتشريعات الّتي تجعله على عاتق الخصوم.

لذا سياق الحديث عن هذا الموضوع يفرض علينا، الإشارة إلى مسألة إعمال قاعدة التنازع من طرف القاضي الوطني وهو ما سنضمنه في الفرع الأوّل، أما الفرع الثاني سنشير فيه إلى رقابة المحاكم العليا للتفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع للقانون الواجب التطبيق على النزاعات ذات العنصر الأجنبي.

---

[1] – فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد: المرجع السابق، ص. 106.

[2] – سعيد يوسف البستاني : المرجع السابق، ص. 200.

[3] – محمد كمال فهمي : المرجع السابق، ص. 477.

الفرع الأوّل

وضعية القانون الأجنبي أمام قضاة الموضوع.

من الإشكاليات التي يثيرها إعمال قانون أجنبي أمام القضاء الوطني، هو دور القاضي في تطبيق قاعدة التنازع، و دور كل من الخصوم أو القاضي في إثبات مضمونها.

أوّلا : إعمال قاعدة التنازع من طرف القاضي الوطني.

نتطرق لموقف الفقه من إعمال قاعدة التنازع من طرف القاضي، ثمّ نعرض موقف القضاء من هذه المسألة.

يرى فريق من الفقه الحديث[1]، بوجوب تطبيق قاعدة التنازع، وأنّ القاضي هنا ملزم بتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع بدون حاجة إلى تمسك الخصوم بذلك، وعليه فأنّ القاضي ملزم بتطبيق قواعد التنازع الوطنية الصادرة من مشرّعه.

لكن على الرغم من تأكيد غالبية الفقه بوجوب إعمال قاعدة التنازع، إلاّ أنّ فريقا يرى خلاف ذلك[2]، إذ اعتبروا قاعدة التنازع لها طابع اختياري وترتب على هذا الرأي بأنّ القاضي ليس ملزما بتطبيق القانون الأجنبي المراد تطبيقه بصفة آلية وتلقائية، بل لا يقوم القاضي بتطبيقه إلاّ إذا تمسك الخصوم به صراحة، بحيث أنّهم مطالبون بإثباته وتحديد مضمونه.

ولقد تعرض القضاء لمسألة إعمال قاعدة التنازع، وتميّز موقف القضاء الإنجليزي من هذه المسألة في استعماله حيلة في مجال العلاقات الدولية الخاصة وهي تطبيق القواعد الموضوعية الإنجليزية، على أساس افتراض تطابق أحكام القانون الأجنبي مع أحكام القانون الإنجليزي، وأدّى بالتالي إلى إهمال دور قاعدة التنازع الوطنية من الناحية العملية، والقاضي هنا غير ملزم بتطبيقها من تلقاء نفسه[3].

---

[1] – هشام علي صادق : المرجع السابق، ص. 149.

[2] – علي علي سليمان : " مذكرات في القانون الدولي.. "، المرجع السابق، ص. 137.

[3] – إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق، ص. 54.

وفي ألمانيا، القاضي ملزم بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه، حتّى ولولم يتمسك بها الخصوم ويمكن التمسك بها من طرفهم حتّى أمام المحكمة العليا[1].

بينما في فرنسا، لم تكن محكمة النقض الفرنسية تلزم قضاة الموضوع بإعمال قاعدة التنازع وقضت في قرارها الصادر بتاريخ 12 ماي 1959 في قضية الزوجين بيسبال Bisbal بأنّ قاعدة التنازع ليست ملزمة بالنسبة للقاضي المعروض أمامه النزاع، وليست بالتالي من النظام العام، وتتلخص وقائع هذه القضية في أنّ الزوجين بيسبال Bisbal كانا يحملان معا الجنسية الإسبانية (جنسية مشتركة)، ووضعا في حالة انفصال جسماني طبقا للقانون الإسباني الذي كان يمنع آنذاك تحويل الانفصال الجسماني إلى طلاق. وبعدها انتقلا إلى فرنسا، قامت الزوجة بعد انقضاء 3 سنوات بتقديم طلب أمام القضاء الفرنسي تطلب فيه تحويل هذا الانفصال إلى طلاق طبقا للقانون الفرنسي. وأمام سكوت الزوج وعدم تمسكه بتطبيق القانون الإسباني باعتباره قانون الجنسية المشتركة، فإنّ قضاة الموضوع الفرنسيون استجابوا لطلب الزوجة، فطعن الزوج أمام محكمة النقض وحجته في ذلك، أنّ قضاة الموضوع قد خرقوا قاعدة التنازع الفرنسية، وبعبارة أخرى أخطئوا في تطبيق القانون الوطني[2].

أجابت محكمة النقض الفرنسية بأنّ: "قواعد التنازع في القانون الفرنسي، عندما تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي ليست من النظام العام "[3].

ونخلص من قرار محكمة النقض الفرنسية، وضعين مختلفين وهما: تعتبر قواعد التنازع من النظام العام، إذا أشارت إلى تطبيق القانون الفرنسي وليست من النظام العام، إذا تحدّد القانون الواجب التطبيق بقانون أجنبي[1].

---

[1] – فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد : المرجع السابق، ص. 52-53.

[2] - Arrêt Bisbal : Cass. Civ., 12 Mai 1959 la cour de cassation avait jugé : " que le règle Français de conflit de lois, entant du moins qu'elles prescrivent l'application d'un loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère", v. Henri Batiffol, Paul Lagarde : Op.Cit., p. 531.

[3] - عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص. 121.

غير أنّ محكمة النقض الفرنسية، تراجعت عن موقفها التقليدي في وقت قصير وأصبحت تساير الاتجاه الفقهي الحديث أي خففت من موقفها السابق وأجازت للقاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي، حسب ما ورد في قرار بنك الجزائر بتاريخ 02 مارس 1960.[2]

مما يلاحظ على القرارين، فيما يخص إعمال قاعدة التنازع من طرف القاضي الفرنسي، أن في القرار الأوّل (Bisbal) أوجب القضاء الفرنسي على الخصوم التمسك بتطبيق القانون الأجنبي ويعني ذلك أنّ قضاة الموضوع ليسوا ملزمين بتطبيقه من تلقاء أنفسهم. أمّا في القرارالثاني، المتعلق بقضية compagnie Algérienne crédit et de banque، فأجازت محكمة النقض لقاضي الموضوع البحث وتحديد مضمون القانون

[1] - الأمر يصدق عندنا في الجزائر، إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية يعتبر من النظام العام، أمّا القوانين الأخرى الأجنبية غير متعلقة بالأحوال الشخصية فهي ليست من النظام العام، وبالتالي تعامل على أنّها واقعة وليست بقانون، وذلك ما يستخلص من نص المادة 233 في فقرتها 05 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

[2] - Cass. 1ère civil 2 mars 1960, compagnie Algérienne de crédit et de banque, v. juris classeur du droit international, T. 3, Dalloz, édition 1998, p. 08.

الأجنبي، دون أن يكون ملزما بذلك وإنّما يمكنه القيام به، حيث جعلت الأمر اختياريا وجوازيا.

ولقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية، إلى أبعد من ذلك حيث قضت بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي بدون تمسك الخصوم بذلك حسب ما جاء في القرارين، القرار الأوّل ربوح(Rebouh) الصادر في 11 أكتوبر 1988 والقرارالثاني الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 1988 (Shule)[1].

ففي القرارين السابقين، لم يبحث قضاة الموضوع في أبعاد الدعوى، وبالتالي فمحكمة الاستئناف قد خرقت نص المادة 16 في فقرته الأولى من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد[2]، التي تلزم القاضي بالبحث في ملف الدعوى وإلزامه بالمبادئ الإجرائية الّتي تقوم عليها[3].

اعترفت محكمة النقض الفرنسية، بقبول التطبيق التلقائي للقانون الواجب التطبيق في القرارين السابقين 11 و18 أكتوبر 1988، إذ عاملت القانون الأجنبي معاملة القانون ونقضت القرار على أساس، أنّ قضاة الموضوع لم يطبقوا القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الفرنسية. لأنّ الخصوم لم يتمسكوا بتطبيقه، واعتبرت ذلك خرقا لقواعد المرافعات التي تلزم القاضي الفرنسي بالفصل في النزاع المعروض أمامه وفقا لما تقضي به قواعد القانون الواجب التطبيق[4]، استنادا لنص المادة 01/12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد[5].

---

[1] - Cass. Civ. 1ère, 11 octobre 1988, - Cass. Civ. 1ère, 18 octobre 1988, v. Derruppé Jean , Op.Cit., p.101.

[2] - Art. 16 Al. 01 du nouveau code de procédure civile Français qui dispose : " Le juge doit, en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction".

[3] - عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص. 139 – 140.

[4] – هشام علي صادق : المرجع السابق، ص. 151.

[5] - Art. 12 Al. 01 du nouveau code de procédure civile Français qui dispose :"le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicable" .

وقد تراجع القضاء الفرنسي، فيما بعد عن إعمال قاعدة التنازع وعليه فقاضي الموضوع لا يكون ملزما بتطبيق القانون الأجنبي إذا تعلّق الأمر بالحقوق الّتي يكون للأطراف حرية التصرف فيها، وذلك وفقا لقرار Coveco[1].

وأعطى القرار السابق لقاعدة التنازع، طابعا اختياريا في الحقوق الّتي لا يكون للأطراف حرية التصرف فيها أثناء حالة غياب اتفاقية دولية، وفي حالة كون قاعدة التنازع مصدرها اتفاقية دولية يكون طابعها إلزاميا[2].

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن هذا القرار أستفيد منه وضع قاعدة عامة مفادها، أنّ القاضي الفرنسي غير ملزم بإعمال قاعدة التنازع الفرنسية من تلقاء نفسه، ما دام لم يتمسك الخصوم بتطبيقها.

أما الاستثناء الوارد على هذه القاعدة العامة التي وضعها هذا القرار، أنّ القاضي ملزم بتطبيقها :

- إذا كانت قاعدة التنازع مصدرها اتفاقية دولية.
- إذا كانت الحقوق المتنازع عليها تتعلّق بحق لا يجوز للأطراف التصرف فيه.

وذهب المشرع التونسي[3]، إلى نفس الاتجاه الذي سار عليه القضاء الفرنسي في قرار Coveco. وتبين هذه المادة، بأن قاعدة التنازع من النظام العام إذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي، الذي يكون موضوع الحقوق المتنازع عليها بين الأفراد لايجوز التصرف فيها. وهي ليست من النظام العام، إذا تنازل الأفراد بصراحة عن تطبيق القانون الأجنبي، ويكون موضوع الحقوق المتنازع عليها من الحقوق التي يمكن للأطراف حرية التصرف فيها.

بينما تعرّض القضاء المصري، بصفة عرضية لمسألة إعمال قاعدة التنازع من طرف القاضي، وذلك في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية في 07 نوفمبر 1960 إذ اعتبرت

---

[1] - Cass. civil 1ère, 4 Décembre 1990, v. Gutmann Daniel : Op.Cit., p.87.

[2] - عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص. 143.

[3]- Art. 28 du loi N° 98-97 Tunisienne, Op.Cit., qui dispose : " La règle du conflit est d'ordre public lorsqu'elle a pour objet une catégorie de droits dont les parties n'ont pas la libre disposition. Dans les autres cas, la règle est obligatoire pour le juge à moins que les parties n'aient explicitement manifesté leur volonté de décliner son application".

المادة 14 من القانون المدني المصري نصا آمرا أي من النظام العام، لأنّ نصّ هذه المادة يقضي بتطبيق القانون الوطني في مسائل الأحوال الشخصية الّتي تندرج ضمن النظام العام للقانون الداخلي[1].

فمن الصعب، استخلاص من حكم محكمة النقض المصرية اتجاها واضحا، لعدم ذكر الحكم للأساس الذي بنت عليه المحكمة اعتبار المادة 14 نصا أمرا متعلقا بالنظام العام، ومن تم القاضي ملزم بتطبيق قواعد التنازع من تلقاء نفسه. فالمحكمة هنا، لم توضح ما إذا كان هذا الوصف مرجعه جميع قواعد التنازع من النظام العام، أم أن هذا الوصف يرجع إلى اعتبارات تتعلق بحكم نص المادة 14 من القانون المدني المصري فقط[2].

أمّا موقف المشرع الجزائري، فإنه يعامل القانون الأجنبي المتعلق بمسائل الأحوال الشخصية كقانون وبالتالي إذا أشارت قاعدة التنازع الجزائرية إلى العمل بمقتضى هذا القانون، فيطبقه القاضي من تلقاء نفسه، وأمّا إذا تعلّق الأمر بغير مسائل الأحوال الشخصية فالقاضي غير ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه[3].

وعلى هذا الأساس، فإنّ قاعدة التنازع الجزائرية تتعلّق بالنظام العام إذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية. وهي بخلاف ذلك إذا ارتبط الأمر بقانون غير متعلق بهذه المسائل.

ثانيا : إثبات مضمون القانون الأجنبي.

يقصد بإثبات مضمون القانون الأجنبي، إقامة الدليل على محتواه وبيان أحكامه الحقيقية، على أساس أنّ القاضي قد تعترضه صعوبات للكشف عن أحكامه والتعرف على مضمونه.

[1] - فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد : المرجع السابق، ص. 53-54.

[2] – فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد : المرجع السابق، ص .54.

[3] - إسعاد موحند : المرجع السابق، ص. 237 – 238.

وتنحصر الاتجاهات الفقهية، دور القاضي بالكشف عن مضمون القانون الأجنبي في مواقف ثلاث [1]:

– الاتجاه الأوّل: وسار إلى تبني عدم جواز تطبيق القاضي القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ومن الأنظمة القضائية التي تبنته القضاء الإنجليزي.

– الاتجاه الثاني: اعتبر التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وهو ما نجد له حضورا في القضاء الألماني و القضاء الإيطالي.

– الاتجاه الثالث: أخذ بفكرة جواز القاضي في تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه و دون إلزامه بذلك، ومثاله ما هو عليه القضاء الفرنسي والقضاء المصري.

فالاتجاه الأول [2]، برر موقفه باستعمال حيلة قانونية على أساس افتراض تطابق أحكام القانون الأجنبي مع القانون الوطني، ففي النظام الإنجليزي نجد أنه في حالة تمسك أحد الخصوم بتطبيق القانون الأجنبي، وجب عليه إثباته وتقديم الأدلة للقاضي وبرّر ذلك أيضا بصعوبة أن يكون هذا الأخير ملما بجميع القوانين. ولا يجوز للقاضي، أن يحكم في النزاع بمعرفته الشخصية لمضمون القانون الأجنبي.

والاتجاه الثاني[3]، الذي أخذ بمبدأ أن إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على عاتق القاضي وذهب إلى جعل البحث والتحري عن مضمون القانون الأجنبي من صلاحيات القاضي، وهو ملزم به من تلقاء نفسه. ولا يمكن له أن يتنحى عن الفصل في النزاع بمجرّد عجز الخصوم عن إثباته، وعليه أن يفصل في الدعوى حتّى وإن اقتضى منه ذلك طلب يد المساعدة من طرف الخصوم.

وهو ما نجده في المادة 293 من قانون الإجراءات المدنية الألماني، والتي نصها على ما يلي: "إنّ القواعد العرفية والقواعد النظامية وكذلك القانون في دولة أخرى، ليست في حاجة إلى إثبات، إلاّ في حدود عدم علم المحكمة بها، وتلزم المحكمة في تحديد مضمون

---

[1] – فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد : المرجع السابق، ص.87-88

[2] – إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق، ص. 55.

[3] – فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد : المرجع السابق، ص. 89

هذه القواعد بما قام الخصوم ببيانه، وإنّ لها أنّ تلجأ إلى كافة وسائل العلم وأن تأمر بما تراه ضروريا لمعرفة هذا الهدف "[1].

واستخلص الفقه الألماني، من ذلك أنّ على القاضي البحث في مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ومن واجبه أن يسعى للتعرف على أحكامه، وبالتالي نجد القضاء الألماني لا يتقيد بالإثبات الذي يأتي به الخصوم بشأن القانون المراد تطبيقه، وإنّما يلجأ القضاء إلى كافة وسائل العلم من أجل إثبات مدلول القانون الأجنبي[2].

وذهب القضاء الإيطالي، في نفس السياق الذي ذهب إليه القضاء الألماني، إذ استقرت محكمة النقض على إلزام القاضي بإثبات القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، أمّا اللجوء إلى الخصوم لمعاونة القاضي فهي مسألة احتياطية[3].

أما الاتجاه الثالث، الذي نجد له صورة عملية في القضاء الفرنسي، أين أجاز للقاضي البحث في مضمون القانون الأجنبي في حالة عدم تمسك الأطراف بتطبيقه دون إلزامه بذلك. ولقاضي الموضوع أنّ يتحقق من معنى القانون الواجب التطبيق وأكّدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 02 مارس 1960 في قضية البنك الجزائري، بحيث أقرت بأنّه يجوز لقضاة الموضوع الفرنسيين تطبيق القانون الأجنبي متى كانوا عالمين بأحكامه وأضفت علي هذه الحالة طابعا جوازيا [4].

