الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم.:القانون الخاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

تنازع القوانين في إطار الزواج المختلط طبقا للقانون الدولي الخاص الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق
التخصص: قانون خاص

من إعداد الطالب(ة):
* حمو أمال
تحت إشراف الأستاذ
* بن سالم كمال

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	بن عيسى قدور	رئيسا
الأستاذ(ة)	بن سالم كمال	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)	بلبنة محمد	مناقشا

السنة الجامعية: 2020/2019
تاريخ المناقشة: 2020/09/23

الإهداء

إلى من أنارت دربي بدعواتها و حنانها إلى أغلى البشر أمي، و إلى رمز العطاء أبي الغالي

حفظهم الله

إلى أختي الوحيدة أم عيني فاطمة حفظها الله

إلى زملاتي و زملائي في الكلية حيث قضينا وقتنا و نحن ندرس و نجدّ من أجل تحقيق هدفنا الذي نطمح الوصول إليه.

و في الأخير أرجو من الله تعالى أن يجعل عملنا هذا نفعاً يستفيد منه الجميع.

شكر و عرفان

أشكر الله عزّ و جلّ الذي أعانني على إتمام هذا العمل و سخرني لخدمة هذا العلم و وفقني للعمل من أجله و نصرته، ليبقى حكم الله هو الرائد و العمل به هو المسائد.

أشكر الأستاذ القدير "بن سالم كمال" الذي كان سفينة النجاة الذي لوح لي و حملني إلى برّ الأمان بقبوله الإشراف على مذكرتي، و الذي لم يبخل علي بتوجيهاته و نصائحه القيمة، فلك مني كامل الاحترام و التقدير و جزاك الله ألف خير.

و أشكر لجنة المناقشة على قبولها مناقشة هذه المذكرة، و على التوجيهات و الملاحظات التي سوف تقدمها لي.

و في الأخير أتقدم بالشكر الجزيل لكل من ساعدنا و دعمنا من قريب أو من بعيد من أجل إتمام هذه المذكرة.

قائمة المختصرات

- **ق. م. ج: القانون المدني الجزائري.**
- **ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري.**
- **إ. م. إ. ج: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.**

يعتبر القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون، ولكنه ذو طبيعة مختلفة هدفها الرئيسي تنظيم علاقات الأفراد ذات العنصر الأجنبي عن طريق قواعد موضوعية وإسنادية تعمل على تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات، ومن أبرز هذه العلاقات نجد الزواج المختلط وهذا الأخير يبرم بين أشخاص مختلفي الجنسية حيث يثير مشاكل عديدة في تحديد من ينظم هذه الرابطة القانونية، إذ تتنازع القوانين حول حكمها، ويتم حل مشكلة تنازع القوانين هنا بتطبيق قواعد قانونية فنية تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وذلك استناداً إلى ضابط شخصي، قد يكون ضابط الجنسية أو ضابط الموطن، ويصطلح عليها بقواعد الإسناد أو قواعد التنازع، وهي قواعد غير محددة المضمون أي لا تقوم بتحديد قانون دولة معينة بالذات لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي، فقاعدة الإسناد تتكفل بالربط بشكل مجرد بين طائفة معينة من العلاقات ذات الطابع الدولي وأحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة.

ولانعقاد الزواج المختلط صحيحا يجب أن تتوافر فيه شروط موضوعية وأخرى شكلية وتحديد ما يدخل في نطاق الشروط الموضوعية أو الشكلية موقوف على عملية التكييف، حيث يقوم القاضي بتحديد الطبيعة القانونية لواقعة معينة للتعرف على القانون الواجب التطبيق، كما يعرف الزواج المختلط آثار هي الأخرى تثار بشأنها مسألة تنازع القوانين لحكم العلاقة القانونية.

وإعمالا لقاعدة الإسناد قد يعطي الاختصاص لقانون أجنبي ويكون بالتالي واجب التطبيق ومع ذلك قد تتوفر بعض الحـالات تؤدي بالقـاضي الوطني إلى استبعـاد هذا القانون، فمن جهة قد تكون أحكام القانون الأجنبي مخالفة للمبادئ السائدة في دولة القاضي فيتم هنا استبعاد هذا القانون ويمنع على القاضي الوطني تطبيقه، وهذا ما يسمى بالدفع بالنظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي، ومن جهة أخرى قد يتضح للقاضي أن القانون الواجب التطبيق لم يكن مختصاً في الحقيقة إلا نتيجة تحايل من قبل الأطراف وذلك من خلال تحايلهم

على ضابط الإسناد، فيمتنع القاضي عن تطبيق هذا القانون وهذا ما يسمى بالدفع بالغش نحو القانون كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي.

وفي هذا الصدد يعرف الزواج المختلط في حالة تفاقم المشاكل بين الطرفين والصعوبة حلها بكافة الوسائل والطرق فك هذه العلاقة القانونية، والطلاق حالة من حالات انحلال الرابطة الزوجية ونظمه المشرع في المواد 48 إلى 57 من قانون الأسرة، وهو من أكثر المواضيع إشارة لتنازع القوانين لاختلاف الأنظمة القانونية فيه، وارتباطه الوثيق بالجانب الديني، ونظمت الجزائر في هذا المجال اتفاقيات ثنائية، وانضمت إلى اتفاقيات جماعية نظرا للتطور وانفتاح الجزائر على المجتمع الدولي، مما أسفر عن الزواج المختلط، ونظرا لاختلاف الحاصل بين الدول من حيث عاداتهم وتقاليدهم وطرق معيشتهم، يؤدي في أغلب الأحيان إلى فك الرابطة الزوجية، وبما أن هناك عنصر أجنبي في هذا النزاع، فإنه يثور مشكل تنازع القوانين، لأن كل زوج ينتمي إلى دولة لها نظامها القانون الخاص بها الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على الطلاق وآثاره الناجمة عنه.

تكتسي دراسة موضوع تنازل القوانين في الزواج المختلط، أهمية بالغة من ناحيتين الأولى نظرية تتمثل في تباين التشريعات في تنظيم الزواج المختلط باعتباره من أهم مسائل الأحوال الشخصية و أفسح الروابط العائلية مجانا لتنازع القوانين وذلك لاعتبارات اجتماعية ودينية وخلقية يقوم عليها، والثانية عملية تظهر من خلال تدخل القاضي عن طريق التكييف وتحكمه فيما يعتبر زواجاً وما هو غير ذلك، كما أن الزواج قد يكون مختلطا (بين أشخاص من جنسيات مختلفة)، وقد يحصـل على أرض دولة وليس هنـاك صلة أسـاسية تربط الزوجين بها، وقد ينتج آثاره على أرض دولة أخرى، وما يزيد في تعقيد ذلك هو تعدد واختلاف القوانين الشخصية أو الإقليمية في بعض الدول.

ومن أبرز الأسباب الدافعة لاختيار الموضوع:

*أسباب ذاتية:

- الرغبة والميول في دراسة هذا الموضوع نظرا لأهميته في طرح نزاعات قانونية عديدة.
- خصوصية القانون الدولي الخاص ومرونة قواعده وتوسع مفهوم النظام العام الدولي فيه، يجعل للباحث الفرصة في استقراء كل النصوص القانونية و إيجاد القانون الواجب التطبيق.

وأما الأسباب الموضوعية:

- تعقد موضوع الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص.
- كثرة الإشكالات والنزاعات المتعلقة بالزواج المختلط لاسيما بالطلاق وأثاره.
- غياب الدراسات السابقة المتخصصة فيه، فمعظمها بحوث ضئيلة، اكتفت بتقديم مفاهيم سطحية عن الزواج المختلط دون النظر في جانبه العملي.
- معظم الدراسات لم تتطرق إلى دور التحكيم في مسائل الطلاق.

الأهداف الأساسية لدراسة هذا البحث تكمن في جملة ما يلي:

- تبيان قاعدة الإسناد التي تحكم انعقاد الزواج المختلط وآثاره.
- إبراز الجهة القضائية المختصة بحكم الطلاق وأثاره ودور القاضي في تنفيذ الحكم الأجنبي.
- توضيح نطاق التحكيم ودوره في مسائل الطلاق وشروط وإجراءات تنفيذ حكمه في الجزائر.
- توضيح دور الوازع الديني في تعيين القانون الواجب التطبيق.

وإشكالية البحث تمثل في:

ما هي إشكالات الزواج المختلط في القانون الجزائري؟.

ويندرج تحت هذه الإشكالية سؤالين فرعيين هما:

- ما هو القانون الذي نطبقه على انعقاد الزواج المشتمل على عنصر أجنبي؟.
- ما هي العوائق التي تواجه القاضي أثناء الفصل في نزاعات الزواج المشتملة العنصر الأجنبي؟ وما هي الحلول التي وضعها المشرع الجزائري للتصدي ذلك؟.

للإجابة على الإشكاليات المطروحة، ستكون دراستنا في فصلين أساسيين يخصص الفصل الأول إلى إشكالات الزواج المختلط في إطار القانون الدولي الخاص الجزائري، وهذا الأخير يتضمن مبحثين الأول تحت عنوان تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط، والثاني تحت عنوان موانع التطبيق القانون الأجنبي، أما الفصل الثاني فخصصنا إلى معالـجة إشكـالات انحـلال الرابطة الزوجية في إطار القانون الدولي الخاص الجزائري وتوابعها، ويشتمل هذا الأخير على مبحثين الأول تحت عنوان تحديد القانون الواجب التطبيق على الطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائري، أما الثاني تحت عنوان آليات حل منازعات الطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائري.

سوف نتبع في بحثنا هذا المنهج التحليلي عن طريق تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع، ونستعين بالمنهج المقارن عند مقارنة القوانين المتقاربة مع نظامنا القانوني وما جاءت به من اجتهادات قضائية مقارنة في هذا المجال.

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

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

[1]- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، ط 11، التركي للكمبيوتر و صناعة الاوفست، طنطا، مصر، 2004، ص 78.

ولحل هذه المشكلة يجب أولاً ترجيح أحد القوانين المتنازعة و تقرير اختصاصه بحكم منازعة الزواج ذات العنصر الأجنبي (المبحث الأول) ثم تطبيق هذا القانون أمام القضاء الوطني وذلك بعد التطرق إلى موانع تطبيقه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط

يجب لانعقاد الزواج صحيحا أن تتوفر فيه شروط موضوعية و أخرى شكلية و يختلف القانون الواجب التطبيق في الحالة الأولى عنه في الحالة الثانية كقاعدة عامة، و تكييف ما يعدّ من الشروط الموضوعية و ما يعتبر من الشروط الشكلية يخضع لقانون القاضي طبقاً للقاعدة العامة في التكييف.

و يدخل ضمن الشروط الموضوعية لصحة الزواج طبقا للقانون الجزائري رضا الزوجين و موافقة الولي على النفس للزوجة أو القاضي إن اقتضى الأمر و شاهدان و الصداق و شرط الأهلية و تخلف الموانع الشرعية (المطلب الأول)، أما طرق إظهار الزواج و إعلانه للغير و إثباته فتدخل ضمن إشكال (المطلب الثاني)، و في حالة توفر كل الشروط المتعلقة بالزواج تترتب عليه آثار شخصية و أخرى مالية وفيها سنتعرف على موقف المشرع الجزائري، وذلك من خلال معرفة ما هو القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط (المطلب الثالث).

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الشروط الموضوعية أولاً ثم نقوم بتحديد ضوابط الإسناد التي تحكمها و أخيراً الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق.

الفرع الأول: تعريف الشروط الموضوعية

تعرف الشروط الموضوعية بأنها الشروط الأساسية لقيام الرابطة الزوجية، و إذا تخلف شرط من هذه الشروط يترتب عن هذه العلاقة البطلان، كما يقصد بها أيضا تلك الشروط التي

يتوقف وجود الزواج على وجودها و ينعدم في حالة انعدامها، و بالتالي تعد الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج.[1]

لقد جاءت هذه الشروط في المادتين 09 **و** 09 **مكرر** من قانون الأسرة الجزائري و هي رضا الزوجين، الشاهدان، الصداق، أهلية الزواج، انعدام الموانع الشرعية للزواج بالإضافة إلى المواد 25، 26، 27 من نفس القانون.

المادة 25: « المحرمات بالقرابة هي:

الأمهات، و البنات، و الأخوات، و العمات، و الخالات، و بنات الأخ و بنات الأخت».

المادة 26: « المحرمات بالمصاهرة هي:

1- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها،

2- فروعها إن حصل الدخول بها،

3- أرامل أو مطلقات أصول الزوج و إن علوا،

4- أرامل أو مطلقات فروع الزوج و إن نزلوا».

المادة 27: « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

الفرع الثاني: تحديد ضوابط الإسناد التي تحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج المختلط

لا يخضع الزواج لقاعدة إسناد واحدة، فهناك قاعدة عامة و ترد على هذه الأخيرة استثناء و الزواج المختلط عادة ما تسبقه خطبة شأنه في ذلك شأن الزواج الوطني، و من هنا يثور التساؤل حول القانون الذي يحكم الخطبة.

[1]- درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة)، دفاتر السياسة و القانون، العدد الرابع، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، 2011، ص 239.

أولا: الخطبة

الخطبة وعد متبادل بين الرجل و المرأة أو بين الأولياء على الزواج المستقبل، أو هي مجرد اتفاق أو ترتيب ذهني يحدث من أجل التفاهم و الإعداد للزواج.

و يتباين موقف القوانين الوضعية في مسألة طبيعة الخطبة أو تكييفها، فهي عند بعض التشريعات عقد يتعين أن تتوافر فيه شروط معينة لانعقاده، كما تترتب عليه آثار محددة، ومن يعتنق هذا النظر غالبا ما يفرض على الخاطبين التزاماً بإتمام الزواج، أو يلتزم من يفسخ العقد من الطرفين –الخاطب أو الخطيبة- بدفع تعويض لمجرد العدول كما يفعل القانون الانجليزي.

و يذهب الرأي الراجح في الفقه و القضاء إلى اعتبار الخطبة من روابط الأسرة، وتعد لذلك من مسائل الأحوال الشخصية التي يحكمها القانون الشخصي في خصوص شروطها الموضوعية، و قانون محل الإبرام فيما يتعلق بالشكل.

و السؤال: ما هو القانون الذي يحكم الخطبة –انعقادا و أثار و إنهاء- في القانون الجزائري؟

لم يرصد المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بالخطبة، ومن ثم تخضع لاجتهاد الفقه والقضاء و نعتقد مع الفقه و القضاء الراجح في القانون المقارن أنه لما كانت الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية فإنه يمكن قياس حكمها في معظم جوانبها على الزواج و لهذا نقرر الأحكام الآتية:

1- تخضع الشروط الموضوعية للخطبة لقانون جنسية الطرفين –الخاطب و المخطوبة وقت انعقادها إن اتحدا في الجنسية، كأن تتم الخطبة في الجزائر بين فرنسيين، فإن اختلفا في الجنسية يتعين تطبيق قانون جنسية كل من الطرفين تطبيقا موزّعاً وبحيث يكفي أن يتوافر في كل طرف الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه.
2- و بالنسبة للشروط الشكلية للخطبة نرى قياساً على ما هو مقرر في شأن الزواج إخضاعها لقانون محل إجرائها أو لقانون موطنهما المشترك إن اتحدا موطناً، أو

لقانون جنسيتهما المشتركة، و على ذلك تكون الخطبة صحيحة في جانبها الشكل متى وافقت الأوضاع المعمول بها في أي من هذه القوانين الثلاثة.

3-و عن آثار الخطبة فهي تخضع لقانون الخطبة وقت الخطبة، قياساً على ما هو مقرر في خصوص الزواج من خضوع آثاره لقانون جنسية الزوج وقت الزواج لما بين الأمرين من جامع يجمع بينهما و المتمثل في ضرورة وحدانية القانون الذي يحكم آثار الرابطة القانونية.[1]

و إذا قادنا الاجتهاد إلى تقرير قواعد إسناد خاصة بالخطبة -و هي من مسائل الأحوال الشخصية- قياساً على قواعد الإسناد الخاصة بالزواج فإنه يحق لنا أن نتساءل عما إذا كان القانون الجزائري ينفرد بحكم الخطبة و آثارها و آثار العدول عنها إذا ما كان أحد أطرافها جزائرياً وقت إتمامها، كما هو الشأن في الزواج تطبيقا لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

يبدو أن المسألة خلافية في الفقه الجزائري فهناك من يرى عدم القياس على حكم المادة 13 مدني لأنها تقرر قاعدة استثنائية، فيحسن تفسيرها تفسيراً ضيقاً لا موّسعاً.

و نحن نعتقد من جانب آخر، أن القياس واجب في هذه الحالة لوحدة العلّة متمثلة في حماية الطرف الجزائري من جانب ولكون الأمر يتعلق بمسألة على اتصال بالاعتبارات الدينية من جانب آخر، كما أن هذا الحل يبدو نموذجاً من زاوية أنه يجنب القاضي الجزائري البحث فيما إذا كان القانون الأجنبي المختص مخالفاً لنظام العام أم لا.

ويمكن حصر الآثار التي تولدها الخطبة في طائفتين: الأولى أثار الخطبة في ذاتها، وهي الالتزام بعقد الزواج ومنع أحد الخطيبين من الزواج من شخص ثالث، و الثانية أثار العدول عن الخطبة وهي الالتزام بالتعويض وردّ الهدايا.

[1]- هشام علي صادق، عكاشة عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي و الإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الأول "تنازع القوانين"، دار الفتح للطباعة و النشر حلف 44 ش سوتير – أمام كلية حقوق الإسكندرية، 2011، ص 286.

وفيما يتعلق بآثار الخطبة في ذاتها نؤكد أنها تخضع لقانون جنسية الخاطب، إلا أنه يجب ملاحظة أن الخطبة في الجزائر ليست عقداً ملزماً و أن لكل من طرفيها الحق في العدول بحسباتها تمهيداً للزواج الذي هو أساس الأسرة والذي يتعين أن يتم بكامل حرية الطرفين[1].

ومن ثم فإن كل قانون أجنبي يتضمن ما يقيد هذه الحرية، يكون مخالفاً لنظام العام في الجزائر ويتعين استبعاده، والحال كذلك فإن ما قد تقرره بعض التشريعات من أن الخطبة ترتب الإلزام بعقد الزواج، وتستتبع منع أحد الخطيبين من الزواج من ثالث هما أثران مخالفان للنظام العام في الجزائر، وعليه فإنه يمتنع تطبيق ما يقضي به القانون الأجنبي من إلزام الخاطب بإتمام الزواج كما يبطل كل شرط جزائي يلزم من يعدل من الخطيبين بالتعويض لأن مثل هذا الشرط يمس حرية إبرام الزواج إذ يتضمن إكراهاً غير مباشر بعقد الزواج.

لكن ماذا عن القانون الذي يحكم الحق في العدول و الآثار المترتبة عليه، كالحق في التعويض عما يترتب عليه من ضرر للطرف الآخر، والحق في الالتزام بردّ الهدايا. إن مسألة الحق في العدول من عدمه بوصفه أثراً من آثار الخطبة كان من المسائل التي اختلف الفقه بشأن تحديد القانون الذي يحكمها، فهناك من يرى أن الحق في العدول يحكمه قانون جنسية من قام به حملاً على أن الأمر يتعلق بحريته في اختيار من يرتضيه زوجا له، وهناك من يرى إخضاعه للقانون الذي يحكم انعقاد الخطبة بالنظر إلى أن العدول هو حل لهذه الرابطة.

ونحن نرى انه وان كان الحق في العدول من عدمه هو أثر من أثار الخطبة يحكمه قانون جنسية الخاطب، إلا أن هناك مبدأ جوهري في القانون الجزائري مفاده أن لكل خاطب من الخطيبين أن يعدل عن الخطبة في أي وقت يشاء، فلا إلزام عليه ولا إجبار بضرورة الاستمرار فيها، وهذا مبدأ من المبادئ المتعلقة بالنظام العام في الجزائر و كل قانون أجنبي ينال منه يتعين استبعاده وإحلال القانون الجزائري، فالقانون الأجنبي الذي يفرض على من يعدل من الطرفين إلزاماً بتعويض الطرف الآخر لمجرد العدول أو يعتبره مسؤولاً عن هذا التعويض

[1]- هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 287.

مسؤولية عقدية يكون مخالفاً لنظام العام في الجزائر، لأنه ينطوي بصورة غير مباشرة على معنى الإكراه على إمضاء زواج غير مرغوب فيه.[1]

يبقى البحث عن القانون الواجب التطبيق على العدول الذي يلابسه خطأ، وعلى أثر على الالتزام برد الهدايا التي يقدمها أحد الخطيبين للآخر، ونعتقد أن القانون الذي يحكم المسؤولية عن الأضرار المتولدة عن أعمال ملابسة للخطبة هو قانون محلّ وقوع الفعل الضار نزولاً على حكم القاعدة العامة في شأن المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة 124 مدني جزائري.[2] و بالنسبة لمسألة أثر العدول في ردّ الهدايا التي قدمها أحد الخطيبين للآخر، نرى مع البعض تكييف الالتزام بالردّ على أنه ناشئ عن الإثراء بلا سبب ويخضع من ثم للقانون الذي يحكم هذه الالتزامات، وهو قانون محلّ وقوع الفعل الناشئ للالتزام.

ثانيا: الزواج

1- القاعدة العامة:" خضوع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين".

توجد في القانون ثلاثة اتجاهات في تحديد القانون المختص بحكم الشروط الموضوعية للزواج، أولهما هو إسناد هذه الشروط قانون جنسية كل من الزوجين ومن هذا الاتجاه القوانين العربية والقانون الفرنسي والقانون الألماني والقانون البولوني والقانوني التشيكوسلوفاكي، كما أخذت بهذا الحكم اتفاقية لاهاي 1902 "المادة الأولى منها"، و قد نصت المادة 11 مدني جزائري على أنه: « يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين» لقد تم ضبط صياغة هذه المادة بموجب تعديل 20 جوان 2005 بعد أن كانت تنص سابقا على الشروط الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين، وهو

[1]- هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 288.

[2]- المادة 124 مدني جزائري: « كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض».

حكم جامع لكل شروط الزواج الشكلية والموضوعية أما بعد التعديل المذكور فقد أصبحت الفكرة المسندة في المادة 11 خاصة فقط بالشروط الموضوعية، أما الشروط الشكلية فتحكمها نصوص أخرى كما سوف نرى لاحقا.

الاتجاه الثاني يخضع هذه الشروط لقانون موطن الزوجين ومن ذلك القانون الانجليزي وبعض القوانين الدول الاسكندنافية الاتجاه الثالث يسندها إلى قانون محل إبرام الزواج من غير تمييز بين الشكل والموضوع، وهو الحل المعتمد في القانون الأمريكي بعض الدول أمريكا اللاتينية[1].

وطبقاً للرأي الأول السائد عندنا، يطبق قانون جنسية الزوجين وقت إبرام الزواج ويحتفظ الزواج بصحته ولا يتأثر فيها بعد إذا غير أحد الزوجين جنسياته لاحقا، ولا إشكال إذا كان الزوجان من جنسية واحدة إذ يطبق على زواجهما قانون جنسيتهما الوطني، أما إذا كانا مختلفي الجنسية أي كان زواجاً مختلطاً فكيف يطبق قانون الجنسية؟ هل يطبق على كل طرف الشروط الموضوعية المطلوبة في قانونه، فيسري على الزوج قانون جنسيته وعلى الزوجة قانون جنسيتها أم أنه يجب أن تتوافر في كل منهما الشروط التي يتطلبها القانونان معاً، فيسري على الزوج الشروط الموضوعية المطلوبة في قانونه والشروط الموضوعية المقررة في قانون جنسية الزوجة، وتتوافر في الزوجة الشروط المطلوبة في قانون جنسيتها وشروط الموضوعية المقررة في قانون جنسية الزوج، تعرف هذه المسألة بالتطبيق الموزع application distributive و إذا أخذنا بالرأي الثاني نكون من أنصار التطبيق الجامع application cumulative .

ويميل بعض الفقهاء إلى الأخذ بالرأي الثاني على أساس أن الشروط التي وضعها القانونان خاصة بتنظيم رابطة الزوجية في ذاتها وحتى لا يكون لأحد القانونين امتياز على القانون الأخر، ولكن هذا الرأي عسير التطبيق عملياً ويؤدي إلى التضييق من حالات انعقاد

[1]- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول "تنازع القوانين" (في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005)، دراسة مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي، الطبعة الثانية، 2008، ص 160-161.

الزواج المختلط صحيحاً، لذلك استقر الرأي الراجح فقهاً وقضاءً على التطبيق الموزع، فقد استقر القضاء الفرنسي على هذا الرأي و أخذ به المشرعون في بعض الدول و من ثم يكفي أن تتوفر في كل من الزوجين الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه وحده[1].

هذا و للتمييز بين مجالات التطبيق الموزع والتطبيق الجامع صنّف الفقه الشروط الخاضعة للتطبيق الموزع ضمن الشروط الفردية للزواج التي تهدف لحماية الطرفين وحدهما، أما الشروط الخاضعة للتطبيق الجامع فلها صفة مزدوجة تخص العلاقة الزوجية في ذاتها وتهدف لحماية مصالح اجتماعية وتمثل استجابة لمبادئ إنسانية وخلقية في وقت واحد مما يقتضي إجراء التطبيق الجامعي بشأنها.

وتصنّف ضمن موانع الزواج الموانع المستمدة من القرابة والموانع الصحية[2] كالأمراض الجسمانية المعدية والأمراض العقلية وكذلك الارتباط بزواج سابق واختلاف الدين في القوانين التي تعتد بالحالة الدينية، ففي الشريعة الإسلامية مثلا لا يجوز لغير المسلم أن يتزوج مسلمة، أما الموانع الإقليمية والعنصرية فلا يعتد بها ولا تستبعد مخالفتها للنظام العام، كأن يقضي القانون الشخصي لأحد الزوجين بمنع الزواج بسبب اللّون كما هو الحال في قوانين بعض الولايات المتحدة الأمريكية وقانون التمييز العنصري في جنوب إفريقيا سابقا.

هذا ونشير إلى أنه طبقا للمادة 11 مدني جزائري فإن المشرع أخذ بالتطبيق الموزع فيما يخص الشروط الموضوعية وقد أكد على هذا الحكم في المادة 97 من قانون الحالة المدنية 1970 بقوله: « أنه يشترط ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الجزائري لا مكان عقد الزواج، ولكن هناك استثناء هام خروجا على القاعدة السابقة أقرّه المشرع في المادة 13 مدني جزائري.

---

[1]- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 161.

[2]- و مع ذلك يثير تطبيق هذا الرأي صعوبات من ذلك مثلا ما يقضي به القانون السويسري من بطلان الزواج بسبب بعض الأمراض، كذلك ما يقضي به القانون الإسباني من عدم صحة زواج إسباني بأجنبية مطلقة، أيضا ما يقضي به القانون الفرنسي من منع زواج الفرنسية من أجنبي متزوج بزوجة أخرى.

اختصاص القانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام الزواج.

2- الاستثناء الوارد على القاعدة العامة:

بعد أن بيّنت المادة 11 مدني بصفة عامة قاعدة التنازع المتعدية الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج وهي إسنادها لقانون جنسية كل من الزوجين، أوردت المادة 13 مدني استثناء هاماً بقولها: « يسري القانون الجزائري وحده الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلاّ فيما يخص أهلية الزواج».

وطبقا لهذا النص يختص بحكم الشروط الموضوعية للزواج القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام العقد.

وقد تقرّر هذا الحل لمواجهة بعض الحالات العملية التي يكون فيها الزواج صحيحاً طبقا للقانون الجزائري وباطلا طبقا للقانون الأجنبي أو العكس باطلا طبقا للقانون الجزائري وصحيحاً طبقا للقانون الأجنبي، مثال الحالة الأولى زواج الجزائري المسلم من كتابية يمنع قانونها زواجها من غير من ينتمي إلى طائفتها (القانون اليوناني والقانون الإسرائيلي مثلا) ومثال الحال الثانية عدم صحة زواج جزائرية مسلمة من غير مسلم، ومع ذلك تستثني المادة 13 السابقة مسألة واحدة من اختصاص القانون الجزائري وهي شرط الأهلية التي تظل محكومة بالقانون الوطني لكل من الزوجين ويسري الاستثناء الوارد في المادة 13 متى كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرام الزواج ولو غير الزوج أو الزوجة جنسيته فيما بعد، في المقابل لا يسري إذا كان الزوجان أجنبيين عند إبرام الزواج ثم تجنّس أحدهما أو هما معاً بالجنسية الجزائرية، إلا فيما يخص انحلال الزواج الذي يطبق عليه قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للفقرة الثانية من المادة 12 مدني وليس المادة 13[1].

[1]- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 163.

وما تجدر الإشارة إليه بصدد المادة 13 السابقة، أن هذا الحكم قليل الفعالية إذا أبرم الزواج في الخارج وكان الزوجان أجنبيين ثم تجنّس أحدهما أو كلاهما بالجنسية الجزائرية كذلك إذا عرض النزاع على القاضي أجنبي، و لو كان أحد الزوجين أجنبيا عند إبرام الزواج، إذ يلجأ القاضي الأجنبي إلى إجراء التطبيق الموزع بين جنسية الزوجين إذا كانت قاعدة الإسناد في قانونه مماثلة للمادة 11 مدني ولا يأخذ بالاستثناء الوارد في المادة 13 مدني جزائري، مثلا طبقا للقانون الجزائري لا يجوز للمسلمة أن تتزوج بغير مسلم وهذا شرط موضوعي في القانون الجزائري، و لكن إذا أبرم الزواج في بلد أجنبي غير إسلامي فلا يعتّد بهذا الشرط مخالفته للنظام العام على أساس أنه قرّر تمييزا يقوم على الحالة الدينية لا مبرّر له، و على هذا الأساس انتقد الفقه إطلاق إسناد الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني وحده طبقا للمادة 13 على أساس انه اختصاص تحكمي الوطني وحيد الطرف هدفه توسيع دائرة النظام العام واستبعاد القانون الأجنبي المختص، أو توسيع دائرة تطبيق القانون الوطني في حاله استثنائية، وان كان هذا الموقف ليس خاصا بالقانون الجزائري وحده بل أخذت به تشريعات أخرى كثيرة.