لكن تغيّر موقف محكمة النقض الفرنسية[5]، إلى أبعد من ذلك وأصبحت تقبل بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي بصفة عامة، وذلك حسب القرارين الصادرين عن غرفتها المدنية بتاريخ 11 أكتوبر 1988 و18 أكتوبر 1988 السابقين الذكر.

---

[1] - نقلا عن عز الدين عبد الله : المرجع السابق، ص. 585، هامش رقم (2).

[2] - نادية فضيل : " تطبيق القانون الأجنبي.. "، المرجع السابق، ص 39.و انظر أيضا فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد: المرجع السابق، ص. 92.

[3]- Cass. 16 février 1966..Journal, Droit International Privé 1968, 369, v. Batiffol Henri, Lagarde Paul :Op.Cit., p.552.

[4] - عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص. 121.

[5] - Cass. Civ., 11 Octobre 1988 (Rebouh contre Bonnour), Cass. Civ., 18 Octobre 1988 (Shulle contre Philippe). v. Gutmann Daniel : Op.Cit., p. 86.

هذا الاتجاه الحديث الذي يسير عليه القضاء الفرنسي، بعدما كان في السابق يسلم بعدم إلزام القاضي بإثبات القانون الأجنبي والبحث عن مدلوله وإلقاء عبء إثباته على الخصم الذي يتمسك به. على أساس، أنّ القاضي ليست له الوسائل المتاحة لمعرفة كافة القوانين الأجنبية ويعتبر ذلك تكليف بمستحيل وإرهاق للقاضي، إذ تميّز موقف القضاء الفرنسي في هذه المرحلة أمام القانون الأجنبي بموقف سلبي وتقرّر ذلك بموجب قرار لمحكمة النقض الفرنسية [1] في قضية لوتور Lautour الصادر بتاريخ 25 ماي 1948، وبهذا القرار ألقت محكمة النقض عبء إثبات القانون الأجنبي على المدعي بالحق المطالب به، وعاملت القانون الواجب التطبيق في قضية لوتور Lautour من هذه الوجهة معاملة الوقائع، وكان في قضية الحال القانون الواجب التطبيق هو القانون الإسباني الذي تعذّر إثباته من طرف أحد الخصوم وعوضته في الأخير بتطبيق القانون الفرنسي[2].

أمّا القضاء المصري[3]، فكان يتجه في السابق إلى أنّ إثبات القانون الأجنبي حق للقاضي والتزام على عاتق الخصوم. وبرر موقفه في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 07 جوان 1955، ولكن تراجع عن موقفه السابق بسبب صيحات الفقه المصري والتطورات الحديثة الّتي شهدها القضاء الفرنسي مما جعله يستجيب للاعتبارات العملية، بحيث أصبح القاضي يطبق القانون الأجنبي بصفة إختيارية، ولا يمنع من أنّ يستهدي بالخصوم من أجل مساعدته وذلك في الحكم الرائد لمحكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 06 فيفري 1984[4]. وعليه فالقاضي المصري، يتبنى الرأي القائل البحث عن مضمون القانون الأجنبي إلتزام على القاضي بمساعدة الخصوم، ويكون ملزما بتطبيقه إذا علم بمضمونه.

---

[1]- Cass.Civ., 25mai1948. v. Mayer Pierre, Heuzé Vincent :"Droit international privé", Delta , Beyrouth Liban, 8ème édition, 2005, p.134.

[2] - Courbe Patrick : "Droit international privé", Dalloz, Paris, édition 2000, p. 96.

[3] - حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 07 جوان 1955، جاء في حيثياته: " من تمسك بتشريع أجنبي أمام المحكمة، فيكون أمامها إلاّ واقعة، ويجب إقامة الدليل عليه "، نقلا عن حسن الهداوي : المرجع السابق، ص. 210.

[4] - هشام علي صادق : المرجع السابق، ص. 160.

وقد سايرت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، الاجتهادات القضائية الّتي توصل إليه القضاء الفرنسي، حيث جعلت الإثبات والتحري عن مضمون القانون الأجنبي على عاتق القاضي في حدود إمكانيات العلم به وعند الاقتضاء يتدخل الخصوم لمساعدة القاضي[1]. وإذا تمسك الطرف بتطبيق القانون الأجنبي الذي ترتكز دعواه على مضمون القانون الأجنبي، فيجب عليه إقامة الدليل على مضمونه[2]. زيادة على ذلك، يجب على القاضي إثارة النقاش أثناء الجلسة واحترام مبدأ الوجاهية في الدعوى[3].

بعد حديثنا عن الاتجاهات الفقهية في مسالة إثبات القانون الأجنبي، نتطرق بالكلام عن طرق ووسائل إثبات القانون الأجنبي. فيتمّ عادة إثباته بما يسمى بالشهادات العرفية Certificats du coutume [4]، غير أنّ هناك وسيلتان لا يمكن اللجوء إليها لإثبات القانون الأجنبي وهما الإقرار واليمين، وهو ما استقر عليه الفقه، وإن كانت هذه الطرق أكثر استعمالا لإثبات الوقائع[5].

لهذا ففي النظم الّتي تعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع، على الخصوم إثبات القانون الأجنبي والقاضي هنا يبحث عن الحقيقة الموضوعية أي الواقعية للقانون المراد تطبيقه[6].

واستبعد الفقه الفرنسي[1] الإقرار واليمين لإثبات القانون الأجنبي، لكن عمليا يمكن إثبات القانون الأجنبي إمّا عن طريق شهادات تصدرها الجهات الديبلوماسية والقنصلية

---

[1] - Art. 32 Al. 01 du loi N° 98-97 Tunisienne, Op.Cit., qui dispose : " Le juge peut dans la limite de sa connaissance et un délai raisonnable rapporter d'office la preuve de contenir de la loi étrangère désignée par la règle de rattachement, et ce avec le concours des parties le cas échéant".

[2] - Art. 32 Al.02 du loi N° 98-97 Tunisienne, Op.Cit., qui dispose : " Dans les autres cas, La partie dont la demande est fondée sur la loi étrangère est tenue d'en établir le contenu".

[3] - Art. 32 Al. 05 du loi N° 98-97 Tunisienne, Op.Cit., qui dispose : " Le principe du contradictoire doit dans tous les cas être respecté".

[4] – هي شهادات يحررها أناس متخصصون في القانون الأجنبي المراد تطبيقه، وهي شهادات تتضمن شرح وتفسير للقانون الأجنبي.

[5] – هشام علي صادق وشمس الدين الوكيل : "مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني"، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، طبعة 1968، الإسكندرية، ص. 269.

[6] – سعيد يوسف البستاني : المرجع السابق، ص. 205.

للدول الأجنبية، أو عن طريق شهادات من مختصين أو خبراء وأساتذة جامعيين، أو عن طريق ترجمة مصادق عليها للقانون الواجب التطبيق[2].

واستقر القضاء، على أنه يمكن إثبات القانون الأجنبي بالخِبرات[3] والاستشارات القانونية[4]. غير أنه لا يمكن أيضا إثبات القانون الأجنبي بشهادة الشهود، ولكن القضاء الإنجليزي لجأ بصفة خاصة لإثبات مضمون القانون الأجنبي بشهادة الخبراء في إطار ما يسمى (بالشهادة الشفوية)، لأنّ القاضي الإنجليزي دوره في الدعوى حيادي وسلبي، لا يتدخل في النزاع ولا يحكم باستبعاد سماع شاهد من تلقاء نفسه ما دام الخصوم لم يقوموا بالاعتراض على شهادات بعضهم البعض[5].

---

[1]- Gutmann Daniel : Op.Cit., p.96.

[2] – سامي بديع منصور : المرجع السابق، ص. 681.

[3] - Cass. Civ., 19 octobre 1971, v. Batiffol Henri, Lagarde Paul , Op.Cit., p.541.

[4] - Paris, 25octobre 1976, v. Batiffol Henri, Lagarde Paul , Op.Cit., p.541.

[5] - نادية فضيل : " تطبيق القانون الأجنبي... "، المرجع السابق، ص. 63.

بل أجاز الفقه الفرنسي، للقضاء اللجوء إلى الخبرة الشفوية أو المكتوبة كوسيلة من وسائل الإثبات والكشف عن القانون الأجنبي[1]. أما المشرع المصري فنصّ على هذا الفرض في المادة 245 من قانون المرافعات المصري، الّتي أجازت أنّ تكون الخبرة شفوية ومفادها:"للمحكمة أنّ تعيّن خبيرا لإبداء رأيه شفاهة بالجلسة وبدون تقديم تقرير ويثبت رأيه في محضر "[2]. وهو ما أخذ به المشرع الجزائري [3].

ولا يمنع ذلك الخصوم من تقديم نصوص القانون الأجنبي أو ترجمتها كوسيلة لإثبات مضمون القانون الأجنبي، شريطة أن تكون صادرة عن هيئة مختصة أو منشورة بمؤلف معتمد[4]. كما يمكن أن يكون إثباته عن طريق مؤلفات فقهية، وقد إستند الخصوم في القانون الواجب التطبيق على قضية النظام المالي للزوجين، بإثبات مضمون القانون الأمريكي لولاية إنديانا على مؤلف فقهي في القانون الأمريكي، وأيدت ذلك محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر بتاريخ 26 أفريل 1950 [5].

كما يجوز للقاضي أيضا أن يستعين بأحكام قضائية سابقة، سواء كانت هذه الأحكام صادرة عن القضاء الوطني تطبيقا لقانون أجنبي معيّن أو كانت صادرة عن المحاكم الأجنبية ذاتها، والّتي من شأنها تيسير الكشف عن مضمون أحكام القانون الأجنبي[6].

وأجاز القضاء الفرنسي، إثبات القوانين الأجنبية بالشهادات العرفية واعتمدت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص نفس الحل، وأشارت أن يكون إثبات القانون الأجنبي بالشهادات العرفية[1].

---

[1] - هشام علي صادق : المرجع السابق، ص. 165.

[2] - يعتبر رأي الخبير غير ملزم للقاضي الجزائري، بل هو رأي استشاري، وذلك ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

[3] - انظر المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية في فقرتها الأولى والرابعة بقولها : " تحدّد في الحكم القاضي بإجراء الخبرة مهلة للخبير، يتعيّن عليه فيها إيداع تقريره الكتابي أو الإدلاء بتقريره الشفوي.

يوضع التقرير الشفوي بالجلسة، أمّا إذا كان التقرير كتابيا فإنّه يودع بكتابة الضبط للمحكمة ويبلغ للأطراف قبل النداء على الدعوى".

[4] - محمد كمال فهمي : المرجع السابق، ص. 488.، وانظر علي علي سليمان:"مذكرات في القانون الدولي"، المرجع السابق، ص. 139.

[5] - Cass.Civ.,26 avril 1950,v. Batiffol Henri, Lagarde Paul : Op.Cit., p.542.

[6] - هشام علي صادق وشمس الدين الوكيل : المرجع السابق، ص. 301.

أما موقف القانون الجزائري من هذه المسألة، فإن إثبات القانون الأجنبي متعلق بالأحوال الشخصية يكون إثباته من طرف القاضي المعروض أمامه النزاع. وإذا تعلق الأمر بقانون غير متعلق بالأحوال الشخصية، فيكون إثباته من طرف الخصوم بكافة وسائل الإثباث،ما عدا الإقرار واليمين، وذلك ترتيبا لما إستقر عليه القضاء الفرنسي[2].

هذا عن إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي يعامل على أساس عنصر من عناصر الواقع، أمّا النظم الّتي تعامله على أساس أنه قانون، فيتوجب على القضاة السعي بوسائلهم الخاصة ووسائل حكوماتهم للوصول إلى معرفة القانون الأجنبي، ولهم أيضا اللجوء إلى الطريق الدبلوماسي أو القنصلي عن طريق وزارة العدل من أجل الحصول على نصوص القانون الأجنبي أو القواعد القضائية المطبقة في دولته[3].

---

[1] - Art. 32 Al .03 du code de droit international privé Tunisienne qui dispose :"La preuve est établie par écrit y compris les certificats de coutume".

[2] –حبار محمد: المرجع السابق .

[3] – سعيد يوسف البستاني : المرجع السابق، ص. 206 .، وانظر ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش: المرجع السابق، ص. 222 – 223.

وبناء على ما سبق، على السلطة القضائية الناظرة في النزاع أن تلجأ لمصالح القنصلية مباشرة، للحصول على الإيضاحات اللازمة حول مضمون القانون الأجنبي المختص. وقد أنشئت بعض الدول، في هذا الشأن جهاز خاص مهمته تلقي طلبات الاستعلام على القوانين الأجنبية، فمثل فرنسا يوجد مكتب للقانون الدولي تابع لوزارة العدل،تتمثل وظيفته في إعطاء تفسير القانون الأجنبي للقاضي الفرنسي[1].

ويوجد طريق أخر، لمعرفة القانون الأجنبي وذلك بالسعي نحو وزارة الخارجية، أي أن تطلب المحكمة من وزارة الخارجية الاتصال بالحكومات المعينة لسؤالها عن رأيها بشأن حكم القانون الأجنبي في المنازعات التي تعرض أمام المحاكم الوطنية[2].

لكن إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فكيف يمكن التوصل إلى الحل لتحديد القانون المراد تطبيقه ؟

وظهر في هذا الخضم اتجاهات فقهية، لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة استحالة إثبات القانون الأجنبي من طرف الخصوم أو من طرف القاضي.

ذهب جانب من الفقه[3]، بالقول بأنّه على القاضي أن يتوقف عن الفصل في الدعوى بمجرد تعذر الكشف عن أحكام القانون المختص.

غير أنّ هذا الفرض عيب عليه، بحيث يجعل من القاضي بمجرد عدم فصله في النزاع وعدم التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي. يصطدم القاضي بالتالي مع المبدأ القائل، القاضي ملزم بالفصل في المنازعات المعروضة عليه، ويعد نكوله عن هذه المهمة إنكارا للعدالة[4]. فالقاضي يبقى دائما ملزما بالفصل في الدعوى والبحث عن القاعدة القانونية واجبة التطبيق، كما هو الحال بالنسبة للفقه المصري حيث دعى القاضي إلى تطبيق المبادئ العامة المستقر عليها الّتي يتضمنها القانون الأجنبي، مما يجعل القاضي في الأخير يطبق

[1] – سامي بديع منصور : المرجع السابق، ص. 679 – 680.

[2]– هشام علي صادق وشمس الدين الوكيل : المرجع السابق، ص. 307.

[3] – إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق، ص. 85.

[3]– أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص. 150.

القاعدة الواردة في المادة 02 من القانون المدني المصري[1]، ويعتبر نكول القاضي عن هذه المهمة انتهاكا صارخا لقواعد المرافعات المدنية الذي لا يستند إلى أساس سليم[2].

وقد نص المشرع الجزائري، على هذه الحالة صراحة بتطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص[3].

بينما نادى فريق آخر[4]، بتطبيق المبادئ العامة أو القواعد العقلانية المستمدة من العقل والمنطق والعدالة في حالة استحالة إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق، إذ قضت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على أنّه :" يسري القانون على جميع المسائل الّتي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة ".

غير أنّ هذا الاتجاه[5]، أنتقد لعدم تأسيسه لسند قانوني وعلاوة على ذلك يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة، وتنتهي به عمليا في الأخير إلى تطبيق قانونه الوطني متسترا وراء هذه الفكرة.

من جهة أخرى ذهب البعض الآخر[6]، إلى تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الذي تعذر إثباته، أي تطبيق القانون الأكثر ارتباطا بالنزاع المعروض أمام القاضي. وبالتالي القانون الأكثر اقترابا في أحكامه من القانون الواجب التطبيق أصلا، فإذا أشارت قاعدة التنازع باختصاص القانون الأمريكي فتعذر العلم بأحكامه فعلى القاضي تطبيق القانون الإنجليزي، على أساس أنّه ينتمي إلى نفس العائلة القانونية.

---

[1] – المادة 02 من القانون المدني المصري تنص : " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ".

[2] – هشام علي صادق : المرجع السابق، ص. 166.

[3] – أضاف المشرع الجزائري في المادة 23 مكرر 2 بمناسبة تعديل القانون المدني الجزائري بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 والتي مفادها : " تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين ".

[4] – أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص. 151.

[5] – سعيد يوسف البستاني : المرجع السابق، ص. 219.

[6] – هشام علي صادق وشمس الدين الوكيل : المرجع السابق،ص. 332.

وأنتقد هذا الرأي، لأنّه لا يمكن تصور تقارب أحكام لتشريعين مختلفين، فمن الممكن أن تتطور أحكام أحدهما تحت تأثير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وبالتالي يصبح بعيدا تماما كل البعد عن أحكام التشريع الذي كان يتشابه معه ابتداء[1].

لكن الاتجاه، الذي أستقر عليه معظم الفقه وتشريعات الدول[2]، هو إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المتعذر إثباته وأيد هذه الفكرة كل من الفقه[3] والقضاء الفرنسي[4] ومعظم تشريعات الدول، غير أنّ دعاة هذا الاتجاه اختلفوا فيما بينهم حول أساس تطبيقه[5].

يقول البعض منهم[6]، بأنّ تطبيق قانون القاضي يقوم على أساس افتراض تشابه قانون دولة القاضي مع القانون الأجنبي الواجب التطبيق وقد أخذ بهذه الحيلة القضاء الإنجليزي، ومن يدعي عكس ذلك من أحد الخصوم فعليه أن يقيم الدليل.

أنتقد هذا الأساس باعتباره مجرد حيلة لا تستند إلى واقع، لأنّ قوانين العالم تختلف ظروف إنشائها وتطور مبادئها الإيديولوجية من دولة لأخرى، حتّى ولو كان القانون الواجب التطبيق ينتمي إلى نفس العائلة القانونية الّتي ينتمي إليها قانون القاضي[7].

وأفرد البعض[8]، بأنّ تطبيق قانون القاضي يجد أساسه في كونه صاحب الاختصاص العام لحكم كافة علاقات القانون الخاص، وذلك في حالة عجز قاعدة التنازع عن أداء وظيفتها. لكن اعترض على هذا التحليل، لأنّ أساس طبيعة العلاقات الدولية تتنافى مع

---

[1] – محمود المبروك اللافي : المرجع السابق، ص. 98.

[2] – المادة 2/4 من قانون 15 جوان 1978لدولة النمسا، المادة 2/16 من قانون 18 ديسمبر 1987 لدولة سويسرا.

[3] - Batiffol Henri, Lagarde Paul : Op.Cit., p.544.

[4] - Cass. Civ., 02 février 1988 et 21 juin 1988, Cas. Civ., 08 janvier 1991, v. Batiffol Henri, Lagarde Paul : Op.Cit.,p.546.

[5] – أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص. 151.

[6] – هشام علي صادق وشمس الدين الوكيل : المرجع السابق، ص. 335.

[7] – فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد : المرجع السابق، ص. 102.

[8] – محمد كمال فهمي : المرجع السابق، ص. 479 .، وانظر أيضا نادية فضيل : "تطبيق القانون الأجنبي .."، المرجع السابق، ص. 29.

القول بالولاية العامة للقانون الوطني، لأنّ الأصل في مجال العلاقات الخاصة الدولية، هو تطبيق القانون الذي قد تشير قواعد التنازع باختصاصه وطنيا كان أم أجنبيا[1].

لذلك يرى الكثير[2]، بتطبيق قانون القاضي لما له من اختصاص احتياطي في الأحوال الّتي يتعذر فيها الكشف عن مضمون القانون الأجنبي وقد أخذ بهذا الفرض كل من الفقه الفرنسي[3]، وقد تمّ النص على ذلك صراحة بإحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المتعذر إثباته، عند كل من المشرع التونسي[4] والجزائري أيضا[5].

الفرع الثاني

وضعية القانون الأجنبي أمام المحكمة العليا.

لعلّ من الإشكاليات التي تطرح عند الحديث عن هذا الموضوع، ماذا لو أعطى قضاة الموضوع تفسيرا خاطئا للقانون الأجنبي المراد تطبيقه، فهل تباشر المحاكم العليا سلطتها في بسط رقابتها على حسن تطبيق القانون الأجنبي أم لا ؟.

تعدّ هذه المسألة من المسائل الشائكة الّتي اهتمّ بها فقه القانون الدولي الخاص منذ أمد بعيد، وأستقرت بعض الرؤى على أنّه، لا يجوز الربط بين طبيعة القانون الأجنبي وبين رقابة المحكمة العليا على تفسيره، لأنّه يجب الفصل بين طبيعة القانون الأجنبي وبين معاملته الإجرائية، فإذا كان صحيحا يعامل القانون الأجنبي كقانون أمام القضاء الوطني، إلاّ أنّه يبقى أجنبيا مما لا يقتضي تطابق معاملته الإجرائية مع المعاملة الّتي يلقاها القانون الوطني[6].

---

[1] – فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد : المرجع السابق، ص. 103 .، وانظر أيضا، محمد المبروك اللافي : المرجع السابق، ص. 98.

[2] – هشام علي صادق : المرجع السابق، ص. 170.

[3] - Batiffol Henri, Lagarde Paul : Op.Cit., p. 544.

[4] - Art. 32 Al. 04 du loi N° 98-97 Tunisienne, Op.Cit., qui dispose :" Si le contenu de la loi étrangère ne peut être établi il sera fait application de la loi tunisienne".

[5] – المشرع الجزائري أضاف المادة 23 مكرر بمقتضى القانون ر قم 05-10 السالف الذكر المعدل والمتمم للقانون المدني، والّتي تنصّ على ما يلي : " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه ".

[6] – هشام علي صادق وشمس الدين الوكيل : المرجع السابق، ص. 451 – 452.

لهذا نجد الخطأ في إعمال القانون الأجنبي المختص، هو محل خلاف في القانون المقارن في ما إذا يخضع لرقابة المحكمة العليا أم لا[1]. وانقسمت قوانين العالم، في بسط رقابة المحاكم العليا على التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع للقانون الأجنبي.

فهناك دول ترفض مدّ رقابة محاكمها العليا على التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع، مثل بلجيكا وهولندا وسويسرا وجرى على هذا النهج أيضا جانب من الفقه ومعظم قضاء الدول الأوروبية السالفة الذكر، على اعتبار القانون الأجنبي مجرّد واقعة ويخرج بالتالي عن رقابة المحاكم العليا[2].

وفي هذا الصدد أخذ القضاء الفرنسي[3]، بفكرة التفرقة بين الرقابة على إعمال قاعدة التنازع والرقابة على تفسير القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع، واستقرت محكمة النقض الفرنسية في رفض رقابتها على القانون الأجنبي[4].

وسبب رفض محكمة النقض الفرنسية، مدّ رقابتها على القانون الأجنبي هي مسألة يرتكز عليها قضاة الموضوع للبحث والتحري في مضمون القانون الأجنبي، باعتبار هذه المسألة تخرج عن اختصاص محكمة النقض الفرنسية وترجع إلى اعتبارات تتعلّق بالمبادئ الّتي تحكم تنظيمها وتحدّد مهمتها. ومن هذه الحجج الّتي تدعم رفض محكمة النقض الفرنسية، بمد رقابتها على القانون الأجنبي[5].

الحجة الأولى: إنّ مهمة محكمة النقض الفرنسية، هي المحافظة على وحدة القانون الوطني وتطبيقه دون سواه. وتنحصر وظيفتها الأساسية في الإشراف على توحيد الاجتهادات القضائية المتعلقة بالقوانين الوطنية وليس على توحيد القوانين الأجنبية. ويستند الفقه في ذلك، إلى نص المادة 03 من المرسوم الصادر بتاريخ 26 نوفمبر 1790 (المتعلق

---

[1] – زروتي الطيب : المرجع السابق، ص. 236.

[2] – عز الدين عبد الله : المرجع السابق، ص. 594.

[3] - Cass. Civ., 07 mars 1938 ,Cass. Civ., 27 juin 1950, v. Batiffol Henri, Lagarde Paul : Op.Cit., p.551.

[4] – سعيد يوسف البستاني : المرجع السابق، ص. 211 .، وانظر أيضا سامي بديع منصور : المرجع السابق، ص. 732.

[5] – إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق، ص. 51.

بالقانون الأساسي لمحكمة النقض الفرنسية) والذي يقضي، بأنّ المحكمة العليا قد أنشئت للرقابة على الأحكام الّتي تخرق نصا من نصوص التشريع[1]، وبناء على اعتبارات تاريخية فسّرت محكمة النقض الفرنسية هذا النص على أنّه، ينصرف إلى القانون الفرنسي وحده وأيدها الكثير من الشرّاح.

لكن ذهب جانب من الشرّاح، في السنوات الأخيرة إلى عكس من ذلك وبرروا بأنّ عبارة القانون جاءت لتشمل القوانين الأجنبية أيضا[2].

أما في إنجلترا، فيجوز للمحكمة العليا أن تقبل الطعن بالنقض أمامها لأوّل مرّة من طرف الخصوم بشأن القوانين الأجنبية، لأنّها تعدّ بمثابة محكمة درجة ثالثة من درجات المحاكم وليست محكمة اجتهاد[3].

الحجة الثانية: إنّ البحث والتحري عن مضمون القانون الأجنبي مسألة واقع، وبالتالي تخرج عن اختصاصها ومن جهة أخرى التعرض للتفسير بشأن القوانين الأجنبية قد يوقع محكمة النقض الفرنسية في الخطأ والانحراف عن الصواب، مما يؤثر على سمعتها وكرامتها وليس من السهل البحث عن مضمون القوانين الأجنبية، وقد تعترضها صعوبات في بعض الحالات ومن بينها :

– حالة كون القانون الأجنبي غريبا عن القاضي المعروض أمامه النزاع، مما يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره.

– حالة عدم انتماء القانون الأجنبي الواجب التطبيق، إلى نفس العائلة القانونية التي ينتمي إليها قانون القاضي.

كما رفضت محكمة النقض الفرنسية، الإحتجاج بتطبيق قانون أجنبي أمامها لأوّل مرّة [4] ورفضت أيضا مدّ رقابتها على التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع للقانون الأجنبي[5].

---

[1] – نادية فضيل : "تطبيق القانون الأجنبي.. "، المرجع السابق، ص. 103.

[2] – محمد كمال فهمي : المرجع السابق، ص. 500.

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

[4] – Cass.Civ., 11 Juillet 1961 .v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p. 280.

[5] – نقلا عن عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص. 129 هامش رقم (3). - Cass.Civ., 15 Juin 1982,

وهو التوجه الذي سارت عليه محكمة النقض الفرنسية ومحكمة النقض السورية، وهذه الأخيرة عبرت بصورة جلية في قرارها الصادر بتاريخ 26 أكتوبر 1972 بقولها : " إنّ التثبت من القانون الأجنبي وتفسيره وتطبيقه هو من مسائل الواقع الّتي يستقل بها قاضي الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك، فليس على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، بل يجب على الخصوم أنفسهم التمسك به،ويقع عليهم عبء إثباته، شأنه في ذلك شأن أية واقعة يدعيها أحد الخصوم وينكرها الآخر لأنّ قاعدة "لا يعذر أحد بجهل القانون" هي قاعدة لا تطبق إلاّ على القانون الوطني، فليس باستطاعة القاضي الإلمام بكل القوانين الأجنبية حتّى يطبقها من تلقاء نفسه، كما أنّ وظيفة محكمة النقض هي تقرير القواعد الصحيحة في القانون الوطني وتثبيت القضاء الوطني بشأنها ولا رقابة على تطبيق القوانين الأجنبية "[1].

وفي مقابل هذا الموقف الرافض للمحكمة العليا بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، يوجد اتجاه يسمح بهذه الرقابة في الكثير من الدول مثل إيطاليا واليونان وتركيا[2].

وعلى سبيل المثال، قد سمح قانون بوستامنت صراحة بمدّ رقابة المحكمة العليا على التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع، إذ قضت المادة 412 والّتي مفادها : " في كل دولة من الدول المتعاقدة يوجد بها نظام الطعن بالنقض أو أي نظام آخر يشابهه، يمكن الطعن بسبب مخالفة قانون دولة أخرى متعاقدة أو للخطأ في تفسيره أو تطبيقه، وذلك بنفس الشروط وفي ذات الحالات الخاصة بالقانون الوطني "[3].

أما في المملكة المغربية، فالمجلس الأعلى المغربي يحصر رقابته على القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية، إلاّ أنّه أصبح حاليا يعامل كل القوانين الأجنبية على أساس

---

[1] – نقلا عن يوسف سعيد البستاني : المرجع السابق، ص. 208.

[2] – أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص. 156.

[3] – نقلا عن عز الدين عبد الله : المرجع السابق، ص. 596.

أنها واقعة من وقائع الدعوى ولا تخضع بالتالي لرقابة المجلس الأعلى[1]. إلاّ أنّ جانب من الفقه، يرى أنّه بإمكان المجلس الأعلى مراقبة القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية، على أساس أن هذه المسائل من النظام العام[2].

أمّا المشرع التونسي، فأجاز لمحكمة التعقيب مراقبة التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع، للقانون الأجنبي المراد تطبيقه[3].

ويلاحظ على أن القضاء الفرنسي، قد استجاب لإتجاه الفقه الحديث الذي نادى بممارسة الرقابة على القانون الأجنبي، وأقرت ذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 02 مارس 1960 المتعلق بقضية بنك الجزائر[4]. وأجازت ذلك أيضا، في القرارين الشهرين الصادرين بتاريخ 11 أكتوبر 1988، و18 أكتوبر 1988.

وأصبحت محكمة النقض الفرنسية، تقبل الطعن المتعلق بخرق قاعدة التنازع الوطنية وإذا أخطأ القاضي في إعمالها، فسيكون حكمه سببا من أسباب الطعن بالنقض[5].

كما أنّها تقوم بالرقابة على التكييف، الذي يعطيه القضاة للنزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، على أساس أنّ التكييف يخضع لقانون القاضي وكما أنّها قبلت الطعن لقصور في التسبيب أيضا[6].

ومارست هذه المحكمة[1]، أيضا رقابتها على تشويه Dénaturation القانون الأجنبي وارتكزت محكمة النقض الفرنسية، على المبادئ المقررة بصدد تفسير العقود استنادا لنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي[2].

---

[1] –كان الظهير المغربي لسنة 1957 المنشئ للمجلس الأعلى، قد نصّ في المادة 13 منه على أنّ : " المجلس الأعلى يراقب تطبيق القانون الداخلي وكذلك القوانين الأجنبية المتعلق بالأحوال الشخصية "، وقد ألغيت هذه المادة بمقتضى المادة 359 من قانون الإجراءات المدنية المغربي لسنة 1974، وأصبح المجلس الأعلى ينظر في الطعن المتعلق بخرق القانون الداخلي فقط.

[2] – موسى عبود : المرجع السابق، ص. 209.

[3] - Art. 34 Al. 2 du loi N° 98-97 Tunisienne, Op.Cit., qui dispose : " L'interprétation de la loi étrangère est soumise au contrôle de la cour de cassation".

[4] – إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق، ص. 56.

[5] – عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص. 130.

[6] - Batiffol Henri, Lagarde Paul : Op.Cit., p. 557.

على هذا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي واضحة، وأعطى قضاة الموضوع تفسيرا لا يتماشى مع المعنى الواضح للقانون الأجنبي، فيعتبر في هذه الحالة سببا من أسباب الطعن بالنقض. والملاحظ هنا أنّ محكمة النقض الفرنسية، اعتمدت المبادئ المسطرة في تفسير العقود[3].

إلاّ أنّ محكمة النقض الفرنسية، قد قررت إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي وذلك بإصدار قرارين شهيرين في 11 أكتوبر 1988 و18 أكتوبر 1988 (قرار ربوح وشيل)، وقضت محكمة النقض بنقض القرارين الذي طبقا فيهما قضاة الموضوع القانون الفرنسي

---

[1]- Cass.Civ., 21 novembre 1961, Cass.Civ., 19 mars 1991, v. Gutmann Daniel : Op.Cit., pp.88-89.

[2] - Art. 1134 du C.Civ.Fr. qui dispose : " Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi ceux qui les ont faites.
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
Elles doivent être exécutées de bonne foi".

[3] - Cass. Civ.,13 juin 1978, v. Batiffol Henri, Lagarde Paul : Op.Cit., p. 556.

بدل القانون الواجب التطبيق القانون الجزائري (في قرار ربوح)[1]، والقانون الفرنسي بدل القانون السويسري الواجب التطبيق (في قرار شيل)[2].

ثمّ عدلت محكمة النقض الفرنسية، عن التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي ورجعت إلى موقفها القديم وكان ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 04 ديسمبر 1990 عن الغرفة المدنية، والذي ألزم فيه القضاء الفرنسي الطرف الذي يدعي تطبيق القانون الأجنبي بإثباته[3].

والملاحظ على القضاء الفرنسي، أنّه غير مستقر في أحكامه، إذ يعامل في بعض الأحيان القانون الأجنبي معاملة القانون، إثباته يكون من مهام القاضي وفي بعض الأحيان يعامله على أساس واقعة، يكون إثباته على عاتق الخصوم.

بالمقابل يلاحظ على أنّ القضاء المصري، مرّ بنفس المرحلة الّتي مرّ بها القضاء الفرنسي، بحيث كانت محكمة النقض المصرية لا تبسط رقابتها على القوانين الأجنبية بشأن التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع في حالة تطبيق القانون الأجنبي[4]، وعلى إثر هذه المرحلة أصدر القضاء المصري حكما بتاريخ 14 أفريل 1970 جاء فيه : " إنّ الاستناد إلى قانون أجنبي هو وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها، ولما كانت الطاعنة لم تقدم ما يثبت أنّها تمسكت بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع فإنّه يكون سببا جديدا لا يجوز التحدي به لأوّل مرّة أمام محكمة النقض "[5].