و مع ذلك فلا يوجد ما يمنع من إملائه ما دامت قواعد التنازع إلى حماية مصالح وطنية بالدرجة الأولى وذات طابع وطني، فلا يهم ما يقضي به القانون الأجنبي بل المهم هو أن يكون هذا الزواج طبقا للقانون الجزائري صحيحاً أو باطلا حسب الحالات طبقا لنص المادة 13 السابق الذكر.[1]

[1]- يقابل نص المادة 13 مدني جزائري في القوانين العربية المادة 14 من القانون المصري، المادة 14 من قانون الإمارات العربية المتحدة، المادة 14 من القانون الليبي، المادة 15 القانون السويسري، المادة 19 قانون عراقي مع إسقاط عبارة فيما عدا شرط الأهلية، المادة 36 كويتي لكن هذا الاستثناء قاصر على الشروط الموضوعية لصحة الزواج دون آثاره و انحلاله، أما القانون التونسي و القانون اليمني لم يتطرقا إلى هذا الاستثناء علماً أن الزواج في القانون اليمني يسري عليه قانون القاضي المادة 25 مدني.

الفرع الثالث: الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية

ربط المشرع الجزائري الأحوال الشخصية بقانون الجنسية غير أن تطبيق هذا القانون قد تعترضه صعوبات في بعض الأحيان، مما يجعل من الضروري التعرض لدراستها وبيان الحلول المقترحة لتذليلها، ومن هذه الصعوبات نجد:

أولا: حالات تعدد الجنسيات (التنازع الايجابي)

1-المقصود بتعدد الجنسية:

يكون الفرض متعدد الجنسية إذا كان يحمل في نفس الوقت جنسيتين أو أكثر، فإذا كان يحمل جنسية دولتين سميّ "مزدوج الجنسية"، وإذا كان يحمل أكثر من جنسيتين في نفس الوقت سمي "متعدد الجنسية".

فتعدد الجنسية هو كما عرّفه الفقه: « مجرد التعبير عن حالة معينة تدعي فيها أكثر من دولة تبعية الفرد لها وفقا لقانونها، وهو ما يقتضي ترجيح إحدى الجنسيات المتراكمة على الشخص وفقا لمعيار قانون معين».

2-المشكلات المترتبة على تعدد الجنسية:

أ- يثير تعدد الجنسية صعوبة تتعلق بكيفية حماية الدولة لرعاياها ضد أي اعتداء عليهم من الدول الأخرى، فإذا كان الفرد يحمل جنسية دولتين في نفس الوقت فأي منهما يستطيع حمايته دبلوماسيا؟ و إذا كان الاعتداء الذي وقع على الفرد صادر من إحدى هاتين الدولتين فهل تملك الدولة الأخرى ممارسة حمايته الدبلوماسية في مواجهة الدولة الأولى؟

ب- يتناقض تعدد الجنسيات التي يحملها الفرد مع طبيعة رابطة الجنسية باعتبارها رابطة اجتماعية، تستند بالدرجة الأولى إلى شعوره يقبل الانقسام بين عدة دول،

ولذا يطلق الفقه الألماني على متعدد الجنسية اسم "الراعية المختلط" لأنه يكون في أكثر من دولة واحدة.[1]

ج-يثير تعدد الجنسية مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية للمتعدد الجنسية، خاصة في الدول التي تأخذ بالجنسية كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية (كما هو الحال في الجزائر حيث يعتد المشرع بالجنسية كضابط للإسناد في مسائل الزواج والنسب والولاية على المال والميراث والوصية).

3-الحلول التشريعية:

في هذه الحالة يكون القاضي أمام فرضين:

أ- الفرض الأول: في حاله تعدد الجنسيات وكانت من بينها جنسيه دوله القاضي أي إذا وجد القاضي أن أحد الزوجين متعدد الجنسية ومن بين جنسياته جنسية دولة القاضي فإنه يطبق قانون جنسية القاضي[2] و هذا ما أيّده المشرع الجزائري و وضحه في نص المادة 22 ف 02 ق. م. ج التي تنص على أنه: « غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، و بالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول».

ب- الفرض الثاني: في حاله تعدد الجنسيات لدى الشخص، وليس من بينهما جنسية دولة القاضي أي جنسيات أجنبية عن القاضي ففي هذه الحالة أوجب المشرع الجزائري على القاضي تطبيق قانون الجنسية الفعلية للشخص وهي تلك الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، ويظهر هذا الارتباط بها من ظروف الحال كالإقامة في إقليم دولتها إقامة عادية، أو

[1]- محمد السيّد عرفة، القانون الدولي الخاص، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع اش الجلاء أمام بوابة الجامعة برج آية، الطبعة الأولى، 2013، ص 124.

[2]- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، ط .13، دار الهومة، الجزائر، 2013، ص 207.

أنه التحق بإحدى الوظائف العامة فيها، أو رشّح نفسه فيها لإحدى الهيئات النيابية[1]، وهذا ما تبناه المشرع وذلك من خلال نص المادة 02 ف 1 ق. م. ج التي تنص على أنه: « في حاله تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية».

ثانيا: انعدام الجنسية (التنازع السلبي)

1-المقصود به:

يكون الشخص عظيم الجنسية عندما تتخلى عنه قوانين الجنسية في كافة دول العالم، فلا تمنحه أيه دوله الصفة الوطنية، و يثير مركز عديم الجنسية مشكلة قانونية اصطلح الفقه على تسميتها بالتنازع السلبي للجنسيات، ويشبّه أحد الفقهاء عديم الجنسية بالسفينة التي تجري في أعالي البحار دون علم ومن ثم دون حماية.

ويترتب على قيام ظاهرة انعدام الجنسية مشكلات معينة، ويكون عديم الجنسية في وضع شاذ، فلا هو مواطن ولا هو أجنبي يتمتع بحماية دولة معينة، وإنما هو أجنبي عن كل الدول و بعبارة أخرى هو أجنبي من نوع خاص[2]، لذا سنتعرف أولا على المشكلات الناتجة عن هذه الظاهرة وثانيا على الحلول التشريعية.

2-المشكلات المترتبة على انعدام الجنسية:

يترتب على قيام ظاهرة انعدام الجنسية وجود طائفة من الأفراد لا ينتمون إلى أيه دولة ولا يتمتعون بأيه حماية دولية، فلا يجد عديم الجنسية مأوى فيه ويصبح أجنبياً بالنسبة لكل الدول و يكون معرضاً للإبعاد من إقليم أي دوله يستقر فيها، ولا يتمتع بآي حقوق مصدرها المعاهدات الدولية.

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 206.

[2]- محمد السيد عرفة، المرجع السابق، ص 137.

فضلا عن ذلك فإن هناك مشكلة مهمة وهي تلك المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لعديم الجنسية وذلك في الدول التي تعتد بالجنسية كضابط الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية مثل الجزائر[1].

3-وسائل علاج مشكلة انعدام الجنسية:

بالنظر إلى المساوئ المترتبة على انعدام الجنسية فقد حاول الفقه والقضاء والاتفاقيات الدولية وضع حلولا لها:

أ- منها أن البعض يذهب إلى ضرورة عدم التجاء الدول إلى إجراء الإبعاد بالنسبة لعديمي الجنسية.

ب- وذهب البعض الآخر إلى الاستناد إلى فكرة التقادم المكسب المعروفة في نطاق القانون المدني والقول بأنه يترتب على إقامة الشخص عديم الجنسية فترة معينة بإقليم الدولة و أن يكتسب جنسية هذه الدولة.

ج-و اقترح فريق من الفقهاء اقتراحا مُؤداه أنه يمكن تلافي ظاهرة انعدام الجنسية في الدول التي تأخذ بحق الدّم وذلك بالنص على أساس احتياطي بأن يعتد بحق الدم من ناحية الأم، و بالنسبة للانعدام اللاحق على الميلاد يمكن تلافيه بتعليق فقد الجنسية الأولى للشخص على شرط اكتسابه للجنسية الجديدة فعلا، وتعليق فقد الزوجة و الأولاد القصر لجنسيات دولتهم الأصلية على شرط اكتسابهم فعلا لجنسية دولة الأب الجديدة[2]، وتعليق فقد الزوجة الوطنية لجنسيتها بسبب زواجها من أجنبي على شرط تمام دخولها فعلا في جنسية دولة زوجها.

د- وينادي البعض بضرورة عدم الإسراف في استخدام جزاء سحب و إسقاط الجنسية لمنع ظاهره انعدام الجنسية.

---

[1]- محمد السيد عرفة، المرجع السابق، ص 138.

[2]- محمد السيد عرفة، المرجع نفسه، ص139.

هـ- تحاول الدول بقدر الإمكان إقامة عديم الجنسية في إقليمها وتزويده بوثائق السفر اللازمة وتُصدر الأمم المتحدة وثائق سفر دولية لعديم الجنسية يستطيع بها أن يتنقل من دولة إلى أخرى و بمنحه بعض الدول حقوقاً خاصة في مقابل إلزامه ببعض التكاليف العامة كأداء الخدمة العسكرية.

و- ومن حيث القانون الواجب التطبيق على عديمي الجنسية فيذهب فريق من الفقه أنه يمكن تطبيق قانون القاضي عليه واقترح البعض الآخر بتطبيق قانون آخر دولة كان يحمل الفرد جنسيتها وذهب رأي آخر إلى تطبيق قانون الدولة التي ولد فيها و إلا قانون دولة محل إقامته.

والرأي الراجح هو الأخذ بمعيار الجنسية الفعلية أي قانون الدولة التي يرتبط بها هذا الشخص بالفعل أكثر من غيرها ويتحدد هذا الارتباط عادة على أساس معيار الموطن أو معيار محل الإقامة وهذا ما أخذ به القضاء الجزائري فعلا.

وقد نصت المادة 25/ 2 مدني مصري تقابلها المادة 22/ 3 مدني جزائري بقولها: «...وفي حاله انعدام الجنسية، يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة».[1]

ثالثا: التنازع المتحرك

1- عرض المشكلة:

في هذه الحالة تثار مشكلة بمناسبة تفسير قاعدة الإسناد الوطنية تسمى بمشكلة "التنازع المتحرك" وهي تتعلق بتحديد ضابط الإسناد، وهذه المشكلة لا تبدو إلا بالنسبة لضوابط الإسناد التي يمكن تغييرها بسهولة مثل ضابط الجنسية، والموطن، وموقع المنقول، فمثلا إذا غير شخص جنسيته وموطنه أو نقل المنقول من دولة إلى أخرى فما هو أثر هذا التغيير أو النقل

[1]- محمد السيد عرفة، المرجع السابق، ص 139-140.

على القانون الواجب التطبيق؟ هل تظلّ مثل هذه العلاقات خاضعة للقانون الذي نشأت في ظله أو تخضع للقانون الجديد الذي أصبحت تحت سلطانه؟.

وتبدو أهمية التفرقة بين التنازع الزمني والتنازع المكاني للقوانين في الاتي:

فالأول: ينشأ عن تعاقب القوانين التي تنظم نفس الموضوع في حدود مكانية لدولة واحدة، وذلك عندما يلغي المشرع تشريع معين ويحل محله تشريعاً آخر فتتوالى التشريعات ويحدث نوع من التشابك في نطاق تطبيقها، ويتم حل هذا التشابك (التنازع) وفقا لقواعد مستقرة في القانون الداخلي، مثل قاعدة وجوب تطبيق القانون الجديد بأثر فوري ومباشر على جميع العلاقات القانونية التي تدخل في موضوعه سواء تلك التي نشأت بعد نفاذه أو التي نشأت قبل هذا النفاذ وظلّت مرتبة لآثارها في ظل التشريع الجديد وهو ما يسمى بمبدأ عدم رجعيه القوانين.

أما الثاني: فينشأ نتيجة تواجد عناصر العلاقة القانونية في أكثر من دولة واحدة واتصالها بسيادات دول مختلفة، ما يثير مسألة المفاضلة بين مختلف القوانين المتنازعة وهذا ما يتم بإعمال ظرف الإسناد الأصلي و هذا ما يسمى "بالتنازع الثابت".

وهذا نوع من التنازع قد يحدث إما مقدما بمناسبة إنشاء الحق وقد يحدث بصفة لاحقة لتكوين الحق، ويتم تحديد القانون الواجب التطبيق عليه عن طريق قاعدة الإسناد في قانون القاضي، مثال التنازع الثابت الذي يعرض بمناسبة إنشاء الحق (إذا أراد الفرنسيان إبرام عقد زواجهما أمام موثق جزائري) و ذلك إذا كانت الجزائر هي موطنهما فهنا يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على هذا الزواج.

ومثال التنازع الذي يعرض بصفة لاحقة لتكوين الحق (إذا تزوج فرنسيان في الخارج ثم نازع أحدهما في صحة الزواج في الجزائر) فهنا يجب تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج.

وفي الحالتين السابقتين يتم فض التنازع بإعمال ظرف الإسناد الأصلي وهو طبقا لما تشير إليه قاعدة الإسناد الجزائرية قانون الجنسية المشتركة للزوجين (م 11 مدني).[1]

2-الحلول التشريعية:

قد تثير بعض المسائل في العلاقات ذات العنصر الأجنبي تنازعاً متحركاً، و لأجل حل مثل هذا التنازع اعتمد المشرع جزائري "فكرة المفاضلة والملائمة بين القوانين المتنازعة"، حيث عمد إلى تحديد النطاق الزمني لضابط الإسناد لبعض قواعد الإسناد، و رغم أن الحلول التشريعية في التنازع المتحرك اعتبرت حلولا جزئية لم تضع مبدأ عاما للحل، و إنما تناولت معالجة أوضاع و حالات محددة بالذات، إلا أنه بتحليل هذه النماذج يمكننا أن نحدد موقف المشرع من النظريات الفقهية، و حيث نجد أن في هذه الحلول حالات تأثر فيها المشرع بنظرية الحقوق المكتسبة، و حالات أخرى تأثر فيها بنظرية الأثر المباشر للقانون.

أ- تطبيقات نظرية الحقوق المكتسبة:

عالج المشرع الجزائري بعد الحالات استناداً لفكرة الحقوق المكتسبة لحلّ التنازع المتحرك الذي تثيره هذه الحالات، وتتمثل في المسائل المتعلقة بآثار الزواج، والمسائل المتعلقة بالكفالة والتبني ومسائل الهبة والوقف والمسائل المتعلقة بالمنقولات المادية.

أ.1- آثار الزواج:

لقد اسند المشرع الجزائري آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، فهو بذلك قد فضل قانون جنسية الزوج باعتبار مرتبته في الأسرة، فالزوج هو رب الأسرة وله القوامة وعليه تقع معظم واجبات و أعباء الأسرة[2]، و لأن ضابط الجنسية الذي اعتمده المشرع هو ضابط غير ثابت، بل هو قابل للتغيير فيتغير معه القانون الواجب التطبيق، و لأن الأمر

[1]- محمد السيد عرفة، المرجع السابق، ص 381.

[2]- المادة 12 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري.

يتعلق بآثار الزواج التي هي ممتدة زمنيا، فقد تثور مشكله التنازع المتحرك، لذا فقد عمل المشرع الجزائري على حل هذه المشكلة بتحديد ضابط الجنسية بوقت إبرام الزواج بحيث لا يؤثر تغيير الزوج لجنسيته بعد إبرام زواجه على الآثار المترتبة على هذا الزواج.

فإذا غير الزوج جنسيته بعد انعقاد الزواج فلا يعتد بهذا التغيير، و تظل آثار الزواج خاضعة للقانون جنسيته القديمة التي كان يتمتع بها عند الزواج، حتى ولو كان من شأن هذا التغيير توحيد جنسية الزوجين.[1]

إن هذا الحل يحقق استقرار المركز القانوني للزوجين، فالعبرة باللحظة التي تبدأ فيها الحياة الزوجية، فتكون الزوجة على علم بقانون الزوج وتبني حياتها الزوجية على أساس ما يرتبه هذا القانون من حقوق وواجبات، ولا تفاجئ بتغير ذلك نتيجة لتغير هذا القانون بسبب تغيير زوجها لجنسيته بعد إبرامه عقد الزواج.

أ.2- الكفالة والتبني:

تنص المادة 13 مكرر 01: « يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها... و تطبق نفس الأحكام على التبني».

فالتبني هو تصرف قانوني مقتضاه أن يتخذ الشخص ولد غيره، المعروف أو المجهول نسبه، كولده ونسبته إليه وإعطائه كل حقوق الولد الشرعي رغم عدم وجود صلة دم بينهما، وبما أن كلا من الكفالة والتبني يعتبر تصرفاً قانونياً فإنه بمجرد أن يتم فيها هذا التصرف يتحدد المركز القانوني لكل طرف وقد تتغير جنسية أحد الطرفين أو كلاهما فيما بين تاريخ تمام التصرف ورفع المنازعة فيه، مما ينشئ تنازعاً متحركاً بشأن القانون الواجب التطبيق عليها أهو قانون جنسية الأطراف وقت الإبرام أم قانون جنسية الأطراف وقت رفع الدعوى، ولمنع هذا التنازع فقد اعتدّ المشرع الجزائري بجنسية الأطراف وقت إبرام التصرف (الكفالة أو التبني)، و

[1]- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، جامعة عين الشمس، مصر، ص 159.

لأن الأمر يتعلق بصحة الكفالة فنستطيع أن نقول بأن المشرع قد اعتمد مبدأ احترام الحقوق المكتسبة، فالتصرف يكون في ظل القانون القديم.

أ.3- الهبة و الوقف:

تنص المادة 16 ق. م. ج :" ... ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما". فالهبة تصرف يقوم بموجبه الواهب بإخراج ملكية الشيء الموهوب لفائدة الموهوب له بدون عوض، أما الوقف فطبقا للمادة 03 قانون الأوقاف لسنه 1991 هو « حبس العين على التملك على وجه التأبيد والتصدق بمنفعتها على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير».

فالهبة والوقف عقدان فوريا الأثر، فهما يرتبان آثارهما بمجرد انعقادهما وهما يخالفان في ذلك الوصية والتصرفات النافذة بعد الموت، لذلك لم يسندهما إلى قانون جنسية المتصرف وقت وفاته، لأن تطبيق هذا القانون من شأنه أن يمس باستقرار المعاملات خاصة عند تغيير المتصرف لجنسيته بعد إبرام التصرف، واختلاف أحكام القانونين، لاسيما وأن ملكية و حيازة الشيء محل التصرف قد خرجت من ذمة المتصرف، وقد يكون الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب.[1]

لكن المشرع اختار قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجراء الهبة أو الوقف، فإذا غيّر المتصرف جنسيته بعد إجراء التصرف لا يؤثر ذلك على التصرف لا من حيث تكوينه، ولا من حيث آثاره وانقضائه حيث اعتمد المشرع فكرة الحقوق المكتسبة لضمان استقرار التعامل في هذين التصرفين.

[1]- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 205.

أ.4- الأموال المنقولة المادية:

تنص المادة 17 ق.م: « ... و يسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها».

تتمثل المسائل المتعلقة بالمنقول كل ما يرد عليه من حقوق عينية ومدى هذه الحقوق وطرق اكتسابها وانتقالها وانقضائها، وتحديد آثارها، فبالنسبة لمضمون تلك الحقوق يتعين تحديد خصائص حق الملكية، وحق الانتفاع ونطاق كل منهما، والسلطات التي يخولها هذا الحق لصاحب الحق، والقيود التي ترد عليه، أما طرق كسب هذه الحقوق فينبغي تحديد النظام القانوني لتلك الطرق بأنواعها، كالالتصاق مثلا والاستيلاء، والتقادم المكسب عن طريق الحيازة، و كذلك طرق و كيفية انقضاء الحقوق العينية، و أيضا كل التأمينات العينية الواردة على المنقول، على أنه يجب مراعاة الاستثناء الذي أورده بارتان على نظريته حيث تخضع تكييف المسائل المتعلقة بالمنقول لقانون موقعه، وهو الذي أخذ به المشرع في الفقرة الأولى من المادة 17 ق.م.

لكن لما كان من خصائص المال المنقول إمكانية انتقاله من دولة إلى أخرى فإن ذلك من شأنه أن يثير مسألة التنازع المتحرك، حيث ينبغي تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بأسباب كسب الحقوق العينية على المنقول، ما إذا كانت سوف تخضع لقانون الموقع الجديد أم أنها تظل خاضعة لقانون القديم، فانطلاقاً من المادة 17 ق.م نجد أن المشرع قد منح الاختصاص إلى قانون الجهة التي يوجد فيها المنقول عند تحقق السبب الذي أدى إلى حيازته أو ملكيته أو الحقوق العينية الأخرى وليس قانون المكان الذي انتقل إليه المنقول مما يؤكد أخذ المشرع بفكرة احترام الحقوق المكتسبة، على أن يتقيد هذا الاحترام بالحدود التي وضعها أصحاب هذا الرأي، ألا وهي ألاّ ينشأ حق مضاد للحق المكتسب في قانون الموقع الجديد، وعدم تعارض هذا الحق المكتسب مع النظام العام في الدولة الجديدة.

ب- تطبيقات الأثر الفوري للقانون:

بخلاف الحالات السابقة فقد اعتمد المشرع فكرة الأثر الفوري للقانون لحل مشكلة التنازع المتحرك في حالات أخرى تتمثل في مسائل انحلال الزواج، واثبات النسب، ومسائل الميراث و الوصايا.

ب.1- انحلال الزواج:

فضل المشرع الجزائري قانون الزوج أيضا في انحلال الزواج كمحاولة منه لتوحيد القانون الواجب التطبيق على مشاكل الزواج التي تثور بعد قيامه، وباعتبار انحلال الزواج هو نوع من الآثار النهائية للرابطة الزوجية، و حدد المشرع ضابط الإسناد زمنيا بلحظة رفع الزوج لدعوى انحلال الزواج، لحسم مسألة التنازع المتحرك، فالعبرة هي بجنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فيعتد القاضي بالقانون الجديد إذا ما غير الزوج جنسيته بعد الزواج، أي أن المشرع قد اعتمد مبدأ الأثر الفوري للقانون، ولم يأخذ بعين الاعتبار الحقوق المكتسبة في ظلّ قانون جنسية الزوج القديمة[1].

ب.2- إثبات النسب:

لم يكتف المشرع الجزائري بأن اختار قانون جنسية الأب، بل حدّد هذا الضابط بوقت ميلاد الابن، فإن توفي الأب قبل هذا الميلاد فبوقت الوفاة، وعليه فقد حسم المشرع مسألة التنازع المتحرك، حيث العبرة تكون بلحظة ميلاد الطفل، واحتياطيا إذا توفي الأب قبل ذلك فبوقت وفاته[2]، فالنسب صفة تلحق بالوالدين وقت ميلاد الطفل، و مشكلات النسب لا تثار إلا بعد حدوث الميلاد، فالأجدر بحكمه هو قانون آخر جنسية للأب وقت ميلاد الطفل، فالمشرع قد اعتمد مبدأ الأثر الفوري للقانون، فلا اعتراف بحقوق مكتسبة في ظل قانون جنسية الأب القديمة إن كان غيّر جنسيته، و لا تؤثر أحكامه على صحة النسب أو إنكاره.

[1]- المادة 12 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري.

[2]- المادة 13 مكرر ق. م. ج.

ب.3- الميراث والوصية:

من المحتمل أن يغير المورث جنسيته أثناء حياته، أو الموصي بين وقت إبرام الوصية ووقت وفاته، فقد يثار التساؤل حول القانون الواجب التطبيق أهو قانون الجنسية الأولى أم قانون الجنسية الثانية، و لأجل العمل على حلّ هذا التنازع المتحرك، وبالتالي تحقيق الاستقرار و الأمان القانوني في العلاقات الدولية الخاصة، عمد المشرع إلى تحديد ضابط الإسناد بظرف زماني، ورجح بين هدين القانونين بتحديد الوقت الذي ينظر إليه في تطبيق القانون المختص وهو قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، فالعبرة بلحظة الوفاة.[1]

فبالنسبة للميراث، فالثابت أنه قبل موت المورث لا يمكن الكلام عن التركة فواقعة الوفاة هي الواقعة الطبيعية التي يعترف بها القانون باعتبارها المنشئة للحق في الإرث، فالعبرة إذن دائما بجنسية المورث وقت موته، أما الوصية فلأنها تصرف غير لازم في حق الموصي و الموصى له، طالما ظل الموصي حيّا، فهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ولا تتحقق أثارها إلا حينئذ و لذلك فاللحظة الحاسمة هي موت الموصي، فالعبرة إذن دائما بجنسية الموصي وقت موته.

رابعا: حالة تعدد الشرائع إقليميا أو طائفيا

1- تحديد المقصود بها:

نكون أمام تعدد إقليمي عندما يكون لكل ولاية أو مقاطعه قانون ينظم الأحوال الشخصية "كالولايات المتحدة الأمريكية، أو سويسرا" ونكون أمام تعدد طائفي عندما يسري على كل طائفة

[1]- المادة 16 من ق. م. ج.

قانون خاص بأحوالها الشخصية و ذلك يكون مستمدا من ديانتها وهذه الحالة نجدها في أغلب الدول العربية الشرقية "العراق، سوريا، لبنان..." فماذا يكون الحكم عند القاضي حينئذ؟[1].

2- موقف المشرع الجزائري:

نص المشرع الجزائري في المادة 23 ق. م. ج على أنه: « متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتعلقة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه» أي أنه في حاله التعدد الإقليمي أو الطائفي فالقانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه.[2]

يعالج النص ما يسمى بالحالة الداخلية أو التفويض وبموجبه يتكفل القانون الأجنبي المختص بتوزيع الاختصاص التشريعي داخليا، وتعيين شريعة الإقليم الواجبة التطبيق أو الشريعة الطائفية التي ينتمي إليها الشخص، ولا إشكال إذا وجد في القانون الأجنبي المختص حل لهذه المسألة، سواء كان البلد الذي يجب تطبيق قانون تعدد إقليمي أو طائفي فقواعد التنازع لتلك الدول هي التي تحدد التشريع الواجب التطبيق من بين التشريعات المتعددة[3].

بينما في حالة عدم النص على ذلك بيّن المشرع الجزائري للقاضي القانون الواجب التطبيق في الفقرة 02 من المادة 23 المعدلة والمتممة من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي:« إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد، في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي».

---

[1]- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط 03، ديوان المطبوعات، الجزائر، 2005، ص 62.

[2]- رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2010-2011، ص 23.

[3]- المرجع نفسه، ص 24.

فرضا إذا عرض نزاع على القاضي الجزائري بشأن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لزواج مصريين، فإن القانون المصري هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق نظرا لوجود تعدد طائفي في مصر، أما إدا لم يوجد النص بشأن ذلك طبق القاضي الجزائري التشريع الغالب في المصر، كذلك لو تعلق الأمر بزواج أمريكيين ولم ينص القانون الأمريكي على القانون الواجب التطبيق، يطبق القاضي الجزائري القانون المطبق في عاصمة أمريكا[1].

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج

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

الفرع الأول: تعريف الشروط الشكلية

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

أو بمعنى آخر يدخل في شروط الزواج الشكلية كل ما يتعلق بالإجراءات ومسائل الاختصاص والنشر عن الزواج، والمعارضات التي تقدم فيه، والزواج بالوكالة، وإشهار الزواج، وشهوده وتحرير عقده و إثباته.

وتعتبر أغلب الدول المسيحية شهر الزواج في شكل ديني شرطاً شكلياً، في حين أن بلدان كاليونان واسبانيا وبلغاريا تعتبر شهر الزواج في شكل ديني شرطاً موضوعياً، والرأي

[1]- رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 24.

السائد فقهاً وقضاءً هو أن المراسم الدينية في البلاد الإسلامية ليست نظاماً دينياً[1]، بل نظاماً مدنياً يتكون بإرادة أطرافه شأنه شأن العقود الأخرى، أنها ترى أن تدخل رجل الدين هو محض شرط شكلي، و أن دوره أقرب إلى دور الموثق للعقد[2] بإبرام الزواج و الاعتراف بصحته[3] واتفاقية فيينا المنعقدة في 24 ابريل 1963 التي أعطت صفة ضابط الحالة المدنية لرجال السلك الدبلوماسي والقنصلي.[4]

الفرع الثاني: تحديد ضوابط الإسناد التي تحكم الشروط الشكلية لعقد الزواج

أولا: الشروط الشكلية في القوانين الغربية و العربية

أكدت اتفاقية لاهاي المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته المؤرخة في 14 مارس 1978، في مادتها الثانية أن الشروط الشكلية تخضع لمكان إبرامها، أي لقاعدة لوكيس Locus والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من 01 ماي 1991.[5]

أما قاعدة التنازع التي تحكم الشروط الشكلية في القانون الفرنسي فهي قانون محل الإبرام وذلك حسب المادة 170 فقره أولى من القانون المدني الفرنسي، والتي يستفاد منها أن الزواج المبرم في الخارج بين فرنسيين أو بين فرنسيين و أجانب يكون صحيحا طبقا لبلد الإبرام، لكن يجب أن يشهر هذا الزواج الذي تم في الخارج عند عودة المتعاقدين إلى البلد

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

[2]- هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 302.

[3]- نجد بعض الدول لا تسمح للسلك الدبلوماسي الأجنبي القيام بهذا الاختصاص مثل ألمانيا.

[4]- لقد صادقت الجزائر على هذه المعاهدة بالمرسوم رقم 64- 85 المؤرخ في 04 مارس 1964.

[5] - 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'état de la célébration ».

الأصلي لدى ضابط الحالة المدنية الذي يقع فيه موطن كل من الزوجين، وذلك ما قضت به المادة 63 من القانون المدني الفرنسي المعدلة[1].