---

[1]– تتلخص وقائع قرار (ربوح) الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 1988، في طلب إثبات نسب طفل طبيعي من أم جزائرية، حيث أشارت قاعدة التنازع الفرنسية إلى تطبيق قانون جنسية الأم على أساس أن إثبات النسب يسند لجنسية الأم،وفقا لنص المادة 311-14 من القانون المدني الفرنسي. فقد طبق قضاة الموضوع في هذه القضية القانون الفرنسي، متجاهلين تطبيق القانون الجزائري باعتباره القانون الشخصي للأم. فنقضت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار على أساس أن، قضاة الموضوع تجاهلوا تطبيق نص المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية الجديد الفرنسي، التي تلزم قضاة الموضوع بإعمال القانون الجزائري باعتباره القانون الشخصي للأم.

[2] – تتلخص وقائع قرار(شيل) الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 1988، بطلب إبطال هبة مستترة تبرع بها متوفى مقيم بسويسرا، حيث أشارت قاعدة التنازع الفرنسية إلى تطبيق القانون السويسري، على أساس أن إخضاع تركة المنقول لقانون الموطن الأخير للمتوفى. وهنا طبق قضاة الموضوع، القانون الفرنسي بدلا من القانون السويسري ونقضت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار على أساس أن، قضاة الموضوع قد خرقوا نص المادة 12 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي سالفة الذكر، التي تلزم القاضي بالفصل في الدعوى وفقا لقواعد القانونية الواجبة التطبيق والمحددة بالقانون السويسري.

[3] – عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص. 143.

[4] – علي علي سليمان : " مذكرات في القانون الدولي .."، المرجع السابق، ص. 141.

[5] – نقلا عن عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص. 600.

بينما يرى جانب من الفقه [1]، رأيا خلاف الآخر وخصوصا فقهاء المرافعات، بأن محكمة النقض تمارس رقابتها على القانون الأجنبي، متى كانت قاعدة التنازع توجب تطبيقه واستندوا في ذلك لنص المادة 425 من قانون المرافعات المصري، الّتي أجازت الطعن بالنقض إذا تعلّق الأمر بـ "مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله" ووردت عبارة القانون مطلقة، إلاّ أنّ غالبية شراح قانون المرافعات يرون أنّ، الطعن بالنقض يشمل القوانين الوطنية والأجنبية على حدّ سواء.

بعد سرد المرحلة التي مرّ بها القضاء المصري[2]، نلاحظ أنه أصبح الآن يتبنى المبدأ القائل "البحث عن مضمون القانون الأجنبي التزام على القاضي بمعاونة الخصوم". وهذا الحكم ينصرف إلى قانون أجنبي، عندما يكون غريبا على القاضي المصري ويصعب عليه الوصول إلى أحكامه، لكن يكون ملزما بتطبيقه إذا علم بمضمونه.

أمّا الوضع في الجزائر، فالمتأمل لنص المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري في فقرتها الخامسة يجد أنها جاءت بالصياغة التالية : " الطعن بالنقض لا يبنى إلاّ على أحد الأوجه التالية :

- مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الداخلي أو قانون أجنبي متعلّق بالأحوال الشخصية".

ونصّت المادة 234 من ذات القانون، على أنه : " يجوز للمحكمة العليا من تلقاء نفسها أن تنقض الحكم لأحد الأوجه الواردة في المادة 233 "[3].

يستفاد من صياغة المادتين السالفتين، أنّ المشرع يفرّق بين حالتين القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية يكون وجها من أوجه الطعن بالنقض، إذ سوّى بين القانون

---

[1] – هشام علي صادق وشمس الدين الوكيل : المرجع السابق، ص. 446.

[2] – حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ : 1984/02/06 والذي جاء بما يلي : "إن التمسك بالقانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها". أشار إليه إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق، ص. 64.

[3] – الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

الداخلي والقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية، أمّا القوانين الأخرى فلا تخضع لرقابة المحكمة العليا ولا تكون سببا من أسباب قبول الطعن بالنقض[1].

ولو رجعنا إلى القانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا بتنظيمها وسيرها[2]، فقد قضت المادة 04 بما يلي : " تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون وتجازي كل انتهاك له".

يلاحظ من هذا النص، أنّه إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق المتعلق بالأحوال الشخصية يعامل معاملة القانون، وعليه إذا أعطى قضاة الموضوع تفسيرا خاطئا له فيخضع بالتالي لرقابة المحكمة العليا[3] ويمكن أيضا بسط رقابتها على قصور تسبيب الأحكام أو الخطأ في التكييف[4].

[1] – أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص.157.

[2] – قانون رقم 89-22 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، ج.ر. رقم 53، الصادرة بتاريخ 13ديسمبر1989.

[3] – عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص. 149.

[4] – زروتي الطيب : المرجع السابق، ص. 238.

المبحث الثاني
موانع تطبيق القانون المختص.

بعد تناولنا في المبحث الأوّل من هذا الفصل معاملة القانون الواجب التطبيق على الزواج وانحلاله، وطرق إثباته وكذا الوسائل المعتمدة للكشف عن مضمونه، واختلاف النظم القانونية في مسألة مدّ رقابتها على التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع للقانون الأجنبي.

هذا وإنّ وضع المشرع لقواعد التنازع قد يؤدي إعمالها إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، فإذا أتت قاعدة التنازع بقانون أجنبي يخالف المبادئ الأساسية الّتي يقوم عليها قانون قاضي الدعوى، فيستعبد هذا القانون باسم النظام العام (في المطلب الأوّل)، أو نتيجة تحايل أحد الخصوم في تغيير ضوابط الإسناد من أجل تطبيق قانون غير مختص أصلا لحكم العلاقة أي بما يعرف بالغش نحو القانون (في المطلب الثاني).

المطلب الأوّل
الدفع بالنظام العام.

قبل الحديث عن الدفع بالنظام العام، لابد لنا أن نعرج عن المقصود به، من خلال إعطاء مفهوم له ومن ثم استكشاف خصائصه ونخصص له الفرع الأول، ليكون مضمون الفرع الثاني الشروط والآثار المترتبة عن جراء إعماله، وسنحاول إسقاط ذلك على مجال الأحوال الشخصية في الفرع الثالث من هذا المطلب.

الفرع الأوّل
مفهوم وخصائص النظام العام.

تعتبر فكرة النظام العام من أعقد المسائل المهمة في الفكر القانوني، لأنّها لازالت فكرة يكتنفها الغموض من جهة ولازال مفهومها مرنا الأمر الذي يحول دون التمكن من الوصول إلى مفهوم دقيق لها، وذلك على أساس اقترانها بتغير المكان والزمان.

ظهرت فكرة النظام العام لأوّل مرّة في فقه القانون الدولي الخاص لدى الفقهاء الإيطاليين، وعلى رأسهم الفقيه " بارتول Bartol[1]" وتعرضت نظريته المسماة بفقه الأحوال (Les statuts) إلى فكرة النظام العام، حيث فرّقت بين الأحوال المستهجنة والأحوال المستحسنة والأحوال المستحسنة تتبع الشخص خارج إقليم دولته، بينما الأحوال المستهجنة لا تتبعه في ذلك[2].

وتعتبر هذه التفرقة نواة ظهور هذه الفكرة، وعلى الرغم من صعوبة اعطاء تعريف له، إلاّ أنّ بعض الفقهاء حاولوا جاهدين إعطاء مفهوم له.

فقد عرّفه الفقيه كابيتان Capitant[3] بأنّه: " مجموعة النظم والقواعد الوثيقة الصلة بمدينة بلد ما، والّتي يتعيّن على قضائها تطبيقها بالأفضلية على أي قانون أجنبي ولو كان مختصا وفقا لقواعد إسناد العادية ".

ويرى الفقيه نيبوابيه Niboyet، بأنّ النظام العام لا يمكن أن يكون في كل دولة على حدة، لأنّ لكل دولة تشريعها. فالنظام العام في رأيه عبارة عن معاينة يتبين، من خلالها سوء التعادل بين النظم المختلفة للدول[4].

وعليه تلخصت رؤية البعض، للنظام العام على أنه:" الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات اجتماعية تتعلّق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية،

---

[1] - Courbe Patrick : Op.Cit., p.102.

[2] – أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص. 50.

[3] – نادية فضيل : " تطبيق القانون الأجنبي.. "، المرجع السابق، ص. 112.

[4] – بلمامي عمر : " الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة "، ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986، ص. 122.

أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك "[1].

وقد أعطت محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 22 مارس 1944 تعريفا للنظام العام كالآتي: « النظام العام يرتبط بالمفهوم الواسع للرأي العام الفرنسي في عصر معيّن»[2].

أمّا القوانين الوضعية، فاكتفت بالإشارة إليه فقط دون ذكر تعريف له، ففي القانون الكويتي نجد أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت هذه أحكامه مخالفة للنظام العام أو الآداب في الكويت، ويتعيّن في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي[3].

وهو ما تكرر في القانون الجزائري، بنص المادة 24 المعدلة من القانون المدني الجزائري[4].

هنا ترك المشرع الجزائري سلطة تقديرية واسعة للقاضي، لتحديد مقتضيات وأسس النظام العام حسب مفاهيم نظامه القانوني.

ومما تجدر الإشارة إليه، أنّ الدفع بالنظام العام يختلف بكثير عن التطبيق الآني والمباشر للقوانين، بحيث في الحالة الأخيرة تعتبر قوانين تلقائية التطبيق دون الدخول في مجال التنازع لتعيين القانون الواجب التطبيق، بل تقرّر مباشرة استبعاد القانون الأجنبي وتحل محله. بينما في الدفع بالنظام العام، لابدّ أوّلا أن تشير قاعدة التنازع إلى تحديد القانون الواجب التطبيق ومن ثمّ يتأكد القاضي من مدى ملائمة القانون الأجنبي المراد تطبيقه مع الأسس

---

[1] – حسن الهداوي: المرجع السابق، ص. 184.

[2] - La cour de cassation a énoncé que la définition de l'ordre public national dépend : " Dans une large mesure et l'opinion qui prévant à chaque moment en France", Cass.Civ., 22 mars 1944, v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre , Op.Cit., p.315.

[3] – المادة 73 من القانون الخاص بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي، www.jurispedia.org

[4] – وجاء في نص المادة ما يلي :" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".

الجوهرية لدولة القاضي المعروض أمامه النزاع[1]. وعلى القاضي أن ينظر في ملائمة القانون الأجنبي، بمعيار المجتمع الذي يعيش فيه وليس بمعياره الشخصي[2].

وعلى هذا الأساس، فالقوانين ذات التطبيق المباشر يتم تطبيقها دون المرور بمرحلة التنازع، أي يكون استبعادها مبكرا مثل تطبيق قوانين العمل، الصحة، الضبط الإداري...[3]. بخلاف ما هو عليه الحال في الدفع بالنظام العام، حيث تعين قاعدة التنازع القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ولكن يستبعد إعماله لمخالفته القواعد الجوهرية الّتي يقوم عليها قانون قاضي الدعوى[4].

وبناء على ما تقدم، تعتبر فكرة النظام العام استثناء عن تطبيق قواعد التنازع والتي قد تشير إما إلى تطبيق القانون الوطني، أو إلى تطبيق القانون الأجنبي[5]. ويثار مشكل الدفع بالنظام العام بشدة بالنسبة للدول التي تسند مسائل الأحوال الشخصية لضابط الجنسية، ولا يثار هذا الأخير بالنسبة للدول التي تأخذ بضابط الموطن (قانون القاضي).

وقد شبه بعض الفقهاء، الدفع بالنظام العام بمثابة صمام أمان انطلاقا من كونه يهدف إلى حماية المصالح الجوهرية للمجتمع وهذا الهدف يرجى تحقيقه سواء في مجال القانون الدولي الخاص أو في مجال القانون الداخلي، وتستعمل فكرة النظام العام في مجال القانون الداخلي كوسيلة لعدم خروج اتفاق الأفراد عن أحكام القواعد الآمرة[6].

---

[1] – سعيد يوسف البستاني : المرجع السابق، ص. 221.

[2] – علي علي سليمان : " مذكرات في القانون الدولي... "، المرجع السابق، ص. 150.

[3] – راجع المادة 05 من القانون المدني الجزائري : " يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن "، وتقابلها المادة 01/3 من القانون المدني الفرنسي.

[4] – سامي بديع منصور : المرجع السابق، ص. 762. ، وانظر أيضا أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص. 167.

[5] – صلاح الدين جمال الدين:" تنازع القوانين..."، المرجع السابق، ص. 118.

[6] – انظر المادة 97 من القانون المدني الجزائري إذ تنصّ على ما يلي : " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف النظام العام أو للآداب كان العقد باطلا ".

وتكون الغاية من استعمال فكرة النظام العام، في القانون الدولي الخاص لاستبعاد القانون الأجنبي المعيّن من قبل قاعدة التنازع الوطنية، خصوصا إذا كان يتعارض مع المقتضيات والأسس الّتي يقوم عليها كيان المجتمع الوطني[1].

والجدير بالذكر، أن مصطلح النظام العام الدولي يوحي بوجود نظام مشترك بين الدول وهذا الأمر غير صحيح. إذ يكون النظام العام دائما وطنيا ويحدد من طرف القاضي الوطني، ففي القانون الداخلي يستعمل الدفع بالنظام العام للحد من مبدأ سلطان الإرادة. ويستعان بهذه الفكرة في مجال القانون الدولي الخاص، لاستبعاد القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة التنازع. فيمكن تصور نظام عام مشترك في المجال الدولي، بصدد النظر في دعاوى القانون الدولي من أمثلة ذلك ،تجارة المخدرات أو تجارة الرقيق أو الإرهاب، فهذه الجرائم تهدد النظام العام الدولي برمته ومن ثمّ يمكن تصور نظام عام دولي موحد[2].

وعليه نستنتج مما سبق، أن خصائص النظام العام يمكن حصرها فيما يلي:

– فكرة النظام العام وطنية [3]، تتعلّق أساسا بالكيان الذي يقوم عليه المجتمع الوطني من أسس اقتصادية واجتماعية وسياسية لدولة القاضي .

– فكرة النظام العام مرنة ومتطورة تختلف حسب الزمان والمكان، فمثلا نجد أن القضاء الفرنسي[4] في وقت سابق كان لا يجيز الطلاق، واليوم أصبح يجيزه بأسباب معيّنة. ويعتبر تعدّد الزوجات في بعض الأنظمة القانونية مسموح به، وفي البعض الأخرى مخالفا للنظام العام[5].

– فكرة النظام العام وقتية، وتكون العبرة بتقدير مقتضيات النظام العام بلحظة الفصل في الدعوى وليس وقت إنشاء المراكز القانونية، ويكون تقديره موضوعيا من طرف

---

[1] – عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص. 164.

[2] – عز الدين عبد الله : المرجع السابق، ص. 534.

[3] – صلاح الدين جمال الدين : " فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية "، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2004، ص. 26.

[4] - Cass.Req., 15 novembre1848, v. Batiffol Henri, Lagarde Paul , Op.Cit., p.310.

[5] – زروتي الطيب : المرجع السابق، ص. 244.

القاضي وليس شخصيا. وقد إستقر الرأي، على إخضاع تقدير القاضي أثناء الدفع بالنظام العام لرقابة محكمة النقض [1].

ويكون تدخل النظام العام، لاستبعاد القوانين الأجنبية الّتي تتعارض مع المبادئ الأساسية، بهدف حماية السياسة التشريعية لدولة القاضي المعروض أمامه النزاع.

الفرع الثاني

شروط الدفع بالنظام العام والآثار المترتبة عنه.

للتمسك بالنظام العام لابدّ من شروط لإعماله (أوّلا)، ثمّ بعد الدفع به قد تترتب عليه آثار قانونية (ثانيا).

أوّلا : شروط الدفع بالنظام العام.

يشترط لذلك، توافر الشروط التالية :

– *الشرط الأوّل*: أن يتعلّق الأمر بتطبيق قانون أجنبي تشير إليه إحدى قواعد التنازع الوطنية، بمعنى أن يثبت الاختصاص لقانون أجنبي واجب التطبيق طبقا لقواعد التنازع في قانون دولة القاضي وإذا ثبت الاختصاص لقانون القاضي فلا داعي للدفع بالنظام العام، ولا يمكن أيضا الدفع به إذا ثبت الاختصاص لقانون القاضي، باعتباره قانونا إقليميا بصفته قانون موقع المال أو بصفته من قوانين البوليس والأمن [2].

وإذا لم يكن القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختصا حسب قاعدة التنازع الوطنية، فلا داعي للتمسك بالنظام العام لاستبعاده من ميدان التطبيق.