وفيما يتعلق بالاختصاص الاستثنائي الممنوح لرجال السلك الدبلوماسي والقنصلي الفرنسي، لإبرام زواج الفرنسيين بالخارج فهو منصوص عليه في المواد 48 و 170 في فقرتها الثانية من القانون المدني الفرنسي، بحيث يستفاد من هذه النصوص أن القانون الفرنسي يجيز للفرنسيين المقيمين بالخارج اللجوء لدى الموظفين الدبلوماسيين آو القناصل لتحرير تصرفاتهم المتعلقة بالحالة المدنية، يكون ذلك طبقا للقانون الفرنسي.[2]

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

وبناء على ما تقدم نجد أن القانون الفرنسي يجعل من قاعده لوكيس Locus (محل الإبرام) إلزامية، سواء تم إبرام الزواج في الإقليم الفرنسي أو خارجه[3].

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

---

[1]- جاء في قانون رقم 06-1376 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 01 بتاريخ 15 نوفمبر 2006، و الذي دخل حيّز التنفيذ ابتداءً من تاريخ 01 مارس 2007 و الذي عدّل المواد 170 و 63 من القانون المدني الفرنسي.

[2]- نجد ان القانون الفرنسي ابتداءً من القانون الصادر في 29 نوفمبر 1901 بتعديله للمادة 170 في فقرتها الثالثة، أجاز للهيئات الدبلوماسية الفرنسية بالخارج بإبرام عقد زواج فرنسي بأجنبية في بعض البلاد المحددة بمرسوم يصدره رئيس الجمهورية.

[3]- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار الهومة، الجزائر، 2004، ص 242.

يستفاد من هذا النص أن 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.

وقد جاء 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 تم فيه الزواج أو لقانون جنسية كل من الزوجين، أو قانون موطنهما المشترك».

ثانيا: الشروط الشكلية في القانون الجزائري

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

وقع جدل فقهي حول هذه المادة والتي تقابلها المادة 20 ق.م مصري بحيث يرى البعض[2] بأن المادة 20 مدني مصري لا تدخل ضمن مجال الزواج، إنما جاءت ضمن القواعد المنظمة للعقود، بينما يرى جانب آخر[3] أن 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.

---

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

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

[3]- فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1974، ص 254.

ونجد المادة 95 من قانون الحالة المدنية المتعلقة بإبرام الزواج في شكله المحلي تنص على أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب يعتبر صحيحاً إذا حرر طبقا لمكان الإبرام، هنا منح المشرع للمواطنين الجزائريين الحق في الاختيار بين قانونهم الوطني وقانون المحل لإجراء تصرفاتهم القانونية.[1]

لقد منح المشرع الجزائري اختصاصا استثنائيا لرجال السلك الدبلوماسي والقنصلي لإبرام عقد الزواج وذلك في المواد 96 و 97 قانون الحالة المدنية الجزائري، فنصت المادة 96 على انه:« كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين الصادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحاً إذا حرّره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية».

وتفصح المواد 95 و 96 عن تبني المشرع الجزائري لقاعدة لوكيس Locus في مجال الشروط الشكلية و إخضاعها لقانون المكان الذي تمت فيه، أو للشكل الذي يتطلبه القانون الجزائري باعتباره القانون الوطني لأطراف العلاقة.[2]

أما نص المادة 97 في فقرتها الثانية والثالثة من نفس القانون، فقد واجهت الحالة التي تتعلق بالوضعية التي يكون فيها أحد الطرفين جزائريا[3]، و إذا حلّلنا هذه المادة فإننا نقف عند ملاحظتين وهما:

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

---

[1]- نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار الهومة، الجزائر، طبعة سنة 2006، ص 170.

[2]- نادية فضيل، المرجع السابق، ص 193.

[3]- المادة 02/97 من الأمر 70-20 المؤرخ في 19-02-1970 : " يجري مثل ذلك بالنسبة للزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري و أجنبية و تم أمام الأعوان الدبلوماسية المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية، غير أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلد الذي سيحدد بمرسوم".

الثانية: أنه حتى في مثل هذه الحالة التي تكون فيها الزوجة أجنبية فإنها 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 إلا إبرام هذا النوع من الزواج، باعتبار الزوجة حاملة لجنسية البلد المضيف، أما الوضعية الثانية إذا لم تكن الزوجة تحمل جنسية البلد المضيف، فإن مثل هذا الزواج لا يبرم إلا في البلد الذي سيحدد بمرسوم، غير أنه يلاحظ أن هذا المرسوم لم يصدر لحد الساعة.

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

ويستخلص مما سبق، أن الشروط الشكلية يحكمها إما 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 أن المادة 19 من القانون المدني و المادة 95 من قانون الحالة المدنية يشتركان في أن 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.

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

أما فيما يتعلق بإثبات الزواج فيخضع للقانون الذي يحكم شكل الزواج، فلو تم الزواج في الشكل المحلي خضع إثباته للقانون المحلي، ولو تم وفقا للقانون الشخصي للزوجين لخضع إثباته لقانون الجنسية المشتركة، و إذا تم أمام القناصل لخضع الإثبات للقانون الذي أبرم القنصل الزواج وفقا له[1].

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج

تعتبر آثار الزواج كل ما يترتب من التزامات على طرفي العلاقات الزوجية وتتمثل في الآثار الشخصية والآثار المالية.

الفرع الأول: الآثار الشخصية

والمتمثلة في الحقوق والواجبات الزوجية المتبادلة وهي التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحق الزوجة في العدل في حالة التعدد وكذا العشرة الزوجية والوفاء.

تحديد ضابط الإسناد:

اختلفت التشريعات في تحديد القانون الذي تخضع له هذه الآثار فبعض الدول أسندتها لقانون الإقامة وهو عادة قانون القاضي، ومن ذلك قانون الولايات المتحدة الأمريكية والقانون الانجليزي والقانون الأرجنتيني، وبعض النظم القانونية أخضعها لقانون موطن الزوجة " مثلما هو مقرر في البيرو والبرازيل والدنمارك" وبعضها الآخر أناطها بقانون الجنسية المشتركة أو آخر جنسية مشتركة بين الزوجين " اليونان، بولونيا، تشيكوسلوفاكيا، واتفاقية لاهاي لسنه 1950"، وفي حالة عدم الاشتراك في الجنسية اقترح الفقه تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقاً جامعاً، وقد كان القانون الفرنسي سابقا يخضع آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج باعتباره هو رب الأسرة (المادة 213 مدني سابقا) وبعد تعديل هذه المادة في 07 يوليو 1970 أخذ بمبدأ

[1]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، سنة 1986، ص 292، إسعاد موحند، المرجع السابق، ص 303.

مساواة الزوجين في إدارة وتسيير شؤون الأسرة، وعلى ذلك إذا كان الزوجان الأجنبيان من جنسية واحدة فلا إشكال، أما إذا اختلفت جنسيتهما أو كان أحدهما فرنسيا ومتوطنان في فرنسا فقد عمد إلى تطبيق قانون الموطن، وقد أيد المشرع الفرنسي هذا الاجتهاد القضائي، وعممه على انحلال الزواج بان أصدر قانون 11 يوليو 1975 عدل بموجبه المادة 310 مدني الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال الجسماني[1].

أما الدول العربية و بعض الدول الأوروبية فقد أسندت آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج، كما هو الحال في الجزائر حيث نصت المادة 12 مدني على أنه:« يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج»، واستثناءً من هذا الأصل أقرت المادة 13 مدني تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقتها انعقاد الزواج كما اشرنا إليها بالتفصيل في الفرع الثاني من المطلب الأول من الفصل الأول.[2]

هذا ونشير بإيجاز إلى أهم الآثار الشخصية للزواج:

أ- أثر الزواج في جنسيه الزوجين:

لعل القوانين في هذا الصدد تختلف اختلافا بيّنا مما يؤدي حتما إلى تنازعها من حيث القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية، فبالنسبة لآثار الزواج على جنسية الزوجة فإن بعض القوانين تجعل للزواج أثراً مباشراً حتمياً في اكتساب الزوجة جنسية زوجها وبعضها الآخر يقضي بالمبدأ السابق نفسه مع الاحتفاظ للزوجة بحق الرفض، وفئة ثالثة تعطي للزوجة الأجنبية المتزوجة بوطني الحق في اكتساب جنسية زوجها بناء على طلبها ولكن لسلطة المختصة بالخيار بين منحها الجنسية أو رفض طلبها، وهناك فئة رابعة تقضي بالمبدأ السابق نفسه و السلطة المختصة ملزمة بإجابتها لطلبها، وهناك نوع آخر من القوانين لا ترتب على

[1]- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 170- 171.

[2]- الطيب زروتي، مرجع نفسه، ص171.

الـزوج أي أثر بالنسبة لجنسيـة الزوجـة ولكـن يخفف لهـا من شروط التجنس، و أخيرا بعض القوانين التي لا ترتب على الزواج أي أثر مباشر أو غير مباشر أي لا يؤثر الزواج في اكتساب الزوجة جنسية زوجها ولا يخفف لها حتى من شروط التجنس.

وتميل قوانين الجنسية في الدول العربية إلى الفئتين الثالثة و الرابعة، وعموماً لا يؤثر الزواج في جنسية الوطني المتزوج بأجنبية إذا أراد الحصول على جنسية زوجته ولكن تخفف له شروط التجنس كمدة الإقامة اللازمة، أما زواج الوطنية بأجنبي فيؤثر في فقدها لجنسيتها الوطنية إذا أعلنت عن رغبتها و قدمت طلب الإذن بالتخلي عن جنسيتها وقبل طلبها.

كما أن بعض القوانين تجعل لزواج الوطنية بأجنبي آخر على جنسية الزوج، بإتاحتها له فرصة الدخول إلى جنسية زوجته بشروط مخففة، ومن ذلك القانون الجزائري "المادة 09 مكرر من قانون الجنسية لسنه 1970 المعدلة في 27 فبراير 2005" وكذا القانون التونسي والقانون الفرنسي.

والمهم فيما سبق أن تلك المواقف التشريعية يترتب عنها تنازع القوانين وتعدد الجنسية أو انعدامها بما ينجر عنها من مشاكل.[1]

ب-الزواج على أهلية الزوجة:

الأصل العام هو أن أهلية المرأة كأهلية الرجل تخضع لقانون الجنسية، و أن ليس للزواج أي أثر على أهلية الزوجة.

تعتبر المرأة في ظل أحكام الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري كاملة الأهلية سواء قبل أو بعد الزواج، فالزواج لا يقيد أهليتها وليس له أثر فيها، و كما أهليتها مسألة تدخل في نطاق النظام العام وغير قابلة لأي تسوية، لهذا نجد أن القانون الجزائري يتدخل كلما فرض القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزوجة تعقيدات شديدة على تصرفاتها والحكم بنقص

[1]- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 173.

أهليتها، مثال ذلك إذا كان قانون الزوج يقر بنقص أهلية الزوجة وكانت هذه الأخيرة جزائرية، وعرض النزاع على القاضي الجزائري فإن هذا الأخير سيطبق القانون الجزائري على أهلية الزوجة طبقا المادة 13 ق. م. ج والتي تعد مسألة من مسائل النظام العام لا يجوز مخالفتها[1].

ج- النفقة على الزوجة:

توجب قوانين الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية على الزوج أن ينفق على زوجته حسب وسعه، والرأي الراجح أن النفقة من آثار الزواج الشخصية ولا تدخل ضمن الآثار المالية ولو أنها ذات طابع مالي، لأن هذه الأخيرة خاصة بالنظام المالي للزوجين، كما لا تعد من النفقة بين الأقارب التي تخضع لقانون المدين بها، بل هي من الآثار الشخصية للزواج في ذاته ويسري عليها قانون جنسية الزوج عند الزواج، وهذا الرأي هو المعمول به فقها وقضاء في فرنسا ومصر.[2]

د- اسم الزوجة:

تقرّ بعض النظم القانونية الغربية للزوجة حق حمل لقب زوجها كأثر من آثار الزواج ولا ترتب نظم أخرى هذا الأثر ومنها الدول الإسلامية التي تظل فيها الزوجة محتفظة باسمها بوصفه عنصراً من عناصر حالاتها المدنية، وفي الحالة الأولى يصبح اسم الزوجة تابع لقانون جنسية الزوج عند الزواج، و يثور الإشكال في حاله الطلاق والانفصال الجسماني ما إذا كان الاسم المخلوع عليها تبقى محتفظة به، أم أنه بوسعها أن تسترد اسمها دون أن يؤثر ذلك على حالتها السابقة، على كل حال المسألة ليست ذات أهمية في القانون الجزائري ولكن في حالة

[1]- زلاسي بشرى، الزواج المختلط، إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده و آثاره، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2000- 2001، ص 148.

[2]- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 173- 174.

عرض نزاع على القضاء الجزائري من الأفضل الرجوع إلى القانون الذي يحكم أثار الزواج الشخصية للفصل على ضوئه[1].

الفرع الثاني: الآثار المالية

لم يميز المشرع الجزائري بين الآثار الشخصية و الآثار المالية فيما يتعلق بالقانون الساري عليهما فقد أخضع الآثار الشخصية و الآثار المالية الناتجة عن الزواج المختلط لذات القانون الواجب التطبيق قاعدةً واستثناءاً.[2]

بحيث نجد أن المادة 12 ق. م. ج التي تنص على القاعدة العامة التي تقر بأنه يسري على الآثار المالية قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، وهناك استثناء وارد عن هذه القاعدة والذي ينص على أنه في حالة وجود طرف جزائري في الرابطة الزوجية فإن القانون الوطني هو الذي يطبق وحده وهذا طبقا لنص المادة 13 ق. م. ج ويرمي المشرع من وراء ذلك إلى:

- تجنب مشكلة التنازع المتغير الذي ينشأ نتيجة الزواج.
- تأمين استقرار آثار الزواج، وفي ذلك استقرار الأسرة فلا تتغير هذه الآثار بتغير جنسية الزوج.

النظم المالية في القوانين الغربية:

هناك نظم اتفاقية متعددة يختار منها الزوجان النظام الذي يلائمهما حسب اتفاقهما ولكن بشرط أن يتم الاختيار كتابة وقبل شهر الزواج، وذلك في شكل مشارطة زواج Contrat de mariage وفي هذه الحالة يسري على النظام المختار القانون المتفق عليه بين الطرفين مع إمكانية تطبيق قانون الموقع فيما يخص طريقة شهر النظام و تقييد الحقوق العينية التي ترد

[1]- الطيب زروتي، مرجع نفسه، ص 173- 174.

[2]- كما سمية، تطبيق القاضي (القانون الجزائري) على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي، مجلة العلوم القانونية و افدارية، العدد 11، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2015، ص 99.

على العقارات بموجبه، وهناك نظم مالية قانونية ويسمونها les régimes matrimoniaux وهي تشمل عده نظم أهمها:[1]

أ- نظام الاشتراك القانوني:

و بموجبه تكون أموال الزوجين مملوكة على الشياع بينهما بنسبة النصف، وتخصص هدي الأموال لإشباع حاجات الأسرة والوفاء بالديون الناشئة عنها، وفي هذا النظام يتمتع الزوج بصلاحية إدارة الأموال والظهور بمظهر المالك لها، وله أيضا أن يتولى إدارة أموال زوجته التي احتفظت بها لنفسها، وعند انتهاء الزوجية يقسم المال المشترك بين الزوجين أو بين ورثتها، ولهذا النظام القانوني ثلاث صور:

***الصورة الأولى:** هي نظام الاشتراك العام وبمقتضاه وتكون كل أموال الزوجين مشتركة بينهما.

***الصورة الثانية:** هي نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب وبموجبه تكون الأموال التي يكتسبها الزوجان بعد الزواج شركة بينهما، كذلك تكون المنقولات العائدة لها عند إبرام الزواج شركة بينهما، أما العقارات المملوكة لكل واحد قبل الزواج، فلا تتأثر بالزواج ويبقى كل واحد محتفظا بما يملك.

***الصورة الثالثة:** ومع نظام الاشتراك المخفّض وفيه صبغه لكل من الزوجين أمواله المملوكة عند إبرام الزواج، المنقولات والعقارات، ولكن ما يملكانه أثناء الزواج وما يدخرانه يكون شركة بينهما، وهذا النظام هو النظام القانوني المقرر في فرنسا للزوجين اللذين لم يختارا نظاماً آخر عند الزواج.

ب- نظام الانفصال المالي:

[1]- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 175.

وبموجبه يستقل كل من الزوجين بأمواله من حيث التصرف والإدارة والاستغلال وكذلك يستقل كل من الزوجين بما يكتسبانه خلال فترة استمرار الزواج ولكن يشترط أن تقسم مصاريف الأسرة وأعباؤها بين الزوجين، هو هذا النظام شائع في القوانين الانجلوساكسونية ولكن غير معمول بها في فرنسا.

ج- نظام البائنة:

وقد ألغي في فرنسا بقانون 13 يوليو 1965، و قد كانت الزوجة تقدم بموجبه لزوجها بعد أموالها في شكل مهر ليتولى إدارتها واستغلالها والانتفاع بأربحها في نفقات الأسرة ولكن هذه الأموال تصبح حبيسة لا يجوز له التصرف فيها ولا يجوز الحجز عليها، أما غيرها من أموال الزوجة فتستقل بها وحدها ولها حرية التصرف واستغلالها.[1]

وبالرغم من تعدد الأنظمة المالية في الدول الغربية فيبقى الإشكال مطروحاً من حيث تنازع القوانين، فما هو القانون الواجب التطبيق عليها، وهذه المسألة مختلف فيها فقهاً وقضاءً لأنها تتوقف على تكييف النظام نفسه، فإذا اعتبرناها من الأحوال الشخصية يسري عليها القانون الشخصي، أما إذا اعتبرناها داخلة في نطاق الأحوال العينية فتخضع إما لقانون موقع المال ولو أدى إلى تعدد القوانين التي تحكم أموال الزوجين بتعدد مواقعها، وإما لقانون الإرادة أو لقانون موطن الزوجية كما أفتى بذلك ديمولان في قضيه زوجين من جانيGANEY .

المبحث الثاني: موانع تطبيق القانون الأجنبي

بعد تناولنا في المبحث الأول من هذا الفصل تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط، أي القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية وكذا القانون الذي يحكم الشروط الشكلية و أخيرا تعرضنا إلى تحديد آثار الزواج المختلط.

[1]- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 175.

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

المطلب الأول: 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 و نخصص 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 الأول: مفهوم وخصائص النظام العام

أولا: تعريف النظام العام

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

ظهرت فكرة النظام العام لأول مره في الفقه القانون الدولي الخاص لدى الفقهاء الايطاليين، وعلى رأسهم الفقيه "بارتول" Bartol[1] وتحولت نظريته المسماة بفقه الأحوال 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].

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 50.

[2]- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار الهومة، الجزائر، طبعة 2001، ص 112.

وتعتبر هذه التفرقة نواة ظهور هذه الفكرة, و على الرغم من صعوبة إعطاء تعريف له إلا أن بعض الفقهاء حاولوا جاهدين إعطاء مفهوم له.

فقد عرفه الفقيه كابيتان Capitant بأنه:« مجموعة النظم والقواعد الوثيقة الصلة بمدينة بلد ما، والتي يتعين على قضائها تطبيقها بالأفضلية على أي قانون أجنبي ولو كان مختصا وفقا لقواعد الإسناد العادية».

و يرى الفقيه نيبوايي Niboyet بأن النظام العام لا يمكن أن يكون في كل دولة على حدى تشريعها، فالنظام العام في رأيه عبارة عن معاينة يتبين من خلالها سوء التعادل بين النظم المختلفة للدول.

وعليه تلخصت رؤية البعض للنظام العام على أنه: الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية 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 لنظام العام كالآتي: « النظام العام يرتبط بالمفهوم الواسع للرأي العام الفرنسي في عصر المعين».[2]

أما القوانين الوضعية، فاكتفت بالإشارة إليه فقط دون ذكر التعريف له، ففي القانون الكويتي نجد أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت هذه أحكامه مخالفة لنظام العام أو الآداب في الكويت، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي.[1]

[1]- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1977، 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 privant à chaque moment en France », cass, civ 22 Mars 1944, V. Loussouarn Yvon, Bourel et Piere, Op.cit, P 315.

وهو ما تكرر في القانون الجزائري[2] بنص المادة 24 المعدلة من القانون المدني الجزائري، هنا ترك المشرع سلطة تقديرية واسعة للقاضي، لتحديد مقتضيات وأسس النظام العام حسب مفاهيم نظامه القانوني.

ومما تجدر الإشارة إليه أن 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 تقرر مباشرة استبعاد القانون الأجنبي وتحل محلّه، بينما في الدفع بالنظام العام لابّد أولا أن تشير قاعدة التنازع إلى تحديد القانون الواجب التطبيق ومن ثم يتأكد القاضي من مدى ملائمة القانون الأجنبي المراد تطبيقه مع الأسس الجوهرية لدولة القاضي المعروض أمامه النزاع، و على القاضي أن ينظر في ملائمة القانون الأجنبي، بمعيار المجتمع الذي يعيش فيه وليس بمعياره الشخصي.

وعلى هذا الأساس، فالقوانين ذات التطبيق المباشر يتم تطبيقها دون المرور بمرحلة التنازع، أي يكون استبعادها مبكراً 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 التي يقوم عليها قانون قاضي الدعوى.

وبناءا على ما تقدم، تعتبر فكرة النظام العام استثناء عن تطبيقي قواعد تنازع والتي قد تشير إما إلى تطبيق القانون الوطني، أو إلى تطبيق القانون الأجنبي، و يثار مشكل الدفع

---

[1]- المادة 73 من القانون الخاص بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي.
www.jurispedia.org.

[2]- و جاء فيها 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 و الآداب العامة".

[3]- راجع المادة 05 قانون مدني جزائري تقابلها المادة 1/03 من القانون المدني الفرنسي.

بالنظام العام بشدة بالنسبة للدول التي تسند مسائل الأحوال الشخصية لضابط الجنسية، ولا يثار هذا الأخير بالنسبة للدول التي تأخذ بضابط الموطن (قانون القاضي).

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 التي 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 دائماً وطنياً ويحدد من طرف القاضي الوطني، ففي القانون الداخلي يستعمل الدفع بالنظام العام للحد من مبدأ سلطان الإرادة.

ويستعان بهذه الفكرة في مجال قانون 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 ثم يمكن تصور نظام عام دولي موحد[2].

ثانيا: خصائص النظام العام

نستنتج مما سبق أن خصائص النظام العام يمكن حصرها في ما يلي:

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

[1]- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 164.

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

[3]- صلاح الدين جما الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2004، ص 26.

- فكرة النظام العام مرنة و متطورة تختلف حسب الزمان والمكان، فمثلا نجد أن القضاء الفرنسي[1] في وقت سابق كان لا يجيز الطلاق، واليوم أصبح يجيزه بأسباب معينة، ويعتبر تعدد الزوجات في بعض الأنظمة القانونية مسموح به وفي البعض الآخر مخالفا لنظام العام.[2]
- فكرة النظام العام وقتية، وتكون العبرة في تقديم مقتضيات النظام العام بلحظة الفصل في الدعوى وليس وقت إنشاء المراكز القانونية، ويكون تقديره موضوعياً من طرف القاضي وليس شخصياً، وقد استقر الرأي على إخضاع تقدير القاضي أثناء الدفع بالنظام العام لرقابة محكمة النقض.[3]

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

الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام و الآثار المترتبة عليه

للتمسك بالنظام العام لابد من شروط لإعماله (أولا)، ثم بعد الدفع به قد تترتب عليه آثار قانونية (ثانيا).

أولا: شروط الدفع النظام العام

يشترط لذلك توافر الشروط التالية:

1- هو أن تشير إحدى قواعد التنازع الوطنية بتطبيق قانون أجنبي، أي أن يثبت الاختصاص لقانون أجنبي واجب التطبيق طبقا لقواعد التنازع في قانون دولة القاضي، أما إذا ثبت الاختصاص لقانون القاضي فلا داعي للدفع بالنظام العام، ولا يمكن أيضا الدفع به إذا

[1] - Cass. Req, 15 Novembre 1848, V. Batiffol Henri, la garde Paul, Op, cit, P 310.

[2] - زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 244.

[3] - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 195.

ثبت الاختصاص لقانون القاضي، باعتباره قانوناً إقليمياً بصفته قانون موقع المال أو بصفته من قوانين البوليس والأمن.

وإذا لم يكن القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختصاً حسب قاعدة التنازع الوطنية فلا داعي للتمسك بالنظام العام لاستبعاده من ميداني التطبيق.

ويكمن الهدف من الدفع بالنظام العام هو حماية الدولة من أخطار بعض الحالات التي تطبق فيها القوانين الأجنبية، فإذا لم تكن هناك قوانين أجنبية واجبة التطبيق، فالخطر ينعدم تماما ولا تدعوا الحاجة إلى اللجوء إلى استعمال الدفع بالنظام العام.

2- أن يتوافر مقتضي من مقتضيات النظام العام يستدعي الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي، وتقدير مدى توافر أو عدم توافر مثل هذه المقتضيات هو أمر متروك لقاضي الموضوع، نظراً لأن فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة وليس من السهل حصر المسائل التي تدخل في إطارها، فما يعتبر من النظام العام في بلد لا يعد كذلك في بلد آخر وما يعد من النظام العام في نفس البلد في فترة زمنية معينة لا يعتبر كذلك في فترة زمنية أخرى[1].

ثانيا: آثار الدفع بالنظام العام

يتدخل النظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الواجب تطبيقه في المرحلة القضائية كواحد من الدفوع التي يمكن إثارتها خلال الدعوى بقصد استبعاد تطبيق أحكامه.

ويمكن لأي طرف في الدعوى سواء كان مدعيا أم مدعى عليه أو متدخلا التمسك به وإثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ولو لم يسبق أن أثير أمام قضاة الموضوع.

ويترتب على هذا التدخل ومخالفة القانون الأجنبي للنظام العام أثران:

1-أثر سلبي وهو وجوب استبعاد القانون الأجنبي.

[1]- محمد السيد عرفة، المرجع السابق، ص 442.

2- أثر الايجابي وهو ثبوت الاختصاص لقانون القاضي.

1- الأثر السلبي واستبعاد القانون الأجنبي:

يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام في المنازعات الخاصة الدولية أثراً سلبياً وهو استبعاد القانون الواجب تطبيقه على النزاع، و لأجل ذلك وبحسب الحالات فقد يكون استبعاد القانون الأجنبي إما بصورة جزئية وهذا هو الغالب وإما بصورة كلية إذا توفرت بعض الشروط.

أ- الاستبعاد الجزئي:

يكون الاستبعاد جزئياً إذا كان الجزء المخالف للنظام العام لا يرتبط ارتباطاً وثيقاً ببقية أجزاء القانون الواجب التطبيق أي أن استبعاد هذا الجزء لا يحول دون تطبيق بقية الأحكام، فمثلا لو كان القانون الأجنبي الواجب تطبيقه على التركة تجيز التوارث مع اختلاف الدين بين المورث والوارث فإن مثل هذا النص يخالف النظام العام في لبنان وسوريا ويترتب على إعماله أمام المحاكم الوطنية استبعاد هذا النص لكن الأحكام الأخرى في هذا القانون الأجنبي المتعلقة مثلا بشرط الإرث ونصيب الورثة.... فتطبق على موضوع النزاع إذا كانت لا تتعارض مع النظام العام[1].

مادام أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق أصلا على النزاع بوصفه أكثر القوانين ملائمة للمسألة المعروضة فإن الأقرب إلى حكمة التشريع هو ألا تستبعد أحكامه إلا ما يتعارض فعلا مع مقتضيات النظام العام في دوله القاضي.

لكن وعلى العكس من ذلك فقد يصعب في بعض الحالات استبعاد جزئية القانون الأجنبي نظراً لارتباطها البنيوي الوثيق بباقي أحكام القانون مما يقتضي اللجوء إلى الاستبعاد الكلي.

[1]- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص تطور و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين – المعاهدات- التحكيم التجاري الدولي)، الطبعة الأولى، 2004، منشورات الحلبي الحقوقية فرع أول:- شارع القنطاري – مقابل السفارة الهندية، فرع ثان: سوديكو سكوير، بيروت – لبنان، ص 234 – 235.

ب- الاستبعاد الكلي:

قد يحدث أن يكون نص القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بمجموعة النصوص الأخرى في هذا القانون بحيث يصبح من المتعذر على القاضي أن يكتفي بالاستبعاد الجزئي لهذا النص وحده وتطبيق النصوص الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام في دولته، وفي هذه الحالة يتم استبعاد تطبيقه استبعاداً كلياً أي بمجمل أحكامه.

كما لو كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العقد يجيز هذا العقد استناداً إلى سبب معين وكان هذا السبب مخالفاً للنظام العام في بلد القاضي، ففي هذه الحالة إذا كان هذا السبب (مخالفا النظام العام) الأهمية بحيث يرتكز وجود العقد عليه، فإن تدخل النظام العام في مواجهة هذا السبب يؤدي بالضرورة إلى هدم العقد بكامله، ولو أن بقية جوانب العقد الأخرى تعتبر صحيحة في نظر القانون الواجب التطبيق على هذا العقد.

ويقرب هذا الحل مما جرى عليه القضاء في شأن العقود التي تتضمن شرطاً باطلاً، فقد استقر القضاء الفرنسي على حكم بإبطال العقد برمته إذا ما تضمن شرطا باطلا وكان هذا شرط جوهريا بحيث لا يستقيم العقد بدونه[1].