وفي هذا السياق، يرى البعض أن الهدف من الدفع بالنظام العام هو حماية الدولة من أخطار بعض الحالات الّتي تطبق فيها القوانين الأجنبية، فإذا لم تكن هناك قوانين

---

[1] – هشام علي صادق : المرجع السابق، ص. 195.

[2] – محمد المبروك اللافي : المرجع السابق، ص. 84. ، وانظر أيضا، زروتي الطيب : المرجع السابق، ص. 250.

أجنبية واجبة التطبيق، فالخطر ينعدم تماما ولا تدعو الحاجة إلى اللجوء إلى استعمال الدفع بالنظام العام[1].

– *الشرط الثاني* : أن يكون القانون الأجنبي المراد تطبيقه في حدّ ذاته متعارضا مع النظام العام، يمنع في هذه الحالة على القاضي المعروض أمامه النزاع من تطبيق القانون المختص على أساس تعارض حكمه مع مقتضيات النظام العام.

ومن المستقر عليه فقها[2]، أنّه يعتبر من مقتضيات النظام العام كل ما يتعلق بالأسس الجوهرية الّتي يقوم عليها كيان المجتمع في عصر معيّن، ويختلف مفهوم النظام العام حتّى في النظام القانوني الواحد من زمان لآخر، فقد يكون تعدّد الزوجات مخالفا للنظام العام في الدول المسيحية، بينما جائزا في الدول الإسلامية وقد يكون الطلاق جائزا في دولة، ومحظورا في أنظمة قانونية أخرى، ويكون تدخل النظام العام بهدف حماية الشعور العام للدولة، وتكمن صعوبته في تحديد الحالات الّتي يتحقق فيها تعارض القانون الأجنبي الواجب تطبيقه معه وتبقى دائما مسألة تقديره متروكة للقاضي تحت إشراف رقابة المحاكم العليا[3].

وكما قضت محكمة النقض المصرية[4]، في هذا الشأن بأن: " مؤدى نص المادة 28 من القانون المدني على ما جرى به قضاء محكمة النقض، هو نهي القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة، مما يتعلّق بالمصالح الجوهرية للمجتمع ".

– *الشرط الثالث* : أن تكون مخالفة النظام العام حالية وقت رفع الدعوى، ويكون الدفع به في كل حكم يصدره القاضي بمناسبة إنشاء علاقة قانونية (طلاق أو زواج)، أو حكم يتعلّق اعتراف بعلاقة أنشئت في الخارج (اعتراف بالتبني) [5].

---

[1] – بلمامي عمر : المرجع السابق، ص. 131.

[2] – زروتي الطيب : المرجع السابق، ص. 251.

[3] – إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق، ص. 382.

[4] –حكم محكمة النقض المصرية في 20 جوان 1979في الطعن رقم 10 لسنة48 قانون أحوال شخصية أجانب، أشار إليه صلاح الدين جمال الدين:" تنازع القوانين.."، المرجع السابق، ص. 103.

[5] – عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص. 178.

وبعبارة أخرى أن يكون تقدير الدفع بالنظام العام، بوقت النظر في الدعوى وليس بالوقت الذي ينشأ فيه المركز القانوني، تكون مخالفته حالية وقت إصدار الحكم وليس وقت نشوء المنازعة[1].

وقد يتعارض النظام العام مع إنشاء الحق ذاته، كما هو الشأن بالنسبة للطلاق في فرنسا قبل سنة 1884 والذي كان محظورا ومتعارضا مع الشعور العام الفرنسي[2].

ثانيا : آثار الدفع بالنظام العام.

يكون تدخل النظام العام عندما تشير قاعدة التنازع للقانون الواجب التطبيق، ويكون القانون الأجنبي كله أو بعضا من أحكامه متعارضة مع الأسس الجوهرية لدولة القاضي، فيحصل استبعاده من ميدان التطبيق إما أثناء مرحلة إنشاء المراكز القانونية أو أثناء مرحلة نفاذ الحق الدولي.

1- أثر الدفع بالنظام العام في مرحلة إنشاء المراكز القانونية :

يترتب على تدخل النظام العام، إستبعاد كل أو بعض من أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق. وقد يطرح استبعاده مشكلة أساسية تتمثل في كيفية التوصل إلى حل، حتى لا تبقى العلاقة بدون قانون يحكمها. ومن هذه الآراء ما يلي : *الرأي الأول*، الذي يدعو بإيجاد البديل على ضوء القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وتبنى هذا الرأي القضاء الألماني، الذي قضى بعدم وجوب إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وإنّما يتعيّن على القاضي البحث عن قاعدة أخرى في القانون نفسه محل القاعدة القانونية المستبعدة، وسبق لمحكمة الرايخ الألمانية بتاريخ 19 ديسمبر 1921 أن اعتمدت هذا الحل بسبب قضية تتلخص وقائعها في: أنّ قاعدة التنازع الألمانية أشارت إلى تطبيق القانون السويسري بصدد دعوى علاقة دائنية، وتبين للمحكمة الألمانية أنّ القانون السويسري

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

[2] – محمد كمال فهمي : المرجع السابق، ص. 519.

يرفض مبدأ تقادم حق الدائنية، وهو أمر يتعارض مع القانون الألماني واستبعدت هذا الحكم، وعوضته بأطول مدّة ينصّ عليها القانون السويسري في مواضيع أخرى[1].

ويرى بعض الفقه *كرأي ثاني*[2]، بأنّ تدخل النظام العام ليس من شأنه استبعاد كل أحكام القانون الأجنبي، وإنّما استبعاد الجزئية الّتي تتعارض مع مفهوم الشعور العام لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وذلك حسب ما قضت به محكمة النقض الفرنسية [3] باستبعادها الجزء المخالف للنظام العام عندما أشارت قاعدة التنازع الفرنسية إلى القانون الألماني، وأبقت على الأجزاء غير المخالفة للنظام العام في قرار Fayeulle الصادر بتاريخ 08 نوفمبر 1943، استبعدت طرق إثبات النسب الطبيعي في القانون الألماني المختص وأبقت على آثار النسب لكونها غير مخالفة للنظام العام الفرنسي.

غير أنّه عيب على هذا الرأي، على أساس أنّ الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي نظرا لارتباطه الوثيق بأحكام القانون المراد تطبيقه يؤدي في النهاية إلى تشويه القانون وتطبيقه[4].

وبالتالي ذهبت رؤى البعض، على أنه لا يجوز التلفيق في تطبيق القانون الذي يحكم النزاع، بمعنى أنّه لا يجوز اقتباس بعض أحكام قانون القاضي وخلطها ببعض أحكام القانون الأجنبي خلطا متنافرا، لأنّنا بذلك لا نطبق أيا من القانونين تطبيقا سليما[5].

وتبنى *فريق ثالث* الرأي القائل، بإحلال مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في حالة استبعاد القانون الأجنبي المتعارض مع نصوص قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وتبنى هذا الموقف الأخير، القضاء المغربي بالنسبة لحالة الأشخاص الأجانب نظرا لصعوبة تطبيق نصوص وطنية على الأجانب المقيمين بالمغرب. وعليه استقر هذا القضاء، على أنّه

---

[1] – بلمامي عمر : المرجع السابق، ص. 174.

[2] – هشام علي صادق : المرجع السابق، ص. 201.

[3] - Cass.Civ., 08 Novembre 1943, v. Courbe Patrick : Op.Cit., p. 108.

[4] – إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق، ص. 385.

[5] – بلمامي عمر : المرجع السابق، ص. 182، هامش رقم 2.

في حالة تعارض القانون الأجنبي المختص، مع الشعور العام يتعيّن على القاضي في هذه الحالة استبعاد هذا الأخير، وحلول مبادئ العدالة والقانون الطبيعي محله[1].

بينما رأى جانب من الفقهاء[2]، باستبعاد القانون الأجنبي دون تعويضه وهذه الفكرة سطحية لحدّ ما، واستبعاد قانون دون أن يحلّ محله قانون آخر يؤدي إلى فراغ قانوني لا بدّ من تعويضه.

لذلك اقترح البعض، ضرورة استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وتعويضه بقانون القاضي المعروض أمامه النزاع. وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي[3]، بوجوب إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي الذي استبعدت أحكامه، باعتبار ذلك الأثر الايجابي لتدخل النظام العام. ولإعمال الرأي الراجح، يستلزم توافر شرطين[4]: *الأول*، هو وجود قانون أجنبي واجب التطبيق، بمعنى أن يكون القانون الأجنبي قد أشارت بتطبيقه قاعدة التنازع الوطنية. أمّا *الشرط الثاني*، فيتمثل في ضرورة وجود حكم في قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، يسمح بأن يحل محل القانون الأجنبي الذي استبعدت أحكامه باسم النظام العام، ويصلح بالتالي أن يحل محل القانون الأجنبي المستبعد.

ويعتبر بلا شك، أنّ تطبيق قانون القاضي بدلا من حكم القانون الأجنبي الذي استبعد باسم النظام العام، أكثر الحلول الملائمة لاعتبارات عملية، على أساس أن قانون القاضي يكون معلوم لدى القاضي المعروض أمامه النزاع، وينقص عليه مشقة البحث عن مضمونه، ويتماشى أيضا مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية[5].

---

[1] - Issad Mohand : "Droit international privé", T.1, les règles de conflits, O.P.U., Alger, édition 1980, p. 201.

[2] – محمد المبروك اللافي : المرجع السابق، ص. 84.

[3] - Cass. Civ., 30/05/1967, v. Batiffol Henri, Lagarde Paul : Op.Cit., p.591.

[4] – بلمامي عمر : المرجع السابق، ص. 170.

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

وتبنت معظم التشريعات، الحل الأخير الذي ينادي بتطبيق قانون القاضي واستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ونصت على ذلك صراحة عدة دول في قوانينها وتشريعاتها كالكويت[1]، وتونس[2].

كان موقف التشريع الجزائري في السابق خال من هذا الحكم، إذ أبرزت المادة 24 من القانون المدني الجزائري السابقة الأثر السلبي للنظام العام، ولكن مع التعديل الجديد ساير المشرع الجزائري الاتجاهات الحديثة بإحلال القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد، وقضت المادة 24 في فقرتها الثانية على ما يلي : "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة ".

والجدير بالذكر، بأنّ عبارة الآداب العامة ما هي إلاّ جزء من النظام العام، أي أنّ النظام العام يحوي الآداب العامة. وعلى هذا يرى بعض الفقهاء، لا داعي لذكر الآداب والاكتفاء بالنظام العام[3].

إلاّ أنّ البعض، يحبذ إضافة عبارة الآداب والبقاء عليها إلى جانب النظام العام، لكونها قد تتناول معاني أخرى لا تتصل بالنظام العام[4].

2- أثر الدفع بالنظام العام في مرحلة الاعتراف بالحق الدولي :

ويكون تدخل النظام العام في هذه الحالة إذا تعلّق الأمر بحق مكتسب، بمعنى ينشأ حق في دولة ما وينتقل إلى دولة أخرى للاعتراف به، وتسمى هذه الحالة بالأثر المخفف للنظام العام L'effet atténué de l'ordre public، بحيث أنّ الدفع بالنظام العام يعمل به

---

[1] – المادة 73 من القانون الكويتي السالف الذكر ينصّ على ما يلي : " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عيّنته النصوص الواردة في هذا الباب إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في الكويت، ويتعيّن في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي ".

[2] – Art. 36 Al. 05 du code de droit international privé Tunisienne qui dispose :"Le juge applique les dispositions de la loi Tunisienne au lieu des dispositions de la loi étranger écartées ".

[3] – بلمامي عمر : المرجع السابق، ص. 112.

[4] – علي علي سليمان : " مذكرات في القانون الدولي.. "، المرجع السابق، ص. 157.

بقوة أشد في مرحلة إنشاء الحقوق أكثر منه في مرحلة التسليم بآثار قانونية مترتبة على حقوق وعلاقات قائمة سلفا، أي تتراجع فكرة النظام العام تدريجيا أمام الحق المكتسب[1].

ونفرق في هذا الصدد، بين حالتين للأثر المخفف للنظام العام[2]. *الحالة الأولى*، يراد بها إنشاء مركز قانوني جديد أمام قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، فلا يمكن للقاضي أن يسمح بإنشاء مركز قانوني وقانونه لا يجيز ذلك، كمسألة التعدد إذا طرحت أمام القضاء الفرنسي فلا يمكن إنشاؤها ابتداء بفرنسا. *بينما الحالة الثانية*، يراد به التمسك بآثار حق أو مركز قانوني نشأ في الخارج، ولا يكون للنظام العام نفس الأثر الذي يكون له بصدد مركز قانوني يراد إنشاؤه في دولة القاضي نفسها، وعليه لا يتأثر الشعور العام إزاء مركز أو علاقة تمّ إنشاؤها بالخارج بنفس القدر الذي يتأثر به في حالة ما أريد منه طلب إنشاء نفس العلاقة داخل إقليم دولة القاضي، أي لا يمكن الدفع بالنظام العام إزاء المراكز التي نشأت في الخارج بنفس الدرجة التي يتم بها إعماله تجاه المراكز التي يراد إنشاؤها في دولة القاضي[3]. ومن أمثلة ذلك، أنه لا يمكن للشخص في فرنسا إنشاء علاقة تعدد الزوجات لأنّ في ذلك مساس بالنظام العام الفرنسي، بينما يمكن الاعتراف له بآثار الزواج الثاني إذا تمّ خارج الإقليم الفرنسي، لأنّ هذا الأمر لا يخدش الشعور العام الفرنسي، على الرّغم من أنّ إنشاء علاقة تعدد الزوجات يعدّ مخالفا للنظام العام في دولة نفاذ الحق الدولي (في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع).

وأصبحت محكمة النقض الفرنسية[4]، في هذه الحالة تعترف بآثار الحق المكتسب دون إنشائه، لأنّ الرأي العام الفرنسي يتأثر بشدّة عندما تقر المحاكم بإنشاء علاقة قانونية ابتداء، شريطة أن يكون هذا الحق الذي اعترف له بآثاره غير مكتسب عن طريق التحايل على أحكام القانون الأجنبي المختص عند إنشائه، لأنّ في ذلك مساس بالنظام العام.

---

[1] – بلمامي عمر : المرجع السابق، ص. 195.

[2] – بلمامي عمر : المرجع السابق، ص. 197 - 198.

[3] – فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد : المرجع السابق، ص. 202-203.

[4] - Cass.Civ.,11/04/1945 et 01/05/1945, v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre: Op.Cit., p.321.

وعلى هذا، أصبح القضاء الفرنسي يعترف بآثار الحق المكتسب تماشيا مع مبدأ الأثر المخفف للنظام العام، وتقرّر ذلك حينما سمحت محكمة النقض الفرنسية للزوجة الثانية التونسية للمطالبة بحقها في النفقة اتجاه زوجها وفقا للقانون التونسي، على أساس أنّ علاقة التعدد نشأت خارج التراب الفرنسي، أي تمت علاقة الزواج الشرعي الثاني بتونس[1].

أما في بريطانيا، فالمحاكم الإنجليزية كان موقفها من الاعتراف بتعدّد الزوجات هو الرفض وعدم القبول به وبآثاره نظرا لمخالفته النظام العام، لهذا اضطر القضاء الإنجليزي حديثا إلى تغيير هذا التوجه نحو نظرته للنظام العام، وبذلك أصبح يعترف بآثار تعدّد الزوجات كحق الزوجة في النفقة وثبوت نسب الأبناء من أبيهم[2].

وسايرت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، فكرة الأثر المخفف للنظام العام ونصت في الفصل 37 على ما يلي : " يتمّ اعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بالخارج وفق القانون الذي عيّنته قاعدة التنازع التونسية ما لم تكن هذه الآثار متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي ".

أمّا حكم هذه المسألة في الجزائر، فبعد مراجعتنا لأحكام القانون المدني الجزائري من الفصل الأوّل المتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان لا نجد إشارة لهذه المسألة (الأثر المخفف للنظام العام).

الفرع الثالث

تطبيقات النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية.

[1]- Cass. Civ., 28 janvier 1958, v. Issad Mohand : Op.Cit., p. 203.

[2] – حسن الهداوي : المرجع السابق، ص. 192 - 193.

يثير مشكل الدفع بالنظام العام في المسائل الأحوال الشخصية بعض الإشكاليات المتعددة في الأنظمة القانونية، ويؤدي في الأخير إلى تعطيل مفعول قاعدة التنازع، لذلك سنورد في هذا الفرع بعض الصور التطبيقية للدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية.

ولقد تعرضت محكمة النقض الفرنسية[1]، في قضية Patino بقبول طلاق بين زوجين بوليفيين، بالرغم من أن قانونهما الوطني يمنع ذلك، معتبرة هذا المنع مخالفا للنظام العام الفرنسي وعلى هذا الأساس قضى القضاء الفرنسي، بقبول الطلاق بينهما بسبب الشقاق المستمر ورتب على ذلك تصفية علاقاتهما المالية.