وإذا كان القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع يجيز الزواج مع اختلاف الدين وكان الزوج غير مسلم والزوجة مسلمة فإن إعمال نص هذا القانون الذي يقضي بصحة الزواج مع اختلاف الدين يصطدم مع النظام العام في (لبنان أو سوريا أو مصر والجزائر) وبناءً على ذلك يتوجب على القاضي عدم الأخذ به أي استبعاده من التطبيق وإعمال قانونه بدلا عنه مما يترتب على ذلك منع قيام الزوجية، مما يعني بالنتيجة استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع بأكمله أي بمجمل أحكامه وتطبيق قانون القاضي بدلا عنه، وهذا ما ندعوه بالأثر الايجابي للنظام العام.

[1]- سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 236.

ج- الأثر المخفف للنظام العام:

يفرق القضاء الفرنسي عادة عند إعمال فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بين الحالة التي يراد فيها إنشاء حق في دولة القاضي (فرنسا) وبين الحالة التي يراد التمسك فيها في فرنسا بآثار حق اكتسب في الخارج.

فإذا كان إنشاء الحق في دولة القاضي يتعارض مع النظام العام فيها فإن أثار هذا الحق قد لا تتعارض بالضرورة مع هذا النظام فيما إذا نشأ هذا الحق صحيحا في الخارج.

وبناءً على ذلك فقد حكم القضاء الفرنسي في الفترة السابقة سنه 1884 بجواز الاحتجاج في فرنسا بطلاق الأجانب الذي يتم في الخارج رغم أن إيقاع الطلاق كان يتعارض مع النظام العام فيها خلال هذه الفترة، وبالمثل فإن المحاكم الفرنسية لا تتردد الآن في الاعتراف بآثار الطلاق الواقع في الخارج ولو كان قد تم بناء على أسباب لا يقرها القانون الفرنسي، بينما لا تقر هذه المحاكم إيقاع الطلاق في فرنسا لأسباب مماثلة لتعارض ذلك مع اعتبارات النظام العام فيه[1].

ورغم اعتراف الفقه والقضاء بعد ذلك وفي عدة بلدان "بالأثر المخفف لنظام العام" في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج فإن ذلك لا يعني إهدار كل أثر لهذه الفكرة، إذ قد يتعارض نفاذ الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية مع اعتبارات النظام العام في فرنسا حتى على وجهها المخفف.

ولهذا حكم القضاء الفرنسي بعدم جواز الاحتجاج في فرنسا بحق الملكية على المنقول ولو كان هذا الحق قد اكتسب في الخارج وفقا للقانون الذي تشير قواعد التنازع الفرنسية باختصاصه (قانون الموقع) مادام انه قد تبين للمحكمة أن هذا القانون قد أجاز مبدأ نزع الملكية بدون تعويض.

[1]- سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 237.

وعليه بالأثر المخفف لنظام العام في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني بداهة إنكار كل اثر لنظام العام بوصفه صمام الأمان اللازم لحماية الأسس الجوهرية في المجتمع.

2- الأثر الايجابي لنظام العام وعودة الاختصاص لقانون القاضي:

إذا كان الأثر السلبي للنظام العام هو استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع وفقا لقواعد الإسناد الوطنية في حالة تعارضه معها، فهل معنى ذلك أن يبقى موضوع النزاع معلقاً بلا قانون يحكمه أو يتوقف القاضي عن السير في هذا النزاع؟.

وبكلام آخر إذا ما تم للقاضي استبعاد هذا القانون فهل يتوجب عليه بعد ذلك ولسّد الفراغ التشريعي أن يتجه للتفتيش عن قانون آخر للبث في النزاع؟.

لقد سارت بعض المحاكم في الدول الانجلوساكسونية في حال استبعاد القانون الأجنبي على إعلان عدم اختصاصها مستندة إلى نظرتها للنظام العام باعتباره مسألة إجراءات وليست مسألة موضوعية[1].

وفي مثل هذه الحالات كانت تكتفي المحاكم المذكورة باستبعاد أحكام القانون الأجنبي المخالف لنظام العام (الأثر السلبي فقط) وتحيل الخصوم إلى محكمة أخرى للنظر في النزاع.

رغم أن المشرع المصري قد اكتفى بإبراز الأثر السلبي في المادة 29 من القانون المدني وتأثر به بعض الفقه المصري واللبناني فإن هذا الاتجاه يوصل إلى نتائج لا يمكن التسليم بها لأنها تؤدي إلى إنكار العدالة، ولهذا في فإن غالبية الفقه والقضاء يسلم بضرورة تطبيق قانون آخر محل القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع والذي يغلب الرأي أيضا أنه قانون القاضي، وهذا ما يعبر عنه بالأثر الايجابي لنظام العام.

[1]- صادق هشام علي، المرجع السابق، ص 152.

المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون

رأينا أن كل قاعدة إسناد تسترشد بضابط معين يشير إلى القانون الواجب التطبيق، وهناك جانب من هذه الضوابط قابل للتغيير وفقا لإرادة الأفراد، ومن هنا فإن المتصور أن يعمد الشخص إلى تغيير ضابط الإسناد بمجرد التوصل إلى تطبيق قانون معين والتهرب بذلك من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا .

ولهذا فسنتعرض أولا إلى تعريف الغش نحو القانون ثم ظهور نظرية الغش نحو القانون بعد ذلك نوضح شروط التمسك بالغش نحو القانون ونطاقه وأخيرا جزاء الغش نحو القانون.

الفرع الأول: تعريفه

هو دفع يتم التمسك به في مواجهة الأشخاص لاستبعاد القانون الأجنبي الذي عمدوا إلى إخضاع تصرفهم إليه نتيجة خلق ظروف خاصة تسمح بذلك بدلاً من تطبيق القانون الأصلي، فيقصد بالغش نحو القانون "التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول بها إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه".[1]

و التحايل على القانون يمكن أن يتم في كافة فروع القانون المختلفة، ولكن تزداد أهميته في مادة تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، إذ يلجأ الأفراد إلى تغيير ضابط الإسناد للتهرب من الأحكام الآمرة أو الناهية في القانون الواجب التطبيق وإسناد علاقاتهم للقانون الآخر، فمعنى "التدبير الإرادي" هو أن الغش في طياته سوءا نية أي نية الغش، لكن إذا انتفت هذه النية فلا يقوم الغش نحو القانون، ويجب أن يكون هذا التدبير الإرادي منصبّاً على "وسائل مشروعة" ويقصد بها ضوابط الإسناد، فتغيير الشخص لجنسيته أو موطنه هو أمر مشروع في ذاته، ويهدف الأفراد من كل ذلك إلى تجنب الأحكام الآمرة أو الناهية في القانون الواجب التطبيق أصلا على النزاع.

[1]- محمد السيد عرفة، المرجع السابق، ص 451.

وكما سبق أن ذكرنا فإن ضوابط الإسناد متنوعة منها ما يتوقف على إرادة الأشخاص أي يستطيع الأفراد تغييرها بسهولة (فتسمى بالضوابط المتغيرة أو المتحركة)، وهي توجد عادة في مسائل الأحوال العينية مثل موقع المنقول، فإذا غيّر الأفراد من هذه الضوابط فسيترتب على ذلك تغيير في الاختصاص التشريعي أي إسناد العلاقة إلى قانون آخر غير قانون المختص أصلا، فمثلا إذا كان قانون جنسية الزوج لا يجيز الطلاق أو التطليق إلا بشروط مقيدة وصعبة فإن الزوج قد يغير جنسيته ويكتسب جنسية دولة جديدة يسمح له قانونها بالطلاق أو بالتطليق بشروط ميسرة وسهلة، فهنا لم يكن التغيير في ضابط الإسناد وهو الجنسية مقصوداً بذاته وإنما كان القصد الحقيقي وراءه هو التهرب من الأحكام الآمرة (عدم السماح بالطلاق أو بالتطليق إلا بشروط صعبة) في قانون الجنسية القديم[1].

فعندما يضع المشرع قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على المنازعة الخاصة الدولية فهو يراعي في ذلك المعاملات الدولية واعتبار العدالة، فيضع القاعدة مرنة تتفق مع حاجة المعاملات الدولية، و هو بذلك لا يقصد أن يضع تحت تصرف الأفراد أداة للتهرب من أحكام القانون، فإذا ثبت للقاضي الوطني أن الأفراد قد استعملوا الرخصة المقررة لهم (مثل تغيير الجنسية أو الموطن) للوصول إلى هدف غير مشروع فإنه يبطل عليهم تصرفهم بدفع يسمى بالدفع بالتحايل على القانون أو الدفع بالغش نحو القانون.

والواقع أن فكرة الغش نحو القانون كانت من بين الموضوعات التي أثارت جدلا في فقه القانون دولي الخاص وانقسم الرأي بشأنها ما بين مؤيد ومعارض، كما سنرى فيما بعد والرأي الراجح يذهب إلى أن هذه الفكرة يمكن إعمالها في مادة تنازع القوانين، خاصة وأن القضاء الفرنسي قد سبق له أن طبقها.

هذا وقد عرفت نظرية الغش نحو القانون في جل الأنظمة القانونية المعاصرة، فقد استقرّ عليها القضاء الفرنسي منذ حكم محكمة النقض في قضية الأميرة دي بوفورمون، كما نص

[1]- محمد السيد عرفة، المرجع نفسه، ص 451- 452.

عليها القانون السويسري "المادة 15 من القانون الدولي الخاص لسنة 1878"، ومشروع تعديل القانون المدني الفرنسي "المادة 57 منه التي تقضي:« لا يجوز التمسك بمركز قانوني نشأ طبقا لقانون أجنبي لم ينعقد اختصاصه إلا غشّاً نحو القانون الفرنسي» وقانون مقاطعة كيبيك "المادة 3082 من القانون المدني لسنة 1991" والقانون المكسيكي "المادة 15 فقرة 01 من القانون المدني المعدل في 1987" والقانون الاسباني "المادة 12 فقرة 04 القانون المدني المعدل في 1974" والقانون الروماني "المادة 18 من مجموعة القانون الدولي الخاص لسنة 1992"، والقانون اليوغسلافي سابقا "المادة 05 من القانون الدولي الخاص لسنة 1983"، والقانون المجري "المادة 08 من مجموعة القانون الدولي الخاص سنة 1979."[1]

كما أخذ بالغش نحو القانون القضاء في بلجيكا وايطاليا، أما في ألمانيا فلا يزال الفقه والقضاء متردّدان وأكثر تضييقا للأخذ به.

وفي المقابل لم يعتد بالغش نحو القانون القانون الأرجنتيني "المادة 99 مدني" وهي تنص:« يسري على الزواج قانون محله إبرامه حتى ولو كان الزوجان قد تركا موطنهما بقصد تجنب أحكام الشكل المقررة في قانونه»، والقانون الأمريكي "المادة 129 من المدونة الأمريكية" وهي تقضي:« إذا استوفى الزواج الشروط التي يستلزمها قانون محل إبرامه كان صحيحا في كل مكان حتى ولو كان الزوجان قد أبرما الزواج في المحل بقصد تجنب الأحكام التي سيلزمها قانون موطنهم».

وفي الدول العربية، بالرغم من عدم النص على الغش نحو القانون في كل القوانين العربية باستثناء القانون التونسي والقانون الجزائري، فإن القضاء والفقه مستقران على استبعاد القانون المختص بواسطة الغش، ولعلّ الأساس القانوني لذلك هو أحكام القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية بوصفها مصدراً للقوانين العربية.

[1]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 289.

أما القانون الجزائري فقد نصت المادة 24 مدني المعدلة بقانون 20 جوان 2005 على أنه:« لا يجوز... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون».

كذلك نص الفصل 30 فقرة 02 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998 أنه:« إذا توافرت شروط التحايل على القانون فلا عبرة بتغيير عنصر الإسناد».

هذا ونشير إلى أن تغيير الديانة في الدول العربية والإسلامية من غير الإسلام إلى الإسلام لا يشكل غشاً نحو القانون، وذلك لأن الدين الإسلامي في تلك الدول من النظام العام، وأنه يكفي النطق بالشهادتين ليصبح الشخص مسلماً ولا يجوز للقضاء البحث ما إذا حصل اعتناق الإسلام عن قناعة أو أن هناك دوافع أخرى كاملة وراء تغيير الشخص دينه إلى الإسلام، بل ويجوز ذلك ولو كان الشخص يرغب في تحقيق مكاسب معينة[1].

الفرع الثاني: نشأة نظرية الغش نحو القانون

ظهرت نظرية الغش نحو القانون لأول مرة في القضاء الفرنسي "القرن التاسع عشر" مع أن فكرة التحايل على القانون عرفت في ظلّ تنازع الأحوال في فرنسا وطبّقها أيضا فقهاء المدرسة الهولندية منذ القرن السابع عشر إذ استثنوا من تطبيق القاعدة التي تقضي بإخضاع أهلية الموصي للإيصاء لقانون محل إبرام الوصية إذا كان الموصي انتقل إلى محل الإبرام بقصد التهرب من أحكام قانونه الشخصي الذي لا يعتبره أهلا للإيصاء.

ففي أواخر القرن التاسع عشر ظهرت نظرية الغش نحو القانون أمام القضاء الفرنسي بمناسبة قضية شهيرة في الفقه القانون الدولي الخاص هي قضيه الأميرة " دي بوفورمون".

... وتتلخص وقائع هذه القضية في أن سيدة بلجيكية الأصل تزوجت من الأمير الفرنسي " دي بوفورمون" واكتسبت بناءً على ذلك الجنسية الفرنسية، وعندما أرادت الطلاق منه وقفت أحكام القانون الفرنسي الذي لم يكن يسمح بالطلاق يومذاك دونها وتحقيق هذه الرغبة.

[1]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 290.

ولقد لجأت الزوجة المذكورة إلى التجنس بجنسية أحد الدويلات الألمانية التي تسمح بالطلاق، واستطاعت بعدها أن تحصل على الطلاق من زوجها الأمير الفرنسي "دي بوفرمون"، ثم تزوجت من أمير روماني يدعى "بيبسكو" فاكتسبت جنسيته وأقامت معه في فرنسا[1].

لكن الزوج الأول أقام دعوى أمام القضاء الفرنسي طالب فيها ببطلان الزواج الثاني بناءا على أن تجنس الزوجة كان يهدف إلى الغش نحو القانون وبالتالي لا يعتبر الطلاق صحيحاً واعتبر الزواج الأول لا يزال قائماً.

وقررت محكمة النقض الفرنسية لصالح الزوج الأول "دي بوفرمون" وقضت ببطلان الطلاق، وبنت حكمها على أساس أن تغيير الجنسية وان كان عملاً مشروعاً إلا أنه قصد منه التحايل على القانون الفرنسي والهروب من أحكامه التي تمنع وصول إلى تطبيق القانون الألماني الذي يسمح به.

وبناءً على ذلك استبعدت هذا القانون وطبقت القانون الفرنسي على النزاع الذي كان يقضي ببطلان الطلاق وبالتالي بطلان كافة الآثار المترتبة عليه.

ورغم كل ما أثاره قرار محكمة النقض الفرنسية من ردود فعل متباينة و النقد الذي وجه لإعمال فكرة الغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص إلا أن القضاء الفرنسي استقر على الأخذ بها وكذلك وجدت مكاناً في قوانين وقضاء بعض الدول الأخرى.

وفي قرار أحدث اعتبرت إحدى المحاكم الاستئنافية في فرنسا "قرار محكمة أكس أون بروقاس تاريخ 21-01- 1991" بأن انتقال فرنسيين إلى إسرائيل للزواج في حين أنهما لا يمكنهما ذلك الزواج في فرنسا يشكل تحايلا على القانون.[2]

[1]- سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 183.

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

وفي وقت لا تخضع فيه نظرية الغش نحو القانون لأي تنظيم تشريعي في لبنان وسوريا ومصر فإن الفقه في هذه البلدان لا يرى مانعاً دون إعمالها من قبل القضاء في مواجهة تصرفات الأفراد الرامية إلى الإفلات من أحكام القوانين الوطنية و الأجنبية طالما أن قضاء هذه الدول سبق و أعمل فكرة التحايل في مجال العلاقات الداخلية[1].

الفرع الثالث: أساس وشروط الدفع بالغش نحو القانون

رغم اتفاق الفقهاء على ضرورة إعمال هذه النظرية و على شروط تحققها لكنهم اختلفوا حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه.

أولا: أساس نظرية الغش نحو القانون

يجد بعض الفقهاء في فكرة الغش نحو القانون مظهراً من مظاهر فكرة النظام العام والبعض الآخر يرى لها مفهوماً مستقلاً ولكنه يقترب من النظام العام إلى حد كبير.

ففي الوقت الذي تتشابه النتيجة التي يؤدي إليها كل من الدفع بالنظام العام والدفع بنظرية الغش نحو القانون أي استبعاد القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد نلاحظ وجود اختلاف واضح بينهما.

ففي حين يؤخذ بالاعتبار عند إعمال الدفع بالنظام العام مضمون القانون الأجنبي فإنه عند إعمال الدفع بالغش تؤخذ مقاصد ذوي المصلحة وأعمالهم، ومن جهة أخرى فإذا كان الدفع بالنظام العام يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص فإن الدفع بالغش يؤدي على العكس إلى المحافظة على القانون المختص الذي أراد الأفراد استبعاده.

وهذا القانون يمكن أن يكون وطنياً أو أجنبياً بخلاف حالات تدخل النظام العام التي تقتصر على حماية المصالح الوطنية.

[1]- سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 184.

ولهذا يرى معظم الفقهاء بناء فكرة الغش على أساس التعسف في استعمال الحق لأن التحايل على القانون هو في حقيقة الأمر انحرافاً بالحقوق عن غرضها العادي والمشروع وينطوي مفهومه بالشكل أساسي على فكرة الباعث غير المشروع.

مع ذلك فهو يتميز عن التعسف في كون ضرره يتعدى الأفراد ليطال المصلحة العامة، حيث يتمثل هذا الضرر بالانحراف بقواعد الإسناد عن غاية وجودها وصور الاعتبارات التي تقوم عليها[1].

ثانيا: شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط لإمكان الدفع بالغش شرطان، شرط مادي هو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد، وشرط معنوي هو توافر نية التحايل أو الغش نحو القانون.

1- إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد:

يشترط القضاء الفرنسي لإمكان الدفع بالغش نحو القانون إن يتوافر العنصر المادي في الغش، وهو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد ويكون ذلك بتغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول على النحو الذي رأيناه..

ويشترط أن يكون التغيير فعليا، إذ لو كان تغيير ضابط الإسناد صوريا، لما كنا في حاجة إلى إعمال الدفع بالغش نحو القانون، إذ يكفي في هذا الغرض التمسك بأحكام الصورية لإهدار كل أثر لهذا التغيير، فإذا غير الشخص من موطنه تغييرا صورياً فإن العبرة في هذه الحالة الموطن الحقيقي.

ومن جهة أخرى فإنه يشترط أن يكون التغيير مشروعا، و لعلّ هنا هو وجه الطّرافة في الغش، إذ لو كانت الوسيلة المستخدمة في التغيير غير مشروعة كأن يتم تغيير الجنسية عن

[1]- سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 185- 186.

طريق الغش في أحكام قانون الجنسية، فإنه لا يجوز الاعتداد في هذه الحالة بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش، وتكون العبرة بالجنسية الأولى.

ففي مثل هذا الغرض لا حاجة لنا بنظرية الغش نحو القانون على أساس أنه يكفي لتلافي النتيجة التي يهدف إليها الشخص إن يثبت لنا أن الوسيلة المستخدمة غير مشروعة في ذاتها، أما لو كانت الوسيلة المستخدمة مشروعة فهنا تكمن الخطورة[1].

إذ يهدف الشخص من وراء استخدام هذه الوسيلة المشروعة إلى التوصل إلى نتيجة غير مشروعة، فالدفع بالغش نحو القانون لا يتأتى إلا في الأحوال التي ينعدم فيها وجود جزاء آخر يمكن عن طريقه تلافي النتيجة غير المشروعة التي يسعى الشخص إلى تحقيقها.

2- نية التحايل أو الغش نحو القانون:

لا يكفي أن يكون تغيير ضابط الإسناد فعلياً ومشروعاً، بل يتعين بداهة أن يهدف من وراء هذا التغيير إلى الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا، وهذا هو العنصر المعنوي في الغش، أي نية التحايل أو الغش نحو القانون.

ويترتب على الغش نحو القانون عادة أضرار بمصالح مشروعة للغير، فتجنس الأميرة دي بوفرمون الألمانية بقصد الإفلات من حكم قانون جنسيتها الأولى الذي يحضر الطلاق قد ترتب عليه بالفعل تمكنها من الحصول على الطلاق ثم زواجها بزوج آخر، وهو ما يشكل لا شك إضرارا بمصالح الزوج الأول الذي لم يتردد نتيجة لذلك في المطالبة أمام القضاء الفرنسي ببطلان الزواج الثاني.

ولعل هذه الحقيقة هي التي دفعت البعض إلى تعليق توافر أركان الغش على شرط تحقيق النتيجة غير المشروعة التي يسعى إليها مرتكب الغش، بوصفه شرط منفصل عن مجرد نية التحايل على القانون.[1]

[1]- صادق هشام علي، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 214.

فيجب أن يكون تغيير ضابط الإسناد قد تم بهدف الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا، أي أن يكون تجنب الأحكام الآمرة في هذا القانون هو الباعث الدافع إلى تغيير القانون الواجب التطبيق.

وعلى العكس إذا ثبت للقاضي أن الشخص قام بتغيير جنسيته ولم يهدف من وراء ذلك إلى التهرب من أحكام القانون الأول، وإنما ثبت خضوعه لقانون الجنسية الجديدة كأثر عرضي لتغيير الجنسية فلا مجال للدفع بالغش نحو القانون لعدم توافر النية[2].

ومما لا شك فيه أن البحث في البواعث والنوايا هو أمر صعب في كثير من الأحيان وهو من الأمور التي تترك لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض، ويستطيع أن يستخلصها من ظروف الدعوى.

وقد استخلص القضاء عدة قرائن يستطيع أن يستعين بها القاضي في استظهاره نية الغش منها:

أ- حالة التلازم الزمني بين تغيير ضابط الإسناد وبين القيام بالتصرف المراد تطبيق القانون الجديد عليه،مثال ذلك قضية الأميرة دي بوفرمون استخلصت محكمة النقض الفرنسية أن هناك تلازما زمنيا بين تجنس الأميرة بالجنسية الجديدة وطلاقها من الأمير الفرنسي مما يدل على نية الغش لديها.

ب-إذا كان القانون الجديد الذي يسعى الأفراد إلى تطبيق أحكامه يعطي تسهيلات استثنائية بالمقارنة بالقانون الواجب التطبيق حسب الأصل، مثال ذلك إذا كان يجيز الطلاق لأي سبب كالقانون المكسيكي مثلا يجيز التطليق سواء كان طالب التطليق مقيما بالدولة أم حضر إليها بصفة خاصة بهدف الحصول على التطليق.

---

[1]- صادق هشام علي، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 215.

[2]- محمد السيد عرفة، المرجع السابق، ص 454.

وفي قضية "دي بوفرمون" كان قانون الدولة الألمانية التي تجنست الأميرة بجنسيتها يجيز التطليق بعكس القانون الفرنسي الذي كان يمنع التطليق.[1]

الفرع الرابع: نطاق الدفع بالغش نحو القانون

يثير الفقهاء ثلاثة مساءل فيما يتعلق بتحديد نطاق أو مجال إعمال الدفع بالغش نحو القانون:

أولا: هل يقتصر الدفع بالغش في حالات التهرب من قانون القاضي فقط؟ أم يمكن أن يمتد ذلك النطاق فيشمل أيضا حاله التهرب من أحكام القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية؟[2].

ذهب فريق من الفقه والقضاء إلى قصر مجال إعمال الدفع بالغش نحو القانون على حالة التهرب من الأحكام الآمرة في قانون القاضي فقط دون أحكام القانون الأجنبي.

وحجة هذا الرأي هي أن وظيفة القاضي الوطني تقتصر على إلزام الأفراد باحترام القواعد الآمرة في القانون الوطني ومنع مخالفتها أو التهرب منها، ولا يدخل في وظيفته هذه منع التهرب من الأحكام الآمرة في القوانين الأجنبية، فضلا عن ذلك فإن التهرب من الأحكام الآمرة في قانون القاضي هو الذي يمس المصالح العامة في دولة القاضي و يبرر بالتالي الأخذ بنظرية الغش نحو القانون.

ولكن الرأي الراجح يذهب إلى أنه يمكن الأخذ بالدفع بالغش نحو القانون سواء كان القصد هو منع التهرب من الأحكام الآمرة في قانون القاضي أو في قانون أجنبي آخر، وحجة هذا الرأي أن الدفع بالغش نحو القانون يستند إلى اعتبارات خلقية و أدبية، فأساس نظرية الغش

[1]- المرجع نفسه، ص 455.

[2]- محمد السيد عرفة، المرجع السابق، ص 455.

نحو القانون هو مطاردة الغش مهما كانت الغاية منه، أي بغض النظر عن القانون الذي أراد الأفراد التهرب من أحكامه "سواء كان هو قانون القاضي أو أي قانون أجنبي أخر".

فضلا عن ذلك فإن مبدأ التعاون بين الدول يفوض على كل دولة العمل على احترام قوانين الدول الأخرى.

يضاف إلى كل ذلك أن التحايل على القواعد الآمرة في القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، هو في حقيقته تحايلاً على أحكام القانون الوطني ذاته[1].

ثانيا: هل يقتصر الدفع بالغش على حالات التهرب من القواعد الآمرة أم يمتد إلى حالات التهرب من القواعد المكملة؟

1 - يذهب فريق من الفقهاء إلى حصر نطاق إعمال الدفع بالغش نحو القانون على الحالات التي يهدف فيها الأفراد إلى التحايل نحو القواعد القانونية الآمرة في القانون المختص سواء كان وطنيا أم أجنبيا.

2 - لكن الرأي الراجح يذهب إلى أن الدفع بالغش يتصور حتى في حالة التهرب من القواعد المكملة في القانون المختص.

الفرع الخامس: جزاء الغش نحو القانون

أولا: موقف الفقه

اختلف الفقه أيضا فيما يترتب على الغش نحو القانون من جزاء، فبعض الفقهاء يرى أنه يجب حرمان التصرف المشوب بهذا العيب من أي أثر قانوني واعتباره باطلا كله، سواء في الوسيلة أو في الغاية، فإذا كان التجنس قد تم غشاً نحو القانون للوصول إلى التطبيق فإن التجنس يكون باطلا والتالي يبطل التطليق، ومن هذا الرأي الأستاذ بيجونيير وفريق آخر من

[1]- محمد السيد عرفة، المرجع السابق، ص 456.

الفقه ومنهم نبواييه، يرى أن يقتصر الجزاء على عدم الاحتجاج L'inopposabilité بالأثر الذي أراد ذو الشأن الغش من أجله، والظاهر أن محكمة النقض الفرنسية من هذا الرأي فقد اقتصرت في حكمها في قضية مدام دي بوفرمون على اعتبار تطليقها عديم الأثر inopposable في فرنسا ولم تحكم ببطلان تجنسها الألمانية، وحجة من يرى أن يمتد الجزائر إلى التصرف كله وسيلة وغاية أن الآثار الأخرى المترتبة على التصرف، فيما عدا الأثر الذي ارتكب الغش من أجله، لا أهمية لها عند من ارتكب الغش، وكل ما يعنيه هو الأثر الذي ارتكب الغش من أجله، فلماذا تفرض عليه آثار لم يبحث عنها؟، فمثلا إذا اعتبر تطليق مدام دي بوفرمون عديم الأثر في فرنسا فقد انهار كل ما كانت تبغيه من وراء التجنس بالجنسية الألمانية ولا يهمها بعد ذلك ما يترتب على هذه الجنسية من آثار قانونية في اعتبارها[1].

وقد رأى الفقيه الفرنسي باتيفول أن يميز بين فرضين:

الفرض الأول:

أن يقع الغش نحو القانون في تصرف قانوني مثل التجنس وهنا تندمج الغاية في الوسيلة ويجب عدم الاعتراف بأي أثر لا للغاية ولا للوسيلة إذ لا يمكن فصلهما.

الفرض الثاني: أن يقع الغش نحو القانون في عمل المادي مثل النقل المنقول تهربا من القانون الواجب التطبيق، وفي هذه يقتصر الجزاء على اعتبار الغاية غير المشروعة عديمة الأثر في دولة القاضي دون أن يمتد الجزاء إلى غير ذلك من الآثار.

فمثلا لو أتلف هذا المنقول في البلد الذي انتقل إليه فلا يجوز أن تخضع المسؤولية عن تلفه للقانون الذي ارتكب الغش نحو القانون لأنه انتقل من دائرة سلطانه، ويجب أن تخضع هذه المسؤولية لقانون الدولة التي انتقل إلى إقليمها اعترافا بالواقع فعلا.

[1]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 164 – 165.

ويميل الفقه المصري في غالبيته إلى تأييد نظرية الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، ويستند في ذلك إلى نفس المبررات التي قال بها الفقيه الفرنسي والتي سبق عرضها[1].

ثانيا: موقف القضاء

لقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية الرابطة الزوجية التي يغيب فيها قصد الزواج الحقيقي من قبل الزوجين معاً زواجاً باطلاً وهو ما يعرف بالزواج الأبيض وأيضا قضت بعدم صحة الزواج الذي يغيب فيه قصد إنشاء رابطة زوجية[2] حقيقية من قبل الزوج الأجنبي وهو ما يعرف بالزواج الرمادي.

ويلاحظ أن محكمة النقض المصرية لم تقضي بأي جزاء في حالة تغيير الدين إلى الإسلام، بينما قضت المحاكم في سوريا ولبنان وتونس والمغرب بالغش نحو القانون وبطلان التغيير[3].