كما قد يعرض على القاضي الفرنسي، طلب طلاق بالإرادة المنفردة للزوج فيرفضه لتعارضه مع النظام العام الفرنسي، لأنّ الطلاق في فرنسا لا يتمّ إلاّ وفقا لأسباب محدّدة، ويكون مستندا لسبب مقرر وذلك حفاظا على المصالح الاجتماعية في الدولة وتحقيقا لاستقرار النظام العام[2].

كما أنّ القضاء المصري، إستبعد القانون الواجب التطبيق على الخطبة إذا تعارض مع النظام العام في مصر، إذا كان هذا القانون يلزم أيا من الخطيبين بإبرام عقد الزواج أو يلزم العادل عن الخطبة بالتعويض عن عدوله لما في ذلك إكراه على الزواج[3]. فلا يصح أيضا للقاضي المصري، أن يعتدّ بموانع الزواج القائمة على اختلاف اللون أو الجنس لتعارضها مع الأسس الجوهرية للمجتمع في مصر[4].

وقد إعترف القضاء المصري، للزوج في طلاق زوجته بإرادته المنفردة حتّى ولو كان هذا الزوج غير مسلم، لأنّ هذا الحق مسموح به فإذا كان القانون الواجب التطبيق يمنع الزوج من هذا الحق فإنّه يتعارض مع النظام العام. واستبعد أيضا في هذا المجال القضاء

---

[1] - Cass.Civ.,15/05/1963, v. Mayer Pierre, Heuzé Vincent :Op.Cit., p.155.

[2] - T.G.I., Paris 5/12/1979 , v. Gutmann Daniel , Op.Cit., p. 103.

[3] – محمد المبروك اللافي : المرجع السابق، ص. 199.

[4] – هشام علي صادق : المرجع السابق، ص. 268.

المصري، القانون المراد تطبيقه الذي يحرم الزوج من حقه في الطلاق مطلقا[1]. واعتبركذلك مخالفا للنظام العام القانون الواجب التطبيق، الذي لا ينظم أي طريقة من طرق انحلال الزواج[2].

وقد استبعدت المحكمة التونسية، بتاريخ 19 أفريل 1977 تطبيق القانون المغربي الذي يبيح الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج، على أساس تعارضه مع النظام العام التونسي[3].

أمّا في الجزائر، فيمكن للقاضي الجزائري استبعاد القانون الواجب التطبيق على الخطبة، إذا تعارض مع النظام العام الذي يعرفه المجتمع الجزائري، كما لو كان هذا القانون يلزم المخطوبين بإتمام إبرام عقد الزواج، لأنّ في ذلك إكراه على تمام الزواج وهذا أمر غير مسموح به في النظام القانوني الذي تقوم عليه الخطبة، وبالتالي يخالف النظام العام، لأنّ نظام الزواج يقوم على التراضي.

وتكون إثارة فكرة النظام العام في الجزائر خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، على أساس أنّ قانون الأسرة قد استلهمت أحكامه من مبادئ الشريعة الإسلامية، فلهذا يستبعد القانون المراد تطبيقه الذي يمنع تعدّد الزوجات مثلا، ويعتبر أيضا مخالفا للنظام العام القانون الأجنبي، الذي لا يسمح بانعقاد الزواج بين زوجين مختلفين في اللون[4].

كما لا يمكن أيضا، اللجوء إلى التحكيم في مسائل الآثار الشخصية للزواج كمسألة النفقة، لأنّ هذه الحقوق تحكمها قواعد آمرة وهي قواعد من النظام العام[5].

---

[1] – حكم محكمة الإسكندرية للأحوال الشخصية بجلسة 1951/04/09، المنشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي لسنة 1951، ص. 194. أشار إليه صلاح الدين جمال الدين : " تنازع القوانين..."، المرجع السابق، ص. 259.

[2] – حكم محكمة الاستئناف المختلط في1916/06/11، أشار صلاح الدين جمال الدين: " فكرة النظام العام..."، المرجع السابق، ص. 61.

[3] – سامي بديع منصور : المرجع السابق، ص .767.، وانظر أيضا إسعاد موحند : المرجع السابق، ص. 246، هامش رقم 2.

[4] – أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص. 237.

[5] – إسعاد موحند : المرجع السابق، ص. 306 .، راجع الفقرة الثانية من المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، والّتي تنصّ على ما يلي : " ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس، ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ".

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

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

واستبعد أيضا، المجلس الأعلى القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام، حيث جاء في حيثيات القرار: " في حالة وجود احد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإنّ من يوجد منهما بها قد يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة ويتأكد هذا أكثر إذا كان كل من الأبوين مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه "[2].

وعلى هذا الأساس، نقض المجلس الأعلى هذا الحكم، باعتبار منح الحضانة للأم بفرنسا مخالف للنظام العام الجزائري.

ولهذا إذا ثبت أمام القضاء الجزائري، بأنّ القانون الأجنبي المراد تطبيقه مخالف للنظام العام يستبعد من مجال التطبيق ويحلّ القانون الجزائري محلّه.

المطلب الثاني

الدفع بالغش نحو القانون.

[1] – قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23 غير منشور .نقلا عن عليوش قربوع كمال : المرجع السابق، ص.164.

[2] – انظر المجلس الأعلى، قرار صادر بتاريخ 1989/01/02، قضية (ف.م) ضد (ص. ع)، رقم الملف 52207، المجلة القضائية، عدد 4، سنة 1990، ص. 74 – 76.

نعالج هذا المطلب في فروع ثلاث: نتعرض في الفرع الأوّل منه لمفهوم الغش نحو القانون وشروطه. ثم لأساس الغش نحو القانون والآثار المترتبة عنه في الفرع الثاني، أمّا الفرع الثالث فنخصصه لدراسة الغش نحو القانون في مجال الأحوال الشخصية.

الفرع الأوّل

مفهوم وشروط الغش نحو القانون.

الغش نحو القانون في ميدان التنازع، يعتبر مانعا من موانع تطبيق القانون المختص على النزاعات ذات العنصر الأجنبي. وقبل الحديث عن الغش نحو القانون، لابدّ من إعطاء مفهوم له لاستخلاص الشروط الواجب توافرها للدفع به.

يقصد بالغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين، التحايل على ضوابط قواعد التنازع، وذلك بقصد التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا بحكم النزاع[1] وكان هذا التحايل يقع كثيرا في السابق حينما كانت بعض الدول لا تسمح بالطلاق، فيكتسب الشخص جنسية دولة أخرى تجيزه ليتمكن من الحصول عليه[2].

وقدم بعض الفقهاء تعريفات مختلفة للغش من بينها :

عرّفه الفقيه" هنري ديبوا Henri Desbois "بأنّه : « التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها، للوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه »[3].

وعرّفه الأستاذ "جورج ريبير Georges Ripert" بأنّه : « عملية تتمّ وفق اتفاق صادر عن جماعة للتهرب، عن تطبيق قاعدة قانونية آمرة »[4].

---

[1] – علي علي سليمان : " مذكرات في القانون الدولي.. "، المرجع السابق، ص. 159.

[2] – موسى عبود : المرجع السابق، ص. 216.

[3] – عز الدين عبد الله : المرجع السابق، ص. 557.

[4] – نادية فضيل : "الغش نحو القانون.."، المرجع السابق، ص. 53.

إلاّ أنّ البعض، عرفه انطلاقا من النتيجة المبتغاة منه بأنّه : « تدبير لوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة مختص عادة بحكم علاقة قانونية، وإحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج المتوخاة »[1].

وعرفته كذلك الأستاذة نادية فضيل بأنّه : « التلاعب بأحكام قواعد التنازع، بقصد الوصول إلى أغراض شخصية »[2].

و للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون، كسبب لاستبعاد القانون الواجب التطبيق يجب توفر شروط، منها ما هو متفق عليه و منها ما هو مختلف فيه.

- الشروط المتفق عليها :

-*الشرط الأوّل* : التغيير الإرادي لضوابط التنازع، ويتوقف هذا الأمر على إرادة الأطراف، بمعنى استعمال قاعدة التنازع بقصد نقل الاختصاص لقانون آخر غير مختص أصلا بحكم النزاع[3]. إذ يقوم الغاش أو صاحب المصلحة بتغيير ضوابط الإسناد الّتي يتحدّد بها القانون المراد تطبيقه، ويمكن تحقق هذا الأمر إلاّ في الحالات سهلة التغيير الّتي يستطيع الأطراف تغييرها مثل تغيير الجنسية أو تغيير الموطن[4]. ولتحقق هذا الشرط يجب أن يكون التغيير إراديا وفعليا ومشروعا. إراديا، كما سبق ذكره بفعل إرادة الأطراف، كحصول الفرد على جنسية جديدة عن طريق تجنسه. وفعليا، بمعنى ليس صوريا وسليما من الناحية القانونية، فإذا كان تغيير الموطن صوريا فالعبرة في هذه الحالة بالموطن الفعلي[5]. وأن يكون مشروعا، معنى أن تكون الوسيلة المستعملة في التغيير مشروعة، فإذا كانت الجنسية مكتسبة عن طريق التزوير، ففي هذه الحالة لا حاجة لاستعمال الدفع بالغش، على أساس أنّ الوسيلة غير مشروعة وتكون العبرة بالجنسية الأولى[6].

---

[1] – حسن الهداوي : المرجع السابق ،ص. 196.

[2] – نادية فضيل : "الغش نحو القانون.."، المرجع السابق، ص. 56.

[3] – محمد كمال فهمي : المرجع السابق، ص. 524.

[4] – نادية فضيل : "تطبيق القانون الأجنبي.."، المرجع السابق، ص. 129.

[5] – سعيد يوسف البستاني : المرجع السابق، ص. 187.

[6] – محمد المبروك اللافي : المرجع السابق، ص. 89.

-*الشرط الثاني* : التحايل على القانون بسوء نية، للتهرب من إخضاع العلاقة القانونية للقانون الواجب التطبيق أصلا، والهدف من ذلك هو تجنب الأحكام الآمرة في القانون المختص[1]. وتستخلص نيّة التحايل من ظروف النزاع، وهذه الحالة تعتبر من مسائل الواقع يستقل بها قضاة الموضوع، دون أن يخضع تقديرهم من عدمه لرقابة المحاكم العليا [2]. ومن القرائن الّتي يمكن أن يستعين بها القاضي في تقديره، هي حالة التلازم الزمني بين تغيير ضابط الإسناد، وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد كما لو تجنس بجنسية جديدة وفورها طلب بطلاق زوجته، الذي لم يكن قانونه الشخصي الأوّل يسمح به[3]. ومن القرائن الّتي تدل أيضا على وجود قصد الغش لدى الأطراف أن يكون القانون الذي يؤدي تغيير ضابط الإسناد إلى تطبيقه من القوانين أكثر تحقيقا لمصالحهم، كالدول الّتي تسمح قوانينها لأي شخص بالطلاق، حتّى ولو كان قانون جنسيته أو موطنه لا يسمح بذلك[4]، وهو ما فعلته "دوبوفرمون" حين تغييرها لجنسيتها من الفرنسية الى الألمانية والحصول على الطلاق الذي لم يكن القانون الفرنسي يبيحه في تلك الفترة.

ويمكن تحقق حالة التحايل على القانون، إذا كان القانون الواجب التطبيق يعامل على أساس واقعة بالنسبة للدول الّتي تأخذ بهذا النظام، فلا يثيره الأطراف عمدا بتطبيقه أمام القاضي، وذلك قصد الحصول على مركز يكون محظورا في القانون المستبعد من طرفهم، فتتحقق هذه الحالة لمجرّد سكوت عن التمسك بتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني[5]، وحالة ذلك سكوت الأطراف عن إثارة القانون الواجب التطبيق، ليلجأ القاضي لتطبيق أحكام قانونه الوطني، ويكون خاصة في مجال الطلاق حيث يسكت الزوج عن إثارة تطبيق قانونه الوطني الذي، يحظر الطلاق بمساندة زوجته التي تحمل جنسيته.

---

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

[2] – حفيظة السيد الحدّاد : " الموجز في القانون الدولي الخاص "، الكتاب الأوّل، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة 2004، ص. 317.

[3] –كما حصل في قضية دو بوفرمون De Bauffremont بتاريخ 18 مارس1878 طلبت الطلاق مباشرة في اليوم التالي لحصولها على الجنسية الألمانية، وهذا ما برره القضاء الفرنسي بانصراف نيتها إلى الغش نحو القانون.

[4] – إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق، ص. 395.

[5] - Issad Mohand : Op.Cit., p. 206.

ومن جهة أخرى، يضيف الفقه شرطين مختلف بشأنهما وهما :

– *الشرط الأول :* أن يكون الغش ضدّ القواعد الآمرة، وقصر جانب من الفقه على أن يكون الغش نحو القانون إلاّ في القواعد الآمرة، بحيث لا يمكن تصور التهرب من أحكام القواعد المكملة، لأنّ المشرع خوّل للأفراد الخروج عليها، على أساس أنّ مبدأ سلطان الإرادة يلعب دورا أساسيا في مجال العقود الدولية، إذ يمكن للأفراد اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، حتّى وإن كان هذا القانون غير مختصا بحكم عقدهم، وباستطاعتهم أن يختاروا القانون الذي يحقق لهم مصلحة أو منفعة معينة[1].

رغم هذه الحرية الممنوحة للأفراد، يمكن أن تنصرف نية الغش نحو أحكام القواعد المكملة في مجال العقود الدولية نظرا لمرونتها، ونظرا أيضا لسهولة تغيير ضوابط الإسناد الخاصة بها[2].

– *الشرط الثاني :* أن يحصل الغش نحو قانون القاضي، واستقر القضاء[3] في السابق على جعل الدفع بالغش نحو القانون لا يكون إلاّ في الحالات الّتي يتهرب الأفراد من قانون القاضي، فلا يمكن تصور الدفع بالغش نحو القانون الأجنبي، وهذا الشيء الذي يعلّل مهمة القاضي لحماية القوانين الوطنية من الغش المفتعل من قبل الأطراف[4].

وسار القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه، وقصر إعمال الغش نحو القانون إلاّ في الأحوال الّتي يتحايل الأفراد على الأحكام القانون الفرنسي[5]، على أساس أنّ القضاء الفرنسي يعامل القوانين الأجنبية واجبة التطبيق معاملة الوقائع[6].

---

[1] – ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش : المرجع السابق، ص. 165.

[2] – نادية فضيل : "الغش نحو القانون.."، المرجع السابق، ص. 82 – 83.

[3] - Cass. Civ.,05/02/1929, v. Gutmann Daniel: Op.Cit., p.110.

[4] – زروتي الطيب : المرجع السابق، ص. 266.

[5] – تعرضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 18 مارس 1878 في قضية السيدة دو بوفرمون De Bauffremont الّتي طلبت الطلاق أمام القضاء الفرنسي، ولم يسمح لها بذلك فتجنست بالجنسية الألمانية من أجل الحصول على الطلاق، واعتبرت محكمة النقض هذا التصرف يشكل غشا نحو القانون الفرنسي، وبررت بعدم اعتراف للسيدة دو بوفرمون بالطلاق زواجها الثاني، وتبقى على ذمة زوجها الأوّل، نقلا عن ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش : المرجع السابق، ص. 205.

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

لكن تغير موقف القضاء الفرنسي[1]، وأصبح يميل إعمال الغش نحو القانون الأجنبي المختص أصلا بحكم النزاع. ووضعت محكمة النقض الفرنسية في حكم مونزير Munzer بتاريخ 07 جانفي 1964 شروط لإعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي المراد تنفيذه بفرنسا، من بينها ألاّ يحصل الشخص على هذا الحكم عن طريق الغش نحو القانون[2]. واستخلص الفقه، بأنّ عبارة " غش نحو القانون " رغم أنّها جاءت واسعة، لكن توحي بأنّ فكرة الغش تنصرف سواء حصل هذا الغش نحو القانون الوطني أو في مواجهة القانون الأجنبي[3].

زيادة على ذلك، إقرار القضاء الفرنسي[4]، بإبطال العقود التي تمت بين الأفراد عن طريق الغش نحو الفانون الأجنبي المختص.

أمّا الرأي الراجح فقها، يعتبر بأنّ تحايل الأفراد على القانون الأجنبي يعتبر غشا ضدّ قواعد التنازع الّتي أشارت إلى تطبيقه، وبناء على هذا يدعو الفقه الحديث إلى محاربة التحايل بكل أشكاله، سواء احصل اتجاه القوانين الوطنية أو في مواجهة القوانين الأجنبية[5].

الفرع الثاني

أساس الغش نحو القانون والآثار المترتبة عنه.

نخصص هذا الفرع لدراسة أساس الغش نحو القانون (أولا)، والآثار المترتبة عن إعماله (ثانيا).

أوّلا : أساس الغش نحو القانون.

لقد تباينت الآراء الفقهية، فيما يخص أساس نظرية الغش نحو القانون.

---

[1] - Paris,18/06/1964,v. Derruppé Jean :Op.Cit., p.109.

[2] - Cass. Civ., 07 Janvier 1964. v. Batiffol Henri, Lagarde Paul : Op.Cit., p. 599.

[3] - Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p. 329.