أما عندنا في الجزائر وان كان يجوز للجزائر الزواج بأجنبية، ويجوز للجزائرية الزواج من أجنبي، فإنه في حالة وجود تحايل على القانون كما لو ثبت أن الغرض من هذا الزواج هو الحصول على الإقامة أو على الجنسية الجزائرية أي اللجوء قصدا إلى ما يعرف باسم "الزواج الأبيض"، فإن المشرع الجزائري قد عاقب على هذا التحايل حيث نص في المادة 48 من قانون تنظيم دخول و إقامة وتنقل الأجانب في الجزائر على أنه « يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى خمس (05) سنوات وبغرامه مالية من 50.000 دج إلى 500.000دج القيام بعقد زواج مختلط فقط من أجل الحصول على بطاقة المقيم أو جعل الغير يحصل عليها أو فقط من أجل اكتساب الجنسية الجزائرية أو جعل الغير يكتسبها.

[1]- محمد السيد عرفة، المرجع السابق، ص 409.

[2]- شبور نورية، الزواج المختلط و تأثيره على حالة الزوجين –دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد –تلمسان- 2017، ص 125.

[3]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 165.

ويعاقب بنفس العقوبات قيام أجنبي بعقد الزواج مع أجنبية مقيمة للغايات نفسها، عندما ترتكب المخالفة من طرف جماعة منظمة تكون عقوبتها الحبس لمدة 10 سنوات وغرامة من 500.000دج إلى 2000.000دج ويتعرض كذلك مرتكب المخالفة لمصادرة كل ممتلكاتهم أو جزء منها».[1]

[1]- شبور نورية، المرجع السابق، ص 124.

خلاصة الفصل الأول:

يستخلص مما سبق أن الزواج المختلط الذي يشتمل على عنصر أجنبي لابد أن تتوافر فيه شروط موضوعية وشروط الشكلية وهذه الأخيرة يثار بشأنها إشكالية تنازع القوانين الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، حيث نجد أن المشرع الجزائري قد أخضع الشروط الموضوعية للخطبة إلى قانون جنسية الطرفين -الخاطب والمخطوبة- وبالنسبة لي شروط الشكلية للخطبة نرى قياساً على ما هو مقرر في شأن الزواج فتم إخضاعها لقانون محل إجرائها أو لقانون موطنهما المشترك إن اتحدا موطنا، أو لقانون جنسيتهما المشتركة، وعن آثار الخطبة فهي تخضع كما رأينا إلى قانون الخاطب وقت الخطبة، قياساً على ما هو مقرر في خصوص الزواج من خضوع آثاره لقانون جنسية الزوج وقت الزواج.

أما فيما يخص الزواج فقد أورد المشرع الجزائري قاعدة عامة في المادة 11 من القانون المدني وهي خضوع الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج إلى القانون الوطني لكل من الزوجين، وهذه القاعدة تعرف استثناءً ورد في نص المادة 13 مدني المتمثل في خضوع الشروط الموضوعية للزواج إلى القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام العقد.

هذا عن الشروط الموضوعية أما الشروط الشكلية فنجد أن المشرع الجزائري قد أخضعها إما لقانون المكان الذي تمت فيه أو للقانون الوطني للزوجين، أو لقانون موطنهما المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية وكل ذلك في المادة 19 مدني.

أما عن آثار الزواج المختلط فقد أخضعها المشرع الجزائري لذات القانون الواجب التطبيق قاعدة واستثناءا، هذا عن الإشكالية الأولى والحلول المعتمدة بشأنها، أما الإشكالية الثانية في ظل تنازع القوانين فهي موانع تطبيق القانون الأجنبي أين لا يطبق هذا الأخير الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية لسببين الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون، ولحل

هذه الإشكالية ينبغي التحقيق في مدى توافر الأسباب المؤدية إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي على العلاقة القانونية.

إن الطلاق في القانون الدولي الخاص يثير صعوبات في مجال الاختصاص القضائي نظرا لتنازع الجهات القضائية بين دولتين أو أكثر لحكم هذه العلاقة، ويعتبر تعيين الجهة القضائية المختصة في النزاع متعلق بالطلاق و آثاره من المسائل الأولية التي تعين على القاضي الفصل فيها قبل تحديد القانون الواجب التطبيق، ونظم القانون الجزائري اختصاص الجهة القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ينتج عن ذلك إصدار أحكام وطنية واجبة التطبيق في الدولة الأجنبية، وهنا يثار مشكل تنفيذ الأحكام الأجنبية في الدول غير المسلمة، لأن الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج غير معترف به في الدول الغربية، ولإعطاء الأمر بتنفيذ الأحكام الصادرة خارج الجزائر اعتمد القضاء نظام المراقبة، الذي يعني مراقبة القاضي لمدى توفر الحكم الأجنبي على شروط التنفيذ، ومن أهم الوسائل المعاصرة البديلة للقضاء في حل المنازعات نظام التحكيم الذي أصبح اللجوء إليه متداولا في جميع المجالات سواء الاجتماعية أو الاقتصادية.

ومما سبق ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين الأول تحت عنوان تحديد القانون الواجب التطبيق على الطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائري، أما الثاني فكان تحت عنوان آليات حل منازعات الطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائري.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على الطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائري

الزواج مثله مثل كل العقود والعلاقات القانونية يبدأ وينتهي، بحيث ينقضي الزواج بطريقة طبيعية كالوفاة، أو بطريقة كالطلاق أو التطليق أو الخلع لذلك سنتناول صور فك الرابطة الزوجية (المطلب الأول) ثم سنتطرق إلى قواعد التنازع التي تحكم انحلاله (المطلب الثاني) ثم بعد ذلك نخصص (المطلب الثالث) للآثار الناتجة عن فك الرابطة الزوجية.

المطلب الأول: صور فك الرابطة الزوجية

تختلف صور فك الرابطة الزوجية باختلاف المعتقدات الدينية لدى المجتمعات لذلك نرى بأن التشريعات لا تجمع على نفس المفهوم لمسألة انحلال الزواج، بحيث نجد اختلاف صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة العربية (الفرع الأول)، تختلف عن صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة الغربية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة العربية

ترى الشريعة الإسلامية بأن الزواج ليس برابطة للأبدية وهذا ما جاءت به القوانين المستمدة أنظمتها من الشريعة الإسلامية، لذلك يجوز إنهاء الزواج بالإرادة المنفردة للزوج، وهذا من يسمى بالطلاق وقد أقرته الشريعة الإسلامية كحق للزوج لإيقاع الطلاق من دون تدخل أي سلطة أخرى لفك الرابطة الزوجية.

وتوجد صورة أخرى وهي الطلاق بالتراضي ويقصد بهذه الصورة أن كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن استمراريتها أصبحت من المستحيل لأي سبب من الأسباب أو لأي ظرف من الظروف تجعل أحدهما أو كلاهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق.

إلى جانب هاتين الصورتين المذكورتين يوجد ما يسمى بالتطليق فهو صورة من صور الطلاق فهو يعتبر الوسيلة التي تلجأ اليها الزوجة للفك الرابطة الزوجية، والتطبيق يؤسس على الضرر منصوص عليه في القانون الجزائري، وذلك في نص المادة 53 قانون الأسرة التي تجيز للزوجة طلب التطبيق لعدة أسباب: كعدم الإنفاق، والعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف

من الزواج، والهجر في المضجع فوق أربعة اشهر، و مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج...الخ[1].

يجب التمييز بين حالات الزواج طلاقاً أو تطليقاً، وبين إبطال الزواج فدعوى الإبطال ترمي إلى إنهاء الزواج ظاهريا لكنه غير مستوفي لجميع شروط قيامه، أما الطلاق فهو إنهاء زواج صحيح، فالتمييز بين الطلاق وبطلان الزواج له آثار قانونية مهمة لاسيما في موضوع الالتزامات التي تنشأ عن كل واحد منهما، إذ في حالة الطلاق يمكن الحكم على الزوج بالنفقة على الزوجة، وهو غير ممكن في حالة الحكم ببطلان الزواج.

وهناك صورة أخرى لإنهاء الزواج وهي طريقة طبيعية كوفاة أحد الطرفين الزوج أو الزوجة، وتوجد صورة أخرى وهو الخلع فهو غير معروف في الأنظمة الغربية، فالخلع يعتبر وسيلة في يد الزوجة لفك الرابطة الزوجية لكنه لا يكون بسبب أي ضرر من طرف الزوج لها إنما بمجرد بغضها له.

لذلك فإن الأنظمة العربية تسمح حسب ما جاءت به الشريعة الإسلامية، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الطلاق بالتراضي بين الزوجين أو الخلع أو عن طريق التطليق من قبل الزوجة وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري.[2]

الفرع الثاني: صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة الغربية

ترى الطوائف المسيحية وخاصة الكاثوليكية بأن رابطة الزواج رابطة أبدية لا تنحل إلا بالوفاة، بحيث نجد في الأنظمة الغربية ما يسمى بالطلاق والتطليق بالإضافة إلى نوع آخر غير معروف لدى التشريعات الإسلامية فهو يسمى بالانفصال الجسماني أو التفريق البدني، فهو عبارة عن مباعدة مادية بين الزوجين دون حل رابطة الزواج في الحال، ولكنه قد يكون

[1]- مرزوق تاسعديث، بوسحساح زهرة، الزواج المختلط في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون الأسرة، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 30 ماي 2016، ص 37.

[2]- مرزوق تاسعديث، بوسحساح زهرة، المرجع نفسه، ص 38.

سبب للطلاق إذا استمر مدة معينة،غير أن هذه الطريقة ليست دائما تؤدي إلى حل الرابطة الزوجية فقد يعود الزوجان إلى ما كان عليه من قبل إنهاء فترة التفريق الجسماني.

و قد لا يعودان إلى ذلك ويتحول هذا الانفصال إلى انحلال بصفة نهائية عن طريق القضاء وكيّفت بعض التشريعات مسألة الانفصال الجسماني، على أنه إجراء وحيد لتراخي الرابطة الزوجية تدريجيا، أي أن تنقضي نهائياً بوفاة أحد الزوجين وهذا هو حكم التشريعات التي تحظر الطلاق، ومنها ما تعتبره بمثابة إجراء وقائي يقصد به محاولة الإبقاء على الرابطة الزوجية والتريث في الحكم بالتطليق[1].

المطلب الثاني: قواعد الإسناد التي تحكم انحلال الزواج

نظم المشرع الجزائري الطلاق الذي يكون أحد طرفيه أو كليهما أجنبيا نتيجة للصعوبات التي تواجه القاضي عند النظر فيه بسبب تزاحم قوانين بحكم هذه العلاقة، فقاعدة الإسناد التي حددها في المادة 12 من القانون المدني وهي ضابط القانون الوطني للزوج هو الذي يعتمد عليه المشرع للوصول إلى القانون الواجب تطبيق على الطلاق (الفرع الأول) ووضع قاعدة إسناد تحكم حالة متعدد ومنعدم الجنسية وهذا كله يمر أولا على مرحلة التكييف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم ضابط القانون الوطني للزوج

حدد المشرع الجزائري القانون الواجب التطبيق على الطلاق بنص المادة الثانية عشر من القانون المدني، وهو القانون الوطني للزوج إذ بيّن مجال تطبيقه وتعرض هذا الضابط إلى انتقادات ووضع له استثناءات، كلها تعرض في ما يلي:

[1]- درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج و انحلاله (دراسة مقارنة)، دفاتر السياسة و القانون، العدد الرابع، دامعة مولاي الطاهر، سعيدة، جانفي 2011، ص 42.

أولا: تعريف القانون الوطني للزوج

جاء في نص المادة 12 الفقرة الثانية من ق. م: « يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى»، لقد أخضع المشرع جزائري الطلاق كقاعدة عامة إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وفقا للمادة المذكورة أعلاه، و القانون الوطني للزوج والضبط الإسناد الذي تم الاعتماد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على الطلاق الذي يكون فيه عنصر أجنبي، وضابط الإسناد باعتباره أداة فنية للربط بين موضوع القاعدة والقانون المسند إليه، يتم تحديده من خلال العنصر الذي يمثل ثقل العلاقة القانونية ذات الصبغة القانونية محل البحث، وبما أن عنصر الأطراف يعد العنصر الأساسي في المسائل الشخصية التي تندرج ضمن مسألة انحلال الرابطة الزوجية[1] فقد تم الاستعانة به لتحديد القانون الواجب التطبيق.

لما صنف المشرع المسائل القانونية المشتملة على عنصر أجنبي إلى فئات مسندة، قام بإسناد كل فئة منها إلى قانون معين عن طريق أداة هي ضابط الإسناد الذي ربط به بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه، يقصد بالقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج هو قانون جنسيته بمعنى القانون الشخصي للزوج وقت رفع الدعوى، ويشترط لتطبيق القانون الوطني للزوج:

- أن تكون لدى الزوج الجنسية.
- أن ينتمي لهذا القانون وقت رفع الدعوى.

من خلال نص المادة الثانية عشر الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري، يتضح أنه وضع ضابط إسناد وحيد لانحلال الزواج سواء بالطلاق التعسفي أو بالتراضي، وبالنسبة للقوانين العربية فقد ميزت معظمها بين الطلاق والتطليق وأخضعت كل مسألة لقانون جنسية

[1]- إبراهيم بخوش، القانون الواجب التطبيق على الطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائري، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، شعبة الحقوق، تخصص: قانون دولي خاص، جامعة العربي بن مهيدي –أم البواقي-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016، ص 11.

الزوج في وقتين مختلفين، حيث أسندت الطلاق بالإرادة المنفردة لقانونه عند النطق به، أما التطليق لقانونه عند رفع الدعوى، أما التطليق لقانونه عند رفع الدعوى، فقد ورد في نص المادة الثالثة عشر الفقرة الثانية من القانون المصري على النحو الآتي: « أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطليق والانفصال الجسماني قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى».

وبالمقابل سوى المشرع الجزائري بين طرق انحلال الزواج، وأخضعها جميعاً لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، يكون بهذا قد رفض الطلاق بالإرادة المنفردة، كما تقضي به الشريعة الإسلامية على أساس أنه لا يمكن الاعتداد بالطلاق الصادر بإرادة الزوجة المنفردة والمنصوص عليها في المادة الثامنة والأربعين من قانون الأسرة الجزائري[1]، وبهذا ناقض هذه المادة.

كثير من التشريعات التي أخذت بقانون جنسية الفرد باعتباره القانون الشخصي الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية، وقد انحازت غالبية التشريعات العربية لهذا المذهب بصورة واضحة باعتبارها تشريعات ذات صبغة دينية تميل إلى تطبيق قوانينها على الأحوال الشخصية لرعاياها أينما كانوا وحينما ذهبوا.

وتعكس الجنسية العادات والتقاليد التي تبتدعها ذهنية ذوي العلاقة، فالأهمية تكمن في أنها تخضع للأحوال الشخصية إلى القانون الذي يعكس العقلية العامة في المجتمع الذي يعتبر الشخص فردا من أفراده.

ولهذا فإن المشرع الجزائري في إسناده لانحلال الزواج دون التمييز بين الطلاق بالإرادة المنفردة والطلاق بالتراضي إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وهذا طبقا للمادة الثانية

[1]- أنظر المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري تنص على: « يحلّ عقد الزواج الذي يتم بإرادة الزوج».

عشر الفقرة الثانية من قانون المدني الجزائري التي تقضي بما يلي: « يسري على انحلال الزواج القانون الوطني للزوج عند رفع الدعوى».

يلاحظ من خلال هذا النص، إن المشرع قد حسم مسألتين للتنازع، التنازع الثابت يمنح الاختصاص التشريعي للقانون جنسية الزوج و التنازع المتحرك يخضع انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج عند رفع الدعوى وليس عند إبرام الزواج.

واختار تطبيق القانون الوطني الزوج متى كان الزوجين من جنسيتين مختلفتين.[1]

ثانيا: نطاق تطبيق القانون الوطني للزوج

إن إجراءات الطلاق تخرج من نطاق قانون الزوج، وتخضع لقانون القاضي وهو الأمر بالنسبة للإجراءات التحفظية والمؤقتة، ولهذا وجدت الفئة المسندة التي تميز بين الجوانب الإجرائية والموضوعية، فإن الجوانب الإجرائية تستوجب الرجوع إلى قانون القاضي، والجوانب الموضوعية تخضع للقانون المحدد بواسطة قاعدة الإسناد الوطنية التي في هذه الحالة القانون الوطني للزوج.

أما القواعد المتعلقة بإجراءات الإثبات، فإنها تخرج من نطاق قانون الجنسية، ويحكمها قانون القاضي وتخضع له كذلك الإجراءات التحفظية والوقتية التي تتخذ أثناء سير دعوى الطلاق.

و للحفاظ على مصالح الزوجين تخضع الجوانب الإجرائية لقانون القاضي إعمالا بنصه المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري: « يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات».

[1]- إبراهيم بخوش، المرجع السابق، ص 14.

إن قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى هو الذي يحدد حالات جواز الطلاق وأسبابه وشروط صحته والوكالة بخصوصه ومن يملك الحق بالمطالبة به والقيود الواردة عليه، وقد أخص المشرع الجزائري باختصار قانون الزوج وحده يتحدد بوقت رفع دعوى الطلاق، كما يرجع إليه لمعرفة ما إذا كان الحق في الطلاق معترفاً به في دولة هذا القانون أولا، وبيان الزوج الذي يملك حق إيقاع الطلاق.

فمثلا إذا تم الزواج بين فرنسي وبريطانية، فكيف يتم تطبيق قاعدة التنازع الموضوعية من قبل المادة 12 /2؟.

ويلاحظ أن القانون الواجب التطبيق على الطلاق يكون الذي يكون بين الفرنسي والبريطانية حسب المادة 12 هو القانون الفرنسي باعتباره القانون الوطني للزوج.

إن القانون الذي يحكم الطلاق هو الذي يرجع إليه لمعرفة من له الحق في الطلاق، وما هي القيود الواردة على استعماله وهل يجوز التوكيل فيه أم لا؟[1].

يستبعد قانون الزوجة انطلاقا من وقت انعقاد الزواج ويطبق بعد الطلاق، ويدخل في مجال تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق كافة الآثار التي تترتب عن الطلاق.

أما آثار الطلاق فإذا كانت خاصة بالعلاقة الشخصية بين المطلق والمطلقة كحق المطلقة في النفقة وحقها في الاحتفاظ باسم زوجها بعد الطلاق وحقها في الحصول على التعويض، إذا كان طلاقها من زوجها تعسفيا فإنها تخضع للقانون الذي يحكم الطلاق، وجواز استرداد الزوجة لاسمها السابق على الزواج تخضع للقانون الشخصي للزوجين لأنها تتجاوز فكرة تنظيم إنهاء الحياة الزوجية وتخص كل زوج على حدى، ولهذا يستنتج أن آثار الطلاق منها ما يخضع للقانون الذي يحكم الطلاق ومنها ما لا يخضع له.

[1]- إبراهيم بخوش، المرجع السابق، ص 15.

ثالثا: مدى صلاحية القانون الوطني للزوج

تعرض القانون الوطني للزوج إلى جملة من الانتقادات رغم أنه سعى إلى تطبيق مبدأ الشريعة الإسلامية لقوامة الرجل ولكنه أهمل عدة أمور ونذكر منها:

- خالف مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة المنصوص عليه في الدستور الجزائري المادة 29 منه، والمادة 12 /2 من القانون المدني الجزائري، نصت على تطبيق القانون الوطني للزوج ولهذا يستنتج أنها انحازت إلى الزوج بمعنى إلى الرجل ولم تحافظ على مبدأ المساواة بين الجنسين.
- إن اختيار المشرع الجزائري يعتبر اختيار تعسفي، مادام أن القانون الوطني للزوج ليس بقانون محايد لأن الزوجين من جنسيتين مختلفتين.
- أما عن اختيار قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فلاحظ الكثير من الفقهاء بأنه ليس هناك ما يبرره إذ يؤدي إلى مفاجئة الزوجة باختصاص قانون لم تكن تتوقعه أثناء انعقاد الزواج، فقد يسمح هذا القانون بالطلاق لأسباب لم تكن تعلم بها[1].

فالزواج رابطة نشأت بين شخصين وفقا لقانونيهما المشترك، والمنطق أن تنحل وفقا لهذا القانون أو على الأقل لقانون يكون كلاهما على بينة منه، كقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

يطرح الإشكال بالنسبة للزوجة بسبب تغيير جنسية الزوج أو تغيير القانون الداخلي، لأنه يمكن للزوج أن يغير جنسيته ما بين وقت الزواج ووقت رفع الدعوى، مما يؤدي إلى خضوع الطلاق لقانون لا تعلمه الزوجة ويضر بمصالحها، إن هذا الحل الذي أتى به المشرع الجزائري قد يضع القاضي أمام مشكلة في حالة ما إذا كان الزوج عديم الجنسية، كان من العدل والإنصاف أن يعتد بجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بوصفه القانون المعلوم لكل من الطرفين،

[1]- إبراهيم بخوش، المرجع السابق، ص 16.

كذلك مشكل تعدد التشريعات في الدولة الواحدة، فأي شريعة يطبق القاضي على النزاع؟ ولكن المشرع الجزائري تصدى لهذا المشكل في نص المادة 23 من القانون المدني:« متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه، إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي».

وإن أفضل قانون يمكن ان يخضع له الطلاق هو الذي تكون الزوجة على بصيرة به ولا يخل بمبدأ المساواة بين الجنسين، ويعتبر قانون آخر جنسية مشتركة للزوجين هو القانون الذي يستجيب لهذين الاعتبارين ولذلك اختارته بعض الدول كضابط إسناد للطلاق كالقانون الكويتي[1].

رابعا: الاستثناء الوارد في المادة الثالثة عشر من القانون المدني الجزائري

رأينا في ما سبق أن الأصل هو تطبيق القانون الوطني للزوج على الطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائري، ويكون وقت رفع الدعوى، ولكن المشرع أورد استثناء في المادة 13 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: « يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص الأهلية»، أي إذا كان الزوج أو الزوجة من رعايا الجزائر وقت انعقاد الزواج فإن الاختصاص التشريعي يعود للقانون الجزائري وحده بحكم الطلاق، أخضع المشرع الجزائري الطلاق الذي يكون أحد أطرافه جزائريا للقانون الجزائري[2]، وبالتالي يخضع للقواعد الموضوعية العامة في قانون الأسرة، ومثال ذلك لو وقع طلاق بين زوج ايطالي وزوجة جزائرية فإن القاضي الجزائري سوف يطبق قانون الزوجة أي القانون الجزائري.

[1]- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 257.

[2]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 77.

ونجد نفس الاستثناء في معظم قوانين الدول العربية كالمادة 15 من القانون الأردني[1]، ويستخلص من المادة السالفة الذكر أن القانون الجزائري يسري على الطلاق إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج و ليس وقت الطلاق، أي أنه إذا تجنس الزوج بالجنسية الجزائرية بعد الزواج فلا يطبق القانون الجزائري عليه، ولكن إذا اكتسب الزوجين جنسية أخرى فإن القانون الجزائري هو الذي يحكم الطلاق الذي بينهما إلا إذا صدر مرسوم بنزع جنسيتهما الأصلية إذ في هذه الحالة لا يعتبران من رعايا الجزائر.

جاء هذا الاستثناء ليحمي مصلحة الزوجة الجزائرية.

لكن تعرضت هذه المادة لعدة انتقادات وذلك لعدة أسباب:

- لا يمكن تطبيق القانون الجزائري على زوجين كان أحدهما جزائريا وقت رفع دعوى الطلاق.
- لا يمكن تطبيق القانون الجزائري على زوجين تنازلوا على جنسيتهم الأصلية وتجنسوا بالجنسية الجزائرية بعد الزواج.
- لا يمكن تطبيق القانون الجزائري على زوجين كانوا منعدمي الجنسية بالجنسية الجزائرية بعد الزواج فكان على المشرع الجزائري أن لا يحدد تطبيق قانون الزوج وقت انعقاد الزواج بل وقت دعوى الطلاق.[2]

الفرع الثاني: القانون المختص في حالة تعدد الجنسيات وانعدامها

نظمت مشكلة القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسية من قبل الدول بما يتفق مع سياستها فمنها من أخذت بالموطن كحل، ومنها من أخذت بالجنسية الفعلية، ومنها من أخذت

[1]- أنظر المادة 15 من القانون الأردني التي تنص على: " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنيا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الأردني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج".

[2]- إبراهيم بخوش، المرجع السابق، ص 19-20.

بجنسية القاضي في حالة طبقت الجنسية الفعلية في حالة لا تكون فيها جنسية القاضي من الجنسيات المتنازعة.

أما المشرع الجزائري أخذ بجنسية دولة القاضي عند وجودها ضمن الجنسيات المتنازعة وأخذ بالجنسية الفعلية في حالة وجود جنسيات أجنبية عن القاضي، ولكن انتقد هذا الحل وهناك مشكلة ثانيه وهي انعدام الجنسية ولكن تصدت كل الدول لها ووضعت الموطن كضابط إسناد لها وذلك على التوالي.

أولا: حالة تعدد الجنسيات

نصت المادة 22 من القانون المدني على أنه: « في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول جنسية تلك الدول».

من خلال استقراء هذا النص نستنتج أنه إذا كان النزاع متعلق بحالة شخص متعدد الجنسيات فإما أن تكون الجنسية الجزائرية إحدى الجنسيات المتنازعة أو لا تكون.

1- الحالة الأولى: جنسية دولة القاضي

إذا وجد تنازع بين جنسيات ثابتة من بينها جنسية القاضي المطروح عليه النزاع، فهنا يكاد الإجماع فقهاً وقضاءً في غالبية الدول تطبيق قانون هذه الجنسية.

إذا كانت إحدى الجنسيات التي يتمتع بها الشخص تابعة إلى دولة المحكمة التي تنظر في النزاع تطبق المحكمة في هذه الحالة قانونها الوطني على مسائل أحوالها الشخصية، لأن القاضي يجب عليه أن يطبق أوامر شرعه الوطني، وقد أخذت اتفاقية لاهاي عام 1930 بهذا المبدأ وهو السائد في العرف الدولي.

وهو نفس الاتجاه الذي ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 22 /2 من القانون المدني: « غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية».

من خلال استقراء المادة السالفة الذكر يستنتج أن القاضي الجزائري لا يراعي في اختياره القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسيات، ارتباط الشخص بدولة إذا كانت له جنسية جزائرية، أي لما توجد من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص الجنسية الجزائرية، فهي تعين على القاضي تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 22 قانون مدني[1].

وتبعا لذلك إذا وجد القاضي أحد الزوجين متعدد الجنسيات من بين جنسياته جنسية دولة القاضي فإنه يطبق قانون جنسية القاضي، وهذا ما أيّده المشرع الجزائري ونص عليه في المادة 22 /2 قانون مدني جزائري، وهذا الرأي معمول به لحل التنازع الايجابي، وتطبيقا لذلك إذا عرض على القاضي نزاع يتعلق بالبحث عن القانون الواجب تطبيق على الطلاق بين زوجة مصرية وزوج فرنسي جزائري فيعتد بالنسبة للزوج بالجنسية الجزائرية فقط ويشير إلى تطبيق المادة 12 قانون مدني جزائري لحكم الطلاق لأن الزوج جزائري.[2]

لقد انتقد في هذا الحل الذي جاء به المشرع الجزائري لعده أسباب:

- لم يكن المشرع الجزائري محقا عندما نص على أن القانون الجزائري هو الذي يطبق في حاله تعدد الجنسيات لأنه قد عارض ما جاء في نص المادة 22 /1 بتطبيق قانون الجنسية الفعلية أو الحقيقية لأنه يمكن أن لا تكون الجنسية الفعلية هي الجنسية الجزائرية.

[1]- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 207.

[2]- أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 20.

- أنه يعطي الغلبة والهيمنة للجنسية الوطنية دون البحث عن طبيعة المسألة التي أثيرت بمناسبتها تنازع الجنسيات، وتحديد أي قانون من قوانين هذه الجنسيات هو الذي يجب إعماله.[1]
- إن هذا الحل سيؤدي إلى تبيان الجنسية التي سيعتد بها الشخص متعدد الجنسية لأنه إذا ثار نزاع أمام قضاء هذه الدولة دون الالتفات للجنسيات الأخرى المتراكمة بمعنى أن هذه الصفة الوطنية للشخص التي سيعتد بها سوف تختلف باختلاف الدولة التي يثور أمامها النزاع. فمثلا لو ثار طلاق أمام القضاء الجزائري لشخص يحمل جنسية جزائرية تونسية، فإن القضاء الجزائري سيطبق عليه قانون الجنسية الجزائرية، و لو ثار أمام القضاء التونسي سيطبق عليه القانون التونسي وإذا أردنا تنفيذ هذا الحكم في إحدى هذه الدول، فإنه لا ينفذ لأن الدولتين بحسب القانون الجزائري مختصين في النزاع، فكان على المشرع الجزائري أن ينص على تطبيق قانون الجنسية الفعلية أو الواقعية ولو كانت الجنسية الجزائرية من بينها.[2]

2- الحالة الثانية: الجنسية الفعلية أو الحقيقية

في حالة تنازع جنسيات ليست بينها جنسية دولة القاضي أوجب المشرع الجزائري في المادة 22 قانون مدني تطبيق قانون الجنسية الفعلية للشخص، وهي تلك الجنسية التي يرتبط بها الشخص كالإقامة في إقليم دولتها إقامة عادية أو أنه اتخذ إقليمها موطنا لممارسة جميع نشاطاته، أو انه التحق بإحدى الوظائف العامة فيها، أو رشح نفسه فيها لإحدى الهيئات النيابية.

وفي هذه الحالة يبرز التنازع بين الجنسيات وجنسية دولة القاضي غير متواجدة فلا مجال للبحث وإنما عن المفاضلة واختيار أي جنسية هي الأحق بالتطبيق.

[1]- عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 670.

[2]- إبراهيم بخوش، المرجع السابق، ص 24.