[4] - Cass.Com.,07/03/1963,v. Batiffol Henri, Lagarde Paul : Op.Cit., p. 599.

[5] – إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق، ص.397.

– وانظر أيضا، أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص. 193.

فرأى فريق، بأنّ الغش نحو القانون ما هو إلاّ تطبيق من تطبيقات النظام العام، وانتقد هذا الاتجاه لأنّ استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يكون على أساس تعارض مضمونه مع الأسس الجوهرية لقانون القاضي، أمّا استبعاد القانون الأجنبي بناء على الدفع بالغش نحو القانون فهو يرجع إلى عنصر النية في استعمال قاعدة التنازع[1].

وأرجع رأي آخر، نظرية الغش نحو القانون إلى نظرية الصورية في القانون وعيب على هذا الرأي، لأنّ الصورية تكمن في وجود عقد ظاهر غير حقيقي يخفي عقدا باطنا حقيقيا، بمعنى إرادة الأطراف ظاهرة ولكن غير مطابقة لإرادتهما الخفية الحقيقية، بينما الغش نحو القانون يقوم الغاش بتصرف ظاهره حقيقي لكن غرضه غير مشروع[2].

بينما رأى غالبية الفقه، أنّه تكمن فكرة الغش نحو القانون في نظرية التعسف في استعمال الحق، ويكون التعسف في استعمال الحق استعماله غير مشروع إذا كانت المصالح المراد تحقيقها غير مشروعة، إذا تهرب من القانون الذي يجب أن يخضع له[3]. ومع ذلك فهو يتميز عن التعسف :

– في كون الغش نحو القانون، يكون موجها ضدّ القانون ويشترط فيه توافر التحايل وتحقيق نتيجة غير مشروعة. أمّا التعسف، فيتمّ بطريقة مباشرة وغير خفية ويكون موجها ضدّ الغير[4].

– الغش نحو القانون يكون ضدّ مصلحة عامة، أمّا التعسف فيقع ضدّ مصلحة خاصة[5].

على الرغم من الانتقادات الّتي وجهت للرأي الأخير، الذي يجعل الغش نحو القانون يتشابه مع التعسف في استعمال الحق، فالفقه يرى بأنه أقرب الآراء إلى المنطق[6].

---

[1] – حفيظة السيد الحداد : المرجع السابق، ص. 321 – 322.

[2] – أعراب بلقاسم : المرجع السابق، ص. 196.

[3] – نادية فضيل : "الغش نحو القانون.."، المرجع السابق، ص. 96.

[4] – سعيد يوسف البستاني : المرجع السابق، ص. 186.

[5] – علي علي سليمان : " مذكرات في القانون الدولي.. "، المرجع السابق، ص. 169.

[6] – علي علي سليمان:"مذكرات في القانون الدولي..."، المرجع السابق، ص. 162.

وبناء على ما تقدّم، يرى الفقه الراجح باستقلالية فكرة الغش نحو القانون عن الآراء المتقدمة، وأنّها تطبيق للقاعدة العامة "الغش يفسد كل شيء" حتى وإن كانت الوسيلة المستخدمة مشروعة في ذاتها، فإنّ النيّة السيئة المصاحبة لها تفسدها[1].

ثانيا : آثار الدفع بالغش نحو القانون.

إنّ تحايل الشخص على ضوابط التنازع وتهرّبه من قواعد القانون المختص، قد يترتب على ذلك آثار قانونية.

فيرى البعض، عدم نفاذ النتيجة الّتي توصل إليها الشخص كطلب الطلاق، إذا كان يمنعه قانونه الشخصي إلى جانب الوسيلة الّتي أدّت إلى حدوث النتيجة مثل تغيير الجنسية، وبعبارة أخرى انصراف الآثار إلى بطلان الوسيلة والنتيجة معا[2].

لكن الرأي الغالب فقها[3]، هو أنّ الأثر ينصرف إلى النتيجة دون الوسيلة وهو الحكم بعدم نفاذ النتيجة دون إبطال الوسيلة، على أساس أنّه لما تطرقت محكمة النقض الفرنسية[4] في قضية السيدة دو بوفرمون De Bauffremont قضت بعدم تطليقها، ولم تقض ببطلان تجنسها بالجنسية الألمانية.

وبناء على ما تقدّم، يرى الرأي الراجح بمبدأ الحلول وهي إعادة الاختصاص للقانون الواجب التطبيق أصلا، واستبعاد الغش المفتعل من طرف الأفراد ضدّ ضوابط التنازع[5].

الفرع الثالث

الغش نحو القانون في مسائل الأحوال الشخصية.

[1] – صلاح الدين جمال الدين:"تنازع القوانين..."، المرجع السابق، ص. 155.

[2] – حفيظة السيد الحداد : المرجع السابق، ص. 323.

[3] – عز الدين عبد الله : المرجع السابق، ص. 568 .، وانظر أيضا، إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق، ص. 399.

[4] - Cass.Civ.,18/03/1878,v. Mayer Pierre, Heuzé Vincent :Op.Cit.p.189.

[5] – محمد المبروك اللافي : المرجع السابق، ص. 92 .، وانظر أيضا سامي بديع منصور : المرجع السابق، ص. 805.، وأنظر أيضا، سعيد يوسف البستاني : المرجع السابق، ص. 190 – 191.

نجد الكثير من التحايلات تقع في مجال الأحوال الشخصية، خاصة إذا كان القانون الوطني للأفراد يحظر تلك النتيجة المبتغاة والمتمثلة مثلا في الحصول على الطلاق.

بالنسبة للقضاء الفرنسي[1]، لما كان الطلاق غير مسموح به بقانون 1884/07/27، كان الأفراد يتحايلون على القانون بواسطة تغيير جنسيتهم أو موطنهم قصد الحصول على الطلاق.

إلى جانب ذلك لا يعترف القضاء الفرنسي بالزواج القائم في الخارج، إلاّ إذا سجّل لدى الحالة المدنية بفرنسا لينتج جميع آثاره، وذلك لتجنب الغش نحو القانون الفرنسي[2]، فحسب ما قضت به المادة 63 من القانون المدني الفرنسي المعدلة، يجب على الزوجين شهر عقد الزواج الذي تمّ بالخارج عند عودتهما إلى البلد الأصلي لدى ضابط الحالة المدنية الذي يقع فيه موطن الزوجية[3].

والجدير بالذكر، أنّ القضاء الفرنسي[4] يخضع زواج الأجانب في شكله لقانون محل إبرامه، ولا يلتزم بالشكل الذي يتطلبه القانون الأجنبي استنادا لما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية كراسلانيس Caraslanis بتاريخ 22 جوان 1955، وكان يفترض القضاء الفرنسي انصراف الغش في الشروط الموضوعية خاصة إذا تعلّق الأمر بالموانع، وهذا هو الدافع لتحايل الأجانب على قوانينهم الوطنية وانتقالهم إلى فرنسا لإبرام عقد زواجهم[5].

---

[1] Cass.Req.,15/11/1848,v. Batiffol Henri, Lagarde Paul : Op.Cit, p. 310.

[2] – نادية فضيل : "الغش نحو القانون.."، المرجع السابق، ص. 117 – 118.

[3] - Art. 63/01 du C.Civ. Fr. (Loi nº 2006-1376 du 14 novembre 2006 art. 1 I Journal Officiel du 15 novembre 2006 en vigueur le 1er mars 2007) qui dispose : " Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage devra être célébré.
La publication prévue au premier alinéa ou, en cas de dispense de publication accordée conformément aux dispositions de l'article 169, la célébration du mariage est subordonnée".

[4] - Cass.Civ., 22/06/1955,v.Rizkallah Nouhad : Op.Cit., p.79.

[5] – نادية فضيل : "الغش نحو القانون.."، المرجع السابق، ص. 121.

وعليه يعتبر الطلاق أكثر مجالا لارتكاب الغش، إذ كانت المحاكم الفرنسية[1] لا تعترف بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية التي تقضي بالطلاق، والتي حصل عليها الأطراف عن طريق الغش، حتّى ولو غيّر المواطنين الفرنسيين جنسيتهم في الفترة الّتي كانت لا تسمح فيها بالطلاق.

وبناء على ذلك، كان القضاء الفرنسي إذا وقع غش نحو القانون الفرنسي يفرق بين حالات ثلاث وهي[2]:

إذا كان الزوجان فرنسيان يقيمان بالخارج وحصلا على طلاق مع بقائهم هناك فلا يتصور وقوع غش، ولكن بمجرد حصولهم على طلاق ويعودان إلى فرنسا يفترض فيهما سوء النية، على أساس أنّ قانونهم الوطني لا يبيح الطلاق فتهرّبا من الخضوع لأحكام القانون الفرنسي.

أماّ إذا كانت جنسيتهما مختلفة ولهما موطن مشترك بفرنسا وطلب الزوجان الطلاق بالخارج يعتبر غش حاصل ضدّ القانون الفرنسي، اذ يعتبر الطلاق في هذه الحالة عديم الأثر في فرنسا، لأنّ الطلاق هنا يخضع لقانون موطنهما المشترك والذي يتحدد بالقانون الفرنسي، فتهرّب الأفراد من تطبيقه عمدا إعمالا لنص المادة 309 فقرة 2 من القانون المدني الفرنسي المعدلة.

وفي الحالة التي يكون فيها الزوجان من جنسية مختلفة وكلاهما أجنبيان مختلفي الجنسية مقيمين بفرنسا، فيخضعان للقانون الفرنسي على أساس أنّ لهما موطن بفرنسا.

هذا فيما يتعلّق بالغش الحاصل ضد أحكام القانون الفرنسي، أمّا الغش المفتعل ضدّ القانون الأجنبي فقد كان القضاء الفرنسي لا يرتّب أي أثر على ذلك، بحيث كان يرفض إثارة فكرة الغش نحو القانون الأجنبي، لكن مع انتقادات الفقه جعلته يغيّر من موقفه، وتقرّر ذلك في حكم لمحكمة باريس بتاريخ 1960/02/19 [3] والّتي لم تعترف بالطلاق الذي

---

[1] Paris, 16/02/1960, v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p. 329.

[2] – نادية فضيل : "الغش نحو القانون.."، المرجع السابق، ص. 129 - 130.

[3] - Paris, 19/02/1960,v. Batiffol Henri, Lagarde Paul : Op.Cit., p. 599.

يطلبه الأجانب تهرّبا من المحاكم الأجنبية الّتي يؤول لها الاختصاص للفصل في النزاع، على أساس أنّ قانونهم الوطني لا يقبل بطلب الطلاق.

زيادة على ذلك، أصبح القضاء الفرنسي[1] يرفض إعطاء أمر بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية التي تقضي بالطلاق، إذا تبيّن له أنّ الزوجين الحاملين لنفس الجنسية تحايلا على أحكام القانون الأجنبي المختص. بعدما كان القضاء الفرنسي في السابق يقصر محاربة الغش نحو القانون الفرنسي فقط.

وعليه ميّز القضاء الفرنسي في هذا الصدد، إذا كان الزوجان أجنبيان وكان قانونهما الوطني في أحكامه أكثر تساهلا من القانون الفرنسي، ففي هذه الحالة لا يمكن تصور فكرة الغش، لكن يمكن تصورها إذا كان القانون الوطني للأطراف أكثر شدّة في أحكامه من القانون الفرنسي[2].

أمّا مسألة الغش نحو القانون، فقد أغفلتها جل التشريعات العربية في قوانينها، بينما المشرع التونسي عالج الغش سواء حصل للتهرب من أحكام القانون التونسي أو من أحكام القانون الأجنبي المختص[3].

وفي التشريع الجزائري، لم يكن القانون المدني الجزائري في السابق ينصّ على فكرة الغش نحو القانون، إذ اكتفى بتطبيق المبدأ العام السائد في مجال تنازع القوانين[4] "الغش يفسد كل شيء"، لكن مع التعديل تدارك هذا النقص ونصّ في المادة 24 من القانون المدني الجزائري المعدلة بقولها : "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان

---

[1] - Cass.Civ.,02/11/1984,v. Batiffol Henri, Lagarde Paul : Op.Cit., p. 599.

[2] – نادية فضيل : "الغش نحو القانون.."، المرجع السابق، ص. 140 - 141.

[3] - Art. 30 de code de droit international privé Tunisienne qui dispose : " La fraude à la loi est constituée par le changement artificiel de l'un des éléments de rattachement relatifs à la situation juridique réelle dans l'intention d'éluder l'application du droit tunisien ou étranger désigné par la règle de conflit applicable.
Lorsque les conditions de la fraude à la loi sont réunies, il ne sera pas tenu compte du changement de l'élément de rattachement".

[4] – بلمامي عمر : المرجع السابق، ص. 110.

مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ".

والملاحظ استنادا لنص المادة 233 في فقرتها الخامسة من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، بأنّ القوانين الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية تعامل كقانون مثلها مثل القانون الوطني، فيمكن إعمال نظرية الغش نحو القانون إمّا في مواجهة القانون الوطني، أو في مواجهة قانون أجنبي متعلق بالأحوال الشخصية.

ولكن الفقه، يحبّذ إثارة فكرة الغش نحو القانون أمام قانون أجنبي غير متعلق بالأحوال الشخصية، وذلك قياسا لما انتهى إليه الفقه الفرنسي بصدد تعليقه على حكم مونزير Munzer، على أساس أنّ عبارة "الغش نحو القانون" الواردة في المادة 24 من القانون المدني الجزائري جاءت واسعة تحتمل التأويل[1].

ويمكن تصور الغش نحو القانون في مسألة الطلاق وذلك إذا لجأ الأجانب إلى تغيير جنسيتهم، وكانت قوانينهم مشدّدة وطالبوا بالطلاق أمام المحاكم الجزائرية[2].

لهذا إذا ثبت أمام القضاء الجزائري، بأنّ القانون الواجب التطبيق حصل بواسطة الغش نحو القانون، فيستبعده من ميدان التطبيق باعتباره مانعا من موانع تطبيق القانون الأجنبي.

[1] – حبار محمد : المرجع السابق .

[2] – نادية فضيل : "الغش نحو القانون.."، المرجع السابق، ص. 149.

الـخـاتـمـة

الخاتمة

لاحظنا من خلال هذا البحث المتواضع الّذي أجريناه، أنّ لقواعد التنازع أهمية كبرى في حل النزاعات الدولية الخاصة. ويثير الزواج المختلط مشاكل عويصة، داخل الأنظمة القانونية، لذلك سعت الدول إلى تنظيمه بقواعد قانونية لتحكم هذه المنازعات الّتي يتخللها عنصرا أجنبيا، ويبلغ هذا التنازع حده خاصة في مجال الزواج وانحلاله.

فبالنسبة لشروط انعقاد الزواج نجد المشرع الجزائري، وعلى غرار التشريعات الأخرى، يفرق بين الشروط الموضوعية لانعقاده وبين شروطه الشكلية، فأخضع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، بينما أسند الشروط الشكلية لقانون محل الإبرام، إضافة إلى ضوابط إسناد احتياطية تحكم هذه الشروط الشكلية، إمّا لقانون الجنسية المشتركة، أو قانون الموطن المشترك، أو القانون الّذي يسري على أحكامها الموضوعية. ويوجد صعوبة في تحديد هذه الشروط، ما إذا كانت من قبيل الشروط الموضوعية أو من قبيل الشروط الشكلية، في هذه الحالة ترك الأمر للقاضي المعروض أمامه النزاع السلطة التقديرية في تحديدها طبقا لقانونه الوطني، إعمالا لنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري، على أساس أنّ التكييف يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه المنازعة.

وقد يرتب عقد الزواج آثار تنقسم منها إلى آثار مالية وأخرى شخصية، وأخضعها المشرع الجزائري لضابط الإسناد واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بصريح المادة 12 في فقرتها الأولى من القانون المدني المعدلة، عكس التشريع التونسي لاحظنا أنّه فرق بين الآثار الشخصية والآثار المالية الّتي يرتبها عقد الزواج، إذ أخضع الآثار الشخصية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، أمّا الآثار المالية أسندها لقانون الجنسية المشتركة للزوجين عند انعقاد الزواج وعلى هذا نادى الفقه الحديث، بإخضاع هذه الآثار لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، على أساس أنّ القانون الّذي يحكم هذه الآثار يكون معلوم للأطراف معا.

كما خلصنا إلى أنّه يمكن لرابطة الزواج أن تنحل لسبب أو لآخر، وهذه الحالة كثيرة الوقوع في الزواج المختلط، ونجد مواقف مختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الحالة، إذ أخضعها المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حسب الفقرة الثانية من المادة 12 من القانون المدني المعدلة، فحين التشريعات العربية كالتشريع المصري والسوري، فرقت بين الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج وأخضعه لقانون جنسية الزوج وقت النطق به، أمّا الحالات الأخرى فأخضعتها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

ويثير انحلال الزواج مشكلة الحضانة، ونادت التشريعات بإخضاعها لقانون جنسية الأب كالقانون الكويتي، كما نادى القضاء الفرنسي من جهة أخرى بإخضاعها للقانون الشخصي للطفل المحضون، والهدف من تحديد القانون الّذي يحكمها هو حماية مصلحة المحضون. وعليه، فإن مشاكل الحضانة كثيرة الوقوع في مجال الزواج المختلط، وغالبا ما تعرض أمام القضاء الجزائري، ويسندها للقانون الّذي يحكم آثار الانحلال إعمالا لنص المادة 12 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري المعدلة، أي لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، لأنّ تكييفها يخضع للقانون الجزائري، باعتبار أنّ المشرع قد تناولها ضمن آثار انحلال الزواج في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري، والتنازع لا يثور بصددها إلاّ بمناسبة انحلال الزوجية، كان بالأجدر على المشرع تدارك هذا النقص، ووضع قاعدة الإسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة.