وجوب تطبيق قانون الدولة التي فيها موطن أو محل إقامة الشخص، ولكن الرأي الراجح هو أن العبرة تكون بالجنسية التي تكشف الوقائع و الظروف أن الشخص كان أكثر ارتباطا بها، و يغلّب القاضي هذه الجنسية لإعطاء الاختصاص لها، فإذا عرض نزاع على القاضي الجزائري وتعلق بالبحث عن القانون الواجب والتطبيق على الطلاق بين زوجين أحدهما من المغرب والآخر من تونس، وكان الزوج مرتبطاً ارتباطاً حقيقياً مع المجتمع المغربي، ففي هذه الحالة يعتد القاضي الجزائري بالجنسية المغربية بالنسبة للزوج باعتبارها الجنسية الحقيقية عملا بنص المادة 22 /2 قانون مدني جزائري[1].

ثانيا: حالة انعدام الجنسية

احتمال وجود مشكل انعدام الجنسية في مرحلة الطلاق تكون ضعيفة، لأن الزوج أو الزوجة منعدمي الجنسية يتجنسوا بجنسية الزوج أو الزوجة أو بولادة أبنائهم، ولكن مع هذا يمكن أن يواجه القاضي هذه المشكلة لتحديد القانون الواجب التطبيق على شخص منعدم الجنسية.

وقد نصت المادة 22 /3 قانون مدني جزائري على أنه:« و في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة».

من خلال استقراء هذه المادة نلاحظ أن المشرع أخضع طلاق منعدم الجنسية لقانون موطنه، وإن لم يكن له موطن يطبق قانون محل الإقامة، ويكون بذلك قد حدد عدة ضوابط إسناد اختيارية تضع للقاضي حلولاً أكثر تتلائم ووضعية هذا الشخص، وهذا ما ذهبت إليه معاهدة نيويورك المنعقدة في 1934/09/28 والمتعلقة بمركز عديمي الجنسية والتي صادقت عليها الجزائر في 1964/06/08، التي جاءت في مادتها 12 بخضوع أحوالهم الشخصية لقانون بلد موطنهم أو قانون محله إقامتهم إذا لم يكن لهم موطن.

[1]- أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 21.

ويطلق على هذه الحالة بحالة التنازع السلبي، وقد أخذت الكثير من التشريعات الوطنية بإعطاء اختصاص الطلاق إلى قانون الموطن، فإن لم يكن له موطن ينسب الاختصاص لقانون محل الإقامة، وان تعذر موطن أو محل إقامة عديم الجنسية، فقد استقر العرف الدولي على أن يطبق القاضي في هذه الحالة قانونه على هذا الطلاق[1].

المطلب الثالث: آثار الطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائري

ينتج الطلاق عده آثار تمس طرفي العلاقة وتظهر إما في شكل آثار مالية (الفرع الأول) و آثار شخصية (الفرع الثاني)، نظمها المشرع الجزائري في قانون الأسرة لقواعد موضوعية، ولكنه لم يتطرق إليها في القانون الدولي الخاص إلا في جانب تنازع القوانين.

الفرع الأول: الآثار المالية للطلاق

يرتب الحكم بالطلاق آثار مالية تتعلق بالنفقة، والتعويض الناجم عن الطلاق التعسفي.

أولا: القانون المتعلق بالنفقة

إن النفقة من آثار الطلاق التي نص عليها المشرع في المواد من 74 إلى 80 من قانون الأسرة الجزائري ولهذا وجب على القاضي أن يرجع لها ليحدد القانون الواجب التطبيق عليها، ولذلك فما هو تعريفها وشروطها؟.

1- تعريف النفقة :

أ- لغة: نفقات ونفاق وإنفاق، ما ينفق من الدراهم وغيرها.[2]

[1]- أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 21.

[2]- إبراهيم بخوش، المرجع السابق، ص 28-29.

ب- اصطلاحا: عرفها الحنفية: بقولهم هي:" الطعام والكسوة والسكن"، وعرفها المالكية بقولهم:" ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف"، وعرفها الحنابلة بقولهم: " هي كفاية مؤونة ومسكن وتوابعها.[1]

ج- التعريف القانوني:

نصب المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: « تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة».[2]

فالنفقة هي كل ما يدخل في المبلغ المالي الذي تدين به المطلقة والأولاد من غذاء وكسوة وعلاج، و كل ما هو ضروري في الحياة المعيشية حسب العرف والعادة هي الموجب الذي يفرضه القانون على بعض الأشخاص لتوفير الحاجات الضرورية للآخرين مثل الغذاء والمسكن واللباس، والمداواة، وهو المبلغ الذي يمنح للمرأة خلال دعوى الهجر أو الطلاق، أي هو مبلغ يؤديه المدين به "المطلق" غالى الدائن به "المطلقة والأولاد".

2- شروط النفقة ومن يستحقها:

إذا تمت الزوجية صحيحة، ثم حدثت الفرقة بطلاق، فإذا كان السبب يعود إلى الزوج فان نفقة مدة العدة تجب على الزوج، إذا كان بسبب يعود إلى الزوجة، فلا نفقة لها، واختلف الفقهاء فيمن تستحقها وما هي شروطها:

-قال المالكية:

1. ليس للمعتدة من طلاق بائن نفقة على زوجها لأن النفقة نظير الاستمتاع بها.
2. إذا كانت المعتدة من طلاق بائن حامل فلها النفقة من أجل الحمل.
3. أما المعتدة من طلاق رجعي فلا خلاف بنفقاتها وسكناها.

[1]- إبراهيم بخوش، نفس المرجع، ص 28-29.

[2]- إبراهيم بخوش، المرجع السابق، ص 28-29.

أما الشافعية:

1. إن نفقة المعتدة من طلاق رجعي، هي كنفقتها ولو طلقها لان الزوجية لازالت قائمة بينهما فهي ترثه ما دامت في العدة.
2. أما المطلقة بائن فليس لها نفقة.

وقال الحنابلة:

1. للمطلقة الحامل النفقة والسكن سواء كانت بينونة كبرى أم صغرى بما يلي: لقوله تعالى: «اسكنُوهُنّ من حيث سكنتم من وجودكم ولا تُضارُّوهنَّ لتضيقُوا عليهِنَّ و إنْ كُنَّ أُولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهُنّ».

لأن النفقة للولد.

2. أما المطلقة البائن الغير حامل فلا نفقة لها ولا سكن: لحديث فاطمة بنت قيس، أن زوجها طلقها البتة فلم يجعل لها رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكن.

أما المشرع الجزائري حدد من تستحق النفقة وشروطها في المادة 74 قانون الأسرة.[1]

3- موقف المشرع الجزائري من تحديد القانون الذي يحكم النفقة:

لم يحدد المشرع الجزائري ضابط إسناد للنفقة لأنه اعتبرها من الآثار التي يخلفها الطلاق، ولهذا تخضع للقانون الوطني للزوج وقت رفع الدعوى.

لذلك فنفقة المطلقة التي تستحق للزوجة بعد طلاقها إذ تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى اعتبرها من آثار انقضاء العلاقة الزوجية لأنها لا تعتبر من النفقات بين الأقارب الوارد ذكرها في المادة 14 قانون مدني جزائري، بل هي من آثار الطلاق،

[1]- انظر المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري: " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون".

و من ثم تخضع للقانون الذي يحكم هذه الآثار، وهو القانون الوطني للزوج حسب المادة 2/12 قانون مدني جزائري.

أما النفقة التابعة للطلاق التي تخص الزوجة تخضع لقانون الزوج، ونفقة عدة الطلاق نص عليها المشرع في المادة 61 قانون الأسرة الجزائري أي نفقة الزوجة المطلقة.

من الآثار المالية لانحلال الزواج النفقة، وهي من حقي المطلقة، فالقاضي مطالب بالفصل عند حكمه بالطلاق بالنفقة، وهي هنا ليست النفقة الزوجية طبقا للمادة 74 من قانون الأسرة الجزائري، بل هي النفقة التابعة للطلاق وتخص الزوجة والأولاد وهي تخضع لقانون الزوجة كقاعدة عامة وقت رفع الدعوى، أما خضوعها لقانون جنسية الزوج للدور المعترف به للرجل داخل الأسرة في المجتمع الإسلامي.

لذلك فنفقة المطلقة المترتبة على انقضاء الزواج تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى لكونها من آثار الطلاق.

يرى الاجتهاد القضائي أن النفقة المتعلقة بالأبناء تخضع للقانون الذي يحكم الطلاق، على أن يستبعد هذا القانون متى تعارض مع النظام العام الداخلي لدولة القاضي، في حين أن اتفاقية لاهاي لسنه 1973 الخاصة بالالتزام بالنفقة على إخضاعها لقانون الموطن المعتاد للولد، ولكن إن حرمه هذا القانون منها، فإن الاختصاص ينعقد للقانون الذي تعينه قواعد الإسناد في دولة القاضي المطروح عليه النزاع.

وبالنسبة للمشرع الجزائري لم يحدد قاعدة إسناد صريحة تخص نفقة الأبناء، ولكن بما أن نفقة الأبناء هي من آثار الطلاق فإنها تخضع لقانون الزوج.[1]

[1]- كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، طبعة 02، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 232.

ثانيا: التعويض الصادر عن الطلاق التعسفي

إن الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج يرتب أثر وهو التعويض للزوجة والقانون الواجب التطبيق عليه.

1- تعريف التعويض:

التعويض هو عقوبة مالية على هذا الطلاق التعسفي.

هي ما يجب للمطلقة جبراً وترفيهاً وتخفيفاً لما يصيبها من أسف وحيرة ووحشة بسبب استعمال الرجل حق الطلاق الذي منحه الله إياه[1]، وعليه إذا كان الطلاق بيد الرجل في الشرع والقانون فإنه لابد من سبب أو حاجة شرعية تدعو إليه، فلو طلّق الزوج زوجته من غير داع مشروع للطلاق، ففي هذه الحالة تكون المتعة واجبة الرجل لمطلقته ووجبه المتعة بهذه الكيفية يجعلها تعويضا للمطلقة عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق.

وقرر المشرع الجزائري في المادة 52 قانون الأسرة على ما يلي: « إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها».

من هذه المادة يستنتج أن تحديد التعسف موكول للقاضي، فإن رأى تعسفاً حكم لها بالتعويض، وإن لم يرى ذلك لم يحكم لها بذلك.

والتعويض يقدر بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض عادل، ولم يضع المشرع الجزائري حدّا للتعويض المالي الذي ينشأ في ذمة الزوج المتعسف بل تركه لسلطه القاضي التقديرية ولحالة الزوج المالية وللقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار".

وعلّة التعويض هي استبداد الزوج للمرأة في الطلاق فتتضرر به.

[1]- مبروك المصري، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1990، ص 225.

2- تحديد القانون الذي يحكم التعويض:

يعتبر التعويض أثر من آثار الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج ويكون بدون سبب شرعي أو قانوني ومعظم القوانين نصت عليه في قوانينها مثل القانون السوري والأردني، ولذلك لأي قانون يخضع له هذا التعويض؟.

المشرع الجزائري لم يضع قاعدة إسناد يعتمد عليها القاضي بالفصل في هذا التعويض يرى بعض الفقهاء أن هذا العمل الذي قام به الزوج خطأ موجب للتعويض ويطبق بشأنه قواعد المسؤولية التقصيرية وبالتالي يخضع للبلد الذي وقع فيه.

التعويضات المالية المنجرة عن الضرر يلحق من الزوج تخضع لقانون القاضي، لأن التصرف الذي قام به الزوج تنجر عنه مسؤولية تقصيرية، فيطبق عليه قانون البلد الذي وقع فيه وبالتالي يخضع لقانون القاضي.[1]

في حين يرى اتجاه آخر أن هذا التعويض يمنح لها لجبر وتخفيف آلامها بسبب ما أصابها من حسرة وأسى نتيجة سوء استعمال الرجل لحقه في الطلاق، وبما أن التعويض الناجم عن الطلاق التعسفي لا يدخل في النفقة ، فيرى الفقه المعاصر أن هذا التعويض مصدره نفقة المتعة التي شرعت كأثر للطلاق، فإنها تخضع لقانون جنسية الزوج إذا كان يهدف إلى الإضرار بالزوجة لاعتبار أن مسؤولية الزوج المخطئ عن الطلاق أقرب إلى انقضاء الزوجية منها إلى فكرة المسؤولية التقصيرية.

وإذا كان الضرر الذي أصاب الزوجة ناجم عن المسؤولية التقصيرية فإنها تخضع لقانون محل وقوع الضرر.

[1]- كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 232.

ولهذا إذا كان حصول المطلقة على التعويض فبسبب طلاقها من زوجها تعسفياً فإنه يخضع للقانون الوطني للزوج، فإذا كان قانونه يعطي هذا الحق للمطلقة حصلت عليه و إلا لا تستحق أي تعويض.

وبالنسبة للقانون الجزائري فإنه يقرّ للزوجة بالتعويض إذا تبين أن الطلاق كان تعسفي استناداً للمادة 52 قانون الأسرة، القانون الجزائري لم ينص متى يكون الرجل متعسف[1]، ولم يحدد الحد الأقصى ولا الأدنى للتعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة، وهو هنا أحسن عندما لم يقيد التعويض، وتركه للقاضي الذي يقدّر التعويض الذي يراه كفيلاً بدفع الفقر والحرمان عن الزوجة المطلقة بنسبة التعسف ودرجته والحالة المالية للزوج[2].

الفرع الثاني: الآثار الشخصية للطلاق

إن الآثار الشخصية للطلاق هي الآثار المعنوية التي تتعلق بالفرد و حالته و هي العدة، بالإضافة إلى أهم شيء بين الزوجين و هي الحضانة.

أولا: العدة

وهي أثر قانوني يترتب عن وقوع فعل الطلاق و أحكامها موجودة في قوانين الدول العربية التي تتبع الشريعة الإسلامية، فالدول الغربية لا تعرف هذا النظام و العدة لها شروطها والقانون الواجب التطبيق عليها لم ينظمه المشرع الجزائري ، فما هو القانون الواجب التطبيق عليها؟.

1- تعريف العدة:

أ- لغة: عدّ، أحصى، أي ما تعدّه المرأة و تحصيه من الأيام أو الإقراء.

[1]- مبروك المصري، مرجع سابق، ص 234.

[2]- إبراهيم بخوش، مرجع سابق، ص 36.

العدة هي الجماعة، مدة حددها الشرع تقضيها المرأة دون زواج بعد طلاقها أو وفاة زوجها، جمع عدد.

ب- اصطلاحا: اسم لمدة معينة تنتظرها المرأة بعد الفرقة دون أن تتزوج.

هو تربص المرأة زمناً معلوماً قدّره الشرع علامة على براءة الرحم غالبا لفسخ نكاح أو موت زوج أو طلاقه أو فقده.

ج- قانونا:

نص المشرع الجزائري في مادة 58 قانون الأسرة على ما يلي: « تعتد المطلقة المدخول بها غير حامل بثلاثة قروء، واليأس من المحيض ثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق».

هي المدة التي تنقضي بعد طلاق المرأة قبل أن تعقد زواجاً جديداً[1].

2-أسباب العدة:

سبب العدة الفرقة بين الزوجين من الطلاق، إلا أن الفرقة الناتجة عن طلاق لا توجب العدة إلا إذا كانت بعد الدخول حقيقي أو الحكمي.

و الحكمة من العدة هي معرفة براءة الرحم و طهارته، حتى لا يجتمع ماء الواطئين في رحم واحد فتختلط الأجناس.

و للعدة عدة أنواع:

أ- عدة المطلقة:

المعتدة من الطلاق لا تخلو إن تكون حامل أو غير حامل ولذا فالعدة نوعان:

[1]- مبروك المصري، مرجع سابق، ص 390.

إذا كانت الحامل انتهت عدتها بوضع الحمل وبهذا قال جمهور الفقهاء ودليلهم قوله تعالى: "و أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن" الطلاق الآية 04، وسار المشروع على هذا المنوال في نص المادة 60: " عدة الحامل وضع حملها".

والعدة بالقروء تطلّق على الأطهار والحيضات، وهي في المطلقات رجعيا أو بائنا لقوله تعالى: " و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء" سوره البقرة الآية 288، ويشترط أن تكون غير حامل، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 58 من قانون الأسرة، من خلاله استقراء هذه المادة يتضح أن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق، و هذا لا يصح أبدا لأن الفقهاء أجمعوا على أن ابتداء العدة تبدأ من تاريخ وقوع الطلاق.[1]

3- القانون الواجب التطبيق على العدة:

أورد المشرع الجزائري أحكام العدة بالنسبة للقانون الدولي الخاص في المواد من المادة 58 إلى 61 في الفصل الثاني المسمى آثار الطلاق و إذا تم التسليم أنها من آثاره

سوف تخضع للقانون الوطني للزوج، ولكن المشرع وضع قاعدة إسناد تحكم الحالة الشخصية للفرد في المادة 10 من القانون المدني التي تنص على:« يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"، معنى أن الحالة الشخصية المطلقة تخضع لقانونها الشخصي.

والمشرع كان على صواب عندما أخضع العدة للقانون الشخصي لأن العدة لا تعرف في الدول غير المسلمة، وطالما أن العدة من المسائل الشرعية التي تأخذ بها التشريعات العربية فإنها لا تخضع للقانون الذي يحكم الطلاق.

فالعدة تخرج من نطاق القانون الوطني للزوج وتخضع للقانون الشخصي للمطلقين لأنها تخص كل زوج على حدى.

[1]- مبروك المصري، مرجع سابق، ص 417.

ثانيا: ولاية الحضانة

تعريف الحضانة:

أ- **لغة:** يحضن، حضنا و حضانة الولد: جعله في حضنه، كفله و رباه ضمه إلى صدره.

ب- اصطلاحا:

هي قيام على حفظ ورعاية من لا يستطيع الاستقلال بأمر نفسه من قبل من له الحق في ذلك من الأقارب.

فيقصد تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره كإطعامه وإلباسه ونظافته نظرا لعجزه عن القيام بأموره بنفسه[1].

ج- قانونا:

نصت المادة 62 قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: « الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقاً».

يلاحظ إن المشرع الجزائري عرّف الحضانة على أنها رعاية الوالد وتعليمه والقيام بتربيته واشترط أن يكون تعليمه ونشأته على دين أبيه لا على دين أمه، وهو هنا حفاظا على الشريعة الإسلامية، لأن الرجل المسلم بإمكانه الزواج من مسيحية، ولكن المرأة المسلمة لا يمكنها ذلك وبالتالي سيكون على تربية الإسلامية.

[1]- إبراهيم بخوش، مرجع سابق، ص 40.

2-شروط ولاية الحاضن:

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن ولكنه نص في المادة 62 /2: « ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك».

ولكي تتحقق الغاية من الحضانة يشترط في الحاضن ما يلي:

- كمال الأهلية بالبلوغ والعقل، فلا تثبت الحضانة للصغير والمجنون لأنهما بحاجة لمن يرعاهما.
- الإسلام، تثبت الحضانة للكافر على مسلم.
- الأمانة والعفة، بأن يكون الحاضن ثقة عدل يتقي الله في تعهد الطفل وتربيته.
- أن يكون قادر على القيام بشؤون الحضانة، وتلبية متطلباتها، فلا تثبت الحضانة للأعمى أو العاجز بمرض وأمثالها في الضعف، لأن الحضانة لا تحقق مقصودها بأمثال هؤلاء.
- السلامة من الأمراض المعدية التي ربما انتقلت إلى الطفل.
- ألا تتزوج أم الصغير بغير محرم فان تزوجت بمحرم كعمه لم تسقط حضنتها أما إذا تزوجت فإنها تفقد حقها في الحضانة.

و كذلك في المادة 70 أسقط الحضانة على الجدة والخالة إذا سكنت مع أم المحضون التي سقطت عنها الحضانة لأنها متزوجة بأجنبي.

3- قانون المختص بالفصل في ولاية الحضانة:

اعتبر المشرع الجزائري الحضانة من آثار الطلاق بالتالي يطبق عليها القانون الوطني للزوج وقت رفع الدعوى.

ولأن التنازل لا يثور حول الحضانة إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية، وهذا ما جاء في القانون الأسرة الجزائري في آثار الطلاق في المواد 62 إلى 72 من قانون الأسرة، وهي الجزئية التي تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها خاصة أنه لا يوجد قاعدة إسناد لها، وتطبيقا للمادة 09 من قانون المدني، فإن التكييف يخضع للقانون الجزائري، إذن هو من آثار الطلاق وعلى هذا الأساس يطبق عليه القانون الوطني للزوج وقت رفع الدعوى المادة 12 /2.

تخضع الحضانة على النفس إلى قانون جنسية الأب كونها أثر من آثار انقضاء الزواج ويحدد هذا القانون من هو صاحب الحق في الحضانة ومدتها وحق التربية.

إن قانون الزوج وقت رفع الدعوى هو الذي يحكم المسائل المتعلقة بالحضانة تحديد من هو الحاضن تحديد الزيارة ومدتها.[1]

ومن المادة 64 قانون الأسرة، فإن الأم هي التي تمنح لها الحضانة غير أنه حسب نص المادة 69[2] من نفس القانون، إذا كانت الأم أجنبية تقيم بالخارج فإن القاضي يسحب منها الحضانة بسبب أن الولد يجب أن تتم تربيته على دين أبيه، أو وطنية تريد الاستيطان به في بلد أجنبي، وذلك ما أكدت عليه المحكمة العليا في القرار المبدئي الذي قضى:(في حالة وجود أحد الزوجين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد منهما بها يكون أحق به، ولو كانت الأم غير مسلمة ويتأكد كل هذا إذا كان الأبوين غير مسلمين وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه).

وأكدت أيضا المحكمة العليا في قرارها إذ قضت:(إن من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة إقامة الأم بفرنسا وإقامة الأب

[1]- كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 232.

[2]- أنظر المادة 69 تنص على ما يلي: " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

بالجزائر الأمر الذي يتعذر معه إشراف الأب على أولاده المقيمين مع أمهم وكذلك حق الزيارة لبعد المسافة).

متى كان من المقرر شرعاً وقانوناً أن إسناد الحضانة يجب أن يراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فإن القضاء بإسناده حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيداً عن أقارب الأب يعد قضاء مخالف للشرع والقانون.

انطلاقا من هذه الأحكام يتضح أن المقصود بالاستيطان بالبلد الأجنبي، هو الإقامة المستمرة والدائمة بنية الاستقرار، وعليه فإن السفر إلى بلد أجنبي لقضاء عطلة أو لممارسة التجارة لا يعد سببا لسقوط الحضانة، كما أن حالة الاستيطان لا تشمل البلدان العربية التي تتبع الإسلام لأنها لا تؤثر على تغيير دين وعادات وتقاليد المحضون، وإن كانت هذه المسألة نسبية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يتعين عليه مراعاة مصلحة المحضون.[1]

فإن سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة.

هذا كأصل عام يطبق على الحضانة القانون الوطني للزوج ولكن هناك استثناء عندما يكون أحد الأطراف جزائريا، فإن قانون الأسرة الجزائري هو الذي يطبق على الحضانة وهذا بالرجوع إلى نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

لقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق بين جزائرية وايطالي، إن المحكمة قد طبقت المادة 12 من القانون المدني الجزائري والتي تؤدي إلى القانون الايطالي وهو قانون الزوج، قدمت الزوجة طعنا بنقد الحكم الصادر في 1996/07/14 عن محكمة بئر مراد رايس، نظرا لمخالفة تطبيق القانون من قبل المحكمة الابتدائية أثارت المحكمة العليا تلقائيا الوجه المأخوذ من المادتين 12 و 13 من القانون المدني، حيث جاء في حيثيات المحكمة العليا ما

[1]- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 43.

يأتي: "حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية مادام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الايطالية، حيث كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 من القانون المدني عوض القانون الايطالي، كما هو وارد في الحكم المطعون فيه ولما كان ذلك يكون قد خالف القانون واخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه، ينجر عن ذلك أن آثار انحلال الزواج تخضع هي كذلك إلى القانون الجزائري، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وعلى هذا الأساس فإن الحضانة تخضع للقانون الجزائري.

والقانون التي تخضع له الحضانة بالنسبة لمنعدمي الجنسية هو قانون موطن الزوج، فإذا تصورنا أن الأب مسلم فكان له حينئذ أكثر، أحدهما بالجزائر والآخر بفرنسا وكان القانون الفرنسي يسند الحضانة إلى الأم الفرنسية التي غيرت مكان إقامتها إلى بلد أوروبي آخر والقانون الجزائري يسنده إلى الأب المسلم، فيطبق عليها القانون الجزائري حفاظاً على مصلحة المحضون.

إن آثار الطلاق تخضع إلى القانون الجزائري متى كان أحد الأطراف جزائريا وقت انعقاد الزواج، وهذا كاستثناء عن الأصل العام[1].

[1]- إبراهيم بخوش، مرجع سابق، ص 44.

المبحث الثاني: آليات حل منازعات الطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائري

ينعقد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية عندما يكون النزاع بين الوطنيين، أما إذا كان أحد طرفيه أو كليهما أجنبيا، فذلك يثير مشاكل قانونية متعددة إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد الجهة المختصة بالفصل في هذه الدعاوى، لأن النزاع فيها يؤول إلى اختصاص أكثر من جهة قضائية، فقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نظم اختصاص المحاكم الجزائرية وأجاز مقاضاة الأجانب أمام القضاء الوطني، وحقهم في اللجوء إلى هذا الأخير، ومدى حجية الحكم الأجنبي، ووضع شروط تنفيذه (المطلب الأول).

القضاء ليس هو الوحيد المختص بالفصل في الدعاوى التي تنشأ بين الأفراد بل هناك وسائل بديله للقضاء، التحكيم الذي له مميزات السرعة، السرية التي تتلائم وطبيعة الطلاق دون اللجوء إلى القضاء الذي يكون بالنسبة للتحكيم إجراءاته طويلة ومعقدة، فالمشرع حدد مجال اللجوء إلى التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نص المادة 106 منه، وحدد كيفيه تنفيذ أحكامه وحجيتها أمام القضاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القضاء الوطني كآلية للفصل في مسائل الطلاق

يعد القضاء هو صاحب الاختصاص في حل مسائل الطلاق نظرا لطبيعتها الخاصة والمرتبطة بالمجتمع وعاداته وتقاليده من جهة، ومن جهة أخرى ارتباطه بالشريعة الدينية للمطلقان، لذلك أعطى القانون الدولي العام حق كل دولة في تحديد الاختصاص القضائي لمحاكمها في القضايا المتعلقة برعاياها، والأمر يختلف بالنسبة للقانون الدولي الخاص بالنسبة لمسائل الطلاق المختلط يثير صعوبات خاصة في حالة التنازع الايجابي الذي يكون بين جهتين قضائيتين متنازعتين فلمن يعود الاختصاص؟ (الفرع الأول).

وإن الجهة القضائية المختصة تصدر أحكام وهذه الأخيرة سوف تنفذ أمام القضاء وفق شروط وإجراءات معينة ولهذا يطرح التساؤل ما هي حجية هذه الأحكام؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاختصاص الإقليمي في مسائل الطلاق

يخضع الطلاق للاختصاص النوعي المتمثل في قسم شؤون الأسرة، أما بالنسبة للاختصاص الإقليمي يطرح إشكال نتيجة لوجود دولتين متنازعتين على الاختصاص القضائي للمحكمة المختصة بالطلاق (أولا)، و هذا الأخير له توابع مختلفة منها ما هي متعلقة بالمطلق ومنها ما هي متعلقة بالأولاد، ولكن منها جهة قضائية مختصة بالفصل فيها (ثانيا).

أولا: المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الطلاق

نظم المشرع الجزائري المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الطلاق في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فوضع قاعدتا إسناد وهي مسكن الزوجية، والمحكمة المتفق عليها بين الزوجين.

1- مكان مسكن الزوجية:

ورد في المادة 3/426 ق. إ. م. إ ج منها: « تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان المسكن الزوجي».

من خلاله هذه الفقرة نستنتج أن المحكمة المختصة بالفصل في الطلاق هي المحكمة الموجودة في مكان مسكن الزوجية دون غيره، ولم يفرق بين الطلاق الذي يكون بين الوطنيين فيما بينهم وبين الأجانب والوطنيين.[1]

قرر المجتمع الجزائري تيسيرا على الخصوم و الرغبة في تحقيق حسن السير العدالة، خروج عن القواعد العامة المتعلقة بدعوى الطلاق، إذا حدد الاختصاص الإقليمي بمكان وجود المسكن الزوجي، وهو يؤول للجهة القضائية التي يتواجد فيها المكان الذي يعيش فيه الزوجان.

[1]- إبراهيم بخوش، مرجع سابق، ص 48.

ولهذا يجب احترام القاعدة المنصوص عليها في المادة 426 /3 وإلا تعرض النزاع إلى الفصل بعدم اختصاص الجهة المعروضة عليها النزاع قبل التطرق إلى موضوع النزاع[1]، بعد أن أقرت المادة 21 مكرر قانون مدني جزائري: « يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات».

وبهذا حدد مبدأ الاختصاص القضائي الدولي حسب قانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، وللمعيار المعتمد في تحديد اختصاص المحاكم الجزائرية في العلاقات الدولية ذات العنصر الأجنبي وأسسته على التمتع أحد طرفي الدعوى بالجنسية الجزائرية.[2]

و ذلك استنادا إلى المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعليه يجوز للأجنبي أن يرفع دعوى طلاق أمام المحاكم الجزائرية على زوجته الجزائرية ، ويترتب على ذلك تطبيق القانون الوطني للقاضي استنادا للمادة 13 مدني لأن الزوجة جزائرية، وهذا استثناءا للقاعدة الأصلية الموجودة في الفقرة الثانية من المادة 12 التي حددت القانون الوطني للزوج الواجب التطبيق على الطلاق.

وهذا الحق مستمد من القانون الدولي العام، ويتمتع به الأجانب الموجودين على التراب الوطني للدولة الإقليمية التي يتواجد فيها.

تؤدي المادتان 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري إلى فائدة قانونية فيما يخص الاختصاص القضائي، لأن الزوج الجزائري يفضل تقديم طلبه أمام المحاكم الجزائرية التي تقرر وتعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، بالإضافة إلى أنها تحكم بنفقة أقل من الدول الأخرى، وتراعي ظروف الزوج الطالب للطلاق، مع أن المحكمة المختصة بالفصل هي مسكن الزوجية الموجود بفرنسا، التي لا تأخذ بالإرادة المنفردة للزوجة و نفقة غذائية مرتفعة، مما يجعل هذا الحكم الصادر من المحاكم الجزائرية غير قابل للتنفيذ في فرنسا، لأنها

[1]- إبراهيم بخوش، مرجع سابق، ص 49.

[2]- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، الطبعة الأولى، الجزائر، 2010، ص 31.

ترى أن محاكمها هي المختصة كون مسكن الزوجية في فرنسا بالإضافة إلى أن الحكم مخالف للنظام العام الفرنسي.

بناءا على ما تقدم يمكن القول أن المشرع الجزائري في نص المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جعل من اختصاص المحكمة اختصاصا عامًّا يسري على جميع الدعاوى بما فيها دعوى الطلاق.

2-الجهة المختصة باتفاق الزوجين:

ويقصد به الاتفاق المبرم بين الخصوم أي بين الزوجين والذي يتم من خلاله تحديد قضاء دولة معينة للنظر في المنازعات التي قد تنشأ عند إبرام عقد الزواج أو بعده، وغالبا ما يتحقق هذا الضابط في دعوى الطلاق خاصة إذا كان بالتراضي، يتحدد اختصاص المحكمة بناءا على اتفاق الأطراف، وعليه يمكن للزوجين المغربيين أن يتفقا على منح الاختصاص للمحاكم الجزائرية للنظر في دعوى الطلاق بالتراضي بينهما.

وعلى الرغم من أن المادة 46 قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على: «يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا، يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك.

يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد في حاله الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له».

يلاحظ من هذه المادة بأن الزوجين هما اللذان يحددان المحكمة التي تفصل في الطلاق، ولكن يجب على الزوجين أن يقوما بتصريح يختاران فيه المحكمة المختارة للفصل في دعواهم، وإذا لم يستطيعا ذلك يشيران إليه عن طريق رفع دعوى من الزوج أمام محكمة غير

مختصة إقليميا بالفصل في دعوى الطلاق الذي يعود إلى محكمة مسكن الزوجية ولكن الزوجة لا ترفض ذلك وتسير في الدعوى.[1]

ويستنتج كذلك من هذه المادة أن المشرع لم يضع شروط خاصة لصحة الاتفاق الإرادي المانح الاختصاص للمحاكم الوطنية أو سلبها، إلا أن قبول هذا الاختصاص يتوقف على شروط هي:

-وجود رابطة مع المحكمة المختارة: ومعنى ذلك هو ضرورة توافر رابطة جدية بين المحكمة المختارة المعهود إليها الاختصاص والنزاع المطروح أمامها وهذه العلاقة الجدية، قد تستمد من عناصر شخصية كجنسية الزوجان أو موطنهم كأن يكون أحد الزوجين ينتمي بجنسيته إلى دولة المحكمة المختارة للفصل في المنازعات التي بينهم.

يهدف هذا الشرط إلى تحقيق غايتين:

*إغلاق باب التحايل على قواعد الاختصاص القضائي.

*ضمان فعالية الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية.

-ضرورة اتصاف النزاع محل الاتفاق المانح للاختصاص بالصفة الدولية: يعد هذا الشرط من بين أكثر الشروط التي أثارت الجدل بين الفقه الدولي الخاص، ويذهب غالبية الفقه إلى ضرورة أن يكون الاتفاق المانح للاختصاص وارد بصدد نزاع متضمن عنصراً أجنبياً وأن هذا الشرط متوفر في الطلاق الذي يكون بين الأجنبي والوطني، كأن يكون الطلاق بين جزائري واسبانية.

-أن يكون الخضوع الاختياري جالبا للاختصاص: يقصد به أن يكون الخضوع الإرادي جالبا الاختصاص للقضاء الغير مختصاً وسالباً إياه من القضاء المختص.[1]

[1]- إبراهيم بخوش، مرجع سابق، ص 51.

المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية لم تنص أو تشير إلى أن الخضوع يجب أن يكون جالبا الاختصاص للقضاء الجزائري وبالتالي فهو يعترف بالخضوع الاختياري السالب للاختصاص من المحاكم الجزائرية.

ثانيا: القضاء المختص بتوابع الطلاق

حدد المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية المختصة بتوابع الطلاق، فنظم في المادة 426 القضاء المختص بالحضانة، وفي نفس المادة حدد الجهة المختصة بالنفقة.

1- الحضانة :

الجهة المختصة بالفصل في الدعاوى المتعلقة بالحضانة نصت عليها الفقرة الرابعة من المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: « في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة».[2]

من خلال استقراء هذه الفقرة نستنتج أن القضاء المختص بالفصل في مسألة الحضانة هي بمكان ممارستها، ولكن يبدو أن المشرع لم ينص لمن له الحق في الحضانة في هذا الضابط، لأنه بالنسبة لدعاوى آثار الطلاق ترفع حسب الفقرة الثالثة من المادة 426 وبالتالي إذا تم الحكم بالطلاق سوف يتصدى القاضي إلى الآثار المتعلقة به.

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري حدد الجهة المختصة في الاتفاقية الخاصة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين، وهي حسب المادة 05 المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المسكن الزوجي باعتباره مكان الحياة الزوجية المشتركة، وبذلك تم توحيد الاختصاص القضائي بالنسبة لدعاوى الطلاق والحضانة لارتباطهما، تجنبا للتنازع الاختصاص الذي يؤدي إلى صدور أحكام متعارضة من الجهتين.

---

[1]- إبراهيم بخوش، مرجع سابق، ص 52.

[2]- إبراهيم بخوش، مرجع نفسه، ص 53.

2-النفقــة:

نصت المادة 426/ 5 قانون الإجراءات المدنية على أنه: « في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها».

والمادة 40/ 2 من نفس القانون التي تنص على أن دعوى النفقة ترفع بموطن الدائن بها.[1]

يستنتج من المادتين السابقتين أن المشرع حدد المحكمة المختصة بالنظر في دعوى النفقة المترتبة على الطلاق هي موطن الدائن بها، وهذا استثناءً عن القاعدة الأصلية التي تقول أن الاختصاص يمنح لمحكمة موطن المدعى عليه، وعلى القاضي الذي رفعت أمامه دعاوى النفقة وفقا للقانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية.

الفرع الثاني: مفهوم الأحكام القضائية الأجنبية

تصدر الجهات القضائية الأجنبية أحكام قضائية، فوجب علينا التساؤل عن المقصود بهذه الأحكام (أولا)، وهذه الأحكام يجب أن تنفذ في الدول أخرى وفق شروط معينه في قانون كل دولة (ثانيا)، ووفقا لإجراءات خاصة بتنفيذها الأحكام (ثالثا)، ولهذه الأحكام حجية (رابعا).

أولا: تعريف الأحكام القضائية

المشرع الجزائري لم يعرف الحكم القضائي الأجنبي، وحتى يرتب الحكم أو القرار القضائي الأجنبي آثاره ويضمن الحقوق يستوجب على القاضي الجزائري القيام بتكيفه، كما يجب إمهار الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية ليصبح قابل للتنفيذ داخل إقليم الجزائر.

[1]- أما المشرع الفرنسي حدد المحكمة التي توجد في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية هي المختصة بالفصل في مسائل النفقة في الطلاق.

http://www.alaindeversavocat.com

إلا أن الحكم القضائي الأجنبي يعرف على أنه:« القرار الذي يصدر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا في خصومة رفعت إليه وفق قواعد المرافعات سواء كان صادرا في موضوع الخصومة أو في شق منها أو في مسألة متفرعة عنها».[1]

ثانيا: شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي

جاءت الشروط الواجب توافرها في الحكم القضائي الأجنبي لقبول تنفيذه في الإقليم الجزائري في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية، وهي أربع شروط لمنح الصيغة التنفيذية:

1-أن تكون الجهة القضائية المصدرة للحكم القضائي الأجنبي مختصة:

يتعين على القاضي المطلوب منه منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي أن يتحقق من شرط اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته فقد جاء هذا الشرط في الفقرة الأولى من المادة 605 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، حيث اشترطت لتنفيذ الحكم الأجنبي أن لا يتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص.[2]

وهنا يثار التساؤل إلى أي قانون تخضع له قواعد الاختصاص حسب رأي الدكتور أعراب بلقاسم، يجب التمييز بين حالتين: إذا كان الاختصاص جوازي يتم الرجوع إلى قواعد الاختصاص القضائي الدولي لقانون البلد الذي أصدر الحكم الأجنبي، و إذا كان الاختصاص ثابت أصلا للمحاكم الجزائرية يعتبر الحكم الأجنبي صادر من محكمة غير مختصة دوليا.

2-حائز لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه:

يجب أن يكون الحكم القضائي الأجنبي المطلوب تنفيذه نهائيا أي مكتسب الدرجة القطعية، وغير قابل للطعن وفقا لقانون المحكمة التي أصدرته بحيث لا يجوز تعديله.

[1]- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 316.

[2]- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 316.

إن حيازة الحكم الأجنبي على قوه الشيء المقضي به دليل على تطهيره من كل العيوب الإجرائية والموضوعية المحتملة أن تشوبه لذلك فهذا الشرط منطقي تقتضيه مبادئ العدالة إذ لا يجوز تنفيذ حكم لم يصبح بعد حسب بلد صدوره باتّا قابلا للتنفيذ.[1]

أن يكون الحكم الأجنبي نهائيا، و مقتضى هذا أن لا يكون من الجائز الطعن فيه بالطرق العادية وهي المعارضة والاستئناف، أما إذا كان باب الطعن بالطرق العادية لازال مفتوحا فهذا لا يحول دون إمكان تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي.

وعلى هذا الأساس يجب تقديم النسخة التنفيذية لا العادية[2]، وبالنسبة لأحكام الطلاق فإنها تصدر نهائية إلا فيما يخص الآثار المالية والشخصية مثل النفقة والحضانة، وبالتالي إذا صدر حكم بالطلاق من المحاكم الايطالية بين جزائري وايطالية فانه ينفذ الحكم بالطلاق وحده إذا لم يفصل في مسألة النفقة والحضانة، وإذا قدم طلب بتنفيذ حكم الحضانة ولم يكن حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به فإن القاضي الجزائري لا يعترف به وهذا حسب نص المادة 605/ 3.

أما في حكم الطلاق حتى ولو كان هناك طعن بالنقض فإنه ينفذ وهذا حسب نص المادة 361 قانون الإجراءات المدنية التي تنص:« يترتب على الطعن بالنقض وفق تنفيذ الحكم أو القرار ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم». و المادة 452 من نفس القانون التي تنص على:« لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق الموصوف عليها في المادتين 450 و 451».

[1]- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، مرجع سابق، ص 248.

[2]- أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 179.

3-عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدوره من جهات قضائية أجنبية:

هذا الشرط ورده في الفقرة الثالثة من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ومفاده هذا الشرط أنه يتعين على القاضي الوطني قبل الأمر بالتنفيذ أن يتأكد من أن الحكم الأجنبي لا يتعارض مع حكم قضائي وطني سبق صدوره في الوطن، ذلك أن تنفيذ الحكم الأجنبي في هذه الحالة يتعارض مع حجية الشيء المقضي به التي كفلها القانون للأحكام الوطنية.[1]

إن هذا الشرط يهدف إلى احترام الأحكام الوطنية وتفضيلها عن الأحكام الأجنبية عندما تتزاحم هذه الأحكام مع الأحكام الوطنية تكون أولى في التنفيذ عم تلك الأحكام التي تصدرها محاكم أجنبية ، فتنفيذ الحكم الأجنبي المتعارض مع الحكم الوطني لا يتماشى مع فكرة حجية الشيء المقضي به التي كفلها القانون الحكم الوطني، و إلا كان في ذلك عبث بالسلطة القضائية الوطنية.

وهذا لوجود استحالة قانونية وقضائية لتنفيذ الحكم الأجنبي وترك الحكم الوطني، ولكن ذكر المشرع شرط وهو على الشخص الذي يهمه الأمر أي الذي صدر الحكم لصالحه هذا حسب نص المادة 605 قانون الإجراءات المدنية بفضل عبارة :" وأثير من المدعي عليه[2]."

4-أن لا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر:

جاء هذا الشرط في الفقرة الرابعة من المادة 605 قانون الإجراءات المدنية الجزائري: «أن لا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر».

[1]- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 319.

[2]- إبراهيم بخوش، مرجع سابق، ص 60.

لم تعرف هذه المادة النظام العام ويتضح أن المشرع الجزائري اخذ مثلما فعلت جميع الدول التي تطبق نظام الأمر بالتنفيذ بشرط عدم مخالفة النظام العام الدولي، فعند التعارض الحكم القضائي الأجنبي مع الأسس الجوهرية السائدة في الدولة الجزائرية ومع مصالحها الحيوية، يمتنع القاضي الجزائري عن إصدار الأمر بالتنفيذ.

بالإضافة إلى الاتفاقيات التي أبرمت بين الدول مثل الاتفاقية الجزائرية التونسية في مادتها 19/ 04 التي نصت على: « عدم احتواء الحكم على أي شيء يعتبر مخالف لنظام العام للبلد المطلوب فيه التنفيذ ولا لمبادئ القانون العام المطبق في ذلك البلد».

لا يمكن تفيد الحكم الأجنبي المعارض للنظام العام الإجرائي، وقد تبنى المشرع هذا الطرح للحفاظ على المبادئ الأساسية للدولة من خلال إلزامه أن لا يكون الحكم مخالف للآداب العامة في الجزائر والتي يقصد من خلالها أن لا يكون الحكم المراد منحه الصيغة التنفيذية مخلاً من حيث حيثياته بما لا تجيزه القوانين الجزائرية في مجال العلاقات الأسرية وأعرافها الإسلامية، لذلك يتعين على القضاء رفض تنفيذ أحكام الطلاق الصادرة من المحاكم الأجنبية التي ترفض تطبيق القانون الجزائري.[1]

ثالثا: إجراءات تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي

إن إجراءات تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي تخضع لقانون القاضي المطلوب منه منح الصيغة التنفيذية ويكمن ذلك في كون الأمر بالتنفيذ يتطلب تدخل السلطات العامة لتنفيذ هذا الحكم جبراً، وهذا منصت عليه المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري:« يسري على القواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات».

[1]- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 363.

ولهذا نتساءل فما هي هذه الإجراءات؟ وما هي المحكمة المختصة بإعطاء الصيغة التنفيذية؟.

1-تقديم طلب منح الصيغة التنفيذية:

تتعلق هذه المرحلة بإجراءات التنفيذ الحكم الأجنبي، فإن إجراءات رفع دعوى الأمر بالتنفيذ تخضع للقانون دولة التنفيذ لا لقانون الدولة المصدرة للحكم الأجنبي، وفي هذا المجال نصت المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري على ما يلي:« يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية».

وبما أن القانون الذي يسري على الإجراءات هو قانون دولة التنفيذ فيقدم طلب الأمر بالتنفيذ بموجب دعوى قضائية تختص بها المحكمة الوطنية، وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى.

فترفع الدعوى وتنعقد الخصومة طبقا للإجراءات العادية في قانون الإجراءات المدنية فيتعين تكليف المنفذ عليه (المدعى عليه) بالحضور تكليفاً صحيحاً، وفي حالة عدم وجوده توجه الإجراءات ضد النيابة العامة كطرف منظم أو كطرف أصلي وترفق بالعريضة الوثائق والمستندات الضرورية لدعم الطلب.[1]

2-الوثائق والمستندات الضرورية لطلب الأمر بالتنفيذ:

لم ينص المشرع الجزائري على الوثائق التي يجب تقديمها خلال إجراءات طلب الأمر بالتنفيذ، غير أن المشرع المغربي نص في الفصل 41 من قانون المسطرة المدنية على أربع وثائق هي: «- نسخة رسمية من الحكم

-أصل التبليغ أو كل وثيقة تقوم مقامه.

[1]- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، مرجع سابق، ص 254.

-شهادة من كتابة ضبط المحكمة تشهد بعدم التعرض والاستئناف والطعن بالنقض.

-ترجمة تامة إلى اللغة العربية عند الاقتضاء للمستندات المشار إليها أعلاه المصادق على صحتها من طرف مترجمان محلفان».

3-المحكمة المختصة بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي:

أناطت المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الاختصاص في طلبات منح الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية لمحكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصه موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ.

4-منح الأمر بالتنفيذ:

حين يتحقق القاضي الجزائري من توافر كل الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم الأجنبي حسب ما ورد في القانون فإنه سيصدر الأمر بتنفيذ هذا الحكم الأجنبي دون تعديل منه، وبالتالي سيصبح قابلا للتنفيذ. وحين يحصل الحكم القضائي الأجنبي على الأمر بالتنفيذ يصبح مثله مثل الحكم الوطني الذي يصدر من الجهة القضائية الموجودة في الدولة المراد التنفيذ فيها وبهذا يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه وقوة الشيء المقضي فيه في دولة التنفيذ.[1]

رابعا: حجية وآثار الحكم الأجنبي بعد مهره بالصيغة التنفيذية

1-حجية الحكم الأجنبي بعد مهره بالصيغة التنفيذية:

عند مهر الحكم القضائي الأجنبي بالصيغة الأجنبية تمنح له حجية الشيء المقضي به قرينتين لم يكن يتمتع بهما في دوله التنفيذ ألا وهما قرينة الصحة، ومفادها أن الحكم الأجنبي صدر صحيحا، وقرينة الحقيقة والإثبات، بمعنى أن ما فصل فيه القاضي الأجنبي يعبر عن الحقيقة، وله قوة إثبات مع الفرق أن حجية الحكم الأجنبي تتحدد في الدولة التي صدر فيها وفقا

[1]- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 394.

لقانون هذه الدولة، بينما تتحدد حجية الحكم الأجنبي الممهور بالصيغة التنفيذية وفقا لقانون الدولة التي منحت له الأمر بالتنفيذ، وهي تعني ثبوت الحجية للحكم فيما فصل فيه من حقوق وبحيث تقدير هذه الحجية قرينة قطعية لا تقبل نقضها، ومؤداها أن هذا الحكم صدر صحيحاً فهو حجية على ما قضى به، ولم يميز المشرع الجزائري بين جميع الأحكام مهما كانت طبيعتها، فاشترط الحصول على الصيغة التنفيذية لكي يحدث الحكم الأجنبي أثره في الجزائر.[1]

عندما يحوز حجية الشيء المقضي به، لا يجوز تعديله أو مراجعته أو فحصه مرة أخرى.

2-آثار الحكم القضائي الأجنبي بعد مهره بالصيغة التنفيذية:

يترتب على منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي آثار ستدرس على التوالي:

أ- الحكم الأجنبي كسند تنفيذي:

تنص المادة 605 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" لا يجوز تنفيذ..." بمعنى يتعلق الأمر بالقوة التنفيذية للسند الأجنبي في الجزائر، وبالتالي لا يتمتع الحكم الأجنبي تلقائيا بأية قوة تنفيذية في الجزائر إلا بعد منحه الصيغة التنفيذية بواسطة حكم جزائري.

ب- الحكم الأجنبي كسند للإثبات:

يعد الحكم دليلا على ما ورد فيه من مسائل الإثبات كالإقرار والبينة والمعاينة وغيرها من الأدلة و أساس هذا الحل أن الحكم الأجنبي وان لم يعد سندا واجب التنفيذ إلا أنه يعد مع ذلك محرراً رسمياً قامت بتحريره جهة مختصة وهو بذلك يكون حجة بالنسبة لما حواه من مضمون.

[1]- حفيظة السيد الحداد، مرجع نفسه، ص 400.

ج- الحكم الأجنبي كواقعة:

يشكل الحكم الأجنبي أولا واقعة لابد للقاضي من أن يأخذ في الحسبان الآثار التي قد تنجم عنه في الخارج، فهو يلعب دور السبب المشروع بالنسبة للأوضاع الجديدة التي قد تنشأ بصورة لاحقة لصدوره التي تشكل واقعاً يجب بحكم الضرورة أن يؤخذ بعين الاعتبار، وهكذا فإن الزواج الذي يعقب طلاقا لم يحصل على الصيغة التنفيذية من قبل المحاكم الجزائرية لا يعتبر باطلا.[1]

المطلب الثاني: دور التحكيم في مسائل الطلاق

يعدّ القضاء الوطني الاختصاص الأصلي لمسائل الطلاق، ولكن نتيجة تطور المجتمعات لم تعد الدولة وحدها الآمرة والناهية، بل هناك عوامل جديدة خارج الحدود الوطنية تفرض نفسها، فلا مفرّ من قبولها والأخذ بها، وذلك خدمة لرعايا الدولة، وهذا ما يجعل الدولة تسنّ قوانين جديدة تتعلق بالقضاء عموماً والسماح للأشخاص باختيار قاضيهم المفضل والاستغناء عن قضاء الدولة، دون أن يخالف النظام العام، وهذا القضاء هو التحكيم والقاضي هو المحكم، فما هو التحكيم؟ (الفرع الأول)، وهذا الأخير يصدر قرارات للفصل في النزاع المعروض عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم التحكيم

خصص المشرع الجزائري المواد من 1006 إلى 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للتحكيم ولكنه لم يعرف التحكيم (أولا) وحدد نطاقه (ثانيا).

[1]- اسعاد موحند، ترجمة د. فائز أنجق، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 257.

أولا: تعريف التحكيم

1- لغة: " مصدره حكّم بتجديد الكاف مع الفتحة، يقال حكمت فلان في مالي تحكيما إذا فوضت إليه الحكم فيه، فاحتكم ما عليّ في ذلك، فمعناه إذن التفويض في الحكم، ويقال حكموه بينهم أي أمروه أن يحكم بينهم.

التحكيم في اللغة يدور حول عدة معاني:" المخاصمة، المنع والضبط، التفويض، القضاء، الإتقان، الأحكام.

2-اصطلاحا:

تعددت تعريفات التحكيم، فعرفته مجلة الأحكام العدلية بقولها:" التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما".

وقد عرفه فقهاء الحنفية:" تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما"، والمراد بالحاكم: هوما يعمّ الواحد والمتعدد. وهو ما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية بقولها "اتخاذ القسمين الشخص آخر برضاهما لفصل خصومتهما ودعوهما".[1]

وعند المالكية عرفه ابن فرحون " أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما".

وقد عرفه فقهاء العصر الحديث بتعريفات أخرى إلا أنها من حيث المضمون العام متفقة مع بعضها ومع التعريفات التقليدية ومنها أنه " عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصاً آخر حكما بينهما ليفصل خصومتهما".

[1]- يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي بين القانون الدولي و الشريعة، طبعة 01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013، ص 42.

3- قانونا:

وردت تعريفات كثيرة للتحكيم عند شراح القانون ومنها: « اتفاق ذوي الشأن على عرض نزاع معين قائم على فرد أو أفراد أو هيئة للفصل فيه دون المحكمة المختصة، وفيه إشارة إلى كون التحكيم لفرد أو أفراد أو هيئة، أو أنه خارج القضاء، مع أن التحكيم إحدى الوسائل التي قد يلجأ إليها القاضي، و تنص عليه بعض القوانين، وأن هذا التعريف ينصرف للعلاقات الدولية».

وهناك من عرفه أيضا بأنه:« الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو على إحالة أي نزاع نشأ بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكّمين، ليفصلوا في النزاع المذكور بدلا من أن يفصل فيه القضاء المختص».

لم يعرف المشرع الجزائري التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بل عرف اتفاق التحكيم في المادة 1011 من نفس القانون: « اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم».

كما نصت المادة 1040 من نفس القانون على أنه: « تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية».

يلاحظ من المادتين أنه لم يفرق بين الشرط والمشارطة، فالشرط يكون قبل أن يثور النزاع، أما المشارطة بعد حدوث النزاع[1].

[1]- إبراهيم بخوش، مرجع سابق، ص 73.

ثانيا: نطاق التحكيم في مسائل الطلاق

نصت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بأنه:« يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم».

من خلال استقراء هذه المادة نستنتج أنها أجازت اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي يتصرف فيها الشخص ولكن وضعت قيد وهو النظام العام وحالة الأشخاص مثل الطلاق الذي لا يمكن أن يكون أمام جهة غير القضاء الوطني.

أما بالنسبة إلى مسائل الأحوال الشخصية فإن الإجماع ينعقد على تقسيمها إلى الأحوال الشخصية البحتة ومواد تتصل بالمصالح المالية أي تتصل بالمال وهي التي يجوز فيها التحكيم دون الثانية التي لا يجوز فيها ذلك.

فالمواد المتصلة بالأحوال الشخصية البحتة هي: الطلاق، الحضانة، العدة، النفقة في الجانب المتعلق في استحقاق المطلقة للنفقة من عدمه.

فلا يحق للمحكم أن ينظر فيها يحق للزوج أن يطلق أو لا.

ولا يجوز التحكيم لمن له الحق في الحضانة وأيضا لا يمكن أن يحدد مدة العدة، ولا يحق أن يحدد حق النفقة للزوجة أو الصغير، والاتفاق وعلى التحكيم فيما لا يجوز التحكيم يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً وهذا استناداً إلى نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

أما المواد المتصلة بالمصالح المالية التي يجوز الاتفاق على التحكيم فيها سواء نفقة المتعة أو النفقة العادية أي في الجانب المالي فقط، أجرة الحاضنة أو سكن الحاضنة.

ولما كانت المصلحة المتعلقة بالمنفعة العامة لا تتصل كلها بالنظام العام فما لا يتصل منها بالنظام العام يجوز التحكيم بصدده[1].

ولصحة اتفاق التحكيم يجب أن تتوفر عناصر معينة فيه وهي:

-وجوب الكتابة في اتفاقية التحكيم:

وهذا في نص المادة 1008/ 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه:« يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة».

والمادة 1012/ 1 نصت على ما يلي:« يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا».

ومن المادتين المذكورتين أعلاه نستنتج أن المشرع اشترط الكتابة لصحة التحكيم وإلا كان التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ولهذا إذا أراد المطلقان اللجوء إلى التحكيم أن يتفقوا كتابة على أنه إذا انفصلا سوف يكون التحكيم هو المختص في القضايا المتعلقة بالجانب المالي، ويمكنهم كذلك الاتفاق على التحكيم كتابة إذا انفصلا

-الرضا: وجوب صحة تراضي أطراف اتفاق التحكيم ويقصد بهذا الشرط أن تكون أهليتهم القانونية كاملة، وسلامة رضاهم وخالية من عيوب الرضا.

مثلا أن تكون المطلقة والمطلق بلغوا سن الرشد المحدد في القانون الجزائري ب 19 سنة كاملة، ونستنتج أن التحكيم مع زوجة أو مطلقة بعد طلاقها ممن أذن لها من المحكمة بالزواج لا يجوز، لأن أهليتها ليست كاملة وفق القانون الجزائري.

-أن يكون موضوع اتفاق التحكيم قابلا للحل بالتحكيم:

[1]- إبراهيم بخوش، مرجع سابق، ص 75.

أي أن يكون من المسائل التي يجوز التحكيم فيها، ويمكن للمطلق والمطلقة أن يتفقوا على اللجوء إلى التحكيم في مسائل التعويض عن الطلاق التعسفي، في تحديد قيمة النفقة سواء للمطلقة أو الأولاد.[1]

-أن يكون سبب اللجوء إلى التحكيم هو الفصل في النزاع أمام محكمة التحكيم:

أي أن يكون سبب لجوء المطلق والمطلقة إلى التحكيم ليس لدفع المطلق إلى خسائر كبيرة.

الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم

حكم التحكيم يأتي بعد اللجوء إلى التحكيم وهذا الحكم يجب أن ينفذ وفق شروط وإجراءات قانون الدولة المنفذة للحكم ولهذا الحكم حجية ستدرس على التوالي:

أولا: تعريف حكم التحكيم

يقصد بحكم التحكيم:« القرار النهائي الذي تصدره هيئة التحكيم في موضوع النزاع سواء كان هذا القرار شاملا لكل النزاع أو لجزء منه وسواء قبلت هيئة التحكيم طلبات أي من الطرفين كلها أو رفضها كلها، أو قبلت جزء منها ورفضت الجزء الآخر، ففي النزاع المعروض على هيئة التحكيم، قد يطلب أحد الطرفين طلبات معينة يرفضها الآخر كاملة، بل و يتقدم بدعوى متقابلة وبعد تبادل اللوائح والمذكرات والتقديم البينات، تحجز هيئه الدعوى للحكم وتصدر حكمها النهائي في كل طلبات الطرفين مرة واحدة، وهذا هو الحكم النهائي الشامل».[2]

[1]- فراح منافي، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين ميلة، الجزائر، 2010، ص 121.

[2]- يوسف حسن يوسف، مرجع ساق، ص 316.

ويعرف أيضا بأنه "سنداً قابلاً للتنفيذ في الجزائر بأنه القرار الذي يتخذه المحكم المسند إليه بموجب اتفاقية التحكيم صحيحة مهمة إنهاء نزاع جزئيا أو كليا مطروح عليه بصفة نهائية وملزمة".[1]

و يذهب الأستاذ Gaillad إلى تعريفه " القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي، على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو الاختصاص أو بمسألة تتصل بإجراءات أدت بالمحكم أي الحكم بإنهاء الخصومة".[2]

أما الرأي الذي ترجحه الدكتورة حفيظة السيد الحداد في تعريف أحكام التحكيم بأنها تشمل جميع القرارات الصادرة عن المحكم والتي تفصل بشكل في المنازعة المعروضة عن المحكم سواء كانت أحكامها كليا تفصل في موضوع المنازعة ككل، أم أحكام جزئية تفصل في شق منها سواء تعلقت هذه القرارات بموضوع المنازعة أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم بإنهاء الخصومة.