زيادة على ذلك، إنّ قواعد التنازع الّتي سبق ذكرها في مجال الزواج من شروطه، وآثاره إلى انحلاله وآثاره، لاّ بد من مراعاة أحكام المادة 13 من القانون المدني وهو سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وذلك لتسهيل مهمة القاضي الجزائري في تطبيق القانون الوطني، وبالأخص حماية المصالح الوطنية.

إذا تحدد القانون الواجب التطبيق بقانون أجنبي، فهل القاضي الوطني يطبقه من تلقاء نفسه مثله مثل القانون الوطني؟ وتطبيقه هل يكون من النظام العام؟ لهذا إذا كان القانون الواجب التطبيق خاص بالأحوال الشخصية، يطبقه القاضي من تلقاء نفسه كما يطبق القوانين الوطنية، بالتالي إذا وقع خطأ في تطبيقه، يعتبر سبب من أسباب الطعن

بالنقض أمام المحكمة العليا مثله مثل الخطأ في تطبيق القانون الوطني. ولكن إذا تحدد بقانون غير متعلق بالأحوال الشخصية، فالقاضي غير ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه، ويعامله كواقعة مثل باقي الوقائع المطروحة أمامه، وعلى الخصوم أن يقيموا الدليل على مضمون القانون الأجنبي. وفي حالة عجز الخصوم في إثبات مضمونه، يطبق القانون الوطني حسب ما قضت به المادة 23 مكرر الّتي أتى التعديل الجديد بها.

أمّا إذا كان من شأن القانون الأجنبي الواجب التطبيق أن يصطدم بالمبادئ الأساسية للقانون الجزائري، فللقاضي المعروض أمامه النزاع أن يستبعده من ميدان التطبيق، ويعوض هذا الاستبعاد بالقانون الجزائري وذلك ما قضت به المادة 24 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري المعدلة، بحيث ساير في هذا الشأن اجتهادات القضاء الفرنسي.

وإذا تبين للقاضي الجزائري، من خلال ظروف النزاع المعروض أمامه، بأنّ الأفراد قد غيروا من ضوابط الإسناد قصد التهرب من أحكام القانون المختص، فيمكن أن يمتنع عن تطبيق هذا القانون المفتعل عن طريق الغش، وإعادة العلاقة المتضمنة عنصرا أجنبيا، للقانون الواجب التطبيق أصلا على النزاع.

وفي الأخير يمكن القول أنّ هذا جهد متواضع لطالب يتطلع إلى الأفضل، ولطالما عدّلت وغيّرت من هذه المذكرة، ولكن حسبي قول القائل أنّ الإنسان كلّما اطلع على كتابه الذي كتبه بالأمس يقول ليتني أضفت إليه، وعدّلت منه، مما يدل على قصور المخلوق، وكمال قدرة الخالق.

الـــمـلاحـق

الملحق رقم 01 : اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النفقة ، المبرمة بتاريخ 02 أكتوبر 1973.

الملحق رقم 02 : اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية القصر، المبرمة بتاريخ 05 أكتوبر 1961.

الملحق رقم 03 : اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المبرمة بتاريخ 17 جويلية 1905. واتفاقية لاهاي المتعلقة بتنازع القوانين في مادتيْ الزواج والانحلال والانفصال المبرمتان بتاريخ 12 جوان 1902.

الملحق رقم 04 : اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، المبرمة بتاريخ 14 مارس 1978.

الملحق رقم 01 : اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النفقة ، المبرمة بتاريخ 02 أكتوبر 1973.

الملحق رقم 02 : اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية القصر، المبرمة بتاريخ 05 أكتوبر 1961.

الملحق رقم 03 : اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المبرمة بتاريخ 17 جويلية 1905. واتفاقية لاهاي المتعلقة بتنازع القوانين في مادتيْ الزواج والانحلال والانفصال المبرمتان بتاريخ 12 جوان 1902.

الملحق رقم 04 : اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، المبرمة بتاريخ 14 مارس 1978.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أوّلا : المؤلفات.

1- باللغة العربية :

– إبراهيم أحمد إبراهيم : " القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1997.

– أعراب بلقاسم : " القانون الدولي الخاص الجزائري"،الجزء الأوّل : تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2004.

– بلعيور عبد الكريم: "محاضرات في القانون الدولي الخاص"، مطبوعة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004-2005.

– بلحاج العربي: " الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "، الجزء الأوّل : الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة لسنة 2004.

– تشوار الجيلالي: "محاضرات في قانون الأسرة "، ألقيت على طلبة ماجستير القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، سنة 2005- 2006 .

– حبار محمد : " محاضرات في القانون الدولي الخاص "، غير مطبوعة، كلية الحقوق، جامعة وهران، سنة 2005-2006.

– حفيظة السيد الحداد : " القانون الدولي الخاص "، الكتاب الأوّل : تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2002

– حفيظة السيد الحداد : " الموجز في القانون الدولي الخاص "، الكتاب الأوّل : المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة أولى، سنة 2004.

– حسن الهداوي : " القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة، والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

– زروتي الطيب : " القانون الدولي الخاص الجزائري" (مقارنا بالقوانين العربية)، الجزء الأوّل : تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 2000.

– سامي منصور بديع : " الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة "، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، طبعة 1994.

– سعيد يوسف البستاني : "القانون الدولي الخاص"، تطور وتعدّد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2004.

– سهيل حسين الفتلاوي : "القانون الدولي الخاص"، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة ، طبعة 2002.

– صلاح الدين جمال الدين : " فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية "، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2004.

– صلاح الدين جمال الدين : "مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب " دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة لسنة 2004.

– صلاح الدين جمال الدين : "تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، طبعة أولى 2006

– عبد الرزاق أحمد السنهوري : " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " (مصادر الالتزام)، المجلد الثاني، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، طبعة سنة 1998.

– عثمان التكروري : " شرح قانون الأحوال الشخصية "، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة سنة 2004.

– عزّ الدين عبد الله : " القانون الدولي الخاص "، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، سنة 1986.

– علي علي سليمان: "ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1992.

– علي علي سليمان : " مذكرات في القانون الدولي الخاص " ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2003.

– عليوش قربوع كمال : " القانون الدولي الخاص الجزائري"، الجزء الأوّل: تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2006.

– فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد : " الوسيط في القانون الدولي الخاص "، الجزء الثاني : تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1974.

– محمد كمال فهمي : " أصول القانون الدولي الخاص " (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، طبعة 1997.

– محمد حسين منصور : " النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية "، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.

– محمد المبروك اللافي : " تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي "، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 1994.

– ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش : " القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن"، الجزء الأوّل : تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط. 1998.

– موحند إسعاد : " القانون الدولي الخاص"، الجزء الأوّل : قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة سنة 1989.

– مقدم سعيد: "نظرية التعويض عن الضرر المعنوي"، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط. 1992.

– موسى عبود : " الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي "، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، المغرب، طبعة 1994.

– نادية فضيل : " تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني "، دار هومة، الجزائر، طبعة 2001.

– نادية فضيل : " الغش نحو القانون "، دار هومة، الجزائر، طبعة 2005.

– نادية فضيل : " تطبيق قانون المحل على شكل التصرف "، دار هومة، الجزائر، طبعة أولى، 2006.

– هشام خالد : " المدخل للقانون الدولي الخاص العربي "، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة لسنة 2003.

– هشام علي صادق : "دروس في تنازع القوانين "، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، طبعة 2003.

– هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل : "مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني"، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1968.

– وهبة الزحيلي : " الفقه الإسلامي وأدلته "، الجزء السابع، دار الفكر العربي دمشق، بالتعاون مع الملكية للإعلام والنشر والتوزيع الجزائر، سنة 1992.

2- **باللغة الفرنسية** :

- Batiffol Henri, Lagarde Paul : "Traité de droit international privé", L.G.D.J., Tome1, 8ème édition, 1993.
- Courbe Patrick : "Droit international privé", Dalloz, Paris, édition 2000.
- Derruppé Jean : "Droit international privé", Dalloz, 14ème édition, 2001.
- Gutmann Daniel : "Droit international privé", Dalloz, 3ème édition, 2002.
- Issad Mohand : "Droit international privé", T. 1, les règles de conflits, O.P.U., Alger, édition 1980.
- Loussouarn Yvon, Bourel Pierre :"Droit international privé", Dalloz, 7ème édition, 2001.
- Mayer Piere, Vincent Heuzé : "Droit international privé", Delta, Beyrouth, liban, 8 ème, 2005
- Rizkallah Nouhad : "Droit international privé", M.A.J.D, Beyrouth, 1ère édition, 1985.

ثانيا : المقالات والرسائل.

1- **المقالات** :

– معوان مصطفى : " الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 01، 2000.

– هجيرة دنوني : " النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 1، سنة 1994.

– يوسف فتيحة : " مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص "، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد رقم 03، 2005.

2- **الرسائل** :

– مسعودي رشيد : " النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري" ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005-2006.

– لاتي محمد : " المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة"، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2001-2002.

– عمر بلمامي: " الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة "، ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986.

– سعيد مقدم : " التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية المدنية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1984.

– سعيد خيدر : " التكييف القانوني للخطبة " دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1993.

ثالثا : النصوص.

1- **الاتفاقيات** :

الاتفاقيات التي عقدها مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص :

- Convention du 12 Juin 1902 pour régler les conflits de loi et de juridictions en matière de divorce et de séparations de corps.
- Convention du 12 Juin 1902 pour régler les conflits matière de mariage.
- Convention du 17 Juillet 1905 concernant les conflits de lois relatifs aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux.
- Conventions concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineures (conclue le 05 Octobre 1961, entrée en vigueur le 4 Février 1969).

- Convention sur la reconnaissance de divorce et de séparations de corps (conclue le premier Juin 1970, entrée en vigueur le 24 Août 1975).
- Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires (conclue le 03 Octobre 1973, entrée en vigueur le 1 Octobre 1977).
- Convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages (conclue le 14 Mars 1978, entrée en vigueur le 1 Mai 1991).
- Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (conclue le 14 Mars 1978, entrée en vigueur le 1 Septembre 1992).

– ***ملاحظة***: هذه الاتفاقيات الدولية موجودة بالموقع التالي، www. hcch. com. -

2- **التشريعات الوطنية** :

أ– الأوامر :

– الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، منشور في الجريدة الرسمية رقم47، بتاريخ 9 جوان 1966

– الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية.

– الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

– الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، جريدة رسمية رقم 15.

ب–القوانين :

– قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 فيفري 1984 المتضمن قانون الأسرة.

– قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، جريدة رسمية رقم 44.

3 –**التشريعات الأجنبية** :

أ– العربية :

– القانون المدني العراقي.

– القانون المدني القطري.

– القانون المدني السوري.

– القانون المدني المصري.
– مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.
– القانون الكويتي الخاص بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي لعام 1961.
– ***ملاحظة***: هذه النصوص موجودة بالموقع التالي، www.jurispedia.org–

ب– الفرنسية :

- Code civil Français, Dalloz, 1984 – 1985.
- Nouveau code de procédure civile Français.

رابعا : الموسوعات.

- Juris classeur du droit civil, Dalloz, édition 1998.
- Juris classeur du droit international, Dalloz, édition 1999.

خامسا : مواقع الأنترنت.

- www. Jurispedia. org.
- www. droit. org.
- www. hcch. com.
- www. Legifrance. gouv. Fr
- www. Joradp. DZ.

الـفـهـرس

الفهرس

مقدمة 1
الفصل الأوّل : تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج وانحلاله 5
المبحث الأوّل : القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره..... 5
المطلب الأوّل : قواعد التنازع الّتي تحكم انعقاد الزواج وشروطه 5
الفرع الأوّل : القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج..... 6
الفرع الثاني : القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج .. 10
أوّلا : القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية. 10
ثانيا : القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية. 15
ثالثا : صعوبة التمييز بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية. 19
المطلب الثاني : قواعد التنازع التي تحكم آثار عقد الزواج..... 22
الفرع الأوّل : مضمون آثار عقد الزواج..... 22
أوّلا : الآثار الشخصية..... 23
ثانيا : الآثار المالية..... 24
الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج..... 27
أوّلا : القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية 28
ثانيا : القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية 30
المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج وآثاره..... 38
المطلب الأوّل : قواعد التنازع الّتي تحكم انحلال الزواج 38
الفرع الأوّل : حالات انحلال الزواج 38
الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج 40
المطلب الثاني : قواعد التنازع الّتي تحكم آثار انحلال الزواج..... 48
الفرع الأوّل : القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الوقتية..... 48
الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على الحضانة..... 51

الفصل الثاني : معاملة القانون الواجب التطبيق على الزواج وانحلاله وموانع تطبيقه 56
المبحث الأوّل : معاملة القانون الواجب التطبيق على الزواج وانحلاله 57
المطلب الأوّل : الطبيعة القانونية للقانون الواجب التطبيق على الزواج وانحلاله ... 57
الفرع الأوّل : معاملة القانون الواجب التطبيق كواقعة..... 57
الفرع الثاني : معاملة القانون الواجب التطبيق كقانون 62
المطلب الثاني : مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني 64
الفرع الأوّل : وضعية القانون الأجنبي أمام قضاة الموضوع 65
أوّلا : إعمال قاعدة التنازع من طرف القاضي الوطني..... 65
ثانيا : إثبات مضمون القانون الأجنبي..... 70
الفرع الثاني : وضعية القانون الأجنبي أمام المحكمة العليا..... 81
المبحث الثاني : موانع تطبيق القانون المختص..... 90
المطلب الأوّل : الدفع بالنظام العام..... 90
الفرع الأوّل : مفهوم وخصائص النظام العام 90
الفرع الثاني : شروط الدفع بالنظام العام والآثار المترتبة عنه 95
أوّلا : شروط الدفع بالنظام العام 95
ثانيا : آثار الدفع بالنظام العام 97
الفرع الثالث : تطبيقات النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية..... 102
المطلب الثاني : الدفع بالغش نحو القانون..... 105
الفرع الأوّل : مفهوم وشروط الغش نحو القانون..... 106
الفرع الثاني : أساس الغش نحو القانون والآثار المترتبة عنه 111
أوّلا : أساس الغش نحو القانون 111
ثانيا : آثار الدفع بالغش نحو القانون..... 112
الفرع الثالث : الغش نحو القانون في مسائل الأحوال الشخصية 113
الخاتمة 116

الملحق رقم 01.....119
الملحق رقم 02.....123
الملحق رقم 03.....127
الملحق رقم 04.....134
قائمة المراجع 140
الفهرس.....147

الملخص:

قد يبلغ تنازع القوانين درجة حادّة في مسائل الأحوال الشخصية، نظرا لتشابك العلاقات بين الأفراد، ولهذا تأتي قواعد التنازع لتحديد القانون الذي يسري على الزواج وانحلاله. لكن بعد تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك المسائل قد يثار مشكل معاملة هذه القوانين من قبل القضاء الوطني، وكذلك مشكل موانع تطبيقه.

الكلمات المفتاحية:

القانون الواجب التطبيق، إنعقاد الزواج وإنحلاله، معاملة القانون الواجب التطبيق، موانع تطبيقه.

Résumé:

La complexité des relations entre individus soulève un grand nombre de problèmes juridiques particulièrement en matière de statut personnel. C'est à ce niveau qu'interviennent les règles de conflit pour déterminer la loi applicable au mariage et à sa dissolution.

La détermination de la loi applicable n'est pas suffisante. En effet il faut également examiner la manière dont l'ordre judiciaire interne résout cette catégorie de conflit.

Mots-clés:

Loi applicable, le mariage et sa dissolution, le traitement de la loi applicable, Ordre judiciaire interne.

Summary:

The complexity of social or inter-individual relationships rise a lot of judiciary problems concerning mainly on the personal affairs. It's up to the rules of conflict to interfere in order to determine the applicable law of marriage and its dissolution.

The determination of this applicable law is not sufficient. Its application may lead to some judiciary difficulties according to the way in which the national court may apply it and according to the circumstances hurdling its applicability.

Keywords:

Applicable law, the marriage and its dissolution, the treatment of the applicable law, internal judiciary order.