ويجب أن يحتوي الحكم على بيانات نص عليها المشرع في المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي:

- اسم ولقب المحكم والمحكمين.
- تاريخ صدور الحكم.
- مكان إصداره.
- أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي.

[1]- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 259.

[2]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 294.

- أسماء وألقاب المحامين أو من مثل وساعد الأطراف عند الاقتضاء.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الجزائري لم يعرف حكم التحكيم، ولكنه نص في المادة 1035 من نفس القانون على أنواع التحكيم: « يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزء أو التحضيري».

ثانيا: شروط تنفيذ حكم التحكيم

لقد وضع المشرع الجزائري شرطين عند توافرهما يتم الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم وإعطائها الصيغة التنفيذية، و أوردها في المادة 1051 قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أنه: « يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي إذا أثبت من تمسك بها بوجودها وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي».

1- إثبات وجود القرار التحكيمي:

وهذا الشرط هو شرط عادي، ويقضي بإثبات وجود القرار التحكيمي من قبل الجهة التي تتمسك به، ويتم ذلك بتقديم اصل القرار مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ عنهما تستوفي شروط صحتها[1].

وبينت المادتين 1052[2] و 1053[3] كيفية القيام بذلك، وعليه يتوجب على المطلق أو المطلقة الذي يتمسك بالتنفيذ أن يودع لدى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة أصل الحكم أو نسخا منهم مستوفية شروط صحتها، على أن تقديم هذه الوثيقة وحدها ير كاف، بل يجب تقديم أصل اتفاقية التحكيم أو نسخا عنها مستوفية شروط صحتها.

[1]- إبراهيم بخوش، مرجع سابق، ص 78.

[2]- أنظر المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري: " يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها".

[3]- أنظر المادة 1053 من نفس القانون التي تنص على أنه: " تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من قبل المعني بالتعجيل".

مع أن المشرع الجزائري لم ينص على أن تترجم الوثائق إلى اللغة العربية إلى قاضي منح الصيغة التنفيذية، إلا أن اتفاقية نيويورك التي انضمت إليها الجزائر في 1988 نصت على أن تترجم الوثائق أو نسخها المقدمة إلى القاضي إلى لغة بلد التنفيذ وفقا لنص المادة 2/04.

ومثال ذلك إذا صدر قرار تحكيمي من هيئة تحكيمية مقرها بباريس بخصوص تقدير نفقة المطلقة وتريد تنفيذها في الجزائر، فيجب عليها أن تترجم الوثائق إلى اللغة العربية وهي أصل القرار واتفاقية التحكيم أو نسخ عنهما قبل تقديمها إلى قاضي منح الصيغة التنفيذية.[1]

يجب أن يصدق الترجمة مترجم رسمي أو محلف أو عون دبلوماسي أو قنصلي.

وكذلك المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نصت على انه:«يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة تحت طائلة عدم القبول»، ومن هذه المادة يستخلص أن عدم وجود ترجمة للغة العربية للوثائق المقدمة للقضاء تكون غير مقبولة.

2-أن لا يكون الاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي مخالف النظام العام الدولي:

فكرة النظام العام الدولي تمثل دور جوهري في الاعتراف والتنفيذ القرارات التحكيمية وقد سبق أن تكلمنا عنها عند حديثنا عن شروط تنفيذ الأحكام القضائية، وتحاول كل دولة استخدامها للدفاع عن مصالحها لمنع اللجوء إلى التحكيم في بعض المسائل التي ترى بأنها من النظام العام، و هذا ما جاء في نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث اشترط المشرع عدم مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام الدولي وفقا لنص المادة 1056/ 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص على:« إذا كان حكم التحكيم مخالف

[1]- إبراهيم بخوش، مرجع سابق، ص 80.

للنظام العام الدولي»، وهذا حتى لا تحتج كل دولة بنظامها العام، فتكون أحكام التحكيم أمام حاجز لتنفيذها.

لا يمكن للمشرع الفرنسي أن يدفع بمخالفة النظام العام في تطبيق حكم يتعلق بالتعويض الناجم عن الطلاق التعسفي بحجية أن هذا الطلاق غير معترف به في فرنسا، ويخالف النظام العام الفرنسي.

ويأتي دور الجهة القضائية في هذه المرحلة لأن هي التي تتأكد من أن الحكم التحكيمي لم يخالف النظام العام الدولي.

ووفقا لنص المادة 1/1051 [1] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لم يميز المشرع في هذا الشرط بين الاعتراف والتنفيذ فبنفس شروط الاعتراف تكون أحكام التحكيم قابله للتنفيذ في الجزائر طبقا للفقرة الثانية من نفس المادة التي نصت على:« وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط».

ثالثا: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم

بعد صدور حكم التحكيم تأتي مرحلة التنفيذ من قبل الجهة المختصة بإعطاء الأمر بالتنفيذ، ولتنفيذ التحكيم يجب تقديم طلب بالتنفيذ.

1- الجهة المختصة بالأمر بالتنفيذ:

نص المادة 2/1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري:« تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها، أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التنفيذ موجود الخارج الإقليم الوطني».

[1]- نصت المادة 1/1051 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها بوجودها و كان هذا الاعتراف غير مخالف لنظام العام الدولي".

إذا كان مقر التحكيم في الجزائر، فإن طلب التنفيذ عن طريق القضاء من قبل المعني بتعجيل التنفيذ يكون أمام رئيس المحكمة التي يمتد اختصاصها إلى المكان الذي صدر فيها الحكم الأجنبي.

من خلال هذه المادة يلاحظ أن المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ للحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر هي المحكمة الموجودة في دائرة اختصاصها مكان وجود محكمة التحكيم الصادرة للحكم والمختص بإعطاء الأمر بالتنفيذ هذا الحكم و إعطاء الحاضنة أجرتها.

على سبيل المثال: إذا ما جرى التحكيم الدولي في مسألة أجرة الحاضنة بمدينة "باريس" فإن رئيس هذه المحكمة هو المختص بإعطاء الأمر بالتنفيذ هذا الحكم وإعطاء الحاضنة أجرتها.

وبالنسبة لحكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر فيختص في تنفيذه محكمة محل التنفيذ، فلو صدر حكم تحكيمي في النفقة في ايطاليا بين جزائري وايطالية وأرادت المطلقة تنفيذ هذا الحكم في الجزائر العاصمة فإنها تقدم طلب والوثائق المصحوبة له لدى أمانة ضبط محكمة التنفيذ الموجودة في الجزائر العاصمة التي هي المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ هذا الحكم[1].

2-طلب التنفيذ:

أحالت المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية بتطبيق إجراءات التنفيذ فيما يخص أحكام التحكيم الدولي من المواد 1035 إلى 1038 من نفس.

[1]- إبراهيم بخوش، مرجع سابق، ص 81.

أ- تقديم طلب منح الأمر بالتنفيذ:

أن يوضع أصل الحكم بأمانة الضبط المحكمة المختصة من قبل طالب التعجيل "المادة 1035".

يجب على المطلقة التي تريد تنفيذ حكم التحكيم أن يقوم أولا بإيداع أصل حكم التحكيم مرفوقا باتفاقية التحكيم، أو نسخ عنهما شروط صحتهما بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة بهذا، كما يشترط القانون الجزائري في إجراءات مهر حكم التحكيم الدولي بالصيغة التنفيذية، وإن تقديم المطلقة ترجمة رسمية لحكم التحكيم واتفاقية التحكيم إلى اللغة العربية، كما أشارت إليه اتفاقية نيويورك.

يتم تحرير محضر الإيداع الذي تسلم نسخه منه إلى المطلقة بعد استيفاء الرسوم القضائية المستحقة وذلك طبقا لما تقضي به المادة ويضاف إلى تلك الوثائق محضر بتبليغ القرار التحكيمي الأجنبي.

يراقب القاضي مدى احترام الإجراءات أثناء التحكيم ومدى توافر الشرطين الواردين في المادة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

ويعد هذا الإيداع وسيلة ضغط ضد الطرف المطلق مما يجبره على تنفيذ الحكم التحكيمي.[1]

ب- منح الأمر بالتنفيذ:

لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم بدون أمر التنفيذ فهو الذي يرفع من مقامه إلى مرتبة الأحكام القضائية وحكم التحكيم لا يعد سندا تنفيذيا في حد ذاته بل هو جزء من السند التنفيذي.

[1]- سليم بشير، الحكم التحكيمي و الرقابة القضائية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون خاص، إشراف الأستاذ بن الشيخ نور الدين، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، 8 مارس 2011-2012، ص 273.

يعد استيفاء كل الإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم الدولي ومراقبة القاضي لحكم التحكيم الدولي، ومتى توفرت الشروط اللازمة، سيصدر القاضي الأمر بالتنفيذ.

والأمر الصادر بتنفيذ القرار التحكيمي الدولي يصدره رئيس المحكمة أثناء مباشرته الوظيفة الولائية دون أن يفتح لنقاش حضوري بين المطلق والمطلقة في النزاع وذلك في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام من تاريخ إيداع الطلب طبقا للمادة 310 [1] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

من هذه المادة يستنتج أن الأمر بالتنفيذ هو عملا ولائيا وليس عملا قضائيا.

وإن الأمر بالتنفيذ يوضع على أصل حكم التحكيم.

يسلّم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من المطلق أو المطلقة طبقا لما جاء في المادة 1036 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وبعد اكتساب القرار التحكيمي لقوة الشيء المقضي به تقوم المطلقة بمباشرة التنفيذ وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية لكون القرار التحكيمي أصبح بمثابة حكم قضائي بعد إمهاره بالصيغة التنفيذية ومن نص المادة 311 [2] يجب أن ينفذ الأمر بالتنفيذ في أجل ثلاث (03) شهور من تاريخ صدوره و إلا سيسقط و لا يترتب عنه أي أثر أو حجة.

يجب على المطلقة إذا صدر حكم بتحديد النفقة أن تنفذه في أجل 03 شهور و إلا يصبح وكأنه لم يكن.

[1]- تنص المادة 2/310 ق. إ.م.إ ج على أنه "... تقدم الطلبات الرامية إلى إثبات الحالة أو توجيه إنذار أو إجراء استجواب في موضوع لا يمس بحقوق الأطراف، أي رئيس الجهة القضائية، ليفصل فيها خلال أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ إيداع الطلب".

[2]- تنص المادة 3/311 ق. إ.م.إ ج على أنه: "... كل أمر على عريضة لم ينفذ خلال أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره، يسقط و لا يرتب أي أثر".

وخلاصة هذا الفصل تكمن في أن المحكمة المختصة بدعاوى الطلاق هي مكان مسكن الزوجية والمحكمة المتفق عليها من قبل الزوجين أو الجهة التي اتفق الأطراف على أن تفصل في طلاقهما، والمحكمة المختصة بالفصل في مسألة الحضانة هي مسكن الزوجية، أما فيما يخص النفقة فمحكمة موطن الدائن بها حسب نص المادة 5/426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

وينفذ الحكم الأجنبي وفق شروطه هي: أن يكون صادر عن جهة مختصة وحائز بقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه وأن لا يتعارض مع حكم أجنبي سبق صدوره من جهات قضائية أجنبية، وأن لا يخالف النظام العام و الآداب العامة في الجزائر.

أما إجراءات تنفيذها هي: تقديم طلب منح الصيغة التنفيذية مصحوبة بالمستندات الضرورية لطلب الأمر بالتنفيذ إلى محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصه موطن المنفذ عليه ثم يمنح الأمر بالتنفيذ ممهور بالصيغة التنفيذية و يصبح بعد منحه الأمر بالتنفيذ حائز على قوه الشيء المقضي به.

يترتب على منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي آثار هي: أن يصبح سند تنفيذي ويصبح سند إثبات، و يصبح واقعة يمكن التمسك بها أمام المحاكم الأجنبية.

و قد يلجأ إلى التحكيم في مسائل الطلاق في تحديد النفقة و أجرة المحضون و غيرها من المسائل المتعلقة بالجانب المالي فقط، و ينفذ الحكم وفق شروط حددها المشرع في المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي: إثبات وجود القرار التحكيمي و أن لا يكون الاعتراف و التنفيذ مخالف للنظام العام الدولي و ينفذ حكم التحكيم وفق إجراءات هي: أن يقدم طلب التنفيذ إلى المحكمة الموجودة في دائرة اختصاصها مكان وجود محكمة التحكيم الصادرة للحكم في حالة التحكيم الدولي الصادر في الجزائر ، فإن المحكمة المختصة هي محكمة محل التنفيذ و تمنح الأمر بالتنفيذ فيكسب بذلك حجية الشيء المقضي به.

بعد التعرض لمختلف عناصر الموضوع بالتحليل والمناقشة والمقارنة في إطار الخطة المعتمدة حاولنا جاهدين الإجابة على الإشكالية الرئيسية المطروحة وكذا الأسئلة الفرعية المرتبطة بها، حيث خلصنا إلى جملة من النتائج والاقتراحات يمكن إجمالها فيما يلي:

أولا: النتائج

نظم المشرع الجزائري الزواج المختلط بقواعد فنية ترشد القاضي الوطني إلى القانون الواجب التطبيق، ذلك نظراً لقدسية هذه الرابطة وباعتبار الأسرة هي النواة الأولى لنشوء المجتمع لاحظنا ما يلي:

1. إن طرح المشرع الجزائري لإشكالية التنازع القوانين في الزواج المختلط كانت موفقة إلى ابعد الحدود في مسألة تحديد القانون الواجب حيث:
2. أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما سن لمسائل الزواج المختلط قواعد إسناد خاصة وفقا لما هو منصوص عليه في أحكام القانون المدني الجزائري.
3. اسند المشرع الجزائري كل ما يتعلق بالزواج إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته وذلك لاعتبارها هي الأولى بحكم المسائل التي تتعلق بأحواله الشخصية، كما أن التأكد من انتماء الشخص إلى دولة معينة ليس بالأمر الهين.
4. لم يخص المشرع الخطبة بقاعدة إسناد خاصة تنظمها على الرغم من أنه قد ينجر عليها أضرار لأحد الخاطبين أو كلاهما.
5. بالرجوع إلى الشروط الموضوعية نخلص إلى أن المشرع لم يحدد القانون الواجب التطبيق عليها في حال اختلاف الزوجين في الجنسية.
6. لم يخص المشرع شكل الزواج بقاعدة إسناد تحدده، بل يطبق عليه القاعدة العامة للشكل والمنصوص عليها في المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

7. كما نخلص إلى أن المادة 11 من القانون المدني الجزائري قد جاءت لحماية الحلقة الأضعف في الرابطة وهي الزوجة، على عكس المادة 13 من ذات القانون والتي كان الهدف منها حماية هذه العلاقة الزوجية في حد ذاتها.
8. أحسن المشرع صنعا عندما وضع حلول لمشاكل ضابط الجنسية، وذلك من خلال منح الاختصاص للقانون الجزائري في الأحوال الشخصية خاصة في حالة التنازع الايجابي بالنسبة للجنسية في المادة 22 القانون المدني، بالرغم من عدم دقة النص فيما يتعلق بانعدام الجنسية.
9. تبنى المشرع حل التفويض بعد تعديل 2005، ولذلك لحل أشكال الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع من خلال المادة 23 من نفس القانون، وذلك ليسدّ الفراغ الذي كان وارد عند استحالة إعمال قاعدة التفويض.
10. أما بخصوص حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، نلاحظ أن المشرع الجزائري نص على حالتين فقط وهما الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون في نص المادة 24 من القانون المدني.
11. وفيما يخص الطلاق فإن القانون الواجب التطبيق عليه في القانون الدولي الخاص هو القانون الوطني للزوج.
12. بعض آثار الطلاق أخضعها المشرع للقانون الوطني للزوج وهي النفقة والحضانة والتعويض الناجم عن الطلاق، أما العدة فتخضع للقانون الشخصي للمطلقة.
13. يمكن للشخص الأجنبي أن يحاكم أمام القضاء الجزائري سواء كان هو المدعي أو هو المدعى عليه.
14. يلعب التحكيم دورا مهما في مسائل الطلاق المتعلقة بالجانب المالي فقط.

ثانيا: الاقتراحـــات

وعلى ضوء ما توصلنا إليه من نتائج نقترح ما يلي:

1. إضافة قاعدة إسناد جديدة تخص الخطبة ويكون نصها على النحو الآتي: «يسري على الخطبة القانون الوطني لكلا الخاطبين، ويسري على العدول عنها قانون البلد الذي تم فيه العدول».
2. تدارك النقص الحاصل في القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج في حال اختلاف الزوجين في الجنسية وذلك بوضع قاعدة إسناد واضحة يأخذ فيها بالتطبيق الموزع صراحة.
3. يحبذ لو يضع المشرع قاعدة إسناد خاصة بشكل الزواج مستقلة، ذلك لأهمية الشكل في عقد الزواج والذي قد يؤثر على مدى صحته.
4. تعديل الفقرة الثانية من المادة 22 من القانون المدني وذلك بنصها على تطبيق قانون الموطن وفي حالة تعذر الموطن، يطبق محل الإقامة على عديم الجنسية.
5. فيما يخص الطلاق ينبغي تعديل التي تنص على عدم الاعتراف بالحكم الأجنبي الخاص بالأحوال الشخصية خاصة الطلاق مثل: الاتفاقية الجزائرية المغربية أو الجزائرية التونسية أو الجزائرية الفرنسية، والنص على ذلك في القانون الإجراءات المدنية والإدارية.
6. النص في القانون الوضعي على الوثائق اللازمة لتنفيذ الحكم الأجنبي.
7. إعادة النظر في المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتعديلها لتشمل اتفاقية التحكيم لا الاكتفاء بأصل الحكم فقط، لأن عملية الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم لا يمكن قيامها إلا بعد التأكد من صحة حكم التحكيم واتفاقية التحكيم في موضوع المسائل المالية للطلاق.

8. وجوب وضع عناصر تحدد الجنسية الفعلية أو الحقيقية في حالة الاختيار بين الجنسيات المتنازعة عند التنازع الايجابي.
9. إعادة صياغة المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري، ويغير وقت الأخذ بقانون الزوج وقت الطلاق إلى وقت الانعقاد كي لا تتفاجئ الزوجة بقانون تجهله.

وفي الأخير نرجوا أن نكون قد وفقنا في طرح ومناقشه هذا الموضوع.

أولا: الكـــــتب

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1997.
2. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، جامعة عين الشمس، مصر.
3. اسعاد موحند، ترجمة د. فائز أنجق، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
4. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، ط .13، دار الهومة، الجزائر، 2013.
5. أعراب بلقسام، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، ط .13، دار الهومة، الجزائر، 2004.
6. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1977.
7. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
8. زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول "تنازع القوانين" (في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005)، دراسة مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي، الطبعة الثانية، 2008.
9. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، الطبعة الأولى، الجزائر، 2010.
10. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص تطور و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين – المعاهدات- التحكيم التجاري الدولي)، الطبعة

الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية فرع أول:- شارع القنطاري – مقابل السفارة الهندية، فرع ثان: سوديكو سكوير، بيروت – لبنان، 2004.

11. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، ط 11، التركي للكمبيوتر و صناعة الأوفست، طنطا، مصر، 2004.

12. صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، طبعة 2004.

13. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010.

14. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، سنة 1986.

15. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط 03، ديوان المطبوعات، الجزائر، 2005.

16. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2006.

17. عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2004.

18. فراح منافي، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين ميلة، الجزائر، 2010.

19. فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1974.

20. كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، طبعة 02، دار هومة، الجزائر، 2007.
21. محمد السيّد عرفة، القانون الدولي الخاص، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع اش الجلاء أمام بوابة الجامعة برج آية، الطبعة الأولى، 2013.
22. نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار الهومة، الجزائر، طبعة 2001.
23. نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار الهومة، الجزائر، طبعة سنة 2006.
24. هشام علي صادق، عكاشة عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي و الإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الأول "تنازع القوانين"، دار الفتح للطباعة و النشر حلف 44 ش سوتير – أمام كلية حقوق الإسكندرية، 2011.
25. يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي بين القانون الدولي و الشريعة، طبعة 01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013.

ثانيا: رسائل الدكتوراه و مذكرات الماجستير

1-رسائل الدكتوراه:

1. سليم بشير، الحكم التحكيمي و الرقابة القضائية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون خاص، إشراف الأستاذ بن الشيخ نور الدين، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، 8 مارس 2011-2012.
2. شبور نورية، الزواج المختلط و تأثيره على حالة الزوجين –دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد –تلمسان- 2017.

2-رسائل الماجستير:

1. إبراهيم بخوش، القانون الواجب التطبيق على الطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائري، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، شعبة الحقوق، تخصص: قانون دولي خاص، جامعة العربي بن مهيدي –أم البواقي-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016.
2. رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2010-2011.
3. زلاسي بشرى، الزواج المختلط، إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده و آثاره، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2000- 2001.
4. مرزوق تاسعديث، بوسحساح زهرة، الزواج المختلط في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون الأسرة، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 30 ماي 2016.

ثالثا: المقالات

أ- باللغة العربية:

1. درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة)، دفاتر السياسة و القانون، العدد الرابع، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، 2011.
2. كمال سمية، تطبيق القاضي (القانون الجزائري) على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، العدد 11، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي الياس سيدي بلعباس، 2015.

رابعا: الاجتهادات القضائية

1- La cour de cassation a énoncé que la définition de l'ordre public national dépend : « Dans une large mesure et l'opinion qui privant à chaque moment en France », Cass.civ 22Mars 1944, V. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre, Op. cit.

2-Cass. Req, 15 Novembre 1848, V. Batiffol Henri, la garde Paul, Op. cit.

خامسا: النصوص القانونية

أ-الاتفاقيات:

1. أمر 74-75 المؤرخ في 12 يوليو 1974، يتضمن المصادقة على الاتفاقية القنصلية بين "حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الحكومة الجمهورية الفرنسية" موقع بباريس 1974/05/24، ج ر عدد 62 الصادرة في 02 أوت 1974.

ب-القـــوانيـــــــن:

***المصادر الوطنية:**

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
2. الأمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج ر العدد 21، الصادرة في 27 فبراير 1970 المعدل و المتمم.
3. الأمر رقم 10-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر العدد 15 الصادرة في 27 فبراير 2005.

4. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
5. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 ج ر رقم 15.

***المصادر الأجنبية:**

1. قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم 85-05 المعدل بالقانون الاتحادي رقم 87-01.
2. القانون رقم 131-48 المؤرخ في 09 رمضان عام 1367 الموافق لـ 16 جوان 1948 المتضمن القانون المدني المصري المعدل والمتمم.
3. القانون المدني الليبي الصادر بتاريخ 09 ربيع الأول عام 1437 هـ الموافق لـ 19 يناير عام 2016.
4. القانون رقم 05-61 المتضمن القانون الخاص بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي المؤرخ في 27 فبراير 1961.
5. القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ 21 مارس 1804.

ج-المراســـــيم:

1. المرسوم الرئاسي رقم 64-85 المؤرخ في 04 مارس 1946 المتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية فيينا المنعقدة في 24 أفريل 1963.

سادسا: المواقع الإلكترونية

http://www.alaindeversavocat.com

إهداء

الشكر

قائمة المختصرات

مقدمة: 01

الفصل الأول: إشكالات الزواج المختلط في إطار القانون الدولي الخاص الجزائري

المبحث الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط 06

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية.....06

الفرع الأول: تعريف الشروط الموضوعية 06

الفرع الثاني: تحديد ضوابط الإسناد التي تحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج المختلط 07

أولا: الخطبة 08

ثانيا: الزواج 11

الفرع الثالث: الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية 16

أولا: حالات تعدد الجنسيات (التنازع الايجابي) 16

ثانيا: انعدام الجنسية (التنازع السلبي) 18

ثالثا: التنازع المتحرك 20

رابعا: حالة تعدد الشرائع إقليميا أو طائفيا 27

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج 29

الفرع الأول: تعريف الشروط الشكلية 29

الفرع الثاني: تحديد ضوابط الإسناد التي تحكم الشروط الشكلية لعقد الزواج 30

أولا: الشروط الشكلية في القوانين الغربية و العربية 30

ثانيا: الشروط الشكلية في القانون الجزائري 32

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج 35

الفرع الأول: الآثار الشخصية 35

الفرع الثاني: الآثار المالية 39
المبحث الثاني: موانع تطبيق القانون الأجنبي 41
المطلب الأول: الدفع بالنظام العام 42
الفرع الأول: مفهوم وخصائص النظام العام 42
أولا: تعريف النظام العام 42
ثانيا: خصائص النظام العام 45
الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام و الآثار المترتبة عليه 46
أولا: شروط الدفع النظام العام 46
ثانيا: آثار الدفع بالنظام العام 47
المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون 52
الفرع الأول: تعريفه 52
الفرع الثاني: نشأة نظرية الغش نحو القانون 55
الفرع الثالث: أساس وشروط الدفع بالغش نحو القانون 57
أولا: أساس نظرية الغش نحو القانون 57
ثانيا: شروط الدفع بالغش نحو القانون 58
الفرع الرابع: نطاق الدفع بالغش نحو القانون 61
الفرع الخامس: جزاء الغش نحو القانون 62
أولا: موقف الفقه 62
ثانيا: موقف القضاء 64
الفصل الثاني: إشكالات انحلال الرابطة الزوجية في إطار القانون الدولي الخاص الجزائري
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على الطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائري 68
المطلب الأول: صور فك الرابطة الزوجية 69

الفرع الأول: صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة العربية 69
الفرع الثاني: صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة الغربية 70
المطلب الثاني: قواعد الإسناد التي تحكم انحلال الزواج 71
الفرع الأول: مفهوم ضابط القانون الوطني للزوج 71
أولا: تعريف القانون الوطني للزوج 72
ثانيا: نطاق تطبيق القانون الوطني للزوج 74
ثالثا: مدى صلاحية القانون الوطني للزوج 76
رابعا: الاستثناء الوارد في المادة الثالثة عشر من القانون المدني الجزائري 77
الفرع الثاني: القانون المختص في حالة تعدد الجنسيات وانعدامها 78
أولا: حالة تعدد الجنسيات 79
ثانيا: حالة انعدام الجنسية 82
المطلب الثالث: القانون المنظم لآثار الطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائري 83
الفرع الأول: الآثار المالية للطلاق 83
أولا: القانون المتعلق بالنفقة 83
ثانيا: التعويض الصادر عن الطلاق التعسفي 87
الفرع الثاني: الآثار الشخصية للطلاق 89
أولا: العدة 89
ثانيا: ولاية الحضانة 92
المبحث الثاني: آليات حل منازعات الطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائري 97
المطلب الأول: القضاء الوطني كآلية للفصل في مسائل الطلاق 97
الفرع الأول: الاختصاص الإقليمي في مسائل الطلاق 98
أولا: المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الطلاق 98
ثانيا: القضاء المختص بتوابع الطلاق 102

الفرع الثاني: مفهوم الأحكام القضائية الأجنبية 103
أولا: تعريف الأحكام القضائية 103
ثانيا: شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي 104
ثالثا: إجراءات تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي 107
رابعا: حجية وآثار الحكم الأجنبي بعد مهره بالصيغة التنفيذية 109
المطلب الثاني: دور التحكيم في مسائل الطلاق 111
الفرع الأول: مفهوم التحكيم 111
أولا: تعريف التحكيم 112
ثانيا: نطاق التحكيم في مسائل الطلاق 114
الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم 116
أولا: تعريف حكم التحكيم 116
ثانيا: شروط تنفيذ حكم التحكيم 118
ثالثا: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم 120
الخاتمة: 125
المراجع 128
فهرس المحتويات.....135

مـلخص مذكرة الماستر

نستخلص في الأخير إلى أن تنظيم المشرع الجزائري لقواعد التنازع الخاصة بمسائل الزواج المختلط، لا يعني ان هذا التنظيم جاء متكاملاً وغير ناقص، وإنما في الحقيقة كان على المشرع الجزائري أن يتدخل بقاعدة إسناد صريحة ينص فيها بصريح العبارة على القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج في حالة اختلاف الزوجين في الجنسية أيضا لم يخص شكل الزواج بقاعدة إسناد صريحة ومستقلة.

أما فيما يخص انحلال الرابطة الزوجية فإننا نجد المشرع قد توفق في تنظيم قواعد التنازع التي تحكمها، وذلك استنادا إلى قانون الأسرة الجزائري الذي يعد المرجع الأول في تكييف منازعات الطلاق، وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الذي ينظم الإجراءات الخاصة به.

الكلمات المفتاحية:

1/ الزواج المختلط 2/ تنازع القوانين 3/قاعدة إسناد 4/ ضوابط الإسناد 5/ التكييف 6/ الجنسية 7/ القانون الأجنبي 8/النظام العام 9/ الغش نحو القانون 10/ قانون القاضي 11/ التحكيم.

Abstract of The master thesis

In the end, we conclude that the Algerian legislator's regulation of the rules of conflict on matters of mixed marriage does not mean that this regulation was complete and not incomplete, but in fact the Algerian legislator had to intervene with an explicit isnad rule in which it explicitly states the law applicable to the objective conditions of marriage in The case of the difference in nationality of the spouses also did not concern .the form of marriage, based on an explicit and independent chain of transmission

With regard to the dissolution of the marital bond, we find that the legislator has succeeded in regulating the rules of conflict that govern it, based on the Algerian Family Law, which is the first reference in adapting divorce disputes, as well as the Algerian ..Civil and Administrative Procedures Law, which regulates its procedures

keywords:
1 / Mixed marriage 2 / Conflict of laws 3 / Attribution rule 4 / Attribution controls 5 / Adaptation 6 / Nationality 7 / Foreign law 8 / Public order 9 / Cheating towards law 10 / Judge Law 11 / Arbitration.